

بررسی تطبیقی آثار عقد باطل و فاسد در حقوق ایران، افغانستان و فرانسه

علی رضا شجاعی^۱

چکیده

نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه و با الگوگیری از نظام حقوقی فرانسه، ضمانت اجرای اصلی تخلف از شرایطی که برای انعقاد عقود، معین شده است را، در کنار غیر نافذ بودن، بطلان، می‌داند. البته به‌صورت موردی و نه به‌عنوان یک قاعده عام حقوقی، نهادهای دیگری مانند بطلان نسبی یا باطل قابل اصلاح را نیز وارد قوانین موضوعه‌اش ساخته است. چنانکه نظام حقوقی فرانسه در این راستا نهادهای بطلان مطلق، بطلان نسبی و قابل ابطال و قابل فسخ را در نظر گرفته است. اما نظام حقوقی افغانستان به پیروی از فقه حنفی، افزون بر ضمانت اجراهای باطل، موقوف و غیر نافذ، قاعده عام دیگری را تحت عنوان «فاسد»، مورد شناسایی و تأیید قرار داده است که سبب می‌شود بطلان، در نظام حقوقی افغانستان دارای مراتب بوده و در مواردی که عقد قابل اصلاح است، از بطلان آن جلوگیری گردد؛ و روابط حقوقی طرفین تداوم داشته باشد. از نظر نظام حقوقی ایران و فرانسه عقد فاسد و باطل، دو مفهوم یکسان و مشابه در نظر گرفته شده که هر دو ماهیت یکسان داشته و صرفاً دارای یک اثر که همانا بلااثر بودن است می‌باشد؛ اما از نظر نظام حقوقی افغانستان، عقد فاسد ماهیت و تعریف مستقل از عقد باطل داشته و برخلاف عقد باطل که به علت اختلال در ارکان، از اساس شکل نگرفته و وجود اعتباری پیدا نمی‌کند، عقد فاسد، از حیث صحت ارکان هیچ مشکلی نداشته و تنها به علت اختلال در اوصاف، موجود فاسد تلقی شده و بعد از قبض دارای اثر می‌گردد. در نتیجه، چنانچه پس از تحقق عقد فاسد در عالم اعتبارات حقوقی، قبض و اقباض تحقق یابد، اثر عقد که ملکیت است حاصل گردیده و عقد فاسد دارای آثار حقوقی می‌گردد؛ هرچند این اثر از نظر قانون افغانستان و فقه حنفی یک اثر خبیث و غیر مشروع قلمداد شده و انتفاع از مملوک به عقد فاسد حرام و ممنوع است.

واژگان کلیدی: باطل، قابل ابطال، غیر نافذ، فاسد، حقوق ایران، حقوق افغانستان و حقوق فرانسه.

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی.

مقدمه

در معاملات روزمره افراد جامعه، ممکن است یکی از شرایط اساسی یا فرعی عقد رعایت نشود و طرفین، ممکن است در مواردی، بعد از اجرای مفاد تعهد، متوجه بطلان معامله شوند؛ لذا این سؤال مطرح می‌شود که ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط عقد چیست؟ نظام‌های حقوقی دنیا، در پاسخ به سؤال فوق، قواعدی را بر روابط حقوقی اشخاص حاکم کرده است تا بتواند صحت وقوع روابط حقوقی را تضمین نماید و بر رعایت نکردن قواعد نیز آثاری را ایجاد کند. اما نوع تضمین صحت روابط حقوقی ممکن است از نظامی به نظام حقوقی دیگر متفاوت بوده و دارای شدت و ضعف باشد. یکی از ضمانت اجرای اصلی تخلف از شرایط صحت انعقاد و اعتبار عقود، بطلان است که در تمام نظام‌های حقوقی وجود دارد. برخی از سیستم‌های حقوقی نیز افزون بر بطلان، بطلان نسبی یا قابل ابطال را پذیرفته است که به این ترتیب، به نوعی مراتبی را برای بطلان قائل شده است. نظام‌های حقوقی مبتنی بر قواعد اسلامی نیز اصلی‌ترین قاعده تخلف از انعقاد صحیح عقود را بطلان معرفی کرده است که به معنی فساد نیز دانسته می‌شود و به این ترتیب، هر دو اصطلاح بطلان و فساد یک معنا می‌یابد. همچنین عدم نفوذ یا موقوف (در قانون مدنی افغانستان) پیش‌بینی شده که نوعی وضعیت واسطه‌ای میان عقود صحیح و باطل است و محدود به موارد خاص بوده و به صورت محدود، قابلیت اجرا دارد. با این حال، برخی از نظام‌های حقوقی به پیروی از برخی مذاهب اسلامی، ضمانت اجرای دیگری را با عنوان «فساد» که خفیف‌تر از بطلان است، در نظر گرفته و آن را متفاوت با بطلان و موقوف می‌داند که به عنوان یک قاعده و ضمانت اجرا، محدوده اجرای وسیع‌تری را نسبت به غیر نافذ و بطلان نسبی دارد.

قانون مدنی ایران که مبتنی بر فقه امامیه تدوین شده، از عناوین بطلان (مانند مواد ۱۹۴، ۱۹۵، ۲۱۲ و ۲۱۷) و فساد (مانند مواد ۳۶۵ و ۳۶۶) استفاده کرده است که هر دو مترادف و دارای یک معنی هستند؛ ماده «۱۱۲۳»، «۱۱۲۵» و «۱۵۹۹» قانون مدنی فرانسه نیز سه نهاد «بطلان مطلق»، «بطلان نسبی» و «قابل ابطال و قابل فسخ» را مطرح نموده است که به نظر می‌رسد، نظام حقوقی مذکور در این زمینه، هماهنگی تام با نظام حقوقی ایران دارد. اما قانون مدنی افغانستان نیز از هر دو عنوان باطل (مانند مواد ۶۱۳ تا ۶۱۹) و فاسد (مانند مواد ۶۲۰ تا ۶۳۶) یاد نموده که هر دو عنوان کاملاً متفاوت از همدیگر می‌باشند. بدین ترتیب، تحلیل تطبیقی مفهوم عقد فاسد و عقد

باطل در نظام حقوقی ایران و فرانسه از یکسو و نظام حقوقی افغانستان از سوی دیگر، می‌تواند قابل توجه باشد. بر این اساس، در این بررسی تطبیقی درصدد پاسخ به این پرسش‌ها هستیم که آیا قاعده «فاسد» در نظام حقوقی افغانستان می‌تواند به‌عنوان قاعده عام، ضمانت اجرای تخلف از شرایط قانونی برای انعقاد و اعتبار عقود باشد؟ آیا نظام حقوقی افغانستان با شناسایی عقد فاسد، نوعی مراتب را برای پیش از بطلان در نظر گرفته است؟ به‌طور کلی در این تحقیق آثار بطلان و نیز آثار عقد فاسد، به روش توصیفی-تحلیلی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱- مفهوم‌شناسی تحلیلی

برای روشن شدن موضوع تحقیق، تبیین مفهوم عقد باطل و فاسد، امر ضروری است؛ لذا مفاهیم یاد شده را، به‌صورت مختصر، از منظر فقه اسلامی که منابع قانون مدنی ایران و افغانستان را تأمین نموده است و حقوق ایران، افغانستان و فرانسه، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱. تعریف تحلیلی عقد باطل و فاسد

از آنجایی که فقه‌های حنفی و قانون مدنی افغانستان در مورد عقد فاسد با سایر فرق اسلامی و قانون مدنی ایران و فرانسه اختلاف نظر دارد، تعریف مفاهیم یاد شده را از منظر هر یک از نظام‌های حقوقی مذکور، به‌صورت جداگانه مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌دهیم:

۱-۱-۱. تعریف عقد باطل و فاسد از منظر مذاهب اسلامی غیر حنفی و حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه، واژه بطلان در مقابل دو اصطلاح «عدم نفوذ» و «صحت» به کار رفته است. عدم نفوذ، حالت اعمال حقوقی است که به دلیل دارا بودن نقص‌های جبران‌شدنی در شرایط اساسی صحت معاملات، متزلزل بوده و تا زمانی که این‌گونه نقص‌ها برطرف نشده است، فاقد اثر است؛ اما عقد غیر نافذ، این قابلیت را دارند که پس از رفع نقص، کامل شوند و اثر و اعتبار حقوقی بیابند؛ مانند عقد مکروه یا عقد فضولی که قبل از اجازه مکروه و مالک غیر نافذ است و به محض الحاق اجازه از سوی آنان، کامل و معتبر می‌شود. حال که مختصراً با عقد غیر نافذ در فقه امامیه و حقوق ایران، آشنایی پیدا نمودیم، برای توضیح عقد باطل از نظر حقوق دانان و فقه‌های امامیه، لازم است ارکان و شروط مربوط به ارکان عقد را توضیح دهیم تا در نبود آن ارکان و یا اختلال در شرایط آن، عقد باطل گردیده و هیچ اثر حقوقی بر آن مترتب نگردد؛ مثلاً بیع، به اعتبار

عقد بودن، دارای سه رکن است:

(الف) صیغه (ایجاب و قبول)، دو طرف عقد (متعاقدان) و عوض، اعم از مال مورد معامله (مبیع) و بهای آن (ثمن). بنابر نظری، در صیغه (ایجاب و قبول لفظی یا اشاره جایگزین) بیع، اموری چون صراحت داشتن لفظ ایجاب و قبول در معنای مقصود، ماضی بودن، عربی بودن، رعایت موالات بین ایجاب و قبول و منجز بودن، از شرایط آن برشمرده شده است.^۱

(ب) متعاقدان (بایع و مشتری): در هر یک از دو طرف عقد، بلوغ، عقل، قصد، اختیار، مالکیت و محجور نبودن شرط است.^۲

(ج) عوضین: در هر یک از مبیع و ثمن، مالیت داشتن،^۳ مملوک بودن،^۴ عین بودن،^۵ طلق و تام بودن ملک (عوض، مانند مال وقفی و نذر، متعلق حق دیگری نباشد)، مقدور بودن تحویل کالا (بدین معنی که مبیع هنگام تحویل، موجود و فروشنده قدرت بر تحویل آن را داشته باشد)، معلوم بودن (عوض، اعم از مبیع و ثمن، باید از نظر مقدار، جنس و اوصاف تأثیرگذار در قیمت معلوم باشد و مجهول بودن عوض در هر یک از ابعاد یادشده موجب عدم انعقاد بیع می‌شود)، شرط است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶، ص: ۲). پس از دانستن ارکان عقد و شرایط ارکان عقد، عقد باطل و فاسد را از نگاه فقهای امامیه و حقوقدانان تابع آن مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱-۱-۱- تعریف عقد باطل و فاسد از منظر مذاهب اسلامی غیر حنفی

فقهای اسلامی، به جز حنفی‌ها، بین بطلان و فساد عقد، تمایزی قائل نشده‌اند (زحیلی، بی‌تا، ۱:

۱. البته جز دو شرط اخیر، در اعتبار و عدم اعتبار بقیه شرایط، اختلاف است؛ لیکن در اینکه عقد بیع با لفظ عربی صحیح و صریح و ماضی و منجز مشتمل بر ایجاب از سوی بایع و قبول آن بدون فاصله از سوی مشتری محقق می‌شود، تردید و اختلافی وجود ندارد.

۲. البته دو شرط اخیر (اختیار و مالک بودن)، از شرایط نفوذ و اثر گذاری عقد به شمار می‌روند نه از شرایط صحت آن؛ بنابراین، در صورت فقدان شرط اختیار، اگر پس از اکراره بر عقد، مکره به آن راضی شود، نظر مشهور، صحت بیع است.

۳. یعنی دارای منافع حلال مورد اعتنای عقلا بودن. ازاین‌رو، هر چیز که از نظر شرع با عرف مالیت نداشته باشد صلاحیت عوض واقع شدن ندارد.

۴. مراد از آن یا قابلیت داشتن عوض برای مملوک واقع شدن است که با شرط نخست یعنی مالیت مترادف می‌باشد و یا مملوکیت فعلی. در نتیجه مباحاتی همچون دریاها و نهرهای بزرگ که استفاده از آنها برای عموم مردم جایز است، صلاحیت عوض واقع شدن ندارند؛ بدین جهت فروختن آب دریا و نیز ماهی موجود در آن قبل از تملک، صحیح نخواهد بود.

۵. مراد از عین، هر مالی است که تعین و مابازای خارجی دارد؛ جزئی باشد یا کلی و کلی، کلی در ذمه باشد یا کلی در معین. مقابل عین، منفعت و حق قرار دارد. البته در طرف ثمن، عین بودن شرط نیست، بلکه منافع و نیز، بنابر قول گروهی، حقوق، نیز قابل نقل و انتقال و حتی، بنابر قول برخی دیگر، حقوق غیر قابل نقل و انتقال، لیکن قابل اسقاط نیز می‌تواند ثمن واقع شود.

ص ۷۱-۷۰)؛^۱ به همین جهت، در تعریف عقد فاسد گفته‌اند که عقد فاسد، عقدی است که در آن، شروط مورد نظر شارع جمع نشده و هیچ اثری از آثار شرعی بر آن، مترتب نیست. بر اساس همین نگاه که عقد فاسد و باطل را دارای ماهیت و تعریف واحدی می‌داند، در بسیاری از موارد، این دو اصطلاح به جای هم استفاده شده است؛ مثلاً منظور فقها از «مقبوض به عقد فاسد»، مالی است که در اثر عقد باطل، تحویل مشتری شده است. چنانکه منظور آنان از فاسد، در بحث از قاعده «... ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» نیز عقد باطل است. اضافه بر آن، برخی تصریح کرده‌اند که باطل و فاسد هر دو ماهیت واحدی دارند؛ زیرا بحث، دایر مدار تأثیر یا عدم تأثیر است که هر دو نوع عقد مذکور، بلا تأثیر بوده و فرقی از این جهت، باهم ندارند. (بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ۱: ص ۱۲۵-۱۲۳).

