

مطالعه تطبیقی اسباب فسخ نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان

محمد مهدی کریمی نیا^۱، محمدحیدر مطهری^۲، مجتبی انصاری مقدم^۳

^۱ استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم (نویسنده مسئول)

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه جامعه المصطفی (ص) العالمیه

^۳ دانشجوی دکتری علوم قرآن و حدیث دانشگاه میبد، مدرّس دانشگاه و پژوهشگر

چکیده

در پژوهش حاضر سعی شده است، اسباب فسخ نکاح از منظر فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان تبیین شده و موارد اشتراک و افتراق آن دو نیز مورد مقایسه قرار گیرد. اجرایی بودن فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان در محاکم این کشور، بحث تطبیقی میان آن دو را ضروری می نماید. از بررسی و تحقیق در این زمینه به دست می آید که «اسباب فسخ نکاح» در فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان، متفاوت از یکدیگر بیان شده است؛ فقهای امامیه سه امر را موجب حق فسخ نکاح می دانند که عبارت اند از: وجود برخی از "عیوب" در مرد یا زن، "تدلیس" و "تخلف از شرط صفت". قانون مدنی افغانستان شش امر را موجب فسخ نکاح می داند که به دو دسته تقسیم می شود: الف - دسته اول اموری است که سبب وجود خلل در حین عقد می شود و عبارتند از: ۱ - فقدان یکی از شروط صحت عقد. ۲ - جنون و عته. ۳ - نقصان مهر از اندازهی مهر المثل زوجه. ب - دسته دوم اموری است که سبب وجود خلل بعد از عقد می شود و مانع دوام نکاح می گردد و عبارتند از: ۱ - حرمت مظاهره. ۲ - لعان. ۳ - امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن، در صورتی که زوج او مسلمان شده باشد.

واژه های کلیدی: نکاح، فسخ نکاح، انفساخ نکاح، انحلال نکاح، اسباب فسخ نکاح

مقدمه

قرارداد زوجیت از جمله قراردادهایی است که در برخی موارد باید قابل فسخ باشد، چرا که گاه عللی پیش می‌آید که ادامه زندگی مشترک زن و مرد را با هم غیر ممکن، یا طاقت‌فرسا و مملو از مفاسد می‌کند، لذا فقه و قانون اسلامی با اصل فسخ ازدواج موافقت کرده است، اما آن را تعدیل کرده و در موارد خاص و با شرایط خاصی آن را صحیح دانسته است، نه مثل دوران جاهلیت که مرد به همسرش به چشم یک کالا نگاه می‌کرد و نه مثل دنیای غرب امروز که هیچ اهمیتی برای پیمان ازدواج قائل نیست و به آن مثل یک رابطه عادی بین دو نفر نگاه می‌کنند که زوجین هیچ مسئولیتی در برابر یکدیگر احساس نمی‌کنند لذا در موارد زیادی زن و مرد قانوناً همسر یکدیگرند، ولی در عمل، جدا از یکدیگر زندگی کرده، و حتی هر کدام برای خود همسری غیر رسمی انتخاب کرده‌اند! بنا بر این اصل جواز و صحت فسخ ازدواج یک ضرورت است که در برخی موارد زوج، و در مواردی دیگر، زوجه بتواند از این حق استفاده کند و جلو ضرر و زیان خود را بگیرد. به همین دلیل فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان اموری را به عنوان اسباب فسخ نکاح ذکر کرده اند. ما نیز در این مقاله آن را منعکس کرده به بیان اشتراکات و افتراقات اسباب فسخ نکاح از دیدگاه آن دو خواهیم پرداخت. اولین پرسشی که به ذهن می‌رسد این است که آیا قرارداد زوجیت از جمله قراردادهایی است که در برخی موارد باید قابل فسخ باشد، چرا که گاه عللی پیش می‌آید که ادامه زندگی مشترک زن و مرد را با هم غیر ممکن، یا طاقت‌فرسا و مملو از مفاسد است، قانون مدنی افغانستان غیر آن را به عنوان اسباب فسخ معرفی کرده است؟ در پی پرسش فوق پرسش‌های دیگری که به ذهن می‌رسد این است که فقهای امامیه چه اموری را سبب فسخ نکاح می‌دانند و قانون مدنی افغانستان نکاح را با چه اسبابی قابل فسخ دانسته است؟ اینها پرسشهایی است که در این مقاله به پاسخ آن خواهیم پرداخت. قانون مدنی افغانستان بر گرفته از فقه اهل سنت و عمدتاً فقه حنفی است از سوی دیگر بخش بزرگی از جمعیت این کشور پیرو مذهب امامیه است که در احوال شخصیه قانون جداگانه‌ای بر گرفته از فقه امامیه برای آنان تصویب شده و قابل اجرا است، این امر ایجاب می‌کند که پژوهش‌های تطبیقی و مقارنه‌ای میان فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان انجام شود و در اختیار قضات و حقوق‌جویان افغانستان قرار گیرد تا مورد استفاده قرار گیرد. این پژوهش در همین راستا طی سه گفتار و یک نتیجه‌گیری انجام شده است.

۱. مفاهیم

قبل از ورود به مباحث اصلی پژوهش، تبیین واژه‌ها و کلیات لازم است تا گرفتار سردرگمی و مغالطات لفظی نشویم؛ در موارد زیادی معانی اصطلاحی الفاظ با معانی لغوی آن یکسان نیست بلکه در اصطلاح نیز گاهی بین یک اصطلاح و اصطلاحی دیگر تفاوت در معنا وجود دارد. گاهی یک واژه در موارد مختلف استعمال می‌شود و کاربردهای متفاوتی نیز دارد، به همین دلیل در این گفتار به تعریف مفاهیم، اوصاف فسخ نکاح و تقسیم اسباب فسخ نکاح می‌پردازیم.

۱-۱. سبب

راغب در مفردات گفته است: سبب عبارت است از ریسمانی که با آن از درخت خرما بالا می‌روند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ص ۳۹۱). سبب به معنای وسیله نیز استعمال شده است و به طور استعاره به هر وسیله‌ای سبب گفته می‌شود (قرشی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۲۰۶). سبب «در فقه و قانون به معنای علت طبیعی آمده است چنانچه در واژه شک سببی همین معنا را اراده می‌کنند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۲۱۲۹؛ ر. ک: حکمت‌نیا، ۱۳۸۶، ص ۱۹۹). در تعریف دیگر سبب عبارت است از: «چیزی که از لازمه وجود آن، وجود معلول است» (محقق عراقی، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۱، ص ۲۷۳).

