

بررسی فقهی حقوقی بیماری های نوظهور و تاثیر درمان آن

در حق فسخ نکاح

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۱۸)

دکتر شهرام اصغری^۱

عضو هیات علمی موسسه آموزش عالی غیردولتی ادیب مازندران

سیده فاطمه حسینی

دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه غیردولتی ادیب مازندران

چکیده

فسخ یک عمل حقوقی است که به موجب آن هر یک از طرفین می تواند براساس آزادی اراده به آثار حقوقی عقد پایان بخشد. یکی از عقود اشخاص در زندگی، عقد نکاح می باشد. قانونگذار وجود عیوب جسمانی و روانی را باعث فسخ نکاح دانسته و در بین حقوقدانان و فقها در خصوص حصری و تمثیلی بودن عیوب فسخ نکاح اختلاف نظر وجود دارد. با توجه به پیشرفت تکنولوژی و علم که در خدمت بشریت می باشد آیا درمان تاثیری بر موجبات فسخ نکاح دارد یا خیر؟ و همچنین آیا با توجه به بیماری های نو ظهور و جدید که چه بسا خطرناک تر و مسری تر از عیوبی که قانونگذار با تأسی از فقه بدان پرداخته اکتفا کرد یا به تمثیلی بودن آن اعتقاد داشت؟ به نظر می رسد حصری دانستن موجبات فسخ با پویایی فقه ما مغایرت داشته نظر به اینکه بیماری های نوظهور مانند هپاتیت و ایدز.... بسی خطرناک تر، مهلک تر و مسری تر از عیوبی است که قانونگذار بیان کرده و در حال حاضر درمان قطعی توسط پزشکان و متخصصان امر یافت نشده است به نظر می رسد مهم ترین چپستی و فلسفه فسخ نکاح جلوگیری از ضرر و زیان در جهت تحکیم خانواده است که مطابق قواعد فقهی لاضرر و لاجرح نباید هیچگونه ضرری متوجه کسی گردد با استمداد از این مبانی به طریق اولی قانونگذار از باب تمثیلی به ذکر بیماری های موجب فسخ پرداخته و تفاوتی برای زوج یا زوجه در استفاده از فسخ نکاح وجود نداشته و در صورت وجود عیوب و بیماری خطرناک باید به هر یک از طرفین حق فسخ نکاح را داد.

واژگان کلیدی: فسخ نکاح، زوج و زوجه، بیماری مسری خطرناک زوج، قرن زوجه، ازدواج

بخش اول: بررسی و شناخت فسخ در اصطلاح

فسخ در اصطلاح حقوقی به معنی اختیار بر هم زدن معامله یا قرارداد می‌باشد. فسخ 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). فسخ نکاح نیازی به انجام تشریفات خاص ندارد و فقط با گفتن لفظ یا انجام عملی که بر آن دلالت داشته باشد، نکاح را فسخ می‌نماید. اما ثبت رسمی آن همانند ازدواج و طلاق الزامی است. به این منظور باید به دادگاه مراجعه نمود و پس از صدور حکم مربوط از سوی دادگاه، فسخ نکاح را در دفاتر ازدواج و طلاق ثبت نمود. بنابراین فسخ یک نوع فعل اعتباری و ذهنی است که به صورت یکطرفه واقع می‌شود چنین عملی مطابق عموم مقررات و منابع فقهی موجود، عمل حقوقی محسوب و از نظر ماهیتی، نوعی ایقاع است که با یک اراده انجام می‌گردد. یکی از نویسندگان حقوق مدنی در تعریف ایقاع می‌نویسد: «انشاء، اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود». (کاتوزیان ۱۳۷۶: ۱۹). فسخ اختصاص به عقود ندارد به همین جهت فقها رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده اند و طلاق از ایقاعات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۰۲).

بخش دوم: مبانی عامه فسخ نکاح ناشی از بیماری‌ها

بند اول: قاعده لاضرر

قاعده «لا ضرر» یکی از معروفترین قواعدی است که در اکثر ابواب فقهی بدان استناد شده است، با مطالعه در خصوص موارد بکارگیری واژه‌های «ضرر» و «ضرار» در منابع فقهی، آنچه که دیده شده این است که «ضرر» مشمول تمامی خسارت‌های وارد بر دیگران است، ولی «ضرار» فقط مرتبط به مواردی است که شخص به دیگری زیان وارد سازد و دلیل آن را استفاده از یک حق یا جواز شرعی می‌داند. که در اصطلاح امروزی از چنین مواردی به «سوء استفاده از حق» تعبیر می‌شود. مضمون «قاعده لا ضرر» و حدیث معروف «لا ضرر و لا ضرار» آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و این عدم مشروعیت مطلق بوده و مرحله تشریع و اجرای قواعد و قوانین را شامل می‌گردد. «ضرر» در اصطلاح فقهی در مقابل نفع و به معنای وارد شدن نقصان در مال، جان و آبرو است (مصطفوی، ۱۳۷۷: ۲۱۴). ضرر به معنای سوء حال (بدی حال) نیز آمده است، همچنین ضرر به معنای عمل مکروه نسبت به دیگری و نقص در اعیان نیز آمده است. ضمن این که ضرر به معنای بدی حال و تنگدستی و فقر نیز بکار رفته است (لسان العرب، ذیل واژه ضرر). از اموری که عقل به تنهایی در مورد آن حکم می‌کند

قاعده لاضرر است این قاعده تحت قاعده عقلی قبح ظلم داخل می شود مانند خیار غبن فاحش، البته روایات زیادی هم برای اثبات آن وجود دارد. فقها و اصولیین برای اثبات "لاضرر" به قرآن، سنت، اجماع و عقل استناد کرده اند.

الف) کتاب (قرآن)

در مورد قاعده لاضرر قرآن کریم در چند مورد به این موضوع اشاره کرده که از نمونه این آیات، می توان:

۱- آیه ۶ سوره طلاق را نام برد که خداوند متعال در این آیه می فرماید:^۱ «تا پایان زمان عده»، زنان را در همان جا که خود سکونت دارید و در توانایی شماس، سکونت دهید و به آنان (از جهت مسکن و نفقه) آسیب نرسانید، تا کار بر آنان تنگ نماید (و مجبور به ترک منزل شوند)» در این آیه به ضرر رساندن در ایام عده از لحاظ مسکن و نفقه نهی شده است.

۲- همچنین خداوند در آیه ۱۲ سوره نساء می فرماید:^۲ «پس از انجام وصیت میت یا ادای دین او، بی آنکه وصیت، ضرر به وارث داشته باشد». این آیه بیانگر سفارش از سوی خداوند متعال است که ضرر رساندن به وارث از سوی وصیت کننده نهی شده است.

۳- خداوند در آیه ۲۸۴ سوره بقره می فرماید: کاتب و گواهی دهنده دین نباید ضرر برساند.^۳ یعنی نویسنده و یا کسی که سند می نویسد نباید چیزی را که واقعیت ندارد را بنویسد و شاهد هم نباید به چیزی که مشاهده کرده و اتفاق افتاده را بگوید و چیزی از آن نکاهد. همچنین در آیات دیگری از سوره بقره آیه ۱۸۲، ۲۳۱ و ۲۸۲ هم اشاره به نفی ضرر شده است.

ب) سنت

۱- اما مهم ترین روایت در مورد قاعده لاضرر روایت مربوط به داستان سمره بن جندب است. در روایت «لاضرر و لاضرار» از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل شده است که آن را در مورد قضیه سمره بن جندب فرمودند. داستان از این قرار بود که او در خانه مردی از انصار درخت نخلی داشت و سرزده و بدون اجازه وارد خانه مرد انصاری می شد. مرد انصاری از او خواست هنگام ورود اجازه بگیرد ولی سمره نپذیرفت. انصاری نزد پیامبر صلی الله علیه و آله آمد و از این قضیه شکایت کرد. پیامبر صلی الله

۱. «أَسْكُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُّوهُمْ لِنَصِيْقُوا عَلَيْهِمْ وَ.....»

۲. «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ....»

۳. «وَلَا يَضَارُّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ»

علیه وآله از وی خواست، هنگام ورود اجازه بگیرد ولی سمره این خواسته صلی الله علیه وآله را رد کرد. در این هنگام پیامبر به مرد انصاری دستور کندن درخت را داد و فرمود: «لاضرر و لاضرار» (کلینی، ۱۴۱۱: ۲۹۲).

۲- عقبه بن خالد از حضرت امام صادق «علیه السلام» در مورد روایت شفعه چنین نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: "و قضی رسول الله «صلی الله علیه وآله» بالشفعة بین الشرکاء فی الارضین و المساکن و قال لا ضرر و لاضرار" یعنی حضرت رسول «صلی الله علیه وآله» در مورد شفعه بین شرکاء در زمین و مسکن قضاوت کرد و فرمود: لاضرر و لاضرار همچنین از امام محمد باقر «علیه السلام» نقل گردیده که پیامبر خدا «صلی الله علیه وآله» قضاوت فرموده است به شفعه بین شرکاء در زمین و خانه و فرموده است: "لاضرر و لاضرار (کلینی اصول کافی، باب الضرار، روایت ششم) بنابراین علت و حکمت حق شفعه برای شریک همان لزوم نفی ضرر و ضرار است.