۱-۱-۲. تعریف عقد باطل و فاسد از منظر حقوق دانان امامیه

حقوق دانان نیز، فساد و بطلان را مترادف می‌دانند (شهیدی، ۱۳۷۹، ۲: ص ۲۳؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹: ص ۳۰۰؛ امامی، ۱۳۶۶، ۱: ص ۳۸۰)؛ چنانکه مواد متعددی از قانون مدنی ایران، مانند ماده «۳۶۵، ۳۶۶ و ۸۱۳» نیز نشان می‌دهد که قانون‌گذار این کشور، بین عقد فاسد و باطل فرقی قائل نبوده و هر دو را دارای ماهیت و تعریف واحد می‌داند. از نظر برخی، در دانش حقوق، عقد باطل: اصطلاحی است که بر آن دسته از اعمال حقوقی مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نیستند؛ خواه آن عمل از آغاز غیر قانونی باشد و خواه به علت امری عارضی اعتبار قانونی خود را از دست داده باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲: ص ۱۳۸).

عقد باطل در این معنی هم شامل عقد باطل می‌شود هم شامل عقد فاسد؛ زیرا عقد باطل در معنای مذکور، نه تنها شامل برخی قراردادهایی که شرع آن‌ها را فاسد دانسته است، مانند قمار و گرویندی، می‌شود که شامل عقود که به دلیل فقدان یا نقص شرایط اساسی صحت معامله به وجود نمی‌آیند نیز می‌گردد؛ با این تفاوت که عقد فاسد، به دلیل ذاتاً غیر قانونی و نامشروع بودن، غیر معتبر و بلا اثر قانونی است؛ اعم از آنکه سایر شرایط صحت معاملات را داشته باشد یا خیر. اما عقد باطل، به معنای اخص، ذاتاً با هیچ گونه ممانعت شرعی و قانونی برای انقضاء و نفوذ حقوقی یافتن مواجه نیست و فقط از آن نظر که شرایط اساسی صحت معاملات را ندارد و یا در این زمینه‌ها

۱. «أما المعاملات المدنية: فلا فرق فيها أيضاً عند غير الحنفية بين الفاسد و الباطل».

دارای نقص غیرقابل جبران است، در عالم حقوق، وجود اعتباری پیدا نکرده و بلااثر می‌باشد. (همان) به این دلیل، در تعریف عقد باطل گفته شده است: «ما کان مشروعاً باصله، ممنوعاً بوصفه»؛ یعنی عقد باطل آن عقدی است که ذاتاً مشروعیت دارد؛ ولی به دلیل یک وصف عرضی از هستی و اثر حقوقی افتاده است (آمدی، سیف الدین، ۱، ص ۱۲۲ و شاطبی، ابو اسحاق، ۱، ص ۱۹۷). از نظر نتیجه که فاقد اثر بودن است، عقد فاسد و باطل نزد حقوق دانان و فقهای امامیه مترادف است.

بنابراین، در نظام حقوقی ایران که برگرفته از فقه امامیه است، عقد باطل و فاسد از نظر بلااثر بودن، به یک معنی بوده و تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد. (تبریزی، ۱۳۷۷، ۱: ص ۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ص ۳۲۳) اینکه در برخی از مواد قانون مدنی ایران از دو اصطلاح فاسد و باطل توأماً استفاده شده است به خاطر ترادف این دو اصطلاح است نه تفاوت آن دو؛ چنانکه ذکر غیر نافذ که از خصوصیت بینابینی برخوردار است، در قانون مذکور، به معنای شناسایی عقد فاسد یا پذیرش مراتب برای بطلان نیست. زیرا عقد غیر نافذ، طبق نظر مشهور فقهای امامیه، از عقود صحیح به شمار آمده و به همین دلیل است که با اجازه بعدی مالک، به کمال می‌رسد (شهیدی، ۱۳۸۵: ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۱۲: ص ۳۳۹). همان‌طوری که ذکر عقد قابل ابطال در برخی از قوانین ایران (احمدی، ۱۳۸۴: ص ۱۴۸) به مفهوم شناسایی عقد فاسد نیست؛ زیرا عقد قابل ابطال، عقد صحیح و موجودی است که به دلایلی می‌تواند تبدیل به باطل گردد (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۹۵).

۱-۲. از منظر حقوق فرانسه

در نظام حقوقی فرانسه از سه نهاد بطلان مطلق، بطلان نسبی و قابل ابطال، به عنوان ضمانت اجرای‌های عدم رعایت شروط صحت عقد، نام برده شده است که هریک را مختصراً بررسی می‌نماییم:

۱- بطلان مطلق (Nulite absolue): در نظام حقوقی فرانسه، بطلان مطلق در مقابل بطلان نسبی قرار داشته و به عقدی اطلاق می‌شود که از نظر قانونی، کأن لم یکن تلقی شده و برای آن هیچ اثر حقوقی مترتب نمی‌گردد (Colin, et al. ۱۹۶۶، p. ۲۲۱)؛^۱ هر ذی‌نفعی می‌تواند بطلان

۱. همین معنی در ماده «۶۱۴» قانون مدنی افغانستان نیز مصوب شده است: «عقد باطل اصلاً منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی‌نماید، گرچه قبض صورت گرفته باشد.»

مطلق را ادعا نموده و رسیدگی قضایی آن را از دادگاه بخواهد.^۱ منشأ بطلان مطلق، ضرورت رعایت نظم عمومی بوده و هرگز رضایت و اجازه بعدی طرفین معامله، چنین عقدی را قابل اصلاح به عقد صحیح نمی‌کند. بطلان مطلق، از ماده «۱۱۲۵» و «۱۱۳۱» قانون مدنی فرانسه که تعهد بدون علت یا با علت غیر واقعی یا نامشروع را فاقد اثر اعلام نموده است، قابل استنباط است؛ چنانکه منشأ بطلان مطلق نیز اختلال در ارکان عقد است (Flour, et al, 2002, p. 240; Katouzian, 1997, p.303; Mazeauds & Chabas, 1985, p. 300). بطلان مطلق، از همان ابتدا به خاطر فقدان شرایط اساسی صحت قرارداد، فاقد هرگونه اثر حقوقی بوده و بطلان نسبی پس از صدور حکم دادگاه آثار خود را از ابتدا از دست می‌دهد.

۲- بطلان نسبی (Nullite relative): برخلاف بطلان مطلق که برای حمایت از منافع عمومی پیش‌بینی شده است، بطلان نسبی برای حمایت از منافع اشخاص معین در نظر گرفته شده است؛ فرض کنید شخصی که در قرارداد مغبون واقع شده است می‌تواند از این وضعیت استفاده نموده و قرارداد را ابطال نماید. بنابراین، مقصود از بطلان نسبی،^۲ عقدی است که فقط نسبت به یک طرف قرارداد، فاقد اعتبار بوده و سرنوشت نهایی آن به دست همان طرف قرارداد است؛ بدین صورت که تنها ذی‌نفع در قرارداد حق دارد که بطلان عقد را از دادگاه مطالبه نموده و عقد مذکور را از ابتدا معدوم نماید.^۳ چنانکه او می‌تواند عقد را تأیید نموده و از آثار قانونی آن بهره‌مند گردد. پس تازمانی که ذی‌نفع، تعرضی نسبت به قرارداد مذکور ننماید، قرارداد، صحیح بوده و تمام آثار خود را بر جای می‌گذارد و چنانچه ابطال قرارداد به درخواست ذی‌نفع (در مهلت مقرر) از سوی دادگاه تأیید شود، قرارداد از ابتدا باطل شده و آثاری بر آن مترتب نمی‌گردد. (Marty & Raynaud, 1988, p. 300; Mazeauds & Chabas, 1985, p. 222) ماده «۱۱۲۳» قانون مدنی فرانسه که اهلیت را شرط انعقاد قرارداد دانسته و ماده «۱۱۲۵» که مقرر داشته است اشخاص دارای اهلیت

۱. این معنی در ماده «۶۱۶» قانون مدنی افغانستان نیز عیناً منعکس شده است: «اجازه بر عقد باطل اثر قانونی نداشته، اشخاص ذی‌علاقه می‌توانند به بطلان عقد تمسک نمایند.»

۲. بطلان نسبی وضعیتی است که قانون‌گذار فرانسه برای نقض قواعد مربوط به حمایت از شخص یا اشخاص معینی در نظر گرفته و به همین جهت سرنوشت عقد را فقط در اختیار ایشان قرار داده و تازمانی که ذی‌نفع تعرضی نسبت به قرارداد ننماید، قرارداد صحیح بوده و تمام آثار خود را بر جای می‌گذارد.

۳. دعوای بطلان نسبی باید در اولین فرصت عرفی اقامه شود و الا صرف نظر کردن از طرح دعوای بطلان، مفروض گرفته خواهد شد شبیه اعمال حق شفعه و حق خیارج، اعلام دعوا فوری است.

نمی‌توانند به عدم اهلیت طرف مقابل خود استناد کنند و نیز ماده «۱۵۹۹» که فروش مال دیگران را بدون اذن مالک، باطل اعلام نموده است، به عقد باطل نسبی اشاره نموده است. زیرا در تمام موارد مذکور، معامله نسبت به شخصی که فاقد اهلیت است یا مالک مال فروخته شده نیست، باطل است. بطلان نسبی، به خاطر حمایت از اشخاص طرف قرارداد، در نظر گرفته شده است.

۳- قابلیت فسخ، به عقدی گفته می‌شود که در اصل صحیح، است اما به وسیله یک یا دو طرف عقد قابل فسخ و انحلال است. البته باید دانست که فسخ، از حیث اثر در حقوق فرانسه، به دو قسم تقسیم می‌شود؛ قسم نخست که از آن به "Ré solution" تعبیر می‌شود، دارای اثر قهرقراضی بوده و از این جهت شبیه بطلان نسبی است. این نوع فسخ یا به صورت شرط فاسخ در قرارداد پیش‌بینی می‌شود و یا در اثر نقض تعهدات قراردادی در عقود معوض آنی، برحسب مورد، برای یکی از طرفین یا هر دوی آنان، حق فسخ ایجاد می‌شود (Flour et al, 2002, p. 237). تفاوت این نوع فسخ با بطلان نسبی از طرفی در این است که عقد باطل نسبی شرایط تشکیل عقد را فاقد است، درحالی‌که عقد قابل فسخ مزبور، از این حیث نقضی ندارد. از طرف دیگر هرچند هردو نهاد دارای اثر قهرقراضی هستند، اما کیفیات و نحوه عطف به ما سبق شدن این دو با یکدیگر تفاوت دارد (Veaux, 1996a, p. 7).

قسم دوم فسخ که باز هم "Ré solution" نامیده می‌شود، اثرش نسبت به آینده بوده و از این جهت با بطلان نسبی متفاوت است. علاوه بر این، برعکس عقد باطل نسبی، شرایط و ارکان تشکیل قرارداد در مورد آن رعایت شده است؛ این فسخ، در عقود مستمر متصور است؛ با این توضیح که در عقود مستمری که برای آن، مدت ذکر نشده، مانند قرارداد کار بدون مدت به عنوان یک قاعده عمومی در نظر گرفته شده است. البته اعمال این حق فسخ بدون کنترل نبوده و در صورت سوء استفاده از حق، مسئولیت جبران خسارت را به دنبال خواهد داشت. اما در عقود مستمر، دارای مدت معین، اعمال چنین فسخی، استثناء بوده و مستلزم تصریح قانونی است. مثلاً در عقود مبتنی بر اعتماد، چنانچه اعتمادی که مبنای قرارداد بوده، زایل شود، شخص ذی نفع (مانند مودع در عقد ودیعه و وکیل یا موکل بسته به مورد در عقد وکالت) حق فسخ قرارداد را خواهند داشت (Flour et al, 2002, p. 292). بنابراین، در عقود آنی (نه تدریجی)، فسخ عقد، سبب زوال آن از ابتدای تشکیل و انعقاد آن می‌گردد و لذا به چنین عقود، عقود قابل ابطال نیز گفته

می‌شود. تفاوت عقد باطل (اعم از نسبی و مطلق) با عقد قابل فسخ در حقوق فرانسه این است که عقد باطل، فاقد یکی از عناصر اعتبار عقد است اما عقد قابل فسخ به عقدی گفته می‌شود که در اصل معتبر است اما به خاطر عواملی، به حیات آن خاتمه داده می‌شود. البته بیشتر نویسندگان حقوق مدنی فرانسه، عقد قابل فسخ را یکی از اقسام عقد باطل نسبی معرفی کرده‌اند. زیرا از حیث اثر قهرانی، تفاوتی میان بطلان نسبی و قابلیت فسخ، وجود ندارد؛ مگر اینکه فسخ در قراردادهای مستمر رخ دهد که برخلاف بطلان نسبی، عقد از ابتدا منحل نمی‌شود. در حقوق فرانسه، ابطال قرارداد و فسخ آن در عقود آتی، دارای اثر قهرانی بوده و عقد را از ابتدا زایل و روابط متعاملین را به پیش از قرارداد برمی‌گرداند.

بنابراین، در صورتی که قراردادی پیش از اجرا، ابطال یا فسخ شود، انحلال آن، از زمان تشکیل، اشکالی را ایجاد نمی‌کند اما اگر قرارداد اجرا شده باشد، طرفین باید هرآنچه را که در اثر عقد به دست آورده‌اند به طرف دیگر بازگردانند و این امر در عمل، اشکالات مهمی را به وجود می‌آورد.^۱ این اشکالات عبارت است از ابهام در سرنوشت منافع مورد معامله، هزینه تعمیر و تغییراتی که در عین یا قیمت آن پدید می‌آید. راه حل این مشکل در حقوق فرانسه بدین صورت است که چنانچه یکی از طرفین قرارداد، دارای حسن نیت باشد و از علت ابطال یا فسخ قرارداد پیش از تشکیل آن نیز مطلع نباشد، منافع و نمانات مورد معامله متعلق به او خواهد بود.^۲ ابطال و فسخ قراردادهای مستمر، مانند قرارداد اجاره، کار و شرکت با عقود آتی، متفاوت بوده و به عقیده اکثر حقوق‌دانان فرانسه، چون در این نوع قراردادهای، استرداد مورد عقد امکان ندارد، پس ابطال و فسخ آن‌ها عقد را از ابتدا منحل نمی‌کند. آنچه از بررسی ضمانت اجرای عدم رعایت شرایط صحت قرارداد در حقوق فرانسه مورد بررسی قرار گرفت، این نتیجه به دست آمد که در نظام حقوق فرانسه، مانند نظام حقوقی ایران و افغانستان، بطلان مطلق، بلااثر است. اما بطلان نسبی، نهادی است که در فقه و حقوق اسلامی شبیه نداشته و باید در بستر تأسیسش مورد مطالعه قرار گیرد (Shahidi, 2002, p. 57).^۳

۱. نمانات و منافع مبیع - از نظر وحدت ملاک ماده «۲۸۷» قانون مدنی ایران راجع به اقاله، در فسخ، نمانات و منافع منفصله که از زمان عقد تا زمان فسخ در مورد معامله حادث می‌شود مال کسی است که بواسطه عقد مالک شده است، زیرا نمانات و منافع در ملکیت، تابع عین هستند و نمانات متصله مال کسی است که در نتیجه فسخ مالک می‌شود.

