

مبانی رای اصراری حقوقی ۱۶ - ۸۸/۱۱/۲۰ در فسخ نکاح به سبب تخلف از وصف ضمنی

دکتر بهرام درویش*

چکیده

زوج دعوایی به خواسته فسخ نکاح علیه زوجه طرح و مستند خود را نظریات پزشک در باره معایب جسمی زوجه قرار داده است. پزشکی قانونی امکان معاشرت در وضعیتی خاص در آینده را به شرط آموزش و تکرار، و نیز امکان باروری در آینده را تنها از طریق _____ حق رحم _____ اجاره‌ای گواهی نموده است. دادگاه تجدیدنظر به این استدلال که مورد هیچ یک از موارد خیار عیب (ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی) و خیار تخلف از شرط (ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی) و خیار تدلیس نیست، حکم به رد دعوی فسخ صادر نموده و بر این معنا در قبالی شعبه دیوان عالی کشور - که معتقد به وجود حق فسخ بوده - اصرار ورزیده است. از این رو، قضیه در هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان مرقوم طرح گشته و این هیأت طی رای اصراری شماره ۱۶ مورخ ۸۸/۱۱/۲۰ (با شماره ردیف ۱۲/۸۸) مورد را از مصادیق فسخ به موجب تخلف از وصف ضمنی سلامت موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی شمرده است. این مقاله در صدد تشریح مبانی این رای اصراری در فقه، قانون و اصول حقوقی است.

واژه‌های کلیدی: نکاح، فسخ، عیب، تخلف از شرط ضمنی، تدلیس، فوریت فسخ، فرض علم به قانون.

* مستشار شعب دیوان عالی کشور و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

الف) گزارش پرونده: در ۸۴/۴/۲۹ حسام به طرفیت شهین^۱ دعوایی به خواسته فسخ نکاح طرح نموده و توضیح داده است: «در ۸۳/۶/۵، با خواننده ازدواج دائم و ثبتی نموده ام ولی پس از مدتی متوجه شدم حیض نمی‌شود و نزدیکی با او مسئله دارد. از این رو، موضوع را با مادرش مطرح کردم که گفت حیض نشدن تا ۱۷ سالگی در خانه پدر همسرت ارثی است و نیازی به طرح موضوع نزد خانواده ات نیست. بر اثر ادامه مسئله، در ۸۴/۴/۲۱ نزد پزشک متخصص زنان رفتم جواب این بود که پرده وی حلقوی و سالم است و مادرزادی فاقد رحم و مهبل است». زوج در جلسه دادرسی مورخ ۸۴/۸/۱۵، افزوده است که خواننده طبعاً استعداد باروری هم ندارد. وکیل زوج به دفاعاً اظهار نموده است اولاً خواننده از حیض نشدن موکله مطلع بوده، ثانیاً هرچند موکله دارای رحم و مهبل کوچک می‌باشد ولی این کوچکی قابل درمان است، ثالثاً به هر حال عیب از جمله عیوب خاص موضوع ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی^۲ نیست تا موجب حق فسخ باشد. دادگاه قضیه را به کمیسیون پزشکی ارجاع داده که چنین جواب داده‌اند: «طول مهبل (واژن) بسیار کوتاه و در معاینه رحم به دست نیامد. بر اساس سونوگرافی رحم کوچکتر از حدطبیعی و واژن کوتاه است موارد فوق با عیوب موضوع ماده ۱۱۲۳ تطابق ندارد». دادگاه عمومی حقوقی اسلامشهر که عهده دار رسیدگی بوده، با این استدلال که عیوب موضوع ماده ۱۱۲۳ حصری هستند نه تمثیلی و این استدلال که عیب خواننده از جمله عیوب موضوع این ماده نیست، حکم به بطلان دعوا صادر نموده است. خواهان ضمن اعتراض به رای، در لایحه تجدیدنظر خواهی خود از جمله گفته است: «غرض از ازدواج توالد می‌باشد و تولید فرزند شرط لازم و هدف اصلی از انتخاب همسر است و این قابلیت در جانب زوج مفقود است». شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران رای بدوی را تایید کرده است. از این رای خطاب به دیوان عالی کشور فرجام خواهی شده که رسیدگی به شعبه ۲۴ دیوان محول شده است. شعبه ۲۴ مرقوم به لحاظ وجود نواقصی در تحقیقات (عدم تحقیق در باره ادعا و اعتراض فرجام خواه در زمینه ناباروری خواننده) رای مرجع تجدیدنظر را نقض و رسیدگی را به همان شعبه محول نموده است. در رسیدگی مجدد به قضیه در شعبه ۲۶، وکیل زوج به بیان داشته است: «باردار شدن علت تامه نکاح نیست بلکه فقط از اهداف نکاح است و زوج فقط از حق طلاق برخوردار است». دادگاه قضیه را به هیئت پنج نفره پزشکی ارجاع داده است. این هیئت ابراز داشته است: «با بررسی سونوگرافی و آزمایشات هورمونی و مشاورات انجام شده طبق نظر کارشناسان زوج به باروری به باروری به طریق طبیعی نیست ولی از طریق مصنوعی آن هم فقط به صورت استفاده از رحم اجاره ای میتواند باروری داشته باشد». شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران با این استدلال که ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی^۳ مربوط به تخلف از اوصاف اکتسابی - نه اوصاف ذاتی و خلقتی - است و در نتیجه غیرقابل استناد است و نیز با این استدلال که باروری تنها یکی از مهمات و اقتضائات نکاح و الا نکاح پیران باطل می‌بود و نیز این که نظر شارع بر این بوده که به سادگی نکاح و خانواده منحل نشود، در نهایت ضمن رد اعتراض زوج، رای بدوی را تایید نموده است. از این رأی فرجام خواهی شده و در این مرحله، شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور در توجیه پذیرش فرجام خواهی زوج، علاوه بر بیان خلاصه استدلال

۱. اسامی غیرواقعی است.

۲. ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی: «عیوب ذیل در زن موجب حق فسخ برای مرد خواهد بود: قرن، جذام، برص، افضاء، زمین گیری، نابینایی از هر دو چشم».

۱. ماده ۱۱۲۸: «هرگاه 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».

قبلی خود، به این که وضع زوجه از موارد تخلف وی از وصف موضوع ۱۱۲۸ است و نیز به فتوای رهبری مبنی بر این که «نکاح با خوانده در فرض فقد رحم و واژن و امکان مجامعت فقط در حد ۲ سانت، ظاهراً قابل فسخ است»، استناد نموده و رای شعبه ۲۶ را نقض و رسیدگی را به شعبه هم عرض محول نموده است. رسیدگی به شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران محول شده و این شعبه در باره امکان دخول از کمیسیون پزشکی قانونی استعلام نموده است. این کمیسیون چنین پاسخ داده است: «مجرای واژن بسیار کوتاه و مقاربت طبیعی فعلاً ناممکن است ولی با آموزش زوجین و مقاربت‌های مکرر، امکان مقاربت در آینده هست». در نهایت، شعبه ۳۰ از جمله با این استدلال که ماده ۱۱۲۸ از مسئله ۱۳ تحریرالوسیله (ج ۲ ص ۲۹۵) گرفته شده و در این مسئله فقط حالت اشتراط سلامت در ضمن عقد یا توصیف به سلامت حین عقد یا شرط بنائی آمده و در این جا هیچ یک از این سه حالت محقق نیست، رای دادگاه بدوی را تایید کرده است. از این رای فرجام خواهی شده - که چون شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور استدلال شعبه ۳۰ را نپذیرفته و رای شعبه ۳۰ را اصراری تشخیص داده است - قضیه را جهت طرح در هیئت عمومی شعب حقوقی نزد معاونت قضایی ارسال داشته که مآلاً این هیئت با ۳۸ رای در مقابل ۲ رای، نظر شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور را تایید نمود.^۴

مطالب زیر توسعه یافته اظهاراتی است که نگارنده در جلسه هیئت عمومی مذکور برای توجیه صحت رای شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور بیان نموده است.

ب) بررسی احتمال بطلان نکاح: وجود اختلاف جنس میان طرفین از ارکان تحقق یک نکاح صحیح است و حسب عروه الوثقی، می دانیم که مجامعت خنثی با زن یا مجامعت خنثی با مرد، مستوجب وجوب غسل بر هیچ یک از طرفین نیست^۵ که ظاهراً دلیل آن عدم صدق عنوان مرد یا زن بر خنثی است.^۶ از این رو، نکاح خنثی یا نکاح خنثی با

۱. رای اصراری حقوقی شماره ۱۶ مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۲۰ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور: «اعتراضات وکیل فرجام خواه وارد است. زیرا، علاوه بر عیوب تصریح شده در مواد ۱۱۲۳-۱۱۲۱ قانون مدنی که موجب حق فسخ برای طرف مقابل است، چنانکه هریک از زوجین دارای عیبی (غیر از عیوب مصرحه فوق) باشد و آن را از طرف کتمان کرده باشد، مرتکب تدلیس شده [که] در صورتی که [عدم عیب مذکور] به نحو اشتراط در عقد یا به نحو توصیف و یا [در] مذاکرات و توافقات طرفین به طوری که عقد متبانی بر آن واقع شده، صورت پذیرفته باشد، برای طرف مقابل حق فسخ [به لحاظ تخلف از شرط] خواهد بود. در غیر این صورت حق فسخ نداشتنه فقط می تواند به مدلس رجوع نماید. مضافاً طبق ماده ۲۲۵ قانون مدنی، متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است. لذا، وجود عیوب مهمه در هریک از زوجین به نحوی که عقد منصرف به آن باشد، شرط ارتکازی و ضمنی محسوب شده ولو در عقد تصریح نشده باشد، حق فسخ ثابت خواهد بود. بنا به مراتب فوق، در عیوب مهمه ای که عرفاً عقد منصرف به آن باشد، عقد متبانی بر آن واقع گردیده و مضمول ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی است. لذا، به نظر اکثریت قریب به اتفاق اعضای هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور دادنامه شماره ۱۵۶۵ مورخ ۸۷/۹/۹ شعبه سی ام تجدیدنظر استان تهران به استناد ماده ۴۰۸ قانون آیین دادرسی عمومی و انقلاب در امور مدنی به علت عدم انطباق با قانون و دلایل موجود در پرونده، نقض و رسیدگی مجدد به شعبه دیگر تجدیدنظر استان تهران ارجاع می گردد تا با توجه به استدلال هیئت عمومی حکم مقتضی صادر نمایند».