ج) اجماع

فقه‌های شیعی و اهل سنت همگی حجتیت قاعده لاضرر اجماع دارند. برخی فقها همین روایات لاضرر را سند این اجماع را دانسته‌اند و نهایتاً آن را به عنوان دلیل مستقلى برای اعتبار قاعده لاضرر در نظر نگرفته‌اند. قاعده لاضرر از دیدگاه یکی از فقها نفی حکم به لسان نفی موضوع یعنی (نفی ضرر موضوع) بیان شده است که نمونه آنان در اخبار، آیات قرآن بسیار به چشم می‌خورد در فقه نیز مثالی چون "لاشک لکثیر الشک" یعنی کسی بسیار شک کند، شک او شک نیست؛ به کاربرده شده است به بیان دیگر موضوعاتی که دارای حکم هستند، اگر با عنوان اولیه شان، سبب ضرر بشوند حکم آن برداشته می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۳۶۳: ۳۸۱). همچنین در کلام پیامبر اکرم (ص) علیه هم نفی حکم به لسان موضوع داده شده است مانند "لا صلوة لجار المسجد الا فی المسجد" با نفی موضوع، هر چند ادعائاً حکم نیز نفی می‌شود و یا فرمایش مولا امیر المؤمنین «علیه السلام» به اهل بصره: "یا اشباه الرجال و لا رجال". به خاطر اینکه آن حضرت در زمان جنگ جمل در مردان بصره هیچ آثاری از مردانگی را نمی‌دید از این رو بطور حقیقی مردانگی را ادعائاً از آن‌ها نفی فرمود. نظر یکی از فقها در این مورد این چنین می‌باشد که می‌فرمایند: «قاعده لاضرر، حکم ضرری را نفی می‌کند». منظور از نفی ضرر را نفی احکام ضروری یعنی "لا" در معنای نفی به کار رفته و کلمه "حکم" را باید در تقدیر گرفت؛ نتیجتاً می‌توان این چنین گفت که در اسلام احکامی که موجب ضرر بندگان باشد وجود

ندارد^۱ (انصاری، ۱۴۱۹: ۴۶۰). به نظر می‌رسد آنچه که فرموده‌اند بیشتر باعث مقبولیت طرفدارانش قرار گرفته است. بر طبق قاعده (لاضرر) هیچ کس نمی‌تواند از حق خود سوءاستفاده کند و به دیگری زیان برساند. به بیان دیگر، زوج می‌تواند با طلاق زوجه از ورود زیان به خود جلوگیری به عمل آورد. برای نمونه: اگر همسر او مبتلا به ایدز باشد، مرد می‌تواند با طلاق او از زیان وارد به خود جلوگیری کند. اگر زن نازا باشد و یا گروه خونی زن و مرد با هم ن سازد زن چه راهی پیش رو دارد تا از وضع موجود برهد و راهی دیگر پیش گیرد؟ اسلام به مرد اجازه نمی‌دهد که با سوءاستفاده از حق خویش، به همسرش زیان برساند بلکه اگر ادامه زندگی با شوهر برای همسر زبانی در پی داشته باشد، اجازه می‌دهد تا رشته و پیوند زناشویی را بگسلد و از مرد جدا شود و همسر دیگری را برگزیند. زن شاید که در بلا تکلیفی بماند (مطهری، ۱۳۵۳: ۲۶۹) زیرا اسلام دین دادگری است و این گونه ستم کردن به زن، با دادگری اسلام نمی‌سازد. (مطهری، ۱۳۵۳: ۲۱۶-۲۱۷). یکی دیگر از فقها هم ضمن بیان اشتراک زن و مرد در جنون، برص و اعمی، به نقل از ابن براج و ابن جنید، دلیل ایشان را در برص و جذام پذیرفته است (جلبی عاملی، ۱۳۸۶: ۱۱۰). با مواردی که بیان شد این سوال را می‌توان مطرح کرد که آیا قاعده لاضرر این قابلیت را دارد که به عنوان مبنا در بیماری موجب فسخ معرفی گردد؟ ظاهر سخن برای کسانی که برای اثبات خیار غبن به قاعده لاضرر استناد کرده اند بیانگر پاسخ مثبت به این سوال است. مثلاً یکی از فقها از ابن براج نقل می‌کند که ایشان در اثبات اشتراط برص و جذام درباره زن و مرد، به مواردی استدلال کرده است که از آن جمله، مسئله ضرر و لزوم دفع آن است (حلی، ۱۴۰۹: ۱۸۴). صاحب جواهر نیز نخستین دلیل حق فسخ درباره خصاء را حدیث لاضرر بیان می‌کند. ایشان درباره قرن که مانع نزدیکی نیست از «شیخ» و «قاضی» نقل کرده است که مرد حق فسخ ندارد و حتی به نقل از مسالک، این گفته را به بیشتر فقیهان نسبت داده است و سپس به اصل (لزوم) احتیاط و انتفای ضرر استناد کرده است (نجفی، ۱۴۱۲: ۳۲۱ و ۳۳۳).

د عقل

ضرر رساندن از نظر عقلی قبیح است و این زشتی از مستقلات عقلیه است، بر نفی ضرر و ضار علاوه بر مستندات شرعیه دلایل عقلی محکمی نیز موجود است. مقتضی ادله شرعیه آن است که اصل در

۱. "لاحکم ضرری فی الاسلام"

منافع اباحه است بدلیل قول خداوند که در سوره بقره، آیه ۲۹^۱ و در مضار یا مولمات قلوب، اصل تحریم آن است که این بجهت قول رسول الله «صلی الله علیه وآله» که فرمود: "لاضرر و لا ضرار فی الاسلام" (الشهید الثانی، ۱۴۱۳: ۲۶۹).

بند دوم: قاعده لاجرح

قاعده لاجرح که در منابع فقهی و حقوقی از آن با نام «قاعده نفی عسر و حرج» نیز یاد می‌شود، از جمله مهم ترین قواعد فقهی است که در بسیاری از باب‌های فقهی به کار می‌رود (بجنوردی، ۱۱۱۳: ۵۰، محقق داماد، ۱۳۶۸: ۷۲). حرج به معنای ضیق این معنا از حرج در غالب کتب لغت به عنوان اولین معنای ذکر شده برای حرج است. در برخی از آیات قرآن نیز حرج به معنای حرمت معنی شده است به عنوان مثال در المحکم این چنین آمده است: «حَرَجْتُ الصَّالَةَ عَلِ الْمَرْأَةِ حَرَجًا، حَرُمْتُ» (ابن سیده، ۱۱۲۷: ۷۰) و گفته شده است که حرج «ضیق الضیق» یعنی ضیق و تنگنایی شدید و جدی است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۲۰). حرج به معنای مجتمع الشیئین نیز می‌باشد که حاصل و نتیجه و لازمه آن ضیق خواهد بود صاحب مفردات می‌گوید: «مجتمع الشیئین، و تصوّر منه ضیق ما بینهما» (راغب اصفهانی، مفردات الفاظ قرآن، ص ۲) به نظر ایشان کلمه ضیق در مرتبه بالاتری نسبت به حراج قرار دارد و از آن بیشتر به معنای مجازی بودن استعمال می‌شود. در نهایت می‌توان گفت حرج به معنای ضیق است و عمده لغویون نیز این معنا را برای حرج در نظر گرفته‌اند و سایر معانی یا قابل بازگشت به ضیق بوده یا قابل اعتنا نمی‌باشند (حمیدی پور، کسایی، امیرزاده، ۱۳۹۶: ۹۳). در ادامه معنی کلمه عسر را بیان می‌کنیم. عسر در لغت به معنای ضد آسانی است، یعنی تنگنا و شدت و سختی (ابن اثیر، بی تا: ۷۸). از معانی که در کتب لغت برای «عسر و حرج» استفاده می‌گردد اینکه این دو واژه با هم مترادف هستند و در یک معنا به کار برده می‌شوند. قاعده یی که در برخی کتب فقهی به «قاعده نفی عسر و حرج» نیز معروف است. عسر در اصطلاح بر معنای عرفی آن حمل می‌شود به معنای سختی شدید می‌باشد. (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱) و همچنین منظور از این قاعده در اصطلاح فقهی، با توجه به آیات و روایات این است که: تکالیفی که در آن حرج وجود دارد و موجب مشقت و سختی برای مکلف است از وی ساقط است و به تعبیر دیگر معنای این قاعده این است که در دین سختی و دشواری وجود ندارد و خداوند احکامی که حرج در آن باشد را وضع نکرده است و هر حکم و تکلیف

۱. "خلق لکم ما فی الارض جمیعاً"

حرجی و سخت و دشوار را برداشته شده است (بجنوردی، ۱۱۱۳: ۷۶) البته همانطور که قبلاً نیز گذشت منظور از حرج مطلق ضیق است نه اضیق الضیق، هرچند برخی از فقها منظور از قاعده لاحرج را رافع تکالیف عنوان شده دانسته اند و اعمالی را که دارای سختی زیاد بوده به طور معمول هم قابل تحمل نباشد را به کار برده اند. صاحب تحریرالوسیله نیز در این باره فرموده‌اند: «بسیاری از اهل لغت «حرج» را به «ضیق» معنا کرده اند بدون آنکه چنین قیدی را بیان کرده باشند» (خمینی، بی تا: ۸۸، فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۷۶). این قاعده همانند قاعده لاضرر از لحاظ سند کاملاً معتبر است و دلایل متفاوتی در قرآن، سنت، اجماع، عقل آمده است که مهمترین آن کتاب و سنت هست که به طور اختصار چند نمونه را عنوان خواهیم کرد. از جمله آیاتی از قرآن برای اثبات قاعده نفی عسر و حرج مورد توجه بوده است «و در دین هیچ تنگنایی برای شما ننهاد» (حج ۷۳) «خداوند هرگز نمی‌خواهد برای شما مشقت درست کند، و لکن می‌خواهد شما را پاک نماید» (مائده، ۶) «و خدا برای شما آسانی می‌خواهد و برای شما دشواری نمی‌خواهد»؛ (بقره ۱۳۵). منظور از آیات این است که هرگاه در اثر عمل به احکام و الزامات شرعی، مکلف در عسر و حرج واقع شود، این احکام و الزامات از عهده او برداشته می‌شود، زیرا نفی عسر به صورت یک علت کلی یک حکم جزئی بیان شده است، لذا آیات نفی عسر و حرج عام است و از لحاظ ثبوتی، همه احکام را شامل می‌شود (محقق داماد، ۱۳۳۵ ش). در روایات مختلف نه تنها ائمه معصومین به این قاعده استناد می‌کردند بلکه صحابه و یاران ایشان نیز به استدلال این قاعده ترغیب می‌کردند و می‌فرمایند: «يعرف هذا شبهة من قول الله عزوجل ما جعل عليكم في الدين من حرج» (حر عاملی، ۱۴۰۱: ۹۱). اهمیت این قاعده از آنجا مشخص می‌شود که در بسیاری از موارد قاعده لاحرج به عنوان مرجع اصلی برخی از قواعد فقهی می‌باشد مانند قاعده «الضرورات تبيح المحذورات» و چه بسا «قاعده میسور» و همینطور «قاعده طهارت» و «قاعده اماریت سوق المسلمین» و «قاعده لاضرر» را می‌توان به نوعی از «قاعده لاحرج» استفاده کرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۵۸).

بخش سوم: مبانی خاص فسخ ازدواج ناشی از بیماری‌ها

اگر بپذیریم که قانونگذار عیب جنون را مشترک دانسته است طبیعتاً باید مشترک بودن بیماری‌های جذام، نابینایی و برص را هم پذیرش کنیم. چون ملاک، ایجاد انزجار و تفر است و دوری زن از مرد نیز در این عیوب وجود دارد. بنابراین نباید بین آن‌ها تفاوتی قائل شویم. قاعدتاً این امر مانع از استمتاع زوجین خواهد شد اگر مقصود ما سوء معاشرت باشد پس بین آن‌ها رو جنون فرقی نمی‌کند و دیگر

آنکه گفته شد در صورت جنون مرد، به دلیل ناتوانی آن برای عهده دار بودن خانواده و تامین نیازهای زندگی شارع مقدس و قانونگذار ما حق فسخ را برای زن تعبیه کرده است. آیا این مورد در درباره نابینایی و زمین گیر بودن مرد صدق نمی کند؟ اگر مرد با زندگی کردن زن مبتلا به این بیماری ها به عسر و حرج می افتد آیا نباید این حق را برای زن قائل شد. همانطور که در ماده ۱۱۲۸ ق.م آمده که در عقد نکاح شرط ضمنی عقد نکاح مبتنی بر سالم و مبرا بودن زوجین از بیماری می باشد. پس در صورت عدم وجود این شرط دیگری حق فسخ نکاح را دارد. بنابراین باید این گونه عنوان کرد که در مورد سوء معاشرت و عدم همراهی و عدم اطاعت پذیری و شرط مبرا بودن طرفین از هر گونه بیماری می تواند در زمره عیوب مجوز فسخ قرار بگیرد. امیدواریم قانونگذار ما با استناد به این موضوع به طور منطقی تر و عادلانه تر این حق را برای هر دو طرف قائل شود.

