مطالعات اسلامی زنان و خانواده
دوفصلنامه علمی- پژوهشی
سال هشتم- شماره چهاردهم
بهـــار و تابســـتان ۱۴۰۰

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

زینب سنچولی[۱]
محمدرضا کیخا[۲]
نادر مختاری[۳]
امیرحمزه سالارزایی[۴]

چکیده

اگرچه نظریه قانون مدنی و نظر مشهور فقهاء، بر حصری‌بودن عیوب موجب فسخ نکاح است؛ اما امروزه با بروز امراض جدید، بسیاری از فقهای معاصر، قائل به تمثیلی‌بودن عیوب هستند؛ به‌ویژه این‌که مبنای فسخ نکاح در عیوب مصرّحه در قانون، نفی ضرر است و این ملاک در امراض نوظهور، به طریق اولی وجود دارد؛ زیرا بسیاری از این بیماری‌ها، 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 پیشرفت‌های 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، هپاتیت، سارس، سیفلیس و ... که به مراتب، بسیار خطرناک‌تر و صعب‌العلاج‌تر از عیوب مصرحه 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. دانش‌آموخته 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. استادتمام گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان؛ amir_hsalar@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 عُسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند...» مراد از عسر و حرج مندرج در این ماده، به‌وجودآمدن شرایطی است که دوام زوجیت را برای زوجه، سخت و طاقت‌فرسا کند؛ به‌طوری‌که 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 امکنه مختلف شود». می‌دانیم که تشخیص عرف، به آسانی امکان ندارد؛ زیرا از آن‌جا که عرف، با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی تغییر می‌یابد؛ 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 داوری عرف را معیار فسخ نکاح قرار داد. بنابرهمین 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 مخفی‌بودن 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، ج۳۰، ص۳۶۳ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۴)؛ زیرا دلیلی ندارد که قانونگذار، برای رفع ضرر او، نکاح را قابل فسخ بداند. (حسنی، ۱۳۸۳، ص۴۵-۴۶)

برخی بیماری‌هایی که در امر زناشویی یا باروری، اختلال ایجاد می‌کنند، عبارتنداز: اختلال ساختمان تناسلی مثل هیپوسپادیاز[۱] و اپیسپادیاز[۲]؛

۱. Hypospadias؛ هیپوسپادیاز، 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؛ ایسپادیاز، 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 مخفّف 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 بین‌رفتن مداوم گلبول قرمز، موجب کم‌خونی شدید می‌شود. (راستی و اسماعیلی، ۱۳۸۰، ص۱۲۴)

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 مشقّت همراه می‌سازد؛ لذا زن می‌تواند از دادگاه، تقاضای طلاق کند؛ لیکن قائل‌شدن 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 حالی‌که فسخ، دامنه گسترده‌ای دارد و برهم‌زدن علقه زوجیت، هم در دست مرد قرار می‌گیرد و هم در دست زن. (نوری طبرسی، ۱۴۰۷، ج۱۵، ص۳۰۶)

دوم: طلاق زن، تنها در صورت احراز شرایط سه‌گانه (زوجیت دائم، پاکی از حیض و نفاس و عدم طلاق زن، در طُهری که در آن مواقعه صورت گرفته)، صحیح است؛ در حالی‌که در فسخ، این شرایط لازم نیست. (محقق حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۱۷ و موسوی خمینی، بی‌تا، ج۳، ص۵۷۸)

سوم: برای اجرای طلاق، تشریفاتی لازم است از جمله اجرای صیغه خاص، حضور دو شاهد و ...؛ در حالی‌که فسخ نکاح، این شروط را ندارد.

چهارم: در صورت وقوع طلاق در مرتبه سوم، بین زن و مرد حرمت نکاح به وجود می‌آید؛ در حالی‌که فسخ، جزو دفعات طلاق به شمار نمی‌آید. (مغنیه، ۱۳۷۹، ص۴۲۰ و موسوی خمینی، بی‌تا، ج۳، ص۵۹۱)

پنجم: صدور حکم طلاق منوط به ارائه گواهی عدم امکان سازش است؛ در حالی‌که 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 فتاوای فقهاء می‌شود یا بر مبنای قاعده لاضرر و لاحرج و نظر به تعبّدی‌نبودن

