

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



تعهدنامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجناب امیر یوسف پناه درآبادی دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق خصوصی که در تاریخ ۹۷/۶/۲۲ از پایان نامه خود تحت عنوان « اثر حقوقی عیوب مستحدثه بر نکاح » با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه عالی دفاع نموده ام، بدینوسیله متعهد می شوم:

(۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجناب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

(۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارایه نشده است.

(۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوط را اخذ نمایم.

(۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجناب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام، هیچ گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی: امیر یوسف پناه در آبادی

تاریخ و امضاء:



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A) در رشته حقوق

گرایش حقوق خصوصی

عنوان:

اثر حقوقی عیوب مستحذته بر نکاح

استاد راهنما

دکتر زهرا وطنی

استاد مشاور

دکتر محمد علی امام هادی

نگارنده

امیر یوسف پناه درآبادی

شهریور ۱۳۹۷

اهدایه

بی‌پاس تعبیر عظیم و انسانی‌شان از کلمه ایثار و از خودگذشتگی

بی‌پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگاران بهترین پشتیبان است

بی‌پاس قلب‌های بزرگشان که فریادرس است و سرگردانی و ترس در پناهنشان به شجاعت می‌کراید

و بی‌پاس محبت‌های بی‌دینشان که هرگز فروکش نمی‌کند

این مجموعه را به درود و ملاحظه عرض می‌نماید

پاکسازی

پاس‌های بی‌بیتار که توفیق را رفیق را هم ساخت تا این پیمان نامه را به پیمان رسانم. از استاد فرزانه سرکار خانم دکتر زهره لوطی که در مقام استاد راهنما از هیچ راه‌بانی دریغ نکردند و همچنین استاد عالیقدر دکتر محمد

علی امام‌نژادی، استاد مشاور که همواره محبت‌های این دو بزرگوار در طی نوشتار این پژوهش مفتوح الفتوح را هم بود کمال شکر و قدردانی را دارم.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۸.....	چکیده.....

فصل اول: کلیات تحقیق

۳.....	۱- بیان مسئله.....
۵.....	۲- ۱ اهمیت و ضرورت تحقیق.....
۶.....	۳- ۱ مرور ادبیات و سوابق تحقیق.....
۱۳.....	۴- ۱ جنبه جدید بودن و نوآوری در تحقیق.....
۱۴.....	۵- ۱ اهداف مشخص تحقیق.....
۱۴.....	۵- ۱- ۱ اهداف اصلی.....
۱۴.....	۵- ۳- ۱ اهداف فرعی.....

- ۳-۵-۱ اهداف کاربردی تحقیق..... ۱۴
- ۶-۱ سوالات تحقیق..... ۱۵
- ۷-۱ فرضیه های تحقیق..... ۱۵
- ۸-۱ روش تحقیق..... ۱۶
- ۹-۱ ساختار تحقیق..... ۱۷
- ۱۰-۱ تعاریف کلمات کلیدی..... ۱۷

فصل دوم: ادبیات و مبانی نظری

- ۱-۲ تعریف فسخ و ماهیت فسخ نکاح..... ۲۴
- ۱-۱-۲-تعریف خیار تدلیس..... ۲۹
- ۲-۱-۲-تعریف قاعده لاضرر..... ۲۹
- ۳-۱-۲-تعریف شرط فسخ..... ۳۰
- ۱-۲-۴-تعریف واژه مستحدثه..... ۳۰
- ۵-۱-۲-عیوب موجب حق فسخ نکاح..... ۳۱
- ۲-۲-عیوب خاص زوج که موجب حق فسخ برای زوجه می باشد..... ۳۶
- ۱-۲-۲-عنن..... ۳۶
- ۲-۲-۲-خصاء..... ۴۱
- ۳-۲-۲-جب..... ۴۴
- ۳-۲-عیوب خاص زنان که موجب حق فسخ برای زوج می باشد..... ۴۵
- ۱-۳-۲-برص..... ۴۵
- ۲-۳-۲-افضا..... ۴۸
- ۳-۳-۲-جذام..... ۴۹
- ۴-۳-۲-نابینایی از هر دو چشم..... ۴۹
- ۵-۳-۲-زمین گیری(اقعاد)..... ۵۲
- ۶-۳-۲-قرن..... ۵۴
- ۷-۳-۲-عیوب مشترک زوج و زوجه..... ۵۵

فصل سوم: بررسی بیماری های مستحذته در علم نوین پزشکی

- ۳-۱-خشونت جنسی ناشی از بیماری های روحی و روانی ۶۴
- ۳-۱-۱-خشونت جنسی ۶۵
- ۳-۱-۱-۱-بیماری مازوخیسم..... ۶۶
- ۳-۱-۱-۲-بیماری سادیسیم..... ۶۹
- ۳-۱-۲-بیماری اعتیاد و بررسی اعتیاد جنسی..... ۷۲
- ۳-۲-بیماری های جسمی ۷۸
- ۳-۲-۱-بیماری اسکروز چندگانه (فلج چندگانه)..... ۷۸
- ۳-۲-۲-بیماری ایدز(HIV)..... ۸۱
- ۳-۲-۳-انواع عفونتهای کبد..... ۸۵

