

بررسی مبانی عیوب ناشی از عدم سلامت موجب فسخ نکاح با تأکید بر وضع کنونی دادگاه‌ها، پزشکی قانونی و قلمرو قانون مدنی

علی سلیمانی پورلک

کارشناسی ارشد، فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد چالوس

چکیده

یکی از مشکلاتی که در حال حاضر در دادگاه‌ها مطرح است و گرفتاری‌های زیادی را برای خانواده‌ها ایجاد می‌کند، مسئله عیوب زوجین است مخصوصاً عیوب موجب فسخ نکاح در زن، که در حال حاضر موجب گرفتاری و تضرر خانواده‌ها شده است و از سوی دیگر قضات محترم نیز با توجه به قانون مدنی و مواد راجع به عیوب موجب فسخ، در مورد طرز برخورد با عیوب نکاحی که اکنون امکان درمانشان وجود دارد دچار مشکل‌اند، زیرا در ظاهر مواد قانون مدنی، در مورد عیوب قابل درمان دلالتی وجود ندارد و سکوت قانون‌گذار در آن مشاهده می‌شود. به نظر می‌رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی امکان فسخ نکاح در بیماری‌های لاعلاج مثل «ایدز» به دیده جدی‌تر و واقع‌بینانه‌تری 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. در این مقاله به بررسی مبانی عیوب ناشی از عدم سلامت موجب فسخ نکاح با تأکید بر وضع کنونی دادگاه‌ها، پزشکی قانونی و قلمرو قانون مدنی می‌پردازیم.

واژه‌های کلیدی: عیوب جنسی، فسخ نکاح، دادگاه‌ها، پزشکی قانونی، قانون مدنی، بیماری‌های لاعلاج.

۱- مقدمه

نیاز جنسی از جمله غرایز آدمی است. براساس آموزشهای دینی، این مهم در چارچوب خانواده و از طریق یک ارتباط سالم جنسی باید فراهم شود. اختلالات جنسی یکی از مشکلاتی است که زنان و مردان بسیاری در چارچوب خانواده از آن رنج می‌برند. برآورده شدن مناسب این غریزه به انسان آرامش و شادابی می‌بخشد و او را به یک فرد سالم تبدیل می‌کند که می‌تواند ارتباطات رضایتبخش و مؤثری در خانواده و در جامعه با دیگران برقرار کند. علاوه بر آن که بازدهی افراد نیز افزایش پیدا می‌کند. در مقابل، وجود اختلالات جنسی در روابط زناشویی منجر به بروز افسردگی و سرخوردگی، طلاق، ارضاء غریزه جنسی در خارج از خانواده یا از طریق شرکای جنسی دیگری میشود که آنان نیز از زندگی زناشویی لذت نمی‌برند، از نظر تاریخی، در زمینه ی اختلالات جنسی، مدارک قابل اعتمادی درست نیست. آنچه مسلم است آن که از دیرباز و در میان ملل باستانی و حتی فرهنگهای برخاسته از ادیان گذشته ارضاء جنسی مرد به صورت یک سویه و به شکل افراطی مورد توجه بوده و زنان به عنوان وسیله ای در خدمت به نیاز جنسی مردان به کار می‌رفته‌اند. اولین سیستم حقوقی در دنیا که به نیازهای جنسی زن و مرد هر دو نگریسته و برای اختلالات جنسی راهحل ارائه کرده است، سیستم حقوقی اسلام است. طبق برآورد پژوهشگران، پنجاه درصد از متقاضیان طلاق در کشور به دلیل مشکلات جنسی به آن روی آورده‌اند، گرچه انگیزه‌های دیگری را به زبان می‌آورند.

متأسفانه تا به امروز حل مشکلات جنسی زوجین نه در سیاست‌گذاری‌ها و نه در برنامه‌ریزی‌ها مدنظر نبوده است و مراکز و نهادهای تخصصی برای رسیدگی به مشکلات این‌چنینی پا نگرفته‌اند. این درحالی است که کارشناسان اعلام کرده‌اند ده درصد مردان دچار ناتوانی جنسی‌اند و چهل درصد زنان در زندگی زناشویی از اختلالات جنسی رنج می‌برند.

