

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

مهدی شهابی*

استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

عبدالواحد افضلی

دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۸/۲۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۴/۷/۶)

چکیده

نظام حقوقی ایران مبتنی بر فقه امامیه، ضمانت اجرای اصلی تخلف از شرایطی را که برای انعقاد عقود معین شده است در کنار غیرنافذ بودن، بطلان می‌داند. اما به صورت موردی نهادهای دیگری مانند بطلان نسبی یا باطل قابل اصلاح را وارد قوانین ساخته است، اما نه به‌عنوان یک قاعده عام حقوقی. ولی نظام حقوقی افغانستان افزون بر ضمانت اجرای باطل و غیرنافذ، قاعده عام دیگری را مبتنی بر فقه حنفی با عنوان «فاسد» شناسایی و تأیید کرده است که سبب می‌شود بطلان در نظام حقوقی این کشور دارای مراتب باشد و در مواردی که عقد قابل اصلاح است، از بطلان آن جلوگیری شود و روابط حقوقی طرفین تداوم داشته باشد. چنین نهادی و البته نه با تمام آثار آن می‌تواند در نظام حقوقی ایران نیز وارد، و جایگزین نهادهای خاص و موردی شود تا تداوم بخش روابط حقوقی طرفین باشد.

واژگان کلیدی

باطل، غیرنافذ، فاسد، فقه امامیه، فقه حنفی، قابل ابطال.

۱. مقدمه

نظام‌های حقوقی قواعدی را بر روابط حقوقی اشخاص حاکم کرده‌اند تا بتوانند صحت وقوع روابط حقوقی را تضمین کنند و بر رعایت نکردن قواعد نیز آثاری را ایجاد نمایند. اما نوع تضمین صحت روابط حقوقی ممکن است از نظامی به نظام حقوقی دیگر متفاوت بوده، دارای شدت و ضعف باشد. یکی از ضمانت‌اجراهای 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 پذیرفته‌اند که به این ترتیب، به‌نوعی مراتبی را برای بطلان قائل شده‌اند. نظام‌های حقوقی مبتنی بر قواعد اسلامی نیز اصلی‌ترین قاعده تخلف از انعقاد صحیح عقود را بطلان معرفی کرده‌اند که به معنی فساد نیز دانسته می‌شود و به این ترتیب، هر دو اصطلاح بطلان و فساد یک معنا می‌یابند. همچنین عدم نفوذ یا موقوف (قانون مدنی افغانستان) پیش‌بینی شده که نوعی وضعیت واسطه‌ای میان عقود صحیح و باطل است و محدود به موارد خاص بوده، به صورت محدود قابلیت اجرا دارد. با این حال، برخی از مذاهب اسلامی، ضمانت اجرای دیگری را با عنوان «فساد» که خفیف‌تر از بطلان است، در نظر گرفته‌اند و آن را متفاوت با بطلان و موقوف می‌دانند که به‌عنوان یک قاعده و ضمانت اجرا، محدوده 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.^۱ قانون مدنی افغانستان نیز از هر دو عنوان باطل (مانند مواد ۶۱۳ تا ۶۱۹) و فاسد (مانند مواد ۶۲۰ تا ۶۳۶) نام برده است، اما متفاوت با یکدیگر پیش‌بینی کرده است. به این ترتیب، تحلیل تطبیقی مفهوم عقد فاسد و عقد باطل در نظام حقوقی ایران و افغانستان می‌تواند قابل توجه باشد. وانگهی، از آنجا که قوانین هر دو کشور و خصوصاً قانون مدنی که برگرفته از فقه اسلامی است و نهادهای تعیین‌شده در نظام‌های حقوقی هر یک می‌تواند برای رفع خلأهای حقوقی دیگری استفاده شود یا حداقل به‌عنوان یک راهنما عمل کند، تحلیل تطبیقی فساد و بطلان عقد در حقوق ایران و افغانستان می‌تواند مفید باشد. بر این اساس، در این بررسی تطبیقی در صدد پاسخ به این پرسش‌ها هستیم که آیا قاعده «فساد» در نظام حقوقی افغانستان می‌تواند به‌عنوان قاعده‌ای 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؟ آیا چنین نهادی در نظام حقوقی ایران وجود دارد؟

۱. همچنین گاهی قانون‌گذار ایرانی از غیرنافذ به معنی باطل استفاده کرده است؛ مانند ماده ۲۰۰ قانون مدنی.

۲. مفهوم عقد باطل و فاسد

۲.۱. عقد باطل

لغت «باطل» معانی مختلفی همچون بیهوده، بی‌فایده، ناراست، سقوط حکم، دروغ و ناحق دارد (معین، ۱۳۷۸، ص ۱۹۱) که در ترکیب با «عقد» به معنای عقدی است که نسبت به طرفین اثری ندارد (السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱، ص ۳۹۷). به عبارتی، عقد باطل به دلیل خللی که دارد، شارع و قانون‌گذار آن را تأیید نمی‌کنند و در حکم عدم بوده، مانند هیچ است که اثری بر آن مترتب نمی‌شود (السنهوری، ۱۹۹۷، ج ۴، ص ۶۱، ۷۱؛ شاهباغ، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۳۵؛ حائری و علی اکبری، ۱۳۸۹، ص ۶ و ۷). در واقع هیچ تغییری به‌عنوان یک امر اعتباری در حقوق و تکالیف دو طرف به‌وجود نمی‌آورد و ماده ۳۶۵ قانون مدنی نیز بر همین معنا دلالت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۳)؛ اگرچه ممکن است به‌عنوان یک امر مادی آثاری را به‌دنبال داشته باشد. دراصل عقد باطل به دلیل نداشتن رکن یا ارکان، بی‌اعتبار و بی‌اثر است (مغنیه، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۷) و قابلیت تبدیل به عقد صحیح را ندارد (الغریانی، ۲۰۰۲، ج ۳، ص ۳۴۹؛ قناتی وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۱۰۷)؛ به همین دلیل تمام مذاهب اسلامی خلل در رکن را از اسباب بطلان دانسته‌اند و در این خصوص اختلافی ندارند. قانون مدنی افغانستان نیز عقد باطل را به عقدی که در اصل (رکن) و وصف (شروط متعلق به رکن) مشروع نیست، تعریف کرده است؛ سپس تأکید می‌کند که اجازه در عقد باطل اثر ندارد.

در نظام حقوقی هر دو کشور ایران و افغانستان، عقد باطل به‌معنای هیچ است و به دلیل خلل در ارکان عقد و برخورد مفاد آن با مصالح اجتماعی، قابل جبران نیست و دو طرف نمی‌توانند با تراضی آن را اصلاح کنند. اما اگر در مواردی برخی آثار فرعی نیز در نظر گرفته نشود، می‌تواند مخالف با مصالح اجتماعی باشد. لذا در برخی قوانین هر دو کشور ممکن است عقد باطل دارای آثار فرعی باشد، مانند ضمان درک در بند دو ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران و مواد ۸۲ و ۱۰۰ قانون تجارت ایران که شرکت باطل را در برابر دیگران در حکم شرکت واقعی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۳). قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۶۱۹ با آنکه عقد باطل را بدون اثر قانونی می‌داند، اما به‌عنوان یک حادثه مادی در مواردی واجد آثار فرعی دانسته است که در صورت نقص یا تلف عوضین در عقد باطل، متصرف را ضامن می‌داند (عبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴). در نظر گرفتن برخی آثار فرعی در خصوص باطل، متفاوت با شناسایی عقد باطل نسبی یا قابل ابطال به‌عنوان یک قاعده ضمانت اجرا در نظام حقوقی ایران است که در برخی نظام‌های حقوقی دیگر، از جمله نظام حقوقی فرانسه، برای رعایت مصالح خصوصی برخی اشخاص به‌عنوان قاعده پذیرفته شده است (Fabre-Magnan, 2004, p.394-395; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, 2005, p.332) و قانون‌گذار ایرانی نیز در مواردی، از جمله ماده ۱۳۱ قانون

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

اصلاح قسمتی از قانون تجارت از آن اقتباس کرده است (محسنی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۷؛ احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۸).