فصل چهارم: تاثیر درمان عیب یا بیماری در حق فسخ

- ۴-۱-ادله قائلین به عدم جواز فسخ نکاح در صورت درمان عیب ۹۵
- ۴-۱-۱-نظریه ی زوال حق فسخ ۹۶
- ۴-۱-۲-روایات ۹۷
- ۴-۱-۲-۱-قاعده لزوم ۹۷
- ۴-۱-۲-۲-توسل به وحدت ملاک (قیاس تنقیح مناط) در رابطه با فسخ نکاح ۱۰۰
- ۴-۱-۴-قاعده نفی ضرر(رفع عیوب مخل رابطه زناشویی)..... ۱۰۱
- ۴-۱-۴-عدم صدق عنوان عیب بعد از درمان آن ۱۰۳
- ۴-۱-۵-وجود رضایت در درمان بیمار..... ۱۰۴
- ۴-۱-۶-نفی تدلیس و غرری بودن عقد..... ۱۰۴
- ۴-۲-ادله قائلین بر جواز فسخ نکاح در صورت درمان عیوب ۱۰۵
- ۴-۲-۱-تعبد در نصوص..... ۱۰۶
- ۴-۲-۱-۱-حق بودن فسخ نکاح..... ۱۰۷
- ۴-۲-۳-اصل استصحاب..... ۱۰۸
- ۴-۲-۲-اجبار فرد معیوب و بیمار به درمان..... ۱۰۹
- ۴-۲-۳-درمان عیب و باقی ماندن ضرر..... ۱۱۰

- ۴-۲-۴- بررسی سلب حق پس از درمان و عدم انحصار اسباب فسخ.....۱۱۲
- ۴-۲-۴-۱- بررسی هزینه های درمان عیب و بیماری زوجین..... ۱۱۳
- ۴-۲-۴-۲- زمان درمان عیوب.....۱۱۴
- ۴-۳- آرای محاکم در زمینه فسخ نکاح.....۱۱۶

فصل پنجم: نتیجه گیری

- نتیجه گیری..... ۱۲۱
- پیشنهادات.....۱۲۴
- منابع و ماخذ..... ۱۲۶
- چکیده انگلیسی..... ۱۳۲

چکیده

وجود عیب در زوجین می تواند یکی از اسباب فسخ نکاح می باشد، ولی همچنان این موضوع که در صورت درمان عیوب، حق فسخ همچنان باقی خواهد ماند یا خیر، دقت نظر بیشتری را می طلبد. با عنایت بر این مقرر که قانون گذار در قانون مدنی، ضمن مراجعه به فقه اسلامی، در تعیین مصادیق فسخ، امکان فسخ نکاح را از ناحیه زوج، در مقایسه با زوجه به نحو مطلوب تری تعیین نموده است و دامنه عیوبی که مربوط به زوجه می باشد، بیشتر از زوجی است که حق طلاق را دارد. لذا با اتکا به برخی فتاوی فقها که دلالت بر توسعه دایره عیوب مشترک مجوز فسخ نکاح دارد و با امعان نظر بر علم نوین پزشکی، امکان تسری دامنه عیوب مذکور در قانون به امراض صعب العلاج از قبیل ایدز و هپاتیت و فلج چندگانه و ... وجود دارد. اهمیت این تحقیق در ارائه ی طرحی قابل اجرا در نظام حقوقی و به منظور پر کردن خلاءهای قانونی موجود در این زمینه می باشد. پژوهش حاضر با رویکردی توصیفی و تحلیلی، سعی بر آن دارد تا پیرامون مسئله توسعه حق فسخ نکاح در برابر بیماری های مستحدثه و نوین قرن حاضر و همچنین ثبوت یا زوال حق فسخ در صورت درمان عیب

یا بیماری و آثار مترتب بر فسخ نکاح، همچنین برقراری تساوی میان زوجین در عیوب مستند فسخ نکاح به غیر از عیوب جسمانی خاص هریک از زوجین، بحث و بررسی نماید. ولی از موارد فسخ نکاح در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران محدود و معین است و نظام حقوقی ما قابلیت پذیرش و توسعه آن را نداشته و غیر از عیوبی که قانون‌گذار در خصوص فسخ نکاح، احصاء نموده نمی‌توان عیوب دیگر را اگر چه از لحاظ عوارض فیزیکی شدیدتر از عیوب احصاء شده مذکور باشد، مستند فسخ نکاح قرارداد. لذا در این زمینه اصلاح قوانین مدونه امری ضروری به نظر می‌رسد.

واژگان کلیدی نکاح، حق فسخ، عیوب مستحدثه، عیوب غیر جنسیتی، علم نوین پزشکی

فصل اول

کلیات و مفاهیم تحقیق

۱- بیان مسئله

فسخ نکاح در حقوق ایران متأثر از نظریات و فتاوی فقها و علمای عظام است و در این مسیر دیدگاهها و نظریات حقوق دانان و نویسندگان و صاحب نظران نیز در تحول و انطباق آن با وضعیت و مشکلات فعلی جامعه تأثیرگذار بوده است. یکی از راههای جدایی زن و شوهر از یکدیگر، فسخ نکاح به دلیل عیب می باشد، به طوری که زوج یا زوجه می تواند در صورت وجود عیب از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند.

