

اثر نهی شارع بر قرارداد در فقه و حقوق موضوعه ایران با بررسی اجمالی در حقوق فرانسه و انگلیس

عمران جاویدی مردق^۱

چکیده

اصل آزادی قراردادی به عنوان یک اصل مهمی در کشور ما پذیرفته شده است ولی دامنه این اصل بدون قید و شرط نبوده و با محدودیتهایی روبروست. قانونگذار به عنوان تنظیم کننده روابط افراد جامعه آنها را از انعقاد برخی قراردادها نهي نموده است. اثر نهي وارده بر قرارداد بصورت یکسان نبود و با توجه به شدت و ضعف مخالفت قانونگذار با موضوع منهي عند اثر نهي وارده متفاوت خواهد بود. در صورت بطلان قرارداد به لحاظ ورود نهي طرفین قرارداد به حال خود رها نشده بلکه حمایتی از طرف قانونگذار از آنها صورت می گیرد. که از آن می توان به استماع دعاوی ناشی از قراردادهای باطل در محاکم نام برد. زیان دیده حق گرفتن خسارت در صورت جهل به فساد قرارداد را بر مبنای قاعده غرور داشته و حق استرداد موضع قرارداد نیز به لحاظ قاعده فقهی «ما یضمن» قابل توجیه بوده و در حقوق ما نیز پذیرفته شده است ولی حق درخواست اجرای قرارداد وجود ندارد.

واژگان کلیدی: نهي، بطلان قرارداد، آثار نهي.

۱- دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تبریز، ایران، تبریز.

مقدمه

موضوع دلالت نهی برفساد از موضوعات مهم و بنیادی علم اصول بوده که در قرون متمادی توسط فقهای علم اصول بحث و بررسیهای در خصوص آن صورت گرفته است. اثر نهی قانونگذار بر قرارداد نیز از مسائلی مهمی است که بررسی آن از نظر حقوقی در جهت روشن شدن وضعیت حقوقی قرارداد منهی عه خالی از لطف نیست. حال در صورت ورود نهی که اثر آن بطلان قرارداد منهی عه می باشد. آیا طرفین قرارداد به حال خود رها می شوند یا اینکه در خصوص حق اقامه دعوا یا اجرا یا استرداد مورد معامله حمایتی از طرف قانونگذار صورت گرفته است. در این مقاله فصد داریم مشخص نماییم که پیامدهای این نوع قراردادها در رابطه با موضوع قرارداد که ممکن است شامل حق اقامه دعوا و درخواست اجرا و استرداد مورد معامله و نهایتاً حق گرفتن جبران خسارت چگونه می باشد از نظر کاربری این تحقیق می تواند اشخاص را از حق قانونی خود آگاه نموده آثار و پیامدهای عمل حقوقی منعقد آنها را بر ایشان روشن نماید. تا کمتر در معرض نصیح حقوق خویش قرار گیرند. روش تحقیق بصورت توصیفی تحلیلی می باشد که با مراجعه به کتابخانه ها و مراکز علمی و پژوهشی و حوزه های علمی و جمع آوری نظریات فقها و حقوقدانان در قالب اصول حقوق نگاشته شده است.

۱- طرح بحث:

در این مقاله می خواهیم به این نکته پردازیم که اگر قراردادی به دلیل ورود نهی از طرف شارع باطل اعلام شد. طرفین این قرارداد چه حق و تکلیفی نسبت به همدیگر بر عهده دارند. آیا قانون نسبت به روابط اینگونه اشخاص اظهار نظری نموده است یا اینکه به لحاظ غیر قانونی بودن انعقاد چنین قراردادهایی قانونگذار قصد حمایت از آنها را ندارد بلکه خودشان باید در جهت تأمین منافع خویش اقدام نمایند. ممکن است در بعضی از موارد اظهار گردد که روابط طرفین قرارداد به لحاظ فقدان شرایط صحت است و دلیلی که قرارداد منعقد آنها باطل اعلام شده نبود یکی از شرایط صحت معاملات مندرج در قانون است بنابراین در چنین حالتی روابط طرفین و حقوق و تکالیف آنها تابع اصل مورد قبول قانون یعنی مقبوض به عقد فاسد است. یا اینکه چنین دلیلی برای بطلان معاملات در این قسمت مورد قبول واقع نگردیده. بلکه بطلان قراردادهایی مورد بحث بوده که یک قرارداد به رغم داشتن کلیه شرایط صحت معاملات مورد نهی قانونگذار قرار گرفته است پس مقبوض به عقد فاسد به طور کامل نمی تواند حقوق طرفین چنین قراردادهایی را تأمین نماید بلکه از

راههای دیگری می‌بایست به جبران حقوق از دست رفته آنها اقدام شود و یا اینکه اصلاً قانونگذار به دلیل اینکه منعقد کنندگان این نوع قراردادها نقض نظم عمومی جامعه و یا اخلاق حسنه موجود در آن کشور را مورد هدف قرار داده اند قصد حمایت از آنها را ندارد.

اولین و مهمترین حقوقی که می‌توان در مرحله اول برای این اشخاص شناخت حق اقامه دعوی و دادخواهی است و آن اینکه آیا قانونگذار امکان طرح دعوی براساس چنین قراردادهایی را مجاز دانسته است یا خیر و همچنین آیا طرفین قرارداد نهی شده حق درخواست اجرای آن را دارند و یا اینکه در صورتی که یکی از طرفین موضوع قرارداد را به دیگری تسلیم نماید آیا حق استرداد آن را خواهد داشت یا خیر و نهایتاً بحث جبران خسارت است که در این فصل بطور جداگانه به بررسی آنها می‌پردازیم. البته به لحاظ شباهت حقوق فرانسه و ایران در این خصوص و حقوق انگلیس به لحاظ اصل عرفی بودن حقوق آن کشور اختصاراً رویه حاکم در حقوق این کشورها نیز مورد مقایسه قرار گرفته است.

۲- حق اقامه دعوی

درخصوص حق اقامه دعوی باید بررسی نمود که آیا طرفین این نوع قرارداد حق طرح دعوی به استناد قرارداد منعقد کرده را دارا هستند و آیا قانون حق و حقوقی برای این شخص قائل می‌باشد یا اینکه به لحاظ اینکه طرفین چنین قراردادهایی نظم عمومی و یا اخلاق حسنه آن کشور را نقض نموده اند هیچ نوع حمایتی از طرف قانونگذار برای ایشان شناخته شده نیست و هیچ حقی بر ایشان به رسمیت نمی‌شناسد. و همچنین در صورت طرح دعوی محاکم مجاز به رسیدگی به دعوی بر مبنای چنین قراردادهایی هستند یا حق رسیدگی نداشته و بایستی به دعوی مطروحه قرار عدم استماع دعوی صادر گردد.

