

حق فسخ نکاح با بیماری‌های جدید

سعید مهدی میرداداشی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۰۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۱۸)

چکیده

قانون مدنی در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ با پیروی از مشهور فقهای امامیه به ذکر عیوب منصوصه پرداخته است عیوبی که به موجب آن برای هریک از زوجین یا هر دو حسب مورد حق فسخ ایجاد خواهد شد یکی از چالشهای حقوقی محاکم آن است که: آیا وجود بیماری‌های جدید از جمله دیابت، سرطان، ایدز و ... در احدی از زوجین موجب حق فسخ در نکاح برای دیگری می‌گردد یا این که منحصراً بیماری‌های ذکر شده در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ قانون مدنی موجب حق فسخ می‌گردند؟ به عبارت دیگر بیماریهای جدید، موضوعاً غیر از بیماری‌های منصوصه می‌باشد حال آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا نه؟ چنان که این بیماریها از سوی شخص مبتلا درمان شود چه اثری بر حق فسخ خواهد گذاشت آیا موجب سقوط حق فسخ خواهد شد؟ پاسخ به سوالات فوق وجه همت این نوشته است.

کلیدواژگان

بیماری‌های جدید، حق فسخ، عیوب منصوصه.

* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: mirdadashim@yahoo.com

مقدمه

انحلال نکاح عبارت است از انقطاع و از میان رفتن رابطه‌ی زناشویی که علل مختلفی می‌تواند داشته باشد. مطابق ماده‌ی ۱۱۲۰ قانون مدنی ایران، عقد نکاح به فسخ یا طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود. در فقه شیعه فسخ نکاح شامل ۳ مورد می‌شود: ۱- برخی عیوب خاص در مردان و زنان به شرطی که قبل از عقد وجود داشته باشد، به استثنای جنون و عنن در مردان که اگر بعد از عقد نیز حادث شود موجب حق فسخ برای زن می‌گردد. عیوب خاص مردان شامل خصاء، عنن، جبّ و عیوب خاص زنان شامل قرن، جذام، برص، افضاء، زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم است. ۲- دومین مورد از موارد فسخ نکاح تدلیس (فریب در ازدواج) می‌باشد که در عیوبی غیر از عیوب مذکور نیز ثابت می‌گردد. بنابراین رابطه‌ی تدلیس و عیوب موجب فسخ نکاح عموم و خصوص من وجه است. ۳- مورد دیگری که موجب فسخ نکاح می‌گردد (تخلف از شرط صفت) می‌باشد که البته در کتب فقهی با عنوان (تدلیس در نکاح) مطرح می‌باشد و در قانون مدنی با عنوان اختیار فسخ در صورت عدم وصف مشروط (ماده‌ی ۱۱۲۸ ق.م) به آن پرداخته شده است. عیوب نام برده شده در فقه شیعه و قانون مدنی ایران که با توجه متون روایی اسلام نگاشته شده است، محصور به تعداد معینی از جمله: بیماری‌های پوستی مانند: برص و جذام و بیماری‌های مقاربتی مخصوص زنان و مردان از جمله: قرن، افضاء، عنن، خصا و جبّ است که تعدادی از این بیماری‌ها امروزه با پیشرفت علوم پزشکی تا حدّ زیادی قابل درمان می‌باشند و در برخی موارد کاملاً قابل درمان هستند، بنابراین دیگر نمی‌توان به عنوان بیماری‌های درمان‌ناپذیر در انحلال نکاح به کار روند، اما در کنار این بیماری‌ها، بیماری‌های تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بودند و یا اصلاً وجود نداشتند مانند: ایدز، هپاتیت، سرطان، و غیره... حال آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا نه؟ چنان‌که این بیماری‌ها از سوی شخص مبتلا درمان شود چه اثری بر حق فسخ خواهد گذاشت آیا موجب سقوط حق فسخ خواهد شد؟ پاسخ به سوالات فوق وجهه همت این نوشته است.

