

## چکیده

یکی از تلاش‌های طرفداران تساوی حقوق زن و مرد، تثبیت و قانونی کردن این امر است که زن و مرد هم در مورد ایجاد علقه زناشویی و عقد نکاح از وضعیت یکسانی برخوردارند و هم در مورد انحلال نکاح (اعم از فسخ یا طلاق) و اگر محدودیتهایی قانونی نیز وجود دارد، بطور مساوی هر دو را در بر می‌گیرد.

در حقوق ایران حق مساوی زن و مرد برای ایجاد علقه زوجیت و عقد نکاح از جهت اینکه قصد و رضای طرفین لازم است، تامین شده ولی در خصوص انحلال نکاح تفاوت‌هایی بین حدود اختیار زن و مرد وجود دارد. اصولاً در حقوق ایران انحلال ارادی نکاح تحت دو عنوان: فسخ و طلاق صورت می‌گیرد. بحث ما در این نوشتار پیرامون فسخ نکاح و تفاوت‌هایی که با طلاق دارد و نیز حدود اختیار هر یک از زن و مرد در استفاده از آن با عنایت به مبانی فقهی می‌باشد. (البته بحث در مورد طلاق، در مقاله دیگری بطور مستقل ارائه می‌شود) و در پایان تجزیه و تحلیلی در مورد نظر اقتراحی امام(ره) در این زمینه ارائه شده است.

## مقدمه

یکی از تلاش‌های طرفداران تساوی حقوق زن و مرد، تثبیت و قانونی کردن این امر است که زن و مرد هم در مورد ایجاد علقه زناشویی و عقد نکاح از وضعیت یکسانی برخوردارند یعنی قصد و اراده و رضای هر یک از آن دو شرط صحت نکاح است و هم در مورد انحلال نکاح، یعنی در زمینه بهم زدن نکاح، اعم از فسخ یا طلاق نیز از اختیار و وضعیت یکسانی برخوردار بوده و محدودیتهای قانونی نیز اگر وجود دارد، یکسان، هر دو را در بر می‌گیرد، در این راستا، بند ۴ ماده ۲۳ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی می‌گوید:

«دولت‌های طرف این میثاق تدابیر مقتضی به منظور تامین تساوی حقوق و مسوولیت‌های زوجین در مورد ازدواج در مدت زوجیت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند کرد.»

ذیل بند ۱ ماده ۱۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر نیز مقرر می‌دارد:

«... در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر، در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی هستند.»

شق ج بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان نیز بر تساوی حقوق و مسوولیت‌های مرد و زن در خلال ازدواج و در انحلال آن تاکید می‌نماید.<sup>(۱)</sup>

در حقوق ایران، نکاح عقد است که باید با قصد و رضای طرفین یعنی زن و مرد تحقق پیدا کند و می‌توان گفت حق مساوی زن و مرد برای ایجاد علقه زوجیت و منعقد ساختن نکاح تامین شده است. البته برخی محدودیت‌ها از قبیل لزوم اجازه ولی در نکاح دختر باکره یا ممنوعیت مطلق ازدواج زن مسلمان با مرد غیر مسلمان و محدودیت ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی وجود دارد که در این مقال، مورد بحث ما نیست ولی تساوی زن و مرد برای انعقاد نکاح از جهت این که قصد و رضای هر دو طرف لازم است و بدون آن، چه از ناحیه زن و چه از ناحیه مرد، عقد نکاح محقق نمی‌شود، تامین شده است ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی می‌گوید:

«نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید.»

و ماده ۱۰۷۰ همان قانون تصریح می‌نماید:

«رضای زوجین شرط نفوذ عقد است»

و ماده ۱۰۷۱ مقرر می‌دارد:

«هر يك از زن و مرد می‌تواند برای عقد نکاح، وکالت‌به غیر بدهد».

ولی در خصوص انحلال نکاح تفاوت‌هایی بین حدود اختیار زن و مرد وجود دارد که در این نوشته مقداری به آنها خواهیم پرداخت.

به غیر از بطلان نکاح که عقد را از ابتدا بی اعتبار می‌کند و فوت یکی از زوجین که عامل طبیعی جدایی زن و شوهر است و انقضای مدت و بذل مدت که مخصوص نکاح منقطع است و فعلا مورد بحث مانیتست، اصولا در حقوق ایران انحلال نکاح تحت دو عنوان: فسخ و طلاق، صورت می‌گیرد و ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود».

بحث ما در این نوشته پیرامون موضوع فسخ نکاح که در واقع یکی از عوامل ارادی بر هم زدن عقد نکاح هست و حدود اختیار هر يك از زن و مرد در استفاده از این عامل و تفاوت‌هایی که بین آن و طلاق وجود دارد با عنایت‌به مبانی فقهی آن خواهد بود.

ویژگی‌های کلی فسخ نکاح و تفاوت آن با طلاق

با این که ایجاد نکاح بصورت عقد و بر مبنای توافق دو طرف آن، یعنی زن و مرد و قصد و رضای آنها صورت می‌گیرد ولی انحلال آن با صرف توافق طرفین به مفهوم مصطلح آن یعنی اقاله پذیرفته نشده است بلکه منحل شدن نکاح علی الاصول با عمل يك جانبه حقوقی و بصورت ایقاع صورت می‌پذیرد یعنی همانطور که گفتیم یا بوسیله فسخ است که با عمل ارادی یکجانبه زن یا شوهر صورت می‌گیرد یا به صورت طلاق است که آن هم در حقوق ما ایقاع و عمل حقوقی یکجانبه شوهر می‌باشد.

فسخ نکاح، مانند فسخ هر عقد لازم دیگری، اختیاری است که در موارد معینه‌ای طبق قانون به یکی از طرفین عقد داده شده که به موجب آن می‌تواند، عقد را به هم بزند و ادامه وجود عقد و آثار آن را از زمان فسخ متوقف نماید. در مورد فسخ، فرض بر این است که عقد، بطور صحیح واقع شده و آثار و نتایج مترتبه بر خود را دارد، (۱) ولی یا بر مبنای قرارداد و شرط طرفین و یا بلحاظ وجود وضعیتی که ادامه عقد، موجب زیان یکی از طرفین می‌شود، (۲) طرف عقد حق دارد آن را فسخ نماید و به حیانتش پایان دهد. در عقد نکاح حق خیار فسخ بر اساس توافق طرفین و قرار دادن شرط خیار فسخ پذیرفته نشده است و ماده ۱۰۶۹ قانون مدنی تصریح می‌نماید که:

«شرط خیار فسخ نسبت‌به عقد نکاح باطل است...»

موارد معینه قانونی که به یکی از طرفین اختیار می‌دهد عقد نکاح را فسخ کند نیز نسبت‌به سایر عقود و قراردادها محدودتر است. اصولا می‌توان گفت طبق قانون مدنی دو چیز عامل پدید آمدن حق فسخ نکاح است: ۱ عیب، ۲ تخلف از شرط صفت.

البته عنوان دیگری هم در فقه موجب حق فسخ شمرده شده که عبارت است از تدلیس. این عنوان در قانون مدنی نام برده نشده ولی می‌تواند در بسیاری از موارد تحت عنوان عیب یا تخلف از شرط صفت قرار گیرد و بهرحال اگر آن را عنوان مستقلی بگیریم می‌توان گفت: فقط سه عامل: عیب، تخلف از شرط صفت و تدلیس می‌تواند در نکاح موجب فسخ باشد.

عدم لزوم مراجعه به دادگاه برای اعمال حق فسخ

در حقوق ایران، فسخ عقد و از جمله فسخ عقد نکاح نیاز به رسیدگی و حکم دادگاه ندارد بلکه با اعلام اراده دارنده حق فسخ، عقد منفسخ می‌گردد، دخالت دادگاه می‌تواند برای تایید وجود حق فسخ مفید باشد و در نتیجه تصمیم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد. و در جهت اجبار طرف به اجراء آثار فسخ به کار می‌آید. (۳)

این که فسخ عقد و به ویژه فسخ عقد نکاح که در این مقال، مورد بحث ماست نیاز به رسیدگی و حکم دادگاه ندارد قول مشهور نزدیک به اجماع فقهاء امامیه است، محقق حلی در کتاب شرایع می‌گوید: مرد و همچنین زن، می‌تواند بدون مراجعه به حاکم، عقد نکاح را فسخ نماید (البته در صورت وجود موجب فسخ) فقط در موردی که زن به استناد ناتوانی جنسی مرد یعنی عین بودن او می‌خواهد نکاح را فسخ نماید باید به دادگاه مراجعه نماید آن هم بدین منظور که از تاریخ مراجعه به دادگاه، دادگاه مدت یک سال ضرب الاجل تعیین کند که اگر در این مدت مرد توان انجام عمل جنسی را پیدا کرد موضوع حق فسخ منتفی است و اگر این توانایی را پیدا نکرد حق فسخ برای زن ثابت است و با انقضای ضرب الاجل تعیین شده از سوی دادگاه زن می‌تواند مبادرت به فسخ عقد نکاح نماید و برای فسخ نیازی به حکم دادگاه نیست «... و لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعذر الوطی...»<sup>(۶)</sup> شهید ثانی در شرح بیان محقق می‌گوید:

«چون نصوص دلالت بر این دارد که فسخ حق ثابت برای هر یک از زوجین است در صورت وجود موجبات آن بنابراین، اعمال حق نیازی به حضور حاکم و یا گرفتن اذن از او ندارد و قول مشهور بین فقهاء امامیه همین است.»