توضیحات، کلمات داخل کروشه افزوده خود نگارنده است که برای روشن تر شدن رای آمده است.

۱. سید محمدکاظم بن عبدالعظیم طباطبائی یزدی، عروه الوثقی (دوره ۲ جلدی)، ج ۱، چاپ دوم (۱۴۰۹ هجری قمری)، نشر موسسه اعلمی مطبوعات (بیروت)، ص ۲۷۹: «لو أدخلت الخنثی [مشکل نه واضح] فی الرجل أو أنثی مع عدم الإنزال لا یجب الغسل علی الواطن و لا علی الموطوء [به لحاظ عدم قطع] و إذا دخل الرجل بالخنثی و الخنثی بالأنثی و جب الغسل علی الخنثی [به لحاظ حصول قدر متیقن] دون الرجل والآنثی [به لحاظ عدم قطع]». در همه جای این مقاله، کلمات داخل کروشه همواره افزوده خود نگارنده است که به منظور توضیح عبارات خارج کروشه آمده است.

۲. برخی از فقها که وجود علامت خاص مرد را در زن مشابه وجود یک انگشت اضافی در دست زن تلقی و به تبع آن وجود حالت خنثی در زوجه را عیب ندانسته اند، ظاهراً مرادشان حالتی است که جنبه زنیّت (تظاهرات و حالات زنانه) غلبه واضحی داشته باشد (ابو القاسم بن محمد حسن گیلانی (میرزای قمی)، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، (دوره ۴ جلدی)، ج ۴، نوبت چاپ اول (۱۴۱۳ هجری قمری)، نشر مؤسسه کیهان، ص ۴۹۵) و الا قضیه وضوحاً عیب خواهد بود، ضمن آن که حتی در حالت غلبه واضح جنبه زنیّت، باز دست کم از باب اشمئزازی که چنین فردی در طرف مقابل ایجاد میکند، مورد عیب است.

هر یک از مرد و زن^۷ یا نکاح مرد با مرد یا نکاح زن با زن به لحاظ منتفی بودن اختلاف جنس، قابل تحقق نیست. در این جا، با توجه به این که قابلیت دخول تنها در حد دو سانتی متر یعنی کم تر از غیبت حشفه است، نتیجه می گیریم که صدق دخول در معنای حقوقی آن قطعاً منتفی است. زوجه تا آخر عمر نازا می باشد به این سبب که رحمش در حکم عدم است و دچار عادت ماهانه نیز نمی شود و نیز به این سبب که آزمایش های هورمونی به عمل آمده در پزشکی قانونی، امکان داشتن تخمک را فعلاً منتفی و آن را مربوط به چند سال آینده دانسته است. نظر به این که چنین زوجه ای دچار حیض نمی گردد، قاعدتاً از لذت جنسی بهره قابل ذکری نمی برد. از این رو، شاید بتوان گفت «زن بودن فرد موضوع این پرونده مسلم نیست که خود به معنای مسلم نبودن اختلاف جنسیت میان طرفین موضوع این پرونده و به تبع آن به معنای مسلم نبودن صحت نکاح موضوع این پرونده است؛ و هرگاه اختلاف جنسیت که رکن نکاح است، مشکوک باشد، در واقع تحقق عرفی نکاح منتفی است و در نتیجه قضیه مشمول اصل صحت قرار نمی گیرد. زیرا همان طور که از ماده ۲۲۳ قانون مدنی^۸ هم فهمیده می شود، این تنها پس از احراز صورت عرفی معامله است که می توان هرگونه شک در صحت معامله را با جاری نمودن اصل صحت، به نفع صحت معامله، رفع نمود». با این حال، چون زوج مدعی بطلان نکاح نشده و ما نیز به بطلان نکاح اعتقاد قابل اعتنایی نداریم، به بطلان نمی پردازیم و فقط به این بسنده می کنیم که وقتی حتی احتمال بطلان هم می رود، به طریق اولی اعتقاد به در معرض فسخ بودن نکاح امری بسیار قریب به ذهن خواهد بود.

پ) غیر تشریفاتی بودن رسیدگی به دعاوی خانوادگی: شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در اولین رسیدگی اش خود را منحصر به بررسی امکان فسخ نکاح به استناد خیار عیب خاص زوجه موضوع ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی نموده است. در جواب، نظر به مسبق بودن رسیدگی به دعاوی خانوادگی در محاکم شرع در گذشته که طبیعتاً عاری از تشریفات دادرسی دیگر دعاوی بود و نیز نظر به ماده ۱ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵^۹ و ماده ۸ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸^{۱۰}، نتیجه می گیریم که رسیدگی به دعاوی خانوادگی فاقد تشریفات دادرسی

۳. میرزای قمی، همان کتاب، ص ۴۹۵: «این خلاف [عیب نبودن حالت خنثی] در خنثای واضح، است. اما، خنثای مشکل پس ظاهراً خلافی نیست در بطلان نکاح از اصل به جهت آن که شرط صحت نکاح این است که ما بین مرد و زن باشد، پس تا معلوم نشود نمی توان نکاح کرد و هر شخصی در نفس الامر یا زن است یا مرد و ثالثی نمی باشد به حکم آیات قرآنی و اخبار که ظاهراً دلالت دارند بر انحصار. و در مسالک تصریح کرده به این معنی. یعنی به این که خلاف در خنثای واضح است نه خنثای مشکل، و از شیخ در مبسوط هم نقل کرده که خلاف در خنثای واضح است». مشابها، سیدمحمدرضا موسوی گلپایگانی (گنجینه آرای فقهی-قضایی، نشر آموزش قوه قضائیه، سوال ۱۷۰۴۴) گویند: «اگر معلوم نیست زن یا مرد است و واقعا مردد میان زن و مرد است [خنثای مشکل نه واضح]، نکاحش صحیح نیست و لازم است احتیاطاً طلاق داده شود. ولی اگر معلوم است که زن است لکن مجرا مسدود است، نگاهداشتن او مانعی ندارد و میتوانند با هم زندگی کنند». آقای سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی نیز نکاح خنثای مشکل را شرعاً جائز و دارای آثار نکاح نمیدانند (همان منبع، سوال ۵۸۶۸).

۱. ماده ۲۲۳: «هر معامله که واقع شده باشد، محمول بر صحت است مگر این که فساد آن معلوم شود».

۱. ماده ۱: «به کلیه اختلافات مدنی ناشی از امر زناشویی و دعاوی خانوادگی و امور مربوط به صغار... در دادگاههای شهرستان... رسیدگی میشود. رسیدگی به امور مذکور در تمام مراحل دادرسی بدون رعایت تشریفات آیین دادرسی مدنی خواهد بود».

۲. ماده ۸: «اصحاب دعوا مستقیماً به دفتر دادگاه دادخواست میدهند و باید هزینه دادرسی را طبق مقررات آیین دادرسی مدنی بپردازند و مادام که نپردازند به دادخواست آنها رسیدگی نخواهد شد مگر این که به تشخیص دادگاه معسر باشند. سایر تشریفات آیین دادرسی لازم الرعایه نیست و ترتیب رسیدگی تابع مقررات شرع خواهد بود».

است.^{۱۱} بنابراین، حتی اگر مرد در دادخواست خود برای فسخ نکاح و در جلسه اول دادرسی، مبنای فسخ را منحصرراً عیوب خاص زوجه موضوع ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی، ذکر نموده بود، باز مجاز بوده است تا علاوه بر این مبنای، در جلسات یا لوائح دیگر به مبنا یا مبنای دیگری -مانند خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی یا خیار تدلیس- برای فسخ نکاح نیز استناد کند.^{۱۲} وانگهی در این پرونده، خواهان هم در دادخواست و هم در لوائح بعد از جلسه اول دادرسی، در کنار استناد به عدم امکان دخول که به نوعی نزدیک به قرن (به فتح قاف و سکون یا فتح راء) از عیوب خاص زن موضوع بند ۱ ماده ۱۱۲۳ است، به مسئله حائض نشدن و رحم بسیار کوچک داشتن -که به معنای عدم باروری یعنی به معنای تخلف از وصف سلامت موضوع ماده ۱۱۲۸ می باشد- استناد نموده است، ضمن آن که اصولاً حتی اگر خواهان برای تثبیت حقانیت دعوایش دایر بر فسخ نکاح، به مسئله عدم باروری حاصل از مشکلات مرقوم استناد نمی نمود، باز طبق ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹^{۱۳} که محاکم را -البته با حفظ چارچوب دعوا- مجاز به هرگونه تحصیل دلیل برای کشف حقیقت می داند، ظاهراً دادگاه مجاز بود شخصاً در باره نازایی تحقیق کند و در صورت احراز نازایی، مستنداً به تخلف زوجه از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸، حکم به وقوع فسخ نکاح صادر کند.

