

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نامتعادل زوجین در برخورداری از حق فسخ نکاح^۱

سید علی علوی قزوینی*

چکیده: نویسندگان قانون مدنی ایران در تدوین مقررات مربوط به حقوق خانواده، معمولاً از آراء مشهور فقهاء امامیه پیروی کرده‌اند، این تبعیت در مواردی بدون ملاحظه نظرات مخالف در فقه و ارزیابی قوت و استحکام فقهی آنها صورت گرفته و سبب وضع مواد قانونی نامتعادلی شده است.

از جمله این موارد ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی است که به موجب آن قرن جذام، برص، افضاء، زمین گیری و نابینایی از هردو چشم از عیوب خاص زنان شمرده شده و در نتیجه موجبات برخورداری شوهر از حق فسخ نکاح را در این موارد فراهم ساخته است و در مقابل زن را از چنین حقی به جهت ابتلاء شوهر به برخی از این بیماری‌ها که امکان ابتلاء آن در زنان و مردان یکسان است (مانند برص و جذام) محروم کرده است. به نظر می‌رسد این نابرابری در حقوق زوجین در زمینه برخورداری از حق فسخ نکاح در این قبیل بیماری‌ها، غیر قابل توجیه است. در این مقاله سعی شده است تا با طرح دلایل و مستندات نظریه مشهور و نقد و بررسی آنها و نیز ارائه دیدگاه‌های مخالفین و ارزیابی آن، به نتایج منطقی و قابل قبولی برسیم.

واژه‌های کلیدی: افضاء، برص، جذام، زمین گیری، عیوب زن، فسخ نکاح، قرن، نابینایی دو چشم

^۱ این مقاله بر گرفته از طرح پژوهشی "نگرشی نو بر عیوب نکاح در قانون مدنی ایران" به شماره پرونده ۲۰۰/۲/۸۴۸ است که با حمایت مالی دانشگاه تهران (پردیس قم دانشگاه تهران) انجام شده است.

مقدمه

قانون مدنی ایران در مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۳ قانون مدنی از برخی امراض و بیماری‌هایی نام برده‌است که ابتلاء هر یک از زوجین به آنها سبب برخورداری طرف مقابل از حق فسخ نکاح است، برخی از این بیماری‌ها از عیوب مشترک میان زن و مرد تعدادی نیز از عیوب مختص به هر یک از زنان یا مردان است.

منظور از عیوب مشترک عیوبی است که هرگاه در هریک از طرفین عقد پیدا شود، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل خواهد بود. قانون مدنی به پیروی از نظریه مشهور فقهاء امامیه تنها بیماری جنون را به عنوان عیب مشترک زوجین شناسایی کرده و تحقق آن را در هر یک از زوجین سبب حق فسخ برای طرف مقابل دانسته است (ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی) هر چند که احکام جنون مربوط به زن یا مرد نیز با یکدیگر متفاوتند و البته در این مورد قانونگذار بحق از زنان حمایت بیشتری کرده است و در مقابل محرومیت زن از حق طلاق امتیاز بیشتری در برخورداری از حق فسخ نکاح به وی اعطا کرده است. زیرا زن در صورت ابتلاء مرد به جنون حتی اگر بعد از عقد هم حادث شود از حق فسخ نکاح برخوردار است و می‌تواند تقاضای فسخ نکاح نماید (ماده ۱۱۲۴ و ۱۱۲۵ قانون مدنی).

از سوی دیگر به موجب ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی بیماری‌های جذام و برص، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم از بیماری‌های خاص زنان معرفی شده‌اند که در نتیجه وجود این بیماری‌ها در شوهر سبب ایجاد حق فسخ برای زن نخواهد بود. توجیه منطقی این نابرابری در حقوق زن و مرد در استفاده از حق فسخ نکاح در خصوص بیماری‌های یاد شده، دشوار به نظر می‌رسد، چرا که اولاً: احتمال ابتلاء به این قبیل بیماری‌ها (جذام،

نقد و تحلیل ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران ۷

بیماری‌های سخت (جذام، برص و زمین‌گیری نابینایی) در مدیریت خانواده و تنظیم نظام اقتصادی آن به مراتب بیشتر از آثار منفی ابتلاء زن به آنها است و این در حالی است که به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مرد از حق طلاق نیز برخوردار است و در صورت ابتلاء زن به بیماری‌های یاد شده می‌تواند با استفاده از روش آسان‌تر (فسخ نکاح) خود را از آثار زینبار عقد رهایی بخشد در حالی که زن اختیار طلاق ندارد در صورت مواجه شدن شوهر با این قبیل بیماری‌ها، چنانچه از حق فسخ نیز برخوردار نباشد، باید ناگزیر این وضعیت زینبار را تحمل کند که البته این امر با روح عدالت‌خواهی احکام اسلامی چندان سازگار به نظر نمی‌رسد.

ممکن است تصور شود که زن نیز می‌تواند از طریق توسل به طلاق خلع خود را از این وضعیت اسفبار نجات دهد و بنابراین ضرورتی برای شناسائی حق فسخ برای زن در صورت ابتلاء مرد به جذام و برص نیست. ولی این سخن ناتمام است زیرا هر چند که طلاق خلع همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است، ولی واقعاً معاوضه نیست و همواره با اراده شوهر انجام می‌گیرد هر چند انگیزه وی اراده دریافت مال از زن باشد از این رو تحقق طلاق خلع موکول به اراده شوهر و قبول فدیة (مالی که زن به مرد می‌بخشد) است و در صورت عدم موافقت شوهر با این امر طلاق خلع ممکن نیست.

بنابراین در صورت مبتلا شدن شوهر به این قبیل بیماری‌ها (جذام و برص) و عدم موافقت شوهر با درخواست طلاق خلع و محرومیت زن از حق فسخ وی مجبور است که این وضعیت مشقت بار را تحمل نماید که البته این امر با روح احکام اسلامی سازگار نیست و ناچار قانونگذار باید برای این فرض راه حل عادلانه‌ای بیندیشد که آن نیز صرفاً در برخوردار نمودن زن از حق فسخ نکاح است.

البته عیب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور بهنگام عقد وجود داشته باشد و مرد عالم به امراض فوق نباشد(مواد ۱۱۲۴ و ۱۱۲۶ قانون مدنی). در این مقاله تلاش شده است تا با مراجعه به منابع فقهی و آراء فقهاء، و نیز تجزیه و تحلیل دقیق مستندات نظریه مشهور فقهاء به نتیجه منطقی و قابل قبولی در این موضوع برسیم.

بررسی مبنای فقهی ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در خصوص بیماری جذام و برص

ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در رابطه با عیوب زنان مقرر می‌دارد، عیوب ذیل در زن موجب حق

فسخ برای مرد خواهد بود:

۱- قرن ۲- جذام ۳- برص ۴- افضاء ۵- زمین گیری ۶- نابینایی از هر دو چشم

همان طور که پیشتر گفتیم، حکم قانون مدنی در این مورد مبتنی بر نظریه مشهور فقهاء امامیه است، ولی در مقابل نظریه مشهور عده دیگری از فقهاء عیوب یاد شده (برص، جذام، زمین گیری...) را از مصادیق عیوب مشترک دانسته‌اند، به عنوان مثال؛ قاضی عبدالعزیز بن البرّاج (متوفای ۴۸۱ه.ق) در کتاب المهدّب بیماری‌های جنون، جذام، برص و نابینایی را از عیوب مشترک دانسته است(طرابلسی، ۱۴۰۶:۲۳۱) و نیز علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه از ابن جنید اسکافی - از فقهاء قرن چهارم هجری و متوفای ۳۸۱ هجری نقل کرده است که وی نیز بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک می‌دانسته است، وی گوید: «و ابن‌الجنید یوهّم کلامه ذلک، فانّه قال: الذی یردّ به النکاح من العیوب: الجنون و البرص و الجذام و الداء یمنع من الوط، وسواء کان کذلک بالرجل أو المرأة...»(علامه حلی، ۱۴۱۸:۱۸۴).

همچنین علامه حلی در کتاب مزبور، پس از نقل نظریه ابن‌برّاج و دلایل او مبنی بر مشترک بودن عیب جذام، برص و نابینایی، افزوده است: «وکلام ابن ادریس حسن لابأس به» یعنی: سخن ابن برّاج نیکو است و جای خرده گیری و اشکال در آن نیست(علامه حلی،

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۹

۱۴۱۸:۶۶) و فرزندش فخرالمحققین در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح القواعد ایرادی بر این سخن نگرفته است و ابن خود گویای آن است که او (فخرالمحققین) نیز این مطلب را پذیرفته است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۱۸۱)، همچنین فاضل مقداد (متوفای ۸۲۶ ق) در کتاب التنقیح الرائح (السیوری، ۱۴۰۴: ۱۷۸) و نیز شیخ علی بن عبدالعالی کرکی معروف به محقق ثانی محقق کرکی (متوفای ۹۴۰ قمری) در کتاب جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۶۹) بیماری‌های جذام، برص و کوری را از زمره عیوب مشترک دانسته است.

شهید ثانی (متوفای ۹۶۵ ق) در کتاب مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰) و شرح روضه البهیة (شهید ثانی، ۱۴۱۸: ۳۸۳)، نیز بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک معرفی کرده است.

از فقهای متأخر نیز مرحوم آیه الله سید ابوالحسن اصفهانی در وسیلة النجاه، مشترک بودن دو عیب جذام و برص را دور از واقعیت ندانسته و گفته است: «و قیل بكونهما من العیوب المشترکه بین الرجل و المرأة و هو لیس ببعید» (اصفهانی، ۱۳۶۴: ۳۷۹).

