



مطالعه تطبیقی عقد باطل و عقد فاسد

نویسندگان: شعاریان، ابراهیم؛ قربان زاده، محمد
حقوق :: کانون وکلای دادگستری :: پاییز و زمستان 1391، سال هشتم- شماره 27 و 28
از 37 تا 58
آدرس ثابت : <http://www.noormags.com/view/fa/articlepage/996358>

دانلود شده توسط : ابراهیم شعاریان ستاری
تاریخ دانلود : 1392/12/12 14:55:54

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



پایگاه مجلات تخصصی نور

www.noormags.com

مطالعه تطبیقی عقد باطل و عقد فاسد

دکتر ابراهیم شعاریان^۱

محمد قربانزاده^۲

چکیده: یکی از کاستی‌های قانون مدنی، عدم ارائه تعریف برای پاره‌ای از مفاهیم و موضوعات مهم و کلیدی است و این نقص زمینه اظهارنظرهای متفاوتی را فراهم ساخته است. هیچ‌یک از عقود صحیح، باطل، فاسد و غیرنافذ در قانون مدنی ایران تعریف نشده، و بنابراین موجب اختلاف دیدگاه حقوق‌دانان شده است. با آنکه در حقوق ما و فقه امامیه، میان عقد فاسد و باطل تفاوتی دیده نمی‌شود، اما قانون مدنی هر دو عقد باطل و غیرنافذ را مترادف عقد فاسد شناخته، و سبب ابهام بیشتر در خصوص ماهیت عقد غیرنافذ گردیده است. در برخی از مذاهب، مانند فقه حنفی و قانون مدنی برخی از کشورها نظیر امارات متحده عربی، اردن و افغانستان، این دو مفهوم متمایز گشته و آثار هریک از آن دو به تفکیک بیان شده است. در مجله الاحکام‌العدلیه و مرشد‌الحیران نیز که هر دو جزو اولین قانون‌گذاری‌های مدون در اسلام است، عقد باطل و فاسد از هم تفکیک شده است. موضوع مقاله حاضر کوششی است برای مقایسه دو عقد باطل و فاسد، که سابقاً نویسندگان ما در آثار خود به تفصیل در باب آنها بحث نکرده‌اند.

واژگان کلیدی: عقد فاسد، عقد باطل، مطالعه تطبیقی، فقه امامیه، فقه عامه، قانون مدنی کشورهای اسلامی.

۱- وکیل پایه یک دادگستری، دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم اجتماعی تبریز.

۲- کارشناس ارشد فقه و حقوق.

۱- مقدمه

عقد فاسد و عقد باطل از اصطلاحات رایج در حوزه قراردادهاست. در مواد ۳۶۵، ۳۶۶ و ۸۱۳ قانون مدنی ایران اصطلاح بیع فاسد مورد استفاده قرار گرفته و عبارت عقد باطل نیز در موارد متعددی به کار رفته است. در یکی از تقسیم‌بندی‌ها، عقود و قراردادها به عقد صحیح و باطل تقسیم شده است و در مواد ۶۷، ۷۰، ۲۵۵، ۳۷۲ و ۶۰۲ قانون مدنی صحت و بطلان در مقابل یکدیگر به کار رفته است.

از طرف دیگر در ماده ۲۲۳ قانون مدنی اصطلاح فساد در مقابل صحت معامله استعمال شده است و این سؤال را مطرح می‌کند که چه نسبتی میان عقد فاسد و عقد باطل وجود دارد؟ همچنین در مواردی عقد غیر نافذ، عقد فاسد نامیده شده است مانند موردی که در ماده ۳۹۱ ق.م. ملاحظه می‌شود. با آنکه در فقه امامیه و برخی از مذاهب عامه دو عبارت فاسد و باطل اغلب مفید یک معنی است، اما در فقه حنفی میان آن دو تفاوت وجود دارد و در قانون مدنی برخی از کشورها مانند افغانستان و امارات متحده عربی و اردن نیز مفاهیم و آثار جداگانه برای عقد فاسد و باطل در نظر گرفته شده است. در این مقاله مفاهیم بطلان و فساد در معاملات و قلمرو و اثر آن از دیدگاه فقهی و حقوقی مورد توجه قرار گرفته و قوانین برخی از کشورهای اسلامی نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- معانی لغوی و اصطلاحی عقد صحیح، باطل و فاسد

صحیح در لغت در معانی سالم، تندرست، پاک از عیب، ضد سقم و مرض آمده است^۱ و در معنای اصطلاحی در عقود، عبارت است از عقدی که اصالتاً و وصفاً مشروع بوده و از حیث ذات و تمام ارکان و از حیث جمع بودن تمام شرایط و عدم مانع، صحیح می‌باشد^۲. همچنین گفته شده است که صحت، وصفی حقوقی است که به عقدی که در عالم اعتبار وجود و تحقق پیدا می‌کند، نسبت داده می‌شود و آنچه در عالم اعتبار و حقوق ایجاد می‌شود با اراده انشاء کنندگان عقد یکسان می‌باشد^۳، مانند بیع عاقل و بالغ که مال قابل تقویم و قابل تسلیم را به ایجاب و قبول معتبر شرعی تسلیم داشته

۱- محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، چاپ هشتم، تهران، نشر امیرکبیر، ۱۳۷۱، ص ۲۱۳۵.

۲- شیخ محمدحسین کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۱، قسم ۱، عراق، نشر مکتب مرتضوی، ۱۳۵۹، ص ۱۲۴.

۳- مهدی شهیدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر عصر حقوق، ۱۳۷۹، ص ۲۱ و ۲۲.

است و مالکیت ثمن نیز برایش حاصل گشته است. در عبادات نیز اگر فعل مکلف طبق دستور شارع انجام گیرد آن عبادت صحیح خواهد بود^۱، مانند اینکه اقامه نماز بعد از وضوء واقع شود.

باطل در لغت به معنای بیهوده، بی فایده، بیکاره، بی معنی، ناراست، سقوط حکم، دروغ و ناحق، آمده است^۲ و در اصطلاح عقد باطل، عقدی است که اصلاً صحیح و مشروع نیست^۳ یا به عبارت دیگر عقدی است که اصالتاً و وصفاً مشروع نیست^۴. بطلان در عبادات به این معنی است که عمل انجام شده بی اعتبار بوده و مثل این است که انجام نشده است، مانند خوردن و نوشیدن در ماه رمضان که باعث بطلان روزه می شود. بطلان در اصطلاح حقوق مدنی در برابر واژه «صحت» به کار می رود. در مورد وجه افتراق ابطال با بطلان بایستی گفت که ابطال از اسباب بطلان به حساب می آید ولی بطلان، حکم شرعی وضعی در مقابل صحت است.

فاسد از باب اسم فاعل است و در لغت به معنای تباه، معیوب، خراب، زبون، گندیده، گمراه و باطل به کار می رود^۵ و در معنای اصطلاحی، عقد فاسد، عقدی است که اصالتاً مشروع^۶ می باشد ولی در وصف مشروع نیست، مانند رهن قرار گرفتن خمر نزد فرد مسلمان یا شرط زیاده در عوض که عقد اقتضای آن زیاده را نداشته باشد^۷. در عبادات، فساد شرعاً یعنی عدم استیفای شروط یا خروج فعل از مطلوبیت مورد نظر شارع به دلیل فوت بعضی فرائض مانند نماز بدون طهارت که فاسد است^۸، همچنین فاسد در اموال و اعیان به معنای تغییر حالت و از دست دادن مطلوبیت مورد نظر در شیء (مانند فاسد شدن طعام و گوشت) استعمال شده است^۹.

