

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

محمد مهدی کریمی نیا^{۱*}

علیرضا شجاعی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۳۱

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 غیرنافذ بودن، بطلان، می‌داند. البته به صورت موردی و نه به عنوان یک قاعده‌ی 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 اجرای باطل، موقوف و غیرنافذ، قاعده‌ی عام دیگری را تحت عنوان «فاسد»، مورد شناسایی و تأیید قرار داده است که سبب می‌شود بطلان، در نظام حقوقی این کشور 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 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؛ گرچند 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 می‌باشد.

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

مقدمه

*۱- حجت الاسلام دکتر محمد مهدی کریمی نیا، استادیار و عضو هیأت علمی دانشگاه علوم و معارف قرآن کریم،

kariminiya2003@yahoo.com

۲- علیرضا شجاعی، دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، جامعه المصطفی (ص) العالمیه، alirezashojaei925@gmail.com



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 ضمانت‌های 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 قاعده‌ی 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، محدوده‌ی اجرای وسیع‌تری را نسبت به غیرنافذ 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؛ ماده‌ی «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 یک سو، و نظام حقوقی افغانستان از سوی دیگر، می‌تواند قابل توجه باشد. بر این اساس، در این بررسی تطبیقی در صدد پاسخ به این پرسش‌ها هستیم که آیا قاعده‌ی «فساد» در نظام حقوقی افغانستان می‌تواند به عنوان 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؟ به طور کلی در این تحقیق آثار بطلان و نیز آثار عقد فاسد، به روش توصیفی - تحلیلی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به عنوان پیشینه تحقیق باید گفت که برخی مقالات مرتبط از این قرار است: ۱. مقاله: «تحلیل تطبیقی عقد باطل و فاسد در قانون مدنی ایران و افغانستان»، نگاشته: مهدی شهابی و عبدالواحد افضلی؛ ۲. مقاله: «نظریه تحوّل عقد باطل به عقد صحیح در حقوق اسلام، ایران، مصر و فرانسه»، نگاشته: نعمت الله الفت و فتح الله عطاردی؛ ۳. مقاله: «بررسی تطبیقی ضمان مقبوض به عقد فاسد در مذاهب اربعه و فقه امامیه»، نوشته: زهرا کرمی ابرقویی.

با توجه به پیشینه بیان شده، معلوم می‌شود که هیچ منبع یا مقاله‌ای با عنوان: «بررسی تطبیقی آثار عقد باطل و فاسد در حقوق ایران، افغانستان و فرانسه» وجود ندارد و این امر می‌تواند وجه نوآوری این مقاله باشد. ساختار مقاله، در پنج مطلب است که در ادامه خواهد آمد.

۱. مفهوم شناسی

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

۱-۱. مفهوم شناسی عقد باطل (بطلان)

از آنجا که فقهای 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، به صورت جداگانه مورد بررسی می‌دهیم:

۱-۱-۱. بطلان از منظر فقه امامیه 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 جبران شدنی در شرایط اساسی صحت معاملات، متزلزل بوده و تا زمانی که این گونه نقص‌ها برطرف نشده است، فاقد اثر می‌باشد؛ اما عقد غیر نافذ، این قابلیت را دارند که پس از رفع نقص، کامل شوند و اثر و اعتبار حقوقی بیابند؛ مانند عقد مکره



و یا عقد فضولی که قبل از اجازه مکره و مالک غیر نافذ است و به محض الحاق اجازه از سوی آنان، کامل و معتبر می‌شود.

برای توضیح عقد باطل از نظر حقوق‌دانان و فقهای 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.

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

ج: عوضین: در هریک از مبیع و ثمن، مالیت داشتن، مملوک بودن، عین بودن، 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 ردا داشته باشد)، معلوم بودن (یعنی عوض، اعم از مبیع و ثمن، باید از نظر مقدار، جنس و اوصاف تأثیرگذار در قیمت معلوم باشد و مجهول بودن عوض در هریک از ابعاد یاد شده موجب عدم انعقاد بیع می‌شود)، شرط است (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۶ هـ ق/۲: ص ۱۶۴ به بعد).

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.

۱-۱-۱-۱. بطلان و فساد از منظر مذاهب اسلامی غیر حنفی

فقهای اسلامی، به جز حنفی‌ها، بین بطلان و فساد عقد، تمایزی قائل نشده‌اند (زحیلی، بی تا/۱: ۷۱ - ۷۰)؛ 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 نمی‌باشد. براساس 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. چنان که منظور آنان از فاسد، در بحث از قاعده‌ی «...ما یُضْمَنُ بصحیحه یُضْمَنُ بفاسده» نیز عقد باطل می‌باشد.



برخی تصریح کرده‌اند که باطل و فاسد هر دو ماهیت واحدی دارند؛ زیرا بحث، دائر مدار تأثیر یا عدم تأثیر است که هر دو نوع عقد مذکور، بلا تأثیر بوده و فرقی از این جهت، با هم ندارند (بحرالعلوم، ۱۳۶۲ هـ.ق/۱: ص ۱۲۵ - ۱۲۳).

۱-۱-۲. بطلان از منظر حقوق دانان

حقوق دانان نیز، فساد و بطلان را مترادف می‌دانند (شهیدی، ۲/۱۳۷۹: ۲۳؛ کاتوزیان، ۲/۱۳۷۹: ۳۰۰؛ امامی ۱/۱۳۶۶: ۳۸۰)؛ چنانکه مواد متعددی از قانون مدنی ایران، مانند ماده‌ی «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 هـ.ق/۲: 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 قراردادهای که شرع آن‌ها را فاسد دانسته است، مانند قمار و گروبندی، 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 ذاتا 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، ذاتا با هیچ‌گونه ممانعت شرعی و قانونی برای انعقاد و نفوذ حقوقی یافتن مواجه نمی‌باشد و فقط از آن نظر که شرایط اساسی صحت معاملات را ندارد و یا در این زمینه‌ها دارای نقص غیر قابل جبران است، در عالم حقوق، وجود اعتباری پیدا نکرده و بلا اثر می‌باشد (همان).

به این دلیل، در تعریف عقد باطل گفته شده است: «ما کان مشروعا باصله، ممنوعا بوصفه»؛ یعنی عقد باطل آن عقدی است که ذاتا مشروعیت دارد؛ ولی به دلیل یک وصف عرضی از هستی و اثر حقوقی افتاده است (آمدی، سیف الدین؛ الاحکام فی اصول الاحکام؛ ج ۱: ۱۲۲ و شاطبی، ابو اسحاق؛ موافقات؛ ج ۱: ۱۹۷). از نظر نتیجه که فاقد اثر بودن است، عقد فاسد و باطل نزد حقوق دانان و فقهای امامیه مترادف می‌باشد.

