



Studying the Theoretical Foundations of Fraud on Law & Its Effects in Iran's Private International Law and Imamiyah Jurisprudence

Received: 27/05/2019; Accepted: 06/02/2021

Mohsen Ghadir¹

Hossein Kazemi Foroushani²

Abstract

Misuse of right rule is manipulated in many legal issues from adjacent lands relations to law of contracts and family law. Fraud on the law such as intentional change in dependency's elements and as a specific use of misuse of right's general theory has been presented as one of the obstacles in implementing foreign law in private international. Using the conflict settlement rule with the aim of escaping from the competent law fraudulently by one of the litigants suffices to create fraud on law in private international law. There are discussions in Islamic jurisprudence under the title of *Hial Al-Riba* as well that is notably compatible with the concept of fraud on law in western culture in terms of their foundations. Both religious tricks and fraud on law are obstacles in implementation of foreign law in Islamic jurisprudence and Iranian written law that is based on "no harm" rule and "unlawful direction" theory. This article, applying descriptive-analytic method, after examining the foundations of these two concepts, has dealt with their comparison in terms of religious tricks and finally has concluded that in jurisprudential system, religious tricks cannot be accepted unless in explicit cases and by a narrow interpretation. Furthermore, Iranian law has expressly opposed fraud on law that implies the negative view of the legislator toward fraud on law in such a way that from all of them a general rule namely preventing fraud on law rule can be derived.

Key words: Fraud on Law, Private International Law, Obstacle to Implementation of Foreign Law, Cause Law, Islamic Jurisprudence

1. Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom (Corresponding Author); Email: mnghadir@gmail.com
2. MA in International Law, Faculty of Law, University of Qom.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مبانی نظری تقلب نسبت به قانون و آثار آن در توفقه امیر و حقوق بین الملل خصوصی ایران

محسن قدیر^۱

تاریخ دریافت ۹۸/۰۳/۰۶ - تاریخ پذیرش ۹۹/۱۱/۱۸ حسین کاظمی فروشانی^۲

چکیده

قاعده سوء استفاده از حق در بسیاری از مسائل حقوقی از روابط املاک مجاور تا حقوق قراردادهای و حقوق خانواده استفاده می‌شود. تقلب نسبت به قانون همچون تغییر ارادی عناصر وابستگی و همانند کاربرد ویژه‌ای از نظریه عمومی سوء استفاده از حق از جمله موانع اجرای حقوق خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی مطرح گردیده است. کافی است تا یکی از متداعیین از قاعده حل تعارض به قصد فرار از قانون صالح به نحو متقلبانه‌ای استفاده بکند تا تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل خصوصی ایجاد گردد. در فقه اسلامی نیز تحت عنوان حیل الربا مباحثی مطرح شده است که در واقع از جهت مبنایی مطابقت زیادی با مفهوم تقلب نسبت به قانون در فرهنگ غرب دارد. هرچند از نظر مبنایی حیل شرعی و تقلب نسبت به قانون هم در فقه اسلامی و هم در حقوق موضوعه ایران مانع از اجرای حکم خارجی است که بر مبنای قاعده لاضرر و نظریه جهت نامشروع استوار است. این مقاله با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی بعد از بررسی مبنایی این دو مفهوم به مقایسه آن‌ها در زمینه حیل شرعیه پرداخته و در نهایت نتیجه می‌گیرد در نظام فقهی، نمی‌توان حیل شرعیه را مقبول دانست مگر در موارد منصوص با تفسیر مضیق موارد. همچنین، حقوق ایران آشکارا به مخالفت با تقلب نسبت به قانون پرداخته است که همه حاکی از دیدگاه منفی قانونگذار در مورد تقلب نسبت به قانون است به گونه‌ای که از مجموع آن‌ها می‌توان قاعده‌ای کلی ذیل عنوان قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون را عنوان نمود.

واژگان کلیدی: تقلب نسبت به قانون، حقوق بین‌الملل خصوصی، مانع اجرای حکم خارجی، قانون سبب، فقه اسلامی.



۱ استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

mngghadir@gmail.com

۲ دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.



مقدمه

از دیرباز حقوق‌دانان تقلب و حيله نسبت به قانون را ممنوع و مردود دانسته و شیوع آن را مخل نظم و اخلاقیات جامعه معرفی کرده اند که دولت ها باید برای مقابله با این پدیده هر نوع اعمال به ظاهر آراسته صحیح افراد برای رسیدن به یک نتیجه نامشروع و غیرقانونی را مجرمانه تلقی نمایند و با پیش بینی مجازات های متناسب برای اینگونه اعمال متقلبانه زمینه اجرای عدالت کیفری را در جامعه فراهم نمایند بویژه در نظام حقوق اسلام که بیش از هر چیز دیگری باید منادی صداقت و درستی باشد، مسئله تقلب نسبت به قانون و حيله شرعی مردود شناخته می شود زیرا هر کاری در اسلام بر اساس نیت و قصد انجام دهنده آن ارزشیابی خواهد شد و چنانچه اعمالی به ظاهر صحیح ولی به لحاظ باطنی برای فرار از محدودیت های قانونی صورت گرفته باشد، بدون ارزش حقوقی و باطل است. حيله و چاره های شرعی، هرچند در بحث ربا بصورت گسترده تر مطرح شده، ولی اختصاص به ربا ندارد بلکه در سراسر فقه جاری است. بدین جهت فقهای امامیه در ابواب مختلف کتب فقهی به مناسبت بدان پرداخته اند هرچند معمولاً بحث عمده آن را در ذیل کتاب های طلاق مطرح نموده اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۳).

در اکثر موارد، تقلب نسبت به قانون با انتخاب متقلبانه صلاحیت یک حوزه قانونی که استفاده از آن به اجرای قانون ماهوی پرمنفعت تر برای یکی از اصحاب دعوی می انجامد و با نادیده گرفتن قانون صالح قابل اعمال همراه است. در این راستا، براساس نظریه ی لا یراد، تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر در عناصر وابستگی، به منظور ایجاد یک عنصر وابستگی غیرواقعی و خیالی (Bernard, 1979: 119). به نظر پیر مایر، یکی دیگر از حقوق دانان فرانسوی، تقلب نسبت به قانون در نتیجه رفتارهایی در جهت





تغییر عناصر وابستگی به منصب ظهور می رسد و برای اینکه تقلب نسبت به قانون به معنی دقیق کلمه تحقق یابد، لازم است با اراده مستقل افراد و با توجه به میل و رضایشان صورت پذیرد؛ آن هم بدون اینکه این وضعیت بتواند روابط واقعی خود را با کشورهایی که قانون آن به طور متقابلانه نادیده گرفته شده است حفظ نماید (Mayer, 2011: 209).

در شرایطی که یک عامل ارتباط به اراده طرفین مرتبط باشد، تقلب نسبت به قانون ممکن است تحقق یابد. این عناصر وابستگی که می توانند امکان تقلب اشخاص نسبت به قانون را ممکن سازند، عبارتند از اقامتگاه و تابعیت. ساز و کار تقلب نسبت به قانون می تواند عناصر وابستگی دیگری را هم مطرح کند. به عنوان مثال، تغییر محل انعقاد یک قرارداد در زمانی که قانون محل وقوع عقد، قابل اعمال است زمینه ساز تحقق تقلب نسبت به قانون می گردد. اما این نظریه حقوقی بر تغییر تمام عناصر وابستگی برای امکان فرار از قانون اتفاق نظر ندارد. در منابع فقهی نزدیکترین قاعده به منع سوء استفاده از حق، قاعده لاضرر است؛ اما بطور کلی مفهوم لاضرر عام تر از منع سوء استفاده از حق است. این اصطلاح در حقوق اروپایی در کشورهای رومی ژرمنی تأسیس شده است. در نظام حقوقی کامن لا بر طبق نظری که هم اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق می تواند به هر صورت و با هر اندیشه ای تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را بکار برد.

