

اثر «نهی» نسبت به معاملات از منظر اصول فقه و حقوق ایران*

سید حسن حسینی مقدم (نویسنده مسئول)**

علی اکبر ایزدی فرد***

چکیده

صاحب نظران علم اصول راجع به اثر نهی در معاملات کاملاً اتفاق نظر ندارند، اما کمتر معتقد به عدم تأثیر نهی بر معامله می‌باشند. اکثر آنان معتقدند، هنگامی که نهی بر نتیجه و یا به مسبب تعلق گیرد موجب بطلان و فساد معامله می‌شود. از نظر حقوقی گاهی مقنن ضمانت اجرای نهی را بطلان و گاهی عدم نفوذ تعیین می‌نماید. در برخی موارد هم با بیان عبارتی مانند «ممنوع است»، «مجاز نیست»، «نباید» و... مخالفت خویش را با انجام عمل اعلام می‌دارد، ولی از تصریح دقیق ضمانت اجرا و اثر نهی در موارد اخیر امتناع می‌ورزد. در این صورت، این پرسش مطرح است که صرف ورود نهی بر معامله، باعث بطلان آن می‌گردد و اثری بر توافق طرفین بار نیست؟ یا بالعکس، وفق اصل صحت به جهت عدم حکم صریح مقنن، باید معامله را صحیح پنداشت؟ در این مقاله به طور تحلیلی و توصیفی، چنین بررسی شده است که از لحاظ حقوقی، بین اثر نهی، هنگامی که متعلق آن شرایط اساسی و ارکان معامله می‌باشد با مواردی که متعلق نهی، شرایطی غیر از ارکان و بطور اطلاق وارد می‌گردد، تفاوت وجود دارد و حسب دسته‌بندی و معیار ارائه شده، گاه ضمانت اجرای نهی، بطلان است و گاهی هم ضمانت اجرای نهی دیگری مانند قابل بطلان و حتی بی‌تأثیر را دارد، لیکن از نظر اصولی‌ها اساساً نهی تکلیفی، دلالت بر بطلان دارد.

کلید واژه‌ها: اثر نهی، معامله، بطلان، ارکان، صحت، علم اصول.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۱۰/۱۹ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۰۲/۰۲ - نوع مقاله: علمی، ترویجی.

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران / s.h.hoseinimoghdam@umz.ac.ir

*** استاد دانشکده فقه و الهیات دانشگاه مازندران / zoha5770@gmail.com

مقدمه

نسبت به عبادات یا معاملات از سوی شارع مقدس یا مقنن، حسب مورد ممکن است نهی وارد گردد، ولی حکم نهی و اثر آن در معاملات و عبادات یکسان نیست. اصولیین معتقدند در عبادات اگر نهی متوجه خود عبادت باشد، موجب فساد است. (حیدری، ۱۴۱۳ق: ۱۱۵؛ میرزای قمی، ۱۳۸۷: ۱۴۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۵۱) در اصول، معیاری بر اساس تقسیم‌بندی انجام شده راجع به اثر نهی در معاملات دیده می‌شود، اما در حقوق موضوعه ایران دستیابی به معیار در قالب قاعده حقوقی آسان نمی‌باشد و نمی‌توان به طور دقیق اراده مقنن را در تمام موارد راجع به اثر نهی تحصیل نمود تا روشن شود موجب بطلان عقد است یا حکمت آن در امر دیگری، نهفته است.

مقنن تنها در برخی موارد ضمانت اجرای نهی را صراحتاً بطلان یا عدم نفوذ معامله قرار داده است و در سایر موارد سکوت نموده و یا ضمانت اجرای غیرحقوقی تعیین نموده است. اینکه به صرف وجود نهی، باید بنا بر بطلان معامله نهاد و یا چون مقنن تصریحی ننموده است، به حکم اصل اصالة الصحة، معامله انجام شده صحیح و لزومی بر کنکاش اراده مقنن طبق اصل صحت نمی‌باشد؛ باید گفت عموماً در فرض بروز نهی، ناچار از کنکاش نسبت به اراده مقنن می‌باشیم، زیرا اثر نهی دارای شدت و ضعف است و در تمام موارد، یکسان نیست.

پیامد نهی بر اساس حکمت مورد نظر مقنن، در دسته‌بندی خاص و متفاوتی قرار می‌گیرد و الزاماً در تمام موارد بطلان نیست. بدین ترتیب در این مقاله به روش تحلیلی و توصیفی درصد ارائه معیار دقیقی برای شناسایی موضوع اثر نهی در وضعیت‌ها می‌باشیم تا در وضعیت‌های مختلف حکم نهی وارده قابل استنتاج باشد و تکلیف معامله روشن گردد.

۲. مفهوم و اثر «نهی» از دیدگاه اصولیین

خاستگاه نهی، در مباحث اصولی می‌باشد. از این جهت، شناختن مفهوم «نهی» در علم اصول مقدمه‌ای برای تعیین اثر نهی در معاملات حقوقی است. اثر نهی در حقوق موضوعه و علم اصول هر چند کاملاً منطبق و یکسان نخواهد بود، ولی دارای اشتراکاتی می‌باشند. از این رو به طور جداگانه به مفهوم و اثر نهی خواهیم پرداخت.

۲.۱. تبیین مفهوم «نهی»

از لحاظ لغوی واژه «نهی» یا «لا تفعل» دستور بر عدم انجام امر و امتناع از ارتکاب فعل است و مخاطب را از انجام عمل بر حذر می‌دارد. در اصول برای «نهی معانی



متعددی قایل می‌باشند. برخی (حیدری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۹) برای نهی معنای کراهت و حرمت قایل‌اند و حرمت را شدیدترین فرد نهی دانسته و معتقدند در صورت به کار رفتن عبارت نهی بدون هیچ قرینه‌ای، معنای حرمت به ذهن متبادر می‌گردد.

برخی نیز عقیده دارند در مواردی که به همراه نهی قرینه‌ای دال بر کراهت وجود نداشته باشد، بر اساس حکم عقل، حرمت برداشت می‌گردد (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۱: ۱۰۴) که یقیناً مولا به دلیل وجود مفسده در آن امر، ترک آن عمل را مصلحت دانسته است. عده‌ای دیگر دلالت نهی بر فساد را امر عقلی دانسته‌اند. (انصاری، بی‌تا: ۱۰۳ و ۱۵۸؛ مظفر، ۱۳۷۳: ۳۰۶) از این بین فساد و بطلان، ملازمه قایل هستند و در نتیجه، در صورتی که چنین ملازمه‌ای عقلی باشد قطعاً هر حرمتی بطلان را به همراه دارد و اگر ملازمه‌ای در بین نباشد، با آنکه حرمت از نهی ناشی می‌شود، ولی الزاماً به بطلان منتج نخواهد شد و عموماً نیز به این موضوع در مبحث الفاظ پرداخته‌اند. (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ۷۷) اما به زعم دیگر اصولیین این امر نمی‌تواند از ملازمه عقلی آن بکاهد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۸۰) زیرا ملازمه بین نهی با حرمت و بطلان با دلالت عقلی رابطه بیشتری دارد تا با دلالت لفظی. (زارعت، ۱۳۸۵: ۷۷)

۲.۲. اثر نهی بر معاملات از دیدگاه اصولیان

نظر فقها راجع به نهی را به طور کلی می‌توان از جهتی به شکل ذیل مورد دسته‌بندی قرار داد تا احکام آن دقیق‌تر بدست آید.

۲.۲.۱. نهی ارشادی

به نظر اکثر فقها نهی اگر از نوع ارشادی باشد، مبین فساد است. (مظفر، ۱۳۷۳: ۳۵۴؛ خوبی، ۱۴۱۷ق: ۲۱۲؛ نائینی، ۱۳۶۸: ۴۷۲ و ۴۷۱) نهی ارشادی معطوف به مواردی است که معامله واجد شرایط لازم نباشد. به عنوان مثال، در نهی بر عدم معامله با محجوران یا فقدان وجود غرر در معامله، شارع یا مقنن ارشاد لازم را بر رعایت شرایطی تأکید نمود. رعایت نکردن مقررات تعیینی از سوی شارع در آن معامله به منزله عدم انطباق عمل انجام شده با قواعد و شرایط یا احکام است. در نتیجه همین اختلال بطلان و فساد را به عنوان ضمانت اجرا در پی خواهد داشت.

