

بررسی حقوقی نامشروع بودن مورد تعهد

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۱۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۲/۰۳/۱۸)

دکتر رضا بیرانوند^۱

سمیه کاظمی

چکیده

تعهد یعنی وظیفه یا ضمانتی در مقابل کسی یا برای چیزی و خود را ملزم به انجام کاری دانستن. تعهد شخصی یعنی کارهایی که به خاطر وظایف و التزامهایی انجام می‌شوند. این وظایف و التزامها ممکن است توسط خود شخص تعیین شده باشند، وظایفی دو طرفه و دوجانبه باشند یا به روشنی مکتوب شده باشند. در برخی موارد این تعهد که زاده توافق طرفین معامله و عقد است به دلایلی نامشروع است و قانون آن را به رسمیت نمی‌شناسد. باید توجه داشت نامشروع بودن موضوع تعهد اعم است از آن که کار حرامی مورد تعهد قرار گیرد یا کاری که از نظر شرع واجب است تعهد به ترک آن شود. بنابراین اگر شخص ضمن قرارداد متعهد شود که نفقه افراد واجب النفقه خود را نپردازد نمی‌توان آن را صحیح قلمداد کرد. در این مقاله قصد داریم بررسی حقوقی نامشروع بودن مورد تعهد پردازیم و این موضوع مهم را با نتایجی که بر عقد و رابطه حقوقی طرفین قرارداد می‌گذارد مورد شناسای قرار دهیم. روش تحقیق از نوع تحلیلی-توصیفی بوده و ابزار گردآوری اطلاعات و داده‌ها با استفاده از فیش برداری و بهره‌ای از کتب و مقالات و منابع اینترنتی و کتابخانه‌ای می‌باشد.

واژگان کلیدی: تعهد نامشروع، عقد، جهت معامله، مشروعیت عقد، شروط باطل و مبطل، بطلان

عقد

بخش اول: بررسی و شناخت نامشروعیت مورد تعهد

منظور از نامشروع بودن، غیرقانونی بودن به معنی وسیع کلمه و به دیگر سخن، مخالف قواعد آمره است. در هر مورد که جهت معامله برخلاف قواعد آمره و نظم عمومی باشد نامشروع تلقی می‌شود، هرچند که نص قانونی در آن مورد وجود نداشته باشد، مانند اجاره یا خرید وسیله نقلیه به منظور عبور غیرقانونی از مرز یا خرید انگور برای تهیه نوشابه الکلی و خرید لوازم و مواد اولیه برای ساخت اسلحه غیر مجاز. ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌گوید: شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست:

۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد.

۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.

۳- شرطی که نامشروع باشد.

یکی از حقوقدانان برجسته کشورمان در توضیح بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی می‌گوید منظور ماده از شرط نامشروع، شرط بر خلاف قوانین موضوعه کشوری است. چیزی که انجام آن غیرمشروع است در عالم حقوق انجامش غیرمقدور می‌باشد و قانون از مشروط له برای انجام چنین شروطی حمایت نمی‌کند. چیزی را که قانون از آن حمایت ننماید حق محسوب نمی‌گردد و در عالم حقوق بلااثر است. علم و جهل طرفین یا یکی از آنها به نامشروع بودن شرط، تأثیر در این امر نمی‌کند. شرط نامشروع اعم است از آنکه انجام امری باشد که قانون جرم شناخته باشد مانند کسی که در عقد بر دیگری شرط نماید که خانه فلان شخص را آتش بزند و یا آنکه عدم انجام امری باشد که تکلیف قانونی است چنانکه در ضمن عقد کسی بر دیگری شرط کند که نفقه زوجه دائمه خود را ندهد. از اقسام شرط نامشروع شرطی است که بر خلاف حکم قانونی باشد، مانند آنکه ضمن عقد نکاح شرط شود که حق طلاق با زوجه باشد و یا آنکه زوج حق طلاق زوجه خود را ندارد، زیرا طبق ماده ۱۱۳۳ ق.م.مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق بدهد، زیرا چنانکه از مواد مربوط به طلاق معلوم می‌گردد اختیار زوج در طلاق حکم است و قابل انتقال و اسقاط نمی‌باشد و شرط مزبور بر خلاف قانون است.^۱ یکی از حقوقدانان برجسته فقید کشورمان می‌گوید منظور از مشروع بودن شرط، ممنوع نبودن آن به حکم قانون است نه اعلام مجاز بودن آن در قانون، همچنین منظور از شرط نامشروع این نیست که ارتکاب آن جرم نباشد، بلکه منظور

هر عمل بدون مجوز قانونی است که در برابر روح مقررات، عملی ناپسند باشد. مانند آنکه در عقد بیع شرط شود که خریدار از انجام تعهدی که در برابر شخص ثالث دارد خودداری کند یا عملی را که بر خلاف اخلاق حسنه یا نظم عمومی است انجام دهد. بنابراین هر شرطی که با قانون مغایر باشد نامشروع بوده و باطل است (الممنوع شرعاً کالممنوع عقلاً) و در حال حاضر قانون و شرع هر دو مفهوم واحدی دارند.^۱

در خصوص بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م. یکی از حقوقدانان کشورمان می‌گوید شرطی را نامشروع می‌گویند که با قوانین امری یا نظم عمومی و اخلاق حسنه منافی باشد. مقصود ماده ۲۳۲ تنها حمایت از قانون در برابر قراردادهای خصوصی نیست قانونگذار با به کار بردن اصطلاح نامشروع خواسته است اخلاقی بودن شروط را نیز تامین کند، پس این گونه شروط را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱- شرط بر خلاف قانون

۲- شرط بر خلاف نظم عمومی و اخلاق پسندیده

شرط بر خلاف قانون: شرط خلاف قانون در صورتی باطل است که امری بودن آن مسلم باشد. بنابراین اگر طرفین، محل سکونت زن یا تسلیم مبیع را به تراضی تغییر دهند، اجرای شرط با هیچ مانعی روبه رو نخواهد شد (مواد ۳۷۵ و ۱۱۱۴ ق.م) زیرا در مورد قوانین تکمیلی و تفسیری مقصود قانونگذار تعبیر اراده اشخاص و کامل ساختن قراردادهای ناقص است و شرط کردن بر خلاف آنها زیانی به این هدف نمی‌رساند. شرط خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه: قاعده‌ای مربوط به نظم عمومی است که در اصولی قرار دارد که دولت در انجام وظایف خود، باید از آن پیروی کند خواه این نظم مربوط به سیاست و اقتصاد یا امور اداری یا خانواده باشد. غالب قواعد مربوط به نظم عمومی ناشی از قوانین امری است ولی گاهی اتفاق می‌افتد که قراردادی با هیچ یک از مواد قانون منافات ندارد و با وجود این، به دلیل مخالفت با اخلاق حسنه و جریحه‌دار کردن احساسات مردم با نظم عمومی برخورد پیدا می‌کند، برای مثال تعهدی که برای راضی ساختن زنی به ایجاد رابطه نامشروع می‌شود در هیچ ماده منع نشده است در حالی که بی‌گمان با نظم عمومی مخالف است. نکته مهمی که یادآوری آن ضرورت دارد این است که نامشروع بودن جهت شرط، برای بطلان

^۱ شهیدی، مهدی. شروط ضمن عقد، ش ۲۶

آن کافی است، زیرا نه تنها این امر از اطلاق ماده ۲۳۳ به خوبی بر می آید، منطقی هم نیست که قانون مشروعیت جهت را در قراردادهای اصلی منع کند و در عقود تبعی مباح شمارد.^۱

بخش دوم: شناسایی حقوقی انواع و اقسام نامشروع بودن

گروهی از حقوقدانان کلمه نامشروع مذکور در بند ۳ ماده ۲۳۲ (ق.م) را خواسته‌اند به شرط خلاف اخلاق و مصالح عمومی نیز سرایت دهند و برای این کار از ماده ۹۷۵ (ق.م) یاری جسته‌اند که دادگاه را از به موقع اجرا گذاشتن قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی مخالف اخلاق حسنه و نظم عمومی باز می‌دارد. یکی از حقوقدانان^۲ کشورمان می‌گوید ما این استدلال را قوی نمی‌دانیم چون ماده ۲۳۲ در مقام بیان و احصاء تمامی موارد شروط باطل است. این اطلاق که در لسان علماء معانی و بیان اطلاق مقامی نامیده می‌شود، بیانگر این است که اگر شرط دیگری لازم بود، در همین مجال لازم‌الذکر بود. البته در مورد ماده ۹۷۵ (ق.م) تردیدی نیست که از قانون فرانسه تبعیت شده است. به هر حال در حقوق اسلام شرط مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه به این مضامین وجود ندارد و هر جا که از نامشروع بودن شرط سخن به میان آمده، منظور عدم مخالفت با کتاب الله و سنت رسول و یا همانطور که شیخ انصاری فرمود «ما کتب الله علی عباده» می‌باشد. البته در فقه نیز در مواردی مضمون ما کتب الله، از مقوله حق است، و در بعضی موارد، حکم شرعی است. فرق بین حکم و حق این است که حق قابل اسقاط، انتقال و ارث می‌باشد در حالیکه حکم شرعی چنین قابلیت‌هایی را ندارد. این تقسیم‌بندی معادل تقسیم‌بندی که در حقوق فرانسه از تقسیم قوانین به قوانین امری و تفسیری می‌تواند باشد. در حقوق فرانسه، برای تمیز شرط خلاف قانون از دیگر شروط، قوانین را به قوانین امری (Les règles impératives) و قوانین تفسیری (Les règles supplétives) تقسیم نموده‌اند. شرط خلاف قوانین امری یا خلاف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نمی‌توان نمود (ماده ۱۱۷۲ کدسیویل) ولی شرط خلاف قوانین تفسیری اشکال ندارد. در فرانسه تلاش‌های زیادی برای تمیز این دو سری قانون داده شده‌است و ملاکهای بسیاری بدست داده‌اند ولی بدرستی تمیز این موارد روشن نیست و باید در هر مورد از قرائن و امارات ویژه باری خواست. در قانون مدنی ما نیز آنجا که سخن از نامشروع بودن شرطی می‌شود، مراد شرطی است که مخالف قواعد آمره باشد. در بعضی عقود به لحاظ ویژگیهای منحصر به فردشان

