



پایان نامه کارشناسی ارشد

رشته الهیات

گرایش فقه و مبانی حقوق

عنوان پایان نامه

بررسی انحصار موارد فسخ نکاح در موارد ماثور

استاد راهنما:

حجه الاسلام دکتر مهدی ساجدی

دانشجو:

حسن زاهدیان

مهر ۱۳۹۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تمام حقوق این اثر متعلق به دانشگاه قرآن و حدیث است

تصویب نامه

تقدیم به

ساحت مقدسه کریمه اهل بیت حضرت فاطمه معصومه سلام الله علیها ولی نعمت و مظهر کرامت و

پدر عزیز و مادر مهربان و فداکارم

و همسر و دو فرزند عزیزم

که شمع وجودشان بزرگترین برکت الهی و روشنگر

زندگیم است و در کلیه مراحل زندگی برای موفقیت

من در تحصیل علم و دانش از هیچ کوششی

فروگذاری نکرده‌اند،

و همه آنهایی که دوستشان دارم.

سپاسگزاری

سپاس بیکران ایزد منان! که این فرصت و توانایی را در اختیارم نهاد تا بتوانم با همیاری و مساعدت عزیزان، این پروژه تحقیقاتی را به پایان رسانم. در اینجا لازم می‌دانم از محضر استاد ارجمند، بزرگوار و مهربان جناب آقای دکتر مهدی ساجدی که ضمن زحمت راهنمایی پایان‌نامه و علیرغم همه مشکلات، با صبر و بردباری مرا همراهی نموده‌اند و در تمامی مراحل انجام این رساله از همفکری و راهنمایی ایشان بهره‌مند بودم تشکر و قدردانی نمایم و از اساتید بزرگوار جناب آقای دکتر شفیع سروستانی جناب دکتر ربانی بخاطر زحمات فراوان کمال سپاسگذاری و امتنان رادارم.

چکیده :

این پژوهش به بررسی امکان تسری حکم فسخ نکاح نسبت به عیوب غیر منصوص می‌پردازد. در این ارتباط باید گفت عیوب موجب فسخ نکاح که در روایات نیز بدان اشاره شده و عامل برای فسخ نکاح معرفی گشته‌اند در عیوب معین و مشخصی محصورند که برخی مختص به مرد یا زن و برخی جزء عیوب مشترک محسوب می‌شوند. اما امروزه بیماری‌های خاصی نیز در جامعه بین انسانها شیوع پیدا کرده که اگر هر یک از زوجین بدان مبتلا شوند امکان زندگی مشترک و بعضاً امکان مقاربت به دلیل خطرناک بودن این بیماریها وجود نخواهد داشت اما از آنجا که جزء عیوب منصوص فسخ نکاح نیستند، این حکم شاملشان نمی‌شود.

تتبع در آثار علما و بررسی روایات مربوط به عیوب منصوص بیانگر این است که برخی از فقها با تنقیح مناط و توجه به علت صدور حکم در عیوب منصوص و تعبدی ندانستن آنها برخی از عیوب که در موردشان نصی وجود ندارد را نیز ملحق به عیوب منصوص نموده و حکم فسخ نکاح را در مورد آن عیوب تسری داده‌اند. از این رو ممکن است بگوییم در مورد بیماریهای خطرناک و عیوب جسمانی که نوپدید هستند نیز این ملاک جریان داشته و امکان فسخ نکاح با علم پیدا کردن زوجین به آن عیوب و بیماریها فراهم است.

کلمات کلیدی : عیب، فسخ، نکاح، منصوص، غیر منصوص، زوجین.