به عبارت دیگر، در این نهی، مفاد آن، ارشاد به حکم عقل یا ارشاد به وجود مفسده در چیزی است که متعلق نهی، وسیله‌ای برای ترک آن می‌باشد. در این صورت مدلول نهی حکم عقل یا حکم شرعی وضعی مانند نهی از چیزی به منظور ارشاد به مانعیت آن که حکمی وضعی، مثل «لا تصل فیما لا یؤکل لحمه» است. این نهی ظاهراً به نماز خواندن

در پوست حیوان حرام گوشت توجه دارد، لیکن در واقع به مانعیت صحت نماز، ارشاد و دلالت دارد. (صدر، ۱۴۱۸ق: ۸۴)

۲.۲.۲. نهی تکلیفی یا مولوی

نهی تکلیفی یا مولوی در مواردی است که بنا بر ادله خاصی، مصلحت بر ترک و امتناع از انجام فعل با معامله‌ای تأکید می‌شود تا از مفسده‌ای جلوگیری شود. نهی تکلیفی به نهی عارض بر فعل مکلف است و بی‌واسطه دارای ثواب و عقاب می‌باشد. این نهی برابر نهی وضعی بوده و در واقع نهی به طور مستقیم متوجه افعال مکلف بوده و بر موافقت با آن (ترک حرام) و بر مخالفت با آن (انجام حرام) دلالت دارد.

افعالی که از نظر فقها حرمتشان ذاتی است، بدین معنا که نهی از فعل به لحاظ مفسده موجود در خود آن فعل صورت گرفته است، نه به جهت عارض شدن امر خارجی، مانند زنا و دزدی، زیرا اصل مفسده در خود زنا و دزدی موجود بوده و بر همین اساس حرام شده است. (صدر، ۱۴۱۸ق: ۶۲) حال نهی در کدام یک از این موارد می‌تواند سبب فساد شود و در چه مواردی صرفاً حرمت واقع، اما فساد و بطلانی بر معامله عارض نخواهد شد؟ به عنوان مثال نهی خواستگاری از زنی که در عده دیگری است، با نهی از معامله قیم با خود و نهی در معامله مصحف با کافر، ضمانت اجراهای آن‌ها در نظر اصولیین متفاوت می‌باشد. عده‌ای از اصولیان نهی تکلیفی یا مولوی را به تحریمی و تنزیهی (مظفر، ۱۳۷۳: ۳۵۲)، نهی به معنای مصدری و اسم مصدری (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۲۷) یا نفسی و غیره (امام خمینی، ۱۳۸۳: ۳۲؛ میرزای قمی، ۱۳۸۷: ۱۵۶ و ۱۵۷) دسته‌بندی نموده‌اند.

۲.۲.۳. دسته‌بندی نهی به سبب، مسبب و تسبب

صاحب کفایه نسبت به اثر نهی در معاملات، تقسیم ویژه‌ای ارائه نموده است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۱۸۸ و ۱۸۷) به دنبال ایشان برخی از نویسندگان متأخر هم از آن روش تأسی نموده‌اند. (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۵: ۲۳۱-۲۲۷)

بر اساس دسته‌بندی صاحب کفایه، آنچه نهی بدان تعلق می‌گیرد ممکن است، سبب، مسبب تسبب و یا اثر معامله باشد. وقتی متعلق نهی سبب می‌باشد، حرمت به ایجاب و قبول که همان سبب علقه برای ملکیت است، تعلق خواهد گرفت و نظر شارع آن است، انعقاد قرارداد مورد رضایت او نبوده و بلکه گناه هم تلقی می‌گردد. پس یکی از افعال شخص مورد نهی واقع شده است، نه اصل تملیک یا تملک. در این صورت نهی دلالت بر بطلان عقد ندارد. مانند معامله هنگام ندای برای نماز جمعه؛ معامله‌کننده مرتکب حرام می‌گردد، اما انتقال واقع می‌شود.



چنانچه نهمی بر اثر معامله تعلق گیرد، در این فرض شارع تحصیل نتیجه معامله را منع نموده است. مانند نهمی از تصرف در ثمن بیع خمر یا خنزیر که بایع نمی‌تواند در ثمن تصرف کند. معنای این نهمی بطلان بوده و به نوعی مخالفت با نتیجه و وقوع معامله است. مثال‌های ارائه شده در کتب اصولی مانند منع تصرف در ثمن معامله به عنوان اثر معامله قابل انتقاد است، زیرا مفهوم اثر همان اصل انتقال مالکیت در بیع می‌باشد. بنابراین نظر برخی از شارحان که تصرف در ثمن را اثر معامله دانسته‌اند، می‌تواند صحیح باشد. (صالحی مازندرانی، ۱۳۸۵: ۳۰۳)

صاحب کفایه تنها فرض اخیر از نهمی مولوی را موجب بطلان معامله می‌داند و سایر موارد را هر چند می‌تواند سبب حرمت شود، اما نهمی را دلالتی بر بطلان ندانسته است. بزرگان دیگر علم اصول (نائینی، ۱۳۶۸: ۳۴۹)، تعلق نهمی به مسبب را موجب بطلان و تعلق نهمی به سبب را بی‌تأثیر دانسته‌اند. دیگر صاحب‌نظران (مظفر، ۱۳۷۳: ۳۵۶) که قایل بر تفصیل اخیر می‌باشند، معتقدند هیچ یک از دو نهمی یاد شده دلالت بر بطلان ندارد. تفصیل اخیر را عده‌ای دیگر (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۵: ۳۲ و ۶۰) با تعبیر نهمی به معنای مصدری و اسم مصدری، ارائه نموده ولی قایل بر نظریه نائینی می‌باشند. چون نهمی به معنی مصدری را تعلق نهمی به سبب دانسته و موجب فساد نمی‌دانند. بالعکس نهمی به معنای اسم مصدری، معطوف به تعلق نهمی بر مسبب و موجب بطلان می‌دانند.

در برابر این نظریات، صاحب‌نظران دیگری (میرزای قمی، ۱۳۸۷: ۱۶۱ و ۱۶۰) عقیده دارند، نهمی به طور مطلق و به هیچ شکل دلالت بر فساد نخواهد نمود، مگر اینکه دلیل خارجی بر فساد معامله بر اساس اجماع یا نص خاص وجود داشته باشد. بنابراین بیشتر اصولیان پیرو نظریه‌ای می‌باشند که به موجب آن نظریه در نهمی تکلیفی یا مولوی، نهمی دلالت بر بطلان دارد؛ وانگهی جملگی پیروان این نظریه نیز در خصوص فرض خاص اتفاق نظر ندارند. البته به نظر می‌رسد، پیروان نظریه عدم دلالت نهمی بر بطلان نیز به طور کلی با این موضوع مخالفت نورزیده‌اند، بلکه بسیاری از طرفداران این نظریه نیز (نائینی، ۱۳۶۸: ۳۴۹ و ۳۵۰، محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ۷۷) معتقدند نهمی می‌تواند با دلیل یا قراین خارجی، دلالت بر بطلان نماید، زیرا این حد اقتضای نهمی بر بطلان، انکارناپذیر است.

۳. اثر نهمی مقنن در حقوق موضوعه

امروزه قوانین عدیده‌ای به منظور رعایت مصالح یا دفع مفاسدی وضع می‌گردد و تأکید بر نهمی از انجام عمل حقوقی یا مادی دارد. اینکه نهمی اعلامی از حیث حقوقی از چه وضعیتی برخوردار است به آسانی ممکن نیست. برخی حقوق‌دانان از ارائه نظر یا تعیین ضابطه برای نهمی امتناع نموده و معتقدند در هر مورد خاص، باید حکم آن را

دادرس بر اساس اوضاع و احوال تعیین نماید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۷: ۲۱۷) در فرض آنکه پذیرای همین نظر باشیم، در این صورت هم دادگاه با شناسایی معیارهای هر دسته، راحت تر خواهد توانست به اراده مقنن دست یابد و در نتیجه اهمیت دسته بندی روشن تر خواهد شد.

۳. ۱. دامنه شمول اثر نهی در حقوق موضوعه

نهی مقنن می تواند هم معاملات به معنای اعمال حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۰) و هم وقایع حقوقی یا اعمال مادی صرف را در برگیرد. اثر نهی نسبت به اعمال غیرحقوقی، می تواند ایجاد مسئولیت و ضمان باشد. به عنوان مثال در ماده ۶۱۶ قانون مدنی امتناع امین از رد مال مورد ودیعه و در ماده ۶۱۷ همان قانون تصرف امین در موضوع ودیعه ضمان آور شناخته شده است.