۱- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت «ع»، ج ۲، چاپ اول، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶، ص ۱۱۳.

۲- محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۱، پیشین، ص ۴۶۰.

۳- ابوجیب سعدی، القاموس الفقہی، ج ۱، چاپ دوم، دمشق، نشر دارالفکر، ۱۴۰۸، ص ۴۴.

۴- محمود عبدالرحمان، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیہ، ج ۳، ص ۲۵۰، (نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲).

۵- محمد معین، فرهنگ فارسی، ج ۲، پیشین، ص ۲۴۷۰.

۶- مَا كَانَ مَشْرُوعاً بِأَصْلِهِ وَلَا بِوصْفِهِ.

۷- ابوجیب سعدی، پیشین، ص ۲۸۵.

۸- همان، ص ۲۸۶.

۹- محمود عبد الرحمان، پیشین، ص ۳۰.

۳- قلمرو کاربرد مفاهیم فساد و بطلان

موضوع فساد و بطلان در معاملات از جمله عقود بیع، اجاره، نکاح و سایر قراردادها و همچنین در باب عبادات مورد توجه و استفاده قرار گرفته است. در باب الفاظ بحثی تحت عنوان دلالت نهی بر فساد بین اصولیون در حوزه عبادات و معاملات مطرح است که آیا نهی بر فساد دلالت دارد یا نه؟ و در فرض دلالت، این سؤال مطرح می‌شود که آیا واژه فساد در معنای بطلان به کار رفته است یا نه؟

در مورد دلالت نهی بر فساد نظریه‌های مختلفی موجود است اما برخی از اصولیون^۱ بین عبادات و معاملات تفصیل داده و گفته‌اند که فساد در عبادات در معنای بطلان به کار رفته ولی در معاملات چنین نیست، حتی در فقه امامیه نظر مشهور بر این است که نهی در معاملات دلالت بر فساد ندارد، ولی حق آن است که در عبادات نهی بر فساد دلالت داشته باشد. از نظر برخی اصولیین^۲ نهی در عبادات مانع از تقرب مکلف به خداوند تعالی است و گفته شده است که نهی در عبادات بر نفس فعل تعلق می‌گیرد و ذاتاً دلالت بر حرمت دارد.^۳

در معاملات نهی از معامله یا راجع است به ذات معامله یا به جزئی از اجزاء آن یا راجع است به وصف لازم یا به وصف مفارق و یا به امری خارج. از بین این اقسام، آنجایی که نهی راجع به امری خارج باشد، مثل نهی از بیع در وقت نداء، نهی مقتضی فساد نیست. اما در سایر موارد لازم است هر موردی جداگانه مورد نظر قرار گیرد تا معلوم شود که مراد از نهی فساد و بیان حکم وضعی است و یا اینکه مراد از نهی بیان حکم تکلیفی بوده و سوای ممنوعیت عمل و حرمت آن، اثر دیگری ندارد.^۴ از دیگر موارد کاربرد اصطلاح بطلان و فساد، عقود و قراردادها مانند بیع، اجاره و نکاح است. نگاهی به مواد قانون مدنی نشان می‌دهد که موضوع فساد در باب کلیات عقود در مواد ۲۳۲، ۲۳۳

۱- محمدرضا مظفر، اصول الفقه، ج ۱، قم، ۱۴۱۵، ص ۳۲۵؛ جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت «ع»، ج ۱۳، چاپ اول، قم،

نشر مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ص ۱۶۸؛ فخر رازی، المحصول فی علم اصول الفقه، ج ۲، بیروت، ۱۴۱۲، ص ۲۹۱؛

محقق حلی، معارج الاصول، ج ۱، قم، ۱۴۰۳، ص ۷۷.

۲- محمدرضا مظفر، همان، ص ۳۲۲.

۳- محمد کاظم، آخوند خراسانی، کفایه الاصول، ج ۱، قم، ۱۴۱۵، ص ۲۲۴.

۴- محمد عبده و بروجردی، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، نشر رهام، ۱۳۸۱، ص ۳۱ و ۳۲.

ق.م. و در خصوص عقد بیع در مواد ۳۶۵، ۳۶۶ و ۳۹۱، ۸۱۳ ق.م. مورد نظر واقع شده است. همچنین در مواد ۱۰۹۹ ق.م. به فساد عقد نکاح اشاره شده است.

در ابواب فقهی فساد عقد بیع و بطلان آن مورد توجه قرار گرفته و البته در اکثر مذاهب اسلامی میان این دو عبارت تفاوتی قائل نشده‌اند، اما به نحوی که ملاحظه خواهیم نمود، در فقه حنفی میان دو واژه مذکور تفاوت وجود دارد و در برخی دیگر از مذاهب نیز در موارد خاصی میان آن دو اصطلاح تفاوت‌هایی در نظر گرفته شده است.

در قوانین مدنی کشورهای اسلامی مانند قانون مدنی مصر، سوریه، عراق و لیبی عبارت عقد فاسد تعریف نشده و در هیچ‌یک از مواد قانونی نیز از عبارت عقد فاسد دیده نمی‌شود و فقط از اصطلاح عقد باطل در مقابل عقد صحیح استفاده شده است، اما در برخی از قوانین مانند قانون مدنی افغانستان که بر مبنای فقه حنفی تدوین شده است، عقد فاسد و باطل متمایز گردیده و جداگانه تعریف شده است، در این قانون فساد در عقود نکاح، بیع، اجاره و رهن مطرح شده است. در قوانین مدنی اردن و امارات متحده عربی وضعیت مشابهی در تفکیک عقد باطل و فاسد ملاحظه می‌شود.

البته بایستی اشاره نمود که واژگان فساد و بطلان در معاملات خصوصاً در عقد بیع مطرح شده است و در مورد ایقاعات اصطلاح فساد مورد استعمال واقع نشده است.

۴- فساد و بطلان عقود در حقوق اسلام

الف) فقه امامیه

در فقه امامیه بطلان و فساد در یک معنا و در مقابل صحت به کار رفته است، یعنی هر باطلی فساد و نیز هر فسادی باطل است و آنچه به عنوان مصادیق بیع فاسد ذکر شده، همان مصادیق بیع باطل است. بیع مجهول، بیع غرری، بیع جزاف، بیع ربوی، بیع میعی که تملک آن از نظر شرع جایز نیست، بیع مال غیر بدون اذن در فروش، بیع لقطه قبل از تعریف، بیعی که یکی از شروط صحت عقد مختل شود، بیع محجور و بیع حصاه، منابذه، ملامسه، محاقله و مزانه^۱ به مفهوم فاسد و در معنای باطل به کار رفته است.

۱- ابن حمزه طوسی، الوسیله إلى نیل الفضیله، چاپ اول، نشر کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۴۰۸، ص ۲۵۴ و ۲۵۵.