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات و مفاهیم ۱

۱-۱ مقدمه **Error! Bookmark not defined.**

۱-۲ گفتار اول مفاهیم ۴

۱-۲-۱ فسخ ۱

۱-۲-۱-۱ مفهوم فسخ **Error! Bookmark not defined.**

۱-۲-۱-۲ تعریف اصطلاحی فسخ در علم حقوق ۷

۱-۲-۱-۳ ماهیت فسخ **Error! Bookmark not defined.**

۱-۲-۱-۴ شرایط فسخ ۸

۱-۲-۱-۵ آثار فسخ ۸

۱-۲-۱-۶ تفاوت فسخ با طلاق **Error! Bookmark not defined.**

۱-۲-۱-۷ فسخ نکاح و تفاوت آن با طلاق از دیدگاه فقها: ۹

۱-۲-۲ واژه عیب **Error! Bookmark not defined.**

۱-۲-۳-۱ تعریف عیب ۱۰

۱-۲-۳-۱ عیب در لغت ۴

۱-۲-۳-۲ بررسی فقهی واژه عیب ۱۰

۱-۲-۳-۳ تعریف عیب از دیدگاه حقوقی ۱۰

۱-۳ گفتار دوم **Error! Bookmark not defined.**

۱-۳-۱ مسائل مستحدثه **Error! Bookmark not defined.**

۱-۳-۱-۱ نقش دو عنصر زمان و مکان در حلّ مسائل مستحدثه ۱۰

..... در قرآن ۱-۳-۱-۱-۱

II

..... در حدیث 1-3-1-1-2

Error! Bookmark not defined.

