پژوهش‌نامه اسلامی حقوق/ سال اول/ شماره اول / بهار و تابستان ۱۳۹۹/ ۴۱-۶۳

بررسی موارد فسخ نکاح در فقه و قوانین موضوعه افغانستان

زهرا احمدی[۱]

چکیده

ازدواج قراردادی خاص است و قابل فسخ نیست، ولی تحت شرایط و عواملی خاص که در قانون و فقه آمده است گاهی فسخ می‌شود. هدف از انجام پژوهش حاضر بررسی موارد فسخ در تطبیق بین قانون مدنی و قانون احوال شخصیه است. پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و برای غنابخشی بیشتر قوانین و دیدگاه‌ها در تطبیق با فقه حنفی و امامیه انجام شده است و به این سؤالات پاسخ می‌دهد که آیا موارد فسخ در قانون مدنی و قانون احوال شخصیه تفاوت دارد؟ آیا اشتراکاتی بین قوانین مذکور در این موضوع وجود دارد؟ آیا موارد فسخ که در قانون از آن یاد شده است مبنای فقهی دارد؟

واژگان کلیدی: انحلال، فسخ، نکاح، فقه، قوانین افغانستان.

۱. مقدمه

یکی از انواع انحلال نکاح در قوانین موضوعه انحلال سبب فسخ است. فسخ نکاح در قانون مدنی به دو دسته تقسیم می‌شود: وقوع خلل در حین عقد ازدواج و وقوع خلل بعد از عقد ازدواج. مورد دوم از موارد فسخ نکاح که در قانون مدنی آمده است در قانون احوال شخصیه باعنوان انفساخ است. آنچه در پژوهش حاضر بیان شده است مباحثی از فسخ نکاح مانند مبانی فسخ، مقایسه بین طلاق و فسخ و موارد فسخ در قوانین موضوعه است.

۲. مفهوم‌شناسی

۲-۱. فسخ

فسخ در لغت به معنای نقض و جدایی است. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ۴۴/۳) فسخ در اصطلاح فقهای مذاهب اهل سنت عبارت است از به هم زدن عقد قرارداد به واسطه اراده یکی از طرفین یا هر دو طرف یا به حکم قاضی (محمود عبد، ۱٤۰٤، ۲۶/۷). بنابراین، یک قرارداد اغلب توسط

---

[۱]. دانش پژوه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، مجتمع آموزش عال بنت الهدی، جامعه المصطفی العالمیه، افغانستان.

طرفین عقد فسخ می‌شود، ولی گاهی با اعمال حکم قاضی نیز فسخ صورت می‌گیرد. قانون‌گذار در ماده ۱۳۲ قانون مدنی در تعریف فسخ نکاح مقرر می‌دارد: «فسخ عبارت است از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن به نحوی که مانع دوام ازدواج شود». فقهای امامیه معتقدند: «فسخ عبارت است از انحلال عقد سابق و برهم زدن آن به گونه‌ای که گویا آن عقد از زمان فسخ یا از اصل وجود نداشته است» (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۴۹/۴). به مجرد تحقق فسخ اگرچه از جانب یکی از متعاقدین باشد عقد از دو طرف گسیخته می‌شود نه اینکه از یک طرف منحل شده و از طرف دیگر باقی بماند. در فقه امامیه اراده طرفین برای انجام فسخ کافی است، اما اگر یکی از طرفین راضی به فسخ نشود طرف مقابل با مراجعه به محکمه او را وادار به فسخ عقد می‌کند. قانون احوال شخصیه در ماده ۱۲۷ مقرر کرده است: «هرگاه یکی از زوجین با اعمال صلاحیت خیار فسخ بدون تشریفات و شرایط لازم در طلاق، مطابق احکام این قانون نکاح را منحل کند فسخ واقع می‌شود». برخی از نویسندگان بر این تعاریف اشکال کرده‌اند. از نظر آنها فسخ، نقض عقد نیست؛ زیرا عقد به محض ایجاب و قبول پایان می‌پذیرد و دیگر وجود ندارد تا مورد نقض قرار گیرد و چیزی که معدوم است، قابل نقض نیست. با فسخ فقط می‌توان آثار عقد معوض لازم را زایل کرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۲۰۰/۴). فسخ در اصطلاح حقوق‌دانان عبارت است از: «رفع و زایل‌کردن و از اثر انداختن عقد توسط اراده کسی که چنین حقی را دارد که آن عقد را از منشأ باطل می‌کند» (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ۱۴۶۱/۲).

۲-۱-۱. مبنای فسخ

مبنای فسخ در قراردادها جلوگیری از ضرر طرفی است که حق فسخ به او داده شده است. برای مثال در عقدی مثل بیع، حق فسخ وجود دارد و مبنای آن جلوگیری از اضرار به مشتری یا خریدار است. در عقد نکاح نیز حق فسخ به علتی مانند عیب بر مبنای رفع اضرار به یکی از زوجین داده شده است. هرگاه طرف مقابل عیبی داشته باشد که طبق قانون برای آن حق فسخ وجود داشته باشد او می‌تواند با استناد به آن عیب تقاضای فسخ کند. این امر در مورد سایر موجبات حق فسخ مثل تدلیس هم وجود دارد. (حبیبی تبار، ۱۳۹۴، ص ۲۷۱)

۳. مقایسه بین طلاق و فسخ

۳-۱. وجه اشتراک بین فسخ و طلاق

- فسخ و طلاق هر دو ایقاع هستند که با اراده یک شخص قابل انجام است. مدت عده فسخ و طلاق یکی است؛

- آثار فسخ و طلاق مربوط به آینده است نه گذشته؛

- هم فسخ و هم طلاق باعث انحلال عقد نکاح می‌شود.

۳-۲. وجوه اختلاف بین فسخ و طلاق

- طلاق ایقاعی تشریفاتی است که صحت آن منوط به رعایت شرایط ویژه‌ای مثل جاری‌شدن صیغه خاص است، اما فسخ ایقاعی غیر تشریفاتی است که فقط با اراده مرد یا زن محقق می‌شود؛

- اگر طلاق رجعی باشد مرد حق رجوع به زن را دارد، اما در فسخ مرد چنین حقی را ندارد؛

- بر اساس قانون مدنی رعایت این بند لازم نیست، اما طبق قانون احوال شخصیه هنگام طلاق، زن باید در طهر غیر مواقعه باشد، اما در فسخ وجود این شرط لازم نیست؛

- بر اساس قانون مدنی و قانون احوال شخصیه در طلاق قبل از نزدیکی، زن مستحق نصف مهریه است، اما در فسخ غیر از عنن که در قانون احوال شخصیه مانند طلاق است در صورت عدم نزدیکی مستحق هیچ مالی به عنوان مهریه نیست. اگرچه در قانون مدنی وضعیت مهریه در فسخ مانند طلاق است؛

- طلاق ایقاعی است که فقط از طرف مرد تحقق می‌یابد، اما فسخ می‌تواند توسط هر کدام از زوجین محقق شود؛

- تعدد طلاق باعث ایجاد حرمت بین زوجین می‌شود، اما تعدد فسخ فاقد اثر ایجاد حرمت بین زوجین است؛

- در طلاق ارجاع اختلاف به داوری و تلاش برای اصلاح ذات‌البین توسط محکمه لازم است، اما در فسخ محکمه با احراز موجب فسخ و بدون رعایت تشریفات مربوط به طلاق حکم به فسخ نکاح می‌دهد؛

- طلاق حقی است که زوج هنگام وقوع عقد نکاح واجد آن حق می‌شود و از آثار عقد نکاح است که شارع مقدس آن را تقریر کرده است و زوجه حق ندارد در ضمن عقد نکاح شرط کند که زوج

او را طلاق ندهد، اما فسخ امر عارضی است که بر نکاح وارد می‌شود و مانع از استمرار نکاح می‌شود و عقد لازم را قابل فسخ می‌کند؛ (بدران، بی‌تا، ص۲۹۵)

- خیار فسخ در نکاح فوری است، اما در طلاق شوهر هر زمان حق دارد زن را طلاق دهد.

