

## تحلیل فقهی - حقوقی عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

حسین ناصری مقدم<sup>۱</sup>

مظاهر نامداری موسی آبادی<sup>۲</sup>

**چکیده:** در این مقاله با توجه به جایگاه قاعده لاضرر و لاجرح در استنباطات فقهی، تلاش شده تا ثابت شود عیوب مذکور در روایات و متون فقهی، حصری نبوده و از باب تمثیل است. بنابراین، ملاک موجود در این عیوب - که عمدتاً مهلک بودن یا مستلزم ضرر فراوان بودن است - اگر در بیماری‌ها یا عیوب دیگری از جمله بیماری‌های جدید مثل ایدز یا بیماری‌های روانی، وجود داشت، این بیماری‌ها و عیوب نیز جزء عیوب مجوز فسخ نکاح به حساب می‌آیند. همچنین ثابت می‌شود که بیماری جذام و برص از عیوب مشترک بین زوجین است و در صورتی که مرد هم به یکی از این عیوب مبتلا شود، زن حق فسخ نکاح دارد. امروزه با توجه به پیشرفت علم پزشکی، امکان معالجه و درمان بسیاری از بیماری‌ها وجود دارد، لذا در صورت درمان، به دلیل اینکه ضرر و عسر و حرج ناشی از بیماری منتهی می‌شود، جواز فسخ نکاح نیز منتهی است. با توجه به نظر حضرت امام خمینی راهکار طلاق نیز به دلیل اینکه در مواقعی خود، مستلزم عسر و حرج است روش مناسبی به نظر نمی‌رسد، لذا در مواردی، راهکار فسخ، در مقایسه با طلاق، قابل دفاع است.

**کلیدواژه‌ها:** فسخ نکاح، عیوب، تدلیس، تخلف از شرط صفت، لاضرر، لاجرح.

یکی از راهکارهایی که شرع اسلام برای انحلال نکاح پیش بینی کرده فسخ نکاح است که در سه موضع محقق می‌شود: موضع اول، جایی است که بنا بر نظر مشهور، یک سری عیوب خاص در

۱. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد  
e-mail: naseri1962@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد  
e-mail: mazahernamdari@yahoo.com

این مقاله در تاریخ ۹۱/۱/۲۱ دریافت گردید و در تاریخ ۹۱/۲/۱۳ مورد تأیید قرار گرفت.

زوج یا زوجه وجود داشته باشد و طرف مقابل از این امر آگاهی نداشته و اقدام به ازدواج کند. مورد دوم، در صورت تدلیس هر یک از زوجین است. مورد سوم، در صورت تخلف از شرط صفت است. در این مقاله به بررسی عیوب مجوز فسخ نکاح می‌پردازیم.

## عیوب مشترک

### ۱- جنون

«آن عبارت است از اختلال عقل، ولی اغماء و مرض صرع که موجب پیدا شدن حالت معهودی در بعضی از اوقات می‌شود از دیوانگی نمی‌باشد» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۱۱). مهم‌ترین دلیل ایجاد حق فسخ در صورت استقرار جنون، جدای از روایات، همان بنای عقلا، ضرر و زیان و محقق نشدن غایت و هدف زندگی است، چرا که زندگی کردن با دیوانه از طاقت بیشتر مردم بیرون است (کاتوزیان ۱۳۷۵: ۲۰۵). از نظر برخی از فقها:

با توجه به اینکه مجنون فاقد اراده بوده و محجور است، لذا معاملات وی باطل است. بنابراین در مورد عقد نکاح نیز می‌توان قول به بطلان را مطرح کرد، چرا که نکاح عقدی است که در اثر تراضی زوجین واقع می‌شود و هر گاه یکی از آن دو محجور باشد، عقد باطل است و تنفیذ ولی یا قیم او هم هیچ تأثیری ندارد کما اینکه اگر زوج پیش از عقد مجنون شود ایجاب عقد را نمی‌تواند قبول کند و قبول ولی هم نمی‌تواند باعث وقوع عقد نکاح شود و اگر چه قول مخالف نیز وجود دارد، اما در اقلیت است (موسوی بجنوردی ۱۳۸۱ ج ۲: ۱۶۸).

احتمال دارد حالت جنون پس از عقد پیش آید، در این صورت اقوالی چند وجود دارد:

**قول اول:** برخی از فقها معتقدند اگر جنون پس از عقد به حدی باشد که نتوان اوقات نماز را درک کرد، در هر کدام از زوجین که موجود شد، طرف مقابل حق فسخ دارد. شیخ طوسی در خلاف مسأله ۱۲۷ و ۱۲۸ چنین نظری را عنوان می‌کند (شیخ طوسی ۱۴۱۴ ج ۴: ۳۵۰-۳۴۹). البته ایشان در مورد عیوب مختص زن، تمام عیوب را حتی اگر بعد از عقد حادث شود، موجب حق فسخ برای مرد می‌داند و دلیل ایشان نیز عموم اخباری است که در این مورد رسیده است (شیخ طوسی پ ۱۳۸۸ ج ۴: ۲۵۲). ابن براج نیز در *المهذب* در این مسأله تفاوتی بین زن و مرد نگذاشته است (ابن براج ۱۴۰۶: ۱۹۰).

البته در این مورد که آیا درک نکردن اوقات نماز در جنون حادث پس از عقد شرط است یا خیر، بعضی از فقها تردید کرده‌اند و بر این مورد دلیل واضحی نمی‌بینند (ترحینی عاملی ۱۴۲۲ ج ۶: ۵۰۶).

**قول دوم:** در صورتی که جنون مرد، پس از عقد در حدّ تعقل اوقات نماز باشد، زن حقّ فسخ دارد، ولی جنون زن در هر حدّی که باشد مرد حقّ فسخ ندارد (ترحینی عاملی ۱۴۲۲ ج ۶: ۵۱۷). همچنین صاحب *جوهر* نیز در مورد شرط تعقل اوقات نماز معتقد است منظور از تعقل اوقات نماز، عبارت از شدتی از جنون است که مسقط تکلیف است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۲).  
**قول سوم:** جنون در هر درجه‌ای که باشد زن مطلقاً حقّ فسخ دارد (علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۹۰؛ محقق کرکی ۱۴۱۱ ج ۳: ۲۲۲).

علامه حلی در استدلال به اینکه چرا مرد حقّ فسخ ندارد، معتقد است: «اولاً، مرد حقّ طلاق دارد و ثانیاً، استصحاب بقای عقد می‌کنیم» (علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۹۰). اما این دلیل چندان موجه به نظر نمی‌رسد به خصوص اگر قبل از زناشویی، زن، مجنون شود، مرد در صورت طلاق باید نصف مهریه را بپردازد که این خود یک حکم ضرری است و همان‌گونه که می‌دانیم حکم ضرری در اسلام رفع شده است. قانون مدنی در ماده ۱۱۲۴ عیوب زن را در صورتی موجب حقّ فسخ برای مرد می‌داند که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته باشد و در ماده ۱۱۲۵ جنون و عنن در مرد را و هر گاه بعد از عقد هم حادث شود موجب ایجاد حقّ فسخ برای زن می‌داند. اما همان‌گونه که تفصیل آن گذشت، بهتر است بین حقّ فسخ برای مرد قبل و بعد از مقاربت تفاوت گذاشته شود و چنانچه زن نیز بعد از عقد و قبل از مقاربت، مجنون شد، مرد صاحب حقّ فسخ شود، چون قول به طلاق، مستلزم پرداخت نیمی از مهر و ایجاد ضرر برای مرد است.

## ۲- جذام و برص

ماده ۱۱۲۳ ق.م. جذام و برص را جزء عیوب مختص زن می‌داند و به نظر می‌رسد این حکم از نظر برخی از فقها مانند صاحب *جوهر*، شیخ یوسف بحرانی و... اقتباس شده باشد (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۳۰؛ بحرانی ۱۴۰۹ ج ۲۴: ۳۵۱).