این توصیف ها این سوال را مطرح می کند که قاعده سوء استفاده از حق، محدود به یک باب معین از قبیل حقوق قراردادها یا رابطه املاک مجاور است یا در همه مباحث حقوقی از جمله حقوق بین الملل خصوصی ایران قابل اعمال است؟ در هر جا که اعمال یک حکم قانونی یا قاعده حقوقی به انتخاب و اراده شخص وابسته است، امکان انحراف قاعده از مبانی و اهداف اولیه وجود دارد. لذا بررسی مبانی تقلب نسبت به قانون با توجه به متون فقه امامیه و قانون مدنی ایران موضوع مقاله حاضر را تشکیل می دهد.





۱. دامنه مفهومی تقلب نسبت به قانون

۱-۱. بررسی فقهی حيله شرعی

حيله شرعی از دیدگاه فقها برای قلب برخی از احکام ثابت شرعی به احکام دیگر به واسطه فعلی است که در ظاهر صحیح و در باطن لغو است اعم از اینکه حکم تکلیفی باشد یا وضعی (شاطبی، ۱۴۱۷: ۱۸۷). از گفتار بسیاری از فقهای امامیه استفاده می شود که دست کم، بخشی از حيله های شرعی به اجماع فقها جایز است. صاحب جواهر به تصریح این مطلب می گوید: اشکال و اختلافی در جواز حيله های شرعی وجود ندارد. میرزای قمی از این نیز فراتر رفته و معتقد است جواز حيله های شرعی از مسلمات فقهی به شمار می رود (میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۶۳).

شاید بتوان گفت شیخ طوسی نخستین فقیهی است که بر جواز حیل بطور اجمال ادعای اجماع کرده است. وی در این باره می گوید: حيله های شرعی فی الجمله به اتفاق فقها جایز است و قول به حرمت شاذ و نادر است (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۵). در مقابل عده بسیاری از فقها، حيله های شرعی را حرام می دانند (مقصودی، ۱۳۹۴: ۹۲).

در فقه، حيله دارای مفهوم وسیعی است. در نتیجه حيله شامل مواردی هم می شود که فقط برای فرار از یک تکلیف صورت نگرفته است، ولی باید توجه کرد که همیشه تقلب مستلزم فرار از یک تکلیف قانونی یا برای انتفاع از حق است، مثل شخصی که در کشور خود حق چند همسری ندارد و با تحصیل تابعیت ایرانی از این حق برخوردار شود. می توان این طور بیان کرد که حيله نامشروع همان تقلب نسبت به قانون است. برای تأیید این سخن می توان به تعریف ابن قدامه اشاره کرد: "حيله حرام و غیر مشروع عبارت است از اینکه کسی به ظاهر عقد مباحی را انجام دهد ولی در واقع اراده حرام دارد. هدفش این است که با توسل به حيله تقلب کرده و عملی را که خداوند حرامش کرده، مباح و حلال کند" (ابن قدامه، ۱۴۰۳: ۲). تعدادی از حقوقدانان اعتقاد دارند که بطور کلی تقلب غالباً همراه با سوء نیت و قصد نامشروع است و می توان گفت که تقلب با سوء نیت ملازمه دارد. به نظر برخی از مؤلفان، سبب بسیاری از اختلاف دیدگاه ها درباره موضوع حیل، مطرح نشدن تعریفی جامع و فراگیر از آن در منابع فقهی مذاهب مختلف است. با این همه با اندکی تسامح می





توان مراد از حيله را در غالب منابع فقهي، به ويژه، هنگامي که با وصف شرعي ذکر مي شود، تلاش براي بدست آوردن زمينه ها و اسبابي دانست که بر آنها حکم شرعي جديد مترتب مي شود و اين اعم از آن است که اسباب حرام باشد يا حلال (مکارم شيرازي، ۱۳۸۳: ۱۷-۱۸). در حيل اصالتاً تغيير حکم صورت نمي گيرد بلکه در واقع موضوع حکم شرعي تغيير مي يابد. به بيان ديگر، تغيير حکم براي مکلف ناشي از تبديل موضوع است. پيشينه مبحث حيل در احکام فقهي به زمان پيامبر (ص) برمي گردد، مثلاً مي توان اين حديث نبوي که جنگ، فريب و خدعه است و نيز توريه پيامبر و صحابيان را از ادله تجويز حيل از نوع منفي در شرايط خاص به شمار آورد. همچنين موارد متعددي از کاربرد حيل در قضاوتهاي اميرمؤمنان گزارش شده است (ابن بطه اکبري، ۱۴۰۳: ۱۷). با اين همه، شکل گيري مباحث حيل در احاديث فقهي به طور گسترده به عصر تابعين و به ويژه اوایل قرن دوم بازمي گردد. براي نمونه مي توان به احاديث منقول از اشخاصي چون ابراهيم بن يزيد نخعي و امامان شيعه (ع) اشاره کرد که مصاديقي از مسائل حيل شرعي را دربر دارند (ادريس حلي، ۱۴۱۱: ۲۰۵-۲۰۴). فقهاي امامي هرچند با زياده روي حنفيان در کاربرد حيل شرعي مخالفند اما بسياري از حيل را مجاز شمردند. از جمله مهمترين مصاديق حيل در فقه اسلامي، که از ابتدا تا کنون مورد بحث و مناقشه بوده و درباره آن آثار متعددي تاليف شده، حيل ربا يعني راهکارهاي رها شدن از معامله ربوي است.^۱ البته شماري از فقهاي امامي درباره پذيرش حيل به طور کلي يا جزئي سختگيري پيش تري نموده و برخي مصاديق حيل را به طور اصولي نپذيرفته اند.^۲ به تصريح فقهاي امامي حيل باب خاصي ندارد و همه ابواب فقه را در بر ميگيرد. همچنين توسل به عقد صوري در جريان معاملات براي رسيدن به هدف نامشروع و حرام ربا در فقه اسلامي مردود است و اکثر فقهاي اسلامي با استناد به آيه شريفة "احل الله البيع و حرم الربا" و احاديث و اخبار وارد شده،

۱. براي نمونه مراجعه کنيد به: طوسي، ج ۵: ۹۵، محقق حلي، قسم ۳: ۵۹۶.

۲. براي مثال رجوع کنيد به آقا بزرگ طهراني، ج ۷: ۱۲۷، ج ۱۱: ۱۷۸، بحراني، ج ۲۵: ۳۷۵.

۳. رجوع کنيد به مقدس اردبيلي، ج ۸: ۱۸ و ۴۵۳ و ۴۵۸، امام خميني، ۱۳۷۹، ج ۲: ۵۵۲-۵۵۳.



اینگونه اعمال را منع و باطل اعلام نموده اند. راغب اصفهانی در خصوص مفهوم حيله می گوید: حيله، به معنی به کار گرفتن راه هایی است که به شکل پنهان باشد؛ به تعبیر دیگر، به معنای چاره جویی پنهانی است و معمولاً بار منفی دارد (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲: ۱۳۸-۱۳۷).

از میان فقهای معاصر تنها فقیهی که با حیل نامشروع به شدت مخالفت فرمودند، امام خمینی (ره) بوده است. به نظر ایشان روایاتی که دلالت بر صحت توسل به حيله در باب ربا و قرض دارد، از لحاظ سند و متن قابل خدشه هستند و اگر نصی بر جواز آن وجود داشته باشد، با کتاب و سنت مستفیضه تناقض داشته و قابل رد است. لذا عمل به حیل با روح قوانین اسلامی منافات دارد و نمی تواند موضوع حرام را به حلال تبدیل کند.

