**چكيده**

**يكى از تلاشهاى طرفداران تساوى حقوق زن و مرد، تثبيت و قانونى كردن اين امر است كه زن و مرد هم در مورد ايجاد علقه زناشويى و عقد نكاح از وضعيت‏يكسانى برخوردارند و هم در مورد انحلال نكاح (اعم از فسخ يا طلاق) و اگر محدوديتهايى قانونى نيز وجود دارد، بطور مساوى هر دو را در بر مى‏گيرد.**

**در حقوق ايران حق مساوى زن و مرد براى ايجاد علقه زوجيت و عقد نكاح از جهت اينكه قصد و رضاى طرفين لازم است، تامين شده ولى در خصوص انحلال نكاح تفاوتهايى بين حدود اختيار زن و مرد وجود دارد. اصولا در حقوق ايران انحلال ارادى نكاح تحت دو عنوان: فسخ و طلاق صورت مى‏گيرد. بحث ما در اين نوشتار پيرامون فسخ نكاح و تفاوتهايى كه با طلاق دارد و نيز حدود اختيار هر يك از زن و مرد در استفاده از آن با عنايت‏به مبانى فقهى مى‏باشد. (البته بحث در مورد طلاق، در مقاله ديگرى بطور مستقل ارائه مى‏شود) و در پايان تجزيه و تحليلى در مورد نظر اقتراحى امام(ره) در اين زمينه ارائه شده است.**

**مقدمه**

**يكى از تلاشهاى طرفداران تساوى حقوق زن و مرد، تثبيت و قانونى كردن اين امر است كه زن و مرد هم در مورد ايجاد علقه زناشويى و عقد نكاح از وضعيت‏يكسانى برخوردارند يعنى قصد و اراده و رضاى هر يك از آن دو شرط صحت نكاح است و هم درمورد انحلال نكاح، يعنى در زمينه بهم زدن نكاح، اعم از فسخ يا طلاق نيز از اختيار و وضعيت‏يكسانى برخوردار بوده و محدوديتهاى قانونى نيز اگر وجود دارد، يكسان، هر دو را در بر مى‏گيرد، در اين راستا، بند 4 ماده 23 ميثاق بين‏المللى حقوق مدنى و سياسى مى‏گويد:**

**«دولتهاى طرف اين ميثاق تدابير مقتضى به منظور تامين تساوى حقوق و مسووليتهاى زوجين در مورد ازدواج در مدت زوجيت و هنگام انحلال آن اتخاذ خواهند كرد».**

**ذيل بند 1 ماده 16 اعلاميه جهانى حقوق بشر نيز مقرر مى‏دارد:**

**«... در تمام مدت زناشويى و هنگام انحلال آن، زن و شوهر، در كليه امور مربوط به ازدواج، داراى حقوق مساوى هستند».**

**شق ج بند 1 ماده 16 كنوانسيون رفع تبعيض عليه زنان نيز بر تساوى حقوق و مسووليتهاى مرد و زن در خلال ازدواج و در انحلال آن تاكيد مى‏نمايد. (1)**

**در حقوق ايران، نكاح عقد است كه بايد با قصد و رضاى طرفين يعنى زن و مرد تحقق پيدا كند و مى‏توان گفت‏حق مساوى زن و مرد براى ايجاد علقه زوجيت و منعقد ساختن نكاح تامين شده است.البته برخى محدوديتها از قبيل لزوم اجازه ولى در نكاح دختر باكره يا ممنوعيت مطلق ازدواج زن مسلمان با مرد غير مسلمان و محدوديت ازدواج زن ايرانى با تبعه خارجى وجود دارد كه در اين مقال، مورد بحث ما نيست ولى تساوى زن و مرد براى انعقاد نكاح از جهت اين كه قصد و رضاى هر دو طرف لازم است و بدون آن، چه از ناحيه زن و چه از ناحيه مرد، عقد نكاح محقق نمى‏شود، تامين شده است ماده 1062 قانون مدنى مى‏گويد:**

**«نكاح واقع مى‏شود به ايجاب و قبول به الفاظى كه صريحا دلالت‏بر قصد ازدواج نمايد».**

**و ماده 1070 همان قانون تصريح مى‏نمايد:**

**«رضاى زوجين شرط نفوذ عقد است‏»**

**و ماده 1071 مقرر مى‏دارد:**

**«هر يك از زن و مرد مى‏تواند براى عقد نكاح، وكالت‏به غير بدهد».**

**ولى در خصوص انحلال نكاح تفاوتهايى بين حدود اختيار زن و مرد وجود دارد كه در اين نوشته مقدارى به آنها خواهيم پرداخت.**

**به غير از بطلان نكاح كه عقد را از ابتدا بى اعتبار مى‏كند و فوت يكى از زوجين كه عامل طبيعى جدايى زن و شوهر است و انقضاى مدت و بذل مدت كه مخصوص نكاح منقطع است و فعلا مورد بحث مانيست، اصولا در حقوق ايران انحلال نكاح تحت دو عنوان: فسخ و طلاق، صورت مى‏گيرد و ماده 1120 قانون مدنى مقرر مى‏دارد:**

**«عقد نكاح به فسخ يا به طلاق يا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل مى‏شود».**

**بحث ما در اين نوشته پيرامون موضوع فسخ نكاح كه در واقع يكى از عوامل ارادى بر هم زدن عقد نكاح هست و حدود اختيار هر يك از زن و مرد در استفاده از اين عامل و تفاوتهايى كه بين آن و طلاق وجود دارد با عنايت‏به مبانى فقهى آن خواهد بود.**

**ويژگيهاى كلى فسخ نكاح و تفاوت آن با طلاق**

**با اين كه ايجاد نكاح بصورت عقد و بر مبناى توافق دو طرف آن، يعنى زن و مرد و قصد و رضاى آنها صورت مى‏گيرد ولى انحلال آن با صرف توافق طرفين به مفهوم مصطلح آن يعنى اقاله پذيرفته نشده است‏بلكه منحل شدن نكاح على الاصول با عمل يك جانبه حقوقى و بصورت ايقاع صورت مى‏پذيرد يعنى همانطور كه گفتيم يا بوسيله فسخ است كه با عمل ارادى يكجانبه زن يا شوهر صورت مى‏گيرد يا به صورت طلاق است كه آن هم در حقوق ما ايقاع و عمل حقوقى يكجانبه شوهر مى‏باشد.**

**فسخ نكاح، مانند فسخ هر عقد لازم ديگرى، اختيارى است كه در موارد معينه‏اى طبق قانون به يكى از طرفين عقد داده شده كه به موجب آن مى‏تواند، عقد را به هم بزند و ادامه وجود عقد و آثار آن را از زمان فسخ متوقف نمايد. در مورد فسخ، فرض بر اين است كه عقد، بطور صحيح واقع شده و آثار و نتايج مترتبه بر خود را دارد، (2) ولى يا بر مبناى قرارداد و شرط طرفين و يا بلحاظ وجود وضعيتى كه ادامه عقد، موجب زيان يكى از طرفين مى‏شود، (3) طرف عقد حق دارد آن را فسخ نمايد و به حياتش پايان دهد. در عقد نكاح حق خيار فسخ بر اساس توافق طرفين و قرار دادن شرط خيار فسخ پذيرفته نشده است و ماده 1069 قانون مدنى تصريح مى‏نمايد كه:**

**«شرط خيار فسخ نسبت‏به عقد نكاح باطل است...»**

**موارد معينه قانونى كه به يكى از طرفين اختيار مى‏دهد عقد نكاح را فسخ كند نيز نسبت‏به ساير عقود و قراردادها محدودتر است. اصولا مى‏توان گفت طبق قانون مدنى دو چيز عامل پديد آمدن حق فسخ نكاح است: 1 عيب، 2 تخلف از شرط صفت.**

**البته عنوان ديگرى هم در فقه موجب حق فسخ شمرده شده كه عبارت است از تدليس. اين عنوان در قانون مدنى نام برده نشده ولى مى‏تواند در بسيارى از موارد تحت عنوان عيب يا تخلف از شرط صفت قرار گيرد و بهرحال اگر آن را عنوان مستقلى بگيريم مى‏توان گفت: فقط سه عامل: عيب، تخلف از شرط صفت و تدليس مى‏تواند در نكاح موجب فسخ باشد.**

**عدم لزوم مراجعه به دادگاه براى اعمال حق فسخ**

**در حقوق ايران، فسخ عقد و از جمله فسخ عقد نكاح نياز به رسيدگى و حكم دادگاه ندارد بلكه با اعلام اراده دارنده حق فسخ، عقد منفسخ مى‏گردد، دخالت دادگاه مى‏تواند براى تاييد وجود حق فسخ مفيد باشد و در نتيجه تصميم دادگاه در اين خصوص جنبه اعلامى‏دارد. و در جهت اجبار طرف به اجراء آثار فسخ به كار مى‏آيد. (4)**

**اين كه فسخ عقد و به ويژه فسخ عقد نكاح كه در اين مقال، مورد بحث ماست نياز به رسيدگى و حكم دادگاه ندارد قول مشهور نزديك به اجماع فقهاء اماميه است، محقق حلى در كتاب شرايع مى‏گويد: مرد و همچنين زن، مى‏تواند بدون مراجعه به حاكم، عقد نكاح را فسخ نمايد (البته در صورت وجود موجب فسخ) فقط در موردى كه زن به استناد ناتوانى جنسى مرد يعنى عنين بودن او مى‏خواهد نكاح را فسخ نمايد بايد به دادگاه مراجعه نمايد آن هم بدين منظور كه از تاريخ مراجعه به دادگاه، دادگاه مدت يك سال ضرب الاجل تعيين كند كه اگر در اين مدت مرد توان انجام عمل جنسى را پيدا كرد موضوع حق فسخ منتفى است و اگر اين توانايى را پيدا نكرد حق فسخ براى زن ثابت است و با انقضاء ضرب الاجل تعيين شده از سوى دادگاه زن مى‏تواند مبادرت به فسخ عقد نكاح نمايد و براى فسخ نيازى به حكم دادگاه نيست «... و لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعذر الوطى...». (5) شهيد ثانى در شرح بيان محقق مى‏گويد:**

**«چون نصوص دلالت‏بر اين دارد كه فسخ حق ثابت‏براى هر يك از زوجين است در صورت وجود موجبات آن بنابراين، اعمال حق نيازى به حضور حاكم و يا گرفتن اذن از او ندارد و قول مشهور بين فقهاء اماميه همين است‏».**

**از بين فقهاء اماميه ابن جنيد اعمال حق فسخ را منوط به حكم حاكم دانسته و شيخ طوسى نيز در كتاب مبسوط، نظرات متفاوت و غير قطعى‏اى ابراز نموده گاه اعمال حق فسخ را بدون حكم حاكم جايز ندانسته و گاه گرفتن حكم حاكم را موافق با احتياط اعلام كرده و گاه اعمال آن را بدون حكم دادگاه تجويز نموده است. (6)**

