

۱۴۹۳۲۲



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

پایان نامه جهت دریافت درجه ی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

عنوان:

موجبات حق فسخ نکاح

در قانون مدنی ایران

دانشجو:

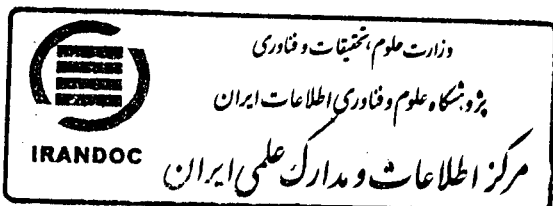
ابراهیم رضوانی

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسین مهرپور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر گودرز افتخار جهرمی



تابستان ۱۳۸۹

۱۴۹۳۵۳

۱۳۸۹/۱۰/۲۰

فهرست مطالب :

چکیده

مقدمه

۱

فصل اول : مفهوم، شرایط و آثار فسخ نکاح

۵

مبحث اول : ماهیت حقوقی، خصوصیات و مبنای فسخ در قراردادها

۶

گفتار اول - مفهوم و ماهیت حقوقی فسخ

۷

بند اول - تعریف فسخ

۷

بند دوم - ماهیت حقوقی فسخ

۷

گفتار دوم - خصوصیات و مبنای فسخ در قرارداد

۹

بند اول - خصوصیات فسخ

۹

بند دوم - مبنای فسخ

۹

بند سوم - مقایسه فسخ، انفساخ و تفاسخ

۱۰

مبحث دوم - مفهوم و اسباب انحلال عقد نکاح

۱۱

گفتار اول - مفهوم انحلال عقد نکاح

۱۲

گفتار دوم - اسباب انحلال عقد نکاح

۱۳

بند اول - شرح و بررسی ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی

۱۳

بند دوم - انحلال ارادی عقد نکاح

۱۵

بند سوم - انحلال قهری عقد نکاح

۲۰

بند چهارم - پیشنهاد اصلاح ماده ۱۱۲۰ ق.م.

۲۰

۲۲	مبحث سوم : شرایط و آثار فسخ نکاح
۲۳	گفتار اول - شرایط فسخ نکاح
۲۳	بند اول - قصد
۲۳	بند دوم - رضا
۲۳	بند سوم - اهلیت
۲۴	بند چهارم - فوریت خیار فسخ نکاح
۲۵	گفتار دوم - آثار فسخ نکاح
۲۵	بند اول - انحلال عقد
۲۵	بند دوم - وضعیت مهر
۲۵	الف - مهر در فسخ نکاح قبل از نزدیکی
۲۶	ب - مهر در فسخ نکاح بعد از نزدیکی
۲۷	ج - فرض عدم استحقاق زوجه
۲۸	مبحث چهارم: مقایسه فسخ نکاح با سایر اسباب انحلال عقد نکاح و بطلان آن
۲۹	گفتار اول - مقایسه فسخ نکاح با طلاق
۲۹	بند اول - وجوه تشابه فسخ نکاح و طلاق
۳۰	بند دوم - وجوه تفاوت فسخ نکاح و طلاق
۳۳	گفتار دوم - مقایسه فسخ نکاح با انفساخ و بطلان نکاح
۳۳	بند اول - مقایسه فسخ نکاح با انفساخ نکاح
۳۳	بند دوم - مقایسه فسخ نکاح با بطلان نکاح

۳۵	فصل دوم : عیوب مجوز فسخ نکاح
۳۶	مقدمه
۳۷	مبحث اول - عیب مشترک - جنون
۳۸	گفتار اول - تعریف جنون و اقسام آن
۳۸	بند اول - تعریف جنون
۳۹	بند دوم - اقسام جنون
۴۰	گفتار دوم - احراز جنون
۴۰	گفتار سوم - مفهوم استقرار
۴۱	گفتار چهارم - درمان جنون
۴۱	گفتار پنجم - نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه و نمونه آراء دادگاه ها در رابطه با جنون در عقد نکاح
۴۱	بند اول - نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه در رابطه با جنون در عقد نکاح
۴۲	بند دوم - نمونه آراء دادگاه ها در مورد جنون در نکاح
۵۰	مبحث دوم - عیوب مختص مرد
۵۱	گفتار اول - بررسی تغییرات قانون مدنی در مورد عیوب مختص مرد
۵۵	گفتار دوم - خصاء
۵۷	گفتار سوم - عنن
۵۷	بند اول - تعریف و اقسام عنن
۶۰	بند دوم - شرایط احراز و اثبات عنن
۶۱	بند سوم - نمونه آراء دادگاه ها در رابطه با عنن