۲-۱. فسخ

فسخ در لغت به معنای نقض کردن است؛ ابن منظور در باره‌ی واژه‌ی فسخ گفته است: «الفسخ: نقض» مثلاً گفته می‌شود «فَسَخَ الشَّيْءُ أَيْ نَقَضَهُ فَانْتَقَضَ» (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۳، ص ۴۴). احمد بن فارس فسخ را چنین معنا می‌کند: «الفاء

والسین والخاء کلمة تدلّ علی نقض شیء» (ابن فارس ۱۳۹۹ هـ - ۱۹۷۹ م، ج ۴، ص ۵۰۳)؛ فسخ دلالت بر نقض شی می‌کند. برخی از فقهای امامیه فسخ را این گونه تعریف کرده اند: «الفسخ عبارة عن حلّ العقد بالنسبة إلى الفاسخ» (شهیدی، ۱۳۷۷ ق، ص ۴۰۵)؛ فسخ عبارت است از حلّ و باز نمودن عقد از جانب فاسخ. یا «الفسخ عبارة عن رفع اليد عن التزامه» (همان)؛ فسخ عبارت است از رفع ید از التزام به عقد. می‌توان گفت که: فسخ با توجه به ماهیت حقوقی آن، در اصطلاح فقهی و حقوقی به معنای لغوی نزدیک است. آنچه که فسخ را از اقاله جدا می‌کند، این است که در تحقق فسخ قصد یک طرف کفایت نموده، قصد دو طرف لازم نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۳). فسخ در واقع «انشاء اثر حقوقی است که با اراده‌ی یک طرف انجام می‌شود» (علی آبادی، ۱۳۸۱، ص ۱۵). در برخی کتب فقهی حنفیه فسخ را این گونه تعریف کرده اند: «الفسخ اصطلاحاً: حل ارتباط العقد، أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم یکن» (زحیلی، بی تا، ج ۴، ص ۶۴۰)؛ فسخ در اصطلاح عبارت است از به هم زدن ارتباط عقد، یا برداشتن حکم عقد از اصلش گویا این که عقدی وجود نداشته است. این تعریف نزدیک به تعریف فقهای امامیه است. برخی از حقوقدانان فسخ را چنین تعریف کرده اند که تعریف خوبی به نظر می‌رسد: فسخ عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث (شهیدی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۲). قانون مدنی افغانستان در ماده‌ی ۱۳۲ فسخ ازدواج را چنین تعریف می‌کند: «فسخ عبارت است از نقض عقد ازدواج به سبب وقوع خلل در حین عقد و یا بعد از آن، به نحوی که مانع دوام ازدواج گردد». از این تعریف چند نکته به دست می‌آید: اول، فسخ نکاح عبارت است از نقض عقد ازدواج، پس باید عقدی باشد تا نقض معنا داشته باشد اما باید خاطر نشان کرد که مراد از عقد، اعم از عقد صحیح، نافذ و غیر نافذ است اما اگر عقد را فقط عقد صحیح معنا کنیم این تعریف برای فسخ صحیح نخواهد بود. دوم، اسباب این نقض ممکن است در حین عقد موجود باشد یا بعد از عقد به وجود بیاید. سوم، وقوع خلل، سبب نقض عقد و مانع دوام ازدواج می‌شود، پس اگر خللی نباشد عقد، دوام خواهد داشت.

۳-۱. نکاح

نکاح در لغت به معنای وطی است (ابن منظور، پیشین، ج ۲، ص ۶۲۵). در اصطلاح فقها تعاریف متعدد و متفاوتی برای آن ارائه شده است. برخی از فقها آن را چنین تعریف کرده است: «عقد لفظی مملک للوطء ابتداء» (ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ ه ق، ج ۳، ص ۱۴۸)؛ نکاح، عقدی است لفظی، که ابتداءً مملک وطی است. این تعریف عقود معاوضی و خریدن امه را خارج می‌کند چون در خرید امه جواز وطی به تبع ملک است نه ابتداءً. اما برخی از حقوقدانان آن را چنین تعریف کرده اند: «نکاح رابطه‌ای است حقوقی- عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کنند؛ و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است» (محقق داماد، ۱۳۸۷ ش، ص ۲۴).

۲. اوصاف فسخ نکاح

۱ - **فسخ، حق است؛** فسخ نکاح یک نوع حقی است که از سوی شارع مقدس و قانون‌گذار برای جلوگیری از ضرر، به یکی از زوجین داده شده است اما این اختیار محدود به موارد خاص است مثل وجود عیب در یکی از زوجین، تدلیس و تخلف از شرط صفت (کاتوزیان، ۱۳۸۵ ش، ج ۱، ص ۲۷۵).

۲ - **فسخ قابل اسقاط است؛** از آنجا که خیار فسخ نوعی حق می‌باشد، دارنده‌ی آن می‌تواند آن را اسقاط کند (شهیدی، پیشین، ص ۲۰۴).

۳ - **فسخ ایقاع است؛** فسخ ایقاع است نه عقد چون از سوی یک طرف واقع می‌شود و نیازی به دو طرف ندارد در حالی که عقد نیازمند ایجاب و قبول است که باید از دو طرف باشد. صاحب جواهر در تعریف ایقاع می‌گوید: «هو اللفظ الدال علی انشاء خاص من طرف واحد» (نجفی بی تا، ج ۳۲، ص ۲)؛ ایقاع، لفظی است که بر انشاء خاص از ناحیه طرف، دلالت دارد.

۴ - اعمال خيار فسخ فوری است؛ خيار فسخ نکاح فوری است، بین فقهای شیعه در این مسئله اختلاف قابل توجهی وجود ندارد دلیل فوری بودن خيار فسخ چند امر است که عبارتند از:

۴-۱ - خيار فسخ در عقد نکاح امری خلاف اصل است، باید به مقدار متیقن عمل نمود.

۴-۲ - خيار فسخ در صورت تاخیر برای طرف مقابل موجب ضرر است که در شرع از آن نهی شده است.

۴-۳ - در این مسئله اجماع وجود دارد، بنا بر این اگر مرد یا زن متوجه عیب طرف مقابل بشود و فسخ نکند، عقد لازم خواهد شد (همان، ج ۳۰، ص ۳۴۳).

قانون مدنی افغانستان اشاره ای به فوریت فسخ نکاح نکرده است.

۳. تقسیم اسباب فسخ نکاح

اسباب فسخ نکاح در فقه امامیه سه چیز است: اول - عیب، دوم - تدلیس، سوم - آشکار شدن خلاف وصف مشروط در عقد. عنوان اخیر که به آن «تخلف از شرط صفت» نیز گفته می شود در کتب قدما عنوان نشده است ولی در فتاوی متأخرین این مورد نیز سبب حق خيار فسخ نکاح دانسته شده است.

آنچه در فتاوی برخی از متأخرین امامیه و کتب حقوقی دیده می شود که مطلق تخلف از شرط صفت را موجب حق فسخ می دانند صحیح به نظر نمی رسد بلکه در موارد معدودی است که تخلف از شرط صفت می تواند سبب حق خيار فسخ باشد و ادله ای آن را در بحث تخلف از شرط صفت ذکر خواهیم کرد که به نظر می رسد این یک کار جدید است که در این پژوهش انجام شده است.

اما آنچه در قانون مدنی افغانستان اسباب فسخ نکاح دانسته شده است متفاوت با اموری است که در فقه امامیه است؛ قانون مدنی افغانستان، شش امر را به عنوان اسباب فسخ نکاح معرفی کرده است که عبارتند از:

اول - فقدان یکی از شروط صحت عقد، مثل عدم توافق طرفین، وجود حرمت دائمی یا موقت و عدم اهلیت. دوم - افاهه از جنون یا بی هوشی، سوم - نقصان مهریه از مهر المثل زوجه. یکی از این سه چیز در صورتی که هنگام عقد ازدواج موجود باشد موجب فسخ نکاح خواهد بود. چهارم - حرمت مصاهره، پنجم - لعان، ششم - امتناع زوجه ی غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتی که زوج او مسلمان شده باشد. یکی از سه سبب اخیر در صورتی که بعد از عقد ازدواج به وجود آید، مانع دوام ازدواج می گردد.