از بین فقهاء امامیه ابن جنید اعمال حق فسخ را منوط به حکم حاکم دانسته و شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط، نظرات متفاوت و غیر قطعی‌ای ابراز نموده گاه اعمال حق فسخ را بدون حکم حاکم جایز ندانسته و گاه گرفتن حکم حاکم را موافق با احتیاط اعلام کرده و گاه اعمال آن را بدون حکم دادگاه تجویز نموده است.<sup>(۶)</sup>

نظر متفاوت اهل سنت و قوانین دیگر کشورهای اسلامی

فقهای اهل سنت و به تبع آن قوانین کشورهای عربی، عموماً اعمال حق فسخ در نکاح را منوط به مراجعه به دادگاه کرده و با حکم دادگاه مجاز می‌دانند مخصوصاً در مورد فسخ به علت وجود عیب در زن یا مرد و اساساً یکی از فرقهای انحلال نکاح بوسیله طلاق و بوسیله فسخ را لزوم گرفتن حکم دادگاه در مورد فسخ می‌دانند از جمله می‌توان به نظر فقیهان مذاهب چهارگانه شافعی، حنبلی، حنفی و مالکی اشاره کرد که بویژه در مورد فسخ در اثر عیب تصریح می‌کنند جز به وسیله حاکم و حکم قاضی نمی‌توان نکاح را فسخ کرد.<sup>(۷)</sup>

قانون احوال شخصیه کویت در ماده ۱۰۰ مقرر می‌دارد:

«در همه حال فسخ نکاح موقوف به حکم قاضی است و قبل از صدور حکم از سوی قاضی فسخ تحقق پیدا نمی‌کند.»<sup>(۸)</sup>

در بسیاری از قوانین احوال شخصیه کشورهای عربی اصولاً نامی از فسخ نکاح به میان نیامده و بر هم زدن عقد به لحاظ وجود عیب یا مثلاً تخلف از شرط وصف و امثال آنها را تحت عنوان طلاق و به عنوان یکی از علل درخواست طلاق و یا تحت عنوان خیار تفریق ذکر کرده‌اند و در هر حال مراجعه به دادگاه و گرفتن حکم دادگاه مبنی بر طلاق یا تفریق را ضروری می‌دانند. قانون خانواده الجزایر در ماده ۵۳ به زن حق می‌دهد که در صورت وجود عیوبی که مانع تحقق هدف ازدواج است از دادگاه درخواست طلاق نماید و اصولاً از فسخ نکاح نامی به میان نیآورده است.<sup>(۹)</sup>

قوانین احوال شخصیه سوریه، عراق و لبنان تحت عنوان خیار تفریق یا درخواست تفریق وجود برخی عیوب را از موجبات درخواست صدور حکم جدایی از دادگاه دانسته‌اند.<sup>(۱۰)</sup>

به هر صورت قانون مدنی ایران، انحلال نکاح دایم را تحت عنوان: فسخ و طلاق مشخصاً ذکر نموده و مواردی را که هر یک از زن و مرد می‌تواند نکاح را فسخ نماید مشخص کرده است و از لزوم مراجعه به دادگاه برای گرفتن حکم فسخ نیز سخنی به میان نیآورده است بلکه به گونه‌ای مطلب را بیان نموده که به روشنی می‌رساند مراجعه به دادگاه لازم نیست ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«خیار فسخ فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط می‌شود، به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد، تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده، به نظر عرف و عادت است.»

«در فسخ نکاح رعایت ترتیباتی که برای طلاق مقرر است، شرط نیست».

بنابراین اگر طلاق، ایقاعی است که فقط از ناحیه شوهر می‌تواند صورت گیرد و با توجه به مقررات رایج فعلی (ماده واحده اصلاح قانون طلاق مصوب سال ۱۳۷۱) برای واقع ساختن آن باید گواهی عدم امکان سازش از دادگاه اخذ شود و باید در طهر غیر مواقعه با الفاظ مخصوص و در حضور دو شاهد عادل واقع شود، در فسخ این ترتیبات لازم نیست یعنی فسخ نکاح ایقاعی است که هم از سوی مرد و هم از سوی زن می‌تواند اعمال شود، و نیازی به لفظ خاص ندارد بلکه طبق ماده ۴۹۴ قانون مدنی، فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌شود، مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهی عدم امکان سازش و استماع دو شاهد عادل و مراعات وضعیت زن از لحاظ بودن در طهر غیر مواقعه نیز لازم نیست.

موجبات فسخ نکاح در قانون مدنی و تفاوت‌های موجود بین زن و مرد

چنانکه پیشتر گفتیم در قانون مدنی ایران از دو امر بعنوان موجب فسخ نکاح سخن رفته است یکی وجود عیب در یکی از زوجین و دیگری تخلف از شرط وصف.

در اینجا توضیح کوتاهی در مورد موجب دوم می‌دهیم و بحث بیشتر را روی موجب اول که در استفاده از آن تفاوت‌هایی بین زن و مرد وجود دارد، قرار خواهیم داد.

۱- تخلف از شرط صفت ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«هر گاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد».

مستفاد از این ماده قانونی این است که طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر صفتی را که جنبه عقلانی داشته باشد در عقد نکاح شرط نمایند، اعم از این که وصف مزبور مربوط به وجود نوعی صفت کمال یا فقدان عیب و نقص و خواه ناظر به جنبه‌های جسمی و روحی طرف یا امور عارضی و خارجی باشد و بعد از عقد خلاف آن معلوم شود طرف دیگر به استناد تخلف از شرط صفت می‌تواند عقد نکاح را فسخ نماید.

ممکن است وجود صفتی، صراحتاً در ضمن عقد نکاح شرط نشود ولی عقد مبتنی بر وجود وصفی در یکی از زوجین منعقد گردد که اگر آن صفت را نداشت، طرف نکاح را منعقد نمی‌نمود در این صورت نیز طبق ذیل ماده ۱۱۲۸ اگر معلوم شد طرف فاقد آن وصف است، مشروط له می‌تواند نکاح را فسخ نماید.<sup>(۱۱)</sup>

در کتب فقهی نیز ضمن طرح مساله تدلیس در نکاح و این که تدلیس یعنی نمایاندن صفت کمال یا پوشاندن عیب و نقص، موجب حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود از قراردادن شرط صفت در نکاح نیز بحث نموده و تخلف از آن را موجب حق فسخ دانسته‌اند و بلکه اثبات تدلیس را همانا قرار دادن شرط صفت کمال و موجود نبودن آن صفت دانسته‌اند.<sup>(۱۲)</sup>

حتی موضوع وقوع عقد نکاح متبانیاً بر شرطی بدون ذکر صریح آن در عقد را نیز مطرح نموده و موجب حق فسخ دانسته‌اند و مثالها و مصادیقی را در این رابطه ذکر کرده‌اند مثل اینکه مردی با زنی ازدواج کند با این شرط و اعتبار که آزاد است و معلوم شود کنیز است یا زنی با مردی با این شرط و قرار که آزاد است تزویج کند و معلوم شود مرد برده است، حسب مورد، مرد یا زن حق دارد نکاح را فسخ کند.<sup>(۱۳)</sup> و یا اگر مردی با زنی ازدواج کند و شرط کند که باکره باشد ولی معلوم شود باکره نبوده، بلحاظ فقدان شرط، مرد می‌تواند نکاح را فسخ نماید.

صاحب جواهر که این مطلب را بیان می‌کند، تصریح می‌نماید که جهت داشتن حق فسخ فقدان شرطی است که مورد توافق طرفین بوده و فایده قرارداد این شرط این است که تخلف از آن برای طرف دیگر ایجاد حق فسخ می‌کند. و می‌گوید ظاهراً در این امر اختلافی وجود ندارد. (۱۴)

صاحب جواهر متذکر می‌شود حتی اگر وجود بکارت بصورت شرط در عقد ذکر نشده باشد ولی بنا بر وجود آن بوده و با تدلیس وجود آن صفت نمایانده شده است، بعید نیست که بگوییم حق فسخ برای مرد وجود دارد. (۱۵)

در هر صورت در خصوص وجود حق فسخ به لحاظ تخلف از شرط وصف، طبق قانون مدنی و نیز بر اساس مستفاد از نظر فقهاء فرقی بین زن و مرد نیست و هر يك می‌تواند وجود صفت یا صفاتی را در دیگری شرط نماید و در صورت تخلف از شرط و موجود نبودن آن وصف، عقد نکاح را فسخ نماید.

۲ وجود عیب چنانکه گفتیم یکی از موجبات فسخ نکاح وجود برخی عیوب جسمی و یا روحی در یکی از طرفین عقد است که به طرف دیگر حق می‌دهد نکاح را فسخ نماید. قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور بین فقهای امامیه که بخصوص از زمان محقق صاحب شرایع به بعد به صورت یکنواخت بیان شده، عیوب موجب فسخ نکاح را به سه دسته تقسیم کرده است:

الف عیوب مشترك یعنی عیوبی که در هر يك از زن و مرد ممکن است وجود داشته باشد و در هر يك باشد، برای دیگری حق فسخ وجود دارد. قانون مدنی فقط جنون را به عنوان عیب مشترك بیان کرده و در ماده ۱۱۲۱ می‌گوید:

«جنون هر يك از زوجین به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل موجب حق فسخ است.»

تنها تفاوتی که در این مورد بین زن و مرد وجود دارد و قانون مدنی در واقع رعایت حال زن را کرده است، این است که اگر جنون مرد بعد از عقد هم حادث شود زن حق دارد نکاح را فسخ کند (ماده ۱۱۲۵: جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب فسخ برای زن خواهد بود) در حالی که جنون زن در صورتی برای مرد ایجاد حق فسخ می‌کند که در حال عقد وجود داشته باشد (ماده ۱۱۲۴).

ب عیوب مختص مرد قانون مدنی وجود سه عیب جسمانی در مرد که مانع انجام عمل جنسی به نحو صحیح از جانب او می‌شود را موجب حق فسخ برای زن دانسته است.

ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی اصلاحی سال ۱۳۷۰ می‌گوید:

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

#### ۱- خصاء

۲- عنن به شرط این که ولو يك بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد.

۳- مقطوع بودن آلت تناسلی به اندازه‌ای که قادر به عمل زناشویی نباشد.

خصاء به معنای اخته بودن مرد است و فرد مبتلا به این عیب را خصی می‌گویند، عنن به معنای ناتوانی جنسی مرد به لحاظ عدم انتشار آلت تناسلی اوست و مرد مبتلا به آن مرض را عنین می‌گویند. مقطوع بودن آلت تناسلی نیز معنایش روشن است در عربی به آن جب به معنای قطع و فرد مبتلا را مجبوب می‌گویند.

عیوب ردیف ۲ و ۳ مانع انجام عمل جنسی از سوی مرد هستند ولی عیب ردیف يك ممکن است مانع نزدیکی نباشد ولی مرد دارای این عیب فاقد منی می‌باشد و قادر بر انزال نیست.

در هر حال از نحوه بیان قانون مدنی چنین بر می‌آید که تنها در صورت وجود این سه عیب در مرد به اضافه جنون که عیب مشترك است، زن حق دارد نکاح را فسخ کند البته به شرط اینکه در هنگام عقد موجود بوده، و زن از وجود آنها آگاه نبوده است. در مورد عنن اگر بعد از عقد هم حادث شود مشروط بر اینکه قبل از دخول باشد، طبق ماده ۱۱۲۵ حق فسخ برای زن خواهد بود. وجود هیچ عیب جنسی و جسمی دیگر در مرد به زن حق فسخ نکاح نمی‌دهد.

