

واکاوی نقش و تأثیر قاعده لاضرر در فسخ نکاح به واسطه بیماری های نوظهور

زینب سنجولی^۱

محمد رضا کیخا^۲

نادر مختاری^۳

امیر حمزه سالارزایی^۴

چکیده

اگرچه نظریه قانون مدنی و نظر مشهور فقهاء، بر حضری بودن عیوب موجب فسخ نکاح است؛ اما امروزه با بروز امراض جدید، بسیاری از فقهای معاصر، قائل به تمثیلی بودن عیوب هستند؛ به ویژه این که مبنای فسخ نکاح در عیوب مصرّحه در قانون، نقی ضرر است و این ملاک در امراض نوظهور، به طریق اولی وجود دارد؛ زیرا بسیاری از این بیماری ها، مهلک، مسری و صعب‌العلاج هستند و تحمل چنین شرایطی از سوی فرد سالم، علاوه بر ورود ضرر، با مشقت بسیاری همراه است. لذا با عنایت به این مطلب که برخی از عیوبی که در قانون مدنی به عنوان عیوب موجب فسخ نکاح شمرده شده، امروزه با پیشرفت های علمی و پزشکی قابل درمان هستند با این حال، باز هم برخی از فقها و حقوقدانان، قائل به فسخ نکاح هستند. در این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، این نتیجه حاصل شد که به طریق قیاس اولویت، که مورد قبول همه فقهاء است، در عیوب جدیدی که امروزه حادث شده از قبیل ایدز، هیپاتیت، سارس، سیفلیس و ... که به مراتب، بسیار خطرناک تر و صعب‌العلاج تر از عیوب مصرّحه در قانون مدنی هستند و در عین حال، تاکنون راه قطعی نیز برای درمان آنها نیافته‌اند، برای جلوگیری از ضرر همسر دیگر، باید قائل به فسخ نکاح شویم.

واژگان کلیدی: فسخ نکاح، عیب، امراض نوظهور، صعب‌العلاج و قاعده لاضرر.

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ zsanchooli@yahoo.com

۲. دانش آموخته سطح ۳ حوزه و دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) و kaykha@hamoon.usb.ac.ir

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ dr_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir

۴. استاد تمام گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ amir_hsalari@yahoo.com

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۲/۱۴ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۸/۲۲

مقدمه

طبق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، «در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند...» مراد از عسر و حرج مندرج در این ماده، به وجود آمدن شرایطی است که دوام زوجیت را برای زوجه، سخت و طاقت‌فرسا کند؛ به طوری که تحمل آن عرفاً مشکل باشد. از جمله مصادیق عسر و حرج، ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج یا ساری است. از طرف دیگر، یکی از موجبات فسخ نکاح، خیار عیب است که بر اساس ماده ۴۲۶ قانون مدنی چنین بیان شده است: «تشخیص عیب، بر حسب عرف و عادت می‌شود؛ بنابراین ممکن است بر حسب ازمنه و امکانه مختلف شود». می‌دانیم که تشخیص عرف، به آسانی امکان ندارد؛ زیرا از آن جا که عرف، با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی تغییر می‌باید؛ لذا ممکن است دیدگاه آن درباره قلمرو مفاهیم و عناوین شرعی نیز تغییر یابد. پس اگر مواردی از قانون مدنی به عرف ارجاع داده شده، از باب تشخیص مصادیق است نه این‌که عرف، یک منبع مستقل حقوقی یا منبع تشخیص حکم شرعی به‌شمار آید. از جمله امور مربوط به نظم عمومی که قانونگذار باید در حفظ آن اهتمام جدی ورزد، حفظ سلامت و استحکام خانواده است؛ پس نمی‌توان دآوری عرف را معیار فسخ نکاح قرار داد. بنابراین مصلحت، قانون مدنی به تعیین دقیق عیوب مختص زن و مرد پرداخته و سایر عیوب عرفی را قابل قیاس با آنها نمی‌داند؛ ولی با استناد به قواعد سایر معاملات، در نکاح نیز در صورت مخفی بودن عیب، استناد به خیار عیب ممکن است. تنها در صورت اطلاع زوجین از عیوب دیگری و رضایت به ازدواج با او، استناد به خیار عیب ممکن نیست (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۶۳ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۴)؛ زیرا دلیلی ندارد که قانونگذار، برای رفع ضرر او، نکاح را قابل فسخ بداند. (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۴۵-۴۶)

برخی بیماری‌هایی که در امر زناشویی یا باروری، اختلال ایجاد می‌کنند، عبارتند از: اختلال ساختمان تناسلی مثل هیپوسپادیا^۱ و اپی‌سپادیا^۲؛

۱. Hypospadias: هیپوسپادیا، یکی از عوارض مادرزادی شایع مجرای ادراری است. این عارضه، به علت اختلال هورمونی که به عللی موجب توقف رشد و تکامل جوانه ژنیتال که دستگاه تناسلی خارجی را ایجاد می‌کند به‌وجود می‌آید.

۲. Epispadias: اپی‌سپادیا، یک نقص مادرزادی است که در آن، سوراخ مجرای پیشابراه که به وسیله آن، ادرار از بدن خارج می‌شود، تغییر شکل می‌دهد. این حالت بر نحوه خروج ادرار از بدن مؤثر است.

بیماری‌هایی که در اثر ارتباط زناشویی، به طرف مقابل ضرر وارد می‌سازد از جمله: بیماری جدید اختلال ایمنی با نام مخفف AIDS که در اثر ویروس HIV ایجاد می‌شود و همچنین بیماری‌هایی که به دلیل هزینه‌های سرسام‌آور و سختی درمان، موجب ایجاد مشکلاتی در محیط خانواده می‌گردد، مانند نوع شدید تالاسمی که با از بین رفتن مداوم گلبول قرمز، موجب کم‌خونی شدید می‌شود. (راستی و اسماعیلی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۴)

حال، اگرچه به موجب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، یکی از موجبات تقاضای طلاق از سوی زن، اثبات عسر و حرج است و ابتلای مرد به امراض مسری و صعب‌العلاج، عملاً دوام زوجیت را با مشقت همراه می‌سازد؛ لذا زن می‌تواند از دادگاه، تقاضای طلاق کند؛ لیکن قائل شدن به حق فسخ برای زن، به دلایل زیر، بر طلاق اولویت دارد:

اول: طلاق فقط در انحصار مرد است و درخواست طلاق از سوی زن، تنها به شرط اثبات عسر و حرج مسموع خواهد بود؛ در حالی که فسخ، دامنه گسترده‌ای دارد و برهم‌زدن علقه زوجیت، هم در دست مرد قرار می‌گیرد و هم در دست زن. (نوری طبرسی، ۱۴۰۷، ج ۱۵، ص ۳۰۶) دوم: طلاق زن، تنها در صورت احراز شرایط سه‌گانه (زوجیت دائم، پاکی از حیض و نفاس و عدم طلاق زن، در ظهیری که در آن واقعه صورت گرفته)، صحیح است؛ در حالی که در فسخ، این شرایط لازم نیست. (محقق حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۷ و موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۷۸)

سوم: برای اجرای طلاق، تشریفات لازم است از جمله اجرای صیغه خاص، حضور دو شاهد و...؛ در حالی که فسخ نکاح، این شروط را ندارد. چهارم: در صورت وقوع طلاق در مرتبه سوم، بین زن و مرد حرمت نکاح به وجود می‌آید؛ در حالی که فسخ، جزو دفعات طلاق به شمار نمی‌آید. (مغنیه، ۱۳۷۹، ص ۴۲۰ و موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۹۱)

پنجم: صدور حکم طلاق منوط به ارائه گواهی عدم امکان سازش است؛ در حالی که در فسخ، احراز وجود حق فسخ برای یکی از طرفین، کافی است.