ب) فقه عامه

اکثر فقهای عامه فساد و بطلان را در یک معنا به کار برده‌اند، خواه در عبادات چون نماز بدون طهارت و یا نکاح با محارم و خواه در معاملات مانند بیع میت، خون و شراب و هر فعل فاسد یا باطلی که برخلاف اوامر و نواهی شارع باشد، اثری ندارد. اسباب فساد نزد جمهور فقهای عامه همان اسباب بطلان است که به خلل در رکنی از ارکان فعل یا خلل در شرط صحت برمی‌گردد. مذهب حنابله مطلقاً نهی را چه به وصف ملازم با فعل تعلق گرفته باشد و چه به وصف خارج از فعل، از اسباب فساد یا بطلان تلقی کرده‌اند.^۱

البته در فقه عامه در مواردی بین فساد و بطلان تفاوت‌هایی بیان شده است، مثلاً مذهب مالکیه بین فساد و بطلان در عقود چون قرض و مساقات قائل به تفاوت هستند و مذهب حنابله نیز در عقود چون وکالت، اجاره، شرکت و مضاربه قائل به تفکیک هستند و مذهب شافعیه میان فساد و بطلان در کتابت و عاریه قائل به تفریق هستند.^۲

حنفیه عقد غیر صحیح را به دو قسم عقد باطل و عقد فاسد تقسیم می‌کنند، ولی در عبادات باطل و فاسد را در یک معنی به کار می‌برند و در معاملات کلاً فساد را تباین با صحت و بطلان می‌دانند^۳، به عبارت دیگر معتقدند که بیع فاسد، اصالتاً مشروع است ولی در یکی از اوصاف مشروع نیست، در نتیجه بر بیع فاسد اثر مترتب است، اما شرعاً طرفین می‌توانند به استناد فساد، عقد را فسخ کنند. قابل ذکر است که مراد از اصل، ارکان عقد و شرایط انعقاد عقد مانند اهلیت عاقد، صیغه عقد، و موضوع مورد توافق است^۴ و مراد از وصف عبارت‌اند از شروط صحت عقد، یعنی عناصر مکمله عقد مانند خالی بودن عقد از ربا و شرط فاسد و خالی بودن از غرر و ضرر^۵ است.

۱- وزارت اوقاف و شئون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج ۳۲، ص ۱۱۹.

۲- الموسوعة الفقهية، همان، ص ۱۲۰.

۳- ابوجیب سعدی، پیشین، ص ۲۸۶.

۴- محمود عبدالرحمان، پیشین، ج ۱، ص ۴۱۰.

۵- وزارت اوقاف و شئون اسلامی، الموسوعة الفقهية، ج ۸، ص ۱۱۰.

از اقسام عقد فاسد در فقه عامه می‌توان به بیع مشتمل بر غرر فاحش، بیع ربوی، بیع همراه با شرط فاسد و بیع اکراهی و بیعی که در آن امکان تسلیم مبیع وجود ندارد و همچنین بیعی که در آن مبیع یا ثمن مجهول است، اشاره نمود.

دلیل اینکه اکثر فقهای عامه میان عقد فاسد و باطل تفاوتی قائل نیستند، این است که اولاً عقد نهی شده دلالت بر حرمت دارد و این حرمت مانع از تحقق مالکیت در بیع می‌شود. ثانیاً دلالت نهی از عقد، اعم بوده هم شامل اصل و هم شامل وصف می‌شود^۱. البته مهم‌ترین ادلهٔ جمهور بر اثبات ادعای خود حدیث نبوی است که می‌فرماید «هرکس چیزی در امر ما (دین) بیفزاید، که در دین نبوده باشد، کارش مردود و باطل است»^۲ یعنی چنین عملی مخالف امر شارع است، خواه این عمل مخالف با ذات و حقیقت عمل باشد و یا مخالف با وصفی از اوصاف باشد.

اما مطابق نظر حنفیه، شارع عبادات و معاملات و اسباب احکام را وضع کرده و هنگامی که نهی بر وصف چیزی وارد می‌شود، اقتضای نهی، فقط همان وصف مورد نهی است، نه اینکه این نهی به ذات فعل نیز تعلق بگیرد^۳. همچنین ادعای اجماع شده است که همان‌گونه که بیع خالی از شرط فاسد، مشروع بوده و افاده مالکیت می‌کند، عقد فاسد نیز دارای چنین ویژگی است، به این معنی که خود عقد در اصل مشروع است، لیکن متضمن وصفی نامشروع است^۴.

اکثر فقهاء عامه عقد موقوف را عقد صحیح دانسته چرا که چنین عقدی اصالتاً و وصفاً مشروع است، با این تفاوت که افاده حکم و آثار عقد موقوف بر اجازه صاحب مبیع است، مانند عقد فضولی که منعقد شده ولی باید مالک بر آن رضایت دهد و در غیر این صورت، عقد باطل خواهد شد^۵.

۱- عبدالرزاق احمد السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸،

ص ۱۴۷ و ۱۴۸.

۲- «مَنْ أَخَذَتْ فِي أَمْرِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ».

۳- وزارت اوقاف و شئون اسلامی، الموسوعه الفقهيّه، ج ۵، ص ۱۱۱ و ۱۱۲.

۴- عبدالرزاق احمد السنهوری، پیشین، ص ۱۴۹.

۵- وزارت اوقاف و شئون اسلامی، الموسوعه الفقهيّه، ج ۳۰، ص ۲۳۶.

۵- فساد و بطلان عقود در حقوق ایران

سه واژه فساد، فاسد و مفسد در موارد متعددی در قانون مدنی به کار رفته است. در مواد ۲۲۳، ۳۹۱، ۴۰۹، ۱۰۹۹ واژه فساد و در مواد ۱۶۷، ۳۶۵، ۳۶۶، ۸۱۳، ۱۲۷۷ واژه فاسد و در ماده ۲۳۲ واژه مفسد ملاحظه می شود. البته در قانون مدنی ایران عقد صحیح و باطل تعریف نشده است و وضعیت عقد فاسد نیز به همین گونه است و از آنجایی که مقنن از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی کرده، علی الظاهر این دو واژه در یک معنای واحد به کار رفته است.^۱

مطابق نظر حقوق دانان^۲ واژه فاسد در همان معنای باطل به کار برده شده است. همچنین شروط باطل و مبطل عقد که در ماده ۲۳۳ قانون مدنی بیان شده است، شرط فاسد و مفسد نامیده شده است.^۳ برخی نیز در تقسیم بندی بیع از حیث نفوذ و عدم نفوذ به سه قسم صحیح، باطل و موقوف بسنده کرده و بیع فاسد را در معنای باطل در نظر گرفته اند.^۴

یکی از مواردی که در تحلیل قضیه و شناسایی درست عقد فاسد و باطل مؤثر است، بررسی ماهیت عقد غیر نافذ است و باید نسبت میان عقد غیر نافذ با عقد فاسد مشخص شود. البته لازم به ذکر است که قانون مدنی نامی از عقد غیر نافذ به میان نیاورده ولی با توجه به امکان تنفیذ معاملاتی مانند عقد فضولی و اکراهی، چنین قراردادهایی عقد غیر نافذ نامیده شده است.

به موجب ماده ۲۴۷ قانون مدنی، امکان تنفیذ بیع فضولی که عقدی غیر نافذ است، از سوی مالک پیش بینی شده و به دلالت ضمنی ماده ۳۹۱ قانون مدنی^۵ چنین عقدی، فاسد در نظر گرفته شده است. بنابراین این سؤال مطرح می شود که آیا عقد غیر نافذ، عقدی فاسد است یا نه و با توجه

۱- سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، چاپ دوازدهم، تهران، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶، ص ۲۳۴.