ج عیوب مختص زن قانون مدنی در ماده ۱۱۲۳ وجود شش عیب را در زن موجب حق فسخ نکاح برای مرد دانسته است که عبارتند از:

۱- قرن

۲- جذام

۳- برص

۴- افضاء

۵- زمین گیری

۶- نابینایی از هر دو چشم

این عیوب نیز به حکم ماده ۱۱۲۴ در صورتیکه در هنگام عقد در زن وجود داشته باشند و مرد بر وجود آنها آگاه نباشد به او حق فسخ می‌دهند. از این شش عیب دو عیب قرن که به معنای استخوان یا گوشت زایدی است در دهانه آلت تناسلی زن و مانع عمل نزدیکی می‌شود (رتق و عفل نیز تقریباً به همین معنی و دارای همین حکم است) و افضاء که به معنای یکی شدن مجرای بول و حیض است از عیوبی است که فقط در زن وجود دارد و به نحوی انجام عمل جنسی را غیرممکن یا مختل می‌نماید.

ولی چهار عیب دیگر، یعنی جذام به معنای خوره که بیماری خطرناک و مسری است و برص که به معنای پیسی است و مسری نمی‌باشد. زمین‌گیری و نابینایی از هر دو چشم هم که معنایشان روشن است، عیوبی جسمانی هستند که می‌تواند هم در زن و هم در مرد وجود داشته باشد. ولی قانونگذار وجود آنها را در مرد موجب حق فسخ برای زن ندانسته است.

حکم تبعیض‌آمیز قانون مدنی و بررسی مبنای فقهی آن

طبیعتاً حکم مقرر در قانون مدنی در مورد حق فسخ برای زن و مرد تبعیض‌آمیز به نظر می‌رسد و توجیه منطقی هم برای آن به نظر نمی‌رسد، چگونه می‌توان، این امر را توجیه کرد که مرد با وجود اینکه اختیار طلاق را در دست دارد و طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی هر وقت بخواهد می‌تواند زن خود را طلاق دهد، در صورت مبتلا بودن زن به امراض و عیوبی چون جذام و برص، و نابینایی و زمین‌گیری می‌تواند از طریق سهل‌تر فسخ نیز استفاده کند ولی زن که اختیار طلاق را هم در دست ندارد در صورت مواجه شدن با شوهر جذامی که بیماری خطرناک و مسری دارد یا شوهر نابینا و زمین‌گیر که طبعاً در مدیریت او نسبت به خانواده و تأمین معیشت اثر منفی دارد، نتواند از این حق فسخ استفاده کند و ناگزیر باشد با آن وضع بسازد.

البته حکم قانون مدنی چنانکه قبلاً گفتیم متکی بر نظر مشهور فقهاء امامیه است که آنها هم به استناد روایات وارده در این باب به این ترتیب فتوی داده‌اند. در قدیمی‌ترین متون فقهی امامیه که معمولاً مضمون احادیث را نقل می‌کنند مانند: مقتعه شیخ مفید و نهاییه شیخ طوسی تا کتب فقهی فقیهان معاصر، تقریباً همه به همین ترتیب مطلب را نقل کرده‌اند.

شیخ طوسی در کتاب نهاییه می‌گوید:

هرگاه مردی با زنی ازدواج کرد و ملتفت شد که او دارای جذام یا برص است یا نابیناست یا دارای رتق (تقریبا به همان معنا قرن) است یا افضا شده یا لنگ و یا دیوانه است می‌تواند او را بدون طلاق رد کند (یعنی نکاح را فسخ نماید).<sup>(۱۶)</sup>

ولی وجود هیچ يك از این عیوب در مرد موجب حق فسخ نمی‌شود جز در مورد جنون و عنن مرد که می‌توان نکاح را فسخ کرد. همچنین در صورت خصی بودن مرد، زن می‌تواند نکاح را فسخ نماید.<sup>(۱۷)</sup>

نظیر همین بیان را شیخ مفید در مقعنه دارد و امام خمینی (ره) و آیه‌الله خویی از فقیهان معاصر نیز شبیه همین نظر را ارائه داده‌اند.

مستند فقها در حکم به جواز فسخ نکاح در موارد مزبور، روایات خاصه وارده، در این باب و تا حدودی حکم کلی مستفاد از قاعده لاضرر<sup>(۱۸)</sup>

و تاثیر محدود اراده طرفین بویژه در رابطه با فسخ در اثر تخلف از شرط وصف می‌باشد.<sup>(۱۹)</sup>

در قرآن کریم با وجود این که احکامی از نکاح و طلاق در سوره‌های مختلف چون بقره، نساء و طلاق بیان شده است از فسخ نکاح به وسیله یکی از زوجین سخنی به میان نیامده است، ولی در روایات منقوله از ائمه، به مواردی که می‌شود نکاح را رد یعنی فسخ نمود و عمدتا همان مواردی است که بیان کردیم اشاره شده است. بسیاری از این روایات نیز در مقام پاسخ به سوال راوی بوده یعنی طرف موردی را پرسش نموده و امام بدان ترتیب پاسخ داده است. در این روایات منقوله تصریحی به وجود حق فسخ برای زن در مورد برخی عیوب چون نابینایی و زمین‌گیری و... نشده است. در بعضی از روایات هم پس از شمردن برخی از عیوب مرد چون جنون، خصاء، عنن و این که زن در این موارد می‌تواند نکاح را رد کند، تصریح شده که به غیر از این عیوب، نکاح رد نمی‌شود.

به نظر می‌رسد مشهور فقها با توجه به اصل لزوم در عقد و وضعیت خاص نکاح که آن را از دیگر عقود متمایز می‌کند و حتی الامکان باید پایدار باشد، جواز فسخ و برهم زدن نکاح را موکول به وجود نص و مستند نقلی حاکی از تجویز شارع می‌دانند و جایگاهی برای توجیهات عقلی و منطقی و ملاحظات اجتماعی و انسانی و استدلالات مبتنی بر مصلحت و قیاس و استحسان قایل نیستند و لذا برای قایل شدن حق فسخ نکاح برای مرد یا زن در جستجوی وجود نص روایی هستند و در استفاده از روایات نیز به جای توجه به حکمت و مصالح آن، بر دلالت لفظی روایات، جزمیت نشان می‌دهند.

این نوع بینش در فهم و بیان احکام اجتماعی اسلامی در برخی از موارد نتایج ناخوشایند و تبعات غیرقابل قبولی را در پی خواهد داشت، و چون به هیچ وجه مقتضیات زمان و واقعیات جامعه و عقل عرفی، مقررات و احکام ناشی از این نوع بینش را نمی‌تواند بپذیرد به تدریج این نوع احکام و مقررات در عمل به انزوا کشیده می‌شود و متروک می‌ماند.

به هر حال، در موضوع ما نحن فیه برخی از فقیهان، استنباط و نظر متفاوتی دارند که پس از نقل تعدادی از روایات مربوط به فسخ نکاح به بیان آن نظر می‌پردازیم:

روایات مربوط به حق فسخ نکاح

برای آشنایی با چگونگی استنباط حکم از روایات، چند نمونه از منابع اصلی حدیث‌شعبه نقل می‌کنیم:

۱- حلبی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از ایشان در مورد وضعیت نکاح مردی که با زنی ازدواج نموده و متوجه شده که زن اعور (به اصطلاح معروف چپ چشم) هست سوال کردم امام فرمود: نکاح فقط به خاطر برص، جذام، جنون و عقل رد می‌شود یعنی فسخ می‌گردد.<sup>(۲۰)</sup>

(عقل هم به معنی و یا در حکم قرن است که در ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی آمده و منظور از آن وجود زایدی است در آلت تناسلی زن که مانع نزدیکی می‌شود).

۲ زید شحام از امام صادق (ع) نقل می‌کند که امام فرمود: زنی که مبتلا به پیسی، جذام و یا جنون باشد نکاحش رد (فسخ) می‌شود. ولی زنی که اعور هست نکاحش فسخ نمی‌گردد. (۲۱)

۳ ابو عبیده از امام باقر (ع) نقل می‌کند که از ایشان در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و در او عیبی می‌بیند سوال شد و امام (ع) فرمود: اگر زنی که دارای عیب عقل، برص، جنون، افضاء و زمین‌گیری واضح و روشن است، تدلیس کند، به خانواده‌اش برگردانده می‌شود بدون طلاق (یعنی فسخ می‌شود) و شوهر مهریه‌ای را که داده است از ولی زن که این تدلیس را نموده می‌گیرد و اگر ولی زن تدلیس نکرده باشد ملزم به دادن مهر به شوهر نیست. (۲۲)

نزدیک به همین مضمون روایتی است که از داود بن سرحان از امام صادق (ع) نقل شده است. (۲۳)

۴ روایتی را کلینی در فروع کافی از طریق عبدالرحمن بن ابی عبدالله از امام صادق (ع) نقل کرده که امام (ع) فرمود در اثر چهار چیز نکاح زن فسخ می‌شود مشروط بر اینکه موقعه صورت نگرفته باشد، ولی اگر موقعه انجام شده باشد دیگر حق فسخ نیست و آن چهار چیز عبارتند از: برص، جذام، جنون و قرن: (المراه ترد من اربعة اشیاء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العقل مالم يقع علیها فاذا وقع علیها فلا). (۲۴)

شیخ طوسی نیز در تهذیب عین همین روایت را نقل کرده است و توضیح داده اینکه طبق این روایت در صورت وقوع نزدیکی دیگر حق فسخ نیست منظور جایی است که مرد با علم به وجود عیب اقدام به نزدیکی نموده و عمل او نشانگر رضایتش به عقد است.

به هر حال شیخ در تهذیب از طریق همین عبدالرحمن روایت دیگری را از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از امام (ع) پرسیده شد:

اگر مردی با زنی ازدواج کند و متوجه شود، زن، زنا داده است، چه می‌تواند بکند، امام (ع) می‌فرماید اگر مرد بخواهد می‌تواند صدق را از کسی که موجب این ازدواج شده بگیرد و به اندازه‌ای که مرد از زن استمتاع برده باید مهریه‌ای به او بدهد و اگر خواست می‌تواند زن را رها کند. و بعد امام فرمود: نکاح زن بوسیله وجود عیوب: عقل، برص، جذام و جنون فسخ می‌شود ولی به غیر از این امور نمی‌توان نکاح را فسخ کرد. (۲۵) (وترد المراه من العقل والبرص و الجذام و الجنون فاما ماسوی ذالك فلا).