..... در کلام فقها 1-3-1-1-3 ۱۴

..... گستره تأثیر زمان و مکان در اجتهاد 1-3-1-2 ۱۰

..... تأثیر زمان و مکان در فهم از مفاد ادله احکام 1-3-1-2-1 ۱۰

..... تأثیر زمان و مکان بر عناصر تشکیل دهنده قضایای شرعی 1-3-1-3 ۱۸

..... تفکیک و تشخیص عناصر قضایای شرعی 1-3-1-4 ۱۸

..... عرفی بودن مأخذ موضوعات شرعی 1-3-1-5 ۱۹

..... تأثیر زمان و مکان در متعلقات 1-3-1-6 ۱۹

..... تغییر مصادیق متعلق موجب تغییر حکم 1-3-1-6-1 ۱۹

..... تغییر مفهوم متعلق بر اثر تأثیرات زمان و مکان 1-3-1-6-2 ۲۰

..... تأثیر زمان و مکان در احکام 1-3-1-7 ۲۰

..... تأثیر زمان و مکان در موضوعات 1-3-1-8 ۲۱

..... تحول ماهیت موضوعات به طور مستقیم 1-3-1-8-1 ۲۱

..... تحول شرایط بیرونی موضوعات 1-3-1-8-2 ۲۲

..... نظر فقهای شیعه 1-3-1-8-3 ۲۳

..... فصل دوم: عیوب فنصوص موجب فسخ نکاح ۲۷

..... مقدمه در باب عیوب فسخ نکاح: ۳-۱ ۲۹

..... گفتار اول ۳-۲ ۲۹

..... بررسی فقهی عیوب فنصوص ۳-۲-۱ ۲۹

..... جنون: ۳-۲-۱-۱

۳۰

..... جذام ۳-۲-۱-۲ ۳۶

.....: برص ۳-۲-۱-۳

۳۷

Error! Bookmark not defined......: عیوب خاص مردان: ۳-۲-۱-۳-۱

..... (بریدگی آلت تناسلی) ۳-۲-۱-۳-۱-۱ ۳۸

.....: عنن: ۳-۲-۱-۳-۱-۲ ۳۹

..... خصاء: ۳-۲-۱-۳-۱-۳ ۴۱

.....: عیوب ویژه زن: ۳-۲-۱-۳-۲ ۴۲

.....: قرن: ۳-۲-۱-۳-۲-۱ ۴۳

.....: برص: ۳-۲-۱-۳-۲-۲ ۴۴

.....: نایبایی: 3-2-1-3-2-3

۴۴

.....: افضاء: ۳-۲-۱-۳-۲-۲ ۴۵

Error! Bookmark not defined......: عیوب متفرقه: ۳-۲-۱-۳-۲-۰

.....: بررسی قواعد فقهی مرتبط ۳-۲-۱-۴ ۴۵

.....: قاعده لاضرر ۳-۲-۱-۴-۱ ۴۶

.....: گفتار دوم (بررسی حقوقی عیوب منصوص) ۳-۳ ۵۸

.....: وجوه اشتراک فسخ و طلاق: ۳-۳-۱ ۶۰

.....: وجوه افتراق: ۳-۳-۱-۱ ۶۰

.....: قواعد عمومی فسخ ازدواج: ۳-۳-۱-۲ ۶۳

.....: فصل سوم: عیوب غیر فائور ۸۹

.....: مقدمه 0-۱ ۹۱

Error! Bookmark not defined......: دیدگاه مذاهب ۱-۱-0

.....: حصری بودن عیوب ۲-۱-0 ۹۳

.....: نتیجه ۳-۱-0

۹۹

.....: استفتائات مراجع تقلید: 0-۲ ۱۰۰

- ۰-۳ بیماریهای جدید: ۱۰۱
- ۰-۳-۱ زگیل تناسلی چیست ؟ ۱۰۱
- 5-3-2 بررسی روابط جنسی زنان مبتلا به بیماری ام اس ۱۰۳
- 5-3-2-1 مشکلات جنسی در خانمهای مبتلا به ام اس ۱۰۴
- ۰-۴ فصل نتیجه وپیشنهادها ۱۱۰
- فهرست منابع ۱۱۱

فصل اول

کلیات و مفاهیم

۱-۱ گفتار اول

۱-۱-۱ طرح تحقیق

بحث تحقیقی که دران مجموعه در پیش رو داریم، بررسی و تحقیق در خصوص علل فسخ نکاح در آثار ماثور و امکان الحاق موارد غیر ماثور است که دارای جنبه کاربردی در مجامع علمی و قانون گذاری است. حقیقت موضوع این است که فقها در کتب خود بعناوین خاص از عیوب به عنوان عیوب موجب فسخ نکاح اشاره کرده اند که در صورت تحقق هر یک از این عناوین در زوج یا زوجه دیگری می تواند با استناد به این عناوین، عقد نکاح را فسخ نماید. عناوین مذکور در این کتب نوعاً در موارد خاص مانند جنون، برص، عین، قرناء ... منحصر و محدود است که البته این عناوین برگرفته از کتاب و سنت می باشد و لیکن با دقت نظر و تتبع در فقه، اصول وقواعدی یافت که به موجب آن در عناوین ماثوره توسعه داده و مصادیق جدیدی را بیابیم که به موجب آن مصادیق نیز امکان فسخ نکاح برای زوجین فراهم باشد.

۱-۱-۲ سوالات تحقیق:

این مبحث دارای یک سوال اصلی است که عبارتست از:

الف - آیا ارائه مصادیق جدید و الحاق به عناوین قدیمی در فقه ماثور امکان پذیر است؟

و سه سوال فرعی نیز مطرح است که عبارتست از:

الف - مفاهیم و مصطلحات فقهی مربوط به آن کدامند؟

ب - عناوین ماثور شامل چه مواردی است؟

ج - آیا عناوین فسخ نکاح حصری است یا تمثیلی؟

۱-۱-۳ فرضیات تحقیق:

الف - مفاهیم و مصطلحاتی نظیر فسخ، عیب، جنون و ... قابل بررسی است.

ب - مواردی مانند جنون، برص، قرنا و عین را شامل می شود.

ج - ممکن است مصادیقی چون ابتلا به بیماری های صعب العلاج مانند ایدز، قطع نخاع، آلزایمر و ... را با تنقیح مناط بتوان به موارد ماثور ملحق نمود.

در ارتباط با عناوین فسخ نکاح در کتب فقهی مفصل سخن رانده شده است از جمله در کتب ذیل می‌توان مبحث را خلاصه نمود: ۱- جواهرالکلام از محقق نجفی ۲- عروه الوثقی از محقق یزدی ۳- قواعد علامه حلی ۴- شرایع الاسلام از محقق حلی و ۵- تحریرالوسیله امام خمینی^۱ و ... لکن در موارد غیر ماثور کتاب و باب فقهی دیده نشده است.

