



بایسته‌های نظری تقلب نسبت به قانون از منظر حقوق ایران

حسین کاظمی فروشانی^۱
محسن قدیر^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۸/۰۱/۱۸ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۶/۱۱

چکیده

تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی عبارت است از به کارگیری وسایل صحیح و قانونی برای رسیدن به اهداف و نتایج غیرقانونی. کافی است تا یکی از متداعیین از قاعده حل تعارض به قصد فرار از قانون صالح به نحو متقلبانه ای استفاده بکند تا تقلب نسبت به قانون ایجاد گردد. ضمانت اجرای تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی و بین المللی متفاوت است. در حقوق داخلی مقصود مرتکب متقلب، اضرار به دیگران است بنابراین ضمانت اجرا در حدی که حقوق شخص متضرر را حفظ نماید کافی است و تقلب نسبت به قانون با رعایت شرایطی باعث عدم نفوذ یا بطلان معامله می‌شود. در فقه اسلامی نیز تحت عنوان حیلہ الربا مباحثی مطرح شده است که در واقع از جهت مبنایی مطابقت زیادی با مفهوم تقلب نسبت به قانون در فرهنگ غرب دارد هرچند بنظر می‌رسد از نظر مبنایی حیل شرعی و تقلب نسبت به قانون نه در فقه اسلامی و نه در حقوق موضوعه قابل پذیرش نیست. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی - توصیفی بعد از بررسی مبنایی این دو مفهوم به مقایسه آنها در زمینه حیل شرعی پرداخته و مواردی از مواد قانونی مربوط به بحث حیلہ و تقلب در حقوق ایران را تشریح می‌نماید.

کلید واژه‌ها

تقلب نسبت به قانون، قانون سبب، عناصر وابستگی، فقه اسلامی.

^۱ حسین کاظمی فروشانی، دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. kazemibehzad75@ymail.com
^۲ استادیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول و استاد راهنما): mnghadir@gmail.com

مقدمه

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

تقلب نسبت به قانون، همچون تغییر ارادی عناصر وابستگی و همانند کاربرد ویژه‌ای از تئوری عمومی سوء استفاده از حق، از جمله موانع اجرای الزامی حقوق خارجی در حقوق بین‌الملل خصوصی محسوب می‌گردد. کافی است که یکی از متداعیان به قصد فرار از قانون صالح از قاعده حل تعارض به نحو متقلبانه‌ای استفاده کند تا تقلب نسبت به قانون در حقوق بین‌الملل 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 پرمفعت‌تر برای یکی از اصحاب دعوی می‌انجامد و با نادیده گرفتن قانون صالح قابل اعمال همراه است. در این راستا، براساس نظریه لاپرادل^۱، تقلب نسبت به قانون عبارت است از تغییر در عناصر وابستگی، به منظور ایجاد یک عنصر وابستگی غیرواقعی و خیالی (Bernard, 1979: 119). به نظر پیر میا^۲، یکی دیگر از حقوق دانان فرانسوی، تقلب نسبت به قانون در نتیجه رفتارهایی در جهت تغییر عناصر وابستگی به منصفه ظهور می‌رسد 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

^۱ G.D La Paradel

^۲ Pierre Mayer

واقعی خود را با کشورهایایی که قانون آن به طور متقلبانانه نادیده گرفته شده است حفظ نماید (Mayer, 2011: 209).

در شرایطی که یک عنصر وابستگی به اراده طرفین مرتبط باشد، تقلب نسبت به قانون ممکن است تحقق یابد. این عناصر وابستگی که می‌توانند امکان تقلب اشخاص نسبت به قانون را ممکن سازند، عبارتند از اقامتگاه و تابعیت. ساز و کار تقلب نسبت به قانون می‌تواند 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 می‌گردد. اما این نظریه حقوقی بر تغییر تمام عناصر وابستگی برای امکان فرار از قانون اتفاق نظر ندارد. در منابع فقهی نزدیک ترین قاعده به منع سوء استفاده از حق، قاعده لاضرر است. اما بطور کلی مفهوم لاضرر عام‌تر از منع سوء استفاده از حق است. این اصطلاح در حقوق اروپایی در کشورهای رومی ژرمنی تاسیس شده است. در کامن لار بر طبق نظری که هم اکنون در انگلیس و آمریکا غلبه دارد، صاحب حق می‌تواند به هر صورت و با هر اندیشه‌ای تا جایی که از حدود قانون و مفاد اختیار خود تجاوز نکند، حق را بکار برد.

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

۱- تقلب نسبت به قانون

۱-۱. اصول فقهی

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

شاید بتوان گفت شیخ طوسی نخستین فقیه‌ای است که بر جواز حیل بطور اجمال ادعای اجماع کرده است. وی در این باره می‌گوید: حیل‌های شرعی فی‌الجمله به اتفاق فقها جایز است و قول به حرمت شاذ و نادر است (طوسی، ۱۳۸۷: ۹۵). در مقابل عده بسیار از فقها حیل‌های شرعی را حرام می‌دانند (مقصودی، ۱۳۹۴: ۹۲).

