

بررسی تطبیقی عقد فاسد و باطل در قانون مدنی ایران و افغانستان

لشکرعلی بشردوست^۱

چکیده

حقوق افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، عقد غیر صحیح را به عقد باطل و فاسد تقسیم کرده است. این تقسیم‌بندی منحصرراً عقود را شامل می‌شود که انتقال مالکیت و سبب تعهدات طرفین است؛ مانند بیع، اجاره، هبه و...؛ اما در عقود غیرمالی مثل وکالت، وصایت، عقود مالی که در آن تعهدات طرفینی وجود ندارد و اعمال یک طرفی مثل طلاق و اقرار، بین فاسد و باطل تفاوت وجود ندارد. همچنین در عبادات حنفی‌ها فرق بین فاسد و باطل نمی‌گذارند؛ زیرا اطاعت را محض می‌دانند. در نکاح قائل به تفصیل هستند. قبل از نزدیکی را باطل می‌دانند؛ اما اگر با عقد فاسد، نزدیکی صورت گرفته باشد، آثار عقد صحیح را بر آن مترتب می‌دانند؛ اما سایر مذاهب اسلامی و ازجمله مذهب امامیه، عقد باطل و فاسد را مترادف دانسته و بر هر دو حکم واحد و یکسان بار کرده‌اند. در فقه امامیه عقود صحیح غیرنافذ شباهت زیادی به عقد فاسد در فقه حنفی دارد؛ زیرا عقود مثل عقد اکراهی، عقد فضولی و... با رضایت و اذن بعدی، تکمیل می‌شود و عقد از زمان انعقاد نافذ می‌گردد؛ اما در مذاهب مالکیه، حنبلیه و شافعیه، عقود یا صحیح هستند و یا باطل دیگر حد وسط ندارند.

کلیدواژه‌ها: عقد صحیح، عقد باطل، عقد فاسد، عقد نافذ، قانون مدنی

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد، حقوق خصوصی دانشگاه اهل بیت (ع)، تهران، ایران

۱. مفهوم عقد

عقد کلمه عربی در لغت به معنای بستن (بهرامی، ۱۳۹۰: ۴۵) ضد حل (ابن منظور ۱۴۱۴، ۳: ۲۹۶)، عقد بستن و گره زدن (قرشی، ۱۴۱۲، ۵: ۲۴) و ربط دادن، پیوند دادن، استوار داشتن، ابرام و احکام میان دو چیز است؛ چنان که از گره زدن دو طناب به (عقد الحبل) و به بستن آهنگ و قصد، عقد نیت و نیز از بسته شدن سوگند، به عقد الیمین تعبیر می‌شود. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۶، ۲: ۱۳۷۲)

عقدی که در قانون و حقوق فعلی مطرح است، غیر از عقدی است که در فقه مورد بحث قرار می‌گیرد؛ زیرا عقدی که در قانون مدنی به تعریف آن اشاره شده، مساوی با مطلق قرارداد است اعم از این که آن قرارداد با لفظ یا غیر لفظ حاصل شده باشد، در حالی که بین فقها، عقد تنها با لفظ تحقق پیدا می‌کند و عقد اخرس را به صورت استثنایی عقد نامیده‌اند. در فقه، قرارداد بدون وساطت لفظ را تراضی می‌دانند و اگر با فعل انجام شود، معامله معاطاتی محسوب می‌کنند. (طاهری، ۱۴۱۸، ۴: ۳۴) پس عقد در اصطلاح عبارت است از تعهد یک طرف بر قبول امری که مورد قبول طرف دیگر نیز باشد. (طاهری، ۱۴۱۸، ۲: ۸)

عقد را از دو جهت باید تعریف کرد، یکی از جهت تحلیلی و دیگر از حیث دامنه شمول. از جهت تحلیلی، عقد دو معنا دارد؛ یک معنای مصدری و یک معنای محصولی (یا اسم مفعولی) که در قانون، در هر دو معنا به کار رفته است. عقد از حیث دایره شمول، دارای دو معنای اعم و اخص است؛ عقد در معنای اعم، عقود معین و غیر معین را در بر می‌گیرد، ولی در معنای اخص منحصرأً شامل عقود معین می‌شود. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۸)

معنای مصدری عقد در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران آمده و مقرر شده است: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک و یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». بند اول ماده ۴۹۷ قانون مدنی افغانستان نیز عقد را به معنای مصدر به کار برده و گفته است: «عقد عبارت از توافق دو اراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون». هم‌چنین عقد بیع در آیه «وَأَحَلَّ



اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، (بقره: ۱۷۵) در معنای مصدری به کار رفته است؛ زیرا احکام تکلیفی و از جمله حلیت و حرمت به فعل نسبت داده می‌شود نه به آنچه از فعل نتیجه می‌شود. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۶)

تعریف عقد به خصوص در قانون مدنی ایران تعریف جامع نیست و قابل انتقاد است؛ زیرا اولاً، فقط شامل عقود عهدی می‌شود و عقود تملیکی را در بر نمی‌گیرد. (امامی، بی‌تا، ۱: ۱۶۰) ثانیاً تعریف ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران فقط شامل عقود غیر معوض می‌شود و عقود معوض را در بر نمی‌گیرد. ثالثاً، در تعریف مذکور، تعهد و قبول فقط به نفر که واحد انسان است نسبت داده شده است. (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۸) رابعاً تعریف عقد به اثر آن است، نه تعریف خود عقد؛ زیرا عقد به تعهدی که یک یا چند نفر در برابر دیگران تعهد می‌کنند، تعریف شده است و تعهد اثر عقد است، نه خود عقد، (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱: ۱۸) بلکه توافقی است که ماحصل این توافق می‌تواند ایجاد تعهد باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱: ۱۸) خامساً تعریف فوق یکی از ارکان مهم تشکیل دهنده عقد، یعنی انشا را در بر نمی‌گیرد؛ زیرا تحقق عقد در خارج، منوط به انشای آن از سوی متعاقدين است و صرف تعهد قبلی طرفین بر امری، برای ایجاد عقد کافی نیست، بلکه علاوه بر توافق دو طرف و تعهد آن دو بر انجام دادن کاری، باید مقصود و مافی الضمیر خود را به طریقی خواه به قول یا فعل یا اشاره یا کتابت و... ابراز کند تا عقد در خارج تحقق یابد. (عسکری، بی‌تا: ۷۸) برخی از حقوق‌دانان با توجه به ایرادات تعریف قانون مدنی از عقد گفته‌اند: «عقد عبارت است از همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوقی»؛ (شهیدی، ۱۳۹۴: ۳۷) اما در معنای اسم مفعولی، عقد عبارت است از ماهیت حقوقی که با همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در عالم اعتبار به وجود می‌آید.

۲. ارکان عقد

ارکان جمع رکن و رکن در لغت به معنای جزء بزرگ‌تر و قوی‌تر یک چیزی، عضو عمده، پایه و ستون است. (مشکینی، ۱۴۲۸: ۲۷۴) رکن امری است که وجود شیء

متوقف بر آن است، خواه داخل شیء باشد یا نه. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۳: ۲۹۳) عقد بر اراده (تراضی) طرفین استوار است و اراده باید ناشی از انگیزه مشروع باشد. به انگیزه سبب عقد نیز گفته می‌شود. بنابراین عقد دو رکن دارد: تراضی و سبب (سنهوری، ۲۰۱۱، ۱: ۱۷۰) فقیهان امامیه از عقد به مطلق عهد و به مجموع ایجاب و قبول تعبیر کرده‌اند. ارکان عقد در فقه حنفیه همان ایجاب و قبول یا صیغه است و عاقدین و موضوع عقد از جمله مقومات و لوازم عقد است.