ماده ۱۳۰ قانون احوال شخصیه در این رابطه مقرر می‌دارد:

> هرگاه بعد از علم به موجبات آن یکی از زوجین عقد نکاح را فسخ نکند یا عملی مانند دخول یا تمکین را انجام دهند که دلیل بر رضایت آنها باشد، حق خیار ساقط می‌شود مگر اینکه به فوریت حق فسخ علم نداشته باشد.

۴. موارد فسخ نکاح

۴-۱. دلایل وقوع خلل در حین عقد

- فقدان یکی از شروط صحت عقد؛
- خیار افاقه یا زوال جنون و عته؛
- نقصان مهر از اندازه مهرالمثل زوجه.

۴-۲. دلایل وقوع خلل بعد از عقد ازدواج

عواملی که بعد از منعقدشدن عقد ازدواج مانع دوام عقد می‌شوند و فسخ عقد ازدواج را مطابق قانون مدنی مجاز می‌کنند عبارت است از:

- حرمت مصاهره؛
- لعان؛
- امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان‌شدن اگر زوج او مسلمان شده باشد.

۴-۳. موجبات فسخ نکاح در قانون احوال شخصیه در ماده ۱۲۷

- عیب؛
- تخلف از شرط؛
- تدلیس.

با مقایسه این دو ماده قانونی می‌توان گفت که عوامل فسخ در قانون مدنی و قانون احوال شخصیه تفاوت‌های اساسی با یکدیگر دارد، پس اسباب فسخ نکاح ابتدا در قانون مدنی و سپس در قانون احوال شخصیه بررسی می‌شود تا تفاوت و تشابهات حکمی در هر دو قانون محرز شود.

۴-۴. اسباب فسخ در قانون مدنی

۴-۴-۱. فقدان یکی از شرایط صحت عقد

شرایط صحت عقد ازدواج عبارت است از شرایطی که عدم موجودیت آنها آثار و نتایج حقوقی عقد ازدواج را اگر مباشرت جنسی در آن صورت نگرفته باشد به وجود نمی‌آورد و در حکم ازدواج باطل شمرده می‌شود، ولی اگر بعد از انعقاد ازدواج مباشرت جنسی انجام شده باشد، حکم ازدواج فاسد را خواهد داشت. (عدالت‌خواه، ۱۳۸۷، ص۸۴) ماده ۷۷ قانون مدنی برای صحت عقد نکاح و نفوذ آن شرایطی را لازم می‌داند که عبارت است از:

- انجام ایجاب و قبول صحیح توسط عاقدین یا اولیاء و وکلایشان؛
- حضور دو نفر شاهد با اهلیت؛
- عدم موجودیت حرمت دائمی و یا موقت بین ناکح و منکوحه.

۴-۴-۱-۱. شرایط تحقق ایجاب و قبول

- هر یک از طرفین باید اراده‌های یکدیگر را فهمیده و بر اساس آن تصمیم بگیرند؛
- ایجاب و قبول باید در مجلس واحد صورت گیرد و بین ایجاب و قبول فاصله زمانی نباشد؛
- قبول با ایجاب باید مطابقت داشته باشد؛
- الفاظ ایجاب و قبول باید مقید به شرط نباشد؛
- الفاظ ایجاب و قبول باید به زمان ماضی دلالت کند و یا اینکه اگر ایجاب به صیغه امر و یا مستقبل هم باشد باید قبول به لفظ ماضی بوده باشد؛
- الفاظ ایجاب و قبول باید طوری باشد که معنی ازدواج یا نکاح را افاده کند و در صورت عکس آن عقد ازدواج منعقد نمی‌شود. (الجزیری، ١٤٢٤، ١٨/٤)

احکام توافق دو اراده برای تحقق یک قرارداد در ماده ۴۹۷ قانون مدنی آمده است که عبارت است از: «توافق دو اراده به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون». از نظر حقوقی نیز ازدواج یک قرارداد است. بنابراین، اراده طرف و داشتن اهلیت برای ازدواج در آن نقش

اساسی دارد؛ زیرا ازدواج با اظهار اراده موافق یک مرد و یک زن به یکدیگر صورت می‌گیرد که به آن ایجاب می‌گویند؛ ایجاب تقاضای یک طرف به طرف دیگر به دلیل ازدواج که باید توسط طرف مقابل پذیرفته شود. طرف ایجاب را موجب و طرف قبول را قابل می‌نامند. برای توافق اراده‌ها باید ایجاب و قبول از نظر محتوا با هم مطابقت داشته باشند. (راستین تهرانی، ۱۳۸۸، ص۴۰) ایجاب و قبول در قانون احوال شخصیه از شرایط صحت نکاح است و بند ۳ ماده ۹۸ نسبت به این موضوع صراحت دارد، اما فقدان آن از موارد فسخ در قانون مذکور بیان نشده است.

- شهادت شهود

عقد نکاح در حضور شهود منعقد می‌شود و شهادت، شرط صحت عقد نکاح است. شهود می‌توانند دو مرد یا یک مرد و دو زن باشند و شهادت زنان به تنهایی کافی نیست. (کاسانی، ۱٤۰٦، ۲۵۲/۲) وجود شاهد در هنگام عقد ازدواج در فقه حنفی از ضروریات است که در صورت عدم وجود آن انعقاد عقد ازدواج صحیح نخواهد بود. برخی از نویسندگان، فلسفه وجود شاهد بر عقد را حل اختلافات احتمالی بیان کرده‌اند؛ زیرا حضور دو شاهد در هنگام انعقاد عقد ازدواج برای حل‌وفصل دعاوی احتمالی که در آینده ممکن است پیش بیاید نقش اساسی دارد (عدالت‌خواه، ۱۳۸۷، ص۸۵). عده‌ای نیز از آن به عنوان یک دلیل عقلی یاد کرده‌اند؛ زیرا هرگاه در عقد ازدواج شهودی نباشد و کسی از وقوع نکاح میان مرد و زن آگاه نباشد موجبات سوءظن و بدگمانی فراهم می‌شود، یعنی اگر مرد و زنی به صورت مشروع به هم نزدیک شوند و عقد نکاح را منعقد کنند، اما مردم از این امر آگاه نباشند هر نوع رفت و آمد، مباشرت و نشست‌وبرخاست آنها با بدگمانی و سوءظن دیده می‌شود و زمینه برای معرفی‌شدن چنین زن و مردی به حیث عناصر فاسد جامعه فراهم می‌شود (هیئت ناروی برای مهاجرین، ۱۳۸۹، ص ۸۸). شهادت شهود در هنگام انعقاد عقد ازدواج در فقه امامیه از موارد استحبابی است. به همین دلیل در قانون احوال شخصیه مقرره‌ای در این مورد نیامده است.

- عدم موجودیت حرمت بین زوجین

شرط سوم برای صحت عقد ازدواج عدم وجود حرمت بین ناکح و منکوحه در فقه و حقوق معرفی شده است. حرمت در عقد ازدواج به دو شکل مطرح می‌شود: یکی حرمت مؤبد و دیگری حرمت موقت. عدم موجودیت حرمت بین زوجین با نام حرمت مصاهره در قانون احوال شخصیه از موارد انفساخ نکاح ذکر شده، اما در قانون مدنی از موارد فسخ است.

