

**Comparative study of marriage termination in jurisprudence and law: judicial and practical procedure A new approach to Shari'a ruling on stipulated defects**

Abstract:

In the present study attempts are made to review jurisprudential principles of marriage termination in order to provide an answer to the most challenging question regarding marriage termination based on new defects. Numerous articles have been authored in this field, regardless of their major commonalities in reasoning and principles, however, they have failed to offer an adequate solution. Another noteworthy point in this field is whether the treatment of a disease would eradicate the defect or not? Is it possible to extend the stipulated defects to new defects? This question remains completely unanswered. In the present article, authors provide a way in which one can extend stipulated defects to new diseases. Drawing on this new way, one can rely on the text of the narrations and the specific matter addressed in them (enama), to give a fatwa about extension of new diseases. Despite seeming to be difficult or impossible to apply, this solution can, as claimed by the author, offer an acceptable solution to the problem after 1400 years.

**Keywords:** termination of marriage, implication of Abolition of peculiarity, inferential ascertainment, role of custom in implication, incurable disease, new disease.

**دانش آموخته مقطع دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه عدالت، تهران، ایران**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۷/۳

امیررضا دهقانی نیا<sup>۱</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۳

محمد حسین بیاتی<sup>۲</sup>**چکیده:**

تلاش نگارنده در این مقاله برای نکتہ استوار است که با بررسی مبانی فقهی فسخ نکاح پاسخی به چالش برانگیزترین مساله در فسخ نکاح به استناد عیوب جدید ارائه دهد. مقالات متعددی در این زمینه تألیف شده است که فارغ از اشتراک عمده آن‌ها در استدلال و مبانی؛ راه‌حل مناسبی را ارائه نداده‌اند. نکته دیگر این است که آیا علاج بیماری موجب فسخ عیوب است یا خیر؟ آیا امکان تسری از عیوب منصوصه به عیوب جدید وجود دارد؟ سؤالی که کاملاً بی‌جواب مانده است. در این مقاله برای توسعه بیماری‌های جدید راه‌حلی ارائه شده است که در عین تعبد به متن روایات و انحصار موارد ذکر شده در آنها (انما)، می‌توان فتوا به توسعه بیماری‌های جدید داد. امر سختی که ادعای نگارنده بر آن است که بعد از ۱۴۰۰ سال پاسخ مناسبی در قرن پانزدهم ارائه می‌شود.

واژگان کلیدی: فسخ نکاح، دلالت الغای خصوصیت، تنقیح مناط، نقش عرف در دلالت دلایل، بیماری غیرقابل درمان بیماری جدید.

<sup>۱</sup>(نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>استادیار، گروه الهیات گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران Loghatemoran76@gmail.com

نکاح در نزد فقهای اسلامی و حقوقدانان نوعی عقد محسوب می‌شود ولی درباره تبعیت آن از قواعد عمومی قراردادها اختلاف وجود دارد. مشهور فقهای امامیه آن را تابع قواعد عمومی قرارداد می‌دانند ولی برخی دیگر از فقها مخالف این نظر هستند. لکن از نکات مشترک این عقد با قواعد عمومی عقود دیگر شناسایی حق فسخ به استناد عیوب در عقد نکاح است. نگارنده این موضوع را با ارائه راه‌حل نوینی که منطبق با فقه و دکترین حقوق می‌باشد را بررسی کرده و پرسش‌های زیر را در این مقاله پاسخ می‌دهد.

۱- امکان فسخ حاصل از عیوب فقط منحصر در موارد ذکر شده در روایات و مواد قانونی (۱۱۲۱، ۱۱۲۲، ۱۱۲۳،

۱۱۲۴ و ۱۱۲۵) است؟ یا قابل توسعه است؟

۲- مهم‌ترین مبانی و توسعه حق فسخ به استناد عیوب جدید چیست؟ و چه اشکالاتی دارد؟

۳- آیا امکان درمان بیماری‌ها موجب سقوط حق فسخ است یا خیر؟

۴- رویه و موضع قانون مدنی چیست؟

### بررسی انتقادی مبانی عقیده به توسعه فسخ نکاح با توجه به عیوب غیرمنصوص

اکثریت فقها مبانی خیرات و حق فسخ حاصل در عقد نکاح را به قاعده لاضرر و یا لاجرح بازگردانده و در نهایت آن عده قلیل از فقهای معاصر هم که قائل به تسری به عیوب غیر منصوصه شده‌اند با عنایت به ضرر حاصل از آن عیوب و یا حرج حاصل از عیوب غیر منصوص قائل به وجود خیار فسخ در برخی (تعداد بسیار محدودی) عیوب غیر منصوص شده‌اند. نظر به اینکه هدف اصلی از مقاله نقد مبانی فقهی حق فسخ با توجه به عیوب منصوص و عدم سرایت آن است لذا در میان مبانی فقها؛ مهم‌ترین مبانی نسبت به حق فسخ به جهت عیوب منصوص را می‌توان به ترتیب زیر بیان کرد: ۱- قاعده لاضرر ۲- تعبد محض.

در حالی که همه این مبانی از سوی نگارنده نقد شده و نکته اصلی در روایات که سبب شده تا اکثریت و مشهور فقهای امامیه در غیر عیوب منصوصه قائل به عدم ثبوت خیار فسخ شوند بررسی خواهد شد و نقد آن بیان می‌شود. در ابتدا به صورت مختصر گزارشی از مبانی موجود درباره حق فسخ ناشی از عیوب بیان می‌شود.

#### ۱- قاعده لاضرر

تردیدی وجود ندارد که قاعده لاضرر از قواعد و ادله ثانویه حاکم بر ادله اولیه است و مراد از قاعده حاکم، حکومت اصطلاحی است که اولین بار<sup>۱</sup> در علم اصول فقه مطرح شده است. البته باید توجه داشت که مدرک قاعده لاضرر اخبار و روایاتی است که قریب به بیست حدیث در این باره نقل شده و به حدی که به موجب فرمایش آخوند

<sup>۱</sup> توسط شیخ انصاری (ره)

خراسانی می‌توان قائل به تواتر اجمالی شد. (خراسانی، ۱: ۳۸۱) مفاد قاعده در دو بخش هیات ترکیبی و مفرد قاعده است.

### مفردات قاعده:

الف) ضرر: اسم مصدر از باب ضرّ یضرّ ضرّاً می‌باشد و معنای آن ضرر رساندن و نقص وارد کردن است یعنی خود آن نقص است که حاصل و موجود است چه نقص جانی باشد و چه نقص عضو باشد، یا مالی و یا آبرویی باشد در نهایت از نظر محقق خراسانی معنای کلمه ضرر ضد منفعت است و ضدیت و تقابل آن ملکه و عدم ملکه است. (خراسانی، ۱: ۳۸۱)

ب) ضرار: ظاهراً یکی از سه مصدر باب مفاعله است ضارر، یضارر، مضارره، ضرراً و در معنای آن دو احتمال وجود دارد که عبارت‌اند از:

۱/ ضرار به معنای جزاء بر ضرر است. یعنی ابتدا شخص به شما ضرر می‌رساند و بعداً شما آن ضرر را تلافی می‌کنید و در جای دیگری به او ضرر می‌زنید.

محقق خراسانی این معنای جزاء بر ضرر و نیز این معنی که ضرار مصدر باب مفاعله است و معنای اصلی و اولی باب مفاعله عبارت از فعل الانثین یعنی میان دو نفر انجام می‌گیرد که هر کدام به دیگری همان می‌کند را هم نمی‌پذیرد و معتقدند که ضرار به همان معنای ضرر است. (خراسانی، ۱: ۳۸۱)

۲/ اتحاد معنای ضرر و ضرار: محقق خراسانی و تثبیت‌کنندگان از او معتقدند که ضرر و ضرار در روایت به یک معنا آمده است و از باب تأکید است و حتی اگر برفرض در روایت به یک معنا آمده است، از باب تأکید است و اگر برفرض هم شک کنیم که ضرار معنای دیگری غیر از ضرر دارد، ثابت نشده و از باب قدر متیقن باید قائل شد که جهت تأکید است و نهایتاً ضرر به معنای ضرر یک‌جانبه است و ضرار به معنای ضرر دوجانبه است.