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

این در حالی است که مشهور فقهاء با استناد به روایات، قائل به عدم توسعه عیوب مصرح در قانون شده‌اند و با وجود این‌که برخی از عیوب از جمله ایدز و هپاتیت، به مراتب خطرناک‌تر از عیوب مصرح در قانون می‌باشند، با این‌حال قائل به فسخ نکاح به دلیل این عیوب نمی‌باشند (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۲۳۶ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۶). از سوی دیگر، برخی دیگر از فقهاء با استناد به قاعده لاضرر معتقدند: می‌توان قائل به توسعه موارد فسخ نکاح شد. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج۷، ص۱۸۴)

از آن‌جایی که در خصوص حصری یا تمثیلی‌بودن 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 مصرّحه در قانون مدنی صورت گرفته، باید عیوب مذکور را تمثیلی دانست نه حصری؛ لذا برای جلوگیری از اطاله کلام، در این مقاله، صرفاً بر روی تأثیر قاعده لاضرر و لاحرج در فسخ نکاح به واسطه عیوب و امراض نوظهور- که ادامه زندگی را با مشقّت 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؛ به‌طوری‌که در زمان حاضر، راه درمانی برای آن نباشد یا درمان آن سخت باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰، ص۱۹۰). 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 حصبه و تیفوس»، 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 به‌معنای «ضیق، سوء و مکروه» است (جوهری، ۱۴۰۴، ج۲، ص۷۲۰) و کلیه زیان‌های وارده بر دیگری را دربرمی‌گیرد. در خصوص نفی ضرر ناشی از بیماری‌های صعب‌العلاج و مسری، به آیه ۲۳۱ سوره بقره، ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾ استناد شده است. بنابر نظر فقهاء، طبق این آیه، ضرررزدن به دیگری جایز نیست (الحلی، ۱۳۸۷، ج۲، ص۴۸)؛ بنابراین هیچ مردی نمی‌تواند با خودداری از طلاق زن و اجبار او به ادامه زندگی، به او زیان برساند یا عرصه را چنان بر زن سخت کند که تحمل زندگی، طاقت‌فرسا شود؛ چه این کار را عمداً انجام دهد و چه شرایط به‌وجودآمده، زندگی را بر زن دشوار کند. (مطهری، ۱۳۵۳، ص۳۱)

۲,۲. قاعده لاحرج: حرج در لغت، به‌معنای ضیق و تنگنا به کار رفته (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص۱۱۲) و این قاعده، هرگونه حکم حرجی را نفی می‌کند (انصاری، ۱۴۱۶، ج۲، ص۵۲۴) و حاکم بر ادله دیگر است. در مورد ملاک تشخیص عسر و حرج، بعضی از فقیهان، به نوعی‌بودن عسر و حرج معتقدند (نراقی، ۱۴۱۷، ص۱۹۹) و بعضی دیگر آن را شخصی می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج۱، ص۱۸۸ و کشوری، ۱۳۷۴، ص۶۳). در مورد مرجع تشخیص آن نیز برخی مرجع تشخیص آن را عرف می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۷، ص۱۸۷) و برخی دیگر معتقدند که مرجع تشخیص آن، خود شخص است (الذیباری، ۱۴۱۵، ص۵۴). با تتبّع در آثار صاحبنظران، به این نتیجه می‌رسیم که به جز در مواردی که دلیلی بر نوعی‌بودن حرج از سوی شارع رسیده باشد، در سایر موارد، اصل بر شخصی‌بودن حرج است. برای این مدعا می‌توان دلایل و مؤیدات زیر را ارائه کرد:

۱. مشقّت، امری نسبی است و در مورد اشخاص، حالات، زمان‌ها و مکان‌ها و ... تفاوت دارد. به عبارت دیگر، در مورد حرجی‌بودن 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، ج۱، ص۱۹۶)

۲. از آن‌جا که دلیل «لاحرج»، حاکم بر ادله دیگر است؛ پس جایی برای قائل‌شدن به حرج نوعی باقی نمی‌ماند؛ زیرا معنای حکومت، از یک‌سو 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 شخصی‌بودن حرج است. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ج۲، ص۷۶)

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

الف) آیات قرآن، از جمله:

- ﴿وَ ما جَعَلَ عَلَیکُم فِی الدینِ مِن حَرَجٍ﴾ (حج:۷۷)
- ﴿ما یُریدُ اللهُ لِیَجعَلَ عَلَیکُم مِن حَرَجٍ﴾ (مائده:۹)
- ﴿یُریدُ اللهُ بِکُمُ الیُسرَ وَ لایُریدَ بِکُمُ العُسرَ﴾ (بقره:۱۸۵)