- ۶۷ گفتار چهارم - مقطوع بودن آلت تناسلی
- ۶۹ مبحث سوم - عیوب مختص زن
- ۷۰ گفتار اول - قرن
- ۷۰ بند اول - مفهوم و اقسام قرن
- ۷۲ بند دوم - نمونه رأی دیوان عالی کشور در رابطه با قرن
- ۷۳ گفتار دوم - جذام
- ۷۳ گفتار سوم - برص
- ۷۳ بند اول - تعریف برص
- ۷۴ بند دوم - نمونه رأی دادگاه ها در رابطه با برص
- ۷۷ گفتار چهارم - افضاء
- ۷۸ گفتار پنجم - زمین گیری
- ۷۸ بند اول - مفهوم زمین گیری
- ۷۸ بند دوم - نمونه رأی دادگاه ها در رابطه با زمین گیری
- ۸۰ گفتار ششم - نایبانی از هر دو چشم
- ۸۱ فصل سوم: تخلف از شرط صفت و تدلیس در عقد نکاح
- ۸۳ مبحث اول - تخلف از شرط صفت
- ۸۳ گفتار اول - مفهوم شرط صفت
- ۸۵ گفتار دوم - اثر قانونی تخلف از شرط صفت
- ۸۵ گفتار سوم - تشخیص صفاتی که عقد متباینا بر آن واقع می شود

- ۸۶ گفتار چهارم - نمونه آراء دادگاه ها در رابطه با تخلف از شرط صفت در نکاح
- ۸۹ مبحث دوم: تدلیس
- ۹۰ گفتار اول - تعریف، ارکان و شرایط تدلیس
- ۹۰ بند اول - تعریف تدلیس
- ۹۱ بند دوم - ارکان تدلیس
- ۹۱ بند سوم - شرایط تدلیس
- ۹۵ بند چهارم - تدلیس ثالث
- ۹۶ گفتار دوم - رابطه خیار تدلیس و خیار تخلف از وصف (تخلف از شرط صفت)
- ۹۷ گفتار سوم - آثار قانونی تدلیس
- ۹۷ بند اول - قابلیت فسخ عقد یا بطلان آن
- ۹۷ بند دوم - خسارات ناشی از تدلیس
- ۹۸ گفتار چهارم - مقایسه موجبات خیار تدلیس و خیار عیب
- ۹۹ گفتار پنجم - نمونه آراء دادگاه ها در رابطه با تدلیس در نکاح
- ۱۰۲ نتیجه و پیشنهاد
- ۱۰۷ فهرست منابع و مآخذ
- ۱۰۹ چکیده به زبان انگلیسی

دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

نام خانوادگی: رضوانی

نام: ابراهیم

سال ورود: ۱۳۷۳

رشته تحصیلی: حقوق خصوصی

استاد راهنما: آقای دکتر حسین مهرپور

تاریخ فراغت از تحصیل: تابستان ۱۳۸۹

استاد مشاور: آقای دکتر گودرز افتخارجهرمی

عنوان پایان نامه: موجبات حق فسخ نکاح

چکیده

عقد نکاح به عنوان سرآغاز تشکیل کانون خانواده می باشد. با توجه به اهمیت غیر قابل انکار این واحد اجتماعی در رشد و توسعه فضائل فردی و اجتماعی، ایجاد و انحلال آن پیوسته مورد توجه خاص پژوهشگران حوزه حقوق و تکالیف زوجین بوده و هست. اگرچه قوانین موضوعه مربوط به خانواده پیوسته در معرض پیشنهادهای اصلاحی قرار داشته اما تغییرات و اصلاحات نیز هرگز نتوانسته موجب اقتناع حداکثری گردد و زنان جامعه همچنان قوانین مربوط به نکاح و انحلال آن را متأثر از تفکرات ترجیح گرای جنسیتی و تحت سیطره تبعیض های ناروا می دانند. از این رو در این مختصر یکی از اسباب انحلال عقد نکاح یعنی «فسخ نکاح» مورد بررسی قرار گرفته و ضمن تبیین مفهوم، شرایط و آثار فسخ نکاح به مقایسه عیوب موجب حق فسخ برای هریک از زوجین پرداخته شده است. احکام تبعیض آمیز قانون مدنی در زمینه فسخ نکاح به استناد عیوب احصاء شده، یک بی عدالتی آشکار بوده و با توجه به مقتضیات زمان و پیشرفت های چشمگیر علوم بشری به هیچ وجه قابل توجیه نیست. لذا علی رغم تمامی محدودیت های موجود، اصلاح قوانین مربوط به فسخ نکاح خصوصاً در زمینه خیار عیب به منظور رفع تبعیض های ناروا و حفظ استحکام بنیان خانواده ضروری می نماید.

تقدیم به:

روح پرفتوح اساتید بزرگی چون زنده یاد دکتر مهدی شهیدی و زنده
یاد دکتر امیرحسین فخاری که نفس گرمشان تا قیام قیامت در جای
جای دانشکده حقوق، آرام بخش جان دلباختگان این عرصه خطیر
است.

تقدیر و شکر از:

- ۱- جناب آقای دکتر حسین مهرپور که علاوه بر راهنمایی های بزرگوارانه، کتاب حقوق زن ایشان موجب اعتماد به نفس اینجانب در بیان مطالب گردید.
- ۲- جناب آقای دکتر گودرز افتخار جهرمی که نه تنها به عنوان استاد مشاور بلکه به عنوان یک پدر دلسوز، پیوسته خواهان رشد روز افزون فرزندان خویش در دانشکده حقوق هستند.
- ۳- جناب آقای دکتر محمدجواد صفار که با وجود مشغله های فراوان، برای داوری این پژوهش قبول زحمت فرمودند.
- ۴- جناب آقای دکتر محمدباقر شاملو که پشتیبان ارزنده ای برای دانشجویان تحصیلات تکمیلی دانشکده هستند.

در عصر حاضر طرفداران تساوی حقوق زن و مرد و به عبارتی مدعیان احیای حقوق زن در برابر مرد، با شعار ضرورت رفع تبعیض بین زن و مرد، به وسیله تثبیت و قانونی کردن برخورداری زن و مرد از اختیار و وضعیت یکسان در ایجاد علقه زوجیت و آثار و انحلال نکاح، تلاش های فراوانی نموده و برخی توافقات بین المللی از جمله میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی، اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان را به این سمت و سو هدایت نموده اند که زوجین جز تفاوت جنسیت هیچ گونه تفاوت دیگری با یکدیگر نداشته و می بایست نه تنها در حقوق بلکه در وظایف و مسئولیت های ناشی از رابطه زوجیت نیز از شرایط مساوی و یکسان برخوردار باشند. اما با اندکی تامل می توان نقض غرض آشکاری را از متون مذکور استنباط نمود. زیرا این مدعیان با این تصور باطل که برقراری تساوی حقوق و مسئولیت های زوجین باعث ارتقاء کرامت زن می گردد خواسته یا ناخواسته باعث شده اند که در بسیاری از زمینه ها کرامت زن، قربانی مطامع مادی گردیده و به عنوان یک کالای بورس تجاری و تبلیغاتی به او نگریسته شود.

این در حالی است که دین مبین اسلام در برخی امور بین زن و مرد قائل به تبعیض گردیده تا بدین وسیله از تحمیل تکالیف مالایطاق و منافی با کرامت و لطافت روح و عواطف و احساسات منحصر به جنس زن جلوگیری نماید و این گونه تبعیض های روا دقیقاً منطبق با تفاوت های موجود در خلقت او با خلقت مرد است. کما اینکه اولیاء بودن بعضی انسانها و مولی علیهم بودن سایرین را ضروری دانسته تا امور جوامع بشری با تدابیر و اندیشه های خود بشر اداره شود (بعضکم اولیاء بعض). در حالی که اینگونه تبعیض ها ملاک برتری و تقرب کسی در پیشگاه خالق هستی نیست (ان اکرمکم عندا... اتقکم).