مصلحت و لزوم دوام و استمرار ثبات خانواده ایجاب می کند که نکاح در محدوده عقود لازم طبقه بندی شود، بی شک رابطه زناشویی را باید در زمره مهمترین علل بروز ازدواج دانست و همین مساله موجب شده است که نظام حقوقی ایران به تبعیت از فقه اسلامی در راستای جلوگیری از بروز

ضرر برای هریک از زوجین، مواردی را برای فسخ این رابطه مفروض بدارد. از جمله علل قهری که سبب جدایی زوجین از یکدیگر میشود، مقوله انفساخ نکاح و یا وفات احد زوجین است، در مقابل عللی نیز وجود دارند که اگرچه میتواند سبب انحلال نکاح قرار بگیرد، لکن تا زمانی که اراده احد زوجین بر استفاده از آن قرار نگیرد، نکاح همچنان برقرار خواهند ماند، از جمله عللی که در این ردیف جای میگیرند، طلاق و عیوب موجب فسخ نکاح میباشد، برخی عیوب در مذهب امامیه این قابلیت را دارند که موجب انحلال نکاح باشند؛ لذا اولین پرسشی که این پژوهش به دنبال پاسخگویی به آن است، این است که اگر این عیوب درمان شوند آیا حق فسخ همچنان باقی خواهد بود یا آنکه این حق از بین میرود و دیگر نمیتوان مبادرت به اعمال خیار مزبور نمود؟ در این باره دو قول وجود دارد عدهای موافق وجود و ابقای این خیار می باشند و قوی نیز بر دفع این خیار نظر دارد و هر یک از این نظرات دارای پشتوانه فقهی متقنی هستند.

بدیهی است که آرای معاصرین در همسان سازی نظرات فقهی موجود با یافته های پزشکی نوین که انواع بیماریها در پناه آن درمان می شود تفاوت چشمگیری دارد، از جمله بیماریهای لاعلاج و مسری ایدز را می توان مثال زد. موضوعات تدلیس، عسر و حرج، قاعده لاضرر، مفهوم اولویت، استفاده از باب وحدت ملاک علاوه بر موارد خاص مذکور در منابع فقهی جهت فسخ نکاح به دلیل وجود عیوب خاصه می تواند رهگشای این مقال باشد.

لذا هدف دیگر این پژوهش، نقد این دو دیدگاه است که کدامیک به حقیقت نزدیکتر است. هرچند که قانون مدنی ایران در فصل اول باب دوم کتاب هفتم طی مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۳ به برشمردن موارد فسخ نکاح پرداخته و در سه دسته عیوب مشترک، عیوب مختص مردان و عیوب مربوط به زنان طبقه بندی نموده اما آنچه از رابطه زناشویی و فلسفه مفروض دانستن حق فسخ برای طرفین استنباط می شود، این است که تعدادی از مشکلات منظور نظر قانونگذار به ناکارایی یا ضعف در دستگاه جنسی و یا بیماری های مسری است. مانند ناتوانی جنسی و آمیزشی و جذام؛ برخی از مشکلات نیز رابطه مستقیمی با ارگانسیم بدن ندارند و مربوط به علل و عوامل روحی و روانی در مرد یا زن است (مانند جنون) که در نهایت در روابط جنسی زن و مرد هم مؤثرند.

نکته دیگری که نویسنده را ترغیب به پژوهش درباره این موضوع نموده، آن است که صرف نظر از این که برخی از موارد برشمرده شده توسط قانونگذار، هیچ گونه توجیه علمی و منطقی ای

ندارند و مانعی در مسیر روابط زناشویی تلقی نمی‌شوند و با پیشرفت علم پزشکی در مداوا و ترمیم بسیاری از مشکلات اندامی و جنسی و روحی، موارد احصاء شده در قانون مدنی چندان ضروری نمی‌نمایند، چراکه تقریباً تمام بیماری‌های جنسی و مقاربتی با دوره درمانی کوتاهی بر طرف می‌شوند و مشکلات روحی نیز صرف نظر از تنوع و تقریباً همه گیر بودنشان در جامعه به جز در موارد بسیار حاد قابل مداوا هستند؛ اما در این میان قانونگذار ایران همچنان از مفروض داشتن بیماری‌هایی که به موازات زندگی نوین به وجود آمده‌اند و می‌توانند مانعی بزرگ بر سر راه زندگی زناشویی تلقی شوند (و غالباً ناشی از اشتباهات و انحرافات شخصی هستند و نه نشات گرفته از ژنتیک و یا بی‌تقصیری فرد) امتناع ورزیده و آن‌ها را احصاء نکرده است. حکم این مورد نیز با وصف مفارقت و استناد به آن امراض، طلاق می‌باشد که احکام و خواص خود را دارد.