^۱ کاتوزیان، ناصر. اعمال حقوقی قرارداد ايقاع، ص ۳۰۴، ش ۳۰۱

^۲ دیانی، عبد الرسول، مقاله شرط فعل در حقوق ایران و فرانسه، ص ۴۳

مصادیق بخصوصی از شروط نامشروع ذکر شده است. مثلاً در عقد نکاح شرط خیار فسخ برای یکی از زوجین یا برای ثالث (ماده ۱۰۶۹ ق.م) یا شرط فسخ نکاح برای زوج یا انحلال خود بخود عقد نکاح در صورت عدم پرداخت مهریه زن توسط شوهر تا تاریخ معین^۱ نفی شده است. اگر بپذیریم که مورد عدم مخالفت با اخلاق حسنه نیز باید به قانون مدنی اضافه شود، می‌توان مثال‌های ذیل را برای شرط مخالف اخلاق حسنه آورد. اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که زنی برای تمتعات غیر از دخول در هر یک ساعت، به ازدواج موقت با مردان متعدد درآورد یا مردی با زانیه ازدواج موقت کند، هر چند در فقه امامیه بلاشکال است، ولی باید آنرا از موارد خلاف اخلاق حسنه شمرد. به نظر می‌رسد در فقه مواردی وجود دارد که می‌تواند از مصادیق خلاف اخلاق حسنه بشمار آیند. مثلاً در مواردی انجام بعضی از کارها برای بعضی از اشخاص خلاف مروئت تلقی شده است. بنابراین اگر مثلاً در عقد بیع شرط شود که امام جمعه مسجد در ملاء عام ساندویچ بخورد یا قاضی شهر روزی دو ساعت در حمام لنگ در اختیار مردم قرار دهد، این شروط اگر به دلیل غیر عاقلانه بودن باطل نشوند، به دلیل خلاف اخلاق حسنه باطل هستند. در فقه گفته شده این اعمال، فرد را از عدالت ساقط می‌کند. به هر حال، خلاف اخلاق حسنه و یا خلاف نظم عمومی بودن، عناوین مستقلی از مشروع بودن بشمار می‌روند که تفصیل آن را در قواعد عمومی قراردادها باید جستجو نمود.

بخش سوم: عمل نامشروع به عنوان موضوع اصلی قرارداد

مورد معامله ممکن است مال، عمل، تعهد و یا شخص باشد. مال نیز ممکن است عین، منفعت و یا حق مالی باشد. اگر مورد معامله عمل باشد آن عمل ممکن است انجام کار یا خودداری از انجام آن باشد. کار نیز ممکن است «عملی مادی» همچون کشیدن یک تابلوی نقاشی و یا «عمل حقوقی» همچون انتقال ملک در تاریخ معین باشد. چنانکه خودداری از انجام کار نیز ممکن است ترک عمل مادی (مثل تعهد به خودداری از باز کردن پنجره مشرف به خانه همسایه) و یا ترک عمل حقوقی (مثل تعهد به ترک معامله‌ای خاص با شخص ثالث) جلوه کند. اگر موضوع عقد، تعهد به انجام کاری است؛ باید آن کار از نظر شرعی مجاز و در نظر عقلا دارای منفعت باشد به گونه‌ای که پرداخت در ازای آن سفیهانه قلمداد نگردد؛ چنان که باید کار موضوع تعهد در توان متعهد بوده، خصوصیاتش برای دو طرف معلوم و معین باشد. برخی از فقیهان پیشین، افزون بر شرایط بالا،

پاک بودن مورد معامله را قید کرده و به دنبال آن، فروش چیز نجس را باطل دانسته‌اند؛ ولی ذکر این شرط در زمره شرایط مورد معامله جای تردید دارد. آنچه هست، حرمت خوراندن چون «تسیب به فعل حرام»^۱ محسوب می‌شود. خواه این تسیب به صورت مادی باشد، چنان که غذای نجس را در اختیار مهمان بگذارد و یا به صورت حقوقی، چنان که غذای نجس را بدون اعلام نجاست آن به دیگری بفروشد.^۲ اصطلاح «مورد معامله» با «موضوع عقد» تفاوت دارد. موضوع چیزی است که نهاد عقد برای آن وضع شده است. مثلاً موضوع عقد بیع «تملیک عین»، موضوع عقد اجاره «تملیک منفعت» و موضوع عقد وکالت «نیابت وکیل» است؛ در حالی که مورد معامله، مال یا عملی است که تملیک و تعهد بدان تعلق می‌گیرد. بدین ترتیب می‌توان مورد معامله را «متعلق موضوع عقد» دانست؛ یعنی همان چیزی که دو طرف در هنگام عقد نسبت به آن تصمیم می‌گیرند و تمام توجه خویش را به رسیدن به آن معطوف می‌دارند.^۳

موضوع عقد، مورد تحقق اثر حقوقی عقد (یعنی انتقال آن یا تعهد نسبت به آن) است و جهت عقد، امری خارج از آن است.^۴

هر عقد دارای یک موضوع است که ممکن است تملیک یا تعهد و یا سقوط تعهد باشد. این امور به مال یا عمل تعلق می‌گیرد و به آن «مورد معامله» می‌گویند که فقها از آن به «معهود علیه» تعبیر می‌کنند و در عقود معاوضی تعبیر «عوضین» را به کار می‌برند. بنابراین می‌توان گفت مورد معامله عبارت است از مالی که طرف عقد آن را تملیک می‌کند و یا عملی است که طرف عقد به انجام یا ترک آن تعهد می‌کند. در صورتی که مورد معامله عمل باشد این عمل باید مشروع باشد و الا معامله باطل خواهد بود مانند اینکه مورد قرارداد، مضروب ساختن شخصی به وسیله طرف قرارداد باشد. ماده ۵۷۰ ق.م.مقرر داشته است: «جعل بر عمل نامشروع و یا بر عمل غیر عقلایی باطل است». روشن است که در این حکم جعل بر عمل خصوصیتی ندارد و اجاره شخص بر عمل نامشروع و یا هر نوع قرارداد دیگری نسبت به آن باید باطل شمرده شود. زیرا عمل نامشروع ممنوع است و عمل ممنوع نمی‌تواند مورد قرارداد واقع شود و چنین عملی در قانون احترام و ارزش اقتصادی ندارد و

۱. یزدی، العروه الوثقی، ج ۱، ص ۹۲، مسئله ۳۲؛ صدر. بحوث فی شرح العروه، ج ۴، ص ۳۴۱

۲. محقق داماد، سید مصطفی و ابراهیم عبیدی پور و جلیل قنوتی و سید حسن وحدتی شیرازی. حقوق قراردادها در فقه

امامیه، ج ۲، ص ۳۷۹

۳. همان، ص ۳۷۷

۴. شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۳۶

قراردادن عوض در برابر آن و تعهد نسبت به آن باطل است.^۱ در فقه امامیه مشروع بودن عمل مورد عقد اجاره در اجاره اشخاص شرط صحت عقد اجاره اعلام شده است.^۲

اصل «لزوم مشروع بودن مورد معامله» صرفاً پیروی از حکم قانون نبوده و از مبانی دیگری همچون سیره عقلا، دلیل عقل، عرف و... نیز استنباط می‌شود. ماده ۲۱۴ ق.م.مقرر داشته: «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کنند». در ماده ۲۱۵ قانون مدنی در بیان شرایط مورد معامله، لزوم مشروعیت منفعت مورد معامله بعنوان یک اصل حقوقی مطرح شده است. ماده ۲۲۳ ق.م.مقرر داشته: «شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست.

- شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد
- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد.
- شرطی که نامشروع باشد».

