

ضوابط حق فسخ نکاح در بیماری‌های نفرت‌برانگیز مقاربتی

احمد احسانی‌فر

پژوهشگر مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضائیه

Ehsanifar ahmad@gmail.com

چکیده

مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۲۶ قانون مدنی به بیان عیوب مجوز فسخ نکاح و قواعد مربوط به آن می‌پردازد. در این مواد، بجای ارائه ضوابطی جهت فسخ نکاح، به احصاء مصادیقی از بیماری‌های جسمی و مقاربتی موجود در عصر تشريع پرداخته که بروز آنها تجویزکننده فسخ نکاح برای طرف دیگر عقد است. بروز بیماری‌هایی بعد از عصر تشريع که با شدت، خطورات و پیامدهای دردناک بیشتر برای بیمار و نفرت‌برانگیزتر و انزجارآورتر برای همسر بیمار همراه بود باعث ایجاد این سوال شد که وقتی شارع اجازه فسخ نکاح را در بیماری‌های ابتدایی موجود در عصر تشريع داده است، آیا نسبت به بیماری‌های نوپدید که از طرفی برای بیمار پرمخاطره‌تر و صعب‌العلاج‌تر بوده و از طرف دیگر برای همسر بیمار نفرت‌برانگیزتر و منزجرکننده‌تر از بیماری‌ها و عیوب عصر تشريع است اجازه فسخ نمی‌دهد؟

در راستای پاسخ به این سوال، طرح اصلاح موادی از قانون مدنی در تیرماه ۱۳۹۸ در مجلس شورای اسلامی مطرح شد و علیرغم طرح اولیه در کمیسیون قضایی و حقوقی، کمیسیون بهداشت و درمان و کمیسیون فرهنگی، از سوی تدوین‌کنندگان آن بصورت جدی برای تصویب طرح پیگیری نشد. گرچه ایراداتی بر مواد این طرح وارد است، لکن فکر اولیه این طرح که ارائه ضوابطی جهت فسخ نکاح می‌باشد به لحاظ

فقهی می‌تواند مورد تایید قرار گیرد و به همین دلیل احیای این طرح قانونی ضرورت دارد. می‌توان ضوابطی منضبط از ادله روایی اصطیاد کرد تا با تنقیح مناط از آنها مشروعیت حق فسخ نکاح در بیماری‌های نوظهور و نفرت‌برانگیز مقاربتی را مورد تایید قرار داد. مقاله پیش رو درصدد تنقیح ضوابط مزبور از ادله روایی و تطبیق آنها با ضوابط مطروحه در طرح قانونی سال ۱۳۹۸ می‌باشد.

واژگان کلیدی: عیوب منصوص، عیوب غیرمنصوص، ضوابط مجوزه فسخ نکاح، خیار فسخ، قانون مدنی.

در ادله روایی، عبارات فقیهان و مواد قانون مدنی، عیوب و بیماری‌هایی که در عقد نکاح منجر به ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می‌گردد بصورت منصوص و معنون مشخص شده است. با ملاحظه این عیوب و بیماری‌ها روشن می‌گردد که تنها برخی از بیماری‌های موجود در عصر تشریع در لیست بیماری‌های مجوزه برای فسخ نکاح قرار گرفته و بیماری‌های متعددی که پس از عصر تشریع ایجاد شده‌اند، با وجود آنکه پیامدها و عواقب جسمی، مقاربتی و روحی آنها برای بیمار بسیار گران‌بارتر از بیماری‌های منصوص است و برای همسر شخص مبتلا آسیب‌های جسمی، مقاربتی و روحی بسیار فراتری نسبت به بیماری‌های معنون می‌آفریند، ظاهراً فاقد حق فسخ قلمداد شده است. از این رو این پرسش در محافل قضایی و پس از آن در محافل فقهی و حقوقی در معرض افکار اندیشه‌ورزان قرار گرفت که آیا ذکر مصادیق بیماری‌ها در ادله روایی و فقهی و قانونی به معنای نادیده‌انگاشتن سایر بیماری‌هاست و یا آنکه این مصادیق، به تنهایی یا به نحو مجموعی، دربردارنده ملاکاتی هستند که حکم فسخ نکاح دائرمدار آن ملاکات است و به آن ملاکات تعلق دارد. اگر بر عقیده نخست پافشاری شود امکان تسری حکم فسخ نکاح به سایر عیوب و بیماری‌های غیرمنصوص وجود ندارد. همین عدم تسری، خود پرسش‌ها و ابهامات دیگری را فرا روی می‌نهد؛ اینکه چگونه می‌توان حق فسخ را برای بیماری‌هایی جعل قانونی کرد که از نظر خطورت و عواقب وخیم جسمی، مقاربتی و روحی برای بیمار و همسر او در درجه بسیار نازل‌تری قرار دارد، اما برای بیماری‌هایی با شدت بسیار بیشتر نمی‌توان حق فسخ قائل شد. از حیث عقلی و از منظر مقاصد شریعت و به ویژه از دریچه مقصد عدالت که از مهم‌ترین مقاصد احکام شرع است، این تبعیض میان بیماری‌های عصر تشریع و بیماری‌های متجدد قابل توجیه نیست.

از این رو باید این مساله مورد بررسی قرار گیرد که آیا اساساً عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ نکاح محدود و منحصر به همان چند عیب و بیماری معنون و منصوص هستند، و یا آنکه زمینه برای تسری و تعمیم این عیوب و بیماری‌ها به برخی دیگر از

عیوب و بیماری‌ها وجود دارد؟ در واقع آیا عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ نکاح در ادله روایی و فقهی و در مواد قانونی بگونه‌ای احصاء شده‌اند که خود آن عیوب و بیماری‌ها از خصوصیت ویژه‌ای برخوردارند که امکان افزایش تعداد آنها وجود ندارد، و یا آنکه در این ادله تعدادی از مصادیق عیوب و بیماری‌های موجود در عصر تشریع بصورت تمثیلی ارائه شده‌اند و خصوصیت ویژه‌ای در این مصادیق وجود ندارد. مبتنی بر عقیده دوم، ملاک و مناط عیوب و بیماری‌های منصوص و معنون از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است و با امکان تنقیح مناط و الغای خصوصیت می‌توان به بیماری‌ها و عیوب جدیدی دست یافت که در ادله شرعی و قانونی وجود نداشت، ولی از ملاک و مناط این ادله برخوردار است. در این صورت این عیوب و بیماری‌ها نیز ایجاد کننده حق فسخ برای طرف عقد محسوب می‌شوند. مبتنی بر این عقیده باید در جستجوی این ملاکات و مناطات در ادله روایی بود تا با تنقیح مناط زمینه برای ایجاد حق فسخ در برخی بیماری‌های متجدد فراهم گردد. گاه برخی فضا سازی‌های رسانه‌ای و برخی گمانه‌زنی‌های غیرمنضبط که بهره‌ای از مبانی اصولی و فقهی ندارد و منطبق با ضوابط تخریج مناط از ادله روایی نیست، اصل این جستجوی علمی را در حاشیه قرار می‌دهد و زمینه سوء ظن به این تحقیق ارزشمند را می‌آفریند. لکن با روشن بینی باید واقعیت را این گونه تصویر نمود که گرچه نمی‌توان به این ادعاهای غیر محققانه ارجی نهاد، اما در سوی مقابل، نمی‌توان این جستجو را بر اساس اصول منضبط در فهم احادیث وانهاد؛ چرا که وانهاد این جستجو به تبعیض ناروا در بیماری‌ها و عدم درک عقل مستقل و ناعادلانه ماندن احکام قانونی می‌انجامد.

