

توسعه یا تضییق عیوب موجب فسخ نکاح

تاریخ دریافت: ۹۰/۴/۶

تاریخ تأیید: ۹۰/۱۲/۹

علیرضا پوراسماعیلی*

چکیده

شیوع بیماری‌هایی مانند ایدز که در مقایسه با عیوب موجب فسخ نکاح مانند جنون و... زبان‌های سنگینی به دنبال دارد، این پرسش را مطرح می‌سازد که آیا می‌توان ابتلا به بیماری‌های واگیردار و کشنده مانند ایدز و هپاتیت را در کنار عیوب موجب فسخ نکاح گنجد و به زوجین اجازه داد تا به استناد چنین عیبی، عقد نکاح را برهم زنند یا باید همانند دیدگاه مشهور در فقه، عیوب موجب فسخ نکاح را به چند عیب خاص محدود دانست و بر آن شد که ابتلای به ایدز و مانند آن، عیب به شمار نمی‌آید و زوجه که نمی‌تواند از حق طلاق بهره‌بردار، یا باید تا پایان زندگی در کنار مردی بیمار زندگی کند، یا باید با اثبات عسر و حرج و یا ضرر نزد قاضی درخواست طلاق کند که اثبات عسر و حرج دشوار و زمان‌بر است.

این نوشتار با نگاهی به مطالعات گذشته روشن می‌سازد ادله دیدگاه مشهور درباره حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح، قابل انتقاد است و افزودن بر تمسک به قواعد لاضرر و لاجرح که در مطالعات پیشین مطرح شده، می‌توان با استناد به دیگر ادله و مبنای موجود، عیوب موجب فسخ نکاح را به عیوب مصرح در نصوص، محدود ندانست.

واژگان کلیدی: نکاح، عیب، ایدز، لاضرر، لاجرح.

* استادیار دانشگاه حکیم سبزواری (aresmaili@yahoo.com).

مقدمه

«نکاح» از جمله قراردادهایی است که در همه جوامع بشری به دیده احترام بدان می‌نگرند؛ زیرا به دنبال این قرارداد، کوچک‌ترین نهاد جامعه «خانواده» پدید می‌آید و سرنوشت افراد در آن رقم می‌خورد؛ از این رو، مستحکم نگهداشتن این نهاد و جلوگیری از گسست رشته و پیوندهای آن به دلیل هرگونه عیب و بهانه‌ای ضروری می‌نماید؛ زیرا تزلزل پایه‌های خانواده و از میان رفتن آن، زیان سنگینی برای جامعه به دنبال دارد که باید از آن دوری گزید.

از سوی دیگر، باید دقت داشت که خانواده، کانون مهر و محبت است و افراد در آن به یکدیگر عشق می‌ورزند و پدر و مادر، مهر و محبت خود را به پای فرزندان می‌ریزند. حال اگر این مهم نیز به دلیلی میسر نگردد، بلکه مهر و محبت، جای خود را به کینه، نفرت و دشمنی دهد و خانواده به کانون کشمکش و درگیری تبدیل شود، ناگزیر پیوندهای زناشویی نیز از یکدیگر خواهد گسست.

با این حال، لزوم پای‌بندی به عقد، اقتضا می‌کند که رشته عقد نکاح در صورت طلاق و فسخ، به دلیل وجود عیب از یکدیگر بگسلد که البته طلاق به مرد اختصاص دارد؛ ولی فسخ به دلیل وجود عیب، به یک طرف اختصاص ندارد و هریک از دو طرف می‌توانند با استناد به آن، فسخ عقد را بخواهند. با وجود این، درباره تعداد عیوب و اینکه آیا عیوب مختص زن است یا مرد و یا به هر دو اختصاص دارد، اختلاف نظر بسیار است. دیدگاه مشهور در فقه شیعه، عیوب موجب فسخ نکاح را به چند عیب محدود دانسته است، در حالی که امروزه با پیدایش بیماری‌هایی مانند ایدز، هپاتیت و... که خطرناک‌تر از عنن یا قرن و مانند آن است و هنوز امکان درمان آن وجود ندارد، باید دید آیا عیوب موجب فسخ نکاح به چند عیب مصرح در نصوص محدود می‌گردد یا می‌توان دامنه عیوب را گسترش داد و ابتلای طرفین و به ویژه زوج به بیماری‌هایی مانند ایدز را عیب دانست؟

شایان ذکر است طلاق، حق مرد است و در صورت ابتلای زوجه به بیماری ایدز، زوج می‌تواند زوجه را طلاق دهد، در حالی که در صورت ابتلای مرد به بیماری‌های درمان‌ناپذیری مانند ایدز، زوجه فقط می‌تواند پس از اثبات عسر و حرج خود در

دادگاه، صدور حکم طلاق را بخواهد؛ بنابراین شناسایی حق فسخ برای زوجه در صورت ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج یا غیرقابل درمان می‌تواند در مرحله اثبات حق به نفع زوجه باشد و او را از اثبات عسر و حرج در دادگاه بی‌نیاز سازد.

۱. بررسی دیدگاه‌های مطرح در فقه شیعه

دو دیدگاه متفاوت در فقه شیعه درباره عیوب موجب فسخ نکاح مطرح است. دیدگاه نخست که از شهرت بسیاری برخوردار است، عیوب را بر دو گروه عیوب خاص و مشترک میان زن و مرد تقسیم می‌کند و از میان عیوب اختصاصی، چهار عیب «جنون»، «خصاء»، «جب» و «عنن» در مرد به زن حق می‌دهد که نکاح را بر هم بزند و عیوبی که در زن موجب حق فسخ برای مرد می‌گردد، عبارت‌اند از: «قرن»، «جذام»، «برص»، «افضاء»، «جنون»، «اقعاد»، «کوری» و «نابینایی از هر دو چشم». در این دیدگاه، نوعی تبعیض یا وضعیتی نامتعادل میان عیوب اختصاصی زن و مرد به چشم می‌خورد (صفار، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۱۳۷-۱۳۸ / علوی قزوینی، ۱۳۸۴، ص ۵-۲۳) و برخی فقیهان، جذام و برص را از جمله عیوب مشترک دانسته‌اند.

دیدگاه دوم، دامنه عیوب را به چند عیب خاص و منصوص محدود نمی‌داند. این دیدگاه توسط فقیهانی چون ابن‌جنید، قاضی ابن‌براج، شهید ثانی و محقق کرکی مطرح شده است. گفتنی است قانون مدنی که براساس دیدگاه مشهور در فقه شیعه تنظیم شده، در باب مربوط به عیوب موجب فسخ، با بیان «موارد امکان فسخ نکاح» بنا به باور برخی حقوقدانان، عیوب را حصری ندانسته، راه را به روی عیوب جدید باز گذاشته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۸۷).

۲. ادله حصری بودن عیوب نکاح

دیدگاه مشهور در فقه که عیوب موجب فسخ نکاح را حصری می‌داند، به دلایلی همچون نصوص، اجماع، اصول و قواعد فقهی تمسک می‌جوید.

۱-۲. سنت

نصوص و اخبار رسیده، همگی بر آن دلالت دارد که عیوب مذکور در باب نکاح، حصری است. این روایت‌ها را می‌توان بر چند دسته تقسیم کرد:

دسته اول: این دسته از روایات عیوب موجب فسخ نکاح با «انما» آمده که در فارسی «این است و جز این نیست» معنا می‌شود و گرچه به خودی خود دلالت بر انحصار نمی‌کند؛ ولی در باب عیوب نکاح، قرآینی در کنار «انما» قرار می‌گیرد که این انحصار را می‌توان از روایت برداشت کرد؛ از جمله:

اولاً، پرسش و پاسخ آمده در متن روایت با یکدیگر مطابقت کامل دارد؛ مطابق صحیح‌ه حلبی از امام صادق پرسیده می‌شود: مردی با زنی ازدواج می‌کند و پس از آن روشن می‌گردد که زن یک چشم است و پیش از ازدواج نیز درباره آن چیزی نگفته. امام پاسخ می‌دهد: «قَالَ لَا تُرَدُّ وَقَالَ: إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ؛ نِكَاحِ فسخ و زن برگردانده نمی‌شود که نکاح تنها به دلیل برص (پیسی)، جذام (خوره) و دیوانگی و عقل فسخ می‌گردد» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۲). در این روایت، امام پاسخ خود را به صورتی حصری بیان می‌کند و افزون بر این، پرسش و پاسخ نیز با یکدیگر هماهنگ است؛ به عبارت دیگر، امام با در نظر گرفتن حدود پرسش، دقیقاً آن را پاسخ می‌دهد و چیزی بر آن نمی‌افزاید (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۰۹).

ثانیاً، در برخی دیگر از روایت‌ها نیز قید «فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا تُرَدُّ» آمده و بدین معناست که فقط در صورت وجود عیوب گفته‌شده در متن روایت، نکاح بر هم می‌خورد و در دیگر موارد نکاح باقی خواهد بود؛ مانند موثقه رفاعه بن موسی* (همان، ص ۲۰۷) و نیز صحیح‌ه عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله** (همان، ص ۲۱۰)؛ پس با توجه به وجود قید مذکور، این روایت‌ها نیز به صورت حصری عیوب نکاح را بیان می‌کنند

* «عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ رِفَاعَةَ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا».

** «وَعَنْهُ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ أَبِي عُبَيْدٍ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: وَتُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا».

(علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۴-۱۹۵ / اراکی، ۱۳۷۷، ص ۴۵۷-۴۵۸).

دسته دوم: در این دسته از روایات فقط چند عیب بیان شده و امام چیزی بر آن نیافزوده، سیاق و ساختار روایت به گونه‌ای است که تمثیلی بودن از آن بر نمی‌آید؛ مانند: «عَنْهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْمُفْضَلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ تَرُدُّ الْبُرْصَاءُ وَالْمَجْنُونَةَ وَالْمَجْدُومَةَ قُلْتُ الْعَوْرَاءُ قَالَ لَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۰). کلینی نیز این روایت را به صورت مرسل نقل کرده است: «عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ عَنْ زَيْدِ الشَّحَامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ...» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۷)*.