برخی از فقها در مورد عدم امکان فسخ عقد توسط زن در صورت ابتلای شوهر به بیماری‌هایی غیر از بیماری خاصّ مردان (از جمله جذام و برص) به اصل استناد کرده‌اند، صاحب *جوهر* در این

مورد می‌گوید: «فلا یرد الرجل بعیب غیر ذلك الذی قد مناه وفاقاً للمشهور، للاصل...» (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۳۰). مقصود فقها از اصل را می‌توان به اصل لفظی (اصل لزوم عقد مستفاد از آیه «أو فؤوا بالعقود» یا اصل عملی استصحاب بقای علقه زوجیت) تفسیر نمود، که در هر دو صورت با فرض تردید در ثبوت حق فسخ برای زن در فرض ابتلای شوهر به جذام و برص مقتضای اصل یاد شده لزوم و استمرار عقد نکاح است تا زمانی که به دلیل قطعی معتبر این حق فسخ به اثبات برسد. در مورد استناد به این اصل باید گفت: اصولاً استناد به اصل (لفظی یا عملی) در صورتی صحیح است که دلیل معتبری بر خلاف آن نباشد، بنابراین با فرض وجود دلایل معتبر مبنی بر ثبوت حق فسخ برای زن در صورت ابتلا شوهر به جذام و برص (دلایل نظریه غیر مشهور)، استناد به اصل مزبور صحیح نیست.

این دسته از فقها برای اثبات مدعای خود علاوه بر اصل به روایت غیث الضبی از امام صادق<sup>(ع)</sup> نیز استناد می‌کنند که متن روایت چنین است:

قال - علیه السلام - فی العنین اذا علم انه عنین لا یأتی النساء فرّق بینهما و اذا وقع علیها وقعة واحدة لم یفرق بینهما و الرجل لا یرد من عیب<sup>۱</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۴: ۶۱۰).

این روایت هر چند در مورد عنین است ولی استدلال به آن، در مورد بند آخر آن است که می‌فرماید: «الرجل لا یرد من عیب». مقتضای اطلاق حدیث آن است که هیچ عیب و نقصی در مردان - از جمله جذام و برص - سبب فسخ نکاح نیست. البته این اطلاق در مورد بیماری‌هایی در مردان که به دلایل قطعی سبب فسخ نکاح شناخته شده‌اند (مانند: خصاء، عنن، جنون و...) تقیید شده است، ولی در مورد بیماری‌هایی مانند جذام و برص اطلاق حدیث به قوت خود باقی است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳: ۳۳۰). صاحب جواهر به پیروی از صاحب ریاض، حدیث فوق را با عنوان معتبره یاد کرده و دلیل اعتبار آن را نیز عمل مشهور فقها به مضمون آن و نیز وقوع برخی از اصحاب اجماع (مانند صفوان بن یحیی، أبان بن عثمان) در سند حدیث دانسته است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳: ۳۳۱). در بررسی حدیث فوق باید گفت: این حدیث به دلیل ضعف سند و نیز اضطراب و آشفتگی در متن قابل استناد و اعتماد نیست؛ زیرا:

۱. اگر معلوم شد مرد عنین است و توانایی جنسی ندارد بین زن و مرد جدایی افکنده می‌شود، ولی اگر یک بار آمیزش کرد، نکاح فسخ نمی‌شود، و نکاح به سبب عیب مرد ردّ (فسخ) نمی‌شود.

اولاً: راوی حدیث یعنی غیاث الضبّی که در نقل کلینی به عنوان عبّاد الضبّی آمده است (کلینی ۱۳۶۵: ۵؛ ۴۱۰) فردی گمنام و مجهول است و در کتب رجال، فردی به این نام معرفی نشده است. بنابراین حدیث مزبور ضعیف شمرده می‌شود. اما دلایلی که از سوی صاحب *جوهر* برای اعتبار حدیث مطرح شده است نیز پذیرفته نیست، زیرا به طور کلی هیچ یک از دو مبنای یاد شده (عمل مشهور، وقوع اصحاب اجماع در سند حدیث) برای جبران ضعف سند حدیث کافی نیست (خویی ۱۴۰۳: ۵۹).

شهید ثانی نیز در *مسالك* آورده است: استناد به روایت «الرجل لا یردّ بعیب» از سوی برخی فقها برای منع اختیار فسخ زن از شگفتی‌های روزگار است، چرا که این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ متن قابل استناد نیست، زیرا راوی آن یعنی غیاث در کتب رجال ناشناخته است و نیز لازمه عمل به مضمون آن این است که وجود هیچ عیبی در مرد سبب فسخ نکاح برای زن نشود و این خلاف اجماع مسلمین است (شهید ثانی ۱۴۱۶ ج ۸: ۱۱۲).

ثانیاً: تمسک به اطلاق در این حدیث، مورد اشکال است چرا که صدر روایت در خصوص مردی است که عنین است و اینکه نکاح در صورت عدم قدرت عنین بر وطی قابل فسخ است، ولی مشروط بر اینکه حتی نتواند یک بار هم وطی کند و اگر بتواند یک بار وطی کند، نکاح قابل فسخ نیست و چنین مردی به واسطه عیب رد نمی‌شود؛ نه اینکه هر مردی به واسطه عیب رد نشود. لذا این روایت باید متناسب با صدرش معنی شود (موسوی بجنوردی ۱۳۸۱ ج ۲: ۱۷۶).

لذا ناهماهنگی میان صدر و ذیل حدیث به هیچ وجه قابل رفع نیست، حتی به صورت حمل عام بر خاص، زیرا در موارد تخصیص دلیل عام به خاص متصل، باید همیشه استثنا از عام به کمک ادوات استثنا (مانند *ألاً*) صورت گیرد، در غیر این صورت استثنا صحیح نیست و در حدیث یاد شده چنین امری موجود نیست (آشتیانی بی تا: ۲۲۱).

کسانی که قول به اختصاصی بودن عیب جذام و برص را قوی می‌دانند به قاعده *اصالة اللزوم* نیز تمسک می‌کنند. این نظر نیز مردود است، چرا که قاعده مزبور در جایی موجه است که دلیل مثبت خیار وجود نداشته باشد و لزوم، خود، ضرری نباشد (موسوی بجنوردی ۱۳۸۱ ج ۲: ۱۷۶).

افزون بر این جمله «الرجل لا یردّ بعیب» در کتاب *من لا یحضره الفقیه* به صورت «الرجل لا یردّ من عنن» آمده است (شیخ صدوق ۱۴۱۴ ج ۳: ۳۵۷) که در این صورت میان صدر و ذیل حدیث تناقض آشکار وجود دارد.

شاید به ملاحظات فوق است که فاضل مقداد در کتاب *التنقیح الرائع* در مورد حدیث مورد بحث گفته است: «و الروایة متروكة الظاهر اجماعاً، وهي مع مخالفتها للنظر ضعيف» (سیوری ۱۴۰۴: ۴۷۹).

در مقابل نظریه مشهور، عده دیگری از فقها، عیوب یاد شده (برص، جذام) را از مصادیق عیوب مشترک دانسته‌اند. به عنوان مثال، قاضی عبدالعزیز بن البرّاج در کتاب *المهذب* بیماری‌های جنون، جذام، برص و نایبایی را از عیوب مشترک دانسته است (ابن برّاج ۱۴۰۶: ۲۳۱) و علامه حلّی در کتاب *مختلف الشیعه* از ابن جنید اسکافی - از فقهای قرن چهارم هجری و متوفای ۳۸۱ هجری - نقل کرده است که وی نیز بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک می‌دانسته است (علامه حلّی ۱۴۱۸: ۱۸۴).

همچنین علامه حلّی در کتاب مزبور، پس از نقل نظریه ابن برّاج و دلایل او مبنی بر مشترک بودن عیب جذام، برص و نایبایی افزوده است: «وکلام ابن ادریس حسن لا بأس به» یعنی: سخن ابن برّاج نیکو است و جای خرده گیری و اشکال در آن نیست (علامه حلّی ۱۴۱۸: ۱۸۵).

