

ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح به دلیل ملزومات حقوقی و اخلاقی خانواده و پدیده‌های جدید عصری

ابوالحسن مجتهد سلیمانی^۱

غفور خوئینی^۲

محمد جلالی نژاد^۳

چکیده

فسخ عقد به دلیل وجود عیوب موجب فسخ در یکی از زوجین و طلاق از اسباب انحلال عقد نکاح به حساب می‌آیند با این تفاوت که مطابق قانون مدنی ایران حق طلاق اختصاص به مرد دارد ولی هر یک از زوجین میتوانند به استناد وجود عیب از حق فسخ نکاح استفاده کنند. قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور در فقه شیعه در مواد ۱۱۲۲ تا ۱۱۳۲ به ذکر پاره‌ای از عیوب پرداخته و وجود هر یک از آنها را در یکی از زوجین سبب حق فسخ طرف مقابل دانسته است. که برخی از عیوب مانند؛ جنون میان زن و مرد مشترک است و برخی دیگر از عیوب نیز به عنوان عیوب اختصاصی معرفی شده است، عنن، خصاء و جب از عیوب مختص مردان به شمار می‌آید و جذام و برص، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم، قرن و افشاء هم از عیوب مختص زنان طبق مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ ق.م تعلق می‌شود. از آنجا که یکی از اسبابی که موجب حق فسخ عقد نکاح می‌شود وجود برخی از عیوب در زوجین است و چنانچه اکثریت فقها و مذاهب اسلامی به آن معتقدند و نصوص قانون مدنی نیز بر آن دلالت دارند هر یک از زن و شوهر می‌توانند از این حق برخوردار باشند و هرگز نمی‌توان مرد یا زن را از این حق محروم ساخت زیرا هدف از اعطای این حق به زوجین، دادن فرصت به آنها برای دفع ضرر از خودشان است که طرفین در این دفع با هم برابر هستند هر چند فقها و نصوص قانون مدنی دایره این بیماری‌ها را

۱. استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه خوارزمی، تهران؛ نویسنده مسئول
Sarsabz313@gmail.com

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه خوارزمی تهران Ghkhoeini@khu.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری فقه و حقوق خصوصی دانشگاه پردیس بین‌الملل خوارزمی تهران.
jalali_5292@yahoo.com

تنگ کرده و این عیوب را به چند عیب خاص محصور کرده‌اند لذا با مطالعه عمیق و جامع نگر در وضعیت موجود جامعه و بروز انواع بیماری‌ها و نواقص حادث شده ناشی از آنها و در عین حال توسعه علوم پزشکی و امکان مداوای یک سری از بیماری‌ها که قبلاً امکان بهبودی آنها وجود نداشت و در عین حال از موارد مصرحه در فسخ نکاح برای زوج یا زوجه تلقی می‌شود و طرح سؤالاتی از سوی صاحب نظران و اندیشمندان فقهی و حقوقی ضرورت بررسی و طرح نظریه‌های جدید را لازم می‌نماید در اینکه آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه حق فسخ وجود دارد یا خیر.

واژگان کلیدی

فسخ نکاح، عیب، حصر، تمثیل، بیماری‌های جدید، بیماری‌های لاعلاج، عیوب منصوص.

طرح مسأله

چالش های جدید به دلیل پیشرفت و تحولات علم پزشکی و پیدایش بیماری های نوپیدا (جدید)

همه می دانیم در عصر ما بیماری هایی خطرناک پیدا و شناخته شده اند که شاید هم ردیف برص و جذام یا خطرناک تر از آنها باشند مانند ایدز، اختلال واژینیسموس، لوپوس، سفلیس، MS و ... که به اختصار در خصوص این بیماری ها می پردازیم.

۲- (بیماری ایدز)

ایدز چیست نام بیماری ایدز (AIDS) از حروف اول کلمات Acquired Immun, Defieichcy Syndrome گرفته شده است. و به معنای نقص ایمنی اکتسابی است یک سیستم دفاعی زیان دیده و معیوب نه تنها به وسیله ویروس اچ - آی - وی که در مرحله نخست به آن حمله ور شده، آسیب دیده است بلکه با عفونت های دیگر مورد حمله قرار می گیرد این سیستم دفاعی آسیب دیده دیگر توانایی و قدرتی برای مقابله و کشتن ویروس هایی که تا پیش از این مزاحمتی برایش نداشتند را ندارد.

ویروس اچ، آی، وی دفاع بدن را روز به روز کاهش می دهد تا حدی که هر میکروبی حتی میکروب های بسیار ضعیف هم فرصت پیدا می کنند که بدن را به شدت بیمار کنند همچنان که زمان می گذرد، شخصی که به ویروس اچ ای وی آلوده شده است نسبت به پیش بیشتر و بیشتر به بیماری مبتلا می شود معمولاً چندین سال پس از آلودگی و ورود ویروس به بدن، آنها مبتلا به بیماری های خاص ناشناخته و عجیب متعددی می شوند. این مرحله ای است که به آن می گویند کسی به ایدز دچار شده است وقتی که شخص به بیماری های وخیم خطرناک جدی دچار می شود و یا زمانی که تعداد سلول های دفاعی در بدن شخص آلوده زیر میزان مشخصی به شدت افت کرده باشد بر اساس نتایج به دست آمده از تحقیقات گوناگون از زمان دریافت آلودگی (ورود ویروس اچ. آی. وی) به بدن تا دچار شدن به بیماری ایدز (از کار افتادن سیستم دفاعی بدن) بدون دسترسی به یک درمان دارویی علیه ویروس اچ. آی. وی معمولاً یک دوره زمانی میان شش تا هشت سال به درازا می کشد این دوره می تواند بدون نشانه باشد و تازه پس از این زمان نشانه بیماری ظاهر گشته شخص به بیماری ایدز دچار می شود. هنوز هیچ درمان قطعی برای اچ. آی. وی وجود ندارد و تنها راه برای سالم ماندن این است که آلوده نشویم، پیش گیری، تنها درمان ایدز است.

شایع ترین راه سرایت، تماس جنسی است. ویروس ممکن است از فرد آلوده به شریک جنسی اش (مرد به زن، زن به مرد و یا دهانی با فرد آلوده) منتقل شود. سرایت از زن به زن هم

در شرایطی امکان دارد، آلودگی از طریق تماس جنسی ۸۰٪ کل موارد را شامل می‌شود. وجود بیماری‌های مقاربتی مانند سوزاک، سفلیس و نیز زخم‌های دستگاه تناسلی، خطر آلودگی را چندین برابر خواهد کرد زنان بیشتر در معرض خطر آلودگی به وسیله شریک زندگی خود قرار دارند زیرا احتمال انتقال از مرد به زن بیشتر از زن به مرد است.^۱

۳-۱ بیماری اختلال واژینیسموس

اختلال واژینیسموس که در اثر تحریکات بیرونی موجب انقباض عضلات تحتانی و انسداد مجرای فرج در زنان می‌شود همان آثاری را دارد که بیماری‌هایی چون رتق، عفل و قرن دارند و موجب اختلال در رابطه زناشویی می‌شود.

۴-۱ بیماری لوپوس

بیماری لوپوس موجب اختلال در سیستم ایمنی بدن می‌باشد در این بیماری سلول‌های ایمنی به بافت‌های سالم بدن حمله می‌کنند موجب التهاب و تخریب بافت بدن می‌گردند.

۵-۱ بیماری سفلیس

بیماری سفلیس که بیماری باکتریایی است و در دو شکل جنسی (بیماری‌های آمیزشی) و غیرجنسی انتشار می‌یابد. این بیماری در اثر تماس مستقیم با پوست عفونی و از طریق خون آلوده منتقل می‌شود این بیماری در صورت درمان نشدن می‌تواند سبب زمین‌گیر شدن افراد یا مرگ آنها شود.

۶-۱ بیماری MS

یک بیماری دستگاه عصبی حرکتی بوده و در این بیماری پوشش محافظ اعصابی که در داخل و اطراف مغز نخاع قرار دارند تخریب می‌شود که این باعث ایجاد طیف گسترده‌ای از علائم مثل از دست دادن کنترل عضلات تا اختلالات بینایی می‌شود این بیماری در زنان شایع‌تر از مردان می‌باشد.

لذا در برابر این گونه بیماری‌ها چه موضعی باید بگیریم؟ با توجه به اینکه بیماری‌های دیگری غیر از بیماری‌هایی که در فقه ذکر شده از قبیل بیماری‌های فوق‌الذکر نیز وجود دارد که باعث اختلال در امر زناشویی می‌شود، از این رو این پرسش به طور جدی مطرح می‌شود که آیا می‌توان با توجه به وجود امراض خطرناک و مسری، با الغای خصوصیت از عیوب منصوبه حق فسخ را در مورد بیماری‌های جدید اعمال کرد؟ یا به عبارت دیگر، آیا حق به هم‌زدن ازدواج، محدود به عیب‌ها و بیماری‌هایی است که در روایت مطرح شده یا آنچه در روایت آمده

۱. جمشیدی، اسدالله، ۱۳۸۸، گسست نکاح (تأملی دوباره درباره علل انحلال پیمان زناشویی، قم: انتشارات مؤسسه آموزش و پژوهشی امام خمینی (ره)، ص ۱۲۷-۱۲۸.