دسته سوم: در این دسته از روایات، به صراحت، وجود عیب مجوز انحلال نکاح دانسته نشده است؛ ذیل روایت غیاث ضبّی هیچ یک از عیوب موجود در مردان را مجوز فسخ نکاح نمی‌داند. این روایت که صدر آن ناظر به عیب عنن است، حکمی کلی را در ذیل خود بیان می‌کند که مطابق آن هیچ عیبی مانند جذام و برص در مرد، سبب فسخ نکاح نخواهد بود، مگر عیوبی که به دلایل قطعی موجب فسخ نکاح دانسته شده است: «وَبِالْإِسْنَادِ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ أَبَانَ عَنْ عَبَّادِ [غِيَاثِ] الضَّبِّيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: فِي الْعِنِينِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ عِنِينٌ لَا يَأْتِي النَّسَاءَ فُرْقٌ بَيْنَهُمَا وَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا وَقَعَةٌ [دَفَعَهَا] وَاحِدَةً لَمْ يَفْرَقْ بَيْنَهُمَا وَالرَّجُلُ لَا يَرُدُّ مِنْ عَيْبٍ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۳۰). شیخ طوسی این روایت را به اسناد خود از ابوعلی اشعری و صدوق نیز به اسناد خود از صفوان بن یحیی نقل کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۱۰-۴۱۱ / شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۳۰ / همو، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۵۰).

۲-۲. اجماع

بنا بر اجماع فقیهان، فقط عیوب ویژه‌ای حق فسخ را پدید می‌آورد و در واقع، این عیوب حصری است، نه تمثیلی (سبزواری، ۱۴۱۷، ص ۱۱۷).

* روایت دیگری نیز وجود دارد: «... عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ عَبْدِ الْحَمِيدِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ تَرُدُّ الْبُرْصَاءُ وَالْعَمْيَاءُ وَالْعَرَجَاءُ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۰).

۲-۳. قاعده لزوم

پس از انعقاد هر عقد و از جمله نکاح، قاعده لزوم آن را دربرمی‌گیرد و در صورتی که پس از انعقاد عقد نکاح که از عقود لازم است عیبی در زوج یا زوجه پدید آید که در نصوص ذکر نشده باشد و تردید شود که با پدید آمدن چنین عیبی، حق فسخ به وجود می‌آید یا خیر. به استناد قاعده لزوم [أوفوا بالعقود] باید عقد نکاح را باقی دانست و به همین دلیل، عیب موجب ایجاد حق فسخ نخواهد بود؛ بنابراین با توجه به قاعده لزوم، عقد نکاح میان دو طرف لازم‌الاجرا خواهد بود و به دلیل عیوبی که در نصوص بیان نشده است، نمی‌توان عقد را منحل ساخت (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۷۵-۱۷۶ / محقق داماد، الف، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۷۳).

افزون بر این، اصل استصحاب نیز بر عدم ایجاد حق فسخ در صورت حدوث بیماری و عیب غیرمصرح در نصوص دلالت دارد؛ بدین ترتیب که اگر به دلیل وجود بیماری مانند ایدز یا وجود عیبی که در نصوص بیان نشده است، در بقا یا انحلال عقد نکاح تردید شود، بقا و لزوم عقد استصحاب می‌شود و بر این اساس، عیب غیرمصرح در نصوص یا بیماری‌های جدید در نکاح تأثیری ندارد (سبزواری، ۱۴۱۷، ج ۲۵، ص ۱۲۰-۱۲۴ / حائری، ۱۳۸۴، ص ۴)؛ بنابراین تمثیلی دانستن عیوب موجب فسخ نکاح با اصل لزوم عقد ناسازگار است و فقط با وجود دلیل خاص می‌توان حکم لزوم را نادیده گرفت که چنین دلیلی نیز وجود ندارد (ر.ک: مهرپور، ۱۳۷۸، ص ۳۹-۶۶).

۳. ارزیابی ادله حصری بودن عیوب نکاح

درنگ و تأملی کوتاه در ادله دیدگاه مشهور در فقه، روشن می‌سازد که دیدگاه مشهور دور از انتقاد نیست و حتی دیدگاه مخالف، صحیح‌تر است.

۳-۱. نقد اجماع

اجماع پیش‌گفته چندان اجماع درستی نیست؛ زیرا برخی از فقیهان نامور شیعی مانند: ابن‌جنید (اسکافی، ۱۴۱۶، ص ۲۵۸)، قاضی ابن‌براج (طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۳۱-۲۳۲)، علامه حلی «البته علامه دیدگاه این گروه را پسندیده است» (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷،

ص ۱۹۵-۱۹۶)، شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۸۰-۳۸۳ / همو، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۱) و محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۶۸-۲۷۰)، عیوب دیگری را به جمع عیوب باب نکاح افزوده‌اند؛ بنابراین بر فرض که اجماع پیش‌گفته درست باشد، برخی فقیهان نامور از دایره آن بیرون‌اند.

افزون بر این، اجماع گفته‌شده اجماعی مدرکی است و نمی‌تواند کاشف از رأی معصوم باشد و باید به مدرک یا مستند اجماع توجه کرد و هیچ‌یک از نصوص مورد استناد، دارای اعتبار نیست و نمی‌توان در استنباط حکم شرعی بدان تکیه کرد.

۲-۳. ارزیابی روایت‌ها

چنین می‌نماید که تنها دلیل متقن دیدگاه مشهور، وجود نصوص صحیح است؛ ولی این دلیل نیز برکنار از انتقاد نیست؛ زیرا:

۱. نصوص موجود با یکدیگر یکسان و هم‌داستان نیست و حتی بر عیوب معینی دلالت ندارد؛ چون برخی از نصوص چند عیب را برشمرده‌اند و برخی دیگر، چند عیب متفاوت دیگر را و دیدگاه مشهور در فقه در این میانه، راهی را برگزیده است که به دسته‌ای معین و مشترک از عیوب پایان می‌یابد. در واقع، آنان به قدر متیقن بسنده کرده‌اند، وگرنه عیوب مصرح در نصوص، بیشتر از آن تعدادی است که مشهور گفته‌اند؛ به عنوان نمونه، روایت محمد بن مسلم سه عیب برص، کوری و عرج را موجب انحلال نکاح می‌داند: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ تُرَدُّ الْبُرْصَاءُ وَالْعَمْيَاءُ وَالْعُرْجَاءُ»، در حالی که در صحیح‌ه عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله که به گفته مشهور دلالت بر حصر هم می‌کند، فقط چهار عیب در زن موجب فسخ نکاح دانسته شده است: «قَالَ وَ تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبُرْصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا» (استادی، ۱۳۸۸، ص ۹۸) یا در صحیح‌ه حلبی: «عَنِ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبُرْصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ»، این چهار عیب تکرار شده است؛ ولی باید دانست که به رغم تصریح دو روایت صحیح مذکور، درباره عیب‌بودن جذام (خوره) در میان طرفداران حصری‌بودن عیوب نکاح اختلاف نظر است.

۲. با توجه به روایت‌های موجود متعارض، موثقه رفاعه بن موسی بر حصر واقعی

دلالت ندارد؛ زیرا این روایت فقط به عیوب زنان می‌پردازد و تنها عیوب زنان را موجب انحلال نکاح می‌داند و به عیوب مردان اشاره نمی‌کند. افزون بر این، شیخ صدوق ذیل روایت را با «و قال» آغاز می‌کند که نشان می‌دهد به باور ایشان روایت دو جمله مستقل بوده و گویا در دو مجلس بیان شده است و اگر منصفانه نگاه کنیم، می‌بینیم که صدر و ذیل می‌توانند قرینه اختصاص به عیوب زنان باشند و یا دست‌کم باعث اجمال شوند: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءُ وَلَمْ يَبِينُوا لَهُ قَالَ: لَأْتَرُدُّ. قَالَ: إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَفْلِ قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يَصْنَعُ بِمَهْرِهَا قَالَ الْمَهْرُ لَهَا بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَيَغْرُمُ وَلِيهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا مِثْلَ مَا سَأَقُ إِلَيْهَا»* (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۳)؛ پس می‌توان ادعا کرد ذیل روایت که فضایی متفاوت دارد و تنها ناظر به عیوب زنان است، با صدر آن تفاوت دارد و راوی دو روایت را در هم ادغام کرده است (حائری، ۱۳۸۴، ص ۱۷-۱۸).

۳. صحیح‌ه عبدالرحمن به چند دلیل نمی‌تواند دیدگاه مشهور را تقویت کند؛ زیرا از سوی، صحیح‌ه عبدالرحمن، عام است و قابلیت تعارض با نصوص خاص موجود را ندارد؛ بنابراین این روایت با روایات خاص موجود قابل جمع خواهد بود. از سوی دیگر، بر فرض که پذیرفته شود در این صحیح‌ه عدد وجود دارد، نمی‌توان به مفهوم عدد تمسک جست؛ چون عدد دارای مفهوم نیست (سبزواری، ۱۴۱۷، ج ۲۵، ص ۱۱۷). در نهایت، ذیل صحیح‌ه عبدالرحمن «فَأَمَّا مَسْوَى ذَلِكَ فَلَا» در روایتی که شیخ کلینی آورده است، وجود ندارد و فقط در کتاب *وسائل الشیعه* چنین جمله‌ای در ادامه حدیث دیده می‌شود. شیخ کلینی روایت را از *ابوعلی اشعری*، *محمد بن عبدالجبار*، *صفوان بن یحیی* و *عبدالرحمن بن ابی‌عبدالله* از امام صادق نقل کرده است: «قال: المرأه ترد من أربعة اشياء: من البرص والجذام والجنون والقرن و هو العفل ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۹).

* جمله «و قال» در کتاب *من لایحضره الفقیه* فعلی وجود ندارد، مگر آنکه در نسخ خطی یا در نسخه مورد استناد مؤلف وجود داشته است؛ از این رو، عبارت مورد استناد به صورت نقل قول مستقیم آورده شده است.

