

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین

علی محمدی

دانشجوی دکتری فقه خانواده

چکیده

افراد مبتلا به اختلال هویت جنسی یا ناراضیان جنسی و یا ترانس سکسوال‌ها؛ کسانی هستند که از نظر فیزیکی هیچ‌گونه اختلال جنسیتی ندارند؛ اما از نظر هویتی و روانی حاضر به پذیرش جنسیت ظاهری خود نیستند. از این رو؛ این افراد به اعمالی مانند پوشیدن لباس و رفتار به سبک و شیوه جنس مخالف خود روی می‌آورند که نوعاً این رفتار به هیچ وجه از سوی خانواده و جامعه مورد پذیرش واقع نمی‌شود؛ از طرفی در صورتی که اینگونه اشخاص؛ اقدام به ازدواج با جنس مخالف خود نمایند و طرف مقابل اطلاعی از اختلال هویت جنسی او نداشته باشد و بعد از عقد نکاح متوجه این وضعیت در شریک زندگی خود شود؛ اینجا این سوال به وجود می‌آید که همسر چنین شخصی آیا مجبور به ادامه‌ی زندگی با او می‌باشد یا امکان فسخ نکاح برای شخص فریب خورده وجود دارد. با وجود اینکه فقهای اسلامی در این باره اختلاف نظر دارند در مقاله حاضر؛ با استناد به قاعده لاضرر و قاعده تدلیس با توجه به شرط ارتکازی (که در این شرط؛ سلامت جسمی و روانی زوجین مفروض گرفته شده است)؛ اثبات می‌شود که شخص فریب خورده می‌تواند نسبت به فسخ نکاح اقدام نمایند.

کلیدواژه‌ها: هویت جنسی؛ اختلالات جنسی؛ امکان فسخ نکاح؛ قاعده لاضرر؛ قاعده تدلیس؛ شرط ارتکازی

مقدمه

زندگی هر انسانی از عمل لقاح اسپرم (از پدر) و اوول یا تخمک (از مادر) با یکدیگر شروع می‌شود؛ در حدود سه ماه پس از آن، جنسیت فیزیولوژیک فرد شکل می‌گیرد و بعد از گذشت شش ماه پس از شکل‌گیری جنسیت، فرد به دنیا می‌آید.

پدر و مادر پس از مشاهده وضعیت فیزیولوژیکی کودک، جنسیت او را به همگان اعلام می‌دارند. این اعلام جنسیت به اطرافیان، سبب آفریده شدن انتظاراتی مطابق با جنسیت از کودک می‌شود. از آن‌جا که جامعه برای هر جنس، وظایف و الگوهای رفتاری مشخصی را تعیین کرده است که مبنای انتظارات دیگران از هر جنسی است، این انتظارات از همان سال‌های اولیه کودکی شکل می‌گیرد و کودک هم مطابق با همان انتظارات و نوع جنسیتی که تعیین شده رفتار می‌نماید. اما کودکانی هستند که هیچ‌گاه مطابق با جنسیت‌شان رفتار نمی‌کنند؛ چرا که آن‌ها خود را متعلق به جنسیت ظاهری خود نمی‌دانند. این افراد از جنسیت فیزیولوژیکی خود ناراضی بوده و هیچ‌گاه درصدد پذیرش این جنسیت و رفتار طبق آن بر نمی‌آیند و در این حالت، ما با افرادی به نام «صاحبان اختلال هویت جنسی» یا «ناراضیان جنسی» یا «ترانس سکشوال‌ها» (Transsexual) روبرو هستیم. این افراد، از نظر فیزیکی هیچ‌گونه اختلال جنسیتی ندارند، اما از نظر هویتی و روانی حاضر به پذیرش جنسیت خود نیستند. از این رو، آنها به اعمال نابهنجاری مانند پوشیدن لباس جنس مخالف و رفتار به سبک و شیوه جنس مخالف روی می‌آورند که این اعمال، به هیچ‌وجه از سوی خانواده و جامعه مورد پذیرش واقع نمی‌شود و همین امر، باعث برخورد جامعه و حتی حکومت با آنها می‌شود و از این‌جا مشکلات این افراد شروع می‌شود.

از سویی دیگر، نکاح از جمله قراردادهایی است که در همه جوامع بشری به دیده احترام بدان نگریسته می‌شود. زیرا در پی این قرارداد، کوچک‌ترین نهاد جامعه یعنی خانواده پدید می‌آید و سرنوشت افراد در آن، رقم می‌خورد. از این رو، مستحکم‌نگه داشتن این نهاد و

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین □ ۳

جلوگیری از گسست رشته و پیوندهای آن به دلیل هر گونه عیب و بهانه‌ای ضروری می‌نماید. اما اگر این مهم به دلیلی میسر نگردد، ناگزیر پیوندهای زناشویی نیز از هم خواهد گسست. از جمله مواردی که می‌تواند گسست بین زوجین را به وجود بیاورد، نکاح‌هایی است که زوجین دچار اختلال هویت جنسی هستند و در این صورت، این افراد که بیشتر در جامعه و خانواده خود دچار مشکل بوده‌اند، مشکلات‌شان با ازدواج دوچندان شده و حادث می‌گردد. زیرا پایه‌ی اولیه زندگی بر اساس غرایز جنسی زن و مرد شکل می‌گیرد، اما وقتی روابط جنسی زوجین به دلیل اختلال هویت جنسی دچار آسیب باشد، کانون خانواده متزلزل شده و گسست بین زوجین به وجود خواهد آمد. بر همین اساس، ضرورت دیدیم که این مسئله را مورد پژوهش قرار داده تا وظایف و تکالیف فقهی کسانی که دچار اختلال هویت جنسی هستند و تشکیل خانواده دادند، روشن گردد.

اختلال هویت جنسی

روان‌شناسان، اختلالات جنسی را در سه شکل اختلال هویت جنسی، نابهنجاری جنسی (paraphilia) و کژکاری جنسی (sexual dysfunction) مطرح نموده‌اند، که از جهت ماهوی این اختلالات تفاوتی جدی دارند.

نابهنجاری جنسی، انحرافی است که موضوع جاذبه‌ی جنسی فرد را در برمی‌گیرد و به معنی اختلال‌هایی است که به موجب آنها فرد خیال‌پردازی‌ها، تمایلات جنسی یا رفتارهایی دارد که به طور مکرر از لحاظ جنسی برانگیزاننده است و شامل مواردی چون موضوعات غیرانسانی، رنج کشیدن یا تحقیرشدن خود یا شریک جنسی می‌شود.

کژکاری جنسی به نابهنجاری در پاسخ‌دهی و واکنش‌های جنسی فرد اشاره دارد و به موضوعاتی مثل کم‌کاری، بی‌زاری، عدم نعوظ، انگیختگی، انزال زودرس و درد جنسی اشاره دارد (ریچاردپی و دیگران، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۳۶).