### معنای هیأت ترکیبی:

دانشمندان اصولی درباره مرکباتی که با لای نفی جنس آغاز می‌شوند مانند «لاصلاحه الا بفاتحه الكتاب» و «لاضرر و لاضرار» احتمالات متعددی را بیان داشته‌اند و براساس نظر محقق خراسانی که نظر مشهور و نظر نگارنده است، در تمام مواردی که با لای نفی جنس شروع می‌شود منظور همان نفی جنس است و مستعمل فیه هم نفی جنس است. فقط گاهی حقیقتاً نفی جنس می‌کند و گاهی ادعلاً و تنزیلاً نفی جنس می‌کند. که از جمله در «لاضرر و لاضرار» است که در ظاهر نفی جنس می‌کند و می‌گوید اصلاً ضرری وجود ندارد. ولی نفی جنس ادعاً و تنزیلاً است و حقیقتاً نیست. اصل در مرکبات معنای حقیقی و موضوع له آن‌هاست و کان اصل ضرر مشخص است. لکن مدعی می‌شویم ضرر نیست.

### نسبت قاعده لاضرر با ادله احکام اولیه چیست؟

محقق خراسانی در کتاب کفایه در ذیل بحث از قاعده لاضرر می‌نویسد ادله احکام ثانویه (قاعده لاضرر) نسبت به ادله اولیه تقدم دارند و با اینکه به حسب ظاهر بین آن‌ها تعارض عموم و خصوص من وجه است ولی ادله

ثانویه بر ادله اولیه مقدم است. لازم به ذکر است ادله ثانویه بر دو قسم هستند. الف) بعضی از آنها مانند ادله نفی ضرر و حرج حکم را نفی می‌کنند ب) بعضی از ادله ثانویه اثبات حکم می‌کنند. مانند ادله وجوب و فاء به شرط، نذر و غیره. از آنجا که احکامی که بر عناوین اولیه بارشده است جنبه اقتضایی دارند و در صورت عروضی مانعی مانند ضرر، آن حکم قضائی ثابت نمی‌شود و ادله نفی ضرر در برابر آن یک مانع قوی است و اجازه نمی‌دهد مطابق با دلیل اولی اقتضاء حاصل شود و ادله ثانویه مقدم می‌شود. درجایی که ادله ثانویه اثبات حکم می‌کند، می‌توان به دلیل المومنون عند شروطهم استناد کرد. (خراسانی: ۳۸۲) باید توجه داشت که در مقام تقدیم قاعده لاضرر بر ادله عناوین اولی در فقه امامیه دو نظر عمده وجود دارد یک نظر، نظریه محقق خراسانی است تقدیم از باب جمع عرفی است (خراسانی: ۳۸۳) و یک نظریه هم، نظر محقق بزرگ شیخ انصاری از باب حکومت است (انصاری: ۱۴۱۹: ۴۶۲) در واقع حکومت یعنی دلیل حاکم در دلیل محکوم تصرف کرده و تعبدا موضوع دلیل محکوم را نابود می‌کند و دو قسم است؛ گاهی دلیل حاکم سبب مضیق شدن دلیل محکوم است و گاهی سبب توسعه دلیل است.

از آنجا که این قاعده بیشترین استناد را دارد مبنای مهمی در این مورد است. در بررسی انتقادی مبنای توسعه حق فسخ به عیوب غیرمنصوص و جدید براساس قاعده لاضرر باید توجه داشت که فقهای مقدم مانند ابن جنید یا قاضی ابن براج با نقل متمایل به این نظریات؛ مساله ضرر را مطرح کرده‌اند. این درحالی است که فقهای متأخر و معاصر که با استناد به مساله ضرر در عبارات فقهای مقدم از آن قاعده لاضرر تعبیر فرموده و قاعده لاضرر را مبنای فقهی آن اعلام داشته‌اند.

### استناد فقها به قاعده لاضرر

عبارت محقق‌ثانی در شرح قواعد علامه حلی که می‌نویسد: درمقابل قول مشهور فقها (درمنصوص بودن عیوب) مخالفین استدلال کرده‌اند که عیوب برص و جذام به ضرر منجر می‌شود زیرا این عیوب به اتفاق نظر اطبا از امراض ظاهری سرایت کننده‌اند و از پیامبر اسلام (ص) روایت شده که فرموده‌اند از بیماری جذامی فرار کنید چنانچه از شیر فرار می‌کنید پس به ناچار راه فراری باید یافت و راهی جز حق فسخ داشتن نیست. (کرکی (۱۴۱۱)، ۱۳: ۲۶۹)

شهیدثانی هم از ابن براج که جذام و برص از جمله عیوب موجب حق فسخ مشترک میان زن و مرد است (ابن براج (۱۴۰۶): ۲۳۱) و درمقام استدلال به وجود ضرر و وجوب دفع آن اشاره کرده‌اند و حتی محقق‌ثانی در بیان علت تفاوت میان زن و مرد در جنون؛ امکان فسخ برای زن برخلاف مرد بعد از عقد را به جهت ضرری که بر زن لازم است، دانسته و جنون مرد در هر دو فرض قبل و بعد از عقد قابل فسخ است. (کرکی (۱۴۱۱)، ۱۳: ۲۲۰) صاحب‌جواهر هم در مقام استدلال به حق فسخ زن در صورت جنون مرد قبل از عقد می‌فرماید "به جهت نفی ضرر و ضرار و فریب و تدلیس است." (نجفی (۱۴۰۱)، ۳۰: ۳۱۹) ایشان در ایجاد حق فسخ برای زن بعد از عقد را به قاعده لاضرر استناد می‌کند؛ و مهم‌ترین دلیل درباره عیب خصا را حدیث لاضرر بیان می‌کند و درباره بیماری قرن هم که مانع از نزدیکی نیست از شیخ و قاضی نقل کرده که مرد حق فسخ ندارد و به نقل از شهیدثانی از کتاب مالک این فتوا را به بیشتر فقها نسبت داده است و با استناد به اصل لزوم، احتیاط و انتهای لاضرر با این فتوا همراه شده است. (همان: ۳۳۲)

در مقایسه با فقهای امامیه در میان فقهای اهل تسنن مساله به صورت دیگری است؛ فقهای اهل تسنن، ضمن تقسیم عیوب سبب فسخ نکاح به دو دسته مهم که عبارت‌اند از عیوب منفور و مضر و عیوب جنسی، تصریح دارند که مناط حکم فقیهان برای ایجاد حق فسخ در عیوب منصوصه جنسی، تنفر و ضرر است و از آنجا که خطر بیماری ایدز بالاتر از جذام، برص و جنون است و ضرر و نفرت در آن جمع است، حق فسخ وجود دارد. (الاشقر (۱۴۲۱): ۵۳)

البته لازم به ذکر است که استناد به قاعده لاضرر از سوی فقهای معاصر به جهت فتوای مشهور فقها در مخالفت مورد خدشه قرار گرفته است که در بخش نقد مبانی ذکر خواهد شد.

### ۱- تعبد محض:

از مهم‌ترین مبانی مورد استناد و مشهور فقها این مبنا است که از مصادیق منصوص در روایات تعدی نمی‌کنند. مشهور فقهای امامیه بر این عقیده هستند که فلسفه احکام و مقاصد شریعت معلوم نبوده و احکام قابل تعدی به موارد مشابه نمی‌باشد. از سوئی تنقیح مناط را کمتر به کار می‌گیرند و قائل هستند که احکام را فقط باید از شارع موضوعاً و حکماً و بدون تمایز و تفاوت میان معاملات و عبادات تلقی داشت. (فتاحی (۱۳۸۰): ۵۶) (بحرانی (۱۴۰۹): ۲۴، ۳۶۵)

البته توجه به این نکته ضروری است که میان باب عبادات و معاملات تفاوت‌های جوهری وجود دارد. در باب عبادات قصد تقرب و نیایش جوهره اصلی عمل است و بدون وجود این عنصر، عبادات شکل و ساختار ندارد. این در حالی است که در باب معاملات در همه اقسام چه احکام تکلیفی و چه احکام وضعی قصد تقرب و تعبد به این معنا وجود ندارد و همین تفاوت جوهری میان عبادات و معاملات است. ولی در خصوص کشف مناطات و علت و مقاصد احکام مشهور فقها مشترک هستند که راهی به علت نیست. لذا با تعبد محض درباره روایات از تعدی مصادیق عیوب موجود در روایات به دیگر عیوب خودداری کرده و فقط همان عیوب را موجب فسخ نکاح دانسته‌اند. ایشان حتی در مقابل، استناد به قاعده لاضرر را نپذیرفته و در عیوب جدید در عصر خود قائل به فسخ نکاح نبوده و راه جدائی را طلاق از سوی مرد و یا درخواست طلاق از سوی زوجه دانسته‌اند.