در حقوق فرانسه اصل بر استماع دعوی مبتنی بر چنین قراردادهایی است ولی این اصل در مواردی با محدودیت و استثناهایی روبروست. یکی از مواردی که در حقوق این کشور استثنایی بر اصل مذکور است زمانی است که قبول دعوی مدعی موجب ادامه عمل نامشروع و نیز بقای نتیجه مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. حسب رای ۳۰ مارس ۱۹۳۱ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه، که مالک روسپیخانه می‌تواند تخلیه آن را از مستأجر بخواهد مگر اینکه هدف وی از تخلیه این باشد که خود او در این محل به همان عمل اقدام کند که در این صورت تخلیه ای که خود دارای انگیزه نامشروع است قابل استماع نیست. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۸۱ به بعد).

استثناء دومی که در حقوق فرانسه وجود دارد این است که زمانی که خود مدعی دارای سوء نیت و انگیزه نامشروع بوده یا در هدف با طرف مقابل شریک باشد. دعوی استردادش مسموع نیست. نامشروع بودن انگیزه و وجود مسئولیت یا صریح است یا غیرصریح که در صورت اول اثبات وجود آن مشکل نیست مثلاً وقتی موضوع تعهد به لحاظ قانونی ممنوع باشد سوء نیت طرف صریح است. زیرا نمی توان ادعای جهل به قانون کرد. اما در صورتی که مسئولیت صریح نباشد باید در مقام اثبات وجود آن برآمد. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۸۱ به بعد).

در حقوق انگلستان نیز به دلیل حمایت از نظم عمومی قرارداد ممنوع نمی تواند مبنای دعوی قرار گیرد. ولی به عقیده بعضی از حقوقدانان آن کشور این نظریه بسیار خشن بوده و بهتر است جایگزین شود. بنابراین در حقوق این کشور نیز اصل بر عدم دادخواهی طرفین قرارداد ممنوع است.

در حقوق ایران در خصوص اینکه طرفین قرارداد نهی شده حق اقامه دعوی را قانوناً دارا می باشند و یا اینکه قانونگذار قصد حمایت از آنها را به دلیل نقض مقررات مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ندارد. نظریات متفاوتی از طرف حقوقدانان مطرح گردیده است.

قانونگذار در این خصوص حکم صریح و قاطعی را بصورت خاص ارائه نداده بلکه در بحث مربوط به عقد بیع در ماده ۳۶۶ قانون مدنی که متعاقب حکم ماده ۳۶۵ همین قانون آمده اشعار می دارد که «هرگاه کسی به بیع فاسد مالی را قبض کند باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود».

در این ماده قانونگذار لزوم استرداد اموال موضوع ماده را اعلام کرده است که استرداد آن مستلزم رسیدگی محاکم می باشد که دلیلی بر قابلیت استماع دعاوی راجع به معاملات باطل است به بیان دیگر هدف قانونگذار این بوده که فاسد بودن عقد نمی تواند دعوی استرداد عوضین قرارداد را منتفی سازد. با وجود این ماده ۶۵۴ همین قانون طی حکمی متفاوت اعلام می دارد که «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجع به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده جاری است» لذا قانونگذار براساس این ماده دعاوی که از معاملات باطل و فاسد ناشی بشود را مسموع ندانسته است.

حال به دلیل احکام متفاوتی که توسط قانونگذار اعلام گردیده ارائه نظریه واحد توسط حقوقدانان را با مشکل مواجه ساخته است هر یک با توجه به استدلال و استنباطی که از حکم مواد مذکور داشته نظریه ای را ارائه نموده است. لذا جای

این سوال است که با توجه به مواد مذکور دعوی استرداد اموالی که در اثر عقد نامشروع به دیگری تسلیم شد مسموع است یا خیر؟

یکی از حقوقدانان بدون توجه به استدلالات مذکور معتقد است که «قمار و گروبندی از مصداقهای بارز استفاده بدون جهت است و نه تنها دعوی مطالبه آن مسموع نیست بلکه اگر مالی پرداخت شده باشد قابل استرداد نیست» (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۴۳۶) در واقع براساس این نظریه چون حکم قمار و گروبندی و سایر معاملات نامشروع وفق ماده ۶۵۴ یکسان اعلام شده، بنابراین در خصوص تمامی معاملات نامشروع فقط دعوی راجع به اجرای مفاد قرارداد استماع نمی شود. اما دعوی راجع به استرداد عوض به استناد قاعده استفاده بلاجهت قابل استماع است.

ممکن است ادعا شود که هدف قانونگذار از وضع ماده ۶۵۴ ق.م این بوده که طرفین قرارداد نامشروع را از حمایتهای قانونی محروم سازد. بنابراین لازمه این امر این است که نه تنها طرفین قرارداد نامشروع حق اجرای آن را نداشته باشند بلکه برای استرداد مال پرداخت شده نیز از حمایت قانون بهره مند نشوند. از طرفی قاعده استفاده بلاجهت در حقوق کشورهای فرانسه و انگلیس نیز به عنوان مبنایی مورد قبول سیستم حقوقی آن کشورها می باشد ولی علیرغم آن با وجود این قاعده دعوی استرداد عوض در دادگاههای آن کشور غیر قابل استماع اعلام شده است. علاوه بر آن در صورتی که یکی از عوضین قرارداد نامشروع و نهی شده فعل نامشروع باشد. آیا می توان ارزش معادل فعل مذکور را از طرف مقابل درخواست نمود. به بیان دیگر اگر قبول کنیم که دعوی استرداد مالی که پرداخت شده است در محاکم قابل پذیرش بوده باید پذیرفت که در صورتی که یکی از طرفین قرارداد تعهد ناشی از قرارداد نامشروع را که عملی بوده انجام داده باشد. در مقام استرداد باید بتواند بدل تعهد را از طرف مقابل مطالبه کند زیرا نمی توان بین استرداد مال پرداخت شده و استرداد بدل یک عمل انجام یافته تفاوتی قایل شد.

همچنین اطلاق عبارت «دعوی راجع به آن مسموع نخواهد بود» مندرج در ماده ۶۵۴ این امر را به ذهن متبادر می سازد که نتوان دعوی راجع به استرداد مال پرداخت شده را از دعوی راجع به اجرای قرارداد تفکیک نمود. یعنی اطلاق ماده، شامل تمامی دعوی راجع به معاملات نامشروع است و در مقام جمع بین حکم ماده ۳۶۶ مبنی بر لزوم استرداد مالی که به بیع فاسد انتقال یافته و ماده ۶۵۴ می توان گفت که آن دسته از قراردادها که علت بطلانشان نامشروع بودن عقد است

مشمول ماده ۶۵۴ ق.م قرار گرفته و هیچ گونه دعوایی در خصوص آنها مسموع نیست. اما آن دسته از عقود که علت بطلان آن چیزی غیر از نامشروع بودن عقد است مشمول ماده ۳۶۶ ق.م قرار می گیرد.