**نظر متفاوت اهل سنت و قوانين ديگر كشورهاى اسلامى**

**فقهاى اهل سنت و به تبع آن قوانين كشورهاى عربى، عموما اعمال حق فسخ در نكاح را منوط به مراجعه به دادگاه كرده و با حكم دادگاه مجاز مى‏دانند مخصوصا در مورد فسخ به علت وجود عيب در زن يا مرد و اساسا يكى از فرقهاى انحلال نكاح بوسيله طلاق و بوسيله فسخ را لزوم گرفتن حكم دادگاه در مورد فسخ مى‏دانند از جمله مى‏توان به نظر فقيهان مذاهب چهارگانه شافعى، حنبلى، حنفى و مالكى اشاره كرد كه بويژه در مورد فسخ در اثر عيب تصريح مى‏كنند جز به وسيله حاكم و حكم قاضى نمى‏توان نكاح را فسخ كرد. (7)**

**قانون احوال شخصيه كويت در ماده 100 مقرر مى‏دارد:**

**«در همه حال فسخ نكاح موقوف به حكم قاضى است و قبل از صدور حكم از سوى قاضى فسخ تحقق پيدا نمى‏كند». (8)**

**در بسيارى از قوانين احوال شخصيه كشورهاى عربى اصولا نامى از فسخ نكاح به ميان نيامده و بر هم زدن عقد به لحاظ وجود عيب يا مثلا تخلف از شرط وصف و امثال آنها را تحت عنوان طلاق و به عنوان يكى از علل درخواست طلاق و يا تحت عنوان خيار تفريق ذكر كرده‏اند و در هر حال مراجعه به دادگاه و گرفتن حكم دادگاه مبنى بر طلاق يا تفريق را ضرورى مى‏دانند. قانون خانواده الجزاير در ماده 53 به زن حق مى‏دهد كه در صورت وجود عيوبى كه مانع تحقق هدف ازدواج است از دادگاه درخواست طلاق نمايد و اصولا از فسخ نكاح نامى به ميان نياورده است. (9)**

**قوانين احوال شخصيه سوريه، عراق و لبنان تحت عنوان خيار تفريق يا درخواست تفريق وجود برخى عيوب را از موجبات درخواست صدور حكم جدايى از دادگاه دانسته‏اند. (10)**

**به هر صورت قانون مدنى ايران، انحلال نكاح دايم را تحت عنوان: فسخ و طلاق مشخصا ذكر نموده و مواردى را كه هر يك از زن و مرد مى‏تواند نكاح را فسخ نمايد مشخص كرده است و از لزوم مراجعه به دادگاه براى گرفتن حكم فسخ نيز سخنى به ميان نياورده است‏بلكه به گونه‏اى مطلب را بيان نموده كه به روشنى مى‏رساند مراجعه به دادگاه لازم نيست ماده 1131 قانون مدنى مقرر مى‏دارد:**

**«خيار فسخ فورى است و اگر طرفى كه حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نكاح را فسخ نكند، خيار او ساقط مى‏شود، به شرط اين كه علم به حق فسخ و فوريت آن داشته باشد، تشخيص مدتى كه براى امكان استفاده از خيار لازم بوده، به نظر عرف و عادت است.»**

**طبق ماده 1132:**

**«در فسخ نكاح رعايت ترتيباتى كه براى طلاق مقرر است، شرط نيست‏».**

**بنابراين اگر طلاق، ايقاعى است كه فقط از ناحيه شوهر مى‏تواند صورت گيرد و با توجه به مقررات رايج فعلى (ماده واحده اصلاح قانون طلاق مصوب سال 1371) براى واقع ساختن آن بايد گواهى عدم امكان سازش از دادگاه اخذ شود و بايد در طهر غير مواقعه با الفاظ مخصوص و در حضور دو شاهد عادل واقع شود، در فسخ اين ترتيبات لازم نيست‏يعنى فسخ نكاح ايقاعى است كه هم از سوى مرد و هم از سوى زن مى‏تواند اعمال شود، و نيازى به لفظ خاص ندارد بلكه طبق ماده 449 قانون مدنى، فسخ به هر لفظ يا فعلى كه دلالت‏بر آن نمايد، حاصل مى‏شود، مراجعه به دادگاه و گرفتن گواهى عدم امكان سازش و استماع دو شاهد عادل و مراعات وضعيت زن از لحاظ بودن در طهر غير مواقعه نيز لازم نيست.**

**موجبات فسخ نكاح در قانون مدنى و تفاوتهاى موجود بين زن و مرد**

**چنانكه پيشتر گفتيم در قانون مدنى ايران از دو امر بعنوان موجب فسخ نكاح سخن رفته است‏يكى وجود عيب در يكى از زوجين و ديگرى تخلف از شرط وصف.**

**دراينجا توضيح كوتاهى در مورد موجب دوم مى‏دهيم و بحث‏بيشتر را روى موجب اول كه در استفاده از آن تفاوتهايى بين زن و مرد وجود دارد، قرار خواهيم داد.**

**1- تخلف از شرط صفت ماده 1128 قانون مدنى مقرر مى‏دارد:**

**«هر گاه در يكى از طرفين صفت‏خاصى شرط شده و بعد از عقد معلوم شود كه طرف مذكور فاقد وصف مقصود بوده براى طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذكور در عقد تصريح شده يا عقد متبانيا بر آن واقع شده باشد».**

**مستفاد از اين ماده قانونى اين است كه طرفين عقد ازدواج مى‏توانند هر صفتى را كه جنبه عقلانى داشته باشد در عقد نكاح شرط نمايند، اعم از اين كه وصف مزبور مربوط به وجود نوعى صفت كمال يا فقدان عيب و نقص و خواه ناظر به جنبه‏هاى جسمى و روحى طرف يا امور عارضى و خارجى باشد و بعد از عقد خلاف آن معلوم شود طرف ديگر به استناد تخلف از شرط صفت مى‏تواند عقد نكاح را فسخ نمايد.**

**ممكن است وجود صفتى، صراحتا در ضمن عقد نكاح شرط نشود ولى عقد مبتنى بر وجود وصفى در يكى از زوجين منعقد گردد كه اگر آن صفت را نداشت، طرف نكاح را منعقد نمى‏نمود در اين صورت نيز طبق ذيل ماده 1128 اگر معلوم شد طرف فاقد آن وصف است، مشروط له مى‏تواند نكاح را فسخ نمايد. (11)**

**در كتب فقهى نيز ضمن طرح مساله تدليس در نكاح و اين كه تدليس يعنى نماياندن صفت كمال يا پوشاندن عيب و نقص، موجب حق فسخ براى طرف ديگر مى‏شود از قراردادن شرط صفت در نكاح نيز بحث نموده و تخلف از آن را موجب حق فسخ دانسته‏اند و بلكه اثبات تدليس را همانا قرار دادن شرط صفت كمال و موجود نبودن آن صفت دانسته‏اند. (12)**

**حتى موضوع وقوع عقد نكاح متبانيا بر شرطى بدون ذكر صريح آن در عقد را نيز مطرح نموده و موجب حق فسخ دانسته‏اند و مثالها و مصاديقى را در اين رابطه ذكر كرده‏اند مثل اينكه مردى با زنى ازدواج كند با اين شرط و اعتبار كه آزاد است و معلوم شود كنيز است‏يا زنى با مردى با اين شرط و قرار كه آزاد است تزويج كند و معلوم شود مرد برده است، حسب مورد، مرد يا زن حق دارد نكاح را فسخ كند. (13) و يا اگر مردى با زنى ازدواج كند و شرط كند كه باكره باشد ولى معلوم شود باكره نبوده، بلحاظ فقدان شرط، مرد مى‏تواند نكاح را فسخ نمايد.**

**صاحب جواهر كه اين مطلب را بيان مى‏كند، تصريح مى‏نمايد كه جهت داشتن حق فسخ فقدان شرطى است كه مورد توافق طرفين بوده و فايده قراردادن اين شرط اين است كه تخلف از آن براى طرف ديگر ايجاد حق فسخ مى‏كند. و مى‏گويد ظاهرا در اين امر اختلافى وجود ندارد. (14)**

**صاحب جواهر متذكر مى‏شود حتى اگر وجود بكارت بصورت شرط در عقد ذكر نشده باشد ولى بنابر وجود آن بوده و با تدليس وجود آن صفت نمايانده شده است، بعيد نيست كه بگوييم حق فسخ براى مرد وجود دارد. (15)**

**در هر صورت در خصوص وجود حق فسخ به لحاظ تخلف از شرط وصف، طبق قانون مدنى و نيز بر اساس مستفاد از نظر فقهاء فرقى بين زن و مرد نيست و هر يك مى‏تواند وجود صفت‏يا صفاتى را در ديگرى شرط نمايد و در صورت تخلف از شرط و موجود نبودن آن وصف، عقد نكاح را فسخ نمايد.**

**2 وجود عيب چنانكه گفتيم يكى از موجبات فسخ نكاح وجود برخى عيوب جسمى و يا روحى در يكى از طرفين عقد است كه به طرف ديگر حق مى‏دهد نكاح را فسخ نمايد. قانون مدنى به پيروى از نظر مشهور بين فقهاى اماميه كه بخصوص از زمان محقق صاحب شرايع به بعد به صورت يكنواخت‏بيان شده، عيوب موجب فسخ نكاح را به سه دسته تقسيم كرده است:**

**الف عيوب مشترك يعنى عيوبى كه در هر يك از زن و مرد ممكن است وجود داشته باشد و در هر يك باشد، براى ديگرى حق فسخ وجود دارد. قانون مدنى فقط جنون را به عنوان عيب مشترك بيان كرده و در ماده 1121 مى‏گويد:**

**«جنون هر يك از زوجين به شرط استقرار اعم از اينكه مستمر يا ادوارى باشد براى طرف مقابل موجب حق فسخ است.»**

**تنها تفاوتى كه در اين مورد بين زن و مرد وجود دارد و قانون مدنى در واقع رعايت‏حال زن را كرده است، اين است كه اگر جنون مرد بعد از عقد هم حادث شود زن حق دارد نكاح را فسخ كند (ماده 1125: جنون و عنن در مرد هرگاه بعد از عقد هم حادث شود موجب فسخ براى زن خواهد بود) در حالى كه جنون زن در صورتى براى مرد ايجاد حق فسخ مى‏كند كه در حال عقد وجود داشته باشد (ماده 1124).**

**ب عيوب مختص مرد قانون مدنى وجود سه عيب جسمانى در مرد كه مانع انجام عمل جنسى به نحو صحيح از جانب او مى‏شود را موجب حق فسخ براى زن دانسته است.**

**ماده 1122 قانون مدنى اصلاحى سال 1370 مى‏گويد:**

**عيوب ذيل در مرد موجب حق فسخ براى زن خواهد بود:**

**1- خصاء**

**2- عنن به شرط اين كه ولو يك بار عمل زناشويى را انجام نداده باشد.**

**3- مقطوع بودن آلت تناسلى به اندازه‏اى كه قادر به عمل زناشويى نباشد.**

**خصاء به معناى اخته بودن مرد است و فرد مبتلا به اين عيب را خصى مى‏گويند، عنن به معناى ناتوانى جنسى مرد به لحاظ عدم انتشار آلت تناسلى اوست و مرد مبتلا به آن مرض را عنين مى‏گويند. مقطوع بودن آلت تناسلى نيز معنايش روشن است در عربى به آن جب به معناى قطع و فرد مبتلا را مجبوب مى‏گويند.**