با آنکه عقد باطل قابل اصلاح نیست، اما گاهی قانون‌گذار آن را بنابر مصالحی اجازه داده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۵)؛ چنان‌که ماده ۲۷۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت ایران می‌گوید: هرگاه قبل از اقامه دعوی ابطال شرکت یا برای ابطال عملیات و قراردادهای شرکت، موجبات بطلان مرتفع شود، دعوی ابطال در محکمه پذیرفته نخواهد شد. اما پیش‌بینی چنین امری در موارد متعدد در موضوعات تجاری به معنای شناسایی اثر قانونی بر عقد باطل یا آشکال دیگر بطلان یا مراتب برای بطلان نیست.

۲.۲. عقد فاسد

لغت «فاسد» دارای معانی متعدد است؛ از جمله تباه، معیوب، باطل، گمراه (معین، ۱۳۷۸، ص ۴۶۰)، خراب، گندیده و پوسیده (جر، ۱۳۸۰، ص ۱۵۷۳) که در ترکیب با عقد، عبارت از عقدی است که از حالت سلامت به حالت ناسالم درآمده (نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۰۴) و قابلیت انتفاع از آن از بین رفته است. عقد فاسد در اغلب مذاهب اسلامی همان معنای عقد باطل را دارد و تفاوتی میان باطل و فاسد وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۰ق، ص ۱۸۰؛ تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱؛ شاهرودی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵۸؛ مغنیه، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۷؛ ابی‌عبدالله، ۲۰۰۴، ص ۱۷۷؛ الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲، ص ۲۰۰۵؛ السبکی، ۱۹۹۱، ج ۲، ص ۴۹۸؛ نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۱۳؛ الغریانی، ۲۰۰۲، ج ۳، ص ۲۰۴). از دیدگاه فقهای مذاهب اسلامی، عقد هنگامی صحیح است که مطابق فرمان شارع بوده، تمام ارکان و شروط را دارا باشد. اما اگر مخالف فرمان شارع باشد، فاسد و باطل خواهد بود و در اینکه نهی شارع در ذات باشد یا وصف، فرقی نیست (حکیم و بکری، ۱۹۸۰، ص ۱۱۹؛ شاهرودی، ۱۴۰۸ق، ص ۱۵۸). بنابراین، عقد فاسد (باطل) عقدی است که اسلام آن را نهی نموده، اثری بر آن مترتب نمی‌شود؛ اگرچه قبض نیز در آن عقد تحقق یافته باشد، چراکه حرام نمی‌تواند طریقی برای تملک باشد (السابق، ۱۹۷۱، ج ۳، ص ۱۰۳). هرآنچه در اصل ممنوع شده باشد، در وصف نیز ممنوع است و بر هیچ‌یک آثاری مترتب نمی‌شود؛ به‌خصوص که در قرآن نیز فرقی میان باطل و فاسد مسلم نیست، چراکه باطل چیزی است که درحقیقت به‌وجود نمی‌آید و خداوند نیز شیئی را که حقیقتاً به‌وجود نیامده است، فاسد می‌داند (نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۱۶).

برخلاف دیدگاه اغلب مذاهب اسلامی، حنفیه میان باطل و فاسد تفکیک قائل شده است (الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲، ص ۱۲۶؛ ظفیری، ۲۰۰۲، ص ۷۷؛ السبکی، ۱۹۹۱، ج ۲، ص ۴۹۸؛ عبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴؛ السنهوری، همان، ص ۱۰۳)؛ همچنین زیدیه نیز به پیروی از حنفیه، باطل را متفاوت با فاسد می‌داند (القراله، ۲۰۰۳، ص ۲۳۳). تفکیک یادشده که از معنای لغوی نیز حاصل می‌شود، گویای معیوب یا خراب بودن است که اصطلاحاً در شیء موردنظر تغییر حالت حادث شده، از حالت سلامت به ناسالم تغییر یافته است (نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۰۴). اما عین همچنان موجود است؛ چنان‌که گوشت در اثر فساد

قابل استفاده نخواهد بود، اما همچنان باقی است؛ برخلاف باطل که وجود ندارد. معنای یادشده از فاسد بر تعریف فقهای حنفی از عقد نیز تأثیر گذاشته است و آن‌ها عقد باطل را عقدی می‌دانند که در رکن یا شروط متعلق به آن خلل باشد؛ یعنی اصلاً مشروع نباشد. فاسد نیز عقدی است که در اصل مشروع بوده، فقط در وصف مشروع نباشد (عبدالله، ۱۳۹۰، ص ۱۶۴)؛ به نحوی که متعاقدين اهلیت حقوقی داشته، صیغه عقد نیز صحیح باشد، در مبیع خللی نباشد، اما عقد دارای وصفی باشد 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 نیست و سبب فساد عقد می‌شود که فساد یادشده برخلاف مصلحت است (ظفری، ۲۰۰۲، ص ۷۷). اما اگر عامل فساد یعنی زیادی موجود حذف گردد، تبدیل به عقد صحیح می‌شود؛ یعنی در ذات صحیح است، ولی در بعضی اوصاف خارجی آن خلل وجود دارد (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۵، ص ۳۰۸) که این اوصاف خارجی در برخی موارد قابل حذف‌اند. به همین دلیل، عقد فاسد بین باطل و صحیح قرار می‌گیرد (معروف الحسینی، ۱۹۹۶، ص ۲۲۶)، مانند عقد غیرنافذ، چراکه تحت شرایطی می‌تواند با فسخ تبدیل به باطل و با قبض یا حذف شرط فاسد تبدیل به صحیح گردد (ماده ۶۲۶ قانون مدنی افغانستان).

البته با آنکه بیشتر فقهای امامیه میان فاسد و باطل تفکیک قائل نشده‌اند، شهید ثانی در کتاب «تمهید القواعد» تفکیک قائل شده است؛ مانند اینکه بیع جنین در بطن در اصل منع و بیع آن باطل است، اما بیع ربوی که در اصل آن ممنوعیت نیست، در وصف آن منع شده است که سبب فساد می‌شود. با این حال، این تفکیک را مؤثر در روابط حقوقی ندانسته، صرفاً تفاوتی لغوی تلقی کرده و هر دو بیع را باطل دانسته است (دائرةالمعارف، ۲۰۰۲، ج ۲۰، ص ۵۱).

در هر حال، بر اساس دیدگاه فقهای حنفیه، عقد فاسد و باطل با توجه به تفاوت اصل و وصف، متفاوت با یکدیگرند. برای تبیین بهتر تفاوت اصل و وصف می‌توان گفت که اصل عبارت است از رکن مانند ایجاب و قبول^۱، به علاوه شروط متعلق به رکن مانند وجود متعاقدين، توافق ایجاب و قبول و قابلیت معقودعلیه برای حکم عقد که در صورت نبود آن باعث از بین رفتن اصل عقد، یعنی 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، پیشین، ص ۱۲۲ و ۱۲۳) که قانون مدنی افغانستان نیز از آن پیروی نموده و در ماده ۵۶۰ آن را فاسد معرفی کرده است. از دیدگاه فقهای حنفی، عقد صحیح عبارت است از عقدی که در اصل و وصف مشروع

۱. اغلب فقهای حنفی رکن عقد را عبارت از ایجاب و قبول (صیغه عقد) می‌دانند (أتاسی، بی تا، ۷؛ عبدالله، ۱۳۹۰، ص ۵۹).

باشد که اگر رکن یا شروط متعلق به آن غیرمشروع باشد، اصلاً منعقد نشده، تأثیری در ملکیت ندارد و باطل خواهد بود. بر اساس همین تفکیک اصل و وصف است که گفته شده، عقد باطل در اصل و وصف غیرمشروع است، اما عقد فاسد به دلیل وجود رکن منعقد است، ولی در اوصاف خلل دارد (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۵۴؛ حکیم و بکری، ۱۹۸۰، ص ۱۱۹؛ السنهوری، همان، ص ۱۰۳).

شایان ذکر است که فقهای حنفی در عبادات فرقی بین فاسد و باطل نمی‌گذارند؛ به این دلیل که عبادات تعبد محض هستند و حکم شارع به غیر اطاعت امتثال نمی‌یابد و مخالفت با آن مقصود را از بین می‌برد، لذا ذمه مکلف با عبادت فاسد بری نشده و مانند این است که عبادات انجام‌شده باطل بوده است. اما در معاملات اولاً مقصود از بین نمی‌رود، دوم اینکه هدف از آن مصالح بندگان در دنیا بوده است و فرصت اصلاح همچنان وجود دارد و به این دلیل تا هنگامی که خلل در حقیقت و ماهیت نباشد، علتی برای از بین رفتن وجود ندارد (نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۱۵؛ السنهوری، همان، ص ۱۰۵).

