

# بررسی قراردادهای نامشروع (مغایر نظم عمومی) در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران

مهرزاد ابدالی<sup>۱</sup> \* - محمد عیسی تفرشی<sup>۲</sup>

۱- استادیار گروه حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)

۲- دانشیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس

پذیرش: ۸۳/۶/۲۵

دریافت: ۸۲/۴/۲۸

## چکیده

نظم عمومی از قواعد محدود کننده آزادی اراده قراردادی است که در کلیه نظامهای حقوقی، از جایگاه ویژه و قابل تأملی برخوردار است. این قاعده که در نوشته های حقوقی راجع به قراردادها تحت عنوان «موجبات نامشروع شدن قرارداد» مورد مطالعه قرار می گیرد در حقوق کشورهای فرانسه، انگلیس و ایران به لحاظ اوصاف و آثار از وضعیت کاملاً مشابهی برخوردار نیست. در هر سه نظام حقوقی مورد مطالعه، ضمانت اجرایی قراردادهای مغایر نظم عمومی، بطلان مطلق اعلام شده، اما از نظر آثار این بطلان، تفاوتی به نظر می رسد. در هر سه کشور، اجرای مفاد قرارداد ممکن نیست، اما از لحاظ امکان استرداد عوض و امکان طرح ادعای خسارت، تفاوتی وجود دارد. حقوق فرانسه و انگلیس نسبت به امکان استرداد عوض و اخذ خسارات استثنای قائل شده است، اگرچه از نظر نوع استثناء و شرایط اعمال این استثناءها، بین آن دو نیز تفاوت به چشم می خورد. در حقوق ایران امکان اجرای مفاد قرارداد های مغایر نظم عمومی و اخلاق حسنه منتفی است اما امکان استرداد عوض قراردادی و اخذ خسارت بر خلاف نظر پذیرفته شده در حقوق دو کشور مذکور، در نوشته های حقوقی نویسندگان ایرانی ظاهراً منتفی است. در این مقاله نویسندگان تلاش کرده اند موضوع امکان استرداد عوض و اخذ خسارات را با توجه به ماهیت نظم عمومی و اخلاق حسنه بررسی کنند و از نظریه متعارف و سنتی نویسندگان حقوقی که در این خصوص بحث کرده اند، فاصله بگیرند.

**کلید واژه‌ها:** نظم عمومی، استرداد عوض، خسارت.

E-mail: m\_abdali @ msir.ir

\* نویسنده عهده دار مکاتبات:



## ۱- مقدمه

اصولاً یکی از مهمترین خصیصه‌های قواعد حقوقی- بر خلاف قواعد اخلاقی- برخورداری آنها از ضمانت اجرای مناسب است و از آنجا که نظم عمومی در هر کشور از مهمترین قواعد نظام حقوقی آن کشور به حساب می‌آید و در واقع از مظاهر قدرت و صلابت نظامهای اجتماعی است نمی‌تواند از ضمانت اجرای لازم و مناسب برخوردار نباشد. قراردادهای مغایر نظم عمومی که این مقاله وضعیت حقوقی آنها را مورد مطالعه قرار داده از جمله قراردادهای نامشروع است که عدم توجه جدی و شایسته به جایگاه آن در تألیفات و مطالعات حقوقی موجود در داخل کشور، نگارش این مقاله را ضروری ساخته است.

در این مقاله، حقوق هریک از کشورهای فرانسه، انگلیس و ایران در خصوص دعاوی راجع به اجرای مفاد قراردادهای مغایر نظم عمومی (نامشروع) و نیز دعاوی راجع به استرداد عوض خسارات ناشی از آنها به ترتیب مورد بحث قرار گرفته و حتی الامکان سعی شده در هر مورد، نمونه‌هایی از آرای صادر شده در مراجع قضایی کشورهای مورد مطالعه ارائه شود. البته در خصوص حقوق ایران باید توجه داشت که رویه قضایی دادگاههای ایران از این لحاظ تقریباً فقیر است و به موردی که بتواند به روشن شدن رویه قضایی ایران در این خصوص کمک کند دست نیافتیم. امید است این مقاله بتواند به عنوان یک قدم کوچک در مسیر شناسایی بهتر مفهوم نظم عمومی و جایگاه آن در حوزه قراردادهای تلقی شود و به کاربردی شدن این قاعده مهم در نظام حقوقی ایران کمک کند.

## ۲- طرح و بررسی

مفهوم نظم عمومی که این مقاله وضعیت حقوقی قراردادهای مغایر با آن را مورد بررسی قرار داده، از جمله مفاهیمی به شمار می‌رود که تعریف آن به لحاظ منطقی، دارای اوصاف سهل و ممتنع است. دشواری تعریف این مفهوم که از ابداعات قانون مدنی فرانسه است (ماده ۶ ق.م.ف.) و بنا بر نظر یکی از نویسندگان فرانسوی [۱، ص ۳۷] می‌توان رد پای آن را در حقوق رم جستجو کرد، موجب شده تا در نوشته‌های مربوط به نظم عمومی مطالب بسیاری به تعاریف و نظرهای مختلف راجع به آن اختصاص یابد. این اختلاف نظرها بعضاً به یکسانی مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه نیز منجر شده است [۱، ص ۴۹]؛ در حالی که به نظر میرسد باید به تفاوت قلمرو این دو کاملاً اعتقاد داشت. شاید به همین دلیل است که در قوانین

بسیاری از کشورها، اصطلاحات «نظم عمومی» و «اخلاق حسنه» همواره در کنار یکدیگر ذکر می‌شوند « برای نمونه ر.ک. به ماده ۶ قانون مدنی فرانسه، ماده ۱۹ قانون تعهدات سوئیس، ماده ۳۳ قانون مدنی یونان و ماده ۹۷۵ قانون مدنی ایران». اگر منظور، شمول مفهوم «نظم عمومی» بر «اخلاق حسنه» بود باید به درج عبارت «نظم عمومی» اکتفا می‌شد. از آنجا که پرداختن تفصیلی به این بحث در اینجا ممکن نیست و مقاله ای مستقل می‌طلبد و در عین حال فهم دقیق مطالب مطرح شده در این نوشته، مستلزم توضیحی اجمالی در خصوص هر یک از این دو است به تعریف هر یک می‌پردازیم.

در تعریف نظم عمومی می‌توان گفت: «مجموعه قواعد الزامی حقوقی و قوانین و مقررات وابسته به حسن جریان لازم امور مربوط به اداره کشور و یا راجع به صیانت امنیت و اخلاق در روابط افراد مردم که اراده افراد جامعه در خلاف جهت آنها بلا تأثیر است. این قواعد به‌رغم اینکه عموماً در قوانین کشوری مندرج است، اما ضرورتاً لباس قانون بر تن ندارد». اخلاق حسنه را نیز می‌توان چنین تعریف کرد: «مجموعه قواعد اخلاقی که عدم رعایت آنها وجدان عمومی جامعه را اخلاقاً جریحه دار می‌سازد». بنابراین دو تعریف، به نظر می‌رسد نسبت میان مفاهیم اخلاق حسنه و نظم عمومی نسبت عموم و خصوص مطلق است، یعنی هر آنچه مغایر اخلاق حسنه است، مغایر نظم عمومی است، اما عکس آن صادق نیست.