بخش چهارم: حصری یا تمثیلی بودن عیوب فسخ نکاح

نظر فقها به این پرسش که آیا عیوب موجب فسخ نکاح، حصری است یا تمثیلی متفاوت است، گروهی مطلقاً بر این عقیده هستند که وجود عیب هیچ نقشی در فسخ نکاح ندارد و پیوسته اثرات عیب در فسخ را نفی می کنند و گروه دیگر، بر این باورند که تنها عیوب ویژه ای موجب فسخ نکاح می شود و نتیجتاً به حصری بودن عیوب نگراییده اند و عیوب ویژه ای را برنشموده اند، بلکه هر گونه عیبی را که خانواده را کانون تنفر و دشمنی سازد، موجب فسخ نکاح برشمرده اند. در ادامه در حول محور این موضوع و اینکه کدامیک از این دیدگاهها را باید ارجحت داد به کنکاش می پردازیم.

بند اول: دلایل موافقان حصری بودن عیوب

این دیدگاهها مربوط به کسانی است که عیوب نکاح را محصور به موارد خاصی می دانند. غالب فقهای امامیه بر این باورند. این نگرش در واقع فراوانی عقاید در حقوق اسلامی است و شامل اکثر فقهای مذاهب اسلامی می شود. غالباً فقهای اهل سنت نیز معتقدند که عیوب موجب فسخ نکاح، حصری است و تنها تعدادی از عیوب، موجب فسخ نکاح می گردد زیرا:

۱- مهمترین ثمره ازدواج، حفظ و بقای نسل است و اگر یقین حاصل گردد که برای حصول این هدف موانعی وجود دارد و این هدف بزرگ ناممکن باشد بقای عقد نکاح سودی نخواهد داشت و این رشته باید از هم گسیخته شود.

۲- زندگی با فرد معیوبی که برای مثال مبتلا به جذام و برص باشد زیان آور است؛ آن هم زیانی بی پایان که جز با جدایی نمی توان از آن رها شد زیرا پا برجا بودن رشته و پیوند زناشویی برای فرد سالم

هم زیان آور است و برای جلوگیری از ورود زیان به او باید اجازه داد تا از این زیان در امان ماند و فسخ بهترین راه برای جلوگیری از ورود زیان است (جاء الکریم و عبدالصبور خلف، بی تا: ۸۶).
 ۳- عیوب، در اخبار و روایات وارد شده و نیز در کلام صحابه حصری دانسته شده است. بنابراین توسعه آن روا نیست (الطه، ۱۹۷۵: ۲۶۸).

فقه‌های شیعه نیز مانند اهل سنت، از دیرباز عیوب موجب فسخ نکاح را مورد بررسی قرار داده و حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح را باور دارند و کمتر فقیهی به تمثیلی بودن رغبت داشته اند (حلی، ۱۴۱۰: ۱۸۶).

اغلب این فقها به احادیثی از جمله:

۱- صحیح‌ه حلی از امام صادق (ع) نقل کرده اند اشاره می‌کنند: آن حضرت درباره مردی که با زنی کور یا دارای پیسی و یا لنگ ازدواج کرده فرمود: تردّ علی ولیها و یردّ علی زوجها المهرها الذی زوجها علیه و إن کان بها ما لایراه الرجال جازت شهادة النساء علیها (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۶). زن به ولیش برگردانده می‌شود و ولی او مهریه‌ای را که شوهر پرداخت کرده به وی بر می‌گرداند و اگر زن عیبی دارد که مردان آن را نمی‌بینند، شهادت زنان بر آن جایز است. با این حال باید به این موضوع که غیر از این چهار عیب هم عیوبی دیگر در احادیث ذکر شده که مجوز فسخ نکاح هستند و نباید از آنها غافل ماند. چنان که شیخ طوسی هم در استبصار بر این عقیده است که اگر این دو دسته از روایات رو تجمیع کنیم به این نتیجه خواهیم رسید در غیر این چهار عیب، فسخ نکاح مکروه است (شیخ طوسی، ۱۳۸۸: ۳۳۹). بر فرض پذیرش سخن کراهت حکم الزام آور نیست که بگوییم سایر عیوب غیر از موارد چهارگانه ذکر شده در حدیث، مجوز فسخ نکاح نیستند. مطابق روایت دیگری از صحیح‌ه حلی از امام صادق پرسیده می‌شود: مردی با زنی ازدواج می‌کند و پس از آن روشن می‌گردد که زن یک چشم است و پیش از ازدواج نیز درباره آن چیزی نگفته. امام فرموده‌اند: «و قال: إنمیرد النکاح مثلاً برص والجدام والجنون والعفل»؛ نکاح فسخ پاسخ می‌دهد: «قال لا ترد» و زن برگردانده نمی‌شود که نکاح تنها به دلیل برص (پسی)، جذام (خوره) و دیوانگی و عقل فسخ می‌گردد» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۳۲). در این روایت، امام پاسخ خود را به صورتی حصری بیان می‌کند و علاوه بر این، سوال و جواب نیز با یکدیگر متناسب است؛ به عبارت دیگر، امام با در لحاظ کردن حدود پرسش، به طور دقیق آن را پاسخ می‌دهد و چیزی بر آن اضافه نمی‌کند (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰۹).

۲- از نمونه از روایاتی که به بیان چند عیب بسنده کرده و توسط امام چیزی به آن افزوده نشده و از

جان سخن می‌توان کاملاً درک کرد که به عدم تمثیلی بودن عیوب اشاره می‌کند می‌توان عنوان کرد^۱: از احمد بن محمد از المفضل بن صالح از زید الشحام از ابی عبدالله که فرمود: «لبنانی و دیوانه و انحراف مردود است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۱۰).

۳- شیخ کلینی نیز این روایت را به صورت مرسل نقل کرده است: عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد عن احمد بن محمد بن ابی نصر عن ابی جمیل عن زید الشحام عن ابی عبدالله قال... (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۰۷). عده‌ایی از فقیهان^۲ از نمونه فقهایی هستند که در توسعه ی عیوب موجب فسخ بنا به نظر و قول مشهور فقها به همان روایت صحیحی ای که ایشان استناد نموده بودند متوسل شدند. صاحب مسالک الفهام در این کتاب و نیز در شرح لمعه نظر ابن براج و ابن جنید (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶: ۲۳۱) را در مورد مشترک بودن دو عیب جذام و برص در زن و مرد در کمال درسته دانسته و از آن حمایت کرده و در تایید این نظر به روایات و نیز استدلال عقلی و قیاس الویت تمسک جسته است.

الف) قاعده لزوم نکاح

قاعده لزوم از قواعد فقهی است که مورد پذیرش اکثر فقها قرار گرفته است و برای اثبات آن به دلایلی همچون کتاب، سنت و بنای عقلاً متوسل شده اند. بنابر اصل لزوم، با انعقاد نکاح، این قرارداد میان دو طرف لازم الاجرا می‌شود و دو طرف ناگزیر بدان موظف خواهند بود و باید آن را اجرا کنند و نمی‌توانند با اندک بهانه‌ای از اجرای مفاد قرارداد سرباز زنند و قرارداد را نادیده بگیرند. بنابراین باورمند شدن به تمثیلی بودن عیوب با اصل ناسازگار است و باید از آن پرهیز شود. بدین ترتیب تنها با وجود دلیل خاص می‌توان در غیر موارد متیقن حکم لزوم را نادیده گرفت که چنین دلیلی هم وجود ندارد (اراکي، ۱۳۷۷: ۴۵۸-۴۵۷). با استناد به این اصل باید گفت در اموری که در معاملات تردیدی داریم مطابق این اصل، لزوم به عقد داده می‌شود مگر آنکه خلاف آن ثابت شود. اما مطلب مهم اینجاست که ما می‌دانیم عقد نکاح معامله نیست ولی می‌توان از وحدت ملاک این عقد و اهمیّت گسترده‌ی آن نسبت به سایر عقود در زمان تردید، به اصل لزوم استناد کنیم. یکی از حقوقدانان در این باره عنوان کرده‌اند: نباید موارد فسخ را گسترش داد و تنها بر اساس مصلحت جامعه و خانواده قانون مدنی مواردی را معین کرده که در آن موارد، می‌توان عقد نکاح را منحل ساخت. بنابراین استدلال،

۱. «عنه عن أحمد بن محمد عن المفضل بن صالح عن زید الشحام عن أبي عبدالله قال تُرد البرصاء و المجنونة و المجنونة قلت العوراء قال لا»

۲. از جمله شهید ثانی و قاضی ابن براج

نباید در تفسیر موارد فسخ، گشاده دستی کرد بلکه باید تنها در چارچوب موارد معین شده در قانون عمل کرد (کارتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۸۰). مذاهبی چون (شافعی - مالکی - حنبلی - حنفی - مذهب امامیه) همگی عیوب نکاح را به طور حصری می‌دانند و با این که در عدد و نوع عیوب تفاوت دارند، در این مسئله متفق القول هستند که موارد عیوب محصور و محدود است. با مطالبی که عنوان شد اگر بخواهیم جان کلام را عنوان کنیم باید بگوییم اصل لزوم از قواعدی است که بعد از انعقاد لازم الاجرا می‌شود و طرفین ملتزم هستند تا آن را اجرا کنند اگر بخواهیم این دیدگاه را بپذیریم باید بدانیم که این اصل با تمثیلی بودن عیوب تناقض دارد و سازگار نیست و حصری بودن این عیوب را باید قبول کرد و تنها زمانی می‌توان این اصل را نادیده گرفت که دلیل محکم و شیوایی پیدا کنیم و بر طبق این نظر باید برای بیماری‌های نوظهور قائل به عدم مجوز فسخ نکاح ناشی از این عیوب نوپدید داد و همچنان اصل لزوم را جاری ساخت و به آن استناد کرد.