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 که فساد در آن در حکم باطل است (السنهوری، همان، ص ۱۰۶؛ نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۱۴). اما در صورتی که در 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، ص ۱۹۰؛ السنهوری، همان، ص ۷۲) که ماده ۹۷ قانون مدنی افغانستان به آن پرداخته است: «(۱) ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. (۲) هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد». با این حال، در نکاح باطل حتی در حالت دوم، هیچ آثاری مترتب نمی‌شود (ماده ۹۵ قانون مدنی افغانستان).

۳. تمییز عقد فاسد از عنوان‌های مشابه

حنفیه معتقد است که با وجود رکن و شروط آن، عقد منعقد می‌شود، اما از انعقاد عقد همواره صحت آن لازم نمی‌آید؛ یعنی گاهی عقد صحیح منعقد می‌شود و گاهی فاسد. در صورت فساد، عقد موجود است؛ چراکه عقدی مانند بیع از سوی واجدین اهلیت با ایجاب و قبول آن‌ها، یعنی رکن، منعقد می‌شود (البغدادی، ۱۹۹۷، ص ۷۸؛ آتاسی، بی‌تا، ص ۵؛ نمله، ۱۹۹۹، ص ۴۱۴)، اما دارای اثر و اعتبار نیست و ملکیت حاصله نیز معصیت‌آور است (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۸۴؛ السنهوری،

۱. از دیدگاه حنفی‌ها، عقد نکاح هنگامی فاسد است که شرط صحت آن رعایت نشده باشد؛ مانند حضور نداشتن شهود، ازدواج موقت، جمع بیش از چهار زوجه، جمع بین زوجه و عمه زوجه و همین‌طور بین زوجه و خاله او و ازدواج با زن منکوحه (ر.ک. الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۷، ص ۴۷؛ الکاسانی، بی‌تا، ج ۶، ص ۲۹-۹).

همان، ص ۱۰۹) و همین نکته وجه مشترک آن با عقد باطل و افتراق آن با صحیح است و انعقاد آن از آغاز، وجه اشتراک با صحیح و وجه افتراق آن با باطل است.

عقد فاسد به دلیل وجود شرعی و نه مادی (السنهوری، همان، ص ۱۱۹، ۱۱۰، ۱۰۹)، افزون بر اینکه می‌تواند تحت شرایطی تبدیل به عقد صحیح گردد، حق فسخ را نیز برای طرفین ایجاد می‌کند تا از وجود خارج گردد؛ مانند ماده ۶۲۶ قانون مدنی^۱. به این ترتیب، عقد فاسد در دسته عقود صحیح و باطل قرار نمی‌گیرد و عقدی بینابین و با خصوصیات خاص می‌باشد (البغدادی، ۱۹۹۷، ص ۷۸؛ الکاسانی، بی تا، ج ۹، ص ۱۶). به همین دلیل، برخی فساد عقد را با قیاس به مراتب بطلان در برخی نظام‌های حقوقی غربی، یکی از مراتب بطلان در نظر گرفته‌اند (السنهوری، همان، ص ۱۰۳). اما با نهاد عقود قابل ابطال در برخی نظام‌های حقوقی مانند فرانسه (Fabre-Magnan, Op.Cit, p.) قابل ابطال عقود صحیح و دارای آثار قانونی هستند و صرفاً در راستای رعایت مصالح برخی از اشخاص امکان ابطال وجود دارد (السنهوری، همان، ص ۱۹۵). همچنین با وجود اینکه عقد غیرنافذ و فاسد از خصوصیت بینابینی برخوردار است، اما عقد فاسد با غیرنافذ یا موقوف تفاوت دارد؛ چراکه اولاً حنفی‌ها نیز عقد موقوف را به‌عنوان نهادی مستقل پیش‌بینی کرده‌اند. دوم اینکه عقد موقوف عقدی صحیح است و با انضمام اجازه مالک به کمال می‌رسد؛ درحالی که عقد فاسد با اجازه قابل تصحیح نیست^۲ و توأم با نهی شرعی معصیت است. سوم، عقد غیرنافذ عقد صحیح است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۳۳۹) و قبض راهی برای تملک نیست؛ اما در عقد فاسد، در برخی موارد بعد از قبض یا رفع فساد امکان تصحیح وجود دارد (ابن نجیم، بی تا، ص ۲۷۸). چهارم، عقد موقوف در صورت اجازه ندادن ذی‌نفع، رد می‌شود، اما عقد فاسد فسخ می‌گردد. پنجم، عقد غیرنافذ برای رعایت مصالح برخی از اشخاص است؛ درحالی که عقد فاسد به دلیل رعایت ممنوعیت‌های شرعی است. ششم، با توجه به مصادیق فساد، عقد فاسد بیشتر از این قابلیت برخوردار است که در مرتبه‌ای پیش از بطلان قرار بگیرد (معروف الحسینی، ۱۹۹۶، ص ۲۲۶)؛ به عبارت دیگر، عقد غیرنافذ بیشتر به عقد صحیح نزدیک است، در صورتی که فاسد بیشتر به بطلان نزدیک می‌باشد.

در نظام حقوقی ایران که برگرفته از فقه امامیه است، عقد باطل و فاسد از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان به یک معناست و تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد (تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۳). اگر در برخی مواد قانون مدنی مانند ماده ۲۳۲ از دو اصطلاح استفاده شده، قصد

۱. ماده ۶۲۶ قانون مدنی افغانستان: «هریک از طرفین عقد یا ورثه‌شان می‌توانند عقد فاسد را فسخ نمایند، مگر اینکه 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».

تمایز بین باطل و فاسد وجود نداشته است. همچنین عقد غیرنافذ که از خصوصیت بینابینی برخوردار است، به معنای شناسایی عقد فاسد یا پذیرش مراتب برای بطلان نیست؛ چراکه عقد غیرنافذ، بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، از عقود صحیح به شمار می‌آید و به همین دلیل با اجازه بعدی مالک، به کمال می‌رسد (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۳۳۹). همچنین عقد قابل ابطال در برخی قوانین ایران (احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۸) به مفهوم شناسایی عقد فاسد نیست؛ به دلیل اینکه عقد قابل ابطال، عقد صحیح و موجود است و فقط به دلایلی می‌تواند تبدیل به باطل گردد (السنهوری، همان، ص ۱۹۵). حال آنکه عقد فاسد با وجود انعقاد، عقد غیر صحیح است و باید فسخ گردد؛ اگرچه قابلیت اصلاح دارد.

با وجود شناسایی نشدن عقد فاسد در معنای خاص در نظام حقوقی ایران، در مواردی قانون‌گذار به صورت استثنایی بر اصلاح بطلان در موارد خاص اجازه داده و ماده ۲۷۱ لایحه ۱۳۴۷ش تجارت مصدافی از آن است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۵) و البته به صورت استثنایی ذهن منصرف به تأیید شناسایی آن از سوی قانون‌گذار است. با این حال، با وجود نزدیکی تقریبی هر دو نهاد، با توجه به خصوصیات خاص عقد فاسد، قابل اصلاح بودن عقد باطل در موارد خاص پیش‌گفته نمی‌تواند مؤید شناسایی عقد فاسد متفاوت از عقد باطل در نظام حقوقی ایران باشد؛ چراکه عقد فاسد اولاً قاعده‌ای عام و قابل تطبیق در مصادیق خود است و ثانیاً اصولاً عقدی منعقد و موجود است و فقط از لحاظ آثار و ممنوعیت شرعی آن، عقدی غیر صحیح است؛ حال آنکه عقد باطل قابل اصلاح در موارد یادشده، اول اینکه یک مورد استثنایی است نه یک قاعده، و دوم اینکه از آغاز، عقدی باطل و در حکم غیر موجود تلقی می‌شود.

