



جمهوری اسلامی ایران
مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه

رساله علمی سطح ۳

عنوان پایان نامه

بررسی تطبیقی فسخ نکاح با نگرشی به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج از
دیدگاه فقه امامیه و حقوق

استاد راهنما:

حجه الاسلام محمد مهدی باباپور

محقق:

علیرضا موچانی

سال تدوین:

بهار ۱۴۰۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم به:

تقدیم به: حضرت مولانا محمد رفیع صاحب مدظلہ العالی
مدرسہ اسلامیہ دارالعلوم دیوبند
پتہ: بازار کلاں، دیوبند، پاکستان

چکیده:

یکی از معضلات فقهی و حقوقی عصر حاضر، مسأله‌ی فسخ نکاح می‌باشد، که کتب فقهی و حقوقی متعرض آن شده‌اند، علی‌رغم اهمیت مسأله‌ی ازدواج و تقدس کانون خانواده، بعضاً در اثر بروز یک سلسله مواردی، قضیه‌ی فسخ نکاح خودنمایی می‌نماید. که بنا بر فرهنگ اصحاب حقوق، فسخ نکاح، حاکی از انحلال ازدواج به واسطه‌ی بروز یکی از عللی است که پایان دادن به پیوند زناشویی را در پی دارد، که ما در این تحقیق، از آن به فسخ نکاح تعبیر نموده‌ایم. نوشتار پیش رو در صدد بیان موضوع بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج و آثار مترتب بر آن از حیث جواز فسخ می‌باشد و در خلال بحث، بررسی تسری آثار و شمول فسخ نکاح در خصوص بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج با بهره‌گیری از دو عنصر معتنا به زمان و مکان - که از شاخص‌ترین عناصر مورد توجه در مسائل فقهی می‌باشد - پیگیری می‌شود. این تحقیق در مقام پاسخگویی به اموری نظیر کیفیت امکان تسری حکم ناشی از ابتلاء به بیماری‌های صعب‌العلاج سابق، به امراض و بیماری‌های صعب‌العلاج لاحق (نوظهور و عدم مسبوق به سابقه) می‌باشد. شایان ذکر است که روش تحقیق در پژوهش حاضر، عمدتاً مبتنی بر پایه‌ی مباحث نقلی و حیانی، علمی تجربی و آمیزه‌ای و تلفیقی است که این روش، با رویکرد تحلیلی و انتقادی صورت گرفته است. پرداختن به نقد و بررسی آراء و نظرات مجتهدین و همچنین باورها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان، به منظور نیل به نظر صائب و خدشه‌ناپذیر، مطمح نظر نهایی این کلام بوده است.

واژگان کلیدی:

عقد، نکاح، فسخ، تسری، عیوب، صعب‌العلاج، نوظهور.

فهرست مطالب

مقدمه

فصل اول: کلیات و مفاهیم

گفتار اول: کلیات

- ۱-۱- بیان مسأله و تعیین قلمرو آن..... ۲
- ۲-۱- سؤالات تحقیق..... ۳
- ۳-۱- فرضیه تحقیق..... ۳
- ۴-۱- اهداف و فواید تحقیق..... ۴
- ۵-۱- پیشینه تحقیق و امتیاز این پژوهش..... ۴
- ۶-۱- کاربرد نتایج تحقیق..... ۷
- ۷-۱- ضرورت این انتخاب و انجام تحقیق..... ۸

گفتار دوم: مفاهیم

- ۱-۱- عقد..... ۹
- ۱-۱-۱- عقد در فقه..... ۹
- ۱-۱-۲- عقد از منظر حقوقدانان..... ۱۱
- ۱-۱-۳- عقد در قانون مدنی..... ۱۱
- ۱-۱-۴- اقسام عقد..... ۱۱
- ۱-۱-۴-۱- عقد لازم..... ۱۱
- ۱-۱-۴-۲- عقد جایز..... ۱۲
- ۱-۱-۴-۳- عقد منجّز..... ۱۲
- ۱-۱-۴-۴- عقد مطلق..... ۱۳
- ۱-۱-۵- شرایط متعاقدين..... ۱۳
- ۱-۲- نکاح..... ۱۵
- ۱-۳- حق..... ۱۵
- ۱-۴- سبب..... ۱۶
- ۱-۵- عیب..... ۱۷

۱۷تدلیس	۶-۱
۱۸مهر	۷-۱
۱۹فسخ نکاح	۸-۱
۱۹۱-۸-۱ ماهیت فسخ نکاح	
۲۰۲-۸-۱ مبنای فسخ نکاح	
۲۱۳-۸-۱ قاعده لاضرر و لاضرار	
۲۱۴-۸-۱ قاعده لاجرح	
۲۲۵-۸-۱ ویژگی‌ها و مشخصه فسخ نکاح	
۲۵۶-۸-۱ شرایط وقوع فسخ	
۲۶۱-۶-۸-۱ اراده	
۲۸۲-۶-۸-۱ اهلیت	

فصل دوم: موجبات فسخ نکاح با توجه به بیماریهای صعب العلاج

۳۱گفتار اول: تدلیس	
۳۲۱-۱-۲ تدلیس	
۳۲۱-۱-۱-۲ عنصر مادی تدلیس	
۳۲۲-۱-۱-۲ عنصر معنوی تدلیس	
۳۳گفتار دوم: تخلف از شرط	
۳۳۲-۱-۲ تخلف از شرط	
۳۳گفتار سوم: عیوب	
۳۳۱-۳-۲ شرایط پیدایش حق فسخ در عیوب	
۳۴۲-۳-۲ اقسام عیوب	
۳۶۱-۲-۳-۲ بررسی عیوب مشترک در فسخ نکاح	
۳۶۱-۱-۲-۳-۲ عیوب مشترک در دیدگاه فقها	
۳۶۲-۱-۲-۳-۲ عیوب مشترک بین زوجین در قوانین حقوقی ایران	
۳۷۱-۲-۱-۲-۳-۲ جنون زوجین	
۳۸۱-۱-۲-۱-۲-۳-۲ اقسام دیوانگی	
۳۹۲-۱-۲-۱-۲-۳-۲ مستندات جواز فسخ نکاح بر اثر جنون	
۳۹۲-۲-۳-۲ عیوب مختص به مردان	

۴۰ بیماری خصاء. ۱-۲-۲-۳-۲
۴۱ نظریات برخی از فقهای معاصر امامیه در خصاء. ۱-۱-۲-۲-۳-۲
۴۲ بیماری جب. ۲-۲-۲-۳-۲
۴۲ ادله فقهی جب. ۱-۲-۲-۲-۳-۲
۴۲ بیماری عنن. ۳-۲-۲-۳-۲
۴۳ طریقه اثبات عنن. ۱-۳-۲-۲-۳-۲
۴۴ عیوب مختص زنان. ۳-۲-۳-۲
۴۴ قرن. ۱-۳-۲-۳-۲
۴۵ نظریات فقهای امامیه در قرن. ۱-۱-۳-۲-۳-۲
۴۶ برص. ۲-۳-۲-۳-۲
۴۷ دیدگاه گذشتگان در مورد بیماری برص. ۱-۲-۳-۲-۳-۲
۴۸ برداشت دانشمندان عربی از بیماری برص. ۲-۲-۳-۲-۳-۲
۵۰ مستندات جواز فسخ نکاح در برص. ۳-۲-۳-۲-۳-۲
۵۱ جذام. ۳-۳-۲-۳-۲
۵۱ دلایل فقها در برص و جذام و نابینایی. ۱-۳-۳-۲-۳-۲
۵۲ افضاء. ۴-۳-۲-۳-۲
۵۳ نظر مشهور فقها در جواز فسخ نکاح در افضاء. ۱-۴-۳-۲-۳-۲
۵۳ نابینایی. ۵-۳-۲-۳-۲
۵۴ مستندات جواز فسخ نکاح در نابینایی. ۱-۵-۳-۲-۳-۲
۵۴ عزوج یا زمینگیری. ۶-۳-۲-۳-۲
۵۵ بررسی فقهی زمین گیری. ۱-۶-۳-۲-۳-۲
۵۵ مستندات جواز فسخ در عرج. ۲-۶-۳-۲-۳-۲
۵۶ فسخ نکاح به موجب کشف بیماری‌های صعب‌العلاج و نو ظهور. ۳-۳-۲
۵۷ بیماری‌های ناشی از مباشرت زناشویی. ۱-۳-۳-۲
۵۷ پاپیلوما‌ی انسانی (HPV). ۱-۱-۳-۳-۲
۵۸ ایدز (HIV). ۲-۱-۳-۳-۲
۵۹ سیفلیس. ۳-۱-۳-۳-۲
۶۱ هیپاتیت. ۴-۱-۳-۳-۲

۶۳۲-۳-۳-۱-۵-سوزاک
۶۳۲-۳-۳-۲-بیمارهای غیر مباشرتی
۶۳۲-۳-۳-۱-۲-بیماری‌های روانی
۶۶۲-۳-۳-۲-۲-ام اس
۶۷۲-۳-۳-۲-۳-صرع
۶۷۲-۳-۳-۲-۴-دیابت
۶۸نتیجه گیری

فصل سوم: بررسی ادله فقهی تسری و عدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های

جدید و صعب العلاج

۷۰	گفتار اول: بررسی ادله فقهی عدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج
۷۰۳-۱-۱-روایات
۷۱۳-۱-۲-اجماع
۷۱۳-۱-۳-شهرت
۷۲۳-۱-۴-اصل لزوم عقد
۷۲۳-۱-۵-اصل استصحاب
۷۳	گفتار دوم: بررسی ادله فقهی تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج
۷۴۳-۲-۱-قاعده لاضرر
۷۵۳-۲-۲-قاعده لاجرح
۷۶۳-۲-۳-روایات
۷۸۳-۲-۴-تنقیح مناط
۸۰۳-۲-۵-قاعده اولویت
۸۰۳-۲-۶-سیره و بناء عقلاء
۸۰۳-۲-۷-منافات با هدف نکاح
۸۰نتیجه گیری

فصل چهارم: بررسی ادله حقوقی حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج

۸۳۴-۱-گفتار اول: (قانون مدنی، ماده ۱۱۳۰)
----	---

۲-۴- گفتار دوم: قانون مدنی (ماده ۱۱۲۱، ۱۱۲۲، ۱۱۲۳)..... ۸۴

نتیجه گیری ۸۷

فصل پنجم: قواعد عمومی و آثار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج

گفتار اول: حقوق رضائی بودن فسخ..... ۸۹

گفتار دوم: نتایج غیر مالی مترتب بر فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج ۸۹

۵-۲-۱- ساقط شدن و انتقال خیار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج ۸۹

۵-۲-۲- عده فسخ نکاح..... ۹۰

۵-۲-۳- حضانت..... ۹۱

۵-۲-۴- واکاوی در روایات حضانت..... ۹۲

۵-۲-۵- اشخاص شایسته برای نگهداری کودک..... ۹۴

۵-۲-۶- اولویت پدر و مادر در حضانت..... ۹۵

۵-۲-۷- امور سالبه‌ی حق نگهداری طفل..... ۹۶

۵-۲-۸- مباشرت در حضانت..... ۹۷

۵-۲-۹- حق الزحمه‌ی حضانت..... ۹۸

۵-۲-۱۰- وظیفه‌ی سرپرست کودک..... ۹۸

۵-۲-۱۱- اتمام حضانت..... ۹۹

گفتار سوم: آثار مالی فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج..... ۹۹

گفتار چهارم: نظریات فقهی ۱۰۱

گفتار پنجم: نحوه‌ی استیفای زیان در فسخ نکاح در بیماری‌های نوظهور و صعب العلاج ۱۰۲

نتیجه تحقیق..... ۱۰۴

پیشنهادات تحقیق..... ۱۰۶

منابع..... ۱۰۷

مقدمه:

پیدایش برخی از عیوب و امراض در زن و شوهر، بر اساس قانون مدنی که برگرفته از فقه جعفری است؛ از علل و عوامل فسخ نکاح می‌باشد. این تحقیق کوشیده است که ضمن در نظر گرفتن اهمیت شالوده‌ی زندگی زناشویی، نحوه‌ی برخورداری زن و مرد را از حق استفاده‌ی از مجوز فسخ نکاح در صورت بروز علل مربوطه، مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار دهد.

تحقیق حاضر مبتنی بر پنج فصل به قرار ذیل می‌باشد:

فصل اول: مشتمل بر کلیات (تعریف و تبیین موضوع، اهمیت و ضرورت تحقیق، اهداف و فوائد، پیشینه موضوع تحقیق، سوالات و فرضیه‌های تحقیق، روش تحقیق و...) و مفاهیم (لازم به ذکر است که کلماتی همچون: عقد، حق، فسخ، عیب و ضوابط و خصوصیت‌های فسخ بررسی گردیده است).

فصل دوم: موجبات فسخ نکاح باتوجه به بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج (از دیدگاه مجتهدین و حقوقدانان).

فصل سوم: بررسی ادله فقهی تسری وعدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج (با نگرش بر مباحث مرتبط با آن).

فصل چهارم: بررسی ادله حقوقی تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج.

فصل پنجم: قواعد عمومی و آثار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج (آثار مالی و غیر مالی ناشی از فسخ)

که نهایتاً در پایان بحث با ملاحظه‌ی تمامی جوانب نسبت به استنتاج کلی مبادرت شده است. با توجه به اینکه رساله پیش رو به بررسی فسخ نکاح در فقه و حقوق می‌پردازد؛ بهتر است در بدو امر، الفاظ و مفاهیمی همچون عقد، نکاح، عیب، حق، مهر، فسخ و انفساخ را تبیین نموده و به شرح آنها بپردازیم. لذا در این فصل این الفاظ را از منظر فقهی و حقوقی تعریف و مصادیق آنها را ذکر می‌نماییم.

فصل اول

کلیات و مفاهیم

گفتار اول: کلیات

۱-۱- بیان مسأله و تعیین قلمرو آن:

یکی از مسائل فقهی و حقوقی حاضر، موضوع فسخ نکاح می‌باشد و بحث فسخ نکاح در کتاب‌های فقهی از قبیل جواهر الکلام و تحریر الوسیله و آثار حقوقی چون حقوق خانواده دکتر کاتوزیان و دکتر امامی آمده است و از هردو لحاظ فقهی و حقوقی موضوع فسخ نکاح را مورد بررسی قرار داده‌اند. نکاح از جمله قراردادهای مقدسی است که در همه جوامع بشری به دیده احترام بدان نگریسته می‌شود، تا آنجا که گفته شده: لکل قوم النکاح (اصول کافی) یعنی رعایت این حرمت حتی اگر از کفار و فرّقی غیر خدا پرست باشند؛ بر همگان واجب است. هر گروه و جمعیتی بر اساس قوانین اعتباری خود می‌توانند مقررات خاص مربوط به ازدواج خود را داشته باشند و رعایت این حرمت و پاس داشت آن بر همگان واجب است، چرا که در پی این قرارداد، کوچکترین نهاد جامعه یعنی خانواده به وجود می‌آید و از این رو مستحکم نگه داشتن این نهاد و جلوگیری از تزلزل آن لازم و ضروری است، با این همه گاهی اقتضاء می‌کند که رشته عقد نکاح در مواردی خاص از هم بگسلد که از آن موارد طلاق و فسخ نکاح به دلیل وجود عیب می‌باشد. طلاق، اختصاص به مرد دارد ولی فسخ نکاح به دلیل وجود عیب، اختصاص به یک طرف ندارد، با وجود این درباره تعدد عیوب و اینکه آیا عیوب مختص مرد است یا زن و یا آنکه به هردو را شامل می‌شود، اختلاف نظر است و آیا عیوبی که در باب نکاح مطرح می‌شود حصری است یا تمثیلی؟ به بیان دیگر آیا عیوب نکاح به همان موارد احصاء شده در قانون منحصر می‌شود یا می‌توان موارد دیگری را به آن افزود؟ به ویژه آن که امروزه بیماری‌های تازه شناخته شده و بعضاً غیر قابل درمان، که با رویکردی فقهی و حقوقی به بررسی و پاسخ‌گویی این پرسش‌ها پرداخته می‌شود و روند بدین صورت است که با بررسی آراء فقها و حقوقدانان به بیان علت‌های فسخ نکاح پرداخته می‌شود و این مسأله مطرح می‌شود که آیا بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج نیز جزء موارد فسخ نکاح می‌باشند یا خیر؟ و در همین راستا، سئوالات جدیدی مطرح شده که آیا می‌توان ابتلاء به بیماری‌های درمان‌ناپذیری چون ایدز و سرطان را نیز از جمله عیوب مؤثر در فسخ نکاح دانست؟ از جمله اسباب اثبات‌کننده حق فسخ نکاح برای هر یک از زوجین در حقوق به پیروی از فقه امامیه، وجود پاره‌ای از عیوب و بیماری‌هایی در یکی از آنها است. مطالعه تطبیقی مورد مذکور با آرای فقها، راهی است تا علاوه بر جلوگیری از فروپاشی کانون خانواده، استفاده صحیح هر یک از زوجین از این حق و رفع ضرر از خود را موجب می‌شود. در مورد انواع عیوب نیز، هرچند بیشتر مذاهب و علم حقوق، آن‌ها را محصور کرده‌اند، ولی باید گفت: هر عیبی که سبب اخلال در مقاصد نکاح باشد،

می‌تواند موجب حق فسخ قرار گیرد که البته زمان حادث شدن این عیوب نیز معتبر است. و با توجه به مباحث فقهی و حقوقی در باب بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج هیچ‌گونه تحقیقی صورت نگرفته و این خود، چنین ضرورتی را ایجاب می‌کند که پژوهش و تحقیقی نسبت به این موضوعات مستحدثه صورت پذیرد.

۱-۲- سوالات تحقیق:

۱-۲-۱- سؤال اصلی

فسخ نکاح با نگرشی به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج از دیدگاه فقه امامیه و حقوق چگونه است؟

۱-۲-۲- سوالات فرعی:

- ۱- موجبات فسخ نکاح با توجه به بیماری‌های صعب‌العلاج چیست؟
- ۲- أدله فقهی تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج چگونه است؟
- ۳- أدله حقوقی تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج چگونه است؟
- ۴- آثار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج از لحاظ مالی و غیر مالی چیست؟

۱-۳- فرضیه تحقیق:

فرضیه:

با نگرش به بروز و ظهور بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج و امکان اینکه فسخ نکاح در چنین مواردی مثل: ایدز، سرطان و هیپاتیت طبق مبانی فقه امامیه و حقوق با استناد به قاعده لاضرر و روایات تدلیس و قاعده لاجرح و قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ و دلایل دیگر محقق می‌شود؛ فسخ نکاح مانند هر عمل حقوقی دیگری برای اِعمال، نیازمند تحقق شرایط و قواعد خاص خود است که بدون اجتماع آنها واقع نمی‌شود؛ لکن چنانچه شرایط حق فسخ جمع گردد و صاحب حق نیز حق خود را اِعمال نماید؛ باز همانند اِعمال دیگر حقوقی، این اِعمال حق، منشاء آثار و نتایجی خواهد شد که این آثار و نتایج، پاره‌ای در زمره آثار مالی است مانند: مهریه و نفقه و پاره‌ای در زمره آثار غیر مالی است مانند: حضانت و عده زوجه.

۴-۱- اهداف و فوائد تحقیق:

هدف از رساله حاضر، کاربردی و تحقیقی است و بررسی تطبیقی فسخ نکاح با نگرشی جدید به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج در فقه امامیه و حقوق است.

تعریف و مبنای فسخ نکاح و ماهیت آن، موجبات فسخ نکاح و اعمال خیار فسخ و آثار آن از مهم‌ترین مباحث این تحقیق می‌باشد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد فسخ ایقاعی است که اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده، به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع بر می‌گرداند و نظر مشهور فقهای شیعی بر این است که فسخ از حین عقد مؤثر است یعنی عدم تأثیر موارد مترتب بر عقد نکاح، از همان زمان عقد لحاظ می‌شود و اصطلاحاً سالبه به إنتفای موضوع می‌باشد و سعی بر این است که این تحقیق، موجب دانش‌افزایی پژوهشگران و بذل توجه قانونگذاران، نسبت به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج (به عنوان مثال: ایدز و هیپاتیت و غیره) شود و در واقع می‌توان گفت: این بیان در راستای تاثیرگذاری دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد است.

۵-۱- پیشینه تحقیق و امتیاز این پژوهش:

در کتب فقهی و روایی از جمله: الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیة "شهیدثانی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام" محمد حسن نجفی، "المهذب" قاضی ابن براج، "مکاسب" شیخ انصاری، "تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه" علامه حلی، "کافی" کلینی، "زبده الاحکام" روح الله خمینی، "تحریر الوسیله" روح الله خمینی "به صورت پراکنده به عیوب مختص و مشترکی که منجر به فسخ نکاح می‌شود اشاره شده است و همچنین در کتب متأخر مانند مختصر حقوق خانواده دکتر کاتوزیان به آن اشاره شده است ولی در این تحقیق سعی شده به بررسی موارد فسخ نکاح از دیدگاه امامیه و تطبیق آن با مسائل روز پرداخته شود؛ چرا که در منابع مورد تحقیق توسط نگارنده، غالباً به منابع سابق یا لاحق قابل استناد بوده و در مسائل و امراض جدید به اجماع نرسیده یا به مسأله توجهی نشده است.

پایان نامه: مبانی فسخ نکاح ناشی از عیوب در حقوق ایران "فاطمه حبیبی نوده" ۱۳۸۹
در این پایان نامه، ضمن تعریفی حقوقی از فسخ نکاح، به بیان پاره‌ای از عیوبی که زن و مرد متقابلاً می‌توانند در صورت کشف آن‌ها در همسر خود نسبت به جدا شدن از یکدیگر اقدام کنند، پرداخته است؛ اما از آنجا که به خاطر پیشرفت‌های علمی و دستاوردهای پزشکی، برخی از عیوبی که سابقاً موجب فسخ نکاح می‌شده، درمان پذیر است و طبعاً اصل لاضرر و لاجرح در این گونه موارد،

موضوعیتی ندارد و تفاوت ماهوی تحقیق حاضر با این پایان نامه در عیوبی است که عجلتاً درمان ناپذیر و صعب‌العلاج بوده و این ضرر و حرج همچنان پا برجاست و بناء علی هذا کاملاً پایان نامه مزبور با تحقیق حاضر متمایز است.

مقاله اول: ادله جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقهیان امامیه (با نگاهی قرآنی - روایی) محمد مهدی کریمی نیا، مصیب احمدوند فرد و مجتبی انصاری مقدم فروردین ۱۴۰۰ در این مقاله، بررسی حقوقی فصل نکاح به اثرات سوء و جبران ناپذیر طلاق و متارکه اشاره شده است؛ اما پایان نامه ما، بیشتر ناظر به عیوبی از جمله بیماری‌های صعب‌العلاج نوظهوری است که معمولاً در سابق مواردش پیش نیامده است؛ بنابراین تفاوت زیادی را با هم دارند مقاله مزبور، بیشتر به پیامدهای طلاق پرداخته، لکن در نوشتار حاضر به بیان یکی از علل جدایی که پیدا شدن عیوبی همگون بیماری- های صعب‌العلاج می‌باشد، پرداخته است.

مقاله دوم: بررسی تطبیقی موجبات فسخ نکاح در فقه امامیه و حقوق پاکستان " محمد رضا کینخا " پاییز و زمستان ۱۳۹۸

در این مقاله، بررسی تطبیقی موجبات فسخ نکاح به وجوه مشترک فقه امامیه و حقوق پاکستان (و آن هم براساس فقه حنفی در این باب اشاره و موارد آن دسته بندی شده است و عیوبی هم چون خیار عیب و خیار تدلیس و خیار تخلف از شرط صفت را مورد نقد و بررسی قرار داده، ولی نوشتار حاضر، از منظر وجه افتراق با مقاله موصوف، اصطلاحاً خیار عیب را از نقطه نظر یکی از جرئی ترین و نادرترین موارد آن که همانا وجود بیماری‌های صعب‌العلاج است را مورد پژوهش قرار داده است.

مقاله سوم: بررسی حقوقی فسخ نکاح و طلاق صغار در قانون مدنی ایران " محسن علی نژادی و زهرا علی نژادی " پاییز ۱۳۹۷

در این مقاله، اشاره به سن قانونی برای ازدواج به مسأله‌ی طلاق و آثار سوء آن بر فرزندان و تبعاتی که از این مسیر دامن گیر آن‌ها می‌شود، از زوایه‌ی مسائل حقوقی به آن پرداخته است؛ لکن تحقیق حاضر، صرف نظر از آثار نامطلوب این پدیده‌ی شوم اجتماعی، به بیان بیمارهای صعب‌العلاج و نوظهوری که به لحاظ ایراد حرج و ضرر، اصل موضوعیت نکاح به اهداف مترتب بر آن را مورد تدقیق و بررسی لازم قرار می‌دهد.

مقاله چهارم: بررسی فقهی حقوقی فسخ نکاح در اثر عوارض و مشکلات جنسی " عباسعلی صالحی و عبدالرحمن افشاری " بهار ۱۳۹۵

در این تحقیق، به بیان وجود اختلالات جنسی به عنوان یکی از موجبات نافذ در فسخ نکاح پرداخته و از آن‌جا که یکی از اهداف مهم نکاح بر پایه‌ی تسالم و حفظ حقوق زوجین بناء نهاده شده است، این

گونه اختلالات را در مرد و زن مورد بررسی قرار داده است؛ لکن در نوشتار حاضر، به صورت کاملاً تخصصی عیوب و چالش‌هایی که از رهگذر وجود بیماری‌های صعب‌العلاج، که به خاطر عدم مسبوقیت آنان ناشناخته و تبعاً در حال حاضر غیر قابل درمان می‌باشند، پرداخته است و از آن جمله بیماری‌ها می‌توان به مواردی هم چون: ایدز و اچ پی وی و... اشاره کرد.

مقاله پنجم: تأملی نو بر عیوب موجب فسخ نکاح "سید مهدی میرداداشی" بهار ۱۳۸۹
این مقاله، هم چنان که خود ابراز داشته، درصدد بیان بعضی بیماری‌های چالش‌انگیز و تسری آن به عیوب موجب فسخ نکاح در راستای عیوب منصوصه در فقه پرداخته است؛ لکن وجه افتراق این مقاله با رساله حاضر، در این است که با بیان کلی به هیچ‌گونه از عیوبی که در اثر بیماری‌های صعب‌العلاج و نوظهور مطمح نظر می‌باشد، اشاره‌ای نکرده است.

مقاله ششم: تحلیل فقهی - حقوقی عیوب مجوز فسخ نکاح با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره) "حسین نصری مقدم و مظاهر نامداری موسی آبادی" تابستان ۱۳۹۱

در این مقاله، براساس قاعده لاضرر و لاجرح، وجود بیماری‌هایی هم چون جذام و برص را به لحاظ مشترک بودن بین زوجین، از جمله حقوق متقابل آن‌ها برای فسخ نکاح دانسته و اشاراتی هم به بیماری‌های صعب‌العلاج داشته و دیدگاه امام راحل عظیم‌الشان (ره) را در این مورد بیان کرده است؛ اما رساله حاضر، صرفاً به بیان و بررسی بیماری‌های جدید و صعب‌العلاجی همچون ایدز و اچ پی وی و... پرداخته که نوعاً تا زمان معاصر سابقه‌ای برای بحث و بررسی نداشته است؛ چون اگر نپذیریم که این نوع امراض جدید الحدوث است، لاقلاً باید قائل به این معنا شویم که در صورت بروز و ظهور آن در گذشته به صورت شاذ و نادر و طبیعتاً ناشناخته بوده است.

مقاله هفتم: تسری جواز فسخ نکاح به بیمارهای هپاتیت B، سارس، سیفیلیس و هرپس سیمپلکس حاد و مزمن "صدیقه حاتمی و عباسعلی سلطانی" زمستان ۱۳۹۶

در این مقاله، با عنایت به مسری بودن برخی بیماری‌ها و ناشناخته بودن بعضی بیماری‌های نوظهور و مستنداً به قاعده لاضرر و منصوص‌العله بودن عیوبی که موجب فسخ نکاح است، کیفیت تسری آن عیوب به بیماری‌های جدید مورد بحث واقع شده، لکن در رساله حاضر، سعی بر این است که عیوبی که در پی بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج خواه ناخواه و به طریق اولی در فسخ نکاح موثر است؛ مورد تدقیق و بررسی موشکافانه قرارگیرد و با توجه به اینکه تاکنون کمتر کسانی متعرض این عنوان شده‌اند؛ تحقیقی نسبتاً جامع و در خور استفاده دانش پژوهان تهیه و ارائه می‌گردد.

مقاله هشتم: حق فسخ نکاح با بیماری‌های جدید "سید مهدی میرداداشی" پاییز ۱۳۹۲

در این مقاله، با استناد به موادی از قانون مدنی که بر پایه نظر مشهور فقها وجود عیوبی را که بخصوص به آن‌ها اشاره شده، موجب فسخ نکاح می‌داند و متذکر شده که آیا با تنها عیوب منصوصه فسخ عقد است یا می‌توان با توجه به بروز و ظهور بیماری‌های جدید فسخ را به این گونه امراض نیز تسری داد؟ وجه مشترک این مقاله با رساله حاضر، به حسب ظاهر زیاد است؛ اما وجه تمایز نوشتار موصوف با این وجیزه در این است که مقرر است که به صورت مستوفی به بررسی بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج و بعضاً لاعلاج پرداخته شود.

مقاله نهم: عیوب فسخ نکاح "سید کاظم حائری" بهار ۱۳۸۴

در این مقاله، بر اساس اصل استصحاب، وجود عیب را مانع بقای زوجیت ندانسته، اما با توجه به ادله لفظی مانند: روایات تدلیس و لاضرر، مانع جریان و تسری این اصل شده و عمده اختیار فسخ نکاح را از آن زنان دانسته است؛ اما نوشتار ما، عمدتاً ناظر بر وجود مشکلات لاینحل و عیوب لاعلاج و غیرقابل درمانی است که معمولاً در مقوله دلالت اینگونه اصول نمی‌گنجد و از این رو بحث و بررسی پیرامون آن ضروری، به نظر می‌رسد.

مقاله دهم: ادله جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان "مصطفی رجائی پور و ملیحه قنبریان"

تابستان ۱۳۸۸

در این مقاله، در درباره ادله جواز فسخ نکاح، مقاله مورد بحث فقط به صورت کلی دلایل مجاز بودن انفساخ نکاح را مورد بحث قرار داده، در حالی که نوشتار ما، ناظر به یکی از ظریف‌ترین و جزئی‌ترین عیوبی که شارع مقدس و علم حقوق اجازه فسخ نکاح را در آن مورد داده است، می‌باشد و آن عبارت است از وجود بیماری‌های جدید و صعب‌العلاجی که معمولاً تاکنون در مورد آن بحثی مستوفی نشده است.

۱-۶- کاربرد نتایج تحقیق:

این تحقیق با استفاده از مباحث حقوقی و فقهی و تحقیقات بنیادی برای رفع نیازمندی‌های حوزه علمیه، دانشگاه و خصوصاً دستگاه قضاء، به کار گرفته می‌شود و به دانش‌افزایی طلاب و دانشجویان و توجه قانون‌گذار به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج منتهی می‌شود.

۱-۷- ضرورت این انتخاب و انجام تحقیق:

با توجه به مسائل مطرح شده در باب فسخ نکاح (سئوالات جدید مطرح شده)، که آیا می‌توان ابتلا به بیماری‌های درمان‌ناپذیری چون ایدز و هپاتیت را نیز از جمله عیوبی دانست، که در باب فسخ نکاح مؤثر است؟ در این رساله با هدف پاسخ‌گویی به سئوالات فوق، سعی شده است با نگاهی به فقه و نیز بازخوانی منابع و دیدگاه‌ها، حکمی شایسته به دست آید؛ زیرا بررسی‌ها نشان می‌دهد که بعضی از موارد مربوط به عیوب مجوز فسخ نکاح، قابل تغییر هستند؛ چرا که رمز اجتهاد، تطبیق دادن دستورهای کلی با مسائل جدید و حوادث متغیر است و اگر عیوب در گذشته محدود بود، امروز با پیدایش بیماری‌های تازه نباید به دیدگاه مشهور تعصب ورزید.

گفتار دوم: مفاهیم

با توجه به اینکه نوشتار پیش رو به بررسی فسخ نکاح، در فقه و حقوق می‌پردازد؛ بهتر است به تناسب امر، الفاظ و مفاهیمی همچون: عقد، نکاح، عیب، حق، مهر، فسخ و انفساخ را تبیین نموده و به شرح آن‌ها پردازیم؛ لذا در این گفتار این الفاظ را از منظر فقهی و حقوقی تعریف و مصادیق آن‌ها را ذکر می‌نماییم.

۱-۱. عقد

عقد، در لغت: برای معنای لغوی «عقد»، چند مورد بیان شده است: عقد از انعقاد به معنای بسته شدن، غلیظ شدن و سفت شدن، عقد از عقد به معنای طوق و گردن بند، عقد از عَقْدَه «ج عَقْد» به معنای گره.^۲ عقد در اصطلاح: اصلی است که دلالت می‌کند بر شدت اطمینان و به سوی آن تمام شاخه‌های مرتبط بر می‌گردد،^۳ همچنین جمع بین اطراف چیزی را عقد می‌گویند.^۴

۱-۱-۱. عقد در فقه

حضرت امام راحل «ره» پس از بیان معنای لغوی کلمه عقد، عقد اصطلاحی در باب معاملات را برآمده از ریشه عَقْدَه می‌داند؛ زیرا افزون بر فهم متعارف با این نظر، آیات زیادی من جمله: ولا تعزموا عقده النکاح^۵ و أو يعفوا الذی بیده عقده النکاح^۶ را گواه بر این نظر می‌دانند.^۷ سپس امام راحل «ره» در مقام تأیید نظرات لغویون، مواردی را مطرح می‌کنند؛ البته بر مبنای ثبوت بازگشت معنای اصطلاحی عقد به

^۱ - اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح، تاج اللغة و صحاح العربیه، ج ۲، ص ۵۱۰

^۲ - منتهی الإرب

^۳ احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقانیس الغه، ج ۴، ص ۸۶

^۴ - حسین بن محمد راغب، مفردات الفاظ القرآن

^۵ - سوره بقره (۲)، آیه ۲۳۷

^۶ - روح الله خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۶۵

^۷ - امروزه با اعمال مقداری مسامحه، عناوین «توافق»، «مرضات»، «قرارداد»، «معامله» و... به جای عقد به کار می‌روند. نگارنده به جهت ضیق مجال از ورود در این بحث خودداری می‌کند و علاقه مندان را به منابع زیر ارجاع می‌دهد؛ عبدالرزاق سهروری، الوسیط فی شرح القانون المثنی، ج ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی، بی تا، ص ۱۳۷-۱۴۱؛ عبدالرزاق سهروری، نظریه العقد، بیروت: دار احیاء التراث العربی؛ ص ۷۹-۸۱، اسدالله امامی "نقش اراده در قراردادها"، فصلنامه حق ۱۳۶۴ ش، دفتر چهارم، ص ۶۵ و ۶۶، سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ج پنجم، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۲، ص ۱۵۹؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ج ۱، تهران، دانشکده علوم اداری، ۱۳۴۶، ص ۲۳۶.

دو معنای فوق الاشاره، دیگر بدون اشکال است و من باب مثال، می‌توان گفت: وجه تسمیه عقد اصطلاحی، به این خاطر است که موجب عهده‌دار شدن چیزی از سوی طرف یا طرفین معامله شود؛ اما به حسب ظاهر در جایگاه اثبات رو در رویی مفهوم عقد با ایقاع، «ایقاع عملی است که یک طرفه محقق می‌شود» و با ملاحظه‌ای به عمل گره زدن که غالباً بین دو سر چیزی مانند ریسمان انجام می‌شود، می‌تواند از مویدات نظر امام «ره» در این باب باشد. و با توجه به همین مبنا، عرفاً اصطلاح «عقده‌ای» به افرادی اطلاق می‌شود که شخصیت آن‌ها تاثیر پذیر از وقوع گره یا گره‌هایی در زندگی آن‌ها است، یا در علم معانی و بیان اصلاح، تعقید ناظر بر آوردن الفاظ غیر مستعمل و غیر قابل فهم بودن برای مخاطب است و بر این اساس، مقاربه‌ای بین مفهوم لغوی عقد با مفهوم فقهی و حقوقی آن وجود دارد؛ فقها عقد را «التزام مرتبط با التزام دیگر»، «ربط دو التزام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده‌اند.^۱ بعضی فقها عقد را «لفظ دال بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند».^۲ و با توجه به اینکه لفظ عقد به منزله‌ی اعلام توافق و تراضی طرفین معامله است؛ به نظر می‌رسد این تعاریف عاری از اشکال نباشد. مرحوم شیخ مرتضی انصاری^۳ عقد را مرکب از ایجاب و قبول می‌داند،^۴ چنانچه «علامه حلی» نیز عقد را به همان ایجاب و قبول تعریف می‌کند و بیع را نتیجه فروختن (ایجاب) و خریدن (قبول) می‌داند.^۵ سایر فقها نیز تعریفی قریب به همین مضمون دارند.^۶

۱-۱-۲. عقد از منظر حقوقدانان

حقوقدانان، تعریف فوق، یعنی (العقد هو الایجاب و القبول) را جامع نمی‌دانند، از نظر حقوقی، عقد «تراضی طرفین» جهت تحقق یک اثر حقوقی است و لذا برای صادق بودن مفهوم این امر، توافق دو یا چند طرف الزامی است و همین امر، وجه تمایز بین عقد و ایقاع می‌باشد. حقوقدانان عقد را یکی از مصادیق «اعمال حقوقی» و مصداق دیگر آن را ایقاع می‌دانند و منظور از اعمال حقوقی نیز، آن گروه از پدیده‌های حقوقی هستند که اراده‌ی افراد در ترتب آثار حقوقی بر آن‌ها نقش درجه اول را دارد، در مقابل وقایع حقوقی که اراده‌ی شخص در آثار حقوقی آن‌ها دخالتی ندارد؛

۱ - محمدحسین اصفهانی، حاشیه مکاسب، ج ۴، ص ۲۵، احمد نراقی، عوائدالایام، ص ۱۱، سیدابوالقاسم خویی، مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۱۴.

۲ - ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن حلی (محقق حلی)، شرائع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۷.

۳ - مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۱، ص ۲۴۰.

۴ - علامه حلی، تبصره المتعلمین، ج ۱، ص ۲۴۱.

۵ - ابی عبدالله شمش الدین محمد بن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی و محسن غروبان، ج ۱، مبحث بیع.

بلکه ناشی از حکم قانونی است و بعضاً امکان ارادی بودن را دارد مثل: اتلاف و غصب، یا غیر ارادی مثل: حوادث غیر مترقبه و تولد و....

ماده‌ی ۱۸۳ قانون

۱-۱-۳- عقد در قانون مدنی

مدنی، به عنوان نخستین ماده‌ی مربوط به قواعد عمومی قرار داده‌ها می‌باشد، که در بیان تعریف عقد آورده است:

«عقد، عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.»
با امعان نظر در تعریف فوق، می‌توان به دو شرط اساسی برای تحقق عقد - یعنی توافق دو یا چند اراده با هم و ایجاد تعهد - دست یافت.

۱-۴- اقسام عقد

برابر قانون مدنی؛ عقد و معاملات، به اقسام ذیل است:

لازم، جایز، منجز، مطلق^۱

۱-۱-۴-۱. عقد لازم

"عقد لازم، آن است که هیچ یک از طرفین حق فسخ آن را نداشته مگر در موارد معینه"^۲، اثر مطلوب، در هر عقد ایجاد التزام است. بنابراین اثر حقوقی مهم برای تحقق عقد، در صورتی ممکن است که طرفین معامله نسبت به تعهدهای خود ملزم باشند و با اراده‌ی خود، قادر به فرار از بار مسئولیت ناشی از عقد نباشند. در مباحث حقوقی، ما به موجب قاعده اصاله اللزوم، همه قراردادهای، جز آنچه قانون به جواز آن تصریح کرده، لازم است. این قاعده، در مواد قانونی به این شکل بیان شده^۳: "عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است؛ مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود."^۴

عقد لازم، در دو صورت قابلیت انحلال دارد:

۱ - قانون مدنی، ماده ۱۸۴

۲ - قانون مدنی، ماده ۱۸۵

۳ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع)، ص ۲۰ و ۲۱

۴ - قانون مدنی، ماده ۲۱۹

۱- در مواردی که قانون، حق فسخ عقد را به یکی از طرفین یا هر دوی آنها بر اثر یکی از اختیارات واگذار کرده باشد.