در فقه حیل دارای مفهوم وسیع‌تری از تقلب نسبت به قانون است. در نتیجه حیل شامل مواردی هم می‌شود که فقط برای فرار از یک تکلیف صورت نگرفته است. ولی باید توجه کرد که همیشه تقلب مستلزم فرار از یک تکلیف قانونی است. می‌توان این‌طور بیان کرد که حیل نامشروع همان تقلب نسبت به قانون است. برای تایید این سخن می‌توان به تعریف ابن قدامه اشاره کرد: حیل حرام و غیرمشروع عبارت است از اینکه کسی به ظاهر عقد مباحی را انجام دهد ولی در واقع اراده حرام دارد. هدفش این است که با توسل به حیل تقلب کرده و عملی را که خداوند حرامش کرده، مباح و حلال کند (ابن قدامه، ۱۴۰۳ق: ۲). تعدادی از حقوقدانان اعتقاد دارند که بطور کلی تقلب غالباً همراه سوء نیت و قصد نامشروع است و می‌توان گفت که تقلب با سوء نیت ملازمه دارد. به نظر برخی از مولفان، سبب بسیاری از اختلاف دیدگاه‌ها درباره موضوع حیل، مطرح نشدن تعریفی جامع و فراگیر از آن در منابع فقهی مذاهب مختلف است. با این همه با اندکی تسامح می‌توان مراد از حیل را در غالب منابع فقهی، بویژه هنگامی که با وصف شرعی ذکر می‌شود، تلاش برای بدست آوردن زمینه‌ها و اسبابی دانست که بر آنها حکم شرعی جدید مترتب می‌شود اعم از اینکه آن اسباب حرام باشد یا حلال (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۷-۱۸). در حیل اصالتاً تغییر حکم صورت نمی‌گیرد بلکه در واقع موضوع حکم شرعی تغییر می‌یابد. به بیان دیگر، پیامبر (ص) برمی‌گردد، مثلاً می‌توان این حدیث نبوی که جنگ، فریب و خدعه است و نیز توریه پیامبر و صحابیان را از ادله تجویز حیل از نوع منفی در شرایط خاص به شمار آورد. همچنین موارد متعددی از کاربرد حیل در قضاوت‌های امیرمومنان گزارش شده است (ابن بطه اکبری، ۱۴۰۳ق: ۱۷). با این همه شکل‌گیری مباحث حیل در احادیث فقهی بطور گسترده به عصر تابعین و بویژه اوایل قرن دوم بازمی‌گردد. برای نمونه می‌توان به احادیث منقول از کسانی چون ابراهیم بن یزید نخعی و امامان شیعه (ع) اشاره کرد که مصادیقی از مسائل حیل شرعی را دربر دارند (ادریس حلی، ۱۴۱۱ق: ۲۰۴-۲۰۵). فقهای امامی هرچند با زیاده روی حنفیان در کاربرد حیل شرعی مخالفند^۱ اما بسیاری از حیل را مجاز شمردند. از جمله مهم‌ترین مصادیق حیل در فقه

^۱ برای نمونه مراجعه کنید به: طوسی، المبسوط، ج ۵، ص ۹۵، محقق حلی، قسم ۳، ص ۵۹۶

اسلامی، که از ابتدا تا کنون مورد بحث و مناقشه بوده و درباره آن آثار متعددی تالیف شده، حیل ربا یعنی راهکارهای رها شدن از معامله ربوی است.^۱ البته شماری از فقهای امامی درباره پذیرش حیل بطور کلی یا جزئی سختگیری بیش تری نموده و برخی مصادیق حیل را بطور اصولی نپذیرفته اند.^۲ به تصریح فقهای امامی حیل باب خاصی ندارد و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. همچنین توسل به عقد صوری در جریان معاملات برای رسیدن به هدف نامشروع و حرام ربا در فقه اسلامی مردود است و اکثر فقهای اسلامی با استناد به آیه شریفه "احل الله البیع و حرم الربا" و احادیث و اخبار وارد شده، اینگونه اعمال را منع و باطل اعلام نموده است. راغب اصفهانی در خصوص مفهوم حیله می گوید: حیله، به معنی به کارگرفتن راه‌هایی است که به شکل پنهان باشد به تعبیر دیگر به معنای چاره جویی پنهانی است و معمولاً بار منفی دارد (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲: ۱۳۷-۱۳۸).

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

۲-۱. اصول حقوقی

تقلب نسبت به قانون در چارچوب تعارض قوانین زمانی تحقق می‌یابد که اشخاص با سوء استفاده از حق انتخابی که به موجب قانون یک کشور به آنها برای تغییر در وضعیت خود یا محل اموال یا محل انعقاد قرارداد و غیره داده شده خود را تحت پوشش قانونی غیر از قانونی قرار دهند که قاعدتاً باید بر موضوع حاکم باشد. در این رابطه در حقوق ایران می‌توان به احتمال تقلب نسبت به قانون در رابطه با موضوع احوال شخصیه در نتیجه تفسیر خاصی که بعضاً از ماده ۷ قانون مدنی به عمل آمده، اشاره نمود. به موجب این ماده "اتباع خارجه مقیم در خاک ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه و اهلیت خود و همچنین از حیث حقوق ارثیه در حدود معاهدات مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهند بود". اصطلاح خارجیان به کار رفته در این ماده به طور معمول باید به اشخاصی اطلاق می‌گردد که تابعیت ایران را ندارد، بنابراین برخی