۱-۱-۲ گفتار اول شرح مفاهیم

عیب در لغت

واژه عیب در ادبیات دارای معانی گسترده است که شناسایی و تجزیه و تحلیل ادبی آن در بررسی تعریف عیب و مراد از عیب در اصطلاح عیوب فسخ نکاح کارگشا است. در ادبیات عرب، عیب در یک جا به معنی نقصان از اصل خلقت به کار رفته است.^۱

در جای دیگر به معنای زیادتی از مجرای طبیعی یا نقصان از آن به کار رفته است.^۲ در جای دیگر به نقصان در خلقت افراد از لحاظ ذات یا صفات است.^۳

در تعریف کلمه عیب، به نوعی تعریف در کتاب دیباج الوضی در باب تعریف عیوب بر می‌خوریم که نوشته است: عیوبها: جمع عیب وهو ما ینقص به الانسان ویذم علیه من الافعال.^۴ در صحاح جوهری کلمه عیب مترادف با عوار آمده است.^۵

تعریف عیب در فرهنگ لغت

واژه عیب در لغت نامه فرهنگ فارسی معین، به معنی نقص یا نقیصه می‌باشد. در فرهنگ فارسی دهخدا، واژه عیب به معنی نقیصه، بدی، نقص و نقصان می‌باشد. در فرهنگ فارسی عمید نیز واژه عیب، به معنی نقیصه، نقص و بدی می‌باشد.

۱. شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۹۱، نشر اسماعیلیان قم و تحریر الاحکام، علامه حلی، ج ۲، ص ۳۶۵، مؤسسه امام صادق، ۱۳۷۸.

۲. غایه المراد، شهید اول، ج ۲، ص ۱۰۹، بنیاد طباطبایی، قم، ۱۴۱۰؛ ارشاد الاذهان، علامه حلی، ج ۱، ص ۳۷۶، انجمن آثار مفاخر فرهنگی، ۱۳۹۱.

۳. مجمع الفایده، مقدس اردبیلی، ج ۸، ص ۴۲۲، انتشارات جافع مدرسین حوزه علمیه قم.

۴. قطب الدین محمد الشرونی، ج ۲، ص ۳۳۳.

۵. جوهری، صحاح، ج ۵، فصل عیب.

۲-۱-۲ تعریف فقهی عیب

فقیهان شیعی، در کهن‌ترین و مشهورترین تعریف‌ها، هر فزونی و کاستی را از خلقت اصلی عیب دانسته‌اند؛ چه این فزونی یا کاستی به صورت زایده ای عینی باشد، مانند آن که زوجه یا زوج یک انگشت نداشته باشد یا یک انگشت بیشتر داشته باشد، و یا این که به صورت صفتی عارضی باشد، مانند آن که زوج یا زوجه، بیمار باشد و تب کند. این تعریف که خاستگاهش اخبار و روایات است، مورد انتقاد فقیهان متأخر قرار گرفته و تعریف‌های دیگری از آن ارائه شده که هر کدام بر کنار از انتقاد نیست.

در فقه اهل سنت نیز برخی بر این باورند که (منظور از عیب، نقص بدنی یا عقلی یکی از زوجین است، به گونه‌ای که زندگی زناشویی را بی‌فایده یا نابسامان سازد).^۲

۲-۱-۲-۱ بررسی فقهی واژه عیب

یک از مباحثی که در بررسی مباحث علمی و حقوقی بحث فسخ نکاح وجود دارد، مسئله عیوب مطرح شده در مباحث فقهی می‌باشد که در کتب فقهی، عناوین مختلفی از عیوب چه به طور مشترک و چه بطور اختصاصی مورد اشاره قرار گرفته است. لذا در ابتدا باید واژه عیب از لحاظ علمی مورد بحث و بررسی قرار بگیرد که به طور کل، عیب در ادبیات فقهی و در ادبیات عرب به چه معنایی است.

مشهور فقهاء در باب تعریف عیب معتقد هستند به اینکه (هر فزونی و کاستی از اصل خلقت عیب می‌باشد).^۳ البته در تعریف در باب عیب در مقوله تجارت مثل خیارعیب و امثال آن، تعاریف در باب عیب به صورت دیگری وجود دارد که به طور گذرا به آن اشاره می‌شود مانند گروهی از فقها؛ که می‌گویند: در محصولات ساخت دست بشر، خارج شدن از مجرای طبیعی یا فزونی یا کاستی، عیب است^۴ و نیز طبق فرمایش شیخ انصاری^۵ در مکاسب که نقص در مرتبه متوسط را عیب نامیده‌اند.