بنابراین با اعتماد و اعتقاد بر عدل الهی، باید اذعان نمود که بدون تردید در ادیان الهی، تنها تبعیض های ناروا است که مورد نکوهش قرار گرفته است و ملاک تشخیص ناروا بودن تبعیض را هم باید منتهی شدن آن تبعیض، به بی عدالتی آشکار دانست. به عبارت دیگر هر جا که بی عدالتی فاحش هویدا شود در جستجوی یافتن علل و عوامل بروز این بی عدالتی، به مبنا و ریشه ای جز تبعیض ناروا و ناصواب نخواهیم رسید و نتیجه آن که اگر تبعیض های روا و ناروا از هم شناخته شده و غبار و زنگار تبعیض های ناروا از چهره جوامع بشری زدوده شود زیبایی های عدالت مورد انتظار اشرف مخلوقات به روشنی رخ می نمایاند.

می دانیم که قدمت جفت بودن و به تعبیری ازدواج و تشکیل خانواده به آغاز خلقت منتهی می گردد و این کانون که کوچک ترین و در عین حال مهم ترین واحد اجتماعی است در هر عصری از زوایای متعدد مورد توجه خاص بوده و هست لذا در هر دوره، برای تمامی جوانب کلی و جزئی آن، مقرراتی تحت عناوین گوناگون از قبیل خواستگاری، موانع نکاح، شرایط صحت عقد نکاح، و بالاخره انحلال عقد نکاح از طریق طلاق یا فسخ وضع گردیده و این موضوعات، کتب و مباحث فراوانی به خود اختصاص داده و هر از چند گاهی متناسب با مقتضیات زمان، دستخوش تغییراتی نیز گردیده است تا ضمن ملحوظ نمودن ملاک و حکمت احکام وارده و انطباق دلایل نقلی با دلایل عقلی و منطقی، احکامی را وضع نمایند که اقرب به عدالت و صواب باشد. اما علیرغم تمامی توجهات و مساعی، به دلیل ملاحظات گوناگون، همچنان شاهد مواردی در قوانین موضوعه هستیم که شیوع ناعادلانه بودن و ضرورت اصلاح آن، مدعای اکثر قریب به اتفاق مشمولین آن است. از جمله آن قوانین، احکام تبعیض آمیز ناروای قانون مدنی (مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۳۲) در زمینه حق فسخ نکاح به استناد عیوب زوجین است که قابل توجیه عقلی و منطقی نبودن آن آشکار و ضرورت اصلاح آن غیرقابل انکار می باشد.

توضیحات مذکور به روشنی گویای ضرورت تحقیق در زمینه مورد بحث با نظر به تغییرات و تحولات علمی، فرهنگی و اجتماعی بشر می باشد.

از پژوهش هایی که در حقوق مدنی ایران در رابطه با موضوع پایان نامه به عمل آمده، می توان به کتب اساتیدی چون دکتر سیدحسین صفائی، دکتر اسد... امامی، دکتر سیدمصطفی محقق داماد، دکتر ناصر کاتوزیان، به ویژه جزوات، مباحث کلاسی و کتاب حقوق زن دکتر حسین مهر پور اشاره نمود که در نگارش این پایان نامه بهره های فراوانی از آن برده شده است.

پرسش اصلی که در این تحقیق در جستجوی یافتن پاسخ آن می باشیم این است که آیا مقررات مربوط به فسخ نکاح در قانون مدنی ایران با تحولات امروزی سازگار می باشد یا اصلاح آن ضرورت دارد؟ فرضیه تحقیق این است که مقررات فسخ نکاح در قانون مدنی به هیچ وجه پاسخگوی نیازهای امروزی نیست و اصلاح آن در جهت تعدیل حقوق زن و مرد در خصوص مورد و حفظ و استحکام بنیان خانواده ضروری می باشد. ضمناً در پژوهش حاضر، سؤالات فرعی نیز قابل طرح است که برای یافتن پاسخ پرسش اصلی، یافتن پاسخ سؤالات فرعی نیز اجتناب ناپذیر است.