۲-۱. ارکان عقد در قانون مدنی افغانستان

۱. ایجاب و قبول: ماده ۵۰۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می‌دارد: «(۱) عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می‌گردد. (۲) ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می‌گردد». ماده ۱۰۱ مجله الاحکام ایجاب را چنین تعریف می‌کند: «ایجاب اول لفظ است که توسط یکی از عاقدین به منظور انشاء تصرف صادر می‌شود و به وسیله آن، تصرف دیگری واجب می‌گردد و به اثبات می‌رسد». ماده ۱۰۲ مجله الاحکام در تعریف قبول می‌گوید: «قبول دومین لفظ است که توسط یکی از عاقدین به غرض انشاء تصرف صادر می‌گردد و عقد به آن اتمام می‌یابد».

در قانون مدنی ایران تعریفی از ایجاب و قبول وجود ندارد در فقه هم با صراحت تعریف نشده است، ولی فقها در عقود مختلف عقاید مختلف دارند؛ مثلاً در بیع قصد انشاء بایع را ایجاب می‌دانند و عقیده دارند که باید ایجاب مقدم بر قبول باشد. در عقود اذنی مانند ودیعه هر چند که صاحب مال، ایجاب کننده است، ولی عقیده دارند که در عقود اذنی مانعی ندارد که ایجاب مؤخر از قبول باشد. در عقد صلح و نکاح عقیده‌ای فقها این است که هر یک از طرفین که مبادرت و پیش‌دستی نماید و قصد خود را ابراز کند قصد انشاء و ایجاب است و از این جهت صلح غیر از بیع است. درست این است که در هر عقدی نخستین قصدی که ابراز می‌شود ایجاب است و از ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران هم این مطلب به دست می‌آید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۹۸)



۲. عاقدین: ماده ۵۰۵ قانون مدنی می نویسد: «شرط صحت عقد عبارت است از رضایت عاقدین و بدون اکراه و اجبار. عاقدین به معنای متعاقدین است که دو طرف عقد هستند خواه عقد مالی باشد مانند بیع خواه نباشد مانند نکاح». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۴۰)

۳. موضوع عقد: ماده ۵۷۹ قانون مدنی افغانستان «برای هر نوع وجیه ناشی از عقد وجود موضوعی که عقد به آن نسبت داده شده و قابلیت حکم عقد را داشته باشد، حتمی پنداشته می شود. موضوع عقد را عین، دین، منفعت یا سایر حقوقی مالی تشکیل داده می تواند. هم چنان اجرا یا امتناع یک عمل، موضوع عقد قرار گرفته می تواند». مراد از موضوع عقد همان معقود علیه و یا هر آن موضوعی است که توافق بر سر آن حاصل شده باشد. ثمن و مضمن ممکن است عین، اعم از مالی و غیرمالی یا منفعت باشد». (انصاری و طاهری، ۱۳۷۳: ۲)

۴. سبب: ماده ۵۹۱ قانون مدنی می گوید: «سبب عبارت از مقصد اصلی ای است که عقد وسیله مشروع رسیدن به آن قرار گرفته باشد». از مواد ۵۹۱ تا ۵۹۴ به دست می آید که سبب در قانون مدنی افغانستان از ارکان عقد است و با فقدان آن عقد باطل است.

۲-۲. ارکان عقد در فقه امامیه

۱. صیغه عقد (ایجاب و قبول): فقیهان امامی به اتفاق آرا، ایجاب و قبول را دو رکن اساسی عقد دانسته اند. منظور از ایجاب و قبول در بیشتر موارد، ایجاب و قبول لفظی است و می توان گفت که هرگاه در فقه امامیه سخن از ایجاب و قبول به عنوان شرط تحقق و انعقاد عقد یا رکن آن به میان می آید، منظور ایجاب و قبول لفظی است. باین وجود، چون عقد از امور انشایی و ارادی است، اگر ایجاب و قبول لفظی ناشی از قصد و اراده جدی موجب و مخاطب ایجاب نباشد، هیچ گونه اثری در ایجاد ماهیت حقوقی نخواهد داشت. (قنواتی، ۱۳۷۹: ۷۵)

۲. طرفین عقد: فقیهان امامی وجود دو طرف را از ارکان عقد می دانند؛ به گونه ای که با فقدان یکی از آن دو، ماهیت حقوقی عقد تحقق نمی یابد. باین همه برخی از

فقیهان وجود متعاقدان را در شمار ارکان عقد به حساب نیاورده و فقط از ایجاب و قبول و عوض و معوض به عنوان ارکان عقد مالی نام برده‌اند؛ اما در عقد نکاح، طرفین را از ارکان و عناصر سازنده عقد تلقی کرده‌اند.

۳. **مورد عقد (عوض و معوض):** در فقه امامیه، عوض و معوض از ارکان عقود معاوضی است؛ اما در عقود غیر معاوضی و معاملات مجانی و بلاعوض، وجود عوض رکن و عنصر عقد نیست.

گفتنی است که بین موضوع عقد و مورد عقد فرق است؛ موضوع عقد عمل حقوقی است که به منظور تحقق آن عقد انجام می‌شود؛ مثلاً در عقود تملیکی مثل بیع، تملیک و تملک و در عقود عهدی، ملتزم شدن به پرداخت دین دیگری یا ایجاد شرکت یا اعطای وکالت موضوع عقد است؛ اما مورد عقد عبارت از شیء و مالی است که باید به طرف مقابل تسلیم گردد و یا انجام کار و خدمتی است که باید برای طرف مقابل صورت بگیرد. از مورد عقد اصطلاحاً به عوض و معوض نیز تعبیر می‌شود. بنابراین بهتر است به جای کلمه عوض و معوض از کلمه «محل عقد» استفاده شود، چون اصطلاحی عامی است که شامل مورد تعهد در عقود عهدی نیز می‌شود. در حالی که عوض و معوض فقط عقود معاوضی را شامل می‌شود. (قنواتی، ۱۳۷۹: ۸۱)

۳. تقسیم عقد به اعتبار صحت و فساد

یکی از تقسیمات مهم عقد، تقسیم آن به عقد صحیح و غیر صحیح است؛ منظور از عقد صحیح عقدی است که با اراده انشا کنندگان آن، در عالم اعتبار و حقوق موجود می‌شود؛ اما عقد غیر صحیح به عقدی گفته می‌شود که دارای آثار حقوقی نیست. تا این قسمت تفاوتی بین حقوق افغانستان و ایران وجود ندارد؛ اما در اینکه منظور از عقد غیر صحیح چیست، دیدگاه حقوق افغانستان و ایران متفاوت است.

در حقوق ایران به تبعیت از فقه امامیه، عقد غیر صحیح بر دو قسم عقد غیر نافذ و عقد باطل تقسیم می‌شود؛ (امامی، بی تا، ۴: ۵۰) عقد غیر نافذ، عقدی است که



غیر از رضا، تمامی شرایط اساسی برای صحت را دارا است. این عقد به وسیله رضای مؤخر تکمیل شده و دارای آثار حقوقی می گردد. به تعبیر دقیق تر، عقد غیر نافذ اگر تنفیذ شود، در شمار عقد صحیح و در صورتی که رد شود، باطل محسوب می شود؛ اما عقد باطل عقدی است که یکی از ارکان اساسی برای صحت معامله را نداشته باشد. مثلاً عقد انسان مست، خواب و مدهوش به خاطر فقدان قصد و عقد صغیر غیر ممیز و مجنون به خاطر فقدان اهلیت، باطل است و عقد باطل به هیچ صورت قابلیت تصحیح ندارد.