۲-۱-۲-۲ تعریف عیب از دیدگاه حقوقی

عیب عبارت است از نقصان و یا زیادی که در وضعیت طبیعی چیزی یافت می‌شود و موجب عدم رغبت بآن می‌گردد. قانون هر عیبی را موجب حق فسخ در نکاح قرار نداده است، بلکه عیوبی را در یکی از زوجین موجب

۱. شهید ثانی، روضه البهیة، شرح کلانتر، ۱۴۱۲، بیروت، دار احیاء التراث.

۲. شبلی، محمدمصطفی، احکام الاسره فی الاسلام، ص ۵۶۷، ار الکتب العربیه.

۳. محقق حلّی، شرایع الاسلام ج ۲، ص ۳۶.

۴. قواعد، علاقه حلّی خیارعیب، ج ۲، ص ۱۹، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳.

۵. انصاری، مکاسب ۶۱۰، انتشارات جافعه مدسین حوزه علمیه قم.

حق فسخ نکاح برای دیگری می‌داند که با ادامه آن، زندگانی خانوادگی از هم متلاشی می‌گردد، لذا برای رعایت قاعده نفی ضرر حق فسخ نکاح را داده است.

در باب تعریف عیب نظرات اساتید و صاحب نظران حقوقی در کتب حقوقی ذکر شده است که به آنها در این نوشتار اشاره می‌شود. دکتر کاتوزیان معتقد است:

عیب نقصی است که از ارزش کالا یا انتفاع متعارف آن بکاهد^۱

و نیز در باب تعریف عیب حسن امامی اینگونه عنوان کرده‌اند:

زیادتی یا نقصان جزء یا صفت شیئی است نسبت به نوع خود^۲

مبنای نظر لنگرودی در این باب به این گونه است:

کمی و کاست یا زیادی و فزونی که برخلاف عادت و متعارف در چیزی یا حیوانی

عیب است.

در این موارد از باب ادبی و علمی، عیب دارای تعاریف مختلف می‌باشد که مواردی از آن ذکر می‌گردد: عیب در لغت به معنی کمبود در ذات چیزی یا صفتش می‌باشد و در مقابل آن صحت و سلامتی قرار می‌گیرد.^۳

۳-۱-۲ فسخ

۱-۲-۱ تعریف لغوی فسخ

: فسخ در لغت به معنای نقص، زایل گردانیدن، تباه کردن و شکستن آمده است^۴ در ادبیات عرب فسخ در این معانی کاربرد دارد: تباه گردیدن، جدا جدا شدن، شکستن و... که در معانی و ترکیبات خاص خود کاربرد دارد.^۵ در ادبیات عرب این کلمه با اوزان ادبی در کلمات قصار بکار برده شده است که به آن اشاره می‌شود:

۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج۱، ص ۲۷۹.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج۱، ص ۵۰.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه عمومی حقوق، ص ۲۷.

۴. عمید، حسن، فرهنگ فارسی تهران چاپ ۲۲، ۱۳۸۱.

۵. فرهنگ جافع نوین ترجمه المنجد، نشریات انتشارات اسلام، با تحقیق سیاح، بی تا.

فسخ المجبر يده اذا فك مفصلها و سقط، فانفحصت يده. و تفسخ الشعر عن الجلد و اللحم
عن العظم و نفسخت الفاره في اسر و تفسخ الفلان تحت العباء الثقيل و دخل نفسخ ثيابه
وافسخ ثيابك و من المجاز، فسخ البيع و فاتحه البيع و تفاسحاه.¹

که ترجمه آن اینچنین است:

شکسته بند دستش را فسخ کرد زمانی گفته می‌شود که مفصلش در رود و خارج شود (در نهایت استخوان)
دستش آشکار شود و مو از پوست کنده شود و گوشت از استخوان جدا شود و موش به بند درآمد و فلانی در زیر
عبا گرانقدر رفت و لباسش را از تن در آوردیم و لباس را از تن در بیاور و در کاربرد مجازی معامله بهم خورد و به
معامله پایان داد.

۱-۳-۱-۲ تعریف اصطلاحی فسخ در علم حقوق

فسخ که به آن در علم حقوق، انحلال ارادی قرار داد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی عبارتست از پایان
دادن حقوقی به قرارداد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث فسخ یا انحلال ارادی قرارداد از حیث
جایگاه حقوقی یکی از مباحث اسباب سقوط تعهدات و قراردادها است.