در حقوق فرانسه مشروع بودن عمل مورد تعهد، شرط صحت عقد می‌باشد. منظور از عمل نامشروع مطابق نوشته های حقوقی تنها عمل مجرمانه و قابل مجازات نیست، بلکه هر عمل مخالف نظم عمومی است مانند تعهد به کار در ساعات اضافی نسبت به مقررات قانونی. در حقوق ایران نیز عمل نامشروع شامل اعمال قابل مجازات و اعمال خلاف نظم عمومی و اعمال خلاف شرع می‌باشد. در عاریه، مانند اجاره و حق انتفاع در حقیقت منفعت مورد عقد قرار می‌گیرد، این است که منفعت مورد عقد عاریه، باید عقلانی و مشروع باشد. چون ممکن است شیئی واحد دارای چندین منفعت باشد که بعضی مشروع و بعضی دیگر غیر مشروع باشد، بنابر مستفاد از ذیل ماده «۶۳۷» ق.م. ۳ در صورت اطلاق، منفعتی که عقلانی و مشروع است منفعتی است که در عاریه مقصود می‌باشد، زیرا آن منفعت است که ممکن است مورد عقد عاریه صحیح واقع شود. و طبق ماده ۲۲۳ ق.م «هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم

^۱ شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۱۰

^۲ نجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۳

^۳ - هر چیزی که بتوان با بقای اصلش از آن منتفع شد، می‌تواند موضوع عقد عاریه گردد. منفعتی که مقصود از عاریه است منفعتی است که مشروع و عقلایی باشد

شود». هرگاه شیء واحد دارای چند منفعت باشد و منفعت غیرمشروع آن مورد عاریه قرار گیرد، عاریه باطل خواهد بود.^۱

ماده ۱۹۰ ق.م ایران مشروعیت جهت معامله را یکی از شرایط اساسی صحت معامله شمرده است و ماده ۲۱۷ ق.م مقرر می‌دارد: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است». جهت به معنی انگیزه یا داعی آمده است و مفاد ماده بالا این است که در زمان انشای عقد، لازم نیست که طرفین انگیزه خود را از تشکیل معامله بیان کنند، لکن اگر آن را به زبان آورند این انگیزه باید مشروع باشد و در صورت نامشروع بودن آن، معامله باطل است. مثلاً هرگاه انگیزه خریدار خانه در زمان انشای عقد، اختصاص دادن آن مکان به انجام قمار یا روابط نامشروع باشد، هرگاه این انگیزه را ابراز نکند معامله خانه صحیح است ولی اگر آن را بیان کند، این معامله باطل است. نویسندگان قانونی مدنی ایران، شرط کردن مشروعیت جهت معامله را در ماده ۱۹۰ از ماده ۱۱۰۸ ق.م.ف و مقررات ماده ۲۱۷ را از محتویات ماده ۱۱۳۱ ق.م.ف با رعایت مبانی فقهی مربوط و نیز با انجام تغییراتی اقتباس کرده‌اند. ماده ۱۱۳۱ ق.م. فرانسه اعلام می‌دارد: «تعهد بدون سبب یا مبتنی بر یک سبب فاسد یا یک سبب نامشروع نمی‌تواند هیچگونه اثری داشته باشد».

نویسندگان قانون مدنی ایران، در ماده ۲۱۷ واژه «جهت» را به جای واژه «سبب یا Cause» مذکور در ماده ۱۱۰۸ ق.م.ف. مورد توجه قرار داده‌اند و بر خلاف قانون مدنی فرانسه که سبب به تعهد اضافه شده، در قانون مدنی ایران، جهت به معامله نسبت داده شده است. با ملاحظه مواد مربوط در قانون مدنی فرانسه، معلوم می‌شود که نویسندگان این قانون، «سبب» را بدون تفاوت گاهی به تعهد (در ماده ۱۱۳۱) و گاهی دیگر به عقد (در ماده ۱۱۳۲) نسبت داده‌اند و این وضعیت در حقوق مدنی فرانسه، مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است. به عقیده ایشان، نویسندگان قانون مدنی فرانسه، همان اشتباهی را که در مخلوط کردن موضوع عقد و موضوع تعهد مرتکب شده‌اند در مورد علت عقد و علت تعهد تجدید کرده‌اند، علت عقد، انگیزه و هدفی است که هر یک از طرفین را وادار به تشکیل عقد می‌کند که این علت در نزد اشخاص متفاوت است، در حالی که علت تعهد، آن هدفی است که طرف عقد برای رسیدن به آن، تعهد می‌کند و این علت همواره نسبت به همه اشخاص در مصادیق هر نوع عقد یکی است که عبارت است از بدست آوردن چیزی

که طرف دیگر متعهد به تسلیم آن می‌گردد. به این ترتیب، علت عقد در نزد این حقوقدانان، همان عاملی است که در حقوق ایران «جهت عقد» نام گرفته است که با علت عقد در حقوق ایران که سبب بی واسطه است، متفاوت است. در قانون مدنی ایران علت عقد یا علت تعهد بر خلاف عقد، مستقیماً مورد وضع قانونگذاری قرار نگرفته است. لیکن در ماده ۲۰۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «اشتباه در شخص طرف به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمدۀ عقد بوده باشد». از علت عمدۀ عقد بودن شخصیت طرف، نام می‌برد و اشتباه در آن را باعث بطلان عقد معرفی کرده است. به این ترتیب می‌توان گفت تئوری علت عقد، علاوه بر جهت عقد مورد توجه نویسندگان قانون مدنی ایران بوده است، هرچند نه به عنوان شرط دیگر صحت معامله. در فقه امامیه، بیع انگور جهت تهیه شراب و بیع چوب برای ساختن بت، به این دلیل که کمک به گناه است به استناد آیه قرآن^۱ و احادیث معتبر فقهی حرام و معامله آن باطل است.^۲ به نظر عده‌ای از فقها، معامله در صورتی باطل است که استفاده نامشروع به صورت شرط یا مبنای عقد مورد لحاظ طرفین معامله قرار گیرد و در صورتی که صرفاً به عنوان داعی و هدف دانسته یا بیان شود، معامله صحیح و فقط مکروه خواهد بود.^۳ به طوری که ملاحظه می‌شود در فقه امامیه نیز جهت عقد، مورد توجه قرار گرفته و علت عقد یا علت تعهد، در معنی مستقیم آن، مورد بحث واقع نشده است. نویسندگان قانون مدنی ایران با این که مقررات قانون مدنی فرانسه و نوشته های حقوق فرانسه را در مورد سبب یا علت عقد یا تعهد، مورد توجه داشته‌اند از وارد ساختن مستقیم تئوری علت بی‌واسطه عقد یا تعهد در قانون مدنی ایران خودداری کرده، لکن علت بی‌واسطه عقد را که نام «جهت معامله» را برای آن برگزیده‌اند در ماده ۲۱۷ ق.م موضوع حکم قرار داده‌اند. به نظر می‌رسد دلیل پرهیز نویسندگان قانون مدنی ایران از وارد کردن تئوری علت بی‌واسطه عقد یا تعهد، تصنعی بودن علت تعهد و بی‌فایده بودن طرح علت عقد، با وجود تئوری تقابل و مفهوم عوض در موضوع معاملات معوض باشد.

۱. سوره مائده: آیه ۲ (...وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ)

۲. انصاری، مرتضی. مکاسب، ج ۱، ص ۴۵

۳. نجفی، شیخ محمد حسن. جواهر الکلام، ج ۸، ص ۱۹؛ حسینی عاملی، سید محمد جواد. مفتاح الکرامه، ج ۴، ص

۳۷؛ انصاری، مرتضی. مکاسب، ج ۱، ص ۴۵ به بعد

بخش چهارم: بررسی عمل نامشروع به عنوان موضوع شرط ضمن عقد

• نظریه بطلان شرط و عقد

گروهی از فقیهان بطلان شرط را در همه موارد باعث بطلان عقد می‌دانند. دلیل عمده این گروه، برهم خوردن پایه تراضی در صورت فساد و حذف شرط است. بعضی نیز فساد شرط را باعث مجهول ماندن عوض متقابل آن دانسته‌اند و به این اعتبار که معلوم نیست با حذف شرط چه میزان از عوض باقی ماند، عقد را باطل دانسته‌اند.^۱

هرگاه پیوند شرط و عقد چنان باشد که آمیزه‌ای از آن دو «رکن مطلوب باشد» یا بطلان شرط به یکی از اوصاف ضروری عقد صدمه بزند، باید هر دو را باطل دانست. نکته‌ای که گاه از نظرها دور می‌ماند و در بحث فساد عقد باید در نظر داشت این است که چهره فرعی شرط امری است که از ظاهر ساختمان عقد و غلبه استنباط می‌شود. ولی هرگاه ثابت شود که دو طرف به عنوان رکن مطلوب به آن می‌نگریسته‌اند، فساد شرط بی‌گمان همه عقد را فرا می‌گیرد: برای مثال فرض کنیم هدف نهایی دو طرف فراهم آوردن وسایل صدور مواد مخدر و خروج آن از مرز باشد. برای رسیدن به همین مقصود، صاحب کالا باغی را به عامل خود اجاره می‌دهد و در آن شرط می‌کند که مستأجر وظیفه دارد سالیانه مقدار معینی از کالا را به آن سوی مرز ببرد. در این فرض، حمل مواد مخدر به ظاهر در برابر عقد اجاره چهره تبعی و فرعی دارد، زیرا در ساختمان تراضی «شرط» است و به هیچ رکن عقد نیز صدمه نمی‌زند. ولی دلایل ویژه این دعوا نشان می‌دهد که رکن مطلوب و جهت اصلی عقد، برخلاف آنچه در نوع این قراردادها است، تملیک منافع به عوض و مبادله نیست؛ جهت اصلی حمل مواد مخدر به خارج است. پس نامشروع بودن شرط به فساد عقد می‌انجامد، چرا که معلوم می‌شود عقد نیز دارای جهت نامشروع بوده است.^۲

^۱ حلی. تذکره، ج ۱، بیع - قواعد، کتاب متاجر (ایضاح، ج ۱، ص ۵۱۲)؛ تحریر، ج ۱، ص ۱۸۰؛ میرزا قمی: رساله شرط ضمن عقد، خطی: «ان العقدو تابعه للقصد و المقصود مع الشرط لا منفرداً ولا لا بشرط فبطل المقصود لانتفاء جزئه، و قصد الكل لا یکنفی فی قصد الجزء فاذا لم یکن الجزء مقصوداً منفرداً فلم یحصل له حکم...»؛ جامه الشتات، ص ۱۱۵؛ محقق ثانی، جامع المقاصد؛ ج ۱، ص ۲۶۱ و ۲۶۲؛ شهید اول و دوم، شرح لمعه، ج ۳، ص ۵۰۵ و ۵۰۶؛ فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۶۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۱۹۱؛ عواید الایام، ص ۵۱؛ سبزواری، کفایه، ص ۹۷