گفتنی است که در اطلاق عنوان عقد صحیح یا غیر صحیح بر عقد غیر نافذ، عبارات فقیهان امامی هماهنگ نیست و گاهی بدان عقد غیر صحیح و گاهی عقد صحیح گفته اند. (شهیدی، ۱۳۹۳: ۳۲) عقد غیر نافذ را نمی توان با عقد باطل یکی دانست؛ زیرا این عقد با اراده طرف های قرارداد انشا می شود و به علت صحت ارکان آن در ردیف عقود صحیح قرار می گیرد، ولی به علت پاره ای از نواقص، متزلزل تلقی می شود و امضا و تأیید بعدی عاقد یا مالک یا ولی قانونی آنان، برای تکمیل عقد ضروری است تا از حالت تزلزل خارج گردد. مثل عقد فضولی که با امضای بعدی مالک، نافذ می شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۶۰)

اما حقوق افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، عقد غیر صحیح را به عقد باطل و فاسد تقسیم کرده است. البته این تقسیم بندی منحصرأ عقود را شامل می شود که انتقال مالکیت و سبب تعهدات طرفین است؛ مانند بیع، اجاره، هبه و...؛ اما در عقود غیر مالی مثل وکالت، وصایت، عقود مالی که در آن تعهدات طرفینی وجود ندارد و اعمال یک طرفی مثل طلاق و اقرار، بین فاسد و باطل تفاوت وجود ندارد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۴: ۲۳۵) هم چنین در عبادات حنفی ها فرق بین فاسد و باطل نمی گذارند؛ زیرا اطاعت را محض می دانند. در نکاح قائل به تفصیل هستند. قبل از نزدیکی را باطل می دانند؛ اما اگر با عقد فاسد، نزدیکی صورت گرفته باشد، آثار عقد صحیح را بر آن مترتب می دانند. (سنهوری، ۱۳۹۱، ۴: ۱۳۳) در زمینه عقد نکاح، قانون مدنی افغانستان در ماده ۹۷ مقرر داشته است: «(۱) ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم

نکاح باطل است. (۲) هرگاه بعد از ازدواج فاسد، دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد».

مطابق فقه حنفی عقد غیر صحیح به دو قسم تقسیم می‌شود که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۳. عقد باطل

عقد باطل بر آن دسته از اعمال حقوقی مغایر با قانون دلالت دارد که دارای اثر و اعتبار قانونی نیستند؛ خواه آن اعمال از آغاز غیرقانونی باشند و خواه به علت امری عارضی اعتبار قانونی خود را ازدست داده باشند. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲: ۱۳۷) بطلان یعنی از بین رفتن اثر عقد نسبت به طرفین عقد و به تبع آن نسبت به غیر. (سنه‌وری، ۲۰۱۱: ۲۱۱) عقدی که درواقع به وجود نیامده و هیچ راهی برای اصلاح آن نیست. (بهرامی، ۱۳۹۰: ۱۳۰) در فقه امامیه، گاهی از عقد غیرنافذ به عنوان عقد باطل یاد شده است مثلاً عقد اکراهی که باطل اعلام کرده‌اند درحالی که مرادشان عدم نفوذ عقد است، چون اشاره کرده‌اند که با رضای بعدی مالک، عقد آثار خود را بر جای می‌نهد و حال آنکه باطل عقدی است که اصلاً صحیح و مشروع نیست. (سعدی، ۱۴۰۸: ۴۴)

بطلان عقد به حالتی گفته می‌شود که عقد وجود حقوقی پیدا نمی‌کند، خواه در نتیجه واقع نشدن «تراضی» یا بدون موضوع بودن آن، خواه به دلیل منع قانون از نفوذ تراضی نامشروع باشد (کاتوزیان، بی تا، ۲: ۲۹۷). عقد باطل عقدی است که اصلاً و وصفاً مشروع نیست و ایجاد مالکیت هم نکند (محمود، بی تا: ۳۵۳) و ماده ۲۱۹ مرشدالحیران عقد باطل را چنین تعریف می‌کند: «عقدی باطل آن است که اصلاً و وصفاً نامشروع باشد، در رکن و موضوع عقد خلل وجود داشته باشد یا ایجاب و قبول از طرق کسی صادر شود که اهلیت ندارد و یا موضوع عقد قابلیت حکم را نداشته باشد در این صورت عقد منعقد نمی‌شود و افاده ملکیت در اعیان مالی حتی با قبض هم نمی‌کند».

گفتنی است که اطلاق عقد بر عمل باطل همراه با تسامح است؛ زیرا در چنین



مواردی عقدی به وجود نمی‌آید تا باطل باشد، بلکه از روی ساختار و ظاهر چنین اعمالی بر آنان عقد اطلاق می‌شود. درحالی‌که هیچ اثر شرعی و قانونی بر عقد باطل، مترتب نیست.

۳-۱-۱. مشخصات بطلان عقد

عقد باطل دارای مشخصات ذیل است:

۱. در حکم هیچ بودن عقد باطل: عقد باطل در دید حقوق و به اعتبار اثری که در روابط اجتماعی بر جای می‌گذارد، در حکم هیچ است، پدیده‌ای است که در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف طرفین عقد به وجود نمی‌آورد. عقد باطل یک پدیده و واقعه مادی است که وجود خارجی ندارد. (سنه‌وری، ۱۳۹۱، ۴: ۹۹)

۲. نتیجه فساد: بطلان نتیجه فساد در ارکان اصلی عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی است، به همین جهت نیز، از آغاز آن را بی اعتبار می‌کند، هرچند که بطلان مدت‌ها پس از آن اعلام شود.

۳. غیرقابل جبران بودن فساد ناشی از بطلان عقد: فسادی که در ارکان عقد باعث بطلان آن می‌شود، قابل جبران نیست و دو طرف نمی‌توانند به تراضی آن را اصلاح کنند. بی‌گمان آنان می‌توانند عقد جدید ببندند و همان مضمون را در ترکیبی نافذ مورد تراضی قرار دهند، ولی این عقد از زمان انعقاد اثر دارد و نهاد تازه‌ای است که گذشته را اصلاح نمی‌کند. برای مثال، چند تن گندم به جای جو به اشتباه فروخته می‌شود. پس از رسیدن کالا به مقصد، دو طرف به اشتباه خود پی می‌برند، ولی به مصلحت می‌بینند که گندم را باز نگردانند و معامله را نسبت به آن بپذیرند. به طور مسلم چنین اختیاری را دارند، لیکن تراضی آنان عقد فاسد پیشین را اصلاح نمی‌کند و تملیک از زمان توافق تازه انجام می‌شود. حتی طرفی هم که از عقد فاسد زیان می‌بیند، نمی‌تواند با رضایت خود عقد را نسبت به گذشته صحیح تلقی کند؛ زیرا عقدی به وجود نیامده است. قانون مدنی افغانستان مواد ۶۱۶ و ۶۱۸ همین حکم را بیان می‌کند.

۴. بطلان نتیجه قهری تجاوز از قوانین است و نیازی به حکم دادگاه ندارد؛ اما

چون فرض می‌شود که صورتی از عقد فراهم آمده و برای اثبات خلاف ظاهر است که «بطلان» عنوان می‌شود، ناچار باید دادگاه بطلان عقد را اعلام کند و به اختلاف پایان دهد. تحلیل مرحله ثبوت و اثبات بطلان جمع بین این دو وضع به ظاهر متضاد را روشن می‌کند. به این معنا که در عالم ثبوت، معامله‌ای باطل است، ولی برای تحقق این ادعا در مرحله اثبات، باید امر در دادگاه مطرح شود و حکمی که دادگاه می‌دهد، اعلام بطلان عقد است. پس حکمی که از طرف محکمه صادر می‌شود، حکم اعلامی است، نه حکم تأسیسی. (ماده ۶۱۹ ق.م.افغانستان)

۳-۱-۲. مصادیق بطلان عقد

در موارد زیر عقد باطل تلقی می‌شود:

۱. فقدان قصد انشای طرفین: منظور از قصد با توجه به ماده ۱۹۱ قانون مدنی ایران که مقرر می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. آنچه قابل ترتیب اثر بوده و برای طرفین ایجاد تکلیف می‌نماید، قصد واقعی آن است نه صرف الفاظی که در قرارداد به کار می‌روند یا عنوانی که بر آن انتخاب می‌شود». (قاسم‌زاده، ۱۳۸۲: ۷۵) قصد انشا یا اراده، ایجاد عقد است. هرچند قصد و رضا، با هم در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ایران آمده است، ولی نباید اشتباه کرد و آن دو را یکی پنداشت، بلکه با توجه به مواد قانونی و مراحل فعالیت روانی معامله کننده به دست می‌آید که مرحله قصد، یک مرحله بعد از مرحله رضا است. اراده در قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه و برخلاف حقوق برخی کشورها، مفهوم بسیط نیست، بلکه متشکل از دو عنصر رضا و قصد است. این تفکیک به خوبی در ماده ۱۰۷۰ قانون مدنی ایران در باب نکاح مشخص است که می‌گوید: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال گره عقد را اجازه کند، نافذ است. مگر این که اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد، فاقد قصد باشد». بنابراین قصد با رضا متفاوت است و رضا مبنا و پایه قصد محسوب می‌شود. مراحل شکل‌گیری اراده در طول هم قرار دارند و در صورتی که یکی از این مراحل وجود نداشته باشد، مرحله بعدی هم وجود نخواهد داشت. به همین دلیل است که



در مبحث اکراه، از معیوب بودن رضا سخن گفته می‌شود نه فقدان آن. (کاتوزیان، بی تا: ۲۲۰) ماده ۵۰۵ قانون مدنی افغانستان، شرط صحت عقد را رضایت عاقدین بدون اکراه و اجبار می‌داند. بنابراین در صورت عدم رضایت عاقدین و با اکراه و اجبار، عقد باطل پنداشته می‌شود. بند ۲ ماده ۵۰۲ قانون مدنی افغانستان شرط صحت عقد را اهلیت عاقدین، قابلیت معقودعلیه برای حکم عقد، مفیدیت و عدم مخالفت آن با نظام و آداب عامه بیان کرده است و با عدم وجود هریک، عقد باطل خواهد بود.

۲. فقدان اهلیت: یکی از مواردی که منجر به بطلان معامله می‌شود، فقدان اهلیت استیفا است. ماده ۲۱۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «برای این که متعاملین اهل محسوب شوند، باید بالغ و عاقل و رشید باشند». از این ماده استفاده می‌شود که اهلیت دارای سه رکن است؛ بلوغ، عقل و رشد که در صورت فقدان هر یک از این سه عنصر، معامله باطل خواهد بود همان گونه که در ماده ۲۱۲ قانون مدنی ایران آمده است: «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، به واسطه عدم اهلیت، باطل است». ماده ۵۴۳ قانون مدنی افغانستان نیز مقرر می‌دارد: «تصرف صغیر غیر ممیز باطل پنداشته می‌شود، اگرچه ولی وی اجازه داده باشد».

۳. فقدان شرایط مربوط به مورد معامله: برای صحیح بودن هر معامله، لازم است مورد معامله دارای شرایطی باشد که فقدان یکی از آن شرایط بطلان عقد را به همراه دارد. ماده ۲۱۵ قانون مدنی ایران می‌گوید: «مورد معامله باید مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی مشروع باشد» و در ماده ۲۱۶ قانون مدنی ایران اضافه می‌کند: «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است». مجلة الاحکام نیز در ماده ۳۶۵ بیان می‌کند: «موضوع عقد قابل حکم باشد؛ یعنی مالیت داشته باشد و موجود باشد. متقوم، مقدور التسلیم باشد و آنچه این شرایط را نداشته باشد، عقد باطل است».

۴. جهت نامشروع: جهت یا انگیزه تشکیل عقد، گاهی با نظم عمومی تعارض پیدا می‌کند. در این صورت اعتبار بخشیدن به عمل حقوقی مزبور از سوی قانون



که خود پاسدار نظم جامعه است، فراهم کردن زمینه پیدایش اختلال در نظم تلقی می‌شود. مثلاً معتبر و لازم‌الاجرا شناختن عقد بیع یک ساختمان که انگیزه خریدار آن تأسیس قمارخانه یا مکان فساد در آن ساختمان باشد. به همین دلیل قانون مدنی ایران ماده ۲۱۷ آورد است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». ماده ۵۹۲ قانون مدنی افغانستان می‌نویسد: «هرگاه سبب وجیهه (تعهد) مخالف نظام و آداب عامه بوده یا اصلاً وجود نداشته باشد، عقد باطل پنداشته می‌شود».

۵. ماده ۲۳۳ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: (۱) شرط خلاف مقتضای عقد. (۲) شرط مجهولی که جهل به آن، موجب جهل عوضین شود».

منظور از مقتضای ذات عقد، اثری است که اگر از عقد گرفته شود، جوهره آنچه مورد تراضی است از بین برود. چنانچه شرطی برخی از آثار عقد را نفی کند، درحالی که آثار باقی مانده قابل اعتنا نباشد در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد است، ولی اگر آثار باقی مانده قابل اعتنا باشد، شرط خلاف مقتضای اطلاق تلقی خواهد شد. هرگاه شرط خلاف مقتضای عقد، به گونه‌ای باشد که استنباط گردد، طرفین عقد دیگری را اراده کرده‌اند، شرط صحیح بوده و عقد واقع شده تابع قصد واقعی طرفین خواهد بود.

شرط مجهول در صورتی موجب بطلان عقد است که جهل به آن به عوضین (ارکان عقد) خلل وارد نماید مانند این که خریدار ملک معینی را به مبلغ معین بخرد و در قرارداد شرط کند که فروشنده متعهد است تخفیفی به میزان درخواستی خریدار به وی اعطا کند که در این صورت چون میزان تخفیف مجهول است ثمن معامله نیز مجهول می‌گردد زیرا مشخص نیست چه میزانی باید از ثمن کسر گردد. (بیات، ۱۳۹۴: ۱۴۰)

۳-۱-۳. تبعّض در بطلان عقد

بطلان عقد گاهی به صورت فراگیر است و گاهی هم به صورت جزئی در عقد اثر



می‌گذارد. برای مثال، اگر کسی لب تاب دیگری را همراه کتاب خود یکجا به مشتری بفروشد، معامله نسبت به مال غیر (لب تاب) اگر مالک تنفیذ نکند، باطل، ولی نسبت به کتاب باطل نیست. قانون مدنی افغانستان در ماده ۶۱۷ می‌گوید: «هرگاه بطلان قسمتی از عقد ظاهر گردد، قسمت متباقی به حیث عقد مستقل صحیح پنداشته می‌شود. مگر این‌که عقد قابل تجزیه نباشد». بنابراین سبب بطلان گاهی فراگیر نیست و تنها به بخشی از مورد عقد توجه دارد؛ مانند این‌که وارثی سهم برادران را همراه با حصه خود از میراث می‌فروشد و بارد این معامله فضولی رو برو می‌شود، یا پس از انجام معامله معلوم می‌گردد که بخشی از مبیع تلف شده است. (کاتوزیان، بی‌تا: ۳۱۳) در این صورت خیار تبعض صفقه حاصل می‌شود.

ماده ۴۴۱ قانون مدنی ایران می‌گوید: «خیار تبعض صفقه وقتی حاصل می‌شود که عقد بیع به بعض مبیع به جهتی از جهات باطل باشد در این صورت مشتری حق خواهد داشت بیع را فسخ نماید یا به نسبت قسمتی که بیع واقع شده است قبول کند و نسبت به قسمتی که بیع باطل بوده است ثمن را استرداد کند». برای مثال اگر کسی خانه دیگری را همراه خانه خود یکجا به مشتری بفروشد، معامله نسبت به مال غیر، اگر مالک تنفیذ نکند، باطل ولی نسبت به خانه خودش عقد صحیح است.

قانون مدنی مصر نیز در ماده ۱۴۳ مقرر می‌دارد: «هرگاه بخشی از عقد، باطل یا قابل ابطال باشد، فقط همان بخش ابطال می‌شود، مگر این‌که محرز شود، عقد بدون آن بخش، واقع نمی‌شده است که در این صورت، عقد به عنوان یک کل، باطل خواهد بود» و ماده ۱۳۹ قانون مدنی عراق هم در مورد بخشی از بطلان عقد همین مضمون را بیان می‌کند.

