

تأملی نو بر عیوب موجب فسخ نکاح

تاریخ دریافت: ۸۸/۱۱/۱۷

تاریخ تأیید: ۸۸/۱۲/۳

سیدمهدی میرداداشی*

چکیده

این مقاله می‌کوشد ضمن بررسی مبانی فقهی حق فسخ نکاح، به مهم‌ترین و چالش‌انگیزترین مباحث حقوقی نوین درباره حق فسخ نکاح به استناد عیوب بپردازد. نوشتار حاضر با طرح امکان علاج برخی بیماری‌ها و عیوب مذکور در قانون مدنی و تأثیر آن بر حق فسخ از یک سو و پیدایش عیوب جدید و امکان تسری از عیوب منصوصه از سوی دیگر، به طرح نظرات فقهی پرداخته است و برای موارد و موضوعات جدید، سعی دارد احکام فقهی و حقوقی آنها را مشخص سازد.

واژگان کلیدی: فسخ نکاح، عیوب، امکان درمان عیوب، بیماری‌های جدید.

مقدمه

قوانینی که در ارتباط با خانواده تصویب شده است و هم‌اکنون نیز لازم‌الاجراست، در برخی موارد با معضلات و مشکلاتی روبه‌رو شده است؛ از جمله این قوانین، مقررات مربوط به امکان فسخ نکاح است. «نکاح» نوعی عقد است و طبعاً باید شرایط اساسی و قواعد عمومی معاملات در آن رعایت شود. یکی از قواعد عمومی معاملات، شناختن «حق فسخ» برای طرف متضرر است. قانونگذار و شارع مقدس تا آنجا که با طبیعت نکاح سازگار باشد، برخی از اختیارات مشترک را در عقد نکاح پذیرفته است که به طور عمده می‌توان به خیار عیب و تدلیس اشاره کرد. مجموعه حاضر در تلاش است حق فسخ موجود در عقد نکاح را با رویکردی نوین مورد مذاقه و بررسی قرار دهد و به پرسش‌های ذیل پاسخ گوید:

الف) چنانچه عیوب مذکور در قانون مدنی جزء بیماری‌های قابل درمان باشد، آیا حق فسخ ساقط خواهد شد؟

ب) آیا موجبات فسخ نکاح، به موارد مذکور در قانون منحصر است؟

ج) آیا عیوب مرتبط با مقاربت مانند «خصاء» و «قرن» که در قانون آمده است، موضوعیت دارد یا مشروط به عدم امکان مقاربت است؟

در این نوشتار، ضمن مطالعه و بررسی دقیق روایات و نصوص وارده از ائمه معصوم^{علیهم‌السلام}، متون و منابع اصیل فقهی و نظریه‌های فقها و دیدگاه برخی از پزشکان، نخست به مبانی فقهی فسخ نکاح همچون تعبد محض، قواعد «لاضرر»، «لاخرج» و «شرط تبانی صحت» خواهیم پرداخت و سپس با توجه به تحولات پزشکی و پیدایش بیماری‌های جدید، از تأثیرات آن بر فسخ نکاح، به استناد عیوب، سخن به میان خواهیم آورد.

۱. بررسی مبانی فقهی حق فسخ، به استناد وجود عیب

در اینکه «مبنای فقهی حق فسخ چیست؟» در میان فقیهان و صاحب‌نظران اختلاف است. برخی مبنای حق فسخ را تعبد محض می‌دانند. بعضی مبنای حق فسخ را قواعد لاضرر و نفی حرج می‌پندارند و برخی نیز به شرط تبانی صحت اشاره می‌کنند.

۱-۱. تعبد محض

برخی از فقیهان ضمن بیان اینکه فلسفه احکام برای کسی شناخته نیست و آنچه در شرع آمده است، قابل تسری به موارد مشابه نیست و از سویی تنقیح مناط نیز به طور قطع مفید نیست، بر لزوم تلقی احکام از شارع مقدس موضوعاً و حکماً بدون تمایز میان ابواب عبادات و معاملات تأکید و تصریح کرده‌اند (فتاحی معصوم، ۱۳۸۰، ص ۵۶ / انصاری، ۱۴۲۷، ص ۱۲ / بحرانی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۳۶۵ / خوبی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۷۰). این بیان خالی از اشکال نیست؛ زیرا تفکیکی میان ابواب عبادات و معاملات قائل نشده است؛ یعنی در باب عبادات به معنای اخص آن که نیایش و قصد تقرب، ساختار اصلی آن را تشکیل می‌دهد - مثل نماز، روزه، حج و... - تعبد محض حاکم است؛ ولی در باب «معاملات» به معنای اعم آن، در همه احکام تکلیفیه و وضعیه که جنبه نیایش ندارد، احکام از شرع تلقی می‌شود؛ ولی موضوع - اگر بیانی از جانب شرع درباره آن نرسیده باشد - کاملاً به عرف یعنی متعارف میان عقلاً موکول شده است (معرفت، ۱۳۶۷، ص ۵). آیت‌الله معرفت در این باره می‌نویسد:

در باب معاملات، تعبد محض در کار نیست و تا حدودی ملاک‌های احکام قابل درک است و کوشش فقهای سلف بر آن بوده است تا با پی‌بردن به ملاک‌های برخی احکام، به مناطات واقعی* دست یابند و بدین وسیله در دایره موضوع آن حکم، توسعه یا تضییق قائل شوند و احیاناً حکمی را از موضوعی که در لسان دلیل مطرح شده است، به موضوع دیگر که در مناط حکم با او مشترک است، سرایت دهند و آن را به نام «قیاس مستنبط‌العله» می‌خوانند، البته به شرط اینکه کشف مناط، قطعی بوده باشد؛ برای مثال: در نماز، اگر بدن یا لباس مصلی به خون آغشته باشد و پهنای آن کمتر از یک درهم (پنج ریال) باشد، مورد عفو است، حال اگر قطره مایعی با خون آغشته شد و مجموعاً از «سعه درهم» کمتر بود، آیا باز هم مورد عفو است؟ برخی از فقها گفته‌اند آنچه مورد عفو بوده، «خون» کمتر از درهم بود، نه مایع آغشته به خون؛

* مناط یعنی آنچه حکم شرعی وجوداً و عدماً دائرمدار آن است که احیاناً از شعاع عنوان مطرح شده در موضوع، فراتر یا کوتاه‌تر است؛ بنابراین حکم شرعی دائرمدار آن می‌گردد و عنوان موضوع مدخلیت ندارد، مثل حرمت خمر که روشن شود مناط عنوان «مایع مسکر» است، نه خصوص «خمریت» و یا همچون «و بعتن احق بردهن» که مخصوص رجعیات است، نه مطلق مطلقات (بقره: ۲۲۸).

فلذا مایع آغشته به خون در نماز معفو به نیست، ولی مرحوم شیخ حسین حلی در درس می فرمود: باید ملاحظه نمود خون با عنوان خون بودن مانع صحت صلاة است و کمتر از درهم، عفو شده یا نجاست آن؟ قطعاً ذات خون مورد حکم شرعی قرار نگرفته است؛ زیرا خون ماهی، مثلاً مورد بحث نیست، پس نجاست خون است که «منعاً» و «عفواً» مورد نظر شارع قرار گرفته است. در نتیجه مایعی که آغشته به خون است و سعه آن از پهنای یک درهم کمتر است نیز مورد عفو است؛ بنابراین ابواب معاملات دارای ویژگی‌هایی است: اولاً، تعبد محض حاکم نیست و تا حدودی ملاکات احکام روشن است؛ ثانیاً، فقیه باید با دقت در جوانب حکم و ملاحظه مناسبت حکم و موضوع و قراین و شواهد دیگر، مناط اصلی موضوع حکم را به دست بیاورد؛ ثالثاً، با به دست آوردن مناط اصلی، در موضوع حکم توسعه یا تضییق قائل شود؛ رابعاً، اگر مناط قطعی باشد، آن حکم را از موضوع مطرح شده به دیگر موضوعات یا موارد مشابه تسری دهد؛ خامساً، بیشتر احکام در باب معاملات به صورت کلی القا شده و قابل تطبیق بر موضوعات نوظهور بر حسب زمان و مکان می باشد (معرفت، ۱۳۶۷، ص ۵).

