

## مطالعه تطبیقی سه نهاد بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد در فقه امامیه، فقه حنفی و حقوق فرانسه

عباس کریمی،<sup>۱</sup> سعید سیاه بیدی کرمانشاهی<sup>۲</sup>  
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۲۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۸/۲۰)

### چکیده

یکی از دسته‌های گوناگون ضمانت اجرای قراردادی، ضمانت اجرای ناظر به فقدان یکی از عناصر ضروری تشکیل قرارداد است. در حقوق ایران معمولاً تنها از بطلان قرارداد صحبت به میان می‌آید و آن را با فساد قرارداد مترادف می‌دانند؛ لیکن در فقه حنفی که در برخی نظامهای حقوقی منطقه نظیر کشور افغانستان نیز مؤثر واقع شده است، برای فقدان برخی عناصر ضروری، ضمانت اجرای بطلان و برای برخی دیگر، ضمانت اجرای فساد را پیش‌بینی کرده‌اند و در واقع فساد را حداقل بطلان و صحت قرار داده‌اند. در نظام حقوقی فرانسه، در عرض بطلان، از مفهوم عدم وجود قرارداد نیز صحبت به میان آمده است که عمدتاً ناظر به فقدان رضا، موضوع و سبب تعهد است و در سایر موارد اصولاً از ضمانت اجرای بطلان استفاده می‌شود. این ضمانت اجراها ویژگیهای مشترکی دارند و اصولاً مانع جریان آثار عقد می‌شوند، لیکن هر یک از این نهادها در نظام حقوقی منشأ، آثار و احکام اختصاصی نیز دارد. به نظر می‌رسد آنچه به‌عنوان عدم وجود قرارداد در فرانسه بیان می‌شود، به مفهوم بطلان در فقه حنفی شبیه است و نیز آنچه به‌عنوان بطلان در فرانسه مطرح است از برخی وجوه با فساد قرارداد در فقه حنفی مشابهت دارد، این در حالی است که در حقوق ایران تنها از نهاد بطلان صحبت می‌شود و آنچه در سایر نظامها تحت عنوان فساد و عدم

۱. استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران / abkarimi@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) /  
siahbdisaee@gmail.com

وجود قرارداد طرح می‌گردد، در ایران تحت عنوان بطلان بررسی می‌شود و با توجه به فقدان اثر عملی، دلیل موجهی برای تفکیک آنها وجود ندارد.

**کلیدواژه‌ها:** بطلان، فساد، عدم وجود قرارداد، فقه امامیه، فقه حنفی، حقوق فرانسه.

## طرح مسئله

ضمانت اجراهای قراردادی به اعتبارات گوناگون قابل تقسیم هستند؛ به عنوان مثال، به اعتبار عدم اجرا یا اجرای ناصحیح مفاد قرارداد، طیفی از ضمانت اجراها مقرر شده است و یا به اعتبار وجود نقضی در موضوع یا طرفین قرارداد، ضمانت اجراهای متزلزل‌کننده قرارداد پیش‌بینی شده است. یکی از این دسته‌های گوناگون ضمانت اجراهای قراردادی، ضمانت اجراهای ناظر به تشکیل قرارداد است؛ یعنی این قسم ضمانت اجراها ناظر به این مسئله هستند که آیا عناصر یا ارکانی که برای تشکیل قرارداد لازم است محقق شده‌اند یا خیر.

در نظامهای حقوقی مختلف نسبت به عدم وجود برخی از عناصر ضروری، برخوردهای به‌ظاهر متفاوتی داشته‌اند. از بررسیهای صورت گرفته در این نظامها، این نتیجه به‌دست می‌آید که همگی بطلان را به‌عنوان یک ضمانت اجرای ناظر به عدم وجود برخی از عناصر ضروری برای تشکیل قرارداد مقرر کرده‌اند؛ لیکن، از مطالعه نظام حقوقی فرانسه این مهم استنباط می‌شود که برخی نویسندگان در کنار نهاد بطلان (Nullité)، از نهاد عدم وجود (Inexistence) قرارداد نیز در برخی موارد استفاده کرده‌اند و همچنین در فقه حنفی که در حال حاضر در حقوق موضوعه برخی کشورهای منطقه نظیر کشور افغانستان نیز مؤثر واقع شده است،<sup>۳</sup> در عرض بطلان و در نقطه مقابل صحت قرارداد، نهاد «فساد» قرارداد نیز پیش‌بینی شده است؛ در حالی که در حقوق ایران معمولاً از نهاد «عدم وجود» قرارداد صحبتی به میان نمی‌آید و در جایی که به «فساد» قرارداد اشاره می‌شود، اصولاً منظور همان بطلان قرارداد است.

آنچه گذشت، ضرورت بررسی نهادهای در عرض بطلان قرارداد را تبیین می‌کند تا این نکته روشن شود که آیا پیش‌بینی نهادهایی در عرض بطلان از لوازم یک نظام حقوقی منظم

۳. قانون مدنی کشور افغانستان در مواد ۶۱۳ تا ۶۱۹ به احکام عقد باطل و در مواد ۶۲۰ تا ۶۳۶ به احکام عقد فاسد پرداخته است.

است یا بدون آنها و تنها با اتکا به بطلان قرارداد نیز می‌توان نیازهای جامعه حقوقی را تأمین نمود؟

در این راستا، با توجه به نامأنوس بودن مفاهیم «عدم وجود» و «فساد» و نیز امکان متفاوت بودن مفهوم نهاد «بطلان» در نظامهای حقوقی گوناگون، ابتدا لازم است به مطالعه تطبیقی مفهوم این نهادهای حقوقی پرداخته شود (مبحث یکم) و در ادامه برای شناخت صحیح هر یک از این نهادها لازم است با مطالعه تطبیقی، احکام و آثار این سه نهاد بررسی شود (مبحث دوم).