در نهایت می توان گفت هیچ کدام از ادله به طور مطلق، نه مثبت جواز حيله است و نه مثبت حرمت آن و اصولاً فقیهان نیز در پی اثبات یا رد کلی حيله شرعی نبوده اند. به عبارت دیگر دلایلی که ناظر به جواز حيله اند، در صورت تمامیت دلالت شان صرفاً بخشی از حيله ها را نشانه رفته اند، در حالی که دلایل حاکی از حرمت متوجه بخش دیگری از آنها هستند. به دیگر سخن، حيله هایی که براساس ادله جواز مباح اند، آنهایی نیستند که دلایل حرمت بر ممنوعیت شان دلالت دارند و بالعکس آن چه بر وسیله ادله حرمت، حرام تلقی شده، غیر از آن چیزی است که دلایل جواز، اباحه آنها را به اثبات رسانند. بنابراین بدون هیچ شکی اصل جواز حيله از نظر فقیهان، مفروغ عنه و مسلّم است، ضمن آن که بخشی از حيله های شرعی به طور قطع و یقین محکوم به حرمت اند.

۱-۲. اصول حقوقی

تقلب نسبت به قانون در چارچوب تعارض قوانین زمانی تحقق می یابد که اشخاص با سوء استفاده از حق انتخابی که به موجب قانون یک کشور به آنها برای تغییر در وضعیت خود یا محل اموال یا محل انعقاد قرارداد و غیره داده شده خود را تحت پوشش قانونی غیر از قانونی قرار دهند که قاعدتاً باید بر موضوع حاکم باشد. در این رابطه در حقوق ایران می توان به احتمال تقلب نسبت به قانون در رابطه با موضوع احوال شخصیه در نتیجه تفسیر خاصی که بعضاً از ماده (۷) قانون مدنی به عمل آمده، اشاره نمود. به موجب این ماده





"اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود". اصطلاح "خارجیان" به کار رفته در این ماده به طور معمول باید به اشخاصی اطلاق می گردد که تابعیت ایران را ندارند؛ بنابراین، برخی معتقدند اگر یک مسلمان غیرایرانی به موجب قانون کشور متبوعش نتواند از یک حقوق اساسی خود به موجب دین مبین اسلام بهره مند شود در صورت درخواست بهره مندی از حقوق مذکور در ایران عدم اجازه به وی در این رابطه در ایران با استناد به مواد (۷) و (۹۶۱) قانون مدنی ایران با نظم عمومی و قانون اساسی ایران منافات دارد. بدیهی است پذیرش چنین تفسیری می تواند موجبات تقلب نسبت به قانون را به وسیله اتباع خارجی مسلمان در ایران فراهم سازد زیرا برخلاف تابعیت که رابطه ای است بین فرد و دولت و معمولاً مدارک کتبی برای اثبات آن وجود دارد و بعلاوه اراده فرد به طور یکجانبه نمی تواند برای وی ایجاد تابعیت کند، چه این که مذهب رابطه ای است میان خالق و مخلوق که حتی برای اثبات برای خلق نیز نیازی به ارائه مدرک کتبی نیست و اراده یک جانبه فرد نقش اساسی دارد. به خصوص دین مبین اسلام پذیرش به این دین را بسیار آسان قرار داده است. بنابراین یک فرد غیر مسلمان برای اینکه بتواند از حقوق مسلمانان بهره مند شود ممکن است در ایران خود را مسلمان معرفی کند (خمامی زاده، ۱۳۹۱: ۱۰۵-۱۰۴). در واقع در نظریه ی تقلب نسبت به قانون، دو عنصر در نظر گرفته می شود؛ یکی عنصر مادی که عبارت است از تغییر عنصر وابستگی و دیگری معنوی است که همان قصد فرار از قانون صالح دانسته می شود. در بدو امر، می بایست که یک تغییر ظاهراً واقعی در تابعیت تحقق یابد و یا ممکن است در هر محل اقامت قانون خاصی حاکم باشد و تغییر صوری اقامتگاه تغییر قانون و بالتبع سو استفاده را به همراه داشته باشد. دومین عنصر در تحقق تقلب نسبت به قانون، عنصر معنوی می باشد که عبارت است از قصد امتناع از اجرای قواعد حل تعارض، برای انجام این عمل متقلبانه شخص تلاش دارد تا از اجرای قانون مادی که می داند قابل اجراست، ممانعت کند یا از حقی برخوردار گردد. در این خصوص، شخص تنها قصد فرار از مقررات و شرایط آمرانه قانون قابل اجرا را دارد. اما موضوع اساسی که قابل طرح می باشد این است که چگونه می توان





در چنین مواردی به قصد متقلبانه اشخاص پی برد، علاوه بر این، می بایست این نکته را بررسی کرد که آیا هر تغییر قانونی عناصر وابستگی می تواند الزاما تقلب نسبت به قانون محسوب شود. چه اینکه، اصل حاکمیت اراده همچنان در حقوق بین الملل خصوصی معتبر است، و مضافاً، یکی از اصول سه گانه حاکم بر عناصر ارتباطی اعم از تابعیت و اقامتگاه، ارادی بودن و قابل زوال بودن آنها می باشد (خمامی زاده، ۱۳۹۱: ۱۰۵-۱۰۴).

شرط اساسی به نتیجه رسیدن تقلب نسبت به قانون این است که وسیله مؤثر باشد و بتواند انسان را بدون برخورد با موانع از قید قانون برهاند و لازم است که این وسیله از جهت قواعد حقوقی صحیح و غیر قابل خدشه باشد و باید حقیقی باشد و صوری بودن موجب بی تأثیری وسیله است. مؤثر بودن وسیله حقوقی بدین معنی است که این وسیله ذاتاً صحیح و غیر قابل خدشه قلمداد شود. اگر بتوان از راه‌های معمولی در صحت وسیله ای که برای تقلب بکار رفته خدشه کرد دیگر احتیاجی به توسل به نظریه تقلب نیست. به همین جهت است که نظریه تقلب نسبت به قانون بعنوان یک وسیله فرعی و علی البدل شناخته شده است. یعنی اگر با استفاده از ضمانت اجرای طبیعی قوانین، نتوانیم از عمل غیر قانونی اشخاص جلوگیری کنیم می توانیم از این نظریه استمداد نمائیم. عمل صوری که برای تقلب نسبت به قانون مورد استفاده قرار می گیرد وسیله حقیقی نیست. دادگاه به محض اثبات صوری بودن می تواند آنرا بی اثر کند. برای مثال کسی که می خواهد از صلاحیت محکمه ای فرار کند ممکن است با حفظ اقامتگاه اصلی، اقامتگاه دیگری بطور صوری برای خود ایجاد کند و آنرا به دادگاه اعلام نماید. برای فرار از مقررات مربوط به نرخ بهره از بیع صوری که به بیع شرط معروف شده استفاده کرده اند. در این موارد، وسیله، کافی برای فرار از قید قانون نیست، فقط توانسته است تجاوز به قانون را مخفی کند و با احراز واقع، این تقلب بی اثر می شود (Indira, 2006:217).