وی در کتاب *قواعد الاحکام*، جذام را از عیوب مشترک شناسایی کرده (علامه حلّی ۱۴۱۶ ج ۳: ۶۶) و فرزندش فخرالمحققین در کتاب *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد* ایرادی بر این سخن نگرفته است و این خود گویای آن است که او نیز این مطلب را پذیرفته است (فخرالمحققین ۱۳۸۹: ۱۸۱). همچنین فاضل مقداد در کتاب *التنقیح الرائع* (سیوری ۱۴۰۴: ۱۷۸) و نیز شیخ علی بن عبدالعالی کرکی معروف به محقق ثانی محقق کرکی در کتاب *جامع المقاصد* بیماری‌های جذام، برص و کوری را از زمره عیوب مشترک دانسته است (محقق کرکی ۱۴۱۱: ۲۶۹). شهید ثانی نیز در کتاب *مسالك الافهام* و شرح *روضه البهیه*، بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک معرفی کرده است (شهید ثانی ۱۴۱۶ ج ۸: ۱۱۰؛ ۱۳۷۹ ج ۲: ۱۲۵). از فقهای متأخر نیز سید ابوالحسن اصفهانی در *وسيلة النجاه*، مشترک بودن دو عیب جذام و برص را دور از واقعیت ندانسته و گفته است: «و قيل بكونهما من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة و هو ليس ببعيد»<sup>۱</sup> (اصفهانی ۱۳۶۶: ۳۷۹).

قائلین به اشتراک عیب جذام بین زن و مرد به دلایلی استناد می‌کنند از جمله:

۱- روایت: از جمله صحیحہ حلبی عن الامام الصادق (ع):

۱. «گفته شده دو عیب (برص و جذام) از عیوب مشترک بین زن و مرد است و این امر بعید نیست».

انه قال في الرجل يتزوج القوم فإذا امرأته عوراً ولم يبينوا له، قال<sup>(ع)</sup> ولا ترد  
وقال<sup>(ع)</sup> إنما يرد النكاح من البرص والجذام والعجنون والعفل<sup>۱</sup> (حرّ عاملي  
۱۳۸۳ ج ۱۴: ۶۱۱).

ممکن است در مورد دلالت این حدیث، اشکالاتی مطرح شود، که به طرح و پاسخ به آن  
می پردازیم:

اگر اشکال شود که ردّ نکاح به معنای فسخ آن نیست و شاید منظور، طلاق زوجه باشد.  
می گوئیم لفظ ردّ صحیح در فسخ است و اگر به معنای طلاق بگیریم بدون دلیل حکم را معلق بر  
امری کرده ایم که روایت در مورد آن ساکت است (موسوی بجنوردی ۱۳۸۱ ج ۴: ۱۸۹).  
در توجیه دلالت حدیث بر مدعای مورد نظر گفته شده است: اطلاق حدیث شامل زن و مرد  
هر دو است، و قرینه ای که آن را به زنان اختصاص دهد نیز وجود ندارد. چنانچه نام بردن از بیماری  
عفل که از عیوب اختصاصی زنان به شمار می رود نیز نمی تواند قرینه ای بر اختصاص مفاد آن  
(حدیث) به زنان باشد (محقق کرکی ۱۴۱۱: ۲۶۹؛ سیوری ۱۴۰۴: ۱۷۸).

اشکال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که مورد سؤال، در خصوص عیوب زنان  
است و امام<sup>(ع)</sup> نیز در مقام پاسخ به این سؤال به ذکر عیوبی که مجوز فسخ نکاح است می پردازد و  
از میان این عیوب به عقل نیز اشاره می کند، از آنجایی که بیماری عقل از عیوب مختص زوجه  
است می توان فهمید سایر عیوب مثل برص و جذام هم که در بیان امام<sup>(ع)</sup> به آن اشاره شده، مختص  
زوجه است.

در پاسخ می گوئیم اولاً، بیان امام<sup>(ع)</sup> به صورت مطلق است و اگر بخواهیم عیوب مذکور را  
مخصوص زن قرار دهیم منافات با شیوه پاسخ حضرت دارد، چون حضرت فرموده اند: «لایرد  
الرجل النکاح من العوراء» بلکه به صورت مطلق فرموده اند: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و  
المجنون و العفل». ثانیاً، اگر بپذیریم که جذام و برص از عیوب مختص زوجه است، در مورد  
جنون چه باید گفت؟ اگر گفته شود جنون عیب مختص زوجه است که با ادله و تسالم اصحاب  
مخالف است و اگر گفته شود از عیوب مشترک است، در پاسخ می گوئیم فرض شما این بود که  
امام<sup>(ع)</sup> در مقام برشمردن عیوب خصوص زوجه است، پس چرا جنون را که عیب مشترک است در

۱. مردی از قومی همسر اختیار کرده و پس از ازدواج متوجه شده که زن یک چشم (عوراء) است و این امر برای مرد  
تبیین نشده بود، امام<sup>(ع)</sup> فرمود: زن بازگردانده نمی شود، ازدواج فقط به سبب پیسی، جذام، جنون و عقل فسخ می شود.

ضمن حدیث یادآور می‌شود و عیوب دیگر مثل رتق و افشاء را که عیوب مختص زن است بیان نفرموده‌اند؟ لذا آنچه موجه به نظر می‌رسد این است که به جز عفل سایر عیوب ذکر شده در این روایت بین زن و مرد مشترک باشد.

۲- قاعده لاضرر: شهید ثانی در *الروضة البهیة* و علامه حلی در *مختلف الشیعه* به این دلیل تمسک کرده‌اند (شهید ثانی ۱۳۷۹ ج ۲: ۱۲۴؛ علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۸۴).

هر چند قاعده لاضرر مُشَرَّع نیست ولی چون لزوم عقد، موجب ضرر است، قاعده لاضرر این لزوم را بر می‌دارد و فرقی ندارد که ضرر به چه کسی وارد می‌شود. اگر زن هم همانند مرد متضرر شود، قاعده لاضرر جاریست، به خصوص که در این موارد هیچ دلیلی محکم‌تر از عقل و بنای عقلا وجود ندارد. چگونه ممکن است از لحاظ عقلانی بپذیریم که برص و جذام از عیوب مختص زن باشد؟ در حالی که زن هم همانند مرد حق ازدواج، تعیین همسر و لذت بردن از زندگی را دارد و آیا عادلانه است که زن را از لذایذ و حقوق اولیه زندگی محروم کرد؟ آیا ضربه‌های روحی روانی که زن در این زمینه متحمل می‌شود قابل چشم پوشی است؟ جدای از این مسائل، آیا هدف و غرض از ازدواج که آرامش، امنیت، توالد، کمال و ... است با وجود چنین شرایطی محقق می‌شود؟ لذا مقتضای عدالت و روح عقلانی اسلام چنین است که عیوب برص و جذام مشترک بین زن و مرد باشد و اگر مردی دارای چنین عیوبی بود، زن حق فسخ نکاح داشته باشد.

۳- دلیل اولویت: شهید ثانی معتقد است که اگر زوجه دارای جذام یا برص باشد، زوج حق فسخ دارد. در حالی که حق طلاق هم دارد، حال به طریق اولی در چنین فرضی زوجه باید حق فسخ داشته باشد. زیرا اگر چنین حقی نباشد امکان تخلص برای زوجه وجود ندارد چرا که طلاق و فسخ هر دو در اختیار زوج است (شهید ثانی ۱۳۷۹ ج ۲: ۱۲۴).

## عیوب مختص مرد

### ۱- عنن

در تعریف عنن گفته‌اند: عبارت است ضعف ذکر به طوری که امکان دخول نباشد (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۱۲).

عمده بحث در مورد عنن حادث بعد از عقد است که در این مورد دو نظر وجود دارد: عمده‌ای مانند شیخ مفید و علامه حلی (شیخ مفید ۱۴۱۴: ۴۴؛ علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۹۶) در این شرایط زوجه را



صاحب خیار فسخ می‌دانند. دلیل آنان عمدتاً تمسک به اطلاق و عموم روایات این باب است. قال<sup>(۱)</sup>: «... العنین یتربص به سنه، ثم ان شئت تزوجت و ان شئت اقامت ...»<sup>۱</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۲: ۶۱۲ ح ۷).

روایت دیگر از ابی الصباح الکنانی است: «سألت أبا عبد الله<sup>(ع)</sup> عن امرأة ابتلی زوجها فلا یقدر علی الجماع أبداً، اتفارقة؟ قال<sup>(ع)</sup> «نعم ان شئت»<sup>۲</sup> (حر عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۲: ۶۱۲ ح ۸). در این احادیث صحبتی از قبل یا بعد از مواقعه نشده است. لذا ایجاد حقّ فسخ در مورد عنین شامل بعد از مواقعه نیز می‌شود.

