

## تأثیر درمان عیوب نکاح بر حق فسخ<sup>۱</sup>

علیرضا پوراسماعیلی \*

زهرا کرامتی تبار \*\*

### چکیده

حق فسخ نکاح از جمله حقوقی است که قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه، برای زوجین در نظر گرفته است و هر یک از زوجین به استناد وجود عیب در طرف مقابل می‌تواند عقد نکاح را منحل سازد. البته امروزه با پیشرفت‌های پزشکی برخی از عیوب موجب فسخ نکاح، قابل درمانند و فرد پس از درمان بهبودی خود را باز می‌یابد ولی پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا پس از درمان عیب یا بیماری، حق فسخی که قبل از درمان برای طرف مقابل به وجود آمده است از بین می‌رود یا نه؟ در پاسخ به این پرسش دو دیدگاه متعارض وجود دارد؛ دیدگاه غالب در میان فقیهان متقدم امامیه که از شهرت نیز برخوردار است و درمان را مسقط حق فسخ نمی‌داند، بر بقای حق فسخ حتی پس از درمان تأکید می‌کند. در مقابل برخی از فقیهان معاصر و حتی برخی از فقیهان متقدم نیز معتقدند که با از بین رفتن بیماری و یا عیب، ضرر ناشی از آن نیز از بین می‌رود و دلیلی برای بقای حق فسخ وجود نخواهد داشت. این نوشتار به بررسی دو دیدگاه گفته شده می‌پردازد و درستی هر یک از این دو دیدگاه را با نگاهی به وضع قانون مدنی به نقد می‌کشد.

**کلید واژه‌ها:** عیوب نکاح، انحلال نکاح، حق فسخ، درمان عیب، لاضرر.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۱۲

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۶/۱۳

\* استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار، ایران.

a.pouresmaeili@hsu.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه حکیم سبزواری، سبزوار،

ایران.

**۱- مقدمه**

فسخ عقد به دلیل وجود عیوب موجب فسخ در یکی از زوجین و طلاق از اسباب انحلال عقد نکاح به شمار 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 ۱۲۳۲ به ذکر پاره‌ای از عیوب پرداخته و وجود هریک 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 افضاء هم از عیوب مختص زنان تلقی می‌شود (۱۱۲۱ و ۱۱۲۳).

امروزه در پرتو پیشرفت‌های پزشکی، بسیاری از عیوب موجب فسخ، قابل درمان شده است به گونه‌ای که می‌توان این عیوب را درمان کرد و فرد مبتلا به عیب یا بیماری، همانند افراد سالم می‌تواند به زندگی مشترک ادامه دهد. این مسأله که در گذشته به صورت یک پرسش فرضی در میان فقیهان مطرح شده و برخی فقیهان با طرح احتمال درمان بیماری به عنوان مثال افضاء بدان پاسخ داده‌اند، امروز مسأله‌ای کاربردی است و آثار بسیاری بر آن مترتب می‌گردد از جمله این که آیا پس از درمان عیب یا بیماری، حق فسخ طرف سالم به قوت خود باقی است یا نه. در پاسخ به این پرسش به دو دیدگاه کاملاً متعارض می‌توان دست یافت؛ برخی از فقیهان درمان عیب را به طور کلی مسقط حق فسخ می‌دانند و برخی دیگر، معتقدند درمان عیب توسط فرد مبتلا به بیماری یا واجد عیب هیچ تأثیری بر حق فسخ طرف مقابل ندارد و او همچنان می‌تواند عقد نکاح را منحل سازد. قانون مدنی نیز در این زمینه سکوت کرده و رویه قضایی ثابتی هم تا کنون به چشم نمی‌خورد. اکنون باید دید آیا درمان عیب بر حق فسخ نکاح تأثیر دارد یا نه؟

**۲- بررسی دیدگاه‌های راجع به تأثیر درمان عیوب بر حق فسخ**

به طور کلی در خصوص درمان عیوب - با توجه به ممکن بودن درمان بسیاری از آنها - چه تأثیری بر حق فسخ زوجین می‌گذارد، میان فقیهان شیعه و حقوقدانان اختلاف نظر است. با استقراء در دیدگاه‌های فقیهان و حقوقدانان دو دیدگاه کاملاً متعارض به دست می‌آید که در ادامه بررسی می‌شود.

## ۲-۱- نظریه‌ی زوال حق فسخ

از ظاهر عبارات فقیهانی همچون شیخ طوسی (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۲۵۰)<sup>۱</sup>، محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۲۶۴)، علامه حلی (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۶۷)، شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۱۲۱)<sup>۲</sup>، محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۲۴۵) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰، ۳۲۷) درباره عیوب موجب فسخ نکاح می‌توان استنباط کرد که به باور آنان با درمان عیب، حق فسخ نیز به تبع آن از بین می‌رود؛ به باور این دسته از فقیهان همانگونه که با از بین رفتن علت، معلول نیز از بین می‌رود، با از بین رفتن عیب (علت)، حق فسخ (معلول) نیز از بین می‌رود. برخی از حقوقدانان نیز مانند دکتر کاتوزیان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۰۴)، صفایی و امامی (صفایی و امامی، ۱۳۸۶، ۱۹۳) بر این نظرند. دلایل و مبانی دیدگاه این گروه به شرح ذیل است:

**۲-۱-۱- روایات:** روایات ناظر به عیوب موجب فسخ نکاح که بتوان از آن در بحث درمان عیوب بهره جست را می‌توان بر دو دسته تقسیم کرد که براساس هر دو دسته با درمان عیب، حق فسخ نیز مبنای خود را از دست می‌دهد.

الف) روایات راجع به عیب عنن که علت ایجاد حق فسخ برای زوجه را عدم توانایی بر نزدیکی دانسته است و به مرد مهلت یک ساله برای درمان می‌دهد. به عنوان نمونه ابوصباح از امام صادق (ع) چنین روایت می‌کند: «إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النَّسَاءِ أَجَلَ سَنَةٍ حَتَّى يُعَالِجَ نَفْسَهُ» (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۳۱؛ شیخ طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۴۹؛ همو، ۱۴۰۷، ۷، ۴۳۱)؛ «هرگاه مردی که قدرت زناشویی ندارد و با زنی ازدواج کند، یکسال مهلت به او می‌دهند تا خودش را درمان نماید». پس علت ایجاد حق فسخ برای زوج عدم قدرت بر نزدیکی است و بدیهی است که با از بین رفتن این عیب، حق فسخ ناشی از آن نیز از بین خواهد رفت (اراکی، ۱۴۱۹، ۴۴۰-۴۴۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲، ۲۶۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۶۸). افزون بر این چند نکته دیگر از این روایت نیز قابل استنباط خواهد بود:

اولاً مهلت درمان یک ساله به عنین برای معالجه و درمان است. در نتیجه با رفع عیب، حق فسخ نکاح نیز مبنای خود را از دست خواهد داد. البته در روایات، مهلت درمان تنها برای عیب عنن ذکر شده

۱- شیخ طوسی تصریح می‌کند: «و أما المرأة إن كانت رتقاء... فان عالجت نفسها فزال سقط خياره، لأن الحكم إذا تعلق بعلة زال بزوالها».  
 ۲- شهید ثانی درباره رتق می‌نویسد: «و إنما يثبت الخيار أيضا إذا لم يمكن إزالة المانع عادة بفتح الموضوع، أو أمكن و امتنعت منه. و لو رضيت به فلا خيار». ظاهر عبارت مشعر این معنا است که با از بین رفتن عیب یا رضای به وجود عیب مسقط حق فسخ است.