۲. مبانی فقهی و حقوقی نظریه منع تقلب نسبت به قانون

۱-۲. قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق

در قوانین ایران ماده عامی که صریحا تقلب نسبت به قانون را منع کرده باشد موجود نیست. ماده (۲۱۸) قانون مدنی سابق که معامله به قصد فرار از دین را پیش بینی کرده بود، هرچند نمونه ای از تقلب نسبت به قانون است ولی قابل شمول به کلیه موارد تقلب نیست. فقط ممکن است با استفاده از آن مواردی را که مشابه معامله به قصد فرار از دین است آنهم با توسعه ملاک و مفهوم ماده بی اثر سازیم. بنابراین باید در مورد یک ضمانت اجرای عام که در کلیه موارد تقلب قابل استناد باشد تحقیق کنیم. به نظر ما چنین ضمانتی وجود دارد. اصل (۴۰) قانون اساسی و ماده (۱۳۲) قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تایید قوانین موضوعه ایران می باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است! فقها اصل لاضرر را به عنوان یک قاعده کلی که در بسیاری ابعاد عبادی، سیاسی، اجتماعی، فردی و معاملاتی قابل اعمال است، بنا نهاده اند. دلایل مزبور گویای این واقعیت است که از جانب هیچ کسی ایجاد ضرر مشروع و مجاز نیست و این عدم مشروعیت به این معناست که علاوه بر اثر تکلیفی و ممنوعیت عمل در مواردی، اثر وضعی ضرورت جبران زیان نیز بر ایراد ضرر مترتب می گردد. مطالعه تطبیقی میان قاعده لاضرر در حقوق اسلام با نظریه سوء استفاده از حق نشان می دهد که در هیچ یک از آنها حق مطلق نیست، بلکه صاحب حق در اعمال آن با محدودیتهایی روبروست و مرزهای این محدوده را قاعده نفی ضرر در اسلام و قاعده نفی سوء استفاده از حق در اصول کلی حقوقی تعیین می کند. بنابراین رابطه قاعده لاضرر

۱. قرآن کریم سوء استفاده از حق را در مورد حق رجوع و وصیت که غالبا در مظان سوء استفاده می باشند عنوان کرده است و از این موارد می توان علت منع را که سوء استفاده از حق می باشد استنتاج کرد. نکته جالب توجه این است که از نظر شریعت اسلام سوء استفاده از حق گناه محسوب می شود. دلیل این امر روایتی است که صاحب مجمع البیان و سایر مفسرین نقل کرده اند که بر طبق آن ضرر در وصیت که همان سوء استفاده از حق در وصیت است از گناهان کبیره می باشد و موید آن آیه ۱۸۲ از سوره بقره است که در آن از جنف و اثم در وصیت سخن به میان آمده است.



و قاعده سوء استفاده از حق، از حیث مفهوم تساوی، و از حیث قلمرو، عموم و خصوص مطلق به نفع لاضرر، و از حیث معیار نیز تساوی است (مدنی، ۱۳۹۳: ۲۸).

این ماده مآخذ اصلی قاعده لاضرر در حقوق مدنی است، ولی مورد منحصر نیست. مواد (۱۲۲) و (۱۲۵) و (۱۳۹) قانون مدنی نیز از مجاری قاعده لاضرر هستند. حتی می توان گفت که مواد (۹۴۴) و (۹۴۵) قانون مدنی به طور آشکار قاعده لاضرر را به حقوق ایران وارد کرده اند بنحویکه هیچ تردیدی در اعتبار قاعده مزبور در حقوق موضوعه ایران باقی نمی گذارد. ماده (۲۱۸) قانون مدنی در باب معامله به قصد فرار از دین و ماده (۶۰) در مورد وقفی که به قصد اضرار به دیان واقع می شوند از موارد سوء استفاده از حق هستند که حتی اگر ماده خاصی آنها را پیش بینی نکرده بود قاعده لاضرر که از دریچه ماده (۱۳۲) وارد حقوق موضوعه ما شده ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن آنها بوده است. هرچند ماده (۱۳۲) ناظر به سوء استفاده از حق مالکیت است ولی می توانیم با استفاده از روح آن از سوء استفاده از هر حق دیگری جلوگیری کنیم. تقلب اعم از اینکه نسبت به قانون یا اشخاص ثالث باشد در هر حال متوجه یک الزام قانونی و تکلیف است و از این جهت فرقی میان تقلب نسبت به قانون و تقلب نسبت به اشخاص نیست. بر فرض قبول صحت این تقسیم ماده (۱۳۲) شامل تقلبی نسبت به قانون هم خواهد بود زیرا بطوریکه در مطالعه سابقه فقهی این ماده ملاحظه شد مضمون این ماده منع سوء استفاده از مطلق حق است و تقلب نسبت به قانون هم چیزی جز سوء استفاده از حق نیست و این موضوع مورد قبول عده زیادی از علماء حقوق فرانسه و دادگاه ها می باشد. در نتیجه ممکن است در هر مورد که شرایط اجرای آن موجود باشد با استفاده از روح این مواد مستقلاً و یا با استناد مواد مزبور از آن بهره برداری کنیم (عامری، ۱۳۹۲: ۵۴).

این اصل یکی از مهمترین اصول عقلی است که علاوه بر حکم عقل، در آیات و روایات بسیاری مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است و از بدیهی ترین اصول حقوقی است. این قاعده در فقه و حقوق اسلامی دارای قلمروی گسترده در احکام و مقررات عبادی، اجتماعی، سیاسی، معاملاتی است و بر احکام اولیه حاکمیت دارد و مفهوم آن مقررات را مضیق و محدود می سازد. مفاد این قاعده در دیگر نظام های حقوقی نیز در محدوده مسائل





حقوق به حکم عقل پذیرفته شده و نشانه های آن را می توان یافت. به بیان دیگر، ضرورت جبران خسارت، از گذشته، کم و بیش، در تمام جوامع مورد قبول بوده است و بر همین مبنا، نظام های حقوقی مختلف توجه و تاکید بر جبران خسارت زیان دیده را داشته اند با این تفاوت که در حقوق اسلام این قاعده، به عنوان یک اصل کلی حاکم بر احکام و مقررات اولیه به طور مشخص پذیرفته شده است و مورد بحث و بررسی قرار گرفته، و سامان یافته است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۴: ۳۵-۳۴).

۲-۲. نظریه علت و جهت نامشروع

نظریه علت در مواد (۱۱۰۸) و (۱۱۳۱) و (۱۱۳۲) و (۱۱۳۳) قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده است. برخی از حقوق دانان فرانسوی ذکر مشروعیت علت تعهد در شرایط اساسی انعقاد قرارداد در ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی فرانسه را لازم ندانسته و بر این باورند که با استفاده از اصول حقوقی دیگر می توان تمام نتایج حاصل از نظریه علت را بدست آورد. حذف این شرط و نیز ماده (۱۱۳۱) در خصوص علت تعهد در اکثر موارد با فقدان یا نامشروع بودن موضوع خلط می شود؛ لذا برای بطلان قرارداد کافی است به تئوری موضوع متوسل شویم و بگوییم به این دلیل که تعهد یکی از طرفین فاقد موضوع است، قرارداد باطل است بدون این که استناد به نظریه علت ضرورت داشته باشد. بر طبق ماده (۱۱۳۳) این قانون، تعهدی که علت آن نامشروع باشد باطل است که همین ماده در تعریف علت نامشروع می گوید: «علت نامشروع محسوب می شود اگر به موجب قانون ممنوع بوده یا برخلاف اخلاق حسنه و یا نظم عمومی باشد». در تطبیق تقلب نسبت به قانون بر نظریه علت نامشروع گفته شده که قصد فرار از قانون، علت منحصر در انجام عمل متقلبانه است و با فرض اینکه این علت نامشروع است، باید عمل متقلبانه به استناد نظریه علت نامشروع ابطال شود. بر اساس این استدلال برای خنثی کردن عملی که به قصد فرار از قانون صورت گرفته احتیاج به ضمانت اجرای قانونی دیگری نیست بلکه از وحدت ملاک ماده ۱۱۳۱ که بطلان علت نامشروع در آن پیش بینی شده می توان استفاده کرد و عمل متقلبانه را باطل نمود (ارفع نیا، ۱۳۸۹: ۳۹-۳۶).