مقاله پیش‌رو درصدد دستیابی به ملاکاتی است که حکم فسخ نکاح معلول و مترتب بر این ملاکات است. ظاهر عبارات قانون مدنی در مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ که به بیان عیوب مجوزه فسخ نکاح در مرد و زن اختصاص یافته ظهور در انحصار عیوب مجوزه فسخ در موارد مذکور دارد. عبارات مشهور فقیهان، چه با دلالت ظهوری و چه با دلالت نصی، بر انحصار عیوب مجوزه فسخ نکاح در موارد مذکور در نصوص روایی دلالت دارد (طوسی، ۱۴۰۰ق: ص ۴۸۶؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۶۱۵).

لکن در نصوص روایی می‌توان به قرائنی دست یافت که دلالت بر تسری عیوب مجوزه فسخ نکاح به برخی بیماری‌های مسری و نفرت‌برانگیز دارند و از حیث شدت و فراگیری بمانند بیماری‌های منصوص و یا فراتر از آن‌ها می‌باشند. بر مبنای همین شواهد و قرائن روایی بود که طرح اصلاح موادی از قانون مدنی که در تیرماه ۱۳۹۸ در مجلس شورای اسلامی تدوین گردید و با اخذ رویکرد تمثیلی در مواجهه با بیماری‌ها و عیوب منصوص و معنون، به بیان پاره‌ای ضوابط و ملاکات پرداخت. در این طرح قانونی الگوی فعلی قانون مدنی که بیان مصادیق بیماری‌ها و عیوب مجوزه فسخ نکاح است کنار گذاشته شده و الگویی عرضه شده که منطبق با آن بیان ضوابط و ملاکات بیماری‌ها و عیوب مجوزه فسخ نکاح معرفی شده است.

طرح قانونی مزبور با آنکه در کمیسیون قضایی و حقوقی، کمیسیون بهداشت و درمان و کمیسیون فرهنگی مطرح شد، اما به علت عدم پیگیری تداوم نیافت که احیای طرح مزبور با توجه به ملاکات و ضوابط روایی و فقهی می‌تواند رافع بسیاری از ابهامات و حیرت‌های عقلی و عقلایی در سطح جامعه باشد؛ چرا که عدالت محوری در تدوین قانون که از سیاستهای کلی نظام قانون‌گذاری می‌باشد اقتضا می‌کند که این حیرت عقلی و عقلایی به گونه‌ای رفع گردد. به واقع در روزگار فعلی با وجود بیماری‌ها و عیوب نوپدیدی که درجه نفرت و انزجارآوری آنها بسیار بیشتر از عیوب معنون در عصر تشریع می‌باشد، این حیرت بروز می‌کند که تبعیض میان مصادیق بیماری‌های منصوص و معنون با بیماری‌های نوپدید شدیدتر و نفرت‌برانگیزتر با چه توجیهی از منظر عقل و بنای عقلا قابل موجه سازی است؟ از این رو ابهام و حیرت مزبور باید مرتفع گردد تا زمینه‌ای برای پذیرش قانون در سطح جامعه وجود داشته باشد. این مهم در حالی است که می‌توان با فحوص در ادله روایی و با پیگیری متون فقهی به برخی ضوابط و ملاکات برای معرفی بیماری‌ها و عیوب مجوزه فسخ نکاح دست یافت.

در مقاله پیش رو مواد طرح قانونی سال ۱۳۹۸ مورد بررسی قرار می‌گیرد. در ماده ۳ از این طرح پیشنهاد شده که مواد ۱۱۲۲ الی ۱۱۲۶ قانون مدنی که دربردارنده

رویکرد حصری و انحصاری در احصاء مصادیق عیوب و بیماری‌های مجوزه حق فسخ است، نسخ گردد و بجای آن در ماده ۲ ملاکات و ضوابط مربوط به عیوب و بیماری‌ها بیان شده است. همچنین مبتنی بر ماده ۲ این طرح، ملاکات و ضوابط مذکور برای بیماری‌های زن و مرد یکسان است، حال آنکه در الگوی فعلی قانون مدنی مصادیق بیماری‌ها و عیوب مجوزه فسخ نکاح برای زن و مرد بگونه ای متفاوت عرضه شده است.

در مقاله پیش رو پس از بررسی ادله دو دیدگاه موجود در این مساله، دیدگاه مختار در مورد امکان تسری عیوب مجوزه به بیماری‌های دیگر که بر مبنای تجميع شواهد و قرائن روایی بدست می‌آید ارائه می‌گردد.

۱. امکان سنجی تسری عیوب مجوزه فسخ نکاح

در رابطه با امکان تسری عیوب، می‌توان به دو دیدگاه اشاره کرد. دیدگاه نخست قائل به انحصار عیوب مجوزه فسخ نکاح در عیوب منصوص و معنون می‌باشد و از این رهگذر عیوب مجوزه فسخ را قابل تسری به امراض و بیماری‌های دیگر نمی‌داند. دیدگاه دوم قائل به تمثیلی بودن عیوب مجوزه فسخ نکاح و قابلیت تسری به امراض و بیماری‌های دیگر است. ادله این دو دیدگاه در ادامه تحقیق مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

۱-۱. ادله انحصاری بودن عیوب مجوزه فسخ نکاح و عدم تسری

دیدگاه نخست، قائل به انحصاری بودن عیوب مجوزه فسخ نکاح می‌باشد. قائلان به انحصاری بودن عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ نکاح به دو دلیل در اثبات نظر خویش استناد می‌کنند که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۱. ادله روایی

برخی قرائن روایی بر انحصار عیوب مجوزه فسخ نکاح بر امراض احصاء شده در نصوص روایی دلالت دارد. برای مثال در روایت عبدالرحمان بن ابی عبدالله از امام صادق (علیه السلام)، امام بعد از برشمردن بیماری‌های منصوص، تصریح می‌کند به این که در غیر این موارد نمی‌توان از فسخ بهره گرفت (خوانساری، [بی‌تا]: صص ۳۹۲

۳۹۳-: «و تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَ الْبَرَصِ وَ الْجُذَامِ وَ الْجُنُونِ فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا» (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف: ج ۷، ص ۴۲۵): و زن بخاطر ابتلا به بیماری‌های عقل (وجود زائده گوشتی در ناحیه تناسلی زن)، برص، جذام و جنون بازگردانده می‌شود. اما زن را بخاطر موارد دیگر نمی‌توان بازگرداند.

هم چنین یکی از ادله جواز فسخ در برخی از امراض منصوص از قبیل برص و جذام، اتفاق پزشکان بر مسری بودن این امراض دانسته شده است. برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که این دلیل، حکمت حکم جواز فسخ است، نه علت حکم. یعنی حکم جواز فسخ دائرمدار مسری بودن بیماری نیست تا به هر بیماری دیگری که مسری باشد تسری یابد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق: صص ۴۳۳-۴۳۴). در واقع لسان روایات، لسان تعلیلی نیست تا بتوان از اسلوب قیاس منصوص العله استفاده کرد و حکم جواز فسخ را به هر بیماری مسری دیگری تسری داد.