۲. از ملاک ماده «۸۰۷» قانون مدنی افغانستان نیز می‌توان به نفع این نظریه استدلال نمود: «هرگاه شخص مال مشخص دیگر را بدون اجازه استعمال نماید به تأدیه منافع آن مکلف می‌گردد مگر اینکه مال مذکور منقول بوده و استعمال کننده دارای حسن نیت باشد.»

۳. برخی آن را با عقد غیر نافذ مقایسه نموده و گفته است که عدم نفوذ و بطلان نسبی از این جهت که در صورت رد (در غیر نافذ) و ابطال (در عقد باطل نسبی) فاقد هرگونه اثری از ابتدا می‌باشند؛ مشابه بوده و علاوه بر آن، از جهت امکان تنفیذ و تأیید توسط ذی نفع که شخص

عقود قابل فسخ، در حقوق فرانسه، با اینکه شبیه عقود خیاری در حقوق اسلامی است، اما تفاوتش در این است که ابطال عقد قابل فسخ در نظام حقوقی فرانسه با رأی دادگاه انجام می‌پذیرد.^۱ اما عقد فاسد که توسط قانون‌گذار افغانستان مطرح شده است، در حقوق ایران و فرانسه شناسایی نشده است تا آثار آن را از دیدگاه حقوق مدنی آن دو کشور مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم.

۱-۳. تعریف عقد باطل و فاسد از منظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان

از آنجایی که مذهب حنفی و قانون‌گذار افغانستان میان عقد باطل و فاسد تفاوت قائل هستند، لذا هریک را به‌صورت مجزا مورد تعریف و تحلیل قرار می‌دهیم.

الف: عقد باطل

از دیدگاه فقه‌های حنفی، عقد صحیح عبارت از عقدی است که در اصل و وصف مشروع باشد و چنانچه رکن یا شروط متعلق به آن غیر مشروع باشد، عقد باطل خواهد بود؛ زیرا چنین عقدی، اصلاً منعقد نمی‌گردد تا تأثیری در ملکیت داشته باشد. تعریف عقد باطل از نظر فقه‌های حنفی و قانون مدنی افغانستان زمانی کامل می‌شود که عوامل بطلان عقد را از دیدگاه فقه‌های حنفی و قانون‌گذار افغانستان برشماریم؛ از نظر آنان، عقد به‌واسطه عوامل زیر، باطل تلقی می‌گردد:

- ۱- رکنی از ارکان آن مختل گردد؛^۲ مانند اینکه یکی از متعاقدين، به علت جنون یا عدم تمیز، اهلیت نداشته باشد؛ یا صیغه عقد صحیح خوانده نشده باشد (زحیلی، بی‌تا، ص ۴؛ ص ۳۰۸۹).
- ماده (۵۰۵) قانون مدنی افغانستان نیز در مورد اختلال در شرایط مربوط به طرفین عقد مقرر کرده

مورد حمایت قانون‌گذار می‌باشد نیز، به یکدیگر شبیه هستند. اما از جهات مختلف با یکدیگر متفاوتند. مهم‌ترین تفاوت آن دو در این که عقد باطل نسبی تا زمانی که توسط دادگاه به درخواست ذی‌نفع ابطال نگردیده، دارای اعتبار بوده و کلیه آثار خود را دارد؛ برعکس، عقد غیر نافذ پیش از تنفیذ، هیچ اثر حقوقی ندارد.

۱. فسخ در فقه اسلامی در مورد قراردادی مطرح است که در زمان انعقاد دارای شرایط و ارکان لازم بوده و به صورت کامل با تمام آثار منعقد شده است؛ اما به اراده یک جانبه یکی از دو طرف قرارداد (و بعضاً اراده یک جانبه شخص ثالث) منحل گشته و آثارش از همان لحظه، پایان می‌یابد. بنابراین شباهت این نهاد با نهاد قابل فسخ در حقوق فرانسه در این است که هر دو قبل از اعمال فسخ یا ابطال، دارای آثار قانونی هستند اما تفاوت در این است که با ابطال عقد باطل نسبی آثار قرارداد از ابتدا منتهی می‌گردد. در حالی در فسخ آثار عقد از لحظه اعمال فسخ پایان می‌یابد.

۲. «الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلاً في حقيقته... في المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد. فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة. هذا هو مذهب الحنفية، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.» (زحیلی، بی‌تا، ص ۴؛ ص ۲۹۳۰).

است: «شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار». بنابراین، هرگاه مجنون و طفل غیر ممیز عقدی را جاری نمایند، به علت عدم رضایت معتبر، عقد باطل خواهد بود. ماده «۵۰۶» همان قانون در مورد رکن دیگر عقد که ایجاب و قبول است مصوب کرده است: «عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می‌گردد. ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می‌گردد.» و در ماده «۵۰۷» مقرر کرده است: «ایجاب و قبول به صیغه ماضی بوده و به صیغه مضارع یا امر نیز جایز است. مشروط بر اینکه زمان حال از آن اراده باشد.» و در ماده «۵۰۸» گفته است: «عقد به صیغه استقبال وقتی منعقد می‌گردد که عاقدین قصد انشاء عقد را با این صیغه نموده باشند.» بنابراین، چنانچه ترتیب فوق در مورد صیغه عقد رعایت نگردد، مانند اینکه از الفاظ غیر معروف برای خواندن صیغه عقد استفاده کند یا عقد را با صیغه مضارع یا امر بخواند و زمان حال را از آن اراده ننماید یا از لفظ استقبال، قصد انشاء عقد نکند، اختلال در رکن عقد به وجود آمده و عقد را به وادی بطلان سوق داده و بلا اثر می‌گرداند.

۲- اختلالی در متعلق عقد به وجود آید؛ مثل بیع چیزی که اصلاً مالیت نداشته باشد مانند بیع میته و یا از نظر شرع، ارزش مالی نداشته باشد، مانند شراب، خنزیر، ماهی در دریا که شرط مقدور تسلیم بودن را ندارد (همان). ماده «۱۲۹۹» قانون مدنی افغانستان در زمینه مالیت داشتن متعلق صلح مقرر کرده است: «بدل صلح مال مملوک با ارزش و مقدور التسلیم یا منفعت تعیین شده می‌تواند.» یعنی اگر متعلق معامله، ارزش مالی نداشته باشد یا مقدور التسلیم نباشد، عقد باطل پنداشته می‌شود. ماده «۵۸۷» همان قانون، با القاء قاعده عمومی در این زمینه مصوب کرده است: «موضوع وجبیه باید طوری قابلیت معامله را داشته باشد که با هدف اصلی ای که موضوع به آن اختصاص یافته، منافات نداشته باشد.» شراب با هدف اصلی معامله که شرب است و خنزیر با هدف اصلی معامله که مصرف گوشت آن می‌باشد منافات داشته و عقدی که با موضوعیت شراب و خنزیر منعقد گردد، باطل و بلا اثر خواهد بود. ماده «۴۸۱» همان قانون، اموال عمومی را با بیع و دیگر اسباب انتقال مالکیت، قابل نقل و انتقال، نمی‌داند و بر اساس ماده «۵۸۷» همان قانون، تعهدات ناشی از عقد باید طوری قابلیت معامله را داشته باشد که با هدف اصلی ای که موضوع به آن اختصاص یافته، منافات نداشته باشد.

۳- اصل عقد، مشروع نباشد؛ مانند فروش بخشی از راه‌های عمومی، بیمارستان، مسجد

و ازدواج با محارم (همان).^۱ ماده «۲۳۴۷» قانون مدنی افغانستان در مورد عقدی که از اساس مشروعیت ندارد، مقرر کرده است: «آب دریاها (رودخانه‌ها) و فروع آن ملک عامه شمرده شده، هر کس حق دارد از آن اراضی خویش را آبیاری نموده یا از آن به این منظور جوی بکشد. مگر اینکه این امر با مصلحت عامه یا قوانین خاص معارض واقع شود.» یقیناً فروش این گونه از اموال، مخالف مصلحت جامعه محسوب شده و بر اساس قسمت اخیر ماده مذکور، اصل خرید و فروش چنین اموالی ممنوع است. ماده «۱۳۱۰» همان قانون نیز مقرر کرده است: «صلح در مسائل متعلق به احوال شخصی و نظام عامه جواز ندارد.» بنابراین، کسی نمی‌تواند تابعیت خود را با یک خارجی موضوع عقد صلح قرار دهد یا نظم و انتظام یک محله را در بدل گرفتن پولی صلح نموده و به هم بریزد. ماده «۸۱» قانون مدنی افغانستان ازدواج با اصول و فروع شخص و نیز ازدواج با فروع پدر و مادر و طبقه اول فروع اجداد وی به‌طور ابدی حرام می‌داند و بر اساس ماده فوق، چنین عقدی به علت اینکه اصل آن نامشروع است، باطل دانسته می‌شود و ماده «۸۲» همان ماده ازدواج شخص با زوجه اصول و زوجه فروع خودش را به‌طور دائم حرام دانسته است چنانکه ازدواج شخص با اصول زوجه‌اش را نیز مطلقاً و با فروع زوجه‌اش را در صورت دخول به‌طور دائم حرام اعلام نموده است. بر اساس ماده «۸۳» همان قانون، ازدواج زانی با اصل و فرع مزنیه و ازدواج مزنیه با اصول و فروع زانی نیز حرام است. تمامی این عقود، به علت عدم مشروعیت اصل چنین عقدهایی باطل و بلااثر پنداشته می‌شود. زیرا ماده «۹۵» مقرر کرده است: «هیچ یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل گرچه دخول در آن صورت گرفته باشد، مرتب نمی‌گردد.» یعنی ازدواج با محارم دائمی مشروعیت ندارد.

۴- وصفی از اوصاف عقد، مشروع نباشد؛ مثل ازدواج با زنی که در عده است یا زن شوهردار که ازدواج با چنین زن‌هایی با وصف در عده بودن و شوهردار بودن مشروع نمی‌باشد. ماده «۸۵» قانون مدنی افغانستان، جمع در نکاح بین دوزنی که هرگاه یکی از آن‌ها مرد فرض شود، حرمت ازدواج بینشان به وجود می‌آید، ازدواج با مطلقه ثلاثه تا زمانی که با شخص دیگری ازدواج نکرده است، منکوحه و معتده غیر، زنی که لعان شده باشد تا وقتی که شوهر خود را تکذیب ننماید، زنی

۱. ماده «۵۸۰ و ۵۸۱» قانون مدنی افغانستان به خوبی مصوب کرده است که تعهدات ناشی از عقد باید ممکن، معین یا قابل تعیین و مجاز باشد، در غیر آن عقد باطل پنداشته می‌شود. هرگاه موضوع تعهد ذاتاً مستحیل باشد، عقد باطل پنداشته می‌شود.»

که اهل کتاب نباشد را از ازدواج‌هایی می‌داند که وصفشان حرام شده است؛ بدین صورت که هرگاه اوصاف مذکور از ازدواج‌های مذکور، زایل گردد، حرمت ازدواج با زنان یادشده بلامانع خواهد بود. بنابراین، اگر همسر مرد، بمیرد یا طلاق بگیرد، وی می‌تواند با خواهر آن زن ازدواج نماید، چنانکه می‌شود با معتده، پس از انقضای عده و با غیر کتابی پس از اینکه مسلمان یا اهل کتاب شود، ازدواج کرد یا شوهر مطلقه^۱ ثلاثه، پس از طلاق دادن محلل و شوهر لعان شده بعد از تکذیب شوهرش می‌تواند با آنان ازدواج نمایند.

نتیجه این شد که در تمام صور فوق، عقد، باطل و کأن لم یکن تلقی شده و هیچ اثر حقوقی بر آن بار نمی‌گردد: «و حکم الباطل: أنه لا یعد منعقداً أصلاً، وإن وجدت صورته فی الظاهر، فلا یترب علیه أي أثر شرعی، فلا یفید نقل الملكية أصلاً، إذ لا یعد موجوداً بحال.» (زحیلی، بی تا، ۴: ص ۳۰۸۹).^۱ بنابراین، می‌توان عقد باطل را این گونه تعریف نمود: «عقد باطل به دلیل اختلالی که در ذات و اوصاف او پدید آمده است از نظر قانون‌گذار و شارع مورد شناسایی قرار نگرفته و در حکم عدم است که اثری بر آن مترتب نمی‌شود» (السنهوری، ۲۰۰۴، ۱: ص ۳۹۷)؛ و عقدی که وجود اعتباری نیافته است، نمی‌تواند تغییری در حقوق و تکالیف طرفین عقد به وجود آورد (شاه‌باغ، ۱۳۷۶، ۱: ص ۳۵؛ حائری و دیگران، ۱۳۸۹: ص ۷-۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ص ۳۲۳). ماده «۶۱۳» قانون مدنی افغانستان نیز در تعریف عقد باطل مقرر کرده است: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد.» بر مبنای ماده «۶۱۴» همان قانون، عقد باطل، از اساس منعقد نشده و در عالم اعتبار موجود نمی‌گردد؛ طبعاً عقدی که موجود نشود، هیچ حکمی را نیز افاده نخواهد کرد، هرچند که قبض و اقباض نیز صورت گرفته باشد. علاوه بر اینکه عقد باطل، به دلیل نداشتن رکن یا ارکان، بی اعتبار و بی اثر است (مغنیه، بی تا، ۳: ص ۱۷)، قابلیت تبدیل شدن به عقد صحیح را نیز ندارد (الغربانی، ۲۰۰۲، ۳: ص ۳۴۹؛ قنوتی و دیگران، ۱۳۷۹، ۱: ص ۱۰۷). به همین دلیل تمام مذاهب اسلامی، خلل در رکن عقد را از اسباب بطلان عقد دانسته و در این خصوص اختلافی ندارند.