۴. عوامل بطلان و فساد

۴.۱. بطلان

در نظام حقوقی ایران عقد باطل تعریف نشده است، اما در ماده ۱۹۰ ق.م. شریای اساسی برای صحت معاملات ذکر شده که عبارت‌اند از: قصد طرفین و رضای آن‌ها، اهلیت طرفین، موضوع معین که مورد معامله است و مشروعیت برای معامله. باطل نیز آن است که یکی از شرایط یادشده در ماده ۱۹۰ را نداشته باشد (ساکت، ۱۳۷۱، ص ۹۵). به عبارتی می‌توان گفت، رعایت نکردن شرایط اساسی صحت معاملات می‌تواند باعث بطلان عقد شود؛ چراکه صحت در مقابل بطلان قرار دارد و عنوان واسطه‌ای که دارای قاعده‌ای عمومی باشد وجود ندارد و غیرنافذ با آنکه چهره واسطه‌ای دارد، اما عقدی منعقد و صحیح است. البته نهاد غیرنافذ در نظام حقوقی ایران به‌عنوان یک ضمانت اجرای حاکم بر رعایت نشدن قواعدی که باعث بی‌اعتباری عقد می‌گردد مطرح می‌شود و به دلیل وجود ارکان اساسی عقد، نقضی که سبب این بی‌اعتباری شده است،

قابل اصلاح است که به این ترتیب عدم نفوذ با بطلان تفاوت فاحش پیدا می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۹۸-۲۹۷). همچنین عقد قابل ابطال یا باطل نسبی در نظام حقوقی ایران به‌عنوان قاعده‌ای عام پذیرفته نشده و فقط در موضوعات خاص یادشده قابلیت اجرا دارد که با عقد باطل متفاوت است (حائری، ۱۳۸۹، ص ۱۷؛ احمدی، ۱۳۸۴، ص ۱۶۸). عقد باطل به دلیل تعارض با قواعد امری و مصالح اجتماعی اصلاً وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۴) و اگر به آن عقد گفته می‌شود، در معنای مجازی است (حکیم و بکری، ۱۹۸۰، ص ۱۲۱)، اما عقد قابل ابطال موجود است و فقط به دلیل تعارض با حقوق خصوصی اشخاص می‌تواند با تقاضای ذی‌نفع باطل شود.

نظام حقوقی افغانستان بطلان عقد را به‌عنوان ضمانت اجرای اصلی رعایت نکردن احکام شرعی و قواعد مربوط به نظم عمومی پذیرفته است و در خصوص عامل بطلان در ماده ۶۰۹ قانون مدنی می‌گوید: «عقدی که رکن یا شرطی از شرایط آن موجود نباشد، باطل پنداشته می‌شود». سپس در ماده ۶۱۳ در تفکیک عقد باطل از فاسد می‌گوید: «عقد باطل آن است که اصلاً و وصفاً غیرمشروع باشد». با اینکه بسیاری از حنفیه، رکن عقد را تنها ایجاب و قبول دانسته^۱ (ر.ک. الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۴۷؛ آتاسی، بی‌تا، ص ۷)، مواردی همچون وجود طرفین و موضوع عقد را از شروط متعلق به رکن می‌دانند، قانون مدنی افغانستان در مواد ۵۰۵ به بعد همانند ماده ۱۹۰ ق.م.ایران، رکن عقد را رضا، اهلیت عقد، موضوع عقد و سبب می‌داند که نبود هریک عامل بطلان عقد خواهد بود.

۲.۴. فساد

عقد فاسد در فقه امامیه همان عقد باطل است (تبریزی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱) و به همین دلیل مقبوض به عقد فاسد عبارت از مالی است که در اثر عقد باطل قبض شده است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۸۰) که به تبع آن، اصولاً فاسد و باطل در قانون مدنی ایران در موادی مانند ۳۶۵، ۳۶۶ و ۸۱۳، به یک معنا و آن هم باطل است. بنابراین، در مواردی که فساد در معنای بطلان است، علل فساد یادشده خلل در شرایط اساسی (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۳) یا ارکان عقد می‌باشد که قابل اصلاح نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۳۲۴).

اما در فقه حنفی و به تبع آن قانون مدنی افغانستان، عقد فاسد با باطل متفاوت است و عوامل فساد با عوامل بطلان تفاوت دارد. بطلان به دلیل نبود رکن یا اصل و شرایط متعلق به آن است، اما عوامل فساد خلل در اوصاف عقد است که علل به‌وجود آورنده آن می‌تواند ناشی از ذات عقد یا شرط باشد. ماده ۶۲۸ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه فساد در نفس عقد موجود

۱. البته برخی دیگر از فقهای حنفی، ارکان عقد را عاقدین، صیغه و موضوع می‌دانند (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۴۷).

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؛ برای مثال، به دلیل نبود رضایت و رغبت، عقد فاسد می‌شود و این فساد ناشی از خود عقد است (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۰۶)؛ مصداق آن می‌تواند عقد اکراهی یادشده در ماده ۵۶۰ قانون مدنی باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «عقد شخص تهدیدشده به صورت فاسد منعقد می‌گردد. هرگاه بعد از رفع تهدید، شخص تهدیدشده 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 اکراه نزد احناف مؤثر است. حنفی‌ها معتقدند فساد در این مورد برای صیانت از مصالح خاص است، نه مصالح عام (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۰۶)؛ لذا اجازه بعد از اکراه صحیح است. شایان ذکر است که برخی از علمای حنفی، مانند امام زفر، به دلیل متوقف بودن بر اجازه، عقد اکراهی را عقد موقوف می‌دانند (الکاسانی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۳۹؛ الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۸۰؛ السنهوری، همان، ص ۱۲۱)؛ چراکه حق بایع است نه حق شرعی، برخلاف موارد دیگر که حق شرعی است. در موقوف اختیار بین قبول و فسخ می‌باشد؛ درحالی که در فاسد فقط حکم بر فسخ است و این تکلیف شرعی هریک از طرفین است (ابن نجیم، بی‌تا، ص ۲۷۹؛ السنهوری، همان، ص ۱۱۰). اما در سایر موارد مانند فساد ناشی از ربا که در نفس عقد موجود شده، به علت نهی شارع به دلیل از بین رفتن مساوات عوضین که برخلاف حکم شارع در ترازی داشتن در تجارت است، اجازه بی‌اثر خواهد بود (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۰۷؛ سرخسی، بی‌تا، جزء ۲۴، ص ۵۵). بنابراین، روشن می‌شود که عقد موقوف یا غیرنافذ با فاسد متفاوت است. عقد موقوف عقد صحیح است بدون قبض، اما فاسد بعد از قبض و یا رفع فساد ممکن است صحیح گردد. عقد موقوف با افزودن جزء متمم کامل شده، قدم در عرصه نفوذ می‌گذارد، اما فاسد در اصل اصلاح‌پذیر و قابل تصحیح نبوده، یک صورت ظاهری از عقد دارد که اصولاً طرفین عقد باید آن را فسخ و از معصیت دوری کنند (ابن نجیم، بی‌تا، ص ۲۷۸). لذا با آنکه عقد فاسد و غیرنافذ در آغاز 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 قانون مدنی افغانستان). همچنین موقوف عقد صحیح است و فاسد غیر صحیح که این موضوع باعث تفاوت میان فاسد و موقوف می‌شود.

از دیدگاه حنفی‌ها، شروط به سه دسته صحیح، فاسد و باطل تقسیم می‌شوند (معروف الحسینی، ۱۹۹۶، ص ۴۴۸؛ الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۸۷) که شروط فاسد به دلیل اتصال به اصل یا رکن عقد می‌توانند باعث فساد عقد گردند. قانون مدنی افغانستان نیز مبتنی بر فقه حنفی در ماده ۶۱۰ شرط فاسد را چنین بیان داشته است: «شرط غیرمناسب 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 گذاشته شود، موجب فساد عقد نمی‌گردد، بلکه لازم است به آن وفا شود (حیدر، بی‌تا، ص ۳۷۱). تأثیر شرط فاسد بر عقد ممکن است با توجه به نوع آن متفاوت باشد که عبارت‌اند از: وجود شرط فاسد مانند زیادی در عوض، و در عقود معاوضی مانند انواع بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و مانند آن‌ها موجب فساد عقد می‌شود (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۸۱؛ المصری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۱۲۷)، زیرا شرط فاسد در تعارض با مبنایی است که طرفین برای آن به انعقاد عقد پرداخته‌اند. ماده ۶۲۲ قانون مدنی افغانستان نیز با پیروی از فقه حنفی می‌گوید: «در عقود معاوضی (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 غیرمعاوضی و غیرمالی منعقد می‌گردند، بی‌اثر بوده (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۸۱)، شرط فاسد موجود، ملغی تلقی خواهد شد. اما اگر شرط فاسد باعث تعلیق عقد شده باشد، نه تنها خود شرط ملغی خواهد بود، بلکه باطل‌کننده عقد نیز می‌شود (المصری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۱۲۷). ماده ۶۲۳ قانون مدنی نیز تصریح کرده است: «در صورت اقراران عقود غیرمعاوضی به شرط فاسد، عقد صحیح بوده، شرط ملغی می‌باشد. تعلیق شرط فاسد موجب بطلان آن می‌گردد».