حال، سؤال این است که آیا موجبات فسخ نکاح، صرفاً منحصر در عیوب مطروحه در قانون مدنی و فتاوی‌ای فقهاء می‌شود یا بر مبنای قاعده لاضرر و لاجرح و نظر به تعبدی نبودن

مسئله، عیوب و امراض نوظهور که برخی مهلک و ساری هم هستند، می‌تواند از موجبات فسخ نکاح به شمار آید؟

این در حالی است که مشهور فقهاء با استناد به روایات، قائل به عدم توسعه عیوب مصرح در قانون شده‌اند و با وجود این که برخی از عیوب از جمله ایدز و هیپاتیت، به مراتب خطرناک‌تر از عیوب مصرح در قانون می‌باشند، با این حال قائل به فسخ نکاح به دلیل این عیوب نمی‌باشند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۳۶ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۶). از سوی دیگر، برخی دیگر از فقهاء با استناد به قاعده لاضرر معتقدند: می‌توان قائل به توسعه موارد فسخ نکاح شد. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۱۸۴)

از آن جایی که در خصوص حضری یا تمثیلی بودن عیوب مصرحه در قانون مدنی، تحقیقات قابل توجهی انجام شده که در همه آنها، تکیه بر این مطلب شده، که با توجه به شرایط امروز و پیشرفت‌های پزشکی که در زمینه درمان برخی عیوب مصرحه در قانون مدنی صورت گرفته، باید عیوب مذکور را تمثیلی دانست نه حضری؛ لذا برای جلوگیری از اطاله کلام، در این مقاله، صرفاً بر روی تأثیر قاعده لاضرر و لاجرح در فسخ نکاح به واسطه عیوب و امراض نوظهور - که ادامه زندگی را با مشقت و سختی همراه می‌سازد - تکیه می‌شود، تا جنبه نوآوری مقاله تبیین گردد.

۱. منظور از بیماری صعب‌العلاج

از منظر حقوقی، بیماری مسری صعب‌العلاج، مرضی است که در اثر نزدیکی جنسی زوجین، به دیگری منتقل می‌شود و موجبات ابتلای او را فراهم می‌سازد؛ به طوری که در زمان حاضر، راه درمانی برای آن نباشد یا درمان آن سخت باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۰). بنابراین، امراض غیر مسری که پس از مدت مدیدی با دشواری قابل معالجه باشند «مانند امراض قلبی و عصبی» و همچنین بیماری‌های مسری که پس از مدت کوتاهی قابل علاج هستند «مانند حبسه و تیفسوس»، نمی‌تواند مورد استناد دادخواست زن برای صدور حکم طلاق از محکمه قرار گیرد؛ بلکه باید اولاً، مرض، مسری بوده؛ ثانیاً، صعب‌العلاج باشد و ثالثاً دوام زناشویی برای زن، موجب مخاطره باشد.

عده‌ای با استناد به بند ۵ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی معتقدند که: تا هر سه مورد مزبور همزمان بر دادگاه، محرز نشود، صدور حکم طلاق، مقدور نخواهد بود. در نقد این دیدگاه، برخی گفته‌اند: اگرچه طبق عقیده فوق، شروط مذکور برای صدور حکم طلاق، ضروری دانسته شده است؛ لیکن به نظر می‌رسد این عقیده، صحیح نباشد؛ چراکه ممکن است بیماری، صعب‌العلاج باشد و دوام زندگی زناشویی برای زوجه خطرآفرین باشد؛ ولی مسری نباشد؛ چنان‌که تشخیص این امر، با پزشک متخصص است. (همان)

۲. مستندات فقهی مشروعیت بند ۵ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

۲،۱. **قاعده لاضرر:** ضرر در لغت به معنای «ضیق، سوء و مکروه» است (جوهری، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۷۲) و کلیه زیان‌های وارده بر دیگری را دربرمی‌گیرد. در خصوص نفی ضرر ناشی از بیماری‌های صعب‌العلاج و مسری، به آیه ۲۳۱ سوره بقره، «وَلَا تُنْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» استناد شده است. بنابر نظر فقهاء، طبق این آیه، ضرر زدن به دیگری جایز نیست (الحلی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۴۸)؛ بنابراین هیچ مردی نمی‌تواند با خودداری از طلاق زن و اجبار او به ادامه زندگی، به او زیان برساند یا عرصه را چنان برزن سخت کند که تحمل زندگی، طاقت فرسا شود؛ چه این کار را عمداً انجام دهد و چه شرایط به وجود آمده، زندگی را بر زن دشوار کند. (مطهری، ۱۳۵۳، ص ۳۱)

۲،۲. **قاعده لاجرح:** جرح در لغت، به معنای ضیق و تنگنا به کار رفته (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۱۱۲) و این قاعده، هرگونه حکم جرحی را نفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۵۲۴) و حاکم بر ادله دیگر است. در مورد ملاک تشخیص عسر و جرح، بعضی از فقیهان، به نوعی بودن عسر و جرح معتقدند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۹۹) و بعضی دیگر آن را شخصی می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۸۸ و کشوری، ۱۳۷۴، ص ۶۳). در مورد مرجع تشخیص آن نیز برخی مرجع تشخیص آن را عرف می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۸۷) و برخی دیگر معتقدند که مرجع تشخیص آن، خود شخص است (الذیابری، ۱۴۱۵، ص ۵۴). با تتبع در آثار صاحب‌نظران، به این نتیجه می‌رسیم که به جز در مواردی که دلیلی بر نوعی بودن جرح از سوی شارع رسیده باشد، در سایر موارد، اصل بر شخصی بودن جرح است. برای این مدعا می‌توان دلایل و مؤیدات زیر را ارائه کرد:

۱. مشقت، امری نسبی است و در مورد اشخاص، حالات، زمان‌ها و مکان‌ها و ... تفاوت دارد. به عبارت دیگر، در مورد حرجی بودن یک امر، باید وضعیت خاص شخص از حیث پیری و جوانی، سلامتی و همچنین شرایط زمانی و مکانی و ... را در نظر گرفت؛ لذا باید آن را شخصی دانست. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۹۶)
۲. از آن‌جا که دلیل «لا حرج»، حاکم بر ادله دیگر است؛ پس جایی برای قائل شدن به حرج نوعی باقی نمی‌ماند؛ زیرا معنای حکومت، از یک سو رفع احکامی است که مستلزم حرج است و از سوی دیگر، بقای احکامی است که مقتضی حرج نباشند و این معنا، دقیقاً مطابق با معنای شخصی بودن حرج است. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۷۶)

