

ارسالان لیلی پور

دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

دکتر کوروش جعفرپور^۱

استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد ارومیه، دانشگاه آزاد اسلامی، ارومیه، ایران.

فسخ نکاح در حقوق ایران، فقه امامیه و شافعی

چکیده

ازدواج - به عنوان امری مقدس در ادیان - موجب گردیده است در قوانین نیز نظم عمومی با نهاد خانواده گره بخورد. به همین دلیل برخلاف سایر قراردادها در عقد نکاح طرفین یا یکی از آنها نمی‌توانند حق فسخی برای خود در نظر بگیرند. شارع و قانون‌گذار آزادی اراده طرفین را در مواردی محدود کرده است که این امر در فسخ نکاح نیز بروز کرده است. قانونگذار برای جلوگیری از ضرر و زیان همسری که در معرض عیوب موجب فسخ نکاح قرار می‌گیرد، به طور صریح و مشخص موارد فسخ نکاح را معین کرده که این موارد محدود و منحصر به همان موارد مصرح قانونی است. در این مقاله، به موضوع شرط در فسخ نکاح، عیوب مشترک، عیوب مرد و عیوب مختص زن در فسخ نکاح در رویه حقوق ایران، فقه امامیه و فقه شافعی پرداخته شده است.

واژگان کلیدی:

فسخ نکاح، تدلیس، قاعده لاضرر، عیوب مشترک، عیوب مرد، عیوب زن.

مقدمه

در هیچ دوره‌ای همانند عصر ما خطر انحلال کانون خانوادگی و عوارض سوء ناشی از آن مورد توجه نبوده است. یکی از علل انحلال نکاح، جدایی زوجین از طریق فسخ نکاح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۷۲۱). اهمیت نهاد خانواده تا آنجاست که قانون‌گذار ما در اصل دهم^۱ قانون اساسی آن را مورد حمایت قرار داده و همچنین در اصل بیست و یکم قانون اساسی دولت را موظف به رعایت کلیه حقوق زن به‌عنوان جزئی از ارکان خانواده با رعایت موازین شرعی کرده است. این حمایت از زن عموماً در دو مقطع استقرار نهاد خانواده و حیات و بقای آن و پس از انحلال آن مورد توجه است. (مطهری، ۱۳۷۲: ۳۰۰).

با این‌که ایجاد نکاح به‌صورت عقد و بر مبنای توافق دو طرف آن، صورت می‌گیرد ولی انحلال آن با صرف توافق طرفین به مفهوم مصطلح آن یعنی اقاله پذیرفته نشده است؛ بلکه منحل شدن نکاح علی‌الاصول با عمل یک‌جانبه حقوقی و به‌صورت ایقاع صورت می‌پذیرد. در عقد نکاح حق خیار فسخ بر اساس توافق طرفین و قرار دادن شرط خیار فسخ در قانون مدنی نیز پذیرفته نشده است.^۲ موارد معینی در قانون وجود دارد که به یکی از طرفین اختیار فسخ نکاح را می‌دهد که نسبت به سایر عقود محدودتر است. طبق قانون مدنی و نظر فقها، عیب و تخلف از شرط صفت و تدلیس عوامل پدید آمدن حق فسخ نکاح است. در این مقاله تبیین مفهوم حق فسخ و همچنین نقش فسخ نکاح در تحقق حقوق طرفین و بررسی و مقایسه‌ی موارد فسخ نکاح در قانون مدنی و فقه امامیه و شافعی و نقاط اشتراک و افتراق آن‌ها از مسائل مورد بحث خواهد بود.

۱ از آنجا که خانواده واحد بنیادین جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد.

۲ ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی: «شرط خیار فسخ نسبت به عقد نکاح باطل است...»

۱- کلیات

فسخ^۱ از نظر حقوقی پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از طرفین قرارداد یا شخص ثالث تعریف شده است که بدون نیاز به قبول طرف مقابل، از بقا و استمرار ماهیت ایجاد شده ممانعت می‌کند (امامی، ۱۳۸۹: ۲۰۲/۱).

عقد نکاح باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد، ولی قواعد عمومی معاملات را تا جایی می‌توان در نکاح اعمال کرد که با طبیعت ویژه آن سازگار باشد و قانون‌گذار به خاطر حفظ حقوق فردی و تأمین سلامت اراده زوجین نکاح را در موارد محدود تخلف از شرط صفت، عیب و تدلیس قابل فسخ اعلام کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۹۰)

قانون مدنی در باب دوم فصل هفتم موارد انحلال نکاح را مطرح می‌کند و در ماده ۱۱۲۰ این موارد را در نکاح دائم طلاق و فسخ و در نکاح منقطع بذل مدت بر می‌شمارد. قانونگذار در دو ماده بعد عیوبی را که در مرد و زن برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می‌کند برمی‌شمارد. علاوه بر این موارد ماده ۱۱۲۸ تخلف از شرط صفت در عقد نکاح را موجب حق فسخ برای مشروط له می‌داند. یکی از حقوقدانان نیز با استنتاج از ماده ۱۱۲۸ ق.م. تدلیس را بر موارد بالا می‌افزاید. (صفایی، ۱۳۹۱: ۱۸۷)

در اینجا بطور مبسوط به موارد مهم آن می‌پردازیم:

۲- خیار تدلیس

همانطور که می‌دانیم تدلیس بطور کلی، موجب حق فسخ است و می‌توان گفت کتمان هر عیبی از عیوب زوجین، تدلیس است و بنابراین حق فسخ ثابت می‌شود. روایاتی نقل شده است که تدلیس در نکاح را موجب حق فسخ می‌دانند (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۲۱۲، ۲۱۳/۲) و از ظاهر آن‌ها فهمیده می‌شود که فسخ در آن‌ها از باب خیار تدلیس است. حکم آن دسته از این روایات را که درباره حق فسخ مرد در صورت تدلیس زن است می‌توان به حالت عکس آن نیز تعمیم داد. این تعمیم یا از باب اولویت عرفی است یا دست کم از باب مساوات است؛ زیرا وقتی که مرد ذاتاً حق طلاق و در حالات استثنایی حق فسخ دارد، زن نیز که ذاتاً حق

^۱ Cancellation

طلاق ندارد در حالات استثنایی به طریق اولی یا دست کم به طور مساوی با مرد، حق فسخ خواهد داشت. (همو، همان: ۲۱۴)

۳- قاعده لاضرر

تمسک به قاعده لاضرر زمانی است که صبرکردن بر عیب یکی از زوجین، برای زوج دیگر ضرر داشته باشد یا حق فسخ حق عقلایی فرد باشد. (خویی، ۱۴۱۲: ۲۰۹). روایاتی که حق فسخ ناشی از عیب را در عیوب مخصوصی منحصر می‌کنند، اخص از قاعده لاضرر هستند و مقدم بر آن می‌باشند. پس هرگاه در عیبی (غیر از آنچه در روایات آمده است) حق فسخ با نص دیگری ثابت شود این دلیل، اطلاق روایات منحصرکننده عیوب (الصدوق، ۱۳۹۴: ۲۷۳/۳) را قید می‌زند و اگر دلیل مزبور تمام نباشد و در مسئله شک شود به اطلاق روایات منحصر کننده عیوب تمسک و به وسیله آن، حق فسخ را نفی می‌کنیم. (خویی، ۱۴۱۲: ۲۰۹)

۴- شرط فسخ

شرط خیار آن است که طرفین عقد شرط کنند که هر دو یا یکی از آن‌ها یا شخص ثالثی حق فسخ معامله را داشته باشد. این خیار نباید با خیار تخلف از شرط یا اشتراط اشتباه شود. از نظر برخی از فقها انحلال نکاح با فسخ، منحصر به عیوب مصرح است و شرط ضمن عقد را با این استدلال که در نکاح خیار راه ندارد به طور کلی باطل می‌دانند، مگر در مواردی که نص وجود دارد؛ مثل: حریت و... (حلی، ۱۴۱۳: ۱۲۴)؛ اما برخی دیگر معتقدند آنچه به اتفاق فقها در نکاح صحیح نیست شرط خیار است و شرط بعضی موارد در نکاح صحیح است (شهیدی تبریزی، ۱۳۸۸: ۴۵۲) و عده‌ای تخلف از هر شرط صفتی در ضمن عقد را موجد خیار شرط دانسته‌اند. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۱۷۸)

همچنین برخی تخلف از شرط فعل در نکاح را برخلاف سایر عقود موجد خیار ندانسته‌اند. در نزد شافعی قواعد عمومی باب شروط و احکام معاملات در نکاح هم مانند سایر معاملات جاری است و نباید آن را محدود کرد (همو، همان: همانجا). در نظر دیگری شک در صحت جعل این خیار را هم دلیلی بر احتیاط و قائل شدن به عدم جواز آن دانسته‌اند. (خمینی، ۱۴۰۳: ۳۸۹). قانون مدنی در ماده ۱۰۶۹ از نظر غیر مشهور فقهای متأخر تبعیت می‌کند.

انحلال نکاح خارج از موارد مصرح قانونی در فسخ نکاح، نمی‌توان موردی را برای عقد شرط کرد. حق تقاضای طلاق که در ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی در صورت عسر و حرج در دوام زوجیت پیش بینی شده است، می‌تواند از آثار نامطلوب اسقاط خیار فسخ بکاهد. با توجه به ویژگی موجود در عقد نکاح گویی برای فقهای شافعی مشکل است که به آسانی در عقد نکاح هرگونه خیار فسخ را بپذیرند. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۸۵)

نتیجتاً خیار تخلف وصف به‌طور کلی و عام در نکاح جاری است. (خمینی، ۱۴۰۳: ۳۰۲). قانون مدنی به پیروی از فقهای معاصر قائل به خیار تخلف شرط صفت شده است و هرگونه شرط را که توسط زوجین در ضمن عقد نکاح شده باشد، در صورت تخلف موجب خیار دانسته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۸۸)

۵. عیب مشترک و عیوب مختص زوج و زوجه

ابتدا بر عیوبی که وجود آن در مردان و زنان از موجبات فسخ نکاح است، می‌نگریم سپس عیوبی را که صرفاً در مردان ممکن است وجود داشته باشد مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۵-۱ عیوب مشترک «جنون»

در علوم روانپزشکی جدید، جنون طیف وسیعی از ناراحتی‌های روانی را در برمی‌گیرد و با آنچه مد نظر فقهاست، چندان سازگاری ندارد و نمی‌توان به راحتی حق فسخ نکاح برای هر یک از زوجین قائل شد. قانون مدنی ایران، جنون هر یک از زوجین را به شرط استقرار، اعم از آن که ادواری باشد یا اطلاق، از عیوب مشترک و از موجبات فسخ نکاح دانسته است. جنون ممکن است سابق بر عقد نکاح باشد یا پس از آن عارض شود. قانون‌گذار در حکم جنون زوجین در این دو مقطع تفاوت قائل شده و جنون زوج را در هر دو حالت، موجب ایجاد حق فسخ برای زن دانسته و جنون زن را صرفاً در صورتی موجب ایجاد این حق دانسته است که پیش از انعقاد نکاح عارض شده باشد. (امامی، ۱۳۸۹: ۴۶۲/۱)