بنابراین، در نظام حقوقی ایران که برگرفته از فقه امامیه است، عقد باطل و فاسد از نظر بلا اثر بودن، به یک معنی بوده و تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد (تبریزی، ۱/۱۳۷۷: ۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۲۳). اینکه در برخی از مواد قانون مدنی ایران از دو اصطلاح فاسد و باطل توأمان استفاده شده است به خاطر ترادف این دو اصطلاح است نه تفاوت آن‌دو؛ چنانکه ذکر غیر نافذ که از خصوصیت بینابینی برخوردار است، در قانون



مذکور، به معنای شناسایی عقد فاسد یا پذیرش مراتب برای بطلان نمی‌باشد. زیرا عقد غیرنافذ، طبق نظر مشهور فقهای امامیه، از عقود صحیح به شمار آمده و به همین دلیل است که با اجازه‌ی بعدی مالک، به کمال می‌رسد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹ ه ق/۱۲: ۳۳۹). همان طوری که ذکر عقد قابل ابطال در برخی از قوانین ایران (احمدی، ۱۳۸۴: ۱۴۸) به مفهوم شناسایی عقد فاسد نمی‌باشد؛ زیرا عقد قابل ابطال، عقد صحیح و موجودی است که به دلایلی می‌تواند تبدیل به باطل گردد (السنهوری، ۱۹۹۷/۴: ۱۹۵).

۱-۱-۲. بطلان 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، نام‌برده شده است که هر یک را مختصراً بررسی می‌نماییم:

الف. 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., 1966, p. 221)؛ هر ذی‌نفعی می‌تواند بطلان مطلق را ادعا نموده و رسیدگی قضایی آن را از دادگاه بخواهد. منشأ بطلان مطلق، ضرورت رعایت نظم عمومی بوده و هرگز رضایت و اجازه‌ی بعدی طرفین معامله، چنین عقدی را قابل اصلاح به عقد صحیح نمی‌کند. بطلان مطلق، از ماده‌ی «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 می‌باشد (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.

ب. 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، عقدی است که فقط نسبت به یک طرف قرارداد، فاقد اعتبار بوده و سرنوشت نهایی آن به دست همان طرف قرارداد



می‌باشد؛ 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. چنانکه او می‌تواند عقد را تأیید نموده و از آثار قانونی آن بهره‌مند گردد. پس، تا زمانی که ذی‌نفع، تعرضی نسبت به قرارداد مذکور، ننماید، قرارداد، صحیح بوده و تمام آثار خود را برجای 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. 222; Mazeauds & Chabas, 1985, p. 300). ماده‌ی «۱۱۲۳» قانون مدنی فرانسه که اهلیت را شرط انعقاد قرارداد دانسته و ماده «۱۱۲۵» که مقرر داشته است اشخاص دارای اهلیت نمی‌توانند به عدم اهلیت طرف مقابل خود استناد کنند و نیز ماده‌ی «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 می‌باشد. بطلان نسبی، به خاطر حمایت از اشخاص طرف قرارداد، در نظر گرفته شده است.

ج. قابلیت فسخ

قابلیت فسخ، به عقدی گفته می‌شود که در اصل صحیح، است اما به وسیله‌ی یک یا دو طرف عقد قابل فسخ و انحلال می‌باشد. البته باید دانست که فسخ، از حیث اثر در حقوق فرانسه، به دو قسم تقسیم می‌شود؛ قسم نخست که از آن به "Résolution" تعبیر می‌شود، دارای اثر قهقرایی بوده و از این جهت شبیه بطلان نسبی می‌باشد. 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 هردوی 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، در حالی که عقد قابل فسخ مزبور، از این حیث نقصی ندارد. از طرف دیگر هرچند هر دو نهاد دارای اثر قهقرایی هستند، اما کیفیات و نحوه عطف به ماسبق شدن این دو با یکدیگر تفاوت دارد (Veaux, 1996a, p. 7).

قسم دوم فسخ که بازهم "Résolution" نامیده می‌شود، اثرش نسبت به آینده بوده و از این جهت با بطلان نسبی متفاوت می‌باشد. 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، زائل شود، شخص ذی‌نفع (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 عقودی، 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 قهقرائی، 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 آنی، دارای اثر قهقرائی بوده و عقد را از ابتدا زایل و روابط متعاملین را به پیش از قرارداد بر می‌گرداند.

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. این اشکالات عبارت است از سرنوشت منافع مورد معامله، هزینه‌ی 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 نمائات مورد معامله متعلق به او خواهد بود. ابطال و فسخ قراردادهای مستمر، مانند قرارداد اجاره، کار و شرکت با عقود آنی، متفاوت بوده و به عقیده‌ی اکثر حقوق‌دانان فرانسه، چون در این نوع قراردادها، استرداد مورد عقد امکان ندارد، پس ابطال و فسخ آن‌ها عقد را از ابتدا منحل نمی‌کند. آنچه از بررسی ضمانت اجراهای 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، بلا اثر می‌باشد. 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). 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. 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. بطلان و فاسد از منظر مذهب حنفی و قانون مدنی افغانستان

از دیدگاه فقهای 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 فقهای حنفی و قانون مدنی افغانستان زمانی کامل می‌شود که عوامل بطلان عقد را از دیدگاه فقهای حنفی و قانون‌گذار افغانستان برشماریم؛ از نظر آنان، عقد به واسطه‌ی عوامل زیر، باطل تلقی می‌گردد:

۱- رکنی از ارکان آن مختل گردد؛ مانند اینکه یکی از متعاقدين، به علت جنون یا عدم تمیز، اهلیت نداشته باشد؛ یا صیغه‌ی عقد صحیح خوانده نشده باشد (زحیلی، بی تا/۴: ۳۰۸۹).

ماده «۵۰۵» قانون افغانستان نیز در مورد اختلال در شرایط مربوط به طرفین عقد مقرر کرده است: «شرط صحت عقد عبارت است از رضائیت عاقدین بدون اکراه و اجبار». بنابراین، هرگاه مجنون و طفل غیر ممیز عقدی را جاری نمایند، به علت عدم رضای معتبر، عقد باطل خواهد بود. ماده‌ی «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 می‌باشد. 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 صیغه‌ی عقد رعایت نگردد، مانند اینکه از الفاظ غیر معروف برای خواندن صیغه‌ی عقد استفاده کند یا عقد را با صیغه‌ی 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 بلاثر 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 مقذور التسلیم بودن را ندارد (همان).