در ماده ۱۳۲ قانون مدنی و اصل ۴۰ قانون اساسی، مقنن اعمال حقی را که وسیله اضرار به غیر، یا تجاوز به منافع عمومی شود، نهی نموده است. همچنین در ماده ۱۳۳ قانون مدنی، اشخاص از باز کردن درب از دیوار خانه خود، به ملک همسایه نهی شده اند. این موارد از قلمرو نهی در معاملات خارج اند، زیرا موضوع نهی در معاملات یعنی برخورد آن با اعتبار یا عدم صحت معامله خواهد بود، آنچه که اصولیان آن را زیر عنوان «هل النهی عن الشيء یقتضی فساداً او لا» (حکیم، ۱۴۰۸ق: ۴۲۱؛ حائری، بی تا: ۱۵۱) بحث نموده اند.

گاهی مقنن ضمانت اجرایی حکم نهی را تعیین نکرده است. مانند ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی که مقرر می دارد: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست»، یا در ماده ۱۱۴۱ قانون مدنی آمده است: «طلاق در طهر موقعه صحیح نیست...». همچنین ماده ۱۱۴۰ قانون مدنی اشعار می دارد: «طلاق زن در مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس صحیح نیست...». حال اینکه پی بردن ضمانت اجرای موارد مسکوت مانده، حائز اهمیت است. بنابراین در ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی راجع به شرایط اقرار کننده ضمانت اجرایی تعیین شد و مشکلی بروز نخواهد نمود. در این ماده، شرایط اقرار، بلوغ، عقل، قصد و اختیار می باشد و در غیر این صورت اقرار شخص بلا اثر است. ماده ۴۱۸ قانون تجارت تاجر ورشکسته را از تاریخ صدور حکم، از مداخله در تمام اموال خود ممنوع دانسته و مواد ۴۲۳ و ۵۵۷ قانون تجارت، معاملاتی را که تاجر بعد از تاریخ توقف، منعقد نماید، به دنبال همان نهی حسب مورد باطل و بلا اثر می داند. (اسکینی، ۱۳۷۵: ۸۰ و ۷۴)

در مواردی نیز ممکن است نهی مقنن در بین باشد، ولی الزاماً این امر منتج به بطلان نگردد. در مواد ۱۹۶ و ۲۴۷ قانون مدنی معامله کننده باید عنوان مالک، وکیل، قیم، ولی،



یا وصی را دارا باشد و الاً معامله به مال غیر بطلان نخواهد بود، زیرا در مواد ۲۴۷ و ۳۵۲ قانون مدنی این قبیل معاملات غیر نافذ تلقی و امکان نفوذ آن با اجازه بعدی مالک وجود دارد. برخی موارد دیگر، ضمانت اجرای نهی جنبه اداری، انتظامی و کیفری دارد. در این موارد نیز ضمانت به عنوان اثر نهی، تهدیدی بر اعتبار و صحت عقد نیستند. به عنوان نمونه برای انعقاد عقد نکاح اساساً نیاز به تشریفات دیگری به جز ایجاب و قبول نیست. طبق ماده ۱ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ عدم ثبت نکاح توسط شوهر در دفتر رسمی ازدواج، ضمانت اجرای کیفری دارد، ولی این ضمانت اجرای کیفری منافاتی با صحت عقد ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۲۰۷)

مفهوم فساد و بطلان در برابر صحت قرار می‌گیرد و نویسندگان نیز در بیان مفهوم صحت به ترتب اثر مطلوب از آن یاد می‌نمایند. (بجنوردی، ۱۳۸۵: ۱۲۲) اگر در اعمال حقوقی، واژه صحت به کار می‌رود منظور آن است که عمل انجام شده واجد شرایط لازم برای تشکیل می‌باشد و به دلیل رعایت قانون می‌تواند دارای آثار ذاتی گردد. برخی از نویسندگان نیز صحت را همان حکم وضعی، در برابر حکم تکلیفی حلال و حرام، تعبیر نموده‌اند. (محمدی، ۱۳۸۳: ۲۲۶)

۳.۲. اشکال ظهور موضوع نهی در قوانین

با آنکه برخی اصولیان اصل را در صورت بروز نهی بر فساد بنا نهاده‌اند (آملی، ۱۳۹۵: ۷۰؛ وحید بهبهانی، ۱۴۱۵ق: ۱۷۳؛ حکیم، ۱۴۰۸ق: ۴۳۱) اما از لحاظ حقوقی طبق اصل صحت که در ماده ۲۲۳ قانون مدنی بیان شد «هر معامله‌ای که واقع شده محمول بر صحت است مگر اینکه فساد آن معلوم شود» این امر قابل تأمل است که آیا صرف حاکمیت این اصل باید از بررسی متعلق نهی خودداری نمود؟ باید گفت به طور مطلق به استناد اصل صحت نمی‌توان حکم به اعتبار معامله در تمام موارد نمود. مانند جایی که مقنن با نتیجه و اثر حاصل از آن عقد مخالفت نمود، حکم داد. همچنین به آسانی نمی‌توان نهی مقنن، به ویژه در مواردی که ارکان یا نتیجه و اثر را مورد خطاب قرار می‌دهد، بی اهمیت تلقی نمود، لذا باید قائل به تفکیک شد و حکم هر دسته را تعیین نمود تا متعلق و اثر نهی روشن شود.

۳.۲.۱. حاکمیت اثر نهی به اجزا و شرایط معامله

هر معامله‌ای بی‌تردید با رعایت شرایطی واقع می‌گردد، ولی در تمامی معاملات شرایط و اجزاء از اهمیت یکسانی برخوردار نیستند. دسته‌ای از این شرایط را مقنن به عنوان شرایط اساسی صحت معاملات یاد نمود. رعایت آن شروط در تمام معاملات ضروری است. این امر مانع از آن نیست شرایط مهم دیگری هم وجود داشته باشد و در هر معامله



متفاوت باشند. به عنوان مثال عین بودن عوض مختص عقد بیع و رهن بوده و در عقد اجاره تأکید بر منفعت است. در برابر این شرایط، رعایت مقررات دیگری نیز در تشکیل قراردادها، که به طور رسمی در دفاتر اسناد واقع می‌شوند مانند اخذ استعلامات مالیاتی حائز اهمیت می‌باشد.

مقنن تنظیم قرارداد بدون استعلام مربوط را منع نموده است و تأثیر نهدی نسبت به هر دو دسته از این شرایط یکسان نیست، زیرا عدم رعایت دسته‌ای از شرایط، مانع تشکیل عقد و بطلان و یا سبب عدم نفوذ است و ارکان نامیده می‌شود. در برابر دسته دیگر از شرایط اهمیت آن کمتر بوده و عدم رعایت آن دارای ضمانت اجرای اداری، انتظامی و کیفری باشد که غیر ارکان نامیده می‌شود. از این حیث وضعیت هر یک جداگانه بررسی می‌گردد.

۳.۲.۱. عارض شدن نهدی به ارکان معامله

در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایط اساسی صحت معامله پیش‌بینی شده و حاکم بر تشکیل اعمال حقوقی است که نویسندگان آن را شرایط عمومی نامیده‌اند. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۲) مقنن وجود این شرایط را الزامی دانسته است. به عنوان مثال در ماده ۲۱۷ قانون مدنی تأکید بر نهدی جهت نامشروع شده و مقرر نموده است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است.» یا ماده ۱۹۵ معاملات که در حال مستی، بیهوشی یا در حال خواب... را به واسطه فقدان قصد باطل دانسته است. همچنین در ماده ۲۱۰ مقنن بر وجود اهلیت برای متعاملین تصریح نموده و در ماده ۲۱۳ قانون مدنی معامله محجوران را نافذ ندانسته است. اکنون به چند نمونه از مصادیق این نهدی اشاره می‌گردد:

۱. از مهم‌ترین مصادیق نهدی مقنن نسبت به شرایطی که ارکان معامله محسوب می‌شود و ضمانت اجرای آن صراحتاً تعیین نشده، ماده ۱۲۱۳ قانون مدنی است. این ماده مجنون دائمی را مطلقاً و مجنون ادواری را در حال جنون از تصرف در اموال منع نموده، اما مقنن صراحتاً معامله مجنون را باطل اعلام نکرده است، ولی این نهدی نتیجه‌اش بر اساس ادله ذیل بطلان است.

