



بررسی تطبیقی حقوقی بیماری های جدید مسری و مهلک در فسخ نکاح در فقه و حقوق موضوعه ایران

سید صادق نبوی^۱

^۱ کارشناس ارشد حقوق خصوصی، حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران
Nabavi.83@gmail.com

چکیده

فسخ از جمله علت های انحلال نکاح می باشد که یکی از اسباب قانونی آن عیوب جسمانی موجود در هریک از زوجین است. قانونگذار در تصویب قانون مدنی در باب عیوب مجوز فسخ نکاح ضمن مراجعه به فقه شیعه در تعیین مصادیق عیوب مختص هر یک از زن و مرد، نظامی را پی افکنده که امکان فسخ نکاح از ناحیه زوج به واسطه ی دامنه عیوب مجوز فسخ، در مقایسه با زوجه به نحو مطلوب تری تأمین شده است. بنابراین عده ای از نویسندگان حقوقی به اتکای برخی فناوری فقه های شیعه که دلالت بر توسعه ی دایره ی عیوب مشترک مجوز فسخ نکاح دارد و همچنین بنا بر ملاحظات جامعه شناختی معتقدند که امکان تسری دامنه عیوب مذکور در قانون مدنی به امراض صعب العلاج قرن حاضر و همچنین زمینه برقراری تساوی میان زوجین در خصوص انواع عیوب مستند فسخ نکاح به غیر از عیوب جسمانی خاص هر یک از زوجین قابل طرح و بررسی است. این در حالی است که ملاحظه ی پیشینه ی فقهی موضوع و بررسی روح حاکم بر مقررات خانواده، امکان طرح چنین عقیده ای را کم رنگ می سازد. برای متارکه زن و شوهر راه دیگری جز طلاق وجود دارد که آن فسخ نکاح به دلیل عیب می باشد، به طوری که زوج یا زوجه می تواند در صورت وجود عیب از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند. یکی از عیوب، داشتن بیماری لاعلاج و مسری مثل ایدز می باشد و موضوعات تدلیس، عسر و حرج، قاعده لاضرر، مفهوم اولویت، استفاده از باب وحدت ملاک علاوه بر موارد خاص مذکور در منابع فقهی جهت فسخ نکاح به دلیل وجود عیوب خاصه می تواند راهگشای این مشکل باشد.

کلمات کلیدی

فقه اسلام، حقوق ایران، نکاح، فسخ نکاح، طلاق



مقدمه

عجز شوهر از دادن نفقه^۴ می تواند درخواست طلاق نماید.

بنابراین هرچند در نظام حقوقی ما برای تحقق نکاح قصد و رضای طرفین در قالب الفاظ صریح کافی است.^۱ و احتیاج به تشریفات دیگری نیست. اما در مقام انحلال نکاح از یک سو اختیار طلاق در دست مرد است و از سوی دیگر امکان فسخ نکاح از جانب زوج به نحو بهتر و بارزتری تأمین شده است.

با این وجود درباره ی تعداد عیوب و این که آیا عیوبی که در باب نکاح مطرح می شود حصری است یا تمثیلی؟ اختلاف نظر بسیار است به ویژه آن که امروزه بیماری های تازه ای شناخته شده که در گذشته ناشناخته بود. بنابراین به لحاظ عدم تساوی زوجین در مورد استناد به عیوب مجوز فسخ نکاح عده ای از نویسندگان برآنند که مقررات موجود نارساست و اندیشه اصلاح مقررات فعلی را در قانون گذاری های آینده در قالب گسترش دامنه ی عیوب مشترک مجوز فسخ نکاح می پروراند به خصوص این که اجتهادی همسو با معاهدات بین المللی است هم چنان که بند ۴ ماده ی ۲۳ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی می آورد: « دولت های طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تأمین تساوی حقوق و مسؤولیت های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد».

از آنجا که مقررات مذکور در قانون مدنی عیناً از فقه پربار شیعه اقتباس گردیده، بررسی قابلیت طرح و توسعه مسأله در نظام حقوقی ما بدواً مستلزم کنکاش سوابق فقهی موضوع است.

فسخ نکاح در حقوق ایران متأثر از نظریات و فتاوی فقهای عظام از زمان غیبت امام عصر(عج)

تاکنون است و در این مسیر دیدگاه ها و نظریات حقوق دانان و نویسندگان و صاحب نظران نیز در تحویل و انطباق آن با وضعیت و مشکلات فعلی جامعه

نکاح از جمله عقود است که است علاوه بر جنبه های حقوقی آمیخته با اخلاق است قانون گذار در تدوین مقررات حاکم بر این نهاد کوچک اجتماعی متأثر از نیروهای اخلاقی و عادات و رسوم اجتماعی است، تا جایی که حاکمیت اراده^۱ در تعیین آثار آن نقض ندارد و به همین جهت قواعد عمومی معاملات تا جایی در نکاح قابل اعمال است که با طبیعت ویژه ی ان سازگار باشد^۲ از جمله این قواعد، احکام راجع به "فسخ" است.

برابر ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی « عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می شود» بررسی مواد قانون مدنی در باب انحلال نکاح بیانگر آن است که قانون گذار به منظور استحکام بنیان خانواده و همچنین تأمین سلامت اراده زوجین، نکاح را صرفاً در مورد عیوب جسمانی، تدلیس و تخلف از شرط صفت قابل فسخ اعلام کرده است. ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی، عیوب: خصاء عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی را در مرد موجب فسخ برای زن دانسته است؛ در حالی که ماده ۱۱۲۳ همین قانون وجود عیوب: قرن، جذام، برص، افضاء، زمین گیری و نابینایی هر دو چشم را در زن موجب فسخ نکاح برای مرد می داند از طرفی جنون نیز جزء عیوب مشترک برای هر یک از زوجین موجب فسخ نکاح خواهد بود.

تبعیض آشکار قانون گذار در اختصاص عیوب موجب حق فسخ در هریک از زوجین با ملاحظات

عقلی و اجتماعی دنیای امروز سنخیت ندارد. زوج در حالی توانایی انحلال نکاح را به واسطه ی طلاق در اختیار دارد می تواند به استناد وجود هفت عیب در زن، نکاح را فسخ نماید، در حالی که زن تنها به استناد وجود چهار عیب میتواند نکاح را فسخ کند، این در حالی است که در طلاق ندارد و صرفاً به استناد وکالت اعطایی زوج ضمن قباله های نکاح یا ماده ی ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی پس از اثبات عسر و حرج خود در دادگاه^۳ و همچنین در فرض خودداری یا

عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به آن حاکم شرع طلاق داده می شود...»
۴- ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی: « در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه»

۵- صفائی، حسین، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۱۰.

۶- ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی: « نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید»

۱- ماده ۱۰ قانون مدنی: « قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است»

۲- کاتوزیان، حقوق خانواده: ۱/۲۷۵

۳- ماده ۱۱۳۰ اصلاحی قانون مدنی: « در صورتی که دوام زوجین موجب عسر و حرج زوجه باشد وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند چنانچه



تفسیر می نماید. هرکدام از شیعه و اهل سنت دیدگاه متفاوتی در مورد حصری یا تمثیلی بدن موارد فسخ نکاح دارند که این دیدگاه باتوجه به ادله ی ضعیفی که دارند و بر طبق آن توجیه شده اند محل تأمل بوده و اشکالاتی بر آن متصور است. امروزه برخی از قوانین احوال شخصیه ، عیوب فسخ نکاح را حصری ندانسته و به تمثیلی بودن گراییده اند که نمونه آن ماده ۹ شماره ۲۵ مصوب ۱۹۲۰ م مصر و ماده ۱۲۲ قانون حقوق خانواده لبنان می باشد و حتی در برخی از کشورها که عیوب، حصری دانسته شده است حقوقدانان برآن انتقاد کرده اند. در قانون مدنی ایران به اشتباه موارد فسخ نکاح محصور و به موارد طلاق از سوی زوجه و نیز حق طلاق زوج بسنده شده است. این پژوهش می کوشد ضمن بررسی مبانی فقهی حق فسخ نکاح، به مهمترین و چالش برانگیزترین مباحث حقوقی نوین درباره ی حق فسخ نکاح به استناد عیوب بپردازد. نوشتار حاضر با طرح امکان علاج برخی بیماری ها و عیوب مذکور در قانون مدنی و تأثیر آن بر حق فسخ از یک سو و پیدایش عیوب جدید و امکان تسری از عیوب منقوصه از سوی دیگر، به طرح نظرات فقهی پرداخته است و برای موارد و موضوعات جدید، سعی دارد احکام فقهی و حقوقی آنها را مشخص سازد.

در کتاب فقهی درکتاب نکاح عیوبی نامبرده شده است که زوج و زوجه در صورتی که بعد از عقد نکاح بفهمند که طرف مقابل یکی از این عیوب را دارد، می توانند عقد نکاح را فسخ نمایند که این عیوب در زنان هفت عیب است که عبارتند از :

- ۱- دیوانگی : ۲- بیماری خوره (جذام)
- ۳- بیماری برص (پیسی) ۴- کوری از هر دو چشم شل بودن به طوری که معلوم باشد (زمین گیری) ۶- افضاء، یعنی راه بول و حیض یا راه حیض و غائط یکی باشد ۷- قرن یعنی گوشت یا استخوان یا غده ای در فرج زن باشد که مانع نزدیکی شود در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی در موارد به شش مورد خلاصه شده است ودر مقابل عیوبی نیز در مردان ممکن است یافت شود که موجب شود زن اگر بعد از عقد بفهمد می تواند ازدواج خود با زوج را فسخ کند که عبارتند از: ۱- دیوانه بودن ۲- نداشتن آلت تناسلی ۳- عنین بودن که نتواند نزدیکی کند و یا بیضه نداشته باشد که در ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی به سه مورد خلاصه شده است.

تأثیرگذار بوده است و بنابراین نمی تواند نقش و اهمیت این دو منبع فقهی و حقوقی را در دگرگونی موقعیت فسخ در حقوق ایران نادیده گرفت حال آنچه اهمیت دارد فلسفه و حکمت موجود در قواعد فسخ نکاح در قانون مدنی ایران است که حسب دلایل موجود فقهی با عنایت به این فلسفه و حکمت موجود از نظر فقهای صاحب نظر در این مقام حد و حریم موارد فسخ نکاح علاوه بر آنچه در اخبار و روایات وجود دارد و اعم از آنکه به نحو خاص و موردی از معصوم (ع) استعمال شده یا به نحو کلی و جامع از محضر درس آن بزرگواران به دست آمده تغییرپذیر نیست.