۴. صحیح‌ه حلبی نیز برکنار از انتقاد نیست؛ زیرا:

اولاً، صحیح‌ه حلبی به صورت‌های متفاوتی نقل شده است. شیخ طوسی در کتاب تهذیب، نخست در باب «بَابُ التَّدْلِيسِ فِي النِّكَاحِ وَ مَا يَرُدُّ مِنْهُ وَ مَا لَا يَرُدُّ» در حدیث شماره ۴ چنین نقل می‌کند: «رَوَى الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۲۴) و آنگاه در حدیث شماره ۱۲، روایت را مجدداً چنین نقل می‌کند: «وَرَوَى حَمَّادٌ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءٌ وَ لَمْ يَبِينُوا لَهُ قَالَ: لَا تَرُدُّ إِلَّا مَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ. قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يَصْنَعُ بِمَهْرِهَا قَالَ: لَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَ يَغْرُمُ وَلَيْهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا مِثْلَ مَا سَأَقَ إِلَيْهَا» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۲۶) که فضای این روایت با روایت نخست کمی متفاوت است؛ زیرا روایت نخست هم به زن ناظر است و هم مرد را دربرمی‌گیرد، در حالی که روایت دوم فقط عیوب زن را دربرمی‌گیرد. افزون بر این، روایت دوم به صراحت بیان می‌کند که زن یک‌چشم بوده و این عیب [یک‌چشم‌بودن] به هنگام عقد بیان نشده است و امام نیز در ادامه، حکم مهر را بیان می‌کند که در روایت نخست بیان نشده است. گفتنی است روایتی که شیخ نقل می‌کند، با روایت کلینی نیز تفاوت دارد و در روایتی که کلینی نقل می‌کند، نه «إِنَّمَا» آمده که بتوان مفهوم حصر را برداشت کرد و نه احکام مهر بیان شده است: «عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءٌ وَ لَمْ يَبِينُوا لَهُ قَالَ يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۶)؛ از این رو، با وجود تفاوت‌های موجود در روایت نمی‌توان به مفهوم آن نیز استناد کرد.

ثانیاً، اختلاف شده است که این روایت، قاعده‌ای کلی بیان می‌کند یا اینکه صرفاً ناظر به عیوب زنان است و به مرد حق می‌دهد که نکاح را بر هم بزند. برخی فقیهان، این روایت را اختصاص به عیوب زن می‌دانند و از گسترش دامنه آن به عیوب مرد خودداری کرده‌اند. به باور اینان، سیاق جمله و نیز ذکر «عقل» که از عیوب اختصاصی زنان است در کنار دیگر موارد، قرینه آن است که امام در صدد بیان عیوب اختصاصی زنان است و می‌خواهد بیان کند که مرد در صورت وجود چه عیوبی در زن حق

برهم زدن نکاح را دارد (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۴۵۲ / موسوی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۲۵).^{*} افزون بر این، با توجه به اینکه روایت‌های علی بن ابراهیم و حلبی که شیخ طوسی و کلینی نقل کرده‌اند، درباره عیوب زنان است و همین سیاق را دارد، باید بر آن بود که این روایت نیز درباره عیوب زنان است (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۴، ص ۳۵۱). البته این استدلال را برخی فقیهان نپذیرفته‌اند و به گونه دیگری استدلال کرده‌اند؛ به عنوان نمونه، صاحب جواهر بر آن است که فعل «یرد» باید به صیغه معلوم خوانده شود و نه مجهول که در این صورت، ضمیر به زوج برمی‌گردد و روایت فقط به عیوب زنان ناظر خواهد بود و تنها مرد حق فسخ را خواهد داشت؛ زیرا فقیهان وجود برص و جذام در مرد را موجب حق فسخ ندانسته‌اند تا زن بتواند به استناد آن نکاح را برهم بزند (نجفی، [بی تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹). با این حال، نباید با توجه به ذکر «عفل» در روایت، آن را ناظر به عیوب زنان دانست؛ چون از سویی «جنون و عفیل» در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند که جنون از عیوب مشترک است و از سوی دیگر، امام در صدد بیان یک قاعده کلی بوده است که نکاح در چه صورتی به استناد وجود عیب فسخ می‌گردد (همان / معرفت، ۱۳۷۶، ص ۷).

ثالثاً، با بودن «انما»، مفهوم صحیحه دلالت بر حصر می‌کند. در واقع، محصور بودن عیوب به تعداد خاصی از مفهوم صحیحه برداشت می‌شود، وگرنه منطوق آن دلالت بر حصر نمی‌کند و فقط پیسی، خوره، جنون و عفیل را عیب دانسته، وجود هریک موجب انحلال عقد نکاح خواهد بود؛ بنابراین منطوق روایت با روایاتی که عیوب دیگری را برشمرده است، قابل جمع است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۴).

حاصل آنکه صحیحه حلبی نیز بر حصر دلالت ندارد. بدین ترتیب است که صاحب جواهر بر آن شده که شیخ طوسی روایت را تقطیع کرده است، وگرنه صحیحه حلبی، روایت مستقلی نیست؛ به ویژه آنکه سند روایت در هر دو مرتبه که شیخ طوسی نقل

* «و استدلل علی هذا الحكم أيضا بصحیحة الحلبي، عن أبي عبد الله، قال: انما یرد النکاح من الجذام والبرص والجنون و العفل و هو استدلال ضعيف، لان المتبادر من رد النکاح فسخه من قبل الزوج إذا ظهر فی الزوجة أحد هذه العيوب، و ینبئ علیه ذکر (العفل) من جملتها الذی هو من عيوب المرأة» (موسوی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۲۵).

می‌کند، یکسان است و شیخ نیز روایت دوم را در همان بابی می‌گنجاند که روایت نخست را نقل کرده است (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹).

بر این اساس، نباید بر آن شد که هر دو روایت نقل شده توسط شیخ، یک روایت است؛ زیرا اشکالی وجود ندارد که دو روایت در دو مجلس توسط امام گفته شده باشد که در یکی لفظ «انما» باشد و در دیگری نباشد؛ بنابراین صرف اینکه سند یکسان باشد، قرینه بر یکی بودن روایت‌ها نخواهد بود. البته شیخ صدوق روایتی نقل می‌کند که مضمون آن به روایت دوم شیخ طوسی نزدیک است: «وَسَأَلَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ أَبَا جَعْفَرٍ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ إِلَى قَوْمٍ امْرَأَةً فَوَجَدَهَا عَوْرَاءَ وَ لَمْ يَبِينُوا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا قَالَ لَا يَرُدُّهَا إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجَذَامِ وَالْبَرَصِ قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ دَخَلَ بِهَا كَيْفَ يَصْنَعُ قَالَ لَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَ يَغْرَمُ وَ لِيَهَا الَّذِي أَنْكَحَهَا مِثْلَ مَا سَأَلَهُ» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۳)؛ پس در مجموع دو روایت با عبارت‌های گوناگون وجود دارد، نه آنکه شیخ طوسی یک روایت را تقطیع کرده باشد (حائری، ۱۳۸۴، ص ۱۰).

رابعاً، برخی فقیهان به سند صحیح حلی انتقاد کرده‌اند که علی بن اسماعیل، راوی مجهولی است: «رَوَى الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ» (موسوی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۲۵).^{*} البته در پاسخ این اشکال گفته شده است به قرینه راوی و مروی عنه، منظور اسماعیل بن شعیب میثمی است (ر.ک: معرفت، ۱۳۷۶، ص ۷). به هر حال، صحیح حلی برکنار از انتقاد نیست و برای همین است که صاحب جواهر استناد به این روایت را خالی از اشکال نمی‌داند (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹).^{**}

* عاملی می‌نویسد: «مع ان هذه الرواية غير صحيحة في التهذيب لكن ابن بابويه رواها بطريق صحيح مع زيادة في صدرها و عجزها يؤكد ما ذكرناه» (موسوی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۲۵).

** «و من المحتمل قراءة الفعل هنا بالمعلوم، فيكون الضمير فيه راجعا إلى الرجل، فلا يكون مستقلا، و لعله لذا لم يحكم الأكثر - كما ستعرف - بالخيار لها في الجذام و البرص، نعم رواه الشيخ في موضع من التهذيب: «إنما يرد النكاح - إلى قوله - و العفل» من دون تقدم شيء آخر و تأخره، لكن من المعلوم أن ذلك من تقطيع الشيخ، لا أنه خبر مستقل للحلبی كما يومئ إليه اتحاد السند. و على كل حال فالاستدلال به لا يخلو من إشكال» (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹).

۵. روایت غیاث ضبی از چند جهت قابل انتقاد است: از سوی، غیاث ضبی راوی مجهولی است و حتی کلینی و شیخ حرّ عاملی از او به نام عباد ضبی یاد کرده‌اند (کلینی، ج ۵، ص ۴۱۰-۴۱۱ / حرّ عاملی، ج ۲۱، ص ۲۲۹-۲۳۰) و غیاث یا عباد ضبی نیز تنها همین یک حدیث را نقل کرده است؛ بنابراین این روایت ضعیف است.

از سوی دیگر، صدر و ذیل روایت نیز با یکدیگر مطابقت ندارد؛ زیرا صدر روایت، عنن را جزء عیوب و ابتلای مرد به عنن را موجب فسخ نکاح می‌داند، در حالی که ذیل آن وجود هرگونه عیبی در مردان را موجب فسخ نکاح نمی‌داند. افزون بر این، روایت عباد یا غیاث با روایت‌های صحیح موجود نیز تعارض دارد. در هر حال، به باور برخی فقیهان، حکم ذیل روایت، خلاف اجماع مسلمانان است؛ به گونه‌ای که استناد بدان را «از شگفت‌انگیزترین شگفتی‌ها» دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳، ص ۱۱۱-۱۱۲).

۶. در برخی روایات نیز اشاراتی آمده است که گویای حصری نبودن عیوب موجب فسخ نکاح است:

الف) روایت حسن بن صالح: امام صادق: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ فَضَّالٍ عَنِ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ بِهَا الْجُنُونُ وَالْبَرَصُ وَ شِبْهُ ذَا فَقَالَ: هُوَ ضَامِنٌ لِلْمَهْرِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۲). این روایت گرچه مرسله است، از آنجا که ابن‌بکیر از اصحاب اجماع است، می‌توان بدان استناد کرد؛ بنابراین با توجه به عبارت «شبه‌ذا» که در ذیل حدیث آمده است، می‌توان گفت «شبه‌ذا» معنای عامی دارد و چیزی که مساوی و یا بالاتر از جنون و برص باشد، مانند ایدز را شامل می‌شود.

