



بررسی امکان فسخ نکاح در عیوب غیر مصرح در قانون مدنی

اعظم سادات موسویان جندقی^۱، علیرضا صابریان^۲

چکیده

خيار فسخ يك حق است و تحت سلطنت كسی است كه اين اختيار را دارد و چون عقد نكاح از عقود لازم است، خيار فسخ برای زوجين بايد بواسطه دليل خاصی باشد. در فقه اماميه اين دلايل تحت عنوان عيوب مشترك ومختص مجوز فسخ نكاح شمرده شده است. عيب مشترك در زوجين، جنون است و از عيوب مختص زوج «جَبَّ، خِصَاء، عَنَن» و عيوب مختص زوجه «قَرَن، جذام، بَرَص، إِفْضَاء، زمين گيري و نابينايي ازدو چشم» است. در اين پژوهش محقق قصد دارد به اين سوال پاسخ دهد كه آیا امکان فسخ نكاح در عيوب ديگري كه در قانون مدني به آن تصريح نشده است وجود دارد؟ با توجه به تحقيق انجام شده، می توان بيان نمود كه فقه اماميه و قانون مدني هر دو برگرفته از آیاتي هستند كه از صفت جري و اطلاق برخوردار بوده و قابل تسري به هر زمان است وملاك مجوز فسخ نكاح در عيوب مطرح شده نيز قواعد فقهی "لا حرج" و "لا ضرر" و قاعده اولويت و اطلاق است. شارع مقدس نيز حكمی كه موجب عسر و حرج و ضرر و مشقت شديد برای مكلفين باشد، وضع نمی كند. به ويژه در زندگي زناشویی كه لازمه آن ايجاد آرامش وسكون است. به نظر می رسد تصريح به اين عيوب از باب تمثيل بوده و خصوصيت نداشته و حصري نيستند، زيرا در عصر كنوني برخي از عيوب مصرح قابل درمان هستند، و در مقابل بيماري های ديگري مانند: ايدز، هپاتيت وغيره وجود دارند، كه قابل درمان نيستند. لذا می توان قائل به توسعه اين عيوب شد و عيوب غير مصرح را از عيوب مجوز نكاح شمرد. اين پژوهش با روش كتابخانه ای - توصيفی با رويکرد فقه خانواده نوشته شده است.

كليت واژه: فسخ نكاح، عيوب مجوز فسخ نكاح، لا حرج، لا ضرر

۱. دانشپژوه سطح ۴ فقه خانواده، مدرسه علميه تخصصی فاطمة الزهراء، سمنان، ايران a.sadat.m41@gmail.com

۲. استادیار، استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی، سمنان، ايران

alireza.saberyan@yahoo.com

مقدمه

در عصر حاضر که دنیا به سرعت در حال پیشرفت علمی و صنعتی است و علم پزشکی پیشرفت بسزایی نموده است، نیاز به فقه پویا بیشتر از پیش احساس می‌گردد. لذا لازم می‌آید برخی از موضوعات فقه و قانون مدنی مورد بررسی و مطابق با دنیای کنونی در آن تغییراتی صورت گیرد. یکی از آن موضوعات، عیوب مطرح شده در فسخ نکاح است، با توجه به اهمیت نکاح و هدف مقدس آن در اسلام که رسیدن به آرامش و سکون و تکامل روحی و معنوی است. در شرع مقدس و قانون مدنی عقد نکاح یکی از عقود لازم شمرده شده و به طرفین خیار فسخ بعنوان یک حق در عقود لازم عطا شده، حق فسخ نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی، منحصر در عیوبی شده است که بردو قسم است: مشترک و آن جنون است و مختص و آن در زن، قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از دو چشم است. و در مرد، جبّ، خضاء و عَنین است.

اکنون با پیشرفت علم پزشکی، بسیاری از این عیوب مصرح قابل درمان هستند، و در مقابل بیماری‌های صنعتی جدید پدیدار شده است، که هنوز درمانی برای آنها نیست. مانند: ایدز، هیپاتیت، برخی از سرطان‌ها، بیماری‌های روحی-روانی، اختلالات جنسی و ترنس‌ها و.... که لازم است در این قانون تجدید نظر گردد، مقاله حاضر در نظر دارد با بررسی قواعد فقهی «نفی عسر و حرج» و «لاضرر» که از مبانی و ملاکهای وضع این قانون هستند و بیان مدارک این قواعد از آیات و روایات و قاعده اولویت و اطلاق؛ و بیان نظرات علماء و فقهای بزرگ ضمن پاسخ مثبت به این سوال که آیا ممکن است، عیوب غیر مصرحی که در فقه امامیه و قانون مدنی مطرح نشده است. حق فسخ نکاح را برای طرفین بطور مساوی ایجاد نمایند؟ به این نتیجه دست یابد که نام بردن این عیوب به صورت عیوب مصرح از باب تمثیل است و خصوصیت نداشته و حصری نیستند.

مفهوم شناسی

فسخ نکاح

فسخ از نظر لغوی عبارت است از "برهم زدن معامله و پیمان" و در بیان لغویان فسخ عبارت



از جدایی افتادن بین دو شی است که بین آن دو اتصال برقرار بوده و این مطلب در مورد نکاح هم که علقه بین دو نفر است به خوبی صدق می کند . (جلالی نژاد، مجتهد سلیمانی، ۱۳۹۷، ص ۱۳)

فسخ در معنای اصطلاحی (فقهی و حقوقی)

فسخ در اصطلاح فقهی برهم زدن عقد و رفع به همان وضعی است که قبل از فسخ بوده یعنی برهم زدن عقد بدون کم و کاست . فسخ (مدنی - فقه) ایقاعی است از ایقاعات که دارای خصوصیات زیر است :

اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده و به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع (در حدود امکان و قدرت) بر می گرداند. فسخ اختصاص به عقود ندارد به همین جهت فقها، رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده اند و طلاق از ایقاعات است .

فسخ در معنای حقوقی، ایقاعی است که صرفاً به اراده صاحب حق واقع می شود. فسخ نکاح نیاز به انجام تشریفات خاص و رجوع به دادگاه ندارد و با تصمیم صاحب حق واقع می شود اما اراده باطنی تا زمانی که به وسیله ای اعلام نشده است هیچ اثری در انحلال نکاح ندارد.

فسخ ازدواج دارای قواعد ویژه ای است که با احکام خیارات در قراردادهای مالی یکسان نیست . پاره ای از عیوب موجود در زن یا مرد، تدلیس و تخلف از شرط صفت از موجبات فسخ نکاح به شمار آمده است . مبنای فسخ ازدواج در این موارد جلوگیری از زیان همسری است که حق فسخ برای او شناخته شده است . مثلاً همسری که فریب خورده یا ندانسته با دیوانه ای ازدواج کرده است ، می تواند ازدواج را بهم بزند، زیرا غیر قابل فسخ بودن این ازدواج موجب زیان او خواهد بود. (جلالی نژاد، مجتهد سلیمانی، ۱۳۹۷، ص ۱۴)

البته مصلحت و ضرورت استمرار و دوام و ثبات خانواده اقتضای این را دارد که زوجین به راحتی نتوانند ازدواج را برهم زنند؛ اما قانونگذار برای جلوگیری از ضرر و زیان همسری که در معرض عیوب پراهمیت قرار می گیرد، به طور صریح و مشخص موارد فسخ نکاح را معین کرده است .

مفهوم عیب در نکاح

در هر عقد و قراردادی چیزی عیب شمرده می شود که با انتظارهای دو طرف عقد یا آنچه شریعت مقرر فرموده ناسازگار باشد بر این اساس در عقد ازدواج چیزی عیب شمرده می شود که با انتظارها و حقوق متقابل زوجین سازگار نباشد.