آنچه محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماری های جدید مانند HIV (ایدز) ، هیپاتیت و غیره است. به طوری که زوج یا زوجه بتوانند در صورت وجود آن بیماری از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند نکاح برهانند. امروزه بسیاری از بیماری های جدید مانند ایدز ، شانکر، سوزاک، صرع، غش و نیز بعضی از بیماری های واگیردار و صعب العلاج و نظیر انواع سکتته ها، ms ، آلزایمر و سرطان وجود دارد که به عینه مشاهده می شود زندگی زناشویی را مختل کرده و جزء عیوب بیماریهای فسخ نکاح نمی باشند که لازم است فقه سنتی از این لحاظ مورد کنکاش و بازنگری قرار گیرد. پایبند بودن به نص روایات که منشأ اصلی مجوز فسخ نکاح در بحث عیوب زوج و زوجه می باشد چیزی جز حرکت قهقهرایی برای فقهای اسلامی را چه از دیدگاه شیعه و چه از دیدگاه اهل سنت به وجود نمی آورد و لازم است با تکیه بر فقه پویا به دنبال عیوب و موارد جدید فسخ نکاح بود. بسیاری از بیماری های سابق که مجوز فسخ نکاح هستند مانند عنن، قرن و عفل با اعمال جراحی بسیار کوچک قابل علاج می باشد. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز از نظرات مشهور فقهای شیعه اقتباس نموده که آن هم باید با انقلابی در فقه اسلام دچار دگرگونی اساسی قرار گیرد یا به عبارت دیگر باید معتقد بود که عیوب فسخ نکاح از حالت حصری به حالت تمثیلی تبدیل گردد. در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی موارد عسر و حرج که زوجه می تواند با مراجعه به آن و با اذن مرجع قضایی خود را مطلقه نماید و بیان گردید که در متن ماده فوق بیان شده که حصری نیستند ولی عملاً قضات محترم دادگاه های خانواده با نگاه حصری بودن ، آن ماده و موارد آن را



فسخ نکاح

واژه فسخ نکاح از دو جنبه لغوی و اصطلاحی قابل تعریف است.

فسخ از لحاظ لغوی

فسخ از نظر لغوی عبارت است از «برهم زدن معامله و پیمان» می باشد.

فیروز آبادی آورده است: فسخ به معنای ضعف، 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.^۷

و ابن فارس گفته: افسخت الشی نسيتها (فراموش کردم چیز را) و تفسخ الشی نقضها (نقض کرد آن را).

فسخ در معنای اصطلاحی (حقوقی)

فسخ (مدنی- فقه) ایقاعی است از ایقاعات که دارای خصوصیات زیر است:

اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده و به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع (در حدود امکان و قدرت) بر می گرداند. فسخ اختصاص به عقود ندارد به همین جهت فقها، رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده اند و طلاق ایلقاعات است. در معنای حقوقی، ایلقاعی است که صرفاً به اراده صاحب حق واقع می شود فسخ نکاح نیاز به انجام تشریفات خاص و رجوع به دادگاه ندارد و با تصمیم صاحب حق واقع می شود اما اراده باطنی تا زمانی که به وسیله ای اعلام نشده است هیچ اثری در انحلال نکاح ندارد.

فرق های طلاق با فسخ

۱- فسخ از عدد طلاق چیزی کم نمی کند، اما اگر طلاق واقع شد از عدد ۳ طلاق کم می شود بنابراین با دو بار طلاق دیگر حرمت پیدا می کند. 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 می شود و برای حلال شدن زن بر مرد قانون تحلیل باید اعمال شود و اگر کسی زنش را دوبار 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 درآورد این فسخ طلاق محسوب نمی شود و زن بر مرد حرام نمی شود. این یکی از

مهمترین نکته های امتیاز بین طلاق و فسخ است.^{۱۰}

۲- طلاق را باید شوهر اعمال کند و این قانون براساس احادیث بسیاری است که پیامبر اسلام (ص) و خاندان عصمت و طهارت (ع) رسیده و حدیث معروف و مشهور نبوی که فرموده: «طلاق به دست کسی است که ساق را می گیرد (طلاق در دست مرد است) یکی از قواعد مهم فقه می باشد».^{۱۱}

در حالی که طلاق فقط به دست شوهر صادر یا لغومی شود. فسخ دامنه ای وسیع دارد و چنانچه شوهر می تواند علقه ی زوجیت را بگسلد زن نیز می تواند علقه ی زوجیت و نکاح را برهم زند. اشتراک زن و مرد در برهم زدن زندگی و فرار از آن باعث امتیاز بین طلاق و فسخ می شود.

۳- طلاق زمانی درست است که زن دارای شرایط خاصی باشد. 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 موافقه در آن صورت گرفته طلاق نداده باشد ر) مطلقه مشخص باشد.^{۱۲}

۴- فسخ موجبات ویژه خود را دارد و طلاق اسباب خاص خود را و هرکدام از یک باب نشأت می گیرند و به سویی می روند برص و جذام از اسباب فسخ هستند در حالی که در طلاق می تواند به واسطه هر امری که ناخشنودی مرد از زن را فراهم کند باعث جدایی آن دو شود. اسباب فسخ محدود است ولی نمی تواند برای طلاق

سبب های خاصی را ذکر نمود.^{۱۳}

۵- وقوع طلاق از نظر زمان سبب تغییر در استحقاق مهر می شود و از این رو فقیهان براساس روایات فرموده اند اگر مرد زن را قبل از دخول طلاق دهد زن نصف مهر را مستحق است اما فسخ اینگونه نیست. هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جہتی فسخ شود زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ عنن

۱۰- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۴۲۰/موسوی خمینی، روح ا...، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۵۹۱.

۱۱- الطلاق بید من اخذ بالساق: نوری طبرسی، حسن، مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۳۰۶.

۱۲- حلی، جعفر، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۱۷/ مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۴۰۹ تا ۴۱۱.

۱۳- وفادار، علی، حقوق خانواده، ص ۱۵۰-۱۴۹.

۷- فیومی، المصباح المنیر، ص ۱۸۰.

۸- ابن فارس، احمد، معجم اللغة، ص ۵۶۸.

۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۵۰۲، ش ۴۰۰۰.



قرن (عفل)

(با فتح عین وفاء) در فقه زائده گوشتی است که در عضو تناسلی زن که مانع انجام نزدیکی است و اگر به صورت استخوان باشد آن را قرن (بروزن عفلی) نامند.^{۲۰}

اختلال واژینیسموس

اختلال واژینیسموس که در اثر تحریکات بیرونی موجب انقباض عضلات تحتانی و انسداد مجرای فرج در زنان می شود، همان آثاری را دارد که بیماری هایی چون رتق، عفلی و قرن دارند و موجب اختلال در رابطه زناشویی می شود. در صورتی که بیماری واژینیسموس درمان نشود به دلیل ایجاد اختلال در رابطه جنسی می تواند مجوز فسخ نکاح گردد.

تأثیر اختلال واژینیسموس در فسخ نکاح

واژینیسموس نوعی اختلال جنسی است که در اثر انقباض غیرارادی عضلات تحتانی واژن به صورت راجعه و یا دائمی ایجاد می شود و آمیزش را غیر ممکن و یا دشوار می سازد. در صورت ناشناخته ماندن، احتمال اشتباه 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.

بیماری ایدز (HIV)

ایدز بیماری است که عامل آن با حمله به سیستم دفاعی و ایمنی بدن و ایجاد اختلاف در آن فرد مبتلا را، در مقابل انواع بیماری ها و عفونت ها تضعیف نموده و نهایتاً باعث مرگ می شود. راه اصلی سرایت این بیماری نزدیکی جنسی بین دو فردی است که یکی از آنها ناقل ویروس است. انتقال HIV از مرد به زن ۲ تا ۴ برابر بیشتر از زن به مرد است.^{۲۱}

بیماری لوپوس

بیماری لوپوس موجب اختلال در سیستم ایمنی بدن می باشد در این بیماری، سلول های ایمنی به بافت های سالم بدن حمله می کنند و موجب التهاب و تخریب بافت می گردند.

دیدگاه فقه موضوع

در این قسمت به موضوع بررسی فقهی این موضوع از دیدگاه فقه شیعه و اهل سنت پرداخته می شود.

دیدگاه فقه شیعه

باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است.^{۱۴}

طلاق نیز مانند فسخ، ایقاع^{۱۵} است و هرکدام دارای شرایطی است؛ اما انجام آن منوط به رعایت تشریفات خاص نمی باشد. همچنین برخلاف فسخ نکاح در طلاق وجود حالت خاص در زن (درطهر غیر مواقعه بودن) ضروری است چنانچه فرد زن خود را طلاق بدهد، زن مستحق نصف مهر است و اگر مهر در عقد معین نشده باشد، زن نمی تواند مطالبه «مهرالمتعه» نماید اما در فسخ طلاق ماده ۱۱۰۱ مدنی صرفاً در صورتی که علت فسخ عنن باشد نصف مهر به زن تعلق می گیرد تفاوت دیگر فسخ نکاح و طلاق در اختصاص طلاق به عقد دائم است در حالی که فسخ نکاح در انحلال عقد نکاح دائم منقطع مؤثر باشد.

خصاء

(فقه - مدنی) به کسر خاء عبارت است از اخته بودن مرد از طریق دخل و تصرف و عملیات مادی در بیضه او. چنین کسی را خصی (بفتح اول) گویند.^{۱۶}

عنن

(فقه - مدنی) بیماری است در مرد که قوه ی نشر آلت تناسلی مرد را تا حدی ضعیف می کند که مانع نزدیکی می شود. این بیماری را عنن می گویند.

جب

(فقه - مدنی) بفتح جیم مقطوع بودن آلت تناسل را گویند و آن کس که این صفت را داراست محبوب نامیده می شود. این صفت اگر باعث سلب توانایی جماع (ولو به قدر حشفه) گردد موجب پیدایش حق فسخ نکاح برای زوجه است.

عیوب ویژه زن

ماده ۱۱۲۳ مدنی مقرر می دارد: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: ۱- قرن؛ ۲- جذام؛ ۳- برص؛ ۴- افضاء؛ ۵- زمین گیری؛ ۶- نابینایی از دو چشم. آنچه در این ماده بعنوان عیوب زن ذکر شده با قول مشهور امامیه موافق است.^{۱۹}

^{۱۴} - کشاف، محمد، اصطلاحات الفنون، ص ۱۲۷۳/ج۱، زین الدین، (شهید)

ثانی) الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، ج ۵، ص ۳۹۲.