همچنین در این تحقیق سعی بر آن داریم تا مغایرت یا عدم مغایرت اصلاح ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی را با موازین شرعی بازگو نماییم. زیرا در این ماده برابری حقوق زوجین در حق فسخ ناشی از عیوب جنسیتی رعایت نشده است. بر اساس دیدگاه فقهای شیعه، در صورت وجود عیوبی مثل برص، جذام، نابینایی، در زوجه، مرد می‌تواند نکاح را فسخ کند، ولی در صورت وجود این عیوب در زوج، زن حق فسخ ندارد. علاوه بر اینکه دلیل قانع کننده‌ای برای این تبعیض وجود ندارد، به این نکته باید اشاره کرد که با توجه به پیشرفت علمی، اگر امراض مذکور قابل درمان باشند نباید حق فسخ زوج باقی بماند و به دلیل عدم وجود نصی صریح در قانون مدنی، در ابقاء این حق اختلاف نظر دیده می‌شود. علاوه بر آن همانطور که ذکر گردید در عصر حاضر بیماری‌هایی وجود دارد که بسیار خطرناکتر و زیانبارتر از موارد احصایی قانون است و آثار حقوقی فسخ نکاح بر آنها بار نمی‌شود. آنچه محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماریهای جدید مانند ایدز، هیپاتیت و غیره است، به طوری که زوج یا زوجه بتواند در صورت وجود آن بیماری از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند.

لذا جمیع موارد یاد شده در غالب اثر حقوقی عیوب مستحدثه بر نکاح، نویسنده را بر آن داشته تا با پرداختن به این موارد و با توجه به قابلیت مداوای اکثر این عیوب، وضعیت مداوا را قبل و بعد از به وجود آمدن حق فسخ نکاح مورد مذاقه قرار داده و لزوم احصاء و جایگزینی بسیاری از بیماری‌های شایع امروز را با علم پزشکی روز مورد مقارنه قرار دهد.

۱-۲ اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

با عنایت براین مطلب که تا کنون پژوهشی در مقام بررسی علمی آثار حقوقی عیوب مستحدثه بر نکاح که به صورت جامع و کامل حق مطلب را ادا نماید، انجام نشده است و نیز با عنایت به اینکه علم پزشکی، اکثریت موارد برشمرده شده توسط قانونگذار را نفی می کند و قابل درمان میدانند و با مدنظر قرار دادن چالش های شدید در برخورد با بیماریهای نوین، از جمله ایدز و هیپاتیت و ... که عملاً راه درمان قطعی برایشان وجود ندارد لزوم ارائه پژوهشی که تمامی این ابعاد را مدنظر قرار دهد، الزامی می نماید تا با تدقیق در منابع اسلامی و به تبع آن ها حقوق فعلی ایران، بتوان به معیارهای واقعی شارع مقدس پی برد و در جهت رفع ضرر طرفین از آن ها بهره گرفت.

۱-۳ مرور ادبیات و سوابق تحقیق

هرچند که تاکنون پژوهشهای متعددی در زمینه فسخ نکاح مطرح شده، اما آنچه در این تحقیق به عنوان دغدغه اصلی نویسنده بیان شده، به این شکل که آثار حقوقی عیوب مستحدثه در نکاح را در یک مجموعه و با این دیدگاه مورد بررسی قرار داده باشد، تا کنون به رشته تحریر در نیامده ولی در موارد مشابه و در سال های گذشته می توان موارد زیر را به عنوان سوابق این تحقیق بیان نمود:

الف: کتب

۱- کتاب فسخ نکاح در حقوق ایران و نحوه اقامه دعاوی مربوط: نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق) نوشته دکتر علیرضا حسینی در سال ۱۳۸۳ توسط نشر فکرسازان به چاپ رسید.

نویسنده در این کتاب تلاش دارد در مورد یکی از مشکلات امروز جامع بشری که تزلزل در بنیاد خانواده است به نام فسخ، بحث و بررسی نماید. از دیدگاه وی سیر صعودی آمارهای طلاق بهترین شاهد این مدعاست. ایشان معتقدند که «امروزه در برخی از جوامع غربی، سستی نهاد خانواده به گونه ای شکل گرفته که جامعه را با تغییر شکل خانواده و ظهور انواع مختلف آن نظیر هم خانگی یا زندگی دو نفر در زیر یک سقف بدون برگزاری مراسم ازدواج روبه رو ساخته است. در چنین شرایطی طرح ایجاد جامعه سالم با تاکید بر نهادهای اساسی آن به ویژه خانواده به عنوان شالود حیات اجتماعی از اهمیت خاصی برخوردار است». نگارنده این کتاب با درک اهمیت استحکام پیوندهای خانوادگی به آسیب شناسی خانواده و تشریح خطراتی که بنیاد آن را تهدید می کند پرداخته، سپس

عوامل تحکیم خانواده را بر اساس آیات و روایات بازگو کرده است. از جمله این عوامل می‌توان مشارکت اعضای خانواده در تصمیم‌گیری‌ها، رعایت حد و مرزهای اخلاقی در رفتار و عمل، و گذشت از خطاها و لغزش‌های یک‌دیگر نام. این کتاب هر چند می‌تواند جزئی از این تحقیق را پوشش دهد ولی در مورد علم نوین پزشکی و عیوب مستحدثه عصر حاضر بر مقوله نکاح سخنی به میان نیامده که از این جهت تحقیق حاضر کاری جدید و متفاوت می‌باشد.