^۲ کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۷۲-۱۷۱ | ۶۴۰

در خصوص بطلان عقد با شرط انگیزه نامشروع دکتر شهیدی می گوید به نظر ما تردیدی در بطلان عقد مشروط به شرط اجرای انگیزه نامشروع نمی توان داشت و این حکم تناقضی هم با مفاد ماده ۲۳۲ ق.م.ن ندارد. زیرا مورد بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م؛ (هرچند نسبت به نوع شرط اطلاق دارد) مخصوصاً با لحاظ ماده ۲۱۷ ق.م.منصرف به شروط خارج از قرارداد و غیرمرتبط با موضوع قرارداد مشروط است، مانند تخریب کردن ملک دیگری بدون اذن مالک ضمن عقد بیع یک خانه، در صورتی که مورد ماده ۲۱۷ ق.م.ن اجرای انگیزه نامشروع با تشکیل عقد و به وسیله موضوع آن می باشد و تفاوت بین این دو مورد روشن است.^۱

یکی از حقوقدانان برجسته کشورمان در خصوص بند ۳ ماده ۲۳۲ ق.م.ن «شرطی که نامشروع باشد» می گوید منظور ماده از شرط نامشروع، شرط برخلاف قوانین موضوعه کشوری است. چیزی که انجام آن غیرمشروع است در عالم حقوق انجامش غیرمقدور می باشد و قانون از مشروط له برای انجام چنین شرطی حمایت نمی کند. چیزی را که قانون از آن حمایت نکند حق محسوب نمی گردد و در عالم حقوق بلااثر است. علم و جهل طرفین یا یکی از آنها به نامشروع بودن شرط تأثیر در این نمی کند. شرط نامشروع اعم است از آن که انجام امری باشد که قانون جرم شناخته باشد، مانند آنکه کسی در عقد بر دیگری شرط نماید که خانه فلان شخص را آتش بزند و یا آنکه عدم انجام امری باشد که تکلیف قانونی است چنانکه در عقد بر دیگری شرط کند که نفقه زوجه دائمه خود را ندهد. از اقسام شرط نامشروع که بر خلاف حکم قانونی باشد مانند آنکه ضمن عقد نکاح شرط شود که حق طلاق با زوجه باشد و یا آنکه زوج حق طلاق زوجه خود را ندارد زیرا طبق ماده ۱۱۳۳ ق.م.ن «مرد می تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق بدهد». زیرا چنانچه از مواد مربوط به طلاق معلوم می گردد اختیار زوج در طلاق، حکم است و قابل انتقال و اسقاط نمی باشد و شرط مزبور بر خلاف قانون است.^۲

ادله حرمت:

الف) اجماع

مسئله اول از مسائل چهارگانه (نوع دوم مکاسب محرمه) عبارت است از اینکه بایع عنب را بفروشد به قصد اینکه مشتری از آن شراب بسازد (فقط برای شراب سازی) و در ضمن این عقد شرط کند

^۱ شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات، ش ۳۱۹، ص ۳۶۵

^۲ امامی، حسن. حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۳۱

یا چوب را بفروشد به شرط اینکه صلیب یا صنم (فقط برای بت و صلیب) بسازد. یا چوب و فلز ... بفروشد به شرط اینکه آلات لهو و لعب و ابزار قمار بسازد یا منزل و مغازه‌ای را اجاره دهد [چون سخن از مطلق تکسب است چه به نحو بیع و چه اجاره و...] به منظور اینکه در آن شراب به فروش برسد یا انبار نگهداری شراب باشد یا کشتی هایش را اجاره دهد برای حمل و نقل شراب، صلیب، صنم، آلات لهو و یا... حموله‌اش [حموله در اصل به شتران بار بر گفته می‌شود ولی در اینجا مطلق حیوانات و یا وسائلی است که برای حمل و نقل از آنها استفاده می‌شود. از شتر، فیل، اسب، قاطر و... و ماشین، کشتی، هواپیما، قطار و...] را اجاره دهد برای حمل و نقل این امور. خلاصه مقصد اصلی طرفین از این بیع یا اجاره همان منفعت حرام است و لاغیر، و هیچ جهت حلالی مدنظر نیست اگرچه اشیاء مذکور عموماً جهات محلله مقصوده دارند. شیخ انصاری حکم چنین بیع یا اجاره‌ای را اینگونه می‌فرماید که این معاوضه نه تنها از نظر شرعی و تکلیفی حرام بوده و نوعی مساعدت بر حرام است و موجب استحقاق عقوبت است، بلکه از نظر وضعی هم فاسد و باطل بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نیست و با این بیع، بایع مالک ثمن و مشتری مالک مثنی نمی‌شود، چه اینکه موجر مالک مال الاجاره و مستأجر مالک منفعت نمی‌گردد. دلایل حرمت چنین معاملاتی به شرح ذیل می‌باشد:

لاخلاف فیه، یعنی حرمت چنین معامله‌ای اجماعی (منقول) است.

چنین معاوضه‌ای مصداقی از اعانت بر اثم است «صغری» و اعانت بر اثم به حکم آیه شریفه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» حرام است «کبری»، پس چنین معامله‌ای حرام است «نتیجه».

(ب) اکل مال به باطل

در خصوص اینکه فروشنده، خریدار (توضیح مطلب فوق‌الذکر) را ملزم می‌کند و خریدار هم ملزم می‌شود به اینکه از مبیع فقط در جهات محرم استفاده کند (جهاتی که در نظر شارع از درجه اعتبار ساقط بوده و ملاک مالیت نیست) در حقیقت از هر دو طرف اکل و ایکال به باطل است یعنی بایع که مثنی را به مشتری می‌دهد و در اختیار او قرار می‌دهد و او هم گرفته و تصرف می‌کند این ایکال و خوراندن مال بایع به دیگری به وجه باطل و نامشروع است. و اینکه ثمن را از مشتری در برابر منفعت حرام می‌گیرد و خود در آن تصرف می‌کند این اکل به باطل است، متقابلاً مشتری هم که ثمن را می‌دهد ایکال به باطل است و مثنی را می‌گیرد و تصرف می‌کند اکل به باطل است پس بیع با چنین شرطی اکل مال به باطل است و اکل مال به باطل به حکم آیه «لَا تَأْكُلُوا

اموالکم بینکم بالباطل» حرام است، پس چنین معامله‌ای حرام است. دلیل فوق بلاشکال بر فساد معامله دلالت دارد چرا که از شرایط صحت معاملات آن است که عوضین شرعاً و عرفاً مالیت داشته باشند و در ما نحن فیه معوض در حقیقت همان منافع محرّمه است و مالیت ندارد و وقتی نداشت معامله باطل است، زیرا وقتی شرط منتفی شد مشروط هم منتفی می‌شود.^۱

(ج) روایت انّ الله إذا حرّم شیئاً حرّم ثمنه^۲

روایت نبوی مشهوری است که خداوند هرگاه چیزی را حرام کرد، بهای آن نیز حرام است. شیخ انصاری در توضیح حدیث نبوی «و فی النّبوی المشهور: انّ الله إذا حرّم شیئاً حرّم ثمنه» می‌فرماید: حکم تحریم در ظاهر به خود عین خارجی نسبت داده شده و در اصول داریم که هر کجا در ظاهر، خطاب حکم تحریم یا تحلیل به خود عین اسناد داده شده، حتماً باید فعلی از افعال اختیاریه مکلفین در تقدیر باشد که فی الواقع حکم شرعی بدان مستند باشد.

در مورد روایت نبوی سه احتمال متصور است:

منظور این باشد که وقتی جمیع منافع شیء حرام شد و هر نوع انتفاعی ممنوع شد، بیع حرام است. مراد این باشد که وقتی اهمّ و عمدۀ منافع یک شیء حرام شد، بیعش ممنوع باشد. معنا این باشد که وقتی یک منفعت کوچکی از منافع آن حرام باشد، بیع جایز نیست. لاشک در اینکه عند الاطلاق احتمال سوم به ذهن نمی‌آید و وقتی می‌گوید: فلان شیء حرام است یکی از دو احتمال اول و دوم تبادر می‌کند، یعنی منظور این است که تمام منافع آن حرام است و یا لااقل منافع آن حرام است به گونه‌ای که منافع دیگر کان لم یکن تلقی شود و هر کدام از دو احتمال که باشد معنایش این است که آن شیء دیگر دارای منفعت محله مقصوده نیست، پس معاوضه‌اش هم جایز نیست. حال که مراد را فهمیدی، می‌گوییم: طین (نوعی خاک رس زرد رنگ) این گونه نیست که شرعاً جمیع یا معظم منافعش تحریم شده باشد بلکه فقط اکل آن حرام است که آن هم اصلاً به حساب نمی‌آید و منافع اصلی آن حرام است، پس بیعش جایز است اما بر خلاف بول که منفعت اهمّ آن یعنی شربش تحریم شده است و سایر منافعش کالعدم است و لذا بیع بول جایز نیست. خلاصه این که معیار حلیت و حرمت بیع، داشتن انتفاعات محله مقصوده در حال

^۱ محمدی خراسانی، علی. شرح مکاسب، ج ۱، ص ۳۳۶ به بعد

^۲ انصاری، مرتضی. مکاسب، ج ۱، ص ۱۳؛ عوالی اللئالی، ج ۲، ص ۱۱۰، الحدیث ۳۰۱؛ سنن الدار قطنی، ج ۳ ص ۷،

