

جواز فسخ نکاح در امراض ساری از نظر آیت الله محسنی (ره)

محمد عیسی فهیمی *

چکیده

فسخ نکاح به خاطر وجود عیوبی در هریک از زوجین، به علت وجود نصوص و روایات از مباحث پیشینه‌دار فقهی است. در صلاحیت فسخ عقد نکاح از سوی هریک از زوجین، در عیوب منصوص، تردیدی نیست. آن چه محل بحث است امکان جواز فسخ عقد نکاح در عیوب غیر منصوص می‌باشد، به ویژه عیوب، بیماری‌ها و آفات نوظهوری که در دوره متأخر از نصوص پدید آمده است. عده‌ای از فقها جواز فسخ را منحصر به موارد منصوص دانسته و در غیر موارد منصوص، راه‌حلهایی چون طلاق، مراجعه به حاکم و... را پیشنهاد نموده و وجود «حق فسخ» را رد کرده‌اند. گروهی دیگر از فقها در موارد غیرمنصوص به خصوص بیماری‌ها و عیوب ساری غیرمنصوص، سخن از حق فسخ گفته‌اند و زوجین را در امراض واگیردار، دارای حق فسخ می‌دانند. از فقهایی که به رأی دوم ابراز تمایل نموده آیت الله محسنی می‌باشد. از مطالعه آرای وی می‌توان به این نتیجه رسید که وی در مورد عیوب، بیماری‌ها و امراض واگیردار نوظهور، برای زوجین «حق فسخ» قائل است.

واژگان کلیدی: فسخ، نکاح، ایدز، امراض ساری، طلاق.

* ماستر شرعیات و استاد پوهنتون خاتم النبیین (ص).

مقدمه

پیدایش بیماری‌های بی سابقه ساری، واگیردار، غیرقابل علاج و مصاب شدن مردم بدانها علاوه بر تنگناهای طبی، و ضرورت اقدامات و فعالیت‌های طبی جهت یافتن راههای درمان و چاره‌جویی برای علاج آنها موجب بروز مشکلات اجتماعی و حتی زندگی فAMILI و روابط خصوصی افراد مصاب به این نوع امراض گردیده است و پرسشهای فقهی - حقوقی فراوانی را خلق نموده است از میان انبوه پرسشها یکی از پرسشهای جدی بقا و تداوم رابطه زوجیت در فرض ابتلای یکی از زوجین به امراض واگیردار غیر قابل درمان می باشد در فقه و آرای فقهای پیشین بیماری‌ها و عیوب خاصی بر اساس نصوص موجب فسخ و به برهم خوردن رابطه زوجیت و عقد نکاح می - انجامید که به تفصیل در آثار فقهی آنان مطرح و پاسخ داده شده‌اند بابرز و گسترش بیماری‌های نوظهور مانند ایدز و امثال آن که سبب عوارض گوناگون می‌گردد و به نابودی مصونیت بدنی بیمار منجر می‌شود و باعث وجود مشکلاتی در عرصه‌ای معاشرت زوجین به ویژه معاشرت جنسی میان زوجین پدید می‌آورد. سوال این است که آیا عیوب نوظهور همانند عیوب منصوص در مردان و زنان می‌توانند سبب فسخ نکاح گردد؟ آیا جواز فسخ نکاح مختص عیوب منصوصه است آن گونه که در کلمات فقهای پیشین آمده است یا اختصاص به عیوب ذکر شده در روایات و سخنان فقهای پیشین نداشته و شامل عیوب و بیماری‌های حادث و متجدد نیز می‌گردد؟ و نباید به موارد منصوصه تعبد نموده و جواز فسخ را به آن موارد محدود اختصاص داد؟ در نوشته پیشرو، امکان جواز فسخ نکاح را در صورت ابتلای یکی از زوجین به بیماری‌های واگیر و غیر قابل درمان با تمرکز بر آرای آیت الله محسنی^(۵) پی‌گیری نموده و تلاش داریم که نظرات وی را که از مطرح کنندگان بحث مزبور می‌باشد و به تحلیل فقهی مسأله مبادرت ورزیده است در خصوص جواز فسخ نکاح در موارد امراض ساری به ویژه ایدز مورد مطالعه قرار دهیم.

۱) مفاهیم

برای ورود در بحث اصلی لازم است که نخست اصطلاحات مربوط به بحث توضیح داده شود تا تفاوت بحث بامباحث مشابه دیگری که در این زمینه مطرح است روشن گردد

۱-۱. فسخ

از واژگان پر تکرار در بحث پیشرو، واژه فسخ است فسخ در لغت به معانی جابه جا کردن، لغو کردن، باطل کردن، نقض، تفریق، سستی در عقل و بدن، افکندن و فاسد کردن رأی و... می باشد و در اصطلاح برهم زدن عقد یا برداشتن و برطرف کردن حکم عقد از اساس است گویا که عقدی در بین نبوده است پس کلمه فسخ احياناً در مورد برطرف کردن عقد از اصل استعمال می شود (زحیلی، ۱۴۱۸، ۱۴۹: ۹). بنابراین فسخ عقد به معنای ابطال عقد و فسخ در عقد ازدواج به خاطر وجود یکی از عیوب مجوز فسخ است خواه عیوب مجوز فسخ در مرد باشد یا در زن باشد (شهرکانی، ۱۴۳۰، ۶۳۷)

۱-۲. خیار

واژه خیار در لغت به معانی گزینش، انتخاب، راه، چاره، اختیار، حق انتخاب، حق تقدم در رد یا قبول، حق کناره گیری، بهترین، برگزیده، ممتاز، منتخب و... می باشد و در اصطلاح فقهی عبارت از تسلط شخص بر عقد نسبت به امضا و تأیید یا برهم زدن عقد است (مشکینی، ۱۳۹۲، ۲۵۱) پس خیار به معنای بهتر گزینی، اختیار برهم زدن معامله و تخییر عاقد بین فسخ و تأیید عقد گفته می شود (شیبانی فر، ۱۳۹۰، ۸۶)

۱-۳. نکاح

کلمه نکاح در لغت به معنای و طء، اختلاط، انضمام، پیمان زناشویی بستن، هم خوابگی کردن تزویج و عقد می باشد و در مفردات راغب آمده که معنای اصلی نکاح عقد است و از باب استعاره در جماع استعمال شده است و امکان ندارد که معنای اصلی نکاح جماع بوده و برای نکاح استعاره گرفته شده باشد زیرا تمامی اسمای جماع به دلیل قبح ذکر آن از اسمای کنایات است در اصطلاح شرعی و فقهی نکاح عبارت از ارتباط و پیوند خاص اعتباری است که قابلیت جعل و انشاء را به واسطه لفظ و شبه لفظ دارد (همان، ۵۸۰)

۱-۴. تعریف امراض ساری

ساری در لغت به معنای سریان، انتشار، گسترش و شیوع می باشد مرض ساری یا "مرض معد و معدی" به بیماری های واگیر دار و مسری گفته می شود در اصطلاح، سازمان بهداشت جهانی بیماری ساری و واگیردار را چنین تعریف نموده است "نوعی بیماری است که از برخورد با عامل سرایت دهنده بیماری ناشی می شود و مرض را از انسانی به انسان دیگر یا از حیوان به انسان یا از محیط به انسان و حیوان، به صورت مستقیم یا غیر مستقیم انتقال می دهد" (طیار و دیگران/ ۱۹۰/۱۲/۵۱۴۲۳) در عصر حاضر بیماری های خطرناک و مخاطره آمیزی از نظر طبی کشف گردیده که واگیر و ساری بوده و انتقال آن از شخصی به شخص دیگر امکان پذیر شده که اگر از سرایت آن جلوگیری نگردد به فاجعه، بلا و مصیبت و بء گونه نسل اندر نسل را گرفتار خواهد کرد و موجب نابودی و فروپاشی زندگی صحی، اقتصادی و اجتماعی خواهد شد (نفیسه / ۶) بیماری های ساری در عصر کنونی عبارتند از بیماری های چون ایدز که باعث ضعف مقاومت و مصونیت بدن می گردد یا موجب التهاب کبد، تالاسمی، مالاریا، سفلیس، آبله فرنگی و غیره می گردد (همان).

۱-۵. تفاوت طلاق و فسخ

۱-۵-۱. فسخ به معنای نقض عقد از اساس و آثارش بر طرف کردن حلیت، جلوگیری از استمرار و بقای عقد از آثار است فسخ از تعداد طلاق شمرده نمی شود و غالباً فسخ در عقد غیر لازم و یافاسد است ولی طلاق پایان دادن به زوجیت و تثبیت حقوق سابقه از قبیل مهر و امثال آن است و از جمله طلاقهای سه گانه محسوب می شود که مرد نسبت به زن خود دارد و طلاق فقط در عقد صحیح صورت می گیرد و حلیت فقط پس از سه بار طلاق از بین می رود.

۱-۵-۲. تفاوت فسخ و طلاق از ناحیه اسباب آن دو است سبب فسخ عروض حالاتی می باشد که بر عقد عارض می گردد و با ازدواج منافات دارد یا عروض حالاتی است که هم زمان با عقد عارض می گردد و باعث عدم لزوم عقد از اصل می گردد مانند ارتداد یا امتناع زوجه از اسلام یا رابطه جنسی میان زوج و مادر زوجه یا دختر زوجه و عروض حالات مقارن با عقد مانند حالاتی که یکی از زوجین دارای خیار است مانند خیار

اولیای زن در صورتی که به غیر کفو و یا به کمتر از مهر المثل به تزویج داده شده باشد که در این موارد عقد لازم نیست ولی طلاق معمولاً در عقد صحیح لازم صورت می گیرد طلاق از حقوق زوج است و در طلاق چیزی که منافات با عقد ازدواج داشته باشد وجود ندارد و طلاق بخاطر عدم لزوم عقد نمی باشد (زحیلی، ۴، ۳۱۵۳). فقهای امامیه همانند فقهای احناف میان فسخ و طلاق از نظر اسباب تفاوت قائلند که "فسخ موجبات خاص خود را دارد و طلاق اسباب خاص خود را مثلاً برص و جذام از اسباب فسخ است در حالی که در طلاق هر امری که ناخشنودی مرد را از زن فراهم کند باعث جدایی آن می شود اسباب فسخ محدود است ولی نمی توان برای طلاق اسباب خاص ذکر نمود (ربانی، ۱۳۸۶، ۱: ۱۴۰).

۱-۵-۳. فسخ از تعداد طلاق های که مرد صلاحیت آن را دارد کم نمی کند اما طلاق از تعداد طلاق هایی که در مالکیت و صلاحیت مرد است کم می کند. بنابراین؛ با دو طلاق دیگر حرمت پیدا می شود یعنی اگر کسی زنش را سه بار طلاق و پس از هر طلاق رجوع کند با انجام سه مرتبه طلاق زن بر مرد حرام و برای حلال شدن زن برای مرد اعمال قانون تحلیل لازم است ولی در فسخ اگر فردی دوبار زنش را طلاق و بعد از هر طلاق رجوع و در مرتبه سوم فسخ نماید یا اولین بار نکاح را فسخ و دوباره زن را با عقد جدید به نکاح خود در آورد فسخ مزبور طلاق شمرده نشده وزن بر مرد حرام نمی شود (ربانی، همان، ۱۳۸) فقهای اهل سنت نیز در این خصوص با فقهای امامیه هم نظر هستند (زحیلی، ۴، ۳۱۵۲).