مسائلی چون تلف میبیع قبل از قبض، حق حبس و لزوم رعایت تعهد قراردادی، در حقوق اسلام و قانون مدنی ایران حل شده است. و بنظر میرسد نظریه علت مبنای آن باشد هرچند قانونگذار جز در ماده (۲۰۱) صراحتاً سخنی از آن به میان نیاورده است (امامی، ۱۳۸۷: ۲۷۵). چه بسا قاعده فقهی تعذر وفاء به مدلول عقد نیز با نظریه علت ارتباط تنگاتنگ داشته باشد. مطابق این قاعده هنگامی که تعذر دائم رخ دهد، به نحوی که اجرای مفاد تعهد غیر ممکن گردد، معامله باطل (منفسخ) محسوب می شود؛ چرا که علت انجام عمل حقوقی، علاوه بر تحقق اعتباری آن، اجرای تعهدات در عالم واقع نیز بوده است و با از بین رفتن این علت، بقای عقد لغو و بیهوده خواهد بود. احکام و آثار متعددی در نظام حقوقی وجود دارند که تنها بر اساس نظریه علت قابل توجیه می باشند. پذیرش نظریه علت باعث حفظ تعادل و همبستگی میان تعهدات متقابل می گردد و این امر آثار فراوانی از جمله، قاعده تلف کردن میبیع قبل از قبض، قاعده عمومی دانستن غبن در قراردادها و فسخ قرارداد در صورت از بین رفتن تعهد طرف مقابل را به دنبال دارد. علت در دو سطح قابل طرح است؛ در سطح موضوع و در سطح شخص؛ بنابراین می توان در سطح اشتباه نیز به نظریه علت استناد کرد و قانونگذار در ماده (۲۰۱) قانون مدنی همینگونه عمل نموده است (بیات، ۱۳۹۴: ۹۴).

هرگاه قانونگذار ضمانت اجرای خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق پیش بینی نکرده باشد نظریه تقلب نسبت به قانون اعتبار خود را باز می یابد. پس وجود یا عدم ماده (۲۱۸) سابق، ق.م موثر در مقام نیست. یعنی نه وجود آن مثبت تئوری تقلب است و نه حذف آن نافی آن می باشد. چرا که هرگاه مقنن ضمانت اجرائی خاص برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون پیش بینی کرده باشد، آن مورد تحت عنوان تئوری کلی قرار نمی گیرد (شهیدی، ۱۳۸۹: ۵۶).

۲-۳. نظریه نقض غرض و مخالفت با نظم عمومی

صاحب کتاب جواهر الکلام برای بی اثر دانستن تقلب قاعده نقض غرض را عنوان کرده است، این قاعده که یک اصل عقلی است بر این پایه استوار است که وقتی غرض و مقصود شخص عاقلی بوجود یا عدم امری تعلق بگیرد و تحقق یا عدم تحقق این امر را





بخواهد بطوریکه سرپیچی از آن را موجب عقاب اعلام کند، معقول نیست که نقض و ضد آن نیز مورد تایید اقرار گیرد. به عبارت دیگر هیچ فرد عاقلی مرتکب نقض غرضی که صریحا یا ضمنا ازانجام امری اعلام کرده نمی شود. قانونگذار نیز از این قاعده مستثنی نیست و بر یک مقنن عاقل قبیح است که مرتکب نقض غرض شود. فقیه مزبور این اصل را بصورت یک قاعده کلی به این شکل بیان نموده است: « هر چیزی که دربردارنده نقض غرض اصل مشروعیت یک حکم باشد، حکم به بطلانش خواهد شد» (جواهرالکلام، ۱۴۱۱: ۳۵۹)

تقلب نسبت به قانون هم بر خلاف مقاصد قانونگذار از وضع قانون و اوامر و نواهی او می باشد. اگر قانونگذار بر حيله هائی که تصادم با غرض قانون دارد صحه بگذارد، مسلما مرتکب نقض غرض شده است. تقلب نسبت به قانون مبتنی بر سوء استفاده از قانون است بنابراین قاعده فقهی مزبور که در مواد قانون مدنی ایران منعکس شده بطور واضح بر حيله و تقلب نسبت به قانون انطباق دارد و ممکن است از روح موادی که این قاعده را وارد قانون مدنی ما کرده اند برای ابطال حيله و تقلب استفاده نمود (امامی، ۱۳۷۸: ۲۹).

هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد معذالک از جهت ماهیت یکسان نیستند. در نظم عمومی مفاد و محتوای قانون صلاحیتدار خارجی مطرح است و قاعده نظم عمومی وقتی به موقع اجرا در می آید که قانون خارجی از لحاظ محتوا با قانون داخلی ناسازگار باشد. در اینجا هدف نظم عمومی دفاع از سازمانهای قانونی کشور در مقابل ناسازگاری های ناشی از اجرای قانون خارجی می باشد. در حالی که در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار از قانونی که حقا می بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است. بین نظم عمومی و قاعده جلوگیری از تقلب چند شباهت وجود دارد: هر دو از اجرای قانون خارجی حاکم جلوگیری می کنند (اثر عمومی منفی)، اثر هر دو جنبه فرعی و علی البدل دارد؛ اثر هر دو بسته به نظر و تشخیص قاضی است و هر



۱. منظور این است که هرگاه وسیله دیگری موجود باشد که بتوان بوسیله آن از اجرای قانون خارجی جلوگیری کرد استناد به این قواعد دیگر لزومی نخواهد داشت.



دو دارای اثر خفیف می باشند. با توجه به آنچه بیان شد نظریه نظم عمومی بین المللی، ما را از تئوری استثناء تقلب مستغنی نمی کند. و هرگاه شرائط اعمال آن بوجود آید، قابل اجرا و بلکه لازم الاجرا خواهد بود. شرایط لازم عبارتند از وجود تقلب، یعنی اینکه فرد از وسایلی که قانونا در اختیار دارد به منظور دستیابی به یک هدف تقلبی استفاده کند و این عمل، موثر واقع شده باشد. شرط دوم این است که بدلیل عدم وجود هر گونه علاج دیگری در جلوگیری از اجرای قانون خارجی اعمال این قاعده ضروری باشد (خمامی زاده، ۱۳۹۱: ۱۱۴).

۲-۴. صوری بودن

در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلام و حقوق فرانسه مواد متعددی در قانون مدنی و قانون تجارت پیش بینی شده که می توان به استناد آنها نظر تبعیت عقد را از اراده واقعی قبول کرد. به موجب ماده (۱۹۱) قانون مدنی: «عقد محقق می شود به قصد انشاء بشرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در این ماده قصد انشاء عنصر سازنده عقد تلقی شده و حتی ذکری از الفاظ هم به میان نیامده و هر چیزی را که دلالت بر وجود قصد کند کافی دانسته است. ماده (۱۹۵) قانون مدنی به یک ضابطه اشاره می کند و آن این است که فقدان قصد موجب بطلان معامله است. به موجب ماده (۴۶۳) قانون مدنی در مبحث بیع شرط که بر مبنای مادتين (۱۹۱) و (۱۹۵) تنظیم گردیده: «اگر در بیع شرط معلوم شود که قصد بایع به حقیقت بیع نبوده احکام بیع در آن مجری نخواهد بود». این ماده که از روح آن می توان در سایر عقود و معاملات صوری استفاده کرد راه را برای بی اثر کردن بیع شرط که نوعی معامله صوری است باز کرده است. ماده (۴۲۶) قانون تجارت در باب معاملات ورشکسته نیز به یک قاعده کلی در بطلان معامله صوری اشاره می کند. بر طبق این ماده «اگر در محکمه ثابت شود که معامله بطور صوری و مسبوق به تبانی بوده است آن معامله خود به خود باطل و عین و منافع مالی که موضوع معامله بوده مسترد و طرف معامله اگر طلبکار شود جزو غرما حصه خواهد برد». در این جا چون معامله صوری است و قصد انتقال در میان نیست و بین متعاملین برای اضطراب به طلبکاران تبانی شده، قانونگذار معامله را باطل دانسته است و حال آنکه معامله به قصد فرار از دین اصولاً غیر نافذ است (ماده ۲۱۸





قانون مدنی)، علت بطلان در ماده مزبور این است که در معامله صوری قصد انشاء وجود ندارد، کافی است دادگاه صوری بودن معامله را احراز کند تا از تقلب و حيله رفع اثر بشود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