شرط فاسد در عقودی که از دسته «اسقاطات محض»^۱ هستند؛ مانند نکاح و طلاق بدون مال، اجرا نکردن حق شفعه، ابرام دین، عفو قصاص و آزاد کردن برده، بی‌اثر بوده، در صورت وجود شرط فاسد، به هر ترتیب فقط باعث بی‌اعتباری خود شرط می‌شود (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۸۶؛ المصری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۱۲۷) و تأثیری در عقد نخواهد داشت. ماده ۶۲۴ قانون مدنی می‌گوید: «عقودی که اسقاطات محض شناخته شود، باوجود تعلیق آن به شرط مناسب یا غیرمناسب، 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»^۲ مانند وکالت و مانند آن هیچ اثری نداشته، عقد صحیح است و شرط فاسد بی‌اعتبار و بدون اثر تلقی می‌شود (المصری، ۱۹۹۷، ج ۱، ص ۱۲۷). ماده ۶۲۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که اطلاعات

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

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 (ر.ک. الکاسانی، بی‌تا، ج ۹، ص ۶۹).

شناخته شود، تعلیق آن به شرط مناسب و شروط فاسد صحیح بوده، شرط فاسد ملغی پنداشته می‌شود».

با وجود نمونه‌های یادشده، از دیدگاه فقهای حنفی شروط فاسدی که میان مردم متعارف بوده و از نظر آن‌ها موجب فساد نمی‌شود، اگر در ضمن عقد معاوضی شرط شود، صحیح است و باعث فساد نمی‌گردد (الجزیری، ۲۰۰۵، ج ۲، ص ۱۲۸)؛ به دلیل اینکه ضمانت اجرای فساد عقد برای حفظ مصلحت جامعه است.

۵. آثار عقود باطل و فاسد

۵.۱. بطلان

تمام مذاهب اسلامی عقد باطل را غیرمنعقد می‌دانند و به همین دلیل آثاری را بر آن مترتب نمی‌دانند. لذا اگر در اثر عقد باطل عوضین تسلیم شده باشد، هریک می‌توانند استرداد آن‌ها را بخواهند و اگر تسلیم نشده باشد، الزام به تسلیم مقذور نیست، به دلیل اینکه رابطه‌ای شکل نگرفته است (شعاریان و قربان زاده، ۱۳۹۱، ص ۵۰).

البته ممکن است در مصادیقی آثار فرعی از عقد باطل حادث شود (السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱، ص 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 با عنوان مقبوض به عقد فاسد قابل بررسی است (ماده ۳۶۶ قانون مدنی ایران و ماده ۶۱۹ قانون مدنی افغانستان). البته عقود باطل قابل اصلاح که به صورت استثنایی در ماده ۲۷۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت آمده است، می‌تواند دارای اثر باشد؛ به دلیل اینکه عامل بطلان از بین رفته و عقد پیش‌گفته اصلاح شده و تبدیل به عقد صحیح گردیده است، اما نه با عنوان عقد فاسد در مفهوم فقه حنفی^۱.

۵.۲. فساد

با آنکه از دیدگاه فقهای حنفی عقد فاسد معصیت‌آور است و طرفین باید مدام در پی فسخ آن باشند و نمی‌تواند ایجادکننده مالکیت باشد، اما تحت شرایطی دارای آثاری می‌شود که بسته به اینکه قبل از قبض یا پس از آن باشد، متفاوت است:

۱. برخی از حقوق‌دانان ماده ۲۷۱ قانون تجارت را همانند ماده ۸۴ منسوخ قانون تجارت می‌دانند که دلالت بر تصحیح معاملات باطل ندارد و عبارت است از موردی که پس از طرح دعوی بطلان و پیش از صدور حکم بطلان آن معامله، موجب بطلان رفع شود؛ یعنی بطلان معامله یادشده اصلاً احراز نشده است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۷۹-۷۸).

۵. ۲. ۱. قبل از قبض

همان‌گونه که بیان شد، عقد فاسد، عقد نهی‌شده از سوی شارع است و انعقاد آن همواره با معصیت همراه است. لذا در فقه گفته شده است که طرفین باید دائم در پی فسخ آن باشند و از آلودگی موجود در آن پرهیز نمایند و قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۶۲۷ بر آن تأکید کرده است. همچنین گفته شده است که افعال گناه‌آلود باعث گسترش فساد در جامعه می‌شوند، لذا قاضی نیز در صورت آگاهی از آن می‌تواند عقد را فسخ کند (السنهوری، ۱۹۹۷، ج ۴، ص ۱۱۱؛ أتاسی، بی‌تا، ص ۲۶۰)؛ چراکه حق شرعی است و اجرای عقد نیز توأم با معصیت خواهد بود. به همین دلیل، تا قبل از قبض برای عقد فاسد به‌هیچ‌وجه نمی‌تواند اثری متصور شد (معروف الحسینی، ۱۹۹۶، ص ۲۲۷)، چنان‌که در باطل هیچ اثری قابل تصور نیست، زیرا اگر عقد فاسد قبل از قبض دارای اثر باشد، باعث ایجاد تناقض می‌گردد؛ چراکه 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 (الکاسانی، بی‌تا، ج ۹، ص ۵۳-۵۴؛ الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۹۴؛ القراله، ۲۰۰۳، ص ۲۳۵). دوری از این تناقض اقتضا می‌کند که برای عقد فاسد قبل از قبض، اثری متصور نباشد.

قانون مدنی افغانستان نیز به پیروی از فقه حنفی تا قبل از قبض، عقد فاسد را مانند باطل بی‌اثر دانسته، قبض آن را نیز باعث افاده مالکیت نمی‌داند؛ گرچه عقد فاسد از نظر انعقاد موجود است. لذا در ماده ۶۳۶ قانون مدنی افغانستان آمده است: «عقد فاسد نتایج عقد قانونی را در پی ندارد؛ در ماده ۶۲۱ نیز چنین بیان شده است: «عقد فاسد ملکیت معقودعلیه را افاده نمی‌کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد». بنابراین، تا قبل از قبض، مبیع در مالکیت بایع است و اگر تلف شود از حساب او رفته است و اگر از سوی مشتری یا در ید او از بین برود، با آنکه تأثیر عقد صحیح را ندارد، اما به‌عنوان یک حادثه، ضامن خواهد بود (ماده ۶۳۶ قانون مدنی افغانستان). از این نظر تا قبل از تنفیذ، همیشه قابل فسخ است؛ حتی اگر این حق به ورثه منتقل شده باشد که در آن صورت همانند عقد باطل بوده و لازم است عوضین بازگردانده شوند^۱. البته اگر فساد برطرف شود، مانند ازاله ربا و یا اسقاط شرط فاسد، به‌عنوان عقد صحیح بر طرفین الزام‌آور خواهد بود (السنهوری، همان، ص ۱۱۰). ماده ۶۲۶ قانون مدنی نیز تصریح دارد که هریک از طرفین عقد یا وراث آن‌ها می‌توانند عقد فاسد را فسخ نمایند؛ مگر اینکه سبب فساد از بین رفته باشد. لذا تا هنگامی که عقد فاسد فسخ نشده است، برابر ماده ۶۲۷ قانون مدنی، اجازه بر آن اثری ندارد و کمتر از فسخ نیز مجاز نیست.