۲- ادبیات تحقیق

۱-۲ ادله جواز فسخ نکاح در بیماری‌های صعب‌العلاج و مسری (ایدز)

۱- دلیل اول قاعده لاضرر، این قاعده اصل و قانونی است که فقیهان درباره فسخ نکاح در مواردی که نص صریح وجود ندارد به آن استناد کرده‌اند.

۲- دلیل دوم، به عنوان پایه و اساس رهایی از این ماجرا میتوان تدلیس را ذکر کرد فقهیان نیز موضوع تدلیس را در بسیاری از موارد ذکر کرده و آن را دلیل فسخ دانسته‌اند به مانند این که توصیف کردن زن یا مردی به سلامت مزاج و نداشتن عیب برای شخص دیگری که قصد ازدواج با او را دارد هرگاه آن زن یا مرد دارای عیب باشد چه جنون و عنن چه تدلیس و ثبوت حق فسخ برای زوجه می‌باشد. (خمینی، ۱۳۶۳)

۳- دلیل سوم، فسخ نکاح هنگام مبتلا بودن هر یک از زوجین به بیماری صعب‌العلاج و ایدز قاعده لاضرر می‌باشد در قرآن خداوند فرموده «ما جعلَ عَلَیْکُمْ فی الدینِ مِنْ حَرَجٍ»^۱ یعنی خداوند در دین هیچ‌گونه سختی برای شما قرار نداده است. بنابراین مانند فرد سالم در کنار بیماری ایدزی عسر و حرج و مشقت غیرقابل تحمل و «تکلیف بمالایطلاق» است. قانون مدنی در ماده ۱۱۳۰ امراض مسری صعب‌العلاج را مجوز طلاق دانسته است که در بند ۵ ماده مذکور دوام زوجیت را موجب عسر و حرج دانسته و به زن اختیار طلاق داده است.

۴- دلیل چهارم، طبق نظر پزشکان درصد احتمال سرایت ویروس ایدز از مردان بیمار بیشتر از زنان ایدزی می باشد. (بجنوردی موسوی، ۱۳۸۱)

۵- دلیل پنجم، در مورد مرض طاعون روایات مختلفی است که پاره ای از آنها دلالت دارد. شخصی که در سرزمین مبتلا به طاعون زندگی می کند نباید از آن خارج شود شاید علت آن واگیربودن طاعون است و خروج از آن شهر و روستا و منطقه سبب انتقال آن به سایر مناطق میشود. در نتیجه به نظر می رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی امکان فسخ نکاح در بیماری های لاعلاج جدیتر و واقع بینانه تری نگریست تا متخصصین فقه و حقوق با ارائه نظریات نو راه گشای خیلی از مشکلات شوند. بیماری های لاعلاج مثل سایر عیوب مرد و زن برای هر یک از آنها موجب فسخ نکاح می باشد که در قانون مدنی پیش بینی شده است.

۲-۲ وضعیت مهریه در فسخ نکاح

فسخ اگرچه مانند طلاق موجب انحلال نکاح میشود، ولی طبیعت حقوقی متفاوت و وضعیت مهر در آن دو یکسان نمی باشد، بدین جهت در دو مبحث جداگانه بیان می گردد. به دستور «ماده ۱۱۰۱ ق.م»: هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود، زن حق مهر ندارد مگر در صورتیکه موجب فسخ عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است.

چنانچه از ماده بالا معلوم میگردد در مورد فسخ نکاح مانند طلاق نیز در دو صورت فرض می شود:

۲-۲-۱ مهر در مورد فسخ نکاح قبل از نزدیکی

در صورتی که به جهتی از جهات شوهر یا زن قبل از آنکه نزدیکی واقع شود، نکاح را فسخ نماید، زن حق مهر ندارد، زیرا جنبه معاوضی که نکاح نسبت به مهر دارد، ایجاب می نماید که حکم قاعده فسخ عقد معاوضی که برگشت هریک از عوضین به مالک قبل از فسخ باشد در آن جاری گردد. (صفایی و امانی، ۱۳۸۱)