**عيوب رديف 2 و 3 مانع انجام عمل جنسى از سوى مرد هستند ولى عيب رديف يك ممكن است مانع نزديكى نباشد ولى مرد داراى اين عيب فاقد منى مى‏باشد و قادر بر انزال نيست.**

**در هر حال از نحوه بيان قانون مدنى چنين بر مى‏آيد كه تنها در صورت وجود اين سه عيب در مرد به اضافه جنون كه عيب مشترك است، زن حق دارد نكاح را فسخ كند البته به شرط اينكه 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 اينكه قبل از دخول باشد، طبق ماده 1125 حق فسخ براى زن خواهد بود. وجود هيچ عيب جنسى و جسمى ديگر در مرد به زن حق فسخ نكاح نمى‏دهد.**

**ج عيوب مختص زن قانون مدنى در ماده 1123 وجود شش عيب را در زن موجب حق فسخ نكاح براى مرد دانسته است كه عبارتند از:**

**1- قرن**

**2- جذام**

**3- برص**

**4- افضاء**

**5- زمين گيرى**

**6- نابينايى از هر دو چشم**

**اين عيوب نيز به حكم ماده 1124 در صورتيكه در هنگام عقد در زن وجود داشته باشند و مرد بر وجود آنها آگاه نباشد به او حق فسخ مى‏دهند. از اين شش عيب دو عيب قرن كه به معناى استخوان يا گوشت زايدى است در دهانه آلت تناسلى زن و مانع عمل نزديكى مى‏شود (رتق و عفل نيز تقريبا به همين معنى و داراى همين حكم است) و افضاء كه به معناى يكى شدن مجراى بول و حيض است از عيوبى است كه فقط در زن وجود دارد و به نحوى انجام عمل جنسى را غيرممكن يا مختل مى‏نمايد.**

**ولى چهارعيب ديگر، يعنى جذام به معناى خوره كه بيمارى خطرناك و مسرى است و برص كه به معناى پيسى است و مسرى نمى‏باشد. زمين‏گيرى و نابينايى از هر دو چشم هم كه معنايشان روشن است، عيوبى جسمانى هستند كه مى‏تواند هم در زن و هم در مرد وجود داشته باشد. ولى قانونگذار وجود آنها را در مرد موجب حق فسخ براى زن ندانسته است.**

**حكم تبعيض‏آميز قانون مدنى و بررسى مبناى فقهى آن**

**طبيعتا حكم مقرر در قانون مدنى در مورد حق فسخ براى زن و مرد تبعيض‏آميز به نظر مى‏رسد و توجيه منطقى هم براى آن به نظر نمى‏رسد، چگونه مى‏توان، اين امر را توجيه كرد كه مرد با وجود اينكه اختيار طلاق را در دست دارد و طبق ماده 1133 قانون مدنى هر وقت‏بخواهد مى‏تواند زن خود را طلاق دهد، در صورت مبتلا بودن زن به امراض و عيوبى چون جذام و برص، و نابينايى و زمين‏گيرى مى‏تواند از طريق سهل‏تر فسخ نيز استفاده كند ولى زن كه اختيار طلاق را هم در دست ندارد در صورت مواجه شدن با شوهر جذامى كه بيمارى خطرناك و مسرى دارد يا شوهر نابينا و زمين گير كه طبعا در مديريت او نسبت‏به خانواده و تامين معيشت اثر منفى دارد، نتواند از اين حق فسخ استفاده كند و ناگزير باشد با آن وضع بسازد.**

**البته حكم قانون مدنى چنانكه قبلا گفتيم متكى بر نظر مشهور فقهاء اماميه است كه آنها هم به استناد روايات وارده در اين باب به اين ترتيب فتوى داده‏اند. در قديمى‏ترين متون فقهى اماميه كه معمولا مضمون احاديث را نقل مى‏كنند مانند: مقنعه شيخ مفيد و نهايه شيخ طوسى تا كتب فقهى فقيهان معاصر، تقريبا همه به همين ترتيب مطلب را نقل كرده‏اند.**

**شيخ طوسى در كتاب نهايه مى‏گويد:**

**هرگاه مردى با زنى ازدواج كرد و ملتفت‏شد كه او داراى جذام يا برص است‏يا نابيناست‏يا داراى رتق (تقريبا به همان معنا قرن) است‏يا افضا شده يا لنگ و يا ديوانه است مى‏تواند او را بدون طلاق رد كند (يعنى نكاح را فسخ نمايد). (16)**

**ولى وجود هيچ يك از اين عيوب در مرد موجب حق فسخ نمى‏شود جز در مورد جنون و عنن مرد كه مى‏توان نكاح را فسخ كرد. همچنين در صورت خصى بودن مرد، زن مى‏تواند نكاح را فسخ نمايد. (17)**

**نظير همين بيان را شيخ مفيد در مقعنه دارد و امام خمينى (ره) و آيه‏الله خويى از فقيهان معاصر نيز شبيه همين نظر را ارايه داده‏اند.**

**مستند فقها در حكم به جواز فسخ نكاح در موارد مزبور، روايات خاصه وارده، در اين باب و تا حدودى حكم كلى مستفاد از قاعده لاضرر (18)**

**و تاثير محدود اراده طرفين بويژه در رابطه با فسخ در اثر تخلف از شرط وصف مى‏باشد. (19)**

**در قرآن كريم با وجود اين كه احكامى از نكاح و طلاق در سوره‏هاى مختلف چون بقره، نساء و طلاق بيان شده است از فسخ نكاح به وسيله يكى از زوجين سخنى به ميان نيامده است، ولى در روايات منقوله ازائمه، به مواردى كه مى‏شودنكاح را رد يعنى فسخ نمود و عمدتا همان مواردى است كه بيان كرديم اشاره شده است. بسيارى از اين روايات نيز در مقام پاسخ به سوال راوى بوده يعنى طرف موردى را پرسش نموده و امام بدان ترتيب پاسخ داده است. در اين روايات منقوله تصريحى به وجود حق فسخ براى زن در مورد برخى عيوب چون نابينايى و زمين‏گيرى و... نشده است. در بعضى از روايات هم پس از شمردن برخى از عيوب مرد چون جنون، خصاء، عنن و اين كه زن در اين موارد مى‏تواند نكاح را رد كند، تصريح شده كه به غير از اين عيوب، نكاح رد نمى‏شود.**

**به نظر مى‏رسد مشهور فقها با توجه به اصل لزوم در عقد و وضعيت‏خاص نكاح كه آن را از ديگر عقود متمايز مى‏كند و حتى الامكان بايد پايدار باشد، جواز فسخ و برهم زدن نكاح را موكول به وجود نص و مستند نقلى حاكى از تجويز شارع مى‏دانند و جايگاهى براى توجيهات عقلى و منطقى و ملاحظات اجتماعى و انسانى و استدلالات مبتنى بر مصلحت و قياس و استحسان قايل نيستند و لذا براى قايل شدن حق فسخ نكاح براى مرد يا زن در جستجوى وجود نص روايى هستند و در استفاده از روايات نيز به جاى توجه به حكمت و مصالح آن، بر دلالت لفظى روايات، جزميت نشان مى‏دهند.**

**اين نوع بينش در فهم و بيان احكام اجتماعى اسلامى در برخى از موارد نتايج ناخوشايند و تبعات غيرقابل قبولى را در پى خواهد داشت، و چون به هيچ وجه مقتضيات زمان و واقعيات جامعه و عقل عرفى، مقررات و احكام ناشى از اين نوع بينش را نمى‏تواند بپذيرد به تدريج اين نوع احكام و مقررات در عمل به انزوا كشيده مى‏شود و متروك مى‏ماند.**

**به هر حال، در موضوع ما نحن فيه برخى از فقيهان، استنباط و نظر متفاوتى دارند كه پس از نقل تعدادى از روايات مربوط به فسخ نكاح به بيان آن نظر مى‏پردازيم:**

**روايات مربوط به حق فسخ نكاح**

**براى آشنايى با چگونگى استنباط حكم از روايات، چند نمونه از روايات از منابع اصلى حديث‏شيعه نقل مى‏كنيم:**

**1- حلبى از امام صادق (ع) نقل مى‏كند كه از ايشان در مورد وضعيت نكاح مردى كه با زنى ازدواج نموده و متوجه شده كه زن اعور (به اصطلاح معروف چپ چشم) هست‏سوال كردم امام فرمود: نكاح فقط به خاطر برص، جذام، جنون و عفل رد مى‏شود يعنى فسخ مى‏گردد. (20)**

**(عفل هم به معنى و يا در حكم قرن است كه درماده 1124 قانون مدنى آمده و منظور از آن وجود زايده‏اى است در آلت تناسلى زن كه مانع نزديكى مى‏شود).**

**2 زيد شحام از امام صادق (ع) نقل مى‏كند كه امام‏فرمود: زنى كه مبتلا به پيسى، جذام و يا جنون باشد نكاحش رد (فسخ) مى‏شود. ولى زنى كه اعور هست نكاحش فسخ نمى‏گردد. (21)**

**3 ابوعبيده از امام باقر (ع) نقل مى‏كند كه از ايشان در مورد مردى كه با زنى ازدواج كرده و در او عيبى مى‏بيند سوال شد و امام (ع) فرمود: اگر زنى كه داراى عيب عفل، برص، جنون، افضاء و زمين گيرى واضح و روشن است، تدليس كند، به خانواده‏اش برگردانده مى‏شود بدون طلاق (يعنى فسخ مى‏شود) و شوهر مهريه‏اى را كه داده است از ولى زن كه اين تدليس را نموده مى‏گيرد و اگر ولى زن تدليس نكرده باشد ملزم به دادن مهر به شوهر نيست. (22)**

**نزديك به همين مضمون روايتى است كه از داود بن سرحان از امام صادق (ع) نقل شده است. (23)**

**4 روايتى را كلينى در فروع كافى از طريق عبدالرحمن بن ابى عبدالله از امام صادق(ع) نقل كرده كه امام (ع) فرمود در اثر چهار چيز نكاح زن فسخ مى‏شود مشروط بر اينكه مواقعه صورت نگرفته باشد، ولى اگر مواقعه انجام شده باشد ديگر حق فسخ نيست و آن چهار چيز عبارتند از: برص، جذام، جنون و قرن: (المراه ترد من اربعه اشياء من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل مالم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا). (24)**

**شيخ طوسى نيز در تهذيب عين همين روايت را نقل كرده است و توضيح داده اينكه طبق اين روايت در صورت وقوع نزديكى ديگر حق فسخ نيست منظور جايى است كه مرد با علم به وجود عيب اقدام به نزديكى نموده و عمل او نشانگر رضايتش به عقد است.**