### ۳- مبنای سوم (شرط تبانی):

علاوه بر قاعده لاضرر و تعبد محض مبنای سومی که در میان حقوقدانان و رویه قضائی محاکم مورد استناد قرار می‌گیرد مبتنی بر تفسیری از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی و توسعه معنای شرط و شرط تبانی بر ارتکاز عرفی است. این در حالی است که این تفسیر، مخالف معنا و تفسیر مشهور درباره شرط می‌باشد.

شرط بنائی از جمله اقسام شروط است و مراد این است که طرفین برای انجام معامله‌ای قبل از انعقاد قرارداد درباره توصیف کالا و یا شرط مطالبی را بیان می‌دارند و سپس عقد را به وجود می‌آورند؛ لکن همه مطالب "گفته شده و مورد گفتگو" را ضمن عقد درج نمی‌کنند. حتی اگر قرارداد یا عقد را هم به صورت مکتوب منعقد کنند، در عقد و ضمن آن بیان نمی‌دارند اما قرارداد را بر پایه همه آنچه در قبل از عقد مورد گفتگو واقع شده است، ایجاد می‌کنند که این معنا مراد از شرط بنائی فقهی است. با این

وجود برخی از حقوق‌دانان تصریح بر این نکته دارند که آنچه مورد ارتکاز عرفی و عقلا می‌باشد و حتی اگر مورد گفتگو قرار نگیرد می‌تواند شرط بنایی عقد هم تلقی شود. به‌عنوان نمونه به این نکات اشاره دارند که در صورت عدم سلامت و وجود عیب که ارتکاز عرفی و عقلانی میان مردم این است که طرف مقابل باید سلامت از هر عیب باشد و وجود عیب موجب حق فسخ برای طرف مقابل است (کاتوزیان، ۵: ۴۳) (کاتوزیان (۱۳۷۵): ۹۱) و ضرورت ندارد که حتماً چنین شرطی مورد گفتگو قرار گیرد و علت آن را مستنداً بر ماده ۱۱۲۸ از قانون مدنی دانسته‌اند. البته در مقابل این دیدگاه، گروه دیگری از حقوق‌دانان، تصریح بر این نکته دارند که شرط تبانی صرفاً شرطی است که قبل از عقد مورد گفتگو قرار گرفته باشد و چنانچه در قبل از عقد میان طرفین تصریح نشده باشد نمی‌توان آن را شرط بنایی عقد دانست. اینان نیز با استناد به نص ماده ۱۱۲۸ از قانون مدنی تأکید و بر این باورند که متن ماده تصریح دارد که هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود. خواه وصف مذکور در عقد تصریح شود خواه عقد بر آن واقع شده باشد. همچنین در متن قانون تصریح شده است که صفت خاصی شرط شده باشد و شرط شدن نیاز به فعل و گفتگو دارد و چنانچه طرف مذکور فاقد وصف مقصود باشد یعنی وصفی که شرط شده و حال این وصف «مذکور» یعنی وصف گفتگو شده و شرط شده در عقد تصریح شود یا منبایناً بر آن واقع شود. (لنگرودی (۱۳۸۶): ۱۴۳) لذا این گروه از حقوق‌دانان با پایبندی به معنا و تعریف شرط از فقه، تفسیر ماده ۱۱۲۸ از قانون مدنی را منطبق بر آن توضیح داده‌اند.

آنچه که ذکر آن ضروری به نظر می‌رسد این است که در میان فقها تعریفی از شرط ضمنی وجود دارد که عبارت است از این که شرط ضمنی تعهد تبعی است که در متن عقد ذکر نمی‌شود خواه پیش از عقد ذکر شود و عقد با لحاظ آن واقع شود که شرط بنایی هم محسوب می‌شود و خواه هرگز ذکر نشود و از اوضاع و احوال فهمیده شود مانند صفت سالم (بدون عیب) که به دلیل تفاهم عرفی شرط ضمنی عقد گفته می‌شود و رابطه شرط بنایی و شرط ضمنی عموم و خصوص مطلق است (محسنی (۱۳۸۲): ۳۲۷) ولی در هر حال این معنا که شرط ضمنی عرفی لازم الوفاء است یا خیر میان فقها اختلاف است.

## نقد مبانی

### ۱- نقد قاعده لاضرر:

۱.۱) اولین اشکال این است که فقهای مقدم مانند ابن‌جنید و ابن‌براج و حتی شیخ طوسی که نقل فقهای بزرگی مانند علامه حلی و شهید ثانی به مساله ضرر استناد کرده‌اند را نمی‌توان به هیچ‌عنوان استناد به قاعده لاضرر دانست و آنچه امروز واقعاً تحت عنوان یک قاعده فقهیه گسترده در امامیه شایع شده در ذهن شریف فقهای مقدم نبوده و اساساً قواعد فقهی از علوم جدید در علوم اسلامی است. لذا این انتساب در استناد به یک قاعده با فهم امروزی خطا است.

۱.۲) چنانچه به کتب فقهی فقهای عظام توجه شود، این نکته معلوم می‌شود که توسعه عیوب به اعراب یا زمین‌گیری یا عیوب دیگر همه از جمله عیوبی محسوب می‌شود که درباره آن روایتی ولو ضعیف وجود

دارد. لذا این استناد محض به قاعده لاضرر نمی‌باشد. در تایید این نقد آنکه در کنار واژه ضرر، جرح و مشقت را هم آورده‌اند.

۳.۱) مهم‌ترین اشکال در این زمینه این است که قاعده لاضرر و قاعده لاجرح، لسان نفی و احتراز از حکم ضرری است و همواره فقها بر این باورند که قاعده لاضرر در مقام نفی است و نمی‌تواند اثبات حکم و جعل یک حکم شرعی را دلالت داشته‌باشد. این قواعد شامل احکام موجود در شریعت است. یعنی با این قواعد فقط می‌توان احکامی را که در شریعت وجود دارند اما باعث ضرر یا عسر و حرج است را رفع کرد. و این قواعد در فرض نبود حکم شرعی (عدم الحکم) نمی‌تواند حکم شرعی را به وجود بیاورد و اثبات حکم با این قواعد مورد انکار مشهور فقهای امامیه و عموم فرق اسلامی است. فقها این‌گونه تعبیر می‌کنند که این قواعد، صورت عدم الحکم را شامل نمی‌شود و اگر فقدان حکمی باعث ضرر یا عسر و حرج شود، نمی‌توان با استناد به این قواعد احکام جدیدی وضع کرد (موسوی بجنوردی (۱۳۸۵)، ۱: ۲۰۰) و برخی از فقهای عظام دیگر نگرانی خود را از این نکته این‌گونه بیان فرموده‌اند که اگر این قواعد بخواهد در فرض عدم الحکم، حکم جدیدی را جعل کند مستلزم این است که احکام الهی دچار تغییر و تبدیل شده و فقه جدید تأسیس شود. (نجفی خوانساری (۱۳۷۳): ۱۸۰)

۴.۱) لازم به توضیح است که قاعده لاضرر همواره مقدم بر ادله اولیه نمی‌باشد. چنانچه بر ادله اولیه هم مقدم شود از باب دو مبنای مختلف و مورد اختلاف در میان علمای اصول است.