^{۱۵} - ایقاع در مقابل عقد، عمل حقوقی است که با یک اراده واقع می شود: کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ص ۱۸.

^{۱۶} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۶۲، ش ۲۰۸۲.

^{۱۷} - همان منبع، ص ۴۷۷، ش ۳۸۱۶.

^{۱۸} - همان منبع، ص ۱۹۷، ش ۱۵۰۳.

^{۱۹} - نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۰، ص ۳۱۸ و ۳۳۱/طباطبایی، علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل

^{۲۰} - جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۵۳، ش ۳۶۰۸

^{۲۱} - جان هابلی، راهنمای ایدز، مترجم: روانبخش، مسعود، ۴۵.



سوی دیگر علاوه بر ماجرای بریره کلی شرع و نصوص دیگری نیز برای تقویت قول جمهور فقها وجود دارند از جمله قواعد گویای این مطلب، قاعده «الضرر یزال» (ضرر و زیان برطرف می شود) یا قاعده «لاضرر و لا ضرار» است که از جمله قواعد اساسی در شریعت و نص مورد توافق همه مذاهب است.

علاوه بر این قاعده و با توجه به مقصد شریعت در جلب مصلحت و دفع ضرر از بندگان فقیهان به آیه. «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان»^{۳۳}

نگهداری زن به گونه ای شایسته و عادلانه یا رها کردن او با نیکی استناد کرده و گفته اند: آیه گویای امساک به معروف است چگونه می توان این معروف را مورد توجه قرار داد در حالی که یکی از زوجین از دیگری تنفر دارد و نه تنها نمی تواند در کنار او به سکنی، آرامش، مودت و رحمت (که مقصود نکاح است) برسد، که خداوند می فرماید: و از نشانه های بریره کنیزی بود که با برده ای به نام مغیث بن جحش ازدواج کرد، سپس بریره آزاد شد و رسول الله (ص) او را بر ماندن نزد شوهر و فسخ نکاح مخیر دانست او نکاح را فسخ کرد.^{۳۴}

قدرت خداوند این است که از جنس خودتان همسرانی را برای شما آفرید تا در کنار آنان بیارامید و در میان شما مهر و محبت قرار داد^{۳۵} بلکه روز به روز بر نفرتش نسبت به او می افزاید و حاضر نمی شود برای چند روز در کنار او بماند.

علاوه بر قاعده «الضرر یزال» و آیه فوق اخبار و آثار زیادی هستند که قول امام جعفر صادق (ع) که می فرماید: نکاح به سبب پیسی، خورده، دیوانگی و وجود مانع از جماع در زن، فسخ می شود^{۳۶} و این که خلیفه دوم در جمع صحابه حکم کرد: هر مردی با زنی که مبتلا به دیوانگی یا جذام یا برص است ازدواج کند با اونزدیکی کند که آن زن مستحق تمام مهر خواهد بود و شوهرش حق گرفتن خسارت از ولی او را دارد.

ضبی یا غیاث ضبی از امام صادق (ع) نقل کرده اند که فرمود: اگر معلوم شود که مرد عنین است و توانایی جنسی ندارد بین زن و مرد جدایی افکنده می شود ولی اگر یک بار واقعه کرد موردی برای فسخ نکاح نیست و نکاح به خاطر عیب مرد رد نمی شود.^{۲۸}

اقوال فقها پیرامون فسخ نکاح به سبب عیوب

فقهای امامیه و اهل سنت اتفاق نظر دارند که وجود پاره ای از عیوب در یکی از زوجین، موجب فسخ نکاح برای دیگری است تنها ظاهری ها با جمهور فقها اختلاف کرده و به فسخ نکاح به سبب وجود عیوب قائل نیستند. آنها فسخ نکاح را به تقیید صحت عقد به سلامت طرفین از عیوب اتفاق شده بر آن در هنگام عقد مشروط می دانند. به طوری که، اگر ثابت شود یکی از زوجین در هنگام عقد آن عیوب را دارا بوده و به مقتضای شرط عمل نکرده، آن عقد باطل است.^{۳۰}

از بین فقهای مستقل کسانی که به اصول استنباط مذاهب مرسوم مقید نبوده اند، بلا جمهور مخالفت کرده و همچون ظاهری ها فتواداده اند. شوکانی تنها عتق (آزادی) را سبب فسخ نکاح می داند و بر این باور است که اگر کنیزی با برده ای عقد نکاح ببندد سپس آزاد شود می تواند نکاحش را فسخ کند، زیرا رق (بردگی) تنها عیبی است که با آن می توان عقد نکاح را فسخ کرد.^{۳۲} آنچه سبب شده شوکانی تنها رق را از اسباب فسخ بداند این است که در مورد عیوب دیگر نصی از شارع نرسیده و تنها در مورد عتق نص خاص وارد شده و آن قصه بریره است.

اگر غیر از داستان بریره، نص دیگری از شارع وجود نداشت، همین دلیل خود از طریق تنقیح مناط و اخذ به وحدت ملاک، بر ثبوت حق فسخ نکاح به سبب عیوب دیگر دلالت می کرد، زیرا گفته اند نصوص محدود و حوادث نامحدود هستند. نصوص شرعی از باب تمثیل وارد می شوند و نمونه پردازی می کنند و باید حوادث و موارد مشابه را بر آن حمل کرد. از

۳۳ - سوره بقره، آیه ۲۲۹

۳۴ - کلینی، محمد، کافی، ج ۵، ص ۴۸۶ / بخاری، محمد، صحیح بخاری، ش ۲۳۹۹

۳۵ - سوره روم، آیه ۲۱

۳۶ - عاملی، محمد، وسایل الشیعه ابواب عیوب و تدلیس، باب ۱، خیر شماره ۶

۳۷ - بیهقی، محمد، تاریخ بیهقی، ص ۳۲۴

۲۸ - همان منبع، ص ۴۱۰ / طوسی، محمد، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۳۰ / حرعاملی، وسایل الشیعه، ج ۱۴، ص ۶۱۰

۲۹ - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام، ج ۳۰، ص ۳۰۸؛ ابن قدامه، عبدالله، المغنی، ج ۷، ص ۵۷۹

۳۰ - ابن حزم، محمد، المحلی، ج ۹، ص ۲۸۹

۳۱ - شوکانی، محمد، نیل الاوطار، ج ۴، ص ۱۲۵

۳۲ - همان منبع، ج ۶، ص ۲۹۹



قانونی انجام دهد و در صورت تخلف یک طرفه «نشوز» و تخلف دو طرفه «شقاق» ایجاد می شود.

اختلاف جنسی و انحرافات جنسی دو عاملی است که بر ارتباط جنسی زوجین آثار سوء دارد در تمایز بین اختلاف جنسی و انحراف جنسی باید گفت هرگاه موضوع مورد توجه 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، بی انزالی و سرد مزاجی اطلاق می شود اختلالات جنسی از قبیل عنن، خصاء و قرن به عنوان علل فسخ نکاح مورد توجه مقنن قرار گرفته است و انحراف جنسی اگرچه صریحا مورد اشاره مقنن قرار نگرفته است اما با توجه به کلیت ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، می تواند به عنوان علت عسر و حرج زوج به او حق طلاق بدهد.

اختلالات جنسی در وقوع دعاوی خانوادگی مورد توجه قرار گرفت.

در مرحله اول به بررسی احکام طلاق که علت آن اختلالات جنسی زوجین بود پرداخته شد و در مرحله بعدی زوجینی که برای طلاق مراجعه نموده بودند مورد مشاوره قرار گرفتند و علت درخواست طلاق بررسی شد.

مرحله اول بررسی چندان موفقیتی به دنبال نداشت و علت را باید در حق طلاق زوجین و نحوه رسیدگی به این دعوی دانست توضیح این انواع درخواست های طلاق عبارت است از طلاق توافقی، طلاق به درخواست زوج و طلاق به درخواست زوجه.

راه های سرایت بیماری ایدز :

از راه های مهم سرایت بیماری ایدز ارتباط جنسی و انتقال از مادر به جنین است با توجه به این نکته که اهداف مهم زندگی زناشویی مقاربت جنسی و تولد و تناسل می باشد. حال هرگاه یکی از زوجین قبل از نکاح یا بعد از آن دچار بیماری ایدز شود آیا می توان حکم به بقاء و ادامه زندگی فرد سالم با مریض داد؟

هرچند زندگی طاقت فرسا و همراه با ضرر و زیان برای فرد سالم باشد یا این که احکام شرعی راهی را برای رهایی از این حرج و سختی قرار داده است. در این مختصر به طور اجمالی به دلایل عده ای از فقها در مورد فسخ

این قضاوت عمر در محضر صحابه و سکوت آنها گویای این است که آنها خود، این حکم را قبول داشته اند. بنابراین با توجه به ادله سابق و بنابر حکم عقل مطابقت آن با نقل صواب در این مسأله قول جمهور است اتفاق نظر مذهب امامیه با مذاهب چهارگانه اهل سنت و پیدا نشدن مخالفی جز به صورت نادر، دلیل بر صحت این قول است.

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 بررسی میدانی تأثیر اختلال و انحراف جنسی در فروپاشی

خانواده

انسان در زندگی نیازهایی دارد که برآوردن این نیازها موجب تعادل روحی- روانی و رضایتمندی وی از زندگی می گردد. نیاز به وابستگی و عشق و عاطفه و نیاز جنسی دو نیاز مهم است که خداوند تعالی نکاح را مجرای رفع آن قرار داده است. برآوردن نیاز جنسی، تعمیق عشق و وابستگی عاطفی را به دنبال دارد و ارتباط این دو امری غیر قابل انکار است در بررسی میدانی تأثیر اختلالات و انحرافات جنسی در دعاوی خانوادگی توجه به چند مسأله ضروری است.

الف- تشخیص نیازهای عاطفی و جنسی به علت غیر محسوس بودن آن امری سخت است و افراد آن چنان که گرسنگی و تشنگی را تشخیص می دهند به نیازهای فوق الذکر توجهی ندارند.

ب- عرف و فرهنگ مرسوم در خانواده ها به ویژه برای زنان، حق اعلام تمایلات جنسی و برآوردن آن را به عنوان یک نیاز طبیعی انسان جایز نمی داند و زنی که چنین تمایلاتی را اظهار نماید، مورد سرزنش قرار می گیرد.