۲- در تمام مواردی که تراضی طرفین با یکدیگر به قصد انحلال عقد باشد که در حقوق مدنی اصطلاحاً به آن "اقاله" گفته می‌شود.^۱

۱-۱-۴-۲- عقد جایز

"عقد جائز، آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد آن را فسخ کند."^۲ جهت انحلال عقد جائز، نیاز به سبب خاصی نیست و همواره طرف قرارداد، قادر است بدون هیچ مقدماتی آن را بر هم بزند و از مصادیق عقود جائز می‌توان به ودیعه و عاریه و وکالت اشاره کرد. به خاطر اینکه جایز بودن از اوصاف ذاتی این عقود نیست، به جز موارد مستثنی در قانون، طرفین قادر به تبدیل عقد جایز در رابطه‌ی خود به عقد لازم و همچنین عدم صرف نظر از عقد فسخ خویش می‌باشند؛^۳ متن قانون مدنی در زمینه وکالت این است: "و موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند؛ مگر اینکه وکالت وکیل با عدم عزل، در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد."^۴ بنابراین در صورت تحقق عقد، وکالت به صورت شرط ضمن عقد لازم و یا اسقاط حق عزل، عقد مزبور، به صورت لازم واقع می‌شود.

بر اساس قانون مدنی: «عقد، ممکن است نسبت به یک طرف لازم باشد و نسبت به طرف دیگر جائز»^۵

۱-۱-۴-۳- عقد منجز

برابر تعریف قانون مدنی "عقد منجز، آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود."^۶ برای هر عقدی، تزی است ویژه، که هدف هر دو طرف از انعقاد عقد، حصول آن است. مانند اثر عقد بیع، که تملیک مبیع به مشتری است و اثر عقد اجاره مالکیت مستاجر بر منافع است و اثر عقد نکاح، زوجیت بین طرفین است و با ایجاب و قبول از ناحیه طرفین یا وکیل آنان تحقق

۱ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، همان، ص ۲۱

۲ - قانون مدنی، ماده ۱۸۶

۳ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد ایقاع)، همان، ص ۲۲

۴ - قانون مدنی، ماده ۶۷۹

۵ - همان، ماده ۱۸۷

۶ - قانون مدنی، ماده ۱۸۹

می‌یابد.^۱ هرگاه طرفین عقد، اثر ناشی از آن را بدون هیچ قید و شرطی به وجود آورند؛ عقد را، منجز گویند.^۲ در عقد منجز، التزام دو طرف موکول به هیچ امر دیگری نیست.^۳

۱-۱-۴-۴-۱-۱ عقد مطلق

از عبارت انتهایی ماده‌ی ۱۸۹ ق.م.م.شخص می‌شود؛ عقد معلق، آن است که تأثیر برحسب انشاء موقوف به امر دیگری باشد.^۴ لذا در صورتی که اثر منظور از عقد را موکول به وقوع شرط دیگری نمایند؛ عقد معلق است.^۵

در عقد معلق، امکان موقوف بودن اثر اراده‌ی طرفین با تحقق منجز بودن بیان اراده‌ی آن‌ها وجود دارد.^۶

۱-۱-۵. شرایط متعاقدين

شهید اول، در لمعه شرایط متعاقدين را این گونه بیان می‌فرماید: کمال و اختیار، مگر آنکه اکراه شده پس از برطرف شدن کراهت به آن معامله رضایت دهد.^۷ و شهیدثانی، در شرح لمعه می‌فرماید: کمال به برطرف شدن حجر ایجاد می‌شود و جامع بلوغ و عقل و رشد می‌باشد و در خصوص عقد مکره می‌فرماید: مکره بالغ و رشید می‌باشد و قصد و انشای لفظ را دارد؛ نه مدلول آن را و مانع فقط رضایت است؛ بنابراین وقتی مانع برطرف شود، این عقد، تأثیر خود را خواهد داشت.^۸ مرحوم امام خمینی (ره) نیز در خصوص شرایط متعاقدين می‌فرماید: در این قسمت، چند شرط است: اول اینکه بالغ باشند؛ بنابراین اقدام طفل غیر بالغ «صغیر» در انجام معاملات بزرگ، ولو که او در حد تمیز باشد و اجازه ولی خود را در انجام معامله داشته باشد به طوری که خود طفل، استقلالاً آن معامله را انجام دهد. بنابر اقوی جایز نیست و بنابر احتیاط، انجام معاملات صغیر، هرچند که صحت آن از طفل ممیز در معاملات کوچک بنابر جریان سیره به دور از وجه و قوت نمی‌باشد، همچنان که در غیر صورت استقلال او بنابر

۱ - قانون مدنی، ماده ۱۱۰۲

۲ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، همان، ص ۵۱

۳ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوق قرارداد ایقاع)، همان، ص ۲۲

۴ - سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۱۷۱، به بعد

۵ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، همان، ص ۵۱

۶ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قراردادها ایقاع)، همان، ص ۲۲

۷ - ابی عبدالله شمس الدین محمد بن جمال الدین مکی العاملی (شهید اول)، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی و محسن غرویانی، ج ۱، ص ۲۰۵

۸ - علیرضا امینی، محمدرضا آیتی، برگزیده الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه اثر زین الدین بن علی (شهید ثانی)، ترجمه سیدمهدی داد مرزی، صص ۲۵۰ و ۲۵۱

فرمان بر بودن او برای شخص بالغ، بدون اشکال است؛ چون در واقع تحقق معامله بین دو فرد بالغ انجام شده است و در این صورت، فرقی بین ممیز و غیر ممیز نیست و همان گونه که معامله‌ی طفل صغیر در امور مهم برای خودش جایز نیست، برای دیگران نیز، جایز نیست. بنابراین، نمی‌تواند وکیل دیگران در معاملات خطیر شود؛ هر چند با اذن ولی و لایش؛ ولی صحت انجام کار در صورت داشتن وکالت صرفاً برای اجرای صیغه، خالی از قرب نیست؛ مشروط بر اینکه معامله بین دو نفر بالغ انجام شده باشد. دوم قصد است: پس، معامله کسی که قصد انجام آن را ندارد، مثل اینکه از روی شوخی یا به غلط و یا سهواً گفته باشد «خانه‌ام را به تو فروختم مثلاً» صحیح نیست. سوم، اختیار است: بنابراین در صورت اجبار و وادار کردن کسی بر فروش جنسش که از ترس وادار کننده آن را بفروشد، معامله صحیح نیست؛ و مقصود از اکراه و وادار کردن این است که فروشنده از نفروختن جنسش، خوف وارد شدن ضرر یا حرجی از ناحیه تهدید کننده را داشته باشد؛ اما اضطراری که چاره او از نفروختن کالایش ناچار سازد، ضرری به صحت معامله او نمی‌زند؛ هر چند که اضطرارش از ناحیه غیر باشد، مثل اینکه ظالمی وادارش کرده باشد که پولی به او بدهد، وگرنه چنین و چنان می‌کند، و او چون پول ندارد، مجبور شود مال خود را بفروشد، و در ایراد ضرر به فرد تهدید شده، تفاوتی ما بین اصابت ضرر به جان و مال و ناموس او و بستگانش اعم از همسر و فرزند و هرکسی که ضرر و محذور و گرفتاریش گرفتاری خود او باشد، نیست و اما اگر شخص، اکراه شده و معامله‌ی شخصی که با اکراه و از روی عدم رضایت مال خود را بفروشد و بعداً نسبت به آن رضایت پیدا کند، صحیح و لازم است.^۱

در حقوق ما نیز همین شرایط برای متعاقدين بيان شده چنانکه قانون مدنی بیان می‌دارد: شرایط اساسی لازم جهت تحقق صحت هر معامله:

۱- قصد طرفین و رضای آنها.

۲- اهلیت طرفین

۳- موضوع معین که مورد معامله باشد.

۴- مشروعیت جهت معامله^۲

همان طور که از متن ماده مشخص است، طبق بند اول اختیار و براساس بند دوم اهلیت طرفین عقد از شرایط اساسی صحت معامله است.

^۱ - روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، صص ۳۶۹ و ۳۷۰

^۲ - قانون مدنی، ماده ۱۹۰، شهید اول، لمعه دمشقیه، ج ۱، همان، کتاب المتأجر، صص ۲۰۴ و ۲۰۵

۱-۲- نکاح

مراد از عقد، مفهوم شرعی نکاح یعنی "زن گرفتن" و "شوهر کردن" و "با یکدیگر زندگی کردن" است و مهم ترین رابطه، همان حق تمتع جنسی بردن است. از ابی علی فارسی منقول است که هرگاه گفته شود «نکح فلان فلانه اوینت فلان» غرض، عقد و تزویج است، و چون گفته شود «نکح امرأته أو زوجته» غرض جماع و وطی می باشد.^۲

نکاح، بر دو قسم است: ۱. دائم ۲. موقت

در ازدواج دائم، پایان رابطه زوجیت مشخص نمی شود؛ اما در ازدواج موقت پایان آن معلوم شده است. ازدواج دائم، حقوق و تکالیفی را برای زن و مرد ایجاد می کند؛ اما در ازدواج موقت، تمامی حقوق و تکالیف، توافقی است که در حین عقد می توانند به عنوان شرط ضمن عقد مقرر نمایند، جز مهر، که در هر دو نوع ازدواج، بر شوهر واجب می شود.^۳

۱-۳- حق

«حق» در لغت در معانی گوناگونی به کار رفته است. برخی از معانی لغوی این واژه، به شرح زیر است: راستی، عدالت، مرگ، واقع، امتیاز، باری تعالی، قرآن، امر مقضی و انجام شده، اسلام، موجود ثابت،^۶ واجب الوجود، یقین بعد از شک،^۷ صلاحیت،^۸ قطعی، کار حتمی و قطعی و واقع شدنی،^۹ نقیض باطل،^{۱۰}

۱ - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۵۶۵

۲ - محمد بن عبدالباقی زرقانی، شرح العلامة الزرقانی علی المواهب اللدنیة بالمنج المحمدیه، ج ۳، ص ۱۲۴

۳ - حسین محمودی "نکاح" پژوهشکده باقرالعلوم <http://www.pajooh.com>

۴ - مسعود جبران، فرهنگ الفبایی الرائد، ترجمه رضا انزابی نژاد، ج ۱، ص ۶۸۹

۵ - شمش الدین فرهیخته، فرهنگ فرهیخته (واژه‌ها و اصطلاحات سیاسی - حقوقی)، ص ۳۵۲

۶ - محمد بن محمد مرتضی الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۶، ص ۳۱۵

۷ - شیخ احمد رضا، معجم متن اللغة: موسوعه لغویة حدیثه، ج ۲، ص ۱۳۳

۸ - محمد دریایی، قاموس نوین: فرهنگ واژگان و اصطلاحات فارسی - عربی، با مقدمه مهدی محقق، ص ۲۳۲

۹ - محمد بندر ریگی (مترجم)، فرهنگ جدید عربی به فارسی (ترجمه منجد الطالب)، ص ۱۰۶

۱۰ - اسماعیل بن عباد، المحيط فی اللغة، تحقیق محمد حسن آل یاسین، ص ۲۸۶ و ۲۸۷، الخلیل بن احمد الفراهیدی، کتاب العین، الجزء الثالث، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرانی، ص ۶، احد بن فارس بن زکریا، معجم مغاییس اللغة، ج ۲، ص ۱۵ و ۱۷

گفتار مطابق با واقع،^۱ مفرد (واحد) حقوق، امر نبی (ص)، صفت خدا، رؤیا.^۲ و در اصطلاحی «حق» در علوم گوناگون استعمال می‌شود. گاهی معنای آن در یک اصطلاح، با معنای آن در اصطلاحی دیگر، متفاوت است که ما، در این مجال به بیان دو اصطلاح فقهی و حقوقی آن می‌پردازیم. در اصطلاح فقهی؛ «حق» در اصطلاحات فقهی، اغلب به معنی «سلطنت» آمده است. می‌توان گفت: وقتی فقهاء در ابواب مختلف فقهی از «حق» سخن می‌گویند، حق، به معنای «سلطنت» است.^۳ در اصطلاح حقوقی؛^۴ حوزه حقوق، از حوزه‌هایی است که فراوان به بحث حق پرداخته است. حقوق‌دانان در بحث‌های حقوقی، مباحث مختلفی درباره «حق» مطرح کرده‌اند.^۵

۱-۴- سبب

سبب، در لغت به معنای ریسمان آمده است؛ چنان که به مناسبت، بر هر وسیله‌ای (هر چیزی که بدان به چیزی دیگر دست می‌یابند) نیز اطلاق شده است.^۶

السبب کل شیء یتوصل به الی غیره و الجمع الأسباب^۷ به هر چیزی که به واسطه آن به چیز دیگری رسیده می‌شود، سبب گفته می‌شود و جمع آن اسباب است. در صورتی که بین عامل معین و نتیجه مشخص رابطه تناسب تأثیر وجود داشته باشد؛ آن عامل را نسبت به نتیجه سبب می‌نامند.^۸

۱ - ابراهیم مصطفی و دیگران، المعجم الوسیط، ص ۱۸۷

۲ - اسماعیل بن جماد الجوهری، همان کتاب، الجزء الرابع، ص ۱۴۶۰

۳ - ابن منظور، لسان العرب، ص ۲۵۵ و ۲۵۷، در فرهنگ لغات انگلیسی نیز واژه «Right» در معانی ذیل به کار رفته است به صورت صفت، به صورت اسم، به صورت فعل متعدی.

۴ - "علی رضائی" معنای «حق» در نگاه اندیشمندان اسلامی "مجله معرفت حقوقی: سال اول: شماره دوم، صفحه ۸۹-۱۱۱

۵ - لازم به ذکر است حق در حوزه‌هایی همچون؛ حقوق و فقه، اخلاق و سیاست اعتباری است و تعریف حقیقی به معنای حد و رسم معلق اختصاص به ماهیات دارد که دارای جنس و فصل هستند. از این رو، مفاهیم اعتباری و التزامی فاقد تعریف حقیقی اند. در این موارد نخست مفهومی نام ذکر می‌شود که به منزله جنس تلقی شده، سپس قیودی به آن افزوده می‌شود که در حکم فصل خواهد بود. «سرانجام به مفهومی دست یازیم که بتواند قالب معنای مورد نظر پاسدار. محمدتقی مصباح یزدی، حقوق و سیاست در قرآن، نگارش محمد تهرانی، ص ۱۲۶، عبدالله جوادی آملی، فلسفه حقوق بشر، ص ۷۵؛ عبدالله جوادی آملی، حق و تکلیف در اسلام، تحقیق مصطفی خلیلی، ص ۲۲ و ۲۴

۶ - علی رضائی "معنای «حق» در نگاه اندیشمندان اسلامی" مجله معرفت حقوقی، سال اول، شماره دوم، صفحه ۸۹ و ۹۱

۷ - ابن منظور لسان العرب، واژه عیب «ج ۱»، ص ۴۵۱.

۸ - فخرالدین طریحی مجمع البحرین، واژه همه ج ۲، ص ۷۹

۹ - همان

سبب، در اصطلاح فقهی، عبارت است از وصف وجودی نمایان و منضبطی که معرف و نشانه حکم شرعی قرار داده شده است؛ به گونه‌ای که از وجود آن، وجود حکم و از عدمش، عدم حکم لازم می‌آید. مانند روزهای ماه رمضان، که سبب وجوب روزه، و یا خویشاوندی که سبب ارث بردن است.^۱

۱-۵- عیب

عیب، به نقصان از اصل خلقت، مانند کوری یا زیاده بر آن، مانند دوسر و یا انگشتان اضافی تعریف شده است. برخی، به جای اصل خلقت، مجرای طبیعی را در تعریف عیب گنجانده و گفته‌اند: عیب، عبارت است از زیادتی از مجرای طبیعی یا نقصان از آن.^۲

برخی دیگر، قیدی به تعریف عیب افزوده و گفته‌اند: عیب، عبارت است از خروجی از مجرای طبیعی به جهت کاستی یا فزونی‌ای که موجب کاهش ارزش مالی می‌شود.^۳ در قانون مدنی، عیب تعریف نشده است و به نظر عرف، چنانکه در ماده ۴۲۶ قانون مدنی می‌گوید تشخیص عیب، برحسب عرف و عادت است. پس امکان دارد بر اساس زمان‌ها و مکان‌ها متفاوت شود چون عیب شمردن چیزی عرفاً بستگی به قضاوت افراد در محل‌ها و زمان‌های گوناگون دارد.^۴

۱-۶- تدلیس

تدلیس، در لغت، به معنای پوشاندن و پنهان ساختن عیوب می‌باشد.^۵ لغت مزبور، از باب تفعیل و از ثلاثی دلس با فتح دال و به معنای تاریکی است.^۶ چون، در واقع، شخص مدلس، با پوشاندن حقیقت امر، قادر به جلوه دادن امر غیرواقعی در نظر طرف مقابل به جای واقعیت است؛ زیرا، تدلیس کننده،

۱ - محمد بن مکی شهید اول، القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۲۹

۲ - ابونجم الدین جعفر بن الحسن حلی (محقق حلی)، همان کتاب، ج ۲، ص ۲۹۱

۳ - محمد بن مکی شهید اول، غایه المراد، ج ۲، ص ۱۰۹

۴ - حسن یوسف حلی، تذکره الفقهاء، ج ۱۱، ص ۸۰

۵ - سید حسن امامی، همان کتاب، ص ۴۸۴

۶ - «التدلیس اخفا، عیب» ابن منظور، همان کتاب، ج ۶، ص ۸۶

۷ - الدلسه (بالضم)، الظلمه، همان، ص ۸۶

حقیقت امر را پوشانده و امر غیر واقعی را در نظر طرف مقابل، واقعیت جلوه می‌دهد.^۱ در مبحث بیع و دیگر معاملات از تدلیس، به معنای اختفاء و پوشاندن عیب مبیع از خریدار معنا شده است.^۲ و معنی دیگر آن، خدعه کردن است. تدلیس، آن است که به وسیله کارهای خود، واقع را از نظر پوشانده، آن چنان که تاریکی چشم را از دیدن باز می‌دارد.^۳

۱-۷- مهر

مهر، مالی است که برابر رسوم و عادت و شرع در موقع عقد نکاح، شوهر بر زن می‌دهد و یا تعهد به دادن آن می‌نماید،^۴ قانون مدنی نیز، مهر را، این گونه تعریف می‌کند: «مهر، عبارت از مالی است که به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن است.»^۵ مهر باید قابلیت تملیک و تملک داشته باشد و در عقد نکاح دائم، معلوم بودن آن لازم نیست، و مهر را می‌توانند به صورت عندالمطالبه یا عندالاستطاعه و به صورت دیگری در عقد، شرط نمایند و بهتر است در زمان عقد، زوج مقید نماید مهریه، در زمانی که استطاعه دارد، پرداخت می‌نماید و در حد توان پرداخت مهر برای زوج قرار بدهد، تا دچار مشکلات بعدی نشود. مرحوم امام خمینی می‌فرماید: «هر چیزی که مسلمان می‌تواند مالک آن شود، مهر قراردادش نیز صحیح است، چه عین باشد و چه دین و چه منفعت عینی که آن عین نیز تحت ملکیت مسلمان در می‌آید (عین مانند خانه و کشتزار و حیوان، و دین مانند پولی که زوج طلب دارد، و منفعت مانند اجاره یا سکونت در خانه و کشتزار و غیره) و جایز است مهریه را از منفعت انسانی آزاد و غیر برده قرار داد، مثل اینکه، زنی را برای خود عقد کند در برابر اینکه صنعتی به او یاد بدهد و یا هر عمل دیگری که حلال باشد، بلکه، ظاهراً صحیح باشد اینکه مهریه او را حقی مالی قرار دهد که قابل نقل و انتقال باشد، نظیر حق تحجیر و امثال آن، مهریه، از نظر مقدار حد و اندازه‌ای ندارد بلکه معیار در آن، تراضی زن و شوهر است، چه کم و چه زیاد، به شرطی که آن قدر کم نباشد که مانند یک پر کاه، مالکیت نداشته باشد، بلکه در طرف زیادت، مستحب است که زیادت از مهرالسنة، یعنی پانصد درهم نباشد.»^۶

۱ - «كان المدلس بظلم الامر و بيهمة حتى بوهم غير الواقع». سيد محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه،

ج ۴، ص ۶۴۴

۲ - «دلس فی البيع و فی كل شيء اذا لم يبين عيبه و هو من الظلمه و التدليس فی البيع كتمان عيب السلمه عن المشتري» ابن منظور، همان کتاب، ص ۸۶.

۳ - علیرضا فیض، مبانی فقه و اصول، ص ۳۰۴

۴ - پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی: <http://www.ihcs.ac.ir>

۵ - قانون مدنی، ماده ۱۰۸۷

۶ - روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۳، ص ۵۲۹

زوجه، به محض انعقاد نکاح، مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی در آن داشته باشد؛ تا زمانی که در حال عقد نکاح است به طور مستقر،^۱ در نیمی و به صورت متزلزل، در نیم دیگر است تا زمان دخول، که کاملاً مستقر می‌شود.

۱-۸- فسخ نکاح

فسخ، در لغت به معنای نقض، زایل گردانیدن، تباہ کردن و شکستن آمده است. فسخ، که به آن انحلال ارادی قرارداد نیز گفته می‌شود، در اصطلاح حقوقی، عبارت است از پایان دادن حقوقی به قرارداد به وسیله یکی از دو طرف قرارداد یا شخص ثالث،^۲ که از جمله این قراردادها می‌تواند قرارداد نکاح باشد. لذا فسخ، به معنی برهم زدن ازدواج می‌باشد که یکی از موجبات انحلال نکاح است؛ و انحلال نکاح عبارت است از میان رفتن رابطه زناشویی که ممکن است به علت طلاق، فسخ و یا بذل مدت در نکاح منقطعه باشد. چنانچه قانون مدنی بیان می‌دارد: "عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود."^۳

۱-۸-۱- ماهیت فسخ نکاح

«فسخ نکاح، به لحاظ اینکه از جمله ایقاعات است و نه قراردادها، نیازی به رضایت هر دو طرف ندارد و صرفاً با اراده‌ی صاحب حق، صورت می‌پذیرد و لذا فسخ نکاح مجنون، موقوف به اراده‌ی ولی یا قیم او می‌باشد.»^۴

در این جا، ماهیت حقوقی فسخ، مورد بررسی قرار می‌گیرد تا روشن شود فسخ نکاح، در چه شرایطی تحقق می‌یابد و آنچه لازم است بیان شود از اینکه نکاح، عقد است و باید شرایط اساسی سایر عقود را دارا باشد ولی آثار آن را، قانون و شرع معین می‌کند. نکاح، رابطه‌ای است حقوقی عاطفی که به وسیله

۱ - قانون مدنی، ماده ۱۰۹۲

۲ - حسن عمید، فرهنگ عمید، ماده فسخ

۳ - مهدی شهیدی، سقوط تعهدات، ج پنجم، ص ۲۰۲

۴ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۰

۵ - ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی (خانواده)، ج ۱، ص ۲۵۴

عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آنها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کند، مظهر بارز این رابطه، تمتع جنسی است.^۱

در ماده ۴۴۹ قانون مدنی اعلام می‌نماید؛ فسخ، به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود؛ اما مقصود، این نیست که لازم باشد که طرف عقد، از فسخ آگاه شود بلکه به مجرد تصمیم صاحب حق ناظر بر بیان اراده‌ی خود به هر وسیله‌ای، نکاح منحل می‌شود و در این مورد، عالم یا جاهل بودن صاحب حق، اثری ندارد.^۲

ولی به خاطر اینکه این اراده و تصمیم احراز گردد، مستلزم اقامه‌ی دعوی، توسط مدعی فسخ در دادگاه و اثبات حق خود بر اساس یکی از عیوب موجهه‌ی فسخ است، اعلامی بودن جنبه‌ی اثبات، صرفاً بیانگر زمان فسخ مورد بحث بوده و ارائه‌ی دلایل قطعی طرفین در دادگاه لازم است و ضمناً زمان وقوع فسخ، تاریخ اعلام است که پس از بررسی و اثبات عیب موجب فسخ، محقق می‌گردد نه زمان اثبات آن برای محکمه و در این امر اعلام اراده‌ی باطنی در فسخ عقد، دارای اثر است.^۳

لذا باید گفت از لحاظ ماهوی، اولاً فسخ نکاح یک عمل حقوقی بوده و در زمره‌ی ایقاعات می‌باشد. چرا که در تعریف ایقاع، نویسندگان حقوقی گفته‌اند: انشاء، اثر حقوقی است که با یک اراده انجام می‌شود.^۴ ثانیاً فسخ نکاح، ایقاعی رضایی است، برخلاف طلاق، که احتیاج به شرایطی خاص دارد و ایقاعی تشریفاتی است.^۵

ثالثاً فسخ نکاح، قابل برگشت نیست و با عنایت به اینکه فسخ نکاح، مسلماً معلول بر هم زدن عقد می‌باشد؛ انحلال عقد نکاح، با اعلام اراده واقع می‌گردد بی‌تردید، امکان رجوع از فسخ موصوف و برگشت به حالت قبل از فسخ، وجود ندارد؛ چون عقد مزبور، به مثابه‌ی معدوم است و برای پیدایش دوباره‌ی آن، به علت و دلیل لازم، نیاز است.^۶

رابعاً با نگرش به اصالة اللزوم که بیانگر اصل لزوم قراردادها به ویژه عقد نکاح است؛ خلاف قاعده بودن فسخ نکاح با عنایت به شرائط خاص عقد نکاح و عدم راه‌یابی اقاله در آن، روشن است.^۷

۱ - مصطفی محقق داماد، نکاح و انحلال آن، تهران، علوم اسلامی، ص ۴۲

۲ - ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی (خانواده)، ج ۱، ص ۲۵۴

۳ - همان

۴ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، ج ۱، ص ۱۹

۵ - ماده ۱۱۳۲ ق.م.مقرر می‌دارد: در فسخ نکاح ترتیباتی که برای طلاق مقرر است، شرط نیست.

۶ - ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی (خانواده)، ج ۱، ص ۲۷۲

۷ - ماده ۱۱۲۰ ق.م.مقرر می‌دارد عقد نکاح به فسخ یا به بطلان یا به بذل مدت در عقد منحل می‌شود.

۱-۸-۲- مبنای فسخ نکاح

با توجه به اینکه نکاح از جمله‌ی عقود است، دارا بودن شرایط اساسی دیگر عقود، در آن لازم است؛ اما قانون آثار این شرایط را تعیین می‌کند و در این مورد اراده، چندان حاکم نیست لذا اعمال قواعد عمومی معاملات در نکاح، تا آن جا امکان دارد که با طبیعت خاص آن هماهنگ باشد در عقود دیگر و قراردادهای مجاز، به منظور جلوگیری از زیان هر دو طرف معامله، اختیار فسخ معامله، در برخی موارد از طرف شارع به فرد متضرر، داده شده است که اصطلاحاً در قوانین حقوقی به «فسخ نکاح» موسوم گردیده است. از جمله خیارهای: تدلیس، شرط، عیب، غبن، و نظائر آن‌ها، البته همه این اختیارات در نکاح وجود ندارد، به عنوان مثال، زن و شوهر نمی‌توانند به استناد مغبون شدن در مهر، عقد و پیمان راجع به نکاح را، فسخ نمایند. برخلاف معاملات، که به سبب مغبون شدن یکی از طرفین معامله، می‌توان معامله را فسخ نمود، در شرع و قانون به خاطر حفظ افراد در موارد اصلی همچون عیب، تدلیس و تخلف شرط صفت، قابل فسخ دانسته است.^۱

نویسندگان حقوقی با پاسخ به این سؤال خواسته‌اند تا مبنای خیار را روشن نمایند.

به طور کلی و در مبحث اختیارات دو نظریه به طور عام راجع به حق فسخ، ارائه گردیده است.^۲

۱- نظریه‌ای که خیار فسخ را بر پایه حکومت اراده و مفاد ترازی توجیه می‌کند.

۲- نظریه‌ای که مبنای خیار را ضرر ناروا و اجرای عدالت می‌داند.

۱-۸-۳- قاعده نفی ضرر

«لاضرر و لااضرار فی السلام» بخشی از روایاتی است که فقها در اثبات قاعده نفی ضرر، بدان استناد کرده‌اند این قاعده، بدین معناست که احکام ضرری در شریعت اسلام وجود ندارد. دو معنا برای واژه ضرر، ذکر شده است: یکی نقص در مال و جان و حیثیت است و دیگری ضیق و تنگنا و سوء مال، که ناشی از نقص در مال و یا جان و یا حیث و یا سلب حقی از حقوق انسان باشد.^۳ هرگاه انسان، عمداً با سوء استفاده از حقوق ثابت خود، باعث وارد آمدن ضرر به دیگران شود و بر آن اصرار ورزد، در فقه به عمل او اضرار می‌گویند: و براساس این قاعده، حقی که فرد آن را وسیله‌ی ضرر رساندن به دیگران قرار داده، از دیدگاه اسلام ساقط است.

۱ - همان، ص ۲۵۴

۲ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۵۷

۳ - دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، مبانی اقتصاد اسلامی، تهران، سمت، ۱۳۹۳، ص ۳۴

۱-۸-۴- قاعده لاجرح

یکی دیگر از ادله مشروعیت ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، قاعده‌ی موسوم به «نفی عسر و حرج» می‌باشد. در معنای «حرج» تعابیر مختلفی مانند: تنگی، تنگنا، ضیق و... آمده است. راغب اصفهانی، در کتاب مفردات خود آورده است: «حرج، در اصل به معنای تراکم چیزی است، آن چنان که منتهی به بروز تصور تنگی در بین آن چیزها شود.^۱ اما عسر، عبارت است از سختی و دشواری و نقطه‌ی مقابل یسر است که عبارت است از آسانی و راحتی.^۲ چنانچه ذات اقدس اله در قرآن بیان می‌کند: «ان مع العسر یسراً»^۳ یعنی قطعاً با هر سختی آسانی وجود دارد. بعضی از محققین نیز، عقیده دارند: «بالجملة عسر و حرج، امری است که در بر دارنده‌ی مشقت شدیدی باشد که انسان‌ها در حالت عادی، قادر به تحمل آن نیستند.»^۴

۱-۸-۵- ویژگی‌ها و مشخصه فسخ نکاح

فسخ نکاح، دارای ویژگی‌های خاص خود بوده و همین ویژگی‌هاست که آن را از سایر اسباب انحلال نکاح و دیگر اعمال حقوقی، متمایز می‌کند که در ذیل به ذکر آنها می‌پردازیم:

۱- معین بودن موجبات فسخ نکاح: یکی از این ویژگی‌ها، معین بودن موجبات فسخ نکاح می‌باشد. بدین معنی که موجبات فسخ، توسط قانون مشخص و تصریح گردیده است و با توجه به اصل لزوم نکاح در موارد شک و تردید، می‌بایست رأی بر لزوم عقد داد و از موارد مصرحه‌ی قانونی، پای را فراتر نهد. بنابراین، فسخ نکاحی که موجبات آن خارج از موارد قانونی باشد، باطل و بلااثر است.

قانون مدنی، موجبات فسخ نکاح را تحت عناوین ۱- عیوب ۲- تدلیس ۳- تخلف از شرط وصف، ذکر کرده است (شرح کامل موجبات فسخ نکاح در فصل دوم خواهد آمد) و برای تحقق آن، شرایط و حدودی معین نموده است که بدون آنها، فسخ امکان پذیر نیست.^۵

بنابراین ملاحظه می‌گردد برخلاف سایر عقود، خیار شرط در نکاح جایی ندارد و طرفین نمی‌توانند برای خود ضمن عقد نکاح، حق فسخ قرار دهند.

۱ - حسین بن محمد راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ج ۱، ص ۱۱۲.

۲ - سیدمحمد موسوی بجنوردی، قواعد فقه، ج ۲، ص ۵۴

۳ - سوره شرح، آیه ۶

۴ - ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۱۸۲

۵ - هاشم احمدی، عیوب موجب فسخ نکاح، ص ۳۷

لازم به ذکر است در فقه امامیه، در خصوص عیوب موجب فسخ، اختلاف نظر است.^۱

۲- فوریت خیار فسخ: هدف از برقراری بیشتر خیارها، دفع ضرر یا جبران آن است ولی اگر اجرای حق به درازا کشد و مدت‌ها قرارداد و عقد را در حال تزلزل نگاه دارد، خود باعث ایجاد ضرر می‌شود، اجرای عدالت ایجاد می‌کند در برابر اعطای حق خیار، از صاحب آن خواسته شود که دیگری را در حال تعلیق نگذارد و از احقاق حق به عنوان جلوگیری از ضرر استفاده کنند نه حربه‌ای برای ضرر زدن به دیگری^۲ و در فوریت خیار فسخ، اختلافی نیست.

و همه اتفاق بر آن دارند، چنانچه زن یا مرد، علم دارند به عیبی و از حق فسخ استفاده نکنند، عقد، لازم می‌شود؛ چه اینکه خیار، مخالف عقد و اصل و مقتضای عقد، لزوم است؛ ولی هرگاه جهل به خیار، با جهل به فوریت آن دارند، عذری است که پذیرفته می‌شود. برابر ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی که از قول مشهور، تبعیت نموده و بیانگر فوریت خیار فسخ است و در صورت عدم اقدام صاحب حق فسخ نکاح، پس از اطلاع از علت فسخ، حق فسخ او مشروط به اینکه عالم به حق فسخ و فوریت آن باشد، ساقط می‌شود.^۳

خیار، در فسخ نکاح و عیب و تدلیس، فوری است و مخالفی شناخته نشده است. چنانچه جماعتی تصریح کرده‌اند در صورتی، این حق خیار فوری است که علم به خیار فوریت آن داشته باشند؛ اما چنانچه، یکی از آنها جهل داشته باشند بعید نیست عذرش پذیرفته شود تا زمانی که علم به آن پیدا نماید و در جهل به عیب، گاهی ممکن است هریک از زوجین جهل به اصل خیار ندارند و یا جهل به اصل خیار دارند و لکن جهل به فوریت ندارند که در هر سه مورد، در صورت اثبات، حق فسخ برای آنان می‌باشد.

فقهاء امامیه می‌گویند: خیار فسخ، فوری است اگر مرد و یا زن به عیب در دیگری مطلع شود و مبادرت به فسخ نکنند، عقد، لازم می‌شود و همچنین به واسطه تدلیس خیار وجود دارد.^۴

۳- غیر قابل انتقال بودن حق خیار فسخ نکاح از طریق ارث به دیگری: باتوجه به آثار و تبعات مالی مترتب بر حق فسخ نکاح، علیرغم اینکه خود حق فسخ غیر مالی است.

۱ - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۴۴

۲ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۷۲

۳ - سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، حقوق مدنی، ص ۲۰۰ و ۲۰۱

۴ - همان

امکان انتقال خیارات بعد از فوت به وارث وجود دارد. خیار فسخ نکاح، حقی است که دارای آثار و تبعات مالی نیز می‌باشد؛ هرچند خود حق فسخ، غیرمالی است.^۱ هریک از خیارات بعد از فوت منتقل به وارث می‌شود.

اما با وجود این قابلیت ارث، خیار در نکاح پذیرفته شدنی نیست چون در گذشته از عدم امکان قیاس در مورد نکاح با معاملات دیگر، فسخ نکاح، تنها در صورت وجود نکاح قابل اعمال است، لذا با فوت صاحب حق فسخ و بالتبع باقی نماندن حق فسخ، انتقال حق به وارث وجود ندارد؛ ولی با توجه به این قابلیت، ارث خیار در نکاح را نمی‌توان پذیرفت؛ زیرا صرف نظر از اینکه نباید نکاح را با سایر معاملات قیاس کرد. فسخ نکاح، در زمانی اعمال می‌گردد که نکاحی موجود باشد تا بتوان آن را فسخ نمود. بنابراین بعد از فوت صاحب حق فسخ، دیگر حقی باقی نمی‌ماند تا بتواند به وارث منتقل گردد.^۲

۴- اسقاط پذیری خیار فسخ نکاح: خیار فسخ، حقی است غیرمالی که می‌توان ضمن عقد نکاح سقوط آن را شرط کرد.^۳

البته سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان ضمن عقد شرط نمود.

۵- زمان اعمال حق فسخ نکاح- منظور از زمان اعمال فسخ نکاح، این است که حق فسخ، در چه موقعیتی اجرا می‌شود.

آنچه مسلم است فسخ نکاح، از اسباب انحلال نکاح می‌باشد. بنابراین برای اعمال آن می‌بایست نکاحی موجود باشد، تا بتوان به وسیله اعمال فسخ نکاح، آن را منحل کرد. بنابراین وقتی نکاح به دلیل دیگری منحل گردد؛ دوباره نمی‌توان به وسیله اعمال فسخ، نکاح منحصه را برهم زد. به طور مثال، هرگاه پس از فوت زوجه، قبل از نزدیکی همسر وی متوجه جنون او گردد. زوج، دیگر نمی‌تواند برای عدم پرداخت مهریه از حق فسخ خود استفاده نماید؛ زیرا در صورت فوت زوجه و با مطالبه مهریه توسط وارث زوجه، زوج باید تمام مهریه را بپردازد.

و همچنین است در خصوص طلاق بائن و بدل مدت و انقضای آن در نکاح منقطع که پس از اجرای طلاق بائن و بدل مدت و انقضای مدت، فسخ نکاح، در این موارد موضوعاتی ندارد.

۱- در اینکه خیار فسخ حقی است مالی یا غیرمالی اختلاف نظر است یعنی همان طور که عده‌ای آن را حق غیرمالی می‌دانند عده‌ای دیگر آن را حق مالی دانسته‌اند. ر.ک: سید حسن امامی، همان کتاب، ج ۴، ص ۴۷۳، ولی قدر متقین این ۲ نظر به این است که خیار فسخ نکاح به خودی خود غیرمالی می‌باشد که دارای آثار و تبعات مالی است. از جمله در خصوص پرداخت مهریه و نفقه زوجه.

۲- سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، حقوق مدنی، ص ۲۰۱

۳- ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی(خانواده)، ج ۱، ص ۲۹۳

۶- رضایی بودن فسخ نکاح - فسخ نکاح، یک ایقاع رضایی است - و قانون گذار برای وقوع آن تشریفات خاصی را در نظر نگرفته است. بر این اساس و با وجود موجبات، فسخ تنها با قصد انشاء فاسخ به وقوع می پیوندد.

در این خصوص ماده ۱۱۳۲ قانون مدنی مقرر داشته است:

در فسخ نکاح رعایت ترتیبات که برای طلاق مقرر است، شرط نیست همان طوری که می دانیم طلاق، ایقاعی تشریفاتی و مستلزم وجود شرایطی است و قانونگذار، با قید عدم ضرورت رعایت این ترتیبات در فسخ نکاح، در مقام بیان رضایی بودن فسخ نکاح می باشد.

۷- جهل به موجبات حق فسخ - موجبات خیار فسخ عبارتند از عیب - تخلف از وصف و تدلیس و حق فسخ، به موجب این موارد زمانی تحقق پیدا می کند که به طور مثال، زن و شوهر، در زمان عقد نکاح، از وجود این عیوب در طرف مقابل، آگاهی نداشته باشند و قانون مدنی هم در ماده ۱۱۲۷ خود، در این خصوص، مقرر داشته است:

در صورت عالم بودن هریک از زوجین به امراض مذکوره در طرف دیگر، قبل از عقد، حق فسخ از او، ساقط می گردد. و همچنین در صورت تخلف از وصف و شرط داشتن صفت خاص در یکی از زوجین و علم به فاقد بودن آن وصف برای دیگری، حق فسخ وجود دارد.^۱ ولی اگر ثابت شود علی رغم وصف یادشده، صاحب حق در زمان وقوع علم به عدم وجود وصف داشته است، بدیهی است که خیار فسخ، ثابت نخواهد بود و در خصوص تدلیس نیز همین وضعیت، قابل اعمال خواهد بود.