تنها بیان مصداق است و فقیهان مؤلف اند با شناسایی همه جانبه نمونه های مطرح در روایات موارد دیگر را شناسایی و در برطرف نمودن مشکلات زندگی زناشویی اقدام کنند.

بنابراین اگر مقصود این باشد از مبنای لاضرر درباره پیدایش حق فسخ در مورد عیوب منصوصه دفاع کرد چه بسا ضرر بیماری های جدید مانند: ایدز، هپاتیت، سفلیس، سرطان، MS و ... بیش از آن عیوبی است که در قوانین و شرع مقدس آمده است.

بنابراین در اینکه آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا خیر؟ میان فقها اختلاف است.

برخی فقیهان امکان فسخ نکاح در امراض مسری به غیر از عیوب منصوصه را منتفی دانسته به اصل لزوم استناد کرده اند و در پاسخ افرادی که می گویند حق فسخ در جذام که بیماری مسری است وجود دارد پس در عیوب جدیدی که مسری باشد نیز می آید، می گویند این مسئله قیاس است که در مذهب امامیه مردود است این عده راه حل مشکل را در رجوع به حاکم می دانند تا بر اساس نظر وی عمل شود. که در این خصوص موسوی سبزواری در مذهب الاحکام می فرماید: الامراض المعدیه لا توجب الخیار و ان کانت خطرہ للاصل بعد حصر موجبات الخیار فی غیر ذلک، نعم لابد من الرجوع فی مثل ذلک الی الحاکم الشرعی فی الفصل و الحکم بینهما بما یقتضی نظره^۱.

صاحب ریاض در مقام رد استدلال شهید ثانی به اشتراک برص و جذام در زن و مرد مبنی بر مسری بودن آنها می فرماید: «و فیه مع ذلک استلزامه طرد الحکم فی کل مرض معدولا اراه یلتزمه^۲» اگر بنا باشد بر اساس اینکه اینها از عیوب مسری اند، قائل به اشتراک برص و جذام بشویم لازمه اش این است که این کلام را در تمام امراض مسری بزنیم که به نظر نمی رسد خود شهید ثانی به آن ملتزم باشد. و همین سیاق را می توان در کلام شیخ انصاری ناظر به استدلال شهید ثانی دید که می فرماید: مضافاً الی أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجمیع الامراض المعدیه^۳.

برخی از فقیهان به عدم امکان تسری از عیوب منصوصه نظر دارند. امری که با اصاله اللزوم در عقود به ویژه در عقد نکاح و اهتمام شارع مقدس بر حفظ و حراست از کیان خانواده همسو است و در آرای شعب دیوان عالی کشور نیز آمده است^۴.

۱. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، ۱۴۱۷، مذهب الاحکام، قم: مؤسسه الهادی، ج ۲۵، ص ۱۲۳.

۲. طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۱۸، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البیت، ج ۷، ص ۳۷۹.

۳. انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ص ۴۳۳.

۴. حسینی، سیدمحمدرضاء، ۱۳۷۹، قانون مدنی در رویه قضایی، تهران: مجد، ص ۲۹۱.

بنابراین آنچه که گفته شد مبنی بر این ادعا که فقیهان در عیب‌های مربوط به ازدواج تنها به نصوص خاص توجه داشته‌اند و هرگز به ملاکات احکام یا اولویت عرفی یا لاضرر عنایتی نداشته‌اند، با واقعیت منطبق نیست.

شاید پیروان این مسلک بگویند بیماری‌های نوظهور برای مرد به دلیل برخورداری از حق طلاق مشکلی ایجاد نمی‌کند، و مشکل زن را نیز می‌توان با طلاق حل کرد «که نظیر این سخن را شیخ انصاری در پاسخ کسانی که به استناد ضرری بودن جذام برای زن به مشترک بودن این عیب نظر داده‌اند گفته است».

اولاً؛ باید توجه داشت که شریعت با عنایت به وجود چنین راهکاری (مشروعیت طلاق و طلاق قضایی) اقدام به جعل حق به هم زدن ازدواج در موارد خاص نموده است یعنی با اینکه مرد از حق طلاق برخوردار بوده و زن نیز با مراجعه به حاکم و ... می‌توانست اجازه طلاق بگیرد قانون‌گذار حق به هم زدن ازدواج را وضع کرده است، این خود نشان دهنده آن است که به کار گرفتن طلاق در این موارد با نظر شریعت سازگاری ندارد و گرنه راه کاری جدید ارائه نمی‌کرد. افزون بر این باید توجه داشت که به کار گرفتن طلاق به ویژه طلاق قضایی با تبعات متعددی همچون پرداخت مهریه برای مرد، نگه داشتن عده برای زن، حضور دو گواه عادل در جلسه طلاق، حق رجوع مرد و مقدمات و مؤخرات دیگر همراه است و تحمیل این عوارض بر زن و مرد چه بسا موجب زیان‌های جبران‌ناپذیری گردد. توصیه این راه‌حل بدون مجوز روشن شرعی بی دلیل است. از این رو این راه‌کار موجه به نظر نمی‌رسد. افزون بر اینکه شاید برخی فقیهان مشروعیت طلاق قضایی را نپذیرند در این صورت باید بگوئیم مرد می‌تواند از حق طلاق استفاده کند و زن باید با این زندگی بسازد برخی از فقیهان معاصر بدون ارائه راه حلی کلی، مشکل این زندگی را به حاکم شرع مربوط دانسته که ظاهراً باید با رأی موردی خویش عمل نماید^۱.

افزون بر اینکه این بدان معناست که احکام شرع که باید همیشه جریان داشته باشد، در یک مقطع عمرش به پایان برسد و در واقع این حکم مخصوص زمانی باشد که به علل گوناگون برص و جذام رواج داشت یا بیماری‌هایی که در گذشته درمان‌پذیر نبوده و امروز به راحتی درمان‌پذیر است.

افزون بر آنچه گفته شد دلالت روایات وارد در این موضوع بر محدود بودن عیب‌ها نیز قابل تأمل است، زیرا این پرسش قابل مطرح است که آیا حصر وارد در آنها حصری حقیقی است

۱. موسوی سبزواری، سیدعبدالعلی، ۱۴۱۷، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار، ج ۲۵، ص ۱۲۳.

که به استناد آن بتوان موضوع حکم را تنها در موارد یاد شده منحصر ساخت یا خیر؟ لازم است متن برخی از نصوص ذکر شود تا از این زاویه مورد تحلیل قرار گیرد.

عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءٌ وَ لَمْ يُبَيِّنُوا لَهُ قَالَ لَا تُرَدُّ وَ قَالَ: إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ الْعَقْلِ أَيْنَ رَوَيْتَ كَمَا أَنَّ شَيْخَ طُوسِي قَطْعَةُ پَايَانِي أَن رَا مُسْتَقْلًا نِيْز نَقْل كَرْدَه اَسْت دَر كِتَاب كَافِي^۱ بَدُون وَاژَه اِنَّمَا رَوَايْت شَدَه اَسْت بَا نَظَر بَه اَيْنَكِه مَرْحُوم كَلِينِي مَعْمُولًا دَر نَقْل رَوَايْت دَقِيْق تَر اَز دِيْگَر مَحْدَثَانِ مَتُون رَوَايِي رَا نَقْل كَرْدَه اَسْت، نَمِي تَوَان مَطْمئن بُوَد كِه اَدَات حَصْر دَر سَخْن اِمَام (ع) نِيْز بُوَدَه اَسْت. اَز جِهْت دِيْگَر نِهْر دَاخْتَن بَه عِيْب هَاي دِيْگَر دَر اَيْن سَخْن نِيْز شَايْد نَاشِي اَز شَرَايِط حَاكِم بَر جِلْسَه وَ پَرَسَش وَ پَاسَخ وَ مَسَائِل تَأْثِيْر كَزَار دِيْگَرِي اَسْت كِه بَر مَا پَنَهَان اَسْت. اَفزُودَن بَر خِي بِيْمَارِي هَا دَر رَوَايْت هَاي دِيْگَر دَلِيْل عَدَم اِنْحِصَار عَوَامِل بَه هِم زَدَن اَز دَوَاج بَه بِيْمَارِي نَام بَرْدَه شَدَه دَر رَوَايْت بَا لَاسْت وَ نَشَان مِي دَهْد كِه بَر فَرَض قَبُول نَقْل شَيْخ طُوسِي، حَصْر دَارْد دَر اَن رَوَايْت، نَافِي بِيْمَارِي هَايِي اَسْت كِه دَر نَظَر پَرَسَش كُنْنَدَه مَوْجِب بَه هِم زَدَن اَز دَوَاج مِي شَد يَا نَظَر بَه مَسَائِلِي اَز اَيْن دَسْت اَسْت نَه اَنَكِه عَوَامِل بَه هِم زَدَن اَز دَوَاج رَا مَحْدُود كُنْد.