دلیل دیگر بر حقّ فسخ زوجه، قاعده لاضرر است. که لزوم عقد را بر می‌دارد و عقد قابل فسخ می‌شود.

عده‌ای دیگر از فقها در این مورد (حدوث عنین بعد از مواقعه) معتقدند زوجه حقّ خیار فسخ ندارد (شیخ طوسی ۱۴۱۳ ج ۳: ۲۲۳). عده‌ای نیز بر این امر ادعای شهرت کرده‌اند (بحرانی ۱۴۰۹ ج ۲۴: ۳۴۶).

## ۲- خصاء

«و آن کشیدن بیضه‌ها یا کوبیدن آنها است که زن می‌تواند در صورتی که قبل از عقد باشد و آن را نمی‌دانسته است به جهت آن عقد را فسخ نماید» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۱۲).

در مورد ایجاد حقّ فسخ برای زن در صورت خصی بودن مرد قبل از عقد، به دلایلی اشاره شده از جمله روایت موثقه سماعة بن معمران عن الامام صادق<sup>(ع)</sup>: «ان خصیاً دلّس نفسه لِأمرأة قال<sup>(ع)</sup> یفرق بینهما و تأخذ المرأة منه صداقها»<sup>۳</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۴: ۶۱۱). همچنین به قاعده لاضرر

۱. امام باقر<sup>(ع)</sup> فرمود: به عنین یک سال مهلت داده می‌شود، بعد از آن، اگر زنش بخواهد ازدواج می‌کند و اگر بخواهد می‌ماند.

۲. از امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد زنی که شوهرش دچار عارضه‌ای شده و بر اثر آن قادر بر آمیزش نیست، پرسیدم آیا زن از او جدا می‌شود؟ حضرت فرمود: بله، اگر بخواهد.

۳. امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد مرد خصی که تدلیس کرده بود فرمودند: زنش از او جدا می‌شود و زن مهرش را از مرد می‌گیرد.

استناد شده و اینکه خصی بودن مرد مستلزم ضرر برای زن است، لذا برای او حق فسخ نکاح به وجود می‌آید (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۲؛ فاضل هندی ۱۴۲۲ ج ۲: ۷۱).

علامه حلی و محقق کرکی نیز فایده نکاح را در صورت خصی بودن مرد منتفی دانسته‌اند (علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۹۴؛ محقق کرکی ۱۴۱۱ ج ۱۳: ۲۲۷).

اما در مورد حدوث خصاء بعد از عقد اختلاف نظر وجود دارد. نظرات در این باب به سه گروه تقسیم می‌شود.

الف - حق فسخ به طور مطلق قبل از وقوعه و بعد از آن؛

۱- به خاطر ایجاد ضرر و عدم تناسل، زن حق فسخ نکاح دارد حتی در صورتی که خصاء بعد از وقوعه حادث شده باشد (فاضل هندی ۱۴۲۲ ج ۲: ۷۱). در نقد این نظر می‌توان گفت امکان دارد زوجین دارای فرزند باشند و زوج بعداً دچار این عیب شود، لذا نسل او منقطع نشده است.

۲- اولویت حق فسخ در خصاء نسبت به عنن وجود دارد. یعنی اگر در عنن گفتیم بعد از وقوعه نیز حق فسخ وجود دارد، در اینجا به طریق اولی باید قائل به این حق شویم (فاضل هندی ۱۴۲۲ ج ۲: ۷۲). البته این در صورتی است که بگوییم در عنن امکان معالجه هست ولی در خصاء امکان معالجه نیست و مضاف بر آن مانند شیخ مفید قائل به این باشیم که در عنن، حتی بعد از زناشویی نیز موجب حق فسخ است (شیخ مفید ۱۴۱۴: ۴۴).

ب - عدم حق فسخ به طور مطلق (شیخ طوسی ۱۴۱۴ ج ۴: ۳۶۲-۳۶۱؛ ابن ادریس ۱۴۱۰ ج ۲: ۶۱۳). دلایل این گروه، اصل لزوم و بقای عقد است (فخر المحققین ۱۳۸۹ ج ۳: ۱۷۶). و اینکه نصوص وارده، مربوط به قبل از عقد است، چرا که در روایات عنصر تدلیس همراه با خصاء آمده است و تدلیس فقط پیش از عقد محقق می‌شود، لذا این نصوص خصای بعد از عقد و ایجاد حق فسخ برای زن بعد از عقد را شامل می‌شود (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۸).

اما باید گفت آنچه در روایت موضوعیت دارد خصاء است و لحن روایت نیز به طور استطرادی به بحث از تدلیس می‌پردازد و در ضمن همان ملاکاتی که در خصای حادث شده قبل از عقد وجود دارد و باعث ایجاد حق فسخ برای زوجه می‌شود، در صورت حدوث خصاء بعد از عقد هم وجود دارد، لذا براساس نصوص می‌توان حق فسخ در خصاء را مختص قبل از عقد دانست.

ج - نظر تفصیلی: به اینگونه که اگر خصاء قبل از مواقعه باشد، حقّ خیار برای زوجه ثابت می‌شود ولی در خصوصی که خصاء بعد از آمیزش حادث شود زوجه حقّ خیار فسخ ندارد (محقق کرکی ۱۴۱۱ ج ۱۲: ۳۲۷).

به نظر می‌رسد نظریه تفصیلی از سایر نظرات مناسب‌تر باشد. زیرا خصاء قبل از عقد یا بعد از عقد و قبل از مواقعه، از نظر آثار و نتایج تفاوتی با هم ندارند و در حدوث خصاء بعد از مواقعه و به خصوص در جایی که زوجین فرزند نیز دارند، قول به ایجاد حقّ فسخ برای زوجه مشکل به نظر می‌رسد، چون اولاً، یکی از اهداف ازدواج، که توالد است محقق شده است (مگر اینکه فرزندی در کار نباشد که جای تأمل وجود دارد). ثانیاً، در عنن حادث شده بعد از عقد که قول به فسخ را تقویت کردیم به خاطر این بود که در عنن یکی از اهداف اصلی نکاح که ارتباط زناشویی است محقق نمی‌شد و ممکن بود زوجه به گناه بیفتد ولی در خصاء امکان مواقعه ولذت عمل جنسی وجود دارد و فقط امکان فرزنددار شدن نیست.

طبق ماده ۱۱۲۵ ق.م.ا.گ جنون و عنن در مرد بعد از عقد هم محقق شود موجب فسخ برای زن خواهد بود که از این ماده فهمیده می‌شود که در قانون مدنی، حدوث خصای بعد از عقد موجب حقّ فسخ برای زن نمی‌شود. بهتر است عدم حقّ فسخ در مورد خصاء، در این ماده، مقید شود به موردی که خصای بعد از عقد و بعد از مواقعه حادث شده و زوجین نیز دارای فرزند باشند.

### ۳- جبّ

در اصطلاح فقهی «جبّ» یعنی قطع شدن آلت رجولیت به شرطی که چیزی از آن باقی نمانده باشد که وطی با آن ممکن باشد ولو به قدر حشفه (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۱۲).

در صورت بروز جبّ قبل از عقد، مشهور فقها زوجه را دارای حقّ فسخ می‌دانند. صاحب حدائق در این مورد ادعای عدم خلاف کرده و معتقد است در این مورد خلاف دیده نشده است و فقط محقق حلی در شرایع اظهار تردید کرده است که ظاهراً دلیل آن نبودن نص در این مورد است. لذا عمده دلیل در این باب قاعده لاضرر است (بحرانی ۱۴۰۹ ج ۲۴: ۳۴۸).