**به هر حال شيخ در تهذيب از طريق همين عبدالرحمن روايت ديگرى را از امام صادق(ع) نقل مى‏كند كه از امام (ع) پرسيده شد:**

**اگر مردى با زنى ازدواج كند و متوجه شود، زن، زنا داده است، چه مى‏تواند بكند، امام(ع) مى‏فرمايد اگر مرد بخواهد مى‏تواند صداق را از كسى كه موجب اين ازدواج شده بگيرد و به اندازه‏اى كه مرد از زن استمتاع برده بايد مهريه‏اى به او بدهد واگر خواست مى‏تواند زن را رها كند. و بعد امام فرمود: نكاح زن بوسيله وجود عيوب: عفل، برص، جذام و جنون فسخ مى‏شود ولى به غير از اين امور نمى‏توان نكاح را فسخ كرد. (25) (وترد المراه من‏العفل والبرص و الجذام و الجنون فاما ماسوى ذالك فلا).**

**شيخ طوسى در مقام توجيه تعارض بين اين روايت و رواياتى كه دلالت‏بر وجود حق فسخ در مورد نابينايى و افضاء و زمين‏گيرى دارد مى‏گويد:**

**بين اين دو منافاتى وجود ندارد و وجه جمع بين اين دو نوع روايت اين است كه بگوييم در خصوص عيوب عفل و جنون و جذام و برص حتما حق فسخ وجود دارد ولى در مورد افضاء و زمين‏گيرى و نابينايى هر چند حق فسخ وجود دارد ولى بهتر است، متوسل به فسخ نشود. (26)**

**5 روايات مختلفى نيز در خصوص حق زن براى فسخ نكاح در صورتى كه با مردى ازدواج كند در حاليكه مرد تدليس كرده بدين صورت كه خصى بوده و آن را كتمان نموده، و يا برده بوده و خود را آزاد قلمداد كرده، وجود دارد. همچنين روايات متعددى وارد شده كه اگر مرد عنين بود يعنى ناتوانى جنسى داشت، زن مى‏تواند به دادگاه مراجعه نمايد و طرح موضوع كند، در صورت اثبات اين بيمارى دادگاه يكسال به شوهر مهلت مى‏دهد كه خود را معالجه كند. اگر پس از گذشت‏يك سال از رجوع به دادگاه، مرد توانايى انجام عمل جنسى را بدست نياورد زن مى‏تواند نكاح را فسخ كند.**

**براى ملاحظه روايات مربوطه مى‏توان به كتب حديث از جمله منابع مورد استناد در اين مقاله، چون فروع كافى، تهذيب الاحكام، وسائل الشيعه و غير آن مراجعه كرد. فقط يك حديث را در اين زمينه نقل مى‏كنيم كه حكايت دارد به خاطر عيوبى غير از عيوب مربوط به امر جنسى در مرد، حق فسخ نكاح ايجاد نمى‏شود هم كلينى در فروع كافى و هم شيخ طوسى در كتاب تهذيب روايتى را از شخصى به نام عباد ضبى يا غياث ضبى از امام صادق(ع) نقل كرده‏اند كه فرمود:**

**اگر معلوم شد مرد عنين است و توانايى جنسى ندارد بين زن و مرد جدايى افكنده مى‏شود ولى اگر يك بار مواقعه كرد، موردى براى فسخ نكاح نيست و نكاح به خاطر عيب مرد رد (فسخ) نمى‏شود (27) : (عن ابى عبدالله (ع) قال: فى العنين اذا علم انه عنين لاياتى النساء فرق بينهما و اذا وقع عليها وقعه واحده لم يفرق بينهما و الرجل لا يرد من عيب).**

**برخى ازفقها مثل صاحب جواهر به مفاد همين حديث‏بر رد حق فسخ براى زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام و برص استناد كرده‏اند. (28)**

**از جمله عيوب مرد كه به نظر مشهور و بلكه شايد بتوان گفت‏به اجماع فقها موجب حق فسخ براى زن مى‏شود، همانطور كه قبلا اشاره شد جب يعنى مقطوع بودن آلت تناسلى است‏به گونه‏اى كه مانع ايفاى وظيفه زناشويى براى مرد گردد.**

**ولى روايت و نص خاصى در اين مورد وجود ندارد و به همين جهت محقق در وجود حق فسخ به خاطر آن اظهار ترديد نموده و منشا ترديد را نبودن نص و اقتضاء لزوم عقد ذكر كرده است:**

**(و هل تفسخ بالجب؟ فيه تردد منشاه التمسك بمقتضى العقد) (29)**

**ولى در عين حال هم خود محقق و هم شارحين كتاب او چون صاحب جواهر و شهيد ثانى در مسالك و ديگر فقها نظريه ايجاد حق فسخ را در اين مورد تقويت كرده‏اند و با وجود نبودن نص در خصوص مورد با توجه به وحدت ملاك مستفاد از روايات مربوط به حق فسخ در مورد «عنن‏» يعنى عدم قدرت بر مواقعه و قياس اولويت نسبت‏به خصى كه با وجود اين كه توانايى انجام عمل جنسى را دارد ولى عيب مزبور طبق روايات موجب حق فسخ دانسته شده است و نيز به استناد قاعده رفع ضرر و لزوم ضرر در صورت ندادن حق فسخ به زن عموما اين عيب را نيز موجب حق فسخ دانسته‏اند.**

**اين معنى را نه تنها فقيهى چون شهيد ثانى كه در برخى مسائل با ديدى باز و روشن برخورد مى‏كند در مسالك (30) توجيه نموده. بلكه فقيهى چون صاحب جواهر نيز كه با اين گونه توجيهات و استدلالات مخالف است و به همين رو با تعميم حق فسخ براى زن در مورد وجود جذام و برص در مرد مخالفت دارد، به همين توجيهات روى آورده و آن را موجب فسخ دانسته است. (31)**

**لازم به يادآورى است كه درمورد خصى نيز نصوص و رواياتى كه نقل شده و به زن حق فسخ داده است جملگى با عنوان تدليس ذكر شده‏اند يعنى با اين مضمون كه اگر مردى كه اخته است تدليس كند و به عنوان فرد سالم و فاقد عيب با زنى ازدواج نمايد و زن از خصى بودن او مطلع شود مى‏تواند نكاح را فسخ نمايد. بعنوان مثال:**

**عن ابى‏عبدالله (ع) ان خصيا دلس نفسه لامراه قال يفرق بينهما و تاخذ المراه منه صداقها و يوجع ظهره كما دلس نفسه. (32)**

**در هيچ يك از روايات منقوله، خصى بودن بدون عنوان تدليس و صرفا بعنوان عيب از موجبات فسخ نكاح بشمار نيامده است. (33) از همين رو شيخ طوسى در مبسوط در عيب بودن آن ب گونه‏اى كه موجب خيار فسخ شود، ترديد كرده ست‏بدين جهت كه خصى قادر به انجام عمل جنسى حتى بهتر از افراد عادى مى‏باشد، هر چند قادر به انزال نيست. (34)**

**اگر قرار باشد در تجويز حق فسخ صرفا تابع نصوص و روايات وارده باشيم نبايد صرف وجود عيب خصاء را بدون تحقق عنوان تدليس موجب حق فسخ دانست. در حاليكه طبق نظر مشهور فقها، نفس وجود اين عيب موجب حق فسخ است. و قانون مدنى نيز در ماده 1122 نفس وجود خصاء را بدون مقيد كردن آن به شمول عنوان تدليس، موجب حق فسخ دانسته است. به همين جهت صاحب جواهر ترديدهاى زيادى در موجب حق فسخ بودن خصاء وارد كرده و بعيد ندانسته كه حق فسخ در مورد خصاء فقط در مورد تدليس ثابت‏باشد و براى توجيه قول رايج‏بر اين كه بطور مطلق موجب حق فسخ است احتمال داده كه شايد صرف عدم اخبار و اعلام اين عيب از سوى مرد، تدليس محسوب شود و سرانجام با ختم مطلب به امر به تامل (فتامل) شفاف نبودن موضوع را ابراز كرده است. (35)**

**نظر شهيد ثانى در مورد تساوى زن و مرد در حق فسخ نسبت‏به عيوب جذام و برص**

**چون على الاصول بحث ما پيرامون موارد تفاوت حق زن و مرد در انحلال نكاح و در اين قسمت در استفاده از حق فسخ و نقد و بررسى مبانى و دلايل آن است، بنابراين لازم است نظرات مختلف موجود را مورد بررسى قرار دهيم و احيانا نتيجه گيرى از آن بنماييم يا از اين تجزيه و تحليل روزنه‏اى براى نتيجه گيرى مطلوب باز كنيم. اندك تفصيلى هم كه در خصوص عيوب خصاء و جب داديم و تحليلهاى مختلف را نقل كرديم براى بهره بردارى از آن در نتيجه گيرى از اين موضوع بود.**

**به هر حال همانطور كه در آغاز بحث فسخ گفتيم طبق قانون مدنى بر اساس نظر رايج در فقه اماميه، براى فسخ نكاح، مرد بر زن امتيازاتى دارد، زن فقط به استناد وجود چهار عيب در مرد حق فسخ دارد در حاليكه مرد به استناد وجود 7 عيب در زن كه چهار عيب آن (جذام، برص، زمين گيرى و نابينايى) از عيوب جسمانى است كه در مرد هم ممكن است وجود داشته باشد حق فسخ دارد و زن در اين موارد از استفاده از حق فسخ محروم است.**

**در اينجا بد نيست‏به نظر و استدلال برخى از فقهاى اماميه كه در اين خصوص نظر مخالف دارند نيز اشاره كنيم و مستند نقلى و عقلى آنها را بدانيم.**

**در بين فقهاء متقدم قاضى ابن براج تقريبا به سياق و ترتيبى كه از فقهاى اهل سنت نقل شد (و به آن خواهيم پرداخت) جنون و جذام و برص و كورى را از عيوب مشترك بين زن و مرد شمرده كه هر يك از اين عيوب در هر كدام بود، ديگرى حق فسخ دارد. وى عيوب موجب فسخ را به سه دسته تقسيم مى‏كند عيوب مختص مرد و عيوب مختص زن و عيوب مشترك كه عيوب مشترك به شرح مرقوم ذكر شد. (36)**

**به نقل شهيد ثانى در مسالك، ابن جنيد نيز عيوب چهارگانه مزبور را به اضافه لنگى و ارتكاب زنا از عيوب مشترك در زن و مرد شمرده است.**

**شهيد ثانى در مسالك و نيز شرح لمعه نظر ابن براج و ابن جنيد را در مورد مشترك بودن دو عيب جذام و برص در زن و مرد در كمال درستى دانسته و از آن حمايت كرده است و براى اثبات صحت اين نظر كه زن هم در صورت وجود اين دو عيب در مرد حق فسخ دارد هم به عموم مفاد برخى از روايات استناد كرده و هم به استدلال عقلى و قياس اولويت متوسل شده است. وى در زمينه استناد به دليل نقلى مى‏گويد:**

**روايت صحيحه‏اى كه حلبى از امام صادق (ع) نقل نموده بطور مطلق مى‏گويد: مى‏توان نكاح را به خاطر برص، جذام، جنون و عفل فسخ كرد و اطلاق اين روايت‏شامل جذام و برص مرد نيز مى‏شود**