بنابراین چون نزدیکی بین زوجین که یکی از عوضین محسوب می شود بعمل نیامده است، عوض در نکاح موجود شناخته میشود، لذا هرگاه مهر که عوض دیگر است کلی و مورد تعهد شوهر بوده ساقط می گردد و هرگاه عین معینی بوده به ملکیت شوهر عودت می یابد. در صورتی که مهر در ملکیت زن موجود نباشد او بدل آن را از مثل یا قیمت، به شوهر می دهد. قاعده عودت هر یک از عوضین در اثر فسخ به مالک قبل از عقد، ماده مخصوصی ندارد و از ماده ۱۱۲۸ ق. م استنباط میگردد. ماده ۲۸۶ ق. م: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است مثل آن، در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمتی بودن داده می شود.» (امامی، ۱۳۳۵)

آنچه در طلاق قبل از نزدیکی گفته شد که زن مستحق نصف مهر است برخلاف قاعده و استثناء میباشد. بعضی از فقهاء معتقدند که چنانچه فسخ در اثر یکی از عیوب زن، از طرف شوهر به عمل آید، زن مستحق نصف مهر خواهد بود، زیرا فسخ از طرف شوهر مانند طلاق قبل از نزدیکی می باشد و در طلاق قبل از نزدیکی زن محقق نصف مهر است. بطلان نظریه مزبور با توجه با آنکه، عودت نصف مهریه مالکیت شوهر در طلاق قبل از نزدیکی مبتنی بر آیه شریفه و استثناء از قاعده است و آنکه طبیعت فسخ غیر از طلاق میباشد، مسلم است و نمیتوان آن دو را قیاس به یکدیگر نمود. بنابراین در فسخ نکاح طبق قاعده هریک از عوضین به مالک قبل از عقد عودت می یابد. (کاتوزیان، ۱۳۷۵)

استثناء

چنانچه ماده ۱۱۰۱ ق. م تصریح می نماید در صورتی که نکاح به وسیله زن سبب عنن فسخ شود او را مستحق نصف مهر المسمی خواهد بود. استثناء مزبور از قاعده در حقوق امامیه مبتنی بر روایات متعدده میباشد. ابوعلی در مورد نام برده بر آن است که زن در اثر فسخ مستحق تمامی مهر خود است. (فرجی، ۱۳۷۹)

نظریه مزبور مبتنی بر آن است که زن در اثر خلوت نمودن با شوهر خود و آزمایشی که از طرف شوهر شده تا زن دانسته است که او مبتلا به عنن می باشد. موجب استقرار مهر می گردد.

۲-۲-۲ مهریه در مورد فسخ نکاح بعد از نزدیکی

در صورتی که نکاح پس از نزدیکی زوجین به جهتی از جهات از طرف زن یا شوهر فسخ شود، او مستحق تمامی مهر خواهد بود، زیرا مهر به سبب نکاح به ملکیت زن درآمده و در اثر نزدیکی تمامی آن در ملکیت زن مستقر شده است. ماده در این امر موجود نیست ولی از توجه به ماده ۱۰۸۲ ق. م که به مجرد عقد زن را از مهر محروم داشته است، استنباط می شود که در مورد فسخ نکاح پس از نزدیکی زن مستحق تمامی مهر خود می باشد.

اشکال شده است که طبق قاعده در اثر فسخ عقد، هر یک از عوضین به مالک قبل از عقد برمیگردد و چنانچه یکی از آن دو تلف شده باشد بدل به مالک آن داده می شود. بنابراین باید در مورد فسخ نکاح پس از نزدیکی مهر المسمی به شوهر برگردد و او در عوض مهر المثل به زن بپردازد، زیرا نزدیکی که استیفاء بضع از طرف شوهر است در حکم اتلاف معوض شناخته می شود و او ملزم است بدل آن را که مهرالمثل است به زن بدهد.

اشکال مزبور اگرچه از نظر اجراء قاعده وارد است، ولی با توجه به وجود استصحاب ملکیت زن نسبت به مهر المسمی و روایات مخصوص در مورد، قاعده حقوقی قابل توجهی می باشد. شیخ در مبسوط بر آن است که چنانچه نکاح در اثر عیبی که بعد از نزدیکی به وجود آمده فسخ گردد.^۲

زن مستحق تمامی مهر المسمی خواهد بود، زیرا ملکیت مهر المسمی برای زن به وسیله نزدیکی مستقر شده است، و هرگاه نکاح در اثر عیبی که در زمان نزدیکی مخفی بوده است فسخ شود، اعم از آنکه عیب مزبور قبل از عقد بوده یا بعد از آن حادث شده باشد، زن مستحق مهرالمسمی نخواهد بود، زیرا موارد مزبور مانند موردی است که در حقیقت نکاح منحل یا بهتر گفته شود باطل بوده است.