سیره عملی نویسندگان متون فقهی بر اهمیت و جایگاه عقل صحه می گذارد. بارها دیده شده است که فقها و حتی آن عده که عقل را از درک مناطات احکام عاجز می دانند، در کتاب‌های فقهی آورده‌اند: «و يدل عليه، الادلة الاربعه، قرآن، سنت، اجماع و عقل هر کدام به طور مستقل، بر این حکم دلالت دارند». این عبارت در صورتی صحیح است که اگر فرض کنیم قرآن، سنت و اجماع برای درک و بیان حکم، موجود نباشد، اعتماد به عقل کافی باشد؛ پس اگر عقل از توان درک مناط حکم شرع بی بهره است، چگونه بر آن دلالت می کند؟! (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۲۸). البته این گفته صحیح است که استفاده از عقل در کشف حکم شرعی* با به کارگیری آن در درک مصالح حکم شرعی مکشوف،** تفاوت دارد؛ به عبارت دیگر «استفاده از عقل در کشف حکم شرعی» و «به کارگیری عقل در درک مصالح حکم شرعی مکشوف» از دو مقوله‌اند و استفاده از عقل به عنوان منبع مستقل در استنباط حکم شرعی، صحیح است. البته در موقعیتی که توانسته است مصالح و

* کاربرد استقلالی عقل برای کشف حکم شرعی.

** کاربرد توجیهی عقل برای درک مصالح حکم شرعی.

مفاسد عملی را دریابد، در غیر این صورت، درباره مقوله دوم و به کارگیری عقل در درک مصالح حکم شرعی مکشوف، به طور قطع می‌توان تردید کرد؛ برای مثال، اگر شارع مقدس به نجاست بول، حرمت شراب، بطلان ازدواج همزمان دو خواهر با یک مرد و امثال اینها حکم می‌کند، نمی‌توان به کمک عقل، علت را یافت و مدعی شد فلسفه فلان حکم، قطعاً فلان علت است و براساس آن به توسعه و تضییق حکم پرداخت؛ حتی اگر شارع مقدس آشکارا علت حکمی - مانند «الخمیر حرامٌ لانه مسکر» - را بیان کرد، باز هم نمی‌توان حکم حرمت را به مطلق مسکرات تعمیم داد؛ زیرا ممکن است «اسکار خمر» خصوصیت داشته باشد و یا علت مؤثر دیگری وجود داشته باشد که شارع آن را بیان نکرده باشد، مگر اینکه علت حکم چنان در لسان شارع بیان شود که بتوان انحصار و کبرای کلی را از آن دریافت که در این صورت می‌توان از توسعه حکم در غیر مورد منصوص، سخن به میان آورد (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۴۳).

علاوه بر مطالب پیش گفته، توجه به اصل عدل در حقوق خانواده نیز می‌تواند فقهای ما را به سمت تأمین هرچه بیشتر حقوق زنان در حیطة خانواده و از جمله انحلال و فسخ نکاح هدایت کند. چنان‌که می‌دانیم، اصل عدل یکی از ارکان کلام و فقه اسلامی است؛ همان اصلی که قانون تطابق عقل و شرع را در اسلام به وجود آورده است؛ یعنی از نظر فقه اسلامی و یا فقه شیعه، اگر ثابت شود که عدل ایجاب می‌کند فلان قانون باید چنین باشد، نه چنان و اگر چنان باشد، ظلم است و خلاف عدالت است، به ناچار باید بگوییم حکم شرع هم همین است؛ زیرا شرع اسلام طبق اصلی که خود تعلیم داده است، هرگز از محور عدالت و حقوق فطری و طبیعی خارج نمی‌شود. علمای اسلام با تبیین و توضیح اصل «عدل»، پایه فلسفه حقوق را بنا نهاده‌اند (مطهری، ۱۳۶۹، ص ۱۵۵).

۱-۲. قواعد «لاضرر» و «لاحرج»

شکی نیست که قواعد مذکور از قواعد حاکم‌اند. مرحوم شیخ انصاری که برای نخستین بار بحث «حکومت» را در «اصول» مطرح کرده، در مقام تبیین آن فرموده‌اند: «حکومت» یعنی دلیل حاکم در دلیل محکوم تصرف کرده و تنزیلاً و تعبداً موضوع دلیل محکوم را نابود سازد و به تعبیر بهتر آن موضوع قبلی را بر هم زده و دایره آن را

توسعه دهد یا تضییق کند. در واقع «حکومت» دو شعبه دارد؛ گاهی دلیل حاکم موجب تضییق دامنه دلیل محکوم می‌گردد و گاهی نیز دایره دلیل محکوم را توسعه می‌دهد (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۷۵۰).

درباره مفهوم حدیث «لاضرر» و اینکه منظور از آن چیست؟ فقها اختلاف کرده‌اند که به نظر می‌رسد آنچه مرحوم شیخ انصاری فرموده‌اند، طرفدار بیشتری دارد. ایشان می‌فرماید: «قاعده "لاضرر"، حکم ضرری را نفی می‌کند.»* در تأیید این نظریه می‌توان گفت در واقع آنچه در اختیار قانونگذار است و باید به آن پردازد، تشریح و نفی احکام است، نه زوال موضوع خارجی.

حال باید دید در بحث عیوب موجب فسخ نکاح، آیا می‌توان از قاعده «لاضرر» و «لاخرج» به عنوان مبنای حق فسخ دفاع کرد؟

از کلام برخی فقها در مقام تعمیم عیوب برص و جذام به مرد، اینگونه استفاده می‌شود که می‌توان از قاعده «لاضرر» به عنوان یکی از مبانی حق فسخ، دفاع کرد. علامه حلی از ابن‌براج نقل می‌کند که ایشان در اثبات اشتراک برص و جذام درباره زن و مرد، به مواردی استدلال کرده است که از آن جمله، مسئله ضرر و لزوم دفع آن است.** ایشان سپس کلام ابن‌براج را نیکو شمرده است.*** چنانچه محقق کرکی در شرح بر کلام علامه حلی در قواعد می‌فرماید:

(مخالفتان مشهور، همچنین استدلال کرده‌اند) که هریک از عیوب برص و جذام، به ضرر منجر می‌شود؛ زیرا این عیوب به اتفاق پزشکان از امراض ظاهراً مسریه‌اند و از رسول اکرم ﷺ روایت شده است که فرمودند: از شخص مجذوم فرار کن، چنانکه از شیر فرار می‌کنی. پس به ناچار راه گریزی باید جست و راه خلاصی نیست، جز اختیار فسخ‌داشتن****

* برای توضیح بیشتر، ر.ک: مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۸ به بعد و نیز در مفهوم قاعده لاخرج، ر.ک: همان، ص ۱۵۹ به بعد.

** «... و لأنه يؤدي إلى الضرر، إذ ذلك من الأمراض المعدية...» (حلی، ۱۴۱۷، ج ۷، ص ۱۸۴).

*** «و کلام ابن‌براج حسن لا بأس به» (همان، ص ۱۸۵).

**** «و بأنه يؤدي إلى الضرر، إذ ذلك من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء و قد روی إنه ﷺ قال: "فر من المجذوم فرارک من الاسد" فلا بد من طریق التخلّص و لا طریق الا الخیار...» (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج ۱۳، ص ۲۶۹).

شهید ثانی ضمن بیان اشتراک زن و مرد در جنون، جذام، برص و اعمی، به نقل از ابن براج و ابن جنید، دلیل ایشان را در برص و جذام پذیرفته است* و در مقام بیان استدلال به مسئله ضرر و لزوم دفع آن اشاره می‌کند.**

برخی از فقیهان در بیان علت تفاوت میان زن و مرد در جنون، به اینکه برخلاف زن، اگر جنون مرد بعد از عقد هم حاصل شود، برای زن امکان فسخ نکاح وجود دارد، گفته‌اند: «... و لان الضرر اللازم علی المرأة بالجنون موجود علی التقديرین؛ و برای اینکه ضرری که بر زن لازم می‌آید، از راه جنون مرد در هر دو فرض قبل و بعد از عقد، موجود است» (محقق کرکی، ۱۴۱۱، ج ۱۳، ص ۲۲۰).

مرحوم صاحب جواهر در مقام استدلال برای حق فسخ زن در صورت جنون مرد قبل از عقد، می‌فرماید: «... لنفی الضرر والضرار الغرور والتدلیس...» (نجفی، ۱۴۰۱، ج ۳۰، ص ۳۱۹)؛ چنان‌که درباره جنون مرد بعد از عقد و امکان حق فسخ از سوی زن نیز به قاعده لاضرر استناد می‌کند (همان، ص ۳۲۱) و نخستین دلیل حق فسخ درباره خصاء را حدیث لاضرر بیان می‌کند (همان، ص ۳۲۲).