پرسش های این تحقیق :

- ۱- ملاک و مبنای حق فسخ در نکاح چیست؟
 - ۲- آیا عیوب و بیماری های نوظهور و نیز پیشرفت های چشمگیر علم پزشکی می تواند در توسعه یا تضییق موارد امکان فسخ نکاح به دلیل عیب، موثر باشد؟
 - ۳- با توجه به قواعد و مصالح حاکم بر خانواده، آیا می توان مانند سایر قراردادها، شرط «وجود عیب در حین تشکیل عقد» را در مورد عیوب مجوز فسخ نکاح لازم و ضروری دانست؟
 - ۴- آیا واضعین مواد ۱۱۲۱ تا ۱۱۲۸ قانون مدنی در زمان وضع قانون، به ناروا بودن تبعیض بین زن و مرد در اختیار فسخ نکاح مبتنی بر عیب التفات داشته اند؟
 - ۵- آیا از بیان ماده ۴۴۹ ق.م. که حصول فسخ را به هر لفظ و یا فعلی که دلالت بر آن نماید ممکن دانسته یا ماده ۱۱۳۲ ق.م. که رعایت تشریفات مقرر در طلاق را برای فسخ نکاح شرط ندانسته و نیز فوریت اختیار فسخ مذکور در ماده ۱۱۳۱ ق.م. می توان چنین نتیجه گرفت که به محض مواجه شدن یکی از زوجین با عیوب موجب حق فسخ، صاحب حق باید برای پیشگیری از محرومیت در استفاده از فرصت پیش آمده، فوراً (عرفی) به هر لفظ یا فعلی و بدون طی مراحل (مقدمات و تشریفات) نسبت به فسخ نکاح اقدام نماید؟ آیا این شرط، قدرت تامل برای تصمیم گیری در یک موضوع بسیار مهم را از ذی حق سلب نخواهد کرد؟
- براین اساس، می بایست ابتدا مفهوم، شرایط و آثار فسخ نکاح را به دقت مورد بررسی قرارداد و آنگاه مقایسه ای میان فسخ نکاح با سایر اسباب انحلال نکاح و همچنین موارد بطلان آن به عمل آورد. فصل اول پژوهش به این امر اختصاص می یابد. سپس در فصل دوم، موارد امکان فسخ نکاح در قانون مدنی به تفکیک بیان شده و با مراجعه به متون فقهی، اصول و قواعد حقوقی و نیازها و مقتضیات امروزی نهاد خانواده، مورد بررسی و تحلیل قرار خواهد گرفت.
- این تحقیق به روش توصیفی، تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه ای انجام شده است. همچنین سعی بر آن شده تا علاوه بر جنبه نظری و تئوری بحث، با آوردن نمونه آراء دادگاه ها و همچنین پیشنهاد های اصلاحی در خصوص قانون، جنبه کاربردی نیز در آن لحاظ شود.

قلمرو مکانی و زمانی بحث، قانون مدنی ایران پس از انقلاب اسلامی می باشد. هر چند برای بررسی دقیق تر و یافتن راه حل رفع مشکلات و موانع موجود، از متون فقهی مربوط به اعصار گذشته و همچنین قوانین سایر کشورها (نظیر کویت، مصر، سوریه و ...) استفاده شده است.