نکته دیگری که توجه اجمالی به آن ضروری است و عنوان مقاله نیز بر همان اساس تنظیم شده این است که در حقوق فعلی ایران، قراردادهای مغایر نظم عمومی و اخلاق حسنه الزاماً نامشروع نیستند، در حالی که در حقوق دو کشور دیگر مورد مطالعه، قراردادهای مغایر نظم عمومی نامشروع تلقی می‌شوند، به گونه‌ای که می‌توان گفت هر آنچه مغایر نظم عمومی است، نامشروع است، اگر چه عکس آن صادق نیست. بنابراین نسبت موصوف (عام بودن قلمرو قراردادهای نامشروع نسبت به قلمرو قراردادهای مغایر نظم عمومی) در حقوق فعلی ایران قابل تأمل به نظر می‌رسد، به ویژه با تصویب ماده ۷ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی که مقرر می‌دارد: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست»؛ زیرا قید «مغایر موازین شرع» در مقام القای این نکته است که هر قرارداد مغایر نظم عمومی الزاماً نامشروع نیست. اما در حقوق دیگر کشورهای مورد مطالعه، این نسبت منطقی به همان نحوی است که ذکر شد، یعنی عنوان نظم عمومی در نوشته‌های راجع به قراردادها، یکی از عناوین تحدید کننده آزادی اراده است که ذیل عنوان عامتری به نام «عدم



مشروعیت<sup>۱</sup> مورد بحث قرار می‌گیرد. علت این تفاوت را باید در اختلاف بین نظامهای حقوقی مبتنی بر شریعت (نظامهای فقهی) و نظامهای حقوقی عرفی جستجو کرد که ورود در مباحث مربوط به آن از حوصله این مقاله خارج است و مجال دیگری می‌طلبد.

در این مقاله، وضعیت بطلان قراردادهای مغایر نظم عمومی و دعاوی راجع به اجرای مفاد این قراردادها و همچنین دعاوی راجع به استرداد عوض و خسارات وارد به ترتیب در هر حقوق سه کشور مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد:

### ۳- بطلان قرارداد

#### ۳-۱- حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه و عموماً در حقوق کشورهای اروپایی، دو نوع بطلان وجود دارد که عبارتند از بطلان مطلق و بطلان نسبی.

منظور از بطلان مطلق، وضعیت عقدی است که قانون برای آن هیچ گونه اثر حقوقی شناسایی نمی‌کند و آن را کان لم یکن تلقی می‌کند. چنین بطلانی نسبت به همگان از وضعیت یکسانی برخوردار است؛ به این معنا که به هر وسیله و از طرف هر ذینفعی می‌تواند مورد ادعا قرار گرفته، رسیدگی قضایی به آن مورد درخواست واقع شود.

موارد بطلان مطلق همیشه به طور واضح و صریح در متون قانونی بیان نشده، بلکه بعضاً از روی اصول کلی حقوقی و قواعد آمره - و نه ضرورتاً قوانین آمره - استنباط می‌شود و این همان مواردی است که قرارداد خاصی مخالف با نظم عمومی و یا اخلاق حسنه اعلام می‌شود. به همین علت بعضی از نویسندگان فرانسوی بطلان مطلق را به دو نوع بطلان مطلق صریح و بطلان مطلق غیر صریح تقسیم کرده‌اند. به نظر اینان، بطلان مطلق صریح جایی است که قانونگذار به صراحت آن را مورد توجه قرار داده و در قوانین مربوط بیان کرده است؛ اما بطلان مطلق غیر مصرح یا بطلان مقدر، جایی است که قاضی و حقوقدان، بطلان را از طریق منابع غیر مدون و روح قواعد حقوقی استنباط می‌کنند. [۲، ص ۷۳].

اما منظور از بطلان نسبی، وضعیت عقدی است که فقط نسبت به یک طرف فاقد اعتبار است و در واقع سرنوشت نهایی چنین عقدی در دست همین طرف قرار دارد و تنها او

۱. illegality

می تواند با رجوع به دادگاه، بطلان عقد را تقاضا کند، همان گونه که می تواند عقد را به حال خود رها کند تا آثار حقوقی آن کماکان ادامه یابد. در صورت درخواست اعلام بطلان، عقد مذکور از ابتدا فاقد آثار حقوقی اعلام می گردد. چنین بطلانی فقط تضمین حقوقی خصوصی طرفین معامله و قائم مقام قانونی آنان است، مانند اینکه جزیی از علت معامله موجود نباشد و یا معامله مبتنی بر اشتباه، تدلیس یا اکراه باشد. در این قبیل موارد، معامله قابل ابطال است<sup>۱</sup> نه باطل [ ۲، ص ۷۳ ].

بنابراین می توان گفت که در حقوق فرانسه، ضمانت اجرای قراردادهای مغایر نظم عمومی و نامشروع، بطلان مطلق است و بطلان نسبی فقط برای حمایت از اشخاص مقرر شده است. به تعبیر دیگر، هر گاه در قراردادهای خصوصی اشخاص، نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد تعرض قرار گیرد، نتیجه آن بطلان قرارداد مغایر خواهد بود؛ اما هر گاه حقوق خصوصی طرفین قرارداد مورد تعرض قرار گیرد نتیجه آن، بطلان نسبی است و لذا اراده آنها می تواند از بطلان قرارداد جلوگیری کند؛ در حالی که در موارد مربوط به نظم عمومی، هدف حقوق، حمایت از منافع جامعه بعنوان یک کل و اصل غیر قابل تعرض است و لذا اراده هیچ کس نمی تواند از بطلان قراردادهای معارض نظم عمومی جلوگیری کند [ ۳، ص ۴۹ ].

بحث دیگری که در این خصوص مطرح می شود این است که آیا بطلان جزیی از معامله به علت مخالفت آن جزء با نظم عمومی و اخلاق حسنه، منجر به بطلان کل معامله خواهد شد یا اینکه فقط بطلان همان جزء را به دنبال خواهد داشت؟

جزء معامله یا به صورت شرط ضمن عقد است و یا غیر آن. در قانون مدنی فرانسه دو ماده مهم در خصوص حالت اول وجود دارد. نخست ماده ۹۰۰ ق.م.ف. در مورد معاملات غیر معوض که به موجب آن هر گاه شرط، غیر ممکن یا بر خلاف اخلاق حسنه یا قانون باشد باطل است و دیگری ماده ۱۱۷۲ این قانون که مقرر می دارد: هر شرط غیر ممکن یا مخالف با اخلاق حسنه یا قانون، باطل و مبطل معاملات وابسته به آن است [ ۴، ص ۱۰۸ ].

بنا بر ظاهر مواد مذکور، بطلان آن شرط در معاملات غیر معوض به تمام عقد سرایت نمی کند و فقط خود شرط باطل است، اما بطلان شرط در معاملات معوض به عقد نیز سرایت کرده، موجب بطلان آن می گردد [ ۴، ص ۱۱۱ ]. با این حال رویه قضایی فرانسه در مقام تفسیر این دو ماده، بعضاً خلاف ظاهر این مواد را نیز صحیح اعلام کرده است. به عنوان مثال، دیوان کشور

۱. annulable

فرانسه در رأی ۱۹ نوامبر ۱۸۸۳، و ۲۹ نوامبر ۱۸۹۲ خود، بطلان شرط ضمن معامله غیر معوض را به اصل قرارداد سرایت داده و آن را باطل اعلام کرده است. همچنین حسب رأی ۳۰ آوریل ۱۹۴۳ علی رغم ماده ۱۱۷۲ بطلان شرط فاسد را به قرارداد سرایت نداده و فقط شرط را باطل معرفی کرده است [۲، ص ۷۹]. حقوقدانان فرانسوی معتقدند که هرگاه شرط فاسد مبنای تراضی طرفین باشد، به گونه ای که تحقق عقد در قصد مشترک طرفین، منوط به ایفای شرط باشد، عقد نیز باطل است. به بیان دیگر، هرگاه شرط به تنهایی مخالف با موارد مقرر در موارد مذکور باشد فقط شرط باطل است، اما هرگاه شرط و عقد هدف واحدی را دنبال کنند شرط و عقد هر دو باطل است و از این حیث تفاوتی بین عقود معوض و غیر معوض وجود ندارد [۵، ص ۱۳۲].