«اختلال هویت جنسی» حالتی است که به موجب آن، بین جنسیت تعیین شده فرد و

هویت جنسی (identity gender) او مغایرت وجود دارد. این اصطلاح به ادراک خویشتن فرد به عنوان مرد یا زن اشاره دارد. با این حال، هویت جنسی فرد ممکن است با جنسیت تعیین شده یا زیستی که در گواهی تولد ثبت شده است، هماهنگ باشد یا نباشد. افراد مبتلا به اختلال‌های هویت جنسی، هویت جنس مخالف را نیرومند و با ثبات احساس می‌کنند که باعث می‌شود از هویت تعیین شده خود احساس ناراحتی و نامناسب بودن کنند. افراد مبتلا به این اختلال، به شدت احساس پریشانی می‌کنند و معمولاً در عملکرد اجتماعی، شغلی و سایر زمینه‌های شخصی، مشکلات سازگاری دارند. برخی از افراد مبتلا به اختلال‌های هویت جنسی آرزو دارند که همانند جنس مخالف زندگی کنند و مطابق با آن عمل می‌کنند و لباس می‌پوشند (ریچاردپی و دیگران، همان، ص ۲۹). پس موضوع اختلال هویت جنسی، انسانی است که از لحاظ ظاهری، نقصی در جنسیت او وجود ندارد؛ ولی از لحاظ روانی و روحی، خودش را ملحق به جنس مخالف می‌داند. به عبارت دیگر، چنین افرادی اگر چه تمام جزئیات جنسی و ظاهری یک مرد یا یک زن را به طور کامل دارند، اما احساس درونی آنها متفاوت از ظاهرشان است و برای درمان، ممکن است نیاز به تغییر جنسیت داشته باشند و این در حالی است که در مقابل، افراد خنثی فقط نیازمند تعیین جنسیت می‌باشند. البته در این مقاله، ما از تغییر جنسیت بحث نمی‌کنیم.

زوجینی که گرفتار اختلال هویت جنسی هستند، نمی‌توانند وظایف جنسی خود را بر اساس احساسات و تمایلات جنسی خود بروز و انجام دهند و در این صورت، این اختلال موجب اختلاف، آشفتگی و گسست در روابط جنسی شده و در نهایت، کانون خانواده را دچار بحران می‌گرداند. نگاهی به میزان بیماری و شیوع اختلال هویت جنسی در جهان و ایران، اهمیت و ضرورت آن را روشن می‌سازد. پروفیسور بهرام میرجلالی، جراح تغییر جنسیت که حدود پانصد بیمار را در ایران تغییر جنسیت داده است، می‌گوید: «این بیماری روان‌دگرجنسی در تمام اجتماعات وجود دارد و تعداد بیماران ترانسکس در کلیه آمارهای کشورها در حدود ۴ تا ۶ درصد هزار تولد می‌باشد و این تعداد به هیچ وجه به ملیت،

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین □ ۵

نژاد، فرهنگ و تربیت اجتماعی بستگی ندارد و در تمام دنیا این بیماران با همین نسبت وجود دارند.» (میرجلالی، ص ۱)

طبق آمار سازمان بهداشت جهانی از هر یکصد هزار پسر و از هر چهارصد هزار زن در جهان، یک نفر تغییر جنسیت می دهد و علاقه به تغییر جنسیت در پسران به مراتب بیشتر از دختران است. دکتر علی رضا کاهانی، متخصص پزشکی قانونی نیز می گوید: «نمونه های کلینیکی نشان داده اند که میزان پسران دچار اختلال هویت جنسی نسبت به دختران، در حدود هفت به یک (هفت پسر در مقابل یک دختر) است.» (کاهانی، ص ۴۶)

در ایران نیز همانند سایر نقاط جهان آمار دقیقی در مورد بیماری ترانجنسیتی وجود ندارد؛ چون مکانیسم دقیقی برای شمارش این بیماران طراحی نشده است و همه این بیماران به مراکز درمانی مراجعه نمی کنند، بلکه فقط برخی از این بیماران جهت مراجعه می کنند. تعداد مراجعین به پزشکی قانونی، جهت کسب مجوز تغییر جنسیت، از سال ۱۳۶۶ تا ۱۳۸۰ حدود ۲۷۰ نفر بوده است که از این تعداد، ۲۰۰ نفر مرد و ۷۰ نفر زن بوده اند.

به طور کلی، روان شناسان و روان پزشکان معتقدند که اختلال هویت جنسی از زمینه ها و عوامل متعددی ناشی می شود. عده ای می گویند اختلال هویت جنسی عامل زیست شناختی (Biologic Factors) دارد که در این زمینه نیز دو عامل بیان شده است:

۱. ژنتیک (Genetics): در برخی کتب ذکر شده که ژن حامل این صفت بر روی کروموزوم X در پایه q28 وجود دارد، ولی هنوز وجود این ژن به قطعیت نرسیده است. (کریمی نیا، ۱۳۸۹ ش، ص ۷۰)

۲. اثرات هورمونی (Hormonal Effects): در انسان، حالت سلولی هورمونی اولیه به صورت زن است و مجاری و غدد جنسی اولیه بی تفاوت می باشد و با رشد جنین، فقط با افزایش آندروژن (که از کروموزوم Y منشأ می گیرد) جنس مرد پدید می آید. در غیاب بیضه ها و آندروژن، سیستم تناسلی خارجی به شکل زنانه در می آید. بنابراین، مردانگی یا زنانگی به آندروژن های دوران جنینی بستگی دارد. (همان، ص ۷۰، هارولد و بنیامین، ۱۳۷۹ ش،

صص ۳۹۱-۳۹۲، ریچارد پی و دیگران، ۱۳۹۲ ش، ص ۳۱).

هنوز معلوم نیست که آیا مصرف داروهای هورمونی در دوران حاملگی و یا حتی داروهای غیر هورمونی می‌تواند در روند تعیین جنسیت جنین نقش داشته باشد یا خیر. در یک مطالعه بزرگ، پسران مادران دیابتی که در طی دوران حاملگی، ترکیبی از استروژن و پروژسترون دریافت کرده بودند، بررسی شدند. نتایج، نشان دهنده‌ی آن بود که این پسرها در مقایسه با سایرین، کمتر تهاجمی و کمتر مردانه بودند. بنابراین سطوح هورمونی جنسی قبل از زمان تولد می‌تواند بر رفتار جنسی و همچنین تجارب اجتماعی اولیه کودک مؤثر باشد.

عده‌ای دیگر معتقدند که اختلال هویت جنسی، عامل عصب‌شناسی دارد. در مطالعاتی که انجام شده است، نتایجی در رابطه با اندازه هسته‌های هیپوتالاموس به دست آمده است که بسیار جالب است، ولی هنوز جای تردید وجود دارد و قطعیت نیافته است. بر اساس این مطالعات، اندازه‌ی هسته‌های هیپوتالاموس در بیماران اختلال هویت جنسی نسبت به افراد سالم کوچک‌تر است. از این رو، این فرضیه شکل گرفته است که کوچکی اندازه‌ی هسته‌های هیپوتالاموس، منشأ بروز این بیماری شده است. (همان، ص ۷۱)

عده‌ای هم قائلند که اختلال هویت جنسی، عامل روان‌شناختی دارد (همان، ص ۷۱، همان، صص ۳۹۱-۳۹۲، همان) که در این زمینه نیز دو عامل ذکر شده است:

۱. **نظریه روانی-اجتماعی:** طبق این تئوری، احتمال داده می‌شود که عوامل و برخوردهای اجتماعی می‌تواند تا حدودی در تعیین هویت جنسی فرد تأثیرگذار باشد. برای مثال، مردانگی‌زدایی مادر با فرزند پسرش، می‌تواند یکی از این عوامل باشد. به عبارت دیگر، هرگاه والدین خواهان فرزند دختر باشند و با پسر خویش، همانند یک دختر رفتار کنند، این فرزند به تدریج به سوی این بیماری سوق داده می‌شود؛ به گونه‌ای که وی که کاملاً دارای آلت تناسلی مردانه است، خود را دختر می‌داند. (همان، ص ۷۱، همان، ص ۳۹۲، همان، ص ۳۲)

۲. **نظریه روانی-جنسی:** بر اساس این تئوری، تربیت روانی-جنسی کودک و نیز

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین □ ۷

برخوردهای جنسی والدین در حضور کودک می‌تواند تجارب منفی به بار آورد. یکی از روان‌پزشکان در این زمینه می‌گوید: «لازم می‌دانم شرح یک پرونده روان‌پزشکی یکی از بیمارانم را به رشته تحریر در آورم. ماجرا از این قرار بود که یک روز صبح تابستانی وقتی در درمانگاه روان‌پزشکی مشغول مطالعه بودم، مرد ۲۵ ساله‌ای برای مشاوره نزد من آمده بود. مشکلش را جویا شدم، اصل ماجرا از این قرار بود که آقای ب.ا، بیست و پنج ساله، لیسانس کامپیوتر، در دوران کودکی با صحنه‌هایی از روابط پدر و مادر مواجه شده بود و این رفتار، استرس و نگرانی‌های زیادی را در وی ایجاد کرده بود. وی فکر می‌کرد که پدرش، مادر را مورد آزار و اذیب قرار می‌داده و نیز تا به این سن که رسیده است، هر وقت به یاد چنین صحنه‌هایی می‌افتد سریعاً دچار اضطراب می‌شود. از این رو، از ازدواج متنفر بود.» (همان، ص ۷۳، همان، ص ۳۹۳-۳۹۲، همان، ص ۳۲)

هر یک موارد بیان شده که عامل یا زمینه‌های شکل‌گیری اختلال هویت جنسی باشد، در حکم مسأله ما فرقی نخواهد کرد؛ زیرا در این نوشتار، مهم، بیان این نکته است که زوجینی که دچار اختلال هویت جنسی هستند و ازدواج نمودند، آیا اختلال هویت جنسی، عیب محسوب می‌شود و آیا در این فرض، نکاح زوجین امکان فسخ دارد و بر فرض این که امکان فسخ داشته باشد، بر اساس چه روایت و چه قواعدی قابل اثبات است؟

علائم و ویژگی‌های اختلال هویت جنسی

مردان گرفتار اختلال هویت جنسی (ترانس سکشوال) برای ایجاد پستان و سایر انحنای بدن زنانه از استروژن استفاده می‌کنند. با الکترولیز، موهای مردانه خود را از بین می‌برند و در نهایت و در حالت شدیدتر آن برای برداشتن قضييب و بیضه‌ها و ایجاد مهبل مصنوعی، تحت عمل جراحی قرار می‌گیرند (هارولد و بنیامین، ۱۳۷۹ش، ص ۳۸۵). مردان دچار این اختلال، با آرزوی زندگی کردن به عنوان یک زن، اشتغال ذهنی پیدا می‌کنند. این قبیل مردان در جامعه به «اوا خواهر» معروفند. این اشتغال ذهنی ممکن است به صورت میل شدید

برای ایفای نقش اجتماعی یک زن یا به دست آوردن ظاهر جسمانی و جنسی زنانه از راه مصرف هورمون‌های زنانه یا جراحی تغییر جنسیت نشان داده شود. مردان دچار این اختلال، از این که توسط دیگران به عنوان یک مرد در نظر گرفته شوند، یا اعمال‌شان در جامعه بر اساس جنسیت اصلی آنها (یعنی همان مرد بودن) تعبیر و تفسیر شود، بسیار ناخشنود می‌گردند. (نیکخو، بی‌تا، ص ۲۱۳)

این دسته از مردان رفتار، لباس پوشیدن و اطوارگری‌های زنانه را به درجات مختلف نشان می‌دهند. برای مثال، آرایش زنانه می‌کنند و موهای خود را به شکل زنانه در می‌آورند، موهای صورت و بدن را به وسیله الکترولیز یا سایر مواد موبر از بین می‌برند، سعی می‌کنند صدای خود را تغییر دهند و با آهنگی زنانه و عشوه‌گرانه صحبت کنند و بیشتر در پی مشاغل زنانه از جمله آشپزی، دوخت و دوز و منشی‌گری بر می‌آیند. این افراد احتمال دارد که به طور پنهانی، وقت بسیار زیادی را صرف مبدل‌پوشی و تلاش برای تبدیل ظاهر خود به یک زن صرف نمایند. البته رفتار مبدل‌پوشی این افراد به منظور کسب لذت انجام نمی‌شود (آن گونه که در مبدل‌پوشی انجام می‌شود). از سوی دیگر، این قبیل بیماران بر خلاف مبدل‌پوشان جنسی، آلت تناسلی خود را به عنوان یک منبع لذت نگاه نمی‌کنند، بلکه از آن انزجار دارند و مصراانه خواستار آنند که با عمل جراحی، بیضه‌ها و قضیب آنها برداشته شود. (همان، ص ۲۱۵)

بسیاری از مردان دچار نارضایتی جنسیتی، از وضع ناجور خود در رنج هستند. ابتلا به افسردگی در آنان، شایع است و ویژگی‌های شخصیتی هم چون خودمدار بودن، پرتوقعی و توجه‌طلبی را از خود نشان می‌دهند. در برخی از پژوهش‌ها، عنوان شده است که تقریباً یک سوم این افراد ازدواج می‌کنند و نیمی از ازدواج‌های آنها به طلاق می‌انجامد! همچنین سابقه اقدام به خودکشی در تعداد قابل توجهی از آنان (تقریباً ۱۶ درصد) گزارش شده است (همان، ص ۲۱۶).

زنان دچار اختلال هویت جنسی (ترانس‌سکشوال)، پستان‌های خود را سفت می‌بندند یا به ماستکتومی دو طرفه، هیستریکتومی و برداشتن تخمدان‌ها متوسل می‌شوند. برای ایجاد

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین ۹

توده‌ی عضلانی مردانه و کلفت کردن صدا، تستسترون مصرف می‌کنند، و به قصد ایجاد آلت تناسلی مردانه‌ی مصنوعی، تحت عمل جراحی قرار می‌گیرند. این اعمال ممکن است شخص را از جنس مقابل تفکیک‌ناپذیر سازد (هارولد و بنیامین، همان، ص ۳۸۵). زنان دچار این اختلال با آرزوی زندگی کردن به عنوان یک مرد اشتغال ذهنی پیدا می‌کنند. این اشتغال ذهنی ممکن است به صورت میل شدید برای ایفای نقش اجتماعی یک مرد یا به دست آوردن ظاهر جسمانی و جنسی مردانه از راه مصرف هورمون‌های مردانه یا جراحی تغییر جنسیت، نشان داده شود. زنان دچار این اختلال، از این‌که توسط دیگران به عنوان یک زن در نظر گرفته شوند یا اعمال‌شان در جامعه بر اساس جنسیت اصلی آنها (یعنی همان زن بودن) تعبیر و تفسیر شود، بسیار ناخشنود می‌گردند. (کریمی نیا، ۱۳۸۹ ش، ص ۸۵)

