

# فسخ نکاح در موازنه حقوق زن و مرد

محمود دهقانی وردنجانی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و عضو هیأت علمی دانشگاه

email:

## چکیده:

فسخ، از جمله علل انحلال نکاح می‌باشد که یکی از موجبات آن عیوب موجود در هر یک از زوجین است. قانونگذار در تعیین مصادیق عیوب مختص هر یک از زن و مرد، نظامی را پی افکنده که باعث به هم ریختگی تعادل حقوق زوجین گردیده و از طرفی با عیوب دامنگیر انسان قرن حاضر به هیچ وجه سنخیتی ندارد. مقاله حاضر با رویکردی انتقادی تلاشی است پیرامون معرفی و توجیه مبانی حقوقی رهیافت جدید در خصوص موضوع.

**کلیدواژه‌گان:** نکاح، فسخ، عیب، ضرر

## مقدمه

اراده صاحب حق واقع می‌شود، لزوم مراجعه به دادگاه صرفاً از لحاظ احراز شرایط فسخ و اثبات انحلال نکاح است که در زمره ارکان این عمل حقوقی یکجانبه قرار نمی‌گیرد.<sup>۲</sup> موجبات فسخ نکاح در قانون حول دو عنوان خلاصه می‌شود: ۱- خیار عیب ۲- تدلیس و تخلف از شرط صفت.

مطابق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی تنها وجود سه عیب: خصاء، عنن، مقطوع بودن آلت تناسلی در مرد موجب ایجاد حق فسخ، برای زن خواهد بود.<sup>۳</sup> در حالیکه ماده ۱۱۲۳ همین قانون وجود عیوب: قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم درزن را، موجب فسخ نکاح توسط مرد به سبب عیب، دانسته و از طرفی جنون نیز جزء عیوب مشترک برای هر یک از زوجین موجب ایجاد حق فسخ خواهد بود. تبعیض آشکار قانونگذار در اختصاص عیوب موجب حق فسخ در هر یک از زوجین با ملاحظات عقلی و اجتماعی امروز سنخیت ندارد. زوج در حالیکه توانایی انحلال نکاح به وسیله طلاق را در اختیار دارد می‌تواند به استناد وجود هفت عیب در زن نکاح را فسخ نماید در حالیکه زن تنها به استناد وجود چهار عیب می‌تواند نکاح را فسخ کند؛ این در حالی است که اختیار در طلاق ندارد و صرفاً به استناد وکالت

نکاح، از جمله عقود است که علاوه بر جنبه‌های حقوقی آمیخته با اخلاق است و قانونگذار در تدوین مقررات حاکم بر این نهاد کوچک اجتماعی تا حد زیادی متأثر از مبانی اخلاقی و سنتی اجتماع بوده است.

از جمله این قواعد، احکام مربوط به عیوب موجب فسخ نکاح است که علی‌الظاهر حکایت از عدم رعایت تساوی زن و مرد در امکان استناد به عیوب مذکور جهت فسخ نکاح دارد و این امر عده‌ای را بر آن داشته تا بی‌پروا مقررات موجود را نارسا قلمداد و اندیشه اصلاح مقررات فعلی را در قانونگذار پیرامون آینده بپورانند. آنچه در این مقاله موضوع بحث قرار دارد، بررسی مبانی و جایگاه فسخ نکاح به سبب عیب توسط هر یک از زن و مرد و تلاش در راستای برقراری موازنه حقوقی بین این دو و از طرفی اجتهاداتی پیرامون گسترش موارد فسخ به سبب عیوبی است که قرن حاضر، جسم و روان انسان را تحت تأثیر خود قرار داده است.

## بررسی قانون مدنی و نظر مشهور فقها

مطابق ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی<sup>۱</sup> فسخ از جمله اسباب انحلال عقد نکاح است که احتیاج به تشریفات خاص و رجوع به دادگاه ندارد و با

۱- ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود»

۲- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۷۸ص ۲۷۶

۳- ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی: «جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمرا یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است»