اما به نظر می رسد این نظر از جهات مختلفی درخور ایراد باشد. چرا که اولاً براساس حکم صریح اصل سی و چهار قانون اساسی دادخواهی حق مسلم هر فرد دانسته شده است و اجازه سلب حق دادخواهی منع گردیده و از طرفی اصل ۴۹ ق.ا نیز دولت را ملکف به بازگرداندن اموال ناشی از معاملات ربوی، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت و قمار و غیره به صاحب حق و مال کرده است. لذا بر مبنای حکم این اصول قانون اساسی دادگاهها و محاکم نمی توانند به دعاوی راجع به موارد فوق رسیدگی نمایند. از طرفی امروزه نظم عمومی اقتضا می کند که طرفین دعوی و اختلافی در جامعه به حال خود رها نگردند و دادگستری مرجع عام رسیدگی به اختلافها باشد. ممکن است ادعا شود که ظاهر ماده ۶۵۴ ق.م مخالف با حکم اصول فوق می باشد. در این خصوص نیز می توان از دو جهت پاسخ داد: نخست اینکه می توان گفت که حکم ماده ۶۵۴ ق.م ناظر به اجرای قراردادهای نامشروع می باشد. لذا براساس حکم این ماده طرفین چنین قراردادهایی حق درخواست اجرای آن را از محاکم ندارند و محاکم نیز مجاز به استماع چنین دعاوی نمی باشند. دوم اینکه مطابق اصل کلی قوانین اساسی بر قانون عادی مقدم می باشد و در مقام تعارض بین قانون اساسی و قانون عادی حکم مندرج در قانون اساسی قابلیت اجرایی دارد.

بنابراین به نظر می رسد که در حقوق ایران اصل بر حق دادخواهی طرفین بوده و محاکم و دادگاهها مکلف به رسیدگی به دعاوی ناظر بر چنین قراردادهایی می باشند ولی نسبت به اجرای قراردادها همانطور که گفته شد محدودیتهایی وجود دارد که ذیلاً به بررسی آنها می پردازیم.

۳- حق اجرای قرارداد

یکی دیگر از موضوعاتی که در این خصوص قابل بررسی می باشد این است که آیا طرفین قرارداد نهی شده و نامشروع حق درخواست اجرای چنین قراردادهایی را دارند یا خیر. و همچنین در صورتی که یکی از طرفین تعهد قراردادی خود را انجام داده باشد. آیا می تواند از طرف مقابل خواستار اجرای تعهد قراردادی بشود در این خصوص باید گفت که در حقوق کشور فرانسه این نوع قراردادها به دو گروه قراردادهای دارای موضوع نامشروع و قراردادهای دارای علت نامشروع

تقسیم گردیده در صورتی که قراردادی ممنوع شد. ضمانت اجرای آن بطلان، بطلان مطلق بوده و هیچ کدام از طرفین حق درخواست اجرای چنین قراردادهایی را نخواهند داشت. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴)

در حقوق انگلیس نیز همانند حقوق فرانسه اجرای قرارداد نامشروع ممکن نیست ولی به لحاظ اینکه در حقوق این کشور بین طرف مقصر قرارداد و طرف بی تقصیر فرق قائل شده و در بعضی از موارد مربوط به موادی که طرف قرارداد دارای تقصیری نباشد حق اجرای قرارداد برای او وجود دارد و در بعضی از موارد وجود ندارد. (G.H Treitel ۱۹۸۹, p. ۴۳۸).

در حقوق ایران نیز در صورتی که قرارداد نهی شده باطل گردیده در این صورت طرف حق اجرای قرارداد را ندارد. ولی در این مورد مسئله ای که باید بررسی شود این است که اگر یکی از طرفین این قرارداد تعهد خود را انجام داده باشد در این صورت چگونه خواهد بود. مثلاً موضوع قرارداد تسلیم مالی بوده که انجام داده است در این صورت به نظر می رسد با توجه به ماده ۳۶۶ از قانون مدنی مالی را که تسلیم کرده است استرداد نماید اما در صورتی که موضوع تعهد انجام عملی بود که قابل استرداد نمی باشد در این خصوص ممکن است ادعا گردد که فعلی که موضوع قرارداد نامشروع است در عالم حقوق فاقد اعتبار و ارزش مالی است بنابراین امکان استرداد آن وجود ندارد ولی این ایراد از چند جهت قابل رفع است نخست اینکه اعمال و افعالی که موضوع قرارداد نهی شده و نامشروع هستند همگی آنها الزاماً نامشروع نیستند بلکه بعضی از آنها ممکن است بسته به مورد مشروع و یا نامشروع باشند. لذا افعال و اعمالی که مشروع هستند طبیعتاً دارای ارزش مالی و اعتباری هستند و استرداد آنها از این جهت با مانعی روبرو نیست.

دلیل دیگری که می توان در این خصوص ارائه نمود استناد به حکم بعضی از مواد قانونی است. قانونگذار در ماده ۱۰۹۹ ق.م.ا.م می دارد «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل است» بنابراین مشخص می شود که با توجه به این ماده قانونگذار در بعضی از موارد امکان استرداد عوض قراردادی را در جایی که قرارداد نهی شده باطل شده و عوض قراردادی نیز فعلی بوده که امکان استرداد آن بصورت عین موجود نبوده بلکه عملی بوده که انجام یافته و تمام شده است را قبول نموده است. ولی می توان گفت که اصل بر عدم اجرای تعهدات ناشی از قرارداد باطل است ولی در پاره‌ای از موارد متعهد را مکلف به انجام مثل تعهد طرف مقابل دانسته است.

مبنایی که می توان نسبت به این مورد قایل شد به نظر می رسد چیزی جز قاعده غرور نمی تواند باشد این قاعده که در فقه تحت عنوان اینکه مغرور شونده به مغرور کننده خود برمی گردد. و بطور پراکنده نیز در متون قانونی مبنا قرار گرفته

است. و ماده ۱۰۹۹ نیز در صورتی زن را مستحق مطالبه مهرالمثل می داند که جاهل بوده باشد. لذا از لحاظ عرفی امکان فریب خوردن برای طرف مقابل وجود دارد و در این صورت امکان درخواست انجام مثل تعهد طرف مقابل وجود خواهد داشت ولی در غیر اینصورت طرف مقابل حق درخواست اجرای عوض تعهد قراردادی را نخواهد داشت.

۴- استرداد مورد قرارداد

زمانی که یکی از طرفین قرارداد مورد و موضوع قرارداد ممنوعه را به طرف مقابل تسلیم نموده است آیا ایشان حق استرداد آن را دارد یا اینکه ایشان حق استرداد آن را نداشته و قانون حمایتی از ایشان نمی کند در این خصوص مسائلی قابل بحث است که اختصاراً به آنها می پردازیم.