ج- مشکل بودن اثبات این عوامل به ویژه انحراف جنسی به عنوان علتی برای درخواست طلاق موجب شده که کمتر به مسأله اختلالات جنسی توجه شود.

طی بررسی در دو محدوده زمانی دو دهه در مجتمع قضایی خانواده یک تأثیر



در اینجاها هم عقل «اوفو بالعقود» شامل نمی دانند.

فقها سراغ اصل در مسئله نرفتند ولی بهتر بود مقتضای اصل را بیان می کردند بنابراین اگر حدیث یا اجماعی هم نداشتیم در این دو دسته از عیوب قائل به خیار فسخ می شدیم.

قاعده لاضرر هم همین را ایجاب می کند ولی لازم نمی دانیم آن را در کنار اوفو بالعقود قرار دهیم ولی اگر «لاضرر» را کنار آن قرار دهیم واضح تر است.

به عنوان مثال نمونه هایی از مواردی که فقیهان در مورد اینگونه اسباب فسخ به باب موردتمسک فقیهان بوده است و مانعی از اجرای آن وجود ندارد.

الف) مرحوم محمدحسن نجفی صاحب جواهر الکلام درباره حق فسخ داشتن زن براین فرض که مرد قبل از عقد مجبوب بوده فرموده است.

آیا زن می تواند عقد را در صورتی که آلت مرد قبل از عقد بریده بوده فسخ کند؟ در آن تردید وجود دارد و منشأ آن تردید تمسک به مقتضای عقد است که در مورد خلاف مقتضای عقد بر مواردی که به آن تصریح شده بسنده می شود چرا که موارد تصریح شده متبئن است و با وجود این عیب در مرد نباید او را رد کند اما از آن جهت که تدلیس صادق است و جب به معنای خصی یا عنن است و بلکه بالاتر از آن دو است زیرا خصی بر دخول قادر است و احتمال خوب شدن عنین وجود دارد می توان حکم به فسخ با این عیب داد و به علاوه صبر زن در این مورد باعث زیان دیدن به اوست.

همانطور که ملاحظه می شود بر فرض ثبوت جب پیش از عقد زن حق فسخ دارد و دلیل آن همان قاعده «لاضرر» است.

ب) شهید ثانی در مورد حق فسخ برآن پندار که یکی از دو طرف مبتلا به مرض جذام است فرموده: عیب هایی که باعث فسخ نکاح می شود پنج تا است از آن جمله جذام است زیرا سبب ضرر می شود که پیامبر (ص) آن را نفی فرموده چون جذام از مرض های واگیردار است و از سوی رسول خدا (ص) روایت شده از مجذوم بگریز چنانچه از شیر درنده می گریزی.

بعضی دیگر از فقیهان نیز مانند این عبارت و استدلال را آورده اند و بر تعمیم فسخ در مسائل مورد نظر خود استناد کرده اند. از عبارت های فقیهان برمی آید که قاعده «لاضرر» در این باب سریان دارد و می توان آن را جاری کرد بنابراین اگر یکی از دو طرف عقد مبتلا به مرض واگیر دار (ایدز و سفلیس و...) بوده استفاده می شود که

نکاح در بیماری های لاعلاج و مسری چون ایدز می پردازیم.

ادله جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان شامل موارد ذیل می باشد:

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 کرده اند.

پیامبر (ص) فرمود: لاضرر 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 تشریح 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 هرکدام از طرفین به حکم آیه (اوفو بالعقود) واجب و لازم است که به عقد خویش وفادار بوده و آن رانقض نکنند. حال دو نفر باهم عقد نکاح بستند و یکی از آن دو فریب خورده مثلاً یکی از طرفین عیب خود را مخفی داشته اگر بگوئیم عقدازم است و هیچ کدام از طرفین حق ندارند آن را فسخ نمایند لازم می آید شخص فریب خورده متضرر شود و به حکم قانون «لاضرر» در اسلام لزوم و وجوب وفای ضرر تشریح نشده و لذا وی حق خیار فسخ دارد و می تواند با اعمال آن جلوی ضررش را بگیرد.

مکارم شیرازی در این زمینه می فرماید: آیه «اوفو بالعقود» به این معنی نیست که هیچ عیبی موجب فسخ نکاح نمی شود بلکه عیوبی داریم که «اوفو بالعقود» شامل آنها نمی شود عیوب به دو دسته تقسیم می شوند:

۱- عیوبی که هدف از ازدواج را از بین می برد و با بودن آن عیب هدف از ازدواج حاصل نمی شود. مثل این که مرد مجبوب یا عنین است و یا زن موانعی دارد که با وجود آن امکان مقاربت نیست. «اوفو بالعقود» شامل این موارد نمی شود و عقلاً این را نمی پذیرند و مثل این است که بیعی صورت گرفته و هیچ امکان استفاده از آن نیست، پس اگر روایتی هم در مسئله نباشد به حکم عقل این عیوب مانع است و می گوئیم در آنجا «اوفو بالعقود» حاکم نیست.

۲- عیوبی که مانع از هدف ازدواج نیست ولی برای زوج و یا زوجه خطرناک است. مثل جذام، برص یا ایدز، آیا «اوفو بالعقود» اینها را شامل می شود؟



را سالم معرفی کند در حالی که مبتلا به بیماری های صرع یا امراض صعب العلاج بوده باشد و یا اینکه خود را مجرد معرفی نماید و بعد معلوم شود که معیل بوده آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می باشد یا خیر؟ درباره پرسش فوق کمیسیون در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ پاسخ داده است که با توجه به مسئله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (رض) با عنایت به ذیل همین مسئله دارند: با عنایت به مفهوم مخالف مسئله ۱۴ صفحه ۲۹۶، در دو مورد اول تدلیس صدق می کند و حق فسخ موجود است. زیرا که در مثال اول هریک از صفات مذکور که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده عرفاً از صفات کمالی محسوب می شود و عقد ازدواج نیزمبنا علیها واقع شده است. در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی برعدم آن نقص ها واقع گردیده است که در صورت انتفای سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد وی درمورد مثال سوم اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات کمال محسوب بشود در این صورت زوجه به استناد مسئله ۳-۱۴ صفحه ۲۹۵ جلد دوم تحریرالوسیله حق تقاضای فسخ را دارد.^{۳۹}

در قانون مدنی چنین آمده: هر گاه در یکی از زوجین صفت خاصی شرط شده وبعد ازعقد 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 متبایناً برآن واقع شده باشد.^{۴۰}

در روایات تدلیس جمله ای ذکر شده که در مقام تعلیل است و می توان از آن استفاده کرد که تدلیس ویژه امور ذکر شده در روایات نیست. «یوجع ظهره کما دلیس نفسه» مرد متحمل خسارت می شود چون عیب خود را پوشانده و فریب داده است.^{۴۱} می توان ادعا کرد که «کما» دلالت برتعلیل دارد چنان که بسیاری از علمای نحو وادب و تفسیر در مورد جمله (واذکروه کما هداکم) متذکر شده اند که «کما» در اینجا در مقام تعلیل است و تعلیل شایسته تعمیم است یعنی در

نباید با یکدیگر ازدواج کنند اگرچه صاحب ریاض بر شهید خرده گرفته و فرموده: لازمه این سخن حکم فسخ در هر مرض مسری است.

دلیل دوم: به عنوان پایه و اساس رهایی از این ماجرا می توان تدلیس را ذکر کرد فقیهان نیز موضوع تدلیس را در بسیاری از موارد ذکر کرده و آن را دلیل فسخ دانسته اند.

تدلیس در مورد نکاح عبارت است از عملیاتی نسبت به زن یا مرد که موجب فریب طرف دیگر در ازدواج با او گردد. عملیات فریبنده که موجب خیار تدلیس می گردد ممکن است به وسیله شخص ثالث غیر از زوجین انجام گردد مانند آنکه پدر یا مادر یا واسطه دیگر اوصافی برخلاف حقیقت در یکی از زوجین برای طرف دیگر بگوید که سبب میل و رغبت در انعقاد نکاح گردد و با اعتماد وجود آن اوصاف ازدواج کند.

همچنان که ممکن است بوسیله خود زن یا شوهر باشد. عملیات فریبنده ممکن است مثبت یا منفی باشد.

الف) عمل مثبت ممکن است الفاظ یا نوشته باشد مانند توصیف کردن زن یا مردی به سلامت مزاج و نداشتن عیب برای شخص دیگری که قصد ازدواج با او را دارد که به اعتقاد بر آن ازدواج نماید هرگاه آن زن یا مرد دارای عیب باشند. فرق نمی کند که عیب مذکور از عیوبی باشد که سبب ایجاد حق فسخ می گردد مانند جنون، عنن و یا غیر از آن عیوب باشد مانند صرع و بعضی بیماریهای غیر قابل علاج مثل سرطان و غیره همچنین توصیف کردن زن یا مردی را برای شخصی که قصد ازدواج دارد به صفات کمالی که با اعتماد وجود آن صفات با او ازدواج کند هرگاه آن صفات را دارا نباشد.

ب) عمل منفی یا ترک عمل درموردی می تواند موجب تدلیس گردد که به جهتی از جهات شخصی مکلف به انجام آن بوده همچنان که عدم ذکر عیوب مرد یا زن در مقامی که بیان گردید موجب تدلیس می شود مانند آنکه شخصی از دیگری که مورد اعتماد اوست در ازدواج با زن یا مردی مشورت کند و آنکس با علم بر عیوب ازدواجش را صلاح بداند بدون آنکه از آن عیوب ذکری کند.

نکات جالبی در استفتائات کمیسیون شورای عالی قضائی در خصوص مسئله ۶ آن وجود دارد مبنی بر این که اگر مرد قبل از ازدواج خود را برخلاف واقع کارمند، دکتر یا مهندسی معرفی کند و بعد خلاف آن کشف شود و یا اینکه خود

^{۳۹} - به قلم گروهی از مؤلفان، فقه و حقوق تطبیقی/ ضرورت تحول در عیوب

موجب فسخ، دکتر چاوشی، محمدرضا، ص ۱۸۷

^{۴۰} - ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی.

^{۴۱} - حرعاملی، محمد، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب الزوج اذا بان خصیصاً، ج ۱۴،



بنابراین مانند فرد سالم در کنار بیماری ایدزی عسر و حرج و مشقت غیر قابل تحمل و «تکلیف بما لایطاق» است پس دادن حق جدایی به فرد سالم از واجب ترین واجبات و حمایت از او و خانواده و اجتماع می باشد.