ب) روایت حسن بن صالح: امام صادق: «وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ بِهَا قَرْنًا (فوجدها قرناً) و یا (فوجد بها قرناً) قَالَ هَذِهِ لِاتِّحَالٍ وَ يَنْقَبِضُ زَوْجُهَا مِنْ مُجَامَعَتِهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، صص ۲۰۸ و ۲۱۵ / کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۰۹). مطابق ذیل روایت «هذه لاتتحال و ينقبض زوجها من مجامعتها» که به منزله علت است، هر عیبی

که موجب انقباض و تنفر زوج باشد، موجب برگرداندن زوجه به اهلش خواهد بود (وبسایت مکارم شیرازی، درس خارج فقه نکاح، سال ۸۱-۸۲).*

۳-۳. نقد اصل لزوم

در نقد این دلیل باید با نظر برخی فقیهان معاصر همراه شد که معتقدند اصلاً اصل لزوم، نکاحی را که در آن عیوب موجب فسخ مطرح شده، دربر نمی‌گیرد. به اعتقاد این دسته: باید دید اصل در مسئله چیست؟ آیا اصل اوفوا بالعقود [اصل لزوم] است و هیچ عیبی موجب فسخ نمی‌شود یا اینکه عیوبی داریم که اوفوا بالعقود شامل آن نمی‌شود؟ عیوب به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱. عیوبی که هدف از ازدواج را از میان می‌برد و با بودن آن عیب، هدف از ازدواج حاصل نمی‌شود؛ مثل اینکه رجل محبوب یا عین است و یا زوجه موانعی دارد که با وجود آن امکان مقاربت نیست. اوفوا بالعقود شامل این موارد نمی‌شود و عقلاً این را نمی‌پذیرند و مثل این است که بیعی صورت گرفته و هیچ امکان استفاده از آن نیست؛ پس اگر روایتی هم در مسئله نباشد، به حکم عقل این عیوب مانع است و می‌گوییم در آنجا اوفوا بالعقود حاکم نیست؛
۲. عیوبی که مانع از هدف ازدواج نیست، ولی برای زوج و یا زوجه خطرناک است؛ مثل جذام، برص یا ایدز. آیا اوفوا بالعقود اینجا را شامل می‌شود؟ در اینجاها هم عقلاً اوفوا بالعقود را شامل نمی‌دانند. فقها سراغ اصل در مسئله نرفته‌اند، ولی بهتر بود مقتضای اصل را بیان می‌کردند؛ بنابراین اگر حدیث یا اجماعی هم نداشتیم، در این دو دسته از عیوب قائل به خیار فسخ می‌شدیم** (وبسایت مکارم شیرازی، درس خارج فقه نکاح، سال ۸۱-۸۲).

افزون بر این، مبنای انحلال نکاح در صورت وجود عیب در یکی از زوجین یا هر دو، دفع ضرر است و بسیاری از فقیهان در بحث عیوب نکاح به سراغ قاعده لاضرر رفته‌اند. صاحب جواهر درباره مبنای حق فسخ در صورت ابتلای زوجین به جنون***

* <http://www.makaremshirazi.org/persian/lessons/?qid=1802&gro=23,Availableat: 2011/03/05>.

** <http://makarem.ir/websites/farsi/lessons/?qid=1777&gro=22, 2012/06/01>.

*** ایشان می‌نویسد: «و علی کل حال هو سبب لتسلط الزوجة الجاهلة علی الفسخ دائما کان الجنون أو أدواراً للصدق إذا کان سابقاً علی العقد أو مقارناً له بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الإجماع إن لم یکن محصلاً، فهو محکی علیه لنفی الضرر و الضرر و الغرور و التدلیس و لفحوی خبر علی بن ابی حمزة».

(نجفی، [بی تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹)، در «جب» (همان، ص ۳۲۸) و «قرن» (همان، ص ۳۳۳) نیز به لاضرر تمسک می‌جوید و در نهایت در «رتق» نیز می‌نویسد: «مرد همسر مبتلا به رتق را نمی‌تواند اجبار به درمان کند؛ زیرا شوهر می‌تواند با فسخ نکاح، مانع ضرر شود؛ بنابراین از نظر صاحب جواهر، مبنای فسخ نکاح، دفع ضرر است»* (همان، ص ۳۳۸).

پس اصل لزوم نیز در برخورد با قاعده «لاضرر» تاب مقاومت ندارد و با وجود اصول لاضرر و یا لاحرج (برای دیدن این دو مبنا، ر.ک: رفیعی، ۱۳۸۹، ص ۳۱-۶۲)، نوبت به اصل لزوم نمی‌رسد؛ از این رو، برخی معاصران با توجه به نظر قاضی ابن‌براج طرابلسی که بیماری برص و جذام را از عیوب مشترک زن و مرد می‌داند** (طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۳۱)، به قاعده لاضرر استناد کرده، معتقدند:

علاوه بر عموم و حاکمیت قاعده لاضرر، چنانچه اگر این‌گونه امراض در زنان موجب حق خیار برای مردان باشد، بنا بر اولویت باید عکس آن نیز وجود داشته باشد؛ زیرا فرضاً اگر مرد حق خیار فسخ نداشته باشد، حق طلاق برای او موجود است؛ ولی اگر زن چنین حقی را دارا نباشد، به هیچ وجه راهی برای استخلاص ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ب، ص ۳۵۳)***.

البته برخی دیگر از معاصران با همین استدلال به راه دیگری رفته‌اند و معتقدند وجود هرگونه عیبی در مرد که زندگی زناشویی را عادتاً ناممکن سازد یا حرجی پدید آورد، به زن اجازه خواهد داد تا از مرد جدا شود. این دسته حتی ابتلا به بیماری‌های عصبی و یا اعتیاد را از مواردی می‌دانند که به حکم قاعده لاحرج، زن

* «و علی کل حال ففی القواعد و غیرها أنه لیس للزوج إجبارها علی علاجه، و لعله للرجح و انتفاء الضرر عنه بالخیار، بل فی المسالک لأن ذلک لیس حقاً له، كما أنها لو أرادت له لم یکن له منعها، لأنه تداو لا تعلق له به، فتأمل، والله العالم».

** شهید ثانی پس از نقل قول ابن‌براج از ابن‌جنید نیز یاد می‌کند که عرج و زنا را نیز از عیوب مشترک دانسته است: «و ذهب ابن‌البراج فی المهذب إلی اشتراک الرجل والمرأة فی کون کلّ من الجنون والجذام والبرص والعمی موجباً للخیار فی النکاح و كذلك ابن‌الجنید، و زاد العرج والزنا. و دلیلها فی غیر الجذام والبرص غیر واضح» (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۰-۱۱۱).

*** استاد محقق داماد با استناد به عموم قاعده لاضرر مطلق لنگی (عرج)، زوجه را نیز موجب فسخ نکاح می‌داند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۵۴).

می‌تواند از حاکم شرع، جدایی از مرد را درخواست کند (مدرسی، وبسایت رسمی).^{*} البته باید توجه داشت که تمسک به دو قاعده پیش‌گفته به زن اجازه می‌دهد تا با رجوع به حاکم و اثبات ضرر یا حرج بتواند تقاضای طلاق کند؛ ولی بحث کنونی ناظر به حقی است که در اثر ضرر برای زن پدید می‌آید و می‌تواند به استناد آن، نکاح را برهم زند.

ممکن است استدلال شود که تمسک به قاعده لاضرر ناظر به جایی است که دلیلی بر عدم جواز فسخ نباشد یعنی اگر دلیلی بر عدم جواز فسخ وجود داشته باشد آن دلیل مقدم است و نمی‌توان به لاضرر تمسک جست (استادی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۷) در پاسخ به این استدلال می‌توان اظهار داشت ادله ناظر به عدم جواز فسخ نکاح در صورت ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج خالی از اشکال نیست و نمی‌توان با چنین ادله مانع استناد به قاعده لاضرر شد.

افزون بر این چگونگی است که لاضرر به مرد اجازه می‌دهد تا در صورت وجود عیبی مانند برص در زن، نکاح را بر هم بزند؛ ولی درباره زوجه‌ای که با مرد مبتلا به ایدز زندگی می‌کند، لاضرر حکمی ندارد. آیا زیان برص بیش از زیان ایدز است یا اینکه قابلیت درمان ایدز بیشتر از برص است و یا امکان جلوگیری از سرایت بیماری ایدز بیشتر از برص است. به هر حال، چون مستند حق فسخ در نکاح قاعده لاضرر است (نجفی، [بی‌تا]، ج ۳۰، ص ۳۱۹)، نباید در حالت‌های مشابه میان زن و مرد تفاوت گذارد و اگر تفاوتی هم باشد، درباره زوجه است؛ (جمالی، ۱۳۸۶، ص ۷۰ / ر.ک: چاوشی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۵ / رجایی‌پور و قنبریان، ۱۳۸۸، ص ۱۲۹-۱۴۸ / رفیعی و حبیبی نوده، ۱۳۸۹، ص ۵۷-۹۰)؛ زیرا زوج با طلاق زوجه می‌تواند منبع زیان را از میان ببرد؛ ولی زوجه چنین حقی ندارد؛ بنابراین نباید از تمسک به قاعده لاضرر

* ابتلای مرد به بیماری‌ای که موجب شود مرد به طور کامل و قطعی نزدیکی نکند، مانند بیماری ایدز، اقوی آن است که زن حق فسخ دارد... عیوب، محدود به همان عیوب [مورد اشاره فقیهان] نمی‌شود... از دیدگاه بنده، تسری حکم نسبت به عیوبی که همان موجبات را برای خانواده می‌آورد، می‌توان گفت بی‌اشکال است.