دختران دچار «اختلال هویت جنسی» در مقابل انتظارات یا تلاش‌های والدین برای پوشیدن لباس‌ها یا سایر آرایش‌های زنانه، واکنش منفی شدیدی نشان می‌دهند. برخی ممکن است از رفتن به مدرسه یا شرکت در نشست‌های اجتماعی که مستلزم پوشیدن لباس دخترانه یا زنانه است، اجتناب کنند. آن‌ها پوشش و موی کوتاه پسرانه را ترجیح می‌دهند. اغلب از سوی غریبه‌ها به جای پسران اشتباه گرفته می‌شوند و ممکن است درخواست کنند تا آن‌ها را با یک نام پسرانه صدا بزنند. قهرمانان خیالی‌شان، اغلب مردان ستر تن و یا قهرمانان فوتبال هستند. آن‌ها علاقه‌ای به عروسک‌ها یا هر شکل از اسباب‌بازی با پوشش زنانه یا فعالیت‌های مربوط به ایفای نقش زنانه نشان نمی‌دهند. دختران دچار این اختلال، ممکن است گاهی از ادرار کردن در وضعیت نشسته پرهیز کنند و احتمال دارد، ادعا کنند که دارای آلت تناسلی مذکر هستند یا این آلت در آنها رشد خواهد کرد و سرانجام همچون مردان خواهند شد. آن‌ها همچنین ممکن است خواهان عدم رشد پستان‌ها یا بروز قاعدگی باشند. این قبیل دختران معمولاً در ایفای نقش، رویاها و خیال‌پردازی‌های خود، هویت جنسی مخالف را به شکل آشکاری نشان می‌دهند. (همان)

با توجه به مطالب فوق، اختلال هویت جنسی دارای انواع و اقسام متفاوتی است و

شامل افراد مذکر یا مونث و یا کودک، نوجوان و یا بزرگسال می‌شود. اما آنچه در اینجا برای ما در این مقاله اهمیت دارد، بررسی وضعیت افرادی است که ازدواج نمودند و پیش از ازدواج، از اختلال هویت جنسی شریک جنسی خود خبردار نبوده‌اند و اکنون در زندگی، دچار مشکل در روابط جنسی شده و این زندگی، مشکل‌آفرین و یا موجب عسر و حرج برای زوج و زوجه و یا یکی از آنها شده است.

اختلال هویت جنسی زوجین؛ از عیوب موجب فسخ نکاح

به طور کلی، فقها هر فزونی و کاستی از خلقت اصلی را عیب دانسته‌اند؛ چه این فزونی یا کاستی به صورت زائده‌ای عینی باشد، مانند آن که زوجه یا زوج یک انگشت نداشته باشد و یا یک انگشت بیشتر داشته باشد، و یا این که به صورت صفتی عارضی باشد؛ مانند آن که زوج یا زوجه، بیمار باشد و تب کند (عاملی، ۱۴۱۲ق، ج ۳، صص ۴۷۴-۴۷۵). پس از بیان معنی عیب و قبل از ورود به بحث عیوب موجب فسخ نکاح، لازم است از قاعده‌ای کلی بحث شود که در صورت شک در این که مثلاً فلان عیب، موجب فسخ نکاح است یا نه، به آن قاعده رجوع می‌گردد. بی‌شک مقتضای اصل عملی در صورت شک در از بین رفتن نکاح به واسطه فسخ، استصحاب بقای رابطه زوجیت است؛ زیرا در مورد شبهات حکمیة نیز استصحاب جاری می‌شود. همچنین مقتضای اصل لفظی استفاده شده از آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده، ۱) هم لزوم عقد و عدم انفساخ آن است.

بعد از مشخص شدن اصل اولی، سخن در این است که آیا اصلی لفظی وجود دارد که بر اصل عملی حاکم باشد و بر اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مقدم گردد تا حق فسخ را ثابت نماید، بدون آن که در مورد عیبی نیاز به نصّ خاصی باشد؟ آنچه را می‌توان به منزله یک اصل لفظی فرض کرد که حق فسخ را ثابت می‌کند یکی از این دو قاعده است:

۱. قاعده تدلیس (به ضمیمه این که کتمان هر عیبی، تدلیس است).

۲. قاعده نفی ضرر.

امکان فسخ نکاح با فرض اختلال هویت جنسی زوجین □ ۱۱

قبل از بیان این دو قاعده ابتدا لازم است حصری بودن یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح مورد بررسی قرار گیرد.

حصری یا تمثیلی بودن عیوب نکاح

اکنون سوال این است که آیا عیوبی که درباب نکاح مطرح می‌شود، حصری است یا تمثیلی؟ به دیگر سخن، آیا عیوب نکاح به همان موارد برشمرده شده در نصوص و روایات، منحصر می‌شود یا می‌توان شمار دیگری را بدان افزود، به ویژه آن‌که امروزه بیماری‌های تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بود، و درمان‌ناپذیری آن‌ها نیز تاکنون مسلم دانسته شده است. بنابراین، آیا می‌توان ابتلای به بیماری‌های درمان‌ناپذیری و با صعب‌العلاجی چون ایدز، سرطان و اختلال هویت جنسی را نیز عیب موجب فسخ دانست؟ در واقع، آیا دامنه عیوب به این بیماری‌ها نیز تسری می‌یابد و ابتلا به این دسته از بیماری‌ها، موجب فسخ نکاح می‌شود؟

در این زمینه فقیهان شیعه و اهل سنت، از دیرباز به بررسی حصری یا تمثیلی بودن عیوب موجب فسخ نکاح پرداخته‌اند؛ مشهور فقهای شیعه و اهل سنت، عیوب موجب فسخ نکاح را حصری برشمرده و عیوب ویژه‌ای را موجب فسخ نکاح دانسته‌اند. اما با استفاده از دیدگاه گروه دیگری از جمله شهید ثانی که عیوب را تمثیلی برشمرده است، آیا می‌توان آن دسته از عیوب شایع امروزی مانند ایدز، سرطان و اختلال هویت جنسی را نیز موجب فسخ نکاح دانست؟

شهید ثانی در این رابطه با دریافت علت حکم (زیان‌بار و واگیردار بودن در مورد بیماری خوره و پسی) آن را عیب موجب فسخ به شمار آورده است و بر این نکته هم تأکید دارد که بزرگانی چون قاضی، علامه حلی و محقق کرکی هم به این نظر معتقدند (عاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۳۸۴). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در پاسخ به این سوال که: «اگر زوج یا زوجه به بیماری‌هایی مبتلا باشند که از آن عیوب منصوصه، شدیدتر است؛ مثل ایدز (از بین رفتن

سیستم ایمنی بدن) که هم مسری است و هم خطرناک و کشنده و از جذام و برص بدتر است، آیا می‌توان در این موارد قائل به خیار فسخ شد؟ می‌گویند: «اگر بخواهیم جمود بر نصوص کنیم، نصوص می‌گوید که ماورای ذلك عیب نیست، ولی اگر دقت کنیم می‌توانیم دلایلی پیدا کنیم که دلالت می‌کند به طریق اولی در اینها هم حق فسخ هست.