بحث فسخ قرارداد، اختصاص به عقود لازم دارد، چرا که در عقود جایز هر کدام از طرفین می‌تواند هر زمان که
اراده کند عقد را برهم زند و لذا بحثی که در عقود لازم مطرح است این است که آیا مدعی فسخ عقد، حق فسخ
دارد یا اینکه باید به عقد ملتزم بماند.

با توجه به تعریفی که از فسخ ارائه شد می‌توان گفت: فسخ انشای یک طرفه انحلال قرارداد و تعهد است و مانند
ابراء، نوعی ایقاع است یعنی اینکه یک طرف به طور مستقل می‌تواند حق فسخ خود را اعمال نماید بدون اینکه
نیازی به رضایت طرف دیگر باشد که به این عمل ایقاع گفته می‌شود. (شهیدی، مهدی، سقوط
تعهدات، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجلد، ۱۳۸۱، چاپ پنجم، ص ۲۰۲)

مبنای فسخ: مبنای فسخ قرارداد ممکن است متفاوت باشد، یعنی اینکه فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که یا به
وسیله توافق طرفین ایجاد شده باشد یا به وسیله حکم مستقیم قانون به وجود آمده است و این حق برای یکی از
طرفین ایجاد شده است یا هر دو یا شخص ثالث.. (شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، مجمع علمی فرهنگی
مجلد، ۱۳۸۱، چاپ پنجم، ص ۲۰۲)

الف) توافق طرفین

۱. اساس البلاغه، جلد ۱، ص ۳۵۱، محمود بن عمر زمخشری.

طرفین قرارداد می‌توانند ضمن عقد، یا خارج از آن برای یک یا هر دو طرف معامله یا شخص ثالث، حق فسخ قرار دهند، مثل اینکه شخص ماشینی را به دیگری بفروشد و در آن شرط شود که هر کدام از طرفین یا شخص ثالث هر وقت مایل باشند می‌توانند ظرف یک ماه آن معامله را فسخ کنند به این اصطلاحاً خیار شرط گفته می‌شود همانطوری که در ماده ۳۹۹ و ۴۰۰ قانون مدنی به آن اشاره شده است. (کاتوزیان، ناصر، قواعدهای قراردادها، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، چاپ دوم، ج ۵، ص ۴۰۹)

ب) حکم مستقیم قانون

قانون در مواردی برای جلوگیری از ضرری که به طور ناخواسته از قرارداد، متوجه یکی از دو طرف معامله است به طور مستقیم به او حق می‌دهد که بتواند با فسخ قرارداد از ضرر مذکور جلوگیری کند مثل اینکه کسی خانه‌ای را اجاره کند و پس از مدتی متوجه شود که سکونت در آن میسر نیست که در اینجا به استناد مواد ۴۷۸ و ۴۷۸ قانون مدنی حق دارد عقد اجاره را فسخ کند. (کاتوزیان، ناصر، قواعدهای قراردادها، تهران، شرکت انتشار، ۱۳۷۶، چاپ دوم، ج ۵، ص ۴۰۹)

۲-۱-۳-۲ شرایط فسخ

(۱) قصد: فسخ کننده باید انحلال قرارداد را اراده کند.

(۲) رضا: فسخ کننده، باید راضی به فسخ معامله باشد و اگر با اکراه چنین کرد، این فسخ اثر حقوقی ندارد.

(۳) اهلیت: کسی که می‌خواهد عمل حقوقی را فسخ کند باید اهلیت این کار را داشته باشد و از نظر عقل و سن مشکلی نداشته باشد. (همان کاتوزیان)

