

امکان سنجی استفاده حکم تقلب نسبت به قانون از قاعده لاضرر

مصطفی دانش پژوه*
حسین قافی**

تاریخ تألیف: ۱۴۰۱/۵/۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۰

چکیده

مسئله تقلب نسبت به قانون و آثار آن، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین الملل خصوصی، یکی از مباحث چالشی است که درباره آن دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد. در حقوق ایران، ماده‌ای قانونی که حکم تقلب را به صراحت بیان کرده باشد، وجود ندارد، پس قاضی در مواجهه با پدیده تقلب، ناگزیر باید به استناد اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (شریعت و فقه اسلامی) مراجعه و حکم مسئله را دریافت کند. از جمله مباحث فقهی که می‌تواند تا اندازه‌ای مستند قرار گیرد، قاعده فقهی «لاضرر» است. نویسندگان در این مقال، پس از اشاره به تقلب در حقوق عرفی و تبیین قاعده لاضرر در فقه اسلامی، به مقایسه موضوعی و حکمی این دو مفهوم پرداخته و در تلاش برای اصطیاد حکم تقلب از مفاد قاعده لاضرر، به این نتیجه رسیده‌اند که به استناد این قاعده فقهی، حکم واحدی را برای تقلب نمی‌توان در نظر گرفت، بلکه بسته به انواع مختلف عمل متقلبانه، احکام متفاوتی بر تقلب حاکم خواهد بود.

واژگان کلیدی: تقلب نسبت به قانون، ارکان تقلب، قاعده لاضرر.

* دانشیار گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه/ نویسنده مسئول (mdanesh@rihu.ac.ir).

** استادیار گروه حقوق و فقه اجتماعی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه (hghafi@rihu.ac.ir).

مقدمه

— ضرورت بحث: تقلب نسبت به قانون، که عمری به درازای خود قانون دارد، اگرچه در همه عرصه‌ها و شاخه‌های حقوق قابل طرح است (شریعت باقری، ۱۳۹۵، ص ۲۴۱/سلامه، ۱۴۲۳، ص ۱۹۱)، اما به چند دلیل از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی، اهمیت بیشتری دارد (بستانی، ۲۰۰۴، ص ۱۸۰)، از جمله آنکه «عدم تقلب»، به‌عنوان یکی از شرایط لازم برای استناد به قانون خارجی صلاحیت‌دار و اجرای قضایی آن به‌وسیله قاضی داخلی (بیار مایر، ۲۰۰۸، ص ۳۶۸) و به عبارت دقیق‌تر، به‌عنوان یکی از شرایط شناسایی نتیجه اجرای قانون خارجی (داودی، ۲۰۰۸، ص ۲۵۲) مطرح شده است، که البته هم درباره اصل اعتبار این شرط و هم درباره قلمرو اعتبار آن، چنان‌که خواهد آمد، اختلاف نظر وجود دارد.

در حقوق ایران، ماده‌ای قانونی که حکم تقلب را به‌صراحت و به‌طور کلی و یا درخصوص حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل خصوصی بیان کرده باشد، وجود ندارد و همین سکوت سبب پیدایش اختلاف نظر در میان حقوقدانان ایرانی شده است. بررسی قاعده لاضرر، افزون بر داشتن فایده علمی و نظری، از نظر عملی و حقوقی هم، یک ضرورت است؛ زیرا به‌استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در مواقع سکوت قانون، باید با مراجعه به شریعت اسلامی (منابع معتبر اسلامی با فتاوی معتبر) حکم مسئله را دریافت.

دلیل دیگری که مطالعه تقلب از پنجره قاعده لاضرر را توجیه می‌کند این است که این قاعده فقهی در اصولی از قانون اساسی از جمله اصل چهارم و مواد فراوانی از قانون مدنی (مانند مواد ۶۵، ۱۱۴، ۱۲۲، ۱۳۲، ۱۳۸، ۱۳۹، ۱۵۹، ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۴، ۶۰۰، ۸۳۳ و ۱۱۳۰) انعکاس یافته است، به‌گونه‌ای که می‌توان آن را به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوقی پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران به‌شمار آورد.

از این رو نویسندگان در مقاله حاضر تلاش می‌کنند تا با مطالعه تطبیقی «تقلب» با «قاعده لاضرر» به‌عنوان یکی از مفاهیم و عناوین فقهی نسبتاً قابل تطبیق با مفهوم تقلب، حکم تقلب را تا اندازه‌ای روشن سازند.

— پیشینه بحث: بحث از تقلب نسبت به قانون معمولاً در کتاب‌های حقوق بین‌الملل خصوصی و مبحث تعارض قوانین و به‌عنوان یکی از موانع احتمالی استناد به قانون خارجی مطرح می‌شود و دیدگاه‌های مختلف درباره تأثیرگذاری قصد تقلب بر عمل متقلبانه و آثار آن مورد بحث قرار می‌گیرد

و طرفداران دیدگاه «بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب آثار» و یا دست‌کم، دیدگاه «صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور»، با استناد به استحسان‌های عقلی، مطلوب خود را اثبات می‌کنند (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۹-۱۴۰/ عامری، ۱۳۶۲، ص ۱۴۷-۱۶۲/ شریعت باقری، ۱۳۹۵، ص ۲۴۱-۲۴۶/ سلجوقی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱-۲۰۸/ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۵-۲۲۷) و نه تنها دیده نشده است که با استناد به «قاعده لاضرر»، در صدد اثبات مدعای خویش باشند، بلکه برعکس، برخی از نویسندگان با تصریح به این‌که: «در حقوق مدنی، وقتی تقلب وجود دارد که مقصود شخصی که مرتکب امری شده است، فرار از دین و اضرار به طلبکاران خود باشد و حال آنکه در مورد قاعده جلوگیری از تقلب در حقوق بین‌الملل خصوصی، ممکن است ضرری به اشخاص وارد نیاید و همین که منظور شخص ذینفع، فرار از اجرای قانون متبوع خود باشد، کافی به نظر می‌رسد» (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۱۹۴-۱۹۵)، وجود عنصر ضرر در تقلب نسبت به قانون در قلمرو حقوق بین‌الملل خصوصی را ضروری ندانسته و زمینه استناد به قاعده لاضرر را عملاً منتفی ساخته است. اما برخی دیگر از حقوق‌دانان و نویسندگان ایرانی که در قالب کتاب یا مقاله، مستقلاً به بحث تقلب پرداخته‌اند و به یکی از دو دیدگاه: «بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب آثار» و «صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور» گرایش دارند، گاه برای اثبات مدعای خویش و البته بیشتر در فضای حقوق داخلی و در تقلب‌هایی که علیه اشخاص ثالث صورت می‌گیرد، به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند، هم چنان که به حکم حيله استناد کرده و تقریباً در سرتاسر کتاب خود، تقلب را از دریچه حيله مطالعه کرده‌اند (ر.ک: قاسمی، ۱۳۹۱/ ابلق‌دار، ۱۳۸۶) و به جهت نامشروع (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۵۷) و احیاناً به قبیح جواز نقض غرض نیز استناد کرده‌اند، که مقاله حاضر صرفاً به بررسی امکان استفاده حکم تقلب از قاعده لاضرر اختصاص دارد.