۱-۸-۶- شرایط وقوع فسخ

سیغه فسخ، فسخت العقد یا ابطلته و یا نقضته و یا مانند آن می باشد.^۲ یعنی هر لفظی یا عملی که بیانگر فسخ نکاح باشد، کفایت می کند، قانون مدنی می گوید: فسخ، به هر لفظی یا فعلی که دلالت بر آن کند، واقع می شود.^۳ برای فسخ نکاح، انجام تشریفات خاص از قبیل رجوع به دادگاه لازم نیست، جز در

۱ - ماده ۱۱۲۸ ق.م مقرر می دارد هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم می شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ نخواهد بود خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً برای آن واقع شده باشد.

۲ - محمد بن طی الفقانی، الدار المنضود فی معرفه ضیغ النیات و الایقات و العقود، فصل الرابع، ص ۲۰۱

۳ - ماده ۴۴۹ ق.م

عنن،^۱ که آن نیز جهت تعیین مدت می‌باشد زیرا فسخ، تنها با اراده صاحب حق انجام می‌شود اما در صاحب، اهلیت شرط است که فسخ نکاح مجنون با "ولی" یا "قیم" اوست.

ولی باید دانست که اراده باطنی صاحب حق، تا زمانی که به وسیله‌ای اعلام نشده است، تأثیری در فسخ ندارد، مقصود از اعلام اراده باطنی صاحب حق، این نیست که فسخ را به آگاهی طرف مقابل عقد برساند و فسخ، از آن زمان واقع شود بلکه، همین که صاحب حق، به وسیله‌ای تصمیم خود را مبنی بر فسخ، بیان کند، فسخ، واقع می‌شود و آگاهی و رضایت طرف دیگر، در آن نقشی ندارد. علت اینکه برای احراز انحلال نکاح، مدعی فسخ، باید به دادگاه، مراجعه کند، جنبه‌ی اعلامی دارد و فقط، نشان می‌دهد که با استناد به یکی از موجبات فسخ، نکاح، انحلال می‌یابد و رجوع به دادگاه، از شرایط احراز و اثبات فسخ است نه از ارکان وقوع آن.

با توجه به اینکه فسخ نکاح، در زمره ایقاعات معین است،^۲ احکام خاص و ویژه‌ای درباره شرایط وقوع آن در قانون مدنی وجود ندارد و تنها قانون به ذکر موجبات فسخ نکاح اکتفا کرده است.^۳

۱-۸-۶-۱- اراده

فسخ نکاح که موجب انحلال عقد نکاح - به عنوان یکی اساسی ترین و در عین حال مهم ترین روابط انسانی و بشری - می‌گردد و علاوه بر این دارای آثار و تبعات مالی نیز می‌باشد. بنابراین، با توجه به این مطالب، فاسخ از اراده‌ای سالم و جدی، برخوردار باشد؛ تا نتایج لازم از فسخ نکاح را به دست آورد. پس از اینکه در عقد نکاح، موجبات فسخ فراهم گردید، صاحب حق برای اعمال حق خویش، لازم است ضمن داشتن قصد بر فسخ نکاح، رضایت باطنی نیز نسبت به انجام فسخ داشته باشد. بنابراین وقتی که قصدی در کار نباشد و فاسخ به حالت شوخی و مزاح، اعلام فسخ نماید و یا اراده معیوب باشد، فسخ نکاح فاقد اثر می‌گردد.

مبحث اول: سلامت اراده

در علم حقوق، اراده‌ای مؤثر است که از سلامت لازم برخوردار بوده و عاری از هرگونه عیب باشد. اراده معیوب، فسخ نکاح را بدون اثر می‌کند. از جمله عیوب اراده، می‌توان به اکراه و اشتباه اشاره نمود که برای روشن‌تر شدن مطلب، مختصراً به بررسی هریک می‌پردازیم:

۱ - محمد مرتضی زبیدی، ناتوانی جنسی مرد، ج ۱۸، ص ۳۸۷

۲ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی مدنی (اعمال حقوقی قرارداد ایقاع)، ص ۶۷

۳ - همان، ص ۴۵۹

بند اول: عدم اکراه: قانون مدنی، تعریفی از اکراه ارائه نداده است ولی حقوق دانان، در تعریف اکراه آن را در واقع نوعی فشار غیر طبیعی و نامشروعی می‌دانند که به شخصی به منظور وا داشتن او به ایجاد عمل حقوقی، وارد می‌کنند و به تعبیر دیگر آزادی عمل را از او می‌گیرند.^۱

و از آنجا که فسخ نکاح، از ایقاعات معین می‌باشد، در تأثیر اکراه در آن، بایستی شک نمود. بدین صورت که گاه ممکن است پس از تحقق موجبات فسخ نکاح در عقد، صاحب حق برخلاف میل باطنی و بر اثر فشار از طرف دیگران، اقدام به فسخ نکاح نماید.^۲

بنابراین، بدیهی است که در این فرض به دلیل عدم وجود قصد، این فسخ باطل می‌باشد و مثل اینکه اصلاً به وجود نیامده است، اما همیشه وضع این چنین نیست. یعنی گاه تهدید و عمل اکراهی بالفعل نیست، یعنی از آن چنان قدرتی برخوردار نیست تا قصد فسخ را بگیرد؛ اما مکره، هر چند قاصد است ولی راضی نیست. در این فرض، باید گفت که فسخ به طور ناقص به وجود آمده و رضای مکره است که آن را کامل خواهد نمود و در صورت، رد آن توسط مکره بی اثر خواهد بود و با توجه به فوریت فسخ نکاح، نبایستی در تنفیذ فسخ به طور غیر متعارف، تأخیر نماید؛ اما قول مشهور، در فقه، از نظریه بطلان ایقاع ناشی از اکراه، طرفداری نموده است.^۳ و از آنجا که فسخ نکاح نیز از جمله ایقاعات معین است بعضی از حقوق دانان، با پیروی از قول مشهور، فسخ اکراهی را باطل می‌دانند.

مبحث دوم - عدم اشتباه:

اشتباه، نیز یکی از عیوب اراده به شمار می‌رود که قانون مدنی، پیرامون آن بحث کرده است. در قواعد عمومی قراردادهای، اشتباه در موارد زیر به کار می‌رود:

۱- اشتباه در خود موضوع معامله ۲- اشتباه در شخص طرف معامله^۴

قانون مدنی، صراحتاً در بیان حکم اشتباه و مصادیق آن در فسخ نکاح مسکوت است، ولی با وحدت ملاک عقد و ایقاع و همچنین ذکر حکم اشتباه در بعضی از مصادیق آن از جمله اقرار (ماده ۱۲۷۷ ق.م) می‌توان به این نتیجه رسید که اشتباه در فسخ نکاح، با قلمرو و محدوده کمتری مؤثر است؛ اشتباه گاه از عیوب تراضی است و یا از عیوب اراده، و چون در فسخ نکاح، تراضی وجود ندارد، بدیهی است اشتباهاتی که باعث سوء تفاهم در رابطه قراردادی است، در فسخ نکاح، راهی ندارد.

۱ - همان، ص ۵۰۴

۲ - زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک، ص ۱۷۱، محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲، ص ۲۶۸

۳ - ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوقی مدنی (اعمال حقوقی قرارداد، ایقاع)، ص ۱۵۷

۴ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، ص ۳۹۶

اشتباه در فسخ نکاح، ممکن است در شخصیت طرف ایجاد گردد؛ مثلاً فردی به وسیله وکیل خود همسری اختیار می‌نماید و سپس قبل از دیدن همسرش با خواهر او که مبتلا به جنون می‌باشد، برخورد می‌کند و به گمان اینکه این زن همسرش می‌باشد، عقد نکاح را فسخ می‌نماید. در این فرض به دلیل فقدان موجبات فسخ، این اقدام زوج در فسخ نکاح، اثری نداشته و باطل می‌شود و این اشتباه، خللی در عقد نکاح وارد نمی‌کند.

۱-۸-۶-۲- اهلیت

فسخ نکاح، عمل حقوقی است که به اراده فاسخ، انجام می‌گیرد. بنابراین صاحب حق و فاسخ، برای این حق، بایستی از صلاحیت لازم برخوردار باشد؛ در زبان حقوقی به این صلاحیت "اهلیت" گفته می‌شود که با شخصیت و تکامل قوای روحی روانی و جسمانی اشخاص، ارتباط کامل دارد.

اهلیت همیشه به دو صورت متبلور می‌گردد:

۱- اهلیت دار شدن حق: استعدادی است که به موجب آن، شخص از حقوق خصوصی بهره مند می‌شود و می‌تواند صاحب حق و تکلیف باشد. نویسندگان حقوقی این اهلیت را "اهلیت تمتع" نامیده‌اند.^۱

۲- اهلیت اجرای حق: صلاحیتی است که شخص به موجب قانون، حق اعمال حقوق خود را دارد. این نوع اهلیت را "اهلیت استیفاء" نامیده‌اند. مثلاً صغیره‌ای به ازدواج مردی در آمده است. لیکن بعد از عقد، زوج مبتلا به جنون می‌شود؛ در این فرض، حق فسخ برای صغیره به وجود آمده است. (اهلیت تمتع) لیکن برای اعمال این حق، از اهلیت استیفاء برخوردار نمی‌باشد و در اینجا، ولی یا قیم صغیره باید دخالت نماید. همان طور که گفته شد، اهلیت تمتع با زنده متولد شدن فرد، به وی تعلق می‌گیرد و تا زمان مرگ وی ادامه می‌یابد، ولی دارا شدن اهلیت استیفاء مشروط برداشتن شرایطی است.^۲

مبحث اول- عقل: عقل، در مقابل جنون است یعنی هرگاه از داشتن عقل در مقابل اعمال یک عمل حقوقی، صحبت به میان می‌آید، منظور عدم جنون می‌باشد. هرچند جنون، خود یکی از موجبات فسخ نکاح است، ولی ممکن است مجنون خود در مقام فاسخ عقد، قرار بگیرد. جنون را می‌توان این چنین تعریف نمود: جنون، عبارت از اختلال گذرا یا دائمی است در روان شخص که مانع ادراک مفهوم طبیعت و آثار و اعمال او می‌شود و آنچه می‌کند، به زمان اراده او نیست و وجدانش از آن آگاهی ندارد.^۳ حالت جنون، ممکن است دائمی باشد؛ یعنی حالت یاد شده در طول عمر مجنون و یا زمان بروز آن

۱ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، همان، ص ۲۰

۲ - همان، صص ۹ و ۱۰

۳ - با وحدت ملاک از ماده ۱۱۲۶ ق.م و با عنایت به اینکه طلاق نیز همانند فسخ نکاح از موجبات انحلال است بنابراین فسخ نیز باید بالغ باشد.

ادامه داشته و فرد در همه حال، از قوه تصمیم‌گیری، عاجز است و ممکن است جنون، ادواری باشد یعنی زمان‌های خاصی مثلاً فصول معینی از سال، بروز نماید و پس از مرتفع شدن آن، همچون دیگر افراد، قادر به تصمیم‌گیری و ادراک اعمال و رفتار خود می‌باشد. بدیهی است آثار جنون، در هر دو صورت یکسان است و از آن جا که مجنون، فاقد قصد و اراده بوده و نمی‌تواند در امور خود تصمیم‌گیری کند، بنابراین مجنونی که حق فسخ برای وی به وجود آمده است، خود نمی‌تواند اقدام به فسخ نکاح نماید.

قانون مدنی، در میزان و درجه جنون فرقی قائل نشده است و ماده ۱۲۱۱ ق.م در این خصوص مقرر داشته است. جنون، به هر درجه باشد، موجب حجر است.^۱

بنابر آنچه گفته شد، زوج با زوجه‌ای که حق فسخ نکاح برای وی به وجود آمده است، در حال جنون خود، نمی‌تواند اقدام به فسخ نکاح کند و اقدام به چنین عملی، بطلان فسخ را به دنبال خواهد داشت. **مبحث دوم - رشد: رشد**، یکی از شرایط دارا شدن اهلیت استیفاء می‌باشد. کلمه "رشد" در قانون مدنی، تعریف نشده است ولی از مفاد ماده ۱۲۰۸ ق.م^۲ که مفهوم غیررشد را بیان می‌کند، می‌توان گفت: "رشد چهره‌ای از عقل است که شخص را از تباه کردن اموال خود باز می‌دارد و به اصطلاح آن هدایت می‌کند."^۳

سن رشد انسان‌ها با توجه به محیط خانوادگی، اجتماعی و میزان تحصیلات مختلف است، مگر خلاف آن ثابت شود.

این ماده قانونی در اصطلاحات سال ۶۱ حذف گردید و با اصطلاح ماده ۱۲۱۰ ق.م وضع، کمی پیچیده‌تر گردید؛ زیرا ماده ۱۲۱۰ ق.م، رسیدن به سن بلوغ را، اماره رشد می‌داند ولی تبصره ۲، رد اموال صغیر بالغ را به وی، مستلزم اثبات رشد دانسته است. این چنین پیچیدگی و تعارض ظاهری ماده ۱۲۱۰ ق.م و تبصره ۲ آن با رأی وحدت رویه‌ی شماره ۳۰ مورخ ۶۱/۱۰/۳ تا حدی مرتفع گردید. بدین گونه که طبق رأی مذکور، تنها در مورد دخالت در امور مالی، اثبات رشد صغیر بالغ، ضرورت پیدا می‌کند و در غیر آن، با بلوغ صغیر، رشد وی نیز مفروض است.^۴ بنابر آنچه گفته شد و با توجه به اینکه فسخ نکاح مستقیماً دخالت در امور مالی محسوب نمی‌گردد؛ به نظر می‌رسد فسخ نکاح از مصادیق ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی بوده و از شمول تبصره ۲ خارج می‌باشد. بنابراین فرد بالغ در فرض وجود موجبات فسخ،

۱ - سید حسین صفایی، سید مرتضی قاسم زاده، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، صص ۳۷۷ و ۳۷۸

۲ - ماده ۱۲۰۸ ق.م مقرر می‌دارد غیر رشید کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود عقلانی نباشد.

۳ - ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۶

۴ - سید حسین صفایی، اسدالله امامی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، صص ۲۶۵ و ۲۷۲

می‌تواند مستقیماً نسبت به فسخ نکاح اقدام نماید. همچنین، قانون مدنی در خصوص طلاق در ماده ۱۱۳۶ در بیان شرایط طلاق دهنده، رشد را از شرایط لازم نیاورده است که با وحدت ملاک از این ماده می‌توان به نتیجه فوق رسید.^۱

فصل دوم:

موجبات فسخ نکاح و بررسی فقهی و حقوقی بیماری‌های صعب‌العلاج

^۱ - همان

مقدمه:

فسخ نکاح، از جمله وجوه انحلال نکاح است و آن به دو طریق متارکه یا بذل مدت، در عقد متعه، انحلال می‌پذیرد. فسخ، در زمره‌ی اعمال حقوقی یک طرفه است که در صورت پیدایش یکی از علل فسخ، احدی از زوجین می‌تواند با استفاده از آن بدون پیمودن مسیر متعارف آن، عقد را پایان دهد و در فقه، ۳ چیز، اسباب فسخ است. مرحوم امام(ره)، موارد فسخ نکاح را در دو بخش تدلیس و عیوب بررسی می‌کند و سپس در ذیل عنوان تدلیس به خیار تخلف از شرط نیز می‌پردازد.^۱ مرحومین شهیدین نیز همین دسته بندی را، در لمعتین دارند و سپس به شرح و تبیین احکام آنها می‌پردازند.^۲ مدلول مواد ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ ق.م ناظر بر خیار عیب است و خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت نیز در ماده‌ی ۱۱۲۸ آمده است؛ در این فصل تشریح و تبیین یکایک این اختیارات، مطمح نظر است و در پایان فصل نیز به بررسی امکان فسخ نکاح، در بیمای‌های نوظهور و صعب‌العلاج بررسی می‌شود.

گفتار اول: تدلیس

با عنایت به تعبیری که از تدلیس از فصل اول به عمل آمد، به اعتقاد مجتهدین امامیه، مقصود از تدلیس در این زمینه، این است که به هنگام ازدواج، صحت و سلامت زن برای شوهر، وصف گردد به گونه‌ای که شوهر فریفته‌ی این تعریف شده، مبادرت به عقد نماید و اگر سلامت زن به کسی غیر از شوهرش گفته شود، یا به قصد غیر از ازدواج، سالم بودن زن به شوهر گفته شود، از مصادیق تدلیس نیست، و از این بیان بر می‌آید که تدلیس در مقام سکوت، نیز تحقق می‌پذیرد به این توضیح که مرد واقف بر عیب همسرش نیست بلکه اعتقاد به سلامت وی دارد و با این وصف زن با سکوت خود، عیب خود را پوشاند،^۳ با این وجود، تعریف قانون مدنی از تدلیس، بیانگر یک سلسله اعمالی است که به فریب طرف مقابل منجر شود.^۴ بنابراین در تدلیس، فریفتن عمدی طرف مقابل نهفته است اما پایه‌های این فریفتن در شرع و حقوق، تفاوت دارد.^۵ چون بر پایه‌ی رای مشهور فقهی، چنانچه یکی از طرفین اقدام به پنهان کردن عیب نماید، یا با وانمود کردن صفات واهی و بی‌اساس طرف مقابل را فریب داده، متقاعد

۱ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، صص ۵۲۱ و ۵۲۹

۲ - زین الدین بن علی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه، صص ۴۷۵ و ۴۷۷

۳ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۵۲۷

۴ - قانون مدنی، ماده ۴۳۸

۵ - ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی(خانواده)، ج ۱، ص ۲۶۳

به ازدواج سازد، تدلیس انجام شده است.^۱ و چنانچه در نظر مرحوم امام بیان شد، سکوت، که فعل مادی منفی است نیز می‌تواند موجب تدلیس شود؛ در حالی که در حقوق ما، تدلیس، تنها در صورتی محقق می‌شود که اولاً فعل مادی مثبتی در جهت فریب دادن صورت پذیرد؛ ثانیاً عنصر معنوی این فریب نیز موجود باشد.^۲ یعنی با صورت دادن تدلیس گونه، نقص یا عیب موجود در زن و مرد را مخفی دارد نه اینکه عیب مزبور را حین عقد مسکوت گذارد؛ زیرا اگر عیبی در فرد در زمان عقد باشد و بیان نشود، از مصادیق تدلیس نیست؛ اما اگر همراه با تقلب و دگرگونه جلوه دادن باشد، تدلیس به حساب می‌آید یا او را با صفت کمال معرفی کنند، که آن را ندارند. چنانچه مرد، خود را دارای تحصیلات عالیه و یا پست و مقام بالایی معرفی نماید و در این حال، با اسناد و گواهی نامه‌های مجعول خود را مهندس، دکتر و یا با عنوان‌های دیگر، طرف مقابل را بفریبید و از این راه موجب شود دختر این خواستگاری را قبول کند، یا دارای عیبی بوده است که با عملیات فریبنده آن را، مخفی نموده است، در این موارد و امثال این موارد، شخص فریب خورده می‌تواند نکاح را فسخ کند.

۲-۱-۱- ارکان تدلیس

تدلیس شامل دو عنصر مادی و معنوی می‌باشد و زمانی تحقق می‌یابد که آن دو عنصر توأمأ وجود داشته باشد.

۲-۱-۱-۱- عنصر مادی: با انجام یک سلسله عملیات، عیبی را کتمان می‌کند، یا آنچه مورد نظر طرف عقد است را، تجلی می‌بخشد؛ همچون کارهای خلافی مثل: صدور گواهی دورغین بر سلامتی کسی یا توصیف دروغ نمودن برداشتن مدارج عملی و تشخیص این عملیات در تدلیس، با عرف است. در اخلاق، هر دروغی مذمت شده است و لکن در حقوق، پاره‌ای از دروغ‌ها موجب فسخ نکاح نمی‌شود و فرضاً کسی توصیف نماید این زن یا مرد، نجیب است، زیبا است، این موارد، تدلیس به حساب نمی‌آید و زن یا مرد نمی‌تواند بر این کلمات برای فسخ نکاح استناد نماید.^۳

۲-۱-۱-۲- عنصر معنوی: اعمالی منظور است که از روی عمد و قصد باشد جهت فریبکاری و اگر در آن عمد و قصدی در کار نباشد، تدلیس گفته نمی‌شود.

۱ - مرتضی انصاری در شرح ارشاد(ضمیمه مکاسب)، ص ۳۹۸، در تعریف تدلیس می‌نویسد: «هو اظهار الصفه کما فی المراء مع انتفائها عنها او اخداء صغه نقص»

۲ - ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی(خانواده)، ج ۱، ص ۲۶۴

۳ - همان، صص ۲۶۳ و ۲۶۵

گفتار دوم: تخلف از شرط:

از آنجا که شرط کردن هر امر جایزی در عقد صحیح است، در عقد نکاح نیز مانند دیگر عقود، هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد، خلاف آن ظاهر شود طرف دیگر با استناد به خیار تخلف از شرط صفت، حق فسخ نکاح را دارد.^۱

به دلیل اینکه موارد اعمال خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت، بهم شباهت دارد موجبات فسخ و نکاح را در دو عنوان ۱- خیار عیب ۲- خیار تدلیس و تخلف از شرط صفت، مطالعه نموده و احکام مربوط به هر کدام را بیان می‌نماییم.

قانون مدنی نیز حکم تدلیس و تخلف از شرط صفت را، یکجا آورده و اعلام می‌نماید؛ در صورتی که داشتن ویژگی خاصی در یکی از دو طرف معامله شرط شده باشد و بعد از وقوع عقد، کاشف به عمل آید که طرف مورد بحث، ویژگی موصوف را ندارد حق فسخ، برای طرف دیگر وجود دارد و در این حال تصریح وصف مزبور در عقد شرط.^۲

در مورد تدلیس و تخلف از شرط صفت، تفاوتی اصولاً میان زن و مرد نیست، استفاده از آن دو جهت انحلال نکاح برای زوج و زوجه، یکسان است.

گفتار سوم: عیوب

همان طور که ذکر نمودیم یکی از مواردی که موجب فسخ نکاح می‌گردد، عیوبی است که ممکن است در هریک از زوجین وجود داشته باشد، مرحوم امام می‌فرماید: این عیوب دو قسم است: مشترک و مختص.^۳ قانون مدنی نیز به تبعیت از این نظر که قول مشهور فقهاست، همین دسته بندی را ارائه داده است.

۲-۳-۱- شرایط پیدایش حق فسخ در عیوب

بعد از آنکه عقد نکاح بین زوجین به طور صحیح و با رعایت کلیه شرایط ضروری میان آنان منعقد گردید و طرفین به زوجیت یکدیگر در آمدند، طرفین، موظف به رعایت تکالیف شرعی و قانونی خود می‌باشند. اما در صورت وجود پاره‌ی از عیوب، در هر یک از آنها و یا پدید آمدن برخی از عیوب حق فسخ برای طرف مقابل مسلم است بر اساس اعتقاد مجتهدین شیعه حق فسخ برای شوهر به خاطر پدید

۱ - سیدحسین صفایی، اسدالله امامی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، ص ۱۹۷

۲ - ماده ۱۱۲۸ ق.م

۳ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۳، صص ۵۲۱ و ۵۲۳

آمدن دیوانگی در همسرش، منتفی است زیرا او قادر به طلاق او است لکن حق فسخ برای زن به هنگام جنون شوهر، باقی است اعم از اینکه حدوث دیوانگی، قبل یا بعد از عقد و یا بعد از آمیزش باشد و فقهای شیعه، عیوب موجب فسخ را به ۳ دسته تقسیم نموده‌اند. قانون مدنی به پیروی از فقه امامیه و مذاهب اهل سنت، پاره‌ای از عیوب مرد یا زن را علت فسخ نکاح شمرده است.

۱- عیوب مشترک بین زن و مرد ۲- عیوب مختص مرد ۳- عیوب مختص زن

۲-۳-۲- اقسام عیوب

نظریات فقهای امامیه در عیوب موجب فسخ

شهید ثانی^۱ در روضه، عیوب مرد را در ۵ مورد بیان نموده است: ۱- جنون ۲- خصاء ۳- عنین ۴- جب ۵- جذام و عیوب زن را در ۹ مورد آورده است وی علاوه بر ۷ موردی که صاحب جواهر ذکر کرده است، ۲ مورد عقل و رتق را از جمله عیوب دانسته است. علامه حلی^۲، عیوب مرد را ۴ مورد ذکر فرموده است و عیوب زن را در ۷ مورد آورده است، با این تفاوت که به جای عرج^۳ تعبیر به اقعاد^۴ نموده است. حضرت امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله^۵ عیوب مرد را همان ۴ مورد ذکر کرده است و عیوب زن را ۶ مورد بیان نموده و یک مورد جنون را که عیب مشترک بین زن و مرد می‌باشد، جداگانه ذکر کرده‌اند. شیخ انصاری در مکاسب^۶، عیوب مرد را همان ۴ مورد و عیوب زن را ۷ مورد آورده است. مرحوم سید محسن حکیم^۷ در منهاج، عیوب مرد را همان ۴ مورد و عیوب زن را ۷ مورد برشمرده است.

۱ - شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، ص ۲۹۰

۲ - حسن بن یوسف حلی، تبصره المتعلمین، یک جلدی، ص ۱۴۰

۳ - نوعی بیماری در پا است که شدت آن موجب زمین گیری می‌شود.

۴ - بیماری‌ای است که در ران شتر ایجاد می‌شود و وا مانده می‌کند آن کنایه از زمین گیری است و برای انسان زمانی استعمال می‌شود که دچار بیماری عرج حاد شده باشد و شخص را زمین گیر نماید.

۵ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۹۳

۶ - مرتضی انصاری، در شرح ارشاد(ضمیمه مکاسب)، ص ۳۹۶

۷ - سید محسن حکیم، منهاج الصالحین و آراء التعارف للمطبوعات، ص

شیخ انصاری در خلاف^۱، عیوب مرد را ۳ مورد دانسته اند: ۱- جنون ۲- عنن ۳- جبّ و عیوب زن را در ۶ مورد: ۱- جنون ۲- جذام ۳- برص ۴- رتق ۵- قرن ۶- اخصاء.

مرحوم صاحب جواهر^۲، عیوب مرد را که موجب فسخ نکاح است، ۴ مورد ذکر کرده است. ۱- جنون ۲- خصاء ۳- عنن ۴- جبّ و جنون را که از عیوب مشترک می‌باشد، به طور جداگانه ذکر نکرده است. عیوب زن که موجب فسخ نکاح برای مرد است، ۷ مورد ذکر کرده است.

۱- جنون ۲- جذام ۳- برص ۴- قرن ۵- افضاء ۶- اعماء ۷- عرج.

با توجه به اینکه در حقوق حاکم بر جامعه‌ی ما بر اساس قواعد عمومی معاملات و همچنین قانونی مدنی، حکم عرف و عادت در تشخیص عیب نافذ است؛ لذا امکان تفاوت این امر متوقف بر اقتضائات زمانی و مکانی است.^۳ اما از امکان عدم تشخیص متعارف به صورت آسان آگاه هستیم و قواعد عرفی در عدم انضباط و روشن نبودن، مانند قانون نیستند. محلی بودن و تابع آداب و رسوم بودن، از ویژگی‌های این قواعد است.

سلامت و استحکام قانون خانواده از سلسله موارد مرتبط با نظم عمومی است که حفظ آن بر عهده‌ی قانون گذار است؛ لذا در خصوص فسخ نکاح و تلاشی کانون زندگی، قضاوت متعارف مردم مدخلیتی ندارد و بر این باور، میزان و معیار عیوب اخصاء شده در قانون مدنی است و دیگر عیب‌های متعارف قابلیت هم ترازوی با عیوب تعریف شده در قانون را ندارند.^۴ اما همانند قواعد حاکم بر دیگر معاملات، استناد به خیار در نکاح هم در صورت اختفاء عیب در هنگام عقد امکان دارد؛ چنانچه فردی با علم به وجود عیبی در همسر به نکاح با او رضایت داده باشد و در واقع به ضرر خویش عمل نموده، راهی برای قانون گذار جهت فسخ نکاح به لحاظ وقوع ضرر وجود ندارد. چنان که در قانون مدنی می‌خوانیم: «هریک از زوجین که قبل از عقد عالم به امراض مذکور در طرف دیگر بوده بعد از عقد، حق فسخ نخواهد داشت.»^۵

همین اهمیت حفظ نظام موجب شده تا قانون گذار به تبعیت از شرع مقدس، در مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۵ عیوبی را که به دو طرف یا هریک از زوجین اختیار فسخ نکاح را می‌دهد، برشمرد.

۱ - ابی جعفر محمد بن حسن طوسی، کتاب خلاف، ج ۴، ص ۳۴۶

۲ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۳۱۳

۳ - قانون مدنی، ماده ۴۲۶

۴ - علیرضا حسینی، فسخ نکاح در حقوق ایران، ص ۱۷۴

۵ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۶

۲-۳-۱-۲-۱- بررسی عیوب مشترک در فسخ نکاح

۲-۳-۱-۲-۱- عیوب مشترک در دیدگاه فقها

در تعدد عیوب مشترک موجب فسخ میان فقیهان امامیه، اتفاق نظر وجود ندارد، عمده، دو نظر است یکی نظر مشهور و دیگری نظر غیرمشهور، در ادامه به دیدگاه دو طرف می‌پردازیم.

۱- دیدگاه مشهور فقها: مشهور فقیهان، عیب مشترک را به اصالة اللزوم و نیز روایت غیاث ضبی که می‌گوید: عیب در مرد، موجب رد نمی‌گردد. و تنها منحصر در جنون می‌دانند.^۱ و عیوب جذام و برص را از عیوب اختصاصی زن دانسته‌اند تهیه کنندگان، پیش نویس قانون احوال شخصیه، از این دیدگاه تبعیت نموده‌اند.

۲- آراء غیر مشهور مجتهدین: لکن در قبال این دیدگاه، علمایی همچون قاضی ابن براج^۲، شهید ثانی^۳، فاضل هندی^۴، ابوالحسن اصفهانی^۵ و کاشف الغطاء^۶، خوره و برص را نیز از جمله عیوب مشترکی شمرده‌اند که مجوز فسخ نکاح برای زوجین، محسوب می‌گردد.

این دسته از فقها به استناد اطلاق روایت صحیح حلی از امام صادق(ع) که می‌فرماید: نکاح با عیب‌های برص، جذام، جنون و عقل(رتق) فسخ می‌گردد؛^۷ عیوب برص و جذام را مشترک میان مرد و زن می‌دانند، زیرا این دو همان طور که عیب زن است، در مرد نیز عیب می‌باشد. با اینکه مرد می‌تواند با طلاق، خود را از مهلکه عیب‌های مذکور نجات دهد. ولی راه نجات زن از این بیماری‌های مضر که مسری نیز هستند، منحصر در حق اعمال فسخ می‌باشد. بعلاوه که پیامبر(ص) فرمود: از جذامی بگریز، آن چنان که از شیر درنده می‌گریزی، نفرت حاصل از این عیوب بیش از نفرت از سایر عیوب است.^۸ نظر به مضر بودن عیوب و به وجود آمدن نفرت در مرد و زن، ایجاب می‌کند، از نظر غیرمشهور تبعیت نماییم؛ به حسب ظاهر، انطباق عقیده‌ی اقلیت با معیارهای فقه اسلامی، کاملاً صحیح است؛ چون گذشته از عموم و حکومت قاعده‌ی لاضرر، در صورتی که وجود این قبیل بیماری‌ها در زنان سبب خیار فسخ برای

۱- زین الدین العاملی، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، ص ۳۸۴

۲- قاضی ابن براج طرابلسی، المهذب، ج ۲، ص ۲۳۱

۳- زین الدین العاملی، الروضة البهیه، ص ۳۸۳، زین الدین بن علی(شهید ثانی)، مسالک الافهام، همان کتاب، ج ۵، ص

۱۱۰

۴- بهاء الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام، ج ۲، ص ۷۰

۵- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، ج ۲، ص ۲۹۷

۶- محمدحسین کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۵، ص ۲۹

۷- محمد بن یعقوب کلینی، فروع الکافی، ج ۵، ص ۴۰۶، محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۹۹

۸- زین الدین بن علی شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۱۰ و ۱۱۱

همسرانشان باشند، قائل بودن به عکس این امر نیز بر اساس قاعده‌ی اولویت، دور از ذهن نیست، با این تعبیر که بر پایه‌ی اولویت فرض عکس، الزامی است؛ چون در صورت عدم حق خیار فسخ، مرد می‌تواند از طلاق استفاده کند؛ اما در صورت نبود حق فسخ برای زن تصور راه خلاص برای وی منتفی است.^۱ و لذا سه بیماری خوره، دیوانگی و پیسی به عنوان عیوب مشترک اساسی میان زوجین، تلقی می‌گردد.

۲-۳-۲-۱-۲- عیوب مشترک بین زوجین در قوانین حقوقی ایران

بر اساس دلالت قانون مدنی^۲، چنانچه جنون مستقر در هر کدام از زن و شوهر چه به صورت دائمی باشد و چه به صورت ادواری، موجب حق فسخ برای طرف دیگر است؛ لذا جنون در صورت پایدار بودن، خواه دائمی باشد یا ادواری، از علل فسخ نکاح محسوب می‌گردد. اما جنون گذرا، که ضرر معتناهی برای همسر نداشته باشد، موجب فسخ نمی‌گردد و این ماده قانونی با مذهب تشیع تطابق دارد.^۳

مقصود از عیب مشترک این است که انحصاری به یکی از زوجین نداشته باشد و در صورت وجود در هر یک از آنها، باعث ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می‌گردد و از مصادیق شاخص این عیوب جنون و دیوانگی است.

۲-۳-۲-۱-۲- جنون زوجین

در فقه، پاره‌ای از عیوب، چه در مرد باشد چه در زن، موجب فسخ نکاح، شناخته شده است. یکی از آن عیوبی که به عنوان عیب مشترک مورد اتفاق و اجمال فقهاست، جنون است و آن به معنی اختلال قوه عقلیه است و مراد از مختل شدن عقل، عدم تعادل فرد در انجام دادن تکالیف و کارهای متعارف روزمره‌ی خویش است و اموری فاقد هدف از او دیده می‌شود.^۴ بنابراین شامل اغماء و بیهوشی و بیماری صرع نمی‌شود.

حد جنون، اندازه‌ای است که زندگی برای فرد و یا اطرافیان سخت شود و در حد نهایی آن، مرگ فرد است.^۵

۱ - سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، ص ۳۵۳

۲ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۱

۳ - محمد جنالی "تأثیر عیوب و بیماری‌ها در فسخ نکاح از دیدگاه فقها"، شماره ۸۶

۴ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۱۸، روح الله امام خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۹۲

۵ - زهرا راستی و اکرم اسماعیلی، انحلال نکاح به واسطه عیب، ص ۱۷۳

عیوب مرد که موجب فسخ می‌شود:

- ۱- عیبی که به هیچ وجه درمان نمی‌شود یعنی جب، که عبارت است از قطع آلت تناسلی و همچنین موردی که آلت مرد به طور طبیعی کوچک باشد.
- ۲- عیبی که درمان آن ممکن است یعنی عنن، عنین، کسی است که نمی‌تواند با زوجه از قبل نزدیکی کند هرچند توانایی نزدیکی از دیرباز با زوجه یا توانایی آمیزش با زن‌های دیگر با آمیزش یا شبیه را داشته باشد.^۱

۲-۳-۲-۲-۱- بیماری خصاء

یکی از عیوبی که مختص به مرد دانسته شده است و به موجب آن زن حق فسخ نکاح را دارد، خصاء می‌باشد. قانون مدنی^۲ نیز خصاء را یکی از عیوب مرد برشمرده و به واسطه آن، قائل به حق فسخ برای زن شده است. خصاء، به کسر خاء به معنای کشیدن بیضتین می‌باشد و به چنین فردی خصی گفته می‌شود، حتی اگر چه قادر به جماع باشد. خصاء، به معنی وجاء عبارت است از کوبیدن بیضتین به طوری که وضعیت طبیعی خود را از دست بدهد و دیگر توانایی جنسی نداشته باشد و یکی از عیوب موجب فسخ نکاح برای زن است.

برخی فقها، خصاء را به معنی کشیدن بیضتین می‌دانند و مردی که چنین صفتی دارد، خصی می‌گویند که در ابتدا هم ذکر نمودیم. در خصاء چنانچه سابق بر عقد باشد، موجب حق فسخ برای زوجه خواهد بود حتی اگر مرد، قدرت بر عمل زناشویی داشته باشد، ولی اگر بعد از عقد عارض شود، زن حق فسخ نکاح را ندارد.

تردیدی نیست که در صورت آگاهی زن بر عیب، حق فسخ را ندارد، ولی در مورد خصائی که بعد از عقد به وجود آمده است، مورد اختلاف است.^۳

با عنایت به اصالت لزوم عقد و تخصیصی بودن وجود عیب خصاء بر اصل مورد اشاره، بسنده کردن به موارد قدر متیقن، در برداشت از واژه‌ی مضیق، الزامی است و مشمول دلالت قدر متیقن، منحصرأ بر خصاء قبل از عقد، منطقی است و خصاء بعد از عقد، مشمول عیب نمی‌شود و قانون نیز از این اصل پیروی نموده و به مفهوم ماده ۱۱۲۵ عیب بودن آن را نفی کرده است و حال به اخبار و روایات متعددی و نظریه مشهور فقهاء که در مورد خصاء و احکام مربوط به آن وجود دارد، می‌پردازیم.

^۱ - وزاء الافاق و الشؤون الاسلامیه، الموسوعه الفقیه، ص ۱۴

^۲ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۲

^۳ - حسن بن یوسف علامه حلّی، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الاسلامیه، ج ۲، ص ۵۳۲ و برای مشاهده نظر مخالف: علی بن حسین محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۱۲، ص ۲۲۷ و ۲۲۸

۲-۳-۲-۲-۱-۱-۱- نظریات برخی از فقهای معاصر امامیه در خصاء

فقهای معاصر شیعه نیز در خصوص مسأله خصاء، در پی سؤالاتی که از آنان به عمل آمده است، به اظهار نظر پرداخته که در اینجا به مواردی از آن اشاره می‌شود:

نظریات برخی از فقهای معاصر امامیه در مورد خصاء

آیت ا... مکارم شیرازی: «خصاء به معنی بیرون کشیدن و بیرون آوردن بیضه‌هاست و اگر بیضه‌ها را طوری بکوبند که از کار بیفتند، آن هم در حکم خصاء است.»^۱

امام خمینی (ره) در این خصوص اشاره داشته: «زن می‌تواند در صورتی که قبل از عقد باشد و آن را نمی‌دانسته است، به جهت آن عقد را فسخ نماید.»^۲

۲-۳-۲-۲-۲-۲- بیماری جبّ

عیب دیگر مختص به مردان، جبّ است به فتح جیم به معنی قطع است و جبّ به ضم جیم، به معنی چاه کردن است.^۳ عبارت است از مقطوع بودن آلت تناسلی مرد و از عوامل فسخ نکاح می‌باشد، چنانچه به نحوی قطع شده باشد که قادر بر عمل زناشویی نباشد و اگر چنانچه بر اثر ختنه نمودن که نوعی از بریدن جزئی از آلت است یا به علل دیگر قسمتی از آلت قطع شود جبّ نمی‌گویند از این جهت گفته شده به طوری قطع شود که عمل زناشویی امکان نداشته باشد و جبّ چنانچه قبل از عقد واقع شود، زن حق فسخ دارد ولی هرگاه بعد از عقد حادث شود، حق فسخ برای زن نیست.

بنابراین قانون مدنی^۴ نیز از این معنا، یعنی مقطوع بودن آلت تناسلی، پیروی نموده است و مقطوع بودن آلت تناسلی را موجب پیدایش حق خیار فسخ برای زن دانسته است.