هرچند در نظام حقوقی ایران و افغانستان عقد باطل وجود اعتباری نداشته و به دلیل خلل در

۱. ایشان در جای دیگر نوشته است: «والباطل عند الحنفیة: هو الذی یشتمل علی خلل فی أصل العقد أو فی أساسه، رکناً کان أو غیره، أي فی صیغة العقد، أو العاقدین، والمعقود علیه. ولا یترب علیه أي أثر شرعی، کأن یصدر البیع من مجنون أو صبی غیر ممیز (دون السابعة) (زحیلی، بی تا، ۱: ص ۷۱).

ارکان و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی، قابل جبران نیست و به همین جهت دو طرف عقد نمی‌توانند با تراضی آن را اصلاح نمایند؛ اما به‌عنوان یک موجود مادی می‌تواند از آثار فرعی برخورددار باشد. بر همین اساس است که بند «۲» ماده «۳۶۲» قانون مدنی ایران ضمان درک را به‌عنوان اثر فرعی عقد باطل ذکر نموده و ماده «۸۲ و ۱۰۰» قانون تجارت این کشور، شرکت باطل را در برابر دیگران در حکم شرکت واقعی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ص ۳۲۳) و قانون مدنی افغانستان نیز در ماده «۶۱۹» عقد باطل را به‌عنوان یک حادثه مادی در مواردی، واجد آثار فرعی دانسته است که در صورت نقص یا تلف عوضین در عقد باطل، متصرف را ضامن می‌داند (عبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴). البته به این نکته نیز باید توجه داشت که در نظر گرفتن برخی آثار فرعی در خصوص عقد باطل، با شناسایی عقد باطل نسبی یا قابل ابطال به‌عنوان یک قاعده ضمانت اجرا در نظام حقوقی ایران و افغانستان، متفاوت است. باطل نسبی یا عقد قابل ابطال در نظام حقوقی فرانسه نیز برای رعایت مصالح خصوصی برخی اشخاص به‌عنوان یک قاعده پذیرفته شده است (Fabre-Magnan, 2004, p.394- et Stoffel-Munck, 2005, p.332).

ب: عقد فاسد

«فاسد» در لغت به معنای باطل، تباه، معیوب، گمراه، گندیده، خراب و پوسیده استعمال شده است (معین، ۱۳۷۸: ص ۴۶۰؛ جر، ۱۳۸۰، ص ۱۵۷۳) که وقتی با عقد، ترکیب می‌شود، مقصود از آن عقدی است که از حالت سلامت به حالت ناسالم درآمده (نمله، ۱۹۹۹ م: ص ۴۰۴) و قابلیت انتفاع از آن منتفی می‌گردد. اکثریت مذاهب اسلامی تفاوتی میان عقد باطل و فاسد قائل نشده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰ هـ، ص ۱۸۰؛ تبریزی، ۱۳۷۷، ۱: ص ۶۱؛ شاهرودی، ۱۴۰۸ هـ: ص ۱۵۸؛ مغنیه، بی‌تا، ۳: ص ۱۷). از دیدگاه فقه‌های مذاهب اسلامی غیر حنفی، عقد، هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده و تمام ارکان و شروط آن صحیحاً فراهم باشد. اما اگر عقد، مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل قلمداد شده و در این حکم، فرقی ندارد که نهی شارع به ذات عقد تعلق گرفته باشد یا اوصاف آن (حکیم و بکری، ۱۹۸۰ م: ص ۱۱۹؛ شاهرودی، ۱۴۰۸ هـ: ص ۱۵۸). بنابراین، عقد فاسد، عقدی است که منهی شریعت بوده و با وجود اینکه قبض صورت گرفته باشد نیز، اثری بر آن مترتب نیست؛ زیرا حرام نمی‌تواند، طریقی برای تملک باشد (السابق، ۱۹۷۱ م، ۳: ص ۱۰۳) به عبارتی هر چیزی در اصل ممنوع باشد،

در وصف نیز ممنوع است و بر آن هیچ اثری مترتب نخواهد شد.

برخلاف دیدگاه اغلب مذاهب اسلامی، مذهب حنفی، میان باطل و فاسد تفکیک قائل شده است (الجزیری، ۲۰۰۵، ۲: ص ۱۲۶؛ ظفیری، ۲۰۰۲: ص ۷۷؛ السبکی، ۱۹۹۱، ۲: ص ۴۹۸؛ عبدالله، ۱۳۹۰: ص ۱۶۴؛ السنهوری، ۲۰۰۴، ۱: ص ۱۰۳)؛ تفکیک یادشده که از معنای لغوی فاسد الهام گرفته است، گویای معیوب یا خراب بودن چیزی است که از حالت سلامت به ناسالم تغییر یافته است (نمل، ۱۹۹۹: ص ۴۰۴). تغییر حالت در شیء فاسد، عین آن را از بین نبرده و فاسد همچنان قابل استفاده است. معنای یادشده از فاسد، بر تعریف فقهای حنفی از عقد نیز تأثیر گذاشته است و لذا آن‌ها عقد باطل را عقدی می‌دانند که در رکن یا شروط متعلق به آن خلل وارد شده و از همین جهت مشروع نیست؛ و فاسد نیز عقدی است که در اصل، مشروع بوده و فقط در وصف مشروع نیست (عبدالله، ۱۳۹۰: ص ۱۶۴).

عقد فاسد بدین صورت تصور می‌گردد که متعاقدين، اهلیت حقوقی داشته، صیغه عقد نیز صحیح واقع شده، در مبیع خللی نبوده، اما عقد، دارای وصفی است که شرع، آن را نهی کرده است؛ مانند بیع ربوی که عقد در اصل، منعقد شده است اما در وصف که عقد اقتضای زیادی را در عوض دارد، مشروع نبوده و سبب فساد عقد می‌شود که فساد یادشده برخلاف مصلحت است (ظفیری، ۲۰۰۲ م: ص ۷۷). اما اگر عامل فساد یعنی زیادی موجود حذف گردد، عقد فاسد، تبدیل به عقد صحیح می‌شود؛ یعنی در ذات، صحیح است ولی در بعضی اوصاف خارجی آن خلل وجود دارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ۵: ص ۳۰۸) که این اوصاف خارجی در برخی موارد قابل حذف است. به همین دلیل است که عقد فاسد، بین باطل و صحیح قرار می‌گیرد (معروف الحسنی، ۱۹۹۶ م: ص ۲۲۶)؛ مانند عقد غیر نافذ که تحت شرایطی می‌تواند با فسخ، تبدیل به باطل و با قبض یا حذف شرط فاسد، تبدیل به صحیح گردد (مستفاد از ماده ۶۲۶ قانون مدنی افغانستان). بنابراین، عقد فاسد با وجود انعقاد، جزء عقود غیر صحیح شمرده شده و هر چند قابلیت اصلاح را دارد اما از نظر فقه حنفی، باید فسخ گردد: «والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدین أو من القاضي إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً» (زحیلی، بی تا، ۴: ص ۳۰۹)؛ یعنی ایجاد و التزام به عقد فاسد منهی است.

بنابراین، بر اساس دیدگاه فقهای حنفی، عقد فاسد و باطل با توجه به تفاوت اصل و وصف،

متفاوت با یکدیگرند؛ برای تبیین بهتر تفاوت اصل و وصف می‌توان گفت که منظور از اصل عقد، همان رکن عقد (= ایجاب و قبول) به علاوه شروط متعلق به رکن است؛ مانند وجود متعاقدين، توافق ایجاب و قبول، قابلیت معقود علیه برای حکم عقد که نبود آن، باعث از بین رفتن اصل عقد و بطلان می‌شود. اما وصف، عبارت است از شروط متعلق به صحت عقد؛ مانند غرری یا ربوی نبودن عقد، قابل تعیین بودن موضوع عقد، نبود شرط فاسد در آن و موارد دیگر مانند عقد اکراهی از دیدگاه برخی فقهای حنفی (السنه‌وری، ۲۰۰۴، ۱: ص ۱۲۲ و ۱۲۳). قانون مدنی افغانستان، در ماده «۵۶۰»، از همین نظریه پیروی نموده و عقدی با چنین اوصاف را فاسد معرفی نموده است. بر اساس تفکیک اصل و وصف است که گفته شده است عقد باطل در اصل و وصف غیر مشروع است، اما عقد فاسد به دلیل وجود رکن، منعقد شده فرض می‌شود، اما به علت اینکه در اوصاف آن خلل وجود دارد، فاسد شناخته می‌شود (حکیم و بکری، ۱۹۸۰ م: ص ۱۱۹؛ السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۰۳). شایان ذکر است که فقهای حنفی در خصوص «نکاح فاسد» دو حالت را در نظر گرفته‌اند؛ آنان نکاح فاسد را قبل از نزدیکی، در حکم باطل دانسته (همان: ص ۱۰۶؛ نمله، ۱۹۹۹ م: ص ۴۱۴) و بعد از دخول، برخی از آثار نکاح صحیح، مانند مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه را بر آن مترتب می‌دانند (الموصلی، الحنفی، ۲۰۰۵ م: ص ۱۹۰؛ السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۷۲). ماده «۹۷» قانون مدنی افغانستان نیز در این زمینه مقرر کرده است: «ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد.» نکاح باطل حتی در حالت دوم، اثری در میراث ندارد (مستفاد از ماده «۹۵» قانون مدنی افغانستان). برای اینکه آشنایی بیشتر و دقیق‌تر با عقد فاسد پیدا نماییم، خوب است تعریف و تحلیل این نهاد حقوقی را با روش محقق بنام سوری، زحیلی، نیز ارائه نماییم.

زحیلی تعریف عقد فاسد را با شمارش عوامل فاسد کننده عقد انجام داده است؛ ایشان معتقد است که هرگاه عوامل زیر وجود داشته باشد، عقد، فاسد تلقی می‌گردد:

- ۱- اجرای صیغه عقد به درستی انجام شده باشد؛
- ۲- عقد از طرفین که اهلیت معاملی دارند صادر شده باشد؛^۱

۱. ماده «۴۲» قانون مدنی افغانستان در مورد این شرط مقرر کرده است: «هر شخص اهلیت عقد را دارد، مگر اینکه اهلیت او توسط قانون

۳- متعلق عقد قابلیت این را داشته باشد که شریعت اسلامی آن را به عنوان عقد مورد شناسایی قرارداد؛

۴- اصل عقد، مشروع و وصف آن نامشروع باشد: «أصل العقد أى ركنه (الإيجاب والقبول) وعاقده ومحلّه؛ و وصف العقد: هو ما كان خارجاً عن الركن و المحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد، أو كون المبيع غير مقدور التسليم، وكالضمنية فإنها صفة تابعة للعقد.» (زحیلی، بی تا، ۴: ص ۳۰۸۶).

بنابراین، چنانچه دو نفری که اهلیت معامله دارند، با اجرای درست صیغه عقد، قراردادی را که مشروع است ایجاد نمایند و تنها مبيع در آن معامله غیر معین و مردد باشد (مانند اینکه فروشنده بگوید، یکی از خانه هایم را به صورت نامشخص و یا ماشین نامعینی را به تو فروختم)، عقد فاسد خواهد بود. ماده «۵۸۲» قانون مدنی در این زمینه مقرر داشته است: «موضوع وجیهه باید طوری معین و معلوم باشد که مانع جهالت فاحش گردد. اگر جهالت موضوع وجیهه منجر به منازعه گردد، عقد فاسد پنداشته می شود.» بیع معلق و مشروط نیز مصداق عقد فاسد است؛ پس چنانچه فروشنده بگوید، خانه ام را به تو فروختم به شرط اینکه تو نیز ماشینت را برای من بفروشی، عقد فاسد تحقق می یابد. قراردادی که ثمن آن ارزش مالی نداشته باشد نیز مصداق عقد فاسد است؛ بنابراین، اگر فروشنده بگوید، یک کیلو عسل را در مقابل یک لیتر شراب به تو فروختم، عقد فاسداً به وجود می آید. چنانکه اگر کسی گاوش را به شرط گوساله دار بودن بفروشد و آن گاو در واقع حامل نباشد، عقد فاسد شکل می گیرد. (همان، ص ۳۰۹۰).^۱

با توجه به مطالب فوق، می توان گفت که عقد فاسد، عقدی بینابینی است که بین عقد صحیح و باطل قرار دارد؛ زیرا از آنجایی که شرایط اساسی عقد را دارد، نمی توان آن را مانند عقد باطل، عقد غیر موجود و بلا اثر نامید؛ و از آنجایی که اشکالات اساسی، در برخی از شرایط اساسی آن رخ داده است، نمی شود آن را یک عقد کاملاً معتبر دانست. اشکالات اساسی که عقد را فاسد

سلب یا محدود شده باشد. «یعنی اصل بر اهلیت معاملی افراد است مگر مواردی را که قانون استثنا کرده است مانند اهلیت نداشتن صغیر غیر ممیز (مستفاد از ماده ۵۲۳)

۱. ایشان در جای دیگر نوشته است: «والفاسد عند الحنفية: هو ما كان الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد، بأن كان في شرط من شروطه، لافي ماهيته أو ركنه. و يترتب عليه في المعاملات بعض الآثار، إذا توافر ركنه وعناصره الأساسية، مثل البيع بثمان مجهول، أو المقترن بشرط فاسد كالتفاه البائع بالمبيع بعد مدة معلومة، والزواج بغير شهود. فثبت الملك خيباً في البيع الفاسد إذا قبض المبيع، ويجب المهر، والعدة بعد الفرق، و ثبت النسب بالدخول في الزواج الفاسد.» (زحیلی، بی تا، ۱: ص ۷۱).

می‌کند عبارتند از جهل به عوضین،^۱ احتمال ریسک، خطر و غرر در معامله،^۲ اکراه^۳ و وجود شروط فاسدی که منجر به فساد عقد می‌گردد. «و به یظهر أن الفساد: هو اختلال فی العقد المخالف لنظامه الشرعی فی ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ. وهو يجعل العقد فی مرتبة متوسطة بین الصحة والبطان، فلا هو الباطل غیر المنعقد لتوافر الناحية الجوهرية أو الأساسية المطلوبة شرعاً فيه، ولا هو بالصحيح التام الاعتبار، لوجود خلل فی ناحية فرعية فقط غیر جوهرية. وأسباب الفساد أربعة هي: الجهالة، والغرر (الاحتمال)، والإكراه، والشرط الممنوع المفسد» (زحیلی، بی‌تا، ۱: ص ۷۲-۷۱).