ایشان درباره بیماری «قرن» که مانع از نزدیکی نیست، از «شیخ» و «قاضی» نقل کرده است که مرد حق فسخ ندارد و حتی به نقل از مسالک، این گفته را به بیشتر فقیهان نسبت داده است و سپس به اصل (لزوم)، احتیاط و انتفای ضرر استناد کرده است (همان، ص ۳۳۳). برخی از نویسندگان اهل سنت، ضمن تقسیم عیوب موجب فسخ نکاح، به عیوب جنسی و عیوب منفور و مضر و اینکه فقها برای عیوب منصوصه، نصی ذکر نمی‌کنند و نیز ضمن بیان اینکه مناط حکم فقیهان برای ایجاد حق فسخ در عیوب منصوصه جنسی، تنفر و ضرر است، معتقدند از آنجا که خطر بیماری «ایدز» به مراتب بالاتر از جذام، برص و جنون است؛ پس مناط حکم درباره ایدز که همان مجموع ضرر و نفرت است، می‌آید.***

* «... و دلیلها فی غیر الجذام والبرص غیر واضح، اما فیهما ففی غایة الجوده...» (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۱۱۰).

** «و حصول الضرر منه بالعدوی باتفاق الاطباء و اهل المعرفة...» (همان، ص ۱۱۱).

*** «... فان الاصابه بمرض الایدز والسرطان و نحوهما، اعظم ضرراً و اشدّ خطراً من تلك الامراض التي نص الفقهاء علی اجازة الفسخ بها...» (الأشقر، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۵۳).

آیا قاعده لاضرر و نیز قاعده نفی حرج، فقط لسان نفی و جنبه بازدارندگی دارند یا علاوه بر آن، لسان اثبات حکم و جنبه سازندگی نیز دارند؟

بی‌شک این قواعد، احکام موجود را شامل می‌شوند؛ یعنی با این قواعد می‌توان احکامی را که در شریعت وجود دارند و باعث ضرر یا عسر و حرج می‌شوند، رفع کرد و برداشت؛ ولی در اینکه آیا این قواعد، فرض نبود حکم (عدم‌الحکم) را هم دربرمی‌گیرند یا خیر؟ میان فقها اختلاف است.

برخی معتقدند این قواعد، صورت نبود حکم را شامل نمی‌شود؛ یعنی اگر فقدان حکمی باعث ضرر یا عسر و حرج شود، نمی‌توان با استناد به این قواعد، احکام جدیدی وضع کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ص ۶۷ / آل کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۲۲).

نگرانی این دسته به طور عمده ناشی از این است که ممکن است با این وضع، احکام الهی دچار تغییر و تبدیل شود و فقه جدیدی تأسیس شود.*

در مقابل، عده دیگری بر این باورند که این قواعد، صورت نبود حکم را نیز دربرمی‌گیرد. مرحوم *فاضل نراقی* بعد از اینکه می‌فرماید «قاعده لاضرر صرفاً صلاحیت دارد تا حکم ضرری موجود را مرتفع نماید»، می‌افزاید: «تنها در صورتی می‌توان براساس قاعده لاضرر، حکمی را جعل نمود که عدم حکمی موجب ضرر باشد و انتفاء ضرر نیز منحصراً با جعل آن حکم ممکن شود».**

برخی از فقیهان معاصر، ضمن بیان عدم تفاوت میان امور وجودی و عدمی در شمول قاعده لاضرر، به موارد ذیل استدلال کرده‌اند:

آنچه به آن حکم عدمی اطلاق می‌شود، در واقع حکمی وجودی است. «عدم ضمان» در مثال فوات منافع از عمل انسان آزاد، تعبیر دیگری از حکم به

* «اذا لم من عدم‌الحکم فی مورد، ضرر علی شخص لایمکن نفی هذا العدم «بقاعده لاضرر» ... و بالجمله مفاد‌الحديث، رفع‌الحکم الثابت فیجب ان یکون هناک حکم ثابت علی وجه‌العموم و کان بعض مصادیقہ ضرریاً حتی یرتفع «بلاضرر» ... ثم ان هذا کله مضافاً الی ان‌الالتزام بهذا مستلزم لتأسیس فقه جدید ...» (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۸۰).

** «نعم اذا کان حکم بحیث یکون لولاه لحصل الضرر، ای کان عدمه موجباً للضرر مطلقاً و انحصار انتفاء‌الضرر بثبوت‌الحکم الفلانی، یحکم بثبوتہ بدلیل نفی‌الضرر، ولکن الثبوت حیثئذ ایضاً لیس بنفی‌الضرر خاصه، بل به و بالانحصار بذلك» (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۵۵).

«برائت ذمه» است. برائت ذمه در باب احکام وضعیه، مانند اباحه در باب احکام تکلیفیه است؛ همان گونه که اباحه و ترخیص در مواردش از جنس امور وجودی است. حکم شارع به برائت ذمه حبس کننده انسان آزاد از خسارت نیز حکمی وضعی وجودی است. روشن است احکام خمس همه اموری وجودی اند. در پایان برخی از آنها محتاج به بیان اند و برخی نیز از راه عدم بیان، کشف می شوند؛* ضمن اینکه در موارد زیادی اباحه نیز تشریح شده است.**

ظاهر قاعده لاضرر این است که ضرر از ناحیه شارع به احدی از مکلفان یا از ناحیه برخی از مکلفان بر بعضی دیگر نیست؛ پس اگر از ناحیه عدم حکمی، لازم آید تا ضرری به شارع منسوب شود، واجب است آن ضرر با قاعده لاضرر نفی شود؛ زیرا محیط تشریح با همه شئونش، محیط حکومت شارع مقدس است. شارع متکفل بیان یک نظام حکومتی کامل برای جامعه است؛ بنابراین لازم است مواردی را که عدم وضع حکمی باعث ضرر و حرج می شود، طرد کند. چنان که در حکومت های عرفی نیز در صورت عدم وجود قانون یا سکوت آن، در مواردی که باید قانونگذار اعلام موضع می کرد، نقص تلقی می شود و به حکومت خرده می گیرند که نمی تواند تدبیر لازم در برخورد با مشکلات داشته باشد.***

حتی اگر پذیریم که قاعده لاضرر با دلالت لفظیه شامل موارد عدمی نمی شود، دست کم با تنقیح مناط و الغای خصوصیت و مناسبت حکم و موضوع می توان به شمول قاعده لاضرر بر موارد عدمی حکم کرد.****

* «والحاجة الى البيان و عدمه غير الحاجة الى الجعل و عدمه» (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۸۴ به بعد و ص ۲۰۱).

** مثل «کل شیء لک حلال» (همان).

*** «فالمنفی هو الضرر المستند الى الشارع او الى المكلفین، فلو لزم من عدم الجعل فی بعض الموارد. استناد الضرر الیه، كما فی مثال الحر المحبوس، و جب نفيه بالقاعده ... والسرف فی ذلك ان محیط التشریح بجمیع شئونه محیط حکومت الشارع ...» (همان).

**** «لو سلمنا عدم شمولها للعدمیات بالدلاله اللفظیه، فلا اقل من دلالتها علیها بتنقیح المناط و الغاء الخصوصیه و مناسبه الحكم والموضوع و ای خصوصیه للوجود والعدم فی هذا الباب و فیما من الله به علی عباده من نفي الضرر عنهم» (همان).

به نظر نگارنده، نظر پیشین - مبنی بر اینکه قاعده لاضرر موارد عدم الحکم را نیز شامل می‌شود - قابل تأیید است* و حتی می‌توان مواردی را سراغ گرفت که آن دسته از فقهای که در نظر معتقدند قاعده لاضرر، فرض «عدم الحکم» را دربر نمی‌گیرد، در مقام عمل به آن، حکم و فتوا داده‌اند؛ مثلاً می‌توان به حضرت امام اشاره کرد. ایشان با اینکه در مقام بحث علمی بر این باورند که قاعده لاضرر مورد عدم الحکم را شامل نمی‌شود و در نتیجه حاکم نمی‌تواند براساس عناوین ثانویه، قوانین جدیدی وضع کند (خمینی، ۱۳۸۷، ج ۵۸، ص ۶۸)؛ ولی در مقطعی خاص به مجلس شورای اسلامی اجازه دادند که با استفاده از عناوین ثانوی، قوانین مورد نیاز را وضع کند.

