





معاونت پژوهش و فناوری

بنام خدا

منہ وراخلاق پرورش

یابلی، اقتصاددان بزرگی که حامی و مدافع خرد است و هر دانه نادر بر اقبال انسان و بر مرط و پاسبان داشت مقام بلند دانش و پیش و نظریه است. بهر ت

نحایت های پژوهش منظر قرار داده و از آن تخطی نکنم:

۱۱- این تبلیغ با بابتست جو فی الزحر کونه رفتار غمر هر فای و اعلام موضح نسبت به اعراض کلام و پوشش را به شائبه های غمر علی می آید.

۶۱ اصل رعایت از صاف‌نویس به ما می‌آموزد که از هر کوزه جانب داری غمر علی و محافظت از ارم و آل، تهیه نرات و منابع در اختیار.

تلاش برای روشن کردن منش و اسامه تا سرج تحقیقات و اشتغال آن به هر کاران علی و دانیال نبی و غیره مراد واردی که منع قانونی دارد.

۴۲ تعلیمی ادارے ملزم، ہر مہینہ ہر مدت ہذا از احام تحقیقات و رعایت جانب نقد و خودداری از هر گونه ہر مدت شکنی.

لصل رعابت اظہار مقررہ رعابت کا مال حق ثروثو ہنگسٹران و ثروثو بدگان ندان، حر و ان و نبات ہما صرحان حق.

۶-۱. صلی‌مدیریت از اسرار و اطلاعات مرجع افراد سازمان با و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبطاً تحقیق.

اللائل حقیقت البشیر و ارمائی و جوئی حقیقت و وفاداری بہ آن و دوری از حرکات نہان سازی حقیقت.

المیل مالکیت مادی و معدّ تقویّیہ رعایت کا ملوک مادی و معدّی و دانشگاه و کتبہ ہر کاران شروع ہش۔

احتمال مندرجاً است مرصاح مان و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد دامغان

دانشکده حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه ارشد در رشته حقوق

گرایش خصوصی

عنوان:

مبانی نظری تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی

استاد راهنما:

دکتر علی رضا جهانگیری

استاد مشاور:

دکتر محمود عباسی

نگارنده:

علی رضا رشیدی

تیر ماه ۱۳۹۳

سپاسگزاری

سپاس خدای را که سخنوران، در ستودن او بمانند و شمارندگان، شمردن نعمت های او ندانند و کوشندگان، حق او را گزاردن نتوانند. و سلام و درود بر محمد مصطفی (ص) و خاندان پاک او، طاهران معصوم، هم آنان که وجودمان وامدار وجودشان است؛ و نفرین پیوسته بر دشمنان ایشان تا روز رستاخیز... بدون شک جایگاه و منزلت والدین، اجل از آن است که در مقام قدردانی از زحمات بی شائبه ی آنها، با زبان قاصر و دست ناتوان، چیزی بنگاریم.

اما از آنجایی که تجلیل از والدین، سپاس از انسانی است که هدف و غایت آفرینش را تامین می کند و سلامت امانت هایی را که به دستشان سپرده اند، تضمین؛ بر حسب وظیفه و از باب "من لم یشکر المنعم من المخلوقین لم یشکر الله عزّ و جلّ": از مرحوم پدرم و مادر عزیزم این دو معلم بزرگوaram که همواره بر کوتاهی و درستی من، قلم عفو کشیده و کریمانه از کنار غفلت هایم گذشته اند و در تمام عرصه های زندگی یار و یآوری بی چشم داشت برای من بوده اند؛ و از همسر مهربانم که در تمام طول زندگی و تحصیل همراه و همگام من بوده است تشکر و قدردانی می نمایم؛ و از استاد با کمالات و شایسته؛ جناب آقای دکتر علیرضا جهانگیری که در کمال سعه صدر، با حسن خلق و فروتنی، از هیچ کمکی در این عرصه بر من دریغ نمودند و زحمت راهنمایی این رساله را بر عهده گرفتند؛ از استاد صبور و با تقوا، جناب آقای دکتر محمودعباسی، که زحمت مشاوره این رساله را در حالی متقبل شدند که بدون مساعدت ایشان، این پروژه به نتیجه مطلوب نمی رسید؛ و از استاد فرزانه و دلسوز؛ جناب آقای دکتر نیما نیکخواه که زحمت داوری این رساله را متقبل شدند؛ کمال تشکر و قدردانی را دارم.

باشد که این خردترین، بخشی از زحمات آنان را سپاس گوید و بر این حدیث علوی پایبند باشم که فرموده: «من علمنی حرفاً» فقد سیرنی عبداً» ترغیب شما فرهیختگان با صفا و تحریض شما فرزنانگان با وفا که صحیفه ی حال از فروغ رویتان جمال گیرد و بضاعت افضال سخن بر حسن فکر و کارتان کمال پذیرد.

وزن بودن، شوق آموختن، شور زندگی، درک هستی، تدبیر کار و بالاخره سپیدی کمال از اهداف شاخص گردآوری که امیدوارم مورد قبول اصحاب علم، اشخاص فضل و ارباب قلوب قرارگیرد.

همتم بدرقه ی راه کن ای طایر قدس که دراز است ره مقصد و من نو سفرم

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده
۲	مقدمه
	فصل اول: کلیات
۴	تعریف لغوی تقلب
۵	تقلب و فرق آن با حيله و تدليس
۶	بررسی سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون
۷	الف: نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق رم و مسیحی
۹	ب: نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق قدیمی فرانسه و ایران
۱۵	۱- از دیدگاه قرآن
۱۹	۲- از دیدگاه اخبار و احادیث
۲۰	۳- فتاوی
۲۶	ماهیت تقلب نسبت به قانون و مطالعه تطبیقی آن در حقوق بین الملل خصوصی
۲۹	ماهیت موضوع
۲۹	الف: مفهوم کلاسیک و مفهوم جدید تقلب نسبت به قانون
۳۲	ب: عناصر موضوع
۳۲	۱- مفهوم الزام قانونی
۳۴	۲- قصد متقلبانه
۳۴	۱-۲- ماهیت قصد تقلب به معنی اخص
۳۴	۲-۲- سوء نیت
۳۵	۲-۳- قصد اضرار
۳۶	۲-۴- قلب داعی منحصر باشد
۳۸	۳- وسیله متقلبانه
۳۹	۱-۳- انواع وسایل متقلبانه
۴۰	۲-۳- شرایط وسیله متقلبانه
۴۰	۱-۲-۳- موثر بودن وسیله متقلبانه
۴۱	۲-۲-۳- حقیقی بودن وسیله تقلب

۴۱	۳-۲-۳- جنبه فرعی و غلی البدل بودن به وسیله متقلبان
۴۲	مطالعه تطبیقی تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی
۴۳	الف: تقلب نسبت به قانون در نظام حقوقی رومی ژرمنی
۴۷	انگلیس
۴۹	اتحادیه اروپا
۵۱	رویه قضایی فرانسه
۵۵	ب- تقلب نسبت به قانون در نظام حقوقی کامن لو (حقوق امریکا و انگلیس)
۵۵	کامن لو امریکا
۵۹	کامن لو انگلیس
	فصل دوم: دلایل نظریه پذیرش تقلب نسبت به قانون
۶۶	سوئیس
۶۸	فرانسه
۶۹	انگلیس
۷۰	امریکا
۷۳	ارزیابی دلایل
۷۸	نظریه منع تقلب نسبت به قانون
۷۸	دلایل نظریه
۷۸	۱- قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق
۷۸	۱-۱- قاعده لاضرر (ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران)
۷۹	۱-۲-۱- دلایل و مستندات قاعده
۸۹	۱-۳- مفهوم لاضرر
۹۰	۱-۳-۱- مفهوم ضرر و ضرار
۹۲	۱-۳-۲- مفهوم حقوقی قاعده لاضرر
۹۶	۱-۴- شمول قاعده در خسارات معنوی
۹۸	۱-۵- قاعده لاضرر در قانون مدنی
۱۰۵	۲- نظریه علت و جهت نامشروع
۱۰۵	۲-۱- علت نامشروع
۱۰۷	۲-۲- جهت نامشروع
۱۰۷	۲-۲-۱- مفهوم جهت

- ۱۰۹ ۲-۲-۲- جهت معامله
- ۱۱۰ ۲-۲-۳- رابطه جهت و تقلب
- ۱۱۶ ۳- قاعده نقض غرض و مخالفت با نظم عمومی
- ۱۱۶ ۳-۱- قاعده نقض غرض
- ۱۱۶ الف: بطلان نقض غرض
- ۱۱۸ ب: تعامل المکلف بتقیض مقصوده
- ۱۱۹ ۳-۲- نظم عمومی
- ۱۲۶ وجوه افتراق
- ۱۲۸ ۴- صوری بودن، مسئولیت مدنی و استثناء تقلب
- ۱۲۸ ۴-۱- صوری بودن
- ۱۲۸ الف: توصیف و اثبات عمل صوری
- ۱۳۳ ب: صوری بودن در اعمال حقوقی
- ۱۳۴ در حقوق فرانسه
- ۱۳۷ در فقه اسلام
- ۱۳۹ در حقوق ایران
- ۱۴۱ ج- صوری بودن در وقایع حقوقی
- ۱۴۲ ۴-۲- نظریه مسئولیت مدنی
- ۱۴۳ الف: از نظر مفهوم
- ۱۴۳ ب: از نظر اجرا
- ۱۴۵ ج- رویه قضایی فرانسه
- ۱۴۶ ۴-۳- تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می کند
- ۱۴۸ در فرانسه
- ۱۴۹ ارزیابی دلایل
- ۱۵۲ علت و جهت نامشروع
- ۱۶۰ استثناء تقلب
- فصل سوم: ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی**
- ۱۶۴ ضمانت اجرا از نظر دولتهای درگیر
- ۱۶۴ ضمانت اجرا از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون آن کشور به عمل آمده است
- ۱۶۶ ضمانت اجرا از نظر دولتی که تقلب به نفع قانون آن کشور صورت گرفته است

۱۶۸	ضمانت اجرا از نظر دولتهای ثالث
۱۷۲	نتیجه گیری و پیشنهاد
۱۷۵	پیشنهادهات
۱۷۶	فهرست منابع
۱۸۰	چکیده انگلیسی
۱۸۱	صفحه عنوان انگلیسی

منابع
پایرس
پروژه

چکیده

تقلب نسبت به قانون از مباحث مهم حقوق بین الملل خصوصی و از موضوعات قابل توجه در تعارض قوانین محسوب میگردد. می توان دو مفهوم نسبتاً متفاوت از تقلب نسبت به قانون ارائه داد: اولین مفهوم عبارت است از فرار از قانون صلاحیت دار داخلی یا خارجی، همراه با تغییر ارادی عناصر وابستگی همچون تابعیت و یا اقامتگاه. در این پژوهش مشخص می گردد که فرار اصحاب دعوا از قانون صالح همیشه با تغییر عناصر وابستگی توأم نیست. مفهوم نوین تقلب نسبت به قانون عبارت است از فرار اصحاب دعوی یا یکی از آنها از قانون صلاحیت دار که توأم با تغییر روابط حقوقی باشد. از لحاظ ماهوی نیز با بررسی تقلب نسبت به قانون، مشخص می گردد که دو عنصر مادی و معنوی زمینه ساز ایجاد این تأسیس حقوقی است. اما اثبات و احراز عنصر معنوی، یعنی قصد متقلبانه اصحاب دعوا یا یکی از آنها به سهولت انجام نمی پذیرد به نظر می رسد درحقوق بین الملل خصوصی ایران بر اساس ماده ۹۹۰ قانون مدنی، به منظور جلوگیری از تقلب نسبت به قانون، بازگشت ایرانیانی که تابعیت خارجی را تحصیل کرده اند به تابعیت اصلی مشروط به پذیرش و صلاحدید دولت ایران گردیده است.

واژگان کلیدی: تقلب نسبت به قانون، تعارض قوانین، عناصر وابستگی، قانون سبب، قانون مقر دادگاه

مقدمه

تقلب نسبت به قانون، همچون تغییر ارادی عناصر وابستگی و همانند کاربرد ویژه ای از تئوری عمومی سوء استفاده از حق، از جمله موانع اجرای الزامی حقوق خارجی در حقوق بین الملل خصوصی محسوب می گردد. کافی است که یکی از متداعیان به قصد فرار از قانون صالح از قاعده حل تعارض به نحو متقلبانه ای استفاده کند تا تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ایجاد گردد. 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 لاپرادل، یکی از حقوق دانان فرانسوی، تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر در عناصر وابستگی، به منظور ایجاد یک عنصر وابستگی غیرواقعی و خیالی. (P. ۱۹۹۹ La pradelle: ۱۲)

به عنوان نمونه در قضیه دوبوفرمون، خانم دوبوفرمون به جهت تغییر متقلبانه تابعیت فرانسوی خود همراه با تحصیل تابعیت آلمانی، توسط محاکم فرانسوی مجازات گردید و فرانسوی باقی ماند. (P. ۱۹۹۹ La pradelle: ۱۳)

در شرایطی که یک عنصر وابستگی 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. به نظر پیر مایر، یکی دیگر از حقوق دانان فرانسوی، تقلب نسبت به قانون در نتیجه رفتارهایی در جهت تغییر عناصر وابستگی به منصه 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 متقلبانه نادیده گرفته شده است حفظ نماید (Mayer, ۱۹۹۱: P. ۱۷۹).

فصل نخست : کلیات

الف - تعریف لغوی تقلب

معنی لغوی تقلب در حقوق ما حيله و نیرنگ است. کلمه حيله در لغت عرب به معنی مهارت و وجودت نظر و قدرت بر تصرف ، استعمال شده است. استاد عبد الوهاب بحیری در تعریف حيله چنین می گوید : چیزی است که بوسیله آن، انسان به یک امر مخفی و نهانی می رسد. و اکثر موارد استعمال آن در امور ناپسند است و در عرف اهل لغت استعمال حيله بیشتر در طرق خفیه ایست که کشف آن احتیاج به زکاء دارد حيله در عرف به معنی مکر و خدعه و کید و عملی است که فاعل آن قصد خلاف ظاهر آن را دارد از نظر اصطلاحی حيله به وسائل خفیه ای گفته می شود که شخص را موفق به اموری می کند که شرعاً یا عرفاً ممنوع است و آن اعمالی است که بوسیله آن منهیات را جایز می کند .

در زبان فرانسه کلمه fraude در لغت به معنی حيله و نیرنگ و بطور کلی هر عمل خدعه آمیز است و از نظر اصطلاحی ، به معنی فرار از قید تکالیف بکار رفته است . از آنچه در باره حيله گفته شد بخوبی تطابق آن با لغت fraude که در ادبیات حقوقی فرانسه استعمال شده است واضح می شود.

از نظر لغوی ، تقلب به معانی مختلف مانند ، برگشتن از حالی به حالی ، دگرگون شدن، در کاری به سود خود و زیان دیگری تصرف کردن و بالاخره نادرستی و دغلی آورده شده است (عمید - ۱۳۶۴) استاد لنگرودی درباره تقلب می نویسد: « تقلب عملی است حقوقی که مقصود فاعل آن لطمه زدن به حقوق یا منافع دیگران یا نقض یک قانون است . (ماده ۲۱۸ ق . م) در این معنی اصطلاح مزبور ترجمه fraude می باشد.^(۱)

به اعتقاد استاد جعفری لنگرودی، تقلب نسبت به قانون یعنی ارتکاب یک عمل قانونی که به هیچ وجه جنبه صوری ندارد و همین عنصر است که تقلب را از حيله جدا می سازد . زیرا در حيله قانونی، عمل انجام شده جنبه صوری دارد گرچه در حيله قانونی و تقلب نسبت به قانون توأمان قصد تقلب موجود می باشد .

اما در اصطلاح حقوقی ، تقلب نسبت به قانون به هر عملی گفته می شود که برای فرار از اجرای یک تکلیف قانونی انجام شده است. به عبارت دیگر تقلب نسبت به قانون، عبارت است که شخص با استفاده از یک وسیله قانونی و صحیح از زیر بار الزامات قانونی رهایی یابد. و نتیجه آن کسب یک نتیجه نامشروع و غیر قانونی باشد.

در حقوق بین الملل خصوصی نیز همین معنی به شکل خاص خود مطرح شده است و طراحان نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی معتقد هستند، هرگاه احراز شود که شخص با اقدامات مجاز و قانونی ولی برای فرار از زیر بار محدودیت های یک قانون، از طریق تغییر عامل ارتباطی ، قانون کشور دیگری را بر قضیه حاکم گردانیده، مرتکب تقلب نسبت به قانون شده است.

۱ - محمد جعفر جعفری لنگرودی ، ترمینولوژی حقوق ، گنج دانش ، ایران ، تهران ، چاپ اول ۱۳۶۷ صفحات ۱۷۵ و ۱۷۶

ب - تقلب و فرق آن با حيله و تدليس

۱ - تفاوت تقلب با حيله

تقلب نسبت به قانون عبارت از هر عملی است که به قصد فرار از اجرای یک تکلیف انجام می شود و این همان است که فقها از آن به تخلص از حرام تعبیر کرده اند ولی در فقه، حيله دارای مفهوم وسیع تری از تقلب نسبت به قانون به معنی رایج آن است و شامل مواردی می شود که حيله برای فرار از تکالیف صورت نگرفته است. به عنوان مثال می توان به موردی که محقق در شرایع آورده است اشاره کرد: شخصی می خواهد با داشتن زن مبادرت به ازدواج مجدد کند، زن او برای جلوگیری از اقدام شوهر متوسل به این حيله می شود که فرزند کبیر خود را وادار به ازدواج یا زنا با زن مورد نظر شوهر می کند. در این دو صورت بر اثر ازدواج و زنا شوهر نمی تواند با این زن ازدواج کند و ازدواج فرزند نیز از نظر حقوقی صحیح و بلا اشکال است.

۲ - تفاوت تقلب با تدليس

تقلب نسبت به قانون هر عملی است که به قصد فرار از اجرای یک الزام قانون صورت می گیرد و فرق آن با تدليس ناشی از همین امر است.

تدليس عملی است که برای فریب طرف معامله در انعقاد عقد به کار می رود (مواد ۴۳۸ و ۴۳۹ و ۴۴۰ قانون مدنی) و به عبارت دیگر تدليس در مرحله انعقاد عقد و به منظور برانگیختن طرف معامله و جلب رضای او نسبت به ایجاد عقد به کار می رود و حال آنکه تقلب در مرحله اجرای تعهدات ناشی از عقد و یا سایر تکالیف و الزامات قانونی اعمال می شود^(۱) بنابراین می توان تقلب را استفاده از یک وسیله غیر مستقیم برای شانه خالی کردن از بار تعهد و تکالیف دانست. در مثال زیر مفهوم تقلب نسبت به قانون و فرق آن با تدليس آشکار می شود.

تاجری که در پرداختهای او توقف حاصل شده و مشرف به ورشکستگی است با انعقاد معاملات بقصد فرار از دین خود را معسر می کند و یا اینکه اعسار خود را افزایش می دهد تا بدین وسیله از اجرای تعهداتی که در برابر طلبکاران دارد بگریزد. در این معاملات مقصودی بجز اضرار به دیان وجود ندارد و متقلبانه محسوب می شود اصطلاح تقلب نسبت به قانون برای نشان دادن مورد مذکور بکار می رود.

۱ - ممکن است وسیله تقلب یک عقد باشد ، مثل معامله بقصد فرار از دین ولی همین معامله هم بمنظور فرار از تکلیف پرداخت دین بکار می رود و ارتباطی به تدليس ندارد .

گفتار دوم: بررسی سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون

تقلب نسبت به قانون یعنی استفاده از یک وسیله قانونی برای نیل به اهداف نامشروع و غیر قانونی. در حقوق بین الملل خصوصی، تقلب نسبت به قانون در صورتی تحقق پیدا می کند که شخص برای فرار از حاکمیت قانونی که فی الواقع صلاحیتدار است با توسل به اقداماتی که اساساً مشروع و قانونی هستند، باعث می شود که صلاحیت قانون دیگری مطرح گردد که در وضعیت طبیعی صلاحیت ندارد. این امر با انگیزه متقلبانه و قصد تقلب به قانون صلاحیتدار، از طریق تغییر ارادی عوامل ارتباطی، محقق شده و در نتیجه باعث تغییر قانون صلاحیتدار می شود.^(۱)

از نقطه نظر تاریخی می توان گفت: قدمت تقلب نسبت به قانون، تقریباً به قدمت وضع قواعد و مقررات در جامعه می رسد. با وضع قواعد و مقررات بعضی از اشخاص برای شانه خالی کردن از زیر بار مسئولیت های قانونی خویش و یا محدودیتهایی که قانون فراهم کرده بود، مترصد آن گشتند تا به نحوی از انحاء به اهداف غیر قانونی خود دست یابند. وسیله ای هم که مورد استفاده قرار می گرفت از لحاظ قانونی بلا اشکال بود. با نگاهی به تاریخ گذشته، ملاحظه می کنیم که این پدیده در حقوق بسیاری از کشورها و تمدن های قدیمی مانند حقوق رم، حقوق فرانسه، حقوق مسیحیت، حقوق ایران و قبل از آن حقوق اسلامی مشاهده شده است.

قدمت و سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون در جامعه از زمانی است که قوانین و دستورالعملهای الزامی بوجود آمده است. رومیها از شش قرن پیش از میلاد تقلب نسبت به قانون را شناختند و قوانین آنان تا شش قرن بعد از میلاد نمونه هایی از آن را نشان می دهد. حقوقدانان و قضات رومی برای جلوگیری از تقلب کوششهایی کرده اند. قبل از رومیها تا آنجا که تاریخ حقوق گواهی می دهد، این پدیده در بین مردم رایج بوده و داستان « اصحاب سبت » که قرآن کریم آنرا بیان نموده یک نمونه کامل از تقلب نسبت به قانون است. قوانین حمورابی، شاهد نمونه هایی از تقلب نسبت به قانون و مقرراتی برای جلوگیری از آن است. قوانین کلیسا و حقوق عرفی اروپائیان با نظریه تقلب نسبت به قانون آشنائی داشته اند. حقوقدانان این دوره نیز فتاوی و عقاید جالب توجهی در این زمینه ابراز داشته اند.

۱ - استفاد از الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین ۱۳۷۰ صفحه ۱۳۷ به بعد و محمود کاشانی - نظریه تقلب نسبت به قانون، کتابخانه ملی ایران، تهران، چاپ اول ۱۳۵۲ صفحات ۱۰ تا ۱۰

ما سابقه تاریخی تقلب نسبت به قانون را در دو قسمت زیر مورد بررسی قرار می دهیم:

الف - نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق رم و مسیحی

در حقوق رم

در زبان فرانسه کلمه **Fraude** به معنی تقلب و حيله می باشد، ریشه لاتین این کلمه **Fraus** و معنی اولیه آن ضرر و خسارت بوده است. در الواح دوازده گانه که از قدیمی ترین مدارک حقوق رم است، سه بار این کلمه بکار رفته و در هر مورد ضرر و خسارت از آن قصد شده است. کلیه مؤلفین اتفاق نظر دارند که معنی اولیه این کلمه نقل شده و در معنی حيله و تقلب بکار رفته است. سیسرون و تایت لیو **Fraus** را به معنی حيله و نادرستی استعمال کرده اند.^(۱)

ما به ذکر مواردی مشهور که در حقوق رم بعنوان تقلب مورد بحث قرار گرفته می پردازیم.

موردی که تایت لیو، ذکر کرده مربوط به تقلب نسبت به قوانین ربا است. مردم شهر رم از انعقاد عقد قرض که ربا در آن باشند ممنوع بودند، برای فرار از این منع قانونی، از لاتین ها، که افراد روستائی و ده نشین بودند و این ممنوعیت شامل حال آنها نبود استفاده کردند و آنان را واسطه قرار می دادند. برای خنثی کردن این تقلب، مقرر گردید که مقررات ربا شامل حال این طبقه نیز بشود.

مورد دیگری که تایت لیو، ذکر می کند این است که، لاتین ها یک طبقه از ساکنان امپراطوری رم بودند ، که از حقوق مردم شهر برخوردار نبودند ولی در دیار خود حقوق مخصوصی داشتند.^(۲)

لاتین ها برای فرار از فقر و تنگدستی و کسب امتیازات بیشتر راه شهر رم را در پیش می گرفتند، در نتیجه دهات و مزارع از سکنه خالی می شد و از طرفی این عده بدون اذن وارد شهر رم می شدند. برای جلوگیری از خلوت شدن مناطق لاتین نشین مقررات سختی وضع شد، از جمله مقرر شد که لاتین ها در صورتی حق ترک دیار خود و ورود به شهر رم را دارند که یکی از اولاد خود را در موطن خود ابقاء نمایند. برای فرار از این ممنوعیت، لاتین ها فرزند خود را به شخص آزادی می دادند به شرط اینکه او مکلف به آزاد کردن فرزند او باشد و در نتیجه این فرزند هم وضع حقوقی افراد آزاد را بدست می آورد و می توانست هر کجا که می خواهد بدون مانع سکنی گزیند. اما کسانی که اولادی نداشتند به حيله متوسل می شدند به این ترتیب که، کسی را بطور تصنعی به فرزند خواندگی انتخاب و بجای خود ابقاء می کردند و یا اینکه خود را به فرزند خواندگی یکی از شهرنشینان رم در می آوردند. در این موارد نیز قوانین رم با وضع مجزاتهای، جلو این حيله ها را گرفت.^(۳)

۱ - ویدال ، بررسی نظریه کلی تقلب نسبت به قانون در حقوق فرانسه ص ۱۲

۲ - دکتر ابراهیم پاد ، حقوق رم ص ۵۵

۳ - ویدال ، پیشین ص ۱۵

در دوره کلاسیک که از بیست و هفت سال قبل از میلاد شروع و تا سال ۲۳۵ میلادی ادامه دارد، تحولی در زمینه تقلب بوجود آمد.

این تحول از جهت ضمانت اجرا و کیفیت جلوگیری از حيله بود. از این پس بجای محکومیت های جزائی همان قانونی که مورد تقلب قرار گرفته بود اجرا می شد. در این عصر توجه حقوقدانان به مسئله حسن نیت در اعمال حقوقی جلب شد و کم کم تفسیر تحت اللفظ را ترک کرده و عنایت بیشتری به هدفها و حکمت تشریع قانون نمودند. نتیجه این شد که نظریه تقلب از جمود خارج گردید و حقوقدانان فرصت و مجالی برای گفتگو در اطراف آن یافتند.

پل، که از حقوقدانان این دوره است می گوید: « تجاوز به قانون، اعم از این است که بطور آشکار باشد و یا اینکه با حفظ ظاهر و نص قانون، از روح قانون تخلف شود و قانون از مجرای طبیعی خود خارج گردد ». به نظر اولین، که از حقوقدانان دیگر این دوره است: « وقتی انسان، عملی را انجام می دهد که مقصود قانون نبوده، مرتکب تقلب نسبت به قانون شده است هر چند با نقض آشکار قانون، همان اختلافی است که بین نص قانون و روح قانون وجود دارد. بدیهی است که نص قانون اختلافی با روح قانون ندارد. »

سیلسوس، حقوقدان دیگر این دوره می گوید: « شناسائی احترام یک قانون فقط در نص و ظاهر آن نیست، بلکه باید قدرت قانون و اعتبار آن مورد احترام قرار گیرد »

در این نمونه که ذکر می کنیم تکامل این نظریه مشهود است.

۳ - معاملات که مدیون، به قصد فرار از پرداخت دین انجام می داد ممکن بود از طریق **Action in factum** که در مفاد آن بین مؤلفین حقوق رم اتفاق نظر نیست، فسخ شود.^(۱)

برای بکار بردن این دعوی دو شرط لازم بود: یکی عنصر مادی که همان خسارت وارده به طلبکار بود و دیگر عنصر معنوی که در مفهوم آن اختلاف بود. با تحقق عنصر مادی و معنوی، معامله ای که بوسیله مدیون واقع شده بود فسخ می شد.

این بود مختصری از چگونگی نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق رم، شیوه تفسیر تحت اللفظ در این دوره رواج داشته و این امر مانع قبول نظریه تقلب بود، معذک کوشش حقوقدانان این دوره موجب شد که این نظریه موقعیت خاصی در حقوق رم پیدا کند و راه برای بررسی بیشتر در زمانهای بعد هموار شود.

۴ - بعنوان مثال برای تشویق جوانان به ازدواج، قانونی وضع شده بود که بر اساس آن وصیت را بنفع جوانان مجرد ممنوع می کرد.

۱ - ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرانسه که ناظر به معاملات به قصد فرار از دین می باشد بر همین سابقه است

از تقلب هایی که نسبت به این قانون اعمال می شد این بود که موصی وصیت می کرد، مبلغی پول به فرزند مجرد او پرداخت شود. ولی این وصیت را به این صورت وانمود می کرد که این پول بابت وامی بوده که از او گرفته و یا بابت مال غیر منقولی بوده که از او خریداری کرده و باید به وی پرداخت شود. چون حيله و تقلب و قصد فرار از قانون در اینگونه موارد آشکار بود، اسکاولا که از حقوقدانان دوره کلاسیک بود چنین اظهار نظر کرد که: موصی له باید برای دریافت مبلغ مورد وصیت، دلیل کافی بر صحت و جدی بودن این دیون ابراز نماید و وجود طلب را ثابت کند و اصولاً اینگونه وصیت کردن، اماره تقلب نسبت به قانون محسوب می شود.^(۱)

در حقوق مسیحی

در قرن سیزدهم در اروپا دادگاههای اختصاصی کلیسا در کنار محاکم عرفی وجود داشت و صلاحیت رسیدگی به جرائم کشیش ها و بعضی جرائم را دارا بود. افراد غیر روحانی که مرتکب جرمی شده بودند، برای فرار از شدت و خشونت زیادی که در دادگاههای عرفی وجود داشت، خود را به سلک روحانیت درآورده و تشریفات مربوط به آن را که تراشیدن فرق سر و پوشیدن لباس مخصوص بود، انجام می دادند و به این وسیله خود را به طبقه کشیشان وارد می کردند. این امر برای احراز صلاحیت دادگاههای مذهبی کافی بود. این تقلب چندان موجب نگرانی نبود زیرا در صورتیکه صحنه سازی متهم کشف می شد، کلیسا او را برای محاکمه نزد محاکم عرفی می فرستاد ولی در موردی که متهم مرتکب جنایت شده بود حتی پس از کشف حيله از تحویل او به محاکم عرفی خودداری می کرد و در نتیجه کشیش جعلی از تقلب خود استفاده می کرد. البته این عمل از مصادیق نظریه تقلب به معنی اخص نیست، بلکه نوعی کتمان واقع و سوء استفاده از لباس روحانی است.

ب - نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق قدیمی فرانسه و ایران

در حقوق قدیمی فرانسه

در این دوره نظریه تقلب از نظر مفهوم و مصداق مشخص می شود. رومی ها نظریه مزبور را بدون نظم و ترتیب و بدون تفکیک آن از نظریات مشابه مثل اعمال صوری، و نقض آشکار قانون بکار می بردند. در پایان این دوره یعنی قرن ۱۷ و ۱۸ نظریه با کلیه اوصاف و شرایطی که در حقوق معاصر برای آن قائل هستیم وجود داشته است. برای توجیه این تکامل دلایل زیر را ذکر می کنند:

۱ - برای مطالعه تفصیلی بررسی تاریخی مراجعه شود به: کاشانی، محمود، نظریه تقلب نسبت به قانون، کتابخانه ملی ایران تهران چاپ اول ۱۳۵۲ صفحات ۷ الی ۳۰

۱- شیوه تفسیر تحت اللفظ متروک شد و از این پس در تفسیر قوانین بیشتر به هدف و روح قانون توجه می شد و تفسیر بطور موسع بود. این امر یکی از دلایل پذیرش نظریه تقلب نسبت به قانون گردید.

۲- نفوذ روز افزون اخلاق در قلمروی حقوق موجب شد که مرزهای حقوق و اخلاق تغییر یابد. در این زمان به عنصر معنوی در اعمال حقوقی ارزش بیشتری داده شد. در قرن چهاردهم نظریه تقلب نسبت به قانون از اعمال حقوقی صوری جدا شد. به نظر بالد، عمل حقوقی صوری، حقیقی نیست و یک بیع صوری، بیع نیست. عمل حقوقی صوری خود به خود باطل است زیرا قصد در آن نیست ولی عمل حقوقی متقلبانه، دارای ارزش حقوقی است ولی قابل خدشه است.^(۱)

بارتل، که یکی از حقوقدانان این دوره است تقسیم بندی دیگری را برای تقلب پیشنهاد می کند که عبارت است از تقلب نسبت به قانون و تقلب نسبت به اشخاص ثالث می باشد.^(۲)

در قرن شانزدهم کوژاس، صریحاً دو عنصر اساسی تقلب نسبت به قانون را مشخص کرد. به این معنی که تقلب مستلزم قصد متقلبانه و حصول یک نتیجه نامشروع است و از عمل حقوقی صوری از جهت حقیقی بودن متمایز می گردد. ضمانت اجرای آن نیز کلیت دارد، یعنی « تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد »،

وسیله ای که برای تقلب نسبت به قانون بکار رفته یکی از عناصر تقلب را تشکیل می دهد. تقلب مستلزم حيله و استفاده از وسایل انحرافی است، این خصیصه که در حقوق رم با عبارت « *Circumunnirelegem* » بیان گردیده بود، در اواخر دوره حقوق قدیمی فرانسه جزء عوامل تشکیل دهنده تقلب شناخته شده است . حيله و اعمال فریبنده در کلیه تعاریفی که از تقلب شده است به چشم می خورد و در واقع معیاری برای نظریه تقلب است.

راه قانونی ابطال تقلب، در موارد متعددی از جمله در تغییر متقلبانه تابعیت و حيله هائی که در معاملات وجود داشت مورد استفاده قرار گرفت. اصل حقوقی کلی: « تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد » که راه حقیقی تقلب نسبت به قانون است در کد ناپلئون، ذکر نشده است ولی مواردی از اجرای آن در این قانون به چشم می خورد. حقوقدانان این سکوت را به عنوان رد مجازات تقلب تلقی نکرده اند و دیوان تمیز فرانسه اصل کلی حقوقی مزبور را در موارد متعددی مورد استناد قرار داده اند . به نظر ویدال ، عبارت « *Fraus omnia corrumpit* » که چیزی جز تعبیر این اصل به لاتین نیست، بعد از تصویب قانون مدنی فرانسه ساخته و پرداخته شده است.^(۳) در نیمه دوم قرن نوزدهم در حقوق فرانسه، قضیه

۱ - ویدال ، کتاب سابق الذکر ص ۴۰

۲ - ویدال ، کتاب سابق الذکر ، ص ۳۸ و ۳۹

۳ - ویدال ، کتاب سابق الذکر ص ۵۵

خانم دوبوفرمن باعث صدور معروفترین رأی در باب تقلب نسبت به قانون می شود. خانم دوبوفرمن دارای تابعیت اکتسابی فرانسه بوده و این تابعیت بر اثر نکاح با مرد فرانسوی حاصل شده بود. وی می خواست از شوهرش جدا و با یک مرد رومانیایی ازدواج کند. از آنجا که طلاق در حقوق فرانسه ممنوع بود. او تابعیت دوک نشین ساکس آلتنبورگ را که جزء قلمروی آلمان بود تحصیل و با حکم دادگاه آن سرزمین خود را مطلقه ساخته و در فاصله کوتاهی با مرد دیگری در برلین ازدواج و به فرانسه بر می گردد. شوهر قبلی این زن به دادگاه شکایت می کند و تقاضای بطلان طلاق و ازدواج مجدد او را می نماید. دادگاه پس از رسیدگی، سرانجام با این استدلال که تحصیل تابعیت دوک نشین از سوی زن، بواسطه تقلب به قانون بوده، چنین تابعیتی را بلااثر دانسته و در نتیجه برای طلاق و ازدواج تحقق یافته، در کشور فرانسه اعتباری قائل نمی شود. و دادگاه در رأی نهایی خود به سود مرد فرانسوی رأی می دهد. در واقع این رأی به منزله پایه ای برای شکل گیری نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی امروزی محسوب می شود.^(۱)

در حقوق ایران

نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق ایران و حقوق اسلامی نیز قابل بررسی می باشد. در کتاب جامع التواریخ رشیدی و سایر تواریخ عهد مغول مورد جالبی از حيله و تقلب ذکر شده است. خلاصه قضیه این است که معاملات ربوی در اثر اوضاع و احوال اجتماعی خاصی در زمان غازان خان، که بر اثر شیوع این معاملات مردم کسب و تجارت را رها کرده و سرمایه خود را در این راه بکار می بردند. در نتیجه خزانه دولت از زر تهی شده و تعداد زیادی طلبکار برای او بوجود آمده بود. جامع التواریخ پس از نقل وقایع مربوط به این موضوع چنین می نویسد:^(۲)

« پادشاه خلد ملکه اندیشه فرمود و دانست که مجموع این فساد ها زر بسود دادن و ستدن است و چون از آن منع فرماید، هم تقویت شرع نبوی کرده باشد و هم خلائق را از ورطه ضلالت به جاده هدایت آورده و به برکات منع ربا، چندین خلل معظم مندفع گردد، و بعد از اندیشه، در شعبان سنه ثمان و تسعین و ستماته (۶۹۸) فرمان روانه فرمود که: در تمامت ممالک هیچ آفریده ربا ندهد و نستاند. و اکثر مردم که بدان معتاد بودند منکر شدند و بعضی اکابر که مجال داشتند می گفتند که طریق معاملات بکلی مسدود گردد. پادشاه خلد ملکه فرمود: که جهت آن می فرمائیم که راه معاملات نامحدود مسدود گردد».

۱ - محمود سلجوقی - حقوق بین الملل خصوصی - نشر دادگستر - ایران - تهران - چاپ اول ۱۳۷۷ صفحه ۲۰۲ و نجاد علی الماسی - تعارض قوانین - مرکز نشر دانشگاهی - ایران - تهران - چاپ اول ۱۳۷۰ صفحه ۱۴۴
۲ - (جامع التواریخ رشیدی ، تالیف خواجه رشید الدین فضل الله همدانی ج ۲ ، ص ۱۰۸۴ و ۱۰۸۵)

جامع التواریخ پس از ذکر اشکال تراشی هائی که عده ای نسبت به عواقب این فرمان می کردند چنین ادامه کلام می دهد: « فرمود (غازان خان) که خدایتعالی و رسول (ص) مصالح مردم را بهتر دانند یا ما، به ضرورت می بایست گفت که ایشان فرمود که خدایتعالی و رسول (ص) چنین فرموده اند و برخلاف آن هیچ سخن نخواهیم شنید و حکم همین است. و از آن تاریخ تا این زمان هر آفریده که سود زر خواست ندادند و اگر متقلبی، استیلاء از حکم و فرمان نمود مانع شدند. این زمان به حمد الله والمنه، بواسطه آنکه هیچ آفریده زر به سود نمی دهد تا باز ندهند تمامت خلل ها که واقع شد منافع گشت و معاملات راست شد و انصاف میان مردم پیدا گشت و اکثر اموال نقد سرخ بخزانه می رسد و ارزاق حلال گشت و برکت پدید آمد و بیشتر مردم به زراعت و تجارت و پیشه های نافع مشغول شدند و بدین واسطه کار عالم از نو نوائی و آئینی یافت، و در این مدت که حکم به نفاذ پیوست، بعضی مردم که ذوق ربا در دل ایشان مانده بود اجناسی چند به بهای گران به قرض می دادند، به حیل آنکه معاملات و بیع است و صورت ربا نیست. و عاقب الامر آن غریمان با دیوان می آمدند.^(۱)

و تقریر می کردند که اجناس بر این موجب (معاملت و بیع) داده اند و زر طلب می دارند. پادشاه در غضب رفت و فرمود اگر ترک چنین حیل و تزویرات نگیرند فرمان فرمائیم تا هر آفریده که قرضی بستانند اصلاً و راساً المال باز ندهد، مردم را اگر زر هست چه لازم به قرض دهند. باید اموال بخردند و عمارت و زراعت کنند. مردم از آن هراسان گشتند و ربا کمتر شد و یقین حاصل که هرچه زودتر بکلی آن شیوه برافتد. حق تعالی این پادشاه را توفیق دهد تا همواره رسوم نامحمود بر می اندازد. »

حیله ای که جامع التواریخ از آن صحبت کرده نظیر نمونه ایست که در حقوق رم ذکر شد. چه در حقوق رم برای خنثی کردن این حیله، به وام گیرنده اجازه داده شد که دعوی وام دهنده را که بعنوان مطالبه ثمن معامله مطرح شده بود رد نماید. در این مورد نیز غازان خان فرمان داده بود « اگر ترک چنین حیل و تزویرات نگیرند فرمان فرمائیم تا هر آفریده که قرضی بستانند اصلاً و راساً المال و ربح باز ندهد » باید اعتراف کرد که حیله به خصوص در زمینه ربا، در عرف مردم ما در طول تاریخ رایج بوده است. بررسی کلمات فقها از نظر تاریخی این مطلب را ثابت می کند. فقیه عالیقدر مقدس اردبیلی پس از ذکر روایاتی که در آنها حکمت تحریم ربا بیان شده است چنین اضافه می کند:^(۲)

۱- یعنی طلبکاران که طلب آنها پرداخت نشده بود طرح دعوی می کردند.

۲- و انت تعلم انها تنعدم بفتح باب الحیله ، كما هو المتعارف ، فانهم یاخذون بها ما یؤخذ بالربا ، زیده البیان فی احکام القرآن ، ص ۴۳۷ چاپ جدید، در این کتاب که از کتب نفیس فقه امامیه است کلیه آیات احکام قرآن کریم گردآوری شده و تفاسیر مهم و فتاوی عمده در ذیل هر آیه نقل شده است.

« واضح است که تحریم ربا که نیکو کاری و دادن قرض الحسنه ربا است، به علت مفتوح بودن باب حيله، بطوریکه بین مردم با توسل به حيله همان چیزی را که از طریق ربا تحصیل می شد بدست می آوردند. فقیه مزبور در قرن دهم میزیسته و سال ۹۹۳ هجری وفات یافته است. این عبارت صراحت دارد که در این تاریخ حيله و تقلب متعارف بوده است.

تبع بیشتر در کلمات فقها شواهد بیشتری را در این زمینه بدست می دهد. از علل مهم این وضعیت این است که در طول تاریخ ما هیچگاه قدرت و نیروی بطور واقعی پشتیبان مقررات اسلام نبوده و قانون منع ربا در قلمروی حق الله است و مدعی خصوصی هم نداشته است، بنابراین افراد به سادگی تبانی بر پایمال کردن آن کرده اند. از علل اساسی رواج حيله همچنین عقیده و فتوای عده ای از فقها اسلامی است که گاه صریحاً و گاه ضمناً به جواز از استفاده از حيله فتوی داده اند. خصوصاً که این فتوی با طبیعت مردم که پیوسته به فکر فرار از موانع شرعی و حقوقی هستند و با ذوق و اشتیاق ربا خواران، که به دنبال سرپوشی بر اعمال خود هستند، هماهنگی داشته است. عنوان کلاه شرعی، که در عرف ما مصطلح شده نیز مبتنی بر همین سابقه است و اصولاً شان نزول این فتاوی که در سراسر کتب فقه پراکنده ای که از دلایل اساسی رواج حيله این بوده که در جامعه ایرانی، برخی از علما، برای رفع بعضی از محدودیتها، استفاده از حيله را جایز و در این خصوص نیز فتوی صادر کرده اند. و این در اصطلاح همان چیزی است که در اصطلاح کلاه شرعی نامیده شده است. البته نمی توان منکر این واقعیت شد که فقهای زیادی هم بوده اند که در مخالفت با جوازهای مذکور، فتوی مخالف داده اند. و بر همین اساس است که صاحب جواهر گفته: کل شیء تضمن غرض اصل مشروعیه الحکم بحکم بطلانه. (صاحب جواهر - ۱۲۷۳ هجری قمری)

مثال دیگری که در خصوص تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی می توان آورد که از نظر تاریخی واجد اهمیت بوده، حيله در ازدواج می باشد، در اینجا برای آنکه دو یا چند نفر بتوانند در مدت کوتاهی مثلاً یک شب با زنی مزاجت کنند. یکی از آنان زن را بصورت موقت به نکاح خود درآورده و پس از رابطه زناشویی، بقیه مدت را به او بذل می کند و سپس آن زن را به نکاح دائم خود در می آورد، لیکن قبل از اینکه نزدیکی واقع شود زن را طلاق می دهد. از آنجا که چنین زنی اصولاً عده ندارد.^(۱) می تواند قبل از انقضای عده، با هر شخصی نکاح کرده و در نتیجه این تقلب، نفر بعدی نیز می تواند با زن مذکور مزاجت کند. البته بعضی از فقها بر طریقه مذکور خدشه وارد ساخته اند و گفته اند که حکم عده، نسبت به شوهر ساقط نمی شود و فقط شوهر است که می تواند قبل از انقضای عده زن را به عقد دائم خود درآورد، زیرا عده برای جلوگیری از اختلاط میاه است و چون این علت در شوهر مطرح نبوده و در غیر شوهر مطرح

۱ - ماده ۱۵۵ قانون مدنی ایران: زنی که بین او و شوهر خود نزدیکی واقع نشده و همچنین زن یائسه نه عده طلاق دارد و نه عده فسخ نکاح ولی عده وفات در هر دو مورد باید رعایت شود

می باشد. بنابراین حکم عده ساقط نمی شود. علیرغم خدشه مذکور، بعضی از فقها مانند میرداماد، در کتاب حدائق باب طلاق، حيله مذکور را صحيح دانسته است. گرچه شيخ بهایی در جواهر، حيله را برای فرار از عده موثر ندانسته و قابل خدشه می داند.^(۱)

به طور کلی در حقوق اسلامی، این نکته مورد تأکید قرار گرفته است که اساساً حيله و تقلب، مبتنی بر سوء نیت و تظاهر است. در حالیکه صداقت و مبارزه با دروغ گویی از شعار اسلامی بشمار می رود. و هر عملی در مخالفت با آن مذموم می باشد. پیامبر گرامی اسلام(ص) فرموده اند: که ارزش عمل انسان وابسته به نیت و انگیزه اوست. (انما الاعمال بالنیات)

آیا استفاده از وسیله قانونی، هدف غیر قانونی را مشروع می سازد؟

در قرآن کریم نیز آیات متعددی در زمینه بطلان حيله و تقلب مشاهده می شود. بارزترین آن، ماجرای اصحاب سبت (شنبه) است که در سوره بقره، آیات ۶۵ و ۶۶ و سوره نساء آیه ۱۵۴ به آن اشاره گردیده است. در قضیه اصحاب سبت، مردم قومی، از ماهیگیری در روز شنبه منع شده بودند برخی از آنان به دلیل اینکه روزهای شنبه ماهی های زیادی به ساحل می آمدند، برای فرار از این محدودیت، حوضچه هایی در کنار ساحل تعبیه کرده، بطوریکه ماهیان پس از ورود در حوضچه ها، امکان خروج از آن را نداشتند. سپس در روز یکشنبه که دیگر با محدودیتی مواجه نبودند، مبادرت به صید آنها می کردند. در ماجرای اصحاب سبت قرآن با حيله مخالفت کرده و بر همین اساس ، مفسرین قرآن و بسیاری از فقها آن را دلیل بطلان حيله و تقلب دانسته اند. از طرف دیگر در مقررات اسلامی، مدارک و احادیث متعددی درباره بطلان حيله و حرام بودن آن وجود دارد و فقهای بسیاری برای مبارزه با حيله و تقلب کوشش های زیادی بعمل آورده اند.^(۲) محقق اردبیلی در شرح ارشاد، کتاب بیع در مخالفت با حيله، فتوی مشهوری داده که ترجمه آن چنین است: « باید به هر صورت ممکن از ارتکاب حيله خودداری شود و چنانچه کسی ناگزیر از آن شد، کاری کند که موجب نجات او نزد خداوند بزرگ باشد و فریب حيله و صورت ظاهر آنرا نخورد. بلکه بعلت و حکمت تحریم ربا توجه کند ».

از دیگر فقهای که در باب مردود بودن حيله و تقلب تقریراتی داشته اند، می توان از ناصر که یکی از اجداد سید مرتضی و از خانواده امامت است، نام برد. وی در کتاب خود به نام ناصریات ضمیمه جوامع الفقهیه، هر نوع حيله را چه در شفعه و چه در سایر معاملات باطل دانسته است. وحید بهبهانی نیز در اکثر تألیفات خود، با حيله هایی که نسبت به قواعد اسلامی صورت می گیرد مخالفت کرده است. با توجه به وجود منابع، مدارک و احادیث متعدد در باب مذمت و مردود بودن حيله و تقلب، از آنجا که مبانی حقوق مملکت ما با

۱ - محمود کاشانی ، پیشین ، صفحه ۵۲

۲ - مستفاد از محمود کاشانی ؛ پیشین ، صفحات ۱۷ و ۱۸

قواعد اسلامی ارتباط کامل داشته و منابع معتبر فقهی در واقع دومین منبع حقوق در ایران بشمار می رود. ضرورت دارد که با استفاده از منابع مذکور و با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان، تدابیر لازم برای برخورد با موضوع تقلب نسبت به قانون در حقوق ایران اندیشیده شود برای درک عقیده اسلامی در باب حيله و تقلب به ترتیب، منابع اصلی فقه اسلام و همچنین فتاوی عمده فقهای اسلام را مورد بررسی قرار می دهیم و دلائلی که مخالفین و موافقین صحت تقلب بدان استناد کرده اند را بصورت مختصر بیان می نماییم.

۱- از دیدگاه قرآن

در کلیه حقوقهای مذهبی، بخصوص مذهب اسلام و احکام و مقررات دارای مبانی اخلاقی می باشند.^(۱) حق و تکلیف ارتباط کامل به اخلاق داشته و به منظور تعالی و تکامل انسان وضع می شوند. و این هدفی است که علاوه بر تنظیم معاش و روابط اجتماعی مردم مورد نظر شارع اسلام بوده است. در این شرایط توجه شریعت اسلام به مسئله حيله و تقلب، امری طبیعی و در عین حال ضروری است. زیرا بناء حيله و تقلب بر سوء نیت و کذب و تظاهر است در حالیکه راستی و اخلاص در عمل، از شعار اسلامی است و مبارزه با دروغ و ریا و نفاق از هدفهای دین اسلام است. بر همین اساس میتوان به آیات متعددی از قرآن کریم بر بطلان حيله و تقلب استناد کرد. ولی غیر از این قبیل آیات که بعداً مورد بررسی قرار می دهیم، قرآن کریم در قضیه « اصحاب سبت »^(۲).

با حيله و تقلب مخالفت کرده است و مفسرین و فقهاء داستان مزبور را دلیل بطلان حيله و تقلب دانسته اند. این قضیه در آیات ۱۶۳ تا ۱۶۶ از سوره اعراف و نیز آیات ۶۵ و ۶۶ از سوره مبارکه بقره و آیه ۱۵۴ از سوره نساء بیان شده است. ما نخست آیات مزبور و سپس ترجمه آن را با توجه به تفاسیر معتبر نقل می کنیم.

سوره اعراف - آیه ۱۶۳ الی ۱۶۶

و سئلهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر، اذا يعدون في السبت، اذا تاتيهم حيتانهم يوم سبتهم شرعاً و يوم لا يسبتون لا تاتيهم، كذلك نبلوهم بما كانوا يفسقون. و اذا قالت امه منهم لم تعظون قوماً، الله مهلكهم او معذبهم عذاباً شديداً. قالوا معذرة الى ربكم و لعلمهم يتقون. فلما نسوا ما ذكروا به، نجينا الذين ينهاون عن السوء و اخذنا الذين ظلموا بعذاب بئيس، بما كانوا يفسقون. فلما عتوا عما نهوا عنه، قلنا لهم: كونوا قرده خاسئين.

۱ - نفوذ اندیشه های اخلاقی در مقررات شرع اسلام به حدی است که نبی اکرم (ص) هدف از بعثت را تکامل اخلاق بشر معرفی نموده و فرموده است : بعثت لاتمم مکارم الاخلاق .

۲ - این اصطلاح در آیه ۴۷ از سوره نساء بکار رفته است .

سوره بقره آیات ۶۵ و ۶۶

و لقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين. فجعلناهم نكالا لما بين يديها و ما خلفها و موعظه للمتقين.

سوره نساء آیه ۱۵۴

و رفعنا فوقهم الطور بميثاقهم و قلنا لهم ادخلوا الباب سجداً و قلنا لهم لا تعدوا في السبت و اخذنا منهم ميثاقاً غليظاً.

مفاد آیات به فارسی چنین است:

ای پیغمبر از سرگذشت قریه ای که در کنار دریا بود و ساکنین آن روز شنبه از حدود الهی تجاوز می کردند پرسش کن. این عده روزهای شنبه از صید ماهی ممنوع بودند، در این روز ماهیها بفرآوانی به ساحل می آمدند در حالیکه روزهای دیگر وضع بدین منوال نبود. همین امر وسیله آزمایش نیروی اراده و توانائی ایشان در ارتکاب منهیات قرار گرفت. از ابن عباس روایت شده که اهل این قریه برای اینکه بطور آشکار حرمت روز شنبه را نقض نکنند، باین حيله و تقلب متوسل می شدند که: حوض هائی در کنار دریا ایجاد کرده بطوریکه ماهیها بدرون آن روان می شدند بدون اینکه امکان بازگشت برای آنها باشد، و روز یکشنبه این ماهیها را صید می کردند. و با این حيله و تقلب، ظاهراً حرمت روز شنبه را حفظ می کردند.^(۱)

به هر حال عده ای از مردم این قریه کسانی را که دست به این حيله می زدند نهی می کردند و گروه دیگری ، به اینان که نهی از حيله می کردند می گفتند چرا کسانی را که خداوند هلاک خواهد کرد، یا عذاب شدیدی بر آنان نازل می کند موعظه و نصیحت می کنید. ولی کسانی که با ارتکاب حيله و تقلب مخالفت کرده و از آن نهی می کردند می گفتند: ما با نهی این مردم از ارتکاب حيله، به تکلیف خود عمل می کنیم که عذری نزد خداوند خود داشته باشیم. و نیز امید آن داریم که اینان تقوی پیشه ساخته و از این عمل دست بردارند.

ولی سرانجام چون اهل قریه تذکر و موعظه را فراموش کردند و از ارتکاب معصیت (حيله و تقلب) دست بردار نبودند، خداوند کسانی را که از این عمل سوء نهی می کردند نجات داد و کسانی را که ظلم کرده اند بعلت گناه و تجاوز بعذاب شدیدی دچار ساخت. عذاب آنان این بود که خداوند آنان را بوزیngگان مطرود قرار داد. این بود مفاد آیاتی که در قضیه اصحاب سبت در قرآن کریم وارد شده است. جمهور مفسرین، از این آیات استفاده حيله و تقلب کرده و آنرا ناظر بر حيله « اصحاب سبت » دانسته اند. دقت در شان نزول

۱ - تفسیر مجمع البیان ، جلد چهارم ، ص ۴۳۹ ، تفسیر البیان روایاتی از حضرت علی بن ابیطالب و امام حسن عسگری و علی بن ابراهیم نقل کرده که مشعر به حيله اصحاب سبت به کیفیت مزبور است . و نیز صاحب جواهر در باب طلاق به نقل از امام حسن عسگری عمل قوم مزبور را به عنوان حيله ذکر کرده است و نیز رجوع شود به سایر تفاسیر معتبر .

آیات، صحت نظر مفسرین را که مستند به روایات ائمه اطهار و مفسرین بزرگی چون ابن عباس است ثابت می کند زیرا قرآن کریم معمولاً در قضایائی که به مناسبت معاصی اقوام مختلف نقل شده گناه معینی را به هر یک از آنان نسبت داده است، بنابراین اگر در قضیه « اصحاب سبت » مسئله حيله و تقلب آنان در کار نبود، و اهل قریه، روز شنبه مستقیماً مبادرت به صید ماهی کرده بودند، مطلب تازگی نداشت و حکمت این مجازات شدید برای مطلق ارتکاب گناه روشن نبود. این مجازات شدید حکایت از حيله قوم مزبور که صرفنظر از ارتکاب گناه امر مذموم و ناپسندی است دارد و نشان می دهد که نه تنها، حيله حلال مشکل نیست بلکه چیزی بر گناه و معصیت می افزاید. فقها نیز در مباحثی که از حيله سخن گفته اند به قضیه « اصحاب سبت » توجه داشته اند و بعضی از آنان این قضیه را از ادله حرمت حيله و تقلب دانسته اند.

در آیات ۶۵ و ۶۶ از سوره بقره و ۱۵۴ از سوره نساء به تجاوز اهل قریه به حرمت روز شنبه اشاره شده است و از این امر استفاده می شود که: هر چند این قوم به حيله و تقلب متوسل شدند و بطور مستقیم نقض قانون نکردند ولی حيله و تقلب، موثر در تصریح عمل آنان نبوده و عمل آنان به عنوان تجاوز به حدود الهی قابل مجازات است. شایسته است عنایت بیشتری به آیه ۶۶ از سوره بقره بنمائیم که میفرماید: « و ما این قضیه را درس عبرتی برای بنی اسرائیل و سایر امت هائی که بعد از آنان می آمدند و موعظه ای برای متقین قرار دادیم ».

(فجعلنا نکالا لما بین یدیه و ما خلفها و موعظه للمتقین).

واضح است که ذکر این قضیه در قرآن کریم و بیان جنبه های مختلف آن بمنظور داستان سرائی و یا نقل تاریخ نبوده است بلکه غرض از این داستان و قصص دیگری که در قرآن کریم آمده درس عبرت برای پیروان دین اسلام است و آیه مزبور به این امر تصریح کرده است. چنانکه آیه ۱۷۴ از سوره اعراف نیز می فرماید: « فالقصص القصص لعلمهم یتفکرون » یعنی این داستانها و حوادث را برای مردم بیان کن تا به تفکر و اندیشه پردازند. در استنتاج حکم حيله و تقلب در فقه اسلامی، باید قضیه « اصحاب سبت » و احکامی که بر آن مترتب است مورد نظر قرار گیرد و الا با تجویز حيله و تقلب چگونه درس عبرتی از آنان گرفته ایم و چه اثری بر این داستان مترتب گردیده است. بررسی سایر آیات قرآن کریم نشان می دهد که حيله و تقلب مورد تصویب شارع اسلام نیست.

از جمله میتوان آیاتی که بر ذم نفاق و کذب وارد شده استناد کرد. همچنین آیاتی که ارزش و اعتبار عمل انسان را منوط به انگیزه و اخلاص نیت او دانسته اند، دلایل قطعی بر بطلان حيله و تقلب هستند، زیرا حيله و تقلب مبتنی بر سوء نیت هستند درحالیکه این آیات حسن نیت و اخلاص در عمل را شرط پذیرفتن آن

دانسته اند.^(۱)

برای بطلان حيله و تقلب ميتوان به آيه ۲۳۱ از سوره بقره كه به نظر مي رسد اصولاً ناظر به حيله و تقلب است استناد كرد كه مي فرمايد: « و لا تتخذوا آيات الله هزواً ». يعنى آيات و احكام خداوند را به بازيچه نگيريد و به غير مورد آن نكشانيد تا آنها را عبث و بيهوده نماييد.

تقلب نسبت به قانون بى اثر شدن اعتبار قانون است. ما در اين آيه به بهترين تعبيرى كه از حيله ميتوان كرد بر مي خوريم، و در آيه ۱۴ و ۱۵ از سوره قيامت گفته شده است: « بل الانسان على نفسه بصيره »، « ولوالقى معاذيره ». انسان بر نيت و ضمير خويش آگاه تر است، هر چند عذر و بهانه هائي فراهم آورد. اين آيات نيز حاكي از اين است كه اعتبار به نيت و انگيزه واقعي انسان است هرچند سرپوش و صورت ظاهر ديگري بر آن نهاده شود.

تصريحاتى كه در اين آيات بر اعتبار حسن نيت در اعمال وجود دارد و نيز قضيه اصحاب سبت دلايل قاطع بر بطلان حيله و تقلب هستند. اما بعضى از موافقين حيله و تقلب اين آيات را نادیده گرفته و آيه اى را كه ذيلاً نقل مي شود دليل صحت حيله و تقلب شمرده اند.

و خذ بيدك ضعفاً فاضرب به و لا تحنث (سوره ص آيه ۴۳)

مورد اين آيه، حضرت ايوب است كه سوگند ياد كرده بود بعلى زوجه خود را صد ضربه چوب بزند. بعد كه دانست زن را تقصيرى نيست، اندوهگين شد كه چگونه سوگند خود را بكار ببندد. دستور رسيد كه يكداسته چوب نازك صدتائى را گرفته و يكبار با آن بزند. در مورد اين آيه ملاحظات زير وجود دارد:

اولاً – مفسرين در تفسير اين آيه اشاره اى به حيله و تقلب نكرده اند و آنرا دليل جايز بودن حيله، ندانسته اند و حال آنكه جمهور مفسرين چنانكه گفتيم آيات مربوط « به اصحاب سبت » را ناظر به منع حيله دانسته اند.

ثانياً – فقها به ندرت آيه مزبور را دليل جواز حيله و تقلب شمرده اند و كسانى هم كه براى اثبات حيله و تقلب به اين آيه استناد كرده اند آنرا دليل همه جانبه صحت حيله، ندانسته اند.

۱ - به عنوان نمونه چند آيه را ذكر ميكنيم :

آيه ۱۲۴ سوره نساء « و من يعمل من الصالحات من ذكر او انثى و هو مومن ... و هر كس اعم از مرد و زن عمل شايسته اى انجام دهد و عمل او ناشى از ايمان باشد ... »

آيه ۱۰۷ از سوره بقره « والذين اتخذوا مسجداً ضراباً و كفراً و تفرقاً بين المومنين ... و كسانى كه مسجدى را بنا نهادند و قصد آنها سوء استفاده و تفرقه و نفاق بين مومنين بود ... »

آيه ۲۷ از سوره مائده « ... انما يتقبل الله من المتقين ، فقط عمل مردم با تقوى را خداوند قبول مي كند . »

آيه ۹۴ از سوره انبياء « فمن يعمل من الصالحات و هو مومن فلا كفران لسعيه .. و هر كس كه عمل صالحى انجام دهد در حاليكه ايمان دارد كوشش او ضايع نخواهد شد ... » .

ثالثاً - عنصر ناروایی و سوء نیت که اساس حيله و تقلب است در این مثال به هیچوجه موجود نیست و این راه حل، برای فرار از یک سوگند بی مورد که ناشی از اشتباه بوده، پیش بینی شده و در واقع چاره ای برای فرار از یک مضيقه و مخمصه شرعی است که در نوع خود استثنائی است و نمی توان جواز حيله و تقلب اصطلاحی را که از هر جهت با مورد مزبور اختلاف دارد بعنوان قاعده کلی از آن استخراج کرد. و به هر صورت این آیه قابل معارضه با آیات اصحاب سبت و آیات متعدد دیگری که دلالت بر بطلان تقلب دارد نیست.

۲- از دیدگاه اخبار و احادیث

در احادیث نبوی و روایات دلایل آشکاری بر بطلان حيله و تقلب وجود دارد. دو حدیث مشهور: « انما الاعمال بالنیات » و « انما لكل امرء ما نوى » را باید در سرلوحه این احادیث ذکر کرد. بر طبق این دو حدیث که تعبیر بدیعی از مفاهیم آیات قرآن می باشند، ارزش عمل انسان وابسته به خوبی و بدی نیت در انجام عمل است و هر کس جزا و پاداش نیت خود را می بیند. این دو حدیث تاثیر بی حد قصد و اعتبار آن در اعمال را نشان می دهد و می دانیم که حيله و تقلب اساساً بر سوء نیت و بی اثر ساختن قانون استوار است و با حسن نیت قابل جمع نیست.^(۱)

حدیث دیگری که از طریق عامه و خاصه از نبی اکرم(ص) نقل شده حکایت از عدم جواز حيله دارد: « یاتی علی الناس زمان یستحلون الربا بالبیع » یعنی روزگاری به این امت فرا می رسد که با توسل به بیع به خیال خود ربا را حلال می کنند. این جمله قسمتی از خطبه حجه الوداع است که تصریحات واضحی بر منع حيله در آن وجود دارد و اصل آن چنین است:

« یتمنون رحمته و یامنون سطوته و یستحلون حرامه بالشبهات الکاذبه و الا هواء الساهیه فیستحلون الخمر بالنیذ و السحت بالهدیه و الربا بالبیع ». یعنی بی جهت و بدون اینکه اعمال مثبتی انجام داده باشند آرزوی رحمت خدا را می کنند و خود را از قهر و انتقام الهی در امان می پندارند. شراب را به عنوان نبیذ و رشوه را به عنوان هدیه و ربا را به عنوان بیع می خورند. اگر هیچ دلیل دیگری در نصوص و مقررات اسلام بر بطلان حيله و تقلب وجود نداشت همین حدیث نبوی برای ابطال آن کافی بود. در خبر دیگری که از نبی اکرم(ص) نقل شده صریحاً از حيله و تقلب « عینه » که یکی از حيله های معروف رباخواران است نهی شده که متن حدیث بدین شرح است.

۱- ابن قیم می گوید: این حدیث به تنهایی برای ابطال حیل کافی است و به همین جهت بخاری در کتاب حدیث معروف به صحیح بخاری این حدیث را در ابتدای فصلی که تحت عنوان « باب فی ترک الحیل » باز کرده، ذکر نموده است. و امام احمد بن حنبل باین حدیث استدلال کرده و گفته است: از این حدیث ابطال حیل استنباط می شود

« اذا ضن الناس بالدينار و الدرهم و تباعوا بالعينه و اتبعوا اذا ناب البقر؛ و تركوا الجهاد في سبيل الله، انزل الله بهم بلاء، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم »^(۱).

ترجمه: زمانی که مردم به دينار و درهم بخل ورزند و با آنها معامله عینه نمایند و از مردم نابخرند و سفته تبعیت کنند و جهاد در راه خدا را کنار بگذارند خداوند به آنها بلائی نازل می کند و این بلا باقی می ماند تا اینکه بدین خود بازگشت نمایند. در خبر دیگری از نبی اکرم نقل شده است:

« لعن الله اليهود، حرم عليهم الشحوم فبا عوها و اكلوا اثمانها ». تقلب و حيله آنها این بود که چون چربی ها بر آنان حرام شده بود، آن را می فروختند و از پول آن استفاده می کردند.^(۲)

بر ممنوعیت حيله و تقلب روایات متعددی از ائمه اطهار در باب فرار از زکوه، نقل شده است. در این روایات حيله برای فرار از پرداخت زکوه، را بی اثر و باطل دانسته اند. این است اخباری که در مذمت حيله و تقلب و منع از آن وارد شده است تحقق بیشتر در احادیث و روایات نمونه های بیشتری را بدست می دهد. اما روایاتی که به آنها بر صحت حيله و تقلب استناد شده به شرح زیر است:

از امام جعفر صادق علیه السلام روایت شده است که: « نعم الشئ الفرار من الحرام الى الحلال ».^(۳)

به نظر می رسد که از این روایت نمی توان صحت حيله و تقلب را استنتاج کرد. زیرا فرار از حرام به حلال این است که انسان مرتکب فعل حرام نشود نه اینکه بر فعل حرام، سرپوش حلال بگذارد و به سادگی مرتکب آن شود و اصولاً فرار از امری مستلزم اجتناب از آن است و منظور از این روایت جواز حيله نیست، بلکه ناظر به « حيله مشروع » است که دارای شرایط خاص خود می باشد و هیچیک از حيله هایی که در باب ربا و اضرار به غیر و امثال آن تصور شده و برای تصحیح آن، به روایت مزبور استناد کرده اند، بطور مسلم از قبیل حيله مشروع نمی باشند. روایت دیگری که برای اثبات صحت حيله به آنها استناد شده، روایات مربوط به بیع « عینه » است به نظر ما نه تنها دلالتی بر صحت بیع عینه ندارند، بلکه اصولاً معارض با اخبار دیگری است که از بیع عینه و موارد مختلف آن نهی کرده اند. بنابراین این روایات هم دلالتی بر صحت حيله ندارند.

۳- فتاوی

مسئله حيله و تقلب از قدیم الایام در فقه اسلام مورد بحث و بررسی بوده است و به مناسبت موارد متعددی

۱- دکتر عبد السلام ذهنی بک - الحیل المحظور منها و المشروع ص ۱۰۹، اعلام الموقعین، جلد ۳، ص ۲۱۴ - ابن قدامه - المغنی ج ۴ ص ۱۷۶ به نقل از دکتر محمود کاشانی، پیشین

۲- شیخ طوسی - خلاف - کتاب طلاق مسئله ۶۰- فقها از این حدیث یک قاعده کلی استخراج کرده اند بدین بیان که « اذا حرم الله شیئاً حرم ثمنه ». یعنی هنگامیکه خداوند چیزی را تحریم نماید بهای حاصل از فروش آنرا نیز حرام کرده است.

۳- چه خوب است فرار از حرام به سوی حلال

که در ابواب فقه از حيله وجود داشته، بعضی از فروع مبتلا به آن را مورد بررسی قرار داده اند. برای مثال در باب ربا، از تخلص از ربا بحث شده و به همین مناسبت از صحت و بطلان حيله گفتگو به میان آمده است. عموماً در کتب فقهی بحث حيله و تقلب بیشتر در باب ربا و شفعه و طلاق آمده است ولی در سایر مباحث فقه هم فروعی از حيله و تقلب عنوان شده است و هرچند موافقین صحت حيله و تقلب بخصوص در فقه امامیه فراوانند، ولی مخالفین حيله و تقلب هم کم نیستند. ما در این قسمت به ذکر بعضی از این فتاوی می پردازیم.

محقق اردبیلی از مخالفین حيله و تقلب است. فتاوی او در باب حيله و تقلب مشهور است و غالب فقها آنرا نقل کرده اند، عین عبارت او چنین است: « و ینبغی الا جتناب عن الحیل مهما امکن و اذا اضطر یستعمل ما ینجیه عندالله تعالی و لا ینظر الی الحیل و صوره جوازا لما عرفت من عله تحریم الربا ». ترجمه: باید مهما امکن از ارتکاب حيله و تقلب اجتناب شود و اگر کسی ناگزیر از آن شد، کاری کند که موجب نجات او نزد خدای بزرگ باشد و فریب حيله و صورت ظاهر آن را نخورد بلکه بعلت و حکمت تحریم ربا توجه کند. در این فتوی که تجلی روح تقوی و پارسایی صاحب آن است به حکمت وضع قانون توجه شده است، و همین امر از مبانی ابطال حيله و تقلب بشمار میرود. این فقیه عالیقدر بطوریکه بعداً خواهیم دید از مخالفین جدی و همه جانبه حيله و تقلب هستند و در کلیه مسائلی که مبتنی بر حيله و تقلب است با قاطعیت باب حيله را سد کرده است.

یکی از فقها صدر اسلام بنام ناصر در کتاب فقهی خود بنام ناصریات فتاوی کلی و صریح بر بطلان حيله و تقلب داده است. او که از اجداد سید مرتضی و از خاندان امامت است می گویند: « کل حيله فی الشفعه و غیرها من المعاملات بین الناس فانی ابطالها و لا اجیزها ». یعنی هر حيله و تقلبی را چه در شفعه و چه در سایر معاملات رایج بین مردم، من باطل می دانم و آنرا تجویز نمی کنم.

(ناصریات ضمیمه جوامع الفقهیه مسئله شماره ۱۷۸ به نقل از دکتر کاشانی)

ابن قدامه، که از مشاهیر فقهای عامه است از مخالفین جدی حيله و تقلب بشمار می رود که در المغنی باب ربا ص ۴۳ و جلد چهارم، نظر او در این خصوص بیان شده که با توجه با جامعیت و ارزش علمی فتاوی او در این قسمت ابتدا عین آن را و سپس ترجمه آن را ذکر می کنیم.

