

احکام اولی و ثانوی حق فسخ نکاح در عیوب غیر منصوصه

محمد جواد واعظی^۱

چکیده

عیوب غیر منصوصه^۲، عنوانی است که بعد از عهد صدور و زمان ائمه (علیهم السلام)، بین فقهاء مطرح شد که نسبت به عیوب یا بیماری‌های لاعلاج که در روایات، حق فسخ نکاح را محصور در تعداد مشخصی از عیوب دانستند، مشهور فقهاء این حکم را برای عیوب غیر مذکور در روایات جاری ندانستند و بخاطر همین حصر، «خيار تخلف شرط ضمنی سلامت از عیب» را در چنین عیوبی ملتزم

^۱. سطح ۴ فقه و اصول، استاد درس خارج فقه mohammadjavadvaezi ۱۱۰@gmail.com

^۲. عیوب منصوصه، یعنی آن عیوبی که نص و روایات بر جواز فسخ نکاح بخاطر آن عیوب صادر شده، جناب علامه حلی در کتاب التحریر این گونه می‌نویسد: العیوب أربعة فی الرجل و سبعة فی المرأة؛ فعیوب الرجل الجنون و الخشاء (بدون خایه، و مقطوع النسل بودن) و العین (توانایی جماع ندارد) و العجب (آلت قطع شده) و فی المرأة الجنون و الجذام و البرص (پستی) و القرن (استخوان در فرج، مسئله سوراخ فرج ملحق است) و الإفضاء (پارگی و یکی شدن فرج و مقعد) و العمی (کوری در چشم) و العرج (لنگی دو پا: زمین‌گیر بودن) (حلی، علامه حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، ج ۲ ص ۲۸)

نشده، در عین اینکه در عقود دیگر بعد از بروز عیب ملتزم شدند و همینطور «قاعده لا ضرر و لا ضرار» را برای ممانعت از مغبون شدن یک طرف یا تدلیس و فریب طرف مقابل، جاری دانسته و حق فسخ را اجازه دادند، اما همین قاعده را برای فسخ نکاح نسبت به عیوب غیر مذکور در روایات، مورد توجه قرار ندادند، هر چند فقهای دیگر به این دو قاعده حتی در مثل چنین عیوبی هم التفات داشتند؛ این بحث وقتی جدی شد که عیوب و بیماری‌هایی مانند ایدز و هپاتیت از نوع مسری و خطرناک و همینطور سرطان و ام‌اس پیشرفته مطرح شد که هم لا علاج بودند و هم زندگی زناشویی را مختل می‌کردند و هم باعث اضرار به طرف مقابل می‌شدند، این‌گونه شد که بعض فقهای معاصر راه دیگری برای حق فسخ ترسیم کردند، یا راه دیگری می‌شود که تا در مسیر اجتهاد قرار داده شود، تا این اجازه را بدهد که مثلاً زن که از حق طلاق برخوردار نیست، وقتی بعد از عقد نکاح، از عیب و بیماری بزرگی در شوهر مطلع می‌شود، چه کند که بدون رجوع به دادگاه و امکان یا عدم امکان طلاق ولائی، مستقیم از حق فسخ نکاح برخوردار باشد؟ در این پژوهش از راهکار ثبوتی یا اثباتی پرده برداشته می‌شود.

واژگان کلیدی: عیوب غیر منصوصه، شرط ضمنی، قاعده لا ضرر، حصر اضافی،

قضایای خارجی.

موجبات انحلال نکاح

جدا شدن زن و شوهر و انحلال نکاح، موجبات خاصی دارد، یکی طلاق، دیگری فسخ، سوّم انفساخ، چهارم انقضای مدّت در عقد موقت و پنجم بخشیدن باقی مدّت در عقد موقت طلاق حق مرد است، مگر در موارد خاصی که حاکم شرع

دخالت می‌کند و زن را از شوهر جدا می‌کند؛ در فسخ، هم زن می‌تواند در موارد عیوب خاص مرد، از حق خود استفاده کند و نکاح را بهم بزند و هم مرد حق دارد نسبت به عیوب خاص زن، قبل از مجامعت و بدون پرداخت نصف مهر، نکاح را فسخ کند؛ در انفساخ، نکاح خود به خود منحل می‌شود، مثلاً در ارتداد زن یا شوهر، انفساخ و جدائی قهری صورت می‌گیرد، آنچه در این مقاله بررسی علمی، فقهی و اجتهادی صورت می‌گیرد، مسئله حق فسخ از هر یک از زوجین نسبت به عیوب طرف مقابل است که در روایات ذکری به میان نیامده، با این حال عیب آنقدر بزرگ است که مانند عیوب مذکور در روایات، طاقت فرسا و سنگین برای طرف مقابل است، بحث می‌شود که آیا حق فسخ در این گونه از عیوب، ثابت است یا نه؟ و البته دیگر شرایط صحّت طلاق مانند دو شاهد عادل، یا پاکی بدون واقعه و مانند اینها در تحقق فسخ لازم نیست.

لزوم عقد نکاح (حکمی یا حقّی)

عقد نکاح مانند اکثر معاملات، یک عقد لازم است، (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۲۲۵) یعنی انحلال یا اقاله و بهم زدن عقد، امکان‌پذیر نیست، اما فرق لزوم در نکاح با لزوم در دیگر معاملات در اینست که لزوم در عقد نکاح، یک حکم شرعی است و به دست شارع است و فقط با حکم شرعی دیگر مانند طلاق یا حق فسخ یا انفساخ، قابل انحلال است، بخلاف معاملات که لزوم حقّی است و طرفین می‌توانند با توافق همدیگر، عقد معامله را بهم بزنند و فرق دیگر اینکه یکی از متعاملین می‌توانند از ابتدا شرط ضمنی خیار و بر هم زدن معامله کنند، بخلاف نکاح که امکان چنین شرطی از ابتداء نیست. (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۰، ص ۱۱۳)

تضادّ حق فسخ نکاح با لزوم نکاح

سؤال اصلی اینجا ظهور می‌کند که وقتی نکاح، که یک عقد لازم است و نسبت به موارد خاص که خود شارع از این لزوم، استثناء کرده، می‌توان دست کشید و آن هم موارد منصوصه است، یعنی مواردی که عیب یکی از دو طرف زن یا شوهر در روایات معتبر آمده و به طرف دیگر اجازه استفاده از حق فسخ نکاح داده شده. در غیر موارد منصوصه، هر چند عیب سنگین تر هم باشد، آیا می‌توان با احکام اولی یا ثانوی، حق فسخ را برای طرف مقابل بر خلاف اصالة اللزوم نکاح اثبات کرد؟ آیا چاره شرعی بحسب ادله اولیه یا ثانویه داریم که بتوان با دلیل و حجت شرعی از اصل لزوم دست کشید؟

مراحل امکان فسخ نکاح در مقام ثبوت و ظرف نفس الامر

مرحله نخست: آیا نصوص و روایات مانند - أوفوا بالعقود، (مانده، ۱) یا المؤمنون عند شروطهم (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۷۷) - اطلاق دارد و در همه حالات، حتی حالات عذر، لزوم عقد را می‌گیرد؟ یا اینکه بعد از تعهد دو طرف و قبول نقل و انتقال و مبادله از دو طرف، آنوقت است که اشاره به وجوب اصل وفا به چنین تعهدی دارد؟ در فرض اول یعنی اگر اطلاق آیه و روایت اثبات شود، آنوقت در قدم اول بر اصالة اللزوم در عقد نکاح حکم می‌شود، به تبع، برای خروج از این اصل، باید به دنبال دلیل لفظی یا عقلی یا عقلانی مورد امضاء شارع و یا اجماع کاشف بود، تا بتوان از این اصل خارج شد؛ اما اگر فرض دوم ثابت شود، دیگر در همان ابتدا و بعد از اطلاع از عیب مثلاً، چون قبول عقد بیع یا نکاح مورد توافق قرار نگرفته، لاجرم آیه شریفه، وجوب وفا را متوجه متعاقدين نمی‌کند و از همان ابتداء، حق فسخ، خواهند داشت.