امروزه اکثریت مولفین فرانسوی امکان صوری بودن را در زمینه عقود و ایقاعات پذیرفته اند و در نتیجه اثبات صوری بودن عقد را برای اشخاص ثالث و حتی طرفین عقد ممکن دانسته اند. دیوان تمیز فرانسه در آراء متعددی این نظر را اتخاذ کرده و عقد صوری را باطل دانسته است. در یکی از این موارد محکمه مدنی (گرونوبل) به علت اینکه از محتویات پرونده برای او ثابت شده که زوجین قبل از عقد تبانی بر صوری بودن آن کرده اند، این را پذیرفته و اینطور اظهار نظر نموده است: «بطلان این عقد ممکن است به جهت فقدان رضا اعلام شود. زیرا این زن هرگز قصد انعقاد یک ازدواج حقیقی را نداشته است». محکمه مدنی بروکسل نیز بطلان نکاح صوری یک زن یهودی را که به منظور جلوگیری از تبعید وی بوده است را قبول کرده، خصوصاً که این ازدواج در اوضاع و احوالی صورت گرفته که تبانی بر صوری بودن ازدواج قابل استنباط بوده است.

دادگاه عالی کانادا نیز ازدواج یک فرد ایتالیائی را که هدف او از ازدواج فقط تحصیل تابعیت کانادا بوده ابطال کرده و اظهار نظر می کند: «زوجین قبل از مراسم ازدواج یکدیگر را ندیده اند و هیچیک از آنان قصد نکاح نداشته اند بنابراین رضایت مورد نظر قانون وجود نداشته و آنچه بوجود آمده تشریفات صوری است» (Dreyfus, 2015: 717).

صوری بودن همیشه درمورد عقود و ایقاعات نیست و ممکن است وقایع حقوقی مثل تابعیت و اقامتگاه بطور صوری تغییر یابد. در این مورد برای احراز واقع باید به بررسی اوضاع و احوال مادی عمل پرداخت. اگر شروط بطور موثر بوجود آمده این عمل صحیح است و الا یک عمل صوری است. برای مثال وقتی یکی از طرفین دعوی اعلام تغییر اقامتگاه خود را به دادگاه می کند باید دید آیا اقامتگاه بطور واقعی منتقل شده است یا نه، چون ممکن است تغییر اقامتگاه بطور صوری انجام شده باشد. علت این است که اقامتگاه از عوامل تعیین صلاحیت دادگاه است. در عمل دیده شده وقتی افراد احساس کرده اند ممکن است دعوائی علیه آنان مطرح شود اقامتگاه خود را بطور صوری تغییر داده اند. یک





تاجر اقدام به ایجاد یک دفتر ظاهری در یکی از شهرهای دیگر غیر از محل اقامت واقعی خود کرده است تا خود را از قید صلاحیت دادگاهی خارج کند. قوانین ما هم به این مسئله توجه کرده و شرط تغییر اقامتگاه را طبق ماده ۱۰۰۴ قانون مدنی، تابع نقل و انتقال واقعی آن دانسته است.

۳. وضعیت حقوقی عقود مبتنی بر تقلب نسبت به قانون از دیدگاه کشورها

الف- کشوری که تقلب به دلیل فرار از قانون آن کشور شده است.

مثلاً یک زن بلژیکی که با مرد فرانسوی ازدواج می‌کند و نتیجه این ازدواج از تابعیت بلژیک خارج می‌شود و فرانسوی می‌شود بعداً چون این زوج تصمیم به طلاق می‌گیرند بعثت ممنوعیت طلاق در کشور فرانسه تابعیت خود را تغییر داده و تابعیت آلمانی کسب می‌کنند تا با استفاده از آن طلاق بگیرند و بعد از طلاق با یک نفر رومانیایی ازدواج کند، دوباره به فرانسه باز می‌گردد شوهر اول این زن شکایت می‌کند. این مسئله از دو دیدگاه قابل بررسی است: کشور فرانسه و کشور آلمان. دو حالت دارد: ۱- ابطال تابعیت، ۲- طلاق و ازدواج باطل است. در مورد ابطال تابعیت نمی‌تواند اجرا کند چون با رعایت مقررات تغییر تابعیت کرده است پس تابعیت آلمانی برقرار است. اثرش از نظر کشور فرانسه فقط نسبت به نتیجه است. با وسیله کاری ندارد یعنی این زن آلمانی است ولی نتیجه عمل متقلبانه که منجر به طلاق شده به رسمیت نمی‌شناسد. از نظر قانون و دادگاه فرانسه زوجیت این زن با مرد فرانسوی همچنان پابرجاست یعنی ازدواج دوم باطل است ولی تابعیت وی مؤثر است چون دولت نمی‌تواند قاعده جلوگیری از تقلب را در هر زمانی و نسبت به تمام موارد اجرا کند بلکه اثر قاعده مزبور باید محدود به اثر باشد یعنی با تغییر تابعیت کاری ندارد فقط جلوی امتیاز کسب شده از طریق متقلبانه را می‌گیرد.

ب- کشوری که تقاضای اجرای قانون آن در نتیجه تقلب شده است.

در همین مثال بالا هرچند متوجه فرار از قانون فرانسه شده اند ولی قانون کشور آلمان ذی نفع است که تقاضای اجرا شده است. این کشور هیچوقت تقلب نسبت به قانون را





در نظر نمی‌گیرد هرچند که به احترام مقررات حقوق بین الملل ایجاب می‌کند که دولتی که متوج هدف تقلب شده است از اجرای آن ممانعت نماید.

ج- کشور ثالث

کشور ثالث نیز برخوردی مانند کشور دوم دارد یعنی قاعده تقلب را در نظر نمی‌گیرد. مثلاً یک نفر ایرانی با یک نفر فرانسوی در ترکیه قرار دادی منعقد می‌کند و محل تحویل کالا را کشور اکراین توافق می‌کنند. در اینجا اراده فقط می‌تواند قانون یکی از این کشورها را حاکمیت قرار دهد. اگر انتخاب نکرده باشند و اراده ضمنی طرفین با بررسی اوضاع و احوال قضیه یا شرایط قرارداد هم برای دادگاه محرز نشد به دنبال محل وقوع عقد می‌روند.

جز در بعضی از کشورها در سایر ممالک جهان از جمله ایران قانونی که بطور کلی حيله را محکوم کرده باشد، وجود ندارد و برعکس در هر کشوری مقنن موارد مخصوص را که حساس بنظر می‌رسید، از نظر حيله مورد توجه قرار داده و ضمانت اجرایی برای آنها مقرر داشته است که گاهی بصورت بطلان و گاهی بصورت عدم نفوذ و گاهی به صور دیگر ديه می‌شود. مسئله مهم این است که دادرسان در غالب این ممالک از تفسیر موسع نمودن قانون مربوط به موارد مذکور و جنبه احتیاط در کار آنها بوضوح دیده می‌شود. علت این است که مبانی بحث حیل هنوز به درستی روشن نشده والا تصور درستی از حیل خودبخود برای اخذ تصمیم به بطلان حيله کافی است (اخوان فرد - کیخافران، ۱۳۹۲: ۲۰۱). واژه حيله قانونی در معاملات نیز به دو دسته در میان حقوقدانان تقسیم شده است:

الف. متعاملین قصد ایجاد معامله ممنوع را دارند ولی بصورت عقد دیگری آن را واقع می‌سازند که در اینصورت عقد مزبور باطل است زیرا قصد انشائی وجود نداشته است. معاملات صوری یکی از وسایلی است که غالباً برای تقلب نسبت به قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد. این معاملات برای صحنه سازی منعقد می‌شوند، بدون آنکه مقصود واقعی طرفین، انعقاد قرارداد باشد؛ مثلاً دو نفر برای بالا بردن قیمت ملکی در نظر شخصی اجاره نامه صوری با قیمت گزاف تنظیم کنند.





