

احکام فقهی فسخ نکاح با امراض مسری

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۴/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۹/۱۸)

مریم محمد زاده

چکیده

هدف از مقاله حاضر بررسی تأثیر بیماری‌های مسری و خطرناک بر حقوق خانواده می‌باشد. در همین راستا در سؤالی که مطرح شده است این است تأثیر بیماری مسری و خطرناک بر حقوق خانواده به چه صورتی می‌باشد. از آنجایی که حقوق خانواده منحصر به یک حق نیست لذا با توجه به نوع بیماری نیز متفاوت می‌باشد. حقوقی که در این پژوهش بررسی شد عبارت‌اند از: تأثیر بیماری مسری بر حق مقاربت، در فرض ابتلا (زوج یا زوجه) فرد سالم می‌تواند از مقاربت با فرد مبتلا امتناع ورزد و چنانچه امتناع کننده زوجه باشد، حق دریافت نفقه را نیز خواهد داشت. در خصوص بارداری در نظر گرفتن شقوق مختلف حکم که عدم جواز بارداری صادر گردیده و در صورتی که زوجه باردار شده باشد تنها در صورتی که جان مادر به مخاطره یفتد و قبل از نفخ روح جایز است و در صورتی که جان مادر و جنین هر دو در خطر باشد و تنها راه نجات حال مادر با سقط جنین حاصل شود جواز سقط جنین صادر می‌گردد. و اما سقط جنین به خاطر جلوگیری از ایجاد کودکی بیمار ه قبل از نفخ روح و چه بعد از آن جایز نمی‌باشد. در خصوص شیردهی با توجه به امکان تسری بیماری از مادر به کودک، مادر حق رضا را از دست می‌دهد و همچنین در مورد حق حضانت نیز می‌گوییم اگر بیماری از نوع بیماری‌هایی باشد که از فرد حاضن به کودک منتقل می‌شود حق حضانت از فرد مبتلا سلب و به دیگری واگذار می‌گردد. و چنانچه هر دو مبتلا به بیماری مسری شوند حضانتشان ساقط می‌گردد و حضانت کودک به سایر اقارب خواهد رسید. در خصوص فسخ نکاح، فقها اعتقاد دارند که تنها در خصوص بیماری‌های منصوص جواز فسخ نکاح صادر می‌گردد و امکان تسری به بیماری‌های نوظهور و مسری و خطرناک وجود ندارد.

واژگان کلیدی: فسخ نکاح، طلاق، امراض مسری، طلاق خلع، طلاق بائن و رجعی

مقدمه

در اسلام و در احکام مربوط به خانواده که به آن دستور می‌دهد همگی سعی بر حفظ کیان خانواده و حتی‌المقدور جلوگیری از فروپاشی این کانون دارد، در نکاح اصل بر دوام است و به‌طرفین تأکید اکید بر حفظ و بقای آن شده است. اما در پارهای از موارد بروز برخی از موانع و مشکلات باعث می‌شود که زن و مرد نتوانند در کنار هم با صلح و صفا و آرامش زندگی را ادامه دهند. زندگی که بر اساس تعاون و شراکت تشکیل شده است در نیمه‌راه با بروز موانعی متوقف و ادامه زندگی برای هر یک موجب محرومیت از حقوق و متضرر شدن دیگری می‌شود. بنابراین در این موارد شرع به زن و یا مرد اجازه داده که علیرغم تلاش برای بقای این زندگی، با رعایت تقوا از یکدیگر جدا شوند. یکی از اسبابی که به زن و یا مرد اجازه فسخ و جدایی را می‌دهد بروز برخی از بیماری‌های مسری و صعب‌العلاج و یا عیوب خاص در یکی از آنهاست. قانون مدنی ایران در مواد ۱۱۱۲ تا ۱۱۲۳ به‌صراحت اعلام می‌دارد که با بروز برخی از بیماری‌ها که نام‌برده است و ابتلا هر یک از زوجین به آن‌ها به دیگری حق فسخ نکاح را می‌دهد. برخی عیوب مشترک و برخی دیگر مختص زن یا مرد است. منظور از عیوب مشترک عیوبی است که هرگاه در هر یک از طرفین عقد پیدا شود، سبب ایجاد حق فسخ برای طرف مقابل خواهد بود. قانون مدنی به پیروی از نظریه مشهور فقها امامیه تنها بیماری جنون را به‌عنوان عیب مشترک زوجین شناسایی کرده و تحقق آن در هر یک از زوجین سبب حق فسخ برای طرف مقابل دانسته است (ماده ۱۱۱۲ قانون مدنی) هرچند که احکام جنون مربوط به زن یا مرد نیز با یکدیگر متفاوت‌اند و البته در این مورد قانون‌گذار به‌حق از زنان حمایت بیشتری کرده است و در مقابل محرومیت زن از حق طلاق امتیاز بیشتری در برخورداری از حق فسخ نکاح به وی اعطا کرده است. زیرا زن در صورت ابتلا مرد به جنون حتی اگر بعد از عقد هم حادث شود از حق فسخ نکاح برخوردار است و می‌تواند تقاضای فسخ نکاح نماید. (ماده ۱۱۲۴ و ۱۱۲۵ قانون مدنی) بنابراین هرچند در نظام حقوقی ما برای تحقق نکاح قصد و رضای طرفین در قالب الفاظ صریح کافی است. (ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید») و احتیاج به تشریفات دیگری نیست. اما در مقام انحلال نکاح از یک‌سو اختیار طلاق در دست مرد است و از سوی دیگر امکان فسخ نکاح از جانب زوج به نحو بهتر و بارزتری تأمین شده است. باین‌وجود درباره‌ی تعداد عیوب و این که آیا عیوبی که در باب نکاح مطرح

می‌شوند حصری است یا تمثیلی؟ اختلاف نظر بسیار است به‌ویژه آن‌که امروزه بیماری‌های تازه‌ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بود. بنابراین به لحاظ عدم تساوی زوجین در مورد استناد به عیوب مجوز فسخ نکاح عده‌ای از نویسندگان بر آن‌اند که مقررات موجود نارساست و اندیشه اصلاح مقررات فعلی را در قانون‌گذاری‌های آینده در قالب گسترش دامنه‌ی عیوب مشترک مجوز فسخ نکاح می‌پروانند و از آنجا که مقررات مذکور در قانون مدنی عیناً از فقه پربرار شیعه اقتباس گردیده، بررسی قابلیت طرح و توسعه مسئله در نظام حقوقی ما بدو مستلزم کنکاش سوابق فقهی موضوع است. آنچه محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماری‌های جدید مانند HIV (ایدز)، هپاتیت و غیره است. به‌طوری که زوج یا زوجه بتواند در صورت وجود آن بیماری از طریق فسخ نکاح، خود را از قیدوبند عقد نکاح برهاند. پیش از وارد شدن بر بحث بیماری‌های مسری و انواع آن و تأثیرات آن بر حقوق خانواده لازم به ذکر است که دایره شمول این مقال، به مبحث بعد از ازدواج و نکاح تعلق دارد. یعنی نکاح صورت پذیرفته آنگاه یکی از زوجین به بیماری‌های مسری و خطرناکی که قابلیت درمان ندارد، مبتلا گشته با این اوصاف تکلیف حقوق طرفین با در نظر گرفتن جنبه‌های مادی و معنوی چیست، حقوقی اعم از حکم مقاربت و نفقه، حکم بارداری و سقط جنین، حکم فسخ نکاح و حکم حضانت و شیردهی در مبتلایان به بیماری‌های مسری، در این نوشتار به تفصیل درباره حکم هر یک از این مسائل سخن به میان خواهد آمد. با در نظر گرفتن مقدمه فوق می‌گوییم که علم پزشکی مانند سایر علوم مشتمل بر موضوعاتی است که حکم شرعی آن‌ها در فقه قابل بررسی و مذاقه باشد به‌طوری که بیماری و سلامت افراد بر روی عبادات و معاملات آن‌ها تأثیر می‌گذارد. دین اسلام هم همواره به جعل قوانینی پرداخته که متناسب با شرایط و موقعیت اشخاص می‌باشد. اهمیت بیماری و صحت و سلامت افراد و تأثیر آن بر مبحث خانواده، ما را بر آن داشت که به بررسی تأثیر این بیماری‌ها بر حقوق خانواده از منظر فقه و حقوق پردازیم. از میان تمام بیماری‌ها، بیماری‌های مسری و خطرناک بیشترین تأثیر را در ارتباطات اجتماعی افراد می‌گذارند، مخصوصاً در بحث خانواده، که تأثیر بسزایی در روابط طرفین دارد. در تعریف بیماری مسری باید گفت بیماری واگیر یا مسری بیماری است که بر اثر عوامل عفونی بیماری‌ها یا فرآورده‌های سمی آن به وجود آمده و بتواند به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم از شخصی به شخص دیگر، منتقل شود. (حلم سرشت و دلپیشه و مستأجران، ۱۳۸۲: ۱۰۳) همان‌طور که در تعریف فوق بیان شد. برخی از بیماری‌های مسری به‌طور مستقیم از انسانی به انسان دیگر منتقل می‌شود و برخی دیگر به‌طور

غیرمستقیم (مثلاً اشیاء آلوده، حشرات و ...) و برای ما در این نوشتار راه‌های انتقال بیماری مسری و خطرناک بسیار حائز اهمیت است. چون ممکن است شخص دچار بیماری مسری شود ولیکن انتقال آن به همسر و یا فرزندانش به‌ندرت اتفاق بیفتد که این بخش خارج از بحث ما می‌باشد. و نیز در بحث از بیماری‌هایی که به‌طور مستقیم از طریق انسان به انسان منتقل می‌شود تنها به بیماری‌هایی اشاره می‌گردد که تأثیر مستقیم در روابط خانوادگی دارد. در این مقاله از روش تحلیلی و توصیفی با رویکرد تطبیقی انجام شده است.

بخش اول: مفهوم شناسی

بند اول: بیماری

بیماری، فرآیند ناخوش مشخصی است که دارای علائم معینی بوده و ممکن است تمامی بدن یا جزئی از آن را فراگیرد. به تعبیر دیگر، بیماری حالتی است که در آن بدن یا اجزای آن از حال سلامت طبیعی به وجهی مشخص خارج می‌شود. (فرهنگ پزشکی دورلند، ۵۱۲) به تعبیر ابن‌سینا، بیماری حالتی است غیرطبیعی که در تن آدمی جای می‌گیرد و بدون شک، واکنش آسیبی است که از کنش اولیه غیرطبیعی سرچشمه می‌گیرد. (قانون در طب، ۷۶۱) بیماری در منابع فقهی و حقوق گاهی عیب و زمانی مرض نامیده شده است.