۲- کتاب تبیین فقهی حقوقی شروط ضمن عقد ازدواج و عیوب موجب فسخ نکاح و حق حبس زوجه نوشته سیدمهدی میرداداشی در سال ۱۳۹۰ توسط انتشارات جنگل به چاپ رسید .

موضوع این کتاب، بیان برخی حقوق زناشویی با توجه به فقه اسلامی است. مجموعه حاضر در قالب سه طرح پژوهشی مستقل با عنوان‌های مقررات مربوط به حق جس زوجه؛ امکان فسخ نکاح؛ و شروط ضمن عقد ازدواج تدوین گردیده و در بردارنده مباحثی از منظر منابع فقهی در این زمینه به همراه بیان قوانین موضوعه در ایران و بررسی میزان تطبیق این قوانین با مبانی فقهی است. نگارنده در این راستا ابتدا به برشمردن عیوب موجب فسخ نکاح را با نگاهی انتقادی مورد بررسی قرار داده است. هر چند مباحث فقهی در این نوشتار خوب پوشش داده شده ولی در مورد عیوب جدید الورد به بنیان خانواده سخنی دیده نمی‌شود.

۳- کتاب نکاح در سنت اسلامی نوشته محمد محسن شارعی توسط انتشارات آرمان رشد در سال ۱۳۹۱ به چاپ رسید.

در این کتاب، در باب اصول زناشویی از منظر دین اسلام بحث شده است. نوشتار حاضر، با هدف شناخت احکام و قوانین اسلام درباره نکاح و درک اصول این دین مقدس در زمینه مذکور تدوین شده است. در فصل نخست، مفهوم و ماهیت خواستگاری تشریح شده و در فصل دوم، درباره ولایت در ازدواج بحث گردیده است. فصل بعدی، مشتمل بر بررسی مسئله نکاح بوده و در فصل چهارم، در باب مهریه یا صداق بحث شده است. در دو فصل بعد به موضوع نفقه و متعه صحبت شده و در فصل هفتم، شروط ضمن عقد تشریح گردیده است. آخرین فصل کتاب، حاوی بحث حضانت و توضیح آن در اصطلاح فقهی و از دیدگاه فقها است. همانطور که مشخص است از مقوله آثار حقوقی عمل فسخ نکاح، تقریری به میان نیامده است که از این جهت نوشتار حاضر، تحقیقی جدید تلقی می‌شود.

۴- کتاب نکاح و طلاق در مذاهب پنج‌گانه‌ی اسلامی نوشته محمدجعفر شمس‌الدین، مترجم: سیدمحمدرضا واحدی در سال ۱۳۹۱ توسط انتشارت وزیری به چاپ رسید.

در این کتاب، در باب اصول زناشویی از منظر دین اسلام بحث شده است. نوشتار حاضر، با هدف شناخت احکام و قوانین اسلام درباره نکاح و درک اصول این دین مقدس در زمینه مذکور تدوین شده است. ولی در مورد عیوب مستحذثه و جدید در این کتاب سخنی به میان نیامده است.

۵- کتاب رویه قضایی دادگاههای تجدید نظر استان تهران در امور خانواده: طلاق، فسخ نکاح، ثبت نکاح، حضانت، فریب در ازدواج نوشته محمد رضا زندی در سال ۱۳۸۸ توسط انتشارات جنگل به چاپ رسید.

این نوشتار متشکل از دو بخش اصلی است که بامدافه درنوشته های آن می توان برخی از عوامل انحلال نکاح در حقوق ایران را احصاء نموده که عموماً منطبق بانظریه ی فقهای امامیه می باشند. با عنایت به تمامی پیشینه های یاد شده، این نکته شایان ذکر است که کار حاضر از دیدگاه علم نوین پزشکی و آثار حقوقی این عیوب که سابقه فقهی ندارند و نص قانونی در مورد آنها وجود ندارد کاری متفاوت و کاملاً جدید است.

ب: مقالات

۱- صادقی، محمد، عیوب موجب فسخ نکاح در مذهب حنفی و شافعی، فصلنامه تخصصی مطالعات فقهی و فلسفی، ۱۳۹۲، دوره ۴ شماره ۱۵.

در چکیده این پژوهش اینگونه تقریر شده که: ز دیدگاه حنفیه عیوبی که موجب حق مطالبه فسخ نکاح می شود، عبارتند از عنن، جب و خصاء، اما سایر موارد، هرچند شدید باشد (با شرط یا بدون شرط) موجب فسخ نکاح نمی شود؛ مثلاً جذام، برص و مانند آن خواه قبل از عقد ایجاد شده یا بعد از عقد و خواه شرط سلامت شده یا نشده باشد، موجب ایجاد حق فسخ نمی شود. در صورت مجبوب بودن شوهر، زن با پنج شرط حق فسخ دارد: ۱- آزاد باشد؛ ۲- بالغ باشد؛ ۳- زن عیب مانع آمیزش مانند رتق، عفل و قرن نداشته باشد؛ ۴- زن قبل از ازدواج علم به عیب نداشته باشد؛ ۵- زن بعد از عقد به عیب راضی نشود؛ در مورد عنین نیز زن با پنج شرط که در مجبوب ذکر شد می تواند مطالبه فسخ کند، خصی (مردی که بیضه اش قطع شده باشد) اگر امکان آمیزش داشته باشد، خواه انزال صورت