در پاسخ به استدلال به روایت فوق و بر پایه برخی آرای فقیهان می‌توان چنین گفت که حصری که در برخی روایات وجود داشته و عیوب مجوزه فسخ را منحصر در چند عیب خاص بسان عقل، برص، جذام و جنون کرده است (و تُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَ الْبَرَصِ وَ الْجُذَامِ وَ الْجُنُونِ فَأَمَّا مَا سِوَى ذَلِكَ فَلَا)، نمونه‌ای از حصرهای اضافی و نسبی است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۵، ص ۱۱۸). بدین معنا که در حضور امام از برخی عیوب دیگر نام برده شد و امام خاص آن عیوب را باعث ایجاد حق فسخ ندانست. اما دلالت بر عدم وجود حق خیار در مابقی عیوب و بیماری‌هایی که در حضور امام از آن‌ها نام برده نشد ندارد.

۱-۲. اصل لزوم عقد و استصحاب اثر عقد

اصل لزوم عقود و اصل استصحاب از دیگر مؤیدات انحصار عیوب مجوزه فسخ به موارد منصوص می‌باشد. زیرا در این که سایر بیماری‌ها و عیوب بتوانند مجوز حق فسخ قرار گیرند تردید وجود دارد. اصل لزوم عقود بر عدم توانایی یکی از طرفین نسبت به فسخ عقد در شرایط تردید دلالت دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۰، ص ۳۲۹). هم چنین پس از یقین به ثبوت عقد نکاح و بروز یک بیماری که در تداوم این نکاح ایجاد

تردید می‌کند، اصل استصحاب با تأکید بر یقین سابق، شک لاحق را فاقد تأثیر برای از بین بردن نکاح سابق می‌داند.

در هر صورت بر مبنای ادله فوق، مشهور فقیهان عیوب نوپدید و نوظهور پس از عصر تشریع را از جمله عیوب مجوزه فسخ نکاح قلمداد نمی‌کنند (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق: ج ۴، ص ۳۳۵؛ تبریزی، [بی تا]: ج ۲، ص ۳۲۱؛ منتظری، [بی تا]: ج ۳، ص ۳۶۳؛ فاضل لنکرانی، [بی تا]: ص ۱۳۳؛ بهجت، ۱۴۲۸ق: ج ۴، ص ۸۵).

۱-۲. ادله تمثیلی بودن عیوب مجوزه فسخ نکاح

شواهد موجود در برخی روایات بر تسری عیوب منصوصه به موارد دیگر دلالت دارد. براساس فنّ تنقیح مناط و الغاء خصوصیت از برخی روایات که ملاک حکم فسخ را ارائه داده‌اند، و هم چنین بر اساس قیاس اولویت نسبت به امراض شدیدتر از عیوبی که در روایات بیان شده‌اند، می‌توان برخی بیماری‌های نوپدید و نوظهور را جزء عیوب مجوزه فسخ نکاح به شمار آورد. در ادامه تحقیق به دو دلیلی که می‌توان بر مبنای آن عیوب مجوزه فسخ را به مواردی غیر از عیوب منصوص و معنون نیز تسری دارد اشاره می‌شود.

۱-۲-۱. ادله روایی

در برخی ادله روایی، بر غیر انحصاری بودن حق فسخ نکاح در عیوب معنون و منصوص تصریح شده است. برای مثال در روایت عبدالله بن بکیر از امام صادق (علیه السلام) که در آن، مرد قصد فسخ نکاح با زن مجنون و زن بیمار به مرض برص را دارد، با عبارت «شبه ذلک» بر امراض شبیه به این دو مرض نیز تصریح شده است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ بِهَا الْجُنُونُ وَالْبَرَصُ وَشِبْهُ ذَلِكَ قَالَ هُوَ ضَامِنٌ لِلْمَهْرِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۰۶). از امام صادق (علیه السلام) در مورد مردی که با زن مبتلا به جنون و برص و امراضی شبیه به این دو مرض ازدواج می‌کند سوال شد. امام پاسخ فرمودند مرد ضامن مهر می‌باشد. اگر چه در روایت فوق در مورد جواز فسخ سخنی ابراز نشده است، لکن از آن جا که ضمان مرد نسبت به مهر را مورد تأکید قرار می‌دهد، روشن می‌گردد که مرد قصد فسخ نکاح را دارد.

۱-۲-۲. تنقیح مناط و قیاس اولویت

در ادله روایی و تحلیل‌های فقهی می‌توان وجود برخی ملاکات و مناطات نسبت به ایجاد حق فسخ در صورت ابتلا به عیوب و بیماری‌های منصوص را بدست آمد. در واقع علت اصلی حکم به ایجاد حق فسخ در صورت ابتلا به عیوب منصوص، وجود این مناطات می‌باشد. با همین استدلال، هر عیب و مرض دیگری که دربردارنده آن مناط است بر مبنای تنقیح مناط و قیاس اولویت می‌تواند ایجادکننده حق فسخ تلقی گردد. این مناطات در ادامه تحقیق مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۲-۱. ضابطه اول: مسری بودن عیب

در پاره‌ای از تحلیل‌های فقهی مناط اصلی در ایجاد حق فسخ در صورت ابتلا به عیوب منصوص، مسری بودن این عیوب دانسته شده است. از آنجا که این تسری با قواعد نفی ضرر و نفی حرج نفی می‌گردد، باید هر عیب و مرض دیگری که منجر به سرایت به همسر می‌گردد نیز ایجادکننده حق فسخ دانسته شود. در بند ۱ از ماده ۲ طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) نیز مسری بودن مرض و بیماری از جمله ملاکات و مناطات جواز حق فسخ در نکاح دانسته شده است.

برای اثبات حق فسخ در امراض مهلك و كشنده به قواعد «لاضرر» و «لاحرج» استناد شده است که قواعد مزبور لزوم عقد را مرتفع می‌گرداند (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق: ج ۱، صص ۲۵۱-۲۵۲). در منابع فقهی نیز برای اثبات حق فسخ در مورد امراض واگیر و مسری به ادله نفی ضرر استناد می‌شود. برای مثال شهید ثانی علت ایجاد حق فسخ در صورتی که مرد مبتلا به مرض جذام می‌باشد را نظر کارشناسی پزشکان مبنی بر سرایت این بیماری به زوجه می‌داند که در این صورت قاعده لاضرر بر وجود خیار فسخ دلالت دارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۱۱). استفاده از ادله لاضرر و لاحرج در مورد برخی امراض و عیوب دیگر که در نصوص روایی وارد نشده نیز بکار گرفته شده و در این عیوب، با وجود فقدان دلیل روایی، به حق فسخ اذعان شده است. برای مثال عیب جب با آن که در هیچ متن روایی به عنوان عیب مجوزه فسخ نکاح نام برده نشده است، اما به دلیل قاعده لاضرر به عنوان یکی از عیوب مجوزه فسخ به شمار آمده است (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۰، ص ۳۲۸).

به نظر برخی فقیهان وقتی بیماری‌هایی بسان جذام و برص در ادله روایی در زمره عیوب مجوزه فسخ نکاح قرار گرفته‌اند، به طریق اولی و به قیاس اولویت، برخی بیماری‌های نوپدید و نوظهور هم باید در زمره این عیوب به شمار آید؛ چرا که امراض منصوص بسان جذام و برص منجر به فوت نمی‌گردند و با این حال برای همسر مریض ایجاد خیار فسخ می‌نمایند. بدین سان نسبت به برخی امراض که منجر به فوت می‌شود به قیاس اولویت باید برای همسر حق فسخ وجود داشته باشد (جواهری، ۱۴۱۹ق: ج ۲، ص ۴۱۴).