برخی مواردی که در قانون مدنی افغانستان، سبب حق فسخ نکاح دانسته شده است صحیح به نظر نمی رسد زیرا فسخ جایی معنا دارد که یکی از طرفین با اراده خودش بخواهد عقد به وجود آمده را نقض کند، به همین دلیل در مواردی مثل: وجود حرمت دائمی یا موقت، حرمت مصاهره و لعان گاهی عقد باطل است و در مواردی دیگر منفسخ می شود. لذا عقد ازدواج وجود ندارد تا آن را فسخ کند. این اشکالی است که بر قانون مدنی افغانستان وارد به نظر می رسد.

۴. اسباب فسخ نکاح در فقه امامیه

۴-۱. عیوب

فقه‌های امامیه برخی از عیوب را در مرد، موجب حق خیار فسخ برای زوجه دانسته، و برخی از عیوب را در زوجه موجب حق خیار فسخ برای زوج می‌دانند. اما قانون مدنی افغانستان عیب را موجب حق خیار فسخ نکاح ندانسته است، ولی در فقه حنفی سه عیب موجب حق خیار فسخ برای زوجه دانسته شده است که عبارتند از: جَبَّ، عَنَن و خِصَاء (الموصلی الحنفی، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۱۲۸). بهتر است قانون مدنی افغانستان که تابع فقه حنفی است این موارد را جزو اسباب فسخ نکاح بیاورد. اگرچه قانون مدنی افغانستان عیب را در ردیف اسباب فسخ نکاح ذکر نکرده است ولی آن را در انحلال نکاح موثر دانسته و در صورتی که عیب شوهر سبب ضرر کلی برای زوجه شود آن را سبب تفریق دانسته است که زن می‌تواند به حاکم مراجعه کرده و طلاق بگیرد (قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۷۶، مصوب سال ۱۹۷۷). بنا بر این تصور نشود که قانون مدنی افغانستان عیب را در انحلال نکاح بی تأثیر دانسته است.

۴-۱-۱. عیوب مرد

بنا بر قول مشهور فقه‌های امامیه عیوب موجب خیار فسخ نکاح در مرد، چهار تا است که عبارت اند از: جنون، خِصَاء، عَنَن و جَبَّ (حلی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۲ ص ۲۸؛ حلی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱، ص ۱۸۶؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه ق، ج ۴، ص ۳۵۸؛ خمینی، بی تا، ج ۲، صص ۲۹۲-۲۹۳) اما برخی از علما جُذَام و بَرَص را نیز به آن افزوده اند (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۳۳). برخی دیگر خِصَاء را ذکر نکرده اند (طوسی، ۱۴۰۷ ق، ج ۴، ص ۳۴۶).

۴-۱-۱-۱. جنون

فقه‌های امامیه، «جُنُون» را به اختلال و فساد عقل تعریف کرده اند (خمینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۹۲) جنون چه اطلاق، یعنی دائمی باشد و چه ادواری و فصلی، موجب حق خیار فسخ برای زوجه است، به شرطی که استقرار داشته باشد، اما خیار فسخ، با سهو سریع الزوال و بی هوشی ناشی از غلبه صفرا ثابت نمی‌شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ ه ق، ج ۳، ص ۱۷۵). جنون مرد در صورتی که قبل از عقد بوده باشد و یا مقارن با آن عارض شود موجب خیار برای زوجه است (نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۱۹)، بلکه اگر بعد از عقد عارض شود نیز موجب خیار برای زوجه است، چه نزدیکی صورت گرفته باشد یا صورت نگرفته باشد (فخرالمحققین، پیشین، ج ۳، ص ۱۷۵). ادله‌ای که بر این مسئله اقامه شده عبارت اند از: نقل اجماع (نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۱۹)، نفی ضرر و ضرار و روایتی از امام کاظم - علیه السلام - در مورد مردی که دیوانه بوده یا دیوانگی بر او عارض شده است فرمود: زوجه می‌تواند از شوهرش جدا شود (کلینی، ۱۳۶۵ ش، ج ۶ ص ۱۵۱؛ طوسی ۱۳۶۵ ش، ج ۷، ص ۴۲۸؛ صدوق، ۱۴۱۳ ق، ج ۳، ص ۵۲۲).

۴-۱-۱-۲. خِصَاء

«خِصَاء» به معنای کشیده شدن بیضه‌ها است، و «وِجَاء»، که به معنای کوبیده شدن بیضه‌ها است، نیز حکم خِصَاء را دارد و بنا بر قول مشهور موجب حق فسخ نکاح است (نجفی، پیشین ج ۳۰، ص ۳۲۲؛ فخرالمحققین، پیشین، ج ۳، ص ۱۷۶). به شرطی که قبل از عقد باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ج ۲ ص ۲۶۲)، دلیل آن حدیث لا ضرر (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۲۱، ص ۲۲۶)، و چند روایت خاص است:

روایت اول، در مورد مرد خصی‌ای که با زنی ازدواج کرده وعیب خود را پنهان کرده است؛ حضرت می‌فرماید: اگر زوجه بخواهد، آن دو از هم جدا می‌شوند (کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱۰؛ صدوق، پیشین، ج ۳، ص ۴۲۴؛ طوسی، تهذیب الأحکام، پیشین، ص ۴۳۲).

روایت دوم، در مورد مرد خصی‌ای که عیب خود را پنهان کرده است؛ فرمود: آن دو از هم جدا می‌شوند و زن مهریه خود را می‌گیرد (طوسی، تهذیب الأحکام، پیشین، ص ۴۳۲).

روایت سوم، به زراره گفته شد: در مورد مرد خصی‌ای که عیب خود را پنهان کرده و بعد از عقد با همسرش همبستر شده است، از امام - علیه السلام - پرسد، امام - علیه السلام - فرمود: آن دو از هم جدا می‌شوند و زن حق دارد به خاطر همبستر شدن شوهرش مهریه‌اش را بگیرد (همان). در این زمینه روایات زیادی وجود دارد که در کتاب وسایل آمده است (حر عاملی، پیشین، ج ۲۱ ابواب العیوب و التدلیس، باب ۱۳، ح ۳، ص ۲۲۷).

۴-۱-۱-۳. عَنَّن

«عنن» بیماری است که به سبب آن آلت مرد منتشر نمی‌شود و مرد قادر به انجام نزدیکی نخواهد بود (نجفی صاحب جواهر، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۲۴). صاحب جواهر گفته است (همان): بیماری عنن بدون شک موجب فسخ عقد نکاح است و دلیل آن علاوه بر اجماع منقول و محصل فقها، روایاتی است که در این زمینه وجود دارد (ر.ک: کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱۰-۴۱۱؛ صدوق، پیشین، ج ۳، ص ۵۴۹، طوسی، تهذیب الأحکام، پیشین، ص ۴۲۹).