قیاس اولویت، هم تنقیح مناط (الغای خصوصیت) است و هم قیاس اولویت، به این بیان که این عیوبی که ذکر شد، جنبه‌ی تعبدی ندارد، بلکه اجمالاً معلوم است که ملاک چیست. از طرف دیگر، فرض کردیم که اولویتی در کار است، یعنی عیوبی داریم که از عیوب منصوصه اشد است، با قیاس اولویت (از اضعف به اقوی رسیدن) که از تنقیح مناط (از مساوی به مساوی رسیدن) بالاتر است، حصر احادیث را شکسته و این عیوب را داخل می‌دانیم.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۱۲۲) پس ایشان هم قائل به تمثیلی بودن عیوب هستند که این مبنا قابل تسری به عیوب دیگر نیز می‌باشد.

همچنین در این زمینه با استفاده از دستاوردهای اصولیان (دریافت علت حکم و باورمند شدن به تعلیل و اصل دانستن آن در همه گستره‌ها، چه در عبادات و چه در معاملات) (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۳۸۵) و فتوای فقها می‌توان عیوب السنه را منحصر به همان عیوب مذکور در متن روایات ندانست و باور داشت که عیوب جدید مانند ایدز، سرطان، بیماری‌های مهلک دیگر و اختلال هویت جنسی می‌تواند موجب فسخ نکاح به شمار آید.

۱. قاعده تدلیس

معنای تدلیس در لسان ادله آمده و روایات زیادی داریم که کلمه‌ی تدلیس در آن ذکر شده است مثل صحیححه محمد ابن مسلم از امام باقر^۱. تدلیس، حقیقت شرعیه ندارد (مکارم

^۱. و عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن القاسم بن (یزید) عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر × قال: فی کتاب علی × من زوّج امرأة فیها عیب دلّسه و لم یبین ذلك لزوجه فاته یكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها و یكون الذی ساق الرجل الیها علی الذی زوّجها و لم یبین (عاملی، ج ۲۱، باب ۲، ح ۷، ص ۲۱۴).

شیرازی، همان، ص ۱۵۱)، بلکه به همان معنای لغوی و عرفی است و دلیلی نداریم که شارع مقدّس، حقیقت تازه‌ای برای معنای تدلیس قائل شده باشد و لفظ تدلیس را از معنای لغوی به معنای شرعی منتقل کرده باشد.

در متون لغت، تدلیس دارای يك معنای اولی و ریشه‌ای و يك معنای ثانوی است که معنای اولی و ریشه‌ای آن ظلمت است. قاموس (سعدی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۳۲) می‌گوید: «الدّلس و الدّلسة هو الظلمه» و معنای ثانوی آن عبارتست از کتمان «عیب السلعة من المشتري.» جوهری در صحاح اللغة (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۹۳۰، ماده دلس) هم همین را می‌گوید: «التدلیس هو کتمان عیب السلعة من المشتري» پس تدلیس، کتمان عیب است؛ به این معنی که کسی که کتمان عیب می‌کند، طرف مقابل را در تاریکی قرار می‌دهد. بنابراین خدعه و نیرنگ را که باعث تاریکی بر طرف مقابل می‌شود، تدلیس می‌گویند.

فقه‌های ما تعبیرات گوناگونی در مورد تدلیس دارند؛ شهید ثانی معتقد است: «تدلیس حتماً در جایی است که صفت کمالی را بگویند که موجود نباشد یا به صورت قضیه شرطیه‌ای بگویند که موجود نباشد» و در انتها می‌فرماید تدلیس به دو چیز حاصل می‌شود: «اظهار ما یوجب الکمال أو اخفاء ما یوجب النقص (اخفای به سکوت).» (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، صص ۱۴۰-۱۳۹)

یکی از فقه‌های معاصر نیز ماهیت تدلیس را این‌گونه بیان می‌کند که تدلیس، واقعیت را پوشانده و دیگری را اغفال کند و خسارتی به او بزند که این در سه صورت ممکن است نمایان شود:

۱. عیبی خفیی است که نه تنها نمی‌گوید، بلکه ضدّ آن را می‌گوید، مثلاً می‌گوید مرثه از جمیع جهات، صحیح و سالم است؛ در حالی که عیب خفی دارد و گوینده‌ی این سخن از عیب خفی با خبر است.

۲. عیب خفی دارد و با سکوت آن را می‌پوشاند.

۳. عیبی ندارد، اما صفت کمالی را می‌گوید که ندارد، مثلاً می‌گوید زوجه طیب است

ولی نیست، طیب نبودن عیب نیست، ولی صفت کمالی را ابراز کرده که در زوجه نیست؛ و گاهی از این صورت تعبیر به اشتراط می شود مثلاً شرط می کند به قید حریت.

در نظر ایشان، هر سه قسم تدلیس است و در این موارد، قصد تدلیس شرط نیست؛ چون این موارد از اموری است که قصد در آن قهری است و قصد همراهش می باشد (مکارم شیرازی، همان، ص ۱۵۲). روایات هم این سه قسم را شامل می شود و قاعده‌ی غرور (موسوی بجنوردی، ج ۱، ۱۴۰۱ق، قاعده ۱۳) هم شامل این سه مورد می شود.

آنچه از برخی روایات استفاده می شود مبنی بر این که تدلیس، موجب حق فسخ است به این ادعا ضمیمه می گردد که کتمان هر عیبی از عیوب زوجین، تدلیس می باشد و آن گاه، حق فسخ ثابت می شود. برخی از روایاتی که تدلیس در نکاح را موجب حق فسخ می دانند عبارتند از:

۱. صحیححه ابو عبیده از امام باقر \times درباره مردی که زنی را از ویش گرفته و با او ازدواج کرده و بعد از آمیزش، عیبی در او دیده، فرمود: وقتی زنی دارای عفل (گوشت یا غده‌ای درون فرج) یا پیسی یا جنون یا مفضاضة (یکی شدن راه بول و حیض یا راه غائط و حیض) و یا زمین گیری آشکارا باشد و تدلیس نماید، بدون طلاق به اهلش بازگردانده می شود و زوج، مهریه را از ولی زن که تدلیس کرده می گیرد و اگر ولی او آگاهی نداشته باشد، چیزی بر ولی نیست و زن به اهلش بازگردانده می شود. (وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۲، ح ۱، ص ۲۱۱)

۲. صحیححه حلبی (یا مضمهره حلبی که مضممرات حلبی هم مورد اعتماد است) (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۸، ص ۵۸۳۸) از امام صادق \times در مورد مردی که به زنی می گوید، از فلان

۲. محمد بن یعقوب عن عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد جمیعاً عن الحسن بن محبوب عن علی بن رئاب عن ابی عبیده عن ابی جعفر \times قال: رجل تزوج امرأة من ولیها فوجد بها عیباً بعد ما دخل بها، قال، فقال: اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضاضة و من كان بها زمانة ظاهرة فاتها ترد علی اهلها من غیر طلاق، و من يأخذ الزوج المهر من ولیها الذی كان دلسها، خفان لم یکن ولیها علم بشیء من دلک فلا شیء علیه و ترد علی اهلها...

قبیله هستم و با او ازدواج می‌کند، ولی از آن قبیله نباشد، فرمود: زن می‌تواند نکاح را فسخ کند یا این که فرمود: «می‌تواند ردّ کند»^۳ (همان، باب ۱۶، ح ۱، ص ۲۳۵) از آنجا که سخن مرد (من از فلان قبیله‌ام)، دارای تدلیس کمتری نسبت به عیوب دیگر می‌باشد، اگر این سخن زوج، موجب خیار گردد، عرف از این مورد به هر عیب دیگری تعدی کرده و حکم به خیار می‌کند.