اساساً قاعده لاضرر زمانی بر ادله اولیه تقدیم پیدا می‌کند که از طریق معتبری احراز شده و علم ایجاد شود که حکم دلیل اولی علت تامه فعلیت نبوده و حکم آن به نحوی جعل شده که جنبه اقتضائی دارد. ولی در مقابل این حالت در فرضی که از طریق معتبری برای فقها احراز شود یا علم معتبری پیدا شود که حکم دلیل اولی علت تامه فعلیت است و حکم آن به نحوی جعل شده که جنبه قضائی ندارد، در این موارد ادله اولیه بر ادله ثانویه مانند لاضرر و مشابه آن همواره تقدم دارد، مانند حرمت قتل مؤمن.<sup>۲</sup> نکته آخر در این مقام این است که علت تقدیم احکام ثانوی به احکام اولی نیز با دو مبنای مختلف است. برخی از فقها<sup>۳</sup> تقدیم را از باب حکومت دانسته و برخی از فقهای دیگر مانند محقق خراسانی که به نظر نگارنده نیز حق با محقق خراسانی است، این وجه را نمی‌پذیرد و می‌گوید چگونه می‌شود که دلیل لاضرر را مقدم بر همه احکام از باب حکومت دانسته‌اند؛ در حالی که در باب حکومت شرط است که دلیل حاکم ناظر و شارح و مفسر دلیل محکوم باشد و چگونه می‌توان به این نکته مستلزم شد که دلیل لاضرر شارح همه ادله اولیه از باب عبادات و معاملات است.

۵.۱) در مقام تطبیق قاعده لاضرر و وجود ضرر برای طرفین توجه به این نکته ضروری است که در تقسیم مصادیق و تعیین تطبیق قاعده لاضرر میان فقها اختلاف وجود دارد و جنبه امتناعی بودن قاعده

<sup>۲</sup> محقق خراسانی این اقسام را خود به دو قسمت تقسیم کرده و در کفایه مفصل از آن بحث می‌کنند.

<sup>۳</sup> شیخ انصاری (ره)



لوازمی دارد که با احراز ضرر نوعی باید امتنان برای زوج و زوجه باهم لحاظ شود، درحالی که چنین نیست.

بنابر اشکالات طرح شده، این قاعده نیز نمی‌تواند موجب توسعه عیب شود.

## ۲- نقد مبنای تعبد محض:

آنچه در مقام نقد به این مبنا مورد توجه است، اصل مبنا نمی‌باشد، بلکه استظهار خاص از آن است. توجه شود که در راه حل ارائه شده از سوی نگارنده اساساً با تعبد به روایت مخالفتی نمی‌شود و این راه حل هم مبنی بر تعبد بر روایات است. لکن استظهار فقها از این روایات محل اشکال نگارنده است. همچنین توجه شود که در میان روایات مجوز فسخ نکاح به استناد عیوب، روایاتی وجود دارد که با استفاده از ادوات حصر مانند انما؛ امکان فسخ نکاح را فقط در چند عیب منحصر دانسته و فقط همین عیوب را موجب فسخ نکاح اعلام فرموده‌اند. توسعه در عیوب با وجود این روایات و واژگان انحصار تقریباً بی‌معنا بوده و تا زمانی که استظهاری منطبق به قواعد و رعایت انحصار یا همخوان با (انما) در روایات نباشد، قابل پذیرش نیست.

بنابراین آنچه مورد اشکال نگارنده است استظهار شایع از آن است که با تأکید بر مصداق معین بودن عیوب، چهار بیماری خاص را موجب فسخ نکاح دانسته‌اند و این استظهار از روایات به جهت زیر اشکال دارد:

### ۱. استبعاد در استظهار

مستبعد بودن آن به این علت که مؤمنین و اصحاب از پیامبر و امامان معصوم (ع) درباره مصادیق از بیماری‌های جدید سؤال فرموده‌اند و پاسخ امام استناد به این روایات با واژه (انما) که مفید حصر است بوده است.

حال چنانچه مراد و مقصود از این عیوب فقط بیماری خاص مصداق معین روایت که برص، جذام، جنون و عفل باشد چه ضرورتی دارد که علمای اصحاب؛ بیماری دیگر را از امام سؤال کنند. اشکال ندارد، لکن تکرار این سؤال از سوی اصحاب خاصی از معصوم؛ این نکته را به ذهن متبادر می‌کند این مصادیق چهارگانه معین فقط به لحاظ خود عنوان آن‌ها موجب فسخ باشد مستبعد به نظر می‌رسد. در این خصوص می‌توان روایات را به سه دسته تقسیم کرد:

الف) دسته اول از روایات: روایات مفید حصر و انحصار فسخ نکاح در عیوب منصوصه است. روایت صحیحی که حلبی از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند که امام فرموده است که نکاح فقط با عیوب برص و جذام و جنون و عفل رد (فسخ) می‌شود. (حرعاملی (۱۳۸۳)، ۱۴: ۵۹۳ و ۵۶۸)

ب) دسته دوم از روایات: دسته‌ای است که علیرغم وجود روایات مفید حصر در عیوب منصوص؛ از عیوب دیگر سؤال می‌شود.

از امام صادق علیه‌السلام نقل شده است که نکاح با برص و جنون و جذام و عفل رد می‌شود و از امام پرسیدم عورا چطور؟ امام فرموده‌اند: خیر.

روایت دیگر از امام صادق علیه‌السلام نقل شده است که امام فرموده‌اند: اگر مردی با زنی از قوم دیگر ازدواج کرد که از یک چشم نابینا است و برای او نگفته بودند؛ امام فرمود نکاح رد نمی‌شود و نکاح با برص و جذام و جنون و عفل رد (فسخ) می‌شود. (حرعاملی (۱۳۸۳)، ۱۴: ۵۶۸)

ج) طایفه سوم از روایات: روایاتی است که عیب دیگری در کنار عیوبی که در روایات مفید حصر بوده است محمد بن مسلم از امام باقر علیه‌السلام نقل فرموده‌اند که نکاح با نابینا از هر دو چشم و برص و جذام و لنگی موجب فسخ می‌شود. (حرعاملی (۱۳۸۳)، ۱۴: ۵۶۸)

رفاعه بن موسی از امام صادق علیه‌السلام نقل کرده‌اند که زن در نکاح به جهت عفل و برص و جذام و جنون (نکاحش) رد می‌شود. (حرعاملی (۱۳۸۳)، ۱۴: ۵۶۸)

همان‌طور که در چند سطر قبل‌تر بیان شد، استظهار از روایات درباره موضوعیت داشتن مصداق خاص عیب محل اشکال بوده و مستبعد است و سه دسته روایاتی که بیان شد، بر اساس مطالعه کامل روایات وارده در این باب است که این استظهار رایج را مستبعد می‌کند. چگونه است که امام قاعده کلی درباره چهار بیماری مطرح می‌کند اما اصحاب خاص، دائماً از امام درباره عیب و مصداق دیگر سوال می‌کنند و امام هم درباره برخی جواب رد و درباره برخی جواب مثبت می‌دهد. ازسویی تعارض میان روایات انحصار در عیوب خاص با روایاتی که جواز فسخ در عیوب دیگر را می‌دهد با استظهار رایج کاملاً آشکار است.

## ۲. وجود تعارض در استظهار

نکته دیگر که در اشکال به استظهار از تعبد محض مطرح است، اینکه صرفاً همین عناوین بیماری‌های خاص در روایات موجب فسخ است و لاغیر، با این اشکال مواجه است که اگر مراد معصوم از این انحصار عناوین خاص و همان بیماری‌های خاص است؛ دیگر توسعه عنوان یا مصداق خاص دیگری از بیماری قابل‌پذیرش نمی‌باشد. درحالی‌که امام با این روایت که بیماری خاص دیگر را موجب فسخ اعلام فرموده‌اند بدون آنکه سؤالی از تعارض روایات انحصار با روایات بیماری جدید حاصل شود و این تعارض در هر ذهنی شکل می‌گیرد که اگر عنوان خاص بیماری فقط برص، جذام، جنون و عفل موجب فسخ نکاح است چرا امام عنوان جدیدی مانند عور را هم اضافه فرموده‌اند لذا این استظهار از آنجاکه مستلزم چنین تعارضی است عرفی نبوده و با وجدان و تبادر ناسازگار است.