۲- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۸، ص ۳۲۲ و ۳۲۳؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر مشعل آزادی، ۱۳۵۷، ص ۴۵۵؛ مهدی شهیدی، پیشین، ص ۲۳؛ سید مصطفی محقق داماد، پیشین، ص ۲۳۴؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ دوازدهم، تهران، نشر اسلامی، ۱۳۷۴، ص ۵۱.

۳- سید علی حائری شهاباغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۲۱۴.

۴- محمد عبده بروجردی، پیشین، ص ۴۵.

۵- ماده ۳۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد که «در صورت مستحق للغير برآمدن کل یا بعض از مبیع، یایع باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، یایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید».

به اینکه عقد فاسد معادل عقد باطل در نظر گرفته شده، پس عقد غیر نافذ همان عقد باطل خواهد بود یا خیر؟

گفتنی است در خصوص ماهیت عقد غیر نافذ نظریات مختلفی بیان شده است و تحلیل آرای صاحب‌نظران نشان می‌دهد که در قانون مدنی بی‌نظمی و آشفتگی زیادی وجود دارد.

برخی بیان نموده‌اند که «بی‌گمان عقد غیر نافذ واقع شده است و از این جهت با عقد باطل تفاوت دارد، ولی عقدی است ناقص و فاسد که نفوذی در جهان حقوق ندارد و از مفاد ماده ۲۴۷ قانون مدنی نیز همین مفهوم برمی‌آید، زیرا در آن می‌خوانیم که «معامله به مال غیر... نافذ نیست... ولی اگر مالک یا قائم‌مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می‌شود» یعنی عقد در حالت عدم نفوذ، صحیح نیست و باید فاسد شمرده شود»^۱.

همچنین گفته شده است که واژه صحت در ماده ۱۹۰ قانون مدنی در مقابل بطلان و عدم نفوذ به کار رفته است و معامله باطل فاقد یکی از ارکان بوده و هیچ اثری ندارد، اما معامله غیر نافذ ناقص و معیوب بوده ولی می‌توان رفع عیب کرد و به آن اعتبار بخشید.^۲

مطابق نظر دیگری عقد غیر نافذ، عقدی متزلزل بوده و تأیید بعدی، آن عقد را به کمال می‌رساند و از حالت تزلزل خارج می‌کند و عقد غیر نافذ برزخ بین عقد باطل و عقد صحیح کامل است.^۳

یکی از نویسندگان می‌گوید که عقد باطل را می‌توان به مرده تشبیه کرد و چنان که میت را نمی‌شود زنده نمود، عقد باطل را هم نمی‌توان صحیح نمود، اما عقد غیر نافذ را می‌توان به مریض تشبیه نمود که با معالجه ممکن است سالم شود.^۴

به عقیده برخی^۵ از حقوق‌دانان «رضا و رشد معامله‌کننده شرط صحت عقد نیست و معامله مکره و غیر رشید اعم از سفیه و صغیر ممیز باطل نیست، بلکه غیر نافذ است که با رضایت بعدی مکره و سرپرست غیر رشید یا خود او پس از دست یافتن به رشد، نافذ و با رد این اشخاص باطل

۱- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۸، ص ۳۴۵.

۲- سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۶۰.

۳- محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، نشر بنیاد راستاد، ۱۳۶۳، ص ۴۶۰.

۴- مصطفی عدل، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین، نشر بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۱۱۴.

۵- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوق‌دان، ۱۳۷۷، ص ۱۳۱ و ۱۳۲.

می‌شود پس معامله غیر نافذ را باید از اقسام معاملات صحیح به شمار آورد نه باطل و بنابراین کلمه «صحت» مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م. را باید به معنی «اعتبار» گرفت نه صحت در معنی اخص حقوقی، زیرا رضا و رشد معامله‌کننده برای اعتبار و نفوذ عقد لازم است و عقد مکروه و غیر رشید را می‌توان غیر معتبر دانست، همچنان‌که عقد غیر قاصد و یا عقد دارای جهت نامشروع را نیز می‌توان عقد فاقد اعتبار معرفی کرد و شاید بهتر بود قسمت اول ماده ۱۹۰ چنین تنظیم می‌شد: «برای اعتبار هر معامله شرایط ذیل اساسی است» که اطلاق مربوط به جمله شامل شرط صحت و شرط نفوذ هر دو می‌شد.

مطابق با نظر مشهور فقهای امامیه نیز، معامله فضولی که یکی از اقسام عقود غیر نافذ است، عقدی صحیح تلقی شده که با تأیید بعدی نفوذ حقوقی می‌یابد.^۱ همچنین بیع صغیر ممیز که عقدی غیر نافذ محسوب می‌شود، عقد فاسد نامیده شده است.^۲

با نگاهی به دیدگاه‌های مطرح‌شده در خصوص عقد غیر نافذ معلوم می‌شود که اختلاف نظرها پیش از آنکه معلول پیچیدگی ماهیت خود عقد غیر نافذ باشد، ناشی از مسامحه قانون‌گذار در استفاده از واژگان مناسب در قانون مدنی است؛ از یک سو عقد فاسد و باطل به یک معنی در نظر گرفته شده است و از سوی دیگر عقد غیر نافذ به دلالت ضمنی ماده ۳۹۱ قانون مدنی، عقد فاسد تلقی شده است، بنابراین نتیجه حاصل آن خواهد بود که عقد غیر نافذ، عقدی باطل است، در حالی که چنین برداشتی از عقد غیر نافذ، به هیچ عنوان درست نیست. از سوی دیگر برخی از نویسندگان عقد غیر نافذ را عقد صحیح و در عین حال بی اعتبار دانسته‌اند. صحیح از آن جهت که ساختمان اصلی عقد ایجاد شده است، اما مانعی در نفوذ و اعتبار آن وجود دارد که برخلاف عقد باطل امکان رفع آن وجود دارد. به نظر می‌رسد خطای قانون‌گذار در به کارگیری واژه «صحت» در ماده ۱۹۰ قانون مدنی یکی از مواردی بوده، که به اختلاف موجود میان نویسندگان دامن زده

۱- شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، ج ۳، چاپ اول، قم، نشر کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۴۹؛ میرزا ابوالقاسم قمی، جامع الشتات، ج ۳، چاپ اول، تهران، نشر کیهان، ۱۴۱۳، ص ۵۳۶؛ سید جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۱۲، چاپ اول، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۹، ص ۳۳۹.

۲- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، چاپ اول، قم، نشر معارف اسلامی، ۱۴۱۳، ص ۱۵۵.