شیخ طوسی در مقام توجیه تعارض بین این روایت و روایاتی که دلالت بر وجود حق فسخ در مورد نابینایی و افضاء و زمین‌گیری دارد می‌گوید:

بین این دو منافاتی وجود ندارد و وجه جمع بین این دو نوع روایت این است که بگوییم در خصوص عیوب عقل و جنون و جذام و برص حتماً حق فسخ وجود دارد ولی در مورد افضاء و زمین‌گیری و نابینایی هر چند حق فسخ وجود دارد ولی بهتر است، متوسل به فسخ نشود. (۲۶)

۵ روایات مختلفی نیز در خصوص حق زن برای فسخ نکاح در صورتی که با مردی ازدواج کند در حالیکه مرد تدلیس کرده بدین صورت که خصی بوده و آن را کتمان نموده، و یا برده بوده و خود را آزاد قلمداد کرده، وجود دارد. همچنین روایات متعددی وارد شده که اگر مرد عنین بود یعنی ناتوانی جنسی داشت، زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و طرح موضوع کند، در صورت اثبات این بیماری دادگاه یکسال به شوهر مهلت می‌دهد که خود را معالجه کند. اگر پس از گذشت یک سال از رجوع به دادگاه، مرد توانایی انجام عمل جنسی را بدست نیاورد زن می‌تواند نکاح را فسخ کند.

برای ملاحظه روایات مربوطه می‌توان به کتب حدیث از جمله منابع مورد استناد در این مقاله، چون فروع کافی، تهذیب الاحکام، وسائل الشیعه و غیر آن مراجعه کرد. فقط یک حدیث را در این زمینه نقل می‌کنیم که حکایت دارد به خاطر عیوبی غیر از عیوب مربوط به امر جنسی در مرد، حق فسخ نکاح ایجاد نمی‌شود هم کلینی در فروع کافی و هم شیخ طوسی در کتاب تهذیب روایتی را از شخصی به نام عباد ضبی یا غیث ضبی از امام صادق (ع) نقل کرده‌اند که فرمود:



اگر معلوم شد مرد عنین است و توانایی جنسی ندارد بین زن و مرد جدایی افکنده می‌شود ولی اگر يك بار واقعه کرد، موردی برای فسخ نکاح نیست و نکاح به خاطر عیب مرد رد (فسخ) نمی‌شود (۲۷): (عن ابی عبدالله (ع) قال: فی العنین اذا علم انه عنین لایاتی النساء فرق بینهما و اذا وقع علیها وقعه واحده لم یفرق بینهما و الرجل لا یرد من عیب).

برخی از فقها مثل صاحب جواهر به مفاد همین حدیث بر رد حق فسخ برای زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام و برص استناد کرده‌اند. (۲۸)

از جمله عیوب مرد که به نظر مشهور و بلکه شاید بتوان گفت به اجماع فقها موجب حق فسخ برای زن می‌شود، همانطور که قبلا اشاره شد جب یعنی مقطوع بودن آلت تناسلی است به گونه‌ای که مانع ایفای وظیفه زناشویی برای مرد گردد.

ولی روایت و نص خاصی در این مورد وجود ندارد و به همین جهت محقق در وجود حق فسخ به خاطر آن اظهار تردید نموده و منشا تردید را نبودن نص و اقتضاء لزوم عقد ذکر کرده است:

(و هل تفسخ بالجب؟ فیه تردد منشاه التمسك بمقتضى العقد) (۲۹)

ولی در عین حال هم خود محقق و هم شارحین کتاب او چون صاحب جواهر و شهید ثانی در مسالك و دیگر فقها نظریه ایجاد حق فسخ را در این مورد تقویت کرده‌اند و با وجود نبودن نص در خصوص مورد با توجه به وحدت ملاک مستفاد از روایات مربوط به حق فسخ در مورد «عنن» یعنی عدم قدرت بر واقعه و قیاس اولویت نسبت به خصی که با وجود این که توانایی انجام عمل جنسی را دارد ولی عیب مزبور طبق روایات موجب حق فسخ دانسته شده است و نیز به استناد قاعده رفع ضرر و لزوم ضرر در صورت ندادن حق فسخ به زن عموماً این عیب را نیز موجب حق فسخ دانسته‌اند.

این معنی را نه تنها فقیهی چون شهید ثانی که در برخی مسائل با دیدی باز و روشن برخورد می‌کند در مسالك (۳۰) توجیه نموده. بلکه فقیهی چون صاحب جواهر نیز که با این گونه توجیهات و استدلالات مخالف است و به همین رو با تعمیم حق فسخ برای زن در مورد وجود جذام و برص در مرد مخالفت دارد، به همین توجیهات روی آورده و آن را موجب فسخ دانسته است. (۳۱)

لازم به یادآوری است که در مورد خصی نیز نصوص و روایاتی که نقل شده و به زن حق فسخ داده است جملگی با عنوان تدلیس ذکر شده‌اند یعنی با این مضمون که اگر مردی که اخته است تدلیس کند و به عنوان فرد سالم و فاقد عیب با زنی ازدواج نماید و زن از خصی بودن او مطلع شود می‌تواند نکاح را فسخ نماید. بعنوان مثال:

عن ابی عبدالله (ع) ان خصیا دلس نفسه لامراه قال یفرق بینهما و تاخذ المراه منه صداقها و یوجع ظهره کما دلس نفسه. (۳۲)

در هیچ يك از روایات منقوله، خصی بودن بدون عنوان تدلیس و صرفاً بعنوان عیب از موجبات فسخ نکاح بشمار نیامده است. (۳۳) از همین رو شیخ طوسی در مبسوط در عیب بودن آن ب گونه‌ای که موجب خیار فسخ شود، تردید کرده است بدین جهت که خصی قادر به انجام عمل جنسی حتی بهتر از افراد عادی می‌باشد، هر چند قادر به انزال نیست. (۳۴)

اگر قرار باشد در تجویز حق فسخ صرفاً تابع نصوص و روایات وارده باشیم نباید صرف وجود عیب خصاء را بدون تحقق عنوان تدلیس موجب حق فسخ دانست. در حالیکه طبق نظر مشهور فقها، نفس وجود این عیب موجب حق فسخ است. و قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۲۲ نفس وجود خصاء را بدون مقید کردن آن به شمول عنوان تدلیس، موجب حق فسخ دانسته است. به همین جهت صاحب جواهر تردیدهای زیادی در موجب حق فسخ بودن خصاء وارد کرده و بعید ندانسته که حق فسخ در مورد خصاء فقط در مورد تدلیس ثابت باشد و برای توجیه قول رایج بر این که بطور مطلق موجب حق فسخ است احتمال داده که شاید صرف عدم اخبار و اعلام این عیب از سوی مرد، تدلیس محسوب شود و سرانجام با ختم مطلب به امر به تامل (فتامل) شفاف نبودن موضوع را ابراز کرده است. (۳۵)

## نظر شهید ثانی در مورد تساوی زن و مرد در حق فسخ نسبت به عیوب جذام و برص

چون علی الاصول بحث ما پیرامون موارد تفاوت حق زن و مرد در انحلال نکاح و در این قسمت در استفاده از حق فسخ و نقد و بررسی مبانی و دلایل آن است، بنابراین لازم است نظرات مختلف موجود را مورد بررسی قرار دهیم و احیاناً نتیجه گیری از آن بنماییم یا از این تجزیه و تحلیل روزنه‌ای برای نتیجه گیری مطلوب باز کنیم. اندک تفصیلی هم که در خصوص عیوب خصاء و جب دادیم و تحلیلهای مختلف را نقل کردیم برای بهره برداری از آن در نتیجه گیری از این موضوع بود.

به هر حال همانطور که در آغاز بحث فسخ گفتیم طبق قانون مدنی بر اساس نظر رایج در فقه امامیه، برای فسخ نکاح، مرد بر زن امتیازاتی دارد، زن فقط به استناد وجود چهار عیب در مرد حق فسخ دارد در حالیکه مرد به استناد وجود ۷ عیب در زن که چهار عیب آن (جذام، برص، زمین گیری و نابینایی) از عیوب جسمانی است که در مرد هم ممکن است وجود داشته باشد حق فسخ دارد و زن در این موارد از استفاده از حق فسخ محروم است.

در اینجا بد نیست به نظر و استدلال برخی از فقهای امامیه که در این خصوص نظر مخالف دارند نیز اشاره کنیم و مستند نقلی و عقلی آنها را بدانیم.

در بین فقهاء متقدم قاضی ابن براج تقریباً به سیاق و ترتیبی که از فقهای اهل سنت نقل شد (و به آن خواهیم پرداخت) جنون و جذام و برص و کوری را از عیوب مشترک بین زن و مرد شمرده که هر یک از این عیوب در هر کدام بود، دیگری حق فسخ دارد. وی عیوب موجب فسخ را به سه دسته تقسیم می‌کند عیوب مختص مرد و عیوب مختص زن و عیوب مشترک که عیوب مشترک به شرح مرقوم ذکر شد. (۳۶)

به نقل شهید ثانی در مسالك، ابن جنید نیز عیوب چهارگانه مزبور را به اضافه لنگی و ارتکاب زنا از عیوب مشترک در زن و مرد شمرده است.

شهید ثانی در مسالك و نیز شرح لمعه نظر ابن براج و ابن جنید را در مورد مشترک بودن دو عیب جذام و برص در زن و مرد در کمال درستی دانسته و از آن حمایت کرده است و برای اثبات صحت این نظر که زن هم در صورت وجود این دو عیب در مرد حق فسخ دارد هم به عموم مفاد برخی از روایات استناد کرده و هم به استدلال عقلی و قیاس اولویت متوسل شده است. وی در زمینه استناد به دلیل نقلی می‌گوید:

روایت صحیح‌ه‌ای که حلبی از امام صادق (ع) نقل نموده بطور مطلق می‌گوید: می‌توان نکاح را به خاطر برص، جذام، جنون و عفل فسخ کرد و اطلاق این روایت شامل جذام و برص مرد نیز می‌شود  
به علاوه می‌گوید:

وقتی وجود این دو عیب در زن، به مرد حق فسخ می‌دهد، با این که مرد می‌تواند با توسل به طلاق خود را از این نکاح خلاص نماید منطقی است که بپذیریم وجود آنها در مرد به طریق اولی برای زن که اختیار طلاق را هم در دست ندارد حق خیار فسخ ایجاد می‌کند.

از سوی دیگر چون جذام به خصوص مرضی است که به اتفاق پزشکان مسری است، ندادن حق فسخ به زن موجب ورود ضرر بر زن می‌گردد که به حکم قاعده لاضرر، حکم ضرری نباید وجود داشته باشد؛ بعلاوه نفرتی که از وجود این عیب پیدا می‌شود و طبعاً منافی حق استمتاع است به مراتب بیشتر از نفرت ناشی از عیوب دیگری است که در مرد وجود دارد و مانع عمل جنسی و استمتاع است و بالاتفاق موجب حق فسخ است. بنابراین حق این است که در مورد این دو عیب تفاوتی بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ گذاشته نشود.