- در پیمان زناشویی آنچه موجب اختلال در تامین این انتظارها می شود به این قرار است:
- (۱) بیماری ها و معلولیت هایی که با پاسخ گویی به نیاز جنسی طرف مقابل ناسازگار است.
 - (۲) چیزهایی که مانع و مخل رفتار نیکو در زندگی زناشویی است.
 - (۳) در نتیجه در پیمان زناشویی عیب عبارت است از اموری که مانع رفتار نیکو و تامین نیاز جنسی طرف مقابل باشد. چنین عیبی می تواند موجب حق فسخ گردد. (جلالی نژاد، مجتهد سلیمانی، ۱۳۹۷، ص ۱۹)

کلیات بحث

عیوب مصرح مجوز فسخ نکاح بر دو قسم هستند: مشترک و مختص عیوب موجب حق فسخ نکاح مشترک در زن و مرد عبارت است از:

(۱) جنون

جنون از مصادیق عیوب مشترک در زوجین است که موجب حق فسخ می شود. " ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی می گوید: (جنون هر یک از زوجین به شرط استقرار، اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.) " جنون " در لغت از ماده (جن) به معنای پوشیده شدن، پنهان شدن و تاریک شدن گرفته شده است، یعنی مجنون کسی است که روی عقلش پرده ای افتاده که قوای عقلی او را پوشانده و پنهان کرده است.

"استقرار" در لغت به معنای ثابت و پابرجا بودن است و در مورد بحث، منظور از استقرار آن است که آن حالت عارض شده از نوع نسیان های سریع الزوال یا بیهوشی های ناشی از هیجانات یا مرض صرع، که اتفاقی و آنی و به صورت عارضه ای زودگذر که اثر آن در شخص باقی

نماند، نبوده باشد، بلکه به صورت یک امر ثابت و موثر در روان شخص استقرار یابد که این حالت ثابت و مستقر می تواند دائمی باشد که آن را "جنون مستمر یا اطلاق" گویند یا آنکه در بعضی مواقع عارض می شود که این حالت را "جنون ادواری" می گویند. در این ماده، جنون مقارن زمان عقد مورد نظر است و جنون حادث بعد از عقد نکاح در ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی بیان شده است. بنابراین اگر پس از عقد معلوم گردد که احدی از زوجین در حین عقد مجنون بوده است، طرف دیگر می تواند عقد را فسخ کند. (حیدری، ۱۴۰۰، ص ۴۸-۴۹)

بنابراین طبق نظر فقها جنون یعنی اختلال عقل و فراموشی های سریع الزوال، بیهوشی های ناشی از هیجانات ناگهانی، و نیز بیماری صرع (غش) جنون محسوب نمی شود. منظور از اختلال عقل آن است که شخص در انجام وظایف عادی و معمولی روزانه خود نامتعادل شده و اعمال بدون هدف از او سر بزنند.

فریب در ازدواج

یکی دیگر از مواردی که به طرفین حق فسخ را می دهد، تدلیس یا فریب در ازدواج است. "تدلیس در لغت به معنای کتمان عیب است. تدلیس بر وزن تفعیل از "مدالسه" به معنی مخادعه است، الدلس به معنی ظلمت و تاریکی است. گویا فریب دهنده وقتی خدعه می کند کار را برای طرف مقابل تاریک می گرداند. تدلیس در نکاح عبارت است از اخفاء عیب و نقص و اظهار صفات کمالی که شخص فاقد آن است به قصد گول زدن و ایجاد رغبت به ازدواج در طرف مقابل، این کار ممکن است از طرف زوج یا زوجه یا ولی زوجه و یا واسطه ازدواج صورت پذیرد." (میرشمسی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۱) یعنی فرد صفت هایی را به خود نسبت بدهد که آنها را ندارد. مثلاً خواستگار خودش را دارای تحصیلات عالی یا ثروتمند یا متخصص در هنر خاصی معرفی کند؛ اما بعد از اینکه خطبه عقد جاری شد، عروس بفهمد که تمام چیزهایی که درباره همسرش تصور می کرده، دروغ بوده است "اگر آنچه از برخی روایات استفاده می شود مبنی بر اینکه تدلیس موجب حق فسخ است به این ادعا ضمیمه گردد که کتمان هر عیبی از عیوب زوجین تدلیس می باشد، آن گاه حق فسخ ثابت می شود صحیح حلی از امام صادق علیه السلام می



فرماید: آن حضرت در باره زنی که کار ازدواجش را به شخصی یا بستگانش یا همسایه اش واگذار نموده و هیچ یک از آنها به احوال درونی او آگاه نبودند، سپس متوجه شدند که زن تدلیس کرده، فرمود: "یؤخذ المهر منها و لا یكون علی الذی زوجها شی" (به نقل از حر عاملی، وسایل الشیعه، ج ۲۱، ح ۴، ص ۲۱۲-۲۱۳) یعنی مهریه از زن گرفته می شود و بر کسی که آن زن را به نکاح دیگری درآورده چیزی نیست. البته دلالت این حدیث بر حق فسخ مبتنی بر این است که مفهوم عرفی سخن امام علیه السلام "یؤخذ المهر منها" پس گرفتن مهریه به دلیل فسخ نکاح باشد که در این صورت روایت بر جواز فسخ نکاح توسط کسی که فریب خورده است دلالت دارد. (حیدری، ۱۴۰۰، ص ۲۶)

انحاء تدلیس

اخفای عیب: هرگاه هریک از زوجین نقص یا عیب موجود خود را به وسیله چیزی بپوشانند، مثلاً کسی که دندان ندارد، دندان های عاریه بگذارد یا کچلی سررا با کلاه گیس بپوشانند، تدلیس کرده است.

اظهار صفت کمال: چنانچه هریک از زوجین خود را متصف به صفت یا صحت و سلامتی معرفی کند، یا شخص ثالثی برای هریک از زن و مرد صفات کمالی را برشمرد تا موجب رغبت ازدواج در طرف دیگر شود، چنانچه پس از عقد، خلاف آن ظاهر شود و شخص فاقد آن صفات باشد، تدلیس محقق شده است. (میر شمسی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۳)

متن کلام علامه حلی چنین است: "التدلیس یتحقق باخبار الزوجه او ولیها او ولی الزوج او التفسیر بینهما - علی اشکال - بالصحه او الکمالیه ...". (به نقل از علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۶۳۵)

فقدان شرط صحت: هرگاه یکی از زوجین در ضمن عقد نکاح خواهان وصفی در طرف مقابل باشد و آن را به صورت شرط ضمن عقد بیاورد، چنانچه پس از عقد معلوم شود که هنگام عقد فاقد آن بوده اکثر فقهاء گفته اند که فقدان وصف مذکور، تدلیس است.

سکوت از عیب پنهان: صاحب جواهر گفته است: با سکوت از عیبی که خود شخص از آن

آگاه است، تدلیس محقق می شود. (به نقل از جواهر الکلام، ج ۳۰، صص ۳۶۲ و ۳۶۳)
اما برخی از فقهاء سکوت از عیب پنهان را در صورتی تدلیس دانسته اند که مردم عاده در آن
مسامحه نمی کنند، و با علم به آن رغبت ازدواج کاهش می یابد، مقل نابینایی و مانند آن. (میر
شمسی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۴)

تخلف از شروط وصف

آخرین موردی که به یکی از طرفین عقد، حق فسخ عقد را می دهد، تخلف از شرط صفت
است. شرط صفت یعنی اینکه صفت خاصی در شخص شرط شده باشد، ولی بعد از عقد معلوم
شود که فرد فاقد آن وصف بوده است (ماده ۱۱۲۸ ق. م. ا).^{۹۱} اولاً: صفت شرط شده باید دارای نفع
و فایده ای عقلایی و مشروع باشد. ثانیاً: باید صفتی باشد که موجب ترغیب فرد شود. یعنی فرد
با اتکا به این صفت، با شخص ازدواج کند؛ این می تواند اوصاف ظاهری، و یا درباره شخصیت
مادی و معنوی فرد باشد.

تفاوت تدلیس با تخلف از شرط صفت در این است که در تدلیس فرد قصد فریب دارد، ولی
در تخلف از شرط صفت، فرد چنین نیتی ندارد، واقعاً خود را واجد آن صفت می داند، اما بعد از
عقد متوجه می شود که دارای آن وصف خاص نیست. مثل اینکه دختری یا پسری خود را منتسب
به خانواده ای دارای ثروت و مقام بداند، ولی بعداً متوجه شود که نسبتی با آن خانواده ندارد.