### مطالعه تطبیقی مفهوم سه نهاد بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد

در این مبحث سعی می‌شود، نهادهای بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد، به لحاظ مفهومی و با مطالعه تطبیقی بررسی شود.

#### ۱. مطالعه تطبیقی مفهوم بطلان

کلمه بطلان، از زبان عربی وارد زبان فارسی شده و از نظر دستور زبان عربی، مصدر است از باب «بطل یبطل». در باب مفهوم بطلان، معانی مختلفی در کتب لغت ذکر شده که البته اکثر آنها از نظر معنایی با یکدیگر شباهت دارند. برخی از نویسندگان، بطلان را به معنی «منهدم شدن» دانسته‌اند (دهخدا، ۱۳۷۲ش، ۴/۴۴۳) و هم‌چنین «هدررفتن» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۱/۲۲۰)، «ساقط شدن» (سیاح، ۱۳۷۴ش، ۱/۱۳۰)، «لغوشدن» (انصاف‌پور، ۱۳۷۳ش، ۱۲۷) و «از کار افتادن، بیهوده‌گشتن» (معین، ۱۳۷۸ش، ۲۱۴) و نیز در معنی بطلان مطرح شده است. بعضی نیز بطلان را «خلاف حق بودن» دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷ش، ۱/۴۵۴).

کلمه باطل، در لغت مقابل حق است که جمع آن اباطیل است به معنی نادرست و دروغ و هم‌چنین باطل به چیزی که پس از تفحص و تحقیق دانسته شود که حقیقت و ثبوتی ندارد، اطلاق می‌شود و نیز در معنای محو، ناپدید و به تباهی رفته نیز به کار برده شده است (دهخدا، ۱۳۷۲ش، ۳/۳۵۹). هم‌چنین به معنای بیهوده، بی‌فایده، بی‌معنی، بی‌کاره و ناحق نیز به کار رفته است (معین، ۱۳۷۸ش، ۱۹۱).

در فقه امامیه در بحث عقود و معاملات، بطلان را نقطه مقابل صحت می‌دانند. عقد صحیح عبارت از عقدی است که آثار شرعی بر آن مترتب می‌شود و مقصودی که متعاقدین به دنبال آن هستند، به دست می‌آید (حلی، ۱۴۲۵ق، ۱۰۷/۳). با توجه به تعریف فوق، عقدی که اثری بر آن مترتب نشود، باطل است. مسلماً عقدی صحیح تلقی می‌شود که در ارکان و شروط آن خللی وجود نداشته باشد؛ لذا برخی در تعریف باطل گفته‌اند، هر آن چیزی است که برخی ارکان یا برخی شروط آن مفقود باشد و بر آن اثر شرعی مترتب نمی‌شود (حسینی، ۱۴۱۵ق، ۴۲).

در فقه امامیه، کلمه بطلان در معنای عام شامل عدم نفوذ نیز می‌شود. فقها در بحث عقد مکره گاه لفظ بطلان را به کار برده‌اند و مرادشان از آن، عدم نفوذ است، زیرا اشاره کرده‌اند که با رضای بعدی مالک عقد، آثار خود را بر جای می‌نهد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۹۸-۹۹/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۲/۱۲۵).

در اصطلاح حقوقدانان معاصر نیز عقد باطل در حکم عدم و هیچ است و ابداً اثری بر آن مترتب نیست (حائری شهاب‌بخ، ۱۳۷۶ش، ۳۵). بطلان، وضعیت یک عمل حقوقی است که از نظر حقوقی معتبر نبوده و فاقد آثاری است که در صورت صحت، از آن انتظار می‌رفت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶ش، ۱۱۲).

در مذهب حنفی تقسیمات مختلفی از عقود ارائه شده است. عده‌ای از فقها در تقسیمی کلی، عقد را به جایز و غیرجایز تقسیم کرده‌اند و عقد باطل، فاسد و موقوف را به عنوان عقود غیرجایز به شمار آورده‌اند (ابن‌همام، بی تا، ۴۱/۱). عده‌ای دیگر عقد مکره را نیز جزو عقود فاسد و از انواع عقود غیرجایز ذکر کرده‌اند (ابن‌عابدین، ۱۳۹۹ق، ۴۹/۵). ابن‌نجیم مصری از فقهای بزرگ حنفی در تقسیمی دیگر می‌گوید انواع بیع عبارتند از: نافذ، موقوف، لازم، غیرلازم، فاسد و باطل (ابن‌نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ۳۳۷).

باید دانست که به طور کلی چهار دسته شرط برای بیع در فقه حنفی ذکر می‌شود: شرط انعقاد، شرط صحت، شرط نفاذ (نفوذ) و شرط لزوم (حیدر، ۱۴۲۳ق، ۳۸۲/۱). شرط نفوذ مربوط به عقد موقوف است و در فقه حنفی ذیل عنوان عقد فاسد و باطل بررسی نمی‌شود. شرط لزوم نیز مربوط به بحث خیارات است و طبعاً از موضوع بحث خارج است.

در خصوص معنای باطل در فقه حنفی گفته شده است که عقدی است هم به لحاظ اصل و هم به لحاظ وصف، نامشروع و در مقابل فاسد که به لحاظ اصل مشروع است و به لحاظ

وصف، نامشروع (ابن نجیم مصری، ۱۴۱۹ق، ۱۸۵). کاسانی می‌گوید که هرگاه رکن یا موضوع معامله مختل باشد، عقد باطل است مثل آنکه اهلیت طرفین عقد و یا ایجاب و قبول آنها مخدوش باشد و یا آنکه بیع دارای خلل بوده و فاقد شرایط شرعی باشد؛ مثل آنکه مبیع خوک و یا میته باشد (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۳۳/۷ و ۹۱/۸).