بررسی اقوال فقها

بیماری‌های جدید از جمله دیابت، سرطان، ایدز (میرداداشی/۱۳۹۰/۶۴)^۱ و ... قطعاً از عیوب منصوصه نمی‌باشند. در این که آیا برای زوجین در غیر از عیوب منصوصه، حق فسخ وجود دارد یا نه؟ بین فقها اختلاف است. به نظر می‌رسد که؛ اکثر فقها امکان فسخ نکاح در عیوبی غیر از عیوب منصوصه را منتفی دانسته و به اصل لزوم استناد کرده‌اند و در پاسخ آن عده از افرادی که می‌گویند حق فسخ در جذام که بیماری مسری می‌باشد وجود دارد، پس در عیوب جدیدی که مسری باشد نیز می‌آید، می‌فرمایند این امر قیاس است که در مذهب امامیه مردود است. (سبزواری/۱۴۱۳ ه.ق/۱۲۳/۲۵)^۲ این عده، راه حل مشکل را در رجوع به حاکم می‌دانند تا بر اساس نظر وی عمل شود. (همان)

۱. aids مخفف عبارت (acquired immunodeficiency syndrome) می‌باشد، که به مفهوم - عارضه ضعف مصونیت اکتسابی - می‌باشد. عامل این بیماری - که از خطرناک‌ترین امراض است که تاکنون بشر به آن مبتلا شده است و در برخی از تعبیر از آن به عنوان «طاعون قرن بیستم» اطلاق شده - ویروسی است به نام (HIV). این کلمه مخفف عبارت (huma immuo deficecy viyus) به مفهوم ویروس بیماری ایدز می‌باشد. به گفته برخی از نویسندگان، هم اکنون ۱۷ میلیون نفر در جهان مبتلا به ایدز هستند و پیش‌بینی می‌شود تا ۶ سال آینده این رقم به ۴۰ میلیون نفر برسد، هیچ ملتی وجود ندارد که از این بیماری در امان مانده باشد. ۷۵٪ مبتلایان به ایدز را مردان تشکیل می‌دهند و عمر مبتلایان بین ۱۵-۴۹ سال دور می‌زند، این بیماری بیشتر در آفریقا، جنوب شرق آسیا و هند گسترش یافته است و زمانی که شخصی به آن مبتلا شود، از آن جدا نمی‌شود تا وی را بکشد، این «ویروس» شکل و صورت معینی ندارد و سریعاً تغییر می‌کند و به همین جهت، هنوز پزشکان، درمانی برای این مرض نیافتند. علل بیماری ایدز و انتقال آن در برخی از نقاط جهان با نقاط دیگر تفاوت دارد. در غرب، علت بیماری ایدز، لواط می‌باشد که بیش از ۷۰٪ آن را تشکیل می‌دهد. در آلمان و فرانسه، علت این بیماری، انتقال خون می‌باشد و در آفریقا و شرق آسیا، عامل بیماری و گسترش آن زنا می‌باشد. در کشورهای اسلامی این بیماری از طریق انتقال خون آلوده از انگلستان، آمریکا و دول غربی به این کشورها و سپس تماس جنسی بین زن و مرد و انتقال مرض از یکی به دیگری می‌باشد. چنانکه ۱۰٪ از انتقال بوسیله حامل به جنین صورت می‌گیرد. اجمالاً راههای انتقال بیماری ایدز یکی از سه مورد می‌باشد الف: ۸۰٪ از راه تماس جنسی بین افراد یک جنس یا دو جنس می‌باشد ب: از راه انتقال خون و سرنگهای آلوده ج: از راه مادر آلوده به جنین.

۲. «الامراض المعدية لا توجب الخیار و ان كانت خطره للاصل بعد حصر موجبات الخیار فی غیر ذلك، نعم لابد من الرجوع فی مثل ذلك الی الحاکم الشرعی فی الفصل و الحکم بینهما بما یقتضی نظره...»