روایاتی در جواز فسخ نکاح بر اثر جنون زوج (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۲/۲۲۵) و زوجه (همو، همان: ۲۱۰) وارد شده است. در نظام حقوقی ایران، گذشته از قانون مدنی، قانون امور حسبی نیز

پیش بینی کرده است که چنانچه طلاق زوجه مجنون لازم باشد به پیشنهاد دادستان و تصویب دادگاه، قیم طلاق می‌دهد. (امامی، ۱۳۸۹: ۴۶۲/۱)

فقه‌های امامیه در دو جا از تأثیر جنون یکی از زوجین در انحلال نکاح سخن به میان آورده‌اند: نخست، فسخ نکاح از سوی ولی قهری یا قیم. ایشان تأثیر جنون در فسخ نکاح را مستند به طلاق زوجه مجنون از سوی ولی قهری یا قیم. ایشان تأثیر جنون در فسخ نکاح را مستند به برخی روایات، اجماع فقه‌های امامیه و قاعده لاضرر دانسته‌اند. (حلی، ۱۴۱۳: ۵۴۱) آنان اقدام به طلاق زوجه مجنون را از سوی ولی قهری محمول بر صحت تلقی کرده و در صورت فقدان ولی، امام یا منصوب از جانب وی را مجاز به طلاق از جانب مجنون دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۲: ۲۹۲) و بر این باورند مرد به واسطه جنون همسرش که بعد از عقد عارض شده حق فسخ ندارد، چون می‌تواند طلاق دهد، ولی زن به واسطه جنون همسرش در هر حال حق فسخ دارد. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۱۷۸/۳)

فقه‌های شافعیه نیز اتفاق دارند که مرد به سبب جنون همسرش می‌تواند عقد را فسخ کند و زن نیز به سبب جنون همسرش می‌تواند عقد را فسخ کند چه جنون قبل از عقد حادث شده باشد یا بعد از عقد، یا بعد از دخول و مهلت دادن شرط نیست. (همو، همان: ۱۸۰)

۵-۲ عیوب مختص زوج

۵-۲-۱ عنن

با وجود نصوص فراوان شکی نیست که عنن، موجب حق فسخ می‌گردد؛ بدون آن که فرقی بین عنن قبل از عقد یا بعد از آن باشد. (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۰/۲) عنن قبل از عقد، به نص خاصی احتیاج ندارد؛ چون قاعده لاضرر و تدلیس برای حکم مسئله کافی است. در عنن بعد از عقد نه قاعده تدلیس جاری می‌شود و نه قاعده لاضرر. (همو، همان: ۲۳۱)

قانون مدنی مقرر کرده «عنن به شرط این که ولو یک‌بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد» موجب حق فسخ برای زن است. مطابق ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی، عنن در مرد اگر بعد از عقد هم حادث شده باشد موجب حق فسخ برای زن خواهد بود، البته در صورتی که مطابق ماده قبل هنوز رابطه نزدیکی میان زن و مرد واقع نشده باشد. در مورد حکم شرعی عنن، فقها به دو دسته روایت استناد کرده‌اند. در بعضی از روایات بدون هیچ‌گونه قیدی، این

عارضه را موجب ثبوت حق فسخ برای زن دانسته‌اند؛ اما در پاره‌ای دیگر از روایات، ثبوت حق فسخ منوط به آن شده است که زن به قاضی مراجعه و قاضی مدت یک سال مهلت تعیین کند. چنانچه در طی این مدت عارضه بهبود نیافت، زن می‌تواند نکاح خود را فسخ کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۲۷)؛ (مغنیه، ۱۳۷۷: ۳۱۲/۳).

فقه‌های شافعی نیز معتقدند اگر از دخول به همسر خود عاجز باشد برای زنان خیار فسخ است، اگرچه بر دیگران قادر باشد، زیرا این مرد نسبت به این زن عنین است. (همو، همان: ۳۲۴)

۵-۲-۲ خصاء^۱

این بیماری نیز موجب حق فسخ برای زن است. در قرن‌های دور برای آنکه بعضی از بردگان خانگی تمایلی به نوامیس مالکان برده‌ها نداشته باشند توسط مالکان خصی می‌شدند. با توجه به اینکه اصل در عقد لزوم است و ادله عیب بودن خصاء تخصیصی است که به اصل مزبور وارد گردیده، بنابراین همواره بایستی با تفسیر مضیق به موارد متیقن اکتفا نمود. مشهور فقها عمل به اصل کرده و خصاء متأخر را عیب ندانسته‌اند (مغنیه، ۱۳۷۷: ۶۲۳/۳). ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی یکی از عیوب موجب حق فسخ برای زن را خصاء معرفی کرده است. از نظر فقها نیز این عیبی است که موجب فسخ است، بنابراین زن حق دارد فراق او را اختیار کند. (حسینی عاملی، ۱۴۲۴: ۹۷، ۹۶)