^۱ برای مثال رجوع کنید به آقا بزرگ طهرانی، ج ۷، ص ۱۲۷، ج ۱۱، ص ۱۷۸، بحرانی، ج ۲۵، ص ۳۷۵
^۲ رجوع کنید به مقدس اردبیلی، ج ۸، ص ۱۸ و ۴۵۳ و ۴۵۸، امام خمینی، ج ۱۲۷۹، ص ۲، صص ۵۵۳-۵۵۲

معتقدند اگر یک مسلمان غیرایرانی به موجب قانون کشور متبوعش نتواند از یک حقوق اساسی خود به موجب دین مبین اسلام بهره‌مند شود در صورت درخواست بهره‌مندی از حقوق مذکور در ایران عدم اجازه به وی در این رابطه در ایران با استناد به مواد ۷ و ۹۶۱ قانون مدنی ایران با نظم عمومی و قانون اساسی ایران منافات دارد. بدیهی است پذیرش چنین تفسیری می‌تواند موجبات تقلب نسبت به قانون را بوسیله اتباع خارجی مسلمان در ایران فراهم سازد زیرا برخلاف تابعیت که رابطه‌ای است بین فرد و دولت و معمولاً مدارک کتبی برای اثبات آن وجود دارد و بعلاوه اراده فرد بطور یکجانبه نمی‌تواند برای وی ایجاد تابعیت کند، مذهب رابطه‌ای است میان خالق و مخلوق که حتی برای اثبات برای خلق نیز نیازی به ارائه مدرک کتبی نیست و اراده یک جانبه فرد نقش اساسی دارد. به خصوص دین مبین اسلام پذیرش به این دین را بسیار آسان قرار داده است. بنابراین یک فرد غیر مسلمان برای اینکه بتواند از حقوق مسلمانان بهره‌مند شود ممکن است در ایران خود را مسلمان معرفی کند (خمامی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۰۴-۱۰۵). در واقع در نظریه‌ی تقلب نسبت به قانون دو عنصر در نظر گرفته می‌شود. یکی عنصر مادی که عبارت است از تغییر عنصر وابستگی و دیگری معنوی که همان قصد فرار از قانون صالح می‌باشد. در بدو امر می‌بایست که یک تغییر ظاهراً واقعی در تابعیت تحقق یابد و بجز تابعیت، سایر عناصر وابستگی چون اقامتگاه نمی‌تواند 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 می‌باشد 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 می‌داند قابل اجراء است، 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 می‌توان در چنین مواردی به قصد متقلبانه اشخاص پی برد، مضافاً، می‌بایست این نکته را بررسی کرد که آیا هر تغییر قانونی عناصر ارتباط می‌تواند الزاماً تقلب نسبت به قانون محسوب شود. چه اینکه، اصل حاکمیت اراده همچنان در حقوق بین‌الملل خصوصی معتبر است، و مضافاً، یکی از اصول سه‌گانه حاکم بر عناصر ارتباطی اعم از تابعیت و اقامتگاه ارادی بودن و قابل زوال بودن آنها می‌باشد (خمامی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۰۴-۱۰۵).

شرط اساسی به نتیجه 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 بی‌اثربری وسیله

است. موثر بودن وسیله حقوقی بدین معنی است که این وسیله ذاتا صحیح و غیر قابل خدشه باشد. اگر بتوان از راه‌های معمولی در صحت وسیله‌ای 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 علی‌البدل شناخته شده است. یعنی اگر با استفاده از ضمانت اجرای طبیعی قوانین، نتوانیم از عمل غیر قانونی اشخاص جلوگیری کنیم می‌توانیم از این نظریه استمداد نمائیم. عمل صوری که برای تقلب نسبت به قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد وسیله حقیقی نیست. دادگاه به محض اثبات صوری بودن می‌تواند آن را بی اثر کند. برای مثال کسی که می‌خواهد از صلاحیت محکمه ای فرار کند ممکن است با حفظ اقامتگاه اصلی، اقامتگاه دیگری بطور صوری برای خود ایجاد کند و آن را 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 می‌شود (Indira, 2006:217).

۲- مبانی نظریه منع تقلب نسبت به قانون

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

در قوانین ایران ماده عامی که صریحا تقلب نسبت به قانون را منع کرده باشد موجود نیست. ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق که معامله به قصد فرار از دین را پیش‌بینی کرده هرچند نمونه‌هایی 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 بی‌اثر 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 ایران می‌باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است.^۱ فقها اصل لاضرر را به عنوان یک قاعده کلی که در بسیاری ابعاد عبادی، سیاسی، اجتماعی، فردی و معاملاتی قابل

^۱ قرآن کریم سوء استفاده از حق را در مورد حق رجوع و وصیت که غالبا در مظان سوء استفاده می‌باشد عنوان کرده است و از این موارد می‌توان علت منع را که سوء استفاده از حق می‌باشد استنتاج کرد. نکته جالب توجه این است که از نظر شریعت اسلام سوء استفاده از حق گناه محسوب می‌شود. 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 می‌باشد و موید آن آیه ۱۸۲ از سوره بقره است که در آن از جنف و اثم در وصیت سخن به میان آمده است.