**به علاوه مى‏گويد:**

**وقتى وجود اين دو عيب در زن، به مرد حق فسخ مى‏دهد، با اين كه مرد مى‏تواند با توسل به طلاق خود را از اين نكاح خلاص نمايد منطقا موجب مى‏شود كه بپذيريم وجود آنها در مرد به طريق اولى براى زن كه اختيار طلاق را هم در دست ندارد حق خيار فسخ ايجاد مى‏كند.**

**از سوى ديگر چون جذام به خصوص مرضى است كه به اتفاق پزشكان مسرى است، ندادن حق فسخ به زن موجب ورود ضرر بر زن مى‏گردد كه به حكم قاعده لاضرر، حكم ضررى نبايد وجود داشته باشد; بعلاوه نفرتى كه از وجود اين عيب پيدا مى‏شود و طبعا منافى حق استمتاع است‏به مراتب بيشتر از نفرت ناشى از عيوب ديگرى است كه در مرد وجود دارد و مانع عمل جنسى و استمتاع است و بالاتفاق موجب حق فسخ است. بنابراين حق اين است كه در مورد اين دو عيب تفاوتى بين زن و مرد در استفاده از حق فسخ گذاشته نشود.**

**شهيد ثانى مى‏گويد:**

**البته اكثر فقها به استناد اصل لزوم عقد و عدم فسخ آن و روايت منقوله از طريق غياث ضبى از امام صادق (ع) كه بخاطر وجود عيب در مرد، نكاح فسخ نمى‏شود (الرجل لايرد بعيب) حق خيار فسخ را به زن نداده‏اند ولى بر كسى پوشيده نيست كه نظريه مربوط به وجود حق خيار فسخ براى زن قوى تر است و روايتى (روايت كنانى) كه اطلاقش دلالت‏بر اين امر مى‏نمايد بر اين روايت (الرجل لا يرد بعيب) برترى دارد، توجيهات و دلايل عقلى و منطقى گفته شده، نيز آن را تقويت مى‏كند و بنابراين اصل لزوم و عدم فسخ نيز با اين دلايل كارايى خود را از دست مى‏دهد.**

**شهيد ثانى اضافه مى‏كند كه:**

**استناد به روايت غياث ضبى (الرجل لا يرد بعيب) از سوى برخى از فقها براى منع حق خيار فسخ به زن و در اين مورد از شگفتيهاى روزگار است; زيرا اين روايت هم از لحاظ سند و هم از لحاظ متن قابل استناد نيست زيرا راوى آن يعنى غياث در كتب رجال شناخته شده نيست. بنابراين چگونه مى‏توان به حديث او استناد كرد. از لحاظ متن نيز اشكال دارد زيرا لازمه عمل به آن حديث اين است كه وجود هيچ عيبى در مرد موجب حق فسخ نكاح براى زن نشود و اين برخلاف اجماع مسلمين است. (37)**

**از فقهاى اخير مرحوم سيد ابوالحسن نيز گرايش به نظر شهيد ثانى نشان داده و مشترك بودن دو عيب جذام و برص را بعيد ندانسته است. (38)**

**اشاره‏اى به حكم موضوع در فقه اهل سنت و قوانين كشورهاى اسلامى**

**با تتبع مختصر در فقه اهل سنت‏به نظر مى‏رسد در اين زمينه برخورد مطلوبتر و مناسبترى بعمل آمده و نظرى كه شهيد ثانى با قوت از آن دفاع كرده و متاسفانه فقيهان ديگر ما توجه چندانى به آن ننموده‏اند در نظر رايج فقهاى اهل سنت آمده است.**

**در هر سه مذهب مالكى، حنبلى و شافعى عيوب موجب فسخ در نكاح به سه دسته عيوب مشترك، عيوب مختص زن و عيوب مختص مرد تقسيم شده است. مطابق هر سه مذهب، جذام و برص و جنون از جمله عيوب مشترك هستند كه در هر يك از زن و مرد وجود داشته باشند براى طرف ديگر حق فسخ ايجاد مى‏شود. عيوب مختص مرد و زن، در واقع عيوب مانع از انجام عمل جنسى به نحو صحيح هست كه به حسب طبيعت ممكن است در مرد يا زن باشد. خصاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلى از عيوب مختص مرد و رتق و عفل و قرن (كه هر سه در واقع يك حكم را دارند) و افضاء از عيوب مختص زن است كه به مرد حق فسخ مى‏دهد. (39) منطقى و قابل پذيرش بودن و نزديك بودن به عدالت را در اين ترتيب نمى‏توان از نظر دور داشت. در مذهب حنفى اصولا جز عيوب افضاء، عنن و مقطوع بودن آلت تناسلى هيچ عيب ديگرى حتى جذام و برص در هر يك از زوجين موجب حق فسخ نمى‏شود. (40)**

**در قوانين فعلى بعضى از كشورهاى عربى و اسلامى‏نيز كه ملاحظه شد براى زن حق فسخ نكاح يا مطالبه تفريق و جدايى از دادگاه به لحاظ ابتلاء مرد به امراضى كه مانع اعمال زناشويى است‏يا امراض خطرناكى چون جذام و برص پيش بينى شده است; از جمله مى‏توان ماده 9 قانون احوال شخصيه مصر، اصلاحى سال 1985; ماده 105 قانون احوال شخصيه سوريه مصوب سال 1953; ماده 53 قانون خانواده الجزاير مصوب سال 1984 و ماده 43 قانون احوال شخصيه عراق اصلاحى سال 1978 را ذكر نمود. ماده 9 قانون احوال شخصيه مصر مى‏گويد:**

**در صورت وجود عيب مستحكمى در مرد كه قابل علاج نبوده يا معالجه آن طولانى مدت باشد و بقاء زن بر وجيت‏برايش موجب ضرر باشد مانند جنون و جذام و برص، مى‏تواند از دادگاه درخواست جدايى نمايد. (41)**

**ابداع مطلوب قانون احوال شخصيه كويت**

**قانون احوال شخصيه كويت كه بيش از 16 سال از تنظيم و تصويب آن نمى‏گذرد مصوب سال 1984 و قانون نسبتا خوبى است در زمينه حق فسخ به لحاظ وجود عيب هم از نظر عيب موجب فسخ و هم از نظر تساوى زن و مرد از استفاده از حق فسخ به استناد عيب، حكم كلى جديدى را وضع نموده و مدعى است اين حكم را از متون فقهى استخراج كرده و با موازين شرعى منافاتى ندارد. ماده 139 قانون مزبور تحت عنوان فسخ به جهت عيب مقرر مى‏دارد:**

**«هر يك از زوجين مى‏تواند فسخ نكاح را بخواهد، در صورتى كه در طرف ديگر عيب پابرجايى كه ايجاد نفرت مى‏كند يا موجب زيان مى‏شود يا مانع استمتاع مى‏گردد، بيابد خواه چنين عيبى قبل از عقد به وجود آمده و يا بعد از عقد حادث شده باشد. هر يك از طرفين كه به وجود اين عيب قبل از عقد عالم بوده يا بعد از عقد به آن رضايت دهد، حق فسخش ساقط مى‏شود.»**

**طبق ماده 141:**

**هر گاه عيوب مذكور قابل زوال نباشند، دادگاه حكم به فسخ مى‏دهد ولى اگر امكان اصلاح آنها وجود داشته باشد، دادگاه مهلت مناسبى را براى اصلاح و زوال عيب تعيين مى‏كند اگر ظرف آن مدت عيب از بين نرفت و طرف ذى نفع طالب فسخ بود، دادگاه حكم فسخ را صادر مى‏كند.**

**و ماده 142 حكم مى‏كند:**

**بايد براى شناخت عيوب موجب فسخ و تعيين مدت مناسب براى اصلاح و رفع آنها از پزشكان خبره مسلمان كمك گرفت. (42)**

**تدوين كنندگان اين مقررات از قانون احوال شخصيه كويت تشريع اين حكم جديد را در واقع بدعت غير مجاز ندانسته و با اشاره به نظرات و عقايد مختلف فقهاء خود در زمينه نوع و تعداد عيوب موجب حق فسخ نكاح، مدعى هستند كه در واقع رد پاى اين اجتهاد جديد خود را در نظريات فقهاى سلف يافته‏اند و با در نظر گرفتن جهات و مصالح لازمه و مراعات عدل و انصاف، اين ترتيب قانونى را تصويب كردند. (43)**

**قابل انتقاد بودند مقررات قانون مدنى در مورد عيوب موجب فسخ**

**به نظر مى‏رسد با اين سيرى كه در مبانى فقهى مقررات قانون مدنى در خصوص عيوب موجب فسخ نكاح و حق هر يك از زن و مرد در استفاده از فسخ نموديم به خوبى روشن شده باشد كه اين حكم تبعيض آميز موجود در قانون مدنى در زمينه حق فسخ نكاح به استناد عيوب قابل توجيه نيست و علاوه بر نداشتن دليل عقلى و منطقى، دلايل نقلى مبناى اين نوع حكم و مقررات نيز على رغم نظر مشهور فقها جايگاه محكمى ندارد و جز جزميت‏بر ظاهر الفاظ و رواياتى كه بعضى اضطراب در سند و متن دارند نمى‏توان توجيه ديگرى براى بيان اين نوع حكم ارايه داد.**

**همانطور كه بيان شد در قرآن كريم ذكر و سخنى از حكم فسخ و تفاوت زن و مرد در برخوردارى از اين حق به ميان نيامده است. اكثر رواياتى هم كه در اين باب وارد شده در پى طرح سوال و برخورد با واقعه‏اى كه طبعا بيشتر از سوى مردان مطرح مى‏شده صادر شده و راه حل واقعه مطرح شده، يا پرسش معموله را ارايه داده‏اند. بنابراين اگر در غير عيوب مختص به هر يك از زن و مرد، عيبى مانند جذام، برص و حتى كورى و زمين گيرى مطرح شده و وجود آن در زن به مرد حق فسخ داده است اين امر، بدين معنا نيست كه حسب مورد نتوان حق فسخ را به زن داد و بر اصل لزوم عقد و استصحاب لزوم و بقاى آن به خاطر نبودن نص و مجوز صريح بر وجود حق فسخ براى زن پافشارى كرد و توجهى به ملاك و حكمت احكام وارده در روايات ننمود.**

**چگونه مى‏توان پذيرفت، شريعت اسلامى و بخصوص مقررات فقه شيعه و قانون مدنى كه تحقق عقد نكاح را جز با ايجاب و قبول و قصد و رضاى زن و مرد و دو طرف عقد، نمى‏پذيرد، در مقام انحلال از يكسو اختيار طلاق را در دست مرد قرار دهد و از سوى ديگر امكان فسخ را به نحو بهتر و بارزترى به او بدهد به گونه‏اى كه مثلا اگر مردى پس از عقد ملتفت‏شد زنش داراى يكى از عيوب، مثلا جذام يا نابينايى يا زمين گيرى است هم بتواند او را طلاق دهد و هم قادر باشد نكاح را فسخ كند، ولى زنى كه مواجه با شوهر جذامى يا نابينا يا زمين گير مى‏شود نه بتواند از حق طلاق استفاده كند و نه حق داشته باشد به استناد وجود اين عيوب نكاح را فسخ نمايد؟ اين يك بى عدالتى آشكار است كه هرگز با مذاق اسلامى نمى‏خواند و استناد به ظاهر برخى روايات وارده در اين باب هم نمى‏تواند آن را توجيه نمايد.**