هَمِيْن نَكْتَه دَر بَارَه اَيْن رَوَايْت: عَنِ ابِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ اَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا نِيْز جَرِيَان دَارْد. اَز اَيْن رُو نَايِنَايِي «عَرَج» وَ بَر خِي بِيْمَارِي هَاي دِيْگَر بَه عَوَامِل فُوق اَفزُودَه شَدَه وَ اَز جَمْلَه عَوَامِل بَه هِم زَدَن اَز دَوَاج شَمْرْدَه شَدَه اَسْت.^۲

مَمَكِن اَسْت كَفْتَه شُود كِه حَصْر مُسْتَفَاد اَز اَيْن رَوَايَات بَه مَقْدَار دَلَالْت رَوَايَات دِيْگَر اَز بِيْن مِي رُود وَ نَسْبِت بَه عِيْب هَاي دِيْگَر دَلَالْت بَر حَصْر مِي كُنْد اَز اَيْن رُو عِيُوب مَحْدُود بَه مَوَارِدِي اَسْت كِه دَر رَوَايَات بَاب عِيْب هَاي اَز دَوَاج يَاد شَدَه اَسْت. اَمَّا بَايْد تَوَجِه دَاشْت كِه بَا مَخْدُوش شَدَن ظَهُور اَوْلِيَه اَدَات حَصْر، اِنْعَقَاد ظَهُورِي دِيْگَر بَرَاي اَن، مَحَل تَأْمَل اَسْت. دَر نَاحِيَه عِيْب هَاي مَرْدَان نِيْز دَلِيْلِي بَر حَصْر نَدَارِيْم. بِنَابَر اَيْن بَه اَسْتِنَاد اَدَات حَصْر دَر رَوَايْت نَمِي تَوَانِيْم عِيْب هَا رَا مَحْدُود بَه تَعْدَاد خَاصِي كُنِيْم. اَز مَطْرَح نَشَدَن بِيْمَارِي هَا وَ عِيْب هَاي دِيْگَر نِيْز نَمِي تَوَان اِنْحِصَار رَا فَهْمِيْد زِيْرَا شَايْد مَطْرَح نَشَدَن عِيْب هَاي دِيْگَر نَاشِي اَز نَاشِنَاخْتَه بُوَدَن كَمِي مَوَارِد اِبْتِلَاء، مَوْرِد اِبْتِلَاء نَبُودَن وَ عُلِّي دِيْگَر بَاشْد. عِيْب هَايِي مَانْد «مَقْطُوع الْاَلَه بُوَدَن»، «رَتَق» وَ ... بُوَدَه اَنْد وَلِي دَر رَوَايْت مَطْرَح نَشَدَه اَنْد اَمَّا بَسِيَارِي اَز فَقِيْهَان اَيْن مَوَارِد رَا بَه مَوَارِد كَفْتَه شَدَه دَر رَوَايْت اَفزُودَه

۱. كَلِينِي، مَحْمَد بِن يَعْقُوب، ۱۳۶۷، الكافي، تهرآن: دارالكتب الاسلاميه، ج ۵، ص ۴۰۶.

۲. جَمَشِيْدِي، اَسْدَالَه، ۱۳۸۸، گسست نکاح (تأملی دوباره درباره علل انحلال پیمان زناشویی، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ص ۱۳۳-۱۳۵.

اند بنابراین حصر از روایت استفاده نمی‌شود.

افزون بر اینکه محروم ساختن مرد از حق به هم زدن ازدواج و ملزم ساختن او به طلاق با توجه به تعهدات و پیامدهایی که طلاق برای مرد به دنبال دارد بر چه اساسی صورت می‌گیرد؟ و این خود خلاف احتیاط است. این نکته درباره زن و محروم ساختن وی از حق به هم زدن ازدواج نیز جریان دارد.^۱

برخی از محققان از جمله جناتی محمد ابراهیم در دروس فی الفقه المقارن می‌گویند و اما اهتمام الفقهاء بالعیوب المذكوره فلم تکن لأجل خصوصیه فیها بل کان اهتمامهم بهالأجل عدم قابلیتها للعلاج فی الأزمنه الأخيره^۲ توجه فقیهان به عیب‌هایی که در کتاب‌های فقهی نام برده می‌شود ناشی از درمان ناپذیر بودن آن بیماری‌ها در زمان‌های گذشته است و خصوصیتی در مورد آنها مدنظر نیست. لازمه این سخن، جریان حکم به هم زدن ازدواج به سبب بیماری‌های درمان ناپذیر جدید است.

۲- نظریه محدود نبودن عیب‌ها به موارد یاد شده در روایات

برخی از صاحب نظران عرصه فقهت بر این باورند که عیب‌هایی که به هم زنده ازدواج است، تنها به مواردی که در نصوص روایی آمده محدود نمی‌شود، بلکه در شرایطی شامل عیب‌های نو پدید (جدید) نیز می‌شود. ایشان راه کارهای متفاوتی را برای استنباط این مطلب بیان داشته‌اند.

صاحب این نظریه پیش از اینکه به روایات موضوع مورد بحث بپردازد می‌گوید لازم است از قاعده‌ای کلی بحث شود که به هنگام تردید در اینکه فلان عیب به هم زنده ازدواج است یا نه، به آن قاعده رجوع می‌گردد. ایشان می‌فرماید: بی تردید مقتضای اصل عملی به هنگام شک در از بین رفتن ازدواج به سبب عیب، استصحاب بقای رابطه زوجیت است. مقتضای اصل لفظی استفاده شده از آیه «أوفوا بالعقود...» هم لزوم عقد و از بین نرفتن آن است. پس از مشخص شدن اصل اولی، سخن در این است که آیا اصلی لفظی وجود دارد که بر اصل عملی حاکم و بر اطلاق «أوفوا بالعقود» پیشی گیرد، تا بدون آنکه در مورد هر عیبی نیاز به نص خاص باشد، حق به هم زدن ازدواج را ثابت نماید؟ ایشان برای این امر دو اصل لفظی: قاعده تدلیس و لاضرر را معرفی می‌کند. درباره قاعده نخست اشکال کرده و آن را ناتمام می‌داند.^۳

۱. همان.

۲. جمشیدی، اسدالله، ۱۳۸۸، گسست نکاح (تأملی دوباره درباره علل انحلال پیمان زناشویی، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ص ۱۳۶-۱۳۷.

۳. همان.

در اثبات حق بر هم زدن ازدواج به سبب دلیل لاضرر می فرماید: تمسک به قاعده لاضرر یا به این اعتبار است که صبر کردن بر عیب یکی از زوجین برای زوج دیگر زیان به شمار می آید و یا به این اعتبار است که حق به هم زدن ازدواج در چنین مواردی حق عقلایی به شمار می رود و انکار آن موجب ضرر عقلایی بر یکی از دو طرف می باشد.^۱

نتیجه این اصل لفظی که به تعبیر ایشان حاکم بر اصل عملی استصحاب و مقدم بر اصل لفظی افوا بالعقود است. این است که اگر عقد ازدواج با پیامدی همراه باشد که عرف آن را زیان بشمارد از عقد لازم به عقدی جایز تنزل می کند و این در هر عیبی که عرف آن را عیب بداند جریان می یابد.

لکن روایات باب عیوب که عیب های خاص را مطرح می کند اخص از دلیل لاضرر است، یعنی دلالت می کند که شرع زیان ناشی از برخی عیب ها را موجب به هم زدن ازدواج دانسته و چنین نیست که هر زبانی در عقد ازدواج موجب به هم زدن ازدواج گردد و به همین دلیل مقدم بر دلیل لاضرر است. اگر زبانی از ناحیه عیبی مطرح شد و شک کردیم که این زیان موجب به هم زدن ازدواج می شود یا نه، به انحصار مستفاد از ادله عیب ها تمسک کرده و موجب به هم زدن آن را نفی می کنیم ایشان می فرماید: روایاتی که به هم زدن ازدواج ناشی از عیب را در عیب های مخصوصی منحصر می کنند، اخص از قاعده لاضررند و مقدم بر آن می باشند، به همین دلیل، قاعده دگرگون می شود و اصل اولی در غیر از عیب هایی که در ادله فسخ ذکر شده، باعث لزوم ازدواج می گردد.

پس هرگاه در عیبی غیر از آنچه در روایات آمده است حق به هم زدن ازدواج با نص دیگری ثابت می شود این دلیل، اطلاق روایت منحصر کننده عیب ها را قید می زند و اگر دلیل مزبور تمام نبوده و در مسئله تردید شود به اطلاق روایت منحصر کننده عیب ها تمسک نموده و به وسیله آن حق به هم زدن ازدواج را نفی می کنیم.^۲

ایشان در ادامه روایاتی را که بر انحصار عیب ها دلالت می کنند مورد بحث قرار می دهد و چنین نتیجه گیری می کند:

روایت محصور کننده عیب ها، که اطلاق قاعده لاضرر را تقیید می زنند، در عیب های زن وارد شده اند نه عیب های مرد و از اطلاق حق به هم زدن ازدواج از سوی زن نمی توان به اطلاق حق به هم زدن ازدواج از سوی مرد در خصوص عیب های زن تجاوز کرد، چون احتمال دارد این دو با یکدیگر فرق داشته باشند گرچه به این دلیل که مرد در هر حال حق طلاق دارد.

۱. حائری، سیدکاظم، عیوب موجب فسخ نکاح، فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۱، ص ۱۳.

۲. همان، ص ۲۱-۲۲.