۲-۱-۳-۳ آثار فسخ

اثر فسخ نسبت به آینده است و فسخ موجب می‌شود که عقد از زمان انشای فسخ منحل شده و آثار آن قطع گردیده و اثری نسبت به گذشته نداشته باشد. بنابراین منفعی که مورد مطالعه داشته اصولاً تا زمان فسخ باید مال کسی باشد که به واسطه عقد مالک شده ولی چون نماآت و منافع متصله را نمی‌توان از مورد معامله جدا کرد می‌گوییم که منافع منفصله آن تا زمان فسخ مال کسی است که به واسطه عقد مالک شده و پس از فسخ مورد معامله و منافع آن مال کسی است که به واسطه فسخ مالک شده است. فسخ جزء حقوق آورده شده و حکم نیست، پس طرفین می‌توانند آن را اسقاط کنند. (همان کاتوزیان)

۱. شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران، مجمع علمی فرهنگ فجد، چاپ پنجم، ص ۲۰۲ الی ص ۲۰۵، و کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران چاپ دوم، ۱۳۷۶، بی جا، ج ۵، ص ۴۹.

۴-۳-۱-۲ فسخ نکاح و تفاوت آن با طلاق از دیدگاه فقها:

فقهای مشهور شیعه همچون شهیدین و بسیاری از فقهای دیگر، فسخ نکاح را مانند طلاق نمی‌دانند. برای نمونه شهیدین در جواب گفته است که شروط طلاق درباره فسخ جاری نیست اما در ثبوت مهر عقیده دارند که اگر فسخ نکاح قبل از دخول باشد مهری ثابت نمی‌شود و تنها در مورد عنن نصف مهر ثابت می‌شود ولی اگر فسخ پس از دخول واقع شود مهرالمسمی ثابت می‌شود چون مهریه به واسطه دخول مستقر شده است که در این موارد، رجوع به مدلس صورت می‌پذیرد؛ امام خمینی در تحریرالوسیله می‌فرماید: که فسخ در احکام مانند طلاق نیست چه از سوی زوج باشد و چه از سوی زوجه (مانند نیاز به محلل، خالی بودن از حیض و نفاس، حضور دو شاهد عادل و...)؛ جناب علامه حلی در تبصره المتعلمین می‌فرماید: که احکام فسخ نکاح همانند طلاق نیست و در ثبوت نیمی از مهر در صورت عنین بودن مرد نیز میان فقهای اجماع وجود دارد که محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد با این نظر موافق است.^۳

با توجه به اینکه موضوع رساله با مباحث مسائل مستحدثه مرتبط است از این جهت درصددیم موارد غیر ماثور را در الحاقشان به موارد ماثور مورد بحث قرار دهیم و این موارد امور جدیدی هستند که لازم است به عنوان مسائل جدید و مستحدثه مورد بحث قرار گیرد. در خصوص ماهیت مسائل مستحدثه مسائلی را مطرح می‌کنیم.

باید گفت: اجمالاً مسائلی را که فکر می‌کنیم نیاز به نگاه مجدد دارد، از مسائل مستحدثه هستند، اعم از مسائلی که قبلاً مطرح شده و به نظر می‌رسد که پاسخ‌های کهن مبتنی بر مبانی دقیق نیست، یا پاسخ‌های ارائه شده از کارآمدی لازم برخوردار نباشد؛ زیرا نمی‌توان تصور کرد که دین احکام و قوانینی داشته باشد که قابل تحقق عینی نباشد. معنا ندارد که شارع احکامی داشته باشد که اصلاً در جامعه قابل تحقق و اجرا نباشد و نتواند با مفاهیم دینی سازگار باشد؛ یعنی حکم شرعی قاعداً باید قابل اجرا باشد.

براین اساس در پاسخ به این سؤال که برای آموزش پزشکی کارهایی لازم است و ممکن نیست پزشکی، بدون یک سری آموزش‌های عملی بتواند خوب متبحر و تربیت شود؛ مثلاً باید مرده را تشریح کند، و تشریح بدون لمس بدن و بدون نگاه کردن به عضو، ممکن نیست. حال با توجه به این نکته‌ها آموزش پزشکی چه حکمی دارد؟ اگر جواب داده شود: آموزش پزشکی حرام است؟! و در پاسخ به این سؤال که پس چه باید کرد؟ گفته شود: با وجود فسقه و فجره و کفار، نیاز به مسلمان متدین در این رشته نیست. آیا این جواب می‌تواند مورد قبول ما واقع شود.

۱. روضه البهیة فی شرح لمعه، شرح کلانتر، ج ۵، ص ۱۵۶ نشر ۱۴۱۰، قم.