(ب) اصل استصحاب

کلمه استصحاب مصدر باب استفعال و از ریشه صَحَبَ، یَصْحَبُ، صُحْبَةً گرفته شده است و هنگامی که این ماده به باب استفعال برده می‌شود به معنای به همراه داشتن و همراهی است، لذا وقتی می‌گوییم: این شیء را استصحاب کردی، معنایش این است که او را همراه و رفیق خود قرار دادی (انزایی نژاد، ۱۳۸۷: ۲۴۰). در اصول فقه تعاریف متفاوتی از استصحاب عنوان شده از مهم‌ترین و کوتاه‌ترین تعاریف مربوط به یکی از فقهاست^۱ که می‌گوید: «استصحاب بقای مکان است» یعنی حکم به بقای چیزی که پیش‌تر وجود داشته است در نتیجه دارای دو رکن یقین سابق و شک لاحق است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۸، محمدی، ۱۳۸۳: ۳۱۹). هرگاه در مورد مسئله ایی یقین داشته باشیم که چیزی در زمانی وجود داشته است و در زمان بعد از آن، شک داشته باشیم که وجود دارد یا خیر؟ یقین سابق را ترجیح می‌دهیم و آن چیز را موجود فرض می‌کنیم. اصولیین، استصحاب را به دو دسته وجودی و عدمی تقسیم کرده‌اند، اکثر آن‌ها هر دو نوع استصحاب را حجت دانسته‌اند؛ با وجود این، برخی از فقها، استصحاب عدمی را حجت نمی‌دانند. این دو نوع استصحاب به طور ضمنی در قوانین موضوعه ایران پذیرفته شده است که، این امر بیانگر توجه قانونگذار به این اصل مهم بوده است و در تدوین قوانین در بعضی موارد، از این اصل استفاده شده است. ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

۱. شیخ انصاری

«عیوب زن در صورتی موجب حق فسخ برای مرد است که عیب مزبور در حال عقد وجود داشته است». سؤالی که در ارتباط با این ماده و ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی مطرح می‌شود این است که چنانچه یکی از عیوب مذکور در زن بعد از نکاح کشف شود و قبل از فسخ این عیب با عمل جراحی یا مصرف دارو... رفع گردد آیا حق فسخ برای زوج باقی خواهد ماند یا خیر؟ در این زمینه بین علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد. عدّه‌ای از حقوقدانان معتقدند، همین که در زمان عقد نکاح، یکی از عیوب مذکور وجود داشته باشد، حق فسخ ایجاد می‌شود. حال اگر، با رفع عیب تردید شود که حق فسخ ساقط شده است یا خیر، وجود حق فسخ استصحاب می‌شود (امامی، ۱۳۷۷: ۴۶۷). در مقابل عدّه‌ای دیگر از حقوقدانان معتقدند از آنجا که حق فسخ، برای جبران زیان است و با رفع عیب زبانی وجود ندارد تا مجوزی برای حق فسخ شوهر باشد، لذا تمسّک به اصل استصحاب در این صورت صحیح نمی‌باشد و حق فسخ ایجاد شده برای مرد با رفع عیب، ساقط می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۷۷: ۱۹۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۰۴). دیدگاه دوم از لحاظ استدلال واقعی‌تر به نظر می‌رسد زیرا تنها زمانی می‌توان به اصول عملیه متوسل شد که دلیل عقلایی وجود نداشته باشد در این جا دلیلی عقلایی مبنی بر رفع ضرر وجود دارد و در صورت وجود دلیل، سرگردانی و بلا تکلیفی ایجاد نخواهد شد که بتوان به اصل استصحاب متوسل شد. خصوصاً که در عقد نکاح مواردی که موجب فسخ شود محدود است و حتی‌الامکان باید از فسخ نکاح و بهم ریختن کانون خانواده جلوگیری کرد. مسئله دیگری که مطرح می‌شود اینکه در زمان حاضر عیوب نوظهوری که گریبانگیر برخی از زوجین شده که چه بسا مهلک‌تر از عیوب مصرح موجب فسخ قانونی هستند آیا نباید فقیهان ما در این باره دچار تردید شوند و بیماری‌هایی همچون هپاتیت یا ایدز و... را به این عیوب تسرّی دهند؟ فقیهانی مخالف تسرّی عیوب جدید به عیوب مجوز فسخ با استناد به اصل استصحاب هستند و براساس حکم قضیه‌ایی که در سابق یقینی بود و اکنون مورد شک قرار گرفته، ازدواج رو موجب فسخ نمی‌دانند و بقای سابق عقد را استصحاب می‌کنند. اینان به طور اساسی مقتضای عموم آیه «اوفوا بالعقود» و استصحاب بقای عقد ازدواج، استمرار و دوام زوجیت است بنابراین هنگام شک و تردید در زوال یا بقای عقد، خارج از موارد یاد شده در نصوص، مرجع عموم آیه و استصحاب، بقای عقد است (اراکي، ۱۳۷۷: ۴۵۷).

ج) شهرت

فقیهان شیعه نیز مانند سنیان از دیرباز عیوب موجب فسخ نکاح را بررسی کرده‌اند و به طور کلی بر این باورند که میان عیوب ویژه مردان و زنان تفاوت است؛ یعنی چهار عیب در مرد موجب فسخ می‌شود:

جنون، حضاء، جب و عنن و عیوبی که در زن موجب حق فسخ برای مرد می‌گردد، عبارت است از: برص، جذام، افضاء، قرن، جنون، کوری و نابینایی از هر دو چشم. این فقها عیوب موجب فسخ نکاح را منحصر در روایات می‌دانند از این رو انحصار عیوب از شهرت فتوایی برخوردار است (راستی، اسماعیلی، ۱۳۸۸: ۱۲۵) به بیان دیگر، چنین می‌توان گفت: که فقیهان شیعی نیز بر حصری بودن عیوب موجب فسخ نکاح معتقد هستند و حصری بودن این عیوب مقبولیت بیشتری در میان آن‌ها دارد و تعداد اندکی از فقها نسبت به تمثیلی بودن این عیوب تمایل نشان می‌دهند و به آن اعتقاد دارند.

ج) حرمت قیاس

اگر ما با این دیدگاه به موضوع بنگریم که عیب‌هایی که موجب فسخ نکاح هستند از این منظر که مسبب ایجاد انزجار و تنفر از طرف مقابل می‌شود و یا هریک از زوجین متحمل ضرر و زبانی خواهند شد، این عیوب مشمول عیوب مجوز فسخ نکاح می‌شود. البته ما این مسائل رو تعمیم می‌دهیم و این از نظر فقها همان قیاس است که معتبر نیست و فاقد حجت است. با مطالعه و تحقیقاتی که انجام شد در مورد استدلال و دلایل دیدگاه‌های مشهور که بر این موضوع تاکید دارند و عیوب موجب فسخ نکاح را به عیوب مصرّح در روایات محدود و منحصر می‌کنند، در می‌یابیم که این دلایل و مستندات دلالتی بر حصری بودن عیوب ندارد و نباید به این دیدگاه‌ها فقط به دلیل اینکه مشهور هستند اکتفا کرد و با دلایلی نظیر اینکه وقتی می‌توان با استفاده از برخی وسایل پیشگیری از بارداری، مانع ابتلای زوجه سالم به بیماری شد، زوجه نباید از این حق محروم کرد و بگوییم زوجه حق فسخ ندارد؛ زیرا اولاً، نباید میان ابتلا به بیماری ایدز و هیپاتیت و دیگری بیماری‌های مسری که فقهای مشهور آن را از موجب فسخ نکاح نمی‌دانند و بیماری‌هایی همچون قرن، جذام و پسی که دردیدگاه‌های مشهور از موجبات فسخ نکاح می‌باشد تفاوتی قائل شد. به نظر می‌رسد با توجه به قیاس الویت برای شوهر که مبتلا به بیماری ایدز یا هیپاتیت و... است برای زوجه اختیار فسخ نکاح را داد و این بیماری‌ها رو موجب فسخ نکاح دانست. مطلب بعدی اینکه نباید نقش و تاثیر اخلاق را در پایداری شاکله و بنیان خانواده را نادیده بگیریم؛ زیرا مسلماً قواعد اخلاقی نقش بسزایی و حتی گاهی بیشتر از قوانین و مقررات موجود در جامعه و خانواده کاربرد دارد و حاکمیت قواعد اخلاقی را نمی‌توان منکر بود و اینکه زوجین با نفرت و انزجار بخواهند با یکدیگر در زیر یک سقف زندگی کنند از اهداف اخلاق به دور است و با آن تناقض دارد و این مسئله خود آسیب‌ها و مفسد بیشتری را در پی خواهد داشت و در نهایت باید عنوان کرد با درک کردن حکمت و ملاک احکامی که در برخی روایات نیز مطرح

شده است، باید به این نتیجه دست یافت، این راه حل وجود دارد که می‌توان به دیدگاه مشهور انتقاد کرد؛ یعنی اینکه با پذیرفتن اینکه این گونه احکام و قوانین تابع مصالح و مفاسدند؛ ولی عقل از درک و فهم این مصالح و مفاسد حتی مصالح و مفاسدی که به طور مصرح در نصوص آمده عاجز است، این مسئله باعث شده تا حکمی غیر عادلانه و فقط به دلیل مشهوربودن در گستره فقه ترویج پیدا کند و دریغ از اینکه حتی منفعت و مصالح خانواده در نظر گرفته شود، پس می‌توان از آن، تمثیلی بودن عیوب مصرّح در قانون مدنی را استنباط کرد و همچنین باید با نظرات خلاقانه و کارساز رویه قضایی را هم به این سمت، سوق داد و هدایت کرد و در مقابل قضات هم نباید تنها مقید به دیدگاه های مشهور باشند، بلکه یک قاضی متبحّر باید با دقّت و بررسی در قوانین و فقه در نبود یا اجمال قانون حکمی منصفانه را برگزیند.

بخش پنجم: دلایل مخالفان حصری بودن عیوب (تمثیلی بودن)

معتقدان به نظریه تمثیلی بودن عیوب، کسانی هستند که موارد فسخ نکاح را محصور به موارد خاص نمی‌دانند بلکه از نظر آنان، هر امری که موجب ضرر یا نفرت و اذیت طرف مقابل شود، می‌تواند موجب فسخ نکاح باشد چرا که هدف نکاح، رسیدن به سعادت و آرامش است و هر چیزی که مانع از آن باشد باید به دید عیوب نکاح بدان نگاه کرد. کسانی که این موضوع باور دارند، که پذیرش تمثیلی بودن و محدود ندانستن عیوب، منطقی و عادلانه‌تر است معتقدند، اگر در عیوب موجب فسخ نکاح تأمل کنیم، در می‌یابیم که این عیوب اوصافی است که علت و معنای موجود در آنها، تعقل می‌پذیرد و فردی نمی‌تواند بگوید که این عیوب تبعّدی است و حکمت و علت آن بر ما پوشیده است، زیرا اگر به دلیل مشروعیّت فسخ به واسطه‌ی این گونه عیوب باز گردیم، درمی‌یابیم که نص و نصوص موجود، به علت معین موجب فسخ اشاره کرده است، بنابراین با دریافت اینگونه علت‌ها می‌توان آن را به سایر عیوب نیز تسری داد و آن را موجب فسخ دانست، زیرا یا این علت در همه موارد قابل تسری وجود دارد و یا آن که علت موجود در عیب مورد تسری، بسی شدیدتر و قوی‌تر می‌نماید. برای مثال بیماری جذام واگیردار و زیانبار است و همین علت در بیماری ایدز که بسی خطرناک‌تر است وجود دارد (اسماعیل آبادی، ۱۳۸۳: ۲۹۴-۲۹۳).