۴-۱- سابقه فقهی: در خصوص حق استرداد یا عدم استرداد موضوع قرارداد در فقه مباحث زیادی توسط فقها انجام گرفته است. آنچه که در این خصوص می توان به آن اشاره کرد این است که موضوع مذکور از منظر فقهی بیانگر قاعده ای است تحت عنوان «ما یُضْمِنُ بصحیحهِ یُضْمِنُ بفاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن ضمان آور است فاسد آن نیز موجب ضمان می شود که عکس قاعده نیز قابل استناد است و آن اینکه «ما لایضمن بصحیحهِ، لایضمن به فاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن موجب ضمان نباشد. فاسد آن نیز ضمان آور نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۱۷)

البته در این خصوص قاعده دیگری نیز تحت عنوان قاعده «مقبوض به عقد فاسد» وجود دارد که می تواند مبنای ضمان و استرداد قراردادهای فاسد تلقی شود ولی به جهت اینکه این قاعده نیز بعضاً در بعضی از نوشته های فقها جزو مبنای قاعده مایضمن آورده شده است لذا تنها به بررسی قاعده مایضمن می پردازیم.

در جهت روشن شدن قضیه بایستی به تشریح قاعده پرداخت. نسبت به معنای ضمان نظریات مختلفی از طرف فقها ابراز گردیده است. بعضی معتقدند که «منظور از ضمان در اصل و عکس قاعده جبران خسارت و تلف مال بر شخص است یعنی هر عقدی که در صحیح آن جبران خسارت و تلف مال مأخوذ بر آخذ وارد می شود. در فاسد آن نیز چنین خواهد بود به عبارت دیگر در عقد صحیح که موجب مالکیت مال مأخوذ است در فرض صحت خسارت مال مأخوذ بر آخذ است. یعنی چنانچه مال تلف شود از اموال آخذ تلف شده است. در واقع آخذ مالک آن مال تلقی می شود. چرا که خسارت و تلف هر مال بر عهده مالک است و در چنین عقودی اگر مطابق موازین عقد فاسد باشد باز هم تدارک خسارت تلف مال مأخوذ بر عهده آخذ است (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۰۱، نقل از: محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۱۹)

بعضی دیگر گفته اند که منظور از ضمان در اصل و عکس قاعده تدارک و جبران مال و رد عوض است یعنی آخذ در صورت تلف، موظف به پرداخت بدل و عوض آن مال به طرف مقابل است. بدین ترتیب عقود معاوض تملیکی داخل در اصل قاعده اند و عقود اذنی و تملیکی مجانی مشمول عکس قاعده خواهند بود. به بیان دیگر در عقود معاوض تملیکی که فاسدند نیز تدارک مال مأخوذ بر عهده آخذ است بدین معنی که آخذ مؤظف است بدل و عوض آن مال را به طرف مقابل بپردازد. ولی در عقود اذنی و تملیکی غیر معاوضی فاسد همانند نوع صحیح آن آخذ هیچ مسئولیتی ندارد. (طباطبایی یزدی، ۳۷۸ ه.ق، ص ۹۴).

پس بر مبنای معنای دوم هر عقدی که در فرض صحت برای آخذ وظیفه تأدیه عوض مذکور در قرارداد به طرف مقابل ایجاد می شود در فرض فساد آن نیز آخذ مؤظف به پرداخت عوض واقعی است یکی از حقوقدانان نیز ضمن ردّ معنای ضمان در معنای اول معتقد است که با این توجیه تمامی عقود تملیکی خواه مجانی مثل هبه و وقف و خواه غیر مجانی مانند بیع و اجاره در صورت صحت برای آخذ ضمان آورند یعنی باعث می شوند که خسارت و تلف مال بر آخذ تحمیل شود. زیرا آخذ در چنین عقودی مالک می شود و در فرض تلف نیز خسارت از اموال او خارج می شود در این صورت تمام عقود تملیکی اعم از مجانی و غیر آن مصداق اصل قاعده محسوب می شوند و برای عکس قاعده تنها عقود اذنی باقی می ماند حال آنکه بسیاری از عقود تملیکی مجانی هستند و در فرض فساد موجب ضمان نیستند مانند هبه فاسد. (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۲۰).

یکی دیگر از حقوقدانان نیز ضمن تأیید نظریه دوم معنای ضمان را دادن عوض واقعی می داند و معتقد است که معنای ضمان در عقد صحیح و در عقد فاسد یکی است. و آن بازپرداخت زیان از دارایی اصلی ضامن به زیان دیده است. که با دادن عوض واقعی تأمین می شود. ولی در عقد صحیح چون عوض معینی مورد توافق طرفین و امضاء و تأیید شارع قرار گرفته باید همان عوض مسمی و معین را داد. (محمدی، ۱۳۷۴، ص ۳۱۳ به بعد).

یکی از حقوقدانان نیز در بیان معنای ضمان اعلام می دارد «به نظر ما معنی ضمان تحمل خسارت به وسیله ضامن و ورود خسارت در اموال ضامن است که در عقد بیع صحیح تحمل خسارت تلف مال مأخوذ در اثر تلف ملک منتقل الیه و در عقد فاسد، تحمل خسارت تلف در نتیجه دادن بدل مال تالف متعلق به طرف دیگر معامله است بنابراین بر اساس نظر ما

لازم نمی آید که در عقد فاسد مورد عقد داخل در مالکیت اخذ شود. تا ملتزم به تحقیق معاوضه و مبادله دو مورد عقد فاسد شویم» (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۹۴).

بنابراین آنچه که مشخص می شود حقوقدانان و فقها بر معنای ضمان اختلاف نظر داشته و هر کدام با توجه به تفسیری که از اصل و عکس قاعده کرده اند بر مبنای آن اقدام به ارائه معنایی از ضمان نموده اند لذا می توان گفت که بنابر آنچه گفتیم معنای اصل قاعده این است که هر عقدی که صحیح آن گیرنده را ملزم به رد عوض به طرف مقابل می کند. چنانچه بصورت فاسد واقع شود گیرنده شی ضامن مقبوض است به این صورت که در صورت وجود عین، آن را رد نموده و در فرض تلف مثل یا قیمت آن را تسلیم نماید. و معنای عکس قاعده نیز چنین می شود که هر عقدی که صحیح آن موجب لزوم تدارک مال به بدل المسمی نیست خواه به این جهت که عقد اذنی است و تملیکی نیست و یا به علت اینکه تملیک مجانی است فاسد آن نیز گیرنده را ضامن دادن بدل آن نمی کند.