## ۲. مطالعه تطبیقی مفهوم فساد

در فقه امامیه میان مفهوم بطلان و فساد، تفاوتی قائل نمی‌شوند و معتقدند برای هر چیزی، اثر و غرضی است که چنانچه اثر و غرض مقصود بر آن مترتب شود، صحیح است و چنانچه این اثر و غرض بر آن مترتب نگردد، باطل و فاسد است (طالقانی، ۱۳۰۴ق، ۴۲). در واقع برخی فقهای امامیه با آگاهی از تفاوتی که در فقه حنفی میان دو مفهوم باطل و فاسد قائل می‌شوند، تصریح نموده‌اند که برخلاف نظر حنفیها، دو مفهوم باطل و فاسد، مترادفند (حلی، ۱۴۲۵ق، ۱۰۷/۳).

فقهای حنفی عقد صحیح، باطل و فاسد را در عرض هم می‌دانند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۳۳/۵). بیشتر اشاره شد که در فقه حنفی عقدی که هم به لحاظ اصل و هم به لحاظ وصف، نامشروع باشد، باطل محسوب می‌شود ولی عقدی که به لحاظ اصل مشروع و به لحاظ وصف، نامشروع باشد، فاسد تلقی می‌گردد (ابن نجیم، ۱۴۱۹ق، ۱۸۵؛ زلیعی، ۱۳۱۳ق، ۴/۴) به عبارت دیگر در عقد فاسد، در رکن عقد، خللی وجود ندارد ولی عقد از حیث اوصاف مخدوش است (زیدان، ۱۴۰۷ق، ۶۷). این دو وضعیت عقد در عرض عقد صحیح است که هم به لحاظ اصل، مشروع است و هم به لحاظ وصف (زلیعی، ۱۳۱۳ق، ۴/۴؛ کلیبولی، بی تا، ۵۳/۲).

کاسانی می‌گوید چنانچه در ارکان عقد هیچ‌گونه خللی نباشد و در عین حال، عقد همراه صفتی باشد که در فرض وجود آن، آثاری بر معامله مترتب نشود، عقد فاسد است، مثل آنکه معامله دارای ثمن باشد، ولی ثمن آن شراب باشد. به عقیده حنفیان اگر عقد باطل باشد، به هیچ‌وجه مفید آثار نیست، ولی در عقد فاسد چنانچه مبیع به قبض بایع درآید، عقد نافذ و مفید ملکیت است و ذمه مشتری به پرداخت ثمن حلال، به‌عنوان عوض معامله، مشغول است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۳۳/۷ و ۹۱/۸).

حنیفه معتقدند در صورتی که عقد فاقد برخی اوصاف مذکور باشد گرچه شرایط صحت را به طور کامل دارا نیست، اما به هر حال دارای یک وجود مادی است و منعقد شده است، هر چند به طور فاسد (سنهوری، ۱۹۵۴م، ۱۰۳/۴)؛ برخلاف موردی که عقد فاقد بعضی از ارکان است که در این موارد عقد اساساً موجود نیست.

سنهوری در توضیح نظر فقهای حنفی می‌نویسد که مراد از اصل عقد، رکن و شرایط آن است (سنهوری، ۱۹۵۴م، ۱۰۳/۴) و رکن همان ایجاب و قبول است (عینی، ۱۴۲۰ق، ۴/۸؛ موصلی، ۱۳۵۶ق، ۴/۲) و شرایط رکن به حسب صیغه، عاقد و معقودعلیه متفاوت است. شرایط صیغه، توافق میان ایجاب و قبول و اتحاد مجلس است. شرایط عاقد عبارت است از عقل و متعددبودن عاقدان و شرایط معقودعلیه نیز عبارت است از ممکن بودن، معین بودن و قابلیت نقل و انتقال منظور از اوصاف، شرایط عقد است (سنهوری، ۱۹۵۴م، ۱۰۴/۴-۱۰۳). البته برخی محققین، در عقد بیع، رکن را مبادله مال به مال (حصکفی، ۱۴۲۳ق، ۴۱۳/۱؛ کلیبولی، بی‌تا، ۵۳/۲) یا به تعبیر برخی محققین مبادله شیء مرغوب با شیء مرغوب (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۳۳/۵) می‌دانند. به نظر می‌رسد مراد نویسندگان اخیر طبیعتاً این نیست که ایجاب و قبول رکن بیع محسوب نمی‌شود، بلکه مراد آنان این است که رکن بیع مبادله مال به مال است که از طریق ایجاب و قبول محقق می‌گردد (همان‌جا). در واقع عقد بدون رکن منعقد نمی‌شود ولی صحت، چیزی علاوه بر انعقاد است؛ لذا عقد باطل یعنی عقدی که منعقد نشده در حالی که عقد فاسد، عقدی است که منعقد شده و اما شرایط صحت را فاقد است (ر.ک: کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۶۵/۵).