مرحله دوم: اگر فرض اول ثابت شود- چنانکه مشهور فقهاء، اطلاق آیه بر لزوم عقد به محض خواندن صیغه عقد را را قبول کردند- آنوقت مسئله دیگری مطرح می شود که این هم مورد قبول فقهاء است که اصالة اللزوم در عقود، یک شرط ضمنی سلامت از عیب را با خود دارد، که بر اساس شرط سلامت، عقد خوانده می شود، حتی لازم نیست این شرط ذکر شود، بلکه با خود همراه دارد؛ آیا در عقد نکاح هم شرط ضمنی یا حتی تصریح به سلامت از عیب مورد لحاظ است؟ که اگر بعد از عقد، مطلع شد که عیب از قبل بوده، آیا مانند دیگر عقود، خیار تخلف از شرط در عقد نکاح هم جاری می شود؟ یا اینکه عقد نکاح از این خیار تخلف خارج است؟

مرحله سوم: اگر از دو مرحله قبل دستمان کوتاه شد، آیا به دلیل و قاعده ثانویه لا ضرر یا لا حرج می توان تمسک کرد و نسبت به عیوب و بیماریهای صعب العلاج برای طرف مقابل، حق فسخ نکاح اثبات کرد؟

مرحله چهارم: آیا گفته شود که قاعده ثانویه لا ضرر یا لا حرج نسبت به عیوب بزرگ و مورد ضرر جاری می شود، آنوقت ادله حصر بر عیوب خاص را چه توجیهی برای آن خواهیم داشت؟ و اگر بخاطر آن ادله، قواعد ثانویه را جاری ندانستیم، چه راهی برای اثبات حق خیار فسخ می توان ترسیم کرد؟

اقسام عیب و بیماری، قبل یا بعد از نکاح

عیوب و بیماری صعب العلاج که زندگی زناشویی را تحت الشعاع قرار می دهد و مختل می کند، چند حالت دارد، حالت اول اینکه: عیب و بیماری زن یا شوهر قبل از وقوع عقد، نزد خود فرد معلوم بوده، در عین حال کتمان هم نکرده، اما طرف مقابل، بعد از عقد، تازه مطلع می شود؛ حالت دوم: عیب و بیماری بوده،

اما خود فرد، عیب و بیماری خودش را نمی‌داند، بعد از وقوع عقد، هر دو از عیب و بیماری مطلع می‌شوند، و هر یک از این دو، گونه‌ای از عیب است که هدف از ازدواج را نشانه گرفته و زندگی زناشویی و همزیستی با چنین بیماری غیر قابل درمان را دچار مشکل کرده، مثل بعض بیماری‌های مقاربتی و مُسری و یا مانند بیماری سرطان یا ام اس شدید؛ **حالت سوم:** عیب و بیماری بعد از عقد نکاح تازه حادث می‌شود، حالت چهارم: عیب و بیماری از قبل بوده و بعد از عقد نکاح و اطلاع از عیب، عمل آمیزش صورت می‌گیرد؛ مسئله جواز یا عدم جواز حق فسخ مربوط به دو حالت اول است که محل بحث ماست؛ و دو حالت اخیر، فرض طلاق مطرح می‌شود که اگر عیب در زن باشد، قبل از مجامعت، نصف مهر را باید به زن بدهد و اما بعد از مجامعت، باید همه مهر را بدهد و اگر عیب در مرد باشد، زن خواست جدا شود، اینجا درخواست طلاق بسوی حاکم و دادگاه، مطرح می‌شود، آن وقت تشخیص حاکم است که اینجا امکان طلاق ولائی می‌رود، یا نه؟

مرحله اول: اصالة اللزوم، حکم شرعی یا بناء عقلاء

فقهاء امامیه این مقدار بین‌شان مسلم است که عقود، از جمله عقد نکاح بر اساس آیات و روایات و حکم عقلاء، عقد لازم و ضروری است و طرفین حق فسخ و اقاله ندارند، (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵، ص ۲۱) اما آنچه بین‌شان اختلاف است، اینست که آیا اصالة اللزوم حکم تکلیفی و در عین حال وضعی شرعی است، که از آیات و روایات استفاده می‌شود؟ و یا جزء بناءات عقلاء است، آنوقت دیگر این لزوم، اطلاق ندارد که مورد عقود معیوب را هم دربر بگیرد؟

اگر اصالة اللزوم در عقود و معاملات، مستقیم از آیات و روایات اثبات شود، آنوقت می‌توان از اطلاق آیه، لزوم عقودی که عیب دارد، اما از عیوب منصوصه

نیست را هم مشمول آن دانست و فقط عقود با عیوب منصوصه را خارج دانست؛ این نظر مشهور فقهاء است، اما نظر غیر مشهور اینست که: عقلاء بنا را بر این گذاردند که معاملات بین خودشان را لازم بدانند، تا زندگی اجتماعی بشر مختل نشود و اگر آیه و روایتی بر لزوم معاملات داریم، در واقع بر بناء عقلاء صحه می‌گذارد، چون اگر معامله با خواست یکطرف قابل اقاله و برهم زدن باشد، آنوقت هیچ ثباتی در زندگی اجتماعی بشر برقرار نخواهد بود، از این رو بعضی از فقهاء بر این عقیده اند که اصالة اللزوم بر بناء عقلاء استوار است و آیه و روایت هم امضاء همین بناء خواهد بود، (حائری، ۱۴۱۴، ص ۵۰) با این توضیح عقلاء بر هر معامله‌ای التزام ندارند؛ بلکه معامله‌ای که جنس، معیوب نباشد، به عبارت بهتر بر عقد و معامله سالم و صحیح التزام دارند و اگر از ابتدا متعلق معامله معیوب باشد، بر آن عقد بنای تعامل ندارند، قهراً تا عقد سالمی بین‌شان نباشد، وفای به عقد را لازم نمی‌دانند و به تبع، آیه و روایت که بر طبق این نظر امضاء همین بناء است، اطلاق ندارد و ابتداءً لزوم همه عقود را در بر نمی‌گیرد، بلکه بر طبق قرار عقلاء مورد امضای شرع قرار می‌گیرد.

مرحوم آیت الله حائری بر طبق تقریر مرحوم آیت الله اراکی اینطور می‌گوید: شبهه‌ای نیست که عرف، مبادله را در بعض موارد لازم می‌داند، و شارع هم بر طبق طریق عرف، حکم می‌کند، لذا اگر در مواردی که بنای عرف بر رجوع است، و التزامی به معامله مثلاً معیوب ندارد، قهراً شارع حکم به لزوم نمی‌کند. (همان)

مرحله دوم، قبول یا عدم قبول شرط ضمنی سلامت

اگر بخواهیم با مشهور فقهاء که لزوم عقد را ابتداءً از آیه و روایت استنباط می‌کنند، همراه شویم، آن وقت باید برای اثبات حق فسخ در عیوب غیر منصوصه، به شرط ضمنی سلامت عقد، یا راه‌های پیش رو پناه ببریم.

به عنوان مقدمه، در باقی معاملات یک شرط ضمنی غیر لفظی مورد تسالم فقهاء قرار گرفته و آن شرط سلامت مبیع و متعلق معامله است، که اگر معامله قطعی شد و بعد معلوم شد مبیع و جنس، معیوب بوده، خریدار، خیار تخلف شرط دارد و می‌تواند معامله را فسخ کند.^۱ دیگر معاملات لازم هم همین حکم را دارند.

اما در خصوص نکاح، شرط سلامت از عیب، در ضمن عقد، چه تصریح شود و چه مانند دیگر عقود تصریح نشود، مورد اختلاف فقهاء قرار گرفته که بعضی فقهاء قائل شدند که بعد از عقد، اگر معلوم شود یکی از زوجین، عیب بزرگ یا بیماری صعب العلاج دارد، باز مانند عقود دیگر، طرف مقابل بخاطر همین شرط ضمنی سلامت، از حق فسخ برقرار است، اما مشهور فقهاء قائل نشدند.

از جمله کسانی که در صورت تصریح شرط، قائل شده، مرحوم آیت الله العظمی گلپایگانی است، ایشان می‌گوید: که اگر هنگام عقد نکاح، شرط سلامت از عیب زوج یا زوجه، تصریح شده باشد، یا قبل از عقد در مقام گفتگو، سلامت هر یک، قید شده و بر اساس سلامت، عقد نکاح بسته شده باشد، اگر کشف خلاف شد، اینجا طرف مقابل، حق فسخ دارد. (گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۹۰).

۱. لازم به ذکر است شروط ضمن عقد آنها که در هنگام عقد یا گفتگوی قبل از عقد، قطعی شده و بر اساس آن شروط، بنا گذاشته شده که عقد و معامله خوانده شود، اگر طرف دیگر که ملزم است آن شروط را انجام دهد، بعد از عقد، تخلف کرد، طرفی که شرط گذاشته، از حق فسخ برخوردار است، فقط یک شرط است که اگر گفته هم نشود، باز خریدار از حق فسخ برخوردار است و آن شرط سلامت مبیع است، به این خیار، خیار تخلف شرط یا خیار اشتراط گفته می‌شود و این خیار غیر از شرط الخیار است که یکی از دو طرف متعاقدين هنگام عقد، می‌تواند برای خود تا مدت معین شرط فسخ معامله قرار دهد، این خیار، در همه عقود لازم می‌تواند گذارده شود مگر عقد نکاح که بالاتفاق و اجماع فقهاء، شرط الخیار در ابتدا برای فسخ نکاح در آینده، برای هیچ یک از دو طرف، امکان پذیر نیست.