عیوب مختص برای فسخ نکاح در زن و مرد

عیوب مختص برای مرد یا زوج سه عیب است که در فقه امامیه و قانون مدنی بیان شده
و عبارت است از: جَبّ، خُصاء و عَنَن.

- جَبّ: قطع شدن ذکوریت بطوریکه امکان رابطه جنسی برای مرد نباشد. و یا مقطوع
بودن آلت تناسلی. "در اصطلاح فقه و حقوق امامیه مقطوع بودن آلت تناسلی را جَبّ گویند و آن
کس را مجبوب گویند. مقطوع بودن آلت شوهر در صورتی موجب حق فسخ برای زن می شود که
شوهر نتواند با او نزدیکی کند. اگر چه به قدر حشفه باشد. والا هرگاه پس از قطع، از آلت



تناسلی به قدر حشفه باقی مانده باشد که بتواند با زن خود نزدیکی نماید، شوهر ایفای وظایف زوجیت نموده و زن حق فسخ نکاح را ندارد. این امر اجماعی است و از ماده ۱۱۲۲ ق.م نیز این نظر استنباط می شود. (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۶۷)

خِصاء: دومین مورد از موارد عیوب مختص مرد "خِصاء" عبارت از اخته بودن مرد به وسیله کشیدن بیضه های او می باشد و شخص مزبور را "خصی" گویند و در حکم خِصاء، وجاء می باشد. وجاء در لغت به معنی کوبیده شدن بیضه ها است. خِصاء در صورتی برای زن می تواند ایجاد حق فسخ نماید که دارای دو شرط ذیل باشد:

(۱) این حالت قبل از نکاح حادث شده باشد و زن نیز به آن جاهل باشد.

(۲) مانع از ایفای وظیفه زناشویی باشد.

آنچه مشهور است بین علماء در مورد خِصاء آن است که این عیب به زن حق فسخ می دهد و دلیلی در زمینه این حق برای زن آورده اند، حدیث "لاضرر" است. در مورد اینکه اگر خِصاء قبل از عقد وجود داشته باشد، مشهور علماء معتقدند که این حالت باعث فسخ می شود، اما اگر بعد از عقد این عیب حادث شود بین فقهاء اختلاف است که آیا عیب حادث بعد از عقد حق فسخ به زن می دهد یا خیر. صاحب جواهر می گوید: "ما دلیلی در دست نداریم که حق فسخ را به زمان بعد از عقد هم سرایت دهیم." (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۶۴-۶۶)

عنن: "عنن" ناتوانی جنسی مرد است که به موجب آن آلت مرد منتشر نمی شود، به عبارت دیگر قوه نشر آلت تناسلی مرد ضعیف می شود کسی که دارای این بیماری است او را "عنین" گویند. در این بیماری شهوت یا عدم تمایل به زنان از سوی مرد مورد توجه نیست؛ چرا که ممکن است مردی عنین باشد در حالیکه دارای میل شدید به جنس مخالف است. این بیماری همانطوری که ممکن است طبیعی باشد احتمال دارد معلول کنش های روانی نیز باشد. (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۵۶)

با توجه به بند دوم ماده ۱۱۲۲ ق.م که اشاره دارد به این نکته که "عنن به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد." زن حق فسخ نکاح را خواهد داشت می توان نتیجه گرفت که طبق این ماده از قانون مدنی در صورتی مرد عنین محسوب می شود که به هیچ وجه

قدرت عمل زناشویی را نداشته باشد. بنابراین اگر مرد ولو یک بار عمل زناشویی را انجام داده باشد، زن حق فسخ نکاح را نخواهد داشت. (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۵۹)

البته در خصوص عنن به شوهر یک سال مهلت داده می شود تا خود را معالجه کند و در صورت عدم معالجه و به دست نیاوردن توانایی جنسی بلافاصله زن می تواند اعمال خیار فسخ نماید.

بر طبق ماده ۱۱۲۵ ق.م. "جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب حق فسخ برای زن خواهد بود." در مورد فلسفه این امر می توان گفت که چون در شرع زن حق طلاق ندارد و در قانون مدنی هم طلاق گرفتن او مشروط به شرایطی است، شارع و قانونگذار خواسته اند در مورد جنون مرد و عنن برای رهایی زن چاره ای بیندیشند و به این ترتیب به او حق فسخ داده اند و حال آنکه جنون زن اگر عارض بعد از عقد باشد به مرد خیار فسخ نمی دهد، زیرا مرد در مورد جنون زن مستاصل نمی شود چون اولاً می تواند او را طلاق بدهد و ثانیاً چون تعدد زوجات مجاز است، مرد با وجود زن مجنون، می تواند زنی دیگر اختیار کند. (حسنی، ۱۳۸۳، ص ۶۰)

وعیوب مختص زن عبارت است از: برص، جذام، افضاء، قَرَن، زمین گیر شدن و نابینایی از دو چشم.

برص و جذام: بیماری های پوستی هستند.

افضاء: بیماری است که در آن محل ادرار زناشویی یکی می شود.

قَرَن: در دهانه رحم زن گوشت یا استخوان یا غده ایی است که مانع رابطه زناشویی می شود. **زمین گیر شدن:** به گونه ایی که زن قادر به راه رفتن و انجام وظایف زناشویی خود نباشد.

نابینایی از دو چشم: بطوریکه زن بطور کامل نابینا باشد.

مطابق ماده "۱۱۲۴" قانون مدنی، در صورتی که هنگام عقد این عیب ها در زن وجود داشته باشد و مرد از آن ها بی خبر باشد، موجب حق فسخ برای مرد خواهد شد. از موارد فوق، افضاء و قَرَن از عیب هایی است که به زن اختصاص دارد، اما چهار مورد دیگر، برص (پیشی)، جذام (خوره که بیماری مسری و خطرناک است)، زمین گیری و نابینایی از هر دو چشم،



عیب‌هایی اند که می‌تواند هم در زن و هم در مرد وجود داشته باشد. اما قانون‌گذار وجود آن‌ها را فقط در زن موجب حق فسخ برای مرد دانسته است. مستند این حکم در موارد مزبور، روایات وارده از معصومین علیهم‌السلام و تا حدودی حکم کلی مستفاد از قاعده "لاضرر" است. (محمدی، ۱۳۸۷، ص ۱۳۲)

از میان فقه‌های متقدم، قاضی بن براج جنون، جذام، برص و نابینایی را از عیب‌های مشترک بین زن و مرد شمرده که هریک از این موارد در هر کدام باشد، دیگری حق فسخ دارد. و شهید ثانی در مسالک الافهام از نظر ابن براج و ابن جنید حمایت کرده و برای اثبات صحت این نظر که زن هم در صورت وجود این دو عیب در مرد حق فسخ دارد هم به عموم مفاد برخی از روایات استناد کرده و هم به استدلال عقلی و قیاس اولویت متوسل شده است. وی در استناد به برخی روایات می‌نویسد: روایت صحیحی که حلبی از امام صادق علیه‌السلام نقل کرده است به طور مطلق می‌گوید، می‌توان نکاح را به خاطر برص، جذام، جنون و غفل (به معنا و در حکم قرن است) فسخ کرد و اطلاق این روایت شامل جذام و برص مرد نیز می‌شود. و می‌افزاید: وقتی وجود عیب در زن موجب حق فسخ برای مرد می‌گردد با این که او حق طلاق را در اختیار دارد، منطقاً باید بپذیریم که وجود آن‌ها در مرد به طریق اولی برای زن که اختیار طلاق ندارد حق خیار فسخ ایجاد می‌کند. از سوی دیگر جذام، مرضی مسری است و ندادن حق فسخ به زن موجب زیان وی می‌گردد که به حکم قاعده "لاضرر"، حکم ضرری نباید وجود داشته باشد. (به نقل از: مسالک الافهام، ج ۱، ص ۵۲۵)

عیوب مجوز فسخ نکاح در فقه امامیه

در تحریر الوسیله امام خمینی (ره) پیرامون عیوبی که موجب فسخ نکاح می‌شود اینگونه بیان شده است: «القول فی العیوبِ الموجبه لِخیارِ الفسخِ والتدلیسِ وهی قسمان: مشترکٌ ومختصٌّ اما المشتركُ فهو الجنونُ وهو اختلالُ العقلِ ولیس منه الاغماءُ ومرضُ الصرعِ الموجبُ لعروضِ الحالهِ المعهودهِ فی بعضِ الاوقاتِ... واما المختصُّ، فالمختصُّ بالرجلِ ثلاثه: الخصاءُ وهو سَلُّ الخصیتَینِ أو رَضَمَهُما والجَبُّ وهو قطعُ الذکرِ بشرطِ أَنْ لا یبقی منه ما یمکنُ معه الوطءُ

ولو قَدَّرَ الحَشَفَه...».