بند اول: روایات

از جمله روایاتی که می‌توان حکم بیماری‌های مسری رو به آن تسری داد روایت ابن بکیر از امام صادق (ع) عن الرجل یتزوج المراه بها الجنون والبرص وشبه ذا ؛ فقال (ع) هو ضامنٌ للمهر (حر عاملی،

۱۴۰۹: ۲۱). کلمه "شبه ذا" یعنی هر عیبی شبیه جنون و برص کرده است، البته حدیث به جهت ارسال ضعیف است. روایت بعدی که مربوط است از حسن ابن صالح از امام صادق (ع)^۱ (کلینی، ۱۳۸۷: ۵۳). جمله هذه لا تحبل بمنزله حکم است؛ وروایت از قبیل منصوص العله است "والعله تعمم و تخصص" و می توان به مقتضای علت به موارد دیگر تعدی نمود؛ بدون شک همسر مبتلا به ایدز موجب انقباض و اجتناب بیش از زوجه قرناء می شود و... همچنین به دلیل لاضرر و لاجرح می توان گفت ابتلای به این نوع بیماری ها موجب حق فسخ برای طرف مقابل می شود و عیوب منصوصه جنبه حصری ندارند؛ بلکه باید از جنبه تمثیلی آن ها را دانست.

بند دوم: دلیل عقلی

از دیگر دلایل مورد استناد موافقان توسعه‌ی دامنه شمولیت بیماری های مجوز فسخ نکاح، دلیلی عقلی می باشد. یعنی زن و مرد در متضرر شدن به سبب وجود هر یک از دو بیماری در فرد یکسان هستند و چنانکه مرد با وجود هر یک از این دو عیب در همسرش متضرر و امکان زندگی برای او غیر ممکن می شود زن نیز چنین است و نمی تواند با عشق و علاقه با همسرش زندگی کند زیرا این بیماری سبب کزیه و ناپسند شدن ظاهر می شود (جمالی، ۱۳۸۶: ۳۸۳). یکی از فقها نیز در این باره می گوید: «وقتی وجود این دو عیب (جذام و برص) در زن به مرد حق فسخ می دهد با اینکه مرد می تواند با توسل به طلاق خود را از این ازدواج خلاص نماید به طور منطقی موجب می شود که بپذیریم وجود آن ها در مرد به طریق اولی برای زن که اختیار طلاق را هم در دست ندهد حق خیار فسخ ایجاد می کند» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱۰-۱۱۱، شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۳۸۳). دلیل دیگری که می توان برای تمثیلی بودن عیوب عنوان کرد این است که امروزه با پیشرفت علم پزشکی نوین اکثر بیماری هایی که به عنوان عیوب مصرح، مطرح شده به عنوان مجوز فسخ نکاح، قابلیت درمان پیدا کرده اند، با این وجود این فقهای و حقوقدانان همچنان این عیوب را به عنوان حق فسخ برای زوجین قایلند. حال آنکه نمی توان نسبت به عیوب جدید و نوظهوری که امروز شایع شده و هیچ گونه درمانی تاکنون برای آن کشف نشده مثل ایدز و هیپاتیت بی تفاوت ماند، عاقلانه تر است که این نوع بیماری ها را از نصوص وارده گسترش داده و با استناد به قیاس الویت که مورد قبول شیعه است (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۶۹) این نوع بیماری ها را که بسیار خطرناک تر و صعب العلاج تر از عیوب مصرحه در قانونی است رو موجب فسخ بدانیم.

۱. عن الرجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً؛ قال هذه لا تحبل وينقبض من مجامعتها؛ تردّ علی اهلها

بند سوم: ایجاد تنفر و انزجار به جای آرامش و دوستی

خانواده یک محیط امن برای آرامش و آسایش زوجین محسوب می‌شود. توجه به نیازهای روحی و جنسی هر یک از زوجین در گرو روابط زناشویی صحیح است. در بعضی موارد مشکلات جنسی به حدی جدی شده که قانون نه تنها به فروپاشی خانواده رضایت داده، بلکه حتی آن را واجب دانسته است. در زندگی زناشویی هر یک از زوجین باید به نیازهای جنسی طرف مقابل توجه کند و نباید از آن سرباز بزند. در صورتی که زن از رابطه‌ی زناشویی خودداری کند ناشزه محسوب شده و از حق نفقه محروم می‌شود. از طرف دیگر مرد نیز نباید از رابطه زناشویی با همسر خود دوری کند. در مواردی که ممکن است عدم وجود رابطه جنسی با زن موجب خیانت و عسر و حرج از سوی زن شود، مرد باید در مقاطع مناسب روابط زناشویی را برقرار کند.

بند چهارم: دلیل الویت

همانطور که قبلاً گفته شد برخی از بیماری‌ها از لحاظ شدت مهلک بودن، از بیماری‌های ذکر شده در روایات بسیار خطرناک‌ترند (مانند ایدز) و با توجه به اینکه جواز فسخ در مورد عیوبی که قبلاً بیان شده برای جلوگیری از ضرر است پس این ضرر هم باید شامل بیماری‌های خاص دیگر نیز بشود لذا بیماری‌های عنوان شده در زمره‌ی تمثیلی است.

بند پنجم: عدم وجود شروط مبنای عقد

بدیهی است که وقتی دو نفر باهم ازدواج می‌کنند به صورت شرط ضمن عقد، مد نظر دارند طرف مقابلشان از یکسری عیوب مثل ایدز یا کرویال بودن یا بیماری‌های روانی مبرا باشند. اگر هریک از طرفین از این امر اطلاع داشت به این ازدواج منجر نمی‌شد، لذا در صورت وجود این عیوب و عدم اطلاع رسانی، تخلف از شرط صفت شده و از این را حق فسخ نکاح وجود دارد (محسنی، ۱۳۸۲: ۲۶۷). باید مدنظر نظر داشت یکسری از اوصاف هستند مثل باکره بودن دختر نوجوان که شرایط زمان و مکان ایجاب می‌کند که این اوصاف وجود دارد و حمل بر موجودیت می‌شود پس پسر جوانی که به خواستگاری دختری می‌رود بنا را بر باکره بودن می‌گذارد و شاید اصلاً در این خصوص صحبتی به میان نیاورده باشد. حال چنانچه دختر فاقد پرده بکارت بوده و آن را هم اظهار نکرده باشد در این حالت مرد پس از اطلاع از موضوع حق فسخ نکاح برایش ایجاد خواهد شد.

بخش ششم: نقش درمان عیوب در حق فسخ نکاح در خصوص بیماری های جدید و نوظهور

اکثر بیماری‌هایی که در قانون مدنی تحت عنوان مجوز فسخ نکاح آورده شده با پیشرفت علم پزشکی قابلیت درمان پیدا کرده اند و یا لاقط راهکارهایی مشخص شده که کمترین آسیب را به زوجین برساند تا آن‌ها بتوانند با رعایت دستورالعمل‌های بهداشتی و توصیه شده بدون خطر مبتلا شدن طرف مقابل به زندگی زناشویی خود ادامه دهند امروزه بیماری‌های نوظهوری پدیدار گشته اند که چه بسا خطرناک‌تر و مسری‌تر از عیوبی هستند که در قانون مدنی ما به عنوان مجوز فسخ نکاح بیان شده است، بیماری‌هایی که تاکنون پزشکان از درمان آن عاجز مانده‌اند و حقوقدان‌ها را سرگردان کرده است و آنان را در تسری دادن این عیوب به عیوب مجوز فسخ نکاح مردد کرده است. برخی از این بیماری‌ها مانند: ایدز و سیفلیس معمولاً از راه‌های نامشروع به انسان منتقل می‌شود که بر همین اساس مبتلایان به این بیماری‌ها از گفتن آن‌ها شرم و حیا دارند و در اغلب موارد بیماری خود را از دیگران مخفی می‌دارند و این اخفای مرض باعث سرایت بیماری ایشان به دیگران می‌گردد اما نوع دیگری از بیمارهای جدیدی صرف نظر از آنکه از راه مشروع یا نامشروع نیز انتقال می‌یابند مانند کرونا و ویروس که راه‌های انتقال بسیاری دارد از راه دهان، دست و شیوع آن از طریق ذرات هوا و... می‌باشد. حال این سوال مطرح می‌شود آیا باید به این مسئله بی‌توجه بود و همچنان اثرات درمان را درمورد این امراض نادیده گرفت؟ برای پاسخ دادن به این پرسش ابتدا نمونه‌هایی از این بیماری‌ها عنوان می‌کنیم.

بند اول: بیماری سفلیس

سیفلیس یک بیماری عفونی مزمن است که به وسیلهٔ باکتری تریپونما پالیدوم (که از مخاط سالم یا پوست آسیب دیده نفوذ می‌کند) از راه لنفاتیک‌ها به جریان خون می‌رسد و منتشر می‌شود (احدی و ایزدی، ۱۳۷۹: ۸۸). سیفلیس غالباً از طریق تماس جنسی مستقیم و تماس با ضایعات عفونی اولیه منتقل می‌شود. عمده فعالیت این ویروس اغلب در اطراف دستگاه تناسلی و دهان می‌باشد و اکثر مبتلایان به این بیماری در رده سنی ۱۵ تا ۳۹ سالگی قرار دارند (صائبی، ۱۳۶۸: ۵۴۸). بی‌اعتنا بودن نسبت به این بیماری به طوری که به مرحله حاد و پیشرفته برسد، درمان ناپذیرست و نهایتاً به مرگ منجر می‌شود. عمده‌ترین راه انتقال این بیماری راه جنسی است، اما گاهی از طریق انتقال خون یا از مادر به جنین منتقل می‌شود. در این بیماری احتمال ابتلا به ایدز زیاد است. همچنین جنین می‌تواند به سیفلیس مبتلا شود و ابتلا موجب سقط جنین، عقب افتادگی ذهنی یا بسیاری از ناهنجاری‌های جسمانی

خواهد شد (شوبرلین، ۱۳۸۴: ۵۷).