درباره بیماری‌های مزمن و یا واگیردار خطرناک خودداری کرد و هراس داشت (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۴۳۴).*

۳-۴. قیاس اولویت

نگاهی به عیوب گفته شده در روایت‌ها نشان می‌دهد که از سویی، این دسته عیوب تبعیدی نیست و از سوی دیگر، عیبی مانند ابتلا به بیماری ایدز و یا هپاتیت از عیوب منصوصه زیان‌بار و خطرناک‌تر است؛ به عبارت دیگر، مقایسه بیماری‌هایی چون ایدز، با بیماری‌هایی مانند عَرَج، روشن می‌سازد که این‌گونه بیماری‌ها خطرناک‌تر از عرج است؛ بنابراین به طریق اولی وجود این‌گونه بیماری‌ها در هریک از زوجین، برای طرف مقابل حق فسخ پدید می‌آورد (أصف المحسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۶۱). بر این اساس، هم به تنقیح مناط و هم به قیاس اولویت ابتلا به ایدز هم موجب فسخ نکاح خواهد بود و به زن یا مرد اجازه برهم‌زدن نکاح را می‌دهد (وب‌سایت مکارم شیرازی، درس خارج فقه نکاح** / وب‌سایت آیت‌الله صانعی، استفتائات).

۳-۵. لازم‌الوفابودن شروط بنایی

عموم ادله لزوم وفای به عهد، شروط بنایی ضمن عقد نکاح را دربرمی‌گیرد؛ به عبارت دیگر، هنگامی که زوجین عقد نکاح را منعقد می‌سازند، اراده متعاقدين بر آن بوده تا با فردی سالم و بی‌عیب و نقص ازدواج کنند. دریافت عرف نیز چنین است که متعاقدين بر پایه سلامت و عدم وجود عیب، تصمیم به ازدواج گرفته‌اند؛ پس هنگام ازدواج، داوری عرف چنین است که طرفین شرط سلامت را در نظر داشته‌اند؛ زیرا اگر شوهر یا زن بیان کند که مبتلا به سرطان، تالاسمی و یا ایدز است، هرگز طرف مقابل با فرد مبتلا

* به اعتقاد شیخ/انصاری، ضرر ناشی از زندگی با همسر جذامی را می‌توان با اقامه دعوی طلاق در دادگاه از میان برد؛ بنابراین در این صورت، زوجه حق فسخ نخواهد داشت. افزون بر این، اگر ابتلای به جذام موجب حق فسخ دانسته شود، باید در همه بیماری‌های واگیردار قائل به حق فسخ شد: «مضافاً إلى أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الأمراض المعدية».

** <http://www.makaremshirazi.org/persian/lessons/?qid=1801&gro=23,Availbleat: 2011/03/05>.

به سرطان یا ایدز ازدواج نخواهد کرد. حال اگر پس از انعقاد عقد معلوم گردد که شوهر و یا زن به بیماری واگیردار و یا عیبی مبتلاست، باید به فرد حق داد که به دلیل نبود شرط و وصف مورد نظر خود، بتواند نکاح را فسخ کند. این مهم در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی نیز بیان شده است: «هرگاه در یکی از طرفین، صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد». البته چنین تعبیری، حق فسخ را ناشی از تخلف از وصف یا شرط یا حتی تدلیس می‌داند و از عیب دور می‌سازد و چنانچه فسخ نکاح ناشی از تدلیس دانسته شود، شرایط لازم برای ایجاد حق فسخ باید وجود داشته باشد (آصف‌المحسنی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۶۷).

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ در پاسخ به این پرسش که اگر مردی قبل از ازدواج خود را سالم معرفی کند، در حالی که مبتلا به بیماری‌های صرع و یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد، آیا این امر موجب ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر، مقرر می‌دارد:

صرع و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انتفای سلامت قبل از ازدواج، حق فسخ وجود دارد (محقق داماد، ب، ۱۳۸۴، ص ۳۶۲-۳۶۳).

بر این اساس، کمیسیون مذکور نیز نقص سلامت را موجب ایجاد خیار تخلف از وصف می‌داند که زوجه می‌تواند به استناد آن نکاح را برهم بزند.

۳-۶. خیار تدلیس در نکاح

درباره جایگاه خیار تدلیس در نکاح میان فقها اختلافات چندی به چشم می‌خورد که این اختلافات ریشه در چند چیز دارد؛ از سویی در برخی روایات به صراحت بر تدلیس تأکید شده است و در صورت وجود عنصر تدلیس، فریب‌خورده می‌تواند

نکاح را فسخ کند* (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۱-۲۱۴). با این حال، در تحقق خیار تدلیس در فقه و به ویژه حقوق مدنی ایران، اختلاف نظر وجود دارد.**

از سوی دیگر، در اینکه میان خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت تفاوت وجود دارد و اینکه آیا اساساً خیار تخلف از شرط صفت در نکاح قابل تحقق است، در میان فقیهان نیز اختلاف نظر هست. برخی فقیهان به صراحت تحقق این خیار را در نکاح نفی کرده‌اند و معتقدند با توجه به حصری بودن عیوب نکاح و نیز با توجه به اینکه مستند خیار تخلف از شرط صفت در بیع، بنای عقلاست و چنین بنایی در نکاح وجود ندارد، پس چنین خیاری نیز در نکاح قابل تحقق نیست (اراکی، ۱۳۷۷، ص ۴۸۵)، در حالی که این دیدگاه قابل انتقاد است؛ چون از سویی نباید تدلیس را ناظر به عیوب نکاح دانست؛ زیرا اولاً، عیوب چه مشترک و چه اختصاصی مشخص و معلوم‌اند، در حالی که تدلیس می‌تواند ناظر به مطلق نقص یا عیب مادرزادی مثل کوری باشد یا ناظر به وصف کمالی [فوق تخصص بودن زوج یا زوجه] باشد که در فرد وجود نداشته باشد؛ ثانیاً، در عیوب مصرّح در روایات، صرف جهل زوج یا زوجه به عیب طرف مقابل موجب فسخ نکاح است، در حالی که در خیار تدلیس، صفت باید در ضمن عقد شرط شده باشد (سیستانی، [بی تا]، ج ۳، ص ۸۸ / فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۴۱۰-۴۱۶).

همچنین، خیار تخلف از شرط صفت نیز در نکاح قابل تحقق است و خیار تدلیس را نباید با خیار تخلف از شرط صفت یکسان دانست؛ زیرا در تدلیس حتماً باید فریبی

* شیخ حرّ عاملی در جلد ۲۱، باب مستقلی را به تدلیس اختصاص داده است و از جمله روایت‌هایی که در این باب گنجانده، روایت ابو عبیده، رفاعه بن موسی و داود بن سرحان و... است: «وَعَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سَرْحَانَ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي رَجُلٍ وَوَلْتَهُ امْرَأَةً أَمْرَهَا أَوْ ذَاتُ قَرَابَةٍ أَوْ جَارٍ لَهَا لَا يَعْلَمُ دَخِيلَةَ أَمْرَهَا فَوَجَدَهَا قَدْ دَلَسَتْ عَيْباً هُوَ بِهَا قَالَ يُوْخَذُ الْمَهْرُ مِنْهَا وَلَا يَكُونُ عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا شَيْءٌ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۳).

** از آنجا که در قانون مدنی جز عیوب نکاح و نیز خیار تخلف از شرط، نصی درباره خیار تدلیس در نکاح به چشم نمی‌خورد، ممکن است چنین دیدگاهی مطرح شود که خیار تدلیس با وضع خاص عقد نکاح و نیز اصل احتیاط در نکاح و لزوم عقد سازگاری ندارد.

از سوی مدلس صورت بگیرد، در حالی که خیار تخلف از شرط صفت، بدون تدلیس و فریب نیز محقق می‌گردد؛ بدین معنا که اگر وصف خاصی در یکی از زوجین شرط شود یا عقد مبتنی بر آن صفت [مثلاً بکارت] واقع شده باشد و پس از انعقاد عقد معلوم شود چنین وصفی در زوج یا زوجه وجود نداشته است، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت؛ به عبارت دیگر، نسبت خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت را می‌توان عموم و خصوص من وجه دانست.*

نکته اساسی که در این بحث می‌توان از آن بهره برد اینکه تدلیس با سکوت نیز محقق می‌شود؛ بنابراین چنانچه زوج مبتلا به بیماری صعب‌العلاج باشد و با علم به این بیماری در هنگام عقد نکاح سکوت کند، زوجه می‌تواند به استناد خیار تدلیس، عقد را فسخ کند. چندین روایت نیز در نکاح بر اینکه تدلیس با سکوت نیز محقق می‌شود دلالت دارد که یکی از مهم‌ترین آن، روایت محمد بن مسلم به نقل از امام صادق است: «عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ (يَزِيدَ) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ فِي كِتَابِ عَلِيٍّ مَنْ زَوَّجَ امْرَأَةً فِيهَا عَيْبٌ دَلَّسَهُ وَ لَمْ يَبَيِّنْ ذَلِكَ لِزَوْجِهَا فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَ يَكُونُ الَّذِي سَاقَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا وَ لَمْ يَبَيِّنْ» (حرر عاملي، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۴).

۳-۷. زمانة

در سخنان معصومان، اقعاد که به معنای زمین‌گیری است، یک عیب برشمرده شده که چنانچه زن بدان مبتلا باشد، مرد حق فسخ دارد؛ ولی در روایات ابو عیبه* و

* استاد محقق داماد پس از بررسی اقوال فقها درباره خیار تدلیس و تخلف از شرط در نکاح می‌نویسد: «خیار تدلیس توأم با اشتراط در ضمن عقد است، اعم از آنکه تدلیس در عیب یا در صفت کمال و یا حسب و نسب باشد؛ اما خیار تخلف از شرط صفت در بعضی از صفات مانند حریت از نظر فقهی مسلم است، هر چند که عنصر تدلیس هم وجود نداشته باشد» (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۳۶۳).

** «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبَّابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ وَلِيِّهَا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا بَعْدَ مَا دَخَلَ بِهَا قَالَ فَقَالَ: إِذَا دَلَّسْتَ الْعَفْلَاءَ وَالْبَرَصَاءَ وَالْمَجْنُونَةَ وَالْمُفْضَاةَ وَ مَنْ كَانَ بِهَا زَمَانَةٌ ظَاهِرَةً فَإِنَّهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ...» (حرر عاملي، ۱۴۰۹، ج ۲۱، صص ۲۰۸ و ۲۱۱).