۱-۵-۴. فسخ پیش از دخول موجب چیزی از مهریه نمی شود اما طلاق قبل از دخول موجب نصف مهرالمسمی می گردد، در صورتی که زن مهرالمسمی داشته باشد و اگر مهر المسمی نداشته باشد باید چیزی به زن به عنوان هدیه پرداخت نمود (زحیلی، همان) بنابراین از نظر احناف مطلقه قبل از دخول حق نصف مهر را دارد ولی زنی که به واسطه عیب نکاحش باطل می گردد قبل از دخول مستحق چیزی نیست جز در صورت عین بودن مرد (جزیری، ۱۴۱۹ هـ، ۴: ۲۶۲) از نظر فقهای امامیه نیز طلاق زن قبل از دخول موجب نصف مهر و بعد از دخول موجب تمام مهر می گردد اما در فسخ زن تمام مهر را از مرد مطالبه و استحقاق آن را دارد (ربانی، همان، ۱۴۰)

۱-۵-۵. طلاق حتما باید از سوی شوهر صورت گیرد ولی دامنه فسخ وسیع هم زوج و هم زوجه هر دو می توانند علقه زوجیت را بگسلند و همین اشتراک زن و مرد در برهم زدن زندگی و فرار از آن باعث تفاوت بین طلاق و فسخ است

۱-۵-۶. طلاق در زمانی درست است که زن و مرد دارای شرایطی خاصی باشند مثلاً مرد (مطلق) دارای بلوغ، عقل، اختیار و قصد باشد و زن (مطلقه) دارای شرایطی چون زوجه بودن، عقد دائم، طهارت از حیض و نفاس و استبراء یعنی زن در طهر موقوعه طلاق داده نشده باشد بر علاوه شرایط دیگری چون مشخص بودن مطلقه، لفظ وصیغه خاص و حضور شهود ولی در فسخ چنین شرایط وجود ندارد.

۱-۵-۷. طلاق دارای آثاری از جمله حق رجوع مرد در ایام عده در طلاق عدی است ولی در فسخ چنین حقی نه برای زوج و نه زوجه وجود ندارد و اگر کسی اقدام به فسخ و راه خود را از دیگری جدا نمود بازگشتی وجود ندارد جز بانکاح و مهر جدید.

۱-۵-۸. از نظر فقهای امامیه خیار عیب دارای فوریت است و لذا اگر کسی بدانکه حق خیار و فسخ دارد و شرایط و مقدمات آنرا به خوبی می داند و فوراً از حق خود استفاده نکند حق خیار او از بین رفته و در این خصوص میان زن و مرد تفاوت نیست اما اگر کسی نسبت به اصل حق خیار خود و یا نسبت به فوریت اعمال آن جاهل باشد جهل او عذر شمرده شده و پس از علم به اصل حق خیار و فوریت آن باید حق خیار خود را اعمال نماید ولی در طلاق فوریت مطرح نیست مرد هر زمانی می تواند اعمال طلاق نماید (ربانی، همان، ۱۳۹-۱۴۱)

از میان تفاوت‌های نامبرده شده چهار تفاوت اولی را فقهای حنفی و امامیه هر دو متذکر شده اند فقط تفاوت‌های چهارگانه اخیر را فقهای احناف ذکر نکرده ولی فقهای شیعه این موارد را نیز از موارد تفاوت طلاق و فسخ بر شمرده اند

۱-۶. تفاوت فسخ و انفساخ

میان دوواژه فسخ و انفساخ تفاوت وجود دارد فسخ دارای معنای متعددی و انفساخ دارای معنای لزومی در فسخ اقدام کردن نهفته است ولی انفساخ خود به خود حاصل می شود فسخ به معنای رفع، نقض و منحل کردن عقد است چه از ناحیه شوهر باشد و چه از ناحیه زن. ولی انفساخ حالت مطاوعه داشته بدین معنا که رابطه زوجیت خود به

خود زایل و نیاز به تأثیر و اعمال اصل و قانون نیست و در فقه موادری وجود دارد که عقد خود به خود زایل و "انفساخ" می یابد مانند اینکه زوجین پس از ازدواج به علت امر حادثی بریکدیگر حرام گردند مثلاً زوجه بزرگ، زن کوچک را شیر دهد که هر دو زن برفرض دخول به زن بزرگ حرمت ابدی پیدا می کنند والا فقط زن بزرگ حرام می شود ولی نکاح هر دو فسخ می گردد یا یکی از زوجین پس از عقد نکاح از اسلام خارج گردد موارد مذکور از قبیل انفساخ است نه فسخ عقد، یعنی عقد پس از پیدایی این حالت، خود به خود فسخ وزن از مرد جدا می شود (ربانی، ۱۳۸۶، ۱: ۱۴۲).

۱-۷. تفاوت فسخ با بطلان عقد

در فسخ از آغاز تمام شرایط عقد صحیح جمع و هیچ نقصی در عقد وجود ندارد و پس از مدتی مانع پیش می آید و عقد را برهم می زند ولی در بطلان عقد از همان آغاز وجود نیافته و شرایط عقد موجود نبوده است مانند ازدواج کسی با زنی در عده، چه باین پارجهی یا حتی عده وفات که شخص هم عالم به عده وهم عالم به حکم یعنی حرام بودن آن باشد در عقد باطل زن به صورت ابدی بر زوج حرام می شود دلیل بطلان عقد در مورد مزبور و سایر موارد عدم تحقق عقد از همان آغاز می باشد (همان، ۱۴۳).

۲) آرای فقهای مذاهب فقهی اهل سنت در تفریق به عیب

فقهای اهل سنت راجع به جواز تفریق به عیب دو نظریه دارند ظاهریه معتقدند که تفریق به هیچ عیبی جایز نیست هر عیبی که باشد و در هر کسی که باشد خواه عیب در زوجه باشد یا زوج ولی مانعی ندارد که زوج زوجه را در صورتی که خواسته باشد طلاق بدهد زیرا در مورد فسخ نکاح به واسطه وجود عیب دلیلی در قرآن، سنت، اثر صحابه، قیاس و عقل وجود ندارد. اکثریت فقها معتقد به جواز تفریق به واسطه عیب است و فقط در دومورد اختلاف دارند یکی اینکه حق فسخ برای زوجین است یا فقط برای زوجه؟ دوم در مورد عیوبی که حق جدایی خواهی و تفریق را ثابت می کند.

در مورد نخست احناف حق تفریق به واسطه عیب را فقط برای زوجه ثابت می دانند و زوج حق فسخ خواهی ندارد زیرا زوج می تواند از طریق طلاق ضرر را از خودش دفع نماید ولی زوجه برای دفع ضرر از خودش راهی جز تفریق ندارد زیرا زن مالک طلاق نیست. پیشوایان مذاهب سه گانه دیگر اهل سنت معتقدند که هر یک از زوجین در اثر عیب می توانند خواهان تفریق گردند زیرا هر کدام از آنها به واسطه عیوب متضرر

می شوند و اینکه گفته می شود مرد به واسطه طلاق می تواند ضرر را از خودش دفع نماید باعث می شود که زوج را در فرض دخول، الزام به پرداخت تمام مهر المسمی و قبل از دخول الزام به پرداخت نصف مهر نمود فقط مالکیه، حنا بله و شافعیه گفته اند که زوج می تواند بعد از دخول، از ولی زوجه مانند پدر و برادر زوجه مهریه پرداخت شده را به خاطر کتمان عیب و تدلیس پس بگیرد (زحیلی، ۱۴۱۸، ۹: ۷۰۴۸).

اما راجع به بحث دوم در میان عیوب مختلف مجوز فسخ نسبت به دوعیب جب و عین تمام مذاهب چهارگانه اهل سنت و امامیه متفق اند ولی در مورد سایر عیوب اختلاف دارند. نظر ابی حنفیه^(۶) (وابی یوسف^(۷)) از نظر این دو، وجود سه عیب تناسلی (جب، عنه، خصاء) در مرد مجوز فسخ است زیرا عیوب نامبرده شده قابل رفع و برطرف کردن نیست و در عیوب سه گانه مذکور ضرر دایمی وجود دارد و با وجود آنها مقصود اصلی ازدواج که توالد، تناسل و اعفاف از معاصی باشد تحقق نمی یابد و چاره‌ای جز جدایی و فسخ نکاح نیست اما عیوب دیگر مانند جنون، جذام، برص، فتق و قرن مجوز فسخ نکاح نیست و نمی توان نکاح را به واسطه این عیوب فسخ نمود خواه عیوب مذکور در زوجه یا در زوج باشد در هر کدام که باشد دیگری حق خیار ندارد در این میان محمد بن حسن شیبانی نظر دیگری دارد که زوجه حق فسخ یا خیار دارد در صورتی که عیوب مذکور در زوج باشد ولی زوج، در صورت وجود عیوب مزبور حق خیار ندارد بنابراین؛ احناف اتفاق دارند که زوج مطلقاً از حق خیار فسخ از دواج به سبب وجود عیوب مذکور در زوجه برخوردار نیست.

مالک و شافعی (رحمهما الله) گفته اند هرگاه هریک از زوجین عیبی از عیوب تناسلی (جنسی) یا عیوب نفرت انگیز در جانب مقابل مانند جنون، جذام و برص ببینند می تواند نکاح را فسخ نماید در نزد شافعی هفت چیز عیب شمرده شده که عبارتند از جب، عنه، جنون، جذام، برص، فتق و قرن و از میان عیوب مذکور پنج تای آن ممکن است در هریک از زوجین باشد دوتای اول در مرد و دو تای اخیر در زن و سه تای وسط مشترک میان زن و مرد است (همان، ۷۰۴۹) و در عیوبی مانند بخار، صنان (بوی زیر بغل) استحاضه، قروح سیاله (زخم های چرکین روان)، عمی، زمانه، بله، خصاء، افشاء

وهمینطور کسی که در هنگام آمیزش غایط می‌کند فسخ وجود ندارد زیرا این عیوب مقصود نکاح را از بین نمی‌برد.

از نظر مالکیه عیوب سیزده تاست چهارتای آن مشترک میان زن و مرد است که جنون، جذام، برص و عذیبه (خروج بول و غایط در هنگام آمیزش) باشد برای فردی که کنترل ادرار و غایط خود را در جماع ندارد اگر مرد باشد عذیوبه و اگر زن باشد عذیوبه گفته می‌شود. چهار عیب دیگر مخصوص مرد است که عبارت از خصاء، جب، عنه، اعتراض (ناتوانی در برقراری ارتباط جنسی به خاطر بیماری وامثال آن) می‌باشد پنج تاهم مخصوص زن است که عبارت از رتق، قرن، بخر (بوی فرج) ، عفل (غده ای که مانع دخول آلت تناسلی مرد است یا مانع لذت آمیزش) و افشاء می‌باشد از نظر مالکیه قرع (کچلی) ، رنگ سیاه، از جمله ای عیوب نمی‌باشد یا زناکار بودن زن (البته قبل از ازدواج) و همینطور نمی‌توان نابینایی، یک چشمی، عرج، زمانه و مانند آن از بیماری‌ها را از عیوب شمرد جز در صورتی که سلامت زن از عیوب مذکور در عقد شرط شده باشد.

نظریه احمد بن حنبل^(۹) وی معتقد است که نکاح به واسطه عیوب تناسلی (جنسی) یا عیوب نفرت‌زا فسخ می‌شود یا عیوب سخت و دشواری چون سل، سیلان (سوزاک)، زهری (سفلیس) و مانند آن که از طریق اهل خبره شناخته می‌شود (همان، ۷۰۵۰) در نزد احمد بن حنبل عیوب هشت تاست سه تای آن مشترک میان زوجین است که عبارت از جنون، جذام و برص باشد دوتای آن مانند جب و عنه مخصوص مرد است سه تای آن مخصوص زن است که عبارتند از فتق (اختلاط مجرای بول و منی)، قرن و عفل از نظر احمد بن حنبل قرن، عمی، عرج، قطع بودن دوپا، یا قطع دو دست، به دلیل اینکه مانع از استمتاع نیست و نگرانی از سرایت آن وجود ندارد مجوز فسخ نکاح نمی‌تواند باشد.