اولاً جنون در برابر عقل قرار دارد و اشخاصی که مجنون هستند قدرت تصمیم‌گیری ندارند تا قصد انشاء نمایند. حقوق دانان به دلیل همین فقدان اراده، معامله مجنون را باطل می‌دانند. (صفایی، ۱۳۸۷: ۱۲۳؛ قاسمی، ۱۳۸۹: ۱۷۲؛ شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۶۶)

ثانیاً در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، قصد به عنوان یکی از شرایط صحت عقد بوده و ماده ۱۹۵ نیز معامله فقدان قصد را باطل می‌داند. در ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی نیز جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است. در صدر ماده ۱۲۰۷ قانون مدنی محجورین از تصرف



در اموال و حقوق مالی خود ممنوع‌اند و مجانبین نیز در بند ۳ این ماده از مصادیق آن ذکر شده است و ماده ۲۱۲ نیز معامله اشخاص فاقد اهلیت را باطل دانسته است. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۲۱۷؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۹۵) پس مجانبین، به دلیل فقدان قصد، از معامله منع شده‌اند و تردیدی در این نهی مقنن بر بطلان نیست، زیرا نهی بر شرایط اساسی صحت معامله به عنوان رکن وارد شده و از جمع مواد دیگر حکم بطلان مستفاد می‌شود.

۲. مورد دیگری که مقنن به عنوان نهی در معاملات تأکید دارد، پیشگیری از وقوع معامله‌ای است که مثن یا ثمن در آن مالیت نداشته یا فاقد منفعت عقلایی و نامشروع باشد. همچنین وجود علم تفصیلی در معامله، طبق ماده ۲۱۶ قانون مدنی ضروری می‌باشد، هر چند مقنن با عبارت «نباید» یا مشابه آن مخالفت خویش را با تحقق معامله مبهم یا فاقد مالیت... ابراز ننموده است، ولی از فحوای کلام مقنن این نهی قابل احراز است.

اگر نهی مقنن نسبت به معاملات موصوف پذیرفته شود، اثر این نهی چیست؟ بسیاری از نویسندگان نسبت به مالیت داشتن، منفعت عقلایی (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۴۵؛ صفایی، ۱۳۸۷: ۱۲۷؛ حمیتی واقف، ۱۳۸۸: ۸۳) و مشروعیت داشتن توأم با مبهم و معین بودن مورد معامله، اتفاق نظر دارند که در بندهای ۳ و ۴ ماده ۱۹۰ ق.م. پیش‌بینی شده است. این شرایط می‌تواند به عنوان ارکان عقد محسوب و رعایت نکردن آن منتهی به عدم تشکیل شود. خصوصیت اساسی این شرایط، از نصوص مختلف قانون قابل استنباط است، زیرا هم ماده ۱۹۰ قانون مدنی که بندهای ۳ و ۴ آن به این موضوع مربوط است از آن‌ها به عنوان شرایط اساسی صحت نامبرده است و هم در ماده ۲۳۲ شروطی را که فاقد نفع و فایده و نامشروع باشند، باطل دانسته است. همچنین ماده ۳۳۸ قانون مدنی، معلوم بودن عوض و ماده ۳۴۲ بر معلوم بودن مقدار، وصف، جنس مبیع و یا در ماده ۳۴۸ قانون مدنی بر منفعت عقلایی و مالیت داشتن توأم با قدرت تسلیم بایع، در عقد بیع تأکید شده و ضمانت اجرای آن در ماده اخیر بطلان پیش‌بینی شده است. بنابراین اثر نهی نسبت به معامله‌ای که موضوع آن فاقد مالیت، منفعت عقلایی و مشروعیت است بطلان می‌باشد. مشابه این مورد، نقل و انتقال سهام در شرکت با مسئولیت محدود طبق ماده ۱۰۳ قانون تجارت و یا معامله اموال غیرمنقول ثبت شده طبق مواد ۲۳، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و ماده ۶۲ برنامه دایمی توسعه اقتصادی مصوب ۱۳۹۵ با سند رسمی است که انتقال با سند عادی مورد نهی مقنن می‌باشد. به عبارت دیگر، انتقال رسمی جزء ارکان معامله محسوب شده و عدم رعایت آن مانع انجام معامله است.

۳. در مواد ۱۱۴۰ و ۱۱۴۱ قانون مدنی، تحقق طلاق به عنوان یک ایقاع منوط به فقدان موانع است که در صورت وجود آن موانع، مقنن تکلیف طلاق را بیان نکرده است.



این موانع طی مدت عادت زنانگی یا در حال نفاس و در طهر موقعه است. پس صرفاً بیان شد طلاق در این موارد صحیح نیست، حال آیا طلاق باطل می‌باشد، یا خیر؟ محرز نیست.

نهی مقنن در مواردی که فقدان منع، برای تحقق عمل حقوقی ضروری است، صرفاً شامل طلاق نیست، بلکه در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی، نکاح با اقارب سببی از قبیل ازدواج هر شخص با پدر، مادر، برادر، خواهر، اولاد، عمه، خاله، دایی و عمو منع شده است، بی‌آنکه ضمانت اجرای این نهی را تعیین نماید، ولی در بحث ازدواج این نهی و اثر بطلان آن به طور علمی، عقلی و شرعی در جامعه و بین عقلا هم در حقوق اسلام و هم در اکثر نظام‌های حقوقی یا مذاهب دیگر پذیرفته شده و نویسندگان حقوقی نیز در بطلان این قبیل نکاح تردیدی نکرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۸۳؛ صفایی، ۱۳۸۸: ۱۱۲) زیرا برای تحقق عقد یا ایقاع صرفاً وجود شرایط اساسی صحت معامله مانند، قصد و رضا، اهلیت و... کافی نیست و رعایت موانعی که مقنن فقدان آن را شرط دانست، هم ضروری است. با وجود این موانع، مانند طلاق طی مدت عادت زنانگی بر ارکان آن عمل حقوقی خلل وارد می‌شود.

۲.۲.۳. تقابل نهی با شرایطی غیر از ارکان معامله

دسته دیگری از شرایط وجود دارند که اهمیت آن‌ها همانند ارکان نیست، ولی از دیدگاه مقنن حائز اهمیت‌اند. رعایت این شرایط از جهتی الزامی بوده و نقض آن مورد نهی مقنن است. مقنن برای عدم رعایت آن ضمانت اجرا تعیین نموده است که مؤید اهمیت موضوع می‌باشد، اما ضمانت اجرای نقض این شرایط الزاماً بطلان نیست، بلکه ممکن است حسب مورد با یکی از طرفین برخورد انتظامی، مجازات کیفری و یا دیگر تنبیه اداری نماید. پس شدت اثرگذاری این شرایط آنچنان اساسی نبوده تا نقض این شرایط اصل معامله را مختل سازد. از این رو مقنن از اعلام بطلان معامله خودداری نموده است. در ذیل مصداق‌های بارز آن بررسی می‌گردد.

۱. ماده ۱۲۰ قانون کار مصوب ۱۳۶۹ اشعار می‌دارد که «اتباع بیگانه نمی‌توانند در ایران مشغول به کار شود مگر آنکه اولاً دارای روادید ورود با حق کار مشخص بوده و ثانیاً مطابق قوانین و آیین‌نامه‌های مربوطه، پروانه کار دریافت دارند.» اگر تبعه کشور بیگانه بدون اخذ روادید و پروانه کار در کارخانه‌ای اشتغال به کار باید قانون کار بر رابطه این کارگر تبعه بیگانه و کارفرما حاکم خواهد بود، زیرا طبق ماده اول آن قانون، تخطی از قانون کار امکان‌پذیر نیست و تبصره ذیل ماده ۹ همان قانون اصل را بر صحت کلیه قراردادهای کار دانسته است.

ضمانت اجرای نهی مذکور در ماده ۱۲۰ در ماده ۱۸۱ قانون کار صرفاً مجازات کیفری حبس است. این ضمانت اجرا موید آن است قرارداد کار بین تبعه بیگانه فاقد پروانه با کارفرمای ایرانی، معتبر و دارای آثار قانونی است و نهی وارده در ماده ۱۲۰ موجب بطلان قرارداد کار نمی‌گردد.