ت) حصری بودن عیوب موضوع ماده ۱۱۲۳ و عدم شمول آن بر زن موضوع پرونده: شعبه ۲۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در اولین رسیدگی خود به این استدلال که عیوب خاص زن مندرج در ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی حصری هستند، و نمی توان با توسل به قیاس ولو از نوع اولویت، عیب موضوع این پرونده را هم نوعی قرن و مشمول بند ۱ ماده ۱۱۲۳ دانست، در نتیجه امکان فسخ نکاح را مردود شمرده است. این سیاق استدلال مسبق به سابقه در فقه است به این شرح که برخی گفته اند لسان روایات باب فسخ به موجب عیب یا تدلیس از باب تعلیل نیست و علت کلی نیز کشف نشده است و از این رو روایات را باید بر قدر متیقن که همان عیوب احصاء شده در روایات است، حمل کرد.^{۱۴} استدلال مذکور از شعبه ۲۶ مضافاً با دکتترین حقوقی تقویت می شود^{۱۵} و موافق تکلیف مقنن به تثبیت هرچه بیشتر

۳. ولی، برخی (دکتر عبدالله شمس، آ.د.م، ج ۱، چاپ هفدهم (بهار ۱۳۸۷)، نشر دراک، ص ۶۸) مستنداً به ماده ۱ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، که از این به بعد در این مقاله، از آن تحت علائم اختصاری «آ.د.م.» یاد می شود، رسیدگی به دعوی خانوادگی را هم تابع تشریفات میدانند.

ماده ۱ قانون آ.د.م.: «آیین دادرسی مدنی مجموعه اصول و مقرراتی است که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعوی مدنی و بازرگانی در دادگاههای عمومی، انقلاب، تجدیدنظر، دیوانعالی کشور و سایر مراجعی که به موجب قانون موظف به رعایت آن میباشند، به کار میروند».

۴. اما، شبیه این معنا در دعوی که رسیدگی به آنها در گرو رعایت تشریفات دادرسی است، ممکن نمی باشد کما این که اگر خواهان خواسته خود را تا آخر جلسه اول دادرسی مثلاً تخلیه مورد اجاره به لحاظ تعدی یا تفریط قرار بدهد، دیگر امکان تغییر آن به تخلیه به لحاظ مثلاً تغییر شعل نخواهد داشت.

۱. ماده ۱۹۹: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد».

۲. آقای محمد یزدی (رییس سابق قوه قضاییه)، عیوب موجب فسخ نکاح (مقاله)، بانک اطلاعات مقالات حقوقی (سی دی)، تدوین علی مکرم، نسخه ۷/۴ (اول تابستان ۱۳۸۸)، Ali.Mokaram@gmail.com

مراد از روایات همانا نقل عبدالرحمن یا رفاعه بن موسی یا حسن بن صالح یا حلبی یا محمدبن مسلم یا ابن بکیر یا ابی بصیر مرادی یا عماربن موسی یا ابان، ابی حمزه عمدتا از امام صادق و ندرتا از امام موسی کاظم و امام محمد باقر علیهم سلام است.

۳. حقوقدانانی که حقوق خانواده نوشته اند و در این مقاله به کتب آن ها ارجاع خواهیم داد، جملگی مخالف توسعه در عیوب موضوع ماده ۱۱۲۳ هستند.

خانواده به شرح اصل ۱۰ قانون اساسی^{۱۶} و ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی^{۱۷} است. در نتیجه به استناد ماده ۱۱۲۳، نمی‌توان نکاح مرد با زن دارای ایدز و هیپاتیت خطرناک را فسخ نمود. شاید قائلی با استناد به متون فقهی و کتب لغت، بگوید مراد از قرن همانا وجود مانعی از جنس گوشت یا استخوان یا ورم در مسیر دخول است و این در مانحن فیه فراهم است و در نتیجه شرایط پرونده مستوجب فسخ نکاح به استناد عیب قرن از جمله عیوب خاص زن موضوع ماده ۱۱۲۳ است.^{۱۸} جواب چنین قائلی این است که اولاً، کمیسیون پزشکی قانونی گفته وضع زن با عیوب خاص موضوع ماده ۱۱۲۳ منطبق نیست. ثانیاً، قرناء (زن دارای عیب قرن)، کسی است که مهبل یا همان واژن را دارد به نحوی که اگر آن گوشت یا استخوان یا ورمی که مانع دخول است، برداشته شود امکان دخول فراهم می‌گردد. ولی در این جا، اولاً زن دارای آن گوشت یا استخوان یا ورم نیست و ثالثاً دست کم در شرایط فعلی اصلاً مجرای برای دخول برایش متصور نیست تا پس از برداشتن این مانع ادعایی، امکان دخول باشد و می‌دانیم که دست یازیدن به قیاس ولو از نوع اولویت، برای توسعه موارد فسخ نکاح به استناد عیوب خاص ممنوع است.

ث) منحصر نبودن وصف به وصف غیراكتسابی در خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸: شعبه ۲۶ مرقوم در رسیدگی دومش پس از آن که نواقص مورد درخواست شعبه دیوان را رفع نموده است، به این استدلال که خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸ تنها تخلف از اوصاف کمال از نوع عرضی و اکتسابی مانند باسواد و نجیب بودن را دربرمیگیرد و شامل تخلف از اوصاف کمال از نوع ذاتی -مانند داشتن بکارت و نسب عالی و سلامت کامل خلقتی- نمی‌شود، در نهایت فسخ نکاح را منتفی شمرده است. در پاسخ از این استدلال، تمامی حقوقدانانی که حقوق خانواده نوشته اند^{۱۹} و نیز اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه^{۲۰} خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸ را هم ناظر به تخلف احد زوجین از اوصاف کمال ذاتی و هم ناظر به اوصاف کمال اکتسابی دانسته اند، ضمن آن که تفسیر شعبه ۲۶ از این ماده و ضوحاً خلاف ظاهر اطلاقی ماده ۱۱۲۸ است. در قلمرو فقه نیز به دلالت تحریرالوسیله^{۲۱} و نظریه فقهای کمیسیون استفتائات شورای سابق عالی قضایی،^{۲۲} نباید برای حکم به فسخ تفاوتی میان تخلف از اوصاف کمال ذاتی و تخلف از اوصاف کمال اکتسابی قائل شد.

ج) معنای عیب و ملاکیت عرف برای تشخیص آن با تاکید بر وضع خاص متعاقدین: شعبه ۲۶ مضافاً به این استدلال

۱. اصل ۱۰: «از آنجا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه ریزی های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».
۲. ماده ۱۱۰۴: «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند».
۳. منظور اظهارات آقای الهی قاضی محترم دیوان عالی کشور است که مشروح آن در مجموعه آراء و مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور در زمینه رای اصراری مورد بحث، منتشر خواهد شد.
۱. دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ ۳ (تابستان ۱۳۷۱)، نشر شرکت انتشار، ص ۲۸۵-دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ دوم (۱۳۶۳)، نشر کتابفروشی اسلامیة، ص ۴۷۱-دکتر سیدحسین صفایی و دکتر اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ سوم (آذر ۱۳۷۲)، نشر موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ص ۲۵۱-دکتر سید مصطفی محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ چهارم (بهار ۱۳۷۲)، نشر علوم اسلامی، ص ۳۶۱.
۲. نظریه شماره ۷/۴۱۲۴ مورخ ۷۶/۷/۲۱ و نظریه شماره ۷/۳۹۰۲ مورخ ۸۱/۵/۹.
۳. روح الله موسوی خمینی، تحریرالوسیله (دوره دو جلدی)، ج ۲، چاپ دوم، نشر موسسه مطبوعات دارالعلم، کتاب نکاح، العیوب الموجهه لخیار الفسخ و التذلیس، ص ۲۹۵، بخش میانی مسئله ۱۳.
۴. این نظریه در پاورقی ص ۳۶۲ کتاب «بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)» اثر دکتر سیدمصطفی محقق داماد قابل ملاحظه است.

که نازایی تنها مقتضای نکاح نیست و الا هرآینه نکاح پیران باطل بود، فسخ نکاح را منتفی شمرده است. در پاسخ از این استدلال، ضمن مسلم نبودن صحت نکاح افراد بسیار پیر یا نکاح با شیرخوار و امثال آن که استمتاع منتفی است،^{۲۳} باید متذکر گشت که ملاک در تشخیص عیب همانا عرف است (ماده ۴۲۶ قانون مدنی^{۲۴}) و عرف در موضوعاتی همانند مسئله مورد بحث، عاداتاً وضع خاص متعاقدين را هم در نظر می‌گیرد.^{۲۵} از این رو است که عرف عدم امکان تلذذ جنسی یا ناباروری را در این پرونده که یکی ۱۷ ساله و دیگری حدود ۲۰ ساله است، وضوحاً عیبی فاحش (البته نه از نوع عیوب خاص زن موضوع ماده ۱۱۲۳) می‌داند ولی عدم امکان تلذذ جنسی یا ناباروری را در ازدواج میان دو پیر که غالباً به قصد اموری جز تلذذ صورت می‌گیرد، عیب نمی‌داند. به علاوه، برای عیب چهار معنا ذکر شده است یکی زاید یا ناقص بودن از اصل خلقت،^{۲۶} دیگری کمتر از نوع متعارف بودن^{۲۷} سومی داشتن وضعی که در فرض قابلیت خرید و فروش موجب نقصان قیمت شود^{۲۸} و چهارمی داشتن وضعی است که مانع انتفاع کامل گردد (ماده ۴۷۹ قانون مدنی^{۲۹})، و این در حالی است که هریک از این چهار معنا برای بررسی معیوب بودن زوجه در این پرونده ملاک قرار گیرد، مدلل می‌شود که زن موضوع این پرونده وضوحاً معیوب یعنی فاقد وصف سلامت بوده است. افزون بر این، اقوی دلیل بر معیوب بودن چنین زنی این است که هر فرد متعارفی با مراجعه به وجدان خود، در می‌یابد که حاضر نیست با دختری مانند دختر مورد بحث در این پرونده، ازدواج کند و در عین حال مهریه و هزینه مربوط به ازدواج با دختری عاری از مشکلات مذکور را بپردازد.