در واقع پس از کسب تکلیف رئیس وقت مجلس شورای اسلامی از حضرت امام، ایشان در جواب مرقوم داشتند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترک آن باعث اختلال نظام می‌شود و آنچه ضرورت دارد که ترک آن مستلزم فساد است. آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقت بودن ... مجازند در تصویب و اجرای آن ...» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۱۹۷)؛ از این رو، مجلس شورای اسلامی به استناد ضرورت، قوانینی همچون قانون اراضی شهری و تجدید تصویب آن و قانون مربوط به کشت موقت را تصویب کرد (مهرپور، ۱۳۷۱، ص ۲۱).

مرحوم سید محمد کاظم یزدی درباره طلاق حاکم در صورت تضرر زن از تداوم زندگی و عسر و حرج وی، به قاعده لاضرر و نفی حرج استناد کرده است (یزدی، [بی تا]، ج ۲، ص ۷۵)، در واقع عدم وجود طلاق برای زن در صورت عسر و حرج وی، باعث ایجاد ضرر بر زن می‌شود و عدم طلاق، یک امر عدمی است. با این حال، سید یزدی با قاعده لاضرر و نفی حرج، طلاق حاکم در فرض مذکور را اثبات کرده است. مرحوم سید علی در ریاض می‌فرماید: «در صورتی که کسی متاعی را

* «و فی مثل هذه القواعد (امتنانیه) لوجه لأن یقال انها تنفی و لاتثبت، لانه تضییق لاتسهیل» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۷، ج ۲۲، ص ۱۴۷).

حسب نماید تا قیمت آن متاع کاهش یابد، ضامن خواهد بود».*

چنان‌که گفته شد، قاعده لاضرر، موارد عدم حکم را نیز دربرمی‌گیرد؛ یعنی اگر در موردی، عدم وجود حکمی باعث ضرر یا حرج شود، می‌توان براساس قاعده لاضرر به ثبوت آن حکم نظر داد و مطالبی که مرحوم نائینی در مقام اشکال بر دیدگاه مذکور طرح کرده‌اند، قابل رد است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۲۹۳). درباره بحث حاضر، آنچه با لاضرر اثبات می‌شود، نفی لزوم عقد ازدواج است و روشن است که هیچ‌کس در اینکه لسان لاضرر، نفی حکم است، شکی ندارد؛ هرچند به این نتیجه رسیدیم که می‌توان با لاضرر به اثبات حکم نیز پرداخت.

۳-۱. شرط تبانی صحت

یکی از مبانی‌ای که گاهی در بحث حق فسخ، به استناد وجود عیوب به آن پرداخته شده است، مبنای شرط تبانی صحت است.

یکی از اقسام شروط، شرط بنایی است؛ یعنی طرفین برای انجام معامله‌ای قبل از انعقاد قرارداد، ضمن رد و بدل کردن مطالبی، به توصیف کالا و یا بیان شرط و قیدی می‌پردازند و سپس عقد را به وجود می‌آورند. همه مطالب گفته‌شده پیش از عقد را ضمن آن درج نمی‌کنند. حتی اگر قرارداد را مکتوب کنند، همه آنچه را که به طور شفاهی به توافق رسیده‌اند، به رشته تحریر در نمی‌آورند. آری! قرارداد را بر آن پایه بنا می‌کنند. شرط بنایی، اخص از شرط ضمنی است؛ بدین معنا که شرط ضمنی، تعهدی تبعی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود، خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن تشکیل شود - که شرط بنایی هم نامیده می‌شود - و خواه هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال یا سیره عرفی و یا قوانین دیگر استنباط شود؛ مانند صفت سالم‌بودن که به دلیل تفاهم عرفی، شرط ضمنی عقد شناخته می‌شود؛ بنابراین رابطه شرط بنایی با شرط ضمنی، عموم و خصوص مطلق خواهد بود.

در برخی متون فقهی، به هر نوع شرط ضمنی، شرط بنایی اطلاق می‌شود (محسنی،

* «... و من هنا يتوجه الحكم بضمان القيمة السوقية للمتاع اذا حصل بمنع المالك عن بيعه» (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۳۰۱).

[بی تا]، ص ۳۲۷). شاید بدین علت که در همه انواع شرط ضمنی - حتی شرط عرفی - بنای متعاملین، به گونه‌ای بر لحاظ آن شرط در عقد است.

به هر حال در اینکه آیا شرط تبانی صحت، لازم‌الوفاست یا خیر؟ میان فقهای امامیه اختلاف است. مشهور فقهای امامیه بر این باورند که شرط تبانی، لازم‌الوفا نیست؛* ولی برخی از فقها به اعتبار آن نظر داده‌اند؛** امری که مورد پذیرش قانونگذار مدنی قرار گرفته است و با اصل حاکمیت اراده و اعتباردادن به تراضی واقعی طرفین، سازگارتر است و با توجه به پذیرش ملاک اراده باطنی متعاقدین در جای جای این قانون، پذیرش اعتبار و لازم‌الوفابودن شروط بنایی، موافق ملاک مذکور به نظر می‌رسد.

مهم‌ترین دلایل نفوذ شرط بنایی، بدین شرح است:

۱. تبانی پیش از عقد، باعث تقید تراضی است؛ تراضی‌ای که از شرایط اساسی صحت و نفوذ معامله است و به تعبیری عقد، بدون شرط تبانی، مصداق اکل مال به باطل است (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۲۸۲).

۲. مفهوم شرط بر تبانی صادق است (توحیدی، ۱۳۷۱، ج ۶، ص ۱۳۶). طبعاً موضوع «المؤمنون عند شروطهم» محقق است و در پی آن حکم می‌آید.

۳. عموماً دال بر نفوذ شرط، شرط پیش از عقد که هنگام عقد مورد لحاظ متعاقدین است را شامل می‌شود و آنچه یقیناً خارج است، مواردی است که هنگام عقد اصلاً مورد توجه و اعتبار آنان نیست (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۲۸۲).

به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت مبانی شرط ضمنی عرفی با مبانی شرط بنایی، به گونه‌ای که اعتراف به یکی مستلزم اعتراف به دیگری نیست، چنان‌که میرزای نائینی شرط ضمنی عرفی را مشروع دانسته، ولی شرط بنایی را اگر به شرط ضمنی برنگردد، مردود دانسته است (نجفی خوانساری، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۰۷ / انصاری،

* «الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد، فلو توأطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلافٌ عدلاً ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف» (انصاری، ۱۴۲۸، ص ۲۸۲ / ر.ک به: حسینی مراغی، ۱۴۱۸، ص ۲۸۵).

** «... بل الظاهر انه اذا وصفها بصفة الكمال او عدم النقص قبل العقد عند الخطبه والمقاوله ثم اوقعه مبنياً على ما ذكر كان بمنزلة الاشتراط، فيوجب الخيار...» (خمینی، ۱۴۱۷، ص ۱۶۰ / خویی، ۱۴۱۰، ص ۴۲ / همو، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۷۰ / نجفی، ۱۴۰۱، ج ۲۳، ص ۱۴۸).

۱۴۲۸، ص ۱۹۹)، باید گفت شرط ضمنی عرفی را باید مقوله‌ای جداگانه دانست و به بررسی آن پرداخت.

جایگاه «عرف» آن‌گونه که در فقه اهل سنت مطرح است، با فقه امامیه قابل قیاس نیست؛ یعنی قلمرو عرف در فقه عامه به مراتب وسیع‌تر از فقه امامیه است، به گونه‌ای که تا مرز قانونگذاری پیش می‌رود و قواعد فقهی متعددی از جمله قاعده مشهور «المعروف عرفاً کالمشروط شرعاً» (اتاسی، [بی تا]، ص ۱۰۰) بر آن دلالت می‌کند. قلمرو عرف در فقه امامیه را به طور عمده در سه حوزه می‌توان بیان کرد:

۱. نقش‌آفرینی عرف در تشخیص موضوع؛

۲. نقش‌آفرینی عرف در تعیین ظهور دلیل: در این وضع، رجوع به عرف برای تعیین مفاد جمله و تشخیص ظهور دلیل است و در واقع حجیت این دسته از عرف، از اعتبار ظهور سرچشمه می‌گیرد؛

۳. نقش‌آفرینی عرف به عنوان دلیلی بر حکم شرعی: ممکن است برای حکمی به عرف عام و بنای عقلاً استناد شود (علیدوست، ۱۳۸۱، ص ۱۷۱ / گلباگی ماسوله، ۱۳۷۸، ص ۱۷۳)؛ مثلاً برای مشروعیت خیار غبن به روش متعارف مبنی بر حق فسخ در صورت نابرابری عوض و معوض، به بنای عقلاً تمسک می‌گردد.