۴-۲- مبنای فقهی قاعده

در خصوص مبنای فقهی قاعده توسط فقها نظریات متفاوتی ابراز شده است ولی آنچه قابل ذکر است اینکه در این خصوص چهار و بعضاً پنج مستند فقهی مبنای این قاعده بیان شده است. یکی از فقها یکی از مبانی این قاعده را قاعده ید می داند ایشان معتقدند که بر پایه این قاعده شخصی که به موجب عقد فاسد مالی را قبض می کند در واقع تصرف در مال غیر می کند و به علت عام بودن قاعده «علی الید ما اخذت حتی تؤدیبه» ضامن آن مال است زیرا در واقع مال شخص دیگر را بدون مجوز قانونی متصرف شده است و بنابراین ضامن مقبوض است. (شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۰۲)

یکی از حقوقدانان ضمن رد این نظریه معتقد است که این قاعده به تنهایی نمی تواند ضمان مقبوض به عقد فاسد را اثبات کند. طبق قاعده ید اگر متصرف با اذن مالک در مال تصرف کند به خاطر اذن ضمان او منتفی است و در مقبوض به عقد فاسد نیز قابض و آخذ با اذن مالک در مال تصرف کرده اند بنابراین مورد از مصادیق ید مأذون است نه غیر مأذون و چون از مستثنیات قاعده ید محسوب می شود از شمول آن خارج است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۲۳)

برخی فقها قاعده اقدام را نیز مبنای این قاعده می دانند. طبق این قاعده شخصی که از طریق معاوضه فاسد مالی را قبض می کند در ضمن معامله ملتزم به تسلیم عوض بوده است و این التزام در حقیقت اقدام به تعهد ضمنی است. و به

اصطلاح فقهی اقدام به ضمان عوض مال مقبوض است. و این اقدام موجب ثبوت مسئولیت است. (شهیدثانی، بی تا، ص ۱۸ نقل از: محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۲۴).

البته بر این نظر ایراداتی وارد شده است. ایراداتی که توسط شیخ انصاری وارد شد. اولاً دلیل بودن اقدام باید به اثبات برسد. که بر این امر دلیلی به دست نیاورده ایم. ثانیاً اینکه در اینجا اقدامی تحقق نیافته است. زیرا آنچه مورد تراضی و اقدام طرفین بوده عوض معین و مسمی بوده که مورد عقد صحیح بوده و طرفین توجهی به فرض فساد و بطلان معامله و اثر و نتیجه آن نداشته و اقدامی در آن صورت نکرده اند. ثانیاً میان اقدام و ضمان عموم خصوص من وجه است و نهایتاً شیخ انصاری پس از بیان این ایرادها و میان ادله دیگر این قاعده را مکمل ادله دیگر می داند. (محمدی، ۱۳۷۴، ص ۳۱۹)

قاعده دیگری که از مبانی این قاعده ذکر شده است قاعده لاضرر است: در واقع بر مبنای این قاعده عدم ضمان حکم ضرری بوده که قاعده لاضرر احکام ضرری را نفی می کند.

برخی از فقها نیز بهترین دلیل اثبات ضمان را در قاعده مایضمن «روایات مربوط به احترام مال مسلمان می دانند و به روایاتی نیز استناد می کند از جمله روایت «حَرَمَهُ مَالُ الْمُسْلِمِ كَحَرَمِهِ دَمِهِ» (کلینی ثقه الاسلام محمدبن یعقوب، بی تا، ص ۱۶۰ نقل از: محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۲۷) در واقع منظور این است که اموال و منافع و اعمال مشروع هیچ کس را نمی توان جز با اذن او از او گرفت و نمی توان در آنها تصرف کرد. مگر با اذن او که این امر از بنای عقلا بوده و مورد تأیید شارع نیز می باشد.

آنچه از مجموع مبانی ذکر شده برای قاعده مایضمن به نظر می رسد این است که کدامیک از این مبانی را می توان به عنوان مبنای این قاعده پذیرفت. با توجه به جمیع جوانب در اعتبار قاعده مایضمن تردیدی وجود ندارد. ولی می توان گفت که به عقیده شیخ انصاری مجموع قاعده علی الید قاعده احترام مال مسلمان قاعده لاضرر و قاعده اقدام مبنای این قاعده می باشد.

بنابراین آنچه از مجموع نظریات ارائه شده مشخص می گردد. به استناد بخش اصلی قاعده فقها در کلیه مواردی که چیزی از طریق عقد فاسد خریداری شده و به قبض مشتری درآمده است مشتری را ضامن دانسته اند به این صورت که فقها شخصی که از طریق عقد فاسد شیئی را قبض کرده نخست مالک آن نمی دانند و او را در حکم غاصب محسوب می کنند.

(شیخ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۷۰) و دیگر اینکه قابض را ضامن عین مقبوض می دانند بدین معنی که اگر عین موجود باشد عین و در صورت تلف عین مثل یا قیمت آن را به مالک بدهد.

و عکس قاعده نیز در کلیه عقود اذنی فاسد مانند عاریه و ودیعه بوده و شکل صحیح این قبیل عقود موجب ضمان نیست. مثلاً اگر مالی از طریق ودیعه ای که بطور صحیح واقع شده موجب ضمان نبوده اگر عقود مزبور بصورت فاسد واقع گردیده باشند در این صورت نیز برای طرف مقابل این عقود ضمانی نخواهد بود.

۳-۴- بررسی موضوع از نظر حقوقی: به جهت اینکه این موضوع ریشه در فقه اسلامی داشته لذا بدو سابقه فقهی آن و اینکه در فقه امکان استرداد مالی که در پی قرارداد ممنوع به طرف مقابل تسلیم گردیده وجود دارد یا خیر بررسی گردید و مشخص شد که این موضوع در فقه دارای قاعده فقهی مشخصی بوده که فقها با اتکاء به آن امکان استرداد مال تسلیم شده را توجیه می نمایند حال می خواهیم بررسی نمائیم که در حقوق کنونی و قوانین جاریه مملکتی نیز قلمرو و محدوده این قاعده چه اندازه می باشد.