است و زوجه عینین نیز قبل از روشن شدن غیرقابل درمان بودن عیب عنق فسخ ندارد، ولی امروزه که علم پزشکی پیشرفت‌های چشم‌گیری کرده است، در کلیه عیوب قابل درمان نیز به قیاس اولویت باید قائل به عدم وجود حق فسخ شد. زیرا بی شک اگر عیوب جذام و پیسی در دوره‌ی ائمه اطهار قابل درمان تلقی می‌شد، آنان به وجود حق فسخ حکم نمی‌دادند.

ثانیاً از قید «و هو لایقدر علی النساء» می‌توان چنین استنباط کرد که مبنای اعطای مهلت معالجه و درمان به عینین، عدم توانایی انجام وظیفه خاص زناشویی است. پس عینین برای مداوای خود باید اقدام کند تا مانع فسخ نکاح شود. بنابراین از این قید می‌توان یک حکم کلی استنباط کرد که مبنای ایجاد حق فسخ جلوگیری از ضرر (عدم امکان رابطه زناشویی) است و برای درمان کلیه عیوب موجب فسخ نکاح محل رابطه زناشویی باید مهلت مناسب داده شود. به بیان دیگر می‌توان این نتیجه‌گیری را با توجه به مجموع روایات در یک قاعده فقهی خلاصه نمود: «کل عیب من الزوجین انما یوجب الفسخ اذا کان غیر قابل للعلاج»؛ هر یک از عیوب غیرقابل درمان زوجین موجب فسخ نکاح خواهد بود (فرجی، ۱۳۷۹، ۶۲)

ب) در دسته دیگری از روایات، علت پیدایش حق فسخ عدم بارداری و تنفر و سردی در روابط زناشویی دانسته شده است. بر پایه‌ی روایت حسن بن صالح: «از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی با زنی مبتلا به قرن ازدواج می‌کند، حکم آن چیست؟ امام پاسخ می‌دهد: چنین زنی که نمی‌تواند باردار شود و همسرش از نزدیکی با او روی گردان است به اهلش بازگردانده می‌شود»<sup>۱</sup> (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۰۸؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۳، ۴۳۳).

امام در ذیل این صحیحه، سخنی کلی بیان می‌کند که علت حکم است و آن علت را می‌توان به عنوان یک قاعده کلی بیان کرد: «هر عیبی که موجب انقباض و تنفر زوج باشد، موجب فسخ نکاح خواهد بود» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳، جلسات ۱۳ و ۱۴/۲/۸۳)<sup>۲</sup>. حال اگر در اثر درمان علت حکم یعنی موجب انقباض و تنفر در روابط زناشویی از بین برود، مبنای حق فسخ نیز از بین خواهد رفت.

سیدعلی طباطبایی نیز با توجه به روایت حسن بن صالح، مبنای و علت پیدایش حق فسخ برای شوهر را

۱ - سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ بِهَا قَرْنًا (او فوجدَهَا قَرْنًا). قَالَ هَذِهِ لَا تَحْبَلُ وَ يَنْقُضُ زَوْجَهَا مِنْ مُجَامَعَتِهَا تَرُدُّ عَلَى أَهْلِهَا

یکی از این دو علت می داند: الف) عدم امکان نزدیکی؛ ب) امکان نزدیکی با دشواری یا سختی. بنابراین از آنجایی که مبنای حق فسخ یکی از این دو علت است که با درمان رتق هر دو علت نیز منتفی می‌گردد پس حق فسخ مرد نیز از بین خواهد رفت. سیدعلی طباطبایی آنگاه دامنه سخن خود را برخلاف فقیهان پیشین به عفل و قرن نیز گسترش می‌دهد و معتقد می‌شود که درمان عفل و قرن نیز موجب سقوط حق فسخ شوهر خواهد بود (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۱، ۴۵۵).

### ۲-۱-۲- از بین رفتن ضرر: از لابلای گفته‌ها و عبارات بسیاری از فقیهان در باب نکاح این

نکته‌ی مهم استنباط می‌گردد که مبنای اعطای حق فسخ به فرد سالم جلوگیری از ضرر رسیدن به اوست و در واقع، لاضرر بر لزوم عقد مقدم می‌گردد و فرد سالم به استناد آن حق برهم زدن نکاح را پیدا می‌کند. صاحب جواهر در بحث جنون (نجفی، ۳۰، ۳۱۹)، خصاء (پیشین، ۳۲۲)، جب (پیشین، ۳۲۸)، قرن (پیشین، ۳۳۳) و رتق (پیشین، ۳۳۸) به قاعده لاضرر و یا به سخن دقیق‌تر به حدیث «لاضرر و لاضرار» استناد می‌کند و بر اساس آن می‌نویسد فرد سالم حق انحلال عقد نکاح را دارد. شیخ انصاری نیز با استناد به قاعده «لاضرر» در بحث عیوب عنن و جب (انصاری، ۱۴۱۵، ۴۵۵)، قائل به وجود حق فسخ می‌شود. شهید ثانی (شهید ثانی، ۵، ۱۴۱۰، ۳۹۱) و محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۲۲۰) مبنای حق فسخ را قاعده لاضرر دانسته‌اند (پوراسماعیلی، ۱۳۹۰، ۱۶۹-۱۷۲) بنابراین اگر مبنای حق فسخ فرد سالم در عقد نکاح، جلوگیری از ضرر باشد با از بین رفتن ضرر، حق فسخ او نیز از بین خواهد رفت و اعمال حق فسخ فاقد مبنا خواهد بود. از این رو شیخ طوسی قاعده‌ای تدوین کرده است که مورد استناد دیگر فقیهان قرار گرفته است. شیخ طوسی در ادامه درمان عیب رتق و تأثیر آن بر حق فسخ مرد می‌نویسد: «و أما المرأه إن كانت رتقاء... فان عالجت نفسها فزال سقط خياره، لأن الحكم إذا تعلق بعله زال بزوالها»؛ اگر زن مبتلا به رتق خود را درمان کند، اختیار شوهر او در بر هم زدن نکاح از بین می‌رود؛ زیرا هرگاه مبنای صدور حکمی، علتی روشن باشد با از بین رفتن آن علت، حکم نیز به تبع آن از بین می‌رود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۲۵۰؛ محقق کرکی، پیشین) پس از شیخ این دیدگاه در سخنان قاضی ابن براج اندلسی در بحث رتق مطرح شده است و ایشان نیز می‌نویسد: «فان عالجت نفسها و زال عنها ذلك سقط خيار الزوج معه لان الحكم إذا تعلق بعله و زالت العله، زال حكمها بزوالها» (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ۲، ۲۳۳-۲۳۴)

برخی حقوقدانان نیز با توجه به این که امروزه عیوب قرن، افضاء، برص و جذام در اثر پیشرفت‌های علم پزشکی قابل درمان شده‌اند- مثلا در قرن مانع موجود را رفع می‌کنند و در افضا محل مربوطه را می-

دوزند و یا در بیماری عنن که با انجام معاینات پزشکی و دادن مهلت درمانی قابلیت درمان را دارد- معتقدند که چون مبنای خیار عیب قاعده لاضرر و هدف از آن دفع ضرر از صاحب حق خیار است، پس اگر عیبی که موجب ضرر است، با جراحی یا مداوا یا وسایل درمانی دیگر رفع شود، دیگر ضرری وجود ندارد که با فسخ آن را دفع کرد؛ بنابراین با درمان عیوب، حق فسخ مبنای خود را از دست می‌دهد (صفایی و امامی، ۱۹۳). برخی دیگر معتقدند که هر چند در این مورد ادعای سقوط حق فسخ با ظاهر عبارت قانون مخالف است اما با روح و هدف قانون گذار سازگارتر به نظر می‌رسد؛ چرا که مبنای حق فسخ جلوگیری از ضرر است و با درمان عیوب، ضرری متوجه طرف نخواهد بود (کاتوزیان، ۲۰۴).