نظریه زهری، شریح و ابن قیم . از نظر اینان هر عیبی نفرت برانگیز در یکی از زوجین مجوز فسخ خواهی می‌شود مانند عقامت، لال بودن، عرج، کربودن، بریدگی دو دست و پا یا بریده بودن یکی از دست یا پا زیرا عقد بر اساس سلامت از عیوب صورت گرفته وقتی سلامتی وجود نداشته باشد حق خیار ثابت می‌شود از نظر برخی دانشمندان اهل سنت دیدگاه حنابله بر سایر نظرات ترجیح دارد اولاً در عیوب تحدید

وجود ندارد و ث انیا جواز فسخ نکاح به عیبی اختصاص یافته که باوجود آن عیب مقاصد ازدواج به صورت کامل تأمین نمی‌گردد و مقتضای عقد از دواج هم همین است که هر عیبی که مانع تحقق مقاصد از دواج می شود باید بتوان به واسطه وجود آن عیب عقد نکاح را فسخ نمود (همان، ۷۰۵۱)

۱-۲. محدودیت جدایی به واسطه عیب

فقها ی اهل سنت فراق وجدایی به واسطه وجود عیب رانیزمند حکم قاضی وادعای صاحب مصلحت می دانند زیرا تفریق به واسطه عیب امر اجتهادی و میان فقها مورد اختلاف می باشد و برای رفع اختلاف نیاز به قضاوت قاضی است چون زوجین در ادعای وجود عیب و عدم وجود عیب اختلاف دارند و اینکه به واسطه فلان عیب تفریق جایز است یا نه؟ و قضاوت قاضی اختلاف را از بین می برد در صورت نزاع، سخن منکر علم به عیب، همراه با سوگند وی مبنی بر اینکه از عیب اطلاع نداشته پذیرفته می‌گردد هرگاه روشن گردد که زوج محبوب است قاضی باید فوراً حکم به جدایی زوجین نماید و نباید زوج را مهلت دهد چون تأجیل فایده ندارد ولی در مورد عنین و خصی حاکم بایست از تاریخ خصومت زوج را به مدت یکسال مهلت دهد؛ زیرا احتمال اثبات قدرت مرد بر جماع در اثنای یکسال و باگذشت فصول وجود دارد تأجیل به مدت یک سال از زمانی محسوب می شود که قاضی حکم به تأجیل می نماید از نظر احناف و حنابله در صورتی که زن بیوه باشد سخن زوج همراه با سوگند وی پذیرفته است زیرا ظاهر گواه زوج است و اصل هم سلامت از عیوب می باشد و قول کسی پذیرفته است که ظاهر به نفع اوست البته زوج بر سلامت خود سوگند هم باید یاد کند اگر زوج سوگند یاد کرد دعوی زوجه رد می شود اما اگر زوج سوگند یاد نکند قاضی زوجه را مخیر میان ماندن با زوج با همین وضعیت و جدایی می نماید اگر زوجه جدایی را برگزید قاضی حکم به جدایی آن دو از همدیگر می‌نماید (همان، ۷۰۵۲)

اما در صورت باکره و دوشیزه بودن زن، زنان باید به آن نگاه کنند و سخن یک زن در این مورد پذیرفته است ولی در نزد احناف اولی این است که زوجه باکره وضعیت خود را به دو زن نشان دهد اگر آن دوزن باکره بودن وی را تأیید نمودند تأجیل تا پایان سال باقی است تا دروغ زوج آشکار شود ولی اگر گفتند که زوجه بیوه است مرد باید

سوگند یاد کند و در صورت سوگند مرد، زن دیگر حقی ندارد و اگر مرد نکول نمود تأجیل تایکسال باقی است فقهای مالکیه گفته اند در صورتی که مرد ادعای آمیزش کند سخن وی، همراه با سوگندش تصدیق می شود ولی اگر مرد از سوگند نکول، ورزد زن باید سوگند یاد کند که مرد با وی آمیزش ننموده است و حاکم می تواند حکم به جدایی زوجین، پیش از اتمام یکسال نماید در صورتی که زوجه خواهان تفریق باشد مالکیه در عیوبی غیر از جب، عنین و خصا گفته اند اگر از عیوبی باشد که با درمان امید از بین رفتن آن نیست قاضی می تواند فوراً به جدایی زوجین حکم نماید و اگر از عیوبی باشد که با درمان امید از بین رفتن آن می رود قاضی می تواند به مدت یکسال، تفریق را به تأخیر بیاورد در صورتی که عیب از عیوب مشترک زن و مرد مانند جنون، جذام و برص باشد و اگر عیب از عیوب مخصوص زن باشد قاضی می تواند تفریق زوجین را مطابق اجتهاد و صلاح دید خود و به مقدار زمانیکه درمان از عیب، اقتضا دارد به تأخیر بیاورد اگر زن ادعا نمود که عیب از وجود وی برطرف گردیده سخن زن همراه با سوگندش تصدیق می شود.

از نظر شافعیه عنین بودن مرد توسط اقرار زوج، یا بینه مبنی بر اقرار زوج، یا به واسطه سوگند زن در صورت رد سوگند از سوی مرد ثابت می شود و هرگاه عنین بودن مرد ثابت شد قاضی می تواند به درخواست زن مرد را تایکسال مهلت دهد زیرا حق، مربوط به زن است پس از گذشت یکسال زن می تواند دوباره نزد قاضی مرافعه نماید اگر مرد ادعا نمود که در این مدت بازن آمیزش داشته باید سوگند یاد کند و اگر مرد سوگند یاد نکند زن باید سوگند یاد کند و در صورتی که زن، سوگند بخورد یا مرد اقرار به عنین بودن خودش نماید زن حق فسخ دارد (همان، ۷۰۵۳).

۲-۲. شرایط جدا شدن زوجین به واسطه عیب

فقها برای ثبوت حق جدایی خواهی به واسطه عیب دوش شرط را ذکر نموده اند: نخست، فردی که خواهان جدایی است پیش از عقد یا در وقت عقد، از عیب آگاهی نداشته باشد. اگر فرد جدایی خواه در زمان عقد، از عیب آگاه بوده حق جدایی طلبی را نداشته زیرا قبول تعاقب با وجود علم به عیب، نشان دهنده رضایت او به عیب محسوب می شود. شرط دوم اینکه پس از عقد، وقتی از عیب آگاه شد به عیب رضایت نداده باشد اگر شخص خواهان جدایی، از عیب آگاه باشد و پس از انعقاد عقد، علم به

عیب پیدا نموده و به عیب رضایت داده باشد حق تفریق را از دست داده است و اگر پس از عقد، از عیب اطلاع یافته باشد و رضایت به عیب نداده باشد مطابق نظر شافعیه خیار عیب برای وی به صورت فوری ثابت است ولی حنابله خیار را با تأخیر ثابت دانسته اند در نتیجه مطابق نظر حنابله خیار شخص تازمانی که امری دال بر رضایت وی به عیب به صورت صریح صادر نشده باشد ثابت است مانند اینکه بگوید رضایت دادم یابه صورت ضمنی مانند استمتاع از سوی زوج و تمکین از سوی زوجه، دلیل عدم سقوط خیار این است که خیار برای کسی می باشد که خواهان تفریق به خاطر دفع ضرر موجود است از این جهت خیار از خصوصیت تأخیر برخوردار است مانند خیار قصاص و خیار عیب در مبیع و در صورتی که عیب قبل از تفریق، برطرف شده باشد دیگر جدایی در کار نبوده زیرا سبب جدایی از بین رفته و مانند مبیعی می ماند که عیب آن برطرف شده باشد.

۲-۳. عیب حادث پس از دواج

در مورد عیوب موجود پیش از ازدواج اختلاف در جواز تفریق، میان مذاهب چهارگانه اهل سنت وجود ندارد اختلاف در مورد حدوث عیب، نسبت به یکی از زوجین است احناف همانگونه که قبلاً اشاره شد جنون و عین شدن مرد را پس از از دواج ولو بایک مرتبه آمیزش بازن موجب جواز فسخ نمی داند زیرا حق فسخ خواهی زن با همان آمیزش یک مرتبه از بین می رود ولی مالکیه میان عیب زوج و زوجه، فرق گذارده که اگر عیب در زن باشد زوج حق خیار و جداخواهی را به واسطه عیب ندارد چون این یک مصیبت، گرفتاری و عیبی است که بروی نسبت به معقود علیه و پس از لزوم عقد عارض شده است و شبیه عیب حادث در مبیع می باشد ولی اگر عیب حادث، در زوج باشد زوج حق جداخواهی را دارد به ویژه اگر عیب حادث در زوج امراضی چون جنون، جذام و برص باشد که زن شدیداً اذیت و نمی تواند صبر نماید ولی در عیوبی تناسلی مانند جب، عنه، خصا زن حق فسخ خواهی ندارد.

شافعیه و حنابله چون به صورت مطلق معتقد به جواز تفریق به واسطه عیب حادث، پس از از دواج می باشد و عیب حادث پس از ازدواج را همانند عیوب موجود پیش از از دواج می دانند از این خاطر که عیب حادث مانند عیب مقارن با عقد دارای

ضرر است و زن راه گریزی غیر از جدا خواهی ندارد برخلاف مرد که راه دیگر که طلاق باشد برای او وجود دارد شافعیه فقط عروض عینین را از عیب حادث، پس از از دواج و پس از دخول استثنا نموده که عروض عینین مجوز فسخ خواهی نمی شود زیرا مقصود از نکاح حاصل شده وزن حق خویش را از مرد ولو یک مرتبه دریافت نموده است.

۲-۴. نوع جدایی به سبب عیب

از مباحث مطرح در بحث جدایی زوجین به واسطه عیب ، این است که چنین جدایی از نوع طلاق بائن است یا رجعی؟ فقهای اهل سنت دونظر دارند احناف ومالکیه این نوع جدایی را از قبیل طلاق بائن می دانند که از تعداد طلاق ، کم می کند درست است که چنین جدایی، به دستور قاضی صورت می گیرد ولی کار قاضی به زوج نسبت داده می شود گویا زوج خودش، زن را طلاق داده و این جدایی پس از ازدواج صحیح است و جدایی پس از از دواج صحیح، طلاق شمرده می شود نه فسخ بائن بودن این جدایی بدین جهت است که ضرر از زن رفع گردد چون اگر این نوع جدایی را از قبیل طلاق بائن ندانسته بلکه از قبیل طلاق رجعی بدانیم و برای زوج حق رجوع، قبل از اتمام مدت عده داشته باشیم ضرر دوباره متوجه زن خواهد شد.

شافعیه و حنابله جدایی به واسطه عیب را فسخ می دانند نه طلاق، وقتی فسخ باشد از عدد طلاق چیزی کم نمی کند و زوج می تواند بانکاح جدید با حضور ولی ودوشاهد عادل ومهریه نکاح را اعاده نماید زیرا جدایی به واسطه عیب از سوی زوجه صورت گرفته وزوجه خواهان جدایی بوده به خاطر عیبی که درزوج بوده وهرگاه جدایی از ناحیه زن باشد مورد از موارد فسخ شمرده می شود واز موارد طلاق نمی باشد (همان، ۷۰۵۶)

۳) اسباب فسخ نکاح از نظر فقهای امامیه

درمورد اسباب فسخ نکاح از نظر فقیهان امامیه اختلاف است شیخ طوسی عیوب زنان را عبارت از برص، جذام، عمی، رتق ، مفضات، عرج و جنون نام برده وعلامه حلی اسباب فسخ درمورد زوج راشش مورد نام برده است که عبارت از جنون، خصاء، جب و عینین باشد شهید اول برای مرد پنج عیب ذکر کرده که عبارت از جنون، خصاء، جب، عینین وجذام بنابر قولی می باشد وعیوب زن رانه تا دانسته که عبارت از جنون، جذام،

برص، عمی، اقعاد، قرن، افضا، عفل ورتق باشد مرحوم صدوق زنا را نیز برعیوب زنان اضافه نموده که علقه زوجیت در اثر آن فسخ می شود شیخ مفید^(۶) زنی را که به جهت فحشا و فجور حد خورده از عیوب زن و مجوز فسخ نکاح دانسته است برخی علاوه بر موارد مزبور فقر زوج را نیز از اسباب فسخ نکاح دانسته اند (ربانی، همان ۱۴۴-۱۴۵).