۲. تحریر الوسیله بخش نکاح ج ۲ ص ۲۹۲ الی ۲۹۷.

۳. تبصره المتعلمین، علاقه حلی، موسسه چاپ و نشر وزارت فرهنگ، سال ۱۴۱۱.

یقیناً نه؛ زیرا این گونه تفکر، تصور و برداشتی که از اسلام دارد، با تصویری که ما از آن داریم متفاوت است. آیا امام زمان (عج) در زمان ظهور اساساً وزارت بهداشت و درمان و آموزش پزشکی را به کفار و فسقه و فجار می‌سپارند؟؛ چون تخصص در این زمینه نیاز به خلاف شرع دارد!

آیا این راه حل‌ها قابل تحقق است؟ و چه میزان با مسائل اسلامی سازگار است؛ یعنی واقعاً در ساختار جامعه اسلامی علم پزشکی جایی ندارد؛ یعنی ما نمی‌توانیم پزشکی را داشته باشیم؛ در حالی که ما نمی‌توانیم تصور کنیم که در جامعه اسلامی پزشکی نداشته باشیم؛ زیرا فرض بر این است که اسلام می‌خواهد بر تمام دنیا حاکم شود، ایده آل نهایی اسلام این است که دیگر هیچ غیر مسلمانی باقی نماند، با این حال چگونه می‌توان تصور کرد که در فضای جامعه اسلامی - مثلاً - پزشکی نداشته باشیم و یا اصلاً پزشکی نداشته باشیم.

آیا هیچ یک از احکام پزشکی برای مسلمانان قابل اجرا نیست و فراگیری علم پزشکی تنها برای فسقه و فجره جایز است؟! بنابراین، این بحث‌ها به یک نگاه تازه‌ای نیاز دارد و پاسخ‌هایی که در آن خصوص داده شده، واقعاً پاسخی نیست که بتوان گفت این پاسخ اسلام است.

پس مسائل مستحدثه، عبارت است از مسائلی که در آثار فقهی کهن به آن گونه که می‌بایست مطرح شود، از آن بحث نشده باشد!

بنابراین، امروزه بیش از هر زمان دیگر ضرورت انطباق با دوران جدید و همگام نمودن فقه با نیازهای متغیر بشری، احساس می‌شود. انقلاب اسلامی نیز که دستگاه فقه را با حکومت پیوند داده و زمینه ورود قوانین شریعت را در صحنه عملی جامعه و سیاست مهیا ساخته، ضرورت این عمل را صدچندان نمایان کرده است. پیمودن این مسیر طولانی محتاج به زمان و گذراندن مقدماتی است. از این روی، با مراجعه به فقه سنتی و اقوال فقهای بزرگ معاصر، قواعد و اصولی را تحت عنوان عناصر تعیین کننده در حل مسائل مستحدثه گرد آورده ایم تا بتوانیم از باب ردّ فروع بر اصول، مرجعی را برای حلّ مسائل نوظهور نشان دهیم.

هنوز برخی از این عناصر جایگاه واقعی خویش را در بین مباحث اصولی شیعه نیافته، اما پرداختن به آن‌ها از آن روی مهم می‌نماید که آن‌ها را نهادینه می‌کند و در بین مباحث اصولی مطرح می‌سازد.

۵-۳-۱- نقش دو عنصر زمان و مکان در حلّ مسائل مستحدثه

معنای اصطلاحی در عنصر زمان و مکان، آن است که فقیه اوضاع و شرایط حاکم بر جامعه را به منظور دریافت حدود تأثیر تحولات در موضوعات، بررسی کند. چون فقیه تا شناختی کافی نسبت به موضوعات نداشته باشد در مرحله تطبیق احکام دچار مشکل خواهد شد، پس برای حلّ مسائل موضوعات نوظهور و از جمله موضوعاتی که در بستر زمان دچار تغییر و تحول شده‌اند، ناگزیر باید روابط و شرایط حاکم بر جامعه خویش را بداند و دقیقاً حدود تأثیر آن‌ها را بر موضوعات در نظر داشته باشد. از این نکته دریافت می‌شود که دو عنصر زمان و مکان،