ب) روایات، از جمله:

- روایت ابی‌بصیر از امام صادق علیه‌السلام: «... اَفرِجِ الماءَ بِیَدِکَ ثُمَّ تَوَضَّاء، فَاِنَّ الدّینَ لَیسَ بِمَضیقٍ، فَاِنَّ اللهَ یَقولُ: ما جَعَلَ عَلَیکُم فِی الدینِ مِن 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 العاملی، ۱۳۹۱، باب نهم، ح۱۴)

- روایت فضیل‌بن یسار از امام صادق علیه‌السلام: ایشان، در مورد استفاده دوباره از آب غسل می‌فرماید: «لا بَأسَ، ما جَعَلَ عَلَیکُم فِی الدینِ مِن 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 لاحرج مشروعیت دارد و هر نوع معامله یا مراودات اجتماعی بین افراد باید بر مبنای عدم اضرار به دیگری صورت بگیرد

(محقق داماد، ۱۳۷۹، ج۱، ص۱۳۹)؛ 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 غیرقابل تحمل به همراه داشته باشد با لطف خدا سازگار نخواهد بود (همان، ج۲، ص۷۰)؛ چنان‌که بنای عقلاء هم بر این مطلب صحه می‌گذارد. با این بیان که در زندگی اجتماعی، اولاً، زیان‌رساندن به دیگران، امری ناپسند است و ثانیاً، عامل زیان، در مقابل زیان‌دیده، مسئول پرداخت خسارت است (همان، ج۱، ص۱۵۱)؛ لذا از نظر عقلاء، در امر نکاح نیز در صورت وجود عیب در یکی از طرفین و پنهان‌کردن آن، در راستای جلوگیری از ضرر و حرج فرد سالم باید قائل به حق فسخ شد. (محسنی، ۱۳۸۲، ج۱، ص۲۶۷)

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 این‌که ولو یک‌بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد و مقطوع‌بودن 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]؛ افضاء[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 آن‌جایی‌که حکمت جعل خیار فسخ از سوی شارع، جلوگیری از ضرر و حرج است، پس باید بتوان با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، 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. (جواهری، ۱۴۲۲، ص۴۱۳)

۱. یعنی کشیدن بیضه یا کوبیدگی آن، به‌طوری که یک‌باره 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 دست‌رفتن رنگدانه پوست به‌وجود می‌آیند.
۶. یکی‌شدن 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 لاحرج، می‌توان برخی از عیوب و امراض نوظهور را نیز از موجبات فسخ نکاح به‌شمار 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 هپاتیت 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 آن‌جایی که اضرار به نفس حرام است (الطباطبایی الحکیم، ۱۴۱۶، ج۱۰، ص۱۸۳ و صدر، ۱۴۰۸، ج۴، ص۳۵۸) 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، ج۵، ص۲۷). 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؛ زیراکه اضرار به غیر هم شرعاً حرام است (مکارم شیرازی، ۱۳۷۹، ج۱، ص۲۸) بدیهی است که حرمت ازدواج در این صورت، یک حکم ثانوی محسوب می‌شود. (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۵، ج۵، ص۲۷)

دوم- حکم وضعی: از نظر حکم وضعی نیز، به دو دلیل می‌توان نکاح مزبور را قابل فسخ دانست:

الف- از جهت تحقّق عنوان تدلیس: اگر فرد سالم، از ابتلای طرف مقابل به بیماری مسری

مهلک، بی‌اطلاع باشد و مبتلا، با سوء استفاده از بی‌اطلاعی 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 آن‌جا که سلامت از امراض مهمی همچون ایدز، هپاتیت، سیفلیس و سوزاک و ...، از جمله شروط اصلی محسوب شده که در ذهن همه عقلاء نوعاً وجود دارد و بر اساس آن، متعاقدین، اقدام به انعقاد عقد می‌کنند (جواهری، ۱۴۲۲، ج۲، ص۳۲۶) لذا در صورت تخلّف از شرط مزبور، باید برای طرف مقابل، حق فسخ قائل شد. (یزدی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۱۸ و محسنی، ۱۳۸۲، ج۱، ص۲۶۷)