می‌نماید.<sup>۶</sup> در میان فقهای متاخر نیز مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی به نظر شهید ثانی گرویده و مشترک بودن عیوب برص و جذام را ضمه پذیرفته است.<sup>۷</sup> از طرف دیگر برخی از فتاوی فقها، دلالت بر امکان فسخ به واسطه عیوبی دارند؛ که در نظر مشهور از جمله عیوب موجب فسخ نکاح بشمار نیامده‌اند و مستند اصلی اینان به نظر همان حکمت نفی ضرر است. از جمله اینکه حضرت امام خمینی (ره) در این زمینه می‌فرماید: «لنگی موجب فسخ است هر چند به حد زمین گیری نرسد.»<sup>۸</sup> این در حالی است که مطابق نظر مشهور فقها، صرفاً زمین‌گیری که از عیوب مختص زن است موجب حق فسخ نکاح برای زوج است. و در خصوص لنگی زن اختلاف نظر وجود دارد. به عنوان متمیم بحث نیز می‌توان به عیب «جب» نیز اشاره کرد.<sup>۹</sup> مشهور فقها با توجه به استنباط از ادله خصاء و عنن و نیز قاعده لاضرر، جب سابق بر عقد را موجب فسخ نکاح دانسته‌اند.<sup>۱۰</sup> موارد مذکور حکایت از این دارد، که نشانه‌هایی از تفکر گسترش موارد فسخ نکاح به خارج از چهارچوب عبارت روایات منقوله به یاری مصالح اجتماعی و استحسان در فقها دیده می‌شود و برخی از ایشان به جرات، حتی در مواردی که روایتی در خصوص موضوع صراحتاً وارد نیست، قائل به وجود حق فسخ نکاح در خصوص عیوبی گردیده‌اند که نظر مشهور خلاف آن است. بنابراین توجه به قاعده لاضرر و تعمیم حکم به موضوعات جدید با عنایت به مبانی و حکمت وضع احکام و همگام با مصالح اجتماعی، در فقه طرفدارانی سرشناس دارد. هر چند بر خلاف نظر مشهور باشد. لیکن آیا مقررات قانون مدنی در باب عیوب موجب فسخ نکاح اجازه چنین برداشتی را می‌دهد و اصولاً؛ اجتهاد در برابر نص نیست؟ آنچه از تتبع در کتب حقوقی و رویه قضایی بدست آمد، این است که قضات در محاکم، دعوی فسخ نکاح به استناد عیوبی غیر از موارد احصاء شده در قانون را نمی‌پذیرند هر چند عیب مورد استناد زوج یا زوجه از حیث شدت ضرر و ضرورت جدایی زوجین از عیوب مذکور در قانون قوی تر باشد.<sup>۱۱</sup>

کمتر حقوق‌دانی، باب بحث انتقادی راجع به عیوب موجب فسخ نکاح را در تالیفات خود گشوده و آسیب‌شناسی این بخش از قانون در موازنه حقوق زوجین با خلاء اندیشه‌ها روبرو است. هر چند حقوق‌دانانی هم که در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند، بعضاً با پافشاری بر منبع اقتباس قانون و استقرار محور استدلال خود بر این منبع، قائل به محدود بودن موارد فسخ نکاح هستند و گسترش مصادیق عیوب موجب فسخ نکاح

اعطائی زوج ضمن قباله‌های نکاح یا ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی پس از اثبات عسر و حرج در دادگاه می‌تواند خود را مطلقه سازد.<sup>۱۲</sup>

از آنجا که مقررات مذکور در قانون مدنی، عیناً از فقه برابر شیعه اقتباس گردیده، توجیه مطلب و تلاش پیرامون خروج از بحران، جز به یاری بررسی سوابق فقهی موضوع امکانپذیر نیست.

در آیات قرآن کریم، آیه‌ای در خصوص عیوب موجب فسخ نکاح وجود ندارد. آنچه مستند فقها در باب عیوب موجب فسخ نکاح بوده؛ روایاتی از ائمه معصومین (ع) می‌باشد که در این باب وارد است. و به تناسب هر عیب روایتی از معصوم (ع) توسط روایان حدیث نقل شده است.<sup>۱۳</sup> فقها در برخورد با امکان فسخ نکاح بوسیله عیوب جسمانی یا روانی با اتکاء به ظاهر روایات و احادیث وارد و با استناد به لزوم عقد و دست کشیدن از ضرورت‌های عقلی و مصالح اجتماعی و پرهیز از قیاس، صرفاً عیوبی را موجب فسخ نکاح، از ناحیه زوجین می‌دانند، که در متن روایات بدانها اشاره شده و از تسری حکم به عیوب مشابه، بنا به دلایل پیش گفته، اکراه دارند. نظر مشهور در فقه امامیه پیرامون عیوب موجب فسخ نکاح در زن و مرد همان است که، عیناً در قانون مدنی مذکور افتاده است. حکمت اصلی فسخ نکاح بواسطه عیب نزد فقها دفع ضرر است. وجود همین حکمت باعث گردیده، که فتاوی برخی از فقها بر خلاف نظر مشهور، باعث گسترش موارد فسخ نکاح گردد، که این موضوع در قانون نیز قابل توجیه و تقویت است.