« لنا: ان الله تعالی عذب امه بحيله احتالوا فمسخهم قرده، و سما هم معتدین و جعل ذلک نکالا و موعظه للمتقین. لیتعظوا بهم و یمتنعوا من مثل افعالهم و لا ن الله تعالی انما حرم المحرمات لمفسدتها و الضرر الحاصل منها، و لا تزول مفسدتها مع ابقاء معناها باظهار صوره غیر صورتها، فوجب ان لا یزول التحريم كما لو سمي الخمر بغير اسمها لم یبح ذلک شربها و قد جاء عن النبی صلی الله علیه و سلم: لیستحلن قوم من امتی الخمر یسمونها بغير اسمها »، ترجمه: « نظر ما در باب حيله و تقلب این است که خداوند امتی را بعلت حيله عذاب کرد و آنان را بصورت بوزینه مسخ گردانید و آنان را تجاوز کار ناامید و این امر را درس عبرتی

برای متقین قرار داد تا ز سرنوشت آن امت عبرت گیرند و از ارتکاب نظیر اعمال آنان امتناع نمایند. همچنین خداوند محرمات را بعلت فسادى که در آنها وجود دارد و ضررى که از آنها ناشى مى شود حرام کرده است و این مفسده با تغییر صورت ظاهر عمل، و ابقاء معنى آن زائل نمى شود، بنابراین لازم است که تحریم هم بحال خود باقى بماند چنانکه اگر به شراب، اسم دیگری بگذارند این امر موجب اباحه شرب نمى شود. و از پیغمبر اکرم صلی الله علیه و سلم منقول است که: عده ای از امت من شراب را حلال مى کنند از این طریق که اسم دیگری بر آن مى نهند».

وحید بهبهانی، نیز در تالیفات خود مکرراً از حيله و تقلب بحث کرده است.^(۱)

او با اکثر حيله های مشهور مخالف است و در رساله ای که تحت عنوان « قرض بشرط معامله محاباتی »، برشته تحریر درآورده در باب حيله چنین گفته است: « بدان که عده ای از علمای زمان ما معتقد به حيلت قرض بشرط معامله محاباتی شده اند و منظور من از معامله محاباتی این است که مقرض چیزی را به مقرض زیاده بر ثمن المثل بفروشد و یا اینکه به کمتر از ثمن المثل خریداری کند و یا سایر عقود مثل صلح و اجاره را به این نحو منعقد سازد حتی بعضی از آنان مدعى عدم خلاف در بین شیعه شده اند و اختلاف را به عامه نسبت داده اند. و به همین علت است که این نوع معامله بین مردم شیوع یافته، بطوریکه ممنوعیت و کراهتی در آن قائل نیستند و بهیچوجه در این مورد احتیاط نمى کنند هرچند که رویه فقها در شبهات، اجتناب و احتیاط است.

مثل اینکه در هنگام روزه استعمال دخانیات نمى کنند هرچند روزه مستحبی باشد و ترک استعمال فى الجملة مضر باشد و یا اینکه ترک عادت در نهایت مشقت و موجب اختلال دماغ و تشویش ذهن نسبت به نماز و سایر عبادات گردد ولى در خصوص معامله مزبور يعنى قرض بشرط معامله محاباتی اصلاً احتیاط نمى کنند و حال آنکه خوردن درهمی از ربا نزد خدا شدیدتر از هفتاد بار زنای با محارم مثل مادر و خواهر و عمه و خاله درخانه خدا مى باشد، و سایر تهدیدات بالغه و تخویفات هائله ای که در این باب رسیده است. حتی خداوند تعالی در قرآن کریم اکتفا به یک تحذیر نکرده است، بلکه آنچه من یافته ام هفت آیه است. از جمله: « فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله و رسوله »^(۲)

۱ - او به آقا باقر بهبهانی نیز معروف است صاحب تعدادی از رسالات جالب و استاد عده ای از فقهاء بزرگ امامیه است .

۲ - و اگر دست از ربا برنداشتید پس اعلان جنگ با خدا و رسول او بدهید .

و « من عاد فاولئك اصحاب النار ».^(۱)

و « الله لا يحب كل كفار اثیم ».^(۲)

و اما سنت نبوی که از حد احصاء بیرون است. مثل این حدیث که: « کسیکه ربا خورد خداوند معده او را از آتش جهنم بقدری که ربا خورده است پر می کند و اگر ربا را برای غیر خوردن گرفته باشد، خداوند هیچ طاعتی را از او تا هنگامی که قیراطی از این ربا در نزد او است قبول نمی کند. و دائماً در لعنت خدا و ملائکه باقی خواهد بود ».^(۳)

در میان فقهای عامه، امام احمد بن حنبل و پیروان او از مخالفین حيله و تقلب هستند. در اینجا چند فتوای مشهور را از او ذکر می کنیم.

۵- امام احمد بن حنبل، در این خصوص گفته است: « هیچ یک از انواع حيله و تقلب جایز نیست ».^(۴) و در باب شفعه می گوید « هیچیک از انواع حيله برای خشتی کردن شفعه و بطور کلی حيله بمنظور ابطال حق فرد مسلمان جایز نیست ».

۶- ایوب السخیتی، در مورد کسانی که دست به حيله میزنند گفته است: « این افراد خداوند را فریب می دهند مثل اینکه می خواهند بچه ها را فریب دهند و اگر بجای ارتکاب حيله و تقلب مقصود خود را بطور علنی و آشکار انجام می دادند ، بنظر من زشتی آن کمتر بود ».^(۵)

۷- ابن قیم، عنایت خاصی به مسئله حيله و تقلب مبذول داشته و بیش از چهارصد صفحه از کتاب نفیس خود را به بحث از حيله و موارد آن و آراء و نظرات مربوط به آن اختصاص داده است. تحقیقات علمی او که با استفاده از نظرات سایر فقهای اسلام صورت گرفته از جهت تاریخی و علمی بسیار سودمند و ارزنده است.^(۶)

۱ - و کسانی که از این کار دست نکشند آنان اهل جهنم اند و در آن جاوید معذب خواهند بود .

۲ - و خداوند دوست نمی دارد هر ناسپاس تبهکاری را

۳- من اكل الربا ملأ الله بطنه من النار جهنم بقدر ما اكل و ان حاصل منه لغیر اكل ما قبل الله منه عملاً و يكون دائماً فی لعنة الله و الملائكة مادام معه قیراط منه .

۴- لا يجوز شیء من الحیل فی ذلک و لا فی ابطال حق مسلم

۵- یخادعون الله کانما یخادعون الصبیان ، فلو اتوا الامر عیاناً کان اهون علی

۶- ابن قیم الجوزیه متولد ۶۹۱ هجری و متوفی بسنه ۷۵۱ هجری ، استاد او ابن تیمیه ، بوده است که ابن قیم در تالیفات خود از او به شیخ الاسلام یاد میکند . ابن قیم از علمای بزرگ زمان خود بوده و در رشته فقه و اصول دین و لغت عرب و علم کلام ، متبحر بوده است . از خصوصیات بارز فکری او ، اصرار در مبارزه با تقلید کورکورانه در اعتقادات و اهتمام در متکی ساختن آراء و عقاید خود به کتاب و سنت بوده است . ابن قیم نظرات خود را پس از بررسی و وقوف بر آراء طوائف مختلف مسلمین ابراز میکرده ، بحدی که عقیده و مذهب او را مبنی بر انتخاب دانسته به این معنی که او از مذهب و فرقه معینی تبیت نکرده بلکه او تابع حق بوده و خود را به هیچیک از مذاهب مقید و محصور نمی دانسته است .

او در ابطال حيله و تقلب و رد آن دقت و موشکافی بسیار کرده که ذکر قسمتی از عقاید او در این مقام ضروری است. بنظر ابن قیم، اکثر حیل با اصولی که ائمه اربعه فقه قبول کرده اند، سازگار نیست و اضافه میکند: «حيله موجب از بین رفتن تحریم می شود درحالیکه سبب حرمت باقی است و باعث اسقاط وجوب می شود درحالیکه سبب و علت وجوب، کماکان باقی است و بنابراین حيله و تقلب از جهات متعددی حرام است.

اول- ارتکاب حيله و تقلب ملازمه با انجام فعل حرام و ترک فعل واجب دارد.
دوم- حيله و تقلب متضمن مکر و خدعه و مشتبّه ساختن امور بر مردم است.
سوم- راهنمایی و دلالت مردم به حيله و آموختن آن به کسانی که آنرا نمی دانند حرام است.
چهارم- انتساب حيله و تقلب به شارع و ادعای اینکه حيله و تقلب طبق اصول شرع می باشد حرام است.
پنجم- کسی که مرتکب حيله و تقلب شده بتصور اینکه مرتکب حرام نشده عمل خود را گناه نمی پندارد و لذا از عمل خود توبه نخواهد کرد.
ششم- مرتکب حيله نسبت به خداوند دست به خدعه می زند همانگونه که نسبت به مردم مرتکب خدعه و نیرنگ می شود.

هفتم- جائز دانستن حيله و تقلب موجب آن است که دشمنان دین بتوانند نسبت به دین اسلام انتقاد کنند و سوء ظن بدین و بشارع آن ایجاد شود.

هشتم- کسیکه دست به حيله و تقلب می زند فکر و اجتهاد خود را در نقض آنچه رسول اکرم محکم کرده و ابطال واجبات و حلال ساختن محرمات بکار می برد.

نهم- حيله و تقلب اعانت و کمک آشکار بر اثم و عدوان است.

دهم- حيله و تقلب ظلم و ستم در حق خداوند است و ظلم نسبت به حق رسول او، و حق دین او و حق خود شخص حيله گر و متقلب و حق افراد بطور خصوص و حق جامعه بطور عموم می باشد. از نظر تاریخی ابن قیم معتقد است که هیچیک از ائمه اربعه، فتوی به جواز حيله و تقلب نداده اند بلکه متاخرین و پیروان ائمه، حيله هائی را از پیش خود ساختند و آن را به ائمه نسبت داده اند،^(۱)

در حالیکه اینان در این نسبت خطا کارند و در پیشگاه خداوند با ائمه روبرو خواهند بود. و از جمله در مقام دفاع از شافعی می گوید: کسیکه به روش شافعی و میزان فضیلت و بزرگی او در بین مسلمین آشنا باشد میداند که او هرگز مرتکب حيله نشده و راهنمایی و دلالتی بر ارتکاب حيله و تقلب نکرده است. تمام آنچه شافعی گفته و بعضی به ناروا نسبت طرفداری از حيله را به او داده اند این است که بنظر او ملاک صحت عقود، ظاهر حال و کلام متعاقدين است و به قصد عاقد و نیت او توجهی نمی کند. او به هیچ وجه مردم

۱ - ابن تیمیه می گوید: اولین موددی که فتوی بجواز این حیل داده شده مربوط به اواخر عصر تابعین است.

را راهنمایی به دروغ و نیرنگ نمی کند و اگر در مورد خاصی یقین حاصل شود که باطن عقدی برخلاف ظاهر آن است و این نکته مسلم شود، نه تنها شافعی بلکه کسیکه بمرتبه علم و دانش او نرسیده است نیز چنین چیزی را مباح و صحیح نمی داند.

فرق است بین اعتبار دادن به ظاهر عقد، و تجویز عقدی که بنیان آن بر مکر و خدعه بوده و باطن آن خلاف ظاهر آن باشد. آنچه شافعی و سائر ائمه تجویز کرده اند همانند عمل قاضی در دادرسی است. یعنی قاضی همینقدر که ظاهر امر حکایت از عدالت شهود داشته باشد، حکم صادر می کند هرچند در واقع بدروغ شهادت داده باشند و حال آنکه عقیده مدافعين حيله به مثابه دادرسی است، که علم به دروغ بودن شهادت داشته باشد و بداند که شهادت شهود برخلاف حقیقت است و معذک به استناد اینکه ظاهر امر حاکی از عدالت آنان است، طبق شهادت حکم صادر نماید. ابن قیم در قسمت دیگر در تائید همین مطلب می گوید: جایز نیست که این حيله ها به هیچ یک از ائمه نسبت داده شود زیرا نه تنها بر اثر این نسبت، حيله شرعیت پیدا نمی کند بلکه این نسبت موجب لکه دار شدن حیثیت آن امام است و مستلزم سرزنش است و مردمی است که بچنین کسی بعنوان امام و پیشوا اطمینان و اعتماد کرده اند»^(۱).

این بود قسمتهایی از فتاوی مهم فقهی مخالف حيله، تقلب که شیوه استدلال در کلیه آنها یکسان است. همگی آنان به حکمت وضع قانون و این امر که حيله متضمن نقض غرض شارع است عنایت کرده اند و این حقیقتی است که موافقین حيله و تقلب از آن غفلت ورزیده اند زیرا اگر بتوان با حيله و تقلب قوانین را دگرگون ساخته و بی مهابا برخلاف آنها رفتار نمود معلوم نیست که ارزش و اعتبار قانون سرانجام بکجا خواهد رسید و حکمت این همه تاکید که در کتاب عزیز، بانحاء مختلف آمده است چیست. مثلاً اگر کسی دست از ربا برنمیدارد اعلان جنگ با خدا و رسول او بدهد.^(۲)

آیا معقول است چنین تهدید عظیمی با این حيله و تقلب بی اثر شود؟ و اصولاً در مورد این تهدید شدید حيله موثر باشد دیگر کدامیک از دستورات و قوانین اسلامی از تجاوز آن مصون تواند بود و نقش قانون و مذهب در جامعه چیست؟

موافقین حيله نیز در این باب فتاوایی داده اند که چون در خلال مباحث آتی مورد بررسی های مفصل قرار خواهد گرفت فعلاً از ذکر آن خودداری می شود.

بررسی مقررات اسلام که شامل آیات و احادیث و فتاوی مهم فقهی بود نتایج زیر را در بر دارد. اولاً: در مقررات اسلام مدارک و نصوص فراوانی بر بطلان حيله و تقلب و حرمت آن وجود دارد که هر یک بنوبه خود میتواند، مبنی و مستند ابطال حيله و تقلب قرار گیرد.

۱ - دلایلی از قرآن و حدیث و اجماع بر تحریم حيله و تقلب آمده است .

۲ - « فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله و رسوله » .

ثانیاً: فقهای اسلام با کوششهای علمی خود در طول تاریخ مبنای استواری برای مبارزه با حيله و تقلب بوجود آورده اند و با توجه به اینکه مبانی قوانین مدنی ما با قوانین و فتاوی فقهی ارتباط دارد، باید از این منابع برای خنثی کردن حيله و تقلب استفاده کامل بشود. با این حال باید دانست علیرغم زمینه های بسیار مساعدی که در مقررات اسلام وجود داشته، ولی به علت کثرت موافقین حيله، بخصوص در فقه امامیه، فقها در باب حيله به یک نظریه کلی که در جمیع موارد حيله و تقلب قابل استناد باشد نرسیده اند و حال آنکه استخراج این نظریه و ایجاد یک راه حل کلی و عام برای خنثی کردن حيله و تقلب بطوریکه در این پایان نامه آمده ممکن خواهد بود.

مبحث دوم: ماهیت تقلب نسبت به قانون و مطالعه تطبیقی آن در حقوق بین الملل خصوصی

قبل از اینکه مفهوم کلاسیک و جدید تقلب نسبت به قانون بیان شود لازم است توضیح مختصری در مورد اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی بیان شود.

اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی که به فرانسه *Droit international prive* و به انگلیسی *Private international law* گفته می شود، نخستین بار در سال ۱۳۸۳ بوسیله یک حقوقدان امریکائی بنام Story بکار رفت و چند سال بعد بوسیله فولیکس وارد فرانسه گردید.

این دانشمند در سال ۱۸۴۳ کتابی تحت عنوان « کتاب حقوق بین الملل خصوصی » منتشر کرد و پس از آن این اصطلاح در فرانسه معمول و رایج گردید. امروز اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی در کلیه کشورهای اروپای بری رایج و پایدار شده است. در انگلستان روز به روز استعمال آن بجای اصطلاح قدیمی تعارض قوانین گسترش بیشتری می یابد.

لیکن در ایالت متحده آمریکا بکار بردن اصطلاح حقوق بین الملل خصوصی نادر، و استعمال «تعارض قوانین» متداول است. (یک مفهوم از تعارض قوانین). در ایران حقوق بین الملل خصوصی رشته ای نسبتاً جدید و تازه است و هنوز به مرحله کمال نرسیده، با اینکه استادان این رشته بویژه پس از پیروزی انقلاب اسلامی کارها و خدمات ارزش مندی در این زمینه به زبان فارسی ارائه و انتشار داده اند، بنظر می رسد که هنوز بسیاری از مباحث حقوق بین الملل خصوصی برای حقوقدانان ایران ناشناخته است و نیاز به کار و تلاش و همت بیشتر در این زمینه محسوس است.^(۱)

لذا با توجه به اهمیت دانستن حقوق بین الملل خصوصی و لزوم تعلیم و آموزش آن در محافل علمی و دانشگاهی ایران لازم به یادآوری است که در جهان معاصر برای هیچ ملتی میسر نیست که در چهار دیواری سرزمین کشور خود محصور بماند زیرا در هیچ دوره ای از ادوار روابط بین کشورها و اتباع آنها به این اندازه توسعه و گسترش نیافته است.

۱ - صفایی، دکتر سید حسین، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ اول، تهران، تابستان ۷۴.

مبادلات بازرگانی، جابجا شدن افراد از کشوری به کشور دیگر، ازدواجهای بین المللی، مسائل بیشماری را در سطح بین الملل مطرح می سازد که برای حل آنها باید از اصول و قواعد حقوق بین الملل خصوصی و فن تطبیق و مقایسه استفاده شود زیرا در هر موردی که بین قوانین چند کشور تعارض پیدا می شود باید بین قوانین مزبور نوعی تلفیق و هماهنگی ایجاد کرد تا معلوم شود که هر قانونی تا چه حدودی باید بموقع به اجرا در آید. در دنیای امروز ملتها نمی توانند به تنهایی و جدا از هم زندگی کنند و دروازه های خود را به روی هم ببندند، روابط بین المللی روز به روز توسعه می یابند و این توسعه مشکلاتی در زندگی بین المللی به بار می آورد. عوامل مختلف از قبیل حس کنجکاوی، رفع احتیاجات، میل به تغییر عادت و شرایط زندگی با استفاده از تمدنهای دیگر، احساسات بشر دوستی، توسعه روابط و مبادلات بین المللی را ایجاب می نماید. با توجه به مطالب فوق می توان گفت: حقوق بین الملل خصوصی مجموع قواعدی است که به روابط افراد در زندگی بین المللی حکومت می نماید، یا حقوق بین الملل خصوصی حاکم بر آن دسته از روابط خصوصی است که یک عامل خارجی *Facteur dextraneite* در آن دخالت داشته باشد. عبارت دیگر هرگاه یک عمل یا واقعه حقوقی به یک کشور بیگانه ارتباط داشته باشد حقوق بین الملل خصوصی بر آن حکومت خواهد کرد. و گاهی هم چند عنصر خارجی در یک مسئله مربوط به حقوق بین الملل خصوصی دخالت می کند و موجب پیچیدگی آن می گردد. دواين والرى براى اين تعدد و پیچیدگی، مالیبران رابه عنوان مثال ذکر می کند که در پاریس از پدر و مادر اسپانیایی بدنیا آمد و بار اول با یک زن فرانسوی در اورلئان جدید و بار دوم با یک زن بلژیکی در فرانسه ازدواج کرد، در منچستر درگذشت و در بلژیک به خاک سپرده شد. ملاحظه می شود که فرضاً ترکه چنین کسی بین وراثش مطرح شود چندین کشور در آن ذینفع خواهند بود و حل مسئله با حقوق بین الملل خصوصی خواهد بود. در فقه هم تعارض قوانین به همان معنای حقوقی آن می تواند مطرح باشد البته باید از مخلوط کردن تعارض قوانین در حقوق بین الملل خصوصی با آنچه که در فقه اسلامی و حقوق امامیه، تعارض ادله و اصول و امارات و بینات و دعاوی می گویند، احتراز کرد. در فقه اسلامی و حقوق امامیه مسئله تعارضها به صورت تعارض اصل و ظاهر (یعنی تعارض اصل عملی و اماره) تعارض امارات (مانند تعارض مدلول دو حدیث) تعارض بینات (یعنی اختلافات مفاد شهادت شهود یکی از اصحاب دعوی با مفاد شهادت شهود طرف دیگر دعوی)، تعارض دعاوی (یعنی تعارض دعاوی راجع به مالکیت غیر دو نفر هر دو مدعی مالکیت آن باشند)، و تعارض عام و خاص (یعنی تغایر و اختلاف قانون عام با قانون خاص) مطرح می شود. و حال آنکه تعارض قوانین به مفهومی که علمای حقوق بین الملل خصوصی گفته اند: «تعارض بین قوانین دو یا

چند کشور است که باید بین آنها قانون صلاحیتدار را انتخاب کرده و آنرا به موقع اجرا گذارد. (یک مفهوم از تعارض قوانین) لذا بحث تعارض قوانین در هر دو مورد وجود دارد ولی فرق می کند.^(۱)

در حقوق داخلی، قوانین ملی، دارای حاکمیت مطلق بر روابط تجاری اتباع یک کشور است، فلذا امکان ظهور و اجرای قوانین خارجی در روابط تجاری داخلی میسر نیست. اما همینکه تبعه کشوری با اتباع بیگانه روابط تجاری برقرار کند و اعمال حقوقی انجام دهد که به نوعی مرتبط با حوزه حاکمیت قانونی کشور دیگری باشد، موضوع حاکمیت و اجرای قوانین ملی در فراسوی مرزهای ملی به میان می آید و از آنجائیکه هر یک از کشورها بلحاظ تبعیت از سیستم های حقوقی مختلف دارای قواعد مختلفی هستند، لذا در قلمروی اجرای قوانین هر یک از کشورها در کشور دیگر، به تعارض قوانین بر می خوریم.

تعارض قوانین بخشی از حقوق خصوصی کشوری خاص است که در مورد پرونده هایی که در آن یک عنصر خارجی وجود دارد به کار می رود. معنای عنصر خارجی تماس یک سیستم حقوقی دیگر به غیر از کشوری که دادگاه محل محاکمه در آن صالح است می باشد.

بنابراین در تعریف تعارض قوانین می توان گفت نقطه برخورد صلاحیت های قانونی دو یا چند کشور در حاکمیت بر موضوعی از موضوعات حقوق بین الملل خصوصی را تعارض قوانین می گویند.^(۲)

تئوری تقلب نسبت به قانون برای نخستین بار در قرن نوزدهم در حقوق بین الملل خصوصی کشور فرانسه تبیین شده است. در واقع، در حقوق بین الملل خصوصی فرانسه دکترین و نظریات حقوقی تقلب نسبت به قانون در نتیجه آرای صادره از دیوان عالی این کشور در باب طلاق شکل گرفته است.

تقلب نسبت به قانون همچون تغییر ارادی عناصر ارتباط وابستگی و همانند کاربرد ویژه ای از تئوری سوء استفاده از حق از جمله موانع اجرای الزامی حقوق خارجی در حقوق بین الملل خصوصی مطرح

۱ - الماسی، دکتر نجاد علی، تعارض قوانین، پیشین، صفحه ۵

2- Lea Brilmayer – Conflict of laws, cases and materials, fifth edition, aspen law, 20002.pp808.

۲ - در فرهنگ حقوقی BLACK چاپ ۱۹۸۳ صفحه ۱۵۸ در تعریف تعارض قوانین چنین آمده است:

Inconsistency or difference between the law of different states or countries, arising in the case of persons who have acquired right incurred obligations, injuries or damages or made contract within the territory of two or more jurisdiction. در فرهنگ حقوقی Concise چاپ ۱۹۹۰، صفحه ۳۱۵ چنین آمده است: ...contact whith some system of foreign law ...

نی بویاه حقوقدان فرانسوی می گوید: مجموعه قوانین و قواعدی که روابط افراد را در زندگی خصوصی بموجب پدیده مرز تنظیم می کند، تعارض قوانین نامیده می شود.

j.p. niboyet, traite de droit international prive. به نقل از ارفع نیا، دکتر بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول، صفحه ۱۲، همچنین برای مطالعه بیشتر پیرامون تعریف و مفهوم تعارض قوانین مراجعه شود به الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، چاپ اول ۱۳۶۸، صفحه ۴ و به بعد، ارفع نیا، دکتر بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، جلد دوم، چاپ اول، ۱۳۶۹، صفحه ۱۱ و بعد، نصیری، دکتر محمد، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول و دوم، چاپ اول، ۱۳۷۲، صفحه ۱۴۰. سلجوقی، دکتر محمود، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول، چاپ اول، ۱۳۷۰ صفحه ۴۳ به بعد. R.H.Graveson, Conflict of law, sweet & Maxwell, Sixth. Ed. 1969. pp.3-7

گردیده است.

کافیست که یکی از متداعیین از قاعده ی حل تعارض به قصد فرار از قانون صالح به نحو متقلبانه ای استفاده کند تا تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ایجاد گردد. در اکثر موارد تقلب نسبت به قانون با انتخاب متقلبانه صلاحیت یک حوزه ی قانونی که استفاده از آن به اجرای قانونی مادی پرمفعت تر برای یکی از اصحاب دعوی منجر می شود و با نادیده گرفتن قانون صالح قابل اعمال همراه است.

گفتار نخست: ماهیت موضوع

ما در این گفتار ابتدا به بررسی مفهوم کلاسیک و جدید تقلب نسبت به قانون می پردازیم و سپس در قسمت دوم عناصر موضوع را به تفصیل بیان می نماییم.

الف: مفهوم کلاسیک و مفهوم جدید تقلب نسبت به قانون

مفهوم کلاسیک تقلب نسبت به قانون

بر اساس نظریه لاپرادل^(۱).

یکی از حقوقدانان فرانسوی تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر در عناصر وابستگی به منظور ایجاد یک عنصر وابستگی غیر واقعی و خیالی.

به عنوان نمونه در قضیه دوبوفرمن، خانم دوبوفرمن که تلاش داشت تا تابعیت آلمانی را تحصیل کند همچنان به خاطر تغییر متقلبانه تابعیت، فرانسوی باقی ماند.^(۲)

در شرایطی که یک عنصر وابستگی به اراده ی طرفین مرتبط باشد تقلب نسبت به قانون ممکن است انجام شود. این عناصر وابستگی که می تواند امکان تقلب نسبت به قانون توسط اشخاص را ممکن سازند عبارتند از اقامتگاه و تابعیت و ساز و کار تقلب 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 شود

به نظر ریپر.^(۳)

یکی دیگر از حقوقدانان فرانسوی تقلب نسبت به قانون در نتیجه انجام رفتارهایی در جهت تغییر عناصر وابستگی به منصفه ی ظهور می رسد و برای اینکه تقلب نسبت به قانون به معنی دقیق کلمه تحقق یابد می بایست آن تقلب با اراده ی مستقل افراد و با توجه به میل و رضایتشان صورت پذیرد، آنهم بدون اینکه این وضعیت بتواند روابط واقعی خود را با کشورهایی که قانون آن بطور متقلبانه نادیده گرفته شده است، حفظ نماید.

1- G.D.Lapradelle.la fraudea la loi .Trav.ducomite.1973.p.12

2- G.D.La pradelle.Option cite,p.123

3- p.mayer.Droitinternationalprive.paris.ed4.1991.p.179.n27

اما از دیدگاه ما، تمام عناصر وابستگی و پیوندهای افراد با کشورها نمی تواند منجر به ایجاد تقلب نسبت به قانون گردند. در واقع در نظریه ی تقلب نسبت به قانون دو عنصر در نظر گرفته می شود.^(۱)

یکی عنصر مادی که عبارت است از تغییر عنصر وابستگی و دیگری معنوی که همان قصد فرار از قانون صالح می باشد. در بدو امر می بایست که یک تغییر ظاهراً واقعی در تابعیت تحقق یابد و بجز تابعیت، سایر عناصر وابستگی چون اقامتگاه نمی تواند منجر به تحقق تقلب نسبت به قانون گردند، و این تغییر نیز باید به موجب ساز و کاری منظم و قانونی مثلاً با تحصیل واقعی تابعیت کشور ثالث انجام گیرد.

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. در این خصوص، شخص تنها قصد فرار از مقررات و شرایط آمرانه قانون قابل اجرا را دارد. اما موضوع اساسی که قابل طرح است اینکه چگونه می توان در چنین مواردی به قصد متقلبانه اشخاص پی برد، مضافاً، می بایست این نکته را بررسی کرد که آیا هر تغییر قانونی عناصر ارتباط می تواند الزاماً 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.

این نکته که احراز قصد متقلبانه اشخاص به سادگی قابل اثبات نیست، توسط نظریات حقوقی تایید شده است. این خصیصه موجب شده تا برخی از حقوقدانان از وجود عنصر معنوی در تئوری تقلب نسبت به قانون صرف نظر کنند.

بر اساس این نظریه، عامل روانی و معنوی در تقلب نسبت به قانون که عبارت است از قصد و اراده فرار از قانون صالح و استفاده متقلبانه از قانون اقامتگاه و یا تابعیت جدید به سهولت قابل اثبات نیست. حال آنکه اثبات عامل معنوی تقلب نسبت به قانون توسط اشخاص و یا اصحاب دعوی به سهولت انجام نمی شود، می بایست تنها به عامل مادی که عبارت است از تغییر ارادی عنصر وابستگی بسنده کرد. اما، آیا همیشه تغییر ارادی تابعیت و یا اقامتگاه به منظور انجام تقلب نسبت به قانون صورت می پذیرد؟ پاسخ به این سوال منفی است. چگونه به افرادی که مختارانه نسبت به تغییر اقامتگاه و یا تابعیت خود بطور قانونی اقدام کرده اند و قانوناً تابعیت جدیدی را تحصیل کرده اند می توان اتهام تقلب نسبت به قانون داخلی را وارد کرد؟

واضح است که پس از تغییر قانونی عناصر وابستگی، اشخاص ذی ربط می بایست تابع قوانین و مقررات اقامتگاه جدید خود و یا قوانین کشور متبوع جدید خود باشند و پذیرش اقامتگاه و یا تابعیت جدید، حقوق

۱ - شیخ الاسلامی، محسن، تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی، نشریه پژوهش حقوق و سیاست، ص ۱۳ و ۱۴، تابستان ۱۳۸۰

و امتیازات جدید و متقابلاً وظایف و تکالیف نوینی را برای اشخاص به عنوان اتباع یک کشور به دنبال دارد. این نظر، که عنصر معنوی در تقلب نسبت به قانون به لحاظ غیر ممکن بودن احراز آن می بایست حذف گردد، توسط جمعی از حقوقدانان معاصر مورد انتقاد قرار گرفته است. به نظر هانری باتیفول حقوقدان شهیر فرانسوی، امروزه غیر ممکن بودن احراز عنصر معنوی در نظریات حقوقدانان بسیار شایع شده است. اما در سابق، تغییر تابعیت جهت عمل طلاق صورت می گرفت و این تغییر تابعیت هیچ دلیل موجهی برای تغییر تابعیت اصلی ارائه نمی کرد. انصاف این است که موضوع تغییر تابعیت در اراده و قصد اشخاص شکل گرفته است و این قصد است که انسان را به تصمیم گیری وا می دارد.

پیرلاگارد نیز بر این باور است که عنصر روانی اشخاص در قصد فریب دادن و فرار از قانون صالح کشور متبوع آنها به هر وسیله ای قابل احراز است و در اثبات آن هیچ جای تردیدی باقی نمی ماند.^(۱)

در عین حال، به نظر این حقوقدانان، بررسی قصد متقلبان اشخاص در حقوق بین الملل خصوصی مشکلاتی را به دنبال دارد. این مشکلات در اثبات تدلیس، قصد و اراده غیر اخلاقی، یا اشتباه در قصد و اراده نمایان می گردد.

اما اخیراً معنی جدیدی از تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ارائه شده است که این تعریف مورد تایید ما می باشد، و از مفهوم کلاسیک آن بسیار کاملتر می باشد اینک مفهوم و معنی جدید مورد بررسی قرار می گیرد.

مفهوم جدید تقلب نسبت به قانون

اخیراً با استناد به رویه قضایی فرانسه مفهوم جدیدی از تقلب نسبت به قانون ارائه گردیده است. بر این اساس تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر ارادی رابطه ی حقوقی به منظور فرار از قانون صالحی که توسط قاعده ی حل تعارض در حقوق بین الملل خصوصی توصیه شده است. این مفهوم جدید از تقلب نسبت به قانون هم بر عنصر مادی و هم بر عنصر روانی یا معنوی آن تاکید دارد، تفاوت دو مفهوم کلاسیک و نوین از تئوری تقلب نسبت به قانون در این است که اشخاص به جای تغییر ارادی تابعیت و اقامتگاه خود به منظور استفاده از قانون خارجی، کفایت که رابطه ی حقوقی خود را تغییر دهند تا از اعمال و اجرای قانون کشور متبوع خود معاف گردند.

حال آنکه بر اساس تئوری کلاسیک تقلب نسبت به قانون، تغییر ارادی عناصر وابستگی در جهت فرار از قانون ذی صلاح و استفاده از آزادیهای مصرح در قانون جدید پی ریزی شده بود.

بر اساس تئوری جدید، اصلاح و تغییر روابط حقوقی افراد موجب رد صلاحیت قانونی خواهد بود که قبل از این تغییر و اصلاح صالح و قابل اعمال به نظر می رسید. بدین ترتیب تفاوت در مفاهیم جدید و قدیم

۱ - این موضوع در قسمت بررسی تطبیقی تقلب نسبت به قانون، مخصوصاً در پرونده های مطرحه در انگلیس به تفصیل شرح داده شده است.

تقلب نسبت به قانون در اصطلاح عنصر مادی نهفته است. این تغییر روابط حقوقی توسط اشخاص شامل استفاده از نهادهای حقوق خصوصی یک کشور همچون ازدواج با زنان بیگانه جهت تحصیل تابعیت جدید و یا مسافرت به کشور خارجی برای عمل طلاق و فرار از قانون کشور متبوع خود و انجام تقلب نسبت به قانون می گردد.

اینک شرایط اعمال قاعده و عناصر تشکیل دهنده تقلب بیان می شود.

ب- عناصر موضوع

تقلب همیشه فرار از یک الزام قانونی است که فرد با استفاده از وسایل غیر مستقیم قصد دارد از آن شانه خالی کند.

با توجه به نکات مذکور می توان عناصر زیر را برای تحقق تقلب ضروری دانست.

عناصر تشکیل دهنده تقلب:

- وجود یک الزام قانونی (در حقوق فرانسه در این مورد عبارت *la regle obligatoire* استعمال شده است)

- قصد متقلبانه

- وسیله متقلبانه و جنبه فرعی و علی البدل داشتن از نظر قانونی

اکنون به توضیح هر یک می پردازیم :

۱- مفهوم الزام قانونی

الزامات گاهی دارای جنبه اخلاقی است و بدون اینکه قدرتی ضامن اجرای آن باشد رعایت احترام آنها از فرد خواسته شده است. غیر از تکالیف اخلاقی الزامات دیگری وجود دارند که قوانین موضوعه هر مملکت اجرای آنها بر کلیه افراد واجب ساخته است. ممکن است این الزام مستقیماً از طرف قانون پیش بینی شده باشد. مثل تکلیف انفاق و ممکن است ناشی از اراده خود شخص باشد، مانند تعهداتی که در اثر انعقاد عقد بر عهده هر یک از طرفین قرار می گیرد. کلمه قانون در عبارت تقلب نسبت به قانون دارای مفهوم وسیعی است که کلیه این الزامات را شامل می شود. بنابراین منظور از قانون معنی اخص آن یعنی مصوبات مجلس نیست بلکه تصویب نامه ها و آئین نامه های اداری نیز ممکن است مورد تقلب واقع شوند. از این جهت نیز اشکالی در میان نیست زیرا مقررات مقامات رسمی نیز دارای صفت الزامی است و اما عده ای قرارداد را از قبیل الزامات قانونی ندانسته اند و ایراد آنها این است که اولاً قراردادها جنبه خصوصی دارند و فاقد جنبه کلیت، که لازمه قانون است می باشد. و ثانیاً ضمانت اجرای قرارداد مربوط به طرفین آن است و مربوط به طبیعت قرارداد نیست.

این اشکالات در مورد قرارداد وارد نیست، زیرا قرارداد نیز برای متعاقدين ایجاد تعهد و تکلیف می کند و در این هنگام می توان قرارداد را یک الزام قانونی دانست.

قانون به قراردادهای خصوصی اعتبار داده و آنها را لازم الاجرا دانسته است. (ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی) و از همین جهت است که گفته اند قرارداد قانون متعاقدين و اصحاب دعوى است. مفهوم الزامات قانونی کلیه الزامات و تعهدات را اعم از اینکه ناشی از قانون یا قرارداد را شامل می شود. اما الزام قانونی ممکن است در معرض تقلب قرار گیرد.

حقوقدانان فرانسه در این مورد اصطلاح *regle obligative* که معنی قاعده الزامی، یا الزام قانونی است بکار برده اند و از آن معنی وسیعی را که کلیه دستورات الزامی و لازم الاتباع قانون را در بر میگیرد قصد می کند. از آنچه گفتیم معلوم می شود که تقلب، اختصاص بقوانین آمره ندارد بلکه کلیه قوانین که بنحوی از انحاء ایجاد تکلیف و الزاماتی برای فرد می کند ممکن است مورد تقلب قرار گیرد و بهر حال تقلب همیشه مستلزم وجود یک الزام قانونی است که فرد قصد دارد از اجرای آن شانه خالی کند.

به عقیده بعضی از مولفین حتی اگر قانون را در معنی وسیع آن یعنی الزامات قانونی بکار ببریم، تقلب همیشه متوجه قانون نیست و از این جهت باید تقلب را به تقلب به قانون و تقلب نسبت به اشخاص ثالث تقسیم کرد. این تقسیم اولین بار بوسیله بارتل، پیشنهاد شده بود. بعدها مولفین فرانسوی دلائلی له و علیه آن ابراز کرده اند.

بنظر دیوا،^(۱) این بهترین تقسیمی است که از نظریه تقلب بعمل آمده است. به نظر این مولف وقتی کسی با استفاده از یک معامله بحقوق شخص ثالثی تجاوز می کند، اعم از اینکه منشاء حق ثالث قانون باشد یا قرارداد تقلب نسبت بحقوق شخص ثالث تلقی می شود. و وقتی دو نفر با تبانی و بوسیله یک قرارداد مشترکاً برای فرار از یک دستور الزامی قانون اقدام می کنند، تقلب نسبت به قانون تحقق می یابد. این مولف اضافه می کند که ملاک تشخیص این دو مورد از یکدیگر منظور و انگیزه اصلی افراد است. یعنی هنگامیکه هدف افراد، اولاً و بالذات فرار از یک منع قانونی است بدون اینکه قصد تجاوز بحقوق شخص ثالثی در میان باشد، این عمل تقلب نسبت به قانون نامیده می شود حتی اگر این عمل، در نتیجه متضمن ضرری برای اشخاص ثالث

باشد. ولی وقتی که هدف افراد اولاً و بالذات اضرار بحقوق افراد است این امر تقلب نسبت به اشخاص ثالث نامیده می شود.

به نظر این مولف عملی که با تقلب نسبت به قانون واقع شده به علت اینکه علت آن نامشروع است ضمانت اجرای آن بطلان مطلق است. و حال آنکه در تقلب نسبت به اشخاص ثالث فقط متضرر از تقلب و قائم مقام قانونی او می تواند به عمل متقلبانه اعتراض کند و در نتیجه بطلان آن نسبی است.^(۲)

۱- دیوا، نظریه تقلب نسبت به قانون و رویه قضایی فرانسه ص ۴۵ به بعد

۲- دیوا، کتاب سابق الذکر ص ۶۳، بطلان نسبی در حقوق ما شبیه عدم النفذ است.

اما این تقسیم بندی مخالفینی هم دارد و ایراداتی به آن وارد شده است، اما به نظر ما این تقسیم بندی ممکن است از نظر عملی بی فایده نباشد. زیرا هرچند تقلب همیشه متوجه یک الزام قانونی است ولی در مواردی که شخص معینی متضرر از آن است و برای اثبات آن تلاش می کند ممکن است در حقوق ما استفاده شود. در اینصورت است که این تقسیم دارای نفع عملی است.

۲- قصد متقلبانه

در تعریف تقلب نسبت به قانون به قصد تقلب برخورد می کنیم. قصد تقلب یکی از عناصر سازنده تقلب است.

۱-۲- ماهیت قصد تقلب به معنی اخص fraude

با اینکه در تعریف تقلب نسبت به قانون همیشه عنصر قصد تقلب ذکر میشود، اما بعضی از مولفین ضرورت قصد را در تحقیق تقلب انکار کرده و می گویند: تقلب نسبت به قانون نوعی تجاوز به قانون است. وقتی انسان قانونی را زیر پا میگذارد، این عمل قابل ابطال است هرچند قصد انسان، تجاوز به قانون نباشد. مثل معامله صغیر و یا موارد ضمان قهری مثل اتلاف مال غیر. تقلب نسبت به قانون نوعی تجاوز غیر مستقیم است بنابراین احراز قصد تقلب و سوء نیت خاص، در تحقق آن شرط نیست.

اما این نظر مورد قبول حقوقدانان قرار نگرفته و تقلب نسبت به قانون را، تجاوز نسبت به قانون ندانسته اند. در فرانسه رویه دادگاهها و دیوان تمیز این است که برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون فقط به غیر قانونی بودن نتیجه حاصله و یا ضرر و زیانی که باشخاص ثالث وارد شده اکتفا نمی کنند. بلکه برای متقلبانه بودن یک عمل، باید ثابت شود که این عمل با قصد تقلب و فرار از قانون صورت گرفته است. به موجب رأی مشهوری که در این خصوص از دیوان تمیز فرانسه صادر شده: «چون تقلب و حيله در معاملات مفروض نیست بنابراین قراردادهایی که بطور قانونی بین افراد منعقد شده بمجرد اینکه مضر به منافع اشخاص ثالث است، متقلبانه محسوب نمی شود».^(۱)

مفهوم رأی مذکور این است که: قصد تقلب و فرار از قانون، از عناصر سازنده تقلب است. بهر حال در ضرورت قصد، برای تحقق تقلب بحثی نیست. آنچه دانستن آن ضروری است، ماهیت قصد تقلب است تا بتوان بر اساس آن عملی را متقلبانه محسوب نمود.

۲-۲- سوء نیت

بطور کلی در تعریف قصد تقلب می توان گفت: اراده فرار از یک الزام قانونی و اراده نیل به یک نتیجه غیر قانونی معیار قصد تقلب است. بسیار مشکل است که چیزی به این تعریف اضافه کنیم. در حالیکه قانون مدنی ایران یک تعریف لااقل کلی از تدلیس کرده و گفته: تدلیس عبارت از عملیاتی است که موجب فریب

1- Soc.5 juill. 1951. bull.Civ. 51.4.388 Com.Cass.1958.D.50.467.

طرف معامله شود (ماده ۴۳۸ قانون مدنی ایران) در مورد تقلب همین مقدار تعریف هم وجود ندارد. فقط بعضی از مواد قانون، مصداقها، قصد تقلب را ذکر کرده است که ممکن است برای تعیین مفهوم قصد تقلب از این مواد استفاده شود. بر طبق ماده ۲۱۸ قانون مدنی: «هرگاه معلوم شود که معامله، بقصد فرار از دین واقع شده آن معامله نافذ نیست» معامله به قصد فرار از دین یکی از نمونه های بارز تقلب نسبت به قانون است. در این مورد، قصد تقلب بصورت قصد فرار از دین مجسم می شود.

بعضی از مولفین کوشش کرده اند که تعریف جامعی از قصد تقلب، بنمایند که شامل کلیه موارد تقلب بشود ژسران، در این مورد می گوید: «خود کلمه تقلب متضمن معرفت به بدی عمل ارتكابی است و نمی توان تقلبی را تصور نمود که فاعل آن از بدی عمل خود بی خبر است. بنابراین تقلب با سوء نیت ملازمه دارد»^(۱) مفهومی که مولف مزبور برای تعیین قصد تقلب ذکر کرده هرچند کلی است ولی معیار و ضابطه اصلی تقلب بشمار می رود. نویسندگان قانون مدنی سوئیس که تقلب نسبت به قانون را مغایر با اعتبار و قدرت حقوق دانسته اند و در مقام خنثی کردن آن بوده اند، ماده اول قانون مدنی سوئیس را به همین مورد اختصاص داده و با صراحت مقرر داشته:

«استفاده از حقوق و اجرای تعهدات باید مبنی بر حسن نیت باشد» واضح است که اثر مستقیم این ماده ممنوعیت تقلب نسبت به قانون است زیرا عملی که هدف از آن تقلب نسبت به قانون است توأم با حسن نیت نیست و ملازمه قطعی با سوء نیت فاعل آن دارد. محکمه فدرال سوئیس بر اساس این ماده آراء فراوانی بر بطلان تقلب نسبت به قانون صادر کرده که در مباحث بعد مورد استفاده قرار خواهد گرفت.^(۲)

۳-۲- قصد اضرار

صرفنظر از مفهوم سوء نیت، که مورد قبول کلیه حقوقدانان است، تعاریف دیگری از قصد تقلب شده است. بعضی قصد تقلب را به معنی قصد اضرار دانسته اند. کسی که از زیر بار تعهد با توسل به وسائل متقلبانه شانه خالی می کند قصد اضرار، به متعهد له را دارد. همینطور قصد فرار از دین که در ماده ۲۱۸ قانون مدنی بکار رفته به معنی قصد اضرار به طلبکاران است.

بنابراین قصد تقلب وقتی تحقق پذیر است که ضرری حادث شده باشد و با انتفاء ضرر قصد تقلب منتفی است.

البته به این نظر ایرادی وارد شده شده است:

در کلیه موارد تقلب، عنصر ضرر وجود ندارد بخصوص در زمینه حقوق بین الملل خصوصی، تقلب نسبت

۱ - josserand کتاب انگیزه ها در اعمال حقوقی صفحه ۲۱۶

۲ - احادیث نبوی «انما الاعمال بالنیات» که از مبانی فقه اسلام بشمار می رود ناظر به همین معنی هستند زیرا ارزش و اعتبار اعمال افراد را وابسته به نیت صاحب آن کرده و صورت ظاهر عمل را نادیده گرفته اند

به قانون معمولاً با قصد اضرار توأم نیست. مثل مورد زن و شوهری که قبل از سال ۱۸۸۴ بعلت ممنوعیت طلاق در فرانسه، به سوئیس می رفتند و پس از بدست آوردن حکم طلاق به فرانسه مراجعت می کردند. در این مورد ضرری به شخص معین وارد نمی شود بنابراین قصد اضرار نمی تواند معیار و ضابطه جمیع موارد قصد تقلب قرار گیرد. البته به این نظر هم ایرادی وارد می باشد که ممکن است ضرری به شخص خاصی وارد نباشد ولی آیا ضرری هم به جامعه و نظم عمومی و پایه و اساس حکومت وارد نمی شود؟

مورد دیگری که بنظر بعضی از حقوقدانان بین قصد تقلب و ضرر تفکیک شده این است که ممکن است خساراتی وارد شود ولی قصد تقلب وجود نداشته باشد که مصادیق آن در حقوق بین الملل خصوصی فراوان است. که ممکن است نتیجه عمل متقلبانه ای حاصل شود و خساراتی وارد گردد بدون اینکه قصد تقلبی وجود داشته باشد.

با توجه به آنچه بیان شد بنظر می رسد که نمی توان بطور قاطع قصد اضرار را طرد کرد. ماهیت قصد تقلب ممکن است قصد اضرار باشد.

در این خصوص باید قائل به تفصیل شویم.

وقتی هدف از تقلب، بی اثر کردن قانون است و شخص معینی متضرر از آن نیست بنا به نظری قصد اضرار نمی تواند معیار قصد تقلب باشد ولی در موردی که هدف از تقلب، از بین بردن حقوق شخص معینی باشد ممکن است قصد اضرار را معیار تحقق تقلب قرار داد. و ضرورتی هم ندارد که این قصد را قصد صریح و شخصی بدانیم. کافی است که قصد نوعی افراد اضرار بحقوق دیگران باشد.

۴-۲- تقلب داعی منحصر باشد

برای اینکه تقلب نسبت به قانون تحقق یابد، مجرد سوء نیت و یا قصد اضرار کافی نیست. قبلاً به این نکته ضروری باید توجه کرد که منظور از قصد، در این جا با آنچه در باب شرایط صحت معاملات بعنوان قصد معامله بکار می رود متفاوت است، منظور از قصد تقلب، داعی و انگیزه متقلبانه است. برای اینکه عملی متقلبانه تلقی شود، لازم است که داعی منحصر در انجام عمل، تقلب نسبت بقانون باشد. اصولاً در یک عمل حقوقی متقلبانه کلیه شرایط صحت معامله موجود است. تقلب در مرحله انگیزه و داعی انجام یک عمل مطرح می شود. برای اینکه عملی متقلبانه محسوب شود باید داعی انجام آن فرار از قید قانون باشد. کافی نیست فرار از قانون یکی از اغراض و داعی او باشد بلکه لازم است این انگیزه، منحصرأ موجب و محرک انجام این عمل قرار گرفته باشد و یا لااقل اگر انگیزه منحصر نیست، قصد فرار از قانون انگیزه اصلی باشد. از مثالی که ذیلاً ذکر می کنیم این نکات واضح می شود:

در فرانسه تا سال ۱۸۸۴ طلاق ممنوع بود. زن و شوهری که قصد جدائی داشتند، به سوئیس می رفتند چون طلاق در قوانین سوئیس وجود داشت و با قبول تابعیت این کشور بعنوان اتباع سوئیس از حق طلاق استفاده کرده و حکم طلاق می گرفتند. بعد از مراجعت این زن و شوهر و یا یکی از آنها بفرانسه این حکم طلاق در

دادگاههای فرانسه مورد بحث قرار گرفت. اساس اظهار نظر محاکم این بود که: اولاً این تغییر تابعیت بطور جدی صورت گرفته است یا نه؟

اگر تابعیت واقعاً تغییر یافته بود این زن و شوهر، تبعه سوئیس محسوب می شدند و دادگاههای فرانسه نمی توانستند به مسئله تابعیت که مربوط بحق حاکمیت یک دولت خارجی است رسیدگی کنند و چاره ای جز این نبود که این زن و شوهر را تبعه سوئیس بحساب آورند. ثانیاً آیا این تغییر تابعیت بطور طبیعی و بعلت انگیزه های مشروع، صورت گرفته و یا اینکه فقط بمنظور فرار از ممنوعیت طلاق در فرانسه به آن متوسل شده اند. در صورت اخیر دادگاههای فرانسه بدون اینکه نسبت به اصل تابعیت سوئسی زوجین اظهار نظری کنند، به استناد نظریه تقلب به قانون، حکم طلاقی را که در سوئیس صادر شده بود، در کشور فرانسه، غیر قابل استناد و بی اثر اعلام می کردند. استدلال آنها این بود که، این تغییر تابعیت منحصرأ بمنظور فرار از منع قانونی طلاق در فرانسه صورت گرفته است، و بنابراین بعلت متقلبانه بودن نمی توان آثاری در کشور فرانسه بر آن مترتب دانست. در این مورد عناصر تحقق تقلب نسبت به قانون به خوبی آشکار است:

الف- الزام قانونی - طلاق در فرانسه ممنوع بوده و زوجین می بایست از این تکلیف تبعیت نمایند.

ب- قصد متقلبانه - رفتن به سوئیس و بدست آوردن تابعیت آن کشور بطور طبیعی نبوده و بمنظور بی اثر کردن منع قانونی طلاق در فرانسه بوده است. البته لازم بود احراز شود که این امر انگیزه منحصر یا انگیزه اصلی آنان در این تغییر تابعیت بوده است.

ج- وسیله موثر و جنبه علی البدل - زوجین برای بدست آوردن طلاق از یک وسیله صحیح که قانوناً غیر قابل خدشه است استفاده کرده اند. یعنی با تحصیل تابعیت سوئیس خود را از قلمروی اجرای قوانین فرانسه که ممنوعیت طلاق را از جمله آنها بود خارج کردند. وسیله انتخاب شده قانوناً صحیح و موثر و جنبه علی البدل دارد. برای مثال اگر بجای استفاده از تابعیت از یک وسیله مخدوش مثل جعل و یا اعلام صوری تغییر تابعیت و یا تغییر اقامتگاه، استفاده می کردند، دادگاهها می توانستند بدون استناد به نظریه تقلب نسبت به قانون، نتیجه مورد نظر آنان را خنثی کنند. و یا اصلاً تقلب امکان پذیر نبوده، به دلیل اینکه شرایط تقلب نسبت به قانون تماماً وجود ندارد.

ملاحظه می شود که اگر این تغییر تابعیت بطور طبیعی برای زوجین پیش آمده بود و این زن و شوهر می خواستند کلیه حقوق و تکالیف تابعیت جدید را بپذیرند و فی المثل برای همیشه قصد اقامت در سوئیس داشتند، هر چند بدست آوردن حکم طلاق هم یکی از انگیزه های این تغییر تابعیت بوده است ولی چون انگیزه منحصر نبوده دیگر نمی توان این طلاق را بعلت تقلب نسبت به قانون بلااثر کرد بر همین مبنی آراء زیادی از دادگاهها و دیوان تمیز فرانسه صادر شده است که بر طبق آن برای اینکه عملی متقلبانه

محسوب شود باید ، قصد فرار از قانون انگیزه و داعی منحصر در انجام عمل باشد و آن عمل نیز جنبه علی البدل داشته باشد.

۳- وسیله متقلبانه

در تعریف تقلب گفته اند: تقلب عبارت است از توسل به وسائل غیر مستقیم برای فرار از قانون، بکاربردن وسیله متقلبانه یکی از عناصر تقلب نسبت به قانون است. فاعل تقلب از مواجهه مستقیم با قانون و نقض آشکار آن اجتناب می کند تا ضمانت اجرای نقض قانون سد راه او نشود. بدین منظور با توسل بوسائلی غیر مستقیم از اجرای قانون فرار می کند. نقطه ضعفی از قانون بدست میاورد و با ظاهری حاکی از اطاعت به هدف غیر قانونی خود جامه عمل می پوشد.

در تعریف حيله گفته اند که: حيله عبارت از طرق خفيه ايست که کشف آن احتیاج به تفتن دارد. بنابر این تقلب و حيله قائم به یک وسیله متقلبانه و خدعه آمیز هستند. برای اینکه تقلب به نتیجه مورد نظر برسد این وسیله باید حائز شرایطی باشد، باید از نظر حقوقی موثر بوده و بکاربردن آن منجر بحصول یک وضعیت نامشروع و غیر قانونی شود. موثر بودن وسیله شرط حتمی و ضروری تقلب است و بدون آن تقلب به نتیجه نمی رسد تا بحث ابطال و خنثی کردن آن مطرح شود. از نظر حقوقی وقتی یک وسیله موثر است که بتواند نتیجه مورد نظر را بوجود آورد بدون اینکه با تضمینات قانونی که از اجرای آن اجتناب شده برخورد کند. در این شرایط است که مسئله تقلب نسبت به قانون مطرح می شود. زیرا الزام قانونی مستقیماً نقض نشده و وسیله ای که فاعل تقلب انتخاب کرده او را از تعرض تضمینات عادی قانون برکنار می دارد. نکته دیگر که باید در مورد وسیله تقلب ملحوظ شود حقیقی بودن آن است.

فرق تقلب به معنی اخص از عمل صوری ناشی از همین امر است. هدف از هر دو اینها یکی است ولی اختلاف در وسیله است. عمل صوری وسیله فرار از اجرای قانون نیست بلکه موجب اخفا تجاوز به قانون است. واضح است که هرگاه حقیقت افشا شود تجاوز به قانون آشکار می شود و محتوای صوری چیزی جز نقض قانون نیست. تشخیص حقیقی یا صوری بودن وسیله از نظر قضایی آسان نیست.

وسيله متقلبانه باید جنبه فرعی و علی البدل داشته باشد. و وسیله متقلبانه و تقلب باید فقط در موردی اعمال گردد که علاج دیگری وجود نداشته باشد و توسل به این علاج ضروری باشد. به عبارت دیگر منظور از فرعی و علی البدل بودن اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون این است که هرگاه وسیله دیگری موجود باشد که با آن بتوان از اجرای قانون خارجی جلوگیری کرد دیگر استناد به این قاعده لزومی نخواهد داشت. که این مورد به تفصیل بیان خواهد شد.

۱-۳- انواع وسایل متقلبانه

شمارش و احصاء کلیه وسایلی که برای تقلب نسبت به قانون بکار می رود مقدور نیست و فایده ای هم ندارد.

دامنه تقلب ممکن است به کلیه رشته های حقوقی و ابواب مختلف آن سرایت کند. برای مثال در کتب فقه می بینیم که در عقود و ایقاعات و حتی حج و زکات، فروعی بعنوان حيله و تقلب مطرح شده است. طبقه بندی معینی هم برای وسائل متقلبانه ممکن نیست زیرا وسائل متقلبانه محدود به عقود و ایقاعات نیستند. وقایع حقوقی^(۱) نیز ممکن است برای فرار از تکلیف مورد استفاده قرار گیرند. غالباً اعمال حقوقی وسیله تقلب هستند. از این قبیل است معامله به قصد فرار از دین و موردیکه مالک مال غیر منقول پس از فروش آن با سند عادی آنرا رسماً بشخص ثالثی منتقل می کند. این حيله و تقلب که در حقوق ما عنوان معامله معارض را دارد دارای وصف جزایی است، در حقوق فرانسه از مصادیق نظریه تقلب نسبت به قانون بشمار می رود. تحصیل تابعیت خارجی برای فرار از صلاحیت دادگاههای داخلی و یا فرار از خدمت نظامی و بدست آوردن حکم طلاق وسیله معروفیست که به منظور تقلب نسبت به قانون اتخاذ شده است. تقلب ممکن است از طریق ترک فعل عمدی تحقق یابد. دیوان تمیز فرانسه در مسئله ای تقلب را در مورد ترک فعل عمدی، بطور ضمنی پذیرفته است.^(۲)

تقلب ممکن است با استفاده از واقعه حقوقی تحقق یابد. تغییر اقامتگاه یک واقعه حقوقی است و ممکن است بمنظور فرار از صلاحیت دادگاهی که احتمال طرح دعوی در آن می رود صورت گیرد.

الف- عمل حقوقی: اعلام اراده ایست که وضعیت حقوقی یک شخص را تغییر می دهد بدین معنی که حقی را ایجاد یا منتقل یا اسقاط می کند.

ب- واقعه حقوقی: حادثه ایست که موجب، بوجود آمدن یا انتقال یا اسقاط حق است بدون اینکه کسی این نتایج را خواسته باشد. این حادثه گاهی طبیعی است مثل فوت که موجب انتقال اموال بورته است و یا ناشی از فعل شخص مانند اتلاف و تسبیب البته ممکن است ایجاد حادثه ناشی از اراده و عمد باشد ولی نتیجه این حادثه مقصود فاعل نیست، رجوع شود به ماده ۳۲۸ ق. م

تاجری که هنوز درپرداختهای او توقف حاصل نشده یا پیش بینی نزدیک بودن توقف خود ممکن است از کار تجارت دست بکشد تا خود را از عنوان ورشکستگی که مخصوص تجار است خلاص کند.

در فرانسه پس از پایان جنگ به مالکینی که مستغلات ایشان در اثر جنگ منهدم شده بود خساراتی پرداخت می شد که مجدداً ساختمان مورد نظر خود را بنا نمایند. ضمناً به مستاجرینی که قبلاً دراین مکانها به کسب و پیشه مشغول بوده اند حق داده شد که در ساختمان جدید به کسب و پیشه سابق خود ادامه دهند. بعضی از مالکین برای خنثی کردن حق مستاجر، ساختمان جدید را در محلی بنا می کردند که امکان کسب و پیشه

۱ - در تالیفات حقوقی فرانسه دو اصطلاح ذیل غالباً بکار میروند و منشاء آثار زیادی بخصوص در زمینه ادله اثبات دعوی است که بطور خلاصه تعریف آنها را نقل می کنیم .

2- Civ . Cass , 10 dec 1855 D . 57 .l.56

برای مستاجر در آنجا نبود و مستاجر ناچار می شد که بلاعوض از حق کسب و پیشه و سرفعلی منصرف شود. در این موارد تقلب با استفاده از واقعه حقوقی صورت پذیرفته است. علت وسعت دایره تقلب و وسایل متعدد آن واضح است زیرا تقلب همیشه متوجه الزامات قانونی است و حقوق مجموعه ای از اوامر و نواهی قانونگذار است که ممکن است هر یک از آنها در معرض حيله و تقلب قرار گیرد. آنچه در مورد وسیله متقلبانه مورد نظر است نوع آن نیست بلکه تاثیر آن است. اگر وسیله ای برای فرار از قانون موثر نباشد انسان تحت سلطه قانون باقی مانده است، و در نتیجه عمل او نقض قانون و تجاوز به مقررات تلقی می شود و عنوان تقلب نسبت به قانون نخواهد داشت.

۲-۳- شرایط وسیله متقلبانه

۱-۲-۳- موثر بودن وسیله متقلبانه

شرط اساسی بنتیجه رسیدن تقلب نسبت به قانون این است که وسیله موثر 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 تاثیرى وسیله است.

موثر بودن وسیله حقوقی بدین معنی است که این وسیله ذاتاً صحیح و غیر قابل خدشه باشد. 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. برای روشن شدن موضوع مثالهایی می آوریم.

از جمله راههایی که برای فرار از صلاحیت محاکم پیموده شده تغییر متقلبانه اقامتگاه است. اشخاص ممکن است برای فرار از صلاحیت دادگاه معینی اقامتگاه خود را که ملاک تعیین صلاحیت دادگاه است تغییر دهد. حال اگر کسی با پیش بینی طرح دعوی علیه خود مبادرت به تغییر اقامتگاه برای فرار از صلاحیت دادگاه نماید ممکن است عمل او بعنوان تقلب نسبت به قانون مورد بحث قرار گیرد. ولی اگر بعد از ابلاغ دادخواست اقامتگاه خود را تغییر داده و در دادگاه ایراد تاریخ تقدیم دادخواست است و هر تغییری که پس از آن در اقامتگاه خوانده بوجود آید تاثیری در صلاحیت دادگاه ندارد. در اینجا بحث تقلب نسبت به قانون پیش نمی آید چون وسیله از نظر حقوقی موثر نیست.

از همین قبیل است تغییر تابعیت برای فرار از صلاحیت قوانین یک مملکت. استاد موردی، می گوید: «وقتی وسیله از نظر قاعده تعارض موثر نیست مسئله تقلب مطرح نمی شود. برای مثال اگر بر طبق قواعد تعارض، قانون صلاحیتدار در مورد نکاح و طلاق زوجین، قانون آخرین تابعیت مشترک آنها باشد و آخرین تابعیت مشترک فرضاً فرانسه باشد وقتی یکی از زوجین بمنظور بدست آوردن طلاق از فرانسه به سوئیس می رود از این مانور بهره ای نخواهد برد زیرا همسر او کماکان در فرانسه است و آخرین تابعیت مشترک آنها تابعیت

فرانسه است و بر طبق قوانین آن که حاکم بر مقررات طلاق و نکاح زوجین است طلاق ممنوع است البته قبل از سال ۱۸۸۴»^(۱)

بنابراین تغییر تابعیت در این مورد از نظر حقوقی یک وسیله موثر نیست.

۲-۳-۲- حقیقی بودن وسیله تقلب

از شرایط به ثمر رسیدن تقلب این است که وسیله آن حقیقی باشد. 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 کن. برای مثال کسیکه 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.

۳-۲-۳- جنبه فرعی و علی البدل بودن وسیله متقلبانه

نظر به اینکه قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون علاجی است که بوسیله آن می توان از اجرای قانون خارجی جلوگیری نمود لذا باید فقط در موردی اعمال گردد که علاج دیگری وجود نداشته باشد و توسل به این علاج ضروری باشد. به عبارت دیگر منظور از فرعی و علی البدل بودن اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون این است که هرگاه وسیله دیگری موجود باشد که با آن بتوان از اجرای قانون جلوگیری کرد دیگر استناد به این قاعده لزومی نخواهد داشت.^(۲)

اینک برای توضیح این نکته دو فرض مختلف را در نظر گرفته و برای هر یک مثالی ذکر می کنیم. فرض اول مربوط به موردی است که وسیله دیگری برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی موجود باشد و فرض دوم مربوط به موردی است که وسیله ای غیر از قاعده جلوگیری تقلب موجود نباشد.

مثال، یک زن مسلمان ایرانی می خواهد برخلاف قانون ایران که نکاح مسلم را با غیر مسلم جایز نمی داند (ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی) با یک مرد غیر مسلمان خارجی ازدواج کند و لذا برای فرار از مقررات قانون فرض اول- وسیله دیگری برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی موجود باشد.

ایران به انگلیس رفته و در آنجا ازدواج می نماید. بدیهی است اگر در ایران حقوق حاصله از این نکاح مورد مطالبه قرار گیرد به چنین درخواستی نباید ترتیب اثر داده شود. البته باید توجه داشت که در این مورد اگرچه

۱ - موری ، سلب صلاحیت از قانون صلاحیتدار بر اثر نظم عمومی در روابط بین الملل و تقلب نسبت به قانون ، ص ۱۶۵

۲ - در مورد استناد به قاعده نظم عمومی نیز همین شرط را باید رعایت کرد یعنی قاعده مزبور هم فقط در موردی باید اعمال گردد که برای جلوگیری از اجرای قانون خارجی راه دیگری نباشد و چنانچه وسیله دیگری باشد اجرای قاعده نظم عمومی را مانع می شود

قصد تقلب نسبت به قانون ایران وجود داشته ولی چون دادگاه ایران می تواند به استناد ماده ۶ قانون مدنی ایران، که اتباع ایران را از حیث احوال شخصیه ولو اینکه مقیم در خارجه باشند تابع قانون ایران می داند، حکم به بطلان چنین نکاحی دهد لذا توسل به قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون لزومی نخواهد داشت.

فرض دوم- وسیله ای غیر از قاعده جلوگیری از تقلب وجود نداشته باشد.

اگر در مثال بالا فرض کنیم که زن مسلمان ایرانی برای فرار از مقررات قانون ایران ترک تابعیت ایران و تحصیل تابعیت انگلیس را بنماید و بعداً به ایران برگردد دادگاه ایران قاعده جلوگیری از تقلب را درباره او اجرا خواهد نمود.

زیرا در این فرض علاج همین قاعده است و دادگاه ایران نمی تواند درامری که مربوط به حاکمیت دولت دیگر است قضاوت نموده حکم به بطلان تابعیت دهد و چون قانون ایران بر این نکاح حکومت نمی کند تا بتوان به استناد آن رای به بطلان نکاح داد لذا دادگاه ایران نکاح مزبور را فقط از باب استناد به قاعده جلوگیری از تقلب محکوم به بطلان خواهد کرد.

گفتار دوم:

مطالعه تطبیقی تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی

حقوق بین الملل خصوصی زمینه مساعدی برای تقلب نسبت به قانون می باشد. وجود دولت ها که هر یک حاکمیت مستقلی دارند موجب شده که افراد برای استفاده از رژیم های حقوقی مختلف و امکانات متعددی که در قلمروی هر دولت وجود دارد متوجه تقلب نسبت به قوانین دولت متبوع خویش شوند. نظر به اینکه قانون مدنی ما در قسمت حقوق بین الملل خصوصی مقتبس از سیستم فرانسه است و تقلب در حقوق بین الملل خصوصی در این کشور دارای سابقه ممتدی است لذا توجه بیشتری به حقوق فرانسه معطوف می داریم.

مسئله تقلب در حقوق بین الملل خصوصی از مسائل مشکل و پیچیده محسوب می شود. بوسیله قاعده حل تعارض صلاحیت های قانونی دولت های مختلف نسبت به موضوع معینی تعیین می شود. بدین منظور تشخیص صلاحیت به عوامل معینی ارجاع می شود. برای مثال ماده ۷ قانون مدنی ایران که از قواعد تعارض قوانین ما محسوب می شود، صلاحیت قانون ملی خارجیانی را که در ایران زندگی می کنند در مسئله احوال شخصیه ایشان پذیرفته است. در اینجا تابعیت عامل تعیین قانون صلاحیتدار نسبت به احوال شخصیه خارجیانی است که در ایران زندگی می کنند. بنابراین اگر این فرد فرانسوی باشد قوانین فرانسه نسبت به احوال شخصیه او اجرا میشود. ولی اگر احوال شخصیه یک ایرانی مورد بحث قرار گیرد مقتضای تابعیت ایرانی او این است که قوانین ایران در مورد او به کار بسته شود. (ماده ۶ قانون مدنی ایران)

در حقوق معروف به کامن لو (آمریکایی و انگلیسی) اقامتگاه، عامل تعیین قانون صالح در مورد احوال شخصیه می باشد. به این ترتیب ملاحظه می شود که عامل تشخیص صلاحیت ثابت و غیر قابل تغییر نیست و در غالب موارد با اراده افراد بستگی و ارتباط دارد. یک نفر فرانسوی که در ایران ساکن است می تواند تابعیت ایران را قبول کند و بطور غیر مستقیم قوانین فرانسه را که در حال عادی باید نسبت به او اجرا شود بی اثر سازد. ممکن است تغییر تابعیت در این شرایط ناشی از قصد تقلب و فرار از ممنوعیت های قانون ملی باشد و هدف شخص این باشد که از قوانین یک کشور دیگر که منافع او را بهتر تامین می کند بهره برداری کند. بنظر می رسد در این مورد نیز تقلب با سایر موارد آن اختلاف ندارد. عناصر تشکیل دهنده تقلب در این فعل و انفعالات موجود می شوند. یعنی با استفاده از وسیله ای که از نظر حقوقی صحیح و موثر است از یک تکلیف قانونی اجتناب شده و این عملیات منحصرأ بقصد فرار از قانون انجام گرفته است. دادگاههای فرانسه در خصوص تقلب در حقوق بین الملل خصوصی و خنثی کردن آن تردید نکرده اند و در این مورد همانند سایر موارد سختگیری میکنند. مستند ابطال تقلب در این مورد همان اصل کلی حقوقی معروفی است که بموجب آن تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد. ولی به عقیده بعضی از مولفین لازم است ضمانت اجرای تقلب در حقوق بین الملل خصوصی از سایر موارد تقلب تفکیک شود و در این مورد با استفاده از نظم عمومی بین المللی، تقلب خنثی شود، البته ما با بند دوم این نظر موافق نیستیم و ضمانت اجرای تقلب در حقوق بین الملل خصوصی، نظم عمومی نمی باشد و تقلب نسبت به قانون یک قاعده ای مستقل با ضمانت اجرای قوی می باشد که ما در قسمتهای مختلف این پایان نامه به کرات در مورد آن بحث و تجزیه و تحلیل نموده ایم.

بسیاری از کشورهای مختلف جهان این نهاد (تقلب نسبت به قانون) را پیش بینی کرده اند و قوانین خود را بدان اختصاص داده اند، در این پایان نامه به چند نمونه از این کشورها اشاره می شود.