و همینطور آقا ضیاء الدین عراقی می‌گویند: مقتضی القاعدة جریان خيار تخلف الشرط فی باب النکاح أيضاً: یعنی مقتضای قاعدة شرط ضمنی سلامت در همه عقود، اینست که حق فسخ بعد از معلوم شدن عیب در نکاح، بر اساس خود استوار است، بشرطی که عیب قبل از عقد حادث شده باشد و همین سخن را به مرحوم صاحب جواهر نسبت می‌دهند. (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۵۷۹). البته مرحوم صاحب جواهر مانند فقهاء قبل از خودش، در عیوب منصوصه مسئله جواز فسخ را در صورتی قرار داده که عیب قبل از عقد بوده و بعد از عقد، طرف مقابل مطلع شده، که در واقع این یک نوع فریب هم می‌باشد که اگر عمل زناشوئی بین‌شان رخ نداده باشد، اینجا طرف مقابل از حق فسخ برخوردار است، بله اگر عیب بعد از عقد نکاح حادث شده باشد و یا قبل از عقد نکاح بوده؛ اما بعد از عقد، عمل زناشوئی بین‌شان صورت گرفته باشد، در این دو صورت مرحوم صاحب جواهر به تبع مشهور فقهاء امامیه قائل است که دیگر طرف مقابل حق فسخ ندارد. (نجفی، همان، ج ۳۰، ص ۴۳۱).^۱

اما فقهای متأخر مسئله را هم از باب تدلیس و فریب و هم مستقل از تدلیس ملاحظه کردند و نسبت به عیوب غیر منصوصه تا اینجای کار در وقتی که تدلیس نباشد، اصالة اللزوم و وجوب وفای به عقد را حاکم دانستند و این‌گونه است که مرحوم سید یزدی (ره) در عروه می‌گوید: لا یجری خيار الاشرط فی النکاح - یعنی

^۱ الأولى لا خلاف نسا و فتوی فی أن العیوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ بل الإجماع بقسمیه علیه، بل هو مورد النصوص التي هي مستفیضة أو متواترة و أما ما يتجدد (عیب) بعد العقد و الوطء، فالمشهور نقلا و تحصيلا أنه لا یفسخ به... نعم فی المتجدد بعد العقد و قبل الدخول تردد من إطلاق بعض النصوص الرد بها، و من أصالة اللزوم و اشتراط التدلیس فی صحیح أبي عبيدة و لذا قال المصنف أظهره أنه لا یبيح الفسخ تمسكا بمقتضى العقد السليم عن معارض بل هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا

خيار تخلف شرط مطلقاً در باب نکاح جاری نیست (یزدی، همان، ج ۵، ص ۵۷۹)^۱ - چه شرط سلامت باشد و چه شروطی که زن یا مرد، ضمن عقد نکاح، شرط می‌کنند که مثلاً فلان شهر زندگی کنند یا فلان کار انجام شود، که اگر طرف مقابل، شرط را تخلف کرد، کسی که شرط گذاشته، از حق فسخ برخوردار نیست، بلکه واجب است به شرط عمل کند و اگر تخلف کرد معصیت کرده، یا طرف مقابل می‌تواند طلاق دهد یا نزد حاکم با شرایط خاص طلاقش بگیرد، اما شرط گذارنده حکم وضعی حق فسخ ندارد.

فعالاً سخن در نبود فریب از دو طرف و مطلع نشدن زن یا مرد از عیب طرف مقابل است، در وقتی که عیب از عیوب منصوصه نباشد، بعد از عقد نکاح، آیا خيار فسخ برای طرف مقابل ثابت است؟ تا اینجا، مشهور در مرحله دوم یعنی خيار تخلف شرط که همان خيار اشتراط است، در شرط ضمنی سلامت از عیب بزرگ یعنی عیبی که حیات زناشوئی را مختل می‌کند، حق فسخ را نپذیرفتند.

اجماع واقعی یا غیر واقعی

فقهاء متأخر از بعد از مرحوم سید یزدی، ادعای اجماع کردند که شرط سلامت که در تمام عقود و معاملات - غیر از عقد نکاح - به عنوان شرط ضمنی پذیرفته شده، که در صورت فقدان سلامت یا شروط غیر از سلامت اما مُصرح، طرف مقابل حق فسخ دارد و همچنین ادعای اجماع کردند که در عقد نکاح با

۱. غیر از آقا ضیاء عراقی، بقیه فقهاء از نظر سید یزدی متابعت کردند، مگر مرحوم گلپایگانی که قبلاً گذاشت ایشان به شرط تصریح سلامت، در عیوب بزرگ، قائل به حق فسخ است.

فقدان این شرط یا بطور کل، سائر شروط ضمنی^۱، حق فسخی برای طرف مقابل ثابت نیست. (حکیم، ۱۴۱۶، ج ۴، ص ۳۲۰).

اما وقتی به کتب فقهاء گذشته رجوع می‌کنیم، بعضی از آنها خیار اشتراط که از جمله آنها، شرط ضمنی سلامت از عیب است، را در نکاح پذیرفتند؛ که اگر تصریح شود، با تخلف از آن، خیار ثابت است؛ مرحوم علامه حلی در قواعد اینطور می‌نویسد که: کل شرط یشرطه فی العقد یتثبت له الخیار مع فقهه - یعنی هر شرطی که در ضمن عقد نکاح، یکی از زوجین شرط کنند، در صورت فقدان شرط بعد از تحقق عقد، خیار فسخ ثابت است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۱۳، ص ۳۱۷) - پس معلوم می‌شود مسئله نفی خیار تخلف شرط، اجماعی هم نیست.

تا اینجا نتیجه این می‌شود که اجماعی بر عدم جریان خیار تخلف شرط در شروط مُصرَّح و از جمله شرط سلامت، وجود ندارد، هر چند شهرت در کار است، پس نمی‌توان با اجماع، مسئله را تمام شده، تلقی کرد، لذا فقیهی مانند مرحوم گلپایگانی - چنانکه گذشت - با قید تصریح به نبود عیب بزرگ، در صورت تخلف از شرط، قائل به حق فسخ شدند.

مرحله سوم: تبیین قاعده لا ضرر در عقود

مشهور فقهاء، اطلاق اصالة اللزوم در عیوب غیر منصوصه را پذیرفتند و خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت از عیب را در عقد نکاح جاری ندانستند، از این رو برای انحلال عقد بعد از اطلاع از عیب بزرگ، راه فعلاً منحصر در طلاق است که آن هم یک طرفه است و اقتضات خاص خود را دارد.

۱. خيار الاشتراط لا يجري في النكاح إجماعاً فتبين أن العدة هو الإجماع و الظاهر تحقّقه حتى في صورة تخلف سائر الشروط الصحيحة أيضاً حيث إنّه لم يقل أحد منهم بتطرّق خيار تخلف الشرط فيه ففائدة الشروط في النكاح إنّما هو مجرد الإلزام

راه دیگری برای فسخ طرف مقابل مطرح است و آن هم قاعدهٔ ثانوی «لا ضرر» است، چون پذیرفتند که قاعدهٔ لا ضرر، دلیل ثانوی یعنی حاکم بر ادلهٔ احکام اولی است، که مشهور فقهاء «لا» در روایت شریفهٔ - لا ضرر و لا ضرار- را لای نافی دانستند (کلینی، ۱۳۶۵، ج ۵، ص ۲۶۰) و حاکم بر هر امر مولوی یا وضعی که تمسک به اطلاق آن منجر به ضرر شود، دانستند؛ (صدر، ۱۴۱۷، ص ۴۷۴)؛

اگر دلیل لا ضرر در محل بحث ما نزد فقهاء تام باشد، می‌توان نتیجه گرفت، عقد لازم نکاح توسط حدیث لا ضرر تبدیل به عقد جایز می‌شود، یعنی زوج یا زوجه می‌توانند بخاطر عیبی که منتهی به اخلال بزرگ در زندگی می‌شود، آن عقد را بدون طلاق و پرداخت مهر، و یا بدون رجوع به دادگاه و حاکم، فسخ کنند، زیرا دلیل «لا ضرر» اطلاق هر امر مولوی یا وضعی را برمی‌دارد و امر شرعی را محصور در موارد غیر ضرر می‌کند و اصالةً اللزوم در عقود هم یک امر وضعی است که اگر از یک طرف، عیب یا غبن یا تدلیس در معامله وارد شده باشد، اگر با این حال، عقد یا معامله، نزد شارع لازم باشد، در واقع شرع یک ضرری را به طرف مقابل تحمیل کرده، برای اینکه ضرری از طرف شرع، تحمیل به طرف مقابل نشود، شارع می‌آید لزوم عقد را برمی‌دارد و جایز می‌کند، تا او بتواند بخاطر غبن یا تدلیس یا عیب و مانند اینها که متوجه او شده، عقد یا معامله را فسخ کند و بر هم زند و خود را از بند عیب و مانند آن نجات دهد، در واقع ضرر، معلول لزوم عقد از طرف شارع است که برمی‌دارد. (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۲۸)