در بیان مستندات قاعده لاجرج، می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

الف) آیات قرآن، از جمله:

- «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۷)
- «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده: ۹)
- «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵)

ب) روایات، از جمله:

- روایت ابی بصیر از امام صادق علیه السلام: «... أفرج الماء بيديك ثم تَوَضَّأ، فَإِنَّ الدِّينَ لَيْسَ بِمُضَيِّقٍ، فَإِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ؛ سطح آب را با دستت باز کن و آن‌گاه وضو بگیر که دین اسلام سخت نمی‌گیرد و خداوند فرموده: در این دین، بر شما حرجی قرار داده نشده است». (الحر العاملي، ۱۳۹۱، باب نهم، ج ۱۴)
 - روایت فضیل بن یسار از امام صادق علیه السلام: ایشان، در مورد استفاده دوباره از آب غسل می‌فرماید: «لَا بَأْسَ، مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ؛ عیبی ندارد؛ چون در دین، بر شما حرجی قرار داده نشده است.» (همان)
- ۲، ۳. **دلیل عقلی:** از دیدگاه عقلی نیز توجه به قاعده لاضرر و لاجرج مشروعیت دارد و هر نوع معامله یا مراودات اجتماعی بین افراد باید بر مبنای عدم اضرار به دیگری صورت بگیرد

(محقق داماد، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۳۹)؛ لذا تکلیف به هر چیزی که مشقت غیر قابل تحملی را به دنبال داشته باشد، عقلاً محال است؛ زیرا هدف از تکلیف، اطاعت و انقیاد در برابر خداست، پس اگر انجام تکلیف، سختی غیر قابل تحمل به همراه داشته باشد با لطف خدا سازگار نخواهد بود (همان، ج ۲، ص ۷۰)؛ چنان که بنای عقلاء هم بر این مطلب صحه می‌گذارد. با این بیان که در زندگی اجتماعی، اولاً، زیان رساندن به دیگران، امری ناپسند است و ثانیاً، عامل زیان، در مقابل زیان دیده، مسئول پرداخت خسارت است (همان، ج ۱، ص ۱۵۱)؛ لذا از نظر عقلاء، در امر نکاح نیز در صورت وجود عیب در یکی از طرفین و پنهان کردن آن، در راستای جلوگیری از ضرر و حرج فرد سالم باید قائل به حق فسخ شد. (محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۶۷)

۳. عیوب موجب فسخ نکاح از دیدگاه قانون مدنی

طبق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی: «عیوب ذیل در مرد، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود: خصاء^۱ عنن^۲؛ به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد و مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد». در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی آمده است: «عیوب ذیل در زن، موجب حق فسخ مرد خواهد بود: قرن^۳ جذام^۴؛ برص^۵؛ اقباض^۶، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم».

در تحلیل مواد فوق باید گفت: اگرچه قانون مدنی به احصاء موارد فسخ نکاح به واسطه عیب در زنان و مردان پرداخته؛ ولی از آن جایی که حکمت جعل خیار فسخ از سوی شارع، جلوگیری از ضرر و حرج است، پس باید بتوان با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، امراضی مانند سرطان و ایدز را که به مراتب، ضرر و حرج آنها برای فرد، بیشتر از برخی عیوب منصوص در قانون است نیز از جمله عیوب موجب فسخ نکاح بدانیم. (جوهری، ۱۴۲۲، ص ۴۱۳)

۱. یعنی کشیدن بیضه یا کوبیدگی آن، به طوری که یک باره از کار افتاده باشد.

۲. یعنی عجز از جماع یا عدم رغبت در آن و نیز ضعف آلت رجولیت.

۳. استخوانی است در فرج، که مانع نزدیکی می‌گردد.

۴. جذام یک بیماری عفونی است که باعث ازدیاد زخم پوست و آسیب عصب در بازوها، پاها و پوست اطراف بدن می‌شود.

۵. پیسی یا برص، یک بیماری پوستی است که در آن، لکه‌های سفیدرنگ به دلیل از دست رفتن رنگدانه پوست به وجود می‌آیند.

۶. یکی شدن مجرای بول و حیض.

۴. تأثیر قاعده لاضرر در فسخ نکاح به واسطه بیماری

اگرچه عیوب موجب فسخ نکاح در قانون مدنی احصاء شده است، اما با استناد به قاعده لاضرر و لاضرر، می‌توان برخی از عیوب و امراض نوظهور را نیز از موجبات فسخ نکاح به شمار آورد. در ذیل به برخی از این امراض و تأثیر آن در زندگی خانوادگی اشاره می‌شود:

۴.۱. فسخ نکاح به دلیل بیماری‌های صعب‌العلاج مسری: از جمله امراض مسری مهلک و صعب‌العلاج که غالباً از طریق تماس جنسی به دیگری منتقل می‌شوند، بیماری هیپاتیت B، سیفلیس، سوزاک، ایدز و ... می‌باشد. در خصوص فسخ نکاح به واسطه این بیماری‌ها، مسئله دو صورت پیدا می‌کند:

صورت اول) وقوع بیماری قبل از نکاح: در این حالت، مسئله از دو جهت، قابل تأمل است: **اول - حکم تکلیفی:** با استناد به قاعده لاضرر، از آن جایی که اضرار به نفس حرام است (الطباطبایی الحکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۰، ص ۱۸۳ و صدر، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۳۵۸) اصل اقدام به ازدواج با فرد سالم از سوی فرد مبتلا به بیماری مسری مهلک، اگر باعث ورود ضرر قابل توجه به شخص سالم شود، شرعاً حرام است؛ البته در فرضی که ازدواج، نزدیکی را به دنبال داشته باشد و این نزدیکی، موجب انتقال بیماری به دیگری شود. بنابراین اگر در ازدواج شرط شود که نزدیکی صورت نگیرد یا هنگام نزدیکی از وسایلی استفاده شود که از انتقال بیماری جلوگیری می‌کند، ازدواج مزبور، حرام نخواهد بود (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۲۷). متقابلاً چنانچه شخص مبتلا هم احتمال دهد حتی با وجود عدم نزدیکی، احتمال سرایت بیماری به طرف مقابل وجود دارد، واجب است که از این ازدواج خودداری کند؛ زیرا که اضرار به غیر هم شرعاً حرام است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۲۸) بدیهی است که حرمت ازدواج در این صورت، یک حکم ثانوی محسوب می‌شود. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۲۷)

دوم - حکم وضعی: از نظر حکم وضعی نیز، به دو دلیل می‌توان نکاح مزبور را قابل فسخ دانست: **الف - از جهت تحقق عنوان تدلیس:** اگر فرد سالم، از ابتدای طرف مقابل به بیماری مسری

مهلک، بی اطلاع باشد و مبتلا، با سوء استفاده از بی اطلاعی او اقدام به ازدواج با وی نماید، در این صورت، فرد سالم، حق دارد نکاح را فسخ کند.