در روایات مطرح شده امام به صراحت تنها چهار عیب را موجب فسخ نکاح می‌داند که مکرراً به صورت یک قاعده به آن استناد می‌کند. در مقابل این استناد، حلبی که از اصحاب فقیه امام است از امام درباره عیب عورا یا نابینایی سؤال می‌کند و امام با مردود دانستن این عیب به کبری کلی استناد می‌فرماید و حتی به خیار تدلیس اشاره نفرموده‌اند. این نکته حکایت از این دارد که پذیرش خیار تدلیس در نکاح، میان

متأخران دلیل دیگری دارد و شاید این باشد که فقط در شروط ممکن است، که باید در مقال دیگر بحث کرد. (طوسی (۱۴۱۳): ۷: ۴۲۴)

باتوجه به سؤال و جواب راوی و امام معصوم این انحصار چه معنایی دارد؟ درباره استظهار فقها و اشکال به آن، روایاتی درباره عیب عرج، عمی و زنا بیان می‌شود:

ابن‌براج در مهذب جذام و برص و عمی را از عیوب مشترک زن و مرد دانسته و قبل از او ابن‌جنید همین عیوب با عیب عرج و زنا از جمله عیوب را برشمرده است. (ابن‌براج (۱۴۰۶): ۳۵)

در روایتی از امیرالمومنین (ع) درباره عیب زنا نقل شده است که چنانچه زنا قبل از دخول زوج باشد موجب فسخ نکاح است. (کلینی (۱۳۶۵): ۷: ۵۶۶) (طوسی (۱۴۱۳): ۷: ۴۹)

آنچه در این استظهار رایج فقها محل اشکال است، این است که چطور امام معصوم هم در عیوب منصوصه تعبیر انما فرموده‌اند و هم عیوب دیگر را مجوز داده‌اند و ازسویی به قاعده لاضرر و نفرت هم استناد نفرموده‌اند. سر آن این است که عنوان خاص بیماری به مصادیق موردنظر امام نمی‌باشد. این نگارنده با تعبد به روایات موافق است لکن به جهت استبعادی که در استظهار رایج فقها می‌بیند راه‌حلی دیگری در استظهار پیشنهاد می‌کند.

### ۳- نقد مبنای سوم (شرط تبانی):

درخصوص شرط تبانی که به‌عنوان یک مبنا برای توسعه فسخ نکاح با عیوب جدید استناد شده است، این اشکالات وارد است:

شرط تبانی صحت ازسوی مشهور فقهای امامیه لازم‌الوفا نیست. (انصاری (۱۴۲۸): ۲۸۲)

مفهوم شرط بر شرط ضمنی عرفی موردپذیرش مشهور فقهای امامیه نیست و باتوجه به تفاوت مبانی شرط ضمنی عرفی با مبانی شرط بنایی به‌گونه‌ای که اعتراف به یک مستلزم اعتراف به دیگری نیست. چنانچه میرزای نائینی استظهار از شرط ضمنی عرفی را قبول دارد ولی اگر شرط بنایی به شرط ضمنی عرفی بازنگردد مردود می‌داند. (نجفی خوانساری (۱۳۷۳): ۱: ۴۰۷) (انصاری (۱۴۲۸): ۱۱۱)

برداشت گروهی از حقوق‌دانان از ماده 1128 از قانون مدنی بر اساس توضیح گروه مقابل مخالف نص قانون می‌باشد و از آنجاکه رویه در قانون مدنی این بوده است که بر اساس نظر مشهور فقها تبیین شود، لذا برداشت گروه اول مخالف روش مقبول در قانون مدنی است.

زمانی می‌توان به شرط ضمنی عرفی استناد کرد که شرایطی رعایت گردد، از جمله آن که شرط واضح و بدیهی باشد، به‌گونه‌ای که تصریح به آن لغو گردد. در ماده 359 از قانون مدنی آمده است که "هرگاه دخول در مبیع عرفاً مشکوک باشد آن شی داخل در مبیع نخواهد بود مگر آنکه تصریح شود" ناظر به همین شرط است.

استناد به شرط ضمنی عرفی در موارد اختلاف نظر عمومی به‌عنوان ارتکاز صحیح نیست. درحالی که اظهار یکی از طرفین قرارداد مقابل و مخالف آن است. لذا نمی‌توان فسخ و برهم خوردن یک قرارداد را به چنین مبنای متزلزلی بازگرداند.

با توجه به این اشکالات این مبنا هم نمی‌تواند موجب توسعه در عیوب جدید باشد.

### پیشنهاد و ارائه راه‌حل درباره حق فسخ به استناد عیوب جدید

باتوجه به آنچه در بخش نقد مبنای تعبد محض ایراد شد مشخص می‌شود که این راه‌حل براساس روایات و استظهار از روایات است درواقع نگارنده ادعایش این است که از روایات معنای دیگری را می‌توان فهمید و البته این معنا منطبق بر ظاهر روایت بوده و احتمالی منطبق بر روش اجتهاد جواهری در استظهار از روایات است.

در نقد مبنای تعبد محض به مستبعد بودن استظهار از روایات به جهت استظهار رایج اشاره شد که مهم‌ترین آن استقرار تعرض میان روایات مفید حصر عیوب در عیوب منصوص و روایات مفید عیوب غیر از عیوب منصوص و افزوده شدن عیوب دیگر مانند زنا، نابینایی از هر دو چشم، زمین‌گیر بودن و یا عیب لنگ‌بودن است.

از طرفی استبعاد دیگر در این استظهار این است که معصومین (ع) در زمان خود عیوبی را فرموده‌اند، درحالی‌که به یقین اطلاع از آینده دارند که برخی از عیوب آینده به هر لحاظ در مقایسه با عیوب مذکور، آثار مخرب‌تری را بر نکاح به همراه دارد و این به وجدان مخالف دارد مگر آنکه مراد معصومین (ع) و استظهار از آن نکته دیگری باشد.

### استظهار صحیح از روایات:

با دقت در متن روایات مفید حصر در عیوب مشترک و قاعده کلی مورد استناد معصومین با عبارت «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل» این نکته غیرقابل انکار است که ایشان یک قاعده کلی و کبرایی را در مساله فسخ نکاح تبیین فرموده‌اند، حال این کبری چیست؟ استظهاری که با کبرویت قاعده هم سازگار باشد چیست؟ که درعین حال با تبادر از روایت در همه اعصار مخالف نباشد و با وجدان هم سازگار باشد، چیست؟

قدر متیقن از روایات مفید حصر این است که تعدادی بیماری خاص سبب فسخ در نکاح است در این استظهار که تعدادی بیماری موجب فسخ نکاح است تردیدی نیست ولی در این که آیا فقط همین بیماری‌ها با عنوان خاص موجب فسخ نکاح است یا روایاتی که از بیماری‌های دیگر و حتی غیر از بیماری‌ها از برخی عوارض و شهرت‌ها و اجرای حد هم از زبان معصوم نقل شده است که موجب فسخ نکاح است؟ درباره فتوای مشهورتر تردید حاصل می‌شود به‌ویژه در جایی که معصوم از تعارض سؤال نمی‌کند و سائل (شخص سوال کننده) اعتراض ندارد که شما حصر فرموده‌اید اما چرا افزایش دادید؟ پاسخ این استبعاد چیست؟ جز یک مطلب امر دیگری نمی‌تواند پاسخ باشد، که استظهار فقها با استظهار سائل و معصوم دو امر متفاوت بوده است. به‌راستی اگر معصوم می‌خواستند مخاطبین 1400 تا 1300 سال خویش را از عیوب موجب فسخ نکاح آگاه کنند چه روش‌هایی را داشتند؟ به نظر دو روش رایج در فهم عرفی وجود دارد: اول) بیان دسته‌بندی بیماری بر اساس تخصص طب گونه آن. دوم) بیان مصادیق بارز و متقن بیماری‌ها با این استظهار که مرادشان آن دسته‌بندی بیماری است.

یعنی این عیوب منصوص و بارز و آشکار به یک دسته‌بندی کلی بازمی‌گردد. لکن تخصصی بودن آن و عدم وجود رشد علمی و مناسب سبب شده تا معصوم به ساده‌ترین روش عرفی بیان فرمایند و مراد از این عناوین مشیر به دسته و مقسم خود است.