است. ماده ۱۹۰ قانون مدنی اقتباسی از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی فرانسه است که در آن شرایط چهارگانه برای اعتبار عقد پیش‌بینی شده است درحالی که قانون‌گذار ما به جای استفاده از عنوان «شرایط اساسی اعتبار معاملات» از عنوان «شرایط اساسی برای صحت معامله» استفاده نموده است. تحلیل ماده ۲۵۲ قانون مدنی می‌تواند در این زمینه راهگشا باشد. به موجب ماده مرقوم در معامله فضولی چنانچه تأخیر موجب ضرر طرف اصیل شود، وی می‌تواند معامله را به هم زند. واژه «به هم زدن» در قانون مدنی مفهوم خاصی ندارد، اما با مراجعه به مواد ۴۵۱ و ۷۶۰ قانون مدنی می‌توان فسخ معامله را از واژه مزبور استنباط نمود و بدیهی است که فسخ معامله در عقود صحیح مصداق پیدا می‌کند. ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز به طور ضمنی عقد فضولی را، عقد صحیح دانسته است، زیرا ضمان درک از آثار بیع صحیح تلقی شده است. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که ماهیت حقوقی عقد غیرنافذ نمی‌تواند در مرحله زمان انعقاد قرارداد با مرحله تنفیذ متفاوت در نظر گرفته شود، به این معنی که چون هیچ عقد صحیحی قابل تبدیل به عقد باطل و بالعکس نیست^۱، لذا می‌توان گفت که عقد غیرنافذ عقد صحیحی است که هرگاه اجازه مالک به آن ضمیمه شود معتبر خواهد بود، ولی هرگاه مالک چنین عقدی را رد کند، عقد فاقد اعتبار بوده، اما دیگر به آن عقد باطل گفته نمی‌شود، بلکه در حکم عقد باطل است.

باید اشاره نمود که عقد قابل ابطال مانند معامله اکراهی در حقوق کشورهای اسلامی مانند مصر، سوریه، لیبی، کویت، سودان و لبنان از جمله عقود صحیح در نظر گرفته شده است و به موجب ماده ۱۳۳ قانون مدنی عراق چنین عقدی موقوف (به رضای بعدی) و درعین حال صحیح نامیده شده است.^۲

۶- حقوق کشورهای اسلامی

بررسی عقد فاسد و مقایسه آن با عقد باطل در برخی از کشورهای اسلامی می‌تواند در تحلیل نهایی موضوع مفید واقع شود. در قانون مدنی برخی از کشورهای اسلامی مانند مصر، سوریه، عراق، لیبی و

۱- برای دیدن نظر مخالف رک: سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ بیست و سوم، تهران، نشر اسلامیه، ۱۳۸۲، ص ۱۸۶.

۲- عبدالمنعم فرج الصده، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، بیروت، دار النهضة العربیه، ۱۹۷۴، ص ۴۰۱ و ۴۰۲.

الجزایر واژه عقد فاسد مورد استفاده قرار نگرفته است و ضمن تقسیم عقد به صحیح و باطل در مقام بیان مواردی که شرایط صحت معامله رعایت نشده باشد، عقد را باطل یا قابل ابطال دانسته‌اند.

به عقیده سنهوری، حقوق‌دان مصری، عقد باطل در شریعت اسلامی عقدی است که نه از حیث اصل و نه از حیث وصف صحیح نبوده یا عقدی است که در یکی از ارکان عقد و یا موضوع مورد توافق خللی ایجاد شده باشد، مانند اینکه ایجاب و قبول از سوی کسی که اهلیت قانونی نداشته واقع شود یا موضوع مورد توافق چیزی باشد که عقد چنین اقتضایی را نداشته باشد، در این حالت اگر قبض مبیع هم صورت گرفته باشد، عقد از اول منعقد نشده و در نتیجه افاده مالکیت نخواهد کرد. عقد باطل در شریعت اسلامی همان عقد باطل مطلق است و روشن است که عقد فاسد در برخی موارد در حقوق اسلام جزء عقد باطل مطلق ذکر می‌شود و در برخی موارد عقد باطل نسبی تلقی می‌شود.^۱

در مقابل در برخی از قانون‌گذاری‌ها مانند قانون مدنی اردن، امارات متحده عربی و افغانستان به عقد باطل و عقد فاسد و تمایز میان آنها تصریح شده است.

قانون مدنی افغانستان در تعریف عقد باطل ماده ۶۱۳ چنین مقرر داشته که «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیر مشروع باشد» و در تعریف عقد فاسد ماده ۶۲۰ ق.م مقرر نموده است که «عقد فاسد آن است که اصلاً مشروع و وصفاً غیر مشروع باشد به نحوی که اصلاً صحیح بوده در رکن و موضوع آن خللی وجود نداشته باشد مگر به اعتبار بعضی اوصاف خارجی فاسد باشد».

در مواد ۲۱۰ و ۲۱۲ قانون مدنی امارات متحده عربی^۲ نیز عقد باطل و فاسد با تعریف مشابهی از یکدیگر متمایز گردیده و ماده ۱۷۰ قانون مدنی اردن نیز در تعریف عقد فاسد دقیقاً همانند ماده ۲۱۲ قانون مدنی امارات متحده عربی انشاء گردیده است.

۱- عبدالرزاق احمد السنهوری، نظریه العقد، ج ۲، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸، ص ۶۱۴ و ۶۱۵.

۲- به موجب ماده اول قانون مدنی امارات متحده عربی مصوب ۱۹۸۵ هرگاه قاضی حکم صریح موضوع دعوی را در قانون پیدا نکند، بر اساس شریعت اسلامی اتخاذ تصمیم خواهد نمود و مخیر است بهترین حکم را از بین آرای مذهب مالکی و حنبلی انتخاب کند و اگر نیابد بر اساس مذهب شافعی و حنفی بر اساس مصلحت مقتضی اتخاذ تصمیم نماید. با توجه به اینکه اکثر مسلمانان مقیم در این کشور تابع مذهب مالکی و حنبلی می‌باشند، لذا در اجرای احکام شریعت، رعایت قواعد مذاهب یادشده از اولویت برخوردار است. با این حال مواد مورد اشاره به آرای مذهب حنفی نزدیک‌تر است.

در مجله *الاحکام العدلیه* که اولین قانون مدنی مدون بر اساس احکام مذهب حنفی در زمان حکومت عثمانی به شمار می‌رود^۱، به موجب ماده ۱۰۶ بیع منعقد به صحیح و فاسد و نافذ و موقوف تقسیم شده است و بیع غیر منعقد، باطل نامیده شده است. ماده ۱۰۹ مجله عقد فاسد را عقدی می‌داند که در اصل مشروع است، اما در وصف مشروع نیست و ذاتاً منعقد شده است، اما به اعتبار اوصاف خارجی مشروع نیست، مانند موردی که جهل به ثمن وجود داشته باشد و به موجب ماده ۳۷۱ مجله، بیع فاسد در صورت قبض مفید ملکیت است.^۲

نمونه دیگری از تدوین احکام اسلامی به صورت مدون در کتاب *مرشد الحیران*^۳ دیده می‌شود که در آن نیز عقد فاسد به موجب ماده ۲۱۸ عبارت از عقدی است که در اصل مشروع بوده ولی از حیث وصف خارجی، نامشروع است، مانند عقدی که فاقد فایده بوده یا مقرون به شرطی بوده که موجب فساد عقد شده مثل عقدی که به اکراه واقع شده است، در نتیجه عقد باطل نبوده و با زایل شدن اکراه و رضایت مکره عقد صحیح می‌شود و بیع فاسد افاده مالکیت نمی‌کند مگر ذی حق به قبض مال رضایت دهد.^۴ به موجب ماده ۲۱۹ *مرشد الحیران* نیز عقد باطل عقدی است که نه از نظر اصل و نه وصف مشروع نبوده یا اینکه در رکن آن خللی وجود داشته باشد، مانند آنکه ایجاب و قبول از سوی صغیر غیر ممیز صادر شود و در چنین حالتی عقد واقع نشده و افاده مالکیت هم نمی‌کند، گرچه قبض نیز صورت گرفته باشد.^۵

۱- مجله به قانون مدنی امپراتوری عثمانی مشهور است و بین سال‌های ۱۸۶۹ تا ۱۸۷۶ میلادی توسط انجمن مجله متشکل از هفت حقوق‌دان بر اساس فقه حنفی تدوین گردیده است.

