

دکتر مصطفی رجائی پور

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

ملیحه قنبریان

دانش آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

ادله‌ی جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان

چکیده

برای متارکه زن و شوهر راه دیگری جز طلاق نیز وجود دارد که آن فسخ نکاح به دلیل عیب می‌باشد، به طوری که زوج یا زوجه می‌تواند در صورت وجود عیب از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند. یکی از عیوب، داشتن بیماریهای لاعلاج و مسری مثل ایدز می‌باشد موضوعات تدلیس، عسر و حرج، قاعده لاضرر، مفهوم اولویت، استفاده از باب وحدت ملاک علاوه بر موارد خاص مذکور در منابع فقهی جهت فسخ نکاح به دلیل وجود عیوب خاصه می‌تواند رهگشای این مقال باشد.

واژگان کلیدی

ایدز- فسخ نکاح - ضرر- تدلیس- جذام- عسر و حرج

مقدمه

فسخ نکاح در حقوق ایران متأثر از نظریات و فتاوی فقهای عظام از زمان غیبت امام عصر(عج) تاکنون است و در این مسیر دیدگاهها و نظریات حقوق دانان و نویسندگان و صاحب نظران نیز در تحویل و انطباق آن با وضعیت و مشکلات فعلی جامعه تأثیرگذار بوده است و بنابراین نمی‌توان نقش و اهمیت این دو منبع فقهی و حقوقی را در دگرگونی موقعیت فسخ در حقوق ایران نادیده گرفت حال آنچه اهمیت دارد فلسفه و حکمت موجود در قواعد فسخ نکاح در قانون مدنی ایران است که حسب دلایل موجود فقهی با عنایت به این فلسفه و حکمت از نظر فقهای صاحب نظر در این مقام حد و حریم موارد فسخ نکاح علاوه بر آنچه در اخبار و روایات وجود دارد و اعم از آنکه به نحو خاص و موردی از معصوم(ع) استعمال شده یا به نحو کلی و جامع از محضر درس آن بزرگواران به دست آمده تغییر پذیر نیست.

آنچه محل اختلاف است امکان یا عدم امکان توسعه موارد فسخ نکاح به دلیل وجود بیماریهای جدید مانند HIV (ایدز)، هیپاتیت و غیره است، به طوری که زوج یا زوجه بتواند در صورت وجود آن بیماری از طریق فسخ نکاح، خود را از قید و بند عقد نکاح برهاند.

تعریف واژه‌ها و اصطلاحات

الف) تعریف بیماری ایدز(HIV)

ایدز بیماری است که عامل آن با حمله به سیستم دفاعی و ایمنی بدن و ایجاد اختلال در آن فرد مبتلا را، در مقابل انواع بیماری‌ها و عفونت‌ها تضعیف نموده و نهایتاً باعث مرگ می‌شود. راه اصلی سرایت این بیماری نزدیکی جنسی بین دو فردی است که یکی از آنها ناقل ویروس است. انتقال HIV از مرد به زن ۲ تا ۴ برابر بیشتر از زن به مرد است. (جان هابلی، مترجم: روانبخش، مسعود، کتاب راهنمای ایدز، ۴۵)

ب) تعریف فسخ در لغت

فیروز آبادی آورده است
فسخ به معنای ضعف، افکندن، فاسد کردن رای و گسستن و جدایی انداختن و کم عقل و سست بدن است.
فیومی گفته: فسخ کردم بیع را و امر را نقض کردم و به صورت لازم و متعدی استعمال می‌شود. (فیومی، المصباح المنیر، ۱۸۰)^۱
و ابن فارس گفته: افسخت الشی نسبتها (فراموش کردم چیز را) و تفسخ الشی نقضها (نقض کرد آن را) (مجلد اللغة، ۵۶۸)
همانطور که از بیان لغویان بر می‌آید فسخ عبارت از جدایی افتادن بین دو شیء است که بین آن دو اتصال برقرار بوده و این مطلب در مورد نکاح هم که علقه بین دو نفر است به خوبی صدق می‌کند. فسخ گویی رشته پیوند بین زن و مرد را پاره می‌کند و بین آن دو جدایی می‌اندازد و در مورد بیع نیز اینگونه است یعنی تبانی و توافق مشتری و بایع را بر هم می‌زند و عقد آن دو را بی اثر می‌کند اما فسخ در مورد اتصال و جدایی بین دو چیز نیست بلکه در مورد یک چیز نیز صادق است تصمیم انسان یک چیز است اما از بین رفتن آن فسخ است فرمایش امیرالمومنین علی (ع) نیز موید همین نکته است. خدا را به گسستن تصمیمها شناختم. (سید رضی، نهج البلاغه، ۵۱۱)^۲ در این سخن مولا بر هم خوردن تصمیمها فسخ عزائم است.

تهانوی می‌نویسد: فسخ در لغت همان نقض و تفریق است، و شرعاً عبارت است از: برداشتن عقد بدون افزودن در آن و کم کردن بر آن وصفی که بوده (کشاف، اصطلاحات الفنون، ۲/ ۱۲۷۳)^۳ زیرا اگر چیزی بر عقد سابق افزوده و یا از آن کم شود فسخ نخواهد بود بنابراین ضرورتی ندارد که فسخ حتماً بین دو طرف باشد مثل باب نکاح بلکه فسخ در موردی که یک طرف دارد نیز صادق است. فقیهان نیز در کتابهای فقه فسخ را بدین گونه تعریف کرده‌اند و فرموده‌اند فسخ در اصطلاح فقهی بر هم زدن عقد و رفع به همان

۱- فسخ البیع و الامر نقضتها و يستعمل لازماً و متعدیاً،

۲- عرفت الله بفسخ العزائم،

۳- «رفع العقد علی وصف کان قبله بلازیاده و نقصان».

شوهر در هر زمانی می‌تواند اعمال طلاق کند و تاخیر موجب از بین رفتن اصل آن نمی‌شود اما فوریت فسخ را تمام فقهای شیعه پذیرفته‌اند و کسی در اصل این حکم اختلاف ندارد و شاید از امور اجماعی است.

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

از راه‌های مهم سرایت بیماری ایدز ارتباط جنسی و انتقال از مادر به جنین است با توجه به این نکته که از اهداف مهم زندگی زناشویی مقاربت جنسی و تولد و تناسل می‌باشد. حال هر گاه یکی از زوجین قبل از نکاح یا بعد از آن دچار بیماری ایدز شود آیا می‌توان حکم به بقاء و ادامه زندگی فرد سالم با مریض داد هر چند زندگی طاقت‌فرسا و همراه با ضرر و زیان برای فرد سالم باشد یا این که احکام شرعی راهی را برای رهایی از این حرج و سختی قرار داده است. در این مختصر به طور اجمالی به دلایل عده‌ای از فقها در مورد فسخ نکاح در بیماری‌های لاعلاج و مسری چون ایدز می‌پردازیم.

ادله جواز فسخ نکاح در بیماری ایدز از دیدگاه فقیهان شامل موارد ذیل می‌باشد:
دلیل اول: قاعده لاضرر: این قاعده اصل و قانونی است که فقیهان درباره فسخ نکاح در مواردی که نص صریح وجود ندارد به آن استناد کرده اند.

پیامبر(ص) فرمود: لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام: مضمون این قاعده آن است که: ما در اسلام حکم ضرری نداریم و خداوند در لوح محفوظ چنین چیزی را تشریح نفرموده است در این جهت فرقی نیست که حکم ضرری یک حکم تکلیفی باشد یا وضعی.

مثلاً نکاح از جمله عقود لازمه است و به دنبال تحقق عقد نکاح بر هر کدام از طرفین به حکم آیه (اوفوا بالعقود) واجب و لازم است که به عقد خویش وفادار بوده و آن را نقض نکنند. حال دو نفر با هم عقد نکاح بستند و یکی از آن دو فریب خورده مثلاً یکی از طرفین عیب خود را مخفی داشته اگر بگوئیم عقد لازم است و هیچ کدام از طرفین حق ندارند آن را فسخ نمایند لازم می‌آید شخص فریب خورده متضرر شود و به حکم قانون "لاضرر" در اسلام لزوم و وجوب وفای ضرر تشریح نشده و لذا وی حق خیار

فسخ دارد و می‌تواند با اعمال آن جلوی ضررش را بگیرد. (محمدی، علی، شرح رسائل، ج ۴، ص ۳۹۳)

آیت ... مکارم شیرازی در این زمینه می‌فرماید: آیه "اوفوا بالعقود" به این معنی نیست که هیچ عیبی موجب فسخ نکاح نمی‌شود بلکه عیبی داریم که "اوفوا بالعقود" شامل آنها نمی‌شود. عیوب به دو دسته تقسیم می‌شوند:

- ۱- عیوبی که هدف از ازدواج را از بین می‌برد و با بودن آن عیب هدف از ازدواج حاصل نمی‌شود مثل این که مرد محبوب یا عنین است و یا زن موانعی دارد که با وجود آن امکان مقاربت نیست. "اوفوا بالعقود" شامل این موارد نمی‌شود و عقلاً این را نمی‌پذیرند و مثل این است که بیعی صورت گرفته و هیچ امکان استفاده از آن نیست، پس اگر روایتی هم در مسئله نباشد به حکم عقل این عیوب مانع است و می‌گوییم در آنجا "اوفوا بالعقود" حاکم نیست.
- ۲- عیوبی که مانع از هدف ازدواج نیست ولی برای زوج و یا زوجه خطرناک است. مثل جذام، برص یا ایدز. آیا "اوفوا بالعقود" اینجا را شامل می‌شود؟ در اینجاها هم عقلاً "اوفوا بالعقود" را شامل نمی‌دانند.

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

قاعده "لاضرر" هم همین را ایجاب می‌کند ولی ما لازم نمی‌دانیم آن را در کنار اوفوا بالعقود قرار دهیم ولی اگر "لاضرر" را کنار آن قرار دهیم واضح‌تر است.^۱

به عنوان مثال نمونه‌هایی از مواردی که فقیهان در مورد اینگونه اسباب فسخ به قاعده "لاضرر" تمسک کرده‌اند ذکر می‌کنیم تا دانسته شود که قاعده "لاضرر" در این باب مورد تمسک فقیهان بوده است و مانعی از اجرای آن وجود ندارد.

الف) صاحب جواهر الکلام (۱۲۶۲ هـ. ق) درباره حق فسخ داشتن زن بر این فرض که مرد قبل از عقد محبوب بوده فرموده است.

^۱ - www.makarem.ir/Persian/Lessons/?qid=1777

آیا زن می‌تواند عقد را در صورتی که آلت مرد قبل از عقد بریده بوده فسخ کند؟ در آن تردید وجود دارد و منشاء آن تردید تمسک به مقتضای عقد است که در مورد خلاف مقتضای عقد بر مواردی که به آن تصریح شده بسنده می‌شود چرا که موارد تصریح شده متیقن است و با وجود این عیب در مرد نباید او را رد کند اما از آن جهت که تدلیس صادق است و جب به معنای خصی یا عنن است و بلکه بالاتر از آن دو است زیرا خصی بر دخول قادر است و احتمال خوب شدن عنین وجود دارد می‌توان حکم به فسخ با این عیب داد و به علاوه صبر زن در این مورد باعث زیان دیدن به اوست. (نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ۳۰/۳۲۸)^۱

همانطور که ملاحظه می‌شود بر فرض ثبوت جب پیش از عقد زن حق فسخ دارد و دلیل آن همان قاعده "لاضرر" است.

(ب) شهید ثانی (۹۱۱-۹۵۶ هـ ق) در مورد حق فسخ بر آن پندار که یکی از دو طرف مبتلا به مرض جذام است فرموده:

عیبهایی که باعث فسخ نکاح می‌شود پنج تا است از آن جمله جذام است زیرا سبب ضرر می‌شود که پیامبر (ص) آن را نفی فرموده چون جذام از مرض‌های واگیردار است و از سوی رسول خدا (ص) روایت شده از مجذوم بگریز چنانچه از شیر درنده می‌گریزی. (شهید ثانی، الروضه، ۵ / ۳۸۳، همو، مسالک الافهام، ۸ / ۱۱۱؛ شیخ صدوق، من لا یحضر الفقیه، ۳ / ۳۶۳؛ همو، الخصال، ۵۲۰؛ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۱/۲۷۳)^۲

بعضی دیگر از فقیهان نیز مانند این عبارت و استدلال را آورده‌اند و بر تعمیم فسخ در مسائل مورد نظر خود استناد کرده‌اند. از عبارتهای فقیهان بر می‌آید که قاعده "لاضرر" در این باب سر بیان دارد و می‌توان آن را جاری کرد بنابراین اگر یکی از دو طرف عقد مبتلا به مرض واگیردار (ایدز و سفلیس و ...) بوده استفاده می‌شود که نباید

۱- (و هل تفسخ المراه بالجب السابق علی العقد؟ فیه تردد منشاه التمسک بمقتضی العقد المقتصر فی خلافه علی المنصوص علیه بخصوص الذی هو المتیقن و عدم رد الرجل بعیب و من صدق التدلیس و کونه بمعنی الخصی و العنن بل اعظم فیهما لقدره الاول علی الایلاج و احتمال الثانی البرء و الضرر.)

۲- العیوب المجوز یفسخ النکاح ... خمسسه ... و الجذام و علی قول ... و لادائه الی الضرر المنفی و انه من الامراض المعدیه باتفاق الاتباء و قد روی عن النبی (ص) فر من المجذوم فرارک من الاسد.

با یکدیگر ازدواج کنند اگرچه صاحب ریاض بر شهید خرده گرفته و فرموده: لازمه این سخن حکم فسخ در هر مرض مسری است. (طباطبائی، ریاض المسائل، ۲ / ۱۳۳)

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

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

الف) عمل مثبت ممکن است الفاظ یا نوشته باشد مانند توصیف کردن زن یا مردی به سلامت مزاج و نداشتن عیب برای شخص دیگری که قصد ازدواج با او را دارد که به اعتقاد بر آن ازدواج نماید. هر گاه آن زن یا مرد دارای عیب باشند. فرق نمی‌کند که عیب مذکور از عیوبی باشد که سبب ایجاد حق فسخ می‌گردد مانند جنون، عنن و یا غیر از آن عیوب باشد مانند صرع و بعضی بیماریهای غیر قابل علاج مثل سرطان و غیره. همچنین توصیف کردن زن یا مردی را برای شخصی که قصد ازدواج دارد به صفات کمالی که با اعتماد وجود آن صفات با او ازدواج کند هر گاه آن صفات را دارا نباشد. (وفادار، علی، حقوق خانواده، حقوق مدنی: ۱۵۵ / ۵)

ب) عمل منفی یا ترک عمل در موردی می‌تواند موجب تدلیس گردد که به جهتی از جهات شخص مکلف به انجام آن بوده همچنان که عدم ذکر عیوب مرد یا زن در مقامی که بیان گردید موجب تدلیس می‌شود مانند آنکه شخصی از دیگری که مورد اعتماد اوست در ازدواج با زن یا مردی مشورت کند و آنکس با علم بر عیوب ازدواجش را صلاح بداند بدون آنکه از آن عیوب ذکری کند. (وفادار، علی، حقوق خانواده، ۱۵۵)

نکات جالبی در استفتائات کمیسیون شورای عالی قضائی در خصوص مسئله ۶ آن وجود دارد مبنی بر این که اگر مرد قبل از ازدواج خود را بر خلاف واقع کارمند، دکتر یا مهندس معرفی کند و بعد خلاف آن کشف شود و یا این که خود را سالم معرفی کند در حالی که مبتلا به بیماری‌های صرع یا امراض صعب‌العلاج بوده باشد و یا این که خود را مجرد معرفی نماید و بعد معلوم شود که معیل بوده آیا این امور موجب صدق تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می باشد یا خیر. درباره پرسش فوق کمیسیون در تاریخ ۱۳۶۳/۲/۳۰ پاسخ داده است که با توجه به مسئله شماره ۱۳ صفحه ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله حضرت امام خمینی(رض) با عنایت به ذیل همین مسئله دارند: با عنایت به مفهوم مخالف مسئله ۱۴، صفحه ۲۹۶ در دو مورد اول تدلیس صدق می کند و حق فسخ موجود است. زیرا که در مثال اول هر یک از صفات مذکور که زوج خود را واجد آن صفات معرفی کرده عرفاً از صفات کمال محسوب می‌شود و عقد ازدواج نیز مبنیاً علیها واقع شده است. در مثال دوم نیز صرع و مرض مزمن و صعب‌العلاج عرفاً نقص است و عقد ازدواج نیز طبعاً و به قرینه معرفی خود با سلامت مزاج مبنی بر عدم آن نقص‌ها واقع گردیده است که در صورت انتفای سلامت قبل از ازدواج حق فسخ وجود دارد و در مورد مثال سوم اگر عرفاً صفت مجرد بودن از صفات کمال محسوب بشود در این صورت زوجه به استناد مسئله ۱۳-۱۴ صفحه ۲۹۵ جلد دوم تحریرالوسیله حق تقاضای فسخ را دارد. (به قلم گروهی از مولفان، فقه و حقوق تطبیقی / ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ، دکتر چاوشی، محمد رضا، ۱۸۷)

در ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی چنین آمده: هر گاه در یکی از زوجین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد.

در روایات تدلیس جمله ای ذکر شده که در مقام تعلیل است و می‌توان از آن استفاده کرد که تدلیس ویژه امور ذکر شده در روایات نیست. «یوجع ظهره کما دلس نفسه» مرد متحمل خسارت می شود چون عیب خود را پوشانده و فریب داده است. (شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، کتاب النکاح، باب الزوج اذا بان خصیاً، ۱۴ / ۶۰۸)

می‌توان ادعا کرد که "کما" دلالت بر تعلیل دارد چنان که بسیاری از علمای نحو و ادب و تفسیر در مورد جمله (واذکروه کما هداکم) متذکر شده‌اند که "کما" در اینجا در مقام تعلیل است و تعلیل شایسته تعمیم است یعنی در هر موردی که تدلیس صدق کند سبب فسخ عقد می‌شود و اگر یکی از زن و مرد به مرض مسری گرفتار بود و دیگری را خبر نکرد و با او ازدواج کرد این مورد نیز در واقع خود نوعی تدلیس است. دلیل سوم: یکی دیگر از دلایل خیار فسخ نکاح برای زن هنگام مبتلا بودن زوج به بیماری ایدز قاعده لاجرح می‌باشد در قرآن آیه ۷۸ سوره حج آمده است: خداوند در دین هیچگونه سختی برای شما قرار نداده است.^۱ این آیه شریفه دلالت واضحی بر این امر دارند که خداوند سبحان در دین مقدس اسلام حکم حرجی تشریح نکرده و از ناحیه هر حکمی که حرج و استیصال و مشقت لازم آید به دستور این آیات شریفه این حکم منتفی و از صحنه تشریح مرفوع است. در سنت هم روایات متعددی است که دلالت بر عدم جعل و تشریح حکم حرجی دارد.

برخی از این روایات عبارتند از:

صحیح بزنطی: ان اباجعفر (ع) کان یقول: «ان الخوارج ضیقوا علی انفسهم بجهاله و ان الدین اوسع من ذلک» امام باقر(ع) فرمود: (خوارج به دلیل نادانی بر خود سخت گرفتند درحالی که دین وسیع‌تر از آن است) (شیخ صدوق من لا یحضر الفقیه، ج ۲۵۸/۱؛ شیخ طوسی، تهذیب ۳۶۸/۲، شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه ۴۹۱/۳؛ علامه مجلسی، بحارالانوار؛ ۲/۲۸۱) و قوله علیه السلام «بعثنی الله بالحنفیه السهله السمره» (پیامبر(ص) فرمود: خداوند مرا بر دین حنیف آسان مبعوث کرده است) (کلینی، کافی جلد ۴۹۴/۵) و بنای عقلا هم قائم بر عدم تجویز تشریح احکام حرجیه در تمام ابعاد است و شارع مقدس که خود رئیس عقلاست نمی‌تواند تخطی از یک سیره مسلم عقلائی بکند و اجماع امامیه بلکه علمای اسلام بر عدم جواز جعل حکم حرجی در اسلام است. (آیت ا... بجنوردی، قواعد فقه، قاعده لاجرح، ۱۴۵)

۱- ما جعل علیکم فی الدین من حرج

در خصوص امراض خطرناک جدید و اثر آنها بر حق فسخ نکاح مانند ایدز و جذام و برص به ویژه این که زن در طلاق اختیار ندارد چون به مقتضی ادله اولیه امر طلاق منحصرأ در دست زوج است. بنابراین مسئله فسخ نکاح برای زن اهمیت ویژه و بیشتری می‌یابد. (نوری طبرسی مستدرک ۱۵ " ۳۰۶" ^۱)

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

قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ امراض مسری صعب العلاج را مجوز طلاق دانسته بود ولی در قوانین جدید مصادیق عسر و حرج را مشخص نکرده و فقط ذکر عنوان کرده است و تبصره الحاقی ماده ۱۱۳۰ ق.م. مصوب ۱۳۸۱ پنج مورد عسر و حرج را به عنوان مثال ذکر می کند. در این ماده چنین آمده است «در مورد زیر زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج زوج را اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود. در ادامه این ماده تبصره‌ای آمده است که عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و یکی از مواردی که در صورت احراز توسط داد گاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌گردد ابتلاء زوج به بیماری صعب العلاج روانی یا ساری یا هر عارضه صعب العلاج دیگری است که زندگی مشترک را مختل می‌کند.

برخی از صاحب نظران اعتقاد دارند حضرت امام خمینی در اینگونه موارد به احتمال زیاد اعتقاد به دادن حق فسخ به زن داشته‌اند. (به نقل از: دکتر حسین مهرپور، فصلنامه مفید، شماره ۲۰، ص ۶۴، فقه و حقوق تطبیقی / ضرورت تحول در عیوب موجب فسخ نکاح، دکتر چاوشی، محمد رضا. ص ۱۹۰)

دلیل چهارم: ذیل حدیث شریف نبوی که فرمود «فر من المجذوم فرارک من الاسد» حدیثی است که در منابع عامه از رسول خدا (ص) نقل شده است. لا عدوی و لا طیره و لاهامه و لا صفر و فر من المجذوم كما تفر من الاسد. (بخاری، صحیح، ۶۴/۷؛ شیخ صدوق، من لا یحضر الفقیه، ۳ / ۳۶۳؛ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۱ / ۲۷۳؛ شیخ صدوق، خصال، ۵۲۰؛ علامه مجلسی بحارالانوار، ۸۲/۶۵)

واگیری، فال بد، شومی جغد، واگیری مرض شکم وجود ندارد و فرار کن از مجذوم چنانکه از شیر فرار می‌کنی. با دقت در حدیث فوق به علت فرار از مجذوم پی برده می‌شود و این مناط و دلیل را از آن استخراج می‌کنند. فقیهان می‌گویند چون جذام از امراض واگیردار و موجب ضرر است پیامبر امر به فرار از آن کرده است لذا از باب تنقیح مناط همین علت در مورد شخص گرفتار به ایدز و سفلیس نیز وجود دارد و لازم است کسی که مبتلا به آن نیست از کسی که مبتلا به آن است دوری کند.

و شکی نیست که فرار از مجذوم و مرض مسری مثل ایدز امکان ندارد مگر به تفریق و جدایی پس اگر آنان بگویند ما راه فرار را امکان پذیر می‌دانیم و آن طلاق است ما جواب می‌دهیم چگونه امکان دارد در حالی که زن مالک طلاق نیست و حدیث ذکر شده و غیر آن، در طلب فرار بین مرد و زن فرق نگذاشته است بلکه امر امر به فرار است نسبت به جمیع افراد جامعه.

شاید آنچه علامه محمدباقر مجلسی (۱۱۱۱هـ.ق) از شیخ صلاح الدین در القواعد نقل می‌کند ناظر به همین جهت باشد. او فتوا داده: اگر مادر مبتلا به جذام و برص شد حق حضانت او ساقط می‌شود زیرا خوف آن وجود دارد که بچه به جهت شیر خوردن و نگهداری او گرفتار شود. (علامه مجلسی، محمدباقر، بحار الانوار، ۸۲ / ۶۵)

دلیل پنجم: طبق نظر پزشکان درصد احتمال سرایت ویروس ایدز از مردان بیمار بیشتر از زنان ایدزی می‌باشد از آن جهت که در منی مرد بیمار مقدار زیادی از ویروس موجود می‌باشد و مدتی طولانی در جدار مخاطی رحم استقرار می‌یابد لذا احتمال سرایت بیماری به زنان سالم بیشتر است ضمن آنکه احتمال نوزاد بیمار نیز وجود دارد. (آیت ا... بجنوردی، محمد، مجموعه مقالات فقهی حقوقی اجتماعی، ۲۱۴/۸)

با عنایت بدین مطلب که زاد و ولد و آمیزش جنسی از مقاصد اصلی ازدواج به شمار می‌آید و در مرض ایدز محروم شدن زن از نیاز جنسی به طور مادام‌العمر است مگر آنکه

از کاندوم استفاده کند و استفاده از کاندوم در حقیقت عزل می‌باشد و این هم بدون اذن زن جایز نیست و آنچه که صاحب جواهر الکلام در کتابش آورده «رفع انتقال بیماری مسری با ایجاب دوری و کناره‌گیری ممکن است» (نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، ۳۰/ ۳۳۰) قول ضعیفی است چون زوجیت که در آن کناره‌گیری یکی از دیگری را ایجاب کند حرج و سختی است و چه فایده‌ای است برای ازدواجی که فاقد آرامش و رحمت و مودت است و این خودداری به معروف نیست (امساک بالمعروف) (آیت ... محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل الطبیه، ص ۲۵۲)

و چه بسا برای خیار زن به آیه ۲۲۹ سوره بقره: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِیْحٌ بِاِحْسَانٍ (طلاق دو مرتبه است و در هر مرتبه باید به طور شایسته همسر خود را نگاهداری کند یا با نیکی او را رها سازد

و آیه ۲۳۱ سوره بقره «وَ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ اَجَلَهُنَّ فَاِمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ لَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا» (هنگامی که زنان را طلاق دادید و به آخرین روزهای عده رسیدند یا به طرز صحیحی آنها را نگاه دارید و یا به طرز پسندیده‌ای آنها را رها سازید و هیچگاه به خاطر زیان رساندن و تعدی کردن آنها را نگاه مدارید)

تمسک می‌شود چون فرقی بین امساک مسبوق به طلاق بعد از رجوع و بین امساک ابتدایی مسبوق به نکاح در حکم نیست و معلوم است که امساک زن از طرف مرد مبتلا به بیماری مسری یا بیماری مهلک در اول ازدواج معروف نیست. و هنگامی که زوج تصمیم به نگهداشتن زن بگیرد این امساک ضرر به زن است که مدلول قول خداوند «و لا تمسکوهن ضاراً لتعتدوا» (هرگز زنان را برای زیان رساندن به آنها نگاه مدارید) است. (آیت ... محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل الطبیه، ۲۵۲)^۱

دلیل ششم: در مورد مرض طاعون روایات مختلفی است که پاره ای از آنها دلالت دارد. شخصی که در سرزمین مبتلا به طاعون زندگی می‌کند نباید از آن خارج شود

۱- و اذا قصد الزوج المريض بامساکها اضرارها فهو مدلول قوله تعالی (و لا تمسکوهن ضاراً لتعتدوا)

(صحیح مسلم، ۲۲۱۸) ^۱ شاید علت آن واگیر بودن طاعون است و خروج از آن شهر و روستا و منطقه سبب انتقال آن به سایر مناطق می‌شود.

اگر واقعاً روشن شود که فلسفه فرمان پیامبر مبنی بر عدم خروج از منطقه مبتلا به طاعون این نکته است این مسئله در مورد تمام اموری که واگیردار است وجود دارد و ایدز و سفلیس نیز این حکم را خواهند داشت و انسان مبتلا به آنها مأمور است ازدواج نکند تا سبب شیوع بیماری نشود.

دلیل هفتم: شهید ثانی در مورد فسخ نکاح با جذام جمله ای دارد که در بحث ما سر بیان دارد یعنی همان دلیل را می‌توان در مورد بحث نیز استفاده نمود.

زیرا نفرت و انزجار ناشی از آن با مقصود از ازدواج که استمتاع است منافات دارد. بیشتر از سایر عیب‌هایی است که در مورد اتفاق هستند. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۱۱) ^۲

قاعده ای که ابن قیم الجوزیه در مورد عیوب موجب فسخ نکاح وضع نموده بدین شرح است «هر عیبی که موجب نفرت همسر از قرینش گردد تا غرض از نکاح که عبارت از رحمت و مودت می‌باشد حاصل نگردد، موجب خیار فسخ در عقد می‌باشد.» (مجلسی، علامه محمدباقر، زاد المعاد، ۳۰/۴ تا ۳۱، ابن قدامه، المغنی، شرح الکبیر، ۵۸۱/۷، الموسی احمد موسی، اجرائات الوقایه الزوجیه فی الفقه الاسلامی من مرض نقص المناعه، ۵۵۸) ^۳ و اضافه می‌نماید نکاح به موجب هر بیماری صعب‌العلاجی فسخ می‌گردد»

اگر چه می‌توان این مطلب را به گونه‌ای همانند مفهوم اولویت دانست، اما خود دلیل مستقلی است زیرا در این علت نفرت جهت فسخ نکاح بوده و این امراض با فلسفه نکاح مخالف است.

۱- عن اسامه بن زید قال رسول الله (ص): الطاعون زجر او عذاب ارسل علی بنی اسرائیل او علی من کان قبلکم فاذا سمعتم به فی ارض فلا تقدموا علیه و اذا وقع بارض و انتم بها فلا تخرجوا فراراً منه.

۲- و لان النفرة الناشئه من ذلك المنافیة للمقصود من الاستمتاع ازید من غیره من العیوب المتفق علیها.

۳- و قوله: ان کان عیب ینفر الزوج الآخر منه و لا یحصل به مقصود النکاح من الرحمه و الموده یوجب الخیار

دلیل هشتم: در روایات اسلامی آمده است که روزی شخص مجذومی بر رسول خدا(ص) وارد شد تا با او بیعت کند اما پیامبر(ص) دست خود را به سوی او دراز نکرد و فرمود: دست خود را نگه دار با تو بیعت کردم. (مسلم، الصحيح، ۱۷۵۲/۴)^۱

و نیز از پیامبر(ص) است که: مریض و آفت زده بر سالم وارد نمی‌شود. (علامه مجلسی، بحارالانوار، ۳۷ / ۲۷۷؛ شیخ حر عاملی؛ وسائل الشیعه، ۸ / ۳۸۱)^۲

اگر این جمله مستقل و یا در ذیل جریان فوق وارد شده است خود دلیل بر بحث ما خواهد بود. قبلاً اشاره کردیم که شیخ صلاح الدین از علمای عامه فتوا داده که مادر مبتلا به جذام حق شیر دادن و حق حضانت ندارد زیرا احتمال سرایت بیماری وجود دارد و نیز در مسند احمد بن حنبل از پیامبر اکرم(ص) نقل شده که فرمود: به مجذوم زیاد نگاه نکنید و اگر با او سخن می‌گویید میان شما و او به اندازه نیزه فاصله باشد. (مجلسی، بحارالانوار، ج ۶۵، ص ۸۳)^۳

«عاهه» در لغت عرب یعنی آفت و جمع آن عاهات است. (اسباب المنیر، ۲ / ۱۰۸) بنابراین از این حدیث می‌توان استفاده کرد که انسان مبتلا به ایدز و سفلیس حق وارد شدن بر انسان سالم را ندارد البته این نوع استفاده باید از سنخ مفهوم اولویت باشد زیرا از تصریح اهل لغت و شیخ صدوق در معانی الاخبار و علامه مجلسی در بحارالانوار برمی‌آید که مضمون این حدیث و حدیث «لا یورد المصح علی الممرض» یکی است. (محقق حلی، معانی الاخبار، ۲۸۲؛ علامه مجلسی، بحارالانوار، ۳۱۶ / ۵۲)

نتیجه‌گیری:

در خاتمه باید بگوییم ممکن است کسی اینگونه اشکال کند که پاره‌ای از روایات یاد شده مرسل است و پاره‌ای از ادله استحساناتی بیش نیست و چنان که صاحب ریاض المسائل فرموده: لازمه آن گذر از نص به هر مرض مزمن و مسری خواهد بود در جواب می‌گوییم از میان مجموعه ادله مذکور دلیل‌های غیر قابل خدشه و تامی وجود داشتند

۱- (امسک یدک فقد بایعتک) ،

۲- (لا یورد ذوعاهه علی مصح)

۳- (لا تطیلوا النظر الی المجذوم و اذا کلمتموه فلیکن بینکم و بینہ قدر رمح) ،

تا مطلب را ثابت کند و خوفی از آنکه گفته شود در سایر امراض مسری نیز موجب فسخ می‌شود نیست.

بنابراین به نظر می‌رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی امکان فسخ نکاح در بیماریهای لاعلاج مثل ایدز به دیده جدی‌تر و واقع بینانه‌تری نگریست تا متخصصین حقوق بتوانند با ارائه نظریات جدید و نو راهگشای خیلی از مشکلات شوند که این نیز خود می‌تواند از حجم سنگین پرونده‌های مراجع قضایی بکاهد و امکان زندگی با واقعیت‌های موجود را فراهم سازد.

فهرست منابع و مآخذ:

- *قرآن مبین
- * نهج البلاغه، حضرت علی(ع)، نوشته سیدرضی، چاپ انتشارات دارالهیجره قم.
۱. ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، المكتبة العلییه، بیروت، بی تا.
 ۲. ابن قدامه، عبدالرحمن، الشرح الکبیر، بیروت، دارلکتاب العربی، بی تا.
 ۳. بخاری، محمدبن اسماعیل، صحیح بخاری، بیروت، دارالفکر، بی تا.
 ۴. التهانوی، محمدعلی، کشف اصطلاحات الفنون، کلکته، ۱۸۶۳.
 ۵. جان هابلی، ترجمه: روانبخش، مسعود، کتاب راهنمای ایدز، تهران، تیمور زاده، طبیب، ۱۳۸۴.
 ۶. حسینی دشتی، سیدمصطفی، معارف و معاریف، دایره المعارف جامع اسلام، موسسه فرهنگی آرایه، ۱۳۷۹.
 ۷. حر عاملی، محمدبن حسن بن علی، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت(ع)، لإحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
 ۸. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، مکتبه الصدوق.
 ۹. _____ معانی الاخبار، تهران، مکتبه الصدوق، قم: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹ ق.
 ۱۰. _____ شرایع الاسلام، تحقیق و نشر موسسه المعارف الاسلامیه، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
 ۱۱. خمینی(امام خمینی)، روح ا...، تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
 ۱۲. رازی، احمدبن فارس، مجمل اللغه، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ قمری.
 ۱۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ناشر: مکتب الاعلامی، الاسلامی، ۱۳۷۲.
 ۱۴. _____ مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، محقق حلی، افسست قم، چاپ تهران، ۱۲۷۳ ق.
 ۱۵. شیخ صدوق، محمدبن علی بن بابویه، الخصال، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۸۹.

۱۶. _____ من لا يحضره الفقيه، ترجمه و شرح علی اکبر غفاری، تهران، صدوق، ۱۳۶۸ ش، چاپ اول.
۱۷. طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، افست، قم: ۱۲۹۲ ق، مؤسسه آل البيت (ع).
۱۸. الفيومی، احمد بن محمد بن علی المقرئ، المصباح المنیر، معجم عربی، طبعه بلونین، مسیره، بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۷.
۱۹. فیروزی آبادی، محمد بن یعقوب، قاموس المحيط، دارالحديث، قاهره، بی تا.
۲۰. گروهی از مؤلفان، فقه و حقوق تطبیقی، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت) مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۸۷.
۲۱. مامقانی، عبدالله، مناهج المتقین فی فقه ائمه الحق و الیقین، قم، موسسه آل البيت(ع)، بی تا.
۲۲. المتقی الهندی، کنزل العمال، موسسه الرساله، بیروت: لبنان، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۲۳. مجلسی، محمد تقی، روضه المتقین فی شرح اخبار الائمه المعصومین(ع)، بی تا.
۲۴. مجلسی، علامه محمد باقر، بحار الانوار، موسسه الوفا، بیروت: لبنان، ۱۳۸۸ هـ.ق، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۲.
۲۵. _____ زادالمعاد، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۸.
۲۶. محمدی، علی، شرح رسائل، ج چهارم، دارالفکر، قم، خیابان ارم، بی تا.
۲۷. مغنیه، محمد جواد، الفقه و مذاهب الخمسه، احوال شخصیه، مترجمان: مصطفی جباری، حمید مسجد سرابی، تهران: ققنوس، ۱۳۷۹.
۲۸. مهرپور، حسین، فصلنامه مفید، شماره ۲۰، زمستان ۱۳۷۸.
۲۹. موسوی بجنوردی، محمد، مجموعه مقالات فقهی، حقوقی و اجتماعی، ج هشتم، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، معاونت پژوهشی ۱۳۸۱.
۳۰. الموسی احمد موسی، اجرائات الوقایه الزوجیه فی الفقه الاسلامی للمرض نقص المناعه المکتسبه (الایدز) مجله مجمع الفقه الاسلامی.
۳۱. محسنی، محمد آصف، الفقه و مسائل الطبیه، قم، بوستان کتاب، بی تا.
۳۲. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۱ ق.
۳۳. نوری طبرسی، حسین، مستدرک الوسائل، موسسه آل البيت، قم، ۱۴۰۷.
۳۴. وفادار، علی، حقوق خانواده، تهران، وفادار، ۱۳۸۰ ..
35. <http://www.makarem.ir/Persian/lessons/?qid=1777>