بند دوم: سوزاک

سوزاک گنوره التهاب گنوکوکی مجرای ادراری بیماری جنسی است که از طریق تماس جنسی منتقل می‌شود و عامل آن گنوکوک می‌باشد. میزان نهفتگی این بیماری در مردان ۷-۲ روز پس از تماس جنسی با فرد آلوده به ویروس می‌باشد. فرد ناقل دچار علائمی همچون تکرر ادرار و در هنگام ادرار مقدار کمی خون از مجاری ادرار وی خارج شده و به دنبال آن ترشحات چرکی از مجرای ادرار دفع شده و همچنین مقداری از خون موجود در ادرار که از بدن خارج نشده به صورت لخته‌های خونی از بدن دفع می‌گردد. این باکتری‌ها معمولاً از راه آمیزشی انتقال می‌یابند و عفونت ناشی از این باکتری معمولاً در بافت نرم و مرطوب به خوبی رشد می‌کنند. همیشه هم راه انتقال آن داشتن رابطه جنسی نیست. در بعضی از موارد منشأ عفونت مشخص نیست. متأسفانه این بیماری عوارض شدیدی برجای می‌گذارد مثلاً در صورت مقاربت‌های غیرطبیعی، ممکن است راست روده یا دهان نیز دچار عفونت شوند از نمونه‌های عوارض این بیماری: ۱- عفونت گنوکوکی چشم. این عفونت می‌تواند باعث نابینایی در کودکان شود. ۲- مسمومیت خون (سپتی سمی گنوکوکی) ۳- آرتریت عفونی (عفونت مفصل) ۴- بیماری التهابی لگن (منظور عفونت احشای تناسلی در زنان آندوکاردیت) ۵- گاهی در مردان ناتوانی جنسی رخ می‌دهد ۶- ناباروری در زنان می‌باشد.

بند سوم: بیماری اختلال واژینیسیموس

واژینیسیموس نوعی اختلال جنسی است که در اثر انقباض غیرارادی عضلات تحتانی واژن به صورت راجعه و یا دائمی ایجاد می‌شود و آمیزش را غیرممکن و یا دشوار می‌سازد. این اختلال، همان آثاری را دارد که بیماری‌هایی چون رتق، عقل و قرن دارند در صورت ناشناخته ماندن، احتمال اشتباه گرفتن آن با علائم عدم تمکین ارادی زنان وجود دارد و ممکن است در دادگاه از نظر فقهی و حقوقی احکامی صادر شود که موجب انحلال نکاح گردد. در صورتی که بیماری واژینیسیموس درمان نشود به دلیل ایجاد اختلال در رابطه جنسی می‌تواند مجوز فسخ نکاح گردد.

بند چهارم: هپاتیت B

ویروس هپاتیت در سال ۱۹۶۷ کشف شد. هپاتیت به معنای «التهاب و ورم کبدی» است و یکی از مهلک‌ترین و شایع‌ترین عوارض کبدی محسوب می‌شود. عمده‌ترین راه‌های انتقال این ویروس عبارتند از:

۱. تزریق؛ ۲. خالکوبی، طب سوزنی، حجامت غیربهداشتی و سوراخ کردن گوش؛ ۳. تماس جنسی خارج از چارچوب اخلاق و خانواده؛ ۴. زایمان و بارداری؛ ۵. مایعات بدن فرد مبتلا (صائبی، ۱۳۶۸: ۱۶۶ و ۱۶۷؛ ابراهیمی، ۱۳۷۸: ۷۹ - ۸۲). این ویروس اغلب در ترشحات بدن مثل بزاق، اشک، خون، منی، شیر و ترشحات واژن وجود دارد. درصد وجودی این ویروس بسته به هر شخصی متفاوت است و میزان غلظت ویروس خون در بالاترین رتبه و پس از آن بزاق و منی در مراتب بعدی خواهند بود (علویان و هدایتی، ۱۳۸۱: ۳۶). شایع‌ترین راه سرایت این بیماری همانند ایدز، تماس جنسی است و صد برابر مسری‌تر از ویروس ایدز محسوب می‌شود. این هپاتیت پس از سل و مالاریا شایع‌ترین بیماری عفونی و مسری محسوب می‌شود. متأسفانه این بیماری عوارض شدیدی من الجمله دردهای مفصلی و آرترید (که شایعند) ضایعات نادرتر پورپورایی پوست، گلو مری و نفريت ناشی از کمپلکس‌های ایمنی و واسکولیت فراگیر و پلی آرتریت و افراد مبتلا به این بیماری به دلیل بیماری کبدی، عمر کوتاهی دارند و نهایتاً مرگ ناشی از سیروز یا سرطان هپاتوسلولار رادر پی دارند (علویان و هدایتی، ۱۳۸۱: ۳۱ و ۳۲).

بند پنجم: ایدز (HIV)

ایدز بیماری بسیار کشنده و مسری است هنگامی که فرد مبتلا به ایدز می‌شود این ویروس مهلک ابتدا به سیستم دفاعی فرد مبتلا حمله کرده و سیستم ایمنی بدن فرد را مختل و ضعیف می‌کند به طوری که بدن بیمار دیگر قادر نخواهد بود برابر انواع بیماری‌ها و عفونت‌ها واکنش دفاعی نشان دهد و حتی بیمار نتواند در برابر به بیماری ساده مثل سرماخوردگی تاب بیاورد و منجر به مرگ فرد شود. اصلی‌ترین راه سرایت این بیماری نزدیکی جنسی بین دو فردی است که یکی از آن‌ها ناقل ویروس است. البته راه‌های انتقال دیگر این بیماری همچون قرار گرفتن در معرض خون یا بافت آلوده، استفاده از سرنگ‌های مشترک آلوده و یا از طریق مادر به فرزند در دوران بارداری، زایمان یا تغذیه با شیر مادر انتقال پیدا می‌کند، بر طبق نظریه جان هابلی، انتقال HIV از مرد به زن ۲ تا ۴ برابر بیشتر از زن به مرد است (جان هابلی، ۱۳۸۴: ۴۵). تاکنون هیچ نوع درمان و یا واکسنی برای این بیماری ساخته نشده است رعایت

اصول بهداشتی امری لازم و ضروری است.

بند ششم: ویروس پاپیلوما‌ی انسانی HPV

این ویروس از طریق تماس پوست شخص آلوده با پوست دیگران و یا رابطه جنسی فرد مبتلا با افراد انتقال پیدا می‌کند. این ویروس‌ها دارای جهش‌های گوناگونی هستند و درجات ابتلا و میزان درگیری و آسیب آن متفاوت می‌باشد. در برخی افراد خطر کمتر و در برخی دیگر خطرناک‌تر است. شایع‌ترین علامت HPV زگیل‌های دستگاه تناسلی، دهان یا گلو هستند. اغلب افراد مبتلا به این بیماری از وجود این ویروس و عفونت آگاه هستند. زیرا در بدن آن‌ها علائم یا مشکلات بهداشتی ایجاد نمی‌شود. اما همیشه اینطور نیست در برخی از موارد، انواع خاصی از HPV می‌توانند در قسمت‌های مختلف بدن می‌توانند ضایعات پیش سرطانی (یعنی نواحی دارای بافت‌های غیرطبیعی) یا سرطان ایجاد نمایند. در موارد دیگر، انواع خاصی از HPV‌ها توانایی این را دارند که باعث ایجاد زگیل (توده غیرطبیعی و غیر سرطانی بر روی پوست) یا زگیل تناسلی بشوند. این بیماری قابل درمان نیست اما می‌توان با رعایت یکسری از دستورالعمل‌ها جهت پیشگیری و یا راه‌کارهایی برای کم کردن خطر آلوده شدن به HPV بهره جست، از جمله این روش‌ها می‌توان با واکسینه شدن با واکسن پاپیلوما ویروس انسانی و یا محدود نمودن تعداد کسانی که شخص با آن‌ها رابطه جنسی دارد خطرات را کاهش داد زیرا داشتن رابطه جنسی افراد متعدد خطر آلوده شدن به عفونت HPV را افزایش می‌دهد. متأسفانه برخی از این افراد معتقدند با وسایل مراقبت‌های جنسی می‌توان از بیماری جلوگیری کرد. باید در پاسخ به این افراد به آن‌ها توصیه نمود که حتی استفاده از وسایل مراقبت‌های جنسی هم نمی‌تواند در طول آمیزش جنسی به طور کامل از شخص در برابر HPV محافظت نماید همچنین. واکسن‌های HPV تنها می‌توانند از شایع‌ترین انواع عفونت جلوگیری کند. ولی قادر نیستند عفونت موجود را درمان نمایند، این نکته حائز اهمیت است که واکسیناسیون افراد باید پیش از آغاز فعالیت جنسی آن‌ها صورت گیرد و ادامه باید گفت تا به امروز هیچ گونه درمانی برای این بیماری پیدا نشده است.

بند هفتم: هرپس سیمپلکس

از بیماری‌های مقاربتی و مسری دیگر بیماری هرپس می‌باشد. زمانی که این ویروس مهلک وارد بدن انسان شود به سرعت فزاینده‌ای پیشرفت می‌کند. علائم آن زخم‌های زننده و دردناکی است که در اطراف آلت، مهبل، دهان، در دهانه رحم، مقعد و یا مجاری ادرار آشکار می‌شود و در اغلب اوقات این زخم‌ها در ظاهر شاید بهبود پیدا کنند اما بازگشت پذیر هستند و مجدداً عود می‌کنند. متأسفانه این

بیماری مخمل برنامه آمیزش جنسی فرد مبتلا هستند و حتی عوارض جبران ناپذیری در زنان باردارو بر روی جنین آن‌ها برجا خواهند گذاشت و احتمال نابیناشدن نوزاد بسیار زیاد است و یا شاید به سیستم عصبی مرکزی او آسیب برساند یا منجر به مرگ نوزاد شود. این بیماری در صورتی که به مرحله حاد و مزمن برسد، درمان ناپذیر و مهلک خواهد شد و متأسفانه این ویروس از طریق تماس با فرد آلوده منتقل می‌شود و همانند ایدز و سفلیس و حتی مهلک‌تر از آن بوده و به این دلیل به این بیماری قبل از آن‌ها توجه خاصی می‌شده است.