ب- از جهت استناد به شرط ارتکازی: از آن جا که سلامت از امراض مهمی همچون ایدز، هیپاتیت، سیفلیس و سوزاک و ... از جمله شروط اصلی محسوب شده که در ذهن همه عقلاء نوعاً وجود دارد و بر اساس آن، متعاقدين، اقدام به انعقاد عقد می کنند (جواهری، ۱۴۲۲، ج ۲، ص ۳۲۶) لذا در صورت تخلف از شرط مزبور، باید برای طرف مقابل، حق فسخ قائل شد. (یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۱۸ و محسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۶۷)

نتیجه آن که: ازدواج با شخص مبتلا به بیماری مسری مهلک، اگرچه از نظر حکم تکلیفی، حرام و از نظر حکم وضعی، صحیح می باشد؛ لیکن در دو صورت اخیر، این ازدواج، ذاتاً باطل نیست؛ بلکه قابل فسخ است.

صورت دوم) وقوع بیماری بعد از نکاح: اگر یکی از زوجین، بعد از عقد، مبتلا به بیماری مسری مهلک شود، دیگری حق فسخ نکاح را ندارد؛ البته می تواند برای جلوگیری از سرایت بیماری، از نزدیکی با او امتناع کند و در صورت امتناع زوجه از نزدیکی، به استناد ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی، این امتناع، مسقط دریافت نفقه نخواهد بود. دلیل مطلب این است که اگر پس از عقد، با ابتلای زوج به بیماری مسری مهلک، زندگی برای زوجه، عسر و آزر آور شود، زوجه می تواند با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، از حاکم شرع تقاضای طلاق کند؛ چنان که فتوای فقهاء و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بر این مطلب تأکید دارد. (مطهری، ۱۳۵۳، ص ۲۶۹)

اما از آن جا که زندگی با افرادی که مبتلا به این نوع بیماری ها هستند، باعث ضرر و مشقت فرد سالم می شود و از طرفی، درخواست طلاق از سوی زوجه، به شرط اثبات عسر و حرج، مسموع خواهد بود و با تشریفات بسیاری همراه است، به دلایل زیر، فسخ نکاح نسبت به طلاق، اولویت می یابد و می توان از طریق قیاس منصوص العله و کشف مناط و الغای خصوصیت از امراض منصوصه در قانون و استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، حق فسخ نکاح را به این امراض مهلک هم سرایت داد (جواهری، ۱۴۲۲، ص ۴۱۳) زیرا:

اول- با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، این امراض برای طرف مقابل، ضرر و حرج را به دنبال دارند و از طرفی، مهلك و كشنده هستند و غالباً از طریق رابطه جنسی -كه مقتضای عقد نكاح است- منتقل می‌شوند؛ بنابراین دوری جستن از آفت زیان بخش، به حكم عقل و شرع واجب است. (معرفت، ۱۳۷۶، ص ۳)

دوم- نظر به این‌كه ارتكاز مردم، بر سلامت از بیماری‌های مهلك و خطرناکی مانند ایدز و هپاتیت و ... در ضمن عقد است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۷ و مغنیه، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۲۶۱) و طرف مقابل، با اخفاء این عیب، تدلیس کرده (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۴۰؛ مؤمن سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۴۷۵)، پس با استناد به خیار تخلف از شرط و خیار تدلیس، می‌توان برای فرد متضرر، حق فسخ در نظر گرفت.

سوم- استفاده از وسایل بهداشتی، نه تنها صد در صد مانع سرایت این بیماری نخواهد بود، بلکه مانع فرزنددار شدن هم می‌شود؛ لذا غالب افراد، حاضر به ازدواج و ادامه زندگی با چنین اشخاصی نیستند. (حاتمی و سلطانی، ۱۳۹۶، ص ۸۵)

چهارم- از آن‌جا كه در خصوص سایر عیوب مسری و مهلك مانند جذام، منافات داشتن با هدف نكاح یعنی استمتاع جنسی و استناد به قاعده لاضرر، ملاك فسخ نكاح از سوی فرد متضرر ذكر شده (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۸۴) حال، با تنقیح مناط و تحلیل وحدت ملاك میان عیوب مجوز فسخ نكاح، كه ملاك جواز فسخ را، در عدم امکان معاشرت یا معاشرت همراه با مشقت زیاد می‌دانند می‌توان استنباط كرد كه چون این ملاك در بیماری‌های مسری و خطرناکی مانند ایدز و هپاتیت و ... به طریق اولی وجود دارد (جواهری، ۱۴۲۲، ص ۴۱۳) پس با استناد به قیاس اولویت، می‌توان برای طرف مقابل، به‌ویژه زنان كه امر طلاق آنها به دست مردان است و به راحتی نمی‌توانند طلاق بگیرند، حق فسخ در نظر گرفت. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴)

حال اگر گفته شود كه در چنین مواردی می‌توان از طریق طلاق، دفع ضرر كرد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۳۳)، مرد كه از حق طلاق برخوردار است و زن هم با استناد به بند ۵ از ماده ۱۱۳ قانون مدنی می‌تواند درخواست طلاق کرده یا جدای از مرد زندگی كند (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۳)، این نظریه از چند جهت مورد نقد قرار می‌گیرد:

اول- طلاق، نیاز به تشریفات خاص دارد و گاهی رویه دادرسی طولانی می‌شود؛ در حالی که فسخ نکاح، راحت‌تر انجام می‌شود.

دوم- اگر زن، مبتلا به یکی از این امراض باشد و مرد قبل از نزدیکی، اقدام به طلاق وی کند، ملزم به پرداخت نصف مهریه به زن خواهد بود که این هم ضرری برای مرد محسوب می‌شود؛ در حالی که در صورت فسخ نکاح، مهری نخواهد بود و بدین صورت از ورود ضرر به مرد، جلوگیری می‌شود. سوم- اگر مرد، مبتلا به یکی از این امراض باشد و زن به استناد عسر و حرج مندرج در ماده ۱۱۳، درخواست طلاق کند، نوع طلاق، طلاق خلع خواهد بود که نتیجه‌ای جز چشم‌پوشی زن از تمام مهریه یا حتی پرداختی مبلغی بیشتر از مهریه به عنوان فدیة، برای جلب رضایت مرد بر طلاق نخواهد داشت که این هم ضرری برای زن محسوب می‌شود؛ در حالی که در صورت فسخ نکاح بعد از نزدیکی، زن، مستحق مهرالمثل خواهد بود و لازم نیست برای جلب رضایت مرد بر طلاق، مالی به او بپردازد.

چهارم- امتناع زن از نزدیکی با همسر، در صورت ابتلای زوج به امراض مقاربتی مسری و مهلك نیز با مبنای قاعده لاضرر منافات دارد؛ زیرا مستلزم عدم برقراری روابط زناشویی و محروم شدن زن از فرزنددار شدن است که این هم برای زن، ضرر محسوب می‌شود.