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 می‌گردد. نظر به اینکه حقوق مدنی ایران 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 ایران است کاملاً توجه داشته باشیم. به موجب این ماده کسی نمی‌تواند 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. در این مورد به استناد ماده ۱۳۲ می‌توان جلوی سوء استفاده از حق را گرفت. مسئله قصد تقلب در سوء استفاده از حق مورد توجه می‌باشد. 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 (مدنی، ۱۳۹۳: ۲۸).

این ماده ماخذ اصلی قاعده لاضرر در حقوق مدنی است، ولی مورد منحصر نیست. مواد ۱۲۲ و ۱۲۵ و ۱۳۹ قانون مدنی نیز از مجاری قاعده لاضرر هستند. حتی می‌توان گفت که مواد ۹۴۴ و ۹۴۵ قانون مدنی به طور آشکار قاعده لاضرر را به حقوق ایران وارد کرده‌اند بنحوی که هیچ تردیدی در اعتبار قاعده مزبور در حقوق موضوعه ایران باقی نمی‌گذارد. 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 می‌شوند از موارد سوء استفاده از حق هستند که حتی اگر ماده خاصی آنها را پیش‌بینی نکرده بود قاعده لاضرر که از دریچه 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 می‌توانیم با استفاده از روح آن از سوء استفاده از هر حق دیگری جلوگیری کنیم. تقلب اعم از اینکه نسبت به قانون یا اشخاص ثالث باشد در هر حال متوجه یک الزام قانونی و تکلیف است و از این جهت فرقی میان تقلب نسبت به قانون و تقلب نسبت به اشخاص نیست. بر فرض قبول صحت این تقسیم ماده ۱۳۲ شامل تقلبی نسبت به قانون هم خواهد بود زیرا بطوریکه در مطالعه سابقه فقهی این ماده ملاحظه شد مضمون این ماده منع سوء استفاده از مطلق حق است و تقلب نسبت به قانون هم چیزی جز سوء استفاده از حق نیست و این موضوع مورد قبول عده زیادی از علماء حقوق فرانسه و دادگاه‌ها می‌باشد. در نتیجه ممکن است در هر مورد که شرایط اجرای آن

موجود باشد با استفاده از روح این مواد مستقلا و یا با استناد مواد مزبور از آن بهره برداری کنیم (عامری، ۱۳۹۲: ۵۴).

این اصل یکی از مهم‌ترین اصول عقلی است که علاوه بر حکم عقل، در آیات و روایات بسیاری مورد تأیید و تأکید قرار گرفته است و از بدیهی‌ترین 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 می‌سازد. مفاد این قاعده در دیگر نظام‌های حقوقی نیز در محدوده مسائل حقوق به حکم عقل پذیرفته شده و نشانه‌های آن را می‌توان یافت. به بیان دیگر، ضرورت جبران خسارت، از گذشته، کم و بیش، در تمام جوامع مورد قبول بوده است و بر همین مبنا، نظام‌های حقوقی مختلف توجه و تأکید بر جبران خسارت زیان دیده را داشته‌اند با این تفاوت که در حقوق اسلام این قاعده، به عنوان یک اصل کلی حاکم بر احکام و مقررات اولیه به طور مشخص پذیرفته شده است و مورد بحث و بررسی قرار گرفته، و سامان یافته است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۴: ۳۴-۳۵).

۲-۲. نظریه علت و جهت نامشروع

نظریه علت در مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۳۱ و ۱۱۳۲ و ۱۱۳۳ قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی شده است. بر طبق ماده ۱۱۳۳ این قانون، تعهدی که علت آن نامشروع باشد باطل است که همین ماده در تعریف علت نامشروع می‌گوید: «علت نامشروع محسوب می‌شود اگر به موجب قانون ممنوع بوده یا برخلاف اخلاق حسنه و یا نظم عمومی باشد». در تطبیق تقلب نسبت به قانون بر نظریه علت نامشروع گفته شده که قصد فرار از قانون، علت منحصر در انجام عمل متقلبانه است و با فرض اینکه این علت نامشروع است، باید عمل متقلبانه به استناد نظریه علت نامشروع ابطال شود. بر اساس این استدلال برای خنثی کردن عملی که به قصد فرار از قانون صورت گرفته احتیاج به ضمانت اجرای قانونی دیگری نیست بلکه از وحدت ملاک ماده ۱۱۳۱ که بطلان علت نامشروع در آن پیش‌بینی شده می‌توان استفاده کرد و عمل متقلبانه را باطل نمود (ارفع نیا، ۱۳۸۹: ۳۶-۳۹).