در خصوص آن دسته از اجزای باطل که در قالب شرط مطرح نشده اند نیز گفته شده که براساس مواد ۱۲۱۷ و ۱۲۱۸ ق.م.ف. هرگاه اجزای باطل و صحیح دارای موضوعات مختلف و در مقام اجرا از یکدیگر قابل انفکاک باشند از یکدیگر تفکیک شده، هر یک حکم خاص خود را خواهد داشت؛ اما در صورتی که این تفکیک امکانپذیر نباشد، بطلان هر یک از اجزا به سایر اجزای عقد نیز سرایت کرده، آنها را باطل می کند [۴، ص ۱۱۳].

چنان که دیوان کشور فرانسه به موجب رأی مورخ ۲۰ نوامبر ۱۹۳۴ اعلام کرده است: هرگاه دو یا چند موضوع به مبلغ واحد و معینی فروخته شود موضوعات از یکدیگر قابل تفکیک نیستند [۶، ص ۸۱۴].

### ۳-۲- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، اولین اثری که نامشروع بودن قرارداد دارد این است که اجرای آن را ناممکن میسازد. منظور از ناممکن شدن اجرای قرارداد، عدم استماع دعوی اجرای مفاد قرارداد است [۷، ص ۳۹۲]. در حقوق این کشور، قاعده‌ای وجود دارد که در موارد نامشروع بودن قرارداد حاکم و جاری است و مقرر می دارد که: «دادگاهها به هیچ وجه در صدد کمک کردن به اجرای قراردادی که غیر قانونی و یا مخالف با نظم عمومی است بر نخواهند

آمد». [ ۷، ص ۳۹۳ ]. البته در خصوص اجرای چنین قراردادهایی باید وضعیت اشخاص مقصر<sup>۱</sup> را از اشخاص بی تقصیر<sup>۲</sup> تفکیک کرد.

### ۳-۲-۱- اشخاص مقصر

شخص مقصر نمی تواند در مقام اجرای قرارداد نامشروع اقامه دعوا کند و در چنین صورتی دعوی او مردود شناخته خواهد شد. بنابراین، شخصی که یک سالن را برای ارائه سخنرانیهای کفرآمیز اجاره میکند نمی تواند برای در اختیار گرفتن سالن، طرح دعوا کند و یا مالک یک کالسه که عامداً به یک روسپی اجازه می دهد آن را در راه مقاصد نامشروع خود به کار گیرد نمی تواند برای اجاره بها طرح دعوا کند. همچنین هیچ کس نمی تواند از طریق اجرای قراردادها به طور غیر مستقیم از رعایت قواعد، خودداری ورزد. موارد بی شماری نیز می تواند مورد اشاره قرار گیرد که در آنها، دادگاهها حکم داوری راجع به یک قرارداد نامشروع را باطل کرده اند [ ۸، ص ۷۳۱ ].

توجیه سنتی که برای وجود این قاعده ارائه شده این است که وجود آن نه به خاطر خوانده، بلکه ناشی از عدم تمایل دادگاهها برای کمک به چنین قراردادهایی است. به همین دلیل، در جایی که خوانده نیز در این گناه با خواهان شریک است این قاعده قابل اعمال است؛ اگر چه وجود این قاعده بعضاً ممکن است سبب گردد خوانده بدون دادن چیزی، منفعتی را در نزد خود نگه دارد. به عنوان مثال جایی که مبلغی پول تحت عنوان یک قرارداد وام نامشروع داده شده است، وام دهنده نمی تواند آن را از وام گیرنده مطالبه کند [ ۸، ص ۷۵۳ ].

چنان که مشاهده می شود قاعده مذکور بعضاً نتیجه دشواری را در پی دارد و به همین جهت بعضی از حقوقدانان انگلیسی در سالهای اخیر، پیشنهاد کرده اند قاعده مذکور جای خود را به یک قاعده کلی دیگر بدهد و آن این است که دادگاهها فقط زمانی از کمک کردن به خواهان خودداری خواهند کرد که عمل وی وجدان عمومی را جریحه دار کرده باشد (۹). ولی در حال حاضر قاعده مذکور همچنان مورد عمل دادگاههای این کشور است. با این حال، انعطاف ناپذیری این قاعده از دو طریق کاهش یافته است:

نخست اینکه این قاعده شخص مقصر را فقط از اجرای قرارداد باز می دارد، اما در جایی که اقدام شخص دیگر نه تنها موجب نقض قرارداد نامشروع شده، بلکه منجر به مسئولیت مدنی گردیده، قاعده مذکور او را از گرفتن خسارات ناشی از مسئولیت مدنی منع نمی کند. در

۱. guilty

۲. innocent



قضیه «فیل علیه رایت»<sup>۱</sup> که شخصی منزل خود را به یک روسپی اجاره داده بود دادگاه رأی داد در این مورد، مالک نمی تواند برای گرفتن اجاره بها و یا تخلیه آن قبل از انقضای مدت اجاره طرح دعوا کند؛ اما پس از خاتمه اجاره، دعوی تخلیه او قابل استماع است؛ زیرا مبنای این دعوا، حق مالکیت است، در حالی که مبنای دعوا در دو مورد قبل، نامشروع بودن عقد اجاره است. دوم جایی است که خواهان پس از اجرای بخشی از قرارداد نامشروع از ادامه آن انصراف می دهد. در واقع در حقوق انگلیس، پشیمانی از اجرای قرارداد نامشروع، قرینه حسن نیت شخص تلقی می گردد و در این صورت می تواند از مساعدت دادگاهها استفاده نماید و دعوی استرداد را اقامه کند. در قضیه «هری پارکر علیه مارسون»<sup>۲</sup> دادگاه اعلام داشت «اگر طرف مقصر قبل از آنکه خیلی دیر شود، از ادامه عمل نامشروع نادم گردد می تواند وجهی را که در اثر اجرای جزئی از قرارداد تأدیه کرده مطالبه نماید». البته باید توجه داشت این استثنا از قاعده در صورتی قابل اجرا است که بخش انجام شده، منجر به تحقق نتیجه نامشروع نشده باشد؛ زیرا در غیر این صورت، دعوی خواهان مردود خواهد بود؛ چنان که در قضیه «هرمان علیه چارلز ورث»<sup>۳</sup> به سال ۱۹۰۵ دادگاه اعلام کرد اگر چه دلال ازدواج پشیمان شده، اما از آنجا که دلالی منجر به ازدواج شده است دعوی استرداد اجرت توسط وی مسموع نیست [۹].