شهید ثانی می‌گوید:

البته اکثر فقها به استناد اصل لزوم عقد و عدم فسخ آن و روایت منقوله از طریق غیاث ضبی از امام صادق (ع) که بخاطر وجود عیب در مرد، نکاح فسخ نمی‌شود (الرجل لا یرد بعیب) حق خیار فسخ را به زن نداده‌اند ولی بر کسی پوشیده نیست که نظریه مربوط به وجود حق خیار فسخ برای زن قوی تر است و روایتی (روایت کنانی) که اطلاقش دلالت بر این امر می‌نماید بر این روایت (الرجل لا یرد بعیب) برتری دارد، توجیهاات و دلایل عقلی و منطقی گفته شده، نیز آن را تقویت می‌کند و بنابراین اصل لزوم و عدم فسخ نیز با این دلایل کارایی خود را از دست می‌دهد.

شهید ثانی اضافه می‌کند که:

استناد به روایت غیاث ضبی (الرجل لا یرد بعیب) از سوی برخی از فقها برای منع حق خیار فسخ به زن و در این مورد از شگفتیهای روزگار است؛ زیرا این روایت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ متن قابل استناد نیست زیرا راوی آن یعنی غیاث در کتب رجال شناخته شده نیست. بنابراین چگونه می‌توان به حدیث او استناد کرد. از لحاظ متن نیز اشکال دارد زیرا لازمه عمل به آن حدیث این است که وجود هیچ عیبی در مرد موجب حق فسخ نکاح برای زن نشود و این برخلاف اجماع مسلمین است. (۳۷)

از فقهای اخیر مرحوم سید ابوالحسن نیز گرایش به نظر شهید ثانی نشان داده و مشترك بودن دو عیب جذام و برص را بعید ندانسته است. (۳۸)

اشاره‌ای به حکم موضوع در فقه اهل سنت و قوانین کشورهای اسلامی

با تتبع مختصر در فقه اهل سنت به نظر می‌رسد در این زمینه برخورد مطلوبتر و مناسبتری بعمل آمده و نظری که شهید ثانی با قوت از آن دفاع کرده و متاسفانه فقیهان دیگر ما توجه چندانی به آن ننموده‌اند در نظر رایج فقهای اهل سنت آمده است.

در هر سه مذهب مالکی، حنبلی و شافعی عیوب موجب فسخ در نکاح به سه دسته عیوب مشترك، عیوب مختص زن و عیوب مختص مرد تقسیم شده است. مطابق هر سه مذهب، جذام و برص و جنون از جمله عیوب مشترك هستند که در هر يك از زن و مرد وجود داشته باشند برای طرف دیگر حق فسخ ایجاد می‌شود. عیوب مختص مرد و زن، در واقع عیوب مانع از انجام عمل جنسی به نحو صحیح هست که به حسب طبیعت ممکن است در مرد یا زن باشد. خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی از عیوب مختص مرد و رتق و عفل و قرن (که هر سه در واقع يك حکم را دارند) و افضاء از عیوب مختص زن است که به مرد حق فسخ می‌دهد. (۳۹) منطقی و قابل پذیرش بودن و نزدیک بودن به عدالت را در این ترتیب نمی‌توان از نظر دور داشت. در مذهب حنفی اصولاً جز عیوب افضاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلی هیچ عیب دیگری حتی جذام و برص در هر يك از زوجین موجب حق فسخ نمی‌شود. (۴۰)

در قوانین فعلی بعضی از کشورهای عربی و اسلامی نیز که ملاحظه شد برای زن حق فسخ نکاح یا مطالبه تفریق و جدایی از دادگاه به لحاظ ابتلاء مرد به امراضی که مانع اعمال زناشویی است یا امراض خطرناکی چون جذام و برص پیش بینی شده است؛ از جمله می‌توان ماده ۹ قانون احوال شخصیه مصر، اصلاحی سال ۱۹۸۵؛ ماده ۱۰۵ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب سال ۱۹۵۳؛ ماده ۵۳ قانون خانواده الجزایر مصوب سال ۱۹۸۴ و ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه عراق اصلاحی سال ۱۹۷۸ را ذکر نمود. ماده ۹ قانون احوال شخصیه مصر می‌گوید:

در صورت وجود عیب مستحکمی در مرد که قابل علاج نبوده یا معالجه آن طولانی مدت باشد و بقاء زن بر وجیت‌برایش موجب ضرر باشد مانند جنون و جذام و برص، می‌تواند از دادگاه درخواست جدایی نماید. (۴۱)

ابداع مطلوب قانون احوال شخصیه کویت

قانون احوال شخصیه کویت که بیش از ۱۶ سال از تنظیم و تصویب آن نمی‌گذرد مصوب سال ۱۹۸۴ و قانون نسبتاً خوبی است در زمینه حق فسخ به لحاظ وجود عیب هم از نظر عیب موجب فسخ و هم از نظر تساوی زن و مرد از

استفاده از حق فسخ به استناد عیب، حکم کلی جدیدی را وضع نموده و مدعی است این حکم را از متون فقهی استخراج کرده و با موازین شرعی منافاتی ندارد. ماده ۱۳۹ قانون مزبور تحت عنوان فسخ به جهت عیب مقرر می‌دارد:

«هر يك از زوجین می‌تواند فسخ نکاح را بخواهد، در صورتی که در طرف دیگر عیب پابرجایی که ایجاد نفرت می‌کند یا موجب زیان می‌شود یا مانع استمتاع می‌گردد، بیاورد خواه چنین عیبی قبل از عقد به وجود آمده و یا بعد از عقد حادث شده باشد. هر يك از طرفین که به وجود این عیب قبل از عقد عالم بوده یا بعد از عقد به آن رضایت دهد، حق فسخش ساقط می‌شود.»

طبق ماده ۱۴۱:

هر گاه عیوب مذکور قابل زوال نباشند، دادگاه حکم به فسخ می‌دهد ولی اگر امکان اصلاح آنها وجود داشته باشد، دادگاه مهلت مناسبی را برای اصلاح و زوال عیب تعیین می‌کند اگر ظرف آن مدت عیب از بین نرفت و طرف ذی نفع طالب فسخ بود، دادگاه حکم فسخ را صادر می‌کند.

و ماده ۱۴۲ حکم می‌کند:

باید برای شناخت عیوب موجب فسخ و تعیین مدت مناسب برای اصلاح و رفع آنها از پزشکان خبره مسلمان کمک گرفت. (۴۲)

تدوین کنندگان این مقررات از قانون احوال شخصیه کویت تشریح این حکم جدید را در واقع بدعت غیر مجاز ندانسته و با اشاره به نظرات و عقاید مختلف فقهاء خود در زمینه نوع و تعداد عیوب موجب حق فسخ نکاح، مدعی هستند که در واقع رد پای این اجتهاد جدید خود را در نظریات فقهای سلف یافته‌اند و با در نظر گرفتن جهات و مصالح لازمه و مراعات عدل و انصاف، این ترتیب قانونی را تصویب کردند. (۴۳)

قابل انتقاد بودند مقررات قانون مدنی در مورد عیوب موجب فسخ

به نظر می‌رسد با این سیری که در میانی فقهی مقررات قانون مدنی در خصوص عیوب موجب فسخ نکاح و حق هر يك از زن و مرد در استفاده از فسخ نمودیم به خوبی روشن شده باشد که این حکم تبعیض آمیز موجود در قانون مدنی در زمینه حق فسخ نکاح به استناد عیوب قابل توجیه نیست و علاوه بر نداشتن دلیل عقلی و منطقی، دلایل نقلی مبنای این نوع حکم و مقررات نیز علی‌رغم نظر مشهور فقهاء جایگاه محکمی ندارد و جز جزمیت‌پر ظاهر الفاظ و روایاتی که بعضی اضطراب در سند و متن دارند نمی‌توان توجیه دیگری برای بیان این نوع حکم ارایه داد.

همانطور که بیان شد در قرآن کریم ذکر و سخنی از حکم فسخ و تفاوت زن و مرد در برخورداری از این حق به میان نیامده است. اکثر روایاتی هم که در این باب وارد شده در پی طرح سوال و برخورد با واقعه‌ای که طبعاً بیشتر از سوی مردان مطرح می‌شده صادر شده و راه حل واقعه مطرح شده، یا پرسش معموله را ارایه داده‌اند. بنابراین اگر در غیر عیوب مختص به هر يك از زن و مرد، عیبی مانند جذام، برص و حتی کوری و زمین‌گیری مطرح شده و وجود آن در زن به مرد حق فسخ داده است این امر، بدین معنا نیست که حسب مورد نتوان حق فسخ را به زن داد و بر اصل لزوم عقد و استصحاب لزوم و بقای آن به خاطر نبودن نص و مجوز صریح بر وجود حق فسخ برای زن پافشاری کرد و توجهی به ملاک و حکمت احکام وارده در روایات ننمود.

چگونه می‌توان پذیرفت، شریعت اسلامی و بخصوص مقررات فقه شیعه و قانون مدنی که تحقق عقد نکاح را جز با ایجاب و قبول و قصد و رضای زن و مرد و دو طرف عقد، نمی‌پذیرد، در مقام انحلال از یکسو اختیار طلاق را در دست مرد قرار دهد و از سوی دیگر امکان فسخ را به نحو بهتر و بارزتری به او بدهد به گونه‌ای که مثلاً اگر مردی پس از عقد ملتفت شد زنی را یکی از عیوب، مثلاً جذام یا نابینایی یا زمین‌گیری است هم بتواند او را طلاق دهد و هم قادر باشد نکاح را فسخ کند، ولی زنی که مواجه با شوهر جذامی یا نابینا یا زمین‌گیر می‌شود نه بتواند از حق طلاق استفاده

کند و نه حق داشته باشد به استناد وجود این عیوب نکاح را فسخ نماید؟ این يك بی عدالتی آشکار است که هرگز با مذاق اسلامی نمی‌خواند و استناد به ظاهر برخی روایات وارده در این باب هم نمی‌تواند آن را توجیه نماید.

بنابراین به نظر می‌رسد، بسیار مطلوب و بجا و بی اشکال خواهد بود که مواد ۱۱۲۱ و ۱۱۲۳ قانون مدنی را اصلاح کرد و همانگونه که در مذاهب اهل سنت و بسیاری از قوانین کشورهای اسلامی آمده، عیوب مهمی چون جنون، جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر را به عنوان عیوب مشترك بين زن و مرد و قابل فسخ برای هر يك اعلام نمود. چنانکه دیدیم فقیهانی چون قاضی ابن براج و شهید ثانی نیز به شرحی که قبلاً ذکر شد به نفع این نظریه استدلال نموده و آن را صحیح و عادلانه شمرده‌اند.