روایاتی که در این زمینه وجود دارد از حیث اطلاق و تقیید مختلف اند و میتوان آن‌ها را به پنج دسته تقسیم کرد (خوانساری، پیشین، ج ۴، ص ۳۶۴):

دسته اول روایاتی است که در صورت عنین بودن زوج، به صورت مطلق دلالت بر ثبوت خیار برای زوجه دارد مثل صحیحی‌ابی‌بصیر از امام صادق - علیه السلام - در مورد زنی که شوهرش مبتلا به مرضی شده است که قادر به جماع نیست، فرمود: اگر زوجه بخواهد می‌تواند جدا شود (کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱۱).

دسته دوم روایاتی که دلالت بر ثبوت خیار دارد مشروط به این که حتی یک بار هم نزدیکی نتوانسته باشد و آلت زوجه خیار فسخ نخواهد داشت، مثل خبر غیاث از امام صادق - علیه السلام - در مورد کسی که می‌دانسته که عنین است، از هم جدا می‌شوند، اما اگر یک بار بتواند نزدیکی کند دیگر زوجه خیار فسخ ندارد (طوسی، تهذیب الأحکام، پیشین، ص ۴۳۰).

دسته سوم اخباری که دلالت بر ثبوت خیار بعد از یک سال منتظر ماندن زوجه دارد، اگر بعد از یک سال حال زوج خوب شد زوجه خیار ندارد. صحیحی ابن مسلم امام باقر - علیه السلام - «الْعِنِينُ يَتَرَبَّصُ بِهِ سَنَةٌ ثُمَّ إِنْ شَاءَتْ أَمْرَأَتُهُ تَزَوَّجَتْ وَ إِنْ شَاءَتْ أَقَامَتْ» (طوسی، پیشین، ج ۷، ص ۴۳۱).

دسته چهارم روایاتی که حق خیار فسخ نکاح را برای زوجه مشروط به صورتی می‌کند که زوج قدرت نزدیکی با غیر همسر خود را نیز نداشته باشد و آلت زوجه خیار ندارد. خبر موثق از امام صادق - علیه السلام - «أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَخَذَ عَنْ أَمْرَأَتِهِ فَلَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِهَا فَقَالَ إِنْ كَانَ لَا يَقْدِرُ عَلَى إِثْبَانِ غَيْرِهَا مِنَ النِّسَاءِ فَلَا يُمْسِكُهَا إِلَّا بِرِضَاهَا بِذَلِكَ وَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى غَيْرِهَا فَلَا بَأْسَ بِإِمْسَاكِهَا». (کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱۱).

دسته پنجم روایاتی که دلالت بر ثبوت حق خیار دارد مشروط به این که بعد از مرافعه زوجه در نزد حاکم، یک سال گذشته باشد. عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقْضِي فِي الْعِنِينِ أَنَّهُ يُؤَجَّلُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تَرَاغَعَهُ الْمَرْأَةُ. (حر عاملی، پیشین، ج ۲۱، ص ۲۳۲).

۴-۱-۱-۴. جَبَّ

«جب» به این معنا است که آلت مرد بریده باشد، و در صورتی موجب خیار است که جبّ قبل از عقد بوده بوده و همه آلت بریده باشد به نحوی که قادر به انجام نزدیکی نباشد (فخر المحققین، پیشین، ج ۳، ص ۱۷۵).

دلایلی که براین مسئله اقامه شده عبارتند از:

اولاً، تدلیس در این جا صادق است. ثانیاً، شخص محبوب مثل عَنین و خصی است بلکه این جا به طریق اولی زوجه باید خیار داشته باشد چون خصی قادر بر نزدیکی است و عنین احتمال خوب شدنش وجود دارد اما محبوب نه قادر است و نه امید به خوب شدنش وجود دارد. ثالثاً، دو روایت صحیحه کنانی و ابی بصیر (کلینی، پیشین، ج ۵، ص ۴۱۱) شامل محبوب نیز می-شود (نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۲۸؛ طوسی، پیشین، ص ۴۳۱).

۴-۱-۲. عیوب زن

عیوب زن که موجب خیار فسخ برای مرد می شود هشت تا است که عبارت اند از: جُنُون، جُذَام، بَرَص، قَرْن، إِفْضَاء، عَمَى، إِقْعَاد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۳۹۰) و لنگی. عیوب زن در صورتی موجب فسخ است که قبل از عقد بوده باشد و آلاً موجب فسخ نیست، دلیل آن اصالت اللزوم و استصحاب حکم لزوم عقد است (همان، ص ۳۹۱). قانون مدنی افغانستان هیچ عیبی را در زن موجب حق فسخ ندانسته است، اما امور دیگری را موجب حق فسخ دانسته است که در جای خود مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۴-۱-۲-۱. جنون

«جنون» زوجه مثل جنون مرد است با این تفاوت که جنون زوجه اگر بعد از عقد عارض شود موجب خیار برای مرد نیست ولی جنون مرد موجب ثبوت خیار فسخ برای زوجه است (حلی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۳، ص ۶۵) به این دلیل که مرد هر گاه که بخواهد می تواند زنش را طلاق دهد اما زن از آن جهت که اختیار طلاق ندارد، لذا از این طریق حق او جبران می شود.

۴-۲-۱-۲. جذام

«جذام» نوعی بیماری است ناشی از فساد خون که بدن را می گدازد (نرم افزار لغتنامه ملک نسخه ۲) و به آن «خوره» گفته می شود. این بیماری اگر قبل از عقد در زن باشد موجب خیار فسخ برای مرد است، دلیل این مسئله روایاتی است که در این زمینه وارد شده است یکی از آن ها روایتی است از امام صادق - علیه السلام - که فرمود: چهار مرض است که اگر در زوجه باشد، موجب خیار فسخ برای زوج است؛ برص، جذام، جنون و قَرْن، تا زمانی که با او آمیزش نکرده باشد و الا خیار ساقط است (حر عاملی پیشین، ج ۲۱، ص ۲۰۷) ۲.

۴-۲-۱-۳. بَرَص

این بیماری که به آن پیسی گفته می شود، سفیدی ای است که در اثر غلبه بلغم روی بدن ظاهر می شود (فخر المحققین، پیشین، ج ۳، ص ۱۷۶؛ نجفی، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۳۲). دلیل این مسئله روایاتی است که در کتب حدیثی وارد شده است، یک نمونه آن را ذکر کردیم، که امام صادق - علیه السلام - فرمود با یکی از چهار عیب اگر در زوجه باشد مرد خیار فسخ دارد و می تواند عقد نکاح را به هم بزند، که عبارتند از: برص، جذام، جنون و قرن.

«سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ امْرَأَةٍ ابْتُلِيَ زَوْجُهَا فَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْجِمَاعِ أَتُفَارِقُهُ قَالَ نَعَمْ إِنْ شَاءَتْ.»

۲. «عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ الْمَرْأَةُ تُرَدُّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ مِنَ الْبَرَصِ وَالْجُذَامِ وَالْجُنُونِ وَالْقَرْنِ وَهُوَ الْعَقْلُ مَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا فَإِذَا وَقَعَ عَلَيْهَا فَلَا.»