به هر حال، مشروعیت این قسم مورد اختلاف فقه امامیه و فقه عامه است و بر خلاف دو قسم اول، حجیت آن، علی‌القاعده نیست؛ بنابراین به نظر امامیه، دلیل محسوب شدن عرف در این فرض، نیازمند انضمام موافقت شارع با آن است که در این صورت، روشن است که حجیت حقیقی، امضا و موافقت شارع است، نه خود عرف به طور مستقل (سیمایی صراف، ۱۳۸۰، ص ۹۳).

شکی نیست که استناد به شرط ضمنی عرفی شرایطی دارد که مهم‌ترین آنها: اولاً، وضوح و بداهت آن است، به گونه‌ای که تصریح به آن لغو باشد. ماده ۳۵۹ ق.م. می‌گوید: «هرگاه دخول شیء در مبیع، عرفاً مشکوک باشد، آن شیء داخل در بیع نخواهد بود، مگر آنکه تصریح شده باشد»؛ ثانیاً، شرط ضمنی عرفی نباید با توافق صریح مغایر باشد؛ زیرا از این شرط به عنوان اماره‌ای برای تفسیر خواست و اراده نهفته متعاملین استفاده می‌شود، پس وقتی آنان به خلاف آن تصریح کنند، دیگر جایی برای

اماره نخواهد بود. این مسئله از ماده ۳۸۲ ق.م. قابل استنباط است (همان، ص ۱۰۰). در هر حال، حتی با لحاظ این شرایط - چنان که گفته شد - عرف نمی‌تواند به طور مستقل قانون وضع کند، مگر اینکه شارع هرچند با عدم ردع، آن را امضا کرده باشد. در واقع شرط ضمنی عرفی در قرارداد مستتر است؛ یعنی شرط صریح را قرینه لفظیه اثبات می‌کند، ولی شرط ضمنی را قرینه حالیه کشف می‌کند (همان، ص ۱۰۱).

برخی فقها در بحث ثبوت حق فسخ برای زن، در صورت ابتلای مرد به «ایدز»، بعد از بیان راه‌های ممکن در خلاصی زن، در پایان می‌گویند: «سلامت از امثال این امراض هرچند در عقد تصریح نشود، لکن زن و مرد براساس و بنای آن اقدام به اجرای عقد می‌کنند» (محسنی، [بی تا]، ص ۳۰۶).

این عده شرط ضمنی عرفی را با عنوان شرط بنایی آورده‌اند و در واقع بر شرط ضمنی عرفی صحه گذاشته‌اند. به نظر می‌رسد در مجموع می‌توان از قواعد لاضرر و لاجرح به عنوان مبنای فقهی حق فسخ جانبداری کرد.

۲. چالش‌های نو به دلیل تحولات پزشکی و پیدایش بیماری‌های جدید

در این بخش، ضمن بررسی قابل درمان شدن برخی از عیوب مذکور در قانون مدنی و تأثیر آن بر حق فسخ، به پیدایش برخی از عیوب و بیماری‌های مسری خطرناک و امکان تسری حق فسخ نکاح به امراض نوظهور خواهیم پرداخت.

۲-۱. قابل درمان شدن برخی عیوب

در صورتی که عیوب مذکور در قانون مدنی جزء بیماری‌های قابل درمان باشد، آیا حق فسخ ساقط خواهد شد یا خیر؟ میان فقها و حقوقدانان اختلاف نظر است. به نظر می‌رسد پاسخ این پرسش، مثبت باشد؛ چنان که برخی از فقهای معاصر ضمن بیان دو وجه و استدلال بر آنها، در فرض مسئله، سقوط خیار فسخ را اولی دانستند.*

* «إذا كان العفل او غيره من الامراض المتقدمه كلبرص بنحو صرف الوجود و زال بعلاج او غيره فهل يوجب ذلك الخيار ام لا؟ و جهان، من الجمود على الاطلاقات المتقدمه فيجری الخيار و من الانصراف الى ما هو المستقر الثابت فلايجری الخيار و لعل الثاني هو الا ولى الا ان الاحتياط في الطلاق ان اراد الفراق» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۷، ج ۲۵، ص ۱۲۲).

افزون بر این، ملاک این حکم از عیب عنن نیز فهمیده می‌شود؛ زیرا طبق روایات، به مرد یک سال فرصت داده می‌شود تا خود را معالجه کند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۴، ص ۶۱۲). بی‌شک نمی‌توان گفت صبر زوجه محمول بر استحباب است و یا امر به صبر، امر ارشادی است؛ چون مشهور فقها معتقدند فسخ به موجب عنن متوقف است بر انقضای اجل.* ممکن است گفته شود با توجه به عدم پیشرفت دانش پزشکی در زمان قدیم، ائمه معصومین فقط درباره عیب عنن که در آن مقطع امکان درمان آن وجود داشته است، اظهار نظر کرده‌اند و به مرد این امکان را داده‌اند تا خود را درمان کند. برخی حقوقدانان معتقدند: با این ادعا که هرچند اسقاط حق فسخ در چنین مواردی با ظاهر عبارات قانون مخالف است، ولی به طور قطع با روح قانون موافق‌تر به نظر می‌رسد، حق فسخ ساقط خواهد شد؛ زیرا از نظر این عده، مبنای حق فسخ در این موارد، جلوگیری از ضرر است و با درمان عیوب، ضرری متوجه طرف نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۸۲).

علاوه بر این، مفاد قانون حمایت از خانواده و لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، این تفسیر را تقویت می‌کند؛ زیرا از آنها استفاده می‌شود که قانونگذار خواسته است از خانواده و استحکام آن حمایت شود و از جدایی‌های بی‌مورد جلوگیری کند (همان، ص ۲۸۳).

بر این اساس می‌توان گفت چنانچه زن قبل از اِعمال حق فسخ از سوی همسرش، به درمان خودش مبادرت ورزد، حق فسخ، موضوع‌اش را از دست می‌دهد و در واقع از آنجا که تبدل موضوع پیش می‌آید، حکم فسخ نیز منتفی می‌شود؛ یعنی به این زن دیگر عنوان «قَرْناء» یا «عَفْلاء» اطلاق نمی‌شود تا حق فسخ جریان یابد.** این نظر با ملاک سقوط حق فسخ در صورت عدم ممانعت از نزدیکی قرن، سازگار است؛ بدین معنا که

* «المشهور توقّف الفسخ بالعنة علی الأجل و هو مذهب الأربعة» (حلی، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۳۷۰)؛ «العنة عیب یثبت للمرأة به الخيار و یضرب له مدة سنة، فان جامع فیها و إلا فرق بینهما و به قال جمیع الفقهاء ... دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم» (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۳۵۴ / برای اطلاعات بیشتر، رک به: میرداداشی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۸۹).

** چنانچه برخی از فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند (گنجینه آرای فقهی قضایی، مرکز تحقیقات فقهی قوه قضائیه، کد سؤال: ۵۴۶۰).

فقیهان در بحث عیوب موجب فسخ نکاح ذیل «قرن»، متعرض این فرع شده‌اند که چنانچه بیماری «قرن» مانع از نزدیکی مرد شود، شکی در وجود حق فسخ نیست، وگرنه چنانچه «قرن» مانع از نزدیکی نباشد، بلکه امکان مقاربت هرچند به دشواری وجود داشته باشد، در این صورت در وجود و عدم حق فسخ، فقها اختلاف کرده‌اند. شهید ثانی در مسالک، نظریه سقوط خیار فسخ را به اکثر فقها نسبت می‌دهند.*

بر این اساس، وقتی اصل بیماری «قرن» وجود داشته باشد و عنوان «قرناء» برای وی صادق باشد، در صورتی که نزدیکی امکان داشته باشد، حق فسخ ساقط می‌شود. براساس دیدگاه بیشتر فقیهان، به طریق اولی می‌توان گفت حق فسخ ساقط خواهد شد، در صورتی که زن به گونه‌ای به درمان خود مبادرت ورزد که مخصوصاً با پیشرفت‌های حیرت‌انگیز دانش پزشکی، اثری از بیماری «قرن» در وی وجود نداشته باشد و در واقع دیگر عنوان «قرناء» بر وی صادق نباشد.