تقسیم‌بندی فوق در «مجله الاحکام العدلیه» که قانون مدنی عثمانی بوده و مبتنی بر فقه حنفی تنظیم شده است نیز دیده می‌شود. ماده ۱۰۵ این قانون بیع را در تقسیم‌بندی اولیه به بیع منعقد و غیرمنعقد تقسیم می‌کند. در ماده ۱۰۶ بیع منعقد را بر چهار قسم صحیح، فاسد، نافذ و موقوف تقسیم می‌کند و در مقابل بیع غیرمنعقد یا همان باطل قرار می‌دهد (ماده ۱۰۷). با توجه به آنچه گذشت مواردی که مانع انعقاد عقد می‌شود یا به عبارتی ارکان عقد را مخدوش می‌کنند عبارتند از آنچه مخلّ مبادله مال به مال شود (در عقد بیع)؛ مانند بیع چیزی که فاقد مالیت باشد نظیر خوک، خون و نظایر آن (کلیبولی، بی‌تا، ۵۳/۲؛ زیلعی، ۱۳۱۳ق، ۴۴/۴) یا بیع پرنده در هوا (کلیبولی، بی‌تا، ۵۵/۲) یا اموری نظیر عدم تطابق ایجاب و قبول، مجنون بودن طرف معامله و غیرقابل انتقال بودن موضوع معامله؛ لیکن موجبات فساد (ناشی

از عدم رعایت اوصاف عقد) عبارتند از: اکراه، غرر، ضرر ناشی از تسلیم موضوع عقد، شرط فاسد، ربا و اضطرار (رضا باید خالی از اکراه باشد، مورد معامله باید در معرض غرر نباشد، نباید ضرری از تسلیم موضوع عقد وجود داشته باشد و مورد معامله باید خالی از شرط فاسد و ربا باشد) (سنهوری، ۱۹۵۴م، ۱۰۴/۴؛ ابن‌همام، بی‌تا، ۹۹/۶-۹۴؛ زحیلی، ۱۴۰۹ق، ۵۱۴/۴-۵۰۰؛ ابن‌عابدین، ۱۳۹۹ق، ۵۹/۵).

### ۳. مطالعه تطبیقی مفهوم عدم وجود قرارداد

در حقوق فرانسه برخی معتقدند به لحاظ نظری عمل حقوقی غیرموجود نباید با عمل باطل خلط شود. قانون، به عمل غیرموجود نمی‌پردازد؛ زیرا هیچ اثر حقوقی ایجاد نمی‌کند. این عمل هیچ نیازی به از بین بردن ندارد، زیرا از لحاظ حقوقی کامل نیست. ما تنها می‌توانیم اعمالی که قابلیت ایجاد اثر حقوقی دارند، ابطال نماییم، یعنی اعمالی که شرایط ضروری را برای تشکیل خود دارند (Capitan, 1929, 320)؛ در حالی که عمل غیرموجود عناصر ضروری برای تشکیل را فاقد است (Weill, 1971, 312).

توضیح آنکه هر عمل حقوقی با اجتماع برخی عناصر اساسی که ضرورتاً باید تلاقی نمایند، تشکیل می‌شود. اگر یکی از عناصر مفقود باشد، عمل حقوقی ناقص است. این عمل نمی‌تواند هیچ اثری که قانون بر تشکیل آن بار کرده است، ایجاد نماید؛ این حالت را «عدم وجود» گویند؛ به‌عنوان مثال هر عمل حقوقی مستلزم اظهار اراده فعال از سوی فاعل آن است. حال اگر این اعلام اراده مفقود باشد، خواه به این دلیل که شخص در حالت جنون این کار را انجام داده و خواه به این دلیل که وی برای درک عملی که انجام می‌دهد، بسیار جوان باشد، عمل حقوقی نمی‌تواند به‌وجود بیاید یا به تعبیر دیگر، این عمل در نظر قانون وجود ندارد. این عناصر اساسی، نسبت به هر گروه از اعمال حقوقی یا حتی نسبت به هر عمل حقوقی معین، متفاوت است. مطابق قانون مدنی فرانسه، سه شرط برای تشکیل قرارداد ضروری است که عبارتند از: رضا، موضوع و سبب. همچنین بیع، تعیین ثمن را ایجاب می‌کند و ایفای دین مستلزم وجود یک طلب قبلی است (Capitan, 1929, 319).

عمل غیرموجود، تنها یک ظاهر است و واقعیتی آن را پوشش نمی‌دهد. در مقابل، عمل حقوقی باطل یک عمل حقوقی واقعی است که اگر تحت تأثیر یک سبب بی‌اثری قرار نمی‌گرفت، همه آثارش را ایجاد می‌کرد (همان، ۳۲۰). در واقع وقتی یک قرارداد باطل

نامیده می‌شود، یعنی قرارداد وجود دارد. بطلان مستلزم آن است که عناصر یک قرارداد فراهم آمده باشد، لذا میان بطلان و عدم وجود اختلاطی حاصل نمی‌شود (Ripert, 1957, 255).

**مطالعه تطبیقی احکام و آثار سه نهاد بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد**  
با توجه به آنکه هر سه نهاد مورد بررسی به‌عنوان ضمانت اجرای فقدان شرایط صحت عقد مطرح می‌گردند، دارای برخی احکام و آثار مشترک هستند، لیکن از دیگر سو، هر یک از این نهادها با توجه به خاستگاه و مبنای خود می‌توانند دارای احکام و آثار اختصاصی نیز باشند؛ لذا در ادامه هر یک از این احکام و آثار، به‌صورت مجزا بررسی می‌شود.

### ۱. مطالعه تطبیقی احکام و آثار مشترک سه نهاد بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد

احکام و آثار مشترک این سه نهاد را می‌توان در دو خصیصه خلاصه نمود. نخست آنکه این سه وصف همگی در مقابل وصف صحت قرار می‌گیرند، دوم آنکه عقد متّصف به این سه وصف، به جز برخی آثار فساد در فقه حنفی، اصولاً اثر حقوقی ندارد. نخستین وجه مشترک این سه نهاد، تقابل با وصف صحت عقد است. در حقوق فرانسه حالت بطلان و عدم وجود قرارداد در واقع ضمانت اجرای فقدان یکی از عناصر اساسی برای تشکیل عقد است (Carbonnier, 1972, 155). در حقوق ایران نیز که میان بطلان و فساد تفاوتی قائل نمی‌شوند، وصف بطلان و فساد را در نقطه مقابل صحت قرار می‌دهند (حلی، ۱۴۲۵، ۱۰۷؛ طالقانی، ۱۳۰۴، ق، ۴۲).