ماده «۱۲۹۹» قانون مدنی افغانستان در زمینه‌ی 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 وجیبه باید طوری قابلیت معامله را داشته باشد که با هدف اصلی‌ای 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. ماده‌ی «۴۸۱» همان قانون، اموال عمومی را با بیع و دیگر اسباب انتقال مالکیت، قابل نقل و انتقال، نمی‌داند. و براساس ماده «۵۸۷» همان قانون، تعهدات ناشی از عقد باید طوری قابلیت معامله را داشته باشد که با هدف اصلی‌ای 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).

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 براساس قسمت اخیر ماده‌ی مذکور، اصل خرید و فروش چنین اموالی ممنوع است. ماده «۱۳۱۰» همان قانون نیز مقرر کرده است: «صلح در مسایلی 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.

ماده‌ی «۸۱» قانون مدنی افغانستان ازدواج با اصول و فروع شخص و نیز ازدواج با فروع پدر و مادر و طبقه اول فروع اجداد وی به طور ابدی حرام می‌داند و براساس ماده‌ی 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 به طور دایم حرام دانسته است چنانکه ازدواج شخص با اصول زوجه‌اش را نیز مطلقاً و با فروع زوجه‌اش را در صورت دخول به طور دایم 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 می‌باشد. تمامی این عقود، به علت



عدم مشروعیت اصل چنین عقدهای باطل و بلا اثر 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 زن‌های با وصف در عده بودن و شوهردار بودن مشروع نمی‌باشد.

ماده «۸۵» قانون مدنی افغانستان، جمع در نکاح بین دو زنیکه هر گاه یکی از آن‌ها مرد فرض شود، حرمت ازدواج بین شان بوجود 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 که اهل کتاب نباشد را از ازدواج‌های می‌داند که وصفشان حرام شده است؛ بدین صورت که هرگاه اوصاف مذکور از ازدواج‌های مذکور، زائل گردد، حرمت ازدواج با زنان یاد شده 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 مطلقه‌ی ثلاثه، پس از طلاق دادن محلل، و شوهر لعان شده بعد از تکذیب شوهرش می‌تواند با آنان ازدواج نمایند.

نتیجه این 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 یترتب علیه ای أثر شرعی، فلا یفید نقل الملكية أصلاً، إذ لا یعد موجوداً بحال.» (زحیلی، بی تا/۴: ۳۰۸۹).

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 می‌باشد که اثری بر آن مترتب نمی‌شود» (السنهوری، ۲۰۰۴م/۱: ۳۹۷)؛ و عقدی که وجود اعتباری نیافته است، نمی‌تواند تغییری در حقوق و تکالیف طرفین عقد به وجود آورد (شاه‌باغ، ۱/۱۳۷۶: ۳۵؛ حائری و دیگران، ۱۳۸۹: ۷ - ۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۲۳).

ماده «۶۱۳» قانون مدنی افغانستان نیز در تعریف عقد باطل مقرر کرده است: «عقد باطل آنست 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، گرچند که قبض و اقباض نیز صورت گرفته باشد. علاوه بر اینکه عقد باطل، به دلیل نداشتن رکن یا ارکان، بی اعتبار و بی اثر می‌باشد (مغنیه، بی تا/۳: ۱۷)، قابلیت تبدیل شدن به عقد صحیح را نیز ندارد (الغربانی، ۲۰۰۲م/۳: ۳۴۹؛ قنواتی



و دیگران، ۱/۱۳۷۹: ۱۰۷). به همین دلیل تمام مذاهب اسلامی، خلل در رکن عقد را از اسباب بطلان عقد دانسته و در این خصوص اختلافی ندارند.

گرچند در نظام حقوقی ایران و افغانستان عقد باطل وجود اعتباری نداشته و به دلیل خلل در ارکان و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی، قابل جبران نمی‌باشد و به همین جهت دو طرف عقد نمی‌توانند با تراضی آن را اصلاح نمایند. اما به عنوان یک موجود مادی می‌تواند از آثار فرعی برخوردار باشد. بر همین اساس است که بند «۲» ماده «۳۶۲» قانون مدنی ایران ضمان درک را به عنوان 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 به عنوان یک حادثه‌ی مادی در مواردی، واجد آثار فرعی دانسته است که در صورت نقص یا تلف عوضین در عقد باطل، متصرف را ضامن می‌داند (عبدالله، ۱۳۹۰: 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 به عنوان یک قاعده‌ی 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 به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است (Fabre-Magnan, 2004, p.394- et Stoffel-Munck, 2005, p.332).

۲-۱. مفهوم شناسی عقد فاسد (فساد)

«فاسد» در لغت به معنای باطل، تباه، معیوب، گمراه، گنبدیده، 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 در آمده (نمله، ۱۹۹۹م: ۴۰۴) و قابلیت انتفاع از آن منتفی می‌گردد. اکثریت مذاهب اسلامی تفاوتی میان عقد باطل و فاسد قائل نشده‌اند (انصاری، ۱۴۲۰هـ.ق، ص ۱۸۰؛ تبریزی، ۱/۱۳۷۷: ۶۱؛ شاهرودی، ۱۴۰۸هـ.ق: ۱۵۸؛ مغنیه، بی‌تا/۳: ۱۷). از دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی غیر حنفی، عقد، هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده و تمام ارکان و شروط آن صحیحا 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، ۱۹۸۰م: ۱۱۹؛ شاهرودی، ۱۴۰۸هـ.ق: 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، ۱۹۷۱م/۳: ۱۰۳) بدین صورت که 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، ۲۰۰۵م/۲: ۱۲۶؛ ظفیری، ۲۰۰۲م: ۷۷؛ السبکی، ۱۹۹۱م/۲: ۴۹۸؛ عبدالله، ۱۳۹۰: ۱۶۴؛ السنهوری، ۲۰۰۴م/۱: 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 (نمله، ۱۹۹۹: ۴۰۴). تغییر حالت در شیء فاسد، عین آن را از بین نبرده و فاسد همچنان قابل استفاده می‌باشد. 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 نمی‌باشد؛ و فاسد نیز عقدی است که در اصل، مشروع بوده و فقط در وصف مشروع نمی‌باشد (عبدالله، ۱۳۹۰: ۱۶۴).