۲-۲. پیدایش بیماری‌های جدید و امکان تسری از عیوب منصوصه

با توجه به اینکه بیماری‌های دیگری نیز وجود دارد که باعث اختلال در امر زناشویی می‌شود؛ از این رو این پرسش به طور جدی مطرح می‌شود که آیا می‌توان با توجه به وجود امراض خطرناک و مسری، با الغای خصوصیت از عیوب منصوصه، حق فسخ را در مورد بیماری‌های جدید اعمال کرد؟

اگر بنا باشد از مبنای «لاضرر» درباره پیدایش حق فسخ در مورد عیوب منصوصه دفاع کرد، چه بسا ضرر بیماری‌های جدیدی مانند «ایدز»، «هپاتیت»، «سفلیس»، «سرطان» و... بیش از آن عیوبی است که در قوانین و شرع مقدس آمده است.

در اینکه آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا خیر؟ میان فقیهان اختلاف است.

* «... و ان لم یمنعه، بأن یمکن حصوله یعسر، فهل بییح الفسخ؟ قبه قولان: احدهما: العدم و هوالذی قطع به‌الشیخ (طوسی، ۱۳۸۸، ج ۴، ص ۲۵) والأکثر، لعدم المقتضی له، فان الخیار انما نشأ من حیث المنع من الوطء الذی هو اهم المطالب من التزویج...» (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۸، ص ۱۱۵ / ر.ک به: نجفی، ۱۴۰۱، ج ۳۰، ص ۳۳۳).

برخی فقیهان امکان فسخ نکاح در امراض مسری به غیر از عیوب منصوصه را منتفی دانسته، به اصل لزوم استناد کرده‌اند و در پاسخ افرادی که می‌گویند حق فسخ در جذام که بیماری مسری است، وجود دارد، پس در عیوب جدیدی که مسری باشد نیز می‌آید، می‌گویند: این مسئله قیاس است که در مذهب امامیه مردود است.* این عده راه حل مشکل را در رجوع به حاکم می‌دانند تا براساس نظر وی عمل شود. صاحب ریاض در مقام رد استدلال شهید ثانی، به اشتراک برص و جذام در زن و مرد مبنی بر مسری بودن آنها می‌فرماید: «اگر بنا باشد براساس اینکه اینها از عیوب مسری‌اند، قائل به اشتراک برص و جذام بشویم، لازمه‌اش این است که این کلام را در تمام امراض مسری بزنیم که به نظر نمی‌رسد خود شهید ثانی به آن ملتزم باشد».** همین سیاق را می‌توان در کلام شیخ انصاری ناظر به استدلال شهید ثانی دید.***

برخی فقها در همین مسئله، ثبوت حق فسخ در جمیع عیوب مسریه را از ساحت همه فقیهان نفی کرده‌اند.***

از مجموع کلمات فقیهان می‌توان برداشت کرد که اکثر فقها به عدم امکان تسری از عیوب منصوصه نظر دارند؛ امری که با اصالة‌اللزوم در عقود به ویژه در عقد نکاح و اهتمام شارع مقدس بر حفظ و حراست از کیان خانواده همسو است و در آرای شعب دیوان عالی کشور نیز آمده است (حسینی، ۱۳۷۹، ص ۲۹۱).

البته تعداد معدودی از فقها به تفصیل درباره امکان حق فسخ در صورت ابتلای یکی از زوجین به «ایدز»، به بحث و بررسی پرداخته‌اند (جواهری، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۰۱) و معتقدند در این باره به دلیل قاعده «لاضرر» که در برخی از روایات به آن استدلال شده

* «الامراض المعدیه لاتوجب الخيار و ان كانت خطره للاصل بعد حصر موجبات الخيار فی غیر ذلك، نعم لابد من الرجوع فی مثل ذلك الی الحاکم الشرعی فی الفصل والحکم بینهما بما يقتضی نظره ...» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۷، ج ۲۵، ص ۱۲۳).

** «و فیہ مع ذلك استلزامه طردالحکم فی کل مرض معد و لأراه يلتزمه» (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۳۷۹).

*** «... مضافاً الی أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجمیع الامراض المعدیه» (انصاری «کتاب النکاح»، ۱۴۱۵، ص ۴۳۳).

**** «... مع أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجمیع الامراض المعدیه و لم یقل به احد» (روحانی، ۱۴۱۴، ج ۲۲، ص ۷۵).

است، حق فسخ وجود دارد؛ همچنان که قاعده لاحرج نیز قابل استفاده است (همان، ص ۳۰۷ / محسنی، [بی تا]، ص ۳۰۴).

چه ضرری بالاتر از ابتلای مرد به ایدز است؟ نهایت چیزی که در این باره می توان گفت اینکه حاکم شرع بر حسب احتیاط، مرد را به طلاق امر کند و در صورت امتناع از طلاق، خود زن نکاح را فسخ کند و حاکم نیز از باب ولایت، احتیاطاً وی را طلاق دهد (همان).

این عده حتی تا آنجا پیش رفته اند که گرویدن مشهور فقهای امامیه به عدم وجود خیار فسخ در امراض مسری را منکر شده اند؛ زیرا اولاً، اصل این مسئله ثابت نیست، چون بسیاری از تألیفات فقها به دست ما نرسیده است؛ ثانیاً، ضرر امراض مسری برای مردم و فقها روشن نبوده است؛ ثالثاً، گرایش مشهور فقها به عدم وجود خیار فسخ در امراض مسریه، مانع از آن نیست که ما از روی دلیل، فتوا برخلاف مشهور بدهیم و دلیل نیز دو قاعده «نفی حرج» و «نفی ضرر» است که لزوم عقد نکاح در ارتباط با زن را برمی دارند (همان). در ارتباط با سخن صاحب جواهر - مبنی بر اینکه می توانیم از راه وجوب تجنب و پرهیز مقاربت زن و مرد، از ضرر دوری کنیم (نجفی، ۱۴۰۱، ج ۳۰، ص ۳۳۰) - فرموده اند: «این مطلب ضعیف است؛ زیرا در وجوب تجنب زوجین از یکدیگر حرج شدیدی نهفته است و چه فایده ای پی این ازدواجی که فاقد سکون و مودت و رحمت است، بار است».

حال مطلب را به این صورت طرح می کنیم که در صورتی که شخصی بدون اینکه بداند با فردی که دچار بیماری مسری مثلاً ایدز است، ازدواج کند و بعد از ازدواج به این امر پی ببرد، آیا برای وی حق فسخ وجود خواهد داشت؟

باید گفت، در صورت ابتلای زن به ایدز، اینکه برای مرد حق فسخ باشد، مشکل است؛ زیرا آنچه از روایات استفاده می شود، این است که عیوب موجود در زن که برای مرد حق فسخ می آورد، در آنچه در روایات باب آمده است، منحصر است؛ مثلاً می توان به صحیح حلبی اشاره کرد: «عن ابی عبدالله علیه السلام: أنه قال فی رجل یتزوج الی قوم فاذا امرأته عوراء و لم یبینوا له، قال: لا ترد، أما یرد النکاح من البرص والجذام والجنون والعفل، قلت ارأیت ان کان قد دخل بها کیف یصنع بمهرها؟ قال: لها المهر بما استحل من فرجها و یغرم ولیها الذی انکحها مثل ما ساق الیها» (حرّ عاملی، ۱۴۰۴، ج ۱۴، ص ۵۹۴).

ملاحظه می‌شود که راوی از امام علیه السلام می‌پرسد: در صورتی که ظاهر شود، زن یک چشم بوده، آیا مرد حق فسخ دارد؟ امام علیه السلام در جواب می‌فرماید: خیر. فقط [آنما در ادبیات عرب، مفید حصر است] ازدواج را می‌توان به واسطه برص، جذام، جنون و غفل فسخ کرد و عیوب مستحدثه از آن دسته نیست. البته روشن است که مرد اختیار طلاق دادن زن را دارد؛ ولی درباره زن و اینکه آیا در صورت ابتلای مرد به «ایدز»، وی از حق فسخ برخوردار است یا خیر؟ باید گفت بعید نیست اینکه گفته شود برای وی حق فسخ وجود دارد، به جهت قاعده «لاضرر» که در برخی روایات به آن استدلال شده است؛ چنانچه قاعده لاجرح نیز در مقام قابل استفاده است (جواهری، ۱۳۷۹، ص ۳۰۷ / محسنی، [بی‌تا]، ص ۳۰۴).