چ) موثر نبودن رفع عیوب در آینده: اگر با تکیه بر نظریه پزشکی قانونی گفته شود با آموزش زوجین و مقاربت‌های مکرر، امکان مقاربت طبیعی در آینده خواهد بود، جوابش این است که اولاً، این آموزش محتاج صرف وقت و هزینه و توأم با حرج بیان خصوصی‌ترین مسائل ناموسی نزد دیگران است و می‌دانیم که قاعده نفی حرج مانع تحمیل این تکلیف به مرد می‌شود. ثانیاً، چنین زنی ظاهراً به لحاظ عدم امکان تمکین خاص، مستحق نفقه نیست. ثالثاً با فرض استحقاق نفقه، حتی اگر با وجود عدم ذکر مخارج درمان در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی،^{۳۰} بپذیریم که مقنن در مقام حصر

۵. میرزای قمی، همان کتاب، ص ۵۵۸: «این که عقد متعه محض به جهت محرمیت پدر یا مادر-مثل این که صغیره را یک ساعت عقد کند از برای محرمیت مادر او، یا ضعیفه [ای] را از برای صغیری عقد کنند به جهت محرم شدن بر پدر صغیر-که به هیچ نحو تمتعی از آنها متصور نباشد، صحت آن معلوم نیست، و ترتب آثار بر آن دلیلی ندارد».

۱. ماده ۴۲۶: «تشخیص عیب برحسب عرف و عادت میشود، و بنابراین ممکن است برحسب ازمنه و امکانه مختلف شود».

۲. جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام (دوره ۴۳ جلدی)، ج ۳۰، دار إحياء التراث العربی (بیروت-لبنان)، چاپ هفتم، (محقق/مصحح: شیخ عباس قوچانی)، ص ۳۶۲، ذیل خبر منقول از رفاعه.

۳. حلی (محقق حلی)، ابو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، شرایع الاسلام فی الحلال والحرام، (دوره ۴ جلدی)، ج ۲، چاپ دوم (۱۴۰۸ هجری قمری)، محقق/مصحح: عبد الحسین محمد علی بقال، نشر مؤسسه اسماعیلیان، ص ۳۱-شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۳، ص ۲۵۸- شیخ مرتضی بن محمد امین دزفولی نجفی انصاری، المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (دوره ۳ جلدی)، ج ۲، چاپ اول (۱۴۱۱ هجری قمری)، نشر منشورات دارالذخائر، محقق/مصحح: محمد جواد رحمتی-سید احمد حسینی، ص ۴۸۲ و ص ۴۸۳.

۴. شیخ مرتضی انصاری، همان کتاب، ص ۴۸۲ و ص ۴۸۳.

۵. علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه (تحریر الاحکام)، دوره دو جلدی (قطع رحلی)، ج ۱؛ ص ۱۸۲- شیخ مرتضی انصاری، همان کتاب، ص ۴۸۲ و ص ۴۸۳.

۶. ماده ۴۷۹: «عیبی که موجب فسخ اجاره میشود عیبی است که موجب نقصان منفعت یا صعوبت در انتفاع باشد».

۱. ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی: «نفقه عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان عضو».

مصادیق نفقه در این ماده نبوده و در نتیجه مخارج درمان را -که شامل کلاسهای آموزشی هم می‌شود- جزء نفقه بدانیم، باز چون هزینه درمان ظاهراً سنگین و در نتیجه نامتعارف خواهد بود، نمی‌توان مرد را -همان طور که در فقه در خصوص هزینه درمانی سنگین هم آمده- مکلف به پرداخت چنین هزینه سنگینی نمود و اصولاً چه بسا نتوان حتی مخارج درمانی سبک مربوط به امراض و عیوب قبل از زوجیت را که بالطبع ناشی از دوران زوجیت نیست، به زوج تحمیل کرد. رابعاً، صرف هزینه‌های آموزش جنسی، در نهایت موجب امکان دخول تنها در یک حالت از تماس جنسی که ظاهراً غیرکامل هم خواهد بود، می‌گردد و در نتیجه رافع عیب نخواهد بود. خامساً، آن چه باید ملاک برای قول به امکان یا عدم امکان فسخ نکاح قرار گیرد همانا وضع فعلی زوجه است که وضوحاً معیوب است نه وضع بعدی آن^{۳۱} کما این که طبق ماده ۴۲۱ قانون مدنی ملاک برای تحقق خیار غبن همانا احراز ضرر فاحش حین تحقق معامله است^{۳۲} و از این رو است که آآمدگی فروشنده برای ترمیم وضع خریدار از طریق پرداخت چندین برابر ضرری که او کرده است، باز رافع خیار غبن نخواهد بود. اگر برای تشکیک در خصوص قابلیت استناد به ماده ۴۲۱ و توجیه عدم امکان فسخ در شرایط قابل رفع بودن عیب، به ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی^{۳۳} که شرط تحقق خیار فسخ به لحاظ جنون را استقرار عیب جنون می‌داند، استناد شود، جوابش این است که در وهله اول، عیب مستقر منحصر به عیب غیرقابل درمان نیست و عیب قابل درمان در آینده دور با مخارج بالا را هم دربرمی‌گیرد. پس، در اینجا که یک هفته در میان امکان دخول و توالد فراهم است و فرض درمان نیز مربوط به آینده نسبتاً دور توأم با هزینه نسبتاً بالا است، باز می‌توان گفت که عیب عدم امکان دخول و عدم باروری عیبی مستقر است کما این که مقنن در ماده ۱۱۲۱ حتی در باره جنون ادواری که متناوباً الآن هست و در آینده نیست، باز فرض استقرار جنون را پذیرفته است. در وهله دوم، حتی اگر مراد از عیب مستقر در ماده ۱۱۲۱ همانا عیب غیرقابل درمان باشد که بعید هم نیست، باز می‌توان گفت که در اینجا که عیب تا آینده دوری درمان نمی‌شود، در حکم عیب غیرقابل درمان است و دیگر آن که ضرورت استقرار عیب در ماده ۱۱۲۱ مرتبط به عیبی خاص از نوع جنون است و معلوم نیست این ضرورت قابل توسعه به دیگر عیوب چه خاص و چه غیرخاص باشد. در وهله سوم، حتی اگر در ماده ۱۱۲۱ مراد از عیب مستقر همانا عیب غیرقابل درمان باشد، باز میتوان گفت این که بند ۲ ماده ۱۱۲۲ قانون مدنی فعلی^{۳۴} بر خلاف بند ۱ ماده ۱۱۲۲ سابق^{۳۵}، دیگر برای تحقق خیار فسخ نکاح به سبب عنن گذر یک سال را که چه بسا برای اطمینان از استقرار عنن مقرر شده بود، لازم نمی‌داند، ظاهراً علامت این است که جز در عیب جنون، مقنن برای فسخ نکاح به موجب عیب، استقرار عیب را شرط نمی‌داند. در وهله چهارم، فقیهانی مانند فقهای

۱. دکتر سیدحسین امامی، همان کتاب، ص ۴۶۷. در قلمرو فقه آقای محمدتقی بهجت (گنجینه آرای فقهی-قضایی (سی دی)، نشر آموزش قوه قضاییه، سوال (۵۷۴۱) و آقای لطف الله صافی گلپایگانی (همان منبع، سوال ۵۴۶۰) در باره عیب قابل درمان قائل به فسخ نکاح هستند ولو آن که عیب قبل از فسخ بهبود یابد. ولی، آقای محمدفاضل لنکرانی دو مسئله را تفکیک کرده اند (همان منبع، سوال ۵۴۶۰) یعنی در باره عیب قابل درمان قائل به فسخ نکاح هستند مگر آن که عیب قبل از فسخ بهبود یابد.

۲. ماده ۴۲۱: «اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد، خیار فسخ ساقط نمیشود مگر این که مغبون به اخذ تفاوت قیمت راضی گردد».

۳. ماده ۱۱۲۱: «جنون هریک از زوجین به شرط استقرار، اعم از این که مستمر یا ادواری باشد، برای طرف مقابل موجب فسخ است».

۱. بند ۲ ماده ۱۱۲۲ فعلی: «عنن به شرط این که ولو یک بار عمل زناشویی را انجام نداده باشد».

۲. بند ۲ ماده ۱۱۲۲ سابق: «عنن به شرط این که بعد از گذشتن مدت یک سال از تاریخ رجوع زن به حاکم، رفع نشده باشد».

کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابق و آقای حسین نوری همدانی،^{۳۶} که رفع عیب را موجب زوال حق فسخ دانسته اند، قاعدتا مرادشان رفع حق فسخ در شق رفع خود به خودی عیب در زمانی عرفاً کوتاه یا رفع عیب با صرف هزینه کم باز در زمانی نسبتاً کوتاه است. زیرا، تنها در چنین شقی است که شاید فرض ضرر و فرض حرج حاصل از صبر برای رفع عیب، منتفی باشد. در وهله پنجم، چون مسلم نیست که علت (نه حکمت یا فلسفه) برای وضع خیارات در زمینه عیب، عبارت از دفع ضرر از طرف دیگری باشد، نمی‌توان در شرایطی که اصل حق فسخ به سبب عیب حاصل شده است، به اتکای رفع بعدی عیب قائل به زوال خیار شد؛^{۳۷} و اصولاً در شرایط شک در زوال یا بقای یک حق باید به مقتضای استصحاب وجودی قائل به دوام آن حق (در اینجا، حق فسخ نکاح) گشت^{۳۸} مگر آن که گفته شود اصل تحقق خیار فسخ به سبب عیب منوط به احراز استقرار عیب است که مطلب دیگری است که بحث در باره اش در این مجال نمی‌گنجد.

اگر با تکیه بر نظریه پزشکی قانونی گفته شود آزمایش هورمونی مدلل نموده که زوجه در آینده دارای تخمک (حیض) خواهد شد و در نتیجه از طریق رحم اجاره ای امکان باروری خواهد داشت، جوابش این است که اولاً به شرحی که در بند قبل آمد، زوج مکلف به تحمل هزینه سرسام آور این کار که -مضافاً خلاف احتیاط شرعی و محتاج صبر ایوب و توام با صرف زمان زیاد از جمله برای پیدا کردن رحم مناسب و در مجموع مستلزم تحمیل حرج و ضرر به زوج است- نمی‌باشد ضمن آن که احتمالاً در آینده معلوم می‌شود که فرزند رحم اجاره ای دارای هویت یک انسان کاملاً طبیعی هم نیست. ثانیاً به وصفی که سابقاً آمد، ملاک در احراز عدم سلامت، وضع فعلی زن است که در این پرونده فعلاً نازا می‌باشد نه وضع آینده وی که بارور خواهد بود. ثالثاً، آنچه رافع عیب خواهد بود همانا قابلیت زایمان به نحو طبیعی است نه از طریق رحم اجاره ای. رابعاً، طبق تفسیر آقای سید ابوالقاسم خوئی^{۳۹} از آیه ۲ سوره مجادله^{۴۰} که مضافاً با آیات ۱۵ سوره احقاف،^{۴۱} ۱۴ سوره لقمان^{۴۲} و ۶ سوره زمر^{۴۳} هم تأیید می‌شود، مادر فرد حاصل از رحم اجاره ای همانا صاحب رحم خواهد بود نه زوجه موضوع این پرونده که حسب الفرض در آینده دارای ترشح قابل تزریق به رحم اجاره ای خواهد گشت. با این تفسیر، زن موضوع این پرونده را ولو آن که تزریق ترشحش در رحم اجاره ای منجر به تولد بچه ای شود، نمیتوان مادر و زاینده تلقی نمود.^{۴۴}

ح) بررسی وجود یا عدم خیار تدلیس: شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران که پس از نقض ثانوی حکم شعبه ۲۶ مرقوم متکفل رسیدگی شده است، برای توجیه عدم خیار تدلیس مطالبی اظهار نموده که با اندکی تصرف و افزودن استدلال، درج می‌گردد. این شعبه در توجیه عدم خیار فسخ به موجب تدلیس مستنداً به مسئله ۱۴ ص ۲۹۵ جلد ۲

۳. گنجینه آرای فقهی-قضایی (سی دی)، نشر آموزش قوه قضائیه، سوال ۵۴۶۰.

۴. مشابها، آقای لطف الله صافی گلپایگانی (همان منبع، سوال ۵۴۶۰) برای توجیه فسخ در حالت درمان شدن قبل از فسخ، گویند: «ظاهراً دفع ضرر حکمت حکم است نه علت آن».

۵. دکتر سیدحسن امامی، همان کتاب، ص ۴۶۷.

۱. مستحدثات المسائل، مسئله ۴۳.

۲. ان امهاتهم الا اللاتی ولدنهم.

۳. حملته امه کرها و وضعته کرها و حمله و فصاله فی عامین.

۴. حملته امه وهنا علی وهن و فصاله ثلاثون شهرا.

۵. یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث.

۶. در طریق تشکیک در استدلال به آیات ۲ مجادله، ۱۵ احقاف، ۱۴ لقمان و ۶ زمر، چه بسا متقابلاً بتوان به آیات ۵۴ سوره فرقان (هو الذی خلق من الماء بشراً) و ۲ سوره انسان (خلقنا الانسان من نطفه امشاج) استناد نمود.

تحریر الوسیله، گفته است «هرچند زوجه برخلاف ادعای اولیه اش، عیب حیض نشدن را به زوج نگفته است ولی چون این عیب در زمره عیوب خاص زن موضوع ماده ۱۱۲۳ نیست، صرف سکوت در باره آن، تدلیس موجب خیار فسخ نیست و حسب مسائل ۱۰ و ۱۱ تحریر الوسیله و نظر دکتر سیدحسن امامی،^{۴۵} این تنها در باره سکوت زوجه از عیوب خاص خود و منوط به علم وی به بی اطلاعی زوج از عیب توأم با علم او به اعتقاد زوج به عدم عیب است که خیار تدلیس (علاوه بر خیار عیب خاص) فراهم است». در پاسخ، اولاً حیض نشدن اگر تا چندین سال پس از سن بلوغ و نکاح ادامه یابد، از آن رو که سالب قدرت باروری ظرف این مدت میگردد، میتواند عیب باشد. اما اگر حیض نشدن طولانی نباشد، نه تنها عیب نیست بلکه می تواند حسن باشد کما این که زنی که مدت حیضش ۳ روز است، نسبت به زنی که حیض او ۱۰ روز به طول می انجامد، برتری دارد. با توجه به مراتب مذکور و این که در این جا آموزش هورمونی موضوع تخمک ریزی (حیض) در آینده را که علامت امکان باروری در آینده است، تایید نموده، باید گفت برخلاف تصور شعبه ۳۰ تجدیدنظر و شعبه ۲۴ دیوان، صرف حیض نشدن در سن ۱۷ سالگی بالاستقلال - یعنی با قطع نظر از عیوب نداشتن مهبل و رحم - عیب نبوده است تا نگفتن آن فرض تدلیس را مطرح سازد، ضمن آن که زوجه هم معتقد بوده در آینده حیض خواهد شد و از این رو قضیه را عیب نمی دانسته تا خود را ملزم به گفتن دانسته باشد. البته، حیض نشدن توأم با نداشتن مهبل و رحم در مجموع قطعاً عیب بوده است ولی چون ظاهراً و طبق اصل عدم علم، زن از فقدان مهبل و رحم بی خبر بوده و قضیه بعد از نکاح و بر اثر سونوگرافی بر طرفین معلوم شده، طبعاً فرض مکلف بودن زن به اطلاع دادن به زوج در باره فقد مهبل و رحم موضوعاً منتفی بوده است. بنابراین، نتیجه می گیریم که خیار فسخ از باب تدلیس منتفی است. ثانیاً، در فرض آن که مطلق حیض نشدن عیب باشد یا در فرض آن که زوجه از نداشتن مهبل و رحم هم مطلع بوده و با این وجود قضیه را به اطلاع زوج نرسانده است، برخلاف تصور شعبه ۳۰ تجدیدنظر و شعبه ۲۴ دیوان، چنین نیست که عدم تحقق خیار تدلیس در شرایط سکوت از عیوب غیر خاص اتفاقی باشد. زیرا، واقع این است که قول به تحقق خیار تدلیس در حالت سکوت نسبت به غیر عیوب خاص هم دارای طرفدارانی است به این شرح که دکتر کاتوزیان،^{۴۶} دکتر صفایی و دکتر اسدالله امامی،^{۴۷} جملگی ضمن ارجاع به متون فقهی، خیار تدلیس را علاوه بر حالت اظهار کمال مفقود یا اخفای عیب موجود، در حالت سکوت در مقام بیان یا سکوت در روابط مبتنی بر اعتماد یا سکوت از نقص عرفاً غیر قابل تسامح (مانند نقایص موضوع این پرونده) هم قابل تحقق دانسته اند. توضیحاً، ماده ۴۳۸ قانون مدنی که تدلیس را در زمینه فعل مثبت تعریف نموده است، لزوماً قابل تسری به نکاح که شبه معامله^{۴۸} است، نمی باشد.^{۴۹}

۱. همان کتاب، ص ۴۷۰.

۱. حقوق خانواده، ج ۱، ص ۲۲۱.

۲. همان کتاب، ص ۲۴۸.

۳. علت شبه معامله (نه معامله) بودن نکاح همانا آمره بودن مقررات نکاح در بسیاری از شرایط تحقق، آثار و انحلال است.