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 نمی‌شود. یکی از مهم‌ترین قواعد جهت تعهد، توجیه اصل همبستگی

تعهدات در قراردادهای دو تعهدی است. این 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 می‌توان استناد کرد. «اگر تعهد یکی از متعاملین به علت بطلان تعهد طرف دیگر کان لم یکن شناخته می‌شود برای آن است که متعاملین چنین خواسته‌اند و اراده مشترک متعاملین بر همبستگی تعهدات بوده است».

به نظر حقوقدانان هرچند ماده ۲۱۷ ق.م به ظاهر جهت نامشروع را فقط هنگامی که جهت صریحا در قرارداد ذکر شده باشد موجب بطلان معامله معرفی کرده، لیکن با توجه به مواد ۲۲۵ و ۱۱۲۸ همین قانون می‌توان 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 که جهت نامشروع وارد قلمرو توافق اراده شده است نیز مورد مشمول ماده ۲۱۷ بوده و در نتیجه قرارداد باطل خواهد بود (الماسی، ۱۳۸۷: ۹۴). هرگاه قانونگذار ضمانت اجرای خاصی برای جلوگیری از سوء استفاده از حق پیش‌بینی نکرده باشد نظریه تقلب نسبت به قانون اعتبار خود را باز می‌یابد. 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 می‌باشد. چرا که هرگاه مقنن ضمانت اجرائی خاص برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون پیش‌بینی کرده باشد، آن مورد تحت عنوان تئوری کلی قرار نمی‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۹: ۵۶).

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

صاحب کتاب جواهر الکلام برای بی اثر دانستن تقلب قاعده نقض غرض را عنوان کرده است، این قاعده که یک اصل عقلی است بر این پایه استوار است که وقتی غرض و مقصود شخص عاقلی بوجود یا عدم امری تعلق بگیرد و تحقق یا عدم تحقق این امر را بخواهد بطوری که 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 صریحا یا ضمنا از انجام امری اعلام کرده نمی‌شود. 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:

«هرچه که متضمن نقض غرض در اصل تشریح حکم شود به بطلان آن می‌شود» (جواهرالکلام، ۱۴۱۱ق: ۳۵۹)

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

هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود دارد معذالک از جهت ماهیت یکسان نیستند. در نظم عمومی مفاد و محتوای قانون صلاحیت‌دار خارجی مطرح است و قاعده نظم عمومی وقتی به موقع اجرا در می‌آید که قانون خارجی از لحاظ محتوا با قانون داخلی ناسازگار باشد. در اینجا هدف نظم عمومی دفاع از سازمان‌های قانونی کشور در مقابل ناسازگاری‌های ناشی از اجرای قانون خارجی می‌باشد. در حالی که در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار از قانونی که حقا می‌بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است. بین نظم عمومی و قاعده جلوگیری از تقلب چند شباهت وجود دارد: هر دو از اجرای قانون خارجی حاکم جلوگیری می‌کنند (اثر عمومی منفی)، اثر هر دو جنبه فرعی و علی‌البدل دارد^۱، اثر هر دو بسته به نظر و تشخیص قاضی است و هر دو دارای اثر خفیف می‌باشند. با توجه به آنچه بیان شد نظریه نظم عمومی بین‌المللی، ما را از تئوری استثناء تقلب مستغنی نمی‌کند. و هرگاه شرایط 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 دلیل عدم وجود هر گونه علاج دیگری در جلوگیری از اجرای قانون خارجی اعمال این قاعده ضروری باشد (خامی زاده، ۱۳۹۱: ۱۱۴).

۲-۴. صوری بودن

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

در حقوق ایران به پیروی از فقه اسلام و حقوق فرانسه مواد متعددی در قانون مدنی و قانون تجارت پیش‌بینی شده که می‌توان به استناد آنها نظر تبعیت عقد را از اراده واقعی قبول کرد. به موجب ماده ۱۹۱ قانون مدنی: «عقد محقق می‌شود 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 ذکر 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 می‌کند 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 می‌توان در سایر عقود و معاملات صوری استفاده کرد راه را برای بی اثر کردن بیع شرط که نوعی معامله صوری است باز کرده است. ماده ۴۲۶ قانون تجارت در باب معاملات ورشکسته نیز به یک قاعده کلی در بطلان معامله صوری اشاره می‌کند. 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 اضطرار به طلبکاران تبانی شده، قانونگذار معامله را باطل دانسته است و حال آنکه معامله به قصد فرار از دین اصولاً غیر نافذ است (ماده ۲۱۸ قانون مدنی)، علت بطلان در ماده مزبور این است که در معامله صوری قصد انشاء وجود ندارد، کافی است دادگاه صوری بودن معامله را احراز کند تا از تقلب و حيله رفع اثر بشود (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۰۹).