۲- سلیم رستم باز، شرح المجله، ج ۱، چاپ سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ص ۱۹۵ و ۲۰۷.

۳- محمد قدری پاشا یکی از برجسته‌ترین مؤلفان قانون در فقه اسلامی به‌ویژه فقه حنفی است. وی به زبان‌های ترکی و فارسی و ایتالیایی و فرانسه و انگلیسی مسلط بود و وقتی از سوی دولت مصر به‌عنوان والی شام منصوب شد، لقب پاشا را اخذ کرد. وی در *مرشد الحیران* احکام معاملات شرعی را به صورت مدون و طی ۹۴۱ ماده بر اساس فقه حنفی و مطابق با عرف کشور مصر و سایر کشورهای اسلامی در سال ۱۸۹۱ میلادی به رشته تحریر در آورده است. *مرشد الحیران* حاوی ابواب مختلفی مانند اموال، اسباب تملک، شفعه، قواعد عمومی معاملات، بیع، اجاره و سایر عقود معین است.

۴- محمد قدری پاشا، *مرشد الحیران*، چاپ دوم، مصر، ۱۳۰۸ ه‍.ق، ص ۳۵ و ۳۶.

۵- عبدالرزاق احمد السنه‌وری، *نظریه العقد*، ج ۲، چاپ دوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸، ص ۶۱۴.

۷- اثر عقد باطل و عقد فاسد و امکان تنفیذ عقد فاسد

۷-۱- اثر عقد باطل

بر عقد باطل نمی‌توان وجود و تحقق در عالم اعتبار شناخت. به این جهت هرگاه شخصی به اعتبار عقد باطل مالی را قبض کند طبق ماده ۳۶۶ ق.م. در هر حال مکلف به رد آن به مالک است و در صورت تلف ضمان مثل یا قیمت آن خواهد بود. عقد باطل با تأیید یا اصلاح آن هرگز در عالم اعتبار تحقق نخواهد یافت و توافق طرفین بر اجرای چنین عقدی نیز فاقد هرگونه اثر حقوقی است. ماده ۲۱۰ قانون مدنی امارات عقد باطل را تعریف نموده و بیان داشته است که چنین عقدی هیچ اثری نداشته و اجازه آن نیز ممکن نیست. همچنین در ماده ۶۱۴ قانون مدنی افغانستان در مورد اثر عقد باطل چنین بیان داشته است که «عقد باطل اصلاً منعقد نگردیده و افاده حکمی را نمی‌نماید، گرچه قبض صورت گرفته باشد» و طبق ماده ۶۱۶ قانون مدنی افغانستان «اجازه بر عقد باطل اثری نداشته و هر ذی‌حقی می‌تواند به بطلان تمسک جوید».

به عبارت دیگر عقد باطل شرعاً معدوم است و نیازی به فسخ نیست و هریک از طرفین عقد ملزم است که هر آنچه به عقد باطل قبض نموده، مسترد نماید^۱.

۷-۲- اثر عقد فاسد و امکان تنفیذ آن

با در نظر گرفتن اینکه مفهوم عقد فاسد در حقوق ایران و فقه امامیه با مفهوم آن در فقه حنفی و پاره‌ای از قوانین مدنی کشورهای اسلامی متفاوت است، لذا تحلیل اثر عقد فاسد در دو بخش مجزا ضرورت دارد.

۷-۲-۱- حقوق ایران و فقه امامیه

با در نظر گرفتن مطالبی که بیان شد در حقوق ایران و فقه امامیه و عقد فاسد دارای مفهومی وسیع بوده و شامل هر دو عقد باطل و غیر نافذ می‌گردد. بنابراین در تحلیل اثر چنین عقدی باید میان دو

۱- ابراهیم فاضل یوسف الدبو، «مصادر الحق بین الشریعه الاسلامیه و القانون»، مجله آفاق الحضاره الاسلامیه، ش ۱۴، سال هفتم، بغداد، بی‌تا، ص ۵۳.

مورد اخیر قائل به تفکیک شد. اگر عقد فاسد به مفهوم عقد باطل در نظر گرفته شود، همان گونه که حقوق‌دانان ما نیز بیان داشته‌اند، هیچ اثری بر آن مترتب نبوده و امکان اجازه آن نیز وجود نخواهد داشت و در قانون مدنی نیز چنین امکانی پیش‌بینی نشده است.

بر اساس نظریات فقهی نیز عقد فاسد در این معنی فاقد هرگونه اثری است و قبض مبیع در بیع فاسد، فاقد هرگونه اثری است و قابض ضمان مال مقبوض است.^۱ اما چنانچه عقد فاسد در معنی عقد غیرنافذ به کار رود، چنین عقدی از حیث ماهیت حقوقی صحیح بوده ولی فاقد نفوذ و اعتبار حقوقی است، لیکن با تأیید و اجازه بعدی نافذ خواهد شد و در صورت رد نیز مانند عقد باطل، فاقد اثر خواهد بود. البته ذکر این نکته لازم است که هرچند در متون فقهی امامیه و مستفاد از ماده ۳۹۱ ق.م.، عقد فضولی، یکی از اقسام عقد فاسد در نظر گرفته شده است، اما آنچه در میان حقوق‌دانان ما شهرت دارد این است که عقد فاسد معادل عقد باطل است.

اما در مذهب حنفی و برخی از قوانین مدنی که عقد فاسد با مفهوم ویژه خود (یعنی عقدی که اصلاً مشروع بوده ولی از حیث وصف نامشروع است) مورد شناسایی قرار گرفته است، اثر عقد فاسد را می‌توان در دو مرحله متفاوت یعنی قبل و بعد از قبض مورد معامله مورد بررسی قرار داد.

۷-۲-۱- حقوق کشورهای اسلامی و فقه حنفی

در فقه حنفی و قانون مدنی برخی از کشورهای اسلامی اثر عقد فاسد در دو مرحله قبل و بعد از قبض یکسان نبوده و دارای آثار متفاوت است که بایستی جداگانه بررسی شود. تفاوت کلی اثر عقد فاسد در فقه حنفی و پاره‌ای از کشورها با حقوق ایران و فقه امامیه این است که عقد فاسد (در مفهوم عقد باطل) فاقد هرگونه اثری است و نیاز به فسخ ندارد و معدوم فرض می‌شود، اما در فقه حنفی عقد فاسد پیش از قبض نیاز به فسخ دارد.

الف- اثر عقد فاسد پیش از قبض

بر عقد فاسد قبل از قبض اثری مترتب نیست، چرا که عقد صحیح نیست و هریک از طرفین می‌توانند به فسخ تمسک کنند، در نتیجه بایع نمی‌تواند مشتری را بر پرداخت ثمن ملزم کند و

۱- ابن ادریس، سرائر، ج ۳، چاپ دوم، قم، نشرانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰، ص ۴۸۸.