۲-۳-۲-۲-۱- ادله فقهی جبّ

(۱) قاعده لاضرر

^۱ - مرکز تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه آراء فقهای در امور حقوقی، ج ۱، ص ۱۸۲

^۲ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ص ۵۲۱

^۳ - جعفر سبحانی، نظام نکاح، ج ۲، ص ۱۲۳

^۴ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۳

۲) با توجه به اینکه اثبات حکم در مورد جب در مقایسه با اثبات فسخ در رابطه با عنن، اولویت دارد به خاطر امکان درمان احتمالی عنن، لذا از نظر عرفی دلالت روایات عنن نیز در این جا قابل لحاظ است. ۳) ازدیدگاه عرف مدلول روایات خصاء با این تعبیر که اولویت فسخ با وجود جب در مقایسه با فسخ در صورت وجود خصاء بیشتر است؛ زیرا با وجود خصاء، امکان دخول می‌باشد؛ لکن با وجود جب سالبه‌ی به انتفای موضوع است.

۲-۳-۲-۲-۳. بیماری عنن

عنن، نوعی بیماری است که امکان ارتباط زناشویی را زایل و موجب ناتوانی مرد از مقاربت می‌شود.^۱ هرچند احساس انگیزه‌های شهوانی نیز وجود داشته باشد؛ زیرا در این خصوص شهوت ملاک نیست.^۲ بر اساس قانون مدنی، بیماری عنن، به منزله‌ی یکی از عیب‌های مرد است که موجب بر هم خوردن میل جنسی مردان و ناتوانی آن‌ها نسبت به امور زناشویی به صورت دائمی و پایدار می‌گردد. اما آن دسته از بیماری‌هایی که در قالب ضعف‌های جسمی، عارض شدن خستگی و اضطراب‌ها، موجب تقلیل موقت قدرت جنسی گردد، از مقوله‌ی عنن قلمداد نشده، موجب حق فسخ برای زن نمی‌گردد. ذکر این نکته ضروری است که عرفاً عنن به صورت دائم، در سنین قبل از پنجاه سالگی ندرتاً اتفاق می‌افتد و وقوع آن در جوانان صرف نظر از عواملی نظیر مادرزادی، معلول عوامل روانی است.^۳

عنن، یک بیماری است که در مرد حادث می‌شود و توانایی زناشویی ندارد به همین جهت هرگاه زن حاضر به تحمل این وضع نباشد، می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند.

هرگاه خود زن به خاطر حیاء و یا علل دیگری به حاکم مراجعه ننماید، فسخ برای وی ثابت نمی‌شود و اینکه باید صبر کند، ممکن است ایام و فصول سال از نظر سردی و گرمی طبیعت و مزاج، تأثیر گذارد و زندگی کردن زن با مرد در طول یکسال و در فصل‌های مختلف، مورد آزمایش قرار می‌گیرد تا روشن شود، توانایی زناشویی برای مرد، به وجود می‌آید و یا همچنان بیماری وی ادامه دارد.^۴

زیرا در بسیاری از مجرمین، کراهت از امر حلال در آنان به حدی می‌رسد که از انجام دادن آن ناتواناند و اغلب در امر حرامند، رغبتی که در آنان به حدی می‌رسد که از انجام دادن آن ناتواناند و راغب در امر حرامند رغبتی که در آنان نیرو و نشاط را بر می‌انگیزاند.^۵

۱ - محمد مرتضی الزبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۸، ص ۳۸۷

۲ - مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، ص ۲۳۲

۳ - فرامرز گودرزی، پزشکی قانونی، ج ۳، ص ۳۴۴

۴ - زین الدین بن علی شهید ثانی، الروضه البهیة فی الشرح للمعه الدمشقیه، ص ۲۸۶

۵ - مرتضی فیض کاشانی، مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۳۰۵

با قسم خوردن بیماری مورد ادعای زن را منتفی کرده و لذا دعوی زوجین در این خصوص پایان می‌پذیرد.

البته اشاره شد که اثبات عنن به طور کامل در اختیار زن نمی‌باشد؛ بلکه برخی از آنها به نوعی در اختیار زن است. در صورت اول، کاملاً در اختیار مرد است اگر مرد، اقرار نماید ثابت می‌شود و در صورت دوم چنان زن مطلع شود که فردی، اقرار زوج بر عنن را شنیده است و او را بتواند در دادگاه حاضر نماید، قابل اثبات است و قسم سوم در صورتی که مرد از سوگند امتناع کند، وی می‌تواند با سوگند عنن را ثابت نماید؛ در هر حال به نظر می‌رسد بیشترین سهم اختیار در دست مرد باشد که جای بحث دارد.

اگر زن نتوانست عنن را ثابت نماید ملزم است از همسر تبعیت و تمکین نماید. البته برخی از فقهای معاصر از جمله آیت الله سیستانی در فتوای خود فرموده‌اند: زن نمی‌تواند فسخ کند مگر اینکه اطبای متخصص شهادت دهند که زوج مطلقاً قادر به نزدیکی نیست.^۱

۲-۳-۲-۳- عیوب مختص به زنان

ماده ۱۱۲۳ ق.م.مقرر می‌دارد: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود. ۱- قرن ۲- جذام ۳- برص ۴- افضاء ۵- زمین‌گیری ۶- نابینایی از دو چشم» آنچه در این ماده به عنوان عیوب زن ذکر شده، با قول مشهور امامیه، موافق است. از میان مذاهب اهل سنت، جز حنفیه که به طور کلی به حق فسخ نکاح برای مرد با ورود هر عیبی در زن، قائل نیستند.

۲-۳-۲-۱- قرن

نوعی بیماری است و سبب فسخ نکاح برای مرد است. قرن، عبارت از استخوانی است شبیه دندان در رحم زن قرار دارد و مانع دخول می‌شود و چنانچه این مانع استخوان نباشد بلکه گوشت باشد، آن را عفل می‌گویند و اکثر اهل لغت و فقهاء عفل و قرن را یکی می‌دانند و رتق، عبارت است از گوشتی که در فرج به نحوی روییده باشد و راه دخول را مسدود کند. برخی فقها گفته‌اند رتق، به معنای بسته شدن راه ورود آلت تناسلی مرد یعنی فرج زن می‌باشد به طوری که با وجود آن، جماع و نزدیکی کردن مشکل می‌شود.

برخی در معنای قرن، اختلاف نموده‌اند و این اختلاف، ناشی از تعریف در لغت است. برخی قرن را، استخوان و برخی گوشت یا غده‌ای در دهانه رحم تعریف کرده‌اند و آن مانع زناشویی می‌شود و همه

۱ - تدوین معاونت آموزش قوه قضائیه، به نام آموزش، ش ۱، ص ۱۴۲

۲ - جعفر سبحانی، نظام نکاح، ج ۲، ص ۱۲۹، محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۲

آن‌ها در یک معنا، مشترک هستند. در هر حال، بیماری و شیء زائدی می‌باشد که مانع از زناشویی می‌گردد. همان‌طور که گفتیم قرن، چیزی است شبیه شاخ گوسفند که در فرج زن می‌روید و خالی از ترشح نیست، افضاء، یعنی یکی کردن، یکی از دو راه.

این عیوب ۴ گانه (رتق - قرن - عفل - افضاء) اختصاص به زن دارد. فقهای امامیه می‌گویند: حق خیار فسخ برای قرن و افضاء ثابت است، اما رتق و عفل موجب چیزی نمی‌شود و می‌گویند: نابینایی و لنگی آشکار، هرگاه در زن قبل از عقد وجود داشته و مرد از وجود آن دو اطلاع نداشته باشد. اما توجه فقهاء به این عیوب از زمان قدیم، به این جهت بوده است که در آن زمان، فن جراحی خیلی مشکل و سخت بوده است.

۲-۳-۲-۳-۱. نظریات فقهای امامیه در قرن

فقهاء امامیه، به پیروی از متون و اخبار و روایات واصله تعریف دوم را پذیرفته‌اند؛ چنانچه در مبسوط حکایت شده که اهل خبره گفته‌اند: قرن استخوان نیست، بلکه گوشتی است که در رحم روییده است. صاحب جواهر نیز می‌فرماید: «از اینکه گفته می‌شود قرن مانند استخوانی همچون دندان در رحم می‌روید و مانع دخول است، قول ضعیفی است.» و شیخ انصاری فرموده: «قرن، گوشتی است که در رحم می‌روید، شبیه بیضه مردان یا استخوان، مانند دندان^۱، البته قرن به تعبیر علمی^۲ یعنی شاخی بودن یا وجود داشتن نسوج سخت فیبری غضروفی که در مجرای مهبل وجود دارد و مانع از انجام عمل زناشویی می‌باشد و ممکن است بیمار با جراحی ترمیمی، بهبود یابد و گاهی ممکن است عدم امکان زناشویی موارد فوق نباشد؛ بلکه صرف چسبندگی رحم، مانع زناشویی باشد و این مانع قابل درمان هم باشد. با این وصف فسخ نکاح، منتفی نیست، چنانچه برخی قائل هستند ولی اگر قبل از فسخ نکاح یا عمل جراحی و دارو، چسبندگی برطرف شود، بعد از رفع آن بگوییم فسخ نکاح، باقی است؛ مشکل است. حضرت امام (ره) می‌فرماید: «قرن، گوشت یا استخوان است و از اینکه مانع دخول است، حق فسخ، ثابت است حتی اگر مانع دخول هم نباشد، به خاطر اینکه موجب تنفر است، فسخ آن جایز است.» شیخ انصاری (ره) فرموده: «قرن، مطلق عیب است و زمانی که به آسانی مانع از جماع باشد و حکایت شده است از شیخ طوسی و اکثر فقهاء، زمانی که مانع از جماع باشد، خیار ثابت است؛ اما محقق در شرایع فرموده؛ خیار اطلاق و تصریح دارد با اینکه خیار فسخ، باقی است، اگرچه مانع از دخول هم نباشد.»

۱ - مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۹۶

۲ - فرامرز گودرزی، پزشکی قانونی، ص ۳۳۸

حضرت امام(ره) فرموده: «حتی مانع دخول هم نباشد، صرف تنفر، موجب فسخ نکاح است.»^۱

۲-۳-۲-۳-۲- برص

فرهنگ نامه‌های پزشکی معاصر، واژه «Vitiligo» را برابر واژه‌ی لاتین «پسی» آورده و در تشریح آن گفته‌اند لکه‌های سفید شیری رنگ همراه با کناره‌های پر رنگ که معمولاً در بعضی از قسمت‌های پوست پدید می‌آید، و ناشی از نقصان در تکوین ملاتین پوست است را اصطلاحاً لک و پسی نام دارند.^۲ پزشکان نیز در تشریح این بیماری می‌گویند: «پسی عبارت است از یک بیماری پوستی اکتسابی که در اثر از بین رفتن رنگدانه پوستی، ایجاد می‌شود.»

نشانه‌های بالینی بیماری برص، بدین گونه بیان شده که آن نوعی بیماری پوستی و تغییر دهنده شکل فرد است که معمولاً در قالب لکه‌های سفیدی بروز می‌کند که دور آن توسط پوست تیره‌تری محاط گردیده است.

در عبارتی دیگر این بیماری صرفاً از بین برنده‌ی سلول‌هایی است که سازنده‌ی رنگ هستند و طبیعتاً به استخوان و گوشت لطمه‌ی وارد نمی‌کند، با توجه به اینکه برص صرفاً پوست را تهدید می‌کند، فاقد مخاطرات دیگری مانند موارد عفونی می‌باشد.^۳

تعبیر دیگری همچون پسی و لک و پیس در مورد تعریف این بیماری آمده است که تفاوتی در اصل قضیه ندارند.

عدم هماهنگی طرز استفاده‌ی ماده‌ی «برص» در قرآن و احادیث و احکام مترتب بر آن در فقه مشهود است؛ این ماده دو مرتبه در قرآن در قالب وصف آمده و بهبودی از آن در کنار بهبود یافتن نابینای مادرزاد و احیای اموات، از زمره مصادیق کارهای اعجازی حضرت عیسی(ع) است.^۴ ظاهراً بین شفای این بیماری که نتیجه‌ی خطر آفرینی ندارد، در کنار اموری همچون احیای اموات و بهبودی نابینای مادرزاد هماهنگی مطلوبی به چشم نمی‌خورد.^۵ در روایات هم معمولاً این بیماری در کنار امراضی

۱ - روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۲۹۳

۲ - محمد هوشمند ویژه، فرهنگ پزشکی دورلند، ج ۴، ص

۳ - مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی، بخش دوم.

۴ - سوره آل عمران، آیه ۴۹؛ سوره مائده، آیه ۱۱۰

۵ - محمود فرهودی، مفهوم برص در قرآن و ارتباط آن با مسائل پزشکی، مجله پژوهش‌های قرآنی، شماره ۱۱ و ۱۲

همچون خوره و دیوانگی آورده شده است و حکم شرعی مربوط به آن نیز همچون مبتلاء شدن زن به بیماری پیسی، منجر به فسخ نکاح از طرف شوهر، می‌گردد.^۱

مواردی که در مورد شخص مبتلای به پیسی در احکام فقهی آمده، به شرح ذیل است:

۱- عدم صلاحیت شخص مبتلای به پیسی جهت حضانت طفل.^۲

۲- کراهت امامت شخص جذامی و مبتلاء به برص.^۳

۳- آزاد شدن برده در صورت مبتلا شدن به خوره و پیسی.^۴

۴- ثبوت اختیار فسخ برای خریدار برده در صورت مبتلا شده او به مرض پیسی حتی تا گذشت یکسال.^۵ معمولاً با توجه به اهمیت کانون خانواده و سعی بر عدم تلاشی آن منجر شدن این بیماری به مواردی همچون فسخ نکاح و طلاق خالی از اشکال نیست، به ویژه آن که تنها عارضه‌ی این بیماری جز تغییر اندک و موضعی پوست نمی‌باشد.

اعتقاد به تعبدی بودن احکام در این زمینه با عنایت به امکان استفاده‌ی عقلانی در این باب، چندان منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا عوارض مترتب بر بیماری‌هایی همچون خوره، دیوانگی، عدم توانایی جنسی و مانند آن با بیماری برص که خطری برای طرف مقابل ایجاد نمی‌کند، قابل مقایسه نیست.

۲-۳-۲-۳-۲-۱ دیدگاه گذشتگان در مورد بیماری برص

معادل فارسی «برص»، «پیسی» است.^۶ در حاشیه‌ی کتاب برهان قاطع با کنکاشی در زبان‌های گذشته پیرامون واژه‌ی پیسی برای آن دو معنا به نقل از اوستا بیان کرده است که یکی بیانگر تزیین و نقش آفرینی و دیگری بیانگر همین مرضی است که مطمح نظر این مقال است.

۱ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، این حکم مشروط به این است که بیماری قبل از عقد ایجاد شده و مرد از آن بی‌اطلاع باشد.

۲ - زین الدین بن علی شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۴۲۵

۳ - محمدحسن نجفی، ج ۱۳، ص ۳۸۱ و ۳۸۳

۴ - محمد بن مکی شهید اول، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، ج ۲، ص ۱۹۳

۵ - از این مساله در فقه به «احداث سنه» تعبیر شده؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۲۹۷ و ۳۰۳

۶ - محمد بن حسین بن خلف برهان، فرهنگ فارسی برهان قاطع، واژه «پیس»

دانشمندانی همچون «بارتلومه»^۱ و «هرن»^۲ ضمن معنا کردن این بیماری به جذام، تسری و شیوع آن را از زمان‌های گذشته مورد تاکید قرار داده، لکن به پیروی از مولفین دینی تطابق آن با برص تناسب بیشتری را برای آن پذیرفته‌اند.^۳

قابلیت تسری این بیماری همچون خوره، از تعبیر ایشان به دست می‌آید؛ لکن رنگ لکه‌ها در هر دو بیماری با هم فرق دارند «لکه‌های سیاه علامت خوره و لکه‌های سفید علامت پیسی». مؤید این مطلب، تسمیه‌ی این بیماری به «بیاض»^۴ در متون عربی است.

دکتر معین در کتاب خود، لکه‌های عارض بر چهره و بدن فرد را لک و پیس دانسته و برای تبیین مطلب این لک و پیس را جدای از پیسی و برص می‌داند^۵ و لذا بین این دو مقوله، تفاوت قائل است.

۲-۳-۲-۲- برداشت دانشمندان عربی از بیماری برص

جاحظ که از دانشمندان مشهور عرب است در کتاب خود موسوم به «البرصان و العرجان و العمیان و الحولان» که در خصوص این گونه امراض و ناتوانایی‌های جسمی به صورت نظم نگاشته، آورده است: «اعراب، به هنگام ابتلای به پیسی، آن را نشانه‌ی بزرگی و افزایش جمال خویش تلقی می‌کردند؛ لذا به طریق اولی لنگی و کوری را که فاقد تنفر و ناپاکی هستند و قابل تسری و انگیزه‌ای برای اجتناب نیستند، در مورد آن، ظن سوء برده نمی‌شود و وجهی برای نقصان شخصیت «در تصور آن‌ها» محسوب نمی‌گردد.^۶

مستفاد از کلام ایشان این است که وی، برص را نوعی مرض خطرناک و مخل در فهم و سدی در مسیر تعالی و پیشرفت انسان می‌داند.

سید مرتضی می‌گوید: «مصونیت پیامبران از مبتلا شدن به امراض پلید و منفوری همچون پیسی و خوره که باعث ترس دیگران و اجتناب از آن‌ها می‌گردد، مسلم و قطعی است.»^۷

۱ - ابراهیم پورداود، فرهنگ ایران باستان، ص ۸۱۸

۲ - پاول هرن - هاینریش هاینه، اساس اشتقاق لغت فارسی، ترجمه جلال خالقی مطلق، ص ۳۵۵

۳ - پاول هرن - هاینریش هاینه، واژه «پیس»، ص ۴۳۹ و ۴۴۰

۴ - عن ابی عبدالله(ع) قال: قال فی الرجل اذا تزوج المرء فوجد بها فرنا و هو المقل او بیاضا او جذاما انه یردها ما لم یدخل بها» محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، ج ۵، ص ۴۰۸

۵ - محمد معین، فرهنگ فارسی معین، واژه لک و پیس.

۶ - عمرو بن بحر جاحظ «البرصان و المرجن و العمیان و الحولان»، ص ۱۶

۷ - «ان العلل المستقدر التي تنفر من راها و توحشه كالبرص و الجذام فلا یجوز شیء منها علی الانبیاء»؛ علی بن حسین علم الهدی،

تنزیه الانبیاء(ع)، ص ۶۱

هدف از آوردن این تعبیر اشاره به برداشت مردم آن دوران از مرض برص می‌باشد در اینجا به ذکر چند مورد از توصیف گذشتگان در مورد این بیماری می‌پردازد.

ابن سینا در کتاب قانون خود، بهک و پیسی را مرضی می‌داند که هر دو سیاه و سفید و لکه‌های عارض بر پوست هستند، با این تفاوت که تأثیر بهک اعم از سفید و سیاه آن اکثراً در پوست و اثر عمقی آن بسیار نادر است؛ لکن تأثیر برص در گوشت و پوست و بعضاً تا سر استخوان است.^۱

به حالتی از این بیماری که پوست را سفالی کرده و شبه پولک‌هایی مانند پولک‌های ماهی که با خارش هم راه است، برص از نوع سیاه می‌گویند. این گونه مرض، منجر به خوره می‌گردد و در صورت مزمن شدن، قابل درمان نیست مانند بیماری بهک که در عین حال از برص سفید، خطر کمتری دارد.^۲

از نظر ابن سینا «وجه تمایز تشخیص بهک و پیسی در این است که رویش مو هم رنگ کامل موی طبیعی حکایت از بهک دارد درحالی که موی روئیده بر موضع برص سفید رنگ می‌باشد.»

فرو رفتن پوست و عدم برابری آن با دیگر قسمت‌های بدن، از جمله عوارض برص سفید است؛ اما بیماری بهک، یا فاقد فرو رفتگی است و یا اگر فرو رفتگی وجود داشته باشد، چشمگیر نیست. در مورد تمیز بین بهک و پیسی، فرو بردن سوزن در محل لکه، تعیین کننده است؛ بدین توضیح که در صورت ترشح خون بهک و در حالت تراوش ماده‌ی نم‌دار و آب گونه، پیسی است که معمولاً قابل درمان نیست.

در صورت تمایل رنگ محل لکه به سرخی که با مالش دست حاصل می‌شود، امید بهبودی وجود دارد؛ اما در صورت عدم تغییر رنگ، حکایت از وخیم بودن نوع بیماری می‌کند.^۳

شیخ الرئیس در جای دیگری دو بیماری سل و پیسی را در زمره‌ی بیماری‌های مسری می‌داند.^۴

سعید بن هبه الله بغدادی در مقام بیان تفاوت بین پیسی و بهق، پیدایش پیسی را در ژرفای جسم می‌داند و بهق را در سطح آن «پوست».^۵

ابونصر اسعد بن الیاس بن مطران به نقل از ابن راس الطنبور وجه فارق ما بین سفیدی ناشی از پیسی و بهق را در این می‌داند که سفیدی حاصل از بهق، فاقد گودی و بروز کننده‌ی صرفاً در سطح پوست

۱ - ابن سینا، قانون در طب، ترجمه عبدالرحمن شرفکندی، کتاب اول، ص ۱۵۸

۲ - همان، ص ۱۵۹

۳ - ابن سینا، قانون در طب، ص ۱۵۹ و ۱۶۰

۴ - همان، ص ۱۸۴

۵ - ناصر مکارم شیرازی، الحدود و التعزیرات، ص ۱۵۹

اما سفیدی عارض از پیسی را متجاوز از سطح پوست به گوشت زیر آن و بعضاً تا استخوان می‌داند؛ لذا سفیدی ناشی از پیسی، از شدت بیشتری نسبت به سفیدی بهق برخوردار است.^۱ پیدایش نقاط سفید تند در روی پوست، نشانه‌ی بیماری برص است و در صورت گسترش در تمام بدن، معمولاً صعب‌العلاج می‌گردد مخصوصاً در صورتی که گستردگی آن در مدت زمان مدیدی اتفاق بیفتد که در این صورت گوشت و استخوان نیز از تاثیر بیماری در امان نبوده و باعث سفید شدن مو و خون می‌گردد.^۲

تعبیری با همین مفاهیم در بیان اطبای گذشته نیز آمده است.^۳ مغایرت برداشت پزشکان سابق و معاصر در مطالبی که آورده شد، قابل احساس است.

۲-۳-۲-۳-۲. مستندات جواز فسخ نکاح در برص

در روایاتی که سابقاً ذکر شده است صراحتاً نقل شده که برص از عیوبی است که برای مردان، حق فسخ ایجاد می‌نماید. اگرچه در بعضی عیوب دیگر اختلاف می‌باشد و در آنها تصریح به فسخ نشده است؛ اما نسبت به برص، روایات متعددی صراحت دارد و از عیوب موجب فسخ نکاح می‌باشد که برخی از آنها عبارتند از:

۱. محمد بن یعقوب عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن يحيى عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: المرأه تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل مالم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا: عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن امام صادق (عليه السلام) نقل کرده که فرمود: وجود یکی از عیب‌های چهارگانه‌ی برص، جذام، دیوانگی و قرن «عفل» منجر به فسخ نکاح، می‌شود و حق فسخ، مربوط به قبل از مقاربت است و بعد از مقاربت، این حق زائل و موجب فسخ نمی‌گردد.

به لحاظ واضح بودن دلالت روایت و عدم قید تدلیس، داشتن حق فسخ به صورت مطلق برای مرد، محرز است.

۲. محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد عن رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: تردّ المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أمّا ما سوى ذلك

۱ - اسعد بن الياس ابن مطران، بستان الاطباء و روضه الالباء، ص ۴۵

۲ - محمد اکبر بن محمد شاه ارزانی، طب اکبری، ج ۲، ص ۱۴۸، به نقل از التحقيق في كلمات القرآن الكريم واژه «برص»

۳ - دائرة المعارف الفقه الاسلامی، دانشنامه جهان اسلام، ج ۳، ص ۱۱۱، مدخل «برص»

۴ - محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۱ از ابواب العیوب و التدلیس، ح ۱

فلا؛^۱ به نقل از رفاعه از امام صادق(ع) آمده است که آن حضرت فرمودند: وجود یکی از عیوب چهارگانه‌ی عقل، پیسی، خوره و دیوانگی منتهی به بازگرداندن زن می‌شود؛ اما در غیر این چهار حالت، وجهی برای رد زن به سوی اهلش نیست.

۲-۳-۲-۳-۳-جذام

نوعی بیماری عفونی پوستی که در قالب کراهت منظر جلوه می‌کند جذام یا خوره نامیده می‌شود که باعث خشکی و ریزش گوشت قسمتی از بدن می‌گردد و مطلق وجود یا بروز این بیماری در زن، موجب ایجاد حق فسخ برای مرد خواهد بود که علاج پذیر باشد یا نه،^۲ در خصوص مقدار بیماری هم سخنی به میان نیامده و ظاهراً به مجرد وجود بیماری ولو به میزان کم، فسخ نکاح معقول بوده چون با اطلاق لفظ خوره قابل شمول به هر میزانی اعم از کم یا زیاد می‌باشد.

لکن محل تامل اینجا است که در صورت امکان درمان این بیماری در مدت زمان کم و با سهولت، وجه عقلانی برای داشتن حق فسخ می‌باشد یا خیر؟ دلالت قوانین مربوط به خانواده که ناظر بر حفظ کیان آن و اجتناب از جدایی بین زوجین می‌باشد، در صورت علاج پذیری، این بیماری فاقد آثار سوء باشد، قائل شدن به حق فسخ، فاقد توجیه لازم است.

۲-۳-۲-۳-۱- دلایل فقها در برص و جذام و نابینایی

برخی فقها عیب‌های جذام، برص و نابینایی را از عیوب مشترک دانسته‌اند که هر یک از زن و مرد حق فسخ نکاح را دارد همچنان که جنون را اکثر فقها از عیوب مشترک می‌دانند.

مرحوم شیخ انصاری^۳ می‌فرماید: «هل الجذام و البرص عیب فی الرجل فیه قولان الا شهر لا وامحکی عن القاضی و الاسکافی و الشهید الثانی، نعم؛ در جذام و برص دو قول است؛ شهر اینکه دو فرض در مرد، عیب موجب فسخ برای زن نیست. ولی ابن براج و اسکافی و شهید ثانی فرمودند: بله این دو از عیوبی هستند که موجب فسخ برای مرد و هم برای زن می‌باشد.»

آنچه لازم است بیان شود، شهریت دلیل بر حجیت حکم ندارد تا بتوان به آن استناد نمود که زن، حق فسخ به سبب جذام ندارد.

^۱ - همان، ح ۲

^۲ - محمد بن حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، ص ۳۳۱

^۳ - مرتضی انصاری، مکاسب، ص ۳۵۹

ابن براج در کتاب مهذب آورده است: «بنابر اولویت، زن، حق فسخ نکاح را دارد چه آنکه مرد در صورت بیماری جذام زن و تنفر از وی، می‌تواند طلاق بدهد با این وصف، حق فسخ برای مرد می‌باشد، ولی زن که حق طلاق هم ندارد، چنانچه شوهر بیماری جذام داشته باشد، به طریق اولی باید حق فسخ داشته باشد تا بتواند از وی جدا شود. از فقهای متقدمین از جمله آنها علامه در کتاب مختلف الشیعه این کلام ابن براج را وجه خوبی دانسته که زن و مرد در بیماری جذام هر دو حق فسخ ندارند.» محقق ثانی نیز این قول را پذیرفته و آن را تقویت نموده است که وجه خوبی به نظر می‌رسد و سید اصفهانی (ره) می‌فرماید: «جذام و برص از عیوب مشترکه می‌باشد و هر دو حق فسخ دارند؛ اما در پایان فرموده است بهتر است احتیاط ترک نشود به اینکه زن او را راضی به طلاق نماید.»^۲ با این وجود بیشتر فقهای امامیه، جذام را از عیوب مختص به زن می‌دانند.

حضرت امام ره در این خصوص می‌فرماید: «جذام، از عیوب مختص به زن است و مرد حق فسخ دارد و اگر مرد دارای بیماری جذام باشد، زن نمی‌تواند نکاح را فسخ کند» و این مطلب با کلام مرحوم صاحب جواهر، یکسان است و فقط زن می‌تواند مرد را راضی به طلاق نماید، قانون مدنی نیز جذام را از عیوب زن شمرده است که مرد حق فسخ دارد.^۳

۲-۳-۲-۳-۴- افضاء

از جمله عیوب مخصوص به زنان که اجماع مجتهدین ناظر بر ایجاد حق فسخ است، افضاء می‌باشد. تعریف این عیب بر پایه‌ی علم پزشکی، دلالت بر وجود مشکل مادرزادی و یا اکتسابی در قالب وجود پارگی بین رحم و راست روده که عجزاً التیام پیدا کرده و علاج آن در اکثر مواقع از طریق جراحی امکان پذیر است. به بیان دیگر، به وجود آمدن حالتی در ناحیه‌ی جداره‌های داخلی و یا مجراهای مهبل و مثانه و ادرار که مرتبط با روده‌ی بزرگ شده باشد و طبعاً روابط زناشویی را مختل می‌کند.^۴ از دیدگاه فقه، افضاء، حکایت از یکی شدن مجرای ادرار و حیض یا مجرای حیض و غائط می‌کند. تعریف دیگری منحصراً بیانگر وحدت مجرای ادرار و حیض می‌باشد؛ اما به حسب ظاهر، یکی شدن

۱ - ابن براج طرابلسی، المهذب، ج ۲، ص ۲۳۱

۲ - جعفر سبحانی، نظام نکاح، ج ۲، ص ۱۲۶

۳ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۳

۴ - فرامرزی گودرزی، دکتر کتاب، ص ۶۰۱

۵ - باقر عاملی، "حقوق خانواده"، نشریه شماره ۲۰

مجرای ادرار و حیض، مصداق بهتری در تعریف افضاء است، این بیماری از موجبات فسخ نکاح و مورد اتفاق تمامی مجتهدین می‌باشد.^۱

۲-۳-۲-۳-۱-۴-۱- نظر مشهور فقها در جواز فسخ نکاح در افضاء

مشهور فقها قائل به فسخ نکاح در افضا برای مرد می‌باشند.^۲

چنانچه مرد با دختر کمتر از نه سال تزویج نماید و در حین زناشویی عیب افضا پیدا کند، که از نوع اکتسابی است، علاوه بر اینکه دیه بر ذمه زوج است، زوج، نسبت به زوجه مفضی، حرمت ابدی پیدا می‌کند و اقوی این است که نفقه زوجه مادامی که زنده است، بر عهده زوج است حتی اگر ناشزه شود نفقه ساقط نمی‌گردد و چنانچه موجب طلاق بین آنها گردد و با شخص دیگری هم تزویج کند، نفقه وی ساقط نمی‌شود و هرگاه زوج دوم، زن را مفضی دید، حق فسخ دارد و نفقه او همچنان بر عهده زوج اول است.^۳

۲-۳-۲-۳-۳-۵- نابینایی

هرگاه زن از هر دو چشم نابینا باشد، برای شوهر حق فسخ نکاح است. مراد از کوری، عدم نابینایی است. پس چنانچه عیوبی در چشم داشته باشد ولی قدرت بر بینایی دارد و یا یک چشم آن نابیناست و چشم دیگری بینایی دارد، حق فسخ برای مرد نمی‌باشد چنانچه اگر چشم از نظر ظاهری سالم و بدون عیب است ولی قدرت بینایی ندارد، حق فسخ ثابت است و ملاک در فسخ، عدم بینایی است بدین جهت فسخ شامل افرادی که به علت ضعف بینایی از عینک یا لنز استفاده می‌کنند یا شخصی که چشمش آب مروارید آورده باشد، نمی‌شود؛ مرحوم امام(ره) در این خصوص کوری را سلب بینایی از هر دو چشم می‌داند هر چند، چشم‌ها بسته نباشند؛ اما اعور بودن و شب کوری را فاقد اعتبار می‌دانند و همچنین ضعف دید «اصطلاحاً عمش» را، که موجب روان شدن اشک در بیشتر اوقات است.^۴

چنانچه این عیب به هنگام عقد، در زن بوده و شوهر بدون اطلاع از آن، اقدام به ازدواج نموده، حق فسخ برای مرد محرز است کما اینکه قانون مدنی، عیوب زن را در حالی منجر به حق فسخ می‌داند، که حین العقد وجود داشته باشد.^۵ اما چنانچه مرد نابینا باشد گرچه شکی نیست از نظر عرف و علم پزشکی

۱ - محمد بن حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۳۵

۲ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۲، ص ۲۹۳؛ شهید ثانی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج ۵، ص ۳۹۰

۳ - سید یوسف مدنی تبریزی، منهاج الکلام فی النکاح و الطلاق، ج ۱، ص ۲۹۱

۴ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ج ۳، ص ۵۲۳

۵ - قانون مدنی، ماده ۱۱۲۴

عیب است ولی از عیوب موجب فسخ نکاح، شمرده نشده است و دلیل و نصی برای آن نداریم، مگر آنکه برای زن، عسر و حرج باشد که در آن صورت حق طلاق دارد. در اینجا نیز بحث‌های گذشته به میان می‌آید که چه فرقی است بین نابینایی زن و مرد، که اولی برای مرد حق فسخ می‌آورد ولی دومی برای زن خیر؟ و بر همین اساس، برخی فقها این عیب را در هر دو موجب فسخ دانسته‌اند که ذیلاً به آن اشاره می‌کنیم.

۲-۳-۲-۳-۳-۳-۱- مستندات جواز فسخ نکاح در نابینایی

همان طور که بیان شد، روایات، دلالت بر جواز فسخ نکاح از جهت نابینایی زن دارد که هرگاه زن به طور کلی نابینا بود مرد، حق فسخ دارد و مهری هم بدان تعلق نمی‌گیرد. اکنون به بیان برخی از روایاتی که در فقه مستند این حکم قرار گرفته‌اند، می‌پردازیم:

الف) روایت داوود بن سرحان از امام صادق (علیه السلام): «فی الرجل بتزوج المرأه بما عمیاء او برصاء و عرجاء قال ترد علی ولیها و لیکون لهالمهر علی ولیها...»^۱ از امام صادق سؤال می‌کند هرگاه مردی با زنی تزویج کند و زن نابینا یا بیماری برص یا پیسی داشته باشد، یا لنگی فاحش داشته باشد، چه می‌تواند بکند؟ امام (علیه السلام) فرمود: برمی‌گرداند به سوی ولی اش و مهرش هم بر ولی اوست.»

روشن است در صورتی که قبل از زناشویی و دخول، فسخ نماید، مهری بر او نیست و چنانچه بعد از دخول باشد ملزم است مهر او را پرداخت نماید.

ب) روایت از محمد بن مسلم از امام باقر (علیه السلام): «قال ترد البرصا و العمیاء و العرجاء؛^۲ امام باقر (علیه السلام) فرمود: زن هرگاه بیماری برص، پیسی و نابینایی و لنگی فاحش داشت، برگردانده می‌شود.»

ج) روایت صحیح حلی از امام صادق (علیه السلام): «انه قال فی الرجل یتزوج الی قوم فذا امراته عورا و لم یمیتوا له لا ترد؛^۳ هرگاه مردی تزویج نمود با زنی و آن زن چشمش اعور بود و حتی به مرد نگفت، مرد، حق فسخ ندارد.

۲-۳-۲-۳-۲- عرج یا زمینگیری

عارضه‌ای که معلول بیماری‌های گوناگون بوده و توانایی نشستن و برخاستن را از فرد می‌گیرد مانند افراد مبتلا به قطع نخاع یا فلج شده از ناحیه اندام‌های تحتانی.^۴

۱ - محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، باب دوم ابواب عیوب و تدلیس، ج ۱۴، ص ۵۹۷، ح ۶۹

۲ - همان، ج ۴، ص ۶۵۹

۳ - همان، ج ۱۲، صص ۵۹۴ و ۵۹۵

۴ - همان، ص ۸۱

تعریف دیگری این بیماری را به عنوان فلج شدن زن می‌داند که فاقد قدرت تحرک باشد.^۱ عرجاء که مونث اعرج که به معنای لنگی و عبارت است از مسکنت و زمینگیر بودن زن است، در بر دارنده‌ی مناقشه و تردید در جواز فسخ عقد یا نفی آن است. ظاهراً چنانچه زمینگیری مورد بحث به مرحله‌ی اقعاد برسد، متضمن حق فسخ برای شوهر خواهد بود.^۲ بر اساس مدلول مواد ۱۱۲۳ و ۱۱۲۶ قانون مدنی در صورتی حق فسخ برای شوهر احراز می‌گردد، که زن حین العقد، مبتلا به مسکنت و زمینگیری باشد البته قانون مذکور در این باب بین موقتی و دائمی بودن این بیماری تفاوتی قائل نشده است؛ لذا با عنایت به این امر، چنانچه زن در زمان عقد حتی مبتلا به مسکنت موقت باشد، ثبوت حق فسخ برای شوهر، حتمی است.

۲-۳-۲-۳-۱- بررسی فقهی زمین‌گیری

در توافق نظر مجتهدین در خصوص قلمداد زمینگیری از جمله عیب‌های مخصوص زنان که مجوز حق فسخ نکاح برای شوهر است، تردیدی نیست.^۳ بلکه وجه اختلاف نظر آنان، ناظر بر لنگی زوجه است. برخی از مجتهدین نظیر امام راحل (رض) قائل به فسخ نکاح در صورت لنگی هستند و در این خصوص می‌فرمایند حتی اگر لنگی به حد مسکنت نرسیده باشد، باز مجوزی برای فسخ است.^۴ برخی دیگر از مجتهدین^۵ قائل به فسخ نکاح در صورت وجود لنگی بارز شده‌اند ولو این حالت در حد مسکنت (زمینگیری) نباشد. شمار دیگری از مجتهدین نظیر قاضی ابن البراج^۶، علامه حلی^۷ و محقق حلی^۸ در کتب خویش اعتقاد دارند که لنگی کمتر از مسکنت، مطلق مجوز اختیار فسخ نیست. ظاهراً در صورت قائل شدن به لنگی بیش از حد برای فسخ نکاح، تناسب و تطابق آن با مبانی و قواعد فقهی و حقوقی بیشتر است؛ زیرا قاعده‌ی لاضرر بر تمامی این عیوب جاری است و لنگی بارز هم از

^۱ - سیدعلی حائری، شاهباغ، شرح قانون مدنی، ص ۱۷۳

^۲ - محمدباقر محقق، حقوق مدنی زوجین، ج ۳، ص ۱۴۵

^۳ - نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ص ۳۳۷؛ شهید ثانی، زین الدین بن علی احمد، شرح لمعه، ص ۲۹۰

^۴ - سیدابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، ج ۲، ص ۲۶۲۰؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ص ۳۳۷

^۵ - محمدباقر محقق، حقوق مدنی زوجین، ص ۱۴۵۰

^۶ - علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳، تهران، ۱۳۱۵، ص ۲۹۳

^۷ - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، محقق حلی، همان کتاب، ج ۲، کتاب نکاح، ص ۲۳۰

^۸ - محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، ج ۵، قم، انصاریان، ۱۳۷۹، ص ۳۹۱

مصادیقی است که به زیان شوهر می‌انجامد، از سوی دیگر برخی از مجتهدین همچون امام راحل (ره)^۱ و سایر مجتهدین^۲ قائل به فسخ نکاح در صورت وجود لنگی یا لنگی بارز گردیده‌اند.

۲-۳-۲-۳-۲- مستندات جواز فسخ در عرج

روایات متعددی داریم در مورد عرج که از مجموع آنها مستفاد است مرد حق فسخ نکاح دارد که از آن جمله است صحیحه داود بن سرحان که از امام صادق (ع) روایت کرده است: «فی الرجل بتزوج المراه فیوتی بما عمیاء او برصاء او عرجا قال ترد علی ولیها...»^۳ در مورد مردی که با زنی تزویج کند و آن زن نایبناست یا بیماری برص دارد یا عرج، امام فرمود: برگردانده می‌شود به ولی اش و مراد از برگرداندن، فسخ است و نباید مهریه او را هم پرداخت نماید.»

این روایت صراحت دارد، چنانچه زن عرج بود، مرد، حق دارد نکاح را فسخ نماید.

فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج از جمله ایدز و سرطان.

۲-۳-۳-۳- فسخ نکاح به موجب کشف بیماری‌های صعب‌العلاج و نو ظهور

تاکنون به بیان موجبات فسخ نکاح و عیوب منصوصه در روایات و آرای مجتهدین و همچنین قانون مدنی پرداخته شد و مشخص شد که وجود و ثبوت عیب‌های مورد بحث، می‌تواند اساس فسخ نکاح را برای یکی از زوجین یا هر دو فراهم نماید؛ لکن در این مقام باید بررسی شود که آیا ابتلای احدی از زوجین به بیماری‌های متداول معاصر، که در این نوشتار از آنها به بیماری‌های صعب‌العلاج و نو ظهور تعبیر شد، مجوزی برای فسخ نکاح طرف مقابل می‌تواند باشد؟ به بیان دیگر آیا تحقق فسخ نکاح، منحصرماً متوقف بر بیماری‌های منصوصه در فقه ما می‌باشد، یا با عنایت به قواعدی مانند لاضرر، لاجرح و ... قابلیت تسری حکم به دیگر عیوب، من جمله بیماری‌های مسری و صعب‌العلاج همچون: HPV، هپاتیت و دیگر بیماری‌های مشابه دارد به ویژه آن که بر اساس تحقیقات پزشکی، بیماری‌های مورد بحث به واسطه‌ی قابلیت سرایت از طریق رابطه‌ی جنسی و انتقال خون، ترس از ابتلاء را برای طرف مقابل در بر دارد. علی‌رغم خطرناک بودن بیماری‌های صعب‌العلاج غیر مسبوق به سابقه مانند: HIV، HPV و... با این وجود در قوانین مطلبی در این قبیل بیماری‌ها یافت نمی‌شود و لذا در این جا،

^۱ - روح الله خمینی، زبده الاحکام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۰، ص ۲۱۷، مسأله ۲

^۲ - سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، ص ۲۶۲؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ص ۲۳۷

^۳ - محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ابواب العیوب و التدلّیس، ج ۱۴، ص ۵۹۷، ح ۶

اجمالاً در مورد بعضی از بیماری‌های نوظهور مبتلابه که از اهمیت بیشتری در رابطه‌ی بین زوجین برخوردار هستند، اشاراتی خواهیم داشت.

۲-۳-۱- بیماری‌های ناشی از مباشرت زناشویی

به آن دسته از بیماری‌های مسری که از راه رابطه‌ی جنسی به طرف مقابل منتقل می‌شود یا از طریق خون سرایت پیدا می‌کند؛ امراض مباشرتی «مقاربتی» گویند. علل پیدایش این گونه بیماری‌ها، منجر به تجلی نشانه‌هایی همچون: درد به هنگام ادرار، ترشحات از آلت تناسلی، التهاب بیضه‌ها، درد و خونریزی مقعد و درد مفاصل می‌شود.

۲-۳-۱-۱- پاپیلوما‌ی انسانی (HPV)

ویروس HPV یا پاپیلوما‌ی انسانی یکی از شایع‌ترین بیماری‌های مقاربتی است و آن از راه تماس‌های پوستی و آمیزش جنسی قابل انتقال است و این ویروس، که قادر است اندام تناسلی، گلو و دهان را تهدید کند؛ بیش از صد نوع آن تاکنون کشف شده است و ویروس HPV بیشتر، نتیجه‌ی افراط در روابط جنسی است، که بعضاً عفونت آن، سلامتی را به مخاطره می‌اندازد و خطر پاره‌ی از این ویروس، به حدی است که زگیل تناسلی و حتی سرطان دهانه‌ی رحم، مقعد و گلو را ایجاد می‌کند؛ معمولاً بیشتر، افرادی مبتلا به این عفونت می‌شوند که آمیزش جنسی مستقیم از راه مهبل، مقعد و یا دهانی دارند این ویروس بعضاً از طریق فرد یا افراد فاقد علامت، قابل انتقال است.

ندرتاً انتقال این بیماری از مادر مبتلا به کودک، در حال زایمان ممکن است که این باعث ابتلاء کودک به نوع بیماری تنفسی موسوم به پاپیلوماتوز می‌گردد.

با توجه به فقدان علامت محسوسی از این ویروس پاره‌ی از انواع آن پس از مدت مدیدی از انتقال آن به بدن، فرد مبتلا بدون آگاهی از بیماری خود، ویروس مذکور را به طرف مقابل منتقل می‌کند؛ چالش-های جدی این ویروس مانند ایجاد زگیل در گلو و اندام‌های تناسلی و عفونت منجر به سرطان در نواحی سر و گردن و گلو و دهانه‌ی رحم، قابل اتفاق است.

ذکر این نکته ضروری است که صرف وجود زگیل‌های تناسلی به منزله‌ی داشتن سرطان نیست؛ زیرا سرطان‌های به وجود آمده از این ویروس معمولاً تا بلوغ آن به مرحله‌ی حادّ فاقد علامت و صرفاً از طریق غربالگری منظم، قابل تشخیص است.

صرف نظر از ابتلای بعضی از مردان به زگیل‌های تناسلی، با توجه به اینکه اغلب اوقات وجود این بیماری در مردان، فاقد هر گونه علامتی است که در صورت مشاهده‌ی ضایعات غیر طبیعی بر روی آلت رجولیت، مقعد و یا کیسه‌ی بیضه، امکان وجود مشکل حادّ اجتناب ناپذیر است.

سرطان‌های آلت رجولیت، گلو و مقعد، معلول پاره‌ی از انواع این ویروس هستند، خطر مبتلا شدن به این ویروس در بعضی از مردان مانند افرادی که هم جنسگرا و یا فاقد سیستم ایمنی قوی هستند، بیشتر است.

مبتلا شدن زنان در مدت زندگی خود به ویروس HPV ولو به یک نوع آن حتمی است، بیشتر این زنان فاقد علامت هستند؛ لکن برخی از آنان مبتلا به زگیل‌های تناسلی می‌شوند که امکان دارد در نواحی مختلف از جمله مهبل، اطراف حجره یا گردنه‌ی رحم، پدید آیند.

پیدایش سرطان دهانه‌ی رحم یا سرطان‌های مهبل، گلو یا مقعد از جمله انواع بیماری پدید آمده از این ویروس، هستند که غربالگری منظم و آزمایشات DNA بر روی سلول‌های رحم منجر به شناسایی این گونه سویه‌ها می‌گردند. البته ابتلای به سرطان بینی که همراه با احساس درد و کرحتی در صورت و آبریزش بینی است، از جمله موارد بسیار کمیاب ابتلا به ویروس HPV است.

اقدام به تشخیص نوع آن در صورت ابتلا، ضروری است، به لحاظ این که تنها سویه‌های خاصی از این ویروس منتهی به ایجاد زگیل تناسلی می‌شوند، لذا راه‌های درمان نیز، مرتبط به نوع ویروس مزبور هستند. از بین انواع ویروس‌های HPV، چهار نوع اعم از کم خطر و پرخطر که عمدتاً شیوع بیشتری دارند، یافت می‌شود که به قرار ذیل هستند:

HPV ۱۱ و HPV ۶ (کم خطر)

HPV ۱۶ و HPV ۱۸ (پرخطر)

تخمین CDC (مرکز کنترل و پیشگیری از بیماری) حکایت از ابتلاء ۷۹ میلیون آمریکایی به این بیماری دارد که بیشتر این افراد در رده‌ی سنی نوجوانی و آغاز جوانی هستند همچنین بر پایه‌ی آمارها سالانه به میزان تقریبی ۱۴ میلیون نفر در معرض خطر این بیماری قرار دارند، هر ساله ابتلا به بیش از ۳۳ هزار سرطان در افراد این کشور رخ می‌دهد که بیشتر این موارد معلول HPV ۱۶ می‌باشد؛ همچنین این دو مورد HPV ۱۸ و HPV ۱۶ لاقلاً ۷۰ درصد سرطان دهانه‌ی رحم را شامل می‌گردد.^۱

۲-۳-۱-۲-ایدز (HIV)

ایدز، از جمله امراض خطرناکی می‌باشد که در حال حاضر، تلفات زیادی را به خود اختصاص داده است بیماری مذکور با اسم علمی HIV مدت مدیدی است که با توجه به شیوع و گسترده‌ی بین افراد

۱. <https://hpvdarman.com/%D9%A8%DB%A7%D8%B1%D9%A8%D8%B3-hpv/>

مرگ و میر زیادی را در پی داشته است و تا به حال پزشکان، موفق به پیدا کردن راه درمان موثری برای این بیماری نشده‌اند.

اثر گذاری این بیماری بر روی دستگاه ایمنی و به واسطه‌ی ویروس اچ‌ای وی، صورت می‌پذیرد این بیماری در سه دوره بروز پیدا می‌کند در دور اول که عفونت - شدت بیشتری دارد - بیمار امکان دارد؛ موقتاً احساس نوعی بیماری مانند آنفلوآنزا داشته باشد. لذا در برهه‌ای طولانی از زمان بدون هیچ گونه نشانه‌ی که از آن به دوران نهفتگی تعبیر می‌شود، دنبال می‌گردد. به موازات پیشرفت بیماری، درگیری زیادتری با سیستم ایمنی بدن پیدا کرده و موجب ابتلاء بیمار به عفونت‌هایی نظیر تومور می‌گردد. مسلماً کیفیت دستگاه ایمنی افراد در خصوص اثر پذیری از این بیماری، متفاوت است. رسیدن شمارگان سلول‌های CD4+T به محدوده‌ی کمتر از ۲۰۰ حکایت از ورود بیماری به دوره‌ی نهایی که همان ایدز است دارد.^۱

اصلی‌ترین راه انتقال ویروس اچ‌ای وی، مربوط به مقاربت با شخص مبتلا به این بیماری است که معمولاً از طریق مقاربت با جنس مخالف پدید می‌آید. که این امر، مرتبط با میزان برخورداری کشورها از درآمد می‌باشد؛ بدین شرح که خطر ابتلا در کشورهایی با درآمد، کم چهار تا ده برابر بیشتر از کشورهای با درآمد بالاست.^۲

یکی از عامل‌های تاثیر گذار در افزونی خطر انتقال این بیماری، مقاربت از نوع خشن می‌باشد؛ از آن‌جا که در تجاوز جنسی که معمولاً با عنف و بدون استفاده از وسایل پیشگیری انجام می‌پذیرد خطر ابتلا بیشتر است،^۳ همچنین خطر ابتلا به همسر و فرزندان فرد بیمار «مبتلا به HIV» امکان دارد.^۴

۲-۳-۱-۳- سیفلیس

نوع دیگری از بیماری‌های مقاربتی که توسط باکتری تریپونما پالیدوم به وجود می‌آید، سیفلیس نام دارد. شناسایی این بیماری نخستین بار در سال ۱۹۰۵م توسط دو تن از دانشمندان به نام‌های فریتز شادین و اریش هوفمان صورت گرفت که این بیماری، قادر است در یکی از مراحل چهارگانه‌ی اولیه، ثانویه، نهفته و سوم بروز یابد. عارض شدن سیفلیس اولیه، از راه آمیزش مستقیم جنسی با زخم‌های عفونی، تحقق می‌یابد؛ نحوه‌ی ظهور سیفلیس ثانویه، به طرق مختلفی است و درگیر شدن پوست، غده‌های

^۱ - شیرین ناظری تهرانی، بیماری ایدز(راه‌های انتقال و چگونگی کنترل آن)، مجله بیمه و توسعه، شماره ۳، ص ۷۶.

^۲ - سید مجتبی سجادی، و صدیقه ادیبی سده، دریاره ایدز بیش تر بدانیم، مجله پیوند، شماره ۵، ص ۵۵.

^۳ - همان

^۴ - همان ص ۵۷.

لنفاوی و غشاء مخاطی از جمله علائم آن است، شناسایی سیفلیس نهفته به خاطر عدم علائم بیماری، معمولاً از طریق سرم شناسی صورت می‌پذیرد، اشکال سه‌گانه‌ی سیفلیس عصبی متاخر، دمل سیفلیسی و سیفلیس قلبی و عروقی، مربوط به سیفیلیس نوع سوم است که ظهور آن در حدود یک سوم اشخاص آلوده‌ی درمان نشده، متجلی می‌شود؛ همچنین، بعضاً ممکن است مبتلا شدن به سیفلیس در دوران حاملگی یا زایمان، اتفاق افتد و در دو سوم نوزادان به سیفیلیس علائم بیماری مشاهده نمی‌شود.^۱

مقاربت، اصلی‌ترین راه انتقال سیفلیس است؛ اما در دوران حاملگی، نیز ممکن است از طریق مادر به جنین منتقل و در نتیجه طفل، به سیفلیس مادر زادی مبتلا شود این بیماری قادر است از طریق بوسیدن محل نزدیک زخم و همچنین از راه‌های دهان، مهبل و مقاربت مقعدی منتقل شود؛ لکن از راه استفاده‌ی از صندلی توالت، وان‌های داغ یا ظروف غذا و لباس‌های مشترک، انتقال نمی‌یابد. علائم شروع این بیماری، معمولاً از طریق زخم‌های اندام تناسلی که بعضاً بدون درد است، یا در دهان یا ناحیه مقعد شروع شده و سپس امکان نهفتگی و غیرفعال بودن باکتری‌ها تا سال‌ها در بدن وجود دارد؛ که پس از آن مجدداً به فعالیت پرداخته و سیفلیس وارد مرحله‌ی بعدی شود؛ لذا تشخیص ابتدایی سیفلیس سخت بوده و اطلاع از آن تنها از طریق آزمایش خون یا با استفاده از میکروسکوپ، ممکن است.^۲

از عوامل موثر در کاهش خطر انتقال سیفلیس استفاده صحیح از وسایل پیشگیری به هنگام مقاربت و همچنین اجتناب از تماس بدنی با فرد مبتلا می‌باشد.^۳

غربالگری مادران در زمان حاملگی و مداوای افراد مبتلا، کمک شایانی به عدم ابتلای نوزادان به سیفلیس می‌کند، آنتی بیوتیک‌ها، داروی موثری برای درمان این بیماری هستند؛ تحقیقات انجام شده، حاکی از کشف ۱۲ میلیون مورد آلودگی سیفلیسی که معمولاً بخش عمده‌ی آن در کشورهای در حال توسعه اتفاق افتاده، می‌باشد؛ این مورد صرفاً منحصر به سال ۱۹۹۹ بوده است. برخلاف کاهش قابل توجه ابتلاء به این بیماری، در دهه‌ی ۱۹۴۰ به خاطر استفاده‌ی از پنی سیلین، لکن پس از شروع هزاره سوم ابتلاء به این بیماری، در کشورهای زیادی افزایش یافته است، شایان ذکر است که در این بیماران به

۱ - ماه منیر محمدی، مجید کیاور، خلیل ضرابی، آنوریسیم سیفلیسی آئورت، مجله علوم پزشکی رازی، شماره ۲۲، ص ۳۱۰.

۲ - علیرضا خوشدل، مهتاب نوری فرد، و رضا پرشکان، عبدالرضا صلاحی مقدم، نقشه‌سازی بیماری‌های مهم واگیردار ایران، مجله بهداشت و توسعه، شماره ۱، ص ۸۶.

۱_ <http://www.coca.ir/syphilis-disease-sympoms-treated/>

خاطر پیدایش زخم‌هایی در لب و زبان و یا آلت تناسلی، امکان افزایش آلودگی به ویروس اچ‌ای وی، دور از انتظار نیست.^۱

۲-۳-۳-۱-۴-هیپاتیت

این بیماری، عبارت از وقوع التهاب در پارانشیم کبد است و عوامل مختلفی اعم از مسری و غیر مسری در پیدایش آن دخیل هستند که از جمله این عوامل می‌توان به زیاده روی در مشروبات الکلی اثر پاره‌ی از داروها، آلوده شدن به باکتری و ویروس مربوطه اشاره داشت، عفونت کبدی، نتیجه ویروس هیپاتیت است. عامل این بیماری که بعضاً موسوم به هیپاتیت ویرال است، یک ویروس بوده و ابتدأً ممکن است در شکل یک سرما خوردگی، ظاهر شود؛ لکن بیماری مزمن هیپاتیت C به واسطه‌ی آسیب رساندن به کبد، زندگی فرد مبتلا را به مخاطره می‌اندازد. اکثر بیماران مبتلا به هیپاتیت C و B فاقد علائم هستند؛ مواردی همچون خستگی، درد عضلانی، شکم درد، تهوع و احساس بی‌اشتهایی و در موارد پیشرفته بیماری‌های کبدی همچون ورم کردن شکم و اندام‌ها، خونریزی‌های گوارشی از جمله علائم این بیماری هستند.^۲ هیپاتیت، به واسطه یکی از ویروس‌های A, B, C, D, E, G به وجود می‌آید که در این جا به پاره‌ی از مسری‌ترین انواع هیپاتیت اشاره می‌شود.^۳

۲-۳-۳-۱-۴-هیپاتیت A

یکی از انواع بیماری‌های هیپاتیت که شدیداً مسری است، هیپاتیت A می‌باشد که باعث التهاب و اثرگذاری بر کبد می‌شود؛ احتمالاً این بیماری از طریق تماس با ویروس هیپاتیت A از راه آب آلوده یا غذا یا تماس نزدیک با شخص مبتلا، به وجود می‌آید که انواع خفیف آن نیاز به درمان ندارد و معمولاً بدون آسیبی به کبد کاملاً بهبودی حاصل می‌شود؛ مراعات امور بهداشتی و از جمله شست و شوی مرتب دست‌ها یکی از موثرترین طرق پیشگیری از ابتلا به این بیماری است و همچنین انجام واکسیناسیون برای افرادی که احتمال ابتلای آن‌ها می‌رود.

^۱ - مهری نیک بین، فخرالدین تقدسی نژاد، حسن تو فیقی، بررسی شیوع بیماری سیفلیس در زنان زندانی زندان‌های تهران، مجله ذهن، شماره ۲۳، ص ۹۴.

^۲ - کیوان آلچیان، هیپاتیت چیست؟، مجله عروس هنر، شماره ۲۲، ص ۳۸.

از جمله طرق انتقال این بیماری، تماس مقاربتی با شخص مبتلا است که توصیه پزشکان به این افراد جهت عدم انتقال ویروس، اجتناب از رابطه‌های جنسی است؛ ضمناً استفاده از کاندوم تاثیری در عدم انتقال ندارد.^۱

۲-۳-۳-۱-۴-۲-هیپاتیت B

نوع دیگر عفونت کبدی خطرناک، هیپاتیت B است، که در بعضی مبتلایان این عفونت مزمن و منتهی به سرطان کبد یا نارسایی کبد می‌گردد.

سرطان کبدی مزبور، عبارت است از مرضی که موجب زخم و تصلب پایدار بافت کبدی می‌گردد. که در بیشتر بزرگسالان مضمول این بیماری، بهبودی کامل حاصل می‌شود؛ هرچند اگر نشانه‌های شدیدی در آن‌ها مشاهده گردد و احتمال ابتلای کودکان و نوزادان به نوع مزمن این بیماری، بیشتر است؛ علی‌رغم وجود درمان برای هیپاتیت B استفاده از واکسن برای ابتلا به آن موثر است و باید فرد مبتلا با استفاده از اقدامات لازم، زمینه‌ی عدم انتقال آن را به دیگران فراهم سازد و لذا رابطه‌ی جنسی، یکی از اصلی‌ترین طرق انتقال این بیماری می‌باشد.^۲

۲-۳-۳-۱-۴-۳-هیپاتیت C

نوع دیگری از عفونت ویروسی که با حمله به کبد باعث ملتهب شدن آن می‌شود، هیپاتیت C می‌باشد، که غالباً فاقد علامت است به عبارت دیگر، بیشتر مبتلایان به ویروس، بی‌خبر از بیماری خود هستند تا زمانی که از راه آزمایشات مربوطه، این بیماری آشکار گردد. هیپاتیت C، خطرناک‌ترین انواع مشابه و از راه خون آلوده انتقال می‌یابد؛ که معمولاً به وسیله‌ی استفاده‌ی اشتراکی از سوزن‌های آلوده در افراد معتاد، حاصل می‌شود.^۳

با ملاحظه‌ی تمامی ابعاد بیماری‌های سه گانه فوق (HPV، HIV و سیفلیس) و دلالت ادله‌ی مورد استناد من جمله: لاضرر، تنقیح مناط و به خصوص قیاس اولویت، ابتلای به این بیماری برای هر یک از زوجین، موجب ایجاد حق فسخ نکاح برای طرف مقابل، خواهد بود؛ به ویژه خطر جدی مترتب بر آن، که فی الواقع در مغایرت کامل با هدف نکاح و تشکیل خانواده می‌باشد، به نظر می‌رسد و در زمره‌ی جدی‌ترین گزینه‌های جواز فسخ نکاح، تلقی می‌گردند.

^۱ - مرضیه فرنیاء، رامین علاسوند، مهرزاد تشکریان، هیپاتیت‌های ویروسی و زندان، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۵۸، ص ۱۰۱.

^۲ - همان.

^۳ - عباس کاظمی اقدم، هیپاتیت C، مجله رشد معلم، شماره ۲۰۷، ص ۳۸.

۲-۳-۳-۱-۵-سوزاک

یکی دیگر از انواع رایج امراض مقاربتی که انتقال آن از راه آمیزش جنسی صورت می‌پذیرد، سوزاک است، که عامل آن نیسریا گونورا یا گنوکوک یک دپیلوکوک گرم منفی است. نشانه‌های این بیماری، با توجه به جنسیت فرد مریض و محل ابتلا، تفاوت دارد، با این وجود، پاره‌ی از بیماران فاقد علامت بوده و این امر، باعث امکان انتقال از شخص بیمار به دیگران می‌شود؛ امکان عفونت در مجرای خروجی مثانه، گلو و رکتوم از جمله عوارض این بیماری در مردان و وجود عفونت در گردن و لوله‌های رحم و تخمدان در زنان می‌باشد.^۱

راه‌های گوناگونی جهت شناسایی سوزاک وجود دارد که لازمه‌ی تشخیص تمامی آن‌ها، مراجعه به مراکز بهداشتی و اقدام به آزمایشات مربوطه است.^۲ پرهیز از لابیالی‌گری جنسی، از جمله طرق موثر در پیشگیری از این بیماری است و تحت درمان قرار گرفتن افراد مبتلا و افرادی که با او رابطه‌ی جنسی دارند؛ حتی اگر فاقد علامت بیماری باشند، الزامی است؛ زیرا گذشته از احتمال ظهور بیماری در فرد، قابلیت انتقال عفونت به شریک جنسی خود را دارد.^۳

در درمان سنتی، پاره‌ای از اطباء به صورت هم‌زمان مبادرت به صدور نسخه برای فرد بیمار و شریک جنسی، وی می‌کنند. به هر تقدیر پرهیز از تماس جنسی، جهت امکان عفونت مجدد ضروری است.^۴

۲-۳-۳-۲- بیماری‌های غیر مباشرتی

علی‌رغم گستردگی دامنه‌ی بیماری‌های ناشی از رابطه‌ی جنسی و امکان ابتلاء اشخاص فعال در این زمینه، باید گفت غیر از امراض مقاربتی، بیماری‌های دیگری نیز وجود دارد که حاکم بر سلامت روحی روانی خانواده‌ها و مقاربت‌های زناشویی آن‌ها است که ذیلاً به پاره‌ی از شایع‌ترین این بیماری‌ها اشارتی خواهد شد.

۲-۳-۳-۱- بیماری‌های روانی

آن دسته از بیماری‌هایی هستند که با درگیر کردن ذهن و رفتار فرد، موجب ناتوانی در وی می‌شود گرچه تا به حال علت ابتلاء به این بیماری‌ها کاملاً مشخص نشده، لکن عواملی همچون اضطراب‌های

^۱ - علی جباری، راهنمای درمان بیماری‌های پوست و زیبایی موسسه فرهنگی و انتشاراتی تیمورزاده، ص ۲۰۸.

^۲ - شهریار اسلامی تبار، بهنام واعظ، افشین سلیمانی، نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان، مجله مطالعات جوانان، شماره ۱، ص ۱۷۶.

^۳ - <http://www.coca.ir/gonorrhea-symptoms-treated/>

^۴ - همان

گونگون، مسائل ژنتیکی و نحوه‌ی ارتباط شخص با سایرین، در آن دخیل است. بیماری‌های روحی روانی، علاوه بر فرد بیمار، موجبات ناراحتی اطرافیان را نیز فراهم و عیش آن‌ها را منقص خواهد نمود. و آن‌ها معمولاً علت ناهنجاری رفتاری فرد بیمار را متوجه نمی‌شوند و لذا در صدد درمان آن بر نمی‌آیند که این امر، منتهی به موارد نامطلوبی همچون انزوای فرد بیمار و یا ارتکاب او به مسائل بفرنج و غیر قابل جبرانی، خواهد شد.

۲-۳-۲-۱-۱-۱-۲-۳-۳-۲ بدگمانی

یکی دیگر از بیماری‌های روحی روانی، سوء ظن نسبت به افراد و عدم اعتماد به آن‌ها است که این بیماری، بیش از هرکسی، خود فرد بیمار را آزار می‌رساند؛ از دیدگاه افراد مبتلای به بدگمانی، جامعه‌ی هدف او عمدتاً بد خواه او بوده و قصد آسیب رسیدن به او را دارند این بیماری، تمامی ذهن فرد را درگیر کرده و در اطلاق بدبینی او نسبت به افراد، معمولاً استثنایی وجود ندارد و شامل افراد خانواده او هم می‌شود.^۲

۲-۳-۳-۲-۱-۲-۳-۲ ترس

ترس، فی نفسه از مقوله‌ی صرفاً منفی نمی‌باشد در واقع ترس به نوعی عامل نگهداری انسان و ادامه‌ی حیات او می‌باشد و نقطه مقابل آن، تهور و بی باکی است که بعضاً منتهی به هلاک فرد یا لااقل اصابت ضررهای جبران ناپذیری می‌گردد اما جنبه‌ی افراطی آن که قصد تعرض به آن را داریم، از نوع غیر منطقی و غیر عقلانی است و بعضاً سایه‌ی ناشی از ترس نابجای فرد بیمار، بر سایر امور شخصی، خانوادگی و اجتماعی او فراگیر شده، فعالیت‌های وی را دچار اختلال می‌کند به عنوان مثال: انسان مبتلاء به بیماری ترس، به توهم آلوده بودن سایر اشیاء محیط اطرافش، اصطلاحاً دست به سپاه و سفید نمی‌زند و طبعاً خود را محروم از بسیاری از مواهب زندگی می‌نماید.^۳

۲-۳-۳-۲-۱-۲-۳-۳-۲ عصبانیت

نوع دیگری از بیماری‌های روانی، خشم و عصبانیت است که قضاوت در مورد آن، از مقوله‌ی تشکیک است، تعاریف مختلفی در مورد اطلاق لفظ عصبانی به افراد بیان شده که قدر متیقن آن به فردی عصبانی گفته می‌شود که بیش از حد متعارف و حتی در امور جزئی هم اسیر خشم گردد. این بیماری در مراحل اولیه با علائمی همچون افزایش ضربان قلب، برافروختگی صورت، شدت نفس زدن و در مراحل

۱ - مسعود سلیمی، مصرف مواد و بیماری‌های روانی، مجله سلامت اجتماعی و اعتیاد، شماره ۲، ص ۳۰.

۲ - علی جلالی، و محمد علی رستمی نژاد، بیماری‌های روانی، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۱۱۲، ص ۴۳.

۳ - همان

پیشرفته با پرخاشگری و حتی درگیری فیزیکی همراه باشد؛ معمولاً در سیره‌ی عقلاء و شرع انور، خشم و عصبانیت شاخه‌ای از دیوانگی است و اکثراً منجر به ندامت و پشیمانی فرد عصبانی می‌شود.^۲ و شاهد گفتار ما، کلام نورانی مولی الموحدین علی(ع)^۳ می‌باشد: «الحدّه ضرب من الجنون لان صاحبها یندم و ان لم یندم فجنونه مستحکم»

۲-۳-۲-۱-۴-افسردگی

افسردگی، گونه‌ی دیگری از بیماری‌های روانی و علامت آن غم شدید می‌باشد، این عامل، موجب عدم شادابی فرد و اندوه ممتد او می‌شود این بیماری، مانع بهره‌وری از زندگی و لذت آن بوده و برای فرد افسرده، نوعاً سرخوشی و فرح معنای چندانی ندارد، فرار از تکالیف، عدم احساس مسئولیت، قادر نبودن به کنترل خشم و بی‌حوصلگی از علائم بارز فرد مبتلا به این بیماری است که معمولاً منجر به سقوط میل جنسی و طبقات حاصل از آن از جمله عدم رضایت همسر می‌شود.^۴

۲-۳-۲-۱-۵-وسواس

گرچه در پندار سایر مردم انسان مبتلا به وسواس، فردی است که با توهم کثیف بودن اشیاء و محیط پیرامون دائماً در سودای آب کشی اعضاء و جوارح و محیط پیرامون خود می‌باشد؛ لکن این یکی از موارد بیماری وسواس است و به انواع دیگری مانند وسواس حرکتی و تمرکز بر روی فکر منفی نیز از جمله اقسام آن می‌باشد؛ به عنوان مثال، در وسواس حرکتی، فرد مبتلا، بارها قفل درب منزل یا مغازه‌ی خود را امتحان و بالا و پایین می‌کشد و هنوز از قفل بودن آن مطمئن نمی‌شود یا در وسواس فکری تداعی دائمی یک فکر یا واقعه‌ی آزار دهنده او را از اندیشیدن به امور مثبت باز می‌دارد.^۵ با توجه به اینکه مبتلا شدن هر یک از زن و شوهر به هریک از امراض جدید و صعب‌العلاج روحی یا هر عارضه‌ی دیگری که زندگی زناشویی و کانون خانودگی آن‌ها را تهدید می‌کند، در مباحث بعدی در خصوص نفی یا اثبات تجویز فسخ نکاح در چنین حالاتی به بررسی خواهیم پرداخت.

۱ - ذوالفقاری، علی رضا، عصبانیت و شیوه‌های غلبه بر آن، مجله پیوند، شماره ۲۸۲، ص ۴۱.

۲ - منوچهر مدرس نراقی، بیماری‌های روانی و تاثیر آن در بروز اختلافات زناشویی، مجله دانشکده حقوق (دانشگاه تهران)، شماره ۸، ص ۶۹.

۳ - عصبانیت شاخه‌ی دیوانگی است زیرا فرد عصبانی پشیمان می‌شود و اگر او پشیمان نشد، دیوانگی اش حتمی است.

۴ - مسعود سلیمی، سوء مصرف مواد و بیماری‌های روانی، مجله سلامت اجتماعی و اعتیاد، شماره ۲، ص ۳۰.

۵ - فاطمه اشرفی کنی، نعیمه سادات موسوی، تحقیقی پیرامون وسواس و راههای پیشگیری و درمان آن، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۶۱ (دوره قدیم)، ص ۱۲.

امعان نظر در بیماری‌های غیر مقاربتی فوق‌الاشاره، کاشف از این است که این گونه بیماری‌ها فی‌نفسه، در مراحل بدوی، موجب جواز فسخ نکاح نمی‌گردد؛ اما در صورت تشدید آن‌ها، به گونه‌ی که منافات با هدف نهایی از تشکیل خانواده، که همانا دست یافتن به یک آرامش خاطر و احساس امنیت روانی در پرتو یک زندگی توأم با همدلی و به دور از تنش‌های روحی باشد؛ بر اساس قاعده‌ی لاضرر، استبعادی در ناگزیر بودن از جاری شدن حق فسخ نکاح، نخواهد بود.

۲-۳-۳-۲-۲- ام اس

از جمله فراگیرترین بیماری‌های مغز و اعصاب که حدود ۵۰۰۰۰ هزار نفر از هم‌وطنانمان بیشتر جوانان بالغ که با آن درگیر هستند، بیماری‌ام اس یا مولتیپل اسکلروز است درگیر شدن بخش‌های گوناگون سیستم عصبی، باعث مشخص شدن این بیماری می‌گردد؛ اکثراً دوران ظهور این بیماری، بین ۲۰ و ۴۰ سالگی است و ابتلاء زنان به آن در حدود دو برابر مردان می‌باشد.

آسیب دیدن سیاهرگ‌ها، از عوارض عمده‌ی این بیماری است. علائم بروز این بیماری متفاوت بوده به گونه‌ی که علامت‌های ابتدایی آن عبارت است از: احساس ضعف در نقطه‌ی از بدن، بی‌حسی، تعادل نداشتن عضوی از اعضاء، ضعف بصر، مختل شدن عملکرد مثانه که زمان شروع یا دفع ادرار را با مشکل مواجه می‌سازد. علامت‌های موصوف مقطعی بوده و ظرف مدت کوتاهی زائل می‌شوند.^۱

تقسیمات بیماری‌ام اس بر چهار گونه است که شامل افراد مبتلا به می‌باشد:

- ۱- نوع خوش خیم: که معمولاً با تعداد کمی حمله همراه بوده که منتهی به بهبودی کامل می‌شود.
- ۲- نوع بازگشت پذیر: که شروع بیماری بیشتر افراد با این گونه است که بعد از هر حمله‌ی بیماری، یک دوره‌ی آرامش وجود دارد و غیر قابل پیش بینی بودن حمله‌ها و تکرار مشکلات ناشی از آن‌ها، در این گونه از بیماری دور از انتظار نیست.
- ۳- گونه‌ی پیشرفته‌ی نوع دوم: که در پی نوع دوم رخ می‌دهد بعد از تحمل سال‌ها حمله و آرام شدن معمولاً دوره‌های مشخصی در این نوع احساس نمی‌شود.
- ۴- گونه‌ی پیشرفته‌ی نوع اول: که فاقد حالات بازگشت یا آرامش است و توقف بیماری یا شدت آن در این مرحله امکان پذیر است و خواست شخصی و اراده‌ی بیماران از عوامل موثر و تعیین کننده در شدت یا کاهش بیماری است.

^۱ - جعفر عطاری مقدم، MS، تازه‌های علوم شناختی، مجموعه روانشناسی، شماره ۲۲.

با توجه به آن که از نتیجه تحقیقات دانشمندان و متخصصان بر می آید؛ این بیماری مطلقاً نمی تواند موجب فسخ نکاح باشد و تنها در صورتی قابلیت فسخ را دارد که فرد بیمار، فاقد توانایی لازم از لحاظ جسمی و روحی برای تداوم زندگی و مسائل مرتبط با امر ازدواج باشد که در این صورت بر پایه قواعدی نظیر لاضرر و عدم انتفاع زوجیت و... می توان آن را مستند امر فسخ قرار دانست.

۲-۳-۲-۳- صرع

از جمله بیماری های رایج در زمان حاضر بیماری صرع است که به منظور درخواست فسخ نکاح در محاکم قضایی مطرح می شود، این بیماری با بروز اختلالات مغزی، باعث تشنج گردیده و از جمله عوامل بروز آن معمولاً ایراد صدمات شدید به سر، مسموم شدن، فشارهای روانی، عفونت های مغزی و مشکلات مربوط به زایمان است؛ به بیان دیگر، ایراد اختلال الکتریکی در مغز، سبب پدایش صرع می گردد معمولاً کارکرد مغز انسان، به وسیله فعالیت الکتریکی میلیون ها سلول عصبی صورت می گیرد که سیگنال الکتریکی را بین خود منتقل می کنند، انتقال سیگنالی دفعی و هم زمان این سلول ها، موجب تشنج می شود؛ آمار مبتلایان به این بیماری در ایران، حدود هفتصد هزار نفر می باشد، مسری بودن این بیماری از نظر علمی، تایید نگردیده و شایعه ای قابلیت سرایت آن، معلول افکار ناشی از ترس ابتلاء به این بیماری است.^۱

کنترل این بیماری، با دارو امکان پذیر بوده و چنانچه فرد مبتلا، نسبت به درمان اقدام نماید؛ عارضه ای در جهت امور روزمره او پدید نمی آید، بنابراین با این توضیحات به خاطر مسری نبودن این بیماری به عدم ایراد به طرف مقابل و مآلاً عدم منافات با هدف اصلی ازدواج، نمی توان آن را از موجبات فسخ نکاح دانست؛ کما اینکه هیچ یک از مجتهدین، قائل به فسخ نکاح در خصوص این بیماری نشده اند.^۲

۲-۳-۲-۴- دیابت

این بیماری، موقعی اتفاق می افتد که از هورمون انسولین به مقدار کافی در بدن شخص به وجود نیاید و یا پاسخ بافت های بدن به صورت منظم به آن صورت نپذیرد و باعث اختلال فعل و انفعال قند در بدن و بالا رفتن آن از میزان طبیعی خود باشد و نهایتاً علامت های بارز این بیماری عبارت است از: افراط در خوردن و نوشیدن و تکرر ادار می باشد.

^۱ - مجتبی احسان منش، صرع مجله پیوند، مجموعه روانشناسی و علوم تربیتی، شماره ۱۶۲.

^۲ - محمد تقی بهجت؛ استفتاءات. جواد بن علی تبریزی، استفتاءات جدید. ناصر مکارم شیرازی، استفتاءات جدید. مجموعه آراء فقهی در امور حقوقی، مرکز تحقیقات قوه قضائیه، چاپ دوم.

این بیماری معمولاً به دو گونه تقسیم می‌شود که گونه اول مربوط به نوجوانان و در واقع نوعی خود ایمنی است و نتیجتاً دستگاه ایمنی بدن باعث خراب شدن بی‌مورد سلول‌های تولیدکننده‌ی انسولین می‌گردد، علت این بیماری، تاکنون مشخص نشده است و نوع دیگر این بیماری که مربوط به بزرگسالان و معمولاً متأثر از عوامل ارثی است در میانسالی رخ می‌دهد و علت آن مقاوم شدن سلول‌های بدن در مقابل انسولین است، شیوع این گونه از بیماری از گونه‌ی اول بیشتر بوده، به قراری که حدود نود تا نود و پنج درصد بیماران، مبتلا به این گونه از بیماری هستند.

تاکنون درمانی برای هردو گونه بیماری پیدا نشده لکن با مراقبت‌های لازم از طریق کنترل دقیق و طبیعی کردن قند خون، می‌توان باعث جلوگیری از اثرات ناشی آن در دراز مدت گردید و فرد بیمار از عمر طبیعی خود، برخوردار شود.^۱

به لحاظ عدم تسری این بیماری، قاعدتاً از عیب‌های موجب فسخ نکاح تلقی نگردیده، زیرا مشمول ادله‌ای همچون قواعد: لاضرر و تنقیح مناط، نمی‌شود به عبارت دیگر به خاطر مسری نبودن، حکم قاعده‌ی تنقیح مناط شامل آن نخواهد بود، همچنین به واسطه‌ی عدم ایراد ضرر و زیان به طرف مقابل، مشمول لاضرر نمی‌گردد.

نتیجه گیری:

ما حاصل مباحث مطروحه، ناظر بر این مطلب است که وجود و پیدایش عیوبی که فوقاً به قاطبه‌ی آنها اشاره گردید، باعث انفساخ زندگی زناشویی - با تمامی تقدس امر ازدواج و تاکیدات فراوان شارع مقدس بر حفظ محیط خانواده - می‌گردد. که آن عیوب از دیدگاه فقهی و حقوقی مورد بررسی کامل واقع گردید؛ خصوصاً عیوبی که تحت عنوان بیماری‌های صعب‌العلاج و نوظهور که محور اصلی این نوشتار است، از اهمیت بیشتری در مقام تحقیق و تدقیق برخوردار بوده‌اند. که در فصول بعدی نسبت به کیفیت و میزان تاثیر یا عدم آن در موضوع فسخ به صورت وافی اشاره خواهیم کرد.

^۱ - عیسی متقی زاده، دیابت، مجله رشد معلم، مجموعه روانشناسی، شماره ۲۲.

فصل سوم:

**بررسی أدله فقهی تسری و عدم تسری حق فسخ نکاح
در بیماری‌های جدید و صعب العلاج**

مقدمه:

در این فصل، بحث تسری یا عدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج را از منظر روایات و دیگر مبانی اجتهادی نظیر اجماع، شهرت و... و همچنین قواعدی همچون: لاضرر، لاحرج، اولویت و... را مورد مذاقه و بررسی لازم قرار خواهیم داد.

گفتار اول: بررسی ادله فقهی عدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

اکنون به بیان ادله‌ی عدم تسری عیوب موجب فسخ نکاح به بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج اشاره می‌شود:

۳-۱-۱- روایات

از دیدگاه مشهور مجتهدین، بر مبنای اخبار مأثوره از اهل بیت علیهم السلام، عیوب موجب فسخ نکاح حصری هستند و مستند آن‌ها نیز مقید بودن عیوب با لفظ «إنما» می‌باشد، چنان که در روایت حلبی از امام صادق (ع) آمده: **أَنَّه قَالَ: فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ إِلَى قَوْمٍ فَإِذَا امْرَأَتُهُ عَوْرَاءُ وَلَمْ يَبِينُوا لَهُ قَالَ لَا يُرَدُّ إِنَّمَا يُرَدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَفَلِ^۱** - که آن امام (ع) با لفظ **إنما** و رد نکاح را منحصر به چهار بیماری پسی، دیوانگی، خوره و عفل می‌داند و یک چشم بودن زن را، که سائل از آن بزرگوار پرسیده بود موجب فسخ نکاح نمی‌داند.^۲

همچنین در روایت دیگری امام (ع) در پاسخ به عبد الرحمان بن ابی عبدالله عیوب منجر به فسخ نکاح را صرفاً با بیان عبارت «فأما ما سوى ذلك فلا» محصور به همین عیوب چهارگانه می‌داند.^۳ در مقام پاسخ باید گفت:

علی‌رغم ورود ادات حصر در روایات فوق، از آن جا که امام (ع) در مقام ایراد جواب به پرسش سائل که بیماری‌های مذکوره را در سوال خود آورده است، بوده و این مطلب، مانع از تسری حکم فسخ به بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج - که خطرات بیشتری در مقایسه با بیماری‌های مطرح شده در متن روایات دارند - نمی‌باشد؛ به ویژه آن که با ملاحظه‌ی اموری همچون تنقیح مناط، وحدت ملاک حکم هم به دست می‌آید. مسلماً اگر از بیماری‌های شایع معاصر، در زمان امام (ع) وجود داشت و از محضر

^۱ - محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، جلد ۱۰۳، ص ۳۶۴. حسین نوری، مستدرک الوسائل، جلد ۲، ص ۶۰۲

^۲ - محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، جلد ۱۴، ص ۵۹۴.

^۳ - همان، ص ۵۹۶.

ایشان در مورد حکم مترتب بر آنها سوال می‌شد؛ حکم این بیماری‌ها هم در عداد همان بیماری‌های آمده در روایات، بیان می‌شد.

۳-۱-۲- اجماع:

اجماع مصطلح، در فقه، عبارت است از اتفاق نظر فقها بر حکمی شرعی در موضوع مشخصی و این امر، یکی از مستندات آنها بر عدم تسری حکم فسخ نکاح به بیماری‌های نوظهور «غیر منصوص در متن روایات» می‌باشد. چون در مذهب امامیه، معمولاً اجماع را کاشف از رأی معصوم (ع) می‌دانند.^۱ فقهای امامیه بر مبنای اجماع، همان چهار عیب منصوصه در متن روایات را که جنون، خصاء، جب و عنن «مختص مردان» و عیوب قرن، جذام، برص، افضاء، جنون، اقعاد و نابینایی «مختص زنان» را باعث فسخ نکاح می‌دانند.

در مقام رد ادعای اجماع بر عدم تسری عیوب باید گفت: با عنایت به آراء فقهای برجسته‌ای نظیر علامه حلی^۲ و شهید ثانی که عیوب دیگری را علاوه بر عیوب منصوصه در باب نکاح آورده‌اند؛ سقوط اجماع، در عدم تسری ملاحظه می‌شود. شایان ذکر است که شهید ثانی و بعضی از مجتهدین در این مورد، نظری خلاف نظر سایر فقها داشته و عیب‌هایی همچون جذام و پاره‌ی از دیگر عیب‌ها را در ردیف عیوب مشترک بین زوجین بر شمرده‌اند و حق فسخ را برای یکایک آنها قائل شده‌اند.^۳ بنابراین با نظر مخالف شهید ثانی و سایر مجتهدین متفق‌النظر در این اجماع، موضوعیتی ندارد.

۳-۱-۳- شهرت

عقیده‌ی مشهور مجتهدین بر این است که عیب‌های منتهی به فسخ نکاح، محصور در مواردی است که در روایات بیان شده است و لذا قائل به شهرت فتوایی در این باب هستند.^۴

^۱ - محمد رضا مظفر، اصول فقه، جلد ۱، ص ۹۳.

^۲ - حسن بن یوسف علامه حلی، قواعد الاحکام، ص ۶۸.

^۳ - زین الدین بن علی جبعی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الافهام، ص ۱۰۱.

^۴ - محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۵۸.

در مقام نقد این شهرت باید گفت:

قول مشهور مجتهدین، مبنی بر عدم تسری عیوب به غیر از موارد منصوصه، منافاتی با صدور فتوی در مورد سایر موارد مشابه ندارد کما اینکه بعضی از مجتهدین عظام نظیر آیت الله مکارم^۱ (حفظه الله) با توجه به اقتضای زمان و امور متعارف، حکم مربوطه را به بیماری‌هایی نظیر ایدز تسری داده‌اند.

۳-۱-۴- اصل لزوم عقد

یکی از مواردی که در این مقوله به آن استناد می‌شود، اصل موسوم به «اصاله اللزوم» است که در عقود اعم از معاملات و قراردادها، مبنای اولیه لزوم است و نتیجتاً به هنگام تردید در لازم بودن یا جایز بودن موردی از عقود یا معاملات، اصل لزوم مبنای تصمیم‌گیری می‌باشد.^۲

در مساله نکاح نیز همچون سایر عقود، زوجین که با پیمان زناشویی اقدام به تشکیل خانواده می‌نمایند؛ بر پایه‌ی اصل لزوم حفظ کیان خانواده و جلوگیری از تلاشی شالوده‌ی زندگی، لازم الاجراء است و بنابراین عقیده، بروز و ظهور عیب‌هایی در قالب بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج نمی‌تواند پیوند ما بین زوجین را گسسته سازد و لذا قائل بودن به عدم انحصار عیوب موجب‌ی فسخ نکاح به جز مواردی که در متن روایات آمده است، با این اصل منافات دارد و پرهیز از آن، لازم است و بر این پایه صرفاً با پیدایش دلیل خاص، می‌توان در موارد غیر منصوصه حکم لزوم را لحاظ نکرد که این دلیل در بحث مطروحه جایی ندارد؛ لذا از منظر قائلین به انحصار عیوب موجب‌ی فسخ نکاح، اصل لزوم علاوه بر دیگر دلایل دلیل مستقلاً بر حصری بودن عیوب می‌باشد.

در بیان رد این نظریه هم می‌توان گفت:

در مقام مواجهه‌ی این اصل با قواعدی همچون لاضرر - که از قدرت و استحکام بیشتری برخوردارند - توان رویارویی را ندارد چون بر خلاف لزوم پیروی از شرایط عقد در صورت عارض شدن ضرر به احدی از طرفین، قاعده‌ی لاضرر جاری و اصل لزوم از اثر می‌افتد.

۳-۱-۵- اصل استصحاب

در خصوص کیفیت ربط بین اصل استصحاب با عیب‌های مرتبط با فسخ نکاح آورده شده: این اصل شامل مواردی می‌شود که یا بیماری حادث شود، یا بر عیبی دلالت کند که در روایات به آن تصریح

۱ - ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیه، جلد ۱، ص ۱۰۲

۲ - سید محمد بجنوردی، قواعد فقهیه، جلد دوم، ص ۲۴۳.

نشده است که در این صورت دلالت بر فقدان حق فسخ نکاح می‌کند؛ لذا در صورت بروز بیماری غیر منصوص، استصحاباً اصل بر بقاء و رعایت لزوم عقد می‌باشد و تاثیری در ادامه‌ی نکاح ندارد.^۱ در رد جاری شدن اصل استصحاب در این مورد باید گفت: تمسک به این، اصل مادامی است که مغایر با دلیل معتبر دیگری نباشد؛ لذا در صورتی که قائلین به نظریه‌ی تسری عیوب فسخ نکاح، ادله‌ی متقن و معتناهی برای اثبات نظر خود داشته باشند، مستند قرار دادن استصحاب صحیح نمی‌باشد مثلاً بر اساس قاعده لاضرر دیگر جایی برای طرح اصل استصحاب، باقی نمی‌ماند.

در پایان این گفتار می‌توان گفت آنچه از مذاقه‌ی در دلیل انحصاری مجتهدین در ثبوت عدم تسری عیوب بر مبنای روایات مربوطه آمده است؛ بیشتر ناظر بر پاسخ معصوم(ع) بر مبنای سوال مطرح شده می‌باشد و این دلیلی بر عدم تسری حکم به بیماری‌های مشابه مطروحه در متن روایات نمی‌باشد و به طریق اولی بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج که از خطرات بیشتری برخوردار هستند؛ مشمول حکم وارده «حکم فسخ نکاح» هستند. لذا چگونه می‌توان قائل به جواز حق فسخ از ناحیه‌ی مرد در صورت بروز عیوبی همچون خوره، پیسی، عدم بینایی در زن شد، ولی در صورت وجود عیوب مزبوره در شوهر، زن قادر به استفاده‌ی از فسخ نکاح و حق طلاق نباشد؛ لذا این امر با روح عدالت در شریعت مقدسه سازگار نیست.

گفتار دوم- بررسی ادله فقهی تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

ازدواج یکی از ضروری‌ترین ارکان زندگی هر انسانی است و هدف از آن هم علاوه بر توالد و تناسل، دست‌یابی به آرامش و آسایش و پاسخ‌گویی به نیازهای جنسی و روحی انسان‌ها می‌باشد حال چنانچه بر اثر وقوع بعضی از مسائل و بروز مشکلات، این مهم با تهدید جدی مواجه شود به عنوان مثال در صورت حدوث برخی از بیماری‌ها برای همسر اعم از زن و مرد، کامیابی جنسی که از آن اصطلاحاً به استمتاع یاد می‌شود به مخاطره بیفتد و با چالش جدی روبرو گردد خصوصاً اطلاع به پاره‌ی از بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج که من حیث المجموع در گذشته وجود نداشته است؛ تعیین تکلیف طرف مقابل در این نوشتار و نحوه‌ی برخورد با این گونه چالش‌ها، هدف تدوین و گردآوری این مجموعه است. با توجه به پویایی مقوله‌ی اجتهاد و دخیل بودن دو عنصر زمان و مکان در آن که پاسخ‌گویی به شبهات و مشکلات حاد و بی‌سابقه از جمله اهداف و وظایف مندرج در آن است، پرداختن

^۱ - عبدالاعلی سبزواری، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۲۵، ص ۱۱۲

به بررسی موضوع از نظر فقهی و حقوقی حائز اهمیت و ضروری به نظر می‌رسد. در این مقام ذیلاً دلایل فقهی مبحث مورد کنکاش و واریسی واقع می‌شود.

۳-۲-۱- قاعده لاضرر

بر اساس قاعده‌ی موصوف به لاضرر و مجاز نبودن انسان نسبت به سوء استفاده از حق خود و اضرار به دیگران، بالتبع مرد مجاز است با متارکه، از ایراد ضرر به خود ممانعت کند؛ به عنوان مثال: در صورت ابتلاء زن به ایدز، مرد مجاز است از طریق طلاق او، از خود دفع ضرر نماید؛ در صورت عقیم بودن زن و یا عدم هماهنگی گروه خونی زوجین، برای رها شدن زن از حالت موجود، بر طبق دستورات اسلام، مرد، مجاز نیست که با استفاده‌ی ناصحیح از حق خود، موجبات ضرر به همسرش را فراهم کند بلکه اگر در صورت تداوم زناشویی، همسر متحمل زیان شود، اجازه دارد تا نسبت به فسخ پیمان زناشویی اقدام و متارکه کند و نسبت به برگزیدن همسر دیگری مبادرت کند و بلا تکلیفی برای زن سزاوار نیست.^۱ مضافاً اینکه عدم حق طلاق برای زن و همچنین جایز نبودن زن به اختیار کردن همسری دیگر در آن واحد، موجبات تحمل ضرر را برای او مضاعف می‌کند و چنانچه قائل به انحصار بر عیوب منصوصه در متن روایات شویم و تعمیم آن به بیماری‌های مهلک نوظهور و صعب‌العلاج، که علاوه بر سلب امکان زناشویی در بر دارنده‌ی مظنه‌ی وقوع در هلاکت و مرگ توأم با خفت و پر مشقت است، این امر، مخالف سیره عقلاء و تخطئه عقل است در حالی که عقل، یکی از مبانی شرعی استنباط احکام است و در چنین مواردی یعنی کشف و بروز بیماری‌های صعب‌العلاج، هیچ امری به جز حق فسخ نکاح، جبران کننده‌ی ضرر ناشی از آن نبوده و قابل پذیرش نمی‌باشد.

حتی افرادی که نسبت به تسری حکم فسخ ناظر به عیب‌های غیر منصوص انتقاد دارند؛ اثر ناشی از این مورد را درپاره‌ی از نظرات خود لحاظ کرده و مبنای اثر قرار داده‌اند که در اینجا برخی از تعبیرات فقهی آورده می‌شود:

۱- پذیرش حق فسخ توسط صاحب جواهر، بر مبنای ادله‌ی نفی ضرر البته بعد از ورود به بحث «جنون ادواری» که می‌فرماید:

ثبوت سلطه برای زنی که با توجه به وجود دیوانگی دائمی یا ادواری شوهرش، نسبت به آن بی‌اطلاع بوده، ناظر به فسخ نکاح، چه این که این دیوانگی، پیش از عقد یا مقارن آن بوده، بر پایه‌ی ادله‌ی

^۱ - مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۲۶۹

همچون لاضرر و غرور «فریفتگی» و تدلیس^۱ او و هکذا مسلم بودن حق فسخ در مورد رخ داد دیوانگی بعد از عقد و فرقی بین وقوع جنون، قبل از نزدیکی و بعد از آن را ملاک نمی‌داند.^۲

۲- در خصوص عارض شدن عنن بعد از نزدیکی گرچه اکثر مجتهدین ما قائل به عدم وجود حق فسخ برای همسر شده‌اند؛ لکن بعضی از آن‌ها به استناد «ضرر» معتقد به حق فسخ شده و آورده‌اند: «حادث شدن عنن بعد از نزدیکی یا وجود آن پیش از نزدیکی به خاطر ضرر مشترک یأس از نزدیکی موجب ایجاد حق فسخ برای زوجه می‌شود»^۳

۳- در خصوص جبّ «بریده شدن آلت رجولیت» آمده است به خاطر عدم وجود حق طلاق برای زن منحصرأً، فسخ تنها چاره‌ی برهم زدن حق ازدواج است؛ زیرا در اثر ورود جبّ در مرد و عدم فسخ حق همسرش، زوجه دچار خسران گردیده و آن هم در دین اسلام رد شده است.

بعضی از علمای ما با تعرض به این مورد آورده‌اند: «در صورت عدم ثبوت حق فسخ برای زن، ضرر پدید می‌آید و حال آن که در فرهنگ دینی ما ضرر، مردود است»^۴

با توجه به موارد فوق می‌توان گفت وجود مبنای حکم فسخ در عیب‌های منصوص، یعنی ضرر در برخی از بیماری‌ها مانند: ایدز و اچ پی وی و... به صورت کامل یا تقریباً کامل به چشم می‌خورد. بنابراین ثبوت حق اختیار فسخ نکاح در عیب‌های نوظهور و صعب‌العلاج بر طبق این قاعده حاصل می‌شود.

۳-۲-۲- قاعده لاجرح

از آن جا که هدف اصلی از ازدواج و پیوند زناشویی ایجاد قانون مهر و محبت خانواده و بر اساس دلالت قرآنی ایجاد آرامش می‌باشد؛ چنانچه این امر به تنافر مبدل شود و زندگی زوجین دچار عسرت شود، گسستن این چنین پیوندی، لازم است چون در صورت عدم برقراری ارتباط شایسته‌ی زوجین، تداوم چنین کانونی مفید فایده نیست و بعضاً امکان بروز مشکلات حادث‌تری وجود دارد و هیچ ضابطه‌ای قادر به نگهداری زوجین در یک خانه و وادار کردن آن‌ها به انجام وظایف زناشویی نیست؛ زیرا اساس بنیاد خانواده، بر مهر و الفت است، نه بر اجبار بر تداوم آن.^۵

۲- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۱۹

۳- همان، ص ۳۲۱

۴- زین الدین بن علی جبعی عاملی (شهیدثانی)، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۰۵

۵- یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ج ۲۴، ص ۳۴۹

۲- مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۲۸۳

همچنان که متفکر شهید استاد مطهری در تفسیر کریمه شریفه: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»^۱ دو راهکار را با استفاده‌ی از این آیه، برداشت و می‌فرماید: اصل کلی مستفاد از این آیه این است که شوهر در زندگی زناشویی، لابد از انتخاب یکی از این دو راه است یا انجام کلیه‌ی وظائف و حقوق مربوطه، کما هو حقّه، یا قطع پیوند زناشویی به نیکی است و راه سومی که دائر بر عدم نگهداری مناسب زن و یا عدم طلاق او در این جا موضوعیتی ندارد؛ بنابراین از نظر اسلام، شایسته نیست نگهداری زن، تا بر او ستم شود و بناء علی هذا ممکن است مفهوم گسترده تری در این باب وجود داشته باشد؛ که این عسرت و سختی دادن که از روی عمد باشد و چه غیر آن و در ما نحن فیه شوهر مبتلاء به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج، مجاز نیست تا با عذر خواهی همسر، خود را در تنگنا قرار دهد و همسر در این صورت می‌تواند با اثبات ضرر و لاجرح، نسبت به درخواست طلاق خود از حاکم اقدام کند.^۲

۳-۲-۳- روایات

روایات دال بر تجویز حق فسخ نکاح در بیمارهای نوظهور و صعب‌العلاج

۱) صحیحۃ حسن بن صالح از امام صادق (ع):^۳

حسن بن صالح در صحیحۃ خود می‌گوید از امام صادق پرسیدم: در مورد مردی که بعد از ازدواج با زنی متوجه‌ی وجود قرن در او می‌شود، امام فرمودند: در این صورت به لحاظ عدم قادر بودن زن بر حاملگی و همچنین نفرت شوهرش از نزدیکی با او، می‌تواند او را به خانوادش بازگرداند.^۴

۲) صحیحۃ حلبی از امام صادق (ع):^۵

امام صادق (ع) در قالب حدیثی راجع به مردی که همسرش مبتلای به برص یا عدم بینایی یا مسکنت «زمینگیری» شده، ازدواج کرده، دستور به بازگرداندن زن به خانواده اش و بازگرداندن مهریه به شوهرش

۱ - سوره بقره، آیه ۲۲۹ ترجمه: طلاق دارای دو جنبه است: شوهر همسر خود را به شایستگی نگه دارد یا به نیکی او را رها کند.

۲ - مرتضی مطهری، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۲۶۹

۳ - «قال: سألت ابا عبدالله ع عن رجل تزوج امراه فوجد بها قرناً قال هذه لا تحبل و يتقبض زوجها من مجامعتها ترد علی اهلها»

۴ - محمد حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۱۵

۵ - «و قال فی رجل تزوج امراه برصاء أو عمباء أو عرجاء قال ترد علی ولیها و یرد علی زوجها مهرها الذی زوجها علیه قال و إن كان بها ما لا یراه الرجال جازت شهادة النساء علیها»

داده است و همچنین در صورت وجود عیبی که از دید مردان، مخفی است اکتفا به شهادت زنان علیه زن پذیرفتی است.^۱

۳) بر اساس صحیح جعفر بصری از رسول اکرم (ص) که آن حضرت در قالب حدیثی امر کرده‌اند که از شخص مبتلا به خوره بگریز، بدان گونه که از شیر گریزانی.^۲

۴) از امام باقر (ع)^۳ در حدیثی از طریق ابو عبیده نقل شده است: چنانچه زنی که دچار نقص عقلی یا بیماری برص یا جنون یا افشاء و یا مرض مزمن نمایان تدلیس کند؛ بدون نیاز به طلاق، به خانواده‌اش باز گردانده می‌شود.^۴

۵) در روایت دیگری که ابن بکیر از طریق اصحاب خود از امام جعفر صادق (ع) می‌گوید:^۵ در خصوص مردی که با زنی ازدواج کرده که آن زن به جنون و برص و بیماری‌های مشابه آن اطلاع یافته، سوال کرده «تعیین تکلیف کردند» حضرت در پاسخ، ضامن بودن زن نسبت به مهر را، در مورد مرد مطرح فرموده‌اند.^۶ با توجه به روایات فوق، می‌توان دلالت آن‌ها را تا حدودی بر بحث تعمیم داد به این صورت که مضمون روایت اول بیانگر علت موضوع است یعنی همچنان که در بیماری قرن، امکان زناشویی وجود ندارد، هر بیماری خطرناکی هم که باعث سلب امکان زناشویی و پیدایش نفرت گردد؛ حق فسخ را برای زن پدید می‌آورد.

که روایت دوم نیز متضمن عیوبی است که شوهران معمولاً توانایی به رویت و اطلاع یافتن از آن را ندارند، که در این صورت به شهادت زنان علیه زن مبتلاء اکتفا می‌شود و مستفاد از روایت سوم هم که در آن پیامبر اسلام به فرار از همسر جذامی و هرگونه بیماری واگیر دار و زیان رسان فرمان می‌دهد؛ تردیدی نیست که این فرار، تنها با فسخ، میسر است بنابراین با عنایت به مدلول روایت، هر عیب مخاطره آمیز و قابل سرایت که رابطه‌ی زناشویی را تهدید کند، موضوعیت فسخ دارد.

۵- همان، ص ۲۱۸

۶- صدوق، من لایحضر الفقیه، ج ۳، ص ۵۵۷

۷- «ابی عبیده عن ابی جعفر (ع) فی حدیث قال: اذا دلست العقلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فانه تزرد علی اهلها من غیر طلاق.»

۴ - محمد حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۱، حدیث ۵ و باب ۲، حدیث ۱.

۵ - عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ابْنِ بُکَیْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ عَنِ الرَّجُلِ یَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ بِهَا الْجُنُونُ وَالْبَرَصُ وَ شَبَهُهُ ذَا فَقَالَ هُوَ ضَامِنٌ لِلْمَهْرِ.

۶ - محمد حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۲ از ابواب عیوب و تدلیس، حدیث ۳.

دو روایت اخیر نیز بر جواز فسخ نکاح توسط مرد، بدون نیاز به طلاق و در صورتی که آن زن مبتلاء به بیماری‌هایی نظیر جنون و برص و نقصان عقلی و افضاء و... باشد، دلالت دارند همچنین در چنین حالتی زن ضامن مهر بر مرد می‌باشد.

۳-۲-۴- تنقیح مناط

یکی از طرقی که باعث رشد و نمو فقه می‌گردد، ملاک تنقیح مناط است. قابلیت زنده نگه داشتن فقه و استخراج احکام مستحدثه بر قواعد فقهی و ملاک احکام مترتب است؛ حالا یا ملاک حکم در دلیل نصاً ذکر شده، مانند: قاعده معروف «الخمیر حرام لانه مسکر» در اینجا موضوع، خمر و حرمت، حکم آن و همچنین مسکر بودن به عنوان علت آن آمده است؛ در این گونه امور، تسری حکم مورد نظر به سایر موارد که ملاک منظور ثابت باشد، امکان دارد که در نزد علمای اصول به قیاس منصوص العله معروف و در حجیت آن حرفی نیست؛^۱ و هکذا در صورت ثبوت علت منصوص در سایر موارد که البته از شدت و قوت برخوردار باشد؛ که علمای اصول به آن قیاس اولویت گفته و گاهی آن را به منزله‌ی مفهوم موافق یا فحوای خطاب می‌دانند.^۲ اما پاره‌ی از موارد فاقد بیان ملاک حکم در دلیل بوده و به اصطلاح فقیه، ملاک مزبور را از راه اجتهاد استنباط می‌کند و قدرت عقل در فهمیدن ملاکات احکام در این گونه موارد، تجلی یافته و مورد پذیرش بیشتر اصولیین می‌باشد. با تامل و ژرف نگری در پاره‌ی از روایات موجود، می‌توان به برخی از ملاکات احکام در این خصوص راه یافت؛ این ملاکات عبارتند از:

- عدم قابلیت زایمان و انقباض و تنفر از نزدیکی^۳

- ناتوانی بر مجامعت^۴

- ترس از سرایت بیماری حاد و خطرناک همسر

بنابراین از منظر تنقیح مناط و همچنین الغای خصوصیت از بیماری‌های فوق‌الاشاره که نتیجتاً حق فسخ را محدود و منحصر به بیماری‌های مذکوره در متن روایات نمی‌داند و با عنایت به اینکه بر اساس قاعده‌ی اولویت، بیماری‌های صعب‌العلاج و نوظهور، علاوه بر ایجاد زیان و حرج برای همسر به مراتب شدیدتر و مخاطره‌آمیز تر نسبت به عیب‌های مندرج در متن روایات هستند؛ لذا چون ایجاد

۳- محمد رضا مظفر، اصول فقه، ص ۵۶۰

۱- همان، ص ۵۶۲

۲- محمد حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۱ از ابواب عیوب و تدلیس، حدیث ۲.

۳- محمد حسن حرعاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب ۱، باب ۱۴ احادیث ۱، ۳، ۴، ۸، ۱۳.

ارتباط زناشویی موثرترین عامل در ابتلای همسر به این امراض می‌باشد و از طرفی علی‌رغم بهره‌گیری از ابزار پیشگیری، خطر ابتلاء همچنان پایدار می‌ماند و از آن گذشته با نفی امکان ابتلاء همسر، از نعمت توالد و تناسل بی‌بهره می‌ماند؛ بناء علی‌هذا با ملاحظه‌ی تمامی جوانب و خوف هلاکت در صورت ادامه‌ی زناشویی مسلماً طرف مقابل، مایل به زندگی در چنین وضعی نمی‌باشد.

به عنوان مثال: با نگرش در حدیث شریف پیامبر (ص): «فِرَّ مِنَ الْمَجْذُومِ فِرَارَكَ مِنَ الْأَسَدِ» که پرهیز از شخص جذامی را مانند گریختن از چنگال شیر واجب می‌داند، به ملاک فرار پی برده و می‌توان حکم لازم را از آن به دست آورد، لذا از نظر فقها، چون جذام از بیماری‌های قابل تسری و زیان‌آور است، امر نبوی بر آن مقرر شده، پس از منظر تنقیح مناط، همین علت در سایر مبتلایان به بیماری‌هایی نظیر اچ پی وی و هپاتیت نیز جاری است، لذا پرهیز از شخص مبتلابه، لازم است و از آن جا که پرهیز از مبتلایان به بیماری‌های مسری تنها در سایه‌ی عدم ملاقات و نزدیک شدن به آن‌ها میسر است، در امر ازدواج هم این امر در قالب طلاق، تجلی یافته است و از آن جا که زن، اختیار طلاق ندارد می‌توان از باب «الغای خصوصیت» این حکم را یعنی حق جدایی و طلاق را به او تسری داد.

شهید ثانی در «کتاب الروضه» خود، جذام را مرضی می‌داند که سبب ریزش گوشت بدن می‌شود و به خاطر اطلاق عموم فرموده‌ی امام ششم (ع) در صحیح‌هی حلبی: «إِنَّمَا يَرُدُّ النِّكَاحُ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَالْجُنُونِ وَالْعَقْلِ» این عیوب در مورد مرد و زن یکسان است؛ مگر در جایی که صراحتاً به یک نفر نسبت داده شود.^۱

بنابراین با استناد به یافته‌های علمای اصول، در صورت استنباط علت حکم، تسری آن به سایر قلمروها اعم از عبادات و معاملات، می‌توان از آن در مورد عیوب منتهی به فسخ نکاح، استفاده کرد؛ و آن را محدود به موارد آمده در متن روایات نکرد و اعتقاد داشت که بیماری‌های مستحدثه‌ی صعب‌العلاج، می‌تواند از مصادیق آن باشد.^۲ مستفاد از فحوای مباحث فوق‌الاشاره، این است که در پرتو پیشرفت‌های علم طب عیوب مورد نظر قابل درمان باشند؛ طبیعتاً حق فسخی نخواهد بود چون علت بیماری‌های منتهی به حق فسخ مادامی معتبر است که آن بیماری قابل درمان نباشد؛ یا در صورت امکان درمان صرف نظر از تحمل هزینه‌ی گزاف و مشقت‌های مترتب بر آن - همچنان که از وجه تسمیه‌ی آن به «صعب‌العلاج» بر می‌آید - خطر ناشی از مقاربت، همچنان پا برجا می‌ماند.

۱- زین‌الدین بن علی جبعی عاملی (شهیدثانی)، مسالک الافهام، ج ۵، ص ۳۸۰-۳۸۳

۲- همان

۳-۲-۵-قاعده اولویت

با توجه به قابلیت تسری عیوبی همچون جذام و برص که موجب حق فسخ نکاح است، در بیماری‌های جدید مانند: اچ پی وی که علاوه بر امکان سرایت، خوف تلف شدن در آن است، متضمن هلاکت نیز هستند بر اساس قاعده‌ی اولویت، حق فسخ وجود دارد و هکذا در مقایسه با عیوب دیگری همچون قرن.^۱

بنابراین تعبدی در عیب‌های احصاء شده‌ی موجهی فسخ نکاح توسط فقها وجود ندارد؛ بلکه با استنباط ملاک آن عیوب، به طریق اولی بیماری‌های صعب‌العلاج فعلی که از شدت و خطرناکی بیشتری برخوردارند؛ در آن‌ها نیز جاری و ساری است.

۳-۲-۶-سیره و بناء عقلاء

در صورت ابتلاء یکی از زوجین به بیماری صعب‌العلاج و قهراً ایجاد عسر برای طرف دیگر که تحمل زندگی زناشویی وجود نداشته باشد؛ عقلاء به حسب متعارف، حکم انفساخ را در چنین پیوندی جاری می‌دانند، چون اصطلاحاً از مقوله‌ی «تکلیف ما لا یطاق» است و این امر، باعث عسر و حرج می‌گردد.

۳-۲-۷-منافات با هدف نکاح

از آن‌جا که بر اساس دلالت آیه ۲۱ شریفه‌ی سوره مبارکه روم، حکمت الهی در امر ازدواج، ناظر بر مودت و احساس آرامش است و ادامه‌ی زیستن با بیماران مبتلاء به امراض صعب‌العلاج، علاوه بر سلب آرامش، محیط زندگی را نفرت‌انگیز و دلهره‌آور می‌کند؛ وانگهی هدف غایی در پیوند زناشویی که توالد و تناسل و پاسخ‌گویی به نیازهای جنسی می‌باشد؛ در چنین وضعیتی، سالبه‌ی به انتفاء موضوع است؛ لذا در فرض موصوف، سایر جهات یا ابعاد مترتب بر امر ازدواج، منتفی است.

نتیجه‌گیری:

بر اساس مواردی که مشروحاً در این فصل در معرض نقد و تأمل قرار گرفت و دلایل هر دو دیدگاه قائلین به تسری و یا عدم تسری حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج در بوته‌ی ارزیابی و نقادی واقع گردید؛ نهایتاً نظر مختار بر تسری ادله‌ی موجهی فسخ نکاح، ناظر بر بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج، مقرر و مبانی اثباتی موضوع در محل خود تقریر یافت. به بیان دیگر بیماری‌های جدید

۳- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۳۴۴.

و صعب العلاج و بعضاً در مرز لاعلاج متداول در عصر حاضر، به مراتب شدیدتر و خطرناک‌تر از امراض منصوصه و مأثوره در متن روایات وارده از معصومین (ع) هستند؛ که در فصل مذکور حقانیت موضوع محرز و مشخص گردید.

فصل چهارم:

بررسی أدله حقوقی حق فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب العلاج

مقدمه:

در فصول قبلی مباحث مربوط به ادله‌ی فقهی موضوع، مورد تحقیق بحث و بررسی لازم به عمل آمد در این مقام شایسته است، به لحاظ ضرورت و تناسب امر نسبت به بیان ادله‌ی حقوقی ما نحن فیه اقدام گردد و مواد قانون ذی ربط، مورد تعرض و واکاوی قرار گیرد تا با دقت نظر کافی در جوانب امر، مطلب از هر دو جهت شرعی و اجتماعی (فقهی و حقوقی) مورد پژوهش واقع گردد.

گفتار اول: (قانون مدنی، ماده ۱۱۳۰)

به موجب مدلول ماده ۱۱۳۰ ق.م، از جمله موارد تجویز طلاق، بیماری‌های صعب‌العلاج و قابل تسری بوده این ماده در سال‌های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ مشمول اصلاحیه گردیده؛ اما قوانین مربوطه فعلی، فاقد مصداق‌های عسر و حرج بوده و صرفاً در تبصره‌ی الحاقی این ماده مزبور که در سال ۱۳۸۱ به تصویب رسیده است، به ذکر پنج نمونه از مصداق‌های عسر و حرج اشاره شده است.

امعان نظر در علت تکوین ماده‌ی فوق‌الاشاره، یعنی قاعده‌ی عسر و حرج، بیانگر توقف حاکمیت این ماده بر وجود و ثبوت عسر و حرج است؛ همچنان که عبارت «..موجب عسر و حرج زوجه...» مؤید این مطلب است. تشتت آراء در تعیین مصادیق عسر و حرج و سکوت ماده‌ی مورد بحث، باعث گردید قانون‌گذار، در مقام چاره‌جویی، به طرح الحاق تبصره‌ی به ماده‌ی مورد بحث پردازد و تبصره‌ی مذکور، توسط مجمع تشخیص مصلحت در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۲۹ مصوب شده است.

تبصره مزبور در راستای تعیین تمثیلی از عسر و حرج آورده است «یک تبصره به شرح ذیل به ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م ملحق می‌شود.» که ذیلاً عین ماده‌ی ۱۱۳۰ ق.م و تبصره‌ی الحاقی آن جهت تأیید مطلب آورده می‌شود:

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.

تبصره: عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه‌ی زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج، محسوب می‌گردد:

۱- ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال، بدون عذر موجه.

۲- اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلا وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی، خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد، لازم بوده است.

۳- محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴- ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج، که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵- ابتلای زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه‌ی صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

مصادیق آورده شده در قانون فوق، منافاتی با صدور حکم طلاق توسط دادگاه‌ها در دیگر مواردی که ثابت کننده‌ی عسر و حرج زن باشد، ندارد. به علاوه دادگاه‌ها قادر خواهند بود که هر مورد سخت و طاقت فرسا برای زن را از مصادیق‌های عسر و حرج دانسته و نسبت به صدور حکم طلاق برای او اقدام نمایند. در این‌جا، طرح این مطلب ضرورت دارد که آیا مبتلا شدن هریک از زن و شوهر به امراض نوظهور و صعب‌العلاج، از مصادیق عسر و حرج و مجوز فسخ نکاح می‌باشد؟ در مقام جواب گفتنی است چنانچه مبتلا شدن هریک از زن و شوهر تداوم زندگی را برای همسرش توأم با سختی و غیرقابل تحمل نماید؛ مورد مذکور از جمله مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد، لکن عسر و حرج پیش آمده، مجوزی برای فسخ نکاح نمی‌باشد؛ زیرا قانون، حق طلاق را برای زن و شوهر در چنین شرایطی در نظر گرفته است؛ لذا با مبتلا شدن هریک از زن و شوهر به بیماری‌های نوظهور صعب‌العلاج، طرف دیگر می‌تواند ضمن ثابت کردن عسر و حرج از تداوم زندگی، تقاضای طلاق را تسلیم دادگاه نموده و لذا نمی‌تواند رأساً به فسخ نکاح مبادرت ورزد.

گفتار دوم: قانون مدنی (ماده ۱۱۲۱، ۱۱۲۲، ۱۱۲۳)

ماده ۱۱۲۱:

جنون هریک از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.

ماده ۱۱۲۲:

عیوب زیر در مرد، موجب حق فسخ برای زن خواهد بود:

(۱) خصاء

(۲) عنن، به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.
(۳) مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

ماده ۱۱۲۳:

عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود.

(۱) قرن

(۲) جذام

(۳) برص

(۴) افضاء

(۵) زمین‌گیری

(۶) نابینائی از هر دو چشم

پاره‌ی از امراض که ابتلاء به آنها مجوز فسخ نکاح برای طرف مقابل است، در مواد ۱۱۲۱، ۱۱۲۲ و ۱۱۲۳ ق.م به آنها اشاره شده است؛ شایان ذکر است که برخی از این امراض صرفاً متعلق به زن یا مرد و برخی دیگر، مشترک بین آنها می‌باشد.

عیوب مشترک بین زوجین عبارت است از عیوبی که در صورت پیدا شدن در هریک از زن و شوهر موجب ایجاد حق فسخ برای دیگری خواهد بود؛ ذکر این نکته، ضروری است که قانون مزبور در تبعیت از آراء مجتهدین، صرفاً مرض مجنون را، بیماری مشترک بین زن و مرد دانسته و حق فسخ نکاح را برای طرف مقابل محقق می‌داند. ^۱صرف نظر از تفاوت موجود در احکام جنون در زن و مرد، حمایت بیشتر قانون‌گذار از زنان، در این مورد کاملاً ملموس است و این امر، جبران‌کننده‌ی محرومیت زن از حق طلاق می‌باشد و او می‌تواند در صورت مبتلا شدن مرد به جنون و عنن و لو پس از وقوع عقد با استفاده از حق فسخ نکاح، نسبت به تقاضای طلاق اقدام نماید. ^۲

گرچه بر اساس ماده ۱۱۲۳ ق.م امراضی همچون خوره، پیسی، زمین‌گیری، کوری به عنوان بیماری‌های مختص زنان دانسته شده و بالطبع وجود این امراض در شوهر، نمی‌تواند علتی برای زن جهت استفاده

^۱ - ماده ۱۱۲۱ ق.م.

^۲ - مواد ۱۱۲۴ و ۱۱۲۵ ق.م.

از حق فسخ باشد، لکن توجیهی بر خصوص رعایت عدالت در این مورد به حسب ظاهر وجود ندارد چون اولاً: امکان مبتلا شدن به این بیماری‌ها در زوجین یکسان است و ثانیاً: در صورت مبتلا شدن مرد به این بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج، طبعاً آثار سوء ناشی از آن به مراتب بیشتر از مبتلا شدن زنان است؛ چون تأمین معاش خانواده، معمولاً توسط مردان انجام می‌پذیرد و برخورداری از حق طلاق برای مردان بر اساس ماده ۱۱۳۳ ق.م، در صورت ابتلاء زنان به این بیماری‌ها مرد، قادر خواهد بود با استفاده از فسخ نکاح، آثار مترتب بر عقد را از خود دور سازد، در صورتی که زن به لحاظ عدم اختیار طلاق، در صورت ابتلاء شوهرش به این گونه بیماری‌ها، چنانچه فاقد حق فسخ باشد ناچار به تحمل زندگی مؤلمه و رنج‌آوری باشد که به خاطر سایه افکندن ابتلاء مرد به این گونه بیماری‌ها، طبیعتاً به جای لذت بردن از زندگی و احساس آرامش، مصیبتی دائم و دلهره‌آور او را تهدید می‌کند.

و این که قائل شویم که زن برای نجات خود از وضعیت فوق‌الاشاره، قادر به استفاده‌ی از طلاق خلع می‌باشد و استفاده‌ی از حق فسخ نکاح برای او در چنین شرایطی، موضوعیتی ندارد، سخنی منطبق بر واقعیت و منطق نیست؛ چون طلاق خلع برخلاف ماهیت ظاهری خود در قالب عقود معاوضی واقعیتی غیر معاوضی دارد و همیشه با خواست شوهر، تحقق می‌یابد گرچه قصد وی حاکی از دریافت مال از زن باشد و لذا محقق شدن طلاق خلع متوقف به خواست شوهر و قبول فدیة بوده و در صورت توافق شوهر با این امر، عملاً طلاق خلع، منتفی است؛ لذا چنانچه شوهر به بیماری‌های صعب‌العلاج همچون خوره و پیسی مبتلا شود و از طرفی با درخواست طلاق خلع مخالفت ورزد به علاوه محروم بودن زن از حق فسخ نکاح، به ناچار وی محکوم و مجبور به تحمل وضع طاقت فرسا و مشقت بار زندگی نابهنجاری می‌باشد؛ که این مطلب، با عدالت اسلامی مغایر است و لذا استفاده از حق فسخ نکاح در چنین مواردی، باید در قوانین مربوطه گنجانده شود.^۱

بیان این مطلب لازم است که وجود عیب زن به هنگام عقد و عدم اطلاع مرد از آن مجوز حق فسخ برای مرد می‌باشد.^۲

^۱ - علوی قزوینی، سید علی، نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نامتعادل زوجین در برخورداری از حق فسخ نکاح، پژوهش زنان، دوره ۳، شماره ۱، صفحه ۷۸.