بگیرد یا نه، زن حق فسخ ندارد، اما اگر امکان آمیزش نداشته باشد، حکم عین جاری است. همچنین آثار ارتداد در این زمینه مطرح می‌شود. اما در شافعیه عیوبی که موجب فسخ نکاح می‌شود به دو گروه عیوب مشترک و عیوب مختص تقسیم می‌شود. عیوب مشترک بین زن و شوهر عبارتند از: جنون، جذام و برص. عیوب مختص زن عبارت است از رتق و قرن، و عیوب مختص مرد عبارتند از جب و عنق؛ اما عیوب دیگر موجب فسخ نیست. اگر زوجین یا یکی از آنها قبل از تحقق رابطه نزدیکی مرتد شوند، نکاح فوراً پایان یافته و قطع می‌گردد، ارتداد فسخ است؛ بنابراین جزء عدد طلاق‌ها شمرده نمی‌شود.

پژوهشگر این تحقیق بیش از هر امری به دنبال بررسی موارد موجب فسخ نکاح در بین این دو مذهب اسلامی بوده است، لکن از حیث آنکه این مصادیق در صورت درمان شدن قابلیت از بین بردن فسخ نکاح را دارا می‌باشند یا خیر اظهار نظری صورت نداده است

۲- پور اسماعیلی، علیرضا، توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، سال هشتم، شماره ۳،

در این نوشتار نویسنده در باب مقوله فسخ نکاح توجه خود را بر این امر نهاده است که بتواند بیماریهای نوین را که دارای آثاری به مراتب مخربتر از عیوب مصرح در احادیث و روایات میباشد، داخل در ادله کلی فسخ نکاح بنماید، نظر نویسنده بر این مبنا بوده که: شیوع بیماریهایی مانند ایدز که در مقایسه با عیوب موجب فسخ نکاح مانند جنون و... زیانهای سنگینی به دنبال دارد و ابتلا به بیمار یهای واگیردار و کشنده مانند ایدز و هپاتیت را در کنار عیوب موجب فسخ نکاح می‌داند. اگرچه نویسنده از این نظر با جناب پور اسماعیلی موافق است، لکن حتی این پژوهش نیز نتوانسته است جای خالی آثار حقوقی عیوب مستحدثه برفسخ نکاح را در صورت درمان عیوب پر نماید در، همچنین نویسنده با همراهی بانو کرامتی تبار در سال ۱۳۹۴، پژوهش جدیدی را عرضه داشتند، مبنی بر آنکه در صورت درمان عیوب موجب فسخ نکاح امکان از بین رفتن این خیار وجود خواهد داشت، این پژوهش که تحت عنوان «تأثیر درمان عیوب نکاح بر حق فسخ» به انجام رسیده است، حاکی از آن میباشد که دامنه عیوب موجب فسخ نکاح صرف نظر از آنکه حصری یا تمثیلی فرض شود، در صورتی که فرایند درمانی بر آن بار شود و درمان لازم به وقوع بپیوندد، دیگر علتی برای فسخ وجود نخواهد

داشت، در این باره استناد این دو پژوهشگر بر مستندات فقه امامیه بنا نهاده شده است، لکن ابهامات متعددی در این باره مطرح میشود که کاوش دقیقتری را نیازمند است.

۳-قنبریان، ملیحه، **ادله ی جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان، فصلنامه تخصصی فقه و تاریخ تمدن، ۱۳۸۸، سال پنجم، شماره ۲۰.**

نویسنده در این پژوهش به تعریف فقهی و قانونی فسخ پرداخته و سپس با بررسی های مختلف در ادله فقهی از دیدگاه علما و فقهای اسلام به این نتیجه رسیده است که به امکان فسخ نکاح در بیماریهای لاعلاج مثل ایدز به دیده جدی تر و واقع بینانه تری می توان نگرست تا متخصصین حقوق بتوانند با ارائه نظریات جدید و نو راهگشای خیلی از مشکلات شوند که این مهم بتواند از حجم سنگین پرونده های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت های موجود را فراهم سازد.

ج:پایان نامه ها

۱- پایان نامه دانشگاه علوم و تحقیقات تهران، با عنوان **عیوب مجوز فسخ نکاح و بررسی توسعه آن براساس ملاک، با رویکردی بر نظرات امام خمینی(ره)، (۱۳۸۴)**، نگارش شده توسط سیدرضاطباطبایی پور.