در اولین اثر مستقلی که درباره تقلب با عنوان «نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)» منتشر شده است، گرچه، نویسنده بیشتر در تلاش است که با نوعی قیاس تقلب با حيله‌های نامشروع، مطلوب خود را اثبات کند، اما از استناد به «قاعده لاضرر» هم غفلت نورزیده و می‌خواهد بطلان عمل متقلبانه یا دست‌کم بی‌اثر بودن آن را به استناد این قاعده توجیه کند (کاشانی، ۱۳۵۲، ص ۲۴۱-۲۵۵). نویسندگان پس از تصریح به این‌که در قوانین ایران «ماده عامی که صریحاً تقلب نسبت به قانون را منع کرده باشد، موجود نیست» (همان، ص ۲۴۱) برای توجیه ممنوعیت و بی‌اثر بودن عمل متقلبانه، نخست به نظریه سوء استفاده از حق استناد کرده و تصریح می‌کند که «اصولاً تقلب نسبت به

قانون، یکی از مصادیق و نمونه‌های سوءاستفاده از حق است» (همان، ص ۲۲۷)، اما در نهایت، قاعده «ممنوعیت سوء استفاده از حق» را به قاعده «لاضرر» تأویل می‌کند و پس از تصریح به آنکه ماده ۲۱۸ قانون مدنی سابق (که معامله به قصد فرار از پرداخت دین را نافذ نمی‌دانست) ... قابل شمول نسبت به کلیه موارد تقلب نیست (همان، ص ۲۴۱)، با استناد به ماده ۱۳۲ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضّر همسایه شود، مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود باشد»، آن را «از مجاری قاعده لاضرر و مصادیق بارز آن» (همان، ص ۲۴۱) و «حاکم بر سایر مواد قانون مدنی» می‌داند (همان، ص ۲۵۴) و مواد ۱۲۲، ۱۲۵، ۱۳۹، ۹۴۴ و ۹۴۵ را نیز مصادیق دیگری از قاعده لاضرر معرفی می‌کند (همان، ص ۲۴۲)، که همگی از پذیرش قاعده لاضرر در نظام حقوقی ایران و قابلیت استناد به این قاعده در بحث تقلب حکایت می‌کند. و به همین جهت، تصریح می‌کند: «به نظر ما ... با استناد به این ماده [ماده ۱۳۲ که در واقع ترجمان قاعده لاضرر است] ... می‌توان کلیه موارد تقلب را هر چند متوجه منافع اشخاص ثالث نباشد، خنثی نمود ...» (همان، ص ۲۵۴).

آثاری هم که بعداً درباره تقلب نسبت به قانون منتشر شده‌اند، یا اصلاً به قاعده لاضرر استناد نکرده‌اند (خامی‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۱۰۱-۱۲۴/ اخوان فرد، ۱۳۹۲، ص ۱۸۱-۲۱۲) و یا به همراهی تقلب با ضرر بسنده کرده‌اند (قاسمی، ۱۳۹۱، ص ۱۴۰-۱۴۱) و یا در صورت استناد، معمولاً عین متن یا مضمون دیدگاه دکتر کاشانی را منعکس ساخته و توجیه و تبیین جدیدی ارائه نکرده‌اند (ابلق‌دار، ۱۳۸۶، صص ۱۵۴-۱۵۵، ۱۵۷-۱۵۸ و ۱۷۳/ صدیقی ارحامی، ۱۳۹۴، ص ۹۶-۹۷/ غلامی و شهبازی‌نیا، ۱۳۹۵، ص ۱۳۴-۱۳۵/ کاظمی فروشانی و قدیر، ۱۳۹۹، ص ۷۳-۷۵/ قدیر و کاظمی فروشانی، ۱۴۰۰، ص ۲۲۹). به همین دلیل، این پژوهش از پیشینه غنی و فربهی در ادبیات حقوقی برخوردار نیست و ناگزیر بحث حاضر بیش از آنکه صبغه تبعی داشته باشد، ماهیت و صبغه تحلیلی خواهد داشت.

بنابراین برای دریافت پاسخ این پرسش که آیا برای تعیین حکم تقلب نسبت به قانون، می‌توان به قاعده لاضرر استناد کرد و نتیجه این استناد چه حکمی خواهد بود؟ در ادامه، نخست گزارشی مختصر درباره مفهوم و ارکان تقلب نسبت به قانون و دیدگاه‌های مختلف درباره آن ارائه می‌شود. پس از آن، مفهوم، مدلول و قلمرو قاعده لاضرر در فقه اسلامی، تاحدی که برای تبیین حکم تقلب نسبت به قانون لازم است، مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت پس از تبیین نسبت و رابطه قاعده لاضرر با قاعده ممنوعیت تقلب نسبت به قانون، امکان و نتیجه استناد به قاعده لاضرر برای تعیین

حکم تقلب بررسی می‌شود، تا معلوم شود که مفاد قاعده لا ضرر - در موارد انطباق مفهوم دو قاعده بر یکدیگر - کدام یک از دیدگاه‌های سه‌گانه درباره تقلب را تأیید می‌کند.

۱. تقلب در حقوق عرفی

در ابتدا بحث مختصری درباره مفهوم تقلب در حقوق و نیز ارکان تقلب مطرح می‌شود و سپس دیدگاه‌های مختلف درباره اثر تقلب مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم و تعریف تقلب

مفهوم اصطلاحی تقلب از مفهوم لغوی آن به معنای دگرگون‌سازی دور نیست و در واقع مراد از آن نوعی خاص از دگرگون‌سازی، یعنی دگرگون‌سازی فریبکارانه موضوع، به منظور دگرگونی حکمی است که شخص متقلب از آن گریزان است. از مجموع آنچه در توضیح تقلب و تعریف آن گفته شده است (قاسمی، ۱۳۹۱، ص ۳/ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۵/ کاشانی، ۱۳۵۴، ص ۳۹-۴۰/ متولی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۴/ شریعت باقری، ۱۳۹۵، ص ۲۴۱)، می‌توان آن را به طور کلی این گونه تعریف کرد: «انجام عملی جایز و مشروع به صورت کاملاً قانونی، برای رسیدن به نتیجه یا انجام عملی فعلاً نامشروع و غیرقانونی و مشروع و قانونی نشان دادن آن». معامله به قصد فرار از پرداخت دین در حقوق داخلی و تغییر تابعیت از کشوری که طلاق در آن ممنوع است به کشوری که طلاق در آن مجاز است، به منظور دستیابی به طلاق (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۸/ نصیری، ۱۳۷۲، ص ۵۶/ نظیف، ۱۳۸۹، ص ۱۱۸) و یا ازدواج با یک بیگانه به منظور گرفتن کارت اقامت در کشور بیگانه، (شیخ‌الإسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۹/ همو، ۱۳۸۲، ص ۱۰) در حقوق بین‌الملل خصوصی، از مثال‌های روشن تقلب نسبت به قانون در دو عرصه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشند در تحلیل تقلب در حقوق بین‌الملل خصوصی، (با تأکید بر تغییر تابعیت؛ برای مثال آشکار در قضیه معروف خانم دوبوفرمن فرانسوی)، می‌توان گفت: شخص متقلب می‌خواهد عنوان یک رابطه حقوقی را تغییر دهد، چنانکه خانم دوبوفرمن می‌خواست با تغییر تابعیت، عنوان «تبعه دولت فرانسه» را به تبعه «دولت آلمان» تغییر دهد، تا بتواند از شمول قانون مادی فعلاً صالح یعنی ممنوعیت طلاق در قانون فرانسه، فرار و از قانون مادی فعلاً ناصالح یعنی جواز طلاق در قانون آلمان استفاده کند، تا در نتیجه به هدف اصلی و نهایی فعلاً نامشروع خود (طلاق) دست یافته و آن

را قانونی و مشروع گرداند یا مشروع جلوه دهد. براین اساس شاید بتوان در یک عبارت مختصر، تقلب را این‌گونه نیز تعریف کرد: «فرار قانونی از اجرای قانون».

۱-۲. ارکان تقلب

برای تحقق تقلب، وجود سه عنصر یا سه رکن، به شرح زیر ضروری است (کاشانی، ۱۳۵۴، ص ۴۲/ قاسمی، ۱۳۹۴، ص ۲۹/ سلجوقی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱/ عکاشه، ۲۰۰۴، ص ۴۹۷/ ممدوح، ۱۹۷۳، ص ۳۲۹).

یک - رکن معنوی (قصد تقلب): مهم‌ترین رکن تقلب، عنصر معنوی یا قصد تقلب است. تقلب آن‌گاه تحقق می‌یابد که قصد تقلب؛ انگیزه انحصاری یا دست‌کم انگیزه اصلی فاعل از انجام عمل باشد.

دو - رکن مادی (انجام عمل متقلبانه): صرف نیت تقلب کافی نیست، بلکه عملیات متقلبانه، یعنی کاری که سبب تغییر عنوان حقوقی شود، نیز باید انجام شود، اما آنچه در اینجا مهم است این است که انجام آن عمل، باید ذاتاً و اصالتاً و صرف نظر از مسئله تقلب، جایز و مشروع باشد (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۱۶/ همو، ۱۳۸۲، ص ۷).