الف - تقلب نسبت به قانون در نظام حقوقی رومی ژرمنی

در حقوق بین الملل خصوصی لوگزامبورگ، در موضوع تعارض قوانین رویه ی قضایی آن کشور تقلب نسبت به قانون را به عنوان مانعی بر اجرای قانون ذی صلاح خارجی مطرح کرده است. بر اساس آرای صادره توسط محاکم این کشور در خصوص حقوق مالی خانواده، اشخاص نمی توانند با انعقاد یک قرارداد غیر واقعی و خیالی و استفاده از اصل آزادی اراده نسبت به اعمال قانونی دیگر به جای قانون صالح قابل اجرا اقدام کنند. بنابراین محاکت لوگزامبورگ، در صورت اثبات تقلب نسبت به قانون، فراریان از اجرای قانون صالح را مجازات می کنند.^(۱)

در حقوق بین الملل خصوصی اتریش اگر چه قوانین موضوعه و مدونی در این خصوص وجود ندارد، ولی

۱- A.Huss.jurisqueur de Droit international 1983Legislation Comparee Fssc3.p.5.

دکترین و نظریات حقوقی در این کشور متمایل به عدم الزام محاکم و قضات این کشور به تحقق در قصد و انگیزه اصحاب دعوی از تغییر عناصر ارتباطی همچون تابعیت و اقامتگاه و یا تغییر روابط حقوقی است. بر اساس این نظریات، اگر شخصی نسبت به تحصیل تابعیت کشوری دیگر و پذیرش وظایف، تکالیف و امتیازات و حقوق آن کشور اقدام نمود، طبیعی است که می تواند از نهادهای حقوقی مجاز کشور جدید خود نیز بهره مند گردد.^(۱)

اخیراً در راستای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون پناهندگی در اتریش، مجلس اتریش به تغییرات جنجال برانگیزی در قانون پناهندگی این کشور رای داد. در حالیکه کمیساریایی عالی پناهندگان سازمان ملل متحد به شدت از این تغییرات انتقاد کرده است.

بنابراین تغییرات از این پس در اتریش اکثریت پناهجویان باید تا ۷۲ ساعت پس از ورود به این کشور خود را معرفی کنند و بسیاری از متقاضیان تا زمانی که مراحل پذیرش تقاضای آنها تکمیل نشده است حق اقامت در اتریش را نخواهند داشت. برخی حتی ممکن است با خطر اخراج به کشور های خود مواجه شوند. مقامات اتریش اعلام کردند قانون فوق مانع سوء استفاده از آن خواهد شد. البته احزاب سوسیال دموکرات و سبز که احزاب مخالف دولت به شمار می روند نیز قانون تازه پناهندگی را شرم آور و در تعارض با حقوق بشر و قانون اساسی اتریش می دانند، اما همه این اقدامات با هدف جلوگیری از تقلب نسبت به قانون انجام گرفته است.^(۲) در حقوق بین الملل خصوصی مکزیک در قانون مدنی این کشور تقلب نسبت به قانونی به عنوان مانعی بر اجرای قانون خارجی پیش بینی شده است. این نکته در مفاد ماده ی ۱۵ قانون مدنی که در ۱۱ دسامبر ۱۹۸۷ طی تشریفات قانونی اصلاح شده است تصریح گردیده است. بر اساس ماده ی ۱۵ قانون مدنی مکزیک ، قانون خارجی در صورت رجوع اصحاب دعوی به تقلب نسبت به قانون مکزیک اجرا نمی گردد.^(۳)

در حقوق بین الملل خصوصی سنگال نیز تقلب نسبت به قانون می تواند به عدم اجرای قانون خارجی منتهی گردد و این موضوع در حقوق مدون این کشور پیش بینی گردیده است. ماده ۸۵۱ قانون مدنی این کشور به قضات سنگالی اجازه داده تا در صورت احراز تقلب نسبت به قانون از اجرای قانون خارجی منتخب توسط قاعده ی حل تعارض حقوق بین الملل خصوصی سنگال امتناع ورزند، به اعتقاد بورل یکی از حقوقدانان فرانسوی ملاحظه می گردد که تنها در حقوق سنگال، تقلب نسبت به قانون داخلی توسط محاکم این کشور قابل مجازات است و قانونگذاران این کشور نسبت به مجازات تقلب

1 -Frits ,schwind, recueil des cours de l academie de droit international , 1984, p,93

WWW.BBC.PERSIAN.COM

۲- بتانی بل ، خبرنگار بی بی سی در وین به نقل از سایت اینترنتی

3-J.lisbonne,Jurisclassseur de Droit international ,Legislation, Comparee,1990 ,Fasc,1,p,23

نسبت به قانون خارجی موضوع را مسکوت گذاشته اند. حال آنکه، در حقوق بین الملل خصوصی فرانسه تقلب نسبت به قانون فرانسه و قانون خارجی پیش بینی شده و توسط محاکم این کشور مورد رسیدگی و پیگرد جزایی قرار می گیرد.

در افغانستان، طبق قانون اساسی جدید، احوال شخصیه اهل تشیع را تابع مذهب تشیع قراردادده است (ماده ۱۳۱) بدین ترتیب، احوال شخصیه بقیه اتباع افغانستان تابع قواعد عام قانون مدنی است. با این وجود، پیش نویس مذکور هیچ راه حلی در خصوص احوال شخصیه افرادی که در نتیجه حکم ماده ۱۳۱ موضوع تعارض قوانین قرار می گیرند ارائه نمی کند.

برای مثال مشخص نیست هرگاه زن و شوهر پیرو دو مذهب باشند روابط زوجیت مانند نفقه، طلاق، حضانت اطفال، وراثت تابع چه قانونی می باشد. زیرا یک رابطه حقوقی در یک زمان واحد نمی تواند تابع دو قانون باشد. از سوی دیگر قانون مدنی نیز در این خصوص هیچ راه حلی ارائه نمی دهد. بنابراین پیشنهاد ما این است که در مقام تعارض و در راستای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون (تا حدودی) در اهلیت و شرایط ازدواج هر یک تابع قوانین متبوع خود، در رابطه با زوجیت تابع قانون شوه ، و در وصیت و ارث تابع قانون متبوع شخص متوفی باشند و بدین ترتیب تعارض قوانین حل شود و تا حدودی از موقعیت مناسب برای اعمال تقلب نسبت به قانون جلوگیری کند.^(۱)

اما امروزه نمونه های زیادی از انواع تقلبها در کشور چین رخ می دهد، به این صورت که شرکتها و تولید کنندگان قطعات، لوازم و قطعات انواع وسایل را و حتی خود وسایل را تولید می کنند.

و به صورت قاچاقی و متقلبانه به کشور صادر کننده و تولید کننده اصلی ارسال می کنند و از آنجا به همه جای دنیا به نام قطعات اصلی و به اسم شرکت اصلی می فروشند و حتی آرم آن شرکت اصلی را روی انواع وسایل متقلبانه حک می کنند، به هر حال این نوع وسیله متقلبانه از طریق انتقال اموال منقول نیز صورت گرفته است. و یا حتی خودروهای تقلبی را به کشور دیگری حمل می کنند و آنجا با صدور اسناد تقلبی به کشورهای دیگر صادر می کنند. اینک نمونه ای از آن ذکر می شود:

متقلبان چینی ، صاحبان صنعت را به ستوه آورده اند

خبرگزاری موج

پس از تولید و فروش انواع و اقسام محصولات تقلبی در چین، خودروهای تقلبی آخرین ساخته تقلبی این کشور، صاحبان اصلی این صنعت را به ستوه آورده است. به گزارش خبرگزاری موج، به نقل از خبرگزاری فرانس پرس، تا چندی پیش شرکت جنرال موتورز، شورلت اسپارک خود را به قیمت ۷۵۰۰ دلار در کشور

۱- حکیمی ، محمد هادی ، تاملی بر پیش نویس قانون اساسی افغانستان و ناجی ، داوود ، از کابل ، حقوق اتباع در پیش نویس قانون اساسی افغانستان از سایت اینترنتی WWW.BBC.PERSIAN.COM

چین عرضه کرده بود، این در حالی است که شرکتی که خود شریک شرکت جنرال موتورز است، این خودرو را با اندکی تفاوت و حذف برخی از وسایل جانبی به قیمت ۶ هزار دلار وارد بازار کرده است. تعویض قطعات اصلی با قطعات تقلبی مشکلی بین المللی است که اغلب در کشور چین به دلیل ارزان بودن اجناس چینی از فیلتر روغن گرفته تا باتری، لنت ترمز، تسمه پروانه، برف پاک کن، شمع و غیره با آرمهای تقلبی را به جای قطعات اصلی روی خودروها سوار می کنند و امنیت مردم را به خطر می افکنند.

کمپانی فورد به منظور کاهش ضرر و زیان مالی و حفظ آبروی خود، بیش از هفت هزار بسته لنت تقلبی ارسالی از چین به مصر را توقیف کرد. این لنت ها در مصر برای مدل قاروس ۴۷ دلار قیمت دارد که نوع تقلبی آن ۳۰ دلار قیمت دارد.

کمپانی جنرال موتورز تا کنون ۴۰۰ مورد ساخت قطعات تقلبی را پیگیری کرده و به ارزش ۱۸۰ میلیون دلار قطعه تقلبی را برای معدوم شدن به دست قانون سپرده است. اما واقعیت این است زمانی که طعم تقلب به دهان سازندگان شیرین باشد به سادگی آن را رها نخواهند کرد و با بسته شدن یک شرکت یا کمپانی سازنده اجناس تقلبی، روزی دیگر در جایی دیگر به جای آن شرکت دو شرکت سر در خواهد آورد.

اغلب سازندگان تقلبی خودرو، حکم زندان خود را می خردند و پیگردهای قانونی معمولاً بی نتیجه باقی می ماند. آنچه که کار پیگیری متقلبان در کشور چین را دشوارتر می سازد این است که معمولاً دست متقلبان با دولتمردان در یک کاسه است و برخورد با آنان نتیجه ای در بر نخواهد داشت.^(۱)

روسیه: شایان ذکر است که تئوری حقوق بین المللی خصوصی هنوز از ارائه یک راه حل متحد الشکل برای مقابله با پدیده تقلب نسبت به قانون ناتوان است.^(۲)

تقلب نسبت به قانون وقتی رخ می دهد که یک طرف ذینفع به نحوی برای استفاده از فوائد یک قانون ملی و فرار از قانون ملی دیگر موقعیت روابط قانونی خود را بین المللی نشان می دهد، برای مثال یک شخص حقیقی روسی قصد دارد مبلغ هنگفتی را به یک شخص حقیقی دیگر روسی هبه کند در این مورد قوانین روسیه مقرر می دارند که این قرارداد مستلزم ثبت در دفتر اسناد رسمی و پرداخت هزینه ثبت است در حالیکه در قانون اکثر کشورها ، قانون یک قرارداد ساده را برای انجام هبه کافی می داند. بنابراین برای پرداختن هزینه هنگفت ثبت قرارداد، طرفین قرارداد به خارج سفر کرده، و معامله را در آنجا انجام می دهند و قانون خارجی را حاکم بر قرارداد می دانند و با ارجاع به قانون روسی تعارض قوانین شکل گرفته و قاعده *locus regit formam actum* به کار می رود. و این در تمام مواردی که یک طرف اعمال حقوق عنصر خارجی قرار دارد یا یک عنصر خارجی به قرارداد اضافه می شود امکانپذیر است. آیا در چنین مواردی باید

۱ - خبرگزاری موج ، در تاریخ ۸۳/۱/۱۰ ، به نقل از خبرگزاری ، فرانس پرس ، به آدرس اینترنتی WWW.MOJNEWS.COM

۲- <http://www.muranev.ru/research/files/lawevasion.doc>

اجازه قانون خارجی را داد.

اما راه حلی در فرانسه وجود دارد، تئوری حقوق بین المللی خصوصی فرانسه واجد اثر بودن تقلب نسبت به قانون را رد می کند و بیان می دارد که اعمال قاعده تعارض قوانین در دادگاههای صالح فرانسوی در بکار بردن قانون خارجی دو استثنا وجود دارد یکی تعارض با نظم عمومی و دیگری تقلب نسبت به قانون و هدف شرط تقلب نسبت به قانون این است که بتوان کاربرد قانون خارجی را در مواردی که با قانون فرانسه در تعارض است رد کرد در جایی که طرفین مربوط قصد دارند تا قوانین اساسی و حقوق فرانسه را دور بزنند این قوانین مورد خدشه قرار گرفته است.

در تئوری حقوق بین الملل خصوصی آلمان هنگامی که Scholarwachter برای اولین بار در میانه قرن گذشته تئوری تقلب نسبت به قانون را نقد کرد، تصریح نمود که تقلب نسبت به قانون داخلی برای استفاده از قانون ملی دیگر عملی کاملاً صحیح است و باید پذیرفته شود.

تا جایی که به تئوری شوروی سابق مربوط است این تئوری ارجاع به قانون خارجی برای شناسایی و ترتیب اثر دادن به اعمال با هدف تقلب نسبت به قانون شوروی صورت می گیرد را ناروا تلقی می نماید. جالب توجه است که طرفداران انقلاب در روسیه عقیده داشتند که نظریه کلاسیک فرانسوی منسوخ است و بر خلاف آنکه آنها به آن اعتقاد دارند باید گفته شود که نظریه فرانسوی حقوق بین المللی خصوصی در حمایت از موقعیت خود به درستی گسترش یافته است زیرا تقلب نسبت به قانون بدون آنکه نیازی به بحث دیگر و بیشتری داشته باشد فی نفسه نقض قانون است و خودش خود را محدود می کند.^(۱)

کلیه مطالب فوق برگرفته شده از سایت اینترنتی مذکور و مترجم آن آقای مهدی مجد الاشرافی می باشند. هشدار اداره مهاجرت انگلیس در مورد افزایش ازدواجهای تقلبی (لندن خبرگزاری جمهوری اسلامی ایران) امروزه در روسیه تقلب نسبت به قانون رواج دارد، برای مثال بطلان تاثیر مبادله ارزهای خارجی به موجب قانون از طریق مبادله در خارج به بازی گرفته می شود و وجوه از روسیه به خارج منتقل می گردد و سپس یک شرکت خارجی سهامی خاص که به وسیله افراد روسی تاسیس شده و یک ریش پوشالی بر آن گمارده شده بیشتر در مناطق ساحلی روسیه اقدام به مبادله ارزهای خارجی می کنند.

و اما تقلب در اتحادیه اروپا نیز مردود شناخته شده و اثر آن و حتی قراردادهای متقلبانه را قانونی ندانسته و آنها را حمایت نمی کند. و طرفین را به خود وا می گذارد. اینک به بررسی یک نمونه از آن می پردازیم.

انگلیس

در کشور انگلستان با توجه به قدیمی بودن قوانین این کشور در مورد تقلب و جلوگیری از تقلب مخصوصاً نسبت به قوانین در سطح حقوق بین الملل خصوصی رویه خاصی دیده نشد و گروههای مافیایی توسط

۱- <http://www.muraney.ru/research/files/lawevasion.doc>

تقلب نسبت به قانون مبالغ بسیاری از متقاضیان دریافت می کنند، بطوری که حتی نظم عمومی کشور انگلیس را نیز در معرض خطر قرار داده اند تا حدی که مقامات اداره مهاجرت انگلیس رسماً در این مورد به مقامات ذیربط هشدار داده است که ما نمونه ای از آن را مورد بررسی قرار می دهیم.

مسئولان اداره مهاجرت انگلیس با اشاره به اینکه از هر ۲۹ ازدواج در انگلیس یکی از آنها تقلبی و تنها به دلیل کسب گذرنامه و اجازه موقت در انگلیس صورت می گیرد، در مورد افزایش آمار این ازدواجها در انگلیس هشدار داد این مسئولان در گزارش خود متذکر شدند که در مناطق شهری و مرکزی انگلیس این آمار بسیار زیاد تر بوده و احتمالاً از هر چند ازدواج ثبت شده یکی از آنها تقلبی است به گفته مسئولان اداره مهاجرت، با توجه به اینکه هر متقاضی ازدواج تقلبی اکثراً تا سقف ۵۰۰۰ پوند برای انجام ازدواج به گروههای مافیایی پرداخت می کنند، این تجارت اکنون به تجارت بزرگی در انگلیس مبدل شده است که به صورت چشمگیری رو به افزایش است و با توجه به اینکه قوانین ازدواج در انگلیس از ۱۶۵ سال پیش تا کنون تغییری نکرده اند راهی نیز برای جلوگیری از این ازدواجها وجود ندارد. اما اداره مهاجرت انگلیس تعداد ازدواجهای تقلبی را هشت هزار و پانصد عدد در سال تخمین زده اما بسیاری از مسئولان امر عقیده دارند که آمار واقعی این ازدواجها فراتر از مرز پانزده هزار در سال است. مسئولان دفاتر ثبت ازدواج در انگلیس نیز در پی گزارش اداره مهاجرت این کشور عنوان کردند که تعداد اینگونه ازدواجها در دفاتر ثبت بسیار روبه افزایش است و در بسیاری موارد تقلبی بودن ازدواج به حدی آشکار است که آنها به خبر کردن مسئولان اداره مهاجرت می کنند، اما متأسفانه با توجه به قوانین انگلیس در مورد ازدواج، مسئولان اداره مهاجرت نیز نمی توانند ازدواجها را، حتی با اطمینان صد در صد از تقلبی بودن متوقف کنند. مسئولان دفاتر ثبت ازدواج در توضیح دلایل خود برای اطمینان از تقلبی بودن بسیاری از ازدواجها عنوان کردند که در بسیاری از موارد عروس و داماد حتی نام یکدیگر را فراموش کرده اند و برای بخاطر آوردن آن مجبورند به گذرنامه های همراه خود مراجعه کنند و یا به هیچ عنوان نمی توانند زبان مشترکی را صحبت کنند تا حدی که یک مترجم برای انجام مراسم ازدواج، آنها را همراهی می کند. این مسئولان همچنان متذکر شدند، در بسیاری از موارد عروس و داماد تا کنون یکدیگر را ملاقات نکرده اند و دیده شده که در برخی از مراسم پس از اتمام مراسم عروس به جای داماد اشتبهاً به سمت یکی از شهود حرکت کرده و شروع به بوسیدن شاهد می کند.

مسئولان اعلام کرده اند، یکی دیگر از شواهد تقلبی بودن ازدواج اخم کردن عروس زمانی است که داماد قصد بوسیدن وی را دارد و عروس و داماد در ازدواجهای تقلبی اکثراً از مدارک تقلبی برای اثبات آدرس خود استفاده می کنند. یکی از مسئولان دفاتر ثبت ازدواج در لندن در همین رابطه گفت: که یک آدرس مشخص را تا کنون بارها مشاهده کرده است. در همین حالت در آمد افرادی که سازمان دهنده اینگونه ازدواجهای تقلبی هستند حدوداً بین یکصد تا پانصد هزار پوند برآورد شده است. با این وجود، مسئولان

اداره مهاجرت اعلام کرده اند که با وجود اینکه در بسیاری از موارد تقلبی بودن ازدواجها اطمینان کامل داشته اند اما بر اساس قوانین ازدواج در انگلیس مجاز به بر هم زدن ازدواج نشده اند. این مسئولان اظهار کردند که قوانین ازدواج انگلیس بسیار قدیمی بوده و پاسخگوی نیازهای امروز نیستند زیرا بر اساس قوانین کنونی تنها در چهار مورد می توان ازدواج را متوقف کرد. آنها این چهار مورد را خویشاوندی نزدیک خانوادگی دو طرف، همجنس بودن آنها، زیر سن قانونی بودن یکی از آنها و یا ازدواج فرد دیگری بودن از طرف یکی از دو طرف، اعلام کرده اند مسئولان اداره مهاجرت در پایان گزارش خود از دولت انگلیس خواستند با تغییر قوانین ازدواج قدرت اجرایی بیشتری را برای مبارزه با این پدیده را در اختیار آنان قرار دهد.

اتحادیه اروپا

لازم الاجرا نبودن قراردادهای متقلبانه و غیر قانونی به عنوان یک قاعده مسلم حقوقی که در تمامی نظامهای حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است قراردادهای مغایر با قانون در تمامی کشورها باطل می باشند. بر یک قرارداد باطل هیچ اثر مثبت حقوقی بار نمی شود و دادگاه اجرای آنرا تضمین نمی نماید. همانطور که در قضیه مورد بحث زیر ملاحظه خواهید نمود.

در دعوی COMETALS INC TARBERT TRADING LTD V هم مساله اعتبار قانونی قرارداد موضوع اختلاف و هم شیوه عملکرد طرفهای قرارداد از جهت اخلاقی شایسته توجه می باشد. خلاصه پرونده

شرکت کامتالز COMETALS از تاربرت TARBERT که یک شرکت بازرگانی انگلیسی می باشد لوبیا قرمز کنیایی خریداری می کند اگریمن که یک شرکت بازرگانی آفریقایی جنوبی است در این معامله نقش نماینده تاربرت را بر عهده دارد و لوبیاهای موضوع قرارداد در انباری در روتردام هلند نگهداری می شوند. شرکت کامتالز این لوبیاها را خریده بود که آنها را به خریداری در کلمبیا بفروشد. کشور کلمبیا هم تنها اجازه واردات لوبیاهایی را می دهد که فروشنده آن بتواند از یک اتاق بازرگانی گواهی دریافت نماید که نشان بدهد لوبیاها محصول یکی از کشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا EEC می باشند لذا کامتالز یک چنین گواهی را از تاربرت درخواست می کند و او هم موافقت می کند که آنرا تهیه نماید. هر دو طرف این معامله به خوبی می دانستند که تهیه چنین گواهی به صورت صحیح و قانونی امکانپذیر نمی باشد. زیرا لوبیاها محصول کشور کنیا هستند و نه جامعه اقتصادی اروپا کامتالز که خواننده این دعواست لوبیاهای خواهان (تاربرت) را به خاطر پایین بودن کیفیت آنها رد می کند و لذا تاربرت علیه او طرح دعوا می نماید. خواننده دعوی نیز مدعی است که توافق صورت گرفته میان متعاملین باید باطل و غیر الزام آور اعلام شود زیرا خواهان (فروشنده لوبیاها) به جز از راه تقلب نمی توانسته برای لوبیاها گواهی یک کشور عضو EEC را تهیه نماید.

نظر قاضی نیومن در ابتدا به مساله تعارض قوانین رسیدگی می کنیم. دادگاه نظر تاربرت را مبنی بر اینکه در این دعوا قانون نیویورک حاکم است تایید می نماید. بر خلاف نظر کامتالز که قانون هلند را حاکم بر دعوا می داند برای اتخاذ این تصمیم دادگاه به نکات مختلفی توجه دارد:

اول اینکه اقامتگاه کامتالز نیویورک می باشد و ثانیاً مذاکرات فیما بین تاربرت و کامتالز در نیویورک صورت گرفته است و مذاکرات تاربرت و اگریمن در افریقای جنوبی بوده است. ثالثاً نامه رسمی توافق بین طرفین توسط کامتالز در نیویورک تهیه شده است. در اینجا محل فیزیکی انبار کردن لوبیها در روتردام نقش قابل توجهی در قرارداد ندارد.

در هر صورت اینکه آیا قانون نیویورک یا قانون هلند بر این دعوا حاکم باشد در نتیجه و رأی تأثیر چندانی ندارد.

به موجب قانون هلند هر قراردادی که موضوع آن انجام عملی غیر قانونی باشد کاملاً باطل است و لازم الاجرا نمی باشد.

اما بینیم وضع در قانون نیویورک به چه صورتی است:

در دعوی N / E/2D571 / 572 (1948) 82 /271 /268 (STONE V / FREEMAN / 298
N / Y دادگاه اینگونه رأی داده است:

«این قانون مسلم این ایالت (و شاید هر ایالتی دیگر) است که هیچیک از طرفهای یک قرارداد غیر قانونی نمی توانند از دادگاه برای به اجرا گذاشتن مفاد آن درخواست کمک نماید یا در دادگاه بر مبنای هدف غیر قانونی که داشته اند طرح دعوا نماید یا ادعایی را اثبات نماید. هیچ دادگاهی نباید به ارتکاب جرم پاداش بدهد یا به قضاوت و داوری میان دزدها پردازد. لذا قانون نمی تواند به هیچیک از طرفهای این قرارداد کمکی بکند و ادعاهای آنها اساساً مسموع نمی باشد» و دادگاه آنها را در همانجا که اعمالشان قرارشان داده است رها می نماید.

در اینجا هم معلوم است که هم تاربرت و هم کامتالز هر دو به این حقیقت واقف بوده اند که گواهی مبدائی که بگوید لوبیهای کنیایی محصول یک کشور اروپایی هستند نادرست است و این گواهی تنها برای نشان دادن به اشخاص ثالث بوده است. مساله ساده است: کامتالز می خواسته با یک گواهی مبدأ تقلبی برای لوبیها مقامات کلمبیا را بفریبد تا بتواند لوبیها را به دست مشتری خود در کلمبیا برساند.

صرف نظر از ادعاهای تقریباً باور نکردنی کارمندان تاربرت در خصوص برداشتشان از گواهی مبدأ مورد درخواست آنها دست آخر قبول کردند که بله. گواهی مبدأ لوبیها را یکی از کشورهای EEC عنوان نماید برای هر خواننده ای این معنی را دارد که لوبیها محصول عمل آمده در یکی از کشورهای EEC می باشد نه اینکه تنها از مبدأ یکی از این کشورها حمل شده باشد.

لذا این کاملاً قابل درک است که چرا کارمندان اگریمن پس از آگاهی از وجود چنین توافقی میان کامتالز و تاربرت در خصوص گواهی مبدأ EEC متعجب شدند و با آن به مخالفت برخاستند و این مساله که در پیش نویس تهیه شده برای قرارداد توسط کامتالز عمداً و با قصد تقلب کالای موضوع معامله خیلی ساده لوبیا قرمز ریز محصول سال ۱۹۸۲ ذکر شده بود. هم نمی توانست مانع از غیرقانونی اعلام شدن قرارداد شود زیرا هر دو طرف خود خوب می دانستند که موضوع قراردادشان همان لوبیای کنیایی انبارشده در روتردام می باشد.

از آنجا که لوبیاها محصول کنیا بود از اول معلوم بود که تاربرت نمی تواند بدوت تقلب از یک اتاق بازرگانی گواهی مبدأ صحیحی را تهیه کند که نشان بدهد کالا محصول یک کشور عضو EEC می باشد. و آنرا به کامتالز بدهد. چون معلوم است که کنیا عضو EEC نمی باشد. پس تنها راهی که تاربرت می توانست از آنطریق توافق بعمل آمده را به انجام برساند این بود که از راه تقلب وارد شود و این راه هم غیر قانونی است.

هیچکس مجاز نیست که از راه کلاهبرداری و تقلب کسب سود کند یا با طی کردن راه خطا به منفعت برسد یا ادعای خود را بر پایه عملی نادرست استوار سازد یا مالی از راه ارتکاب جرم بدست آورد. اینها اصولی هستند که ریشه در قوانین تمامی کشورهای متمدن جهان دارند و حفظ منافع آحاد جامعه وجود آنها را لازم می سازد و لذا در هیچ کجا قانون آنها را نادیده نگرفته است. خواهان مدعی است که تهیه گواهی مبدأ EEC یک جز غیر ضروری و قابل تفکیک از اصل معامله می باشد و دادگاه تنها باید همان قسمت از قرارداد را غیر الزام آور اعلام کند. اما دادگاه مساله رفتار غیر قانونی و متقلبانه هر یک از متعاملین را از قرارداد قابل تفکیک نمی داند. بلکه آنرا یک جزء ضروری از قرارداد می داند زیرا کامتالز با هدف وارد کردن متقلبانه لوبیاها به کلمبیا بر صدور گواهی مبدأ تأکید داشته است و مسلماً در این پرونده لازم الاجرا دانستن توافق برای هریک از طرف های آن مخالف مصالح اجتماعی است و لذا دعوای مطروحه و دعوای متقابل هر دو رد می شود. رأی: قراردادهای غیر قانونی و متقلبانه باطل هستند و دادگاه اجرای آنها را تضمین و حمایت نمی کند زیرا مخالف مصالح عمومی می باشد.^(۱)

رویه قضایی فرانسه

تا سال ۱۸۸۴ طلاق در فرانسه ممنوع بود. زن و شوهری که قصد طلاق داشتند تابعیت کشوری را که طلاق در آن جایز بود قبول می کردند، صحت این طلاقیها که مبتنی بر تقلب نسبت به قانون فرانسه بود مورد بحث قرار گرفت. در نتیجه آراء متعددی در این زمینه از دادگاهها و دیوان تمیز فرانسه صادر شد که ما به پاره ای

۱ - اعتبار و نحوه شکل گیری قراردادهای بیع بین المللی ، مترجم ، مختاری ، مهدی ، ماخذ ، Business Law and its Environment international از سایت اینترنتی اتاق بازرگانی جمهوری اسلامی ایران به آدرس WWW.ICCIM.ORG

از آنها در اینجا اشاره می کنیم.

۱- موردیکه به قضیه «ویدال» معروف شده این است که زن و شوهری که در فرانسه بین آنها تفریق جسمانی حاصل شده بود خود را به تابعیت سوئیس در آوردند، در این هنگام طلاق در قوانین سوئیس وجود داشت، زوجین که از این پس تبعه سوئیس محسوب می شدند با استفاده از قوانین این کشور طلاق را واقع ساختند. در این قضیه قلب زوجین آشکار بود. زوجه پس از طلاق بلافاصله مجدداً ازدواج کرد. شوهر که از ابتدا فرانسه را ترک نکرده بود با اعتراف به اینکه ترک تابعیت با تبانی و قلب بوده است درخواست ابطال ازدواج جدید زوجه را نمود. محکمه مدنی شهر (سن) بشرح زیر بنفع او رای صادر نمود «این زن و شوهر متوسل به تابعیت سوئیس شده و پس از آن از یکدیگر طلاق گرفته اند و قصد ایشان از این اعمال قلب نسبت به قانون فرانسه که رابطه نکاح را مقدس و غیر قابل انحلال می شمارد، بوده است».

در نتیجه در طلاق که با قلب بدست آمده هیچ اثری مترتب نیست و ازدواج ثانی غیر قانونی است.

۲- در این مورد که به قضیه دزیراد معروف شده، یک نفر فرانسوی که بین او و همسرش تفریق جسمانی حاصل شده بود بسوئیس رفت و تابعیت این کشور را پذیرفت.

پس از اینکه در سوئیس تفریق جسمانی را تبدیل به طلاق نمود با یک زن فرانسوی ازدواج کرد و بفرانسه بازگشت. زن اخیر فوت کرد. شوهر مجدداً بسوئیس رفت و با یک زن فرانسوی دیگر ازدواج کرد و به فرانسه بازگشت. پس از اینکه این مرد فوت کرد بین فرزندان او که هر یک ناشی از نکاح جداگانه ای بودند برای تصاحب ترکه اختلاف حاصل شد. محکمه برای رسیدگی به این اختلاف ناچار بود به صحت نکاح هائی که در سوئیس واقع شده بود رسیدگی کند. پس از بررسی بالاخره این ازدواجها را متقلبانه تشخیص داده و فرزندان را که ناشی از آن بود فاقد رابطه فرزندی مشروع تلقی کرد. استدلال دادگاه این بود که: «اتباع فرانسه نمیتوانند با توسل به تابعیت خارجی، خود را از قید تعهداتی که در فرانسه بعهده گرفته اند رهائی بخشند و بحقوق مکتسبه اشخاص تجاوز نمایند».^(۱)

بعضی از مولفین اظهار عقیده کرده اند که این رای مبتنی بر نظریه حقوق مکتسبه است نه قلب نسبت به قانون ولی رویه های بعدی نشان داد که علت پیش کشیدن حقوق مکتسبه در این مورد یکطرفه بودن قلب است و هرگاه طرفین بدین منظور تبانی کرده باشند محاکم بنظریه قلب استناد می کنند.^(۲)

۳- مورد دیگری که به قضیه دورموندک معروف شده این است که یک نفر فرانسوی خود را به تابعیت سوئیس درآورد تا ضمانت اجرای طلاق در فرانسه را بضرر زوجه بی اثر سازد.

دیوان تمیز اظهار نظر کرد: «چون در چنین اوضاع و احوالی ترک تابعیت فرانسه و قبول تابعیت سوئیس

1- Req – 16 dec. 1845 .D.46.1.7.S.46.1.103.

بوسیله این شخص نه تنها تقلب به حقوق زوجه بلکه تقلب نسبت به قانون فرانسه نیز محسوب می شود. لذا این طلاق نسبت به زوجه قابل استناد نیست»^(۱).

۴- و اما رای معروف دیوان تمیز مربوط به خانم دوبوفرمن می باشد نامبرده پس از اینکه تابعیت دوک نشین ساکس آلتنبورگ را بدست آورد خود را مطلقه ساخت و مجدداً ازدواج نمود. کلیه این عملیات در مدت کوتاهی صورت گرفت بطوریکه در قصد تقلب او تردیدی بجای نمی گذاش. آقای دوبوفرمن برای ابطال طلاق و ازدواج جدید زوجه اش طرح دعوی نمود. ابتدا دادگاه (سن) و سپس دادگاه پاریس ازدواج جدید خانم دوبوفرمن را ابطال کردند.

ولی هیچیک از این دو محکمه به تقلب او استناد نکرده بودند. دیوان تمیز این نقیضه را برطرف نمود و چنین اظهار نظر کرد که: « تغییر محل اقامتگاه از طرف خانم دوبوفرمن و تحصیل تابعیت جدید بخاطر استفاده از حقوق و تکالیف ناشی از این تابعیت نبوده است و فقط بمنظور فرار از ممنوعیت طلاق در قانون فرانسه و انعقاد یک عقد ازدواج جدید بوده است و از همین جهت پس از تحصیل تابعیت سوئیس بلافاصله آنرا تغییر داده است. و چون از اوضاع و احوال استفاده می شود که این تغییر تابعیت با تقلب نسبت به قانون فرانسه و علیرغم تعهداتی که قبلاً در فرانسه منعقد گردیده، انجام شده است بنابراین غیر قابل استناد دانستن تابعیت و طلاق نسبت به آقای دوبوفرمن مطابق اصول حقوق فرانسه مبنی بر غیر قابل انحلال بودن نکاح بوده است و رای صادره بلا اشکال می باشد»^(۲).

ممنوعیت طلاق در فرانسه موجب بروز حيله های متعددی شد که نمونه های مشهور آن ذکر شد. بالاخره قانون ۲۷ ژوئیه ۱۸۸۷ با برقراری طلاق باین قبیل تقلب ها خاتمه داد ولی باز هم از دو جهت تقلب در محاکم فرانسه قابل طرح بود. اول در خصوص اتباع کشورهای خارجی که قوانین آنها طلاق را به رسمیت نمی شناخت. دوم از نقطه نظر علل حصری طلاق ممکن بود تقلب مجدداً عنوان شود. برای مثال قانون فرانسه طلاق یک جانبه و نیز با تراضی زوجین را هنوز نمی پذیرفت. در این شرایط زوجین متوسل به تابعیت کشوری می شدند که طلاق را بعلل مذکور اجازه می داد.

مورد دیگری که موجب تقلب در حقوق بین الملل خصوصی گردیده تغییر تابعیت بمنظور فرار از صلاحیت دادگاهها می باشد. اتباع فرانسه که از طرف خارجیان طرف دعوی قرار می گرفتند برای فرار از نتایج احتمالی دعوی تابعیت خود را تغییر می دادند و ایراد عدم صلاحیت می کردند به این عنوان که طرفین دعوی هر دو خارجی می باشند. رویه قضائی این تقلب را نیز بی اثر کرد. البته تقلب در صورتی موثر بود که تغییر تابعیت قبل از طرح دعوی بعمل آید. زیرا اگر بعد از طرح دعوی انجام شده بود صلاحیت دادگاه ثابت

1-Civ . 19 juill . 1875 D.76.1.5

2- Civ . 18 .mars1878 D.78.1.201,S.78.1.193

بود.

یکی از موارد مشهور تقلب در حقوق بین الملل خصوصی تغییر تابعیت بمنظور فرار از تکالیف نظامی بود. در این مورد نیز دادگاههای فرانسه به نظریه تقلب نسبت به قانون استناد کرده اند.

دادگاه شامبری در سال ۱۹۰۸ در مورد شخصی که تبعه فرانسه بود و برای فرار از خدمت نظامی تابعیت سوئیس را بدست آورده بود به تقلب نسبت به قانون استناد کرد. این شخص که بعنوان فرار از خدمت نظامی تحت تعقیب و مورد عفو قرار گرفته بود پس از مدتی به فرانسه بازگشت ولی به مناسبت جرمی که مرتکب شده بود بعنوان اینکه تابعیت او سوئیسی است محکوم به اخراج از فرانسه شد. در رسیدگی استینافی متهم شخصاً به تقلبی که کرده بود استناد کرد و از جهت اینکه تابعیت سوئیسی او متقلبانه بوده است و در نتیجه صفت فرانسوی از او سلب نشده برای دادگاه اعتراض کرد. دادگاه استیناف این استدلال را پذیرفت و حکم بدوی را که به موجب آن متهم محکوم به اخراج از فرانسه شده بود فسخ کرد. (ویدال ص ۲۵۷)

ممکن است برای فرار از قواعد شکلی از ماده ۹۶۹ قانون مدنی ایران سوء استفاده شود. بر طبق این ماده که تعبیری از قاعده حقوقی حقوق رم می باشد برای تسهیل انجام معاملات در خارج از کشور، متعاقدين مقید به انجام تشریفات قانون ملی خود نیستند و تشریفات محل وقوع عقد را برای صحت آن کافی دانسته است ولی این موضوع به افراد امکان می دهد که برای فرار از تشریفات قانون ملی به کشوری مسافرت کنند که این تشریفات را برای انعقاد اعمال حقوقی لازم نمی داند و در آنجا مقصود خود را بدون برخورد بقیود قانون ملی تحقق دهند. دیوان تمیز فرانسه در این مورد اعتبار نظریه تقلب را حفظ کرده است و اظهار نظر می کند که: «عدم رعایت تشریفات در مورد ازدواجی که در یک کشور بیگانه واقع شده موجب بطلان آن نیست، مگر اینکه طرفین قصد تقلب نسبت به تشریفات قانونی ازدواج در فرانسه را داشته باشند». انعقاد قراردادهای در خارج ممکن است برای فرار از قواعد ماهوی و ذاتی باشد. البته اصل استقلال اراده ایجاب می کند که افراد بتوانند قراردادهائی را که دارای یک عنصر بین المللی است تحت نفوذ قانونی که دلخواه آنهاست قرار دهند. ولی اگر بین المللی ساختن یک قرارداد برای فرار از قواعد ماهوی قانون داخلی باشد نظریه تقلب نسبت به قانون موجب بی تأثیری آن خواهد شد. زیرا اصل استقلال اراده به افراد آزادی انتخاب قانون صلاحیتدار را نمی دهد بلکه فقط به آنها اجازه می دهد که قرارداد خویش را در محل معینی واقع سازند. و این اختیار در صورتی است که قرارداد بطور حقیقی محتوی یک عنصر و رکن بین المللی باشد و این شرط در موردیکه قرارداد بطور متقلبانه بین المللی شود موجود نمی شود.

تابعیت شرکتهای تجارتی در پرتو نظریه تقلب مورد بحث واقع شده است. دیده شده که شرکتها برای استفاده از تسهیلاتی که در ممالک دیگر وجود دارد مرکز اداره خود را که ملاک تعیین تابعیت شرکت

است.^(۱)

به کشور مورد نظر منتقل کرده اند و حال آنکه مرکز فعالیت و عملیات کماکان در مملکت اصلی باقی بوده است. این عمل گاهی بمنظور تسهیلاتی که از نظر مالیاتها در ممالک مجاور وجود داشته انجام شده است. در اکثر این موارد بحث از تقلب نسبت به قانون ضرورتی ندارد زیرا انتقال مرکز اداره شرکت از مملکتی به مملکت دیگر صوری است و این امر اجازه می دهد که بمحض کشف صوری بودن، دادگاه تغییر مرکز اداره شرکت را نادیده گرفته و تابعیت حقیقی آنرا کشف کند.

ب- تقلب نسبت به قانون در نظام حقوقی کامن لو (حقوق آمریکا و انگلیس)

سیستم خاص کامن لو موجب ظهور موارد متعددی از تقلب نسبت به قانون است. در این حقوق قانون صالح در مورد احوال شخصیه افراد قانون محل اقامتگاه آنان است و این امر بخصوص در آمریکا که ایالات متعددی دارد و هر ایالتی قلمرو قانونگذاری مخصوص بخود دارد مشکلات فراوانی از جهت تقلب نسبت به قوانین این ایالات ایجاد کرده است. ما در این قسمت به بررسی مختصری در حقوق آمریکا و انگلیس از جهت نظریه مزبور و موارد شایع آن که ازدواج و طلاق است می نمائیم.

کامن لو امریکا

۱- طلاق

در بین پنجاه ایالت آمریکا که اصل طلاق را پذیرفته اند ۴۳ ایالت بیرحمی و ستمگری و ۳۲ ایالت عنن و ۴۳ ایالت محکومیت جنائی و ۴۰ ایالت اعتیاد به میخوارگی و ۳۰ ایالت ترک انفاق و ۱۵ ایالت جنون را از علل طلاق می دانند. ۸ علت دیگر برای طلاق مورد قبول بعضی از ایالات قرار گرفته است. در ادله اثبات دعوی نیز همین تنوع و اختلافات بچشم می خورد. قانون صالح در مسئله طلاق قانون محل اقامتگاه است ولی مدت اقامت لازم برای استفاده از قوانین هر ایالتی یکسان نیست.

این مدت بین حداقل ۶ ماه و حداکثر ۵ سال نوسان دارد. ۸ ایالت کوشش کرده اند تا اختلافات ناشی از این وضعیت را از طریق ایجاد یک قانون واحد مرتفع سازند. از حیث آثار طلاق همین تنوع و اختلاف وجود دارد. در بین عیوب فراوانی که این وضعیت ایجاد کرده مسئله تقلب نسبت به قانون از مشکلات عمده محاکم آمریکا می باشد. وقتی زن و شوهری قوانین ایالت اقامتگاه اصلی را موافق طبع خویش نمی بینند به ایالت دیگری م روند و بدینوسیله از قوانین اقامتگاه اصلی خویش فرار می کنند. واضح است که اختلاف در علل طلاق و نیز آثار آن انگیزه اساسی زوجین در تغییر اقامتگاه آنهاست.^(۲)

۱- بر طبق مواد قانون تجارت « اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست ». و بر طبق ماده دیگر « اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است ».

2- Verplaetse. La fraude a la loi en droit international priver .

تقلب در مورد طلاق ممکن است دارای فروض مختلفی باشد. گاهی ناشی از تبانی زوجین و گاه ناشی از عمل یکی از آنهاست. در صورت اخیر ممکن است با اطلاع همسر یا بدون اطلاع او باشد. در کلیه این موارد مسئله مهم بررسی اقامتگاه است. زیرا اقامتگاه عامل تعیین قانون صلاحیتدار در بین ایالات مختلف می باشد.

در قضیه « forrest » چنین اظهارنظر شده است: « اگر تغییر محل اقامت بمنظور ایجاد صلاحیت برای محاکم ایالت دیگری باشد، تنها چیزی که محاکم ایالت ما می توانند بگویند این است که این تغییر اقامتگاه موقتی و متقلبانه بوده است و باید رد شود.»^(۱)

اصولاً اگر مدت زمان لازم برای ایجاد اقامتگاه جدید منقضی نشده باشد اقامتگاه احراز نشده و در نتیجه دادگاه صلاحیت نخواهد داشت و مقررات ایالت جدید قابل اجرا نیست و اما در موردیکه شرایط لازم برای برقراری اقامتگاه از جمله مدت زمان لازم طی شده باشد در صورتیکه این تغییر اقامتگاه فقط بمنظور درخواست طلاق باشد باز هم میتوان صلاحیت قوانین این ایالت را نفی کرد. بعبارت دیگر اقامتگاه از دو عنصر تشکیل شده است: عنصر مادی که همان توقف و سکنی در مدت زمان مقرر می باشد. و دیگر عنصر معنوی که عبارت از قصد اقامت و داشتن منافع در مکانی است برای اقامت انتخاب شده است. بعضی از آراء بیشتر بر عنصر معنوی تکیه کرده اند و این عنصر را در پرتو قصد فرار از قانون و مقررات مربوط بطلاق مورد بررسی قرار داده اند. در نتیجه وقتی تغییر اقامتگاه منحصراً بمنظور فرار از قوانین طلاق در ایالت اصلی است بعلت تقلب، مخدوش می باشد.

در قضیه « Vischer » به عنصر معنوی توجه بیشتری شده است. در این مورد شوهر مقیم نیویورک بود و پس از اینکه با استفاده از طلاق محدود^(۲)

رابطه زوجیت را بحال تعلیق در میاورد به ایالت میشیگان می رود و در آنجا حکم طلاق قطعی از دادگاه می گیرد. زوجه در ایالت میشیگان حضور نیافته و هیچگونه خطاری از طرف دادگاه به او ابلاغ نشده بود و ابلاغ فقط از طریق آگهی در مطبوعات انجام شده بود. شوهر در میشیگان مجدداً ازدواج می کند و پس از مدت کوتاهی به نیویورک باز می گردد. زن اول او به استناد زنای شوهر از دادگاه محل اقامتگاه خود یعنی نیویورک درخواست طلاق می کند و دادگاه چنین اظهارنظر می کند: « بنظر می رسد که شوهر پس از صدور حکم طلاق در میشیگان، راه بازگشت به نیویورک را پیش گرفته و توقف او در ایالت میشیگان پس از ازدواج مجدد، موقت بوده و این امر دلالت می کند که شوهر حقیقتاً قصد تغییر اقامتگاه از نیویورک به

۱-ورپلا تس - تقلب در در حقوق بین الملل خصوصی ص ۹۶-۹۷

۲- در حقوق کامن لو دو نوع طلاق وجود دارد یک نوع طلاق مطلق که برابطه زوجیت خاتمه می دهد و یک طلاق با آثار محدود که فقط موجب تغییر و تعلیق رابطه زوجیت می شود ولی موجب قطع آن نیست .

میشیگان را نداشته است. بطور کلی اگر شوهر فقط بمنظور طلاق به ایالت دیگری سفر کند اقامتگاه جدید متقلبانه و فاقد ارزش قانونی است و خصوصاً اگر علت طلاقی که مبنای درخواست طلاق از طرف او بوده در ایالت اصلی بعنوان علت طلاق مورد قبول قانون نباشد». (ژولین ورپلا تس - حقوق بین الملل خصوصی ص ۹۷ و ۹۸)

در موارد دیگر دادگاهها اظهار عقیده کرده اند که تغییر اقامتگاه بمنظور تحصیل طلاق دلیل کافی برای سلب اعتبار از این طلاق نمی باشد بشرط اینکه اقامتگاه عملاً و با حسن نیت تغییر یافته باشد. در این موارد هر چند قصد طلاق هدف از تغییر اقامتگاه است ولی قصد منحصر نیست بلکه طلاق بقدری برای شوهر اهمیت دارد که او را وادار به تغییر اقامتگاه بطور قطعی و دائمی می کند و اشکالات ناشی از این تغییر محل را ناچار می سازد. محکمه عالی میشیگان اظهار نظر می کند: « شوهر حق داشته که نیورک را ترک کند زیرا او با قوانین این ایالت در خصوص طلاق یا مسئله دیگری موافق نبوده است و نیز حق داشته اقامتگاه خود را در میشیگان قرار دهد، بمناسبت اینکه قوانین میشیگان در مورد طلاق بنظر او بهتر بوده است».^(۱)

ایالت نوادا همیشه سیاست تسهیل طلاق را دنبال کرده است. چه دوره توقف لازم برای ایجاد اقامتگاه را ۹۰ روز قرار داده است و این امر در حقیقت تجارتي کردن طلاق می باشد.^(۲)

شخصی از ماریلند به نوادا می رود ولی چون توقف او بدون قصد اقامت دائم و در نتیجه بدون عنصر معنوی بوده است ایالت ماریلند اقامتگاه او را قبول نمی کند و حکم طلاق را که در نوادا صادر شده بی اثر تلقی می کند. زیرا نه اعتباریکه علی الاصول قراردادهای در محل وقوع دارند و نه عنوان نزاکت، چنین تکلیفی را برای ایالت ماریلند ایجاد نمی کند.

قاعده ای که مورد قبول کلیه ایالات آمریکا می باشد این است که هر ایالتی به اسنادی که در ایالت دیگر تنظیم شده و یا احکامی که از محاکم آن صادر شده اعتبار کامل و قطعی می دهد. (حقوق ایالت متحده ص ۸۴) ولی همیشه مورد تقلب مستثنی بوده و افراد نتوانسته اند با تقلب از این قاعده سوء استفاده کنند.

در قضیه « Diggs » انتقال اقامتگاه از کلمبیا به ویرجینیا مورد بحث واقع شد این امر بعنوان یک اصل مسلم قبول شده که وقتی یکی از زوجین به ایالتی غیر از ایالت محل وقوع عقد ازدواج می رود و در آنجا با تظاهر بوجود یک اقامتگاه حکم طلاق می گیرد در حالیکه اقامتگاه او با حسن نیت نبوده حکم طلاق از اعتباری که به احکام صادره در ایالات دیگر داده می شود بهره مند نخواهد شد. دادگاه در این مورد بدلائل زیر حکم به بطلان طلاق می دهد.

۱- ژولین ورپلا تس - تقلب در حقوق بین الملل خصوصی ص ۹۹

۲- آندره تنک، مدت لازم برای ایجاد اقامتگاه در ایالت نوادا را ۶ هفته ذکر می کند، مراجعه شود به حقوق ایالت متحده، ترجمه دکتر سید حسین صفائی، ص ۸۵

الف- زوجین هرگز اقامتگاه مشترک زناشویی در ویرجینیا نداشته اند.

ب- ادعای شوهر بوجود اقامتگاه در ویرجینیا مخدوش از تقلب است.

در مورد دیگری که قضیه « Renner » نامیده شده زوج به حکم طلاق که از یکی از دادگاههای نوادا بنفع شوهرش صادر شده بود اعتراض کرد دادگاه اظهار نظر کرد که: « مجرد سوءظن تقلب نمی تواند موجب ابطال حکم شود. تقلب در هیچ مورد مفروض نیست مدعی وجود تقلب باید آنرا با دلایل قانع کننده ای ثابت کند. این دلیل باید متضمن این معنی باشد که عزیمت شوهر از ایالتی به ایالت دیگر بمنظور طلاق بوده است ».^(۱)

کامن لو، طلاق با رضایت طرفین را نمی پذیرد. تبانی زوجین برای بدست آوردن حکم طلاق همیشه مجرمانه و مانعی برای طلاق است خصوصاً وقتی که این تبانی متضمن تقلب نیز باشد. بعضی از ایالات برای جلوگیری از وقوع تقلب مقررات خاصی وضع کرده اند.

ایالات دلاوار- نیوجرسی- ویسکنسین دارای قانونگذاری واحدی هستند. فصل ۲۲ از موافقتنامه « وحدت مقررات ازدواج و طلاق » که عنوان آن « تقلب نسبت به قوانین این ایالات » می باشد مقرر می دارد: « در این ایالات دادگاهها اعتبار کامل به هر حکم ابطال نکاح و یا طلاق که بوسیله محکمه صلاحیتدار در هر یک از این ایالات صادر شده است خواهند داد در صورتیکه صلاحیت این محاکم بنحو مقرر در فصول ۷ و ۸ و ۹ و ۱۰ این موافقتنامه احراز شده باشد. فقط مورد تقلب مستثنی است.

یعنی اگر یکی از اتباع این ایالات به ایالت دیگری برود و هدف او گرفتن حکم طلاق بعللی که مربوط به زمان توقف زوجین در این ایالات بوده و یا به عللی که در این ایالات بعنوان علت طلاق مورد قبول نیست، باشد چنین حکمی هیچ اثر و اعتباری در این ایالات نخواهد داشت ». (ژولین ورپلا تس، ص ۱۱۸) بطور کلی تقلب نسبت به قانون در مسئله طلاق به دو مسئله اساسی مرتبط می شود. اول مسئله اقامتگاه، دوم دین معنی که وقتی شخصی از ایالتی به ایالت دیگر می رود که حکم طلاق بگیرد این امر دلیل بر نداشتن قصد حقیقی تغییر اقامتگاه تلقی شده است.^(۱)

در این موارد طلاق مورد قبول نیست چون شرط اساسی آن که ایجاد اقامتگاه قانونی است متفی می باشد.

۱ - ژولین ورپلا تس ، تقلب در حقوق بین الملل خصوصی ص ۱۱۰

۱ - پاره ای از ایالات نه تنها این نوع طلاق را که بطلاق مهاجرتی « Divorce migratoire » مشهور شده است ، بدون اعتبار دانسته اند ، بلکه اگر شوهر اقدام به ازدواج مجددی بنماید او را بعنوان تعدد زوجات بمجازات زندان محکوم کرده اند . دیوان عالی آمریکا برای ایجاد سازش و هماهنگی بین اصل اعتبار احکام در ایالات ، و جلوگیری از تقلب نسبت به قانون ، قاعده تجزیه بودن طلاق را عنوان کرده است . به این معنی که حکم طلاق اصولاً قابل انکار و باطل نیست . بنابراین نمیتوان این مرد را بعنوان زناى محصنه یا تعدد زوجات محکوم کرد ولی از نظر دیگر میتوان اعلام کرد که این شخص در قید ازدواج سابق خود باقی است . بنابراین باید به همسر سابق خود مانند موردی که طلاق واقع نمیشد نفقه بدهد و نیز همسر او حق ارث خواهد داشت . « حقوق ایالت متحده - آندره تنک ص ۸۵ و ۸۶ » بنظر ما این رویه همان غیر قابل استناد بودن عمل متقلبانه است که در حقوق فرانسه بعنوان سانکسیون مختص تقلب مورد قبول واقع شده است .

بعبارت دیگر صلاحیت دادگاه احراز نشده است. حتی اگر ملاک و معیار قانونی تحقق اقامتگاه موجود شده باشد باز باید مسئله قصد مورد نظر قرار گیرد.

مثلاً اگر ایالتی مدت زمان لازم برای ایجاد اقامتگاه را ۶ ماه قرار داده باشد هر چند گذشت این مدت اماره ای بر وجود قصد است ولی برای حصول اقامتگاه کافی نیست. دادگاهها هرگاه تقلب در کار باشد از قبول صحت این اقامتگاه خودداری می کنند و اماره مزبور را کافی نمی دانند.

مسئله دوم کیفیت احضار خواننده دعوی است. که اگر ابلاغ واقعی نبوده و از طریق مطبوعات باشد حکم طلاق را مضمون به تقلب می سازد. کامن لو انگلیس:

در حقوق انگلیس ایجاد اقامتگاه دارای شرایط سهل تری است. از جمله در موارد متعددی مجرد سکنی در محلی را به عنوان عامل تعیین قانون صلاحیت دار قبول کرده اند. معهذا احتیاطات کافی برای جلوگیری از ظهور تقلب نیز شده است. اگر اقامت در محلی منحصراً بمنظور بدست آوردن حکم طلاق باشد، اقامتگاه مزبور برای احراز صلاحیت دادگاه کافی نیست و عملاً مفهوم اقامتگاه جانشین محل سکنی شده است. زیرا مفهوم سکنی دارای صراحت کافی نیست. در یک مورد لرد گرنورث چنین اظهار عقیده میکند: « زن و شوهری که تبعه انگلیس هستند و در همانجا ازدواج کرده اند وقتی میخواهند از یکدیگر جدا شوند، از مرزهای انگلستان فقط بمنظور انحلال ازدواج عبور می کنند. دادگاه محل وقوع این طلاق می تواند مدتی را که شرط ایجاد اقامتگاه است کنترل نماید. اگر این شرط احراز شد دادگاه می تواند حکم به طلاق دهد و واضح است که این حکم در محدوده قلمروی دادگاه مزبور نیز اعتبار داشته باشد مگر اینکه این حکم وفق مقررات حقوق بین الملل عمومی صادر شده باشد اما دادگاههای یک دولت به اتباع دولت هم مرز و مجاور اجازه دهند که از آنها بعنوان دستاویزی برای فرار از موانع قانونی موجود در کشور خود در راه تحصیل طلاق استفاده شود و بدین وسیله خود را از قید تعهدات قبلی خلاص کنند واضح است که چنین مملکی را باید سرزمین تجاوز نام نهاد زیرا با استفاده از دادگاههای خود نسبت به اتباع کشور دیگر که هنوز دارای اقامتگاه در کشور خود هستند اعمال حاکمیت میکند و این اشخاص هم بمحض نیل به مقصود به کشور اصلی خود مراجعت می کنند. آیا ممکن است این عمل بدون خدشه به اعتبار و حاکمیت دولت همسایه و بدون اضرار به حقوق این دولت صورت گیرد. (ژولین وریلا تس ، تقلب در حقوق بین الملل خصوصی ص ۱۲۴)

۱- نکاح

عقد نکاح نیز همانند طلاق همیشه در معرض تقلب بوده است . علی الاصول قانون اقامتگاه در مورد نکاح نیز ملاک تعیین صلاحیت است . خصیصه قراردادی نکاح ایجاب میکند که طرفین آزادی کامل در انتخاب

محل وقوع عقد را داشته باشند ولی در صورتیکه انتخاب محل وقوع عقد مبتنی بر قصد تقلب باشد این آزادی محدود می شود.

در ایالت متحده آمریکا مقررات فراوانی برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در مسئله نکاح وضع شده است. از جمله ۵ ایالت قرارداد مشترکی در مورد تقلب منعقد کرده اند. که عبارتند از ایلی نوی، لوآزینا، ماساچوست، ورمانت، ویسکنسین، ماده اول این قرارداد مربوط به تقلب نسبت به قوانین داخلی و ماده دوم مربوط به تقلب نسبت به قوانین خارجی است.

ماده اول: کسانی که اقامتگاه آنها در یکی از این ایالات است و یا قصد اقامت در یکی از این ایالات را دارند اگر بر طبق قوانین این ایالات محجور یا ممنوع از نکاح باشند عقد نکاحی که بر خلاف این مقررات در ایالت دیگری منعقد شود باطل است و هیچ اثری بر آن مترتب نیست و مثل این است که ازدواج در این ایالات واقع شده است.

ماده دوم: کسی که مقیم در قلمروی ایالت دیگریست نمی تواند در ایالات ما اقدام به انعقاد نکاحی کند که در ایالت اصلی او باطل است و هر ازدواجی که با تخلف از این قاعده منعقد شود باطل و بلا اثر است. (ورپلا تس، ص ۱۲۶)

در ایالت کلرادو، قانونی وجود دارد که به موجب آن هر عقد نکاحی که در خارج از کلرادو بطور صحیح منعقد شده باشد در کلرادو باید صحیح و معتبر دانسته شود مگر در صورتی که این ازدواج منجر به تعدد زوجات شود.

ایالت جئورجیا: «هیچیک از مقررات مربوط به ازدواج در ایالت جئورجیا را نمی توان با رفتن به خارج از این ایالت و استفاده از قوانین ایالت دیگر بی اثر ساخت. ازدواجهائی هم که خارج از جئورجیا منعقد میشوند، اگر زوجین در حین عقد قصد اقامت در جئورجیا را داشته باشند مثل این است که ازدواج را در جئورجیا منعقد میکنند».

ایالت مین: «کسانی که در این ایالت سکنی دارند و بعلت قرابت یا نژاد از ازدواج ممنوع هستند، اگر برای ازدواج به خارج از این ایالت رفته و پس از ازدواج مراجعه نمایند و به عنوان زن و شوهر زندگی کنند به حداکثر ده سال زندان یا به جریمه و یا هر دو مجازات محکوم خواهد شد». در این مورد استثنائاً تقلب نسبت به قانون در ممنوعیت های مربوط به نکاح جنبه کیفری پیدا کرده است. نظیر همین مقررات در ایالات ویرجینیا و مونتانا و ایندیانا وضع شده است.

بطور کلی مسئله اهلیت در نکاح و اختلافاتی که در مقررات مختلف در این خصوص وجود داشته از علل اساسی تقلب بوده است.

اختلافات نژادی نیز یکی از موارد تقلب بوده است. ۱۹ دولت از ایالات متحده آمریکا دارای قوانینی بوده اند

که ازدواج بین نژادهای مختلف را منع میکرده است.^(۱)

دولتهای جنوبی غالباً گرفتار مشکل سیاهپوستی بوده و همیشه بر ضد ازدواج سیاه و سفید کوشش می کرده اند. ایالات غربی که در معرض هجوم نژاد زرد بوده اند، اقداماتی برای جلوگیری از اختلاط نژادها با نژاد سفید بعمل آورده اند. البته این مقررات و ضمانت اجرای آن در ایالات مختلف یکسان نبوده است و افراد برای فرار از این ممنوعیتها به ایالات دیگر می رفتند و بزوجیت یکدیگر در می آمدند. ولی محاکم اقامتگاه اصلی، همیشه از شناسائی صحت این ازدواجها امتناع کرده اند.

موردی که در محاکم ویرجینیا مطرح شد این بود که مرد سیاهپوستی با زن سفید پوستی به مدت ۱۰ روز به کلمبیا می روند و پس از ازدواج به ویرجینیا باز می گردند. این ازدواج متقلبانه دانسته شد. مسئله این بود که آیا قانون محل وقوع عقد باید اجرا شود و یا قانون اقامتگاه زوجین. دادگاه قانون اقامتگاه را به دلائل ذیل ترجیح داده است « اگر افراد بتوانند با عبور از یک خط فرضی و با اتکاء بر این امر که ازدواج در ایالت دیگری واقع میشود نسبت به قوانین بهداشتی (Salutaire) که ازدواج نژادهای مختلف را منع میکند تقلب نمایند سیاست جلوگیری از اختلاط نژاد و قوانین مربوط به آن مهمل و بی اثر خواهد شد و هیچ دولتی به اتباع خویش اجازه نمی دهد که با چنین تقلبی بقوانین او تجاوز کنند».^(۲)

اختلاف نرخ بهره در ایالات مختلف یکی از مجاری تقلب نسبت به قانون بود. افراد سعی داشتند قرارداد خویش را که بصورت سفته یا برای غیر آن بود تابع قانون ایالتی قرار دهند که بالاترین نرخ بهره را داشته است و بدین وسیله از منع قانونی و محدودیت نرخ بهره در ایالت خویش فرار کنند. واضح است که ابطال حيله در این مورد نیز تابع این است که قانون حاکم بر این قرارداد چه قانونی باشد و ملاحظات مربوط به قانون محل وقوع قرارداد و یا محل اجرای آن ملاک حل قضیه خواهد بود.

۱ - آندره تنک ، حقوق ایالات متحده آمریکا ، ترجمه دکتر سید حسین صفائی ، ص ۱۴۹

۲ - حقوق بین الملل خصوصی ، ورپلا تس ، ص ۱۳۶

فصل دوم:

مبحث نخست:

دلایل نظریه پذیرش تقلب نسبت به قانون

به نظر مخالفین قاعده جلوگیری از تقلب، دلیلی برای ابطال و بی اثر کردن تقلب در دست نیست. و لازم نیست محاکم هم وقت خود را مصروف بررسی صحت و سقم این اعمال کنند. این عده که از موافقین تقلب نسبت به قانون یا حيله حقیقی، در عالم حقوق هستند چنین استدلال می کنند.^(۱)

۱- خود قانون چنین امری را خواسته است. وقتی که قانون حق صلح را در زمان حیات بدون قید و شرط به اشخاص داده است، استیفاء چنین حقی را نمی توان خود سرانه محدود نمود. اگر قانونگذار غیر این می خواست خود پیش بینی های لازم را برای جلوگیری از تقلب معمول می داشت. به عبارت دیگر عملی که طبق مقررات و با اجازه قانون بوده است نمی توان آنرا تقلب نامید.^(۲)

به نظر دکتر سید حسن امامی نیز هرگاه امر غیر قانونی داعی بر ایجاد عقد شود، مثلاً شخصی که می خواهد پسر خود را مالک تمامی دارائی پس از مرگ خود بنماید و بقیه ورثه را از ارث محروم کند، چون وصیت به بیش از ثلث را قانون غیر نافذ دانسته، چنانچه پدر تمامی دارائی خود را به پسر صلح نماید و منافع آنرا برای خود نگه دارد، چنین عقدی صحیح می باشد.^(۳)

زیرا طرفین دارای اراده صحیح، حقیقی و انشائی بوده اند و نامشروع بودن داعی متعاملین در عقد تأثیری ندارد. در حقوق بین الملل خصوصی نیز همین اندیشه عنوان شده است. به عقیده بعضی همینکه در یک مملکت دو نفر تبعه خارجی تقاضای اجرای قانون دولت متبوع خود را می کنند و قانون مملکت مزبور نیز اجرای قانون خارجی را در مورد تقاضای آنان تجویز می کند دیگر محکمه نباید داخل این جزئیات شود که در نتیجه چه اقداماتی حق تقاضای مزبور را پیدا کرده اند.^(۴)

مثلاً هرگاه زوجین اسپانیایی تابعیت فرانسه را تحصیل بنمایند و در آنجا موفق به اجرای طلاق شوند و در محاکم اسپانیا بخواهند از این وضعیت خود استفاده بنمایند، محکمه اسپانیایی نباید دقیق شود و بررسی نماید که با چه هدفی آنها تابعیت فرانسه را تحصیل نموده اند. زیرا آنها فعلاً تبعه فرانسه هستند و قانون فرانسه بر احوال شخصیه آنها حاکم است. به عبارت دیگر هرگاه کسی وفق مقررات وضعیت جدیدی را برای خود بوجود آورده و از آن استفاده نماید عمل او را نمی توان و نباید و نباید به استناد تقلب به قانون

۱ - دلایلی که در این قسمت بعنوان موافقین و مخالفین تقلب نسبت به قانون ذکر می شود در جای معینی ذکر نشده بلکه با بررسی تالیفات حقوقی و فقهی جمع آوری شده و بعضی از آنها دلایلی است که ابتدائاً بنظر رسیده است.

۲ - رجوع شود به: دکتر محمود کاشانی، همان کتاب، صفحه ۱۷۳

۳ - دکتر امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، تهران چاپخانه اسلامی، نوبت هشتم، ۱۳۶۸، صفحه ۲۰۳

۴ - الماسی، دکتر نجاد علی، همان کتاب، صفحه ۱۷

مورد بررسی و توجه قرار داد. زیرا این غیر منطقی است مادامی که پذیرفته ایم قانون ملی فعلی طرفین باید بر روابط حقوقی آنها حاکم باشد، قانون ملی پیشین آنها را صرفاً با این استدلال که اجرای قانون ملی فعلی آنها بر اساس تمایل و تلاش ایشان می باشد آنرا رد کنیم. همانطور که در زمینه قراردادهای پذیرفته ایم قانون حاکم بر قرارداد می تواند بر اساس اراده طرفین و نه تابعیت آنها تعیین گردد. پس هرچند تئوری تقلب به عنوان یک قاعده حل تعارض، منطقی و لازم است به کار رود، لیکن معلوم نیست با چه استدلالی می توان افراد را از تغییر تابعیت یا اقامتگاه با این استدلال که هدفی را تعقیب نموده اند منع کرد. غیر قابل قبول است که اندیشه متقلبانه بتواند آثار تغییر اقامتگاه را به منظور حل تعارض قوانین باطل نماید.^(۱)

علاوه بر این هر تغییر تابعیتی لزوماً حاکمیت یک قانون جدید را به دنبال دارد و از بین بردن اثرات آن به بهانه اینکه کسب تابعیت به قصد تقلب بوده، به مفهوم انتخاب یکی و طرد دیگری است و این ترجیح بلا مرجح است.^(۲)

در پاسخ باید گفت اوامر و نواهی مقنن دایر مدار مصالحی است که مورد نظر قرار گرفته است و برای حفظ جامعه ضروری است. بنابراین نباید به افراد جامعه اجازه داده شود که به دلخواه با سوء استفاده از قانون مصالح جامعه را به بازی گیرند و قوانین را خنثی و بلا اثر گذارند.^(۳)

این استدلال که عملکرد اشخاص هرگاه محروم کردن از ترکه در تحت لوای صلح انجام پذیرد و یا طلاق با تابعیت و حاکم ساختن قانون دیگری صورت گیرد، استیفاء حق است و نمی توان آنرا تقلب نامید استدلال کاملی نیست، زیرا قانونگذار با توجه به مصالحی وصیت زائد بر ثلث را ممنوع نموده است که این مصالح باید مورد توجه قرار گیرد. پس چنانچه وضع قوانین دایر مدار مصالحی است که قانونگذار مورد نظر قرار داده و حفظ انتظام جامعه متوقف بر اجرای آن است، عقلاً و منطقاً نمی توان در مقابل حیل و تقلباتی که برای بی اثر گذاردن قوانین به کار می رود بی تفاوت بود.^(۴)

در پاسخ به این اشکال که هر تابعیتی همراه با حاکمیت یک قانون است و اگر بخواهیم برخی از این تابعیت ها را به بهانه اینکه قانون خارجی را حاکم بر احوال شخصیه نموده است آثارش را کان لم یکن بدانیم ترجیح بلا مرجح است گفته شده که: تقلب نسبت به قانون زمانی بوجود می آید که تغییر قانون به جای اینکه یک تغییر تابعیت ساده و سالم باشد هدف از آن آثاری غیر از آثار عادی مترتب بر تغییر تابعیت باشد.

1-Georges Dreyfus ,Op. cit,pp,155-171

2-Batiffol ,H, Op.cit,p 440 , n .372

۳ - دکتر کاشانی ، سید محمود ، همان کتاب ، صفحه ۱۷۴

۴ - الماسی ، دکتر نجاد علی ، همان کتاب ، صفحه ۱۴۰ و کاشانی ، دکتر محمود ، همان کتاب ، صفحه ۳

(هدف منحصرأ نفع طلبانه و منفعت جویانه)^(۱)

همانطور که در قضیه خانم دو بوفرمن هم وی به منظور گرفتن طلاق بر خلاف قانون فرانسه (بی اثر کردن قانون فرانسه) تابعیت آلمان را تحصیل کرده بود.^(۲)

۲- دخالت قاضی و تزلزل معاملات

مخالفین قاعده جلوگیری از تقلب در مقام ایراد می گویند: این قاعده یه این معنی است که قاضی رسیدگی کننده در جزئیات وارد شده و هدف و قصد اشخاص را مورد بررسی قرار دهد. زیرا بررسی صحت و فساد تقلب نسبت به قانون مستلزم این است که قصد و نیت متعاقبین و افراد را مورد تحقیق قرار دهیم که این امر موجب تزلزل و تعطیل معاملات و عقود می باشد. در حالی که اصل صحت و اصل لزوم قراردادها برای حفظ آن بوجود آمده است.^(۳)

(مواد ۲۱۹ و ۲۲۳ ق.م)

از این رو می گویند: قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون قاعده لازمی نیست و نباید برای آن اهمیت و آثاری قایل شد چه همینکه در کشوری دو نفر خارجی تقاضای اجرای قانون دولت متبوع خود را می نمایند و قانون کشور مزبور نیز اجرای قانون خارجی را در مورد تقاضای آنان تجویز می کند، دیگر حاکم قضیه نباید داخل این جزئیات شود که در نتیجه چه اقدامی حق تقاضای مزبور را پیدا کرده اند.

در پاسخ باید گفت دخالت قاضی نمی تواند مانعی تلقی شود. زیرا در نظم عمومی نیز این قاضی است که با در نظر گرفتن اصول کلی حقوقی و وضع اجتماعی آن محل و زمان، آزادانه مشخص می کند که چه قوانینی جزو نظم عمومی است و چه اصول و قواعدی با نظم عمومی کشوری مغایرت دارد.^(۴)

ژان دروپه دخالت نظم عمومی را به اختیار قضات و مبتنی بر نظر ایشان در اعتبار و ارزش شناسائی قانون خارجی دانسته است.^(۵)

بنابراین از حیث اظهار نظر قاضی و بررسی وی ایرادی وجود ندارد، همانطور که به تئوری نظم عمومی ایرادی وارد نشده است. لیکن از نظر تزلزل معاملات و نقض اصل صحت و لزوم قراردادها، چون باید تقلب محرز گردد و دلائلی بر وجود آن اقامه گردد. نباید خطری متوجه افرادی که صحیحاً معامله می کنند باشد

۱- Le but exclusive de l'interesse , civ,19 juillet 1875

هر نقض قانونی مورد ضمانت واقع نمی شود . وقتی نقضی مورد ضمانت واقع می شود که طرفین قانونی را مورد تقلب قرار دهند .