اگر چه روایات باب خصاء به فرض ثبوت خصاء قبل از عقد اختصاص دارند؛ ولی قاعده لاضرر شامل خصای مقارن عقد نیز می‌شود، اما خصای بعد از عقد نکاح، مثل عیب متأخر از عقد بیع است که قاعده لاضرر شامل آن نمی‌شود؛ چون ضرر از ناحیه چنین عیبی، عرفاً مستند به عقد نیست. (همان: ۹۸)

در نزد شافعی‌ها به اتفاق این عیب برای زن بدون معطلی خیار فسخ ثابت می‌شود به شرط اینکه خصا، قبل از جماع عارض شده باشد. ولی اگر بعد از عقد و جماع عارض شد برای زن خیار فسخ نیست. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۲۴۳/۳)

۵-۲-۳ جب^۱

در فقه و قانون مدنی، جبّ یا مقطوع بودن آلت تناسلی موجب حق فسخ دانسته شده است. در این زمینه، روایت خاصی نرسیده است به همین علت بعضی از فقها آن را عیب ندانسته‌اند؛ اما بیشتر فقها با تعمیم روایات عنن، این مورد را نیز مشمول آن روایات می‌دانند. (حلی، ۱۴۱۳: ۲۱۳)

قانون مدنی در ماده ۱۱۲۲ «مقطوع بودن آلت تناسلی را به‌اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.» موجب حق فسخ دانسته است. در رویکرد قانون مدنی ایران، خصاء و جب در صورتی موجب حق فسخ است که پیش از عقد وجود داشته و طرف مقابل از آن ناآگاه باشد.

فقه‌های امامیه برای ثبوت حق فسخ در مورد جب دلایلی آورده‌اند؛ از جمله اولویت عرفی نسبت به عنن (زیرا احتمال درمان عنن وجود دارد ولی در مورد جب نه) و اطلاق روایات عنن قاعده لاضرر. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴: ۲۱۵)

به اعتقاد فقیهان شافعی در صورت وجود عیب جب در مرد، برای زن بدون معطلی خیار فسخ ثابت می‌شود به شرط اینکه جب قبل از عقد و جماع عارض شده باشد. ولی اگر بعد از عقد و جماع عارض شد برای زن خیار فسخ نیست. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۳۳۱/۳)

۵-۳ عیوب مختص زوجه

بر اساس ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی، عیوبی که در این قسمت به آنها اشاره می‌گردد، در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود:

۵-۳-۱ قرن^۲

قانون مدنی تعریف خاصی از قرن ارائه نکرده است و فقها در تعریف قرن اختلاف دارند. واژه دیگری به نام «عفل» وجود دارد که بسیاری از فقها آن را در زمره قرن می‌دانند. (صانعی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۴)

۱ نداشتن آلت مردانگی یا بریده بودن آن
۲ در ناحیه مهبل و مدخل دستگاه تناسلی خارجی (محل نزدیکی) بافت زایدی وجود داشته باشد که مانع نزدیکی گردد.

مستندات فقهی و روایاتی در مورد پیدایش این خیار وجود دارد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۶۵، ۳۶۶). فرض در عیب قرن این است که درمان ناپذیر یا اینکه به دشواری درمان می‌شود و اگر علم پزشکی بیماری قرن را به سادگی درمان پذیر سازد، اختیار فسخ مبنای خود را از دست می‌دهد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۸۹)

از نظر فقهی در اینکه عیب مذکور موجب خیار است، اختلافی نیست. در نهایت در معنای آن اختلاف کرده‌اند که ناشی از اختلاف تعاریف ارباب لغت است. فقهای امامیه و شافعی موضع یکسانی را اختیار کرده‌اند و انواع آن را عیب می‌دانند و لازم نیست مانع از مقاربت گردد، بهمین که موجب تنفر است، عیب محسوب و موجب خیار می‌باشند. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۶۶)

۵-۳-۲ جذام^۱ و برص

بعضی از انواع این بیماری قابل درمان است ولی در نوع شدید حتی پس از درمان ممکن است میکروب در بدنش به طور پنهانی باقی بماند. (گرچی، صفایی، عراقی، ۱۳۸۴: ۲۷۸) فقها جذام را نوعی بیماری می‌دانند که بر اثر آن اعضاء بدن بیمار خشک و سیاه شده و گوشت بدن بر اثر آن از بین می‌رود. (همو، همان: ۲۷۸ و ۲۳۵) برص یا پسی یک بیماری صرفاً پوستی بی‌خطر با علت نامشخص است که مُسری نیست. فقها این بیماری را سبب چیرگی سفیدی بر سیاهی (یا بالعکس) در قسمتی از بدن می‌دانند. تشخیص این بیماری‌ها بر عهده متخصصان علوم پزشکی است و تا زمانی که گواهی نشده باشد، اصل لزوم نکاح و بقاء علقه زوجیت است. (همو، همان: ۲۳۶)

قانون مدنی در ماده ۱۱۲۳، این دو عیب را از عیوب ویژه زن معرفی کرده و برای مرد حق فسخ قرار داده است. با این وجود اگر علم پزشکی عیوب مذکور را درمان پذیر سازد اختیار فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می‌دهد و به استناد عیب سابق نمی‌توان نکاح را فسخ نمود بنابراین لازم است عیوب زن در حال عقد وجود داشته باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۸۹)

۱ یک بیماری عفونی با ابتلای پوست و اعصاب است.