تعریف در لغت: عیب در لغت به معنای هر فزونی یا کاستی از خلقت اصلی است، مانند داشتن انگشت اضافی و یا نقصان انگشتان. (مجمع البحرین، ۱۹۲/۲) در فرهنگ‌نامه فرهنگ فارسی عمید بیماری را با عنوان رنجوری، ناخوشی، مرض تعریف شده است. (عمید، ۱۳۸۹) و همچنین خمینی بیماری را این‌گونه تعریف نموده: به ناهنجاری در بدن یا روان می‌گویند که به علت ناراحتی اختلال عملکرد یا تنش در بیمار و یا سایر افراد مرتبط با او ایجاد می‌گردد. (خمینی، ۱۴۲۲هـ ق) و دکتر ذرین آذر در تعریف بیماری می‌گویند انحراف بدن از اعمال طبیعی.

تعریف در اصطلاح: در اصطلاح نقصان چیزی از مرتبه صحت، عیب نامیده می‌شود. مرتبه صحت، حد وسط بین نقص و کمال است که بالاتر از آن حد وسط، کمال و پایین‌تر از آن، نقص نام دارد. صحت که حد وسط بین نقص و کمال است، مقتضای اصل ماهیت است. بنابراین، خروج یک موجود از

مقتضای خلقت اصلیه، عیب است. (کتاب النکاح، ۳۵۵/۵) مرض نیز در لغت از ریشه (م - ر - ض) و به معنای خروج انسان از حد صحت است؛ بدین معنا که مرض، علت خروج از سلامتی است. (معجم مقائیس اللغة، ۱۱۳/۵)

تعریف در فقه: در اصطلاح فقهی، مرض چیزی است که بر بدن عارض می‌شود و به وسیله آن بدن از اعتدال خود خارج می‌شود. (معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه، ۲۶۲/۳) در فقه و حقوق اسلامی، بیماری دارای احکام و مقررات ویژه‌ای است. شیخ طوسی بیماری را به "مخوف و" "غیرمخوف" تقسیم می‌کند (المبسوط، ۴۴/۴ - ۵۴)؛ وی همچنین بیماری را شامل "خفیف و" "شدید" می‌داند. (همان، ۵/۲) برخی نیز بیماری را به دو نوع "درمان‌پذیر و" "صعب‌العلاج" تقسیم نموده‌اند، (شرائعالاسلام ۲، ۲۰۷/۲) اما با توجه به واضح بودن در عرف و لغت، تعریفی از آن ارائه نشده است. (مصطلحات الفقه، ۴۸۲)

بند دوم: عوامل سرایت بیماری

بیماری‌های منتقله از طریق عواملی به‌غیراز عامل انسانی: برخی از بیماری‌های مسری از غیر انسان به انسان منتقل می‌شوند که ما این قسم از بیماری‌ها را به دودسته قابل انتقال در اثر عدم رعایت بهداشت و قابل انتقال از طریق حیوانات و حشرات تقسیم‌بندی کرده‌ایم و در هر قسمت با توجه به اینکه این دسته از بیماری‌ها از محل بحث ما خارج است، تنها بیماری‌ها را نام برده‌ایم.

بیماری‌های قابل انتقال در اثر عدم رعایت بهداشت: برخی از بیماری‌ها اغلب در نتیجه رعایت نکردن بهداشت و به خصوص از طریق خاک، مواد غذایی، آب آلوده یا از طریق مدفوعی - دهانی وارد بدن می‌شوند که مهم‌ترین این بیماری‌ها عبارت‌اند از: آسکاریازیس، (عزیزی و حاتمی و جان قربانی، ۱۳۹۱، ص ۵۴۳) آمیبیاز، (عزیزی و حاتمی و جانقربانی، ۱۳۹۱، ص ۵۳۴) بوتولیسم، (رئسی و دیگران، ۱۹۳۱: ۱۵) تریکوریازیس، (عزیزی، ۱۳۹۱، ص ۴۴۵) تنیازیس (کرم کدو)، (پارک و اورت پارک، ۱۳۸۹: ۲۶۰) توکسوپلاسموز، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۲۶۵) ژیادیوز، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۰۳۵) شیگلوز، (عزیزی، ۱۳۹۱، ص ۹۱۵) عفونت‌های سالمونلایی (تب تیفوئیدی یا حصه و عفونت‌های موضعی)، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۵۰۸) فاسیولیاژیس، (رئسی، ۱۳۹۱: ۲۰۱) فلج اطفال (پولیومیلیت)، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۷۴۸) کزاز، (پارک، ۱۳۹۱: ۲۷۱) کرم‌های قلابدار، (عزیزی، ۱۳۹۱:

۵۴۴) کرمک (اکسیور)، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۵۴۵) کرم گینه، (پارک، ۱۳۸۹: ۲۸۱) کیست هیداتید، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۴۴۵) وبا (کلرا)، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۵۸۵) هپاتیت های A و E. (عزیزی، ۱۳۹۱: ۲۵۸)

بیماری های قابل انتقال از طریق حیوانات و حشرات: گروهی دیگر از بیماری ها اغلب از طریق تماس با حیوانات آلوده یا گزش حشرات آلوده منتقل می شوند. این دسته از بیماری ها عبارت اند از: تب دنگی، (رئسی، ۱۳۹۱، ص ۷۴) تب راجعه، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۱۵) تب زرد، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۵۷) تب کریمه کنگو، (عزیزی، ۱۳۹۱: ۱۶) تب کیو، (یاوری و دیگران، ۱۳۹۲، ج ۱: ۲۵۷) تب مالت، (رئسی، ۱۳۹۱: ۳۵۱) تولارمی (تب خرگوشی)، (رئسی، ۱۳۹۱: ۹۶) تیفوس، (فولادبند، ۱۳۹۱، ج ۲: ۶۶) سیاه زخم، (فولادبند، ۱۳۹۱، ج ۲: ۳۰) لپتوسپیروز (تب کانیکولا یا تب شالیزار)، (رئسی، ۱۳۹۱، ص ۷۰۲) لیشمانیوز احشایی (کالا آزار)، (رئسی، ۱۳۹۱: ۱۱۲) لیشمانیوز جلدی (سالک)، (رئسی، ۱۳۹۱: ۲۱۱) مالاریا (عزیزی، ۱۳۹۱: ۲۴۶) و هاری. (پارک، ۱۳۸۹: ۲۱۲)

بیماری های منتقله از طریق بیماری انسانی به انسان دیگر: مهم ترین بحث ما در این بخش، بیماری هایی است که اغلب از طریق انسان به انسان منتقل می شوند که ما در این قسمت با توجه به اینکه میزان خطر و تأثیر این دسته از بیماری ها متفاوت است، ضمن دو گفتار این بیماری ها را به کم خطر و پرخطر (خطرناک) تقسیم می کنیم. و بیماری های خطرناک را مورد بررسی قراردادده و به بیان تعریف، راه های انتقال، میزان خطر و قابلیت درمان هر یک از آنها می پردازیم.

بخش دوم: حکم فسخ نکاح مبتلایان به بیماری های مسری

در این بخش به بررسی این مسئله می پردازیم که اگر یکی از طرفین عقد نکاح مبتلا به بیماری مسری باشد، برای فرد سالم امکان فسخ کردن عقد نکاح وجود دارد یا خیر؟ اگر امکان آن وجود دارد، فرد سالم با استناد به عیب می تواند عقد نکاح را فسخ کند یا با استناد به تدلیس یا تخلف از شرط، حکم مسئله در هر یک از این موارد به چه شکل است؟ برای یافتن پاسخ این پرسش ها ابتدا در گفتار اول فسخ نکاح با استناد به وجود عیب را مورد بحث قراردادده و سپس در گفتار دوم حکم فسخ نکاح با استناد به تدلیس و تخلف از شرط را بررسی می کنیم. لازم به ذکر است که بیماری هایی که در این مبحث دارای اهمیت بیشتری می باشند عبارت اند از: ایدز، سل، هپاتیت B، سیفلیس، سوزاک، کلامیدیا، زگیل تناسلی و...

بند اول: تعریف فسخ

فسخ در لغت: فیروزآبادی آورده است فسخ به معنای ضعف، افکندن، فاسد کردن رأی و گسستن و جدایی انداختن و کم عقل و سست بدن است. فیومی گفته: فسخ کردم بیع را و امر را نقض کردم و به صورت لازم و متعدی استعمال می شود. فیومی (۱۸۰) (فسخ البیع و الامر نقضتها و يستعمل لازماً و متعدیاً) و ابن فارس گفته: افسخت الشی نیستها (فراموش کردم چیز را) و تفسخ الشی نقضها (نقض کرد آ) (مجلد اللغة، ۸۶۵) همان طور که از بیان لغویان بر می آید فسخ عبارت از جدایی افتادن بین دو شیء است که بین آن دو اتصال برقرار بوده و این مطلب در مورد نکاح هم که علقه بین دو نفر است به خوبی صدق می کند. فسخ گویی رشته پیوند بین زن و مرد را پاره می کند و بین آن دو جدایی می اندازد و در مورد بیع نیز این گونه است یعنی تبانی و توافق مشتری و بایع را بر هم میزند و عقد آن دو را بی اثر می کند اما فسخ در مورد اتصال و جدایی بین دو چیز نیست بلکه در مورد یک چیز نیز صادق است تصمیم انسان یک چیز است اما از بین رفتن آن فسخ است فرمایش امیرالمؤمنین علی (ع) نیز مؤید همین نکته است. خدا را به گسستن تصمیم ها شناختم. (سید رضی، نهج البلاغه، ۵۱۱) (عرفت الله بفسخ العزائم) در این سخن مولا بر هم خوردن تصمیم ها فسخ عزائم است. تهانوی می نویسد: فسخ در لغت همان نقض و تفریق است، و شرعاً عبارت است از: برداشتن عقد بدون افزودن در آن و کم کردن بر آن وصفی که بوده. (کشاف، اصطلاحات الفنون، ۱۲۷۳/۲) ("رفع العقد علی وصف کان قبله بلازیاده و نقصان") زیرا اگر چیزی بر عقد سابق افزوده و یا از آن کم شود فسخ نخواهد بود بنابراین ضرورتی ندارد که فسخ حتماً بین دو طرف باشد مثل باب نکاح بلکه فسخ در موردی که یک طرف دارد نیز صادق است.

فسخ در اصطلاح: فقیهان نیز در کتاب های فقه فسخ را بدین گونه تعریف کرده اند و فرموده اند فسخ در اصطلاح فقهی بر هم زدن عقد و رفع به همان وضعی است که قبل از فسخ بوده یعنی بر هم زدن عقد بدون کم و کاست. (معارف و معاریف، ۵۴/۸ و مناهج المتقین، ۹۶۳)

بند دوم: طلاق

طلاق در لغت: طلاق در لغت به معنای گشودن رها کردن و از بند آزاد شدن است (سیاح، ۱۳۸۲، هـ ش، ج ۲: ۶۶۹) در اصطلاح حقوقی عبارت است از "ازاله قید نکاح با رعایت شرایط خاص".

(جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲۵۳) برخلاف نکاح که عقد است و با ایجاب زوجه و قبول زوج محقق می‌گردد طلاق نوعی ایقاع است که به صرف قصد انشا و رضای یک طرف (زوج) دارای اثر حقوقی می‌گردد. (فقه‌های امامیه بر این موضوع اجماع دارند که حق طلاق با مرد است و مستند نظر خود را دو چیز قرارداده‌اند؛ حدیث نبوی «الطلاق بيد من اخذ بالساق» قول خداوند تعالی در آیات مختلف از جمله آیه یک سوره طلاق که طلاق را به مرد نسبت داده است.)

طلاق در اصطلاح: طلاق در اصطلاح، این چنین تعریف شده است «و شرعاً از ازاله قید النکاح به صیغه طالق و شبه‌ها» ترجمه طلاق عبارت‌اند از: زایل کردن قید ازدواج با لفظ مخصوص. طلاق، انحلال عقد نکاح دائم است. با توجه به این نکته لازم است که طلاق «ایقاع» می‌باشد و آن عبارت است از لفظی که بر انشاء مخصوص از سوی طرف واحد دلالت دارد. به عبارت دیگر، عقد نیازمند ایجاب و قبول است و ایقاع نیازی به قبول ندارد. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۳: ۲) در اصطلاح حقوقی طلاق عبارت است از جدا شدن زن از مرد، به سبب انحلال نکاح دائم، با شرایط و تشریفات خاص از جانب مرد یا نماینده قانونی او، که با حکم دادگاه انجام می‌شود. در اصطلاح حقوقی، طلاق این گونه تفسیر شده است. «طلاق، ایقاعی است که به موجب آن، مرد به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که به طور دائم در قید زناشویی اوست، رها می‌سازد» (نصوحی، ۱۳۹۰، قابل مشاهده در (gostar.com/main/t) قبل از بیان دلایل فسخ نکاح در بیماری مناسب دارد که فرق فسخ با طلاق را تذکر دهیم چه این که طلاق نیز بر هم زدن علقه نکاح است و ممکن است که فسخ را به گونه‌ای تصور کنیم که آثار طلاق را داشته باشد اما شرایط طلاق را نداشته باشد حقیقت مطلب آن است که فسخ غیر از طلاق است و فقها بین فسخ و طلاق فرقه‌هایی می‌گذارند.

بند سوم: فرق‌های طلاق با فسخ

فسخ از عدد طلاق چیزی کم نمی‌کند، اما اگر طلاق واقع شد از عدد ۳ طلاق کم می‌شود بنابراین با دو بار طلاق دیگر حرمت پیدا می‌شود. مراد از این مطلب این است که اگر کسی زنش را سه بار طلاق دهد و بعد از هر طلاق رجوع کند پس از انجام سه طلاق زن بر مرد حرام می‌شود و برای حلال شدن زن بر مرد قانون تحلیل باید اعمال شود و اگر کسی زنش را دو بار طلاق دهد و آنگاه رجوع کند و بعد فسخ نماید و یا اولین بار نکاح را فسخ کند و دوباره زن را با عقد جدید به نکاح

خود در آورد این فسخ طلاق محسوب نمی شود و زن بر مرد حرام نمی شود. این یکی از مهم ترین نکته های امتیاز بین طلاق و فسخ است. (مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ۴۲۰، امام خمینی شرح تحریرالوسله، ۳/ ۵۹۱) طلاق را باید شوهر اعمال کند و این قانون بر اساس احادیث بسیاری است که از پیامبر اسلام (ص) و خاندان عصمت و طهارت (ع) رسیده و حدیث معروف و مشهور نبوی که فرمود: "طلاق به دست کسی است که ساق را می گیرد (طلاق در دست مرد است) یکی از قواعد مهم فقه می باشد" (نوری طبرسی، ۱۴۰۷ هـ ق، ۳۰۶/۱۵، کشف الخفاء، ۵۲/۲) (الطلاق بید من اخذ بالساق) درحالی که طلاق فقط به دست شوهر صادر یا لغو می شود فسخ دامنه ای وسیع دارد و چنان که شوهر می تواند علقه زوجیت را بگسلد زن نیز می تواند علقه زوجیت و نکاح را بر هم زند. اشتراک زن و مرد در بر هم زدن زندگی و فرار از آن باعث امتیاز بین طلاق و فسخ می شود. طلاق زمانی درست است که زن دارای شرایط خاصی باشد به بیان واضح تر فقیهان برای وقوع طلاق شرایطی را ذکر کرده اند. محقق حلی (۲۰۶- ۶۷۶ هـ ق) که از فقهای نامور امامیه در قرن هفتم هجری است در کتاب شرایع الاسلام که از مهم ترین متون فقهی و مورد توجه خاص و عام است برای مطلق و مطلقه یعنی زن و مرد شرایطی را ذکر کرده است. مرد مطلق باید شروط چهارگانه ای را داشته باشد: (الف) بلوغ، (ب) عقل، (ج) اختیار، (د) قصد و زن طلاق داده شده نیز باید دارای شروطی باشد:

(الف) زوجه باشد، (ب) عقد دائم باشد، (ج) طهارت از حیض و نفاس داشته باشد، (د) استبراء شده باشد یعنی زن را در طهری که واقعه در آن صورت گرفته طلاق نداده باشد، (ه) مطلقه مشخص باشد. (محقق حلی، ۱۳۸۹ هـ ق، ۱۷/۳ ف مغنیه، ۱۴۲۱ هـ ق: ۴۰۹ تا ۱۱۴، ترجمه تحریرالوسیله ۵۷۸/۳) همچنین فقها در کتاب طلاق ذکر نموده اند که طلاق باید به صیغه خاصی انجام شود و هر لفظی مدلولش طلاق نیست و حضور شهود نیز در طلاق شرط است و باید طلاق نزد دو شاهد عادل انجام شود و این خلاصه آن چیزی است که فقها در کتاب های نکاح و طلاق در مورد شرایط طلاق ذکر کرده اند اما فسخ چنین شرایطی را ندارد و فقها این شرایط را برای آن ذکر نکرده اند. فقها برای طلاق آثاری نیز ذکر کرده اند. پیامدهای طلاق برگرفته از احادیث بسیارند ولی یکی از مهم ترین آن ها این مورد است که مرد در طلاق عدی یعنی ایام عده حق رجوع دارد و می تواند آنچه را بر هم زده دیگر بار آراسته نماید و بر بادرفته را دوباره باز آورد ولی در باب فسخ این حق برای زن و مرد وجود ندارد و اگر کسی اقدام به فسخ نموده و راه خود را از دیگری جدا کرد

بازگشتی وجود ندارد مگر با نکاح جدید و مهری جدید و سازمان‌دهی جدید. این مطلب ناگفته نماند که اگرچه در هر طلاق اصلی رجوع وجود ندارد ولی آنچه موردنظر ماست این است که در کتاب طلاق این مطلب ولو به صورت موجه جزئی وجود دارد ولی در باب فسخ اصلاً چنین مطلب و موضوعی وجود ندارد. فسخ موجبات ویژه خود را دارد و طلاق اسباب خاص خود را و هر کدام از یک باب نشأت می‌گیرند و به سویی می‌روند برص و جذام از اسباب فسخ هستند درحالی که در طلاق می‌تواند به واسطه هر امری که ناخشنودی مرد از زن را فراهم کند باعث جدایی آن دو شود. اسباب فسخ محدود است ولی نمی‌توان برای طلاق سبب‌های خاصی را ذکر نمود. (وفادار: ۱۴۹-۱۵۰) وقوع طلاق از نظر زمان سبب تغییر در استحقاق مهر می‌شود و از این رو فقیهان بر اساس روایات فرموده‌اند اگر مرد زن را قبل از دخول طلاق دهد زن نصف مهر را مستحق است اما فسخ این گونه نیست. هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ عن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است. (منهاج المتقین ص ۳۶۹، کشاف اصطلاحات الفتنون: ۱۲۷۳؛ الروضه البهیة، ۵/ص ۳۹۲) (حیث یثبت العیب و یحمل الفسخ (لامهر) للزوجه ان کان الفسخ قبل الدخول فی جمیع العیوب الا فی العنه قنصفه) علی الاصح القولین. . . (و ان کان الفسخ بعد الدخول فالمرسمی لاستقراره به و یرجع المدلس ان کان و الا فلا رجوع) در ضمن می‌توان از عبارات فقیهان فرق‌های دیگری نیز بین طلاق و فسخ به دست آورد اگرچه آن‌ها را فرق ننمیده‌اند. فقیهان فرموده‌اند: نزد شیعه امامیه خیار عیب فوری است. بنابراین اگر کسی که اختیار و علم به فسخ دارد و شرایط و مقدمات و مؤخرات آن را به خوبی می‌داند. خیار خویش را اعمال نکند خیار او باطل می‌شود و در این مورد هم فرقی بین زن و مرد وجود ندارد. بلی اگر نسبت به اصل خیار علم نداشته و یا به فوریت اعمال آن جاهل بوده. فقیهان این مطلب را عذر شمرده‌اند و او می‌تواند پس از آن که علم پیدا کرد خیار را اعمال کند. همچنین اگر آن را فراموش کند یا مجبور به عدم اعمال شود خیار به حال خود باقی است. (شهید ثانی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ۳۹۲/۵، نجفی ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۳۰: ۳۴۳) این مطلب در حالی است که طلاق فوریت ندارد و شوهر در هر زمانی می‌تواند اعمال طلاق کند و تأخیر موجب از بین رفتن اصل آن نمی‌شود اما فوریت فسخ را تمام فقهای شیعه پذیرفته‌اند و کسی در اصل این حکم اختلاف ندارد و شاید از امور اجماعی است.

بخش سوم: ادله جواز فسخ نکاح در بیماری‌های مسری و خطرناک (ادله جواز فسخ نکاح در بیماری‌های صعب‌العلاج از دیدگاه فقیهان)

اکنون پس از تعریف واژه‌ها و اصطلاحات و بیان فرق‌های طلاق و با فسخ به بیان اصل مطلب می‌پردازیم:

یکی از راه‌های مهم سرایت بیماری‌های مسری ارتباط جنسی و انتقال از مادر به جنین است با توجه به این نکته که از اهداف مهم زندگی زناشویی مقاربت جنسی و توالد و تناسل می‌باشد. حال هرگاه یکی از زوجین قبل از نکاح یا بعد از آن دچار این بیماری‌ها شود آیا می‌توان حکم به بقا و ادامه زندگی فرد سالم با مریض داد هرچند زندگی طاقت‌فرسا و همراه با ضرر و زیان برای فرد سلام باشد یا اینکه احکام شرعی راهی را برای رهایی از این حرج و سختی قراردادده است. در این مختصر به‌طور اجمالی به دلایل عده‌ای از فقها در مورد فسخ نکاح در بیماری‌های لاعلاج و مسری چون ایدز می‌پردازیم.