سه - رکن قانونی (الزام قانونی به فعل یا ترک فعل): هدفی که شخص مرتکب تقلب، برای رسیدن به آن، عمل متقلبانه را انجام می‌دهد، باید در زمان انجام تقلب، به لحاظ قانونی ممنوع و نامشروع باشد، هر چند ممکن است - طبق برخی نظریه‌ها - پس از انجام عمل متقلبانه آن هدف مشروع گردد.

۱-۳. دیدگاه‌های گوناگون درباره اثر تقلب و استناد به آن

پرسش اساسی این است که آیا سوء نیت و قصد تقلب، بر عمل متقلبانه اثر منفی می‌گذارد؟ و آیا می‌توان به استناد سوء نیت متقلب، عمل متقلبانه را به طور کامل یا نسبی باطل و بی اثر ساخت؟ یا آنکه چنین استناد و استنتاجی درست نیست. در پاسخ به این پرسش، سه دیدگاه مطرح شده است:

دیدگاه مخالفان استناد (= صحت عمل متقلبانه و ترتب آثار): صاحبان این دیدگاه، بر این عقیده‌اند چون عمل متقلبانه کاملاً قانونی واقع شده است، پس عملی صحیح است که همه آثارش

بر آن مترتب می‌شود و انگیزه متقلبانه هیچ‌گونه تاثیر منفی، بر عمل متقلبانه و ترتب آثار آن ندارد و در نتیجه دیگر جایی برای استناد به تقلب برای بی‌اثر ساختن عمل متقلبانه باقی نمی‌ماند (صحت تغییر تابعیت و صحت طلاق و نکاح مترتب بر آن) و برای اثبات دیدگاه خود، به دلالتی چند، از جمله: تصریح قانون‌گذار به جواز تقلب، تنافی استناد به قاعده ممنوعیت تقلب با اصل حاکمیت اراده، همانندی تقلب با حیل‌های شرعی، تنافی استناد به تقلب با اصل تفسیر مضیق و نیز اثبات ناپذیری تقلب، استناد جسته‌اند (کاشانی، ۱۳۵۴، ص ۲۰۶-۲۲۰/ عکاشه، ۲۰۰۴، ص ۹۵/ نصیری، ۱۳۷۲، ص ۱۹۳/ الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۹/ سلجوقی، ۱۳۸۶، ص ۲۰۷/ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴، ص ۲۲۵/ ارفع‌نیا، ۱۳۷۶، ص ۱۶۴).

دیدگاه موافقان استناد: صاحبان این دیدگاه، با استناد به دلالتی چند از جمله: نظریه حسن نیت، نظریه جهت نامشروع، نظریه منع سوء استفاده از حق، نظریه نظم عمومی و نیز نظریه ضمانت اجرای قواعد حل تعارض (قاسمی، ۱۳۹۱، ص ۹۵/ الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۹/ عامری، ۱۳۶۲، ص ۱۵۴)، بر این عقیده‌اند که عمل متقلبانه اگرچه کاملاً قانونی واقع شده است، اما انگیزه متقلبانه به یکی از دو گونه زیر بر عمل متقلبانه اثر منفی می‌گذارد (هداوی، ۱۹۷۴، ص ۱۰۹).

یک= اثر منفی حداکثری (بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب آثار): صاحبان این دیدگاه نه تنها آثار عمل متقلبانه را بر عمل متقلبانه مترتب نمی‌سازند، بلکه با استناد به نظریه «جهت نامشروع»، نفس عمل متقلبانه را هم ممنوع و باطل می‌دانند (بطلان تغییر تابعیت و نیز بطلان طلاق و نکاح مترتب بر آن) (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۵۷).

دو= اثر منفی حداقلی (صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور): شاید به دلیل انتقادات وارد بر دو دیدگاه پیشین، برخی دیگر، از یک‌سو، همچون گروه نخست، عمل متقلبانه را، به دلیل آنکه کاملاً قانونی انجام شده است صحیح محسوب می‌کنند و از سوی دیگر همچون گروه دوم، اثر منظور متقلب - و نه همه آثار - را بر عمل متقلبانه مترتب نمی‌سازند (صحت تغییر تابعیت و بطلان طلاق و نکاح مترتب بر آن) (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۴۰-۱۴۱).

۲. قاعده لاضرر در فقه و حقوق اسلامی

قاعده لاضرر، که با همین عنوان، یا با بیش از ۱۵ عنوان نزدیک و مشابه، (زارعی سبزواری، ۱۴۴۰، ص ۷-۶) تقریباً مورد قبول همه فقیهان بزرگ امامیه، از دیرباز تاکنون و نیز برخی از فقهای

عامه است (عراقی، ۱۳۷۶، ص ۱۷—۲۵) در کلیت خود یک قاعده عقلی در روابط و مناسبات اجتماعی است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۲۸ / زارعی سبزواری، ۱۳۸۹، ص ۱۹۹) که به‌وسیله آیاتی چند از قرآن کریم (بقره: ۲۳۱، ۲۳۳ و ۲۸۴ / نساء: ۱۶—۱۷ / طلاق: ۶) و نیز چندین روایت مورد تأیید قرار گرفته است که از جمله آنها، روایتی نبوی است که مبنای اصلی قاعده لاضرر در فقه اسلامی قرار گرفته است. بر اساس این روایت، پیامبر گرامی اسلام پس از حکم به رفع مزاحمت ضرری از یک همسایه، به‌عنوان یک قاعده کلی فرمودند: «لاضرر و لااضرار [فی الاسلام]» (حرّ عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۵، ص ۴۲۷—۴۲۹).

این روایت و نیز خود قاعده لاضرر به‌عنوان یکی از مهم‌ترین و مشهورترین قواعد فقهی، در بیشتر کتاب‌هایی که درباره قواعد فقهی نوشته شده است، از جهات مختلف، همچون مدرک قاعده، مفاد قاعده، معنای ضرر و اضرار، نسبت قاعده با دیگر قواعد کلی و احکام شرعی، تقدم قاعده بر احکام اولیه، شمول قاعده نسبت به ضررهای واقعی و غیرواقعی و ضررهای شخصی و نوعی، حکم اضرار اکراهی و اضطراری، تعارض دو ضرر، نسبت قاعده لاضرر و قاعده اقدام و مانند آن، مورد بحث واقع شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۲۸—۱۱۰ / بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۱۷۶—۲۰۸)، اما در هیچ‌یک از آنها، حتی کتاب‌هایی که بیشتر با صبغه حقوقی نوشته شده است و احیاناً در آن، لیستی از مصادیق و موارد اجرای قاعده ارائه شده است (تسخیری، ۱۴۱۵، ص ۱۱۸—۱۲۰ / محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۶۹—۱۷۰ / عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۱۰۸—۱۲۰ / قانع، ۱۳۹۷، ص ۲۱—۳۴)، کمترین اشاره‌ای به رابطه قاعده لاضرر با تقلب نشده است. جز آنکه برخی از فقیهان زیر عنوان «معاملات اضراری» و در هنگام بحث از معامله به انگیزه فرار از پرداخت دین، که بی‌شبهت با بحث تقلب نیست، به قاعده لاضرر استناد کرده‌اند (نراقی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲). در ادامه باتوجه به هدف‌گذاری بحث، تنها به آن بخش از مباحث مربوط به قاعده لاضرر می‌پردازیم که منطقی‌تواند به کشف حکم تقلب نسبت به قانون از منظر فقه اسلامی کمک کند.

۲-۱. مفهوم و مدلول قاعده لاضرر

حقیقت این است هرچند، اصل «قاعده لاضرر»، قاعده مسلمی است، اما هم در مفهوم و هم در آثار آن به شدت اختلاف نظر وجود دارد که نمی‌توان به سادگی برای اثبات مطلوب، بدان استناد کرد. مفهوم عام قاعده این است که در اسلام، ضرر پذیرفته نشده است، چه به‌صورت تشریح

تأسیسی و چه به صورت تشریح امضایی، چه آن ضرر، نوعی باشد (یعنی عمل نوعاً با ضرر همراه باشد) و چه شخصی (و اتفاقی که عمل اتفاقاً با ضرر همراه باشد). در نتیجه در شریعت اسلامی در گام نخست با عدم تشریح قانون ضرری، از وقوع ضرر پیشگیری شده است و در صورت وقوع آن، به گونه‌ای راه‌هایی برای جبران خسارت ناشی از ضرر پیش‌بینی شده است (ضرر متدارک). در مجموع، با ملاحظه ادله مختلف، به نظر می‌رسد قاعده «لاضرر»، قاعده‌ای چند لایه و چند مرحله‌ای است، که بیشترین مفادی که می‌توان از آن استفاده کرد از این قرار است:

۱. عدم تشریح قانون ضرری (حسینی سیستانی، ۱۳۸۹، ص ۲۶)؛

۲. ممنوعیت اضرار به غیر (همان).