توجه نمایید چنانچه امام می‌خواستند بفرمایند چهار دسته بیماری موجب فسخ نکاح است (انما یرد النکاح): (۱. بیماری‌های ظاهری) پوستی و برص (۲. بیماری‌های واگیردار منتهی به فوت) جذام (فوت و مرگ جهت اینکه عنوان مشیر بودن به قدر متقین اکتفا شده است)، (۳. بیماری‌های عقل) جنون (۴. بیماری‌های مقاربتی) عقل، چه روشی داشتند؟

توجه شود که در این استظهار دیگر این عناوین به این عنوان مدنظر و مراد معصوم نیست و لذا خواص و فقهای اصحاب از امام درباره مصداق‌های دیگر می‌پرسند و الا چه توجیهی درباره سؤالات وجود دارد؟ این احتمال و استظهار فوق که به واقع اصحاب از امام می‌پرسند که آیا این بیماری عوراء بودن (نابینایی از یک چشم) را می‌توان در این چهار دسته (بیماری ظاهری) قرارداد؟ امام می‌فرمایند خیر و یا درباره عیب نابینایی از هر دو چشم امام می‌فرمایند بله می‌تواند موجب فسخ باشد. نگارنده اکنون در مقام تفصیل عیوب زن و مرد از یکدیگر نیست بلکه آنچه مدنظر است تصحیح استظهار اصلی است و وقتی امام می‌فرمایند عیب نابینایی از هر دو چشم موجب فسخ نکاح است، می‌توان این‌گونه استظهار کرد که بیماری برص مشیر به بیماری ظاهری پوستی فقط نیست و بلکه مراد بیماری آشکار در ظاهر آدمی است. با این وصف دیگر تعارض در کار نیست و این استظهار، امروز درباره بیماری‌های جدید کاملاً کاربرد داشته و منطبق است.

آیا ایدز سبب فسخ نکاح است؟ دمانس یا زوال عقل موجب فسخ نکاح است؟ در پاسخ با استظهار این نکته که بیماری‌های واگیردار منتهی به فوت (با شرط عدم درمان در ادامه توضیح داده خواهد شد) موجب فسخ نکاح است که جذام مورد اجلی آن است. درباره ایدز با اجتماع شرایط فوق پاسخ به راحتی با تعبد به روایت مثبت است آیا دمانس یا زوال عقل موجب فسخ نکاح است؟ از آنجاکه در استظهار از روایت به این نکته رسیدیم که جنون مشیر به بیماری‌های عقلی است بازهم پاسخ مثبت است. حال چه جنون مطلق یا ادواری، چه قبل از عقد یا بعد از عقد باشد. در روایات پاسخ داده است که "لا یعقل اوقات الصلاه" که جنون شدید و ظاهر است و صدالبته این استظهار هم از این روایات وجود دارد که همه بیماری‌ها غیر از دسته مقاربتی؛ در عنصر آشکار و ظاهری بودن مشترک هستند و این نکته مهمی در استظهار است. حال با معیار فوق در بیماری‌های عقلی دیگر مسیر هموار بوده و درباره دمانس در حد اعلا پاسخ مثبت است.

آیا بیماری ام اس موجب فسخ نکاح است؟ بیماری ام اس در نکته ظاهری بودن اگر به حد شدید رسید و ظاهر شد و فرد زمین‌گیر شد بله پاسخ مثبت است و بر همین منوال دیگر موارد قابل تطبیق است. جمع‌بندی درباره این استظهار:

استظهار از این روایات مفید حصر، براین نکات استوار است:

الف) بیماری باید ظاهر در پوست و اندام (پوست موضوعیت ندارد) باشد.

ب) بیماری عقلی باشد.

ج) بیماری واگیردار (منتهی به فوت باشد و یا عدم امکان درمان) باشد.

د) بیماری مقاربتی باشد.

بیماری واگیردار هم اگر منتهی به فوت نشود ولی در ظاهر آثار داشته باشد موجب فسخ نکاح می‌تواند باشد لکن به جهت بدیع بودن نظریه و استظهار مذکور نگارنده از آن طرفداری نکرده و بر قدر متیقن ایستاده است.

حال با توجه به مطالب پیش‌گفته هیچ ضرورتی ندارد به‌جز تبادل وجدان و اینکه این استظهار حل تعارض و استبداد می‌کند دلیل دیگری را برشمرد. لکن به جهات گوناگون دلایل دیگری برای این استظهار بیان می‌شود.

#### دلایل استظهار صحیح:

دلایل جهت استظهار (غیر از تبادل و حل تعارض و مستبعد نبودن) عبارت‌اند از:  
الف) نقش عرف:

جایگاه عرف در فقه اهل سنت با جایگاه عرف در فقه امامیه قابل قیاس نیست. قلمرو عرف در فقه عامه به‌گونه‌ای است که تا مرز جعل و تشریح می‌رود و قواعد فقهی متعددی<sup>4</sup> بر آن دلالت می‌کند لکن در فقه امامیه این‌طور نیست قلمرو عرف در فقه امامیه در سه نقش زیر تعریف می‌شود:

۱) نقش عرف در تعیین استظهار از روایات و آیات و دلیل: در این نقش رجوع به عرف و استناد به آن برای تعیین معنا و مفاد روایت و تشخیص ظهور روایت به آیه است و اساساً حجیت این نقش عرف از حجیت ظواهر ناشی می‌شود.

۲) نقش عرف در تشخیص موضوع.

۳) نقش عرف به‌عنوان دلیلی بر یک حکم شرعی. (در مشروعیت خیار غبن به روش عقلا تمسک شده است)

البته مشروعیت قسم سوم مورد اختلاف فقهای عامه و امامیه است و امامیه قسم سوم را نمی‌پذیرد مگر آنکه موافقت شارع با آن به‌صورت صریح و مستقل احراز شود و خود عرف مستقلاً نمی‌تواند دلالت داشته باشد. (سیمایی صراف (۱۳۸۰): ۹۳) آنچه نگارنده به آن استناد دارد قسم اول از نقش عرف است هنگامی که در استظهار از روایتی اشتباه دیده می‌شود و با وجدان سازگار نیست.

ب) الغای خصوصیت و تنقیح مناط:

الغای خصوصیت عبارت‌است از الغای ویژگی‌های غیر مؤثر در تعلق حکم به منظور توسعه در مصادیق متعلق حکم است. حذف اوصاف و ویژگی‌هایی که در دلیل حکم همراه موضوع است اما عرف یا به قرائنی دخالتی در ثبوت حکم برای آن موضوع ندارد و نتیجه آن شمول حکم نسبت به موضوعاتی است که فاقد آن اوصاف است.

<sup>4</sup> به عنوان نمونه: «المعروف عرفاً کلاً لمشروط شرعاً»

تنقیح مناط به معنای به دست آوردن ملاک و حکم با حذف ویژگی‌هایی که احتمال می‌رود جزء علت باشند است که نتیجه آن توسعه موضوع حکم است. جمع کردن بین اصل و فرع به دلیل عدم فارق است که تنقیح مناط گویند. (حلی (۱۴۰۳): ۱۸۵ / تونی (۱۴۱۵): ۲۳۸)

نسبت الغای خصوصیت و تنقیح مناط الغای خصوصیت و تنقیح مناط را بسیاری از فقها یکسان دانسته‌اند ولی برخی دیگر از فقها قائل به تفاوت میان آن دو هستند. (میرزای قمی (۱۳۷۸): ۲: ۳۰۸ و (۳۰۹) خراسانی: ۳۹۶)

البته دلیل حجیت تنقیح مناط و الغای خصوصیت را فقها از باب حجیت ظهور کلام دانسته‌اند. (نائینی (۱۴۱۱): ۲: ۳۱۹) (مشکینی (۱۴۱۳): ۴: ۴۴۸)

در نهایت الغای خصوصیت و تنقیح مناط نوعی توسعه در موضوع هستند و حجیت همه آن‌ها به اصاله الظهور بازمی‌گردد لذا هر دو را دو شیوه استظهاری در استنباط باید دانست.