دلیل اول: قاعده لاضرر: این قاعده اصل و قانونی است که فقیهان درباره فسخ نکاح در مواردی که نص صریح وجود ندارد به آن استناد کرده‌اند. پیامبر (ص) فرمود: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام: مضمون این قاعده آن است که: ما در اسلام حکم ضرری نداریم و خداوند در لوح محفوظ چنین چیزی را تشریع نفرموده است در این جهت فرقی نیست که حکم ضرری یک حکم تکلیفی باشد یا وضعی. مثلاً نکاح از جمله عقود لازمه است و به دنبال تحقق عقد نکاح بر هر کدام از طرفین به حکم آیه (اوفوا بالعقود) واجب و لازم است که به عقد خویش وفادار بوده و آن را نقض نکنند. حال دو نفر باهم تقد نکاح بستند و یکی از آن دو فریب‌خورده مثلاً یکی از طرفین عیب خود را مخفی داشته اگر بگویم عقد لازم است و هیچ‌کدام از طرفین حق ندارند آن را فسخ نمایند لازم می‌آید شخص فریب‌خورده مضطر شود و به حکم قانون "لا ضرر" در اسلام لزوم و وجوب وفای ضرر تشریع نشده و لذا وی حق خیار فسخ دارد و می‌تواند با اعمال آن جلوی ضررش را بگیرد. (محمدی، علی، شرح رسائل، ج ۴: ۳۹۳) شهید ثانی (۱۱۹- ۶۵۹هـ ق) در مورد حق فسخ بر آن پندار که یکی از دو طرف مبتلا به مرض جذام است فرموده:

عیب‌هایی که باعث فسخ نکاح می‌شود پنج تا است از آن جمله جذام است زیرا سبب ضرر می‌شود که پیامبر (ص) آن را نفی فرموده چون جذام از مرض‌های واگیردار است و از سوی رسول خدا (ص) ۹ روایت شده از مجذوم بگریز چنانچه از شیر درنده می‌گریزی. (شهید ثانی ۱۴۱۲ هـ ق، ج ۵: ۳۸۳ و ج ۸: ۱۱۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۳: ۳۶۳؛ ۵۲۰؛ حر عاملی ۱۴۰۹ هـ ق، ج ۱۱: ۲۷۳) بعضی دیگر از فقیهان نیز مانند این عبارت و استدلال را آورده‌اند و بر تعمیم فسخ در مسائل موردنظر خود استناد کرده‌اند. از عبارت‌های فقیهان برمی‌آید که قاعده «لا ضرر» در این باب سریان دارد و می‌توان آن را جاری کرد بنابراین اگر یکی از دو طرف عقد مبتلا به مرض واگیردار (ایدز و سیفلیس و...) بوده استفاده می‌شود که نباید با یکدیگر ازدواج کنند اگرچه صاحب ریاض بر شهید خرده گرفته و فرموده: لازمه این سخن حکم فسخ در هر مرض مسری است. (طباطبائی، ۱۳۸۹ هـ ق، ج ۲: ۳۳۱)

دلیل دوم: به‌عنوان پایه و اساس رهایی از این ماجرا می‌توان تدلیس را ذکر کرد فقیهان نیز موضوع تدلیس را در بسیاری از موارد ذکر کرده و آن را دلیل فسخ دانسته‌اند.

دلیل سوم: یکی دیگر از دلایل خیار فسخ نکاح برای زن هنگام مبتلا بودن زوجه به بیماری مسری و خطرناک قاعده لا حرج می‌باشد در قرآن آیه ۸۷ سوره حج آمده است: «ما جعل علیکم فی الدین من حرج؛ خداوند در دین هیچ گونه سختی برای شما قرار نداده است». این آیه شریفه دلالت واضحه بر این امر دارد که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریع نکرده و از ناحیه هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت لازم آید به دستور این آیات شریفه این حکم منتفی و از صحنه تشریع مرفوع است. در سنت هم روایات متعددی است که دلالت بر عدم جعل و تشریع حکم حرجی دارد. برخی از این روایات عبارت‌اند از:

صحیح بزنطی: ان اباجعفر (ع) کان یقول: «ان الخوارج ضیقوا علی انفسهم بجاله و ان الدین اوسع من ذلک» امام باقر (ع) فرمود: (خوارج به دلیل نادانی بر خود سخت گرفتند درحالی که دین وسیع‌تر از آن است) (شیخ صدوق، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۱/ ۲۵۸؛ شیخ طوسی، ۷۰۴۱ هـ ق، ج ۲: ۳۶۸؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ ق، ج ۳: ۴۹۱؛ علامه مجلسی، ۱۴۱۳ هـ ق، ج ۲: ۲۸۱) و قوله علیه السلام «بعثنی الله بالحنفیه السهله السمحه» (پیامبر (ص) فرمود: خداوند مرا بر دین حنیف آسان مبعوث کرده است) (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵: ۴۹۴) و بنای عقلا هم قائم بر عدم تجویز تشریع احکام حرجیه در تمام ابعاد است و شارع مقدس

که خود رئیس عقلاست نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلایی بکند و اجماع امامیه بلکه علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام است. (آیت الله بجنوردی، ۱۳۷۱: ۵۴۱) درخصوص امراض خطرناک جدید و اثر آن‌ها بر حق فسخ نکاح مانند ایدز و جذام و برص به‌ویژه این که زن در طلاق اختیار ندارد چون به مقتضی ادله اولیه امر طلاق منحصرأ در دست زوج است. بنابراین مسئله فسخ نکاح برای زن اهمیت ویژه و بیشتری می‌یابد. (نوری طبرسی، ۱۴۰۷هـ. ق، ج ۵۱: ۶۰۳، "الطلاق بید من اخذ بالساق") بنابراین مانندن فرد سالم در کنار بیمار مبتلابه بیماری مسری و خطرناک عسر و حرج و مشقت غیرقابل تحمل و "تکلیف بما لا یطاق" است پس دادن حق جدایی به فرد سالم از واجب‌ترین واجبات و حمایت از او و خانواده و اجتماع می‌باشد. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ امراض مسری صعب‌العلاج را مجوز طلاق دانسته بود ولی در قوانین جدید مصادیق عسر و حرج را مشخص نکرده و فقط ذکر عنوان کرده است و تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ ق. م مصوب ۱۳۸۱ پنج مورد عسر و حرج را به‌عنوان مثال ذکر می‌کند. در این ماده چنین آمده است: "در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. در ادامه این ماده تبصره‌ای آمده است که عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و یکی از مواردی که در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد ابتلا زوج به بیماری صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری است که زندگی مشترک را مختل می‌کند. برخی از صاحب‌نظران اعتقاد دارند حضرت امام خمینی در این گونه موارد به‌احتمال زیاد اعتقاد به دادن حق فسخ به زن داشته‌اند. (به نقل از: دکتر حسین مهر پور، بخشنامه مفید، شماره ۲۰: ۶۴، فقه و حقوق تطبیقی/ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح، دکتر چاوشی، محمدرضا. ص ۱۹۰)

دلیل چهارم: ذیل حدیث شریف نبوید که فرمود: "فر من المجذوم فرارک من الاسد" حدیثی است که در منابع عامه از رسول خدا (ص) نقل شده است. لا عدوی و لا طیره و لا هامه و لا صفر و فر من المجذوم کما تفر من الاسد. (بخاری، ج ۷: ۶۴؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳هـ. ق، ج ۳: ۳۶۳؛ شیخ حر

عاملی ۱۴۰۹، هـ ق، ج ۱۱: ۲۷۳؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۵۲۰؛ علامه مجلسی، ۱۳۸۸، ج ۶۵: ۲۸) واگیری، فال بد، شومی جغد، واگیری مرض شکم وجود ندارد و فرار کن از مجذوم چنانکه از شیر فرار می‌کنی. با دقت در حدیث فوق به علت فرار از مجذوم پی برده می‌شود و این مناط و دلیل را از آن استخراج می‌کنند. فقیهان میگویند چون جذام از امراض واگیردار و موجب ضرر است پیامبر امر به فرار از آن کرده است لذا از باب تنقیح مناط همین علت در مورد شخص گرفتار به ایدز و سیفلیس نیز وجود دارد و لازم است کسی که مبتلابه آن نیست از کسی که مبتلابه آن است دوری کند. و شکی نیست که فرار از مجذوم و مرض مسری مثل ایدز امکان ندارد مگر به تفریق و جدایی پس اگر آنان بگویند ما راه فرار را امکان‌پذیر میدانیم و آن طلاق است ما جواب می‌دهیم چگونه امکان دارد درحالی که زن مالک طلاق نیست و حدیث ذکرشده و غیر آن، در طلب فرار بین مرد و زن فرق نگذاشته است بلکه امر به فرار است نسبت به جمیع افراد جامعه. شاید آنچه علامه محمدباقر مجلسی (۱۱۱۱ هـ ق) از شیخ صلاح‌الدین در القواعد نقل می‌کند ناظر به همین جهت باشد. او فتوا داده: اگر مادر مبتلابه جذام و برص شد حق حضانت او ساقط می‌شود زیرا خوف آن وجود دارد که بچه به جهت شیر خوردن و نگهداری او گرفتار شود. (علامه مجلسی، ۱۳۸۸، ج ۶۵: ۸۲)

دلیل پنجم: طبق نظر پزشکان درصد احتمال سرایت ویروس ایدز از مردان بیمار بیشتر از زنان ایدزی می‌باشد از آن جهت که در منی مرد بیمار مقدار زیادی از ویروس موجود می‌باشد و مدتی طولانی در جدار مخاطی رحم استقرار می‌یابد لذا احتمال سرایت بیماری به زنان سالم بیشتر است ضمن آنکه احتمال نوزاد بیمار نیز وجود دارد. (آیت الله بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۸: ۲۱۴) با عنایت بدین مطلب که زادوولد و آمیزش جنسی از مقاصد اصلی ازدواج به شمار می‌آید و در مرض ایدز محروم شدن زن از نیاز جنسی به‌طور مادام‌العمر است مگر آنکه از کاندوم استفاده کند و استفاده از کاندوم در حقیقت عزل می‌باشد و این هم بدون اذن زن جایز نیست و آنچه صاحب جواهر الکلام در کتاب آورده "رفع انتقال بیماری مسری با ایجاب دوری و کناره‌گیری ممکن است" (نجفی، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۳۰: ۳۳۰) قول ضعیفی است چون زوجیت که در آن کناره‌گیری یکی از دیگری را ایجاب کند حرج و سختی است و چه فایده‌ای است برای ازدواجی که فاقد آرامش و رحمت و مودت است و این خودداری به معروف نیست (امسالک بالمعروف). (آیت الله محسنی: ۲۵۲) چه بسا برای خیار زن به آیه ۲۲۹ سوره بقره: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ يٰ اِحْسَانُ طَلَاقُ دُو مرتبه است و در هر مرتبه باید

به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند یا با نیکی او را رها سازد" و آیه ۱۳۲ سوره بقره "و اذا طَلَّ قَتْمُ النَّسَاءِ فَلْيُغْنِ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحْنَّ وَهِنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَاراً لِّتَعْتَدُوا" (هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای عده رسیدند یا به طرز صحیحی آن‌ها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آن‌ها را رها سازید و هیچ گاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن آن‌ها را نگاه مدارید).