موضوع شناسی

لازم است قبل از بررسی دلایل نظریه مشهور و مخالفین آن به شناسایی موضوع برص و جذام بپردازیم، هرچند که تشخیص موضوعات فقهی بر عهده فقیهان نیست و چنانچه محقق کرکی نیز در مورد وحدت یا تعدد بیماری غفل و رتق در زنان گوید: «انّ ذلك لیس وظیفه الفقیه» (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۳۸).

ولی مع الوصف فقهاء تعاریفی از این دو بیماری بیان کرده‌اند، که البته چندان قابل اعتماد نیست و باید برای شناخت این بیماری‌ها به دانش پزشکی و متخصصان این علوم مراجعه شود.

تعریف جذام^۱: جذام یک بیماری عفونی با ابتلاء پوست و اعصاب است که توسط میکروبی به نام "باسیل" ایجاد می‌شود، این بیماری به ندرت به فرد دیگر منتقل می‌شود و برای سرایت آن، چندین سال تماس مداوم و زمینه مساعد لازم است، بعضی از انواع این بیماری قابل درمان است ولی در نوع شدید و پر "باسیل" آن گرچه شخص پس از درمان، از نظر خطر سرایت و آلودگی به دیگران مبرّی است، معهداً ممکن است میکروب در بدنش به طور پنهانی باقی بماند. این باکتری با ایجاد ضایعات پوستی موجب از دست دادن حس و اعصاب می‌شود، ضایعات دیگر به صورت تغییر فرم‌جلدی، از دست دادن انتهاها (نوک انگشتان دست و پا) می‌باشد(راستی، ۱۳۸۰: ۶۳)، فقهاء نیز در تعریف جذام گفته‌اند جذام نوعی بیماری است که بر اثر آن اعضاء بدن بیمار خشک و سیاه شده و گوشت بدن بر اثر آن از بین می‌رود، علایم این بیماری را سرخ یا سیاه شدن اعضاء بدن، تنگی نفس و نیز تورم صورت و بیرون زدن چشمان ذکر کرده‌اند(کرکی، ۱۴۰۸: ۲۳۵).

تعریف برص^۲: بیماری برص یا پیسی یک بیماری صرفاً پوستی بی‌خطر با علت نامشخص است که در بعضی نواحی پوست، سلول‌های سازنده رنگدانه از بین می‌رود. این بیماری به هیچ‌وجه مُسری نیست و عامل عفونی در ایجاد آن دخالت ندارد و چون علت این بیماری نامشخص است، بنابراین درمان قطعی و علاج نهایی برای ریشه کنی آن وجود ندارد و با روش‌های درمانی موجود می‌توان ۶۰ تا ۷۰ درصد در بازگشت رنگ کمک کرد(راستی، ۱۳۸۰: ۶۳).

فقها در مورد بیماری برص گفته‌اند: برص نوعی بیماری است که سبب چیرگی سفیدی بر سیاهی (یا بالعکس) در قسمتی از بدن می‌گردد، ایشان در مورد تشخیص بیماری برص از بیماری

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۱

نهق که در سفیدشدن پوست مشابه بیماری برص است (طریحی، ۱۳۷۵:۱۴۲) علایمی ذکر کرده‌اند از قبیل اینکه در بیماری برص موهای محل سفیدی اعضاء نیز سفید می‌شوند و یا هر گاه سوزنی را در محل سفیدی فرو کنند، به جای خون، مایع سفید رنگی خارج می‌شود که این نشانه برص است (کرکی، ۱۴۰۸:۲۳۶).

ولی همان طور که پیشتر گفتیم تشخیص این بیماری‌ها بر عهده متخصصان علوم پزشکی است و تا زمانی که از سوی پزشکان متخصص وجود بیماری‌های یاد شده گواهی نشده باشد، اصل لزوم نکاح و بقاء علقه زوجیت است. هر چند که علایمی که فقها گفته‌اند نیز ظاهر شده باشد.

بررسی دلایل و مستندات نظریه اختصاص عیب جذام و برص به زن (نظریه مشهور فقها)

مشهور فقها امامیه، عیب جذام و برص را از عیوب خاص زنان دانسته و برای اثبات این امر به دلایل زیر استناد جسته‌اند:

الف) اصل: برخی از فقها در مورد عدم امکان فسخ عقد توسط زن در صورت ابتلاء شوهر به بیماری‌هایی غیر از بیماری خاص مردان، به اصل استناد کرده‌اند، صاحب جواهر در این مورد گوید: «فلا یرد الرجل بعیب غیر ذلک الذی قدّمناه وفاقاً للمشهور، للاصل...» (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰). مقصود فقهاء از اصل را می‌توان به اصل لفظی (اصل لزوم عقد مستفاد از آیه اوفوا بالعقود یا اصل عملی استصحاب بقاء علقه زوجیت) تفسیر نمود، که در هر دو صورت با فرض تردید در ثبوت حق فسخ برای زن در فرض ابتلاء 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.

ولی 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.

ب) حدیث غیاث الضبی از امام صادق علیه السلام که فرمود: «الرجل لایردّ من عیب»: مرد به سبب عیب ردّ نمی‌شود، کنایه از عدم فسخ نکاح به سبب عیوب مردان است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳۰).

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، ۱۹۸۱: ۳۳۰). صاحب جواهر به پیروی از صاحب ریاض، حدیث فوق را با عنوان "معتبره" یاد کرده و دلیل اعتبار آن را نیز عمل مشهور فقهاء به مضمون آن و نیز وقوع برخی از اصحاب اجماع (مانند صفوان بن یحیی، أبان بن عثمان) در سند حدیث دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۱).

ولی 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:

اولاً: راوی حدیث یعنی غیاث الضبی که در نقل کلینی به عنوان "عباد الضبی" آمده است (کلینی، ۱۳۶۵: ۴۱۰) فردی گمنام و مجهول است و در کتب رجال فردی به این نام معرفی نشده است. بنابراین حدیث مزبور ضعیف شمرده می‌شود، و اما دلایلی که از سوی صاحب جواهر 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).

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۳

ثانیاً: حدیث فوق دچار نوعی ناهماهنگی و اضطراب در متن است، زیرا در صدر حدیث بیماری عنن از اسباب فسخ نکاح معرفی شده در حالی که در ذیل آن به طور کلی فسخ نکاح به سبب عیوب مردان نفی شده است.

متن کامل حدیث چنین است: «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في العنين اذا علم انه عنين لا يأتى النساء فرّق بينهما، و اذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرّق بينهما، و الرجل لا يردّ من عيب»: 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» (کلینی، ۱۳۶۵: ۴۳۰).

همان طور که ملاحظه می‌شود این 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 استثناء از عام به کمک ادوات استثناء (مانند آلاً) صورت گیرد و در غیر این صورت استثناء صحیح نیست و در حدیث یاد شده چنین امری موجود نیست (آشتیانی، بی تا: ۲۲۱)

افزون بر این جمله «الرجل لا يردّ بعيب» در کتاب من لا يحضره الفقيه به صورت «الرجل لا يردّ من عنن» آمده است (صدوق، ۱۴۱۴: ۳۵۷) که در این صورت میان صدر و ذیل حدیث تناقض آشکار وجود دارد.

شاید به ملاحظات فوق است که فاضل مقداد در کتاب التتقيح الرائع در مورد حدیث مورد بحث گفته است: «و الروايه متروکه الظاهر اجماعاً، وهی مع مخالفتها للنظر ضعيف (السيوري، ۱۴۰۴: ۱۷۹) و شهید ثانی نیز در مسالك آورده است: استناد به روایت «الرجل لا يردّ بعيب» از سوی برخی فقها برای منع اختیار فسخ زن از شگفتی‌های روزگار است، چراکه 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: ۱۱۰).

بررسی دلایل و مستندات نظریه عدم اختصاص عیب جذام و برص به زن (نظریه مخالفین مشهور)

معتقدین به ثبوت حق فسخ برای زوجه به جهت ابتلاء شوهر به بیماری‌های جذام، برص، نیز برای اثبات مدعای خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

الف) روایت صحیحہ حماد:

روایت صحیحہ حماد از حلبی است که از امام صادق علیه السلام که نقل می‌کند: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»: همانا نکاح به علت بیماری برص، جذام، جنون و عفل رد (فسخ) می‌شود (طوسی، ۱۴۰۲: ۴۲۴).

در توجیه دلالت حدیث بر مدعای مورد نظر گفته شده است: اطلاق حدیث شامل زن و مرد هردو است، و قرینه‌ای که آن را به زنان اختصاص دهد نیز وجود ندارد. چنانچه نام بردن از بیماری 'عفل' که از عیوب اختصاصی زنان به شمار می‌رود نیز نمی‌تواند قرینه‌ای بر اختصاص مفاد آن (حدیث) به زنان باشد، چرا که نام این بیماری (عفل) در ردیف بیماری جنون قرار گرفته است، که آن (جنون) از بیماری‌های مشترک محسوب می‌شود، بنابراین به استناد اطلاق حدیث فوق، بیماری جذام و برص در مردان نیز سبب ایجاد حق فسخ برای زن خواهد بود (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۶۹ و السیوری، ۱۴۰۴: ۱۷۸).

ب) قیاس اولویت:

گفته‌اند: چنانچه وجود این امراض (جذام، برص، کوری و...) در زنان عیب شمرده شده و

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۵

درجایی که مردان مبتلا به این امراض شدند باید به طریق اولی برای زنان نیز حق فسخ ایجاد شود زیرا زنان از اختیار طلاق محرومند و تنها راه خلاصی آنها از ضرر ناشی از عیب مزبور همان استفاده از حق فسخ است (شهیدثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰).