### ۳-۲-۲- اشخاص بی تقصیر

شخص بی تقصیر و فاقد سوء نیت وضعیت کاملاً متفاوتی دارد و بر خلاف وضعیت شخص مقصر می تواند طرح دعوا کرده، از مساعدت قضایی بهره مند شود. بی تقصیری چنین شخصی یا می تواند ناشی از اشتباه و یا در اثر جهل باشد و در هر دو صورت، اشتباه و جهل یا حکمی است یا موضوعی که البته احکام همه این موارد واحد نیست. در موردی که بی تقصیری شخص ناشی از اشتباه حکمی یا جهل به قانون است، به چنین شخصی حق اجرای قرارداد نامشروع داده نمی شود. در قضیه «ناش علیه شرکت با مسئولیت محدود حمل و نقل استیونسون (۱۹۳۶)»<sup>۴</sup> خواهان موافقت کرد که خواننده جواز حمل کالاها را که به نام خواهان اخذ شده بود به نام خودش مورد استفاده قرار دهد. در این قرارداد، خواهان دارای حسن

۱. Fill v. Wright

۲. Harryparker v. Marson

۳. Herman v. Charles Worth

۴. Nash v. Stevenson Transport Ltd. ( ۱۹۳۶ )



نیت بود، اما از نظر قوانین مربوطه، هر دو طرف به لحاظ کیفری مسئول بودند. دادگاه رأی داد که خواهان نمی تواند برای دریافت پولی که بر اساس این قرارداد نسبت به او تعهد شده بود، طرح دعوا کند؛ زیرا در چنین قراردادهایی اجرای قرارداد یا مخالف با قانون است و یا منجر به نقص نظم عمومی می گردد [ ۸، ص ۷۵۴].

اما در خصوص اشتباه و یا جهل موضوعی، حق چنین شخصی برای اجرای قرارداد در بعضی از موارد مسموع و در بعضی دیگر مردود اعلام شده است. اما در مواردی که حق او برای اجرای قرارداد مردود شناخته شده، جبرانهای دیگری برای وی قبول گردیده است. برای نمونه در قضیه «کلای علیه یاتس»<sup>۱</sup> یک چاپچی می توانست در مقابل هزینه هایی که برای چاپ سندی که محتوی توهین بود اما وی از آن اطلاع نداشت طرح دعوا کند. اما در قضیه «دنيس علیه مون»<sup>۲</sup> دادگاه چنین رأی داد که سازندگان بنا که با حسن نیت کار کرده، اما اشتبهاً تصور کرده بودند جوازهای لازم برای کار اخذ شده، نمی توانند برای اجرای قراردادی که بر اساس آن کار کرده بودند، طرح دعوا کنند [ ۹، ص ۴۴۳].

بنابراین در حقوق انگلیس صرف نداشتن سوء نیت برای تحصیل مساعدت قضایی کافی نیست و مواردی وجود دارد که شخص با حسن نیت نیز نمی تواند به قرارداد نامشروع استناد کند. البته خود حقوقدانان این کشور اذعان دارند که تفکیک جدی و دقیق این موارد چندان ساده و خالی از ابهام نیست [ ۹، ص ۶۴۸].

نکته قابل توجه این است که بر اساس رویه این کشور، علم خواهان به انگیزه و نیت نامشروع، دلیل بر سوء نیت وی می باشد، مشروط بر اینکه علم وی بتواند به انضمام انگیزه و هدف دیگری از انجام قرارداد، جهت نامشروع معامله را تشکیل دهد. برای مثال در قضیه «پیرس علیه بروک»<sup>۳</sup> دعوای خواهان مبنی بر مطالبه اجاره بهای کالسکه ای که به یک روسپی اجاره داده شده بود، مردود اعلام شد، زیرا علم خواهان به نوع استفاده خوانده از کالسکه، جهت نامشروع قرارداد اجاره را تشکیل می داد؛ اما در قضیه «بووری علیه بونت»<sup>۴</sup> صرف علم خواهان برای سوء نیت وی و بنابراین رد دعوای وی کافی شناخته نشد و دادگاه اعلام کرد صرف علم خواهان به روسپی بودن خوانده و امکان استفاده از آن در جلب مشتری نمی تواند دعوای او را دائر بر مطالبه قیمت لباس غیر قابل استماع کند [ ۹، ص ۶۵۶].

۱. Clay v. Yates

۲. Dennis v. Munn

۳. Pearce v. Brooks

۴. Bowry v. Bonnet



### ۳-۳- حقوق ایران

چنانکه ملاحظه شد در حقوق فرانسه و انگلیس دو نوع بطلان وجود دارد: بطلان مطلق و بطلان نسبی، و در هر دو نظام حقوقی، ضمانت اجرای نظم عمومی، بطلان مطلق است و بطلان نسبی نیز اگر چه ناظر به مواردی است که ممکن است جنبه آمره داشته باشد، اما از آنجا که هر قانون آمره ای الزاماً مربوط به نظم عمومی نیست از آمره بودن آنها، ارتباطشان با نظم عمومی نتیجه نمی‌شود. به بیان دیگر در حقوق این دو کشور، ضمانت اجرای آن دسته از قوانین امری که با نظم عمومی ارتباط دارند فقط بطلان مطلق است، اما ضمانت اجرای قوانین امری که با نظم عمومی ارتباط ندارند حسب مورد، ممکن است بطلان مطلق و یا نسبی باشد.

در حقوق ایران بر خلاف دو نظام حقوقی مذکور اصولاً تأسیس بطلان نسبی وجود ندارد و فقط یک نوع بطلان به چشم می‌خورد که از حیث آثار همانند بطلان مطلق در حقوق فرانسه و انگلیس است. بنابراین وقتی در حقوق ایران از بطلان بحث می‌شود منظور همان بطلان مطلق است [ ۱۰، ص ۷۱]. با وجود این بعضی از استادان حقوق مدنی [ ۱۱، ص ۳۶۹] نسبی را معادل اصطلاح «موقوف» در فقه دانسته‌اند که قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ زیرا منظور از موقوف در فقه این است که تحقق کامل اثر عقد متوقف بر تحقق امری باشد و بدون آن امر نتوان بر عقد اثری بار کرد، در حالی که در بطلان نسبی، عقد محقق است، اما بنا بر جهاتی یکی از طرفین می‌تواند آن را ملغی سازد. نیز گفته شده «مفهوم بطلان نسبی دست کم در حقوق تجارت نمونه‌های فراوان دارد چندان که نمی‌توان از این اصطلاح و آثار آن در حقوق ما با بی‌اعتنایی گذشت. در این خصوص به مواد ۴۰، ۱۲۹، ۱۳۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ و مواد ۱۰۰ و ۱۰۵ ق.ت. مصوب سال ۱۳۱۱ استناد شده است» [ ۱۲، ص ۳۰۵].

البته این نظر به درستی مورد انتقاد بعضی دیگر از استادان حقوق ایران قرار گرفته است. بنابراین نظر «در حقوق ایران حکم بطلان نسبی عقد وجود ندارد و آنچه در مواد مربوطه آمده است غیر قابل استناد بودن پاره ای از قراردادها است، نه بطلان نسبی آنها؛ حکم بطلان نسبی اساساً نسبت به یکی از دو طرف عقد که رضایت معتبری نسبت به آن نداشته است یا

استثنائاً برای بعضی از اشخاص که حقی نسبت به مال دارند مانند طلبکاران فروشنده مال ثابت می شود، نه برای شخص یا اشخاص خارج از قرارداد» [ ۱۰، ص ۷۲].

به هر حال با توجه به این که بطلان نسبی حتی با فرض شناسایی آن در حقوق ایران، در موارد مربوط به نظم عمومی جایگاهی ندارد، به این بحث می پردازیم که آیا در حقوق ایران ضمانت اجرای نظم عمومی و اخلاق حسنه همانند حقوق فرانسه و انگلیس است یا با آنها تفاوت دارد و دیگر اینکه امکان طرح دعوی استرداد و اخذ خسارت وجود دارد یا خیر؟ برای پاسخ دادن به این دو سؤال در مبحث نخست وضعیت بطلان قرار دارد و آثار آن و در مبحث دوم، دعوی استرداد و خسارت را مورد بررسی قرار می دهیم.