نتیجه بحث مفهوم‌شناسی این شد که از نظر فقهای امامیه و فقهای دیگر مذاهب اسلامی غیر از حنفیه و قانون مدنی ایران و فرانسه عقد باطل و فاسد مترادف است؛ بدین صورت که عقد باطل و فاسد اساساً در عالم حقوق وجود خارجی نیافته و تشکیل نمی‌گردد تا آثار حقوقی از آن توقع برود. در بین فقهای اهل سنت، تنها فقهای حنفی و به تبع آن‌ها، قانون‌گذار افغانستان هستند که غیر از عقد صحیح، غیر نافذ و موقوف و باطل، نوع دیگری از عقد را تحت عنوان عقد فاسد^۴ به رسمیت شناخته‌اند (رستم‌باز، ۱۹۲۳: ص ۱۶). آنان معتقدند که عناصر اساسی عقد عبارت است از اعلام اراده، طرفین عقد و موضوع عقد؛ اعلام اراده (ایجاب و قبول) را رکن عقد و مجموع رکن عقد و موضوع آن را اصل عقد می‌نامند (الجزیری، ۱۹۸۶، ۲: ص ۲۰۰؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ۴: ص ۱۲۵). هر چند عقد با این سه عنصر اساسی تشکیل می‌یابد اما برای اینکه عقد، صحیح تلقی

۱. ماده «۵۸۲» قانون مدنی در این زمینه مقرر کرده است: «موضوع وجبیه باید طوری معین و معلوم باشد که مانع جهالت فاحش گردد. اگر جهالت موضوع وجبیه منجر بمنزاعه گردد، عقد فاسد پنداشته می‌شود.»

۲. بند «۱» ماده «۵۸۹» قانون مدنی در مورد این عامل مقرر کرده است: «هرگاه موجودیت موضوع وجبیه در آینده متحقق گردد، عقد بشرطی جواز دارد که بصورت تخمین نبوده، جهالت و ضرر در آن موجود نباشد.» مفهوم مخالف این ماده این است که چنانچه پای تخمین و احتمال در میان آید، عقد ریسکی و غرری شده معامله را فاسد می‌کند.

۳. صراحت ماده «۵۶۰» قانون مدنی در این زمینه چنین است: «عقد شخص تهدید شده، به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید شخص تهدید شده طور صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می‌گردد.» ماده «۵۰۵» قانون مدنی نیز در مورد این عامل مقرر کرده است: «شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقلدین بدون اکراه و اجبار.» اگر عقد اکراهی شد، غیر نافذ نمی‌شود بلکه فاسد می‌شود.

۴. آنان عقد را به صحیح (که شرایط اساسی صحت عقد اعم از شرایط مربوط به صیغه، شرایط مربوط به موضوع عقد و شرایط محل آن (مانند مالیت داشت عوضین) به طور صحیح موجود باشد) و غیر صحیح (عقدی است که در یکی از شرایط اساسی آن اختلال وجود داشته باشد مانند بیع میتة، خمر و خنزیر یا معامله فاقد اهلیت) تقسیم کرده‌اند؛ و غیر صحیح را به عقد باطل (عقدی که رکن یا محل او اختلال باید او مالم یشرع بأصله و لا یوصفه) و فاسد (ماکان مشروعاً بأصله دو وصفه)، تقسیم کرده‌اند.

شود، باید دارای شرایطی باشد که اوصاف صحت عقد نامیده می‌شود. درباره اوصاف صحت، باورمندند که عقد باید از اوصاف پنج‌گانه اکراه، غرر، شرط فاسد، ربا و ضرر و عدم قدرت بر تسلیم مبرا باشد تا فاسد محسوب نگردد.

چنانچه یکی از این اوصاف یا بیشتر، در عقدی که سه عنصر اساسی آن وجود داشته باشد و عقد مزبور منعقد شده باشد، دچار اختلال گردد، هر چند عقد مزبور از اصل مشروع است اما از نظر وصف نامشروع قلمداد خواهد شد (الحزیری، ۱۹۸۶، ۲: ص ۲۰۰؛ رستم‌باز، ۱۹۲۳، ۱: ص ۶۵؛ السنه‌وری، ۱۹۹۸، ۴: ص ۱۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۹، ۲: ص ۳۰۰). فقهای حنفی، عقد فاسد را جزء عقود غیر صحیح می‌دانند (السنه‌وری، ۱۹۹۸، ۴: ص ۱۲۴) و تفاوتی را که میان عقد فاسد و عقد باطل، از نظر احکام و آثار قائل‌اند، این است که عقد فاسد در صورت قبض مورد معامله، افاده ملکیت می‌کند اما عقد باطل، تأثیری در ایجاد ملکیت ندارد (رستم‌باز، ۱۹۲۳: ماده ۳۷۰).

البته چون مالکیت حاصله از عقد فاسد، خبیث^۱ و غیر شرعی است، لذا فقهای حنفی عقیده دارند که هر یک از متعاملین، حق فسخ عقد مزبور را دارند؛ به تعبیر برخی از حقوق‌دانان اهل سنت، هر یک از طرفین می‌توانند بیع فاسد را فسخ کنند، بلکه بر هر دو طرف واجب است که این عقد را فسخ کنند؛ زیرا دفع فساد واجب است و از آنجا که وجوب دفع فساد، حق الله است، لذا حق فسخ عقد، غیر قابل اسقاط است (السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۵۷). ماده «۳۷۲» المجله، اصل حق فسخ متعاقدين، در عقد فاسد را مطرح نموده و با جامعیت مثال زدنی، عوامل سقوط فسخ را در بیع فاسد به تصویر کشیده است: «لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فَسْخُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا هَلَكَ الْمُبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، أَوْ اسْتَهْلَكَهُ، أَوْ أَخْرَجَهُ مِنْ يَدِهِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ، أَوْ بَهَبَةٍ مِنْ آخَرٍ أَوْ زَادَ فِيهِ الْمُشْتَرِي شَيْئًا مِنْ مَالِهِ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُبِيعُ دَارًا فَعَمَرَهَا، أَوْ أَرْضًا فَغَرَسَ فِيهَا أَشْجَارًا، أَوْ تَغَيَّرَ اسْمُ الْمُبِيعِ بَأَن كَانَ حِطَّةً فَطَحَنَهَا وَجَعَلَهَا دَقِيقًا؛ بَطُلَ حَقُّ الْفُسْخِ فِي هَذِهِ الصُّوَرِ». قانون مدنی

۱. به تعبیر زحیلی، عقد فاسد مفید ملکیت خبیث است: «والفاسد عند الحنفية: هو ما كان الخلل فيه في وصف من أوصاف العقد، بأن كان في شرط من شروطه، لافي ماهيته أو ركنه. ويترتب عليه في المعاملات بعض الآثار، إذا توافر ركنه وعناصره الأساسية، مثل البيع بشمن مجهول، أو المقترن بشرط فاسد كالتنفاع بالبيع بعد البيع مدة معلومة، والزواج بغير شهود. فثبت الملك خبيثاً في البيع الفاسد إذا قبض المبيع، ويجب المهر، والعدة بعد الفراق، وبثبت النسب بالدخول في الزواج الفاسد.» زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی وادلته، ج ۱، ص ۷۱.

افغانستان این یک ماده را در چندین ماده به تصویب رسانده است که خلاف اصول قانون‌نویسی است (مواد ۶۳۱، ۶۳۲).

۲- رابطه عقد فاسد با عنوان‌های مشابه

برای آشنایی بیشتر با عقد فاسد به معنای خاصی که در فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان مطرح شده است، رابطه عقد فاسد را با عنوان‌های مشابه آن، مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱- رابطه عقد فاسد با عقد صحیح و باطل

فقه‌های حنفی بر این باورند که هرگاه رکن و شروط یک عقد، موجود شود، عقد تشکیل می‌گردد؛ اما انعقاد و تشکیل عقد، با صحیح واقع شدن آن ملازمه ندارد. بنابراین، عقد گاهی صحیح و گاهی فاسد منعقد می‌گردد. اگر عقدی با خواندن ایجاب و قبول به وسیله غیر واجدین اهلیت، ایجاد گردد، عقد به نحو فاسد تشکیل شده و وجود اعتباری پیدا می‌کند (البغدادی، ۱۹۹۷ م: ص ۷۸؛ آتاسی، بی‌تا: ص ۵؛ نمله، ۱۹۹۹، ص ۵؛ ص ۴۱۴) اما این موجود فاسد غیر مشروع، هیچ اثر و اعتباری ندارد (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ص ۱۸۴؛ السنه‌وری، ۱۹۹۷، ص ۴، ۱۰۹). بلااثری، وجه مشترک عقد فاسد با باطل و نقطه افتراق آن با عقد صحیح محسوب می‌گردد؛ چنانکه نفس تشکیل و انعقاد عقد فاسد پس از ایجاب و قبول، وجه اشتراک آن با عقد صحیح و وجه افتراق آن با باطل است.^۱

عقد فاسد، به دلیل وجود شرعی و نه مادی و تحت شرایطی، می‌تواند تبدیل به عقد صحیح شده و حق فسخ را برای طرفین عقد ایجاد نماید (همان: ص ۱۱۹، ۱۱۰، ۱۰۹). قانون مدنی افغانستان، ماده (۶۲۶)، همین معنی را مصوب نموده است: «هر یک از طرفین عقد یا ورثه‌شان می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد.» بر مبنای این ماده اولاً فساد عقد یکی از موجبات خیار فسخ قلمداد شده و ثانیاً حق مذکور، مانند سایر حقوق مالی، به

۱. چه اینکه عقد باطل از همان آغاز، منعقد نشده و اصلاً موجود نمی‌گردد؛ بهترین فرق عقد باطل با فاسد، در قلم زحیلی به تصویر کشیده شده است: «البيع الصادر عن عدم الأهلية، وبيع غير المال كالميتة، وبيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير والسّمك في الماء باطل؛ لأنّ الخلل فيه راجع لأصل العقد. والبيع المؤقت أو المشتمل على جهالة في الثمن أو المؤدى إلى النزاع في العقد كبيعتين في بيعة فاسد؛ لأنّ الخلل راجع لوصف في العقد خارج عن حقيقته وذاته وأركانه.» (ر، ک: زحیلی، بی‌تا، ص ۴؛ ص ۳۰۸) و در ص ۳۰۹ همان مصدر آمده است: «العقد الباطل منهي عنه لأمر أساسي فيه، والفساد منهي عنه لوصف ملازم له، فإن كان النهي لوصف غير لازم، أي مجاور للمنهى عنه، فهو مكروه كراهة تحريمية عند الحنفية، وحرام موجب للإثم والمعصية عند جمهور الفقهاء».

ارث می‌رسد؛ ثالثاً چنانچه عوامل فساد عقد از بین برود، حق فسخ نیز از بین رفته و طرفین عقد فاسد نمی‌توانند وجود عقد فاسد را به عدم تبدیل نمایند. بدین‌سان، عقد فاسد در شمار عقود صحیح محسوب نشده و در جرگه عقود باطل نیز قرار نمی‌گیرد؛ بلکه عقد بینابینی است با شرایط خاص (البغدادی، ۱۹۹۷: ص ۷۸؛ الکاسانی، ۱۴۰۶، ۹: ص ۱۶).

۲- رابطه عقد فاسد با عقد باطل نسبی و قابل ابطال

برخی از حقوق‌دانان مسلمان، با قیاس عقد فاسد به مراتب عقد باطل، عقد فاسد را مصداق عقد باطل نسبی که در برخی از نظام‌های حقوقی غربی مطرح شده است، می‌دانند؛ درحالی که با عقد قابل ابطال که در حقوق فرانسه مطرح است،^۱ متفاوت دانسته است. زیرا عقود قابل ابطال، عقود صحیحی بوده که دارای آثار قانونی است و صرفاً جهت رعایت مصالح برخی افراد، قابلیت ابطال را یافته است (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۹۵). اما چنانکه در بحث از عقد قابل ابطال در نظام حقوقی فرانسه گذشت، مقصود از بطلان نسبی، عقدی است که فقط نسبت به یک طرف قرارداد، فاقد اعتبار بوده و سرنوشت نهایی آن به دست همان طرف قرارداد است؛ بدین‌صورت که تنها ذی‌نفع در قرارداد حق دارد که بطلان عقد را از دادگاه مطالبه نموده و عقد مذکور را از ابتدا معدوم نماید. چنانکه او می‌تواند عقد را تأیید نموده و از آثار قانونی آن بهره‌مند گردد. این در حالی است که عقد فاسد، نسبت به هر دو طرف عقد باطل بوده و برای هر دو طرف واجب است که آن را فسخ نموده و حتی پس از قبض که عقد فاسد دارای اثر ملکیت می‌شود نیز از مفاد آن منتفع نشوند. بنابراین، عقد فاسدی که در نظام حقوقی افغانستان و فقه حنفی مطرح شده است، هیچ شباهتی با عقد باطل نسبی که در حقوق فرانسه مطرح شده است، ندارد. فاسد، نهاد حقوقی است که صرفاً در فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان آمده است.

۳- رابطه عقد فاسد با عقد غیر نافذ و موقوف

باینکه عقد غیر نافذ و فاسد از خصوصیت بینابینی برخوردار است، اما عقد فاسد با غیر نافذ یا موقوف در موارد زیر، تفاوت دارد:

الف: عقد غیر نافذ و موقوف، در فقه حنفی به‌عنوان یک نهاد مستقل محسوب شده است؛

1. Fabre - Magnan, Op.Cit, p. 394-395; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Op. Cit. p. 323 et s.

ب: عقد غیر نافذ و موقوف عقد صحیحی است که پس از انضمام اجازه مالک، به کمال رسیده و به عقد تام تبدیل می‌شود. درحالی‌که عقد فاسد، با اجازه بعدی مالک نیز قابل تصحیح و اعتبار بخشی نیست. چنانکه در ماده «۶۲۷» قانون مدنی افغانستان نیز مصوب شده است: «اجازه بر عقد فاسد اثر قانونی ندارد.» مقصود از اثر قانونی اثر مستقیم عقد است که همان ملکیت است.