امکان ثبوتی تمسک به قاعدهٔ لا ضرر در عقد نکاح

در مورد عقد نکاح بین فقهاء این مطلب مطرح شده که در عقود و معاملات، غیر از فسخ، راهی برای نجات از عیب یا غبن یا تدلیس و مانند اینها وجود ندارد،

اما در مورد نکاح با وجود راهی به نام طلاق، یا از طرف مرد، اگر عیب در زن باشد و یا از طرف حاکم به نفع زن، اگر عیب در مرد باشد، آیا می‌توان گفت: بخاطر لزوم عقد از طرف شارع، ضرر، متوجه طرف مقابل شده؟ و تنگناهایی برای او به دنبال آورده؟ خب عقود دیگر مانند نکاح، راهی مانند طلاق برای رهایی نداشتند، اما در نکاح، راه طلاق هست، آیا دلیل لا ضرر می‌تواند با بودن طلاق، حق فسخ برای رهایی، اثبات کند؟ آیا می‌توان گفت چون طلاق، اقتضات خاص خود را دارد و حق فسخ آنها را ندارد و دلیل لا ضرر هم توسعه دارد، می‌آید در کنار طلاق، لزوم عقد نکاح را بخاطر عیب برمی‌دارد تا طرف، دیگر بتواند بدون مشکلات طلاق، راحت عقد را فسخ کند؟ آیا شارع بخاطر دلیل لا ضرر در عیوب منصوصه بوده که لزوم عقد را برداشته و حق فسخ اثبات کرده؟ تا ما هم با تمسک به همین دلیل، در عیوب غیر منصوصه، حکم به جواز عقد دهیم و حق فسخ اثبات کنیم؟

آن مقدار که در بین عبارات فقهاء مورد توجه است، مشهور فقهاء در عیوب غیر منصوصه، با بودن طلاق از ناحیه مرد و رجوع به حاکم از طرف زن - تا حاکم خود تشخیص دهد که این عیب در مرد از جمله عیوبی هست که امکان ادامه زندگی برای زن را میسر نساخته، تا خود طلاق دهد - حق فسخ را حتی با دلیل لا ضرر هم اجازه ندادند، شاید اجازه فسخ در چنین عیوبی، با دلیل لا ضرر، راه را برای فسخ در نظایر آن، کم کم باز می‌کند و مرد تا متوجه عیبی در زن می‌شود، خود را با فسخ نکاح و نپرداختن مهریه، توجیه می‌کند؛ لذا مشهور فقهاء نتوانستند با دلیل لا ضرر راه را برای حق فسخ در عیوب غیر منصوصه، باز کنند، از این رو مرحوم محقق کرکی از طرف مشهور می‌گوید: **احتج اکثرهم بأن الأصل في عقد النکاح اللزوم و ثبوت الخيار مخالف للأصل، فيتوقف على الدليل؛ اکثر فقهاء اصل در عقد**

نکاح را لزوم دانستند و حق فسخ و ثبوت خیار را منافی با اصل دانستند.^۱ (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۶۹)

بعد، از طرف غیر مشهور می گوید که عده‌ای هم با تمسک به دلیل لا ضرر، حق فسخ را در عیوبی مانند جذام یا پیسی در مرد، برای زن هم جایز دانستند، درحالیکه این دو عیب، در زن منصوص است و نه در مرد؛^۲ (همان، ص ۲۷۰)؛ می توان استفاده کرد که این گونه هم نبوده که مطلقاً در عدم تمسک به دلیل لا ضرر، اجماعی بوده باشد، لذا خود علامه حلی در کتاب قواعد متمایل به نظر غیر مشهور می شوند و می گوید: و لو قيل بأن للمرأة الفسخ بالجذام في الرجل أمكن، لوجوب التحرز من الضر؛ یعنی اگر گفته شود برای زن، حق فسخ است در فرضی که مرد جذام داشته باشد - علامه می گوید: بخاطر دلیل لا ضرر، می توان قائل به حق فسخ برای زن شد. (حلی، همان، ج ۳، ص ۶۸) شارح قواعد یعنی مرحوم محقق کرکی در تقویت این قول که در عیوب غیر منصوصه، حق خیار برای زن ثابت است، می فرماید: وقتی مرد با داشتن حق طلاق، باز در مثل جذام زن، بخاطر نصوص، حق فسخ دارد، به طریق اولی برای زن که راهی برای تخلص ندارد، باید در مثل عیوبی مانند جذام که امراض مسریه و خطرناک به دنبال دارد، حق فسخ را بپذیریم، هر چند منصوص نیست و قبول حق فسخ، هم فقط به خاطر دلیل لا ضرر امکان پذیر است. (محقق کرکی، همان، ج ۱۳، ص ۲۶۹)

۱. تا جایی که علاوه بر دلیل لا ضرر، محقق کرکی به دلیل اولویت در حق فسخ برای زن استناد می کند و می گوید برای مرد طلاق هست، اما برای زن نیست لذا باید در مثل جذام مرد که عیب منصوص نیست، حق خیار برای زن قائل شد: إن الرجل يستطيع التخلص بالطلاق و لا طريق للمرأة إلا الفسخ فتعين القول بثبوته

و احتج الآخرون بقوله عليه السلام: «إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل، فإنه عام في الرجل و المرأة إلا ما أخرجته دليل، و بأنه يؤدي الى الضرر

آیت الله آقای سید کاظم حائری از فقهای معاصر هم به قاعده لا ضرر در عیوب غیر منصوصه، توجه خاص کردند و در کتاب دراسات فقهیه در مقاله: العیوب التي یفسخ بها النکاح، می فرمایند: التمسک بقاعدة نفی الضرر، إِمَّا باعتبار ان الصبر علی العیب فی إحدى الزوجین ضرر علی الزوج الآخر، أو باعتبار أن حق الفسخ حق عقلائی له فیکون نفیه ضرراً عقلائياً بشأنه (که محروم کردن زن از حق فسخ، خودش ضرر عقلائیی است) و بعد نتیجه می گیرند: إن اقوی ما یمکن ان یدکر کدلیل علی ثبوت حق الفسخ فی کل عیب علی الاطلاق هو التمسک بقاعدة لا ضرر فی خصوص طرف المرأة (ایشان دلیل لا ضرر را دلیل محکمی در ثبوت حق فسخ در طرف زن که هیچ راه تخلّصی ندارد، اثبات می کنند) و در پایان می فرمایند: که لو شکت الزوجة عیبا من غیر العیوب المنصوصه، مؤثراً فی حیاة الزوجیه کالایدر فالظاهر ان لزوم العقد یرتفع فی هذا الفرض بقاعدة لا ضرر و لا ضرار، لان الاضرار مستنداً الی الزوج، فتمسکه بلزوم العقد یمتدّ ضراراً (اگر زن بخاطر عیوب غیر منصوصه ای که آن عیب در حیات زوجیت، دخالت تام دارد، مانند ایدز، شکایت داشته باشد، باید گفت بخاطر قاعده لا ضرر، لزوم عقد مرتفع خواهد بود، چون اینجا اضرار و ضرر رساندن به زن، از طرف مرد صورت گرفته، اگر بگوئیم، کما کان عقد نکاح لازم است و نمی شود فسخ کرد، خود لزوم باز اضرار دیگری است برای زن، که شرع مقدّس چنین اضراری را نخواست و نپذیرفته؛ (حائری، ۱۳۸۳، ص ۱۷۹) پس دلیل غیر مشهور در جواز حق فسخ، به دلیل لا ضرر تکیه کرده شده است.

حق فسخ در نکاح، حق است یا حکم

یک فرق اساسی که بین حق فسخ در نکاح با حق فسخ در معاملات دیگر هست، این است که در معاملات دیگر، اگر دلیل لا ضرر، بخاطر عیب یا غبن یا

تدلّیس و مانند اینها، حق فسخ اثبات کند، این در واقع، حقّ است نه حکم، به این معنا که به ارث برده می‌شود، یعنی اگر انسان نتوانست حقّ خود را استیفاء کند و از دنیا رفت، اینجا ورثه او می‌توانند استیفاء کنند، بخلاف نکاح حتّی در عیوب منصوصه، که اگر زوج یا زوجه فهمید که طرف مقابل عیبی مانند جنون دارد، اما عمر کفاف نداد که عقد نکاح را فسخ کند و از دنیا رفت، اینجا چون این حق فسخ برای او به عنوان یک حکم شرعی بوده نه حقّ شرعی، لذا ورثه نمی‌توانند از طرف میّت، نکاح را فسخ کنند تا مبدا مبتلا به پرداخت مهریه یا حق الارث و مانند اینها شوند، این گونه نیست، بلکه باید سهم الارث فرد صاحب عیب را بدهند. (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۷)

مشکل بزرگ

چه راه مرحوم شیخ عبدالکریم حائری را طی کنیم که فرمودند: تا وقتی عقد عرفی که دو طرف خود را به چنین عقدی ملتزم می‌دانند چون عقد از سلامت برخوردار است، آنوقت چون عقد را عرف، عقد درست می‌دانند، لزوم شرعی **أوفوا بالعقود**، به دنبال لزوم عرفی و عقلانی می‌آید.