متأسفانه با وجود غنا و پویایی و اجتهاد مستمری که به نحو بارزی در فقه شیعه وجود دارد، در عمل، فقیهان ما مخصوصاً در این دوره‌های اخیر و حتی پس از گرفتن مستقیم حکومت و اداره مملکت بسیار کند حرکت می‌کنند و شجاعت لازم را در اجتهاد به خرج نمی‌دهند.

### حق درخواست الزام شوهر به طلاق

به هر حال، در عین محدودیت زوجه برای اعمال حق خیار فسخ، قانون مدنی با الهام از نظریات برخی از فقها، مواردی را پیش‌بینی کرده که زن می‌تواند به دادگاه مراجعه نماید و درخواست کند که دادگاه شوهر او را ملزم به طلاق نماید. تقریباً نظیر ترتیبی که در قانون احوال شخصیه بعضی از کشورهای عربی پیش‌بینی شده است و در صفحات قبل به آن اشاره شد که زن می‌تواند از دادگاه درخواست صدور حکم بر جدایی با شوهرش را بخواهد در قانون مدنی نیز به نحوی پیش‌بینی شده است.

### نظر فقیهان در خصوص درخواست طلاق زن از دادگاه

به نظر می‌رسد تعداد کمی از فقها معتقدند، زن می‌تواند در مواردی به غیر از مورد امتناع یا عجز از انفاق به دادگاه مراجعه کند و درخواست صدور حکم مبتنی بر الزام شوهر به دادن طلاق و جدایی از دادگاه بنماید.

از متقدمین، شیخ مفید در کتاب مقتعه می‌گوید:

«حاکم نمی‌تواند شوهر را اجبار به طلاق و جدایی نماید مگر اینکه شوهر حق واجبی از حقوق نکاح را نسبت به زن ایفاء ننماید.»<sup>(۴)</sup>

مفهوم مخالف این عبارت این است که اگر شوهر برخی از حقوق واجبه زن را ایفاء ننماید دادگاه می‌تواند او را مجبور به دادن طلاق نماید.

در بین فقهاء متاخر و معاصر، شیخ انصاری در ملحقات مکاسب و میرزای قمی در جامع‌الشتات و مرحوم سید محمد کاظم یزدی در ملحقات عروه الوثقی نسبت به امکان مراجعه زن به دادگاه در صورت اذیت و آزار زوج و یا افتادن در عسر و حرج با ادامه وضعیت زناشویی و الزام شوهر به طلاق توسط دادگاه، اظهار نظر نموده‌اند.<sup>(۵)</sup>

در این بین نظر مرحوم سید کاظم «یزدی که بطور کلی برای زن این حق را شناخته است که حتی در غیر مورد ترك انفاق، اگر بقاء زوجیت برای زن موجب ضرر و حرج باشد می‌تواند از دادگاه درخواست جدایی کند و دادگاه می‌تواند مآلاً حکم جدایی را صادر نماید» نگرش جدید در توجه به حقوق زن و تا حدی جبران محرومیت او از داشتن اختیار طلاق و فسخ همانند مرد بشمار می‌آید و مبدء تحولی محسوب می‌گردد.

سید پس از بیان صور مختلف مربوط به غایب بودن شوهر یا محبوس بودن او و روایات مربوط به ترك انفاق و اجبار شوهر به طلاق در صورت ندادن نفقه می‌گوید:

«... از این روایات استفاده می‌شود که در صورت ندادن نفقه، شوهر، اجبار به طلاق می‌گردد، بنابراین به طریق اولی، در صورتی که بقای زوجیت، موجب وقوع زن در معصیت و حرام باشد، باید حاکم شرع، اختیار طلاق او را داشته باشد...»

وی در بخش دیگری از بحث خود می‌گوید:

«... هر چند ظاهر کلمات فقهاء این است که حاکم نمی‌تواند زن را طلاق دهد و او را آزاد کند، زیرا طلاق در دست مرد است الطلاق بیدمن اخذ بالساق ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی ضرر و حرج، مخصوصا اگر زن، جوان بوده و صبر کردنش مستلزم مشقت‌شدید برای او باشد، حاکم شرع می‌تواند او را طلاق دهد...»<sup>(۴۶)</sup>

به نظر می‌رسد با الهام از همین نوع نظریات روشن بینانه فقهی، تدوین کنندگان اولیه قانون مدنی که نتوانستند دامنه اختیارات زن را در اعمال فسخ گسترش دهند برای این که تا حدی این نابرابری را جبران کنند، علاوه بر وضع ماده ۱۱۳۹ که به زن اجازه می‌داد در صورت امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه، الزام شوهر را به طلاق از دادگاه بخواند؛ مبادرت به وضع و تصویب ماده ۱۱۳۰ مشتمل بر سه بند نموده و آن را در همان فصل مربوط به فسخ نکاح و نه فصل طلاق گنجانیده‌اند.

به موجب ماده مزبور در صورتی که شوهر غیر از وظیفه دادن انفاق، سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبارش ممکن نباشد و در صورت سوء معاشرت و در مورد وجود امراض مسریه صعب‌العلاج که ادامه زندگی را غیر قابل تحمل و مخاطره‌آمیز سازد، می‌تواند از دادگاه اجبار شوهر را به طلاق بخواند.<sup>(۴۷)</sup>

در نتیجه طبق این تمهید اگر زن مواجه می‌شد با شوهر جذامی و نمی‌توانست از حق فسخ استفاده کند، با استفاده از ماده ۱۱۳۰، قادر بود از دادگاه درخواست نماید که شوهر را ملزم به طلاق دادن و رهایی او نماید.<sup>(۴۸)</sup> البته از روند مشکل‌تر و طولانی‌تر، می‌بایست استفاده کند ولی در هر حال راهی باز شده بود.

نظر امام خمینی (ره) و تصویب ماده جدید ۱۱۳۰ قانون مدنی براساس آن نظر ظاهرا حکم مندرج در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برای بسیاری از فقها قابل توجیه نبود. زیرا انحلال ارادی نکاح یا بوسیله طلاق است که از سوی مرد انجام می‌گیرد و یا با فسخ است که موارد فسخ نیز مشخص شده است. اقدام برای تفریق و جدایی بین زوجین از سوی دادگاه نیز فقط در مورد امتناع یا عجز شوهر از دادن نفقه و نیز در مورد زوجه غایب مفقود الاثر متصور است و به جهت دیگری دادگاه نمی‌تواند زوجه را طلاق دهد. شاید با همین برداشت و بینش در اصلاحیه سال ۱۳۶۱ قانون مدنی ماده ۱۱۳۰ موجود حذف شد؛ اما در عین حال با توجه به جایگاه عسر و حرج و نقش آن در تعلق برخی از احکام، عده‌ای معتقد بودند می‌توان در صورت وجود عسر و حرج به زن این امکان را داد که از دادگاه درخواست طلاق نماید. این امر بین فقهای شورای نگهبان نیز مورد اختلاف بود و برخی همان دیدگاه اول را داشتند که به طریقی جز فسخ و طلاق نمی‌توان نکاح را منحل کرد و به هر حال قرار شد موضوع را از حضرت امام (ره) سوال نمایند.

در نامه‌ای که از سوی فقهاء شورای نگهبان در سال ۱۳۶۱ هنگام اصلاح قانون مدنی خدمت حضرت امام خمینی (ره) ارسال شد آمده است:

«که در خصوص مراجعه زن به دادگاه و درخواست اجبار شوهر به طلاق به لحاظ عسر و حرج و اجبار شوهر به طلاق از سوی حاکم شرعی، برخی از فقها نظر منفی دارند و می‌گویند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نکاح است و بر فرض که ادله حرج در این جا حاکم باشد می‌تواند لزوم عقد را بردارد و برای زن حق فسخ ایجاد کند و با توجه به این که، موارد فسخ اجماعا محدود است و این مورد جزء آن موارد نیست پس حق فسخ قهرا منتفی می‌شود.»<sup>(۴۹)</sup>

طبعاً حق طلاق هم که وجود ندارد و به دست مرد است بنابراین وجهی برای تجویز مراجعه به دادگاه و دخالت دادگاه بر اجبار شوهر به طلاق وجود ندارد. به هر حال نظر امام را خواسته‌اند. امام (ره) پاسخ می‌فرمایند:

«طریق احتیاط آن است که زوج را با نصیحت والا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شرع طلاق داده شود. و اگر جرئت بود مطلبی دیگر بود که آسانتر است.»

با پاسخ امام، فقهای شورای نگهبان با تصویب ماده ۱۱۳۰ فعلی بجای ماده ۱۱۳۰ سه بندی سابق موافقت کردند.

ماده ۱۱۳۰، فعلی مقرر می‌دارد:

«در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوج باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت‌شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوج به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.»

امام خمینی نیز در این پاسخی که به فقهای شورای نگهبان داد، در واقع همانند مرحوم سید محمد کاظم یزدی، بینش خود را در این خصوص که به هر جهت ادامه زندگی زناشویی برای زن موجب عسر و حرج باشد می‌تواند از دادگاه درخواست حکم طلاق نماید و دادگاه شوهر او را به طلاق دادن اجبار می‌نماید و اگر اجبار او هم ممکن و عملی نبود با حکم و اذن دادگاه، طلاق واقع می‌گردد ابراز داشت.

به هر حال، این بینش موجب شد که در اصلاحیه قانون مدنی که با هدف انطباق بیشتر آن با موازین شرعی و فقهی صورت گرفت ماده ۱۱۳۰ که تا حدودی حکم تبعیض آمیز قانون مدنی در مورد حق فسخ را جبران می‌کرد به نوعی حفظ شود ولی در عین حال پیدا است که باز هم تفاوت فاحشی بین زن و مرد در استفاده از حق فسخ و بر هم زدن نکاح وجود دارد. لیکن در ذیل پاسخ امام (ره) عبارتی است که جای تامل بسیار دارد. امام می‌فرماید:

«اگر جرئت بود مطلبی دیگر بود که آسانتر است.»

این جمله مشعر بر این معنی است که از نظر فقهی چون «امام خمینی» در زمینه مشکل ادامه زندگی زناشویی برای زن، به غیر از توسل به اثبات عسر و حرج و الزام شوهر به دادن طلاق و در صورت عدم امکان آن، واقع ساختن طلاق به حکم و اذن دادگاه، راه حل و طریق سهلتری هم از لحاظ شرعی و فقهی وجود دارد که طبعاً مشکل زن را زودتر و آسانتر حل می‌نماید.