نتیجه آن‌که: ازدواج با شخص مبتلا به بیماری مسری مهلک، اگرچه از نظر حکم تکلیفی، حرام و از نظر حکم وضعی، صحیح می‌باشد؛ 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 می‌تواند 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، عسرآور و زیان‌آور شود، زوجه می‌تواند با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، از حاکم شرع تقاضای طلاق کند؛ چنان‌که فتوای فقهاء و ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی بر این مطلب تأکید دارد. (مطهری، ۱۳۵۳، ص۲۶۹)

اما از آن‌جا که زندگی با افرادی که مبتلا به این نوع بیماری‌ها هستند، باعث ضرر و مشقت فرد سالم می‌شود 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 می‌یابد و می‌توان از طریق قیاس منصوص العله و کشف مناط و الغای خصوصیت از امراض منصوصه در قانون و استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، حق فسخ نکاح را به این امراض مهلک هم سرایت داد (جواهری، ۱۴۲۲، ص۴۱۳) زیرا:

اول- با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، این امراض برای طرف مقابل، ضرر و حرج را به دنبال دارند و از طرفی، مهلک و کشنده هستند و غالباً از طریق رابطه جنسی -که مقتضای عقد نکاح است- منتقل می‌شوند؛ بنابراین دوری‌جستن از آفت زیان‌بخش، به حکم عقل و شرع واجب است. (معرفت، ۱۳۷۶، ص۳)

دوم- نظر به این‌که ارتکاز مردم، بر سلامت از بیماری‌های مهلک و خطرناکی مانند ایدز و هپاتیت و ... در ضمن عقد است (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۷ و مغنیه، ۱۴۱۲، ج۵، ص۲۶۱) و طرف مقابل، با اخفاء این عیب، تدلیس کرده (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۴۰؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا، ج۲، ص۲۰۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۱۱، ص۴۷۵)، پس با استناد به خیار تخلّف از شرط و خیار تدلیس، می‌توان برای فرد متضرّر، حق فسخ در نظر گرفت.

سوم- استفاده از وسایل بهداشتی، نه تنها صد در صد مانع سرایت این بیماری نخواهد بود، بلکه مانع فرزندداشدن هم می‌شود؛ لذا غالب افراد، حاضر به ازدواج و ادامه زندگی با چنین اشخاصی نیستند. (حاتمی و سلطانی، ۱۳۹۶، ص۸۵۱)

چهارم- از آن‌جا که در خصوص سایر عیوب مسری و مهلک مانند جذام، منافات‌داشتن با هدف نکاح یعنی استمتاع جنسی و استناد به قاعده لاضرر، ملاک فسخ نکاح از سوی فرد متضرّر ذکر شده (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۳۸۴) حال، با تنقیح مناط و تحلیل وحدت ملاک میان عیوب مجوّز فسخ نکاح، که ملاک جواز فسخ را، در عدم امکان معاشرت یا معاشرت همراه با مشقّت زیاد می‌دانند می‌توان استنباط کرد که چون این ملاک در بیماری‌های مسری و خطرناکی مانند ایدز و هپاتیت و ... به طریق اولی وجود دارد (جواهری، ۱۴۲۲، ص۴۱۳) پس با استناد به قیاس اولویت، می‌توان برای طرف مقابل، به‌ویژه زنان که امر طلاق آنها به دست مردان است و به راحتی نمی‌توانند طلاق بگیرند، حق فسخ در نظر گرفت. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴)

حال اگر گفته شود که در چنین مواردی می‌توان از طریق طلاق، دفع ضرر کرد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۲، ص۱۳۳)، مرد که از حق طلاق برخوردار است و زن هم با استناد به بند ۵ از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌تواند درخواست طلاق کرده یا جدای از مرد زندگی کند (نجفی، ۱۴۱۲، ج۳۰، ص۳۳۰)، این نظریه از چند جهت مورد نقد قرار می‌گیرد:

اول- طلاق، نیاز به تشریفات خاص دارد و گاهی رویه دادرسی طولانی می‌شود؛ در حالی‌که 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 حالی‌که در صورت فسخ نکاح، مهری نخواهد بود و بدین‌صورت 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 ۱۱۳۰، 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 فدیه، برای جلب رضایت مرد بر طلاق نخواهد داشت که این هم ضرری برای زن محسوب می‌شود؛ در حالی‌که 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 مهلک نیز با مبنای قاعده لاضرر منافات دارد؛ زیرا مستلزم عدم برقراری روابط زناشویی و محروم‌شدن زن از فرزنددارشدن است که این هم برای زن، ضرر محسوب می‌شود.