۳. وجوب تدارک ضرر و جبران خسارت از طرف شخص ضار، اگر عمل او — چه با قصد ایراد ضرر و چه بدون قصد ایراد ضرر — موجب ضرر غیر شده باشد (محقق داماد، ۱۳۷۳، ص ۱۶۵-۱۶۷).

۴. جواز — و احیاناً وجوب — پیشگیری از عمل ضرری به ویژه نسبت به غیر، چه با قصد ایراد ضرر باشد یا بدون آن، مشروط به آنکه ضرر نوعاً بر آن فعل مترتب شود یا آنکه به طور نسبتاً قطعی بر این فعل خاص — هر چند اتفاقاً و نه نوعاً — مترتب گردد.

حال پرسش این است که آیا به استناد مفاد فوق می‌توان عمل متقلبانه را باطل و فاقد اثر دانست و یا با فرض صحت عمل متقلبانه، اثر منظور متقلب را بر آن مترتب نمود؟ دریافت پاسخ، نیازمند تبیین بیشتر قاعده لاضرر می‌باشد.

۲-۲. قلمرو شمول قاعده لاضرر نسبت به انواع گوناگون فعل ضرری

به نظر می‌رسد قاعده «لاضرر» قاعده عام و مطلقی است که هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی و همچنین، هم تشریح قانون (نسبت به ضرر نوعی) و هم اجرای قانون (نسبت به ضرر شخصی) را دربر می‌گیرد، همچنین هم ضرر ناشی از سوء استفاده از حق و هم ضرر بدون سوء استفاده از حق را شامل می‌شود. البته نسبت به هریک از این شقوق، تأثیر خاص خود را دارد.

برای دریافت حکم تقلب بر اساس قاعده لاضرر باید دید:

اولاً؛ ضرر از جهات مختلف چند نوع است و کدامین نوع یا انواع، مشمول قاعده لاضرر است؟

ثانیاً؛ کدام یک از ضررهای مشمول قاعده لاضرر، با تقلب نسبت به قانون انطباق دارد؟ و یا

برعکس، تقلب نسبت به قانون با کدامین ضرر منطبق است؟ بررسی پرسش اول و دریافت پاسخ آن، در این بند، و پرسش دوم و دریافت پاسخ آن در بندهای بعدی مورد بحث قرار می‌گیرد. ضرر از جهات مختلف (نفس ضرر، فعل ضرری، فاعل ضرر و نیز متضرر و قلمرو شمول)، انواعی دارد که در کتاب‌های قواعد فقه به مناسبت به برخی از این تقسیمات و نه همه آن‌ها، اشاره شده است. برخی از این انواع، اصولاً موضوع قاعده لاضرر نیستند و در شمول قاعده لاضرر نسبت به برخی از آنها، اختلاف نظر وجود دارد. ضررهایی هم که موضوع قاعده لاضرر هستند، از یک سو همه آنها با مسئله تقلب ارتباط ندارند و از سوی دیگر اعمال قاعده نسبت به همه آنها، به نتیجه و حکم واحدی نمی‌انجامد. ذیلاً به انواع ضرر و این که کدامین نوع ضرر مشمول قاعده لاضرر می‌باشد، اشاره می‌شود:

۲-۲-۱. ضرر نوعی و ضرر شخصی

ضرر واقعی به ضررهای نوعی و شخصی تقسیم می‌شود. در این که ضررهای شخصی موضوع قاعده لاضرر می‌باشند، تردیدی وجود ندارد (بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۲۳۷ / مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۹۱). اما نسبت به ضررهای نوعی اختلاف نظر وجود دارد که جای پرداختن به آن نیست.

۲-۲-۲. به لحاظ کیفیت ضرر

از نگاهی دیگر، ضرر ناشی از فعل مشروع غیر، بسته به این که آن فعل به صورت متعارف یا غیر متعارف انجام شود، به دو دسته ضرر متعارف و ضرر غیر متعارف قابل تقسیم است: الف) ضرر متعارف؛ که نوعاً قابل مسامحه و تحمل است، مثل ضرری که از احداث ساختمان معمولی و متعارف بر همسایه وارد می‌شود. ب) ضرر نامتعارف؛ که نوعاً غیر قابل مسامحه و غیر قابل تحمل است، مثل ضرری که از ساخت آپارتمان بلند و نامتعارف بر همسایه وارد می‌شود. در اینجا تنها ضرر غیر متعارف موضوع قاعده لاضرر است، اما در عین حال پاره‌ای از ضررهای متعارف هم اگر نتیجه انجام یک فعل نامشروع باشد، ممکن است بتواند موضوع قاعده لاضرر قرار گیرد.

۲-۲-۳. به لحاظ واسطه

الف) ضرر بی واسطه (مستقیم)؛ ضرری است که بدون واسطه بر فعل مترتب گردد، مثل ضرری که از احداث دیوار بلند، برای همسایگان حاصل می شود و یا ضرری که از ناحیه لزوم بیع غبنی بر مغبون و از ناحیه لزوم بیع کالای معیوب، بر مشتری وارد می گردد.

ب) ضرر با واسطه (غیرمستقیم)؛ ضرری است که با واسطه بر فعل مترتب گردد، مثل ضرری که در نتیجه اعسار حاصل از معامله مدیون، برای بستانکار حاصل می شود. و یا ضرری که از فروش منزل به فردی نامناسب همچون یک فرد شرور، الکلی و معتاد، برای همسایگان حاصل می شود.

به نظر می رسد قدر مسلم شمول قاعده لاضرر، آن جاست که ضرر نتیجه مستقیم فعل ضرری باشد، اما درباره شمول آن نسبت به ضررهای غیرمستقیم جای تأمل وجود دارد؛ به ویژه اگر با قصد ایراد ضرر و آگاهی از ترتب ضرر همراه نباشد.

۲-۲-۴. به لحاظ قصد انجام فعل ضرری

ضرر، از آن جهت که فاعل، قصد انجام فعل ضرری را داشته است یا نه به ضرر عمدی و ضرر غیرعمدی تقسیم می شود:

الف) ضرر غیرعمدی؛ گاه ضرر نتیجه انجام ناخواسته و غیرعمدی یک فعل است، مثل ضرری که در نتیجه تصادف ناخواسته اتومبیل حادث می شود و یا روشن تر از آن، ضرری که از حرکت شخص خواب پدید می آید که نه تنها عنصر سوءنیت و انگیزه اضرار، بلکه عنصر قصد فعل نیز وجود ندارد. بی تردید این نوع ضرر نیز باید جبران شود، اما در این که مستند لزوم جبران خسارت در این مورد قاعده «اتلاف» است یا قاعده لاضرر و یا هر دو، دیدگاه های مختلفی می تواند مطرح گردد.

ب) ضرر عمدی؛ گاهی دیگر، وقوع ضرر نتیجه یک اقدام عامدانه است و به همین دلیل می توان آن را ضرر عمدی نامید. این ضرر که حتماً مشمول قاعده لاضرر است، از جهت آگاهی فاعل از نتیجه ضرری فعل عامدانه، دو صورت دارد:

۲-۲-۵. به لحاظ آگاهی فاعل از ترتب ضرر

الف) ضرر ناآگاهانه؛ هرگاه فاعل به ترتب ضرر بر عمل عامدانه خود آگاه نباشد، در این صورت هر چند علی القاعده عنصر سوءنیت و انگیزه اضرار، وجود ندارد، اما به دلیل تحقق ضرر

ناشی از فعل عمدی، جای استناد به قاعده لاضرر می‌باشد.