«وَالْعَنَنَ وَهُوَ مَرَضٌ تَضَعُفُ مَعَهُ الْإِلَهُ عَنْ الْإِنْتِشَارِ بِحَيْثُ يَعْجِزُ عَنِ الْإِيلَاجِ... وَالْمَخْتَصُّ بِالْمَرْءِ بَيْتُهُ: الْبَرْصُ وَالْجَذَامُ وَالْإِفْضَاءُ... وَالْقَرْنُ وَيُقَالُ لَهُ الْعَقْلُ وَهُوَ لَحْمٌ أَوْ غُدَّةٌ أَوْ عَظْمٌ يَنْبَثُ فِيهِ الرِّجَمُ يَمْنَعُ عَنِ الْوَطْءِ... وَالْعَمَى وَهُوَ ذَهَابُ الْبَصَرِ عَنِ الْعَيْنَيْنِ وَإِنْ كَانَتَا مَفْتُوحَيْنِ.» (الموسوی الخمينی، ۱۴۳۵، ج ۲، ص ۲۴۱-۲۴۲)

سخن در مورد عیوبی که موجب خیار فسخ و تدلیس میشود، است که این عیوب دو قسم هستند: عیوب مشترک و مختص، اما مشترک همان جنون است که اختلال عقل است و از انواع بیهوشی و صرع که در بعضی اوقات عارض میشود نیست و اما مختص در مرد سه تا است: خصا و آن کشیده شدن دو بیضه یا از بین رفتن آن دو است و جب و آن قطع شدن آلت تناسلی به شرطی که از آن چیزی باقی نمانده و عمل زناشویی ممکن نباشد حتی به اندازه حشفه و عنن بیماری است که به واسطه آن آلت مرد منتشر نمی شود به گونه ای که از عمل نزدیکی عاجز می گردد و عیوب مختص به زن ۶ عیب است: برص و جذام و افضا و قرن که گفته می شود گوشت یا غده یا استخوان در دهانه رحم می روید که مانع از عمل وطی و زناشویی می گردد و نابینایی از دو چشم اگر چه باز باشند.

در این متن تحریر الوسیله به عیوب ذکر شده تصریح شده است. به اینکه جنون از عیوب مشترک بین زوجین شمرده می شود و عیوب مختص مرد وزن هم نام برده شده است.

عیوب فسخ نکاح در قانون مدنی

در قانون مدنی عیوبی که مجوز فسخ نکاح است به شرح ذیل بیان شده است:

ماده ۲۹۶۷- جنون هر یک از زوجین که مستقر باشد (اعم از مستمر و ادواری) موجب حق فسخ برای طرف مقابل است.

ماده ۲۹۶۸- عیوب ذیل در مرد موجب حق فسخ نکاح برای زن است:

۱) خصاء (۲) عنن، به شرط اینکه ولو یکبار موانعه صورت نگیرد. (۳) مقطوع بودن آلت تناسلی در حدی که قادر به موانعه نباشد. (ماده ۲۹۶۹) عیوب زوجه که موجب حق فسخ برای



زوج می باشد ازاین قرار است:

(۱) قرن ۲ (جدام ۳) برص ۴) إفضاء ۵) زمین گیری ولنگی بین ۶) نابینایی ازدوچشم .
(ماده ۲۹۷۰) - عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای زوج است که در حال انعقاد عقد نکاح موجود باشد. (ماده ۲۹۷۱) - جنون و عنن در زوج اگر بعد از عقد هم پدید آید موجب حق فسخ برای زوجه است. (ماده ۲۹۷۲) - هریک از زوجین که قبل از عقد مطلع از امراض مذکور در طرف دیگر بوده باشد بعد از عقد، حق فسخ ندارد. (ماده ۲۹۷۹) - اختیار فسخ فوری است اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند اختیار او ساقط می شود مشروط براینکه هم عالم به حق فسخ خود باشد و هم بداند اعمال آن حق، فوری است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۲۳-۱۰۲۴).

قانون مدنی طبق ماده های ذکر شده از عیوبی نام برده است که در فقه امامیه به آن تصریح شده است و در واقع در این مورد قانونگذار از فقه های امامیه تبعیت کرده است.

تفاوت های موجود بین فسخ نکاح و طلاق

۱- در طلاق انشاء صیغه لازم است، اما در فسخ چنین نیست. و اختیار فسخ فوری است، برخلاف طلاق. (ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی: طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر عادل که طلاق را بشنود واقع گردد).

۲ - صحت طلاق منوط به شرایط خاص در زن است. مانند آن که باید در طهر غیر مواقعه باشد، در حالی که در فسخ چنین شرطی مطرح نیست. (ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی: طلاق غیر مواقعه صحیح نیست مگر اینکه یائسه یا حامله باشد).

۳ - پیش از وقوع طلاق باید از دادگاه حکم یا اذن گرفته شود، ولی فسخ نیاز به این اقدام ندارد، در فسخ نکاح رسیدگی دادگاه محدود به احراز وجود حق فسخ و وظیفه ای در اصلاح همسران و ارجاع به داوری ندارد و تصمیم او در هر حال به صورت حکم یا قرار صادر می شود. (حسینی و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۱۹۸)

۴ - طلاق مخصوص نکاح دائم است ولی موارد فسخ نکاح در دائم و منقطع یکسان است

(مواد ۱۱۵۲ و ۱۱۵۳ ق.م.ا.)

۵- طلاق حق و اختیار مرد است، در حالی که فسخ نکاح ممکن است از جانب زن نیز واقع شود. و فسخ نکاح نیاز به رضایت طرفین ندارد. و کسی که حق فسخ دارد می تواند یک طرفه اقدام کند.

۶- در طلاق رجعی شوهر می تواند در زمان عده به همسر خود رجوع کند، اما در فسخ نکاح امکان رجوع وجود ندارد، و تشکیل دوباره خانواده جز با نکاح جدید ممکن نیست.

۷- در صورتی که مرد پیش از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهریه است (ماده ۱۰۹۲ ق.م.ا.) ولی در فسخ نکاح زن حق مهریه ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ، عننی باشد که زن مستحق نصف مهریه است.

۸- اگر بین زوجین سه بار طلاق اتفاق بیفتد آنها دیگر نمی توانند با یکدیگر ازدواج کنند مگر با آمدن محلل. اما فسخ هرچند بار که بین زن و مرد اتفاق افتد ایجاد حرمت نمی کند.

اکنون باتوجه به بیان عیوب تصریح شده در فقه و قانون مدنی و برخی از قواعد فسخ به همراه تفاوت های آن با طلاق، حکم جواز این عیوب برای فسخ نکاح که امری مقدس در اسلام و مذاهب دیگر است، باید مبانی و ملاک این حکم بیان گردد.

مبنا و معیار وضع این حکم در فقه امامیه، دو قاعده فقهیه است به نام قاعده «نفی عسر و حرج» که به قاعده «لاحرج» نیز معروف است و قاعده «لاضرر ولا ضرار» معروف به قاعده «لاضرر».