همچنین مشتری نمی‌تواند بایع را بر تسلیم مبیع وادار کند. در نتیجه هریک از طرفین عقد می‌تواند عقد فاسد را فسخ کند بدون اینکه رضایت طرف مقابل و یا رجوع به رأی قاضی لازم باشد. اذن بر عقد فاسد از سوی هریک از طرفین باعث تصحیح عقد فاسد نمی‌شود مگر اینکه آنچه سبب فساد عقد بوده با رضایت هر دو طرف عقد زایل گردد^۱. در این صورت وجوب فسخ منتفی می‌شود، مانند اینکه مقدار سود در عقد شرکت که هنگام انعقاد آن مجهول مانده بود، مشخص شود^۲.

به عبارت دیگر عقد فاسد پیش از قبض مثل عقد باطل بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نیست، چرا که انعقاد عقد فاسد به‌خاطر وصف نهی‌شده معصیت است. در چنین حالتی مبیع تحت مالکیت بایع باقی بوده و هرگونه تصرفی که خود بایع انجام دهد صحیح و نافذ می‌باشد و تصرف مشتری در آن به‌خاطر عدم ملکیت غیرنافذ است چرا که مترتب شدن اثر و یا انتقال ملکیت قبل قبض با وجوب فسخ عقد به‌خاطر فساد در تناقض است^۳.

در قانون مدنی افغانستان نیز عقد فاسد قبل از قبض قابل تنفیذ نبوده چرا که به‌موجب ماده ۶۲۶ ق.م.، «هریک از طرفین عقد یا ورثه‌شان می‌توانند، عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد».

ممکن است این سؤال به ذهن متبادر شود که اگر عقد فاسد پیش از قبض فاقد اثر حقوقی است، پس چه نیازی به فسخ آن وجود دارد. در این خصوص باید گفت که عقد فاسد پیش از قبض فاقد اعتبار بوده در نتیجه طرفین عقد حق فسخ عقد فاسد را دارند و می‌توانند با فسخ آن امکان تصحیح بعدی آن را منتفی سازند، اما با زوال فساد دیگر حق فسخ متصور نبوده و این همان تصحیح عقد فاسد است.

در بند دوم ماده ۲۱۲ قانون مدنی امارات متحده عربی نیز عقد فاسد پیش از قبض بی‌اعتبار در نظر گرفته شده و افاده ملکیت نمی‌کند.

۱- عبدالرزاق احمد السنهوری، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸، ص ۱۵۵، ۱۵۶ و ۱۶۱.

۲- ابراهیم فاضل یوسف الدبو، پیشین، ص ۵۴.

۳- احمد یاسین القراله، «موانع فسخ العقد الفاسد فی الشریعه الاسلامیه»، مجله مؤتة للبحوث و الدراسات، ش ۷، اردن رک:

www.dahsha.com/old/viewarticle.php?id=887

قابل ذکر است که ترک بیع در زمان ندا بر اقامه نماز جمعه، از نظر مذهب حنفیه واجب است، ولی اگر در زمان ندا، عقدی واقع شود دیگر بیع صحیح و پرداخت ثمن واجب بوده و مالکیت حاصل می‌شود گرچه قبضی واقع نشده باشد.^۱

ب- اثر عقد فاسد بعد از قبض

طبق نظر فقهای حنفی در بیع فاسد، مالکیت بر مبیع با قبض حاصل می‌گردد، در نتیجه تصرفات مشتری در مبیع صحیح است. مثلاً در بیع عبد اگر بایع به جای ثمن خمر دهد و عبد را تحویل گیرد و سپس آن را آزاد کند عبد آزاد خواهد شد.^۲ در عقد فاسدی که مبیع به قبض داده نشده است، مشتری نمی‌تواند بایع را به تسلیم مبیع اجبار کند، ولی بایع می‌تواند با اختیار و اذن خود مشتری را بر اخذ مبیع مسلط کند که در این صورت مالکیت برای وی حاصل خواهد شد، ولی قبض مال بدون اذن بایع یا در غیاب بایع صحیح نیست و همچنین قبض مبیع توسط مشتری در مجلس عقد، نوعی قبض مأذون محسوب می‌شود.^۳

در عقد فاسد بعد از قبض مالکیت به نحو اجمال حاصل می‌شود اما چنین مالکیتی از نوع ویژه‌ای است و مانند مالکیت مطلق که از عقد صحیح ناشی می‌شود، نیست. بلکه آن مالکیتی است که امکان فسخ آن وجود دارد و همچنین مالک ضامن قیمت مال است نه ثمن المسمی و در عین حال خریدار اگرچه می‌تواند در مال تصرف کند اما نمی‌تواند از آن بهره‌برداری کند و همچنین اگر تصرف در مال با انتفاع از آن ملازمه داشته باشد، امکان‌پذیر نیست مانند خوردن غذا و پوشیدن لباس و سوار شدن بر چهارپایان، البته در خصوص نحوه مالکیت مشتری بر مبیع بعد از قبض اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای حنفی تأکید کرده‌اند که مالکیتی که بعد از قبض در عقد فاسد به مشتری منتقل می‌شود مالکیت خبیثی (ناپاک) است که مطلقاً افاده حق انتفاع و بهره‌برداری نمی‌کند.^۴

۱- محمد عبید فرحان، «البيع وقت النداء لصلاه الجمعة»، مجله جامعه الانبار للعلوم الاسلامیه، ص ۲۵۸.

۲- محمود عبد الرحمان، پیشین، ج ۳، ص ۳۰.

۳- عبدالرزاق احمد السنهوری، پیشین، ص ۱۵۸ و ۱۵۹.

۴- ابو بکر بن مسعود الکاشانی، بدایع الصنایع، ج ۵، پاکستان، نشر حبیبیه، ۱۴۰۹، ص ۳۰۴.

عقد فاسد به عنوان عقد قابل فسخ معرفی و بیان شده است که اگر فساد، مقترن با عقد باشد، هریک از طرفین حق فسخ آن را دارند. مثلاً هرگاه فساد مربوط به بدل باشد، مانند بیع در مقابل شراب و خوک، هر دو طرف عقد حق فسخ دارند، مانند موردی که قبل از قبض هر دو حق فسخ داشته‌اند، اما اگر فساد عقد ناشی از شرط فاسد باشد، مانند آنکه در ضمن عقد بیعی، قرضی یا مانند آن با اجل مجهول شرط شود که در این صورت بعد از قبض، فقط مشروط‌له حق فسخ دارد، اما بر اساس قول ابوحنیفه هر دو طرف عقد حق فسخ دارند مگر آنکه ذی‌نفع شرط از آن (شرط) انصراف نماید. هرگاه شرط فاسد ساقط و زایل گردد، عقد فاسد به عقد صحیح تبدیل می‌شود و طرف مقابل حق فسخ نخواهد داشت. در هر حال چنین مالکیتی از نوع خاص تلقی شده و مالکیتی است که استحقاق فسخ دارد و مضمون به قیمت است.^۱

در قانون مدنی افغانستان نیز با توجه به ماده ۶۲۱ ق.م. عقد فاسد افاده ملکیت نمی‌کند مگر اینکه قبض به رضای مالک صورت گرفته باشد. همچنین در ماده ۳۷۱ مجله/الاحکام مقرر شده که «بیع فاسد بعد قبض مفید حکم است» همچنین مطابق بند دوم ماده ۱۷۰ قانون مدنی اردن و بند دوم ماده ۲۱۲ قانون مدنی امارات مقرر شده است که: «عقد فاسد افاده مالکیت نمی‌کند مگر اینکه قبض صورت گرفته باشد».