داود بن سرحان،* عیبی با عنوان «زمانة» آمده است که فقیهان بر سر تفسیر آن اختلاف دارند. برخی صاحب نظران، «زمانة» مطرح شده در روایت را به معنای «اقعاد» گرفته و عیب جدیدی ندانسته‌اند (اراکي، ۱۳۷۷، ص ۶۱)، حال آنکه اقعاد و زمانت با یکدیگر متفاوت‌اند و باید با فقیهانی همداستان شد که اقعاد و زمانت را دو چیز می‌دانند (خمینی، [بی تا]، ص ۲۹۳)؛ زیرا امام در ادامه می‌فرماید: «و إن کنَّ بها زمانة لایراها الرجال؛ زمین‌گیر بودن زن را بسیاری از مردان می‌بینند و به چشم می‌آید»؛ بنابراین منظور امام از زمانت، اعم از اقعاد بوده و اقعاد، روشن‌ترین مصداق آن است و می‌توان بیماری‌های مهلک و واگیردار را در این قالب ریخت و معتقد شد که منظور از زمانت، هرگونه درد و بیماری مزمن است که فرد را از پای بیندازد و خانه‌نشین سازد و او را از انجام وظایف و کارهای روزمره به طور کامل ناتوان کند و یا آنکه فرد با مشقت بتواند کارهای عادی و روزمره خود را انجام دهد (وبسایت آیت‌الله مکارم شیرازی / استادی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۸-۱۰۹) و بیماری‌هایی مانند ایدز که فقط در آخرین مراحل جایگزینی قطعی خود، فرد را از پای می‌اندازد، در گستره زمانت جای می‌گیرد. البته باید توجه داشت که عدم توجه فقیهان به این مهم نمی‌تواند دلیل نادرستی این استدلال باشد؛ زیرا این‌گونه بیماری‌ها یا در روزگار فقیهان متقدم شایع نبوده و یا آنکه برای آنان ناشناخته بوده است؛ از این رو، بدان فتوا نداده‌اند و اگر آنان هم به واگیردار بودن و مهلک بودن چنین بیماری‌هایی پی می‌بردند و یا حتی در روزگار ما می‌زیستند، چه بسا به چنین راهی می‌رفتند و بدان فتوا می‌دادند.

۳-۸. دریافت حکمت یا ملاک موجبات فسخ

فقیهان شیعی برای جلوگیری و احتراز از قیاس، همواره به فرموده‌های معصومان بسنده کرده و کمتر به تعلیل پرداخته‌اند و به رغم آنکه هم در نصوص و روایات، احکام تابع

* «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَخْبُوبٍ جَمِيعاً عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سِرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ إِن كَانَ بِهَا يَعْنِي الْمَرْأَةَ زَمَانَةً لَا تَرَاهَا الرَّجَالُ أُجِيزَتْ شَهَادَةُ النِّسَاءِ عَلَيْهَا» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۶).

مصالح و مفسد دانسته شده است؛ مثلاً شیخ صدوق در کتاب *علل الشرائع*، این روایت را نقل می‌کند: «عن جمیل بن دراج عن ابي عبدالله أنه سأله عن شيء من الحلال والحرام؟ فقال إنه لم يجعل شيء إلا لشيء» (صدوق، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۹۸) و هم متکلمان شیعی احکام الهی را تابع مصالح و مفسد می‌دانند، فقیهان شیعه حتی در بخش معاملات و قراردادهای نیز کمتر پی‌جوی علت یا حکمت و یا ملاکات احکام بوده و درست خلاف فقیهان سنی عمل کرده‌اند؛ پس در همه مذاهب فقهی اسلامی پذیرفته شده است که عقل در معاملات می‌تواند حکمت یا علت احکام را دریابد و تعبد محض در این گستره حاکم نیست و عقل می‌تواند ملاک احکام را کشف کند، در حالی که این مهم در فقه شیعه چندان مورد توجه فقیهان قرار نگرفته است و فقط برخی فقیهان در بعضی موضوعات به سراغ دریافت علت یا حکمت احکام رفته‌اند (صابری، ۱۳۸۱، ص ۲۲-۵۲).

۱۷۷

حقوق اسلامی / توسعه یا تضییق عیوب - موجب فسخ نکاح

گرچه در باب فسخ نکاح برخی فقیهان، فسخ نکاح در عیوب منصوص را تعبدی می‌دانند و معتقدند سیاق روایات تعلیلی نیست و علت کلی نیز بیان نشده است؛ بنابراین روایات را باید بر عیوب متیقن حمل کرد. این چنین حکمی با اصل احتیاط در نکاح نیز همراه است (یزدی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۷). چنین سخنی از چند جهت قابل انتقاد است؛ نخست اینکه در برخی روایات [روایت حسن بن صالح] علت کلی بیان شده است؛ به همین دلیل، با تعلیلی که در این دسته از روایات آمده، ناهماهنگ است؛ دوم اینکه برخی فقیهان با آنکه نکاح را معاوضه نمی‌دانند، به دنبال تعلیل احکام نکاح رفته‌اند.

شهید ثانی از جمله فقیهانی است که با دقت و تیزبینی در عیوب نکاح، به دنبال دریافت علت موجبات فسخ نکاح [زیانبار و واگیردار بودن بیماری خوره و پسی] رفته است و قابل توجه آنکه شهید ثانی نکاح را یک معاوضه محض نمی‌داند (جبعی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۶۹) و حتی درباره دلیل بطلان شرط خیار در عقد نکاح، به صراحت ابراز می‌دارد که نکاح از جمله عبادات است: «و لایجوز اشتراطه (الخیار) فی العقد لأنه (النکاح) ملحق بضروب العبادات، لا للمعاوضات» (همان، ص ۱۲۰) و به رغم اینکه نکاح را عبادت دانسته و یا دست‌کم معاوضه محض نمی‌داند، با تعلیل و کشف ملاک حکم جذام و حتی پسی را به دیگر عیوب نکاح افزوده، می‌نویسد: «قاضی ابن‌براج (طرابلسی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۲۳۱-۲۳۲) و ابن‌جنید (اسکافی، ۱۴۱۶، ص ۲۵۸) بر این

باورند و علامه حلی (حلی، ۱۴۱۳، ج ۷، ص ۱۹۵-۱۹۶) آن را پسندیده و محقق کرکی* (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۶۸-۲۷۰) هم آن را تقویت کرده است.

عمده دلایل شهید ثانی عبارت‌اند از:

اولاً، عموم صحیح‌ه حلی: بنا به روایت حلی، امام صادق به صورت عام و کلی عیوب موجب فسخ نکاح را چنین برشمرده‌اند: «إنما یردالنکاح من البرص والجذام والجنون والعقل»؛ بنابراین از سوی، امام، جذام و برص را از عیوب موجب فسخ نکاح دانسته‌اند و از سوی دیگر، امام، عیوب را مختص زن یا مرد ندانسته است و به همین دلیل، روایت هم ناظر به عیوب زن است و هم ناظر به عیوب مرد؛ مگر آنکه دلیلی، عیوب را مختص یک طرف بداند.

ثانیاً، روایت پیامبر: پیامبر در روایتی از همنشینی با جذامی نهی فرموده‌اند: «عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ جَعْفَرِ الْبَصْرِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الصَّادِقِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ أَبِيهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ: فِرٌّ مِنَ الْمَجْدُومِ فِرَّارٌ مِنَ الْأَسَدِ؛ آن‌سان که از چنگال شیر می‌گریزی، از خوره‌ای بگریز!» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۵۷ / حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۵، ص ۳۴۵).

ثالثاً، قاعده لاضرر: جذام موجب ضرر و زیان است که ضرر نیز در اسلام نفی شده است؛ چون جذام (خوره) به اجماع پزشکان، از جمله بیماری‌های واگیردار است. رابعاً، ایجاد تنفر منافی هدف نکاح: تنفر و نفرتی که جذام به دنبال دارد، از دیگر عیوب موجب فسخ بیشتر بوده، این نفرت، منافی هدف ازدواج (استمتاع) نیز هست؛ بنابراین باید راهی برای گریختن از فرد مبتلا به خوره باشد و جز خیار فسخ برای زن راهی نیست و نصّ و فتوا دلالت بر آن دارد که مرد با وجود آنکه راهی چون طلاق برای جدایی در پیش دارد، می‌تواند به خیار عیب نیز استناد کند؛ ولی زن چنین راهی ندارد. حاصل آنکه ابتلای مرد به خوره به طریق اولی برای زن، خیار فسخ به دنبال دارد

* محقق کرکی نیز علت بطلان شرط خیار در نکاح را چنین می‌نویسد: «لا یصح اشتراط الخیار فی نفس النکاح قطعاً، لأن فی النکاح شائبه التعبد، و لیس هو من عقود المعاوضات، فلو شرط فیه بطل الشرط و العقد عند عامه الفقهاء، لأنه یرجعه عن وضعه» (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۳۹۵).

(جبعی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۸۲-۳۸۴ / همو، ۱۴۱۳، ج ۸، ص ۱۱۱ / فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۳۸۶-۳۸۵) و چنین می‌نماید که در همه بیماری‌های واگیردار که موجب تنفر طرف مقابل و منافی هدف ازدواج باشد، باید برای زن یا مرد حق فسخ را به رسمیت شناخت و از آن نهراسید و حتی به طریق اولی زن یا مرد حق فسخ خواهد داشت؛ زیرا تنفر و نفرت حاصل از بیماری ایدز و مانند آنکه غیرقابل درمان است، از نفرت حاصل از برص بیشتر است (برای مشاهده نظر مخالف، ر.ک: طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۱، ص ۴۵۲* / انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۴۲-۳۴۳).