دلیل ششم: در مورد مرض طاعون روایات مختلفی است که پارهای از آن‌ها دلالت دارد. شخصی که در سرزمین مبتلا به طاعون زندگی می کند نباید از آن خارج شود. (صحیح مسلم، ۲۲۱۸) (عن اسامه بن زید قال قال رسول الله (ص): الطاعون زجر او عذاب ارسل علی بنی اسرائیل او علی من کان قبلکم فاذا سمعتم به فی ارض فلا تقدموا علیه و اذا وقع بارض و اتم بها فلا تخرجوا قراراً منه) شاید علت آن واگیر بودن طاعون است و خروج از آن شهر و روستا و منطقه سبب انتقال آن به سایر مناطق می شود. اگر واقعاً روشن شود که فلسفه فرمان پیامبر مبنی بر عدم خروج از منطقه مبتلا به طاعون این نکته است این مسئله در مورد تمام اموری که واگیردار است وجود دارد و ایدز و سیفلیس نیز این حکم را خواهند داشت و انسان مبتلا به آن‌ها مأمور است ازدواج نکند تا سبب شیوع بیماری نشود.

دلیل هفتم: شهید ثانی در مورد فسخ نکاح با جذام جمله‌ای دارد که در بحث ما سر بیان دارد یعنی همان دلیل را می توان در مورد بحث نیز استفاده نمود. زیرا نفرت و انزجار ناشی از آن با مقصود از ازدواج که استمتاع است منافات دارد. بیشتر از سایر عیب‌هایی است که مورد اتفاق هستند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۸: ۱۱۱؛ و لا التفره الناشئه من ذلك المنافیه المقصود من الاستمتاع ازید من غیره من العیوب المتفق علیها) قاعده‌ای که ابن قیم الجوزیه در مورد عیوب موجب فسخ نکاح وضع نموده بدین شرح است "هر عیبی که موجب نفرت همسر از قرینش گردد تا غرض از نکاح که عبارت از رحمت و مودت می باشد حاصل نگردد، موجب خیار فسخ در عقد می باشد". (مجلسی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۳۰ تا ۱۳؛ ابن قدامه ۱۳۸۸، ه ق، ج ۷: ۵۸۱؛ الموسی احمد موسی، اجرائات الوقایه الزوجیه فی الفقه الاسلامی من مرض نقص المناعه، ۵۵۸؛ و قوله: ان کان عیب ینفر الزوج الآخر منه و لا یحصل به مقصود النکاح من الرحمه و الموده یوجب الخیار) و اضافه می نماید نکاح به موجب هر بیماری صعب‌العلاجی فسخ می گردد". اگرچه می توان این مطلب را به گونه‌ای همانند مفهوم اولویت دانست،

اما خود دلیل مستقلى است زیرا در اینجا، علت نفرت، جهت فسخ نکاح بوده و این امراض با فلسفه نکاح مخالف است.

بخش چهارم: ادله جواز فسخ نکاح در بیماری‌های صعب‌العلاج در حقوق موضوعه

بررسی مواد قانونی مدنی در باب عیوب مجوز فسخ نکاح به‌ویژه مواد ۱۱۱۲، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ بیانگر این مطلب است که مقنن در تهیه و تصویب مقررات مذکور از نظر مشهور فقه شیعه تبعیت کرده و صرفاً عیوب خاصی را مجوز فسخ نکاح برای هر یک از زوجین دانسته است. قانون‌گذار به اتکای منبع اقتباس قانون و اعتماد به اصراری که فقها در متون فقهی بر ظاهر روایات منقوله دارند، مقرراتی را وضع کرده که ظاهراً با ضروریات اجتماعی و مصالح خانوادگی و عاطفی انسان حاضر سنخیت ندارد. خاصه امراض صعب‌العلاج و مهلکی که جسم و روان انسان را در قرن حاضر مورد تهدید قرار می‌دهد در تقسیم‌بندی قانون‌گذار جایگاهی ندارد و با تبع در متون فقهی و قانونی نمی‌توان جایگاهی برای آن‌ها یافت؛ از طرفی رویه قضایی نیز از تسری عیوب مجوز فسخ نکاح بر مصادیق مشابه و آن دسته از عیوبی که مانع امکان معاشرت و استمتاع در یکی از زوجین است سخت خودداری نموده و سابقه‌ای از اجتهاد قضایی در خصوص موضوع در دسترس نیست. (ازجمله این آراست: ۱. ممرض ادعایی خواهان (میستری) با فرض صحت از موارد تدلیس و فسخ نکاح نیست رأی شماره ۲۰/۱۵۹ - ۷۰/۲/۱۰ دیوان عالی کشور، ۲. در خصوص کتمان مرض صرع دادگاه بدوی رأی به فسخ نکاح صادر کرده لیکن دیوان آن را نقض نموده است ۲۰/۱۸۵ - ۷۰/۲/۱ - ۳. بر فرض سحت تشنج اعضا از عیوب مجوز فسخ نکاح نمی‌باشد. رأی شماره ۳۳/۳۴۷۵ - ۴/۴/۴ جهت مطالعه بیشتر نک: یدالله بازگیر، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور حقوق خانواده جلد اول، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۸ هـ ق: ۴۵۱) بنابراین برخی از نویسندگان حقوقی با اتکا به استدلال برخی از فقهای بزرگ در مورد این که برص و جذام نیز علاوه بر جنون از عیوب مشترک نکاح می‌باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۴۲؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۳۹۷) و نظر به تحولات حقوقی برخی از کشورهای اسلامی در خصوص عیوب مجوز فسخ نکاح (ماده ۶۲۱ قانون احوال تشخصیه کویت: "لکن من الزوجین قبل الدخول او بعده ان یجلب التفریق بسبب اضرار الاخر به قولاً او فعلاً بما لا استطاع معه دوام العشره بین امثالها. . .) و همچنین تمسک به قاعده‌ی لا ضرر و رعایت عدالت و انصاف در روابط زوجین قائل به امکان ایجاد زمینه تساوی پیرامون عیوب مجوز فسخ نکاح گردیده‌اند. هدف حقوق به‌عنوان پدیده‌های اجتماعی حفظ نظم و امنیت حقوقی در

اجتماع در پایه عدالت و انصاف است بنابراین در ورای قواعد موجود باید به حقیقت ثابتی ایمان داشت درست است که حقوق باید با ضرورت‌های اجتماعی همگام باشد ولی به سرعت علوم تجربی نیازمند تحول نیست و ثبات و دوام آن اگر با واقع‌بینی همراه باشد، وسیله‌ی مفیدی برای حفظ نظم و آماده کردن زمینه پیشرفت در هر ملت است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۴۴۱) بنابراین هرچند مبانی نظریه مذکور مبتنی بر رهیافتی جامعه‌شناختی باهدف رعایت عدالت و انصاف در رابطه‌ی طرفین عقد نکاح است، اما به نظر می‌رسد نظام حقوقی ما قابلیت پذیرش و توسعه ایده مذکور را در خود نداشته و غیر از عیوبی که قانون‌گذار در خصوص فسخ نکاح ضمن مواد ۱۱۲۱ الی ۱۱۲۳ احصاء نموده نمی‌توان عیوب دیگر را اگرچه از لحاظ عوارض فیزیکی شدیدتر از عیوب احصاء شده مذکور باشد مستند فسخ نکاح قرارداد، زیرا هرچند در معاملات تعبد محض حکم‌فرما نیست و مبتنی بر تعلیل و دریافت علت احکام است و در ما نحن فیه عدم امکان زندگی طبیعی و قاعده‌ی لا ضرر ممکن است به‌عنوان مناط و ملاک حکم دلیلی بر تسری دامن‌های عیوب منصوص به غیرمنصوص (همچون بیماری ایدز و...) گردد اما از آنجاکه لسان روایات بابت تعلیل نیست و به‌طور صریح علت حکم را بیان نمی‌کند باید بر عیوب متیقن اکتفا کرد از طرفی به این نکته نیز باید اذعان کرد که غور در روایات نشان از توجه شارع به مسئله ضرر دارد امری که شاید در مورد آن نتوان ادعای یقین کرد، اما ظن نزدیک به یقین مورد و حقوق آن‌هاست. روح حاکم بر قانون در باب نکاح نشان از اهمیت بقا و تثبیت خانواده نزد قانون‌گذار دارد به همین منظور امکان انحلال این نهاد حقوقی را صرفاً در موارد خاص پذیرفته است همچنان‌که گفته شده است: پیمان زناشویی از محکم‌ترین پیمان‌هاست و انحلال آن از مبغوضترین حلال‌ها نزد خداوند است. (مولانا در این خصوص چنین می‌فرماید: "تا توانی پا منه اندر فراق ابغض الاشياء عندی-الطلاق") باین حال به نظر می‌رسد دلیلی برای توسعه حکم قانون‌گذار در خصوص عیوب معجوز فسخ نکاح وجود ندارد و متضرر از عیب طرف مقابل می‌تواند در قالب تأسیسات حقوقی دیگری که در قانون پیش‌بینی شده از خود دفع ضرر نماید. بدین توضیح که در نظام حقوقی حاکم بر خانواده ابزارهای حقوقی خاصی وجود دارد که در فرض مسئله کمتر مورد توجه واقع شده‌اند و توسل بدان‌ها می‌تواند ابتدا از متضرر دفع ضرر کند دیگر هر عیبی را که موجب کدورت خاطر و عدم امکان زندگی طبیعی است، مستند انحلال نکاح قرار ندهد. بنابراین چنانچه در هر یک از زوجین عیوبی وجود داشته باشد که ملاً موجب ضرر طرف مقابل شود و امکان زندگی طبیعی و متعارف را از

او سلب نماید، طرف متضرر می‌تواند حسب مورد با توسل به این نهادهای حقوقی از وضعیت زیان‌بار خلاصی یابد.