اگر به اطلاق حق به هم زدن ازدواج از سوی زن فتوا ندهیم و بر این باور باشیم که به دلیل این قول معصوم «إنما یرد النکاح» حق به هم زدن ازدواج چه از سوی مرد و چه از سوی زن به عیب‌های ویژه ای محدود است، آنگاه می‌گوییم: در عیب‌های مشترک میان زن و مرد، هرگاه به دلیل نصی خاص حق فسخ برای مرد ثابت شود، این حکم را در مورد زن نیز تعمیم می‌دهیم، به این دلیل که عرفاً میان این دو فرقی نیست، یا اینکه نبوت حق فسخ برای زن اولویت دارد. همان‌گونه که در عیب مختص زن مانند: قرن حق فسخ برای مرد ثابت است در عیب ویژه مرد مانند: عنن نیز حق فسخ برای زن ثابت می‌شود. تمام آنچه در عیب‌های به هم زننده ازدواج گفته شد مقتضای قاعده درباره عیب‌های پیش از عقد یا مقارن با آن بود اما اگر عیب‌ها پس از عقد پدید آیند برای اثبات حق به هم زدن ازدواج نمی‌توان به روایات تدلیس و به قاعده لاضرر استناد کرد^۱ ایشان درباره کشش دلیل لاضرر می‌فرماید: اگر دلیل سوم (لاضرر) تمام باشد این دلیل در مورد همه عیب‌ها، حتی عیب‌هایی مانند ایدز که امروز پیدا شده نیز جاری است.^۲

برخی دیگر از صاحب نظران بیماری‌های مطرح در روایات را نمونه‌های برجسته‌ای دانسته‌اند که موجب به هم زدن ازدواج می‌شوند.^۳

برخی دیگر نیز گفته‌اند:

به شهادت اهل فن در مقایسه بیماری جذام و برص با برخی بیماری‌های مهلک عصر کنونی این دو بیماری دارای خطر کمتری هستند و اساساً تفاوت در آثار مترتب به رغم شدت و ضعف قابل توجهی نمی‌باشد و ارائه این نظر که تنها جذام و برص موجب به هم زدن ازدواج است و لا غیر در محافل علمی مورد تردید قرار می‌گیرد بنابراین به نظر می‌رسد جذام و یا برص موضوعیت ندارد و هر بیماری مسری که موجب خطر برای دیگری بشود مانند: ایدز، موجب به هم زدن ازدواج می‌گردد.^۴

تأمل در روایات نشان دهنده آن است که شریعت در موضوع عیوب موجب فسخ نکاح در صدد از بین بردن زیان از شخص مقابل است نه به دنبال تأمین مصلحتی تعبدی، به همین دلیل است که در روایات، به هم زدن ازدواج یا ابقای آن به اراده زن یا مرد گره خورده است مثلاً در

۱. همان، ص ۲۱-۲۲.

۲. همان، ص ۴۳.

۳. صادق تهرانی، محمد، ۱۴۱۲، تبصره الفقهاء، فرهنگ اسلامی، ج ۲، ص ۱۴۲.

۴. موسوی بجنوردی، محمدکاظم، ۱۳۸۳، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی مجموعه دوم، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، ص ۱۹۷-۱۹۸.

روایت آمده است *فَإِنْ شَاءَ بَعْدُ امْسَكْهَا وَإِنْ شَاءَ سَرَّحَهَا إِلَى أَهْلِهَا*^۱ اینکه مرد متوجه عیب شد اگر خواست زن را نگه می‌دارد و اگر خواست او را به خانواده اش می‌فرستد. و در روایت دیگر نیز آمده است: *سُئِلَ أَبُو إِبْرَاهِيمَ (ع) عَنْ امْرَأَةٍ يَكُونُ لَهَا زَوْجٌ قَدْ أُصِيبَ فِي عَقْلِهِ بَعْدَ مَا تَزَوَّجَهَا أَوْ عَرَّضَ لَهُ جُنُونٌ قَالَ لَهَا: أَنْ تَنْزِعَ نَفْسَهَا مِنْهُ إِنْ شَاءَتْ؛* از امام موسی بن جعفر (ع) درباره زنی که همسرش پس از آمیزش با او به اختلالات عقلی دچار شده یا دچار دیوانگی شد پرسیده شد فرمود اختیار با زن است اگر بخواهد، می‌تواند خود را از او جدا کند.

در روایت دیگر آمده است: *فَإِنْ أَحَبَّتْ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ فَلْتُقِيمِ*^۲ پس اگر زن دوست داشت با او بایستد پس بایستد.

و موارد دیگر، همین نکته به تبع روایات در کلمات اصحاب نیز بازتاب یافته است. اگر واقعاً در ورای این احکام مصلحتی تبعیدی موردنظر بود، مشروط ساختن آن به خواست فرد ذی نفع دلیل روشنی ندارد. بله چون پای بند ساختن همسران به چنین ازدواجی پیامدهای ناگواری دارد. شریعت برای رعایت حال طرف دیگر الزام خود را برداشته است. حال اگر زن یا مرد به علل گوناگون به چنین ازدواجی راضی هستند شریعت با دوام آن مخالفتی ندارد، زیرا ممکن است برخی انگیزه‌ها و مصالح شخصی چنین ازدواجی را برای برخی قابل تحمل کند بنابراین حکم به هم زدن ازدواج در عیب‌های خاص امری تبعیدی نبوده (آیت الله زنجانی نیز در درس خارج کتاب النکاح درس ۷۴۵ می‌فرماید: مسئله فسخ به عیوب امری تبعیدی محض مانند اذکار نماز و مانند آن نیست بلکه جنبه‌های عرفی و مناسبات عرفیه در آن بسیار مورد ملاحظه قرار گرفته است.^۳

و تنها به منظور تأمین مصالح شخصی افراد وضع شده است و عیب‌های مطرح در روایات نیز عیب‌هایی است که در زمان صدور آن روایت‌ها مصالح افراد را به مخاطره می‌انداخت.

بر این اساس می‌توان گفت بیماری‌ها و عیب‌های موجب فسخ نکاح منحصر در موارد مطرح در روایات نیست، و این موارد نمونه‌هایی است که در آن زمان مطرح بوده و با شناسایی ویژگی‌های موجود در این نمونه‌ها می‌توان راه را برای جریان حکم جواز به فسخ نکاح به سبب برخی بیماری‌های نو پیدا (جدید) هموار کرد.

البته در خصوص بیماری‌های نو پیدا از جمله ایدز تعداد معدودی از فقها به تفصیل درباره

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۲، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البتت الاحیاء و التراث، ج ۲۱، کتاب النکاح، باب ۳ از ابواب العیوب و التدلّیس، ص ۲۱۵.

۲. همان، باب ۱۲ از ابواب العیوب و التدلّیس، ص ۲۲۵.

۳. همان، باب ۱۴ از ابواب العیوب و التدلّیس، ص ۲۲۹.

۴. جمشیدی، اسدالله، ۱۳۸۸، گسست نکاح (تأملی دوباره درباره علل انحلال پیمان زناشویی، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، ص ۱۴۲-۱۴۳.

امکان حق فسخ در صورت ابتلای یکی از زوجین به «ایدز» به بحث و بررسی پرداخته اند^۱ و معتقدند در این باره به دلیل قاعده‌لاضرر که در برخی از روایات به آن استدلال شده است حق فسخ وجود دارد همچنان که قاعده لاجرح نیز قابل استفاده است.^۲

چه ضرری بالاتر از ابتلای مرد به ایدز است؟ نهایت مطلبی که در این باره می‌توان گفت اینکه حاکم شرع بر حسب احتیاط، مرد را به طلاق امر کند و در صورت امتناع از طلاق، خود زن نکاح را فسخ کند و حاکم نیز از باب ولایت احتیاطاً وی را طلاق دهد این عده حتی تا آنجا پیش رفته اند که گرویدن مشهور فقهای امامیه به عدم وجود خیار فسخ در امراض مسری را منکر شده اند، زیرا اولاً؛ اصل این مسئله ثابت نیست، چون بسیاری از تألیفات فقهاء به دست ما نرسیده است. ثانیاً؛ ضرر امراض مسری برای مردم و فقهاء روشن نبوده است. ثالثاً؛ گرایش مشهور فقهاء به عدم وجود خیار فسخ در امراض مسری، قانع از آن نیست که ما از روی دلیل فتوا برخلاف مشهور بدهیم و دلیل نیز دو قاعده «نفی حرج» و «نفی ضرر» است.

که لزوم عقد نکاح در ارتباط با زن را بر می‌دارند. در ارتباط با این سخن صاحب جواهر مبنی بر اینکه می‌توانیم از راه وجوب تجنب و پرهیز مقاربت زن و مرد از ضرر دوری کنیم^۳ فرموده اند این مطلب ضعیف است زیرا در وجوب تجنب زوجین از یکدیگر حرج شدیدی نهفته است و چه فایده‌ای دنبال این ازدواجی که فاقد سکون و مودت و رحمت است وجود دارد. حال مطلب را به این صورت طرح می‌کنیم که در صورتی که شخصی بدون اینکه بداند با فردی که دچار بیماری مسری مثلاً ایدز است ازدواج کند و بعد از ازدواج به این امر پی ببرد آیا برای وی حق فسخ وجود خواهد داشت؟

باید گفت، در صورت ابتلای زن به ایدز، اینکه برای مرد حق فسخ باشد مشکل است، زیرا آنچه از روایات استفاده می‌شود، این است که عیوب موجود در زن که برای مرد حق فسخ می‌آورد، در آنچه در روایات باب آمده است، منحصر است؛ مثلاً می‌توان به صحیح حلبی اشاره کرد: «عن ابی عبدالله (ع): انه قال فی رجل یتزوج الی قوم فاذا امرأته عوراء و لم یبینوا له، قال لا ترد، انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، قلت أرأیت ان کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من فرجها و یغرم ولیها الذی انکحها مثل ما ساق البیها»^۴

۱. جواهری، حسن، ۱۳۷۹، بحوث فی الفقه المعاصر، قم: نشر آفتاب، ج ۲، ص ۴۰۱.