عیوب مرد که فسخ به واسطه آنها مورد اتفاق است چهارعیب است که عبارتند از جنون، خصا، عنن و جب و عیوب که رد نکاح به واسطه آنها مورد اختلاف است. سه عیب جنون، برص و عمی است عیوب زن هشت تا است که عبارتند از: جنون، جذام، برص، قرن افضا، عرج، عمی ورتق عیوب مرد که زن به واسطه آن عیوب مستحق فسخ نکاح است

محقق^(۷) عیوب مرد را سه تا و عبارت از جنون، خصی و عنن دانسته و در مورد فسخ به واسطه جب تردید وجود دارد (سیحانی، ۱۰۹/۲-۱۱۱) درمسالك برعلاوه عیوب چهارگانه مذکور از سوی محقق رد نکاح به واسطه جذام و برص نیز جایز دانسته شده است مشهور میان فقهای امامیه عیوب مجوز فسخ نکاح درمرد جنون، خصا، عنن، جذام و برص دانسته شده است و وجود عیوبی درمرد مانند عمی، خنوث، زانی بودن پس از عقد، منسوب نمودن خود را به قبیله خاص که بعدا خلاف آن ثابت شود و معلوم گردد که منسوب به آن قبیله نبوده از عیوب مجوز فسخ نکاح شمرده نمی شود و دلیلی برفسخ نکاح به واسطه این عیوب وجود ندارد و در جانب زنان عیوب مجوز فسخ نکاح بنابر نظر مشهور هشت تا است که جنون، جذام، برص، قرن، افضا، عرج، عمی و رتق باشد (همان، صص ۱۱۲-۱۵۳)

درکتب فقهی راجع به هریک از عیوب مجوز فسخ نکاح چه در ناحیه مرد و چه در ناحیه زن مباحث تفصیلی زیادی صورت گرفته و اختلاف نظرهای فراوانی وجود دارد که پرداختن به تمام موارد و ذکر ادله و تفصیل اختلافات از حوصله نوشتار ما خارج می باشد از این رو، به ناگزیر فقط به ذکر نظر مشهور اکتفا و مکررا یادآوری می گردد که عیوب مجوز فسخ نکاح شقوق و دسته بندی های مختلفی دارد و در این مجال نمی گنجد.

۳-۱. عیوب مجوز فسخ نکاح از نظر آیت الله محسنی (ره)

آیت الله محسنی تحت عنوان "عیوب مجوز فسخ نکاح" عیوب هر یک از زن و مرد را جداگانه برشمرده است.

الف: عیوب زنان

وی نخست عیوب زن را با استناد به احادیثی برشمرده که مطابق آن احادیث در صورت وجود عیوبی در زن می توان نکاح را فسخ نمود عیوب مجوز فسخ نکاح باتوجه به روایاتی که وی نقل نموده چهار عیب و عبارتند از برص، جذام، جنون و قرن که در برخی از روایات به جای "قرن" تعبیر "عفل" ذکر شده است از نظری و براساس دسته ای از روایات عیوب مذکور در زن در فرضی موجب رد نکاح می گردد که قبل از دخول و موافقه و قبل از علم به عیب باشد و در صورتی که پس از علم به عیب مرد آمیزش نموده باشد عیوب مزبور نمی تواند موجب رد نکاح گردد.

آیت الله محسنی با ذکر احادیثی این احتمال را که عیوب نام برده شده مربوط به زن و مخصوص فسخ نکاح در مورد زن است به دلیل اینکه در روایات کلمه "عفل" ذکر شده و عفل از عیوب مخصوص زنان است علاوه بر اینکه تعبیر به "یرد" در بعضی از احادیث احتمال دارد که فعل مضارع معلوم باشد و ضمیر مرفوع مستتر در آن به مرد راجع باشد و از این رو، حدیث دلالت ندارد که وجود عیوب مذکور در مرد موجب رد و فسخ نکاح از سوی زن باشد یا فرموده هر دو احتمال مردود است و احادیث وارده در مورد عیوب مذکور هم شامل مرد و هم شامل زن می باشد. وی برخلاف صاحب جواهر^(۵) که "یرد" رافع معلوم و ضمیر مستتر در آن را به مرد ارجاع داده و نتیجه گرفته که عیوب مزبور مخصوص زن بوده و وجود چنین عیوب نمی تواند موجب فسخ نکاح در ناحیه مردان باشد؛ می گوید معیار اطلاق کلام امام (ع) است نه کلام سائل. درست است که پرسش در باره عیوب زنان بوده ولی جواب امام (ع) مطلق می باشد و می رساند که عیوب مزبور شامل هر دو زن و مرد است چون اگر مقصود امام (ع) فقط عیوب زن بود باید در احادیث تعبیر به "انما ترد النکاح" می شد نه تعبیر به "انما یرد النکاح" و اگر کسی ادعا کند که در ذیل برخی از احادیث راجع به "مهر" و امثال آن سوال شده و این دلیل براختصاص عیوب مذکور در زنان است ایشان پاسخ می دهد که ذیل احادیث یک سوال مستقل و مربوط به برخی از مصادیق عیوب مجوز فسخ

نکاح می باشد و نتیجه آنکه عیوب مذکور مجوز فسخ نکاح است خواه این عیوب در زن وجود داشته باشد یا در مرد و آنچه هم به عنوان دلیل براختصاص عیوب مذکور نسبت به زن ذکر نمودید که در روایت "عفل" ذکر شده و "عفل" از عیوب مخصوص زن است اختصاص "عفل" به زن منافات با این مطلب ندارد که در سایر عیوب مرد و زن باهم اراده شده باشند به خصوص که مشهور زن را در صورت جنون مرد، دارای حق خیار می داند و مقتضای حصر و تعبیر به "انما" می رساند که رد نکاح، در همین عیوب مزبور اختصاص داشته و با سایر عیوب نمی توان نکاح رافسخ نمود (محسنی ۱۳۸۲/۲۵۹-۲۶۰).

وی پس از بیان چندین حدیث در این خصوص نتیجه می گیرد که زوج می تواند نکاح زوجه خود را به خاطر برص، جذام، جنون، عفل و قرن، رد نماید و در این زمینه تردید نیست و همین طور مرد می تواند نکاح را به خاطر افضاء و زمانه در صورت فریب مرد و کتمان عیب از سوی زن یا مانند نابینا و لنگ بودن زن و زناى زوجه پیش از از دواج رد نماید البته رد نکاح از سوی مرد در تمام موارد مزبور مشروط بر این است که مرد، پیش از عقد به عیوب مزبور آگاهی نداشته باشد و پس از آگاهی از عیوب بازن آمیزش و مواقعه نکرده باشد

آیت الله محسنی، نظر مشهور علماء را در مورد الحاق "رتق" به "عفل" پذیرفته و می گوید "رتق" عیب مستقل نیست و داخل در "عفل" است "رتق" عبارت از عیبی است که بردهان آلت تناسلی زن چیزی خارج و زاید از آفرینش طبیعی از جنس عضله یا پوستی پرده مانند بیرون می آید که مانع از آرامیدن باوی شود دلیل الحاق "رتق" به "عفل" از نظر ایشان وجود حدیث در این باره است.

از جمله عیوب که رد نکاح را از سوی مرد تجویز می کند "زمانه" است وی ضمن نقل سخنان اهل لغت راجع به معنای "زمانه" که به معنای نقص بعضی اعضا، تعطیل قوا، آفت و غیره می باشد و اینکه واژه مزبور در عصر ما به معنای برجای مانده و زمین-گیر بودن است تفسیر استاد خودم مرحوم خوئی^(۵) را راجع به تفسیر "زمانه" به معنای زمین گیر بودن را ضعیف دانسته و قبول ندارد که "زمانه" به معنای زمین گیر بودن باشد؛ زیرا در صحیح ابن سرحان آمده که "هر چند زن دارای زمانه باشد که

مردان او را نمی‌بینند " این صحیحه ظهور دارد در اینکه منظور از زمانه اعم از " اقعاد " و زمین گیر بودن می باشد چون اقعاد را مرد وزن هردو می بینند. محسنی^(۶) راجع به معنای " زمانه " نظرش این است که ظاهراً مقصود امام (ع) در روایت از " زمانه " آن نوع زمانه ای می باشد که بر مردان مخفی می ماند ولی مشکل این است که دلیل بر تعیین " زمانه " مورد نظر امام (ع) در روایت نیست و التزام به اینکه مقصود از " زمانه " در صحیح ابن سرحان نوعی از " زمانه " است که بر مردان مخفی می ماند نادرست است به ویژه اگر " زمانه " را به مطلق آفت طولانی از نظر زمان معنا کنیم (همان/ ۲۶۰-۲۶۱).

از نظر وی، بارزترین مصداق " زمانه " همان اقعاد و زمین گیری است و در برخی روایات مانند صحیح ابوعبیده شاید همین اقعاد مقصود باشد و همین صحیح مدرک فتوای خوئی^(۷) باشد و ممکن است " زمانه " در روایت صحیح ابن سرحان حمل بر اقعاد شود و بگوییم اقعاد در مواردی برای زن و مرد هردو آشکار و هویداست و در مواردی اقعاد فقط برای زنان آشکار است که شناسایی آن نیاز به دقت بیشتر و برکندن جامه از سوی زن دارد اما اینکه " زمانه " شامل بیماری های کشنده غیر قابل علاج مانند ایدز می شود یا نه؟ دو احتمال وجود دارد و همین دو احتمال در مورد شمول " زمانه " نسبت به اشخاص دست و پا بریده یا گوش و بینی و لب بریده و قد خمیده و بدون مو نیز وجود دارد.

زنا پیش از عقد و حتی وضع حمل پیش از عقد موجب فسخ نکاح نمی‌باشد و همین‌طور زنا پس از عقد موجب فسخ نکاح نمی‌گردد بلکه زن و شوهر باید از هم جدا و تفریق گردند زن باید حد زده شود و مهریه هم ندارد درست است که زنا هم موجب جدایی و برهم خوردن نکاح می شود ولی باید توجه داشت که تفریق، غیر از حق خیار است زیرا تفریق جدایی میان زوج و زوجه به حکم محکمه است.

ب: عیوب مردان

وجود عیوبی در مرد که موجب حق خیار ورد نکاح مرد از سوی زن می‌گردد برخی همان است که قبلاً در بحث عیوب زن گذشت مانند برص، جذام و جنون. راجع به باقی عیوب مرد ایشان مانند بحث در مورد عیوب زنان در قدم اول به نقل احادیثی در این باره پرداخته واز جمله خصی بودن را از عیوب مرد شمرده که خود را برای زن

تدلّیس نموده و در مورد شان گفته شده که مرد باید تعزیر شود و میان زوجه و زوج، تفریق صورت بگیرد و زن می تواند مهریه خود را بگیرد نظر محسنی^(۶) راجع به مفاد احادیث این است که زوج به هر علتی که از آمیزش جنسی ناتوان باشد زوجه دارای اختیار است به خصوص، که عجز زوج از آمیزش قبل از از دواج بوده باشد فقیه مرحوم پس از بررسی مدلول برخی احادیث به صورت جدا جدا در جمع بندی چند بحث را یاد آوری می نماید.

زوجه حق فسخ دارد در صورتی که معلوم شود شوهرش خصی بوده است و خصاء عبارت از این است که بیضتین خارج شده باشد و ممکن است گفته شود خصاء همان "وجاء" است یعنی بدون اینکه بیضتین بیرون آورده شده باشد کوبیده شده باشد در هر صورت مشهور میان اصحاب تسلط زن، برفسخ نکاح است در صورتی که نسبت به عیب مزبور جاهل بوده باشد و جاء و کوبیده شدن بیضتین را هر چند به مشکل بتوان از افراد و مصادیق خصی دانست ولی می توان از نصوص که در همه ای آنها سخن از تدلیس گفته شده استفاده نمود که حق خیار زن به خاطر تدلیس است نه به خاطر عیب بودن خصی و همین که شخص وضعیت خود را نگفته و آن را مخفی داشته در تدلیس کافی است. زوجه حق فسخ دارد در صورتی که زوج عنین باشد عنن نوعی بیماری است که سبب ضعف آلت تناسلی مرد از آمیزش و ادخال می گردد عیب مزبور هر چند پس از عقد پیدا شده باشد موجب فسخ نکاح از سوی زوجه می گردد البته به شرطی که زوج بازوجه آمیزش نکرده باشد و اگر مرد بازن و لو یکبار آمیزش نموده باشد و پس از آن عنین شده باشد زن دارای حق خیار نیست (همان / ۲۶۲-۲۶۵).