۴-۴-۲. فسخ به دلیل نقصان مهر

هرگاه زوجه خود را به کمتر از مهرالمثل به عقد نکاح دیگری درآورد و ولی او به این ازدواج رضایت ندهد عقد ازدواج غیر لازم بوده و ولی او حق اعتراض دارد و می‌تواند درخواست فسخ کند. بنابراین، اگر زن با اهلیت کامل بدون اجازه ولی، عقد ازدواج را منعقد کند برای انفاذ و صحت آن لازم است که موضوع مهرالمثل در آن رعایت شود و اگر مهرالمثل در آن رعایت نشده باشد بنابر فتوایی که در مذهب حنفی وجود دارد این‌گونه عقد صحیح و نافذ نیست. (صادقی، ۱۳۹۴، ص ۷۰) این حق تا زمانی برای ولی محفوظ باقی می‌ماند که مولی‌علیه فرزندی نداشته باشد یا حامله نباشد این مسئله در بند سوم فقره اول ماده ۱۳۳ قانون مدنی به طور صریح آمده است. طبق ماده قانونی مذکور هرگاه مقدار مهر از اندازه مهرالمثل کمتر تعیین شده باشد این حالت خللی در عقد ازدواج است و امکان فسخ عقد ازدواج را به وجود می‌آورد. در چنین شرایطی ولی زوجه می‌تواند از محکمه، فسخ این نوع ازدواج را درخواست کند و قاضی حکم فسخ این نوع عقد را صادر می‌کند. همچنین اگر ولی، زن عاقله و بالغه را با رعایت کفو به مهر کمتر از مهرالمثل به نکاح بدهد زن نیز حق اعتراض بر مهر را دارد. اگر زن این عقد ازدواج را رد کند ازدواج مذکور باطل شناخته می‌شود. اگر زوجه به مهر کمتر از مهرالمثل اجازه دهد، عقد نافذ شمرده می‌شود و اعتبار حقوقی پیدا می‌کند (عدالت خواه،۱۳۸۷،ص۸۸).

برخی از نویسندگان معتقدند عدم رعایت سن معینه قانونی ازدواج حین انعقاد عقد نیز می‌تواند شامل ماده مذکور شود. ماده ۷۰ قانون مدنی: «اهلیت قانونی برای سن ازدواج برای ذکور ۱۸ سالگی و برای اناث ۱۶ سالگی است». بنابراین، عقدی که قبل از رسیدن به سن معینه قانونی ازدواج منعقد شود، می‌تواند بر اساس تقاضای شخص متضرر از طرف محکمه فسخ شود. (هیأت ناروی برای مهاجرین، ۱۳۸۹، ص ۲۲۲) مطابق ماده ۱۰۸ قانون اصول محاکمات مدنی اقامه دعوا فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل هفده‌سالگی جواز ندارد. بنابراین، هرگاه زن به سن هفده‌سالگی رسیده باشد رضایت وی در مورد عقد ازدواج قانونی پنداشته می‌شود. فسخ نکاح به دلیل نقصان مهر در قانون احوال شخصیه جایگاهی ندارد.

۵. اسباب فسخ در قانون احوال شخصیه

۵-۱. فسخ به سبب جنون

فقهای حنفی در اینکه آیا جنون از موارد فسخ نکاح است یا خیر اختلاف دارند. برخی جنون را جزء موارد فسخ نکاح نمی‌دانند. (الزحیلی، بی‌تا، ۳۲۸/۹) عده‌ای دیگر آن را یکی از موارد فسخ می‌دانند و معتقدند اگر زوج مجنون شود زوجه می‌تواند نکاح را فسخ کند (الجزیری، ١٤٢٤، ١٦٢/٤). قانون مدنی در مورد فسخ نکاح به سبب عارض‌شدن جنون در یکی از زوجین ساکت است، اما در بند ۱ ماده ۱۳۳ قانون مذکور زوال از جنون که عقد نکاح در آن حال منعقد شده است را یکی از موارد فسخ نکاح می‌داند، ولی به نظر می‌رسد این ماده قانونی ابهاماتی دارد از جمله:

- در ماده قانونی مذبور اشاره‌ای به نوع جنون نشده است و اینکه آیا در جنون ادواری نیز حق فسخ نکاح برای طرفین وجود دارد یا نه؟ قانون مدنی بدون اشاره به نوع آن، یعنی دائمی یا ادواری بودن به صورت مطلق نکاح در حال جنون را یکی از علل فسخ می‌داند.
- از اطلاق این ماده قانونی می‌توان فهمید که شرایط فسخ نکاح برای زوج یا زوجه مجنون یکسان است.

بنابر فقه امامیه در مورد جنون هم زن و هم مرد حسب مورد حق فسخ نکاح را دارند. جنون اختلال عقل است به نحوی که قدرت تشخیص خوب و بد در شخص نباشد. بنابراین، حالت غش، اغماء و بیماری صرع که گاهی موجب اغما نیز می‌شود، جنون نیست. (خمینی، بی‌تا، ۲۹۲/۲) ماده ۱۲۸ قانون احوال شخصیه در این مورد مقرر می‌دارد: «وجود عیوب ذیل قبل از عقد یا بعد از عقد نکاح در زوج موجب حق فسخ برای زوجه است: جنون دائمی یا دوره‌ای». همان‌طور که در این ماده قانونی آمده است اگر جنون زوج سابق بر عقد باشد و یا در حال عقد موجود و مخفی شده باشد برای زوجه با رعایت شرایط حق فسخ نکاح خواهد بود. همچنین جنون طاری، یعنی عارض بعد از عقد برای زن حق فسخ ایجاد می‌کند، یعنی اگر شوهری بعد از ازدواج مجنون شود همسر وی حق فسخ نکاح را دارد. اگر جنون زن پس از انعقاد عقد واقع شود مرد حق فسخ نکاح را ندارد. این امر به صراحت در ماده ۱۲۹ قانون احوال شخصیه آمده است: «وجود عیوب ذیل در زوجه قبل از عقد نکاح موجب حق فسخ عقد نکاح برای زوج است

مشروط بر اینکه زوج قبل از عقد به آن علم نداشته باشد مانند دیوانگی». بند ۲ ماده مذکور اشاره می‌کند اگر این عیوب بعد از عقد نکاح حادث شود زوج حق فسخ را ندارد.

علت تفاوت این دو حکم در روابط زوجین این است که اگر زن بعد از عقد به عیوبی که موجد حق فسخ است، معیوب شود زوج قادر است از او مراقبت کند و اگر خواست می‌تواند همسر دیگری اختیار کند، ولی اگر مرد به چنین عیوبی بعد از عقد معیوب شود و عیب عارض‌شده مانع از انجام تکالیف عمده زناشویی شود زن نمی‌تواند زندگی مطلوبی را با او ادامه دهد. (حیاتی، ۱۳۹۳، ص۲۳۰) حقوق‌دانان معتقدند جنونی موجب حق فسخ نکاح است که مستقر باشد. منظور از استقرار آن نفی بیهوشی‌ها یا اغماء ناشی از بیماری صرع و یا هیجانات زودگذر روحی است و شاید مراد نفی نسبیت در جنون باشد به این معنا که در دانش پزشکی کسی که هنوز قدرت تشخیص دارد ولی درجاتی از اختلالات روحی را نیز دارد، ممکن است مجنون بنامند، ولی چنین شخصی در اصطلاحات فقهی-حقوقی مجنون نیست و اگر اختلال عقل ریشه دوانیده باشد تفاوتی بین اینکه جنون اطباقی باشد یا ادواری نیست (حبیبی‌تبار، ۱۳۹۴، ص ۳۵۹). برخی از نویسندگان معتقدند اگر یکی از زوجین قبل از نزدیکی مجنون شود زوجه مستحق هیچ مهری نیست. فرقی نمی‌کند فسخ از طرف زوج صورت گرفته باشد یا زوجه (الجزیری، ١٤٢٤، ١٧٧/٤). هر چند قانون مدنی در مورد فسخ نکاح به سبب جنون مقرره‌ای ندارد، اما بند ۲ ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه به این امر صراحت دارد. بند ۲ ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه مقرر می‌دارد:

> هرگاه عقد نکاح به هر سببی قبل از دخول فسخ شود زوجه مستحق مهر نمی‌شود مگر اینکه فسخ به دلیل عنن یا ارتداد مرد باشد. در این صورت زوجه مستحق نصف مهر المسمی است، اما اگر زوج یا زوجه بعد از نزدیکی مجنون شود و عقد نکاح یا خلوت صحیحه به سبب عارض‌شدن جنون بر یکی از زوجین فسخ شود در این صورت زوجه مستحق کل مهر خواهد بود. (ماده ۹۸ قانون مدنی و بند ۱ ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه)

ماده ۹۸ قانون مدنی: «کل مهر با وطی، خلوت صحیحه یا وفات یکی از زوجین اگرچه قبل از دخول یا خلوت صحیحه صورت گرفته باشد، لازم می‌شود». بند ۱ ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه: «هرگاه عقد نکاح به هر سبب بعد از دخول فسخ شود زوجه مستحق کل مهر المسمی می‌شود».