اختیار است و اما می‌توان از بول در حال اضطراب انتفاع برد و شرب کرد، اما در حال اختیار شربش حرام شده، این مجوز بیع نیست.^۱

امام خمینی در خصوص حرام بودن اجاره‌های حرام به حدیث «ان الله إذا حرم شیئاً حرم ثمنه» استناد نموده و می‌گوید در حدیث آمده است که حرم ثمنه: منظور از ثمن هر آن چیزی است که در مقابل امر ناشایست گرفته شود خواه به آن ثمن بگویند یا به آن اجاره و اجرت و مثل گویند، یعنی هر آنچه حرام می‌شود، آن است که در مقابل کارهای حرام دریافت می‌شود و اسم آن اهمّیت ندارد که اجرت باشد یا ثمن.^۲

(د) مخالف بودن شرط با کتاب و سنت

عمده‌ترین شرطی که فقهاء در باب صحت شروط ذکر کرده‌اند، این شرط می‌باشد؛ یعنی شروط دیگر مآلاً به این شرط برمی‌گردند. مثلاً اگر شرطی در آن یکی از دو عوض مجهول باشد، بخاطر این است که عقد را غرری می‌سازد و غرر در شرع نهی شده است. در تفسیر این شرط، شیخ انصاری می‌گوید: در اینجا مراد تنها کتاب و سنت نیست، بلکه صحت شرط باید با تمام آنچه بر عبادالله واجب شده، محک زده شود. بعلاوه مراد از موافقت با کتاب و سنت، عدم مخالفت با آنها است، همین که حکمی در کتاب و سنت حرام نباشد، موافق کتاب و سنت محسوب می‌شود. برای این شرط از شرائط صحت شروط به قسمت اخیر موثقه اسحاق بن عمار از حضرت علی (ع) استناد شده که می‌فرماید: «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً».^۳ بر این مبنا، شارحین قانون مدنی نیز منظور از کلمه «مشروع» که در ماده ۲۱۵ (ق.م.) آمده را «ممنوع نبودن آن از طرف قانون» دانسته‌اند، لذا هر شرط فعلی را که قانون نهی ننموده، قابل اندراج در ضمن عقد است. شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد. بدین صورت که شخص ملتزم به امری نشود که آن امر مخالف با آنچه که در کتاب و سنت ثابت است، باشد. حاصل آنکه حکمی در کتاب و سنت ثابت و یقینی است لکن شخص بر خلاف آن حکم، شرط می‌نماید خواه این حکم تکلیفی باشد یا وضعی. مثلاً مرد شرط می‌کند که بیگانه و اجنبی از او ارث ببرد یا عکس آن، کسانی که شرعاً از او ارث می‌برند، محروم از ارث باشند و همچنین در کتاب و سنت است که: «الطلاق یبید من اخذ

^۱ محمدی خراسانی، علی. شرح مکاسب، ج ۱، ص ۴۸

^۲ امام خمینی. مکاسب محرمة، ج ۱، ص ۲۵۳

^۳ دیانی، عبدالرسول. مقاله شرط فعل در حقوق ایران و فرانسه، ص ۱۹

بالساق» طلاق در دست مرد است لکن علیرغم این حکم الهی شرط می‌کند که امر طلاق به دست زن باشد و همچنین از جمله موارد شرط مخالف با کتاب و سنت این است که مردم بر اموالشان مسلط و صاحب اختیارند. «الناس مسلطون علی اموالهم» ولی با این حال در عقد شرط می‌کند که فرد بر بعضی از اموال خویش صاحب اختیار نباشد و یا شرطی مخالف با آیه صریح قرآن می‌کند و آن اینکه شراب حرام نباشد در حالی که حرمت آن در شرع مقدس، مسلم و محقق است و یا نگاه به زوجه و همسر خویش را که شرع حلال کرده بر خود حرام می‌کند. اینگونه شروط از جمله شروط مخالف با کتاب خدا و سنت هستند که الزام و التزام به چنین شروطی صحیح نبوده و باطل است.

بخش پنجم: آثار نامشروع بودن عمل مورد تعهد

بند اول: عدم جواز تصرف

در فقه اصل این است که متصرف مال غیر ضامن است مگر اینکه تصرف او امانی اعلام شده باشد، زیرا در اعتبار حدیث «علی الید» تردید نمی‌توان داشت. از طرف دیگر «علی الید» هرگونه تصرفی را در برمی‌گیرد؛ چه حدیث مزبور نسبت به ید و تصرف، مطلق است. با اطلاق خود هرگونه تصرفی را شامل می‌شود، خواه تصرف با اذن مالک باشد، یا با اذن او. در این میان دلایل خاص فقهی پاره‌ای از تصرفات را که با سبب برخی از عقود یا تحت برخی از عناوین مانند ولایت و قیمومیت، محقق می‌شود از شمول قاعده مزبور خارج و استثنائاً آن را امانی اعلام کرده است، مانند تصرف مستودع و مستعیر در مال موکل و مولی علیه؛ به دلیل قاعده ایتمان که متکی بر ادله اربعه فقهی است و نیز قاعده احسان «ما علی المحسنین من سیل» اما هرگز دلیل معتبری بر خارج بودن مطلق تصرف از شمول قاعده علی الید به نظر نمی‌رسد. به عنوان استثنای بر استثناء، تصرفات این اشخاص نیز در صورت ارتکاب تعدی یا تفریط در مورد تصرف، از حالت امانی به حالت ضمانی تبدیل خواهد شد و از آن پس، ایشان مسئول خسارت وارد بر مال مورد تصرف خواهند بود هرچند ورود خسارت مستند به ایشان نباشد.^۱

آنچه که در بالا بیان شد در حقوق مدنی ایران نیز صادق است. یعنی، اصل ضامن بودن متصرف در مال غیر است هرچند که مأذون در تصرف باشد مگر تصرفاتی که قانون ید متصرف را در آن، امانی اعلام کرده باشد مانند تصرف مستأجر و مستودع و مستعیر و مرتهن در عقد اجاره (ماده ۴۹۳

ق.م)، عقد ودیعه (ماده ۶۱۴ ق.م)، عقد عاریه (ماده ۶۴۰ ق.م) و عقد رهن (ماده ۷۸۹ ق.م) یا تصرفاتی باشد که به مناسبت وظیفه قانونی نظیر ولایت یا قیمومیت یا وصایت بر عهده متصرف قرار گرفته است؛ زیرا مطابق مفهوم مخالف ماده ۶۳۱ ق.م که مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد، مثل مستودع است. بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره، قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آنها ضامن نیست، مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف با امکان رد، متصرف مسئول تلف یا عیبی خواهد بود اگرچه مستند به فعل او نباشد»، در مواردی که قانون متصرف را امین قرار نداده باشد، او مانند مستودع نخواهد بود، یعنی ضامن است و چون در قانون مدنی، تصرف مأذون جز در قالب یکی از عقود و نهادهای یاد شده در بالا، امانی قرار نداده شده است، پس تصرف ناشی از اذن، امانی ضمانی خواهد بود.^۱

بند دوم: ضمان

الف) ضامن بودن خواهان انجام عمل نامشروع نسبت به عامل در معامله ضمانی که موضوع آن عمل نامشروع است:

در مورد عقود ضمانی فاسد مربوط به عمل، اساساً می‌توان به ماده ۳۳۶ ق.م که دستور دهنده را مسئول پرداخت اجرت عمل مورد تقاضا معرفی کرده است، استناد کرد. در هر مورد که اجاره فاسد باشد و مستأجر استیفای منفعت کند اجرت المثل بر او می‌باشد. قاعده معروف «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یا «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» شامل عقود و ایقاعات می‌شود. معنای ضمان به وجود اعتباری چیزی بر ذمه می‌باشد که سبب آن وجود واقعی تکوینی موجود در خارج (مثل سایر جواهر و اعراض خارجی) است و از موجودات در عالم اعتبار تشریعی نمی‌باشد.

در این معنی بین اینکه ضمان، ضمان مسمی باشد یا ضمان واقعی فرقی نیست. نهایت امر در ضمان مسمی، مالیت شیء در مقدار معین تعیین می‌شود و در ضمان واقعی که در عهده است مال اگر قیمی باشد قیمتش و اگر مثلی باشد مثلش بر ذمه قرار می‌گیرد. پس ضمان در صحیح و فاسد به یک معنی می‌باشد. نهایت امر در معاملات صحیح از آنجایی که مالیت عوض نقدی یا جنسی