۲. محسنی، محمد آصف (ربی تا)، الفقه و المسائل الطبیه، قم: یاران، ص ۳۰۴.

۳. نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۱، جواهرالکلام، تهران: مکتبه الاسلامیه، ج ۳۰، ص ۳۳۰.

۴. حر عاملی، محمدحسین، ۱۴۰۹، وسایل الشیعه، قم: آل البیت (ع)، ج ۱۴، ص ۵۹۴.

ملاحظه می شود که راوی از امام (ع) می پرسد: در صورتی که ظاهر شود، زن یک چشم بوده، آیا مرد حق فسخ دارد؟ امام (ع) در جواب می فرماید: خیر فقط {آنما در ادبیات عرب، مفید حصر است} ازدواج را می توان به واسطه برص، جذام، جنون و عفل فسخ کرد و عیوب مستحده از آن دسته نیست. البته روشن است که مرد اختیار طلاق دادن زن را دارد ولی درباره زن و اینکه آیا در صورت ابتلای مرد به ایدز وی از حق فسخ برخوردار است یا خیر؟ باید گفت بعید نیست اینکه گفته شود برای وی حق فسخ وجود دارد به جهت قاعده لاضرر که در برخی روایات به آن استدلال شده است چنانچه قاعده لاضرر نیز در مقام قابل استفاده است.^۱

برخی فقها بر این باورند که حتی اگر نتوان برای زن از راه استدلال به آیات و قواعد نفی ضرر و حرج و نفی عسر، حق فسخ را اثبات کرد، می توان از راه تدلیس برای زن حق فسخ قائل شد، با این بیان که اگر زن از حال خواستگار مبتلا به ایدز آگاهی داشت و با توجه به ابتلای وی به مرض مهلکی مانند ایدز هرگز به ازدواج با وی تن نمی داد سکوت مرد از طرح بیماری اش با اینکه بنای مردم بر اصاله الصحه است و غفلت زن از احتمال بیماری مرد می تواند مصداق «تدلیس» قرار گیرد، هر چند سلامت از امثال این امراض در متن عقد، به صراحت شرط نشده باشد، ولی سلامت از چنین امراضی از چیزهایی است که زن و مرد بنای بر آن می گذارند و عقد را بر آن اساس اجرا می کنند و ظاهراً میان شرطی که صریحاً در عقد ذکر شود با شرطی که طرفین بنای بر آن می گذارند، فرقی نیست.^۲

۳- ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح

از آنجا که یکی از اسبابی که موجب حق فسخ عقد نکاح می شود وجود برخی از عیوب در زوجین است و چنانچه اکثریت فقها و مذاهب اسلامی به آن معتقدند و نصوص قانون مدنی نیز بر آن دلالت دارند هر یک از زن و شوهر می توانند از این حق برخوردار باشند و هرگز نمی توان مرد یا زن را از این حق محروم ساخت زیرا هدف از اعطای این حق به زوجین، دادن فرصت به آنها برای دفع ضرر از خودشان است که طرفین در این دفع با هم برابر هستند هر چند فقها و نصوص قانون مدنی دایره این بیماری ها را تنگ کرده و این عیوب را به چند عیب خاص محصور کرده اند لذا با مطالعه عمیق و جامع نگر در وضعیت موجود جامعه و بروز انواع بیماری ها و نواقص حادث شده ناشی از آنها و در عین حال توسعه علوم پزشکی و امکان مداوای یک سری از بیماری ها که قبلاً امکان بهبودی آنها وجود نداشت و در عین حال از موارد مصرحه در فسخ نکاح برای زوج یا زوجه تلقی می شود و طرح سؤالاتی از سوی صاحب نظران و اندیشمندان

۱. جواهری، حسن، ۱۳۷۹، بحوث فی الفقه المعاصر، قم: نشر آفتاب، ج ۶، ص ۳۰۷.

۲. محسنی، محمد آصف، بی تا، الفقه و المسائل الطبیه، قم: یاران، ص ۳۰۳.

فقهی و حقوقی ضرورت بررسی و طرح نظریه های جدید را لازم می‌نماید. همچنین نظریه اصلاح مرزهای فسخ نکاح و انعطاف لازم در این خصوص به لحاظ رفع بحران و عسر و حرج از دامان خانواده و امکان بهره‌مندی از حقوق حقه و موهبت الهی و رهایی از قید و بندهایی که امکان گسیختن آنها ممکن است احساس می‌گردد با علم و یقین به این نکته اساسی و مهم که شریعت اسلام دینی جاودانه و رهگشای همه انسان‌ها در همه اعصار است، این رسالت خطیر اصحاب علم و معرفت است که با جستجوی جامع در منابع غنی اسلامی تصویری روشن از زندگی مشترک و تجسمی واقع‌نگر از حقوق و وظایف زن و مرد و حد و حریم امکان‌یا عدم امکان زندگی مشترک ارائه دهند در نهایت با روشن‌گردیدن بستر امکان فسخ نکاح با حداقل خسران و ضروریات مادی و معنوی، به ویژه با رعایت و توجه به حقوق فرزندان و آینده مبهم خانواده این ضرورت کاملاً تجلی می‌یابد به علت وجود پرونده‌های متعدد در دادگاه‌های خانواده و در دیوان عالی کشور و وجود آراء و نظریات متفاوت در هیئت عمومی آن دیوان، ضرورت تحول در عیوب و موارد فسخ نکاح کاملاً احساس می‌شود آنچه مسلم است قانون مدنی ایران موارد امکان فسخ نکاح را از ماده ۱۱۲۰ آغاز می‌کند و علی‌رغم اصلاحاتی به نظر نمی‌رسد جوابگوی معضلات کنونی جامعه ما باشد. آنچه مسلم است در نظریات و فتاوی فقهای امامیه و عامه و قانون مدنی و دیدگاه حقوق دانان موارد فسخ نکاح یا به لحاظ موارد مصرحه و خاص از عیوب در زن یا مرد و یا هر دو متصور است و یا با استفاده از خیار عیب یا خیار تخلف از شرط صفت و یا خیار تدلیس. اما سؤالاتی که به نظر می‌رسد این است که مثلاً با ملاحظه ماده ۱۱۲۲ ق.م در خصوص عیوب مربوط به مرد، نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری طی شماره ۷/۶۱۷ مورخ ۱۳۶۶/۱/۳۱ تصریح می‌دارد در صورتی که زوج قادر به وظیفه زناشویی باشد لیکن قادر به حامله نمودن زوجه نباشد مورد از موارد فسخ نکاح یا تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش نمی‌باشد.

حال با ملاحظه فلسفه ازدواج و زندگی زناشویی و عنایت به اخبار و احادیث و روایات از معصومین (ع) که در اوصاف فرزندان از جهات گوناگون سخنان گران‌سنگی بیان می‌دارد و آنچه به هر حال از متن ازدواج به دست می‌آید و از مهم‌ترین حاصل آن پدیده بچه دار شدن است چنانچه زنی از داشتن بچه و اینکه او را مادر خطاب کنند محروم شود چرا نباید از حق فسخ نکاح استفاده کند؟ و چرا باید یک عمر بسوزد و بسازد؟ و در مورد بیماری‌هایی مانند ایدز، هپاتیت، صرع و ... که عملاً امکان ادامه زندگی را ناممکن می‌سازد و یا معضل بدخوابی که در مواردی واقعاً تحمل‌ناپذیر است مثلاً بر اثر صدای خُر خُر بلند که علی‌رغم انجام دادن کلیه اقدامات پزشکی مانند جراحی و غیره مداوا نشده و بحرانی در زندگی به وجود آورده است، آیا

ضرورت بازنگری به موارد فسخ نکاح در قانون مدنی احساس نمی شود.^۱

چرا در قانون حمایت خانواده امکان ازدواج مجدد مرد بدون اخذ مجوز کتبی و رضایت همسر اول در شرایط خاص قابل تصور است ولی نباید برای زن امکان رهایی از زندگی طاقت فرسا وجود داشته باشد؟ قطعاً اولین گزینه ای که به ذهن می رسد موضوع تقاضای طلاق از سوی زن است یا استفاده از خیار عیب و یا خیار تخلف از شرط صفت و یا خیار تدلیس.