ب) ضرر آگاهانه؛ در این صورت، فاعل به ترتب ضرر بر عمل عامدانه خود، آگاه است. این ضرر که قطعاً مشمول قاعده لاضرر می‌باشد، به لحاظ وجود یا عدم انگیزه اضرار در فاعل، دو حالت دارد:

۲-۲-۶. به لحاظ انگیزه فاعل

الف) ضرر بدون انگیزه اضرار (عدم قصد ایراد ضرر)؛ گرچه فاعل در انجام این فعل، انگیزه ایراد ضرر به غیر را ندارد و صرفاً می‌خواهد به مقصود خویش برسد، اما می‌داند که فعل او سبب ضرر دیگری می‌شود، مانند آنکه صرفاً به منظور حفاظت از منزل، دیوار بلند نامتعارفی احداث کند. این ضرر، مشمول قاعده لاضرر می‌باشد.

ب) ضرر همراه با انگیزه اضرار (قصد ایراد ضرر)؛ اگر فعل عامدانه ضرری با انگیزه اضرار به غیر انجام شود، افزون بر این که از جهت حکم وضعی مشمول قاعده لاضرر می‌باشد، از جهت حکم تکلیفی هم، عمل نامشروع خواهد بود.

۲-۲-۷. ضرر همراه با سوء استفاده از حق و ضرر بدون سوء استفاده از حق

تقسیم دیگری از ضرر که معمولاً بدان تصریح نشده است، بدین قرار است:

الف) ضرر همراه با سوء استفاده از حق: مانند ضرر همسایگان ناشی از احداث رستوران یا کارگاه آهنگری در مجتمع مسکونی که یقیناً مشمول قاعده لاضرر می‌باشد.

ب) ضرر بدون سوء استفاده از حق: گاه ضرر، فارغ از عمدی بودن یا نبودن آن و یا قصد اضرار داشتن یا نداشتن، ممکن است با هیچ‌گونه سوء استفاده‌ای همراه نباشد، مانند این که در جریان استفاده متعارف صاحب حق از حق خویش، ضرری نامتعارف به دیگری وارد می‌شود، مثل ضرر ناشی از گودبرداری در هنگام احداث ساختمان که به رغم همه اقدامات احتیاطی، ممکن است به همسایه وارد شود و روشن‌تر از آن، ضرری که از ترکیدگی لوله آب، به همسایه وارد شود. این ضرر نیز، برخلاف سخن کسانی که بحث از ضرر را به گونه‌ای با سوء استفاده از حق درآمیخته‌اند که گویا موضوع قاعده لاضرر را به ضررهای ناشی از سوء استفاده از حق منحصر ساخته‌اند (کاشانی، ۱۳۵۲، ص ۲۲۷)، مشمول قاعده لاضرر می‌باشد.

۲-۲-۸. به لحاظ ماهیت فعل ضرری

از این نگاه فعلی که سبب ورود ضرر می شود دوگونه است:

الف) فعل مادی؛ مثل استفاده از رادیو با صدایی بلندتر از حد متعارف، که موجب ضرر همسایه شود.

ب) فعل حقوقی؛ مثل فروختن منزل، به ویژه با قصد اضرار به همسایگان، به شخصی که قطعاً موجب ایذاء همسایگان و یا سبب کاهش غیر متعارف و غیر قابل تحمل قیمت منازل آنان شود. بیع به انگیزه فرار از پرداخت دین - با فرض آنکه مشمول قاعده لاضرر باشد - مثال دیگری برای این مورد است. به نظر می رسد ضررهای ناشی از هر دو دسته افعال، مشمول قاعده لاضرر می باشند.

۲-۲-۹. به لحاظ برخورداری فعل ضرری از حکم

فعل ضرری، اعم از فعل مادی یا فعل حقوقی، از این جهت دو گونه است:

الف) عمل فاقد هرگونه حکم؛ فعل ضرری گاه یک نوع عمل مادی صرف و غیرارادی است که فاقد هرگونه حکم تکلیفی (مشروع و مجاز یا نامشروع و ممنوع) و نیز حکم وضعی (به معنای صحت و بطلان) است، مثل حرکت در خواب و تصادف ناخواسته ناشی از بریده شدن ترمز اتومبیل. به نظر می رسد هرچند ضرر ناشی از این افعال می تواند منطقیاً مشمول مفهوم عام قاعده لاضرر باشد، اما مستند لزوم جبران ضرر در این موارد، بیشتر قاعده اتلاف و تسبیب است تا قاعده لاضرر.

ب) عمل واجد حکم؛ فعل ضرری، در صورتی که آگاهانه و عامدانه انجام شود، افزون بر حکم تکلیفی (مشروع یا نامشروع بودن عمل) گاه دارای حکم وضعی نیز خواهد بود، که ذیلاً به آن اشاره خواهد شد:

۲-۲-۱۰. به لحاظ حکم تکلیفی

الف) فعل مشروع؛ گاه فعل ضرری، عملی ذاتاً مجاز، حلال و مشروع است، مثل رفت و آمد و سرکشی نابهنگام سمره از درخت خویش، کاشتن درخت در ملک خود، یا فروش اموال به وسیله مدیون. ضررهای ناشی از انجام اعمال عمدی مشروع، بی تردید موضوع اصلی قاعده لاضرر هستند.

ب) فعل نامشروع؛ گاه فعل ضرری، عملی ذاتاً ممنوع، حرام و نامشروع است، مثل سرقت،

غصب، قرض ربوی، استفاده از موسیقی حرام با صدای بلند و ساختن شراب (به‌گونه‌ای که صدای موسیقی حرام و بوی بد تولید شراب، موجب ایذاء همسایه‌ها باشد). ضررهای ناشی از افعال عمدی نامشروع و غیرمجاز هم، بدون تردید باید جبران شوند؛ زیرا وقتی جبران خسارت‌های ناشی از اعمال حق و انجام عمل مشروع، لازم باشد، جبران خسارت ناشی از انجام عمل نامشروع به‌طریق اولی لازم خواهد بود. با این تفاوت که به‌نظر می‌رسد حتی ضررهای متعارف نیز در این صورت مشمول قاعده لاضرر باشد.

۱۱-۲-۲. به‌لحاظ حکم وضعی

اگر عمل ضرری، فعل حقوقی باشد، از جهت حکم وضعی دو حالت دارد:

الف) عمل صحیح؛ مثل معاملات به‌معنای وسیع آن، در فرضی که واجد شرایط باشد، اعم از عقود مثل بیع و اجاره و یا ایقاعات مانند وقف و حیازت مباحات. به‌نظر می‌رسد ضررهای ناشی از اعمال حقوقی مشروع، به ویژه اگر ضرر مستقیم باشد، موضوع قاعده لاضرر می‌باشند، اما نتیجه اعمال قاعده لاضرر بر نفس معامله و عمل حقوقی، بسته به مورد، به‌شرحی که خواهد آمد، می‌تواند متفاوت باشد.

ب) عمل باطل؛ مثل خرید خمر به‌وسیله مدیون که سبب معسرشدن مدیون و ضرر داین می‌شود؛ زیرا از یک‌سو مدیون پولی ندارد که به داین بپردازد و از سوی دیگر آنچه را که بدست آورده، مالیتی ندارد تا از آن طریق بتوان، دین او را پرداخت کرد. به‌نظر می‌رسد آنچه پیش‌تر درباره ضررهای ناشی از افعال حقوقی صحیح گفته شد، به‌طریق اولی نسبت به ضررهای ناشی از افعال حقوقی ناصحیح نیز صادق باشد.

نتیجه سخن آنکه ضررهای متعارف و ضررهای غیرمستقیم — جز در پاره‌ای موارد — موضوع و مجرای قاعده لاضرر نیستند، هم‌چنان که ضررهای ناشی از افعال غیرارادی نیز اگرچه می‌توانند مشمول قاعده لاضرر باشند، اما به‌نظر می‌رسد بیشتر به‌استناد قواعد دیگری همچون قاعده اتلاف یا تسبیب جبران می‌شوند. ولی ضررهای شخصی نامتعارف و مستقیم حاصل از انجام عمل ارادی، موضوع و مجرای قطعی قاعده لاضرر می‌باشند، اعم از آنکه فاعل از ترتب ضرر بر فعل خود آگاهی داشته باشد یا نه؛ انگیزه او در انجام این عمل، اضرار به غیر باشد یا نه؛ انجام این فعل ضرری با سوء استفاده از حق همراه باشد یا نه؛ عمل او، عمل مادی مشروع یا نامشروع باشد و یا

عمل حقوقی صحیح یا ناصحیح. البته در شمول قاعده لاضرر نسبت به عملی که به انگیزه ایراد ضرر واقع شده، اما عملاً به وقوع ضرر نینجامیده است، به شرحی که می‌آید، جای تأمل وجود دارد.