۲- Ber nard Audit.Op.cit.p.163,n.217

Batiffol,H.Op.cit.p.372.n.440

۳ - الماسی ، دکتر نجاد علی ، همان کتاب ، ص ۱۳۹ و کاشانی ، دکتر محمود ، همان کتاب ، ص ۱۷۳ و اعلام الموقعین ، جلد سوم ص ۱۳۵

۴ - تورج افسر ، همان کتاب ، صفحه ۲۸

۵- Jean Derruppe.Op.cit,p,67

ولی در هر صورت این امر باید مورد توجه بیشتر قرار گیرد.

۳- قانونگذار خود صریحاً مواردی از حيله را پيش بيني کرده است و اين امر دليل بر جواز و صحت حيله بطور مطلق می باشد. برای مثال بر طبق ماده ۶۵۳ قانون مدنی (مقترض می تواند بوجه ملزومی به مقترض وکالت دهد در مدتی که قرض بر ذمه او باقی است مقدار معینی از دارایی مدیون را در هر ماه یا هر سال مجاناً به خود منتقل کند). چون ربا در شرع اسلام حرام بوده قانون مدنی با این وسیله راه را برای قانونی کردن باز کرده است باین نحو که مقترض بوجه ملزومی بطلبکار وکالت دهد مادام که قرض بعهده او باقی است مقدار معینی از اموال مدیون را که در واقع به میزان بهره قرض است و طرفین نسبت به آن توافق کرده اند هر سال یا هر ماه مجاناً به خود تملیک کند، اعم از اینکه تملیک از طریق صلح یا هبه یا معامله دیگر باشد. این ماده و نمونه های دیگری که در قانون پیش بینی شده دلالت بر جواز مطلق حيله می کند.

۴- ماکیاول عقیده داشت که: هر وسیله ای که ما را به هدف نزدیک سازد جائز و مشروع است. به عبارت دیگر اگر چه این وسایل ذاتاً فاسد و غیر صحیح باشند. ولی چون واسطه نیل به یک هدف مشروع قرار گرفته اند، مشروعیت هدف به آنها سرایت می کند.

در جواب، مخالفین صحت تقلب گفته اند: این عقیده اگر به نحو مطلق مورد قبول قرار گیرد مال "ا" منتهی به زیر پا نهادن قوانین اخلاقی می شود مورد قبول واقع نشده، چنانکه، ژرژدل و کیو، میگوید: « توصیه این وسایل نامشروع که از نظر اخلاق بسیار مذموم است، آثار ماکیاول را از نظر اهل بصیرت انداخته تا آنجا که ماکیاولیسم دارای معنایی پست و کوچک شده و در عبارت زیر خلاصه می شود: تجویز هر وسیله که ما را به هدف نزدیک نماید».

البته در این نظر ایرادات قابل توجهی مطرح می باشد اول اینکه در مورد فوق استفاده از یک وسیله غیر قانونی مطرح، در حالیکه در تقلب نسبت به قانون استفاده از یک وسیله قانونی مطرح است، دوم اینکه در نظر ماکیاولی برای رسیدن به یک هدف قانونی است در حالیکه در تقلب برای رسیدن به یک هدف غیر قانونی مطرح می باشد.

۵- اصل حاکمیت اراده در حقوق کشورها

در برخی کشورها قانونگذار اصل حاکمیت اراده را پذیرفته و افراد می توانند آزادانه قانون صالح و یا حتی اموری را در قراردادهایشان به اراده خود پیش بینی کنند و یا تغییر دهند.

سوئیس: کشور سوئیس دارای یکی از پیشرفته ترین و جامع ترین قوانین حقوق بین الملل خصوصی است با وجود اینکه مسئله قانون حاکم در قانون تعهدات آن کشور و قوانین متعدد فدرال پیش بینی گردیده بود، مع الوصف بلحاظ درک ضرورت توسعه تجارت بین الملل و نیاز روزافزون جامعه سوئیس، قانون جامعی به عنوان قانون بین الملل خصوصی در ۱۸ دسامبر سال ۱۹۸۷ به تصویب نهایی مجلسین شورا و سنا رسید که از اول ژانویه ۱۹۸۹ قابل اجرا گردید. این قانون شامل ۲۰۰ ماده است که قریب به نصف آن مربوط به

تعارض قوانین به معنای اخص آن است. حدود ۶۰ ماده آن مربوط به تعارض دادگاهها و ۳۰ ماده آن مربوط به شناسایی و اجرای احکام خارجی و بقیه مواد آن مربوط به مقررات داوری بین المللی، ورشکستگی، اموال و شرکتهاست. این قانون حاوی پیشرفته ترین تفکرات مطروحه در حقوق بین الملل خصوصی است. حاکمیت اراده بشكل گسترده ای در این قانون پذیرفته شده است که ذیلاً به آن اشاره می شود:

۱- صدر بند یک ماده ۵ قانون در خصوص صلاحیت محاکم مقرر می دارد: « نسبت به دعاوی موجود و یا دعاوی مربوط به منافع ناشی از یک رابطه حقوقی مشخص، طرفین می توانند نسبت به محکمه صلاحیت دار توافق کند» در بند ۳ همین ماده آمده است « دادگاه انتخاب شده توسط طرفین نمی تواند صلاحیت خود را کاهش دهد یا رد کند».

امروزه انتخاب دادگاه صالح در قوانین کشورها کمتر به اراده طرفین واگذار می گردد و عموماً کشورها در این خصوص دارای قواعد آمره ای می باشند. در حقوق انگلیس چنانچه طرفین قرارداد بین المللی دادگاه انگلیس را صراحتاً برای حل و فصل اختلافات خود انتخاب کرده باشند، چنانچه قرارداد بنوعی ولو ضعیف به کشور انگلیس مرتبط باشد و یا در صورتیکه قانون حاکم نیز قانون انگلیس باشد محاکم آنرا معتبر اعلام و نسبت به رسیدگی دعوی اقدام خواهند کرد ولو اینکه قواعد حل تعارض مقررات دیگری داشته باشد.^(۱)

۲- ماده ۴۸ قانون در قسمت اموال ناشی از زوجیت مقرر می دارد:

« قانون حاکم بر اموال ناشی از زوجیت قانونی است که زوجین انتخاب کرده اند. زوجین می توانند قانونی را از بین قوانین محل اقامتگاهشان یا اقامتگاهی که بعد از ازدواج خواهند داشت و یا قانون یکی از کشورهای متبوعشان را انتخاب کنند» تقریباً در غالب کشورها رژیم مالی زوجین تابع قانون متبوعشان و یا قانون اقامتگاهشان می باشد و بسته به اینکه این کشورها تابع سیستم خون و یا تابع سیستم خاک باشند دارای مقررات مختلفی می باشند، لکن در کشورهای دسته اول عموماً با وضع قواعد آمره رژیم مالی زوجین تابع قانون متبوعشان است و در کشورهای دسته دوم نیز تابع اقامتگاه زوجین. ولی زوجین حق انتخاب یکی از دو قانون را ندارند. اما محاکم انگلیس در موارد نادری قانون منتخب و قانون مناسب را نیز در روابط مالی زوجین قابل اعمال دانسته اند.^(۲)

در ماده ۴۸ اراده طرفین بشكل محدود پذیرفته شده است و آنها حق دارند فقط قانون اقامتگاه مشترک و یا قانون اقامتگاه بعد از ازدواج و یا قانون متبوع یکی از زوجین را انتخاب کنند و از انتخاب قوانین دیگر کشورها محرومند. در بند ۳ ماده ۵۳ قانون در همین خصوص آمده است: « قانون انتخاب شده توسط زوجین قابل اعمال است تا زمانیکه زوجین قانون دیگری انتخاب کند و یا انتخاب قبلی را لغو کنند».

1-(graveson.Op.Cit.p.p.425-427.Chity on contract.Op.Cit.p.p 739-837)

2- N.J.G. Antony. Op.Cit.p.p.19-22

۳- بند ۲ ماده ۹۰ در حقوق ارثیه مقرر می دارد: « در هر حال یک فرد خارجی می تواند از طریق وصیت نامه و یا یک پیمان توارثی ترکه خود را تابع قانون متبوع خود کند».

در بند ۱ این ماده ترکه متوفی را تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی دانسته و به موجب بند ۲ این آزادی را برای خارجیانی قائل شده است تا منحصراً حق انتخاب قانون آخرین اقامتگاه یا قانون متبوع خود را داشته باشند. در این باره اراده متوفی یا موصی بصورت محدود پذیرفته شده است.

۴- ماده ۱۰۴ در خصوص قانون قابل اعمال نسبت به اموال منقول مقرر می دارد: « طرفین می توانند تحصیل یا ترک حقوق نسبت به اموال منقول را تابع قانون مبدأ یا مقصد کالا و یا قانونی که کالا بر اساس آن معامله شده است کنند».

۵- در بند ۱ ماده ۱۰۵ مقرر می دارد:

« به رهن گذاشتن عین مرهونه ، تضمینات و دیگر حقوق تابع قانون منتخب طرفین است».

۶- در بند ۲ ماده ۱۱۰ در خصوص قانون اعمال در اموال معنوی مقرر می دارد: « برای ادعاهای مربوط به نقض حقوق اموال معنوی طرفین در هر زمانی پس از وقوع خسارت می توانند توافق کنند که قانون مقر دادگاه اعمال شود».

۷- در بند ۱ ماده ۱۱۶ در باب قانون قابل اعمال در قراردادها مقرر می دارد: « قراردادها تابع قانون منتخب طرفین است انتخاب قانون باید صریح باشد و یا بطور روشن و مشخص مستند به توافق طرفین یا اوضاع و احوال باشد. انتخاب قانون حاکم می تواند در هر زمان صورت گیرد یا عوض شود. اگر قانونی پس از انعقاد قرارداد انتخاب شد و یا پس از انعقاد قرارداد قانون منتخب عوض شد آثار آن عطف به ماسبق می شود و حقوق اشخاص ثالث از زمان انعقاد قرارداد محفوظ خواهد ماند». و در موارد متعدد دیگری نظیر بند ۱ ماده ۱۱۹ در خصوص اموال غیر منقول، بند ۳ ماده ۱۲۱ در مورد قراردادهای استخدامی، بند ۲ ماده ۱۲۲ در مورد قراردادهای مربوط به اموال معنوی، ماده ۱۲۸ در خصوص قانون قابل اعمال در ادعاهای دارا شدن غیر عادلانه و ماده ۱۳۳ در باب جبران خسارت اراده طرفین را بشکل محدود و مطلق پذیرفته است.

فرانسه:

«دومولون» حقوقدان قرن شانزدهم فرانسه نخستین کسی است که تئوری حاکمیت اراده در تعیین قانون حاکم بر قرارداد را به شکل منظم و با نتایج منطقی آن طرح کرده است. «دو واری سومیر» حقوقدان قرن نوزدهم فرانسوی در تفسیر مبانی نظریه خود دال بر «اصل درون مرزی بودن قوانین» استثنائات وارده بر این اصل را بر می شمرد و یکی از آن استثنائات را حقوق قراردادهای می داند. وی می گوید مسائل مربوط به قراردادهای تابع قصد متعاملین است و قراردادهای همواره مشمول قوانینی است که طرفین انتخاب کرده اند. پروفیسور باتیفول یکی از حقوقدانان برجسته قرن اخیر فرانسه از نقش اساسی حاکمیت اراده در راهنمایی محاکم و مراجع داور در یافتن قانون مناسب حمایت کرده است. گرچه وی نقش مستقلی برای قانون

منتخب قائل نیست، معذالک معتقد است زمانیکه قانونی انتخاب می گردد این انتخاب، یکی از شاخص ترین عواملی است که قاضی با توسل به آن می تواند قانون حاکم را انتخاب کند. امروزه محاکم فرانسوی قانون منتخب را در صورتیکه منازعه ای با نظم عمومی نداشته باشد و ارتباط معقولی با قرارداد داشته باشد معتبر می داند. محاکم فرانسوی از سال ۱۹۱۰ میلادی به بعد موضوع معین خود را در پذیرش قانون منتخب در آراء خود اتخاذ کرده اند.^(۱)

در ماده ۱۴۹۶ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۹۸۱ آمده است:

« داور دعوی را مطابق قواعد حقوقی منتخب متعاملین حل و فصل می کند. در صورت فقدان چنین انتخابی حل و فصل دعاوی طبق قواعدی خواهد بود که به اعتقاد وی مناسب باشد. در کلیه موارد داور رسوم بازرگانی را در نظر می گیرد.^(۲) »

انگلیس:

اراده طرفین به جدیدترین مفهومی و متنوع ترین نوعش مورد توجه دانشمندان حقوق بین الملل خصوصی انگلیس قرار گرفت. طرح دکترین قانون مناسب که به مفهوم جدید آن مبتنی بر حاکمیت اراده است قریب به صد سال قبل از سوی حقوقدانان و نویسندگان انگلیسی مطرح گردید، گرچه محاکم انگلیسی هنوز هم در اعمال قانون منتخب در مواردی که قانون مزبور قانون خارجی باشد ولی محل انعقاد قرارداد و اجرای آن در انگلیس باشد اکراه دارند،^(۳) مع الوصف، در آراء محاکم به شکل متنوعی مسئله حاکمیت اراده پذیرفته شده است.

در کنوانسیون راجع به تعهدات برواتی مصوب ۱۹۷۳ و کنوانسیون قانون قابل اعمال در تعهدات قراردادی مصوب ۱۹۸۰ که طرح آن از سوی انگلیس تدوین و مورد پذیرش عده ای از کشورهای اروپایی از جمله انگلیس قرار گرفته است و در آن بشکل رسمی حاکمیت اراده طرفین در انتخاب قانون حاکم در آن منظور شده است بیانگر موضع روشن سیستم قضایی انگلیس در باب حاکمیت اراده است.

کشور انگلیس به کنوانسیون ۱۹۶۵ در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری دولتها و اتباع

۱ - الماسی، دکتر نجاد علی، پیشین صفحات ۲۰۵ و ۲۰۸

۲ - ایودرن « Yves Derains » نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوی در داوری بین المللی، ترجمه دکتر محمد اشتری، مجله حقوقی شماره ۹، انتشارات دفتر خدمات حقوقی بین الملل، صفحه ۱۷۵.

۳ - هرگاه دعوی ناشی از روابط قراردادی در یکی از محاکم انگلیس مطرح می گردید و یکی از طرفین تبعه یا مقیم آن کشور بود و در عین حال طرفین قانون کشور دیگری غیر از قانون انگلیس را بعنوان قانون حاکم انتخاب می کردند محاکم انگلیسی چنین انتخابی را نادیده گرفته و قانون انگلیس را به عنوان قانون مقرر دادگاه Lex Fori اعمال می کردند. محاکم در توجیه این روند چنین استدلال می کردند که در مواردی که صرفنظر از قواعد حل تعارض و اراده طرفین، موضوع مرتبط با سیستم حقوقی انگلیس باشد خصوصاً اینکه یکی از طرفین قرارداد تبعه و یا مقیم انگلیس باشد با اجرای قانونی غیر از قانون انگلیس هیچ تضمینی در حفظ و تأمین حقوق آنان وجود ندارد.

Chitty On contract . Op.Cit.p.p.833.834.846.

دیگرکشورها ملحق شده است. صدر ماده ۴۲ کنوانسیون مزبور اراده طرفین در تعیین قانون حاکم را پذیرفته است که این امر نکته دیگری بر موضع آن کشور در قبال حاکمیت اراده است.^(۱)
امریکا:

در امریکا محاکم عمدتاً قوانینی را اجرا می کردند که در ایجاد و اجرای قرارداد نقش محلی و فیزیکی داشت و غالباً به تأثیر از این تفکر از دو عامل ارتباط قانون محل انعقاد قرارداد (Lex Loci Contractua) و محل اجرای قرارداد (Lex Loci Solutionis) برای تعیین قانون حاکم استفاده می شد. دخالت اراده طرفین در تعیین قانون حاکم، نوعی دخالت در دادرسی محسوب می گردید، اما از سال ۱۹۴۰ به بعد رویه قضایی متحول گردید و محاکم بتدریج اراده متعاقدين را مؤثر در روابط قراردادی آنان دانستند. قضات محاکم این تفکر را که دخالت اراده طرفین در تعیین قانون دخالت در جریان دادرسی و سیستم قانونگذاری است را رد کردند و اراده طرفین در تعیین قانون حاکم را نوعی مساعدت به محاکم در یافتن متناسب و رفع ابهامات و جبران نارسائی در رویه قضایی تلقی کردند. در بند دوم بخش ۱۸۷ شرح قوانین دوم ۱۹۷۱ آمده است:

«جز در موارد ذیل قانون ایالت منتخب طرفین بر حقوق و تعهدات طرفین اعمال خواهد شد».

الف - ایالت منتخب پیوند ماهوی با طرفین و یا قرارداد مربوطه نداشته باشد و دلیل قانع کننده ای برای قرارداد وجود نداشته باشد.

ب - اعمال قانون منتخب منجر به نقض قواعد و نظم عمومی ایالتی گردد که با قرارداد مربوطه علائق و پیوندهای بیشتری دارد.^(۲)

با توجه به مراتب فوق، ملاحظه می شود هم در حقوق داخلی کشورها

(در ماده ۷ قانون مدنی ژاپن نیز چنین آمده است:

« قانون حاکم بر ایجاد و آثار اعمال حقوقی را اراده طرفیت تعیین خواهد کرد».

و هم در کنوانسیونهای بین المللی اراده طرفین دارای جایگاه اساسی و خاصی است، حال باید دید حدود اراده طرفین چقدر است و چه عواملی آنرا محدود می سازد.

حدود اراده طرفین و محدودیتهای حاکم بر آن

پس از پذیرفتن حاکمیت اراده در حقوق کشورها، مسئله مهمی که مطرح می گردد این است که حدود اراده طرفین کجاست؟ آیا طرفین صرفاً در قلمروی قواعد تفسیری حق انتخاب دارند و آیا می توانند

۱ - اندیشه هایی در خصوص عهد نامه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دیگر دول، ترجمه دکتر علی منصوریان، مجله حقوقی شماره ۹ دفتر خدمات حقوق بین المللی.

2- Restatement .Conflict of laws .Ch.8.p.p.183-185.R.W.Cases& Materials on onfict of laws.p.p 574-576 .

برخلاف قواعد آمره توافق کنند؟ آیا اشخاص فقط در حقوق قراردادهای و بعبارت دیگر در تنظیم روابط قراردادی خود حق انتخاب دارند و یا در دیگر موضوعات حقوق بین الملل خصوصی نظیر احوال شخصیه، اقامتگاه، تابعیت و غیره نیز از چنین آزادی برخوردارند؟ آیا طرفین می توانند توافق کنند که قراردادهای آنها به تنهایی برای ایجاد تعهد و تعهدات مقابل و حل و فصل منازعات کافی باشد یا اینکه لزوماً باید یکی از قوانین ملی را انتخاب کنند؟ آیا طرفین می توانند چندین قانون را برای حکومت بر قرارداد انتخاب کنند و یا فقط حق انتخاب یک قانون را دارند؟ آیا طرفین می توانند از انتخاب قبلی خود عدول کنند و قانون دیگری را جایگزین کنند.

اما آیا حاکمیت اراده فقط در حقوق قراردادهای پذیرفته شده است و یا در سایر موضوعات هم قابل طرح است، باید گفت جایگاه اصلی حاکمیت اراده در حقوق قراردادهای، فلذا در قراردادهای و آنچه به موجب توصیف در دسته ارتباط قراردادهای قرار می گیرد می تواند متعلق اراده طرفین قرار گیرد. البته در قراردادهای خاص نظیر قراردادهای راجع به اموال غیر منقول، قراردادهای بیمه، قراردادهای کار، حمل و نقل هوایی، دریائی و زمینی و قراردادهای استخدام و غیره اراده طرفین نفوذ چندانی ندارد و یا نقش ضعیفی را ایفا می کند و اینگونه قراردادهای بیشتر تابع قواعد آمره کشورهای ذیربط و کنوانسیونهای بین المللی است.

اما امروزه نقش اراده طرفین تنها در حقوق قراردادهای محدود نمی شود. در بررسی قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس نشان دادیم که اراده طرفین در طیف وسیعی در موضوعات مختلف مورد پذیرش سیستم قانونگذاری سوئیس قرار گرفت. در موضوعاتی نظیر صلاحیت محاکم، رژیم مالی زوجین، حقوق ارثیه، حقوق ناظر به اموال منقول و غیر منقول، حقوق ناظر بر اموال معنوی، قراردادهای استخدام، مسئولیت مدنی، دارا شدن غیر عادلانه و به شکل مطلق و محدود اراده طرفین مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. در حقوق انگلیس نیز در اموال و رژیم مالی زوجین در شرایط خاص، حاکمیت اراده پذیرفته شده است.^(۱)

در خصوص اینکه آیا طرفین می توانند توافق کنند که فقط قراردادهای آنها در ایجاد حقوق و تعهدات طرفین کافی باشد و قاضی در مقام حل و فصل به هیچ قانون ملی رجوع نکند و فقط به استناد مفاد قرارداد اختلافات را حل و فصل کند، موضوع محل تردید است. دیوان تمیز فرانسه در رأی خود چنین اظهار نظر کرده است که طرفین حق دارند قسمتی از مقررات را انتخاب و قسمت دیگر را رها کنند ولی جایز ندانسته است که قرارداد به تنهایی برای ایجاد حقوق و تعهدات طرفین کافی باشد، بلکه چنین اظهار نظر کرده است که « هر قرارداد الزاماً تابع قانون بخصوصی خواهد بود ».^(۲)

1-Chitty on Contract Op .Cit.p.p.835-837. N.J.B.Antony.Op.Cit.p.p.36-39 .Dicey& Morris.Op.Cit.p.840

۲ - (الماسی، دکتر جناد علی، پیشین، صفحات ۹۰ و ۲۱۰)

امروزه در داوری بین المللی طرفین این اجازه را دارند از انتخاب قانون ملی کشورها بعنوان قانون حاکم خودداری کند و داور را مکلف کنند که طبق اصول حقوق بین الملل خصوصی، آداب و رسوم تجاری بازرگانان دعاوی مطروحه را حل و فصل کنند. طرفین می توانند از بین قوانین کشورهای که با قرارداد رابطه نزدیکی دارند قانون دو یا چند کشور را بعنوان قانون حاکم انتخاب کنند، بعنوان مثال، توافق کنند قانون محل وقوع عقد بر ایجاد قرارداد، قانون محل اجرای قرارداد بر چگونگی اجرای قرارداد و اختلاف مربوطه حاکم باشد. طرفین می توانند از انتخاب قبلی خود عدول کنند و قانون دیگری را جایگزین قانون قبل کنند و حتی می توانند با لغو قانون منتخب، انتخاب قانون حاکم را به دادگاه و یا مرجع داوری بسپارند. بند ۳ ماده ۱۱۶ قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس در باب قانون قابل اعمال در قراردادها مقرر می دارد:

« انتخاب قانون حاکم می تواند در هر زمانی صورت گیرد و یا در هر زمانی عوض شود. اگر قانون پس از انعقاد قرارداد انتخاب شد و یا پس از انعقاد قرارداد جایگزین قانون قبلی گردید آثار آن عطف به ما سبق می شود و از زمان انعقاد قرارداد حقوق اشخاص ثالث محفوظ خواهد بود».

بند ۲ و ۳ ماده ۵۳ همین قانون در باب قانون اعمال در رژیم مالی زوجین مقرر می دارد:

« قانون می تواند در هر زمانی از سوی طرفین انتخاب شود و یا هر زمانی قانون منتخب عوض شود. اگر انتخاب بعد از انعقاد نکاح انجام شده باشد از لحظه انعقاد عقد نافذ است مگر اینکه زوجین بطریق دیگری توافق کرده باشند».

اما باید گفت: نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در هر جا که صحبت از حاکمیت اراده کرده اند، قانون منتخبی را معتبر دانسته اند که مبتنی بر حسن نیت باشد، فلذا چنانچه طرفین یا یکی از آنها با سوء نیت و با توسل به حيله، قانون حاکم را انتخاب کنند این انتخاب باطل خواهد بود.^(۱)

در حقوق فرانسه هرگاه قرارداد در کشور فرانسه منعقد گردد و محل اجرای آن نیز در فرانسه باشد توافق در مورد صلاحیت قانون خارجی ممکن است تقلب در انتخاب قانون صلاحیتدار تلقی و از سوی محاکم باطل

1- Provided that the choice is bona fide . legal and not contrary to public policy . the parties to a contract are free to choose the law by which it is to be governed.Q. & A.Conflict ;aws . 1969 . p.p.29,30

و بلا اثر اعلام شود.^(۱)

گفتار دوم:

ارزیابی دلایل

ما در این قسمت به ارزیابی دلایل این گروه می پردازیم و ایرادات و پاسخهای وارده بر هر دلیل را به صورت مختصر ذکر می کنیم.

۱- در پاسخ به دلیل اول که می گوید: خود قانون چنین امری را خواسته و وصیت مازاد بر ثلث را جایز ندانسته ولی راهی برای فرار از این مورد پیش بینی کرده که همان صلح اموال با حق انتفاع عمری می باشد، باید گفت اوامر و نواهی مقنن دائر مدار مصالحی است که مورد نظر قرار گرفته است و برای حفظ جامعه ضروری است.^(۲) پس چنانچه وضع قوانین دائر مدار مصالحی است که قانونگذار مورد نظر قرار داده و حفظ انتظام جامعه متوقف بر اجرای آن است، عقلاً و منطقاً نمی توان در مقابل حیل و تقلباتی که برای بی اثر گذاردن قوانین به کار می رود بی تفاوت بود.^(۳)

در پاسخ به این اشکال که هر تابعیتی همراه با حاکمیت یک قانون است و اگر بخواهیم برخی از این تابعیت ها را به بهانه اینکه قانون خارجی را حاکم بر احوال شخصیه نموده است آثارش را کان لم یکن بدانیم ترجیح بلا مرجح است گفته شده که: تقلب نسبت به قانون زمانی بوجود می آید که تغییر قانون به جای اینکه یک تغییر تابعیت ساده و سالم باشد هدف از آن آثاری غیر از آثار عادی مترتب بر تغییر تابعیت باشد. (هدف منحصرأ نفع طلبانه و منفعت جویانه).^(۴)

همانطور که در قضیه خانم دو بوفرمن هم وی به منظور گرفتن طلاق بر خلاف قانون فرانسه (بی اثر کردن

۱- از دیگر محدودیتهای حاکم بر اراده طرفین می توان به :

۱- بی ربط بودن قانون : هرگاه قانونی که توسط طرفین برای حکومت بر قرارداد انتخاب می گردد ربط اعتباری یا فیزیکی با قرارداد نداشته باشد ، بعنوان مثال قراردادی که بین تبعه انگلیسی و آلمانی در مکزیک منعقد می گردد و محل اجرای قرارداد در کشور انگلیس باشد ، حال اگر طرفین بموجب شرطی در قرارداد قانون کشور آمریکا را برای حکومت بر قرارداد انتخاب کنند ، گفته می شود که قانون منتخب بی ربط است ، فلذا این انتخاب بلا اثر اعلام خواهد شد . البته امروزه در داوری بین المللی این تئوری پایگاهی ندارد و طرفین آزادند قانون کشور بی ربطی را انتخاب کنند و حتی می توانند از انتخاب قانون ملی خودداری و داور را مکلف به حل و فصل اختلافات به استناد انصاف و روش کدخدانشانه کنند و یا داور را مکلف کنند تا بر اساس حقوق فراملی بازرگان رأی دهند .

قانون منتخب با مفهوم عدالت و انصاف قانون مقر دادگاه در تضاد نباشد محاکم انگلیسی از اجرای قانون منتخبی که مفاد آن مخالف با روح حاکم به انصاف و عدالت حقوق انگلیس باشد خودداری خواهند کرد . این امر در ماده ۱۹ قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس نیز پذیرفته شده است . C.V.Stephen . Op.Cit.p.34

۲- دکتر کاشانی ، سید محمود ، همان کتاب ، صفحه ۱۷۴

۳- الماسی ، دکتر نجاد علی ، همان کتاب ، صفحه ۱۴۰ و کاشانی ، دکتر محمود ، همان کتاب ، صفحه ۳

4- Le but exclusive de linteresse , civ,19 juillet 1875

هر نقض قانونی مورد ضمانت واقع نمی شود . وقتی نقضی مورد ضمانت واقع می شود که طرفین قانونی را مورد تقلب قرار دهند .

Bernard Audit. Op.cit , p ,163 . n ,217

قانون فرانسه) تابعیت آلمان را تحصیل کرده بود.^(۱)

۲- در رابطه با دلیل دوم که عنوان می کنند ، اعمال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون نوعی دخالت قاضی در معاملات می باشد و در واقع قاضی باید با قصد و نیت درونی افراد در معاملات آگاه شود که این باعث تزلزل معاملات می شود.

در پاسخ باید گفت صرفنظر از قدرت و توانایی قاضی نسبت به نیت و قصد درونی افراد، دخالت قاضی نمی تواند مانعی تلقی شود. زیرا در نظم عمومی نیز این قاضی است که با در نظر گرفتن اصول کلی حقوقی و وضع اجتماعی آن محل و زمان، آزادانه مشخص می کند که چه قوانینی جزو نظم عمومی است و چه اصول و قواعدی با نظم عمومی کشوری مغایرت دارد.

ژان دروپه دخالت نظم عمومی را به اختیار قضات و مبتنی بر نظر ایشان در اعتبار و ارزش شناسایی قانون خارجی دانسته است.^(۲)

۳- در پاسخ به دلیل سوم که می گوید قانونگذار مواردی از تقلب را پیش بینی کرده است، باید گفت: ممکن است مقنن مواردی از حيله و تقلب را پیش بینی کرده باشد. ولی باید دانست که اولاً این موارد بسیار معدود و ثانیاً استثنائی و برخلاف اصل میباشد. برای مثال ماده ۶۵۳ قانون مدنی که موافقین حيله به آن اشاره کرده اند در شرایطی وضع شده که قانونگذار حقیقتاً طرفدار قانونی شدن بهره بوده است. ولی ملاحظات اجتماعی زمان تصویب قانون مدنی اجازه نمی داده است که این موضوع صریحاً پیش بینی شود لذا قانونگذار چاره ای اندیشیده و در واقع با تصویب این ماده به عرف رایج در میان مردم که عمل بحيله بوده صحنه گذارده است و به هیچ وجه نمی توان نقض غرضی را در این مورد به مقنن نسبت داد. زیرا تا زمان تصویب قانون مدنی در هیچ مورد قانون ربا و بهره را منع نکرده است و وضع این ماده نشان می دهد که غرض حقیقی او برقرار کردن بهره بوده است نهایت اینکه آنرا بطور غیر مستقیم وضع کرده است. بنابراین حيله در این مورد کاملاً استثنائی است و نمی توان آنرا تعمیم داده و دلیل صحت و جواز مطلق حيله قرار دهیم. همین مورد استثنائی هم به محض قانونی شدن بهره ارزش خود را از جمیع جهات از دست داده است بطوریکه می توان ادعا کرد که با اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ این ماده و حيله مذکور در آن بکلی نسخ شده است.

صرفنظر از ملاحظات اساسی مزبور، در مقابل موارد نادر و محدودی که حيله تجویز شده، موارد زیادی وجود دارد که مقنن بطور صریح قائل به بطلان حيله شده است. از این قبیل است مواد متعدد قانون ثبت که از بیع شرط و سایر معاملات صوری سلب اعتبار کرده و آنها را قرض ساده شمرده است که در واقع کشف

۱- Batiffol, H. Op. cit. p. 372, n. 440 Bernard Audit. Op. cit. p. 163, n. 217

۲- Jean Derruppe. Op. cit. p. 67

از حيله کرده است. همينطور است موادى که در قانون مالک و مستاجر و قانون آئين دادرسى مدنى و مواد متعددى که قانون مدنى و حتى قوانين جزائى براى ابطال حيله پيش بينى کرده اند و موارد مهم آن اشاره شد بطوريکه مى توان از مجموع آنها يک قاعده کلى مبنى بر بطلان مطلق حيله را انتزاع کرد و بفرض اينکه چنين قاعده اى قابل استنتاج نباشد موارد مزبور که حيله در آنها منع شده با موارد نادر و معدودى که حيله در آنها تجويز شده تساقط مى کند و در اينصورت مقتضاي قاعده و اصل بطلان حيله است. چه با عنايت بدلائلى که گفته شد حيله موافق اصول و قواعد حقوقى نيست و اگر استثنائاً در موردى تجويز شده باشد، طبق اصل کلى بايد بمورد خاص آن محدود شود و قابل سرايت و توسعه بموارد ديگر نيست. صاحب حدائق در مورد حيله قائل بهمين معنى است و آنرا بر خلاف اصل ميداند. ترجمه عبارت او در اين خصوص چنين است: «اگر نص خاصى بر جواز حيله اى موجود نباشد عمل بحيله و ترتيب اثر بدان خالى از اشکال نيست و اين امر از آنچه خداوند تعالى در قرآن کریم از يهود در قضيه اصحاب سبت حکايت فرموده ظاهر ميشود». در بين فقهاى اماميه اعلام اين نکته که حيله مخالف اصول فقهى است، گام مهمى است که توسط مولف مزبور در جهت مخالفت با حيله برداشته شده است.

به هر حال از آنچه تا کنون گفتيم و از آنچه بعداً خواهد آمد اين موضوع واضح تر مى شود.

۴- در پاسخ به دليل چهارم طرفداران اين نظريه، که هدف مشروع، وسيله نامشروع را توجيه مى کند بايد گفت: اين عقیده اگر به نحو مطلق مورد قبول قرار گيرد مالا منتهى به زير پا نهادن قوانين اخلاقى مى شود مورد قبول واقع نشده و چنانکه، ژرژدل و کيو، مى گويد: «توصيه اين وسايل نامشروع که از نظر اخلاق بسيار مذموم است، آثار ماکياول را از نظر اهل بصيرت انداخته تا آنجا که ماکياوليسم داراي معنائى پست و کوچک شده و در عبارت زير خلاصه مى شود: تجويز هر وسيله که ما را به هدف نزديک نمايد».

البته در اين نظر ايرادات قابل توجهى مطرح مى باشد اينکه در مورد فوق استفاده از يک وسيله غير قانونى مطرح، در حالیکه در تقليب نسبت به قانون استفاده از يک وسيله قانونى مطرح است، دوم اينکه در نظر ماکياولى براى رسيدن به يک هدف قانونى است در حالیکه در تقليب براى رسيدن به يک هدف غير قانونى مطرح مى باشد.

۵- اما در خصوص دليل پنجم طرفداران پذيرش تقليب نسبت به قانون که اصل حاکميت اراده را مطرح نموده اند بايد گفت: پس از پذيرفتن حاکميت اراده در حقوق کشورها، مسئله مهمى که مطرح مى گردد اين است که حدود اراده طرفين کجاست؟ آيا طرفين صرفاً در قلمروى قواعد تفسيرى حق انتخاب دارند و آيا مى توانند برخلاف قواعد آمره توافق کنند؟ آيا اشخاص فقط در حقوق قراردادها و بعبارت ديگر در تنظيم روابط قراردادى خود حق انتخاب دارند و يا در ديگر موضوعات حقوق بين الملل خصوصى نظير احوال شخصيه، اقامتگاه، تابعيت و غيره نيز از چنين آزادى برخوردارند؟ آيا طرفين مى توانند توافق کنند که قراردادشان به تنهائى براى ايجاد تعهد و تعهدات مقابل و حل و فصل منازعات کافى باشد يا اينکه لزوماً

باید یکی از قوانین ملی را انتخاب کنند؟ آیا طرفین می توانند چندین قانون را برای حکومت بر قرارداد انتخاب کنند و یا فقط حق انتخاب یک قانون را دارند؟ آیا طرفین می توانند از انتخاب قبلی خود عدول کنند و قانون دیگری را جایگزین کنند.

اما آیا حاکمیت اراده فقط در حقوق قراردادهای پذیرفته شده است و یا در سایر موضوعات هم قابل طرح است، باید گفت جایگاه اصلی حاکمیت اراده در حقوق قراردادهاست، فلذا در قراردادهای و آنچه به موجب توصیف در دسته ارتباط قراردادهای قرار می گیرد می تواند متعلق اراده طرفین قرار گیرد. البته در قراردادهای خاص نظیر قراردادهای راجع به اموال غیر منقول، قراردادهای بیمه، قراردادهای کار، حمل و نقل هوایی، دریائی و زمینی و قراردادهای استخدام و غیره اراده طرفین نفوذ چندانی ندارد و یا نقش ضعیفی را ایفا می کند و اینگونه قراردادهای بیشتر تابع قواعد آمره کشورهای ذیربط و کنوانسیونهای بین المللی است.

اما امروزه نقش اراده طرفین تنها در حقوق قراردادهای محدود نمی شود. در بررسی قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس نشان دادیم که اراده طرفین در طیف وسیعی در موضوعات مختلف مورد پذیرش سیستم قانونگذاری سوئیس قرار گرفت. در موضوعاتی نظیر صلاحیت محاکم، رژیم مالی زوجین، حقوق ارثیه، حقوق ناظر به اموال منقول و غیر منقول، حقوق ناظر بر اموال معنوی، قراردادهای استخدام، مسئولیت مدنی، دارا شدن غیر عادلانه و به شکل مطلق و محدود اراده طرفین مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است.

در حقوق انگلیس نیز در اموال و رژیم مالی زوجین در شرایط خاص، حاکمیت اراده پذیرفته شده است.^(۱) در خصوص اینکه آیا طرفین می توانند توافق کنند که فقط قراردادهایشان در ایجاد حقوق و تعهدات طرفین کافی باشد و قاضی در مقام حل و فصل به هیچ قانون ملی رجوع نکند و فقط به استناد مفاد قرارداد اختلافات را حل و فصل کند، موضوع محل تردید است. دیوان تمیز فرانسه در رأی خود چنین اظهار نظر کرده است که طرفین حق دارند قسمتی از مقررات را انتخاب و قسمت دیگر را رها کنند ولی جایز ندانسته است که قرارداد به تنهایی برای ایجاد حقوق و تعهدات طرفین کافی باشد، بلکه چنین اظهار نظر کرده است که «هر قرارداد الزاماً تابع قانون بخصوصی خواهد بود»^(۲)

امروزه در داوری بین المللی طرفین این اجازه را دارند از انتخاب قانون ملی کشورها بعنوان قانون حاکم خودداری کند و داور را مکلف کنند که طبق اصول حقوق بین الملل خصوصی، آداب و رسوم تجاری بازرگانان دعاوی مطروحه را حل و فصل کنند. طرفین می توانند از بین قوانین کشورهایی که با قرارداد رابطه نزدیکی دارند قانون دو یا چند کشور را بعنوان قانون حاکم انتخاب کنند، بعنوان مثال، توافق کنند قانون محل وقوع عقد بر ایجاد قرارداد، قانون محل اجرای قرارداد بر چگونگی اجرای قرارداد و اختلاف

1-Chitty on Contract Op .Cit.p.p.835-837. N.J.B.Antony.Op.Cit.p.p.36-39 .Dicey& Morris.Op.Cit.p.840

۲ - (الماسی، دکتر نجاد علی، پیشین، صفحات ۹۰۲ و ۲۱۰)

مربوطه حاکم باشد.

طرفین می توانند از انتخاب قبلی خود عدول کنند و قانون دیگری را جایگزین قانون قبل کنند و حتی می توانند با لغو قانون منتخب، انتخاب قانون حاکم را به دادگاه و یا مرجع داورى بسپارند. بند ۳ ماده ۱۱۶ قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس در باب قانون قابل اعمال در قراردادها مقرر می دارد: «انتخاب قانون حاکم می تواند در هر زمانی صورت گیرد و یا در هر زمانی عوض شود. اگر قانون پس از انعقاد قرارداد انتخاب شد و یا پس از انعقاد قرارداد جایگزین قانون قبلی گردید آثار آن عطف به ما سبق می شود و از زمان انعقاد قرارداد حقوق اشخاص ثالث محفوظ خواهد بود».

بند ۲ و ۳ ماده ۵۳ همین قانون در باب قانون اعمال در رژیم مالی زوجین مقرر می دارد:

« قانون می تواند در هر زمانی از سوی طرفین انتخاب شود و یا هر زمانی قانون منتخب عوض شود. اگر انتخاب بعد از انعقاد نکاح انجام شده باشد از لحظه انعقاد عقد نافذ است مگر اینکه زوجین بطریق دیگری توافق کرده باشند». اما باید گفت: نویسندگان حقوق بین الملل خصوصی در هر جا که صحبت از حاکمیت اراده کرده اند، قانون منتخبی را معتبر دانسته اند که مبتنی بر حسن نیت باشد، فلذا چنانچه طرفین یا یکی از آنها با سوء نیت و با توسل به حيله، قانون حاکم را انتخاب کنند این انتخاب باطل خواهد بود.^(۱)

در حقوق فرانسه هرگاه قرارداد در کشور فرانسه منعقد گردد و محل اجرای آن نیز در فرانسه باشد توافق در مورد صلاحیت قانون خارجی ممکن است تقلب در انتخاب قانون صلاحیتدار تلقی و از سوی محاکم باطل و بلا اثر اعلام شود.^(۲)

1-Provided that the choice is bona fide . legal and not contrary to public policy . the parties to a contract are free to choose the law by which it is to be governed.Q. & A.Conflict laws . 1969 . p.p.29,30

۱ - از دیگر محدودیتهای حاکم بر اراده طرفین می توان به :

الف- بی ربط بودن قانون : هرگاه قانونی که توسط طرفین برای حکومت بر قرارداد انتخاب می گردد ربط اعتباری یا فیزیکی با قرارداد نداشته باشد ، بعنوان مثال قراردادی که بین تبعه انگلیسی و آلمانی در مکزیک منعقد می گردد و محل اجرای قرارداد در کشور انگلیس باشد ، حال اگر طرفین بموجب شرطی در قرارداد قانون کشور امریکا را برای حکومت بر قرارداد انتخاب کنند ، گفته می شود که قانون منتخب بی ربط است ، فلذا این انتخاب بلا اثر اعلام خواهد شد . البته امروزه در داورى بین المللی این تئوری پایگاهی ندارد و طرفین آزادند قانون کشور بی ربطی را انتخاب کنند و حتی می توانند از انتخاب قانون ملی خودداری و داور را مکلف به حل و فصل اختلافات به استناد انصاف و روش کدخدانسانه کنند و یا داور را مکلف کنند تا بر اساس حقوق فراملی بازرگان رأی دهند .

ب- قانون منتخب با مفهوم عدالت و انصاف قانون مقرر دادگاه در تضاد نباشد محاکم انگلیسی از اجرای قانون منتخبی که مفاد آن مخالف با روح حاکم به انصاف و عدالت حقوق انگلیس باشد خودداری خواهند کرد . این امر در ماده ۱۹ قانون بین الملل خصوصی مصوب ۱۹۸۷ سوئیس نیز پذیرفته شده

C.V.Stephen . Op.Cit.p.34

است .

مبحث دوم: نظریه منع تقلب نسبت به قانون

به عقیده این دسته، قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون قاعده ای است لازم و باید در تمام قضایا اهمیت خود را حفظ کند و موثر باشد و در هر موردی که شخصی از حق قانونی خود برای یک مقصود و هدف تقلبی استفاده کند و در نتیجه تقلب متوسل به قانون خارجی گردد باید به استناد حيله و تقلب از اجرای قانون خارجی خودداری نمود و نتیجه حاصله از عمل او را باطل و کان لم یکن دانست. مخالفین حيله در مقابل موافقین حيله، دلایل محکمتری برای بطلان حيله آورده اند، که در این قسمت به تفصیل بحث می شود.

مطالب این مبحث تحت دو گفتار، به ذکر و بیان دلایل نظریه و سپس به بررسی و پاسخ به دلایل طرفداران این گروه می پردازد.

گفتار نخست: دلایل نظریه

دلایل طرفداران نظریه مذکور به شرح زیر می باشد.

۱ - قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق

۲ - نظریه علت و جهت نامشروع

۳ - قاعده نقض غرض و مخالفت با نظم عمومی

۴ - صوری بودن، مسئولیت مدنی و استثناء تقلب

اینک به بررسی دلایل نظریه منع تقلب نسبت به قانون می پردازیم.

۱ - قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق

۱-۱ - قاعده لاضرر (ماده ۱۳۲ قانون مدنی ایران)

در قوانین ما ماده عامی که صریحاً 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 هرچند نمونه هایی 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. ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تایید قوانین موضوعه ما می باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است. نظر به اینکه حقوق مدنی ما وابسته به فقه اسلامی است و ماده ۱۳۲ قانون مدنی از مجاری قاعده لاضرر و مصادیق بارز آن است بنابراین ناگزیریم برای درک مفهوم ماده مزبور و قلمروی آن به فقه اسلامی که منبع سوابق حقوقی ما است کاملاً توجه داشته باشیم. و برای توضیح و تشریح این ماده در حد این وابستگی از آن استمداد کنیم.

به موجب این ماده کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد.

این ماده مآخذ اصلی قاعده لاضرر در حقوق مدنی ما 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 ما وارد کرده اند بنحویکه هیچ تردیدی در اعتبار قاعده مزبور در حقوق موضوعه ما باقی نمی گذارد. 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. 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 آنرا 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 تأکید 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. در حالیکه در نظامهای دیگر به عنوان یک قاعده کلی و اصل پذیرفته شده ی سامان یافته دیده نمی شود. در این قسمت مدارک و مستندات قاعده و مفهوم و قلمروی آن تا حدودی که به موضوع مربوط است مورد بررسی قرار می گیرد.^(۱)

۱-۲- دلایل و مستندات قاعده

قاعده ی لاضرر که در حقوق اسلام و بخصوص فقه امامیه برگرفته از آیات و روایات می باشد و حتی نام آن از روایت نبوی مشهور اقتباس شده، مستفاد از حکم عقل نیز می باشد پس به اختصار به توضیح آن می پردازیم:

الف - حکم عقل:

عقل دو نوع داوری و دستور دارد، برخی احکام و دستورهای عقل بر مبنای وجود احکام و دستورات شرعی است یعنی تا حکم شرعی در خصوص موضوعی نباشد، عقل به خودی خود قضاوت و داوری در آن باره ندارد. به این قبیل احکام عقلی که به تبع وجود حکم شرعی صادر می شود غیر مستقلات عقلی یا

۱ - بسیاری از فقیهان امامیه در خصوص این قاعده کتب و مقالات مفصلی را نگاشته اند و هر یک به جنبه هایی از آن پرداخته اند و هنوز جای بررسی آن از زوایای دیگر وجود دارد.

حکم عقلی بطور غیر مستقل گفته می شود. به عنوان مثال هرگاه به موجب حکم شرع دفاع از کشور و جامعه و مقابله با دشمن واجب باشد به حکم عقل تهیه سلاح مناسب و آموزشهای لازم نیز ضروری است. اما برخی از احکام عقل، بطور مستقل و صرف نظر از اینکه حکم شرعی وجود داشته باشد یا نه، صادر می شود. به این قبیل احکام عقلی و داوریهای مستقل که مبتنی بر وجود حکم یا دستور از جانب دیگری یا شرع نیست حکم عقل مستقل یا مستقلات عقلیه گفته می شود، زیرا هر دو مقدمه قیاس یعنی صغری و کبری، عقلی محض هستند. حسن و قبح عقل در باره ی افعال و اعمال را از جمله مهمترین احکام مستقل عقل باید دانست.^(۱)

یعنی عقل بطور مستقل حکم می کند که برخی امور چون عدل، علم، بازگرداندن امانت، راستی و صداقت و امانت داری، احسان، خوب و پسندیده است و هر عاقلی به مقتضای عقل خود در هر عصر و جامعه ای، هرچند خود بر خلاف آن عمل نماید، این امور را می ستاید و فاعل آن را مورد تمجید و مدح قرار می دهد. بر عکس برخی امور چون ظلم، جهل، خیانت، دروغ، زیان رسانیدن به دیگری و تجاوز و تعدی را ناپسند و قابل مذمت و ملامت می داند، و همه انسانهای عاقل و متعارف نیز در تمام زمانها و مکانها چنین هستند، هر چند که در عمل خود برخلاف آن عمل نمایند. بر این اساس عقل بطور مستقل و صرف نظر از اینکه در اسلام و مقررات دینی راجع به ممنوعیت زیان به جامعه یا اشخاص مقرراتی موجود باشد یا نباشد، خود به طور ذاتی و طبیعی، اضرار به دیگری و حتی خود را، از ناحیه هر کس حتی خدای جهان، زشت و قبیح می داند و عامل را قابل مذمت دانسته و به طور قاطع، حکم به لزوم رفع این عمل قبیح یعنی، برداشتن زیان و از بین بردن منشاء آن از طریق مناسب می نمایند. به بیان دیگر، عقل هم اضرار به خود و دیگری را قابل نکوهش و قبیح می داند و هم بر ضرورت رفع ضرر و جبران آن تاکید می ورزد.

پس بر این اساس، قاعده لاضرر، از احکام مستقل عقل محسوب می شود و در طول تاریخ، عقلاء عالم چنین قضاوتی داشته اند هرچند که در قلمروان اختلاف نظر وجود داشته است. در مواردی که عقل بطور مستقل، اموری چون قبح اضرار را تشخیص داده، بر این مبنا آن را ممنوع و غیر مجاز می داند نیاز به حکم شرعی مستقل نیست و آنچه در آیات و روایاتی چون حدیث لاضرر از اضرار منع و نهی شده است در واقع ارشاد به حکم عقل و تاکیدی بر آن است و به بیان دیگر، همان حکم عقل را تاکید و تائید می کند.

ب - روایات:

مدرک این قاعده علاوه بر دلایل فوق در فقه پاره ای از احادیث و روایات است که در آنها به تفاوت عبارت: «لاضرر و لا ضرار فی الاسلام» و یا «لاضرر و لا ضرار علی مومن» و عباراتی نزدیک به همین

۱ - رجوع شود به کتب اصولی و کلامی از جمله: محمد رضا، المظفر، اصول فقه، دفتر تبلیغات اسلامی قم، ۱۳۷۳، ص ۲۰۵ به بعد - جمال الدین، علی بن مطهر «علامه حلی»، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، انتشارات مصطفوی قم، ص ۲۳۴ به بعد

مضمون نقل شده است. فقها مستند این قاعده را احادیث مشهوری از نبی اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) می دانند که ما آنها را به اختصار بیان می نماییم: ^(۱) طبق نقل عبد اله بن بکیر از زراه از امام باقر (ع)؛ ^(۲) شخصی به نام سمره بن جندب، مالک نخلی در باغ یکی از مردم مدینه بود. منزل صاحب باغ مجاور در ورودی این باغ بود چون سمره هنگام ورود به نخلستان تحصیل اذن نمی کرد این امر موجب مزاحمت و ناراحتی برای صاحب باغ بوده و صاحب باغ به سمره تذکر می دهد که هنگام ورود به باغ از او اجازه بگیرد ولی سمره می گوید این راهی است که مربوط به درخت من است و من هم حق عبور از این راه را دارم و از کسب اجازه امتناع می نماید. صاحب باغ که از این امر در مشقت و سختی بوده به نزد رسول اکرم شکایت می کند. ولی پیغمبر اکرم (ص) نتوانستند سمره را راضی به معاوضه این درخت با درخت یا درختهای دیگری کنند و نیز سمره حاضر نبود این درخت را حتی به هر قیمتی بفروشد و به بهانه داشتن حق عبور از کسب اجازه امتناع می نمود، حضرت به صاحب باغ دستور می دهد که درخت او را بکن و نزد او بیانداز که هر کجا می خواهد آنرا غرس کند و خطاب به سمره می فرمایند «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام». صحت این حدیث که از طریق خاصه و عامه نقل شده مورد قبول همگان است. ^(۳)

طبق نقل دیگری عبارت «لا ضرر و لا ضرار» در حکم پیامبر تصریح نشده ولی به مرد انصاری دستور داده

۱ - میرزا حسن، موسوی بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۱، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۱ ه ش، چاپ دوم، ص ۱۷۶ - ناصر، مکارم شیرازی، لقواعد الفقهیه، ج ۱، دار العلم قم، ۱۳۸۲ ه ش، ص ۲۴ - وسایل الشیعه ج ۱۷ کتاب احیاء موات، باب ۱۲ - دار احیاء التراث العربی، کتاب شفعه، باب ۱۵، ج ۱ - فروع کافی، ج ۵ ص ۲۸۰ به بعد - من لا یحضر الفقیه ج ۳، ص ۴۵ به بعد - التهذیب، ج ۷ ص ۱۶۴

۲ - روایات را از نظر صحت سند به سه دسته خبر واحد، مستفیض و متواتر تقسیم می کنند و خبر متواتر که از طرق متعدد و قابل اطمینان نقل شده مورد اعتماد و اعتبار است و خود به سه قسم است: ۱ - تواتر لفظی، و این است که سلسله راویان متعدد، خبر مذکور را به یک گونه نقل کرده باشند. مانند حدیث ثقلین. ۲ - تواتر معنوی، این است که از مجموعه ی نقل های گوناگون یک معنا و مفهوم واحد استنباط شود هر چند که سلسله راویان متعدد، به گونه های مختلف نقل قول نموده باشند، همانگونه که برخی فقهاء نظیر فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد ج ۲، چاپ حیدری ص ۴۸ حدیث لا ضرر را متواتر معنوی دانسته اند. ۳ - تواتر اجمالی، این است که از مجموع اخبار متعدد به دلالت التزامی یک نتیجه به طور مسلم بدست آید داستان شجاعت حضرت علی (ع) و سخاوتمندی حاتم طائی، زیرا اخبار متعددی حکایت دارد که حضرت علی در جنگهای مختلف از خود شجاعت در حد بالا داشت یا حاتم طائی در بخشش مال خود به نیازمندان زبانزد بود. و برخی فقها، مانند آخوند خراسانی، حدیث لا ضرر را از نوع تواتر اجمالی دانسته اند. در هر حال اصل داستان سمره و داوری پیامبر اسلام قطعی است و در این داستان عبارت «لا ضرر و لا ضرار» نیز به عنوان قدر متیقن قطعی محسوب می شود ولی وجود قیودی مانند «فی الاسلام» یا «علی المومنین یا مومن یا المومن» مورد اختلاف است.

۳ - وسایل الشیعه، ج ۱۷؛ باب ۱۲ احیاء موات، ج ۳ - الکافی ج ۵ ص ۲۹۳ - من لا یحضر الفقیه، ج ۳ ص ۱۴۷ - التهذیب، ج ۷ ص ۱۴۶: عن عبد اله بن بکیر عن زراه عن ابی جعفر (ع) قال: «ان سمره بن جندب کان له عذق فی حائط لرجل من الانصار، و کان منزل الانصاری بیات البستان، فکان یمر به الی نخلته و لا یستاذن، فکلمه الانصاری ان یستاذن اذا جاء، فابی سمره، فلما تابى جاء الانصاری الی رسول الله (ص) فشکا الیه و خبره الخبر، فارسل الیه رسول الله (ص) و خبره بقول الانصاری و ما شکا و قال: اذا اردت الدخول فاستاذن، فابی فلما ابی ساومه حتی بلغ به من الثمن ما شاء الله، فابی ان یبیع، فقال: لک بها عذق، یمد لک فی الجنه، فابی ان یقبل فقال رسول الله للانصاری: اذهب فاقبلها و ارم بها الیه، فانه لا ضرر و لا ضرار»

شده است که درخت را از زمین بکند و پیش روی سمره ببندد و در توجیه این حکم، خطاب به سمره می گوید: «تورا در اضرار به مرد انصاری مصر می بینم»^(۱).

بنا به روایت دیگری، در این قضیه، پیامبر خطاب به سمره فرمود که تو در اضرار به دیگری پافشاری و اصرار داری، در حالی که زیان رسانیدن و اصرار بر آن شخص مومن و انسانی دیگر جایز نیست. آنگاه به مرد انصاری دستور داد که درخت را از ریشه دریاور و به سوی سمره پرتاب کند.^(۲)

از تامل در این روایات نکات زیر قابل استنباط است:

اول - هر چند قدر مسلم در همه نقل ها این است که پیامبر گرامی عبارت «لا ضرر و لا ضرار» را در این داستان بیان فرموده اند ولیکن از مجموعه ی قرائن موجود و اوضاع و احوال حاکم بر قضیه برمی آید که ایشان در مقام قضاوت و صدور حکم بر مبنای احکام دینی به بیان این عبارت پرداخته اند و بر این اساس، به فرض که بطور صریح هم قید «فی الاسلام» را نیاورده باشند، موقعیت صدور آن نشان می دهد که این قید مورد نظر بوده است. یعنی پیامبر به عنوان قانونگذار و امام و حاکم جامعه نفی ضرر و اضرار را در قلمروی دین خود اعلام می دارد چرا که در غیر این صورت بیان این عبارت متناسب شان او نیست بخصوص که مرد انصاری در این باره نزد پیامبر گرامی به دادخواهی رفته است و آن حضرت برای احقاق حق او در مقام صدور حکم، استناد به این عبارت نموده اند.

دوم - داستان حاکی از آن است که سمره در مقام اجرای حق خویش به دیگری ضرر می رساند و بر این امر اصرار داشت و چنین رفتاری، سوء استفاده از حق محسوب می شود. یعنی او در ظاهر از حق طبیعی خود برای سرکشی درخت استفاده می کرد ولی در حقیقت این حق را وسیله آزار و اذیت و مزاحمت مرد انصاری قرار داده بود. پس اعمال حق بطور ناروا و سوء استفاده در مقام اجرای آن نیز مشمول قاعده ی لا ضرر است، همانطوری که در آیات مورد اشاره نیز منع و نهی از ضرر در موردی بود که عامل زیان با سوء استفاده از حق خویش موجب زیان دیگری می شد.

سوم - در این قضیه، سمره نابهنگام به حیاط خانه انصاری وارد می شده، خلوت او را می شکسته، با دیدن اعضاء خانواده ی او، باعث آزار و اذیت و شرمساری او و خانواده اش می گردیده است. بر این اساس، خسارتی که چنین حکمی در پی داشته، خسارت معنوی ناشی از نقض حریم، پی بردن به اسرار خانوادگی، مزاحمت برای زن و فرزند انصاری و احتمالاً مزاحمت های دیگری از این نوع بوده است که آرامش و امنیت خاطر را از او سلب می نموده است.

۱ - همان منبع، ج ۱: «... قال ما اراک یا سمره الا مضاراً، اذهب یا فلان فاقطعها و اضرب بها وجهه .»

۲ - همان منبع: فقال رسول الله (ص) : انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار علی مومن ، فقال : ثم امر بها فقلعت و رمی بها الیه ، فقال له رسول الله (ص) انطلق فاغرسها حیث شئت ، این حدیث با تفصیل بیشتر داستان ، در فروع کافی ج ۵ ص ۲۹۴ آمده است .

بدین جهت این روایات و قاعده‌ی لاضرر که تا حدود زیادی مبتنی بر آن است، بطور مسلم ناظر به خسارت‌های معنوی نیز می‌باشد و می‌تواند مسئولیت مدنی عامل خسارت را به خوبی توجیه نماید. بلکه می‌توان گفت در داستان سمره تنها خسارت معنوی مطرح بوده است و قاعده لاضرر به این مناسبت اعلام گردیده است.

چهارم - نهی در این حدیث به یکی از دو طریقی که گفته شد، مطلق است و شامل هر دو حکم تکلیفی و وضعی می‌شود. از سویی ایجاد ضرر و اصرار بر آن چون مورد منع و نهی واقع شده، در صورت ارتکاب از لحاظ شرعی ممنوع و غیر مجاز است و از سوی دیگر، دارای اثر وضعی است و به دلیل ناروایی و نامشروع بودن، موجب مسئولیت مدنی عامل زیان می‌گردد. مگر آنکه گفته شود پیامبر گرامی در هنگام صدور بیان، در مقام قضاوت و داوری بوده اند و نهی اثر وضعی دارد یعنی فقط، ممنوعیت ایجاد ضرر را از حیث مسئولیت مدنی عامل و حکم به جبران خسارت مورد نظر داشته اند.

پنجم - در این داستان، تقاضای مرد انصاری، جلوگیری از ادامه زیان معنوی در آینده بوده و سرانجام پیامبر آخرین چاره را در قطع درخت و خشکانیدن منشاء ضرر دانسته، ولی در مورد ضررهای گذشته و ایجاد مزاحمت‌های مکرر هیچگونه درخواست خسارتی در میان نبوده و به همین دلیل، از طرف پیامبر(ص) نیز در این خصوص تصمیمی اتخاذ نشده است ولیکن این امر دلیل بر عدم امکان جبران خسارت‌های گذشته نیست چون در این باره از سوی خواهان تقاضا نشده و در حکم پیامبر نیز مسکوت مانده است. به عبارت دیگر آنچه در این قضیه مورد تقاضا بوده است جلوگیری از استمرار مزاحمت و خسارت معنوی ناشی از آن در آینده است که در این باره چاره‌ای جز کندن درخت نبوده ولی مرد انصاری مطالبه خسارت یا نوعی تسکین خاطر نسبت به گذشته را در نظر نداشته تا در خصوص آن تصمیم گرفته شود.

شیخ صدوق در «عقاب الاعمال» از پیامبر گرامی(ص) نقل کرده، که آن حضرت در ضمن حدیثی فرمودند: کسی که به همسر خود آن قدر آزار و اذیت وارد کند تا با بخشیدن مهریه اش خود را نجات دهد، خداوند به مجازاتی کمتر از آتش درباره‌ی او رضایت نمی‌دهد. و در ادامه سخن فرموده اند: کسی که مسلمانی را اذیت کند، در دنیا و آخرت نه او از ماست و نه ما از او هستیم^(۱).

از این روایت نیز به خوبی ممنوعیت و نهی از ایراد ضرر استفاده می‌شود.

در حدیث دیگری، کلینی از محمد بن الحسین نقل می‌کند که به امام حسن عسگری نامه‌ای نوشتم و درباره‌ی شخصی پرسیدم که آسیابی روی نهر دهکده‌ای دارد. صاحب دهکده می‌خواهد آب را از این نهر برگرداند و از راه دیگری آب به مزرعه اش ببرد. در این صورت، آسیاب تعطیل می‌شود، آیا صاحب آب و

۱ - وسائل الشیعه ج ۱۵ ص ۴۹۰ و نیز الرسائل، امام خمینی (ره)، ج ۱، قم، سال ۱۳۸۵ ق، ص ۱۴: «و من اضر بامرأته حتی تقتدی منه نفسها لم یرض الله له بعقوبه دون النار - الی ان قال - و من ضار مسلماً فلیس منا و لسا منه فی الدنیا و الاخره ...»

قریه چنین حقی را داراست؟ امام(ع) نوشتند: از خدا بترسید و در این مورد به نیکی عمل کند و به برادر مومن خود ضرر نزند.^(۱)

از امام صادق(ع) نقل شده است که ایشان فرمودند: هر کس به چیزی از راه مسلمانان آسیب برساند در برابر آن ضامن است.^(۲)

علاوه بر این، روایات دیگری که در خصوص دیوار مشترک، حفر چاه، سهم بودن در قیمت شتر و عدم امکان تقسیم آن در حال حیات وارد شده که بر معنای همین روایات تاکید دارد و همگی حکایت از این واقعیت دارند که از نظر اسلام ایراد زیان به خود یا دیگری ممنوع و مورد نهی است و علاوه بر اثر تکلیفی، در صورتی که بر شخص یا اشخاص زیان مالی یا معنوی وارد شود، عامل زیان باید آنرا به طریق مناسب جبران نماید.

بخصوص، بخش عمده ای از آیات و روایاتی که به آنها اشاره شد، ناظر به خسارتهای معنوی نظیر، فشار روحی و روانی ناشی از رفتار زوج، ایجاد تردید و دو دلی در میان پیروان پیامبر گرامی اسلام در مدینه و جنگ روانی و تضعیف پایگاهی که پیامبر در مدینه داشت، کسر شان و تجاوز به حریم منزل و پی بردن به اسرار آن و سلب آسایش در حوادثی مانند قضیه سمره بن جندب و هتک حرمت می باشد که از آن منع شده است با تامل در این آیات و روایات می توان دریافت که ایراد ضرر به هر طریق و از هر نوع، ممنوع و مورد نهی شارع است. ذکر این نکته لازم است که منع از ایراد ضرر و جبران آن به طریق ممکن نه تنها مورد قبول بسیاری از فقها امامیه که در میان فقهاء عامه نیز مورد قبول واقع شده است.

بنا به نقل «عبدالرحمن بن القاسم» که از شاگردان مستقیم مالک بن انس بوده است و نظریات فقهی وی را در یک مجموعه به صورت سوال و جواب مطرح نموده است. ایراد ضرر و از جمله ضرر معنوی ممنوع است.

از ابن القاسم پرسیده شده است که: اگر پدری خواستگاران دختر خود را نپذیرد ولی دختر با مراجعه ی اولین خواستگار گفته باشد که مرا شوهر بده، آیا این پدر را می توان پدری نامید که بدون عذر موجه در ازدواج دختر خود تاخیر می کند؟ او در پاسخ می گوید: « پدران را نباید اجبار کرد که دختران باکره خود را شوهر دهند مگر آنکه معلوم شود خودداری پدران به منظور اضرار به دختران یا جلوگیری از ازدواج آنان

۱ - وسائل الشیعه ج ۱۷ ص ۳۴۳ : کلینی از محمد بن یحیی و او از محمد بن الحسین که می گوید : « کتبت الی ابی محمد (ع) رجل کانت له رحمی علی نهر قریه و القریه لرجل فاراد صاحب القریه ان یسوق الی قریه الماء فی غیر هذا النهر و یعطل هذا الریحی الہ ذلک ام لا ؟ فوقع علیه السلام : یتقی الله و یعمل فی ذلک بالمعروف و لا یضر اخاه المومن . »

۲ - وسائل الشیعه ج ۱۹ ص ۱۷۹ : « قال ابو عبداله (ع) : من اضر بشیء من طریق المسلمین فهو له ضامن . »

است. اگر این منظور پدران ثابت شود، آن وقت حکومت می تواند به آنان بگوید: یا دختری را شوهر بده یا اینکه من بجای تو این کار را خواهم کرد. پدر نمی تواند به قصد اضرار به دختر، او را در حال مجرد نگاهدارد. من این مطالب را از مالک شنیده ام».

ضرری که در فرض سوال بر دختر وارد می شود جنبه معنوی دارد زیرا محروم شدن از ازدواج آثار روحی و روانی فراوانی را به دنبال دارد.

و در مورد دیگری از وی پرسیده شد که اگر کسی در کنار منزل من قصری بسازد و در دیوارهای آن پنجره ایجاد کند که بتواند به داخل منزل من نگاه کند و از زندگی من و فرزندانم مطلع شود آیا من حق دارم از وی بخواهم که این پنجره ها را مسدود کند؟

او در پاسخ می گوید: بنابر نظر مالک تو حق داری او را اجبار به این کار کنی. عمر بن خطاب نیز بر همین عقیده بوده است زیرا در پاسخ به نامه ی ابن الحیه^(۱) گفته است که باید در کنار پنجره یا دیدگاه، تختی گذاشته شود و مردی روی آن بایستد. اگر این مرد توانست از طریق پنجره داخل خانه تو را ببیند باید او را مجبور کرد پنجره را مسدود کند ولی اگر نتوانست، پنجره به همان وضع باقی می ماند. ابن القاسم در نهایت چنین می گوید که مالک ابن انس، در این باره، اصلی را به ما داده است که هر دریچه ای که از آن بتوان داخل خانه همسایه را نگاه کرد، مضر است و باید مسدود شود ولی اگر دریچه ای برای نگاه کردن داخل خانه همسایه نیست باید آن را محترم شناخت.^(۱)

در این سوال نیز زیان معنوی مورد توجه بوده است و نظر به جبران آن از طریق مسدود نمودن پنجره ای که باعث ایجاد مزاحمت می شده، داده شده است.

ج - آیات

(و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحون بمعروف و لا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا من يعمل ذلک فقد ظلم نفسه و لا تتخذوا آیات الله هزواً)

آیه ۲۳۱ از سوره بقره: « هنگامیکه زنان را طلاق دادید و عده آنان نزدیک به آخر رسید یا آنان را به نیکی نگاهدارید و یا آنان را به نیکی آزاد گذارید و هرگز روا نیست که به قصد آزار و اذیت آنان رجوع نمایید و به حقوق آنان تعدی نمایید. کسیکه چنین عملی را انجام دهد بر خود ظلم کرده است، آیات و دستورات خداوند را به بازیچه و استهزاء نگیرید. ابن عباس در تفسیر این آیه می گوید: در زمان جاهلیت مرد زوجه خود را طلاق می داد و قبل از انقضای عده به او رجوع می کرد و مجدداً او را طلاق میداد و باز به او رجوع می کرد و به این طریق به زن ضرر می رساند و او را موجب آزار و اذیت قرار می داد و مانع ازدواج او

۱ - همان منبع پیشین، ص ۱۹۷ و نیز رجوع کنید به، حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حق، انتشارات اطلاعات، تهران، سال ۱۳۶۶ ه ش، ص ۱۳۹ به بعد که به نقل این پرسش و پاسخ پرداخته است

می شد و خداوند این آیه را برای منع از این رفتار نازل فرمود.^(۱)

فاضل مقداد و محقق اردبیلی هم این آیه را نمونه بارزی از سوء استفاده از حق دانسته اند. زیرا شوهر از حق خود برای رجوع استفاده می نماید نه به قصد تجدید زندگی مشترک بلکه به منظور بازداشتن زن از مزاجت و اضرار به حق و حقوق طبیعی او در حقیقت این حق را در خلاف جهت تشریع آن به کار می برد. در این آیه از سوء استفاده از حق به ضرار تعبیر شده و این امر با معنی که برای ضرار گفته شد منطبق است. زیرا شوهر از ضرریکه به زوجه می رسد نفعی نمی برد. نکته قابل توجهی که در این آیه به چشم می خورد قسمت اخیر آن است که می فرماید: آیات خداوند را به بازیچه نگیرید.

آیه ۱۲ از سوره نساء: «من بعد وصیه یوصی بها و دین غیر مضار» آیه مزبور از مدارک قاعده لاضرر و مجاری آن است یعنی پس از انجام مورد وصیت و پرداخت دیونی که بر عهده متوفی است آنچه باقی می ماند میراث و متعلق به ورثه می باشد. البته وصایا و دیونی که ناشی از قصد اضرار نباشد.

محقق اردبیلی در بیان مدلول این آیه چنین گفته است: وصیت و دینی که مقدم بر میراث می باشند آنچنان وصایا و دیونی هستند که در آنها ضرری برای وارث نباشد. مثل اینکه قصد موصی از وصیت منحصرأ حرمان وارث از مال باشد و قصد او حقیقتاً وصیت نبوده و یا واقعاً مدیون نباشد به این ترتیب دینی را برای خود ایجاد کند که محتاج به آن نیست و به قصد اضرار به ورثه آنرا ضایع کند و یا به قصد اضرار به ورثه اقرار به دینی کند که واقعاً بر ذمه او نیست پس هیچ یک از این وصایا و دیون مقدم بر میراث نیست و چنین دیونی مسموع نیستند. صاحب تفسیر مجمع البیان می فرماید: در حدیث آمده که ضرار در وصیت از کبائر است و شاید مراد از آن وصیت به دینی است که حقیقی برای آن نبوده و به منظور تضييع اموال باشد تا اینکه مالی برای او باقی نماند که به ورثه منتقل شود. همینطور است وصیتی که به ورثه ضرر می رساند و حال آنکه حقیقی نیست. یا اقرار به اینکه من فلان مبلغ مدیونم یا اینکه طلبی از کسی ندارم و حال آنکه از افرادی طلبکار است و این اعمال به قصد اضرار به ورثه باشد.