بند هشتم: سارس

بیماری تنفسی است که به وسیله نوعی ویروس از خانواده کرونا ویروس به وجود می‌آید و به سرعت در بدن پیشرفت می‌کند. این سندرم عفونت حاد دستگاه تنفسی معروف، سارس (سارز) نام دارد. پس از اینکه ویروس سارس وارد بدن شد. به طور معمول مدت زمان نهفتگی این ویروس تا زمانی که ظهور پیدا کند ۱۰ روز می‌باشد. بیماری یکی از بیماری‌های مهلک، خطرناک و واگیردار است از نشانه‌های اصلی آن تب بالای ۳۸ درجه سانتیگراد، گلودرد، سرفه خشک، تنفس مشکل یا اختلال‌های تنفسی و شواهد رادیوگرافیک پنومونی هستند، سایر علائم نیز عبارتند از: سردرد، درد مفاصل و ماهیچه‌ها، اختلال هوشیاری و... این و در صورت عدم تشخیص به موقع به مرگ منجر می‌شود. نرخ مرگ و میر ناشی از این بیماری ۷ تا ۱۳ درصد در میان جوانان و حدود ۵۰ درصد در میان افراد ۶۰ ساله و بالاتر است. به دلیل جهش ویروس این بیماری و نامشخص بودن علت آن با وجود تلاش پزشکان تاکنون واکسن و دارویی برای درمانش کشف نشده است. این ویروس به صورت تماس مستقیم با فرد آلوده از طریق ترشحات دفعی و تنفسی مثل سرفه و عطسه؛ از طریق لمس کردن چشم‌ها، بینی و دهان بعد از تماس با پوست افراد مبتلا یا اشیای آلوده به ذرات عفونی یا از طریق هوا و... انتقال‌پذیر است (یوسف‌زاده، ۱۳۸۲: ۵).

بند نهم: هیرسوتیسم یا پرمویی

زمانی که موهای کرکی یا طبیعی بدن از حالت نرمال خود خارج می‌شوند و با سرعت و ضخامت بیشتری رشد می‌یابند به این معضل پرمویی یا هیرسوتیسم گفته می‌شود که ممکن است شامل نقاط مختلفی از بدن یک فرد باشد و از فردی به فرد دیگر متفاوت است اما اغلب در صورت، چانه، پشت لب، کشاله‌ی ران، سینه، زیرشکم و اطراف ناف دیده می‌شود. هیرسوتیسم یک اصطلاح پزشکی برای رشد بیش از حد موهای بدن در زنان است و اغلب از هر ده زن یک نفر قبل از یائسگی به این مشکل

دچار می‌شود. حدود ۸ درصد از زنان مبتلا به هیرسوتیسم هستند که این امر باعث می‌شود در بدن آن‌ها موهای زائد رشد یابند علت آن: ارث و ژنتیک- پرکاری تیروئید- اختلالات هورمونی یا همان سطوح بالای هورمون‌های مردانه (آندروژن‌ها)- سندرم تخمدان پلی‌کیستیک- عوارض مصرف برخی داروها- یائسگی- تومورها و بیماری‌های غده‌ی فوق کلیوی و اضافه وزن است که درمان آن مراجعه پزشک متخصص و لیزر درمانی و استفاده از پرتوهای لیزری است.

بخش هفتم: ابقاء یا زوال حق فسخ نکاح در صورت درمان بیماری

از مهم‌ترین مباحث در سال‌های اخیر مسئله درمان پذیر بودن عیوب بر فسخ ازدواج می‌باشد. در مورد درمان عیوب و اختلال جنسی پیش از فسخ نکاح دو نظریه وجود دارد. نظریه اول این است که چنانچه در هر یک از زوجین عیب یا نقصی آشکار شود حق فسخ را برای دیگری به وجود می‌آورد و در صورت درمان هم این حق ساقط نخواهد شد. دوم اینکه فلسفه ایجاد فسخ نکاح، جلوگیری از ضرر احتمالی برای طرفین است با از بین رفتن منشا ضرر یا همان عیوب جنسی، این اختیار نیز از بین می‌رود. در حال حاضر از لحاظ حقوقی و قانونی نظریه‌ی دوم معقول‌تر به نظر می‌رسد. هدف اصلی قانون، بقا و دوام زندگی زناشویی می‌باشد و تمام تلاش خود را به کار می‌بندد تا این هدف محقق شود. امروزه با پیشرفت علم پزشکی این عیوب اغلب درمان‌پذیر شده است قاعدتاً حق فسخ نکاح از طرف مقابل گرفته می‌شود. با این اوصاف باید به دنبال پاسخ برای این سوال باشیم که در صورت درمان عیوب فسخ نکاح چنانچه این عیوب مانند برص، نقص مادرزادی، افضاء، موانع مقاربتی و مانند آن قابل درمان باشد، آیا باز هم در صورتی که مردی پس از ازدواج متوجه موارد مذکور گردد، اختیار بر هم زدن عقد را دارد؟ برای بررسی این پرسش ابتدا دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان را عنوان می‌کنیم. برخی از حقوقدانان در مورد این موضوع به ماده ۱۱۲۶ ق.م.متوسل شده‌اند. ماده ۱۱۲۶ مقرر داشته: «هریک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکوره در طرف دیگر بوده، بعد از عقد حق فسخ نخواهد داشت» به موجب این ماده اگر یکی از زوجین از وجود عیب دیگری علم داشته و با این آگاهی به ادامه زندگی رضایت داده باشد دیگر حق فسخ نخواهد داشت. یعنی عالم به عیب به زیان خود اقدام کرده است. حال اگر جاهل به عیب به زیان خود اقدام نکرده باشد در این صورت قانون از وی حمایت کرده و حق فسخ برای او جعل خواهد شد. با توجه به اینکه مبنای فسخ در عیوب موجب فسخ نکاح ضرر می‌باشد با رفع این عیب در اثر درمان و اطلاع از وجود عیب یا رضایت دادن طرف دیگر فرد مبتلا و تمایلش به ادامه زندگی با همسر بیمار خود، دیگر وجود حق فسخ معنایی ندارد

(محقق داماد، ۱۳۸۴: ۳۵۸). یکی از حقوقدانان در مورد عیوب جنسی و غیرجنسی که در نصوص و یا غیرنصوص آمده باشد این چنین عنوان کرده اند: «در عیوبی همانند قرن، افشاء و... اگر از طریق جراحی به طوری که اثری زشت برجای نگذارد برطرف شود و فرد معیوب قبل از اینکه همسرش از خیار خود استفاده کند، نسبت به رفع عیب اقدام کند بعید نیست که خیار فسخ ساقط شود. زیرا با منتفی شدن موضوع حکم آن نیز منتفی می‌شود. دلیل آن هم از حکم عنن که به مرد فرصت یکساله داده شده می‌شود و در صورت برطرف شدن عیب مذکور زن دیگر حق فسخ نخواهد داشت. از دیر باز تلاش فقها به جهت غیرقابل درمان بودن این عیوب و وجود ضرر بوده، حال با برطرف شدن منشا ضرر می‌توان گفت که حق فسخ نیز ساقط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۵۴). یکی از فقها بیان می‌دارد: «هرگاه حکمی و علت آن ذکر گردد، با زوال آن علت، حکم هم از بین می‌رود بنابراین با زوال علت فسخ یعنی با معالجه بیماری و امکان زندگی زناشویی به طور طبیعی حق فسخ هم از بین می‌رود به عنوان مثال درمورد درمان رتق این چنین فرمود: «واما المراه ان كانت رتقاء... فان عالجت نفسها فزال سقط خیاره، لان الحكم لعلقه بعلة زال بزئالها». اگر زن مبتلا به رتق، خود را درمان کند شوهر او حق برهم زدن نکاح را ندارد. به دلایلی که در ابتدای سخن ایشان ذکر شده است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲۵۰). یکی دیگر از فقها هم بیان نموده: در مورد اینکه برخی از عیوب مثل افشاء که زوجه قبل از ازدواج مفضات بوده لیکن با جراحی درمان شده و اکنون مضافات نیست در اینجا نمی‌توان قائل به فسخ بود چون ادله از مواردی که قابل درمان باشد منصرف است زیرا سابقا این عیب موجب انقباض زوج بوده اما دیگر این انقباض موجود نیست و چون ملاک در آن حاصل نیست بنابراین بعد از درمان نمی‌توان آن عیب را مشمول روایات دانست (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۱۲۳). دیگر فقیهان^۱ همگی بر سقوط حق فسخ فتوا داده‌اند (ادیانی، ۱۳۹۷: ۸۲).

به نظر نگارنده با توجه به آنچه که در مورد درمان و اثر آن بر موجبات فسخ بیان شد می‌توان حالات مختلفی متصور شد. حالت اول آنکه در امراض و بیماری‌های موجب فسخی، که علت آن ذکر گردد با از بین رفتن آن علت، اثر آن حکم نیز از بین خواهد رفت. بنابراین بیماری‌های مانند قرن، افشاء و... که با پیشرفت علم و صنعت نوین پزشکی به سهولت قابل درمان می‌باشند و زن با هزینه خود اقدام به درمان نماید و مرد هم از باب زیان مالی در اثر درمان و نبودن عسر و حرج بیمی نداشته باشد. خیار فسخ

۱. از جمله قاضی ابن براج (۴۸۱ق) از فقیهان شیعه و محی الدین بن شرف نووی (۶۷۶د) فقیه شافعی و شیخ طوسی

در مورد وی جاری نیست. البته با رعایت شرایطی همچون قبل از عقد درمان انجام شده باشد و یا اینکه مرد از بیماری وی اطلاع داشته باشد. حالت دوم چنانچه زوجین دارای بیماری باشند و یا در متن زندگی زناشویی مرضی حادث گردد که درمان آن همراه با دارو مترتب باشد مانند جنون ادواری در این صورت به لحاظ وجودیت موضوع موجبات فسخ باقی می ماند مگر آنکه زوجین بدان رضایت داده باشند و در حالت دیگر در صورتی که بیمار این عیوب را از همسرش مخفی نگه دارد و بعد از عقد اقدام به درمان کند. به نظر می رسد حق فسخ از باب تدلیس با رعایت شرایط ثابت می گردد. از اهداف دیگر ازدواج بر آورده شدن نیاز جنسی است. غریزه جنسی، نیرویی است که در زن و مرد قرار داده شده و ازدواج، تنها وسیله مجاز برای خاموش کردن نیروی شهوت و پاسخی به این غریزه خدادادی است. همه انسان ها اعم از زن و مرد بطور فطری و غریزی به جنس مخالف تمایل دارند و در ذات و باطن خویش یک کشش متقابل احساس و از تماس با جنس مخالف لذت می برند. این همان غریزه جنسی است که منشأ طبیعی ازدواج و گرایش زن و مرد به حساب می آید این گرایش مبتنی بر خلقت زن و مرد است و نیاز به اثبات ندارد؛ زیرا ماهیت زن و مرد به گونه ای است که این دو برای هم آفریده شده اند نه زن از مرد بی نیاز است و نه مرد از زن. قرآن کریم آن را یک واقعیت و حقیقت می داند. در سوره بقره، آیه ۱۸۷^۱ حال تصور شود مردی با زنی ازدواج نماید که دارای موهای زائد در پشت یا روی سینه باشد که بطور معمول امری غیرعادی و غیرطبیعی است و ناخوشایند برای زوج می باشد و زندگی زناشویی به وضعیتی در آید که ادامه ی زندگی را برای زوج با مشقت همراه کند و تحمل آن را دشوار سازد و ادامه زندگی مشترک برای زوج با زن امکان پذیر نباشد، تکلیف چه خواهد شد؟ این همان عسر و حرج است که با اهداف و فلسفه ازدواج که مبتنی بر آرامش و برخورداری از تمتعات مشروع جنسی است مغایرت دارد چه این بیماری قبل از دوران عقد حادث شده باشد یا در زندگی مشترک که با معیارها و فلسفه بیماری های مجوز فسخ نکاح مطابقت داشته و براساس سوره حج، آیه ۷۸^۲ دلالت بر نفی حرج در تمامی امور و شئون زندگی هست که به موجب آن تکلیفی که موجب مشقت و سختی برای مکلف باشد پذیرفته نیست این قاعده بر اساس کتاب، سنت و اجماع و عقل پذیرفته است. در حالتی که درمان صورت بگیرد و کراهت مرد نسبت به این امر

۱. «هن لباس لکم و انتم لباس لهن»

۲. «ما جعلَ عَلَیْکُمْ فی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ»

برداشته شود به جهت سالبه به انتفاع موضوع، حق فسخ ساقط می‌شود. اما در صورت تشویش خاطر و عدم آرامش روحی چون با ویژگی‌ها و معیارهای فسخ نکاح (مهلک و کشنده بودن و ضرر وزیان و ایجاد عسر و حرج) مطابقت می‌کند و می‌توان آن را از موجبات فسخ دانست.