بالأخره می‌توان همانند برخی از حقوقدانان به ماده ۱۱۲۶ ق.م نیز تمسک جست و مبنای حق فسخ در بحث عیوب نکاح را رفع ضرر دانست. ماده ۱۱۲۶ ق.م مقرر می‌دارد: «هر یک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده، بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت». به موجب این ماده در صورتی که یکی از زوجین به وجود عیب در طرف دیگر آگاه باشد یا پس از علم یافتن به عیب راضی به ادامه زندگی زناشویی رضایت دهد، حق فسخ نیز نخواهد داشت و گویی عالم به عیب، اقدام به زیان خود کرده است و حق فسخی نیز برای حمایت از او به وجود نخواهد آمد، درحالی که جاهل به عیب، به زیان خود اقدام نکرده است و قانون گذار نیز از زیان او حمایت می‌کند و حق فسخ برای او جعل شده است. پس مبنای حق فسخ در عیوب موجب فسخ نکاح، وجود ضرر است که با انتفای ضرر در اثر درمان یا رفع خود به خودی عیب و یا علم به وجود عیب و رضایت به زندگی با همسر بیمار موجب دفع ضرر خواهد بود و موجبی برای حق فسخ وجود نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۳۵۸).

**۲-۱-۳- توسل به وحدت ملاک یا قیاس تنقیح مناط:** با استفاده از وحدت ملاک نیز می‌توان به این نتیجه دست یافت که با زوال عیب یا درمان آن، حق فسخ از بین می‌رود. ماده ۴۷۸ ق.م از جمله موادی است که می‌توان از ملاک آن استفاده کرد. براساس ماده ۴۷۸ ق.م در باب اجاره «هرگاه معلوم شود عین مستأجره در حال اجاره معیوب بوده مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ کند یا به همان نحوی که بوده است اجاره را با تمام اجرت قبول کند، ولی اگر موجر رفع عیب کند به نحوی که به مستأجر ضرری نرسد، مستأجر حق فسخ ندارد». گرچه این ماده ناظر به عقد اجاره است، ولی حکمی کلی را بیان می‌کند که مطابق آن مرتفع شدن عیب موجب زوال حق فسخ است. پس با وحدت ملاک گرفتن از این

ماده، می‌توان این قاعده عام و کلی را استخراج و علاوه بر اجاره در نکاح نیز جاری کرد و زوال بیماری را موجب سقوط حق فسخ دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۵، ۲۹۶).

این شیوه استنباط در فقه نیز مرسوم است و از آن به قیاس تنقیح مناط تعبیر می‌شود منظور از قیاس تنقیح مناط این است که مجتهد حکم واقع‌های را بر واقعه دیگر به جهت یکی بودن مناط حکم سرایت دهد. البته مجتهد مناط حکم را از راه بررسی در همه اوصافی که صلاحیت برای علیت و مناط آن دارد به دست می‌آورد. تنقیح مناط از نظر فقهیان امامی، حجت و معتبر است منوط بدان که تنقیح مناط قطعی باشد نه ظنی (جناتی، بی‌تا، ۳۰۱). بدین ترتیب با توجه به این که ملاک خیار عیب دفع ضرر است و فلسفه تشریح حق فسخ در عقد نکاح نیز جلوگیری از ضرر به طرف سالم است و از آنجایی که زوال عیب در بحث خیار عیب پیش از اعمال خیار موجب سقوط خیار می‌گردد بنابراین در عیوب موجب فسخ نکاح نیز باید بر همین عقیده بود که با از بین رفتن خود به خودی یا درمان عیب پیش از اعمال حق فسخ، حق فسخ نیز از بین خواهد رفت. از این رو شیخ انصاری در بحث خیار عیب می‌نویسد: «از جمله مواردی که موجب سقوط رد و ارش می‌گردد، زوال عیب پیش از علم به وجود عیب و حتی پس از علم به وجود آن است». شیخ انصاری پس از آن که طرفداران این دو دیدگاه و ادله‌ی آنان را بررسی می‌کند، زوال عیب را موجب سقوط رد می‌داند و بقای ارش را ترجیح می‌دهد (انصاری، ۱۴۱۵، ۵، ۳۲۵-۳۲۴). بدین ترتیب می‌توان با تنقیح مناط به این نتیجه دست یافت که در نکاح اعم از این که عیب موجب فسخ به خودی خود زایل شود یا فرد بیمار، عیب یا بیماری خود را درمان کند، حق فسخ نیز از بین می‌رود و موجبی برای بقای حق فسخ باقی نخواهد بود.

#### ۲-۱-۴- رفع عیوب محل وظایف زناشویی<sup>۱</sup>: یکی از اهداف اصلی ازدواج تمتع جنسی

زوجین از یکدیگر است و هر آنچه که مانع تحقق این هدف شود موجب حق خیار است. بنابراین با رفع این مانع نیز حق فسخ از بین خواهد رفت. شهید ثانی در کتاب «الروضه البهیه» معتقد است در صورتی که غیرممکن بودن نزدیکی، چنانچه معالجه آن عیب مانع نزدیکی امکان‌پذیر باشد مثل این که پزشکان با جراحی بتوانند مانع نزدیکی را برطرف کنند شوهر حق خیار فسخ ندارد، زیرا با از بین رفتن مانع انجام

۱ - باید توجه داشت در برخی از روایات مانند روایت حسن بن صالح عیوب محل تناسل و تولید مثل مانند قرن نیز موجب حق فسخ دانسته شده است که پیشتر بدان اشاره شد، ولی با توجه به این که عیوب محل وظایف زناشویی در مقررات بیان شده است و دارای پیشینه است، بر این اساس استدلال شده است.

وظایف زناشویی و استمتاع جنسی، حق فسخ نیز از بین خواهد رفت (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۵، ۳۹۱). قانون- گذار نیز تا سال ۱۳۶۱، عیوب جسمی و روحی منافی حق استمتاع و محل وظایف زوجیت را موجب حق فسخ می‌دانست و با اصلاح قانون وضعیت قانون در این زمینه مبهم شد.

ماده ۱۱۲۲ ق.م قبل از اصلاحات سال ۱۳۶۱ (۶۸/۱۰/۸) در این زمینه مقرر می‌داشت: «عیوب ذیل که در مرد مانع از ایفای وظیفه زناشویی باشد، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود...» عبارت «که مانع از ایفای وظیفه زناشویی باشد» وصف کلام بود و دارای مفهوم مخالف. از این رو برخی با اشاره به این مهم که وصف مشعر به علیت است؛ معتقد شده بودند حق فسخ برای زوجه، معلول آن است که زوج قادر به انجام وظایفش نباشد، پس اگر این ناتوانی به توانایی تبدیل شود، حق فسخ هم منتفی خواهد بود (قربان‌نیا و همکاران، ۱۳۸۴، ۱۴۳).