۲-۳. عقد فاسد

فاسد در لغت به معنی تباه، معیوب، خراب، زبون، گندیده، گمراه و باطل به کار می‌رود. (معین، ۱۳۷۱: ۲۴۷۰) فساد تغییر چیزی از حالت سالم و خارج شدن از اعتدال است. (زرقاء، ۱۴۱۸، ۱: ۷۲۹) مراد از فاسد، ممنوعیت مجازی و عرفی به اعتبار عرف است. در فقه و حقوق از جهات متفاوت معانی مختلفی را افاده می‌کند،

مهم‌ترین مفهوم فساد در فقه و حقوق آن است که فساد وصفی است برای عقود و معاملات و تصرفاتی که منشأ اثر واقع نمی‌شود. مفهوم دیگر فساد، تباهی مادی است که این مفهوم فساد نیز در حقوق خصوصی مورد توجه است. به‌عنوان نمونه، فساد اعیان موجب می‌شود که وصف مال بودن (به اختلاف موارد) از عین زایل شود و عین فاسد به عینی گفته می‌شود که وضعیت آن چنان دگرگون شده باشد که مقصود از آن حاصل نشود، مانند گوشت گندیده که هدف خوردن آن با برخورداری از این وصف از بین می‌رود. (انصاری، ۱۳۸۶، ۲: ۵۹۹)

در فقه امامیه فاسد و باطل به یک معنی است؛ در عقود، هر فاسدی باطل و هر باطلی فاسد است و آن عقدی است که شروط موردنظر شارع در آن جمع نشده و هیچ اثری بر آن مترتب ناست. (مغینه، ۱۴۲۱، ۲: ۴۸) بنابراین هیچ تفاوتی بین احکام و آثار عقد باطل و فاسد در فقه امامیه وجود ندارد. به همین دلیل است که در بسیاری از مواقع، فقهای امامیه این دو اصطلاح را به جای یکدیگر استفاده کرده‌اند. مثلاً آنجا که فقها از مقبوض به عقد فاسد بحث می‌کنند، منظور همان مالی است که به واسطه عقد باطل تحویل شده است. پس ماهیت باطل و فاسد یکی است، چون این دو، از این جهت که بلا اثر هستند هیچ فرقی باهم ندارند. (کاشف الغطاء، ۱۳۷۳، ۱: ۱۲۳)

در فقه حنفی میان عقد فاسد و باطل تفاوت وجود دارد و در قانون مدنی برخی کشورها که مذهب حنفی دارند، مانند افغانستان، امارات متحده عربی و اردن، عقد باطل و فاسد را جداگانه در نظر گرفته‌اند. برای مثال در ماده ۱۷۰ قانون مدنی اردن در تعریف عقد فاسد آمده است: «(۱) عقدی که در اصل مشروع و در وصف نامشروع باشد اگر سبب فساد زایل گردد عقد صحیح است. (۲) عقد فاسد افاده‌ای ملکیت نمی‌کند مگر به قبض»؛ اما در برخی کشورها مانند مصر، عراق، سوریه، لیبی و الجزایر، عقد فاسد به صورت مجزا مطرح و تعریف نشده، بلکه صرفاً اصطلاح عقد باطل در مقابل عقد صحیح به کار رفته است که شاید مشعر به آن باشد که قوانین این کشورها بین عقد فاسد و باطل تفکیک قائل نیستند.

مطابق فقه حنفی، عقد باطل آن است که در رکن و موضوع آن نقض باشد و رکن



عقد عبارت از ایجاب و قبول است؛ اما عقد فاسد آن است که نقض در رکن و موضوع نباشد، ولی خلل در ثمن باشد، مانند آنکه ثمن شراب باشد. هرگاه مشتری متاعی را خریداری کند و ثمن آن را شراب قرار دهد، بیع فاسد است و این بیع فاسد با قبض مبیع نافذ می شود منتها مشتری مکلف است که به جای شراب، چیزی دیگری پرداخت کند؛ زیرا شراب صلاحیت ثمن بودن را ندارد. (جزیری، ۱۴۱۹، ۲: ۲۷۵)

دیدگاه فقیهان شافعی، مالکی و حنبلی مذهب در زمینه عقد فاسد آن است که در صورت فساد عقد، ملکیت حاصل نمی شود، خواه قبض انجام گرفته و خواه نگرفته باشد و مشتری نمی تواند در مبیع تصرفاتی چون بیع و امثال آن انجام دهد. شفیق شحاته در رساله «النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية» می نویسد: «عقد فاسد در واقع باطل است و اثری بر آن مترتب نیست و تنفیذ، فساد عقد را بر طرف نمی کند».

فقیه بزرگ شافعی جناب سیوطی می نویسد: «باطل و فاسد نزد ما شافعیه مترادف هستند. مگر در خلع، عاریه، وکالت، شرکت، مضاربه، عبادات و در حج». (سیوطی، ۱۴۱۸، ۲: ۳۳) هم چنین می گوید: «بیع آنچه نفعی ندارد، بیع شیء نجس، بیع آنچه حق الهی یا حق خصوصی به آن تعلق گرفته مثل بیع مال موقوف یا مرهون، ربا، بیع کالی به کالی، بیع فضولی و معاطات و اکراهی نیز در مذهب شافعی موجب بطلان بیع می گردد». بنابراین مطابق فقه شافعی بیع فضولی از اقسام بیع باطل است و اجازه بعدی مالک، موجب رفع فساد نمی شود. هم چنین در عقد اکراهی، رفع اکراه و اجازه مالک موجب تنفیذ آن نمی شود.

در فقه مالکی همانند شافعیه و حنابله، عقد باطل و فاسد مترادف تلقی شده است و اگر نامی از عقد فاسد برده می شود، منظور همان عقد باطل با احکام و آثار ویژه خود است. فقیهان مالکی، موجبات فساد بیع را به دو دسته تقسیم کرده اند:

۱. موجبات عمومی فساد که عبارت اند از حرمت عین مبیع، ربا، غرر و شروطی که به ربا و غرر مربوط می شود.

۲. موجبات خارجی فساد مثل غش، ضرر، نهی از معامله و...

گفتنی است که در فقه مالکی برخلاف فقه حنفی، عقد اکراهی جزء عقود صحیح، ولی غیر لازم به شمار می‌رود؛ اما بیع فضولی به استناد روایت عروه بارقی راجع به تنفیذ خرید و فروش گوسفند توسط بارقی و تنفیذ آن توسط پیامبر اکرم (ص) جزء عقود موقوف بر اجازه مالک به شمار می‌آید، نه باطل.

در فقه حنبلی نیز عقد فاسد و باطل مترادف دانسته شده است. فقیهان حنبلی معتقدند بیع هنگامی صحیح است که موافق فرمان شارع انجام گرفته و همه ارکان و شروط، خواه مربوط به متعاملین و خواه مربوط به عوضین و یا نفس عقد در آن کامل باشد. چنین بیعی ملکیت مبیع و ثمن افاده می‌کند و انتفاع از چنین معامله‌ای حلال خواهد بود؛ اما بیعی که مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل است.

براین اساس، دیدگاه فقه حنفی نسبت به عقد فاسد متفاوت از دیدگاه سایر مذاهب اسلامی است. طبق فقه حنفی و ماده ۱۰۹ مجله الاحکام: «بیع فاسد بیعی است که به اعتبار اصل خود مشروع است ولی به اعتبار وصف مشروع نیست، به این معنی که از ناحیه ذات خود صحیح بوده و به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد. درواقع عقد فاسد حالت میانه بین عقد صحیح و باطل است»؛ اما سایر مذاهب چنین تقسیم‌بندی را ندارد و تفاوت بین عقد باطل و فاسد قائل نیستند. بارزترین مصداق عقد فاسد عقدی است که مورد معامله در آن مجهول باشد. عقد مزبور از نظر فقه امامیه و سه مذهب دیگر اهل سنت باطل است و رفع ابهام بعدی نیز آن را تصحیح نمی‌کند. برخی گفته‌اند: بیع فاسد بیعی است که اسلام آن را تشریع نکرده و به همین جهت منعقد می‌شود لکن افاده حکم شرعی نمی‌کند و ملکیت بر آن مترتب نمی‌شود اگرچه به قبض مشتری درآید، زیرا حرام نمی‌تواند طریقی برای تملک باشد؛ (سید سابق، ۱۳۹۱، ۳: ۲۲۴) اما از دیدگاه مذهب حنفی می‌توان با رفع ابهام از مورد معامله، عقد فاسد را تصحیح کرد و بدان اثر بخشید. (قنواتی، ۱۳۷۹: ۱۰۹) ماده ۳۶۴ مجله الاحکام مقرر کرده است: «هرگاه شروط انعقاد بیع موجود گردد ولیکن به اعتبار بعضی از اوصاف خارجی درست نشود مانند این که مبیع معلوم نباشد یا نقص در قیمت باشد، بیع فاسد می‌گردد».