۳. روایت حماد بن عیسی، از امام جعفر صادق × از پدرش امام باقر ×: در این روایت که سند آن تمام نیست آمده است: مردی از زنی در قومی خواستگاری کرد. به او گفتند: کار تو چیست؟ مرد جواب داد: در کار فروش چهارپایان هستم. به او زن دادند؛ بعدها دیدند که او فروشنده گربه است. به همین سبب نزد امام علی × رفتند و حضرت نکاحش را جایز دانست و فرمود: گربه‌ها هم از چهارپایانند^۴ (همان، ح ۲).

معنای این جمله آن است که اگر گربه جزو دواب (چهارپایان) نبود، حضرت × نکاح آن مرد را مجاز نمی‌دانست؛ در حالی که چنین تدلیسی نسبت به تدلیس در دیگر عیوب، اهمیت کمتری دارد. پس به اولویت عرفی می‌توان آن را به همه عیوب سرایت داد و این حکم را در مورد آنها جاری نمود.

با توجه به مطالب فوق، نمی‌توان گفت که این سخن مرد (من از فلان قبیله‌ام) که در روایت حلبی بود و یا این سخن (من فروشنده چهارپایانم) که در این روایت آمده، دلالت دارند که این امور به صورت شرط واقع شده‌اند تا فسخ در این دو روایت بر فسخ به خاطر تخلف شرط حمل شود، بلکه از ظاهر این دو روایت فهمیده می‌شود که فسخ در آنها از باب

۳. محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن ابي عمير عن حماد عن الحلبي في حديث قال: و قال: في رجل يتزوج المرأة فيقول لها: انا من بني فلان، فلا يكون كذلك فقال: تفسخ النكاح أو قال تردّ.

۴. و باسناده عن محمد بن علي بن محبوب عن احمد بن محمد عن ابي عبدالله عن الحسن بن الحسين الطبري عن حماد بن عيسى عن جعفر عن ابيه قال: خطب رجل الى قوم فقالوا له ما تجارتك قال: ابيع الدواب فزوجوه فاذا هو يبيع السنائير فمضوا الى علي × فاجاز نكاحه و قال السنائير دواب.

خيار تدليس است. حکم آن دسته از اين روايات را که درباره حق فسخ مرد در صورت تدليس زن است، می توان به حالت عکس آن نیز تعميم داد و استنباط کرد که زن نیز در صورت تدليس مرد، حق فسخ دارد. اين تعميم يا از باب اولويت عرفی است يا دست کم از باب مساوات است؛ زیرا وقتی که مرد ذاتاً حق دارد و در غير حالات استثنایی هم می تواند زن خود را طلاق دهد، در حالات استثنایی نیز حق فسخ خواهد داشت، زن نیز که ذاتاً حق طلاق ندارد، در حالات استثنایی به طريق اولی يا دست کم به طور مساوی با مرد، حق فسخ خواهد داشت.

حکم آن دسته از اين روايات را که درباره ی حق فسخ زن در صورت تدليس مرد است را مشکل بتوان به حالت عکس (حق فسخ مرد در صورت تدليس زن) تعميم داد؛ زیرا زن ذاتاً و با قطع نظر از برخی عوارض (مانند شرط) حق طلاق ندارد؛ اگر چه در اين زمينه نیز عرفاً احتمال تعدی وجود دارد. بدین صورت که از حق فسخ زن فهمیده می شود که اين عقد، فی حدّ نفسه به سبب تدليس، عیبی دارد که گرچه به بطلان آن نینجامیده، ولی باعث عدم لزوم آن و در نتیجه، جواز فسخ گردیده است. پس اگر عقد نکاح بر اثر تدليس مرد، دارای عیبی گردد که حق فسخ زن را در پی داشته باشد، عرف از اين مورد به صورت تدليس زن نیز تعدی می کند و آن را هم موجب معيوب شدن عقد می داند و بين اين دو صورت فرقی قائل نمی شود.

عمده ترین روايت برای ثبوت خيار تدليس در نکاح همان صحیحه حلبی است که درباره مردی بود که به زن گفته بود: «من از فلان قبیله ام»، در صورتی که چنین نبود. البته استدلال به اين روايت برای ثبوت خيار تدليس در صورتی صحیح است که اين سخن «من از فلان قبیله ام» به صورت شرط در عقد مطرح نشده باشد، بلکه فقط نوعی تدليس باشد. بنابراین وقتی چنین سخن که نوع ضعیفی از تدليس است، باعث ثبوت خيار شود، آنگاه به طريق اولی می توان آن را به تدليس در مورد عیب سرایت داد. یکی از فقهای معاصر در اين خصوص می فرماید: «غير از عيوب هفت گانه در زن و عيوب چهارگانه در مرد (ولو فقها

عیوب دیگر را نفی کرده‌اند) گاهی ممکن است در ناحیه‌ی زوج یا زوجه عیوبی پیدا شود که مصداق بارز تدلیس است که در آنها زوج یا زوجه خیار فسخ دارند.» (مکارم شیرازی، همان، ص ۱۲۲) به این مطلب باید اضافه شود که «گاهی چیزی در یک زمان تدلیس نیست و در زمان دیگر تدلیس است، به عنوان مثال اعور (یک چشمی بودن) شاید در زمان‌های گذشته تدلیس شمرده نمی‌شده است و امام هم در روایت فرمود که از عیوب نیست، ولی اگر در زمان ما یک چشمی باشد، آن را عیب و کتمان این عیب را تدلیس می‌دانند. همچنین کتمان ابتلا به مواد مخدر را تدلیس می‌دانند و یا اگر محکوم به زندان طویل المدت باشد و یا گرفتار وسواس شدید باشد و کتمان کنند، اینها هم تدلیس است و همه از اموری است که اگر اظهار نکنند تدلیس محسوب می‌شود.» (همان)

بنابراین مبنای فقهی که وسواس شدید تدلیس محسوب شود، به طریق اولی اختلال هویت جنسی تدلیس محسوب خواهد شد. پس اگر کسی دچار اختلال هویت جنسی شده باشد، و این عیب را پنهان کند مصداق تدلیس است، و خیار تدلیس را اثبات می‌کند و هر یک از زوجین، که دچار اختلال هویت جنسی باشد طرف دیگر می‌تواند نکاح را فسخ نماید.