در حقوق ما نیز همچون حقوق فرانسه و انگلیس در هیچ متن قانونی، بطلان قرارداد مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه مورد تصریح قرار نگرفته؛ اما در عین حال هیچ حقوقدانی در بطلان چنین قراردادی تردید نکرده است. ماده ۹۷۵ ق.م. که نخستین متن قانونی درباره نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق ما است اشعار می دارد: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد».

چنان که مشاهده می شود این ماده به طور صریح حاوی حکم بطلان قرارداد مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه نیست، اما محکمه را مکلف ساخته که از اجرای چنین قراردادهایی خودداری کند. همچنین ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب سال ۱۳۷۹) مقرر می دارد: «عقود و قراردادهایی که محل نظم عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

به نظر می رسد به رغم اینکه در موارد مذکور، بطلان قراردادهای موضوع بحث، مورد تصریح قانونگذار واقع نشده، مراد قانونگذار را بر چیزی غیر از بطلان قرارداد نمی توان حمل کرد. ظاهراً علت عدم به کار گیری واژه «بطلان» در ماده ۹۷۵ ق.م. این بوده که در این ماده، دو موضوع مورد حکم قرار گرفته: نخست قوانین خارجی و دوم قوانین خصوصی و بدیهی است قانونگذار نمی توانسته قوانین خارجی را به علت مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران باطل بداند (گذشته از این که اصولاً در خصوص قانون از کلمه «باطل» استفاده نمی شود. لذا به این امر اکتفا کرده که محکمه نمی تواند قوانین خارجی و قراردادهای خصوصی را در صورت تعارض با نظم عمومی و اخلاق حسنه ایران به موقع اجرا گذارد و



بنابراین چنانکه قبلاً نیز گفته شد بهتر بود قانون گذار این دو موضوع را در دو ماده جداگانه تنظیم می کرد.

در خصوص ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی (مصوب سال ۱۳۷۹) نیز می توان گفت ترتیب اثر ندادن به چنین قراردادهایی در واقع عبارت اخراجی بطلان آنها است، زیرا در این ماده، مطلق قراردادهای موصوف، غیر قابل ترتیب اثر معرفی شده و این امر معنایی جز بطلان ندارد. به بیان دیگر، بنا بر سیاق ماده و در صورت وجود شرایط مندرج در آن، حتی یک فرض را نمی توان یافت که در آن امکان ترتیب اثر دادن به چنین قراردادهایی وجود داشته باشد و به نظر نمی رسد در عالم حقوق، بطلان قرارداد معنای دیگری داشته باشد. از این گذشته با توجه به قید «مغایر موازین شرع» که دلالت بر تقید قانونگذار فعلی به موازین شرعی دارد و فرض بطلان قراردادهای نامشروع، باید قائل شد که قرارداد مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه در حقوق ایران به استناد مواد مذکور باطل است.

مهمترین اثر باطل بودن قرارداد این است که امکان اجرای موضوع آن وجود ندارد و اینکه ماده ۳۶۵ ق.م. مقرر می دارد: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» در مقام افاده همین معنا است. بنابراین به نظر می رسد در این خصوص نظام حقوقی ایران نیز همانند حقوق فرانسه و انگلیس، سعی دارد از اجرای قراردادهای مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه جلوگیری کند و به همین جهت اشخاص طرف قرارداد را از مساعدت قضایی در خصوص قراردادهای موصوف محروم ساخته است؛ لکن تفاوتی که بین حقوقی ایران با دو نظام مذکور وجود دارد این است که در حقوق فرانسه و انگلیس، عدم اجرای قرارداد باطل با استثنائاتی مواجه شده، اما در حقوق ایران هیچ گونه استثنایی پذیرفته نشده است و قاعده مذکور به طور مطلق اجرا می شود.

#### ۴- دعوای استرداد عوض و اخذ خسارت

در بخش نخست دیدیم که در حقوق هر سه کشور مورد مطالعه، اجرای قرارداد مغایر نظم عمومی و نامشروع امکان ندارد. در این بخش وضعیت حقوقی استرداد عوض و خسارات ناشی از چنین قراردادهایی را به همان ترتیب مورد بحث قرار می دهیم.

## ۴-۱- حقوق فرانسه

قانون مدنی فرانسه تعهد بدون علت یا دارای علت فاسد و یا علت نامشروع را باطل می داند و بدیهی است که در صورت بطلان تعهد نمی توان اجرای آن را در خواست کرد [ ۵ ، ص ۱۲۱ ]. ولی این سؤال باقی است که اگر یکی از طرفین این قرارداد، عوض قراردادی را تسلیم کرده باشد، می تواند آن را استرداد کند یا خیر؟

ماده ۱۲۳۵ ق.م.ف. مقرر می دارد: «هر پرداختی دینی را مفروض دارد، آنچه بدون استحقاق پرداخت شده است قابل استرداد است. استرداد در خصوص تعهدات طبیعی که به اختیار انجام گرفته است ممکن نیست».

بنا بر ماده مذکور، عوضی که در مقام انجام تعهد نامشروع پرداخت شده با توجه به عدم استحقاق طرف مقابل، قابل استرداد است. دادگاههای فرانسه در موارد بسیاری این استنباط را مورد تأیید قرار داده اند. حسب آرای ۲۹ ژوئیه ۱۸۷۴ دادگاه «کائن»<sup>۱</sup> و ۲۴ اکتبر ۱۸۸۷ دادگاه «دوای»<sup>۲</sup> و ۳۰ نوامبر ۱۸۹۳ دادگاه «ریمو»<sup>۳</sup>، مؤجر روسپیخانه، و همچنین به موجب رأی ۲۴ اکتبر ۱۸۸۷ دادگاه «دوای»، مالک روسپیخانه می توانند قرارداد اجاره و بیع را به استناد مخالفت آنها با اخلاق حسنه ابطال و خسارات وارد را نیز مطالبه کنند. به علاوه به موجب آرای ۷ فوریه ۱۹۲۸ دادگاه «دیجون»<sup>۴</sup> و ۲۸ دسامبر ۱۹۳۳ دادگاه «آیکس»<sup>۵</sup> و ۱۵ ژوئن ۱۹۳۹ و ۵ نوامبر ۱۸۹۵ دادگاه «گرنوبل»<sup>۶</sup> معشوقه می تواند پس از قطع رابطه نامشروع خود، اجرت کارهایی را که در مدت رابطه نامشروع برای مرد انجام داده مطالبه کند. دادگاه در این خصوص استدلال کرده است: «منشأً مبالغ مورد مطالبه، خدمت و کار معشوقه بوده و خارج از حوزه اعمال نامشروع وجود دارد و بنابراین نامشروع بودن رابطه نمی تواند مانع مطالبه اجرت قرار گیرد، مگر اینکه معلوم شود استخدام وی با هدف رابطه نامشروع صورت گرفته و خود زن نیز از این انگیزه مطلع بوده است».[ ۳، ص ۵۲ ].

قابل توجه است که در حقوق این کشور بر اصل استماع دعوی استرداد عوض و قابل مطالبه بودن خسارات در صورت نامشروع بودن معامله دو استثنا وارد است:

۱. Caen
۲. Douai
۳. Rimo
۴. Dijon
۵. Aix
۶. Grenoble



۱. وقتی که قبول دعوی مدعی، موجب ادامه عمل نامشروع و نیز ابقای نتیجه مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. حسب آرای ۹ مه ۱۸۹۳ دادگاه الجزیره و اول فوریه ۱۹۳۰ دادگاه پاریس و ۳۰ مارس ۱۹۳۱ شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه، مالک روسپیخانه می‌تواند تخلیه آن را از مستأجر بخواهد، مگر اینکه، هدف وی از تخلیه این باشد که خود او در این محل به همان عمل اقدام کند که در این صورت، تخلیه ای که خود دارای انگیزه نامشروع است قابل استماع نیست [۵، ص ۱۳۵].