استدلال فوق قابل مناقشه می‌باشد. زیرا اگر این استدلال صحیح باشد، باید در بسیاری از بیماری‌ها نظیر انواعی از سرطان‌ها که منجر به فوت می‌گردد نیز قائل به جواز حق فسخ گردیم؛ حال آن که چنین توسعه وسیعی را نمی‌توان در عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ برقرار دانست.

همچنین صحت استناد به ادله «لاضرر» و «لاخرج» برای اثبات حق فسخ در بیماری‌های نوپدید و نوظهور که غیرمسمری می‌باشد و یا می‌توان با ابزار و وسایل پیشگیرانه از انتقال و سرایت بیماری جلوگیری است مخدوش است و آن چه در بیماری جذام وجود دارد در این قسم از بیماری‌ها وجود ندارد. اما اگر مراد از ضرر، ضرر معنوی باشد، به این معنا که همسر شخص مبتلا به بیماری‌های نوپدید و نوظهور در صورت ناآگاهی از بیماری طرف دیگر دچار لطمات شدید روحی می‌شود، باز هم نمی‌توان این بیماری‌ها را بر اساس ادله لاضرر در زمره عیوب مجوزه فسخ نکاح قلمداد کرد. چرا که بیماری‌ها یا عیوب و نقایصی که می‌تواند به مضار معنوی و روحی همسر بیانجامد، چه در عصر تشریع و چه در عصر فقاهاست وجود داشته، با این حال هیچ دلیل روایی یا نص فقهی بر اثبات حق خیار در این موارد صادر نشده است. بنابراین استناد به ادله نفی ضرر و نفی خرج برای اثبات حق خیار در بیماری‌های نوظهور و نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی ره به جایی نخواهد برد و دلالتی بر مدعا ندارد.

در نتیجه اگر ملاک و علت ثبوت حق خیار در بیماری‌های منصوص نظیر جذام و برص، مسمری بودن و واگیردار بودن این بیماری‌ها باشد و به دلیل امکان انتقال این

بیماری به همسر، به او حق فسخ نکاح داده شده باشد، نمی‌توان این ملاک را به بیماری‌های نوپدید و نوظهور غیر مسری و یا بیماری‌هایی که با استعمال ابزار و وسایل پیشگیرانه می‌توان از انتقال آنها ممانعت به عمل آورد تسری داد.

۱-۲-۲. ضابطه دوم: ناتوانی در برقراری رابطه جنسی

در پاره‌ای از ادله روایی و فقهی، ملاک وجود حق فسخ در عیوب مجوزه فسخ نکاح، ناتوانی در برقراری رابطه جنسی می‌باشد. براین اساس، عیوبی که در ادله منصوص شده‌اند به علت آنکه باعث سلب قدرت نسبت به برقراری رابطه جنسی می‌شوند ایجاد کننده حق فسخ می‌باشند. بدین ترتیب هر عیب دیگری که دربردارنده این خصلت باشد با تنقیح مناط ایجادکننده حق فسخ می‌باشد و هر عیب دیگری که این خصلت را به نحو اشدّ داشته باشد، با قیاس اولویت ایجادکننده حق فسخ می‌باشد. در این راستا برخی فقیهان با استناد به روایاتی که ناتوانی همسر نسبت به برقراری رابطه جنسی را به عنوان ملاک و علت دارا بودن حق فسخ نکاح برای طرف دیگر قلمداد کرده‌اند، ادعا کرده‌اند که با تنقیح مناط و الغای خصوصیت از این روایات، می‌توان ملاک مزبور را به بیماری‌های عجز آور از رابطه جنسی تسری داد (مدرسی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۱۸).

در بند ۳ از ماده ۲ طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) نیز «بیماری مانع یا مخل دائم ایفای تکالیف زندگی مشترک یا مقتضای عقد نکاح اعم از زناشویی یا زادآوری» به عنوان دومین ملاک در تشخیص بیماری‌های مجوزه حق فسخ دانسته شده است. روشن است که مهم‌ترین مصداق از تکالیف زناشویی، تکلیف زوجین به برقراری رابطه جنسی با یکدیگر می‌باشد.

ابتدا روایاتی که براساس آنها چنین ادعایی طرح شده را مطمح نظر قرار می‌گیرد و سپس استدلال برخی فقیهان در مورد ملاک ناتوانی نسبت به برقراری رابطه جنسی در برخی عیوب مجوزه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در روایت ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) در مورد ابتلای زوج به هر مرضی که قدرت جماع را از بین می‌برد، حق فسخ نکاح به زن داده شده است: «عَنْ أَبِي

بَصِيرَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَ تُفَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۱۱): ابوبصیر گفت از امام صادق (علیه السلام) در مورد زنی که همسرش به مرضی مبتلا شده که نمی تواند با او جماع کند سوال کردم که آیا زن می تواند از مرد جدا شود؟ امام فرمودند: بله، اگر زن بخواهد می تواند جدا شود.

در روایت فوق ملاک حق فسخ نکاح عبارتست از عدم تمکن به نزدیکی. البته ناتوانی موقتی نسبت به جماع نمی تواند مجوزی برای فسخ نکاح قلمداد گردد. بلکه مراد، ناتوانی دائمی است. این قید در روایت دیگری وارد شده است: «عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ الْكِنَانِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَبَدًا أَ تُفَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، الف، ج ۷، ص ۴۳۱): از امام صادق (علیه السلام) در مورد زنی که همسرش به هیچ وجه قادر به جماع با او نیست سوال کردم که آیا می تواند از او جدا شود؟ امام فرمودند: آری اگر بخواهد می تواند چنین کند. بنابراین روایت نخست که مطلق بود با روایت دوم که مقید است، تقیید می خورد. بر اساس روایات فوق ادعا شده است که این ملاک در مورد بیماری های نوپدید که به لحاظ شرعی جواز مقاربت در مورد آنها به دلیل ظن عقلایی به سرایت و انتقال بیماری وجود ندارد نیز وجود دارد؛ چرا که فقدان شرعی تمکن بمانند فقدان عقلی تمکن می باشد. برای مثال مردی که مبتلا به بیماری مقاربتی است که امکان تسری بیماری به همسر وی وجود دارد، از حیث شرعی هیچ گاه و تا پایان زندگی حق جماع ندارد؛ چرا که جماع منجر به اضرار به زوجه می گردد. وقتی شارع اجازه جماع را به او نمی دهد، توانایی شرعی جماع را از دست می دهد و فقدان توانایی شرعی بمانند فقدان توانایی عقلی است (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً). به همین دلیل برخی فقیهان بیماری هایی که بسان عیب عنان مانع برقراری دائمی مقاربت می گردد را از جمله عیوب مجوزه فسخ نکاح قلمداد کرده اند (مدرسی، ۱۴۱۵ق: ص ۱۱۸).

تسری از عیوب منصوص به عیوب غیرمنصوص بر مبنای ناتوانی در برقراری رابطه جنسی، در متون فقهی نیز سابقه دارد. فقیهان نیز در بیان ملاک برخی عیوب

منصوص به ناتوانی در برقراری رابطه جنسی تصریح کرده و با همین استدلال، برخی از عیوب و امراض غیرمنصوص را نیز در لیست عیوب مجوزه فسخ قرار داده‌اند. برای مثال، عیب جب (مقطوع بودن آلت تناسلی مرد) در متون روایی در زمره عیوب مجوزه فسخ نکاح قرار نگرفته است. با این حال فقیهان بر اساس قیاس اولویت به وجود حق فسخ در آن تصریح داشته‌اند؛ چرا که در عیوبی بسان خصاء و عنن، با آن که دخول، ولو به نحو جزئی امکان دارد به وجود حق فسخ در روایات تصریح شده است؛ بنابراین در مورد جب که ابداً امکان دخول وجود ندارد، حق فسخ به قیاس اولویت باید وجود داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۰، ص ۳۲۸؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۶ق: ج ۱۰، صص ۱۴۵-۱۴۶).