پنجم- جدازندگی‌کردن 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 این‌که زن، در حالت بلاتکلیفی 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، ج۲، ص۳۷). 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، هپاتیت، سیفلیس، سوزاک، جذام و...، علاوه بر استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، به خاطر قیاس اولویت و تنقیح مناط و الغای خصوصیت، موجب فسخ نکاح خواهند بود. (جواهری، ۱۴۲۲، ص۴۱۳)

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 این‌که 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 این‌که 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، مبتلاشدن شوهر به امراض مقاربتی نمی‌تواند موجبی برای فسخ نکاح از سوی زن به شمار 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: اگر چه در این ماده تصریح شده به این‌که 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 درنظرگرفتن 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؛ همان‌طورکه در ایام حیض از جهت آن‌که نزدیکی برای زوجین ممنوع است، امتناع زوجه از نزدیکی، تکلیف شرعی او به‌شمار می‌آید؛ لذا استحقاق دریافت نفقه را خواهد داشت. (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶، ج۵، ص۱۷۸)

جهت پنجم: به موجب قاعده لاضرر، هیچ‌کس حق ندارد با سوءاستفاده از حق خویش، به دیگری ضرر برساند؛ همان‌طورکه 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 بلاتکلیف‌گذاشتن زن جایز نیست؛ چون مستلزم ستم به اوست و با عدالت اسلامی ناسازگار است. (مطهری، ۱۳۵۳، ص۲۱۶)

بنابراین، از آن‌جا که هر ضرری، حرج محسوب شده و هر حرجی، ضرر به‌شمار می‌آید، لذا باید بتوان با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج، 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 لاحرج، عموم و خصوص من وجه است و از آن‌جا که هرچه در آن عسر و حرج باشد، داخل در معنای ضرر خواهد بود (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج۱، ص۳۰۴)، پس بین این دو قاعده، قرابت معنوی وجود دارد (نجفی، ۱۴۱۲، ج۳۶، ص۴۲۴) و قاعده عسر و حرج با قاعده لاضرر، متحد یا متداخل است (ابن‌نجیم، ۱۴۲۶، ص۸۵). 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، ج۱، ص۱۶۱)

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 لاحرج، 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 (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۳۹؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص۴۵۳؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج۲، ص۲۹۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ص۴۵۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۶ و سبحانی تبریزی، بی‌تا، ج۲، ص۱۶۰)؛ لیکن باید گفت از آن جا که در عیوب فوق، بنای مردم بر ارتکاز آنها بر اصالة‌الصحه 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، ص۳۰۳)

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 مودّت 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 مشقّت‌بار می‌شود و حتی از لحاظ روانی نیز آرامش و سلامت روانی افراد را به مخاطره می‌اندازد. (محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۶۷)

سوم- به موجب قاعده لاضرر و لاحرج، الزام فرد به تحمل شرایط سخت و مشقّت‌بار، تکلیف مالایطاق به‌شمار می‌آید که از افراد خواسته نشده است (حاتمی و سلطانی، ۱۳۹۶، ص۸۵۷) و صبرکردن بر چنین شرایطی، نوعی ضرر محسوب می‌شود. این تکلیف به صبر، به موجب قاعده لاضرر، برداشته می‌شود و نتیجه آن، درنظرگرفتن حق فسخ یا طلاق برای فرد متضرر

است (یزدی، بی‌تا، ج۲، ص۷۵). از آن‌جا که قائل‌شدن به فسخ نکاح، نسبت به امر طلاق، به‌ویژه برای زنان، مزیت‌های بسیاری از جمله سهولت انحلال نکاح و جدایی، عدم اثبات عسر و حرج و ... به دنبال خواهد داشت، می‌تواند راه حل مناسب‌تری از طلاق باشد.

۴،۳. فسخ نکاح به دلیل بیماری‌های مهلک و غیر مسری: گاهی بیماری، مهلک و صعب‌العلاج 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 حدّی است که فرد را از پای می‌اندازد و خانه‌نشین می‌کند. بنابراین می‌توان این نوع بیماری‌ها را در قالب زمانت[1] ریخت و برای طرف مقابل، حق فسخ در نظر گرفت (محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۶۷). حال اگر فقهای مشهور در خصوص این بیماری‌ها فتوا نداده‌اند، دلیل بر نادرستی این استدلال نیست؛ بلکه به این جهت است که این بیماری‌ها در عصر آنها شایع و شناخته‌شده نبوده است. مضاف بر آن، گاهی مرد به دلیل زمین‌گیری، نمی‌تواند از عهده مخارج زندگی برآید؛ این در حالی است که طبق ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، زمین‌گیری مرد از موجبات فسخ نکاح از سوی زن نمی‌باشد. در حالی‌که اگر مبنای فسخ نکاح را دفع ضرر بدانیم؛ از نظر متضررشدن، تفاوتی میان زن و مرد نیست؛ زیرا همان‌طورکه مرد از زندگی با زن زمین‌گیر متضرر می‌شود، زن نیز به طریق اولی، از زندگی با مرد زمین‌گیر متضرر می‌گردد. (معرفت، ۱۳۷۶، ص۳)