ج) قاعده لاضرر:

بدون تردید، محروم بودن زن از اختیار فسخ در موارد ابتلاء شوهر به جذام و برص، منجر به ضرر زن خواهد شد، زیرا افزون بر مسری بودن بیماریهای مانند جذام، وجود این قبیل بیماریهای مسری یا پوستی در مرد سبب ایجاد نوعی تنفر و انزجار برای طرف مقابل (زن) خواهد شد، که این امر منافی با حق استمتاع است، از این رو باتوجه به قاعده لاضرر این ضررها منفی است و راه نفی آن نیز ثبوت حق فسخ برای زوجه است. چنانچه فقیه نو اندیش شهید ثانی در این خصوص گفته است: «و حصول الضرر منه بالعدوی باتفاق الاطبا و اهل المعرفة» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰).

د) حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله که فرمودند: «فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فَارَاكٌ مِنَ الْاَسَدِ»: از شخص جذامی دوری کن همان گونه که از شیر درنده پرهیز می کنی (صدوق، ۱۴۱۴: ۳۶۳). بدیهی است که پرهیز زن از شوهر جذامی خود به طوری که مستلزم تحمل ضرر از ناحیه زن نباشد، فقط با استفاده از حق فسخ امکان پذیر است.

ارزیابی دلایل پیشین

دلایل پیشین از سوی طرفداران نظریه مشهور مورد ایراد قرار گرفته است، که ما در این فراز به نقل و نقد این ایرادات می پردازیم:

ایراد اول: صاحب جواهر به پیروی از صاحب ریاض در مورد دلیل اول (صحیحه حماد) گفته اند: اساساً حدیث مزبور یک حدیث مستقل و جداگانه ای نیست، بلکه آن

بخشی از حدیثی است که توسط شیخ طوسی تقطیع شده است، دلیل این مدعا آن است که متن این حدیث با همین سند در متن دیگری وارد شده است و آن حدیث عبارتست از: روایت حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج الی قوم فاذا امراته عوراء و لم یبینوا له، قال: یردّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». ترجمه: حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که از ایشان در مورد وضعیت نکاح مردی که با زنی ازدواج نموده و سپس متوجه شده که زن اعور (چپ چشم) بوده و این امر را از او مخفی کرده بوده‌اند، سوال کردم، امام فرمود: نکاح فقط به سبب برص، جذام، جنون و عفل ردّ (فسخ) می‌شود (طوسی، ۱۴۰۱: ۴۲۶).

بنابراین با توجه به وحدت و یگانگی دو حدیث و با عنایت به اینکه مورد حدیث نیز سوال از وضعیت زن عورا (چپ چشم) است و در پاسخ امام علیه السلام نیز از بیماری "عفل" نام برده شده است که آن نیز از بیماری‌های خاص زنان است، به خوبی آشکار می‌شود که اساساً حدیث مزبور اختصاص به زنان داشته و فاقد اطلاق نسبت به مردان است، از این رو حکم حدیث شامل مردان نیست (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۱۹).

صاحب مدارک نیز در کتاب نهاییه المرام ایراد دیگری را مطرح کرده و گفته است: بر فرض تعدّد دو حدیث، نیز استناد به اطلاق حدیث اول برای اثبات نظریه مخالفان مشهور خالی از وجاهت است، زیرا شیخ طوسی روایت مزبور را در کتاب تهذیب الاحکام به طریق ذیل نقل کرده است: «حسین بن سعید عن علی بن اسماعیل عن ابي جعفر عن ابن ابي عمیر عن حماد عن الحلبي» و این در حالی است که علی بن اسماعیل در کتب رجال نام مشترک بین دو فرد است که یکی از آن دو مؤثّق و دیگری غیر مؤثّق است. از این رو معلوم نیست که منظور از «علی بن اسماعیل» در حدیث مزبور کدام یک

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۷

از آن دو شخص است، بنابراین فرد مزبور در این حدیث شخصی مجهول و ناشناخته است و نتیجتاً حدیث به دلیل ضعف سند قابل اعتماد نیست (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۳۰).

پاسخ: در پاسخ از ایراد صاحب جواهر می‌توان گفت که: اساساً احتمال تقطیع حدیث از سوی شیخ طوسی احتمالی بسیار بعید و دور از واقعیت است، زیرا وی این دو حدیث (حدیث حلبی و حدیث عوراء) را در کتاب تهذیب الاحکام در یک باب و به صورت دو روایت مستقل از یکدیگر نقل کرده است و این ترتیب نشانگر آن است که این دو حدیث در نزد شیخ طوسی به عنوان دو حدیث مستقل مطرح بوده‌اند، چرا که بسیار بعید و دور از ذهن است که شیخ طوسی اصل حدیث و قسمت تقطیع شده آن را (بر فرض وحدت دو روایت) در یک باب و به فاصله اندکی به دنبال هم قرار دهد، زیرا اساساً تقطیع روایت بر اساس گزینش موضوعی انجام می‌گرفته است، بدین معنا که هر گاه حدیث مفصلی مشتمل بر احکام متعددی از ابواب مختلف فقهی بوده، محدثانی مانند شیخ طوسی که کتاب‌های حدیثی خود مانند تهذیب الاحکام را بر اساس موضوعات فقهی تقسیم بندی می‌کردند، قسمت‌های مختلف هر حدیث را در فصول مناسب با آن بخش در کتاب حدیثی قرار می‌دادند که این عمل را اصطلاحاً «تقطیع حدیث» می‌نامند، بنابراین قرار دادن اصل حدیث و قسمت تقطیع شده آن در یک باب با هدف تقطیع حدیث سازگار نیست، بدین لحاظ ایراد صاحب جواهر مبنی بر تقطیع حدیث از سوی شیخ طوسی صحیح به نظر نمی‌رسد.

اما ایراد صاحب مدارک مبنی بر ضعف سند حدیث مورد بحث (حدیث حلبی) نیز قابل پذیرش نیست، زیرا «علی بن اسماعیل» که در سند حدیث اول قرار گرفته است به قرینه طبقه راویان و مشایخ او همان «علی بن اسماعیل بن شعیب میثمی» است که از بزرگان علم کلام در عالم تشیع محسوب می‌شود (خویی، ۱۴۰۳: ۲۵۷).

تا جایی که نجاشی که از متخصصین فن رجال شیعه است درباره او می‌گوید: «و کان من وجوه المتکلمین من اصحابنا»، (نجاشی، ۱۴۰۸: ۲۵۱) بنابراین سند حدیث از اعتبار کافی برخوردار است، افزون بر اینکه حدیث مزبور در کتاب کافی و من لایحضره الفقیه با سند معتبر و صحیح نقل شده است (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۳۰).

ایراد دوم: صاحب جواهر قیاس اولویت را که از سوی مخالفین مشهور ابراز شده است از نوع قیاس باطل دانسته و در این ارتباط می‌گوید: «فلا یرذ الرجل بیعب غیر ذلک الذی قدّمناه وفاقاً للمشهور، لاصل وحرمة القیاس عندنا» (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰) که البته این سخن از صاحب جواهر باعث شگفتی و تعجب است چرا که دلیل اولویت اگر با کشف ملاک قطعی حکم همراه باشد، از نوع قیاس باطل نیست. خصوصاً با عنایت به اینکه احکام شارع در ابواب معاملات مبتنی بر تعبد محض نیست، از سوی دیگر متهم کردن فقهای نامداری مانند علامه حلی، شهید ثانی، محقق کرکی، فاضل مقداد و... به استفاده از قیاس، امری کاملاً شگفت انگیز و از فقهی‌مانند صاحب جواهر پسندیده نیست. چرا که این بزرگان از اسطوانه‌های فقه امامیه به شمار می‌روند و اینان بیش از هر فرد دیگری به شرایط قیاس باطل آگاهی داشته‌اند.

شاید با توجه به همین ملاحظات است که صاحب ریاض (سید علی طباطبائی) که از طرفداران نظریه مشهور است در مورد دلیل اولویت گفته است: «و الاولویة جیده لولا المعتره فی نفسها» ترجمه: دلیل اولویت نیکو است، اگر حدیث معتبره در میان نباشد (طباطبائی، ۱۴۲۱: ۴۵۲). این عبارت گویای آن است که وی ضمن پذیرفتن قیاس اولویت، حدیث غیاث الضبی را که از آن باعنوان 'معتبره' یاد کرده است، نفی کننده دلیل اولویت قرار داده است، ولی همان گونه که قبلاً اشاره شد حدیث غیاث الضبی ضعیف و غیر قابل اعتماد است و در نتیجه قیاس اولویت به قوت خود باقی است.