تعیین می‌شود، به ضمان مسمی نامیده می‌شود و اما در فاسد از آنجایی که چیزی در بین تعیین نمی‌شود، از آن به ضمان بدون قید تعبیر می‌کنند. پس از آنجایی که در اجاره صحیح ضمان است، در فاسد نیز ضمان می‌باشد. نهایت امر در صحیح ضمان مسمی و در فاسد ضمان واقعی است. مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات است. عمده دلیل در مدرک این قاعده «و علی‌الید ما اخذت حتی تؤدیه» است و از آنجایی که ید قابض به عقد فاسد ید امانی نیست و نه مانند وقتی که مالک قبول می‌کند، امانت مالکیه می‌باشد و نه مانند وقتی که خدا قبول می‌کند، امانت شرعیه می‌باشد، لذا غیر مأذونه بوده و موضوعاً یا حکماً غضب است. بیان ابن ادریس - قدس سره - مبنی بر اینکه مقبوض به عقد فاسد نزد محصلین غضب جاری می‌شود، خالی از وجه نیست. خلاصه اینکه، شکی نیست که مستأجر بعد از قبض عین مستأجره و استیفای منفعتش - مانند آنگاه که به اجاره فاسد در خانه ساکن شود - یدش بر خانه ید امانت مالکی و شرعی نیست، بلکه ید ضمان است. نمی‌گوید: هرگاه موجر از فساد اجاره بی‌خبر باشد، به اعتبار اینکه برای او حق استیفای منفعت عین مستأجره است مالش را به مستأجر می‌دهد. پس آن را به اینکه امانت نزدش است می‌دهد که با اجاره آن عین تمام منافعی که ملکش است استیفا نماید. بنابراین، ید مستأجر نه ید عادی است که در آن ضمان باشد و نه غیر مأذونه است. برای اینکه مالک آن را می‌دهد و اذن می‌دهد که در دستش باشد. نهایت امر اینکه عقد فاسد به جهتی از جهات فاقد شرط یا جزء است که آن یا وجود مانع در عقد است یا در متعاقدين یا در عوضین. این نسبت به خود عین است. ممکن است گفته شود موجر آن را به این اعتقاد می‌دهد و اذن در انتفاع به آن می‌دهد و اما اذنش برای مستحق به گرفتن و انتفاع است، آن کسی که اذن داشته باشد و مالک هم باشد چیزی نمی‌دهد و کسی که عطا می‌کند مأذون نیست. یدش ید ضمان می‌باشد و به عبارت دیگر آنچه به آن اذن تعلق می‌گیرد عین است که منافعتش ملکش است نه این عین خارجی و فرقی نمی‌کند که منافعتش ملککی برای او باشد یا نباشد، کسی که دستش است چنین نیست. پس اذن به او تعلق نمی‌گیرد. ممکن است اینگونه نیز بگویند که اذن متعلق به مقید، به دو اذن منحل می‌شود:

اذن به خود ذات و اذن به قیدش. و قید، اگر غیر موجود باشد لکن فقدان سببی برای عدم تعلق اذن به نفس ذات مجرد از قید نیست. پس نسبت به خود عین مستأجره با اینکه منافعتش ملککی برای مستأجر نباشد، مأذون است. پس هرگاه گفت: این بنده مؤمن نزد تو امانت می‌باشد و فرض بر این است که مؤمن نباشد، پس شکی نیست در اینکه خود بنده و ذاتش مجرد است از ایمان و مأذون

است در اینکه در نزدش باشد. سخن نسبت به منفعت چنین است، پس هرگاه اذن به منفعت که دست مستأجر است باشد، فرض این است که اجاره فاسد و منافع ملکی برای او نیست و اما با بیان متقدم اذنش نیز به خود ذات منافع تعلق می گیرد. پس ید بر منافع ید مأذونه است نه ید ضمان.

پاسخ اشکال: خاص، یعنی وجود مقید به قید مباین برای آنچه فاقد قید است، پس هرگاه فاقد قید بود پس این وجود دیگر با آن مباین است. پس هرگاه اذن در آزاد کردن بنده مؤمن باشد، پس غیر مؤمن مأذونه نیست. زیرا برای ذات مقید، وجودی نیست و برای قیدش وجودی دیگر. چطور ترکیب بین آن دو انضمامی می باشد؟ بلکه قید و ذات مقید دو موجود به وجود واحد هستند و ترکیب بین عرض و معروض به نظر عرفی اتحادی است. بلکه بعضی گفتند که اعراض از شئون معروضات است و برای آنها وجود دیگری نیست. و آنها به ضمیمه هایشان حمل شده اند، هر چند با دقت عقلی صحیح باشد ولی در نظر عرف وجودشان وجود واحد است و موجود واحد است. و برای آن قائل به عدم جواز بیع آوازه خوان کرده اند و آن از باب تبعض صفت نیست زیرا وصف آوازه خوان با شخصش و ذاتش دو موجود به وجود واحد است. و شکی نیست در تشخیص موضوعات احکام شرعی، نظر عرفی لحاظ می شود نه نظر دقیق عقلی. از نظر عرفی، عرض و معروض وجود واحد دارند و اعراض با موضوعاتشان مثل اجناس و فصول موجودات به وجود واحد می باشند. پس هرگاه اذن به وجود خاص تعلق گرفت اما وجود خاص، موجود نبود، مثل این که با اعتقاد به اینکه شخصی وجود دارد به او می گوید: «ای زید داخل خانه ام شو». و در واقع زیدی آنجا نمی باشد، پس برای او دخول جایز نیست. صحیح نیست گفته شود خصوصیت زید، مأذونه نیست و اما جهت مشترک بین او و بین دیگری از افراد نوع مأذونه به دخول است. پس در موردی که اذن به ذات مقید به قید تعلق می گیرد به اینکه گفته شود با فقد قیدش مأذون است صحیح نیست. مگر اینکه متعلق اذن به نظرشان ذات باشد و قید را وصفی زاید یا مطلوبی دیگر می بیند. و این قولش به تعدد مطلوب در مستحبات در بعضی خصوصیات برمی گردد. و نیز قولش به خیار تخلف وصف با قولش به صحت معامله برمی گردد. با تحلیل بیع این عبد کاتب - مثلاً - به دو التزام: التزام به مبادله بین این ذات و این ثمن، و التزام دیگر به کاتب بودنش. پس تخلف از یکی از دو التزام به وقوع بیع صحیح، ضرر نمی رساند. نهایت امر خیار تخلف وصف واجب می شود.

نتیجه: او ضامن منافعی است که آن را استیفا کرده یا استیفا نکرده است. برای اینکه مالک، در این ضمان، یدش غیر مأذونه می‌باشد و آن به ضمان ید نامیده می‌شود و اما تحت ید به اعتبار تبعیتش برای عین می‌باشد. برای اینکه ید بر عین ید بر منافعتش است و برای همین می‌گوییم که فرقی بین مستوفاه و غیر مستوفاه نیست.^۱ اگر شخصی به امر دیگری کاری انجام دهد، چنانچه این کار عرفاً دارای ارزش اقتصادی و بدون قصد تبرع انجام یافته باشد، آمر به اندازه اجرت المثل ضامن است. مستند ضمان، قاعده احترام است؛ بدین توضیح که هر چند انسان آزاده، خودش مال نیست، ولی کار او مال محسوب است و مقتضای احترام مال، مسئولیت و ضمان است. البته بعضی از فقیهان در مورد عمل مسلمان قاعده مستثلی تحت عنوان «عمل المسلم محترم ما لم يقصد التبرع» تنظیم کرده‌اند، ولی ناگفته پیداست که ارزش دار بودن عمل مسلمان از فروع قاعده احترام است. ضمان به اجرت المثل در اجاره فاسد نیز می‌تواند داخل در همین عنوان قرار گیرد. محقق حلی در شرائع می‌گوید: «در هر جا که عقد اجاره فاسد است، چنانچه کلاً یا جزئاً استیفای منفعت شده باشد، اجرت المثل واجب می‌شود، خواه از اجرت المسمی زیادتر باشد و خواه کمتر». صاحب جواهر در شرح این عبارت می‌گوید: «در این مسأله، قول مخالفی نیافتم و گویی فقها این موضوع را جزء مسلمات دانسته‌اند و جزء قطعیات است». هر چند برای توجیه فقهی ضمان منافع مستوفات، برخی فقیهان به قاعده اتلاف و تسبیب استناد کرده‌اند، ولی به نظر دیگران، صدق اتلاف بر استیفاء با مشکل مواجه است و به هر حال جای چون و چرا دارد، ولی استناد به قاعده احترام بی‌اشکال است.^۲

ب) عدم ضمان در معامله ضمانی که موضوع آن عمل نامشروع است:

یکی از حقوقدانان کشورمان می‌گوید: در صورتی که منشأ بطلان عقد، عدم مشروعیت منفعت مورد معامله باشد، عدم ضمان گیرنده مورد عقد یکی از موارد نقض اصل «ما يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» خواهد بود. زیرا عقد مزبور اگر صحیح باشد، ضمان آور است در حالی که در فاسد آن به علت عدم مشروعیت مورد عقد و در نتیجه فقدان ارزش قانونی، ضمان موضوعاً منتفی است. عدم ضمان در معامله مذکور بالا را نمی‌توان با این توجیه، از موارد قاعده عکس معرفی کرد که اگر معامله در فرض نبودن منفعت مشروع برای موضوع آن، صحیح می‌بود، موجب ضمان