حقوق کشور فرانسه ماده ۱۲۲۵ ق.م این کشور مقرر می دارد «هر پرداختی دینی را مفروض می دارد آنچه بدون استحقاق پرداخت شده قابل استرداد است. استرداد در خصوص تعهدات طبیعی که به اختیار انجام گرفته است ممکن نیست» چنانچه مشخص می شود. در حقوق این کشور بنا بر ماده مذکور عوضی که در مقام انجام تعهد فاسد و باطل پرداخت شده با توجه به عدم استحقاق طرف مقابل قابل استرداد است. دادگاههای فرانسه نیز در بسیاری از موارد طی احکامی این موضوع را تأیید نموده اند اما در بعضی از موارد دادگاههای این کشور حکم به عدم قابلیت استرداد آنچه که پرداخت شده است داده اند. به این جهت که طرف غیر قانونی نباید از عمل ممنوع خود بهره مند گردد این نظریه را در مواردی اعمال می نمایند که طرف با علم به ممنوع بودن قرارداد و غیر اخلاقی و خلاف نظم عمومی بودن آن، مورد قرارداد را به دیگری تسلیم می کند. (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴)

در حقوق انگلیس قاعده کلی این است که مالی که بر مبنای یک قرارداد نامشروع و ممنوع و فاسد پرداخت و یا منتقل شده قابل استرداد نیست. برای توجیه این قاعده به دو دلیل استناد می شد: نخست اینکه دادگاهها نباید به اشخاصی که به عمد طرف قرارداد ممنوع قرار می گیرند کمک کنند. دوم اینکه رها کردن طرفین قرارداد ممنوعه در چنگ دیگری دارای آثار بازدارنده بوده و موجب می شود که دیگران اقدام به چنین اعمالی نکنند. (Bell, ۱۹۹۱, p۸۰۵).

البته این استدلالها مورد انتقاد بعضی از حقوقدانان آن کشور قرار گرفته است. در خصوص استدلال نخست شخصی که هیچ نوع تقصیری نداشته و اقدام به انعقاد قراردادی کرده است کمک نکردن به این شخص کاملاً خلاف عدالت و انصاف است و در خصوص استدلال دوم نیز می توان گفت که در صورتی که حق استرداد به طرف قرارداد ممنوع داده شود. در بعضی از موارد بیش از رد آن در پایین آوردن میزان قراردادها^{۱۰} شروع مؤثر است. به عنوان مثال در جایی که شخصی با انعقاد یک قرارداد ممنوعه پولی را تحصیل کرده اثر بازدارندگی ناشی از نامشروع بودن قرارداد مبنی بر استرداد پول تحصیل شده بیش از اثر آن در جایی است که شخص مذکور می داند به موجب قاعده عدم استرداد طرف مقابل توان استرداد آن را ندارد. (Bell, ۱۹۹۱, p۸۰۵) با توجه به این ایرادات بعضی از حقوقدانان و نویسندگان این کشور معتقد هستند که بهتر بود به جای اتخاذ یک قاعده کلی این اختیار به قضات داده می شد. که در هر مورد با توجه به رعایت جمیع جهات و میزان تأثیر اعمال قاعده استرداد و یا عدم استرداد تصمیم بگیرند.

در حقوق ایران همانطوریکه در بحث سابقه فقهی مورد بحث و بررسی قرار گرفت و اختصاراً نیز در بحث مربوط به حق اقامه دعوی بیان شد. می توان با توجه به قاعده «مایضمن به صحیحه و یضمن به فاسده» حکم به قابل استرداد بودن مال تسلیم شده نمود.

همانطوری که در بحث مربوط به حق اقامه دعوی نیز مفصلاً اشاره شد ماده ۳۶۶ ق.م.ح. استرداد مورد معامله را در صورت فساد بیع تجویز نموده است. بنابراین بر مبنای این ماده همان قاعده مایضمن در فقه محسوب می گردد مالی که در پی عقد فاسد و ممنوع به دیگری تسلیم شده قابل استرداد است هر چند ماده ۶۵۴ قانون مدنی که دعاوی راجع به معاملات باطل را نپذیرفته است ولی با توجه به استدلالاتی که بیان شد و مشخص گردید که این ماده ناظر به حق درخواست دعاوی مربوط به اجرای قرارداد ممنوعه است و علاوه بر آن قانونگذار در چند اصل از قانون اساسی از جمله اصل ۳۴ و ۴۹ حق اقامه دعوی و نیز تکلیف دولت به استرداد اموال ناشی از معاملات باطل را تصریح نموده است. لذا شکی در قابل استرداد بودن مال تسلیم شده که بر مبنای عقد فاسد و ممنوعی بوده وجود ندارد. حال بحثی که در این خصوص مطرح است این است که آیا تمامی صور مربوط به مال تسلیم شده در پی قرارداد ممنوعه قابل استرداد است یا خیر به عبارت دیگر قابل استرداد بودن صرفاً زمانی است که عین تسلیم شده موجود باشد یا اینکه اگر عین تلف گردیده گیرنده مال موظف به رد مثل یا قیمت آن مال می باشد. و یا اینکه اگر مورد قرارداد انجام عملی بوده که به توسط یکی از طرفین انجام و خاتمه یافته

است در این صورت چگونه می توان مورد قرارداد را استرداد نمود و یا اینکه اگر موضوع قرارداد بصورت عقد معوضی نبوده بلکه از عقود اذنی یا تملیکی مجانی باشد و عوضی در مقابل آن وجود نداشته باشد. آیا این مورد نیز از مصادیق قاعده مایضمن بوده و طرف مقابل مؤظف بر استرداد عوض آن است یا خیر.

۴-۳-۱- بقاء عین تسلیم شده: آنچه در حقوق ایران مسلم است این است که در صورت بقاء عین تسلیم کننده به استناد قاعده سلطه و حق تصرف مالک بر مال خود که از مبانی قاعده مایضمن محسوب می شوند حق استرداد آن را دارا می باشند و گیرنده نیز به استناد قاعده ید ملزم به رد آن است. بنابراین براساس قواعد فقهی موجود و مسائلی که مطرح گردیده و خصوصاً قسمت اول ماده ۳۶۶ از قانون مدنی که در خصوص عقد بیع مقرر کرده که هرکس به بیع فاسد مالی را قبض کند موظف به رد آن به صاحبش می باشد. و اینکه اگرچه ماده مذکور در خصوص عقد بیع مقرر گردیده است ولی بیع خصوصیتی ندارد و این حکم در هر عقد فاسد معاوضی جاری می باشد با فرض بقاء عین گیرنده مال موظف به استرداد مالی است که تحویل گرفته است.

۴-۳-۲- تلف عین تسلیم شده: در صورتی که مال تسلیمی تلف شود در این صورت اگر قرارداد منعقد قرارداد معوض باشد به جهت اینکه قرارداد معوض ضمان آور بوده لذا در این فرض نیز گیرنده مال موظف است مثل یا قیمت آنچه را که موضوع قرارداد بوده است به طرف مقابل مسترد نماید. و صرف تسلیم مال در قراردادی که توسط قانونگذار نهی گردیده و اثر نهی نیز بطلان و فساد قرارداد منهی عنه بوده هیچ حقی برای طرف مقابل ایجاد نمی کند بلکه تحویل مال برای تحویل گیرنده ایجاد ضمان نموده و وی را مکلف به دادن مثل یا قیمت مال تسلیمی می نماید قسمت آخر ماده ۳۶۶ از ق.م نیز صراحتاً اعلام داشته که «... اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن است». و قاعده مایضمن نیز ضمان و مسئولیت گیرنده مال را اعلام می نماید.