صاحب ریاض(ره) در مقام رد استدلال شهید ثانی، مبنی بر اشتراک برص و جذام در زن و مرد به استناد مسری بودن آنها می فرماید: اگر بنا باشد بر اساس این که، اینها از عیوب مسری می باشند، قائل به اشتراک برص و جذام بشویم، لازمه اش این است که این کلام را در تمام امراض مسری بزینم که به نظر نمی رسد خود شهید ثانی(ره) به آن ملتزم باشد. (طباطبایی / ۱۴۱۸ هـ.ق / ۱۱ / ۴۵۲)^۱ همین سیاق را می توان در کلام شیخ انصاری(ره) ناظر به استدلال شهید ثانی دید، (انصاری / ۱۴۱۵ هـ.ق / ۴۳۴) ۲ برخی از فقهاء در همین مسأله ثبوت حق فسخ در جمیع عیوب مسریه را از ساحت تمام فقهاء نفی نموده اند. (روحانی / ۱۴۱۴ هـ.ق / ۷۵ / ۲۲) ۳ در مجموع به نظر می رسد که جهت اصلی عدم امکان تسری از عیوب منصوصه به عیوب غیر منصوصه، تعبد بر نصوص وارده می باشد به همین دلیل است که فقهاء حتی عیب خبهق^۴ که مشابه برص(عیب منصوص) می باشد را موجب فسخ نکاح نمی دانند. (نجفی اَبی / تا / ۳۳۲ / ۳۰؛ روحانی اَبی / تا / ۷۹ / ۲۲؛ کرکی / ۱۴۱۴ ه.ق / ۲۳۶ / ۱۳؛ فخر المحققین / ۱۳۸۷ هـ.ق / ۱۷۶ / ۳؛ شهید ثانی / ۱۴۱۳ ه.ق / ۱۱۳ / ۸؛ فاضل هندی / ۱۴۱۶ هـ.ق / ۳۶۶ / ۷؛ حلی / ۱۴۱۳ هـ.ق / ۶۶ / ۳؛ خوانساری / ۱۴۰۵ ه.ق / ۳۶۸ / ۴؛ اراکی / ۱۴۱۹ ه.ق / ۴۵۶) ۴ بنابراین، از مطاوی کلمات فقهاء می توان برداشت نمود که بیشتر فقهاء به عدم امکان تسری از عیوب منصوصه نظر دارند، امری که با اصالة اللزوم در عقود بویژه در عقد نکاح و اهتمام شارع مقدس بر حفظ و حراست از کیان خانواده هم سو است و در آرای شعب دیوان عالی کشور نیز آمده است (حسینی / ۱۳۷۹ / ۲۹۱).

البته معدودی از فقهاء با اشاره به پیدایش بیماری های جدید بویژه «ایدز» و تبیین برخی از مسایل پیرامونی، به تفصیل پیرامون امکان حق فسخ در صورت ابتلای یکی از زوجین به «ایدز» به

۱. «و فيه مع ذلك استلزامه طرد الحكم في كل مرض معد ولا أراه يلتزمه».

۲. «... مضافاً الى أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الامراض المعدية».

۳. «... مع أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الامراض المعدية و لم يقل به احد».

۴. «و كيف كان فلا اعتبار بالبهق الذي فرق بينه و بين البرص مع كونهما أبيضين بأن البرص غائر في اللحم إلى العظم دونه، و من علاماته أنه إذا

غزر في الموضع إبرة لم يخرج دم، بل ماء أبيض...».

بحث و بررسی پرداخته‌اند. (الجواهری/۲/۴۰۱) حال مطلب را به این صورت طرح می‌کنیم؛ در صورتی که شخصی بدون این که بداند با شخصی که دچار بیماری‌های جدید از جمله دیابت، سرطان، ایدز و... است، ازدواج کند و بعد از ازدواج، به این امر پی ببرد، آیا برای این شخص حق فسخ وجود خواهد داشت؟

باید گفت، در صورت ابتلای هریک از زن و مرد به بیماری‌های جدید از جمله دیابت، سرطان، ایدز و...، اینکه برای طرف مقابل حق فسخ باشد، مشکل است چون آنچه از روایات استفاده می‌شود، این است که عیوب موجود در زن و مرد، که برای طرف مقابل حق فسخ می‌آورد، منحصر است در آنچه که در روایات باب آمده است. (عاملی/ ۱۴۰۹ هـ ق/ ۲۱/۲۰۹)^۱ بدیهی است عیوب مستحدثه و از جمله بیماری‌هایی مانند دیابت، سرطان، ایدز و... از آن دسته نمی‌باشد. برخی از فقهاء با بیان دو شاهد در مورد روایت صحیحه حلبی، به امکان استفاده حصر از مورد روایت اشاره نمودند. (اراکی/ ۱۴۱۹ هـ ق/ ۴۵۷)^۲ در این خصوص فتاوی ذیل قابل توجه است؛