۲. وقتی که خود مدعی دارای سوء نیت و انگیزه نامشروع بوده یا در این هدف با طرف مقابل شریک باشد، دعوی استردادش مسموع نیست. نامشروع بودن انگیزه و وجود سوء نیت یا صریح است یا غیر صریح که در صورت اول، اثبات وجود آن مشکل نیست. مثلاً وقتی موضوع تعهد به لحاظ قانونی ممنوع باشد سوء نیت طرف صریح است، زیرا نمی‌توان ادعای جهل به قانون کرد. اما در صورتی که سوء نیت صریح نباشد باید در مقام اثبات وجود آن برآمد. به موجب رأی مورخ ۱۱ نوامبر ۱۸۹۰ شعبه عرایض دیوان کشور فرانسه، طلبی که به مناسبت خدمت در روسپیخانه برای مدعی حاصل شده قابل مطالبه نیست. نیز حسب رأی مورخ ۲۳ ژانویه ۱۸۶۰ دادگاه بخش «پواتیه»<sup>۱</sup> دعوی مطالبه مزد فحشا و بهای مصارفی که در روسپیخانه صورت گرفته قابل استماع نیست [۵، ص ۱۴۱].

از جمله مواردی که می‌تواند سوء نیت نامشروع طرف مدعی را ثابت کند این است که از انگیزه نامشروع طرف اطلاع داشته و با وجود آن اقدام به قرارداد کرده باشد. برای نمونه، شعبه عرایض دیوان کشور فرانسه به موجب رأی مورخ ۱۷ آوریل ۱۹۲۳ اعلام داشته است: «قرضی که با هدف تسهیل فرار زن شوهردار به اتفاق معشوقش از منزل شوهر داده شده است، قابل مطالبه نیست» [۴، ص ۱۱۵].

در خصوص امکان استرداد خسارت نیز همان گونه که از نمونه‌های مذکور در رویه قضایی فرانسه بر می‌آید اصولاً خسارات ناشی از معاملات نامشروع قابل مطالبه نیست. در این خصوص آرای صریحی نیز می‌توان برشمرد. به عنوان نمونه، شعبه مدنی دیوان کشور فرانسه در آرای نوامبر ۱۹۳۳ و ۱۲ فوریه ۱۹۴۶ دعوی خسارتی را که به مناسبت فسخ قرارداد کار مخالف با نظم عمومی حاصل شده بود، مردود دانست [۴، ص ۱۱۹]. نیز به موجب رأی ۲۲ ژانویه ۱۹۴۱ دعوی خسارتی که به علت عدم بهره برداری از یک داروی

۱. Poitiers

سری مورد مطالبه قرار گرفته بود محکوم به رد شد. همچنین می توان به رأی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۵ اشاره کرد که بر اساس آن، دعوای مالک روسپیخانه مبنی بر مطالبه خسارت ناشی از محرومیت از منافع ملکش در مدت قرارداد و نیز دعوی متقابل مستأجر دائر بر مطالبه خسارت ناشی از تخلیه ملک، مردود شناخته شد [ ۴، ص ۱۱۵].

البته در کنار این موارد بعضاً می توان به مواردی اشاره کرد که در آنها مطالبه خسارت، پذیرفته شده و حکم به پرداخت داده شده است. برای نمونه، دادگاه «لیون»<sup>۱</sup> به موجب رأی ۲۷ ژوئن ۱۹۱۳ در خصوص زن مسن و مستمندی که برای انجام آزمایشهای پزشکی بدن خویش را به معامله گذاشته بود اعلام کرد: «اگر چه این عمل بر خلاف نظم عمومی به شمار می رود و از این جهت باطل است، اما مانع از این نیست که نامبرده بتواند عوض زیانهای را که از این نظر متحمل شده است دریافت کند. البته باید توجه داشت که این نمونه جنبه کاملاً استثنایی دارد و لذا نمی تواند به موارد مشابه تعمیم داده شود [ ۲، ص ۸۳].

#### ۲-۴- حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس نیز همچون حقوق فرانسه، اجرای قرارداد نامشروع ممکن نیست. حال باید دید آیا شخصی که دعوای وی مبنی بر اجرای قرارداد رد شده است و یا اصلاً در خصوص اجرای قرارداد، طرح دعوا نکرده میتواند به جای آن، اقدام به طرح دعوای استرداد پولی که پرداخت کرده یا مالی که منتقل ساخته و یا خدماتی که انجام داده کند یا خیر؟

قاعده کلی در حقوق انگلیس این است که پول و یا مالی که بر مبنای یک قرارداد نامشروع پرداخت و یا منتقل شده قابل استرداد نیست [ ۶، ص ۸۲۹]. زمانی برای توجیه این قاعده به دو صورت استدلال می شد. نخست اینکه دادگاهها نباید به اشخاصی که به عمد، طرف یک قرارداد نامشروع قرار می گیرند کمک کنند و دوم اینکه رهاکردن یکی از طرفین قرارداد نامشروع در سیطره دیگری، یک اثر بازدارنده دارد و دیگران را از مبادرت به چنین اعمالی منع می کند [ ۶، ص ۸۰۵].

استدلال نخست در حال حاضر شخصی که کاملاً بی تقصیر بوده و اقدام به انعقاد قراردادی کرده که به لحاظ فنی نامشروع است، کاملاً متقاعد نمی سازد. در خصوص استدلال دوم نیز می توان گفت تجویز استرداد می تواند در بعضی از موارد بیش از رد آن،

۱. Lyon



در پایین آوردن میزان قراردادهای نامشروع مؤثر باشد. به عنوان نمونه، در جایی که شخص با انعقاد یک قرارداد نامشروع، پولی را تحصیل کرده، اثر بازدارندگی ناشی از نامشروع بودن قرارداد مبنی بر استرداد پول تحصیل شده بیش از اثر آن در جایی است که شخص مذکور می‌داند به موجب قاعده «عدم استرداد» طرف مقابل توان استرداد آن را ندارد [ ۱۳ ]، ص ۱۱۲]. با توجه به این ایرادات، بعضی از نویسندگان انگلیسی معتقدند بهتر بود به جای اتخاذ یک قاعده کلی، این اختیار به قضات داده می‌شد که در هر مورد با توجه به رعایت جمیع جهات و میزان تأثیر اعمال قاعده استرداد و یا عدم استرداد، تصمیم بگیرند [۱۲]، ص ۱۲۱].

آنچه تا کنون مورد بررسی قرار گرفت منصرف به مواردی بود که تمام قرارداد نامشروع بود، اما حال باید دید در صورت نامشروع بودن جزئی از قرارداد باز هم همین احکام جاری است یا خیر؟

در موردی که جزئی از قرارداد نامشروع است دو مشکل بروز می‌کند که نخستین مشکل، تفکیک عوض است. در واقع در اینجا سؤال این است که اگر تعهدی فی نفسه مشروع بوده، اما بخشی از عوض آن نامشروع باشد قابل اجرا است یا خیر؟

مشکل دوم در مورد تفکیک تعهد است و سؤال این است که اگر تعهدی فی نفسه مشروع بوده اما با یک تعهد نامشروع همراه باشد، قابل اجرا است یا خیر؟

در خصوص شق اول به نظر می‌رسد باید دید قسمت نامشروع اساسی<sup>۱</sup> است یا فرعی<sup>۲</sup>. در فرض نخست، قرارداد کلاً باطل است و در حکم موردی است که تمام عوض نامشروع است. به عنوان مثال در قضیه «لوند علیه گریم واد»<sup>۳</sup> خواننده مرتکب تقلبی شد که مسئولیت مدنی و جزایی داشت. نامبرده ضمن قرارداد در خصوص عمل مذکور در برابر خواهان تعهد کرد که در صورت عدم طرح دعوی قانونی علیه وی، سه هزار پوند به او پرداخت کند. دعوی خواهان برای دریافت مبلغ نامبرده رد شد، زیرا اگر چه مبلغ مذکور جزئی از عوض بود، اما اساسی تلقی شد [ ۶، ص ۸۳۷].