۲-۳. شمول قاعده نسبت به صرف قصد ایراد ضرر

پرسش این است که اگر شخص آگاهانه و به قصد ایراد ضرر بر دیگری اقدام به انجام کاری کند، اما در عمل، ضرری بر آن مترتب نشود، آیا مجرای قاعده لاضرر می‌باشد؟ یا آنکه این مورد از قلمرو قاعده لاضرر خارج است و احیاناً مشمول عناوین و قواعد دیگری قرار می‌گیرد؟ پرداختن به این پرسش از آن جهت مفید است که تأکید برخی از نویسندگان بر عنصر قصد ایراد ضرر در مقام تطبیق تقلب با لاضرر، به گونه‌ای است که گویا وجود قصد ایراد ضرر، به تنهایی برای اجرای قاعده لاضرر و در نتیجه تحقق تقلب کافی است (کاشانی، ۱۳۵۲، ص ۲۴۴-۲۵۴).

به نظر می‌رسد اگر انگیزه ایراد ضرر به غیر، با وقوع ضرر همراه نباشد، یا حتی احیاناً با منفعت غیر همراه باشد، اجرای قاعده لاضرر، به شدت قابل تأمل است. مثلاً اگر کسی به قصد ایراد ضرر به همسایه به ساخت دیواری بلند اقدام کند یا درختان ویژه‌ای غرس کند، اما در عمل نه تنها این اعمال، همسایه را ضرر نرساند، بلکه سودبخش نیز باشد، بسیار بعید به نظر می‌رسد که بتوان به استناد وجود «قصد ایراد ضرر» به قلع نهال‌ها و درختان یا تخریب دیوار حکم کرد؛ چراکه عملاً ضرر و خسارتی تحقق نیافته است تا بخواهد رفع یا جبران شود.

همچنین اگر کسی به قصد ایراد ضرر به همسایه، منزل خود را به شخص بدنامی بفروشد، اما در عمل، نه تنها ضرری متوجه همسایه نشود، بلکه حتی سودی عاید او گردد، به نظر می‌رسد با فرض عدم تحقق ضرر استناد به قاعده لاضرر، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود و نمی‌توان به دلیل وجود قصد ایراد ضرر، معامله را ابطال کرد و نتیجه نهایی این که قاعده لاضرر صرف قصد ایراد ضرر را شامل نمی‌شود.

۲-۴. نتیجه اعمال قاعده لاضرر

البته در اینکه مدلول قاعده لاضرر و قدرت تأثیر آن در چه حد است و آیا صرفاً به لزوم تدارک ضرر و جبران خسارت حکم می‌کند، یا نتیجه ضرری را برمی‌دارد و یا آنکه سبب تغییر حکم تکلیفی از «جواز» به «حرمت» — در همه یا بعضی از موارد — و سبب تبدیل حکم وضعی از

«صحت» به «بطلان» یا حداقل از «لزوم» به «عدم لزوم» - در همه یا بعضی از موارد - نیز می‌شود؟ جای بحث و تأمل است.

اگر راهی برای جبران خسارت وجود داشته باشد - مثل گرفتن ارش در پاره‌ای از موارد مربوط به معیوب و ناقص بودن مبیع - منطقاً جایی برای تغییر حکم وضعی معامله و عمل حقوقی به استناد قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند، اما اگر چنین راهی وجود نداشته باشد، ممکن است حکم وضعی معامله تحت تاثیر قاعده لاضرر از صحت به بطلان یا از لزوم و نفوذ به عدم نفوذ تغییر کند؛ برای مثال، بنا بر بعضی از اقوال، برای جبران خسارت مغبون، عقد لازم به عقد جایز تبدیل شده و برای مغبون، خیار غبن قرار داده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰، ص ۶۴/ بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۰) و یا معامله مدیونی که به انگیزه فرار از پرداخت دین، در صدد انتقال اموال خود به دیگران برآمده است، بنا بر بعضی از دیدگاه‌ها، دست‌کم در برخی از مصادیق آن، غیر نافذ (مروارید، ۱۴۱۳، ج ۳۷، ص ۲۲۰/ بجنوردی، ۱۳۷۴، ص ۳۱) و بنا بر برخی دیگر از دیدگاه‌ها، باطل اعلام می‌گردد (نراقی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲)، اگرچه برخی قائل به صحت و نفوذ معامله‌اند (اردبیلی، [بی‌تا]، ص ۴۸۸/ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵، ص ۲۷۹).

۳. نسبت و رابطه قاعده لاضرر و قاعده ممنوعیت تقلب نسبت به قانون

باید ملاحظه کرد که قاعده «ممنوعیت تقلب» چه نسبتی با «قاعده لاضرر» دارد و اصولاً آیا هر دو از یک جنس‌اند، اما با تعبیر مختلف، که هم‌پوشانی کاملی دارند تا در نتیجه هر حکمی که درباره قاعده لاضرر وجود داشته باشد، لاجرم برای تقلب نیز ثابت باشد؟ یا اینکه اجمالاً موارد غیر مشترکی نیز وجود دارد که طبعاً حکم آنها را نمی‌توان از حکم قاعده لاضرر به دست آورد، در این موارد چه باید گفت و چه حکمی صادر باید کرد؟ به نظر می‌رسد ضمن باور به هم‌پوشانی نسبی ممنوعیت تقلب با قاعده لاضرر، مواردی یافت می‌شود که ممنوعیت تقلب را نمی‌توان با استناد به قاعده لاضرر توجیه کرد و حکم آن را نشان داد، افزون بر آن، در مواردی هم که هر دو عنوان ضرر و تقلب تحقق دارند و علی‌القاعده می‌توان به قاعده لاضرر هم استناد کرد، نتیجه این استناد لزوماً بطلان و بی‌اثر شدن فعل حقوقی ضرری، که برخی می‌خواهند با استناد قاعده لاضرر آن را اثبات کنند، نمی‌باشد. توجه به ملاحظات ذیل، به روشنی بیشتر بحث کمک می‌کند.

۳-۱. رابطه عمل متقلبانه و فعل ضرری و هم‌پوشانی آنها

بین دو مفهوم «تقلب» و «ضرر» هم‌پوشانی کامل وجود ندارد، تا بتوان حکم تقلب را از حکم لاضرر اصطیاد کرد؛ زیرا رابطه آنها عموم و خصوص من وجه است: گاه هر دو مفهوم (تقلب و ضرر) جمع‌اند، مثل معامله به قصد فرار از پرداخت دین یا تغییر تابعیت خانم دوبرمن برای رسیدن به طلاق با فرض نارضایتی و ضرر همسر او، و گاه فقط تقلب وجود دارد بدون ضرر، مثل تغییر تابعیت خانم دوبرمن برای رسیدن به طلاق، با فرض رضایت و عدم ضرر همسرش و گاه فقط ضرر وجود دارد بی آن که تقلبی صورت گرفته باشد، مثل آنکه از تصرف بدون قصد ایراد ضرر مالک، ضرری متوجه همسایه شود.

براین اساس بدیهی است برای دریافت حکم تقلب در مواردی که ضرری تحقق ندارد، باید در جستجوی دلیل دیگری بود و قاعده لاضرر نمی‌تواند توجیه‌گر این موارد از تقلب باشد. همچنان که از حکم اعمال قاعده لاضرر در مواردی که با هیچ‌گونه سوء نیت و قصد ایراد ضرر همراه نیست نیز، نمی‌توان حکم تقلب را — که معمولاً با سوء نیت همراه است — استفاده کرد. اما در مواردی که هر دو عنوان جمع‌اند و مصداق دارند، یعنی «تقلب‌های همراه با ضرر» و به عبارت دیگر «ضررهای همراه با تقلب» اگرچه منطقی‌تر می‌توان قاعده لاضرر را درباره آنها اجرا کرد، اما باید ملاحظه کرد که نتیجه اجرای قاعده لاضرر — صرف نظر از اعمال قاعده ممنوعیت تقلب — چیست؟ و آیا مطلوب کسانی که می‌خواهند حکم تقلب را از قاعده لاضرر به دست آورند و به استناد آن، فعل ضرری و عمل متقلبانه را بی‌اثر سازند، اثبات می‌شود؟ ملاحظه دوم به این مسئله می‌پردازد.