^۲ - مواد ۱۱۲۴، ۱۱۲۶ ق.م.

نتیجه گیری

به حسب ظاهر آراء مشهور مجتهدین شیعه و حقوق دانان، حکایت از انحصار موارد موجهی فسخ در متن قانون بوده و بنابراین با توجه به اهمیت و تقدس کیان خانواده و حرمت آن نمی توان به خاطر موارد دیگر غیر آنچه در متن قانون و روایات به آنها اشاره شده است کانون زندگی زناشویی را در معرض تهدید قرارداد و یکی از موارد مورد تمسک و قابل استناد در این زمینه را اصل لزوم می دانند که زوجین را ناگزیر از رعایت آن می دانند که البته در مباحث پیشین نسبت به تعرض و رد آراء قائلین به این امر مبادرت گردید. لذا پیروان اندیشه سابق الذکر معتقدند که وجود عیوبی همچون HIV، HPV و دیگر عیوب ناشی از بیماری های صعب العلاج، نمی تواند علتی بر ایجاب فسخ نکاح باشد و نیز اعتقاد دارند علت احصاء و تحدید عیوب مورد نظر در قانون مدنی، حکایت از عدم تمثیلی بودن عیوب و همچنین عدم تسری بر دیگر عیوب مشابه می باشد؛ زیرا بر اساس اعتقاد آنها به جز عیوب مذکوره با وجود سایر عیوب، استمتاع حاصل می شود و سایر عیوب علاوه بر این که در متن روایات نیامده اند؛ اجماعی هم بر آنها حاصل نگردیده است؛ لکن خدشه دار بودن این نظریه، هنگامی ملاحظه می شود که بدانیم استمتاع تمامی آرمان و هدف نکاح نیست هرچند اگر منظور از نکاح را صرفاً در استمتاع بدانیم بیزاری ناشی از وجود عیوب مورد بحث در یکی از زوجین، مانع از حصول آرامش و رحمتی است که علت اصلی تشکیل خانواده از نظر شریعت مقدسه می باشد و لذا با ملاحظه ی جمیع جهات آمده در قانون حصری بودن عیوب و عدم تسری فسخ نکاح به عیوب غیر مذکوره در متن قانون، کاملاً ملموس است؛ گرچه این تحدید عیوب و حصری دانستن آن نظری غیر صائب و غیر قابل پذیرش است؛ کما اینکه در محل خود با آوردن دلائل لازم و کافی نسبت به غیر مقبول بودن آن مبادرت شد.

فصل پنجم:

قواعد عمومی و آثار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

مقدمه:

آثاری بر مورد فسخ نکاح، مترتب است همچون سایر مسائل حقوقی که کنکاش همه جانبه پیرامون آن لازم است؛ لذا در این وجیزه، بیان قاعده‌های کلی فسخ نکاح و آثار ناشی از آن ضرورت دارد که مشتمل بر دو مبحث مالی و غیر مالی می‌باشد.

گفتار اول: حقوق رضائی بودن فسخ

به لحاظ آن که فسخ از مقوله‌ی ایقاع است و فسخ نکاح برای زوجین، در صورت پیدایش موارد مربوطه وجود دارد، لذا تحقق آن با هر بیان یا عملی که دال بر آن باشد، محقق می‌شود و در این خصوص مانند طلاق، تابع مقررات و ضوابط خاصی نیست.^۱ اکنون در صورت اقدام یکی از زن و مرد نسبت به فسخ نکاح، این سوال پیش می‌آید که آیا اعلام اراده‌ی خود در این مورد، لازم است یا نیازی به آن نیست؟ از منظر دکتر امامی پاسخ منتفی است یعنی ملزم به اعلام مورد به طرف مقابل نمی‌باشد.^۲

گفتار دوم: نتایج غیر مالی مترتب بر فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

با توجه به اینکه بارزترین نتیجه‌ی فسخ، اتمام زمان عقد است؛ لذا آثار آن مرتفع می‌شود بنابراین اصلاً تاثیری نسبت به زمان قبل، هم ندارد به عنوان مثال: در صورت حامله شدن زن از شوهر خود موارد مترتب بر حلال زادگی، نسبت به جنین، جاری و آثار فسخ نکاح در این مورد راهی ندارد.

۵-۲-۱- ساقط شدن و انتقال خیار فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

باتوجه به قابلیت ساقط شدن همه‌ی حقوق از جمله خیار فسخ، دارنده‌ی آن مجاز به ساقط کردن یک طرفه‌ی آن است یا اینکه ساقط شدن آن را هنگام پیوند زناشویی شرط می‌نماید و بنابر مدلول ماده‌ی ۱۱۲۶ قانون مدنی که اطلاع زن و مرد را به وجود عیب، رافع حق فسخ ندانسته است، استنباط می‌شود که تقنین، در این موارد، ربطی به نظم عمومی ندارد، و تنها تحقق این حق، توسط زوجین است و قابلیت انتقال ندارد.

^۱ قانون مدنی، م ۱۱۳۲

^۲ - حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۵۴۶؛ جهت مطالعه بیشتر به ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، ص ۱۸۹؛ ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)، ص ۱۹۱؛ ناصر کاتوزیان، دوره حقوق مدنی (خانواده)، ص ۲۰۰، روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ص ۲۹۴؛ حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۵۴۲؛ روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ص ۲۹۳، ابوجعفر نجم‌الدین جعفر بن الحسن حلّی، شرایع الاسلام، ص ۵۶۶، ۵۶۷.

در خصوص اینکه حق فسخ از نوع حقوق مالی است یا غیر مالی، اختلاف نظر وجود دارد و نظریه‌ی غیر مالی به لحاظ عدم قیاس نکاح با دیگر عقدها و معامله‌ها ترجیح دارد.^۱

۵-۲-۲-عده فسخ نکاح

عده، از ماده‌ی عدّ یعدّ به معنای شمارش و در اصطلاحات فقهی، به معنای مدت زمانی است که زن باید برای ازدواج مجدد، شکیبایی ورزد.^۲

همچنان که مرحوم علامه‌ی حلی در این باب معتقد است: «مدت زمانی که پس از منحل شدن پیوند زناشویی اعم از مرگ شوهر یا طلاق، زن ملزم به صبر و عدم اقدام به ازدواج مجدد است را، عده می‌نامند.»^۳

هدف از رعایت عده نیز، بیشتر ناظر بر اطمینان نسبت به پاک‌ی رحم از نظر وجود فرزند است گرچه در دنیای امروزی با توجه به پیشرفت‌های پزشکی، وقوف بر این امر، امکان دارد و در این خصوص، بنابر اتفاق نظر فقهاء، استثنایی وجود ندارد.^۴

از نظر رعایت عده در فسخ نکاح با عده‌ی طلاق، همانندی وجود دارد و علت آن هم، اجتناب از وقوع مشکل در آمیختگی نسل می‌باشد؛ لذا قانون مدنی، عده‌ی فسخ نکاح را، همانند عده طلاق دانسته (سه طهر پاک‌ی) است مگر در مورد وقوع یائسگی که زمان عده در آن، سه ماه است؛^۵ که البته این مورد ناظر، بر نکاح دائم است؛ اما در نکاح غیر دائم، در مدت عده‌ی فسخ نکاح، بین فقهاء، وحدت نظر، وجود ندارد و نهایتاً طبق قانون جاری، عده طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و پایان یافتن آن در خصوص زن باردار، تا زمان زایمان است.^۶

بنابراین تفاوت موجود بین مدت عده فسخ و طلاق، منحصر به فسخ نکاح موقت است و علی‌رغم یکسان بودن مدت عده و طلاق در ازدواج دائم، احکام آن‌ها با یک دیگر دارای فرق است به عنوان مثال: امکان آغاز نمودن مجدد زندگی زناشویی در طلاق رجعی بدون احتیاج به عقد مجدد، بر خلاف فسخ نکاح که در صورت اراده بر ادامه‌ی زندگی، نیازمند تجدید عقد است.^۷

۱ - ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن حلی، شرایع الاسلام، ص ۵۶۶

۲ - علی اکبر دهخدا، همان کتاب، ببر وازه عدت

۳ - یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ج ۲۵، ص ۳۹۱

۴ - محمد کاظم طباطبایی، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۳

۵ - قانون مدنی، ماده ۱۱۵۱.

۶ - قانون مدنی، ماده ۱۱۵۳.

۷ - سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ج ۱، ص ۳۷۶

حضانة مأخوذ از «حضانة» و به معنای به سینه چسباندن مادر کودکش را که کنایه از در آغوش گرفتن است، می باشد و از این رو حاضنه به متصدی تربیت کودک اعم از جسمی و روحی اطلاق می شود. در واژگان مدنی «حضانة» تربیت جسمی و روحی کودکان است که معمولاً بر عهدهی پدر و مادر و خویشاوندان کودک است و لذا این امر، دایر مدار مقوله های مادی و معنوی است.^۱ چنانچه پیوند زناشویی توسط یکی از طرفین فسخ شود، مسلماً تکلیف اطفالی که از این ازدواج پدید آمده است، باید مشخص شود؛ که این امر، بیشتر ناظر بر آثار غیر مالی فسخ و طبق قانون تا هفت سال به وسیلهی مادر و بعد از آن توسط پدر مدیریت می شود، لکن قاطبهی فقهای معاصر، اتمام دورهی حضانة مادر بر پسر را دو سال و بر دختر را هفت سال می داند و بعد از آن طفل، در اختیار پدر قرار می گیرد؛ اما در صورت ازدواج مجدد زن با شوهر دیگر در زمان حضانة، این حق از او گرفته خواهد شد.^۲

شایان ذکر است که فقهای متقدم در این خصوص دارای تشنّت آراء هستند، به این تعبیر که برخی از آنان اتمام حضانة کودک پسر را هفت سال و دختر را نه سالگی دانسته اند و پارهی دیگر برای مادر صرف نظر از دختر یا پسر بودن کودک، حق حضانة را تا زمان بلوغ دانسته اند.

در اینجا به بررسی این نظرات اشاره ای می شود:

مرحوم شیخ صدوق، مستنداً به نظر علامه حلی^۳، حق حضانة را مطلقاً با مادر می داند، مادامی که شوهر نکرده باشد؛ و مبنای نظر خویش را بر این روایت استوار می کند: «سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل طلق امرأته و بینهما ولد، ایهما أحقّ به؟ قال: المرأه ما لم تتزوج؟»^۴ که محق بودن پدر در امر حضانة را بر مادر، مادامی که شوهر دیگری اختیار نکند، بیان فرموده است.

مرحوم شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر نیز این نظر را اشهر آراء میان فقهاء دانسته و آن را ما حصل جمع بین دلالت روایات مربوطه دانسته است.^۵

۱ - محمدجعفر جعفری لنگرودی، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸، شماره ۶۰۸۰، ص ۱۶۶۶ و ۱۶۶۷

۲ - ظاهراً حکم ماده ۱۱۷۰؛ قانون مدنی نیز براساس همین نظریه مشهور فقهای معاصر تدوین شده است.

۳ - حسن بن یوسف حلی، مختلف الشیعه، ج ۷، همان، ص ۳۰۷، ابن فهد حلی، المهذب البارخ، ج ۳، همان، ص ۴۲۶، ۱۳۶۳، محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۱؛ یوسف بحرانی، الحدائق الناظره، ج ۲۵، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۱، ص ۸۸

۴ - علی بن بابویه (شیخ صدوق)، من لایحضره الفقیه، ج ۳، همان، ص ۲۷۵، باب ۱۲۷

۵ - محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰ و ۲۹۱

در مورد کنکاش این دو گونه از احادیث می‌توان گفت که صرف نظر از اطلاق روایات بر فرزندان، به اقتضای جمع ما بین آنها، که آن بزرگوار، از آن به جمع تبرعی تعبیر کرده است می‌توان روایات گونه‌ی نخست را در مورد پسران و گونه دوم را مختص دختران دانست و بناءً علی هذا تعارض ظاهری نیز حل می‌شود.

لازم به یادآوری است که آن بزرگوار اجماع منقول و دلیل اعتبار را برای نظر خود آورده است.^۱ امام خمینی در کتاب شریف تحریر الوسیله خود با قبول رأی صاحب جواهر، حق حضانت کودک اعم از دختر و پسر را تا سن دو سالگی برای مادر می‌داند و پس از دو سالگی در صورتی که کودک پسر باشد، حق تقدم با پدر و اگر دختر باشد، تا هفت سالگی با مادر است و بعد از آن این حق، به پدر منتقل می‌شود.^۲

اکثر علمای متأخر نیز این رأی را پذیرفته‌اند و قانون مدنی نیز، مبنای حکم خود را در قالب ماده‌ی ۱۱۶۹ مستند به این رأی دانسته است. فقط رأی مرحوم آیت الله خوئی که در تضاد با نظر مشهور و ناظر بر اولویت حق حضانت کودک اعم از پسر یا دختر تا هفت سالگی با مادر است، می‌باشد.

۵-۲-۴- واکاوی در روایات حضانت

با توجه به مباحث قبلی روایات راجعه‌ی به حضانت به دو گروه منقسم می‌گردد و آن عبارت است از: شیخ کلینی به نقل از امام صادق(ع) آورده است که آن حضرت در تفسیر آیه مبارکه‌ی «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ...» که حق حضانت را بالسویه برای والدین می‌داند، ولی پس از اتمام دوره‌ی شیرخواری، پدر بر حضانت مقدم است؛ همچنین مرحوم شیخ صدوق به طرق صحیح از امام ششم(ع) نقل می‌کند که آن حضرت جواباً به یکی از اصحاب، که از تکلیف حضانت کودک خود از همسر مطلقه‌اش سوال کرده بود، پاسخ دادند: در صورت تمایل مادر، تا هفت سالگی کودک در خصوص حق نگهداری اولی است.^۳

^۱ - همان

^۲ - محمد بن حسن حر عاملی، همان کتاب، ج ۲، ص ۲۷۹، مسئله ۱۷

^۳ - محمد بن حسن حر عاملی، همان کتاب، ج ۳۱، ص ۴۷۱

۵-۲-۴-۱- بررسی روایت

علمای پیشین، در این زمینه با هم وحدت نظر ندارند، به گونه‌ی که مرحوم نجفی آن را «خبر» دانسته^۱ که دلالت بر ضعیف بودن سند حدیث، دارد؛ ولی از دیدگاه علامه مجلسی «موثقه»^۲ و از نظر شهید ثانی موسوم به «موقوف» است؛^۳ وجه آن را نیز به لحاظ واقفی مذهب بودن داود بن حصین لحاظ کرده که احدی از روایت این حدیث است^۴ و در این راستا، مرحوم صاحب مدارک نیز حدیث مزبور را از نوع صحیح ندانسته است.^۵

همچنین در این باب، روایات مشابهی در کتب روایی مانند: مستدرک الوسائل به نقل از درآئالی و مستطرفات السرائر از ابن ادریس حلی و نظائر آن آمده است.

۵-۲-۴-۲- بررسی آراء مذکوره

الف- در کلام امام (ع) به خاطر عدم تفکیک میان پسر و دختر، اطلاقی - که باعث تعارض میان دو مورد مذکوره باشد - وجود نداشته و لذا تخصیص حکم، امکان ندارد.

ب- روایات مورد بحث بیانگر موضوع شیر دادن است و ربطی به حضانت و نگهداری کودک ندارد.

ج- در مورد ادعای اجماع، با توجه به آراء مخالف فقهایی نظیر قاضی بن براج، ابن جنید و صدوق قابل تأمل است؛ بنابراین دلیل اقناعی در این باب، وجود ندارد.

د- برخلاف ادعای لحاظ عقلی در مورد رأی مشهور، به نظر می‌رسد در این رأی شائبه‌ی استحسان وجود دارد که در فقه امامیه فاقد اعتبار است و محتمل است با توجه به اینکه آغوش مادر برای فرزندی که اخیراً از شیر گرفته شده مناسب‌تر از مهر پدری است و آرامش خاطر کودک، در نزد مادر شایسته و برآورده شدن زمینه‌های روحی و جسمی کودک به حسب متعارف، بیشتر مقرون به تحقق است و دو حدیث محکی از پیامبر (ص) نیز دلالت بر آن دارد، پس ارجحیت احادیث دال بر هفت سالگی به طور طبیعی در اینجا احساس می‌شود.^۶

۱ - محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۱ و ۲۸۶

۲ - محمد باقر مجلسی، مراه العقول، ج ۲۱، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۰، ص ۸۰

۳ - زین الدین شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، همان، ص ۲۹، در کتب رجال، راوی این حدیث یعنی داود بن حصین، واقفی مذهب تعریف شده و بدین لحاظ، علامه حلی در عمل به مفاد روایت وی توقف گردد، ولی نجاشی، در رجال خود، او را ثقه دانسته است و فیض کاشانی آن را ضعیف می‌شمارد.

۴ - همان

۵ - حسن بن یوسف حلی، نهاییه المرام فی علم الکلام، ج ۱، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، بی تا، ص ۴۶۸، فقط روایت «منبع» را صحیح شمرده و فیض کاشانی مینویسد: «روایه السبع اکثر و شهر» که منظور همان روایت «ایوب بن نوح» است.

۶ - میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۲۵، ص ۱۶۴، شماره ۵ و ۶

نکته قابل توجه اینکه محقق بحرانی، رأی متفاوتی با سایرین ارائه نموده و شرح آن بدین گونه است: در صورت بروز نزاع در مسأله‌ی حضانت، بعد از جدایی زوجین به استثنای دو سال مدت شیرخوارگی اولویت با پدر است و در صورت عدم بروز اختلاف، چنانچه مادر، ازدواج جدید نکند تا هفت سالگی کودک، بر پدر حق تقدم دارد.^۱ ایشان مستند رأی خود را حدیث «دعه یلعب سبعاً و الزمه نفسک سبعاً»^۲ آورده و در شرح آن اختصاص هفت سال اولیه به بازی و مناسب‌تر بودن دامن مادر در این مدت را می‌داند؛ زیرا سعه صدر مادر برای محافظت کودک، بهتر است مضافاً وی با استناد به ادامه‌ی حدیث: «ثم ضمه إليك و أئمه نفسک» حق نگهداری مادر کودک خود را حتی بعد از هفت سال جایز دانسته و در این خصوص پسر و دختر نزد او یکسان است.^۳

بنابراین با توجه به تصریح اطلاق، روایت شامل دختر و پسر می‌شود و با عنایت به جمع بین احادیث وارده دلیل صحتی در آن یافت نمی‌شود، همچنین مغایرتی بین بروز اختلاف یا عدم آن بین زوجین نیست و علی‌هذا وجود تعارض بین احادیث وارده، متفی است؛ چون دلالت آیه مبارکه «لا تضارُّ والده بولدها»^۴ مؤید این مطلب است «محفوظ بودن حق پدر» و حق پدر، لحاظ گردیده است و در مجموع ماده‌ی ۱۱۶۹ اصلاحی قانون مدنی برخلاف عدم تأیید توسط شورای نگهبان بر اساس مصلحت با قواعد فقهی، انطباق دارد.

۵-۲-۵- اشخاص شایسته برای نگهداری کودک

۱- والدین «بر اساس ماده‌ی ۱۱۶۸ قانون مدنی»
۲- جد پدری «بر اساس ماده‌ی ۱۱۸۰ قانون مدنی که ولایت قهری پدر و جد پدری را برای کودک صغیر می‌داند و این در صورتی است که پدر و مادر طفل، در قید حیات نباشند یا به لحاظ خیانت یا عدم توانایی من جمله ابتلاء به بیمارهای جدید و صعب‌العلاج مانند: اچ پی وی، ایدز و... - که موضوع مورد بحث ما، در این نوشتار است - که شایستگی حق نگهداری کودک را از آن‌ها قهرماً سلب شده باشد.»

۱ - یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ج ۲۵، ص ۸۹ و ۹۰

۲ - محمد بن حسن حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۴۷۳، باب ۸۲

۳ - یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ج ۲۵، ص ۸۹ و ۹۰

۴ - سوره بقره (۲)، آیه ۲۳۲

در این زمینه پاره‌ی از حقوق‌دانان بر اساس تسری ناشی از تردد آراء فقها به آنان که موجب ماده‌ی ۱۱۸۸ قانون مدنی، قائل به تعیین وصی توسط پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری برای فرزندان تحت ولایت خود می‌باشد.

همچنین بر اساس اطلاق ماده‌ی ۱۱۷۳ قانون مدنی، در صورت در معرض خطر افتادن سلامت جسمی یا اخلاقی کودک ناشی از بی توجهی پدر یا مادر یا عدم صلاحیت آن‌ها که بروز بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج نیز در آن زمره است، محاکم قضایی حق اتخاذ تصمیم لازم برای نگهداری کودک را دارند که در این خصوص، شرط درخواست خویشاوندان طفل یا قیم او یا رییس حوزه قضایی دخیل است و ظاهراً به خاطر عدم قائل شدن حق برای جد پدری، این دو ماده با یکدیگر متعارض هستند.^۱ البته پاره‌ی از حقوق‌دانان در جهت رفع تعارض مزبور، عقیده دارند که در صورت وفات والدین کودک در اثر هر بیماری و به طریق اولی بیماری‌های صعب‌العلاج، که مطمح مورد نظر می‌باشد؛ نگهداری کودک بر عهده‌ی ولی قهری او «جد پدری» است. و در صورت متارکه زوجین یا مورد منتهی به تغییر در نگهداری طفل مانند ابتلاء زوجین به بیماری‌های صعب‌العلاج و خطرناک، دادگاه موظف به رعایت تقدم مصلحت کودک بر همه چیز از جمله حق جد پدری می‌باشد که این نظریه در قالب ماده ۱۱۷۳ قانون مدنی آمده است.

۵-۲-۶- اولویت پدر و مادر در حضانت

حضانت و تربیت کودک مادامی که محیط خانواده بر مبنای سیر طبیعی خود حرکت می‌کند؛ از جمله حقوق و وظایف اشتراکی بین زن و شوهر است (م ۱۱۶۸ ق.م) و زوجین، وظیفه‌ی تحکیم ارکان خانواده را دارند (م ۱۱۰۴ ق.م) با توجه به اینکه پدر و مادر در حد متعارف، محقّ به تنبیه کودک هستند مع الوصف آن‌ها بعضاً در کیفیت حضانت و تربیت کودک دچار اختلاف سلیقه می‌شوند، یا زن و مرد متارکه می‌کنند؛ در این حال، قانون‌گذار در قالب ۱۱۶۹ ق.م در خصوص تعیین وظیفه و حق اشتراکی پدر و مادر، ناظر بر حضانت کودک آورده است:

در راستای حضانت کودک که پدر و مادر او که با هم زندگی نمی‌کنند، اولویت تا سن هفت سالگی، با مادر و بعد از آن با پدر است.

در صورت وفات پدر یا مادر، براساس ماده ۱۱۷۱ ق.م نگهداری کودک در چنین وضعیتی با سرپرستی که حیات دارد، خواهد بود ولو پدر طفل از دنیا رفته باشد و قیم هم برای کودک در نظر گرفته باشد.

^۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲، همان، ص ۱۶۳

علی رغم اینکه کلمه‌ی قیم در قانون مورد بحث تسامحاً آمده است؛ حکم مزبور در صورتی هم که پس از وفات پدر، سرپرستی قهری به جد پدری برسد، قابل اعمال است؛ زیرا تعیین قیم با دادگاه و تعیین وصی با پدر است؛ لذا مقصود از قیم، در اینجا همان وصی است. همچنین به موجب ماده‌ی واحده قانون واگذاری حق نگهداری اطفال صغیر یا محجور به مادران شان که در ۸ دی ماه ۱۳۶۰ به تصویب رسیده است، نگهداری کودک یا محجور فاقد پدر یا مادر است، هرچند کودک محجور در زمان حیات پدر، تحت سرپرستی او باشد یا محجوریت پس از بالغ شدن و اتمام ولایت پیش آمده باشد.

۵-۲-۷- امور سالبه‌ی حق نگهداری طفل

بر اساس مدلول ماده ۱۱۷۰ ق.م. در صورت ابتلاء مادر به جنون یا اقدام او به ازدواج در طول مدت عهده‌دار بودن نگهداری کودک، حق نگهداری از او سلب و به پدر منتقل خواهد شد. البته بر این ماده، ان قلت‌هایی من جمله مساله‌ی «کفر» که مورد تصریح مجتهدین امامیه است، مترتب است.^۱ و به طریق اولی به نظر می‌رسد ابتلاء به بیمارهایی صعب‌العلاج و جدید من جمله: ایدز، هپاتیت و... با توجه به قابلیت تسری آن‌ها نیز از این مقوله است. و در این امر، یعنی موارد جلوگیری از نگهداری طفل پدر و مادر یکسان هستند.^۲ و همچنان که حقوق‌دانان نیز بر این باور اشتراک نظر دارند؛^۳ حال این سوال پیش می‌آید که امور ذکر شده در ماده ۱۱۷۰ ق.م. به عنوان مانع جاری شدن حق محسوب می‌شوند یا به ساقط شدن حق منتهی می‌شوند؛ زیرا چنانچه که قائل به مانعیت آن بشویم، پس از رفع آن رجاء به بازگشت حق، قابل تصور است

۱ - سیدعلی طباطبایی، همان کتاب، ص ۲۴۸، «و کذا لاحضانه للكافره مع الاب المسلم لكون الولد حينئذ مسلماً باسلام ابیه و لم يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبلاً، بناء على انها ولاية بل و أن قلنا انها احقيه فان الاسلام يعلو و لايعلى عليه و المسلم احق من الكافر الذى بخشى على عقیده الولد بیغائه عنده و نموه على اخلافه و ملكانه نعم لو كان الولد كافرا تبعا لابويه فحضانتها لها الى ان يقطم ان ترافعوا الينا...»

محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۷، یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ص ۹۰

۲ - سیدعلی طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ص ۲۴۹، «لا اختصاص للشروط بالام فان الاب شریک فیها حیث یثبت له الحضانه اجماعاً الا الشرط الرابع فلا ینافیها فی حقه لزوجه بامراه اخری»، ک: محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۲۹۴

۳ - ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۳، ص ۱۷۰؛ سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، ص ۳۶۰

همچنان که مجتهدین امامیه بر این باورند؛ ولی در صورت پذیرش نظریه‌ی سقوط، تحقق این امر امکان پذیر نیست.^۱

لذا به حسب ظاهر، رفع شبهه‌ی خلاء و مسکوت بودن آن در ماده‌ی ۱۱۷۰ ق.م. ضرورت دارد. در مصوبات مجلس شورای اسلامی اموری همچون معتاد بودن، ارتکاب فحشاء، اجبار طفل در کارهای خلاف اخلاق، اقدام به ضرب و جرح و به ویژه مبتلاء شدن به بیماری‌های روحی و روانی و صعب‌العلاج و نوظهور، که مورد کنکاش این نوشتار است، از مصداق‌های سلب حق حضانت می‌باشد.

۵-۲-۸- مباشرت در حضانت

مطلب دیگری که در این مبحث قابل تأمل است اینکه آیا حق نگهداری با اقدام مستقیم و بلاواسطه تحقق می‌پذیرد یا قابل واگذاری به غیر است و در صورت مثبت بودن جواب، اطلاق دارد یا مقید به شرط عدم توانای دارنده‌ی حق است.

در پاسخ باید گفت علی‌رغم سکوت قانون مدنی در این باب، نظر مجتهدین امامیه بر جواز استنابت در صورت عدم قادر بودن صاحب حق حضانت می‌باشد که این مطلب را در ضمن مباحث مریض از جمله بیماری‌های صعب‌العلاج، مطرح نموده‌اند.^۲ گرچه بعضی دیگر از مجتهدین، در عین اعتقاد به عدم سقوط حق حضانت، قائل به جواز استنابت مطلق هستند.^۳ در مجموع بررسی‌های معمول و مذاقه‌ی کافی، تکلیفی بودن حضانت بر حق بودن ارجحیت و سلطه دارد.^۴

۱ - شهید ثانی، الروضه البهیة، ج ۲، ص ۱۴۱، و لو نزوجت الام یغیر الاب مع وجوده کاملاً سقطت حضانتها للنص و الاجماع فان طلقت عادت الحضانه علی المشهور لزوال المانع منها و هو تزویجها و اشتغالها بحقوق الزوج اللتی هی افوی من حق الحضانه»، ر.ک: شیخ طوسی، الخلاف، ج ۵، همان، ص ۱۳۳، روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۳، همان، ص ۲۷۹

۲ - شیخ یوسف بحرانی، حدائق الناظره، ص ۹۱، «و فی الحاق المرض المؤمن لا یرجى زواله کالسل و الفالح بحث ینتقل الام عن کفاله و تدبیر امره به و جهان من اشتراکهما فی المعنی المانع من مباشره الحفظ و اصاله عدم سقوط الولایه مع امکان تحصیلها بالاستنباته و لعل هذا ارجح»

۳ - روح الله امام خمینی، استفتائات، ج ۲، ص ۱۱۳، «سؤال: اگر پدر قدرت بر حضانت نداشته باشد آیا مادر باید حضانت را بپذیرد یا او هم پس از تمام شدن مهلت مقرره یا در فرض اسقاط حق (اگر قابل اسقاط باشد مانند دیگران است؟ جواب: در هر صورت ما در ملزم به حضانت و نگهداری طفل نیست بلکه رسیدگی به امور طفل بر عهده پدر است و امکان مباشرت شرط نیست قدرت بر تهیه وسایل و یا اجیر کردن کسی برای نگهداری طفل کافی است.»

۴ - پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوق شورای عالی قضایی، ج ۲، ص ۴۲

۵-۲-۹- حق الزحمه‌ی حضانت

در پاسخ به اینکه آیا مادر در قبال حضانت فرزند خویش، مازاد بر نفقه‌ی کودک، چیز دیگری را مجاز است به عنوان ما بیزای نگهداری درخواست کند، می‌توان گفت با توجه به عدم تعرض قانون مدنی در این مورد^۱ بعلاوه، تشتت نظرات مجتهدین، که بعضی به لحاظ وجوب نگهداری فرزند، مادر را سزاوار دریافت حق الزحمه نمی‌دانند^۲ و گروهی دیگر، دریافت حق الزحمه را مغایر با این وجوب نمی‌دانند.^۳ با این وجود، برخی دیگر، قائل به حق مادر در نگهداری کودک مانند حق او در شیر دادن دانسته و معتقدند می‌تواند در این امر درخواست حق الزحمه کند.^۴

میزان حق الزحمه هم، به قدر اجرت المثل، یا کمتر از آن است و درخواست مازاد بر اجرت المثل پذیرفتنی نیست.^۵

در خصوص منبع تأدیه‌ی حق الزحمه حضانت نیز، بر مبنای رای گروهی از فقهاء در صورت تعلق مالی به کودک، از آن محل پرداخت می‌شود و در صورت نداشتن مال، بر عهده‌ی پدر یا جد پدری او است.^۶

۵-۲-۱۰- وظیفه‌ی سرپرست کودک

از آن‌جا که نگهداری کودک از نظر حق و تکلیف بودن بین پدر و مادر مشترک است؛ سرپیچی از این امر، موجب مسئولیت است و آن‌ها در این مورد، ضامن هستند.^۷ در مورد قصور سرپرست در حضانت و تربیت کودک، چنانچه آسیبی به کودک برسد، مسئولیت متوجه سرپرست خواهد بود؛ کما اینکه ماده‌ی ۱۱۷۸ ق.م. بر تکلیف پدر و مادر، دلالت دارد.

^۱ - بلکه در ماده ۱۱۷۲ ق.م آمده است که در صورت فوت پدر، حضانت به خرج مادر خواهد بود. و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.»

^۲ - زین الدین بن علی جبعی عاملی (شهیدثانی)، مسالک الافهام، ص ۴۳۵

^۳ - سیدابوالقاسم خوبی، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲، «الظاهر ان الام نستحق الاخره علی الحضانه الا اذا كانت متشرعه بها او وحد متبوع بالحضانه»

^۴ - محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳، هل ظاهرها کون هذه الاخفیه مثلها فی الرضاع و حیثئذ لایکون ذلک واجبا علیها و لها اسقاطه و المطالبه باجرته»

^۵ - یوسف صانعی، مجمع المسائل، ص ۴۶۲

^۶ - لطف الله صافی گلپایگانی، جامع الاحکام، ج ۲، ص ۳۸

^۷ - ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد ضمان قهری، ج ۲، ص ۵۵۷

بر اساس مدلول ماده‌ی ۷ قانون مسئولیت مدنی، در صورت ارتکاب عمل ضمان آور توسط کودکی که تحت حضانت است، مسئولیت، متوجه مسئول نگهداری طفل یا مجنون خواهد بود که جبران ضرر از مال کودک یا مجنون صورت می‌پذیرد مشروط بر اینکه باعث عسر و تنگ دستی نشود.

۵-۲-۱۱- اتمام حضانت

چنان که گفتیم حضانت هم حق پدر و مادر است و هم تکلیف آن‌ها، پس در اصل حضانت طفل، اختلافی وجود ندارد؛ لکن در خصوص اتمام دوره‌ی حضانت، پاره‌ای از حقوق دانان معتقدند که تکلیف پدر و مادر با بالغ شدن کودکان، اتمام می‌پذیرد؛ اما برخی دیگر، ملاحظه‌ی آداب و عرف اجتماعی را در این خصوص، معتبر می‌دانند؛ به عنوان مثال: دختری که با رسیدن به نه سالگی بالغ تلقی می‌شود و از طرفی مشغول تحصیل است را، نمی‌توان از مشمول حضانت خارج و به حال خود واگذار کرد؛ اولی این است که گفته شود قانون‌گذار در صدد تعیین اتمام دوره‌ی حضانت نبوده، بلکه در قالب مفاد ماده‌ی ۱۶۸ ق.م.د در مقام بیان وجوه ایجابی حضانت بوده است.

از مجموع مباحث ایراد شده در باب حضانت، از آن‌جا که این مقوله از زیر مجموعه‌های مساله‌ی نکاح می‌باشد، به طریق اولی آثار ناشی از موارد منتهی به فسخ نکاح در بیماری‌های صعب‌العلاج و نوظهور، بر موضوع حضانت نیز مترتب است، چنان که بر پایه‌ی قواعد مربوطه و از جمله: قاعده‌ی لاضرر و لاجرح و مدلول روایات مأثوره، با عنایت به امکان تسری امراض به کودک تحت حضانت که اجتناب از آن موکداً وارد شده است و مضافاً اینکه پدر یا مادر مبتلاء به خاطر اشتغال ذهنی به بیماری خود، قادر به انجام وظایف مربوطه نیستند، ضرورت پرداختن و کنکاش در این امر، ولو به صورت نسبتاً مبسوط، احساس و تعرض به آن در این مقال لازم بود.

گفتار سوم: آثار مالی فسخ نکاح در بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج

با عنایت به اینکه مهر، از جمله حقوق همسر بر مبنای قرآن و سنت و اجماع است؛^۱ و بر اساس تعریف قانون مدنی از مهر تعبیر به مالی شده است که به موجب عقد ازدواج، شوهر ملزم به ادای آن است.^۲ و این الزام، بر اساس قانون وضع شده است و لذا اموری همچون سکوت طرفین این عقد یا توافق آن‌ها بر اسقاط حق مهر، موجب سقوط تکلیف از مرد نیست گرچه امر ازدواج، وابسته به رضایت طرفین

^۱ - همان، ص ۱۵۱

^۲ - محمدجواد مغنیه، همان، ص

^۳ - قانون مدنی، ماده ۱۰۸۷

است؛ اما آثار مترتب بر آن، متوقف به اراده‌ی آن‌ها نیست بناء علی هذا مهر از مقوله‌ی الزامات قانونی است که بر عهده‌ی مرد و تنها تعیین میزان آن بسته به رضایت طرفین است.^۱ لذا با ملاحظه‌ی این موارد، مهر عبارت است از مالی که در اثر عقد نکاح به صورت معلق به زن تعلق می‌گیرد و در صورت تحقق چهار عامل، این تعلیق به استقرار مبدل می‌شود؛ عوامل مزبور عبارتند از: ارتداد فطری شوهر، مرگ او، مقاربت و فوت زوجه بنا بر مشهور.