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

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

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

۳- وضعیت حقوقی عقود مبتنی بر تقلب نسبت به قانون

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

الف. متعاملین قصد ایجاد معامله ممنوع را دارند ولی بصورت عقد دیگری آن را واقع می‌سازند که در اینصورت عقد مزبور باطل است زیرا قصد انشائی وجود نداشته است. معاملات صوری یکی

از وسایلی است که غالباً برای تقلب نسبت به قانون مورد استفاده قرار می‌گیرد. این معاملات برای صحنه سازی منعقد می‌شوند، بدون آنکه مقصود واقع ی طرفین، انعقاد قرارداد باشد؛ مثلاً دو نفر برای بالا بردن قیمت ملکی در نظر شخصی اجاره نامه صوری با قیمت گزاف تنظیم کنند. همه حقوقدانان اتفاق نظر دارند که برای انعقاد عقد، دو امر لازم است: یکی قصد و رضا که به اراده حقیقی تعبیر می‌شود و دیگری چیزی که بر آن دلالت نماید که از آن به اراده انشایی یاد می‌کنند. عقد با هریک از اینها بدون دیگری تحقق نمی‌یابد. بنابراین عقد صوری مقرون به حیله و نیرنگ به دلیل نداشتن اراده حقیقی باطل است (امامی، ۱۳۷۸: ۷۹).

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

ب- عقودی که در آن قصد جدی وجود دارد، ولی اراده جدی طرفین در قالب عقد پنهانی مخفی می‌ماند و صورت خارجی معامله مقصود واقعی طرفین نیست. اصطلاحاً به این عقود، عقود تدلیسی گویند. در این گونه عقود، طرفین برای معامله واقعی خود عنوانی صوری انتخاب می‌کنند تا رابطه واقعی و معامله اصلی میان خود را از منظر دیگران پوشیده بدارند و یا از مقررات قانونی بگریزند؛ مانند هبه‌ای که در لباس بیع صورت می‌گیرد تا مالیات کمتری به آن تعلق گیرد یا خشم و حسادت وارثان را به دنبال نداشته باشد. عقود تدلیسی در واقع، ترکیبی از عقد صوری و عقد واقعی است و دارای دو جنبه آشکار و پنهان می‌باشد. جنبه‌های گوناگون عقد تدلیسی باعث شده تا در ضمانت اجرای آن میان حقوقدانان اختلاف شود. عقد تدلیسی به دو صورت انجام می‌شود: عقد تدلیسی در قالب عقدی که دارای دو جنبه ظاهری و پنهانی است، محقق می‌شود. در این نوع به استناد قاعده "ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد"، عقد بطور کلی باطل است (شهیدی، ۱۳۸۹: ۲۰۸) ولی گاهی عقود تدلیسی در قالب دو عقد کاملاً مجزا صورت می‌گیرد،

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

به گونه‌ای که عقد ظاهری در انظار عمومی و به‌طور صوری منعقد می‌شود و بی‌گمان باطل است؛ ولی عقد پنهانی در قالب عقدی دیگر، با وجود همه شرایط شکل‌ی و ماهوی صورت می‌گیرد. در این فرض، صحت عقد پنهانی همان گونه که برخی از حقوقدانان بر آن تأکید کرده‌اند، صحیح‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا اشخاص حق دارند با یکدیگر قرارداد ببندند و پیمان خود را از دیگران پنهان دارند. اجرای این حکم تا جایی که با حسن نیت و برای رسیدن به خواستی مباح انجام گیرد، با هیچ مانعی روبه‌رو نیست؛ ولی وقتی پای خدعه و نیرنگ به قانون و قصد اضرار به دیگران به میان آید، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد است.

پ- عقودی که مقرون به اراده جدی طرفین است، ولی به قصد اضرار دیگران منعقد می‌شود. نکاح مریض در مرض منجر به فوت که به قصد اضرار به سایر وراثت صورت می‌گیرد و معامله به قصد فرار از دین از مصادیق آشکار این گونه معاملات به شمار می‌روند که ضمانت اجرای آن در قوانین، عدم قابلیت استناد شناخته شده است. قانونگذار برای جلوگیری از این حيله در ماده ۹۴۵ قانون مدنی می‌گوید: اگر مردی در حال مرض، زنی را عقد کند و در همان مرض، قبل از دخول بمیرد، زن از او ارث نمی‌برد؛ لیکن اگر بعد از دخول یا بعد از صحت یافتن از آن مرض بمیرد، زن از او ارث می‌برد. در این حکم، اباحه دخول به زنی که در حال بیماری متوفی همسر او شده است، دلیل بر درستی و نفوذ نکاح و محروم ماندن زن از ارث، نشان عدم نفوذ آن است. این چهره بطلان نسبی که در طلاق مریض وجود دارد، در نظریه‌های حقوقی ما ناشناخته مانده است. با وجود این باید پذیرفت در کنار دو مفهوم شایع بطلان و عدم نفوذ، ضمانت اجرای دیگری نیز وجود دارد که عدم قابلیت استناد نام دارد و منظور از آن اینکه نکاح مریض فی‌نفسه و در میان طرفین، مشروع و نافذ است؛ ولی برای زن در برابر سایر وارثان قابل استناد نیست (شهیدی، ۱۳۸۹: ۲۲۴).