۴. منشأ اختلاف در عقد فاسد و باطل

در معاملات نهی یا راجع به ذات معامله یا راجع به جزئی از اجزا معامله است و یا به وصف لازم یا به وصف مفارق و یا به امری خارج، از بین این اقسام، آنجایی که نهی راجع به امری خارج باشد، مثل نهی از بیع در وقت ندا (نماز جمعه) نهی مقتضی فساد نیست؛ اما در سایر موارد لازم است هر موردی جداگانه مورد نظر قرار گیرد تا معلوم شود که مراد از نهی، فساد و بیان حکم وضعی و یا منظور از نهی، بیان حکم تکلیفی است و غیر از ممنوعیت عمل و حرمت آن، اثر دیگر ندارد. (عبده، بی تا: ۳۱) مطابق فقه حنابله، نهی چه به وصف ملازم با فعل و چه به وصف خارج از فعل تعلق گرفته باشد، از اسباب فساد و بطلان تلقی می شود. (جمال، بی تا، ۱: ۱۲۰)

از دیدگاه فقه‌های مذاهب اسلامی، عقد هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده، تمام ارکان و شروط را دارا باشد؛ اما اگر مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل خواهد بود و در این که نهی شارع در ذات باشد یا وصف، فرقی نیست. (حکیم و البکری، ۱۹۸۰، ۱: ۱۱۹) بنابراین عقد فاسد و باطل عقدی است که اسلام آن را نهی نموده و اثری بر آن مترتب نمی شود، هر چند قبض نیز در آن عقد تحقق یافته باشد، چرا که حرام نمی تواند طریقی برای تملک باشد. (سید سابق بی تا، ۳: ۱۰۳) هر آنچه در اصل ممنوع شده باشد، در وصف نیز ممنوع است و هیچ اثری بر آن مترتب نمی شود. به خصوص که در قرآن نیز فرق میان باطل و فاسد گذاشته نشده است؛ زیرا باطل چیزی است که در حقیقت به وجود نمی آید. خداوند نیز شیء را که حقیقتاً به وجود نیامده است، فاسد می داند.

برخلاف دیدگاه اغلب مذاهب اسلامی، حنفیه میان باطل و فاسد تفکیک قائل شده است. تفکیک یاد شده از معنای لغوی نیز استفاده می شود؛ زیرا مراد از فاسد، معیوب یا خراب بودن است که در شیء مورد نظر تغییر حالت حادث شده و از حالت سلامت به ناسالم تغییر یافته، ولی عین هم چنان موجود باشد. مثل آنکه گوشت در اثر فساد، غیر قابل استفاده شود، ولی اصل گوشت همچنان باقی باشد،

برخلاف باطل که اصلاً وجود ندارد. شهید ثانی در کتاب تهمید القواعد خود بین باطل و فاسد تفکیک قائل شده است، ولی این تفکیک را صرفاً تفاوت لغوی تلقی کرده و مؤثر در رابطه حقوقی نمی‌داند. اگر فقهای حنفی در عبادات فرقی بین فاسد و باطل نمی‌گذارند بدان جهت است که عبادات، تعبد محض هستند و حکم شارع به غیر اطاعت امتثال نمی‌یابد و مخالفت با آن مقصود را از بین می‌برد. لذا ذمه مکلف با عبادات فاسد بری نشده و مانند آن است که عبادت انجام شده باطل بوده است؛ اما در معاملات اولاً مقصود از بین نمی‌رود، ثانیاً، هدف مصالح بندگان در دنیا است و فرصت اصلاح همچنان وجود دارد و به این دلیل تا هنگامی که خلل در حقیقت و ماهیت نباشد، علتی برای از بین رفتن وجود ندارد. (سنه‌وری، ۲۰۱۱، ۱: ۱۰۵) همچنین مطابق فقه حنفی و بند ۲ ماده ۹۷ قانون مدنی افغانستان، «هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عدت، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد» و حال آنکه طبق ماده ۹۵ قانون مدنی افغانستان، «هیچ‌یک از آثار ازدواج صحیح بر ازدواج باطل گرچه دخول در آن صورت گرفته باشد، مرتب نمی‌گردد».

حنفی‌ها حکم بر قبح منهی عنه می‌کنند و قبح منهی عنه را به قبح برای عین و قبح برای غیر عین تقسیم می‌کنند؛ آنچه قبح برای عین است را بر دو قسم قبیح وصفی و قبیح شرعی می‌دانند. قبح برای غیر عین را نیز دارای دو نوع دانسته‌اند، قبیح وصفی غیر عینی مثل روزه روز عید و قبیح نزدیک به وصف مثل نهی از معامله در روز جمعه به دلیل ترک نماز جمعه. حکم آنچه قبح آن برای عین است، اصلاً نامشروع است؛ اما آنچه قبح آن برای نهی از امور شرعی است، نهی در وصف واقع می‌شود و منهی عنه بعد از نهی در اصل مشروع است، ولی در وصف نامشروع است. (سرخسی، بی‌تا، ۱۳: ۹۵)

خواستگاه تفکیک بین عقد فاسد و باطل از نظر ابوحنیفه بر پایه جدایی اصل عقد از وصف عقد است. منظور از اصل عقد، رکن و شرایط صحت عقد است و مراد از رکن عقد، ایجاب و قبول است و شرایط رکن در صیغه توافق بین ایجاب و قبول و



اتحاد مجلس و در عاقد عقل و تعدد طرفین عقد و در مبیع امکان تعیین و صلاحیت معامله است؛ اما اوصاف عقد بیشتر به موضوع عقد برمی گردد. موضوع عقد گاهی حرام است و گاهی حرام نیست. بنابراین ابوحنیفه تفکیک قائل شده است که اگر نقص در اصل و اختلاف رکن یا شرطی از شرایط باشد، عقد باطل است؛ (سرخسی، بی تا، ۱۳: ۱۴۷) اما اگر نقص در وصف و اختلاف به یکی از اوصاف مانند شرط فاسد یا ربا یا ضرر هنگام تسلیم یا خدشه دار شدن رضا باشد، عقد فاسد است نه باطل.

۵. دلایل مخالفین جدایی عقد باطل و فاسد

مهم ترین دلایل مخالفین جدایی عقد فاسد و باطل، موارد ذیل است:

۱. هریک از عقد فاسد و باطل منهی عنه شارع است و عقد منهی عنه، نافرمانی از فرمان قانون گذار و حرام است و هرچه نافرمانی و حرام باشد، صلاحیت اثبات مالکیت یا تعهد را ندارد و هیچ اثر حقوقی بر آن مترتب نمی گردد. پیامبر اکرم می فرماید: «هر عملی که در آن فرمان من نیست، آن عمل مردود است». معنای بطلان عقد همین است. (سرخسی، بی تا، ۱۳: ۱۴۷) خواه این نافرمانی مخالف با ذات و حقیقت عقد باشد یا مخالف با وصفی از اوصاف عقد باشد.