ایراد سوم: در خصوص استناد به قاعده لاضرر باید اذعان نمود که ورود ضرر به زن بر اثر معاشرت با شوهر مبتلا به جذام یا برص، امری غیر قابل انکار است تا جایی که صاحب جواهر که از طرفداران سرسخت نظریه مشهور است با قبول ورود ضرر به زوجه، راه جلوگیری از آن را در وجوب جدا زیستن زن از همسرش دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰). البته پر واضح است که این راه حل پیشنهادی از سوی صاحب جواهر نه تنها مشکل زن را مرتفع نمی‌سازد، بلکه آن را دو چندان می‌کند. زیرا الزام زن به دوری از شوهرش و قرار دادن او در سرگردانی و بلا تکلیفی تحمیل ضرر طاققت فرسایبی است که آثار منفی آن به مراتب بیشتر از ضرر معاشرت با شوهر جذامی یا مبتلا به برص خواهد بود و آیا اصولاً این راه حل با روح احکام اسلامی که ضامن سعادت دنیا و آخرت انسان‌ها است سازگار است؟ آیا از نظر فقهی به کدام ملاک و دلیل معتبر می‌توان برای دفع ضرر از زن او را به تحمل ضرر بیشتری مجبور کرد؟

شاید به همین ملاحظات است که صاحب ریاض (سید علی طباطبایی) راه حل دیگری را برای دفع ضرر از زوجه پیشنهاد کرده است و آن مراجعه زن به دادگاه (حاکم) و الزام شوهر به طلاق است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰). ولی در پاسخ می‌توان گفت: مقتضای قاعده نفی ضرر صرفاً نفی حکمی است که از ثبوت آن ضرر حاصل می‌شود و نه جبران ضرر به هر طریق ممکن، و از این رو است که فقهاء در بحث خیار غبن به استناد قاعده نفی ضرر حکم به اختیار فسخ کرده‌اند. با آنکه راه‌های دیگری نیز برای جبران ضرر غبن از مغبون وجود دارد، مانند پرداخت ما به التفاوت و... از این رو مرحوم محقق سید محمد کاظم یزدی در حاشیه مکاسب می‌گوید: «و التحقيق أنّ مقتضى نفى الضرر نفى الحكم الذى يجيء من قبله الضرر لاجبران الضرر باى وجه حصل و باى وجه كان، و الضرر فى المقام ليس ألا اللزوم فلا بدّ من رفعه باثبات الخيار...» (یزدی، بی‌تا: ۳۷)

بنابراین ملاحظات دفع ضرر از زوجه در مورد بحث به استناد قاعده نفی ضرر صرفاً با نفی لزوم نکاح از طریق اثبات حق فسخ امکان پذیر است. نه از هر طریق ممکن، مانند طلاق، احراق،

یا جدا زیستن زوجه از شوهرش و مانند آن، چرا که منشأ ورود ضرر به زن همان لزوم نکاح است و قاعده لاضرر صرفاً حکمی را که منشأ ضرر است رفع می‌کند.

همچنین در ایراد به قاعده نفی ضرر گفته‌اند: چنانچه مقتضای قاعده لاضرر در مورد بحث، ثبوت حق فسخ برای زوجه باشد، باید در تمام موارد ابتلاء شوهر به امراض مسری و خطرناک زوجه از حق فسخ برخوردار باشد، چرا که ضرر زوجه در این موارد کمتر از ضرر ناشی از معاشرت زوجه با شوهر جذامی یا دارای برص نیست، در حالی که این امر با ذوق فقهی سازگار نیست (انصاری، ۴۳۴:۱۴۱۵).

ولی در پاسخ باید گفت که این قبیل استبعادات از نوعی جزمیت در استنباط، و تکیه بر دلالت لفظی روایات و جستجو بر وجود نصّ در هر مورد خاص به جای توجه به حکمت و مصالح احکام ناشی می‌شود، افزون بر اینکه در موارد یاد شده نیز با فرض ثبوت ضرر، جریان قاعده لاضرر صحیح و بی‌اشکال است، چنانچه فقها از جمله صاحب جواهر -در برخی از امراض که نصّ و عیوب خاصی در مورد آنها وارد نشده است- به استناد قاعده لاضرر قائل به اختیار فسخ شده‌اند، مثلاً صاحب جواهر در مورد بیماری جبّ (مقطوع بودن آلت تناسلی) حادث بعد از عقد و آمیزش به استناد قاعده لاضرر حق فسخ را برای زن ثابت دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱:۳۲۹).

همچنین در مورد ازدواج مردی با زنی که به سبب زنا حدّ بر او جاری شده، برخی از فقهاء قایل به استناد قاعده نفی ضرر به ثبوت اختیار فسخ شده‌اند محقق کرکی در جامع المقاصد در این ارتباط (محدوده به‌زنا) از شیخ مفید و سلّار و ابن برّاج و ابوالصلاح حلبی و کیدری نقل می‌کند که آنان نیز قایل به ثبوت حق فسخ برای مرد شده‌اند و دلیل این مطلب را نیز این گونه بیان کرده است که: «لأنّ ذلك من الامور الفاحشه التي يكرهها الزوج و نفور النفس منه أقوى من نفورها من نحو العمى و العرج و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضرراً

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۲۱

عظیماً» (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۴۶)، همچنین موارد دیگری از این قبیل در فقه وجود دارد که به لحاظ اختصار از آن صرف نظر می‌شود.

در نتیجه استناد به قاعده لاضرر جهت اثبات حق فسخ زن، در صورت ابتلا شوهر به بیماری جذام و برص، نابینایی یا سایر بیماری‌های که تحمل آن بر زن سخت و دشوار و ضرری است، کاملاً موجه و بدون ایراد است.

شایان ذکر است که هر چند مخالفین نظریه مشهور تنها بیماری جذام و برص و احياناً کوری و زمین‌گیری را محور بحث قرار داده‌اند، ولی مقتضای برخی دلایل یاد شده (مانند قیاس اولویت، لاضرر و...) آن است که به طور کلی هر نوع عیب و بیماری که ممکن است در مردان و زنان پیدا شود چنانچه برای مردان سبب ایجاد حق فسخ شود، به طریق اولویت برای زنان نیز موجب ایجاد حق فسخ خواهد بود.

نتیجه گیری

با عنایت به مباحث پیشین آشکار می‌شود که حکم تبعیض آمیز قانون مدنی در ماده (۱۱۲۳ق.م) در رابطه با حق فسخ نکاح به استناد برخی عیوب، علی رغم موافقت مفاد آن با فتوی مشهور فقها، از جایگاه فقهی قابل قبولی برخوردار نیست و باید عیوبی مانند جذام، برص و احياناً نابینایی و برخی عیوب دیگر را از قبیل عیوب مشترک بین زن و مرد اعلام نمود، چرا که نظریه اخیر از یک سو موافق با روح احکام اسلامی است و از سوی دیگر از پشتوانه قوی فقهی برخوردار است و فقهایمانند شهید ثانی، قاضی ابن برآج الطرابلسی، فاضل مقداد، علامه حلی و... نیز از طرفداران این نظریه‌اند. لذا مناسب است مواد قانون مدنی در این رابطه اصلاح گردد.

منابع

- آشتیانی، میرزا محمود. *کتاب النکاح* (تقریرات آیه الله شیخ عبدالکریم حائری)، مشهد: چاپخانه خراسان.
- آیه الله شیخ محمد علی اراکی (۱۳۷۷) *کتاب النکاح*، قم: نورنگار.
- ابن برآج طرابلسی (۱۴۰۶ق) *المهذب*، ج ۲، قم: جامعه مدرسین.
- اصفهانى، سيد ابوالحسن (۱۳۶۴ق) *وسيله النجاه*، ج ۲، نجف: آداب.
- الطریحی، فخرالدین (۱۳۷۵) *مجمع البحرين*، ج ۵، تهران: مکتبه المرتضویه.
- جمال الدین مقداد بن عبدالله السیوری (۱۴۰۴ق) *التنقیح الرائع*، قم: مکتبه آیه الله المرعشی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۴ق) *معجم رجال الحديث*، ج ۱۱، نجف: آداب.
- راستی، زهرا و اکرم اسماعیلی (۱۳۸۰) *انحلال نکاح توسط عیب*، تهران: سفیر صحیح.
- سید محمد جواد عاملی (۱۴۱۳ق) *نهایه المرام*، ج ۱، قم: جامعه مدرسین.
- مرتضی، شیخ انصاری (۱۴۱۵ق) *کتاب النکاح*، قم: گنگره شیخ انصاری.
- زین الدین جبعی ملقب به شهید ثانی (۱۴۱۶ق) *مسالك الافهام*، ج ۸، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.
- زین الدین جبعی ملقب به شهید ثانی (۱۴۱۸ق) *شرح روضه البهیة*، ج ۵، قم: اسماعیلیان.
- محمد بن علی بابوی ملقب به شیخ صدوق (۱۴۱۴ق) *من لا یحضره الفقیه*، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.
- محمد بن حسن طوسی ملقب به شیخ طوسی (۱۴۰۱ق) *تهذیب الاحکام*، ج ۷، بیروت: دارالتعارف.
- محمد بن حسن حر عاملی ملقب به شیخ حر عاملی (۱۴۰۹ق) *وسائل الشیعه*، ج ۲۱، قم: آل البيت.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۲۱ق) *ریاض المسائل*، ج ۱۱، قم: آل البيت.
- حسن بن یوسف ابن مطهر حلّی ملقب به علامه حلّی (۱۴۱۸ق) *مختلف الشیعه*، ج ۷، قم: جامعه مدرسین.
- حسن بن یوسف ابن مطهر حلّی ملقب به علامه حلّی (۱۴۱۶ق) *قواعد الاحکام*، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.
- محمد بن حسن حلّی ملقب به فخر المحققین (۱۳۸۹ق) *ایضاح الفوائد فی شرح القواعد*، ج ۳، قم: اسماعیلیان.

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۲۳

قانون مدنی ایران (۱۳۸۳)

محمد بن یعقوب کلینی (۱۳۶۵) کافی، ج ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

علی بن حسین ملقب به محقق کرکی (۱۴۰۴ق) جامع المقاصد، ج ۱۳، قم: آل البيت لاحیاء التراث.

احمد بن عباس نجاشی (۱۴۰۷ق) فهرست المصنفین (رجال نجاشی)، قم: جامعه مدرسین.

نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسبت هران: چاپ سنگی.