پنجم- جدازندگی کردن زن از مرد نیز ضرری برای زن به‌شمار می‌رود و با هدف نکاح که استمتاع جنسی و برخورداری از آرامش در کنار مرد است، منافات دارد؛ علاوه بر این که زن، در حالت بلا تکلیفی قرار می‌گیرد که این خود، ضرری بزرگ‌تر محسوب می‌شود و با روح عدالت اسلامی سازگار نیست. این در حالی است که هدف از وضع قاعده لاضرر، دفع ضرر است نه جبران ضرر به هر طریقی یا دفع ضرر با ضرر (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۳۷). پس به استناد قاعده لاضرر باید گفت: در تمام مواردی که به علت وجود عیبی در زن، برای مرد حق فسخ نکاح وجود داشته باشد به طریق اولی، زن نیز حق فسخ نکاح را دارد؛ زیرا مرد از حق طلاق برخوردار است و می‌تواند خود را از زن معیوب رها کند؛ ولی زن چنین حقی ندارد. در نتیجه، همه امراض مسری صعب‌العلاج از جمله ایدز، هیپاتیت، سیفلیس، سوزاک، جذام و...، علاوه بر استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، به خاطر قیاس اولویت و تنقیح مناط و الغای خصوصیت، موجب فسخ نکاح خواهند بود. (جوهری، ۱۴۲۲، ص ۴۱۳)

۴،۲. فسخ نکاح به دلیل ابتلای زوج یا زوجه به یکی از امراض مقاربتی: در این خصوص، دو حالت وجود دارد:

۴،۲،۱. فسخ نکاح به دلیل ابتلای زوج به یکی از امراض مقاربتی: اگر شوهر، مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، در این که آیا زن حق فسخ نکاح را خواهد داشت یا خیر؟ ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی اشعار می‌دارد: «هرگاه شوهر بعد از عقد، مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور، مانع حق نفقه نخواهد بود.» تحلیل ماده: اگرچه ماده فوق به این اشاره دارد که اگر زوج بعد از عقد، مبتلا به مرض مقاربتی شود اعم از این که مرض، معالجه نشده باشد یا برای مدتی طولانی استمرار داشته باشد زوجه حق دارد از نزدیکی با او امتناع کند؛ لیکن ظاهراً مقصود از ماده این است که تنها تا زمان استمرار مرض، زوجه حق دارد از نزدیکی با او امتناع کند و در صورت درمان، دیگر چنین حقی برای او نخواهد بود و در صورت امتناع از نزدیکی، ناشزه به‌شمار می‌آید. بنابراین، مبتلا شدن شوهر به امراض مقاربتی نمی‌تواند موجبی برای فسخ نکاح از سوی زن به‌شمار آید. ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی از چند جهت قابل تأمل است:

جهت اول: هرگاه در صورت ابتلای زوج به امراض مقاربتی، بتوان با استفاده از وسایلی مانع سرایت مرض شد، ظاهراً حق زن بر فسخ از بین می‌رود؛ زیرا در امراض مقاربتی، به دلیل وجوب حفظ جان و خوف از سرایت مرض، به زن حق فسخ داده شده است؛ پس اگر خوف سرایت نباشد، حق فسخی هم نخواهد بود.

جهت دوم: اگرچه در این ماده تصریح شده به این که اگر زوج بعد از عقد، مبتلا به مرض ساری شود، زن حق امتناع از تمکین خواهد داشت؛ ولی در صورت ابتلای زوج به مرض ساری قبل از عقد هم، زن حق خواهد داشت از تمکین امتناع کند؛ زیرا فلسفه و حکمت در نظر گرفتن چنین حقی برای زن، جلوگیری از سرایت است؛ چه این مرض قبل از عقد ظاهر شود چه بعد از عقد.

جهت سوم: اگر زوجه قبل از عقد، اطلاع از ابتلای زوج به امراض مقاربتی داشته باشد، با این حال اقدام به ازدواج با او نماید؛ در این حالت نیز دو حق برای او در نظر گرفته می‌شود: الف) خودداری از نزدیکی با زوج

ب) استحقاق دریافت نفقه

زیرا اگر خوف سرایت باشد، تکلیف شرعی او امتناع از تمکین خواهد بود و این تکلیف شرعی، مانع استحقاق او بر دریافت نفقه نخواهد بود.

جهت چهارم: در صورت ابتلای زوجه به مرضی که مقاربت با زوج برای او مضر باشد، در عین حال که حق دارد از نزدیکی خودداری نماید، مستحق دریافت نفقه هم خواهد بود؛ همان طور که در ایام حیض از جهت آن که نزدیکی برای زوجین ممنوع است، امتناع زوجه از نزدیکی، تکلیف شرعی او به شمار می‌آید؛ لذا استحقاق دریافت نفقه را خواهد داشت. (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۱۷۸)

جهت پنجم: به موجب قاعده لاضرر، هیچ‌کس حق ندارد با سوءاستفاده از حق خویش، به دیگری ضرر برساند؛ همان طور که اگر در زوجه عیبی باشد که ادامه زندگی را برای زوج سخت می‌کند، به مرد اجازه داده شده با طلاق زن، از ورود زیان به خود جلوگیری کند؛ متقابلاً اگر ادامه زندگی با زوج، برای زن زیانی به همراه داشته باشد، به زن هم اجازه داده می‌شود که از مرد جدا شود. همچنین بلا تکلیف گذاشتن زن جایز نیست؛ چون مستلزم ستم به اوست و با عدالت اسلامی ناسازگار است. (مطهری، ۱۳۵۳، ص ۲۱۶)

بنابراین، از آن جا که هر ضرری، حرج محسوب شده و هر حرجی، ضرر به شمار می‌آید، لذا باید بتوان با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، قائل به حق فسخ برای فرد سالم شد تا خود را از سختی و مشقت نجات دهد. در توضیح مطلب باید گفت: رابطه میان قاعده لاضرر و لاجرح، عموم و خصوص من وجه است و از آن جا که هر چه در آن عسر و حرج باشد، داخل در معنای ضرر خواهد بود (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۱، ص ۲۰۴)، پس بین این دو قاعده، قرابت معنوی وجود دارد (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳۶، ص ۴۲۴) و قاعده عسر و حرج با قاعده لاضرر، متحد یا متداخل است (ابن نجیم، ۱۴۲۶، ص ۸۵). البته آثار این دو قاعده با هم متفاوت است و به همین دلیل است که برخی از فقهای معاصر فرموده‌اند: اگر عمل به تکلیف، مستلزم ضرر مالی یا جانی باشد، از مصادیق قاعده لاضرر خواهد بود و اگر صرفاً مشقت را به همراه داشته باشد، محل جریان قاعده نفی حرج خواهد بود. (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۶۱)

۴،۲،۲. فسخ نکاح به دلیل ابتلای زوجه به یکی از امراض مقاربتی: اگر زن، مبتلا به یکی از امراض مقاربتی شود، با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح، به دلایل زیر می‌توان نکاح را قابل فسخ دانست:

اول- اگرچه اکثریت فقهاء، موجبات فسخ را منحصر در عیوب مطروحه در قانون می‌دانند و سایر عیوب را تنها اگر شرط شود یا تدلیس واقع گردد، موجب فسخ می‌دانند (جعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۳۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۵۳؛ موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۲۹۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص ۴۵۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۶ و سبحانی تبریزی، بی تا، ج ۲، ص ۱۶)؛ لیکن باید گفت از آن جا که در عیوب فوق، بنای مردم بر ارتکاز آنها بر اصاله‌الصحه است و در صورت آگاهی از این عیوب، هرگز مرد راضی به ازدواج با زن نمی‌شد؛ پس سکوت زن و ناآگاهی مرد از بیماری زن، می‌تواند از موجبات ثبوت این حق به‌شمار آید؛ زیرا سلامت از چنین امراضی- اگرچه صریحاً در متن عقد شرط نشده باشد- از جمله مواردی است که زن و مرد، بنای عقد را بر آن می‌گذارند و بر همین اساس، اقدام به انعقاد عقد می‌کنند. (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۳)