۲. نهی از اصل و وصف یکی است، یعنی نهی از وصف نهی از اصل شمرده می شود. فقهای مالکیه می گویند: هر امری که شارع از اقدام به آن نهی کرده، فاسد است خواه در عبادات مثل نماز و روزه و خواه در عقود مثل بیع و نکاح باشد، به شرطی آنکه نهی مربوط به ذات باشد. مانند مردار، خوک که شارع به جهت ذاتشان از آنها نهی کرده است. اگر اینها فروخته شوند، حرام و باطل خواهد بود. خواه در وصف باشد؛ مانند شراب که شارع به جهت وصف آن یعنی مست کردن آن را مورد نهی قرار داده و بیعش باطل است یا امر خارج لازم آن باشد؛ مانند روزه روز عید که به جهت ذات و وصف مورد نهی قرار نگرفته، بلکه به جهت امر خارج لازم آن منهی عنه است؛ زیرا روزه گرفتن اعراض از ضیافت الهی است؛ اما اگر نهی به امر

خارج غیر لازم آن باشد، عمل هرچند حرام است؛ اما فاسد نیست. مانند نماز در خانه مغضوب، با آنکه نهی به آن تعلق گرفته، ولی این نهی به جهت امر عرضی و غیر لازم نماز است؛ یعنی نهی به جهت وجود شخص در خانه مغضوب صدور یافته است. بنابراین خود نماز صحیح است لیکن نمازخوان گناه کار است. (گرجی، ۱۳۹۴، ۱: ۲۲۹)

۳. تفکیک میان عقد فاسد و باطل آن گونه که حنفی‌ها قائل هستند، مخالف با قاعده «کل ما کان ممنوعاً بوصفه فهو ممنوع باصله» است. بنابراین اگر فقیهان حنفی قائل به جدایی عقد فاسد از عقد باطل باشد، نباید قاعده مزبور را بپذیرند؛ درحالی که ایشان این قاعده را از قواعد عمومی حقوق و فقه دانسته و در کتاب‌های معتبر خود آورده‌اند. مطابق این قاعده، اگر عقد منهی عنه حادث شود چه باطل و چه فاسد باشد، هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌شود؛ زیرا نهی شارع عقد را غیر مشروع و غیر موجود قرار می‌دهد. (زحیلی، ۱۴۰۹، ۴: ۲۳۵)

۶. مهم‌ترین مصادیق عقد فاسد در فقه حنفی

در فقه حنفی مصادیق فراوانی را برای عقد فاسد می‌توان برشمرد که مهم‌ترین آن‌ها، موارد ذیل است:

۱. عقد اکراهی: در اکراه علمای احناف اختلاف نظر دارند؛ ابوحنیفه می‌گوید اکراه عقد را فاسد می‌کند و آثار عقد فاسد بر آن مترتب است. نظر زفر بن الهمذیل یکی از بزرگان حنفی مذهب آن است که عقد اکراهی صحیح و موقوف است و نه فاسد. (زرقا، ۱۴۱۸، ۱: ۳۴۶) ماده ۱۰۰۶ مجلة الاحکام می‌گوید: «در حال اکراه هیچ‌یک از عقود فروش، خرید، هبه، اجاره، صلح، بخشش، اقرار، ابرا از مال، تأجیل دین و اسقاط شفع اعتبار ندارد. خواه اکراه ملجی باشد که موجب زوال رضا و محدودیت اختیار و آزادی اراده می‌شود و در آن خوف تلف نفس یا عضو وجود دارد و یا اکراه غیر ملجی باشد که تنها سبب زوال رضا شده و محدودیتی در اراده و آزادی انتخاب ایجاد می‌کند». ماده ۵۵۱ قانون مدنی افغانستان در این مورد می‌گوید:



«اکراه تام عبارت است از تهدید به خطر فاحش جسمی یا مالی. تهدید به خطر غیر فاحش اکراه ناقص گفته می‌شود؛ اما اگر خود مکره بعد از زوال اکراه این عقود را اجازه داد، معتبر پنداشته می‌شود».

مذاهب دیگر اسلامی نظریات گوناگونی در مورد عقد اکراهی دارند. شافعیه عقد اکراهی را باطل می‌داند و مالکیه تصرف در عقد مکره را نافذ غیر لازم محسوب می‌کند. فقیهان امامی هم در عقد اکراهی نظریات متفاوت را مطرح کرده‌اند و از جمله برخی از آن‌ها اعتقاد به بطلان عقد مکره دارند؛ زیرا اولاً، در عقد اکراهی قصد محقق نمی‌شود و از آنجاکه قصد، رکن در تحقق عقد است و عقد اکراهی فاقد چنین رکنی است، عقد تحقق پیدا نمی‌کند. این گروه رضایت و طیب نفس را مترادف قصد می‌دانند و مکره را چون فاقد رضایت است، فاقد قصد تلقی می‌کنند. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۸: ۱۵۵). ثانیاً، آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»، (نساء: ۲۹) دلالت بر بطلان عقد اکراهی می‌کند. ثالثاً، محقق کرکی نیز می‌گوید: «نسبت به حکم عقد اکراهی اگر اجماعی می‌بود دیگر جای بحث نداشت و در صورت فقدان اجماع میدان بحث و نظر باز است چون با عدم رضایت، اصلاً عقد منتفی می‌شود»؛ (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۴: ۶۲) اما مشهور فقیهان امامی می‌گویند: «مکره فقط فاقد رضا و طیب نفس است ولی واجد قصد است و لذا حکم به فساد عقد نمی‌شود» (شیهه ثانی، ۱۴۱۰، ۳: ۲۲۶) و اگر شخص مکره بعد از برطرف شدن اکراه راضی به معامله شد، عقد صحیح است و قبل از آن عقد فضولی محسوب می‌شود. (خویی، ۱۴۱۳، ۳: ۳۱۳)

عقد اکراهی در فقه امامیه و قانون مدنی ایران غیر نافذ است، ماده ۳۴۶ قانون مدنی ایران می‌نویسد: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست». علت عدم نفوذ معامله اکراهی تنها نبودن رضای باطنی و طیب خاطر نسبت به نتیجه‌ای معامله است؛ یعنی همه ارکان صحت معامله در معامله مکره موجود است به جز رضای باطنی و همین عدم رضای مکره باعث عدم نفوذ معامله مکره است و قهراً اگر مکره به دلیلی، پس از انجام معامله راضی شود و نسبت به آن

معامله طیب خاطر پیدا کند، طبق عقیده مشهور فقیهان معامله صحیح و نافذ خواهد شد. (امامی، بی تا، ۴: ۷۲) ماده ۲۰۹ قانون مدنی ایران می گوید: «امضای معامله بعد از رفع اکراه موجب نفوذ معامله است». بنابراین رضای در معامله نقش تنفیذ کنندگی دارد و با الحاق رضا به معامله، آن معامله تنفیذ می شود، چنان که در معامله فضولی رضای بعدی کاشف از صحت عقد فضولی از زمان انشاء است.

۲) جهل فاحش: جهلی که سبب فاسد شدن عقد می گردد، از قرار ذیل است:
- جهل در معقود علیه (محل عقد)، مانند جهل مشتری بر مبیع در عقد بیع و جهل مستأجر به مورد اجاره.

- جهل در عوض در عقود معاوضی، مانند جهل بر ثمن در عقد بیع.

- جهل در مدت ملزم، مانند جهل متعاقدين در عقد اجاره.