سوال: آیا بیماری ایدز از عیوب زن در نکاح محسوب می‌شود و سبب فسخ نکاح می‌گردد یا

نه؟ ازدواج زن با مردان مبتلا به این بیماری چه حکمی دارد؟

جواب: آیت الله العظمی سیدعلی خامنه ای

«موجب حق فسخ نکاح نیست مگر آنکه در ضمن عقد نکاح سلامت از آن بیماری شرط

شود». (گنجینه استفتائات قضایی /سؤال ۵۲۴۴).

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ - فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءٌ وَ لَمْ يُبَيِّنُوا لَهُ قَالَ لَا تُرَدُّ - وَ قَالَ إِذَا يَرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَ الْجُدَامِ وَ الْجُنُونِ وَ الْعَقْلِ».

۲. «المذكور في صحیحة الحلبي المتقدمة كلمة «إنما» و هي قد ينكر دلالتها على الانحصار، و غاية الأمر أن تأكيدها أزيد من تأكيد «إن» الحالية عن «ما»، و ربما يشهد تعبیرنا في الفارسية عن معناها بقولنا: (این است و جز این نیست)، فإنه لا يستفاد منه إلا زيادة تأكيد بدون استفادة الانحصار، و لكن في خصوص المقام القرينة قائمة على إرادة الانحصار و هو أمران: الأول: وقوعه في تلك الصحیحة عقیب السؤال عن حال العوراء، فأجاب بأنها لا ترد، و إنما يرد النكاح. إلخ، و هذا الجواب إنما ينطبق على ذلك السؤال إذا أريد الحصر، و إلا فلا ربط بينهما. و الثاني: أنه في بعض النصوص وقع بعد ذكر هذه الأربعة قوله: و لا يرد بما سوى ذلك».

سوال: بیماری برص که موجب فسخ عقد می‌گردد آیا به علت شباهت ظاهری با بیماری‌های مسری و عفونی و غیره می‌باشد یا صرفاً این احکام در مورد بیماری برص (لک و پیس) می‌باشد؟

جواب: آیت الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

«نکاح را می‌توان به دو علت فسخ نمود: الف. به سبب وجود عیب (چهار عیب در مرد و هفت عیب در زن که تفصیلات در رساله‌ها آمده است. ب. تدلیس». (موسوی اردبیلی / ۱/۱۳۷۷ / ۲۳۸)

ملاحظه می‌گردد که در این فتاوی، صرفاً عیوب منصوصه، از موجبات فسخ دانسته شده‌اند. بنابراین، خود عنوان دیابت، سرطان، ایدز و ... از عیوبی نیست که بتوان بوسیله آن، قائل به حق فسخ شد مگر این که در قالب شرط یا تدلیس بگنجد.

الف: شرط؛ اگر مرد از حال همسر مبتلایش آگاهی داشت، هرگز به ازدواج با وی تن نمی‌داد. سکوت زن از طرح بیماری‌اش با این که بنای مردم و ارتکاز آنها بر اصله الصحه است و غفلت مرد از احتمال بیماری زن می‌تواند محقق شرط قرار گیرد، هر چند که سلامت از امثال این امراض در متن عقد صریحاً شرط نشده باشد، لکن سلامت از چنین امراضی از چیزهایی است که زن و مرد بنای بر آن می‌گذارند و عقد را بر آن اساس اجرا می‌کنند و ظاهراً فرقی بین شرطی که صریحاً در عقد ذکر شود با شرطی که طرفین بنای بر آن می‌گذارند نیست (المحسنى / ۳۰۳)

فتوای ذیل نیز گویای مطلب است؛

سوال: اینجانب دختری را به عقد در آوردم که در همان موقع، احتیاط پنجاه و شش بودم و اعزام به سربازی شدم بعد از ۶ ماه که از سربازی برگشتم، عروسی کردم و بعد از مدتی اطلاع پیدا کردم که دختر معیوب است و به تشخیص دکتر عادت زنانگی به خود نمی‌بیند و عقیم است و پستان هم ندارد او به سن ۲۰ سالگی است و پدر و مادر و خود دختر هم از این موضوع مطلع بوده‌اند و به من کلک زده‌اند. آیا اینجانب می‌توانم ادعای خسارت از پدر و مادر او بنمایم آیا از نظر اسلام در موقع طلاق مهرش به گردن شوهرش است یا به عهده پدر و مادر و خود دختر که به اتفاق هم به من کلک زده‌اند؟