۵-۲. فسخ به سبب عیب

قانون مدنی عیب موجود در یکی از زوجین را در ماده ۱۷۶ از موارد تفریق نام برده است، اما فقه حنفی وجود عیوب مذکور را از موارد فسخ نکاح می‌داند. قانون احوال شخصیه نیز در ماده ۱۲۸ به مواردی از عیب که موجب فسخ نکاح می‌شود، تصریح کرده است.

۵-۲-۱. عیوب مختص زوج

فقهای حنفی (الجزیری، ١٤٢٤، ١٦٢/٤؛ الزحیلی، بی‌تا، ٤٨٤/٩) همچنین مشهور در فقه امامیه (مغنیه، بی تا، ص ۳۴۲) وجود عیوبی مانند عنن، جب و خصاء در زوج را از موارد فسخ نکاح می‌دانند؛ زیرا این امراض به صورت قطع غیر قابل تداوی هستند. در صورت موجودیت این نوع عیوب تضرر زوجه به صورت دائمی متصور است و هدف اصلی ازدواج که عبارت از تولد و تناسل و اعفاف زوجین از معاصی است، محقق نمی‌شود.

اول) عنن

فقهای مذاهب اسلامی معتقدند عنن عبارت است از ناتوانی جنسی مرد. اگر مرد به علت داشتن چنین مرضی از نزدیکی با همسرش عاجز باشد برای زن حق خیار ایجاد می‌شود. به اعتقاد احناف عجز زوج از نزدیکی با همسرش برای ایجاد حق خیار کفایت می‌کند، حتی اگر زوج قادر باشد با زن دیگری نزدیکی کند. دلیل این امر واردشدن شدت ضرر است که با وجود این عیب در زوج به زوجه وارد می‌شود. فقهای مذاهب اسلامی معتقدند شرط تحقق این حق آن است که نزدیکی بین زوجین صورت نگرفته باشد. بنابراین، حتی اگر یک بار نزدیکی صورت گرفته باشد و بعد از آن مرد دچار عنن شود حق فسخ زن ساقط می‌شود (مغنیه، بی تا، جلالی، ۱۳۹۳، ص۳۴۲)

اگر زوج بعد از بلوغ قادر بر نزدیکی نباشد قاضی از زمان طلب فسخ از سوی زوجه مدت یک سال به زوج فرصت می‌دهد که خود را درمان کند. با اتمام یک سال و عدم درمان زوج قاضی خود نکاح را منحل می‌کند. ماده ۱۷۶ قانون مدنی در این مورد مقرر می‌دارد:

> زوجه وقتی می‌تواند مطالبه تفریق کند که زوج مبتلابه مرضی باشد که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد یا مدت طولانی برای معالجه او لازم باشد به نحوی که معاشرت با زوج بدون ضرر کلی متعذر باشد.

در صورت عدم بلوغ زوجه، ولی او صلاحیت فسخ نکاح به سبب عنن زوج را ندارد. اگر زوجه با علم و آگاهی به عیب زوج به عقد نکاح رضایت دهد حق فسخ از زوجه ساقط می‌شود. همچنین اگر زوجه بعد از عقد نکاح به حال زوج علم پیدا کند، اما به صراحت رضایت خود را مبنی بر بقاء زوجیت اعلام کند حق فسخ از او ساقط می‌شود. در ماده ۱۷۷ قانون مدنی آمده است:

> هرگاه زوجه هنگام عقد یا قبل از آن به عیوب متذکره ماده ۱۷۶ این قانون واقف باشد یا در صورت وقوع عیب بعد از عقد به طور صریح یا ضمنی به آن رضایت نشان داده باشد، نمی‌تواند مطالبه تفریق کند.

در بند ۳ ماده ۱۳۰ قانون احوال شخصیه نیز این مطلب را تصریح کرده است: «هرگاه یکی از زوجین قبل از عقد نکاح عالم به موجبات حق فسخ در جانب مقابل باشد، حق فسخ ساقط می‌شود».

زیرا وجود هر عیبی در زوجه که مانع از عمل نزدیکی شود حق فسخ نکاح را از او ساقط می‌کند. با وجود تصریح فقهای حنفی به فسخ نکاح در چنین مواردی قانون مدنی در ماده ۱۷۹ اشعار می‌دارد:

> هرگاه عیب از نوعی تثبیت شود که اعاده صحت وی غیرممکن باشد محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم می‌کند. اگر عیب قابل علاج بوده و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که متجاوز از یک سال نباشد به تعویق می‌اندازد.

قانونی مدنی در ماده ۱۷۹ از فسخ نکاح سخن نمی‌گوید بلکه از آن با عنوان تفریق یاد کرده است، اما شرایط گفته‌شده در فسخ را در این‌جا نیز یادآوری کرده است، یعنی زوجه زمانی حق فسخ دارد که یک سال از زمان مراجعه زن به محکمه گذشته باشد و مرد بهبود نیافته باشد. به عبارت دیگر زوجه در صورت عنن زوج باید به محکمه مراجعه کرده و درخواست فسخ کند. با اثبات این ادعا محکمه یک سال به مرد مهلت می‌دهد که خود را مداوا کند. اگر در مدت یک سال زوج درمان نشد محکمه حکم به فسخ نکاح را صادر می‌کند، اما در صورت رضایت زوجه به ادامه زندگی در مدت یک سال حق فسخ از او منتفی می‌شود. قول مشهور در فقه امامیه آن است که زوجه در صورتی حق فسخ نکاح دارد که زوج نه با زوجه خود و نه با هیچ زن دیگری قادر به

برقراری رابطه زوجیت نباشد. (مغنیه، بی تا، ص ۳۴۲) بند ۲ ماده ۱۳۰ قانون احوال شخصیه نیز به صراحت به این مطلب اشاره کرده است:

> هرگاه عنن زوج ثابت شود او مکلف است تا یک سال خود را معالجه کند. در صورت عدم رفع، زوجه حق فسخ دارد، ولی هرگاه در خلال یک سال زوج با زوجه خود یا زن دیگری مقاربت کند یا زوجه به ادامه نکاح راضی شود زوجه حق فسخ را ندارد.

دوم) خصاء

خصاء به کسی گفته می‌شود که اخته شده است و بیضه ندارد. فقهای مذاهب اسلامی برای زوجه که همسرش دچار بیماری خصاء شده است حق خیار فسخ را داده است مشروط بر اینکه قبل از عمل نزدیکی باشد، اما اگر بعد از عقد و نزدیکی خصاء بر زوج عارض شده باشد حق فسخ از زوجه ساقط می‌شود. (حبیبی تبار، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴) فقهای حنفی شرایط حق فسخ را که برای عنن بیان شد به جز مورد اول برای خصاء نیز عنوان کرده‌اند. فقهای حنفی معتقدند نسبت به آثار حدوث عیب بعد و یا قبل از عقد نکاح تفاوتی وجود ندارد. در هر صورت زوجه حق فسخ نکاح را دارد (الزحیلی، بی‌تا، ۴۸۴/۹). در صورت خصی‌بودن زوج بعد از درخواست تفریق از سوی زوجه و بررسی محکمه چنانچه روشن شود که زوج خصی است قاضی ملزم است از تاریخ درخواست یک سال به زوج مهلت دهد؛ زیرا ممکن است وی در اثنای سال و در خلال فصول مختلف قدرت جماع را پیدا کند (الزحیلی، بی تا،۴۸۹/۹) مستند قانونی این نظریه ماده ۱۷۹ قانون مدنی است:

> هرگاه عیب از نوعی تثبیت شود که اعاده صحت وی غیر ممکن باشد، محکمه بدون تعویق به تفریق زوجین حکم می‌کند. اگر عیب قابل علاج باشد و مدت طولانی برای معالجه لازم باشد محکمه مطالبه تفریق را تا مدتی که متجاوز از یك سال نباشد به تعویق می‌اندازد.