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نامتعادل زوجین در برخورداری از حق فسخ نکاح^۱

سید علی علوی قزوینی*

چکیده: نویسندگان قانون مدنی ایران در تدوین مقررات مربوط به حقوق خانواده، معمولاً از آراء مشهور فقهاء امامیه پیروی کرده‌اند، این تبعیت در مواردی بدون ملاحظه نظرات مخالف در فقه و ارزیابی قوت و استحکام فقهی آنها صورت گرفته و سبب وضع مواد قانونی نامتعادلی شده است.

از جمله این موارد ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی است که به موجب آن قرن جذام، برص، افضاء، زمین گیری و نایبانی از هردو چشم از عیوب خاص زنان شمرده شده و در نتیجه موجبات برخورداری شوهر از حق فسخ نکاح را در این موارد فراهم ساخته است و در مقابل زن را از چنین حقی به جهت ابتلاء شوهر به برخی از این بیماری‌ها که امکان ابتلاء آن در زنان و مردان یکسان است (مانند برص و جذام) محروم کرده است. به نظر می‌رسد این نابرابری در حقوق زوجین در زمینه برخورداری از حق فسخ نکاح در این قبیل بیماری‌ها، غیر قابل توجیه است. در این مقاله سعی شده است تا با طرح دلایل و مستندات نظریه مشهور و نقد و بررسی آنها و نیز ارائه دیدگاه‌های مخالفین و ارزیابی آن، به نتایج منطقی و قابل قبولی برسیم.

واژه‌های کلیدی: افضاء، برص، جذام، زمین گیری، عیوب زن، فسخ نکاح، قرن، نایبانی دو چشم

۱. این مقاله بر گرفته از طرح پژوهشی "نگرشی نو بر عیوب نکاح در قانون مدنی ایران" به شماره پرونده ۲۰۰/۲/۸۴۸ است که با حمایت مالی دانشگاه تهران (پردیس قم دانشگاه تهران) انجام شده است.

مقدمه

قانون مدنی ایران در مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۳ قانون مدنی از برخی امراض و بیماری‌هایی نام برده‌است که ابتلاء هر یک از زوجین به آنها سبب برخورداری طرف مقابل از حق فسخ نکاح است، برخی از این بیماری‌ها از عیوب مشترک میان زن و مرد تعدادی نیز از عیوب مختص به هر یک از زنان یا مردان است.

منظور از عیوب مشترک عیوبی است که هرگاه در هریک از طرفین عقد پیدا شود، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل خواهد بود. قانون مدنی به پیروی از نظریه مشهور فقهاء امامیه تنها بیماری جنون را به عنوان عیب مشترک زوجین شناسایی کرده و تحقق آن را در هر یک از زوجین سبب حق فسخ برای طرف مقابل دانسته است (ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی) هر چند که احکام جنون مربوط به زن یا مرد نیز با یکدیگر متفاوتند و البته در این مورد قانونگذار بحق از زنان حمایت بیشتری کرده است و در مقابل محرومیت زن از حق طلاق امتیاز بیشتری در برخورداری از حق فسخ نکاح به وی اعطا کرده است. زیرا زن در صورت ابتلاء مرد به جنون حتی اگر بعد از عقد هم حادث شود از حق فسخ نکاح برخوردار است و می‌تواند تقاضای فسخ نکاح نماید (ماده ۱۱۲۴ و ۱۱۲۵ قانون مدنی).

از سوی دیگر به موجب ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی بیماری‌های جذام و برص، زمین‌گیری، نابینایی از هر دو چشم از بیماری‌های خاص زنان معرفی شده‌اند که در نتیجه وجود این بیماری‌ها در شوهر سبب ایجاد حق فسخ برای زن نخواهد بود. توجیه منطقی این نابرابری در حقوق زن و مرد در استفاده از حق فسخ نکاح در خصوص بیماری‌های یاد شده، دشوار به نظر می‌رسد، چرا که اولاً: احتمال ابتلاء به این قبیل بیماری‌ها (جذام،

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۷

بیماری‌های سخت (جذام، برص و زمین‌گیری نابینایی) در مدیریت خانواده و تنظیم نظام اقتصادی آن به مراتب بیشتر از آثار منفی ابتلاء زن به آنها است و این در حالی است که به موجب ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی مرد از حق طلاق نیز برخوردار است و در صورت ابتلاء زن به بیماری‌های یاد شده می‌تواند با استفاده از روش آسان‌تر (فسخ نکاح) خود را از آثار زیانبار عقد رهایی بخشد در حالی که زن اختیار طلاق ندارد و در صورت مواجه شدن شوهر با این قبیل بیماری‌ها، چنانچه از حق فسخ نیز برخوردار نباشد، باید ناگزیر این وضعیت زیانبار را تحمل کند که البته این امر با روح عدالت‌خواهی احکام اسلامی چندان سازگار به نظر نمی‌رسد.

ممکن است تصور شود که زن نیز می‌تواند از طریق توسل به طلاق خلع خود را از این وضعیت اسفبار نجات دهد و بنابراین ضرورتی برای شناسائی حق فسخ برای زن در صورت ابتلاء مرد به جذام و برص نیست. ولی این سخن ناتمام است زیرا هر چند که طلاق خلع همانند عقود معاوضی محتاج به اراده طرفین است، ولی واقعاً معاوضه نیست و همواره با اراده شوهر انجام می‌گیرد هر چند انگیزه وی اراده دریافت مال از زن باشد از این رو تحقق طلاق خلع موکول به اراده شوهر و قبول فدیة (مالی) که زن به مرد می‌بخشد) است و در صورت عدم موافقت شوهر با این امر طلاق خلع ممکن نیست.

بنابراین در صورت مبتلا شدن شوهر به این قبیل بیماری‌ها (جذام و برص) و عدم موافقت شوهر با درخواست طلاق خلع و محرومیت زن از حق فسخ وی مجبور است که این وضعیت مشقت بار را تحمل نماید که البته این امر با روح احکام اسلامی سازگار نیست و ناچار قانونگذار باید برای این فرض راه حل عادلانه‌ای بیندیشد که آن نیز صرفاً در برخوردار نمودن زن از حق فسخ نکاح است.

البته عیب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور بهنگام عقد وجود داشته باشد و مرد عالم به امراض فوق نباشد (مواد ۱۱۲۴ و ۱۱۲۶ قانون مدنی). در این مقاله تلاش شده است تا با مراجعه به منابع فقهی و آراء فقهاء، و نیز تجزیه و تحلیل دقیق مستندات نظریه مشهور فقهاء به نتیجه منطقی و قابل قبولی در این موضوع برسیم.

بررسی مبنای فقهی ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در خصوص بیماری جذام و برص

ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در رابطه با عیوب زنان مقرر می‌دارد، عیوب ذیل در زن موجب حق

فسخ برای مرد خواهد بود:

۱- قرن ۲- جذام ۳- برص ۴- افضاء ۵- زمین گیری ۶- نابینایی از هر دو چشم

همان طور که بیشتر گفتیم، حکم قانون مدنی در این مورد مبتنی بر نظریه مشهور فقهاء امامیه است، ولی در مقابل نظریه مشهور عده دیگری از فقهاء عیوب یاد شده (برص، جذام، زمین گیری...) را از مصادیق عیوب مشترک دانسته‌اند، به عنوان مثال؛ قاضی عبدالعزیز بن البرآج (متوفای ۵۴۸۱ق.) در کتاب المهدب بیماری‌های جنون، جذام، برص و نابینایی را از عیوب مشترک دانسته است (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۳۱) و نیز علامه حلی در کتاب مختلف الشیعه از ابن جنید اسکافی - از فقهاء قرن چهارم هجری و متوفای ۳۸۱ هجری نقل کرده است که وی نیز بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک می‌دانسته است، وی گوید: «و ابن‌الجنید یوهم کلامه ذلک، فانه قال: الذی یرد به النکاح من العیوب: الجنون و البرص و الجذام و الداء یمنع من الوط، وسواء کان کذلک بالرجل أو المرأة...» (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۱۸۴).

همچنین علامه حلی در کتاب مزبور، پس از نقل نظریه ابن‌برآج و دلایل او مبنی بر مشترک بودن عیب جذام، برص و نابینایی، افزوده است: «وکلام ابن‌ادریس حسن‌لابأس به» یعنی: سخن ابن‌برآج نیکو است و جای خرده گیری و اشکال در آن نیست (علامه حلی،

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۹

۱۴۱۸:۶۶) و فرزندش فخرالمحققین در کتاب ایضاح الفوائد فی شرح القواعد ایرادی بر این سخن نگرفته است و این خود گویای آن است که او (فخرالمحققین) نیز این مطلب را پذیرفته است (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۱۸۱)، همچنین فاضل مقداد (متوفای ۸۲۶ ق) در کتاب التنقیح الرائع (السیوری، ۱۴۰۴: ۱۷۸) و نیز شیخ علی بن عبدالعالی کرکی معروف به محقق ثانی محقق کرکی (متوفای ۹۴۰ قمری) در کتاب جامع المقاصد (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۶۹) بیماری‌های جذام، برص و کوری را از زمره عیوب مشترک دانسته است.

شهید ثانی (متوفای ۹۶۵ ق) در کتاب مسالک الافهام (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰) و شرح روضه البهیة (شهید ثانی، ۱۴۱۸: ۳۸۳)، نیز بیماری جذام و برص را از عیوب مشترک معرفی کرده است.

از فقهای متأخر نیز مرحوم آیه الله سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله النجاه، مشترک بودن دو عیب جذام و برص را دور از واقعیت ندانسته و گفته است: «و قیل بكونهما من العیوب المشترکه بین الرجل و المرأة و هو لیس ببعید» (اصفهانی، ۱۳۶۴: ۳۷۹).