همچنین ماده ۶۳۱ قانون مدنی افغانستان بیان داشته است که «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».

نتیجه‌گیری

با آنکه از لحاظ نظری در فقه حنفی و برخی از قوانین مدنی میان عقد فاسد و باطل تفاوت وجود دارد، اما مطالعه حاضر نشان می‌دهد که تفکیک میان دو عقد مزبور، فایده عملی و کاربردی چندانی ندارد و به همین دلیل در سایر مذاهب عامه و همچنین فقه امامیه، میان عقد فاسد و باطل تمایزی دیده نمی‌شود. از سوی دیگر برخی از احکام پیش‌بینی شده برای عقد فاسد با اصول مسلم

۱- عبدالرزاق احمد السنهوری، پیشین، ص ۱۶۱ و ۱۶۲

فقهی نیز در تعارض است؛ به‌عنوان نمونه عقد فاسد در صورت قبض مبیع، مفید مالکیت مشتری بوده و قابل فسخ است و در صورت عدم قبض، مفید مالکیت نیست. همچنین به‌موجب ماده ۶۳۱ قانون مدنی افغانستان، قبض در عقد فاسد مفید مالکیت است، ولی مفید انتفاع محسوب نمی‌شود و این امر با حکم مالکیت تبعی که در حقوق اسلام تأیید شده، سازگار نیست و چگونه متصور است که خریدار مالک عین تلقی شود و مکلف به پرداخت قیمت یا مثل آن باشد ولی حق انتفاع و بهره‌برداری از آن را نداشته باشد؟ در حقوق ایران نیز قانون‌گذار به تبعیت از فقه امامیه، هر دو اصطلاح عقد فاسد و باطل را به یک معنی استعمال نموده و طبق ماده ۲۲۳ قانون مدنی، عقد فاسد را عقد غیر صحیح تلقی نموده است، اما عقد غیرنافذ موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی را که از لحاظ ماهیت، و بر اساس نظریات فقهی ارائه‌شده، عقدی صحیح تلقی می‌شود، به‌اشتباه، فاسد نامیده و موجب بروز تعارض در میان مفاهیم مورد بحث شده است. ایراد دیگر قانون مدنی ما این است که برابر اصول و فنون قانون‌نویسی، استفاده از واژگان مترادف صحیح نبوده و موجب سردرگمی و احیاناً تفاسیر متفاوت از قانون می‌شود و لذا شایسته است که در اصطلاحات قانونی آتی از به کارگیری واژه «فاسد» در عقود و معاملات خودداری شود، درست همان شیوه‌ای که در قوانین مدنی کشورهای مصر، سوریه، سودان، عراق، قطر، لیبی، کویت، و قانون تعهدات و عقود لبنان و نیز قانون تعهدات و عقود مراکش به کار رفته است و واژه عقد فاسد جایی در قوانین یادشده ندارد.

فهرست منابع

الف) فارسی

- ۱- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۱ و ۴، چاپ بیست و سوم و دوازدهم، تهران، نشر اسلامیه، ۱۳۸۲ و ۱۳۷۴.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، چاپ اول، نشر مشعل آزادی، ۱۳۵۷.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، تهران، نشر بنیاد راستاد، ۱۳۶۳.
- ۴- حائری شاهباغ، سیدعلی، شرح قانون مدنی، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۵- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر عصر حقوق، ۱۳۷۹.
- ۶- -----، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، چاپ اول، تهران، نشر حقوق دان، ۱۳۷۷.
- ۷- صفایی، سید حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۲.
- ۸- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین، نشر بحر العلوم، ۱۳۷۳.
- ۹- عبده بروجردی، محمد، کلیات حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، نشر انتشارات رهام، ۱۳۸۱.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۸.
- ۱۱- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، ج ۲، چاپ دوازدهم، تهران، نشر مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.

ب) عربی

- ۱۲- ابن ادریس، سرائر، ج ۳، چاپ دوم، قم، نشر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰.
- ۱۳- ابوالقاسم قمی، میرزا، جامع الشتات، ج ۳، چاپ اول، تهران، نشر کیهان، ۱۴۱۳.
- ۱۴- جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۱۳، چاپ اول، قم، نشر مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت «ع»، بی تا.

- ۱۵- جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت «ع» ج ۲، چاپ اول، قم، موسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶.
- ۱۶- خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، ج ۱، قم، ۱۴۱۵.
- ۱۷- رستم باز، سلیم، شرح المجله، ج ۱، چاپ سوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، بی تا.
- ۱۸- سعدی، ابوجیب، القاموس الفقہی، ج ۱، چاپ دوم، دمشق، نشر دارالفکر، ۱۴۰۸.
- ۱۹- سنهوری، عبدالرزاق احمد، مصادرالحق فی الفقه الاسلامی، ج ۴، چاپ دوم، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸.
- ۲۰- سنهوری، عبدالرزاق احمد، نظریه العقد، ج ۲، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸.
- ۲۱- شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۳، چاپ اول، قم، نشر معارف اسلامی، ۱۴۱۳.
- ۲۲- طوسی، ابن حمزه، الوسيله إلى نیل الفضيله، چاپ اول، نشر کتابخانه مرعشی نجفی، ۱۴۰۸.
- ۲۳- عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۲، چاپ اول، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۹.
- ۲۴- عبدالرحمان، محمود، معجم المصطلحات و الألفاظ الفقہیه، ج ۱ و ۳، بی تا. (نرم افزار جامع فقه اهل بیت ۲).
- ۲۵- فاضل یوسف الدبو، ابراهیم، «مصادر الحق بین الشریعه الاسلامیه و القانون»، مجله آفاق الحضاره الاسلامیه، ش ۱۴، سال هفتم، بغداد، بی تا.
- ۲۶- فرج الصده، عبدالمنعم، نظریه العقد فی قوانین البلاد العربیه، بیروت، دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۴.
- ۲۷- فخر رازی، محمد بن عمر، المحصول فی علم اصول الفقہ، ج ۲، بیروت، ۱۴۱۲.
- ۲۸- قانون مدنی اردن
- ۲۹- قانون مدنی افغانستان
- ۳۰- قانون مدنی الجزایر
- ۳۱- قانون مدنی امارات متحده عربی
- ۳۲- قانون مدنی سوریه
- ۳۳- قانون مدنی عراق
- ۳۴- قانون مدنی مصر

- ۳۵- قدری پاشا، محمد، مرشد الحیران، چاپ دوم، مصر، ۱۳۰۸ هـ.ق.
- ۳۶- کاشانی، ابوبکر بن مسعود، بدایع الصنائع، ج ۵، پاکستان، نشر حبیبیه، ۱۴۰۹.
- ۳۷- کاشف الغطاء، شیخ محمدحسین، تحریرالمجله، ج ۱، نجف، نشر مکتب مرتضوی، ۱۳۵۹.
- ۳۸- محقق حلی، معارج الاصول، ج ۱، قم، ۱۴۰۳.
- ۳۹- محمدعبید، فرحان، «البيع وقت النداء لصلاه الجمعه»، مجله جامعه الانبار للعلوم الاسلاميه، بی.تا.
- ۴۰- مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، ج ۱، قم، ۱۴۱۵، بی.تا.
- ۴۱- وزاره اوقاف و شئون اسلامي، الموسوعه الفقهيه، ج ۵، ۳۰ و ۳۲، بی.تا.