ماده ۲۱۳ مجله الاحکام می نویسد: «بیع مجهول فاسد است. پس اگر بایع برای مشتری بگوید که جمیع اشیایی را که در ملکیت من قرار دارد، بر شما فروختم و در مقابل مشتری بگوید که آن ها را خریدم، درحالی که وی نمی داند که این اشیا چه است، بیع فاسد است». بیع زمانی فاسد است که مبیع یا ثمن مجهول باشد یا زمان پرداخت ثمن مجهول باشد. (علی، بی تا، ۱: ۱۰۷) ماده ۲۳۷ مجله الاحکام می نویسد: «مسمی نمودن پول در خرید و فروش لازم است. اگر خرید و فروش بدون مسمی نمودن پول صورت گیرد، بیع فاسد دانسته می شود». در هنگام بیع مسمی نبودن ثمن (تعیین قیمت) لازم است. اگر در هنگام بیع، عقد با سکوت یعنی نبودن تعیین ثمن منعقد شد، بیع فاسد است نه باطل چون مطلق بیع معاوضه است. پس هرگاه بایع سکوت کند و قیمت مبیع را مشخص نکند و ثمن مجهول بماند، بیع فاسد است. (علی، بی تا، ۱: ۲۱۸) بنابراین هرگاه فردی مالی را خریداری کند از فرد دیگر بدین صورت که نصف قیمت را نقد پرداخت کند و نصف دیگر را هنگامی که از سفر برگردد پرداخت کند، بیع فاسد است. یا شخصی جنسی را خریداری کند با این شرط که ثمن را زمانی که استخدام به وظیفه شد پرداخت می کند، بیع فاسد است. (علی، بی تا، ۱: ۲۱۸)



۳. **غرر:** فقهای احناف دو نوع غرر را بیان می‌کنند؛ ۱) غرر در اصل معقود علیه، سبب بطلان عقد می‌گردد. مانند بیع حمل در بطن مادرش. ۲) غرر در اوصاف و مقادیر، سبب فساد عقد می‌گردد. مراد از غرر از نظر احناف این نوع غرر است. (زرقا، ۱۴۱۸، ۱: ۳۴۴) ماده ۱۳۳۶ مجلة الاحکام می‌نویسد: «بیان تقسیم ربح میان شرکا شرط است پس اگر مبهم و مجهول باقی بماند، شرکت فاسد پنداشته می‌شود».

نتیجه‌گیری

در نظام حقوقی افغانستان و فقه حنفی، ضمانت اجرای اصلی رعایت نکردن قواعد حقوقی و قانونی حاکم بر ارکان یا شرایط اساسی انعقاد عقد فساد یا بطلان است. در کنار این موقوف و غیر نافذ بودن نیز ضمانت اجرای دیگری است که قلمرو محدود دارد؛ اما بر پایه فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان فساد یک نهادی است که میان عقد صحیح و باطل قرار دارد که قواعد و اصول خاص خودش را دارد. این نهاد حقوقی و فقهی در صدد حفظ روابط طرفین عقد است تا از این طریق بتواند به تداوم روابط قراردادی کمک کند. امروزه در جهان بیشتر توجه به حفظ روابط قراردادی است، این نهاد اگرچه نارسا و ناقص است ولی شاید بتواند به عنوان یک مقدمه برای جهانی شدن قواعد عمومی قراردادها باشد؛ مانند بطلان نسبی در که در برخی از کشورهای غربی مطرح شده است که یک راهکار برای حفظ و تداوم اشخاص حقوقی است تا از بطلان عقود جلوگیری شود.

در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه قاعده اصلی به عنوان اجرای رعایت نکردن شرایط اساسی در عقود، بطلان است و در پاره موارد غیر نافذ بودن عقد نیز مطرح است اما نهادی به نام عقد فاسد به طور جداگانه وجود ندارد. قانون مدنی ایران و مذاهب سه‌گانه دیگر فاسد و باطل را مترادف هم می‌دانند.

کسانی که طرف دار تفکیک عقد باطل و فاسد هستند، منشأ این اختلاف را تفاوت نهی در وصف و اصل می‌دانند و در اصل و صف تفکیک قائل شده‌اند. فقهای احناف و قانون مدنی افغانستان کوشیده‌اند که روابط طرفین عقد را تا حدی امکان بی‌اثر

تلقى نکنند و این رابطه را از دیدگاه حسن نیت به آن، نگاه می‌کنند با وجود خللی که در انعقاد عقد وجود دارد، باید ترمیم و مستحکم کنند تا از هم جدا نسازند. اگرچه نهاد فساد در قانون مدنی مصر، عراق و برخی از کشورهای اسلامی دیده نمی‌شود. تا جایی که روابط طرفین در عقد فاسد به نظم عمومی برخورد نمی‌کند و حفظ رابطه طرفین به خصوص در حقوق مدنی که امکان تداوم آن وجود دارد از برهم زدن آن بهتر به نظر می‌رسد. با این وجود، مطابق دیدگاه فقیهان سایر مذاهب اسلامی نهادی بنام عقد فاسد هیچ جایگاه ندارد.



فهرست منابع

۱. ابن منظور، جمال الدين، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بيروت: دارالفكر.
۲. اردبیلی، احمد، (۱۴۰۳ق)، مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشادالاذهان، قم: دفتر نشر اسلامی.
۳. امامی، سید حسن، (بی تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
۴. انصاری، مسعود، طاهری، محمدعلی، (۱۳۸۶)، دانش نامه حقوق خصوصی، بی جا: نشر مهارت.
۵. بهرامی، حمید، (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۶. بیات، فرهاد؛ بیات، شیرین، (۱۳۹۴)، شرح جامع حقوق مدنی، تهران: انتشارات ارشد.
۷. جزیری، عبدالرحمن؛ غروی، سید محمد، (۱۴۱۹ق)، الفقه علی المذهب الاربعه و مذهب اهل بیت، بیروت: بی نا.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۹. جمال، عبدالناصر، (بی تا)، موسوعه الفقه الاسلامی، قاهره: بی نا.
۱۰. حکیم، عبدالمجید؛ البکری، عبدالباقی، (۱۹۸۰م)، نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراق، بغداد: بی نا.
۱۱. خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۳ق)، مصباح الفقاهه، بی جا: بی نا.
۱۲. الزحیلی، وهبه، (۱۴۰۹ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر.
۱۳. الزرقا، مصطفی، (۱۴۱۸ق)، المدخل الفقہی العام، دمشق: دارالقلم.
۱۴. سرخسی، شمس الدین، (بی تا)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفه.
۱۵. سعدی، ابوحیب، (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقہی لغه و اصطلاحاً، دمشق: دارالفکر.
۱۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۱۱م)، الوسیط، بیروت: منشورات الحقوقیه.
۱۷. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۹۱)، مصادراالحق، تهران: نشر خرسندی.



۱۸. سید سابق، (۱۳۹۱ق)، فقه السنه، بیروت: دارالکتب العربی.
۱۹. سیوطی، عبدالرحمن، (۱۴۱۸ق)، اشباه النظائر، ریاض: بی‌نا.
۲۰. شهید ثانی، زین‌الدین، (۱۴۱۰ق)، شرح لمعه الدمشقیه، قم: نشر داوری.
۲۱. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۲۲. شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد.
۲۳. طاهری، حبیب‌الله، (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: انتشارات اسلامی.
۲۴. عبده، محمد، (بی‌تا)، کلیات حقوق اسلامی، بی‌جا: بی‌نا.
۲۵. علی حیدر، (بی‌تا)، در الاحکام، ریاض: دار عالم الکتب.
۲۶. قاسم‌زاده، مرتضی و همکاران، (۱۳۸۲)، تفسیر قانون مدنی، تهران: نشر سمت.
۲۷. قرشی، علی‌اکبر، (۱۴۱۲ق)، قاموس قرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۸. قنوتی، خلیل و همکاران، (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران: نشر سمت.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، تهران: بی‌نا.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (بی‌تا)، قواعد عمومی قراردادها، تهران: بی‌نا.
۳۱. کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۷۳)، تحریرالمجله، تهران: مجمع جهانی تقریب مذاهب الاسلامی.
۳۲. گرجی، ابوقاسم، (۱۳۹۴)، مجموع مقالات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۳. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۴. محقق کرکی، علی، (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد، قم: بی‌نا.
۳۵. محمود، عبدالرحمن، (بی‌تا)، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهیه، بی‌جا: بی‌نا.
۳۶. مشکینی، میرزا علی، (۱۴۲۸ق)، مصطلحات الفقه، بی‌جا: بی‌نا.
۳۷. معین، محمد، (۱۳۷۱)، فرهنگ فارسی، تهران: نشر امیرکبیر.