البته با توجه به این که فعلاً در این باره نص صریحی وجود ندارد یا باید از ماده ۴۷۸ ق.م حکمی کلی استنباط کرد یا آن که با رجوع به فتاوی معتبر در فقه حکم قضیه را روشن کرد که در فقه نیز سقوط حق فسخ در اثر درمان بیماری طرفداران سرشناسی دارد و حتی نصوص صریحی نیز در این باره وجود دارد که بدان اشاره شد.

**۲-۱-۵- عدم صدق عنوان عیب بر عیب درمان شده:** گرچه عقد نکاح به تشکیل کانون خانواده می‌انجامد و حفظ و پایداری آن مورد توجه شارع و قانون‌گذار است (اصل دهم قانون اساسی) و اصل احتیاط اقتضا می‌کند که این کانون تا جای ممکن استوار بماند، ولی وجود عیب موجب می‌شود که اصل احتیاط کنار رود و عقد نکاح در معرض زوال و انحلال قرار گیرد. حال اگر فرد مبتلا به بیماری یا عیب، خود را درمان کند و عیب زایل گردد از سویی پس از درمان عیب یا بیماری، فرد معیوب یا مبتلا به شمار نمی‌آید و در عرف سالم دانسته می‌شود.

بنابراین ادله ناظر به فسخ این فرد را شامل نمی‌شود و صرفاً فرد دارای عیب را در بر می‌گیرد و در نتیجه زمینه اجرای اصل استصحاب حق فسخ نیز از بین می‌رود و دیگر نمی‌توان بقای حق فسخ را استصحاب کرد؛ زیرا استصحاب مذکور دارای موضوع واحدی نیست (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۵، ۳۲۵-۳۲۴). از سوی دیگر، در نبود اصل استصحاب، اصل احتیاط جاری می‌گردد و بر بقای نکاح حکم می‌کند.

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



## ۲-۲- نظریه‌ی بقاء حق فسخ

برخی از صاحب‌نظران معتقدند که درمان عیوب نکاح تأثیری در حق فسخ ندارد و حق فسخ همچنان باقی می‌ماند. این دسته از صاحب‌نظران به دو دلیل عمده تمسک جسته‌اند که در ادامه بررسی می‌شود.

**الف) تعبد بر نصوص:** شاید بتوان گفت بهترین دلیل بر اثبات بقای حق فسخ در صورت درمان بیماری این است که گفته شود در بحث عیوب موجب فسخ، شارع به فسخ نکاح حکم کرده و فقط در موارد خاص و بنا به دلایلی که فهم آن برای مکلفان روشن نیست مانند عنن نیز درمان را تجویز کرده است. پس تجویز درمان عنن یک حکم استثنایی است و از نصوص بیش از این حکم خاص چیزی دریافت نمی‌شود و در صورت شک و تردید در موارد مشابه باید به قدرمیتین اکتفا کرد و از تسری حکم به موارد مشابه و قیاس خودداری ورزید و قدر متیقن در بحث درمان عیوب نکاح، درمان عیب عنن و سقوط خیار پس از درمان است. بنابراین عقل از دریافت علت و یا ملاکات احکام عاجز است و نمی‌توان با تعلیل‌های عقلی زمینه سقوط حق فسخ را فراهم آورد و حکمی که در یک موضوع خاص مانند عنن آمده است را به موارد مشابه گسترش داد (صابری، ۱۳۸۱، ۲۱-۵۱؛ میرداداشی، ۱۳۸۹، ۶۳).

گرچه این استدلال در فقه نص‌گرای شیعه به درستی مطرح است و فقیهان شیعه عقل را در کنار کتاب و سنت منبع استنباط احکام به شمار می‌آورند ولی برای آن نقش مستقلی قائل نیستند و فقط به سراغ کتاب و سنت می‌روند و احکام را استنباط می‌کنند و در هیچ یک نیز چنین تعلیلاتی جا ندارد. پس در فقه شیعه عقل در حاشیه کتاب و سنت قرار می‌گیرد و از این رو نباید شگفت زده شد که فقیه، درمان بیماری را موجب سقوط حق فسخ نداند و پای استصحاب را به میان بکشد. در واقع تمسک به استصحاب پوششی است برای گریز از ایراد عقل ستیز بودن فقه شیعه و گر نه آنچه که سبب شده تا فقها بر تأثیر درمان بر حق فسخ توجه نکنند همان تعبد ورزیدن بر نصوص است.

**ب) اصل استصحاب:** به باور این دسته از صاحب‌نظران چون سبب ایجاد حق فسخ عیب بوده است، حق خیار بدون تردید ایجاد می‌شود. پس وجود حق فسخ یقینی است و از سوی دیگر در صورت درمان بیماری و بهبودی، تردید ایجاد می‌شود که آیا حق فسخ قبلی از بین می‌رود یا باقی است و استصحاب حکم به بقای حق فسخ می‌کند (امامی، بی‌تا، ۴، ۴۶۸).

در نقد این دلیل باید با صاحب‌نظرانی همراه شد که تمسک به اصل استصحاب برای بقای خیار را در فرض مورد بحث صحیح ندانسته، حق خیار را قابل استصحاب نمی‌دانند؛ زیرا نفس حق خیار مخالف با

اصل لزوم قراردادهای است و در موارد شک در نفس ایجاد حق خیار یا تداوم آن باید به اصل مراجعه کرد. به عبارت دیگر با توجه به اصل لزوم، حق خیار در اینجا قابلیت استصحاب ندارد و به عقیده اصولیون در جایی که در باقی‌بودن یا نبودن حق خیار تردید می‌شود، از نوع شک در مقتضی است نه رافع و در شک در مقتضی امکان استصحاب وجود ندارد و استصحاب جاری نمی‌شود. افزون بر این، در موارد شک و تردید به استصحاب استناد می‌شود، در حالی که با توجه به عبارت «الحکم اذا تعلق بعله زال بزوالها» مذکور در عبارات فقها با زوال علت فسخ دیگر جایی برای شک و تردید باقی نمی‌ماند (قربان‌نیا و همکاران، ۱۴۴). بالاخره همانگونه که اشاره شد در بحث مذکور اصلاً استصحاب جاری نمی‌گردد؛ زیرا حق فسخ به وجود آمده به دلیل وجود عیب در فرد بیمار بوده است و در صورت عدم درمان، استصحاب حکم به بقای حق فسخ می‌کند، ولی در صورتی که فرد خود را درمان کند، سالم تلقی می‌شود و نسبت به این فرد نمی‌توان استصحاب جاری کرد؛ زیرا یکی از مقومات استصحاب وحدت موضوع است که در این مورد وجود ندارد و موضوع‌ها متفاوت است (مظفر، ۴، ۱۴۳۰، ۲۸۰-۲۸۱).