بنابراین در ابتدا به بیان استدلال فقهایی می‌پردازیم که نظر مخالف دارند و سپس موضع قانون مدنی را در این خصوص کنکاش می‌کنیم.

### آرای مخالف نظر مشهور

در بین فقهای متقدم قاضی ابن براج، عیوب: جنون، جذام، برص و کوری را از عیوب مشترک بین زن و مرد بر شمرده، که با وجود هر یک از این عیوب در هر کدام، طرف دیگر حق فسخ خواهد داشت.<sup>۱۴</sup> مرحوم شهید ثانی در مسالک الافهام از نظر ابن براج و هم چنین ابن جنید پیرامون اشتراك عیوب جذام و برص حمایت کرده و برای توجیه نظر خود به نفی حکم ضرری بنا به قاعده لاضرر و قیاس اولویت و صحیح‌های که حلبی از امام صادق (ع) پیرامون امکان فسخ نکاح علی‌الاطلاق بخاطر عیوب برص، جذام، جنون و غفل نقل کرده استناد

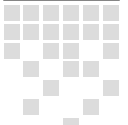
۴- ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود». تبصره الحاقی به ماده مذکور مصوب ۷۹/۷/۳ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۱/۴/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام ضمن بر شمردن برخی مصادیق عسر و حرج دست قاضی را در تشخیص عسر و حرج زن به استناد موارد غیر معنونه در متن تبصره بازگذارده است.

۵- از جمله این روایات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- عن الحلبي عن ابي عبدالله قال: سألته عن رجل تزوج الى قوم فذا المراه عوراء و لم يبيناوالله قال: يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». این روایت در کتب حدیث از جمله فروع کافی از محمد بن یعقوب کلینی جلد ۵ ص ۴۰۶ و تهذیب الاحکام از شیخ طوسی جلد ۷ ص ۴۲۴ و وسائل الشیعه از شیخ عاملی، جلد ۱۴ ص ۵۹۴ ذکر شده است. ۲- در روایتی دیگر از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که... قال فی رجل تزوج امره من ولیها فوجد بها عیبا بعد ما دخل بها قال: فقال: اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضا و من كان بهازمانه ظاهره فانها ترد علی اهلها من غیر طلاق و یأخذ الزوج المهر من ولیها الذی كان دلسها فان لم یکن ولیها علم بشیء من ذلك فلاشیء علیه و ترد الی اهلها... «فروع کافی، همان، ص ۴۰۸ و تهذیب همان ص ۴۲۵ و وسائل الشیعه همان ص ۵۹۳-۳، مرحوم کلینی روایاتی را در فروع کافی از طریق عبدالرحمن بن عبدالله از امام صادق (ع) نقل می‌کند که امام (ع) فرمود: المراه ترد من اربعه اشیاء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هوالعفل ما لم علیها فاذا وقع علیها فلا»

۶- قاضی ابن براج، المذهب، انتشارات جامعه مدرسین قم، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۲۱

۷- شهید ثانی، مسالک الافهام، جلد هشتم، صص ۱۱۰ و ۱۱۱  
۸- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، جلد دوم، ص ۳۹۷ «... و قیل لکونهما منها فهما من العیوب المشترکه بین الرجل و المرأة و هو لیس ببعید...»  
۹- امام خمینی، روح الله، زبده الاحکام، انتشارات او فیست مهر، چاپ چهارم، سال ۱۴۰۲، ص ۲۱۷، مساله ۳.  
۱۰- مقطوع بودن آلت تناسلی را در اصطلاح فقه و حقوق امامیه «جب» (به فتح جیم) گویند و آن کس را مجبوب نامند. مقطوع بودن آلت تناسلی شوهر در صورتی موجب حق فسخ برای زن می‌شود که شوهر نتواند با او نزدیکی کند.  
۱۱- محقق حلی، شرایع الاسلام، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۱۵، ۱۳۶۸، کتاب نکاح، ج ۲، ص ۵۶۴ همچنین شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، انتشارات دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، لبنان، ۱۹۸۱، جلد ۳۰، چاپ هفتم، ص ۳۱۸  
۱۲- از جمله این آراست: ۱- مرض ادعائی خواهان (هیستری) با فرض صحت از موارد تدلیس و فسخ نکاح نیست رأی شماره ۲۰/۱۵۹-۲۰/۲/۱۰-۷ دیوان عالی کشور ۲- در خصوص کتمان مرض صرع دادگاه بدوی رای به فسخ نکاح صادر نموده لکن دیوان آن را نقض نموده است- ۲۰/۱۸۵-۲۰/۲/۱۴-۷۰-۳- بر فرض صحت تشنج اعضا از عیوب مجوزیه فسخ نکاح نمی‌باشد رای شماره ۲۳۳/۵۷۴۳-۴/۴/۴-۴-۴ فقدان رحم از جمله عیوبی که موجب فسخ نکاح مصرح در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی است نمی‌باشد رای شماره ۲۳۳/۵۴۸۹-۲۳/۲/۳-۴ جهت مطالعه بیشتر تکبازگیر، بدالله، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور، حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات فردوسی، ج اول، ۱۳۷۸.