۳-۲. نتیجه اعمال قاعده لاضرر و امکان ابطال یا بی‌اثر ساختن عمل متقلبانه

طرفداران اعمال قاعده ممنوعیت تقلب، در صورت وجود تقلب، به لحاظ حکم وضعی به یکی از دو نظریه گرایش یافته‌اند: نظریه حداقلی، مبنی بر صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور و نظریه حداکثری مبنی بر بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب همه آثار آن، در حالی که اگر مستند ممنوعیت تقلب، قاعده لاضرر باشد، لزوماً و همیشه حتی در مواردی که لاضرر و تقلب مصداقاً وحدت داشته باشند، هیچ‌یک از دو نظریه مستفاد نمی‌گردد؛ زیرا مفاد قاعده لاضرر در درجه اول، اعلام ممنوعیت اضرار به غیر و پیشگیری از وقوع ضرر و در درجه دوم و در صورت وقوع ضرر، لزوم جبران ضرر است، اما بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب آثار آن و یا دست‌کم صحت عمل متقلبانه و

عدم ترتب اثر منظور، لزوماً از آن استفاده نمی‌شود؛ چراکه ممکن است راه‌های دیگری - که احتمالاً منطقی‌تر هم باشد - برای جبران ضرر وجود داشته باشد.

۳-۳. تطبیق موردی قاعده تقلب و قاعده لاضرر

طرفداران اعمال قاعده ممنوعیت تقلب در مسائلی شبیه به قضیه خانم دوبوفرمن، حداقل، نتیجه حاصل از تقلب، یعنی طلاق و ازدواج خانم دوبوفرمن را و حداکثر، هم تغییر تابعیت او و هم نتیجه آن، یعنی طلاق و ازدواج را باطل می‌دانند. اینک باید دید که هریک از دو دیدگاه، به ویژه دیدگاه اول که طرفداران آن برای اثباتش به قاعده لاضرر استناد می‌کنند، با قاعده لاضرر تا چه حد قابل تطبیق و توجیه است.

۳-۳-۱. دیدگاه نخست: صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور

طرفداران این دیدگاه از یک سو، به صرف این که عمل، به صورت متقلبانه و با سوء نیت واقع شده باشد، به قاعده ممنوعیت تقلب استناد می‌کنند (الماسی، ۱۳۶۸، ص ۱۳۹-۱۴۰)، چه با ضرر همراه باشد یا نباشد و از سوی دیگر در صورتی که عمل بدون سوء نیت و غیر متقلبانه انجام شود، به قاعده ممنوعیت تقلب استناد نمی‌کنند، هر چند موجب ایراد ضرر شده باشد، در حالی که از یک سو، عمل متقلبانه‌ای که سبب ایراد ضرر نگردد، مشمول قاعده لاضرر نیست و از سوی دیگر عمل غیر متقلبانه‌ای که موجب ایراد ضرر شده باشد، مشمول قاعده لاضرر می‌باشد.

۳-۳-۲. دیدگاه دوم: بطلان عمل و عدم ترتب آثار

طرفداران این دیدگاه معمولاً برای اثبات نظر خود یا به «نظریه جهت نامشروع» و یا به «قاعده ممنوعیت نقض غرض» استناد می‌کنند (نصیری، ۱۳۷۲، ص ۵۷) که هیچ‌کدام به قاعده لاضرر مربوط نمی‌شود. تنها در صورتی می‌توان برای اثبات این دیدگاه به قاعده لاضرر استناد کرد که صرف دور زدن قانون به وسیله عمل متقلبانه را، حتی اگر موجب ضرر کسی هم نشود، مصداق ضرر اجتماعی به‌شمار آورد، در حالی که در شمول قاعده لاضرر نسبت به این گونه از ضرر، به شدت جای تأمل وجود دارد و با شک در شمول، اصل عدم شمول حاکم است.

نتیجه

از آنچه گذشت می‌توان به این نتیجه رسید که باید قاعده ممنوعیت تقلب را یک قاعده نفسی مستقل از قاعده لاضرر دانست. بدین معنا که اصولاً دور زدن قانون، ممنوع و عمل متقلبانه باطل و دست‌کم بی‌اثر و بی‌نتیجه دانسته شود؛ چراکه از یک سو همه موارد استناد به قاعده تقلب - با هر یک از دو دیدگاه - همراه با ضرر نیست تا کاملاً منطبق بر قاعده لاضرر و جایگاه اعمال و اجرای آن باشد؛ برای مثال در تغییر متقلبانه تابعیتی که با تبانی زوجین انجام شده است، نه تنها هیچ‌یک از زوجین ضرر نمی‌کنند، بلکه ممکن است سود هم ببرند. و از سوی دیگر همه موارد ضرر نیز با تقلب همراه نیست، تا بفرض اعمال قاعده لاضرر، قاعده تقلب نیز در کنار آن قابل اعمال باشد، مثل ضرری که از تغییر تابعیت قانونی - و نه متقلبانه - خانم دوبو فرمن، متوجه همسر او شود.

بنابراین استناد کلی به قاعده لاضرر، برای اثبات دیدگاه حداقلی (صحت عمل متقلبانه و عدم ترتب اثر منظور) و به طریق اولی اثبات دیدگاه حداکثری (بطلان عمل متقلبانه و عدم ترتب آثار)، خالی از مناقشه نیست.

از جهت اصل استناد، به نظر می‌رسد استناد به قاعده «لاضرر» برای اعمال قاعده ممنوعیت تقلب، استناد به دلیلی اخص از مدعا است؛ چراکه قاعده لاضرر، تقلب‌های غیر ضرری را شامل نمی‌شود و در نتیجه نمی‌توان به استناد آن، عمل متقلبانه را صحیح و درعین حال، فاقد اثر منظور اعلام کرد و به طریق اولی نمی‌توان عمل متقلبانه را باطل و فاقد همه آثار به‌شمار آورد. اما از جهت نتیجه استناد و با فرض امکان استناد به قاعده لاضرر در مورد تقلب‌هایی که با ضرر واقعی و شخصی همراه‌اند، به نظر می‌رسد که استناد به این قاعده نمی‌تواند مطلوب طرفداران آن را اثبات کند؛ زیرا:

اولین مفاد قاعده لاضرر، حرمت تکلیفی انجام فعل ضرری است، که به این بحث ارتباطی ندارد. مفاد دیگر قاعده، حکم تکلیفی وجوب تدارک ضرر است، که ملازمه‌ای با ابطال عمل متقلبانه ضرری و عدم ترتب آثار آن و یا عدم ترتب اثر منظور بر عمل متقلبانه ضرری ندارد. پس با استناد به قاعده لاضرر هیچ‌یک از دو دیدگاه لزوماً اثبات نمی‌شوند، مگر آنکه برای تدارک ضرر راهی جز ابطال عمل متقلبانه ضرری و یا عدم ترتب اثر منظور بر عمل متقلبانه ضرری وجود نداشته باشد و این سخن دیگری است.

برای مثال در معامله به قصد فرار از پرداخت دین، که نزدیک‌ترین مثال به بحث تقلب است،

دست‌کم در جایی که با ضرر خارجی و بالفعل بستانکاران هم همراه باشد با این‌که علی‌القاعده جای استناد به قاعده لاضرر می‌باشد، اما در اصل استناد به قاعده لاضرر و نیز این‌که از این استناد چه نتیجه‌ای حاصل شود، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقیهان، بدون استناد به قاعده لاضرر، معامله را صحیح و نافذ دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۵، ص ۲۷۹) که با دیدگاه صحت عمل متقابلانه و ترتب آثار هماهنگ است و برخی دیگر از فقیهان، به استناد جهت نامشروع، معامله را باطل دانسته‌اند (بارفروشی، ۱۳۱۲، ص ۴۱۷) که به بحث ما مربوط نمی‌شود.