دوم- طبق آیه قرآن: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً» (روم: ۲۱) مهمترین هدف نکاح، آرامش و مودت میان زوجین بیان شده است. ابتلای هر یک از زوجین به امراض مقاربتی مسری و صعب‌العلاج یا امراضی که باعث کراهت و تنفر میان زوجین می‌شود، کانون زندگی خانوادگی را به جای آرامش، به محل ترس و نفرت تبدیل می‌کند و باعث اختلال در روابط زناشویی و محرومیت از فرزندآوری می‌شود که این با مقتضای نکاح منافات دارد و قطعاً تحمل چنین شرایطی بسیار سخت و مشقت‌بار می‌شود و حتی از لحاظ روانی نیز آرامش و سلامت روانی افراد را به مخاطره می‌اندازد. (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷)

سوم- به موجب قاعده لاضرر و لاجرح، الزام فرد به تحمل شرایط سخت و مشقت‌بار، تکلیف مالایطاق به‌شمار می‌آید که از افراد خواسته نشده است (حاتمی و سلطانی، ۱۳۹۶، ص ۸۵۷) و صبرکردن بر چنین شرایطی، نوعی ضرر محسوب می‌شود. این تکلیف به صبر، به موجب قاعده لاضرر، برداشته می‌شود و نتیجه آن، در نظر گرفتن حق فسخ یا طلاق برای فرد متضرر

است (یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۷۵). از آن جا که قائل شدن به فسخ نکاح، نسبت به امر طلاق، به ویژه برای زنان، مزیت های بسیاری از جمله سهولت انحلال نکاح و جدایی، عدم اثبات عسر و حرج و ... به دنبال خواهد داشت، می تواند راه حل مناسب تری از طلاق باشد.

۴.۳. فسخ نکاح به دلیل بیماری های مهلک و غیر مسری: گاهی بیماری، مهلک و صعب العلاج است ولی مسری نیست، مثل سرطان، تالاسمی و ام اس. در این صورت اگرچه خطر جانی برای زن به همراه ندارد، ولی شدت بیماری به حدی است که فرد را از پای می اندازد و خانه نشین می کند. بنابراین می توان این نوع بیماری ها را در قالب زمانت^۱ ریخت و برای طرف مقابل، حق فسخ در نظر گرفت (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷). حال اگر فقهای مشهور در خصوص این بیماری ها فتوا نداده اند، دلیل بر نادرستی این استدلال نیست؛ بلکه به این جهت است که این بیماری ها در عصر آنها شایع و شناخته شده نبوده است. مضاف بر آن، گاهی مرد به دلیل زمین گیری، نمی تواند از عهده مخارج زندگی برآید؛ این در حالی است که طبق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، زمین گیری مرد از موجبات فسخ نکاح از سوی زن نمی باشد. در حالی که اگر مینای فسخ نکاح را دفع ضرر بدانیم؛ از نظر متضرر شدن، تفاوتی میان زن و مرد نیست؛ زیرا همان طور که مرد از زندگی با زن زمین گیر متضرر می شود، زن نیز به طریق اولی، از زندگی با مرد زمین گیر متضرر می گردد. (معرفت، ۱۳۷۶، ص ۳)

۴.۴. فسخ نکاح به دلیل بیماری جذام در مرد: در روایات و فتاوی فقهاء، بیماری جذام در مرد، موجب فسخ نکاح از سوی زن نیست و این عیب، به دلیل استناد به قاعده اصالة اللزوم، از جمله عیوب مختص زن دانسته شده و فقط به مرد، حق فسخ نکاح داده شده است (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۳۰ و بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۲۴، ص ۳۵۱). اما این نظر، قابل مناقشه است؛ زیرا این قاعده در جایی کاربرد دارد که پایبندی به اصالة اللزوم، مستلزم ضرر نباشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۷۶). در مقابل نظر مشهور، گروهی دیگر از فقهاء، برص و جذام را از جمله عیوب مشترک در زن و مرد می دانند (ابن البراج، ۱۴۰۶، ص ۲۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۱۸۴؛

۱. هرگونه درد و بیماری که انسان را از پای می اندازد و خانه نشین می کند.

علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۶۶: الحلی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۱: سیوری، ۱۴۰۴، ص ۱۷۸: محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص ۲۶۹ و اصفهانی، ۱۳۶۶، ص ۲۷۹). لذا با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح می‌توان به دلایل ذیل، برای زن، حق فسخ در نظر گرفت:

اول- از تنقیح مناط میان عیوب مجوز فسخ نکاح به دست می‌آید که هدف از نکاح، استمتاع جنسی و بقای نسل است که در صورت عدم تحقق آن، دیگر بقای عقد نکاح فایده‌ای ندارد و این ملاک، در بیماری‌هایی مانند برص و جذام هم وجود دارد. (فواد جادالکریم و عبدالصبور خلف‌الله، ۱۹۹۷، ص ۱۲۶ و محسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷)

دوم- جذام از بیماری‌های واگیردار است که موجب ضرر برای زن می‌باشد، زیرا پابرجا بودن پیوند زناشویی، برای فرد سالم، زیان‌آور است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۶۸)؛ لذا برای در امان ماندن از این آفت زیان‌بخش، باید راهی جست و تنها راه نجات، فسخ نکاح است؛ چنان‌که برخی از فقهاء مانند قاضی ابن‌براج، ابن‌جنید و شهید ثانی قائل به آن هستند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۴۲۰). این مطلب، هم از لحاظ عقلی و هم به موجب حدیث لاضرر مورد تأیید می‌باشد و چون لزوم عقد، زیان‌آور است به موجب قاعده لاضرر و لاجرح برداشته می‌شود و در این موارد، هیچ دلیلی بالاتر از دلیل عقل و بنای عقلاء وجود ندارد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۱۸۴). همچنین با توجه به این‌که در روایت «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» (الحر العاملی، ۱۳۹۱، ج ۱۴، ص ۶۱۱ و الکلینی الرازی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۶)، کلمه رد آمده، لفظ رد در مورد فسخ نکاح صحیح است و اگر آن را به معنای طلاق بگیریم بدون دلیل موجه، حکم را معلق بر امری مسکوت در روایت کرده‌ایم. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۸۹)

سوم- بنابر قیاس اولویت، اگر جذام، در زن عیب محسوب می‌شود، در مرد، به طریق اولی باید عیب محسوب شده و موجب فسخ باشد (الطباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۳۴ و جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۰)؛ زیرا علت و سبب فسخ، نفرت زوج و عدم امکان استمتاع جنسی است که در صورت ابتلای زوج به جذام، این سبب در زن هم وجود دارد. به علاوه مرد می‌تواند با طلاق دادن زن، خود را رها کند؛ در حالی‌که تنها راه نجات و رهایی زن، قائل شدن حق فسخ برای او می‌باشد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۶۹ و جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴)