قول شیخ ضعیف به نظر می رسد، زیرا با آنکه نکاح صحیح واقع شده است و زن در اثر آن مالک مهرالمسمی گردیده و به وسیله نزدیکی مالکیت او تثبیت گردیده است و فسخ هم اثر قهقرایی نمی نماید، فرض بطلان نکاح برخلاف قاعده می باشد، به دین جهت نظریه مزبور در بین فقهای امامیه پیرامونی پیدا ننموده است.

در صورتیکه نکاح از طرف شوهر به دستور ماده ۱۱۲۸ ق. م در اثر تخلف وصف فسخ گردد یا آنکه در اثر خیار تدلیس فسخ شود و شوهر به سبب آن، متضرر گردد کسی که موجب اغراء به جهل شوهر بوده، مسئول خسارت او میباشد، مانند آنکه پدر دختر یا شخص دیگری که واسطه در نامزدی است به شوهر بگوید که زن دارای معلومات عالییه یا دارایی زیادی دارد و مرد به اعتبار آن اوصاف اقدام به نکاح او کند و پس از نزدیکی معلوم گردد که زوجه فاقد اوصاف مزبور است و شوهر به استناد خیار تدلیس نکاح را فسخ نماید.

^۲ مانند جنون و عنن حاصل بعد از عقد که زن می تواند نکاح را فسخ نماید.

هرگاه اوصافی را برای زن در عقد شرط قرار دهند یا عقد مبتنی بر آن واقع شود و پس از نزدیکی معلوم گردد که زن فاقد آن است، چنانچه در عقد شرط بکارت زن بشود و بعد از نزدیکی معلوم گردد که شبیه بوده است و زوج نکاح را به استناد آن فسخ کند، کسیکه زوج را در نکاح مزبور اغراء به جهل نموده باید خسارات او را که من جمله مهر پرداختی به زوجه است بپردازد. در مسئولیت کسیکه موجب اغراء به جهل شوهر شده است فرق نمی نماید که خود زن باشد یا دیگری زیرا طبق قاعده تسبیب مذکور در ماده ۳۳۰ ق.م و قاعده عقلی مشهور کسی که موجب خسارت دیگری گردد و باید آن را بپردازد. بعضی از حقوق امامیه با نظریه مطالبه مهر پرداختی به زن از اغراءکننده در موردی که نزدیکی به عمل آمده باشد مخالفت نموده و معتقدند که چنانچه زوج مهر پرداختی را از اغراءکننده بتواند دریافت دارد، تمتعی که او در اثر نزدیکی با زن برخوردار شده است، بی عوض خواهد ماند.

در صورتیکه کسی موجب انحلال نکاح بین زوجین گردد، باید شخص مزبور آنچه را که زوج به عنوان مهر به زوجه پرداخته به زوج بدهد. چنانچه در رضاع گذشت هرگاه زوجه کبیره، زوجه صغیره شوهر خود را شیر دهد، موجب انحلال نکاح خود زوجه صغیره می باشد. و چون زوجه کبیره سبب انحلال نکاح گردیده است خسارت شوهر را که مهر زوجه صغیره است عهده دار خواهد بود و نسبت به مهر خود، چون او موجب تقویت آن شده است حق مطالبه آن را از شوهر نخواهد داشت. و عده ای از حقوقین امامیه اشکال مزبور را چنین رد نموده اند که هرگاه مهرالمسمی پرداختی از طرف شوهر به زن بیش از مهرالمثل آن زن باشد، آنچه به مقدار مهرالمثل است به عهده شوهر می باشد و اضافه بر مهرالمثل را از او اغراءکننده به عنوان خسارت مطالبه خواهد نمود.