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ امراض مسری صعب العلاج 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 به عنوان مثال ذکر می کند. در این ماده چنین آمده است: «در مورد زیر زن می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود. در ادامه این ماده تبصره ای 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 می گردد. ابتلاء زوج به بیماری صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب العلاج دیگری است که زندگی مشترک را مختل می کند. برخی از صاحب نظران اعتقاد دارند حضرت امام خمینی در اینگونه موارد به احتمال زیاد اعتقاد به دادن حق فسخ به زن داشته اند.^{۴۷}

دلیل چهارم: ذیل حدیث شریف نبوی فرمود: «فر من المجذوم فرارک من الاسد» حدیثی است که در منابع عامه از رسول خدا (ص) نقل شده است. لاعدوی و لاطیره و لاهامه و لاصفر و فرر من المجذوم کما تفر من الاسد.^{۴۸} واگیری، فال بد، بدشومی جغد، واگیری مرض شکم وجود ندارد و فرارکن از مجذوم چنانکه از شیر فرار می کنی با دقت در حدیث فوق به علت فرار از مجذوم پی برده می شود و این مناط و دلیل را از آن استخراج می کنند.

هرموردی که تدلیس صدق کند سبب فسخ عقد می شود و اگر یکی از زن و مرد به مرض مسری گرفتار بود و دیگری را خبر نکرد و با او ازدواج کرد این مورد نیز در واقع خود نوعی تدلیس است. دلیل سوم: یکی دیگر از دلایل خیار فسخ نکاح برای زن هنگام مبتلا بودن زوج به بیماری ایدز قاعده لاجرح می باشد در قرآن آیه ۷۸ سوره حج آمده است:

خداوند در دین هیچ گونه سختی برای شما قرار نداده است.

این آیه شریفه دلالت واضح بر این امر دارد که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریح 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 تشریح مرفوع است.

در سنت هم روایات متعددی است که دلالت بر عدم جعل و تشریح حکم حرجی دارد. برخی از روایات عبارتند از: صحیحہ بنزطی: ان ابا جعفر (ع) کان یقول «ان الخوارج ضیقوا علی انفسهم بجهاله و ان الدین اوسع من ذلک» امام باقر (ع) فرمود: (خوارج به دلیل نادانی برخورد سخت گرفتند در حالی که دین وسیع تر از آن است) ^{۴۲} و قوله علیه السلام «بعثنی الله بالحنفیه السهله السمه» (پیامبر (ص) فرمود: (خداوند مرا بر دین حنیف آسان مبعوث کرده است) ^{۴۳} و بنای عقلا هم قائم بر عدم تجویز تشریح احکام حرجیه در تمام ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاست نمی تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلانی بکند و اجماع امامیه بلکه علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام است.^{۴۴}

در خصوص امراض خطرناک جدید و اثر آنها بر حکم فسخ نکاح مانند ایدز و جذام و برص به ویژه این که زن در طلاق اختیار ندارد چون به مقتضی ادله اولیه امر طلاق منحصر در دست زوج است. بنابراین مسئله فسخ نکاح برای زن اهمیت ویژه و بیشتری می یابد.^{۴۵}

^{۴۲} - ما جعل علیکم فی الدین من حرج.

^{۴۳} - صوق، محمد، من لایحضر الفقیه، ج ۱، ص ۲۵۸/طوسی، محمد، تهذیب، ج ۲، ص ۳۶۸/جرعاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۳، ص ۴۹۱/علامه مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۲، ص ۲۸۱

^{۴۴} - کلینی، محمد، کافی، ج ۵، ص ۴۹۴.

^{۴۵} - ما جعل علیکم فی الدین من حرج.

^{۴۶} - الطلاق بید من اخذ بالساق.

^{۴۷} - مهرپور، حسین، فصلنامه مفید، شماره ۲۰، ص ۶۴ فقه و حقوق تطبیقی/ ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح، چاوشی، محمدرضا، ص ۱۹۰.

^{۴۸} - بخاری، محمد، صحیح، ج ۷، ص ۶۴/ صدوق، محمد، من لایحضر الفقیه، ج ۳، ص ۳۶۳/جرعاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۲۷۳/ صدوق، خصال، ص ۵۲۰/ علامه مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۶۵، ص ۸۲.



و چه بسا برای خیار زن به آیه سوره بقره: «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان» (طلاق به دو مرتبه است و در هر مرتبه باید به طور شایسته همسر خود را نگهداری کند یا با نیکی او را رها سازد).

و آیه قرآن «و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فأمسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسکوهن ضرا را لتعتدوا»^{۵۳} (هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای وعده رسیدند یا به طرز صحیحی آنها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده ای آنها را رها سازید و هیچگاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن آنها را نگاه مدارید).

تمسک می شود چون فرقی بین امساک مسیوق به طلاق بعد از رجوع و بین امساک ابتدایی مسیوق به نکاح در حکم نیست و معلوم است که امساک زن از طرف مرد مبتلا به بیماری مسری یا بیماری مهلک در اول ازدواج معروف نیست. وهنگامی که زوج تصمیم به نگهداشتن زن بگیرد این امساک ضرر به زن است که مدلول قول خداوند: «و لا تمسکوهن ضرا را لتعتدوا» (هرگز زنان را برای زیان رساندن به آنها نگاه مدارید) است.^{۵۴}

دلیل ششم: درمورد مرض طاعون روایات مختلفی است که پاره ای از آنها دلالت دارد شخصی که در سرزمین مبتلا به طاعون زندگی می کند نباید از آن خارج شود؛^{۵۵} 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 واقعا 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 سفلیس 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 چند جمله ای 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 ازدواج که استمتاع است منافات

فقیهان می گویند 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 سفلیس نیز وجود دارد و لازم است کسی که مبتلا به آن نیست از کسی که مبتلا به 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 امکان پذیر میدانیم و آن طلاق است ما جواب می دهیم چگونه امکان دارد در حالی که زن مالک طلاق نیست و حدیث ذکر شده 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 از شیخ صلاح الدین در القواعد نقل می کند ناظر به همین جهت باشد. او فتوا داده: اگر مادر مبتلا به جذام و برص شد حق حضانت او ساقط می شود زیرا خوف آن وجود دارد که بچه به جهت شیر خوردن و نگهداری او گرفتار شود.^{۵۶}

دلیل پنجم: طبق نظر پزشکان درصد احتمال سرایت ویروس ایدز از مردان بیمار بیشتر از زنان ایدزی می باشد از آن جهت که در منی مرد بیمار مقدار زیادی از ویروس موجود می باشد و مدت طولانی در جدار مخاطی رحم استقرار می یابد لذا احتمال سرایت بیماری به زنان سالم بیشتر است ضمن آنکه احتمال نوزاد بیمار نیز وجود دارد.^{۵۷}

با عنایت بدین مطلب که زاد و ولد و آمیزش جنسی از مقاصد اصلی ازدواج به شمار می آید و در مرض ایدز محروم شدن زن از نیاز جنسی به طور مادام العمر است مگر آنکه کاندوم استفاده کند و استفاده از کاندوم در حقیقت عزل می باشد و این هم بدون اذن زن جایز نیست و آنچه صاحب جواهر الکلام در کتابش آورده «رفع انتقال بیماری مسری با ایجاب دوری و کناره گیری ممکن است»^{۵۸} قول ضعیفی است چون زوجیت که در آن کناره گیری یکی از دیگری را ایجاب می کند حرج و سختی است و چه فایده ای است برای ازدواجی که فاقد آرامش و رحمت و مودت است و این خودداری به معروف نیست (مسالك بالمعروف).^{۵۹}

۴۹ - علامه مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ج ۶۵، ص ۸۲

۵۰ - بجنوردی، محمد، مجموعه مقالات فقهی حقوقی، اجتماعی، ج ۸، ص ۲۱۴.

۵۱ - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۰

۵۲ - محسنی، محمدآصف، الفقه و مسائل الطیبه، ص ۲۵۲.

۵۳ - سوره بقره، آیه ۲۳۱.

۵۴ - محسنی، محمدآصف، الفقه و مسائل الطیبه، ص ۲۵۲.

۵۵ - مسلم، محمد، صحیح مسلم، ج ۲۲۱۸.



سنخ مفهوم اولویت باشد زیرا از تصریح اهل لغت و شیخ صدوق در معانی الاخبار و عالمه مجلسی در بحارالانوار بر می آید که مضمون این حدیث و حدیث «لا یورد المصح علی امراض» یکی است.^{۶۲}

۳-۶- تأثیر اختلال واژنیسموس در فسخ نکاح :

پیشرفت علوم، کشف بیماریهای جدید و یافتن راه های درمان آنها و ده ها عامل دیگر، فقها، حقوق دانان و سایر متخصصان حوزه علوم انسانی را با پرسش هایی مواجه می سازد که پیشتر مطرح نبودند. به عنوان مثال در گذشته فقط چند بیماری مختص زنان در حوزه های فقهی مطرح بود که می توانست در شرایط خاص موجب فسخ نکاح گردد؛ در حالی که امروزه در منابع حدیثی و فقهی از بیماریهای دیگری مانند اختلال واژنیسموس نام برده می شود که بر زندگی افراد تأثیرات منفی شدیدی دارند آیا در مورد بیماری های جدید می توان گفت چون در منابع فقهی مطرح نشده اند نمی توان آنها را موجب اختلال دانست؟ و یا چون در گذشته راه درمانی برای آنها وجود نداشت و زوجین نمی توانستند از نظر جنسی فعالیت سالم داشته باشند؛ قانون گذار اجازه فسخ رابطه ازدواج را داده است؟

امروزه پیشرفت علم پزشکی اکثر مشکلات درمانی پیشین را رفع نموده است. بنابراین نمی توان با وجود حتی آن بیماری ها هم بدون اقدام به درمان، مبادرت به فسخ نکاح نمود. اختلال واژنیسموس نوعی اختلال جنسی است که در آن عضلات ۱/۳ تحتانی واژن در اثر تماس و یا لمس به طور غیر ارادی منقبض می شود و امکان دخول را کم و یا غیرممکن می سازد. این اختلال به دونوع اولیه و ثانویه دیده می شود و شیوع آن در جوامع بین ۵/۰٪ و ۱۰/۰٪ تخمین زده شده است.

در مطالعات دلیل روشنی برای بروز واژنیسموس ذکر نشده است اما اعتقاد بر این است که به طور عمده مشکلات روانی در بروز این مشکل دخالت دارند. سوابق خانوادگی و اعتقادات سنتی و منفی نسبت به رابطه جنسی به طور کلی و یا دیدگاه های منفی در خصوص امر آمیزش و یا تجربیات تلخ جنسی همه زنان را مستعد بروز این بیماری می کند.