اگر راه شرط ضمنی سلامت را طی کنیم که بدون آن، حق خیار تخلف شرط در همه عقود و معاملات را به دنبال دارد و امثال آقا ضیاءالدین عراقی قائل شدند که عقد نکاح استثناء بردار نیست و می‌توان خیار تخلف شرط را در فقدان سلامت یکی از زوجین، قائل شد و البته عیب باید آن چنان باشد که حیات زوجیت به نبود آن وابسته می‌باشد.

همچنین اگر راه تمسک به قاعده لا ضرر که در مرحله سوّم، پناه عده دیگر از فقهاء مانند علامه حلّی و محقق کرکی و آیت الله حائری شد، که باز در مثل

چنان عیوب غیر منصوصه بزرگی، فرمودند: می‌توان برای تخلص از آن عیوب، مخصوصاً برای زن که هیچ راه تخلصی ندارد، به قاعده لا ضرر و لا ضرار تمسک کرد.

هر کدام از این راه‌ها، در آخر یک مشکله‌ای در مسیر فقهاء قرار داده و آن روایات حصر است که حق فسخ را محصور در بین چند عیب قرار داده، این حصر را چه باید کرد؟ که در مرحله چهارم باید به آن پرداخته شود.

مرحله چهارم: حصر عیوب

بعد از پشت سر گذاشتن سه مرحله از بحث و به نتیجه نرسیدن قطعی برای اثبات خیار فسخ نکاح در عیوب غیر منصوصه، وارد مرحله چهارم می‌شویم و آن روایاتی است که حق فسخ را در چند عیب خاص محصور کرده، باید روایات را ذکر کرد و در این پژوهش مستقل^{۱۱} دید که آیا از روایات، حصر حقیقی استفاده می‌شود و یا حصر اضافی؟ قضیه حقیقی استفاده می‌شود یا قضیه خارجی؟

حصر حقیقی یا اضافی

سخن مهم در این مرحله آن است که بعد از ذکر روایات حصر حق فسخ در عیوب خاص، آیا بحسب عیوب مرتکز و مبتلا به آن زمان بوده که حق فسخ نکاح در عیوب مطرح، منحصر شده؟ که اگر نسبت به عیوب مطرح زمان ائمه (علیهم السّلام) حق فسخ مطرح شده، اینجا منظور حصر اضافی است، که در این صورت می‌توان از ملاک و مناط استفاده کرد که منظور امامان (علیهم السّلام) این گونه عیوب بزرگ و مریضی‌های لا علاج بوده که آن زمان، تعدادش مشخص بوده، اگر شبیه چنین عیوبی در زمان‌های بعد متولد شود که حیات زناشویی را زمین‌گیر و مختل می‌کند، اگر ملاک و مناط عیوب منصوص، در این عیوب غیر منصوص

هم زنده شود، باز به خاطر مختل شدن حیات زوجیت، حق فسخ زنده می‌شود؛ اما اگر حصر حقیقی شد، یعنی از روایات استفاده شد که ائمه (علیهم السلام) نسبت به تمام عیوب مطرح و غیر مطرح، حصر را آوردند، و عیوب را در چند عیب محصور کردند که اینجا حصر حقیقی است، آن وقت حق فسخ نسبت به عیوب غیر منصوص، هر چند برزگ و لا علاج، منتفی خواهد شد.

انحاء و انواع کتمان و عدم گزارش عیب

مرحله چهارم در دو فراز بحث می‌شود، یک: نگاه به روایات حق فسخ در دائره تدلیس و فریب؛ دو: نگاه به روایات حق فسخ بدون تدلیس، قبل از ورود به نگاه اول، باید گفت که انواع عیب این گونه در مقام ثبوت ترسیم می‌شود: (محقق کرکی، همان، ج ۱۳، ص ۲۵۵)

۱. با اخبار کذب، عیب را مخفی کرده، یا عیب ادعا شده را تکذیب می‌کند یا به دروغ، نفی هر گونه عیب در زوج یا زوجه می‌کند، حال یا خود زوج یا زوجه تکذیب می‌کند، بعد از عقد معلوم می‌شود، عیب از قبل داشته، یا ولی و واسطه این کار را می‌کند.

۲. عیب ظاهر را می‌پوشاند و طوری هنگام عقد ظاهر می‌شود که عیب دیده نمی‌شود، که اگر کتمانی نبود، عیب خود بخود برای طرف مقابل معلوم می‌شد.

۳. عیب مخفی را گزارش نمی‌دهد، که اگر عیب مخفی را می‌گفت، ازدواجی صورت نمی‌گرفت، بعد از عقد، طرف مقابل از عیب مطلع می‌شود.

۴. عیب، ظاهر است و کتمانی نکرده، فقط طرف مقابل متوجه عیب نشده است.

۵. عیب مخفی است و خود صاحب عیب هم نمی‌داند که چنین عیبی مربوط به نکاح دارد، وقتی عقد خوانده می‌شود، هر دو تازه متوجه عیب می‌شوند. (نجفی، همان، ج ۳۰، ص ۳۶۵)

سه مورد اولی مربوط به باب تدلیس و فریب است که بر حسب روایات و فتاوی فقهاء چه در عیوب منصوص و چه غیر منصوص، حق فسخ برای طرف مقابل اجازه داده شده. دو مورد اخیر مربوط به بحث ماست، که با نبود تدلیس، مشهور فقهاء، اجازه فسخ را تا بحال نتوانستند ثابت کنند، آیا در مرحله چهارم، حق فسخ اثبات می‌شود؟

کتمان عیوب همراه با تدلیس^۱

نسبت به موارد سه‌گانه اولی، از مجموع روایات و فتاوی اصحاب این گونه بدست می‌آید که عیبی که با تدلیس و فریب همراه باشد، چه خود زن یا مرد، موجبات تدلیس را فراهم کرده باشند و چه واسطه، موجب فریب بوده باشد، اگر عیب، از آن مواردی است که با مطرح کردن آن قبل از عقد، ازدواج صورت نمی‌گرفت و همینطور چه عیب از موارد منصوص باشد و چه غیر منصوص از مواردی که با طرح فریب نکاح را تحقق بخشیده، در همه این موارد مقابل حق فسخ دارد و می‌تواند نکاح را به هم بزند.

تفاوتی که در این جا هست، این است که اگر بعد از نکاح، مطلع شود و بعد از آن، مجامعت صورت گیرد، دیگر نمی‌تواند فسخ کند و اگر نداند که چنین عیبی در او هست و مجامعت صورت گیرد، اگر عیب در مرد باشد و مرد هم

۱. مرحوم صاحب جواهر معنای تدلیس را این گونه می‌گوید: المقصد الثالث في التدليس: و هو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة، و الدلس محرکا الظلمة، فكأن المدلس لما دلس و خدع أظلم الأمر على المخدوع (یعنی تدلیس از باب تفعیل به معنای خدعه و نیرنگ است... مثل اینست که فریبکار، فضای تاریکی را درست می‌کند تا مسئله را مشتبه کند.

موجب تدلیس بوده، باید مهریه را بپردازد و زن حق فسخ دارد و اگر عیب در زن باشد و خود زن موجب تدلیس بوده، اینجا اگر مرد نکاح را فسخ کرد، مهریه هم برای زن ساقط می‌شود.

اما اگر واسطه - ولی یا شخص ثالث - موجبات تدلیس را فراهم کرده، بر اساس قاعده فقهی **المغرور يرجع إلى من عثره**؛ یعنی کسی که فریب خورده فقط می‌تواند به کسی که فریبش داده، رجوع کند و از او مطالبه حق کند به هر حال طرف مقابل حق فسخ دارد و اینجا واسطه باید مهریه زن را به خود زن بدهد، چون فرض این است که مجامعت صورت گرفته و واسطه مدگس بوده و باید دانست که بر اساس قاعده غرور، تدلیس فقط منحصر در کتمان عیب نیست؛ بلکه اگر صفت کمالی را مطرح کرد که بخاطر آن صفت، نکاح شکل گرفته، بعد از عقد، معلوم شد که زوج یا زوجه‌ای که چنین صفتی را مطرح کردند، فاقد آن هستند، اینجا هم قاعده غرور حاکم است و طرف مقابل می‌تواند بخاطر فریبی که خورده، عقد نکاح را فسخ کند.