را موجب انحلال هوس آلود کانون خانواده دانسته‌اند<sup>۱۲</sup>، لکن به نظر می‌رسد بر مبنای سیاق عبارات قانونگذار و مبانی فلسفی نهاد خانواده بتوان قائل بر این بود که امکان گسترش موارد فسخ نکاح به علت عیوبی به غیر از آنچه قانونگذار، مختص هر یک از زوجین دانسته و حتی به استناد عیوب نفرت‌انگیز دیگر وجود دارد. توجیه چنین عقیده‌ای مستلزم بررسی مقدماتی مفهوم «ضرر» در کانون خانواده و بررسی موضع قانونگذار پیرامون عیوب مصرحه، با محوریت مفهوم «ضرر» و نقش آن در ظهور و سقوط «فسخ» می‌باشد، که ذیلاً بدانها خواهیم پرداخت.

## مفهوم ضرر در کانون خانواده

مفهوم ضرر در خانواده با آنچه مقصود از ضرر در معاملات است، کاملاً متفاوت است. مبانی ارتباط زوجین را علقه‌های عاطفی و معنوی تشکیل می‌دهد، که نشأت گرفته از شناخت عمیق احساسات همدیگر و درک متقابل است؛ حقوق توان اداره کردن بعد معنوی و روحی خانواده را ندارد و تکلیف حسن معاشرت و تمکین را بر پایگاه بیرونی این ارتباط به عنوان نهاد خانواده می‌نهد. بنابراین استمرار علاقه موصوف شرط بقای خانواده و سلامت این نهاد است، که با نفوذ آسیب‌های اخلاقی یا عاطفی کم کم حسن معاشرت از خانواده رخت بر می‌بندد و بجای محبت تخم کین و نفرت بارور خواهد شد. فلذا هر چند باید قائل بر این بود، که حتی الامکان موارد انحلال نکاح را باید محدود کرد و این پیمان مقدس را دستاویز تصمیمات عجولانه و هوس آلود نکرد، اما نباید از این نکته نیز غافل بود که، سلامت روانی و جسمانی زوجین، شرط بنایی استمرار تعاملات عاطفی ایشان است، که در صورت بروز عیب زمینه ضرر فراهم خواهد آمد. و نفی حکم ضرری از معقولات تخطئه‌ناپذیر است. لازم به ذکر است، هر چند وجود حس فداکاری و گذشت در روابط زوجین از مسلمات انکارناپذیر است ولی وجود چنین حسی باعث نمی‌شود؛ ضرر غیر قابل تحمل از دید حقوق مخفی بماند، زیرا حقوق انتظار فداکاری از کسی ندارد.

۲- موضع قانون مدنی پیرامون نقش ضرر، در خیار فسخ زوجین متشدد و نارساست. زیرا از طرفی ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی<sup>۱۳</sup> جنون و عنین را در یک ردیف آورده و بیان می‌دارد: «در صورتیکه عنین بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.» اطلاق عبارت قانونگذار و عدم تقیید حکم به دخول چنین می‌نماید، که عنین مرد بعد از عقد و تحقق نزدیکی به زن حق فسخ نکاح را می‌دهد. در این خصوص به نظر می‌رسد قانونگذار از نظر شیخ مفید و پیروان وی - بر خلاف نظر مشهور - پیروی کرده است<sup>۱۴</sup> این در حالی است که بنا به ظاهر عبارت قانونگذار در بند ۲ ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی با انجام یک بار عمل زناشویی حق فسخ زوجه به استناد عنین مرد ساقط می‌گردد.