۴. برخی از فقها اصلاً تدلیس در نکاح را -چه با عملیات چه با سکوت- موجد خیاری مستقل نمی دانند. یعنی، آن را تنها در صورتی که مربوط به عیوب خاص باشد یا توأم با تخلف از شرط باشد، به ترتیب از باب خیار عیب خاص و خیار تخلف از شرط موجد حق فسخ می دانند: یوسف بن احمد بن ابراهیم بحرانی، حدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة (دوره ۲۵ جلدی)، چاپ اول (۱۴۰۵ هجری قمری)، نشر دفتر انتشارات اسلامی، مصحح/محقق: ایروانی و مقرر، ج ۲۴، ص ۳۹۳. در مقابل، برخی دیگر از فقها احتمال داده اند که تدلیس در انتساب به قبیله ای خاص که یادآور تدلیس در نسب خانوادگی (اظهار کمال مفقود) است، موجد حق فسخ گردد بدون آن که نیازی به اشتراط انتساب به آن قبیله خاص در عقد باشد (به نقل از: حدائق، همان

خ) توجیه تحقق خیار تخلف از وصف ضمنی سلامت موضوع ماده ۱۱۲۸: شعبه ۳۰ دادگاه تجدیدنظر برای تعلیل عدم خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸ مطالبی گفته که با قدری تصرف و تقویت به شرح زیر منظم و منسجم می‌شوند. این شعبه در توجیه عدم خیار مرقوم مستندا به مسئله ۱۳ ص ۲۹۵ جلد ۲ تحریرالوسیله، گفته است «برای ایجاد حق فسخ در غیر از عیوب خاص موضوع ماده ۱۱۲۳ لازم است که یا سلامت از عیوب ضمن عقد نکاح شرط شده باشد یا حین خواندن خطبه (با ضم خاء) زن به وصف سلامت توصیف شده باشد (این خانم را که جسما و روحا کامل و سالم است، به تزویج موکلت در می‌آورم) یا آن که شرط سلامت شرطی بنائی باشد یعنی در خطبه (با کسر خاء) که همان خواستگاری است یا در مطلق گفتگوهای مقدماتی، زن به سلامت توصیف شده باشد و سپس خطبه عقد براساس این گفتگوها ولی بدون اشتراط سلامت در ضمن عقد و نیز بدون توصیف به سلامت حین خواندن خطبه نکاح، منعقد شده باشد؛ و چون در این پرونده هیچ یک از این سه شرط صورت نگرفته است، پس خیار تخلف از وصف موضوع مسئله ۱۳ تحریر یا ماده ۱۱۲۸ منتفی است». بدو قبل از پاسخ دادن به استدلال مرقوم از شعبه ۳۰، متذکر می‌شود که با توجه به تعریف مقنن در ماده ۱۱۲۸ و نیز تعریف مندرج در تحریرالوسیله از شرط بنائی که ایجاب می‌کند تا در مذاکرات مقدماتی مبنای نکاح این شرط ذکر شود، نتیجه می‌گیریم که شرط بنایی همان طور که دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی هم گفته اند،^{۵۰} از اقسام شرط ضمنی نیست. لذا برخلاف تصور شعبه دیوان، مانحن فیه نمی‌تواند از مصادیق تخلف از شرط بنائی (وصف بنائی) باشد زیرا در اینجا در مذاکرات مقدماتی مبنای نکاح نه صراحتا صحبتی از شرطیت سلامت خانم از امراض و معایب جدی شده و نه صراحتا زن به سلامت توصیف شده است. در پاسخ از استدلال مذکور از شعبه ۳۰، اولاً مسئله مذکور از تحریرالوسیله یا ماده ۱۱۲۸ نمی‌گوید اشتراط سلامت در ضمن خود عقد باید به نحو صریح باشد تا تخلف از آن موجب فسخ باشد. ثانیاً، اگر قاضی از قرائن قویه موجود در قبل، حین و بعد از خواستگاری و نیز از قرائن قضیه در مجلس عقد نکاح و هم چنین از قرائن موجود در نحوه کلمات و اعمال طرفین و اقوام آنها پس از خطبه عقد، در مجموع علم حاصل نماید که خطبه عقد واقعا ولی به نحو ضمنی مبتنی بر شرط سلامت زوجه منعقد شده است، مگر با توجه به این که حجیت علم ذاتی است و تخلف از مقتضای علم موجب فسق و انعزال قاضی از مقامش می‌شود، آیا قاضی میتواند در صورت کشف عدم سلامت زوجه در حین نکاح و تقاضای زوج برای اعلام فسخ، بر لفظ جامد شود و به صرف این که سلامت صریحا شرط نشده است، نکاح را غیرقابل فسخ بداند؟ مسلما نمی‌تواند.^{۵۱} توضیحا، مراد از شرط ضمنی این است که متعاقد بدون ذکر مثلا نظر به وصف سلامت دارد. مثلا، در عرف هر چند هیچ جوان متعارفی حاضر به ازدواج دائم با فرد غیرقابل دخول یا فرد نازا یا فرد غیرنجیب یا فرد مبتلا به ایدز نیست، ولی به لحاظ رعایت نزاکت یا شرم از بیان، نه در خود عقد و نه در مذاکرات

کتاب، ص ۸۹: الأوقی عدم الخیار بدون الشرط فی متن العقد و هو قول الشیخ فی المبسوط و الأكثر، انتهى). احتمالی که دسته اخیر از فقها داده اند به معنای امکان تلقی خیار تدلیس به عنوان خیاری مستقل می‌باشد.

۱. حقوق خانواده، چاپ دوم (۱۳۷۶)، نشر گنج دانش، ص ۲۱۸.

۱. برای امکان فسخ حتی در حالت تخلف از شرط ضمنی سلامت از عیوب غیرخاص، نک: شیخ یوسف بحرانی، همان کتاب، ص ۳۹۳ (بسبب اشتراط صفة کمال و هی غیر موجوده، او ما هو فی معنی الشرط) و ص ۳۹۴ (منشأ الخیار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر) - آقای ناصر مکارم شیرازی (گنجینه آرای فقهی-قضایی، نشر آموزش قوه قضائیه، سوال ۹۰۶۱)، جایی که میگوید: «بکارت به صورت شرط ضمنی بر دختران شرط است و نبودنش عیب و مخالف شرط ضمنی است». از عبارات آقای سیدمحمدرضا موسوی گلپایگانی فهمیده میشود که ایشان نیز هر عقد نکاح را مبتنی بر شرط ضمنی سلامت میداند که تخلف از آن شرط مستوجب حق فسخ است (گنجینه آرای فقهی-قضایی، نشر آموزش قوه قضائیه، سوال ۲۴۷۰).

مقدماتی، صراحتاً ذکر از ضرورت قابل دخول و ولود و نجیب و سالم بودن از امراض نمی‌کند و در عین حال به محض کشف یکی از این عیوب یا کشف نداشتن ولو یکی از این اوصاف کمال، خود و خانواده اش نهایت تلاششان را برای رهایی از چنین نکاحی به کار می‌گیرند و جامعه نیز این تلاش را نه تنها تقبیح نمی‌کند بلکه در مواردی تحسین هم می‌کند. مشابهاً، در این جا هم صراحتاً ذکر از سالم بودن زن از معایب جدی نشده ولی حسب داوری عرف، نکاح به نحو ضمنی به اتکای وجود وصف سلامت از این معایب منعقد گشته است (التصریح فی العرف کالتصریح فی العقد- مواد ۲۲۵ و ۳۵۶ قانون مدنی^{۵۲}). زیرا، دلیلی ندارد که مرد موضوع پرونده - که مردی جوان و شاغل و سالم بوده و برای اولین بار ازدواج می‌نموده - خواسته باشد تا مخارج مربوط به ازدواج با یک فرد سالم را برای یک فرد ناسالم بپردازد کما این که دختر نیز که تمام مخارج و مهریه مربوط به دختری بی‌عیب را دریافت کرده، تلویحاً فهمانده است که سالم است. پس، فرض سلامت زوجه به لحاظ آن که ریشه در حرکات ضمنی طرفین نکاح دارد، داخل قلمرو نکاح شده و صرفاً داعی یا انگیزه شخصی زوج نبوده تا اثر حقوقی نداشته باشد.

د) بررسی فوریت خیار تدلیس در نکاح: چون مقنن خیار عیب (ماده ۴۳۵ قانون مدنی^{۵۳}) و خیار تدلیس (ماده ۴۴۰ قانون مدنی^{۵۴}) را برخلاف خیار تخلف از شرط، فوری دانسته است، دکتر سید حسن امامی^{۵۵} فوریت فسخ نکاح در ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی^{۵۶} را منحصر به خیاران عیب و تدلیس نه خیار تخلف از وصف موضوع ماده ۱۱۲۸ دانسته است. ولی، با توجه به ظهور ماده ۱۱۳۱ که طی آن بدون تفکیک، خیار فسخ نکاح فوری اعلام شده و نیز با التفات به ضرورت تثبیت خانواده، معتقدم فوریت مربوط به هر سه خیار است.

ذ) منوط بودن فوریت فسخ به علم به قانون موجد حق فسخ با وجود اماره علم به قانون: طبق ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی، خیار فسخ نکاح فوری است یعنی تاخیر در اجرای حق فسخ مسقط این حق است مشروط به علم به علم به فسخ و علم به فوریت اجرای حق. می‌دانیم که طبق ماده ۲ قانون مدنی، پس از انتشار قانون، اماره بر علم اشخاص به قانون است و در تعارض میان هر اماره با هر اصل عملی - در اینجا، اصل عملی عدم که مراد عدم علم است - این اماره است که به سبب کاشفیتش از واقع، حاکم می‌شود. ولی چه بسا به دلایل زیر بوده است که مقنن در ماده ۱۱۳۱ و معدود مواد دیگر، همگام با اصل عملی عدم علم (استصحاب عدمی؛ الله اخرجکم من بطون امهاتکم لا تعلمون شیئاً^{۵۷})، فرض را بر جهل به قاعده قانونی داشتن حق فسخ در صورت عیب و نیز فرض را بر جهل به فوریت اجرای این حق گذارده و از این رو تاخیر در اجرای حق فسخ را تنها در صورت احراز علم به وجود حق فسخ و علم به فوریت اجرای آن، مسقط حق فسخ شمرده است. ظاهر حال عوام و حتی برخی از خواص نیز عدم اطلاع از چنین اموری است. اماره علم افراد به قانون در ماده ۲

۲. ماده ۲۲۵: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

ماده ۳۵۶: «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا از توابع مبیع شمرده شود یا قرائن دلالت بر دخول آن در مبیع نماید، داخل در بیع و متعلق به مشتری است اگر چه در عقد صریحاً ذکر نشده باشد و اگر چه متعاملین جاهل بر عرف باشند».