امامیه معتقدند مرد به واسطه برص و جذام به شرطی حق فسخ دارد که قبل از عقد حادث شده باشد و مرد جاهل به آن باشد ولی اگر این عیوب در مرد باشد، زن حق فسخ ندارد. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۲۴۷/۳) فقهای شافعی نیز اعتقاد دارند جذام و برص از عیوب مشترک بین زن و مرد است و اگر هر یک از زن و شوهر در دیگری برص یا جذام یافت حق فسخ دارد و حکم آنها نزد شافعی‌ها در حکم جنون است. (همو، همان: همانجا)

مشهور فقهای امامیه، عیب جذام و برص را از عیوب خاص زنان دانسته و برای اثبات به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

۱. اصل: برخی از فقها در مورد عدم امکان فسخ عقد توسط زن در صورت ابتلای شوهر به بیماری‌هایی غیر از بیماری خاص مردان، به اصل استناد کرده‌اند. مقصود از اصل را می‌توان به اصل لفظی اصل لزوم عقد یا استصحاب بقاء علقه زوجیت، تفسیر کرد. استناد به اصل (لفظی یا عملی) در صورتی صحیح است که دلیل معتبری بر خلاف آن نباشد. (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۳۰/۲۲)

۲. حدیث: احادیثی نقل شده است با این مضمون که مرد به سبب عیب رد نمی‌شود، یعنی عدم فسخ نکاح به سبب عیوب مردان. (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۲۳۱/۲) مقتضای اطلاق حدیث آن است که هیچ عیب و نقصی در مردان -از جمله جذام و برص- سبب فسخ نکاح نیست. برخی فقها این احادیث را با عنوان معتبره یاد کرده‌اند و دلیل اعتبار آن را نیز عمل مشهور فقها به مضمون آن و نیز وقوع برخی از اصحاب اجماع در سند حدیث دانسته‌اند. (نجفی، ۱۳۶۸: ۳۳۰/۲۲)

۵-۳-۳ افضاء^۱

این عیب قانون مدنی در ماده ۱۱۲۳ موجب حق فسخ برای مرد است و مستند فقهی این حکم نیز روایاتی از ائمه معصومین است. (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۳۳۵/۲) شافعی‌ها معتقدند رتق و قرن موجب فسخ و افضا و عفل اثری ندارد. امامیه نیز بر این باورند قرن و افضا، مؤثر در حق فسخ هستند، اما رتق و عفل موجب چیزی نیستند. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۲۴۸/۳)

۱ ارتباط و یکی شدن غیر طبیعی مجرای ادراری و مهبل

۵-۳-۴ زمین‌گیری (اقعاد)

در سخنان معصومان زمین‌گیری عیب برشمرده شده و چنانچه زن بدان مبتلا باشد مرد حق فسخ دارد. اما در برخی از روایات «زمانت» آمده است که برخی آن را به معنای «اقعاد» گرفته‌اند ولی اقعاد و زمانت با یکدیگر متفاوت هستند. زمانت اعم از اقعاد است و اقعاد روشن‌ترین و اظهر مصادیق آن است. در واقع منظور از زمانت هرگونه درد و بیماری‌ای است که فرد را از پای بیندازد و خانه‌نشین‌اش سازد و اگر فرد با مشقت بتواند کارهای عادی و روزمره خود را انجام دهد، زمانت بر آن صادق است و بیماری‌هایی مانند ایدز و سرطان - که تنها در آخرین مراحل جایگزینی قطعی خود، فرد را از پای می‌اندازد- در گستره زمانت جای می‌گیرد. (فرهودی نیا، ۱۳۸۹: ۷۴)

طبق ماده ۱۱۲۳ ق.م و ماده ۱۱۲۶ ق.م در صورتی که زن در زمان عقد نکاح زمین‌گیر باشد، حق فسخ نکاح برای زوج ایجاد می‌گردد. قانون مدنی بین زمین‌گیری موقت و زمین‌گیری دائم فرقی نگذاشته است؛ بنابراین با توجه به عدم تفاوت بین زمین‌گیری دائم و موقت -در صورتی که زن در هنگام عقد دچار زمین‌گیری موقت نیز باشد- حق فسخ برای مرد ایجاد خواهد شد. (همو، همان: ۷۵)

فقها در اینکه زمین‌گیری از عیوب مختص زن محسوب می‌شود و موجب حق فسخ نکاح برای زوج است اتفاق نظر دارند. امامیه و شافعیه گفته‌اند هرگاه کوری و لنگی واضح قبل از عقد در زن باشد و مرد نداند، اگر خواست عقد را فسخ می‌کند. ولی اگر یکی از آن دو در مرد بود، زن حق فسخ ندارد. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۲۴۹/۳)

به نظر می‌رسد هر یک از امراض مختص یا مشترک بین زن و مرد، اگر معالجه و از بین بردن آن ممکن باشد و درمان آن اثر بد و نامطلوب نگذارد، وجود آن مرض مانند عدمش است و موجب چیزی نیست و اهمیت دادن فقها به این عیوب برای آن بوده که در گذشته با عمل جراحی درمان آن میسر نبوده است. (همانجا) آنچه که بین فقها موضع اختلاف است، لنگی زن است. عده‌ای از فقها لنگی را از موجبات فسخ می‌دانند هرچند به حد زمین‌گیری نرسد. (حسنی، ۱۳۹۲: ۳) عده‌ای دیگر از فقها لنگی فاحش را از موارد پیدایش فسخ نکاح دانسته‌اند هرچند که این لنگی به حد زمین‌گیری نرسد. (همو، همان: همانجا)