در خصوص شق دوم، یعنی موردی که تعهدات طرفین قرارداد در قسمتی مشروع و در قسمت دیگر نامشروع است دادگاه قسمت نامشروع را باطل و قسمت مشروع را قابل اجرا

۱. substantial

۲. subsidiary

۳. Lound v. grimwade



اعلام خواهد کرد. البته این امر در صورتی است که تعهد قابل تفکیک باشد. بر همین اساس در حقوق این کشور قاعده ای وجود دارد که به قاعده «تست مداد آبی»<sup>۱</sup> مشهور است. به موجب این قاعده، دادگاه فقط در موردی می تواند تعهدات را تفکیک کند که بتواند از بعضی از کلمات قرارداد دست بردارد (بتواند با کشیدن یک مداد آبی در تمام متن قرارداد، کلمات نقض کننده قواعد حقوقی را جدا سازد). در قضیه «آتوود علیه لامونت ۱۹۲۰»<sup>۲</sup> قاضی بیل هیچ<sup>۳</sup> اظهار داشت:

«دادگاهها نمی توانند یک تعهد واحد را تفکیک کنند، مگر اینکه بتوانند این اقدام را توسط یک مداد آبی انجام دهند. به این ترتیب، محدودیت تجارت در بیرمنگام یا در ناحیه یکصد کیلومتری اطراف بیرمنگام با تقلیل حد تا بیرمنگان قابل تفکیک است، اما قرارداد عدم تجارت در یکصد کیلومتری اطراف بیرمنگام قابل تفکیک نیست» [۷، ص ۴۴۱].

به طور کلی می توان گفت در حقوق انگلیس اگر تفکیک اجزای مذکور ممکن باشد هر جزء حکم خود را خواهد داشت؛ یعنی جزء مشروع صحیح و جزء نامشروع باطل است و بطلان جزء نامشروع به جزء مشروع سرایت نمی کند.

قاضی ویلز در قضیه «پیکر لینگ علیه لیفرانکومب رایف وی»<sup>۴</sup> اظهار می دارد:

«قاعده این است که وقتی برای شما امکان تفکیک جزء مشروع از جزء نامشروع نباشد تمام قرارداد باطل است، اما وقتی که بتوانید آنها را از یکدیگر تفکیک کنید و یا مواردی که کامن لا و یا قانون آن را اجازه می دهد می توانید بخش باطل را بدور انداخته، بخش صحیح را باقی بگذارید» [۸، ص ۷۶۰].

بنابراین در حقوق انگلیس، بر خلاف حقوق فرانسه، برای تفکیک اجزای نامشروع از اجزای مشروع قصد طرفین قرارداد لحاظ نمی شود، بلکه قاضی فقط به امکان تفکیک تعهدات و عوضین می پردازد و در صورت امکان تفکیک، حکم هر یک را اعلام می کند [۱۳، ص ۱۴۶]. در عین حال، به یک نکته باید توجه داشت و آن این است که نظریه تفکیک در جایی که قسمتی از عوض، واجد امر کیفی و یا غیر اخلاقی است، اعمال نمی شود؛ مثل مواردی که شخص تعهد به ارتکاب سرقت و یا زنا کند [۱۴، ص ۲۱۴].

۱. blue pencil test

۲. attwood v. lamont (۱۹۲۰)

۳. judge bailhache

۴. pickerling v. lifrancombe raifway



#### ۳-۴- حقوق ایران

به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز همچون انگلیس، دعوی استرداد به رغم غیر مستحق بودن گیرنده مال در جایی که عقد نامشروع است، مسموع نبوده، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. برای تبیین بیشتر مطلب، شایسته است به این نکته توجه شود که ماده ۳۶۶ ق.م. متعاقب حکم مندرج در ماده ۳۶۵ همان قانون مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی به بیع فاسد مالی قبض کند باید آن را به صاحبش رد نماید و اگر تلف یا ناقص شود ضامن عین و منافع آن خواهد بود». در این ماده، قانونگذار، لزوم استرداد اموال موضوع ماده را اعلام کرده است. در واقع ماده ۳۶۶ ق.م. در مقام بیان قاعده استرداد، اعلام داشته که فاسد بودن عقد نمی‌تواند دعوی استرداد عوضین قرارداد را منتفی سازد. با وجود این، ماده ۶۵۴ همین قانون مقرر می‌دارد: «قمار و گروپندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است». لذا این سؤال مطرح است که با توجه به مواد مذکور، دعوی استرداد اموالی که در اثر عقد نامشروع به دیگری تسلیم شده مسموع است یا خیر؟ به بیان دیگر، آیا ماده ۶۵۴ ق.م. فقط ناظر به عدم استماع دعوی مربوط به اجرای قرارداد نامشروع بوده، منصرف از دعاوی راجع به استرداد عوضی است که در اثر قرارداد نامشروع به دیگری تسلیم شده است یا اینکه با استناد به اطلاق آن و نیز توجه به علت وضع آن؛ می‌توان حکم ماده را ناظر به هر دو مرحله اجرای مفاد قرارداد و استرداد عوض دانست؟

گفته شده است: «قمار و گروپندی از مصداقهای بارز استفاده بدون جهت است و نه تنها دعوی مطالبه آن مسموع نیست، بلکه اگر مالی پرداخته شده باشد قابل استرداد است» [۱۶، ص ۱۶۰]. در واقع به موجب این نظر، چون حکم قمار و گروپندی و سایر معاملات نامشروع وفق ماده ۶۵۴ یکسان اعلام شده، بنابراین در خصوص کلیه معاملات نامشروع، فقط دعاوی راجع به اجرای ماد قرارداد استماع نمی‌شود، اما دعاوی راجع به استرداد عوض به استناد قاعده استفاده بلا جهت قابل استماع است [۱۷، ص ۲۰۱].