جبّ در مقایسه با عنن و خصاء ضرر بزرگ‌تری در پی دارد چون در خصاء حداقل امکان زناشویی وجود دارد و در مورد عنن ممکن است زوج در مواقع خاصی قادر بر وطی باشد و احتمال بهبودی نیز می‌رود. اما در مورد جبّ اینگونه نیست و زوجه از هر گونه التذاذ جنسی و

تناسل بی بهره است، لذا به طریق اولی قول به فسخ در مورد جبّ صحیح است. صاحب *جوهر* نیز معتقد است چنانچه جبّ را از عیوب موجب فسخ ندانیم زوج به خاطر نگفتن آن هنگام عقد، تدلیس کرده است. زیرا هر فرد مجبویی از عیب خود خبر دارد و معمولاً انسان‌ها این عیب را ندارند. لذا مجبوب نبودن از شروط ضمن عقد است که چون خیلی نادر اتفاق می‌افتد که شخصی مجبوب باشد، این شرط در ضمن عقد، ذکر نمی‌شود ولی چون شخص مجبوب این عیب را داشته ولی بروز نداده و در امر زناشویی هم این امر بسیار مهم است لذا می‌توان از مصادیق تدلیس شمرد و از آن باب، حکم به فسخ نکاح داد (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۵).

عمده بحث در حدوث جبّ بعد از عقد است که آرای متفاوتی در مورد آن ذکر شده است. برخی مانند صاحب *جوهر* و صاحب *حدائق* در این خصوص قائل به عدم خیار فسخ برای زوجه هستند (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۸؛ بحرانی ۱۴۰۹ ج ۲۴: ۳۵۰). برخی هم مانند علامه حلی قول به فسخ را تقویت می‌کنند (علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۹۳).

دلایل نافی حقّ خیار فسخ، یکی استصحاب لزوم عقد است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۸) که البته این لزوم چنانکه پیش‌تر توضیح داده شد با قاعده لاضرر و لا حرج برداشته می‌شود. یکی دیگر از دلایلی که همان‌گونه که در حدوث خصاء بعد از عقد قول به فسخ وجود ندارد در شخص مجبوب نیز همین‌گونه است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۲۸). البته قیاس خصاء به جبّ همانگونه که گذشت مع الفارق است، چون در مجبوب ضرر خیلی شدیدتر از خصاء است. مثبتین حقّ خیار، در صورت حدوث جبّ بعد از عقد ادعای اجماع کرده‌اند و عموم اخبار را دلیل بر آن گرفته‌اند و شیخ طوسی نیز عمده دلایل را ضرر و لا حرج می‌داند (شیخ طوسی ب ۱۳۸۸: ج ۴: ۲۶۲). لذا با توجه به ادله ذکر شده به نظر می‌رسد در صورت حدوث جبّ بعد از عقد قول به حقّ فسخ موجه باشد، به خصوص در موردی که جبّ قبل از وقوعه حادث شده باشد.

همان‌طور که پیش‌تر گذشت قول به طلاق قضایی چه در این فرض چه در فرض مشابه مانند خصاء، موجب عسر و حرج است به خصوص که اگر جبّ یا خصاء قبل از نزدیکی محقق شده باشد، که در صورت طلاق نیمی از مهر بر عهده مرد است و این ضرر برای مرد است و فرض هم این است که جبّ بعد از عقد محقق شده و قبل از عقد نیست که بگوییم مرد تدلیس و فریب کاری کرده و باید تاوانش را هم بپردازد. لذا قول به فسخ موجه است.

## عیوب زنان

### ۱- قَرَن یا رَتَّق یا عَقْل

امام خمینی در *تحریر الوسیله* قَرَن و عَقْل را مترادف دانسته و در تعریف آن گفته است که آن گوشت یا غده یا استخوانی است که در دهانه رحم روئیده و مانع از دخول می‌شود که در بردارنده تمام تعریفات فوق است. البته امام در ادامه افزوده است: اگر عیوب مزبور مانع از نزدیکی نبوده لکن باعث تنفر زوج شود باعث حق فسخ است (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲: ۳۱۲).

از آنجایی که وجود ملاک و معیار فسخ نکاح در این عیوب یکی است (مانعیت از عمل زناشویی)، بحث لغوی در تعریف این عیوب؛ مزید فایده نیست. بنابراین، این سه مورد را به صورت یک جا مورد بحث قرار می‌دهیم. در ماده ۱۱۲۳ ق. م که عیوب زن بر شمرده شده تعریف خاصی از این عیوب ارائه نشده و شاید از قول مشهور فقها پیروی شده و تمامی معانی آن را قابل قبول می‌داند.

عمده دلیل قائلان به جواز فسخ نکاح در صورت حدوث این عیوب در زن به خصوص قبل از عقد، اولاً روایات است. از جمله صحیح‌ه حلبی عن الامام الصادق (ع) قال: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل»<sup>۱</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۴: ۶۱۱).

اما عمده دلیل، قاعده لاضرر و لاجرح است که فرمایش معصوم (ع) هم ناظر به همین مورد است، چرا که یکی از اهداف عمده ازدواج که عمل زناشویی باشد در صورت وجود این عیوب بی نتیجه می‌ماند. صاحب *جواهر* معتقد است این عیوب در صورتی مجوز فسخ نکاحند که مانع از مواجهه باشند و بر این امر ادعای اجماع می‌کند (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۳۳).

### ۲- افضاء

افضاء به معنای یکی شدن مجرای بول و حیض یا مجرای حیض و غائط است که ممکن است مادرزادی باشد یا بعد از تولد و به هر دلیلی حادث شود (حسینی شیرازی ۱۴۰۹ ج ۶۶: ۵۹). در مورد اینکه این عیب موجب فسخ نکاح است اختلافی نیست و بر آن ادعای اجماع شده است (نجفی ۱۴۰۱ ج ۳۰: ۳۳۵؛ بحرانی ۱۴۰۹ ج ۲۴: ۳۶۵). عمده دلیل در این باب نیز قاعده لاضرر و لاجرح است.

۱. امام صادق (ع) فرمود: نکاح رد می‌شود به واسطه برص، جذام، جنون و عقل.

نکته قابل توجه در این بحث همانند بحث قبلی اثر امکان درمان این عیب است که اگر امکان درمان وجود داشت و زوجه امتناع نکرد، مجوز فسخ برای مرد وجود ندارد (موسوی بجنوردی ۱۳۸۱ ج ۲: ۲۰۶).

### ۳- عمی (نابینایی)

یکی از عیوبی که در فقه مختص زنان شمرده شده، «عمی» است و به زنی که دارای این عیب باشد عمیاء گفته می‌شود. برای تحقق این عیب باید هر دو چشم وی نابینا باشد و زنی که تنها یک چشمش کور باشد، عمیاء نامیده نمی‌شود و مرد حق فسخ نکاح ندارد.

امام خمینی نیز در این زمینه می‌گوید:

«کوری» که رفتن بینایی از هر دو چشم می‌باشد اگرچه هر دو باز باشند. ولی یک چشمی و عشاء - مرضی است که در چشم است و مانع دیدن در شب می‌شود ولی روز می‌بیند - اعتبار ندارد و «عمش» هم - که ضعف دید است و در غالب اوقات، اشکش جاری است - معتبر نمی‌باشد (امام خمینی ۱۳۸۵: ج ۲: ۳۱۲).

دلایلی که فقها برای ایجاد حق فسخ در این مورد ذکر می‌کنند یکی صحیحیه محمدبن مسلم است که از امام باقر<sup>(ع)</sup> نقل می‌کند: قال<sup>(ع)</sup>: «ترید البرصاء و العمیاء و العرجاء»<sup>۱</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۲: ۵۹۵).

دلیل دیگری که علامه حلی نقل می‌کند: نقصان لذت جنسی است (علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۸۲). اما این دلیل موجه نیست چون نقصان لذت جنسی در بسیاری از عیوب دیگری مثل نداشتن دندان یا عیوب پوستی دیگر نیز وجود دارد اما در هیچ کدام صحبتی از فسخ نشده و عمده دلیل این باب هم همان لاضرر و لا حرج است. چرا که نابینایی موجب ایجاد عسر و حرج فراوان در زندگی می‌شود. شاید هم منظور علامه از نقصان لذت جنسی، ورود ضرر به همسر باشد که در این صورت قول صحیحی است.