بدین ترتیب، شهید ثانی پس از استناد به دلایل گوناگون، خوره را به دیگر عیوب می‌افزاید و در پایان، به دیدگاه مشهور که خوره را عیب نمی‌داند، اشاره می‌کند و دلایل آنان از جمله اصل لزوم و روایت غیث ضبّی (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ص ۲۲۹-۲۳۰ / صدوق، ج ۳، ص ۳۵۷ / کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۱۰ / طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۴۳۰) را نقد می‌کند و خوره را جزء عیوب دانسته، در ادامه پا را فراتر می‌نهد و پیسی را نیز به خوره می‌افزاید و بر این نکته تأکید می‌کند: «پسی هم به خوره ملحق می‌گردد؛ زیرا در نصّ صحیح هم بیان شده و در ضرر و ضرار با خوره برابر است و واگیردار هم هست؛ بنابراین شایسته است که همراه آن بیان شود» (جبعی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۸۴).

پس با استفاده از دستاوردهای اصولیون، دریافت ملاک احکام و باورمندشدن به تعلیل و اصل دانستن آن در معاملات و عقود که نکاح نیز در این پهنه جای می‌گیرد، می‌توان عیوب نکاح را منحصر به همان عیوب مذکور در متن روایات ندانست و باور داشت که عیوب جدیدی مانند ایدز، سرطان و بیماری‌های مهلک دیگر، می‌تواند موجب فسخ نکاح به شمار آید (مدرسی، ۱۴۱۵، ص ۱۱۹) نباید این‌گونه شیوه استنباطی را قیاس و بطلان آن را اظهر من الشمس دانست (میرداداشی، ۱۳۸۹، ص ۸۰)؛ زیرا این سخن به معنای نادیده گرفتن دستاوردهای فقیهانی چون شهید ثانی و محقق کرکی است که بی‌گمان در فقه شیعه به بطلان قیاس باور داشته‌اند.

* طباطبایی در این باره می‌نویسد: «و فيه مع ذلك استلزامه طرد الحكم في كل مرض معدّ، و لا أراه يلتزمه، مع مخالفته الإجماع».

افزون بر این، قیاس با اجتهاد متفاوت است؛ زیرا بنا بر تصریح نصوص، اجتهاد یعنی استنباط فروع از اصول؛ به عبارت دیگر، گسترش دامنه عیوب و تمثیلی دانستن عیوب موجب فسخ نکاح، قیاس نیست؛ زیرا زندگی با مرد مبتلا به ایدز از سویی موجب تنفر زوجه است و بر پایه نصوص [روایت حسن بن صالح]، عیوب موجب تنفر باعث برهم خوردن نکاح است؛ ثانیاً، تداوم زندگی مشترک زن با مرد مبتلا به هپاتیت یا ایدز، مستلزم ضرر زوجه خواهد بود؛ پس به حکم روایت حسن بن صالح و حکم قاعده لاضرر، زوجه باید دارای حق فسخ باشد و هیچ مصلحتی بالاتر از حفظ سلامتی و جان همسر سالم وجود ندارد و نباید با این توجیه که با وسایل پیشگیری از بارداری می‌توان مانع انتقال ویروس ایدز شد، اصل را بر حفظ خانواده گذاشت و حفظ خانواده را مصلحتی بالا شمرد؛ زیرا خانواده براساس محبت و عطوفت شکل می‌گیرد و هیچ قانونی نمی‌تواند زن و مرد متنفر از یکدیگر را در زیر یک سقف گردآورد و الزام به زندگی کند و هیچ عاقلی نیز به چنین جمع و کانونی، خانواده نام نمی‌نهد (پوراسماعیلی و مظفری، ۱۳۹۰، ص ۲۶۷-۲۸۰).

در نهایت، تعبد ورزیدن به عیوب نکاح و حاکم دانستن اصل لزوم درباره عیوب غیرمصرح در نصوص با قصد مشترک زوجین مغایرت دارد؛ زیرا طرفین عقد نکاح با توجه به وصف سلامت، با یکدیگر ازدواج می‌کنند و اگر زوجه در آزمایش‌های پیش از ازدواج که آزمایش‌های ساده‌ای هستند، دریابد که زوج معتاد به مواد مخدر است، با او ازدواج نمی‌کند، حال اگر زوجه ابتلای زوج به ایدز یا هپاتیت را دریابد، شکی نیست که ازدواج نخواهد کرد. البته باید توجه داشت که بیماری‌هایی مانند ایدز با آزمایش‌های خاص قابل تشخیص‌اند و همچنین، فاز نهفتگی دارند که ممکن است سال‌ها طول بکشد؛ به عبارت دیگر، ممکن است زوج در هنگام عقد نکاح مبتلا به بیماری ایدز باشد و مدتی پس از عقد نکاح، علایم بیماری در او بروز کند و با آزمایش‌های پیش از ازدواج نیز کشف نشود؛ پس الزام زوجین به ارائه گواهی سلامت پیش از ازدواج و حصری دانستن عیوب، یک‌سویه‌نگری است که باید از آن پرهیز کرد (میرداشی، ۱۳۸۹، ص ۸۰).

به هر حال، معلوم نیست که چگونه در باب بیع و دیگر قراردادهای لاضرر حکم

لزوم قرارداد را برمی دارد و ایجاد حق فسخ با اصل لزوم منافاتی ندارد؛ ولی همین قاعده لاضرر و حتی قواعد دیگر به استناد حفظ کیان خانواده‌ای که زوجین از یکدیگر بیزارند، نمی تواند اصل لزوم نکاح را بردارد و پذیرش این دیدگاه که عیوب به چند عیب مذکور در روایات محدود نیست و دریافت ملاک احکام عمل به قیاس و باطل است.

گفتنی است در فقه اهل سنت، ابن‌قیم جوزی به تبع استادش ابن‌تیمیه، حصری دانستن عیوب موجب فسخ نکاح را با مقاصد شریعت هماهنگ ندانسته‌اند (الجوزیه، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۱۸۲-۱۸۳) و پیش از او نیز بنا به گزارش کاسانی، محمدبن‌حسن [شیبانی] چنین باوری داشته است (کاسانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۲۷) و محمدبن‌حسن به هنگام شمارش عیوب موجب فسخ نکاح، عیوب را به صورت تمثیلی برمی‌شمارد (کمال‌الدین امام، ۱۴۱۶، ص ۲۵۵).

۱۸۱

امروزه نیز بسیاری از صاحب‌نظران اهل سنت، عیوب موجب فسخ نکاح را به چند عیب محدود نمی‌سازند و معتقدند در صورتی که زوج نابارور باشد، عادلانه نیست زنی را از داشتن فرزند محروم کرد و او را مجبور به زندگی با مرد نابارور ساخت (زیدان، ۱۴۱۵، ج ۹، ص ۳۹ / حسن الطه، ۱۹۷۵، ص ۶۷۱-۶۷۳) و یا اعتیاد شوهر به مواد مخدر یا ابتلا به ایدز را از موارد فسخ نکاح برشمرده، باور دارند که نمی‌توان تضمین کرد که زندگی زن با شوهر معتاد یا مبتلا به ایدز، سلامت زوجه را به مخاطره نیندازد و یا برعکس، زندگی در کنار یک زن معتاد یا مبتلا به ایدز موجب به حرام افتادن شوهر نشود (جوادالکریم، [بی‌تا]، ص ۸۰-۸۱).

قوانین کشورهای مصر (قانون شماره ۲۵ مصوب ۱۹۲۰)* و لبنان (ماده ۱۲۲ قانون خانواده)، عیوب موجب فسخ نکاح را حصری ندانسته‌اند (عامر، ۱۴۰۴، ص ۳۱۵-۳۱۹)

* «الباب الثالث فی التفريق بالعیب: ماده ۹- للزوجة أن تطلب التفريق بينها و بین زوجها إذا وجدت به عیباً مستحکماً لا یمكن البرء منه أو یمکن البرء منه بعد زمن طویل و لا یمکنها المقام معه إلا بضرر کالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العیب بالزوج قبل العقد و لم تعلم به أم حدث بعد العقد و لم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعیب أو حدث العیب بعد العقد و رضیت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق»؛ ر.ک:

<http://egyptjudgeclub.org/forum/archive/index.php/thread-134.html>, Available at: 2012/06/27.

و حتی در برخی از کشورها که عیوب نکاح، حصری دانسته شده است، حقوقدانان به انتقاد برخاسته‌اند (سباعی، ۱۴۲۰، ص ۱۱۴-۱۱۵) و انتظار می‌رود روند قانونگذاری یا رویه قضایی به راهی هماهنگ با دیدگاه‌های حقوقدانان برود.

نتیجه

بررسی دلایل و مستندات دیدگاه مشهور که عیوب موجب فسخ نکاح را به عیوب مصرح در روایات محدود و منحصر می‌کند، روشن می‌سازد که این دلایل و مستندات دلالتی بر حصری بودن عیوب ندارد و نباید به دیدگاه مشهور صرفاً به دلیل مشهوربودنش تعصب ورزید و با استدلال‌هایی نظیر اینکه وقتی می‌توان با استفاده از برخی وسایل پیشگیری از بارداری، مانع ابتلای زوجه سالم به بیماری شد، زوجه نباید دارای حق فسخ باشد؛ زیرا اولاً، نباید میان ابتلا به بیماری ایدز و... که مشهور موجب فسخ نکاح نمی‌دانند، با قرن، جذام و پسی که مشهور موجب فسخ نکاح می‌دانند تفاوتی از این جهت گذارد و حتی باید به قیاس اولویت ابتلای شوهر به ایدز را موجب فسخ نکاح دانست.

ثانیاً، در بررسی احکام خانواده نباید نقش اخلاق را نادیده گرفت؛ چون خانواده بیش از آنکه تابع قوانین و مقررات باشد، تابع قواعد اخلاقی است و اخلاق نیز بر نمی‌تابد که زوجین متفر از یکدیگر را در زیر یک سقف به اجبار نگه دارد که چنین کاری خود مفاسد بیشتری دارد.