۳. نظری بروضه کنونی دادگاهها، پزشکی قانونی و قلمرو قانون مدنی

این قسمت در دو مبحث ارایه میشود وضع کنونی دادگاهها و محدوده توانایی های پزشکان قانونی و قلمرو دلالت قانون مدنی در عیوب قابل درمان؛

۱-۳ وضع کنونی عیوب قابل درمان در دادگاهها و پزشکی قانونی

۱-۱-۳ در دادگاههای خانواده

در حال حاضر به دلیل اجمال قانون مدنی از یک سو و سکوت آن از سوی دیگر، قضات میگویند «در این باره قانونی نداریم که بدان استناد نماییم و جلوه فسخ نکاح را بگیریم و به علاوه قانون جدید هم در مسئله نداریم تا مشکل حل شود». بر این اساس در وضع کنونی بسیاری از شعب دادگاه خانواده، در مورد عیوب زن از داماد فرصت درمانی می گیرند، تا زوجه بیماری خود را درمان کند و دیگر نکاح فسخ نشود.

اگر داماد با این راهنمایی دادگاه، مجوز معالجه داد، زن می رود و خود را معالجه می کند، با این همه هرچند عیوب قابل درمان اند باز داماد حق فسخ دارد و به استناد اختیاری که قانون مدنی در مورد فسخ نکاح، به او داده است، می تواند نکاح را فسخ نماید. (اوحدی، ۱۳۸۲)

بر این اساس می بینیم که خسارت و ضرر فراوانی به عروس خانم بی گناه و حیثیت و آبروی خانواده عروس، می خورد که با مبانی عدالت مدنی اسلام سازگاری ندارد.

۲-۱-۳ در پزشکی قانونی کشور

اما از نظر پزشکی قانونی، با توجه به پیشرفته ای علم پزشکی قانونی، همچنین پیشرفت های علم پزشکی، عیوب «قرن، عقل، رتق، افشاء، برص، جذام» قابل درمان است و باتخصص بالای پزشکان این عیوب معالجه میشوند و پس از معالجه عیوب مزبور اصولاً رفع میشوند مثلاً در «قرن» آن مانع را رفع میکنند، در «افشاء» محل مربوطه را میدوزند و بالاخره بایک عمل جراحی عیوب مرتفع می‌شود.

در عیوب مردان نیز درخصوص «عنن روانی» و «عنن عضوی» مهلت درمانی داده شده و معایناتی انجام می‌شود. البته در حال حاضر نابینایی، زمین گیری و جنون قابل درمان نیستند.

همان طور که مشاهده میشود. البته در حال حاضر نابینایی، زمین گیری و جنون قابل درمان نیستند.

همان طور که مشاهده میشود عملاً در عیوب مختص زن تنها زمین گیری و نابینایی از هردو چشم درمان ندارد (البته فعلاً) هرچند بر اساس مبانی فقهی، هرگاه مرد با علم به زمینگیر بودن زن و نابینایی او از هر دو چشم، اقدام به ازدواج با او نماید به دلیل علم او از واقعیت، حق فسخ نکاح در این دو مورد را نیز ندارد. (گودرزی، ۱۳۸۰)

۲-۳ قلمرو دلالت قانون مدنی بر عیوب قابل درمان

طبق ماده ۱۱۲۲ ق. م عیوب خصاء، عنن و جب در مرد موجب فسخ نکاح است. از این میان فعلاً عنن قابل درمان است، و طبق ماده ۱۱۲۳ عیوب شش گانه قرن، جذام، برص، افشاء، زمین گیری، و نابینایی از هردو چشم، در زن موجب فسخ نکاح است که جز دو مورد اخیر بقیه قابل درمان اند.

۳-۳ ادله قانونی عدم جواز فسخ نکاح

۳-۳-۱ اصل اولیه قانونگذار

بر اساس مبانی قانون مدنی اصل عدم جواز فسخ نکاح به عیوب است مگر عیوبی که در قانون ذکر شده است. از این اصل استنباط میشود که موارد فسخ نکاح برخلاف اصل است و درمحل زوال. و به قاعده اقتصار باید عمل نمود. بر اساس قاعده اقتصار «الإقتصار فیما خالف الأصل علی موضع الأصل أو الضّ دورة» در مواردی که حکمی بر خلاف اصل و قاعده صادر شود باید به موارد مصرع شرعی و قانونی یا موارد ضرورت اکتفا نمود. (فیض، ۱۳۶۲)

۳-۳-۲ تعلیل قانونگذار

از بند ۲ ماده ۱۱۲۲ استنباط میشود که اگر به هرصورت امکان عمل زناشویی باشد فسخ نکاح موضوعیت نمییابد چه اگر یکبار عمل زناشویی انجام شده باشد مقنن فسخ نکاح را نیز نپذیرفته است. از بند ۳ هم استنباط میشود که مقطوع آله اگر قادر به عمل زناشویی باشد، موجبی برای فسخ نکاح نخواهد بود. (فهرستی، ۱۳۹۰)