۲. قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۵، رعایت مقرراتی را برای تنظیم سند رسمی توسط دفاتر اسناد رسمی الزامی دانسته و مفهوم این الزام، منع از تنظیم سند، در صورت عدم رعایت شرایط می‌باشد. در ماده اول این قانون الزام، دفاتر مذکور را برای اخذ استعلام از شهرداری راجع به گواهی پایان ساختمان و گواهی عدم خلاف در زمان نقل و انتقال ساختمان و نیز اخذ استعلام از اداره جهاد کشاورزی راجع به اراضی خارج از محدوده شهر و همچنین اخذ مفاصا حساب مالیاتی در زمان نقل و انتقال املاک، مکلف نمود. اساساً اثر این نهی بطلان معامله و سند تنظیمی نیست. در صورت تخلف سردفتر برابر مقررات انتظامی طبق ماده ۳ همان قانون با وی برخورد می‌شود. همچنین عدم اخذ مفاصا حساب مالیاتی موجب مسئولیت تضامنی طرفین معامله در پرداخت بدهی مالیاتی می‌باشد. پس اثر نهی در این قانون بطلان سند تنظیمی و یا بی‌اعتباری مطلق معامله نیست و ضمانت اجرایش حسب مورد متوجه سردفتر یا طرفین معامله، اعم از انتظامی و یا مدنی خواهد بود.

۳. ازدواج کارمندان وزارت خارجه با اتباع بیگانه در ماده واحده مصوب ۱۳۴۵ ممنوع اعلام شده است. این ممنوعیت بر صحت و آثار قانونی عقد نکاح بی‌تأثیر است و نکاح معتبر می‌باشد. برخی نویسندگان مبنای این ممنوعیت را جنبه سیاسی دانسته‌اند و معتقدند برای مصلحت دولت وضع گردیده است. (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۸۹ و ۹۰) چون مقنن قلمرو ضمانت اجرای نهی را نوعی برخورد اداری با کارمند متخلف دانست و در ادامه همان ماده واحده مقرر داشته است که «کارمندان متخلف صلاحیت ادامه خدمت در وزارت خارجه را نخواهند داشت». اهمیت اجتماعی عقد نکاح سبب شد تا مقنن از تعرض به اصل نکاح امتناع و صرفاً به تنبیه اداری با کارمند متخلف و قطع همکاری با ایشان بسنده نماید.

۴. مصدق دیگر ماده ۱۰۶۰ ق.م می‌باشد که ازدواج زن ایرانی با تبعه خارجی را موکول به اجازه مخصوص دانسته و ماده ۱۷ قانون ازدواج ۱۳۱۶ نیز ازدواج تبعه خارجی با زن ایرانی را بدون اجازه دولت مستحق مجازات حبس دانست. این ضمانت اجرای کیفری تأثیری بر اصل نکاح نداشته و نکاح از نظر قانون و برخی از نویسندگان (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۸۹) معتبر است. هرچند برخی نویسندگان این قبیل نکاح را غیرنافذ دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۰۶) اما نکاح باطل نیست. مورد اخیر و یا عدم ثبت ازدواج

در ماده ۱ قانون ازدواج اصلاحی ۱۳۱۶ و نیز ماده ۴۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ بنا بر مصالح اجتماعی و اهمیت کیان خانواده، عقد نکاح از تعرض مصون باقی ماند و صرفاً خاطی مورد مجازات قرار می‌گیرد.

همین فلسفه در ازدواج مکرر مرد بدون تحصیل اجازه از دادگاه وفق ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ و ماده ۵۱ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ رعایت شد. بی‌آنکه نکاح دوم مورد خدشه قرار گیرد، صرفاً مرد خاطی مجازات می‌گردد. ماده ۱۴ قانون مذکور با اصلاحات سال ۱۳۵۳ تغییر یافته و ضمانت اجرای کیفری طبق نظر مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ شورای محترم نگهبان غیرشرعی اعلام گردید. (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۱۰۴)

در ماده ۲۰ قانون جدید حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ ثبت نکاح دائم، فسخ و انفساح آن، طلاق، رجوع و اعلام بطلان نکاح یا طلاق الزامی شناخته شد و در ماده ۲۱ آن قانون نیز ثبت نکاح موقت را در مواردی که زوجه باردار شود و یا با توافق طرفین و نیز شروط ضمن عقد قرار گیرد، الزامی دانست، اما این الزام تأثیر بر تشکیل عقد نخواهد داشت و خللی بر آن وارد نمی‌شود. همچنین صدر ماده ۴۹ علی‌رغم ضمانت اجرای کیفری برای مواردی که بدون ثبت ازدواج دائم، فسخ نکاح و طلاق واقع می‌شود، جزای نقدی درجه پنج و یا حبس تعزیری درجه هفت پیش‌بینی شد، اما عمل حقوقی محقق می‌گردد. در این ماده بیان شده است چنانچه مردی بدون ثبت در دفاتر رسمی به ازدواج دائم، طلاق یا فسخ نکاح اقدام نماید ضمن الزام به ثبت واقعه به پرداخت جزای نقدی درجه پنج یا حبس تعزیری درجه هفت محکوم می‌شود. پس با آنکه ضمانت اجرای کیفری بر موارد مذکور حاکم است، ولی در صحت وقوع هر یک از آن اعمال حقوقی تردیدی نیست.

۳.۲.۳. ورود نهی بر نتیجه معامله

گاهی اوقات مقنن مخالفت خویش را با آنچه که اصولاً به عنوان مطلوب طرفین و غایت عقد است با ورود نهی بیان می‌دارد. معامله‌ای که مقنن مانع از تحقق اثر نهایی آن می‌گردد، فاقد ارزش و عقلاً قابل تشکیل نیست. اصولاً اشخاص با انعقاد قرارداد درصدد تأمین اهداف خویش هستند. اگر مقنن با نهی مانع از بروز نتیجه مورد نظر طرفین گردد، بی‌تردید بر ظاهر آن معامله اثری بار نبوده و چاره‌ای جز تحمیل حکم بطلان بر آن معامله نیست. بارزترین نمونه تعلق نهی به نتیجه، معامله‌ای است که به طور صریح یا ضمنی با قانون برخورد می‌گردد، زیرا اصل حاکمیت اراده به طور مطلق قادر به تشکیل هر قراردادی نیست. طبق ماده ۱۰ قانون مدنی، نفوذ قرارداد منوط به عدم مغایرت آن با



قانون است. پس باید نظر نویسندگانی را پذیرفت که موانع اصل آزادی قراردادها را قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۴۷)

هدف از وضع قوانین امری، حفظ نظم عمومی و مصالحه عامه می‌باشد و به اشخاص اجازه تراضی خلاف آن را نمی‌دهد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۱۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۳۵) ماده ۹۷۵ قانون مدنی بر همین امر تأکید دارد و نتیجه عدم رعایت قواعد آمره را بلا اثر شدن قرارداد دانسته است.

بنابراین در کلیه مواردی که مقنن از تحقق نتیجه جلوگیری می‌نماید، اثر این نهی عدم تشکیل است و علیرغم سکوت در اعلام ضمانت اجرا، با عبارات شدیدی از قبیل «ممنوع است»، «مجاز نیست»، «نباید»، «ممکن نیست»، «هیچ کس نمی‌تواند» و... مخالفت خویش را با الفاظ مذکور به طرفین معامله ابراز می‌دارد. به نظر برخی، اگر هر قانون به طور جازم عملی را منع کند نهی برحرمت دلالت دارد و اگر به طور جازم نباشد نهی کراهت است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۷۰۴)

عبارت حرمت، در برابر کراهت، به همان منع جازم، یعنی بطلان نزدیک‌تر خواهد بود. در ذیل به مصادیقی این نوع نهی در قوانین که مؤید هدف مقنن در توجه آن بر بطلان است اشاره می‌گردد.