در این اثر همانگونه که از عنوان آن پیداست، به بررسی یکی از عوامل انحلال نکاح، که فسخ می باشد پرداخته شده است. نویسنده در این پایان نامه بیان می دارد که فسخ نکاح به واسطه سه عامل عیب، تدلیس و تخلف از شرط صفت به وقوع می پیوندد. سپس اذعان می دارد، از آنجایی که در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به بیان عیوبی که موجب ایجاد حق فسخ برای زوجین می گردد، پرداخته است، با تأمل و دقت در این مواد، مشخص می گردد که عیوب مذکور در آن ها محدود و محدود به ده عیب بوده و می توان گفت که برخی از آن ها در جامعه کنونی موضوعیت ندارد و بعضی از آن ها به سادگی درمان پذیر هستند. از طرفی بیماری های دیگری که نو پدید بوده و بسیار مهلک تر و خطرناک تر از آن ها هستند، بدان اشاره نشده است، در این بحث، قانون مدنی از فقه امامیه و متون فقهی فقهای مشهور شیعه پیروی نموده است، لذا عیوب مذکور در این مواد قانونی برگرفته از نظرات فقهای معروف و مشهور می باشد. لذا در این پایان نامه که در پنج فصل تقسیم بندی شده است، در فصل اول کلیات و فصل دوم عیوب مشترک بین مرد و زن و در دو فصل بعد به ترتیب عیوب

مختص زن و عیوب مختص مرد مورد بررسی قرار گرفته و در فصل پنجم نویسنده، نتیجه را بازگو می نماید. این پایان نامه هر چند به برخی از ایرادات قانون اشاره نموده ولی به شرح و بررسی کامل بیماری های جدید نپرداخته است که از این نظر تحقیق حاضر، پژوهشی جدید می باشد.

۲- پایان نامه دانشگاه جامعه المصطفی، با عنوان عیوب موجب فسخ نکاح، (۱۳۸۳)، نگارش شده توسط هاشم احمدی.

در این پژوهش نویسنده به عیوب فسخ نکاح که در فقه و قانون مدنی به آنها اشاره گردیده، بسنده نموده است. این پایان نامه به عیوب موجب فسخ نکاح اعم از اینکه عیوب مشترک بین زوجین باشد و یا اینکه عیوب مختص هر کدام از آنها پرداخته است. لذا نویسنده سعی دارد که با توجه به روایات و مبانی فقهی و بررسی نظرات فقهای اسلام محدودیت زن در استفاده از حق فسخ و گستردگی اختیار مرد را مورد بررسی قرار دهد، تا معلوم شود که آیا این اختیار وسیع قابل تعدیل است یا خیر. در این مورد به قوانین مدنی سایر کشورهای اسلامی نیز اشاره شده است که بسیاری از آنها اختیار زوجین را در فسخ نکاح تا حدودی برابر می داند و سرانجام با اشاره مختصر به طلاق حاکم و ماهیت حقوقی آن بحث پایان را به فرجام می رساند. از آنجا که در این تحقیق نیز سخنی لز علم نوین پزشکی و مباحث مستحدثه روز به میان نیامده، کار حاضر، تحقیقی جدید و متفاوت می باشد.

۳- پایان نامه دانشکده علوم و حدیث قم، با عنوان عیوب موجب فسخ نکاح، (۱۳۸۳)، نگارش شده توسط احمد محسنی.

در این تحقیق، نویسنده تلاش می کند تا به عیوب موجب فسخ نکاح، و جنبه های مختلف آن در فقه پویای اسلامی از نظر کتاب و سنت و نظرات فقهاء در طی یک مقدمه و سه بخش که هر بخش مشتمل بر چند فصل و مبحث و گفتار می باشد، بپردازد. بخش اول در چهار فصل به تعاریف و کلیات پرداخته. و در بخش دوم که شامل چهار فصل است به موجبات فسخ و اقسام عیوب و عیوب مشترک میان زن و مرد و همچنین عیوب مختص هر یک از زوجین پرداخته است. بخش سوم مشتمل بر پنج فصل می باشد که بعنوان ملحقات مبحث عیوب، مواردی چون: ختنی یا دو جنسی بودن، مسئله زنا، حد زنا، احکام عیوب بعد از عقد، مبحث درمان و تاثیر آن در حق فسخ نکاح و در آخر انحصار یا عدم انحصار عیوب موجب فسخ نکاح را بررسی می نماید و همچنان به مباحث روز

از قبیل بیماری های مستحدثه کنونی اشاره ای به میان نیامده که خود میبستفاوت تحقیق حاضر با این پژوهش می باشد.

۴- پایان نامه دانشگاه علوم و تحقیقات گیلان، با عنوان فسخ نکاح در حقوق مدنی ایران و مذاهب خمسه، (۱۳۹۳)، نگارش شده توسط محمد رضا شرافت پیمان.