با این حال، حتی اگر بتوان ملاک ناتوانی در برقراری رابطه جنسی را به عنوان مناط اصلی در عیوب ایجادکننده حق فسخ نکاح تلقی کرد، ولی نمی‌توان بیماری‌هایی که در زمانه کنونی می‌توان با وسایل و ابزار پیشگیرانه مانع انتقال و سرایت بیماری شد را در زمره بیماری‌های ناتوان کننده در برقراری رابطه جنسی به شمار آورد.

در فقه نیز عیوبی که قدرت برقراری رابطه جنسی را به نحو کامل از بین نمی‌برند و یا عیوبی که قابل درمان هستند، ایجاد کننده حق فسخ دانسته نشده‌اند. برای مثال در عیب عنن که مرد قدرت برای جماع را از دست می‌دهد، فقیهان به استناد روایات متعدد، ثبوت حق خیار را موکول به گذشتن یک سال از تاریخ اقامه دعوای زن دانسته‌اند تا اگر در طول این مدت، مرد توانست با درمان خویش قدرت نزدیکی را ولو برای یک بار به دست آورد، دیگر حق خیاری برای زن ثابت نمی‌گردد. تعدادی از روایات بر این مضمون دلالت دارند که می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

۱. «عَنْ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ أَتُفَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ قَالَ ابْنُ مُسْكَانَ وَفِي حَدِيثٍ آخَرَ تَنْتَظِرُ سَنَةً فَإِنْ أَتَاهَا وَإِلَّا فَارَقْتَهُ فَإِنْ أَحْبَبْتَ أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ فَلْتَقِمِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۱۱): ابوبصیر از امام صادق (علیه السلام) در مورد زنی که همسرش مبتلا به نوعی بیماری گشته که نمی‌تواند با او نزدیکی کند، پرسید که آیا زن می‌تواند از

همسرش جدا شود؟ امام فرمود: بله؛ اگر بخواهد می‌تواند جدا شود. ابن مسکان گفت در حدیث دیگری امام فرمود زن یک سال صبر می‌کند. اگر مرد توانست با او نزدیکی کند، [حق خیار ندارد]. در غیر این صورت زن همسرش را ترک می‌کند. و اگر علاقه به زندگی با همسرش داشت می‌ماند.

۲. «عَنْ أَبِي حَمَزَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ: ... فَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَهِيَ بَكْرٌ فَرَزَعَمَتْ أَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَيْهَا فَإِنَّ مَثَلَ هَذَا يَعْرِفُ النِّسَاءُ فَلْيَنْظُرْ إِلَيْهَا مَنْ يُوثِقُ بِهِ مِنْهُنَّ فَإِذَا ذَكَرَتْ أَنَّهَا عَذْرَاءُ فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يُوجِّلَهُ سَنَةً فَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۱۱): ابوحمزه ثمالی می‌گوید امام باقر (علیه السلام) فرمود:... اگر مردی با زن باکره ای ازدواج کند و زن ادعا کند که مرد با او نزدیکی نکرده است، در این گونه موارد زنان می‌توانند موضوع را تشخیص دهند. پس یکی از زنانی که به گفتار او اعتماد وجود دارد آن زن را معاینه می‌کند. اگر باکره بودن او را تأیید کرد، امام باید یک سال به مرد فرصت دهد. اگر در طول یک سال مرد توانست با زن نزدیکی کند، [حق خیار وجود ندارد]. در غیر این صورت امام بین زوجین جدایی برقرار می‌کند.

۳. «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْعَيْنُ يُتَرَبَّصُ بِهِ سَنَةٌ ثُمَّ إِنْ شَاءَتْ أَمْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ وَإِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۲۳۱): محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام) چنین نقل می‌کند: به مرد مبتلا به عنن یک سال فرصت داده می‌شود [تا خود را درمان نماید. بعد از یک سال اگر مداوا نشد و توانایی نزدیکی را به دست نیاورد] همسرش اگر خواست می‌تواند [با فسخ عقد] با مرد دیگری ازدواج کند و اگر خواست می‌تواند با همان مرد ادامه زندگی دهد.

۴. «عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ قَالَ: إِذَا تَزَوَّجَ الرَّجُلُ الْمَرْأَةَ وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى النِّسَاءِ أَجَلَ سَنَةٍ حَتَّى يُعَالِجَ نَفْسَهُ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۲۳۱): ابوصباح کنانی [از امام صادق (علیه السلام)] نقل می‌کند: زمانی که مرد با زنی ازدواج می‌کند، در حالی که توانایی نزدیکی با زنان را ندارد، یک سال به مرد فرصت داده می‌شود تا خود را درمان نماید.

۵. «عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلُوَانَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ كَانَ يَقْضِي فِي الْعَيْنِ أَنَّهُ يُؤَجَّلُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَفِيعَةِ الْمَرْأَةِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱،

ص ۲۳۲): حسین بن علوان از امام صادق (علیه السلام) و ایشان از پدرش چنین نقل می‌کند که امام علی (علیه السلام) در مورد مرد مبتلا به عنن این حکم را صادر می‌فرمود که به او یک سال از روز اقامه دعوی زن مهلت داد.

بر اساس ملاک روایات فوق، اگر شخص ناتوان از برقراری رابطه جنسی، بتواند با درمان خویش این قدرت را به دست آورد، حق خیار که بر مبنای ناتوانی جنسی مقرر شده بود منجز نمی‌گردد. برخی از فقیهان بر رأی مزبور ادعای اجماع کرده اند (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۵، ص ۱۲۸).

بنابراین در مورد بیماری‌هایی که با استعمال روش‌ها و وسایل پیشگیرانه می‌توان مانع انتقال بیماری در ضمن رابطه جنسی گردید، این روش‌ها و وسایل از حیث ملاک بمانند درمان در بیماری عنن می‌باشد، نمی‌توان حق خیار را به دلیل ناتوانی جنسی برقرار دانست.

ممکن است گفته شود که برقراری رابطه جنسی با همسری که مبتلا به بیماری مقاربتی است با استفاده از روش‌ها و ابزار پیشگیرانه، تنها به صورت غیرمستقیم امکان‌پذیر است و نمی‌توان به صورت مستقیم و با لمس کامل آلت تناسلی به برقراری رابطه جنسی اقدام کرد. لکن باید دانست که در بیماری عنن نیز اگر توانایی برقراری رابطه جنسی به صورت ناقص ممکن باشد، حق فسخ زایل می‌گردد. برای مثال اگر مرد تنها بتواند با بعضی از زنان رابطه جنسی برقرار کند و از برقراری رابطه جنسی با برخی دیگر از زنان ناتوان باشد، نمی‌توان برای زنی که مرد از برقراری رابطه جنسی با او ناتوان است حق خیار را ثابت دانست (آل عصفور بحرانی، [بی‌تا]: ج ۱۰، قسم ۱، ص ۱۶۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۴، ص ۳۸۷)؛ و یا توانایی مرد برای برقراری رابطه جنسی در بعضی زمان‌های خاص و ناتوانی او در زمان‌های دیگر باعث ایجاد حق خیار نمی‌گردد (آل عصفور بحرانی، [بی‌تا]: ج ۱۰، قسم ۱، ص ۱۶۳)؛ و یا توانایی مرد برای برقراری رابطه جنسی در یکی از دو فرج زن، یعنی قُبُل یا دُبُر، و ناتوانی در برقراری رابطه جنسی در فرج دیگر مانع ایجاد حق خیار می‌گردد (آل عصفور بحرانی، [بی‌تا]: ج ۱۰، قسم ۱، ص ۱۶۳). در تمامی این مثال‌ها، مرد فی الجمله توانایی برقراری رابطه

جنسی را دارد، نه بالجمله. با این حال همین توانایی ناقص و اندک نیز شاهی است بر فقدان عجز دائمی، مطلق و کامل نسبت به برقراری رابطه جنسی. آن چه ملاک ثبوت خیار می باشد نیز همین گونه از عجز است و عجز ناقص نمی تواند منشأ ایجاد حق خیار تلقی گردد (آل عصفور بحرانی، [بی تا]: ج ۱۰، قسم ۱، ص ۱۶۳).