به سه روایت اشاره می‌شود:

عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ: فِي كِتَابِ عَلِيٍّ (سَلَامَ اللَّهِ عَلَيْهِ): مَنْ زَوَّجَ امْرَأَةً فِيهَا عَيْبٌ دَلَّسَهُ وَ لَمْ يُبَيِّنْ ذَلِكَ لِرِجَالِهَا فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا وَ يَكُونُ الَّذِي سَأَقَ الرَّجُلُ إِلَيْهَا عَلَى الَّذِي زَوَّجَهَا وَ لَمْ يُبَيِّنْ؛ (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۲۱۴) امام باقر (علیه السلام) می‌فرماید: در کتاب امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) این طور آمده: کسی که زنی را به تزویج با مردی درآورد که در آن زن عیبی بوده که با فریب آن عیب را پوشانده و چیزی به مرد نگفته، اگر مرد ندانسته، با زن مجامعت کند، مهریه به عهده آن کسی است که در این نکاح فریب ایجاد کرده است.

عَنْ عَلِيِّ بْنِ جَعْفَرٍ عَنْ أَخِيهِ (عليه السلام) قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ امْرَأَةٍ دَلَّسَتْ نَفْسَهَا لِرَجُلٍ وَ هِيَ رَتْقَاءُ قَالَ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرَ لَهُ؛ (همان) از امام کاظم (علیه السلام) سؤال شد، زنی با فریب و پوشاندن عیب و یا نگفتن عیب، خودش را در معرض ازدواج مردی قرار داد، درحالیکه در آلت تناسلی او، استخوان یا زائده‌ای بود که امکان مجامعت نداشت، حضرت می‌فرماید: بین آنها جدایی ایجاد می‌شود و دیگر مهریه‌ای به زن تعلق نمی‌گیرد.

عَنِ الْحَلِيِّ فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ قَالَ فِي رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ فَيَقُولُ لَهَا أَنَا مِنْ بَنِي فُلَانٍ فَلَا يَكُونُ كَذَلِكَ فَقَالَ تَفْسِيحُ النِّكَاحِ أَوْ قَالَ تَرُدُّ؛ (همان، ص ۲۳۵) مردی به زنی می‌گوید من از فلان قبیله مثلاً سر شناس هستم و زن به این خاطر با او ازدواج می‌کند، حضرت در جواب می‌فرماید: زن حق فسخ نکاح را دارد.

با توجه به روایات، مرحوم آیت الله حکیم (ره) مسئله تدریس و فریب را از دائرة عیوب منصوصه، فراتر بردند و قائل شدند که هر چند عیوب، منصوصه نباشد، اما اگر تدریس و فریب در کار باشد، باز حق فسخ جاری است و این‌گونه می‌گوید: از موجبات فسخ نکاح، تدریس و فریب و پوشاندن عیب از نگاه زن یا شوهر است که جواز حق فسخ را به دنبال دارد، هر چند از عیوب منصوصه نباشد.^۱ از مجموع روایات باب تدریس می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که در باب عیوب این‌گونه نیست که پنهان کردن عیب کوچک باعث حق فسخ برای طرف

۱. يجب أن يعلم ان من موجبات جواز الفسخ التدریس أيضا من قبل الزوج بالتستر على عیب يطلب عدمه عادة في الحياة الزوجية أو بادهاء وصف کمال لا ثبوت له على نحو وقع العقد مبنيا على ذلك التستر أو هذا الادعاء سواء أخذ شرطاً في ضمن العقد أو لا و كذلك التدریس من قبل الزوجة بإخفاء زمانه ظاهرة و عاهة من العاهات التي يعتبر وجودها نقصاً في الزوجة فان التدریس بالنحو المذكور يوجب خياراً للمدلس عليه و لو لم يكن العیب من العیوب المنصوصة و الفرق حينئذ مع العیوب المنصوصة أن المنصوصة توجب الخيار و لو لم يصدق عنوان التدریس (حاشیة بر منهاج، آیت الله حکیم، ج ۲ ص ۲۹۱، ناشر: دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ هـ ق)

مقابل شود؛ مثلاً روایت مشهور این گونه است: **عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام): أَنَّهُ قَالَ فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءُ وَ لَمْ يُبَيِّنُوا لَهُ قَالَ لَا تُرَدُّ؛** یعنی مردی با زنی که یک چشم او او کور است و قبل از ازدواج، عیب را به او نگفتند، اینجا حضرت می‌فرماید: ازدواج قابل فسخ نیست. (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۳۹)

وقتی در مثل کوری یک چشم با مسئله تدریس، اجازه حق فسخ داده نشده، می‌توان در عیوب جزئی تر هم با بودن تدریس، باز اجازه فسخ را ثابت ندانیم. بله در مورد صفات مانند باکره بودن زن، جوان بودن زن، مو داشتن زن، یا از خانواده با اصالت ازدواج کردن و همینطور صفات مورد اهمیتی که با فقدان آن، تصمیم‌گیری عقلانی صورت نمی‌گیرد، اینجا اگر تدریسی در کار باشد و صفات را پنهان کرده باشند، هر چند عیبی در کار نیست، باز حق فسخ ثابت است.

بررسی روایات باب حصر عیوب در غیر مورد تدریس

برای نفی حق فسخ در عیوب غیر منصوصه، یا به مفهوم حصر تمسک شده و یا به مفهوم عدد؛ که به اتفاق علمای اصول، مفهوم حصر حجت است و مفهوم عدد، اگر عدد اشاره به حقیقت و ماهیت شیء داشته باشد، یعنی حکم در غیر این ماهیات، جاری نیست، پس با این سخن، مفهوم عدد هم حجت است و می‌توان با آن استدلال کرد.

روایات اجازه فسخ در عیوب خاص، چهار یا پنج روایت است که با حصر و تاکید، اجازه فسخ را در چهار عیب برای زن^۱، می‌داند؛ که مفهوم این روایات اینست که در غیر این چهار عیب، هر چند عیب، بزرگ هم باشد، باز اجازه فسخ نکاح داده نشده و چون عیوب در باب نکاح، منحصر به این چهار عیب نیست، بلکه

۱. جنون، پیسی، جذام، استخوان یا گوشت زائد در ناحیه فرج

عیوب بزرگ دیگری هم هست، لاجرم از این روایات که بطور کلّ از غیر این چهار عیب، حقّ فسخ را منتفی می‌داند، استفاده می‌شود که اختیار اشتراط - چه شرط ضمنی سلامت و چه تصریح به نبود فلان عیب - در عقد نکاح منتفی است، یعنی اگر بعد از عقد، متوجّه شد که بدون تدلیس، ملتفت فلان عیب نشده، بعد از عقد متوجّه شده، باز حق فسخ ثابت نیست.

قاعده لاضرر نیز منتفی است، زیرا روایات، تصریح دارد که در غیر این چهار عیب، حق فسخ وجود ندارد، یعنی شارع می‌دانسته که در غیر آنها، باز ضرر و اضرار هست، با التفات به وجود ضرر و اضرار، باز اجازه فسخ در غیر عیوب منصوصه نداده است.

اگر توانستیم از روایات، حصر حقیقی استفاده کنیم، دیگر امکان رجوع به اختیار اشتراط (خیار تخلف شرط) و همینطور به قاعده لاضرر، وجود ندارد، یعنی امر، منحصر به طلاق می‌شود که اگر در مرد، عیوب غیر منصوصه بود، زن می‌تواند به حاکم رجوع کند که اگر حاکم توانست، طلاق و لائی می‌دهد و یا مرد را مجبور به طلاق می‌کند.

اما اگر از حصر، حصر اضافی استفاده کردیم، یا روایات حصر و غیر حصر با هم تعارض کردند و راه علاجی برای تعارض پیدا نشد و در نتیجه روایات متعارضه، تساقط کردند، آن وقت یا با تنقیح مناط در عیوبی شبیه عیوب منصوصه، یعنی عیوبی که ادامه زندگی را مختل می‌کند و یا بیشتر با قاعده لاضرر، حق فسخ را در مثل چنان عیوب و امراض لا علاج، جاری می‌کنیم و به طرف مقابل این اجازه را می‌دهیم - که اگر تدلیس نبود و عیب بزرگ بود، با تشخیص متخصص فن در عدم علاج چنان عیب و مرض لا علاج و اخلال در زندگی - اگر خواست نکاح را فسخ کند.

روایات حصر

در این مورد به بعضی روایات اشاره می‌شود:

۱. عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ السَّلَامِ أَنَّهُ قَالَ: إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ الْعَقْلِ؛ (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۱۰) حضرت نسبت به حق فسخ الله (علیه) نکاح در عیوب زن می‌فرمایند: فقط در پیسی و جذام و جنون و مانع در فرج، مرد اجازه فسخ دارد- البته با نظر به روایات دیگر اگر با اینکه دانست که چنین عیبی در زن هست، با این حال با زن نزدیکی کرد، دیگر حق فسخ ندارد.

۲. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ: الْمَرْأَةُ تُرَدُّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ مِنَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ الْقَرْنِ وَ هُوَ الْعَقْلُ مَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا فَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا فَلَا؛ (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۰۷) زن در چهار عیب برگردانده می‌شود، از پیسی، جذام، جنون و استخوان یا گوشت زائد در فرج، بشرط اینکه مجامعت صورت نگرفته باشد، اگر صورت گرفت، حق فسخ منتفی می‌شود.