بخش پنجم: شرایط طلاق در صورت مواجهه با عیوب

بند اول: طلاق به درخواست زوج

در صورتی که مرد با عیوبی در زن مواجهه شود که در قالب عیوب منصوب در قانون قرار نمی‌گیرد، می‌تواند زوجه خویش را طلاق دهد. (ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی) اما قانون‌گذار به منظور جلوگیری از سوءاستفاده زوج از اختیار خویش، مطابق ماده‌ی واحدی مصوب ۱۳۷۱ (ماده واحدی قانون اصلاح مقررات مربوطه به طلاق: "از تاریخ تصویب این قانون زوج‌هایی که قصد طلاق و جدایی از یکدیگر را دارند بایستی جهت سیدگی به اختلاف خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند. چنانچه اختلاف فی‌مابین از طریق دادگاه و حکمین، از دو طرف که برگزیده دادگاه‌اند (آن‌طور که قرآن کریم فرموده است) حل و بخش نگردید دادگاه با صدور گواهی عدم امکان سازش آنان را به دفاتر رسمی طلاق خواهد فرستاد. . .") مرد را ملزم ساخته که به دادگاه رجوع کرده و درخواست صدور گواهی عدم سازش نماید و دادگاه در صورتی که امید رسیدن به سازش و منصرف ساختن مرد از طلاق را در قالب داوری دست‌نیافتنی دید اقدام به صدور گواهی عدم امکان سازش به منظور اجرای صیغه طلاق می‌نماید. بنابراین با توجه به تشریفات مزبور عملاً محدودیتی در اعمال اختیار طلاق برای مرد ایجاد شده که فلسفه‌ی آن حتی‌الامکان جلوگیری از انحلال خانواده است.

بند دوم: طلاق به درخواست زوجه

برابر ماده ۳۱۱ قانون مدنی: "در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود". بند ۵ تبصره الحاقی به ماده مذکور ابتلا زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید از مصادیق عسر و حرج دانسته است. قاعده‌ی عسر و حرج از قواعد معروف فقهی است که مبتنی بر آیات متعدد قرآن کریم و

سنت است ("ما جعل علیکم فی الدین من حرج" (آیه ۷۸ از سوره حج)، "لیس علی الاعمی حرج و لاعلی حرج و لا علی المریض حرج (آیه ۶ از سوره نور و آیه ۷۱ از سوره الفتح، "یرید الله بکم الیسر و لا یرید بکم العسر" (آیه ۱۸۵ از سوره بقره) مفاد این قاعده در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اعمال شده و به موجب آن حکم اولیه ("الطلاق ید من اخذ بالساق") که بر پایه آن اختیار انحلال پیوند زناشویی به دست زوج داده شده است به حکم ثانوی عسر و حرج از میان می‌رود. (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۱۹۲) بنابراین زوجه در صورت اثبات عسر و حرج خویش به استناد عیوب موجود در زوج که از مصادیق عیوب مجوز فسخ نکاح به شمار نمی‌رود می‌تواند از خود دفع ضرر کند و از مشقت غیرمعارف حاصل از پیمان زناشویی با زوج بیمار رهایی یابد. از طرفی الزام زوجه به اثبات عسر و حرج خویش به استناد بیماری زوج حتی‌الامکان از موارد انحلال نابه جای نکاح جلوگیری کرده و به استحکام بنیان خانواده کمک می‌کند.

بند سوم: طلاق به علت تخلف از شرط صفت

هرگاه یکی از زوجین در عقد نکاح صفت خاصی را شرط کرده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف فاقد وصف مقصد بوده است طرف دیگر حق فسخ نکاح را خواهد داشت. همین‌طور است در صورتی که صفت خاصی در عقد صریحاً شرط نشده لیکن از قرائن و اوضاع و احوال برآید که آن صفت منظور طرفین بوده و وارد قلمرو قرارداد شده و به بیان دیگر عقد متبانیاً بر آن واقع شده است. (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) مقصود از اوصافی که عقد متبانیاً بر آن واقع شده آن دسته از اوصافی است که در عقد شرط نشده ولی پیش از آن طرفین نسبت به چگونگی و اثر آن‌ها گفتگو و توافق کرده‌اند و عقد را بر مبنای همان گفتگوها واقع ساخته‌اند. بنابراین معیار اصلی تشخیص: فاتی است که عقد بر مبنای آن‌ها واقع می‌شود اراده‌ی طرفین است همچنین در پارهای موارد ممکن است در گفتگوهای طرفین نامی از وصف خاص برده نشود اما عادات و رسوم اجتماعی ازدواج را بر مبنای وجود وصفی بداند به عبارت دیگر سکوت طرفین در برابر داوری عرف باعث می‌شود که وصف خاصی مبنای تحقق عقد قرار گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱: ۱۹۲) اعم از این که وصف مزبور مربوط به وجود صفت کمال یا فقدان عیب و نص باشد و خواه مربوط به جنبه‌های جسمانی و روحی طرف یا امور عارضی و خارجی باشد. در صورت تخلف از شرط مزبور، طرف دیگر به استناد تخلف از شرط صفت می‌تواند نکاح را فسخ کند. بنابراین در صورتی که وصف سلامت اعم از جسمانی یا روانی در هر یک از زوجین

شرط شده باشد و یا اینکه به حکم عرف و به طور ضمنی وارد قلمرو تراضی طرفین شده باشد به گونه‌ای که عقد متبانیاً بر آن شرط ضمنی بنانهاده شده باشد طرف متضرر می‌تواند نکاح را به واسطه‌ی تخلف از شرط صفت فسخ کند. (ماده‌ی ۲۲۵ قانون مدنی: "متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم متصرف به آن باشد به منزله‌ی ذکر در عقد است") پیچیدگی مسئله هنگامی آشکار می‌شود که یکی از طرفین ادعا کند وصف سلامت به طور ضمنی وارد قلمرو تراضی شده و نکاح متبانیاً بر آن وصف بنانهاده شده است. در این موارد وظیفه‌ی دادرس است که با توجه به اوضاع و احوال و قرائن موجود و عادات و رسوم اجتماعی حکم قضیه را استخراج کند در صورتی که وجود وصف سلامت شامل جسمانی یا روانی با توجه به اوضاع و احوال وقوع نکاح و اعتماد به ظاهر دیگری وارد قلمرو تراضی شده باشد در صورت تخلف از شرط به طرف متضرر حق فسخ نکاح را بدهد. به عنوان مثال می‌توان موردی را تصور کرد که دختری به خاطر تشکیل خانواده و آوردن فرزند با مردی ازدواج می‌کند، لیکن طرفین درباره‌ی عقیم بودن مرد سخنی به میان نمی‌آورند اما نکاح را بر مبنای وجود این شرط می‌بندند، پس اگر مرد عقیم باشد و پزشک نیز از بهبود وضع او قطع امید کند زن حق فسخ نکاح را خواهد داشت. (کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج: ۱، ۲۹۳)

بند چهارم: طلاق به علت تدلیس

برابر ماده ۸۳۴ قانون مدنی: "تدلیس عبارت است از عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود به عبارت بهتر تدلیس در نکاح آن است که با اعمال متقلبانه نقص یا عیبی را که در یکی از زوجین هست پنهان دارند یا او را دارای وصف کمالی معرفی کنند که فاقد آن است در قانون مدنی کلمه‌ی تدلیس در بخش نکاح به کار گرفته نشده است ولی می‌توان وجود خیار تدلیس را در نکاح از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی استنباط کرد به طوری که شرح آن گذشت. بنابراین در صورتی که تدلیس موجب فریب طرف عقد شود و با انجام اعمال متقلبانه نقص یا عیبی در یکی از زوجین پنهان داشته شود به ویژه در مورد امراض صعب‌العلاج و خطرناکی که دامن گیر انسان قرن حاضر است به گونه‌ای که با فرض اطلاع طرف مقابل او هرگز تن به ازدواج نمی‌داد. شخص فریب خورده می‌تواند نکاح را فسخ کند اگرچه این که کتمان عیب در قالب سکوت باشد زیرا پرده پوشی در مواردی که عیب پنهانی در یکی از طرفین وجود دارد به ویژه در فرضی که طرف قرارداد ناآگاه است و به صداقت و درستی طرف دیگر اعتماد می‌کند بهره‌برداری از جهل و ناتوانی اوست. بنابراین در چنین مواردی سکوت

نوعی نیرنگ و فریب است که حقوق نباید از آن بگذرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۳۱) نکته‌ی حائز اهمیت این است که سکوت در همه موارد نمی‌تواند تدلیس به حساب آید به‌ویژه آن که طرف مقابل دارای عیب ظاهری همچون کوری یا لنگی باشد. اما در خصوص عیوبی که جز به مدد آزمایشات دقیق پزشکی قابل کشف نیستند و علائم بالینی خاصی از خود بروز نمی‌دهند اگر شخص مبتلا بیماری خود را عالمان کتمان کند به نظر می‌رسد موجبات تدلیس طرف مقابل را فراهم ساخته است. این عقیده منافاتی با لزوم عقد و ضرورت حفظ بنیان خانواده ندارد زیرا در فرضی که یکی از طرفین به حسن نیت طرف مقابل اعتماد کند ولی دیگری از جهل او سوءاستفاده نماید و بیماری مهلکی چون ایدز را که حیات طرف مقابل و فرزندان آن‌ها را با مخاطرات شدید روبرو خواهد کرد پنهان می‌دارد خود نوعی از نیرنگ و سوءاستفاده از جهل طرف مقابل است که به نظر با توجه به اوضاع و احوال خاص هر دعوی شرایط عمومی استناد به تدلیس قابل تصور است. شایان ذکر است هرچند در فقه امامیه بحث‌های مبخشی در مورد تدلیس در نکاح مطرح است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۱۹) اما قانون مدنی نامی از تدلیس در نکاح و شرایط و آثار آن نبرده است و حقوقدانان صرفاً به اتکای ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی به بحث تدلیس پرداخته‌اند این در حالی است که این تأسیس حقوقی دارای ظرفیت‌های بالایی برای حل مسائل حقوقی است. نکات جالبی در استفتائات کمیسیون شورای عالی قضائی در خصوص مسئله تدلیس آن وجود دارد مبنی بر اینکه اگر مرد قبل از ازدواج خود را برخلاف واقع کارمند، دکتر یا مهندسی معرفی کند و بعد خلاف آن کشف شود و یا این که خود را سالم معرفی کند درحالی که مبتلا به بیماری‌های صرع یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا این که خود را مجرد معرفی نماید و بعد معلوم شود که معیل بوده آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد یا خیر. درباره پرسش فوق کمیسیون در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۰۳ پاسخ داده است که با توجه به مسئله شماره ۱۳ صفحه ۵۹۲ جلد ۲ تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (ره) با عنایت به ذیل همین مسئله دارند: با عنایت به مفهوم مخالف مسئله ۴۱: فحه ۲۹۶، در دو مورد اول تدلیس صدق می‌کند و حق فسخ موجود است. زیرا که در مثال اول هر یک از صفات مذکور که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده عرفاً از صفات کمال محسوب می‌شود و عقد ازدواج نیز مبنیاً علیها واقع شده است. در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انقای سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد وی در مورد مثال سوم اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات

کمال محسوب بشود در این صورت زوجه به استناد مسئله ۳-۴۱ صفحه ۵۹۲ جلد دوم تحریرالوسیله حق تقاضای فسخ را دارد. (به قلم گروهی از مؤلفان، فقه و حقوق تطبیقی، انتشاران دانشگاه تهران، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۴: ۲۱۵؛ ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ، دکتر چاوشی، محمدرضا، انتشارات حقوقی مجد، ۱۳۸۵: ۱۸۷) در قانون مدنی چنین آمده: «هرگاه در یکی از زوجین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود. خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد. (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی)

بخش ششم: طلاق به علت امتناع از نزدیکی با شوهر

بر اساس ماده‌ی ۷۲۱۱ قانون مدنی: «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید و امتناع به علت مزبور مانع نفقه زن نخواهد بود». اساس این ماده منع زوج در سوءاستفاده از حق خویش است و یکی از فروع قاعده‌ی لا ضرر است بنابراین در صورتی که شوهر پس از عقد به یکی از امراض مقاربتی مبتلا گردد به نحوی که آمیزش جنسی برای زن مخاطره آمیز باشد؛ زن این حق را دارد که تا زمان وجود مانع از نزدیکی با مرد خودداری کند و چون امتناع زن از تمکین به دلیل وجود علت موجه و مستند به حکم قانون است کار او مانع از ایجاد حق بر نفقه نیست.