۴-۱-۲-۴. قَرَن

«قَرَن» مانعی است در مهبل که راه رحم را می‌بندد و مانع از نز دیکی می‌شود، وجود این عیب در زن موجب خیار فسخ برای مرد است. دلیل این مسئله اجماع فقها (همان، ص ۳۳۳) و روایات وارده است که یک نمونه آن ذکر شد. اما این بحث هست که آیا قرن گوشتی است که در فرج می‌روید یا استخوانی است مانند دندان که در رحم است و مانع از وطی می‌شود؟ ظاهراً هر دو تا را شامل می‌شود چون مهم این است که مانع باشد (حسینی روحانی، ۱۴۲۹ هـ ق، ج ۳۳، ص ۴۳).

۴-۱-۲-۵. افضاء

«افضاء» که به معنای یکی شدن مجرای بول و حیض است به اجماع فقها موجب خیار فسخ است (همان، ص ۳۳۵). روایاتی نیز در این زمینه وجود دارد که از جمله آن، روایتی از امام باقر علیه السلام - است که فرمود: در صورتی که زوجه مبتلا به یکی از عیوب: عَقْل، بَرَص، جنون، و افضاء باشد و ولیّ او به شوهر نگفته باشد (یعنی تدلیس کرده باشد) مرد خیار فسخ دارد و مهریه را از ولیّ زوجه می‌گیرد (حر عاملی، پیشین، ج ۲۱، ص ۲۱۱).

۴-۱-۲-۶. عَمَى

عَمَى که به معنای کوری است، مشهور فقها آن را موجب خیار دانسته اند، سید مرتضی و سید ابن زهره بر آن ادعای اجماع کرده اند (حلی ۱۴۱۷، ص ۳۵۴). سید مرتضی می‌گوید: در نزد ما (امامیه) عیوبی از جمله: برص، عمی، جذام و رتق موجب خیار است (علم الهدی، ۱۴۱۷ ق، ص ۳۳۷). صاحب جواهر اجماع آنان را حجت دانسته است (نجفی صاحب جواهر، پیشین، ج ۳۰، ص ۳۳۹) علاوه بر آن روایت داود بن سرحان از امام صادق - علیه السلام - نیز بر آن دلالت دارد (حر عاملی، پیشین، ج ۲۱، ص ۲۰۹).

۴-۱-۲-۷. لَنگی

بیشتر فقهای امامیه لَنگی را نیز موجب خیار فسخ می‌دانند هرچند که به حد اقعاد نرسد (نجفی، پیشین، ج ۳۰، صص ۳۳۹-۳۳۹). دلیل آن همان روایت داود بن سرحان مزبور است که اطلاق دارد و شامل مطلق لَنگی می‌شود، ولی دو قول دیگر نیز وجود دارد:

قول اول تنها لَنگی‌ای را که موجب اقعاد شود موجب حق فسخ دانسته است. قول دوم عرج بین (لَنگی روشن) را موجب حق فسخ دانسته است نه مطلق لَنگی را (حسینی روحانی، پیشین، ج ۳۳، ص ۴۶).

۴-۱-۲-۸. اقعاد

اقعاد به معنای زمین‌گیری است، که نوعی از لَنگی است که در حد زمین‌گیری می‌رسد فقهای امامیه آن را موجب خیار فسخ می‌دانند (حلی، پیشین، ص ۶۶). دلیل آن نیز صحیحی داود بن سرحان است که در آن لَنگی را موجب خیار فسخ دانسته است.

«.. قَالَ فَقَالَ إِذَا دُلَّسَتْ الْعُقْلَاءُ وَالْبُرَصَاءُ وَالْمَجْنُونَةُ وَالْمُقْضَاءُ وَمَنْ كَانَ بِهَا زَمَانَةٌ ظَاهِرَةً فَإِنَّهَا تُرَدُّ عَلَى أَهْلِهَا مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ وَيَأْخُذُ الزَّوْجُ الْمَهْرَ مِنْ وَلِيِّهَا الَّذِي كَانَ دَلَّسَهَا...».

«فِي الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرَأَةَ فَيُؤْتِي بِهَا عَمِيَاءَ أَوْ بُرَصَاءَ أَوْ عَرَجَاءَ قَالَ تُرَدُّ عَلَى وَلِيِّهَا».

۲-۴. تدلیس و تخلف از شرط صفت

۱-۲-۴. تدلیس

تدلیس به معنای کتمان عیب از مشتری است (فراهیدی، ۱۴۱۰ ه، ج ۷، ص ۲۲۹). در بحث نکاح نیز به همین معنا است؛ اگر زوج یا زوجه یا شخص ثالثی با اعمال متقلبانه نقص یا عیبی را که در یکی از زوجین هست پنهان کند یا او را دارای صفت کمالی معرفی کند که فاقد آن است تدلیس خواهد بود و از نظر فقهای امامیه موجب خیار فسخ برای طرف مقابل است. در صورتی که تدلیس کننده شخص ثالثی باشد شوهر می تواند برای گرفتن مهریه به او رجوع کند و اگر خود زوجه تدلیس کرده باشد و مهریه را گرفته باشد مهریه را از او پس می گیرد، مگر مقدار کمی که مهریه بر آن صادق باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه، ج ۵، صص ۳۹۵-۳۹۶).

۲-۲-۴. تخلف از شرط صفت

قدمای فقهای امامیه عنوان تخلف از شرط صفت را در کتب فقهی مطرح نکرده اند اما در فتاوی برخی از متأخرین (گلپایگانی، ۱۴۰۹، ه ج ۲، ص ۲۰۲) و حقوقدانان ایران تخلف از شرط صفت سبب حق خیار فسخ نکاح دانسته شده است، حقوقدانان ایران تخلف از شرط صفت را از ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی ایران استفاده کرده اند (ر. ک: محقق داماد، پیشین، ص ۳۵۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۸۴؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۷).

این ماده از لحاظ سوء نیت و عدم آن اطلاق دارد لذا شامل تدلیس نیز می شود؛ ماده ی مزبور مقرر می دارد: «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 متبانی بر آن واقع شده باشد» (قانون مدنی ایران، مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷).

اطلاق ماده مزبور شامل موارد عدم سوء نیت نیز می شود مثل جایی که خود شخص از وجود عیبی در خود بی خبر بوده و خود را سالم معرفی کرده است یا صفت کمالی را به خود نسبت داده است در حالی که بی خبر از عدم برخورداری آن کمال بوده است، در چنین موردی تخلف از وصف صادق است اما تدلیس، که در آن سوء نیت وجود دارد، صادق نیست.

به نظر می رسد که تخلف از وصف به این گستردگی که در فتاوی برخی فقهای متأخر و حقوق ایران مطرح است، در کتب فقهی مشهور مطرح نیست زیرا از مراجعه به کتب فقهی و مواردی که فقها مطرح کرده اند و بر آن استدلال کرده اند، این مسئله به خوبی استفاده می شود که تخلف از شرط صفت تنها در موارد خاصی موجب حق خیار فسخ نکاح می شود نه مطلقاً، زیرا اولاً، مثال هایی که آورده اند محدود به موارد خاصی است و به صورت مطلق هر تخلف از شرط صفتی را موجب خیار ندانسته اند. ثانیاً، وجود خیار بر خلاف اصل لزوم عقد است.