از عیوب مجوز فسخ نکاح توسط زن مبتلا بودن زوج به بیماری "جب" است زوج اخته در صورتی که از دستگاه تناسلی او چیزی که وطی را ممکن نماید باقی نمانده باشد زوجه می تواند نکاح را فسخ نماید و فرق ندارد که حدوث جب پیش از عقد باشد یا پس از عقد زیرا حدیث اطلاق دارد. سفاهت، ساده لوحی، کند ذهنی و کم عقلی که ظاهراً مقصود از آن عجز زوج از پرداخت نفقه واجب است موجب ثبوت، حق خیار نمی گردد هر چند موجب عسرمی گردد (همان / ۲۶۶-۲۶۷).

فقیه مورد نظر پس از ذکر عیوب مختص مردان چند نکته را تحت عنوان فواید یاد آوری می نماید:

الف: فایده اول اینکه شرط در عقد اعم از شرط مذکور در متن عقد و شرط ارتکازی و بنایی است که متعاقبین قبل از عقد به عنوان یک شرط پذیرفته و نیازی به ذکر آن در متن عقد نمی بینند می شود به گونه ای که اگر آن شرط نبود طرفین اقدام بر انعقاد عقد نمی کردند و عمومیت ادله و جوب و وفا به شرط هر دو نوع شرط را شامل است وقتی ادله و جوب و وفا به شرط، شامل شرایط ارتکازی و از پیش پذیرفته شده باشد بسیاری از عیوب و بیماری های ساری و برخی اوصاف نفرت انگیز که زوج یا زوجه از اعتراف به آنها حیا و خود داری می ورزند داخل در شرایط بنایی و ارتکازی است و تخلف از آنها می تواند حق فسخ نکاح را در پی داشته باشد از نظر وی، بیماری ها و عیوب نفرت برانگیز بردو قسم اند؛ قسمی است که در نفرت انگیز بودن آن زوجین اتفاق نظر دارند و قسمی است که مربوط به یکی از زوجین می باشد که بیشتر هم همین قسم می باشد چون هریک از زوجین به صورت ارتکازی و بنایی فقدان عیب و نقص را در جانب مقابل شرط می دانند و بنا ندارند که دیگری نبود عیب را نسبت به خودش شرط نماید سوال این است که آیا چنین عقدی که یکی از زوجین به صورت بنایی و ارتکازی چیزهای را شرط می داند که دیگری قبول ندارد صحیح است؟ جواب پرسش مزبور نیاز به تأمل دارد ولی اگر عقد را صحیح بدانیم فردی که به صورت ارتکازی شرطی را نسبت به جانب مقابل خود قرار داده در صورت تحقق شرایط تدلیس از حق خیار تدلیس برخوردار خواهد بود

ب: مقتضای اطلاق قول پیامبر (ص) که فرموده "المومنون عند شروطهم" این است که وفا به شرط لازم و شرط در هر عقد حتی در عقد نکاح نافذ است ولی فقها شرط در عقد نکاح را باطل دانسته و خیار را با شرط خیار ثابت نمی دانند یعنی عقد نکاح این گونه نیست که دو طرف در عقد شرط کنند که دارای خیار باشند زیرا منافات شرط خیار، با عقد نکاح از ضروریات فقه است و عموم المومنون عند شروطهم شرط خیار را در عقد نکاح به خاطر اجماع شامل نمی باشد مضافاً بر اینکه عقد نکاح عقد معاوضی نیست که تادراً تأمل و فکر کردن شرط گردد و در مورد عقد نکاح شائبه

ای عبادت وجود دارد و رفع نکاح متوقف بر یک امر معینی به نام طلاق می باشد که فقط به واسطه طلاق، نکاح رفع می گردد نه با چیز دیگری بر علاوه همه ای اینها دخول خیار شرط در نکاح مستلزم ابتدال، بی ارزشی، بی قدری و پستی زن خواهد شد که خود ضرری بر زن است که امری نادرست می باشد. فقیه مورد نظر راجع به بطلان عقد، به جهت دخول خیار شرط سخنان برخی از فقها را نقل نموده که دلالت بر جواز شرط در نکاح دارد و نظریه محقق ثانی^(۵) را اقوا ارزیابی می نماید که وی فرموده هر شرطی را که زوج از صفات کمال در عقد نکاح شرط می کند از شرایطی که مخالف کتاب و سنت صحیح نیست انتفا و فقدان آن شرایط کمالی در زن موجب بطلان عقد نمی گردد بلکه شرط کننده دارای خیار می باشد و اینکه مشهور اشتراط خیار را در عقد نکاح انکار و نپذیرفته اند مربوط به جایی است که مشروط له هر وقت خواسته باشد بدون دلیل نکاح را فسخ نماید بلی چنین شرط خیار، در نکاح نادرست است اما اگر منظور مشهور این باشد که اشتراط چیزی که نبود آن موجب خیار می گردد موجب بطلان عقد است این سخن پذیرفته نیست (همان / ۲۶۸-۲۷۰). خلاصه سخن آنکه اثبات خیار برای زوج یا زوجه در غیر موارد منصوص یکی از چند امر می تواند باشد:

اول) شرط بنایی و ارتکازی که تخلف از شرط بنایی موجب خیار می شود ولو به خاطر تدلیس.

دوم) دو قاعده فقهی نفی حرج و نفی ضرر به شمول قاعده نفی عسر.

سوم) اشتراط در ضمن عقد که آیت الله محسنی^(۶) همین مورد اخیر را بهترین سبب برای اثبات خیار می داند.

ج. فایده سوم در این قسمت وی، راجع به تدلیس سخن گفته و پس از بیان معنای تدلیس اظهار نموده که آنچه از منصوص و صریح عبارات جمعی از اصحاب استظهار می شود این است که تدلیس در عقد نکاح، با سکوت در مورد عیب با علم به عیب صورت می گیرد چه رسد به موردی که نه تنها سکوت ننموده بلکه به ضد عیب خبر داده باشد یعنی خود را سالم از هرگونه عیب جلوه داده باشد وی ضمن نقل روایات و

عباراتی از صاحب جواهر^(۶) وسید سیستانی ثبوت خیار، در فرض تدلیس را خالی از قوت ندانسته است.

د. در فایده چهارم وی راجع به آثار واحکامی بحث را ادامه داده که در صورت عدم انفاق زوج مترتب است که براساس دوروایتی که وی بیان نموده مرد در صورت عدم انفاق برزوجه، امام (حاکم) وظیفه دارد که زوجین را از هم تفریق نمایند و پیامدهای عدم انفاق زوج را برزوجه در چند نکته بیان می‌دارد:

۱. اطلاق و حدیث مربوط به انفاق زوج برزوجه که در فرض عدم انفاق، باید زوجین از هم تفریق گردند شامل فقیر و فرد توانگری که از انفاق خود داری می‌کند می‌باشد خواه غایب باشد یا حاضر.

۲. آیا حکم تفریق در موردی که زن نیاز به اسکان داشته باشد و زوج به او اسکان ندهد را نیز شامل است؟ دو وجه است از اینکه مسکن مانند خوراک و پوشاک بر زوج واجب است، عدم اسکان زوج نیز موجب تفریق باید گردد و حکم تفریق از این جهت که اسکان در دو حدیث مربوط به نفقه ذکر نشده موجب تفریق نمی‌گردد

۳. بر امام لازم نیست که حتما حکم به تفریق دهد بلکه امام بایست رعایت حال زن را نماید؛ اگر زوجین نزد حاکم مرافعه نمودند برای حاکم جایز نیست که زوج را طلاق دهد اگر چنانچه زوج تنها نزد حاکم شکایت برد در صورتی که شوهرش توانگر باشد حاکم می‌تواند او را بریکی از دو امر انفاق و طلاق مجبور نماید.

۴. زوج می‌تواند استحقاق نفقه خود را از مال زوج بدون اجازة زوج اخذ نماید و این از باب تقاص جواز دارد بلی در زوج غایب که از انفاق امتناع ندارد و می‌خواهد نفقه زوجه‌اش را پرداخت نماید احوط استیذان از حاکم در صورت امکان استیذان است و اگر استیذان ممکن نباشد بدون استیذان به خاطر حرج می‌تواند نفقه خود را از مال زوج اخذ نماید.

۵. در صورتی که زوج نزد حاکم شکایت ببرد و خواهان نفقه گردد حاکم می‌تواند مال زوج را که از پرداخت نفقه ابا می‌ورزد به فروش رسانیده و نفقه زوج را بپردازد زیرا حاکم ولی ممتنع است

۶. طلاق می‌تواند در مورد عدم انفاق صورت می‌گیرد طلاق باین و غیر رجعی به شمار می‌رود ولی از نظر آیت الله این احتمال وجود دارد که طلاق رجعی بوده و زوج بتواند

درایام عده به زوجه مراجعه نماید به ویژه درموردی که زوج موسر گردیده و از حالت اعسار بیرون آمده باشد.

۷. اگر برای زوجه معلوم شود که زوج دارای اعسار است آیا زوجه به خاطر قاعده لاضرر حق خیار دارد؟ دو احتمال وجود دارد ولی مرافعه بردن نزد حاکم ضرر را دفع می کند مگر اینکه بحث درموردی باشد که حاکم شرعی وجود نداشته باشد.

۸. اگر شوهر هم چنان نفقه زوجه را پرداخت نکند و عمدا موضوع را مخفی نگهدارد و برای حاکم هم به دلیل بعد مکانی امکان اجبار زوج نباشد حاکم می تواند در صورت مراجعه زن نزد او زن را طلاق دهد زیرا حدیث اطلاق داشته و در هر دو حدیث طلاق معلق بر اجبار مرد میان دو امر (طلاق - انفاق) وجود ندارد بلکه حاکم هرگاه بداند که زوج موسراز انفاق امتناع می کند برای حاکم طلاق دادن زوجه جایز است.

۹. اگر زوج موسر از انفاق امتناع نماید آیا زوجه می تواند حقوق زوج را ترک و نادیده انگارد؟ در این مورد اشکال است ولی احتیاط عدم جواز ترک حقوق زوج است از نظر آیت الله محسنی^(۵) اشکال و احتیاط با آیه شریفه "ومن اعتدی علیکم" (بقره ۱۹۴/؛ تضعیف می شود و در نتیجه باید ترک حقوق زوج به دلیل عدم انفاق بر زوجه جایز باید باشد (همان / ۲۷۱-۲۷۳).

۴) جواز فسخ عقد نکاح در امراض ساری از نظر فقهای اهل سنت

برخی از نویسندگان اهل سنت با ذکر قاعده کلی که هر عیب و مرض که به یکی از زوجین مضر باشد یا مخالف با مقصود نکاح باشد حق فسخ وجود دارد راجع به حکم فسخ در مورد امراض ساری نوپیدا که در گذشته ها وجود نداشته است در قدم نخست بیماری های واگیردار و ساری را از نظر طبی به دو بخش تقسیم نموده اند و گفته اند امراض ساری برخی قابل معالجه و تداوی است این نوع بیماری برای هیچ کدام از زوجین موجب خیار فسخ نمی شود و در صورت نزاع میان زوجین قاضی بایست مهلتی را برای انتظار تعیین نماید که عیب برطرف گردد و برخی از بیماری های واگیردار به گونه ای است که درمان آن ممکن نیست مانند ایدز که احتمال انتقال بیماری ایدز به ویژه در صورت استفاده نکردن از پوشش (کاندوم) وجود دارد و میانگین زندگی پس از

ظهور عوارض ایدز بین دو تا سه سال می باشد و تا کنون علاج و تداوی آن هم ممکن نیست و راه انتقال آن هم معاشرت جنسی و فرآورده های خونی است این مورد قابل بحث است که وجود بیماری مسری و غیر قابل علاج مجوز فسخ نکاح است یا نه؟ در پاسخ گفته شده که از نظر فقهی دونظریه وجود دارد:

دیدگاه اول اینکه هرکدام از یکی از دوطرف دارای خیار عیب ومی توانند خواهان جدایی باشند و برای مرد مبتلا به ایدز جایز نیست که زوجه را مجبور به بقای زوجیت ومعاشرت جنسی نماید.