فصل اول

مفهوم، شرایط و آثار

فسخ نکاح

مبحث اول: ماهیت حقوقی، خصوصیات و مبنای فسخ در قراردادها

گفتار اول: مفهوم و ماهیت حقوقی فسخ

بند اول - تعریف فسخ

بند دوم - ماهیت حقوقی فسخ

گفتار دوم: خصوصیات و مبنای فسخ در قرارداد

بند اول - خصوصیات فسخ

بند دوم - مبنای فسخ

بند سوم - مقایسه فسخ، انفساخ و تفاسخ

مبحث اول - ماهیت حقوقی، خصوصیات و مبنای فسخ در قراردادها

گفتار اول - مفهوم و ماهیت حقوقی فسخ

بند اول - تعریف فسخ

فسخ در لغت یعنی «بر هم زدن و لغو کردن مطلب یا قرارداد»^۱ و یا «برهم زدن معامله»^۲ و در اصطلاح حقوقی عبارت است از «پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد، به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث» بنابراین فسخ را می توان یکی از اسباب سقوط تعهدات و قرارداد به شمار آورد.^۳

بند دوم - ماهیت حقوقی فسخ

با در نظر گرفتن تعریفی که در بالا از فسخ بعمل آمده معلوم می شود «فسخ، انشای یک طرفه انحلال قرارداد و تعهد و در حقیقت مانند ابراء و اعراض، نوعی ایقاع می باشد».^۴

برخلاف عقد که اثر حقوقی آن، نتیجه تراضی است و با یک انشاء تحقق نمی یابد، ایقاع «عملی است قضایی و یکطرفی که به صرف قصد انشاء و رضای یک طرف، منشاء اثر حقوقی شود بدون این که تاثیر یکطرفی قصد و رضای مذکور، ضرری به غیر داشته باشد (مگر در موارد مصرح در قانون مانند طلاق). ابراء و اعراض و فسخ از مصادیق ایقاعات است».^۵

«این که گفته اند ایقاع عمل قضایی یکطرفی غیرقابل فسخ و رد است، باطل است زیرا وصیت تملیکی حقاً ایقاع است و حال آن که قابل رد از طرف موصی له می باشد و طلاق نیز از ایقاعات است و فقها، رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده اند. ایقاع ممکن است لازم یا جایز باشد ولی غالباً جایز است».^۶ برای تشخیص این که فسخ دارای چه خصوصیتی است باید اول معلوم شود که فسخ جزء وقایع حقوقی است یا اعمال حقوقی. طبق تعریف، وقایع حقوقی، امور حقیقی است که در خارج موجود می گردد بدون این که کسی اراده ایجاد

۱- بندر ریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی - فارسی (ترجمه منجد الطلاب)، چاپ چهارم، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۴۱۷.

۲- عمید، حسن، فرهنگ عمید، چاپ اول، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۶۰.

۳- شهیدی، مهدی، سقوط تعهدات، چاپ اول، انتشارات دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۶۸، ص ۱۱۹.

۴- منبع پیشین.

۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲، شماره ۷۸۹.

۶- منبع پیشین.

حق بوسیله آن امور بنماید. اما اعمال حقوقی، عبارت است از اراده به ایجاد وضعیت های حقوقی مانند طلاق، بیع و فسخ. با تعاریف بالا، فسخ از اعمال حقوقی می باشد.

به محض این که دارنده خیار فسخ از حق خود استفاده و مبادرت به فسخ عقد نماید، رابطه حقوقی از همان زمان قطع می گردد و هیچ اثری در گذشته ندارد بر خلاف بطلان که اثر قهقرائی ایجاد می کند، به گونه ای که گوئی از اول هیچ عقدی بوجود نیامده است.

گفتار دوم - خصوصیات و مبنای فسخ در قرارداد

بند اول - خصوصیات فسخ

فسخ ایقاعی است که دارای خصوصیات ذیل می باشد:

- ۱- فسخ، اثر عقد معین یا ایقاع معین را از بین برده و آن را به حالت زمان حدوث عقد یا ایقاع (در حدود امکان و قدرت) برمی گرداند.
- ۲- فسخ اختصاص به عقد ندارد به همین جهت، فقها، رجوع در عده را فسخ طلاق نامیده اند و طلاق از ایقاعات است.
- ۳- طلاق و بذل مدت را با وجود شباهت به فسخ، از تحت ماهیت فسخ خارج کرده اند. به همین جهت در باب طلاق، بین فسخ و طلاق و بذل مدت، فرق نهاده اند (ماده ۱۱۲۰ و ۱۱۳۲ ق.م).
- ۴- برگشت آثار عقد توسط فسخ باید به وسیله یک طرف عقد باشد.
- ۵- فسخ یکی از اسباب سقوط تعهدات است (مانند انفساخ، طلاق و بذل مدت) بنابراین، اسباب سقوط تعهدات، منحصر به آنچه که در ماده ۲۶۴ ق.م گفته شده نیست.^۱
- ۶- حق فسخ مانند هر حق دیگری قابل اسقاط است. پس دارنده خیار فسخ می تواند حق خود را یک جانبه ساقط کند یا سقوط آن را ضمن عقد نکاح یا عقد دیگری شرط بنماید (ماده ۴۴۸ ق.م) اما انتقال حق فسخ نکاح را نمی توان پذیرفت، چه خیار فسخ در نکاح، امری شخصی است و فقط یکی از زوجین می تواند آن را اعمال کند. (مستنبط از ماده ۴۴۶ ق.م) پس این حق به موجب قرارداد یا از طریق ارث قابل انتقال نیست.

بند دوم - مبنای فسخ

فسخ قرارداد مبتنی بر حقی است که به وسیله توافق طرفین و یا مستقیماً به حکم قانون، برای یک یا دو طرف قرارداد و یا شخص ثالث، شناخته شده است.^۲ «قانون در مواردی، برای جلوگیری از ضرری که به طور ناخواسته از ناحیه قرارداد متوجه یکی از دو طرف است، مستقیماً به او حق می دهد که بتواند با فسخ قرارداد، ضرر را از خود دفع کند».^۳ به عبارت دیگر مبنای فسخ نکاح، جلوگیری از زیان همسری است که حق فسخ

^۱ منیع پیشین، شماره ۴۰۰۰.

^۲ - شهیدی، مهدی، منیع پیشین، ص ۱۱۹.

^۳ - منیع پیشین، صص ۱۱۹ و ۱۲۱.

برای او شناخته شده است. مثلاً همسری که فریب خورده، یا ندانسته با دیوانه ای ازدواج کرده است می تواند ازدواج را بهم بزند زیرا لزوم و غیرقابل فسخ بودن این ازدواج موجب زیان او خواهد بود.

بند سوم - مقایسه بین فسخ، انفساخ و تفاسخ (اقاله)

الف - فسخ: فسخ در لغت به معنای بهم زدن و لغو کردن یک طرفه، پراکنده کردن، جابجا کردن و جدا کردن آمده است. کلیه معانی مذکور گویای این است که فسخ از افعال متعدی است و شخص به عنوان فاعل، اقدام به برهم زدن و لغو کردن عقد می کند.

فسخ در اصطلاح حقوقی عبارت است از پایان دادن به هستی حقوقی قرارداد به وسیله یکی از دو طرف یا شخص ثالث^۱ با این تعریف معلوم می شود که فسخ، انشای یک طرفه انحلال عقد است که تنها به اراده صاحب حق واقع می شود و نیازی به رضای طرفین ندارد یعنی از دایره ایقاعات است که خصوصیات آن در ذیل گفتار دوم از مبحث دوم بیان گردید.

ب - انفساخ: انحلال عقد اگر قهری و به حکم قانون باشد آن را انفساخ گویند (مواد ۳۸۷ و ۹۵۴ ق.م). در مورد انفساخ نیز حکم فسخ بار می شود. یعنی از زمان انفساخ و انحلال خود به خودی عقد، تمامی آثار فسخ بر آن مترتب می گردد.

ج - تفاسخ: تفاسخ در لغت به معنای به هم زدن آمده است (و تفاسخ العقد یعنی عقد را به هم زد) تفاسخ مترادف با اقاله است کما این که ماده ۲۸۳ ق.م آن دو را مترادف دانسته می گوید «بعد از معامله، طرفین می توانند به تراضی، آن را اقاله و تفاسخ کنند» و در معنی اقاله گفته شده است که «اقاله، بهم زدن عقد لازم است به تراضی یکدیگر و آن را، تفاسخ و تقایل نیز می نامند»^۲.

۱- منبع پیشین، ص ۱۱۹.

۲- جعفری لنگرودی، همان منبع، ص ۶۸.