**بنابراين به نظر مى‏رسد، بسيار مطلوب و بجا و بى اشكال خواهد بود كه مواد 1121 و 1123 قانون مدنى را اصلاح كرد و همانگونه كه در مذاهب اهل سنت و بسيارى از قوانين كشورهاى اسلامى آمده، عيوب مهمى چون جنون، جذام و برص و احيانا برخى عيوب ديگر را به عنوان عيوب مشترك بين زن و مرد و قابل فسخ براى هر يك اعلام نمود. چنانكه ديديم فقيهانى چون قاضى ابن براج و شهيد ثانى نيز به شرحى كه قبلا ذكر شد به نفع اين نظريه استدلال نموده و آن را صحيح و عادلانه شمرده‏اند.**

**متاسفانه با وجود غنا و پويايى و اجتهاد مستمرى كه به نحو بارزى در فقه شيعه وجود دارد، در عمل، فقيهان ما مخصوصا در اين دوره‏هاى اخير و حتى پس از گرفتن مستقيم حكومت و اداره مملكت‏بسيار كند حركت مى‏كنند و شجاعت لازم را در اجتهاد به خرج نمى‏دهند.**

**حق درخواست الزام شوهر به طلاق**

**به هرحال، در عين محدوديت زوجه براى اعمال حق خيار فسخ، قانون مدنى با الهام از نظريات برخى از فقها، مواردى را پيش‏بينى كرده كه زن مى‏تواند به دادگاه مراجعه نمايد و درخواست كند كه دادگاه شوهر او را ملزم به طلاق نمايد. تقريبا نظير ترتيبى كه در قانون احوال شخصيه بعضى از كشورهاى عربى پيش‏بينى شده است و در صفحات قبل به آن اشاره شد كه زن مى‏تواند از دادگاه درخواست صدور حكم بر جدايى با شوهرش را بخواهد در قانون مدنى نيز به نحوى پيش‏بينى شده است.**

**نظر فقيهان در خصوص درخواست طلاق زن از دادگاه**

**به نظر مى‏رسد تعداد كمى از فقها معتقدند، زن مى‏تواند در مواردى به غير از مورد امتناع يا عجز از انفاق به دادگاه مراجعه كند و درخواست صدور حكم مبتنى بر الزام شوهر به دادن طلاق و جدايى از دادگاه بنمايد.**

**از متقدمين، شيخ مفيد در كتاب مقنعه مى‏گويد:**

**«حاكم نمى‏تواند شوهر را اجبار به طلاق و جدايى نمايد مگر اينكه شوهر حق واجبى از حقوق نكاح را نسبت‏به زن ايفاء ننمايد.» (44)**

**مفهوم مخالف اين عبارت اين است كه اگر شوهر برخى از حقوق واجبه زن را ايفاء ننمايد دادگاه مى‏تواند او را مجبور به دادن طلاق نمايد.**

**در بين فقهاء متاخر و معاصر، شيخ انصارى در ملحقات مكاسب و ميرزاى قمى در جامع‏الشتات و مرحوم سيد محمد كاظم يزدى در ملحقات عروه الوثقى نسبت‏به امكان مراجعه زن به دادگاه در صورت اذيت و آزار زوج و يا افتادن در عسر و حرج با ادامه وضعيت زناشويى و الزام شوهر به طلاق توسط دادگاه، اظهار نظر نموده‏اند. (45)**

**در اين بين نظر مرحوم سيد كاظم «يزدى كه بطور كلى براى زن اين حق را شناخته است كه حتى در غير مورد ترك انفاق، اگر بقاء زوجيت‏براى زن موجب ضرر و حرج باشد مى‏تواند از دادگاه درخواست جدايى كند و دادگاه مى‏تواند مآلا حكم جدايى را صادر نمايد» نگرش جديد در توجه به حقوق زن و تا حدى جبران محروميت او از داشتن اختيار طلاق و فسخ همانند مرد بشمار مى‏آيد و مبدء تحولى محسوب مى‏گردد.**

**سيد پس از بيان صور مختلف مربوط به غايب بودن شوهر يا محبوس بودن او و روايات مربوط به ترك انفاق و اجبار شوهر به طلاق در صورت ندادن نفقه مى‏گويد:**

**«... از اين روايات استفاده مى‏شود كه در صورت ندادن نفقه، شوهر، اجبار به طلاق مى‏گردد، بنابراين به طريق اولى، در صورتى كه بقاى زوجيت، موجب وقوع زن در معصيت و حرام باشد، بايد حاكم شرع، اختيار طلاق او را داشته باشد...»**

**وى در بخش ديگرى از بحث‏خود مى‏گويد:**

**«... هر چند ظاهر كلمات فقهاء اين است كه حاكم نمى‏تواند زن را طلاق دهد و او را آزاد كند، زيرا طلاق در دست مرد است الطلاق بيدمن اخذ بالساق ولى ممكن است گفته شود به استناد قاعده نفى ضرر و حرج، مخصوصا اگر زن، جوان بوده و صبر كردنش مستلزم مشقت‏شديد براى او باشد، حاكم شرع مى‏تواند او را طلاق دهد...» (46)**

**به نظر مى‏رسد با الهام از همين نوع نظريات روشن بينانه فقهى، تدوين كنندگان اوليه قانون مدنى كه نتوانستند دامنه اختيارات زن را در اعمال فسخ گسترش دهند براى اين كه تا حدى اين نابرابرى را جبران كنند، علاوه بر وضع ماده 1139 كه به زن اجازه مى‏داد در صورت امتناع يا عجز شوهر از دادن نفقه، الزام شوهر را به طلاق از دادگاه بخواهد; مبادرت به وضع و تصويب ماده 1130 مشتمل بر سه بند نموده و آن را در همان فصل مربوط به فسخ نكاح و نه فصل طلاق گنجانيده‏اند.**

**به موجب ماده مزبور در صورتى كه شوهر غير از وظيفه دادن انفاق، ساير حقوق واجبه زن را وفا نكند و اجبارش ممكن نباشد و در صورت سوء معاشرت و در مورد وجود امراض مسريه صعب العلاج كه ادامه زندگى را غير قابل تحمل و مخاطره آميز سازد، مى‏تواند از دادگاه اجبار شوهر را به طلاق بخواهد. (47)**

**در نتيجه طبق اين تمهيد اگر زن مواجه مى‏شد با شوهر جذامى و نمى‏توانست از حق فسخ استفاده كند، با استفاده از ماده 1130، قادر بود از دادگاه درخواست نمايد كه شوهر را ملزم به طلاق دادن و رهايى او نمايد. (48) البته از روند مشكل‏تر و طولانى‏تر، مى‏بايست استفاده كند ولى در هر حال راهى باز شده بود.**

**نظر امام خمينى (ره)و تصويب ماده جديد 1130 قانون مدنى براساس آن نظر ظاهرا حكم مندرج در ماده 1130 قانون مدنى براى بسيارى از فقها قابل توجيه نبود. زيرا انحلال ارادى نكاح يا بوسيله طلاق است كه از سوى مرد انجام مى‏گيرد و يا با فسخ است كه موارد فسخ نيز مشخص شده است. اقدام براى تفريق و جدايى بين زوجين از سوى دادگاه نيز فقط در مورد امتناع يا عجز شوهر از دادن نفقه و نيز در مورد زوجه غايب مفقود الاثر متصور است و به جهت ديگرى دادگاه نمى‏تواند زوجه را طلاق دهد. شايد با همين برداشت و بينش در اصلاحيه سال 1361 قانون مدنى ماده 1130 موجود حذف شد; اما در عين حال با توجه به جايگاه عسر و حرج و نقش آن در تعلق برخى از احكام، عده‏اى معتقد بودند مى‏توان در صورت وجود عسر و حرج به زن اين امكان را داد كه از دادگاه درخواست طلاق نمايد. اين امر بين فقهاى شوراى نگهبان نيز مورد اختلاف بود و برخى همان ديدگاه اول را داشتند كه به طريقى جز فسخ و طلاق نمى‏توان نكاح را منحل كرد و به هر حال قرار شد موضوع را از حضرت امام (ره) سوال نمايند.**

**در نامه‏اى كه از سوى فقهاء شوراى نگهبان در سال 1361 هنگام اصلاح قانون مدنى خدمت‏حضرت امام خمينى (ره) ارسال شد آمده است:**

**«كه در خصوص مراجعه زن به دادگاه و درخواست اجبار شوهر به طلاق به لحاظ عسر و حرج و اجبار شوهر به طلاق از سوى حاكم شرعى، برخى از فقها نظر منفى دارند و مى‏گويند آنچه مستلزم حرج است، لزوم عقد در نكاح است و بر فرض كه ادله حرج در اين جا حاكم باشد مى‏تواند لزوم عقد را بردارد و براى زن حق فسخ ايجاد كند و با توجه به اين كه، موارد فسخ اجماعا محدود است و اين مورد جزء آن موارد نيست پس حق فسخ قهرا منتفى مى‏شود.» (49)**

**طبعا حق طلاق هم كه وجود ندارد و به دست مرد است‏بنابراين وجهى براى تجويز مراجعه به دادگاه و دخالت دادگاه بر اجبار شوهر به طلاق وجود ندارد. به هر حال نظر امام را خواسته‏اند. امام (ره) پاسخ مى‏فرمايند:**

**«طريق احتياط آن است كه زوج را با نصيحت والا با الزام وادار به طلاق نمايند و در صورت ميسر نشدن به اذن حاكم شرع طلاق داده شود. و اگر جرئت‏بود مطلبى ديگر بود كه آسانتر است.»**

**با پاسخ امام، فقهاى شوراى نگهبان با تصويب ماده 1130 فعلى بجاى ماده 1130 سه بندى سابق موافقت كردند.**

**ماده 1130، فعلى مقرر مى‏دارد:**

**«در صورتى كه دوام زوجيت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وى مى‏تواند به حاكم شرع مراجعه و تقاضاى طلاق كند، چنانچه عسر و حرج مذكور در محكمه ثابت‏شود، دادگاه مى‏تواند زوج را اجبار به طلاق نمايد و در صورتى كه اجبار ميسر نباشد زوجه به اذن حاكم شرع طلاق داده مى‏شود.»**

**امام خمينى نيز در اين پاسخى كه به فقهاى شوراى نگهبان داد، در واقع همانند مرحوم سيد محمد كاظم يزدى، بينش خود را در اين خصوص كه به هر جهت ادامه زندگى زناشويى براى زن موجب عسر و حرج باشد مى‏تواند از دادگاه درخواست‏حكم طلاق نمايد و دادگاه شوهر او را به طلاق دادن اجبار مى‏نمايد و اگر اجبار او هم ممكن و عملى نبود با حكم و اذن دادگاه، طلاق واقع مى‏گردد ابراز داشت.**