دارد. بیشتر از سایر عیب های است که در مورد اتفاق هستند.^{۶۱} قاعده ای که ابن قیم اجوزیه 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» و اضافه^{۶۲} می نماید نکاح به موجب هر بیماری صعب العلاجی فسخ می گردد.

اگرچه می توان این مطلب را به گونه ای همانند مفهوم اولویت دانست، اما خود دلیل مستقلا است زیرا در این علت نفرت جهت فسخ نکاح بوده و این امراض با فلسفه نکاح مخالف است.

دلیل هشتم : در روایات اسلامی آمده است که روزی شخص مجذومی بر رسول خدا (ص) وارد شد تا با او بیعت کند اما پیامبر (ص) دست خود را به سوی او دراز نکرد و فرمود: دست خود را نگه دار با تو بیعت کردم.^{۶۳} و نیز از پیامبر (ص) است که : مرض و آفت زده بر سالم وارد نمی شود.

اگر این جمله مستقل و یا در ذیل جریان فوق وارد شده است خود دلیل بر بحث ما خواهد بود. قبلاً اشاره کردیم که شیخ صلاح الدین از علمای عامه فتوا داده که مادر مبتلا به جذام حق شیر دادن و حق حضانت ندارد. زیرا احتمال سرایت بیماری وجود دارد و نیز در مسند احمد بن حنبل از پیامبر اکرم (ص) نقل شده که فرمود: به مجذوم زیاد نگاه نکنید و اگر با او سخن می گوئید میان شما و او به اندازه نیزه فاصله باشد^{۶۴}

«عاهه» در لغت عرب یعنی آفت و جمع آن عاهات است.^{۶۵}

بنابراین از این حدیث می توان استفاده کرد که انسان مبتلا به ایدز و سفلیس حق وارد شدن بر انسان سالم را ندارد البته این نوع استفاده باید از

۶۱- جعی، عاملی، زین الدین، (شهید ثانی)، **الروضه البهیه فی شرح المعه**

الدمشقیه، ج ۸، ص ۱۱۱

۶۲- مجلسی، محمدباقر، زادالمعاد، ج ۴، ص ۳۱-۳۰ / ابن قدامه، عبدالمعنی، شرح

الکبیر، ج ۷، ص ۵۸۱ / الموسی، احمد موسی، **اجرائات الوقایه الزوجیه فی الفقه**

الاسلامی من مرض نقص المناعه، ص ۵۸۸.

۶۳- امسک یدک فقد بایتک، مسلم، **الصحيح**، ج ۴، ص ۱۷۵.

۶۴- مجلسی، محمدباقر، **بحارالانوار**، ج ۳۷، ص ۲۷۷ / حرعاملی، محمد، وسائل

الشیعه، ج ۸، ص ۳۸۱.

۶۵- مجلسی، محمدباقر، **بحارالانوار**، ج ۶۵، ص ۸۳

۶۶- واحدی، محمد، **اسباب المنیر**، ج ۲، ص ۱۰۸

۶۲- حلی، جعفر، **معانی الاخبار**، ص ۲۸۲ / مجلسی، محمد باقر، **بحارالانوار**، ج ۵۲،

ص ۳۱۶



این قول شافعیه و حنابله، و همچنین مالکیه در مورد عیوب مشترک، وجه ضعیفی نزد بعضی از فقهای امامیه است. ۲- اعتبار داشتن زمان حدوث عیب که شامل تقسیمات ذیل است:

الف- معتبر بودن زمان حدوث عیب قبل از دخول این قول مالکیه در مورد هریک از عیوب ویژه مرد یا زن، و قول حنفیه در مورد عیوب مرد و وجهی ضعیف نزد فقهای امامیه در مورد تمام عیوب است. ب- معتبر بودن عیوب قبل از عقد و هنگام وقوع آن این قول امامیه و قانون مدنی در مورد عیوب ویژه زن است.

به نظر می رسد برای رسیدن به قول صواب بهتر است به اهداف و مقاصد نکاح توجه شود از مقاصد و اهداف مهم نکاح آرامش گرفتن زوجین در کنار هم است که قرآن از آن به «لتسکنوا الیها»^{۶۳} یاد می کند و مقدمه این آرامش، عشق و علاقه و ایثار است که کتاب الهی قرآن به دنبال آن اشاره دارد.^{۶۴} با از بین رفتن یا کم رنگ شدن این مودت و رحمت کینه و کدورت جایگزین می شود تا جایی که نه تنها یار و غمخوار همدیگر نیستند بلکه در پی اضرار به دیگری خواهند بود و این چیزی است که با نصوص قرآن و اهداف زندگی اجتماعی و زناشویی مغایرت دارد.^{۶۵} اصل زندگی زناشویی براساس معاشرت به معروف و بر این مبنا است که به همدیگر ضرری نرسانند بلکه عشق و علاقه دو طرفه آنها را به از خودگذشتگی و ایثار وادار کند. حال که وضع چیزی غیر از این است باید از هم جدا شوند چون نمی توانند حق همدیگر را ادا کنند. بنابراین نمی تواند تفاوتی در زمان حادث شدن عیب در اصل حق جدایی بین زوجین وجود داشته باشد، بلکه اگر قبل از دخول حادث شود حق فسخ دارند و اگر بعد از دخول حادث شود می توانند با استفاده از حق طلاق و خلع از همدیگر جدا شوند و این چیزی است که قاعده کلی شرعی «لاضرر» ما را به آن می رساند و نص آیه ی «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان»^{۶۶} بر آن دلالت دارد. شاید بهترین توجیه برای تفاوت بین عیوب حادث شونده قبل از دخول و بعد از دخول این باشد که دخول به منزله تصرف است بنابراین بعد

در جوامعی که از یک سو صحبت از مسائل جنسی برای دختران مجرد امری شرم آور و از سوی بکارت دختر در شب زفاف دارای ارزش فرهنگی قوی است، این مشکل شیوع بالایی دارد. مطالعه ای در ترکیه در سال ۱۹۹۷ بین جمعیت مراجعه کننده به درمانگاه ها، این شیوع را ۷۰٪ گزارش کرده است. بروز این بیماری می تواند وضعیتی (در شرایط خاص و با فرد خاص) و یا عمومی باشد. با وجود این اختلال الزاما زن در مراحل دیگر رابطه جنسی و سیکل پاسخ های جنسی مشکلی ندارد پایه تشخیص و درمان این اختلال در اوایل قرن بیستم مطرح گردید در گذشته این اختلال در زمره بیماری های ناشناخته بود. طبیعتا زنان مبتلا به این اختلال راکه نمی توانستند در برابر خواست های طبیعی همسرانشان عکس العمل مثبتی نشان دهند، متمرّد و به اصطلاح فقهی ناشزه می نامیدند و با آنان طبق مقررات شرعی و قانونی برخورد با زنان ناشزه رفتار می شد.

۱- آیا می توان هرگونه عدم تمکین زنان را ناشی از تمرّد و سرپیچی در برابر تمایلات زوج دانست و حکم به قطع نفقه آنان داد؟

۲- آیا اختلال واژینیسموس می تواند در ردیف های بیماریهای مختص زنان که در شرایطی موجب فسخ نکاح می شوند قرار گیرد؟

به نظر می رسد نمی توان زنان مبتلا به اختلال واژینیسموس را در ردیف زنان ناشزه قرار داد و به واسطه ابتلا به آن حکم به فسخ نکاح نمود.

برای پاسخ به سوال های پژوهش و اثبات فرضیه لازم است در مقدمه دیدگاه اسلام را درباره تشکیل زندگی (ازدواج) و انحلال آن (طلاق) بیان نمود و سپس به تبیین اصطلاح نشوز و عیوب زنان و آراء فقهای عظام پرداخت.

چالش های نوبه دلیل تحولات پزشکی و پیدایش بیماری های جدید

در این بخش، ضمن بررسی قابل درمان شدن برخی از عیوب مذکور در قانون مدنی و تأثیر آن بر حق فسخ، به پیدایش برخی از عیوب و بیماری های مسری خطرناک و امکان تسری حق فسخ نکاح به امراض نوظهور خواهیم پرداخت.

خلاصه اقوال

اقوال فقها را می توان چنین خلاصه کرد
۱- عدم اعتبار زمان حدوث عیب، بلکه مهم وجود عیب است.

۶۳- سوره روم، آیه ۲۱.

۶۴- همان آیه.

۶۵- سوره بقره، آیه ۲۳۱/ سوره نساء، آیه ۱۹.

۶۶- سوره بقره، آیه ۲۲۹.



داد. ملاک این حکم از عیب عنن فیه منکره می شود که طبق روایات، به مرد یک سال فرصت داده می شود تا خود را معالجه کند. علت عدم موضوعیت عنن و نیز آنچه باعث اظهار نظر ائمه (ع) فقط در این باره شده این است که امکان درمان عنن در آن مقطع بوده است. افزون بر این از حکم مذکور در فقه درباره بیماری «قرن» که امکان مقاربت هرچند با دشواری وجود دارد، می توان برای بحث ما کمک گرفت، زیرا وقتی اصل بیماری قرن وجود داشته باشد بر وی «قرنا» اطلاق شود، حق فسخ ساقط نمی شود در حالی که اگر زن به درمان خویش بپردازد، به گونه ای که اثری از بیماری قرن در وی نباشد و در واقع بر وی «قرنا» اطلاق نشود، به طور یقین می توان گفت حق فسخ ساقط می شود. بیشتر فقیهان درباره پیدایش بیماری های جدید همچون ایدز، سرطان و ... به عدم امکان تسری از عیوب منقوصه فتوا داده اند. طبق نظر نویسندگان، در مقام عمل، شایسته است قانون گذار طبق ماده ۱۰۴۰ قانون مدنی زن و شوهر را به ارائه گواهی سلامت از امراض خطرناکی مانند ایدز و هیپاتیت مکلف کند. در حال حاضر تا نهادینه شدن این روش می توان گفت در صورتی که امراض یکی از طرفین ازدواج به ایدز یا هیپاتیت مبتلا باشد و این مسئله را مخفی سازد، بعد از کشف حقیقت، طرف وی به استناد خیار تدلیس، حق فسخ نکاح را خواهد داشت؛ ولی در صورتی که یکی از زن و مرد بعد از ازدواج به این امراض مبتلا شود وضعیت فرق می کند؛ یعنی در صورتی که زن مبتلا شود، مر طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی می تواند وی را طلاق دهد و چنانچه مرد به یکی از امراض جدید مبتلا شود امراضی که زندگی در کنار مبتلای آن باعث عسر و حرج زوجه خواهد بود. زن می تواند در چهار چوب ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اقدام کند.