موضوع شناسی

لازم است قبل از بررسی دلایل نظریه مشهور و مخالفین آن به شناسایی موضوع برص و جذام بپردازیم، هرچند که تشخیص موضوعات فقهی بر عهده فقیهان نیست و چنانچه محقق کرکی نیز در مورد وحدت یا تعدد بیماری عفل و رتق در زنان گوید: «انّ ذلك لیس وظيفه الفقيه» (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۳۸).

ولی مع الوصف فقهاء تعاریفی از این دو بیماری بیان کرده‌اند، که البته چندان قابل اعتماد نیست و باید برای شناخت این بیماری‌ها به دانش پزشکی و متخصصان این علوم مراجعه شود.

تعریف جذام^۱: جذام یک بیماری عفونی با ابتلاء پوست و اعصاب است که توسط میکروبی به نام "باسیل" ایجاد می‌شود، این بیماری به ندرت به فرد دیگر منتقل می‌شود و برای سرایت آن، چندین سال تماس مداوم و زمینه مساعد لازم است، بعضی از انواع این بیماری قابل درمان است ولی در نوع شدید و پر "باسیل" آن گرچه شخص پس از درمان، از نظر خطر سرایت و آلودگی به دیگران مبرّی است، معهداً ممکن است میکروب در بدنش به طور پنهانی باقی بماند. این باکتری با ایجاد ضایعات پوستی موجب از دست دادن حس و اعصاب می‌شود، ضایعات دیگر به صورت تغییر فرم جلدی، از دست دادن انتهاها (نوک انگشتان دست و پا) می‌باشد (راستی، ۱۳۸۰: ۶۳)، فقهاء نیز در تعریف جذام گفته‌اند جذام نوعی بیماری است که بر اثر آن اعضاء بدن بیمار خشک و سیاه شده و گوشت بدن بر اثر آن از بین می‌رود، علایم این بیماری را سرخ یا سیاه شدن اعضاء بدن، تنگی نفس و نیز تورم صورت و بیرون زدن چشمان ذکر کرده‌اند (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۳۵).

تعریف برص^۲: بیماری برص یا پیسی یک بیماری صرفاً پوستی بی‌خطر با علت نامشخص است که در بعضی نواحی پوست، سلول‌های سازنده رنگدانه از بین می‌رود. این بیماری به هیچ‌وجه مُسری نیست و عامل عفونی در ایجاد آن دخالت ندارد و چون علت این بیماری نامشخص است، بنابراین درمان قطعی و علاج نهایی برای ریشه کنی آن وجود ندارد و با روش‌های درمانی موجود می‌توان ۶۰ تا ۷۰ درصد در بازگشت رنگ کمک کرد (راستی، ۱۳۸۰: ۶۳).

فقها در مورد بیماری برص گفته‌اند: برص نوعی بیماری است که سبب چیرگی سفیدی بر سیاهی (یا بالعکس) در قسمتی از بدن می‌گردد، ایشان در مورد تشخیص بیماری برص از بیماری

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۱

بَهَق که در سفیدشدن پوست مشابه بیماری برص است (طریحی، ۱۳۷۵:۱۴۲) علایمی ذکر کرده‌اند از قبیل اینکه در بیماری برص موهای محل سفیدی اعضاء نیز سفید می‌شوند و یا هر گاه سوزنی را در محل سفیدی فرو کنند، به جای خون، مایع سفید رنگی خارج می‌شود که این نشانه برص است (کرکی، ۱۴۰۸:۲۳۶).

ولی همان طور که پیشتر گفتیم تشخیص این بیماری‌ها بر عهده متخصصان علوم پزشکی است و تا زمانی که از سوی پزشکان متخصص وجود بیماری‌های یاد شده گواهی نشده باشد، اصل لزوم نکاح و بقاء علقه زوجیت است. هر چند که علایمی که فقها گفته‌اند نیز ظاهر شده باشد.

بررسی دلایل و مستندات نظریه اختصاص عیب جذام و برص به زن (نظریه مشهور فقها)

مشهور فقها امامیه، عیب جذام و برص را از عیوب خاص زنان دانسته و برای اثبات این امر به دلایل زیر استناد جسته‌اند:

الف) اصل: برخی از فقها در مورد عدم امکان فسخ عقد توسط زن در صورت ابتلاء شوهر به بیماری‌هایی غیر از بیماری خاص مردان، به اصل استناد کرده‌اند، صاحب جواهر در این مورد گوید: «فلا یرد الرجل بعیب غیر ذلک الذی قدّمناه وفاقاً للمشهور، للاصل...» (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰). مقصود فقهاء از اصل را می‌توان به اصل لفظی (اصل لزوم عقد مستفاد از آیه اوفوا بالعقود یا اصل عملی استصحاب بقاء علقه زوجیت) تفسیر نمود، که در هر دو صورت با فرض تردید در ثبوت حق فسخ برای زن در فرض ابتلاء 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.

ولی 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.

(ب) حدیث غیاث الضبی از امام صادق علیه السلام که فرمود: «الرجل لایرد من عیب»؛ مرد به سبب عیب رد نمی‌شود، کنایه از عدم فسخ نکاح به سبب عیوب مردان است (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۳۰).

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، ۱۹۸۱: ۳۳۰). صاحب جواهر به پیروی از صاحب ریاض، حدیث فوق را با عنوان "معتبره" یاد کرده و دلیل اعتبار آن را نیز عمل مشهور فقهاء به مضمون آن و نیز وقوع برخی از اصحاب اجماع (مانند صفوان بن یحیی، أبان بن عثمان) در سند حدیث دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۱).

ولی 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:

اولاً: راوی حدیث یعنی غیاث الضبی که در نقل کلینی به عنوان "عباد الضبی" آمده است (کلینی، ۱۳۶۵: ۴۱۰) فردی گمنام و مجهول است و در کتب رجال فردی به این نام معرفی نشده است. بنابراین حدیث مزبور ضعیف شمرده می‌شود، و اما دلایلی که از سوی صاحب جواهر 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).

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۳

ثانیاً: حدیث فوق دچار نوعی ناهماهنگی و اضطراب در متن است، زیرا در صدر حدیث بیماری عنن از اسباب فسخ نکاح معرفی شده در حالی که در ذیل آن به طور کلی فسخ نکاح به سبب عیوب مردان نفی شده است.

متن کامل حدیث چنین است: «عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في العنين اذا علم انه عنين لا يأتى النساء فرّق بينهما، و اذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرّق بينهما، و الرجل لا يردّ من عيب»: 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» (کلینی، ۱۳۶۵: ۴۳۰).

همان طور که ملاحظه می‌شود این 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 استثناء از عام به کمک ادوات استثناء (مانند ألّا) صورت گیرد و در غیر این صورت استثناء صحیح نیست و در حدیث یاد شده چنین امری موجود نیست (أشتیانی، بی تا: ۲۲۱)

افزون بر این جمله «الرجل لا يردّ بعيب» در کتاب من لا یحضره الفقیه به صورت «الرجل لا يردّ من عنن» آمده است (صدوق، ۱۴۱۴: ۳۵۷) که در این صورت میان صدر و ذیل حدیث تناقض آشکار وجود دارد.

شاید به ملاحظات فوق است که فاضل مقداد در کتاب التتبیح الرائع در مورد حدیث مورد بحث گفته است: «و الروایه متروکه الظاهر اجماعاً، وهی مع مخالفتها للنظر ضعيف(السیوری، ۱۴۰۴: ۱۷۹) و شهید ثانی نیز در مسالک آورده است: استناد به روایت «الرجل لا يردّ بعيب» از سوی برخی فقها برای منع اختیار فسخ زن از شگفتی‌های روزگار است، چراکه 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: ۱۱۰).

بررسی دلایل و مستندات نظریه عدم اختصاص عیب جذام و برص به زن (نظریه مخالفین مشهور)

معتقدین به ثبوت حق فسخ برای زوجه به جهت ابتلاء شوهر به بیماری‌های جذام، برص، نیز برای اثبات مدعای خود به دلایل زیر استناد کرده‌اند:

الف) روایت صحیحہ حماد:

روایت صحیحہ حماد از حلبی است که از امام صادق علیه السلام که نقل می‌کند: «انما یردّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل»: همانا نکاح به علت بیماری برص، جذام، جنون و عفل ردّ (فسخ) می‌شود (طوسی، ۱۴۰۲: ۴۲۴).

در توجیه دلالت حدیث بر مدعای مورد نظر گفته شده است: اطلاق حدیث شامل زن و مرد هردو است، و قرینه‌ای که آن را به زنان اختصاص دهد نیز وجود ندارد. چنانچه نام بردن از بیماری 'عفل' که از عیوب اختصاصی زنان به شمار می‌رود نیز نمی‌تواند قرینه‌ای بر اختصاص مفاد آن (حدیث) به زنان باشد، چرا که نام این بیماری (عفل) در ردیف بیماری جنون قرار گرفته است، که آن (جنون) از بیماری‌های مشترک محسوب می‌شود، بنابراین به استناد اطلاق حدیث فوق، بیماری جذام و برص در مردان نیز سبب ایجاد حق فسخ برای زن خواهد بود (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۶۹ و السیوری، ۱۴۰۴: ۱۷۸).

ب) قیاس اولویت:

گفته‌اند: چنانچه وجود این امراض (جذام، برص، کوری و...) در زنان عیب شمرده شده و

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۵

درجایی که مردان مبتلا به این امراض شدند باید به طریق اولی برای زنان نیز حق فسخ ایجاد شود زیرا زنان از اختیار طلاق محرومند و تنها راه خلاصی آنها از ضرر ناشی از عیب مزبور همان استفاده از حق فسخ است (شهیدثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰).