عده‌ای دیگر از فقها همچون ابن البراج و علامه حلی و محقق حلی معتقدند که چنانچه لنگی به حد زمین‌گیری مطلق نرسد موجب خیار نیست. به نظر می‌رسد که اگر ما لنگی فاحش را از عوامل فسخ نکاح محسوب کنیم با اصول و قواعد فقهی و حقوقی سازگارتر باشد. (همو، همان: ۴)

۵-۳-۵ نابینایی از هر دو چشم

هرگاه کوری قبل از عقد در زن باشد و مرد نداند، می‌تواند عقد را فسخ کند، ولی اگر کوری در مرد بود، زن حق فسخ ندارد. مشهور فقهای عامه و امامیه این عیب را از موجبات فسخ نکاح دانسته‌اند. (مغنیه، ۱۳۷۷: ۳/۲۴۸)

اگر دارنده عیب، پیش از آنکه طرف مقابل از حق فسخ استفاده نماید، عیب خود را درمان کند، می‌توان قائل به این امر شد که با وجود عیب، حق فسخ برای طرف مقابل به وجود آمده است و حالت سابق استصحاب می‌شود؛ اما به نظر برخی حقوقدانان با از بین رفتن منشأ ضرر، خیار هم از بین می‌رود و با از بین رفتن ضرر، دوام زناشویی امکان‌پذیر است و مبنای حقوقی برای ثبوت خیار موجود نیست. (مهرپور، ۱۳۹۲: ۲۸۹)

۶- اجرای حق فسخ

فسخ نکاح، تنها با اعلام اراده شخص درخواست‌کننده و بوسیله ارسال اظهارنامه‌ای مبنی بر وجود عیب و فسخ نکاح، صورت می‌گیرد. اگر طرف مقابل منکر وجود عیب شود، خواهان می‌تواند اقدام به تقدیم دادخواست کند. چنانچه دادگاه دلایل خواهان را موجه تشخیص دهد طی حکم اعلامی رأی به فسخ نکاح از تاریخ اظهارنامه می‌دهد و اگر طرف مقابل وجود عیب را بپذیرد، برای ثبت فسخ نکاح در شناسنامه و دفاتر ثبت باز هم می‌بایست به دادگاه مراجعه کرد. طبق ماده ۳۳ قانون ثبت احوال «...فسخ نکاح باید در دفاتر ثبت کل وقایع ثبت شود» اما به ثبت این واقعه در شناسنامه تصریح نشده است. با این وجود، بند ۶ ماده یک «ثبت ازدواج و طلاق و نقل تحولات» آن را از وظایف سازمان ثبت احوال دانسته است و در نتیجه ثبت فسخ نکاح در شناسنامه ضروری است. قانون ثبت احوال در خصوص نیاز به حکم دادگاه برای ثبت فسخ ساکت است، اما به نظر می‌رسد با استناد به ماده ۳۲ همین قانون صرف اقرارنامه رسمی طرفین مورد پذیرش باشد. (همو، همان: ۲۹۰)

۷- آرای محاکم

در این مجال به ذکر رسیدگی‌های محاکم در خصوص فسخ نکاح اشاره می‌شود:

۱. زوجه به خواسته فسخ نکاح به طرفیت همسر خود دادخواست می‌دهد و دادگاه با توجه به نظریه کارشناس منتخب دادگاه و نظریه پزشک قانونی به طور خلاصه چنین نظر می‌دهد: از نظر تمکین به معنای خاص و عام از طرف زوجه مانعی وجود نداشته و زوج به این موضوع اقرار کرده است اما دفاعیات زوجه از موارد و موجبات فسخ نکاح نبوده و به استناد نظریه پزشک قانونی مانعی بر سر راه دخول وجود نداشته و تمکین از قبل نیز از طرف زوجه امکان پذیر بوده است و دعوی زوج مبنی بر فسخ نکاح غیرموجه بوده است.^۱
۲. خواهان (زوج) دادخواستی به خواسته اعاده دادرسی به طرفیت خوانده (همسرش) تقدیم داشته که موضوع آن فسخ نکاح بوده است. رأی دادگاه بصورت خلاصه بدین شرح است: به موجب مقررات ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی انحلال نکاح در عقد دائم یا به فسخ است. در خصوص این پرونده حکم طلاق صادر شده و پس از طی مراحل دادنامه قابلیت اجرا یافته و در دفتر ۶ طلاق حوزه ثبت تهران به مرحله اجرا درآمده است و متعاقب آن زوج تقاضای اعمال ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب را کرده است و دادستان محترم کل کشور خلاف بین شرع بودن آن مردود اعلام کرده است. با توجه به مراتب فوق دعوی فسخ نکاح در شرایط موجود به موجب بند ۲ ماده ۸۴ از قانون آیین دادرسی مدنی اعتبار امر مختومه را داشته و سالبه به انتفاء موضوع بوده و قابل استماع به نظر نمی‌رسد و ثانیاً مواردی که خواهان فسخ نکاح در جلسات و لوائح مفصل و متعدد شرح و توصیف کرده است همان طور که خود ایشان در یکی از لوائحش گفته است گفتن این شرط عدم وقوع این صفت در همسر برای بنده کمی دشوار است، از موارد فسخ نکاح نبوده و مشمول مقررات ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی نمی‌تواند باشد و در مورد ضیق بودن مجرای دخول نیز پزشک محترم قانونی بالصراحه اعلام کرده است در معاینه به عمل آمده از قبل مانعی بر سر راه دخول وجود ندارد که این نظریه اعم از این است که عدم مانع به لحاظ