دیدگاه دوم این است که می توان زوجین را بر جدایی اجبار نمود ولو جانب سالم به بقای رابطه زوجیت رضایت داشته باشد مثلا اگر جانب سالم زوجه باشد اولیای وی می توانند زن را از زوج بگیرند زیرا شرعاً ثابت شده که بقای زوجه بازوج ، مبتلا به ایدز ضرر در پی دارد واگر جانب سالم زوج باشد برحاکم واجب است که زوج را از ادامه زوجیت، منع و محجور نماید؛ زیرا از دواج مرد سالم از مرض بازنی مبتلا به امراض خطرناکی چون ایدز، برص وجذام و... که برای مرد ضرر دارد از تصرف شخص سفیه در مال اولی است وطبعاً تصرف سفه در نفس خطرش به مراتب شدید تر از تصرف سفیه نسبت به مال است وقتی حاکم می تواند سفیه نسبت به تصرف در اموال را محجور وممنوع از تصرف نماید به طریق اولی حاکم باید سفیه نسبت به تصرف در نفس را بتواند محجور وممنوع نماید ودر مصوبه مجمع فقه اسلامی آمده " از حق طرف سالم از زوجین این است که می تواند خواهان جدایی از جانب مقابل گردد در صورتی که جانب مقابل وی مصاب به مرضی مانند ایدز باشد که باعث ناتوانی وضعف بنیه ای بدن می گردد"

۴-۱. دلایل حق فسخ هریک از زوجین در امراض ساری

برای اثبات جواز فسخ نکاح در صورت ابتلای یکی از زوجین به امراض ساری به دلایلی استناد شده است که عبارتند از:

قاعده نفی عسر و حرج بر اساس آیه شریفه "یرید الله بکم الیسر ... " (نساء/۱۸۵)
بقای زوجه ای سالم بازوج مریض به مرض ساری موجب عسر و حرج ومشقت در زندگی است که قابل تحمل نیست.

حدیث نبوی(ص) که فرموده "وفر من المجدوم كما تفر من الاسد" از شخص مبتلا به جذام بگریز همانگونه که از شیر فرار می کنی این حدیث دلالت بر دوری از افراد مبتلا به جذام و هر بیماری مسری دارد و ایدز از جمله ای آن بیماری هاست. بیماری‌های ساری مانع تحقق مقاصد نکاح می‌گردد مقاصد نکاح عبارتند از استمتاع، فرزندآوری، احسان، مودت و رحمت و غیره به خاطر مرضی که باعث تنفر از نزدیکی می‌شود مانند بیماری جذام و برص که ایجاد نفرت می نماید. از قواعد معتبر شرعی قاعده ای است که می‌گوید دفع مفاسد مقدم بر جلب مصالح است و بیماری ایدز سرایت می‌کند به هرکسی که معاشرت با دیگری داشته باشد بلکه در موارد به نسل انسان سرایت می‌کند.

از قواعد معروف شرعی قاعده زوال ضرر می باشد (الضرر یزال) بقای زوجه سالم بر زوجیت موجب ضرر بزرگی نسبت به زوجه است و ازاله ضرر واجب شرعی است پس راجح در این مسأله این است که امراض ساری و دشوار درضمن اسباب تفریق داخل است و به واسطه چنین بیماری ها زوجین دارای خیار عیب می باشد و روشن است که نظر دادن در چنین مسائلی درگرو مصلحت و مفسده است اگر حاکم شرع مصلحت را در تفریق میان زوجین بداند هرچند که زوجین به بقای زوجیت رضایت داشته باشند حاکم میان میان زوجین باید تفریق نماید لکن اصل مراجعه به طرف سالم است که اگر طرف سالم به بقای زوجیت راضی بود زوجیت باقی است زیرا خیار حق جانب سالم می باشد (عبدالله بن محمد طیار و دیگران/ ۱۴۳۲ هـ / ۱۲/ ۱۹۰-۱۹۳).

۵) جواز فسخ عقد نکاح در امراض ساری از منظر فقهای شیعه

آن عده از فقهای امامیه که امراض ساری را مجوز فسخ نکاح می دانند همانند فقهای اهل سنت به دلایلی چون قاعده نفی ضرر و اینکه چه ضرری بالاتر از انتقال امراض واگیر دار چون سفلیس و ایدز وجود دارد و به روایت نبوی " فرمن المجدوم ... " استدلال نموده اند بر علاوه به دلایل دیگری نیز استناد جسته اند از جمله اینکه اگر زن و مردی مبتلا به مرض مسری باشد و دیگری را خبر نکرده و باوی از دواج نماید این نوع تدلیس و بلکه از مصادیق تدلیس می باشد یا حدیث نبوی(ص) " لایورد ممرض علی مصح " که دلالت بر لزوم کناره گیری و قرنطین نمودن از امراض ساری

چون ایدز دارد و استدلال به فحوی خطاب و اولویت که وقتی عنن موجب فسخ باشد ایدز و سفلیس به طریق اولی می‌تواند موجب فسخ گردد و همین‌طور روایات وارده در مورد طاعون که اگر شخصی در سر زمینی مبتلا به طاعون زندگی می‌کند نباید از آن بیرون شود و علت آن واگیری طاعون است و این علت در مورد امراضی چون ایدز و سفلیس نیز وجود دارد یا استدلال به فسخ نکاح در مورد جذام که نفرت ناشی از آن با مقصود نکاح یعنی استمتاع منافات دارد و در بیماری‌های مسری نیز وضع همین گونه است و غیره این‌ها دلایلی است که از سوی فقهای امامیه ذکر شده‌اند.

در مقابل فقهای که معتقد به عدم جواز فسخ نکاح در امراض ساری هستند به دلایلی چون استصحاب علقه نکاح و برخی روایات به خصوص روایاتی که در آنها ادات حصر وجود داشته و نشان دهنده حصر عیوب مجوز فسخ نکاح در عیوب خاصی است استدلال نموده‌اند که دلایل آنان مورد نقد قرار گرفته است مثلاً اصل استصحاب رجوع به آن در صورتی درست است که دلیل دیگری در کار نباشد و در مورد ایدز و سفلیس دلیل وجود دارد و روایات هم از نظر دلالتی مشکل دارد زیرا در برابر آن دلایل دیگری وجود دارد که دلالت بر جواز فسخ در مورد بیماری‌های مسری چون سفلیس و ایدز دارد (ربانی، صص ۱۴۸-۱۵۹)

از نظر فتوایی نیز فقهای فتاوی مختلف در مورد جواز فسخ نکاح دارند در مورد جواز فسخ عقد نکاح برخی فقهای معاصر شیعه به صراحت در خصوص ایدز فتوا به عدم جواز فسخ داده و اظهار داشته "مرض ایدز موجب فسخ عقد از دواج نمی‌شود و چنانچه زن مبتلا به آن باشد شوهر می‌تواند از مقاربت با او امتناع کند و باید نفقه زن را بدهد و اگر نفقه نداد زن می‌تواند به حاکم شرع رجوع کند که او را وادار به دادن نفقه کند و اگر امتناع کند او را اجبار به طلاق کند و اگر مرد مبتلا بود حق دخول به زوجه ندارد و مادامی که او را طلاق نداده باید نفقه او را بدهد (تبریزی/۲/۳۲۱) فقیه دیگری ضمن اشاره به عدم جواز ازدواج با فرد مبتلا به ایدز حق فسخ را فقط در صورتی می‌داند که در متن عقد شرط سلامت زوج شده باشد و یا قبل از عقد، راجع به سلامت زوج سخن گفته شده باشد و عقداً بر اساس سلامت زوج واقع نموده باشند و سپس کشف خلاف شده باشد در غیر این صورت زوجه، حق فسخ نداشته و جدایی زوجین

متوقف بر طلاق است نهایت زوجه حق امتناع از مواقعه بازوج را داراست (موسوی گلپایگانی/۱۴۰۹/۴/۳۳۵).

فقیه دیگری عین همین مطلب را یاوری نموده و تصریح کرده "بیماری سفلیس و ایدز و امثال آن موجب بطلان عقد یا مجوز فسخ آن نمی باشد مگر اینکه قبل از عقد شرط شده باشد که زن یا مرد از این بیماری‌ها سالم باشند" وی نیز آمیزش زوجین را در صورتی که هر کدام از آن دو دچار بیماری سفلیس یا ایدز و امثال آن باشد اگر موجب ضرر نسبت به دیگری باشد جایز نمی داند (فاضل لنکرانی/۵۵).

برخی از فقهای دیگر از دواج افراد مبتلا به ایدز را در صورت عدم اطلاع قابل فسخ، دانسته و احتیاط را در این می داند که زن با اجازه حاکم شرع خود را مطلقه کند دلیل این نظر اولاً عدم شمول عموم "وفو بالعقود" عیوب خطرناک مانند جذام، برص و ایدز و غیره می باشد ثانیاً جواز فسخ نکاح در مورد این امراض از طریق قیاس اولویت است مثلاً در ایدز که بیماری است که سیستم دفاعی بدن را نابود و انسان را آماده پذیرش هر نوع بیماری می سازد ابتلای زوج یا زوجه به بیماری ایدز خطرناکتر از ابتلای آنان به بیماری برص یا جذام است وقتی برص و جذام موجب فسخ نکاح باشند ایدز باید به طریق اولی موجب فسخ نکاح باید باشد (مکارم شیرازی/۱۴۲۸/۵/۱۵۳)

به نظر می رسد دلایل طرفداران عدم جواز فسخ نکاح از جمله اصل استصحاب که بدان استدلال و گفته بودند در عیوب غیر منصوص و امراض جدید مانند ایدز شک در بقای زوجیت، به جهت وجود عیبی قبل از عقد است و استصحاب حکم به بقای زوجیت دارد بایراد جدی روبروست زیرا استدلال به استصحاب همانگونه که اشاره شد به خاطر وجود ادله لفظی مانند روایات تدلیس و قاعده نفی ضرر ناتمام است زیرا مفاد قاعده نفی ضرر و تدلیس در مواردی که عرفاً تدلیس صدق داشته باشد حق فسخ نکاح، نسبت به عیوب موجود قبل از عقد است برخی در خصوص ادله لفظی قایل به تفصیل شده اند که عیوب مجوز فسخ تنها برخی عیوب قبل از عقد را شامل است که در روایات ذکر شده و مرد را دارای حق فسخ برشمرده است این روایات قاعده نفی ضرر تخصیص می زند ولی نسبت به عیوب مرد قاعده نفی ضرر به عمومیت خود باقی است پس زوجه با وجود هر عیب در مرد، که عرفاً از دواج را به مخاطره مواجه می

سازدمانند ایدز حق فسخ دارد ولی زوج، تنها در عیوب خاص مانند (پیسی، جذام، دیوانگی و عقل) که از عیوب منصوصه می باشد حق فسخ دارد اینکه چرا میان زن و مرد تفاوت گذاشته شده که زن در هر عیبی دارای حق فسخ باشد و مرد تنها در عیوب منصوص حق فسخ داشته باشد بدین جهت می باشد که مرد با وجود حق طلاق، به حق فسخ نیازی ندارد (جمعی از مولفان/۱۵۴/۸).