ج: عقد غیر نافذ، جزء عقود صحیح است که خود وسیله تملیک است (شهیدی، ۱۳۸۵: ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹، ۱۲: ص ۳۳۹)؛ درحالی‌که در عقد فاسد، قبض و اقباض^۱ سبب تملیک محسوب شده و رفع عوامل فساد عقد، سبب تصحیح آن می‌شود (ابن نجیم، بی‌تا: ص ۲۷۸).

د: چنانچه ذی‌نفع، عقد موقوف را اجازه ندهد، عقد رد می‌شود اما عدم اجازه در عقد فاسد سبب فسخ آن می‌گردد.

ه: راهکار عدم نفوذ، در عقد غیر نافذ، برای رعایت مصالح برخی از اشخاص در نظر گرفته شده است؛ درحالی‌که صفت فساد در عقد فاسد، به دلیل رعایت ممنوعیت‌های شرعی وضع گردیده است.

و: عقد غیر نافذ، بیشتر به عقد صحیح نزدیک است تا باطل، درحالی‌که عقد فاسد، بیشتر به باطل نزدیک است تا عقد صحیح (معروف الحسنی، ۱۹۹۶ م: ص ۲۲۶).

۳- عوامل فساد عقد

گفته شد که عقد فاسد در فقه امامیه همان عقد باطل است (تبریزی، ۱۳۷۷، ۳: ص ۶۱) و به همین دلیل، مقبوض به عقد فاسد عبارت از مالی است که در اثر عقد باطل قبض می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰، ۳: ص ۱۸۰). بنابراین، فاسد و باطل در قانون مدنی ایران در موادی مانند «۳۶۵»، «۳۶۶» و «۸۱۳» همگی به معنای باطل بوده و در مواردی که فساد در معنای بطلان استعمال شده است، علل فساد در آن موارد، خلل در شرایط اساسی (شهیدی، ۱۳۸۵: ص ۲۳) یا ارکان عقد است که قابل اصلاح نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ص ۳۲۴). اما در فقه حنفی و به تبع آن در قانون مدنی افغانستان، عقد فاسد با باطل متفاوت بوده و عوامل فساد با عوامل بطلان تفاوت دارد؛ بطلان همیشه به دلیل نبود رکن یا اصل و شرایط متعلق به آن، اتفاق می‌افتد، درحالی‌که فساد

۱. ماده «۶۳۱» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و متصرف به پرداخت قیمت یا مثل مکلف می‌گردد نه مسمی، این عقد تصرف مال قبض شده را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمی‌کند».

به علت خللی که در اوصاف عقد به وجود آمده یا ناشی از ذات عقد یا شرط آن است به وجود می‌آید. ماده «۶۲۸» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «هرگاه فساد در نفس عقد موجود شود، طرفین قبل و بعد از قبض می‌توانند، فسخ نمایند». فساد در نفس عقد، ناشی از اموری است که هم‌زمان با تشکیل عقد ایجاد می‌شود؛ مانند عقدی که به دلیل عدم رضایت و رغبت یکی از متعاملین، فاسد منعقد می‌گردد؛ چنین فساد را ناشی از خود عقد می‌نامند (زحیلی، بی‌تا، ۴: ص ۴۰۶). ماده «۵۶۰» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مصوب نموده است: «عقد شخص تهدید شده به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید، شخص تمديد شده به صورت صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می‌گردد.»

با آنکه فقه‌های حنفی اجازه را در عقد فاسد بلا اثر می‌دانند و معتقدند که چنین عقدی به دلیل منهی عنه بودن، باید فسخ گردد، اما رضایت بعد از اکراه را به دلیل صیانت از مصالح خاص و نه عام، مؤثر دانسته‌اند (همان). به خاطر تأثیر اجازه در عقد اکراهی، زُفر که یکی از علمای حنفی است، عقد اکراهی را عقد موقوف نام‌گذاری کرده است (الکاسانی، بی‌تا، ۱۲: ص ۳۹؛ زحیلی، بی‌تا، ۴: ص ۳۸۰؛ السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۲۱)؛ زیرا فسخ عقد در عقد اکراهی جزء حقوق بایع است به خلاف سایر موارد عقد فاسد که حق فسخ در آن موارد جزء حق الله محسوب می‌شود.^۱ پس چنانچه فساد ناشی از نفس عقد باشد، مانند بیع ربوی، اجازه بعدی بلا اثر خواهد بود؛ زیرا در این‌گونه موارد، عدالت معاوضی وجود نداشته و تراضی برخلاف آن منع شرعی دارد.^۲ (زحیلی، بی‌تا، ۴: ص ۴۰۷؛ سرخسی، بی‌تا، ۲۴: ص ۵۵). بنابراین، این نکته روشن و مبرهن شد که عقد موقوف یا غیر نافذ، با عقد فاسد تفاوت اساسی دارد؛ زیرا عقد موقوف جزء عقود صحیح است هر چند قبضی اتفاق نیفتاده باشد؛ اما عقد فاسد، بعد از رفع عوامل فساد، به عقد صحیح، مبدل می‌گردد. عقد موقوف با آمدن جزء متمم (اجازه بعدی مالک) کامل و نافذ می‌گردد، اما عقد فاسد صرفاً صورت عقد را دارا بوده که متعاملین طبق تکلیف شرعی، باید آن را فسخ نموده و به صورت ظاهری آن نیز پایان دهند (ابن نجیم، بی‌تا، ص ۲۷۸). این تفاوت در ماده «۶۲۷» قانون مدنی افغانستان نیز انعکاس یافته است.

۱. در عقد موقوف، امر دائر بین قبول و فسخ است در حالی که در عقد فاسد، تنها حکم بر فسخ وجود دارد که تکلیف شرعی اطراف عقد فاسد را معین می‌نماید (ابن نجیم، بی‌تا: ص ۲۷۹؛ السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۰).

۲. یعنی عدالت معاوضی از قواعد آمره بوده و تراضی برخلاف آن ممکن نمی‌باشد.

از دیدگاه حنفی‌ها شروط، در یک تقسیم کلی، به سه دسته صحیح، فاسد و باطل قابل تقسیم است (معروف الحسینی، ۱۹۹۶ م: ص ۴۴۸؛ الموصلی، ۲۰۰۵ م: ص ۱۸۷)؛ شروط فاسد، به دلیل اتصال به اصل یا رکن عقد، می‌تواند باعث فساد عقد گردد. ماده «۶۱۰» قانون مدنی در این زمینه مقرر کرده است: «شرط غیر مناسب با عقد یا شرطی که عقد مقتضی آن نبوده یا حکم عقد را مؤکد نگرداند، همچنان شرطی که موافق با تعامل جاریه نبوده و یا در آن فریب به کار رفته باشد، شرط فاسد پنداشته می‌شود.» شرط فاسد، زمانی موجب فساد عقد می‌گردد که در ضمن عقد گنجانده شده باشد و چنانچه چنین شرایطی بعد از عقد گذاشته شود، موجب فساد عقد نخواهد شد (حیدر، بی‌تا: ص ۳۷۱). نکته قابل ذکر دیگر این است که تأثیر شرط فاسد بر عقد، با توجه به نوع آن متفاوت است؛ مثلاً وجود شرط زیادی در عوض، تنها در عقود معاوضی مانند انواع بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و مانند آن‌ها، موجب فساد عقد می‌شود (زحیلی، بی‌تا، ۴: ص ۳۸۱)؛ زیرا شرط فاسد در عقود فوق، با مبنایی که طرفین برای آن به انعقاد عقد پرداخته‌اند، در تضاد است.

ماده «۶۲۲» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «در عقود معاوضی (معاوضی)، تعلیق و اقران عقد، به شرط فاسد جواز نداشته در اثر چنین شرطی، عقد فاسد پنداشته می‌شود.» شرط فاسد در عقودی که در آن‌ها تعادل عوضین شرط نبوده و به صورت تبرعی یا غیر معاوضی، منعقد می‌گردد، بی‌اثر بوده (همان: ص ۳۸۱) و شرط فاسد موجود، ملغی تلقی خواهد شد. لکن چنانچه شرط فاسد، باعث تعلیق عقود یادشده گردد، علاوه بر ملغی شدن شرط، عقد نیز باطل می‌شود (المصری، ۱۹۹۷، ۱: ۱۲۷). قانون مدنی افغانستان نیز تصریح کرده است: «در صورت اقران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی است. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می‌گردد.»

شرط فاسد در عقودی که از دسته اسقاطات^۱ محض هستند، مانند نکاح و طلاق بدون مال، اجرا نکردن حق شفعه، ابراء دین، عفو قصاص و آزاد کردن برده، بی‌اثر بوده و در صورت وجود شرط فاسد، به هر ترتیب فقط باعث بی‌اعتباری خود شرط می‌شود (الموصلی، ۲۰۰۵ م: ص

۱. منظور از اسقاطات، عقود هستند که با هدف اسقاط حق منعقد شده و فرقی میان معوض بودن یا نبودن نیست. اما اگر در مقابل عوض نباشد، به آن اسقاطات محض می‌گویند و اگر معوض باشد، آن را اسقاطات دارای معنای معاوضه مانند خلع در طلاق و دیه در عفو از قصاص می‌نامند (ر: ک: الکاسانی، بی‌تا، ۵: ص ۸۰؛ و ج ۱۲: ص ۴۲ و ۷۱).

۱۸۶؛ المصری، ۱۹۹۷، ۱: ص ۶۲۴، ۱۲۷) و تأثیری در عقد، نخواهد داشت. ماده (۶۲۴) «قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر داشته است: «عقودی که اسقاطات محض شناخته شود، با وجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیر مناسب، منعقد گردیده و یا اقتران آن به شرط فاسد صحیح پنداشته می‌شود، شرط در این صورت ملغی می‌گردد.» شرط فاسد در عقود توثیقی مثل کفالت، حواله و رهن، همچنین در «اطلاقات»^۱ مانند وکالت و مانند آن هیچ اثری نداشته، عقد، صحیح است و شرط فاسد بی‌اعتبار و بدون اثر تلقی می‌شود (المصری، ۱۹۹۷، ۱: ص ۱۲۷). ماده (۶۲۵) «قانون مدنی افغانستان نیز در این زمینه مقرر کرده است: «عقودی که اطلاعات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می‌شود.» نکته پایانی اینکه فقهای حنفی بر این باورند که چنانچه شروط فاسدی که میان مردم مترعارف شده و از نظر آن‌ها موجب فساد نمی‌گردد، در ضمن عقد معاوضی شرط شود، شرط صحیح بوده و موجب فساد عقد نیز نمی‌گردد (الجزیری، ۲۰۰۵، ۲: ص ۱۲۸)؛ زیرا فلسفه ضمانت اجرای فاسد دانستن عقد فاسد، حفظ مصلحت جامعه است و زمانی که خود آنان برخلاف مصلحت خود اقدام کنند، این ضمانت اجرای تکمیلی از کار و تأثیرگذاری خواهد افتاد.

۴- آثار عقود باطل و فاسد

در اینجا ضروری است که آثار عقد باطل و فاسد را از نظر فقهای حنفی و قانون مدنی افغانستان، به صورت مجزا مورد بررسی و تحلیل قرار دهیم:

۴-۱ - آثار عقد باطل

تمام مذاهب اسلامی، غیر از مذهب حنفی، عقد باطل را غیر منعقد دانسته و هیچ اثری را بر آن مترتب نمی‌دانند. به همین دلیل، اگر در اثر عقد باطل، عوضین تسلیم شده باشد، هریک از طرفین عقد، می‌توانند استرداد آن‌ها را از طرف مقابل، بخواهد و چنانچه عوضین، تسلیم نشده باشد، به دلیل اینکه هیچ رابطه حقوقی بین آنان شکل نگرفته است، هیچ یک نمی‌تواند دیگری را الزام به تسلیم نماید (شعاریان، قربانزاده، ۱۳۹۱: ص ۵۰). البته این بدان معنی نیست که عقد باطل، به عنوان یک امر مادی، اثر فرعی نیز نداشته باشد (السنهوری، ۲۰۰۴ م، ۱: ص ۴۰۱)؛ مسئولیت

۱. منظور از اطلاعات، عقود هستند که برای شخص ممنوع التصرف، صلاحیت تصرف را می‌دهد؛ مانند وکالت، وصایت و اجازه دادن برای صغار ممیز به عمل تجارت و قضا (ر، همان، ۹: ص ۶۹).

متصرف مال در قبال تلف یا نقصان آن که در فقه اسلامی تحت نام «مقبوض به عقد فاسد» یاد شده است، یکی از این آثار است (ماده «۳۶۶» قانون مدنی ایران و ماده «۶۱۹» قانون مدنی افغانستان نیز بدین امر اشاره نموده است).

۴-۲- آثار عقد فاسد

عقد فاسد از منظر فقهای حنفی، یک عقد غیر مشروع است؛^۱ به همین دلیل، ملکیت حاصله از آن یک ملکیت خبیث محسوب شده و طرفین، باید مدام در پی فسخ آن باشند؛ با وجود این، عقد فاسد، بسته به اینکه قبض در آن اتفاق افتاده باشد یا اتفاق نیفتاده باشد، آثاری دارد که مختصراً آن را بررسی می‌کنیم؛ به عبارت دیگر، در اینجا ضروری است که آثار عقد فاسد را در بازه زمانی قبل از قبض مبیع و بعد از قبض آن، مورد بررسی و تحلیل دقیق قرار دهیم.