**به هر حال، اين بينش موجب شد كه در اصلاحيه قانون مدنى كه با هدف انطباق بيشتر آن با موازين شرعى و فقهى صورت گرفت ماده 1130 كه تا حدودى حكم تبعيض آميز قانون مدنى در مورد حق فسخ را جبران مى‏كرد به نوعى حفظ شود ولى در عين حال پيدا است كه باز هم تفاوت فاحشى بين زن و مرد در استفاده از حق فسخ و بر هم زدن نكاح وجود دارد. ليكن در ذيل پاسخ امام (ره) عبارتى است كه جاى تامل بسيار دارد. امام مى‏فرمايد:**

**«اگر جرئت‏بود مطلبى ديگر بود كه آسانتر است‏».**

**اين جمله مشعر بر اين معنى است كه از نظر فقيهى چون «امام خمينى‏» در زمينه مشكل ادامه زندگى زناشويى براى زن، به غير از توسل به اثبات عسر و حرج و الزام شوهر به دادن طلاق و در صورت عدم امكان آن، واقع ساختن طلاق به حكم و اذن دادگاه، راه حل و طريق سهلترى هم از لحاظ شرعى و فقهى وجود دارد كه طبعا مشكل زن را زودتر و آسانتر حل مى‏نمايد.**

**اينكه منظور امام (ره) از اين طريق سهلتر چيست؟ حداقل براى ما روشن نيست‏شايد براى شاگردان امام كه بر مكتب فقهى و مشرب استنباطى ايشان آگاهى و آشنايى دارند معلوم باشد. آيا منظور امام (ره) اين است كه زن هم در صورت مواجه شدن با عيوب زيان آور و نفرت انگيز همانند مرد مى‏تواند عقد نكاح را فسخ كند و نيازى نيست كه با مراجعه به دادگاه و اثبات عسر و حرج و پيمودن راههاى دشوار دادرسى به اين نتيجه دست‏يابد؟ چنانكه ديديم امروزه در برخى از قوانين كشورهاى اسلامى به همين راه حل رسيده‏اند. يا منظور اين است كه وضع زن لازم نيست‏به مرحله حاد عسر و حرج برسد تا بتواند با اثبات آن از طريق دادگاه خود را از قيد زوجيت‏خلاص كند. بلكه همين قدر كه ادامه زندگى زناشويى براى او زيان آور و موجب ضرر باشد مى‏تواند از دادگاه درخواست طلاق نمايد چنانكه در قوانين برخى از كشورها آمده است و از اين حيث مرد و زن بطور يكسان از استفاده از اين حق برخوردارند. (50) يا منظور اين است كه پس از طرح موضوع در دادگاه و تشخيص وجود عسر و حرج براى زن از سوى دادگاه، دادگاه حكم به طلاق و تفريق زوجين مى‏دهد و نيازى به گذراندن مرحله ديگر يعنى الزام شوهر به دادن طلاق ندارد؟**

**به هر حال راه حل مورد نظر امام بر ما روشن نيست ولى قدر مسلم اين است كه به نظر اين فقيه ژرف نگر، روشن بين بويژه پس از تجربه كردن عملى اداره حكومت، امكان پيدا كردن راه سهلترى براى اعمال بهتر عدالت و احقاق حق زن در چارچوب موازين شرعى و فقهى وجود دارد و طبعا وضع موجود را مناسب نمى‏داند ولى به تعبير خودش جرئت ابراز آن را ندارد. حداقل از اين نوع تعبير اين معنى را مى‏توان استفاده كرد كه حكم رايج در نظر فقها در خصوص نحوه دارا شدن حق فسخ و تفاوت زن و مرد در حق انحلال نكاح كه مورد پيروى قانون مدنى قرار گرفته، حكم ضرورى فقه نيست كه نتوان طريق ديگرى را براى آن جستجو كرد.**

**با اتكا به اين پشتوانه و اظهار نظر فقيهانه فقيه معتبرى چون امام خمينى (ره) است كه مى‏توان گفت قانون مدنى در بخش مواد مربوط به فسخ نكاح براى رفع تبعيض ناروايى كه بين زن و مرد وجود دارد، جدا نيازمند اصلاح است و اگر نتوان بر سياق برخى قوانين كشورهاى اسلامى كه پيشتر از آن ياد كرديم اصولا وجود هرگونه عيب مضر و نفرت آور و صعب العلاج را در هر يك از زوجين براى طرف ديگر موجب حق فسخ دانست و محدود به چند عيب شمرده شده در قانون مدنى و نظر مشهور فقهى نباشد حداقل بايد همانند نظر معقول و قابل قبولى كه در اكثر مذاهب فقهى اهل سنت و برخى از فقهاء اماميه بشرحى كه بيان كرديم مثل ابن جنيد، قاضى ابن براج و شهيد ثانى ابراز شده وجود عيوب مهمه‏اى چون جذام و برص و احيانا برخى عيوب ديگر كه مشترك بين زن و مرد است‏براى هر يك از آن دو موجب حق فسخ دانست و زن را كه در طلاق هم محدوديت‏بيشترى دارد از استفاده از آن محروم نكرد.**

**پى‏نوشتها:**

**1- متن شق ج بند 1 ماده 16 كنوانسيون رفع تبعيض عليه زنان بدين صورت است: (C)- The same rights and responsibilities during marriage and at its dissolution.**

**2- ر.ك: دكتر سيد حسن امامى حقوق مدنى، جلد اول، چاپ تهران، 1371، ص 178: «... عقد قابل فسخ، عقدى است كه صحيحا منعقد شده ولى كسى كه حق خيار به نفع او برقرار شده، مى‏تواند آن را به نفع خود بر هم زند...» و ص 179: «... در قانون ايران از زمانى كه صاحب حق خيار از حق خود استفاده مى‏نمايد و معامله را فسخ مى‏كند، عقد منحل مى‏شود و نتيجتا از ادامه اثر عقد جلوگيرى مى‏گردد، بدون اينكه نسبت‏به آثار حقوقى معامله قبل از زمان انحلال تاثيرى كند» و ص 546.**

**3- ر.ك: دكتر كاتوزيان: قواعد عمومى‏قراردادها، جلد پنجم، چاپ اول: آذرماه 1369، ص 62.**

**4- دكتر امامى حقوق مدنى، جلد اول، ص 545: «... در تحقق فسخ حضور حاكم و رسيدگى دادگاه لازم نمى‏باشد، زيرا اعمال حق احتياج به رسيدگى قضايى ندارد...» قواعد عمومى‏قراردادها، جلد پنجم، ص 49: «در حقوق ما فسخ عمل قضايى نيست و با اراده صاحب خيار صورت مى‏پذيرد و دادگاه اعلام مى‏كند كه مدعى خيار فسخ داشته است‏يا نه؟ از اين رو است كه فسخ عقد از تاريخ اعلان اراده صاحب حق واقع مى‏شود نه از تاريخ تاييد دادگاه...».**

**5- متن شرايع از: مسالك الافهام فى شرح شرايع الاسلام، جلد 8، از انتشارات مؤسسه المعارف الاسلاميه، ص 127 و نيز: جواهر الكلام، جلد 30، ص 344 و: نهايه المرام فى شرح مختصر شرايع الاسلام از: سيدمحمد عاملى صاحب مدارك، چاپ اول 1413 ه’. ق، جلد 1، ص 339.**

**6- شهيد ثانى مسالك الافهام، جلد 8، صص 127 و 128 و كتاب المبسوط شيخ طوسى، جلد 4، صص:253، 263، 249. شيخ طوسى در صفحه 249 مى‏گويد: نظر مخالفين (اهل سنت) اين است كه فسخ بايد به وسيله حاكم صورت گيرد. ولى از نظر ما اشكالى ندارد كه خود مرد يا زن حسب مورد، اعمال فسخ نمايند، در صفحه 253 ابتدا تاكيد مى‏كند كه فسخ نكاح به خاطر عيب بايد از سوى حاكم صورت گيرد ولى بعد مى‏گويد: بنابه مذهب ما مى‏تواند خود فسخ كند ولى اگر به وسيله حاكم صورت گيرد به احتياط نزديكتر است و در صفحه 263 در مورد عنن مرد، باز گرايش خود را به اين كه فسخ بايد به وسيله حاكم صورت گيرد ابراز داشته است.**

**7- ر.ك: وهبه زحيلى: الفقه الاسلامى‏و ادلته، انتشارات دارالفكر، دمشق، چاپ سوم: 1989، جلد 7، صص 348 تا 355: عباراتى چون:«ولا يفسخ الزواج الاحاكم‏» يا: «.. و يفسخ العقد عند الجمهور بسبب هذه العيوب بعد رفع الامر الى الحاكم‏». و...**

**8- قانون الاحوال الشخصيه كويت از انتشارات مجلس الوزراء، اداره قوانين، سال 1984، ص 31، ماده‏100: 1- يتوقف الفسخ فى جميع الاحوال على قضاء القاضى ولا يثبت له حكم قبل القضاء.**

**9- قانون الاسره الجزاير، سال 1984، ص 14.**

**10- قانون احوال شخصيه سوريه، مصوب سال 1953، ماده 105، قانون احوال شخصيه عراق با اصلاحات آن، چاپ سال 1991، ماده 43، قانون احوال شخصيه لبنان، مواد 119 تا 125.**

**11- دكتر امامى حقوق مدنى، جلد 4، ص 471، دكتر كاتوزيان، حقوق مدنى، خانواده، جلد اول، چاپ دوم، ص 285.**

**12- شهيد ثانى در مسالك الافهام، جلد 8، ص 139، در مقام بيان فرق بين خيار عيب و خيار تدليس در نكاح مى‏گويد: «و الفرق بينه و بين العيب ان التدليس لايثبت الا بسبب اشتراط صفه كمال هى غير موجوده، او ما هو فى 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 انصارى نيز با بيانى شبيه به همين بيان در معنى تدليس و اثر قرار دادن شرط و اين كه به خاطر قرار دادن شرط در متن عقد يا وقوع عقد مبتنى بر آن و تخلف از آن، طرف به مقتضاى شرط حق فسخ دارد. مى‏گويد: «... فله الفسخ عملا بمقتضى الشرط اذليس فايدته الا التسلط على الفسخ مع عدمه‏» (مكاسب ص 398).**