عده ای از فقها و مفسرین وصیت مضار را این دانسته اند که موصی به بیش از ثلث مال وصیت کند و به این طریق موجب ورود ضرر به ورثه شوند و حال آنکه به نظر می رسد عدم نفوذ چنین وصیتی در زائد بر ثلث وسیله کافی برای رفع ضرر از ورثه است و بنابراین عنوان وصیت مضار که از گناهان کبیره دانسته شده مناسب آن نیست. باید قصد اضرار در وصیت را در میزان ثلث یا نحوه وصیت مورد نظر قرار دهیم، منحصرأ در پرتو نظریه سوء استفاده از حق و قاعده لاضرر عنوان وصیت مضار قابل توجیه است. زیرا هر چند

۱ - در شان نزول این آیه گفته شده که مرد از انصار بنام ثابت بن یسار زوجه خود را طلاق داد تا اینکه عده او به آخر میرسد و چند روز قبل از انقضاء عده به او رجوع کرد و مجدداً او را طلاق داد تا موجب آزار او شود و خداوند این آیه را نازل فرمود و کلمه اجل به معنی زمان است و معنی بلوغ اجل نزدیکی اتمام آن است و این معنی اجماعی است. مفاد آیه این است که رجوع به زوجه نباید با قصد اضرار و تجاوز به حقوق او باشد.

تصرف در ثلث مال حق متوفی است ولی تصرف در این حق نباید بقصد اضرار و موجب اizard ورثه باشد، ممکن است کسی بمنظور محروم ساختن ورثه از قسمتی از ترکه وصیت به وقف ثلث مال خویش کند و یا اینکه منافع اموال خویش را بمدتی که نتیجه آن در حد ثلث است مثلاً ده ساله حبس کند و یا به نفع شخصی وصیت کند و موجب مزاحمت ورثه شود. و یا اموال منقول خویش را که فرضاً میزان ثلث ترکه است برای کسی وصیت کند و چون بقیه ترکه برای مثال زمین است و زوجه از آن حقی ندارد در نتیجه زن را از میراث محروم کند. کلیه این موارد و اشتباه و نظائر آن چیزی جز استفاده از حق وصیت تا حدود ثلث اموال نیست، ولی مشمول عنوان وصیت مضار می باشد. قید «غیر مضار» شامل دین نیز می باشد زیرا ممکن است کسی به قصد اضرار بورثه دیونی را به عهده گیرد که موجب استیعال ترکه شود و یا اقرار به دینی کند که واقعاً به گردن ندارد و چیزی از مقررله در قبال آن نگرفته است و یا معامله ای کند و ثمن را بیش از حد معمول قرار دهد. ممکن است برای محروم ساختن بعضی از ورثه اقرار به دینی برای یکی از ورثه بنماید واضح است که اداء دین به این ترتیب موجب حرمان بقیه ورثه از میراث خواهد بود.

قرآن کریم سوء استفاده از حق را در مورد حق رجوع و وصیت که غالباً 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 ضرار 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 نیز روایتی است که می فرمایند: کسی که وصیت کند و در وصیت خود حیف و تجاوزی بحقوق ورثه ننماید مثل این است که مال خویش را صدقه داده است. محقق اردبیلی در بیان مدلول جمله «و لا تمسکوهن ضراراً لتعتدوا و من یفعل ذلک فقد ظلم نفسه» می فرمایند: آیه دلالت بر نهی از رجوع بقصد اضرار به زوجه دارد و تاکید در تحریم است و بر تحریم استهزاء نسبت به آیات قرآن.

البته در این آیه آمده است که هرگاه زنان خویش را طلاق دادید و عده ی آنها به پایان رسید یا با نیکی و حسن نیت به آنها رجوع کنید یا با خوبی آنها را رها سازید و به قصد زیان رسانیدن و تعدی آنها را نگاه ندارید که هر کس چنین کند بر خویش ظلم کرده است. در این آیه مردان از اینکه به قصد اضرار و در آزار و اذیت قرار دادن جسمی یا روحی یا حیثیتی، به همسران مطلقه خویش رجوع کنند نهی شده است. در ذیل این آیه روایتی وارد شده است که از جمله شیخ صدوق از حسن بن زیاد از امام صادق (ع) نقل می کند که آن حضرت فرمودند: «مرد نباید همسر خود را طلاق دهد و آنگاه بدون میل و رغبت باطنی و صرفاً برای

اضرار به او دوباره رجوع کند و پس از آن طلاق دهد زیرا این رفتار موجب زیان وی می شود و خداوند از آن نهی فرموده است»^(۱)

همچنین در ذیل این آیه، در تفسیر طبری از شافعی به نقل از مالک ابن انس آمده است که مردی زن خود را طلاق داد و قبل از پایان یافتن ایام عده به او رجوع نمود تا پس از مدتی طلاق دهد و به زن گفته بود که هرگز نخواهم گذاشت از زندگی با من لذت ببری و یا اینکه عده تو پایان یابد و با دیگری ازدواج کنی. یعنی همواره تو را طلاق داده و رجوع کنم تا عمر تو به پایان رسد. به همین مناسبت آیات ۲۲۹ تا ۲۳۰ سوره بقره نازل شد و رجوع به همسر خود پس از سه طلاق ممنوع گردید.

با دقت در این آیه و روایاتی که از طرق عامه و خاصه در ذیل آن نقل شده به خوبی قابل استنباط است که نهی از اضرار در آن بیشتر ناظر به خسارتهای معنوی است زیرا رجوع مکرر به همسر مطلقه و طلاق او باعث تزلزل روحی، قطع امید به زندگی بهتر و آبرومندانه، لطمه به آبرو و حیثیت، فشار عصبی و مانند آن می شود

آیه دیگر «و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن» (سوره طلاق، آیه ۶) می باشد، زنان مطلقه را مورد آزار و اذیت قرار ندهید تا در مضیقه قرار گیرند و زندگی بر آنها تنگ شود و به عبارت دیگر، به آنان در اثر تحت فشار قرار دادن زیان نرسانید. پس در این آیه از زیان رسانیدن به همسران مطلقه نهی شده است و این زیان هرچند شامل مالی و غیر مالی می شود ولی سیاق آیات مشابه نشان می دهد که ضرر معنوی بیشتر مورد توجه بوده است.

و آیه دیگری که در این مورد قابل استناد است «و الذین اتخذوا مسجداً ضراراً و کفراً و تفریقاً بین المومنین» (سوره توبه، آیه ۱۰۷ تا ۱۱۰)

بر اساس این آیه و آیات پس از آن، گروهی از منافقین در شهر مدینه با بنای یک مسجد قصد بر هم زدن نظم اجتماعی و ایجاد تفرقه بین صفوف مسلمانان و شکست برنامه های اجتماعی، سیاسی، عبادی پیامبر (ص) را داشتند، خداوند این مسجد را ضرار یا موجب زیان دانست و او را از اقامه نماز و رونق بخشیدن به آن نهی کرد و به همین دلیل پیامبر (ص) دستور تخریب آن را صادر فرمود. ضرری که در این آیه نهی شده جنبه اجتماعی و عمومی داشته است، سست کردن پایه های ایمانی، روحیه وحدت و همدلی و ایجاد تفرقه بین مردم و شکست اهداف اجتماعی پیامبر برای تشکیل حکومت اسلامی از جمله این ضررها است. با دقت در این آیات نکات زیر قابل استنباط است.

اولاً - همه آیات بطور صریح از ضرر زدن به دیگری نهی شده است زیرا با الغاء خصوصیت از مورد نزول

۱ - وسائل الشیعه ج ۱۵، باب ۳۴ ابواب اقسام طلاق ۱، ص ۴۰۲ «لاینبغی للرجل ان یطلق امراته ثم یراجعها و لیس به فیها حاجه ثم یطلقها فهذا الضرر الذی نهی الله عز و جل عنه الا ان یطلق ثم یراجع و هو ینوی ...»

آیه، ممنوعیت اضرار نسبت به همگان مورد نظر است و تنها نمی توان گفت ضرر به همسران مورد نهی واقع شده، بلکه ملاک موجود در این آیات یعنی عدم اضرار به غیر عمومیت دارد.

ثانیاً - نهی و منع در این آیات مطلق است و هر دو حکم «تکلیفی» و «وضعی» را شامل می شود. بنابراین زیان رسانیدن به اشخاص و منافع اجتماعی از روی عمد حرام و موجب مسئولیت مدنی عامل می گردد و به عبارت دیگر اثر وضعی این نهی، مسئولیت مدنی در صورت بروز خسارت است.

ثالثاً - در تمام این آیات زانی که مورد نهی واقع شده بیشتر جنبه معنوی دارد. زیرا خسارت یا مربوط به آبرو و حیثیت یا به جسم و روان یا منافع و مصالح اجتماعی است و به عبارت روشن تر در آیات مربوط به نهی از اضرار به همسران بیشتر ضررهای مربوط به شخصیت و حیثیت و روح و روان مورد نظر است و در آیه ی اخیر زیانهای اجتماعی مورد منع واقع شده است.

پس از این آیات به خوبی منع و نهی از زیان معنوی قابل استنباط است و با توجه به مطلق بودن نهی می توان گفت که ایراد خسارت معنوی هم ممنوع و مورد نهی است و هم در صورت بروز، موجب مسئولیت عامل زیان می گردد زیرا نهی اعم از تکلیفی و وضعی است. یعنی در صورتی که ایراد ضرر همراه با عمد و سوء نیت باشد عمل حرام و در غیر اینصورت ممنوعیت ایراد ضرر موجب مسئولیت مدنی عامل می گردد.

رابعاً - در این آیات، اضرار به غیر در مقام اجرای حق یا سوء استفاده از حق نیز مورد نهی قرار گرفته زیرا بطور مثال، رجوع به زوجه در ایام عده حق قانونی و مشروع زوج است ولی هرگاه استفاده از این حق بر خلاف هدف آن یعنی، اضرار زوجه باشد ممنوع و مورد نهی است. علاوه بر آیاتی که ذکر شده آیات دیگری نیز وجود دارد که در آنها از وصیت به قصد اضرار ورثه منع شده، یا از آزار و اذیت و زیان رسانیدن به شخصی که به عنوان کاتب یا شاهد بر دین بوده است، منع شده است.

(سوره بقره آیه ۲۸۴: «و لا یضار کاتب و لا شهیداً». و در معنای این آیه دو احتمال داده شده است: اول: کاتب دین و شاهد بر آن نباید به خاطر کتابت یا گواهی خود مورد آزار و اذیت و صدمه طرف مقابل قرار گیرند. دوم: خود کاتب و یا شاهد نباید به ضرر دیگری سندی را تنظیم یا گواهی بر آن دهد. در هر حال، طبق احتمال اول زیان وارد بر کاتب و شاهد بیشتر جنبه معنوی (آزار و اذیت) دارد.

۳-۱- مفهوم لاضرر:

گفته شد که ممنوعیت ایراد ضرر، از احکام مستقل عقل است و بطور طبیعی عقل آن را ناپسند و قابل ملامت می داند و بر ضرورت رفع زیان و جبران آن به طریق ممکن تاکید دارد. در آیات قرآن و برخی از روایات نیز بطور صریح نهی از ایراد ضرر شده است و ظاهر برخی روایات نیز آن را نفی می کند. بر مبنای همین دلایل، فقها اصل لاضرر را به عنوان یک قاعده ی 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. با این وجود در مفهوم این قاعده اختلاف نظر وجود دارد و تفاسیر گوناگونی ارائه شده است. بررسی تفصیلی این نظریات و نقد و ارزیابی هر یک رساله مستقلاً را می طلبد. به همین جهت تا حدودی که مربوط به موضوع این نوشتار است مورد مطالعه قرار می گیرد.^(۱)

۱-۳-۱- مفهوم ضرر و ضرار

به طور مسلم اصل لا ضرر با تعبیر «لا ضرر و لا ضرار» در قضایای مختلفی از جمله داستان سمره، از پیامبر (ص) صادر شده است ولی صدور آن هیچگاه با قید «فی الاسلام» یا «علی المومن» مسلم نیست و مورد تردید بسیاری واقع شده است.^(۲)

با این وجود، چون پیامبر در دایره ی اسلام و بر مبنای تعالیم این دین قضاوت نموده است و سخن می گوید ، هرچند تصریح به قید «فی الاسلام» هم ننموده باشد، باید این قید را مقدر و مفروض دانست زیرا تمام پیام ها، احکام، قضاوت ها و رهنمودها ی او در چارچوب دین اسلام به عنوان دین کامل و آخرین است و معنا ندارد که بدون توجه به این امر، عبارتی چون «لا ضرر و لا ضرار» را فرموده باشند و بر مبنای آن قضاوت نموده باشند. به هر حال در این قسمت اشاره ای به مفهوم واژه «ضرر» و «ضرار» خواهیم داشت. مفهوم ضرر از لحاظ عرفی معلوم است و هر کسی به وجدان مفهوم آن را در می یابد و شاید به همین جهت نیاز به مراجعه ی به کتب لغت در این خصوص نباشد، چرا که ایشان نیز در صدد تبیین همین مفهوم عرفی هستند. پس برخی آنرا ضد نفع^(۳) و برخی دیگر عدم نفع و گروهی نقض در حق و دیگری سوء حال تفسیر نموده اند. (راغب اصفهانی، المفردات، ماده ضرر)

راغب اصفهانی پس از آنکه ضرر را به سوء حال معنا می کند، می نویسد: سوء حال ممکن است به خاطر قلت علم و فضل، در نفس انسان باشد یا به خاطر فقدان عضو یا نقض آن در بدن است یا ناشی از نداشتن مال و آبرو است. به هر حال، ضرر عبارت است از دست دادن آنچه را که انسان داراست؛ اعم از نفس یا عرض مال یا اعضاء بدن و هر چیز دیگری که به نحوی برای او مفید و لازم است. بنابراین اگر مال کسی یا عضوی از اعضاء او به واسطه اتلاف ناقص شود یا روح او از تن خارج شود یا به آبروی و حیثیت او به طور ارادی یا غیر ارادی لطمه وارد گردد، یا حقی از او ضایع گردد، بر او ضرر وارد شده است. بلکه بر

۱ - رجوع کنید به امام خمینی (ره) الرسائل ج ۱ - میرزا حسن بجنوردی، همان کتاب - ناصر مکارم شیرازی، همان کتاب، شیخ انصاری، مکاسب

۲ - ناصر مکارم شیرازی، همان کتاب، ص ۳۹ - شریعت اصفهانی، مشهور به شیخ الشریفه، رساله لا ضرر، چاپ قم

۳ - امام خمینی، الرسائل، ج ۱، ص ۲۸

حسب عرف، عدم نفع هم در صورتی که امکان تحقق آن وجود داشته ضرر به حساب می آید.^(۱)

طبق این تعریف، ضرر عبارت از هرگونه نقص و کاستی مالی یا معنوی می شود. آیات و روایاتی که ضرر را نفی یا نهی نموده، هر دو ضرر مالی و معنوی را شامل می شود و بلکه در بسیاری از آنها ایراد زیان معنوی مورد منع و نهی واقع شده است. ضرار نیز مصدر باب مفاعله است و معانی گوناگونی برای آن احتمال داده شده است:

۱- ضرار به معنای ضرر زدن دو شخص به یکدیگر بطور متقابل، این مفهوم هرچند که متناسب با شکل رفتاری کلمه می باشد و در زبان عربی معمولاً برای بیان مشارکت دو طرف از باب مفاعله استفاده می شود ولی سیاق آیات و روایاتی که مستند قاعده ی لاضرر قرار گرفته با این معنا مناسبتی ندارد.

۲- ضرار به معنای مقابله به مثل کردن و ایراد ضرر بر دیگری به تلاقی و کیفر ضرری که ایجاد کرده است. این مفهوم نیز با آیات و روایات مورد استناد سازگار نیست زیرا نفی یا نهی از ضرر در موردی شده که از یک طرف ضرر وارد می شده است.

۳- ضرار، ضرر زدن به دیگری بدون آنکه سودی را برای عامل در پی داشته باشد در حالی که ضرر یا زیان وارد ساختن به دیگری به نفع عامل است. سیاق آیات و روایات این احتمال را نیز به شدت تضعیف می نماید.

۴- ضرار همان معنای ضرر را دارد و برای تاکید آورده شده است. این احتمال نیز مستلزم آن است که تکرار لازم باشد در حالی که دلیلی بر این امر نیست. زیرا اصل بر این است که در مقام بیان تمامی کلمات و عبارات معنای خاص و مشخصی را داشته و ذکر آنها لازم و ضروری باشد مگر آنکه قرینه ای بر وجود تکرار یا ترادف دو کلمه باشد.

۵- ضرار به معنای اصرار بر زیان رسانیدن و تکرار آن، این معنا نیز هرچند در مستندات قاعده شواهدی بر آن یافت می شود ولی زمانی که زیان رسانیدن مورد نفی یا نهی واقع شد تفاوتی نمی کند که یک بار یا چند بار اتفاق بیافتد. به همین جهت نمی توان در این قاعده ضرار را به معنای اصرار بر زیان دانست مگر آنکه از اصرار بر زیان، تعمد و قصد بر اضرار بطور عمدی استنباط گردد که در این صورت با احتمال دیگری که در معنای ضرار داده شده است که به معنای زیان رسانیدن بطور عمدی و از روی قصد و سوء نیت می باشد هماهنگ است و از آیات و روایات مربوطه همین مفهوم قابل استنباط است.

طبق احتمال اخیر، هرجا به دیگری زانی رسد خواه با قصد یا بدون قصد ضرر محسوب می شود ولی هرگاه ایراد ضرر همراه با سوء نیت و قصد اضرار باشد، ضرار نامیده می شود. در این خصوص میرزای

۱ - برای دیدن مشابه همین تعریف رجوع کنید به : ناصر مکارم شیرازی ، همان کتاب ص ۴۹ - میر عبد الفتاح ، العناوین ، ج ۱ ص ۳۰۸ - میرزا حسن بجنوردی ، همان کتاب ص ۱۷۸

نائینی می گوید: «فرق بین ضرر و ضرار این است که اگر از حکم یا فعلی که تحقق یافته بدون قصد و عمد ضرری ناشی شود به آن ضرر گفته می شود ولی اگر از روی عمد و قصد باشد ضرار نامیده می شود».

۶- ضرار به معنای در مضیقه قرار دادن و عسر و حرج و ناظر به زیانهای معنوی است. این احتمال از سوی امام خمینی مطرح شده با سیاق بسیاری از آیات و روایات مربوطه تناسب دارد.^(۱)

به نظر ایشان ضرر و اضرار و مشتقات آنها در زیانهای مالی به کار می رود ولی ضرار در مورد زیانهای معنوی و ضیق و حرج به کار رفته است. در تایید این نظریه به آیاتی که شرح آنها در قسمت دیگری از این پایان نامه گذشته^(۲)

و نیز داستان سمره و مسجد ضرار و مانند آن تمسک شده است. این نظریه با اینکه با آیات و روایات مورد استناد هماهنگی دارد ولی در پاره ای روایات کلمه ضرار به معنای قصد بر ضرر و آن هم ضرر مادی به کار رفته است و اصولاً ضرر معنوی در آن مطرح نیست.

با توجه به مطالب مذکور ضرر را می توان به معنای هر نوع زیان مالی یا معنوی خواه با قصد و سوء نیت یا بدون آن دانست و ضرار را به معنای قصد زیان رسانیدن و اصرار بر چنین منظوری دانست خواه زیان مالی باشد یا معنوی. اینک به مفهوم حقوقی قاعده لاضرر می پردازیم.

۲-۳-۱- مفهوم حقوقی قاعده لاضرر

این قاعده که برگرفته از حدیث نبوی «لا ضرر و لا ضرار» یا «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» است از لحاظ ساختمان و ترکیب ادبی، نکره در سیاق نفی است، یعنی اسم نکره ضرر و ضرار به وسیله «لای نافی» مورد نفی واقع شده است. بر این اساس معنای ظاهری آن عبارت است از اینکه هیچ گونه ضرری وجود خارجی ندارد یا اگر قید «فی الاسلام» را دارا باشد بدان معناست که هیچ گونه ضرر و ضراری در اسلام نیست. زیرا از لحاظ ادبی، مسلم است که هرگاه جمله یا عبارتی بدین شکل آورده شود، نفی ماهیت و جنس اسم بعد از لا را به طور کلی در پی دارد. پذیرفتن این معنا که در عالم خارج هیچ گونه ضرری تحقق نمی یابد، منطقی نیست و برخلاف واقع است و از طرف دیگر، با توجه به اینکه احکام و مقررات شرعی نظیر حج و جهاد و زکوة و قصاص و مانند آن نیز در ظاهر همراه با نوعی ضرراست پذیرش این معنا که در اسلام هیچ گونه ضرری وجود ندارد مشکل می نماید. بدین جهت مفاد این قاعده که از حیث مزبور اقتباس شده به زعم پاره ای نویسندگان و بر حسب ظاهر با واقعیت تطبیق نمی کند و موجب شده است که فقهاء در صدد یافتن مقصود شارع و مفهوم واقعی آن برآیند و با بررسی عمیق آن تفسیری ارایه دهند که به نظر ایشان با واقعیت سازگار باشد. پس محصول این تلاش فکری، ارایه تفاسیر و نظریه های گوناگونی شده است

۱- امام خمینی، روح الله، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۹۴، و نیز الرسائل، ج ۱، ص ۲۸ به بعد

۲- سوره توبه آیه ۱۰۷ و بقره آیه ۲۳۱ و طلاق آیه ۶

که تبیین مفهوم این قاعده، مستلزم بررسی و تحلیل می باشد، یکی از این نظریه ها به شرح آتی می باشد.

۱- به موجب یک نظریه، مقصود از نفی ضرر در این قاعده، نفی حکم ضرری است، یعنی هرگاه وجود حکم شرعی اعم از تکلیفی یا وضعی موجب زیان به دیگری شود، مدلول حکم برداشته و مرتفع می شود و در مقام جعل و اعتبار حکم نیز شارع هیچگاه حکمی را که مستلزم ضرر باشد وضع نمی کند و در مواردی هم که به ظاهر حکم شرعی مستلزم ضرر است با لحاظ تمام ابعاد آن حکم و سنجش سود و زیان معلوم می شود که ضرری در پی ندارد، بطور مثال حج و جهاد و روزه و مانند آن با توجه به منافع فردی و اجتماعی آن اصولاً مفید بوده و دارای هیچ گونه ضرری نیستند چرا که تشخیص ضرر و زیان برحسب ملاک های عرفی و سنجش سود و زیان و ابعاد مختلف آن صورت می گیرد. بنابراین نظریه در عبارت «لاضرر و لااضرار» لا به معنای حقیقی خود یعنی نفی استعمال شده است ولی منظور از نفی ضرر و ضرار، نفی حکمی است که ضرری را در برداشته باشد و از این حیث می توان گفت نوعی مجاز صورت گرفته، یعنی با نفی مسبب (ضرر) نفی سبب آن یعنی حکم اراده شده است. بدین ترتیب مفاد قاعده ی لاضرر آن است که هیچ حکم ضرری در اسلام وضع نشده است و هرگاه حکمی مستلزم ضرر باشد، آن حکم برداشته می شود. بطور مثال حکم لزوم در معاملات بواسطه ضرر ناشی از مغبون بودن یکی از طرفین مرتفع می شود. یا حکم جواز و اباحه ورود به ملک و اعمال سلطه مالکانه در صورتی که موجب زیان دیگری شود از میان برداشته می شود و یا مباح بودن اضرار به غیر حکم ضرری است که در اسلام منتفی است.^(۱)

مرحوم نراقی که قبل از شیخ انصاری این نظریه را مطرح کرده، در تبیین آن پس از طرح احتمال های گوناگون در مفاد قاعده می نویسد:

«در این قاعده نفی هرگونه ضرر و ضرار شده است و مقصود آن است که هیچ نوع ضرر و ضراری در دین اسلام وجود ندارد و هیچ یک از احکام دین اسلام موجب زیان نیست و هر حکمی که موجب ضرر و زیان شود جزء دین اسلام نمی باشد. خداوند تحت هیچ عنوانی از جانب خود یا دیگران راضی به زیان بندگان خویش نیست و هر حکمی که متضمن ضرر باشد، از احکام او نیست.»

و در تایید این نظریه می گوید: این معنا با اصل حقیقت و فتوای بسیاری از فقها که از لاضرر استفاده نفی حکم شرعی نموده اند، سازگار است.^(۲)

پس به عقیده این فقیه، لاضرر، بطور طبیعی ماهیت و وجود ضرر را در اسلام نفی می نماید و لازمه ی آن این است که هر حکمی که متضمن ضرر یا اضرار باشد جزء احکام اسلام محسوب نشود و در نتیجه ی

۱ - ملا احمد نراقی، عواید الایام، عائده ۴، ص ۱۸ - مرتضی انصاری، مکاسب، رساله لاضرر، ص ۳۷۲ - میرزا حسن، بجنوردی، همان کتاب، ص ۱۸۲

۲ - ملا احمد نراقی، مشهور به فاضل یا محقق نراقی، همان کتاب، ص ۱۸

حکم به وجوب یا حرمت یا کراهت یا استحباب یا اباحه ی چیزی که مستلزم ایجاد ضرر به اشخاص باشد ، حکم شرعی نیست و نباید به آن عمل شود. علاوه بر این، چون متن قاعده به صورت اسلام محسوب نشود و در نتیجه ی حکم به وجوب یا حرمت یا کراهت یا استحباب یا اباحه ی چیزی که مستلزم ایجاد ضرر به اشخاص باشد، حکم شرعی نیست و نباید به آن عمل شود. علاوه بر این، چون متن قاعده به صورت نکره ی منفی آمده است، عمومیت داشته، شامل هر نوع ضرر می شود. به این معنا که هیچ ضرر مالی یا بدنی یا آبرو و حیثیتی یا آسیب به هر نوع حق دیگر، در احکام شرعی وجود ندارد. میرزای نائینی نیز با نقد نظریه های دیگری که در این خصوص مطرح شده است و با بیان سه مقدمه، به تبع شیخ انصاری مفاد قاعده را، نفی حکم ضرری در اسلام اعلام نموده است و می نویسد:

«بهترین معنا برای این قاعده همان است که شیخ انصاری گفته است. یعنی، نفی ماهیت و وجود ضرر در اسلام، که می تواند مدرک قاعده ی فقهی مرسوم و متداول بین فقها قرار گیرد».^(۱)

پس به موجب این نظریه، در هر کجا که وجود یک حکم شرعی اعم از تکلیفی یا وضعی مستلزم ضرر باشد حکم مزبور مرتفع می شود و اثر خود را از دست می دهد. چنین تفسیری از قاعده ی لاضرر، قلمرو آن را به تمام اعمال عبادی و معاملاتی و مانند آن گسترش داده است و از این قاعده به عنوان حاکم بر سایر احکام و مقررات اولیه استفاده می کند. همانگونه که بسیاری از این قاعده در موارد مختلف استفاده کرده اند البته طرفداران این نظریه، در نتایجی که از آن حاصل می شود، یکسان نمی اندیشند. برخی مانند شیخ انصاری بر این باورند که قاعده ی لاضرر نه تنها احکام ضرری را در اسلام نفی می نماید بلکه علاوه بر این ، به اثبات حکم وجودی نیز دلالت می کند. به نظر وی همانگونه که حکم ضرری مطابق این قاعده منتفی است، در صورتی که فقدان حکم در موردی موجب ضرر نیز بشود، جعل و وضع آن از طرف شارع لازم و ضروری است. وی در این باره می نویسد: «احکام عدمی که مستلزم ضرر است مانند عدم حکم به ضمان و مسئولیت شخصی که دیگری را بدون جهت محبوس ساخته و از تحصیل منفعت بازداشته است، مشمول قاعده ی لاضرر می شود. زیرا ضامن ندانستن کسی که باعث تفویت منفعت دیگری شده، خود حکمی است. ضرری که در دین نفی شده است و باید حکم به ضمان داده شود. به عبارت دیگر تنها احکام ضرری نفی نشده است بلکه مطلق احکامی که در دین وجود دارد و در شریعت اسلام به آن عمل می شود خواه وجودی یا عدمی، در صورتی که همراه با ضرر باشد، منتفی است. پس همانگونه که نفی احکام ضرری در حکمت شارع واجب است، وضع احکامی که از عدم آنها ضرر لاتزم می آید ضروری است. بطور مثال، در صورتی که شخصی به دیگری زیان برساند، به مقتضای نفی ضرر، باید او را مسئول پرداخت خسارت دانست. زیرا حکم به عدم ضمان عامل زیان خود حکمی ضرری است که طبق قاعده نفی شده است.

۱ - میرزا حسین ، نائینی ، معروف به میرزای نائینی ، منیه الطالب ، ج ۲ ، ص ۲۰۱

به بیان دیگر، حکم عدمی خود مستلزم حکم وجودی است، یعنی به فرض مثال، حکم به عدم ضمان کسی که باعث تفویت منفعت دیگری شده است، مستلزم حرمت مطالبه خسارت و جواز پرداخت آن است، که خود حکمی وجودی است. علاوه بر این، در داستان سمره که پیامبر(ص) به استناد نفی ضرر، اجازه ی کندن درخت را به مرد انصاری داد، اثبات حکم جدید یا نفی حکم عدمی مشاهده می شود. یعنی از طرفی جواز ورود سمره به باغ انصاری برداشته می شود و از سوی دیگر حکم به کندن درخت او می شود چرا که بدون این دستور، منشا ضرر باقی مانده و استمرار می یابد.^(۱)

تفسیری که ایشان از قاعده ارایه داده و قلمرو آن را به عنوان حاکم بر احکام و مقررات تکلیفی و وضعی توسعه داده حتی با استناد به آن به اثبات حکم وجودی، مانند ضرورت جبران خسارت در مواردی که زیانی به دیگری وارد شده، پرداخته است، این قاعده را به عنوان یک اصل کلی و عام مطرح ساخته که بخصوص در مسئولیت مدنی نقش مهمی را ایفاء میکند. طبق این تفسیر، هرگاه شخصی به دیگری زیان برساند به حکم قاعده، مسئول جبران خسارت زیان دیده است، خواه ضرر مالی باشد یا معنوی. در برابر، برخی دیگر از طرفداران این نظریه، تنها نفی حکم ضرری را از آن قابل استنباط می دانند و اثبات حکم دیگری را جز در مورد استثنائی نپذیرفته اند. در این خصوص مرحوم نراقی می گوید: «لاضرر دلالت بر نفی حکم ضرری دارد ولی اثبات حکم دیگر، مبنی بر رفع و جبران ضرر نیازمند به دلیل مستقل دیگر است و از این اصل قابل استنباط نیست. بدین جهت نظریه کسانی که بر مبنای این قاعده حکم به ضمان عامل زیان یا متلف نموده اند، باطل است. زیرا عدم تطابق اقدام عامل زیان با شرع و قانون که از قاعده ی لاضرر استنباط می شود، دلالت بر ضمان یا ضرورت جبران آن نمی کند مگر در مورد استثنائی که حکم به عدم ضمان خود موجب ضرر شود، که تنها در این صورت می توان از قاعده ی لاضرر به کمک این قرینه، اثبات حکم مبنی بر ضمان و مانند آن را استنباط نمود».^(۲)

میرزای نائینی نیز با آنکه در تفسیر قاعده ی لاضرر با شیخ انصاری هم عقیده است و بر اثبات این قاعده تلاش در خور ستایش نموده است ولی در نتیجه ی این نظریه با او هم عقیده نیست و تنها آن را موجب نفی حکم ضرری می داند و ادعای اثبات حکم جدید و ضرورت جبران خسارت را تاسیس فقه جدید تلقی می نماید.^(۳)

میرزا حسن بجنوردی نیز این قاعده را تنها موجب نفی حکم ضرری دانسته و اثبات حکم جدیدی چون

۱ - شیخ انصاری، همان کتاب، ص ۳۷۳

۲ - ملا احمد نراقی، همان کتاب، ص ۲۰

۳ - میرزای نائینی، همان کتاب، ص ۲۰۱

ضمان قهری عامل زیان را از این قاعده، نپذیرفته است.^(۱)

بنابر نظر این فقهاء که قاعده را متضمن اثبات حکم جدید و ضرورت جبران خسارت نمی دانند، این قاعده نقش اجتماعی برجسته ای نداشته و نمی تواند برای اثبات ضمان قهری و جبران خسارت، مستند واقع شود. و در واقع، قاعده ای را که می تواند به حکم عقل و تایید روایات وسیله ای برای اجرای عدالت و جلوگیری از ستم و احقاق حق باشد، این تفسیر در یک قلمرو محدود و حصار خود ساخته محصور نموده و از اهمیت و نقش گسترده ی آن می کاهد. در هر حال بر نظریه شیخ انصاری نیز ایرادهایی بخصوص از ناحیه آخوند خراسانی وارد شده است که از جمله آنها، این است که در این تفسیر معنای مجازی مورد توجه قرار گرفته است در حالی که تا جایی امکان تفسیر به معنای حقیقی وجود داشته باشد نوبت به معنای مجازی نمی رسد.

به بیان دیگر ایشان می گوید: در ظاهر ضرر نفی شده و تفسیر آن به حکم ضرری دلیل می خواهد در حالی که چنین دلیلی در دست نیست پس باید به معنای واقعی آن که نفی ضرر است تعبیر شود. و به همین جهت خود، نظریه دیگری را مطرح نموده است که به شرح آن می پردازیم.^(۲)

البته اشکال آخوند خراسانی در صورتی درست می نمود که قریه خارجی بر چنین تفسیری نباشد و حال آنکه، بیان این عبارت بوسیله پیامبر در مقام بیان احکام دین خود دلیل بر آن است که منظور نفی حکم ضرری بوده است نه نفی ضرر به طور کلی.

ایراد دیگری بر نظریه شیخ انصاری وارد شده است که، تفسیر قاعده به نفی حکم ضرری، مستلزم آن است که فاعل ضرر نفی شده شارع باشد تا نفی حکم بوسیله ی او درست باشد، در حالی که قرائن فراوانی در صدور این روایت از پیامبر در موقعیت های مختلف وجود دارد که، فاعل ضرر مورد نفی اشخاص هستند و بر این اساس در این قاعده، ضرر رسانیدن اشخاص به یکدیگر نفی شده و ربطی به نفی حکم شرعی ندارد.^(۳)

در پاسخ به این ایراد می توان گفت که این قاعده مبتنی بر حکم عقل است و روایت مورد استناد موید این حکم عقلی است زیرا عقل هر نوع ضرری را از جانب هر کس ناپسند و قابل ملامت می داند. بعلاوه اطلاق حدیث نبوی در مقام بیان، دلالت بر این دارد که ضرر از ناحیه ی هر کس باشد منفی است اعم از اینکه فاعل ضرر خود شارع و مقررات ناشی از او باشد یا اشخاص دیگر.

۴-۱- شمول قاعده در خسارت معنوی

۱ - میرزا حسن بجنوردی، همان کتاب، ص ۲۰۰

۲ - محمد کاظم خراسانی، کفایه الاصول، ج ۲، ص ۲۶۷

۳-ناصر مکارم شیرازی، همان کتاب، ص ۶۰

قاعده ی لا ضرر که دلالت بر جبران خسارت می نماید به دلایل ذیل خسارت معنوی را نیز شامل شده و جبران چنین خساراتی را نیز ضروری می نماید. بلکه اصولاً خاستگاه اصلی و زمینه صدور روایت مشهور نبوی «لا ضرر و لا ضرار» که به تواتر از طریق شیعه و سنی نقل شده و به گمان بسیاری مستند اصلی قاعده لا ضرر می باشد، زیان معنوی وارد بر مرد انصاری بخاطر مزاحمت ها و رفت و آمدهای بی مورد و آزار دهنده تحقیر کننده صاحب درخت خرما یعنی سمره بود که انصاری را وادار به شکایت نمود و سرانجام پیامبر به استناد این سخن، ریشه ی خسارت معنوی وارد بر او را برای همیشه خشکانیده است.

موارد زیر قابل استنباط است:

۱- خسارت معنوی از اقسام خسارت است و تابع احکام مربوط به آن می باشد و در واقع حکم عقل و روایات مربوط به نفی ضرر ناظر به اینگونه خسارت نیز می باشد. بخصوص که برخی علماء و فقها، در لا ضرر و لا ضرار، ضرار را به معنای ضرر و خسارت معنوی تفسیر نموده اند.

۲- در برخی از آیات و روایاتی که ضرر نهی یا مورد نفی واقع شده، مانند داستان سمره، رجوع مرد به زوجه پس از طلاق، بی توجهی به طفل از سوی والدین، مسجد ضرار، ضرر مزبور معنوی و غیر مالی می باشد. و به عبارت دیگر، عبارت «لا ضرر و لا ضرار» در قضیه ای صادر شده که موضوع خواسته جبران خسارت معنوی یا جلوگیری از استمرار آن در آینده بوده است.

در روایات دیگر و حتی آیاتی که ضرر نهی شده، نیز موضوع خسارت معنوی بوده است.

۳- خسارت معنوی مانند خسارت مالی به حکم عقل و قاعده ی لا ضرر که مبتنی بر آیات و روایات می باشد، ممنوع است و در صورت بروز خسارت، عامل زیان باید به جبران آن بر حسب مورد و با توجه به ماهیت خسارت بپردازد و در ضرورت جبران خسارت که در اکثر سیستم های حقوقی پذیرفته شده است و بیشتر فقهاء اسلام نیز تصریح نموده اند، تفاوتی بین خسارت مالی و معنوی از این حیث نیست. چرا که هم عقل مستقل و هم روایت لا ضرر به طور مطلق و عام ضرر را نفی و تقبیح می نماید و ضرورت جبران هر نوع خسارت از آن قابل استناد است. تنها بحثی که قابل طرح می باشد این است که نحوه ی جبران این دو خسارت همواره یکسان نیست.

۴- قبول این امر که خسارتهای مالی از دیدگاه شرعی و قانونی قابل جبران ولی خسارتهای معنوی غیر قابل جبران می باشند با روح کلی شریعت و عدالت و انصاف و منطبق حقوقی مغایرت دارد. بخصوص که در حقوق اسلام، توجه ویژه به حیثیت و آبروی اشخاص شده است و کرامات انسانی در حد اعلی پاسداری شده است و در موارد مربوط به توهین، تحقیر و ایجاد مزاحمت برای اشخاص و مانند آن مجازات پیش بینی شده است.

۵- پیش بینی دیه بعنوان وسیله ی جبران خسارت معنوی زیان دیده در صدمات جسمی بر حکمت قاعده ی لاضرر و ضرورت جبران خسارت می باشد که در صدمه های بدنی به عنوان یکی از مصادیق خسارت معنوی پذیرفته شده است.

۶- بنا به فرض محال، اگر پذیرفته شود که همه ی این دلایل ناظر به خسارت مالی بوده است و از آنها ضرورت جبران خسارت معنوی قابل استنباط نیست، باز هم با استفاده از ملاک جبران خسارت و الغاء خصوصیت از نوع زیان، قابل جبران بودن زیانهای معنوی قابل استنباط است. چرا که هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که وقتی خسارت معنوی هم «خسارت» باشد از قاعده ی جبران خسارت مستثنی باشد. بویژه که در بسیاری موارد زیانهای معنوی از اهمیت بسیار بالاتری نسبت به خسارتهای مالی برخوردارند. در این صورت چگونه امکان دارد که خسارت جزئی چون شکستن شیشه ساختمان قابل جبران باشد ولی شکستن حریم انسانی و از بین بردن شخصیت او یا درد و رنج روحی وارد بر او نادیده گرفته شود. چنین برداشتی با روح اسلام سازگار نیست. بخصوص که حکم به عدم ضمان و مسئولیت عامل ورود خسارت معنوی، مستلزم پذیرش خسارت برای زیان دیده و عدم جبران است که خود حکمی ضرری است.

با توجه به آنچه گذشت با قاطعیت و جرات باید اعلام نمود که قاعده ی لاضرر، یکی از مفیدترین و محکم ترین قواعد عقلی و شرعی است که بر نفی و نهی از هرگونه ضرر اعم از مالی و معنوی از ناحیه هر کس و ضرورت جبران آن دلالت روشن و گویایی دارد که هر ذوق سلیم آن را بخوبی در می یابد. و بدون جبران گذاشتن خسارت، بویژه خسارت معنوی و به سادگی از کنار آن گذشتن خود ضرری آشکار و ظلمی بین است که مفاد این قاعده با آن مغایرت دارد. البته راههای جبران خسارت و شیوه ی آن می توان بر حسب اوضاع و احوال و نوع خسارت و تصمیم دادگاه و موقعیت عامل زیان و زیان دیده متفاوت باشد. یکی از این راهها جبران مالی که هیچگونه مغایرتی با موازین شرعی ندارد زیرا آنچه مسلم است از لحاظ شرعی باید خسارت را اعم از مالی یا معنوی جبران نمود ولی در خصوص نحوه و ماهیت جبران همه ی اقسام خسارت نیاز به تصریح خاصی نیست و در هر زمان دادگاه بر حسب شرایط تصمیم مقتضی را اخذ می نماید.^(۱)

۵-۱- قاعده لاضرر در قانون مدنی

با تعیین مفهوم قاعده لاضرر می توانیم موادی که صریحاً این قاعده در آنها بیان شده و نیز موادی که قاعده بر آنها سایه افکنده است مورد بررسی قرار دهیم و رابطه این مواد را با نظریه تقلب نسبت به قانون بسنجیم

۱ - کمیسیون استفتاء شورای عالی قضائی در پاسخ به سوالی در خصوص جبران خسارت معنوی اظهار داشته است که : « ... مطالبه ی زیان معنوی فاقد مجوز شرعی است . » شورای نگهبان نیز در همین باره اعلام نموده است « ... تقویم خسارت معنوی به مال و امر مادی مغایر موازین شرعی است . البته رفع هتک و توهینی که به شخص شده به طریق متناسب با آن ، در صورت مطالبه ی ذی حق لازم است . » به نقل از سید جلال الدین مدنی ،

حقوق اساسی ، جلد چهارم ، ص ۳۸۱

ماده ۱۳۲ قانون مدنی از این جهت ماده اساسی است. این ماده ناظر به جلوگیری از سوء استفاده از حق مالکیت می باشد، در فقه اسلامی هم مصداق شایع قاعده لاضرر سوء استفاده از مالکیت بوده است. بموجب این ماده کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت و یا دفع ضرر از خود باشد. هرچند اصل تسلیط ایجاب می کند که مالک بتواند هر نوع تصرفی در مایملک خود بکند ولی این تصرف تا موقعی جایز است که قصد اضرار به همسایه نبوده و همسایه از آن متضرر نشود.

بدون شک وقتی کسی ساختمان یا دیوار مرتفعی در زمین خود بنا می کند و در نتیجه ویلای همسایه را از منظره کوهستان و یا دریا محروم می سازد فقط از حق خود استفاده کرده است ولی قاضی از پذیرفتن چنین اقدامی که منحصراً ناشی از قصد ایذاء است امتناع می کند.

در این مورد به استناد ماده ۱۳۲ می توان جلوی سوء استفاده از حق را گرفت. مسئله قصد تقلب در سوء استفاده از حق مورد توجه می باشد. آنچه در مورد ماده ۱۳۲ و بطور کلی سوء استفاده از حق مورد اتفاق نظر است اینکه اگر تصرفات مالک در مایملک خود به قصد اضرار به همسایه باشد این تصرف جایز نیست. و باید از آن جلوگیری کرد.^(۱)

فاضل عراقی نیز در این باب می گوید: «بلی اگر تصرف بقصد اضرار به دیگری باشد حرام است و اجماع و اخبار و آیاتی که در موارد مختلف وارد شده آنرا ثابت می کند. و چنین تصرفی یقیناً از دائره عمومات جواز تصرف در ملک خارج است بلکه علی الاصول هر تصرفی که انسان در مایملک خویش به قصد اضرار به دیگری انجام می دهد حرام است و همین امر سبب دستور نبی اکرم (ص) بقلع درخت سمره بوده است. زیرا هنگامیکه او را مخیر بکسب اجازه و یا فروش درخت نموده و سمره از قبول آن استنکاف کرد بر حضرت واقع شد که انگیزه سمره در حفظ مالکیت قصد اضرار است. زیرا اگر قصد او انتفاع بوده می توانست با کسب اجازه از صاحب باغ از درخت خود منتفع شود».

بنابراین در موردیکه تصرف مالک در مایملک خود منحصراً بقصد اضرار بغیر صورت گیرد این مورد فرد اعمال ماده ۱۳۲ قانون مدنی و قدرمتیقن از آن است. توجه به این نکته ضروری است که هرچند ماده ۱۳۲ فقط سوء استفاده از حق مالکیت را بیان کرده است ولی نباید منع سوء استفاده از حق را محدود به حق مالکیت دانست. از نظر تاریخی پدیده سوء استفاده از حق در حقوق کلیه کشورها از حق مالکیت شروع شده است ولی هر حقی ممکن است در معرض سوء استفاده از حق قرار گیرد به همین علت است که دادگاههای فرانسه نظریه سوء استفاده از حق را از قلمروی حق مالکیت توسعه داده و به تعداد زیادی از

۱ - شیخ مرتضی انصاری، مکاسب، قسمت لاضرر

حقوق شمول داده اند و آنرا وسیله گران بها و پر ارزشی برای کنترل اعمال حق شناخته اند.^(۱)

در قانون مدنی ما هم ممنوعیت سوء استفاده از حق منحصر به حق مالکیت نیست زیرا در ماده ۹۴۴ بطور آشکار از سوء استفاده از حق طلاق جلوگیری شده و در ماده ۹۴۵ سوء استفاده از عقد نکاح ممنوع شده است. 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 درجه ماده ۱۳۲ وارد حقوق موضوعه ما شده ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن آنها بوده است. هر چند 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.

از آنچه بیان شد ممکن است چنین نتیجه شود که ماده ۱۳۲ قانون مدنی برای خنثی کردن کلیه موارد تقلب نسبت به قانون کافی نیست و فقط می توان به استناد آن موارد تقلب نسبت به اشخاص ثالث را که متضرر از تقلب هستند بی اثر ساخت. بدون شک قدر مسلم از ماده این است که کلیه تقلبهائی را که متوجه حقوق اشخاص ثالث است شامل می شود ولی به نظر ما این ماده یک ضمانت اجرای کلی و ارزنده است و اختصاص آن به موارد تقلب نسبت به اشخاص ثالث صحیح نیست.

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 دادگاهها می باشد.

به نظر استاد موری، مفهوم سوء استفاده از حق با تقلب نسبت به قانون ارتباط تام دارد هر فردی حق دارد تابعیت خود را تغییر دهد ولی اگر کسی تابعیت خود را منحصرأً بمنظور فرار از قوانین متبوعه خویش تغییر دهد مرتکب سوء استفاده از حق شده است. همچنین هر فردی بطور معمول حق دارد اقامتگاه خود را تغییر دهد و محلی را برای انعقاد قراردادهای خویش قرار دهد، ولی اگر از این حق بمنظور اجتناب از قانون مملکتی که بطور طبیعی باید عقد در آنجا واقع شود استفاده کند از این حق سوء استفاده کرده است. و

۱ - مازو، دروس حقوق مدنی، ج ۲ شماره ۴۵۶، نکته جالب این است که بگفته مؤلف مزبور، نویسندگان قانون مدنی فرانسه به مسئله سوء استفاده از حق در قانون مدنی اشاره نکرده اند با اینحال رویه قضایی فرانسه بدون هیچ تردیدی مسئولیت ناشی از اعمال حق را پذیرفته، در حالیکه قانون مدنی ما به پیروی از فقه اسلامی به موارد متعددی از سوء استفاده از حق تصریح کرده معذک در حقوق ما علیرغم وجود قاعده این مسئله به نحو شایسته مورد تجزیه و تحلیل قرار نگرفته است.

سپس اضافه می کند که تقلب نسبت به قانون یکی از مجاری نظریه سوء استفاده از حق است.^(۱)

دادگاه فدرال سوئیس منحرف ساختن یک عقد و بطور کلی یک تاسیس حقوقی را از جهت و هدف طبیعی آن بمنظور رسیدن به یک نتیجه غیر قانونی سوء استفاده از حق شمرده است.

واضح است که این امر اختصاص به تقلب به ثالث ندارد بلکه تقلب نسبت به قانون را هم شامل می شود، بنابراین به استناد ماده ۱۳۲ قانون مدنی که بیان قاعده کلی ممنوعیت سوء استفاده از حق است و نیز سایر مواد قانون مدنی که مصادیق اجرای این نظریه می باشند میتوان کلیه موارد تقلب را هرچند متوجه منافع اشخاص ثالث نباشد را خنثی نمود و دلیل ماده ۱۳۲ به هیچ وجه اخص از مدعی نیست.

ماده ۱۳۲ بر سایر مواد قانون مدنی حاکم است

نکته مهمی که در این قسمت تذکر آن ضروری به نظر می رسد اینکه در مورد قاعده لاضرر گفته شده که دلیل قاعده مزبور حاکم بر ادله سایر احکام است.^(۲)

به این معنا که در هر مورد حکمی موجب ورود ضرر باشد قاعده لاضرر برای بی اثر ساختن آن مورد استناد قرار گیرد. برای مثال اصل تسلیط امکان همه نوع تصرف را برای مالک در ملک خود اقتضا می کند ولی اگر فردی از افراد این تصرفات موجب ورود ضرر به همسایه باشد قاعده لاضرر در این مورد خاص از جریان اصل تسلیط جلوگیری می کند. و در سایر حقوق وضع به همین نحو می باشد.

نکته قابل توجه این است که حکومت قاعده لاضرر بر ادله احکام با آنچه حقوقدانان فرانسه در خصوص اصل کلی حقوقی، حقوق فرانسه مبنی بر اینکه «تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد» گفته اند تطابق کامل دارد.

رویه قضائی فرانسه از این اصل کلی حقوقی در هر موردیکه تقلب نسبت به قانون صورت گرفته باشد استفاده کرده و از عمل متقلبانه سلب اثر کرده است. معنی حکومت قاعده لاضرر هم همین است. بنابراین می توان به ارزش و اهمیت ماده ۱۳۲ قانون مدنی و سایر مواد آن که ناظر به نظریه سوء استفاده از حق

۱ - ژاک موری ، رساله سابق الذکر ، ص ۱۶۵

۲ - علمای علم اصول در تعریف حکومت گفته اند : هرگاه دلیلی دلالت کند که دلیل حکمی دیگر بطور عموم گفته شده به برخی از افراد این حکم عام اختصاص دارد و همه را شامل نیست دلیل نخست را حاکم و دوم را محکوم و دلالت یاد شده را حکمت می خوانند .

هستند در تاسیس نظریه کلی تقلب نسبت به قانون پی برد.^(۳)

ارتباط نزدیکی که نظریه تقلب نسبت به قانون با نظریه سوء استفاده از حق دارد عده ای از مولفین را بر این داشته که ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون را بر مبنای نظریه سوء استفاده از حق استوار سازند. برای توضیح مطلب و تشخیص نکات مشترک دو نظریه مزبور لازم است قبلاً شرح مختصری در خصوص سوء استفاده از حق و تجاوز از حدود اختیارات بیاوریم.

در تعریف حق گفته شده که حق عبارت از تمکن و امتیازی است که قانون به افراد اعطا می کند تا بتوانند به انجام عملی قیام نمایند یا سایرین را مجبور به انجام اموری بنمایند.

وقتی قانون حقی را برای کسی می شناسد، بموازات آن تکالیفی را برای سایرین ایجاد می کند. مثل حق مالکیت که کلیه اشخاص مکلف به رعایت احترام آن هستند و یا دین که بدهکار مکلف به اداء آن است. افراد اختیار دارند از این تمکن و امتیاز که قانون به آنها اعطا می کند استفاده کرده و آزادانه در آن دخل و تصرف نمایند. ولی از قدیم الایام این نکته مورد توجه بوده که این اقتدار و امتیاز مطلق نیست و استعمال آن تابع شروطی است که دارنده حق در اعمال حق باید آنها را رعایت نماید.

می دانیم، هر کس مسئول جبران خساراتی است که از فعل او بغیر وارد شده است ولی اگر انسان در مقام اعمال حق خود موجب اضرار بغیر شود علی الاصول قابل مواخذه نیست. ولی در موارد معینی خسارات وارده به اشخاص حتی اگر ناشی از اعمال حق باشد قابل مطالبه است و آن در مورد یست که اعمال حق ناشی از قصد اضرار بدیگری باشد.

این معنی را ماده ۱۳۲ قانون مدنی که یکی از مجاری قاعده لاضرر می باشد به خوبی نشان داده است: «کسی نمی تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضییع همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت و یا رفع ضرر از خود باشد» حتی به نظر بعضی از مولفین اگر اعمال حق متضمن منافی برای صاحب آن باشد اگر موجب ورود ضرر بغیر شود عمل معیوب خواهد بود. کلیه حقوق دارای جهت

۱- نکته مهم اینکه مولفین فرانسوی نتوانسته اند ریشه اصل کلی حقوقی *Fraus omnia corrumpit* را در سوابق تاریخی حقوق خود نشان دهند. از طرفی اعتراف کرده اند که در حقوق رم این اصل کلی موجود نبوده و فقه مسیحی هم در این زمینه دارای قواعد حقوقی نیست، تنها چیزیکه ویدال در این باب گفته این است که اولین کسیکه این فرمول را بکار برده کوژاس در قرن ۱۶ میلادی است و گفته که فرمول مزبور سابقه تاریخی ندارد و ساخته و پرداخته حقوق دانان اخیر فرانسه است. بنابراین قویاً احتمال می رود که ریشه این اصل در حقوق اسلام باشد زیرا صرف نظر از قاعده لاضرر که در قدمت آن هیچ گونه شکی نیست و مربوط به زمان پیغمبر اسلام (ص) است احتمال می رود که تالیفات فقهی که در دسترس علمای حقوق اروپائی قرار گرفته در تاسیس این اصل موثر بوده است. از جمله ابن قدامه صاحب کتاب المغنی که وفات او به سال ۶۲۰ هجری بوده در قسمتهای متعددی از کتاب خود مستثنی بودن حیل از قواعد حقوقی را تصریح نموده است. در صفحه ۱۷۶ در قسمت بیع عینه می گوید «ان باع سلعة بنقد ثم اشتراها با کثر منه نسیئه لایجوز ذلک ... و یحتمل ان یجوز له شراءها بجنس الثمن با کثر منه الا ان یکون ذلک عن مواطاه او حيلة فلا یجوز و ان وقع ذلک اتفاقاً من غیر قصد جاز» و همچنین مراجعه شود به کتاب مزبور مخصوصاً صفحات ۵۲ و ۵۳ و ۵۴ که در کلیه این موارد به مستثنی بودن حيله تصریح شده است. به نقل از دکتر کاشانی، پیشین ص ۲۵۶

جهت اجتماعی و هدف خاصی هستند که نباید در خلاف تشریع آن مورد استفاده قرار گیرند. بعقیده ژسران ، در هر مورد که از حقی بر خلاف منظور و هدف غائی آن حق استفاده شود سوء استفاده از حق تحقق یافته است. بنابراین نظر، حق دارای جنبه نسبی است و دارنده آن در اعمال حق اختیارات مطلق ندارد. از طرفی بعضی از حقوق به افراد اعطا شده ولی در واقع هدف از وضع و ایجاد این حق، حفظ مصالح و منافع غیر بوده است. مثل ولادت پدر و اختیارات قیم و غیر آن که می توان گفت در این جا حق به نفع من له الحق نیست بلکه بنفع مولی علیه و صغیر است. از همین قبیل است اختیارات وکیل و مدیران شرکت و اختیاراتی که قانون به مسئولین اداری برای انجام وظایف و شئون خاصی اعطا کرده است. در این قبیل موارد حقوق باید بمنظوری که برای آن وضع وضع شده اند بکار برده شوند و در غیر اینصورت مشروعیت خود را از دست می دهد و عمل انجام شده فاقد ارزش قانونی است. زیرا از روح حق و حکمت تشریع آن عدول شده است. این موضوع که به خصوص در حقوق اداری دارای سوابق مدون و ممتدی است به تجاوز از حدود اختیارات معروف شده است که در حقوق فرانسه از آن به (detournement de pouvoir) و گاهی (L'excès de pouvoir) تعبیر شده است.

در حقوق اداری تجاوز از حدود و اختیارات مخصوص موردیست که یک مسئول اداری اختیاراتش را در غیر جهتی که این حقوق بعلت آن باو اعطا شده و بخلاف منظور آن بکار بندد و آن در موردیست که عمل انجام شده، با حفظ ظواهر صحیح و قانونی، اساساً معیوب و مبنی بر یک محرک نامشروع باشد. مثلاً مقامات اداری از بازنشسته کردن اعضای یک اداره بمنظور تصفیه اشخاص مورد نظر استفاده کرده اند. ولی بطوریکه گفته شد این عنوان منحصر به حقوق اداری نیست و به سایر رشته های حقوق سرایت می کند.^(۱)

با توجه به آنچه در خصوص نظریه سوء استفاده از حق و تجاوز از اختیارات بیان گردید میتوانیم موقعیت نظریه تقلب نسبت به قانون را به خوبی با این نظریه بسنجیم اصولاً تقلب نسبت به قانون یکی از مصادیق و نمونه های بارز سوء استفاده از حق است. برای مثال مدیونی که به منظور تضییع حق طلبکاران معامله به قصد فرار از دین می کند، چون هنوز ممنوع از تصرف در اموال خویش نیست از حق تصرف سوء استفاده می کند زیرا هرچند مدیون در این حالت معسر است ولی چون حکم اعسار یا توقیف و حجر او صادر

۱ - سوء استفاده از قدرت و صلاحیت آن است که مأمور دولت صلاحیت خود را برای هدفی غیر از آنچه قانون تعیین کرده است بکار برد . مهمترین مقاصدی که مخالف هدفهای قانونی محسوب و موجب سوء استفاده از قدرت است به قرار زیر است :
اغراض شخصی از قبیل حب و بغض و انتقامجویی و غیره .
اغراض سیاسی و مذهبی مانند اتخاذ تصمیماتی علیه رقبا و مخالفین سیاسی و یا مذهبی و طرد آنها .
تامین منفعت خود یا شخص ثالث .

اجرای صلاحیت قانونی معینی به جای صلاحیت قانونی دیگر . این وظیفه قاضی است که با ملاحظه پرونده و دلایل و مدارک موجود احراز کند آیا مأمور دولت در انجام وظیفه خود همان هدفی را تعقیب کرده است که قانونگذار در نظر داشته و یا آنکه از اغراض و مقاصد دیگری پیروی شده است . رجوع شود به : حقوق اداری - دکتر منوچهر مومنی ص ۲۰۸ و ۲۰۹ .

نشده ممنوع از تصرف نیست. در این شرایط مد یون از این حق سوء استفاده کرده و اموال خویش را به ضرر طلبکاران منتقل می کند. تغییر تابعیتی که به منظور فرار از بعضی تکالیف صورت می گیرد چیزی جز سوء استفاده از حق نیست.

شخصی که اقامتگاه خود را برای فرار از نتایج دعوی که ممکن است علیه او اقامه شود تغییر می دهد از حق آزادی سکنی و اقامتگاه استفاده کرده است. حال اگر قانونگذار ضمانت اجرای خاصی برای خنثی کردن سوء استفاده از حق یا تجاوز از حدود اختیارات پیش بینی کرده باشد در واقع تقلب نسبت به قانون با نظریه مزبور تلاقی می کند. و این ضمانت اجرا موجب حذف مسئله تقلب خواهد شد.

همانطور که می دانیم یکی از شرایط توفیق و به ثمر رسیدن تقلب این است که وسیله انتخاب شده برای تقلب به ضمانت اجرای قانونی خاصی برخورد نکند و اصولاً اگر بتوان از راه دیگری مانع سوء استفاده از حق گردید احتیاجی به استفاده از نظریه تقلب نسبت به قانون نیست و به همین جهت تقلب نسبت به قانون به یک وسیله فرعی و علی البدل معروف شده است. یعنی هنگامیکه کلیه طرق دیگر برای ابطال عملی که بطور متقلبانه انجام شده مسدود باشد باید به آن متوسل شد.

در مواردیکه قانون ضمانت اجرای خاصی برای سوء استفاده از حق برقرار نموده تقلب مشکلی را به وجود نمی آورد و این امر وسیله کافی برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون است.

در قانونگذارهای جدید صرفنظر از موارد خاصی که به مناسبت سوء استفاده از حق در ابواب مختلفه قانون پیش بینی شده، ماده خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق وضع شده است. از جمله قانون سوئیس و آلمان و مصر متضمن چنین ماده ای است. ماده ۲ قانون مدنی سال ۱۹۰۷ سوئیس مقرر می دارد:

« ایفاء تعهدات باید مبنی بر حسن نیت باشد و سوء استفاده آشکار از حق مورد حمایت قانون نیست. »

قانون مدنی جدید مصر نیز نمونه های متعددی از سوء استفاده از حق را پیش بینی کرده و یک ماده مستقل در مقدمه کتاب به نظریه سوء استفاده از حق تخصیص داده است. ماده ۴ این قانون مقرر می دارد: « من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا یكون مسئولاً عما ینشا عن ذلک من ضرر ». کسیکه حق خود را بطور مشروع اعمال می کند مسئول خساراتی که از این اعمال حق، حادث می شود نیست. و در ماده ۵، موارد غیر مشروع اعمال حق را که همان سوء استفاده از حق است پیش بینی کرده است.

« یكون استعمال الحق غیر جایز فی الاحوال الاتیه:

الف - اذا لم یقصد به سوی الاضرار بالغير.

ب - اذا كانت المصالح التي ترمی الی تحقیقها قليلة الاهمیه . بحيث لا تناسب البتة مع ما یصیب الغير من ضرر بسببها.

ج - اذا كانت المصالح التي ترمی الی تحقیقها غیر مشروع.

ترجمه : به کار بردن حق در موارد زیر غیر مشروع است.

الف - اگر اعمال حق منحصرأ بقصد اضرار به غیر باشد.

ب - اگر منفعتی که از اعمال حق نیل به آن مورد نظر است کم اهمیت بوده به نحو اینکه به هیچ وجه با ضرری که بغیر وارد می شود متناسب نباشد.

ج - اگر منظور از اعمال حق رسیدن به نتایج نامشروع و غیر قانونی باشد.

این ماده سه حالت از سوء استفاده از حق را پیش بینی کرده است ولی این موارد انحصاری نیست. همانطور که از مذاکرات مقدماتی وضع این ماده مستفاد می شود این موارد ضوابطی است که برای ارشاد قاضی وضع شده و دادگاه می تواند با قیاس به این موارد، موارد دیگری را استنتاج کند. محتوی این سه موارد عبارت است از:

intention de nuire

الف - قصد اضرار

rupture d equilibre

ب - عدم تعادل نفع با ضرر حاصله

interet illegitime

ج - منافع نامشروع و غیر قانونی

همچنین در مذاکرات مقدماتی گفته شده ضوابط مزبور از فقه اسلامی است و ملاکهای مفیدی برای ارشاد و هدایت قضات است.

با وجود چنین ماده ای در قانون مدنی سوئیس و مصر مشکل تقلب نسبت به قانون تا حدود زیادی قابل حل است زیرا این ضمانت اجرای قانونی و کلی به دادگاهها امکان می دهد که در کلیه موارد تقلب نسبت به قانون را که بر اساس سوء استفاده از حق استوار است بی اثر نماید. به خصوص بند سوم ماده ۵ قانونی مدنی مصر صریحاً ناظر به موارد تقلب نسبت به قانون است و ذکر مصالح نامشروع که همان نتیجه غیر قانونی است برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون می باشد.

قانون مدنی سال ۱۹۲۳ روسی بیش از سایر قوانین در قضیه تقلب نسبت به قانون پیش رفته بطوریکه صریحاً تقلب نسبت به قانون را پیش بینی کرده و ماده خاصی در ابطال آن وضع کرده است. ماده ۳۰ این قانون مقرر می دارد: «هر عملی که با هدفها و مقاصد قانون تعارض دارد و یا بمنظور تقلب نسبت به قانون انجام شده باطل است و نیز عملی که بطور واضح بمنظور اضرار بدولت انجام شده باطل خواهد بود».

۲ - نظریه علت و جهت نامشروع:

۱-۲- علت نامشروع: بعضی از مولفین فرانسوی کوشش کرده اند که با استناد به نظریه علت نامشروع، تقلب نسبت به قانون را خنثی کنند. نظریه علت در مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۳۱ و ۱۱۳۲ و ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده است. 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»^(۱)

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.

طرفدار جدی این عقیده دبوا یکی از مولفین فرانسوی است.

او نظر خود را در این مورد چنین بیان می کند: «عملی که به قصد تقلب نسبت به قانون واقع شود نامشروع محسوب می شود اگر معلوم شود که انگیزه انجام این عمل مخالف قانون یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه می باشد و علت نامشروع، چیزی جز قصد تقلب که عنصر معنوی تقلب نسبت به قانون را تشکیل می دهد نیست»^(۲).

بر اساس این استدلال برای خثی 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 میتوان استفاده کرد و عمل متقلبانه را باطل نمود.

لیژروپولو، مولف دیگر نظر دبوا را از نظر تحلیلی صحیح ندانسته و آنرا رد کرده اس . او سه ایراد بر این نظر وارد می کند:

اول: نظریه علت نامشروع از جهت مفهوم با نظریه تقلب نسبت به قانون متحد نیست. نظریه علت نامشروع دارای جنبه ذهنی و سوژکتیو است و به نتایج حاصله از عمل حقوقی توجهی ندارد. همینکه نیت و انگیزه طرفین یک عقد برخلاف قانون یا اخلاق حسنه باشد این امر موجب بطلان عقد خواهد بود، در حالیکه نظریه تقلب منحصرآ ذهنی نیست بلکه نتایج حاصله که همان از کار افتادن اوامر و نواهی قانون است در ابطال آن موثر می باشد و اصولاً بررسی صحت و فساد تقلب هنگامی مطرح می شود که یک نتیجه غیر قانونی بمنصه ظهور رسیده باشد مثل ورود خسارت به شخص ثالث.

دوم : نظریه علت نامشروع فقط در قلمروی تعهدات ظاهر شده است و حال آنکه تقلب نسبت به قانون همیشه با استفاده از اعمال حقوقی نیست. ممکن است وسیله تقلب از وقایع حقوقی باشد که در این شرایط مفهوم علت نامشروع ارزش خود را از دست می دهد و قلمروی اجرای آن به موارد خاصی از حیل محدود خواهد شد.

۱ - (برای مثال وقتی شخصی خانه ای را اگر در سند اجاره قید کند که خانه را برای تاسیس قمارخانه اجاره می کند ، چون این عمل برخلاف قانون است ، عقد اجاره باطل می گردد .)

۲ - (دکتر کاشانی ص ۲۲۳)

برای مثال شامل تقلب هایی که با استفاده از تغییر تابعیت صورت می گیرد نمی شود. بنابراین نظریه علت نامشروع موجب تجزیه ضمانت اجرای تقلب می شود و غالب موارد آنرا در بر نمی گیرد. سوم: ضمانت اجرای نامشروع بودن علت تعهد، بطلان آن است و حال آنکه عملی که با تقلب نسبت به قانون واقع می شود باطل نیست ضمانت اجرای مخصوص تقلب، غیر قابل استناد بودن نتیجه متقلبانه است. یعنی قانونی که از آن رفع اثر شده و یا تکلیفی که از انجام آن اجتناب شده مجدداً قدرت و اعتبار خود را باز می یابد.

برای مثال عقد نکاحی که به منظور تقلب نسبت به قانون و برای فرار از خدمت نظامی واقع شده در صورتی که متقلبانه دانسته شود باطل نیست فقط از نقطه نظر خدمت نظامی بی تاثیر است و به همین جهت دادگاههای فرانسه طلاق را که در سوئیس با تقلب نسبت به قانون فرانسه واقع می شد باطل نمی کردند و فقط از نقطه نظر آثار طلاق آنرا غیر قابل استناد می دانستند.

حقوقدانان و رویه قضایی فرانسه نظریه علت نامشروع را به لحاظ اشکالات مزبور ضمانت اجرای کافی و صحیح برای خنثی کردن تقلب ندانسته اند.

در قانون مدنی ایران نظریه علت نامشروع بطور ناقص و محدود مورد قبول قرار گرفته است چه ماده ۲۱۷ علت نامشروع را فقط در صورتی موجب بطلان عقد دانسته که در ضمن عقد به آن تصریح شده باشد. بنابراین در حقوق ما نظریه علت بطریق اولی ضمانت اجرای قانونی برای ابطال تقلب و حيله محسوب نمی شود.

۲-۲- جهت نامشروع

نظریه جهت و تأثیر نامشروع بودن آن در صحت معامله بویژه در حقوق خارجی مورد توجه بسیار قرار گرفته است این مسئله در حقوق فرانسه از لحاظ نظری و عملی دارای اهمیت فراوانی است. در حقوق ایران که مقتبس از حقوق فرانسه و تطبیق یافته با فقه امامیه است نیز مشروعیت جهت معامله در مواد ۱۹۰ و ۲۱۷ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است. ماده ۱۹۰ مشروعیت جهت معامله را از شرایط اساسی صحت معامله دانسته و ماده ۲۱۷ مقرر داشته است: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. به لحاظ ارتباط و نزدیکی این تئوری با استثناء تقلب عده ای قائل به این شده اند که با وجود تئوری جهت، تئوری تقلب مورد نیاز نمی باشد. مطالب این بحث را در دو قسمت ارائه می نمایم.

۲-۲-۱ - مفهوم جهت

حقوقدانان ایرانی در شرح مواد مربوط به جهت (مواد ۱۹۰ و ۲۱۷ ق.م) به ریشه یابی جهت نا مشروع در

حقوق فرانسه می پردازند. به نظریه قدیمی جهت، ایراداتی وارد شده است.^(۱)

حقوقدانان خارجی و داخلی نظریه جهت تعهد را از جهت معامله متمایز می دانند و آنها را جداگانه مورد بحث قرار می دهند. ما نیز آن را جداگانه مورد بحث قرار می دهیم.

جهت تعهد: جهت تعهد یا سبب در نظریه مرسوم از جهت «جهت معامله» به دقت جدا شده است. سبب در هر سنخ از قراردادها یکسان است و جنبه نوعی دارد و نه شخصی، به عبارت دیگر بر حسب قراردادها تغییر می یابد و نه بر مبنای تغییر طرفین عقد. در حقوق ایران جهت تعهد بدین معنی، به عنوان یکی از شرایط اساسی قرارداد ذکر نشده است.^(۲)

و در این مورد قانون مدنی ایران همانند قوانین مدنی آلمان، سوئیس و لهستان است و از قانون مدنی فرانسه متمایز می باشد. نظریه جهت تعهد از دیر باز مورد انتقاد پاره ای از حقوقدانان فرانسه بوده است، آنها این نظریه را بی فایده می دانستند.