ج) قاعده لاضرر:

بدون تردید، محروم بودن زن از اختیار فسخ در موارد ابتلاء شوهر به جذام و برص، منجر به ضرر زن خواهد شد، زیرا افزون بر مسری بودن بیماریهای مانند جذام، وجود این قبیل بیماریهای مسری یا پوستی در مرد سبب ایجاد نوعی تنفر و انزجار برای طرف مقابل (زن) خواهد شد، که این امر منافی با حق استمتاع است، از این رو باتوجه به قاعده لاضرر این ضررها منفی است و راه نفی آن نیز ثبوت حق فسخ برای زوجه است. چنانچه فقیه نو اندیش شهید ثانی در این خصوص گفته است: «و حصول الضرر منه بالعدوی باتفاق الاطبا و اهل المعرفة» (شهید ثانی، ۱۴۱۶: ۱۱۰).

د) حدیث پیامبر صلی الله علیه وآله که فرمودند: «فَرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فَرَارِكٌ مِنَ الْأَسَدِ»: از شخص جذامی دوری کن همان گونه که از شیر درنده پرهیز می کنی (صدوق، ۱۴۱۴: ۳۶۳). بدیهی است که پرهیز زن از شوهر جذامی خود به طوری که مستلزم تحمل ضرر از ناحیه زن نباشد، فقط با استفاده از حق فسخ امکان پذیر است.

ارزیابی دلایل پیشین

دلایل پیشین از سوی طرفداران نظریه مشهور مورد ایراد قرار گرفته است، که ما در این فراز به نقل و نقد این ایرادات می پردازیم:

ایراد اول: صاحب جواهر به پیروی از صاحب ریاض در مورد دلیل اول (صحیحه حماد) گفته اند: اساساً حدیث مزبور یک حدیث مستقل و جداگانه ای نیست، بلکه آن

بخشی از حدیثی است که توسط شیخ طوسی تقطیع شده است، دلیل این مدعا آن است که متن این حدیث با همین سند در متن دیگری وارد شده است و آن حدیث عبارتست از: روایت حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج الی قوم فاذا امراته عوراء و لم ییتواله، قال: یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». ترجمه: حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می کند که از ایشان در مورد وضعیت نکاح مردی که با زنی ازدواج نموده و سپس متوجه شده که زن اعور (چپ چشم) بوده و این امر را از او مخفی کرده بوده اند، سوال کردم، امام فرمود: نکاح فقط به سبب برص، جذام، جنون و عفل رد (فسخ) می شود (طوسی، ۱۴۰۱: ۴۲۶).

بنابراین با توجه به وحدت و یگانگی دو حدیث و با عنایت به اینکه مورد حدیث نیز سوال از وضعیت زن عورا (چپ چشم) است و در پاسخ امام علیه السلام نیز از بیماری "عفل" نام برده شده است که آن نیز از بیماری های خاص زنان است، به خوبی آشکار می شود که اساساً حدیث مزبور اختصاص به زنان داشته و فاقد اطلاق نسبت به مردان است، از این رو حکم حدیث شامل مردان نیست (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۱۹).

صاحب مدارک نیز در کتاب نهایة المرام ایراد دیگری را مطرح کرده و گفته است: بر فرض تعدد دو حدیث، نیز استناد به اطلاق حدیث اول برای اثبات نظریه مخالفان مشهور خالی از وجاهت است، زیرا شیخ طوسی روایت مزبور را در کتاب تهذیب الاحکام به طریق ذیل نقل کرده است: «حسین بن سعید عن علی بن اسماعیل عن ابي جعفر عن ابن ابي عمیر عن حماد عن الحلبي» و این در حالی است که علی بن اسماعیل در کتب رجال نام مشترک بین دو فرد است که یکی از آن دو مؤثق و دیگری غیر مؤثق است. از این رو معلوم نیست که منظور از «علی بن اسماعیل» در حدیث مزبور کدام یک

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۱۷

از آن دو شخص است، بنابراین فرد مزبور در این حدیث شخصی مجهول و ناشناخته است و نتیجتاً حدیث به دلیل ضعف سند قابل اعتماد نیست (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۳۰).

پاسخ: در پاسخ از ایراد صاحب جواهر می‌توان گفت که: اساساً احتمال تقطیع حدیث از سوی شیخ طوسی احتمالی بسیار بعید و دور از واقعیت است، زیرا وی این دو حدیث (حدیث حلبی و حدیث عوراء) را در کتاب تهذیب الاحکام در یک باب و به صورت دو روایت مستقل از یکدیگر نقل کرده است و این ترتیب نشانگر آن است که این دو حدیث در نزد شیخ طوسی به عنوان دو حدیث مستقل مطرح بوده‌اند، چرا که بسیار بعید و دور از ذهن است که شیخ طوسی اصل حدیث و قسمت تقطیع شده آن را (بر فرض وحدت دو روایت) در یک باب و به فاصله اندکی به دنبال هم قرار دهد، زیرا اساساً تقطیع روایت بر اساس گزینش موضوعی انجام می‌گرفته است، بدین معنا که هر گاه حدیث مفصلی مشتمل بر احکام متعددی از ابواب مختلف فقهی بوده، محدثانی مانند شیخ طوسی که کتاب‌های حدیثی خود مانند تهذیب الاحکام را بر اساس موضوعات فقهی تقسیم بندی می‌کردند، قسمت‌های مختلف هر حدیث را در فصول مناسب با آن بخش در کتاب حدیثی قرار می‌دادند که این عمل را اصطلاحاً «تقطیع حدیث» می‌نامند، بنابراین قرار دادن اصل حدیث و قسمت تقطیع شده آن در یک باب با هدف تقطیع حدیث سازگار نیست، بدین لحاظ ایراد صاحب جواهر مبنی بر تقطیع حدیث از سوی شیخ طوسی صحیح به نظر نمی‌رسد.

اما ایراد صاحب مدارک مبنی بر ضعف سند حدیث مورد بحث (حدیث حلبی) نیز قابل پذیرش نیست، زیرا «علی بن اسماعیل» که در سند حدیث اول قرار گرفته است به قرینه طبقه راویان و مشایخ او همان «علی بن اسماعیل بن شعیب میثمی» است که از بزرگان علم کلام در

تا جایی که نجاشی که از متخصصین فن رجال شیعه است درباره او می‌گوید: «و کان من وجوه المتکلمین من اصحابنا»، (نجاشی، ۱۴۰۸: ۲۵۱) بنابراین سند حدیث از اعتبار کافی برخوردار است، افزون بر اینکه حدیث مزبور در کتاب کافی و من لایحضره الفقیه با سند معتبر و صحیح نقل شده است (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۳۰).

ایراد دوم: صاحب جواهر قیاس اولویت را که از سوی مخالفین مشهور ابراز شده است از نوع قیاس باطل دانسته و در این ارتباط می‌گوید: «فلا یردّ الرجل بعیب غیر ذلک الذی قدّمناه وفاقاً للمشهور، للاصل وحرمة القیاس عندنا» (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰) که البته این سخن از صاحب جواهر باعث شگفتی و تعجب است چرا که دلیل اولویت اگر با کشف ملاک قطعی حکم همراه باشد، از نوع قیاس باطل نیست. خصوصاً با عنایت به اینکه احکام شارع در ابواب معاملات مبتنی بر تعبّد محض نیست، از سوی دیگر متهم کردن فقهای نامداری مانند علامه حلی، شهید ثانی، محقق کرکی، فاضل مقداد و... به استفاده از قیاس، امری کاملاً شگفت انگیز و از فقیه‌ی مانند صاحب جواهر پسندیده نیست. چرا که این بزرگان از اسطوانه‌های فقه امامیه به شمار می‌روند و اینان بیش از هر فرد دیگری به شرایط قیاس باطل آگاهی داشته‌اند.

شاید با توجه به همین ملاحظات است که صاحب ریاض (سید علی طباطبائی) که از طرفداران نظریه مشهور است در مورد دلیل اولویت گفته است: «و الاولویة جیده لولا المعتره فی نفسها» ترجمه: دلیل اولویت نیکو است، اگر حدیث معتبره در میان نباشد (طباطبائی، ۱۴۲۱: ۴۵۲). این عبارت گویای آن است که وی ضمن پذیرفتن قیاس اولویت، حدیث غیاث الضبی را که از آن باعنوان 'معتبره' یاد کرده است، نفی کننده دلیل اولویت قرار داده است، ولی همان گونه که قبلاً اشاره شد حدیث غیاث الضبی ضعیف و غیرقابل اعتماد است و در نتیجه قیاس اولویت به قوت خود باقی است.