جواب: آیت الله العظمی سید محمد رضا گلپایگانی

«بطور کلی در مثل این عیب که عقد مبنیاً بر سلامت زوجه از آن واقع می‌شود اگر زوج در حین عقد مطلع نبوده، می‌تواند عقد را فسخ نماید و اگر دخول نکرده مهر را بدهکار نیست و اگر دخول واقع شده باید مهر را به زوجه در صورتی که خود او تدلیس نکرده باشد بدهد و به کسی که تدلیس کرده رجوع نماید و اگر خود زوجه تدلیس کرده باشد مهر را طلبکار نیست والله العالم. و در نزاع موضوعی مرافعهء شرعیه لازم است» (گنجینه استفتائات قضایی / سؤال ۲۴۷۰).

بنابراین شرط در عقود اعم است از این که در متن عقد ذکر شده باشد و یا این که بنائی باشد و یا از مرتکباتی باشد که متعاقدان بر آن اساس عقد را جاری می‌کنند، به شکلی که اگر آن جهت نبود بر انعقاد عقد اقدام نمی‌کردند. مرحوم سید محمد کاظم یزدی (ره) در این مورد می‌نویسند: «و بعبارة أخرى في صورة تواطئهما و بنائهما على الشرط سواء كان مع الالتزام السابق أو مع المقابلة السابقة أو من جهة المعهودة الخارجية كما في اشتراط الصحة في العوضين حيث إنّ المبيع المطلق ينصرف إلى التباين على الصحة و إن لم تذكر في العقد و الوجه فيه صدق الشرط علي هذا المقدار من التواطؤ و التباين فيشمله عموم قوله (ص): المؤمنون عند شروطهم و ايضاً قيد معنوي فيدل عليه عموم اوفوا بالعقود» (طباطبایی / ۱۴۱۰ هـ. ق. ۲ / ۱۱۸؛ / خوبی / ۱۴۱۸ هـ. ق. ۱ / ۳۲۹)^۱

با این حساب می‌توان گفت: سلامت از بسیاری از عیوب و امراض از قبیل شروط بنائی، محسوب می‌شوند. (الجواهری / ۲ / ۳۲۶)

ب: تدلیس؛ که از باب تفعیل به مفهوم خدعه و نیرنگ و عملیاتی است که موجب فریب طرف شود، (نجفی/بی تا/ ۳۶۲/۳۰)^۲ بنابراین در تحقق تدلیس وجود دو رکن ضروری است: الف: عنصر مادی؛ به این معنی که باید عملیاتی انجام شود تا عیبی پوشانده شود یا وجود صفتی را که مورد نظر طرف است، در دیگری وانمود کند، بدیهی است تشخیص این که چه عملیاتی تدلیس به

۱. «... خيار تخلف الشرط الارتكازي، و هو كالشرط المصرح به حقيقة...»

۲. «التدليس هو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة و الدلس محرکاً الظلمة، فكأنّ الدليس لما دلس و خدع، اظلم الامر على المخدوع» نیز ر.ک: ماده ۴۳۸ قانون مدنی .

شمار می رود به عهده عرف است ب: عنصر معنوی؛ به این معنی که عملیات صورت گرفته باید ارادی و به عمد باشد و به قصد فریب طرف انجام گردد و این اقدام منجر به فریب طرف بشود (کاتوزیان / ۱۳۷۶/۵/۳۲۵)