قاعده فقهی «نفی عسر و حرج»

این قاعده یکی از قواعد معروف در فقه امامیه هست که بسیاری از احکام عبادی و معاملی و سیاسی بر مبنای این قاعده وضع شده است از جمله حکم فسخ در نکاح که یکی از عبادات محسوب می شود. طبق این قاعده هر حکمی که توسط شارع مقدس وضع می شود، برای مکلفین ایجاد عسر و حرج و اصر نمی نماید و باتوجه به معنای کلمات «عسر» و «حرج» و «اصر» که بطور تفصیل بیان خواهد شد، هرگاه امری موجب سختی و مشقت شدید جسمی و روحی





برای مکلف شود مجوزی برای فسخ حکم مربوط به آن است.

مدارک و مستنداتی که قاعده "لا حرج" از آنها استنباط شده است عبارتند از:

الف) کتاب

تعدادی از آیات قرآن کریم براین امر دلالت دارند که خداوند متعال در دین واحکام عملی برای مکلف رنج و مشقت شدید را اراده نکرده است.

"و جاهدوا فی الله حق جهاده هو اجتباکم و ما جعل علیکم فی الدین من حرج" و برای خدا حق جهاد در راه او را بجای آورید، او شما را به دین خود سزاوار کرده و در مقام تکلیف بر شما مشقت و رنج ننهاده است. (سوره حج: ۷۸)

«... ما یُریدُ الله لیجعل علیکم من حرج؛ خدا نمی خواهد برای شما هیچ سختی قرار دهد» (مائده: ۶)

«یُریدُ الله یُسِّرَ ولا یُسِّرَ بِکم العُسْر؛ خداوند برای شما حکم را آسان خواسته و تکلیف را بر شما مشکل نگرفته است» (بقره: ۱۸۵)

«و لا یكلف الله نفساً الا وسعها؛ و خداوند هیچکس را تکلیف نکند مگر به قدر توانایی او» و در ادامه همین آیه شریفه می فرماید: «ربنا ولا تحمل علینا اصرًا... پروردگارا، تکالیف سنگینی برعهده ما مگذار» (بقره: ۲۸۵)

و آیات دیگری همانند موارد ذکر شده است، که دلالت دارند براین امر که خداوند تبارک و تعالی در دین هیچ سختی و مشقتی قرار نداده است.

ب) سنت

روایاتی از ائمه معصومین (علیهم السلام) نقل شده است که با استناد به برخی از آیات ذکر شده، حرج و سختی را از مکلفین در اجرای احکام شرعی برمیدارند و بر آنها آسان می گیرند.

۱- روایت عبدالاعلی مولى آل سام که در کتابهای کافی و تهذیب و استبصار نقل شده است:

«قال: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ «عليه السلام» عَثَرْتُ فَأَنْقَطَعَ ظَفَرِي فَجَعَلْتُ عَلَى إصْبَعِي مِرَارَةً

فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِالْوُضوءِ؟ قال «عليه السلام»: يُعْرِفُ هذا وَأَشْبَاهُهُ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ. قَالَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» إِمْسَخْ عَلَيْهِ؛ بِهِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ «عليه السلام» گفتیم، لیز خوردم و افتادم و ناخنم قطع شد پس روی انگشتم پانسمانی را قرار دادم، چگونه وضو بگیرم؟ امام علیه السلام فرمودند: این مسئله و مشابه آن از کتاب خداوند عزوجل دانسته می‌شود، خداوند عزوجل فرموده است: «و در دین برای شما هیچ حرجی قرار نداد» برآن مسح کن.

روایت ابو بصیر که در کتابهای تهذیب و استبصار نقل شده است: راوی می‌گوید به امام معصوم علیه السلام گفتیم، ما مسافرت می‌کنیم و در روستایی عذره است و کودکی بول می‌کند و بول و فضولات چهارپایان در آنجا هست (حکم وضو گرفتن در چنین جایی چیست؟) پس امام علیه السلام فرمودند: اگر به قلبت چیزی عارض شد، پس بگو چنین است یعنی «أَفْرِجِ الْمَاءَ بِيَدِكَ ثُمَّ تَوَضَّأْ فَإِنَّ الدِّينَ لَيْسَ بِمَضِيْقٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّوَجَلَّ يَقُولُ «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (بجنوردی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۶۶-۳۶۸)

امام علیه السلام می‌فرمایند: در چنین مکانی، آب را با دستت بر روی لباست بپاش سپس وضو بگیر، پس همانا دین با سختی و تنگی نیست و خداوند عزوجل می‌فرماید «و در دین هیچ سختی برای شما قرار نداد»

روایات ذکر شده به روشنی دلالت بر نفی عسر و حرج در احکام شرعی دارد.

ج) بنای عقلاء

بنای عقلاء نیز قائم بر عدم تجویز تشریع احکام حرجیه در تمامی ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاست نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلایی بکند. به تعبیر دیگر مدرکات عقل عملی - که همان آرای محموده است - حکم به عدم تجویز حکم حرجی می‌کند. و شارع مقدس پس از کشف این مطلب که در متعلّق حکم حرجی مفسده وجود دارد قهراً آن حکم را فاقد ملاک و بنابراین مرفوع اعلام می‌کند. آیات و روایات وارده هم مؤید این معنی است.

(بجنوردی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۶۹)





د) اجماع امامیه

اجماع امامیه و همینطور علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام است. صغرای مسئله که همان ثبوت اصل اجماع باشد تمام است. لیکن کبرای مسئله تمام نیست، بدین معنی که اجماع به حسب لُبّ و واقع جزء ادله بشمار نمی‌آید. اما اگر دلیلی بر وفق مجمعی نبود پس از احراز و کشف قطعی رأی معصوم علیه السلام اجماع، سنت را گزارش می‌کند. به تعبیر دیگر اجماع، محقق سنت است، لکن در مانحن فیه، کتاب و سنت و دلیل عقل بر وفق مجمعی قائمند و قهراً اجماع مورد بحث در اینجا اجماع اصولی و مدرکی محسوب نمی‌شود و اعتباری هم ندارد. (بجنوردی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۳۶۹)

مفاد قاعده نفی عسر و حرج

در آیات و روایاتی که از مستندات و مدارک قاعده (لا حرج) بیان شد، الفاظ حرج، عُسْر و اِصرار از الفاظ کلیدی و مهم هستند که این قاعده بر اساس نفی اینها در احکام شرعی بنا شده است، لذا در باره معنای لغوی و اصطلاحی این الفاظ اینگونه بیان شده است:

الحرج: به معنای گناه، جای تنگ و پردرخت. حَرْج: تنگ شد

حَرْج الیه: از ناراحتی و فشار به او پناهنده شد. (منجد الطلاب، ۱۳۷۴، ص ۹۲)

العُسْرُ والعُسْر: سختی، عُسْرَت، تیره بختی، بینوایی، تنگدستی، تنگی

عُسْر - و عُسْر: سخت شد، مشکل شد، دشوار شد. (منجد الطلاب، ۱۳۷۴، ص ۳۶۱)

«حَرْج» بر طبق معنای اصلی به معنای اجتماع و انبوهی شیء است و در انسان حالتی معنوی و روحی ایجاد می‌کند که از تکلف و تحمل مشقت زیاد در نفس و صدر انسان پدید می‌آید. واژه شناسان «عُسْر» را به گونه‌ای معنا کرده‌اند که گویا تنها شامل مشقت و سختی مادی می‌شود، ولی به نظر می‌رسد با توجه به موارد کاربرد واژه عسر، هم شامل مشقت مادی و هم مشقت معنوی و روحی است.

«اِصر» در لغت به معنای سنگینی و حبس کردن آمده و مقصود از آن هر کار سنگینی است که انسان را از فعالیت بازدارد.