نتیجه گیری

در نتیجه گیری پایانی این مقاله باید گفت اکثر فقهای متقدمین امامیه بر حصری بودن عیوب مجوز فسخ نکاح معتقد هستند. به تبعیت از آن‌ها حقوقدانان و فقهای متأخرین نیز حکم به عدم تسری عیوب بیماری‌های جدید و نوپدیدار مانند ایدز و هپاتیت و.... داده‌اند. این درحالی است که امروزه با ابتلا فرد به بیماری‌های نو ظهور مانند ایدز و هپاتیت.... موجب انقباض بیش از زوجه قرنا می‌شود. به نظر نگارنده با توجه به مهلک بودن بیماری‌ها و واگیر دار بودن آن و با تمسک به قاعده لاضرر ولا حرج اینگونه می‌توان عنوان کرد بیماری‌هایی که امروز هیچ راه درمانی برایشان وجود ندارد و قطعاً طرف مقابل فرد مبتلا به عسر و حرج خواهد افتاد به استناد به این قاعده می‌توان آن را تسری داده و از عیوب موجب فسخ نکاح دانست. نتیجتاً این عیوب جنبه حصری ندارند بلکه از باب تمثیلی بودن باید بدان نگریسته شود. در برخی از بیماری‌ها مانند بیماری هیرسوتیسم در زنان به لحاظ این که خلاف مقتضیات آفرینش می‌باشد و با اهداف ازدواج که بر خورداری از آرامش و بهره‌مندی مشروع از تمتعات جنسی است در تضاد است در صورت تشویش و تکدر خاطر چنانچه ادامه زندگی زناشویی برای مرد غیرممکن شود و با ادامه زندگی، مرد در سختی و تنگنا قرار گیرد از مصادیق عسر و حرج محسوب و مرد به جهت کراهت و تنفر و انزجار حق فسخ را خواهد داشت. در غیر اینصورت اگر توسط لیزر درمانی و یا مصرف دارو این بیماری مرتفع شود و نیز آرامش روانی مرد فراهم گردد حق فسخ نیز ساقط می‌شود. البته در حال حاضر ماده‌ی قانونی از باب تمثیلی بودن عیوب وجود ندارد و نیازمند این است که قانونگذار ما در این باره بازنگری انجام دهد و بر طبق ماده ۱۰۴۰ ق.م.ا ارائه گواهی سلامت قبل از عقد برای بیماری‌های مسری و خطرناکی همچون ایدز و هپاتیت را برای زوجین الزامی دانسته و آن را در دستور کار خود قرار دهد. حال چنانچه بیماری‌های منصوصه قبل از اعمال حق فسخ درمان شود در این صورت تکلیف چیست؟ در صورت درمان قطعاً حق فسخ ساقط خواهد شد به دلیل آن که بر اساس روایات از معصومین (ع) و نظر فقها در صورت تاثیر درمان حق فسخ منتفی است. چنان که در حکم بیماری عنن آمده است که در آن به مرد یک سال مهلت داده می‌شود که اقدام به معالجه کند. علت رای فقها در مورد عنن امکان درمان شدن عیب عنن در آن حیطه زمانی بوده است و در این

صورت عنن موضوعیت خودش را از دست خواهد داد. در مورد قرن هم همین مصداق وجود دارد و در صورت درمان کامل به حالتی که هیچ اثری از آن باقی نمانده باشد به طور حتم درمان باعث اسقاط حق فسخ خواهد شد چون با معالجه بیماری‌های (قرن، افشاء) منشاء ضرر هم از بین خواهد رفت و زیانی متوجه زوجین نخواهد بود. بنابراین با از بین رفتن موضوع، حکم آن هم تغییر پیدا خواهد کرد. اما چنانچه هریک از زوجین در مورد عیوب درصدد پنهان کردن آن برآید.

پیشنهادهات

- ۱- پیشنهاد می‌گردد به عنوان ماده جدید یا تبصره ماده ۱۱۲۳ الحاق گردد که چنانچه عیوب مندرج در قانون قابل درمان باشد حق فسخ زوج یا زوجه اسقاط می‌شود.
- ۲- باید راهکاری برای آگاهی بخشی زنان در جامعه در خصوص ماده ۱۱۲۸ ق.م. صورت گیرد. بر طبق مطالعات صورت گرفته مشخص شده که اغلب مردان و زنان از وجود این ماده بی‌خبر هستند و برای مطالبه حق و حقوق خود به ماده ۱۱۳۰ ق.م. که گفته در صورتی طلاق را جایز می‌داند که طرفین عسر و حرج را در مورد پایداری زندگی زناشویی به اثبات رسانده باشند و غالباً این امری است دشوار.
- ۴- بنابراین توصیه می‌شود در بازنگری از قانون کارگروهی از متخصصین توانمند از سایر رشته‌ها در ارتباط با موضوع (ماده عیوب مجوز فسخ نکاح) اعم از پزشکان متخصص، حقوقدانان، فقها، وکلا، و قضات و کسانی که به صورت تئوری و عملی با این موضوع سر و کار دارند بهره جست تا بتوانند دیدگاه‌ها و نظرات خویش را در پیرامون بیماری‌های نوظهور مهلک و عدم درمان آن ارائه تا راهگشای چالش‌های حقوقی جامعه باشند و نیاز حقوقی جامعه را برآورده سازند.

منابع و مآخذ

قرآن کریم و بعد.....

الف) منابع فارسی

- احدی، نوید و ایزدی، مهدی، ۱۳۷۹، (نکات برتر در بیماریهای عفونی)، تهران، پروانه دانش
- ادیبانی، سید مسلم، بازپژوهی در عیوب مجوز فسخ نکاح، شماره اول، بهار و تابستان، ۱۳۹۷.
- امام خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، ۱۳۸۸ ه.ش، ج ۳، انتشارات اسلامی وابسته مدرسین حوزه عملیه قم
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، ۱۴۲۵ ق، دار القلم، ۷۱۷۲ ه.ق، چاپ اول.
- سکوتی نسیمی، رضا، نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، تاثیر تدلیس در نکاح و آثار آن، ۱۳۹۴، ش ۱۱۰
- شوبرلین، دبور، ۱۳۸۴، پیشگیری از ایدز و بیماریهای مقاربتی، ترجمه فریبا سبزواری، تهران، نشر موزون
- صفایی، سید حسین و قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، پیشین ص ۲۵۳
- صفایی، سید حسین و قاسم زاده، سید مرتضی، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰
- علویان، مؤید، راهنمای جامع بیماریهای کبد و هیاتیت ایران، تهران، انتشارات نور دانش. ۱۳۸۱
- فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶ق، ج ۷، کشف الثام والابهام عن قواعد الاحکام، قم، انتشارات اسلامی
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، ۱۳۹۵، موسسه چاپ و نشر دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قرار دادها، انتشارات شرکت انتشار، چاپ چهارم ۱۳۷۶، جلد ۲ صفحه ۲ ج ۲ ص ۳۷
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات شرکت انتشار، ج ۲، چاپ چهارم ۱۳۷۶
- محسنی، محمد آصف، الفقه ومسائل طبیه، بوستان کتاب، چاپ اول، قم

- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۴، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران

(ب) مقالات

- مکارم شیرازی، ناصر، النکاح، ۱۳۸۱-۱۳۸۰، ج ۵، مدرسه الامام علی ابن ابی طالب، قم
- موسوی هاشمی، سید حسن، جزوه حقوق مدنی ۶
- نجفی، محمدحسن، جواهر کلام فی شرح شرایع الإسلام، ج ۲۲، پیشین، بیروت، دارالحیاء التراث العربی الطبع السابغه
- نوری طبرسی، میرزا حسین (محدث نوری)، مستدرک الوسائل، ۱۴۰۸ه.ق، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم ج ۱۵

(ب) منابع عربی

- ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز، المذهب، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به مدرسین حوزه علمیه قم. ۱۴۰۶ه.ق
- ابن رشد، محمد ابن احمد، مقدمات ابن رشد، مکتب المثنی، بغداد، بی تا
- البهوتی، منصور بن یونس بن ادريس، الروض المربع شرح زاد المستقنع، بی جا: دارالمؤید، بی تا.
- جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۸، مکتب اسلامی، قم
- حر عاملی، محمد ابن الحسن، کتاب نکاح، ج ۲۱، باب ۲ از ابواب عیوب تدلیس
- الشهید الثانی، زین الدین بن علی العاملی: الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، ۱۳۸۶ق
- الشهید الثانی، زین الدین بن علی العاملی، تمهید القواعد،
- طوسی، محمد ابن حسن، الخلاف فی الأحکام، ۱۴۱۱ ق، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- طوسی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷، المبسوط فی الفقه الامامیه، ج ۴، المکتب المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران
- العمرانی الشافعی الیمنی، ابوالخیر بن سالم، البیان فی مذهب الامام الشافعی، ۱۴۲۱ ق، ص ۲۸۰-۲۸۲، ج ۹، بیروت: دار المنهاج، ۱۴۲۱ق
- فؤاد جاد الکریم محمد و عبدالصبور خلف الله محمد، حق الزوجین فی طلب التفريق بینهما بالعیوب فی الشریعة الاسلامیه و قانون الاحوال الشخصیه، القاهرة: مکتبه مدبولی، بی تا)