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

۵.۲.۲. بعد از قبض

حنفی‌ها بر اساس روایتی می‌گویند، عقد فاسد بعد از قبض افاده ملکیت می‌کند^۱ (البغدادی، ۱۹۹۷، ص ۷۸)، اما این ملکیت فاسد بوده، انتفاع از عین مملوک مباح و قانونی نیست؛ چراکه انتفاع از عین مورد معامله در عقد فاسد به استقرار فساد می‌انجامد که فعلی حرام خواهد بود. این موضوع در فقه حنفی بدون اختلاف پذیرفته شده است. از این نظر که عقد فاسد است، قابض باید قیمت یا مثل را بپردازد، نه مسمی را (الکاسانی، بی‌تا، ج ۹، ص ۵۵؛ السنهوری، همان، ص ۱۱۴). این پیش‌بینی از این نظر است که در شرایطی مانند بیع یا هبه، بر اثر قبض، عقد فاسد غیرقابل فسخ می‌شود (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۹۷)؛ لذا 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 العدلیه نیز بیع فاسد به وسیله قبض، مفید حکم می‌گردد؛ یعنی قبض با اجازه باعث ملکیت شده، اگر مال نزد قابض تلف شود، ضمان لازم می‌شود و اگر مال از نوع وزنی باشد، مثل، و اگر قیمی باشد، باید قابض 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؛ چراکه در عقد اکراهی، اصل که عبارت از ایجاب و قبول باشد، وجود دارد، اما رضایت در آن وجود ندارد که با الحاق اجازه به آن، صحیح می‌گردد (سرخسی، بی‌تا، جزء ۲۴، ص ۹۹ و ۵۵). به این دلیل که اصولاً رضا شرط صحت است، نه شرط حکم، و فقدان شرط صحت باعث از بین رفتن حکم نمی‌شود و با وقوع رضا، فساد رفع می‌شود؛ البته در عقودی که فساد در آن‌ها مربوط به حق الناس باشد، نه حق شرعی مانند حرمت ربا (الکاسانی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۳۸).

باید توجه داشت که بر پایه فقه حنفی، قبض به عقد فاسد مشابه غضب دانسته شده است و غاصب را ضامن می‌دانند، از این رو از ضمان منافع یادی نشده است؛ چراکه حنفی‌ها غاصب را ضامن منافع نمی‌دانند، اما مبیع بر اثر عقد فاسد و قبض آن را ضمانت می‌کنند (ر.ک. الکاسانی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۲۶-۱۵).

باتوجه به اینکه مالکیت بایع در بیع یا مالک در سایر عقود به وسیله عقد فاسد از بین نمی‌رود، به این ترتیب حق شفعه نیز وجود نخواهد داشت؛ به این دلیل که حق بایع در استرداد مبیع قطع نشده است، مگر آنکه حق فسخ ناشی از فساد از بین رفته باشد (السنهوری، همان، ص ۱۰۹).

۱. حنفی‌ها 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 خودداری کرد؛ مگر اینکه ولاء با او باشد. عایشه با این شرط بریره را خرید و سپس آزاد کرد و ماجرا را با رسول خدا در میان نهاد. ایشان عتق را صحیح، اما شرط یعنی ولاء را باطل دانستند. می‌گویند این عمل که پیامبر عتق را که تصرف در ملک غیر است، باوجود فساد بیع به دلیل 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؛ وگرنه عایشه نمی‌توانست در ملک غیر تصرف و کنیز دیگری را آزاد کند (حنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۸۴).

همان‌گونه که در بیع خیاری شفعه جاری نمی‌شود که قانون مدنی به پیروی از ماده ۱۰۲۶ مجله در بند شش ماده ۲۲۲۶ اشاره کرده است: «در موارد آتی شفیع نیست ... ۶- در بیعی که در آن بایع خیار شرط داشته باشد. مگر این که بایع خیار را ساقط نموده و بیع لازم گردد».

بنابراین، 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 مالکیت قابل فسخ است (السنهوری، همان، ص ۱۱۴، ۱۱۳)؛ این شرایط عبارت‌اند از: اول اینکه قبض باید با اجازه بایع صورت گرفته باشد. اگر قبض بدون اجازه باشد، مالکیت ثابت نمی‌شود؛ چراکه در عقد فاسد نوعی رضایت و رغبت وجود ندارد و به وسیله اجازه رضایت و رغبت به وجود می‌آید و عقد فاسد منقلب می‌گردد (معروف الحسینی، ۱۹۹۶، ص ۲۲۸). ماده ۶۲۱ قانون مدنی نیز تصریح می‌کند: «عقد فاسد ملکیت معقودعلیه را افاده نمی‌کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد»؛ چراکه قبض در عقد فاسد به منزله قبول در بیع صحیح است (سرخسی، بی تا، جزء ۲۵، ص ۳۵)، چنان‌که فسخ قبل از قبض به منزله خودداری از ایجاب و قبول است (الکاسانی، بی تا، ج ۹، ص ۵۳). همچنین، اگر مالک در عقد فاسد اجازه دهد، اجازه در حکم انشا است و بیع فاسد افاده ملکیت می‌کند؛ آن‌چنان که نقش اجازه در اکراه است (الکاسانی، بی تا، ج ۱۲، ص ۳۹-۳۸). 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 آمد؛ لذا لازم است که تصرف با اجازه باشد (حیدر، بی تا، ص ۹۷). دوم اینکه عقد شامل شرط خیار نباشد. همان‌گونه که شرط خیار در عقد صحیح ثابت می‌شود، در عقد فاسد نیز ثابت گردیده، با بودن آن ملکیت حاصل نمی‌شود (السنهوری، همان، ص ۱۱۴؛ ابن نجیم، بی تا، ص ۲۰۴)؛ چراکه با وجود خیار، عقد نافذ اما غیرلازم بوده، حق رجوع برای دارنده نیز باقی خواهد بود که ماده ۶۵۰ قانون مدنی به این مطلب اشاره دارد: «هرگاه عقد طبیعتاً موجب الزام یکی یا طرفین عقد نگردد یا در آن خیار فسخ برای یکی از طرفین عقد موجود باشد، عقد نافذ غیرلازم پنداشته می‌شود»؛ مانند خیار شرط در ماده ۶۵۲، خیار تعیین در ماده ۶۶۲،^۱ خیار عیب در ماده ۶۸۲ و خیار رؤیت در ماده ۶۷۶ قانون مدنی.

۶. موانع فسخ عقد فاسد

چنان‌که گفته شد، طرفین عقد فاسد، مکلف به فسخ آن هستند و این حق فسخ همچون حق شرعی است؛ حتی اگر قاضی نیز به آن علم یابد، باید عقد را فسخ کند (السنهوری، همان، ص ۱۱۱).

۱. حنفی‌ها بیع یکی از اشیای معین را جایز می‌دانند که در این صورت طرفین عقد می‌توانند یکی از آن‌ها را انتخاب کنند که به آن «خیار تعیین» گفته می‌شود (ر.ک. الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۵۲۵؛ الکاسانی، بی تا، ج ۶، ص ۱۲ و ۸۰).

۱۱۰؛ القراه، همان، ص ۲۳۸ و ۲۳۷). رضایت و اذن طرفین نیز نمی‌تواند مستقط فسخ باشد. با این حال، حنفی‌ها مصادیقی را بیان کرده‌اند که وجود آن‌ها می‌تواند باعث سقوط حق فسخ گردد و در ماده ۳۷۲ مجله نیز آمده است که در اینجا اشاره می‌شود:

- ۱. خارج شدن مبیع از مالکیت مشتری می‌تواند مانع فسخ باشد؛ چراکه تصرف مشتری ثانوی، تصرف جایز بوده، تصرف در ملک خود تلقی می‌شود (الزحیلی، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۴۹۷). لذا اگر مشتری مبیع را به شخص ثالثی بفروشد، تصرف او صحیح است و این عقد به دلیل تعلق حق الناس به آن، نمی‌تواند از سوی مشتری اول و ثالث فسخ شود (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۸۵). قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۶۳۲ به این موضوع پرداخته است: «هرگاه قبض‌کننده در عقد فاسد، مال قبض‌شده 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». البته برخلاف این ماده در فقه، مالک نمی‌تواند به ثالث مراجعه نماید؛ به این دلیل که بر اساس عقد صحیح مالک شده است (السنهوری، همان، ص ۱۱۵) و ضمان بر مثل یا قیمت است که باید از قبض مطالبه شود. برای انتقال مالکیت به عنوان مسقط حق فسخ در عقد فاسد، رعایت شرایطی لازم است که عبارت‌اند از (السنهوری، همان، ص ۱۱۶): عقد دوم باید صحیح باشد؛ اگر باطل یا فاسد باشد، مانع فسخ نخواهد بود. عقد دوم نباید حاوی خیار برای بایع باشد؛ در غیر این صورت، در مدت خیار، عقد دوم مانع فسخ عقد فاسد اولی نمی‌شود، به این دلیل که با وجود خیار، به دلیل غیرلازم بودن عقد، ملکیت مبیع به مشتری منتقل نشده است. عقد بیع دوم برای بایع عقد فاسد اول نباشد؛ در غیر این صورت، عقد دوم مانع حق فسخ عقد اول یعنی عقد فاسد نمی‌شود. عقد بیع اول بر اثر اکراه ایجاد نشده باشد که در غیر این صورت، مکره می‌تواند هر نوع تصرف مشتری را از بین ببرد؛ چراکه حق فسخ بایع در عقد اکراهی قطع نشده است. این همان وجه تمایز فاسد بر اثر اکراه و سایر موارد می‌باشد. البته مشروط بر اینکه امکان نقض تصرفات مشتری باشد؛ به این دلیل که اولاً در بیع دوم حق به مشتری تعلق گرفته که این حق الناس نسبت به حق الله یا حق شرعی مقدم است. دوم اینکه عقد اول اصلاً مشروع و وصفاً نامشروع بوده است؛ درحالی که عقد دوم اصلاً و وصفاً مشروع و صحیح می‌باشد. به همین دلیل ماده ۵۶۱ قانون مدنی می‌گوید: «نفاذ عقود شخص تهدیدشده به اجازه وی بعد از رفع تهدید موقوف نبوده، قبض مبیعه ملکیت فاسد را افاده می‌نماید. در چنین حالت هر نوع تصرف غیرقابل نقض صحیح بوده، شخص تهدیدشده در مطالبه قیمت روز تسلیم یا قیمت روز تصرف مخیر می‌باشد».

- ۲. تغییر صورت مبیع و برای مثال تبدیل پارچه به لباس، از موانع فسخ عقد فاسد است و ماده ۶۳۵ قانون مدنی نیز به آن تصریح کرده است: «هرگاه 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 تبدیل به انگشتر کرده است که در این مثال، عقد فاسد بر اثر تغییر شکل مبیع دیگر قابلیت فسخ را نخواهد داشت. در فقه، ضمانت قبض مبیع ناشی از عقد فاسد به غصب تشبیه شده است؛ با این حال، این تشبیه به معنای یکسان بودن قواعد راجع به ضمان حاکم بر غصب و مقبوض به عقد فاسد در فقه نیست؛ برای مثال، در غصب، و در حالتی که در زمین غصب شده بنایی ساخته شده باشد، این بنا مانع استرداد نیست و مالک می‌تواند تخریب بنا و استرداد زمین را مطالبه کند. اما در عقد فاسد، تعبیر شکل مبیع با بنای ساختمان در آن، مانع فسخ شده، مشتری ضامن پرداخت قیمت زمین در زمان قبض خواهد بود (السنهوری، همان، ص ۱۱۹، ۱۱۷). شایان ذکر است که بر اساس ماده ۶۳۳ قانون مدنی و برگرفته از فقه، 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، همان، ص ۱۱۸).
- ۳. از بین رفتن مبیع نیز می‌تواند از موانع فسخ باشد که در این صورت، بایع باید قیمت یا مثل را مطالبه نماید؛ همچنان که در غصب چنین است. به این دلیل که در عقد فاسد، قبض یا تلف آن موجب تضمین قیمت روز قبض می‌شود (الموصلی الحنفی، ۲۰۰۵، ص ۱۹). تغییر ناشی از نقصان، مالک را مخیر می‌کند به فسخ و اعاده مال همراه با جبران خسارت (الکاسانی، بی تا، ج ۹: ۳۲) یا قبول معامله. اما اگر نقصان ناشی از عمل خود مالک باشد، این نقصان معنایی جز استرداد ندارد. ماده ۶۳۴ قانون مدنی نیز تصریح دارد که «هرگاه 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 نیز مانع فسخ نمی‌شود (السنهوری، همان، ص ۱۱۸، ۱۱۷).
- ۴. قابلیت تبعیض مبیع می‌تواند مانع فسخ شود. اگر در قسمتی از عقد فاسد قابل تجزیه، فساد نباشد، مشتری می‌تواند مال را تملک کرده، از آثار قانونی آن بهره‌مند شود؛ فرقی نمی‌کند که عامل فساد در نفس عقد باشد یا آنکه ناشی از شرط فاسد. ماده ۶۳۰ قانون مدنی فقط در خصوص 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. انصراف دارنده شرط می‌تواند عقد فاسد را تبدیل به عقد صحیح کند. اگر سبب فساد ناشی از شرط فاسد بوده و بر اساس ماده ۶۲۲ قانون مدنی، عقد فاسد از عقود معاوضی باشد، شخصی که به نفع او شرط شده است، می‌تواند از حق شرط خود انصراف دهد، در این صورت حق فسخ ساقط شده، عقد به صحیح تبدیل می‌شود (السنهوری، پیشین، ص ۱۱۰)؛ مانند اینکه أجل یا خیاری را که باعث فساد شده، ذی‌نفع آن را اسقاط نماید که این امر نشانه رضایتی است که پیش از این وجود نداشت، چراکه این حق دارنده شرط است که از حق خویش صرف نظر کند یا خیر. البته لازم است که شرط فاسد باعث تعلیق در عقد غیرمعاوضی نشده باشد که در غیر این صورت، خود عقد نیز باطل خواهد بود.

۷. نتیجه

در نظام حقوقی ایران، ضمانت اجرای اصلی رعایت نکردن قواعد حاکم بر ارکان یا شرایط اساسی در انعقاد عقود، بطلان است. در کنار بطلان، غیرنافذ بودن نیز ضمانت اجرای دیگری است که اصولاً قلمرو اعمال محدودی دارد. همچنین، عناوین دیگری مانند قابل ابطال به صورت خاص وجود دارد، اما رویکرد قانون‌گذار در جهت قاعده قرار دادن آن نیست؛ چنان‌که قانون‌گذار در شرایطی عقد باطل را قابل اصلاح دانسته است، مانند ماده ۲۷۱ لایحه اصلاحی قانون تجارت که به صورت استثنایی و خاص در نظر گرفته شده است و البته آن را بسیار مشابه عقد فاسد در مفهوم مذهب حنفی می‌سازد.

در نظام حقوقی افغانستان نیز قاعده اصلی به‌عنوان ضمانت اجرای رعایت نکردن شرایط اساسی در انعقاد عقود، در کنار نهاد موقوف، بطلان است. اما بر پایه فقه حنفی، قاعده دیگری با عنوان «فساد» در نظر گرفته شده است که میان 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 در راستای حفظ روابط حقوقی اشخاص باشد و در مواردی که امکان رفع برخی تخلفات ناشی از رعایت نکردن شرایط اساسی حاکم بر انعقاد عقود وجود دارد، از بطلان عقود جلوگیری شود؛ 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 به‌عمل آورد.