در نصوص و اخبار وارده، این عیب مختص زن شمرده شده است. اما باید توجه داشت که این نصوص و روایات متناسب با همان عصر بوده چرا که عمدتاً مردها شناخته شده بودند و به دلیل

۱. امام باقر<sup>(ع)</sup> فرمود: فرد مبتلا به پستی و شخص کور و لنگ برگردانده می‌شود.

حضوری که در اجتماع داشتند مردم از عیوبشان (به خصوص عیب ناینایی که فاحش است) آگاهی داشتند و اگر قرار بود تدلیس در این زمینه صورت گیرد عمدتاً از جانب زن‌ها بود چون اغلب صورتشان پوشیده و در خانه بودند، لذا با توجه به این نکته که در عیوب مجوز فسخ نکاح عمدتاً تدلیس صورت می‌گیرد و همچنین زوج بدون آگاهی اقدام به ازدواج می‌کند، روایات نیز صادر شده است. چون اگر تدلیس در کار نباشد زوجین از عیوب همدیگر آگاهی پیدا می‌کردند و از همان ابتدا راضی به ازدواج نمی‌شدند.

اما در صورتی که مرد ناینای باشد می‌توان از باب لاضرر و لا جرح و همچنین از باب تخلف از شرط صفت، که به صورت شرط ضمنی در عقد می‌توان تصور کرد، برای زن نیز حق فسخ قائل شد.

در مورد وجود حق فسخ برای مرد در صورت وجود عیب قبل از عقد شکی نیست، اما چنانچه این عیوب بعد از عقد و قبل از واقعه به وجود بیاید و قابل درمان نباشد یا زن راضی به درمان نشود، بهتر است بگوییم مرد حق فسخ دارد، چون در غیر این صورت باید زن را طلاق دهد که این امر مستلزم پرداخت نصف مهر است و این ضرر برای مرد است.

### حصری نبودن عیوب مجوز فسخ نکاح

فقهای شیعه از دیرباز در مورد حصری بودن یا تمثیلی بودن این عیوب بحث کرده‌اند. با نگاهی به متون فقهی می‌توان دریافت که اغلب فقهای شیعه، عیوب موجب فسخ نکاح را محصور در موارد ذکر شده می‌دانند و فقط در تعداد آنها با هم اختلاف نظر دارند و برای اثبات این مدعا به احادیثی از جمله صحیح حلی از امام صادق<sup>(ع)</sup> اشاره می‌کنند.<sup>۱</sup> ولی باید توجه داشت که بسیاری از عیوب دیگر، غیر از این عیوب چهار گانه هم در احادیث ذکر شده که مجوز فسخ نکاحند و نباید از آنها چشم پوشی کرد. مضاف بر آنکه شیخ طوسی در *استبصار* معتقد است اگر بین این دو دسته روایات جمع کنیم حاصل آن خواهد شد که در غیر این چهار عیب، فسخ نکاح مکروه است (شیخ طوسی الف ۱۳۸۸ ج ۳: ۳۳۹). بر فرض پذیرش سخن شیخ طوسی، کراهت، حکم الزام آور نیست که بگوییم سایر عیوب غیر از موارد چهار گانه ذکر شده در حدیث، مجوز فسخ نکاح نیستند.

۱. حدیث در مبحث «اشتراک عیب جذام بین زن و مرد» قسمت روایت آورده شد: «انه قال: فی الرجل... و العفل».

همچنین اصالة اللزوم هم که اصل اولی در هر عقدی به خصوص عقد نکاح است همان طور که سابقاً گفتیم به واسطه لاضرر و لاجرح برداشته می شود، اجماع ادعا شده بر حصری بودن این عیوب نیز مخدوش است چون فقها در مورد تعداد و شرایط عیوب مجوز فسخ نکاح با هم اختلاف نظر دارند و اجماعی حاصل نیست.

### دلایل تمثیلی بودن این عیوب

۱- دلیل اولویت: همان طور که قبلاً ذکر شد برخی از بیماری ها از لحاظ شدت مهلک بودن، از بیماری های ذکر شده در روایات بسیار خطرناک ترند (مانند ایدز). بنابراین با توجه به اینکه جواز فسخ در عیوب ذکر شده به خاطر جلوگیری از ضرر است لذا این جواز فسخ به طریق اولی باید شامل بیماری های خاص دیگر نیز بشود لذا بیماری های ذکر شده در نصوص تمثیلی است.

۲- برآورده نشدن هدف اصلی ازدواج در صورت وجود بیماری های خاص و کشنده؛

۳- ایجاد تنفر و انزجار به جای آرامش و مودت؛

۴- عدم وجود شروطی که غالباً عقد مبتنی بر آنهاست: بدیهی است که وقتی دو نفر با هم ازدواج می کنند به صورت شرط ضمن عقد مد نظر دارند که طرف مقابلشان از یک سری عیوب مثل ایدز یا کر و لال بودن یا بیماری های روانی مبری باشد. اگر هر کدام از طرفین از این امر اطلاع داشت به این ازدواج راضی نمی شد، لذا در صورت وجود این عیوب و عدم اطلاع رسانی، تخلف از شرط صفت شده و از این راه حق فسخ نکاح وجود دارد (محسنی ۱۳۸۲ ج ۱: ۲۶۷). و به طور کلی تخلف از شرط صفت وجه مشترکی است که در تمامی عیوب مجوز فسخ نکاح، حتی عیوب ذکر شده در روایات وجود دارد چون در آن عیوب نیز (عیوب مذکور در روایات) اصل بر این است که طرف مقابل از این عیب اطلاع نداشته است که اگر اطلاع داشت حاضر به ازدواج نمی شد، لذا تخلف از شرط صفت (شرط ضمن عقد) شده است.

۵- روایات: در برخی روایات واژه «زمانه» به کار رفته است مانند روایت داوود بن سرحان عن

الامام الصادق<sup>(ع)</sup>:



فی الرجل یتزوج المرأة و یؤتی بها عمیاء او برصاء او عرجاء قال<sup>(ع)</sup> ترد علی ولّیها و یکون لها المهر علی ولّیها، وان کان بها زمانه لا یراها الرجل اجیزت شهادت النساء علیها<sup>۱</sup> (حرّ عاملی ۱۳۸۳ ج ۱۴: ۵۹۴ ح ۱).

در اصل «زمانه» به معنای هر گونه درد و بیماری است که فرد را از پای بیاندازد و خانه نشین کند یا او را از انجام وظایف و امور روزمره ناتوان کند، لذا بیماری‌هایی مانند ایدز و سرطان که چنین خصوصیتی دارند در این زمره قرار می‌گیرند (محسنی ۱۳۸۲ ج ۱: ۲۶۷). این واژه در بعضی از روایات با صفت «ظاهره» و در برخی دیگر بدون این صفت آمده است. لذا با توجه به قید «وان کان بها زمانه لا یراها الرجل» می‌توان بسیاری از بیماری‌های مهلک و کشنده را جزو بیماری‌های موجب فسخ نکاح بیان کرد.

۶- تبیین بحث بر اساس قاعده لا ضرر و قاعده لا عسر و حرج: آیا استناد به قاعده لا ضرر برای اثبات حکمی که عدم آن موجب ضرر باشد، صحیح است؟ درمسأله مورد بحث، آیا قرار ندادن سلطنت بر فسخ برای زوج در صورت وجود عیب در زوجه و برای زوج در صورت وجود عیب در زوج، تسبیب شارع در ضرر دیدن زوج یا زوجه نیست؟ آیا می‌توان از قاعده لا ضرر وجود این حق را برای زوج یا زوجه کشف کرد یا نه. چون قاعده لا ضرر برای برداشتن حکم ضرری است و نه اثبات حکمی که عدم آن موجب ضرر است؟ ظاهر سخن همه کسانی که به قاعده لا ضرر برای اثبات خیار غبن استناد کرده‌اند، نظریه اول است. از کلام صاحب عروه نیز همین نظر استفاده می‌شود، وی می‌گوید: در مورد شخص مفقودی که خبری از زنده یا مرده بودنش نیست، هرگاه به سبب برخی موانع، روش‌های یاد شده برای خلاص کردن زوجه‌اش امکان‌پذیر نباشد - هر چند موانعی از قبیل نفقه نداشتن زوجه در مدتی که حاکم برای او تعیین کرده است و نبودن کسی که نفقه او را بدهد چه تبرعاً، چه ولیّ زوج - بعید نیست حاکم شرع در صورت مطالبه و عدم صبر زوجه، بتواند حکم به طلاق وی کند. بلکه در مورد مفقودی که زنده بودن وی معلوم است نیز اگر زوجه‌اش نتواند صبر کند، بعید نیست همین حکم جاری شود. چنانکه در مورد غیر مفقود، همچون کسی که در مکانی زندانی است و هیچ وقت نمی‌تواند رهایی یابد، و در مورد

۱. امام صادق<sup>(ع)</sup> در مورد مردی که با زنی بیس یا کور یا لنگ ازدواج کند، فرمود: زن به ولّیش بازگردانده می‌شود و مهریه‌اش به شوهرش بازگردانده می‌شود و اگر عیبی داشته باشد که مردان نمی‌توانند ببینند شهادت زنان علیه او جایز است.