بین عسر و حرج و اصرار جهت شدت و سختی تفاوت چندانی وجود ندارد جز اینکه عسر هم مربوط به سختی بدنی و هم روحی است ولی حرج در سختی و مشقت روحی بکار می‌رود در مواردی که حرج بر فشارهای جسمی و فیزیکی اطلاق شده از آن روست که فشارهای جسمی موجب فشارهای روحی می‌شود، بنابراین اگر فرض شود فشارهای جسمی موجب فشارهای روحی نشود صدق عنوان حرج محرز نیست. (سجادی امین، ۱۳۹۶، ص ۳۵-۳۶)

در اصطلاح فقهی و قانون مدنی منظور از قاعده عسر و حرج رفع تکالیفی است که ایجاد سختی و مشقت شدید برای مکلفین می‌نماید و شارع مقدس و قانونگذار هم براساس این قاعده، احکامی که باعث عسر و حرج شود وضع نمی‌کند. از طرفی خانواده به عنوان اولین و مهم ترین نهاد تشکیل دهنده جامعه انسانی، هدف غایی آفرینش یعنی خلقت انسان و رشد و تربیت آن را به عهده دارد. لذا تحکیم بنیان خانواده مورد لحاظ اسلام و فقها است، اما اگر این رابطه زناشویی موجبات عسر و حرج را برای طرفین ایجاد نماید. در قانون شریعت، ضوابطی جهت برطرف شدن این ناراحتی که قابل تحمل نیست؛ قرار داده شده که همان عیوب مطرح شده در زن و مرد است، که با استناد به قاعده "لا حرج" می‌توان این عیوب را موجب فسخ نکاح دانست.

«قاعده لاضرر»

از مشهورترین قواعد فقهی، قاعده «لاضرر» است که در تمامی ابواب فقه از عبادات و معاملات مورد استدلال قرار گرفته و در بسیاری از مسائل نیز تنها مدرک برای اثبات حکم است. بواسطه همین اهمیت و کارایی، بسیاری از علمای بزرگ متأخر به بحث پیرامون آن پرداخته از جمله این بزرگان، علامه اکبر شیخ اعظم ما، شیخ مرتضی انصاری «قدس سره» است، همچنین علامه محقق شیخ الشریعه اصفهانی «قدس سره» و علامه ماهر محقق نائینی و علامه نراقی را می‌توان نام برد (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۳۶).

مدرک قاعده «لاضرر»

بی تردید نفی ضرر و ضرار، از اموری است که عقل به طور مستقل به آن حکم می‌کند.





همچنین در موارد خاصی، آیاتی از قرآن شریف و روایات فراوان نیز به آن گواهی می‌دهد.

مدرك اول: آیات وشواهد قرآنی

آیه اول: خدای متعال در آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید: «...لَا تُضَارَّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...؛ نباید بر مادر و فرزندش به خاطر یکدیگری زبانی وارد شود، و نه بر پدر و فرزندش (از ناحیه یکدیگر ضرری وارد آید)».

مورد آیه جایی است که خدای متعال، مادر را منع می‌فرماید از این که در مقابل اختلافاتی که با پدر فرزند شیرخوار دارد، شیر دادن به بچه را رها کند و به بچه آسیب وارد شود و همچنین پدر رانهی می‌فرماید که به بهانه چنین اختلافاتی با مادر کودک به مقابله پرداخته و خرج و نفقه زن را در مدت شیردهی اوندهد. در این صورت زن از عمل به وظیفه خود بازمانده و به بچه ضرر وارد می‌شود. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۳۶)

آیه دوم: خداوند در مورد زنان مطلقه در آیه ۶ سوره طلاق می‌فرماید: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارَّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ؛ آن‌ها (زنان مطلقه) را هر جا که خودتان سکونت دارید و در توانایی شماست سکونت دهید و به آنها زیان نرسانید تا آن‌ها را در تنگنا قرار دهید (و مجبور به ترک منزل شوند)».

در این آیه خدای متعال نهی می‌فرماید از اینکه در مسکن و نفقه زنان مطلقه در ایام عده تنگ گرفته و از این جهت به آنها ضرر وارد شود.

آیه سوم: خدای سبحان در آیه ۲۳۱ سوره بقره می‌فرماید: «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَسْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا؛ و هنگامیکه زنان را طلاق دادید و به پایان عده خود رسیدند، یا به طور شایسته آنها را نگهدارید (و آشتی کنید) و یا به طرز پسندیده ایی آن‌ها را رها سازید، و آنها را به خاطر زیان رساندن نگاه ندارید تا (به حقوقشان) تجاوز کنید».

در این آیه شریفه خداوند نهی فرموده است که مرد بدون میل و رغبت به زن در ایام عده رجوع کند و رجوع او تنها به منظور ضربه زدن به او باشد، و این ضرر زدن با کوتاهی در پرداخت



نفقه حاصل می شود با اینکه مرد به این بهانه مدت جدایی را آنقدر طولانی کند که زن ناچار شود مهریه خود را ببخشد. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۳۸)

و آیات دیگری که از ضرر زدن به طرفین نهی می کنند نشانگر این است که شارع مقدس احکامی که به ضرر مکلفین است را وضع نمی کند و یا آن ها را تأیید نمی نماید. و این آیات قاعده «لاضرر» را اثبات می کند.

مدرک دوم: روایات

آنچه در اثبات این قاعده به طور کلی بر آن تکیه شده روایات زیادی است که شیعه و سنی نقل نموده اند، هرچند روایات مذکور از جهت عبارت و حتی مضمون مختلف اند (بعضی عام و بعضی خاص هستند) برای اثبات کلیت این قاعده کفایت می کنند.

۱- زرارہ از حضرت امام باقر علیه السلام نقل می کند که فرمود: «إِنَّ سَمْرَةَ بِنَ جُنْدَبٍ كَانَتْ لَهُ عَذْقٌ، وَكَانَ طَرِيقُهُ إِلَيْهِ فِي جَوْفِ مَنْزِلِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَكَانَ يَجِيءُ وَيَدْخُلُ إِلَى عَذْقِهِ بِغَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الْأَنْصَارِيِّ... فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَرَّ وَلَا ضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ...»

سمره بن جندب درخت نخلی داشت که برای سرکشی به آن باید از داخل منزل مردی از انصار عبور می کرد و هرزمان که می خواست به نخل خود سرکشی کند، بدون اجازه مرد انصاری صاحب خانه، وارد خانه او می شد. مرد انصاری از او خواست که برای ورود به خانه اش اجازه بگیرد ولی او قبول نکرد، مرد انصاری از او نزد رسول خدا ﷺ شکایت کرد و حضرت به او فرمودند که: هروقت خواستی وارد شوی اجازه بگیر و او گفت: برای راهی که به سمت نخل خود می روم اجازه بگیرم؟

حضرت فرمودند: آن نخل را رها کن به جای آن درجایی دیگر به تو یک نخل می دهم و سمره قبول نکرد و حضرت تا ده نخل پیشنهاد دادند. و سپس فرمودند: از این نخل بگذر، بجای آن نخلی در بهشت برای تو خواهد بود. سمره گفت: نمی خواهم.

در این هنگام رسول خدا ﷺ به او فرمود: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَلَا ضَرَرَّ وَلَا ضِرَارَ عَلَى مُؤْمِنٍ» تو انسانی ضرر رساننده ای و ضرر و ضرر زدن بر مؤمن وجود ندارد.