### ۳- امکان اجبار فرد معیوب به درمان

پرسش دیگری که در بحث درمان عیوب نکاح مطرح می‌شود این است که آیا درمان بیماری یا عیب بر فرد مبتلا واجب است یا نه؟ به بیان دیگر آیا درمان از مقوله حق است یا تکلیف. در صورتی که درمان حق باشد فرد مبتلا به بیماری یا عیب مخیر است که خود را درمان کند یا از آن؛ خودداری ورزد در حالی که اگر درمان تکلیف دانسته شود، فرد مبتلا مکلف به درمان خویش خواهد بود؟

شهید ثانی در این باره به صراحت درمان را تکلیف نمی‌داند و درمان بیماری را نوعی حق می‌داند که فرد مبتلا می‌تواند از آن بگذرد یا اعمال کند: «در صورتی مرد به استناد وجود رتق می‌تواند نکاح را برهم بزند که امکان درمان رتق نباشد و یا با وجود امکان درمان، زوجه از درمان سر باز زند، اما در صورتی که زوجه حاضر به درمان گردد، دیگر زوج حق فسخ نخواهد داشت. البته زوج نمی‌تواند زوجه را مجبور به درمان کند، زیرا اجبار حق زوج نیست و از طرف دیگر اگر زوجه بر درمان خویش تصمیم بگیرد، هیچ کس حق ممانعت ندارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۱۲۱). صاحب جواهر نیز بر همین باور است: «مرد نمی‌تواند همسر مبتلا به رتق را به درمان مجبور سازد؛ زیرا شوهر می‌تواند با فسخ نکاح، مانع ضرر شود» (نجفی،

۳۰، ۳۳۸). با بررسی سخنان برخی دیگر از فقیهان می‌توان مبانی این سخن در مبحث عیب رتق را به شرح زیر دانست که البته این دلائل می‌تواند در سایر عیوب نیز مطرح گردد.

### ۳-۱- دلایل عدم وجوب درمان

الف) اصل عملی: صاحب جواهر درباره درمان عیب رتق به اصل استناد می‌کند و معلوم نمی‌سازد که منظور از اصل چیست: «إِذَا لَمْ يُمْكِنِ إِزَالَتُهُ أَوْ أَمْكِنُ وَامْتَنَعَتْ مِنْ عِلاجِهِ وَ الْفِرْضُ عَدَمُ وَجُوبِهِ عَلَيْهِمَا لِلْأَصْلِ وَ الْعَسْرِ وَ الْحَرَجِ» (نجفی، ۳۰، ۳۳۷). از این رو برخی از نویسندگان معتقدند منظور از اصل در عبارت فقیهان، اصل استصحاب عدم وجوب درمان است (راستی و اسماعیلی، ۱۳۸۰، ۱۲۰) یعنی حکم به عدم وجود مستصحبی که عدم آن در گذشته یقینی بوده ولی اکنون در وجود آن تردید شده است (محمدی، ۱۳۸۲، ۳۲۵).

ب) قاعده نفی عسر و حرج: گاهی درمان بیماری همراه با رنج و سختی بسیار و حتی همراه با وارد شدن جراحت بر زن می‌باشد که برای رفع عسر و حرج باید گفت وجوب درمان منتفی است. به بیان دیگر در برخی موارد حکم به درمان، ممکن است فرد معیوب را در سختی و مشقت قرار دهد و همان طور که قبلاً اشاره شد طبق قاعده نفی عسر و حرج، در شریعت اسلام حکمی که سبب سختی مکلفان شود، وضع نشده است و تحمیل تکلیف سخت به مکلفان نفی شده است (نجفی، پیشین).

ج) ذی حق نبودن زوج در درمان عیب: معالجه و درمان زن حق زوج نیست تا او بتواند زوجه را مجبور به مداوا کند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۲۴۳ و ۲۴۵)<sup>۱</sup> و چه بسا ضرری که به واسطه این بیماری بر طرف مقابل وارد می‌شود، با حق فسخ منتفی و جبران گردد. در واقع زوج تنها حق فسخ نکاح را دارد و برای جلوگیری از زیان می‌تواند نکاح را منحل کند یا باقی بگذارد و افزون بر این حق، حق دیگری ندارد که در راستای اعمال آن زوجه مکلف به درمان باشد. پس درمان حق فرد معیوب یا بیمار است و هیچ کس نمی‌تواند مانع از درمان فرد گردد یا او را مجبور به درمان کند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۴، ۲۵۰).

۱. و أما الرتق: فهو أن يكون الفرج ملتصقا ليس فيه مدخل للذكر، و يوجب الخيار مع منع الوطء و لم تمكن إزالته أو أمكن فامتنعت، و ليس له إجبارها على إزالته... و لو أراد الزوج الإزالة مع امتناعها لم يكن له إجبارها، لأن ذلك ليس حقا له و لما في الإقدام على الجراحة من تحمل الضرر و المشقة، كما أنها لو أرادت هي ذلك لم يكن له المنع، لأنه تناو لا تعلق له به.

### ۳-۲- نقد و بررسی

دلایل پیش‌گفته در تأیید عدم وجوب درمان قابل انتقاد است و نمی‌توان آن را پذیرفت. زیرا

۱- حفظ جان به عنوان یکی از مصالح پنج‌گانه در اسلام از اهمیت بسیاری برخوردار است، لذا فرد بیمار مکلف به درمان بیماری خود است. مضاف بر آن که مطابق آموزه‌های نبوی، همه افراد به هنگام ابتلاء به بیماری باید به درمان بپردازند و این سفارش پیامبر(ص) در بسیاری از نصوص به صورت یک قاعده کلی در آمده است که «هر دردی، درمانی دارد» و بیمار باید به دنبال درمان خود باشد. این نصوص به طور ضمنی بر درمان بیماری و این که فرد بیمار برای بهبودی خود باید تلاش کند، تأکید می‌کند. به طور مثال امام رضا (ع) فرموده است: «يقول عبد الله علي بن موسى الرضا (ع): لكل داء دواء» (منسوب به امام رضا، الفقه-فقه الرضا، ۲۰) و یا در برخی نصوص صراحتاً به درمان بیماری امر شده است: «جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ أَبِيهِ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ (ص) أَتَتَدَاوَى؟ فَقَالَ: نَعَمْ تَدَاوَوْا، فَإِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمْ يُنْزِلْ دَاءً إِلَّا وَ قَدْ أَنْزَلَ لَهُ دَوَاءً...» (حمیری، ۱۴۱۳، ۱۱۰). در این روایت پیامبر(ص) به صیغه امر به بیمار دستور داده است که به درمان بیماری خود بپردازد و صیغه امر نیز در نزد اصولیان ظهور در وجوب دارد (مظفر، ۱۴۳۰، ۱، ۱۱۲-۱۱۴). بنابراین مطابق آموزه‌های نبوی و دیگر معصومان، درمان بیماری واجب است و بیمار برای درمان، باید به پزشک رجوع کند.