۱. ماده ۴۳۵: «خیار عیب بعد از علم به آن فوری است».

۲. ماده ۴۴۰: «خیار تدلیس بعد از علم به آن فوری است».

۳. همان کتاب، ج ۴، ص ۴۷۳.

۴. ماده ۱۱۳۱: «خیار فسخ [نکاح] فوری است و اگر طرفی که حق فسخ دارد بعد از اطلاع به علت فسخ، نکاح را فسخ نکند، خیار او ساقط میشود به شرط این که علم به حق فسخ و فوریت آن داشته باشد. تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده به نظر عرف و عادت است».

۱. سوره نحل آیه ۷۸.

قانون مدنی^{۵۸} که از حقوق خارجی و با توجه به مصالح اقتباس شده، منحصر به امور حکمی است نه امور موضوعی. این اماره از حقوق جزا وارد حقوق خصوصی شده^{۵۹} و این ورود همواره با انتقاداتی مواجه بوده است. چون هر جرمی معمولاً در اخلاق هم مذموم است، فرض علم فرد به بدی عمل مجرمانه می رود لذا در حقوق جزا جهل به قانون عذر نیست^{۶۰} و مضافاً مصلحت جامعه می طلبد که نگذارد مجرمان به ادعای جهل از مجازات رهایی یابند. ولی در حقوق خصوصی مواجه با مجرم نیستیم تا چنین مصلحتی فرض علم افراد به قانون را ایجاب کند. بسیاری از قضات برجسته در حقوق انگلیس گفته اند «نباید فرضی را کنیم که می دانیم غلط است زیرا، واقع این است که وکلا و حتی برخی از قضات بسیاری از مسائل حقوق خصوصی را نمی دانند».^{۶۱} به هر حال، حتی در امور کیفری نیز فرض علم افراد به مسائل، مبنایی در حقوق الهی^{۶۲} ندارد و مثلاً می دانیم که حسب ماده ۱۶۶ قانون مجازات اسلامی،^{۶۳} حد مسکر فقط در حالت علم به حرمت مورد حکم قرار می گیرد. در حقوق جزای خارجی و در حقوق جزای ایران (جز در مواردی از حقوق جزای اسلامی)، اماره علم فرد به قانون مطلق است و اجازه اثبات جهل داده نمی شود ولی در قلمرو حقوق خصوصی اولاً گاه مواد به نحوی انشاء شده اند که مانند ماده ۱۱۳۱ فرض را بر جهل نهاده و ثانیاً در مواردی که فرض بر علم است، باز اجازه اثبات جهل داده میشود (اماره نسبی).

ر) شروع فرجه فوری خیار و عذر تلقی شدن تاخیر موجه: ممکن است در مانحن فیه کسی برای توجیه سقوط خیار فسخ به سبب تاخیر، به رای اصراری شماره ۱۷ مورخ ۸۲/۱۰/۲۳ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور متوسل شود که می گوید: «اگر زوج پس از اطلاع از برص به امید بهبودی به پزشک مراجعه کند و در این مدت هم معاشرت را ترک نکند، فوریت را از دست داده زیرا فوریت از زمان اطلاع از برص است نه از زمان رفع تردید و تسلیم دادخواست». در جواب از قول بالا، اولاً حق فسخ با فوریت عرفی اعمال گشته است. زیرا، لحظه شروع فوریت برای اعمال فسخ، لحظه اطمینان شخص از وجود عیب و نیز اطمینان از لاعلاج بودن عیب با مخارج متعارف ظرف مدت متعارف است. در اینجا، لحظه وصول نتایج آخرین آزمایش ها و عکس های مختلف و سپس اعلام نظریه آخرین پزشک مبنی بر در حکم عدم بودن رحم و منحصر بودن باروری به اجاره رحم غیر و غیرقابل دخول بودن زن در وضع فعلی، لحظه شروع فرجه برای اعمال خیار فسخ بوده است. با توجه به مراتب بالا و این که مراد از فوریت همانا فوریت عرفی است و نیز با عنایت به این که زوج مدت کوتاهی برای امتحان روش دوستانه حل مشکل نیاز داشته و پس از ناکامی در

۲. ماده ۲: «قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجرا است مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد».
۳. Note (1931) 45 Harv. L. Rev. 336. ولی برخلاف این منبع، اولین فردی که فرض علم افراد به قانون را از حقوق جزا به حقوق خصوصی وارد نمود، لرد النبورگ (Lord Ellenborough) نبود زیرا او خود برای توجیه این ورود به قضاوت قضات در پرونده دیگر استناد نمود. برای شرح بیشتر در این باره، نک:

Dr. Bahram Darvish, *The Elements of Fraudulent Misrepresentation under English Law with Some Indication of Shi'I Ithna Ashari Law*, (1997), U.K., Aberdeen University, PhD Thesis, at p. 41, fn. 115.

⁶⁰. ignorantia juris non excusat.

⁶¹. *Montriu v. Jefferies* (1825) 2 C. & P. 113, at 116. See also: per Lord Atkin in *Evans v Bartlem*, [1937] A.C. 437, p. 479

For similar statements, see: *West London Commercial Bank v. Kitson* (1884), 13 Q.B.D. 360, C.A., p. 362, per Bowen, L.J.. For similar passages, see also: per Lord Atkin in *Evans v. Bartlam* [1973] A.C. 473, p. 479; Sir John Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed. 1966, p. 396

⁶². canon law.

۳. ماده ۱۶۶: «حد مسکر بر کسی ثابت می شود که بالغ و عاقل و مختار و آگاه به مسکر بودن و حرام بودن آن باشد».

حل مسالمت آمیز قضیه، مدت کوتاه دیگری برای یافتن روش صحیح طرح دعوا و تهیه هزینه احتمالی آن نیاز داشته است، در نهایت می‌توان گفت که زوج با رعایت فوریت عرفی، مبادرت به طرح دعوی فسخ نموده است، یعنی اصولاً تاخیری در کار نبوده است. حتی اگر بپذیریم که قدری تاخیر در تقدیم دادخواست شده است، این تاخیر معذور بوده است. زیرا به شرحی که آمد، تاخیر مذکور صرفاً برای حل دوستانه قضیه و سپس برای یافتن روش صحیح دعوا بوده است. مضافاً، نهایت قضیه این است که در صورت شک در زوال حق فسخ تثبیت شده، باید حسب استصحاب وجودی، معتقد به بقای آن حق شد.^{۶۴} ظاهراً ملاحظه همین امور و دلایل موجب شده است که خواننده یا وکیلش حین دفاع در قبال دعوا، به سقوط حق فسخ به سبب تاخیر در اجرای آن، متوسل نشوند.

ز) وضع مهر در صورت دخول و فسخ در غیرخیار تدلیس: در فرض دخول و بعد فسخ نکاح، شیخ طوسی زن را فقط مستحق مهرالمثل دانسته است.^{۶۵} ولی مشهور فقها در صورت تعیین مهر، معتقد به مهرالمسمی شده‌اند.^{۶۶} دلیلش این است که در هنگام دخول، عقد و مهر نافذ بوده و پس از آن اگر نکاح به سبب طلاق یا فسخ یا فوت منحل شود، حق سابق زن از بین نمی‌رود^{۶۷} زیرا هیچ یک از این وقایع نکاح را از اول باطل نمی‌کند و تنها ناظر به آینده است. بدیهی است اگر مهری تعیین نشده باشد و متعاقب دخول، نکاح فسخ گردد، زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود.

ژ) وضع مهر در صورت دخول و فسخ در خیار تدلیس و وضع سایر خسارات: با التفات به جمیع مراتب معنونه، معتقدم زوج خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت داشته و این حق را با فوریت عرفی اعمال نموده است. از این رو، بایستی مستنداً به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، فسخ نکاح از لحظه ثبت دادخواست معتبر شمرده شود. اما به دلایلی که آمد، زوج از خیار عیب موضوع ماده ۱۱۲۳ قانون مدنی یا از خیار تدلیس بهره مند نبوده است و هرگونه اشاره شعبه ۲۴ دیوان عالی کشور به تدلیس چنانچه برای توجیه وجود خیار تدلیس در کنار خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت صورت گرفته باشد، صحیح به نظر نمی‌رسد. این که زوج مضافاً خیار تدلیس هم داشته باشد یا نداشته باشد، واجد اثر عملی مهمی است. زیرا، از میان خیار عیب و خیار تخلف از شرط ضمنی سلامت و خیار تدلیس، این تنها در زمینه خیار تدلیس است که به جهت عقوبت دادن به مدلس^{۶۸} یا وجود رابطه سببیت، تدلیس کننده -چه زوج باشد چه دیگری- مجرم تلقی می‌شود و مضافاً تدلیس کننده طبق ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، مکلف به جبران تمامی (نه تنها مهر)^{۶۹} خسارات وارد شده به زوج می‌گردد و از جمله همان طور که در خبر صحیح حلبی از امام صادق (ع) هم

۱. الحق القدیم لا یزیله شیء.