فرد حاضری که معسر است و توان پرداخت نفقه را ندارد، در صورت صبر نکردن زوجه‌اش بر این وضعیت نیز حکم همین گونه است. در همه صورت‌های یاد شده و موارد مشابه آن، هر چند ظاهر کلمات فقها، عدم جواز طلاق زوجه به جهت قاعده «الطلاق بید من أخذ بالساق» از سوی حاکم است لکن ممکن است به جهت قاعده «نفی حرج و ضرر»، قائل به جواز آن شویم، به ویژه اگر زوجه جوان باشد و صبر وی در طول مدت عمرش مستلزم مشقت شدید برای او باشد (یزدی بی‌تاج ۲: ۷۵). ممکن است گفته شود: صبر یکی از زوجین بر عیب دیگری، ضرر بر او است، یا به اعتبار اینکه حق فسخ، حقی عقلایی برای اوست، نفی آن نیز ضرری عقلایی است. بنا به تقریب اول، وجوب صبر به قاعده لاضرر برداشته می‌شود و لازمه آن جواز طلاق برای حاکم است. بنا به تقریب دوم، حق فسخ برای زوج یا زوجه ثابت می‌شود، چون عدم آن موجب ضرر است. ممکن است گفته شود حدیث لاضرر ناظر به احکامی است که در شریعت مقدس جعل شده و آنها را مقید می‌کند که به این موجب ضرر بر مکلف نباشد، اما عدم حکم، حکم نیست؛ بنابراین حدیث، شامل آن نمی‌شود. به این سخن چنین پاسخ داده می‌شود که مفاد حدیث عدم سببیت حکمی برای تحمل ضرر است؛ یعنی وجود ضرر منتسب به شارع، به عنوان مشرع و قانونگذار را نفی می‌کند و این معنی همان گونه که در موارد جعل حکمی که لازمه آن ضرر است صادق است، در حالی که عدم جعل حکم از سوی کسی که تشریح به دست اوست، سبب ضرر شود نیز صادق است. مؤید استظهار قول اول از حدیث لاضرر آن است که برخی از فقها برای اثبات مجوز فسخ در عیوب مخصوص و منصوص، در کنار روایات خاصه، به حدیث لاضرر نیز استناد کرده‌اند.

### تصویب نظر امام خمینی در قانون مدنی

متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ الزام شوهر به طلاق را در موارد ذیل جاری می‌دانست:

۱. در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد.
۲. سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد.
۳. در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب‌العلاج، دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.

ظاهراً حکم مندرج در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برای بسیاری از فقها قابل توجیه نبود؛ زیرا انحلال ارادی نکاح یا به وسیله طلاق است، که از سوی مرد انجام می‌گیرد یا با فسخ است که موارد فسخ نیز مشخص شده است. اقدام برای تفریق و جدایی بین زوجین از سوی دادگاه نیز فقط در مورد امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه و نیز در مورد زوجه غایب مفقودالامر متصور است و به جهت دیگری دادگاه نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد. شاید با همین برداشت و بینش در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ قانون مدنی ماده ۱۱۳۰ موجود حذف شد؛ اما در عین حال با توجه به جایگاه عسر و حرج و نقش آن در تعلق برخی از احکام، عده‌ای معتقد بودند می‌توان در صورت وجود عسر و حرج به زن این امکان را داد که از دادگاه درخواست طلاق نماید. این امر بین فقهای شورای نگهبان نیز مورد اختلاف بود و برخی همان دیدگاه اول را داشتند که به طریقی جز فسخ و طلاق نمی‌توان نکاح را منحل کرد و به هر حال قرار شد موضوع را از حضرت امام قدس سره - سؤال نمایند.

در نامه‌ای که از سوی فقهای شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱ هنگام اصلاح قانون مدنی خدمت حضرت امام خمینی ارسال شده آمده است:

یکی از موارد مربوط به طلاق این است: در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زن، موجب عسر و حرج باشد می‌تواند با مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق کند و حاکم پس از بررسی و ثبوت موضوع شوهر را اجبار به طلاق کند چنانچه مرد از طلاق، ابا کند، حاکم شخصاً اقدام به طلاق نماید. در اینجا بعضی از فقهای شورا نظر منفی دارند و می‌گویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض که ادله حرج در این جا حاکم باشد می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به این که موارد فسخ، اجماعاً محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست پس حق فسخ قهراً منتفی می‌شود. عده‌ای از فقها می‌گویند که علت حرج در اینجا تنها لزوم عقد نیست بلکه انحصار طلاق به دست مرد منشأ حرج است و ما به ادله حرج، این انحصار را برمی‌داریم و با مراجعه به حاکم احتیاطاً و ثبوت موضوع در نزد حاکم، مرد مجبور به طلاق می‌شود و یا حاکم طلاق می‌دهد. با توجه به این نظرات، نظر مبارک را مرقوم فرمایید... حضرت امام در پاسخ چنین مرقوم فرمودند: بسمه تعالی طریق

احتیاط آن است که زوج را با نصیحت و الا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده شود، و اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان تر است (مهرپور ۱۳۷۴: ۲۴۴-۲۴۳).

با پاسخ امام، فقهای شورای نگهبان با تصویب ماده ۱۱۳۰ فعلی به جای ماده ۱۱۳۰ سه بندی سابق موافقت کردند. ماده ۱۱۳۰، فعلی مقرر می دارد:

در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود.

این پیشش موجب شد که در اصلاحیه قانون مدنی که با هدف انطباق بیشتر آن با موازین شرعی و فقهی صورت گرفت ماده ۱۱۳۰ که تا حدودی حکم تبعیض آمیز قانون مدنی در مورد حق فسخ را جبران می کرد به نوعی حفظ شود ولی در عین حال پیداست که باز هم تفاوت فاحشی بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ و بر هم زدن نکاح وجود دارد. لیکن در ذیل پاسخ امام، عبارتی است که جای تأمل بسیار دارد. امام می فرماید: «اگر جرأت بود مطلبی دیگر بود که آسان تر است». این جمله مشعر بر این معنی است راه حل و طریق سهل تری هم از لحاظ شرعی و فقهی وجود دارد که طبعاً مشکل زن را زودتر و آسان تر حل می نماید.

اینکه منظور امام از این طریق سهل تر چیست؟ آیا منظور امام این است که زن هم در صورت مواجه شدن با عیوب زیان آور و نفرت انگیز همانند مرد می تواند عقد نکاح را فسخ کند و نیازی نیست که با مراجعه به دادگاه و اثبات عسر و حرج و پیمودن راه های دشوار دادرسی به این نتیجه دست یابد؟ یا منظور این است که وضع زن لازم نیست به مرحله حاد عسر و حرج برسد تا بتواند با اثبات آن از طریق دادگاه خود را از قید زوجیت خلاص کند. بلکه همین قدر که ادامه زندگی زناشویی برای او زیان آور و موجب ضرر باشد می تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و از این حیث مرد و زن به طور یکسان از استفاده از این حق برخوردارند یا منظور این است که پس از طرح موضوع در دادگاه و تشخیص وجود عسر و حرج برای زن از سوی دادگاه، دادگاه حکم به طلاق و تفریق زوجین می دهد و نیازی به گذراندن مرحله دیگر یعنی الزام شوهر به دادن طلاق ندارد؟ به هر حال راه حل مورد نظر امام بر ما روشن نیست ولی قدر مسلم این است که به نظر این فقیه ژرف نگر و روشن بین، به ویژه پس از تجربه کردن عملی اداره حکومت، امکان پیدا کردن راه

سهل تری برای اعمال بهتر عدالت و احقاق حق زن در چهارچوب موازین شرعی و فقهی وجود دارد و طبعاً وضع موجود را مناسب نمی‌داند، ولی به تعبیر خودش جرأت ابراز آن را ندارد. حداقل از این نوع تعبیر این معنی را می‌توان استفاده کرد که حکم رایج در نظر فقها در خصوص نحوه دارا شدن حق فسخ و تفاوت زن و مرد در حق انحلال نکاح که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته، حکم ضروری فقه نیست که نتوان طریق دیگری را برای آن جستجو کرد.