روایاتی نیز در این زمینه وجود دارند که عجز جزئی مرد در برقراری رابطه جنسی را زمینه ساز ایجاد حق خیار نمی دانند. برای مثال روایت ذیل دلالت روشنی بر این مطلب دارد: «عَنْ عَمَّارِ بْنِ مُوسَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ عَنْ امْرَأَتِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِيْتَانِهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِيْتَانِ غَيْرِهَا مِنَ النِّسَاءِ فَلَا يُمَسِّكُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهَا فَلَا بَأْسَ بِإِمْسَاكِهَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۴۲۰): عمار بن موسی سبابی از امام صادق (علیه السلام) در مورد مردی که از همسرش جدا زندگی می کند و توانایی نزدیکی با او را ندارد چنین نقل می کند: اگر مرد توانایی برقراری رابطه جنسی با زنان دیگر را نیز ندارد زن را نگاه ندارد، مگر آن که زن به چنین مردی رضایت دهد؛ و اگر با زن دیگری می تواند رابطه جنسی برقرار کند، ایرادی بر نگاه داشتن زن وجود ندارد.

۱-۲-۳. ضابطه سوم: نفرت از نزدیکی با همسر مبتلا به عیب

سومین تقریری که بیانگر مناط اصلی در عیوب مجوزه فسخ نکاح می باشد، برانگیختن نفرت در همسر فرد مبتلا می باشد. بر همین اساس، در هر عیب دیگری که نفرتی همسان یا بیشتر از عیوب منصوص برمی انگیزاند، می توان قائل به وجود حق فسخ گردید. در بند ۳ از ماده ۲ طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) نیز سومین ملاکی که برای بیماری های مجوزه حق فسخ نکاح مطرح شده، انزجار آفرینی برای همسر مبتلا می باشد.

در برخی روایات ملاک و مناط حق فسخ، وجود نفرت از برقراری رابطه جنسی با همسر مبتلا به عیب دانسته شده است. از این جمله روایات می توان به روایت حسن بن صالح از امام صادق (علیه السلام) اشاره کرد که در آن مرد قصد فسخ نکاح با زنی را دارد که مبتلا به مرض قَرَن می باشد. در این روایت به ملاک جواز فسخ اشاره

می‌شود که عبارتست از تنفر مرد از نزدیکی با زن: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَوَجَدَ بِهَا قَرْنًا - قَالَ هَذِهِ لَا تَحْبِلُ - وَ يَنْقَبِضُ زَوْجُهَا مِنْ مُجَامَعَتِهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۲۱۲): از امام صادق (علیه السلام) در مورد مردی که با زنی ازدواج می‌کند و در او عیب قرن را مشاهده می‌نماید سوال شد. امام پاسخ داد که این زن باردار نمی‌شود و مرد از نزدیکی با او تنفر دارد؛ به همین دلیل زن به نزد خانواده‌اش بازگردانده می‌شود.

این ملاک می‌تواند به بیماری‌های شدیدتر از قرن که همسر از نزدیکی تنفر می‌یابد تسری یابد. برخی فقیهان نیز به ملاک نفرت برای توسعه عیوب مجوزه فسخ نکاح استناد کرده‌اند. برای مثال شیخ طوسی برای اثبات حق فسخ زوجه در نکاح با مرد خنثی، این گونه استدلال می‌کند که زندگی و جماع با این شخص نفرت‌برانگیز است و چون زن از حق طلاق نیز بی‌بهره است، باید برای رهایی از این زندگی راه فراری داشته باشد و این راه تنها در خیار فسخ عیان می‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۰، ص ۳۲۹). همچنین شهید ثانی وجود جذام در مرد را علی‌رغم فقدان دلیل روایی، عامل ایجاد حق فسخ نکاح برای زن تلقی می‌کند و در تعلیل بر این فتوای خویش این گونه استدلال می‌کند که نفرتی که زن از مرد مبتلا به جذام دارد با استمتاع که مقصود از نکاح است منافات دارد (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۱۱). بر این اساس، اگر ملاک و علت ثبوت حق خیار در بیماری‌های جذام و برص، نفرت انگیز بودن این بیماری‌ها بوده باشد، می‌توان ملاک مزبور را به بیماری‌هایی که به همان اندازه و یا بیشتر از آنها نفرت انگیز می‌باشد تسری داد.

۲. امکان تسری عیوب مجوزه به بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی

با انضمام شواهد روایی و تعاضد حلقوی آنان نسبت به یکدیگر، می‌توان به تسری عیوب مجوزه فسخ نکاح به بیماری‌های غیرمنصوص که واجد ملاکات موجود در روایات می‌باشند حکم کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ج ۵، ص ۱۲۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق: ص ۱۵۳ و ۱۵۶؛ یوسفی غروی، ۱۳۷۲: ص ۴۵). با الغاء خصوصیت از روایاتی که از عیوب و بیماری‌های خاص نام برده و هم چنین بر اساس فنّ تنقیح

مناطق می‌توان بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی را نیز در ردیف عیوب و بیماری‌های ایجادکننده حق خیار تلقی کرد. چرا که نفرت عمومی از این بیماری محل تردید نیست. در این زمینه باید دانست که ملاک و علت ایجاد حق خیار تنها منحصر در عدم توانایی برای برقراری رابطه جنسی نیست. بلکه عبارت «وَيَنْقَبُضُ زَوْجُهَا مِنْ مُجَامَعَتِهَا» معیاری اعم از امکان و توانایی وطی را به عنوان ملاک ثبوت خیار فسخ مطرح کرده است (موسوی سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۲۵، ص ۱۱۸). خصوصاً این که چه در این روایت و چه در برخی روایات دیگر، تصریحاتی مبنی بر امکان دخول در بیماری عفل وجود دارد، با این حال امام از باب نفرت انگیزی این وطی حکم به ثبوت خیار می‌دهد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ج ۵، ص ۱۱۵). برای مثال در ادامه همین روایت چنین می‌خوانیم: «قُلْتُ فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا قَالَ.. إِنْ لَمْ يَعْلَمْ إِلَّا بَعْدَ مَا جَامَعَهَا فَإِنْ شَاءَ بَعْدُ أُمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ سَرَّحَهَا إِلَى أَهْلِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۲۱۶): از امام سؤال کردم اگر مرد با این زن دخول نمود حکم خیار چگونه است؟ امام پاسخ داد که اگر مرد تا پیش از جماع از بیماری زن آگاه نباشد، در صورت تمایل می‌تواند زن را نگاه دارد و در صورت عدم تمایل می‌تواند زن را به سوی خانواده اش رهسپار کند. با توجه به متن روایت روشن می‌شود که در این بیماری وطی امکان‌پذیر است، اما امام بر ثبوت حق فسخ به دلیلی دیگر تأکید می‌نماید.