۴-۳-۳- بررسی قاعده در عقود غیر معاوضی: در صورتی که تسلیم کننده مال را به طرف مقابل تسلیم کند اما این تسلیم برخلاف مورد پیشین در قالب عقود اذنی و یا عقود تملیکی مجانی باشد در این حالت باید دید که استرداد مال پرداختی چگونه ممکن خواهد بود. به عنوان مثال شخصی مالی را در قالب عقد هبه به دیگری می دهد یا اینکه به عنوان عاریه جهت استفاده در اختیار طرف مقابل قرار می دهد. در این صورت آنچه که قابل ذکر است این است که به نظر فقها عکس قاعده مایضمن قابل استناد می باشد بدین مفهوم که هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد فاسد آن نیز ضمان آور

نبوده لذا به عنوان مثال اگر عقد هبه یا عاریه بصورت صحیح منعقد گردد در فرض تلف آن گیرنده ضامن آن نمی باشد. در صورتی که این عقود فاسد تشکیل شود در این حالت نیز ضامن آور نمی باشند.

شیخ انصاری عکس قاعده مایضمن را بر مبنای قیاس اولویت توجیه نموده است با این بیان که وقتی عقد صحیح ضامن آور نباشد عقد فاسد به طریق اولی ضامن آور نخواهد بود.

البته بر استدلال شیخ ایراد گرفته شده است که هبه صحیح از این جهت ضامن آور نیست که موجب تملیک است و چیزی که به صورت صحیح در ملکیت گیرنده درمی آید موجب ضامن نمی شود. ولی اگر هبه فاسد باشد مالکیتی برای گیرنده بوجود نمی آورد. بنابراین موردی برای تمسک به قیاس اولویت به منظور اثبات عدم ضامن باقی نمی ماند. (خوبی، ۱۴۱۷، ص ۱۱۳ به نقل از: محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۲۲۸)

در حقوق ایران اصل بر ضامن بودن متصرف در مال غیر است هر چند که او از طرف مالک اذن و اجازه داشته باشد. مگر اینکه صراحتاً قانون متصرف را ضامن ندانسته باشد مانند موارد مندرج در ماده ۶۳۱ ق.م در نتیجه مطابق اصل کلی می توان گفت که در حقوق ایران طرف قرارداد نهی شده و ممنوع حق استرداد مالی را که به طرف مقابل تسلیم شده را دارد- علاوه بر آن قانونگذار در ماده ۶۱۰ از همین قانون مقرر می دارد «در ودیعه طرفین باید اهلیت برای معامله داشته باشند اگر کسی مالی را از کس دیگر که برای معامله اهلیت ندارد به عنوان ودیعه قبول کند باید آن را به ولی او رد نماید و اگر در ید او تلف یا ناقص شود، ضامن است» همانطور که مشخص می شود. بر مبنای حکم این ماده قانونگذار در عقد هبه فاسد که از عقود مجانی محسوب می شود نیز گیرنده مال را ضامن مال مورد ودیعه قلمداد می نماید. بنابراین در عقود اذنی یا عقود تملیکی مجانی که معوضی در قبال عوض وجود ندارد نیز اصل بر استرداد مالی است که بر مبنای قرارداد ممنوعه و نهی شده به تصرف طرف مقابل درآمده است.

۴-۳-۴- فعل ممنوعه: در صورتی که یکی از عوضین قرارداد انجام عمل ممنوع باشد آیا می توان در این صورت ارزش عمل مذکور را از طرف مقابل خواستار شد. به عنوان مثال اگر کسی اموال و کالای قاچاق را برای شخص دیگری نگهداری نماید یا مثلاً شخصی دیگری را برای تهیه و درست کردن مشروبات الکلی استخدام می نماید آیا در این صورت کارگر می تواند اجرت عمل خویش را از طرف مقابل مطالبه نماید.

قانونگذار در ماده ۱۰۹۹ ق.م.مقرر می دارد «در صورت جهل زن به فساد نکاح و وقوع نزدیکی زن مستحق مهرالمثل است» همانطوریکه مشخص می شود. در این ماده در صورتی که زن جاهل به فساد نکاح باشد مستحق اجرت عمل خویش می باشد ولی در فرضی که ایشان علم به فساد عقد نکاح داشته باشد حقی بر مهرالمثل ندارد. و نزدیکی در چنین شرایطی برای ایشان هیچ نوع حقی ایجاد نمی کند. لذا علم و جهل در این فرض تأثیرگذار بوده و کسی مستحق حمایت از طرف قانونگذار شناخته شده که جاهل بر فساد قرارداد فی مابین بوده باشد.

به عقیده یکی از حقوقدانان جهلی که در ماده مذکور توسط قانونگذار به آن اشاره شده علاوه بر جهل به موضوع شامل جهل به قانون نیز می شود. و در اینگونه موارد ادعای جهل به قانون پذیرفته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۶۳)

بنابراین به استناد ماده مذکور و قاعده غرور «المغرور و یرجع الی من غره» یعنی اینکه هرگاه کسی شخص دیگر را فریب دهد و موجب ضرر او گردد باید از عهده ضرر برآید طرف مقابل موظف است در صورت جهل طرف مقابل اجرت المثل عمل ایشان را پرداخت نماید.

۵- حق درخواست جبران خسارت

یکی دیگر از مسائلی که در بحث مربوط به آثار و پیامدهای قراردادهای نهی شده که نتیجه آن فساد و بطلان قرارداد بود. حق درخواست جبران خسارت است با این توضیح که اگر به جهت باطل شدن قرارداد نهی شده خسارتی به علت عدم اجرای قرارداد به یکی از طرفین قرارداد وارد شود آیا ایشان می تواند از طرف مقابل خواستار جبران خسارت شود.

با توجه به تأثیر علم و جهل در موضوع می توان گفت که در صورتی که زیان دیده با علم اقدام به ضرر یا انجام فعل زیانبار یا اقدام به پذیرش آن می کند در این صورت چنین ضرری قابل جبران نخواهد بود. چرا که ایشان عالماً اقدام به ضرر خود نموده است و مطابق با قاعده اقدام در صورت ورود ضرر چنین ضرری قابل جبران نخواهد بود. و زیان دیده نیز حق درخواست جبران خسارت از طرف مقابل را نخواهد داشت.

ولی آنچه که در این میان قابل بحث است. این است که زیان دیده جاهل بر ممنوع و غیر قانونی بودن قراردادی بوده که توسط خودشان منعقد گردیده است. در این فرض باید مشخص نمود که ایشان حق درخواست جبران خسارت را در صورت عدم اجرای قرارداد و ورود ضرر خواهند داشت یا اینکه جبران خسارت در قراردادهایی که برخلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه بوده و یا از جهات دیگر مورد نهی شارع واقع گردیده اند، مقدور نمی باشد.