برخی از فقهای امامیه حق فسخ نکاح به وسیله زوجه را عدم قدرت باروری در زوج می‌دانند و زوجه را محق بر فسخ نکاح معرفی کرده‌اند. عده‌ای نیز این پاسخ را قانع‌کننده نمی‌دانند؛ زیرا اگر چنین باشد می‌بایست در مورد افراد غیر خصی که مبتلا به عدم انزال هستند و یا کسانی که به علت وجود چنین نقص طبیعی در نطفه از فرزندآوری محروم شدند قائل به خیار فسخ بود درحالی‌که چنین نیست. (حائری، ۱۴۱۸، ۴۴۶/۱۱) اصل در عقد لزوم است و ادله عیب‌بودن خصاء تخصیصی است که بر اصل مزبور وارد شده است. بنابراین، همواره باید با تفسیر مضیق

به موارد متیقن اکتفا کرد. قدر متیقن از ادله و نصوص واصله، خصاء سابق بر عقد است، اما در مورد خصاء متأخر نظر فقها متفاوت است. مشهور فقها عمل به اصل کرده‌اند و خصاء متأخر را عیب ندانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۳۴۹). قانون احوال شخصیه در مورد زمان عارض-شدن خصاء که در ماده ۱۲۸ از اسباب فسخ معرفی شده بود، ساکت است.

سوم) جب

جب به کسی می‌گویند که فاقد آلت تناسلی باشد. در فقه به چنین کسی مجبوب می‌گویند. (مغنیه، بی تا، ص ۳۴۴) فقهای مذاهب اسلامی در اینکه با عارض‌شدن جب بر زوج، زوجه حق خیار فسخ نکاح را دارد، اتفاق نظر دارند مشروط بر اینکه زوج قبل از عقد یا نزدیکی مجبوب باشد، اما اگر بعد از عقد یا نزدیکی زوج مجبوب شود زوجه حق فسخ نکاح را ندارد (بابن نجیم، بی‌تا، ۱۳۳/٤). احناف در صورت مجبوب‌بودن شوهر، زوجه را با پنج شرط مستحق فسخ می‌دانند که باید حق خود را اعمال کند. این پنج شرط عبارت است از:

- زوجه آزاد باشد. بنابراین، اگر کنیز باشد ولی او حق فسخ دارد؛
- زوجه بالغ باشد. بنابراین، اگر صغیر باشد منتظر بلوغ وی می‌مانند؛ زیرا ممکن است بعد از بلوغ به آن راضی شود، اما عقل شرط نیست؛ زیرا اگر زوجه مجنون باشد و ولی او را به مجبوب تزویج کند، ولی حق فسخ دارد و اگر ولی نداشته باشد قاضی شخصی را تعیین می‌کند که از جانب او اقدام کند؛
- زوجه عیبی که مانع نزدیکی شود نداشته باشد؛ زیرا وجود هر عیبی در زوجه مانع درخواست جدایی می‌شود؛
- زن قبل از ازدواج عالم به وجود عیب نباشد. اگر زوجه با علم و آگاهی راضی به عقد شده‌باشد حق فسخ از او ساقط می‌شود، اما علم بعد از عقد تأثیری در اسقاط حق فسخ ندارد؛
- زوجه بعد از عقد به عیب راضی نشود. بنابراین، رضایت زوجه به وجود عیب بعد از عقد حق فسخ را ساقط می‌کند. (صادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸)

بعد از درخواست تفریق از سوی زوجه و بررسی توسط محکمه چنانچه روشن شد که زوج مجبوب است قاضی حکم تفریق را صادر می‌کند. (الزحیلی، بی تا، ۴۸۹/۹) حتی اگر زوج صغیر باشد و ثابت شود که مجبوب بوده است تا زمان بلوغ مهلت داده نمی‌شود. فقهای امامیه

در مورد حق فسخ نکاح زوجه‌ای که همسرش قبل از عقد مجبوب بوده است اتفاق‌نظر دارند، اما نسبت به حق فسخ در مورد زوجی که بعد از عقد یا نزدیکی مجبوب شده است، اختلاف دارند. گروهی جب را به خصاء تشبیه کرده‌اند. شرط فسخ در خصاء وجود چنین عیبی قبل از عقد در زوج است، پس جب نیز باید قبل از عقد در زوج وجود داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲۴/۳۰). عده‌ای نیز با استناد به تخصیص روایات وارده بر حق فسخ به سبب عیب گفته‌اند که تمام این روایات دلالت بر عدم خیار فسخ بعد از نزدیکی دارد نه بعد از عقد (کرکی، ۱۴۱۴، ۲۲۵/۱۳). حقوق‌دانان معتقدند در صورت وجود چنین نقصی در مرد خواه از زمان تولد موجود بوده باشد و خواه پس از تولد و قبل از نکاح عارض شده باشد زن حق فسخ دارد. وجود حق فسخ مشروط به آن است که جب به نحوی باشد که امکان وقوع نزدیکی نباشد (حبیبی تبار، ۱۳۹۴، ص ۲۷۴). بنابراین، اگر این حالات پس از نکاح حادث شود یا زن با دانستن این عیوب به نکاح راضی شود یا عیب مرد طوری نباشد که مانع از نزدیکی شود زن حق فسخ نکاح را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۵۸/۱).

۵-۲-۲. عیوب مختص زوجه

در عیوب مانند جذام، برص، رتق، قرن، نابینایی و لنگ‌بودن که بعضی اختصاص به مرد و برخی اختصاص به زوجه دارد خواه زوجه مبتلا باشد و یا زوج، مطابق فقه حنفی هیچ کدام حق فسخ نکاح را ندارد. قانون مدنی نیز که برگرفته از فقه است هیچ مقرره‌ای در این مورد ندارد. فقهای امامیه معتقدند اگر عیب قبل از عقد بوده است و در زمان عقد نیز در زن باشد و زوج به وجود آن علم نداشته است و پس از اطلاع بعد از عقد به آن رضایت نداده باشد حق فسخ فوری و بدون مراجعه به حاکم است، اما اگر این عیوب بعد از عقد چه قبل از دخول و چه بعد از آن به وجود آمده باشد اظهر این است که مرد حق فسخ ندارد (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۴۱/۳۰). بند ۱ ماده ۱۲۹ قانون احوال شخصیه مقرر می‌دارد:

> وجود عیوب ذیل در زوجه قبل از عقد نکاح موجب حق فسخ عقد نکاح برای زوج می‌شود مشروط بر اینکه زوج قبل از عقد به آن علم نداشته باشد. قرن، افضاء، جذام، برص، عرج و لنگ‌بودن، نابینایی از هر دو چشم و دیوانگی.

اول) قرن

قرن در لغت به معنای شاخ است. (نجفی، ۱۴۰۴، ص۳۳۲) از نظر فقهی وجود هر مانعی در دستگاه تناسلی زن که مانع از وقوع نزدیکی شود قرن نامیده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ص ۲۳۳). حقوق‌دانان قرن را به وجود استخوان یا نسوج سخت فیبری غضروفی تعبیر کرده‌اند که در مجرای مهبل قرار می‌گیرد. به اعتقاد آنها اگر زائده مزبور از گوشت سخت تشکیل شده باشد به آن عفل نیز می‌گویند و اگر این زائده گوشتی به نحوی در مجرای مهبل قرار گرفته باشد که منفذی برای نزدیکی باقی نگذارد به آن رتق نیز می‌گویند. بنابراین، قرن مفهومی اعم از عفل و رتق دارد (حیاتی، ۱۳۹۳، ص۲۲۷). عده‌ای معتقدند که قرن با عفل به یك معناست و معنای آن وسیع است (مکارم، ۱۴۲۴، ۱۱۳/۵). بنابراین، شاید بتوان گفت که قرن اگر مانع دخول هم نباشد، ولی کریه و نفرت‌برانگیز باشد عیب محسوب می‌شود و برای مرد حق فسخ نکاح را به وجود می‌آورد.