۲- درست است که بیمار ممکن است در فرآیند درمان بیماری دچار عسر و حرج شود و باید به حکم قاعده، تکالیفی را که موجب به سختی افتادن بیمار شده برداشت اما باید گفت اولاً در بحث عسر و حرج و ادله آن باید دید به سختی افتادن قابل تحمل است یا نه و نیز این سختی و عسر و حرج برای به دست آوردن چه چیزی است. به دیگر سخن درمان حتی کوچک‌ترین بیماری‌ها همچون سرماخوردگی با سختی و مشقتی همراه است که عادتاً قابل تحمل است و بیمار برای حفظ جان که مصلحت بالاتری است و جلوگیری از ضرر بیشتر و سنگین‌تر، تن به درمان می‌دهد، چرا که در صورت عدم درمان، بیماری تشدید خواهد شد و بیمار متحمل ضرر بیشتری می‌گردد. ثانیاً در این بحث ادله عسر و حرج با ادله دیگری همچون وجوب حفظ جان، وجوب درمان و لاضرر در تعارض است که ادله ناظر بر وجوب درمان بر ادله نفی عسر و حرج مقدم می‌گردد. بالأخره این که دیدگاه فقیهان درباره عدم وجوب درمان بیماری ناظر به جایی است که عدم درمان موجب اضرار به غیر نگردد، در حالی که در بحث عیوب موجب فسخ نکاح از یک سو عدم درمان موجب اضرار به خود بیمار است که موجب فسخ نکاح می‌گردد و با انحلال نکاح، یک

زن بی سرپرست یا یک مرد مجرد در جامعه رها می‌شود که عواقب سوء و ناهنجاری برای خود شخص، خانواده و جامعه دارد. از سوی دیگر عدم درمان بیماری یا عیب توسط بیمار یا مبتلا به طرف دیگر نیز زیان می‌رساند و یا دست کم مانع انتفاع است که آن هم خود ضرر است و به حکم قاعده لاضرر در هر دو حالت ضرر منتفی می‌گردد.

### ۳-۳- هزینه درمان عیب

حال که بر فرد بیمار واجب است به مداوای خود بپردازد، این سؤال مطرح می‌شود که اگر زوجه بیمار یا دارای عیب باشد، آیا هزینه‌های درمان نیز جزء نفقه او محسوب می‌شود یا خیر؟ به بیان دیگر آیا زوجه برای درمان بیماری خود، باید از زوج هزینه درمان را به عنوان نفقه بگیرد یا آن که هزینه درمان بر عهده-ی زوجه است؟

نظرات فقیهان شیعه در این زمینه متفاوت است. شیخ طوسی تصریح می‌کند که در هنگام بیماری زن، هزینه دارو و درمان بر مرد واجب نیست: «و لیس علیه أجرة طبيب و لا فساد و لا حجام و لا ثمن دواء»؛ اجرت طبیب و حجامت و هزینه درمان بر عهده مرد نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۶، ۸) اما اکثر فقهای دیگر در صورتی که هزینه‌های درمان در حد متعارف باشد، جزء نفقه و برعهده مرد می‌دانند. به طور مثال امام خمینی اظهار می‌دارد: «هزینه متعارف و معمول درمان زوجه (که معمولاً برای هر کس اتفاق می‌افتد) به عهده زوج است ولی بیماری‌های سختی که گاهی پیش می‌آید مخصوصاً در صورتی که هزینه زیادی داشته باشد جزء نفقه نمی‌باشد» (امام خمینی، بی‌تا، ۲، ۳۱۶-۳۱۷). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز فرموده است: «مداوا در حد متعارف جزء نفقه است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ۱، ۲۴۱) و یا آیت‌الله تبریزی در استفتائات خود پاسخ داده‌اند: «هزینه‌ی متعارفه‌ی درمان زن در زمان حیاتش به عهده‌ی شوهر است». آیت‌الله صافی گلپایگانی نیز معتقد است: «هزینه بیماری‌های معمولی زوجه به عهده زوج است. ولی مخارج بیماری‌های سختی که گاهی اتفاق می‌افتد مخصوصاً در مواردی که هزینه زیادی به دنبال داشته باشد به عهده شوهر نیست» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ۲، ۴۷۵).

بنابراین هزینه‌های درمان بیماری زوجه به منظور ممانعت از انحلال نکاح در صورتی جزء نفقه و بر عهده زوج می‌باشد که در حد متعارف و معمولی باشد. زیرا تحمیل هزینه‌های گزاف بر زوج به منظور درمان زوجه و دفع ضرر خود موجب ضرر است که به حکم قاعده لاضرر نفی می‌گردد. البته نظر عرف هم در این

زمینه حائز اهمیت است، چراکه عرف نیز از یک سو درباره متعارف و عادی بودن میزان هزینه‌های درمان به داوری می‌نشیند و از سوی دیگر، هزینه‌های درمان معمولی و متعارف را بر عهده زوج می‌داند. مطابق ماده ۱۱۰۷ اصلاحی ۱۳۸۱/۸/۱۹ «نقعه عبارت است از: همه‌ی نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل، هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج بواسطه‌ی نقصان یا مرض» هزینه‌های درمانی و بهداشتی متعارف جزء نقعه به شمار می‌آید؛ زیرا در صدر ماده تأکید شده همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل ... پس براساس قانون مدنی نیز هزینه درمان عیب در صورتی جزء نقعه تلقی می‌شود که متعارف باشد، وگرنه هزینه‌های درمانی گزاف قابل مطالبه نخواهد بود. البته شاید بتوان گفت زن چنانچه مهریه خود را مطالبه نکرده باشد می‌تواند با مطالبه آن، به هزینه خود عیب یا بیماری را درمان کند یا در صورتی که شوهر برای درمان زوجه بیمار خود متحمل هزینه‌های درمان شود چون این مبلغ، طلب او از همسر به شمار می‌آید می‌تواند از مهر کسر کند.

### ۳-۴- بازه زمانی درمان عیوب

در صورت پذیرش وجوب درمان عیب موجب فسخ نکاح این پرسش مطرح می‌گردد که روند درمان تا چه زمانی باید ادامه یابد؟ به عبارت دیگر چه مقدار زمان باید به شخص داد تا به مداوا و معالجه خود بپردازد و بهبود یابد و البته تجویز مدت درمان برای طرف مقابل نیز باید قابل تحمل باشد؛ چرا که اگر مدت درمان طولانی باشد، مجبور کردن طرف مقابل به تحمل دوره درمان موجب ضرر است که به حکم قاعده لاضرر، این چنین ضرری نباید به دیگران وارد آید.

در پاسخ به پرسش پیش گفته دو راه حل مطرح می‌گردد. راه حل نخست استفاده از مناط روایات باب عنن است که مهلت یک ساله برای درمان عیب در نظر گرفته است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۲۱، ۲۳۱)<sup>۱</sup> بدین ترتیب که عنن از جمله عیوب مخل وظایف زناشویی است و سایر عیوب نیز مخل وظایف زناشویی هستند. بنابراین در همه این عیوب می‌توان از مهلت یک ساله در نظر گرفته شده برای عنن استفاده کرد. با وجود این در انتقاد از این استدلال ممکن است گفته شود این مهلت اختصاص به عیب عنن دارد و تعمیم آن به سایر عیوب قیاس است که در فقه شیعه جایی ندارد. افزون بر این روایات ناظر به عنن بر دو گروه است:

۱. وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفُضَيْلِ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَ هُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النَّسَاءِ - أَجَلَ سَنَةٍ حَتَّى يُعَالَجَ نَفْسَهُ.

برخی از روایت‌ها صرف وجود عنن در مرد را موجب حق فسخ می‌دانند ولی دسته دیگر حق فسخ را منوط به عدم درمان ظرف یک سال کرده‌اند. بنابراین با وجود تعارض میان این دو دسته روایت که هر دو گروه نیز صحیح است، مهلت یک ساله را نباید اماره یا قید تعبدی دانست (سبحانی تبریزی، بی‌تا، ۲، ۱۲۰-۱۲۲). از این رو پس از انقلاب قانون‌گذار با چنین رویکردی دست به اصلاح ماده زد و مهلت یک سال را از قانون حذف کرد.