همه حقوقدانان اتفاق نظر دارند که برای انعقاد عقد، دو امر لازم است: یکی قصد و رضا که به اراده حقیقی تعبیر می شود و دیگری چیزی که بر آن دلالت نماید که از آن به اراده انشایی یاد می کنند. عقد با هریک از اینها بدون دیگری تحقق نمی یابد. بنابراین عقد صوری مقرون به حيله و نیرنگ به دلیل نداشتن اراده حقیقی باطل است (امامی، ۱۳۷۸: ۷۹).

طبق ماده (۱۹۱) قانون مدنی، قصد انشا عنصر سازنده عقد تلقی شده است و حتی ذکر از الفاظ هم به میان نیامده و هرچیزی را که بر وجود قصد دلالت کند، کافی دانسته است. ماده (۱۹۱) به یک ضابطه کلی اشاره می کند و آن اینکه فقدان قصد، باعث بطلان معامله است. ماده (۴۲۶) قانون تجارت نیز به یک قاعده کلی در باب بطلان معامله صوری اشاره می کند.^۱ در اینجا چون معامله صوری است قصد انتقال وجود ندارد و میان متعاملین بر ای اضرار به طلبکاران تبانی شده، قانونگذار معامله را باطل دانسته است، حال آنکه معامله به قصد فرار از دین اصولاً غیرنافذ می باشد؛ بنابراین علت بطلان در ماده مذکور این است که در معامله صوری، قصد انشا وجود ندارد و کافی است دادگاه صوری بودن معامله را احراز کند تا از تقلب و حيله رفع اثر شود.

ب- عقود که در آن قصد جدی وجود دارد، ولی اراده جدی طرفین در قالب عقد پنهانی مخفی می ماند و صورت خارجی معامله مقصود واقعی طرفین نیست. اصطلاحاً به این عقود، عقود تدلیسی گویند. در این گونه عقود، طرفین برای معامله واقعی خود عنوانی صوری انتخاب می کنند تا رابطه واقعی و معامله اصلی میان خود را از منظر دیگران پوشیده بدارند و یا از مقررات قانونی بگریزند؛ مانند هبه ای که در لباس بیع صورت می گیرد تا مالیات کمتری به آن تعلق گیرد یا خشم و حسادت وارثان را به دنبال نداشته باشد. عقود تدلیسی در واقع، ترکیبی از عقد صوری و عقد واقعی است و دارای دو جنبه آشکار و پنهان می باشد. جنبه های گوناگون عقد تدلیسی باعث شده تا در ضمانت اجرایی آن

۱. طبق این ماده: اگر در محکمه ثابت شود که معامله به طور صوری و مسبوق به تبانی بوده، آن معامله خود به خود باطل و عین و منافع مالی که مورد معامله بوده، مسترد و طرف معامله اگر طلبکار شود، جزء غرما حصه خواهد برد.





میان حقوقدانان اختلاف شود. عقد تدلیسی به دو صورت انجام می شود: عقد تدلیسی در قالب عقدی که دارای دو جنبه ظاهری و پنهانی است، محقق می شود. در این نوع به استناد قاعده "ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد"، عقد بطور کلی باطل است (شهیدی، ۱۳۸۹: ۲۰۸) ولی گاهی عقود تدلیسی در قالب دو عقد کاملاً مجزا صورت می گیرد، به گونه ای که عقد ظاهری در انظار عمومی و به طور صوری منعقد می شود و بی گمان باطل است؛ ولی عقد پنهانی در قالب عقدی دیگر، با وجود همه شرایط شکل ی و ماهوی صورت می گیرد. در این فرض، صحت عقد پنهانی همان گونه که برخی از حقوقدانان بر آن تأکید کرده اند، صحیح تر به نظر می رسد؛ زیرا اشخاص حق دارند با یکدیگر قرارداد ببندند و پیمان خود را از دیگران پنهان دارند. اجرای این حکم تا جایی که با حسن نیت و برای رسیدن به خواستی مباح انجام گیرد، با هیچ مانعی روبه رو نیست؛ ولی وقتی پای خدعه و نیرنگ به قانون و قصد اضرار به دیگران به میان آید، در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد است.

پ- عقود که مقرون به اراده جدی طرفین است، ولی به قصد اضرار دیگران منعقد می شود. نکاح مریض در مرض منجر به فوت که به قصد اضرار به سایر وراثت صورت می گیرد و معامله به قصد فرار از دین از مصادیق آشکار این گونه معاملات به شمار می روند که ضمانت اجرای آن در قوانین، عدم قابلیت استناد شناخته شده است. قانونگذار برای جلوگیری از این حيله در ماده (۹۴۵) قانون مدنی می گوید: اگر مردی در حال مرض، زنی را عقد کند و در همان مرض، قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی برد؛ لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می برد. در این حکم، اباحه دخول به زنی که در حال بیماری متوفی همسر او شده است، دلیل بر درستی و نفوذ نکاح و محروم ماندن زن از ارث، نشان عدم نفوذ آن است. این چهره بطلان نسبی که در طلاق مریض وجود دارد، در نظریه های حقوقی ما ناشناخته مانده است. با وجود این باید پذیرفت در کنار دو مفهوم شایع بطلان و عدم نفوذ، ضمانت اجرای دیگری نیز وجود دارد که عدم قابلیت استناد نام دارد و منظور از آن اینکه نکاح مریض فی نفسه و در میان طرفین،





مشروع و نافذ است؛ ولی برای زن در برابر سایر وارثان قابل استناد نیست (شهیدی، ۱۳۸۹: ۲۲۴).

در معامله به قصد فرار از دین نیز اوضاع همین گونه است. طبق ماده (۶۵) ق.م. نفوذ معامله به قصد فرار از دین منوط به اجازه طلبکاران است؛ به عبارت دیگر، معامله بدهکار حيله گر غیرنافذ است. بدین ترتیب اگر معامله غیرنافذ با نارضایتی و رد صاحب حق روبه رو شود، از جهت آثار، هیچ تفاوتی با عقد باطل ندارد؛ ولی ماده (۴) قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی، چنین اثر قاطعی برای معامله به قصد فرار از دین قرار نداده، در این ماده سخنی از ابطال معامله در میان نیست. فقط به طلبکار حق می دهد که از عین مال مورد انتقال یا معادل بهای آن از اموال انتقال گیرنده، طلب خود را وصول کند. بی گمان در رابطه میان طلبکار و انتقال گیرنده، معامله مورد اعتراض در حکم باطل است؛ ولی این حکم، رابطه حقوقی میان بدهکار و انتقال گیرنده را حذف نمی کند. راه جمع میان دو راه حل ارائه شده اینکه گفته شود عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین، نسبی و فقط برای حفظ حقوق طلبکار است.

ت. یک امر غیرقانونی انگیزه ایجاد عقد می شود؛ برای مثال برای محروم کردن دیگر فرزندان از ارث، مورث، تمام اموال خویش را به فرزند مورد نظر خویش صلح می کند، در این حالت معامله صحیح است و غیرم مشروع بودن داعی و انگیزه فرد، تاثیری در عقد ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۶۸).