۴-۲-۱- قبل از قبض

چنانکه که گفتیم، عقد فاسد، منهی‌عنه از طرف شارع بوده و انعقاد آن همواره با معصیت همراه است. به همین دلیل، طرفین مکلف‌اند، دائماً در پی فسخ آن باشند. قانون مدنی افغانستان نیز در ماده «۶۲۷» بر این معنی تأکید کرده است؛ قاضی نیز، به‌عنوان مدعی‌العموم و در صورت آگاهی از وجود عقد فاسد، مکلف است عقد فاسد را فسخ کند (السنهوری، ۱۹۹۷، ص: ۴؛ ۱۱۱؛ أتاسی، بی‌تا: ص ۶۰).^۲ زیرا حق فسخ در عقد فاسد، یک حق الهی محسوب شده و به همین دلیل تا قبل از قبض برای آن هیچ اثری متصور نیست (معروف الحسینی، ۱۹۹۶: ص ۲۲۷)؛ همان‌گونه که برای عقد باطل، به‌صورت مطلق، اثری مترتب نیست. اضافه بر این، چنانچه برای عقد فاسد، قبل از قبض، اثری مترتب شود، سر از تناقض درخواهد آورد؛ زیرا اثر داشتن عقد فاسد، قبل از قبض، از یک‌سو به این معناست که عقد، لازم بوده و طرفین، متعهد به اجرای آن می‌باشند، از سوی دیگر به دلیل اینکه چنین عقدی منهی‌عنه می‌باشد، طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند (الکاسانی

۱. «وقال الحنفية: قد يكون نهى الشارع عن عقد: معناه إثم من يرتكبه فقط، لا إبطاله، ويفرق بين النهي الراجع لأصل العقد (أي لخلل في الصيغة أو في العاقد أو في المحل) فيقتضى بطلان العقد وعدم وجوده شرعاً وعدم ترتب أي أثر عليه، وبين النهي العائد لآخر كوصف من أوصاف العقد ملازم له، فيقتضى بطلان هذا الوصف فقط، ولا يتعدى البطلان إلى أصل العقد، لأنه استكمل عناصره الأساسية، فيكون العقد فاسداً فقط.» (ر: ک: زحیلی، بی‌تا، ص: ۴۰۸۸).

۲. «والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدین أو من القاضی إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً» (ر: ک: همان: ص ۳۰۹۰).

بی تا، ۹: ص ۵۴-۵۳؛ زحیلی، بی تا، ۴: ص ۳۰۹۰).

گریز از چنین تناقضی، مقتضی آن است که بر عقد فاسد، قبل از قبض، هیچ اثری را مرتب ندانیم. قانون مدنی افغانستان نیز به پیروی از فقه حنفی عقد فاسد را، قبل از قبض، مانند عقد باطل بی اثر دانسته است. ماده «۶۳۶» قانون مدنی در این زمینه مقرر کرده است: «عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث یک حادثه عادی مستوجب ضمان می گردد.» بر اساس این ماده، چنانچه مبیع قبل از قبض، تلف شود از حساب بایع رفته و اگر از سوی مشتری یا در يد (دست) او از بین برود، به عنوان يك حادثه مادی، ضامن خواهد بود. در قسمت اول ماده «۶۲۱» قانون مدنی افغانستان مقرر شده است: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی کند...» بر همین اساس است که عقد فاسد تا قبل از تنفیذ، قابل فسخ است.^۱ چنانچه صفت فساد از عقد فاسد، زایل گردد، عقد فاسد به عقد صحیح^۲ تبدیل یافته و صاحب اثر می گردد؛ و برای طرفین نیز الزام آور می شود؛ مانند اینکه ربوی بودن معامله زایل گردیده یا شرط فاسد، اسقاط گردد. (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۰). ماده «۶۲۶» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مصوب کرده است: «هریک از طرفین عقد یا ورثه شان می توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد.» بنابراین تا زمانی که عقد فاسد فسخ نشده، برابر ماده «۶۲۷» قانون مدنی، اجازه، نسبت به آن اثری نداشته و عمل دیگری غیر از فسخ نیز مجاز نیست.

۴-۲-۲- بعد از قبض

فقهائ حنفی، بر مبنای روایتی^۳ که می گوید، عقد فاسد بعد از قبض افاده ملکیت می کند

۱. در ماده ۳۷۳ المجله نیز مقرر شده است: «إِذَا فُسِّخَ الْبَيْعُ الْفَاسِدُ فَإِنْ كَانَ الْبَائِعُ قَبَضَ الثَّمَنَ كَانَ لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْصِيَ الْمُبَّعَ إِلَى أَنْ يَأْخُذَ الثَّمَنَ وَيَسْتَرِدَّ مِنْ الْبَائِعِ.»

۲. بعد از تبدیل شدن عقد فاسد به صحیح، آثار عقد صحیح بر آن مرتب می گردد: «هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صفة) وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد، وشروطه الشرعية. فيصبح صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه. ويعرفه الحنفية بقولهم: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه. وحكم العقد الصحيح: ثبوت أثره في الحال، فالباع الصادر من كامل الأهلية على مال متقوم شرعاً، ولغاية مشروعة، يترتب عليه ثبوت ملك المبيع والتمن للمشتري والباع فور انتهاء الإيجاب والقبول.» (زحیلی، بی تا، ۴: ص ۳۰۸۶).

۳. در این حدیث که از بریره نقل شده آمده است: هنگامی که ام المومنین (عایشه) خواست کنیزی به نام «بریره» را بخرد، مالک آن از فروش خودداری کرد؛ مگر اینکه ولاء با او باشد. عایشه با این شرط بریره را خرید و سپس آزاد کرد و ماجرا را با رسول خدا در میان نهاد. ایشان عتق را صحیح، اما شرط یعنی ولاء را باطل دانستند. حنفی ها می گویند اینکه پیامبر عتق را که تصرف در ملک غیر بوده، با وجود فساد بیع به دلیل شرط فاسد جایز دانسته، دلیلی بر صحت تصرفات در عقد فاسد است و این مطلب را اثبات می کند که عقد فاسد پس از قبض ایجاد ملکیت می کند؛ وگرنه ام المومنین (عایشه) نمی توانست در ملک غیر تصرف و کنیزی را آزاد کند (حنفی، ۲۰۰۵: ص ۱۸۴).

(البغدادی، ۱۹۹۷: ص ۷۸)، عقد فاسد را بعد از قبض، دارای اثر دانسته‌اند؛ هرچند ملکیت مذکور، فاسد بوده و انتفاع از مملوک به وسیله عقد فاسد، مباح و قانونی نیست. زیرا انتفاع از عین مورد معامله در عقد فاسد، به اجماع فقهای حنفی، به استقرار فساد (= فعل حرام که همان ملتزم شدن به عقد فاسد است) می‌انجامد. از سوی دیگر، وظیفه قابض در عقد فاسد پرداخت قیمت یا مثل است نه ثمن المسمی و چنانچه وی ملتزم به عقد فاسد شود، باید ثمن المسمی پرداخت نماید (الکاسانی، بی‌تا، ۹: ص ۵۵؛ السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۴). به خاطر لزوم فسخ عقد فاسد است که ماده «۶۳۱» قانون مدنی مقرر کرده است: «قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و متصرف به پرداخت قیمت یا مثل مکلف می‌گردد نه مسمی، این عقد تصرف مال قبض شده را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمی‌کند.» زیرا انتفاع با وجوب فسخ منافات جدی دارد.^۱ البته در عقد فاسد ناشی از اکراه، صرف قبض، باعث انتقال مالکیت نشده و ملکیت زمانی حاصل می‌شود که اجازه نیز بر آن ضمیمه شود. زیرا در عقد اکراهی، اصل که عبارت از ایجاب و قبول باشد، موجود است اما رضایت معاملی، زمانی حاصل می‌گردد که اجازه به عقد ضمیمه گردد^۲ (سرخسی، بی‌تا، ۲۴، ص ۹۹ و ۵۵). این حکم، به این خاطر است که رضایت شرط صحت معامله است نه شرط حکم معامله، از همین جهت است که فقدان شرط صحت، باعث از بین رفتن حکم (اثر داشتن عقد فاسد) نشده و با وقوع رضایت، فساد عقد رفع می‌گردد؛ البته در عقودی که فساد در آن‌ها مربوط به حق الناس باشد نه حق شرعی، مانند حرمت ربا (الکاسانی، بی‌تا، ۱۲: ص ۳۸). بنابراین، مالکیت که به وسیله عقد فاسد حاصل می‌شود، از نوع خاصی بوده و ویژگی مالکیت مطلق ناشی از عقد صحیح را ندارد؛ زیرا این مالکیت خاص، تحت شرایطی، قابل فسخ است (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۴-۱۱۳). شرایط فسخ عقد فاسد عبارت است از اینکه اولاً: قبض باید با اجازه مالک صورت گرفته باشد تا رضایت و طیب باطنی در عقد فاسد، تأمین شده و عقد فاسد به صحیح مبدل گردد (معروف الحسنی، ۱۹۹۶ م: ص ۲۲۸). ماده «۶۲۱» قانون مدنی

۱. ماده «۳۷۱» المجله نیز مقرر کرده است: «الْبَيْعُ الْفَاسِدُ يَفِيدُ حُكْمًا عِنْدَ الْقَبْضِ. يَعْنِي أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا قَبِضَ الْمَبْعُوعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ صَارَ مِلْكًا لَهُ فَإِذَا هَلَكَ الْمَبْعُوعُ بَيْعًا فَاسِدًا عِنْدَ الْمُشْتَرِي لَزِمَهُ الضَّمَانُ. يَعْنِي أَنَّ الْمَبْعُوعَ إِذَا كَانَ مِنَ الْمَكِيلَاتِ لَزِمَهُ مِثْلُهُ وَإِذَا كَانَ قِيَمًا لَزِمَتْهُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ.»

۲. البته قبل قبض نیز زمانی موجب مالکیت در عقد فاسد می‌گردد که با اذن صریح یا ضمنی باع صورت گرفته باشد: «وحکم الفاسد: ثبوت الملك فيه بالقبض بإذن المالك صراحة، أو دلالة كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع، دون أن يعترض عليه.» (زحلی، بی‌تا، ۴: ص ۳۰۹۰).

افغانستان نیز همین مطلب را تأیید می‌کند: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی‌کند، مگر اینکه قبض به رضایت مالک آن صورت گرفته باشد.» مفهوم مخالف ماده یاد شده می‌گوید در صورتی که قبض، بدون اذن مالک و با بیع انجام شده باشد، با قبض، ملکیت حاصل نخواهد شد. زیرا قبض در عقد فاسد به منزله قبول در بیع صحیح محسوب می‌گردد (سرخسی، بی‌تا، ۲۵: ص ۳۵)، چنانکه فسخ عقد فاسد قبل از قبض، به معنای خودداری از ایجاب و قبول است (الکاسانی، بی‌تا، ۹: ص ۵۳). آن‌گونه که اجازه مالک در عقد فاسد ناشی از اکراه، در حکم انشاء بوده و سبب می‌شود که بیع اکراهی فاسد، افاده ملکیت کند (الکاسانی، بی‌تا، ۱۲: ص ۳۹-۳۸).

دومین شرط فسخ عقد فاسد این است که عقد، شامل شرط خیار نباشد؛ از این شرط به دست می‌آید که هر چند در عقد فاسد، ملکیت حاصل نمی‌شود اما در عین حال، خیار ثابت می‌گردد^۱ (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۴؛ ابن نجیم، بی‌تا: ص ۲۰۴)؛ زیرا با وجود شرط خیار، عقد، نافذ اما غیر لازم شمرده شده و حق رجوع برای دارنده حق خیار باقی است. ماده «۶۵۰» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «هرگاه عقد طبیعتاً موجب الزام یکی یا طرفین عقد نگردد و یا در آن خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیر لازم پنداشته می‌شود». بنابراین، هر چند پس از قبض، عقد فاسد، ملکیت خبیث و غیر مشروعی را ایجاد می‌کند اما متصرف هیچ‌گاه مجاز به انتفاع از مملوک به عقد فاسد، نبوده و همواره موظف است که آن را به بایع برگرداند. در مواردی فسخ عقد فاسد ناممکن می‌شود که در شماره‌ای بعدی موانع فسخ عقد فاسد را بررسی می‌کنیم.

۵- موانع فسخ عقد فاسد

گفتیم که طرفین عقد فاسد، چه قبل و چه بعد از قبض مبیع، مکلف به فسخ آن می‌باشند؛ لزوم فسخ در عقد فاسد، یک حکم شرعی است نه حق طرفین عقد مذکور. به همین خاطر است که قاضی نیز پس از آگاهی از وقوع عقد فاسد، ملزم به اجرای حکم الهی و فسخ عقد فاسد است (السنهوری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۱؛ زحیلی، بی‌تا، ۴: ص ۳۰۹۰). اجازه و رضایت طرفین نیز نمی‌تواند لزوم فسخ عقد فاسد را منتفی نماید؛ با وجود این، فقهای حنفی باور دارند که عواملی

۱. ابن، یکی از ویژگی‌های عقد فاسد است.

در شریعت وجود دارد که باعث سقوط حق فسخ در عقد فاسد می‌گردد. این عوامل را مختصراً بررسی می‌نماییم:

الف: خارج شدن مبیع از مالکیت مشتری، توسط بیع یا هبه یا... مانع فسخ عقد فاسد می‌گردد؛ زیرا تصرف خریدار دوم، یک تصرف جایز و تصرف در ملك خود تلقی می‌شود؛ لذا اگر مشتری اول، مبیع را به شخص ثالثی بفروشد، تصرف او صحیح بوده و عقد دوم به دلیل تعلق حق الناس به آن، نمی‌تواند از سوی مشتری اول و مالک، فسخ شود: «وإمكان الفسخ مشروط بشرطین: ... الثاني: عدم تعلق حق الغير به فلو تصرف به المشتري لآخر بالبيع أو بالهبة وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ» (همان: ص ۳۰۹۰؛ و نیز الموصلي الحنفی، ۲۰۰۵ م: ص ۱۸۵). قانون مدنی افغانستان نیز در این زمینه مقرر کرده است: «هرگاه قبض کننده در عقد فاسد، مال قبض شده را به شخص ثالث عقد نماید، حق فسخ ساقط می‌گردد. در این صورت مالک اصلی می‌تواند، اعاده معقود علیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. همچنان شخص ثالث می‌تواند قیمت یا مثل معقود علیه را از قبض کننده مطالبه کند.» حکم این ماده در مقابل حکمی است که فقهای حنفی بر آن باور دارند؛ زیرا آنان معتقدند که مالک، به علت اینکه خریدار دوم، معقود علیه را در یک عقد صحیح مالک شده است، نمی‌تواند به وی مراجعه کند؛ بلکه مالک تنها می‌تواند قیمت یا مثل معقود علیه را از قابض مطالبه نماید (السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۵).^۱

ب: تغییر ماهیت مبیع: بنابراین، چنانچه مبیع که پارچه بوده و به دست مشتری، تبدیل به لباس شده باشد، حق فسخ در عقد فاسد از بین خواهد رفت؛ ماده (۶۳۵) قانون مدنی افغانستان در این زمینه مصوب کرده است: «هرگاه مال قبض شده تغییر شکل نماید، فسخ باطل و قیمت روز قبض

۱. عقد دوم زمانی مانع فسخ عقد فاسد، می‌شود که اولاً: عقد دوم، صحیح واقع شده باشد؛ ثانیاً: عقد دوم حاوی خیار برای بایع نباشد؛ در غیر این صورت و در مدت خیار، عقد دوم مانع فسخ عقد فاسد اولی نخواهد بود؛ زیرا وجود خیار، باعث غیر لازم شدن عقد فاسد شده و ملکیت مبیع به مشتری به صورت قطعی منتقل نشده است. ثالثاً: عقد بیع اول بر اثر اکره ایجاد نشده باشد و الا مکروه می‌تواند با حق فسخی که ناشی از اکره است عقد فاسد را فسخ نماید. این نکته وجه تمایز عقد فاسد بر اثر اکره را با سایر موارد عقد فاسد نیز نشان می‌دهد؛ البته اکره شونده در صورتی می‌تواند عقد دوم را فسخ کند امکان فسخ بیع دوم وجود داشته باشد؛ اما اگر بیع فاسد ناشی از اکره باشد، به علت اینکه اولاً: در بیع دوم حق مشتری که حق الناس است نسبت به حق الله مقدم می‌باشد و ثانیاً: به خاطر اینکه عقد اول تنها اصلاً مشروع است اما وصفاً نامشروع و عقد دوم اصلاً و وصفاً مشروع می‌باشد، امکان فسخ بیع دوم وجود ندارد. ماده ۵۶۱ قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر داشته است: «نفاذ عقود شخص تهدید شده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده قبض مبیعه ملکیت فاسد را افاده می‌نماید. در چنین حالت هر نوع تصرف غیر قابل نقض صحیح بوده، شخص تهدید شده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت روز تصرف مخیر می‌باشد».