برخی از فقیهان برای فرار از انتقاد قیاس، نوعی مهلت عرفی برای درمان در نظر گرفته‌اند. محقق کرکی در باب رتق می‌نویسد: «فلو مکنت من الإزالة و لم يحصل علی الفور عاده فالخيار بحاله...»؛ اگر ایزاله مانع امکان داشته باشد، ولی در طی مدت عرفی قابل قبولی به فوریت قابل درمان نباشد، خيار فسخ مرد پابرجا خواهد بود (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۲۴۵). شهید ثانی نیز بیان می‌دارد: «و إنما یثبت الخيار أيضاً إذا لم یمكن إزاله المانع عاده بفتق الموضع، أو أمکن و امتنعت منه»؛ حق فسخ نکاح صرفاً در صورتی ثابت است که عادتاً از بین بردن مانع با نزدیکی ممکن نباشد یا ممکن باشد ولی زن در درمان آن خودداری کند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۱۲۱). از سخن محقق کرکی و شهید ثانی می‌توان این گونه استنباط کرد که حق فسخ نکاح در رتق و امثال آن در صورتی ایجاد می‌شود که به حسب عرف و عادت، درمان عیب ممکن نباشد یا زن از معالجه امتناع نماید. البته باید توجه داشت که در استفتائات انجام‌گرفته از آیت الله صانعی در خصوص بحث درمان عیوب، ایشان چنین پاسخ داده‌اند که اگر رفع عیب‌ها در زمانی کوتاه و متعارف انجام گیرد، حق فسخ ساقط می‌شود (صانعی، ۱۳۸۴، ۲، ۵۳۳-۵۳۴).

پس می‌توان گفت که بازه زمانی برای درمان، اولاً باید مدتی باشد که معمولاً برای درمان بیماری لازم است؛ ثانیاً طرف مقابل از انتظارکشیدن در این مدت متحمل مشقت و حرجی نشود و در تعیین این مدت باید به پزشکان و طبیبان اهل خبره مراجعه کرد (راستی و اسماعیلی، ۱۳۸۰، ۱۲۲). این دیدگاه منصفانه و مطابق واقعیت است؛ زیرا نمی‌توان انتظار داشت که همه عیوب در بازه زمانی یک ساله درمان شود و هر بیماری مهلت درمانی خاص خود را می‌طلبد. پس چنین انتظاری بعید می‌نماید.

با این همه از سویی بر عقد نکاح شرایط خاصی حاکم است و باید به گونه‌ای عمل کرد که کانون خانواده و نیز مصالح فرد مبتلا و حق فسخ طرف مقابل حفظ شود (صانعی، استفتائات قضایی، ۲: ۵۳۵) و حتی به هیچ یک از این سه زینانی نیز وارد نگردد که این مهم مورد توجه دو فقیه بزرگ شهید ثانی (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۸، ۱۲۱) و محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۲۴۵) قرار گرفته است. از سوی دیگر

منطق حقوقی اقتضاء می‌کند که قانون‌گذار مهلت را دقیق مشخص کند تا حق هیچ کس از بین نرود. برپایه‌ی همین منطق در قانون مدنی تا پیش از اصلاح مهلت یک ساله برای درمان عیب عنن در نظر گرفته شده بود و به عرف ارجاع نداده بود. بنابراین گرچه دیدگاه نخست به عدالت نزدیک است، ولی منطق حقوقی اقتضاء می‌کند تا مهلت به طور دقیق مشخص شود و تنها مهلتی که در فقه برای درمان در نظر گرفته شده است مهلت یک ساله است و شاید بتوان آن را در موارد مشابه نیز قابل اعمال دانست که اعمال آن به لحاظ نظری و عملی برکنار از انتقاد نیست.

هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۲۰ نیز براساس قاعده نفی عسر و حرج عمل کرده است و به استناد این که درمان زوجه باز هم مانع ایفای وظایف زناشویی است، حکم به فسخ نکاح داده است. این رای از چند جهت حائز اهمیت است؛ اولاً درمان را به طور ضمنی موجب سقوط حق فسخ مرد می‌داند؛ ثانیاً درمان نباید موجب تحمیل خسارت بر مرد شود و ثالثاً به نظر می‌رسد بتوان این دیدگاه را تقویت کرد که از نظر دیوان عالی کشور، درمان نوعی وظیفه و تکلیف است و نه حق. هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این پرونده، نداشتن رحم را تخلف از شرط ضمنی سلامت و یک عیب غیر قابل درمان تلقی کرده و حق فسخ برای زوج قائل شده است؛ چرا که طبق نظریه‌ی پزشکی قانونی امکان مقاربت طبیعی در آینده تنها با آموزش زوجین و مقاربت‌های مکرر ممکن است که این امر نیازمند صرف وقت و هزینه و توأم با حرج خصوصی‌ترین مسائل ناموسی نزد دیگران است که قاعده نفی حرج مانع تحمیل این تکلیف به مرد می‌شود. از طرف دیگر صرف هزینه‌های آموزش جنسی، در نهایت موجب امکان دخول تنها در یک حالت از تماس جنسی که ظاهراً غیرکامل هم نخواهد بود، می‌گردد و در نتیجه رافع عیب نخواهد بود» (درویش، ۱۳۸۸-۱۳۸۹، ۶۷-۷۸).

رویه قضایی در خصوص عیوب موجب فسخ نکاح و درمان آن از یک سو عیوب را محدود به چند عیب مصرح در قانون می‌داند و از سوی دیگر به دلیل سکوت قانون در خصوص درمان همین عیوب تصمیم نگرفته است و این مهم در آراء دیوان عالی کشور که عالی‌ترین مرجع قضایی است و وظیفه ایجاد وحدت رویه را برعهده دارد نیز به چشم می‌خورد و قضات دیوان عالی نیز کمتر به اجتهاد می‌پردازند و از این رو آراء صادره بسیار منقح و دقیق نیست. با این همه در حال حاضر بسیاری از شعب دادگاه خانواده در مورد عیوب زن از زوج فرصت درمانی می‌گیرند تا زوجه بیماری خود را درمان کند. این رویه که در جهت حفظ کیان خانواده به وجود آمده است صرف‌نظر از این که مستند به موازین قانونی نیست از چند جهت



قابل انتقاد است که باید از تثبیت این رویه اجتناب شود؛ زیرا از یک سو با توجه به درمان پذیر بودن بسیاری از عیوب مصرح در قانون مانند قرن یا عفل یا رتق، افشاء، برص و جذام، دادگاه‌ها باید در وهله‌ی نخست به این مهم به چشم وظیفه و تکلیف قانونی نگاه کنند و نه اختیار. از سوی دیگر معلوم نیست بازه زمانی درمان چقدر باید باشد و اگر پس از این مهلت فرد مبتلا درمان نشد آیا حق فسخ طرف مقابل به قوت خود باقی است یا نه؛ حقی که به فوریت باید اعمال می‌شد و درنگ در اعمال آن موجب از بین رفتن حق فسخ می‌گردید و بالاخره آیا پذیرش دادن مهلت برای درمان به منزله سقوط حق فسخ و رضایت به زندگی در کنار همسر بیمار یا مبتلا نیست.