چهارم: برخی از فقهاء، اولویت یادشده را قیاس تلقی کرده و آن را مردود می‌دانند و راه چاره را در دور نگاه داشتن زن از مرد دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۳۰)؛ در حالی که این راه چاره، مخالف با مقتضای عقد و دستور قرآن به حُسن معاشرت (نساء: ۱۹) است؛ زیرا نگهداشتن زن در بلا تکلیفی و منع کردن او از استمتاع جنسی و فرزنددار شدن، ضرر محسوب می‌شود و با یکی از اهداف مهم نکاح - التذاذ جنسی - منافات دارد. (مطهری، ۱۳۵۳، ص ۲۶۹)

۴،۵. فسخ نکاح به دلیل کراهت از بیماری برص: بیماری برص «پیسی» در مرد، از موجبات فسخ نکاح برای زن به‌شمار نمی‌رود (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۳۰ و بحرانی، ۱۴۰۹، ج ۲۴، ص ۳۵۱)؛ ولی گاهی بیماری برص در زوج، باعث می‌شود که زوجه از انجام وظایف زناشویی، حتی تناول غذا با زوج کراهت پیدا کند. در این‌که آیا چنین وضعیتی برای زوجه، عسر و حرج محسوب می‌شود و زوجه می‌تواند به استناد قاعده لاضرر و قاعده نفی عسر و حرج، تقاضای طلاق نماید یا خیر؟ فقهاء معتقدند: اگر قبل از عقد، مرض برص در شوهر بوده باشد و زن از آن بی‌اطلاع باشد، چنانچه قبل از عمل زناشویی، عیب آشکار شود، زن هم می‌تواند نکاح را فسخ کند و هم می‌تواند طلاق بگیرد و در صورت فسخ نکاح، مستحق هیچ مقدار از مهریه نخواهد بود. ولی اگر آشکار شدن عیب، بعد از عقد و بعد از نزدیکی باشد و مدّلس، خود مرد باشد، زن حق دارد نکاح را فسخ کند و مستحق دریافت تمام مهریه خواهد بود. اگر زن، با علم و آگاهی از عیب مرد، اقدام به ازدواج با او کرده باشد، دیگر حق فسخ ندارد؛ ولی اگر این عیب، باعث بروز حالت انزجار و تنفر در زن می‌شود، می‌تواند با استناد به قاعده عسر و حرج، درخواست طلاق کند. همچنین در صورت بروز بیماری پسی بعد از عقد، در صورت تمایل نداشتن زن به همسری مرد و مسری بودن مرض، زن می‌تواند طلاق بگیرد (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۸). به همین دلیل است که شهید ثانی، بیماری برص و جذام را از جمله بیماری‌های مشترک موجب فسخ در زن و مرد می‌داند که در ضرر و ضرار با هم برابرند (جعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۳۸۲). با این حال، صاحب ریاض، استدلال شهید ثانی مبنی بر مشترک بودن بیماری برص و جذام در زن و مرد را به استناد مسری بودن این عیوب ردّ می‌کند و می‌فرماید: «اگر قرار باشد به استناد مسری بودن این عیوب، آنها را از

جمله عیوب مشترک به شمار آوریم، لازمه این سخن آن است که تمام امراض مسری، از جمله عیوب مشترک به شمار آیند؛ در حالی که به نظر نمی‌رسد خود شهید ثانی هم قائل به این نظر باشد» (الطبایبی، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۴۵۳)؛ چنان که در کلام شیخ انصاری هم، همین سیاق، ناظر به استدلال شهید ثانی آمده است (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۳۴). گروهی دیگر از فقهاء در این مسئله، ثبوت حق فسخ در تمام امراض مسری را از ساحت تمام فقهاء منتفی دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۲، ص ۷۵). در مجموع چنین برداشت می‌شود که فقهاء، از باب تعبد بر نصوص وارده، قائل به عدم امکان تسری از عیوب منصوص به غیر منصوص شده‌اند و به همین جهت است که عیب «بهق» را که مشابه برص است، موجب فسخ نکاح نمی‌دانند. (الحلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۷۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۶۸ و اراکی، ۱۴۱۹، ص ۴۵۶)

اما با استناد به قاعده لاضرر و لاجرح (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۱۸۴) به دلایل زیر می‌توان بیماری برص را از جمله عیوب مشترک فسخ نکاح در زوج و زوجه دانست: اول - اگرچه بیماری برص، از موجبات فسخ نکاح توسط زوجه نیست، اما از آن جا که ملاک عسر و حرج برای افراد، شخصی است نه نوعی و ممکن است تحمل شرایطی برای یک زن، ممکن و برای زن دیگر، ممکن نباشد، لذا به استناد قاعده لاضرر و لاجرح می‌توان گفت: اگر وجود بیماری برص در زوج، باعث کراهت زن از معاشرت با زوج و انجام روابط زناشویی شود، به طوری که ادامه زندگی را برای او سخت کند، چنین موردی می‌تواند از مصادیق عسر و حرج محسوب شده و مجوز درخواست طلاق از سوی زن باشد؛ قطعاً از بُعد روان‌شناسی نیز تحمل چنین وضعیتی برای زن، سخت و طاقت‌فرسا خواهد بود (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱). اما از آن جا که گاهی اثبات عسر و حرج برای زن دشوار می‌باشد، لذا به مقتضای عدالت اسلامی و روح عقلایی اسلام، فسخ نکاح می‌تواند راه حل مناسبی برای رهایی زن از شرایط مشقت‌بار باشد. دوم - از نظر عقلی نیز متضرر شدن زن و مرد از بیماری برص و جذام یکسان است. زیرا همان‌گونه که وجود این دو بیماری در زن، باعث تنفر مرد و بی‌رغبتی او به ادامه زندگی می‌شود، در زن نیز حس بی‌علاقگی نسبت به همسر و زندگی مشترک پیش می‌آید؛ زیرا این بیماری باعث کریه‌شدن و ناپسند شدن ظاهر می‌شود. (جمالی، ۱۳۸۶، ص ۶۹)

سوم- به موجب قاعده لاجرح، چنانچه زندگی خانوادگی به جای کانون عشق و محبت، به کانون تنفر و دل‌مردگی تبدیل شود و زوجین، از بودن در کنار هم، احساس انزجار و نفرت داشته باشند، هیچ قانونی نمی‌تواند آنها را مجبور به ادامه زندگی کند. (مطهری، ۱۳۵۳، ص ۲۸۳ و محسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷)