۱ به تاریخ ۱۳/۰۷/۱۳۸۳، شماره دادنامه: ۱۵۵۳، مرجع رسیدگی: شعبه ۲۳۲ دادگاه خانواده تهران

عدم قرن و یا به لحاظ عدم ضیق مجرای دخول باشد چه اینکه مورد مشمول اعم از هر دو مورد بوده است. علیهذا از این جهت نیز دعوی خواهان موجه به نظر نمی‌رسد و همچنین صرف نظر از مراتب فوق تاریخ عقد زوجین در ۸۰/۰۶/۰۸ بوده و در تاریخ ۱۳۸۱/۰۹/۲۰ زوج دادخواست تمکین داده است و در تاریخ ۸۲/۰۹/۱۹ پس از ۲۷ ماه اقدام به فسخ نکاح کرده است و خیار فسخ به موجب مقررات ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی فوری است و طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند خیار او ساقط می‌شود و خواهان فسخ نکاح در این پرونده فوریت را از دست داده است. لذا از این جهت نیز دعوی مشارالیه قابل استماع به نظر نمی‌رسد. علیهذا استنادا به بند ۲ ماده ۸۴ از قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی دعوی خواهان را مردود اعلام می‌کند.^۱

۳. در خصوص تجدیدنظرخواهی زوج به طرفیت خانم مبنی بر صدور رأی مردودی خواسته فسخ نکاح در رأی آمده است: صرف نظر از اینکه مدعی فسخ نکاح هیچ گونه دلیل موجهی مبنی بر اثبات ادعای خود ابراز نکرده است و نظریه پزشکی قانونی مؤید این موضوع است، به لحاظ اینکه قبلاً توسط حکم قطعی طلاق فسخ و انحلال نکاح تحقق یافته است، لذا رسیدگی به فسخ نکاح و انحلال آن وجاهت قانونی ندارد و با توجه به اینکه ادعای فسخ نکاح فوریت داشته و مدعی آن شرط مذکور را نیز رعایت نکرده است، لذا این دادگاه با عنایت به مراتب فوق تقاضای تجدیدنظرخواهی را بی مورد دانسته و به استناد ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن رد درخواست تجدیدنظرخواهی رأی صادره دادگاه بدوی را تائید می‌نماید.^۲

۸- انتقادات و پیشنهادات پیرامون فسخ نکاح

۱. با وجود تشتت رویه محاکم در پذیرش برخی مصادیق به‌عنوان جنون، تعریف دقیقی از جنون از سوی قانونگذار و یا ارائه ملاکی صریح برای تشخیص آن توسط قانونگذار اجتناب

۱ به تاریخ ۸۷/۱۲/۱۳، شماره دادنامه: ۲۶۰۰، مرجع رسیدگی: شعبه ۲۳۴ دادگاه عمومی خانواده

۲ به تاریخ ۸۸/۰۴/۲۰، شماره دادنامه: ۴۰۰۶۵۲، مرجع رسیدگی: شعبه ۲۴ دادگاه تجدید نظر استان تهران

ناپذیر است. محاکم ایران باید به هنگام صدور احکام حجر، به صراحت نوع حجر را از حیث سفه و جنون، تعیین و تاریخ آغاز آن را تصریح نمایند.

۲. قانون گذار ایران، صرفاً در خصوص امکان طلاق زوجه فرد مجنون از سوی ولی قهری و یا قیم وی، تقریر حکم کرده، اما در برابر امکان طلاق زوجه مجنون از سوی این افراد، موضع سکوت اختیار کرده است؛ با توجه به این که گاه چنین طلاقی ضرورت می‌یابد، پذیرش صریح آن از سوی مقنن ضروری است.

۳. اگر عیوب در گذشته محدود بوده، امروزه با پیدایش بیماری‌های تازه که دانش پزشکی هم به مهلک و کشنده بودن آن‌ها پی برده است، نباید به دیدگاه مشهور تعصب ورزید بلکه باید برای درمان مشکلات راهی جست که اگر این دسته از فقیهان هم خود زنده بودند، چنین می‌کردند.

۴. قضات در محاکم، دعوای فسخ نکاح به استناد عیوبی غیر از موارد احصاء شده در قانون را نمی‌پذیرند؛ هرچند عیب مورد استناد زوج یا زوجه از حیث شدت ضرر و ضرورت جدایی زوجین، از عیوب مذکور در قانون قوی‌تر باشد.

۵. حکم تبعیض‌آمیز قانون مدنی در ماده (۱۱۲۳ ق.م) در رابطه با حق فسخ نکاح به استناد برخی عیوب، علی‌رغم موافقت مفاد آن با فتوی مشهور فقها، جایگاه فقهی قابل قبولی ندارد و باید عیوبی مانند جذام، برص و احیاناً نابینایی و برخی عیوب دیگر را از قبیل عیوب مشترک بین زن و مرد اعلام کرد، چرا که نظریه اخیر از یک سو موافق با روح احکام اسلامی است و از سوی دیگر از پشتوانه قوی فقهی برخوردار است.