برخی از حقوقدانان ایرانی نیز صریحاً متذکر گردیده اند که عدم ذکر جهت تعهد به عنوان یک شرط اساسی صحت معامله و عدم تصریح به این نظریه در حقوق ما نمی تواند نقص مهمی تلقی گردد. همانطور که در حقوق سوئیس و آلمان نیز چندان مهم تلقی نشده است.^(۳)

در حقوق ایران در این زمینه از حقوق اسلام پیروی شده است. در حقوق اسلامی برخلاف تصور برخی از حقوقدانان نظریه جهت ناشناخته نیست. به عنوان مثال نظریه جهت تعهد در قرارداد رضائی یک تعهدی، مانند وعده یکطرفه پرداخت وجه نقد این فایده را دارد که هرگاه معلوم شود دین قبلی وجود نداشته است تعهد به علت فقدان جهت باطل است. در حقوق ایران که این نظریه به صورت یک اصل کلی تصریح نشده است نیز نمی توان در بطلان چنین قراردادی تردید نمود. ولی در توجیه آن می توان به اراده استناد کرد. در اینگونه موارد بدلیل اینکه اشتباه اراده که یکی از ارکان اساسی عقد است را نابود می کند نمی تواند قائل به صحت قرارداد شد. همینطور می توان برای این بطلان به مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ استناد نمود.^(۴)

یکی از مهمترین قواعد جهت تعهد، توجیه اصل همبستگی تعهدات در قراردادهای دو تعهدی است. این

۱ - به نظریه جهت دو ایراد وارد شده است: اول اینکه نظریه جهت تعهد غلط است، دوم اینکه این نظریه بی فایده است. به این ایرادات پاسخ داده شده. مراجعه شود به: دکتر سید حسین صفایی، نظریه جهت در قراردادها، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، ش ۸، ص ۴۷ به بعد و دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، ش ۲۷ به بعد

۲ - دکتر سید حسین صفائی، همام مقاله، ص ۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۱۵۱ و دکتر ناصر کاتوزیان، منبع پیشین، ج ۲، ش ۴۳۸، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۱، ش ۳۱۳ - و دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۱۸

۳ - دکتر سید حسین صفائی، نظریه جهت در قراردادها، منبع پیشین، ص ۸۱ و دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۳۸

۴ - ماده ۳۰۱ ق.م. کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند.

ماده ۳۰۲ ق.م. اگر کسی که اشتبهاً خود را مدیون می دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است استرداد نماید

اصل در حقوق ما نیز وجود دارد. در اینگونه قراردادها هرگاه تعهد احد طرفین به علتی مانند نامقدور بودن، عدم مشروعیت و یا مجهول بودن موضوع باطل باشد، بلا تردید تعهد طرف دیگر نیز باطل و کان لم یکن محسوب است. مقنن به موجب مواد ۲۱۵ و ۲۱۶ و ۳۴۸ و ۳۶۱ ق.م.اینگونه قراردادها را باطل دانسته است. برای توجیه این همبستگی به نظریه اراده یا قصد و رضا که در حقوق ما به صراحت پذیرفته شده است نیز می توان استناد کرد. «اگر تعهد یکی از متعاملین به علت بطلان تعهد طرف دیگر کان لم یکن شناخته می شود برای آن است که متعاملین چنین خواسته اند و اراده مشترک متعاملین بر همبستگی تعهدات بوده است»^(۱).

عدم تصریح مقنن به این نظریه به صورت یک اصل کلی در حقوق ما و تأمین اهم اهداف آن به استناد نظریه های پذیرفته شده و مواد قانونی، و عدم ارتباط آن با موضوع این تحقیق، به لحاظ نوعی بودنش، ما را از توضیح بیشتر مستغنی می سازد. طبیعتاً بررسی جهت معامله که امری شخصی و روانی است مفهوم جهت تعهد روشن تر خواهد شد.

۲-۲-۲- جهت معامله:

جهت معامله دلایلی است که هر یک از طرفین معامله را به انجام آن برانگیخته است.^(۲)

انسان عاقل در تمام اعمال خود هدف معینی را به دنبال دارد. این غرض خاص است که شوق رسیدن به آن محرک و سبب شخص در تراضی می باشد. جهت معامله یا داعی یا انگیزه، امری شخصی است و نه نوعی. به عبارت دیگر با تغییر طرفین قرارداد ممکن است این جهت تغییر یابد.

با توجه به نقش فقه اسلامی به عنوان یکی از منابع حقوق ایران یاد آور می شود نظریه جهت معامله در حقوق اسلام ناشناخته نیست، لیکن جهت نامشروع را آنگاه موجب بطلان معامله می داند که صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد و یا اینکه بنای متعاملین بر آن بوده و یا جهت برای یکی از آنها نامشروع و طرفدیگر به آن آگاهی داشته باشد. قانون مدنی ایران در این زمینه از نظر حقوق اسلام پیروی نموده است.

ماده ۲۱۷ قانون مدنی در این زمینه مقرر داشته است: در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود، ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. به نظر حقوقدانان هرچند ماده ۲۱۷ ق.م. به ظاهر جهت نامشروع را فقط هنگامی که جهت صریحاً در قرارداد ذکر شده باشد موجب بطلان معامله معرفی کرده، لیکن با توجه به مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ همین قانون می توان گفت: هرگاه بنای عقد بر جهت نامشروع بوده و بر آن توافق شده باشد و به عبارت دیگر اوضاع و احوال بر حسب عرف حاکی از این باشد

۱ - دکتر صفائی، سید حسین، مقاله نظریه جهت در قراردادها، همان منبع، ص ۸۰

۲ - دکتر کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ش ۴۲۰، - دکتر امامی، سید حسن، همان کتاب، ج ۱، ص ۲۱۵ - دکتر صفایی، سید حسین، نظریه جهت در قراردادها، همان منبع، ص ۷۵ به بعد

که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق اراده شده است نیز مورد مشمول ماده ۲۱۷ بوده و در نتیجه قرارداد باطل خواهد بود.^(۱)

۳-۲-۲- رابطه جهت و تقلب

برخی از مولفین فرانسوی کوشش کرده اند تا تقلب نسبت به قانون را با استفاده از نظریه علت نامشروع خنثی کنند. و چنین استدلال کرده اند که همانا همین قصد فرار از قانون، علت منحصر در انجام عمل تقلب آمیز است. بنابراین هرچند این عمل متقلبانانه است ولی به استناد نظریه علت نامشروع قابل ابطال است. دبا طرفدار جدی این عقیده می گوید: عملی که به قصد تقلب نسبت به قانون واقع می شود نامشروع محسوب می شود اگر معلوم شود که انگیزه انجام این عمل مخالف قانون یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه می باشد و علت نامشروع، چیزی جز قصد تقلب که عنصر معنوی تقلب نسبت به قانون را تشکیل می دهد نیست. در حقوق ایران نیز ممکن است چنین استدلال شود که چون می توان با استفاده از تئوری جهت نامشروع، عملی را که به قصد فرار از قانون صورت گرفته است خنثی نمود دیگر استناد به نظریه جلوگیری از تقلب نسبت به قانون بی فایده است.^(۲)

این نظر از لحاظ تحلیلی قابل ایراد است. برای روشن شدن موضوع، مطالب را تحت دو عنوان مطرح می کنیم.

عدم کفایت نظریه جهت معامله به قصد فرار از دین

عدم کفایت نظریه جهت: همانطور که گفته شد این نظر که تئوری جهت ما را از قاعده تقلب مستغنی و آنرا بی فایده می سازد قابل نقد است. ذیلاً ایرادات وارده بر این نظر بیان می گردد:

۱- اولین ایراد این است که این دو نظریه از حیث مفهوم متحد نیستند. نظریه علت یا جهت جنبه ذهنی و سوژکتیو دارد و به نتایج حاصله از عمل حقوقی توجهی ندارد و صرفاً با توجه به نیت و انگیزه طرفین یک عقد در مورد صحت یا بطلان آن به قضاوت می نشینند. در حالیکه نظریه تقلب منحصرأً ذهنی نیست. بلکه نتایج حاصله از آن عبارت است از، از کار افتادن اوامر و نواهی قانون و در ابطال عقد موثر می باشد. به عبارت دیگر اصولاً صحت و فساد تقلب و بررسی آن هنگامی مطرح می شود که یک نتیجه غیر قانونی از قبیل ورود خسارت به شخص ثالث به منصفه ظهور رسیده باشد.

۲- دومین ایراد از حیث قلمرو عمل است. نظریه علت نامشروع فقط در قلمروی تعهدات ظاهر می شود و حال آنکه تقلب نسبت به قانون ممکن است با استفاده از اعمال حقوقی و یا وقایع حقوقی باشد، که در این

۱ - دکتر بهرامی احمدی، حمید، نظریه سوء استفاده از حق، شماره ۱۹۵، ص ۲۲۰ - دکتر صفایی، سید حسین، نظریه جهت در قراردادهای، همان منبع، ص ۸۱ و ۸۲ - دکتر کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، جلد ۲، ش ۴۲۰

۱ - دکتر نصیری، محمد، حقوق بین الملل خصوصی، جلد اول و دوم، انتشارات آگاه، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۲، ص ۵۷

شرایط مفهوم علت نامشروع ارزش خود را از دست می دهد، مثل تقلب هایی که با استفاده از تغییر تابعیت صورت می گیرد.

۳- اختلاف از حیث ضمانت اجرا ضمانت بودن جهت، بطلان آن است، ولی عملی که با تقلب نسبت به قانون واقع می شود، باطل نمی باشد، بلکه نتیجه متقلبانه آن غیر قابل استناد می باشد. به عبارت دیگر قانونی که از آن به طور متقلبانه رفع اثر شده و یا تکلیفی که از انجام آن اجتناب شده است مجدداً قدرت و اعتبار خود را باز می یابد. مثلاً هرگاه نکاحی به منظور فرار از خدمت نظامی واقع شود و متقلبانه بودن آن محرز گردد، نکاح باطل نیست، بلکه صرفاً از نقطه نظر خدمت نظامی بی اثر است.

حقوقدانان و رویه قضائی فرانسه به همین دلایل، نظریه علت نامشروع را ضمانت اجرای کافی و صحیح برای خنثی کردن تقلب ندانسته اند. در حقوق ما که از نظریه علت نامشروع به طور محدودتری مورد قبول قرار گرفته است.^(۱) و شامل مواردی که در توافق طرفین وارد نشده است، نمی گردد برخلاف حقوق فرانسه به طریق اولی نظریه جهت نمی تواند ضمانت اجرای مناسبی برای ابطال تقلب و حيله محسوب گردد.^(۲)

یکی از مسائل قابل بررسی، معاملات به قصد فرار از دین می باشد. ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی که چنین معاملاتی را غیر نافذ می دانست در ذیل عنوان «جهت معامله» آمده بود. به همین خاطر گروهی چنین می پنداشتند که علت عدم نفوذ اینگونه معاملات همان جهت نامشروع آن است. عده ای دیگر بر این عقیده اند که موضوع ماده ۲۱۸ از مصادیق تقلب نسبت به قانون است. لذا لازم است رابطه آنرا با این دو نظریه بررسی نمود و به این سوال پاسخ گوئیم که آیا حذف ماده مزبور خللی بر موجودیت قاعده جلوگیری از تقلب وارد کرده است یا خیر.

ب - معامله به قصد فرار از دین

معامله به قصد فرار از دین در حقوق ایران غیر نافذ شناخته شده بود. (ماده ۲۱۸ سابق ق. م) حقوقدانان مبنای آن را اینگونه بیان می کردند که چون ماهیت قصد فرار از دین چیزی جز جهت و انگیزه نیست و جهت نامشروع موجب بطلان معامله است (ماده ۲۱۷ ق. م) در اینجا نیز ضمانت اجرای مناسبی در نظر گرفته شده و آن عدم نفوذ می باشد. عده ای برعکس چنین عقیده داشتند که معامله به قصد فرار از دین جزو معاملات با جهت نامشروع نیست بلکه آن یکی از مصادیق تقلب می باشد.

مطالب را تحت دو عنوان بیان می داریم:

۱- معامله به قصد فرار از دین و نظریه تقلب

۲- معامله به قصد فرار از دین و نظریه جهت

۱ - جهت دیدن قلمرو این نظریه در حقوق ایران و فرانسه رجوع شود به : دکتر سید حسین صفائی ، نظریه جهت در قراردادها ، ص ۷۵ به بعد

۲ - دکتر کاشانی ، محمود ، همان کتاب ، ص ۲۲۴

معامله به قصد فرار از دین موضوع ماده ۲۱۸ سابق ق. م. بود. همانطور که گفته شد عده ای از حقوقدانان عقیده داشتند در چنین معاملاتی، قصد فرار از دین، جهت قرار گرفته و معامل برای رسیدن به این هدف معامله را انجام می دهد.^(۱)

عمده دلیل هم جایگاه این ماده در متن قانون مدنی است. در این میان مرحوم دکتر سید حسن امامی ماده ۲۱۸ را مبتنی بر نظریه وثیقه عمومی اموال مدیون دانسته است. وی معتقد است، قصد فرار از دین بخودی خود موجب عدم نفوذ معامله نمی شود. بلکه چون چنین قصدی با تضییع حقوق طلبکاران ملازمه دارد معامله نافذ نمی باشد. به همین دلیل چنانچه چنین معامله ای را طلبکاران اجازه دهند اشکال مرتفع می گردد.^(۲)

بنابراین ایشان نظریه جهت و نظریه وثیقه عمومی طلبکاران رامعاً مورد توجه قرار داده است. چیزی که در برخی تحقیقات علمی به عنوان دو مبنای جداگانه از هم مورد بررسی قرار گرفته اند.^(۳)

امروزه این نظریه مورد انتقاد قرار گرفته است. برای تحقق معامله به قصد فرار از دین و صدق این عنوان شرائطی باید محقق گردد.

اول: ورود خسارت به طلبکاران هنگامیکه شخصی به دیگری مدیون است، از یک طرف مکلف به پرداخت دین می باشد و از سوی دیگر دارائی او وثیقه طلب طلبکاران است.

بنابر این هرگاه مدیون عملی انجام دهد که در نتیجه آن، وثیقه طلبکاران از بین برود و خساراتی به آنها وارد گردد، به نحوی دخالت در حق غیر نموده است. بویژه هنگامی که مدیون به منظور ختنی کردن این امتیاز طلبکاران و اضرار به آنها دست به معاملاتی بزند و اموال خود را از دسترس ایشان خارج نماید، نیازمند ضمانت اجرا خواهد بود. پس هرگاه چنین معامله ای انجام پذیرد ولی خسارتی وارد نیاید مثلاً مدیون اموال دیگری که تمامی بدهی هایش را فراگیرد داشته باشد، این شرط محقق نگردیده، معامله به قصد فرار از دین صدق نمی نماید. مثال دیگر: اسناد تجاری ماهیت خاص خود را دارند، به موجب مقررات قانون تجارت ایران مواد ۲۴۹ به بعد و همینطور قانون یکنواخت ژنو مصوب ۱۳۳۱ مواد ۳۰ تا ۳۲ ظهر نویسان و ضامنین اسناد تجاری (بروات تجاری) در قبال دارنده برات مسئولیت تضامنی دارند. در اینجا هرگاه احد از مسئولین برات یا عده ای از آنها معاملاتی انجام دهند و این معاملات به قصد فرار از دین باشد چنانچه سایر مسئولین برات دارای ملاتت کافی باشند و دارنده برات بتواند از این طریق وجه برات را وصول نماید، چنین معاملاتی

۱ - دکتر امامی، سید حسن، همان کتاب، ج ۱، ص ۲۲۷ و دکتر کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ش ۳۱۹ و دکتر محمود کاشانی، همان کتاب، ص ۱۸۹ و ۱۹۰

۲ - دکتر امامی، سید حسن، همان کتاب، ج ۱، ص ۲۲۷ و دکتر محمود کاشانی، همان کتاب، ص ۱۸۵

۳ - درویش خادم، «معامله به قصد فرار از دین» همان منبع، ص ۶ و ۷

را نمی توان به این دلیل که به قصد فرار از دین صورت پذیرفته است ابطال نمود. و دارنده سند تجاری نمی تواند در مراجع ذیصلاح با اقامه دعوی، درخواست ابطال آنرا بنماید.^(۱)

دوم: قصد فرار از دین چنین معاملاتی که منجر به از بین رفتن وثیقه عمومی طلبکاران می شود نه تنها به این شرط مشمول ماده ۲۱۸ ق. م می شد که همراه با قصد فرار از دین بوده باشد. اثبات این امر از دو طریق امکان پذیر بود. یکی اقرار بدهکار در محکمه و یا اثبات اقرار وی بوسیله گواهان و دوم، قرائن و اوضاع و احوال انجام معامله، از قبیل حال بودن دین، وضعیت معامله و غیره، که تشخیص ارزش این قرائن بر عهده دادگاه و در اختیار وی بود. بنابراین هرگاه شخص به طور معمول و متعارف و بدون قصد فرار از دین معاملاتی انجام دهد که نهایت موجب ضرر طلبکاران گردد، مورد مشمول ماده ۲۱۸ نمی شد.^(۲)

با این همه نمی توان قائل به این شد که معامله به قصد فرار از دین یکی از مصادیق معاملات با جهت نامشروع است، زیرا فرق عمده و اساسی زیر آنها را متمایز می سازد.

همانطور که اشاره شد معامله با جهت نامشروع به موجب ماده ۲۱۷ ق. م، تنها زمانی باطل است که جهت نامشروع صریحاً ذکر شده باشد و یا آنکه لاقلاً به شکلی وارد قلمرو تراضی و اراده طرفین گردیده باشد.^(۳)

یعنی عقد متبانیاً منعقد گردیده باشد. ولی در معامله به قصد فرار از دین چنین شرطی وجود ندارد.^(۴)

اما دو دیدگاه متفاوت قابل طرح است.

دیدگاه اول: مقنن معامله به قصد فرار از دین را نافذ دانسته است. طرفداران این ایده بر این عقیده اند که باید بررسی کنیم و هدف مقنن را یافته، مورد عمل قرار دهیم. و هدف قانونگذار در چنین معاملاتی، اجازه به اشخاص و تجویز آن است. به عبارت دیگر قانونگذار چنین مقرر داشته است که این گونه معاملات نباید غیر قانونی تلقی گردند، بلکه اصل بر صحت آنها و آزادی اراده است. دلیل عمده ایشان این است که سایر موارد مشابه نیز از متن قانون حذف گردیده است. (ماده ۱۰۳۶ ق. م) پس هرگاه هدف قانونگذار را یافتیم نمی توان و نباید به استناد اصول قانون اساسی و یا نظریه های حقوقی، مفاد مواد محذوف را بر خلاف نظر قانونگذار احیا کنیم، زیرا در این صورت حذف این مواد عملاً لغو و بیهوده خواهد بود.

باید توجه داشت چنانچه بتوان چنین معاملاتی را به استناد اصولی از قانون اساسی و یا حتی اصول مسلم

۱ - دکتر امامی، سید حسن، همان کتاب، ج ۱، ص ۲۲۸ - دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۱۸۵، خادم درویش، معامله به قصد فرار از دین، همان منبع، ص ۸

۲ - دکتر امامی، سید حسن، همان کتاب، ص ۲۲۸ و ۲۲۹ - دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۱۸۸

۳ - دکتر کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۲۰، به بعد - دکتر صفائی، سید حسین، همان مقاله، خادم درویش، همان مقاله

۴ - دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۱۸۳ - وی معامله به قصد فرار از دین را از مصادیق تقلب نسبت به قانون دانسته است.

فقهی و شرعی غیر نافذ دانست، مغایرت آن با هدف فرضی مقنن نمی تواند مشکلی ایجاد کند.^(۱)

اصل هفتاد و دوم قانون اساسی ایران چنین مقرر داشته است: مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است.

دیدگاه دوم: مفاد ماده ۲۱۸ محذوف همچنان قابل عمل است. طرفداران این ایده بر این عقیده معتقدند که مبنای آن نظریه سوء استفاده از حق می باشد. پس از تصویب اصل چهارم قانون اساسی که مقرر می دارد: هیچکس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. نظریه سوء استفاده از حق به عنوان یک نظریه عمومی و مستقل که در سایه آن می توان هرگونه سوء استفاده از حق را ممنوع نمود، مطرح گردید. در پرتو همین نظریه، برخی حقوقدانان عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین را تحلیل و توجیه نموده اند.^(۲)

انتقاد به نظریه

این نظریه مورد انتقاد قرار گرفته است. زیرا اصل چهارم قانون اساسی مستخرج و مبتنی بر قاعده لا ضرر است. و در مورد مفاد قاعده مزبور و قلمرو آن چندان اتفاق نظری وجود ندارد. و نباید پا را فراتر از قدر متیقن نهاد، زیرا چنین اطلاق گیری و گسترش مجاری لاضرر به فرانسوی مجاری متعارف آن، خود نوعی سوء استفاده از حق است و معلوم نیست در اینجا چه تضمینی برای حفظ حقوق مدیون با حسن نیت وجود خواهد داشت. بنابراین قاعده مزبور دست کم از توجیه عدم نفوذ معوضات محض.^(۳)

به قصد فرار از دین عاجز می باشد.^(۴)

از سوی دیگر معیار سوء استفاده از حق توسط مقنن معین نشده است و حقوقدانان نیز نظر واحدی ندارند. بلکه شدیداً مورد بحث و اختلاف نظر است.^(۵)

شاید به همین دلیل است که این نظریه در رویه قضائی ما رسوخ نکرده است و حتی در دکترین نیز صرفاً در حال تکوین می باشد.

۱ - زیرا اراده مقنن فرضی است، اصول قانون اساسی و مسلمات شرعیه حاکمیت مطلق دارند، و مقنن حکیم نمی باشد تا اراده او که احتمالاً بر خلاف منطق است لازم الاتباع باشد. قانون اساسی نیز برای نظر دادرسان در مقام تمیز حق احترام خاصی قائل شده است. اصل ۷۳، شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می کنند نیست.

۲ - دکتر کاتوزیان، ناصر قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، ص ۲۶۷ - حقوق مدنی (ضمان قهری و مسئولیت مدنی)، ص ۲۱۵ - درویش خادم، همان مقاله ص ۹

۳ - منظور از معوضات محض آن دسته از اعمال حقوقی است که به هیچ وجه به کاهش اموال شخص منجر نشود

۴ - درویش خادم، همان مقاله، ص ۹ و ۱۰

۵ - دکتر بهرامی، حمید، همان کتاب، ص ۱۳۵ تا ۲۱۵

معامله به قصد فرار از دین و نظریه تقلب

قاعده جلوگیری از تقلب، خلاء ماده ۲۱۸ را پر نمی کند به نظر آقای دکتر کاتوزیان نظریه تقلب نسبت به قانون یک نظریه مستقل و عمومی به شمار نمی رود (لااقل در حقوق ایران) تا بتوان با استفاده از آن، معاملات به قصد فرار از دین را غیر نافذ دانست. از جمله دشواری های تدوین این نظریه عمومی این است که حيله قانونی گاه مباح و گاه حرام است، و تمیز بین آندو مشکل می باشد. وی معتقد است اگر تقلب به تنهایی مبنای عدم نفوذ معامله باشد، صرف نیرنگ مدیون عقد را غیر نافذ می کرد، و احتیاجی به شرط ایجاد ضرر برای طلبکاران نبود. و حال آنکه چنین نیست.^(۱)

لیکن طرفداران نظریه تقلب نسبت به قانون خصوصاً در حقوق داخلی حيله را مشمول این نظریه می دانند که ملازمه با ضرر و زیان سایرین داشته باشد. ماده ۱۱ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ همین نظر را بیان می کند: چنانچه بیمه گذار یا نماینده او به قصد تقلب مالی را اضافه بر قیمت عادلانه در موقع عقد قرارداد بیمه داده باشد، عقد بیمه باطل و حق بیمه دریافتی قابل استرداد نیست.

دکتر کاشانی در بیان مرز سوء استفاده از حق و نظریه تقلب می گویند: 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. به عبارت دیگر قلمروی سوء استفاده را تنها مواردی دانسته که ضمانت اجرای قانونی برای آن مقرر گردیده است. بنابراین هرگاه کسی در حال مرض موت، زن خود را مطلقه سازد، چون به موجب ماده ۹۴۴ ق.م، که مقرر داشته: چنانچه ظرف یک سال از تاریخ طلاق بمیرد زوجه از او ارث می برد، چون در این مورد ضمانت اجرای خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق، پیش بینی شده است و در واقع امر از تحقق تقلب جلوگیری به عمل آورده، دیگر مسئله تقلب قابل طرح نمی باشد.^(۲)

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. به عبارت دیگر طرفداران تئوری جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در پی این هستند که یک تئوری کلی فوق مقررات قانونی ایجاد کنند. به نظر ایشان این تئوری تجزیه بردار و جزئی نگر نیست.

۱ - دکتر کاتوزیان، ناصر، منبع قبلی، ج ۲، ص ۲۷۰، ش ۴۴۸ و ج ۳، ش ۳۳۵

۲ - دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۲۲۵ تا ۲۳۱ و دکتر ارفع نیا، بهشید، همان کتاب، ج ۲، ص ۱۰۴

بنا به آنچه که ذکر شد قاعده تقلب نسبت به قانون یک قاعده کلی و عمومی است، و حتی در حقوق داخلی نیز انواع تقلب، خدعه و غیره صریحاً در قانون ذکر شده. تئوری سوء استفاده از حق هم، یک قاعده کلی و عمومی است و داخل در نصوص قانونی نمی باشد. ولو اینکه مبنای آن قوانین قرار گرفته باشد. در مورد مرز بین سوء استفاده از حق و تئوری تقلب باید اذعان نمود که آنها به یکدیگر نزدیکند و شاید چنین به نظر آید که آن دو یکی هستند و البته نباید از یکی بودن آنها هراس داشت. می توان گفت: برای تحقق تقلب یک عنصر مادی قبلی و تدارک وسایل باید انجام پذیرد و این مرز بین دو تئوری تقلب و سوء استفاده از حق می باشد. با یک مثال این تفاوت را آشکار می سازیم.

به موجب اصل ۲۷ قانون اساسی تشکیل اجتماعات و راه پیمائی ها، بدون حمل سلاح، به شرط آنکه مخل مبانی اسلام نباشد آزاد است. حال چنانچه مرجع صالح علیرغم وجود شرائط قانونی، مانع انجام راهپیمائی و تشکیل اجتماع شود، ممکن است به دو صورت عمل نماید. صرفاً به لحاظ صلاحیت و اختیار خود مانع انجام راهپیمائی یا تشکیل اجتماع شود. (برخلاف تشخیص خود) در این صورت، مقام مربوطه از مقام خود سوء استفاده نموده است، لیکن تقلبی مرتکب نشده است. حال اگر این مرجع با جمع آوری دلایل و صحنه سازی طوری عمل کند که صمیم خود را بتواند در قالب قانون توجیه نماید مرتکب تقلب شده است و در هر صورت تحقق نتیجه شرط تقلب است، در حالی که در سوء استفاده از حق چنین شرطی لازم نیست. بلکه در صورتی که ضرر مسلم الوقوع باشد، قابل اعمال خواهد بود. همانطور که عده ای مدعی هستند در حقوق داخلی تئوری جهت یا سوء استفاده از حق ما را از تئوری تقلب مستغنی نموده، در حقوق بین الملل خصوصی نیز برخی معتقدند با وجود قاعده نظم عمومی بین المللی، نیازی به قاعده تقلب نمی باشد. لذا لازم است رابطه آن دو را بررسی و مورد مطالعه قرار دهیم.

۳- قاعده نقض غرض و مخالفت با نظم عمومی

۳-۱- قاعده نقض غرض

این قاعده به دو صورت در فقه امامیه بیان شده است که برای هر یک از آنها مستنداتی در قانون مدنی ما وجود دارد.

الف - بطلان نقض غرض

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 آنرا موجب عقاب اعلام کند، معقول نیست که نقیض و ضد آن نیز مورد تایید او قرار گیرد. به عبارت دیگر هیچ فرد عاقلی مرتکب نقض غرضی که صریحاً یا ضمناً از انجام 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.

«کل شی تضمن نقض غرض اصل مشروعیه الحکم بطلانه»، «هرچه که متضمن نقض غرض در اصل تشریع حکم شود به بطلان آن می شود»^(۱)

برای مثال حکمت منع ربا در اسلام این بوده که مردم بجای اشتغال به معاملات ربوی سرمایه های خویش را در راههای تولیدی بکار ببرند و اگر در موردی فردی از مسلمانان احتیاج به پول داشته باشد به او قرض الحسنه بدهند. چنانچه امام صادق علیه السلام همین معنی را در پاسخ از سوالی که در علت تحریم ربا از ایشان می شود بیان فرموده اند:

«اگر ربا حلال بود مردم تجارت و داد و ستد و مایحتاج جامعه را رها کرده و به ارتزاق از طریق ربا می پرداختند. بنابراین خداوند ربا را حرام فرموده تا اینکه مردم از آن دوری جسته و بسوی تجارت و خرید و فروش و کارهای مثبت روی آورد و قرض الحسنه بین مردم رایج شود»^(۲)

با توجه به آنچه در روایات مزبور و سایر روایات در باب حکمت منع ربا ذکر شده معلوم میشود که غرض شارع به منع ربا تعلق گرفته است و تحقق ربا به هیچ وجه عنوان مورد تأیید او نیست.

حال اگر صحت تقلب را برای ربا تجویز کند مسلماً مرتکب نقض غرض شده است و چون تقلب موجب نقض غرض و حکمت تشریع رباست بنابراین مورد تصویب شارع نبوده و حکم به بطلان و بی اثر کردن آن می شود.

محقق اردبیلی نیز از قاعده نقض غرض و ارتباط عمیق آن با تقلب غافل نبوده است چه پس از ذکر روایاتی که حکمت منع ربا در آنها بیان شده می فرماید: «و انت انها تنعدم بفتح باب الحيله كما هو المتعارف . فانهم ياخذون بها ما يوخذ بالربا». پس واضح است که حکمت و هدف از منع ربا، با مفتوح بودن باب حيله و تقلب حذف و نابود می شود چنانچه رواج حيله در بین مردم بر این امر گواهی میدهد. زیرا مردم بوسیله حيله همان چیزی را می گیرند که از طریق ربا گرفته می شود.

صاحب جواهر برای اثبات بطلان حيله و منافی بودن آن با غرض شارع به حیل و تقلبی که برای فرار از خمس و یا زکات بکار می رفته اشاره می کند.

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، مسلماً مرتکب نقض غرض شده

۱- جواهر، جلد نکاح، کتاب طلاق ص ۳۵۹

۲- سال ابا عبدالله عن عله تحریم الربا، فقال انه لو كان حلالاً لترك الناس التجار و ما يحتاجون اليه، فحرم الربا لتنفّر الناس من الحرام الى التجار من البيع و الشراء، فيبقى ذلك بينهم في القرض، كتاب متاجر، مبحث ربا، مجلد پنجم

است.^(۱)

صرفنظر از اینکه قاعده نقض غرض یک قاعده عقلی است و ارتکاب آن برای مقنن از محالات است و اصولاً احتیاج به نص خاصی ندارد، معهذا میتوان مواردی را نشان داد که ثابت می کند عملی که متضمن نقض غرض باشد مورد تصویب قانونگذار نیست و از جمله میتوان به مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ قانون مدنی اشاره کرد.

قاعده مزبور که صاحب جواهر آنرا بصورت یک قاعده و اصل کلی بیان داشته یک اصل عقلی است و احتیاج به مدرک و نص خاصی ندارد. زیرا وقتی نقض غرض به افراد نسبت داده نمی شود اسناد آن به قانونگذار دور از منطق و عقل است. این قاعده منبعث از روح حق و حکمت و قدرت الزامی حقوق است و بقاء حقوق وابسته بوجود آن است. شاید بتوان گفت که 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. چه بطوریکه ملاحظه شد رویه قضائی فرانسه خالق این اصل کلی حقوقی نیست بلکه آنرا از مفاد و روح حقوق استخراج کرده است. و برای آن مدرک و نص خاصی که آنرا پیش بینی کرده باشد ذکر نکرده اند.

ب - يعامل المكلف بنقيض مقصوده

از جمله قواعد فقهی که فقها در ابواب مختلف فقه به آن استناد می کنند قاعده مزبور است . بموجب این قاعده فقهی در هر مورد شخصی را با قصد سوء استفاده از مقررات قانون انجام دهد باید هدف و مقصود او خنثی شود. پاره ای از مواردی که فقها به این قاعده استناد میکنند به شرح زیر است:

۱- بر طبق ماده ۸۸۳ قانون مدنی «هرگاه پدر پس از لعان رجوع کند پسر از او ارث می برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی برد». این ماده نیز از موارد اجرای قاعده فقهی مزبور است. زیرا پس از لعان و نفی بلد، نسب پدری قطع می شود اقرار پدر پس از نفی ولد ممکن است با انگیزه بهره برداری از اموال پسر باشد. عکس العمل قانون این است که حق ارث برای پسر از پدر به علت اقرار او شناخته است ولی برای پدر حقی در میراث فرزند شناخته است بعبارت دیگر غرض سوء او را نقض کرده

۱ - بطلان حيله به مناسبت اینکه تجویز آن موجب نقض غرض میباشد موضوعی واضح و بدیهی است . عجب آنکه در رساله عملیه « انیس المقلدین » علیرغم روایات صحیح و فتاوی مشهوری که در مورد بطلان نقض غرض وجود دارد ، حيله و تقلب را برای فرار از ربا بی قید و شرط تجویز نموده است وعین عبارت او چنین است : « سؤال ، فرار از ربا چگونه است ؟ جواب ، حضرت پروردگار جلت عظمته از کمال رافت و عنایت ، فرار از چنین گناه کبیره را بر بندگان خود سهل و آسان نموده و طریق خلاص گردیدن از آنرا فرموده است . رجوع شود به رساله مزبور ص ۴۶ سؤال ۱۵ به نقل از دکتر کاشانی محمود ، ص ۲۵۸ ، پیشین ، آیا این نقض غرض نیست که حق تعالی از طرفی ربا را تحریم و آنرا گناه کبیره تلقی نموده ولی از طرف دیگر راف فرار آنرا بر مردم مفتوح نماید ؟ و اگر ارتکاب نقض غرض را نمیتوان به انسان عاقل نسبت داد چگونه انتساب آن به شارع حکیم ممکن تواند بود .

است.

۲- بر طبق ماده ۱۰۵۰ قانون مدنی «هر کس زن شوهردار را با علم به وجود علقه زوجیت و حرمت نکاح و یا زنی را که در عده طلاق یا در عده وفات است با علم به عده و حرمت نکاح برای خود عقد کند عقد باطل و آن زن مطلقاً بر آن شخص حرام می شود» بطلان نکاح در این ماده ضمانت اجرای طبیعی است زیرا زن در عقد دیگری و یا در حال عده بوده است. ولی حصول حرمت ابدی بین این زن و مرد بمنظور خنثی کردن تقلب و مقصود مرد 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.

۳-۲ - نظم عمومی

ایجاد نظم و حفظ آن، هدف عمده علم حقوق در هر جامعه است.^(۱)

و این علم شالوده اش بر چهار اصل یعنی حق، وظیفه، زیان و جبران زیان استوار گشته است.^(۲)

مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی و بین الملل با یکدیگر متفاوت است.^(۳)

در حقوق بین الملل عده ای بر این عقیده اند که با وجود قاعده نظم عمومی نیازی به قاعده جلوگیری از تقلب نمی باشد.

مطالب این بخش در دو قسمت

الف- مفهوم نظم عمومی

ب - رابطه نظم عمومی و تقلب بیان می شود

الف: مفهوم نظم عمومی

(حقوق عمومی و خصوصی) مجموعه سازمانهای حقوقی و قواعد مربوط به جریان امور راجع به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد بطوریکه افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز کنند. قوانین الزامی که شامل امر و نهی مقنن است قوانینی است که اراده افراد در صورتیکه مخالف آنها باشد بی اثر است. محتوی این قوانین یا نظم عمومی اجتماع است و یا اخلاق حسنه و یا حفاظت اشخاصی که به جهت کمی سن و یا عقل و یا به علت جنس و یا ضعف و ناتوانی ضبط منافع و دفع زیان از خود نمی توانند بکنند. مقرراتی که برای تشریفات عقود (مانند ثبت معاملات غیر منقول)

۱ - دکتر خادم العموم، علی، مقدمه بر فلسفه حقوق، مجله کانون وکلاء، شماره ۳۶، سال ۵، ص ۶۳

۲ - علی پاشا صالح، تاریخ حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص ۱۷

۳ - رجوع شود به دکتر نصیری، محمد، همان کتاب، ص ۱۸۸

وضع شده هرچند که از انواع بالاست ولی چون حافظ منافع اکید افراد جامعه است مربوط به قوانین امری است و همچنین است آن قسمت از مقررات قانون مدنی که رعایت نکردن آنها موجب عدم نفوذ یا خیار شدن معامله است مثل مقررات اکراه و فضولی، بنابراین قوانین راجع به نظم عمومی اخص از قوانین الزامی است. یعنی نقض هر قانون الزامی عنوان مخالفت با نظم عمومی را ندارد چنانچه بیع با صغیر مخالف قوانین اهلیت (که از مقررات الزامی است) ولی مخالف نظم عمومی نیست پس نظم عمومی مدلول مقرراتی است که قوام و بقای ذات و حیثیت و منافع یک ملت به حمایت از آن مقررات بستگی دارد خواه در امور داخلی یک کشور باشد خواه در روابط بین المللی چه ماهیت نظم عمومی در مقام ذات خود از حیث داخلی و خارجی بودن تعدد و تکرار ندارد یعنی نظم عمومی داخلی و خارجی دو ماهیت مختلف نیستند بلکه نظم عمومی ماهیت واحدی است که به اعتبار داخلی و خارجی بودن عوارض مختلف پیدا می کند. و چون نقض مقررات اهلیت در بیع با صغیر دخالتی در قوام و بقای ذات و حیثیت یک ملت ندارد جزء نظم عمومی نیست.^(۱)

(حقوق بین الملل خصوصی) مجموعه سازمانهای حقوقی و قواعد حقوقی که ارتباط آنها با تمدن یک کشور بطوری است که قضات آن کشور ناگزیر به تقدیم آنها بر قوانین خارجی (در صورت تعارض و تراحم) می باشند، در اینصورت آنرا نظم عمومی بین المللی و نظم عمومی مطلق می گویند. مفهوم نظم عمومی (که در هلند openbare) و در آلمان (vorbehaltsklausel) و در فرانسه order public) خوانده می شود^(۲)

شامل قواعد اساسی قانونی است که استخوانبندی اصلی سیستم حقوقی را تشکیل می دهد. در هلند قانون kloster 53 تعدادی از آرائی را که باید رد شوند را بر می شمرد. آرائی که با نظم و حکومت قانون و وجدان در تعارض است (denational ozwden of rechtsgemeenschap) آرائی که با قوانینی که از وجدان موجب قانونگذاری حمایت می کنند یعنی قوانینی که ریشه آنها در قواعد اخلاقی امریه مشروع و وجدان انسانی عمومی است در تضاد هستند.

۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، ص ۷۱۷، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران ۱۳۶۷

2 - PUBLIC POLICY ,of www.llrx.com Norel Rosner ,university in Groningen , 2003/2

(de wettendie handhaven de zedelijhe kern van deeigen wetg datgene detwortelt in derechovertuiging en de geode zed en van de rechtsgemeenschap)

آرائی که در تعارض با قوانینی هستند که حقوق افراد معینی را به نفع جامعه محدود می کنند .

(de wetten welke in hot belang der gemeenschap de rechten der bijzondere personen beperken)

تفاوت نظم عمومی داخلی با نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی را می توان در رأی دیوان استیناف فرانسه مشاهده نمود. این رأی در تاریخ ۱۰ آوریل ۱۹۷۵ در موضوع میرتون اس، اس، سی و وزارت تجارت دریائی صادر شده است. قرارداد منعقدہ بین آنها متضمن یک شرط داوری که بر اساس آن صلاحیت داوران مقیم لندن را تصریح می کرد، بود. اختلافی بین آنها بوجود آمد و کمپانی یونانی دادخواست داوری داد و دولت فرانسه آنرا رد کرد. معذالک داوری طبق شرایط پیش بینی شده در قرارداد و طبق مقررات انگلیس انجام شد و نهایتاً رأی داوری صادر شد. رئیس دادگاه سن فرانسه دستور اجرای رأی را صادر نمود، لیکن وزیر تجارت دریائی با این استدلال که دولت فرانسه نمی توانسته قرارداد داوری منعقد سازد با آن مقابله کرد. دیوان کشور فرانسه تصدیق کرد که دولت می توانسته خود را بوسیله یک شرط داوری متعهد سازد: دیوان اعلان می دارد ممنوعیت موجود برای دولت در انعقاد قرارداد داوری، به قرارداد های نظم عمومی داخلی محدود می شود و برای کنوانسیونهای با یک عنصر خارجی قابلیت اجرا ندارد، این ممنوعیت از مصادیق نظم عمومی به مفهوم بین المللی نیست.^(۱)

در حقوق داخلی، کلیه قواعد و سازمانهایی که هدف از ایجاد آنها حفظ منافع عمومی و تأمین حسن جریان امور عمومی و همچنین خانواده می باشد را شامل می شود. این قواعد را امری می نامند و تخلف از آنها ولو با تراضی اشخاص نقض قانون تلقی شده، ممنوع می باشد.^(۲)

و تفاوتی نمی کند که این قواعد از قواعد حقوق عمومی باشد یا خصوصی. به عبارت دیگر همانطور که قواعد مربوط به اهلیت و احوال شخصیه و ارث و وصیت امری است، قواعد مربوط به حقوق اداری و حقوق کیفری نیز امری می باشد.

و از این حیث با یکدیگر تفاوتی ندارند و در یک ردیف قرار می گیرند. مفهوم نظم عمومی در حقوق داخلی همان رعایت قواعد امری و اجتناب ناپذیری آن است. پس هرگاه کسی برخلاف قواعد آمره، سهم الارث پسر و دختر را برابر قرار دهد، چون برخلاف نظم عمومی و قواعد آمره است اثری بر آن مترتب نخواهد بود. مخالفت یا عدم مخالفت اعمال حقوقی با نظم عمومی مساوی است با مخالفت یا عدم مخالفت اعمال مذکوره با مقتضای تأسیسات حقوقی مثلاً در عقد نکاح شرط می گردد که زوجه مکلف به تمکین خاص نیست. در مورد این شرط در اولین نظر درک می کنیم که برخلاف نظم عمومی است، زیرا با مقتضیات ذات عقد نکاح معارضه می نماید.^(۳)

در حقوق بین الملل نظم عمومی دارای مفهوم دیگری است. بعد از بارتن دکترین و رویه قضائی فرانسه از

1- Rene David , l arbitrage commercial int – Conference du prof, fevrier – mars 1965 (s.l.n.d) .n 192)

۲ - لازم است یادآوری شود که نظم عمومی داخلی خود تقسیماتی دارد. در حقوق داخلی نظم عمومی به کلاسیک و اجتماعی تقسیم می شود.

۳ - احمدی واستانی، نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی، ص ۲۷، ش ۴۳ و ۴۵

نظم عمومی به عنوان راهی برای دفاع در مقابل قوانین خارجی که اجرای آنها غیر قابل قبول و یا بی مورد به نظر می رسد مورد استفاده واقع می شد.^(۱)

منظور از غیر قابل قبول، قانونی است که مخالف نظم عمومی باشد. و منظور از قانون بی مورد، قانونی است که متقابله صلاحیت اجرا یافته است. و نویسنده کتاب به لحاظ نزدیکی و تشابهات این دو مفهوم خلط کرده است. ولی به هر حال این قاعده جنبه استثنائی دارد. رأی معتبر صادره بر مبنای قانون خارجی در نظر مقامات قضائی فرانسه شناخته می شود. استثناء این قاعده منحصر است به موارد دخالت نظم عمومی^(۲) که لابد منظور نظم عمومی و تقلب می باشد. این تفاوت ناشی از این است که در حقوق بین الملل خصوصی، به موجب قوانین یا قراردادهای نقض قواعد آمره تحت شرایطی مجاز دانسته شده است. (اساساً تعارض قوانین در حقوق بین المللی بدین معنی است و با آن ملازمه دارد) ولی گاهی اجرای همین قانون صالح به دلیل مخالفت با نظم عمومی غیر قابل اجرا خواهد بود. اصولاً هرگاه عبارت نظم عمومی در روابط بین المللی را به کار می بریم برای این است که نشان دهیم که این واژه در مفهوم داخلی و بین الملل خصوصی با یکدیگر متفاوت است. هر آنچه که نظم عمومی داخلی است، نظم عمومی به مفهوم بین المللی نیست.

در غیر اینصورت در مورد احوال شخصیه که تمامی مقررات آن در حقوق داخلی، نظم عمومی محسوب است، قوانین خارجی هیچگاه قابل اجرا نبودند.

در مفهوم نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی اختلاف نظر است.^(۳) ولی بطور کلی با نظم عمومی داخلی تفاوت دارد: یکی اینکه نظم عمومی در روابط بین الملل به منزله وسیله یا علاجی است برای اجتناب از دردی که به خاطر اجرای قانون خارجی بوجود می آید. دوم آنکه بین آن دو رابطه منطقی عموم و خصوص مطلق وجود دارد. بدین معنی که هرچه مخالف نظم عمومی در روابط بین الملل باشد، یقیناً مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی است ولی عکس آن همیشه صادق نیست. و ممکن است عملی در حقوق داخلی خلاف نظم عمومی تلقی شود که در روابط بین الملل (در حقوق خصوصی) مخالفتی با نظم عمومی ندارند. مثلاً "هرگاه ایرانیان مطابق قانون مدنی در موضوع وضعیت و اهلیت و ارث عمل نمایند، عمل آنها به استناد مخالفت با نظم عمومی محکوم به بطلان است (جز در مورد اقلیت ها به موجب قانون و در حدود مقرر) ولی هرگاه فرانسویان مقیم ایران که احوال شخصیه شان تابع قانون ملی آنهاست، به موجب قانون ملی خود، وضعیتی خلاف قواعد آمره قانون ایران داشته باشند محکوم به صحت است. حال

1- Derruppe .j Op.cit.p.67

2- Derruppe j. Op.Cit,p.69

۳- دکتر الماسی ، نجاد علی ، همان کتاب ، ص ۱۲۹ به بعد

چنانچه به عنوان مثال فرانسویان مقیم ایران که احوال شخصیه شان تابع قانون ملی خودشان است به موجب قانون ملی خود وضعیتی خلاف قواعد آمره ایران داشته باشند که خلاف نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی باشد لزوماً مخالف نظم عمومی در حقوق داخلی نیز خواهد بود. مثل نقض ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی، با این وجود چه در روابط داخلی و چه در روابط بین الملل، نظم عمومی همیشه جنبه ملی و داخلی دارد.^(۱) و این نظریه هم در حقوق داخلی و هم در روابط بین الملل مورد توجه قرار گرفته است.

در حقوق داخلی گاهی آنچه که برخی تحت نظریه تقلب مورد بحث قرار می دهند ممکن است تحت نظریه نظم عمومی قرار گیرد، بنابراین شرط مخالف قانون در اعمال حقوقی ممکن است به استناد مخالفت با اخلاق حسنه و نظم عمومی باطل شمرده شود.^(۲)

و در حقوق بین الملل خصوصی عده ای از حقوقدانان بر این عقیده اند که با وجود قاعده نظم عمومی دیگر نیازی به طرح نظریه تقلب نمی باشد. به نظر آنها قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون چیزی نیست جز ظهوری از تئوری نظم عمومی که باید جلوی اجرای تمامی قوانین خارجی زنده را بگیرد.^(۳)

ب : رابطه نظم عمومی و تقلب

در مورد تقلب نسبت به قانون دو نظر وجود دارد. عده ای مبنای آن را سوء استفاده از قانون و قاعده ای مستقل می دانند. به نظر آنها هر کسی می تواند تابعیت یا اقامتگاه خود را تغییر دهد و تنها قصد تقلب و طرد قانون حاکم مانع آن می شود. برخی دیگر بر این نظرند که تقلب نسبت به قانون به چیزی جز ظهوری از نظم عمومی که جلوی اجرای تمامی قوانین زنده خارجی را می گیرد نیست.^(۴)

هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد معذالک همانطور که سابقاً ذکر شد، 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 حقاً می بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است.^(۵)

۱ - دکتر کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۹۸، ش ۱۱۲ و دکتر الماسی، نجاد علی، همان کتاب، ص ۱۳۰ تا ۱۳۲ و دکتر مدنی، سید جلال الدین، ج ۳، گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۰، ص ۵۰ تا ۵۳

۲ - دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۲۳۱، ش ۱۶۸ و ص ۵۵، ش ۴۰

3- Derruppe,j,Op.Cit,p.69

4- Derruppe,j,Op.Cit,p.69

۵ - نجاد علی، الماسی، پیشین، ص ۱۴۱ و ۱۴۲

این اختلاف در ماهیت علی رغم تشابهات آن موجب شده که در اثر آنها نیز با یکدیگر در جهاتی متفاوت باشد. ذیلاً وجوه اشتراک و افتراق این دو قاعده بیان می گردد:

وجوه اشتراک: بین نظم عمومی و قاعده جلوگیری از تقلب چند شباهت وجود دارد.

اولاً- هر دو از اجرای قانون خارجی حاکم جلوگیری می کنند.^(۱)

(اثر عمومی منفی) اثر منفی این است که قاضی از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی جلوگیری نماید بدون اینکه قانون دیگری را به طور مثبت جانشین آن قرار دهد.

هرچند اثر نظم عمومی داخلی به نظر عده ای می تواند ضمانت اجرای کیفری و یا مدنی (بطلان) داشته باشد، ولی در حقوق بین الملل خصوصی واجد تضمینی دیگر که همان جلوگیری از اجرای قانون صلاحیتدار خارجی در قلمرو کشور است می بباشد.^(۲)

مثال اثر منفی نظم عمومی: هرگاه زن ایرانی در دادگاه کشوری که طلاق را نپذیرفته است علیه شوهر ایرانی خود اقامه دعوی طلاق نماید، چون در آن کشور طلاق ممنوع است دادگاه آن کشور به استناد اینکه طلاق بر خلاف نظم عمومی آن کشور است به خارجیها حق طلاق نمی دهد و در نتیجه حکم طلاق صادر نخواهد شد. در این فرض نظم عمومی آن کشور از اجرای قانون خارجی یعنی ایران که طلاق را جایز می شمارد جلوگیری می نماید. توجه داریم که قانون آن کشور که طلاق را منع نموده، تنها از اجرای قانون ایرانی که طلاق را تجویز می کند، جلوگیری نموده و قانون دیگری را به نحو مثبت به جای آن به مرحله اجرا در نیاورده است.^(۳)

مثال اثر منفی تقلب: یک زن مسلمان ایرانی که می خواهد بر خلاف قانون ایران که نکاح مسلمه را با غیر مسلم جایز نمی داند (ماده ۱۰۵۹ قانون مدنی) با یک مرد غیر مسلمان خارجی ازدواج کند به قصد فرار از مقررات ایران، تابعیت ایرانی خود را ترک و تابعیت انگلیس را تحصیل نماید و در آنجا ازدواج کند، چنانچه بعداً به ایران برگردد دادگاه ایران قاعده جلوگیری از تقلب را درباره او اجرا خواهد کرد و نکاح مزبور را از باب استناد به قاعده جلوگیری از تقلب محکوم به بطلان خواهد کرد.^(۴)

ثانیاً- اثر هر دو جنبه فرعی و علی البدل دارد.

بدین معنی که فقط در موردی اعمال می گردند که علاج دیگری وجود نداشته باشند و توسل به این علاج

۱ - (نجاد علی ، الماسی ، پیشین ، ص ۱۴۰)

۲ - احمدی ، واستانی ، نظم عمومی در حقوق خصوصی ، ص ۲۱۴ و ۲۱۰ ، ش ۳۲۲ و ۳۲۹

۳ - نجاد علی ، الماسی ، همان کتاب ، ص ۱۳۵

۴ - نجاد علی ، الماسی ، همان کتاب ، ص ۱۴۶ - برای دیدن اثر منفی نظم عمومی رجوع شود به محمد عالمزاده ، نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی ، ص ۱۳۹ به بعد و احمدی واستانی ، همان کتاب ، ص ۲۱۴ و ۲۱۰

ضروری باشد.

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.

به همین علت است که حقوقدانان فرانسه آنها را تحت عنوان «استثناء نظم عمومی» و «استثناء تقلب نسبت به قانون» مورد مطالعه قرار می دهند. البته برخی قائلند که نظم عمومی در حقوق معاملاتی و قرارداد که روابط خصوصی افراد را تنظیم می نمایند، یک امر استثنایی محسوب است ولی در غیر آن مورد اعم از حقوق عمومی یا خصوصی یک اصل به شمار می رود.

ثالثاً- اثر هر دو بسته به نظر و تشخیص قاضی است. همانطوری که قبلاً بیان شد عده ای در مخالفت با قاعده تقلب چنین استدلال کرده اند که چون لازمه اعمال این قاعده آن است که حاکم قضیه در هر مورد وارد جزئیات شده و قصد افراد را احراز نماید، بنابراین صحت یا بطلان نتیجه حاصله از عمل افراد دقیقاً معلوم نیست و به ذوق و سلیقه قاضی بستگی خواهد داشت.

در اعمال قاعده نظم عمومی نیز تشخیص و نظر قاضی ملاک است و همه می دانند مفهوم نظم عمومی، به صورت تحدید قلمروی اجرای آن و یا تعمیم بین المللی نتایج آن در حال تطور است. در این صورت هرگاه مفهوم نظم عمومی در فاصله بین شروع رسیدگی و صدور حکم در فرضی که این مدت طولانی باشد تغییر کند قاضی باید در اجرای قاعده، مفهوم آن در لحظه اتخاذ تصمیم را لحاظ نماید. به عنوان مثال هرگاه دادگاه تالی بر اساس مفهوم جاری نظم عمومی رأیی صادر نماید و تا زمان طرح دعوی در دادگاه عالی، آن مفهوم تغییر یابد یا بدو در این صورت دادگاه عالی رأی بدوی را نقض می نماید.

رابعاً- هر دو دارای اثر خفیف می باشند. در نظم عمومی اثر خفیف در مورد حقوق مکتسبه ظاهر می شود، زیرا نظم عمومی در مرحله اجرای حقوقی که در خارج ایجاد شده عکس العمل خفیف تری خواهد داشت، یعنی دادگاه در مقام اجرای حقوق مکتسبه سعی بر حفظ حقوق مذکور دارد. دیوان کشور فرانسه اعلام نموده که عکس العمل نظم عمومی در قبال مقررات قانون خارجی یکسان نیست و بر حسب اینکه در فرانسه مسئله ایجاد حق و یا مسئله حقی که در خارجه صحیحاً (بدون تقلب و بر طبق قانون صلاحیتدار) بوجود آمده است مطرح باشد عکس العمل مزبور متفاوت می شود.^(۱)

در حقیقت در مرحله اثرگذاری حق نظم عمومی اثر خفیفی تولید می نماید و به همین جهت کمتر مورد استناد قرار می گیرد. (برای دیدن این مثالهای مربوطه مراجعه شود به دکتر الماسی، همان کتاب، صفحه ۱۳۶ و عالمزاده، همان منبع، صفحه ۱۴۴)

تقلب نسبت به قانون نیز دارای اثر خفیف می باشد. بدین معنی که در مواردی هیچگاه و یا به ندرت مورد

1- Cass.civ.11 avril er 1 er mai 1975 .s.1945.1.121.

استناد قرار می گیرد. تقلب نسبت به قانون داخلی همیشه مورد تضمین قرار می گیرد. لیکن هرگاه تقلب نسبت به قانون خارجی به نفع قانون فرانسه (دولت متبوع قاضی) صورت پذیرفته باشد، در این صورت فرانسه عکس العمل منفی نخواهد داشت، ولی وقتی که تقلب به نفع یک قانون خارجی دیگر صورت پذیرفته باشد با تصمیمات مختلف و متفاوتی مورد تضمین واقع می شود.^(۱)

البته باید توجه داشت که اثر خفیف نظم عمومی دارای منطق حقوقی است زیرا این اثر که در مورد حقوق مکتسبه ظاهر می شود مبتنی بر این امر است که دادگاه در مقام اجرای حقوق مکتسبه سعی بر حفظ حقوق مذکور دارد لیکن اثر خفیف تقلب نسبت به قانون بر خلاف منطق حقوقی و اصول روابط بین الملل می باشد.^(۲)

در توجیه این رویه گفته شده است که این قاعده در واقع ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشوری تنها می تواند تقلب نسبت به قانون متبوع خود را ضمانت اجرا بدهد و نمی تواند تقلب نسبت به قانون خارجی را مجازات کند.^(۳) وجوه افتراق:

بین این دو قاعده تفاوتی وجود دارد. تفاوتی که ناشی از طبیعت و ذات آنهاست، آن دو را از یکدیگر متمایز و بطلان این نظریه که با وجود قاعده نظم عمومی نیازی به قاعده تقلب نسبت به قانون نداریم را روشن می سازد. بین این دو قاعده چند تفاوت قابل ذکر است.

تفاوت اول از حیث مبنا است. به موجب قاعده نظم عمومی، از اجرای قانونی جلوگیری می شود که ذاتاً صلاحیت برای اجرا دارد، لیکن از حیث مفاد و محتوی با سازمانهای قانونی و قواعد آمره کشور ناسازگاری غیر قابل تحمل دارد. در حالیکه به موجب نظریه تقلب نسبت به قانون از اجرای قانونی جلوگیری می شود که از حیث مفاد و محتوی با سازمانهای قانونی و قواعد آمره کشور ناسازگاری ندارد، بلکه صرفاً بدین جهت ذینفع به قصد فرار از قواعد آمره اقدام به عملی کرده است که در شرایط عادی و بدون این قصد انجام نمی داد، لذا به منظور مقابله با این قصد، عمل او را بلا اثر کرده، نتیجه ای بر آن مترتب نمی دارند. تفاوت دوم از حیث ضمانت اجرا است. نظم عمومی بدین جهت که جنبه ملی دارد و برای دفاع از تأسیسات حقوقی دولت متبوع قاضی به آن استناد می شود نمی تواند به نفع قانون خارجی مورد استفاده

۱- این اثرگذاری نتیجه تحول در حقوق است، یعنی آراء صادره نشان می دهد که قبلاً از نظر دولتی که شخص ذینفع اجرای قانون او را تقاضا نموده بود و همچنین از نظر دولتهای ثالث قاعده تقلب اعمال نمی گردد. رجوع شود به دکتر الماسی، همان کتاب، ص ۱۴۶ تا ۱۴۸ ولی امروزه آرائی در این زمینه صادر شده و برخی پیش بینی کرده اند که این قاعده عمومیت بیشتر ابد و این موارد را نیز شامل گردد.

۲- الماسی، نجاد علی، همان کتاب، ص ۱۴۴

۳- الماسی، نجاد علی، همان کتاب، ص ۱۴۶ و

قرار بگیرد. و حال آنکه ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون خارجی متصور است.^(۱)

تفاوت سوم در این است که نظریه نظم عمومی یک نظریه کش دار و دائم التغییر است و متأثر از زمان و مکان می باشد ولی نظریه تقلب نسبت به قانون چنین نیست.^(۲)

منظور این است که نظم عمومی از جایی به جای دیگر ممکن است متفاوت باشد. مثلاً زوجات که در کشورهای اسلامی تجویز شده، در کشوری مثل فرانسه ممنوع و خلاف نظم عمومی است. بر عکس اثبات نسب نامشروع که در فرانسه تجویز شده و محاکم قضائی به آن رأی می دهند در کشور ایران ممنوع و خلاف نظم عمومی به شمار می رود. ولی تقلب دارای مفهوم واحد و همه جایی است و آن فرار از قانون می باشد. تأثیر زمان نیز در مفهوم نظم عمومی روشن است. مثلاً طلاق سابقاً در فرانسه ممنوع و مخالف نظم عمومی بود، ولی بعداً با تجویز این مخالفت مرتفع شد. همین امکان تغییر مفهوم نظم عمومی است که برای نویسندگان این سوال را طرح نموده که چنانچه در فاصله بین شروع رسیدگی و صدور حکم مفهوم نظم عمومی تغییر کند، مفهوم را قاضی رسیدگی کننده باید مد نظر قرار دهد. به نظر نویسندگان در این صورت قاضی باید مفهوم نظم عمومی در لحظه صدور حکم را لحاظ کند. پس چنانچه دادگاه بدوی بر اساس مفهوم جاری حکمی صادر کند و تا زمان طرح دعوی در دادگاه عالی آن مفهوم تغییر کند در این صورت دادگاه عالی باید رأی بدوی را نقض کند.^(۳)

تفاوت چهارم در نحوه احراز تقلب و مخالفت با نظم عمومی است. مسئله نظم عمومی یک مسئله حکمی است و قاضی باید حتی بدون ایراد ذینفع مورد توجه قرار دهد. لیکن تقلب نسبت به قانون یک امر ماهوی است که باید برای قاضی احراز گردد. یعنی ذینفع باید ایراد تقلب را مطرح و دلایل و قرائن استناد را بیان دارد تا قاضی در مورد آن اظهار نظر قضائی نماید.^(۴)

۱ - دکتر الماسی ، نجاد علی ، همان کتاب ، ص ۱۴۱ - عالمراده ، همان منبع ، ص ۳۴

Batiffol.H,OP.cit,444,n374

۲-Batiffol.H,OP.cit,444,n374)

۳- Pierre lepeulle , le droit inter national prive, paris, Dallos, 1984,p.234,235

۴ - به همین علت این بحث پیش می آید که چه کسانی حق دارند دعوی تقلب را طرح و آنرا تعقیب نمایند. دادگاههای آمریکا غالباً با مشکل متقابلانه (یا مهاجرتی) روبرو بوده اند. آنها از مدتها پیش با این موضوع که شخص برای استناد به آنچه که به نفعش هست از ایالتی به ایالت دیگر مهاجرت می کرده اند درگیر هستند. دادگاههای این کشور به همین منظور با بهره گیری از شیوه های مختلف دادرسی کامن لا سه گروه را از حق طرح دعوی و تعقیب آن منع می کنند. ۱- در مورد شخصی که بر خلاف قانون طلاق مهاجرتی مورد نظرش را تحصیل کرده است، به دکتربین استوپل (L estoppel) یعنی اصل مسموع نبودن انکار بعد از اقرار استناد می کنند. ۲- در مورد خوانده ای که در محضر دادگاه غیر صالح حاضر شده و چیزی جز یک دفاع ظاهری و شکلی صحیح مطرح ننموده است به کازی استوپل (estoppel Le quasi) استناد می کند و آن را در حکم انکار بعد از اقرار قلمداد می کنند. ۳- در مقابل خوانده ای که حضور نیافته، اما علی رغم اطلاع از آئین دادرسی، هیچ ابتکار و عملی برای اعتراض در مهلت های قانونی انجام نداده است و به استناد آن طلاق مجدداً ازدواج کرده است دکتربین لاشز (La ches) را مستند قرار می دهند. و در این شرایط به اشخاصی که در دادرسی تقلبی نداشته اند و آنها از قبل نفعی را دنبال نمی کرده اند اجازه داده می شود طلاق تقلبی را تعقیب نمایند.

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 قانوناً 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.^(۱)

ولی اینکه اعمال این قاعده به چه نحو و تا چه حدود است، سوالی است که تحت عنوان محدوده تقلب مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

۴ - صوری بودن، مسئولیت مدنی و استثناء تقلب

۱-۴- صوری بودن

گفته شد، حيله و تقلب به معنی اخص آن است که شخص با استفاده از یک وسیله صحیح و قانونی خود از قید تکلیف و تعهداتی که بر عهده دارد فرار می کند. چون این فعل و انفعالات بر وفق قانون صورت میگیرد و در ظاهر امر تجاوزی به قانون نمی شود، بطور عادی نمی توانیم حيله و تقلب را خنثی نمائیم. بنابر این لازم است در جستجوی مبانی و تضمیناتی باشیم که به استناد آن بتوان نتیجه متقالبانه را که همیشه به مضر به حقوق افراد و یا جامعه می باشد بی اثر سازیم. در مقابل تقلب به معنی اخص، اعمال صوری قرار دارند. اعمال صوری هم به منظور فرار از قانون و تعهدات مورد استفاده قرار می گیرند ولی از نظر حقوقی یک وسیله صحیح و قانونی محسوب نمی شوند ما در این قسمت ابتدا عمل صوری را توصیف می کنیم و سپس به بیان و شرح مختصری از صوری بودن در اعمال حقوقی و صوری بودن در وقایع حقوقی خواهیم پرداخت.

الف- توصیف و اثبات عمل صوری

۱- الف - توصیف عمل صوری

با اینکه صوری بودن موجب بطلان عمل ظاهری است، معذک دعوی اثبات صوری بودن جز در موارد استثنائی منجر به بطلان عقد یا عمل صوری نمی شود. نتیجه دعوی صوری بودن این است که حقیقت آشکار شود.

بعد از اینکه صوری بودن عقدی اثبات شد، عقد صوری اعتبار خود را از دست می دهد ولی برای اثبات اینکه بتوان نسبت به آنچه افراد انجام داده اند اظهار نظر قطعی کرد لازم است ماهیت این فعل و انفعال بطور صحیح توصیف شود. مثل اینکه عقد بیعی که بین پدر و پسر واقع شده در واقع وصیت است. بدین ترتیب است که برای محاکم مشکل توصیف مطرح می شود.

۱ - دکتر الماسی، نجاد علی، همان کتاب، ص ۱۴۳ و ۱۴۴

توصیف اعمال حقوقی تابع اسمی که طرفین بر آن عمل می‌نهند نمی‌باشد بلکه ناشی از شروطی است که در عقد شرط می‌شود و همچنین تابع تعهداتی است که از عمل حقوقی بوجود می‌آید. بنابر این هر گاه اساس و ذات عقد با عنوان ظاهری آن هماهنگ نباشد و بین ظاهر و محتوی عقد تعارض وجود داشته باشد دادگاه می‌تواند وصف ظاهری عقد را کنار گذارد و به این عمل حقوقی عنوان صحیحی را که طبیعت آن اقتضاء می‌کند بدهد و توصیف حقیقی را جایگزین توصیف صوری نماید. بر مبنای این توصیف صحیح دادگاه می‌تواند نتایج قانونی را که از ذات این عمل حقوقی ناشی می‌شود به مورد اجرا گذارد. این وظیفه، دادگاه را مجبور به تحقیق در قصد افراد می‌کند و عقد از قصد باطنی افراد تبعیت می‌کند.

این مقدمه به ما امکان می‌دهد که مفاد قاعده فقهی «العقود تابعه للقصود» را بوضوح دریابیم. در فقه اسلام عقود و معاملات دسته بندی شده و هر عقدی دارای عنوان و آثار و احکام مخصوصی می‌باشد. در واقع کلیه روابط حقوقی افراد در جامعه ناگزیر است که تحت یکی از این عناوین قرار گیرد. بهمین جهت است که عقود معینه در فقه اسلام مورد قبول قرار گرفته و به قانون مدنی ما هم نفوذ کرده است. هدف از تاسیس قاعده فقهی مزبور در فقه، این است که ضابطه ای برای تشخیص عقود از یکدیگر وجود داشته باشد. این ضابطه قصد افراد است. قصد عنصر سازنده عقد است و الفاظ و کلمات بیان کننده قصد می‌باشند بنابراین اگر بین قصد و الفاظ تعارض باشد عقد از قصد تبعیت می‌کند و نه از الفاظی که متعاملین به کار برده اند و نتیجه این است که عقد تابع عنوانی که متعاملین انتخاب می‌کنند نیست بلکه ناشی از نیت و مقاصد واقعی آنان است. برای گرفتن قرض با وثیقه عینی معمول است که از بیع شرط استفاده می‌شود. اگرچه افراد به این عمل عنوان بیع به شرط خیار می‌دهند ولی قصد آنها استقراض است. بنابراین باید گفت که عقد از قصد تبعیت می‌کند و آثار بیع بر این فعل و انفعالات مترتب نیست. نظر به اهمیت عملی توصیف در اعمال صوری به ذکر چند رویه از دادگاههای فرانسه و مراجع حقوقی ایران در این خصوص می‌پردازیم.

در مورد اراضی مزروعی نیز در صورتیکه مالک قصد بیع زمین خود را داشته باشد، حق تقدم خرید^(۱) برای مستاجر این زمین پیش بینی شده است برای خنثی کردن این حق تقدم، مالک معامله خود را به صورت هبه و یا معاوضه در می‌آورد زیرا قانون حق تقدم خرید را اختصاص به مورد بیع داده است.

در اینگونه موارد چون قصد مالک حقیقه بیع است و معامله را در ظاهر بصورت هبه واقع می‌سازد با توصیف صحیح میتوان از عمل صوری رفع اثر کرد. دیوان تمیز فرانسه بر همین مبنی اظهار نظر می‌کند که: «حق تقدم خرید در هبه و معاوضه وجود ندارد مگر در صورتیکه هبه و معاوضه متقلبانه باشد».^(۲)

1- Droit de preemption –Code Rural ۷۹۰ ماده

2- Soc.29.Juin 1951 .Gaz .pal 51.2.157

Soc.3.Janv. 1952 .D.52.433

منظور از تقلب در این رای توصیف صوری است و با توصیف صحیح از تقلب رفع اثر می شود. حيله هائی که برای فرار از حق شفعه در قوانین ایران پیش بینی شده مبنی بر توصیف صوری هستند. بر طبق ماده ۸۰۸ قانون مدنی «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک نماید. این حق را شفعه و صاحب آن را شفیع میگویند». برای فرار از این حق، بایع ابتدا جزئی از مبیع مثلاً یک پنجم آنرا به ثمن مورد توافق که قیمت تمام مبیع است می فروشد و سپس بقیه مال را هبه می کند. در این شرایط استفاده از حق شفعه برای شفیع در یک پنجم مبیع با چنین قیمت گزافی مقرون به صرفه نیست و الزاماً از آن منصرف می شود و در هبه بقیه نیز حق شفعه وجود ندارد.

در مورد مالیاتها نیز از توصیف صوری برای فرار از پرداخت مالیات استفاده می شود. برای این منظور عمل حقوقی را از مسیر خود منحرف کرده و تحت عنوان دیگری قرار می دهند که از مالیات معاف است و یا لااقل مالیات کمتری به آن تعلق می گیرد. این عمل نقض مقررات مالیاتی و ضرر به صندوق دولت است. از جمله برای فرار از پرداخت حق الثبت در معاملات اموال غیر منقول وقتی طرفین قصد انتقال غیر منقولی را دارند از اقرار استفاده می کنند به این ترتیب که مالک اقرار به مالکیت مشتری می کند و بیع را به یک بیع ساده تبدیل می کند. در این موارد اقرار در مقام انشاء عقدی از عقود است و با اقرار معمولی که اخبار به حقی بر ضرر خود و به نفع غیر می باشد فرق دارد. هدف از اقرار در این مورد این است که نتیجه عقود ناقل مثل بیع و اجاره و غیر آنها از راه اقرار تحصیل شود.

در اینجا نیز مسئله اساساً مبنی بر توصیف صوری است و باید گفت که طبق قاعده کلی اداره ثبت تابع توصیف صوری افراد نیست بلکه باید بر اساس ماهیت عمل انجام شود و حق الثبت قانونی را مطالبه نماید. ماهیت اقرار در این مورد انشاء انتقال است. بنابراین میزان حق الثبت همان است که در کلیه موارد انتقالات غیر منقول مقرر گردیده است و نمی توان فقط به وصول هزینه تنظیم یک سند اقرار نامه صرفنظر از موضوع آن اکتفا کرد. البته این امر در صورتی است که قصد تقلب از ناحیه اقرار کننده ثابت باشد و الا عدالت ایجاب می کند که به صرف ورود ضرر به صندوق دولت از اقرار افراد که ناشی از دواعی متقلبانه نیست رفع اثر نشود. در نمونه هائی که ذکر می شود کیفیت عمل اداره ثبت در این قبیل موارد روشن می شود:

الف- مالک زمینی که سند مالکیت آن صادر شده بود فوت می کند. در گواهی حصر وراثت ذکر شده بود که ترکه کما فرض الله بین ورثه تقسیم شود. ورثه بین خود یک اقرار نامه رسمی تنظیم کردند که ترکه بین پسر و دختر به تساوی تقسیم شود و یکی از آنان با تسلیم این اقرارنامه به ثبت محل تقاضای صدور سند مالکیت به قدر سهم خود را نموده است صرفنظر از نکات حقوقی که در این اقرار نامه از جهت مخالفت آن با برگ حصر وراثت و مخالفت آن با قوانین ارث، از نظر ثبتی این اشکال در کاربود که اقرار نامه مزبور

حاکمی از قصد انتقال از جانب ذکور به اناث است زیرا سهم ذکور دو برابر سهم اناث می باشد. و برابر ماده ۴۷ قانون ثبت این انتقال ملازمه با پرداخت حقوق ثبتی مالیاتی دارد. مقررات راجع به انتقال ملک و حق الثبت از قوانین آمره است. بنابراین به استناد این اقرار نامه نمی توان بدون دریافت حق الثبت سند مالکیت صادر نمود. شورایعالی ثبت در این مورد اظهار نظر صریح نکرده و فقط گفته است:

«اگر ورثه با تقسیم ترکه به تساوی موافق باشند، در واقع مازاد سهم الارث اناث به آنها انتقال یافته است».