ثالثاً، با دریافت حکمت و ملاک احکام که در برخی روایات نیز مطرح شده است، باید بر آن شد که دیدگاه مشهور دور از انتقاد نیست؛ به عبارت دیگر، پذیرش اینکه احکام تابع مصالح و مفاسدند؛ ولی عقل مصالح و مفاسد حتی مصالح و مفاسد مصرح در نصوص را درک نمی‌کند، باعث شده تا حکمی غیرمنصفانه و فقط به دلیل مشهوربودن در گستره فقه رواج یابد و مصالح خانواده نادیده گرفته شود و شاید تدوین‌کنندگان قانون مدنی که خود از متبحران و سرآمدان فقه و حقوق بوده‌اند، به همین اشکالات توجه داشته‌اند و به ظرافت تعبیر «موارد امکان

فسخ نکاح» را انتخاب کرده‌اند که می‌توان از آن تمثیلی بودن عیوب مصرح در قانون مدنی را استنباط کرد و باید رویه قضایی را به این سو سوق داد و قضات نیز نباید خود را پای‌بند دیدگاه‌های مشهور در فقه کنند، بلکه قاضی باید با دقت در قوانین و فقه [در نبود یا اجمال قانون] حکمی منصفانه را برگزیند و به دنبال حفظ مصالح باشد و از جولان دادن به عقل در استنباط احکام نهراسد.

منابع

۱. اراکی، محمدعلی؛ النکاح؛ قم: نشر نور نگار، ۱۳۷۷.
۲. استادی، رضا؛ «عیوب موجب فسخ نکاح»؛ فقه اهل بیت؛ قم: دائرةالمعارف فقه اسلامی، ش ۵۸-۵۹، تابستان و پاییز ۱۳۸۸، ص ۹۴-۱۲۸.
۳. اسکافی، ابن جنید؛ مجموعه فتاوی ابن جنید؛ تحقیق شیخ علی پناه اشتهاردی؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۴. انصاری، مرتضی؛ کتاب النکاح؛ تحقیق گروه محققان؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۵. آصف‌المحسنی، محمد؛ فقه و مسائل طبیه؛ ج ۱، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
۶. بحرانی، یوسف؛ الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
۷. پوراسماعیلی، علیرضا و مصطفی مظفری؛ «اخلاق‌گرایی و نه قانون‌گذاری: سهم قواعد اخلاقی در پهنه خانواده»؛ خانواده پژوهی؛ تهران: دانشگاه شهید بهشتی (پژوهشکده خانواده)، ش ۲۷، پاییز ۱۳۹۰، ص ۲۶۷-۲۸۰.
۸. جادالکریم، محمدفؤاد و عبدالصبور خلف الله محمد؛ حق الزوجین فی طلب التفريق بينهما بالعیوب فی الشريعة الاسلامیة و قانون الاحوال الشخصية؛ قاهره: مكتبة مدبولی، [بی تا].
۹. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة؛ تصحیح و تعلیق سیدمحمد کلانتر؛ ج ۵، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
۱۰. —؛ مسالك الافهام؛ ج ۸، قم: مؤسسة المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ حقوق مدنی: ارث؛ ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۵.

۱۲. جمالی، محمد؛ «تأثیر عیوب و بیماری در فسخ نکاح از دیدگاه قانون مدنی و فقها»؛ مقالات و بررسیها؛ تهران: دانشکده الهیات دانشگاه تهران، زمستان ۱۳۸۶، ص ۶۱-۸۰.
۱۳. الجوزیه، ابن قیم؛ زادالمعاد فی هدی خیرالعباد؛ ج ۵، تصحیح و تعلیق شعیب الأرنؤوط و عبدالقادر الأرنؤوط؛ بیروت: مؤسسة الرسالۃ و مكتبة المنار الاسلامیة، ۱۴۰۸ق.
۱۴. چاوشی، محمدرضا؛ «ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح»؛ فقه و حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات)؛ تهران: سازمان سمت و مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۷.
۱۵. حائری، سیدکاظم؛ «عیوب موجب فسخ نکاح»؛ فقه اهل بیت؛ قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ش ۴۱، بهار ۱۳۸۴، ص ۳-۵۱.
۱۶. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ تحقیق مؤسسه آل البیت؛ ج ۲۱ و ۱۵، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۰۹ق.
۱۷. حسن الطه، احمد؛ مدى حرية الزوجین فی التفریق قضاء بحث مقارن فی الشریعة الاسلامیة والقانون؛ بغداد: مطبعة العانی، ۱۹۷۵م.
۱۸. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر؛ مختلف الشیعة فی احکام الشریعة؛ تصحیح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی؛ ج ۷، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۹. حلّی (فخرالمحققین)، محمدبن حسن؛ ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد؛ ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
۲۰. خمینی، سیدروح الله؛ تحریرالوسیلة؛ ج ۲، قم: دارالعلم، [بی تا].
۲۱. رجایی پور، مصطفی و ملیحه قنبریان؛ «ادله جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان»؛ فقه و تاریخ تمدن؛ مشهد: دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، ش ۲۰، تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۲۹-۱۴۸.
۲۲. رفیعی، محمدتقی و فاطمه حبیبی نوده؛ «نگاهی تحلیلی به مبانی فسخ ازدواج ناشی از بیماری‌ها»؛ فصلنامه حقوق پزشکی؛ تهران: انجمن حقوق پزشکی ایران، ش ۱۵، زمستان ۱۳۸۹، ص ۵۷-۹۰.

۲۳. روحانی، محمدصادق؛ فقه الصادق؛ ج ۳۳، [بی جا]: منشورات الاجتهاد، ۱۴۲۹ق.
۲۴. زیدان، عبدالکریم؛ المفصل فی احکام المرأة والبيت المسلم فی الشريعة الاسلامیة؛ ج ۹، بیروت: مؤسسة الرسالة، ۱۴۱۵ق.
۲۵. سباعی، شیخ مصطفی؛ المرأة بین الفقه والقانون؛ بیروت: دارالورق، ۱۴۲۰ق.
۲۶. سبزواری، عبدالاعلی؛ مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام؛ ج ۲۵، قم: دفتر آیت الله سیدسبزواری، ۱۴۱۷ق.
۲۷. شلیبی، محمد مصطفی؛ احکام الأسرة فی الاسلام دراسة مقارنة بین فقه المذاهب السنیة والمذهب الجعفری والقانون؛ بیروت: دار النهضة العربیة، ۱۳۹۷ق.
۲۸. صابری، حسین؛ «فقه و چالش میان تعلیل و تعبد»؛ نشریه دانشکده الهیات دانشگاه فردوسی مشهد؛ مشهد: دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی، ش ۵۷، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۲-۵۲.
۲۹. صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه؛ علل الشرائع؛ ج ۱، نجف: المكتبة الحیدریة، ۱۳۸۶ق.
۳۰. —؛ من لایحضره الفقیه؛ ترجمه علی اکبر غفاری؛ ج ۵، تهران: نشر صدوق، ۱۳۶۷.
۳۱. —؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۳۲. صفار، محمدجواد؛ «وضع حقوقی زن در انحلال نکاح از طریق طلاق و فسخ»؛ بازپژوهی حقوق زن (مجموعه مقالات)؛ ناصر قربان نیا و همکاران، ج ۱، تهران: مرکز امور مشارکت زنان ریاست جمهوری، ۱۳۸۴.
۳۳. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل؛ ج ۱۱، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ق.
۳۴. طرابلسی، ابن براج؛ المهذب؛ تحقیق تحت اشراف جعفر سبحانی؛ ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۳۵. طوسی (شیخ)، محمد بن حسن؛ (الف)؛ تهذیب الاحکام؛ ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۰۷ق.

۳۶. —؛ (ب)؛ الاستبصار فيما اختلف من الاخبار؛ ج ۳، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.
۳۷. عامر، عبدالعزیز؛ الاحوال الشخصية فی الشریعة الاسلامیه فقهاً و قضاء (الزواج)؛ قاهره: دارالفکر العربی، ۱۴۰۴ق.
۳۸. علوی قزوینی، سیدعلی؛ «نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نامتعادل زوجین در برخورداری از حق فسخ نکاح»؛ پژوهش زنان؛ تهران: مرکز تحقیقات زنان ریاست جمهوری، ش ۱، بهار ۱۳۸۴، ص ۲۳-۵.
۳۹. فاضل لنکرانی، محمد؛ النکاح، تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیلة؛ قم: مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ق.
۴۰. کاسانی، ابوبکر مسعود بن احمد؛ بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع؛ ج ۲، پاکستان: المكتبة الحیبیة، ۱۴۰۹ق.
۴۱. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۳ و ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۴۲. کمال الدین امام، محمد؛ الزواج والطلاق فی الفقه الاسلامی؛ بیروت: مجد، ۱۴۱۶ق.
۴۳. محقق داماد، سید مصطفی؛ (الف)؛ قواعد فقه (بخش مدنی ۲)؛ تهران: سمت، ۱۳۸۴.
۴۴. —؛ (ب)؛ بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)؛ تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۴.
۴۵. محقق کرکی، علی بن حسین عاملی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل البیت، ج ۱۳، قم: مؤسسه آل البیت، ۱۴۱۴ق.
۴۶. مدرسی، سید محمد تقی؛ الوجیز فی الفقه الاسلامی (احکام الزواج و فقه الاسرة)؛ تهران: منشورات البقیع، ۱۴۱۵ق.
۴۷. معرفت، محمد هادی؛ «عیوب موجب فسخ نکاح»؛ مجله دادرسی؛ تهران: سازمان قضایی نیروهای مسلح، ش ۳، مرداد ۱۳۷۶، ص ۸-۴.

۴۸. موسوی عاملی، محمدبن علی؛ نه‌ایة‌المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام؛ تحقیق حاج آقا مجتبی عراقی، شیخ علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.

۴۹. مهرپور، حسین؛ «بررسی فقهی حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد نسبت به فسخ نکاح و دیدگاه امام خمینی در این باره»؛ نامه مفید؛ قم: دانشگاه مفید، ش ۲۰، زمستان ۱۳۷۸، ص ۳۹-۶۶.

۵۰. میرداداشی، سیدمهدی؛ «تأملی نو بر عیوب موجب فسخ نکاح»؛ حقوق اسلامی؛ تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ش ۲۴، بهار ۱۳۸۹، ص ۶۱-۸۵.

۵۱. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام؛ تحقیق عباس قوچانی؛ ج ۳۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].

۵۲. یزدی، محمد؛ «عیوب موجب فسخ نکاح»؛ فقه اهل بیت؛ ش ۴۰ و ۳۹، پاییز و زمستان ۱۳۸۳، ص ۱۳۶-۱۴۷.