نتیجه‌گیری

یکی از راه‌های انحلال نکاح فسخ آن است و به دلیل اینکه خانواده همواره جایگاه ویژه‌ای در نظم عمومی دارد، همه‌خیراتی که در عقود پیش‌بینی شده است در نکاح مطرح نمی‌شود و احکام فقه تسنن نیز در این زمینه تا حدود زیادی با قوانین ایران مشابه است. تخلف از شرط نتیجه به صراحت از موجبات فسخ به شمار نیامده است و قواعدی که در باب انحلال نکاح آمده است باید تفسیر مضیق شوند و از طریق قیاس و استحسان نمی‌توان بر موارد انحلال نکاح افزود. از نظر فقها و حقوقدانان، عیوب ویژه مرد و زن باعث ایجاد حق فسخ می‌گردند. عیوب جنسی مرد عبارت از عنن، خصاء و جب و عیوب جنسی زن قرن، افضاء، اقعاد و نابینایی از هر دو چشم است. مبنای حقوقی حق فسخ در عیوب جنسی، روایات وارد شده از ائمه اطهار و قاعده لاضرر است. انحلال نکاح منحصرأ از طریق راه‌هایی است که قانون بر آن تصریح دارد اما محدود دانستن عیوب به تعدادی مشخص عادلانه به نظر نمی‌رسد. اهل تسنن که احکام را تابع مصالح و مفاسد نمی‌دانند برخلاف تشیع در مواردی به مسائل و موضوعات مطرح زمان خود پرداخته‌اند و به نظر می‌رسد در فقه تشیع خارج کردن عیوب از انحصار آسان‌تر هم بنظر می‌رسد و دلیل و فلسفه وجود عیوب، امکان گسترش موارد فسخ نکاح به علت عیوبی دیگر را امکان‌پذیر می‌داند.

قواعد نظم عمومی در امور خانواده ایجاب می‌کند که موارد انحلال نکاح محدود باشد اما باید پذیرفت عدم سلامت زوجین خود می‌تواند ضرری جبران‌ناپذیر به هرکدام از زوجین وارد نماید. بطور مثال بیماری‌های عصر حاضر همچون ایدز با مشقت و عسرت همراه است و به نظر می‌رسد برای جلوگیری از بروز مشکلات دیگر باید به عیوب زیانبار جدید پرداخت و این امر را در قانون‌گذاری اعمال کرد. در این میان قانون مدنی نیز نتوانسته است راهگشا باشد و بیشتر در حمایت از حقوق مرد سخن گفته است.

• کتاب‌نامه:

الف) منابع فارسی

۱. امامی، حسن، ۱۳۸۹، **حقوق مدنی**، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و هفتم، تهران.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۲، **ترمینولوژی حقوق**، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و سوم، تهران.
۳. حسنی، علیرضا، ۱۳۹۲، **بررسی عیوب مختص زن در فسخ نکاح در فقه امامیه و حقوق ایران**، سایت کانون وکلای دادگستری استان اصفهان.
۴. خمینی، روح‌ا...، ۱۴۰۳ ق، **تحریر الوسیله**، مکتبه‌الاعتقاد، چاپ چهارم، قم.
۵. شهیدی تبریزی، میرفتاح، ۱۳۸۸، **حاشیه مکاسب**، نشر سماء قلم، قم.
۶. صانعی، یوسف، ۱۳۸۶، **مجمع المسائل**، انتشارات میثم تمار، چاپ سوم، تهران.
۷. صفایی، حسین، ۱۳۹۱، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، اشخاص و اموال**، بنیاد حقوقی میزان، چاپ نهم، تهران.
۸. صفایی، حسین، امامی، اسدالله، ۱۳۸۴، **مختصر حقوق خانواده**، نشر میزان، چاپ چهاردهم، تهران.
۹. فرهودی‌نیا، حسن، ۱۳۸۹، **جزوه درسی حقوق خانواده دوره کارشناسی دانشگاه تبریز**، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، گروه حقوق.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۱، **حقوق خانواده**، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، تهران.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۰، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین**، کتابخانه گنج دانش، چاپ نهم، تهران.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱، **قانون مدنی در نظم حقوق کنونی**، نشر میزان، چاپ سی و سوم، تهران.
۱۳. گرجی، ابوالقاسم، صفایی، حسین، عراقی، عزت‌الله، ۱۳۸۴، **بررسی تطبیقی حقوق خانواده**، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
۱۴. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۹، **بررسی فقهی حقوق خانواده؛ نکاح و انحلال آن**، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ شانزدهم، تهران.
۱۵. مطهری، مرتضی، ۱۳۷۲، **نظام حقوقی زن در اسلام**، نشر صدرا، چاپ چهاردهم، تهران.
۱۶. مغنیه، محمد جواد، ۱۳۷۷، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، ترجمه کاظم پورجوادی، موسسه الصادق، چاپ سوم، قم.

۱۷. مهرپور، حسین، ۱۳۹۲، مباحثی از حقوق زن از منظر حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین المللی، انتشارات اطلاعات، چاپ پنجم.
- (ب) منابع عربی
۱۸. حرعاملی، محمدحسن، ۱۴۱۴ ق، وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۱۹. حسینی عاملی، سید محمد جواد، ۱۴۲۴ ق، مفتاح الکرامة، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم.
۲۰. حلی، ابی منصور الحسن بن یوسف، ۱۴۱۳ ق، قواعد الاحکام، مؤسسه النذر الاسلامی، قاهره.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۲ ق، مصباح الاصول، مقرر، حسینی بهسودی، مکتبه الداوری، قم.
۲۲. الصدوق، محمد بن علی، ۱۳۹۴ ق، من لایحضره الفقیه، انتشارات مکتبه الصدوق، بیروت.
۲۳. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۸، جواهر الکلام، دار الکتب الإسلامیة، چاپ هفتم، تهران.