۴،۴. فسخ نکاح به دلیل بیماری جذام در مرد: در روایات و فتاوای فقهاء، بیماری جذام در مرد، موجب فسخ نکاح از سوی زن نیست و این عیب، به دلیل استناد به قاعده اصالةاللزوم، از جمله عیوب مختص زن دانسته شده و فقط به مرد، حق فسخ نکاح داده شده است (نجفی، ۱۴۱۲، ج۳۰، ص۳۳۰ و بحرانی، ۱۴۰۹، ج۲۴، ص۳۵۱). اما این نظر، قابل مناقشه است؛ زیرا این قاعده در جایی کاربرد دارد که پایبندی به اصالةاللزوم، مستلزم ضرر نباشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ج۲، ص۱۷۶). در مقابل نظر مشهور، گروهی دیگر از فقهاء، برص و جذام را از جمله عیوب مشترک در زن و مرد می‌دانند (ابن‌البراج، ۱۴۰۶، ص۲۳۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ص۱۸۴؛

۱. هرگونه دردر و بیماری که انسان را از پای می‌اندازد و خانه‌نشین می‌کند.

علامه حلی، ۱۴۱۳، ج۳، ص۶۶؛ الحلی، ۱۳۸۷، ص۱۸۱؛ سیوری، ۱۴۰۴، ص۱۷۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴، ص۲۶۹ و اصفهانی، ۱۳۶۶، ص۲۷۹). لذا با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج می‌توان به دلایل ذیل، برای زن، حق فسخ در نظر گرفت:

اول- از تنقیح مناط میان عیوب مجوّز فسخ نکاح به دست می‌آید که هدف از نکاح، استمتاع جنسی و بقای نسل است که در صورت عدم تحقّق 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، ص۱۲۶ و محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۶۷)

دوم- جذام از بیماری‌های واگیردار است که موجب ضرر برای زن می‌باشد، زیرا پابرجابودن پیوند زناشویی، برای فرد سالم، زیان‌آور است (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۲۶۸)؛ 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، ص۴۲۰). 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 لاحرج برداشته می‌شود و در این موارد، هیچ دلیلی بالاتر از دلیل عقل و بنای عقلاء وجود ندارد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج۷، ص۱۸۴). همچنین با توجه به این‌که در روایت «**انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل**» (الحر العاملی، ۱۳۹۱، ج۱۴، ص۶۱۱ و الکلینی الرازی، ۱۴۰۷، ج۵، ص۴۰۶)، کلمه ردّ آمده، لفظ ردّ در مورد فسخ نکاح صحیح است و اگر آن‌را به‌معنای طلاق بگیریم بدون دلیل موجّه، حکم را معلق بر امری مسکوت در روایت کرده‌ایم. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۱، ج۲، ص۱۸۹)

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، ج۲، ص۱۳۲ و جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۱۰)؛ 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. به‌علاوه مرد می‌تواند با طلاق‌دادن زن، خود را رها کند؛ در حالی‌که تنها راه نجات و رهایی زن، قائل‌شدن حق فسخ برای او می‌باشد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج۱۳، ص۲۶۹ و جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴)

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، ج۳۰، ص۳۳۰)؛ در حالی‌که این راه چاره، مخالف با مقتضای عقد و دستور قرآن به حُسن معاشرت (نساء:۱۹) است؛ زیرا نگهداشتن زن در بلاتکلیفی و منع‌کردن او از استمتاع جنسی و فرزنددارشدن، ضرر محسوب می‌شود و با یکی از اهداف مهم نکاح - التذاذ جنسی- منافات دارد. (مطهری، ۱۳۵۳، ص۲۶۹)