^۱ موسوی بجنوردی، سید حسن. قواعد الفقهیه، ج ۱، ص ۳۲۱

^۲ محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه، ج ۱، ص ۲۱۷

نمی‌شد، پس حال که فاسد است نیز ضمان آور نیست. زیرا منظور از عقدی که در صحیح و فاسد آن از حیث ضمان و عدم ضمان ملازمه وجود دارد، ماهیت عقد است که با ارکان آن و از جمله موضوع آن محقق و با اثر ذاتی آن شناخته می‌شود و چنین ماهیتی می‌تواند در عالم حقوق صحیح و در صورت فقدان بعضی از شرایط فاسد باشد و منظور از عقد مزبور عقدی نیست که صحت برای آن فرض و گفته شود که اگر آن معامله صحیح فرض شود، ضمان آور است یا نیست، پس حال که فاسد است نیز ضمان آور است یا ضمان آور نیست. از طرف دیگر عقدی که موضوع آن فاقد مشروعیت باشد در حقیقت عقدی بدون موضوع یا عقدی بدون مصداق صحیح است بنابراین هرگز نمی‌توان برای چنین عقدی فرد صحیحی تصور کرد تا از عدم ضمان در آن نتیجه گرفت که فاسد آن نیز ضمان آور نیست.^۱ در خصوص عدم ضمان فوق‌الذکر حقوقدان برجسته کشورمان می‌گوید این عدم ضمان می‌تواند یکی از موارد نقض قاعده اصل «مَا يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» شناخته شود اگر فساد عقد ضمانی به علت نامشروع بودن عمل مورد آن باشد، طرفی که انجام این عمل مورد درخواست او بوده، ضامن نیست. در صورتی که اگر مورد عقد، عمل مشروع و در نتیجه عقد صحیح می‌بود، این شخص ضامن محسوب می‌شد؛ زیرا عمل نامشروع احترام ندارد و برای آن نمی‌توان حتی اجرت المثل شناخت همچنان که عمل نامشروع نمی‌تواند مشمول ماده ۳۳۶ ق.م.شده و انجام آن موجب استحقاق فاعل آن باشد. پس این مورد را نیز می‌توان یکی از موارد نقض قاعده اصلی تلقی کرد. البته این وضعیت در مورد عملی صادق است که عامل نسبت به عدم مشروعیت آن به علت جهل موضوعی بی‌اطلاع نباشد. مانند ضرب و جرح انسانی که در قراردادی انجام آن برعهده عامل قرار داده شده باشد. در غیر این صورت یعنی صورت جهل موضوعی عامل، طرف قرارداد فاسد (خواهان انجام عمل) ضامن عمل یعنی مسئول پرداخت اجرت المثل عمل خواهد بود.^۲

بند سوم: وجوب رد به مالک

در صورتی که کشف شود عقد فاسد بوده یا فساد آن از ابتدا معلوم بوده است، هرگاه مورد عقد از یک طرف به طرف دیگر تسلیم نشده باشد، روشن است که نباید تسلیم گردد. اما هرگاه مورد عقد تسلیم شده باشد، باید به طرفی که آن را تسلیم کرده است برگردانده شد، زیرا عقد فاسد

^۱ شهیدی، مهدی. اصول قراردادها و تعهدات، ص ۱۲۰، ش ۶۱

اثری در تملک یا ایجاد تعهد و رابطه حقوقی ندارد، ماده ۳۶۵ ق.م و ملاک آن) و هیچ تملک یا تعهدی جز در حدود قانون اعتبار ندارد. هرگاه مال مورد معامله فاسد نزد گیرنده، تلف، معیوب یا ناقص شود، در مورد روابط طرفین باید بین عقود معوض که موجب مبادله مال یا عمل با مال یا عمل دیگر است و می‌توان آن را «عقود ضمانی» نامید و عقودی که چنین نیست و می‌تواند «عقود امانی» نام گیرد تفاوت قائل شد. در عقود ضمانی، گیرنده مال مسئول رد مال تلف شده، یعنی مثل در مال مثلی و قیمت در مال قیمی و یا اجرت عمل انجام شده و جبران خسارت ناشی از عیب و نقص است، مانند عقد بیع (ماده ۳۶۶ ق.م) و عقد اجاره (ماده ۴۶۶ به بعد ق.م) در صورتی که در عقود امانی این، این مسئولیت منتفی است. مگر اینکه متصرف مرتکب تعدی و تفریط شده باشد. فقهاء در بیان حکم مذکور در بالا در مورد عقود ضمانی و عقود امانی به دو قاعده معروف «قاعده اصل و عکس» استناد می‌کنند. آن دو قاعده عبارت است از: «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و کل ما لا یضمن بصحیحه ما لا یضمن بفاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن نیز ضمان آور است و هر عقدی که صحیح آن ضمان آور نباشد، فاسد آن نیز ضمان آور نیست.^۱

ماده ۳۶۶ ق.م مقرر می‌دارد: «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». برابر ماده ۳۶۶ ق.م کسی که مالی را به دنبال یک قرارداد باطل به دست آورده، باید آن را به صاحبش رد کند و اگر تلف شود، ضامن عین و منافع آن خواهد بود، این نظریه، قول مشهور بین فقیهان است و برای اثبات آن به قاعده علی‌الید و روایاتی که تصرف در مال دیگری را بدون اذن، ممنوع ساخته و یا بدون رضای او حرام دانسته است، استدلال می‌کنند. در مقابل این نظریه برخی برآنند که، آنچه از دیدگاه عقل و شرع در این گونه موارد، لازم است تنها رفع ید از مال دیگری است، به طوریکه هر زمان بخواهد بتواند مال خویش را به تصرف در آورد و مانعی از این امر برای او نباشد، اما بر بیش از این مقدار، دلیلی وجود ندارد به خصوص که قاعده علی‌الید، تنها مسئله ضمان را که یک حکم وضعی است، می‌رساند و روایات دیگر نیز چیزی در بر ندارند.^۲

^۱ مهدی، شهیدی. اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۷، ش ۱۰

^۲ وحدتی شیرازی، سید حسن. مجهول بودن مورد معامله، ص ۷۸ تا ۸۲

عقد بیع خصوصیتی ندارد که این حکم و حکم ماده ۳۶۵ ق.م.را مختص آن بدانیم. بنابراین در کلیه عقود معاوضی فاسد، احکام موصوف قابل تسری است.

مضافاً اینکه حکم ماده ۳۶۶ ق.م.بر گرفته از قواعد فقهی متعددی از جمله قاعده اتلاف، قاعده علی‌الد، قاعده مایضمن و ما لا یضمن، قاعده احترام، قاعده اقدام^۱ و... است که قواعد مزبور بیانگر دلایل احکام انواع عقود است و اختصاص به عقد خاصی ندارند. باید توجه داشت که ماده ۳۶۶ ق.م.در مقام بیان حکم عقود ضمانی است. عقد ضمانی عقدی است که موجب مبادله مال یا عمل با مال یا عمل دیگر است. در عقود ضمانی، گیرنده مال مسئول رد بدل مال تلف شده، یعنی مثل در مال مثلی و قیمت در مال قیمی و یا اجرت عمل انجام شده و جبران خسارت ناشی از عیب و نقص است. در صورتی که در عقود امانی، این مسئولیت منتفی است. مگر اینکه متصرف مرتکب تعدی یا تفریط در مال مزبور شده باشد. در رد و بدل مال مثلی، رد مثل در درجه نخست لازم است و هر گاه مثل یافت نشود، باید قیمت روز نایاب شدن مثل به مالک آن داده شود.^۲

حکم ماده ۳۶۶ ق.م.نظر مشهور فقیهان است. برخی از فقها در مقابل نظر مشهور بر آنند که، آنچه از دیدگاه عقل و شرع در این گونه موارد، لازم است تنها رفع ید از مال دیگری است، به طوری که هر زمان بخواهد بتواند مال خویش را به تصرف در آورد و مانعی از این امر برای او نباشد، اما بر بیش از این مقدار، دلیلی وجود ندارد، به خصوص که قاعده علی‌الد، تنها مسئله ضمان را که یک حکم وضعی است، می‌رساند و روایات دیگر نیز، چیزی بیش از آنچه گفتیم در بر ندارند. از سوی دیگر صرف نگه‌داشتن مال، تصرف محسوب نمی‌شود و حدیثی که می‌گوید: «لا یحلّ دم امری» مسلم و لا ماله الا بطیئة نفسه» جز این نیست که تصرف در مال غیر را بدون رضای او حرام اعلام می‌کند، در حالیکه بقای عین مورد معامله در دست گیرنده به تنهایی، تصرف نیست، مگر آن که با مطالبه مالک، وی همچنان از رفع ید امتناع کند.^۳

اگر عقد اجاره یا عقد بیعی به طور فاسد واقع شود، (مثلاً یکی از ارکان عقد محقق نباشد) و بر اساس همان عقد فاسد بایع مبیع را به قبض مشتری داده و مشتری ثمن را به قبض بایع، و همچنین

^۱ محقق اردبیلی. مجمع الفائدة و البرهان (قم، نشر الاسلامی، ۱۴۱۱ق)، ج ۸، ص ۱۲۲؛ محمد حسن، نجفی. جواهرالکلام، ص ۴۱۳

^۲ شهیدی، مهدی. اصول قراردادها و تعهدات، ص ۲۷

^۳ محقق داماد، سید مصطفی و ابراهیم عبدی پور و جلیل قنوتی و سید حسن وحدتی شبیری. حقوق قراردادها در فقه