با اتکا به این پشتوانه و اظهار نظر فقیهانه فقیه معتبری چون امام خمینی - قدس سره - است که می‌توان گفت قانون مدنی در بخش مواد مربوط به فسخ نکاح برای رفع تبعیضی که بین زن و مرد وجود دارد، جداً نیازمند اصلاح است و حداقل باید همانند نظر برخی از فقها مثل ابن جنید، قاضی ابن براج و شهید ثانی وجود عیوب مهمی چون جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر را که مشترک بین زن و مرد است برای هر یک از آن دو موجب حق فسخ دانست و زن را که در طلاق هم محدودیت بیش تری دارد از استفاده از آن محروم نکرد.

### نتیجه‌گیری

شارع در بعضی موارد به خاطر حفظ حقوق انسانی و به خصوص جلوگیری از ضرر، راه‌هایی را برای انحلال نکاح وضع کرده که یکی از این راه‌ها فسخ نکاح است که در سه حالت، امکان تحقق دارد: ۱- وجود عیوب خاص؛ ۲- تدلیس؛ ۳- تخلف از شرط صفت.

با توجه به تفاوت‌های موجود بین طلاق و حق فسخ و همچنین بررسی نظر امام خمینی ثابت شد طلاق به دلیل اینکه در مواقعی خود مستلزم عسر و حرج است راهکار مناسبی به نظر نمی‌رسد. چرا که این راهکار مستلزم اتلاف هزینه و زمان زیادی است و شرایط خاص خود را دارد و مضاف بر آن در مواردی که عقد صورت گرفته ولی هنوز عمل زناشویی انجام نشده، طلاق قضایی مستلزم پرداخت نصف مهریه توسط مرد است. این امر، ضرر برای مرد محسوب می‌شود، جدای از اینکه این راه حل در زمان ائمه معصومین<sup>(ع)</sup> نیز قابل مطرح شدن بود، اما به آن اشاره‌ای نشده است. بنابراین، ثابت شد که جذام و برص جزو عیوب مشترک است و اینکه در قانون مدنی این عیوب، مختص زوجه برشمرده شود وجهی ندارد و در صورتی هم که مرد به این عیوب مبتلا باشد زن حق فسخ نکاح را خواهد داشت.

همچنین با بررسی ملاکات موجود در عیوب (که عمدتاً ضرر و عسر و حرج بود) ثابت شد که این ملاکات منحصر در عیوب ذکر شده در روایات نیست و بر شمردن تعدادی از عیوب مجوز فسخ نکاح در روایات، از باب تمثیل است نه حصر. بنابراین بسیاری از عیوب مهلك دیگر مانند ایدز و حتی بسیاری از بیماری‌های روانی را نیز شامل می‌شود. همچنین از پیشرفت علم پزشکی و تأثیر درمان در بسیاری از بیماری‌ها و عیوب نباید غافل شد. چرا که به وسیله معالجه و درمان، ضرر هم منتفی می‌شود. لذا وجهی برای جواز فسخ نکاح باقی نمی‌ماند. چنانکه مهلت یکساله‌ای را هم که جهت بهبود بیماری عنن داده‌اند از همین باب بوده است.

به همین منظور لازم است که یک سری هم اندیشی‌ها و مذاکراتی بین متخصصان علوم پزشکی و فقها و حقوقدانان برقرار شود و با ارائه یک سری تعاریف جدید از عیوب مهلك و امکان یا عدم امکان درمان آنها به یک مجموعه قوانین جامع و متناسب با اقتضات زمانی و مکانی امروز دست پیدا کرد.

همچنین لازم است جهت پیشگیری از عسر و حرج زوجین، در سند رسمی ازدواج، علاوه بر شرایط مندرج در ضمن عقد، موارد دیگری از جمله سلامت هر یک از زوجین از عیوب و امراض خاص جسمی و روانی گنجانده شود، تا در صورت نبودن شرایط لازم و تخلف از شرط، انحلال نکاح به راحتی انجام پذیرد.

## منابع

- آشتیانی، میرزا محمود. (بی تا) *کتاب النکاح* (تقریرات آیت الله شیخ عبدالکریم حائری)، مشهد: چاپخانه خراسان.
- ابن ادریس، محمد بن احمد. (۱۴۱۰ق) *السرائر*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعه المدرسین.
- ابن براج، عبدالعزیز. (۱۴۰۶ق) *المهذب*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعه المدرسین قم.
- اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۳۶۶) *وسیله النجاة*، نجف: آداب.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵) *ترجمه تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ و نشر عروج، چاپ اول.

- بحرانی، شیخ یوسف. (۱۴۰۹ق) *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، بیروت: دارالاضواء، الطبعة الثانية.
- ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین. (۱۴۲۲ ق) *الزبدة الفقیهه فی شرح الروضة البهیة*، بیروت: ذوی القربی، الطبعة الاولى.
- حرّعاملی، محمدبن حسن. (۱۳۸۳) *وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه*، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه، الطبعة الثانية.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ق) *الفقه*، بیروت: دارالعلوم، الطبعة الثانية.
- خوبی، سید ابوالقاسم. (۱۴۰۳ق) *معجم رجال الحدیث*، نجف: آداب.
- سیوری، جمال الدین مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴ق) *التنقیح الرائع*، قم: مکتبه آیت اله مرعشی.
- شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی. (۱۳۷۹) *الروضة البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه*، قم: انتشارات داوری، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۶ق) *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شیخ صدوق، محمدبن علی بابویه. (۱۴۱۴ق) *من لایحضره الفقیه*، قم: جامعه مدرسین.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۱۳ق) *تهذیب الاحکام*، بیروت: دارالاضواء، الطبعة الثانية.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۴ق) *الخلاص*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۸ق) *الاستبصار*، بیروت: دارالاضواء، الطبعة الثانية.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۸ق) *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه .
- شیخ مفید، محمدبن جعفر بن نعمان (۱۴۱۴ق) *المقنعه*، بیروت: دارالمفید، الطبعة الثانية.
- علامه حلّی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۶ق) *قواعد الاحکام*، قم: جامعه مدرسین.
- \_\_\_\_\_ . (۱۴۱۸ق) *مختلف الشیعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، الطبعة الاولى.
- فاضل هندی، محمدبن حسن اصفهانی. (۱۴۲۲ق) *کشف اللثام عن قواعد الاحکام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- فخرالمحققین محمدبن حسن. (۱۳۸۹ق) *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم: الطبعة العلمیه، الطبعة الاولى.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۶۵) *کافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان ناصر. (۱۳۷۵) *دوره مقدماتی حقوق خانواده*، تهران: انتشارات یلدا، چاپ اول.
- محسنی، محمد آصف. (۱۳۸۲) *الفقه و مسائل طبیه*، قم: بوستان کتاب، چاپ اول.
- محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۱ق) *جامع المقاصد*، بیروت: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، الطبعة الاولى.
- مهرپور، حسین. (۱۳۷۴) *دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی*، تهران: مؤسسه اطلاعات، چاپ دوم.

- موسوی بجنوردی، سیدمحمد. (۱۳۸۱) *مجموعه مقالات فقهی - حقوقی و اجتماعی*، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۱ ق) *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دارالحیاء التراث العربی، الطبعة السابعة.
- یزدی، محمد کاظم. (بی تا) *ملحقات العروه الوثقی*، چاپ سنگی.