ثالثاً، فقها در مواردی که بحث از تخلف شرط صفت کرده اند این مسئله را در کنارش مطرح کرده اند که آیا تدلیس محقق است تا خیار ثابت باشد یا محقق نیست این خود قرینه است که عنوان تخلف از شرط صفت به طور مطلق موجب فسخ نیست بلکه در موارد خاصی است (حلی، پیشین، صص ۶۹-۷۰).

رابعاً، مواردی هست که حتی شرط صفتی شده است و بعد از عقد، آن شرط محقق نشده است در عین حال خیار را ثابت ندانسته اند مثل جایی که شرط استیلا کرده است ولی زوجه بچه دار نشده است و مثل جایی که شخص خود را منسوب به قبیله ای کرده بعداً خلاف آن ثابت شده است این جا فقها گفته اند خیار شرط صفت وجود ندارد (همان، ص ۷۱ و ۷۳).

خامساً، در مسئله فروج باید احتیاط کرد و اعمال خیار در هر موردی که تخلف از شرط صفت محقق باشد، خلاف احتیاط است.

سادسا، در جایی که شک در تحقق خیار داشته باشیم اصل عدم آن است، زیرا خیار یک امر وجودی است که نیاز به دلیل دارد.

در قانون مدنی افغانستان تخلف از شرط صفت سبب فسخ دانسته نشده است ولی در فقه حنفی این مسئله مطرح شده است؛ بدین صورت که اگر در متن عقد شرط سلبی، مثل سلامت از کوری یا مرض، یا شرط ایجابی شده باشد، مثل جمال و بکارت و بعداً خلاف آن کشف شود عقد صحیح خواهد بود. اما در صورتی که زوجه شرطی کرده باشد که به کفایت برگردد مثل نسب و شغل و ثروت، و خلاف آن آشکار شود زوجه حق فسخ دارد اما اگر زوج چنین شرایطی کرده باشد و خلاف آن آشکار شود حق فسخ نخواهد داشت (مغنیه، ۱۴۲۱ ه ق، ج ۲، ص ۳۳۶). بنا بر این به نظر می‌رسد بهتر است که قانون مدنی افغانستان که تابع فقه حنفی است تخلف از شرط کفایت را برای زوجه سبب فسخ بداند.

۵. اسباب فسخ نکاح در قانون مدنی افغانستان

در قانون مدنی افغانستان اسباب فسخ به دو دسته تقسیم شده است؛ دسته‌ی اول اموری که موجب خلل در حین عقد، می‌شود، این امور برخی حالاتی است که هنگام عقد موجود است، دسته‌ی دوم اموری که موجب خلل بعد از عقد می‌شود این امور حالاتی است که بعد از عقد عارض می‌شود.

۵-۱. وقوع خلل حین عقد نکاح

اسبایی که اگر حین عقد وجود داشته باشد، موجب فسخ نکاح می‌گردد سه امر است، که در فقره اول ماده‌ی ۱۳۳ طی سه بند بیان شده است.

۵-۱-۱. فقدان یکی از شروط صحت عقد

بند اول از فقره اول ماده ۱۳۳، موارد زیر را در بر می‌گیرد:

۱-۱- «عدم توافق طرفین حین عقد نکاح»، مثل این که یکی از طرفین شرطی را مطرح کند و دیگری قبول نکند ولی عقدی خوانده شود، این گونه عقد فاسد است و کسی که به چنین عقدی رضایت نداده است حق فسخ دارد.

این گونه عقد از نظر فقهای امامیه باطل است و نیاز به فسخ ندارد. از برخی کتب عامه به دست می‌آید که تفاوت عقد فاسد و باطل در این است که در عقد فاسد، اصل عقد مشروع است ولی وصفی که عارض شده مشروع نیست مثل بیع پرندگان هوا که که اصل بیع مشروع ولی به دلیل عجز تسلیم فاسد است. اما عقد باطل عقدی است که اصل عقد مشروع نباشد مثل جایی که یکی از عوضین در بیع میته یا خنزیر باشد (عبد العزیز بی تا، ص ۳۸).

۲-۱- «وجود حرمت موقت یا دایم»؛ حرمت موقت مثل حرمتی که بین شخص و خواهر زوجه اش وجود دارد، و حرمت دائم مثل حرمتی که بین شخص و اصول و فروع خودش و اصول و فروع زوجه اش وجود دارد مثل مادر زن و خاله زن.

به نظر می‌رسد در صورتی که حرمت بین زن و مرد حاصل شود عقد خود به خود منفسخ می‌شود و نیازی به فسخ ندارد لذا وجود حرمت را باید سبب انفساخ دانست نه سبب فسخ.

۳-۱- عدم رعایت سن معینه قانونی ازدواج حین عقد نکاح (خصوصاً عقد ازدواج اطفال خرد سال فاقد سن اهلیت، توسط اولیای قانونی آنها)، بنابراین، نکاحی که قبل از رسیدن به سن معینه قانونی ازدواج منعقد می‌گردد، می‌تواند به تقاضای شخص، از طرف محکمه فسخ گردد، در این مورد ماده‌ی ۱۰۸ قانون اصول محاکمات مدنی قابل رعایت می‌باشد؛ این ماده حکم می‌کند که اقامه دعوی فسخ نکاح منکوحه به علت عدم تکمیل اهلیت ازدواج در هنگام عقد بعد از تکمیل هفده سالگی جواز ندارد، هر

گاه زن به سن هفده رسیده باشد، رضایت وی در مورد عقد ازدواج، قانونی پنداشته می شود (راستین تهرانی یساری، ۱۳۸۸، ص ۸۸).

در فقه امامیه سن خاصی برای صحت عقد شرط نیست بلکه صحت تصرفات منوط به حصول رشد است، حتی در صورت عدم رشد اگر ولی، مولی علیه را به عقد در آورد باز هم عقد صحیح و نافذ است (میرزای قمی، ۱۴۱۳ هـ ج ۴، ص ۴۰۰).

۵-۱-۲. افاقه از جنون و عته

برابر بند دوم فقره اول، جنون یا عته (أبو جیب، ۱۴۰۸، ج ۱، ص ۲۴۲)^۵ که سبب سلب اهلیت طرف عقد می شود از اسباب فسخ تلقی شده است؛ به این بیان که اگر مجنون یا شخص معتوه را به عقد ازدواج در بیاورد بعد از بر طرف شدن جنون و عته حق خیار فسخ دارد.

اما علمای امامیه گفته اند اگر پدر یا جد، صغیر یا مجنون را به عقد در بیاورد عقد لازم می شود و بعد از بلوغ یا افاقه نمی تواند عقد را فسخ کند (حلی، پیشین، ص ۱۵).

۵-۱-۳. نقصان مهریه از مهل المثل

از بند سوم فقره اول استفاده می شود که هرگاه مقدار مهر از اندازه مهر المثل کمتر تعیین گردیده باشد، این حالت خللی در عقد نکاح تلقی شده و امکان فسخ عقد نکاح را به وجود می آورد (ر. ک: وهبه الزحیلی، پیشین، ص ۶۴۴).

در فقه حنفی اقل مهر ده درهم دانسته شده است و گفته اند در صورتی که عقد به کمتر از ده درهم منعقد شود عقد صحیح است ولی زوج باید ده درهم را به زوجه بدهد (مغنیة، پیشین، ص ۳۴۰).