در حقوق موضوعه کشورمان آنچه به نظر می‌رسد این است که همانطوریکه در بحث مربوط به حق اقامه دعوی از طرف منعقدکنندگان قرارداد ممنوع و نهی شده مورد بررسی قرار گرفت ممکن است در بادی امر چنین به نظر برسد که قانونگذار بطور صریح و قاطع در این خصوص در ماده ۶۵۴ از ق.م.تعیین تکلیف نموده است. که کلیه دعاوی مربوط به معاملات و تعهدات نامشروع قابلیت استماع ندارد و چون قابلیت استماع ندارد در واقع منظور این بوده که چنین حقی برای خسارت دیده از چنین قراردادی قانوناً به رسمیت شناخته نشده است. لذا جبران خسارت شخص زیان دیده قانوناً امکانپذیر نمی‌باشد. مگر جبران خسارت در قراردادهایی که مشمول ماده ۳۶۶ از این قانون بوده که صرفاً در این حالت می‌توان به جبران خسارت اقدام نمود.

ولی به نظر می‌رسد این استدلال قابل تأمل باشد. چه اینکه اولاً چنانچه پیشتر نیز در مباحث گذشته به آن اشاره کرده ایم. ماده ۶۵۴ قانون مدنی در واقع منصرف از استدلالی است که بیان شد. به واقع می‌توان گفت از جمله قاعده غرور که طرف مقابل موضوع و مورد قرارداد را طوری جلوه داده که موجب غرور شخص زیان دیده گردیده که با جمع بین حکم این ماده و سایر قواعد حقوقی قانونگذار نیز این قاعده را به عنوان قاعده مسلمی در ماده ۳۲۵ از ق.م. پذیرفته و اعلام داشته که «اگر مشتری جاهل به غصب بوده و مالک به او رجوع نموده باشد او نیز می‌تواند نسبت به ثمن و خسارات به بایع رجوع کند و ...» و سایر قواعد حقوقی می‌توان گفت که در حقوق ایران حق جبران خسارت برای شخص زیان دیده از چنین قراردادهایی پذیرفته شده است و در جمع بین این ماده و ماده ۳۶۶ با ماده ۶۵۴ می‌توان گفت که ماده ۶۵۴ ناظر بر حق درخواست اجرای قرارداد نهی شده مخالف با نظم عمومی و اخلاق حسنه می‌باشد که در این باب نیز همانطوریکه گفته شده حق درخواست اجرای قرارداد ممنوع در حقوق کشور ایران وجود ندارد. بنابراین با استناد به موادی که عنوان گردیده مسئولیت و ضمان طرف قرارداد را نسبت به شخصی که جاهل به ممنوع بودن قرارداد و فساد آن بود. می‌توان به عنوان قاعده مسلم پذیرفت و او را مسئول جبران خسارت طرف جاهل دانست.

نتیجه گیری

در خصوص وضعیت حقوقی قراردادهای منهی عنه نمی توان نظر واحد و جامعی را ارائه داد و بنابراین وضعیت حقوقی هر قرار داد باید بطور جداگانه مورد بررسی قرار داد و وضعیت حقوقی آن را روشن نمود. در صورتی که قراردادی صحیح باشد مشکلی در اجرای آن بوجود نخواهد آمد ولی در صورت باطل شدن قرارداد منهی عنه طرفین حق اقامه دعوا و استرداد موضوع قرار داد را به لحاظ قاعده ما یضمن و بعضی مبانی دیگر دارند در صورت مغرور شدن نیز با استناد قاعده غرور حق دارخواست جبران خسارت وارده را نیز دارا هستند ولی به هیچ عنوان حقاً در خواست اجرای قرارداد نهی شده را ندارند در حقوق انگلستان قاعده کلی این است که پول یا مال پرداخت شهر مبتنی بر تعهدناشی از قرارداد ممنوع قابل استرداد نیست ولی در حقوق فرانسه اصل بر قابلیت استرداد بوده ولی در بعضی از آراء صادره حکم بر عدم استرداد نیز صادر شده است یعنی در واقع با محدودیتهایی روبروست.

فهرست منابع

الف) کتاب

- ۱- امامی، ح، ۱۳۸۲، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، جلد یک، چاپ بیست و سوم.
- ۲- جعفری لنگرودی، م، ۱۳۷۲، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم.
- ۳- سنهوری، ع، بی تا، انتقال و سقوط تعهدات، ترجمه علیرضا امینی، محمدحسین دانش کیا، منصور امینی، تهران، مرکز ترجمه و نشر کتاب.
- ۴- شهیدی، م، ۱۳۸۸، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، جلد ۲، چاپ پنجم.
- ۵- ----- م، ۱۳۸۰، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، جلد اول، چاپ دوم.
- ۶- ----- م، ۱۳۸۳، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم.
- ۷- ----- ن، ۱۳۷۹، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- ۸- ----- ن، ۱۳۸۴، حقوق مدنی، دوره عقود معین، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، جلد ۱، چاپ نهم.
- ۹- ----- ن، ۱۳۸۳، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، جلد ۱، چاپ ششم.
- ۱۰- ----- ن، ۱۳۸۱، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم.
- ۱۱- محقق داماد، م، ۱۳۸۰، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، تهران، انتشارات سمت، چاپ هفتم.
- ۱۲- محمدی، أبو الحسن، ۱۳۷۹، مبانی استنباط حقوق اسلامی- اصول فقه، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم.
- ۱۳- ----- ا، ۱۳۷۴، قواعد فقه، تهران، انتشارات یلدا، چاپ دوم.

ب) کتاب (عربی)

- ۱۴- انصاری، م.، ۱۴۱۰، مکاسب، بیروت، موسسه النعمان.
- ۱۵- ----- م.، ۱۴۱۵، فرائد الاصول، قم، کنگره بزرگداشت شیخ، چاپ اول.
- ۱۶- جبعی عاملی، ز.، (شهید ثانی)، ۱۳۶۷، شرح لمعه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ سوم.
- ۱۷- حسینی المراغی، ع.، ۱۴۱۸، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی، الطبعة الاولى.
- ۱۸- خویی، ا.، ۱۴۱۷، مصباح الفقاهه، مقرر محمد علی توحیدی، قم، مؤسسه انصاریان، چاپ چهارم.
- ۱۹- طباطبایی یزدی، م.، ۱۳۷۸، حاشیه بر مکاسب، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۲۰- کرکی، ع.، (محقق ثانی)، ۱۴۰۸، جامع المقاصد، قم، موسسه آل البيت، چاپ اول.

۲۱- Bell, ۱۹۹۱, French law of contract, oxford, ۳th ed.

۲۲- Treitel, G.H. ۱۹۹۷, An Outline of Law of Contract, Butterworths ۷th ed.