به نظر میرسد استناد به قاعده استفاده بلا جهت برای استرداد مال پرداخت شده در اثر قرارداد نامشروع، صحیح نباشد، زیرا:

اولاً هدف قانونگذار این بوده که طرفین قرارداد نامشروع را از حمایت‌های قانونی محروم سازد و بدیهی است که این «محرومیت» در صورتی کامل خواهد بود که طرفین قرارداد

نامشروع، نه تنها برای اجرای مفاد قرارداد بلکه برای استرداد مال پرداخت شده نیز از حمایت مقنن محروم بمانند. و دقیقاً به همین علت است که در حقوق فرانسه و انگلیس نیز با وجود قاعده استفادۀ بلا جهت، استرداد عوض در دادگاه غیر قابل استماع اعلام شده است. ثانیاً در صورتی که یکی از عوضین قرارداد «فعل نامشروع» باشد، آیا می توان ارزش معادل فعل مذکور را استرداد کرد؟ در صورتی که قائل شویم استرداد مالی که در اثر قرارداد نامشروع تسلیم طرف مقابل شده قانوناً قابل استماع است باید همچنین قائل شد در صورتی که یکی از طرفین قرارداد، تعهد ناشی از قرارداد نامشروع را که یک فعل بوده انجام دهد، در مقام استرداد باید بتوان بدل تعهد را از طرف مطالبه کرد؛ زیرا نمی توان بین «استرداد مال پرداخت شده در اثر قرارداد نامشروع» و استرداد «بدل یک فعل انجام گرفته در اثر قرارداد نامشروع» تفاوت گذاشت، چرا که اگر قائل به لزوم استرداد شویم دیگر تفاوتی نمی کند که موضوع این استرداد ارزش مال باشد یا فعل. ممکن است گفته شود فعلی که موضوع قرارداد نامشروع است به این علت که یک فعل نامشروع است در عالم حقوق فاقد اعتبار و ارزش مالی تلقی می شود و بنابراین امکان استرداد ارزش آن موضوعاً منتفی است، اما مالی که در نتیجه قرارداد نامشروع به طرف مقابل تسلیم می شود صرف نظر از خود قرارداد، دارای ارزش و اعتبار مالی است و لذا نمی توان این دو را با یکدیگر مقایسه کرد. لکن در پاسخ می توان گفت افعال موضوع قراردادهای نامشروع الزاماً نامشروع نیستند، بلکه بسته به مورد ممکن است فی نفسه مشروع و یا نامشروع باشند. بدیهی است افعال نوع دوم به لحاظ فقدان جایگاه مالی در عالم حقوق، بی ارزش تلقی و استرداد ارزش معادل آنها ممکن نیست، اما افعال مشروع به لحاظ آنکه صرف نظر از قرارداد مربوط، دارای ارزش مالی هستند باید بتوانند موضوع استرداد واقع شوند، در حالی که طرفداران لزوم استرداد عوض، قائل به استرداد ارزش معادل این افعال نیستند.

ثالثاً اطلاق عبارت «دعای راجعه به آن» مندرج در ماده ۶۵۴ ق.م. مانع تفکیک دعای راجعه به اجرای مفاد قرارداد از دعای راجعه به استرداد مال پرداخت شده است. به بیان دیگر، اطلاق حکم ماده اخیر الذکر در خصوص عدم استماع هر گونه دعای راجعه به معاملات نامشروع، مؤید این معنا است که قانون مدنی اصولاً دعای راجعه به قراردادهای نامشروع را اعم از این که نسبت به اجرای تعهد باشد یا نسبت به استرداد پول یا مال انتقال یافته، مسموع نمی داند. در مقام جمع بین ماده ۳۶۶ ق.م. مبنی بر لزوم استرداد اموالی که به بیع فاسد انتقال یافته از یک طرف و ماده ۶۵۴ همان قانون از طرف دیگر می توان گفت آن دسته از

قراردادها که علت بطلانشان نامشروع بودن عقد است مشمول ماده ۶۵۴ ق.م. قرار گرفته، هیچ گونه دعوایی در خصوص آنها مسموع نیست، اما آن دسته از عقود که علت بطلان آنها امر دیگری غیر از نامشروع بودن عقد است مشمول ماده ۳۶۶ قانون مدنی قرار گرفته، دعوای استرداد در خصوص آنها مسموع است. در واقع قانونگذار با وضع ماده ۶۵۴ ق.م. خواسته است با خودداری از مساعدت قضایی به طرفین تعهدات نامشروع، از ترویج قراردادهای نامشروع جلوگیری کند.

با این توضیح، وضعیت اخذ خسارت نیز مشخص می شود؛ به این نحو که چنانچه دعوا درباره قراردادهای موضوع ماده ۶۵۴ قانون مدنی باشد اخذ خسارت ممکن نیست، زیرا وقتی نتوان برای استرداد اصل مال اقدام کرد به طریق اولی برای اخذ خسارت نیز نمی توان طرح دعوا کرد؛ اما چنانچه دعوای خسارت در خصوص قراردادهای مشمول مواد ۳۶۵ و ۳۶۶ قانون مدنی باشد به تصریح ماده ۳۶۶ ق.م. دعوای اخذ خسارت مسموع است.

## ۵- نتیجه گیری

۱. قاعده «نظم عمومی» در حقوق فرانسه و انگلیس از موجبات نامشروع شدن قرارداد است، اما در حقوق ایران هر قرارداد مغایر نظم عمومی الزاماً نامشروع نیست. علت این امر، تفاوت در ماهیت نظامهای حقوقی فرانسه و انگلیس از یک طرف و نظام حقوقی ایران از طرف دیگر است.

۲. قاعده «نظم عمومی» در هر سه نظام حقوقی مورد مطالعه به عنوان یکی از مهمترین تهدیدکننده‌های آزادی اراده قراردادی، از جایگاه حقوقی قابل توجه ای برخوردار است.

۳. ضمانت اجرای قراردادهای مغایر «نظم عمومی» در هر سه کشور مورد مطالعه بطلان قرار دارد است.

۴. دعوای استرداد عوض و خسارات ناشی از قرارداد مغایر نظم عمومی در حقوق کشورهای فرانسه و انگلیس جز در موارد استثنایی قابل استماع نیست. در حقوق ایران نیز برخلاف نظرها و نوشته‌های حقوقی موجود می توان از بعضی مواد قانون مدنی همین امر را استنباط کرد.

۵. برای استرداد عوض موضوع قراردادهای مغایر نظم عمومی، نمی‌توان به قاعده استقاده بلا جهت استناد کرد؛ زیرا هدف از حکم به عدم امکان استرداد عوض این است که از طریق سلب حمایت قانونی از متعاقدين، از انعقاد چنین قراردادهایی جلوگیری شود.

## ۶- منابع

- [۱] Cluzei, J., *L'ordre public en contract*, Presses de Ionifanee, Paris, ۱۹۹۸.
- [۲] Gore F., *L'ordre public, repetoire de droit civil*, Paris, ۱۹۸۷.
- [۳] Nooman, M. K., Goamo, *Droit civil*, T.۲, L.G.D.J., ۱۹۸۰.
- [۴] Ghestin, J., *Droit civil*, T.۸, Paris, Presses Universitaire, ۱۹۷۲.
- [۵] Julliotde la morandiere, *Droit civil*, T.۲, ed., Paris, Dalloz, ۱۹۶۸.
- [۶] Bell, *French law of Contract*, ۳th ed, Oxford, ۱۹۹۱.
- [۷] Treitel, G.H., *Law of Contract*, ۸th ed., London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۱.
- [۸] Murray, *Murray on Contract*, ۶th ed, London, Sweet & Maxwell, ۱۹۸۵.
- [۹] Cheshire & Fifoot, *Law of Contract*, ۷th ed., London, M.P. Furmston, ۱۹۷۱.
- [۱۰] شهیدی، م. *اصول قراردادهای و تعهدات*، تهران، عصر حقوق، ۱۳۷۹.
- [۱۱] جعفری لنگرودی، م.ج. *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۲، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- [۱۲] کاتوزیان، ن. *قواعد عمومی قراردادهای*، ج ۲، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۶.
- [۱۳] Boyron, S., *The Study of Public Policy*, ۴th ed., Paris, ۱۹۹۹.
- [۱۴] Treitel, G.H., *An Outline of Law of Contract*, ۷th ed., Butterworths, ۱۹۹۷.
- [۱۵] James, M.H., *Case law*, ۶th ed., London, Sweet & Maxwell, ۱۹۹۶.
- [۱۶] کاتوزیان، ن. *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ج ۲، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۷.
- [۱۷] کاتوزیان، ن.  *عقود معین*، ج ۲، چ ۵، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۷۵.