۳. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ: تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ أَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا؛ (همان، ص ۲۱۰)؛ (... در غیر این چهار عیب، برگردانده نمی‌شود)

تصریح روایت سوم که در ما سوی این چهار عیب، مرد حق فسخ ندارد، می‌فهمیم که قاعده لا ضرر و خیار شرط ضمنی سلامت هم کاری از این دو قاعده ساخته نیست، چون تصریح به عدم جواز فسخ می‌کند.

از این رو مرحوم آیت الله حکیم در کتاب مستمسک می‌فرماید: اگر دلیلی دلالت کرد که در غیر این چهار مورد، حق خیار فسخ بخاطر عیب وجود ندارد،

می‌فهمیم که اصلاً خیار اشتراط (خیار تخلف شرط ضمنی سلامت) در این گونه موارد نمی‌آید. (حکیم، همان، ج ۱۴، ص ۳۲۰)

روایات متعارضه

روایات صحیحه دیگری هست که در غیر این چهار عیب در زن، باز حق فسخ را برای مرد اثبات می‌کند، مانند روایت: **عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ: تُرْدُ الْبَرِّصَاءُ وَالْعَمِيَاءُ وَالْعُرْجَاءُ؛** (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۱۰) مرد نسبت به پرسی و کوری دو چشم و لنگی زن حق فسخ دارد.

مانند چنین روایتی، حق فسخ را نسبت به کوری و لنگی هم اثبات می‌کند، لاجرم باید بین این دو دسته از روایات جمع کرد، بعضی مانند شیخ طوسی در استبصار این گونه جمع کرده که آن چهار عیب اول، که در ادامه فرمود: **وَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا،** با نظر به دو عیب کوری و لنگی می‌توان نتیجه گرفت که آن چهار عیب، هیچ کراهتی در فسخ نکاح وجود ندارد، اما در غیر این چهار مورد، یعنی دو مورد بعدی، منع به معنای کراهت است که بهتر است مرد، نکاح را فسخ نکند. (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۳، ص ۲۴۷)

مشکل این وجه جمع این است که مسئله جواز فسخ در حیطة کراهت و نبود کراهت خلاصه می‌شود؛ یعنی در غیر این چهار مورد، منع به معنای کراهت آمده، یعنی دو مثال در روایات دیگر آمده که کراهت دارد و آن کوری و لنگی است، که در آن چهار عیب نخست، کراهتی هم نیست؛ خب اگر مدار این روایات در بودن و نبودن کراهت باشد، می‌توان در غیر این شش عیب با خیار اشتراط و شرط ضمنی سلامت، یا قاعده لا ضرر، اثبات حق فسخ توأم با کراهت کرد،

درحالیکه مشهور فقهاء حتی با قاعده لا ضرر هم اجازه فسخ برای مرد در غیر این شش عیب را ندادند.

روایت دیگری هست که مرد بعد از تحقق عقد نکاح، متوجه شد زن قبلاً عمل زنا مرتکب شده، اینجا باز اجازه فسخ نکاح به مرد داده شده است. (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۱۹) پس مشکل روایات حصر، محصور کردن حق فسخ در چهار عیب است، به این خاطر هم تعارض با دیگر روایات رخ داده و هم اجازه تمسک به قاعده لا ضرر نمی‌دهد، تا اینجا راه علاج مرحوم شیخ طوسی بکار نیامد.

تا زمان مرحوم فخر المحققین که راه جمع دیگری برگزید، ایشان در کتاب ایضاح الفوائد می‌نویسد: دلالت حصر روایات در چهار عیب، با مفهوم و نه منطوق، دلالت بر عدم جواز حق فسخ در باقی عیوب دارد، در حالیکه روایات جواز حق فسخ در کوری و لنگی با منطوق است و نه در مفهوم و در تعارض مفهوم با منطوق، منطوق مقدم است، یعنی عیوب به هفت عیب توسعه پیدا می‌کند. (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۷۷)

البته جناب فخر المحققین به تبع پدرش علامه حلی، لنگی زن در روایت محمد بن مسلم: عن الباقر (علیه السلام) قال: ترد العمباء و البرصاء و الجذماء و العرجاء؛ (حرعاملی، همان، ج ۲۱، ص ۲۰۹) را به حالتی از زن تفسیر کردند که دیگر زمین‌گیر شده و قدرت راه رفتن ندارد، هر چند چنین وجه جمعی را متأخرین از فقهاء، قبول نکردند و تعارض مفهوم با منطوق را مستقر دانستند، اما عملاً به نتیجه وجه جمع فخر المحققین ملتزم شدند و کوری دو چشم و لنگی در حد زمین‌گیر شدن و مسئله افضاء-یکی شدن مخرج بول و حیض- را عیب هفتم دانستند؛ که البته بحسب روایتی (کلینی، همان، ج ۵، ص ۴۰۸) که افضاء را در مورد تدلیس آورده و

فقهاء در غیر تدلیس هم حق فسخ را جایز دانستند (حلی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۷۷) - و زنا قبل از ازدواج را الحاق حکمی به هفت عیب کردند و چون زنا در عیب اخلاقی و نه ظاهری قرار داشت، دیگر در بین عیوب ظاهری قرار داده نشد.

به هر حال آنچه بین فقهاء مشهور است این شد که آنها به نحوی بین روایات جمع کردند و عیوب مرد را با اینکه حصر نداشت، در چهار عیب و زن را در هفت عیب ظاهری و یک عیب اخلاقی در غیر تدلیس، محصور دانستند و در تدلیس به تمام عیوب با قیدی که قبلاً گفته شد، تسری دادند، اما از آن هفت عیب نتوانستند با قاعده لا ضرر و خیار تخلف شرط سلامت، پا فراتر بنهند.

هر چند در بین فقهاء، بودند و هستند که بخاطر تعارض مستقر بین روایات و در نتیجه، تساقط هر دو دسته از روایات، قائل شدند که هر عیبی که مانند آن هفت یا چهار عیب، باعث اخلال زندگی زناشویی شود، بخاطر حدیث لا ضرر، حق فسخ برای طرف مقابل قابل اثبات خواهد بود. (مقداد، ۱۴۰۴، ج ۳، ص ۱۸۲)

حصر اضافی یا قضیه خارجی

با مجموع شواهد و روایات حصر و غیر حصر و با تمسک به قاعده لا ضرر که قاعده‌ای عقلانی مورد امضای شرع قرار گرفته، می‌توان به این تحقیق دست یافت که اولاً: روایاتی که دایره عیب را از چهار عیب در زن، بیشتر شمرده و حق فسخ را جاری دانسته، می‌توان گفت: عیوب مطرح آن زمان همین چند عیب شایع بوده و بحسب عیوب مطرح آن زمان، حصر در بعض روایات و غیر حصر در دیگر روایات آمده، یعنی چهار عیب چون بیشتر شایع یا مطرح یا بزرگ‌تر بوده، ذکر شده و در روایات دیگر، عیوب دیگری مثل کوری یا لنگی که از اهمیت کمتری برخوردار بوده، مطرح گردیده است.

ثانیاً: به اتفاق همه فقهاء، عیوبی که قابل علاج نبوده، در روایات آمده، پس اگر در زمان ما، مسئله عَنه در مرد یا رتق و قرَن یا عَقْل که همگی مربوط به مانع جنسی در زن می‌باشد، به راحتی درمان شود، دیگر نمی‌توان گفت: این عیوب کما کان حقّ فسخ را ثابت می‌کند.

ثالثاً: عیوبی در آن زمان اصلاً متولد نشده تا معصوم (علیه السّلام) در قبال آن نظر ایجابی یا سلبی بخواهند ارائه دهند، عیوبی که از عیوب مذکور در روایات، به یک معنا خطرناک‌تر است، مانند ایدز، یا عیب هپاتیت B که این دو عیب در هر یک از زن و مرد باشد، هم مُسری است و هم زندگی زناشویی را بطور کلّ مُختلّ می‌کند و هم منجر به مرگ می‌شود، البته اگر این دو عیب، را صاحب عیب کتمان کند، مسئله تدلیس و فریب پیش می‌آید و تخصصاً از بحث بیرون و حق فسخ قطعی است، اما اگر بعد از عقد، تازه متوجه شد که این عیب از قبل بوده و علائم آن ظاهر شده، اینجا چون کتمانی در کار نبوده، تدلیسی هم نیست و محلّ بحث ماست و همینطور سرطان غیر قابل درمان یا بیماری ام‌اس شدید که هر دو بعد از عقد، علائم آن ظاهر شود، اینها عیوبی است که بعد از زمان معصوم در بین بشر سر باز زده و مورد ملاحظه معصوم (علیه السّلام) نبوده تا حصرِ معصوم به آنها نظر داشته باشد و آنها را منتفی بداند، لذا چون از دائره ملاحظه، بیرون بوده و از آن طرف، فرض اینست که اینها فعلاً غیر قابل علاج است و همینطور مربوط به زندگی زناشویی است که یا مسئله جنسی را منتفی می‌کند؛ مانند ایدز یا هپاتیت، یا همزیستی زناشویی را، مانند سرطان پیشرفته و ام‌اس شدید و غیر قابل درمان.