عقد فاسد بدین صورت تصور می‌گردد که متعاقدین، اهلیت حقوقی داشته، صیغه‌ی 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 می‌باشد (ظفیری، ۲۰۰۲م: 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، ۱۴۲۲هـ/ق/۵: ۳۰۸) که این اوصاف خارجی در برخی موارد قابل حذف می‌باشد. به همین دلیل است که عقد فاسد، بین باطل و صحیح قرار می‌گیرد (معروف‌الحسنی، ۱۹۹۶م: ۲۲۶)؛ مانند عقد غیرنافذ 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 گرچند قابلیت اصلاح را دارد اما از نظر فقه حنفی، باید فسخ گردد: «والعقد الفاسد واجب الفسخ شرعاً، إما من أحد العاقدین أو من القاضی إذا علم بذلك، لأنه منهي عنه شرعاً» (زحیلی، بی‌تا/۴: ۳۰۹۰). یعنی ایجاد و التزام به عقد فاسد منهی می‌باشد.

بنابراین، براساس 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 علاوه‌ی شروط متعلق به رکن می‌باشد؛ مانند وجود متعاقدین، 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، ۱/۲۰۰۴): ۱۲۲ و ۱۲۳). قانون مدنی افغانستان، در ماده «۵۶۰»، از همین نظریه پیروی نموده و عقدی با چنین اوصاف را فاسد معرفی نموده است. براساس تفکیک اصل و وصف است که گفته شده است عقد باطل در اصل و وصف غیرمشروع 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، ۱۹۸۰م: ۱۱۹؛ السنهوری، ۴/۱۹۹۷: 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: ۱۰۶؛ نمله، ۱۹۹۹م: 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، ۲۰۰۵م: ۱۹۰؛ السنهوری، ۴/۱۹۹۷: 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 صیغه‌ی عقد به درستی انجام شده باشد؛
- ۲- عقد از طرفین که اهلیت معاملی دارند صادر شده باشد؛
- ۳- متعلق عقد قابلیت این را داشته باشد که شریعت اسلامی آن را به عنوان عقد مورد شناسایی قرار دهد؛
- ۴- اصل عقد، مشروع و وصف آن نامشروع باشد: «أصل العقد أي 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، وكالتمنيّة فإنها صفة تابعة للعقد.» (زحیلی، بی تا/۴: ۳۰۸۶).

بنابراین، چنانچه دو نفری که اهلیت معاملی دارند، با اجرای درست صیغه عقد، قراردادی را که مشروع است ایجاد نمایند و تنها مبیع در آن معامله غیر معین و مردد باشد (مانند اینکه فروشنده بگوید، یکی از خانه‌هایم را به صورت نا مشخص و یا ماشین نا معینی را به تو فروختم)، عقد فاسد خواهد بود. ماده «۵۸۲» قانون مدنی در این زمینه مقرر داشته است: «موضوع وجبیه باید طوری معین و معلوم باشد که مانع جهالت



فاحش گردد. اگر جهالت موضوع وجیهه منجر بمنزعه گردد، عقد فاسد پنداشته می‌شود. بیع معلق و مشروط نیز مصداق عقد فاسد است؛ پس چنانچه فروشنده بگوید، خانه‌ام را به تو فروختم به شرط اینکه تو نیز ماشینت را برای من بفروشی، عقد فاسد تحقق می‌یابد. 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 می‌آید. چنانکه اگر کسی گاوش را به شرط گوساله‌دار بودن بفروشد و آن گاو در واقع حامل نباشد، عقد فاسد شکل می‌گیرد (همان، ۳۰۹۰).

با توجه به مطالب فوق، می‌توان گفت که عقد فاسد، عقدی بینابینی است که بین عقد صحیح و باطل قرار دارد؛ زیرا از آنجای که شرایط اساسی عقد را دارد، نمی‌توان آن را مانند عقد باطل، عقد غیر موجود و بلااثر نامید؛ و از آنجای که اشکالات اساسی، در برخی از شرایط اساسی آن رخ داده است، نمی‌شود آن را یک عقد کاملاً معتبر دانست. اشکالات اساسی که عقد را فاسد می‌کند عبارتند از جهل به عوضین، احتمال ریسک، خطر و غرر در معامله، اکراه و وجود شروط فاسدی که منجر به فساد عقد می‌گردد. «و به یظهر أن الفساد: هو اختلال فی العقد المخالف لنظامه الشرعی فی ناحیه فرعیة متممة یجعله مستحقاً للفسخ. وهو یجعل العقد فی مرتبة متوسطة بین الصحة والبطلان، فلا هو بالبطلان غیر المنعقد لتوافر الناحیه الجوهریه أو الأساسیه المطلوبة شرعاً فیهِ، ولا هو بالصحیح التام الاعتبار، لوجود خلل فی ناحیه فرعیة فقط غیر جوهریه. وأسباب الفساد أربعة هی: الجهالة، والغرر (الاحتمال)، والإکراه، والشروط الممنوع المفسد» (زحیلی، بی تا/۱: ۷۲ - ۷۱).

نتیجه بحث مفهوم شناسی 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 به رسمیت شناخته‌اند (رستم‌باز، ۱۹۲۳: 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، ۲/۱۹۸۶: ۲۰۰؛ السنهوری، ۴/۱۹۹۸: ۱۲۵). گرچند عقد با این سه عنصر اساسی تشکیل می‌یابد اما برای اینکه عقد، صحیح تلقی شود، باید دارای شرایطی باشد که اوصاف صحت عقد نامیده می‌شود. درباره اوصاف صحت، باور دارند 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، گرچند عقد مزبور از اصل مشروع است اما از نظر وصف نامشروع قلمداد خواهد شد (الحزیری، ۲/۱۹۸۶: ۲۰۰؛ رستم‌باز، ۱/۱۹۲۳: ۶۵؛ السنه‌وری، ۴/۱۹۹۸: ۱۲۷؛ کاتوزیان، ۲/۱۳۷۹: ۳۰۰). فقهای حنفی، عقد فاسد را جزء عقود غیر صحیح می‌دانند (السنه‌وری، ۴/۱۹۹۸: ۱۲۴) و تفاوتی را که میان عقد فاسد و عقد باطل، از نظر احکام و آثار قائلند، 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 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، حواله می‌باشد، لذا حق فسخ عقد، غیر قابل اسقاط است (السنه‌وری، ۴/۱۹۹۷: ۱۵۷). ماده‌ی «۳۷۲» المجله، اصل حق فسخ متعاقدین، در عقد فاسد را مطرح نموده و با جامعیت مثال زدنی، عوامل سقوط فسخ را در بیع فاسد به تصویر کشیده است: «لَكُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فَسْخُ الْمَبِيعِ الْفَاسِدِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، أَوْ اسْتَهْلَكَهُ، أَوْ أَخْرَجَهُ مِنْ يَدِهِ بِبَيْعٍ صَحِيحٍ، أَوْ بَهَبَهُ مِنْ آخِرٍ أَوْ زَادَ فِيهِ الْمُشْتَرِي شَيْئًا مِنْ مَالِهِ كَمَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ دَارًا فَعَمَّرَهَا، أَوْ أَرْضًا فَعَرَسَ فِيهَا أَشْجَارًا، أَوْ تَغَيَّرَ اسْمُ الْمَبِيعِ بَأَنَّ كَانَ حِنْطَةً فَطَحَنَهَا وَجَعَلَهَا دَقِيقًا؛ بَطَلَ حَقُّ الْفَسْخِ فِي هَذِهِ الصُّورِ». قانون مدنی افغانستان این یک ماده را در چندین ماده به تصویب رسانده است که خلاف اصول قانون نویسی است (ر، ک: مواد ۶۳۱، ۶۳۲ و...).

۳-۱. رابطه عقد فاسد با عنوان‌های مشابه

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

۱-۳-۱. رابطه عقد فاسد با عقد صحیح و باطل

فقهای 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 ملازمه‌ی ندارد. بنابراین، عقد گاهی صحیح و گاهی فاسد منعقد می‌گردد. اگر عقدی با خواندن ایجاب و قبول به وسیله‌ی غیر واجدین اهلیت، ایجاد گردد، عقد به نحو فاسد تشکیل شده و وجود اعتباری پیدا می‌کند (البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸؛ آتاسی، بی‌تا: ۵؛ نمله، ۱۹۹۹: ۵/۴۱۴) اما



این موجود فاسد غیر مشروع، هیچ اثر و اعتباری ندارد (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۸۴؛ السنهوری، ۱۹۹۷/م/۴، ۱۰۹). بلاثری، وجه مشترک عقد فاسد با باطل و نقطه‌ی 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 می‌باشد. 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: ۱۱۹، ۱۱۰، ۱۰۹). قانون مدنی افغانستان، ماده‌ی «۶۲۶»، همین معنی را مصوب نموده است: «هریک 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 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. بدین سان، عقد فاسد در عداد عقود صحیح محسوب نشده و در جرگه‌ی عقود باطل نیز قرار نمی‌گیرد؛ بلکه عقد بینابینی است با شرایط خاص (البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸؛ الکاسانی، ۱۴۰۶هـ/ق/۹: ۱۶).

۱-۳-۲. رابطه‌ی 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؛ در حالی که با عقد قابل ابطال که در حقوق فرانسه مطرح می‌باشد، متفاوت دانسته است. زیرا عقود قابل ابطال، عقود صحیحی بوده که دارای آثار قانونی می‌باشد و صرفاً جهت رعایت مصالح برخی افراد، قابلیت ابطال را یافته است (السنهوری، ۱۹۹۷/م/۴: 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 می‌باشد؛ 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. 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.



۱-۳-۳. رابطه‌ی عقد فاسد با عقد غیر نافذ و موقوف

با اینکه 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 به عنوان یک نهاد مستقل محسوب شده است؛

ب: عقد غیر نافذ و موقوف عقد صحیحی است که پس از انضمام اجازه‌ی مالک، به کمال رسیده و به عقد تام تبدیل می‌شود. در حالی که عقد فاسد، با اجازه‌ی 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 که همان ملکیت است می‌باشد.

ج: عقد غیر نافذ، جزء عقود صحیح است که خود وسیله‌ی تملیک می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲؛ عاملی، ۱۳۳۹: ۱۲/۱۴۱۹)؛ در حالی که در عقد فاسد، قبض و اقباض سبب تملیک محسوب شده و رفع عوامل فساد عقد، سبب تصحیح آن می‌شود (ابن نجیم، بی تا: ۲۷۸).

د: چنانچه ذی نفع، 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؛ در حالی که 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، در حالی که عقد فاسد، بیشتر به باطل نزدیک است تا عقد صحیح (معروف الحسینی، ۱۹۹۶م: ۲۲۶).

۲. عوامل فساد عقد

گفته شد که عقد فاسد در فقه امامیه همان عقد باطل است (تبریزی، ۱۳۷۷: ۳: ۶۱) و به همین دلیل، مقبوض به عقد فاسد عبارت از مالی است که در اثر عقد باطل قبض می‌شود (انصاری، ۱۴۲۰هـ/۳: 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: ۲۳) یا ارکان عقد می‌باشد که قابل اصلاح نمی‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: 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، در حالی که فساد به علت خللی که در اوصاف عقد به وجود آمده یا ناشی از ذات عقد یا شرط آن است به وجود می‌آید.



ماده‌ی «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 فسادی را ناشی از خود عقد می‌نامند (زحیلی، بی‌تا/۴: ۴۰۶). ماده «۵۶۰» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مصوب نموده است: «عقد شخص تهدیدشده به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید، شخص تهدید شده به صورت صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می‌گردد».

با آنکه فقهای حنفی اجازه را در عقد فاسد بلااثر می‌دانند و معتقدند که چنین عقدی به دلیل منهی‌عنه 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 می‌باشد، عقد اکراهی را عقد موقوف نام‌گذاری کرده است (الکاسانی، بی‌تا/۱۲: ۳۹؛ زحیلی، بی‌تا/۴: ۳۸۰؛ السنهوری، ۱۹۹۷/م/۴: 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. پس چنانچه فساد ناشی از نفس عقد باشد، مانند بیع ربوی، اجازه بعدی بلااثر خواهد بود؛ زیرا در اینگونه موارد، عدالت معاوضی وجود نداشته و تراضی برخلاف آن منع شرعی دارد (زحیلی، بی‌تا/۴: ۴۰۷؛ سرخسی، بی‌تا/۲۴: ۵۵).

بنابراین، عقد موقوف یا غیرنافذ، با عقد فاسد تفاوت اساسی دارد؛ زیرا عقد موقوف جزء عقود صحیح است گرچند قبضی اتفاق نیفتاده باشد؛ اما عقد فاسد، بعد از رفع عوامل فساد، به عقد صحیح، مبدل می‌گردد. عقد موقوف با آمدن جزء متمم (اجازه‌ی 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: ۲۷۸). این تفاوت در ماده‌ی «۶۲۷» قانون مدنی افغانستان نیز انعکاس یافته است.

از دیدگاه حنفی‌ها شروط، در یک تقسیم کلی، به سه دسته صحیح، فاسد و باطل قابل تقسیم است (معروف‌الحسینی، ۱۹۹۶م: ۴۴۸؛ الموصلی، ۲۰۰۵م: ۱۸۷)؛ شروط فاسد، به دلیل اتصال به اصل یا رکن عقد، می‌تواند باعث فساد عقد گردد. ماده‌ی «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: ۳۷۱). نکته‌ی قابل ذکر دیگر این است که تأثیر شرط فاسد بر عقد، با



توجه به نوع آن متفاوت می‌باشد؛ مثلاً وجود شرط زیادی در عوض، تنها در عقود معاوضی مانند انواع بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و مانند آن‌ها، موجب فساد عقد می‌شود (زحیلی، بی تا/۴: ۳۸۱)؛ زیرا شرط فاسد در عقود فوق، با مبنایی که طرفین برای آن به انعقاد عقد پرداخته‌اند، در تضاد است. ماده‌ی «۶۲۲» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر کرده است: «در عقود معاوضی {معاوضی}، تعلیق و اقراران 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: ۳۸۱) و شرط فاسد موجود، ملغی تلقی خواهد شد. لکن چنانچه شرط فاسد، باعث تعلیق عقود یاد شده گردد، علاوه بر ملغی شدن شرط، عقد نیز باطل می‌شود (المصری، ۱/۱۹۹۷: ۱۲۷). قانون مدنی افغانستان نیز تصریح کرده است: «در صورت اقراران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی می‌باشد. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می‌گردد.»

شرط فاسد در عقودی که از دسته‌ی اسقاطات 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، ۲۰۰۵م: ۱۸۶؛ المصری، ۱/۱۹۹۷: ۱۲۷، ۶۲۴) و تأثیری در عقد، نخواهد داشت. ماده‌ی «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 اقراران 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» مانند وکالت و مانند آن هیچ اثری نداشته، عقد، صحیح است و شرط فاسد بی‌اعتبار و بدون اثر تلقی می‌شود (المصری، ۱/۱۹۹۷: ۱۲۷). ماده‌ی «۶۲۵» قانون مدنی افغانستان نیز در این زمینه مقرر کرده است: «عقودی که اسقاطات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می‌شود.» نکته‌ی پایانی اینکه فقهای حنفی بر این باورند که چنانچه شروط فاسدی که میان مردم متعارف شده و از نظر آن‌ها موجب فساد نمی‌گردد، در ضمن عقد معاوضی شرط شود، شرط صحیح بوده و موجب فساد عقد نیز نمی‌گردد (الجزیری، ۲۰۰۵م: ۲: 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.



۳. آثار عقود باطل و فاسد

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

۳-۱. 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 رابطه‌ی حقوقی بین آنان شکل نگرفته است، هیچ یک نمی‌تواند دیگری را الزام به تسلیم نماید (شعاریان، و قربان‌زاده، ۱۳۹۱: ۵۰). البته این بدان معنی نیست که عقد باطل، به عنوان یک امر مادی، اثر فرعی نیز نداشته باشد (السنهوری، ۲۰۰۴م/۱: ۴۰۱)؛ مسئولیت 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 می‌باشد. ماده‌ی «۳۶۶» قانون مدنی ایران و ماده‌ی «۶۱۹» قانون مدنی افغانستان نیز بدین امر اشاره نموده است.

۳-۲. آثار عقد فاسد

عقد فاسد از منظر فقهای حنفی، یک عقد غیر مشروع است؛ 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 بازه‌ی زمانی قبل از قبض مبیع و بعد از قبض آن، مورد بررسی و تحلیل دقیق قرار دهیم.

۳-۲-۱. قبل از قبض

عقد فاسد، منهی‌عنه از طرف شارع بوده و انعقاد آن همواره با معصیت همراه است. به همین دلیل، طرفین مکلفند، دائماً در پی فسخ آن باشند. قانون مدنی افغانستان نیز در ماده‌ی «۶۲۷» بر این معنی تأکید کرده است؛ قاضی نیز، به عنوان مدعی‌العموم و در صورت آگاهی از وجود عقد فاسد، مکلف است عقد فاسد را فسخ کند (السنهوری، ۴/۱۹۹۷: ص ۱۱۱؛ آتاسی، بی‌تا: ۶۰). زیرا حق فسخ در عقد فاسد، یک حق الهی محسوب شده و به همین دلیل، تا قبل از قبض برای آن هیچ اثری متصور نمی‌باشد (معروف‌الحسنی، ۱۹۹۶م:



۲۲۷)؛ همان‌گونه که برای عقد باطل، به صورت مطلق، اثری مترتب نمی‌باشد. اضافه‌ی بر این، چنانچه برای عقد فاسد، قبل از قبض، اثری مترتب شود، سر از تناقض در خواهد آورد؛ زیرا اثر داشتن عقد فاسد، قبل از قبض، از یک سو به این معناست که عقد، لازم بوده و طرفین، متعهد به اجرای آن می‌باشند، از سوی دیگر به دلیل اینکه چنین عقدی منهی عنه می‌باشد، طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند (الکاسانی بی‌تا/۹: ۵۴ - ۵۳؛ زحیلی، بی‌تا/۴: ۳۰۹۰).

گریز از چنین تناقضی، مقتضی آن است که بر عقد فاسد، قبل از قبض، هیچ اثری را مترتب ندانیم. قانون مدنی افغانستان نیز به پیروی از فقه حنفی عقد فاسد را، قبل از قبض، مانند عقد باطل بی‌اثر دانسته است. ماده «۶۳۶» قانون مدنی در این زمینه مقرر کرده است: «عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر بحیث یک حادثه عادی مستوجب ضمان می‌گردد.» براساس این ماده، چنانچه مبیع قبل از قبض، تلف شود از حساب بایع رفته و اگر از سوی مشتری یا در ید او از بین برود، به عنوان یک حادثه‌ی مادی، ضامن خواهد بود. در قسمت اول ماده «۶۲۱» قانون مدنی افغانستان مقرر شده است: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی‌کند...» بر همین اساس است که عقد فاسد، تا قبل از تنفیذ، قابل فسخ می‌باشد. چنانچه صفت فساد از عقد فاسد، زائل گردد، عقد فاسد به عقد صحیح تبدیل یافته و صاحب اثر می‌گردد؛ و برای طرفین نیز الزام آور می‌شود؛ مانند اینکه ربوی بودن معامله زائل گردیده یا شرط فاسد، اسقاط گردد (السنهوری، ۱۹۹۷/م۴: ۱۱۰). ماده‌ی «۶۲۶» قانون مدنی افغانستان در این زمینه مصوب کرده است: «هریک از طرفین عقد یا ورثه‌شان می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد.» بنابراین، تا زمانی که عقد فاسد فسخ نشده، برابر ماده‌ی «۶۲۷» قانون مدنی، اجازه، نسبت به آن اثری نداشته و عمل دیگری غیر از فسخ نیز مجاز نمی‌باشد.

۳-۲-۲. بعد از قبض

فقهای حنفی، بر مبنای روایتی که می‌گویند، عقد فاسد بعد از قبض افاده‌ی ملکیت می‌کند (البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸)، عقد فاسد را بعد از قبض، دارای اثر دانسته‌اند؛ گرچند ملکیت مذکور، فاسد بوده و انتفاع از مملوک به وسیله‌ی عقد فاسد، مباح و قانونی نمی‌باشد. 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، وظیفه‌ی 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: ۵۵؛ السنهوری، ۱۹۹۷/م۴: ۱۱۴). به خاطر لزوم فسخ عقد فاسد است که ماده‌ی «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. 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 (سرخسی، بی تا/۲۴: ۹۹ و ۵۵). این حکم، بدین دلیل است که رضا 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 رضا، فساد عقد رفع می‌گردد؛ البته در عقودی که فساد در آن‌ها مربوط به حق الناس باشد نه حق شرعی، مانند حرمت ربا (الکاسانی، بی تا/۱۲: ۳۸).

بنابراین، مالکیت که به وسیله‌ی 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 می‌باشد (السنهوری، ۱۹۹۷م/۴: ۱۱۴ - ۱۱۳). شرایط فسخ عقد فاسد عبارت است از اینکه اولاً: قبض باید با اجازه‌ی مالک صورت گرفته باشد تا رضایت و طیب باطنی در عقد فاسد، تأمین شده و عقد فاسد به صحیح مبدل گردد (معروف‌الحسنی، ۱۹۹۶م: ۲۲۸). ماده‌ی «۶۲۱» قانون مدنی افغانستان نیز همین مطلب را تأیید می‌کند: «عقد فاسد ملکیت معقود علیه را افاده نمی‌کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد.» مفهوم مخالف ماده‌ی یادشده 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 منزله‌ی قبول در بیع صحیح محسوب می‌گردد (سرخسی، بی تا/۲۵: ۳۵)، چنانکه فسخ عقد فاسد قبل از قبض، به معنای خودداری از ایجاب و قبول می‌باشد (الکاسانی، بی تا/۹: ۵۳). آنگونه که اجازه مالک در عقد فاسد ناشی از اکراه، در حکم انشاء بوده و سبب می‌شود که بیع اکراهی فاسد، افاده‌ی ملکیت کند (الکاسانی، بی تا/۱۲: ۳۹ - ۳۸). دومین شرط فسخ عقد فاسد این است که عقد، شامل شرط خیار نباشد؛ از این شرط به دست می‌آید که گرچند در عقد فاسد، ملکیت حاصل نمی‌شود اما در عین حال، خیار ثابت می‌گردد (السنهوری، ۱۹۹۷م/۴: ۱۱۴؛ ابن نجیم، بی تا: ۲۰۴)؛ زیرا با وجود شرط خیار، عقد، نافذ اما غیرلازم شمرده شده و حق رجوع برای دارنده‌ی حق خیار باقی می‌باشد. 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 غیرلازم پنداشته می‌شود.» بنابراین، گرچه پس از قبض، عقد فاسد، ملکیت خبیث و غیرمشروعی را ایجاد می‌کند اما



متصرف هیچ‌گاه مجاز به انتفاع از مملوک به عقد فاسد، نبوده و همواره موظف است که آنرا به بایع برگرداند. در مواردی فسخ عقد فاسد ناممکن می‌شود که در شماره‌ای بعدی موانع فسخ عقد فاسد را بررسی می‌کنیم.

۴. 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 می‌باشد (السنهوری، ۴/۱۹۹۷: ۱۱۱؛ زحیلی، بی‌تا/۴: ص ۳۰۹۰). اجازه و رضایت طرفین نیز نمی‌تواند لزوم فسخ عقد فاسد را منتفی نماید؛ با وجود این، فقهای حنفی باوردارند که عواملی در شریعت وجود دارد که باعث سقوط حق فسخ در عقد فاسد می‌گردد. این عوامل را مختصراً بررسی می‌نماییم:

۴-۱. خارج شدن مبیع از مالکیت مشتری

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 ملک 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: الثانی: عدم تعلق حق الغیر به، فلو تصرف به مشتری لآخر بالبیع أو بالهبه وتم قبضه من الموهوب له، امتنع الفسخ» (همان: ص ۳۰۹۰؛ الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵م: ۱۸۵). قانون مدنی افغانستان نیز در این زمینه مقرر کرده است: «هرگاه قبض‌کننده در عقد فاسد، مال قبض شده را به شخص ثالث عقد نماید، حق فسخ ساقط می‌گردد. در این صورت مالک اصلی می‌تواند، اعاده معقودعلیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. همچنان شخص ثالث می‌تواند قیمت یا مثل معقودعلیه را از قبض‌کننده 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 معقودعلیه را از قابض مطالبه نماید (السنهوری، ۴/۱۹۹۷: ۱۱۵).



۲-۴. 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 مال لازم می‌گردد»؛ پس اگر مشتری سکه‌ی طلای خریداری شده به عقد فاسد را به انگشتر، تبدیل کند، قابلیت فسخ عقد فاسد، بر اثر تغییر شکل مبیع، از بین خواهد رفت. براساس 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: ۱۱۸).

۳-۴. از بین رفتن مبیع

یکی از موانع فسخ در عقد فاسد، از بین رفتن مبیع است؛ چنانچه مقبوض به عقد فاسد از بین برود، قبض 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، ۲۰۰۵م: ۱۹). در تغییر ناشی از نقصان، مالک مخیر است که عقد فاسد را فسخ نموده و مقبوض به قبض فاسد را همراه جبران خسارت بازپس بگیرد (الکاسان، بی تا/۹: 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 با جبران خسارت مطالبه نماید. مگر اینکه نقص، ناشی از عمل مالک باشد.» مفهوم مخالف قسمت اخیر ماده‌ی فوق این است که چنانچه نقصان، ناشی از عمل مالک باشد، وی موظف است مال را بدون مطالبه‌ی خسارت بازپس بگیرد. چنانکه اگر نقصان حاصله ناشی از آفات سماوی باشد نیز مانع فسخ عقد فاسد نمی‌شود (السنهوری، ۱۹۹۷م/۴: ۱۱۸ - ۱۱۷).

۴-۴. قابلیت تبعیض مبیع

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 درآید».

۴-۵. فساد عقد، ناشی از شرط فاسد

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 می‌باشد از حق شرط خود انصراف دهد، حق فسخ ساقط شده و عقد فاسد به صحیح تبدیل می‌گردد (السنهوری، ۱۹۹۷م/۴: ص ۱۱۰) مثلاً اگر در عقدی که به سبب أجل یا خیار، فاسد شده است، صرف نظر کردن ذی‌نفع 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.