مستأجر مال الاجاره را به قبض مؤجر داده و موجر خانه یا مغازه مورد اجاره را به قبض مستأجر، چون عقدی که باعث این قبضها بوده فاسد و باطل است، هر یک از بایع و مشتری و موجر و مستأجر نسبت به چیزی که قبض کرده و در تحت تصرف خویش درآورده‌اند ضامنند که باید عین آن و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را بپردازند. مدرک این حکم، قاعده معروف: «کل ما بضمن بصحیحه یضمن بفاسده» می‌باشد، چون بیع و اجاره صحیحشان ضمان آورند، فاسدشان نیز ضمان آور خواهند بود.^۱ ممکن است گفته شود که فساد عقد در بیع یا اجاره باعث ضمانی غیر از همان ضمانی که در اصل قرارداد بود نیست؛ زیرا به هر حال، عقد چه صحیح باشد و چه فاسد، مشتری در قبال آن میباید، وجهی را با تراضی طرفین به بایع می‌پردازد و همچنین بایع در قبال ثمن میباید که او تحویل می‌دهد؛ و همچنین در اجاره در مقابل سکونت در خانه طبق قرارداد، مستأجر ماهانه مبلغی را می‌پردازد. اگر اجاره و یا بیع صحیح بود، ضمان هر کدام نسبت به یکدیگر همان بود که تحویل و به قبض یکدیگر داده‌اند، و اگر باطل هم باشند باز همان ضمان است. در پاسخ باید گفت: در صورت فساد عقد، بایع و موجر ضامن همان وجهی هستند که به عنوان ثمن و مال الاجاره دریافت داشته‌اند. البته ضامن منافع آن نیز می‌باشند. اما مشتری در صورت بقاء، ضامن عین و منافع حاصله از آن بوده و در صورت تلف، ضامن قیمت واقعی آن عین است و ممکن است قیمت واقعی آن میباید بیشتر یا کمتر از آن ثمنی باشد که با هم توافق کرده بودند؛ و همچنین مستأجر ضامن اجرة المثل آن خانه یا مغازه خواهد بود و اجرة المثل ممکن است به مقدار مال الاجاره مورد توافق باشد و ممکن است بیش از آن یا کمتر از آن باشد. لذا فقها در فقه و قانونگذاران در قانون مدنی مقبوض به عقد فاسد را یکی از اسباب ضمان دانسته و برای آن عنوانی خاص و بابی جداگانه باز کرده‌اند و ضمان مورد توافق را کافی نمی‌دانند، مگر آنکه با توافق جدیدی با یکدیگر مصالحه کرده و یا معامله کنند، که همان ثمن برای آن میباید و همان مال الاجاره برای آن اجاره باشد و الا هر یک از ثمن و مثنی در ضمان یکدیگر قرار دارند و باید بازگردانده شوند.^۲ به موجب اصل ۴۹ قانون اساسی: «دولت موظف است ثروت‌های ناشی از رباء، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوء استفاده از موقوفات، سوء استفاده از مقاطعه کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیرمشموع را

^۱ نجفی، محمد حسن. جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۲۵۷ - ۲۶۰ و ج ۳۷، ص ۷۱ - ۷۳

^۲ طاهری، حبیب الله. حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۳۲

گرفته و به صاحب حق رد کرده و در صورت معلوم نبودن او، به بیت المال بدهد. این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی به وسیله دولت اجرا شود.

بند چهارم: استحقاق اجاره المثل به دلیل ما یضمن

در هر مورد که اجاره فاسد باشد و مستأجر استیفای منفعت کند اجرت المثل بر او می‌باشد.^۱ مبنای این استدلال، قاعده ذیل است: «قاعده کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» قاعده معروف «کل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یا «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» شامل عقود و ایقاعات می‌شود. معنای ضمان به وجود اعتباری چیزی بر ذمه می‌باشد که سبب آن وجود واقعی تکوینی موجود در خارج (مثل سایر جواهر و اعراض خارجی) است و از موجودات در عالم اعتبار تشریعی نمی‌باشد. در این معنی بین اینکه ضمان، ضمان مسمی باشد یا ضمان واقعی فرقی نیست. نهایت امر در ضمان مسمی، مالیت شیء در مقدار معین تعیین می‌شود و در ضمان واقعی که در عهده است مال اگر قیمی باشد قیمتش، و اگر مثلی باشد مثلش بر ذمه قرار می‌گیرد. پس ضمان در صحیح و فاسد به یک معنی می‌باشد. نهایت امر در معاملات صحیح از آنجایی که مالیت عوض نقدی یا جنسی تعیین می‌شود، به ضمان مسمی نامیده می‌شود و اما در فاسد از آنجایی که چیزی در بین تعیین نمی‌شود، از آن به ضمان بدون قید تعبیر می‌کنند. پس، از آنجایی که در اجاره صحیح ضمان است، در فاسد نیز ضمان می‌باشد. نهایت امر در صحیح ضمان مسمی و در فاسد ضمان واقعی است. مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات است. عمده دلیل در مدرک این قاعده «و علی الید ما اخذت حتی تؤدیه» است و از آنجایی که ید قابض به عقد فاسد ید امانی نیست و نه مانند وقتی که مالک قبول می‌کند، امانت مالکیه می‌باشد و نه مانند وقتی که خدا قبول می‌کند، امانت شرعیه می‌باشد، لذا غیر مأذونه بوده و موضوعاً یا حکماً غضب است. بیان ابن ادریس - قدس سره - مبنی بر اینکه مقبوض به عقد فاسد نزد محصلین غضب جاری می‌شود، خالی از وجه نیست. خلاصه اینکه، شکی نیست که مستأجر بعد از قبض عین مستأجره و استیفای منفعتش - مانند آنگاه که به اجاره فاسد در خانه ساکن شود - یدش بر خانه ید امانت مالکی و شرعی نیست، بلکه ید ضمان است.

^۱ موسوی بجنوردی، سید محمد. قواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۷۷

نتیجه گیری

در نتیجه گیری پایانی مقاله حاضر باید گفت عمل مورد تعهد، هنگامی نامشروع است که یک منع شرعی و یا قانونی راجع به طبیعت یا ملتزم شدن و انجام آن باشد. نامشروع بودن خلاف اصل است و نیاز به دلیل دارد. آنچه را قانون منع نکرده و یا از نظم عمومی و اخلاق حسنه نمی توان دلیلی بر حرمت آن استخراج کرد مباح است. (اصاله الاباحه) پس در موارد تردید در مشروعیت کار مورد تعهد بایستی آن را نافذ شمرد. نامشروع بودن عمل مورد تعهد، ممکن است امری نسبی باشد. یعنی منفعت شیء نسبت به شخصی (اعم از شخص حقیقی و حقوقی) مشروع و نسبت به دیگران نامشروع باشد. نامشروعیت وضعیتی است که قانون به خود عمل بدون در نظر گرفتن علم و جهل مرتکب آن، نسبت می دهد. با منتفی شدن مجازات عامل به علت فقدان سوء نیت در اثر اشتباه موضوعی، وضعیت عمل ارتكابی از غیر قانونی به قانونی تبدیل نمی شود.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- امامی، سید حسن. حقوق مدنی، ۶ جلد، انتشارات اسلامیة، تهران - ایران، ه.ق.
- انصاری، مرتضی. المکاسب، ج ۱، مجمع الفکر اسلامی، چاپ السادسة العشره ۱۴۳۱ ه.ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه گنج دانش، چ چهارم، ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. تأثیر اراده در حقوق مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش، چ اول، ۱۳۸۷.
- شهیدی، مهدی. اصول قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی. آثار قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم، بهمن ۱۳۸۶.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: انتشارات مجد، چاپ هفتم، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی. شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۶ عقود معین ۱، انتشارات مجد چاپ هفتم، شهریور ۱۳۸۶.
- صفایی، سید حسین. قواعد عمومی قراردادها. ج ۲، تهران نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
- علامه، سید مهدی. شروط باطل و تأثیر آن در عقود. اصفهان: نشر میزان، چاپ دوم، پاییز ۱۳۸۷.
- قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی. اصول فقه کاربردی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.
- قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی. اصول فقه کاربردی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه جلد دوم، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات. تهران: نشر میزان، چاپ اول، بهار ۱۳۷۹.

- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها. ج ۲، ویرایش جدید، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸.
- محقق داماد سید مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، مرکز نشر علوم اسلامی ۱۳۸۸.
- محقق داماد، سید مصطفی. ابراهیم عبدی پور، جلیل قنوتی و سید حسن وحدتی شبیری، حقوق قراردادها در فقه امامیه، جلد دوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه چاپ اول زمستان ۱۳۸۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، اصول فقه، دفتر اول، چاپ هفدهم تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.
- محمدی خراسانی، علی. شرح مکاسب، ج ۱، ناشر الامام الحسن ابن علی (ع) چاپ دوم ۱۳۸۸.
- محمدی، ابوالحسن. مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم، (۱۳۷۳ ه.ش).

(ب) عربی

- آملی، میرزا محمد تقی، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، ۱۲ جلد، مؤلف، تهران - ایران، چاپ اول، ۱۳۸۰ ه.ق.
- آملی، میرزا هاشم، المعالم المأثورة، ۶ جلد، مؤلف الکتاب، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه.ق.
- انصاری، مرتضی. کتاب المکاسب. پنج جلدی، مجمع الفکر الاسلامی، السادسة عشره/ ۱۴۳۱ ه.ق شریعت قم.
- انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین، کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ۶ جلد، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه.ق.

- جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، موسوعه الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ۱۱ جلد، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۲۳ ه.ق.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق علیه السلام، ۲۶ جلد، دار الکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه.ق.
- حسینی روحانی قمی، سید صادق، منهاج الفقاهه، ۶ جلد، انوار الهدی، قم - ایران، پنجم، ۱۴۲۹ ه.ق.
- حسینی حائری، سید کاظم، فقه العقود، ۲ جلد، مجمع اندیشه اسلامی، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۳ ه.ق.
- حلّی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه). قم: مؤسسه آل البيت، چاپ اول.
- سبحانی، جعفر، الموجز فی اصول الفقه، انتشارات دارالفکر، چاپ پنجم ۱۳۸۸.
- سبحانی، جعفر، المواهب فی تحریر أحكام المكاسب، در یک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه.ق.
- سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، حاشیه المكاسب (للیزدی)، ۲ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۱ ه.ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی (المحشی)، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه.ق.
- عاملی کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ه.ق.