دوم) افضاء

افضاء از دیگر عیوب جنسی زن است که باعث کاهش کیفیت تمتعات جنسی می‌شود. افضاء گاهی به یکسان‌شدن مجرای ادرار و مجرای غائط و گاهی نیز به یکسان‌شدن مجرای ادرار و مجرای حیض اطلاق می‌شود. در هر دو صورت اگر زن در زمان انعقاد عقد چنین عیبی داشته باشد مرد حق فسخ نکاح را دارد، اما اگر عیب بعد از نکاح به وجود بیایید یا مرد در زمان انعقاد عقد به آن عیب آگاهی داشته باشد، حق فسخ ندارد. (شیروی، ۱۳۹۵، ص ۱۵۹) این سؤال مطرح می‌شود که اگر با عمل جراحی این عیب قابل برطرف‌شدن باشد آیا باز هم زوج حق فسخ نکاح را دارد؟ هدف قانون‌گزار از ایجاد حق فسخ جلوگیری از ضرر زوج است. بنابراین، وقتی بتوان با عمل جراحی و اقدامات پزشکی این عیب را به طور کلی برطرف کرد حق فسخ مبنای خود را از دست می‌دهد و ساقط می‌شود. بر اساس اصول و موازین کلی می‌توان دریافت که هدف شارع درمورد خانواده، تحکیم و بقای خانواده است و تا جایی که ممکن است باید از عواملی که باعث از بین رفتن خانواده است، پرهیز کرد. در نتیجه چنین تفسیری با اصول و موازین فقهی و حقوقی بیشتر سازگاری دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۲۶۰/۲).

سوم) جذام و برص

جذام و برص بیماری‌های واگیردار و مزمنی هستند که اگرچه در عصر حاضر منقرض شده‌اند، ولی در گذشته جزء بیماری‌های خطرناک و مسری بودند. به همین دلیل در کتب فقهی از آنها به عنوان یکی از عوامل فسخ از سوی زوج یاد شده است. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۳۱/۳۰) برص یا پیسی نوعی بیماری است که موجب غلبه سفیدی بر سیاهی در پوست بدن انسان می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۳۵۲). در نظر مشهور فقها جذام و برص از بیماری و عیوب مختص زنان است که به موجب آن برای مرد حق فسخ ایجاد می‌شود. برخی از فقها این عیوب را مشترک می‌دانند؛ زیرا عمومیت و اطلاق ادله حاکی از شمول آن در مورد زن و مرد است به علاوه اینکه این بیماری‌ها از امراض مسری است و زن هم باید بتواند در صورت وجود آن در مرد حق فسخ داشته باشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۲۴۹/۴). به نظر می‌رسد این قول با موازین فقهی انطباق بیشتری دارد؛ زیرا با وجود حاکمیت قاعده لاضرر اگر این نوع بیماری‌ها در زنان موجب خیار برای مردان باشد به طریق اولی در جانب عکس آن نیز باید وجود داشته باشد؛ زیرا اگر مرد حق خیار فسخ هم نداشته باشد حق طلاق برای او وجود دارد، ولی اگر زن چنین حقی نداشته باشد که بتواند با وجود این‌گونه عیوب در شوهر نکاح را فسخ کند به هیچ وجه راهی برای رهایی او از این گرفتاری ندارد (لطفی، ۱۳۸۷، ص۳۰).

چهارم) زمین‌گیری

فقها درباره زمین‌گیری که از عیوب مختص زن است و به موجب آن برای مرد حق فسخ ایجاد می‌شود، اتفاق‌نظر دارند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۳۷/۳۰) این بیماری در صورتی موجب حق فسخ است که زمانی مخفی بوده باشد و در حین عقد نیز مستور باشد یا اینکه مستور نبوده، ولی طرف مقابل ملتفت آن نشده است (حیاتی، ۱۳۹۳، ص۲۳۰). همچنین این عیب باید قبل از عقد موجود باشد، اما مرد به آن علم نداشته باشد. در صورت علم به آن و اقدام به عقد حق فسخ را ندارد و مشمول قاعده اقدام می‌شود. بند ۱ ماده ۱۲۹ قانون احوال شخصیه وجود عیوب مطرح‌شده در زوجه را قبل از عقد نکاح موجب فسخ عقد نکاح برای زوج می‌داند. بند ۲ این ماده عارض‌شدن این عیوب را در زمان بعد از عقد از دایره حق فسخ برای زوج خارج می‌داند.

سؤال قابل طرح این است آیا لنگی که در قانون احوال شخصیه از آن نام برده شد، می‌توان ملحق به زمین‌گیری کرد و عامل فسخ نکاح شمرد؟ امام خمینی‌ﷺ لنگی زن را در صورتی که

مشخص و آشکار باشد اگرچه به حد زمین‌گیری نرسد از موجبات فسخ نکاح می‌داند. (خمینی، خمینی، بی تا، ۲۹۳/۲) برخی از فقهای امامیه معتقدند که اگر لنگی زن به حد زمین‌گیری مطلق نرسد موجب حق خیار برای مرد نمی‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۶۴/۲). از نظر حقوق-دانان، لنگی حالت فرد مفلوجی است که قادر به بلندشدن از زمین یا حرکت نیست مانند اشخاصی که به فلج اندام‌های تحتانی یا قطع نخاع دچار می‌شوند. اگر علت زمین‌گیری، مریضی گذرایی مثل شکستگی استخوان پاها و شبیه به آن باشد نباید موجب حق فسخ باشد. بنابراین، زمین‌گیری موجب حق فسخی محسوب می‌شود که در مدت زمانی که بر آن صبر می‌کنند غیرقابل درمان باشد (حیاتی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۷)؛ زیرا در چنین حالتی با اصول و قواعد فقهی بیشتر سازگار است و از طرفی مبنای فقهی این عیوب قاعده لاضرر است و لنگ‌بودن هم از جمله عواملی است که موجب ضرر رسیدن به زوج می‌شود (لطفی، ۱۳۸۷، ص ۳۲).

پنجم) نابینایی از هر دو چشم

مراد از نابینایی نداشتن چشم نیست بلکه نداشتن بینایی است؛ زیرا ممکن است فردی چشم داشته باشد ولی چشمان وی قادر به دیدن نباشد. اگر تنها در بعضی از اوقات مثل شب‌ها قادر به دیدن نباشد یا چشمان او ضعیف یا عیوب انکساری داشته باشد موجبی برای پیدایش حق فسخ نیست. (دیانی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۷) اگر زن قبل از عقد از هر دو چشم نابینا باشد، زوج حق دارد با استناد به عیب مذکور عقد را فسخ کند. هرگاه نابینایی پس از عقد و قبل از نزدیکی واقع شود در اینکه مرد حق فسخ دارد یا خیر در فقه دو قول وجود دارد. عده‌ای قائل به خیار فسخ بوده، ولی مشهور با تمسک به اصل لزوم و استصحاب نظر به رد حق فسخ داده است. اگر عیوب مذکور بعد از عقد و یا نزدیکی ایجاد شود حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد نمی‌شود؛ زیرا وطی به منزله تصرف است که مانع از رد به دلیل عیب است و عقد به صورت لزوم انجام‌شده و مقتضای استصحاب بقای آن است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۳۵۵).