از نظر فقهای امامیه مهریه اندازه معینی ندارد بنا براین مهریه چه کم باشد یا زیاد سبب فسخ نیست (محقق حلی، پیشین، ج ۲، ص ۲۴۹).

۵-۲. خلل بعد از عقد نکاح

خلل بعد از عقد ناشی از یکی از اسباب ذیل است: که در فقره دوم ماده ۱۳۳ طی سه بند بیان شده است:

۵-۲-۱. حرمت مصاهره

حرمت مصاهره ای که بعد از عقد نکاح عارض شود مثل این است که زوج با مادر یا دختر زوجه اش رابطه جنسی برقرار کند، (وهبه الزحیلی، پیشین، ج ۴، ص ۶۴۴) این قانون برگرفته از فقه حنفی است فقهای حنفی زنای بعد از عقد را سبب حرمت مصاهره می دانند (مغنیة، پیشین، ص ۳۱۱).

از نظر فقهای امامیه زنا یا وطی به شبهه اگر بعد از عقد باشد سبب حرمت مصاهره نمی شود؛ مثلاً اگر کسی با مادر یا دختر زوجه اش زنا کند، زوجیت به حال خود باقی می ماند (علامه حلی، پیشین، ص ۳۰؛ مغنیة، پیشین، ج ۲، ص ۳۱۲).

^۵ «عته» بیماری است که صاحب آن را معتوه می گویند. برای معتوه معانی متعددی ذکر شده است: ۱- من نقص عقله من غیر جنون ۲- کسی که مختلط الکلام و فاسد التدبیر است. ۳- مجنون. ۴- المدهوش من غیر مس، أو جنون. ۵- ضعیف العقل. ۶- القلیل الفهم. ۷- الزائل العقل بجنون مطبق. ۸- الذی لا عقل له. ولا یدری ما تکلم به. ۹- من یجن تارة. ویصحو أخرى، وهو المختلط العقل. ۱۰- هو الذی اختل شعوره بحيث یكون فهمه قلیلا، و کلامه مختلطا. وتدبیره فاسدا.

۵-۲-۲. لعان

در صورتی که مرد به همسرش نسبت زنا بدهد، یا نفی ولد کند، و شهادی هم وجود نداشته باشد، و زوج و زوجه یکدیگر را تکذیب کنند بین آن دو طی مراسمی^۶ ملاعنه انجام می‌شود بعد از اجرای ملاعنه باید از هم جدا شوند (همان، صص ۱۱۲-۱۱۳).

مطابق نظر فقهای امامیه ملاعنه سبب تحریم می‌شود، ولی قانون مدنی افغانستان به تبعیت از فقه حنفی آن را سبب حرمت مؤبد ندانسته است، از نظر فقه حنفی لعان مثل طلاق است، یعنی در صورتی که زوج، بعدا خودش را تکذیب کند، می‌تواند دو باره باهم ازدواج کنند چون حرمت از ناحیه لعان آمده و هنگامی که زوج خودش را تکذیب کند این حرمت برداشته می‌شود (همان، ص ۱۱۳).

از تعریفی که برای فسخ ارائه شد و در کتب اهل سنت نیز آمده است فسخ در صورتی معنا دارد که با اختیار یکی از زوجین انجام شود، یا در برخی موارد به اختیار قاضی انجام شود (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۰۴، ج ۷، ص ۲۶)، بنا بر این در مسئله لعان و حرمت مصاهره از آن جا که تفریق خارج از اراده است لذا به نظر می‌رسد عنوان فسخ برای آن مناسب نیست بلکه در این موارد که اراده طرفین نقشی در جدایی ندارد انفساخ است نه فسخ، لذا این اشکال بر قانون مدنی افغانستان وارد است که تفاوت بین فسخ و انفساخ را در نظر نگرفته است.

۵-۲-۳. امتناع زوجه غیرکتابی از مسلمان شدن

در صورتی که زوج و زوجه هر دو کافر غیر کتابی باشند و زوج مسلمان شود اما زوجه از مسلمان شدن امتناع ورزد زوج حق فسخ نکاح خواهد داشت. اما جدایی که به سبب امتناع زوج از اسلام، ایجاد می‌شود از نظر ابو حنیفه طلاق است نه فسخ (ر. ک: وهبة الزحیلی، پیشین، ص ۶۷۳)، لذا به نظر می‌رسد که به همین دلیل قانون مدنی به تبعیت از رأی ابو حنیفه این مورد را جزو اسباب فسخ ذکر نکرده است.

قید غیر کتابی در مورد زوجه از این جهت است که مطابق نظر فقهای اهل سنت ازدواج دائمی مرد مسلمان با زن اهل کتاب جایز است.^۷

۶. مراسم لعان به صورت زیر بگزار می‌شود: ۱- مرد چهار مرتبه می‌گوید: «أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما قذفتها به»؛ خدا را شاهد میگیرم که در نسبتی که به زنم داده ام راستگو هستم.

۷. در فقه حنفی ده مورد جزو اسباب فسخ بیان شده است که بر دو قسم است:

قسم اول فسخی که متوقف بر حکم قاضی نیست؛ این اسباب پنج تا است که عبارتند از: ۱- عدم کفالت. ۲- نقصان مهر از مهر المثل. ۳- امتناع زوجه از اسلام آوردن در صورتی که زوج مسلمان شده باشد. ۴- خیار بلوغ یکی از زوجین؛ در صورتی که پدر یا جدش کودک را قبل از سن بلوغ به ازدواج در آورده باشد، کودک بعد از رسیدن به بلوغ خیار فسخ دارد. ۵- خیار افاقه از جنون. قسم دوم فسخی که متوقف بر حکم قاضی است؛ برخی از این اسباب عبارتند از: ۱- فساد عقد از اصل؛ مثل جایی که عقد ازدواج بدون حضور شهود انجام شده باشد. ۲- حرمت مصاهره؛ مثل جایی که یکی از زوجین به فروع یا اصول طرف دیگر ربط پیدا کند و در اثر آن حرمت مصاهره به وجود بیاید. ۳- ارتداد زوج. ۴- عدم اجازهی عقد موقوف به اجازه؛ به این بیان که عقد یا نافذ است یا موقوف، عقد نافذ به عقدی گفته می‌شود که طرفین عقد دارای اهلیت باشند، اما عقد موقوف عقدی است که نفوذ آن متوقف بر

از نظر فقهای امامیه در صورتی که زوجین کافر غیر کتابی بوده و زوج مسلمان شود اما زوجه از او پذیرش اسلام امتناع ورزد، نکاح منفسخ می شود و نیازی به فسخ نیست.

نتیجه گیری

اسباب فسخ نکاح در فقه امامیه و قانون مدنی افغانستان متفاوت از یکدیگر بیان شده است؛ اسباب فسخ نکاح در فقه امامیه عبارتند از: الف - برخی از «عیوب» در مرد یا در زن، ب - «تدلیس» ج - «تخلف از شرط صفت».

به نظر ما تخلف از هر شرط صفتی را نباید سبب فسخ نکاح دانست بلکه باید محدود به موارد خاص بشود چنان که در کتب قدما آمده است، زیرا اولاً، حق فسخ بر خلاف اصله الزوم است. ثانیاً، در موارد مشکوک اصل، عدم تحقق خیار فسخ است. ثالثاً، در مسئله فروج باید احتیاط کرد، رابعاً، مواردی وجود دارد که فقها با وجود تخلف از شرط صفت فتوا به عدم حق خیار فسخ داده است.