بند اول: نشوز

نشوز زنان اطاعت نکردن آنان در برابر خواست‌های زناشویی همسرشان است (توضیح المسائل، همان منبع: ۳۷۶) و نشوز مردان امتناع آنان از هم‌بستری و عدم پرداخت نفقه آنان است. (نجفی، ۱۴۰۴هـ. ق: ۳۳۱) در مورد نخست مشهور فقها معتقدند: در صورتی که زن بدون علت از تمکین همسر خود سرباز زند نفقه او قطع می‌شود و در این حکم اتفاق نظر وجود دارد. اما در مورد حدود نشوز زنان بین فقها اختلاف است. مثلاً حنفیه می‌گویند: هرگاه زن در منزل شوهر بماند و بدون اجازه او خارج نشود و او بدون عذر شرعی با وی هم‌بستر نشود باینکه این عمل او فعل حرام است ولیکن موجب سقوط نفقه نمی‌شود. (مغنیه، ۱۴۲۱هـ. ق: ۵۸۳) بقیه مذاهب با این نظریه مخالف‌اند و معتقدند اگر زن

بدون عذر عقلی و شرعی اجازه استمتاع زوج را ندهد ناشزه به شمار می‌آید و نفقه به او تعلق نمی‌گیرد. (مغنیه ۱۴۲۱، هـ ق: ۳۸۶) به‌طوری‌که ملاحظه می‌شود در مسئله نشوز زنان دو قید مهم مطرح است:

زن بااراده خود از تمکین شوهر خودداری کند،

زن عذر عقلی و شرعی در عدم تمکین نداشته باشد.

در آیاتی از قرآن کریم به نشوز مردان و زنان اشاره شده است که با دقت در مفاهیم آن‌ها می‌توان دریافت اسلام راه‌هایی را در مسیر ادامه زندگی و نه جدایی و برهم خوردن علقه ازدواج پیشنهاد می‌کند.

«وَاللَّهُ اتَى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ» (سوره نساء، آیه ۳۴)

{و آن دسته از زنان را که از سرکشی آنان بیم دارید، پند و اندرزشان دهید} {اگر مؤثر واقع نشد} در بستر از آن‌ها دوری کنید}.

در این آیه گام اول برای اصلاح رفتار زنان گفتگو و نصیحت کردن آنان است که در صورت مؤثر واقع نشدن، بی‌اعتنایی مرد نسبت به زن در رفتارهای زناشویی است و در صورت اصلاح رفتار، مردان را از هرگونه تعدی به حقوق همسرانشان منع می‌کند. در این آیه به قطع نفقه اشاره‌ای نشده است و تا جایی که ممکن است با مشاهده اولین آثار تدرّج باید از مجازات تند خودداری کرد. البته قطع نفقه در مراحل پایانی خود به جهت بازگرداندن زنان به زندگی است و جنبه اصلاحی دارد نه مجازات و تنبیه؛ زیرا زنان نوعاً حتی اگر خودشان نیز درآمد داشته باشند به جهت روحی و روانی تمایل دارند از نظر اقتصادی به همسرانشان تکیه کنند و هرگاه این تکیه‌گاه به‌صورت موقت نیز از آنان گرفته شود معمولاً رفتار خود را اصلاح می‌کنند. (جوهری، ۱۳۷۹: ۱۱۵)

بند دوم: طلاق به علت عسر و حرج زوجه

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ امراض مسری صعب‌العلاج را مجوز طلاق دانسته بود ولی در قوانین جدید مصادیق عسر و حرج را مشخص نکرده و فقط ذکر عنوان کرده است و تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۸۱ پنج مورد عسر و حرج را

به‌عنوان مثال ذکر می‌کند. در این ماده چنین آمده است «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. در ادامه این ماده تبصره‌ای آمده است که عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادله زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و یکی از مواردی که در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد، ابتلا زوجه به بیماری صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری است که زندگی مشترک را مختل می‌کند. (ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی)

بخش هفتم: حق جنسی، اختلال و انحراف در آن در قوانین موضوعه

حق تمتع جنسی از محورهای اساسی تشکیل خانواده است و به نظر اکثریت حقوقدانان شرط خلاف آن شرط خلاف مقتضای ذات عقد نکاح بوده و مبطل عقد نکاح است تمکین دارای دو معنای عام و خاص است تمکین خاص به معنای آن است که زن نزدیکی با شوهر را بپذیرد و تمکین عام یعنی آنکه زن وظایف و تکالیف خود را نسبت به شوهر در حدود عرفی و قانونی انجام دهد و در صورت تخلف یک‌طرفه «نشوز» و تخلف دوطرفه «شقاق» ایجاد می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۰۷۲) اختلال جنسی و انحرافات جنسی دوعاملی است که بر ارتباط جنسی زوجین آثار سوء دارد در تمایز بین اختلال جنسی و انحراف جنسی باید گفت هرگاه موضوع موردتوجه انسان برای ارضای نیاز جنسی چیزی غیر از جنس مخالف باشد فرد دچار انحراف جنسی است؛ اما اختلال جنسی به عدم وجود اوج لذت جنسی، بیانزالی و سردمزاجی اطلاق می‌شود اختلالات جنسی از قبیل عنن، خصاء و قرن به‌عنوان علل فسخ نکاح موردتوجه مقنن قرار گرفته است و انحراف جنسی اگرچه صریحاً مورد اشاره مقنن قرار نگرفته است اما با توجه به کلیت ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، می‌تواند به‌عنوان علت عسر و حرج زوجه به او حق طلاق بدهد.

نتیجه گیری

با بررسی های به عمل آمده نتایج زیر به دست آمد:

مهم ترین بیماری های مسری که بر روی بحث حقوق خانواده و احکام مربوط به روابط زوجین و احکام مختلف روابط زوجین اثرگذار و دارای اهمیت می باشند، عبارت اند از: ایدز، آنفلوآنزای پرندگان، تب خال تناسلی، جذام، سرخجه، سرخک، سل، سیاه سرفه، سوزاک، سیفلیس، طاعون، کامیدیا و هیپاتیت B.

ازدواج هر شخص بیمار، با فرد بیمار و یا فرد سالم اگر با اعلام بیماری و رضایت فرد سالم صورت گرفته و مصادیقی چون غش، تدلیس، اضرار به غیر و الفای نفس در هلاکت نسبت به چنین ازدواجی قابل صدق نباشد، جایز بوده و اگر مصادیق عش و... صادق باشد، حرمت بر این مصادیق بار می شود و نه بر اصل ازدواج. نسبت به حکم وضعی چنین ازدواجی نیز باید گفت چنین ازدواجی صحیح است. البته بر طبق دیدگاه برخی از فقهای اهل سنت، چنین ازدواجی نه تنها حرام بلکه باطل نیز می باشد. طبق دیدگاه اکثر فقهای مذاهب اسلامی در بیماری هایی که از طریق مقاربت منتقل می گردند فرد سالم (زوج باشد یا زوجه) می تواند از مقاربت با فرد بیمار امتناع ورزد و اگر امتناع کننده زوجه باشد، حق دریافت نفقه را نیز دارد و تنها برخی از مالکیه قائل به عدم استحقاق زوجه برای دریافت نفقه می باشند. اگرچه فقهای امامیه به حکم بارداری مبتلایان به بیماری های مسری نپرداخته اند؛ اما شاید بتوان گفت در سه فرض "قوت احتمال سرایت بیماری به جنین و عدم امکان درمان وی،" "ضعف احتمال سرایت و عدم امکان درمان،" "قوت احتمال سرایت و امکان درمان"، عدم جواز بارداری ثابت می شود و نظر فقهای اهل سنت نیز در برخی از این فروض همین است و تنها در فرض "ضعف احتمال سرایت و امکان درمان جنین" قائل شدن به جواز بارداری بلامانع است. همچنین در خصوص سقط جنین باید گفت: از نظر فقهای مذاهب اسلامی سقط جنین تنها قبل از نفخ روح و برای نجات جان مادر جایز است و برخی از فقها در صورتی که جان مادر و جنین هر دو در خطر بوده و تنها نجات جان مادر با سقط جنین ممکن است، سقط جنین بعد از نفخ روح را نیز جایز می دانند؛ اما سقط جنین به جهت جلوگیری از ایجاد کودک بیمار، چه قبل از نفخ روح و چه بعد از آن جایز نمی باشد جز اینکه برخی از فقها در شرایطی خاص قائل به جواز سقط جنین مبتلا به بیماری شده اند که این حکم به قبل از