۵-۳. فسخ به دلیل تخلف از شرط

خیار تخلف از شرط در همه قراردادها وجود دارد و قرارداد ازدواج نیز از آن جدا نیست. تمامی شرایط عمومی خیار تخلف از شرط در قرارداد ازدواج نیز وجود دارد. این شرط در فقه و قانون مدنی جایگاهی ندارد، اما در فقه امامیه و قانون احوال شخصیه یکی از موارد فسخ بیان شده

است. برخی از نویسندگان بیان شرط صفت توسط یکی از زوجین را در هنگام عقد ازدواج در فرض‌های زیر قابل تصور می‌دانند: (گرجی، ۱۳۹۲، ص ۷۴)

- در ضمن عقد به طور صریح صفت خاصی شرط شود. مثل اینکه زوج یا زوجه شرط کند که طرف مقابل مدارک تحصیلی مشخص داشته باشد؛

- به طور صریح در ضمن عقد شرط نشود، ولی زوج یا زوجه طرف مقابل را در حین اجرای صیغه عقد به صفتی از صفات توصیف کند و صیغه عقد را بر فرد متصف به صفت خاص جاری کند؛

- قبل از عقد در هنگام خواستگاری و گفت‌وگوهای قبلی یکی از طرفین به صفتی از صفات مشخص شود و عقد مبتنی بر همان صفت صورت گیرد.

ماده ۱۳۱ قانون احوال شخصیه یکی از موارد فسخ نکاح را خیار تخلف از شرط ذکر کرده است:

> هرگاه برای یکی از طرفین عقد نکاح وصف خاصی به طور صریح شرط گذاشته شود و یا عقد نکاح متبانیاً بر آن واقع شود و بعد از عقد ظاهر شود که فاقد شرط باشد در این صورت طرف مقابل حق فسخ را دارد.

ماده قانونی مذکور بیان‌گر آن است که برای اینکه اوصاف ردوبدل شده بین زن و مرد قبل از ازدواج اثر حقوقی داشته باشد و عقد نکاح را تحت تأثیر قرار دهد به دو صورت باید تبارز کند. وصف یا اوصاف مزبور به نحو مقتضی وارد عقد شود. به عبارت دیگر طرفین روی وصف مورد نظر توافق کنند و سپس عقد بر مبنای وصف مذکور منعقد شود و وصف مزبور را به عنوان شرط ضمن عقد تلقی کند. همچنین واژه متبانیا که در قانون آمده است بیان‌گر آن است که قانون شروط بنایی را که در هنگام عقد ازدواج بیان می‌شود نیز پذیرفته است. (گرجی، ۱۳۹۲، ص ۷۳) مقصود از واژه متبانیا اوصافی است که در عقد شرط نشده است، ولی پیش از آن طرفین نسبت به چگونگی و اثر آنها گفت‌وگو کرده و توافق کرده‌اند و عقد را بر مبنای گفت‌وگوها واقع کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۶۶). چنانچه در عقد نکاح صفتی در یکی از زوجین شرط شود و بعد معلوم شود که وی فاقد آن وصف بوده است طرف مقابل حق فسخ قرارداد را دارد. در این مورد تفاوتی میان شرط صریح، ضمنی و بنایی نیست. همین‌که شرط ایجاد التزام کند تخلف از آن موجب حق فسخ می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۳۱۸). برای مثال اگر در هنگام خواستگاری، خانواده‌ای پسرش را دکتر صدا کند و بنای طرفین بر این است که وی دکتر باشد، یعنی در

معنای عرفی آن یا پزشک باشد یا دکترای تخصصی در یک رشته تحصیلی داشته باشد اگر بعد معلوم شود که چنین وصفی ندارد طرف مقابل به دلیل تخلف از وصف مشروطی که بنای طرفین بر وجود آن بوده است حق فسخ دارد. مصادیق شروط بنایی متنوع، فراوان و تابع اوضاع و احوال حاکم بر عقد و عرف جامعه است، پس می‌توان گفت که شروط بنایی از امور موضوعی است که تشخیص آن بر عهده قاضی محکمه است. فقها نسبت به شرط بنایی اختلاف دارند. گروهی حکم به بطلان چنین شرطی داده‌اند و ادله‌ای نیز ذکر کرده‌اند که عبارت است از:

شرط بنایی اگرچه پیش از عقد ذکر می‌شود، ولی چون در متن عقد نمی‌آید در زمره شروط ابتدایی قرار می‌گیرد و شرط ابتدایی لازم‌الوفا نیست. اگرچه اثر انشا تا انعقاد عقد بلکه تا هنگام وفای به عقد و پس از آن در نفس متعهد باقی بماند؛

صاحب ریاض از برخی از بزرگان نقل کرده است که بنابر اجماع شرط خارج از عقد لازم‌الوفا نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص۳۱۸).

گروهی نیز حکم به صحت چنین شرطی داده‌اند؛ زیرا اصل تبانی دو طرف قرارداد بر پایه شرط است و ارتباط بین عقد و شرط مسئله اصلی است. برخی از موافقان با تأکید بر این مورد صحت شرط بنایی را پذیرفته‌اند و آن را جزء شرط ضمن عقد قرار داده و مشمول عموم اوفوا بالعقود و لازم‌الوفا دانسته‌اند. (طباطبایی، ۱۴۲۱، ص ۱۱۸) حقوق‌دانان نیز به طرفداری از این نظریه معتقدند که پیروان روزافزون اعتبار و لزوم شروط تبانی در میان فقهای معاصر نه تنها ادعای وجود اجماع مخالف را بی‌اعتبار می‌کنند بلکه شهرت آن را نیز به خطر می‌اندازند. از سوی دیگر این ادعا که تبانی در عقد بی‌اثر است با پاره‌ای از احکام مانند اثر نامشروع‌بودن جهت در معامله، نظریه اشتباه، خیار رؤیت و تخلف از وصف مخالفت می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۱۱۷/۳). نکته قابل توجه این است که هرچند خیار تخلف از وصف در عقد نکاح پذیرفته‌شده است، ولی این امر به این معنا نیست که اگر از هر وصفی تخلف شود طرف مقابل حق فسخ دارد بلکه شرط مذکور باید نفع و فایده عقلایی داشته باشد و در ضمن نامشروع هم نباشد. بنابراین، با توجه به اینکه استحکام خانواده جزء خواسته‌های اصلی قانون‌گذار است و امری است مرتبط به نظم عمومی نمی‌توان تخلف از اوصاف بی‌فایده و غیر عقلایی و نامشروع را موجبی برای فسخ نکاح دانست (امامی، بی‌تا، ۴۷۱/۴).

۵-۴. فسخ به سبب تدلیس

تدلیس، یعنی عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۶۳) برای تحقق تدلیس یکی از زوجین باید به عمد طرف دیگر را فریب دهد. به عبارتی با پوشاندن معایبی که دارد یا نمایاندن صفاتی که در او نیست دیگری را مغرور و راضی به نکاح کند (کاتوزیان، ۱۳۹۱). برای مثال زنی که مرض پیسی خود را از مرد پنهان کند یا خود را دوشیزه وانمود کند و مرد به گمان سالم یا باکره‌بودن زن به نکاح راضی شود این عقد قابل سخ است. قانون مدنی و فقه حنفی نسبت به فسخ به سبب تدلیس ساکت است، اما بند ۱ ماده ۱۳۲ قانون احوال شخصیه در تعریف و بیان عناصر تدلیس مقرر می‌دارد:

> تدلیس اقدام عمدی صریح یا ضمنی یکی از طرفین عقد یا سکوت بر پنهان‌کردن عیب و نقصی است که اگر طرف مقابل بر آن واقف می‌بود راضی به انعقاد عقد نکاح نمی‌شد و یا اظهار صفت کمال مفقود است که موجب رغبت یکی از زوجین به انعقاد نکاح می‌شود.

۶. ارکان تدلیس

۶-۱. عنصر معنوی

اعمالی که انجام می‌شود باید ارادی و به عمد باشد و به قصد فریب طرف مقابل انجام شود.