نتیجه گیری

تقلب نسبت به قانون و حیل شرعیه از لحاظ مفهومی شباهت بسیاری با یکدیگر دارند و گاهی می توان آنها را مترادف دانست. در فقه امامیه و اهل سنت درباره مشروعیت حیل شرعیه حتی در مورد حیل الرباء اختلاف وجود دارد. بنظر می رسد در نظام فقهی غایت گرای اسلامی، نمی توان حیل شرعیه را مقبول دانست مگر در موارد منصوص با تفسیر مضیق موارد. به خصوص تشریع شارع در یک موضوع خاص و صدور حکم ثانویه متعارض موجب ایجاد نقض غرض می شود؛ لذا لازم است در استنباط این احکام، نکات





عقلی نیز کاملاً مدنظر قرار بگیرد. قانونگذار در بسیاری از مقررات مدنی و کیفری، آشکارا به مخالفت با تقلب نسبت به قانون پرداخته است که همه حاکی از دیدگاه منفی قانونگذار در مورد به تقلب نسبت به قانون است؛ به گونه ای که از مجموع آنها می توان قاعده ای کلی ذیل عنوان قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون عنوان نمود. از لحاظ ماهوی نیز با بررسی تقلب نسبت به قانون مشخص شد که دو عنصر مادی و معنوی زمینه ساز ایجاد این تأسیس حقوقی می گردد. اما اثبات و احراز عنصر معنوی یعنی قصد متقلبانه اصحاب دعوا و یا یکی از آنها به سهولت انجام نمی پذیرد. ماده (۱۳۲) قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تأیید قوانین موضوعه می باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است. هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد با این وجود از جهت ماهیت یکسان نیستند، در نظم عمومی مفاد و محتوای قانون صلاحیتدار خارجی مطرح است و قاعده نظم عمومی وقتی به موقع اجرا در می آید که قانون خارجی از لحاظ محتوا با قانون داخلی ناسازگار باشد. در اینجا هدف نظم عمومی دفاع از سازمانهای قانونی کشور در مقابل ناسازگاری های ناشی از اجرای قانون خارجی می باشد، در حالی که در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار از قانونی که به حق می بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است. نقض غرض، قاعده ای است که صاحب جواهر آنرا بصورت یک قاعده و اصل کلی بیان داشته و یک اصل عقلی است و احتیاج به مدرک و نص خاصی ندارد، زیرا وقتی نقض غرض در مورد افراد عادی شایسته نباشد به طریق اولی برای قانونگذار امری ناشایست جلوه می کند و از ساحت قانونگذار حکیم به دور است. می توان گفت که این اصل کلی حقوق «تقلب نسبت به کلیه قواعد حقوقی استثنا وارد می سازد» که رویه قضائی فرانسه در برابر حيله و تقلب نسبت به قانون به آن استناد می کند چیزی جز تعبیری از قاعده نقض غرض نیست. ضمانت اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در معاملات و عقود گوناگون یکسان نیست. عقد صوری به دلیل فقدان قصد باطل است. عقود که به قصد فرار از دین انجام شوند غیرنافذ هستند و سرانجام عقود تدلیسی و عقودی که به قصد اضرار به دیگران انجام می شوند، در برابر اشخاص ثالث، غیرقابل استنادند.





منابع

- (۱) ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۱ق، **مستطرفات السرائر**، قم، انتشارات جامعه مدرسين قم.
- (۲) ابن بطه عکبری، عیدالله بن محمد، ۱۴۰۳ق، **ابطال الحیل المکتب الاسلامی**، بیروت، ج ۲.
- (۳) ابن قدامه، عبدالله، ۱۴۰۳ق، **المغنی**، تحقیق و تعلیم محمد سالم محبس، شعبان محمد بن اسماعیل، بیروت، دار الحیات التراث.
- (۴) اخوان فرد، مسعود، کیخاfrزانه، محمدامین، ۱۳۹۲ش، مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعیه در حقوق خصوصی، تهران، **پژوهشنامه حقوق اسلامی**، سال ۱۴، ش ۲.
- (۵) ارفع نیا، بهشید، ۱۳۸۹ش، **حقوق بین الملل خصوصی**، تهران، انتشارات آگاه، ج ۲.
- (۶) الماسی، نجاد علی، ۱۳۹۲ش، **تعارض قوانین**، تهران، مرکز انتشار نشر دانشگاهی، ج ۹.
- (۷) امامی، سید حسن، ۱۳۷۸ش، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات الاسلامیه، ج ۲۰، ج ۱.
- (۸) بهرامی احمدی، حمید، ۱۳۹۴ش، **سوء استفاده از حق**، تهران، انتشارات اطلاعات، ج ۶.
- (۹) بیات، فرهاد، بیات، شیرین، ۱۳۹۴ش، **حقوق مدنی**، تهران، انتشارات ارشد.
- (۱۰) جواهر کلام، عبدالعزیز، ۱۴۱۱ق، **آثار الشیعه الامامیه**، قم، انتشارات دار البیت.
- (۱۱) خمایی زاده، فرهاد، ۱۳۹۱ش، شرایط، آثار و جایگاه قاعده تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی، تهران، **مجله حقوق خصوصی**، دوره ۹، ش ۲.





- (۱۲) خمینی، سید روح الله، ۱۴۱۵ق، **المکاسب المحرمه**، گروه پژوهش مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ ۱.
- (۱۳) راغب اصفهانی، ابی القاسم، ۱۳۶۲ش، **مفردات الفاظ قرآن**، تهران، کتابفروشی مرتضوی.
- (۱۴) سلجوقی، محمد، ۱۳۷۰ش، **حقوق بین الملل خصوصی**، تهران، دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران، چ ۱، ج ۱.
- (۱۵) شاطبی، ابراهیم بن موسی، ۱۴۱۷ق، **الموافقات**، بیروت، دار ابن عفان، چ ۱.
- (۱۶) شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۳۷۴ش، **شرح لمعه**، قم، انتشارات دارالفکر.
- (۱۷) شهیدی، مهدی، ۱۳۸۹ش، **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران، نشر حقوقدان، ج ۱.
- (۱۸) شیخ الاسلامی، سید محسن، ۱۳۸۲ش، **تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی**، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، ش ۴.
- (۱۹) شیخ صدوق، ابوجعفر، ۱۳۶۸ش، **من لا یحضره الفقیه**، قم، نشر صدوق، ج ۴.
- (۲۰) طباطبایی، محمدصادق، قاسمی، رسول، ۱۳۹۰ش، **قاعده جلوگیری تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی**، تهران، حقوق اسلامی، سال ۸، ش ۳۱.
- (۲۱) طوسی، ابوجعفر، ۱۳۸۷ش، **المبسوط فی فقه الامامیه**، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چ ۳.
- (۲۲) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵ش، **سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق**، تهران، مجله حقوقی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۲۱، ش ۲۱.
- (۲۳) -----، ۱۳۹۱ش، **قواعد عمومی قراردادها**، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ ۱۰، ج ۴.
- (۲۴) مدنی، سید جلال الدین، ۱۳۹۳ش، **حقوق بین الملل خصوصی**، تهران، گنج دانش، چ ۱.





(۲۵) مقصودی، رضا، ۱۳۹۴ش، سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی، تهران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۴، ش ۱۲.

(۲۶) مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۳ش، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح در فقه اسلامی، قم، مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع).

(۲۷) میرزای قمی، ابوالقاسم، ۱۴۱۳ق، جامع الاشتات فی اجوبه السوالات، تهران، کیهان، چ ۱.

(۲۸) نیکبخت، حمیدرضا، ۱۳۸۵ش، محدودیت‌های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین، تهران، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۴.

- 29) Audit, Bernard, (1979) , *La fraude a la loi* ,Paris, Dalloz.
- 30) Brand, Ronald , (2013) , "Challenges to Forum Non Convenien", New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 45, p. 1003 ,U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2013-21.
- 31) Carr, Indira, (2006) , *International Trade Law*, London, Cavendish Publications, Third edition.
- 32) Georges, Dreyfus, (2015) , "*Lacte juridique en droit prive international*", Paris ,Arthur Rousseau, editeur,eR.14.
- 33) Jean, Derruppe (2013) , *Droit international Prive*, Dalloz, ed.3 .
- 34) Pierre, Bourel et Yvon Loussouarn (1988) , *Droit international prive* ,Dalloz ,Paris , edit3.
- 35) Pierre, Mayer, (2011), *Droit international prive* ,paris. Montchrestien, ed.4.