اینجا می‌توان گفت: قاعده لا ضرر که در اصل امر عقلانی است و شارع این اصل را در لزوم عقود که باعث ضرر می‌شود، جاری کرده؛ لذا در مثل چنین عیوبی، می‌توان گفت حقّ فسخ برای طرف مقابل ثابت است، تمام این سخنان

مربوط به عیب ظاهر و متوجه نبودن هنگام عقد، یا عیب باطن و معلوم شدن آن بعد از عقد برای هر دو طرف است، تا مسئله تدلیس را از محل بحث بیرون کند و همگی هم قبل از مجامعت است، که حق فسخ را ثابت می‌کند؛ وگرنه با مجامعت و عمل زناشوئی، رضایت خودش را به چنین عیب نشان داده و همینطور عیوبی که بعد از عقد حادث می‌شود، اینجا مرد می‌تواند با دادن مهر به زن معیوب خود طلاق دهد، یا زن با پیدایش چنین عیوبی، می‌تواند به حاکم رجوع کند و اوست که تشخیص می‌دهد که ادامه زندگی مختل شده یا نه؟ و امکان طلاق و لائی هست یا نه.

حاصل اینکه یا حصر در روایات، حصر اضافی است - چنانکه مرحوم خوانساری در جامع المدارک (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۳۷۱) احتمالش را دادند و ما با شواهد تقویت کردیم و یا می‌توان گفت قضایا در روایات، قضایای خارجی است و ناظر به عیوب خاص آن زمان است و نسبت به عیوبی که بعداً متولد می‌شود ساکت است - چنانکه آیت الله شبیری به آن معتقد شدند (شبیری، ج ۲۰، ص ۶۵۵) لذا مانند عنّه در مرد و قرّن در زن که در روایات آمده، اما در زمان ما قابل درمان است، باید گفت طرف مقابل دیگر حق فسخ ندارد و همینطور عیوب و بیماری‌های لا علاج که بعد از زمان نصوص متولد شدند بطوریکه زندگی جنسی و همزیستی زناشوئی را مختل می‌کند، مانند ایدز و ام‌اس شدید مانند آن در صورتی که قابل درمان نباشند، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت.

حق فسخ زن و عیوب غیر محصوره مرد

نکته پایانی این است که آنچه که مانع شد فقهاء تمسک به قاعده لا ضرر و لا ضرار کنند مسئله حصر در روایات عیوب بود، وقتی به روایات نظر می‌کنیم،

حصر فقط در عیوب زن آمده، یعنی دست مرد را برای حق فسخ باز نگذاشته، بلکه به چهار یا هفت عیب محصور کرده و از آن جهت که اثبات شد حصر یا اضافی است یا قضایای خارجی برای آن زمان است، چهار عیب که در ردیف عیوب منصوصه بوده را اضافه کردیم که خاصیت آنها را دارد، که در صورت قابلیت نداشتن درمان، حق فسخ را اثبات می‌کند. ما بقی عیوب هر چند مهم هم باشد، اگر زندگی زناشویی را مختل نمی‌کند، حق فسخ ندارد؛ اما این بخلاف عیوب مردان که در روایات بدون ذکر حصر، چهار مورد^۱ آمده، حال اگر علاوه بر آن چهار مورد و چهار موردی که اضافه کردیم، یعنی ایدز، هپاتیت نوع B، سرطان پیشرفته و ام‌اس شدید، اگر عیب دیگری در مرد به وجود آمد که قابل درمان نبود و زندگی زناشویی را بطور کامل مختل می‌کرد و یا مسری خطرناک بود، زن با تمسک به قاعده لا ضرر می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند، البته در همه شرایط باید متخصص فن گزارش عیب بزرگ را بدهد و نوع عیب را بطور کامل مشخص کند.

نتیجه

در زمان حاضر، بسیاری از عیوب غیر قابل درمان در زمان نصوص و ائمه (علیهم السّلام)، به گونه‌ای شده که امکان درمان آنها می‌رود. اگر در عقد نکاح، تدلیس و فریبی در کار نبوده و عقد به طور صحیح در ابتدای کار خوانده و بسته شده و بعد از عقد، طرف مقابل متوجه عیبی شد، اگر آن عیب از جمله عیوب منصوصه باشد که قابل درمان است، اینجا حق فسخ منتفی می‌شود، اگر در زن عیب غیر مذکور در روایات باشد که اهل فن تشخیص دادند که این عیب از جمله عیوبی است که زندگی زناشویی برای مرد را کاملاً مختل می‌کند و در واقع ردیف همان

^۱ عَنَّهُ ، جَبَّ ، جُنُون ، خِصَاء

عیوب منصوصه است- که به چهار عیب از آنها اشاره شد- اینجا مرد می‌تواند بدون پرداخت مهریه، عقد نکاح را فسخ کند و اگر عیب بعد از عقد نکاح حادث شود و یا قبل از آن بوده، اما بعد از عقد، عمل زناشوئی انجام داده، اینجا راه، منحصر به طلاق می‌شود و حق فسخ ندارد؛ اما اگر عیب در مرد باشد، هر چند از جمله عیوب منصوصه نباشد، اگر تدلیس و فریبی در کار نبوده باشد و زن بعد از عقد متوجه شود که چنین عیبی در شوهر از قبل بوده، اگر عیب قابل درمان نباشد و از جمله عیوبی است که اهل فن و تشخیص، می‌گویند زندگی زناشوئی را مختل خواهد کرد و یا منجر به اضرار و ضرر شدید برای زن می‌شود، در اینجا به خاطر عدم حصر در روایات نسبت به عیوب شوهر و حکومت قاعده لا ضرر و لا ضرار، می‌توان حق فسخ را برای زن اثبات کرد و بدون مراجعه به دادگاه و طلاق ولائی، خود، عقد نکاحش را ابطال کند، بله اگر عیب بعد از عقد نکاح حادث شده باشد، تنها راه جدایی، همان مراجعه به حاکم و قاضی و تشخیص او برای طلاق ولائی می‌باشد.

منابع

❖ قرآن کریم

۱. حائری، سید محمد کاظم، (۱۳۸۳)، *دراسات فقهیه... العیوب التي یفسخ*

بها النکاح، قم، دارالتفسیر

۲. حائری، شیخ عبدالکریم، (۱۴۱۴)، *کتاب الخیارات*، تقریر درس‌های خارج

ایشان توسط شیخ محمد علی اراکی، قم، مؤسسه در راه حق

۳. حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل‌البیت

علیهم‌السلام

٤. حلّی، محمد بن حسن، (١٣٨٧)، *إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان

٥. حکیم، سید محسن، (١٤١٦)، *مستمک العروة الوثقی*، قم، مؤسسه دار التفسیر

٦. خوانساری، احمد، (١٤٠٥)، *جامع المدارک*، قم، مؤسسه اسماعیلیان

٧. شیخ انصاری، مرتضی، (١٤١٥)، *کتاب النکاح*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری

٨.، (١٤١٦)، *کتاب المكاسب*، قم، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاری

٩. شیخ طوسی، محمد بن حسن، (١٣٩٠)، *الإستبصار فيما اختلف من الاخبار*، قم، دار الكتب الاسلاميه

١٠. صدر، سید محمد باقر، (١٤١٧)، *بحوث فی علم الاصول*، قم، مؤسسه دائرة المعارف

١١. عراقی، ضیاء الدین، (١٤١٤)، *شرح تبصرة المتعلمین*، قم، دفتر انتشارات اسلامی

١٢. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (١٤٢٠)، *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم، مؤسسه الامام الصادق علیه السلام

١٣. علامه حلّی، حسن بن یوسف، (١٤١٣)، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی

١٤. غروی اصفهانی، محمد حسین، (١٤١٨)، *حاشیة کتاب المكاسب*، قم، محقق

۱۵. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۵)، *الكافی*، قم، دار الكتب الاسلامیه
۱۶. گلپایگانی، محمد رضا، (۱۴۰۹)، *مجمع المسائل*، قم، دار القرآن الکریم
۱۷. محقق کرکی، علی بن حسین، (۱۴۱۴)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام
۱۸. مقداد، فاضل، (۱۴۰۴)، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی (ره)
۱۹. نائینی محمد حسین، (۱۴۱۳)، *کتاب المكاسب والبيع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی
۲۰. نجفی، محمد حسن، (۱۴۳۲)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، دار إحياء التراث العربی
۲۱. یزدی، سید محمد کاظم؛ عراقی، ضیاء الدین، (۱۴۱۹)، *العروة الوثقی (المحشی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی