

تحلیل تطبیقی عقد فاسد در فقه حنفی و قانون مدنی افغانستان دکتر عبدالواحد افزلی^۱

چکیده

بیش تر مذاهب اسلامی به دلیل وجود مفسده‌ای که در عقد فاسد است، آن را عقد باطل می‌دانند، اما قانون مدنی افغانستان به تبعیت از فقه حنفی، عقد فاسد را متفاوت از عقد باطل شناسایی کرده است؛ چون در عقد باطل، خلل در ارکان و اوصاف وجود دارد، در حالی که در عقد فاسد، ارکان عقد وجود دارند و فقط در اوصاف آن خلل وجود دارد. عقد فاسد ماقبل بطلان قرار می‌گیرد و به همین دلیل، بطلان عقد در قانون مدنی افغانستان دارای مراتب است. البته عقد فاسد با عقود موقوف و قابل ابطال (بطلان نسبی) متفاوت است. شناسایی عقد فاسد این مزیت را به همراه دارد که از دامنه بطلان عقود می‌کاهد و علاوه بر رعایت منافع عمومی، منفعت خصوصی متعاقدین را نیز تحت شرایطی در نظر می‌گیرد؛ چون اگر متعاقدین اقدام به رفع عامل فساد کنند یا چنان تصرفاتی صورت بگیرد که مانع استرداد عوضین شود، علاوه بر تأمین منافع خصوصی، از طریق استمرار و افزایش عقود باعث تأمین منافع عمومی نیز می‌گردد.

کلیدواژگان

باطل، غیر نافذ، فاسد، فقه حنفی، قابل ابطال.

۱. دکتری حقوق خصوصی و استاد دانشگاه. (vahed_afzali@yahoo.com)

مقدمه

نظام‌های حقوقی قواعدی را بر روابط حقوقی اشخاص حاکم کرده‌اند تا بتوانند صحت وقوع روابط حقوقی را تضمین کنند و آثاری نیز برای رعایت نشدن قواعد ایجاد کنند. نوع تضمین صحت روابط حقوقی از نظامی تا نظام حقوقی دیگر متفاوت است و از شدت و ضعف برخوردار است. 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 علاوه بر بطلان (مطلق)، بطلان نسبی یا قابل ابطال را پذیرفته‌اند که به این ترتیب، برای بطلان، نوعی مراتب را قائل شده‌اند. نظام‌های حقوقی مبتنی بر قواعد اسلامی، اصلی‌ترین قاعده تخلف از انعقاد صحیح عقود را بطلان معرفی کرده‌اند که به معنای فساد نیز دانسته می‌شود و به این ترتیب، هر دو اصطلاح بطلان و فساد یک معنا می‌یابند. هم‌چنین عنوان عدم نفوذ یا موقوف پیش‌بینی شده است که نوعی وضعیت واسطه‌ای بین عقود صحیح و باطل است و محدود به موارد خاص است و به صورت محدود قابلیت تطبیق دارد. با این حال، مذهب حنفیه، ضمانت اجرای دیگری را تحت عنوان «فساد» در نظر گرفته که خفیف‌تر از بطلان است و آن را متفاوت از بطلان و موقوف می‌داند و به عنوان یک قاعده و ضمانت اجرا، محدوده تطبیق وسیع‌تری را نسبت به غیر نافذ و بطلان نسبی دارد؛ یعنی در برخی موارد، امکان جلوگیری از بطلان عقود وجود دارد و به تبع آن، نوعی مراتب در بطلان عقود وجود دارد.

قانون مدنی افغانستان از هر دو عنوان باطل (مانند مواد ۶۱۳ تا ۶۱۹) و فاسد (مانند مواد ۶۲۰ تا ۶۳۶) نام برده است که به تبعیت از فقه حنفی، متفاوت از یکدیگر هستند. عقد باطل مطابق ماده ۶۱۳ آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد و عقد فاسد مطابق ماده ۶۲۰ آن است که اصلاً مشروع و وصفاً غیر مشروع باشد، به نحوی که اصلاً صحیح بوده و در رکن و موضوع آن خللی وجود نداشته باشد، مگر آن‌که به اعتبار بعضی اوصاف خارجی، فاسد باشد. به این ترتیب، محتوای قانون مدنی را باید در پرتو فقه حنفی بررسی و تحلیل کرد. با تحلیل تطبیقی مفهوم عقد فاسد و عقد باطل در نظام حقوقی افغانستان، ابعاد مختلف عقود فاسد روشن می‌شود و در پرتو آن، حقوق متعاقدين، بیش از پیش حفظ می‌گردد.

۱. مفهوم عقد باطل و فاسد

۱.۱. عقد باطل

برای لغت «باطل»، معانی مختلفی هم چون بیهوده، بی فایده، ناراست، سقوط حکم، دروغ و ناحق آمده (معین، ۱۳۷۸: ۱۹۱) که در ترکیب با «عقد»، عبارت از عقدی است که نسبت به طرفین اثری ندارد (السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱: ۳۹۷). به عبارتی، عقد باطل به دلیل خللی که در ارکان دارد، مورد تأیید شارع و قانون گذار نیست و در حکم عدم و مانند هیچ است که اثری بر آن مترتب نمی گردد (شاه باغ، ۱۳۷۶، ج ۱: ۳۵؛ حائری و علی اکبری، ۱۳۸۹: ۶ و ۷). در واقع، هیچ تغییری در حقوق و تکالیف دو طرف به وجود نمی آورد. مواد ۶۱۴ و ۶۱۵ ق.م نیز بر همین معنا دلالت دارند. اصولاً عقد باطل به دلیل فقدان رکن یا ارکان، فاقد اعتبار و اثر است (مغنیه، بی تا، ج ۳: ۱۷) و قابلیت تبدیل شدن به عقد صحیح را ندارد (الغریانی، ۲۰۰۲، ج ۳: ۳۴۹؛ قنوتی و وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ج ۱: ۱۰۷). به همین دلیل، تمام مذاهب اسلامی، خلل در رکن را از اسباب بطلان دانسته اند و در این خصوص اختلافی ندارند. قانون مدنی نیز عقد باطل را به عقدی که در اصل (رکن) و وصف (شروط متعلق به رکن) مشروع نیست، تعریف کرده است^۱ و تأکید دارد که اجازه در عقد باطل اثر ندارد (ماده ۶۱۶ ق.م).

در نظام حقوقی افغانستان، عقد باطل به معنای هیچ است و به دلیل خلل در ارکان عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی قابل جبران نیست و دو طرف نمی توانند با تراضی آن را اصلاح کنند. اگر در مواردی برخی آثار فرعی نیز در نظر گرفته نشود، می تواند مخالف با مصالح اجتماعی باشد. عقد باطل در برخی موارد ممکن است دارای آثار فرعی باشد، مانند حکم ماده ۶۱۹ ق.م. که عقد باطل را فاقد اثر قانونی می داند، اما به عنوان یک حادثه مادی در مواردی، واجد آثار فرعی دانسته است که در صورت نقص یا تلف عوضین در عقد باطل، متصرف را ضامن می داند (عبدالله، ۱۳۹۰: ۱۶۴). در نظر گرفتن برخی آثار فرعی در خصوص باطل، از شناسایی عقد باطل نسبی یا قابل ابطال به عنوان یک قاعده ضمانت اجرا در برخی نظام های حقوقی دیگر و از جمله نظام حقوقی فرانسه متفاوت است که برای رعایت مصالح خصوصی برخی اشخاص به عنوان قاعده پذیرفته شده است. (Fabre Magnan, ۲۰۰۴: ۳۹۴ ۳۹۵)

۲.۱. عقد فاسد

لغت «فاسد» دارای معانی متعدد است، از جمله تباه، معیوب، باطل و گمراه، (معین،

۱. ماده ۶۱۳ قانون مدنی افغانستان: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد.»

۱۳۷۸: ۶۰) خراب، گنبدیده و پوسیده (جر، ۱۳۸۰: ۱۵۷۳) که در ترکیب با عقد، عبارت از عقدی است که از حالت سلامت به حالت نادرست در آمده (نمله، ۱۹۹۹: ۴۰۴) و قابلیت انتفاع از آن از بین رفته باشد. عقد فاسد در اغلب مذاهب اسلامی همان معنای عقد باطل را دارد و تفاوتی بین باطل و فاسد وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۰: ۱۸۰؛ تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۶۱؛ شاهرودی، ۱۴۰۸: ۱۵۸؛ مغنیه، بی تا، ج ۳: ۱۷؛ ابی عبدالله، ۲۰۰۴: ۱۷۷؛ الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲: ۲۰۰۵؛ السبکی، ۱۹۹۱، ج ۲: ۴۹۸؛ نمله، ۱۹۹۹: ۴۱۳؛ الغریانی، ۲۰۰۲، ج ۳: ۲۰۴). از دیدگاه آن‌ها، عقد هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده و تمام ارکان و شروط را دارا باشد، اما اگر مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل خواهد بود و فرقی در این نیست که نهی شارع در ذات باشد یا وصف (حکیم و بکری، ۱۹۸۰: ۱۱۹؛ شاهرودی، ۱۴۰۸: ۱۵۸). بنا بر این، عقد فاسد (باطل) عقدی است که اسلام آن را نهی می‌کند و اثری بر آن مترتب نمی‌شود، حتی اگر قبض نیز در آن عقد تحقق یافته باشد؛ چون حرام نمی‌تواند طریقی برای تملک باشد (السابق، ۱۹۷۱، ج ۳: ۱۰۳). هر آن‌چه در اصل ممنوع شده باشد، در وصف نیز ممنوع است و بر هیچ یک اثری مترتب نمی‌گردد، خصوصاً که در قرآن نیز فرقی بین باطل و فاسد مسلم نیست؛ چون باطل چیزی است که در حقیقت به وجود نمی‌آید و خداوند نیز شیئی را که حقیقتاً به وجود نیامده است، فاسد می‌داند (نمله، ۱۹۹۹: ۴۱۶).

بر خلاف دیدگاه غالب مذاهب اسلامی، حنفیه بین باطل و فاسد تفکیک قائل شده است (الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲: ۱۲۶؛ ظفیری، ۲۰۰۲: ۷۷؛ السبکی، ۱۹۹۱، ج ۲: ۴۹۸؛ عبدالله، ۱۳۹۰: ۱۶۴). هم‌چنین زیدیه نیز به تبعیت از حنفیه، باطل را متفاوت از فاسد می‌داند^۱ (القراله، ۲۰۰۳: ۲۳۳). تفکیک مذکور که از معنای لغوی نیز حاصل می‌شود، گویای معیوب یا خراب بودن است که اصطلاحاً در شیء مورد نظر تغییر حالت حادث شده و از حالت سلامت به نادرست تغییر یافته است (نمله، ۱۹۹۹: ۴۰۴)، اما عین هم‌چنان موجود است؛ چنان‌که گوشت بر اثر فساد از قابلیت استفاده خارج شده، اما هم‌چنان باقی است. معنای مذکور از فاسد بر تعریف فقهای حنفی از عقد نیز تأثیر گذاشته و آن‌ها عقد باطل را عبارت از عقدی می‌دانند که خلل در رکن یا شروط متعلق به آن باشد؛ یعنی اصلاً مشروع نباشد. فاسد نیز عبارت از عقدی است که در اصل مشروع باشد و فقط در

۱. مذهب زیدیه با آن‌که به عنوان مذهبی شیعی یاد می‌شود، اما در خصوص مباحث فقهی از منابع احناف استفاده و تبعیت می‌کند و احتمالاً به همین دلیل، همانند احناف، فاسد را متفاوت از باطل در نظر گرفته است.

وصف مشروع نباشد (عبدالله، ۱۳۹۰: ۱۶۴) به نحوی که متعاقدين اهلیت حقوقی داشته باشند، صیغه عقد نیز صحیح باشد و در مبیع نیز خللی نباشد، اما عقد دارای وصفی باشد که شرع آن را نهی کرده است. مثلاً بیع ربوی که در اصل عقد منعقد شده است، اما در وصف که عقد اقتضای زیادی را در عوض دارد، مشروع نیست و سبب فساد عقد می‌گردد که فساد مذکور بر خلاف مصلحت است (ظفیری، ۲۰۰۲: ۷۷). اگر عامل فساد یعنی زیادی موجود حذف گردد، تبدیل به عقد صحیح می‌شود؛ چون عقد مذکور در ذات صحیح است و فقط در بعضی اوصاف خارجی آن خلل وجود دارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۵: ۳۰۸) که این اوصاف خارجی در برخی موارد قابل حذفند. به همین دلیل، عقد فاسد بین باطل و صحیح قرار می‌گیرد (معروف‌الحسنی، ۱۹۹۶: ۲۲۶) مانند عقد غیر نافذ؛ چون تحت شرایطی می‌تواند با فسخ به باطل تبدیل شود و با قبض یا حذف شرط فاسد به صحیح بدل گردد (ماده ۶۲۶ ق.م).

با آن که اکثر فقهای امامیه بین فاسد و باطل تفکیک قائل نشده‌اند، شهید ثانی در کتاب «تمهید القواعد» تفکیک قائل شده است؛ مانند این که بیع جنین در بطن در اصل، ممنوع بوده و باطل است، اما بیع ربوی که در اصل آن، ممنوعیت نیست، در وصف آن منع شده است که سبب فساد می‌گردد. با این حال، این تفکیک را در روابط حقوقی مؤثر نمی‌داند، بلکه صرفاً تفاوتی لغوی تلقی می‌کند و هر دو بیع را باطل می‌داند (دائرةالمعارف، ۲۰۰۲، ج ۲۰: ۵۱).

در هر حال، بر اساس دیدگاه فقهای حنفی، عقدهای فاسد و باطل با توجه به تفاوت اصل و وصف از همدیگر متفاوتند. برای تبیین بهتر تفاوت اصل و وصف می‌توان گفت اصل عبارت است از رکن مانند ایجاب و قبول،^۱ علاوه بر شروط متعلق مانند وجود متعاقدين، توافق ایجاب و قبول و قابلیت معقودعلیه برای حکم عقد که در صورت فقدان باعث از بین رفتن اصل عقد یعنی بطلان می‌گردد. وصف عبارت است از شروط متعلق به صحت عقد مانند غرری یا ربوی بودن عقد، قابل تعیین نبودن موضوع عقد، وجود شرط فاسد در آن و موارد دیگر مانند تهدید در عقد اکراهی. این عقدها از دیدگاه برخی فقهای حنفی فاسدند (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۷۳). قانون مدنی افغانستان نیز از آن تبعیت کرده و در ماده ۵۶۰ آن را فاسد معرفی کرده است. از منظر فقهای حنفی، عقد صحیح عبارت است از عقدی که در اصل و وصف، مشروع باشد که اگر رکن یا شروط

۱. بسیاری از فقهای حنفی، رکن عقد را عبارت از ایجاب و قبول (صیغه عقد) می‌دانند (أتاسی، بی تا، ۷).

متعلق به آن غیر مشروع باشد، اصلاً منعقد نگردیده است و تأثیری در ملکیت ندارد و باطل خواهد بود. بر اساس همین تفکیک اصل و وصف است که گفته شده است: عقد باطل در اصل و وصف غیر مشروع است، اما عقد فاسد به دلیل وجود رکن منعقد است، اما در اوصاف خلل دارد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۳۵۴؛ حکیم و بکری، ۱۹۸۰: ۱۱۹). شایان ذکر است که فقهای حنفی در عبادات، فرقی بین فاسد و باطل نمی‌گذارند؛ به این دلیل که عبادات، تعبّد محض هستند و حکم شارع به غیر اطاعت امتثال نمی‌یابد و مخالفت با آن، مقصود را از بین می‌برد. پس ذمه مکلف با عبادت فاسد بری نمی‌گردد و مانند این است که عبادات انجام شده باطل بوده است. در معاملات اولاً مقصود از بین نمی‌رود و ثانیاً هدف از آن، مصالح بندگان در دنیاست و فرصت اصلاح وجود دارد و از این جهت، تا هنگامی که خلل در حقیقت و ماهیت نباشد، باعث انعدام نمی‌شود (نمله، ۱۹۹۹: ۴۱۵).

هم‌چنین در خصوص حکم «نکاح فاسد»،^۱ حنفیه دو حالت را در نظر گرفته‌اند: در صورتی که نکاح فاسد قبل از نزدیکی باشد، مانند عبادات است و فساد در آن، در حکم باطل است (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۵۰؛ نمله، ۱۹۹۹: ۴۱۴)، اما اگر بر اثر نکاح فاسد، نزدیکی صورت گرفته باشد، برخی از آثار نکاح صحیح بر آن برقرار می‌شود، مانند مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۹۰) که ماده ۹۷ ق.م به آن پرداخته است: «(۱) ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. (۲) هر گاه بعد از ازدواج فاسد، دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد.» با این حال، در نکاح باطل حتی در حالت دوم، هیچ آثاری مترتب نمی‌گردد (ماده ۹۵ ق.م).

۲. تمیز عقد فاسد از عناوین مشابه

حنفیه معتقد است که با وجود رکن و شروط آن، عقد منعقد می‌گردد، اما از انعقاد عقد، همواره صحت آن لازم نمی‌آید؛ یعنی گاهی عقد صحیح منعقد می‌شود و گاهی فاسد که در صورت فساد، عقد موجود است، چون عقدی مانند بیع، از سوی واجدین اهلیت با ایجاب و قبول آن‌ها یعنی رکن منعقد می‌گردد (البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸؛ آتاسی، بی‌تا،

۱. از دیدگاه احناف، عقد نکاح هنگامی فاسد است که شرط صحت آن رعایت نشده باشد، مانند غیبت شهود، ازدواج موقت، جمع بیش از چهار زوجه، جمع بین زوجه و عمه زوجه و همین طور بین زوجه و خاله او و ازدواج با زن منکوحه غیر.

۵؛ نمله، ۱۹۹۹: ۴۱۴)، اما اثر و اعتبار ندارد و ملکیت حاصله نیز معصیت آور است (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۸۴). همین نکته، وجه مشترک آن با عقد باطل و افتراق آن با عقد صحیح است و انعقاد آن از ابتدا وجه اشتراک با صحیح و وجه افتراق آن با باطل است.

عقد فاسد به دلیل وجود مادی نه شرعی، علاوه بر این که می تواند تحت شرایطی به عقد صحیح تبدیل گردد، حق فسخ را نیز برای طرفین ایجاد می کند تا از وجود خارج شود، مانند ماده ۶۲۶ ق.م.ا به این ترتیب، عقد فاسد در دسته عقود صحیح و باطل قرار نمی گیرد و عقدی بینابین و با خصوصیات خاص است (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۱؛ البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸؛ الکاسانی، ۱۹۸۳: ۷۹). به همین دلیل، برخی فساد عقد را با قیاس با مراتب بطلان در برخی نظام های حقوقی غربی، یکی از مراتب بطلان در نظر گرفته اند (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۴۶)، اما با نهاد عقود قابل ابطال در برخی نظام های حقوقی مانند فرانسه (Magnan, Op.Cit: Fabre ۳۹۴ ۳۹۵) متفاوت است؛ چون عقود قابل ابطال، عقود صحیح و دارای آثار قانونی هستند و صرفاً در جهت رعایت مصالح برخی از اشخاص امکان ابطال وجود دارد (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۲۵۷). هم چنین با وجود این که عقدهای غیر نافذ و فاسد از خصوصیت بینابینی برخوردارند، اما عقد فاسد با غیر نافذ یا موقوف متفاوت است؛ چون:

یک احناف نیز عقد موقوف را به عنوان نهادی مستقل پیش بینی کرده اند.

دو عقد موقوف عقدی صحیح است و با انضمام اجازه مالک به کمال می رسد، در حالی که عقد فاسد با اجازه قابل تصحیح نیست^۱ و توأم با نهی شرعی معصیت است. سه عقد غیر نافذ عقد صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۲؛ عاملی، ۱۳۹۷: ۳۳۹) و قبض راهی برای تملک نیست، اما در عقد فاسد در برخی موارد، بعد از قبض یا رفع فساد امکان تصحیح دارد (ابن نجیم، بی تا: ۲۷۸).

چهار عقد موقوف در صورت عدم اجازه از سوی ذی نفع رد می شود، اما عقد فاسد فسخ می شود.

پنج عقد موقوف برای رعایت مصالح برخی از اشخاص است، در حالی که عقد فاسد

۱. ماده ۶۲۶ قانون مدنی افغانستان: «هریک از طرفین عقد یا ورثه شان می توانند عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر این که سبب فساد از بین رفته باشد».

۲. ماده ۶۲۷ قانون مدنی افغانستان: «اجازه بر عقد فاسد، اثر قانونی نداشته و تنازل از حق فسخ، جواز ندارد».

به دلیل رعایت ممنوعیت‌های شرعی است.

شش با توجه به موارد فساد، عقد فاسد بیش‌تر از این قابلیت برخوردار است که مرتبه‌ای ماقبل از بطلان قرار بگیرد (معروف الحسینی، ۱۹۹۶: ۲۲۶)، در حالی که عقد موقوف به صورت کامل‌تر چنین خصوصیتی ندارد و بیش‌تر به عقد صحیح نزدیک است، اما فاسد بیش‌تر به بطلان نزدیک است.

۳. عوامل بطلان و فساد

۳.۱. بطلان

قانون مدنی افغانستان عقد باطل را به عنوان ضمانت اجرای اصلی عدم رعایت احکام شرعی و قواعد مربوط به نظم عمومی پذیرفته است. این قانون در خصوص عامل بطلان در ماده ۶۰۹ می‌گوید: «عقدی که رکن یا شرطی از شرایط آن موجود نباشد، باطل پنداشته می‌شود.» سپس در ماده ۶۱۳ در تفکیک عقد باطل از عقد فاسد می‌گوید: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد.» با آن‌که غالب فقهای حنفی، رکن عقد را عبارت از ایجاب و قبول می‌دانند (آتاسی، بی‌تا، ۷) و مواردی هم‌چون وجود طرفین و موضوع عقد را از شروط متعلق به رکن به حساب می‌آورند، قانون مدنی افغانستان شروط متعلق به رکن عقد را عبارت از رضا، اهلیت عقد، موضوع عقد و سبب می‌داند که فقدان هر یک عامل بطلان عقد خواهد بود.

۳.۲. فساد

در فقه حنفی و به تبع آن، قانون مدنی، عقد فاسد متفاوت از باطل است و عوامل فساد متفاوت از عوامل بطلان هستند. بطلان به دلیل فقدان رکن یا اصل و شرایط متعلق به آن است، اما عوامل فساد خلل در اوصاف عقد است که علل موجد آن می‌تواند ناشی از ذات عقد باشد یا شرط. ماده ۶۲۸ ق.م می‌گوید: «هر گاه فساد در نفس عقد موجود شود، طرفین قبل و بعد از قبض می‌توانند فسخ نمایند.» فساد در نفس عقد، ناشی از اموری است که همراه و هم‌زمان با تشکیل عقد ایجاد می‌شود؛ یعنی در وجود خود عقد است، به دلیل عدم وجود رضایت و رغبت که باعث فساد عقد می‌گردد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۴۰۶)؛ مانند عقد اکراهی مذکور در ماده ۵۶۰ ق.م که می‌گوید: «عقد شخص تهدید شده به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هر گاه بعد از رفع تهدید، شخص تهدید شده به صورت صریح یا ضمنی به آن اجازه دهد، عقد صحیح می‌گردد.» با آن‌که در فقه حنفی نیز اجازه در عقد فاسد راه ندارد و به دلیل نهی شارع از آن، اصولاً باید فسخ گردد، اما رضایت

بعد از اکره نزد احناف مؤثر است. آن‌ها معتقدند که فساد در این مورد برای صیانت از مصالح خاص است، نه مصالح عام (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۴۰۶). پس اجازه بعد از اکره صحیح است. البته برخی علمای حنفیه به دلیل متوقف بودن بر اجازه، عقد اکره را عقد موقوف می‌دانند (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۳۸۰؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۷۳)؛ چون حق بایع است نه حق شرعی، بر خلاف موارد دیگر که حق شرعی است. در موقوف، اختیار بین قبول و فسخ است، در حالی که در فاسد فقط حکم بر فسخ است و این تکلیف شرعی هر یک از طرفین است (ابن نجیم، بی تا: ۲۷۹؛ السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۷۸). در موارد دیگر مانند فساد ناشی از ربا که در نفس عقد موجود شده است، به علت نهی شارع به دلیل از بین رفتن مساوات عوضین که بر خلاف حکم شارع در ترازی داشتن در تجارت است، اجازه بی اثر خواهد بود (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۴۰۷؛ سرخسی، بی تا، ج ۲۴: ۵۵). بنا بر این، روشن می‌شود که عقد موقوف یا غیر نافذ متفاوت از فاسد است. عقد موقوف، عقدی صحیح است بدون قبض، اما فاسد بعد از قبض یا رفع فساد ممکن است صحیح شود. عقد موقوف با انضمام جزء متمم کامل می‌شود و قدم در عرصه نفوذ می‌گذارد، اما فاسد در اصل اصلاح‌پذیر و قابل تصحیح نیست و صورتی ظاهری از عقد را دارد که اصولاً طرفین عقد باید آن را فسخ و از معصیت دوری کنند (ابن نجیم، بی تا: ۲۷۸). با آن‌که عقد فاسد و غیر نافذ در ابتدا منعقد هستند و وجود دارند، اما عقد فاسد به دلیل نهی شارع، معصیت‌آور است و باید طرفین آن به دنبال فسخ آن باشند، نه اجازه آن (ماده ۶۲۷ ق.م). هم‌چنین موقوف عقد صحیح است و فاسد غیر صحیح که این موضوع باعث تفاوت فاسد از موقوف می‌شود.

از دیدگاه احناف، شروط به سه دسته صحیح، فاسد و باطل تقسیم می‌شوند (معروف الحسینی، ۱۹۹۶: ۴۴۸؛ الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۸۷) که شروط فاسد به دلیل اتصال به اصل یا رکن عقد می‌توانند باعث فساد عقد شوند. قانون مدنی نیز مبتنی بر فقه حنفی، در ماده ۶۱۰، شرط فاسد را چنین بیان داشته 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، فاسد پنداشته می‌شود.» البته باید شرط در ضمن عقد باشد و اگر بعد از عقد درج شود، موجب فساد عقد نمی‌شود، بلکه لازم است به آن وفا شود (حیدر، بی تا، ۳۷۱). تأثیر شرط فاسد بر عقد ممکن است با توجه به نوع آن متفاوت باشد که عبارتند از:

وجود شرط فاسد مانند زیادی در عوض، در عقود معاوضی مانند انواع بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و نظایر آنها موجب فساد عقد می‌گردد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۳۸۱؛ المصری، ۱۹۹۷، ج ۱: ۱۲۷)؛ زیرا شرط فاسد در تعارض با مبنایی است که طرفین برای حصول آن به انعقاد عقد پرداخته‌اند. ماده ۶۲۲ ق.م نیز به تبعیت از فقه می‌گوید: «در عقود معاوضی، تعلیق و اقراران عقد به شرط فاسد جواز نداشته و در اثر چنین شرطی، عقد فاسد پنداشته می‌شود».

شرط فاسد در عقودی که در آنها تعادل عوضین شرط نیست و به صورت تبرعی یا غیر معاوضی و غیر مالی منعقد می‌شوند، بی‌اثر است (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۳۸۱) و شرط فاسد موجود ملغاً تلقی خواهد شد؛ اما اگر شرط فاسد باعث تعلیق عقد باشد، نه تنها خود شرط ملغاً خواهد بود، بلکه مبطل عقد نیز می‌گردد (المصری، ۱۹۹۷، ج ۱: ۱۲۷). ماده ۶۲۳ ق.م تصریح کرده است که: «در صورت اقراران عقود غیر معاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغاً می‌باشد. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می‌گردد».

شرط فاسد در عقودی که از دسته «اسقاطات محض»^۱ مانند نکاح و طلاق بدون مال، عدم اجرای حق شفعه، ابرام دین، عفو قصاص و آزادکردن برده باشند، بی‌اثر است و در صورت وجود شرط فاسد، در هر صورت فقط باعث بی‌اعتباری خود شرط می‌شود (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۸۶؛ المصری، ۱۹۹۷، ج ۱: ۱۲۷) و تأثیری در عقد نخواهد داشت. ماده ۶۲۴ ق.م می‌گوید: «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 ملغاً می‌گردد».

شرط فاسد در عقود توثیقی مثل کفالت، حواله و رهن و در «اطلاقات»^۲ مانند وکالت و نظیر آن هیچ اثری ندارد، عقد صحیح است و شرط فاسد بی‌اعتبار و بی‌اثر تلقی می‌شود (المصری، ۱۹۹۷، ج ۱: ۱۲۷). ماده ۶۲۵ ق.م مقرر می‌دارد: «عقودی که اطلاعات شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط

۱. منظور از اسقاطات، عقود هستند که با هدف اسقاط حق منعقد شود و فرقی بین معوض بودن یا نبودن نیست. اگر در مقابل عوض نباشد، به آن اسقاطات محض می‌گویند و اگر معوض باشد، آن را اسقاطات دارای معنای معاوضه مانند خلع در طلاق و دیه در عقود از قصاص می‌گویند.

۲. منظور از اطلاعات، عقود هستند که برای شخص ممنوع‌التصرف، صلاحیت تصرف را می‌دهد؛ مانند وکالت، وصایت و اجازه دادن برای صغار ممیز به عمل تجارت و قضا.

فاسد ملغا پنداشته می شود».

با وجود موارد فوق، از دیدگاه فقهای احناف، شروط فاسدی که بین مردم متعارف بوده از نظر آن‌ها موجب فساد نمی‌گردد، اگر در ضمن عقد معاوضی شرط شود، صحیح است و باعث فساد نمی‌شود (الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲: ۱۲۸)؛ چون ضمانت اجرای فساد عقد برای حفظ مصالح جامعه است.

۴. آثار عقود باطل و فاسد

۴.۱. بطلان

تمام مذاهب اسلامی، عقد باطل را غیر منعقد می‌دانند و به همین دلیل، آثاری بر آن مترتب نمی‌دانند. اگر بر اثر عقد باطل، عوضین تسلیم شده باشد، هر یک می‌تواند استرداد آن‌ها را بخواهد که در صورت تلف نیز باید ضمان عادلانه آن پرداخت شود (ماده ۶۱۵ ق.م). اگر تسلیم نشده باشد، الزام به تسلیم مقدر نیست، به دلیل این که رابطه‌ای شکل نگرفته است. البته ممکن است در مواردی، آثار فرعی از عقد باطل حادث گردد (السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱: ۴۰۱) که به معنای تأیید وجود و تشکیل عقد باطل نیست؛ مانند آثار مادی که از آن ناشی می‌شود و مانند مسئولیت متصرف مال در قبال تلف یا نقصان آن که تحت عنوان مقبوض به عقد فاسد قابل بررسی است. ماده ۶۱۹ ق.م صراحت دارد: «عقد باطل منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث حادثه عادی مستوجب ضمان می‌گردد».

۴.۲. فساد

با آن که از دیدگاه فقهای حنفی، عقد فاسد، عقدی معصیت‌آور است و نمی‌تواند موجب مالکیت باشد و طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند، اما تحت شرایطی دارای آثاری می‌گردد که بسته به این که قبل از قبض یا بعد از آن باشد، متفاوت است:

۴.۲.۱. قبل از قبض

همان گونه که ذکر شد، عقد فاسد، عقد نهی شده از سوی شارع است و انعقاد آن همواره توأم با معصیت است. در فقه گفته شده است که طرفین باید دایم در پی فسخ آن باشند و از آلودگی موجود در آن پرهیز کنند. قانون مدنی نیز در ماده ۶۲۷ بر آن تأکید کرده است. هم‌چنین گفته شده است که افعال توأم با گناه باعث گسترش فساد در جامعه می‌شود. قاضی نیز در صورت آگاهی از آن، می‌تواند عقد را فسخ کند (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۵۶؛ آتاسی، بی تا: ۶۰)؛ چون حق شرعی است و تطبیق عقد نیز توأم با معصیت خواهد

بود. به همین دلیل، تا قبل از قبض برای عقد فاسد، هیچ اثری متصور نیست (معروف الحسنی، ۱۹۹۷: ۲۲۷)، چنان‌که در باطل، هیچ اثری قابل تصور نیست. اگر عقد فاسد قبل از قبض دارای اثر باشد، باعث ایجاد تناقض می‌گردد؛ زیرا از یک سو به این معناست که عقد لازم است و طرفین متعهد به اجرای آن هستند، اما از سوی دیگر، عقد نهی شده است و طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند. دوری از این تناقض، اقتضا می‌کند که برای عقد فاسد، قبل از قبض، اثری متصور نباشد.

قانون مدنی نیز به پیروی از فقه حنفی، تا قبل از قبض، عقد فاسد را مانند باطل بی‌اثر دانسته است و قبض آن را نیز سبب افاده مالکیت نمی‌داند؛ گرچه عقد فاسد از جهت انعقاد موجود است. ماده ۶۳۶ ق.م می‌گوید: «عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نمی‌گردد» و ماده ۶۲۱ تصریح می‌کند: «عقد فاسد ملکیت معقودعلیه را افاده نمی‌کند، مگر این‌که قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد.» بنا بر این، تا قبل از قبض، مبیع در ملکیت بایع است و اگر تلف شود، از حساب او رفته است و اگر توسط مشتری یا در ید او از بین برود، با آن‌که اثرات عقد صحیح را ندارد، اما به عنوان یک حادثه، ضامن خواهد بود (ماده ۶۳۶ ق.م). از این جهت، تا قبل از تنفیذ، همیشه قابل فسخ است؛ حتی اگر این حق به ورثه منتقل شده باشد که در آن صورت، مانند عقد باطل بوده و لازم است عوضین مسترد شوند.^۱ البته اگر فساد برطرف شود، به عنوان عقد صحیح بر طرفین الزام‌آور خواهد بود. ماده ۶۲۶ ق.م نیز تصریح دارد که هر یک از متعاقدين یا وراثت آن‌ها می‌تواند عقد فاسد را فسخ کند، مگر این‌که سبب فساد از بین رفته باشد. پس تا عقد فاسد فسخ نشده است، مطابق ماده ۶۲۷ ق.م اجازه بر آن اثری ندارد و کم‌تر از فسخ نیز مجاز نیست.

۴.۲.۲. بعد از قبض

احناف بر اساس روایتی می‌گویند که عقد فاسد بعد از قبض افاده ملکیت می‌کند^۲

۱. ماده ۳۷۳ مجله الاحکام: «اذا فسخ البيع الفاسد فان كان البائع قبض الثمن كان للمشتري ان يحبس المبيع الى ان ياخذ الثمن و يسترد من البائع».

۲. احناف دلیل افاده ملکیت در عقد فاسد بعد از قبض را حدیث بریره می‌دانند که آمده است: «هنگامی که عایشه خواست کنیزی به نام «بریره» را بخرد، مالک آن از فروش امتناع کرد، مگر این‌که ولاء با او باشد. عایشه با این شرط بریره را خرید و سپس آزاد کرد و ماجرا را با رسول خدا (ص) در میان نهاد. ایشان عتق را صحیح، اما شرط یعنی ولاء را باطل دانست. می‌گویند این عمل که پیامبر، عتق را که تصرف در ملک غیر است، با وجود فساد بیع به جهت شرط فاسد، جایز دانسته، دلیلی بر صحت تصرفات در عقد فاسد است و این مطلب را اثبات می‌کند که عقد فاسد پس از قبض ایجاد ملکیت می‌کند و الا عایشه نمی‌توانست در ملک غیر، تصرف و کنیز

(البغدادی، ۱۹۹۷: ۷۸)، اما این ملکیت فاسد است و انتفاع از عین مملوک، مباح و قانونی نیست؛ چون انتفاع از عین مورد معامله در عقد فاسد به استقرار یافتن فساد منتهی می‌شود که فعلی حرام خواهد بود. این موضوع در فقه حنفی بدون اختلاف پذیرفته شده است. در صورت قبض، از این جهت که عقد فاسد است، قابض باید قیمت یا مثل را بپردازد نه مسما را (الکاسانی، ۱۹۸۲: ۹). این پیش‌بینی برای آن است که در شرایطی مانند بیع یا هبه، بر اثر قبض، عقد فاسد غیر قابل فسخ می‌شود. قانون مدنی در ماده ۶۳۱ می‌گوید: «قبض در عقد فاسد، ملکیت قابل فسخ را افاده نموده و انتفاع از آن را افاده نمی‌کند.» در ماده ۳۷۱ مجله الأحکام نیز بیع فاسد به وسیله قبض، مفید حکم می‌گردد؛ یعنی قبض با اجازه باعث ملکیت می‌شود و اگر مال نزد قابض تلف گردد، ضمان لازم می‌شود و اگر مال از نوع وزنی باشد، مثل و اگر قیمی باشد، باید قیمت روز قبض را به مالک بدهد. البته در عقد فاسد ناشی از اکراه، صرف قبض باعث انتقال مالکیت نمی‌شود و باید اجازه نیز بر آن وارد شده باشد؛ چون در عقد اکراهی، اصل که عبارت از ایجاب و قبول باشد، وجود دارد، اما رضایت در آن منعدم است که با ضم اجازه به آن صحیح می‌گردد (سرخسی، بی تا، ج ۲۴: ۹۹ و ۵۵).

فقه حنفی، قبض به عقد فاسد را مشابه غصب و غاصب را ضامن می‌داند. از این رو، ذکری از ضمان منافع به عمل نیامده است؛ چون احناف، غاصب را ضامن منافع نمی‌دانند، اما مبیع بر اثر عقد فاسد و قبض آن را ضمانت می‌کنند (الکاسانی، ۱۹۸۲: ۴۹). با توجه به این که مالکیت بایع در بیع یا مالک در دیگر عقود به وسیله عقد فاسد از بین نمی‌رود، به این ترتیب، حق شفعه نیز وجود نخواهد داشت؛ چون حق بایع در استرداد مبیع قطع نشده است، مگر آن که حق فسخ ناشی از فساد از بین رفته باشد. قانون مدنی نیز در فقره دوم ماده ۲۲۲۴ به این مورد چنین تصریح کرده است: «بیعی که در آن شفعه ثابت می‌شود، باید واجد شرایط آتی باشد: ... ۲. بیع صحیح و نافذ بوده یا در صورتی که بیع فاسد باشد، حق فسخ در آن ساقط گردیده و از اختیار شخص به نفع بایع عاری باشد.» بنا بر این، در عقد فاسد حتی با قبض، مالکیت منتقل نمی‌شود و مالکیت ناشی از عقد فاسد، از نوع خاص است و ویژگی مالکیت مطلق ناشی از عقد صحیح را ندارد و تحت شرایطی، ملکیت قابل فسخ است (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۱). شرایط مذکور عبارتند از:

یک باید قبض با اجازه بایع صورت گرفته باشد. اگر قبض بدون اجازه باشد، مالکیت ثابت نمی‌شود؛ چون در عقد فاسد نوعی رضایت و رغبت وجود ندارد که به وسیله اجازه متعاقب، رضایت و رغبت به وجود آمده و عقد فاسد منقلب می‌گردد (معروف الحسنی، ۱۹۹۶: ۲۲۸). ماده ۶۲۱ ق.م.تصریح می‌کند که: «عقد فاسد ملکیت معقودعلیه را افاده نمی‌کند، مگر این که قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد»؛ چون قبض در عقد فاسد به منزله قبول در بیع صحیح است (سرخسی، بی تا، ج ۲۵: ۳۵). در صورت سکوت، جمهور معتقدند که افاده ملکیت نمی‌کند، اما حنفیه اعتقاد بر افاده ملکیت دارد. هم‌چنین اگر بدون اجازه قبض گردد، متصرف غاصب به شمار خواهد رفت. پس لازم است که تصرف با اجازه باشد (حیدر، بی تا: ۹۷).

دو عقد مشتمل بر شرط خیار نباشد. همان‌گونه که شرط خیار در عقد صحیح ثابت می‌شود، در عقد فاسد نیز ثابت می‌گردد و با بودن آن ملکیت حاصل نمی‌شود (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۴؛ ابن نجیم، بی تا: ۲۰۴)؛ چون با وجود خیار، عقد نافذ، اما غیر لازم است و حق رجوع برای دارنده نیز باقی خواهد بود. ماده ۶۵۰ ق.م. به این مطلب اشاره دارد: «هر گاه عقد طبیعتاً موجب الزام یکی یا طرفین عقد نگردد یا در آن، خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیر لازم پنداشته می‌شود»، مانند خیار شرط در ماده ۶۵۲، خیار تعیین در ماده ۶۶۲، خیار عیب در ماده ۶۸۲ و خیار رؤیت در ماده ۶۷۶ ق.م.

۵. موانع فسخ عقد فاسد

چنان‌که ذکر شد، طرفین عقد فاسد، مکلف به فسخ آن هستند و این حق فسخ، چون حق شرعی است، حتی اگر قاضی نیز به آن علم یابد، باید عقد را فسخ کند (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۵۶) که رضایت و اذن طرفین نیز نمی‌تواند مسقط آن باشد. با این حال، احناف مواردی را ذکر کرده‌اند که وجود آن‌ها می‌تواند باعث سقوط حق فسخ گردد. این موارد در ماده ۳۷۲ مجله نیز تصریح شده‌اند که عبارتند از:

۵.۱. خروج مبیع از مالکیت مشتری

خارج شدن مبیع از مالکیت مشتری می‌تواند مانع فسخ باشد؛ چون تصرف مشتری ثانوی، تصرف جایز است و تصرف در ملک خود تلقی می‌شود. اگر مشتری، مبیع را به شخص ثالثی بفروشد، تصرف او صحیح است و این عقد با شرایطی مانع فسخ از سوی مشتری اول و ثالث می‌گردد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴: ۴۰۷؛ الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵:

۱۱۴) به علت تعلق حق الناس به آن (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۸۵). قانون مدنی نیز در ماده ۶۳۲ به این موضوع پرداخته است و می‌گوید: «هر گاه قبض کننده در عقد فاسد، مال قبض شده را به شخص ثالث عقد نماید، حق فسخ ساقط می‌گردد. در این صورت، مالک اصلی می‌تواند اعاده معقودعلیه را از شخص ثالث مطالبه نماید. هم‌چنان شخص ثالث می‌تواند قیمت یا مثل معقودعلیه را از قبض کننده مطالبه کند.» البته بر خلاف این ماده در فقه، مالک نمی‌تواند به ثالث مراجعه کند، به این دلیل که بر اساس عقد صحیح، مالک شده است (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۳) و ضمان بر مثل یا قیمت است که باید از قابض مطالبه گردد.

برای انتقال مالکیت به عنوان مُسْقَطِ حق فسخ در عقد فاسد، رعایت شرایطی لازم است که عبارتند از: عقد دوم باید صحیح باشد که اگر باطل یا فاسد باشد، مانع فسخ نخواهد بود. عقد دوم نباید حاوی خیار برای بایع باشد. در غیر آن، در مدت خیار، عقد دوم مانع فسخ عقد فاسد نخستین نمی‌گردد؛ چون با وجود خیار، به دلیل غیر لازم بودن عقد، ملکیت مبیع به مشتری منتقل نشده است. عقد بیع دوم برای بایع عقد فاسد نخستین نباشد، در غیر آن، عقد دوم مانع حق فسخ عقد اول یعنی عقد فاسد نمی‌گردد. عقد بیع نخست بر اثر اکراه ایجاد نشده باشد که در غیر آن، مکره می‌تواند هر نوع تصرفات مشتری را از بین ببرد؛ چون حق فسخ بایع در عقد اکراهی قطع نشده است. این همان وجه تمایز فاسد بر اثر اکراه و دیگر موارد است، مشروط به این که امکان نقض تصرفات مشتری باشد؛ به این دلیل که اولاً در بیع دوم، حق مشتری تعلق گرفته که این حق الناس نسبت به حق الله یا حق شرعی مقدم است و ثانیاً عقد اول اصلاً مشروع و وصفاً نامشروع بوده، در حالی که عقد دوم اصلاً و وصفاً مشروع و صحیح است. به همین دلیل، ماده ۵۶۱ ق.م می‌گوید: «نفاذ عقود شخص تهدید شده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده، قبض مبیعه، ملکیت فاسد را افاده می‌نماید. در چنین حالت، هر نوع تصرف غیر قابل نقض صحیح بوده، شخص تهدید شده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت روز تصرف مخیر می‌باشد».

۵.۲. تغییر شکل موضوع عقد

تغییر شکل موضوع عقد نیز می‌تواند از موانع فسخ عقد فاسد باشد. ماده ۶۳۵ ق.م در این مورد این گونه صراحت دارد: «هر گاه مال قبض شده تغییر شکل نماید، فسخ باطل و قیمت روز قبض مال لازم می‌گردد.» مانند سکه طلا که مشتری به بیع فاسد، مالک

شده و آن را به انگشتر تبدیل کرده است که در این مثال، حق فسخ عقد فاسد بر اثر تغییر شکل مبیع دیگر قابلیت تطبیق ندارد. البته در فقه، ضمانت قبض مبیع ناشی از عقد فاسد، همان ضمانت ناشی از غصب را دارد، اما نزد حنفیه حکم متفاوتی در نظر گرفته شده است که در آن، قیمت روز غصب پرداخت می‌شود یا مثل آن؛ یعنی اگر در ملک مغضوب، غاصب بنایی ساخته باشد، باید معدوم گردد، اما اگر غصب ناشی از عقد فاسد باشد، معدوم نمی‌شود، بلکه قیمت یا مثل داده می‌شود (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۸). بر اساس ماده ۶۳۳ ق.م، اگر تغییر در اثر زیادی اعم از متصل و منفصل باشد، مانع از فسخ نیست و باید همراه مبیع مسترد شود.

۵.۳. انهدام موضوع عقد

انهدام موضوع عقد نیز می‌تواند مانع فسخ عقد فاسد باشد. در این صورت، با بیع باید قیمت یا مثل را مطالبه کند؛ چنان‌که در غصب چنین است. این حکم به این دلیل است که در عقد فاسد، قبض یا تلف آن موجب تضمین قیمت روز قبض می‌گردد (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵: ۱۹). تغییر ناشی از نقصان، مالک را مخیر می‌کند به فسخ و اعاده مال همراه با جبران خسارت (الکاسانی، ۱۹۸۲: ۱۵۱) یا قبول معامله. اگر نقصان، ناشی از عمل خود مالک باشد، حق فسخ او از بین می‌رود. ماده ۶۳۴ ق.م به این موضوع چنین تصریح دارد: «هر گاه تغییر در مال قبض شده بر اثر نقصان صورت گرفته باشد، صاحب مال می‌تواند مال مذکور را با جبران خسارت مطالبه نماید، مگر این‌که نقص ناشی از عمل مالک باشد.» هم‌چنین اگر نقصان ناشی از آفات سماوی باشد، مانع فسخ نمی‌شود (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۷).

۵.۴. قابلیت تبعیض در موضوع عقد

قابلیت تبعیض در موضوع عقد می‌تواند مانع فسخ گردد؛ یعنی اگر در قسمتی از عقد فاسد قابل تجزیه، فساد نباشد، مشتری می‌تواند مال را تملک کند و از آثار قانونی آن‌ها بهره‌مند گردد؛ فرقی نمی‌کند که عامل فساد در نفس عقد باشد یا آن‌که ناشی از شرط فاسد باشد. ماده ۶۳۰ ق.م فقط در مورد شرط فاسد پیش‌بینی کرده است که: «صاحب شرط فاسد می‌تواند با تمسک 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.»

۵.۵. انصراف دارنده شرط

انصراف دارنده شرط می‌تواند عقد فاسد را به عقد صحیح تبدیل کند. اگر سبب فساد ناشی از شرط فاسد بوده و براساس ماده ۶۲۲ ق.م عقد فاسد از عقود معاوضی باشد، شخصی که شرط به نفع او شده است، می‌تواند از حق شرط خود انصراف دهد که در این صورت، حق فسخ، ساقط و عقد منقلب به صحیح می‌شود (السنهوری، ۱۹۹۸، ج ۴: ۱۶۰). این امر مانند آن است که اجل یا خیار را که باعث فساد شده است، ذی‌نفع اسقاط کند که این امر نشانه رضایتی است که تا قبل معدوم بوده است؛ چون این حق دارنده شرط است که از حق خویش صرف نظر کند یا خیر. البته لازم است که شرط فاسد باعث تعلیق در عقد غیر معاوضی نشده باشد که در غیر آن، خود عقد نیز باطل خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در قانون مدنی افغانستان، قاعده اصلی به عنوان ضمانت اجرای رعایت نشدن شرایط اساسی در انعقاد عقود، در کنار نهاد موقوف، بطلان است، اما مبتنی بر فقه حنفی، قاعده دیگری را تحت عنوان «فساد» در نظر گرفته است که بینابین عقد صحیح و باطل قرار می‌گیرد و دارای قواعدی گسترده است؛ چنان‌که در نظام حقوقی کشورهای غربی مانند فرانسه، عقد باطل نسبی یا قابل ابطال دارای قواعدی گسترده است. نظام حقوقی افغانستان با شناسایی و تأیید عقد فاسد متفاوت از باطل، برای بطلان عقود، مراتبی را در نظر گرفته است که می‌تواند راهکاری مناسب برای حفظ روابط حقوقی اشخاص باشد و در مواردی که امکان رفع برخی تخلفات ناشی از رعایت نشدن شرایط اساسی حاکم بر انعقاد عقود موجود باشد، از بطلان عقود جلوگیری کند؛ یعنی بسته به این که اهمیت رعایت قواعد حاکم بر انعقاد عقود به چه میزان باشد، ضمانت اجرای آن‌ها نیز متفاوت می‌شود. مثلاً در مواردی که در متن یا بر اثر شرط، ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، با حذف ضرر بتوان از بطلان عقد جلوگیری کرد یا اگر موضوع عقد تعیین نشده باشد، اما بعد از انعقاد، امکان تعیین شدن باشد، از بطلان عقد جلوگیری شود.

با توجه به این‌که برخی نظام‌های حقوقی مانند مصر، برای بطلان عقود از طریق ایجاد «بطلان نسبی» (ر.ک: السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱: ۳۹۷)، مراتبی را در نظر گرفته‌اند تا در گام نخست از بطلان جلوگیری کنند، قانون مدنی افغانستان نیز چنین کرده است تا به این طریق، به تأمین منافع خصوصی متعاقدين نیز احترام گذاشته شود. برای حصول

این مقصود، لازم است قواعد و ضوابط این نهاد، روشن‌تر در متن قانون مدنی تصریح شود تا مبهم نماند؛ چنان‌که مصر به دلیل ابهام‌های موجود در نهاد فاسد، بطلان نسبی را وارد نظام حقوقی خویش کرده است تا به این طریق، اولاً از بطلان بسیاری از عقود جلوگیری شود و ثانیاً زمینه‌ساز بیش‌تر استمرار روابط تعاقدی گردد تا در کنار تأمین منافع خصوصی، منافع عمومی نیز رعایت شود.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. جُرّ، خلیل (۱۳۸۰). فرهنگ لاروس (جلد ۲)، ترجمه: حمید طیبیان، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ یازدهم.
۲. حائری شاه‌باغ، علی (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی (جلد ۱)، تهران: کتاب‌خانه گنج دانش.
۳. حائری، حسن و احسان علی‌اکبری بابوکانی (۱۳۸۹). «عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲، صص ۲۴۵.
۴. ساکت، محمدحسین (۱۳۷۱). حقوق شناسی، مشهد: ترجمه و نشر نخست.
۵. شعاریان، ابراهیم و محمد قربان‌زاده (۱۳۹۱). «مطالعه تطبیقی عقد باطل و عقد فاسد»، مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۲۷ و ۲۸، صص ۵۸-۳۷.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، چاپ چهارم.
۷. عبدالله، نظام‌الدین (۱۳۹۰). شرح قانون مدنی افغانستان، کابل: انتشارات سعید.
۸. قنوتی، جلیل و حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور (۱۳۷۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱)، تهران: سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲)، تهران: سهامی انتشار، چاپ اول.
۱۰. معین، محمد (۱۳۷۸). فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات فرهنگ‌نما.

ب) عربی

۱. ابن علی بن محمد النمله، عبدالکریم (۱۹۹۹). المذهب فی علم أصول الفقه المقارن، الرياض: مکتبه الرشد.
۲. ابن نجیم، زین‌الدین (بی تا). البحر الرائق شرح کنز الدقائق، قاهره: دارالکتاب الاسلامی، الطبعة الثانی.
۳. أناسی، محمدخالد (بی تا). شرح المجله (المجلد ۲)، کویته: المکتبه الرشیدیة.
۴. انصاری، مرتضی (۱۴۲۰). کتاب المکاسب (المجلد ۳)، قم: المؤتمر العالمی بمناسبه الذکری المئویة الثانیة المیلاد الشیخ الأنصاری، الطبعة الثانیة.
۵. توحیدی تبریزی، محمدعلی (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه (المجلد ۱)، قم: مکتبه الداوری.

٦. الجزيري، عبدالرحمان (٢٠٠٥). الفقه على مذاهب الاربعه (المجلد ٢)، بيروت: دارالكتاب العربي، الطبعة الاولى.
٧. الحسيني الشاهرودي، سيد علي (١٤٠٨). محاضرات في الفقه الجعفري، قم: دارالكتاب الاسلامي.
٨. حكيم، عبدالمجيد و بكرى، عبدالباقي (١٩٨٠). الوجيز في نظريه الالتزام في القانون المدني العراقي، بغداد: الوزارت التعليم العاليه.
٩. حيدر، علي (بى تا). درر الحكام فى شرح مجله الأحكام، بيروت: دارالكتب العلميه.
١٠. الزحيلي، وهبه (١٩٨٥). الفقه الاسلامي و أدلته (المجلد ٤)، دمشق: دارالفكر، الطبعة الثاني.
١١. السابق، السيد (١٩٧١). فقه السنه (المجلد ٣)، بيروت: دارالكتاب العربي، الطبعة الأولى.
١٢. السبكي، تاج الدين (١٩٩١). الاشباه والنظائر، دارالكتب العلميه، بيروت: الطبعة الأولى.
١٣. السرخسي، أبوبكر محمد بن أبى سهل (بى تا). المبسوط، بيروت: دارالمعرفه.
١٤. السنهورى، عبدالرزاق (١٩٩٨). مصادر الحق فى الفقه الاسلامي (المجلد ٤)، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقيه.
١٥. السنهورى، عبدالرزاق (٢٠٠٤). الوسيط فى شرح القانون المدني الجديد (المجلد ١)، بيروت: دار احياء التراث العربى.
١٦. عاملى، سيد جواد (١٤١٩). مفتاح الكرامه (المجلد ١٢)، قم: نشر اسلامي.
١٧. الغرياني، الصادق عبدالرحمان (٢٠٠٢). مدونه الفقه المالكي و أدلته (المجلد ٣)، بيروت: مؤسسه الريان.
١٨. القدورى الحنفى البغدادي، الشيخ أبى الحسن (١٩٩٧). مختصر القدورى فى الفقه الحنفى، بيروت: دارالكتب العلميه.
١٩. القرله، محمدياسين (٢٠٠٣). «موانع فسخ العقد الفاسد فى الشريعه الاسلاميه دراسه مقارنة بقانون الأحوال الشخصيه الاردنى و القانون المدني»، مجله مؤته للبحوث و الدراسات، المجلد ١٨، رقم العدد ٧.
٢٠. الكاسانى، علاءالدين (١٩٨٢). بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، بيروت: دارالكتاب العربى.
٢١. كاشف الغطاء، محمدحسين (١٤٢٢). تحرير المجله (المجلد ٥)، تهران: المجمع

العالمى للتقريب بين المذاهب الإسلامية.

۲۲. محمد صالح الظفیری، مریم (۲۰۰۲). مصطلحات المذاهب الفقهيہ، بیروت: دار بن

حزم.

۲۳. المصرى، ابن نجيم (۱۹۹۷). البحر الرائق (المجلد ۱)، بیروت: دارالکتب العلمیہ،

الطبعة الأولى.

۲۴. معروف الحسنى، هاشم (۱۹۹۶). نظرية العقد فى الفقه الجعفرى، بیروت: دارالتعارف

للمطبوعات.

۲۵. مغنيه، محمدجواد (بى تا). فقه الامام جعفر الصادق، اصفهان: تحقیقات و نشر

معارف اهل بيت.

۲۶. مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامى (۲۰۰۲). موسوعه الفقهيہ، قم: مؤسسه دائره

المعارف الفقه الاسلامى.

۲۷. الموصلى الحنفى، عبدالله بن محمود (۲۰۰۵). الاختيار لتعليل المختار، بیروت:

دارالکتب العلمیہ، الطبعة الثالثه.

(ج) فرانسوى

1. Fabre Magnan, Muriel (2004). Les obligations, Paris: Puf, 1^e édition.