برخی فقها بر این باورند که حتی اگر نتوان برای زن از راه استدلال به آیات و قواعد نفی ضرر و حرج و نفی عسر، حق فسخ را اثبات کرد، می‌توان از راه «تدلیس» برای زن حق فسخ قائل شد؛ با این بیان که اگر زن از حال خواستگار مبتلایش آگاهی داشت و با توجه به ابتلای وی به مرض مهلکی مانند «ایدز»، هرگز به ازدواج با وی تن نمی‌داد. سکوت مرد از طرح بیماری‌اش با اینکه بنای مردم بر اصالةالصحه است و غفلت زن از احتمال بیماری مرد می‌تواند مصداق «تدلیس» قرار گیرد؛ هرچند سلامت از امثال این امراض در متن عقد، به صراحت شرط نشده باشد؛ ولی سلامت از چنین امراضی از چیزهایی است که زن و مرد بنای بر آن می‌گذارند و عقد را بر آن اساس اجرا می‌کنند و ظاهراً میان شرطی که صریحاً در عقد ذکر شود با شرطی که طرفین بنای بر آن می‌گذارند، فرقی نیست (محسنی، [بی‌تا]، ص ۳۰۳). در واقع هرچند به استناد ماده ۴۳۸ ق.م. برای تحقق تدلیس، وجود دو عنصر مادی و معنوی لازم است؛ ولی منحصرکردن «عمل» به عمل مثبت نمی‌تواند خیلی دقیق باشد، بلکه به نظر می‌رسد شامل عمل منفی و سکوت نیز می‌شود؛ چنان‌که برخی فقها به آن اشاره کرده‌اند.*

* «و هو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة ... ذكره في كتاب البيع، و أثبتوا به الخيار إن فعل ما يظهر به ضد الواقع، كتحمير وجه الجارية و وصل الشعر، والتصرية للشاة و نحو ذلك، و لعل ذلك هو المنساق منه، إلا أن الذي يظهر من نصوص المقام (نكاح) بل هو صريح جماعة من الأصحاب تحققة هنا (نكاح) بالسكوت عن العيب مع العلم به، فضلاً عن الإخبار بضده» (نجفی، ۱۴۰۱، ج ۳۰، ص ۳۶۲)؛ «التدلیس هو التغریر و التمیوه بإخفاء نقص موجود و ادعاء کمال غیر موجود ... و مثال إخفاء النقص أن یکون

در مجموع می‌توان گفت راه‌های اثبات خیار برای زن و مرد در غیر از موارد منصوصه، یکی از موارد سه‌گانه ذیل است:

(الف) از راه شرط بنایی و ارتکازی، هنگامی که تخلف صورت گیرد. این موضوع هرچند در قالب «تدلیس» باعث خیار می‌شود و به نظر می‌رسد در تحقق عنوان شرط، ذکر آن قبل از عقد یا در متن عقد ضرورتی نداشته باشد، بلکه ارتکاز عقلایی در این جهت کفایت می‌کند، به شکلی که اگر هریک از زن و مرد می‌دانست شرطی در کار نیست، هیچ‌گاه اقدام بر ازدواج نمی‌کرد؛

(ب) از راه قواعد نفی عسر و حرج و لاضرر؛

(ج) اشتراط در متن عقد (همان، ص ۳۲۲ و ۳۲۸).

ممکن است هواداران نظریه وجود حق فسخ برای زن، در صورت ابتلای مرد به یکی از عیوب مسری خطرناک مانند ایدز، هیپاتیت، سفلیس و... به امر ذیل استدلال کنند: عقد نکاح در حوزه معاملات می‌گنجد، نه عبادات و ملاکات احکام در معاملات تا اندازه‌ای قابل دریافت است؛ به ویژه اینکه گفته شود مسائل فقهی پزشکی عمدتاً امضایی است.

در این باره توجه به قاعده لاضرر با فاکتورهای ذیل دارای اهمیت است:

۱. قدرت سرایت بالای امراض جدید همچون ایدز؛

۲. وجود ملاک عیوب جذام و برص و عدم امکان استمتاع در امراض جدید خطرناک. با این حال، نمی‌توان حق فسخ را در عیوب غیرمنصوص حتی برای زن، برشمرد؛ زیرا این مسئله با همه مطالبی که گفته شد، به نظر قیاس است؛ امری که بطلان آن در مذهب امامیه اظهر من الشمس است - برای حل مشکل در عمل، به نظر می‌رسد بهتر

أحدهما أعرور أو مسلولاً فيخفي النقص عن صاحبه عند العقد، ثم تظهر الحقيقة بعده» (مغنيه، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۶۰ / موسوی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۳۵۱)؛ «و يتحقق التدليس بالسكوت عن العيب مع العلم به و دعوى صفة كمال مع عدمها من الزوجة أو وليها لأجل التزويج إذا كان الأخبار للزوج أو من يقوم مقامه، و كذا من الزوج أو من ينوب منابه» (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۵، ص ۱۳۴)؛ «والظاهر تحققه أيضاً بالسكوت عن العيب مع العلم به و خفائه على الزوج و اعتقاده لصدق التدليس فيه عرفاً، فيشملة إطلاق الأدلة قهراً خصوصاً في مثل النكاح الذي أذن الشارع في ذكر العيوب من باب نصح المستشير» (اصفهانى، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۲۰۴ / فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۱۰ / بهجت، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۴۱ / مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۵، ص ۹۴).

است قانونگذار به سیاق ماده ۱۰۴۰ ق.م. * زن و شوهر را به ارائه گواهی سلامت از امراض خطرناکی همچون ایدز و هپاتیت مکلف سازد. در حال حاضر، تا نهادینه شدن این موضوع می‌توان گفت در صورتی که یکی از طرفین ازدواج به ایدز یا هپاتیت مبتلا باشد و این امر را مکتوم نگاه دارد، بعد از کشف حقیقت، طرف وی به استناد خیار تدلیس، حق فسخ نکاح را خواهد داشت؛ ولی در صورتی که یکی از زن و مرد بعد از ازدواج به این امراض مبتلا شوند، وضعیت فرق می‌کند؛ یعنی در صورتی که زن مبتلا شود، مرد براساس ماده ۱۱۳۳ ق.م. می‌تواند وی را طلاق دهد و چنانچه مرد به یکی از امراض جدید مبتلا شود - امراضی که زندگی در کنار مبتلای به آن باعث عسر و حرج زوجه خواهد بود - زن می‌تواند در چهارچوب ماده ۱۱۳۰ ق.م. اقدام کند. * البته در قباله‌های ازدواج کنونی، طی شروطی ضمن عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر می‌دهد تا در موارد تحقق یکی از بندهای دوازده‌گانه مندرج در آن، با رجوع به دادگاه و دریافت مجوز از محکمه، خود را مطلقه سازد. در بند ۳ از شروط دوازده‌گانه آمده است: «ابتلای زوج به امراض صعب‌العلاج به گونه‌ای که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد».

روشن است درج چنین شرطی ضمن عقد نکاح، بهتر می‌تواند از حقوق زن پاسداری کند تا اینکه وی از راه ماده ۱۱۳۰ ق.م. اقدام کند؛ زیرا اثبات عسر و حرج خیلی مشکل است. در حالی که از راه درج شرط، به صرف اثبات تحقق موضوع (بیماری صعب‌العلاج)، زن می‌تواند خود را مطلقه کند.

بنابراین به رغم همه مطالبی که گفته شد، ما نتوانستیم نظریه تسری از عیوب منصوصه و اعمال حق فسخ در عیوب مسری جدید را بپذیریم.

* ماده ۱۰۴۰ ق.م.: «هریک از طرفین می‌تواند برای انجام وصلت منظور از طرف مقابل، تقاضا کند که تصدیق طیب بصحت از امراض مسریه مهم از قبیل سفلیس و سوزاک و سل ارائه دهد». در این باره می‌توان از «قانون لزوم ارائه گواهینامه پزشکی، قبل از وقوع ازدواج» مصوب ۱۳ آذر ۱۳۱۷ و «قانون الزام تزریق واکسن ضدکزاز برای بانوان، قبل از ازدواج» مصوب ۲۳ فروردین ۱۳۶۷ و «تصویب‌نامه در خصوص آزمایش تالاسمی قبل از ازدواج» مصوب ۱۰ فروردین ۱۳۷۶ نام برد.
** برای آگاهی از نقطه‌نظرات امام خمینی درباره این ماده، ر.ک به: مهرپور، ۱۳۷۹، ص ۱۳۷ به بعد.