ولوح روح در جنین اختصاص دارد. در خصوص فسخ نکاح با استناد به وجود عیب (بیماری) می‌گوییم با توجه به نظر اکثر فقهای امامیه که عیوب را حصری و محدود به موارد منصوصه دانسته و سایر عیوب و بیماری‌ها را موجب فسخ نکاح نمی‌دانند، جدایی زوجین موقوف به طلاق است و در مورد زن باید به حاکم رجوع کرده و طلاق خود را بخواهد اما قول مشهور فقهای معاصر اهل سنت این است که بیماری‌های مسری خطرناک نیز از جمله عیوب موجب فسخ به شمار می‌آیند. همچنین اگر فرد بیمار یا ولی او باوجود علم به بیماری به سلامتی وی تصریح کرده یا اینکه عقد را با وصف سلامتی منعقد کنند، تدلیس صادق بوده و علاوه بر اینکه عملی حرام مرتکب شده‌اند حق فسخ نکاح نیز برای فرد مقابل ثابت می‌شود. نظر برخی از فقهای معاصر اهل سنت نیز همین است. همچنین از نظر فقها اگر در ضمن عقد یا قبل از آن سلامتی یک طرف عقد شرط شود، در صورت کشف خلاف و اثبات ابتلای مشروط علیه به بیماری مسری خطرناک برای مشروط له حق فسخ نکاح با استناد به تخلف از شرط ثابت می‌گردد. اگر مادر مبتلا به بیماری مسری خطرناک باشد (چه بیماری‌هایی چون سل که از طریق دستگاه تنفسی منتقل می‌شوند و چه بیماری‌هایی چون ایدز که از طریق خون و... قابل انتقال می‌باشند) حق شیر دادن به کودک را از دست داده و شیردهی به کودک برای او جایز نیست؛ حتی اگر کودک هم به بیماری مبتلا شده باشد. در خصوص حضانت نیز می‌گوییم اگر بیماری مادر از جمله بیماری‌هایی باشد که معمولاً از فرد حاضن به طفل منتقل می‌شوند، مادر حق حضانت را از دست داده و پدر مستحق حضانت وی می‌گردد؛ اما اگر بیماری از طریق حضانت منتقل نشود، به نظر می‌رسد که مادر حتی اگر استحقاق شیردهی به کودک را نداشته باشد، به حضانت وی سزاوارتر از دیگران است. اگر پدر مبتلا به بیماری مسری باشد، در صورتی که بیماری وی خفیف بوده و فرزند نیز به سن تمیز رسیده باشد، حضانت پدر ثابت می‌باشد؛ اما در فرض دیگر، یعنی شدت بیماری پدر و رسیدن کودک به سن تمیز، خفیف بودن بیماری و عدم تمیز کودک، شدت بیماری و عدم تمیز کودک، حضانت پدر ساقط می‌گردد. اگر پدر و مادر هر دو مبتلا به بیماری مسری بوده و حضانتشان ساقط گردد، حضانت کودک به سایر اقارب می‌رسد و در صورت بهبود یافتن هر کدام از ایشان، حق حضانت وی بازمی‌گردد.

منابع و مأخذ

قرآن کریم و بعد

- ۱) ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۱۴۱۰ هـ.ق، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲) ابن حجاج نیشابوری، مسلم، [صحیح مسلم] ۲۰۰۵ م، بیروت
- ۳) اراکی، محمد علی، کتاب النکاح، ۱۴۱۹ هـ.ق، قم: دورنگار
- ۴) اصفهانی، ابوالحسن، وسیله النجاه دفع حواشی گلپایگانی، ۱۳۹۳، قم: چاپخانه مهر
- ۵) اصفهانی، سید ابوالحسن، وسیله النجاه مع حواشی الگلپایگانی، ۱۳۹۳، ج ۲
- ۶) انصاری، مرتضی بن محمد، کتاب مکاسب، ۱۴۱۵ هـ.ق، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم
- ۷) آیت الله موسوی بجنوردی، سید محمد، قواعد فقهیه، ۱۳۷۱، قم: ميعاد
- ۸) البار، محمد علی، الایدز و المشاكل الاجتماعیه و الفقهیه، مجله مجمع الفقه الاسلامی، ج ۹
- ۹) بارگیر، یدالله، قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور حقوق خانواده، ۱۳۷۸، ج ۱، تهران
- ۱۰) بهجت، محمد تقی، استفتائات، ۱۴۲۸، ج ۴
- ۱۱) جزیری، عبدالرحمن، الفقه و المذاهب الأربعة وفقاً لمذهب اهل البيت (ع)، ۱۴۱۹ هـ.ق، ج ۱ و ۴، بیروت: دارالثقلین
- ۱۲) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، ۱۳۸۶، چاپ چهارم، تهران: گنج دانش
- ۱۳) جواهری، حسن، بحوث فی الفقه المعاصر، ۱۳۷۹، قم: آفتاب

- ۱۴) چخیمینی، قانونچه فی طب، ۱۴۲۲هـ.ق، بیروت، لبنان
- ۱۵) حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی التحصیل مسائل الشریعه، ۱۴۰۹ هـ.ق، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البیت (ع)
- ۱۶) حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، ۱۴۱۲هـ.ق، قم: مؤسسه آل البیت
- ۱۷) حلم سرشت، پیروش؛ دل پیشه، اسماعیل؛ مستأجران، احمد، فرهنگ اصطلاحات مهم بهداشت، ۱۳۸۲، ص ۱۰۳.
- ۱۸) خامنه‌ای، سیدعلی، اجوبه السفتائات، ۱۴۲۴هـ.ق، قم: دفتر آیت الله خامنه‌ای
- ۱۹) خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، [بیتا]
- ۲۰) خمینی، روح الله، توضیح المسائل، ۱۴۱۴هـ.ق، قم: دفتر انتشارات اسلام و ابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ۲۱) خویی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، ۱۴۱۰هـ.ق، ق» نشر مدینه العلم
- ۲۲) دسوقی، محمدبن احمد بن عرفه، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، بیروت: دارالفکره، [بیتا]
- ۲۳) رجائی الجندی، احمد، رویه الاسلامیه للمشاکل الاجتماعیه لمرض الایدز، مجله مجمعا لفقہ الاسلامی التابع لمنظمه المؤتمر الاسلامی بجده، ج ۹، برگرفته از نرم افزار المکتبه الشامله، [بیتا]
- ۲۴) رستمی، مجتبی، اصلیان، علی، بیماری‌های آمیزشی و ناتوانی جنسی، ۱۳۸۵، اصفهان
- ۲۵) الرملی، محمدبن ابی العباس، نهایه المحتاج الی شرح المنهاج، ۱۴۰۴هـ.ق، بیروت: دارالفکر
- ۲۶) رئیسی و دیگران، راهنمای جامع نظام مراقبت بیماری‌های واگیر برای پزشک خانواده، ۱۳۹۱، ص ۵۱.

- ۲۷) سالم، جاسم علی، (الاسره و مرض الایدز) مجله مجمع الفقه الاسلامی، ج ۹، [بیتا].
- ۲۸) سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء، ج ۱، قم: مؤسسه الامام الصادق
- ۲۹) سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، ۱۴۱۳هـ، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار
- ۳۰) سیاح، محمد، ترجمه منجر الطلاب، ۱۳۸۲، نشر طیب
- ۳۱) سیدرضید، محمدبن حسین، نهج البلاغه، ۴۰۰هـ
- ۳۲) السیستانی، سیدعلی، الفقه المغتربین وفق فتاوی سماحه آیت الله العظمی السید علی الحسینی السیستانی، ۱۴۲۴هـ، ج ۴، بیروت: دارالمؤرخ لعربی
- ۳۳) شایگان، علی، حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۷۵، قزوین
- ۳۴) شبیری زنجان، سیدموسی، نکاح، ۱۴۱۹هـ، ج ۱، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرواز
- ۳۵) شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲هـ، چاپ اول
- ۳۶) شیخ طوسی، محمدبن حسن، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷هـ، بیروت: دارالکتب الاسلامیه
- ۳۷) صافی گلپایگانی، لطف الله، استفتائات پزشکی، ۱۴۱۵هـ، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم
- ۳۸) صافی گلپایگانی، لطف الله، جامع الاحکام، ۱۴۱۷هـ، ج ۲، چاپ چهارم، قم: انتشارات حضرت معصومه (س).
- ۳۹) طباطبائی کربلایی، علی بن محمدعلی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم: مؤسسه اهل بیت (ع)
- ۴۰) طباطبائی، سیدعلی، ریاض المسائل، ۱۴۱۸هـ، قم: مؤسسه آل البيت

- ۴۱) طباطبائی، سیدمحمدسعید، مرشدالمغرب، توجیهات و فتاوی، ۱۴۲۳هـ.ق، چاپ اول، نجف اشرف: دفتر حضرت آیت الله حکیم
- ۴۲) الطیار، عبدالله بن محمد بن احمد، اثر الامراض المعدیه فی الفرقه بین الزوجین، ۲۰۱۴م، اسکندریه: دارالبصیره، الطبعة الاولى
- ۴۳) عبدالرحمن اسماعیل حنان محمد فوزی، احکام مرض نقض المناعه المكتبه (الایدز) فی الفقه الاسلامی، رساله الماجستير فی الفقه و التشریع، ۱۴۲۲ هـ.ق، ۲۰۰۱م نابلس - فلسطین: جامعه النجاح الوطنیه
- ۴۴) عزیزی، حاتمی، جانقربانی، اپیدمیولوژی و کنترل بیماری شایع در ایران، ۱۳۹۱، ص ۵۴۳ و ۵۳۴.
- ۴۵) علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریرالحکام الشرعیه فی مذهب الإمامیه، ۱۴۲۰هـ.ق، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق (ع)
- ۴۶) فاضل لنکرانی، محمد، احکام پزشکان و بیماران
- ۴۷) فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، ق، انتشارات امیر قلم [بیتا] چاپ یازدهم
- ۴۸) القيومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، [بیتا]، بیروت المكتبه العلمیه
- ۴۹) قیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، بیروت: المكتبه العلمیه، [بیتا].
- ۵۰) ک. پارک و جان لوت پارک، درسنامه پزشکی پیشگیری و احیای بیماری های مزمن واگیردار، ۱۳۸۹، تهران: سماط، چاپ ۴، ص ۳۶۰
- ۵۱) کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی خانواده، ۱۳۸۲، ج ۱، تهران
- ۵۲) کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۷۶، ج ۵، انتشارات شرکت سهامی انتشار تهران.
- ۵۳) کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، ۱۳۷۶، انتشارات شرکت سهامی انتشار تهران

۵۴) محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ۱۳۸۹ هـ ق

۵۵) محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوقی خانواده، نکاح و انحلال، ۱۳۹۳، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.

۵۶) نجفی، محمد حسن (صاحب جواهر)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ۱۴۰۴ هـ ق، ج ۳۰، لبنان: دارالاحیاء التراث العربی

۵۷) نورآبادی، غلامرضا؛ سروش، محمود، نبوی، محمود؛ همتی، پیمان؛ گویا، محمد مهدی؛ رخشانی، فاطمه، آموزش پیشگیری و کنترل بیماری آنفلوآنزا، ۱۳۸۹، تبریز: مرکز مدیریت بیماری‌ها و مرکز بهداشت شهرستان تبریز

۵۸) هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، ۱۳۸۸، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل سنت، جلد ۱ و ۲.

۵۹) یآوری، پروین و دیگران، مرجع اپیدمیولوژی بیماری‌های شایع ایران، بیماری‌های واگیردار، ۱۳۹۲، ج ۱.

فصلنامه علمی-حقوقی قانون بار - دوره پنجم - شماره ۱۹ - پاییز ۱۴۰۰ - دبیرخانه مرکزی ۰۲۱۶۶۹۱۲۹۵۱۹