۱. ماده ۹۵۹ قانون مدنی سلب تمام یا قسمتی از حقوق مدنی توسط اشخاص را منع نموده و به سلب حق کلی ترتیب اثر نداده است. اگر شخصی، طی قراردادی با دیگری به طور غیر جزئی و برای مدت نامعین حقی از حقوق مدنی خویش را سلب نماید، این قرارداد اثری ندارد. اگر فروشنده ضمن عقد بیع حق انتقال بعدی را از خریدار برای همیشه، سلب نماید، نتیجه منع انتقال حاصل نخواهد شد، زیرا این توافق نوعی سلب حق مدنی کلی و دائم است که مورد نهی مقنن می‌باشد. همچنین اگر طی قراردادی بین دو تاجر یکی تعهد نماید برای همیشه حق فعالیت تجاری در شهر معینی را نداشته باشد، این قرارداد باطل و خلاف مفاد ماده ۹۵۹ بوده و تعهدات ناشی از آن مغایر با حق مسلم مدنی و آزادی تجارت است. ماده ۹۶۰ قانون مدنی نیز وضعیت مشابه با ماده ۹۵۹ داشته و از حکم یکسانی برخوردار است، جز آنکه حریت از مصادیق بارز حقوق شخصیت محسوب می‌گردد و سلب آن به طریق اولی نسبت به حق مالی اشخاص، از مخالفت بیشتر مقنن برخوردار است.

۲. ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نکاح مسلمه با غیر مسلم جایز نیست»، این ماده ازدواج زن مسلمان را با مرد غیر مسلمان ممنوع اعلام کرده و با به کار بردن عبارت «جایز نیست» از تحقق اثر عقد جلوگیری نموده است. در این ماده ضمانت اجرایی دقیق نهی صراحتاً تعیین نشد. عدم نفوذ در مواردی است که حقوق یکی از طرفین به



جهت عدم رضا، عدم رشد و یا عدم رعایت حق تقدم مالی و... تضييع گردد، اما بطلان در مواردی است که قرارداد، به دليل عدم رعایت شرایط یا عدم رعایت قوانین آمره، نظم عمومی، اخلاق حسنه، قابلیت تحقق ندارد.

حکم ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی به دليل نقض مصالح مسلمین و استیلاء کافر بر مسلم در زمره دسته‌اخیر واقع و باطل تلقی می‌گردد. هر چند سایر شرایط اساسی صحت معامله، اعم از قصد، رضا، اهلیت و... فراهم باشد، اما به صرف اینکه مقنن با تحقق عمل حقوقی و اثر آن مخالفت ورزید، تردیدی در بطلان آن نیست. برخی از نویسندگان ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی را از موانع نکاح دانسته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۱۱۷) و برخی دیگر به تأسی از فقه، نکاح مسلمه با غیر مسلم را از نوع نکاح باطل دانسته‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۰۳)

نظر نویسنده اخیر با اصول حقوقی سازگاری بیشتری دارد، زیرا در عمل مقنن از دیدگاه شرایط و ارکان و یا موانعی که خلل بر ارکان عقد وارد می‌نماید به موضوع نگاه نکرده است، بلکه از پایه و مبنا درصدد عدم تحقق عقد برآمده است، پس از این جهت، بطلان آن موجه و مستدل تر خواهد بود.

۳. تبصره ذیل بند ۳ از ماده ۳ قانون حمایت از مصرف کنندگان مصوب ۱۳۸۸ مقرر می‌دارد: «فروش اجباری یک یا چند نوع کالا یا خدمت به همراه کالا یا خدمت دیگر ممنوع است.» به دليل عرضه کم برخی از کالا یا خدمات امکان سوء استفاده دسته‌ای از تولیدکنندگان انحصاری وجود دارد. ممکن است در حین معامله کالا مورد نیاز خریدار، فروش کالا غیر ضروری دیگر نیز تحمیل شود و در فرض عدم پذیرش خریدار، از فروش کالا به او امتناع گردد. در دفاع از مصرف کنندگان مقنن، فروش کالا غیر نیاز به همراه کالای اصلی را منع نمود و حتی از غیرنافذ شناختن آن امتناع شدف چون در فرض تمایل مقنن به عدم نفوذ، می‌بایست معامله نسبت به کالای غیر نیاز مصرف کننده را برای وی الزامی نمی‌دانست، مگر اینکه خریدار اعلام رضایت نماید، درحالی که مقنن معامله کالای غیر نیاز را به مشتری منع نمود و این نهی نمی‌تواند نتیجه‌ای جز بطلان باشد.

۴. ماده ۳۱ قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰ مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد «خرید یا اجاره نمودن هواپیمای اختصاصی توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی مطلقاً ممنوع است.» هر نوع خرید یا اجاره هواپیمای اختصاص توسط دستگاه‌های دولتی در این ماده ممنوع اعلام شده و مقنن با به کار بردن عبارت «مطلقاً ممنوع» شدت مخالفت خویش را نسبت به معاملات اعم از خرید یا اجاره هواپیمای اختصاصی تأکید نموده است. این اقدام مقنن مؤید سلب آثار و یا نهی از تحقق نتیجه معامله منع شده می‌باشد.



۵. ماده ۱۲۴۰ قانون مدنی قیّم را از معامله با خود نسبت به اموال مولی علیه، اعم از فروش مال خود به مولی علیه و یا بالعکس منع کرده است. این نهی دلالت بر بطلان خواهد داشت، زیرا به نظر برخی از نویسندگان «عقل بدیهی حکم می کند که نفوذ و تأثیر اراده مادامی که مانعی نداشته باشد حتمی و قطعی باشد و متعلق صریح امر و نهی قانون از اختیار افراد خارج است...» (جعفری لنگروی، ۱۳۸۷: ۲۱۹ و ۲۲۶) بسیاری از نویسندگان ممنوعیت معامله قیّم با خود را تأیید نموده (صفایی، ۱۳۸۹: ۹۷) و معتقدند این قبیل معاملات در حقوق فرانسه باطل هستند. از این جهت گرایش این نویسنده بر بطلان معامله قابل استنباط است. (شهیدی، ۱۳۷۷: ۱۴) بنابراین نتیجه و اثر هر عملی حقوقی که مورد نهی واقع و مقنن با عبارات «نباید»، «جایز نیست»، «ممنوع است» و... اراده خود را بر عدم تحقق آن معامله ابراز دارد، قطعاً از لحاظ نتیجه محکوم به بطلان است.

۳.۲.۴. حاکمیت نهی بر غیر موارد نتیجه و ارکان

ممکن است متعلق نهی به طور اطلاق نسبت به معامله وارد گردد، حال به صرف هر نهی می توان حکم به بطلان معامله نمود؟ در فرض وجود نداشتن قرینه‌ای خاص مبنی بر اینکه متعلق نهی نتیجه است یا ارکان، آیا باید بنا را بر صحت معامله نهاد؟ به عنوان مثال، در ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی ازدواج با زنی که در قید زوجیت دیگری و یا در عده طلاق و وفات قرار دارد ممنوع و ضمانت اجرای آن بطلان عقد نکاح است. اگر زنی به عنوان نامزد مردی باشد، ممکن است ازدواج با این شخص نیز مورد نهی واقع شود، ولی مشمول مفاد ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی نیست، زیرا نامزدی ایجاد علقه زوجیت نمی کند و هر یک از طرفین قرارداد نامزدی طبق ماده ۱۰۳۵ قانون مدنی می تواند از وصلت امتناع و با شخص دیگری ازدواج کند. بنابراین اگر مقنن خواستگاری از زنی را که نامزد دیگری است، نهی می نمود اثری بر این نهی نمی توانست بار باشد و ازدواج به حکم ماده ۱۰۳۵ صحیح خواهد بود، هر چند که این نهی در قانون مدنی ما به طور روشن مطرح نشده است.

مواردی که نهی به طور مطلق از سوی مقنن وارد می گردد، بی آنکه قرینه‌ای بر بطلان به دست دهد و یا بر اساس اوضاع و احوال و با تمسک به شیوه‌های اصولی مانند وحدت ملاک، تحقیق مناط و یا تخریح مناط (محمدی، ۱۳۸۳: ۲۰۴) نیز نتوان به حکم بطلان برای آن نهی دست یافت، می توان با اصل صحت بر بی تأثیر بودن نهی از لحاظ حقوقی باقی باشد. مانند آنکه شارع در احکام تکلیفی بر کراهت امر، توجه داشته ولی شدت آن به حدی نبود تا شارع حکم بر حرمت نماید. اگر از اوضاع احوال و مفاد مواد قانونی در موارد مشابه، بتوان به علت حکم و فلسفه نهی دست یافت و بدین نتیجه رسید که هدف



نهی بطلان یا عدم نفوذ است، در این صورت اثر نهی معین بوده و جایی برای تمسک به اصل صحت نیست. مقنن حکمتی در پی این نهی برای جلوگیری از مفسده خاص در نظر داشته و به حکم عقل نمی‌توان این عمل مقنن بر نهی را با وجود آن قراین و اوضاع و احوال، بی‌هدف دانست.