۵) فسخ نکاح به واسطه بیماری های ساری از نظر آیت الله محسنی (ره)

ایشان بحث فسخ نکاح را به خاطر وجود بیماری های جدید مسری با تمرکز بر بحث ایدز مطرح نموده است و نخست حرمت انتقال مرض ایدز و هر مرض ساری دیگر را یاد آوری نموده؛ زیرا ضرر رسانی به دیگران قطعاً حرام و هر کسی عمدا چنین بیماری را به دیگران انتقال دهد حاکم شرع مطابق صلاحدید خود می تواند او را مجازات نماید از نظر وی، انتقال میکروب هم به دیگران حرام است ولو فعلاً به عنوان بیماری مطرح نباشد در هر صورت اضرار و آسیب رساندن به دیگران به هر شکلی که باشد حرام است ولو آسیب و ضرر زدن به سحر و افسون و... صورت گیرد و عقل نیز ضرر زدن به جن و حیوان و هر آنچه احساس درد می نماید را قبیح می داند و بر اساس قاعده ملازمه میان حکم عقل و شرع و اطلاق سخن پیامبر (ص) که فرموده " لا ضرر ولا ضرار..." ضرر زدن به دیگران مطلقاً حرام است جز در مواردی که دلیل شرعی بر جواز اضرار وجود داشته باشد مانند ذبح و استثمار حیوان که دلیل بر جواز وجود دارد وی در ادامه انتقال ویروس ایدز و هر مرض ساری دیگری را که باعث مرگ کسی ولو پس از مدتی گردد و از نظر علمی ثابت شود که شخص در اثر انتقال بیماری مسری، از دنیا رفته است اگر ناقل بیماری تعمد در انتقال داشته باشد ولی میت، می تواند قاتل را قصاص نماید در صورتی که بیماری از بیماریهای مهلک باشد و در فرض جهل و غفلت، ناقل باید دیه بپردازد.

فردی که بیماری به وی منتقل شده می تواند غرامت از ناقل دریافت نماید و چون مورد از مواردی است که در فقه دیه برای آن تعیین نگردیده می تواند "ارش" بگیرد. ایشان بحث را در سه بخش ادامه داده و در بخش اول به اصل لزوم پرداخت "ارش" در موارد عدم تعیین دیه پرداخته و سخن صاحب جواهر را نقل نموده که فرموده " کل مالا تقدیر فیه فیه الارش" یعنی در موارد عدم تعیین دیه بایست "ارش" پرداخته

شود که از آن به نام "حکومت" نیز یاد می شود و سپس معنای ارش و حکومت را توضیح داده که برای تعیین ارش، باید مجنی علیه را در صورتی که حر باشد عبد فرض نمود و صحیح و معیب او را قیمت گذاری کرد و هر تفاوتی که میان صحیح و معیب با صحیح به دست می آید به همان نسبت از دیه نفس به عنوان ارش تعیین گردد.

در بخش دوم وی، راجع به کیفیت ارش بحث نموده و اظهار داشته که "ارش و حکومت" یک اصطلاح است و به این معناست که مجروح اگر مملوک باشد یک مرتبه به عنوان صحیح قیمت گذاری می شود و بار دیگر به همراه جنایتی که بر او وارد آمده است و تفاوت میان دو قیمت به عنوان ارش محاسبه می شود.

در بخش سوم وی جانی و ناقل مرض را ملزم به پرداخت تمام نیازمندی های بیمار دانسته که در جهت تداوی مصرف می کند مانند اجرت اطبا و بهای داروها و همه ای آنچه را که احیاناً بیمار در مقدمات تداوی مانند کرایه ماشین مصرف می کند و حتی منافع روزانه ای را که مریض به خاطر مرض از دست می دهد و روش عقلایی در اخذ غرامت از فرد متجاوز هم همین است و البته که وی امروزه روش تعیین غرامت را به دلیل نبود عبد و برده مواجه با اشکال دانسته و روش مزبور را در عصر کنونی ناکارا می داند (همان / ۲۴۷-۲۴۹).

از نظر وی، تعیین غرامت در مورد امراض غیر قابل درمان با حاکم شرع است البته بامشورت اهل خبره که اطبا از جمله اهل خبره هستند علاوه بر پرداخت غرامت منافع روزانه ای را که مریض به خاطر بیماری که به او منتقل شده از دست می دهد و در مورد انتقال و ویروس ایدز چون ناقل مصئونیت بدن را از بیماری نابود می کند و مصونیت بدن هم یک چیز است اتلاف "مصئونیت" باید موجب دیه کامل گردد ولی بر این نظر ایراد شده که قاعده برگرفته شده از روایات که می گوید هر آنچه در انسان دوتا باشد در اتلاف هر کدام، نصف دیه است و هر آنچه در انسان یک چیز باشد دیه کامل است مربوط به خصوص اعضا است نه منافع از نظر آیت الله محسنی ره تقیید روایت یا انصراف روایت و اختصاص روایت در خصوص اعضا نیازمند قرینه است مانند تقیید خبره "اثنین" که در قول امام (ع) وجود دارد و اگر قرینه وجود نداشته باشد خبر شامل صفات

نفسانی بر علاوه قوای بدنی نیز است زیرا موضوع "انسان" است و انسان مرکب از بدن و نفس می باشد نه اینکه شامل بدن فقط باشد.

آیت الله محسنی (ره) از وظایف حکومت مراقبت از کلیه بیمارانی را می داند که به امراض ساری درگیر هستند تا بیماری شان به افراد تندرست و سالم انتقال نیابد و مراقبت بایست به مقدار لازم باشد نه بیشتر، امراض از نظر سرایت مختلف اند و در میان بیماری ها بیماری ایدز خفیف ترین امراض ساری می باشد از همین رو، برای مبتلایان به بیماری ایدز رفتن به مراکز تعلیمی، کارخانه ها، موسسات حکومتی و... ایراد ندارد بلکه بیماران فقط مورد مراقبت قرار می گیرند در خصوص چهار راه و روش که باعث انتقال بیماری می شود مگر در صورتی که غیر از روشهای چهارگانه راههای انتقال دیگری برای بیماری وجود داشته باشد که در آن صورت مراقبتهای گسترش باید پیدا کند.

فقیه مورد نظر ضمن تعریف امراض ساری به بیماری های که از شخص مریض به دیگران منتقل می شود تحت عنوان "فایده طبی در مورد امراض ساری" اظهار می دارد که راه و وسایل انتقال بیماری از شخصی به شخص دیگر مختلف است برخی مانند آنفولانزای ریوی از طریق تنفس و برخی مانند بیماری های جهاز هضمی تیفوئید از طریق دهان و برخی از طریق تماس جنسی مانند زهری وسیلان و برخی از طریق لمس مانند جذام و برخی از طریق حقن یا نقل خون مانند التهاب کبدی و برخی از طریق نیش زنی و سیخونک زدن حشرات مانند مالاریا و... به دیگران منتقل می گردد و گاهی برای یک مرض ممکن است راههای مختلف انتقال وجود داشته باشد مانند ایدز که از طرق رابطه جنسی، فرآورده های خونی، کشت اعضا و تزریق مواد مخدر از طریق پیچکاری منتقل می شود.

وی در ادامه می افزاید که هرگاه طبیب در هنگام انتقال خون کسی ولو از طریق کشت عضوی از شخصی در بدن شخص دیگر احتمال دهد که صاحب خون مبتلا به بیماری ایدز یا مرض واگیردار دیگری است آیا بر طبیب لازم است که آزمایش انجام دهد تا اطمینان به نبود مرض پیدا کند یا به خاطر اصل صحت یا اصل عدم حدوث مرض واگیر واصل برائت آزمایش واجب نیست؟ گفته در مسأله دوا احتمال است از اینکه اصل در نفوس و فروج و اموال زیاد احتیاط است نه برائت، و مورد بحث ما هم

درمورد نفوس است باید گفت آزمایش واجب است در فرض احتمال ابتلای صاحب خون به بیماری های واگیردار زیرا مرض ایدز از بیماری های نابود کننده ای است که تافعلا درمانی برای آن وجود ندارد ولی این سخن به صورت مطلق دلیل ندارد و می توان درمورد استصحاب واصل برائت جاری نمود بلی اگر حکومت اسلامی یا بیمار برطیب انجام آزمایش طبی را به خاطر احتمال ابتلای بیمار به مرض ساری شرط نموده باشد بر اساس سخن پیامبر(ص) المومنون عند شروطهم آزمایش گرفتن از صاحب خون واجب است و همینطور اگر طبیب یقین داشته باشد که در صورت ترک آزمایش گروهی زیادی به ویروس ایدز مصاب می شوند و جوب انجام آزمایش برطیب بعید نمی باشد.

از نظر آیت الله محسنی^(ع) از دواج فرد مبتلا به مرض ساری، با شخص غافل سالم جایز نمی باشد زیرا باعث اضرار به شخص سالم می گردد از این رو، هرگاه مرض از امراض مهلک باشد که فرد سالم از زوجین نمی توانند خود را از مرض واگیردار جانب مقابل حفظ نماید برای شخص سالم جایز نیست که به شخص مریض برای ازدواج پاسخ مثبت دهد نه تنها ازدواج با فرد مبتلا به بیماری واگیردار جواز ندارد بلکه هر نوع مصاحبت و هم نشینی که به انتقال مرض مهلک بیانجامد جایز نمی باشد زیرا از قبیل القای نفس در هلاکت است بلی اگر طرفین تبانی و سازش کرده باشند که در مرض مانند ایدز مجامعت و آمیزش را ترک نمایند نکاح جایز و حرام نمی باشد در هر صورت، هرگاه دو نفر به نکاح راضی بودند نکاح صحیح می باشد ولو اضرار به نفس حرام است و حکم تکلیفی (حرمت اضرار) غیر از حکم وضعی (صحت نکاح) است (همان ۲۴۹- ۲۵۱).

ایشان در ادامه به طرح سوالی پرداخته که اگر فردی از روی جهل با فردی مبتلا به بیماری ساری از دواج نمود یا به از دواج داده شد سپس علم و آگاهی یافت که طرف وی مبتلا به بیماری واگیر هلاک کننده و مضر تادرجه ای بزرگی است که امکان حفظ خود از بیماری جز با دشواری شدید امکان ندارد آیا شخص در این فرض حق فسخ دارد؟ پاسخ این است که ثبوت خیار نسبت به زوج مشکل است زیرا از روایات وارده در مورد عیوب حصر استفاده می شود و روایات ظهور در نفی خیار در غیر

عیوب مزبور در روایات دارد بلی زوج می تواند زوجه خویش را طلاق دهد بلکه طلاق در فرض مزبور برزوج واجب است ولی نسبت به زوجه ثبوت حق خیار بعید نیست به خاطر وجود قاعده " نفی ضرر " وقاعده " نفی حرج " که به آنها برای ثبوت برخی خیارات درباب معاملات استدلال شده است و کدام ضرر بالاتر از ابتلا به امراض مهلک یا از بین رفتن صحت زن وجود دارد؟ به ویژه درمرض ایدز که باعث محرومیت دایمی ومادام العمری زن از لذت جماع می گردد مگر آنکه زن فقط از دخول لذت ببرد ولو شوهر از پوشش (کاندوم) استفاده کند ومعتقد باشیم که دخول صرف برای حق استمتاع زن کافی است که دراین صورت زن حق خیار ندارد مگر اینکه گفته شود زوج در معرض موت قرار دارد وخیار زن به این جهت است وملحق می شود به ایدز هر بیماری هلاک کننده سریع، درنهایت می توان گفت که حاکم شرعی باید زوج را دستور به طلاق دهد واگر زوج طلاق ندهد زن حق فسخ نکاح دارد وحاکم ولایتا می تواند زوجه را طلاق دهد (همان / ۲۵۱)

آیت الله محسنی (ره) اولاً این سخن را که ادعا دارد مشهور فقها به ثبوت خیار درمورد امراض ساری قائل نیستند ثابت ندانسته ومی گوید بسیاری از فقها دراین زمینه کتابی ننوشته یا کتابهای آنان به مانرسیده است ثانیاً ضرر امراض ساری برای مردم وفقها واضح نبوده وثالثاً قائل نبودن مشهور فقها به ثبوت خیار مانع نمی شود که افرادی با داشتن دلیل فتوا به حق خیار برای زن بدهد ودلیل همانا دوقاعده نفی حرج وضرر است که لزوم عقد را نسبت به زن برمی دارد

وی سخن صاحب جواهر را مبنی براینکه از نظر فقیه مرحوم تمکین زوجه، از زوج مریض واجب نیست در صورتی که به واسطه مباشرت احتمال ضرر مهم وجود داشته باشد و ایراد ضرر مهلک وشبه آن جایز نمی باشد هم چنانکه برزوج وطی زوجه مریض و مبتلا به ایدز و مانند آن جواز ندارد در صورتی که احتمال ضرر پس از تثبیت آن یک احتمال راجح درنزد عقلا باشد خلاصه حرمت اضرار به نفس مهم تر از وجوب ادای حق زوجین است و در صورت تراحم، حرمت اضرار به نفس، مقدم برادای حق زوجین می باشد بلی سایر استمتاعات در مرض ایدز مانعی ندارد زیرا ایدز از طریق استمتاعات دیگر منتقل نمی گردد بلی اگر زوجین به گفته طبیب مورد اعتماد وماهر اطمینان یابند که درصورت استفاده از پوشش (کاندوم) مرض منتقل نمی شود ادای

حق زوجین در وطی واجب است به صورت عام می توان گفت که بحث درصغرا و کیفیت انتقال بیماری نیست بلکه بحث درمورد یک اصل کلی است که حفظ ضررمهم مقدم بر ادای حقوق زوجین است و تشخیص ضرر کما وکیفا به علم طب واگذار شده است.