دومین وجه مشترک که در واقع نتیجه وجه نخست است، عدم ترتب اثر بر عمل حقوقی متّصف به اوصاف سه‌گانه فوق‌الذکر است. در حقوق فرانسه در ارتباط با فاقد اثر بودن عمل حقوقی باطل بحثی وجود ندارد (Capitan, 1929, 322; Ripert, 1957, 254).<sup>۴</sup> در خصوص عدم وجود قرارداد نیز به‌طریق اولی تردیدی در فقدان اثر وجود ندارد؛ زیرا عقد

۴. البته باید توجه داشت که فاقد اثر بودن مربوط به باطل مطلق (Nullité absolue) است و باطل نسبی (Nullité relative) ابتدائاً دارای اثر است، لیکن در صورت ابطال (Annulation)، از ابتدا فاقد اثر تلقی می‌شود.



باطل با داشتن وجود، فاقد اثر است و عقد ناموجود که در واقع عدم است، نمی‌تواند مؤثر واقع شود. در حقوق ایران نیز عقد باطل یا فاسد از منظر حقوق و به اعتبار اثری که در روابط اجتماعی به‌جا می‌گذارد در حکم هیچ است (کأن لم یکن است) و پدیده‌ای است که در ظاهر صورت عقد را دارد ولی در واقع هیچ تغییری در حقوق و تکالیف دو طرف به‌وجود نمی‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۷۹ش، ۳۰۱/۲-۳۰۰). قانون مدنی در ماده ۳۶۵ در بیع به این وصف عقد تصریح می‌کند: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد». ماده ۳۶۶ نیز در همین زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند، باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود»؛ لذا مشتری در چنین بیعی در حکم غاصب است و وضعیت او نسبت به مورد معامله تابع قواعد «ضمان قهری» است نه «مسئولیت قراردادی» (کاتوزیان، ۱۳۸۱ش، ۲۲۳/۱).

در خصوص بطلان عقد در فقه حنفی نیز بیشتر دیدیم که ضمانت اجرای نامشروع بودن اصل عقد است و روشن است عقدی که از اصل نامشروع است نمی‌تواند اثری تولید نماید. عقد فاسد نیز اصولاً دارای اثر نیست؛ مگر در برخی صور خاص، آن هم در صورت همراه شدن با یک عامل دیگر که به این مهم در بحث آتی پرداخته می‌شود.

## ۲. مطالعه تطبیقی احکام و آثار اختصاصی سه نهاد بطلان، فساد و عدم وجود قرارداد

ابتدا در خصوص مفهوم عدم وجود قرارداد باید دانست که تمایز این مفهوم از بطلان باید دارای آثار عملی باشد و الا همان‌گونه که بیشتر بیان شد، از حیث عدم ترتب اثر یکسان هستند.

مفهوم عدم وجود قرارداد دارای یک سابقه تاریخی است. مطابق قاعده در حقوق فرانسه، در خصوص ازدواج، بدون وجود یک متن قانونی نمی‌توان قائل به بطلان شد. این قاعده به‌عنوان یک اصل متعارف تلقی می‌شد، لذا نویسندگان حقوقی برای مواردی که قانون مدنی در خصوص آنها حکم بطلان را مقرر نکرده بود، ولی آشکارا یک عنصر اساسی برای صحت عقد را فاقد بود (نظیر تخالف جنسیت). یک گروه در عرض بطلان مطلق و بطلان نسبی، وضعیتی را تحت عنوان عدم وجود پذیرفتند و این دسته‌بندی بعدها به سایر اعمال حقوقی نیز سرایت داده شد (Weill, 1971, 313).

لیکن باید انصاف داد که اگرچه از لحاظ نظری بین موردی که عقد به دلیل عدم تراضی یا نداشتن موضوع، وجود خارجی پیدا نمی‌کند و صورتی که قانون توافق دو اراده را به رسمیت نمی‌شناسد، تفاوت وجود دارد؛ لیکن تمایز قائل شدن میان «عقد ناموجود» و «عقد باطل» در عمل هیچ فایده مهمی در بر ندارد و باید از این تقسیم دست برداشت (کاتوزیان، ۱۳۷۹ش، ۲/۲۹۸).

صرف نظر از فقدان اثر عملی، خود این تقسیم نیز در برخی موارد مورد انتقاد قرار گرفته است؛ به عنوان مثال مطابق ماده ۱۶۰۱ قانون مدنی فرانسه، اگر در زمان بیع، مبیع به طور کامل تلف شده باشد، بیع باطل است. هم چنین ماده ۱۱۳۱ مقرر می‌دارد که تعهد بدون سبب یا مبتنی بر سبب دروغین یا مبتنی بر سبب غیرمشروع، نمی‌تواند هیچ اثری داشته باشد، لذا در تمام این موارد تعهد به بطلان منجر می‌شود؛ پس صحیح نیست که گفته شود قرارداد بدون موضوع، ناموجود است، زیرا خود قانون، اعلام کرده آنها باطلند (Capitan, 1929, 320). علاوه بر این، مفهوم عدم وجود یک مفهوم مبهم است و نویسندگان قائل به آن بر سر مواردی که عمل حقوقی ناموجود محسوب می‌شود، توافق ندارند (Weill, 1971, 313).