اصولاً تفاوت ظریفی بین نهی نسبت به نتیجه با نهی به طور مطلق وجود دارد. در نهی متعلق نتیجه، فلسفه نهی به منظور حفظ قواعد آمره، اخلاق حسنه و نظم عمومی می‌باشد و الزاماً منافع و مصالح شخص طرف معامله در نظر نیست، اما در نهی به طور مطلق هدف دفاع از نظم عمومی یا اخلاق حسنه نیست، بلکه ترجیح مقنن بر جلوگیری از مفسده و یا پیامد منفی آن عمل می‌باشد، بی‌آنکه الزاماً معارض با قوانین امری باشد. مانند نهی ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی که بدون اجازه همسر اول، مرد از ازدواج با برادرزاده یا خواهرزاده اش منع شد؛ با نهی مذکور در ماده ۱۰۸۴ قانون مدنی که ازدواج همزمان با دو خواهر را منع کرده است، فلسفه این دو نهی یکسان نیست، زیرا ازدواج با دو خواهر با نظم عمومی و اخلاق حسنه مغایرت داشته و حکم آن نهی را حقوق‌دانان بطلان دانسته‌اند، درحالی‌که از اوضاع و احوال بر می‌آید که مفاد ماده ۱۰۴۹ صرفاً احترام و حقوق همسر اول مورد تضییع واقع شده و ارتباط مستقیم با اخلاق حسنه یا نظم عمومی ندارد و ضمانت اجرای نقض آن، بطلان نیست. برخی نویسندگان نیز قایل بر همین ضمانت اجرا می‌باشند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷۸۹) موارد ذیل را می‌توان از مصادیق دیگر تعلق نهی به طور مطلق دانست که حسب اوضاع و احوال گاهی سبب بطلان عمل حقوقی و گاهی قابل ابطال بودن آن، می‌گردد:

۱. ماده ۹ قانون^۱ حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ مقرر می‌دارد مالکین اموالی که در فهرست آثار ملی ثبت شده‌اند در صورت تصمیم به فروش، باید مراتب را به دولت اعلام نمایند تا در صورت نیاز به معامله و خرید آن مال، برابر همان قیمتی که سایر خریداران پرداخت می‌نمایند، دولت حق تقدم خواهد داشت. فروش بدون رعایت ترتیب یاد شده و عدم اعلام به دولت منع گردید. حال اثر این نهی چیست؟ مقنن صریحاً با نتیجه این

۱. مفاد ماده ۹ قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹: «هر کس مالک مال منقولی است که در فهرست آثار ملی ثبت شده، اگر بخواهد به دیگری بفروشد باید با اداره مربوطه دولتی کتباً اطلاع داده، اگر دولت بخواهد آنان را جز مجموعه‌های دولتی آثار ملی قرار دهد در ابتیاع آن با شرایط مساوی بر مردم حق تقدم دارد، لیکن ظرف ۱۰ روز پس از رسید دادن به اعلام کتبی صاحب مال دولت باید قصد خود را در ابتیاع آن به مالک اعلام کند و اگر نکرد صاحب مال می‌تواند مال را به دیگری بفروشد. در هر حال مالک این اموال به هر نحو از انحاء آن را به دیگر منتقل کند باید پس از انتقال در ظرف ۱۰ روز اسم و محل اقامت مالک جدید را به اطلاع دولت برساند....»



معاملات مخالف نوززیده است. برخی از نویسندگان اثر این نهمی را بطلان می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۷۸۹) اما به نظر این قبیل معامله از سوی دولت قابل ابطال خواهد بود، زیرا تشخیص اهمیت موضوع، اقدام به خرید یا عدم آن از اختیار دولت می‌باشد و نتیجه معامله با منافع ملی در تعارض نمی‌باشد و همانند اموال عمومی و دولتی موضوع مواد ۲۴، ۲۵، ۲۶ قانون مدنی نیست تا نتیجه آن نهمی، بطلان باشد. از این جهت نهمی مذکور به طور مطلق وارد و اثرش الزاماً بطلان نیست.

۲. ماده ۱۹۸ لایحه اصلاحی قانون تجارت مقرر می‌دارد: «خرید سهام شرکت توسط همان شرکت ممنوع است» و تبصره ۲ ماده ۱۵۸ آن قانون نیز مقرر می‌دارد: «انتقال اندوخته قانونی به سرمایه ممنوع است» و ماده ۱۶۴ قانون مذکور که مقرر می‌دارد: «اساسنامه شرکت نمی‌تواند متضمن اختیار افزایش سرمایه برای هیئت مدیره باشد». این موارد، نمونه‌هایی هستند که مقنن نهمی را به طور مطلق به کار برده، اما از تعیین ضمانت اجرای دقیق این نهمی امتناع نموده است. در صورت توافق اعضای مجمع بی‌آنکه الزاماً گفته شود توافق مذکور به دلیل نهمی باطل است به جهت ضرر وارده به حقوق اشخاص ثالث یا اعضاء و عدم رعایت مقررات مربوطه طبق ماده ۲۷۰ همان قانون هر ذی‌نفع می‌تواند بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات ارکان شرکت را از دادگاه درخواست نمایند. این تصمیمات قابلیت ابطال دارد ولی فی نفسه باطل نیست، زیرا ماده ۲۷۱ قانون یاد شده اجازه مرتفع شدن موجبات بطلان و صدور قرار سقوط دعوی را به دادگاه داده است. پس در موارد اطلاق طبق اوضاع و احوال ممکن است اثر نهمی، منتهی به بطلان گردد و اما الزاماً در تمامی موارد، این قبیل نهمی دلالتی بر بطلان ندارد و حسب مورد می‌تواند، ضمانت اجرای آن عدم نفوذ و قابلیت ابطال باشد. بنابراین اطلاق نهمی در کلام مقنن افاده بر بطلان ندارد و با جمع احکام مختلف می‌تواند دلالت بر قابلیت بطلان داشته باشد و از حکم بطلان رهایی یابد.

نتیجه گیری

تحلیل و بررسی‌های صورت گرفته در پژوهش حاضر نشان می‌دهد که وضعیت نهمی در حقوق موضوعه و دیدگاه فقهی کاملاً یکسان نبوده و نتایجی به شرح ذیل به دست آمده است:

۱. از نظر اکثر اصولیین اولاً نهمی اگر از نوع ارشادی باشد، آن را مبین فساد می‌دانند، زیرا محل اعمال نهمی ارشادی معطوف به مواردی است که معامله واجد شرایط لازم نباشد، مانند عدم معامله با محجورین، فقدان وجود غرر در معامله. در این موارد شارع ارشاد لازم مبنی بر رعایت شرایطی را تأکید می‌نماید و نقض آن به منزله عدم انطباق

عمل انجام شده با شرایط است، اما در نهی تکلیفی بنا بر ادله خاصی، مصلحت بر ترک معامله است.

ثانیاً از نظر صاحب کفایه الاصول که بسیاری از اصولین از آن تبعیت کرده‌اند، از یک سو وقتی متعلق نهی سبب باشد، حرمت به ایجاب و قبول و یا سبب علقه برای ملکیت تعلق خواهد گرفت، نه اصل تملیک یا تملک. در این صورت نهی دلالت بر بطلان عقد ندارد، مانند معامله هنگام ندای برای نماز جمعه.

از سوی دیگر، در تعلق نهی به مسبب اصل تملیک و انتقال منع می‌گردد، همانند فروش قرآن به کافر. هر چند این حرمت متوجه تملیک و انتقال مالکیت است، اما معامله صحیح می‌باشد. وانگهی ممکن است نهی، به تسبب تعلق گیرد، یعنی چیزی، وسیله برای رسیدن به هدفی قرار گیرد. مانند تملک زیاده در بیع ربوی، نه خود بیع باطل و حرام است و نه تملک مال زیاده حرام می‌باشد، آنچه دارای حرمت است، تملک زیاده از راه بیع ربوی است، چون با بیع ربوی، این مقصود حاصل گردید، حرمت متوجه سبب و دریافت زیاده می‌باشد.