مال لازم می‌گردد؛ پس اگر مشتری سکه طلای خریداری شده به عقد فاسد را به انگشت، تبدیل کند، قابلیت فسخ عقد فاسد، بر اثر تغییر شکل مبیع، از بین خواهد رفت. بر اساس ماده «۶۳۳» قانون مدنی افغانستان، اگر تغییر در اثر زیادی ناشی از اصل، اعم از متصل و منفصل باشد، مانع از فسخ نیست و باید که همراه مبیع بازگردانده شود. همچنین اگر این تغییر، نقصان باشد، مانع فسخ نمی‌شود (السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۸).

۳- یکی از موانع فسخ در عقد فاسد، از بین رفتن مبیع است؛ چنانچه مقبوض به عقد فاسد از بین برود، قابض موظف است که قیمت یا مثل آن را به مالک بازگرداند؛ زیرا قبض یا تلف مبیع در عقد فاسد، موجب ضمان قیمت روز قبض می‌شود (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵ م: ص ۱۹). در تغییر ناشی از نقصان، مالک مخیر است که عقد فاسد را فسخ نموده و مقبوض به قبض فاسد را همراه جبران خسارت پس بگیرد (الکاسان، بی تا، ۹: ص ۳۲) یا معامله را به همان صورت که هست امضا نماید. چنانچه نقصان ناشی از عمل مالک باشد، صرفاً اختیار استرداد مال را دارد. ماده «۶۳۴» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «هرگاه تغییر در مال قبض شده، به اثر نقصان، صورت گرفته باشد، صاحب مال می‌تواند، اعاده مال مذکور را باخیران خسارت مطالبه نماید. مگر اینکه نقص، ناشی از عمل مالک باشد.» مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده فوق این است که چنانچه نقصان، ناشی از عمل مالک باشد، وی موظف است مال را بدون مطالبه خسارت بازپس بگیرد. چنانکه اگر نقصان حاصله ناشی از آفات سماوی باشد نیز مانع فسخ عقد فاسد نمی‌شود (السنه‌وری، ۱۹۹۷، ۴: ص ۱۱۸-۱۱۷).

۴- قابلیت تبعیض مبیع نیز می‌تواند یکی از موانع فسخ در عقد فاسد به حساب آید؛ بنابراین، چنانچه در بخش از عقد فاسد قابل تجزیه، فساد نباشد، مشتری می‌تواند مال را تملک کرده و از آثار قانونی آن بهره‌مند گردد؛ در این حکم، تفاوتی ندارد که عامل فساد در نفس عقد باشد یا آنکه ناشی از شرط فاسد. در ماده «۶۳۰» قانون مدنی افغانستان، فقط خصوص شرط فاسد پیش‌بینی شده است: «صاحب شرط فاسد می‌تواند با تمسک به جزء صحیح عقد، شرط را ساقط و تنفیذ عقد را از طرف مقابل مطالبه نماید. طرف مقابل نمی‌تواند بعد از اسقاط شرط، فسخ عقد را مطالبه کند. جزء صحیح عقد وقتی ظاهر می‌گردد که به حیث عقد مستقل در آید».

۵- چنانچه فساد عقد، ناشی از شرط فاسد باشد، انصراف مشروطه از شرط، عقد فاسد را به

عقد صحیح تبدیل می‌کند؛ به عبارت دیگر، اگر عقد فاسد از عقود معاوضی باشد و شخصی که شرط به نفع او است از حق شرط خود انصراف دهد، حق فسخ ساقط شده و عقد فاسد به صحیح تبدیل می‌گردد (السنهوری، ۱۹۹۷، ص: ۴؛ ۱۱۰) مثلاً اگر در عقدی که به سبب أجل یا خیار، فاسد شده است، صرف نظر کردن ذی نفع از حق خود، به معنای اعلام رضایت از سوی او پنداشته شده و عقد صحیح تلقی خواهد شد. البته این تغییر و تبدل، زمانی در عقد فاسد حاصل می‌شود که شرط فاسد سبب تعلیق عقد معاوضی نگردیده باشد و الا عقد باطل می‌شود نه فاسد.

نتیجه‌گیری

۱- ضمانت اجرای اصلی رعایت نشدن قواعد حاکم بر ارکان یا شرایط اساسی در انعقاد عقود، در نظام حقوقی ایران، علاوه بر بطلان، غیر نافذ بودن است که قلمرو اعمال محدودی دارد. قابل ابطال بودن در نظام حقوقی ایران به عنوان یک قاعده کلی مطرح نشده و نهادی تحت نام «فاسد» اساساً مورد شناسایی قانون‌گذار ایرانی قرار نگرفته است تا از آثار آن بحث به عمل آید.

۲- هر چند در نظام حقوقی فرانسه نهاد «باطل نسبی» یا «قابل فسخ و قابل ابطال» مطرح شده است، اما هیچ کدام با نهاد «فاسد» شباهتی نداشته و باطل نسبی مخصوص نظام حقوقی فرانسه و قابل فسخ و قابل ابطال به عقود خیاری در نظام حقوقی ایران و افغانستان شباهت زیادی دارد.

۳- اگرچه در نظام حقوقی افغانستان قاعده عمومی، در زمینه ضمانت اجرای رعایت نکردن شرایط اساسی انعقاد عقود، در کنار نهاد موقوف و غیر نافذ، بطلان است؛ اما قانون‌گذار افغانستان، بر مبنای فقه حنفی، نهاد دیگری را تحت عنوان «فاسد» و به عنوان یک قاعده عمومی در نظر گرفته است که چیزی بینابینی بوده و میان عقد صحیح و باطل قرار می‌گیرد و دارای قواعد گسترده در حقوق قراردادها است.

۴- نظام حقوقی افغانستان با شناسایی و تأیید عقد فاسد، متفاوت از باطل، برای بطلان، مراتبی را در نظر گرفته است که می‌تواند راهکاری مناسب در راستای حفظ روابط حقوقی اشخاص بوده و در مواردی که امکان رفع برخی تخلفات ناشی از رعایت نکردن شرایط اساسی حاکم

بر انعقاد عقود وجود دارد، از بطلان عقود، جلوگیری نماید؛ یعنی بسته به اینکه اهمیت رعایت قواعد حاکم بر انعقاد عقود به چه میزان باشد، ضمانت اجرای آن‌ها نیز متفاوت است. برای مثال هنگامی که در متن یا در اثر شرط، ضرری متوجه یکی از طرفین باشد با حذف ضرر بتوان از بطلان عقد جلوگیری کرد، یا در صورتی که موضوع عقد تعیین نشده اما پس از انعقاد امکان تعیین باشد، بتوان از بطلان عقد جلوگیری به عمل آورد.

۵ - ضرورت تدوین قاعده عام در موضوع ضمانت اجرای قراردادی، برای انسجام بخشیدن نظام حقوق قراردادهای مدنی و تجاری، بالاترید، است که نظام حقوقی افغانستان با توجه به منبع فقهی آن به خوبی از پس آن برآمده است. به خصوص که قانون‌گذار افغانستان، عقد فاسد را تا قبل از قبض بی اثر دانسته و بعد از قبض دارای آثاری می‌داند؛ قانون‌گذار افغانستان توانسته است از طریق این قاعده عمومی، ثبات قراردادی را قبل از بطلان تأمین نماید.

منابع و مآخذ

قرآن کریم.

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، تهران، سوم، ۱۳۶۶.
۲. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، محمود هاشمی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت^(ع)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت^(ع)، قم، ۱۴۲۶.
۳. حائری شاه‌باغ، علی، شرح قانون مدنی، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
۴. حائری، حسن و دیگران، عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲.
۵. شعاریان، ابراهیم و قربانزاده، محمد، مطالعه تطبیقی عقد باطل و فاسد، مجله کانون وکلای دادگستری، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، سال هشتم، ش ۲۷ و ۲۸.
۶. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دانان، تهران، ۱۳۷۹.
۷. عبد الله، نظام الدین، شرح قانون مدنی افغانستان، انتشارات سعید، کابل، ۱۳۹۰.
۸. قنواتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، سمت، تهران، ۱۳۷۹.
۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، پنجم، ۱۳۷۹.
۱۰. _____، قواعد عمومی قراردادها، سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
۱۱. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، دوازدهم، ۱۴۰۶.
۱۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، انتشارات فرهنگ‌نما، تهران، ۱۳۷۸.
۱۳. ابن نجیم، زین الدین، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار الکتاب الاسلامی، قاهره، دوم، بی‌تا.
۱۴. آتاسی، محمد خالد، شرح المجله، المبتة الرشیدیة، کویت، بی‌تا.
۱۵. الموصلی الحنفی، عبدالله، الاختیار لتعلیل المختار، دار الکتب العلمیه، بیروت، سوم، ۲۰۰۵.

۱۶. انصاری، مرتضی، کتاب المكاسب، المؤتمر العالمی بمناسبة الذكرى المئوية الثانية الميلاد الشيخ الانصاری، دوم، ۱۴۲۰.
۱۷. بحر العلوم، محمد، بلغة الفقيه، مكتبة الصادق، تهران، ۱۳۶۲.
۱۸. البغدادي الحنفي، أبي الحسن، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ۱۹۹۷.
۱۹. تبریزی، محمد علی، مصباح الفقاهه، مكتبة داورى، قم، ۱۳۷۷.
۲۰. الجزیری، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الاربعه، دار احياء التراث العربی، بيروت، هفتم، بی تا.
۲۱. حکیم، عبدالمجید و بکری، عبدالباقی، الوجیز فی نظرية الالتزام فی القانون المدنی العراقی، الوزارت التعليم العالیه، ۱۹۸۰.
۲۲. حیدر، علی، درر الحکام فی شرح المجلة الاحکام، دار الكتب العلمية، بيروت، بی تا.
۲۳. رستم باز، سلیم، شرح المجله، المطبعة الادبية، بيروت، ۱۹۲۳.
۲۴. زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة: الرابعة، بی تا.
۲۵. السابق، السيد، فقه السنه، دار الكتاب العربی، بيروت، ۱۹۷۱.
۲۶. السبکی، تاج الدین، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، بی تا.
۲۷. السرخسی الحنفي، ابوبکر محمد، المبسوط، دار المعرفه، بيروت، بی تا.
۲۸. السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط فی شرح القانون المدنی الجدید، دار احياء التراث العربی، بيروت، ۲۰۰۴.
۲۹. _____، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، دار احياء التراث العربی، بيروت، چهارم، بی تا.
۳۰. شاهرودی، علی، محاضرات فی الفقه الجعفری، دار الكتاب الاسلامی، قم، ۱۴۰۸.
۳۱. عاملی، جواد، مفتاح الکرامه، نشر اسلامي، قم، ۱۴۱۹.
۳۲. الغراني، الصادق عبدالرحمن، مدونة الفقه المالکی وادلته، مؤسسه الريان، بيروت، ۲۰۰۲.

۳۳. الکاسانی، علاء الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الکتب العلمیه، بی‌جا، دوم، ۱۴۰۶.
۳۴. محمد صالح الظفیری، مریم، مصطلحات المذاهب الفقهیه، دار ابن حزم، بیروت، ۲۰۰۲.
۳۵. معروف الحسینی، هاشم، نظریة العقد فی الفقه الجعفری، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۹۹۶.
۳۶. مغنیه، محمد جواد، فقه الامام الصادق^(ع)، تحقیقات و نشر معارف اهل بیت^(ع)، بی‌تا.
۳۷. النملہ، عبد الکریم، المہذب فی علم اصول الفقه المقارن، مکتبۃ الرشد، الرياض، ۱۹۹۹.
38. Colin, Capitaint, & Julliot De la Morandière. (1966). précis de Droit civil (3 ed. Vol. 2). Paris: Dalloz;
39. Fabre-Magnan, Muriel (2004), Les obligations, Paris, Puf, 1e édition. Malaurie (Ph), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph), Les obligations, Paris, Défrénois, 2e édition, 2005;
40. Flour, J., Aubert, J. L., & Savaux, É. (2002). Les obligations, L'acte juridique. In A. Colin & Delta (Eds.), (2 ed.). Paris;
41. Marty, G., & Raynaud, P. (1988). Droit civil, les obligations (2 ed. Vol. 1). Paris: Sirey;
42. Shahidi, M. (2002). Civil Law, Principles Of Contracts and Obligations (2 ed.). Tehran: Majd. (in persian);
43. Veaux, D. (1996a). Jurisclasseur Civil, Fascicule 122 et 123. Paris: Éditions du Juris-Classeur.