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، ج۳۰، ص۳۳۰ و بحرانی، ۱۴۰۹، ج۲۴، ص۳۵۱)؛ 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 آشکارشدن عیب، بعد از عقد و بعد از نزدیکی باشد و مدلّس، 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 پیسی بعد از عقد، در صورت تمایل‌نداشتن زن به همسری مرد و مسری‌بودن مرض، زن می‌تواند طلاق بگیرد (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ج۱، ص۷۸). 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 (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۵، ص۳۸۲). با این حال، صاحب ریاض، استدلال شهید ثانی مبنی بر مشترک‌بودن بیماری برص و جذام در زن و مرد را به استناد مسری‌بودن این عیوب ردّ می‌کند و می‌فرماید: «اگر قرار باشد به استناد مسری‌بودن این عیوب، آنها را از

جمله عیوب مشترک به‌شمار آوریم، لازمه این سخن آن است که تمام امراض مسری، از جمله عیوب مشترک به‌شمار آیند؛ در حالی‌که به نظر نمی‌رسد خود شهید ثانی هم قائل به این نظر باشد» (الطباطبایی، ۱۴۱۸، ج۱۱، ص۴۵۲)؛ چنان‌که در کلام شیخ انصاری هم، همین سیاق، ناظر به استدلال شهید ثانی آمده است (انصاری، ۱۴۱۵، ص۴۳۴). گروهی دیگر از فقهاء در این مسئله، ثبوت حق فسخ در تمام امراض مسری را از ساحت تمام فقهاء منتفی دانسته‌اند (روحانی، ۱۴۱۴، ج۲۲، ص۷۵). در مجموع چنین برداشت می‌شود که فقهاء، از باب تعبّد بر نصوص وارده، قائل به عدم امکان تسرّی 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، ج۳، ص۱۷۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵، ج۴، ص۳۶۸ و اراکی، ۱۴۱۹، ص۴۵۶)

اما با استناد به قاعده لاضرر و لاحرج (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴ و علامه حلی، ۱۴۱۸، ج۷، ص۱۸۴) 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 آن‌جا 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 لاحرج می‌توان گفت: اگر وجود بیماری برص در زوج، باعث کراهت زن از معاشرت با زوج و انجام روابط زناشویی شود، به‌طوری‌که ادامه زندگی را برای او سخت کند، چنین موردی می‌تواند از مصادیق عسر و حرج محسوب شده و مجوّز درخواست طلاق از سوی زن باشد؛ قطعاً از بُعد روان‌شناسی نیز تحمل چنین وضعیتی برای زن، سخت و طاقت‌فرسا خواهد بود (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷، ج۱، ص۶۱). اما از آن‌جا 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 متضررشدن زن و مرد از بیماری برص و جذام یکسان است. زیرا همان‌گونه‌که 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 ناپسندشدن ظاهر می‌شود. (جمالی، ۱۳۸۶، ص۶۹)

سوم- به موجب قاعده لاحرج، 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، ص۲۸۳ و محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۶۷)

چهارم- هر عیبی که با هدف و مقصود زندگی زناشویی از جمله تناسل، ایجاد مودّت و محبت میان زوجین و... منافات داشته باشد و باعث تنفر زوجین از همدیگر شود، سبب حق خیار فسخ می‌شود (محسنی، ۱۳۸۲، ص۲۶۷)، زیرا عقد، بر پایه سلامت زوجین از عیوب، منعقد شده است (کمال‌الدین امام، ۱۴۱۶، ص۲۵۵). همچنین از آن‌جا که از جمله موجبات فسخ نکاح، تدلیس و فریبکاری در امر نکاح است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج۸، ص۱۴۰؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا، ج۲، ص۲۰۸ و طباطبایی، ۱۴۱۸، ج۱۱، ص۴۷۵) و تدلیس هم به‌معنای پنهان‌کردن عیب می‌باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۳۰، ص۳۶۳؛ مدنی تبریزی، ۱۴۱۲، ج۲، ص۱۳۰ و نجفی، ۱۴۱۲، ج۲، ص۱۳۰)، لذا پنهان‌کردن این عیوب هم می‌تواند مصداق تدلیس باشد؛ زیرا سکوت در مقابل یک عمل فریبکارانه است (نجفی، ۱۴۱۲، ج۳۰، ص۳۶۳ و سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۴) و بر حسب عرف و عادت، بنای عقد را بر سالم‌بودن فرد و نداشتن بیماری در ضمن عقد می‌گذارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج۲۵، ص۱۳۷ و مغنیه، ۱۴۱۲، ج۵، ص۲۶۱). پس بر مبنای این شرط، می‌توان به فرد سالم، در صورت بیماربودن طرف مقابل، حق فسخ داد. حال در خصوص بیماری برص در مرد، که مجوّز 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؟ چنان‌که برخی از فقهاء هم قائل به اشتراک این عیب در مرد و زن شده‌اند و آن را از موجبات فسخ نکاح برای زن دانسته‌اند (ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج۲، ص۲۳۱ و جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۶، ص۳۳۳)؛ لذا اگر مبنای فسخ نکاح در این عیوب را دفع ضرر بدانیم، تفاوتی میان زن و مرد از نظر متضررشدن وجود ندارد؛ زیرا همان‌طورکه مرد از زندگی با زن مبتلا به پیسی احساس کراهت می‌کند، زن نیز به طریق اولی چنین احساسی خواهد داشت. پس همان‌طورکه مرد، حق فسخ دارد، زن نیز به قیاس اولویت- از آن جایی‌که اختیار طلاق ندارد- حق فسخ خواهد داشت. (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج۲، ص۱۲۴)