با بررسی ملاکات مندرج در طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) نیز می‌توان از حیث قانونی، بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی را در زمره بیماری‌های دارای حق فسخ برای طرف دیگر تصور کرد؛ چرا که در ماده ۲ این طرح چهار ملاک برای بیماری‌های دربردارنده حق فسخ مطرح شده که عبارتند از: «مسری بودن، غیرقابل درمان بودن، صعب‌العلاج بودن بگونه‌ای که روند درمان یا هزینه‌های درمان باعث عسر و حرج همسر مبتلا گردد، ممانعت از ایفای تکالیف ناشی از زندگی مشترک اعم از تکالیف زناشویی و فرزندآوری، انگیزش نفرت و انزجار در همسر مبتلا».

وجود خیار فسخ برای زن در صورت ابتلای مرد به بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی یکی از ضروریات قانون گذاری است؛ چرا که اولاً اگر از وسایل

و ابزار پیشگیرانه استفاده نشود، سرایت این بیماری از مرد به زن بسیار بیشتر از سرایت بیماری از زن به مرد است؛ و ثانیاً مرد در صورت ابتلای زن به این بیماری دارای حق طلاق است و می‌تواند با این وسیله خود را از زندگی با شخص مبتلا به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی برهاند، حال آن که زن به دلیل عدم داشتن حق طلاق و صعوبت طلاق با اثبات عسر و حرج، در صورت عدم اثبات عسر و حرج خویش هیچ راهی برای فرار از زندگی با شخص مبتلا به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی ندارد. این دوگانگی در حق زن و مرد، امری است که فقیهان را نیز در مورد برخی از عیوب به اثبات حق فسخ برای زوجه واداشته است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۱۱).

۳. سقوط حق فسخ در صورت ابتلا به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی بعد از انعقاد عقد نکاح

مسئله دیگری که باید مورد بررسی قرار گیرد آن است که اگر بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی در زمره عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ قرار گیرد، آیا صرفاً ابتلای بیماری پیش از انعقاد عقد می‌تواند سبب حدوث خیار گردد و یا ابتلای بیماری پس از انعقاد عقد و پس از نزدیکی نیز می‌تواند مجوز فسخ عقد گردد؟ مشهور فقیهان در مورد عیوب مجوزه فسخ نکاح، با استناد اصالة اللزوم در عقود، و استصحاب لزوم عقد و هم چنین به دلیل احتیاط فراوان شارع در عقد نکاح، سعی در محدود نمودن دامنه خیار به عیوب پیش از عقد دارند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۲۵). در این میان تنها دو عیب جنون و عنن به عقیده مشهور و بلکه به اجماع فقیهان، حتی اگر بعد از عقد حادث شود نیز خیار فسخ به همراه می‌آورد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۳۰، ص ۳۲۶).

در ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی نیز با ادبیاتی حصری، تنها حدوث دو بیماری عنن و جنون در مرد بعد از انعقاد عقد مجوز فسخ دانسته شده و این اجازه برای سایر بیماری‌ها و عیوب قرار داده نشده است. لکن در بند ۱ از ماده ۲ طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) ضمن نسخ ماده ۱۱۲۵، در کلیه بیماری‌های مجوزه حق فسخ

چنین مقرر شده که در صورتی برای همسر شخص مبتلا ایجاد حق فسخ می‌نماید که بیماری پیش از انعقاد عقد ظاهر شده باشد؛ لکن مقرر مزبور یک استثنا دارد که در همین بند بدان تصریح شده است. استثنای مزبور در مورد بیماری‌های مسری است که تدوین‌کنندگان این طرح بدون تبعیض و تفاوت‌نهادن میان بیماری‌های مسری به گونه‌ای عام همه بیماری‌های مسری، ولو آنکه بعد از انعقاد عقد نکاح ظاهر شده باشد را باعث ایجاد حق فسخ برای همسر مبتلا دانسته‌اند.

در مقابل دیدگاه فوق، اقلیتی از فقیهان بسان شیخ طوسی بر وجود حق فسخ به علت ابتلا به یکی از عیوب مجوزه فسخ، بعد از انعقاد عقد تصریح کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۲۵۲). شیخ حتی ابتلا به عیب بعد از برقراری رابطه جنسی را نیز به دلیل عمومیت و اطلاق موجود در روایات، مثبت حق فسخ می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۴، صص ۲۵۲ - ۲۵۳).

در مورد عیوب حادث بعد از برقراری رابطه جنسی، باید اطلاق موجود در بعضی از روایات را حمل بر قید روایات دیگر نماییم که تنها بیماری‌های پیش از انعقاد عقد را قابل فسخ می‌دانند (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۲۴). از حیث منطقی نیز حکم مزبور قابل توجیه است؛ چرا که زوجین بر این مبنا ازدواج نمی‌کنند که تا آخر عمر، هیچ یک مبتلا به هیچ یک از بیماری‌ها یا عیوب مجوزه فسخ نگردد.

بر این اساس باید موضوع را منحصر به حالتی گردانیم که یکی از زوجین بعد از انعقاد عقد و پیش از نزدیکی مبتلا به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی می‌گردد. اقلیتی از فقیهان بروز عیب و بیماری در این حالت را عامل ایجاد خیار برای همسر دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۴، ص ۲۵۲؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ب: ج ۴، ص ۳۴۹؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۲۷۸). در مقابل، مشهور فقیهان ابتلا به عیب و بیماری بعد از انعقاد عقد و پیش از نزدیکی را مجوز فسخ نمی‌دانند (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۶۱۳؛ حلی (فخر المحققین)، ۱۳۸۷ق: ج ۳، ص ۱۷۹؛ حلی (فاضل مقداد)، ۱۴۰۴ق: ج ۳، ص ۱۸۵؛ کرکی عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق: ج ۱۳، ص ۲۵۲). در این میان، برخی فقیهان در برزخ میان قبول و رد حق فسخ در این حالت قرار

دارند. برای مثال شهید ثانی دارابودن حق فسخ را دارای قوت دلالتی می‌بیند، ولی تصریح می‌کند که قول به عدم دارابودن حق فسخ نیز فاقد ایراد است (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳ق: ج ۸، ص ۱۲۵).

دلیل عمده ای که وجود حق فسخ در صورت ابتلا به بیماری بعد از انعقاد عقد و پیش از نزدیکی را پشتیبانی می‌کند، روایاتی است که فسخ در این حالت را صحیح تلقی کرده‌اند. هم چنین به روایاتی استناد شده که به گونه‌ای مطلق رد و فسخ نکاح را جایز دانسته‌اند که با تمسک به اطلاق این روایات، فسخ بعد از عقد نیز صحیح دانسته شده است. لکن تمام روایات مزبور ظهور در حالتی دارند که عیب قبل از عقد حادث شده و فسخ بعد از عقد رخ داده و هیچ قرینه و شاهی در هیچ یک از این روایات وجود ندارد که دال بر حدوث بیماری بعد از انعقاد عقد باشد. در واقع در روایات واژه‌های «فسخ» و «رد» به صورت مطلق بیان شده که دلالت بر جواز فسخ پیش از عقد و پس از عقد دارد، اما زمان ابتلای به عیب و بیماری مطلق نمی‌باشد که هم بر حدوث پیش از عقد و هم بر حدوث پس از عقد دلالت داشته باشد (کرکی عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ق: ج ۱۳، ص ۲۵۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ج ۵، ص ۱۲۷).