#### ۴- نتیجه گیری

قانون مدنی در مواد (۱۱۲۲ تا ۱۱۲۳) با پیروی از دیدگاه مشهور در فقه امامیه از یک سو دامنه عیوب نکاح را محدود به چند عیب کرده است و از سوی دیگر میان عیوب زن و مرد به نوعی تبعیض روی آورده است و زن و مرد در این باره وضعیتی نامتعادل دارند. به دیگر سخن، برخی از عیوب نکاح مانند جنون، عیب مشترک میان زن و مرد است. برخی دیگر از عیوب نیز به عنوان عیوب اختصاصی زن و مرد معرفی شده است؛ مانند: عنن، خصاء و جب که از عیوب مختص مردان به شمار می‌آید و جذام و برص، زمین-گیری، نابینایی از هر دو چشم، قرن و افشاء که از عیوب مختص زنان تلقی می‌شود، که وجود آن در هر یک از زوجین، موجب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل خواهد بود.

حال با توجه به این که امروزه برخی از بیماری‌های مصرح در قانون مدنی همچون جذام، برص، افشاء، قرن و عنن در اثر پیشرفت‌های پزشکی قابلیت درمان یافته‌اند، باید گفت که دیگر نیازی به وجود حق فسخ در این موارد نیست؛ چرا که مبنای حق فسخ در عیوب نکاح، دفع ضرر است که دیگر با مرتفع شدن عیوب ضرری وجود ندارد. افزون بر این بر اساس اصل دهم قانون اساسی قانون‌گذار باید با تدوین مقررات به تحکیم پایه‌های خانواده کمک کند و با توجه به این که درباره تأثیر درمان در مقررات متن روشنی وجود ندارد، باید بر آن شد که قانون‌گذار با توجه به مصالح جامعه، این مهم را به دوش رویه قضایی گذارده تا به صورت موردی، موضوع بررسی شود. بنابراین باید رویه قضایی در این باره تصمیم بگیرد و به این سو سوق داده شود که عیب بهبودیافته پس از درمان، اساساً عیب تلقی نمی‌شود تا حق فسخ باقی باشد. پس با توجه به درمان پذیری برخی از عیوب نکاح و شیوع برخی از بیماری‌های خطرناک درمان‌ناپذیر

مانند ایدز و هپاتیت ضرورت دارد تا در زمینه عیوب نکاح قانون مدنی بازنگری شود تا اولاً قانون‌گذار به صراحت بیماری‌های واگیرداری مانند ایدز را عیب به شمار آورد؛ ثانیاً درمان عیب را مسقط حق فسخ تلقی کند و ثالثاً میان زن و مرد در عیوب نکاح نیز تعادل ایجاد کند.

## فهرست منابع

۱. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، (۱۴۰۶)، المهدب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲. ابن قدامه المقدسی، موفق الدین عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه، (۱۳۸۸). المغنی. مکتبه القاهره، تهران.
۳. اراکی، محمدعلی، (۱۴۱۹)، کتاب النکاح. نشر نورنگار، قم.
۴. النووی، ابوزکریا محیی الدین یحیی بن شرف، (بی‌تا)، المجموع شرح المهدب، دار الفکر، بیروت.
۵. امامی، سید حسن، (بی‌تا)، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۶. امام خمینی، سید روح الله، (بی‌تا)، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم.
۷. امام رضا(ع)، (۱۴۰۲)، طب الإمام الرضا علیه السلام یا الرساله الذهبیه، محقق محمد مهدی نجف، دارالخیم، قم.
۸. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب النکاح، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
۹. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، تحقیق گروه پژوهش در کنگره، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.
۱۰. پوراسماعیلی، علیرضا، (۱۳۹۰)، توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح، حقوق اسلامی، س ۸، ش ۳۱، ص ۱۸۸-۱۵۷.
۱۱. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۱۹)، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، دار الثقلین، بیروت.
۱۲. جناتی، محمدابراهیم، (بی‌تا)، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، کیهان، تهران.
۱۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسایل الشیعه، مؤسسه آل بیت، قم.
۱۴. حمیری، عبدالله بن جعفر، (۱۴۱۳)، قرب الاسناد (ط- الحدیثه)، مؤسسه آل بیت علیهم السلام، قم.
۱۵. درویش، بهرام، (۱۳۸۸-۱۳۸۹)، مبانی رأی اصراری حقوقی ۱۶- ۸۸/۱۱/۲۰ در فسخ نکاح به سبب تخلف از وصف ضمنی، تحقیقات حقوقی آزاد، (۵ و ۶ و ۷)، ۶۵-۹۲.

۱۶. راستی، زهرا و اسماعیلی، اکرم، (۱۳۸۰)، انحلال نکاح به واسطه عیب (مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۵)، انتشارات سفید صبح، تهران.
۱۷. سبحانی تبریزی، جعفر، (بی تا). نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، بی نا، قم.
۱۸. شهیدثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام. مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۱۹. شهیدثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰)، الروضه البهیة. شرح سید محمد کلانتر، داوری، قم.
۲۰. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، (۱۴۱۳)، من لایحضره الفقیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۲۱. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰)، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۲۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۴۰۷)، تهذیب الاحکام، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
۲۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، المکتب المرتضویه لاجیاء الآثار الجعفریه، تهران.
۲۴. صابری، حسین، (۱۳۸۱)، فقه و چالش میان تعلیل و تعدد، مطالعات اسلامی، ش ۵۷، ۲۱-۵۱.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله، (۱۴۱۶)، هدایه العباد، دار القرآن الکریم، قم.
۲۶. صانعی، یوسف، (۱۳۸۴)، استفتاءات قضایی، نشر میزان، تهران.
۲۷. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، (۱۳۸۶)، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، تهران.
۲۸. طباطبایی، سید علی بن محمد، (۱۴۱۸)، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)، مؤسسه آل بیت علیهم السلام، قم.
۲۹. علامه حلی (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، فتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم.
۳۰. فرجی، حمید، (۱۳۷۹)، فسخ نکاح در عیوب قابل درمان، پژوهشی در فقه شیعه و فقه اهل سنت، پزشکی قانونی، دوره ۶، شماره ۲۱، ص ۵۹ - ۷۰.
۳۱. قربان نیا و همکاران، ناصر، (۱۳۸۴)، بازپژوهی حقوق زنان، انتشارات روز نو، تهران.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، تهران.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران.
۳۴. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، (۱۴۰۸)، شرایع الاسلام، محقق عبدالحسین محمد علی بقال، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۳۵. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.

۳۶. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، جامع المقاصد، مؤسسه آل بیت علیهم السلام، قم.
۳۷. محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۲)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران.
۳۸. مظفر، محمدرضا، (۱۴۳۰)، اصول الفقه، مؤسسه انتشارات اسلامی، قم.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷)، استفتائات جدید، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۴۰. میرداداشی، سید مهدی، (۱۳۸۹)، تأملی نو بر عیوب موجب فسخ نکاح، حقوق اسلامی، س ۷، ش ۲۴، صص ۶۱-۸۵.
۴۱. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴)، جواهر الکلام. بیروت: دار الحیاء التراث العربی.

41- <http://makarem.ir/lessons/?lid=0&mid=77565&Ty=peInfo=2&CatID=2093>, Available at: 2014/01/25.