حال با توجه به آنچه که در مورد رکن مادی گفته‌ایم، آیا لزوماً بایستی فعلی انجام شود تا تدلیس محقق گردد یا این که سکوت به عمد در مورد عیب موجود نیز موجب تحقق تدلیس می شود؟ به تعبیر دیگر آیا تدلیس لزوماً باید ایجابی باشد یا به صورت سلبی و منفی نیز صورت می گیرد؟ در این خصوص اختلاف است. برخی از فقهاء فرموده اند؛ با توجه به وجود نصوص و روایات در باب نکاح، می توان به تحقق تدلیس در فرض سکوت از عیب موجود نظر داد. در واقع اگر دارنده نقص، اثباتاً و نفیاً چیزی درباره عیب خود نگوید، در صورتی که نقص از عیوبی باشد که عادتاً قابل اغماض و مسامحه نیست به شکلی که با آگاهی، غالباً ازدواج صورت نمی‌گیرد، سکوت درباره آن «تدلیس» است. (نجفی/بی تا/۳۰/۳۶۲؛ موسوی عاملی/۱۴۱۱/هق/۱/۳۵۱؛ سبزواری/۱۴۱۳ ه ق/۲۵/۱۳۴؛ اصفهانی/۱۳۹۳ ه ق/۳/۲۰۴؛ فاضل لنکرانی/۱۴۲۱ ه ق/۴۱۱؛ / بهجت/۱۴۲۶ هق/۴/۴۱؛ مکارم شیرازی/۱۳۸۳ ش/۵/۹۴) در این خصوص فتاوی ذیل قابل توجه است؛

سوال؛ زوجه‌ای به علت بیماری پسی زوج (بیماری برص) در هر دو پا و هر دو دست و ناحیه تناسلی از تناول غذا با زوج خود و انجام وظایف زناشویی به طریق اولی کراهت دارد. با توجه به اینکه بیماری پسی زوج مسلم و مبتنی بر گواهی پزشکی قانونی است و با عنایت به اینکه اقوام و خویشاوندان زوجه به لحاظ بیماری پسی زوج محدودیت شدیدی در رفت و آمد

۱. «... إلا أن الذي يظهر من نصوص المقام بل هو صريح جماعة من الأصحاب تحققة هنا (نكاح) بالسكوت عن العيب مع العلم به، فضلا عن الإخبار بضده»؛ «و يتحقق التدليس بالسكوت عن العيب مع العلم به و دعوى صفة كمال مع عدمها من الزوجة أو وليها لأجل التزويج إذا كان الأخبار للزوج أو من يقوم مقامه، وكذا من الزوج أو من ينوب منابه»؛ «و الظاهر تحققة أيضا بالسكوت عن العيب مع العلم به و خفائه على الزوج و اعتقاده بالعدم لصدق التدليس فيه عرفا، فيشمله إطلاق الأدلة قهرا خصوصا في مثل النكاح الذي أذن الشارع في ذكر العيوب من باب نصح المستشير.»

خود با آنها قائل شده و تقریباً قطع رابطه نموده‌اند و حتی مردان آنها حاضر به دست دادن با زوج نیستند آیا چنین وضعیتی برای زوجه ((عسر و حرج)) محسوب می‌شود یا خیر؟

جواب: آیت الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

اگر مرض پیسی و برص در شوهر قبل از عقد و قبل از هم بستر شدن باشد و زن نداند که این مرد چنین مرضی را دارد و مرد این عیب را مخفی بدارد و قبل از عمل زناشویی معلوم شود زن هم حق فسخ دارد و هم حق طلاق و اگر فسخ کند نه تمام مهر به زن می‌رسد و نه نصف مهر و اگر بعد از عقد و بعد از وطی بیماری زوج معلوم شود و مدلس یعنی مستور دارنده خود زوج باشد زوجه حق فسخ داشته تمام مهر به وی می‌رسد و اگر زن با علم و اطلاع ازدواج کرده باشد حق فسخ ندارد ولی اگر متنفر است می‌تواند به دلیل عسر و حرج تقاضای طلاق کند و اگر زوج قبلاً سالم بوده و مرض پیسی بعد عارض شده است اگر قابل معالجه است معالجه کند و اگر قابل علاج نیست در صورت ثبوت اصل مرض و رغبت نداشتن زن به زوجیت مرد یا مسری بودن مرض می‌تواند طلاق بگیرد. (موسوی اردبیلی / ۱/۱۳۷۷ / ۲۳۸؛ فتاحی معصوم / ۲/۱۳۸۰ / ۷۸۰).