در معامله به قصد فرار از دین نیز اوضاع همین گونه است. طبق ماده ۶۵ ق.م. نفوذ معامله به قصد فرار از دین منوط به اجازه طلبکاران است؛ به عبارت دیگر، معامله بدهکار حيله‌گر غیرنافذ است. بدین ترتیب اگر معامله غیرنافذ با نارضایتی و رد صاحب حق روبه‌رو شود، از جهت آثار، هیچ تفاوتی با عقد باطل ندارد؛ ولی ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی، چنین اثر قاطعی برای معامله به قصد فرار از دین قرار نداده، در این ماده سخنی از ابطال معامله در میان نیست. فقط به طلبکار حق می‌دهد که از عین مال مورد انتقال یا معادل بهای آن از اموال انتقال گیرنده، طلب خود را وصول کند. بی‌گمان در رابطه میان طلبکار و انتقال گیرنده، معامله مورد اعتراض در حکم باطل است؛ ولی این حکم، رابطه حقوقی میان بدهکار و انتقال گیرنده را حذف

نمی‌کند. راه جمع میان دو راه حل ارائه شده اینکه گفته شود عدم نفوذ معامله به قصد فرار از دین، نسبی و فقط برای حفظ حقوق طلبکار است.

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

نتیجه‌گیری

قانونگذار در بسیاری از مقررات کیفری و مدنی، آشکارا به مخالفت با تقلب نسبت به قانون پرداخته است که همه حاکی از دیدگاه منفی قانونگذار در خصوص تقلب نسبت به قانون است. گونه‌ای که از مجموع آنها می‌توان قاعده‌ای کلی ذیل عنوان قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون انتزاع نمود. ضمانت اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در معاملات و عقد گوناگون یکسان نیست. عقد صوری بدلیل فقدان قصد، باطل است. عقود که به قصد فرار از دین انجام شوند غیرنافذند و سرانجام عقود تدلیسی و عقودی که به قصد اضرار به دیگران انجام می‌شوند، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استنادند. بنظر می‌رسد تقلب به قانون و حیل شرعیه مفهوماً شباهت بسیاری با یکدیگر دارند و گاهی می‌توان آنها را مترادف دانست. در فقه امامیه و اهل سنت درباره مشروعیت حیل شرعیه حتی در مورد حیل الرباء اختلاف وجود دارد. بنظر می‌رسد در نظام فقهی غایت‌گرای اسلامی، نمی‌توان حیل شرعیه را مقبول دانست مگر در موارد منصوص با تفسیر مضیق موارد. به خصوص تشریح شارع در یک موضوع خاص و صدور حکم ثانویه متعارض موجب ایجاد نقض غرض می‌شود لذا لازم است در استنباط این احکام نکات عقلی نیز کاملاً مدنظر قرار بگیرد. قانونگذار در بسیاری از مقررات مدنی و کیفری، آشکارا به مخالفت با تقلب نسبت به قانون پرداخته است که همه حاکی از دیدگاه منفی قانونگذار نسبت به تقلب نسبت به قانون است، به گونه‌ای که از مجموع آنها می‌توان قاعده‌ای کلی ذیل عنوان قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون است. از لحاظ ماهوی نیز با بررسی تقلب نسبت به قانون مشخص شد که دو عنصر مادی و معنوی زمینه‌ساز ایجاد این تاسیس حقوقی می‌گردد. اما اثبات و احراز عنصر معنوی یعنی قصد متقلبانه اصحاب دعوا و یا یکی از آنها به سهولت انجام نمی‌پذیرد. ماده ۱۳۲ قانون مدنی بیان قاعده حقوقی لاضرر است. قاعده لاضرر که از قواعد مسلم و فقهی مورد تایید قوانین موضوعه ما می‌باشد ضمانت اجرای کافی برای خنثی کردن تقلب نسبت به قانون است. هرچند بین قاعده جلوگیری از تقلب و قاعده نظم عمومی از جهاتی شباهت وجود

دارد 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 می‌آید 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 می‌باشد، در حالی که در موضوع تقلب نسبت به قانون مسئله فرار از قانونی که حقاً می‌بایست در مورد آنان اجرا شود مطرح است. نقض غرض، قاعده ای است که صاحب جواهر آنرا بصورت یک قاعده و اصل کلی بیان داشته و یک اصل عقلی است و احتیاج به مدرک و نص خاصی ندارد، زیرا وقتی نقض غرض در مورد افراد عادی شایسته نباشد به طریق اولی برای قانونگذار امری ناشایست جلوه می‌کند و از ساحت قانونگذار حکیم به دور است. شاید بتوان گفت که این اصل کلی حقوق «تقلب نسبت به کلیه قواعد حقوقی استثنا وارد می‌سازد» که رویه قضائی فرانسه در برابر حيله و تقلب نسبت به قانون به آن استناد می‌کند چیزی جز تعبیری از قاعده نقض غرض نیست. ضمانت اجرای قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در معاملات و عقود گوناگون یکسان نیست. عقد صوری به دلیل فقدان قصد باطل است. عقودی که به قصد فرار از دین انجام شوند غیرنافذ هستند و سرانجام عقود تدلیسی و عقودی که به قصد اضرار به دیگران انجام می‌شوند، در برابر اشخاص ثالث، غیرقابل استنادند.