ایراد سوم: در خصوص استناد به قاعده لاضرر باید اذعان نمود که ورود ضرر به زن بر اثر معاشرت با شوهر مبتلا به جذام یا برص، امری غیر قابل انکار است تا جایی که صاحب جواهر که از طرفداران سرسخت نظریه مشهور است با قبول ورود ضرر به زوجه، راه جلوگیری از آن را در وجوب جدا زیستن زن از همسرش دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰) البته پر واضح است که این راه حل پیشنهادی از سوی صاحب جواهر نه تنها مشکل زن را مرتفع نمی‌سازد، بلکه آن را دو چندان می‌کند. زیرا الزام زن به دوری از شوهرش و قرار دادن او در سرگردانی و بلا تکلیفی تحمیل ضرر طلاق فرسای است که آثار منفی آن به مراتب بیشتر از ضرر معاشرت با شوهر جذامی یا مبتلا به برص خواهد بود و آیا اصولاً این راه حل با روح احکام اسلامی که ضامن سعادت دنیا و آخرت انسان‌ها است سازگار است؟ آیا از نظر فقهی به کدام ملاک و دلیل معتبر می‌توان برای دفع ضرر از زن او را به تحمل ضرر بیشتری مجبور کرد؟

شاید به همین ملاحظات است که صاحب ریاض (سید علی طباطبایی) راه حل دیگری را برای دفع ضرر از زوجه پیشنهاد کرده است و آن مراجعه زن به دادگاه (حاکم) و الزام شوهر به طلاق است (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۰). ولی در پاسخ می‌توان گفت: مقتضای قاعده نفی ضرر صرفاً نفی حکمی است که از ثبوت آن ضرر حاصل می‌شود و نه جبران ضرر به هر طریق ممکن، و از این رو است که فقهاء در بحث خیار غبن به استناد قاعده نفی ضرر حکم به اختیار فسخ کرده‌اند. با آنکه راه‌های دیگری نیز برای جبران ضرر غبن از مغبون وجود دارد، مانند پرداخت ما به التفاوت و... از این رو مرحوم محقق سید محمد کاظم یزدی در حاشیه مکاسب می‌گوید: «و التحقيق أن مقتضى نفى الضرر نفى الحكم الذى يجيء من قبله الضرر لاجبران الضرر بآى وجه حصل و بآى وجه كان، و الضرر فى المقام ليس آلا اللزوم فلا بد من رفعه باثبات الخيار...» (یزدی، بی‌تا: ۳۷)

بنابراین ملاحظات دفع ضرر از زوجه در مورد بحث به استناد قاعده نفی ضرر صرفاً با نفی لزوم نکاح از طریق اثبات حق فسخ امکان پذیر است. نه از هر طریق، ممکن، مانند طلاق، اجبار،

یا جدا زیستن زوجه از شوهرش و مانند آن، چرا که منشأ ورود ضرر به زن همان لزوم نکاح است و قاعده لاضرر صرفاً حکمی را که منشأ ضرر است رفع می‌کند.

همچنین در ایراد به قاعده نفی ضرر گفته‌اند: چنانچه مقتضای قاعده لاضرر در مورد بحث، ثبوت حق فسخ برای زوجه باشد، باید در تمام موارد ابتلاء شوهر به امراض مسری و خطرناک زوجه از حق فسخ برخوردار باشد، چرا که ضرر زوجه در این موارد کمتر از ضرر ناشی از معاشرت زوجه با شوهر جذامی یا دارای برص نیست، در حالی که این امر با ذوق فقهی سازگار نیست (انصاری، ۴۳۴:۱۴۱۵).

ولی در پاسخ باید گفت که این قبیل استبعادات از نوعی جزمیت در استنباط، و تکیه بر دلالت لفظی روایات و جستجو بر وجود نصّ در هر مورد خاص به جای توجه به حکمت و مصالح احکام ناشی می‌شود، افزون بر اینکه در موارد یاد شده نیز با فرض ثبوت ضرر، جریان قاعده لاضرر صحیح و بی‌اشکال است، چنانچه فقها از جمله صاحب جواهر -در برخی از امراض که نصّ و عیوب خاصی در مورد آنها وارد نشده است- به استناد قاعده لاضرر قائل به اختیار فسخ شده‌اند، مثلاً صاحب جواهر در مورد بیماری جبّ (مقطوع بودن آلت تناسلی) حادث بعد از عقد و آمیزش به استناد قاعده لاضرر حق فسخ را برای زن ثابت دانسته است (نجفی، ۱۹۸۱:۳۲۹).

همچنین در مورد ازدواج مردی با زنی که به سبب زنا حدّ بر او جاری شده، برخی از فقهاء قایل به استناد قاعده نفی ضرر به ثبوت اختیار فسخ شده‌اند محقق کرکی در جامع المقاصد در این ارتباط (محدوده به‌زنا) از شیخ مفید و سلّار و ابن برّاج و ابوالصلاح حلبی و کیدری نقل می‌کند که آنان نیز قایل به ثبوت حق فسخ برای مرد شده‌اند و دلیل این مطلب را نیز این گونه بیان کرده است که: «لأنّ ذلك من الامور الفاحشة التي يكرهها الزوج و نفور النفس منه أقوى من نفورها من نحو العمى و العرج و لزوم العار العظيم به يقتضى كون تحمله ضرراً

نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۲۱

عظیماً» (کرکی، ۱۴۰۸: ۲۴۶)، همچنین موارد دیگری از این قبیل در فقه وجود دارد که به لحاظ اختصار از آن صرف نظر می‌شود.

در نتیجه استناد به قاعده لاضرر جهت اثبات حق فسخ زن، در صورت ابتلا شوهر به بیماری جذام و برص، نایبانی یا سایر بیماری‌های که تحمل آن بر زن سخت و دشوار و ضرری است، کاملاً موجه و بدون ایراد است.

شایان ذکر است که هر چند مخالفین نظریه مشهور تنها بیماری جذام و برص و احياناً کوری و زمین‌گیری را محور بحث قرار داده‌اند، ولی مقتضای برخی دلایل یاد شده (مانند قیاس اولویت، لاضرر و...) آن است که به طور کلی هر نوع عیب و بیماری که ممکن است در مردان و زنان پیدا شود چنانچه برای مردان سبب ایجاد حق فسخ شود، به طریق اولویت برای زنان نیز موجب ایجاد حق فسخ خواهد بود.

نتیجه گیری

با عنایت به مباحث پیشین آشکار می‌شود که حکم تبعیض آمیز قانون مدنی در ماده (۱۱۲۳ق.م) در رابطه با حق فسخ نکاح به استناد برخی عیوب، علی‌رغم موافقت مفاد آن با فتوی مشهور فقها، از جایگاه فقهی قابل قبولی برخوردار نیست و باید عیوبی مانند جذام، برص و احياناً نایبانی و برخی عیوب دیگر را از قبیل عیوب مشترک بین زن و مرد اعلام نمود، چرا که نظریه اخیر از یک سو موافق با روح احکام اسلامی است و از سوی دیگر از پشتوانه قوی فقهی برخوردار است و فقهایمانند شهید ثانی، قاضی ابن برآج الطرابلسی، فاضل مقداد، علامه حلی و... نیز از طرفداران این نظریه‌اند. لذا مناسب است مواد قانون مدنی در این رابطه اصلاح گردد.

منابع

آشتیانی، میرزا محمود، کتاب النکاح (تقریرات آیه الله شیخ عبدالکریم حائری)، مشهد: چاپخانه خراسان.

آیه الله شیخ محمد علی اراکی (۱۳۷۷) کتاب النکاح، قم: نورنگار.

ابن برآج طرابلسی (۱۴۰۶ق) المهذب، ج ۲، قم: جامعه مدرسین.

اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۶۴ق) وسیله النجاه، ج ۲، نجف: آداب.

الطریحی، فخرالدین (۱۳۷۵) مجمع البحرین، ج ۵، تهران: مکتبه المرتضویه.

جمال الدین مقداد بن عبدالله السیوری (۱۴۰۴ق) التنقیح الرائع، قم: مکتبه آیه الله المرعشی.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۴ق) معجم رجال الحدیث، ج ۱۱، نجف: آداب.

راستی، زهرا و اکرم اسماعیلی (۱۳۸۰) انحلال نکاح توسط عیب، تهران: سفیر صبح.

سید محمد جواد عاملی (۱۴۱۳ق) نهائیه المرام، ج ۱، قم: جامعه مدرسین.

مرتضی، شیخ انصاری (۱۴۱۵ق) کتاب النکاح، قم: گنگره شیخ انصاری.

زین الدین جبعی ملقب به شهید ثانی (۱۴۱۶ق) مسالك الاقهار، ج ۸، قم: موسسه المعارف الاسلامیه.

زین الدین جبعی ملقب به شهید ثانی (۱۴۱۸ق) شرح روضه البهیة، ج ۵، قم: اسماعیلیان.

محمدبن علی بابوی ملقب به شیخ صدوق (۱۴۱۴ق) من لا یحضره الفقیه، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.

محمد بن حسن طوسی ملقب به شیخ طوسی (۱۴۰۱ق) تهذیب الاحکام، ج ۷، بیروت: دارالتعارف.

محمد بن حسن حر عاملی ملقب به شیخ حر عاملی (۱۴۰۹ق) وسائل الشیعه، ج ۲۱، قم: آل البيت.

طباطبایی، سید علی (۱۴۲۱ق) ریاض المسائل، ج ۱۱، قم: آل البيت.

حسن بن یوسف ابن مطهر حلّی ملقب به علامه حلّی (۱۴۱۸ق) مختلف الشیعه، ج ۷، قم: جامعه مدرسین.

مدرسین.

حسن بن یوسف ابن مطهر حلّی ملقب به علامه حلّی (۱۴۱۶ق) قواعد الاحکام، ج ۳، قم: جامعه مدرسین.

محمدبن حسن حلّی ملقب به فخر المحققین (۱۳۸۹ق) ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۳، قم:

اسماعیلیان.

نقد وتحليل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران ۲۳

قانون مدنی ایران (۱۳۸۳)

محمد بن یعقوب کلینی (۱۳۶۵) کافی، ج ۵، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

علی بن حسین ملقب به محقق کرکی (۱۴۰۴ق) جامع المقاصد، ج ۱۳، قم: آل البيت لاحیاء التراث.

احمد بن عباس نجاشی (۱۴۰۷ق) فهرست المصنفین (رجال نجاشی)، قم: جامعه مدرسین.

نجفی، محمد حسن (۱۹۸۱) جواهر الکلام، ج ۳۰، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه مکاسب هران: چاپ سنگی.