۲. قاعده لاضرر

تمسک به قاعده لاضرر یا به این اعتبار است که صبر کردن بر عیب یکی از زوجین، برای زوج دیگر ضرر محسوب می‌شود و یا به این اعتبار است که حق فسخ در چنین مواردی حق عقلایی به شمار می‌رود و انکار آن، عقلاً موجب ضرر بر یکی از دو طرف می‌باشد. شاید تمسک به این دلیل برای اثبات حق فسخ زن، قوی‌تر از استدلال به آن برای اثبات حق فسخ مرد باشد؛ زیرا امکان دارد گفته شود اختیار مرد در طلاق از وی، رفع ضرر می‌کند. اگر چه در جواب این نیز باید گفت که معنای طلاق، اقرار به اصل نکاح است و باعث ثبوت نصف مهریه بر مرد (قبل از آمیزش) می‌گردد و این امر برای مرد ضرر به حساب می‌آید. در مجموع، قوی‌ترین دلیلی که می‌توان برای ثبوت حق فسخ در تمامی عیوب ذکر کرد،

تمسک به قاعده لاضرر در خصوص زن است. یعنی زن به خاطر هر عیبی در مرد، حق فسخ عقد نکاح را دارد؛ اما در مورد حق مرد، چنین اطلاقی وجود ندارد؛ زیرا روایات محصور کننده عیوب (که در نوشتار دیگری باید به طور مستوفی بحث شود) که اطلاق قاعده لاضرر را تقیید می‌زنند، در مورد عیوب زن وارد شده‌اند، نه عیوب مرد. در نتیجه، از اطلاق حق فسخ زن نمی‌توان به اطلاق حق فسخ مرد در مورد عیوب زن تعدی کرد؛ چون احتمال دارد این دو با یکدیگر فرق داشته باشند؛ ولو به این جهت که مرد در هر حال، حق طلاق دارد.

پس اگر معتقد باشیم که زن به خاطر هر عیبی در شوهرش می‌تواند نکاح را فسخ کند، دیگر جایی برای این شبهه باقی نمی‌ماند که گفته شود در اسلام حق زن نادیده گرفته شده است. اما اگر به اطلاق حق فسخ در طرف زن قائل نباشیم، بلکه معتقد باشیم که به خاطر این قول معصوم «إنما یردّ النکاح...» (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۰۹) حق فسخ، چه در طرف مرد و چه در طرف زن به عیوب خاصی محدود است، آن‌گاه می‌گوییم که در عیوب مشترک بین زن و مرد، هر وقت با دلیل نص خاصی حق فسخ برای مرد ثابت شود، این حکم را در مورد زن نیز تعمیم می‌دهیم؛ به این دلیل که عرفاً فرقی بین این دو نیست و یا این که ثبوت حق فسخ برای زن، اولویت دارد. همان‌گونه که در عیب مخصوص زن (مانند قرن) حق فسخ برای مرد ثابت است، در عیب مخصوص مرد (مانند عنن) نیز حق فسخ برای زن ثابت می‌شود.

مباحث مطرح شده در عیوب موجب فسخ مقتضای قاعده در مورد عیوب قبل از عقد یا مقارن با آن می‌باشد؛ اما اگر عیوب، بعد از عقد پدید آیند، برای اثبات حق فسخ نمی‌توان به روایات تدلیس و به قاعده لاضرر استناد کرد. زیرا اولاً روایات تدلیس، در مورد عیوب قبل از عقد وارد شده‌اند؛ علاوه بر این، در مورد عیوب بعد از عقد، تدلیسی وجود ندارد. البته عیب درونی که پزشک می‌تواند به آن پی ببرد، ولی با وجود این برطرف دیگر مخفی بماند و بعد از عقد آشکار گردد؛ چنین عیبی در حقیقت داخل بحث عیوب قبل از عقد می‌باشد. ثانیاً مضمون قاعده لاضرر این است که اگر تطبیق آن قاعده به لحاظ این باشد که فسخ، یک حق

عقلایی بوده و سلب آن باعث ضرر می‌گردد؛ واضح است که از نظر عقلایی نسبت به عیوب بعد از عقد، حق فسخ ثابت نیست. همچنین روشن است که برای تطبیق قاعده لاضرر به لحاظ ضرر خارجی ناشی از عقد یا لزوم آن، مجالی نیست؛ زیرا ضرر خارجی که به واسطه عیب بعد از عقد پدید می‌آید، عرفاً به خود عقد یا لزوم آن، مستند نیست. همچنین نمی‌توان این قاعده را به لحاظ ضرر ناشی از تخلف غرض معاملی تطبیق نمود با این ادعا که غرض عمومی متعاقدين از عقد نکاح، دستیابی به همسری سالم است؛ چون معمولاً متعاقدين در هدف‌شان سلامتی هنگام عقد را در نظر می‌گیرند و کسی از غیب آگاه نیست تا در عقد خود، سلامتی آینده همسر خود را هم مدنظر داشته باشد.

پس همان‌طور که بیان شد براساس قاعده لاضرر، اثبات گردید که، زن به خاطر هر عیبی در مرد، حق فسخ عقد نکاح را خواهد داشت و از طرفی اختلال هویت جنسی نیز یکی از عیوب محسوب شده و حق فسخ نکاح را برای زوجین به دنبال خواهد داشت؛ اگر چه در حق فسخ مرد اشکال شده است که ضرر مرد با طلاق جبران می‌شود، ولی در جواب این نیز باید گفت: معنای طلاق، اقرار به اصل نکاح است و باعث ثبوت نصف مهریه بر مرد (قبل از آمیزش) می‌گردد و این امر برای مرد ضرر به حساب می‌آید. پس نسبت به مرد هم باید ثابت باشد.

شرط ارتکازی

علاوه بر قاعده تدلیس و قاعده لاضرر برای امکان فسخ نکاح در فرض اختلال هویت جنسی زوجین به شرط ارتکازی نیز می‌توان استدلال نمود. بر این اساس ابتدا به تحلیل معنای شرط پرداخته و سپس به امکان فسخ نکاح در فرض اختلال استدلال می‌نماییم. شرط در عرف به دو معنی اطلاق می‌شود:

۱. معنای مصدری که به معنی ایجاد التزام و تعهد است که در لسان العرب (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص ۳۲۹)، شرط به معنای اجبار و التزام به چیزی در بیع بیان شده است.

۲. آنچه از عدمش، عدم لازم می‌آید؛ بدون این که لازمه‌ی وجودش، وجود باشد؛ مانند سپری شدن سال مالی برای وجوب زکات.

فقها، شرط را در هر دو معنای عرفی به کار برده‌اند. اطلاق شرط بر شروط وضعی (قراردادی) به معنای اول بوده است و هنگامی که بر شروط شرعی اطلاق گردد، به معنای دوم آن می‌باشد. ظاهراً شرط، يك معنا دارد و در اصل به معنای ربط و شد (بستن و محکم کردن) است. شرط به لحاظ تصریح یا عدم تصریح به آن به سه نوع تقسیم می‌شود:

۱. شرط لفظی: شرطی است که به طور صریح در ضمن عقد آمده باشد.

۲. شرط بنایی: شرطی که عقد بر اساس آن شکل گرفته و مبنای عقد می‌باشد (مجله فقه اهل بیت، ج ۴۴، ص ۷۵). بنا بر شرط بنایی، عموم ادله لزوم و وفای به عهد، قرارداد نکاح را هم در بر می‌گیرد، ولی نباید از یاد برد که هنگامی که دو طرف پیمان زناشویی می‌بندند، آن را بر پایه اوصاف و ویژگی‌های مدنظر خود استوار می‌سازند که قبلاً از آنها صحبت نمودند، ولی در ضمن عقد قرارداد تصریح نکردند.