نتیجه‌گیری

با درنظرگرفتن 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 لاحرج 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 فرزنددارشدن می‌گردند یا این‌که موجب انزجار و نفرت زوجین از همدیگر می‌شود؛ در واقع نوعی ضرر به‌شمار می‌آید که زندگی زناشویی را توأم با مشقّت می‌سازد. از آن‌جاکه 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 لاحرج مبنی بر درنظرگرفتن حق فسخ برای متضرر، دلیل بر نادرستی این استدلال نیست.

۴. اگرچه عیوب موجب فسخ نکاح در قانون مدنی، به‌صورت حصری بیان شده است، اما به‌نظر می‌رسد که قائل‌شدن به تمثیلی‌بودن 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. ابن‌البراج الطرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، *المهذّب*، قم: النشر الاسلامی.
۲. ابن‌نجیم، زین‌الدین ابراهیم (۱۴۲۶ق)، *الاشباه و النظائر*، 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. ـــــــــــ (۱۴۱۶ق)، *فرائد الاصول*، قم: النشر الاسلامی.
۷. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۰۹ق)، *الحدائق الناضره*، بیروت: دارالأضواء.
۸. جبعی عاملی، زین‌الدین (شهید ثانی) (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیه*، قم: داوری.
۹. ـــــــــــ (۱۴۱۳ق)، *مسالک الافهام*، قم: المعارف الاسلامیه.
۱۰. جواهری، حسن (۱۴۲۲ق)، *بحوث فی الفقه المعاصر*، قم: مجمع الذخایر الاسلامیه.
۱۱. جوهری، اسماعیل‌بن حماد (۱۴۰۴ق)، *الصحاح تاج اللغه*، بیروت: دارالعلم للملایین.
۱۲. حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۷۶ش). *شرح قانون مدنی*، تهران: گنج دانش.
۱۳. الحرّ العاملی، محمدبن الحسن (۱۳۹۱ق)، *وسائل الشیعه*، بیروت: دار احیاء.
۱۴. حسنی، علیرضا (۱۳۸۳ش)، *فسخ نکاح در حقوق ایران و نحوه 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 (۱۴۰۵ق)، *جامع المدارک*، قم: اسماعیلیان.
۱۸. الذیباری، 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 حسین‌بن محمد (۱۴۱۲ق)، *المفردات*، بیروت: دارالقلم.
۲۱. روحانی، سیدصادق (۱۴۱۴ق)، *فقه الصادق*، قم: دارالکتاب.
۲۲. سبحانی تبریزی، محمدحسین (بی‌تا)، *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه*، قم: بی‌نا.
۲۳. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، *مهذب الاحکام*، قم: المنار.
۲۴. سیوری، جمال‌الدین مقدادبن عبدالله (۱۴۱۴ق)، *التنقیح الرائع*، قم: مکتبه آیةالله المرعشی النجفی.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۶ق)، *هدایه العباد*، قم: دارالقرآن الکریم.
۲۶. صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق)، *شرح العروه الوثقی*، قم: مجمع الشهید 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 المکاسب*، قم: اسماعیلیان.
۳۰. العلامه الحلی، حسن‌بن یوسف (۱۴۱۳ق)، *قواعد الأحکام*، قم: النشر الاسلامی.
۳۱. ـــــــــــ (۱۴۱۸ق)، *مختلف الشیعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.