حال چه بر آن مبنایی باشیم که این دو را یکی می‌داند و یا بر آن مبنایی باشیم که این دو را متعدد می‌داند توسعه در حکم با حذف کردن اوصاف زاید به منظور رسیدن به موضوع؛ علت اصلی است. (حائری (۱۳۵۵): ۲: ۱۶۱) (صدر (۱۴۱۷): ۴: ۲۶۰)

در نهایت بنابر هر دو مبنای تنقیح و الغای خصوصیت و استفاده از مناسبات عرفی و تناسب موضوع و حکم می‌توان استظهار را صحیح دانست. در این مقام توجه به این نکته از درس آیت الله شبیری در نقل از صاحب ریاض در پاسخ به صاحب حدائق راه‌گشا است. در مقتضای تفاهم عرفی از خطابات این است، یعنی عرف به حسب ارتکازی که دارد در برخی از موارد حکم به الغای خصوصیت کرده و در موضوع توسعه می‌دهد این توسعه منشأهای گوناگونی دارد ممکن است این توسعه به جهت اولویت باشد مانند حکم به حرمت هرگونه ایذاء والدین به جهت دلیل آیه نهی از تافیف پدر و مادر و ممکن است جهت دیگری هم داشته باشد الغای خصوصیت از رجل بودن و در دلیل (شک در رکعات بین سه و چهار) به جهت اینکه ذکر رجل از باب مثال بوده و مقصود انسان است (شبیری (۱۴۱۹): ۶۳۷۴) حال با توجه به آنچه گذشت با تناسب حکم و موضوع و مقتضای خطابات عرفی یا فهم عرفی این سؤال پیش می‌آید که چه خصوصیتی در بیماری واگیردار جذام است که آن را از ایدز جدا می‌کند؟ نکته مهم‌تر این‌که مراد از جذام به مصداق آن چیست که دسته بیماری‌های واگیردار را شامل نشود؛ و یا دسته‌های بیماری‌های دیگر به شرحی که گذشت.<sup>۵</sup>

(ج) استفاده عموم از تعلیل:

در روایات دسته اول موارد فسخ محدود به چهار مورد شده است که فقها از عموم تعلیل این دسته از روایات استفاده کرده‌اند و قائلند که تفاوتی میان زن و مرد نیست. (شبیری (۱۴۱۹): ۶۳۷۴)

<sup>۵</sup> باید توجه داشت که این تناسب حکم و موضوع در الغای خصوصیت غیر از نقش عرف در بحث اول است.

توجه به این نکته ضروری است در روایات وارده به‌ویژه روایتی که مفید حصر است تعلیل وجود دارد و تحت کبری کلی و یا قاعده کلی مورد استناد معصوم(ع) بوده است. چراکه از روایت کبری کلی استفاده می‌شود و حکم هم به سبب این کبری کلی از قضیه معلل به غیر از آن سرایت داده می‌شود که نتیجه آن عام بودن حکم است. به معنای دیگر علت و تعلیل مذکور کاشف از این است که حکم عبارت است از اینکه «ترد النکاح باقسامه العیوب...». نکته دیگر این است که این تعلیل دارای اطلاق است و اهمال ندارد. البته باید توجه داشت اکثر ملاک‌هایی که در روایات از حیث اثبات و سلب ذکر می‌شود قابل ارائه به ملکف نیست لذا نمی‌توان معمم یا مخصص باشد. البته در برخی موارد با وجود قرائنی می‌توان کشف کرد که ملاک قابلیت تعیم دارد. از جمله این قرائن تناسب حکم و موضوع است که سبب تعدی از محمول است و نظر به رأی مشهور فقها که در این روایات مفید حصر، تعلیل وجود دارد، از این تعلیل افاده عموم می‌شود که این عناوین، مشیر و طریق به مقسم آن است و افاده عموم از عنوان و موضوع و مصداق خاص به‌عنوان بیماری می‌شود.

نکته‌ای که لازم به توضیح است این است که بررسی سندی در این مقام ضرورت ندارد بلکه نکته مهم در استظهار از روایاتی است که به‌جهت کثرت، تواتر اجمالی دارند.

از این رو به نظر می‌رسد استظهار انجام‌شده به جهات زیر قابل توجه و دقت است:

- ۱- نقش عرف در تعیین ظهور دلیل به مقتضای تفاهم عرفی و توسعه از یک مصداق خاص
- ۲- الغای خصوصیت از مصادیق بیماری به‌جهت مقتضای مناسبات حکم و موضوع
- ۳- عدم استقرار تعارض میان روایات مفید حصر و دیگر روایات
- ۴- تبادل
- ۵- وجدان
- ۶- استفاده عموم از تعلیل در روایات

درمان‌پذیر بودن عیوب و عدم امکان فسخ در پایان به موضوع قابل درمان بودن برخی عیوب هم با اتکای به مبانی پیش‌گفته پاسخ داده می‌شود. در حالتی که عیوب مذکور در روایات و قانون مدنی جزء بیماری‌های قابل درمان باشند سقوط خیار فسخ اولی است و حتی بدون استظهار نگارنده هم با وجود مبانی مورد اشکال این نکته مورد فتوای فقها هم بوده است. (موسوی سبزواری (۱۴۱۷)، ۲۵: ۱۲۲)

ولی در مبنای نگارنده بیماری عنن نماینده آن دسته از بیماری‌های قابل درمان است که باید مراتب درمان را طی کند و در صورتی که درمان نشود حق فسخ ایجاد نمی‌شود.

عنن به مصداق خاص موضوعیت ندارد بلکه بیماری از آن جهت که قابل درمان است، محل بحث است. امکان دارد اشکال شود که عنن بیماری مقاربتی است و درمان‌پذیر بودن فقط در این دسته موجب بقاء و عدم بقاء حق فسخ است. نظر نگارنده این است که در توسعه حکم به موضوعات و تناسب حکم و موضوع و به مقتضای قیاس اولویت، این موضوع را خاص عنن نمی‌داند. علاوه بر آن ملاک‌هایی که از روایات عنن فهمیده می‌شود که به مرد فرصت داده می‌شود تا خود را معالجه کند (حرعاملی (۱۳۸۳)، ۱۴،



۶۱۲: و امر به صبر زوجه امر ارشادی یا محمول بر عمل مستحب نمی‌باشد چراکه مشهور فقها معتقدند فسخ به استناد عیب عنن تا قبل از انقضای مهلت به مرد جایز نیست. (طوسی (۱۳۸۸)، ۴: ۳۵۴)

### رویه قضایی و موضع قانون مدنی

لازم به توضیح است که برابر با مواد ۱۱۲۰ و ۱۱۲۱ به بعد قانون مدنی، به صراحت عیوب موجب فسخ نکاح را برابر با فتوای مشهور فقهای امامیه در عیوب منصوص فقهی منحصر می‌داند و برداشت بسیاری از حقوقدانان نیز همین است. حال با توجه به آنچه که گفته شد، آیا میتوان موضع قانون مدنی را نسبت به عیوب غیرمنصوص توسعه داد یا خیر؟

رویه قضایی ایران به ویژه آراء صادره از دیوان عالی کشور به هیچ‌عنوان عیوب غیرمنصوص را موجب فسخ نکاح نمی‌داند و کاملاً منطبق بر مصداق معین این عیوب در مواد قانونی همراه با فتوای مشهور فقها است و چنانچه رای از دادگاه‌های بدوی یا تجدیدنظر در این خصوص صادرشود که عیوب جدید را موجب فسخ نکاح بداند، قضات دیوان عالی کشور آن را نپذیرفته و نقض می‌نمایند.

از این رو باید قائل بود که در رویه قضایی ایران و موضع قانون مدنی فسخ نکاح به عیوب جدید قابل توسعه نمی‌باشد. لذا چنانچه قاضی مجتهد باشد و این استظهار را بپذیرد، می‌تواند این عیوب در قانون را از باب طریق و نماینده آن صنف بداند و فسخ نکاح را به عیوب جدید توسعه دهد. که البته به استناد اصل ۱۶۴ از قانون اساسی درباره برخی بیماری‌های جدید فتوا هم وجود دارد. (جواهری (۱۳۷۹)، ۲: ۴۰۱، محسنی (۱۳۸۲): ۳۰۴)