نتیجه گیری

۱- ضمانت اجرای اصلی رعایت نشدن قواعد حاکم بر ارکان یا شرایط اساسی در انعقاد عقود، در نظام حقوقی ایران، علاوه بر بطلان، غیرنافذ بودن می‌باشد 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- گرچند در نظام حقوقی فرانسه نهاد «باطل نسبی» یا «قابل فسخ و قابل ابطال» مطرح شده است، اما هیچ‌کدام با نهاد «فاسد» شباهتی نداشته و باطل نسبی مخصوص نظام حقوقی فرانسه و قابل فسخ و قابل ابطال به عقود خیراری در نظام حقوقی ایران و افغانستان شباهت زیادی دارد.

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

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 بر 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 قاعده‌ی عام در موضوع ضمانت اجرای قراردادی، برای انسجام بخشی در 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 بی‌اثر دانسته و بعد از قبض دارای آثاری می‌داند؛ قانون‌گذار افغانستان توانسته است از طریق این قاعده‌ی عمومی، ثبات قراردادی را قبل از بطلان تأمین نماید.

منابع و مأخذ

قرآن کریم.

منابع عربی

- _____، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، داراحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ چهارم.
- ابن نجیم، زین الدین، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دارالکتب الاسلامی، قاهره، چاپ دوم.
- أتاسی، محمدخالد، شرح المجله، المتبّه الرشیدیّه، کویت، بی تا، بی جا.
- البغدادی الحنفی، أبی الحسن (۱۹۹۷م)، مختصر القدوری فی الفقه الحنفی، دارالکتب العلمیه، بیروت، بی جا.
- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم.
- السابق، السید (۱۹۷۱م)، فقه السنه، دارالکتب العربی، بیروت، چاپ اول.
- السبکی، تاج الدین، الاشباه و النظائر، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
- السرخسی الحنفی، ابوبکر محمد، المبسوط، دارالمعرفه، بیروت، بی تا، بی جا.
- السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۴م)، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، داراحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول.
- الغربانی، الصادق عبدالرحمن (۲۰۰۲م)، مدونه الفقه المالکی و ادلته، مؤسسه الریان، بیروت، بی جا.
- الکاسانی، علاء الدین (۱۴۰۶ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العلمیه، بی جا، چاپ دوم.
- الموصلی الحنفی، عبدالله (۲۰۰۵م)، الاختیار لتعلیل المختار، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ سوم.
- النمله، عبدالکریم (۱۹۹۹م)، المذهب فی علم اصول الفقه المقارن، مکتبه الرشد، الریاض، بی جا.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق)، کتاب مکاسب، المؤتمر العالمی بمناسبه الذکر الثانیه الثانیه المیلاد الشیخ الانصاری، چاپ دوم.



منابع فارسی

- _____ (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها، سهامی انتشار، تهران، چاپ اول
- امامی، حسن (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، تهران، چاپ سوم.
- بحرالعلوم، محمد (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، مکتبه الصادق، تهران، چاپ اول.
- تبریزی، محمدعلی (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه، مکتبه داوری، قم، بی‌چا.
- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، محمود هاشمی (۱۴۲۶ هـ ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، قم، چاپ اول.
- حائری شاه‌باغ، علی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، کتابخانه گنج‌دانش، تهران، بی‌چا.
- حائری، حسن و دیگران، عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش ۲.
- حکیم، عبدالمجید و بکری، عبدالباقی (۱۹۸۰ م)، الوجیز فی نظریة الالتزام فی القانون المدنی العراقی، الوزارت التعلیم العالیه، بی‌چا.
- حیدر، علی، دررالحکام فی شرح المجلة الاحکام، دارالکتب العلمیه، بیروت، بی‌تا، بی‌چا.
- رستم‌باز، سلیم (۱۹۲۳)، شرح‌المجله، المطبعة الادبیة، بیروت، بی‌چا.
- زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی وأدلته، دار الفکر، دمشق، بی‌تا، الطبعة: الرابعة.
- شاهرودی، علی (۱۴۰۸ هـ ق)، محاضرات فی الفقه الجعفری، دارالکتاب الاسلامی، قم، بی‌چا.
- شعاریان، ابراهیم و قربان‌زاده، محمد (۱۳۹۱)، مطالعه‌ی تطبیقی عقد باطل و فاسد، مجله کانون وکلای دادگستری، سال هشتم، ش ۲۷، و ۲۸.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹)، حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات، نشر حقوق دانان، تهران، بی‌چا.
- عاملی، جواد (۱۴۱۹ هـ ق)، مفتاح‌الکرامه، نشر اسلامی، قم، بی‌چا.
- عبدالله، نظام‌الدین (۱۳۹۰)، شرح قانون مدنی افغانستان، انتشارات سعید، کابل، بی‌چا.
- قنواتی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، سمت، تهران، بی‌چا.



- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، تهران، چاپ پنجم.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶هـ.ق)، *قواعد فقه*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ دوازدهم.
- محمد صالح الظفیری، مریم (۲۰۰۲م)، *مصطلحات المذاهب الفقہیہ*، داربن حزم، بیروت، بی‌چا.
- معروف‌الحسنی، هاشم (۱۹۹۶م)، *نظریه‌العقد فی الفقه الجعفری*، دارالتعارف للمطبوعات، بیروت، بی‌چا.
- معین، محمد (۱۳۷۸)، *فرهنگ فارسی معین*، انتشارات فرهنگ‌نما، تهران، بی‌چا.
- مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام الصادق (ع)*، تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع)، بی‌تا، بی‌چا.

منابع لاتین

- Colin, Capitant, & Julliot De la Morandière. (1966). *précis de Droit civil* (3 ed. Vol. 2). Paris: Dalloz;
- Fabre-Magnan, Muriel (2004), *Les obligations*, Paris, Puf, 1e édition.
- Malaurie (Ph), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph), *Les obligations*, Paris, Défrénois, 2e édition, 2005;
- Flour, J., Aubert, J. L., & Savaux, É. (2002). *Les obligations, L'acte juridique*. In A. Colin & Delta (Eds.), (2 ed.). Paris;
- Marty, G., & Raynaud, P. (1988). *Droit civil, les obligations* (2 ed. Vol. 1). Paris: Sirey;
- Shahidi, M. (2002). *Civil Law, Principles Of Contracts and Obligations* (2 ed.). Tehran: Majd. (in persian);
- Veaux, D. (1996a). *Jurisclasseur Civil, Fascicule 122 et 123*. Paris: Éditions du Juris-Classeur.