اینکه منظور امام (ره) از این طریق سهلتر چیست؟ حداقل برای ما روشن نیست شاید برای شاگردان امام که بر مکتب فقهی و مشرب استنباطی ایشان آگاهی و آشنایی دارند معلوم باشد. آیا منظور امام (ره) این است که زن هم در صورت مواجه شدن با عیوب زیان آور و نفرت انگیز همانند مرد می‌تواند عقد نکاح را فسخ کند و نیازی نیست که با مراجعه به دادگاه و اثبات عسر و حرج و پیمودن راههای دشوار دادرسی به این نتیجه دست‌یابد؟ چنانکه دیدیم امروزه در برخی از قوانین کشورهای اسلامی به همین راه حل رسیده‌اند. یا منظور این است که وضع زن لازم نیست به مرحله حاد عسر و حرج برسد تا بتواند با اثبات آن از طریق دادگاه خود را از قید زوجیت خلاص کند. بلکه همین قدر که ادامه زندگی زناشویی برای او زیان آور و موجب ضرر باشد می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید چنانکه در قوانین برخی از کشورها آمده است و از این حیث مرد و زن بطور یکسان از استفاده از این حق برخوردارند. (۵۰) یا منظور این است که پس از طرح موضوع در دادگاه و تشخیص وجود عسر و حرج برای زن از سوی دادگاه، دادگاه حکم به طلاق و تفریق زوجین می‌دهد و نیازی به گذراندن مرحله دیگر یعنی الزام شوهر به دادن طلاق ندارد؟

به هر حال راه حل مورد نظر امام بر ما روشن نیست ولی قدر مسلم این است که به نظر این فقیه ژرف نگر، روشن بین بویژه پس از تجربه کردن عملی اداره حکومت، امکان پیدا کردن راه سهلتری برای اعمال بهتر عدالت و احقاق حق زن در چارچوب موازین شرعی و فقهی وجود دارد و طبعاً وضع موجود را مناسب نمی‌داند ولی به تعبیر خودش جرئت ابراز آن را ندارد. حداقل از این نوع تعبیر این معنی را می‌توان استفاده کرد که حکم رایج در نظر فقها در خصوص نحوه دارا شدن حق فسخ و تفاوت زن و مرد در حق انحلال نکاح که مورد پیروی قانون مدنی قرار گرفته، حکم ضروری فقه نیست که نتوان طریق دیگری را برای آن جستجو کرد.

با اتکا به این پشتوانه و اظهار نظر فقیهانه فقیه معتبری چون امام خمینی (ره) است که می‌توان گفت قانون مدنی در بخش مواد مربوط به فسخ نکاح برای رفع تبعیض ناروایی که بین زن و مرد وجود دارد، جدا نیازمند اصلاح است و اگر نتوان بر سیاق برخی قوانین کشورهای اسلامی که پیشتر از آن یاد کردیم اصولاً وجود هرگونه عیب مضر و نفرت آور و صعب‌العلاج را در هر یک از زوجین برای طرف دیگر موجب حق فسخ دانست و محدود به چند عیب شمرده شده در قانون مدنی و نظر مشهور فقهی نباشد حداقل باید همانند نظر معقول و قابل قبولی که در اکثر مذاهب فقهی اهل سنت و برخی از فقهاء امامیه بشرحی که بیان کردیم مثل ابن جنید، قاضی ابن براج و شهید ثانی ابراز شده وجود عیوب مهمه‌ای چون جذام و برص و احیاناً برخی عیوب دیگر که مشترک بین زن و مرد است برای هر یک از آن دو موجب حق فسخ دانست و زن را که در طلاق هم محدودیت بیشتری دارد از استفاده از آن محروم نکرد.

پی‌نوشتها:

۱- متن شق ج بند ۱ ماده ۱۶ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان بدین صورت است: (C)- The same rights ) during marriage and at its dissolution responsibilities and

۲- ر.ک: دکتر سید حسن امامی حقوق مدنی، جلد اول، چاپ تهران، ۱۳۷۱، ص ۱۷۸: «... عقد قابل فسخ، عقدی است که صحیحاً منعقد شده ولی کسی که حق خیار به نفع او برقرار شده، می‌تواند آن را به نفع خود بر هم زند...» و ص ۱۷۹: «... در قانون ایران از زمانی که صاحب حق خیار از حق خود استفاده می‌نماید و معامله را فسخ می‌کند، عقد منحل می‌شود و نتیجتاً از ادامه اثر عقد جلوگیری می‌گردد، بدون اینکه نسبت به آثار حقوقی معامله قبل از زمان انحلال تأثیری کند» و ص ۵۴۶.

۳- ر.ک: دکتر کاتوزیان: قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، چاپ اول: آذرماه ۱۳۶۹، ص ۶۲.

۴- دکتر امامی حقوق مدنی، جلد اول، ص ۵۴۵: «... در تحقق فسخ حضور حاکم و رسیدگی دادگاه لازم نمی‌باشد، زیرا اعمال حق احتیاج به رسیدگی قضایی ندارد...» قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، ص ۴۹: «در حقوق ما فسخ عمل قضایی نیست و با اراده صاحب خیار صورت می‌پذیرد و دادگاه اعلام می‌کند که مدعی خیار فسخ داشته است یا نه؟ از این رو است که فسخ عقد از تاریخ اعلان اراده صاحب حق واقع می‌شود نه از تاریخ تأیید دادگاه...».

۵- متن شرایع از: مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۸، از انتشارات مؤسسه المعارف الاسلامیه، ص ۱۲۷ و نیز: جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۳۴۴ و: نهاییه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام از: سیدمحمد عاملی صاحب مدارک، چاپ اول ۱۴۱۳ ه. ق، جلد ۱، ص ۳۳۹.

۶- شهید ثانی مسالك الافهام، جلد ۸، صص ۱۲۷ و ۱۲۸ و کتاب المبسوط شیخ طوسی، جلد ۴، صص: ۲۵۳، ۲۶۳، ۲۴۹. شیخ طوسی در صفحه ۲۴۹ می‌گوید: نظر مخالفین (اهل سنت) این است که فسخ باید به وسیله حاکم صورت گیرد. ولی از نظر ما اشکالی ندارد که خود مرد یا زن حسب مورد، اعمال فسخ نمایند، در صفحه ۲۵۳ ابتدا تأکید می‌کند که فسخ نکاح به خاطر عیب باید از سوی حاکم صورت گیرد ولی بعد می‌گوید: بنابه مذهب ما می‌تواند خود فسخ کند ولی اگر به وسیله حاکم صورت گیرد به احتیاط نزدیکتر است و در صفحه ۲۶۳ در مورد عنن مرد، باز گرایش خود را به این که فسخ باید به وسیله حاکم صورت گیرد ابراز داشته است.

۷- ر.ک: وهبه زحیلی: الفقه الاسلامی و ادلته، انتشارات دارالفکر، دمشق، چاپ سوم: ۱۹۸۹، جلد ۷، صص ۳۴۸ تا ۳۵۵: عباراتی چون: «ولا یفسخ الزواج الاحکام» یا: «.. و یفسخ العقد عند الجمهور بسبب هذه العیوب بعد رفع الامر الی الحاکم». و...

۸- قانون الاحوال الشخصیه کویت از انتشارات مجلس الوزراء، اداره قوانین، سال ۱۹۸۴، ص ۳۱، ماده ۱۰۰: ۱- یتوقف الفسخ فی جميع الاحوال علی قضاء القاضی ولا یتثبت له حکم قبل القضاء.

۹- قانون الاسره الجزایر، سال ۱۹۸۴، ص ۱۴.



۱۰- قانون احوال شخصیه سوریه، مصوب سال ۱۹۵۳، ماده ۱۰۵، قانون احوال شخصیه عراق با اصلاحات آن، چاپ سال ۱۹۹۱، ماده ۴۳، قانون احوال شخصیه لبنان، مواد ۱۱۹ تا ۱۲۵.

۱۱- دکتر امامی حقوق مدنی، جلد ۴، ص ۴۷۱، دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده، جلد اول، چاپ دوم، ص ۲۸۵.

۱۲- شهید ثانی در مسالك الافهام، جلد ۸، ص ۱۳۹، در مقام بیان فرق بین خیار عیب و خیار تدلیس در نکاح می‌گوید: «و الفرق بينه و بين العيب ان التدليس لا يثبت الا بسبب اشتراط صفة كمال هي غير موجوده، او ما هو في معنى الشرط و لولاه لم يثبت الخيار... فمرجع التدليس الى اظهار ما يوجب الكمال او اخفاء ما يوجب النقص و منشا الخيار فوات مقتضى الشرط او الظاهر. شيخ انصاري نیز با بیانی شبیه به همین بیان در معنی تدلیس و اثر قرار دادن شرط و این که به خاطر قرار دادن شرط در متن عقد یا وقوع عقد مبتنی بر آن و تخلف از آن، طرف به مقتضای شرط حق فسخ دارد. می‌گوید: «... فله الفسخ عملا بمقتضى الشرط ادليس فايدته الا التسلط على الفسخ مع عدمه» (مکاسب ص ۳۹۸).

۱۳- محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد اول (دوجلدی): صص ۵۴۳ و ۵۴۴.

۱۴- جواهر الکلام جلد ۳۰ ص ۳۷۶: «اذا تزوج امراه و شرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا و ثبت بالاقرار او البينه سبق ذلك على العقد كان له الفسخ لانتفاء الشرط الذي قد عرفت ان فاندته ذلك و لعله لا خلاف فيه.» شهید ثانی نیز در مسالك جلد ۸ ص ۱۴۸ همین نظر و همین مینا را پذیرفته است و می‌گوید: «و ان تحقق سبقها (الثیبویه) على العقد فالاقوى تخيره في الرد لفوات الشرط المقتضى للتخيير كمنظاره.» شیخ انصاری نیز بر همین نظر است و می‌گوید: «... لا يحكم بالخيار الا ان يعلم سبق الثیبویه على العقد (ملحقات مکاسب ص ۳۹۹) همچنين ر.ك: امام خمینی (ره) تحریر الوسیله جلد ۲ ص ۲۹۶ که همین نظر را ابراز داشته‌اند و نیز آیه‌الله گلپایگانی: مجمع المسائل جلد ۲، ص ۲۰۲، ایشان در پاسخ سؤالی در این زمینه می‌فرمایند: «در صورتیکه در عقد ازدواج شرط ایرانی بودن زوج شده باشد یا به نحوی توصیف نموده که عقد مبنی بر آن وصف واقع شده که به منزله شرط ضمنی بوده و بعد تخلف وصف ظاهر و واضح شده، زن اختیار فسخ عقد را دارد...» البته برخی از فقها هم، باکره نبودن زن را ولو به صورت شرط ضمن عقد آمده باشد موجب حق فسخ ندانسته‌اند، از جمله: آیه‌الله خویی، منهاج الصالحین، جلد ۲، ص ۲۷۱، مساله ۱۳۴۹.