قانون مدنی افغانستان اموری را سبب فسخ نکاح دانسته است که متفاوت با فقه امامیه است این امور دو دسته اند: دسته اول اموری است که سبب خلل در حین عقد می شود که عبارتند از: الف - فقدان یکی از شروط صحت عقد. ب - خیار افاقه از جنون و عته. ج - نقصان مهر از اندازه مهر المثل زوجه. دسته دوم اموری است که سبب خلل بعد از عقد می شود که عبارتند از: الف - حرمت مصاهره. ب - لعان. ج - امتناع زوجه غیر کتابی از مسلمان شدن در صورتی که زوج او مسلمان شده باشد.

بهتر بود که قانون مدنی افغانستان به تبعیت از فقه حنفی برخی از عیوب مثل جب، عنن و خصاء و همچنین تخلف از شرط کفایت را جزو اسباب فسخ نکاح برای زوجه ذکر می کرد. اشکالی که بر قانون مدنی افغانستان وارد به نظر می رسد این است که حرمت مصاهره و لعان را سبب فسخ دانسته است در حالی که حرمت مصاهره اگر هنگام عقد باشد سبب بطلان عقد و اگر بعد از آن عارض شود سبب انفساخ آن خواهد بود، چنان که لعان نیز سبب انفساخ عقد می شود نه سبب فسخ.

منابع و مأخذ

- ابن براج طرابلسی، عبدالعزيز، المذهب، مصحح: جمعی از محققین تحت إشراف جعفر سبحانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۰۶ ه ق.
- ابن فارس بن زکریا، أحمد، معجم مقاییس اللغة، محقق: عبد السلام محمد هارون، بی جا، دار الفکر، ۱۳۹۹ ه - ۱۹۷۹ م.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، بیروت: دار صادر، چاپ: سوم، ۱۴۱۴ ق.
- أبو جیب، سعدی، القاموس الفقہی لغۃ واصطلاحا، دمشق - سوریه: دار الفکر، چاپ تصویر ۱۹۹۳ م، الطبعة الثانية ۱۴۰۸ ه = ۱۹۸۸ م.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۷ ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹ ق.

اجازه کسی غیر از عاقد باشد مثل عقد فضولی که متوقف بر اجازه صاحب مال است و عقد صبی ممیز که متوقف بر اجازه ولی او است. ۵ - مالکیت یکی از زوجین نسبت به دیگری (ر. ک: وهبة الزحیلی، پیشین، ص ۶۷۳).

- حکمت‌نیا، محمود، مسؤولیت مدنی در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۶ ش.
- حلبی سید ابن زهره، حمزه بن علی، غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول ۱۴۱۷ ه. ق.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیة، قم: مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مصحح: علی اکبر غفاری، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ه. ق.
- راستین تهرانی، کعبه و نجما یساری، حقوق فامیل افغانستان، ترجمه: فهیم قیومی، مؤسسه ماکس پلانک، چاپ دوم ۱۳۸۸ ش.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، لبنان: دارالعلم - الدار الشامیة، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- زین الدین بن علی عاملی شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تصحیح: سید محمد کلانتر، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق، فقه الصادق، قم: هاتف، ۱۴۲۹ ه. ق.
- سید مرتضی علم الهدی، علی بن حسین، المسائل الناصریات، تصحیح: مرکز پژوهش و تحقیقات علمی، تهران: رابطه الثقافة و العلاقات الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، شارح: سید محمد کلانتر، قم: داوری، چاپ اول ۱۴۱۰ ه.
- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، تهران: مجتمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۳.
- شهیدی، میرزا فتاح، هداية الطالب الی اسرار المكاسب، مؤسسه مطبوعاتی، دار الكتاب، چاپ دوم، ۱۳۷۷ ق.
- شیخ انصاری، مرتضی، کتاب النکاح، تصحیح: گروه پژوهش در کنگره، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ: اول، ۱۴۱۵ ق، ص ۴۳۳.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، تصحیح: شیخ علی خراسانی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.
- شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۳ ق.
- صفایی، سید حسین و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، تهران: میزان، چاپ بیستم ۱۳۸۸ ش، ص ۱۹۷.
- طوسی محمد بن حسن، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۳۶۵ ش.
- عبد العزیز عزت عبد الجلیل حسن، تعریفات ومصطلحات فقهیة فی لغة معاصرة، بی جا، بی نا، بی تا، نرم افزار المكتبة الشاملة.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الأذهان الی تصحیح الإیمان، تصحیح: شیخ فارس حسون، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ ه. ق.
- علامه حلی، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، تصحیح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه. ق.
- علی آبادی، علی، ایجاد و سقوط تعهدات ناشی از عقد در حقوق اسلامی، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ تهران، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف اسدی، إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تصحیح: سید حسین موسوی کرمانی، شیخ علی پناه اشتهدادی و شیخ عبدالرحیم بروجردی، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ه. ق.
- فراهدی، خلیل بن احمد، کتاب العین، قم: منشورات الهجرة، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه.
- قانون مدنی افغانستان، ماده ۱۷۶، مصوب سال ۱۹۷۷، تهیه کننده: صرم حسینی، قم: انتشارات قدس، چاپ دوم ۱۳۸۸.

- قانون مدنی ایران، مصوب ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷، تهران کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم ۱۳۸۵.
- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ ششم، ۱۳۷۱ ش.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشار، چاپ سوم، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران: بهمن برنا، چاپ هفتم، ۱۳۸۵ ش.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم ۱۳۸۵ ش.
- کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، ۱۳۶۵ ش.
- گلپایگانی، سیدمحمد رضا، مجمع المسائل، مصحح: علی کریمی جهرمی - علی ثابتی همدانی - علی نیری همدانی، قم: دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹، هـ.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، المختصرالنافع فی فقه الإمامیة، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، تصحیح: عبدالحسین محمد علی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده نکاح و انحلال آن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷ ش.
- محقق عراقی، ضیاء الدین، نهاییه الأفکار، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ هـ ق.
- مغنیة، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، بیروت: دار التیار الجدید - دار الجواد، چاپ دهم ۱۴۲۱ هـ ق.
- الموصلی الحنفی، عبد الله بن محمود، الاختیار لتعلیل المختار، محقق: عبد اللطیف محمد عبد الرحمن، بیروت: دارالکتب العلمیة، چاپ سوم ۱۴۲۶ هـ ۲۰۰۵ م.
- میرزای قمی، ابو القاسم، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، مصحح: مرتضی رضوی، تهران: مؤسسه کیهان، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ.
- نجفی صاحب جواهر، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تصحیح: شیخ عباس قوچانی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بی تا.
- وزارت اوقاف و شؤون اسلامی کویت، الموسوعة الفقهیة الكويتیة، کویت: دارالسلام، چاپ دوم، ۱۴۰۴ - ۱۴۲۷ هـ.
- وهبة الزحیلی، الفقه الإسلامی وأدلته، دمشق: دارالفکر، چاپ چهارم، بی تا.