۴. سقوط حق فسخ در صورت علم به ابتلای همسر به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی

مسئله مهم دیگری که باید مد نظر قرار گیرد این است که تنها در صورتی می‌توان به استناد ابتلا به بیماری نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی نکاح را فسخ کرد که طرف دیگر نسبت به آن بی اطلاع باشد؛ و الا در صورت آگاهی طرف دیگر از بیماری همسر، نمی‌توان نکاح را به دلیل داشتن این بیماری فسخ کرد. ماده ۱۱۲۶ قانون مدنی علم طرف دیگر به یکی از عیوب مجوزه فسخ را باعث سقوط خیار می‌داند. در ماده ۲ طرح اصلاح موادی از قانون مدنی (۱۳۹۸) نیز «علم ذی حق به بیماری در زمان عقد یا توافق طرفین در این خصوص» مسقط حق فسخ قلمداد گردیده است. در واقع طرف دیگر با این آگاهی به ضرر خود اقدام کرده و قاعده اقدام اقتضای سقوط خیار را دارد. برخی روایات نیز بر این مضمون تأکید دارند که علم طرف دیگر به بیماری همسر به معنای رضایت او به ازدواج و زندگی با این همسر تلقی می‌گردد و ردّ بعد از رضا مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد. خبر ذیل از جمله روایاتی است که بر این

مضمون دلالت دارد: «عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً - فَوَجَدَ بِهَا قَرْناً قَالَ هَذِهِ لَا تَحْبِلُ - وَ يَنْقِضُ زَوْجَهَا مِنْ مُجَامَعَتِهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا - قُلْتُ فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا - قَالَ إِنْ كَانَ عِلْمٌ قَبْلَ أَنْ يُجَامَعَهَا - ثُمَّ جَامَعَهَا فَقَدْ رَضِيَ بِهَا - وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ إِلَّا بَعْدَ مَا جَامَعَهَا - فَإِنْ شَاءَ بَعْدُ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ سَرَحَهَا إِلَى أَهْلِهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۲۱۶): حسن بن صالح گفت از امام صادق (علیه السلام) در مورد مردی که با زنی ازدواج می‌کند و او را قرناء می‌یابد سؤال می‌کند. امام می‌فرماید این زن باردار نمی‌شود و مرد از جماع با او متنفر است و به سوی خانواده اش بازگردانده می‌شود. حسن بن صالح می‌گوید به امام گفتم اگر دخول صورت گیرد حکم چگونه است؟ فرمودند اگر مرد قبل از جماع از عیب زن آگاه بود و با همین آگاهی اقدام به جماع نمود، همانا به ازدواج و زندگی با این زن رضایت داده است [و در این صورت حق فسخ نخواهد داشت]؛ و اگر تا لحظه جماع از عیب زن اطلاع نیافت، در صورتی که مایل باشد می‌تواند زن را نگاه دارد و در صورتی که مایل نباشد می‌تواند زن را به نزد خانواده اش رهسپار کند.

نتیجه

در ادله روایی و مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۲ قانون مدنی تعدادی از مصادیق عیوب و امراضی که قدمت آنها به عصر تشریع بازمی‌گردد به عنوان بیماری‌هایی شناخته شده‌اند که ابتلای به آنها ایجادکننده حق فسخ نکاح برای همسر بیمار می‌باشد. فقیهان نیز برخی بیماری‌ها را به فهرست بیماری‌های منصوص در روایات افزوده‌اند. با این حال، وجود حق فسخ در بیماری‌هایی که در زمانه کنونی پدیدار می‌شوند و بصورت طبیعی در عصر تشریع و تفقه وجود خارجی نداشتند تا در لیست بیماری‌های قابل فسخ نکاح قرار گیرند، محل بحث و کنکاش قرار می‌گیرد.

آنچه مهم است این است که اولاً برخی روایات به گونه‌ای تمثیلی و نه حصری به بیان بیماری‌های قابل فسخ اقدام کرده‌اند که زمینه برای تسری به بیماری‌های دیگر را هموار می‌سازد، و برخی روایات نیز اساساً به ارائه ملاک، معیار و ضابطه پرداخته‌اند که در مورد این روایات باید به تتبع و تنقیح این ملاکات و ضوابط اقدام کرد. این

روشی است که نظیر آن را می‌توان در روش‌شناسی تفقه برخی فقیهان نیز مشاهده کرد که با اخذ ملاکات روایی و با در نظر گرفتن روح حاکم بر شریعت و مذاق شارع به تنقیح مناط اقدام کرده و برخی بیماری‌های مشابه را نیز با حق فسخ مواجه دانسته‌اند. با بررسی متون روایی و فقهی این نتیجه بدست می‌آید که مهم‌ترین هدف برای تشریع حق فسخ نکاح در صورت ابتلای یکی از زوجین به برخی بیماری‌ها و عیوب، ناتوانی در برقراری رابطه جنسی کامل یا سالم و یا برقراری رابطه در فضایی ناامن و دلهره‌آور است و یا برقراری رابطه در چنین شرایطی تنفرزا است. با منقح ساختن ملاکات و ضوابط مزبور می‌توان با قیاس اولویت، بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی را نیز در زمره بیماری‌هایی دانست که برای همسر مبتلا ایجاد حق فسخ می‌نماید، چرا که این بیماری‌ها یا تمکن جنسی و جسمی به برقراری رابطه را از بین می‌برد و یا امکان شرعی آنرا با مانع مواجه می‌سازد که امتناع شرعی نیز در حکم امتناع عقلی و عملی است و یا از عوامل ایجاد نفرت، انزجار، ناامنی و اضطراب در برقراری رابطه است و در کل، یا رابطه جنسی به طور کامل یا سالم برقرار نمی‌شود و یا محیطی امن، فاقد اضطراب و دلهره در برقراری رابطه ایجاد نمی‌شود و یا این رابطه بجای ایجاد خوشایندی، عامل ایجاد نفرت از همسر مبتلا می‌باشد. از این رو با لحاظ ملاکات مضبوط و ماخوذ از ادله روایی می‌توان بیماری‌های نوپدید و نفرت‌برانگیز مقاربتی را نیز از بیماری‌های قابل فسخ نکاح به شمار آورد. با درک همین ضرورت، طرح اصلاح موادی از قانون مدنی در تیرماه ۱۳۹۸ در مجلس شورای اسلامی الگوی فعلی قانون مدنی در احصاء مصادیقی از عیوب و بیماری‌های مجوزه فسخ نکاح را نسخ نمود و به بیان ضوابط فسخ نکاح پرداخت که ضوابط مزبور به نحو یکسان برای زوج و زوجه می‌تواند موجد حق فسخ باشد. احیای طرح فوق می‌تواند به رفع تبعیض و رفع این حیرت عقلی و عقلایی کمک کند که حق فسخ را تنها به برخی مصادیق بیماری و عیب که در عصر تشریع موجود بودند تقلیل می‌دهد؛ و حال آنکه برخی بیماری‌های پس از عصر تشریع که از حیث صعب‌العلاج بودن و نفرت‌برانگیز بودن بسیار شدیدتر از بیماری‌های منصوص است فاقد حق فسخ تلقی گردد.