۳-۳-۳ مبانی فقهی قانون مدنی

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی در سکوت یا اجمال و... قانون، قاضی باید به منابع معتبر اسلامی^۲ و فتاوی معتبر (فقهی عظام) مراجعه نماید که احادیث وارده و آراء فقها در موضوع تحقیق بررسی شد. فلسفه حکم در شرع مقدس نیز مبنای محکمی در این خصوص می باشد.

۳-۳-۴ دلیل عقل

از قواعد مسلم عقلی است که هرگاه موضوع حکمی برطرف شود، خود حکم نیز برطرف خواهد شد، هرگاه موضوع حکم فسخ نکاح بر اثر معالجه و درمان مرتفع شود، حکم آن نیز (فسخ نکاح)، برطرف خواهد شد. دلیل عقل را به استناد اصل ۱۶۷ تحت عنوان منابع معتبر اسلامی می توان مورد استناد قرار داده قاضی دادگاه می تواند به هریک از ادله پنج گانه بالا در خصوص عدم جواز فسخ نکاح، استناد نماید تا اجرای عدالت که فلسفه وجودی دادگاهها بر آن استوار است، میسر و عملی گردد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶)

۳-۳-۵ رویه قانون گذار

اصلاح قانونگذار در سال ۱۳۷۰ در ماده ۱۱۲۳ مبنی بر حذف قید «عنن به شرط اینکه بعد از گذشتن مدت یکسال... رفع نشود» و جایگزینی «به شرط اینکه ولو یکبار عمل زناشویی را انجام نداده باشد» به این معنا است که در صورت حتی یک مرتبه و طی دیگر زن حق فسخ ندارد که سخت کردن پذیرش فسخ نکاح است و نیز افزودن قید به «اندازه ای که قادر به عمل زناشویی نباشد» بر این تفسیر مضیق تأکید می ورزد. (شریف، ۱۳۷۷)

۴. نتیجه گیری

توجه دقیق اسلام به مسأله ارضاء جنسی زن و مرد در مؤلفه های مختلفی از سیستم حقوقی اسلام از جمله فسخ نکاح تبلور یافته است. اسلام حق برخورداری از یک شریک سالم جنسی را به رسمیت شناخته و برای کسی که از آن محروم است حق انحلال نکاح قائل شده است.

با وجود دیدگاه منطقی و مترقبانه اسلام، زوایای از مسائل مربوطه پس از گذشت سال ها، همچنان در هاله ای از ابهام و یا اختلاف نظر باقی مانده اند. این امر باعث شده امروز افراد بی شماری با مشکلات مواجه شوند. بر سیاستگذاران حقوقی کشور و بر علمای دین است به این مهم توجه کنند و با توجه به منابع غنی اسلام و پیشرفت های علوم دیگر به اصلاح و تکمیل قوانین مربوطه بپردازند. از مجموع مباحث استنباط میشود که هرگاه خلل عقلی (جنون) یا جسمی (جذام - برص) یا جنسی قرن، عقل، افضاء، حضا، جب، عنن یا کاری (نابینایی و زمین گیری) در یکی از زوجین حاصل شود، صرفاً مقتضی فسخ نکاح برای همسرش ایجاد میشود، لکن دلیل قابل درمان بودن عنن (یعنی فقدان شرط) به اجماع فقهای شیعه و سنی حق فسخ نکاح تنجز و فعلیت پیدانمیکند و شخص هیچ گونه مجوزی برای فسخ نکاح ندارد. همچنین هیچ گونه نیازی به کسب رضایت شخص برای معالجه همسرش نیست زیرا جواز فسخ فرع به تحقق شرایط آنست و با امکان معالجه و

^۲ یعنی کتاب، سنت، عقل، اجماع.

درمان، شرعاً و قانوناً اصلاً مجوزی برای اعمال خیار فسخ نکاح وجود ندارد، هرچند وطی امکان پذیر نیست اما معالجه امکان دارد.