۱۵- همان، ص ۳۷۷: بل لا یبعد ثبوت الخيار معه و ان لم یذكر ذلك شرطان في متن العقد.

۱۶- شیخ طوسی: النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، ص ۴۸۵: «و اذا تزوج الرجل بامراه فوجدها برصاء او جذماء او عمیاء، او ارتقاء او مفضاه او عرجاء او مجنونه، كان له ردها من غير طلاق».

۱۷- همان: صص ۴۸۶ و ۴۸۷. همچنين ر.ك: مقتعه شیخ مفید، ص ۵۱۹ و از معاصرین: امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۲۹۳، امام خمینی، لنگی آشکار و مشخص را در زن نیز از موجبات حق فسخ می‌دانند و تصریح می‌کنند که وجود جذام و برص در مرد، برای زن ایجاد حق فسخ نمی‌کند.

۱۸- مبتنی بودن حق فسخ بر اساس قاعده لاضرر و لزوم رفع ضرر مخصوصا در کلام شهید ثانی در مورد اظهار نظر بر جواز فسخ نکاح از سوی زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام مشهود است، که به تفصیل در متن به آن خواهیم پرداخت. شیخ انصاری در پی نقل قول شهید ثانی وجود ضرر و مؤثر بودن آن را نفی نمی‌کند ولی اظهار نظر می‌کند که در اینجا، الزاما رفع ضرر ملازم با دادن حق فسخ به زن نیست بلکه می‌توان با اجبار زوج به طلاق از سوی حاکم، این ضرر را مرتفع نمود. (ملحقات مکاسب ص ۳۹۶).

۱۹- همان، ص ۳۹۸.

۲۰- فروع کافی از: محمد بن یعقوب کلینی، جلد ۵، ص ۴۰۶: «عن الحلبي عن ابي عبدالله ۷ قال: سألته عن رجل تزوج الى قوم فاذا امراته عوراء و لم یبینوا له قال: یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». به همین مضمون شیخ طوسی در کتاب تهذیب الاحکام، جلد ۷، ص ۴۲۴ حدیث را نقل می‌کند ولی در نقل شیخ سؤال از امام ۷

ذکر نشده و لفظ: انما که مفید حصر است اضافه دارد: «انما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل». همچنین ر.ک: وسائل الشیعه، شیخ حر عاملی، جلد ۱۴، ص ۵۹۴.

۲۱- فروع کافی جلد ۵ ص ۴۰۷: «... ترد البرصاء و المجنونه و المجذومه، قلت: العوراء قال: لا. تهذیب، همان جلد و همان صفحه.

۲۲- فروع کافی همان ص ۴۰۸ و تهذیب همان ص ۴۲۵ و وسائل الشیعه همان ص ۵۹۳: عن ابی جعفر ۷ قال: فی رجل تزوج امراه من ولیها فوجدبها عیبا بعد ما دخل بها قال: فقال: اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المقضاه و من كان بهازمانه ظاهره فانها ترد علی اهلها من غیر طلاق و یاخذ الزوج المهر من ولیها الذی كان دلسها فان لم یکن ولیها علم بشیء من ذلك فلاشیء علیه و ترد الی اهلها...

۲۳- تهذیب همان ص ۴۲۴ شماره حدیث ۱۶۹۴.

۲۴- فروع کافی همان ص ۴۰۹.

۲۵- تهذیب، همان ص ۴۲۵.

۲۶- همان.

۲۷- فروع کافی، همان، ص ۴۱۰؛ تهذیب، همان، ص ۴۳۰ حدیث شماره ۱۷۱۴؛ وسائل الشیعه همان، ص ۶۱۰.

۲۸- جواهر الکلام، جلد ۳۰، ص ۳۲۰.

۲۹- شرایع الاسلام، جلد اول (دو جلدی) ص ۵۴۰.

۳۰- مسالك الافهام، همان، ص ۱۰۷.

۳۱- جواهر الکلام، همان، ص ۳۲۸، برای اثبات اینکه مقطوع بودن آلت تناسلی موجب حق فسخ استتبه صادق بودن تدلیس بر آن (حتی به صرف عدم اظهار عیب مزبور) و بودن آن در حکم خصاء و عنن بلکه بدتر از آنها بودن و وجود ضرر برای زوجه و مشمول حکم کلی مندرج در برخی از روایات که حکم کلی عدم قدرت بر جماع را بیان کرده‌اند، استناد نموده است. (... و من صدق التدلیس و کونه بمعنی الخصى او العنن بل اعظم منهما، لقدره الاول علی الایلاج و احتمال الثانی البرء، و الضرر و شمول صحیح الکنانی و ابی بصیر له). ذکر این مطلب شاید خالی از فایده نباشد که در کتب معروف فقهی و حدیث همانطور که اشاره شد روایتی در خصوص وجود حق خیار فسخ برای مقطوع بودن آلت تناسلی ذکر نشده است ولی صاحب دعائم الاسلام روایتی را در این زمینه از حضرت علی (ع) نقل کرده که ایشان فرمودند: مقطوع الا له بودن مرد موجب تفریق بین زن و مرد می‌باشد. متن روایتی که وی از علی (ع) نقل کرده چنین است: «و عنه (ع) انه سنل عن مجبب (یعنی مقطوع الا له) دلس بنفسه لامراه فتزوجته فلما دخل بها اطلعت منه علی ذلك فقامت علیه، قال: یوجع ظهره و یفرق بینهما و علیه المهر کمالا ان کان دخل بها و ان لم یکن یدخل بها فعليه نصف المهر قیل له: فما تقول فی العنین؟ قال: هو مثل هذا سواء». قاعدتا منظور از دخول در این جا چنانکه در حاشیه کتاب نیز آمده خلوت کردن با زن است. قاضی ابوحنیفه نعمان دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الاحکام، جلد دوم، سال ۱۹۱۱، چاپ دارالاضواء بیروت، ص ۲۳۰، حدیث شماره ۸۶۴.

۳۲- فروع کافی، همان، ص ۴۱۱.

۳۳- ر.ک: تهذیب شیخ طوسی، جلد ۷، ص ۴۳۲، روایات شماره ۱۷۲۰ تا ۱۷۲۳ که در تمام آنها سخن از تدلیس در مورد خصی رفته است.

- ۳۴- المبسوط، جلد ۴، ص ۲۵۰: ... والثانی لا خيار لها لان الخصی یولج و یبالغ اکثر من الفحل و انما لا ینزل.
- ۳۵- ر.ك: جواهر الكلام، جلد ۳۰، ص ۳۲۴.
- ۳۶- قاضی ابن البراج طرابلسی، المذهب، انتشارات جامعه مدرسین قم، ۱۴۰۶ هـ. ق، جلد ۲، ص ۲۳۱.
- ۳۷- ر.ك: مسالك الافهام، جلد ۸، ص ۱۱۰ و ۱۱۱ و شرح لمعه، جلد ۵، ص ۳۸۳.
- ۳۸- سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه، جلد ۲، ص ۳۹۷: «... و قيل بكونهما منها فهما من العيوب المشتركة بين الرجل و المراه و هو ليس ببعيد...».
- ۳۹- عبدالرحمن الجزیری، الفقه على المذاهب الاربعه، جلد ۴، صص ۱۸۰ تا ۱۹۸ و الفقه الاسلامی و ادلتها، جلد ۷، ص ۳۵۳.
- ۴۰- الفقه على المذاهب الاربعه، جلد ۴، ص ۱۸۰.
- ۴۱- الاحوال الشخصیه للمسلمین طبقا لا حدث التعديلات، چاپ پنجم، ۱۹۹۴، قاهره.
- ۴۲- قانون الاحوال الشخصیه کویت، چاپ اداره قوانین هیات دولت، ص ۴۲.
- ۴۳- ر.ك: همان منبع قسمت: المذاكرات الايضاحیه، صص ۲۴۲ تا ۲۴۵.
- ۴۴- شیخ مفید، مقنعه، ص ۵۱۹: «و ليس للحاكم ان يجبر الزوج على الفراق الا ان يمنع واجبا للزوجه من حقوق النكاح».
- ۴۵- برای ملاحظه تفصیل نظر فقیهان مزبور و مرجع آن، ر.ك: دیدگاههای جدید در مسائل حقوق، دکتر حسین مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، صص ۲۴۰ به بعد.
- ۴۶- برای ملاحظه متن کامل نظر سید رجوع شود به منبع پیشین، ص ۲۴۲ و جلد دوم ملحقات کتاب عروه الوثقی، صص ۷۵ و ۷۶.
- ۴۷- متن ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی قبل از اصلاحیه سال ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ بدین شرح است: ماده ۱۱۳۰: حکم ماده قبل (یعنی الزام شوهر به دادن طلاق) در موارد ذیل نیز جاری است: ۱- در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفاء ممکن نباشد ۲- سوء معاشرت شوهر به حدی که ادامه زندگانی زن را با او غیر قابل تحمل سازد. ۳- در صورتی که به واسطه امراض مسریه صعب العلاج دوام زندگی زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد.
- ۴۸- در حکم شماره ۲۰۱۸ مورخ ۱۳۴۲/۸/۲۷، دادگاه شهرستان خوی در پی دادخواست خانمی مبنی بر ابتلاء شوهرش به جذام و درخواست طلاق، حکم دادگاه چنین است «که چون بر حسب تحقیقات بعمل آمده، شوهر مبتلا به جذام بوده و این مرض طبق گواهی پزشکی مسری و قابل عود می‌باشد و بیماری خطرناک است. به استناد شق ۳ ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی زوج را محکوم می‌سازد که زوجه خود را مطلقه سازد»، این حکم مآلاً در دیوان عالی کشور ابرام شده است. نقل از کتاب: موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر از: دکتر عبدالعلی صابری صفایی، چاپ ۱۳۴۶، ص ۴۸.
- ۴۹- برای ملاحظه تفصیلی مکاتبه شورای نگهبان با امام(ره) و پاسخ امام(ره) ر.ك: دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، پیشین صص ۲۴۴ و ۲۴۵.

٥٠- مثلاً قانون احوال شخصیه کویت در ماده ١٢٦ تحت عنوان التفریق للضرر می‌گوید: «لکل من الزوجین قبل الدخول او بعده، ان یجلب التفریق، بسبب اضرار الاخر به قولاً او فعلاً بما لایستطاع معه دوام العشره بین امثالها...»