آیا امکان حذف آن تعداد از موارد فسخ نکاح که امکان مداوا در مورد آنها وجود دارد، ولی در قانون فعلی جزء موارد فسخ نکاح بیان شده و جایگزینی موارد دیگری و اساساً ارائه روش و فرمولی آسان و به دور از هر گونه تفاسیر دور و نزدیک و اختلاف برانگیز و شبهه دار که محاکم و حتی دیوان عالی کشور را با مشکل روبه رو نسازد دور از دسترس است؟ و آیا استنباط این موارد از متون فقهی و فتاوی فقهای عظام امامیه و عامه ناممکن است؟ عده ای از حقوقدانان و اصحاب اندیشه مترصد یافتن راهی بر این مقال می باشند و اینکه به هر حال نه بی دلیل راه فسخ نکاح باز شود و نه بی مورد بن بست ایجاد گردد، در این راستا و در شرح ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی دکتر کاتوزیان اشاره دارند که اگر به وسیله عمل جراحی یا با وسایل درمانی دیگر این عیوب از بین برود، حق فسخ مبنای حقوقی خود را از دست می دهد و به استناد عیب سابق نمی توان نکاح را فسخ کرد و به نظر می رسد که اگر در اثر پیشرفت علم پزشکی عیبی درمان پذیر شود مرد حق فسخ ندارد.^۲

همچنین در ذیل ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی می فرمایند: جنون زن اگر بعد از نکاح عارض و مستقر شود برای شوهر حق فسخ ایجاد نمی کند که به نظر می رسد این دور از انصاف باشد به هر حال تداوم زندگی و استمرار و استحکام آن در کنف وجود امکانی در حداقل موقعیت برای تحمل می باشد و اینکه مرد نتواند زن مجنون بعد از نکاح را با فسخ عقد نکاح رها سازد و خود را نیز راحت کند دور از منطق و عدالت است.^۳

دکتر صفایی نیز در شرح ذیل ماده ۲۴۰ قانون مدنی می نویسند: اگر شرط در حین عقد ممتنع باشد عقد باطل نمی شود و تعذر شرط که یک امر فرعی و تبعی است به ارکان عقد لطمه نمی زند و نباید موجب بطلان عقد باشد، البته اگر تعذر مربوط به تعهد اصلی باشد و این تعذر در حین انعقاد قرارداد وجود داشته باشد، عقد به دلیل اینکه فاقد یکی از عناصر و شرایط اساسی

۱. فقه و حقوق تطبیقی، به قلم گروهی از مؤلفان، ۱۳۸۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.

۲. کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۵، حقوق خانواده، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ج ۱/ کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۳، قانون مدنی در نظم کنونی، نشر میزان، چاپ دهم، ص ۶۹۵.

۳. همان، ش ۱۶۶.

قرارداد است باطل محسوب می‌شود و از این تحلیل هم می‌شود استفاده کرد، بالاخره عقدی 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 اینکه یک بیماری که به هر حال اصل صحت و سلامتی انسانهاست و بیماری و عارضه یک استثنا و حال این مقال به عنوان یک شرط درج شده باشد و یا عقد با روح این شرط منعقد شده باشد و اگر نبود به دنبال تقاضای طلاق رفت و آن راه طولانی را سپری نمود؟ و نشود از امکان فسخ استفاده کرد.

مگر وجود زائده و استخوان در فقه و قانون مدنی در رحم زن از موجبات فسخ نکاح شمرده نشده است؟ در صورتی که در حال حاضر در حداقل زمان و با عمل جراحی ساده این زائده برداشته می‌شود و می‌توان گفت چون بالاخره در فقه و قانون مدنی آمده مرد می‌تواند علی‌رغم امکان رفع این مشکل از موقعیت فسخ استفاده کند و امکان اصلاح قانون مدنی وجود ندارد بهتر نیست تا زن بتواند به دنبال حفظ زندگی و تداوم آن باشد؟^۱

البته نسبت به موارد فوق دکتر جعفری لنگرودی اساساً عقیده بر باطل بودن عقد دارند نه قابل فسخ بودن آن.^۲

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 درجه ای باشد که اوقات نماز را نداند و منظور 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 به وسیله کار و فعالیت خود نفقه او را تأمین کند و از او نگاهداری کند و هرگاه چاره بر شوهر تنگ شود او می‌تواند به وسیله طلاق از دست زن مجنون خود رهایی یابد. جالب است بدانیم بعضی از فقها مانند قاضی ابن براج جذام و برص و نابینایی را نیز از عیوبی شمرده اند که چنانچه در شوهر موجود باشد زن می‌تواند نکاح را فسخ نماید. در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی بند ۶ آمده است نابینایی از هر دو چشم در زن باعث می‌شود برای مرد حق فسخ نکاح به وجود آید، در صورتی که در حین عقد این عیب وجود داشته باشد که البته در این امر فرقی نمی‌کند که چشمان زن در ظاهر سالم به نظر آید ولی دارای قوه دید نباشد و یا آنکه نابینایی از چشمان او هویدا باشد، البته ضعف بینایی به هر درجه که باشد و همچنین لوچی و نابینایی از یک چشم و نسب کوری موجب حق فسخ نمی‌شود، حال چرا نباید این وضعیت برای زن هم مصداق داشته باشد؟ و اینکه چرا نباید جذام، برص و زمین

۱. صفایی، سیدمحمدحسین، ۱۳۸۴، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، چاپ چهارم، ج ۲، ص ۱۸۸ به بعد.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۹، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، حاشیه اول، ص ۲۰۹.

گیری در مرد از موارد موجب حق فسخ نکاح برای زن باشد؟ به هر حال شرایط زندگی مشترک برای هر دو نفر تقریباً یکی است به ویژه زمین گیری و نابینایی از هر دو چشم در امرار معاش و آوردن نفقه مرد را دچار چالش جدی می کند و اینجا تکلیف زن چه خواهد بود و چرا باید تشریفات سنگین و طولانی مراحل طلاق را سپری کند؟ مگر مبنای اصلی و اساسی حق فسخ نکاح دفع ضرر و زیان طرف مقابل نیست؟

نکته دیگر اینکه آیا بلاهت و بروز یا وجود بیماری های لاعلاج مانند سرطان را نمی توان در زمره موارد فسخ نکاح با دارا بودن شرایط خاص قرار داد؟ آیا واقعاً روایت نقل شده به وسیله حلبی از امام صادق (ع) که می فرماید «أَمَّا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَ الْجَذَامِ وَ الْجَنُونِ»^۱ مختص وجود بیماری برص و جذام در زنان می باشد یا در مردها هم قابل تصور است و امام صادق (ع) احصاء نموده اند مگر مهمترین مستند فقهی حق فسخ نکاح قاعده لاضرر نیست پس چرا نفی ضرر در مرد و زن باید فرق کند و نمی توان راهی یافت که هر دو در حالت های مشابه بتوانند از حق فسخ استفاده کنند در صورتی که قاضی ابن براج از عیوب مشترک می داند.^۲

نکته قابل توجه در مورد بیماری خصاء این است که شیخ طوسی و علامه حلّی، علم رغم وجود نظر مشهور فقها بر اینکه از موجبات حق فسخ برای زن باشد مخالف اند و عقیده دارند که عیب مزبور مانع از نزدیکی نیست، هر چند که انزال به واسطه این عیب امکان پذیر نمی باشد ولی عدم امکان انزال موجب خیار فسخ نمی گردد^۳ ولی به نظر صاحب ریاض این نظر اجتهاد در مقابل نص است، آن هم نصی که با عمل اصحاب تقویت و تثبیت شده است که بی تردید اصل لزوم عقد را تخصیص خواهد زد.^۴

آیا اصل عدم نص یا اجماع فقها در مقابل قاعده لاضرر تا چه حدودی تاب مقاومت دارد و بالاخره کار به کجا می انجامد؟ خیلی از فقها به استناد تمسک به قاعده لاضرر اظهار تمایل به وجود خیار فسخ دارند، از جمله فقهاء شیخ طوسی و صاحب جواهر می باشند.

نکته دیگر نازایی است اعم از اینکه عامل آن مرد باشد یا زن که موجب خیار فسخ نکاح نمی شود.^۵

آیا این مسئله با روح قاعده لاضرر منافاتی ندارد؟

۱. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۳۷۶، وسائل الشیعه با تصحیح عبدالرحیم ربانی شیرازی، تهران: مؤسسه آل البیت و دارالاحیاء التراث العربی، چاپ دوم، ج ۴، ص ۵۹۴.
۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: چاپخانه حیدری، ج ۴، ص ۶۳ به بعد.
۳. طباطبایی، سیدعلی، ۱۳۹۲ ه. ق، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البیت (ع) معروف به شرح کبیر، ج ۲، ص ۱۳۳.
۴. نجفی، محمدحسن، ۱۳۹۶ ه. ق، جواهر الکلام، قم: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، ج ۳۰، ص ۳۳۰.
۵. محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۶۵، حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی، ص ۳۳۶ به بعد.

مسئله دیگر لنگی است که در نحوه حرکت چه در زن و چه در مرد عامل مشکلات زیادی در زندگی است. آیا تا آخر زندگی باید با این وضعیت سازگاری داشت، آیا این خود عامل بروز خیلی از مشکلات روحی و روانی نخواهد شد؟ آیا این امر کانون گرم خانواده را با مشکل مواجه نمی‌کند؟ حال با این وصف زمین‌گیری در زن را باید عامل فسخ نکاح برای مرد بدانیم بعضی از فقها لنگی فاحش را موجب حق فسخ روایات متعددی بر عَرَج (لنگی) تنصیب کرده‌اند بدون آنکه آن را مقید به زمین‌گیری کرده باشند که این روایت را عبدالرحمن از امام صادق (ع) نقل کرده است.^۱

نکات جالبی در استفتائات کمیسیون شورای عالی قضایی در خصوص مسئله ۶_ آن وجود دارد مبنی بر اینکه اگر مرد قبل از ازدواج خود را برخلاف واقع کارمند، لیسانس، دکتر و یا مهندس معرفی کند و بعد خلاف آن کشف شود و یا اینکه خود را سالم معرفی کند در حالی که مبتلا به بیماری‌های صرع یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا اینکه خود را مجرد معرفی نماید و بعد معلوم شود که متأهل بوده آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر؟ در خصوص پرسش فوق کمیسیون در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ پاسخ داده است که با توجه به مسئله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (ره) با عنایت به ذیل همین مسئله دارند: با عنایت به مفهوم 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 مذکوره که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده عرفاً از صفات کمال محسوب می‌شود و عقد ازدواج نیز مبنیاً علیها واقع شده است. در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه 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 بشود در این صورت زوجه به استناد مسئله ۱۳ و ۱۴ صفحه ۲۹۵ جلد دوم تحریرالوسیله حق تقاضای فسخ را دارد.