۱. اصل در عیوب موجب فسخ نکاح بر عدم جواز فسخ است زیرا فسخ نکاح برخلاف قاعده دوام زوجیت است لذا قاضی بایستی از آن تفسیر مضیق نماید و تا موضوع فسخ فعلیت نیافته جواز فسخ صادر نکند. از سویی در عیوب جدیدی نظیر ایدز و... نباید آن را توسعه داد بلکه می توان از خیار تدلیس یا شرط ضمن عقد یا شرط بنایی یا عرفی حین عقد یا عسر و حرج سود برد.

۲. هر عیبی از عیوب نکاح که قابل درمان باشد، برای طرف دیگر حق فسخ اصلاً ایجاد نمی‌شود، زیرا تا موضع فعلیت پیدا نکند، حکم نیز تنجز و فعلیت پیدا نخواهد کرد.

۳. اگر احتمال معالجه برود، دادن مهلت به شخص معیوب برای معالجه و درمان خویش ضروری است. این مهلت در فقه اسلامی یکسال است. البته بعضی از مذاهب اهل سنت در عیوب مختص زن، تعیین مهلت درمان را به اختیار قاضی می‌گذارند، اما معلوم است که چون هدف درمان عیب موجود است، تا برطرف شود، باید از نظر رویه عملی دادگاه‌ها معیار معالجه را در زن و مرد یکسال بگذارند، لکن هرگاه مداوای عیب به تشخیص پزشکان قانونی بیشتر طول می‌کشد، مهلت بیشتری برای ادامه درمان بدهند زیرا فلسفه درمان این است که احتمال معالجه می‌رود و چون اینعلت هنوز باقی است، استمهال بیشتر مجاز خواهد بود.

۴. برای معالجه عیوب موجب فسخ نکاح، مراجعه به اهل خبره (متخصصان پزشکی قانونی) ضروری است. اگر بررسی پزشکان قانونی نشان داد عیبی قابل درمان است، قاضی با استناد به فراهم نمودن شرایط، دستور معالجه می‌دهد اما اگر بررسی پزشکان قانونی نشان داد عیب قابل درمان نیست، برای همسر دیگر حق فسخ نکاح ایجاد می‌شود.

۵. در خصوص عیوبی که حکم درمان داده می‌شود، هرگاه پس از درمان عیب کاهش یابد اما زوج برای واقعه، هنوز دچار عسر و حرج واقعی باشد، برای او حق فسخ نکاح ایجاد خواهد شد.

بنابراین به نظر می‌رسد باید به این ضرورت بسیار مهم یعنی امکان فسخ نکاح در بیماری‌های لاعلاج مثل «ایدز» به دیده جدی‌تر و واقع‌بینانه‌تری 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.

منابع

۱. امامی، سید حسن. ۱۳۳۵ش. حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی، چاپ پانزدهم.
۲. اوحدی، بهنام. ۱۳۸۲ ش. تمایلات و رفتارهای جنسی انسان، اصفهان: انتشارات آتروپات.
۳. بجنوردی موسوی، محمد، ۱۳۸۱، مجموعه مقالات فقهی و حقوقی و اجتماعی، ج ۸، پژوهشکده امام خمینی.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. ۱۳۷۶. حقوق خانواده، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ اول.
۵. شریف، علی. ۱۳۷۷. حقوق خانواده، تهران: انتشارات دنیای نو، چاپ اول
۶. صفایی - امانی، سید حسین - اسدالله. ۱۳۸۱. مختصر حقوق خانواده، انتشارات میزان، چاپ پنجم.
۷. فرجی، حمید، ۱۳۷۹، فسخ نکاح در عیوب قابل درمان، سال هشتم شماره ۱۲.
۸. فهرستی، زهرا، ۱۳۹۰، بررسی حقوق جنسی زوجین، سال هفتم، شماره ۲۸، انتشارات دانشگاه مشهد.
۹. فیض، علیرضا. ۱۳۶۲ ش. مبادی فقه و اصول، قم: انتشارات حوزه.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. ۱۳۷۵ ش. حقوق خانواده، تهران: انتشارات یلدا، چاپ اول.
۱۱. گودرزی، فرامرز. ۱۳۸۰. پزشکی قانونی، تهران: انتشارات انیشتین.
۱۲. موسوی خمینی، روح اله. ۱۳۶۳ش. تحریر الوسیله، قم: انتشارات دارالعلم، چاپ چهارم.