با توجه به اینکه برخی نظام‌های حقوقی برای بطلان عقود مراتبی را در نظر گرفته‌اند تا در گام نخست از بطلان جلوگیری کنند، بهتر است در نظام حقوقی ایران نیز قانون‌گذار به جای نهادهای مختلف که به صورت موردی پیش‌بینی کرده است، قاعده‌ای عام را در این خصوص در نظر بگیرد تا از تعدد نهادهای حاکم به صورت خاص و موردی، قاعده‌ای عام حقوقی را با چارچوب‌های تعیین‌شده در پرتو نظام حقوقی و فقهی مشخص نماید تا اگر امکان اصلاح وجود داشته باشد، در گام نخست، از بطلان عقود جلوگیری شود؛ یعنی پیش از بطلان، نهاد واسطه‌ای گسترده‌تر از غیرنافذ وارد نظام حقوقی گردد تا از این طریق بتوان به تداوم روابط قراردادی کمک کرد. اصرار بر پذیرش مفهوم عقد فاسد نیست؛ چراکه برخی از احکام آن و از جمله حکم مقرر در ماده ۶۳۱ قانون مدنی افغانستان غیرقابل پذیرش است و با اصول حقوقی همخوانی ندارد و به لسان سنهوری عجیب به نظر می‌رسد (السنهوری، همان، ص ۱۱۰)؛ اما تردیدی هم نیست که تدوین قاعده‌ای عام در موضوع ضمانت اجرای قراردادی، می‌تواند به انسجام نظام حقوقی قراردادهای مدنی و تجاری کمک کند. به همین دلیل، پیشنهاد می‌شود که قاعده‌ای عام با توجه به کلیات مربوط به عقود فاسد و قابل ابطال تدوین گردد تا با ساختار کلی نظام حقوقی ایران نیز سازگار باشد و بتواند مرحله‌ای پیش از بطلان شمرده شده، تداوم بخش روابط قراردادی گردد. یعنی از قواعد مفصل مربوط به عقد فاسد در جهت تقویت قواعد مختصر عقود غیرنافذ و قابل ابطال کمک گرفته شود تا نهاد حقوقی مستقل یا با عنوان «عقد قابل ابطال» با چارچوب‌های مشخص حقوقی تدوین گردد که به این ترتیب بطلان مراتبی پیدا کند؛ چنان‌که قانون مدنی مصر قواعد بطلان مطلق و نسبی را تقویت کرده است (ر.ک. السنهوری، ۲۰۰۴، ج ۱، ص ۳۹۷) که مشمول تمام قواعد مدنی و تجاری می‌شود. قواعد مربوط به عقد فاسد می‌تواند در این خصوص به‌عنوان راهنما باشد؛ به‌خصوص که عقد فاسد تا قبل از قبض بی‌اثر است و بعد از قبض دارای آثاری می‌گردد، که از این طریق هم توانسته است به‌عنوان مرحله پیش از بطلان باعث ثبات روابط قراردادی شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. جُرّ، خلیل (۱۳۸۰). فرهنگ لاروس. ترجمه حمید طیبیان، ج ۲، تهران، انتشارات امیرکبیر، چ یازدهم.
۲. حائری شهاباغ، علی (۱۳۷۶). شرح قانون مدنی. ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۳. حائری، حسن و علی اکبری بابوکانی، احسان (۱۳۸۹). «عقد باطل (فاسد) در فقه امامیه و عامه، حقوق ایران و مصر»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش ۲، ص ۲۴-۵.
۴. ساکت، محمدحسین (۱۳۷۱). حقوق شناسی. مشهد، ترجمه و نشر نخست.
۵. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵). اصول قراردادها و تعهدات. تهران، مجد، چ چهارم.

٦. طالب احمدی، حبیب‌الله (١٣٨٤). «معاملات قابل ابطال در حقوق ایران». فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ٩، ش ٣، ص ١٦٢-١٤٥.
٧. عبدالله، نظام‌الدین (١٣٩٠). شرح قانون مدنی افغانستان. کابل، انتشارات سعید.
٨. قنوتی، جلیل و وحدتی شبیری، حسن و عبدی‌پور، ابراهیم (١٣٧٩). حقوق قراردادها در فقه امامیه. ج ١، تهران، سمت.
٩. کاتوزیان، ناصر (١٣٨٨). قواعد عمومی قراردادها. ج ٢، تهران، سهامی انتشار، ج اول.
١٠. محسنی، سعید و قبولی درافشان، محمد مهدی (١٣٨٩). «مفهوم و آثار بطلان نسبی». مجله دانش و توسعه، سال هفدهم، ش ٣٣، ص ٢٧٠-٢٤٦.
١١. معین، محمد (١٣٧٨). فرهنگ فارسی. تهران، انتشارات فرهنگ‌نما.
١٢. شعاریان، ابراهیم، قربانزاده، محمد (١٣٩١). مطالعه تطبیقی عقد باطل و عقد فاسد. کانون وکلای دادگستری، پاییز و زمستان ١٣٩١، سال هشتم، ش ٢٧ و ٢٨، ص ٥٨-٣٧.

ب) عربی

١٣. ابن نجیم، زین الدین (بی‌تا). البحر الرائق شرح کنزالدقائق. قاهره، دارالکتب الاسلامی، الطبعة الثانية.
١٤. أتاسی، محمد خالد (بی‌تا). شرح المجله. المجلد ٢، کویته، المكتبة الرشیدیة.
١٥. انصاری، مرتضی (١٤٢٠ق). کتاب مکاسب. المجلد ٣، قم، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانيه المیلاد الشیخ الأنصاری، الطبعة الثانية.
١٦. بن علی بن محمد النملة، عبدالکریم (١٩٩٩). المهذب فی علم أصول الفقه المقارن. الرياض، مكتبة الرشید.
١٧. توحیدی تبریزی، محمدعلی (١٣٧٧ش). مصباح الفقاهة. المجلد ١، قم، مكتبة الداوری.
١٨. الجزیری، عبدالرحمن (٢٠٠٥). الفقه علی مذاهب الاربعه. ج ٢، بیروت، دارالکتب العربی، الطبعة الاولى.
١٩. حکیم، عبدالمجید و بکری، عبدالباقی، (١٩٨٠). الوجیز فی نظریه الالتزام فی القانون المدنی العراقی. الوزارت التعلیم العالیة.
٢٠. حیدر، علی (بی‌تا). درالحکام فی شرح مجلة الأحکام. بیروت، دارالکتب العلمیة.
٢١. الزحیلی، وهبه (١٩٨٥). الفقه الاسلامی و أدلته. المجلد ٤ و ٧، دمشق، دارالفکر، الطبعة الثانية.
٢٢. السابق، السید (١٩٧١). فقه السنة. المجلد ٣، بیروت، دارالکتب العربی، الطبعة الأولى.
٢٣. السبکی، تاج الدین (١٩٩١). الاشیاء و النظائر. دارالکتب العلمیة، بیروت، الطبعة الأولى.
٢٤. السرخسی، أبوبکر محمد بن أبی سهل، (بی‌تا). المبسوط. بیروت، دارالمعرفة.
٢٥. السنهوری، عبدالرزاق (١٩٩٧). مصادر الحق فی الفقه الاسلامی. المجلد ٤، بیروت، دار احیاء التراث العربی و مؤسسه التاريخ العربی.
٢٦. السنهوری، عبدالرزاق (٢٠٠٤). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. المجلد ١، بیروت، دار احیاء التراث العربی. الطبعة الأولى
٢٧. الشاهرودی، سید علی الحسینی (١٤٠٨ق). محاضرات فی الفقه الجعفری. قم، دارالکتب الاسلامی.
٢٨. عاملی، سید جواد (١٤١٩ق). مفتاح الکرامه. المجلد ١٢، قم، نشر اسلامی.
٢٩. الغریانی، الصادق عبدالرحمن (٢٠٠٢). مدونة الفقه المالکی و أدلته. المجلد ٣، بیروت، مؤسسه الريان.
٣٠. القدوری الحنفی البغدادی، الشیخ أبی الحسن (١٩٩٧). مختصر القدوری فی الفقه الحنفی. بیروت، دارالکتب العلمیة.
٣١. القرال، محمد یاسین (٢٠٠٣). «موانع فسخ العقد الفاسد فی الشریعة الاسلامیة دراسة مقارنه بقانون الأحوال الشخصیة الاردنی و القانون المدنی». مجله مؤته للبحوث و الدراسات، المجلد ١٨، رقم العدد ٧.
٣٢. الکاسانی، علاء الدین (بی‌تا). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. (نسخه الکترونیکی) المجلد ٦-١٢.
٣٣. کاشف الغطا، محمدحسین (١٤٢٢ق). تحریر المجله. المجلد ٥، تهران، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الإسلامیة.
٣٤. محمد صالح الظفیری، مریم (٢٠٠٢). مصطلحات المذاهب الفقهیة. بیروت، دار بن حزم.
٣٥. المصری، ابن نجیم (١٩٩٧). البحر الرائق. المجلد ١، بیروت، دارالکتب العلمیة، الطبعة الأولى.
٣٦. معروف الحسینی، هاشم (١٩٩٦). نظریة العقد فی الفقه الجعفری. بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.

٣٧. مغنيه، محمد جواد (بي تا). فقه الامام جعفر الصادق عليه السلام، اصفهان. تحقيقات و نشر معارف اهل بيت (ع).
٣٨. الموصلي الحنفي، عبدالله بن محمود (٢٠٠٥). الاختيار لتعليق المختار. بيروت، دارالكتب العلميه، الطبعة الثالثه.
٣٩. مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامي (٢٠٠٢). موسوعه الفقيهيه. قم، مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامي.

(ج) خارجي

40. Fabre-Magnan, Muriel (2004), Les obligations, Paris, Puf, 1^e édition.
41. Malaurie (Ph), Aynès (L), Stoffel-Munck (Ph), Les obligations, Paris, Défrénois, 2^e édition, 2005.