آیا استناد به این نکته که فروض خیار فسخ در عقد نکاح امری خلاف اصل است و باید به مقدار تفسیر مضیق و بر قدر متیقن اکتفاء نمود عنایت‌چندانی به قاعده لاضرر و نفی ضرر و نفی غرور نداشت؟ نکته دیگر در باب عنن در قانون جدید مهلت یک ساله برای امکان مداوا برای مرد حذف شده که قبلاً وجود داشت و مطابق قول مشهور فقهای امامیه نیز بوده است.^۲

۱. همان، ص ۳۵۶ به بعد.

۲. بحرانی، یوسف، ۱۴۰۸ ه. ق، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم، ج ۲۴، ص ۳۴۵ / - المطهری، احمد، ۱۳۶۳ ه. ش، مستند تحریرالوسیله، کتاب النکاح، قم، ص ۳۹۵.

حال فلسفه این امر چه بوده و علت حذف آن چیست، اگرچه به نظر می رسد راه فسخ نکاح نباید ناهموار و به گونه ای باشد که امکان ادامه زندگی ناممکن گردد، ولی در عین حال ارائه طرقتی که سبب پیشگیری از هم پاشیدگی زندگی مشترک شود لازم است و اهمیت فراوانی دارد و چنانچه امکان مداوا وجود دارد نباید راه فسخ و جدایی باز گردد. از طرفی بعضی از حقوقدانان نیز با توجه به نظر مشهور فقها و با توجه به اصل لزوم عقد و وضعیت خاص نکاح که آن را از دیگر عقود متمایز می کند و حتی الامکان باید پایدار باشد جواز فسخ نکاح و بر هم زدن آن را موکول به وجود نص و تجویز صریح شارع می دانند و جایگاهی برای توجیهات عقلی و ملاحظات اجتماعی و انسانی و استدلال های مبتنی بر مصلحت و قیاس و استحسان قائل نیستند و بنابراین برای قائل حق فسخ نکاح برای زن یا مرد در جستجوی وجود نص روایی هستند.^۱

اما اکثر فقهای امامیه همچون شیخ طوسی، شیخ یوسف بحرانی، محقق کرکی و صاحب جواهر و خوبی به پیروی از روایات وارده از اهل بیت (ع) در مورد فسخ نکاح نظری مانند آنچه در قانون مدنی آمده است دارند اگرچه برخی دیگر از فقهای امامیه نظری مخالف مشهور داشته و بیان داشته اند مانند ابن جنید اسکافی، قاضی ابن براج، علامه حلی، شهید ثانی و سید ابوالحسن اصفهانی که این فقها عیب مشترک میان زن و مرد را محصور در یک مورد معین جنون نمی دانند بلکه در مبحث عیوب مشترک علاوه بر جنون از برص و جذام نیز یاد می کنند 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 می دانند.

محدود بودن موارد فسخ نکاح به طور قاطع مورد قبول اکثر فقهای شیعه و سنی قرار گرفته است^۲ در کل علاوه بر مراتب مذکور خیار تدلیس و تخلف از وصف در فقه امامیه در نکاح نیز راه داشته و مورد استناد می باشد و شارحین ق. م در ذیل ماده ۱۱۲۸ آن این استنباط را دارند.^۳

اما در عین حال همان طور که بیان شد در آثار بسیاری از فقها به مسئله ضرر و همچنین مسری بودن بعضی بیماری ها اشاره شده و بنابر قیاس اولویت به مشترک بودن برص و جذام در زن و مرد فتوا داده شده است.^۴

۱. مهرپرور، حسین، ۱۳۷۸، فصلنامه مفید، شماره ۲۰، زمستان ۱۳۷۸، ص ۵۰.

۲. صفایی، سیدحسین، و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، دانشگاه تهران، ص ۲۹۸ به بعد.

۳. امامی، سیدحسین، ۱۳۶۳، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامی، ج ۴، ص ۴۷۰.

۴. محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۶۵، حقوق خانواده نشر علوم اسلامی، ص ۳۵۳.

اما گروهی دیگر از فقها مباحث نکاح را تعبدی می‌دانند و کمتر به خود اجازه قیاس و تجزیه و تحلیل عقلی می‌دهند خصوصاً اینکه مهمترین مبنای احکام فسخ نکاح را روایات خاصه مانند صحیحہ حلبی می‌دانند و اگر هم از قاعده لاضرر در این بحث یاد می‌کنند به عنوان مؤید است و می‌گویند وقتی علت حکم برای ما روشن نیست و خود روایات نیز در این زمینه چیزی نگفته‌اند بنابراین جای این گونه ملاحظات و توجه به مصلحت باقی نمی‌ماند. وقتی در فقه امامیه قیاس پذیرفته نشده است و تنها در صورت منصوص العله بودن می‌توان قیاس را پذیرفت، آیا این امر نشان از شیوه برخورد فقه امامیه با مسائل را ندارد؟

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 بیماری را علاج ناپذیر بدانند به مدت یک سال به شخص فرصت داده می‌شود که خود را درمان کند اما اگر پزشکان نظر دادند که این عیوب علاج ناپذیرند بدون دادن مهلت یک ساله شخص حق فسخ عقد را خواهد داشت و مشابه همین قاعده در قانون احوال شخصیه عراق نیز وجود دارد، آیا در حقوق ایران نیز می‌توان چنین حکمی داد؟ اداله فقهی (روایات مربوط به عنن و شرط مستقر بودن جنون و قاعده لاضرر) و فتاوی فقهای بزرگ (محقق حلی و شهید ثانی در مورد رتق) نشانه اجتهادی نو می‌باشد اگرچه روایات وارده در این زمینه به طور صریح علت حکم را بیان نمی‌کند 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.

در کشورهای 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 تا یک سال جهت معالجه فرصت داشته باشند و زندگی زوجین به مخاطره نیافتد که در این صورت به دادگاه مراجعه و حکم فسخ را اخذ کنند حتی قبل از انقضای یک سال جهت مداوا در صورت عسر و حرج در خصوص خیار تخلف صفت آن طور 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 چند گاهی 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 سرزده باشد و بسیاری از فقها به استناد روایات در عقد نکاح قائل به خیار تدلیس شده

اند^۱ و از خیار تخلف شرط صفت به طور عام و کلی آن هم برای هر یک از طرفین نامی نبرده اند همچنین برخی از آنان پس از ذکر موارد تدلیس صفات خاصی مانند بکارت و حریت را خصوصاً نام برده و متذکر شده اند که اگر شروط مزبور در عقد به نحو شرط یا استثناء ملحوظ گردد در صورت تخلف موجب خیار است و بعضی تدلیس را به طور مطلق موجب خیار ندانسته اند بلکه در صورت وجود اشتراط قائل به خیار شده اند.^۲

بنابراین 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 یا حسب و نسب 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 در آغاز درس خارج فقه در سال تحصیلی ۷۳-۷۲ توصیه ای مبنی بر بازنگری قوانین مربوط به زنان داشته اند و فرمودند: اگرچه قانون مدنی فعلی با استناد به کتب فقهی عظام تدوین شده است لیکن علمای دین در تبیین اولیه آن قانون نقشی نداشته اند و اکنون دوران استفسار و استقحام و استعمال از حوزه می باشد و لازم است با توجه به تغییر شرایط اجتماعی پاسخگوی نیازهای فعلی جامعه بود.

حال در خصوص عیوب بعد از عقد نکاح سه نظریه مختلف میان فقها مطرح شده است که گروه اول فسخ عقد را به موجب عیوب پذیرفته اند و اظهار می دارند حدوث عیب بعد از وقوع عقد چه قبل از زناشویی و چه بعد از آن به طور مطلق موجب حق فسخ نکاح می شود^۳ ولی گروه دوم عقیده به عدم فسخ دارند و فقهایی مانند شهید ثانی، علامه حلی و ابن ادریس معتقدند عیوب به وجود آمده بعد از عقد موجب حق فسخ نکاح نیست و گروه سوم قائل به تفصیل شده اند یعنی بعضی عیوب قبل از ارتباط زناشویی را جهت فسخ ناشی از عیوب پذیرفته اند^۴ و عیوب بعد از ارتباط زناشویی را عامل فسخ نکاح نمی دانند.

حال چرا درمان عیوب موجب فسخ نکاح مورد توجه و نظر فقها نبوده شاید به دلیل آن باشد که علاج ناپذیر بودن آن بیماری ها در گذشته یقین تلقی می گردیده و فقط بیماری عنن و رتق جهت مداوا مورد توجه بوده، اگرچه امروزه اکثر بیماری های عامل فسخ نکاح قابل مداواست

۱. شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، ۱۲۷۳ ه. ق، مسالک الافهام، قم: افسست، چاپ تهران، ج ۸، ص ۶۳۰.
۲. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن حلی ملقب به محقق اول، ۱۴۰۳ ه. ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، نشر دارالهدی و النشر، ص ۳۲۱.
۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، بی تا، الخلاف، قم: انتشارات دارالمعارف الاسلامیه، چاپ سری، ج ۲.
۴. بحرانی، شیخ یوسف، ۱۴۰۸ ه. ق، الحدائق الناظره، تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم، ج ۲۴، ص ۳۶۹.