چهارم- هر عیبی که با هدف و مقصود زندگی زناشویی از جمله تناسل، ایجاد مودت و محبت میان زوجین و... منافات داشته باشد و باعث تنفر زوجین از همدیگر شود، سبب حق خیار فسخ می‌شود (محسنی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷)، زیرا عقد، بر پایه سلامت زوجین از عیوب، منعقد شده است (کمال‌الدین امام، ۱۴۱۶، ص ۲۵۵). همچنین از آنجا که از جمله موجبات فسخ نکاح، تدلیس و فریبکاری در امر نکاح است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۴؛ مؤمن سبزواری، بی تا، ج ۲، ص ۲۰۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۴۷۵) و تدلیس هم به معنای پنهان کردن عیب می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۳۶۳؛ مدنی تبریزی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۳ و نجفی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۱۳)، لذا پنهان کردن این عیوب هم می‌تواند مصداق تدلیس باشد؛ زیرا سکوت در مقابل یک عمل فریبکارانه است (نجفی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۳۶۳ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۲۴) و بر حسب عرف و عادت، بنای عقد را بر سالم بودن فرد و نداشتن بیماری در ضمن عقد می‌گذارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۷ و مغنیه، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۲۶). پس بر مبنای این شرط، می‌توان به فرد سالم، در صورت بیمار بودن طرف مقابل، حق فسخ داد. حال در خصوص بیماری برص در مرد، که مجوز فسخ نکاح از سوی زن نیست و زن نمی‌تواند به این دلیل، درخواست طلاق کند؛ آیا برای رهایی زن از این حالت کراهت و انزجار، چاره‌ای جز فسخ نکاح باقی می‌ماند؟ چنانچه برخی از فقهاء هم قائل به اشتراک این عیب در مرد و زن شده‌اند و آن را از موجبات فسخ نکاح برای زن دانسته‌اند (ابن براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۳۱ و جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۲۳۳)؛ لذا اگر مبنای فسخ نکاح در این عیوب را دفع ضرر بدانیم، تفاوتی میان زن و مرد از نظر متضرر شدن وجود ندارد؛ زیرا همان‌طور که مرد از زندگی با زن مبتلا به پیسی احساس کراهت می‌کند، زن نیز به طریق اولی چنین احساسی خواهد داشت. پس همان‌طور که مرد، حق فسخ دارد، زن نیز به قیاس اولویت- از آنجایی که اختیار طلاق ندارد- حق فسخ خواهد داشت. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۲۴)

نتیجه‌گیری

یا در نظر گرفتن مطالب فوق، نتایج زیر به دست می‌آید:

۱. عیوب و امراضی که مانع استمتاع و معاشرت زوجین می‌شوند، موجب جواز فسخ نکاح برای دیگری خواهند بود و نمی‌توان تنها برای یکی از طرفین، حق فسخ در نظر گرفت و دیگری را محروم کرد؛ زیرا ملاک فسخ، قاعده لاضرر و لاجرح است که در هر دو طرف وجود دارد.
۲. صبرکردن بر امراضی که مهلک و مسری هستند و باعث اختلال در روابط زناشویی می‌شوند یا در صورت استفاده از وسایل بهداشتی، باعث محرومیت از فرزنددار شدن می‌گردند یا این‌که موجب انزجار و نفرت زوجین از همدیگر می‌شود؛ در واقع نوعی ضرر به‌شمار می‌آید که زندگی زناشویی را توأم با مشقت می‌سازد. از آن‌جا که در اسلام، هیچ ضرر و حرجی نیست، این مسئله می‌تواند از موجبات فسخ نکاح به‌شمار آید. این ضرر، به‌ویژه برای زنان بیشتر خواهد بود؛ زیرا آنها نه از حق طلاق برخوردارند و نه امکان تعدد زوجات دارند.
۳. اگر فقهاء در مورد چنین امراضی فتوا نداده‌اند، به این دلیل بوده که این بیماری‌ها در زمان آنان شیوع نداشته یا ناشناخته بوده است، پس استناد به قاعده لاضرر و لاجرح مبنی بر در نظر گرفتن حق فسخ برای متضرر، دلیل بر نادرستی این استدلال نیست.
۴. اگرچه عیوب موجب فسخ نکاح در قانون مدنی، به صورت حصری بیان شده است، اما به نظر می‌رسد که قائل شدن به تمثیلی بودن عیوب، منطقی‌تر باشد. پس عدالت اسلامی حکم می‌کند که در صورت وجود عیب در هریک از زوجین، که موجب ورود ضرر به دیگری می‌شود یا زندگی را برای زوج دیگر عرفاً سخت و مشقت‌بار می‌کند، فرد سالم بتواند با استفاده از فسخ نکاح، از ورود ضرر به خود جلوگیری کند.

فهرست منابع

- قرآن کریم

کتاب

۱. ابن البراج الطرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، المهدب، قم: النشر الاسلامی.
۲. ابن نجیم، زین الدین ابراهیم (۱۴۲۶ق)، الاشیاء والنظائر، بیروت: دارالفکر.
۳. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۹ق)، کتاب النکاح، قم: نورنگار.
۴. اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۳۶۶ق)، وسیله النجاه، نجف: الآداب.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
۶. _____ (۱۴۱۶ق)، فرائد الاصول، قم: النشر الاسلامی.
۷. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۹ق)، الحدائق الناضره، بیروت: دارالأضواء.
۸. جیبی عاملی، زین الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۵ق)، الروضه البهیة، قم: داوری.
۹. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام، قم: المعارف الاسلامیه.
۱۰. جواهری، حسن (۱۴۲۲ق)، بحوث فی الفقه المعاصر، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۱۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۰۴ق)، الصحاح تاج اللغة، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۲. حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۷۶ش)، شرح قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
۱۳. الحز العمالی، محمدبن الحسن (۱۳۹۱ق)، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء.
۱۴. حسنی، علیرضا (۱۳۸۳ش)، فسخ نکاح در حقوق ایران ونحوه اقامه دعاوی مربوط، تهران: فکرسازان.
۱۵. حسینی مراغه‌ای، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیه، قم: النشر الاسلامی.
۱۶. الحلی، محمدبن الحسن (فخرالمحققین) (۱۳۸۷ش)، ایضاح الفوائد، قم: اسماعیلیان.
۱۷. خوانساری، سیداحمد (۴۰۵ق)، جامع المدارک، قم: اسماعیلیان.
۱۸. الذیاری، عامر سعید (۱۴۱۵ق)، التحذیر فی قاعده المشقه تجلب التیسیر، بیروت: دار ابن حزم.
۱۹. راستی، زهرا و اسماعیلی، اکرم (۱۳۸۰ش)، انحلال نکاح به واسطه عیب، تهران: سفیر صبح.
۲۰. الراغب الاصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، المفردات، بیروت: دارالقلم.
۲۱. روحانی، سیدصادق (۱۴۱۴ق)، فقه الصادق، قم: دارالکتاب.
۲۲. سبحانی تبریزی، محمدحسین (بی تا)، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه، قم: بی تا.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الاحکام، قم: المنار.
۲۴. سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۱۴ق)، الشنقیح الرائع، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۶ق)، هدیة العباد، قم: دارالقرآن الکریم.
۲۶. صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق)، شرح العروه الوثقی، قم: مجمع الشهد صدر العلمی.
۲۷. الطباطبایی، السیدعلی (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، بیروت: دارالهادی.
۲۸. الطباطبایی الحکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروه الوثقی، قم: دارالتفسیر.
۲۹. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه مکاسب، قم: اسماعیلیان.
۳۰. العلامه الحلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحکام، قم: النشر الاسلامی.
۳۱. _____ (۱۴۱۸ق)، مختلف الشیعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.