در این نگارش نویسنده به اسباب فسخ نکاح برای هر یک از زوجین اشاره نموده است. از نظر وی مطالعه تطبیقی مواد مذکور با آرای فقها، راهی است تا علاوه بر جلوگیری از فروپاشی کانون خانواده، استفاده صحیح هر یک از زوجین از این حق و رفع ضرر از خود را موجب شود. محقق با ارزیابی تطبیقی مسائلی مانند: نظر فقیهان و قانونگذار ایرانی در فسخ نکاح به سبب عیوب، نوع عیوب موجب حق فسخ نکاح، میزان محدودیت عیوب معرفی شده در قانون و فتاوی فقهی، و زمان اعتبار این عیوب، به این نتیجه دست یافته، که بیشتر فقها حق مذکور و ثبوت آن را برای هر یک از زوجین، قائل هستند. در مورد انواع عیوب نیز، هر چند بیشتر مذاهب و قانون مدنی آنها را محصور کرده اند، ولی از نظر نگارنده، هر عیبی که سبب اخلال در مقصد نکاح باشد می تواند موجب حق فسخ قرار گیرد. البته زمان حادث شدن این عیوب نیز معتبر و قابل توجه است. این تحقیق در باب فسخ نکاح به مواردی چون ایدز و هاتیت و ... سایر عیوب مستحدثه از منظر پزشکی اشاره ای ننموده است که از این رو تحقیق حاضر کاری کاملاً نو و جدید می باشد.

۵- پایان نامه دانشگاه تهران، با عنوان مطالعه تطبیقی مبانی، اسباب و آثار فسخ نکاح در فقه امامیه و شافعی، حقوق ایران و انگلستان، (۱۳۸۹)، نگارش شده توسط سمانه خادم لو.

پژوهشگر، در این تحقیق بیان می دارد که؛ یکی از موجبات فسخ نکاح، وجود «عیوب» جسمی یا روحی در یکی از زوجین است که مصادیق آن در نظامهای مختلف بیان شده است. به نظر مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی، این عیوب در زنان شامل قرن، جذام، برص، افضاء، زمینگیری و نابینایی از هر دو چشم؛ و در مردان شامل عنن، خصاء و جبّ بوده و جنون، عیب مشترک میان زوجین است. در فقه شافعی، عیوب خاص مردان، جبّ و عنن؛ و عیوب خاص زنان، قرن و رتق بوده و عیوب مشترک شامل جنون، جذام و برص است. در حقوق انگلستان، عواملی که ازدواج را قابل ابطال می سازد عبارتند از ناتوانی یا امتناع از برقراری رابطه جنسی، فقدان رضایت معتبر، بیماری روانی، بیماری آمیزشی واگیردار، بارداری در زمان ازدواج از شخص دیگر. با این حال، جوامع امروزی با

بیماریهای صعب‌العلاج یا مهلك جدیدی از جمله ایدز روبروست که در حال حاضر، علم پزشکی با وجود پیشرفتهای چشمگیر خود، قادر به درمان کامل آنها نیست و گاه، ضرر ناشی از این بیماریها - به مراتب - از برخی عیوب مصرح در روایات بیشتر است. با مراجعه به مستندات فسخ نکاح، به نظر میرسد در این نظامها، مبنای فسخ ناشی از عیوب، دفع ضرر است. از سوی دیگر، برخی از عیوب مصرح در روایات، امروزه قابلیت درمان یافته اند که در صورت درمان، ضرر، دفع شده و فسخ، مبنای خود را از دست خواهد داد. تدلیس و تخلف از شرط صفت نیز موجب دیگری برای فسخ نکاح در نظام های مذکور است که در این موارد، قانونگذار بر مبنای تخلف خدعه آمیز از مقتضای قرارداد و فقدان وصف موردنظر، به شخص فریب خورده، حق فسخ می دهد. همچنین محقق به آثار فسخ نکاح پرداخته کeshامل عده، مهر، نفقه، سکونت مشترک و خسارات ناشی از تدلیس اعم از مادی و معنوی - است که دو مورد اول (عده و مهر) در حقوق انگلستان وجود ندارد. در این نوشتار مختصری به علوم نوین پزشکی اشاره گردیده لیکن چون موضوع بحث تطبیقی کار شده، از مقوله اصلی که عیوب مستحدثه فسخ نکاح در حقوق ایران است، دور مانده، که این وجه افتراق مابین تحقیق حاضر و این نوشتار است و از این جهت نوشته حاضر طرحی جدید در علم حقوق می باشد.

۴-۱ جنبه جدید بودن و نوآوری در تحقیق

با امعان نظر بر این موضوع که وجود عیب در زوجین می تواند از اسباب ایجاد خیار فسخ نکاح باشد، ولی تاکنون کمتر مطالعه ای به صورت مستقل بر این مسأله توجه نموده که در صورت درمان عیوب، حق فسخ همچنان باقی خواهد ماند یا خیر، این تحقیق با ارائه جامع و کاملی در خصوص عیوب مستحدثه در نکاح و بررسی فقهی و حقوقی این عیوب هم از منظر مواد قانونی و هم از دیدگاه علم نوین پزشکی سعی در زدودن ابهامات موجود در این زمینه دارد که تا کنون در پژوهش ها بدینگونه به آن پرداخته نشده است.

یکی از این موارد را می توان عدم سقوط خیار فسخ نکاح حتی در صورت درمان عیب دانست. به نظر میرسد درمان عیوب، نمی تواند حق بر خیار فسخ را از بین ببرد؛ به این علت که خیار انحلال نکاح نوعی حق محسوب می شود که لاجرم آثار آن را نیز در پی خواهد داشت، لذا برای از بین بردن آن نیازمند نص مشخص می باشیم، حال آنکه نصی در این حوزه وجود ندارد و با توجه به اینکه