بنابراین امکان حق فسخ در فرض سوال تحقیق می‌تواند در قالب شرط ارتکازی یا تدلیس قرار بگیرد، که در این دو فرض نیز چون مسأله اختلافی است و برخی از فقها به شرط ارتکازی اعتقادی نداشته بویژه این که اساساً بیماری‌های پیش گفته تا حدودی ناشناخته است و عرف توجهی به آن ندارد در حالی که این شروط در صورتی قابل الزامند که احراز گردد میان طرفین معلوم بوده است. (محقق داماد / ۱۳۸۸ / ۲۸۴).

یعنی خیار شرط سلامت، به خودی خود موجود نیست. (مکارم شیرازی / ۵/۹۴).

و از طرفی در برخی از متون فقهی به هر نوع شرط ضمنی، شرط بنایی اطلاق شده، (أصف المحسنی / پیشین / ۳۲۷؛ بحرانی / ۱۴۲۸ هـ. ق / ۱۶۳) و مشهور فقهای امامیه بر این باورند که شرط

۱. «...في الشرط الضمني الارتكازي، و هو أن يعلم كلا الطرفين و يوقعان العقد مبنياً عليه...»

بنایی لازم الوفاء نیست. (انصاری/پیشین/۲۸۲)^۱ چنان که برخی از فقهاء در تحقق تدلیس، صرف سکوت را کافی نمی‌دانند. (خمینی/بی/تا/۲۹۶؛ گلپایگانی/۱۴۱۳ ه/ق/۲/۳۵۷؛ سیستانی/۱۴۲۲ ه/ق/۳۸۶؛ طباطبایی/۱۴۱۸ ه/ق/۱۱/۴۷۵؛ انصاری/۱۴۱۱ ه/ق/۴۳۴)^۲ بنابراین احتیاط در این است که در مجموع به عدم تحقق حق فسخ قائل شویم. برخی از مراجع معاصر نیز در جواب استفتائی در این خصوص، به عدم وجود حق فسخ اشاره نمودند. (موسوی اردبیلی؛ نوری همدانی؛ مدنی تبریزی؛ شیرازی، گنجینه استفتائات قضایی /سؤال ۷۴۷۶).

نتیجه

در صورت ابتلای هر یک زن و مرد به بیماری‌های جدید مانند دیابت، سرطان، ایدز، برای طرف مقابل حق فسخ نمی‌باشد، به عبارت دیگر، عنوان دیابت، سرطان و ایدز از عیوبی نیست که بتوان به وسیله آن، قائل به حق فسخ شد بنابراین احتیاط در این است که در مجموع به عدم تحقق حق فسخ قائل شویم بدیهی است در صورت ابتلای زن به یکی از امراض جدید، زوج با اختیار ناشی از ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی اقدام به تطبیق زوجه خود خواهد نمود و اگر مرد مبتلا به یکی از بیماریهای جدید شود که امکان ادامه زوجیت را دشوار نماید زوجه میتواند براساس اختیار ناشی از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی درخواست طلاق قضائی نماید.

۱. «الشرط الفامن: ان يلتزم به فی متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فی التزام المشروط به على المشهور بل لم يُعلم فيه خلافاً عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف»؛ نیز ر.ک: السيد مير عبدالفتاح الحسيني المراغی، العناوين، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۲۸۵.

۲. «مسألة ۱۴ ليس من التدليس الموجب للخيار سكوت الزوجة أو وليها. عن النقص مع وجوده و اعتقاد الزوج عدمه في غير العيوب الموجبة للخيار و أولى بذلك سكوتها عن فقد صفة الكمال مع اعتقاد الزوج وجودها.»؛ «و لا يتحقق بمجرد سكوت الزوجة و وليها مثلاً مع اعتقاد الزوج عدم العيب أو وجود صفة الكمال.»