از نظر وی ، ورود بیماران مبتلا به امراض ساری درمدارس، کارخانه ها و ادارات جایز نیست و براولیای اطفال لازم است که از ورود کودکان شان به مدارس جلوگیری کنند ولی افراد مبتلا به ایدز رفتن شان میان مردم ایراد ندارد درصورتی که برمسأله خون ومباشرت شان نظارت صورت گیرد.

کنارزدن وعزل کودک ازمادر وی که مصاب به ایدز است واجب نمی باشد بلکه اصلا جایز نیست به خاطر حق حضانت مادر واین بدین جهت است که مرض ایدز ازطریق شیر منتقل نمی شود درصورتی که نسبت به خون مراقبت گردد وبهتر این است که مرضه مصاب به ایدز را اجاره ننماید بلی عزل کودک از مادر مصاب به مرضی که ازطریق شیر وتماس جسمی سرایت می کند واجب است وحق حضانت مادر ساقط می گردد از نظر فقیه نامبرده اسقاط جنین مصاب به ایدز پس از تعلق روح به جنین جایز نیست وپیش از تعلق روح به جنین اگر مصاب بودن به جنین به صورت ظنی باشد باز اسقاط جنین مصاب به ایدز جواز ندارد واگر مصاب بودن جنین به ایدز قطعی باشد حکم به جواز اسقاط جدا مشکل است ولو فرض براین باشد که مرگ جنین درهمان یکسال پس از ولادت صورت می گیرد (همان/۲۵۳).

فقیه مورد نظر در ادامه راجع به اقدام گروهی از مردان و زنانی که به دستور حکومت های کافر به غرض تجاوز به مسلمین به انتشار ایدز می پردازند اظهار داشته که اگر گروهی از مردان و زنان اقدام به انتشار ایدز به دستور حکومت های کافر می نمایند حکم کسانی را دارند که در سعی درافساد بر روی زمین دارند سپس می گوید هر فرد مصاب به ایدز مجرم تلقی نمی گردد زیرا گاهی مرض به فردی بدون آنکه تقصیر داشته باشد منتقل می گردد و بدون کدام تخلف شرعی از این رو، سوء ظن به افراد مصاب به ایدز جایز نیست. وی سپس این پرسش را مطرح نموده که آیا می توان در عقد نکاح سلامت از ایدز وهرنوع بیماری دیگری را شرط نمود؟ جواب داده

که ظاهراً مانعی از اشتراط سلامت و هر مرض ساری دیگری در عقد نکاح وجود ندارد به دنبال پرسش مزبور به طرح پرسش دیگری در این مسأله پرداخته که آیا دولت می تواند نسبت به اشخاصی که قصد ازدواج دارند آزمایش از ایدز و هر بیماری واگیر دیگری را اجباری نماید هر چند که مستلزم مخارج زیادی نسبت به زوجین باشد؟ پاسخ داده که این مسأله خوب است به حاکم شرع ارجاع داده شود و حاکم شرع می تواند حکم به لزوم یا عدم لزوم آزمایش مطابق شرایط و وضع صحی نماید و برخی اظهار نموده اند که در فاصله سه ماه امکان ظهور ایدز وجود ندارد.

برخی گفته اند مانعی از ازدواج مرد و زن مبتلا به ایدز وجود ندارد زیرا ضرری نسبت به آن دو نیست و برخی گفته جماع و آمیزش زن و مرد مبتلا به ایدز ممکن است به ضعف صحت زوجین مبتلا به ایدز و در نتیجه ممکن است نسل جدیدی مصاب به ایدز به وجود آیند آیت الله محسنی^(۶) در این بخش اظهار فرموده که هرگاه احتمال ضرر بیشتر از نظر طبی، به اثبات رسیده باشد و ضرر از ضررهای مخاطره آمیز باشد بعید نیست که وطی بر زوجین مصاب به ایدز حرام باشند و ممکن است گفته شود که در حکم (حرمت) بین انتقال ویروس به انسان سالم، و بین تولید انسان مبتلا به ایدز از اول فرق وجود ندارد زیرا عقل هر دو را تقبیح می کند بنابراین؛ برای زوجین جایز نیست که زن حملی را پیدا نمایند که هر دو از اول می دانند "حمل" مبتلا به ایدز و مانند آن از امراض نابود کننده است (همان/۲۵۴).

در ادامه وی، با طرح این سوال که مرد و زن مصاب به ایدز و امراض ساری در صورتی که ابتلای جنین به مرض را متوجه نیستند و نمی دانند آیا می توانند باردار گردد اصل عدم ابتلای به مرض است خصوصاً با توجه با توجه به آنچه قبلاً گفته شد که نسبت مصاب شدن جنین به ایدز خیلی درصد بالایی ندارد؟ در این زمینه دو احتمال است و در صورت اختلاف زوجین به این معنی که یکی تمایل به حمل داشته باشد و دیگری از حمل امتناع نماید ظاهر این است که نمی توان ممتنع را بر حمل اجبار نمود به ویژه در مرض مانند ایدز زیرا قلب دایماً محزون و متأسف و مضطرب از وجود فرزندی است که آهسته آهسته از بین می رود و درمانی هم ندارد.

در پایان ایشان این سوال را مطرح می کند که آیا مرض ایدز مرض موت محسوب می شود؟ مرض موت به مرضی گفته می شود که شخص مریض نمی تواند بیش از

ثلث مال خود را در امور خیریه و تبرعی به مصرف برساند وی با اشاره به نظر برخی از فضلاء اهل سنت که در مورد تعریف مرض موت اختلاف زیادی دارند که این اختلافات ناشی از نص کتاب و سنت نبوده بلکه بازگشت آن به اجتهاد و نظر شخصی آنان مربوط می شود برخی مرض موت را بیماری دانسته که انسان از کارهای معمولی که در حال صحت انجام می داد عاجز و افتاده می شود برخی مرض موت را مرضی دانسته که قبل از گذشت یکسال از مصاب شدن به مرض انسان می میرد و غیره ولی وجود دو وصف در تحقق مرض موت لازم است یکی اینکه مخوف باشد؛ یعنی معمولاً یا بیشتر به نابودی بیمار می انجامد. دوم اینکه مرض تا آستانه مرگ وجود داشته و متصل باشد و فرق ندارد که مرگ به واسطه آن مرض صورت گیرد یا به واسطه علل و اسباب دیگری مانند قتل، غرق، حریق و تصادم و غیره و به مرض موت اشخاصی را در حالات مختلف ملحق نموده اند که دارای مرض و یا اختلال صحت نبوده ولی آن دو وصف در مورد آنها وجود دارد که عبارتند از:

شخص در جنگ باشد و معرکه جنگ داغ گرفته باشد و دوطایفه در جنگ باهم اختلاط یافته باشند گفته شده که توقع تلف در اینجا، مانند توقع مرض یا بیشتر از توقع مرض است موردی که شخص را برای قتل آورده باشند خواه قتل به خاطر قصاص باشد یا غیر آن اسیر و زندانی که معمولاً کشته می شوند زمانی که سوار بر کشتی در دریای مواج و طوفانی باشد و باد بوزد و ترس از غرق شدن باشد و از همین قبیل است راکب موتر (ماشین) و طیاره در برخی از حالات و غیره؛ در تمام موارد شرط است که حالت خوف هلاک به مرگ بیانجامد تا ملحق به مرض موت گردد (همان/ ۲۵۵-۲۵۶).

نتیجه‌گیری

از مطالب مزبور می‌توان نتیجه گرفت که فقیه مورد نظر راجع به بحث نخست یعنی جواز فسخ نکاح در عیوب منصوصه نظر متفاوتی با سایر فقها نداشته هرچند که در مواردی بر نحوه کیفیت استدلال و دلایل مورد استناد فقها ایراداتی وارد می‌نماید اما نسبت به بحث دوم یعنی جواز فسخ نکاح به خاطر ابتلای یکی از زوجین به امراض ساری و واگیردار امکان جواز فسخ را بعید و دور از صواب نمی‌داند و در این راستا به عمومات دوقاعده فقهی نفی ضرر و عسر و حرج استناد و ادعای خود را تحکیم می‌بخشد و در مجموع می‌توان امکان جواز فسخ نکاح نسبت به امراض جدید، ساری و واگیردار غیر قابل علاج را از سخنان وی استظهار نمود و ادعا کرد که در نظر ایشان حکم به جواز فسخ نکاح در مورد امراض ساری و واگیردار خالی از قوت نیست.

منابع

- قرآن کریم
- ۱. تبریزی، جوادبن علی، استفتاءات جدید، ج ۲، چاپ اول، قم - ایران
- ۲. جمعی از مولفان، مجله فقه اهل بیت (ع)، ج ۸، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چاپ اول قم - ایران.
- ۳. جزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه و مذهب اهل الیت (ع)، ج ۴، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ، دارالثقلین، بیروت - لبنان.
- ۴. ربانی، محمد حسن، مسائل مستحدثه پزشکی، ج ۱، چاپ دوم، ۱۳۸۶، بوستان کتاب، قم - ایران.
- ۵. زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۹ و ۴، چاپ چهارم، ۱۴۱۸ هـ، دارالفکر، دمشق - سوریه.
- ۶. سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه، ج ۲، موسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، قم - ایران.
- ۷. شهرکانی، ابراهیم اسماعیل، معجم المصطلحات الفقہیہ، ۱۴۳۰ هـ، ذوی القربی، قم - ایران
- ۸. شبانی فر، شرح اصطلاحات فقہی - حقوقی، نشر نگاه معاصر، ۱۳۹۰، چ اول تهران.
- ۹. شیرازی، ناصر مکارم، احکام بانوان، انتشارات مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع)، چاپ یازدهم، ۱۴۲۸، قم - ایران.
- ۱۰. الطیار، عبدالله بن محمد و دیگران، الفقه المیسر، مدار الوطن، ۱۴۳۲ هـ، چاپ اول، ریاض - سعودی.
- ۱۱. فاضل لنکرانی، محمد، احکام پزشکان و بیماران، بی تا، بی نا.
- ۱۲. مشکینی، علی، مصطلحات الفقه، دارالحدیث، ۱۳۹۲، قم - ایران.
- ۱۳. محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل طبیه، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۸۲، بوستان کتاب، قم - ایران.
- ۱۴. موسوی گلپایگانی، محمد رضا، مجمع المسائل، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹، قم، ایران
- ۱۵. نفیسه، عبدالرحمن بن حسن، الفحص الطبی قبل الزواج ومدی مشروعیتہ، بی تا، بی نا، بی جا.