هرچند به جهت بدیع‌بودن نظریه در استدلال و دلالت، نگارنده تأکید دارد این نکته یک احتمال در استظهار است، لکن بیان‌می‌دارد که استظهار فقها از روایات که سبب حق فسخ چه برای زن و چه برای مرد، مبنی بر منصوص بودن آن‌ها و عدم تعدی به بیماری‌های مشابه موجب ایجاد تعارض میان روایات مفید حصر با غیر آن است. از سوئی، متبادر از روایات این است که چه نکته خاص و خصوصیت ویژه و منحصر به فردی در بیماری واگیردار جذام یا دیگر بیماری‌ها است که در غیر آن نیست که نتوان از آن به دسته بیماری‌های واگیردار شدید با اوصاف مشابه تعدی کرد و یا نتوان الغای خصوصیت کرد. به نظر می‌رسد مقتضای تفاهم عرفی از خطابات و وجود قیاس اولویت پیامبر اسلام (ص) و امامان معصوم (ع) نخواسته‌اند فقط بیماری‌های عصر خود را موجب فسخ بدانند و دیگر بیماری‌های دوران دیگر با وجود اوصاف مشابه را خارج کنند. این به نظر خلاف وجدان و فهم عرفی و قیاس اولویت است. علاوه بر اشکال فوق از سوی دیگر نمی‌توان تعارض در روایات مفید حصر با غیر آن را حل کرد، مگر آنکه در استظهار عرفی این عناوین را مشیر به دسته‌ای خاص از بیماری‌ها بدانیم و بیان بیماری جنون و جذام و برص و عفل و قرن و زمانه و اقعاد هیچ خصوصیتی نداشته مگر آنکه آن دسته خاص را نمایندگی کند که عبارت‌اند از بیماری‌های عقلی (جنون)، بیماری‌های پوستی ظاهری (برص) و بیماری واگیردار (واگیردار بودن مهم است، چون ظاهر و پوست در برص اشاره شده) جذام و بیماری مقاربتی (عفل، قرن، عنن) و بیماری یا از کار افتادی (زمانه و اقعاد) را باید مدنظر داشت. از این رو با تعبد به روایات و احتمال استظهار عرفی از روایات به شرحی که گذشت می‌توان مساله را حل کرد و در قانون مدنی هم در صورتی که اصلاحی صورت نگیرد با استناد به استظهار عرفی و حمل معانی مواد قانونی بر معانی عرفی و مثال دانستن عیوب مبادرت به توسعه در عیوب جدید کرد.

## منابع

- ابن براج، عبدالعزيز (۱۴۰۶)، المهدب، قم، موسسه النشر الاسلامی.
- الاشقر، عمر سلیمان (۱۴۲۱) قضايا طيبه معاصره، (بی جا)، دارالنفاس.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۹)، فرائد الاصول، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۵) المكاسب، قم، كنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (بی تا)، کفایه الاصول، قم، موسسه آل البيت.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۹) الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، بیروت، دارالاضواء.
- تونی، عبدالله بن محمد (۱۴۱۵) الوافیة فی اصول الفقه، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶) حقوق خانواده، تهران، گنج دانش.
- جواهری، حسن (۱۳۷۹) بحوث فی الفقه المعاصر، بیروت، دارالذخائر.
- حائری، عبدالکریم (۱۳۵۵) درر الفوائد، قم، چاپخانه مهر.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۳۸۳) وسائل الشیعه فی تحصیل مسائل الشریعه، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰) شرط ضمنی، قم، بوستان کتاب.
- شبییری، موسی (۱۴۱۹) کتاب نکاح، قم، رای پرداز.
- صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷) بحوث فی علما الاصول، قم، موسسه دائره المعارف الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۳) تهذیب الاحکام، بیروت، دارالاضواء.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۸) المبسوط فی فقه الامامیه، تهران، المکتبه المرتضویه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۶) قواعد الاحکام، قم، جامعه مدرسین.
- فتاحی، سید حسین (۱۳۸۰) مجموعه مقالات دیدگاه پزشکی در اسلام، دانشگاه علوم پزشکی مشهد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۵) حقوق خانواده، تهران، انتشارات یلدا.
- \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹) قواعد عمومی قراردادها، تهران، گنج دانش.

- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۱)، جامع المقاصد، بیروت، موسسه آل البيت.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵) الکافی، تهران، دارالکتاب الاسلامیه.
- محسنی، محمد آصف (۱۳۸۲) الفقه و مسائل طیبه، قم، بوستان کتاب.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۳) معارج الاصول، قم، موسسه آل البيت.
- مشکینی، ابوالحسن (۱۴۱۳) کفایه الاصول حواشی مشکینی، قم، انتشارات لقمان.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵) قواعد فقهیه، تهران، مجد.
- موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳) مهذب الاحکام، قم، موسسه المنار.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸) قوانین الاصول، بی جا.
- نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۱) کتاب الصلاه، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی خوانساری، موسی (۱۳۷۳) منیه الطالب (حاشیه غروی نائینی) (بی جا)
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۱) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دارالاحیاء التراث.

## References

- Ibn Baraj, Abdul Aziz (1406) Al-Mohazeb, Qom, Alnashr Al-Islami Publications.
- Al-Ashqar, Omar Soleiman (1421) Qazaya Tayebah Moasereh, (No Publisher), Dar Al-Nefas.
- Ansari, Morteza (1419), Faraed Al-Osul, Qom, Majma Al-Fekr Islami.
- (1415) Al-Makaseb, Qom, World Congress on the Honor of Sheikh Ansari.
- Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (No Date), Kefayat Al-Osul, Qom, Al Al-Bayt Institute.
- Bohrani, Yusuf (1409) Al-Hadaeq Al-Nazareh Fi Ahkam Al-Etrah Al-Tahereh, Beirut, Dar Al-Azwa.
- Tony, Abdullah Ibn Muhammad (1415) Al-Wafiyah Fi Osul Al-Feqh, Qom, Majma Al-Fekr Islami.
- Jafari Langeroudi, Mohammad Jafar (2007) Family Law, Tehran, Ganje Danesh.
- Javaheri, Hasan (2000) Bohus Fi Feqh Al-Moaser, Beirut, Dar Al-Zakhaer.

- Haeri, Abdulkarim (1976) Dorar Al-Favaed, Qom, Mehr Publications
- Hur Ameli, Mohammad Ibn Hasan (2004) Wasael Al-Shie Fi Tahsil Masael Al-Sharia, Tehran, Maktab Al-Elmiyeh Islami.
- Simae Saraf, Hussein (2001) Implicit Condition, Qom, Bustan Ketab.
- Shabiri, Musa (1419) The Book of Marriage, Qom, Ray Pardaz.
- Sadr, Seyed Muhammad Baqer (1417) Bohus Fi Olama Al-Osul, Qom, Center for the Great Islamic Encyclopedia.
- Tusi, Muhammad ibn Hasan (1413) Tahzib Al-Ahkam, Beirut, Dar Al-Azwa.
- (2009) Al-Mabsut Fi Feqh Al-Imamiah, Tehran, Al-Maktab Al-Mortazaviye
- Allameh Helli, Hasan Ibn Yusuf (1416) Qavaed Al-Ahkam, Qom, Society of Seminary Teachers.
- Fatahi, Seyed Hussein (2001) Collection of Articles on Medical Perspective in Islam, Mashhad University of Medical Sciences.
- Katozian, Naser (1996) Family Law, Tehran, Yalda Publications.
- (2000) General Rules of Contracts, Tehran, Ganje Danesh.
- Karki, Ali ibn Hussein (1411), Jame Al-Maqased, Beirut, Al-Bayt Institute.
- Kalini, Muhammad Ibn Yaqub (1984) Al-Kafi, Tehran, Dar Al-Ketab Islami.
- Mohseni, Muhammad Asef (2003) Al-Feqh va Masael Tayebah, Qom, Bustan Ketab.
- Mohaqeq Heli, Najmuddin Jafar ibn Hasan (1403) Ma'arej Al-Osul, Qom, Al-Bayt Institute.
- Meshkini, Abolhasan (1413) Kefaya Al-Osul Havashi Meshkini, Qom, Loghman Publications.
- Mousavi Bojnordi, Seyed Muhammad (2006) Rules of Jurisprudence, Tehran, Majd.
- Mousavi Sabzevari, Seyed Abdul Ali (1413) Mohazeb Al-Ahkam, Qom, Al-Manar Institute.
- Mirza Qomi, Abu Al-Qasem (1999) Qavanin Al-Osul, No Publisher.
- Naeeni, Mirza Muhammad Hussein (1411) Ketab Al-Salah, Qom, Islamic Publications Office.
- Najafi Khansari, Musa (1994) Moniyeh Al-Taleb (Hashiye Qaravi Naeeni) (No Publisher)
- Najafi, Muhammad Hasan (1401) Jawahar Al-Kalam Fi Sharh Sharia Al-Islam, Beirut, Dar al-Ahya al-Tarath.

Comparative study of marriage termination in jurisprudence and law: judicial and practical procedure