و گروهی از فقها در مورد بعضی از بیماری‌ها حتی با قابلیت مداوا قائل به فسخ نکاح شده‌اند.^۱ حال با توجه به موارد مذکور وجود بیماری‌هایی چون نبودن رحم به طور مادرزادی، نبودن تخمدان‌ها به طور مادرزادی، نارسایی زودرس تخمدان‌ها و رشد ناقص غدد جنسی که موجب ناباروری می‌شود، انسداد لوله‌های رحمی، نبود قابلیت بارداری، نبود لوله‌های رحمی به طور مادرزادی، رشد نکردن کامل لوله‌ها، ایجاد اشکال در روابط زناشویی و باروری به موجب کامل نبودن تیغه عرضی واژن، اختلال در ساختمان تناسلی مثل هیپوسپادیز شدید یا بدتر از آن اپی‌سپادیز، تشکیل نشدن مجرای ادراری، بیماری HIV و بیماری تالاسمی که ارثی است و در نسل‌های بعد نیز بیماری زاست و گلیول قرمز را از بین می‌برد و کم‌خونی می‌آورد، لنگی پا، بوی بد پوست بدن به نحو شدید و تعرق شدید اعضای بدن، بدخوابی با خُرخرهای بسیار شدید و یا بسیاری از بیماری‌های لاعلاج و صعب‌العلاج مانند سرطان ادامه‌زندی مشترک را با چه بحرانی مواجه می‌کند و آیا صرف ارائه طریق درخواست طلاق آن هم با آن رویه طولانی و هم عسر و حرج و ورود خسران مادی و معنوی شدید و تبعات آن بر فرزندان چه راهی به جز طلاق را پیش رو نمایان می‌سازد آیا جزء مسئله فسخ نکاح؟ یا مانند بعضی کشورها که تفریق جسمانی را در موارد مبتلابه پیش‌بینی کرده‌اند مانند فرانسه، بلژیک، یوگسلاوی سابق، لوکزامبورگ، ایتالیا، انگلستان، آمریکا، شوروی سابق، چین، اسپانیا، ایرلند، پرتغال و پاره‌ای از کشورهای آفریقایی آن هم با گذشت مدت زمانی دور یا نزدیک و سپس تقاضای طلاق به هر حال به نظر می‌رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی تحول در موضوع و موارد امکان فسخ نکاح به دیده جدی‌تر و واقع‌بینانه‌تر نگریست تا دکتربین حقوق بتواند با ارائه نظریه و نظریات جدید و نو راهگشای خیلی از مشکلات شود که این نیز خود می‌تواند از حجم سنگین پرونده‌های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت‌های موجود را فراهم سازد.

نتیجه‌گیری

از آنجایی که به نظر می‌رسد موضوع مهمی که در خصوص این تحقیق 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 به ذکر نام خیار و بلکه به استناد به قواعد مذکور امکان جعل حکم را مهیا نمود و از باب وحدت ملاک و قیاس اولویت نسبت به بیماری‌های لاعلاج و صعب‌العلاج و تحمل ناپذیر امکان توسعه و افزایش موارد فسخ نکاح را مهیا نمود و یا به دلیل پیشرفت علم پزشکی و امکان

۱. نجفی، محمدحسن، ۱۳۹۶ ه. ق، جواهرالکلام، نجف: متاجر، ج ۳۰، ص ۳۲۷.

مداوای بعضی از بیماری‌هایی که در گذشته دور غیرقابل مداوا تصور می‌گردید از فسخ نکاح بتوان جلوگیری نمود و آن را محدود ساخت. بر این اساس فتوای فقیه باید با احاطه کامل بر موضوعات و مسائل نو و زیستن وی در متن زندگی مردم و آشنا با مشکلات و مصائب آنان همراه باشد نه آنکه در گوشه‌ای نشیند و به دیدگاه‌های گذشتگان بسنده کند و به مسائل کهنه بیندیشد تا سرانجام علی‌الاقوایی را به علی‌الاحوط تبدیل کند. اساساً رمز اجتهاد، تطبیق دادن دستورهای کلی با مسائل جدید و حوادث متغیر است مجتهد واقعی این رمز را به دست می‌آورد و در می‌یابد موضوعات چگونه تغییر می‌کند و پیرو آن چگونه حکم آنها عوض می‌شود بنابراین فقیهان باید با توجه به تغییر موضوعات راه را بر روی اجتهادهای تازه بگشایند و اجتهادهای گذشتگان را به بوته نقد کشند نه آن که یافته‌های آنان را مقدس شمارند. زیرا یافته‌های گذشتگان و پیشینیان حاصل اجتهادهای آنان و فتوایی است که صادر کرده اند نه آن که نص به شمار آید و نقد آن ناروا پس باید در فهم دین سطحی رفتار نکرد در آن ژرف اندیشید و همان گونه گفته شد تفقه باید کرد تا به معنی و روح دستورها پی برد لذا جا دارد باب بحث و گفتگو را در موضوع فسخ عقد نکاح را گشود و با توجه خاص به این ضرورت بسیار مهم یعنی تحول در موارد فسخ نکاح با دیده جدی تر و واقع بینانه تر نگریست تا دکتترین حقوق بتوانند با ارایه نظریات جدید و راهگشا عامل گره گشای بسیاری از مشکلات خانواده‌ها بوده و از حجم سنگین پرونده‌های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت‌های موجود را فراهم سازد.

فهرست منابع

- امامی، سیدحسن، ۱۳۶۳، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، ج ۴،
انصاری، مرتضی، ۱۴۱۵، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری
بحرانی، یوسف، ۱۴۰۸ ه. ق، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، تعلیقات شیخ علی آخوندی، قم،
ج ۲۴
جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۹، مجموعه محشی قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، حاشیه اول
جمشیدی، اسدالله، ۱۳۸۸، گسست نکاح (تأملی دوباره درباره علل انحلال پیمان زناشویی، قم: انتشارات
مؤسسه آموزش و پژوهشی امام خمینی (ره)
حسینی، سیدمحمدرضا، ۱۳۷۹، قانون مدنی در رویه قضایی، تهران: مجد
جواهری، حسن، ۱۳۷۹، بحوث فی الفقه المعاصر، قم: نشر آفتاب، ج ۲
حائری، سیدکاظم، عیوب موجب فسخ نکاح، فقه اهل بیت (ع)، ش ۴۱
حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۲، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت الاحیاء و التراث، ج ۲۱، کتاب
النکاح، باب ۳ از ابواب العیوب و التدلیس
شیخ طوسی، محمد بن حسن، بی تا، الخلاف، قم: انتشارات دارالمعارف الاسلامیه، چاپ سری، ج ۲.
شیخ طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: چاپخانه حیدری، ج ۴
شهید ثانی، زین الدین الجبعی العاملی، ۱۲۷۳ ه. ق، مسالک الافهام، قم: افست، چاپ تهران، ج ۸
صادق تهرانی، محمد، ۱۴۱۲، تبصره الفقها، فرهنگ اسلامی، ج ۲
صفایی، سیدمحمدحسین، ۱۳۸۴، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، چاپ چهارم، ج ۲
صفایی، سیدحسین، و جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۴، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، دانشگاه تهران
طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۱۸، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت، ج ۷
فقه و حقوق تطبیقی، به قلم گروهی از مؤلفان، ۱۳۸۷، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی
دانشگاه ها سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.
کاتوزیان، امیرناصر، ۱۳۸۵، حقوق خانواده، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم، ج ۱ / کاتوزیان، امیرناصر،
۱۳۸۳، قانون مدنی در نظم کنونی، نشر میزان، چاپ دهم
کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۷، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ج ۵
محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۶۵، حقوق خانواده، نشر علوم اسلامی
محسنی، محمد آصف {بی تا}، الفقه و المسائل الطبییه، قم: یاران
المطهری، احمد، ۱۳۶۳ ه. ش، مستند تحریرالوسیله، کتاب النکاح، قم
موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، ۱۴۱۷، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، قم: مؤسسه المنار،
ج ۲۵
موسوی بجنوردی، محمدکاظم، ۱۳۸۳، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی مجموعه دوم، تهران:
پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی

- نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۱، جواهرالکلام، تهران: مکتبه الاسلامیه، ج ۳۰
- طباطبایی، سیدعلی، ۱۳۹۲ ه. ق، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل البيت (ع) معروف به شرح کبیر، ج ۲
- مهرپرور، حسین، ۱۳۷۸، فصلنامه مفید، شماره ۲۰، زمستان ۱۳۷۸
- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۶۵، حقوق خانواده نشر علوم اسلامی
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن حلی ملقب به محقق اول، ۱۴۰۳ ه. ق، شرایع الاسلام
- فی مسائل الحلال و الحرام، نشر دارالهدی و النشر.
- نجفی، محمدحسن، ۱۳۹۶ ه. ق، جواهرالکلام، نجف: متاجر، ج ۳۰