۳. شرط ارتكازی ضمنی: شرطی است که نزد عرف رواج و شیوع دارد، به گونه‌ای که عرف میان این شرط و قرارداد تلازم می‌بیند و از آنجا که با ایجاد ملزوم، لازم نیز موجود می‌شود، با انشای قرارداد، شرط ضمنی عرفی نیز به عنوان لازمه عرفی قرارداد وجود می‌یابد. مثلاً به نظر عرف - حداقل در قراردادهای معوض - عوضین باید سالم و عاری از عیب باشند. حال اگر قراردادی به گونه مطلق تشکیل گردد و صاحبان آن راجع به سالم یا معیوب بودن کالا گفتگویی نکنند، به دلالت التزامی استنباط می‌شود که کالا باید سالم باشد وگرنه خیار عیب برای شخص متضرر به وجود می‌آید، یعنی طرفین به دلیل اعتماد بر ارتكاز عرفی خود نسبت به آن سکوت کرده‌اند. به عبارت دیگر، وجود عرف دلالت دارد که شرایط، مرتکز طرفین بوده و اراده آنان نسبت به آنها شمول داشته و عدم تصریح به شروط، به علت اعتماد بر ارتكاز بوده است (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص ۶۱)

این بحث در نکاح نیز جاری است، یعنی اراده‌ی دو متعاقد بر آن بوده تا با فردی سالم و

بی‌عیب و نقص ازدواج کنند. بنابراین، هنگامی که پیمانی بسته می‌شود، با توجه به این شرط بوده و فقدان این وصف، حق فسخ را در پی خواهد داشت؛ یعنی هنگامی که دو طرف به پیمان ازدواج گردن می‌نهند و شرایط و صفاتی را می‌پذیرند، دریافت عرف چنین است که دو متعاقد بر پایه آن شرایط، تصمیم گرفته و بدان عنایت داشته‌اند. برای نمونه، هنگامی که دو طرف ازدواج می‌کنند، داوری عرف چنین است که دو طرف شرط سلامت را در نظر داشته‌اند، زیرا اگر شوهر یا زن بیان می‌کرد که مبتلا به سرطان، تالاسمی، ایدز یا اختلال هویت جنسی هستند، هرگز طرف مقابل به ازدواج با او تن در نمی‌داد، حال اگر پس از انعقاد عقد معلوم گردد که شوهر و یا زن به بیماری واگیردار و یا عیبی مبتلاست، باید به فرد حق داد که به دلیل نبود شرط و وصف مورد نظر خود، بتواند نکاح را فسخ کند شروط یا اوصافی که عرفاً مدنظر هست هر چند بصورت شفاهی یا کتبی مطرح نشده باشند و ارتکازا عرف به آنها اذعان دارد (مکارم شیرازی، همان، ص ۱۲۳). زوجین حق خواهند داشت تا نکاح را فسخ نمایند.

همه‌ی این مباحث مربوط به عیوب قبل از عقد است. اما نسبت به عیوب بعد از عقد یا قبل از عقدی که فوراً فسخ نشده باشند، دو راه وجود دارد:

۱. شوهر در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری به زن وکالت داده باشد که در موارد پیش آمدن این عیوب، وکیل در طلاق باشد.
۲. اگر شرط وکالت نشده بود و زندگی برای زن حرجی بود، ابتدا حاکم زوج را الزام به طلاق می‌کند و در صورت امتناع، حاکم حکم به طلاق قضایی می‌نماید.

نتیجه

بر اساس قاعده تدلیس، قاعده لاضرر و شرط ارتکازی، سلامت زوجین در هنگام عقد نکاح، اثبات می‌شود که زن به خاطر هر عیبی که در مرد عرفاً معتد به باشد به نحوی که اگر عیب معلوم بود عقد واقع نمی‌شد، حق فسخ عقد نکاح را خواهد داشت و از طرفی اختلال

هویت جنسی نیز یکی از عیوب محسوب شده و حق فسخ نکاح را برای زوجین به دنبال خواه داشت. اگر چه در حق فسخ مرد، اشکال شده است که ضرر مرد با طلاق جبران می‌شود، ولی در جواب این نیز باید گفت که معنای طلاق، اقرار به اصل نکاح است و باعث ثبوت نصف مهریه بر مرد (قبل از آمیزش) می‌گردد و این امر، برای مرد ضرر به حساب می‌آید، پس نسبت به مرد هم باید ثابت باشد.

البته مباحث مطرح شده در عیوب موجب فسخ مقتضای قاعده، در مورد عیوب قبل از عقد یا مقارن با آن می‌باشد؛ اما اگر عیوب، بعد از عقد پدید آیند، برای اثبات حق فسخ نمی‌توان به روایات تدلیس و به قاعده لاضرر استناد کرد؛ زیرا اولاً روایات تدلیس، در مورد عیوب قبل از عقد وارد شده‌اند، علاوه بر این در مورد عیوب بعد از عقد، تدلیس وجود ندارد. ثانیاً مضمون قاعده لاضرر این است که اگر تطبیق آن قاعده به لحاظ این باشد که فسخ، یک حق عقلایی بوده و سلب آن باعث ضرر می‌گردد؛ واضح است که از نظر عقلایی نسبت به عیوب بعد از عقد، حق فسخ ثابت نیست.

کتابنامه

۱. قرآن کریم.
۲. اصفهانی، سیدابوالحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۷۷.
۴. تغییر جنسیت، پدیده قرن ۲۱ در ایران و جهان، سایت: (۲۰۰۵/۱۰/۲۸) www.persian tools
۵. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت ×، بی تا.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، طبع مؤسسه آل البيت × باب ۲ از ابواب عیوب تدلیس
۷. ریچاردپی و دیگران، آسیب شناسی روانی، ترجمه یحیی سیدمحمدی، نشر روان، ۱۳۹۲ش
۸. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیه، تصحیح و تعلیق سید محمد کلانتر، کتابفروشی داورى قم، ایران، اول، ۱۴۱۰ق.
۹. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، جلد ۸، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ هـ ق.
۱۰. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة (النکاح)، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ هـ ق.
۱۱. کاهانی، علی رضا، اختلاف هویت جنسی دگر جنسیت جوها، بی نا، بی تا.
۱۲. کریمی نیا، محمد مهدی، تغییر جنسیت از منظر فقه و حقوق، نشر مرکز فقهی ائمه اطهار، قم، اول، ۱۳۸۹ش.
۱۳. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۱۴. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق، بیروت، الدار العلم للملایین، ۱۹۷۸م.

۱۵. مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب، قم، ایران، اول، ۱۴۲۴ق
۱۶. بجنوردی، سید محمدحسن موسوی، قواعد فقهیه، تهران، سوم، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق
۱۷. میرجلالی، بهرام، بیماری ترانسکسو را بهتر بشناسیم (روان دگر جنسی)، یادداشت کوتاه، بی نا، بی تا.
۱۸. نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، لبنان، هفتم، ۱۴۰۴ق.
۱۹. نیکخو، محمدرضا، زندگی جنسی مردان، بی نا، بی تا.
۲۰. هارولد، کاپلان و بنیامین، سادوک، خلاصه روان پزشکی، ترجمه نصرت الله پورافکاری، تهران، شهرآب، ۱۳۷۹ش.
۲۱. شیرینی زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح، موسسه پژوهشی رای پرداز، قم، ایران، اول، ۱۴۱۹ق.
۲۲. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح، تاج اللغة، و صحاح العربیه، دارالعلم للملایین، بیروت، لبنان، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
۲۳. سعدی، ابوحیب، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً، دار الفکر، دمشق، سوریه، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۲۴. ابن منظور، ابوالفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، دار صادر، بیروت، لبنان، چاپ سوم، ۱۴۱۴ق.