منابع و مأخذ

۱. اراکی، محمد علی، ۱۴۱۹ه. ق، کتاب النکاح، قم، نور نگار، چاپ اول.
۲. اصفهانی، سید ابو الحسن، ۱۳۹۳ ه. ق، وسیله النجاه (مع حواشی الگلپایگانی)، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول، ج ۳.
۳. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ ه. ق، کتاب النکاح، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۱ ه. ق، رساله فی التحريم من جهة المصاهرة، قم، منشورات دارالذخائر، چاپ اول.
۵. بحرانی، محمد سند، ۱۴۲۸ ه. ق، فقه المصارف و النقود، قم، مکتبه فدک، چاپ اول.
۶. بهجت، محمد تقی، ۱۴۲۶ ه. ق، جامع المسائل، قم، ناشر دفتر معظم له، چاپ دوم، ج ۴.
۷. الجواهری، حسن، بی تا، بحوث فی الفقه المعاصر، ج ۲.
۸. الحسینی المراغی، السید میر عبدالفتاح، ۱۴۱۸ ه. ق، العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
۹. حسینی، سید محمد رضا، ۱۳۷۹ ش، قانون مدنی در رویه قضایی، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول.
۱۰. خوانساری، سید احمد، ۱۴۰۵ ه. ق، جامع المدارک، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ج ۴.
۱۱. خوبی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۸ ه. ق، التنقیح فی شرح العروه الوثقی، قم، چاپ اول، ج ۱.
۱۲. روحانی، سید محمد صادق، ۱۴۱۴ ه. ق، فقه الصادق (ع)، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ سوم، ج ۲۲.
۱۳. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ ه. ق، مهذب الاحکام، قم، ناشر دفتر آیه الله سبزواری، چاپ چهارم، ج ۲۵.

۱۴. سیستانی، سید علی، ۱۴۲۲ ه.ق، المسائل المنتخبه، قم، ناشر دفتر حضرت آیه الله سیستانی، چاپ نهم.
۱۵. شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ج ۸.
۱۶. طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۸ ه.ق، ریاض المسائل (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ج ۱۱.
۱۷. طباطبایی، سید علی، ۱۴۱۸ ه.ق، ریاض المسائل (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ج ۱۱.
۱۸. طباطبایی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۰ ه.ق، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ج ۲.
۱۹. عاملی، شیخ حر، ۱۴۰۹ ه.ق، وسائل الشیعہ، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ اول، ج ۲۱.
۲۰. علامه حلی، ۱۴۱۳ ه.ق، قواعد الأحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه چاپ اول، ج ۳.
۲۱. فاضل لنکرانی، محمد، ۱۴۲۱ ه.ق، لنکاح، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول.
۲۲. فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه.ق، کشف اللثام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۷.
۲۳. فتاحی معصوم (گردآورنده)، سید حسین، ۱۳۸۰، مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه های اسلام در پزشکی، مشهد، ناشر دانشگاه علوم پزشکی مشهد، چاپ اول، ج ۲.
۲۴. فخر المحققین، ۱۳۸۷ ه.ق، ایضاح الفوائد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ج ۳.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶ ش، قواعد عمومی قراردادها، شرکت انتشار، چاپ دوم، ج ۵.
۲۶. گنجینه استفتائات قضایی، تهران، مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، سؤال ۵۲۴۴، ۲۴۷۰.
۲۷. المحسنی، شیخ محمد آصف، بی تا، الفقه و المسائل الطبیه، قم، یاران، چاپ اول.

۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۸، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، نشر اسلامی، چاپ اول.
۲۹. محقق کرکی، ۱۴۱۴ ه.ق، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، چاپ دوم، ج ۱۳.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۳ ش، تاب النکاح، قم، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب (ع)، چاپ اول، ج ۵.
۳۱. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، ۱۳۷۷ ش، استفتائات، قم، انتشارات نجات، چاپ اول، ج ۱، ص ۲۳۸، سؤال ۶۰.
۳۲. موسوی خمینی، سید روح الله، بی تا، تحریر الوسيله، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، اول، ج ۲.
۳۳. موسوی عاملی، سید محمد، ۱۴۱۱ ه.ق، نهایی المرام، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ج ۱.
۳۴. موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۱۳ ه.ق، هدایه العباد، قم، دار القرآن الکریم، چاپ اول، ج ۲.
۳۵. میرداداشی، سید مهدی، ۱۳۹۰، شروط ضمن عقد ازدواج، با مقدمه دکتر سید مصطفی محقق داماد، تهران، انتشارات جنگل، چاپ اول.
۳۶. نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ج ۳۰.