۲. ابوجعفر محمد بن حسن (طوسی)، مسوط فی فقه الامامیه، (دوره ۸ جلدی)، چاپ سوم (۱۳۸۷ هجری قمری)، نشر مکتبه مرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، محقق/مصحح: محمدتقی کشفی، ج ۴، ص ۲۵۱ (به این استدلال که فسخ به موجب عیبی که حین عقد وجود داشته صورت می‌گیرد، پس احکام نکاح فاسد بار میشود).

۱. محقق حلبی، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۶- زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرایع الإسلام (دوره ۱۵ جلدی)، نشر موسسه معارف اسلامیة، چاپ اول (۱۴۱۳ هجری قمری)، ج ۸، ص ۱۲۹- زین الدین بن علی بن احمد عاملی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (دوره ۱۰ جلدی)، کتابفروشی داوری، چاپ اول (۱۴۱۰ هجری قمری)، ج ۵، ص ۳۹۵- محمدحسن نجفی، همان کتاب، ص ۳۱۹- شیخ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی/محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ اول (۱۴۱۱ هجری قمری)، نشر موسسه آل البیت (بیروت)، ج ۱۳، ص ۲۵۹- میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۴۹۴، سوال ۳۱۷- روح الله موسوی خمینی، همان کتاب، ص ۲۹۴، مسئله ۹.

۲. محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۲۵۴.

۳. یوسف بحرانی، همان، ص ۳۷۸.

۱. همان، ص ۳۷۸.

آمده است،^{۷۰} در صورت پرداخت مهریه، تدلیس کننده حتی در فرض دخول که البته اینجا منتفی است، مکلف به رد مهریه [در صورت تعذر رد عین مهریه، مکلف به رد مثل یا قیمت مهریه] به زوج خواهد بود. دکتر ناصر کاتوزیان^{۷۱} در قسمت جبران ضرر معنوی معتقدند بایستی لذت جنسی مربوط به دخول از جمع خسارات معنوی کسر گردد و عدد حاصل از این تفریق، از باب جبران ضرر معنوی از سوی زوجه پرداخت خواهد شد.^{۷۲}

۲. شیخ محمدحسن نجفی، همان کتاب، ص ۳۱۹ جایی که صاحب جواهر خیر صحیح حلبی از امام جعفر صادق (ع) را آورده که طی آن حضرت (ع) در شرایط کتمان عیب موجب فسخ توسط ولی و دخول، ضمن تأکید بر استحقاق زوجه بر مهرالمسمی (لها المهر بما استحل من فرجها)، در مقابل برای زوج نیز حق رجوع به ولی مدلس [ولی موضوعیت ندارد و هر مدلسی از جمله خود زوجه را هم دربر می‌گیرد] برای پس گرفتن مهریه تأکید فرموده اند (داخل گروه افزوده نگارنده این مقاله است).

برای همین عقیده، به ترتیب در قلمرو فقه و حقوق مضافاً نک: محقق حلی، شرایع الاسلام فی الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۶۵-میرزای قمی، جامع الشتات، ص ۴۹۴، سوال ۳۱۷-روح الله موسوی خمینی، همان کتاب، ص ۲۹۵، مسئله ۱۰-دکتر ناصر کاتوزیان، همان کتاب، ص ۲۹۸. برای عقیده به حق رجوع به مدلس برای برگرداندن مهر در شرایط دخول و فسخ.

۳. همان کتاب، ص ۲۹۸.

۴. در مقایسه، در قلمرو فقه که به دلیل ممکن نبودن جبران ریالی ضرر معنوی زوج، نوبت به کسر لذت جنسی مرد از صدمات معنوی وی نمیرسد، برخی معتقدند باید مابازاء لذت جنسی مربوط به دخول را از طریق کسر مبلغی از مهریه ای که زوج از زوجه مدلس پس می‌گیرد، به زوجه برگرداند. یعنی، در صورتی که مدلس خود زوجه باشد و دخول و سپس فسخ نکاح شده باشد، عده ای معتقدند چیزی ولو یک ریال، و عده ای دیگر معتقدند اقل مهر امثال زوجه، از مهرالمسمی، استثنا می‌شود (به سبب عوض بودن آن استثنا برای بضع) و مابقی به زوج رد میشود. ولی در نظر میرزای قمی، اشهر و اظهر عدم استثنا است، زیرا دلیل واضحی از برای این استثنا نمی‌بینند (میرزای قمی، جامع الشتات، ج ۴، ص ۴۶۰ و ص ۴۹۵).

منابع

قرآن کریم

الف) منابع قانونی به زبان فارسی

- ۱- قانون اساسی
- ۲- قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹
- ۳- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵
- ۴- قانون مجازات اسلامی
- ۵- قانون مدنی
- ۶- لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸

ب) دیگر منابع به زبان فارسی

- ۱- امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ دوم (۱۳۶۳)، نشر کتابفروشی اسلامیه
- ۲- بانک اطلاعات مقالات حقوقی (سی دی)، تدوین علی مکرّم، نسخه ۷/۴ (اول تابستان ۱۳۸۸)،
Ali.Mokaram@gmail.com
- ۳- جعفری لنگرودی، دکتر محمدجعفر، حقوق خانواده، چاپ دوم (۱۳۷۶)، نشر گنج دانش
- ۴- شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی (دوره ۳ جلدی)، ج ۱، چاپ هفدهم (بهار ۱۳۸۷)، نشر دراک
- ۵- صفایی، دکتر سیدحسین، و امامی، دکتر اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ سوم (آذر ۱۳۷۲)، نشر موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران
- ۶- کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ ۳ (تابستان ۱۳۷۱)، نشر شرکت انتشار
- ۷- محقق داماد، دکتر سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن)، چاپ چهارم (بهار ۱۳۷۲)، نشر علوم اسلامی
- ۸- نظریه شماره ۷/۴۱۲۴ مورخ ۷۶/۷/۲۱ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه
- ۹) نظریه شماره ۷/۳۹۰۲ مورخ ۸۱/۵/۹ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه

پ) منابع به زبان عربی

- ۱- انصاری، شیخ مرتضی بن محمد امین دزفولی نجفی، المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات (دوره ۳ جلدی)، ج ۲، چاپ اول (۱۴۱۱ هجری قمری)، نشر منشورات دارالذخائر، محقق/مصحح: محمدجواد رحمتی-سید احمد حسینی
- ۲- بحرانی، شیخ یوسف بن احمد بن ابراهیم، حدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره (دوره ۲۵ جلدی)، چاپ اول (۱۴۰۵ هجری قمری)، نشر دفتر انتشارات اسلامی، مصحح/محقق: ایروانی و مقرر، ج ۲۴
- ۳- حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه

- (تحریر الاحکام)، دوره ۲ جلدی (قطع رحلی)، ج ۱، بی تا
- ۴- حلّی (محقق حلّی)، ابو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، شرایع الاسلام فی الحلال والحرام (دوره ۴ جلدی)، ج ۲، چاپ دوم (۱۴۰۸ هجری قمری)، محقق/مصحح: عبد الحسین محمد علی بقال، نشر مؤسسه اسماعیلیان
- ۵- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه (دوره ۱۰ جلدی)، کتابفروشی داوری، چاپ اول (۱۴۱۰ هجری قمری)، ج ۵
- ۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام (دوره ۱۵ جلدی)، نشر مؤسسه معارف اسلامیة، چاپ اول (۱۴۱۳ هجری قمری)، ج ۸
- ۷- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم بن عبدالعظیم، عروه الوثقی (دوره ۲ جلدی)، ج ۱، چاپ دوم (۱۴۰۹ هجری قمری)، نشر مؤسسه اعلمی مطبوعات (بیروت)
- ۸- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، مبسوط فی فقه الامامیه، (دوره ۸ جلدی)، چاپ سوم (۱۳۸۷ هجری قمری)، نشر مکتبه مرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، محقق/مصحح: محمد تقی کشفی، ج ۴
- ۹- گنجینه آرای فقهی-قضایی (سی دی)، نشر آموزش قوه قضاییه
- ۱۰- محقق ثانی/محقق کرکی، شیخ علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ اول (۱۴۱۱ هجری قمری)، نشر مؤسسه آل
- ۱۱- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله (دوره دو جلدی)، ج ۲، چاپ دوم (بی تا)، نشر مؤسسه مطبوعات دارالعلم
- ۱۲- میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن گیلانی، جامع الشتات فی أجوبه السؤالات، (دوره ۴ جلدی)، ج ۴، نوبت چاپ اول (۱۴۱۳ هجری قمری)، نشر مؤسسه کیهان
- ۱۳- نجفی (صاحب جواهر)، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام (دوره ۴۳ جلدی)، ج ۳۰، دار احیاء التراث العربی (بیروت-لبنان)، چاپ هفتم، (محقق/مصحح: شیخ عباس قوچانی)
- ۱۴- خوئی، سید ابوالقاسم، مستحدثات المسائل
- ۱۵- شرایع الاسلام فی الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۶۵

ت) منابع به زبان انگلیسی

- 1- *Evans v Bartlem*, [1937] A.C. 437
- 2- *Montriu v. Jefferies* (1825) 2 C. & P. 113
- 3- Note (1931) 45 Harv. L. Rev. 336
- 4- Salmond, Sir John, *Jurisprudence*, 12th ed. 1966
- 5- Darvish, Dr. Bahram, *The Elements of Fraudulent Misrepresentation under English Law with Some Indication of Shi'I Law*, (1997), U.K., Aberdeen University, PhD Thesis
- 6- *West London Commercial Bank v. Kitson* (1884), 13 Q.B.D. 360, C.A.