ثالثاً اگر نهی بر اثر معامله تعلق گیرد، شارع تحصیل نتیجه معامله را منع نمود. مانند نهی از تصرف در ثمن بیع خمر. در واقع منع بایع در تصرف ثمن معنایش بطلان و مخالفت با معامله است. بزرگان دیگر علم اصول مانند نائینی، تعلق نهی به مسبب را موجب بطلان و تعلق نهی به سبب را بی‌تأثیر دانسته‌اند. بالعکس میرزای قمی، نهی را به هیچ شکل دلالت بر فساد ندانسته، مگر اینکه دلیل خارجی بر فساد معامله بر اساس اجماع یا نص خاص وجود داشته باشد. اساساً اصولیان پیرو نظریه‌ای می‌باشند که در نهی تکلیفی دلالت بر بطلان دارد وانگهی در فروض خاص آن اتفاق نظر ندارند.

۲. از منظر حقوقی در صورت ورود نهی از سوی مقنن نمی‌توان به صرف اصل صحت، حکم بر اعتبار معامله نمود و یا در تمام موارد آن را بطلان دانست، زیرا مجرای اصل صحت زمانی است که عقد با رعایت شرایط قانونی واقع گردد. معامله‌ای که در آغاز با نهی مقنن مواجه است، در وقوع آن تردید و امکان تمسک به اصل صحت نیست. گاهی هم با وجود جمع بودن شرایط تحقق معامله، ممکن است اثر آن، مورد مخالفت مقنن باشد. از این جهت برای شناسایی اثر نهی باید به میزان مفسده‌ای که در پی معامله به بار می‌آید توجه داشت. مقنن در برخی موارد با شدت و گاهی با اغماض، ضمانت اجرای نهی را صریحاً با بطلان و یا عدم نفوذ یا صحت همراه ساخته است و بعضاً نیز سکوت اختیار نمود. به این خاطر که اولاً در فرض اخیر اگر نهی متوجه ارکان معامله شود، در صورت فقدان ارکان معامله یا وجود موانع مؤثر بر ارکان، دیگر عقد واقع نمی‌شود و حکم آن بطلان است. همین طور اگر مقنن، به دلیل مغایرت نتیجه عقد با قوانین امری، اخلاق

حسنه یا نظم عمومی با تحقق عقد مخالفت می‌ورزد، بطلان به عنوان ضمانت اجرای نهی خواهد بود.

ثانیاً در صورتی که نهی به شرایطی تعلق یابد که ارکان معامله نیستند، ضمانت اجرای آن می‌تواند انتظامی، اداری یا کیفری باشد. پس نهی بر اصل معامله اثرگذار نیست و معامله صحیح است. نهایتاً ضمانت اجرای نهی در حالت اطلاق اگر توأم با وجود قراین و اوضاع و احوال خاصی باشد، حسب مورد می‌تواند بطلان، قابلیت بطلان و عدم نفوذ تلقی شود. بنابراین بر اساس معیارهای ارائه شده، امکان رسیدن به ضمانت اجرای دقیق بطلان، قابلیت بطلان، عدم نفوذ و یا سایر ضمانت اجراهای اداری، انتظامی و کیفری میسر می‌باشد، لیکن شایسته آن است مقنن در هر موردی که اقدام به بیان منع و اعلام حکم نهی می‌نماید در ادامه همان حکم، ضمانت اجرای آن منع را نیز صریح و شفاف تعیین نماید و دادرس را در صدور حکم در مقام حل و فصل اختلاف به طور آسان‌تری به کشف حقیقت و دستیابی به اجرای عدالت، یاری و رهنمون سازد.

منابع و ماخذ:

- اسکینی، ربیعا (۱۳۷۵)، حقوق تجارت تصفیه و ورشکستگی، ج ۱، تهران: انتشارات سمت.
- امامی سید حسن (۱۳۶۸)، حقوق مدنی، ج ۱، ج ۸، تهران: انتشارات اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (بی تا)، مطارح الانتظار، ج ۱، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، کفایة الاصول، ج ۱، قم: موسسه آل البیت علیه السلام.
- آملی، میرزا هاشم (۱۳۹۵ق)، مجمع الافکار، ج ۲، قم: چاپخانه علمیه.
- جبعی عاملی، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، ج ۱، قم: کتابفروشی مفید.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران: گنج دانش.

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، ج ۲، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۷)، مسبوط در ترمینولوژی، ج ۵، ج ۱، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، مقدمه علم حقوق، ج ۵، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۶۸)، ترمینولوژی حقوق، ج ۴، تهران: گنج دانش.
- حائری شیخ عبدالکریم (بی تا)، الفوائد، ج ۱، قم: چاپخانه مهر.
- حکیم سید محسن (۱۴۰۸ق)، حقایق الاصول، ج ۱، قم: انتشارات بصیرتی.
- حمیتی واقف، احمد علی (۱۳۸۸)، حقوق مدنی (۳)، ج ۱، تهران: دانش نگار.
- حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۳ق)، اصول الاستنباط، ج ۱، قم: نشر مدیریت حوزه علمیه.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۷ق)، الهدایة الاصول، ج ۲، قم: نشر مؤسسه صاحب الامر علیه السلام.
- زراعت عباس (۱۳۸۵)، «دلالت نهی بر فساد منهی عنه و نظریه بطلان» مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه کاشان، ش ۱۲، ص ۱۰۰-۷۵.
- سبحانی تبریزی جعفر (۱۳۸۱)، الموجز فی اصول الفقه، ترجمه مسلم قلی پور، ج ۲، قم: انتشارات قم.
- شهیدی مهدی (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، ج ۱، تهران: نشر حقوق دانان.
- شهیدی مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی (۳)، ج ۱۰، تهران: مجد.



- صالحی مازندانی، محمد علی (۱۳۸۵)، شرح کفایة الاصول، ج ۳، ج ۱، قم: ناشر صالحان.
- صدر سید محمد باقر (۱۴۱۸)، دروس فی علم الاصول، ج ۲، ج ۵، قم: نشر اسلامی.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ج ۶، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- صفایی سید حسین و اسدالله امامی (۱۳۸۸)، مختصر در حقوق خانواده، ج ۲۱، تهران: نشر میزان.
- صفایی سید حسین (۱۳۸۹)، حقوق مدنی جلد اول، اشخاص و اموال، ج ۱۲، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طوسی، ابوجعفر محمد (۱۴۱۷ق)، العده، ج ۱، قم: چاپخانه ستاره.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۵)، ایضاح الکفایه، ج ۳، تعلیقه سید محمد حسینی، ج ۴، قم: انتشارات نوح.
- قاسم زاده سید مرتضی (۱۳۸۸)، اصول قراردادها و تعهدات، ج ۱۳، تهران: نشر دادگستر.
- قاسمی حامد عباس (۱۳۸۹)، حقوق مدنی، شرایط اساسی عقد، ج ۱، تهران: انتشارات دراک.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، ج ۲، تهران: بهمن برنا.
- _____ (۱۳۷۵)، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ج ۱، تهران: نشر یلدا.
- _____ (۱۳۸۱)، حقوق مدنی، اعمال حقوقی، ج ۸، تهران: سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۳)، درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، ج ۶، تهران: گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۷)، کلیات حقوق، ج ۳، تهران: سهامی انتشار.

- محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، *معارج الاصول*، قم: نشر موسسه آل البيت علیهم السلام.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳)، *مبانی استنباط حقوق*، ج ۱۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- محمدیف ابوالحسن (۱۳۸۹)، *قواعد فقه*، ج ۱۱، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۷۳)، *اصول فقه*، ج ۱، قم: انتشارات اسماعیلیان.
- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۵)، *علم اصول*، ج ۱، تهران: انتشارات مجد.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۸۳ق)، *تهذیب الاصول*، ج ۳، قم: نشر اسماعیلیان.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۸۷ق)، *قوانین الاصول*، ج ۱، قم: کتابفروشی علمیه.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۶۸)، *اجود التقریرات*، ج ۱، قم: انتشارات مصطفوی.
- _____ (۱۴۱۷ق)، *فوائد الاصول*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- وحید بهبهانی، محمد (۱۴۱۵ق)، *الفوائد الحارثیه*، ج ۱، قم: نشر مجمع الفكر اسلامی.