منابع فارسی و عربی

- ۱- الماسی، نجاد علی (۱۳۹۲)، *تعارض قوانین*، چاپ نهم، تهران: مرکز انتشار نشر دانشگاهی
- ۲- الماسی، نجادعلی (۱۳۸۷)، *حقوق بین الملل خصوصی*، تهران: نشر میزان
- ۳- امامی، سید حسن (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ بیستم، تهران: انتشارات الاسلامیه
- ۴- ارفع نیا، بهشید (۱۳۸۹)، *حقوق بین الملل خصوصی*، ج ۲، تهران: انتشارات آگاه
- ۵- ابن قدامه، عبدالله، المغنی (۱۴۰۳ق)، *تحقیق و تعلیم محمد سالم محبس*، شعبان محمد بن اسماعیل، بیروت: دار الحیات التراث
- ۶- ابن بطه عکبری، عبیدالله بن محمد (۱۴۰۳ق)، *ابطال الحیل المکتب الاسلامی*، چاپ دوم: بیروت
- ۷- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۱ق)، *مستطرفات السرائر*، انتشارات جامعه مدرسین قم، قم

- ۸- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۴)، *سوء استفاده از حق*، چاپ ششم، تهران: انتشارات اطلاعات
- ۹ - سلجوقی، محمد (۱۳۷۰)، *حقوق بین الملل خصوصی*، ج ۱، چاپ اول، تهران: دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران
- ۱۰- راغب اصفهانی، ابی القاسم (۱۳۶۲)، *مفردات الفاظ قرآن*، تهران: کتابفروشی مرتضوی
- ۱۱- شاطبی، ابراهیم بن موسی (۱۴۱۷ ق)، *الموافقات*، ج ۱، بیروت: دارین عفان
- ۱۲- شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، جلد اول، تهران: نشر حقوقدان
- ۱۳- طوسی، ابوجعفر (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، ج ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه
- ۱۴- عامری، جواد (۱۳۶۲)، *حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات آگاه
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، چاپ دهم، تهران: شرکت انتشار
- ۱۶ - مدنی، سید جلال الدین (۱۳۹۳)، *حقوق بین الملل خصوصی*، چاپ اول، تهران: گنج دانش
- ۱۷ - شهید ثانی (۱۳۷۴ش)، *زین الدین بن علی، شرح لمعه*، قم: انتشارات دارالفکر
- ۱۸- شیخ صدوق، ابوجعفر (۱۳۶۸)، *من لا یحضر الفقیه*، ج ۴، قم: نشر صدوق
- ۱۹- جواهرکلام، عبدالعزیز (۱۴۱۱ق)، *آثار الشیعه الامامیه*، قم: انتشارات دارالنبی
- ۲۰- خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۱۵ق)، *المکاسب المحرمه*، گروه پژوهش مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- ۲۱- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، *حیله‌های شرعی و چاره جویی‌های صحیح در فقه اسلامی*، قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب (ع)
- ۲۲- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، *جامع الاشتات فی اجوبه السوالات*، ج ۱، تهران: کیهان
- ۲۳- اخوان فرد مسعود، کیخافرزانه محمدامین (۱۳۹۲)، "مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعی در حقوق خصوصی"، سال چهاردهم، شماره دوم، تهران: پژوهشنامه حقوق اسلامی
- ۲۴- خمایی زاده، فرهاد (۱۳۹۱)، *شرایط*، "آثار و جایگاه قاعده تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی"، شماره دوم، دوره نهم، تهران: مجله حقوق خصوصی

- ۲۵ - شیخ الاسلامی، سید محسن (۱۳۸۲)، "تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی"، نشریه پژوهش حقوق و سیاست شماره ۴
- ۲۶- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، "سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق"، دوره ۲۱، شماره ۲۱، تهران: مجله حقوقی دانکده حقوق و علوم سیاسی
- ۲۷- مقصودی، رضا (۱۳۹۴)، "سوء استفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی"، سال چهارم، شماره دوازدهم، تهران: فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی
- ۲۸- طباطبایی محمدصادق، قاسمی رسول (۱۳۹۰)، "قاعده جلوگیری تقلب نسبت به قانون در حقوق داخلی"، سال هشتم، شماره ۳۱، تهران: حقوق اسلامی
- ۲۹- نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۵)، "محدودیت های اعمال قانون خارجی در تعارض قوانین"، شماره ۴۴، تهران: مجله تحقیقات حقوقی

- 30-Audit Bernard (1979), *La fraude a la loi*, Paris, Dalloz
- 31- Carr Indira (2006), *International Trade Law*, Third edition, London, Cavendish Publications.
- 32- Pierre Mayer (2011), *Droit international prive*, ed.4, paris. Montchrestien.
- 33-Jean Derruppe (2013), *Droit international Prive*, ed. 3., Dalloz.1973.
- 34-Pierre Bourel et Yvon Loussouarn (1988), *Droit international prive*, edit 3., Dalloz ,Paris
- 35- Brand Ronald, (2013), "Challenges to Forum Non Convenien", New York University Journal of International Law and Politics (JILP), Vol. 45, p. 1003 , U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper No. 2013-21, pp.1003-1034 .
- 36- Georges Dreyfus (2015), "Lacte juridique en droit prive international", Paris, Arthur Rousseau, editeur, eR.14