این دلایل و ادله نظیر آنها سبب شده است که بی فایده بودن این تمایز میان بطلان مطلق و عدم وجود قرارداد مورد توجه حقوقدانان فرانسوی قرار گیرد و قائل به این نظر شوند که موارد عدم وجود قرارداد همگی تحت بطلان مطلق قابل اندراج است (Ibid, 313; Carbonnier, 1972, 155).

در خصوص بطلان نیز بیشتر بیان شد که در دید حقوق، هیچ اثری بر عمل حقوقی باطل بار نمی‌شود؛ با وجود این همان گونه که برخی حقوقدانان اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹ش، ۲/۲۹۸) گاهی احکامی دیده می‌شود که می‌تواند مشعر بر وجود پاره‌ای آثار جنبی بر عقد باطل باشد (فاضل مقداد، ۱۴۰۳ق، ۳۵۷)؛ برای مثال مطابق بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی ایران، «ضمن درک» از آثار بیع صحیح قلمداد شده است، در حالی که خرید و فروش مال تعلق به غیر، باطل است و در بیع باطل فروشنده ضامن درک مبیع و خریدار ضامن درک ثمن قرار می‌گیرد و ملزم به رد مالی می‌شود که به عنوان عوض دریافت کرده است. هم چنین با توجه به اینکه حکم بطلان عقد سرپوش را از فراز کار فاسد برمی‌دارد و ظاهر موجود را بر هم می‌زند، گاه مقنن آثاری بر آن واقعیت بار می‌کند که نتیجه اجرای مفاد عقد باطل

است؛ چنان‌که در قانون تجارت مقرر شده است که شرکا نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به بطلان شرکت استناد کنند (مواد ۸۲ و ۱۰۰)؛ یعنی شرکت باطل در مقابل دیگران در حکم شرکت واقعی است. در مورد نکاح باطل نیز هرگاه سوءنیتی در کار نباشد، در ایجاد نسب مؤثر است و زن بایستی برای اعلام بطلان نکاح، «عده» نگه دارد (ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی) و از همین قبیل است ضمان و الزام به پرداخت اجرت‌المثل در عقود باطل (فاضل مقداد، ۱۴۰۳ق، ۳۵۷).

در خصوص فساد عقد پیشتر مدلل گردید که در حقوق ایران میان بطلان و فساد عقد، تفاوتی قائل نمی‌شوند، حال باید دید در فقه حنفی هدف از تمایز میان بطلان و فساد چه بوده و چه آثاری بر این مفهوم بار کرده‌اند.

در فقه حنفی، فساد عقد در واقع حالتی مابین بطلان و صحت عقد است، لذا برخلاف بطلان عقد که هیچ اثری بر آن مترتب نیست، عقد فاسد از برخی جهات دارای اثر است. یکی از آثار فساد، ذیل بحث نکاح فاسد مطرح می‌شود. نکاح فاسد در فقه حنفی قبل از دخول، واجد حکمی نیست؛ لیکن بعد از دخول، احکامی به آن تعلق می‌گیرد که عبارتند از: ثبوت نسب، وجوب عده و وجوب مهر (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲/۳۳۵).

ماده ۹۷ قانون مدنی افغانستان در این زمینه مقرر می‌دارد: «ازدواج فاسد قبل از دخول در حکم نکاح باطل است. هرگاه بعد از ازدواج فاسد دخول صورت بگیرد، مهر، نسب، حرمت مصاهره، عده، تفریق و نفقه ثابت می‌گردد.» هم‌چنین بند دوم ماده ۱۹۹ این قانون در بیان مواردی که زوجه باید عده نگه دارد مقرر می‌دارد: «... [چنانچه] تفریق به سبب لعان، عیب، نقصان مهر، خیار بلوغ و افاقه، فسخ، متارکه در نکاح فاسد یا وطی به شبهه صورت گرفته باشد.» به علاوه مطابق بند نخست ماده ۲۲۲ از همین قانون: «طفل زوجه در نکاح فاسد وقتی به زوج منسوب می‌گردد که طفل اقلماً بعد از شش ماه از تاریخ دخول تولد شده باشد.»

آثار دیگر فساد عمدتاً ذیل بحث بیع فاسد مطالعه می‌شود. بیع فاسد قبل از قبض دارای اثر حقوقی نیست؛ لیکن چنانچه به امر بایع مبیع به قبض مشتری درآید، عقد نافذ و مفید ملکیت است و ذمه مشتری به پرداخت ثمن حلال، به‌عنوان عوض معامله، مشغول می‌شود (موصلی، ۱۳۵۶ق، ۲/۲۲؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۷/۳۳ و ۱۴۰۶ق، ۸/۹۱)؛ لیکن باید توجه داشت که عقد فاسد همان‌طور که بیان شد به لحاظ وصف نامشروع است (یعنی از آن نهی

شده است)، اما این نهی، به رکن عقد تعلق نگرفته و مانع انعقاد نشده است؛ مانند بیع وقت ندا. ولی به هر حال به دلیل نهی شدن، ملکیتی که از این بیع حاصل می شود ملکیتی خبیث است و هر یک از طرفین عقد به خاطر ازاله خبث و رفع فساد می تواند عقد را فسخ نماید (موصلی، ۱۳۵۶ق، ۲۲/۲)، ولی چنانچه مشتری عقد را فسخ نماید با توجه به آنکه مالک مبیع محسوب می گردد حق تصرف در مبیع را دارد و می تواند آن را بفروشد یا هبه کند (همانجا) و بعد هبه یا فروش مبیع توسط مشتری به دیگری حق فسخ ساقط می شود (سنهوری، ۱۹۵۴م، ۱۰۳/۴).