نتیجه

چنانچه عیوب موجود در قانون، قبل از اعمال حق فسخ از سوی طرف مقابل درمان شود، حق فسخ، موضوعش را از دست خواهد داد. ملاک این حکم از عیب عنن فهمیده می‌شود که طبق روایات، به مرد یک سال فرصت داده می‌شود تا خود را معالجه کند. علت عدم موضوعیت عنن و نیز آنچه باعث اظهار نظر ائمه علیهم‌السلام فقط در این باره شده، این است که امکان درمان عنن در آن مقطع بوده است. افزون بر این، از حکم مذکور در فقه درباره بیماری «قرن» که امکان مقاربت هرچند با دشواری وجود دارد، می‌توان برای بحث ما کمک گرفت؛ زیرا وقتی اصل بیماری قرن وجود داشته باشد و بر وی «قرنا» اطلاق شود، حق فسخ ساقط نمی‌شود، در حالی که اگر زن به درمان خویش پردازد، به گونه‌ای که اثری از بیماری قرن در وی نباشد و در واقع بر وی «قرنا» اطلاق نشود، به طور یقین می‌توان گفت حق فسخ ساقط می‌شود.

بیشتر فقیهان درباره پیدایش بیماری‌های جدید همچون ایدز، سرطان و... به عدم امکان تسری از عیوب منصوصه فتوا داده‌اند. طبق نظر نویسنده، در مقام عمل، شایسته است قانونگذار طبق ماده ۱۰۴۰ ق.م.، زن و شوهر را به ارائه گواهی سلامت از امراض خطرناکی مانند ایدز و هپاتیت مکلف کند. در حال حاضر تا نهادینه شدن این روش می‌توان گفت در صورتی که یکی از طرفین ازدواج به ایدز یا هپاتیت مبتلا باشد و این مسئله را مخفی سازد، بعد از کشف حقیقت، طرف وی به استناد خیار تدلیس، حق فسخ نکاح را خواهد داشت؛ ولی در صورتی که یکی از زن و مرد بعد از ازدواج به این امراض مبتلا شود، وضعیت فرق می‌کند؛ یعنی در صورتی که زن مبتلا شود، مرد طبق ماده ۱۱۳۳ ق.م. می‌تواند وی را طلاق دهد و چنانچه مرد به یکی از امراض جدید مبتلا شود - امراضی که زندگی در کنار مبتلای به آن باعث عسر و حرج زوجه خواهد بود - زن می‌تواند در چهارچوب ماده ۱۱۳۰ ق.م. اقدام کند.

منابع

۱. اتاسی، خالد؛ شرح المجله؛ پاکستان: المكتبة الحبية، [بی تا].
۲. الأشقر، عمر سليمان؛ قضايا طبيه معاصره؛ ج ۱، چ ۱، اردن: دارالنفاس، ۱۴۲۱ق.
۳. اصفهانی، سيدابوالحسن؛ وسيلة النجاة (مع حواشی الكلبایگانی)؛ ج ۳، چ ۱، قم: چاپخانه مهر، ۱۳۹۳ق.
۴. آل كاشف الغطا، سيد محمد حسين؛ تحرير المجله؛ ج ۱، قم: مكتبة فيروز آبادی، ۱۳۵۹ق.
۵. انصاری، مرتضى؛ رسائل؛ ج ۸، قم: مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۷ق.
۶. —؛ مكاسب؛ قم: مجمع الفكر الاسلامی، ج ۷، ۱۴۲۸ق.
۷. بحرانی، يوسف؛ الحدائق الناضره؛ ج ۲۴، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۸ق.
۸. بهجت، محمد تقی؛ جامع المسائل؛ ج ۴، چ ۲، قم: دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق.
۹. توحيدى، محمد على؛ مصباح الفقاهه؛ ج ۶، قم: انتشارات وجدانی، ۱۳۷۱.
۱۰. جواهرى، حسن؛ بحوث فى الفقه المعاصر؛ ج ۲، چ ۲، قم: نشر آفتاب، ۱۳۷۹.
۱۱. حرّ عاملی، محمد حسين؛ وسائل الشيعه؛ ج ۱۴ و ۲۱، قم: آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۱۲. حسینی، سيد محمد رضا؛ قانون مدنی در رويه قضایی؛ ج ۱، تهران: مجد، ۱۳۷۹.
۱۳. حلّی، ابن فهد؛ مهذب البارع؛ ج ۳، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱ق.
۱۴. خمینی، روح الله؛ عوائد الدرر فى قائدة نفی ضرر؛ قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام، ۱۳۸۷.
۱۵. —؛ صحيفه امام؛ ج ۱۵، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام، ۱۳۷۸.
۱۶. خويى، سيد ابوالقاسم؛ منهاج الصالحين؛ ج ۲۸، قم: مدينة العلم، ۱۴۱۰ق.
۱۷. —؛ محاضرات؛ ج ۳، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۲۲ق.
۱۸. خويى، سيد محمد تقی؛ الشروط؛ ج ۱، چ ۳، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۵ق.

۱۹. سیمایی صراف، حسین؛ شرط ضمنی؛ چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۰.
۲۰. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۷، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام، ۱۴۱۸ق.
۲۱. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ المبسوط؛ ج ۴، چ ۲، تهران: المكتبة المرتضویه، ۱۳۸۸ق.
۲۲. عاملی، زین‌الدین بن علی الجبعی (شهید ثانی)؛ مسالک‌الفهام؛ ج ۸، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف‌الاسلامیه، ۱۴۱۶ق.
۲۳. علیدوست، ابوالقاسم؛ فقه و عقل؛ چ ۱، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۱.
۲۴. فتاحی معصوم، سیدحسین؛ مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی؛ ج ۲، چ ۱، مشهد: دانشگاه علوم پزشکی مشهد، ۱۳۸۰.
۲۵. فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل‌الشریعه (کتاب النکاح)؛ چ ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱ق.
۲۶. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق خانواده؛ ج ۱، چ ۳، تهران: انتشار، ۱۳۷۱.
۲۷. گلباغی ماسوله، سیدعلی؛ درآمدی بر عرف؛ چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۲۸. محسنی، محمدآصف؛ الفقه والمسائل الطیبه؛ قم: یاران، [بی‌تا].
۲۹. محقق کرکی، علی‌بن حسین؛ جامع‌المقاصد؛ ج ۱۳، چ ۱، قم: آل‌البیت علیهم السلام، ۱۴۱۱ق.
۳۰. مطهری، مرتضی؛ نظام حقوق زن در اسلام؛ چ ۱۴، تهران: صدرا، ۱۳۶۹.
۳۱. معرفت، محمدهادی؛ «عیوب موجب فسخ نکاح»؛ ماهنامه دادرسی؛ ش ۳، تهران: سازمان قضایی نیروهای مسلح، ۱۳۶۷.
۳۲. مغنیه، محمدجواد؛ فقه‌الإمام‌الصادق علیه السلام؛ ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد‌الفقهیه؛ ج ۱، چ ۲، قم: مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۰ق.
۳۴. —؛ کتاب النکاح؛ ج ۵، چ ۱، قم: مدرسه الامام علی‌بن‌ابی‌طالب علیه السلام، ۱۳۸۵.
۳۵. مهرپور، حسین؛ «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»؛ مجله تحقیقات حقوقی؛ تهران: دانشگاه تهران، ش ۱۰، ۱۳۷۱.

۳۶. —؛ مباحثی از حقوق زن؛ ج ۱، تهران: اطلاعات، ۱۳۷۹.
۳۷. موسوی بجنوردی، سیدمحمد؛ قواعد فقهیه؛ ج ۲، قم: نشر میعاد، ۱۳۷۱.
۳۸. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی؛ مهذب الاحکام؛ ج ۲۵، ج ۴، قم: مؤسسه الهادی، ۱۴۱۷ق.
۳۹. موسوی، محمدبن علی؛ نه‌ایة المرام؛ ج ۱، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۱ق.
۴۰. میرداداشی، سیدمهدی؛ آسیب‌شناسی قوانین (فرجه زمانی در عنن)؛ ج ۱، قم: معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۲.
۴۱. نجفی خوانساری، موسی؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب (تقریرات درس غروی نائینی)؛ ج ۱، تهران: مکتبه‌المحمدیه، ۱۳۷۳ق.
۴۲. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام؛ ج ۳۰، تهران: مکتبه‌الاسلامیه، ۱۴۰۱ق.
۴۳. نراقی، مولی احمد؛ عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام؛ ج ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق.
۴۴. یزدی، سیدمحمدکاظم؛ ملحقات العروه، ج ۲، ج ۱، قم: داوری، [بی‌تا].