بررسی مواد قانونی، حکایت از این دارد که قانونگذار، صرفاً به استناد منبع اقتباس قانون و اعتماد به اصراری که فقها در متون فقهی به ظاهر روایات منقوله دارند، احکامی را وضع و مقرر نموده، که به هیچ وجه با ضرورت‌های اجتماعی و مصالح خانوادگی و عاطفی انسان معاصر سنخیت ندارد و همچنان جای این پرسش باقی است که؛ اگر مبنای

برقراری حق فسخ زوجین به استناد عیوب مذکور دفع ضرر است، آیا می‌توان تصور کرد، با انجام یک بار عمل زناشویی ضرر دفع شده است؟ همچنین اگر محور وضع چنین احکامی پیش‌بینی راهی برای دفع ضرر و خلاصی از وضعیت زیانبار موجود است، چه عاملی قانونگذار را بر آن داشته، تا بین زوجین قائل به تفکیک شود و از موضع مرد جانبداری کند؟ و آخر اینکه امراض صعب‌العلاج و مهلکی که جسم و روان انسان را در قرن حاضر مورد تهدید قرار می‌دهد، در تقسیم‌بندی قانونگذار چه جایگاهی دارند؟ این‌ها سوالاتی است که در متون قانونی جوابی برای آنها نمیتوان یافت و جز به مدد تاریخ حقوق و مستند فقهی احکام مذکور قابل پذیرش نیستند. بنابراین به نظر می‌رسد، همانند برخی از فقها، بتوان اجتهاداتی پیرامون تعمیم حکم فسخ نکاح؛ همگام با مصالح اجتماعی، به منظور برقراری موازنه حقوقی بین زوجین، در متون قانونی و ضمن قانون‌گذاریهای آینده به عمل آورد. چرا که وظیفه حقوق صرفاً دسته‌بندی قواعد از پیش تدوین شده نیست، حقوق پدیده‌ای است اجتماعی و «ضرورت» در کلیه ابعاد زندگی انسان در آن نقش تعیین‌کننده دارد. بنابراین هر چند باید اذعان کرد، که سلامت و فساد کانون خانواده مستقیماً در جامعه موثر است و همین امر ایجاب می‌کند، که اراده افراد در انحلال این نهاد مقدس، تحت کنترل دولت در آید؛ لیکن در پرتو این تلقی نباید در چهارچوب سنتی عیوب دوران‌های گذشته محصور ماند و راه هرگونه اجتهاد را در قانون‌گذاریهای آینده مسدود کرد؛ الزام زوجه به طی تشریفات پر پیچ و خم طلاق قضایی به استناد عیوب زوج همچون «ایدز» که ادامه زندگی مشترک را برای وی با مشقت و عسرت همراه کرده؛ تکلیفی است مالایطاق؛ گو اینکه هر لحظه امکان انحراف اخلاقی وی تحت تاثیر محیط روانی موجود نیز مهیاست، این در حالی است که امکان استفاده از نهاد حقوقی فسخ می‌تواند از بروز خیلی از مشکلات جلوگیری کند.<sup>۱۵</sup>

## نتیجه‌گیری

اگر فلسفه تشریح فسخ نکاح، دفع ضرر است، می‌توان با تعریف دقیقی از مفهوم «ضرر» و نقش آن در برقراری یا سقوط «فسخ» و تعمیم آن به عیوب زیانبار جدید و حتی ناشناخته و همچنین برقراری موازنه حقوقی بین زوجین از بروز مشکلات دیگر جلوگیری کرد. موضوعی که در مقررات برخی کشورهای اسلامی ملحوظ شده و عیب مضر غیر قابل تحمل را به نحو مساوی برای هر یک از زوجین موجب فسخ نکاح دانسته‌اند<sup>۱۶</sup> که امید است در قانون‌گذاریهای آینده ایران نیز لحاظ شود.

۱۶- برخی از مولفین پیشنهاد کرده‌اند؛ در خصوص امراض صعب‌العلاج، می‌توان از نهاد حقوقی تدیس برای حل مشکل استفاده کرد. ولی این عنوان در مواردی که طرف مقابل بدون انجام عملیات متقلبانه و صرفاً با کتمان موضوع موجبات ضرر طرف دیگر را فراهم می‌نماید صادق نیست و از طرفی تشریفات اثبات تدیس نیز همواره آسان نیست. جمعی از نویسندگان، همان منبع، ص ۳۲۰ به بعد.

۱۷- ماده ۱۲۶ قانون احوال شخصیه کویت: «لکل من الزوجین قبل الدخول او بعده ان یجلب التفریق بسبب اضرار الاخر به قولا او فعلا بما لا یستطاع معه دوام العشرة بین امثالها...»

۱۳- جمعی از نویسندگان، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۸۴ ص ۳۰۸.

۱۴- ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی: «جنون و عنین در مرد هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود.»

۱۵- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۶ ص ۲۱۴.