سپس حضرت دستور داد نخل او را از ریشه کنده و به سویش انداختند و به او فرمود: برو هرجا دوست داری آن را بکار. (مکارم شیرازی، بی تا، ص ۴۰-۴۲)

تمسک به قاعده لاضرر یا به این اعتبار است که صبر کردن بر عیب یکی از زوجین برای زوج دیگر ضرر محسوب می شود، یا به این اعتبار است که حق فسخ در چنین مواردی حق عقلایی به شمار می رود و انکار آن موجب ضرر عقلایی بر یکی از دو طرف است. شاید تمسک به این دلیل برای اثبات حق فسخ زن قوی تر از استدلال به آن برای اثبات حق فسخ مرد باشد، زیرا امکان دارد گفته شود اختیار مرد در طلاق از وی رفع ضرر می کند. اگر چه در جواب این نیز باید گفت که معنای طلاق اقرار به اصل نکاح است و باعث ثبوت نصف مهریه بر مرد (قبل از آمیزش) می گردد و این امر برای مرد ضرر به حساب می آید. (حیدری، ۱۴۰۰، ص ۳۴)

"تردید نیست قواعد فوق از قواعد حاکم می باشند، مرحوم شیخ انصاری که برای اولین بار بحث "حکومت" را در "اصول" مطرح نموده اند، در مقام تبیین آن فرموده اند: "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 برهم زده و دایره آن را توسعه دهد یا تضییق کند. در واقع "حکومت" دو شعبه دارد گاهی دلیل حاکم موجب تضییق دامنه دلیل محکوم می گردد و گاهی نیز دایره دلیل محکوم را توسعه می دهد. مرحوم شهید مطهری، پس از بیان مفهوم "حکومت" یکی از راه های انعطاف اسلام و قوانین آن و تطبیق آن با مقتضیات زمان و مکان را قواعد حاکم همچون لاضرر و لاجرح می داند. ایشان در کتاب "خاتمیت" می فرمایند: اسلام برای قاعده لاضرر و قاعده لاجرح حق "وتو" قائل شده است. حق وتویی که ریشه اش ضرر و ضرار است، ریشه اش مصالح مهم تر است. (میرداداشی، ۱۳۹۱، ص ۴۵)

حصری یا تمثیلی بودن عیوب فسخ نکاح

حال بحث مورد مطرح این است که آیا این عیوب مصرح در فقه و قانون مدنی حصری هستند یا تمثیلی؟ به دیگر سخن، آیا عیوب نکاح به همان موارد برشمرده شده منحصر می شود یا می توان شمار دیگری را بدان افزود، برای مثال آیا می توان ابتلای به بیماری های درمان

ناپذیری چون ایدز و سرطان را نیز عیب دانست و در واقع، آیا دامنه عیوب به این بیماری ها نیز تسری می یابد و ابتلاء به این دسته از بیماری ها موجب فسخ نکاح می شود؟ دامنه این تسری تا کجاست؟ آیا ابتلاء به هر بیماری را می توان عیب دانست؟

مذاهب فقهی در پاسخ به این سوالات با یکدیگر هم داستان نیستند، گروهی مطلقاً بر این باورند که عیب، هیچ نقشی در فسخ ندارد و یک سره تاثیر عیب در فسخ را نفی می کنند. شلبی از جمله فقیهانی است که در کتاب "الزواج والطلاق فی الفقه الاسلامی" چنین دیدگاهی را بیان می کند. و گروه دیگر بر این باورند که تنها عیوب ویژه ای موجب فسخ نکاح می شود و سرانجام، گروه دیگری که به درستی اندیشیده اند و به حصری بودن عیوب نگراییده اند، هر گونه عیبی را که خانواده را کانون تنفر و دشمنی سازد موجب فسخ نکاح بر شمرده اند. (حسینی و دیگران، ۱۳۹۷، ص ۱۴۹-۱۵۰)

ادله امکان فسخ نکاح در عیوب غیر مصرح و تمثیلی بودن عیوب مصرح

۱- بکاربردن کلمه «عیوب» بطور مطلق در حکم فسخ نکاح

در کتاب المکاسب اثر شیخ اعظم، مرتضی انصاری، عبارت «للفسخ بالعیوب» بکاررفته است که دلالت بر عیوب بطور مطلق می کند، با این مضمون هر عیبی که موجب عسر و حرج و مشقت شدید برای زوجین شود، ایجاد «ملک» و سلطنت و قدرت برای آنها جهت فسخ نکاح ایجاد می نماید.

در مکاسب آمده است: القول فی الخيار واقسامه واحکامه مقدمتان:

المقدمه الاولى: ۱- الخيار لغه: اسم مصدر من «الاختیار»

۲- الخيار فی الاصطلاح: غلب فی کلمات جماعه من المتأخرین فی «ملک فسخ العقد» علی ما فسرته به فی موضع من الابضاح. فیدخل: (۱ و ۲) ملک الفسخ فی العقود الجائزه وفی عقد الفضولی. (۳) و ملک الوارث رد العقد علی ما زاد علی الثلث. (۴) و ملک العمه والخاله لفسخ العقد علی بنت الاخ والأخت. (۵) و ملک الأمه المزوجه من عبد، فسخ العقد اذا اعتقت. (۶) و ملک کل من الزوجین للفسخ بالعیوب (شیخ انصاری، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۷). منظور از «ملک» در لغت به



معنای سلطنت یعنی مراد از آن سلطنت مطلق برای فسخ است و به معنای قدرت داشتن بر فسخ یا بر نفس آن فعل که آن را فسخ کند.

ولعلَّ التعبير «المَلِك» لِلتَّنْبِيهِ عَلَى أَنَّ الْخِيَارَ مِنَ الْحَقُوقِ لَا مِنَ الْأَحْكَامِ...
 أقول: الفرقُ بينهما مفهوماً واضحٌ وهو أَنَّ الْحَقَّ رَتَبَةٌ ضَعِيفَةٌ مِنَ الْمَلِكِ بخلافِ الْحَكْمِ فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى اعْتِبَارِ مِلْكِيَّةٍ لِلْمَحْكُومِ فَلَيْسَ هُنَاكَ إِلَّا إِنْشَاءٌ مِنَ الشَّارِعِ وَلَا يُعْتَبَرُ وَاجِدِيَّةُ الْمَحْكُومِ لَهُ بِشَيْءٍ بَأَنَّ يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ يَكُونُ أَمْرُهُ بِيَدِهِ بَلْ لَيْسَ إِلَّا عَدَمُ مَنَعِ الشَّارِعِ مِنَ الشَّرْبِ وَالْأَكْلِ وَ هَذَا بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَهُ الْفَسْخُ أَوْ لَهُ الْخِيَارُ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ هُنَاكَ شَيْءٌ مَمْلُوكٌ لَهُ بِحَيْثُ يَكُونُ وَاجِداً لِشَيْءٍ أَمْرُهُ بِيَدِهِ نَظِيرُ مَلِكِ الْأَعْيَانِ فَإِنَّ نَفْسَ الْعَيْنِ مِمَّا يَكُونُ مُسَلَّطاً عَلَيْهَا فَالْخِيَارُ بِمَنْزِلَةِ تِلْكَ الْعَيْنِ أَمْرُهُ بِيَدِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، هذا. (شيخ انصاری، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۸) ازمتن کتاب (المکاسب) می‌توان برداشت کرد که خیار فسخ یک حق است که تحت سلطنت و قدرت کسی است که این اختیار را دارد. و یک حکم شرعی نیست تا از طرف شارع جواز یا منع آن صادر شود، و باعنایت به اینکه در تعریف «الخيار» آمده است: «مَلِكٌ كُلٌّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ لِلْفَسْخِ بِالْعِيُوبِ»، برای زوجین حق فسخ نکاح وجود دارد، البته بواسطه عیوب و کلمه «عیوب» بطور مطلق بیان شده است و این اطلاق دلالت دارد بر اینکه هرگونه عیبی که ایجاد عسر و حرج برای طرفین عقد نماید، می‌تواند حق فسخ را به آنها بدهد. حال چه این عیوب صریحاً توسط فقها و در قانون مدنی بیان شده باشد و چه غیر مصرح باشد ولی از جمله عیوبی باشد که ایجاد حرج و مشقت شدید برای یکی از طرفین عقد نکاح می‌نماید و طبق قاعده «لاضرر»، یکی از طرفین با ادامه زندگی ضرر شدیدی را متحمل می‌شود.

۲- طبق قاعده «لاضرر» اگر عیب در زوجین مستلزم ضرر برای دیگری باشد، اسلام آن را نمی‌پسندد و شارع مقدس آن را نهی کرده است. حال چه بیماریهایی که در قانون تصریح شده و چه بیماری‌های جدید، قاعده «لاضرر» هر دو را در بر می‌گیرد، چه امور مصرح و چه امور غیر مصرح باشد، به تعبیر دیگر اگر مبنای فسخ «ضرر» باشد. امور مستحدثی که در حال حاضر پدید آمده است مثل بیماری‌های جدیدی مانند: ایدز، هپاتیت b، ... را هم شامل می‌شود.