(رای مورخه ۱۵/۸/۴۴ مجموعه آرای شورایعالی ثبت)

مفهوم این اظهار نظر این است که باید ابتدا حقوق ثبتی مالیاتی به ماخذ انتقال اخذ و سپس سند مالکیت به متقاضی داده شود.

ب- سند مالکیت ملکی به نام شخصی صادر گردید. این شخص فوت نمود ورثه او با تنظیم یک سند اقرار نامه اعتراف کردند که ملک متعلق به شخص ثالثی است و مورث آنان مالک این ملک نبوده است. مقرر له با تسلیم این اقرارنامه به اداره ثبت محل تقاضا نمود که سند مالکیت به نام وی صادر شود. ثبت مربوط کسب تکلیف کرد که آیا می توان اقرارنامه رسمی مزبور را سند انتقال تلقی کند و سند مالکیت جدید با ابطال سند مالکیت قبلی به نام مقرر له صادر نماید؟ شورایعالی ثبت در این خصوص به تاریخ ۱۳۲۶/۲/۱۵ اظهار نظر جامع و صریحی به شرح زیر اعلام نموده است: «چون املاک مورد نظر، به نام مورث معترفین ثبت و سند مالکیت صادر شده است لذا مستفاد از اعتراف ورثه، انتقال آن املاک از ناحیه مورث یا خود ورثه، و اقرار صادره حاکمی از وقوع انتقال مزبور است. و چون هزینه قانونی آن انتقال پرداخت نشده و تشریفات مقرر به عمل نیامده است لذا برای اینکه به اقرار مزبور آثار انتقالی رسمی مترتب شود و سند مالکیت بنام منتق الیه صادر گردد باید هزینه های قانونی انتقال طبق مقررات پرداخت و سپس اقرار نامه مزبور به عنوان سند انتقال تلقی و اقدام لازم به عمل آید».

(رای شماره ۳۱۲ مجموعه شرح آراء شورایعالی ثبت)

اقرارنامه مزبور یک توصیف صوری از انتقال ملک ثبت شده است بنابراین شورایعالی ثبت بدرستی وصف حقیقی این عمل را که انتقال ملک است بآن بازگردانیده و مالیات دولت را براین مبنی قابل مطالبه دانسته است.

ج- معمولاً مالکین زمین خود را به چند قطعه تقسیم و در هر قطعه ساختمانی احداث نموده و بعد می فروشند. ولی در سند فروش مالک اقرار می کند که ساختمان را خریدار پیش از بیع به اذن مالک روی زمین مورد معامله ساخته است که در نتیجه مورد معامله فقط عرصه است. این اقرار حيله ای است برای فرار از پرداخت مالیات، وزارت دارائی از اداره ثبت تقاضا کرد که به دفترخانه ها دستور داده شود که از ثبت اینگونه اقاریر در اسناد خودداری شود. شورایعالی ثبت در تاریخ ۴۵/۱۲/۲۳ چنین اظهار نظر نمود: «در صورتیکه بر دفاتر اسناد رسمی معلوم نباشد که برای عدم تادیه مالیات اقرار می شود تنظیم سند اشکالی

ندارد. بدیهی است در هر مورد که دارائی اعتراض داشته باشد می تواند برای اثبات ادعای خود به مراجع قضائی صلاحیتدار مراجعه کند».

(رای شماره ۵۲۵ مجموعه شرح آراء شورایعالی ثبت)

تا اینجا توصیف عمل صوری و نمونه هائی از آرای قضائی ایران و فرانسه شرح داده شد هم اکنون اثبات عمل صوری در اعمال حقوقی و در وقایع حقوقی توضیح داده خواهد شد.

۲ - الف: اثبات صوری بودن

وقتی وسیله تقلب از نظر حقوقی صحیح نیست، شخص نمی تواند بطور واقعی از قید تکلیف فرار کند. از این قبیل است اعمال حقوقی صوری که در آنها قصد وجود ندارد. برای بی اثر کردن تقلب وقتی وسیله آن یک عقد یا واقعه حقوقی صوری است به یک ضمانت اجرائی خاص و استثنائی نیازی نیست. تضمیناتی که بطور عام برای حفظ الزامات قانونی وجود دارد می تواند قانون را از تعرض تقلب مصون دارد. اعمال صوری مصداق بارز این نوع تقلب است. اکثر حيله هائی که در قوانین جاری ما به کار می رود و غالب حيله های که در فقه اسلام برای فرار از ربا و شفعه و غیر آنها پیش بینی شده از قبیل اعمال صوری هستند. وقتی در یک عمل حقوقی مثل بیع، نکاح، طلاق قصد انشاء موجود نیست این عمل نقصان دارد و طبق موازین حقوقی باطل است. تقلب بدهکار نسبت به طلبکاران ممکن است بوسیله یک بیع صوری باشد. بدین طریق بدهکار اموال خود را ازمعرض توقیف طلبکاران خارج می کند. در این مورد خریدار یک قرارداد سری را امضاء می کند و طی آن اقرار می نماید که مالکیتی برای او ایجاد نشده و مالکیت اموال کماکان متعلق به بایع است.

در بیع شرط هم وضع به همینطور است. وقتی افراد برای گرفتن ربح و یا به منظور بالا بردن نرخ بهره از میزان قانونی آن، از بیع شرط استفاده می کنند، عقد بیع صوری است و طرفین واقعاً قصد انتقال مبیع را ندارند. در نتیجه آثار بیع بر این عمل مترتب نیست یعنی مبیع به مشتری و ثمن به بایع منتقل نمی شود. در این مورد مقصود متعاملین با آنچه اعلام کرده اند مطابقت ندارد و چه بسا در قصد و رضای طرفین نیز توافق نباشد زیرا مشتری قصد تملک مبیع را دارد و حال آنکه بایع فقط قصد استقراض می کند.

بنابراین مقتضای قواعد حقوقی این است که از نظر بیع، قائل به بطلان معامله باشیم.^(۱)

در سایر عقود و ایقاعات صوری همین نقیصه نیز موجود است. وقایع حقوقی نیز ممکن است صوری باشند. بنابراین لازم است صوری بودن را در اعمال حقوقی و وقایع حقوقی مورد بررسی قرار دهیم.

۱ - دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۱ ص ۲۰۲ و ۵۹۶ - در حال حاضر با وجود مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت قصد مشترک متعاملین از بیع شرط و اصطلاحات آن استقراض توأم با وثیقه عینی است که در واقع همان عقد رهن است.

ب - صوری بودن در اعمال حقوقی

دعوی اثبات صوری بودن برای این است که تقلب نسبت به قانون را که وسیله آن یک عمل صوری است، خنثی نماییم. (البته به نظری) طلبکاران وقتی می توانند اموال بدهکار را توقیف و تملک نمایند که ثابت کنند انتقال اموال بوسیله بدهکار به اقرباء و خویشاوندان او صوری بوده است. ولی در عمل عمده اشکال در امکان اثبات صوری بودن یک عمل حقوقی است. حقوقدانان از جهت امکان اثبات صوری بودن یک عمل حقوقی بوسیله اشخاص ثالث و یا خود متعاقدين اختلاف نظر دارند. قصد از امور باطنی و قلبی است و صعبی اثبات وجود و عدم آن به حدی است که عده ای نظریه تقلب را به لحاظ همین اشکالات رد کرده اند. یک عقد نکاح صوری کلیه اوصاف و شرایط ظاهری یک عقد صحیح را دارد. مسئله مهم این است که عقد از اراده ظاهری یعنی آنچه متعاملین اعلام کرده اند و الفاظ عقد حکایت از آن دارد تبعیت می کند یا اینکه عقد تابع قصد انشاء و اراده قلبی طرفین معامله است. هر یک از دو نظر مزبور طرفدارانی دارد و در نتیجه در امکان اثبات صوری بودن دو عقیده مشهور به وجود آمده است. و همین بحث هم در نظریه تقلی نسبت به قانون و اثبات قصد اضرار و قصد فرار از قوانین و مسئولیتها و تکالیف قانونی و امری قابل تصور است.

۱- ب - نظری که طبق آن صوری بودن قابل اثبات نیست

الفاظی که افراد در عقود و ایقاعات به کار می روند کاشف قطعی از قصد انشاء هستند. وقتی الفاظ عقد، مقصود بود قهراً قصد انشاء هم وجود دارد و کسی نمی تواند خلاف آنرا اثبات کند. طرفداران این نظر می گویند بین اراده ظاهری (اعلام شده) و قصد انشاء، یک اماره قانونی مطلق مبنی بر توافق دو اراده وجود دارد. به عقیده اینان باید از تجزیه و تحلیل قصد و اراده واقعی متعاملین خودداری کرد زیرا قصد و رضا به محض اینکه از روی اختیار اعلام شدند کامل و غیر قابل خدشه می باشند. در حقوق فرانسه این نظر مدت زمانی مورد قبول علمای حقوق این کشور بوده و بعضی از محاکم فرانسه به تبعیت از این فکر آرائی صادر کرده اند.^(۱)

از جمله در موارد زیر، صوری بودن یک عقد نکاح مورد بحث قرار گرفته است. مادری به نفع دخترش وصیت کرده بود که هنگام ازدواج دختر، مقداری پول به عنوان جهیزیه به او داده شود. این دختر برای اینکه بتواند مبلغ مزبور را دریافت کند متوسل به یک ازدواج ظاهری با یک گدا که در بیمارستانی به حال بیماری افتاده بود می شود و به استناد این ازدواج مبلغ مورد وصیت را مطالبه می کند. صحت این نکاح مورد بحث قرار گرفت. دادگاه اکس پس از توجه به این که این زن و شوهر هیچگاه یکدیگر را ندیده اند و ازدواج آنها

۱ - ریپوبولا نزه - حقوق مدنی ج ۲ ش ۱۸۵ - ویدال ، نظریه تقلب نسبت به قانون ص ۱۹۶

با وکالت بوده است و نیز این امر که شوهر پس از چندی که به حرفه قبلی خود یعنی گدائی اشتغال داشته فوت می کند اظهار نظر کرد که: « صحت این نکاح را باید از موثر بودن آن برای دریافت جهیزیه تفکیک کرد. صحت این نکاح قابل خدشه نیست چون طبق قانون منعقد شده است ولی موثر بودن آن برای دریافت جهیزیه مورد اشکال است زیرا از اوضاع و احوال به خوبی استنباط می شود که این عقد جدی و طبیعی نبوده و فقط به منظور مطالبه جهیزیه صورت گرفته است و بنابر این از این جهت موثر نیست و دختر حق ندارد به استناد چنین ازدواجی مطالبه جهیزیه نماید».^(۱)

آنچه در این اظهار نظر مورد توجه می باشد اینکه هرچند دادگاه جدی و طبیعی نبودن این عقد را احراز کرده ولی به لحاظ اینکه با تشریفات ظاهری کامل واقع شده، صحت آن مورد قبول دادگاه قرار گرفته و فقط این نکاح از نظر وصول جهیزیه بی اثر شناخته شده است بدون اینکه از اصل باطل اعلام گردد.

۲ ب - نظری که طبق آن اثبات صوری بودن قابل اثبات است

نظر دیگری که در این مورد ابراز شده اینکه صیغه عقد کاشف از قصد انشاء می باشد ولی این کشف بطور تام و قطعی نیست. درست است که بین الفاظ و کلمات افراد و قصد آنها یک اماره تطابق وجود دارد ولی این اماره نسبی است و غیر قابل رد نمی باشد. در نتیجه ممکن است اشخاص ثالث یا طرفین عقد بتوانند خلاف آنرا اثبات کنند. این نظر گذشته از اینکه با واقعیات تطبیق می کند، قبول آن موجب جلوگیری از اضرار به حقوق جامعه و افراد است. این طرز فکر در حقوق فرانسه طرفداران زیادی دارد و عده کثیری از فقهای اسلام صریحاً آنرا پذیرفته اند و از مواد متعددی از قوانین ایران و آراء دیوانعالی کشور قابل استنباط است.

در حقوق فرانسه

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 که چند نمونه از آن را در زمینه عقد نکاح صوری و عقد شرکت صادر شده را ذکر می کنیم:

یک زن فرانسوی تحت فشار مقتضیات زمان جنگ در ترکیه با یک مرد آمریکائی ازدواج می کند و هدف او منحصرراً فرار از خطر اسارت بوده است. سپس درخواست این نکاح را می نماید. محکمه مدنی (گرونوبل)^(۲)

۱ - ویدال کتاب سابق الذکر ص ۱۹۵

2- Trib . Civil Grenoble juill . 1923

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 اظهارنظر 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».

همین راه از طرف محکمه مدنی (سن) اتخاذ شده است. این بار قضیه این بوده است که یک زندانی فرانسوی با یک زن آلمانی که در قسمت شرقی آلمان اقامت داشته ازدواج می کند و هدف او این بوده است که اجازه عبور از منطقه آمریکائی به او داده شود وقتی این شخص به فرانسه باز می گردد و این بار می خواهد بطور جدی ازدواج کند مأمور ثبت احوال به او اعلام می دارد که چون قبلاً در آلمان ازدواج کرده حق ازدواج مجدد در فرانسه را ندارد.

ذینفع درخواست ابطال ازدواج قبلی خود را می نماید. محکمه مزبور چنین اظهارنظر می کند: «وقتی ثابت شود که زن و مردی بدون قصد ایجاد زوجیت، اقدام به یک ازدواج صوری کرده اند و منظور آنان منحصرأ استفاده از نتایجی که بکلی بیگانه از مقتضیات و هدف اصلی عقد نکاح که اتحاد زناشویی است باشد، رضایت مورد نظر در ماده ۱۴۶ قانون مدنی حاصل نمی شود و در این مورد عقد نکاح حقیقی نبوده و کاملاً صوری است و با هیچیک از واقعیات حقوقی تطبیق نمی کند و به استناد مواد ۱۴۶ و ۱۴۸ قانون مدنی بطلان آن اعلام می شود.^(۱)

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 میکند: «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».^(۲)

در مورد شرکتهائی که افراد بطور صوری بوجود می آورند، دیوان تمیز فرانسه بطلان شرکت را پذیرفته است. می دانیم مبنای شرکت تجاری تحقق شخصیت حقوقی برای شرکت است و شخصیت حقوقی شرکت از شخصیت فرد فرد شرکاء مجزاست. تحقق شخصیت حقوقی منوط است به اینکه شرکاء در انعقاد عقد شرکت واقعاً قصد تاسیس شرکت را داشته باشند .

۱- محکمه مدنی سن ۷ ژانویه ۱۹۴۸- بعضی از فقهای امامیه که دقت نظر بیشتری کرده اند در مورد عقد نکاح صغیره که منحصرأ به منظور حصول محرمیت مادر طفل صورت می گیرد به همین کیفیت استدلال نموده اند . رجوع شود به فتوای محقق قمی در رساله نکاح صغیره به نقل از دکتر کاشانی ص ۱۴۴

۲- ویدال - نظریه تقلب نسبت به قانون ص ۱۹۹ - رای مزبور مربوط به زمانی است که قانون مدنی فرانسه در کانادا اجرا می شده است .

اگر چنین قصدی وجود نداشته باشد عقد شرکت صوری است و از نظر حقوقی باطل و در نتیجه شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت شرکاء بوجود نخواهد آمد. در این مورد نیز امکان اثبات صوری بودن شرکت مورد اختلاف حقوقدانان فرانسوی است. از جمله در مورد شرکتهای سهامی بعضی گفته اند وقتی شرکتی بر طبق قانون تشکیل شود و به ثبت برسد این شرکت حقیقی است و در این شرایط قصد موسسین هرچه باشد تاثیری در حقیقی بودن عقد شرکت ندارد. ولی غالب مولفین عنصر معنوی، یعنی قصد تشکیل شرکت را برای تحقق آن ضروری دانسته و شکل ظاهری و به ثبت رسیدن شرکت را کافی نمی دانند. اگر قصد انعقاد عقد شرکت وجود نداشته باشد شرکت یک عقد صوری است و آثار شخصیت حقوقی بر آن مترتب نیست. این نظر در مورد شرکتهای سهامی که از یک شخص تشکیل شده قابل اجراست و محاکم در این مورد با اشکالی مواجه نیستند. صوری بودن شرکت معمولاً در مورد شرکتهای فرعی پیش می آید. شرکتهای بزرگ برای تسهیل کار خود و انجام اموری که مربوط به شرکت است غالباً شرکت فرعی تشکیل می دهند. اصولاً شرکت فرعی از نظر حقوقی کاملاً مستقل از شرکت اصلی است ولی اگر اعلام تشکیل شرکت فرعی، صوری بوده و شرکت فرعی وجود مستقل از شرکت اصلی نداشته باشد ورشکستگی شرکت اصلی با استفاده از عنوان صوری بودن به شرکت فرعی سرایت می کند و احتیاج به اقامه دعوی جداگانه ای برای اعلام ورشکستگی شرکت فرعی نخواهد بود.^(۱)

همین مشکل در موردیکه یکی از شرکاء در شرکت سهامی مالک قسمت اعظم سهام است و این اکثریت به نحوی است که او را فعال ما یشاء شرکت قرار می دهد پیش می آید. شرکت سهامی که مالک آن شخص واحد باشد بر طبق غالب قوانین تجارت از جمله قانون تجارت ایران ممنوع است.^(۲)

در این مورد شرکت سهامی ظاهراً متعلق به شخص واحد نیست و سهام قلیلی از آن متعلق به افراد دیگر است. ولی بدون تردید در این مورد نیز ضابطه حقیقی یا صوری بودن شرکت همان عناصر معنوی و قصد تشکیل شرکت است. البته مشکلات تحقیق در قصد موجب شده که غالباً اعتبار بیشتری به عناصر مادی تشکیل دهنده شرکت داده شود و در صورت تحقق شروط معینی فرض وجود قصد بشود. یکی از محاکم پاریس به همین دلیل اظهار نظر می کند که: «اقتدار یکی از شرکاء به مناسبت اینکه مالک قسمت اعظم سهام یک شرکت است دلیل کافی برای صوری بودن این شرکت نیست»^(۳)

ولی چون ممکن است این فرض مورد سوء استفاده قرار گیرد دیوان تمیز فرانسه با اظهار نظر دقیقی از این سوء استفاده جلوگیری کرده است. به موجب این رای:

1- Req. 13 mai 1929. D.p. 30.1.128 – s.29. 1.289

۲ - ماده ۳ قانون تجارت جدید شرکتهای سهامی

3- paris 9 avr. 1930. s. 30. 2.116

«اعلام ورشکستگی یک شرکت سهامی ممکن است شامل ورشکستگی شخص مدیر، آن شرکت نیز بشود و این در صورتی است که مدیر شرکت با استفاده از عنوان شرکت اقدامات خود را مخفی می کرده و در اموال شرکت مثل اموال خود دخل و تصرف مینمود و نسبت به سایر مدیران شرکت که خود او انتخاب کرده سمت ریاست داشته است».^(۱)

اساس این رای این است که مفهوم شخصیت حقوقی که ناشی از عقد شرکت حقیقی است و مستقل از شخصیت فرد شرکاست، در صورت حیل و صوری بودن شرکت نادیده گرفته شود. رویه قضائی فرانسه با توجه به اینکه شخصیت حقوقی یک فرض حقوقی است هیچگاه اعتبار مطلق برای تفکیک آن از شخصیت شرکاء قائل نشده و به این وسیله از سوء استفاده از این فرض قانونی که ضرورت‌های اجتماعی آنرا ایجاب کرده جلوگیری نموده است و دادگاه تجارت استان (سن) بر همین مبنی اظهارنظر نموده است:

«اگرچه علی الاصول یک شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی متمایزی از سهامداران آن است ولی در عمل روابطی که این شرکت با اشخاص ثالث برقرار می کند، منحصرأً مربوط به سهامداران عمده آن است و به این جهت نمی توان شخصیت حقوقی شرکت را بطور کامل از شرکائی که این شرکت را تشکیل داده اند تفکیک کرد».^(۲)

معهدا در موردیکه هدف از عمل صوری تقلب نسبت به قانون است رویه قضائی فرانسه قائل به آزادی در ابراز دلیل شده و بنابراین طرفین عقد نیز می توانند در این مورد صوری بودن را با استفاده از شهادت یا امارات اثبات کنند. اصولاً تقلب از طریق کلیه دلائل قابل اثبات است. ماده ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه تقلب را از جهت دلیل اثبات، به تدلیس تشبیه کرده و رویه قضائی از این ماده یک قاعده کلی استنتاج کرده است به این معنی که در مورد هدف از معامله، تقلب نسبت به قانون باشد، دلیل اثبات این تقلب، حتی برای طرفین عقد محدودیتی ندارد و در نتیجه ممکن است طرفین عقد از امارات برای اثبات تقلب استفاده نمایند».^(۳)

در فقه اسلام

در فقه اسلام عقد صوری مورد توجه فقها قرار گرفته است. از جمله محقق اردبیلی پس از ذکر عقود صوری که برای فرار از ربا پیش بینی شده، می گوید:

(... و هو ظاهر لو القصد ...)

1- Req .9 – fevr . 1932 .D.H. 32 . 162. S.32.1.177

۲ - ویدال - نظریه تقلب نسبت به قانون ص ۱۹۴

۳ - مازو ، دروس حقوق مدنی ج ۱ - ش ۴۰۶ - ریپروبولاً نزه ج ۲ پاورقی ش ۲۱۶۶ مولف این کتاب می گوید علت آزادی ابراز این دلیل در مورد تقلب و تدلیس این است که اینها از قبیل واقعه حقوقی هستند و عمل حقوقی محسوب نمی شوند . رجوع شود به ذیل ماده ۱۳۵۳ قانون مدنی فرانسه

صحت این عقود منوط به محصول قصد است و مجرد صیغه عقد نمیتواند منشاء اثر باشد. کلیه کسانی که مخالف حيله از طریق عقد صوری هستند بنای استدلال خود را بر فقدان قصد قرار دادند. حتی موافقین استفاده از عقد صوری هم معترف به فقدان قصد انشاء می باشند، النهایه برای رفع این اشکال به اصطلاح قصد تخلص از حرام متوسل شده اند. عین عبارت شهید ثانی که متاخرین نیز آنرا نقل کرده اند این بود که «و لا یقدح فی ذلک هذه الامور غیر مقصوده بالذات و العقود تابعه للقصود» مستفاد از کلام مزبور این است که اولاً الفاظ در عقد دلالت قطعی بر حصول قصد انشاء ندارند بلکه ممکن است کسی الفاظ عقدی را بکار برد و در استعمال لفظ نیز قاصد باشد ولی قصد انشاء و ایجاد عقدی را نداشته باشد و این همان چیزی است که در اینجا مورد نظر ما می باشد.

ثانیاً- شهید، قاعده کلی «العقود تابعه للقصود» را متذکر شده و بنابر این نظر او عقد از قصد انشاء و اراده قلبی تبعیت می کند نه از اراده ظاهری و اعلام شده، بطور کلی نظر فقها در زمینه قصد انشاء این است که: الف- قصد انشاء شرط تحقق و ایجاد عقد است و الفاظ وسیله اظهار قصد می باشند.

ب- اراده قلبی باید به همان اثری تعلق گیرد که شارع بر عقد معینی مترتب کرده است. یعنی در بیع باید اراده به نقل ملکیت قرار گیرد و در نکاح باید اراده به ایجاد زوجیت تعلق گیرد و تعلق اراده به نتایجی که اساساً اثر شرعی عقد نیستند کافی نمی باشند. محقق قمی در این خصوص موشکافی و دقت خاصی بکار برده که قسمت هائی از آن ذکر شده است. او نکاح صغیره را که منحصرأً بمنظور حصول محرومیت مادر طفل صورت گیرد بعلت فقدان قصد نکاح باطل دانسته و گفته است در این مورد قصد ایجاد عقد نکاح بوجود نیامده و عقد نکاح فقط نفس ایجاب و قبولی که خالی از قصد باشد نیست و الا گوینده الفاظ ایجاب و قبول به منزله هازل و عابث است و اضافه می کند که ترک اغراضی که شرعاً از وضع عقدی مورد نظر می باشند و اکتفا به آثار غیر طبیعی مخالف حکمت وضع عقد است. صاحب مشارق الاحکام نیز همین نکته را به این کیفیت بیان کرده است:

«چیزی که اجماعاً مورد قبول قرار گرفته این است که برای صحت عقد باید قصد انشاء آن اثری بشود که شارع بر عقد مترتب کرده است. پس اگر صیغه عقد بدون قصد و یا بقصد اخبار و یا حتی قصد انشاء اثر دیگری ادا شود عقد باطل است».

صاحب مقابس الا نوار تحقیق دقیقی در این زمینه داشته که بلحاظ اهمیت آن قسمتی از عین عبارت او را نقل می کنیم. او در باب شروط متعاقدين می گوید: «سومین شرط از شروط متعاقدين قصد می باشد و شرطیت آن اجماعی است دلیل بر آن غیر از دلالتی که قبلاً ذکر شد آیه الا آن تکنون تجاره عن تراضی منکم ، می باشد و نیز حدیث نبوی، انما الکل امرء مانوی، و آنچه بین فقها مشهور شد که عقد از قصد تبعیت می کند دلیل بر شرطیت قصد می باشد و عقدی که مقصود نباشد در حقیقت عقد نیست زیرا تاثیر صیغه عقد از روی تعبد محض بنحویکه ممکن است در مورد اذکار صلوه و مثل آن گفته شود نیست بلکه تاثیر

الفاظ عقد معنایی که از آن قصد می شود و صیغه عقد به ضمیمه قصد، عقد و ایجاب و قبول نامیده می شود. بنابراین در عقد بیع اگر بایع اصلاً قصد نداشته باشد، بیع منعقد نمی شود مثل شخص خواب و کسی که در اشتباه یا غفلی است یا مطلبی را به غلط بزبان می آورد و یا صیغه عقد را به قصد اخبار یا استفهام ادا می کند و همچنین کسی که با دیگری تبانی بر واقع ساختن یک عقد صوری برای مقاصد خاصی کرده است یا چیزی را غیر از موضوع له شرعی عقد قصد کرده است اعم از اینکه این نتیجه متناسب با موضوع عقد باشد یا نه»^(۱).

و الفاظ را معتبر بدانیم، در واقع آنچه را که اعتبار آن ضروری بوده الغاء کرده ایم و چیزی را که علی الصول الغاء آن ممکن بوده معتبر شمرده ایم بعبارت دیگر تبدیل الفاظ به اشاره و امثال آن ممکن می باشد. بنا به دلائل مزبور می توان گفت: که در فقه اسلام به صراحت تام نظر دوم مورد قبول قرار گرفته و در هنگام تعارض اگر بتوان اراده قلبی را احراز نمود بر اراده ظاهری رجحان دارد. قبول این نظر با جریان اصاله الصحه در عقود و معاملات منافاتی ندارد. اصل این است که اراده اعلام شده با اراده باطنی توافق و وحدت دارد کسی که مدعی فقدان اراده قلبی و صوری بودن یک معامله است باید آن را ثابت نماید.

در واقع مقاصد و نیات در اعمال حقوقی و الفاظ مربوط به آن موثر هستند چنانکه در امور عبادی نیز نیت و قصد تاثیر دارد. در واقع قصد و نیت است که موجب حلال یا حرام یا صحیح یا فاسد شدن یا اطاعت و معصیت گردیدن چیزی میشود، چنانکه دخالت قصد در عمل عبادی معینی مثل نماز باعث واجب یا مستحب یا صحیح و فاسد شدن آن می باشد. در زمینه عقود نیز قصد روح عقد و موجب صحت یا بطلان آن است. بنابراین اعتبار قصد در عقد اولی تر از اعتبار الفاظ است زیرا الفاظ در هیچ مورد ذاتاً مقصود نیستند در حالیکه مقاصد و هدفهای عقود مقصود بالذات هستند. حال اگر ما مقاصد و هدفها را لغو و بی اثر دانسته.

در حقوق ایران

در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلام و حقوق فرانسه مواد متعددی در قانون مدنی و قانون تجارت پیش بینی شده که میتوان به استناد آنها نظر دوم را ترجیح داد و 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

۱ - شیخ اسد الله شوشتری - مقابس الانوار ص ۱۱۴، «ثالثها القصد و هو شرط بالاجماع ... و يدل عليه جملة مما سبق من الادله و قوله تعالى الا ان تكون تجاره عن تراض منكم ... و انما لكل امرء مانوی و ما اشتهر بينهم من ان العقود تتبع القصد و ان العقد الغير المقصود ليس عقداً في الحقيقة فان الصیغه ليس تعبداً محضاً قد يكون في اذا کارالصلوه و نحوها بل بالمعنى المقصود منه و بضمیمه ذلك یسمى عقداً و ایجاباً و قبولاً ... فلا ینعقد بیع من لا قصد له اصلاً کالنائم و لا بیع السامی و الغافل و الغالط و الجاهل بالمعنى و الناقل للفظ و قاصد الاخبار و الاستفهام و الهازل و اللاعب بالكلام ... و المتواطی علی ایجادالصورة لبعض الاغراض او علی اراده معنی بصیغه البیع غیر الموضوع له سواء كان مناسباً له او لا ...»

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 بايع 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. مستنبط از ماده مزبور این است که:

اولاً- عقد از اراده و قصد حقیقی افراد تبعیت می کند.

ثانیاً - اثبات خلاف ظاهر یک عقد صوری امکانپذیر 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. در مورد سایر معاملاتی که بطور صوری برای فرار از قانون منعقد می شود همین اشکال وجود دارد. وقتی محکوم علیه بلافاصله پس از ابلاغ اجرائیه بمنظور بی اثر گذاردن تعقیب طلبکاران، اموال خود را به زوجه یا فرزندان خود منتقل می کند اگر اوضاع و احوال حاکی از صوری بودن معامله باشد این معامله باطل است نه غیر نافذ، زیرا قصد انتقال واقعی که شرط تحقق معامله است در این مورد وجود نداشته است. از همین قبیل است هبه صوری یا صلح محاباتی که برای فرار از پرداخت دیون منعقد می شود. اگر دادگاه بتواند صوری بودن را احراز کند باید معامله را ابطال نماید. وقتی طرفین برای فرار از قانون به عقد نکاح صوری متوسل می شوند غیر از این نیست. انجام تشریفات عقد نکاح و رسمی بودن آن مانع ابطال نخواهد بود، زیرا قصد شرط حتمی تحقق نکاح است. برای ابطال نکاح صوری دادگاه ممکن است به مواد عمومی قانون مدنی که شرائط عامه صحت عقود و ایقاعات را بیان کرده و یا به مواد اختصاصی که در فصل نکاح قانون مدنی پیش بینی شده استناد نمایند. بر طبق ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی «عاقده باید عاقل و بالغ و قاصد باشد» و به موجب ماده ۱۰۷۰ «اگر اکراه به درجه ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد نکاح باطل است» برای مثال کسی که برای فرار از خدمت

نظامی. (۱)

متوسل به یک ازدواج صوری می شود این ازدواج وسیله موثری برای کسب معافیت نیست زیرا به محض احراز صوری بودن دادگاه میتواند آنرا ابطال کند.^(۲)

با توجه به مواد قانونی مزبور دادگاهها می توانند هنگامیکه شخص ثانی مدعی صوری بودن معامله ای می شود و یا یکی از طرفین عقد چنین ایرادی می کند با استفاده از اوضاع و احوال و امارات قصد واقعی متعاملین را احراز نمایند.

دیوانعالی کشور در آراء متعددی به این موضوع اشاره کرده که چند نمونه از آن را ذکر می کنیم:

۱- «تشخیص قصد و عدم قصد بیع بر حسب قرائن و امارات در غیر مورد مادتين ۳۸ و ۴۰ قانون ثبت به نظر محکمه است».

۲- «تعبیر به اصل و فرع را در ورقه بیع شرط ممکن است کاشف از عدم قصد قرار داد» این آراء بر مبنای ماده ۴۳۶ قانون مدنی صادر شده است.

ج - صوری بودن در وقایع حقوقی

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 بدادگاه 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.

۱ - این مورد از مصادیق تقلب به معنی اعم و دسیسه در امور نظام وظیفه بوده و بر طبق قانون ارتش قابل مجازات است: «کسانیکه بوسائل متقلبانه معلفیت خود را از نظام وظیفه تحصیل نمایند ...».

۲ - دادگاه فدرال سوئیس مدت زمانی از اعلام بطلان نکاح صوری امتناع میکرد ولی بالاخره از رویه خود عدول کرد و این قبیل ازدواجها را مجازی دانست و امکان صوری بودن را در عقد نکاح پذیرفت و به استناد قاعده ممنوعیت سوء استفاده از حق که در ماده ۲ قانون مدنی سوئیس مقرر شده، بطلان آن را اعلام کرد. مبنای نظر دادگاه فدرال سوئیس این بود که در این موارد زن و مرد از تاسیس نکاح سوء استفاده کرده و آنرا از مسیر اساسی و طبیعی آن خارج کرده اند به اینطریق که از عقد نکاح فقط یکی از آثار تبعی و فرعی آن را قصد کرده اند. رجوع شود به Trib. fed. 9 nov. 133. 2. 65. A.T.F. 1939. ما در این پایان نامه تحت عنوان ماده ۱۳۲ به تفصیل از آراء محکمه فدرال سوئیس بحث میکنیم.

در فرانسه استفاده از تسهیلات مالیاتی سبب میشد که شرکتهای تجارتی اقامتگاه خود را تغییر دهند. از جمله چون رژیم مالیاتی در مستعمرات فرانسه تسهیلات بیشتری از رژیم مالیاتی خود فرانسه داشت و میزان تعرفه آن سبک تر بود، شرکتهای برای استفاده از این مزیت مرکز اداره شرکت را به یکی از مستعمرات انتقال می دادند. اداره ثبت شرکتهای به استناد صوری بودن تغییر اقامتگاه و نیز به استناد قصد تقلب با این امر مخالفت می کرد. دادگاههای فرانسه در رسیدگی به اختلاف شرکتهای و اداره ثبت در هر موردی بررسی می کردند که آیا مرکز اداره شرکت که ملاک تعیین رژیم مالیاتی است بطور حقیقی به مستعمرات منتقل شده است یا نه. در یک مورد دیوان تمیز فرانسه اظهار نظر کرد که:

«مرکز اداره شرکت محلی است که موسسه تجاری امور اداری و مالی و فنی خود را در آنجا انجام می دهد و نه جایی که قسمتی از عملیات بهره برداری شرکت و تشکیلات فرعی در آن وجود دارد».^(۱)

ولی در موردیکه شرکتهای بطور حقیقی اقامتگاه خود را به مستعمرات انتقال می دادند مشمول این رویه نبودند. دادگاهها در ضمن آراء متعددی به شرکتهای حق دادند که اقامتگاه قانونی خود را بطور واقعی به مستعمرات انتقال دهند تا از مزایای مالیاتی سبک تر آن محل برخوردار شوند به شرط اینکه این انتقال حقیقی و جدی باشد. قوانین ما هم به این مسئله توجه کرده و شرط تغییر اقامتگاه را نقل و انتقال واقعی آن دانسته اند. بر طبق ماده ۱۰۰۴ قانون مدنی «تغییر اقامتگاه بوسیله سکونت حقیقی در محل دیگر به عمل می آید مشروط بر اینکه مرکز مهم امور او نیز به همان محل انتقال یافته باشد» و بر طبق موادی از قانون آئین دادرسی مدنی که در واقع ضمانت اجرای ماده ۱۰۰۴ است «هیچیک از اصحاب دعوی و وکلای دادگستری نمی توانند مسافرتها موقتی خود را تغییر اقامتگاه حساب کرده و ابلاغ برگ های دعوای مربوط به خود را در محل نامبرده درخواست کند و اعلام مربوط به تغییر اقامتگاه وقتی پذیرفته است که محل اقامت مطابق ماده ۱۰۰۴ قانون مدنی، حقیقی تغییر یافته باشد و چنانچه در دادگاه معلوم شد که اعلان تغییر اقامتگاه برخلاف واقع بوده اوراقی که به همان محل اقامت اولیه ارسال گردیده و رعایت ماده ۱۰۸ نسبت به آنها به عمل آمده است ابلاغ شده محسوب است». در این موارد تکلیف قانونی دادگاه تحقیق در جنبه مادی عمل تغییر اقامتگاه است و باید با استفاده از دلایل مختلف اوضاع و احوال اظهار نظر کند که اقامتگاه بطور واقعی تغییر یافته است یا محلی که بعنوان اقامتگاه بدادگاه اعلام شده صورت ظاهری بیش نیست.

۲-۴- نظریه مسئولیت مدنی

به نظر بعضی از مولفین نظریه مسئولیت مدنی بیش از سایر نظریات بر نظریه تقلب نسبت به قانون قابل تطبیق است. این امر موجب شده که بعضی از علمای حقوق تقلب را از مصادیق نظریه مسئولیت مدنی تلقی کنند و از ضمانت اجرای قانونی آن برای خنثی کردن تقلب استفاده نمایند. بنابر این لازم است ابتدا شرایط

(۱) (ویدال ص ۳۶۴) . 1.41 . 36 . S. 500 . D.H.35 . 1935 . req.17 juill .

نظریه مسئولیت مدنی را بررسی نمائیم البته منظور از مسئولیت در اینجا مسئولیت غیر قراردادی است که بر نظریه تقصیر استوار است. اجرای نظریه مسئولیت مستلزم شرایط زیر است.

خطا، خسارت، وجود رابطه مستقیم علیت بین خطا و خسارت

طرفداران تطبیق این نظریه بر تقلب نسبت به قانون می گویند: تقلب یک جرم مدنی حقیقی است و عنصر خطا که نظریه مسئولیت بر آن استوار است در تقلب به صورت قصد تقلب در می آید. عنصر خسارت نیز در تقلب نسبت به قانون وجود دارد. زیرا تقلب موجب ضرر و خسارت می شود، مثل معامله به قصد فرار از دین که موجب ورود ضرر به بستانکاران می شود. در شرط سوم نیز اختلافی بین نظریه مسئولیت و تقلب نیست زیرا رابطه علیت بین خطا و خسارت حاصله، یک شرط عقلی است که عیناً بین قصد تقلب و نتیجه آن موجود می باشد. این نظر مورد قبول اکثر حقوقدانان نیست و رویه قضایی فرانسه نیز برای بی اثر کردن تقلب از ضمانت اجرای نظریه مسئولیت پیروی نکرده است. این دو نظریه هم از نظر مفهوم و هم از نظر ضمانت اجرا با هم تفاوت دارند.

الف- از نظر مفهوم

اول- خسارت که شرط اساسی نظریه مسئولیت مدنی است و به صورت دعوی ترمیم خسارت ظاهر می شود، در تقلب نه شرط اساسی است و نه غیر قابل اجتناب.

ممکن است تقلبی بی اثر شود و حال آنکه خسارتی به شخص معینی وارد نشده باشد مثلاً طلاقهایی که قبل از سال ۱۸۸۴ در فرانسه با استفاده از تغییر تابعیت و با تبانی زوجین واقع می شد اگر چه طلاق در قانون فرانسه ممنوع بود ولی در این مورد ضرری از وقوع این طلاق به شخصی وارد نمی شد. بنابراین تقلب بالفعل تحقق یافته بدون اینکه شخص معینی متضرر از آن باشد و در نتیجه مسئله مسئولیت مطرح شود.

دوم- به نظر می رسد که عنصر اساسی تحقق تقلب قصد متقلبانه است و خطاییکه در نظریه مسئولیت ملحوظ است کاملاً بر قصد تقلب منطبق نیست. برای تحقق مسئولیت مدنی خطای فاعل کفایت می کند و حال آنکه در تقلب صرف بی مبالاتی کافی نیست و قصد تقلب که مرتبه بالاتری از بی مبالاتی است، شرط حتمی است. برای مثال در مورد معامله معارض در حقوق فرانسه در صورتی معامله رسمی دوم متقلبانه تلقی می شود که بایع و مشتری ثانوی تبانی و تقلبی برای اضرار به مشتری اول وجود یافته باشد و مجرد اطلاع خریدار دوم از وقوع معامله عادی اول برای ابطال معامله رسمی معارض کفایت نمی کند و این علم که در نوع خود مستلزم خطای خریدار دوم است تقلب محسوب نشده است.

ب- از نظر ضمانت اجرا

صرفنظر از اختلافاتی که در مفهوم نظریه تقلب و نظریه مسئولیت وجود دارد، مبنای ضمانت اجرای تقلب با مبنای ضمانت اجرای قانونی مسئولیت یکی نیست. مسئله مهمی که در نظریه مسئولیت مطرح می شود جبران و ترمیم خساراتی است که در اثر خطای شخص حادث شده است. و حال آنکه در نظریه تقلب

مسئله اساسی بررسی صحت عمل متقلبانه است نه ترمیم خسارات وارده. بنابراین دعوی تقلب نمی تواند دعوی ترمیم خسارت باشد. وقتی تقلب ثابت شد ضمانت اجرای مخصوص آن غیر قابل استناد بودن عمل متقلبانه است و یا اینکه ضمانت تقلب رفع آثار عملی است که از طریق متقلبانه صورت گرفته است.

طرفداران وحدت ضمانات اجرای نظریه مسدولیت و تقلب، این ضمانت اجرا را یک نوع ترمیم خسارت دانسته اند و حال آنکه طرح دعوی تقلب بمنظور ترمیم خسارت نیست بلکه بمنظور جلوگیری از ورود خسارت است. متضرر از تقلب درخواست جبران خسارت نمی کند. او می خواهد قانونی که تقلب آنرا فلج کرده اجرا شود. واضح است اجرای این قاعده از طرح مسئله خسارت جلوگیری می کند. وقتی طلبکار درخواست ابطال معامله به قصد فرار از دین را می کند، ترمیم خسارت را نمی خواهد او می خواهد معامله ابطال شود و عین به ملکیت مدیون برگردد تا استیفاء طلب میسر گردد. عبارت دیگر مسئولیت مبتنی بر ضمان است: وقتی از عمل کسی خسارتی به دیگری وارد می شود، فاعل عمل ضمان و مسئول جبران خسارت است.

حال آنکه نظریه تقلب موجب ضمان نیست و برای جلوگیری از ضرر وضع شده است و همیشه اعمال آن ملازمه با جلوگیری از ورود ضرر دارد.^(۱)

البته ممکن است نظریه مسئولیت بعنوان یک دعوی تکمیلی مطرح شود. برای مثال وقتی عمل متقلبانه بر اثر طرح دعوی تقلب فسخ شد اگر خساراتی هم از مجرای این تقلب به اشخاص ذینفع واقع شده باشد طرح دعوی جبران خسارت قابل قبول است و ممکن است دعوی مسئولیت مستقلاً و به صورت یک دعوی اصلی بکار رود و این در موردیست که دعوی تقلب به مناسبت حسن نیت اشخاص ثالثی که نا آگاهانه در تقلب دخالت داشته اند بی نتیجه مانده است. برای مثال در حقوق فرانسه معامله معارض وقتی قابل ابطال است که خریدار دوم عالم به وجود معامله اول بوده و با بایع تبانی کرده باشد و در صورت جهل او به وضعیت معامله و تقلب بایع، به علت حسن نیت او معامله قابل ابطال نیست.

در این مورد بایع مرتکب تقلب شده ولی حسن نیت مشتری موجب عدم توفیق دعوی فسخ معامله می شود. در این صورت می توان بایع را به جبران خسارت وارده محکوم کرد.

اصولاً هرگاه شرایط اجرای هر دو نظریه موجود باشد، باید نظریه تقلب مقدم دانسته شود و استناد به مسئولیت موردی نخواهد داشت مگر اینکه با وجود استفاده از نظریه تقلب از متضرر رفع ضرر نشده باشد

۱ - فقها از این نکته غافل نبوده اند . فاضل نراقی در عوائد الایام در قسمت لاضرر می گوید « ... و از همین نکته فساد آنچه بعضی مرتکب شده و به استناد قاعده لاضرر حکم به ضمان ضرر زننده کرده اند ظاهر می شود . زیرا اگر عمل انجام شده یک حکم شرعی نیست دلیل بر ضمان و مسئولیت فاعل به جبران خسارت هم نمی باشد » .

که در این صورت نظریه مسئولیت دارای یک نقش تکمیلی است. (ویدال ص ۳۷۸)

البته نظر دومی هم موجود است که تقلب استثنا است و باید در موردی به تقلب استناد نمود که هیچ راه حلی برای ابطال یا بی اثر کردن عمل نامشروع نبوده باشد و در جایی که می توان از نظریه مسولیت مدنی و از نظریات مشابهی استفاده نمود نوبت به نظریه تقلب نمی رسد.

ج- رویه قضایی فرانسه

توسعه مفهوم خطا در در رویه قضایی فرانسه موجب شده که نظریه مسولیت مدنی در موارد خاصی تا حدودی جایگزین نظریه تقلب شود. این موضوع در وضعیت اشخاص ثالث که با علم به تعهدات قبلی بایع در تقلب او شرکت می کند مثل معامله معارض و غیر مورد آنها بررسی قرار گرفته است. مدتها رویه قضایی این بود که اشخاص ثالث در این حالت مرتکب خطائی نشده اند. زیرا وقتی قانوناً تکلیفی نداشته اند، تقصیری در مورد آنان متصور نیست. ولی اکثریت مولفین معاصر و رویه قضایی (ویدال ص ۳۷۸) قبول کرده اند که شخص ثالث در این حالت مرتکب خطا شده و خسارات ناشی از آن را باید جبران نمود. ممکن است در این مورد تر میم خسارت به صورت اعاده عین باشد. یعنی دادگاه می تواند قرارداد دوم را فسخ کند و این همان نتیجه ای است که ممکن است از طریق دعوی تقلب به آن دست یافت.

بنابراین وقتی خطای خریدار دوم برای فسخ معامله کافی باشد، دیگر احراز تبانی و تقلب ضرورتی نخواهد داشت. کافی است ثابت شود که شخص ثالث علم بوجود بیع اول داشته است. معذلک آرائی از دیوان تمیز فرانسه صادر شده که خطای خریدار دوم را معادل تقلب ندانسته و آنها را تفکیک کرده اند.

۱- رای مورخه ۱۹۲۹ «وقتی مالک غیر منقولی قولنامه فروش به دیگری می دهد ولی با تخلف از این قولنامه ، غیر منقول را به شخص ثالثی می فروشد، منتفع از قولنامه حق دارد علیه شخص ثالثی که حتی ممکن است از این قولنامه بیگانه باشد اقامه دعوی کند و به تقلبی که این شخص در آن شرکت کرده و یا به خطائی که با خریدن مالی که قبلاً فروخته شده مرتکب شده استناد نماید»^(۱)

۲- رای مورخه ۱۹۴۸: «شخصی که برای خریدن ملکی از مالک قولنامه گرفته در صورت تخلف مالک می تواند علیه شخص ثالثی که حتی ممکن است از این قولنامه بیگانه باشد اقامه دعوی کند، خواه تقلبی که این شخص در آن شرکت کرده استناد کند، و یا فقط به خطائی که این شخص با قبول رهن نسبت به عینی که علم به قولنامه شدن آن داشته مرتکب شده، استناد نماید»^(۲)

نتیجه ای که از این تفکیک مترتب می شود این است که وقتی چنین دعوائی طرح شود اگر شرایط اجرای نظریه تقلب جمع باشد، دادگاه مکلف به فسخ معامله ثانوی است. و اما در موردیکه فقط خطا و خسارت

1- Civ . cass. 13 nov.1929 .D .P . 29 .1.131

2- C iv . cass.10 avr . 1948 D .48 .421

وارده مورد ملاحظه قرار گیرد فسخ معامله الزامی نیست.

بر همین مبنی دادگاه اکس با وجود احراز خطای خریدار دوم از فسخ معامله ای بعد از یک قولنامه واقع شده بود خودداری کرد و اظهار نظر نمود که این خطا حائز شرایط یک تقلب آشکار بنحویکه موجب ابطال معامله باشد نیست. منتفع از قولنامه به دریافت خسارت اکتفا نکرد و به عنوان جبران خسارت، درخواست فسخ معامله و استرداد عین را نمود. دیوان تمیز فرانسه تقاضای فرجام را رد کرد و اظهار نظر کرد که قضات ماهوی اختیار دارند که به هر کیفیت که مناسب می دانند ترمیم خسارت کنند و با فقدان نصی که موجب ابطال معامله است دادگاه ماهوی مکلف به فسخ معامله نیست. این راجح هل از طرف مازو، حقوقدان مشهور فرانسه مورد انتقاد قرار گرفته است. به نظر او در هر مورد که برای جبران خسارت اعاده عین ممکن باشد نوبت به بدل نمی رسد.^(۱)

۳-۳-۴- تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می کند

۴- «*fraus omnia corrumpit*»

۵- قانون مدنی فرانسه مواردی از تقلب را صریحاً پیش بینی کرده است. ماده ۱۱۶۷ در مورد معامله به قصد فرار از دین و ماده ۲۴۳ در مورد تقلب شوهر نسبت به اموال مشترک او با توجه می باشد، دادگاههای فرانسه در این موارد به مواد مزبور استناد می کنند و گاهی مفهوم این مواد را برای انطباق به موارد مشابه توسعه داده اند؛ ولی هنگامیکه ضمانت اجرای خاصی برای جلوگیری از تقلب موجود نباشد به اصل حقوقی مزبور که در حقوق قدیمی فرانسه شناخته شده است استناد می کنند. (ویدال ص ۳۸۱)

در آرای محاکم و دیوان تمیز فرانسه این اصل که فرمول لاتین آن (*fraus omnia corrumpit*) می باشد به این عبارت ذکر شده است «تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می کند»^(۲)

و بعضی آنرا به این نحو ترجمه کرده اند که «تقلب همه عمل متقلبانه را فاسد می کند».

البته بعضی از مولفین فرانسوی به این اصل ایراداتی به شرح زیر وارد کرده اند:

این اصل در جایی ذکر نشده و دارای ارزش حقوقی نیست.

این اصل مبهم است.

این اصل موجب خود مختاری قضات می شوند.

به این ایرادات پاسخ داده شده که اصل کلی حقوقی مزبور در حقوق قدیمی فرانسه مورد قبول قرار گرفته و مستمراً مورد استناد بوده است .

مواد ۱۱۶۷ و ۲۴۳ قانون مدنی نیز نمونه هایی از اجرای این اصل کلی حقوقی می باشند.

۱- (ویدال ص ۳۷۹ و ۳۸۰)

2- La fraude fait exception a toutes les regles.

دیوان تمیز فرانسه در یک مورد اظهار نظر کرده است که ماده ۲۴۳ قانون مدنی یک مورد خاص از تقلب است و در موارد مشابهی که ممکن است پیش آید باید بکار برده شود. و بر همین مبنی محاکم فرانسه از این ماده برای ابطال کلیه تقلب هائی که شوهر در اداره اموال مشترک مرتکب می شود استفاده کرده اند. در حقوق جدید فرانسه اعتبار این اصل حقوقی پذیرفته شده و فقط در تعیین مفهوم آن بحث وجود دارد. به هر حال اگر این اصل حقوقی ابهام دارد این دلیلی بر اینکه باید مورد رد قرار بگیرد نمی باشد.

آرای زیادی از دادگاهها و دیوان تمیز فرانسه به استناد این اصل صادر شده که از مقایسه و تقریب آنها می توان مختصات این اصل حقوقی را ظاهر ساخته و یک رژیم حقوقی برای نظریه تقلب بنا نهاد.

ایراد سوم نیز قابل اعتنا نمی باشد، برای اثبات اینکه اصل حقوقی مزبور مورد سوء استفاده قضات قرار نگرفته، همین بس که توجه کنیم کلیه آرائی که از دادگاهها و دیوان تمیز صادر شده قابل تنفیذ بوده و شایسته است بر آنها صحه گذاشته شود. در هر صورت تعیین حدود و مختصات این اصل حقوقی موجب می شود که جلوگیری سوء استفاده از این اصل گرفته شود. و از این جهت عقاید علمای حقوق به خصوص می تواند نقش موثری در راهنمایی دادگاهها داشته باشد. (ویدال ص ۳۸۳)

هنگامی که دادگاهها با سکوت قانون در موردی مواجه شوند باید به عرف و رویه قضایی و یا به اصول کلی حقوقی استناد کنند. استناد محاکم فرانسه به اصل حقوقی مزبور مبتنی بر همین تکلیف است. این اصل در حقوق قدیمی فرانسه مورد قبول بوده و رویه قضایی فرانسه بدون اینکه خالق این اصل باشد مستمراً به آن استناد جسته است. قدمت این اصل حقوقی موجب شده که بعضی برای آن ریشه عرفی قائل شوند. ولی اعتبار این اصل بیش از یک قاعده عرفی ساده است. مولفین دوره حقوق قدیمی فرانسه و همچنین دادگاهها هرگاه این اصل را اجرا کرده اند همیشه آنرا به عنوان یک اصل موجود و مسلم تلقی کرده اند و هیچگاه نسبت به اعتبار و علت وجودی آن بحث نکرده اند. سوالی که مطرح می شود این است که ارزش غیر قابل بحث این اصل حقوقی متکی به چه اصولی است و چگونه این اصل جای خود را به این وضوح در بین سایر اصول کلی حقوقی باز کرده است؟ اصولاً نظریه تقلب نسبت به قانون برای حفظ خصیصه الزامی بودن قواعد حقوقی ضروری و اجتناب ناپذیر است. اختلالات اجتماعی که از بی اثر ساختن قواعد حقوقی ناشی می شود این ضرورت را تاکید می کند. از طرفی ارزش این نظریه نتیجه مستقیم این اصل است که «هیچکس نباید بتواند از اجرای قانون شانه خالی کند». و نظریه تقلب نسبت به قانون اصل فوق را حمایت می کند و به این ترتیب این نظریه جزء لاینفک نظم حقوقی یک کشور است که بدون آن حقوق و اثر الزامی آن نفی می شود و بنابراین اصی تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثنا وارد می کند.

«*fraus omni iuri corruptum*» محتوی یک قاعده اساسی است که اسکلت حقوق را تشکیل می دهد و یک اصل کلی حقوقی است.

دکترین و رویه قضائی این اصل را خلق نکرده اند بلکه ابتدا مولفین و سپس محاکم بوجود و اهمیت آن آگاه گشته و آنرا از مفاد و روح حقوق استخراج کرده اند. آراء متعددی از دادگاهها و دیوان تمیز فرانسه تا کنون صادر شده که صریحاً به اصل مزبور استناد کرده اند از جمله دیوان تمیز درخواست فرجام نسبت به حکمی را که به استناد این اصل صادر شده بود را رد کرد و به شرح زیر اظهار نظر نمود:

رای صادره بطور صحیح اصل *fraus omnia corrumpit* را نسبت به مورد دعوی اجرا کرده است. و نیز احکام متعددی در قسمت علل و جهات اظهار نظر این اصل را به شرح زیر گنجانیده اند: «نظر به اینکه اصولاً تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثنا وارد می سازد». این آراء جای هیچ تردیدی در اعتبار اصل حقوقی مزبور باقی نمی گذارد. (ویدال ص ۳۹۰)

در فرانسه

حقوقدانان فرانسه از یک مبنای اخلاقی پیروی کرده اند: به عقیده آنان، علت مبارزه رویه قضایی فرانسه با تقلب این است که حيله و نادرستی، بر حق و عدالت، پیروز نشود. باید از هدفهای نامشروعی که به قالب وسایل صحیح درآمده، مطلقاً ممانعت گردد، زیرا در غیر اینصورت قاضی باید دست بسته شاهد تجاوز به قانون باشد. این منطق کاملاً صحیح و اصولی است، زیرا اگر وضع قوانین دائر مدار مصالحی است که قانونگذار مورد نظر قرار داده است و حفظ انتظام جامعه متوقف بر اجرای این قوانین است، عقلاً به هیچ وجه نمی توانیم در مقابل حيله و تقلباتی که برای بی اثر گذاردن قوانین بکار می رود، بی تفاوت باشیم و آنرا بدیده اغماض و تساهل بگیریم بلکه ضروری است، کلیه طرق غیر مستقیم تجاوز را مسدود نمائیم تا نادرستی بر حق پیروز نشود.

از طرفی اعمال تقلب با اصول و موازین عدالت و تساوی افراد در قبال قانون منافات دارد. زیرا حيله سبب می شود عده ای بتوانند از اجرای قانون شانه خالی کنند و حال آنکه عده ای بار این تکالیف را بدوش می کشند و دستمزدی است که بنادرستی داده می شود. اگر جلو حيله و تقلب را سد نکنیم اکثر قواعد حقوقی ضمانت اجرای قانونی خود را از دست می دهند و در ردیف قواعد اخلاق در می آیند.

به هر حال قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون به عنوان یک تئوری عام.^(۱)

در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است. دادگاههای فرانسه برای مبارزه با تقلب غالباً با استناد به موادی از

۱ - تئوری تقلب نسبت به قانون یک تئوری عام است که در تمامی زمینه های حقوق خصوصی و نه صرفاً در زمینه اعمال حقوقی مورد عمل واقع می شود.

Dreyfus . G, Op.cit, p, 153

رویه قضایی فرانسه آنرا در موضوع وراثت که یک واقعه حقوقی است اظهار داشته :

Seine, 19juillet 1990 et paris, 13 Mars 1901, journal, 1901, p, 535, cour d appel de Genes . 15juin 1896, journal, 1898, p, 969.

Audit. B, Op.cit. p. 32

قانون مدنی و تفسیر برخی از این مواد، مفهوم آنها را از حیث شروط و ارکان توسعه داده اند تا بتوانند به مورد تقلب سرایت دهند. در حقوق بین الملل خصوصی و همچنین حقوق داخلی ممکن است مباحث مربوط به تقلب نسبت به قانون با تئوری های دیگر مانند استثناء نظم عمومی و جهت خلط گردد. ولی آیا آنها با یکدیگر ارتباطی دارند و آیا ما را از تئوری تقلب مستغنی می سازد؟

از آنچه بیان شد لزوم مبارزه با تقلب نسبت به قانون و بی اثر کردن آن ظاهر می شود. ولی باید توجه داشت که انجام چنین مقصودی آسان نبوده و عبور از جاده همواری نیست. و ما در قسمت مبانی تقلب نسبت به قانون، به حقوق فرانسه توجه ویژه ای معطوف نموده ایم، زیرا صرفنظر از قرابت حقوق مزبور با قوانین و مقررات حقوقی ایران اصولاً بحث های جالب و مفصلی که حقوقدانان و دیوان تمیز فرانسه در این باب پیش کشیده اند موجب شده که راه بررسی موضوع مورد نظر ما تا حدودی هموار شود. حقوق اسلامی منبع جوشان و خشک ناشدنی از قواعد و مقررات متنوع حقوقی است علیرغم تجویز حیل از جانب پاره ای از فقها، در آیات قرآن کریم و احادیث و روایات زمینه های بسیار مساعدی برای بررسی نظریه تقلب و راههای خنثی کردن آن وجود دارد. ارتباط قوی و محکمی که حقوق خصوصی ما با فقه اسلامی دارد ایجاب می کند که از این منبع اساسی و زنده حقوقی غافل نمانده و در جستجوی مطلوب از آن استمداد نمائیم. دادگاههای فرانسه برای مبارزه با تقلب غالباً بمواردی از قانون مدنی استناد کرده اند این یک تمایل طبیعی است که محاکم سعی دارند تصمیمات خویش را به موادی از قانون مستند سازند. از این جهت به تفسیر بعضی از مواد پرداخته و مفهوم آنها را از حیث شروط ارکان آن توسعه داده اند تا بتوانند بمورد تقلب سرایت دهند. در حقوق بین الملل خصوصی از نظریه نظم عمومی بین المللی استفاده کرده اند. در بعضی موارد به نظریه مسئولیت مدنی استناد کرده و گاهی پا فراتر نهاده و برای ابطال تقلب به نظریه علت نا مشروع و یا نظریه سوء استفاده از حق و تجاوز از حدود اختیارات تمسک جسته اند. ولی چون در استفاده از این نظریات با اشکالاتی مواجه شده اند از فکر استقلال نظریه تقلب نسبت به قانون دفاع کرده و آنها را از نظریات حقوقی مشابه جدا نموده اند. در این شرایط است که اصل کلی حقوقی معروفی که بر طبق آن «تقلب بکلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد» «*fraus omnia corrumpi*» نقش مهمی در خنثی کردن تقلب ایفا کرده و امروز عقیده رایج این است که ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون را بر این اصل استوار سازند.^(۱)

گفتار دوم:

ارزیابی دلایل

ما در این قسمت به ارزیابی دلایل این گروه می پردازیم و ایرادات و پاسخهای وارده بر هر دلیل را به

صورت مختصر ذکر می کنیم.

۱- یکی از دلایل قوی طرفداران این نظریه قاعده لاضرر می باشد

این گروه عقیده دارند، باید در مورد یک ضمانت اجرای عام که در کلیه موارد تقلب قابل استناد باشد تحقیق کنیم که به نظر ما چنین ضمانتی وجود دارد. ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تایید قوانین موضوعه ما می باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است. نظر به اینکه حقوق مدنی ما وابسته به فقه اسلامی است و ماده ۱۳۲ قانون مدنی از مجاری قاعده لاضرر و مصادیق بارز آن است. این اصل یکی از مهمترین اصول عقلی است که علاوه بر حکم عقل، در آیات و روایات بسیاری مورد تائید و تاکید 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 آنرا 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، سامان یافته است. در حالیکه در نظامهای دیگر به عنوان یک قاعده کلی و اصل پذیرفته شده ی سامان یافته دیده نمی شود.

اما باید گفت: ممکن است چنین نتیجه شود که ماده ۱۳۲ قانون مدنی برای خنثی کردن کلیه موارد تقلب نسبت به قانون کافی نیست و فقط می توان به استناد آن موارد تقلب نسبت به اشخاص ثالث را که متضرر از تقلب هستند بی اثر ساخت. بدون شک قدر مسلم از ماده این است که کلیه تقلبهائی را که متوجه حقوق اشخاص ثالث است شامل می شود ولی به نظر این گروه این ماده یک ضمانت اجرای کلی و ارزنده است و اختصاص آن به موارد تقلب نسبت به اشخاص ثالث صحیح نیست.

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 تقلب 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 دادگاهها می باشد.

به نظر استاد موری، مفهوم سوء استفاده از حق با تقلب نسبت به قانون ارتباط تام دارد هر فردی حق دارد تابعیت خود را تغییر دهد ولی اگر کسی تابعیت خود را منحصرأ بمنظور فرار از قوانین متبوعه خویش تغییر

دهد مرتکب سوء استفاده از حق شده است. همچنین هر فردی بطور معمول حق دارد اقامتگاه خود را تغییر دهد و محلی را برای انعقاد قراردادهای خویش قرار دهد، ولی اگر از این حق بمنظور اجتناب از قانون مملکتی که بطور طبیعی باید عقد در آنجا واقع شود استفاده کند از این حق سوء استفاده کرده است. و سپس اضافه می کند که تقلب نسبت به قانون یکی از مجاری نظریه سوء استفاده از حق است.

دادگاه فدرال سوئیس منحرف ساختن یک عقد و بطور کلی یک تاسیس حقوقی را از جهت و هدف طبیعی آن بمنظور رسیدن به یک نتیجه غیر قانونی سوء استفاده از حق شمرده است.

(حقوق مدنی سوئیس تالیف پیرتور ص ۴۶) واضح است که این امر اختصاص به تقلب به ثالث ندارد بلکه تقلب نسبت به قانون را هم شامل می شود، بنابراین به استناد ماده ۱۳۲ قانون مدنی که بیان قاعده کلی ممنوعیت سوء استفاده از حق است و نیز سایر مواد قانون مدنی که مصادیق اجرای این نظریه می باشند می توان کلیه موارد تقلب را هرچند متوجه منافع اشخاص ثالث نباشد را خنثی نمود و دلیل ماده ۱۳۲ قانون مدنی به هیچ وجه اخص از مدعی نیست.

ماده ۱۳۲ قانون مدنی بر سایر مواد قانون مدنی حاکم است

نکته مهمی که در این قسمت تذکر آن ضروری به نظر می رسد اینکه در مورد قاعده لاضرر گفته شده که دلیل قاعده مزبور حاکم بر ادله سایر احکام است.

به این معنا که در هر مورد حکمی موجب ورود ضرر باشد قاعده لاضرر برای بی اثر ساختن آن مورد استناد قرار می گیرد. برای مثال اصل تسلیط امکان همه نوع تصرف را برای مالک در ملک خود اقتضا می کند ولی اگر فردی از افراد این تصرفات موجب ورود ضرر به همسایه باشد قاعده لاضرر در این مورد خاص از جریان اصل تسلیط جلوگیری می کند. و در سایر حقوق وضع به همین نحو می باشد.

نکته قابل توجه این است که حکومت قاعده لاضرر بر ادله احکام با آنچه حقوقدانان فرانسه در خصوص اصل کلی حقوقی، حقوق فرانسه مبنی بر اینکه «تقلب به کلیه قواعد حقوقی استثناء وارد می سازد» گفته اند تطابق کامل دارد.

رویه قضائی فرانسه از این اصل کلی حقوقی در هر موردیکه تقلب نسبت به قانون صورت گرفته باشد استفاده کرده و از عمل متقلبانه سلب اثر کرده اس. معنی حکومت قاعده لاضرر هم همین است. بنابراین می توان به ارزش و اهمیت ماده ۱۳۲ قانون مدنی و سایر مواد آن که ناظر به نظریه سوء استفاده از حق هستند در تاسیس نظریه کلی تقلب نسبت به قانون پی برد.

۲- یکی دیگر از دلایل این گروه نظریه سوء استفاده از حق می باشد

با توجه به آنچه در خصوص نظریه سوء استفاده از حق و تجاوز از اختیارات بیان گردید می توانیم موقعیت نظریه تقلب نسبت به قانون را به خوبی با این نظریه بسنجیم اصولاً تقلب نسبت به قانون یکی از مصادیق و نمونه های بارز سوء استفاده از حق است.

همانطور که می دانیم یکی از شرایط توفیق و به ثمر رسیدن تقلب این است که وسیله انتخاب شده برای تقلب به ضمانت اجرای قانونی خاصی برخورد نکند و اصولاً اگر بتوان از راه دیگری مانع سوء استفاده از حق گردید احتیاجی به استفاده از نظریه تقلب نسبت به قانون نیست و به همین جهت تقلب نسبت به قانون به یک وسیله فرعی و علی البدل معروف شده است. یعنی هنگامیکه کلیه طرق دیگر برای ابطال عملی که بطور متقلبانه انجام شده مسدود باشد باید به آن متوسل شد. در مواردیکه قانون ضمانت اجرای خاصی برای سوء استفاده از حق برقرار نموده تقلب مشکلی را به وجود نمی آورد و این امر وسیله کافی برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون است.

در قانونگذاریهای جدید صرفنظر از موارد خاصی که به مناسبت سوء استفاده از حق در ابواب مختلفه قانون پیش بینی شده، ماده خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق وضع شده است. از جمله قانون سوئیس و آلمان و مصر متضمن چنین ماده ای است. ماده ۲ قانون مدنی سال ۱۹۰۷ سوئیس مقرر می دارد:

«ایفاء تعهدات باید مبنی بر حسن نیت باشد و سوء استفاده آشکار از حق مورد حمایت قانون نیست».

قانون مدنی جدید مصر نیز نمونه های متعددی از سوء استفاده از حق را پیش بینی کرده و یک ماده مستقل در مقدمه کتاب به نظریه سوء استفاده از حق تخصیص داده است. ماده ۴ این قانون مقرر می دارد: «من استعمال حقّه استعمالاً مشروعاً لا یكون مسئولاً عما ینشا عن ذلک من ضرر». کسیکه حق خود را بطور مشروع اعمال می کند مسئول خساراتی که از این اعمال حق، حادث می شود نیست. و در ماده ۵ قانون مدنی، موارد غیر مشروع اعمال حق را که همان سوء استفاده از حق است پیش بینی کرده است.

قانون مدنی سال ۱۹۲۳ روسی بیش از سایر قوانین در قضیه تقلب نسبت به قانون پیش رفته بطوریکه صریحاً تقلب نسبت به قانون را پیش بینی کرده و ماده خاصی در ابطال آن وضع کرده است. ماده ۳۰ این قانون مقرر می دارد: «هر عملی که با هدفها و مقاصد قانون تعارض دارد و یا بمنظور تقلب نسبت به قانون انجام شده باطل است و نیز عملی که بطور واضح بمنظور اضرار بدولت انجام شده باطل خواهد بود».

۳- علت و جهت نامشروع

دلیل دیگر طرفداران این گروه، علت نامشروع می باشد

طرفدار جدی این عقیده دباو یکی از مولفین فرانسوی است.

او نظر خود را در این مورد چنین بیان می کند: «عملی که به قصد تقلب نسبت به قانون واقع شود نامشروع محسوب می شود اگر معلوم شود که انگیزه انجام این عمل مخالف قانون با نظم عمومی یا اخلاق حسنه می باشد و علت نامشروع، چیزی جز قصد تقلب که عنصر معنوی تقلب نسبت به قانون را تشکیل می دهد نیست».^(۱)

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 قانون مدنی که بطلان علت نامشروع در آن پیش بینی شده می توان استفاده کرد و عمل متقلبانه را باطل نمود.

لیژروپولو، مولف دیگر نظر دبوا را از نظر تحلیلی صحیح ندانسته و آنرا رد کرده است. او سه ایراد بر این نظر وارد می کند:

اول: نظریه علت نامشروع از جهت مفهوم با نظریه تقلب نسبت به قانون متحد نیست. نظریه علت نامشروع دارای جنبه ذهنی و سوبژکتیو است و به نتایج حاصله از عمل حقوقی توجهی ندارد. همین که نیت و انگیزه طرفین یک عقد برخلاف قانون یا اخلاق حسنه باشد این امر موجب بطلان عقد خواهد بود، در حالیکه نظریه تقلب منحصرأ ذهنی نیست بلکه نتایج حاصله که همان از کار افتادن اوامر و نواهی قانون است در ابطال آن موثر می باشد و اصولاً بررسی صحت و فساد تقلب هنگامی مطرح می شود که یک نتیجه غیر قانونی به ظهور رسیده باشد مثل ورود خسارت به شخص ثالث.

دوم: نظریه علت نامشروع فقط در قلمروی تعهدات ظاهر شده است و حال آنکه تقلب نسبت به قانون همیشه با استفاده از اعمال حقوقی نیست. ممکن است وسیله تقلب از وقایع حقوقی باشد که در این شرایط مفهوم علت نامشروع ارزش خود را از دست می دهد و قلمروی اجرای آن به موارد خاصی از حیطه محدود خواهد شد.

برای مثال شامل تقلب هایی که با استفاده از تغییر تابعیت صورت می گیرد نمی شود. بنابراین نظریه علت نامشروع موجب تجزیه ضمانت اجرای تقلب می شود و غالب موارد آنرا در بر نمی گیرد.