با توجه به آنچه گذشت به طور خلاصه می توان گفت: بیع فاسد، ذاتاً فاقد اثر است و از این حیث مانند عقد باطل می باشد؛ اما برخلاف عقد باطل که وجود قانونی ندارد و اصلاً عقدی منعقد نشده که وجود قانونی داشته باشد، عقد فاسد با توجه به آنکه منعقد شده دارای وجود قانونی است، اما این وجود قانونی در خطر زوال قرار دارد و از سوی هر یک از متعاقدين قابل فسخ است ولی بعد از قبض و اقباض مبیع چنانچه مشتری مبیع را بفروشد یا هر نوع تصرفی که منجر به انتقال ملکیت می گردد انجام دهد حق فسخ نیز ساقط می شود (همان، ۱۱۹/۴).

ماده ۶۳۶ قانون مدنی افغانستان مقرر می دارد: «عقد فاسد منتج به اثرات عقد قانونی نگردیده، مگر به حیث یک حادثه عادی [که در این صورت] مستوجب ضمان می گردد.» هم چنین مطابق ماده ۶۲۱ این قانون: «عقد فاسد ملکیت معقودعلیه را افاده نمی کند، مگر اینکه قبض به رضای مالک آن صورت گرفته باشد.»

احکامی که برای فساد عقد بیان شد در حقوق ایران قابل استفاده نیست؛ زیرا از یک سو بیان شد که در حقوق ایران عقدی که فاقد شرایط صحت باشد را باطل و کأن لم یکن تلقی می کنند و لذا قبض لاحق بر این عقد نمی تواند مملک باشد؛ زیرا قبض در حقوق ما اصالتی ندارد و هیچ جا مستقلاً از اسباب تملک شمرده نشده است (ماده ۱۴۰ قانون مدنی)، بلکه قبض تنها در برخی موارد نظیر عقد هبه یا بیع صرف می تواند به عنوان جزئی از علت تامه سبب تملیک باشد. در خصوص نکاح فاسد نیز احکامی که بعد از دخول بیان شد، در حقوق ما دائر مدار وجود یا فقدان سوءنیت در رابطه زناشویی است و چنانچه ایشان فاقد سوءنیت باشند، احکامی که در فقه حنفی بیان شده است در نکاح باطل در فقه امامیه نیز وجود خواهد داشت که پیشتر به این مسئله ضمن آثار بطلان عقد اشاره شد.

در حقوق فرانسه مواردی که در فقه حنفی باعث فساد قرارداد می‌شود، ذیل بحث بطلان مطالعه می‌شود، البته این موضوع ارتباطی با تأثیر و تأثر این دو نظام حقوقی ندارد و بلکه بیشتر به شیوه مشابه استدلال در این دو نظام حقوقی برمی‌گردد. توضیح آنکه در حقوق فرانسه، برخی عناصر را برای قرارداد چنان ضروری می‌دانستند که بدون وجود هر یک از این عناصر، عقد را تشکیل نشده تلقی می‌کردند و معتقد بودند اصلاً قراردادی به وجود نیامده که باطل باشد و چنانچه قرارداد واجد عناصر اساسی باشد ولی یکی از شرایط را فاقد باشد، آن را باطل می‌دانند. مشابه این تقسیم‌بندی در فقه حنفی نیز مشاهده می‌شود که همان تقسیم‌بندی عناصر عقد به «اصل» و «وصف» است که مراد از «اصل» همان رکن عقد و مراد از «وصف» همان شرایط عقد است. تقسیم‌بندی ارکان و شرایط در فقه امامیه و حقوق ایران نیز قابل طرح و به لحاظ نظری قابل دفاع است؛ لیکن نظر به آنکه فقدان هر یک از ارکان و شرایط صحت باعث بطلان می‌شود، پرداختن به آن فاقد اثر عملی است؛ کما اینکه اشاره شد در حقوق فرانسه نیز تفکیک میان بطلان و عدم وجود قرارداد انتقاد شده و فاقد اثر عملی تلقی می‌گردد.

### نتیجه

در حقوق ایران که متأثر از فقه امامیه است، بطلان را نقطه مقابل صحت قرارداد و به معنی عقدی می‌دانند که آثار قانونی مورد انتظار از صحت عقد را به بار نمی‌آورد. در حقوق ایران فساد عقد را مترادف بطلان عقد می‌دانند و هم‌چنین نهاد عدم وجود قرارداد را نیز نپذیرفته‌اند و برای مواردی که در حقوق برخی کشورها عقد ناموجود می‌نامند، از همان ضمانت اجرای بطلان استفاده می‌کنند.

در فقه حنفی نهاد عدم وجود قرارداد صراحتاً پیش‌بینی نشده است، لیکن در عرض نهاد بطلان از مفهوم فساد عقد نیز استفاده می‌کنند و از این طریق به نوع دیگری تفکیک میان عقد باطل و ناموجود را پوشش داده‌اند. در فقه حنفی عقد باطل، عقدی است که هم به لحاظ اصل و هم به لحاظ وصف، نامشروع است؛ در مقابل فاسد که به لحاظ اصل مشروع است و به لحاظ وصف، نامشروع. در فقه حنفی هرگاه رکن یا موضوع معامله مختل باشد، عقد باطل است مثل آنکه اهلیت طرفین عقد و یا ایجاب و قبول آن‌ها مخدوش باشد و یا آنکه بیع دارای خلل بوده و فاقد شرایط شرعی باشد؛ لیکن چنانچه در ارکان عقد هیچ‌گونه خللی

نباشد و در عین حال، عقد همراه صفتی باشد که در فرض وجود آن، آثاری بر معامله مترتب نشود، عقد فاسد است؛ مثل آنکه معامله دارای ثمن باشد، ولی ثمن آن شراب باشد.