۶-۲. عنصر مادی

همان‌طور که از ماده ۱۳۲ قانون احوال شخصیه پیداست عنصر مادی یعنی انجام‌دادن هرگونه اقدامی که به سبب آن عیبی را پوشانده یا وجود صفتی را که مورد نظر طرف عقد است در دیگری وانمود کند، خواه به وسیله نوشته و لفظ باشد یا کارهای خدعه‌آمیز. یکی از نکات مهم این ماده قانونی آوردن قید سکوت است؛ زیرا برخی از صاحب‌نظران معتقدند که پذیرش سکوت به منظور تدلیس می‌تواند حلال برخی از مشکلات در حقوق خانواده باشد و تمامی مواردی که از طریق استناد به بحث عیوب نکاح نمی‌تواند عقد را فسخ کند در صورت جمع‌بودن شرایط تدلیس می‌تواند با به استناد خیار مذبور عقد را منفسخ کند به ویژه جایی که خیار تدلیس توسط هر یک از دو طرف عقد نکاح قابل استناد باشد. (گرجی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۵) سکوت در مقابل هر عیبی تدلیس نیست بلکه سکوت یکی از طرفین عقد نکاح در مورد عیوب مخفی را می‌توان از مصادیق تدلیس دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۶۲). برای مثال اگر شخصی با دختری ازدواج کند به

امید اینکه باکره است، اما بعد از عقد معلوم شود که دختر ازدواج کرده است یا به دلایلی دیگر ازاله بکارت شده است زوج حق فسخ نکاح را دارد، اما اگر زوجه قبل از عقد یکی از چشمانش نابینا شده باشد زوج بعد از عقد نکاح حق فسخ ندارد؛ زیرا نابینایی از عیوب ظاهری است. بنابراین، سکوت نسبت به عیب‌هایی که قابل مسامحه نیست و با آگاهی از آن برحسب عرف ازدواج صورت نمی‌گیرد، ممکن است تدلیس باشد. سکوت در مواردی که عرف بیان آن را لازم می‌داند، تدلیس است (صفایی و امامی، ص۱۹۳). تشخیص عملیات تدلیس با عرف است. تغییر عادات و آداب و رسوم نیز در چگونگی این عملیات مؤثر است. بند ۳ ماده ۱۳۲ قانون احوال شخصیه در این مورد مقرر می‌دارد: «تدلیس مطابق عرف و عادت تشخیص داده می‌شود در صورت اختلاف در عرف یا فقدان آن، نظر قاضی تعیین‌کننده است».

۷. شرایط تدلیس

- موجب فریب طرف عقد شود، یعنی اگر تدلیس صورت نمی‌گرفت طرف عقد حاضر به تراضی نمی‌شد. به عبارت دیگر اگر شخص خود به دلایل دیگر مایل به انجام معامله باشد و تدلیس طرف مقابل فقط تا حدی میل او را تشدید کرده است نمی‌توان به خیار تدلیس تمسک کرد. ضابطه اثرگذاری تدلیس این است که اگر این تدلیس وجود نداشت قرارداد منعقد نمی‌شد. (گرجی، ۱۳۹۲، ص ۳۱۵)

- باید تدلیس‌کننده طرف عقد باشد. بنابراین، اگر تدلیس توسط شخص ثالثی انجام شود تأثیری در صحت عقد ندارد؛ زیرا خیار تدلیس نوعی مجازات برای معامله‌کننده فریبکار است. بنابراین، اگر تدلیس از سوی طرف قرارداد انجام شود برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد می‌کند. قانون احوال شخصیه در بند ۲ ماده ۱۳۲ به این نکته صراحت دارد: «تدلیس‌کننده مطابق احکام این قانون ملزم به جبران خسارت وارده به طرف مقابل است، ولی هرگاه تدلیس از جانب غیر زوجین واقع‌شده باشد در این صورت حق خیار برای طرف مقابل نیست».

۸. نتیجه‌گیری

موارد فسخ نکاح که در قانون مدنی ذکر شده است با موارد فسخ در قانون احوال شخصیه تفاوت‌های اساسی دارد، اما از نظر فقهی در برخی موارد شباهت‌هایی نیز بین این دو نهاد حقوقی وجود دارد که از جمله آن می‌توان به فسخ نکاح به سبب عیب اشاره کرد. برای اینکه عقد ازدواج

آثار و احکام قانونی داشته باشد داشتن برخی شرایط الزامی است و در صورت عدم هر یک از شرایط مطرح‌شده عقد ازدواج باطل می‌شود و طرفین حق فسخ نکاح را دارند. بنابر قانون مدنی اگر عقد نکاح از طرف ولی یا خود شخص به کمتر از مهرالمثل منعقد شود ولی یا شخص منکوحه حق فسخ نکاح را دارد. اگرچه فسخ به سبب عیب در قانون مدنی ذکر نشده است، اما برخی از فقهای مشهور در فقه حنفی بعضی از عیوب را از موارد فسخ بیان کرده‌اند.

فهرست منابع

۱. ابن نجیم، زین‌الدین‌بن ابراهیم‌بن محمد (بی‌تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. بی‌جا: دارالکتاب الإسلامی.
۲. امامی، سید حسن (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامیه.
۳. انصاری، مرتضی‌بن محمد امین (۱۴۱۵). المکاسب المحرمه. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۴. انصاری، مسعود،. و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: انتشارات جنگل جاودانه.
۵. بداران، ابوالعنین بدران (بی‌تا). الفقه للاحوال الشخصیه. بیروت: دار النهضه العربیه.
۶. تهرانی، کعبه،. و یساری، نجما (۱۳۸۸). حقوق فامیل. بی جا: بی‌نا.
۷. الجزیری، عبدالرحمن (١٤٢٤). الفقه علی المذاهب الأربعه. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). الفاروق. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جلالی، مهدی (۱۳۹۳). حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن). تهران: خرسندی.
۱۰. حائری، سید علی‌بن محمد طباطبایی (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
۱۱. حبیبی تبار، جواد (۱۳۹۴). گام به گام با حقوق خانواده. تهران: بنیاد حقوقی نشر میزان.
۱۲. حیاتی، علی عباس (۱۳۹۳). حقوق خانواده. قم: نشر میزان.
۱۳. خمینی، روح الله (بی‌تا). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی‌تا). مصباح الفقاهه. قم: بی‌نا.
۱۵. دیانی، عبدالرسول (۱۳۷۸). حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
۱۶. الزحیلی، وهبه (بی‌تا). الفقه الاسلامی و ادلته. دمشق: دار الفکر.
۱۷. شیخ طوسی، ابوجعفر (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه.
۱۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۵). حقوق خانواده. تهران: انتشارات سمت.
۱۹. صادقی، محمد (۱۳۹۴). احوال شخصیه اهل سنت در مذهب شافعی و حنفی. تهران: انتشارات خرسند.
۲۰. صفایی، حسین،. و امامی، اسدالله (۱۳۹۰). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان.
۲۱. طباطبایی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱). حاشیه مکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. عدالت‌خواه، عبدالقادر (۱۳۸۷). حقوق فامیل. کابل: بنگاه انتشارات و مطبعه میوند.
۲۳. کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). حقوق خانواده. تهران: شرکت انتشار.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۶. کاسانی، علاء الدین (١٤٠٦). بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع. بیروت: دارالکتب العلمیه.
۲۷. گرجی، ابوالقاسم و همکاران (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۲۸. لطفی، اسدالله (۱۳۸۷). حقوق خانواده. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۲۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفربن حسن (۱۴۰۸). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

۳۰. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۷). بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۱. محمود عبد (۱۴۰۴). وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامیة بالکویت. الموسوعة الفقهیة الکویتیة. لکویت: دار السلاسل.
۳۲. مغنیه، محمدجواد (بی‌تا). الفقه علی المذهب الخمسه. قم: دارالغدیر.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴). کتاب النکاح. قم: مدرسه امام علی‌بن ابی طالب علیه‌السلام.
۳۴. نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۳۵. هیأت ناروی برای مهاجرین (۱۳۸۹). راهنمای حقوق خانواده در افغانستان. کابل: مطبعه سریع گرافیکس.