سوم: ضمانت اجرای نامشروع بودن علت تعهد، بطلان آن است و حال آنکه عملی که با تقلب نسبت به قانون واقع می شود باطل نیست ضمانت اجرای مخصوص تقلب، غیر قابل استناد بودن نتیجه متقلبانه است. یعنی قانونی که از آن رفع اثر شده و یا تکلیفی که از انجام آن اجتناب شده مجدداً قدرت و اعتبار خود را باز می یابد.

حقوقدانان و رویه قضایی فرانسه نظریه علت نامشروع را به لحاظ اشکالات مزبور ضمانت اجرای کافی و صحیح برای خنثی کردن تقلب ندانسته اند.

در قانون مدنی ایران نظریه علت نامشروع بطور ناقص و محدود مورد قبول قرار گرفته است چه ماده ۲۱۷ قانون مدنی علت نامشروع را فقط در صورتی موجب بطلان عقد دانسته که در ضمن عقد به آن تصریح شده باشد. بنابر این در حقوق ما نظریه علت بطریق اولی ضمانت اجرای قانونی برای ابطال تقلب و حیطه محسوب نمی شود.

جهت نامشروع یکی دیگر از این دلایل می باشد

جهت باید مشروع باشد و الا معامله باطل است. به لحاظ ارتباط و نزدیکی این تئوری با استثناء تقلب عده ای قائل به این شده اند که با وجود تئوری جهت، تئوری تقلب مورد نیاز نمی باشد.

برخی از مولفین فرانسوی کوشش کرده اند تا تقلب نسبت به قانون را با استفاده از نظریه علت نامشروع خنثی کنند. و چنین استدلال کرده اند که همانا همین قصد فرار از قانون، علت منحصر در انجام عمل تقلب آمیز است. بنابراین هرچند این عمل متقلبانه است ولی به استناد نظریه علت نامشروع قابل ابطال است. دبا طرفدار جدی این عقیده می گوید: عملی که به قصد تقلب نسبت به قانون واقع می شود نامشروع محسوب می شود اگر معلوم شود که انگیزه انجام این عمل مخالف قانون یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه می باشد و علت نامشروع، چیزی جز قصد تقلب که عنصر معنوی تقلب نسبت به قانون را تشکیل می دهد نیست.

در حقوق ایران نیز ممکن است چنین استدلال شود که چون می توان با استفاده از تئوری جهت نامشروع، عملی را که به قصد فرار از قانون صورت گرفته است خنثی نمود دیگر استناد به نظریه جلوگیری از تقلب نسبت به قانون بی فایده است.^(۱)

این نظر از لحاظ تحلیلی قابل ایراد است.

۱- اولین ایراد این است که این دو نظریه از حیث مفهوم متحد نیستند. نظریه علت یا جهت جنبه ذهنی دارد و به نتایج حاصله از عمل حقوقی توجهی ندارد و صرفاً با توجه به نیت و انگیزه طرفین یک عقد در مورد صحت یا بطلان آن به قضاوت می نشینند. در حالیکه نظریه تقلب منحصرأً ذهنی نیست.

بلکه نتایج حاصله از آن عبارت است از، از کار افتادن اوامر و نواهی قانون، و در ابطال عقد موثر می باشد. به عبارت دیگر اصولاً صحت و فساد تقلب و بررسی آن هنگامی مطرح می شود که یک نتیجه غیر قانونی از قبیل ورود خسارت به شخص ثالث به منصفه ظهور رسیده باشد.

۲- دومین ایراد از حیث قلمرو عمل است. نظریه علت نامشروع فقط در قلمروی تعهدات ظاهر می شود و حال آنکه تقلب نسبت به قانون ممکن است با استفاده از اعمال حقوقی و یا وقایع حقوقی باشد، که در این شرائط مفهوم علت نامشروع ارزش خود را از دست می دهد، مثل تقلب هایی که با استفاده از تغییر تابعیت صورت می گیرد.

۳- اختلاف از حیث ضمانت اجرا ضمانت بودن جهت، بطلان آن است، ولی عملی که با تقلب نسبت به قانون واقع می شود، باطل نمی باشد، بلکه نتیجه متقلبانه آن غیر قابل استناد می باشد. به عبارت دیگر قانونی که از آن به طور متقلبانه رفع اثر شده و یا تکلیفی که از انجام آن اجتناب شده است مجدداً قدرت و اعتبار خود را باز می یابد. مثلاً هرگاه نکاحی به منظور فرار از خدمت نظامی واقع شود و متقلبانه بودن آن محرز گردد، نکاح باطل نیست، بلکه صرفاً از نقطه نظر خدمت نظامی بی اثر است.

حقوقدانان و رویه قضائی فرانسه به همین دلایل، نظریه علت نامشروع را ضمانت اجرای کافی و صحیح برای ختنی کردن تقلب ندانسته اند. در حقوق ما که از نظریه علت نامشروع به طور محدودتری مورد قبول قرار گرفته است.^(۱)

و شامل مواردی که در توافق طرفین وارد نشده است، نمی گردد برخلاف حقوق فرانسه به طریق اولی نظریه جهت نمی تواند ضمانت اجرای مناسبی برای ابطال تقلب و حيله محسوب گردد.^(۲)

دکتر کاشانی در بیان مرز سوء استفاده از حق و نظریه تقلب می گویند: 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. به عبارت دیگر قلمروی سوء استفاده را تنها مواردی دانسته که ضمانت اجرای قانونی برای آن مقرر گردیده است. بنابراین هرگاه کسی در حال مرض موت، زن خود را مطلقه سازد، چون به موجب ماده ۹۴۴ ق.م، که مقرر داشته: چنانچه ظرف یک سال از تاریخ طلاق بمیرد زوجه از او ارث می برد، چون در این مورد ضمانت اجرای خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق، پیش بینی شده است و در واقع امر از تحقق تقلب جلوگیری به عمل آورده، دیگر مسئله تقلب قابل طرح نمی باشد.^(۳)

به عبارت دیگر طرفداران تئوری جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در پی این هستند که یک تئوری کلی فوق مقررات قانونی ایجاد کنند. به نظر ایشان این تئوری تجزیه بردار و جزئی نگر نیست.

بنا به آنچه که ذکر شد قاعده تقلب نسبت به قانون یک قاعده کلی و عمومی است، و حتی در حقوق داخلی نیز انواع تقلب، خدعه و غیره صریحاً در قانون ذکر شده، ولو آن این قاعده باشد، مشمول این تئوری نمی باشد. و فعل ارتكابی می تواند به استناد قانون مورد رسیدگی قرار گیرد. تئوری سوء استفاده از حق هم، یک قاعده کلی و عمومی است و داخل در نصوص قانونی نمی باشد. ولو اینکه مبنای آن قوانین قرار گرفته باشد.

در مورد مرز بین سوء استفاده از حق و تئوری تقلب باید اذعان نمود که آنها به یکدیگر نزدیکند و شاید چنین به نظر آید که آن دو یکی هستند و البته نباید از یکی بودن آنها هراس داشت. می توان گفت: برای تحقق تقلب یک عنصر مادی قبلی و تدارک وسایل باید انجام پذیرد و این مرز بین دو تئوری تقلب و سوء استفاده از حق می باشد. با یک مثال این تفاوت را آشکار می سازیم.

به موجب اصل ۲۷ قانون اساسی تشکیل اجتماعات و راه پیمائی ها، بدون حمل سلاح، به شرط آنکه مخل مبانی اسلام نباشد آزاد است. حال چنانچه مرجع صالح علیرغم وجود شرائط قانونی، مانع انجام راهپیمائی و

۱- جهت دیدن قلمرو این نظریه در حقوق ایران و فرانسه رجوع شود به: دکتر سید حسین صفائی، نظریه جهت در قراردادها، ص ۷۵ به بعد

۲- دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۲۲۴

۳- دکتر کاشانی، محمود، همان کتاب، ص ۲۲۵ تا ۲۳۱ و دکتر ارفع نیا، بهشید، همان کتاب، ج ۲، ص ۱۰۴

تشکیل اجتماع شود، ممکن است به دو صورت عمل نماید. صرفاً به لحاظ صلاحیت و اختیار خود مانع انجام راهپیمائی یا تشکیل اجتماع شود. در این صورت، مقام مربوطه از مقام خود سوء استفاده نموده است، لیکن تقلبی مرتکب نشده است. حال اگر این مرجع با جمع آوری دلایل و صحنه سازی طوری عمل کند که تصمیم خود را بتواند در قالب قانون توجیه نماید مرتکب تقلب شده است و در هر صورت تحقق نتیجه شرط تقلب است، در حالی که در سوء استفاده از حق چنین شرطی لازم نیست. بلکه در صورتی که ضرر مسلم الوقوع باشد، قابل اعمال خواهد بود. هم‌منطور که عده ای مدعی هستند در حقوق داخلی تئوری جهت یا سوء استفاده از حق ما را از تئوری تقلب مستغنی نموده، در حقوق بین الملل خصوصی نیز برخی معتقدند با وجود قاعده نظم عمومی بین المللی، نیازی به قاعده تقلب نمی باشد.

۴- **نقض غرض**، 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 آنرا موجب عقاب اعلام کند، معقول نیست که نقیض و ضد آن نیز مورد تایید او قرار گیرد. به عبارت دیگر هیچ فرد عاقلی مرتکب نقض غرضی که صریحاً یا ضمناً از انجام 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.

«کل شی متضمن نقض غرض اصل مشروعیه الحکم ببطالان»^(۱)، هرچه که متضمن نقض غرض در اصل تشریع حکم شود به بطلان آن می شود»^(۱)

صرفنظر از اینکه قاعده نقض غرض یک قاعده عقلی است و ارتکاب آن برای مقنن از محالات است و اصولاً احتیاج به نص خاصی ندارد، مع هذا میتوان مواردی را نشان داد که ثابت می کند عملی که متضمن نقض غرض باشد مورد تصویب قانونگذار نیست و از جمله می توان به مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ قانون مدنی اشاره کرد.

قاعده مزبور که صاحب جواهر آنرا بصورت یک قاعده و اصل کلی بیان داشته یک اصل عقلی است و احتیاج به مدرک و نص خاصی ندارد. زیرا وقتی نقض غرض به افراد نسبت داده نمی شود اسناد آن به قانونگذار دور از منطق و عقل است. این قاعده منبعث از روح حق و حکمت و قدرت الزامی حقوق است و بقاء حقوق وابسته بوجود آن است. شاید بتوان گفت که 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. چه بطوریکه ملاحظه شد رویه قضائی فرانسه خالق

این اصل کلی حقوقی نیست بلکه آنرا از مفاد و روح حقوق استخراج کرده است. و برای آن مدرک و نص خاصی که آنرا پیش بینی کرده باشد ذکر نکرده اند.

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.

۵ - نظم عمومی

در مورد تقلب نسبت به قانون دو نظر وجود دارد. عده ای مبنای آن را سوء استفاده از قانون و. قاعده ای مستقل می دانند. به نظر آنها هر کسی می تواند تابعیت یا اقامتگاه خود را تغییر دهد و تنها قصد تقلب و طرد قانون حاکم مانع آن می شود. برخی دیگر بر این نظرند که تقلب نسبت به قانون به چیزی جز ظهوری از نظم عمومی که جلوی اجرای تمامی قوانین زننده خارجی را می گیرد نیست.^(۱)

هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد معذالک همانطور که سابقاً ذکر شد، 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 حقاً می بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است.^(۲)

گرچه بین قاعده تقلب نسبت به قانون و نظم عمومی وجوه مشترکی وجود دارد اما بین آنها تفاوتی نیز موجود است که در جای خود در این پایان نامه به تفصیل آمده است، که با بررسی آنها به این نتیجه می رسیم که:

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 قانوناً 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.^(۳)

۱- Derruppe, j, Op. Cit, p. 69

۲ - نجاد علی، الماسی، پیشین، ص ۱۴۱ و ۱۴۲

۳ - دکتر الماسی، نجاد علی، همان کتاب، ص ۱۴۳ و ۱۴۴

۶- صوری بودن

وقتی وسیله تقلب از نظر حقوقی صحیح نیست، شخص نمی تواند بطور واقعی از قید تکلیف فرار کند. از این قبیل است اعمال حقوقی صوری که در آنها قصد وجود ندارد. برای بی اثر کردن تقلب وقتی وسیله آن یک عقد یا واقعه حقوقی صوری است به یک ضمانت اجرائی خاص و استثنائی نیازی نیست. تضمیناتی که بطور عام برای حفظ الزامات قانونی وجود دارد می تواند قانون را از تعرض تقلب مصون دارد. اعمال صوری مصداق بارز این نوع تقلب است. اکثر حيله هائی که در قوانین جاری ما به کار می رود و غالب حيله که در فقه اسلام برای فرار از ربا و شفعه و غیر آنها پیش بینی شده از قبیل اعمال صوری هستند. وقتی در یک عمل حقوقی مثل بیع، نکاح، طلاق قصد انشاء موجود نیست این عمل نقصان دارد و طبق موازین حقوقی باطل است. تقلب بدهکار نسبت به طلبکاران ممکن است بوسیله یک بیع صوری باشد. بدین طریق بدهکار اموال خود را از معرض توقیف طلبکاران خارج می کند. در این مورد خریدار یک قرارداد سری را امضاء می کند و طی آن اقرار می نماید که مالکیتی برای او ایجاد نشده و مالکیت اموال کماکان متعلق به بایع است.

در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلام و حقوق فرانسه مواد متعددی در قانون مدنی و قانون تجارت پیش بینی شده که میتوان به استناد آنها 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.

صوری بودن همیشه در مورد 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 بدادگاه 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.

۷ - مسئولیت مدنی

این نظر مورد قبول اکثر حقوقدانان نیست و رویه قضایی فرانسه نیز برای بی اثر کردن تقلب از ضمانت اجرای نظریه مسئولیت پیروی نکرده است. این دو نظریه هم از نظر مفهوم و هم از نظر ضمانت اجرا با هم تفاوت دارند.

الف - از نظر مفهوم

اول - خسارت که شرط اساسی نظریه مسئولیت مدنی است و به صورت دعوی ترمیم خسارت ظاهر می شود، در تقلب نه شرط اساسی است و نه غیر قابل اجتناب. (ویدال ص ۳۶۴)

ممکن است تقلبی بی اثر شود و حال آنکه خسارتی به شخص معینی وارد نشده باشد مثلاً طلاقهایی که قبل از سال ۱۸۸۴ در فرانسه با استفاده از تغییر تابعیت و با تبانی زوجین واقع می شد اگر چه طلاق در قانون فرانسه ممنوع بود ولی در این مورد ضرری از وقوع این طلاق به شخصی وارد نمی شد.

دوم - به نظر می رسد که عنصر اساسی تحقق تقلب قصد متقلبانه است و خطاییکه در نظریه مسئولیت ملحوظ است کاملاً بر قصد تقلب منطبق نیست. برای تحقق مسئولیت مدنی خطای فاعل کفایت می کند و حال آنکه در تقلب صرف بی مبالاتی کافی نیست و قصد تقلب که مرتبه بالاتری از بی مبالاتی است، شرط حتمی است. برای مثال در مورد معامله معارض در حقوق فرانسه در صورتی معامله رسمی دوم متقلبانه تلقی می شود که بایع و مشتری ثانوی تبانی و تقلبی برای اضرار به مشتری اول وجود یافته باشد و مجرد اطلاع خریدار دوم از وقوع معامله عادی اول برای ابطال معامله رسمی معارض کفایت نمی کند و این علم که در نوع خود مستلزم خطای خریدار دوم است تقلب محسوب نشده است.

ب - از نظر ضمانت اجرا

صرفنظر از اختلافاتی که در مفهوم نظریه تقلب و نظریه مسئولیت وجود دارد، مبنای ضمانت اجرای تقلب با مبنای ضمانت اجرای قانونی مسئولیت یکی نیست. مسئله مهمی که در نظریه مسئولیت مطرح می شود جبران و ترمیم خساراتی است که در اثر خطای شخص حادث شده است. و حال آنکه در نظریه تقلب مسئله اساسی بررسی صحت عمل متقلبانه است نه ترمیم خسارات وارده. بنابراین دعوی تقلب نمی تواند دعوی ترمیم خسارت باشد. وقتی تقلب ثابت شد ضمانت اجرای مخصوص آن غیر قابل استناد بودن عمل متقلبانه است و یا اینکه ضمانت تقلب رفع آثار عملی است که از طریق متقلبانه صورت گرفته است.

طرفداران وحدت ضمانت اجرای نظریه مسدولیت و تقلب، این ضمانت اجرا را یک نوع ترمیم خسارت دانسته اند و حال آنکه طرح دعوی تقلب بمنظور ترمیم خسارت نیست بلکه بمنظور جلوگیری از ورود خسارت است. متضرر از تقلب درخواست جبران خسارت نمی کند. او می خواهد قانونی که تقلب آنرا فلج

کرده اجرا شود. واضح است اجرای این قاعده از طرح مسئله خسارت جلوگیری می کند. وقتی طلبکار درخواست ابطال معامله به قصد فرار از دین را می کند، ترمیم خسارت را نمی خواهد او می خواهد معامله ابطال شود و عین به ملکیت مدیون برگردد تا استیفاء طلب میسر گردد.

اصولاً هرگاه شرایط اجرای هر دو نظریه موجود باشد، باید نظریه تقلب مقدم دانسته شود و استناد به مسئولیت موردی نخواهد داشت مگر اینکه با وجود استفاده از نظریه تقلب از متضرر رفع ضرر نشده باشد که در این صورت نظریه مسئولیت دارای یک نقش تکمیلی است.^(۱)

۸ - استثناء تقلب

استثناء تقلب قاعده ای است که مورد قبول علمای فرانسوی و حقوقدانان قرار گرفته است البته بعضی از مولفین فرانسوی به این اصل ایراداتی به شرح زیر وارد کرده اند که البته به این ایرادات هم پاسخ داده شده است.

۱- این اصل در جایی ذکر نشده و دارای ارزش حقوقی نیست.

۲- این اصل مبهم است.

۳- این اصل موجب خود مختاری قضات می شوند.

به این ایرادات پاسخ داده شده که اصل کلی حقوقی مزبور در حقوق قدیمی فرانسه مورد قبول قرار گرفته و مستمراً مورد استناد بوده است.

مواد ۱۱۶۷ و ۲۴۳ قانون مدنی نیز نمونه هایی از اجرای این اصل کلی حقوقی می باشند.

دیوان تمیز فرانسه در یک مورد اظهار نظر کرده است که ماده ۲۴۳ قانون مدنی یک مورد خاص از تقلب است و در موارد مشابهی که ممکن است پیش آید باید بکار برده شود. و بر همین مبنی محاکم فرانسه از این ماده برای ابطال کلیه تقلب هائی که شوهر در اداره اموال مشترک مرتکب می شود استفاده کرده اند. در حقوق جدید فرانسه اعتبار این اصل حقوقی پذیرفته شده و فقط در تعیین مفهوم آن بحث وجود دارد. به هر حال اگر این اصل حقوقی ابهام دارد این دلیلی بر اینکه باید مورد رد قرار بگیرد نمی باشد.

ایراد سوم نیز قابل اعتنا نمی باشد، برای اثبات اینکه اصل حقوقی مزبور مورد سوء استفاده قضات قرار نگرفته، همین بس که توجه کنیم کلیه آرائی که از دادگاهها و دیوان تمیز صادر شده قابل تنفیذ بوده و شایسته است بر آنها صحه گذاشته شود. در هر صورت تعیین حدود و مختصات این اصل حقوقی موجب می شود که جلوگیری سوء استفاده از این اصل گرفته شود.^(۲) این اصل در حقوق قدیمی فرانسه مورد قبول بوده و رویه قضایی فرانسه بدون اینکه خالق این اصل باشد مستمراً به آن استناد جسته است. قدمت این

۱ - ویدال ص ۳۷۸

۲ - ویدال ص ۳۸۳

اصل حقوقی موجب شده که بعضی برای آن ریشه عرفی قائل شوند.

ولی اعتبار این اصل بیش از یک قاعده عرفی ساده است.

مولفین دوره حقوق قدیمی فرانسه و همچنین دادگاهها هرگاه این اصل را اجرا کرده اند همیشه آنرا به عنوان یک اصل موجود و مسلم تلقی کرده اند و هیچگاه نسبت به اعتبار و علت وجودی آن بحث نکرده ان. در رابطه با قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون دو تئوری ارائه داده شده و هر کدام طرفداران خاص خود را دارد، گروهی طرفدار نظریه پذیرش تقلب نسبت به قانون می باشند و دلایل خاص خود را دارند و گروه دوم نظریه منع تقلب نسبت به قانون را پذیرفته و قطعاً دلایل خاص خود را دارند، ما در این فصل به بیان و ذکر هر دو تئوری پرداختیم و دلایل و ایرادات وارده و پاسخهای هر گروه را بررسی و ارزیابی قرار دادیم.

فصل سوم :

فصل سوم :

ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی

صلاحیت قانون ملی فعلی یا قانون محل تنظیم سند منوط است به عدم تقلب، اما مسئله ضمانت اجرا پیش می آید. چگونه می توان اعمالی را که مطابق قانون و بر اساس آن صورت پذیرفته با این استدلال که تحصیل آن نفع طلبانه بوده، بلااثر نمود؟ از یک طرف ما می دانیم که فرد حق دارد تابعیت یا اقامتگاه خود را تغییر دهد و یا اینکه در یک کشور خارجی قراردادی منعقد نماید، از طرف دیگر یک تغییر تابعیت یا اقامتگاه و یا انعقاد یک قرارداد در یک کشور خارجی باید با رعایت مقررات مختلف حل تعارض قوانین باشد. بر اساس تئوری تقلب، این اعمال وقتی آثار طبیعی خود را خواهند داشت که آن آثار مورد نظر نبوده باشد. و یا به عبارت دیگر بتوان عملی را تقلب نسبت به قانون خواند، بایستی طرفین خود را تحت قانونی که مایل به حاکمیت آن بوده اند در آورده باشند. این معنی در ایتالیا در رأی صادره توسط دیوان تمیز فلورانس در سال ۱۹۰۲ پذیرفته شده است.^(۱)

در ضمانت اجرای نقض بین المللی قانون، دو نکته قابل توجه است. یکی تناسب ضمانت اجرا و دیگری شیوه اعمال آن. در خصوص تناسب آن باید گفت، هر نقصی ضرورتاً نباید مورد ضمانت قرار گیرد. زیرا حل یک تعارض در قوانین، تنها با اجرای یکی از قوانین داخلی متعارف که به مراتب عملی تر و بهتر از اجرای تکامی آنهاست که ضرورتاً نقض بین المللی یکی از آن قوانین را موجب خواهد شد صورت می گیرد. در خصوص شیوه ضمانت قاضی رسیدگی کننده مستنداً به استثناء تقلب نسبت به قانون آثار ناشی از تقلب را منتفی اعلام می دارد.^(۲)

در حقوق داخلی اصطلاح *fraus omnia corrumpit* دلالت بر این دارد تقلب اثر عملی که متقلبانه صورت گرفته را کاملاً از بین می برد. در حقوق بین الملل ضمانت اجرا نمی تواند به این حد کمال باشد. به هر دلیل، عملی که در یک کشور خارجی محل وقوع، صحیح تلقی می شود از سوی دولت فرانسه قابل تصمیم گیری نمی باشد. حد اکثر این است که دولت فرانسه از آثار آن در قلمرو کشورش جلوگیری می کند. بنابراین در اینجا ابطال نخواهد بود، یک نوع جلوگیری و برخورد وجود دارد.^(۳) چون آثار یا ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است با دولتی که تقلب به نفع قانونش صورت گرفته و همچنین از نظر

1- Dreyfus .G . Op.cit.p.910

۲ - در اینجا از کلمه *violation* به معنی نقض استفاده شده و موارد تقلب و غیر تقلب را شامل می گردد.

3- Boure . p . et Loussouarn . y . Op . cit . p . 428.n269

دولتهای ثالث متفاوت می باشد مطالب این فصل در دو مبحث ارائه می شود^(۱)

مبحث نخست: ضمانت اجرا از نظر دولتهای درگیر

این مبحث به دو گفتار تقسیم می شود و به بررسی ضمانت اجرا از نظر دولتهای درگیر می پردازد، در گفتار نخست ضمانت اجرا از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است بیان می شود و در گفتار دوم به بررسی ضمانت اجرای تقلب از نظر دولتی که تقلب به نفع قانون آن کشور صورت گرفته، می پردازد.

گفتار اول:

ضمانت اجرا از نظر دولتی که تقلب برای فرار از قانون او به عمل آمده است.

تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل چنین تبیین شده است: قانون داخلی در موقعیتی قرار می گیرد که یک قانون خارجی قانوناً به جای آن قابل اجرا باشد.^(۲)

برای برقراری آثار تقلب نسبت به قانون، باید قانون ملی دادگاه رسیدگی کننده مورد تقلب و فرار واقع شده باشد.

تقلب نسبت به قانونی که در رویه قضایی فرانسه آمده به ما این اجازه را نمی دهد که یک قانون خارجی اصولاً صالح را به جای قانون فرانسه که به صورت استثنایی و متقلبانانه بر قضیه حاکم گشته است را اعمال کنیم بلکه این قاعده وقتی اجرا می گردد که تقلب نسبت به قانون فرانسه صورت پذیرفته باشد، همانگونه که قانون فرانسه را اصولاً باید در برخی فروض اعمال نمود، هرگاه در نتیجه تقلب اطراف دعوی نیز صالح گردد باید اعمال شود و نه بر عکس^(۳) این شرط ابتدا در رأی مانسینی که در قضیه مربوطه صادر شد اعلان گردید^(۴) مانسینی ایتالیایی به منظور فرار از مقررات ایتالیا تابعیت فرانسه را کسب کرد و دادگاه حفاظت نماید، آثار مترتب بر تغییر تابعیت را صحیح دانست^(۵) تئوری تقلب نسبت به قانون نمی تواند قانون ملی جدید طرفین را مادامی که همان قانون ملی قاضی رسیدگی کننده باشد بی اثر نماید^(۶)

نهایتاً وقتی که دعوی در دادگاه مطرح شد، دیوان کشور فرانسه با این استدلال که چون تقلب نسبت به

۱- برخی از نویسندگان فرانسوی موضوع تقلب نسبت به قانون را در دو بخش مورد مطالعه قرار می دهند، یکی بخش تقلب نسبت به قانون داخلی، که در آن نحوه و آثار تقلب نسبت به قانون فرانسه به نفع یک قانون خارجی بحث می شود و دوم بخش تقلب نسبت به قانون خارجی، در این بخش تقلب نسبت به قانون خارجی به نفع قانون خارجی دیگر و یا تقلب به نفع قانون فرانسه از حیث چگونگی و آثار مورد بحث قرار می گیرد. علی رغم تفاوت این دسته بندی با آنچه ما بیان نموده این نتیجه بحث یکی است.

2- Bernard Audite . Op . cit . p88 . n. 104

3- Dreyfus . G.Op.cit. p . 153 et 154

4- Bourel.p.et Loussouarn.y.Op.cit .426.428.n268

5- Cass. Civ.5 fevier . 1929 , S.1930 .l.81.note.Audinet

6- Bourel .p.et Loussouarn . y . Op.cit.p.427.n268

قانون خارجی صورت گرفته و نه قانون فرانسه، و چون قاضی فرانسوی صرفاً موظف است از قانون مقرر البته لازم به ذکر است که، قائل شدن به این تمایز با اصول روابط بین الملل هماهنگی ندارد^(۱) که در این مورد بحث خواهد شد.

از نظر دولتی که قانونش مورد تقلب و فرار قرار گرفته است اثر قاعده مذکور باید محدود به آن اندازه شود که برای جلوگیری از تقلب لازم است. تقلب نسبت به قانون فرانسه دائماً با رد و بطلان اثر قانون خارجی که متقابله صالح گردیده و اجرا شده است، و با مقاومت در مقابل تصمیمات متخذه در خارج که با استناد به این قوانین اتخاذ شده، تضمین می گردد^(۲) و نمی توان این قاعده را در همه وقت و همه جا و نسبت به همه موارد اجرا نمود^(۳)

مثلاً نکاح مسلمه با غیر مسلم از نظر قانون ایران ممنوع است. اگر مسلمه ای به قصد فرار از قانون ایران طبق مقررات تابعیت کشوری که چنین نکاحی را تجویز می نماید را کسب کند و در آنجا با غیر مسلمی ازدواج کند، محکمه ایرانی فقط حکم به عدم اجرای قانون خارجی در مورد نکاح می دهد. و عقد نکاح را باطل محسوب می نماید. ولی تغییر تابعیت را که با رعایت مقررات انجام شده است مورد بحث قرار نمی دهد. در قضیه خانم دوبوفرمن هم چون مقصود وی از ترک تابعیت فرانسه و کسب تابعیت آلمان فرار از مقررات قانون فرانسه راجع به منع طلاق بود، دیوان تابعیت فرانسه و کسب تابعیت آلمان فرار از مقررات قانون فرانسه راجع به منع طلاق بود، دیوان کشور فرانسه قسمتی از رأی دادگاه تالی را که تابعیت خانم دوبوفرمن را محکوم به بطلان نموده بود ابرام ننمود و تنها قاعده مذکور را به همان اندازه که برای جلوگیری از تقلب لازم بود اعمال نمود^(۴)

اما به نظر برخی، اینگونه عملکرد یک ضمانت اجرای مناسب است. زیرا معمولاً طرفین هیچگاه تصمیم ندارند آثار دیگر کسب تابعیت را معمول دارند و یا درباره آن تصمیمی بگیرند، صرفاً اعلام می دارند این عمل از نظر ما بی ارزش است. و دیدگاه آلمانیها نسبت به این تابعیت هرچه باشد، تقلب محسوب بشود یا نشود، به نظر دولت فرانسه این شخص همچنان تابع کشور فرانسه و احوال شخصیه اش تابع قانون این کشور می باشد.

بله دادگاه فرانسه راجع به تابعیت آلمانی وی که متقابله تحصیل شده هیچ اظهارنظری ندارد. زیرا تابعیت یک عنصر سیاسی و عامل ارتباطی بین شخصیت و دولت متبوعش می باشد و هر دولت فقط صلاحیت اعطاء یا سلب تابعیت از شخص را دارا خواهد بود و هیچ کشوری نمی تواند در مورد ارتباط شخص با

1 – Dreyfus .G.Op.cit. p 159

2 – Jean Derruppe . Op.cit . p .69

۳ – الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، ص ۱۴۶ و ارفع نیا، بهشید، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، ص ۱۱

۴ – الماسی؛ نجاد علی، تعارض قوانین، ص ۱۴۶ و عامری، جواد، حقوق بین الملل خصوصی، ص ۱۵۹

سایر دول تصمیمی اتخاذ نماید^(۱)

و دادگاه فرانسه در قضیه مزبور چون خانم دوبوفرمن را فرانسوی می داند و آلمانی نمی داند، طلاق انجام شده بر اساس تابعیت آلمان را بلااثر می داند. البته عده ای معتقدند که در این قضیه، همینکه دادگاه به استناد فرانسوی بودن خانم دوبوفرمن، آثار تابعیت را از بین برده است در اصل تابعیت آلمانی وی اظهارنظر کرده است هرچند این استدلال دور از ذهن نیست ولی باید توجه داشت اگر تقلب همراه با یک عمل مادی صورت پذیرفته باشد مانند اینکه یک مال منقول به خارج گردد، رد آثار متقلبانه آن نمی تواند به مفهوم نفی کامل آن باشد. به عنوان مثال چنانچه یک مال منقول به صورت متقلبانه با هدف فرار از برخی مقررات راجع به انتقال مالکیت، به خارج منتقل شود، مقررات فرانسه همچنان مجری است. و چنانچه در خارجه، آن مال مورد نظر بوسیله شخص ثالث مورد آسیب واقع شود مسئولیت آن شخص، تابع قانون خارجی خواهد بود، زیرا آن مال واقعاً در خارج قرار دارد.^(۲)

گفتار دوم:

ضمانت اجرا از نظر دولتی که تقلب به نفع قانون آن کشور صورت گرفته است احترام مقررات حقوق بین الملل و منطق حقوقی ایجاب می کند که هرگاه دولتی متوجه مقصود تقلب آمیز شخص ذینفع شود دعوای او را در دادگاههای خود به استناد قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون رد نماید. زیرا اگر دادگاه تقلبی که به منظور فرار از مقررات متبوع خود به عمل می آورد را مؤثر بداند و تقاضای اجرای قانون خارجی را رد نماید، منطقاً باید تقلبی را نیز که برای فرار از قانون خارجی و تقاضای اجرای قانون متبوع دادگاه به عمل می آید را نیز به همان اندازه مؤثر دانسته و چنین تقاضایی را نپذیرد. ولی متأسفانه تمایل محاکم به تعمیم موارد اجرای قانون متبوع خود مانع از عملی شدن چنین منطقی است و در نهایت قاعده مذکور را هرگاه به نفع قانون خارجی است اجرا نمی نماید. نویسنده فرانسوی می گوید: چنانچه تقلب نسبت به قانون خارجی به نفع قانون فرانسه صورت پذیرفته باشد، در این صورت فرانسه عکس العمل منفی نخواهد داشت. مانند اینکه ایتالیایی ها تحصیل تابعیت فرانسه بکنند تا از مقررات طلاق استفاده نمایند. ولی هرگاه این تقلب به نفع یک قانون خارجی دیگر صورت پذیرفته باشد با تصمیمات مختلف و متفاوتی مورد تضمین واقع می شود.

1 - سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۱، دفتر خدمات حقوقی بین الملل جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۷۰، ص ۱۵۸، ش ۷۶. اصل آزادی دولتها در تعیین اتباع خود: «تعیین اتباع هر دولت به قانونگذاری همان دولت متعلق است.»

2 - از نظر حقوق ایران نیز هرگاه در نتیجه تقلب نسبت به قانون، دادگاه دیگری صالح قلمداد گردد، حکم آن در ایران غیر قابل اجراست زیرا از دیدگاه حقوق ما آن رای از محکمه ذیصلاح صادر نشده است. جلال الدین مدنی، حقوق بین الملل خصوصی ص ۲۲۴. همین وضعیت است در حقوق فرانسه، ارفع نیا، بهشید، همان کتاب ص ۱۱۳. البته توجه داریم که در کشور ایران، رای صادره از محکمه خارجی، تنها در صورتی به استناد استثنای تقلب نسبت به قانون غیر قابل اجراست که شخص متقلبانه صلاحیت دادگاه ایرانی ذاتاً صالح را نفی و صلاحیت دادگاه خارجی را حاکم گردانیده باشد والا هرگاه در مورد صلاحیت دادگاه خارجی تقلبی صورت گرفته باشد حکم صادره در ایران قابل اجرا خواهد بود.

عدول از رویه منطقی مذکور در قضیه خانم فراری مشهود است.^(۱) دیوان کشور فرانسه در این قضیه که عکس قضیه دوبوفرمن بود برخلاف حکمی که سابقاً در موضوع محاکمه خانم دوبوفرمن صادر کرده بود از اجرای قاعده جلوگیری از تقلب خودداری نموده است. دیوان کشور فرانسه در حکم خود چنین استدلال کرده است که خانم فراری با توجه به داشتن تابعیت فرانسوی به دادگاه مراجعه کرده است و شرط اعمال قواعد فرانسوی هم چیزی جز داشتن تابعیت فرانسوی نیست و از سوی دیگر تقلب نسبت به قانون خارجی توسط دادگاههای داخلی ما هیچ گونه ضمانت اجرایی ندارد.^(۲)

به عبارت دیگر قاعده جلوگیری از تقلب در واقع ضامن اجرای قواعد امری حقوق ملی است و قاضی هر کشور فقط می تواند تقلب نسبت به قانون متبوع خود را مورد بررسی و حکم قرار دهد و نمی تواند تقلب نسبت به قانون خارجی را مجازات نماید.^(۳)

اما سابقاً بیان شد که این تفکیک و قائل شدن به تمایز با اصول روابط بین الملل چندان تناسبی ندارد. به همین دلیل است که دادگاههای فرانسه تمایل زیادی برای پذیرش و اجرای استثناء تقلب نسبت به قانون خارجی ذاتاً صالح لاقلاً در آنجایی که به نفع یک قانون خارجی دیگر صورت پذیرفته است از خود نشان داده اند.^(۴)

در مورد حقوق قراردادی نیز منفذ مشابه تقلب نسبت به قانون خارجی بویژه در کنوانسیون لاهه راجع به شناسایی شخصیت حقوقی جوامع، شرکتها و مؤسسات تجلی یافته است. مجموعه این تحولات نشان می دهد که شرط فرانسوی بودن قانون مورد تقلب قرار گرفته شده، رو به افول است و در آینده استثناء تقلب نسبت به قانون تنها بر دو عنصر یا مبناء، یکی عنصر مادی یعنی تغییر عامل ارتباط و دیگری عنصر روانی یعنی قصد فرار از یک قانون و حاکم گردانیدن قانون دیگر مبتنی خواهد بود.

در آلمان طبق رویه منطقی عمل می شود زیرا قانون داخلی و خارجی را معاً امر حکمی می دانند و فرقی بین آن دو قائل نیستند.

لذا قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون را حتی وقتی که به نفع قانون خارجی نیز هست، و به نفع قانون داخلی آلمان هم نباشد را اعمال می نمایند.^(۵)

در کشور فرانسه همیشه به اینصورت نمی باشد که تقلب نسبت به قانون خارجی فاقد ضمانت در فرانسه باشد. گاهی تقلب نسبت به قانون خارجی مقدمه ای است برای تقلب نسبت به قانون فرانسه به مناسبت

۱- jeanDerruppe.Op.cit.p70.paris12juin1964.Gunzbry

۲- Batiffol.h.op.cit.p442.n373.etderruppe.j.o.p.cit.p.70

۳- نجاد علی، الماسی، همان منبع، ص ۱۴۸ و ارفع نیا، بهشید، همان کتاب، ص ۱۱۲ و همچنین Dreyfus.Op.cit.p.159.Georges

4- Bourel.p.et Loussouarn.y,op.cit.p427.n268

5- Bourel.p.et Loussouarn.y,op.cit.p427.n268

تعارضی که منجر به دادن صلاحیت به قانون خارجی می شود.^(۱)

مثلاً چنانچه شخص تبعه انگلیس و مقیم فرانسه باشد، در حالت عادی، قواعد حل تعارض، احوال شخصیه وی را تحت حاکمیت قانون فرانسه قرار می دهد. حال چنانچه شخص متقلبانه تابعیت انگلیسی خود را وفق مقررات از دست بدهد و تابعیت ایرانی کسب نماید، این تقلب در فرانسه مورد ضمانت اجرا قرار می گیرد. زیرا صلاحیتی که در نهایت به نفع قانون کشور فرانسه بود، به دنبال این تقلب، به قانون کشور متبوع شخص یعنی ایران منتقل گردید.^(۲)

مبحث دوم: ضمانت اجرا از نظر دولتهای ثالث

مسئله این است که آیا دادگاهها می توانند تقلب نسبت به قانون یک دولت خارجی را همانند تقلب نسبت به قوانین داخلی مورد رسیدگی و اظهار نظر قرار دهند و در واقع آیا تکلیفی برای محاکم در رسیدگی به تقلب نسبت به قوانین خارجی وجود دارد؟

منظور از دولتهای ثالث، دولتهایی است که تقلب برای فرار از قانون آنها به عمل نیامده و تقاضای اجرای قانون او نیز نشده است. از نظر این دولتها به لحاظ اینکه در جلوگیری از تقلب ذینفع نیستند، قاعده مزبور به هیچ وجه مورد توجه قرار نمی گیرد. و دادگاههای این دولتها تنها وضعیت فعلی شخص ذینفع را در نظر می گیرند و وارد جزئیات نمی شوند.

مثلاً هرگاه قضیه خانم و آقای دو بوفرمن در دادگاه کشور ثالثی مثلاً ایران به جریان می افتاد، رأی به بطلان طلاق نمی داد. چرا که محکمه ایرانی وضعیت فعلی خانم دو بوفرمن که تبعه آلمان شده بود را (و این تابعیت، قانون آلمان را بر احوال شخصیه وی حاکم نموده بود، بدون در نظر گرفتن مسئله تقلب و انگیزه کسب تابعیت مزبور) در نظر می گرفت و مطلقاً مسئله تقلب مطرح نمی شد.^(۳) البته در این مورد بحثهای مفصلی بین حقوقدانان صورت گرفته است. اصولاً قضات از جهات متعددی در رسیدگی به تقلب نسبت به قوانین خارجی محدودیت دارند. اهم این محدودیتها راه حل های قواعد تعارض داخلی است که دادگاه مکلف به تبعیت از آن است گفته اند که دادگاهها نباید قوانین خارجی را کورکورانه اجرا کنند، بلکه لازم است قبلاً ملاحظه کنند که اولاً: قانون خارجی یک عمل معینی را متقلبانه می داند یا نه. و ثانیاً: قانون

1- Dreyfus.Op.cit.p.159.Georges

۲- از نظر حقوق ایران نیز هرگاه در نتیجه تقلب نسبت به قانون، دادگاه دیگری صالح قلمداد گردد، حکم آن در ایران غیر قابل اجراست زیرا از دیدگاه حقوق ما آن رای از محکمه ذیصلاح صادر نشده است. جلال الدین مدنی، حقوق بین الملل خصوصی ص ۲۲۴. همین وضعیت است در حقوق فرانسه، ارفع نیا، بهشید، همان کتاب ص ۱۱۳. البته توجه داریم که در کشور ایران، رای صادره از محکمه خارجی، تنها در صورتی به استناد استثنای تقلب نسبت به قانون غیر قابل اجراست که شخص متقلبانه صلاحیت دادگاه ایرانی ذاتاً صالح را نفی و صلاحیت دادگاه خارجی را حاکم گردانیده باشد والا هرگاه در مورد صلاحیت دادگاه خارجی تقلبی صورت گرفته باشد حکم صادره در ایران قابل اجرا خواهد بود.

۳- نجاد علی. الماسی، تعارض قوانین، ص ۱۴۸ و دکتر عامری، ح.ب.خ.ص ۱۶۱

خارجی چه ضمانت اجرائی برای این عمل مقرر داشته است و در صورتی که قانون خارجی قائل به غیر استناد بودن عمل متقلبانه است، آنرا بی اثر اعلام نمایند. موری که طرفدار رسیدگی به تقلب نسبت به قوانین خارجی است می گوید: «فلسفه وجودی تقلب نسبت به قانون، حفظ خصیصه آمرانه و احترام قواعد حقوقی است. دولتها باید این خصیصه آمرانه را نه تنها بنفع قوانین داخلی خود، بلکه به نفع قوانین خارجی مورد نظر قرار دهند. مثلاً دادگاههای فرانسه که قبل از سال ۱۸۸۴ از قبول صحت طلاقهایی که در سوئیس با تباری زوجین و با تقلب نسبت به قوانین فرانسه که طلاق در آن جایز نبود واقع شده بود، امتناع می کردند شایسته است به همین دلیل از اعطاء حکم طلاق به زن و شوهر ایتالیایی که تابعیت فرانسه را فقط بمنظور تحصیل طلاق در فرانسه بدست آورده اند، امتناع نمایند و نیز باید از شناسایی طلاقی که همین زن و شوهر در سوئیس بدست آورده اند خودداری کنند».^(۱)

اما رأی که غالباً در این مورد بآن استناد می شود و عده ای بر مبنای آن معتقدند که دادگاهها تکلیفی به بررسی تقلب نسبت به قوانین خارجی ندارند حکمی است که دیوان تمیز فرانسه صادر کرده است. زن و شوهری که تبعه ایتالیا بودند از محاکم ایتالیا حکم تفریق جسمانی می گیرند.^(۲) سپس شوهر خود را به تابعیت فرانسه در آورده و بلافاصله از محکمه درخواست تبدیل حکم تفریق جسمانی را بطلاق می نماید. زوجه به این حکم اعتراض می کند و ایراد تقلب نسبت به قانون ایتالیا را بیان می کند. به این عنوان که تحصیل تابعیت فرانسوی از طرف شوهر منحصرأ بمنظور بدست آوردن حکم طلاق که در ایتالیا ممنوع است، بوده است. محاکم ماهوی این درخواست را رد کردند. شعبه مدنی دیوان تمیز فرانسه در رسیدگی فرجامی چنین اظهارنظر کرد: «رأی دادگاه، استیناف، در مورد ادعای زوجه مبنی بر اینکه تحصیل تابعیت فرانسه و گرفتن حکم طلاق در فرانسه متقلبانه بوده است، با دلائلی که در مقدمه رأی ذکر گردید حقاً صحیح است. دادگاه استیناف اظهار نظر کرده که بررسی و ارزیابی قانونی بودن و صحت عمل دولت فرانسه که به شوهر اعطاء تابعیت کرده باو ربطی ندارد».^(۳)

به نظر عده ای از مولفین فرانسوی این تصمیم ارزش حقوقی زیادی ندارد زیرا زوجه که استناد به تقلب نسبت به قانون ایتالیا را کرده بود، دادگاه می باید با نظر او را تأمین کرده و طلاق را ابطال کند و یا ایراد او را به استناد اینکه محاکم فرانسه ضامن رسیدگی به تقلب نسبت به قانون خارجی نیستند، رد کند. و حال آنکه حکم مذکور مبنی بر این است که دادگاه نمی تواند به مسئله صحت تابعیت که تصمیم دولت فرانسه

۱- ژاک موری سلب صلاحیت از قانون صلاحیتدار بعثت نظم عمومی و تقلب به قانون صفحه ۱۴۰

۲- تفریق جسمانی این است که زوجین به موجب حکم دادگاه از همزیستی معاف شوند. مبنای تفریق جسمانی که در واقع طلاق کاتولیک هاست، این فکر می باشد که رابطه مقدس زناشویی ممکن است متوقف و معلق شود ولی هیچگاه منقطع و منحل نمی گردد. در حقوق فرانسه تفریق جسمانی از نظر آثار، مشابه طلاق است جز اینکه هیچیک از زوجین حق ازدواج جدید با شخص دیگر را ندارند.

3- Civ rej 5 fev. 1922 .D.H.29.162.S.30.I.81.

است رسیدگی کند. در حالیکه رسیدگی به تقلب، به هیچوجه مستلزم بررسی صحت فرمان قبول تابعیت نخواهد بود. زیرا اثر ابطال تقلب، ابطال تابعیت نیست و تابعیت در هر حال مصون از تعرض است و فقط طلاقى که با تقلب علیه زوجه بدست آمده نسبت باو غیر قابل استناد اعلام می شود. احترامی که محاکم باید به تابعیت داشته باشند امری است و ایراد تقلب امری دیگر است.

دادگاه می تواند بدون ایراد به صحت تابعیت قبول کند که تغییر تابعیت متقلبانه است و فقط به بی اثر شناختن طلاق اکتفا کند. باین دلایل حقوقدانان فرانسوی ارزش زیادی برای این رأی قائل نشده اند و مسئله رسیدگی به تقلب نسبت به قانون خارجی را باز هم مورد بررسی و مطالعه قرار داده اند.^(۱)

حال به بررسی این موضوع خواهیم پرداخت، که این رویه در قانون هلند به چه صورتی می باشد. هلند: ماده ۴۳۱ آئین دادرسی مدنی هلند مصوب ۱۸۳۸ بطور کلی هر ترتیب اثری به آراء قضاوت شده در دادگاههای خارجی را رد می کند اگر چه قوانین هلند تا به امروز اصلاح نشده است اما قضات دادگاهها قوانین مکتوب را برای قضاوت امر خارجی اصلاح کرده اند اکثر حجم آراء خارجی که برای اجرا به هلند ارجاع می شوند قوانین و معاهدات بین المللی هستند اما اسناد معتبر خارجی دقت تبصره های ماده ۴۳۱ قرار می گیرند و اکثر آرای صادره از کشورهایی هستند که اسناد آنها دقت شمول ماده ۴۳۱ نیست در این ماده آمده است که:

۱- به جز آنکه در مواد ۹۸۵ و ۹۹۴ بیان شده هیچ رای ارائه شده به وسیله قضات خارجی و هیچ سند معتبر صادره از خارج قابلیت اجرا در هلند را ندارد.^(۲)

۲- موضوعات می توانند مجدداً توسط قضات هلندی مورد رسیدگی قرار گیرند.^(۳)

اصل: اصلی که در ماده ۴۳۱ بیان شده واضح است آراء قضاوت شده خارجی قابل اجرا در هلند نیستند، با وجود این همه آراء قابل اجرا نیستند بعضی آرا مثل موارد حقوق خانوادگی دارای ماهیت مرکب و ساختاری می باشند به عبارت دیگر ماهیت این آرا قوانین موضوعه را دگرگون می سازد.^(۴)

به هر حال قانون هلند نه تنها آراء صادره ای که توسط تقلب نسبت به قانون و برای فرار از یک قانون خارجی در خارج از هلند صادر می شود را در داخل هلند نمی پذیرد و آنها را اجرا نمی کند البته در چارچوب ماده ۴۳۱ مذکور، بلکه کلیه آراء صادره دادگاههای خارج از هلند را در چارچوب ماده مذکور نمی پذیرد و استدلال می کند که افراد می توانند از دادگاههای هلند و طبق قانون درخواست، رسیدگی به موضوع خاص مطرحه را تقاضا کنند. و دادگاههای هلند به این موضوع رسیدگی می کنند. برخی

۱- ویدال کتاب سابق الذکر صفحه ۹۳

2-Behoudens het bepaalde in de artikelen 985-994, kunnen hoch beslissingen, dor vreemde rechters gegeven, noch buiternederlan, verleden authentic a kten binnen Nederland ten uitvoer word wn gelegd

3- De gedingen kunnen opnieuw bijden ederlandse rechter worden behandeld en afgeddan

4-Public policy, fraude and fraude alo loi, Norel Rosner University in Groningen, 2003/2

نویسندگان معتقدند در حقوق فرانسه وقتی که تقلب نسبت به قانون خارجی به نفع یک قانون خارجی دیگر صورت پذیرد با تصمیمات مختلف و متفاوتی مورد تضمین واقع می شود. بعضی از نویسندگان فرانسوی مدعی شده اند که دادگاههای فرانسه امروزه تمایل شدیدی برای پذیرش و اجرای استثناء تقلب نسبت به قانون خارجی ذاتاً صالح بویژه در آنجایی که به نفع یک قانون خارجی دیگر صورت پذیرفته است از خود نشان داده اند. در این زمینه به بطلان قراردادهایی که با تقلب نسبت به قانون خارجی منعقد شده اند، عدم امکان آراء خارجی که با تقلب نسبت به محکمه خارجی اصدار یافته اند یافته اند و فرمول کلی ارائه شده در رأی مونزر که به موجب آن فقدان هرگونه تقلب نسبت به قانون شرط اجرا شناخته شده و تمامی آنها بین تقلب نسبت به قانون خارجی و قانون مقرر دادگاه تمایزی قائل نشده اند می توان اشاره نمود.

به نظر ما همانطوریکه استاد موری، متذکر شده تأسیس نظریه تقلب نسبت به قانون برای حفظ اعتبار قواعد حقوقی است، و بنابر این دلیلی در بین نیست که از نظریه تقلب نسبت به قوانین خارجی که نسبت به مورد مربوط به خود بر طبق قواعد تعارض داخلی صالح است اغماض شود. بخصوص که همکاریهای بین المللی و توسعه روز افزون آن ایجاب می کند که دولتها بنفع یکدیگر از تقلب نسبت به قوانین یکدیگر جلوگیری کنند و این موضوع را بصورت رفتار متقابل ترویج نمایند، چنانکه در بین ایالات مختلف امریکا این عمل انجام می شود.^(۱)

در این فصل ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی از نظر دولتهای درگیر و دولتهای غیر درگیر یا ثالث بررسی شد، و بیان شد که دولتهای درگیر که تقلب به ضرر قانون آنها انجام شده قاعده جلوگیری از تقلب را پذیرفته و دارای ضمانت اجرای قوی می دانند و همچنین کشورهایی که تقلب به نفع قانون آنها صورت گرفته عموماً این قاعده را نمی پذیرند البته استثنائاتی در کشور آلمان و هلند و یا فرانسه وجود دارد. و کشورهایی که تقلب به نفع یا به ضرر قانون آنها نباشد هم عموماً این قاعده را نمی پذیرند که استثنائات آن ذکر شد.

۱ - رجوع شود به نظریه تقلب نسبت به قانون در حقوق آمریکا و انگلیس در همین پایان نامه

نتیجه گیری و پیشنهاد

الف : نتیجه گیری

موضوع این پایان نامه، مبانی نظری تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی می باشد. تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر ارادی رابطه ی حقوقی به منظور فرار از قانون صالحی که توسط قاعده ی حل تعارض در حقوق بین الملل خصوصی توصیه شده است.

پس از بیان مقدمه و علت انتخاب موضوع، اهمیت بررسی مربوط به این موضوع، تاریخچه بحث، پرسشهای مورد نظر، طرح فرضیه، روش تحقیق و تقسیم مطالب در سه فصل و جنبه های گوناگون آن مورد مطالعه قرار گرفته و نتایج زیر حاصل گردیده است:

- ۱- مفهوم نوین تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی قابل پذیرش است.
 - ۲- عناصر تشکیل دهنده تقلب عبارتند از: (وجود یک الزام قانونی، قصد متقلبانه، وسیله متقلبانه، جنبه فرعی و علی البدل بودن) که جهت اجرا و اعمال قاعده مزبور لازم و ضروری می باشد.
 - ۳- ما از طرفداران منع تقلب نسبت به قانون یا به عبارتی قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی می باشیم و این قاعده را می پذیریم.
 - ۴ - ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تایید قوانین موضوعه ما می باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است.
 - ۵ - با توجه به آنچه در خصوص نظریه سوء استفاده از حق و تجاوز از اختیارات بیان گردید می توانیم موقعیت نظریه تقلب نسبت به قانون را به خوبی با این نظریه نیز بسنجیم اصولاً تقلب نسبت به قانون یکی از مصادیق و نمونه های بارز سوء استفاده از حق است.
- همانطور که می دانیم یکی از شرایط توفیق و به ثمر رسیدن تقلب این است که وسیله انتخاب شده برای تقلب به ضمانت اجرای قانونی خاصی برخورد نکند و اصولاً اگر بتوان از راه دیگری مانع سوء استفاده از حق گردید احتیاجی به استفاده از نظریه تقلب نسبت به قانون نیست و به همین جهت تقلب نسبت به قانون به یک وسیله فرعی و علی البدل معروف شده است. یعنی هنگامیکه کلیه طرق دیگر برای ابطال عملی که بطور متقلبانه انجام شده مسدود باشد باید به آن متوسل شد. در مواردیکه قانون ضمانت اجرای خاصی برای سوء استفاده از حق برقرار نموده تقلب مشکلی را به وجود نمی آورد و این امر وسیله کافی برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون است.

- ۶ - 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 حقاً می بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است، 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.

۷- 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. شاید بتوان 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. چه بطوریکه ملاحظه شد رویه قضائی فرانسه خالق این اصل کلی حقوقی نیست بلکه آنرا از مفاد و روح حقوق استخراج کرده است.

۸- 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.

ما صوری بودن را به عنوان یکی از مبانی نظری تقلب نسبت به قانون به علت فقدان عناصر تشکیل دهنده تقلب (وجود وسیله متقلبانه حقیقی و موثر و علی البدل) نمی پذیریم، زیرا برای عمل صوری ضمانت اجرای خاصی متصور است.

۹ - مسئولیت مدنی، اصولاً هرگاه شرایط اجرای هر دو نظریه (مسئولیت مدنی و تقلب) موجود باشد، باید نظریه تقلب مقدم دانسته شود و استناد به مسئولیت موردی نخواهد داشت مگر اینکه با وجود استفاده از نظریه تقلب از متضرر رفع ضرر نشده باشد که در این صورت نظریه مسئولیت دارای یک نقش تکمیلی است.

۱۰ - استثناء تقلب، این اصل در حقوق قدیمی فرانسه مورد قبول بوده و رویه قضایی فرانسه بدون اینکه خالق این اصل باشد مستمراً به آن استناد جسته است. قدمت این اصل حقوقی موجب شده که بعضی برای آن ریشه عرفی قائل شوند، ولی اعتبار این اصل بیش از یک قاعده عرفی ساده است. مولفین دوره حقوق قدیمی فرانسه و همچنین دادگاهها هرگاه این اصل را اجرا کرده اند همیشه آنرا به عنوان یک اصل موجود و مسلم تلقی کرده اند و هیچگاه نسبت به اعتبار و علت وجودی آن بحث نکرده اند و ما هم آنرا (اصل بودن و اعتبار آنرا) می پذیریم.

۱۱- اما در خصوص ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون از نظر دولتی که قانونش مورد تقلب و فرار قرار گرفته است اثر قاعده مزبور باید محدود به آن اندازه شود که برای جلوگیری از تقلب لازم است.

۱۲- غیر قابل استناد بودن عمل متقلبانه، ضمانت اجرای قاعده منع تقلب نسبت به قانون می باشد.

هدف از طرح دعوی تقلب ، جبران یا ترمیم خسارت نیست.

۱۳- چه کسی می تواند به تقلب استناد کند؟

الف - متضرراز تقلب

با بررسی موضوع و مطالب ارائه شده این نتیجه حاصل می شود که متضرر از تقلب قطعاً می تواند به عمل متقلبانه استناد کند و اثر آنرا خنثی نماید.

ب - فاعل تقلب

۱ - در اینکه آیا فاعل تقلب هم می تواند به تقلب خویش استناد کند و درخواست بی اثر کردن آنرا نماید، رویه های متضادی در حقوق فرانسه وجود دارد که گاهی این درخواست پذیرفته شده و نمونه هایی از آن در حقوق بین الملل خصوصی وجود دارد.

۲ - گاهی این درخواست به استناد یک اصل حقوقی که ریشه آن مربوط به حقوق رم است و به موجب آن «هیچکس نمیتواند به عمل سوء و مخالف اخلاق خود استناد کند» رد شده است. دعوی تقلب علیه فاعل آن اقامه می شود.

ب : پیشنهادات

نتیجه این پایان نامه اینکه ما قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون را مشروط به جمع شرایط موصوف می پذیریم و اثر آنرا خشی می کنیم و پیشنهاد این است که کشورها از طریق معاهدات بین المللی متقابل در جلوگیری از تقلب نه تنها نسبت به دولتهای درگیر بلکه نسبت به کشورهای ثالث مانع شوند، همان چیزی که نمونه آن در قوانین و رویه های اتحادیه اروپا، آلمان و حتی هلند مورد بحث و بررسی قرار گرفت و ضمانت اجرای قوی جهت حفظ و اعتبار قوانین آمره داخلی را بیش از پیش ایجاد نمایند. اما پیشنهاد ما این است که در ایجاد ضمانت اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نباید زیاده روی نمود و باید فقط اثر عمل متقابلانه را باطل نمود، همان قدری که محاکم فرانسه در رونده های موصوف بدان حکم داده اند. خوب است از طریق کنوانسیون یکسان سازی مقررات حقوق بین الملل اقدامات شایسته ای در این خصوص انجام گیرد .

فهرست منابع

۱ - قرآن کریم

۲ - نهج البلاغه

الف - منابع فارسی

۳ - الماسی ، نجاد علی ، تعارض قوانین ، چاپ اول ، تهران ، مرکز انتشار نشر دانشگاهی ، ۱۳۷۰ .

۴ - بهرامی احمدی ، حمید ، سوء استفاده از حق ، چاپ اول ، تهران ، انتشارات اطلاعات ، ۱۳۶۶ .

۵ - پروین ، فرهاد ، خسارت معنوی در حقوق ایران ، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی ، دانشگاه تربیت مدرس ، استاد راهنما دکتر مهدی شهیدی ، ۱۳۶۷ .

۶ - جعفری لنگرودی ، محمد جعفر ، ترمینولوژی حقوق ، چاپ اول ، تهران ، گنج دانش ، ۱۳۶۷ .

۷ - دهخدا ، علی اکبر ، لغت نامه ، ج ۲۲ ، چاپ دانشگاه تهران ، موسسه انتشارات ، ۱۳۷۲ .

۸ - شهابی ، محمود ، دو رساله ، لاضرر ، چاپ اول ، تهران ، بی تا .

۹ - کاتوزیان ، ناصر ، قواعد عمومی قراردادها ، ج ۴ ، چاپ اول ، تهران ، شرکت انتشار ، ۱۳۷۰ .

۱۰ - کاتوزیان ، ناصر ، وقایع حقوقی ، چاپ اول ، تهران ، شرکت انتشار ، ۱۳۷۱ .

۱۱ - محقق داماد ، مصطفی ، قواعد فقه ، بخش مدنی ، چاپ اول ، تهران ، سازمان سمت ، ۱۳۷۴ .

۱۲ - مکارم شیرازی ، ناصر ، تفسیر نمونه ، ج ۲ ، چاپ بیستم ، تهران ، دارالکتاب الاسلامیه ، ۱۳۶۷ .

۱۳ - واحدی ، جواد ، ترجمه قانون تعهدات سوئیس ، چاپ اول ، تهران ، نشر میزان ، ۱۳۷۸ .

۱۴ - صفایی ، سید حسین ، دوره مقدماتی حقوق مدنی ، ج ۱ ، چاپ اول ، تهران ، موسسه عالی حسابداری ، ۱۳۵۱ .

۱۵ - صفایی ، سید حسین ، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی ، چاپ اول ، تهران ، نشر میزان ، ۱۳۷۵ .

۱۶ - کاتوزیان ، ناصر ، مقدمه علم حقوق ، چاپ ششم ، تهران ، اقبال ، ۱۳۶۴ .

۱۷ - امامی ، سید حسن ، حقوق مدنی ، ج ۱ ، چاپ بیستم ، تهران ، انتشارات الاسلامیه ، ۱۳۷۸ .

۱۸ - ارفع نیا ، بهشید ، حقوق بین الملل خصوصی ، ج ۲ ، تهران ، انتشارات آگاه ، سال ۱۳۶۹ .

۱۹ - احمدی واستانی ، عبد الغنی ، نظم عمومی در حقوق خصوصی ، روزنامه رسمی ، چاپ اول ، ۱۳۴۱ .

۲۰ - عامری ، جواد ، حقوق بین الملل خصوصی ، چاپ دوم ، تهران ، انتشارات آگاه ، ۱۳۶۲ .

۲۱ - نصیری ، محمد ، حقوق بین الملل خصوصی ، جلد ۱ و ۲ ، تهران ، انتشارات آگاه ، ۱۳۷۲ .

۲۲ - کاشانی ، سید محمود ، نظریه تقلب نسبت به قانون ، چاپ دوم ، تهران ، دانشگاه ملی ایران ، ۱۳۴۵ .

۲۳ - مدنی ، سید جلال الدین ، حقوق بین الملل خصوصی ، چاپ اول ، تهران ، گنج دانش ، ۱۳۶۹ .

- ۲۴ - بهشتی ، سید محمد حسین ، ربا در اسلام ، چاپ دوم ، تهران ، دفتر نشر فرهنگ اسلامی ، ۱۳۷۱
- ۲۵ - سلجوقی ، محمد ، حقوق بین الملل خصوصی ، ج ۱ ، چاپ اول ، تهران ، دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران ، ۱۳۷۰ .
- ۲۶ - افسر ، تورج ، نظم عمومی در حقوق بین الملل خصوصی ، رساله ، دانشگاه تهران ، ۱۳۴۵ .
- ۲۷ - ثقفی ، عباسعلی ، تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ، پایان نامه کارشناسی ارشد ، به راهنمایی نجاد علی الماسی ، دانشگاه امام صادق (ع) ، ۱۳۷۵ .
- ۲۸ - آندره ، تنک ، حقوق ایالات متحده امریکا ، ترجمه دکتر سید حسین صفایی ، تهران ، انتشارات موسسه حقوق تطبیقی ، شماره ۸ ، ۱۳۵۷ .
- ۲۹ - سلطانی نژاد ، هدایت ... ، خسارت معنوی ، چاپ اول ، قم ، انتشارات نور الثقلین ، ۱۳۸۰ .
- ۳۰ - شهیدی ، مهدی ، تشکیل قراردادها و تعهدات ، جلد اول ، چاپ اول ، تهران ، نشر حقوقدان ، پاییز ۱۳۷۷ .
- ب - مقالات
- ۳۱ - کاتوزیان ، ناصر ، نیرنگ به قانون روابط موجر و مستاجر ، مجله کانون وکلاء شماره ۱۵۴ و ۱۵۵ ، سال ۱۳۷۰ .
- ۳۲ - مخبر الصفاء ، بررسی تقلب و آثار آن در سایر قوانین ، مجله کانون وکلاء شماره ۱۵۳ ، ۱۳۶۹ .
- ۳۳ - صفایی ، سید حسین ، نظریه جهت در قراردادها ، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه تهران ، شماره های ۸ و ۹ ، ۱۳۵۰ و ۱۳۵۱ .
- ۳۴ - درویش خادم ، بهرام ، معامله به قصد فرار از دین ، نشریه دانشکده حقوق دانشگاه تهران ، شماره ۲۶ ، ۱۳۷۰ .
- ۳۵ - شیخ الاسلامی ، سید محسن ، تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی ، نشریه پژوهش حقوق و سیاست شماره ۴ ، تابستان ۱۳۸۰ .
- ج - منابع عربی
- ۳۶ - انصاری ، مرتضی ، المکاسب ، یک جلدی ، چاپ دوم ، قم ، ۱۴۱۰ ق .
- ۳۷ - بجنوردی ، میرزا حسن ، القواعد الفقهیه ، ج ۱ ، نجف ، ۱۳۸۹ ق .
- ۳۸ - بجنوردی ، سید محمد ، قواعد الفقهیه ، چاپ دوم ، تهران ، نشر میعاد ، ۱۳۷۲ .
- ۳۹ - خراسانی ، محمد کاظم ، کفایه الاصول ، ج ۲ ، قم ، انتشارات امام مهدی ، ۱۳۶۳ .
- ۴۰ - شهید اول ، محمد بن جمال الدین مکی ، ترجمه لمعه دمشقیه ، قم ، دارالفکر ، ۱۳۷۳ .
- ۴۱ - شهید ثانی ، زین الدین بن علی ، شرح لمعه ، قم ، دارالفکر ، ۱۳۷۴ ش .
- ۴۲ - خمینی ، سید روح اله ، تحریر الوسیله ، ج ۲ ، چاپ دوم ، قم ، انتشارات دارالعلم ، بی تا .

۴۳- طباطبائی ، محمد حسین ، المیزان فی تفسیر القرآن ، ج ۱۴ ، چاپ اول ، قم بنیاد علمی و فرهنگی علامه با همکاری مرکز نشر فرهنگی رجاء ، ۱۳۷۷ ش.

۴۴- کلینی ، محمد بن یعقوب ، فروع کافی ، ج ۲ و ۳ و ۵ ، چاپ اول ، دارالاضواء ، بیروت ، ۱۴۱۳ ق .

۴۵- مکارم شیرازی ، ناصر ، القواعد الفقهیه ، ج ۱ ، قم ، انتشارات دارالعلم ، ۱۳۸۲ ش .

۴۶- نائینی ، میرزا حسین ، منیه الطالب ، تقریر بوسیله شیخ موسی خوانساری ، ج ۲ ، چاپ سنگی ، چاپخانه حیدری .

۴۷- نراقی ، ملا احمد ، عواید الایام ، تهران ، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ، ۱۳۶۵ ش .

د - کتابهای خارجی

48- Audit Bernard - La fraude a la loi ,Paris, Dalloz, 1979

49-Georges Dreyfus – Lacte juridique en droit prive international, Paris ,Arthur Rousseau, editeur,eR.14, 1904

50- Pierre Mayer – Droit international prive , ed.4,paris. Montchrestien, 1991.

51- Jean Derruppe – Droit international Prive, ed.3 .,Dalloz.1973.

52- Pierre Bourel et Yvon Loussouarn – Droit international prive,edit3. ,Dalloz ,Paris ,1988.

53- Pierre Lepeulle – Le droit international Prive , Paris.Dal1984

54- Raymond Guillien et Jean Vincent , Lexique ed termes Juridiques, 12 edit.,paris,Dalloz,1972 .

55- Rene David – Larbitrage commercial international , conference du prof , fevrier .

56- Mx lean David – The conflict of laws, londons Sweet and maxwell Ltd , 2000 .

57- Lea Brilmayer – Conflict of laws ,cases and materials, fifth edition , aspen law , 2002.

و - آدرس برخی از مقالات و منابع و سایتهای اینترنتی

۵۸- (حکیمی ، محمد هادی ، تاملی بر پیش نویس قانون اساسی افغانستان و ناجی ، داوود ، از کابل ، حقوق اتباع در پیش نویس قانون اساسی افغانستان از سایت

WWW.BBC.PERSIAN.COM

۵۹- (اعتبار و نحوه شکل گیری قراردادهای بیع بین المللی ، مترجم ، مختاری ، مهدی ، مآخذ ،

Business Law and its Environment international

از سایت اینترنتی اتاق بازرگانی جمهوری اسلامی ایران به آدرس WWW.ICCIM.ORG

۶۰- (خبرگزاری موج ، در تاریخ ۸۳/۱/۱۰ ، به نقل از خبرگزاری ، فرانس پرس ، به آدرس اینترنتی

WWW.MOJNEWS.COM

61- Public policy , fraude and fraude alo loi , Norel Rosner , University in Groningen , 2003/2

www.llrx.com

62-www.journal.law.mcgill.ca

63-64-[http:// www.law-](http://www.law-)([http:// www.muranev.ru/research/files/lawevasion.doc](http://www.muranev.ru/research/files/lawevasion.doc))

training.org

معاونت آموزش حقوقی قوه قضائیه

65- www.iranbar.com

کانون وکلای دادگستری مرکز

66- www.rooznamehrasmi.ir

روزنامه رسمی کشور

Abstract

As this dissertation ((Theoretical Foundations of fraud against the law in private international law)), and the notion that people with a legal means extricate itself from the shackles of law, civil law or private international law may be accepts. Citing a recent precedent of the French towards the new concept of fraud is presented. Accordingly, the fraud is against the law: intentional change in the legal relationship of Salehi to escape the rule of law, private international law and conflict resolution is recommended. Admittedly these circumstances it is necessary to apply the rule in the first quarter as the subject of this condition are discussed.

Rule of law, prevent fraud than *Fraus omniacorrupit* actually become lifeless and dead phrases laws and regulations to prevent, lawyers and the courts are willing to accept it. Absolutely private international law can not be an exception, but some experts disagree with this theory is undeniable. In the third chapter of the rule is to prevent fraud investigation. Domestic and international law enforcement fraud vary.. The private international law of fraud may vary from different countries, to escape the law of the state where he has been cheating, cheating is enforcement. Of course there are some exceptions. It could be seen. And the presentation and review of this thesis, the following results were obtained:

We are a new concept in private international law accepted the law of fraud, elements of fraud (there is a legal requirement, fraudulent intent, a fraud, and minor aspects of the reserve) to implement and enforce the rules necessary to know.

We advocate the rule prohibiting fraud against the rule of law or to prevent fraud ie the law on private international law permit this norm to be accepted. Basically, the law of fraud and one of the best examples of abuse of right. Although the rule of law and public order than common fraud exists, but there is a difference between them and the two do not know the theory of international order, we are self-sufficient theory of fraud exception does not apply when the circumstances arise applicable, and it would be binding. Being attributable to non-fraudulent practice, the law enforcement rule is to prevent fraud. It was concluded that the purpose of fraud litigation, or damage is not repairable. are examples of the same thing in Europe EU rules and procedures mentioned



Islamic Azad University
Vahddamghan
Faculty of Law
Thesis to get a master's degree in law
Private trends

Title:
Theoretical Foundations of fraud against the law in private international law

Supervisor
Do: Alireza Jahangiri

Astadmshavr :
Do: Mahmoud Abbai

Author :
Alireza Rashidi

July 2014