در حقوق فرانسه، برخی در کنار مفهوم بطلان، برای فقدان سبب، موضوع و رضا، ضمانت اجرای عدم وجود قرارداد را ذکر کرده‌اند، لیکن این دیدگاه از حیث مبهم بودن مفهوم عدم وجود قرارداد از سوی برخی دیگر انتقاد شده است و برای آن مثالهای نقض ذکر شده که حاکی از تداخل اقسام است؛ لذا برخی این موارد را نیز تحت عنوان بطلان بررسی می‌کنند و معتقدند این تفکیک اثر عملی ندارد.

احکام و آثار مشترک این سه نهاد را می‌توان در دو خصیصه خلاصه نمود: نخست آنکه این سه وصف همگی در مقابل وصف صحت قرار می‌گیرند و دوم آنکه عمل حقوقی متصف به این سه وصف به خودی خود هیچ اثر حقوقی ندارند. اگرچه برای عدم وجود قرارداد و نیز بطلان در فرانسه اثری ذکر نکرده‌اند، اما در حقوق ایران به‌رغم آنکه برای خود بطلان اثری قائل نیستند؛ برخی آثاری که متعاقب بطلان مطرح می‌شوند (نظیر عده نکاح و مهر و نیز ضمان اجرت‌المثل) بررسی می‌شود. در فقه حنفی برخلاف بطلان عقد که هیچ اثری بر آن مترتب نیست در عقد فاسد چنانچه مبیع به قبض بایع درآید، عقد نافذ و مفید ملکیت است و ذمه مشتری به پرداخت ثمن حلال، به‌عنوان عوض معامله، مشغول است. هم‌چنین نکاح فاسد در فقه حنفی قبل از دخول، واجد حکمی نیست؛ لیکن بعد از دخول، احکامی به آن تعلق می‌گیرد که عبارتند از ثبوت نسب، وجوب عده و وجوب مهر.

علی‌رغم آنکه به لحاظ تاریخی بعید است میان نهادهای موجود در حقوق روم و فقه حنفی ارتباطی وجود داشته باشد، لیکن نظر به شیوه مشابه استدلال در این دو نظام حقوقی، به‌نظر می‌رسد آنچه به‌عنوان عدم وجود قرارداد در فرانسه بیان می‌شود، به مفهوم بطلان در فقه حنفی شبیه است و نیز آنچه به‌عنوان بطلان در فرانسه مطرح است از برخی وجوه با فساد قرارداد در فقه حنفی مشابهت دارد، لیکن در حقوق ایران تنها از نهاد بطلان صحبت می‌شود و آنچه در سایر نظامها تحت عنوان فساد و عدم وجود قرارداد بررسی می‌شود، در ایران تحت عنوان بطلان بررسی می‌گردد و با توجه به فقدان اثر عملی، دلیل موجهی برای تفکیک آنها وجود ندارد.

## فهرست منابع

- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۳۹۹ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر؛ دارصادر، ۱۴۱۴ق.
- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم، *الأشباه و النظائر علی مذهب أبی حنیفة النعمان*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
- ابن همام، محمد بن عبدالواحد، *شرح فتح القدر*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *کتاب المکاسب*، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
- انصاف پور، غلامرضا، *فرهنگ کامل فارسی*، تهران، زوار، ۱۳۷۳ش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- همو، *دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت*، تهران، بنیاد راستاد، ۱۳۵۷ش.
- حائری شهاباغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- حسینی، محمد، *معجم المصطلحات الأصولیة*، بیروت، مؤسسه العارف للمطبوعات، ۱۴۱۵ق.
- حصکفی، محمد بن علی، *الدر المختار شرح تنویر الأبصار و جامع البحار*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۳ق.
- حلّی، حسن بن یوسف، *نهاية الوصول إلى علم الأصول*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۵ق.
- حیدر، علی، *درر الحکام فی شرح مجلة الأحکام*، ریاض، دار عالم الکتب، ۱۴۲۳ق.
- دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۲ش.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الإسلامی و أدلته*، دمشق، دارالفکر، ۱۴۰۹ق.
- زیدان، عبدالکریم، *الوجیز فی أصول الفقه*، بغداد، مکتبة القدس، ۱۴۰۷ق.
- زیلعی، عثمان بن علی، *تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق و حاشیة الشلبی*، قاهره، المطبعة الكبرى الأمیریة، ۱۳۱۳ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *مصادر الحق فی الفقه الإسلامی*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۴م.
- طالقانی، نظر علی، *مناط الأحکام*، تهران، بی تا، ۱۳۰۴ق.
- عینی، محمود بن احمد، *البنایة شرح الهدایة*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۰ق.
- فاضل مقداد (سیوری حلّی)، مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ق.
- کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱ش.
- همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹ش.

- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ق.
- کلیبولی، عبدالرحمن بن محمد، *مجمع الأنهر فی شرح ملتقى الأبحر*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- معین، محمد، *فرهنگ فارسی*، تهران، فرهنگ نما، ۱۳۷۸ش.
- موصلی، عبدالله بن محمود، *الإختیار لتعلیل المختار*، قاهره، مطبعة الحلبي، ۱۳۵۶ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- Capitant, Henri, *Introduction à l'étude du droit civil: notions générales*, Paris, A. Pedone, 1929.
- Carbonnier, Jean, *Droit civil: Les obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 1972.
- Ripert, Georges, Boulanger, Jean, Planiol, Marcel, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, TII, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957.
- Weill, Alex, *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz, 1971.