۳- طبق قاعده «لاضرر»، آنچه زندگی را موجب حرج و مشقت بسیار شدید می‌کند نفی

می شود و حق فسخ برای زوجین ایجاد می کند، چه عیوب مصرح و چه غیر مصرح در نصوص باشد.

۴- اگر مبنای فسخ براساس این دو قاعده، دفع ضرر و حرج هست، در عیوبی مانند جذام و برص و زمین گیری و نابینایی از دو چشم، باید برای زوجه هم حق فسخ باشد، زیرا همانطور که اگر این عیوب در زوجه باشد برای زوج ایجاد تنفر و ضرر و مشقت می کند، برای زوجه هم چنانچه در زوج باشد، موجب تنفر و رنج و سختی است و با حسن معاشرت در زندگی که زن و شوهر مکلف به آن هستند تا حدی منافات دارد و ممکن است در برخی موارد سوء معاشرت برای زوجه ایجاد کند.

۵- با پیشرفت علم پزشکی برخی از عیوبی که در قانون به آن تصریح شده است قابل درمان هستند ولی در مقابل امروزه عیوب جدیدی حادث شده است که درمان ندارند مانند ایدز، هپاتیت، ...

که به حکم عقل می توان از نصوص فراتر رفت و با قیاس اولویت که قیاس قابل قبولی است، بیماری هایی که صعب العلاج یا لاعلاج هستند را موجب فسخ دانست.

۶- هر نوع عیبی که در زن موجب حق فسخ نکاح برای مرد می شود از جمله عیوب چهارگانه (جذام، برص، زمین گیر شدن، نابینایی از دو چشم) و بیماری های جدید غیر مصرح، باید به طریق اولی و براساس قیاس اولویت، برای زن نیز اگر در مرد باشد حق فسخ ایجاد نماید زیرا زن حق طلاق ندارد و بواسطه نوع خلقت بدنی، عاطفی تر و احساسی تر و ضعیف تر از مرد هست.

۷- با توجه به مناط و ملاک قاعده «لاضرر» و «لاخرج» که ضرر و حرج و مشقت شدید است، می توان با الغاء خصوصیت از عیوب مصرح که نام برده شده است، و توسعه و تسری بیماری های جدید به قاعده «لاخرج» و «لاضرر» و قیاس اولویت، که بیماری های جدید به نحو اولی ایجاد عسر و حرج می کند، قائل شد که عیوب قابل توسعه هستند.

۸- با دلایل قاعده «لاخرج» و «لاضرر» می توان از آنها تنقیح مناط نمود و با ملاک نفی ضرر و سختی در وضع احکام شرعی می توان از عیوب مصرح الغاء خصوصیت نمود و ذکر این عیوب رو از باب تمثیل دانست که موضوعیت ندارند و می توان آنها را توسعه داد.

۹- اگر در عیوب موجب فسخ تامل شود، می توان دریافت که این عیوب، اوصافی هستند که



علت و معنای موجود در آن ها مورد پذیرش عقل است. " به دیگر سخن این عوارض که مانع محقق شدن اهداف ازدواج است، تعلیل و تعقل می پذیرد و فردی نمی تواند بگوید که این عیوب تعبدی بوده، حکمت و علت آن بر ما پوشیده است، زیرا نص یا نصوص درست موجود، به علت معین موجب فسخ اشاره کرده است. بنابراین با دریافت این گونه علت ها می توان آن را به سایر عیوب نیز تسری داد و آن را موجب فسخ دانست. برای مثال بیماری جذام واگیر دار و زیان بار است و همین علت در بیماری ایدز وجود دارد بلکه زیان بار بودن ایدز بسی جبران نا پذیرتر و خطرناک تر است. " (حسینی و دیگران، ۱۳۷۹، ص ۱۵۲-۱۵۳)

۱۰- برخی از نویسندگان اهل تسنن ضمن تقسیم عیوب موجب فسخ نکاح به عیوب جنسی و عیوب منفور و مضر و این که فقهاء برای عیوب منصوصه، نصی ذکر نمی کنند و ضمن بیان این که مناط حکم فقهاء برای ایجاد حق فسخ در عیوب منصوصه جنسی، تنفر و ضرر می باشد، بر این باورند از آنجا که خطر بیماری " ایدز" به مراتب بالاتر از جذام و برص و جنون می باشد. بنابراین، مناط حکم در مورد ایدز که همان مجموع ضرر و نفرت می باشد، می آید. (میرداداشی، ۱۳۹۱، ص ۴۸)

نتیجه گیری

در مقاله فوق با موضوع امکان سنجی فسخ نکاح در عیوب غیر مصرحه در قانون مدنی، عیوب مصرح مجوز فسخ نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی ذکر شد، جنون و (جب و خضاء و عنن) مختص مرد و (جذام، برص، زمین گیری، نابینایی ازدوچشم) مختص زن، ذکر شد. براساس دوقاعده فقهی «لا حرج» و «لا ضرر» مبنا و ملاک حکم جواز فسخ در عیوب نام برده شده، نفی ونهی هرگونه سختی و مشقت شدید برای مکلفین در احکام الهی است و با توجه به قیاس اولویت بیماریهای جدید و عیوب غیر مصرح هم می توانند مجوز فسخ نکاح باشند و علاوه بر این کلمه «عیوب» در نصوص ادله، مطلق بیان شده است و با تمسک بر آیات و روایات ذکر شده در متن و بنای عقلاء، می توان از این عیوب مصرح در قانون الغاء خصوصیت کرد و قائل شد که تصریح به این عیوب از باب تمثیل است و عیوب چهارگانه (جذام، برص، زمین گیری، نابینایی دوجشم) مختص زنان نیست و مانند بیماری ها و عیوب عصر کنونی باید بطور مساوی برای مرد وزن حق فسخ نکاح را ایجاد نماید.



منابع و مآخذ

*قرآن کریم

۱. انصاری، مرتضی، **المکاسب**، جلد ۴، قم، انتشارات مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه، ۱۳۹۳.
۲. سجادی امین، مهدی، «**مبانی فقهی مؤثر در تطبیق قاعده نفی عسر و حرج بر مسائل فقهی خانواده**»، دو فصلنامه علمی-پژوهشی **مطالعات جنسیت خانواده**، سال سوم، شماره دوم، پائیز و زمستان ۱۳۹۴، (۱۳۹۶)
۳. جلالی نژاد، محمد؛ مجتهد سلیمانی، ابوالحسن، "ضرورت بازنگری عیوب موجب فسخ نکاح"، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۷
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مجموعه محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)**، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ احمدی، ۱۳۷۹
۵. حسینی، علیرضا، "فسخ نکاح در حقوق ایران و نحوه اقامه دعاوی مربوط"، تهران، انتشارات فکر سازان، چاپ اول، ۱۳۸۳
۶. حسینی و دیگران، "عیوب مجوز فسخ نکاح (از دیدگاه فقه و حقوق)"، تربت حیدریه، انتشارات چشم انداز قطب، چاپ اول، ۱۳۹۷
۷. حیدری، محمد، "دیدگاه فقهای امامیه در اسباب و احکام فسخ نکاح و تطبیق آن با قانون مدنی"، تهران، پژوهشگاه قوه قضاییه، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ دوم، مرداد ۱۴۰۰
۸. محمدی، مریم، "ماده شانزدهم کنوانسیون زنان از نگاه فقه شیعه"، قم، موسسه بوستان کتاب، (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، چاپ دوم، ۱۳۸۷
۹. مکارم شیرازی، ناصر، **قواعد مهم فقهی**، جلد ۱، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۰. موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیله**، جلد ۲، قم، موسسه انتشارات دارالعلم،



بی تا.

۱۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، *قواعد فقهیه*، جلد ۴، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، موسسه چاپ و نشر عروج، ۱۳۷۹.
۱۲. میرشمسی، فاطمه، "مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه"، تهران، چاپ اول: انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۰.
۱۳. میرداداشی، سید مهدی، "تبیین فقهی حقوقی شروط ضمن عقد ازدواج و عیوب موجب فسخ نکاح و حق حبس زوجه"، تهران، چاپ دوم: انتشارات جنگل، جاودانه، ۱۳۸۹.