**13- محقق حلى، شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام، جلد اول (دوجلدى): صص 543 و 544.**

**14- جواهر الكلام جلد 30 ص 376: «اذا تزوج امراه و شرط كونها بكرا فوجدها ثيبا و ثبت‏بالاقرار او البينه سبق ذلك على العقد كان له الفسخ لانتفاء الشرط الذى قد عرفت ان فائدته ذلك و لعله لا خلاف فيه.» شهيد ثانى نيز در مسالك جلد 8 ص 148 همين نظر و همين مبنا را پذيرفته است و مى‏گويد: «و ان تحقق سبقها (الثيبوبه) على العقد فالاقوى تخيره فى الرد لفوات الشرط المقتضى للتخيير كنظائره.» شيخ انصارى نيز بر همين نظر است و مى‏گويد: ... لا يحكم بالخيار الا ان يعلم سبق الثيبوبه على العقد (ملحقات مكاسب ص 399) همچنين ر.ك: امام خمينى (ره) تحريرالوسيله جلد 2 ص 296 كه همين نظر را ابراز داشته‏اند و نيز آيه‏الله گلپايگانى: مجمع المسائل جلد 2، ص 202، ايشان در پاسخ سؤالى در اين زمينه مى‏فرمايند: «در صورتيكه در عقد ازدواج شرط ايرانى بودن زوج شده باشد يا به نحوى توصيف نموده كه عقد مبنى بر آن وصف واقع شده كه به منزله شرط ضمنى بوده و بعد تخلف وصف ظاهر و واضح شده، زن اختيار فسخ عقد را دارد...» البته برخى از فقها هم، باكرده نبودن زن را ولو به صورت شرط ضمن عقد آمده باشد موجب حق فسخ ندانسته‏اند، از جمله: آيه‏الله خويى، منهاج الصالحين، جلد 2، ص 271، مساله 1349.**

**15- همان، ص 377: بل لا يبعد ثبوت الخيار معه و ان لم يذكر ذلك شرطان فى متن العقد.**

**16- شيخ طوسى: النهايه فى مجرد الفقه و الفتاوى، ص 485: «و اذا تزوج الرجل بامراه فوجدها برصاء او جذماء او عمياء، او رتقاء او مفضاه او عرجاء او مجنونه، كان له ردها من غير طلاق‏».**

**17- همان: صص 486 و 487. همچنين ر.ك: مقنعه شيخ مفيد، ص 519 و از معاصرين: امام خمينى، تحريرالوسيله، جلد 2، ص 293، امام خمينى، لنگى آشكار و مشخص را در زن نيز از موجبات حق فسخ مى‏دانند و تصريح مى‏كنند كه وجود جذام و برص در مرد، براى زن ايجاد حق فسخ نمى‏كند.**

**18- مبتنى بودن حق فسخ بر اساس قاعده لاضرر و لزوم رفع ضرر مخصوصا در كلام شهيد ثانى در مورد اظهار نظر برجواز فسخ نكاح از سوى زن در صورت مبتلا بودن شوهر به جذام مشهود است، كه به تفصيل در متن به آن خواهيم پرداخت. شيخ انصارى در پى نقل قول شهيد ثانى وجود ضرر و مؤثر بودن آن را نفى نمى‏كند ولى اظهار نظر مى‏كند كه در اينجا، الزاما رفع ضرر ملازم با دادن حق فسخ به زن نيست‏بلكه مى‏توان با اجبار زوج به طلاق از سوى حاكم، اين ضرر را مرتفع نمود. (ملحقات مكاسب ص‏396).**

**19- همان، ص 398.**

**20- فروع كافى از: محمد بن يعقوب كلينى، جلد 5، ص 406: «عن الحلبى عن ابى عبدالله 7 قال: سالته عن رجل تزوج الى قوم فاذا امراته عوراء و لم يبينوا له قال: يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل‏». به همين مضمون شيخ طوسى در كتاب تهذيب الاحكام، جلد 7، ص 424 حديث را نقل مى‏كند ولى در نقل شيخ سؤال از امام 7 ذكر نشده و لفظ: انما كه مفيد حصر است اضافه دارد: «انما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل‏». همچنين ر.ك: وسائل الشيعه، شيخ حر عاملى، جلد 14، ص 594.**

**21- فروع كافى جلد 5 ص 407: «... ترد البرصاء و المجنونه و المجذومه، قلت: العوراء قال: لا. تهذيب، همان جلد و همان صفحه.**

**22- فروع كافى همان ص 408 و تهذيب همان ص 425 و وسائل الشيعه همان ص 593: عن ابى جعفر 7 قال: فى رجل تزوج امراه من وليها فوجدبها عيبا بعد ما دخل بها قال: فقال: اذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بهازمانه ظاهره فانها ترد على اهلها من غير طلاق و ياخذ الزوج المهر من وليها الذى كان دلسها فان لم يكن وليها علم بشى‏ء من ذلك فلاشيى‏ء عليه و ترد الى اهلها...**

**23- تهذيب همان ص 424 شماره حديث 1694.**

**24- فروع كافى همان ص 409.**

**25- تهذيب، همان ص 425.**

**26- همان.**

**27- فروع كافى، همان، ص 410; تهذيب، همان، ص 430 حديث‏شماره 1714; وسائل الشيعه همان، ص 610.**

**28- جواهر الكلام، جلد 30، ص 320.**

**29- شرايع الاسلام، جلد اول (دو جلدى) ص 540.**

**30- مسالك الافهام، همان، ص 107.**

**31- جواهر الكلام، همان، ص 328، براى اثبات اينكه مقطوع بودن آلت تناسلى موجب حق فسخ است‏به صادق بودن تدليس بر آن (حتى به صرف عدم اظهار عيب مزبور) و بودن آن درحكم خصاء و عنن بلكه بدتر از آنها بودن و وجود ضرر براى زوجه و مشمول حكم كلى مندرج در برخى از روايات كه حكم كلى عدم قدرت بر جماع را بيان كرده‏اند، استناد نموده است. (... و من صدق التدليس و كونه بمعنى الخصى او العنن بل اعظم منهما، لقدره الاول على الايلاج و احتمال الثانى البرء، و الضرر و شمول صحيح الكنانى و ابى بصير له). ذكر اين مطلب شايد خالى از فايده نباشد كه در كتب معروف فقهى و حديث همانطور كه اشاره شد روايتى در خصوص وجود حق خيار فسخ براى مقطوع بودن آلت تناسلى ذكر نشده است ولى صاحب دعائم الاسلام روايتى را در اين زمينه از حضرت على (ع) نقل كرده كه ايشان فرمودند: مقطوع الا له بودن مرد موجب تفريق بين زن و مرد مى‏باشد. متن روايتى كه وى از على (ع) نقل كرده چنين است: «و عنه (ع) انه سئل عن مجبب (يعنى مقطوع الا له) دلس بنفسه لامراه فتزوجته فلما دخل بها اطلعت منه على ذلك فقامت عليه، قال: يوجع ظهره و يفرق بينهما و عليه المهر كاملا ان كان دخل بها و ان لم يكن يدخل بها فعليه نصف المهر قيل له: فما تقول فى العنين؟ قال: هو مثل هذا سواء». قاعدتا منظور از دخول در اين جا چنانكه در حاشيه كتاب نيز آمده خلوت كردن با زن است. قاضى ابوحنيفه نعمان دعائم الاسلام و ذكر الحلال و الحرام و القضايا و الاحكام، جلد دوم، سال 1911، چاپ دارالاضواء بيروت، ص 230، حديث‏شماره 864.**

**32- فروع كافى، همان، ص 411.**

**33- ر.ك: تهذيب شيخ طوسى، جلد 7، ص 432، روايات شماره 1720 تا 1723 كه در تمام آنها سخن از تدليس در مورد خصى رفته است.**

**34- المبسوط، جلد 4، ص 250:... والثانى لا خيار لها لان الخصى يولج و يبالغ اكثر من الفحل و انما لا ينزل.**

**35- ر.ك: جواهر الكلام، جلد 30، ص 324.**

**36- قاضى ابن البراج طرابلسى، المهذب، انتشارات جامعه مدرسين قم، 1406 ه’. ق، جلد 2، ص 231.**

**37- ر.ك: مسالك الافهام، جلد 8، ص 110 و 111 و شرح لمعه، جلد 5، ص 383.**

**38- سيد ابوالحسن اصفهانى، وسيله النجاه، جلد 2، ص 397: «... و قيل بكونهما منها فهما من العيوب المشتركه بين الرجل و المراه و هو ليس ببعيد...».**

**39- عبدالرحمن الجزيرى، الفقه على المذاهب الاربعه، جلد 4، صص 180 تا 198 و الفقه الاسلامى و ادلته، جلد 7، ص 353.**

**40- الفقه على المذاهب الاربعه، جلد 4، ص 180.**

**41- الاحوال الشخصيه للمسلمين طبقا لا حدث التعديلات، چاپ پنجم، 1994، قاهره.**

**42- قانون الاحوال الشخصيه كويت، چاپ اداره قوانين هيات دولت، ص 42.**

**43- ر.ك: همان منبع قسمت: المذاكرات الا يضاحيه، صص 242 تا 245.**

**44- شيخ مفيد، مقنعه، ص 519: «و ليس للحاكم ان يجبر الزوج على الفراق الا ان يمنع واجبا للزوجه من حقوق النكاح‏».**

**45- براى ملاحظه تفصيل نظر فقيهان مزبور و مرجع آن، ر.ك:ديدگاههاى جديد در مسائل حقوق، دكتر حسين مهرپور، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، صص 240 به بعد.**

**46- براى ملاحظه متن كامل نظر سيد رجوع شود به منبع پيشين، ص 242 و جلد دوم ملحقات كتاب عروه الوثقى، صص 75 و 76.**

**47- متن ماده 1130 قانون مدنى قبل از اصلاحيه سال 1361 و 1370 بدين شرح است: ماده 1130: حكم ماده قبل (يعنى الزام شوهر به دادن طلاق) در موارد ذيل نيز جارى است: 1- در موردى كه شوهر ساير حقوق واجبه زن را وفا نكند و اجبار او هم بر ايفاء ممكن نباشد 2- سوء معاشرت شوهر به حدى كه ادامه زندگانى زن را با او غير قابل تحمل سازد. 3- در صورتى كه به واسطه امراض مسريه صعب العلاج دوام زندگى زناشويى براى زن موجب مخاطره باشد.**

**48- در حكم شماره 2018 مورخ 27/8/1342، دادگاه شهرستان خوى در پى دادخواست‏خانمى‏مبنى بر ابتلاء شوهرش به جذام و درخواست طلاق، حكم دادگاه چنين است «كه چون بر حسب تحقيقات بعمل آمده، شوهر مبتلا به جذام بوده و اين مرض طبق گواهى پزشك مسرى و قابل عود مى‏باشد و بيمارى خطرناك است. به استناد شق 3 ماده 1130 قانون مدنى زوج را محكوم مى‏سازد كه زوجه خود را مطلقه سازد»، اين حكم مآلا در ديوان عالى كشور ابرام شده است. نقل از كتاب: موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنى ايران، فرانسه، شوروى و مصر از: دكتر عبدالعلى صابرى صفايى، چاپ 1346، ص 48.**

**49- براى ملاحظه تفصيلى مكاتبه شوراى نگهبان با امام(ره) و پاسخ امام(ره) ر.ك: ديدگاههاى جديد در مسائل حقوقى، پيشين صص 244 و 245.**

**50- مثلا قانون احوال شخصيه كويت در ماده 126 تحت عنون التفريق للضرر مى‏گويد: «لكل من الزوجين قبل الدخول او بعده، ان يجلب التفريق، بسبب اضرار الا خر به قولا او فعلا بما لايستطاع معه دوام العشره بين امثالها...**