۱- نیاز جنسی یک گزینه طبیعی است که تداوم نسل و سلامت نفس در گرو ارضای صحیح آن می باشد. بر این اساس، شریعت آن را در چارچوب عقد نکاح مشروع دانسته تا این پیوند متضمن سلامت فرد و جامعه گردد و از مفساد و لجام گسیختگی پیشگیری به عمل آید لذا با جمع حق قسم مضاجعت و حسن معاشرت به تدارک این امر مهم پرداخته است.

۲- شرع و قانون زوجین را ملزم به پاسخگویی جنسی به معنای خاص نموده است لیکن ملاحظات ناصواب عرفی و اخلاقی موجب آن شده است که بیان نیازهای

از آن حق فسخ از بین می رود مگر در صورتی که این عیوب قبل از دخول وجود داشته باشند و علم و آگاهی بر آن نباشد اما قبل از دخول هنوز تصرفی صورت نگرفته است می توان از امثال و نظایر این مسأله به عیوب مبیع قبل از تحویل یا بعد از آن اشاره کرد که در صورت حادث شدن عیوب در ملک بایع مشتری حق فسخ دارد ولی اگر بعد از تحویل آن حادث شود و نتیجه ماقبل نباشد مورد توجه قرار نمی گیرد. یکی از اسبابی که موجب حق فسخ عقد نکاح می شود وجود برخی از عیوب در زوجین است چنان که جمهور فقها و مذاهب اسلامی بر آن رفته اند و نصوص قانون مدنی نیز بر آن دلالت دارند هر یک از زن و شوهر می توانند از این حق برخوردار باشند و هرگز نمی توان مرد یا زن را از این حق محروم ساخت؛ زیرا هدف از اعطای این حق به زوجین دادن فرصت به آنها برای دفع ضرر از خودشان است که طرفین در این دفع ضرر باهم برابر هستند. هرچند فقها و نصوص قانون مدنی دایره این بیماری ها را تنگ کرده و این عیوب را به چند عیب خاص احصا کرده اند اما به نظر می رسد با توجه به اهداف نکاح هر عیب و بیماری که سبب شود مقاصد نکاح برآورده نشود و به آن خلل وارد کند می تواند حق فسخ را موجب شود زیرا وظیفه نصوص بیان حکم در پرتو تمثیل است و آنچه در نصوص مثال زده می شود برای تبیین حکم است و نمی توان نصوص را فقط بر آن حوادث و امثله محدود کرد زمان حادث شدن عیب و بیماری نیز در پدید آمدن حق فسخ یا عدم آن موثر است به گونه ای که اگر عیب قبل از دخول حادث شود یا بعد از دخول و طرف دیگر نسبت به آن ناآگاه و صاحب عیب نیز آن را تبیین نکرده باشد حقش فسخ ایجاد خواهد شد. ولی اگر بعد از دخول حادث شود یا از قبل وجود داشته و طرفین به آن علم داشته اند و با رضایت بر آن عقد صورت گرفته باشد دیگر حق فسخی نخواهد بود زیرا دخول به منزله تصرف است و مرد می تواند با استدلال به حادث شدن عیب از دادگاه تقاضای طلاق کند و زن نیز می تواند با استفاده از حق خلع یا با استناد به وجود عیب در مرد و قاعده عسر و حرج از دادگاه درخواست طلاق کند.

نتیجه گیری

چنانچه عیوب موجود در قانون قبل از اعمال حق فسخ از سوی طرف مقابل درمان شود حق فسخ، موضوعش را از دست خواهد



۱۲- عدم پرداخت نفقه بعد از طلاق و قطع موقت رابطه جنسی نمی تواند عنوان مجازات به خود بگیرد بلکه در مسیر حل مشکل نشوز زنان است.

۱۳- عدم تمکین در اثر اختلالات ناشی از واژینیسموس نمی تواند عامل نشوز زنان گردد.

۱۴- توصیه می شود زوجین به محض مشاهده علائم واژینیسموس به مشاوران متخصص رجوع کنند و در صورت طرح موضوع در شعبه های دادگستری از سوی قضات به بررسی بیشتر ارجاع داده شوند. همچنین رسانه ها نیز در آگاه سازی مردم تلاش بیشتری نمایند.

۱۵- در صورتی که عیوب (بیماری ها) موجب فسخ نکاح، قابل درمان نبوده و قبل از عقد و یا قبل از نزدیکی (بنابر قولی) در طرفین ایجاد شده باشند اختیار انحلال رابطه نکاح را به طرف مقابل می دهند. طرفین باید بلافاصله از این اختیار خود استفاده کنند در غیر این صورت اختیار از آنان سلب می شود.

۱۶- عیوب موجب فسخ نکاح منحصر به بیماری هایی است که در منابع فقهی ذکر شده نیست و می تواند در صورت مشترک بودن آثار (اختلال در برقراری رابطه جنسی کامل) جزء بیماری های موجب فسخ نکاح قرار گیرد.

۱۷- در صورتی که هر یک از عیوب قابل درمان باشد و طرف مبتلا به آن اقدام به درمان نماید نمی تواند موجب اختیار در فسخ نکاح شود.

۱۸- اگر برخی بیماری ها ریشه روانی داشته باشد و فقط در ارتباط جنسی با همسر ظاهر شود، نمی تواند موجب اختیار در فسخ نکاح گردد.

۱۹- اختلال در رفتار جنسی به جهت ابتلا به واژینیسموس اگر با هر گونه تحریک بیرونی ظاهر شود و اختصاص به شوهر نداشته باشد میتواند به بیماری های مذکور در فقه افزوده شود، با این توضیح که اولین اقدام باید مراجعه به متخصصان باشد و در صورت درمان و یا بروز علائم اولیه بهبودی نمی تواند مجوز فسخ نکاح باشد.

۲۰- در فقه امامیه نظر قاطع این است که عیوب مجوز فسخ نکاح محدود به موارد معینی است و در سایر موارد اصل لزوم حاکم خواهد بود. قانون مدنی نیز درمبحث عیوب نکاح از نظر مشهود فقه امامیه تبعیت کرده است و تنها جنون را به عنوان عیب مشترک زوجین می شناسد.

۲۱- از آنجائی که قواعد حقوقی خصوصاً در مسایل مربوط به احوال شخصیه نیروی

جنسی و مطالبه آن از ناحیه زوجین به ویژه زوجه فاقد جایگاه منطقی در عرف باشد و این امر در مواردی زوجه را با مشکلاتی مواجه ساخته است.

۳- تمکین، دارای آثار مالی از جمله نفقه، مهریه، توارث و اجرت المثل برای زوجه می باشد و در صورت عدم تمکین (نشوز) این حقوق حذف یا تصنیف می گردد؛ در مواردی نیز جواز عدم تمکین زوجه صادر شده است مانند وجود خوف ضرر بدنی، مالی و شرافتی، برخورداری از حق حبس و وجود بیماری خاص در زوجه.

۴- اگرچه طلاق از نظر شرع و قانون اختصاص به زوج دارد. در کلیه مواردی که زوجه از تداوم زندگی زناشویی در عسر و حرج باشد از حق طلاق برخوردار می شود و اختلالات و انحرافات جنسی زوج به عنوان دلیلی بر عسر و حرج اقامه می گردد.

۵- اختلالات و انحرافات جنسی تأثیر بسزایی در فروپاشی نهاد خانواده دارد، لیکن غالباً به جهت ملاحظات عرفی بیان نمی گردد و مشکل بودن اثبات آن برای درخواست طلاق موجب شده است که مسأله اختلالات جنسی کمتر مورد توجه قرار گرفته و علل روبنای طلاق از جمله فقر اقتصادی و اعتیاد بیشتر پرداخته شود.

۶- آموزش جنسی در قالب صحیح و با در نظر گرفتن جهات مخرب؛ نه تنها از بروز انحرافات جنسی زودرس جلوگیری می نماید بلکه می تواند زمینه ساز رضایت جنسی زوجین از یکدیگر باشد؛ از سوی دیگر جرم شناسی انحرافات جنسی و اختلالات ناشی از آن امری ضروری به نظر می رسد.

۷- در آیین اسلام تأکید فراوانی بر ازدواج شده است و مقررات فقهی و قانونی همسو با تحکیم و تقویت ارکان خانواده تشریح و تنظیم شده است.

۸- مسأله طلاق اگرچه به عنوان یک راه حل در سلسله قوانین اسلامی آمده است و لیکن باید در صورت ضرورت از آن استفاده نمود.

۹- مسأله نشوز و عیوب و مقررات مربوط به آن به گونه ای تدوین شده اند که زوجین بتوانند از زناشویی خود نهایت لذت و بهره را ببرند.

۱۰- زن در صورتی ناشزه به شمار می آید که عدم تمکین او از روی اراده و بدون عذر شرعی و عقلی باشد.

۱۱- اگر زن ناشزه باشد اولین گام پند و اندرز اوست و هرگز در آغاز، اجازه برخورد سختگیرانه از سوی شوهر داده نشده است.



پیشنهادات :

با توجه مطالب ارائه شده در فصل اول و دوم این تحقیق ارائه این پیشنهادات و توجه مقامات حقوقی و قضایی کشور و قانونگذار محترم نسبت به آنها ضروری می باشد.

۱- از آنجایی که موضوع شروطی که در احکام معاملات در فقه و حقوق اسلامی و نیز حقوق موضوعه بسیار متعدد و دارای کیفیت و کمیت مختلفی می باشد به نظر می رسد که قانونگذار محترم بهتر است به مراجع انجام معاملات در جامعه اسلامی از قبیل دفتر اسناد رسمی، دفاتر ازدواج و طلاق، بنگاه های اتومبیل و املاک و نیز به سازمانها و ادارات ذیربط از قبیل سازمان اسناد و املاک کشور و نیز سازمان ثبت احوال و اسناد اعلام دارند که در تنظیم کلیه معاملات طرفین معامله و نیز شهود را از کمیت و کیفیت شروط وارده در این معامله مطلع فرمایند.

۲- با برگزاری کلاسهای ضمن خدمت و توجیهی جهت سردفتران اسناد رسمی و ازدواج و طلاق و صاحبان بنگاه های اتومبیل و املاک کلیه شروط قانونی در انواع مختلف آن را توسط متخصصین اهل فن و از جمله حقوق دانان آنان را از آخرین تغییرات حقوقی و قضایی در این مورد مطلع ساخته و با بازآموزی ایشان جلوی ضرر مادی و معنوی را که ممکن است ناآگاهانه توسط ایشان در معاملات انجام بگیرد گرفته و از تراکم پرونده های مختلف قضایی در این مورد در محاکم حقوقی و جزایی نیز خودداری خواهد شد.