لازم به ذکر است در فقه امامیه و حقوق مرتبط با آن، مهر بر سه قسم است: مهر المثل، مهر المسمی و مهر المتعه.^۲ که هر یک از آن‌ها تابع ضوابط خاص خود است، اجمالاً مهر تعیین شده در پیمان زناشویی را مهر المسمی و مهری که بر اساس عرف و عادت و ویژگی‌های خاص زن تعیین می‌شود؛ مهر المثل نامیده می‌شود که قانون مدنی نیز بر آن تاکید دارد که مهر زن، در مقام مقایسه با همگنان او تعیین می‌گردد.^۳ همچنان که شهید اول هم بدون ذکر مهر قائل به صحت پیمان زناشویی است و زوجین می‌توانند بعد از وقوع نکاح، در خصوص مهریه تراضی کنند. هر چند اگر قبل از سازش، واقعه صورت پذیرد، در استحقاق زن تردیدی نیست.^۴ در صورت عدم تعیین مهر به هنگام عقد، چنانچه شوهر پیش از واقعه از همسر خود جدا شود، در این حال استحقاق زن از مهر المتعه، محرز است.^۵

و اوضاع مالی شوهر، در تعیین آن دخیل است. همچنان که در تعریف مهر المتعه آورده شده است: که در حالت ثروتمند بودن شوهر، لباس گران‌بها یا مرکب معادل ده مثقال طلا یا به همان میزان طلا به همسرش بدهد و در صورت افلاس، انگشتری از جنس طلا یا نقره و چنانچه نه فقیر و نه غنی به مقدار پنج مثقال طلا بدهد.^۶

باید دانست که فسخ نکاح در بعض موارد در مهر، تاثیر دارد؛ به عنوان مثال در مهر المسمی علی رغم مالک شدن زن مهر را پس از وقوع عقد و قادر بودن به تصرف در آن، فسخ نکاح، بعضاً در آن تأثیر گذار و موجب نصف شدن آن است. که البته این مساله با فرض‌های متفاوت خود، جای بحث دارد، من جمله فسخ پیوند زناشویی به موجب کشف عیوب و از جمله بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج؛ در این جا مبحث مهمی پیش روی ما است که در صورت فسخ نکاح، تکلیف مهر چگونه است؟

۱ - ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۱، ص ۱۳۸

۲ - ملامحسن فیض کاشانی، همان کتاب، ج ۳، ص ۲۷۸

۳ - قانون مدنی، ماده ۱۰۹۱

۴ - شهید اول، ترجمه لمعه، ج ۱، ص ۲۵۹

۵ - قانون مدنی، ماده ۱۰۹۳

۶ - شهید اول، ترجمه لمعه، حاشیه صفحه ۲۵۹

واضح است که اگر فسخ نکاح به خاطر ابتلای زن به بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج باشد، که عملاً باعث انتفای استمتاع مرد می‌شود. که در کیفیت تعلق مهر، شقوقی وجو دارد که ذیلاً در نقل آراء مجتهدین آورده می‌شود؛ اما محل نزاع، در ابتلای مرد است که آیا به لحاظ عدم تمکین زن به خاطر ترس او، که ناشی از امکان تسری انتقال بیماری از مرد به او است، باعث ساقط شدن مهر می‌گردد یا نه؟

گفتار چهارم: نظریات فقهی

که در این جا گرچه به حسب ظاهر، با ملاحظه‌ی ادله‌ی همچون لاضرر و وجوب حفظ سلامتی، در ثبوت مهر تردیدی نیست؛ لکن مناسب است در این مقال به برخی از آراء و نظرات فقهای عظام اشاره‌ی شود:

۱- بنا بر نظر مرحوم امام خمینی (ره) چنانچه فسخ نکاح توسط مرد، به یکی از عیب‌های موجود در همسرش تحقق پذیرد؛ اگر این فسخ، قبل از دخول باشد، مهری به زن، تعلق نمی‌گیرد و اگر بعد از آن باشد، زن، مستحق برخورداری از مهر المسمی می‌باشد؛ همچنین این وضعیت در مورد زنی که شوهرش به یکی از عیوب مردانگی مبتلاء است، جاری و ساری می‌باشد؛ یعنی تمام مهر بعد از دخول، به او تعلق می‌گیرد و اگر قبل از دخول باشد، چیزی به او تعلق نمی‌گیرد، مگر در عیب موسوم به عنن، که در آن حال، نصف مهر به او تعلق می‌گیرد.^۱

۲- همچنین محقق حلی نیز قائل به عدم لزوم مهر قبل از دخول به واسطه‌ی یکی از عیوب زن است و نیز عدم وجوب نفقه هم در چنین وضعیتی به محقق نسبت داده شده است. وی معتقد است که اگر فسخ، بعد از دخول باشد مهر المسمی به زن تعلق می‌گیرد و سقوط آن به واسطه‌ی فسخ، صورت نمی‌پذیرد و در صورت اقدام زن به فسخ، قبل از دخول، لزوم مهر متفی است الا در بیماری عنن.^۲

۳- در صورتی که پنهان‌کننده‌ی عیب، خود زن نباشد، بلکه دیگران باشند، شوهر، مجاز است مهریه‌ی پرداختی را از فریب دهنده، درخواست نماید و این نظریه، مبتنی بر روایات مربوطه و قاعده‌ی غرور است و همچنین می‌تواند به غیر از مهر، سایر زیان‌های وارده را مطالبه نماید، چون این زیان‌ها مشمول مستند حکم می‌باشند.^۳

^۱ - روح الله امام خمینی، تحریر الوسیله، ص ۲۹۴

^۲ - محمد بن حسن محقق حلی، شرایع الاسلام، ص ۵۶۷

^۳ سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۸۰

گفتار پنجم: نحوه‌ی استیفای زیان در فسخ نکاح در بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج

بر اساس قاعده‌های مسئولیت مدنی در صورت همراه بودن پیوند زناشویی با تدلیس، مطالبه‌ی خسارت توسط فریب خورده از مدلس، انجام می‌پذیرد چه اینکه مدلس، احدی از زوجین یا فرد سوم باشد و استفاده‌ی فریب خورده از حق فسخ نکاح نیز در این مورد یا عدم آن در این مورد تاثیری ندارد، لذا چنانچه همسر غیر باکره‌ی در مقام باکره به عقد او در آید و قادر یا مایل به استفاده از حق فسخ نباشد؛ می‌تواند تفاوتی که ناشی از مهر باکره و ثبیه وجود دارد را به عنوان زیان از مدلس بگیرند و در صورت وقوع تدلیس از طرف خود زن، چنانکه مهر به ملکیت زن در نیامده باشد، مرد می‌تواند ارش مهر باکره و غیر آن را کم کرده و ما بقی را به زن تحویل دهد و در این باب، آراء فقهاء متفاوت است به گونه‌ای که برخی، قائل به کسر یک ششم مهر هستند و پاره‌ی دیگر، اعتقاد به کسر نصف آن دارند و بنا به قول ضعیف، تقدیر میزان آن با حاکم است.^۱

برخی دیگر، در چنین حالتی زن را مستحق کمترین مهر المثل دانسته و عده‌ی دیگر، اعتقاد دارند به واسطه‌ی وقوع نزدیکی، کمترین مهر قابل تصور، تحویل زن و مابقی به شوهر مسترد می‌شود، لکن قول مشهور مجتهدین ما، مستدل بر بدون مهر نبودن ولی محترم این است که بر اساس روایت و نص می‌توان به مدلس مراجعه کرد و به خاطر مخالفت نص، با اصل، باید در استیفای آن به اندازه‌ی متیقن، بسنده کرد؛ به بیان دیگر مرد می‌تواند با مراجعه به مدلس، مهر المسمی را باز پس بگیرد مگر آن میزانی که به عنوان حداقل مهر، به خاطر وقوع نزدیکی نزد زن باقی می‌ماند.^۲

از آن جا که یکی از تبعات مالی عقد ازدواج، وجوب پرداخت نفقه توسط مرد به همسر خویش می‌باشد، به موجب مدلول ماده‌ی ۱۱۰۷ ق.م که نفقه را اعم از مسکن، پوشاک، خوراک و وسایل زندگی در حد متعارف و متناسب با شأن زن دانسته و برای او قائل است، به حق برخورداری از خدمتکار و در صورت لزوم و ابتلاء به معلولیت و بیماری و به طریق اولی بیماری‌های نوظهور و صعب‌العلاج، که مورد بحث و مذاقه‌ی این نوشتار است، مسلماً این تعهد شوهر در طول زندگی مشترک، متوقف بر تمکین زن می‌باشد؛ لذا با فسخ نکاح، آثار مترتب بر آن، نیز از بین رفته و تعهد شوهر نیز در خصوص پرداخت نفقه کأن لم یکن می‌گردد و قانون مدنی هم طبق ماده‌ی ۱۱۰۹ ضمن عدم استحقاق زن از نفقه بعد از فسخ و در ایام عده بیان می‌کند: اگر عده، بر مبنای فسخ نکاح یا طلاق از نوع بائن باشد، حق نفقه منتفی می‌شود، اما این اصل، در بردارنده‌ی وجه استثنایی مربوط به زن حامله باشد، همچنان که ماده‌ی

^۱ - دکتر امامی و دکتر صفایی، حقوق مدنی، اشخاص و محجورین، ص ۳۷۰

^۲ - بحرانی، یوسف، حدائق الناظره، ج ۶، ص ۲۲۱

مذکور ادامه می‌دهد: الا در وضعیتی که زن از همسرش حامله باشد که در چنین حالتی (فسخ نکاح) مستحق گرفتن نفقه نمی‌باشد.^۱

بنابر عقیده‌ی بیشتر حقوقدانان، استحقاق زن حامله تا موقع زایمان برای دریافت نفقه، محرز می‌باشد.^۲ لکن برخلاف تصریح بر آمده از ماده‌ی ۱۱۰۹ق.م برخی از حقوقدانان بر اساس قول مشهور فقهای امامیه، قائل به تفسیر دیگری از ماده‌ی مذکور هستند که ناظر بر تعلق نفقه تا زمان زایمان به زن مطلقه باینه می‌باشد و در صورت فسخ نکاح، مطلقاً نفقه‌ی را برای زن اعم از حامل یا غیرحامل قائل نیستند.^۳

نتیجه گیری:

با ملاحظه‌ی مجموع مطالب عنوان شده در این فصل، این کلیت بدست آمد که قضیه‌ی فسخ نکاح همچون سایر مقوله‌های حقوقی، مستلزم وجود زمینه‌ها و قاعده‌های ویژه‌ای است که تنها با عینیت یافتن آنان این حق، صورت تحقق به خود می‌پذیرد و در سایه‌ی این رخداد، آثار و تبعات نشأت می‌گیرد که برخی از آنها صبغه‌ی مالی دارند، همچون: مهریه و نفقه و پاره‌ی دیگر، خارج از آثار مالی هستند، نظیر: حضانت و عده زوجه.

^۱ - روح الله خمینی، تحریرالوسیله، ص ۵۶۰

^۲ - سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۱۰؛ ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۹۵

^۳ - سیدمصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۳۰۰

نتیجه تحقیق:

بر پایه‌ی مطالبی که در این نوشتار آمد، می‌توان نتیجه گرفت که موضوع بحث برانگیز حصری بودن عیوب موجب‌ی فسخ نکاح، پیوسته یکی از موارد چالش آفرین امور فقهی و حقوقی، در راستای مسائل مربوط به خانواده و زندگی زناشویی بوده است. در این پژوهش به صورت نسبتاً مستوفی، آراء و نظرات فقهای عظام و روایات مأثوره و همچنین مواد حقوقی ذی ربط، مورد بحث و کنکاش واقع گردید و آثار مترتب نظریات مطروحه بر کیان خانواده، واکاوی و تجزیه و تحلیل گردید. شرح مطلب، آن که مشهور قاطبه‌ی مجتهدین بر اساس احادیث وارده و تأکید بر اجتناب از تلاشی کانون زندگی - که همواره به عنوان مقدس‌ترین نهاد مورد عنایت ویژه شرع انور در قالب آیات الهی و کلام معصومین علیهم السلام می‌باشد - بر این عقیده اتفاق نظر دارند که عیوب منجر به فسخ نکاح، عمدتاً همان‌هایی هستند، که منصوصه‌اند؛ یعنی در متن روایات به آن‌ها اشاره شده است و لاغیر. و حقوق هم مواد قانونی خود را در این زمینه، متأثر از آراء مذکوره، همگون و همسو نموده و عیوب مورد بحث در متن قانون، مغایرتی با آراء ندارند؛ لکن با نگرش بر هدف اصلی از تشکیل خانواده و زندگی زناشویی و آمال غایی مترتب بر آن و با توجه به بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج، تجدید نظر در آراء صادره و قوانین مدونه، ضروری به نظر می‌رسد؛ به ویژه آن که این بیماری‌ها، در مقایسه با امراض سابقه‌ی منصوصه در روایات، از خطرات بیشتری برخوردار هستند؛ به گونه‌ای که اگر این بیماری‌ها در زمان معصومین علیهم السلام وجود داشتند، به احتمال قوی بلکه ظن متاخم به علم، تردیدی بر سبقت گرفتن این بیماری‌ها با ملاحظه‌ی دو محور خطر تسری و نقض غرض (عدم استمتاع) در قابلیت فسخ آن‌ها، احساس نمی‌شد و بر این اساس، نظریه‌ی تمثیلی بودن و حصری نبودن عیوب تقویت می‌گردد و به واقعیت، نزدیک‌تر به نظر می‌رسد بنابراین هدف از ماحصل این نوشتار، کنکاشی در رفع این ابهام و راهگشایی بر پرسش‌ها و غوامضی است که در این رهگذر، وجود دارد و همانطور که ملاحظه می‌شود، با آوردن مستندات در قالب هفت دلیل: لاضرر، لاجرح، روایات، تنقیح مناط، قیاس اولویت، سیره و بناء عقلاء و منافات با هدف نکاح، نسبت به اثبات مدعای خود، مبادرت شد؛ چون عقیده‌ی نگارنده بر آن است که احکام شرعی، مبتنی بر مصالح و مفاسدی هستند که به نظر می‌رسد فقهای شیعه، از بیم تلبس و ورود به محدوده‌ی قیاس، صرفاً معتقد به حصری بودن موضوع و عدم تسری آن به موارد مشابه، بلکه شدیدتر شده‌اند و به طریق اولی، چنانچه آنان اگر این برهه‌ی زمانی حاضر را درک می‌کردند و بیماری‌های تلف‌کننده‌ی فعلی و مشکلات ناشی از آن را می‌دیدند، مسلماً به عنوان مسائل مستحدثه و ملحوظ داشتن دو عنصر زمان و مکان در اجتهاد خویش، نظری متفاوت با آراء پیشین می‌داشتند،

چون در واقع، روح و فلسفه‌ی اجتهاد و پویایی آنان، در ارتباط تنگاتنگ با مسائل پیش آمده و نوظهور (اصطلاحاً مستحدثه) می‌باشد. پر واضح است که عیوب مطرح شده در تحقیق اعم از موارد منصوصه در روایات و امراض نوظهور و صعب‌العلاج، چنانچه قابل درمان باشند، مشروط بر اینکه درمان آنها متوقف بر طولانی بودن مدت و همچنین صرف هزینه‌ی گزاف و غیرقابل تحمل برای طرف مقابل (عمدتاً شوهر) نباشد، از شمول حکم فسخ نکاح، خارج گردیده، اصطلاحاً سالبه‌ی به انتفاء موضوع تلقی می‌گردد؛ زیرا فسخ نکاح، در وضعیتی محقق می‌شود که عرصه‌ای برای بروز و جولان ادله‌ی هفت‌گانه باشد. و مشخص شد که مسائل مرتبط با مقوله‌ی فسخ نکاح، از دو زاویه، قابل تامل و بررسی است که یکی از ناحیه‌ی امور مالی مانند: مهریه و نفقه و دیگری از نگاه امور غیر مالی مانند: حضانت و عده همسر.

پیشنهادات تحقیق

۱- اداره‌ی جامعه بشری و به ویژه نهاد مقدس خانواده و حفظ کیان آن، جز با برخورداری و بهره‌گیری از قوانینی گویا، شفاف و عاری از ابهام ممکن نیست؛ بنابراین، پیشنهاد می‌گردد با بازنگری در قوانین جاری فعلی، نسبت به رفع نقایص و کمبودهای حقوقی آن اقدام شود که با وضوح کامل آراء، راه بر هر گونه برداشت‌های تفسیری و سلیقه‌ای مسدود گردد و وحدت رویه در این زمینه، به صورت کامل تحقق پذیرد.

۲- با توجه به بحث در مورد پذیرش سقوط حق فسخ در صورت قابل درمان بودن احتمالی برخی بیماری‌های جدید و صعب‌العلاج، مناسب است که قوانینی در این راستا تهیه و تدوین و برای حل معضله‌های ناشی از این امر ارائه شود.

فهرست منابع

* قرآن کریم

فارسی

- ۱- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لایحضر الفقیه*، ترجمه محمدجواد غفاری، تهران: صدوق، ۱۳۶۷.
- ۲- ابن بابویه، محمد بن علی، *متن و ترجمه معانی الاخبار*، ترجمه عبدالعلی محمدی شاهرودی، تهران، دارالکتب السلامیه، ۱۳۷۷.
- ۳- امامی، سیدحسین، *حقوق مدنی*، ج پنجم، تهران: اسلامیه، ۱۳۶۴.
- ۴- احمدی، هاشم، *عیوب موجب فسخ نکاح*، پایان نامه کارشناسی ارشد، مدرسه عالی فقه و معارف اسلامی، ۱۳۸۳.
- ۵- اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه مکاسب*، قم: علمیه، ۱۴۱۸ هـ.
- ۶- انصاری، مرتضی، *مکاسب*، ج سوم، قم: اسماعیلیان، ۱۳۷۴.
- ۷- _____، *شرح رسائل*، شارح علی محمدی، قم: دارالفکر، ۱۳۸۷.
- ۸- _____، *شرح ارشاد (ضمیمه مکاسب)*، تهران، بی تا، ۱۳۰۰ هـ.
- ۹- اصفهانی، سیدابوالحسن، *وسیلہ النجاه*، قم: چاپخانه مهر، ۱۳۵۲.
- ۱۰- ابن سینا، ابوعلی حسین بن عبدالله، *قانون در طب*، ترجمه عبدالرحمن شرفکندی، تهران: ۱۳۸۹.
- ۱۱- برهان، محمود بن حسین بن خلف، *فرهنگ فارسی برهان قاطع*، تهران: نیما، ۱۳۸۰.
- ۱۲- بهجت، محمدتقی، سیدعلی سیستانی، *لطف الله صافی گلپایگانی*، مجموعه آرای فقهی و قضایی در امور حقوقی، قم: مرکز تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۱.
- ۱۳- بهجت، محمد تقی (۱۴۲۸)؛ *استفتاءات*، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، چاپ اول. تبریزی، جوادبن علی (۱۳۷۵)؛ *استفتاءات جدید*، قم، چاپ اول. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷)؛ *استفتاءات جدید*، قم، انتشارات مدرسه امام علی، چاپ دوم. مجموعه آراء فقهی در امور حقوقی (۱۳۸۲)؛ قم، مرکز تحقیقات قوه قضائیه، چاپ دوم.
- ۱۴- بندرریگی، محمد، *فرهنگ جدید عربی به فارسی (ترجمه منجد الطلاب)*، تهران: اسلامیه، ۱۳۶۸.
- ۱۵- پاسخ و سؤالات از کمیسیون استفتائات و مشاورین حقوق شورای عالی قضایی، چاپ در روزنامه رسمی کشور.
- ۱۶- پورداد، ابراهیم، *فرهنگ ایران باستان*، بی جا: اساطیر، ۱۳۸۶.
- ۱۷- پانول هرن، هاینریش هانیه. *اساس اشتقاق فارسی*، ترجمه جلال خالقی مطلق، بی جا: بنیاد فرهنگ ایران، ۱۳۵۶.

- ۱۸- الجوامع الفقيهه، مجموعه‌ای از رساله‌های فقهی، بی‌جا، جهان، بی‌تا.
- ۱۹- جوادی آملی، عبدالله، فلسفه حقوق بشر، ج دوم، قم: اسراء، ۱۳۷۷.
- ۲۰- _____، حق و تکلیف، قم: اسراء، ۱۳۶۷.
- ۲۱- چاوشی، محمدرضا، فقه و حقوق تطبیقی، ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ، به قلم گروهی از مؤلفان، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
- ۲۲- حسنی، علیرضا، فسخ نکاح در حقوق ایران، تهران: فکرسازان، ۱۳۸۳.
- ۲۳- حسن زاده آملی، حسن، هشت رساله عربی، بی‌جا: وزارت فرهنگ و آموزش عالی، ۱۳۶۵.
- ۲۴- حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، تهران: آفتاب، ۱۳۸۰.
- ۲۵- خوبی، سیدابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم: مهر، ۱۴۱۰ هـ.
- ۲۶- خوانساری نجفی، موسی، مفید الطلاب، تهران: المکتبه المحمديه، بی‌تا.
- ۲۶- خمینی، روح الله، استفتائات، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۲.
- ۲۸- _____، تحریر الوسیله، ترجمه اسلامی و محمد قاضی زاده، قم: اسلامی، ۱۳۸۳.
- ۲۹- _____، کتاب البیع، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۶.
- ۳۰- _____، زبده الاحکام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۰.
- ۳۰- دریایی، محمد، قاموس نوین: فرهنگ واژگان و اصطلاحات فارسی - عربی با مقدمه مهدی محقق، قم: هدی، ۱۳۸۶.
- ۳۱- دورلند، ویلیام الگزاندر نیوس، فرهنگ پزشکی مصور، بی‌جا: گلبن قاضی جهان، ۱۳۸۸.
- ۳۲- _____، فرهنگ پزشکی، بی‌جا: نیل، ۱۳۷۵.
- ۳۳- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- ۳۴- دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، مبانی اقتصاد اسلامی، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
- ۳۵- راستی، زهرا و اکرم اسماعیلی، انحلال نکاح به واسطه عیب، تهران: سفیر صبح، ۱۳۸۰.
- ۳۶- سبحانی تبریزی، جعفر، نظام نکاح، قم: مؤسسه الامام الصادق(ع)، ۱۳۷۴.
- ۳۷- شهید اول، ترجمه لمعه، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ - ۱۳۷۸.
- ۳۸- _____، ابی عبدالله شمس الدین محمد بن جمال الدین، لمعه دمشقیه، ترجمه علی شیروانی، و محسن غروبان، قم: دارالفکر، ۱۳۸۷.

- ۳۹- شهیدی، مهدی، *سقوط تعهدات*، ج پنجم، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۱.
- ۴۰- صانعی، یوسف، *مجمع المسائل*، قم: میثم تمار، ۱۳۷۶.
- ۴۱- صافی گلپایگانی، لطف الله، *جامع الاحکام*، قم: حضرت معصومه (ع)، ۱۴۱۹ هـ.
- ۴۲- طاهری، سید حبیب الله، *حقوق مدنی*، قم: اسلامی، ۱۳۷۵.
- ۴۳- عمید، حسن، *فرهنگ عمید*، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۱.
- ۴۴- فرهیخته، شمس الدین، *فرهنگ فرهیخته*، تهران: زرین، ۱۳۷۷.
- ۴۵- فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
- ۴۶- فیض کاشانی، مرتبضی، *مفاتیح الشرایع*، قم: آیت الله مرعشی نجفی (ره)، بی تا.
- ۴۷- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی*، تهران: دانشگاه علوم اداری، ۱۳۶۴.
- ۴۸- _____، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- ۴۹- _____، *دوره مقدماتی مدنی (اعمال حقوقی قرارداد - ایقاع)*، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
- ۵۰- _____، *الزامهای خارج از قرارداد ضمان مهری*، ج دوم، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- ۵۱- کاتوزیان، ناصر، *دوره حقوق مدنی (خانواده)*، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۸.
- ۵۲- کلینی، محمد بن یعقوب، *فروع کافی*، گروه مترجمان، قم: قدس، ۱۳۸۸.
- ۵۳- _____، *اصول کافی*، ترجمه سیدجواد مصطفوی، بی جا: علمیه اسلامی، ۱۳۵۹.
- ۵۴- گروه نویسندگان، *دایره المعارف بزرگ اسلامی*، بی جا: مرکز دایره المعارف بزرگ اسلامی، ۱۳۸۲.
- ۵۵- گودرزی، فرامرز، *پزشکی قانونی*، ج سوم، تهران: سمت، ۱۳۹۳.
- ۵۶- لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج العرش، ۱۳۷۸.
- ۵۷- محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن - طبع قدیم)*، تهران: علوم اسلامی، ۱۳۶۷.
- ۵۸- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهه (کتاب الحدود و التعریزات)*، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، ۱۳۷۷.
- ۵۹- _____، *القواعد الفقهیه*، چاپ چهارم، بی جا: بی تا، ۱۴۱۶ هـ.
- ۶۰- مسعود، جبران الرائد، *فرهنگ الفبایی عربی - فارسی*، ترجمه رضا انزابی نژاد، مشهد: به نشر، ۱۳۸۱.
- ۶۱- محقق، محمدباقر، *حقوق مدنی زوجین*، ج سوم، بی جا: بنیاد قرآن، ۱۳۶۰.

- ۶۲- _____ بحار الانوار، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی، تهران: کتابخانه مسجد ولی عصر (عج)، ۱۳۶۳.
- ۶۳- _____ مرآه العقول، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۰.
- ۶۴- _____ زاد المعاد، ترجمه علاء الدین اعلمی، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- ۶۵- موسوی بجنوردی، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، بی جا: معاونت پژوهشی انتشارات پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، ۱۳۸۱.
- ۶۶- مرکز تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه آرای فقهی - قضایی در امور حقوقی، قم: بی تا، ۱۳۸۱.
- ۶۷- موسوی بجنوردی، محمد، قواعد فقهیه، تهران: عروج، بی تا.
- ۶۸- موسوی بجنوردی، سیدمحمد، قواعد فقه، ج ۲، بی جا: بی تا، ۱۳۷۲.
- ۶۹- معین، محمد، فرهنگ معین، تهران: امیرکبیر، ۱۳۶۳.
- ۷۰- معلوف، لوئیس، المنجد فی اللغة، ج بیست و یکم، بیروت: دارالمشرق، ۱۹۷۳ م.
- ۷۱- مغنیه، محمدجواد، فقه مقارن ۱ و ۲، ترجمه حسن اسدی، ج اول، پیشوا: دانشگاه پیشوا، ۱۳۸۳.
- ۷۲- مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، نگارش محمد شهرابی، قم: مؤسسه امام خمینی (ره)، ۱۳۷۷.
- ۷۳- معاونت آموزش قوه قضائیه، پیام آموزش، ش ۱
- ۷۴- مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، تهران، صدرا، ۱۳۸۲ ش.
- ۷۵- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائه الاسلام، ج دوم، بی جا: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- ۷۶- وفادار، علی، حقوق مدنی، تهران: عباس عزیزی، ۱۳۸۰.
- ۷۷- هایلی، جان، راهنمای ایدز، ترجمه مسعود روانبخش، تهران: تیمورزاده، ۱۳۸۴.
- ۷۸- هوشمند ویژه، محمد، فرهنگ پزشکی دوراند، ج چهارم، بی جا: فرهنگ معاصر، ۱۳۸۵.

منابع عربی

- ۱- ابن طی فقعی، علی الدر المنضود فی معرفه ضیغ النیات و الايقاعات و العقود، شیراز مکتبه مدرسه امام العصر (عج) العلمیه، ۱۴۱۸ هـ.
- ۲- ابن مطران، اسعد بن الیاس، *بستان اطباء و روضه الالباب*، تهران: بنیاد معارف اسلامی، ۱۳۸۶.
- ۳- ابن بابویه، محمد بن علی، *المقنع*، بی جا: الامام الهادی (عج)، ۱۴۱۵ هـ.
- ۴- ابن عبّاد، اسماعیل، *المحیط فی اللغه*، تحقیق محمد حسن آل یاسین، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۱۴ هـ.
- ۵- ابن فارس بن زکریا، احمد، *معجم مقاییس اللغه*، بی جا: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ.
- ۶- ابن منظور، لسان العرب، بیروت: *دار احیاء التراث العربی*، ۱۴۱۶ هـ.
- ۷- اصفهانی، بهاءالدین محمد بن حسن، *کشف اللنام*، قم: بی تا، ۱۴۱۶ هـ.
- ۸- آصف محسنی، محمد، *الفقه و المسائل الطیبه*، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
- ۹- بحرانی، یوسف، *الحدائق الناظره*، بی جا: دارالکتب السلامیه، ۱۳۶۱.
- ۱۰- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- ۱۱- جاحظ، عمرو بن بحر، *البرصان و العرجان و العمیان و الحولان*، بیروت: دارالجیل، بی تا.
- ۱۲- جوهری، اسماعیل بن حماد تاج اللغه و صحاح العربیه، بیروت: *دارالعلم للملایین*، ۱۴۲۰ هـ.
- ۱۳- حنبلی، ابن قدامه، شمس الدین، *الشرح الکبیر علی المقنع*، بیروت: دارالفکر و در الکتب العربی، بی تا.
- ۱۴- حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام*، تهران: بی جا، ۱۳۱۵ هـ.
- ۱۵- _____، *تذکره الفقهاء*، قم: آل البيت، بی تا.
- ۱۶- _____، *تذکره الفقهاء*، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۳۷۳.
- ۱۷- _____، *تبصره المتعلمین*، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه ایران، بی تا.
- ۱۸- _____، *تحریر الاحکام الشرعیه*، علی مذهب الامامیه، قم: ابراهیم بهادری، ۱۴۲۰-۱۴۲۲ هـ.
- ۱۹- _____، *قواعد الاحکام*، بی جا: اسلامی، بی تا.
- ۲۰- حلّی، ابوجعفر نجم الدین جعفر بن الحسن، *شرائع الاسلام*، ج دوم، قم: امیری، ۱۴۰۹ هـ.
- ۲۱- حلّی، ابن ادريس، *السرائر*، ج دوم، بی جا: دارالاضواء، ۱۹۹۱ م.

- ٢٢- حكيم، سيدمحسن، *منهاج الصالحين و آراء التعارف للمطبوعات*، بيروت - لبنان، بي تا، ١٤٠٠ هـ
- ٢٣- الحجاج نيشابوري، مسلم، *صحيح مسلم*، بيروت: دارالفكر، ٣٦١ هـ
- ٢٤- حسيني عاملي، *مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلامه*، بي جا: آل البيت، بي تا
- ٢٥- خويي، سيدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، ج سوم، بي جا: وجداني، ١٣٧١.
- ٢٦- حر عاملي، محمد بن حسن، *وسائل الشيعه*، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاهياء التراث، بي تا.
- ٢٧- روحاني، سيدمحمدصادق، *فقه الصادق(ع)*، قم: منشورات الاجتهادي، بي تا.
- ٢٨- راغب اصفهاني، حسين بن محمد *المفردات في غريب القرآن*، ج اول، دمشق بيروت: دارالمعلم، ١٤١٢ هـ
- ٢٩- زرقاني، محمد بن عبدالباقى، *شرح العلامه الزرقاني على المهذب اللدنيه بالمنح المحمديه*، بيروت: دارالكتب العلميه، بي تا.
- ٣٠- زبيدي، مرتضى، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بيروت: دارالفكر، بي تا.
- ٣١- سيستاني، سيدعلى، *احكام المراه و الاسراه*، تهران: بي تا، ١٣٨٥.
- ٣٢- سبزواري، عبدالاعلى، *مهذب الاحكام في بيان الحلال و الحرام*، جلد ٢٥، قم: دفتر آيت الله سيد سبزواري
- ٣٣- السباعي، مصطفى، *السنة و مكانتها في الترشيع الاسلامي*، بيروت: المكتب الاسلامي، ١٣٩٦ هـ
- ٣٤- شهيد اول، محمد بن مكى، *الدروس الشرعيه في فقه الاماميه*، قم: النشر السلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم، بي تا.
- ٣٥- _____، *القواعد و الفوائد في الفقه و الاصول و العربيه*، قم: كتابفروشي مفيد، بي تا.
- ٣٦- _____، *غايه المراد في شرح نكت الارشاد*، قم: مركز الابحاث و الدراسات الاسلاميه، ١٣٧٣.
- ٣٧- شهيد ثاني، زين الدين بن على، *الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه*، قم: مكتبه العلامه، بي تا.
- ٣٨- _____، *مسالك الأفهام الى تنقيح شرايع الاسلام*، قم: المعارف الاسلاميه، بي تا.
- ٣٩- شاه ارزاني، محمد، *محمد اكبر بن محمد*، طب اكبرى، قم: جلال الدين، ١٣٨٧.
- ٤٠- شيخ احمدرضا، *معجم متن اللغه: موسوعه لغويه حديثه*، بيروت: دار مكتبه الحياء، ١٣٧٧ هـ
- ٤١- صدوق، محمد بن على، *من لا يحضره الفقيه*، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ١٤١٣ق.
- ٤٢- طوسي، محمد بن حسن، *تهذيب الاحكام*، ج دوم، بيروت: دارالاضواء، ١٤٠٦ هـ

- ۴۳- _____، *المبسوط*، بی جا: مرتضوی، ۱۳۶۱.
- ۴۴- _____، *الخلاف*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۴.
- ۴۵- _____، *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت - لبنان: دارالکتاب العربی، ۱۴۰۰ هـ.
- ۴۶- طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ هـ.
- ۴۷- طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، قم: بی تا، ۱۴۰۶ هـ.
- ۴۸- طرابلسی، *قاضی ابن مراج*، *المهذب*، قم: بی تا، ۱۴۰۶ هـ.
- ۴۹- طباطبایی، محمدکاظم، *عروه الوثقی*، بیروت: مؤسسه اعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ.
- ۵۰- طوسی، محمد بن الحسن، *تهذیب الأحکام* (تحقیق خرسان) محقق خرسان، حسن الموسوی، ۱۰ ج، ناشر: دار الکتب الإسلامیه، چاپت هران سال ۱۴۰۷ ق
- ۵۱- طوسی، محمد بن الحسن، *الإستبصار فیما اختلف من الأخبار*، نویسنده: طوسی، محمد بن الحسن، محقق: خرسان، حسن الموسوی، موضوع: کتب اربعه، ۴ ج، ناشر: دار الکتب الإسلامیه، چاپ تهران، چاپ ۱۳۹۰ ق
- ۵۲- علم الهدی، علی بن حسین، *تنزیه الانبیاء علیهم السلام*، قم: دارالشریف الرضی، بی تا،
- ۵۳- عاملی، سیدمحمد، *نهایه المرام*، قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۶.
- ۵۴- قیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیز فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم: مؤسسه دار الهجره، بی تا.
- ۵۵- فخر المحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد*، قم: اسماعیلیان، بی تا.
- ۵۶- الفراهیدی، الخلیل بن احمد، *کتاب العین*، تحقیق مهدی مخرومی و ابراهیم سامرائی، قم: مؤسسه دارالهجره، ۱۴۰۵ هـ.
- ۵۷- قدیری، محمدحسن، *الاجاره*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۷.
- ۵۸- کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، بی جا: المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۲ هـ.
- ۵۹- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم: بی تا، ۱۴۰۸ - ۱۴۱۵.
- ۶۰- مصطفی، ابراهیم و دیگران، *المعجم الوسیط*، تهران: المکتبه العلمیه، بی تا.
- ۶۱- مدنی تبریزی، سیدیوسف، *منهاج الاحکام فی النکاح و الطلاق*، قم: بی تا، ۱۳۷۸.
- ۶۲- مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، جلد ۱، قم، نشر ناصر، ۱۳۶۸، ص ۹۳.

- ۶۳- مكارم شيرازى، ناصر، القواعد الفقهيّه، جلد ۱، چاپ سوم، قم: مدرسه الامام امير المومنين.
- ۶۴- مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى - *بحار الأنوار* (ط - بيروت) - جمعى از محققان - ناشر: دار إحياء التراث العربى چاپ: بيروت سال چاپ: ۱۴۰۳ ق
- ۶۵- محمد باقر مجلسى، *مراه العقول*، قم: اسماعيليان، بى تا
- ۶۶- مختلف الشيعه فى احكام الشريعه، قم: مؤسسه النشر السلامى التابعه لجمعه المدرسين بقم، ۱۳۷۴.
- ۶۷- نورى، حسين بن محمد تقى - نام كتاب: *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، محقق: مؤسسه آل البيت عليهم السلام جوامع روايى، ۲۸ ج ناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام چاپ: قم سال چاپ: ۱۴۰۸ ق
- ۶۸- نراقى، احمد، *عوائد الايام*، قم: مكتبه البصيرى، ۱۴۰۸ هـ
- ۶۸- نورى طبرسى، ميرزا حسين، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بيروت: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث، ۱۴۰۷ هـ
- ۶۹- وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، الموسوعه الفقه، بيروت: وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلاميه، ۱۴۰۴ هـ
- ۷۰- وضع، يوسف حتى احمد شفيق الخطيب، *قاموس حتى الطبى الجديد*، بيروت: مكتبه لبنان، ۱۹۹۸

مقالات و روزنامه‌ها

- ۱- آلچیان، کیوان، هپاتیت چیست؟، مجله عروس هنر، شماره ۲۲، اسفند ۱۳۸۲، ص ۳۸.
- ۲- اسلامی تبار، شهریار و واعظ، بهنام و سلیمانی، افشین، نگاهی اجمالی به تحولات بهداشت و جوانان، مجله مطالعات جوانان، شماره ۱، زمستان ۱۳۸۱، ص ۱۷۶.
- ۳- احسان منش، مجتبی، **صرع مجله پیوند**، مجموعه روانشناسی و علوم تربیتی، شماره ۱۶۲.
- ۴- اشرفی کنی، فاطمه موسوی، نعیمه سادات، **تحقیقی پیرامون وسواس و راههای پیشگیری و درمان آن**، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۶۱ (دوره قدیم)، بهمن ۱۳۷۸، ص ۱۲.
- ۵- امامی، اسدالله "نقش اراده در قراردادها"، فصلنامه حقوق، دفتر چهارم، ۱۳۶۴
- ۶- باقر عاملی "حقوق خانواده" نشریه شماره ۲۰ مدرسه عالی دختران ایران، تهران، ۱۳۵۰.
- ۷- جنالی، محمد، "تأثیر عیوب و بیماری‌ها در فسخ نکاح از دیدگاه فقها" شماره ۸۶، زمستان ۱۳۸۶.
- ۸- جلالی، علی و رستمی نژاد، محمد علی، بیماری‌های روانی، مجله اصلاح و تربیت، شماره ۱۱۲، شهریور ۱۳۹۰، ص ۴۳.
- ۹- جباری، علی، راهنمای درمان بیماری‌های پوست و زیبایی، موسسه فرهنگی و انتشاراتی تیمورزاده، تهران، ۱۳۸۱، ص ۲۰۸.
- ۱۰- حائری ابراهیمی، "حق حضانت و نگهداری کودک کاوشی نو در فقه" دفتر تبلیغات اسلامی، شماره ۱۵ و ۱۶.
- ۱۱- خوشدل، علیرضا و نوری فرد، مهتاب و پرشکان، رضا و صلاحی مقدم، عبدالرضا، نقشه سازی بیماری‌های مهم واگیردار ایران، مجله بهداشت و توسعه، شماره ۱، اردیبهشت ۱۳۹۱، ص ۸۶.
- ۱۲- سلیمی، مسعود، **سوء مصرف مواد و بیماری‌های روانی**، مجله سلامت اجتماعی و اعتیاد، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳، ص ۳۰.
- ۱۳- سلیمی، مسعود، مصرف مواد و بیماری‌های روانی، مجله سلامت اجتماعی و اعتیاد، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۳، ص ۳۰.
- ۱۴- سجادی، سید مجتبی و ادیبی سده، صدیقه، دریاچه ایدز بیش تر بدانیم، مجله پیوند، شماره ۵، اردیبهشت ۱۳۸۵، ص ۵۵.
- ۱۵- دادمرزی، سیدمهدی، "مفهوم عقد در قانون مدنی" مجله پژوهش‌های فلسفه - کلامی، شماره ۴۰، ۱۳۷۹.

- ۱۶- ذوالفقاری، علی رضا، *عصبانیت و شیوه‌های غلبه بر آن، مجله پیوند*، شماره ۲۸۲، فروردین ۱۳۸۲، ص ۴۱.
- ۱۷- رمضان‌نای، علی، "معنای «حق» در نگاه اندیشمندان اسلامی" *مجله معرفت حقوقی*، سال اول، شماره ۲، زمستان ۱۳۹۰.
- ۱۸- کاظمی اقدم، عباس، هیاتیت C، *مجله رشد معلم*، شماره ۲۰۷، اسفند ۱۳۸۵، ص ۳۸.
- ۱۹- علوی قزوینی، ۱۳۸۴، سید علی، نقد و تحلیل ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی ایران در مورد وضعیت نامتعادل زوجین در برخورداری از حق فسخ نکاح، *پژوهش زنان*، دوره ۳، شماره ۱، صفحه ۷-۸.
- ۲۰- عطاری، مقدم، جعفر (۱۳۸۳)؛ ms، تازه‌های علوم شناختی، *مجموعه روانشناسی*، شماره ۲۲.
- ۲۱- فرهودی، محمود، "مفهوم برص در قرآن و ارتباط آن با مسایل پزشکی"، *مجله پژوهش‌های قرآنی*، شماره ۱۱ و ۱۲، پاییز و زمستان، ۱۳۷۶.
- ۲۲- فرنی، مرضیه و علاسوند، رامین و تشکریان، مهرزاد، هیاتیت‌های ویروسی و زندان، *مجله اصلاح و تربیت*، شماره ۵۸، بهمن ۱۳۸۵، ص ۱۰۱.
- ۲۳- محمودی، حسین، "نکاح"، *پژوهشکده باقرالعلوم*.
- ۲۴- مهرپور، حسین، "فقه و حقوق تطبیقی"، *فصلنامه مفید*، شماره ۲۰.
- ۲۵- *مجموعه مقالات و گفتارهای دومین سمینار دیدگاه‌های اسلامی پزشکی*
- ۲۶- *روزنامه جمهوری ۱۳۸۱/۱۰/۱*.
- ۲۷- متقی زاده، عیسی، دیابت، *مجله رشد معلم*، *مجموعه روانشناسی*، شماره ۲۲.
- ۲۸- مدرس نراقی، منوچهر، *بیماری‌های روانی و تاثیر آن در بروز اختلالات زناشویی*، *مجله دانشکده حقوق (دانشگاه تهران)*، شماره ۸، مهر ۱۳۵۵، ص ۶۹.
- ۲۹- ناظری تهرانی، شیرین، بیماری ایدز(راه‌های انتقال و چگونگی کنترل آن)، *مجله بیمه و توسعه*، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴، ص ۷۶.
- ۳۰- نیک بین، مه‌ری و تقدسی نژاد، فخرالدین و توفیقی، حسن، بررسی شیوع بیماری سیفلیس در زنان زندانی زندان‌های تهران، *مجله ذهن*، شماره ۲۳، پاییز ۱۳۸۴، ص ۹۴.
- ۳۱- محمدی، ماه منیر و کیاور، مجید و ضرابی، خلیل، آنوریسم سیفلیسی آئورت، *مجله علوم پزشکی رازی*، شماره ۲۲، ۱۳۷۹، ص ۳۱۰.

منابع الکترونیکی

<http://aftabnews.ir/fa/news/۲۳۴۷۶۳>

<http://www.coca.ir/syphilis-disease-sympoms->

<https://hpvdarman.com/%D۹%۸۸%DB%۸C%D۸%B۱%D۹%۸۸%D۸%B/treated-۳-hpv/>