بررسی تأثیر اختلال و انحراف جنسی در اختلالات خانوادگی با موانع متعددی رو به رو است که در جهت حذف این موانع راهکارهایی به شرح زیر می تواند در بلند مدت و کوتاه مدت مدنظر قرار گیرد:

۱- آموزش جنسی: اجرای برنامه های آموزشی جنسی در قالب های صحیح و با در نظر گرفتن جهات مخرب.

این آموزش می تواند از دو بعد چاره ساز باشد؛ از یک سو به بیان ارحت مشکلات توسط فرزندان به والدین منجر می شود که مسلماً آگاهی والدین از این مسائل به پیشگیری زودرس کمک خواهد کرد. از سوی دیگر آشنایی با رفتارهای جنسی صحیح می تواند زمینه ساز رضایت جنسی همسران از یکدیگر باشد.

۲- تغییر باورهای فرهنگی در بیان مشکلات جنسی :

قبیح بودن بیان انتظارات جنسی بین همسران از دیدگاه عرف موجب می گردد

الزام آور خود را از مبانی دینی و اعتقاد و فرهنگ جامعه می گیرند و مبتنی بر مطالعات جامعه شناختی نیست. بنابراین به نظر می رسد امکان توسعهی دایره ی عیوب مجوز فسخ نکاح به امراض جدید وجود نداشته باشد و وی یل مستحذته و پاسخ گویی به سوالات مطروحه باید به فقه امامیه به عنوان مهمترین منبع قانون مراجعه کرد که موارد فسخ نکاح در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران محدود و معین است.

۲۲- چنانچه هر یکی از زوجین با عیوبی در طرف مقابل رو به رو گردد که آن عیب در زمره عیوب احصاء شده قانونی که مجوز فسخ نکاح را به همراه خواهد داشت نمی گنجد و برحسب مورد می تواند با استفاده از مکانیزم های خاص حقوقی (طلاق، فسخ نکاح بر مبنای تخلف از وصف، تدلیس، امتناع از نزدیکی) از خود دفع ضرر کند و چنانچه هدف از مسأله ی توسعه دایره ی عیوب مستند فسخ نکاح، ایجاد زمینه ی مطلوب به منظور دفع ضرر از طرفی است که از عیب موجود در طرف مقابل متضرر است.

۲۳- به نظر می رسد وسائل دفع ضرر به نحو مقتضی در قانون مهیا است و ضرورتی بر تغییر قانون با هدف یکسان سازی عیوب مجوز فسخ نکاح در جانب زوجین احساس نمی گردد و به ویژه این که به لحاظ رابطه نزدیک عقد نکاح با اعتقادات دینی و اخلاق حاکم بر جامعه ما وضع و تغییر هر قانونی صرفاً در چهارچوب شرع انور و اجتهادی نو در ادله ی احکام قابل تصور است.

۲۴- ممکن است کسی اینگونه اشکال کند که پاره ای از روایات یاد شده مرسل است و پاره ای از ادله استحساناتی بیش نیست و چنان که صاحب ریاض المسائل فرموده: لازمه آن گذر از نص به هر مرض مزمن و مسری خواهد بود در جواب می گوئیم از میان مجموعه ادله مذکور دلیل های غیر قابل خدشه و تامی وجود داشتند تا مطلب را ثابت کند و خوفی از آن که گفته شود در سایر امراض مسری نیز موجب فسخ می شود نیست.

۲۵- بنابراین به نظر می رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی امکان فسخ نکاح در بیماری های لاعلاج مثل ایدز به دیده جدی تر و واقع بینانه تری نگریست تا متخصصین حقوق بتوانند با ارائه نظریات جدید و نو راهگشای خیلی از مشکلات شوند که این نیز خود می تواند از حجم سنگین پرونده های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت های موجود را فراهم سازد.



- خیانت مرد به زن و متقابلاً خیانت زن به مرد که ناشی از انحراف جنسی به ویژه در زوج است.

- اختلال جنسی سردمزاجی زن که منجر به عدم تمکین خاص وی از مرد شده.

از مجموع ۱۷۴ زوج مراجعه کننده در این فاصله زمانی بیش از ۲۰ زوج اختلال و انحرافات جنسی را علت اصلی طلاق ذکر کرده اند. لازم به ذکر است بسیاری از علل دیگر مانند اعتیاد به مواد مخدر، الکل و قمار و عدم توجه مرد می تواند ناشی از اختلال یا انحراف جنسی بوده یا ایجاد کننده چنین امری باشد.

در بررسی ۱۷۵ رأی طلاق که در محدوده زمانی مرداد و شهریور ۱۳۸۳ صادر شده است هفت رأی به علت عقیم بودن یکی از زوجین صادر شده که در یکی از آرا زوجه عقیم بوده است بی توجهی شوهر و عدم تمکین زوجه به علت بیماری سردمزاجی نیز سه مورد را به خود اختصاص داده است.

این آمار به منزله آن نیست که انحرافات و اختلالات جنسی از فراوانی نسبی کمی برخوردار بوده و عامل مهمی در بروز طلاق نیست بلکه همچنان که ذکر شد ناشی از عوامل دیگری از جمله عدم توجه به مسائل جنسی به عنوان دلیلی برای طلاق، عدم رواج مشاوره خانواده در ایران مشکل بودن تشخیص این علل به ویژه انحرافات جنسی و غیره است.

واقعیت این است که ریشه بسیاری از مشکلات خانوادگی و اجتماعی انحرافات جنسی است اما آمار سیاه این انحرافات آنقدر زیاد است که تشخیص آن را دچار مشکل می کند. امروزه در اکثر بررسی های آسیب شناختی خانواده توجه به جرم شناسی انحرافات جنسی و اختلالات ناشی از آن بسیار کم رنگ است و علل روبنایی و ظاهری از جمله اعتیاد و فقر اقتصادی بیشتر جلب توجه می نماید.

زوجین توجهی به این نیاز ننمایند و جهل به نیاز، منجر به عدم تلاش در جهت رفع آن یا درمان نقیصه های جنسی شود به عنوان مثال زوجه ای که همسرش به طریق غیرطبیعی عمل زناشویی را انجام می دهد، این امر را بسا طبیعی می داند و هیچ گاه برای خود حق انسانی در رد این روش قائل نیست چه بسا زوجه ای که علت درخواست طلاق را مسائل جانبی اعلام نموده، اما پس از کنکاش در مسأله انحراف جنسی زوج به عنوان عامل اصلی اختلاف کشف شده است زوجه ای پس از ۷ سال زندگی مشترک هنوز باکره بود و علت طلاق را عدم پرداخت نفقه اعلام نموده بود. عروس یک ماهه ای که جهت مشاوره حقوقی نزد نگارنده آمده بود پس از بیان رفتارهای سوء زوج و اینکه وی را مجبور به زندگی در منزل پدرش کرده و امکان ملاقات با خانواده اش را از وی سلب نموده و نهایتاً به مسأله انحراف همسرش در مسأله جنسی اشاره کرد.

نتایج به دست آمده از بررسی های صورت گرفته در فاصله زمانی ۸۴/۴/۲۵ لغایت ۸۴/۶/۹ در واحد مشاوره مجتمع قضایی خانواده مؤید آن است که فراوانی نسبی اختلافات فیما بین زوجین که به اختلالات و اکثراً انحرافات جنسی برمیگردد، رقم قابل توجهی است این علل که گاه اختلال و گاه انحراف است به شرح زیر قابل احصا می باشد.

- تنفر و انزجار شدید زن از مرد که به حد بیماری رسیده است.

- بی بند و باری جنسی زوجین قبل از ازدواج که بعد از ازدواج نیز ادامه یافته است دختر و پسری که برای رسیدن به هم از خانه فرار کرده اند و تنوع طلبی جنسی در هریک مشکل ساز بوده است.

- کم توجهی شوهر نسبت به زن و تمایل وی به اینکه زن از راه نامشروع امرار معاش کند.



کنگره بین المللی جامع حقوق ایران

INTERNATIONAL CONGRESS ON LAW IN IRAN

کنگره بین المللی جامع حقوق ایران
INTERNATIONAL CONGRESS ON LAW IN IRAN

15. مغنیه، محمدجواد، الفقه

المذاهب الخمسه، بیروت، ۱۹۹۶ م.

16. موسوی بجنوردی، سید محمد،
قواعد فقهیه، معیاد قم، ۱۳۷۱
ش.ه.

17. موسوی خمینی، روح ا...، صحیفه
امام، موسسه تنظیم و نشر آثار
امام، تهران، ۱۳۷۸ ش.ه.

18. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی
شرح شرائع الاسلام، دارالفکر،
بیروت، ۱۹۹۹ م.

منابع

1. قرآن کریم
2. ابن حجاج نیشابوری، مسلم، صحیح مسلم، بیروت ۲۰۰۵ م.
3. ابن حزم، علی، المحلی، دارالفکر، بیروت، ۲۰۰۸ م.
4. التهانوی، محمدعلی، کشف اصلاحات الفنون، کلکته، ۲۰۰۵ م.
5. جان هابلی، راهنمای ایدز، ترجمه: روانبخش، مسعود، تیمورزاده، طیب، تهران، ۱۳۸۴ ش.ه.
6. جبعی عاملی، زین الدین «شهید ثانی»، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۸۰ ش.ه.
7. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق خانواده، گنج دانش، چاپ چهارم، تهران ۱۳۸۶ ش.ه.
8. جمعی از نویسندگان، بررسی تطبیقی حقوق خانواده انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول تهران ۱۳۸۴ ش.ه.
9. حر عاملی، محمد، الوسایل الشیعه، الی مسایل الشریعه، آل بیت لاحیاء التراث، بیروت ۱۹۹۳ م.
10. حلی (محقق) جعفر، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تحقیق و نشر موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ش.ه.
11. شوکانی، محمد، نیل الاوطار فی شرح منتفی الاخبار من احادیث السید المختار، دارالفکر، بیروت، ۲۰۰۸ م.
12. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۸ ش.ه.
13. کلینی، محمد، الفروع من الکافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۵۶ ش.ه.
14. محسنی، محمدآصف، الفقه و المسائل الطیبه، یاران، قم، ۱۳۸۹ ش.ه.