اما گروهی دیگر از فقیهان، به استناد قاعده لاضرر، معامله را باطل و فاقد آثار دانسته‌اند (نراقی، ۱۳۸۰، ص ۱۲۲) که با دیدگاه بطلان عمل متقابلانه و عدم ترتب آثار سازگار است. هرچند از میان فقیهان کسی به صحت معامله و عدم نفوذ آن، که بی‌شبهت به دیدگاه «صحت عمل متقابلانه و عدم ترتب اثر منظور» نمی‌باشد، تصریح نکرده است، اما برخی از حقوق‌دانان فقه آشنا، به‌دلیلی که تا حدی قابل تأویل به قاعده لاضرر می‌باشد، به این نظر، که در ماده ۲۱۸ سابق قانون مدنی هم منعکس شده بود، گرایش دارند (شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۷۳/صفایی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۲-۱۴۳) و در نهایت برخی هم قائل به توقف گردیده‌اند (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۱۶).

منابع

۱. ابلق‌دار، صدیقه؛ بررسی نظریه تقلب و حیل شرعی در فقه و حقوق؛ تهران: امید مجد، ۱۳۸۶.
۲. اخوان فرد، مسعود، محمدامین کیخانه فرزانه و امین بدیع صنایع؛ «مقایسه تقلب نسبت به قانون و حیل شرعی در حقوق خصوصی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۸۱-۲۱۲.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد؛ زبدة البیان فی أحكام القرآن؛ تهران: المكتبة المرتضویه، [بی تا].
۴. ارفع‌نیا، بهشید؛ حقوق بین‌الملل خصوصی (تعارض قوانین و تعارض دادگاه‌ها)؛ ج ۲، تهران: بهتاب، ۱۳۷۶.
۵. الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین؛ تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۸.
۶. بارفروشی، محمدباقر؛ شعائر الإسلام؛ تهران: امید مجد، ۱۳۱۲.
۷. بجنوردی، سعید محمد؛ «معامله به قصد فرار از دین»، مجله حقوقی و قضایی دادگستری؛ ش ۱۳ و ۱۴، تابستان و پاییز ۱۳۷۴، ص ۳۱-۳۸.
۸. بجنوردی، سعید محمد حسن؛ القواعد الفقهية؛ ج ۱، چ ۲، تهران: مكتبة الصدر، ۱۳۸۹ ق.
۹. بستانی، سعید یوسف؛ القانون الدولي الخاص؛ بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ۲۰۰۴ م.
۱۰. بیار مایر، فانسان هوزیه؛ القانون الدولي الخاص؛ ترجمه [تعریب]: علی محمود مقلد؛ بیروت: مجد، ۱۴۲۹ ق.
۱۱. تسخیری، محمدعلی؛ القواعد الفقهية والأصولية على مذهب الإمامية؛ ج ۲، چ ۲، تهران: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ وسيط در ترمینولوژی حقوق؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸.
۱۳. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ ج ۲۵، چ ۳، قم: مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۱۶ ق.
۱۴. حسینی سیستانی، سیدعلی؛ قاعدة لاضرر؛ ترجمه اکبر نایب‌زاده؛ تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹.
۱۵. خمایی‌زاده، فرهاد؛ «شرایط، آثار و جایگاه قاعده جلوگیری از تقلب نسبت به قانون در حقوق

۱۶. بین الملل خصوصی»، حقوق خصوصی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱، ص ۱۰۱-۱۲۴.
۱۷. خمینی، سیدروح‌الله؛ بدائع الدرر فی قاعدة لاضرر؛ قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ق.
۱۸. خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲، نجف اشرف: مطبعة الآداب، [بی تا].
۱۹. داودی، علی؛ القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين؛ عمان: دارالثقافة للنشر والتوزيع، ۱۴۳۲ق.
۲۰. زارعی سبزواری، عباسعلی؛ القواعد الفقهية فی فقه الإمامية؛ ج ۸، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، ۱۴۴۰ق.
۲۱. زارعی سبزواری، عباسعلی؛ القواعد الفقهية فی مدرسة السيد السبزواری؛ تهران: شرکت تعاونی کارآفرینان فرهنگ و هنر، ۱۳۸۹.
۲۲. سلامه، احمد عبدالکریم؛ القانون الدولي الخاص؛ العين (امارات): جامعة العربية المتحدة، ۱۴۲۳ق.
۲۳. سلجوقی، محمود؛ حقوق بین الملل خصوصی؛ ج ۱ و ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
۲۴. شریعت باقری، محمدجواد؛ حقوق بین الملل خصوصی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.
۲۵. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
۲۶. شیخ الاسلامی، سیدمحسن؛ «تقلب نسبت به قانون در حقوق بین الملل خصوصی»، حقوق تطبیقی؛ ش ۴۰، زمستان ۱۳۸۲، ص ۱۸۵.
۲۷. شیخ الاسلامی، سیدمحسن؛ حقوق بین الملل خصوصی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۴.
۲۸. صدری ارحامی، محمد؛ حیل شرعی در فقه و حقوق؛ تهران: چتر دانش، ۱۳۹۴.
۲۹. صفایی، سیدحسین؛ قواعد عمومی قراردادها؛ تهران: میزان، ۱۳۸۲.
۳۰. عامری، جواد؛ حقوق بین الملل خصوصی؛ تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۶۲.
۳۱. عراقی، ضیاء‌الدین؛ قاعده لاضرر و لاضرار؛ تقریرات به قلم سیدمرتضی موسوی خلخالی؛ قم: مرکز النشرالتابع لمکتب الأعلام الإسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۲. عکاشه، محمد عبدالعال؛ تنازع القوانين؛ بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه، ۲۰۰۴م.
۳۳. عمید زنجانی، عباسعلی؛ قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)؛ ج ۱، تهران: سمت، ۱۳۸۶.
۳۴. غلامی، مهدی و مرتضی شهبازی‌نیا؛ «جایگاه تأثیر تقلب نسبت به اصول و قواعد حقوقی»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل؛ ش ۳۴، زمستان ۱۳۹۵، ص ۱۰۱-۱۴۲.
۳۵. قاسمی، رسول؛ مطالعه تطبیقی حیل و تقلب نسبت به قانون؛ تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۱.
۳۶. قانع، احمدعلی؛ قواعد فقه در میدان فرهنگ و ارتباطات؛ تهران: انتشارات دانشگاه امام

- صادق، ۱۳۹۷.
۳۶. قدیر، محسن و حسین کاظمی فروشانی؛ «مبانی نظری تقلب نسبت به قانون و آثار آن در پرتو فقه امامیه و حقوق بین‌الملل خصوصی ایران»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب؛ ش ۲، تابستان ۱۴۰۰، ص ۲۱۹-۲۴۴.
۳۷. کاشانی، سید محمود؛ نظریه تقلب نسبت به قانون (حیل)؛ تهران: دانشگاه ملی ایران (شهید بهشتی)، ۱۳۵۲.
۳۸. کاظمی فروشانی، حسین و محسن قدیر؛ «بایسته‌های نظری تقلب نسبت به قانون از منظر حقوق ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری؛ ش ۴۵، پاییز ۱۳۹۹، ص ۶۷-۸۵.
۳۹. متولی، سید محمد؛ احوال شخصیه بیگانگان در ایران؛ [بی‌جا]: انتشارات سازوکار، ۱۳۷۸.
۴۰. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۳.
۴۱. مروارید، علی اصغر؛ *الینایع الفقهیه*؛ ج ۳۷، بیروت: مؤسسه فقه‌الشیعه، ۱۴۱۳ق.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر؛ *القواعد الفقهیه*؛ ج ۱، قم: المدرسة الإمام أميرالمؤمنین، ۱۴۱۰ق.
۴۳. ممدوح، عبدالکریم؛ القانون الدولي الخاص؛ بغداد: دارالحرية للطباعة والنشر، ۱۹۷۳م.
۴۴. نجفی، محمدحسن؛ *جواهرالکلام*؛ ج ۲۵، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۹۴.
۴۵. نراقی، مولی محمد مهدی؛ *مشارق الأحكام*؛ [بی‌جا]: مؤتمرومولی مهدی نراقی، ۱۴۲۲ق.
۴۶. نصیری، محمد؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ ج ۲، تهران: انتشارات آگاه، ۱۳۷۲.
۴۷. نظیف، مجتبی؛ حقوق بین‌الملل خصوصی؛ ج ۲، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
۴۸. هداوی، حسن؛ *تنازع القوانين و أحكامه فی القانون الدولي الخاص الكويتی*؛ کویت: مطبوعات جامعة الكويت، ۱۹۷۴م.

The feasibility of deducing the verdict of the fraud against the law from the rule of La Zarar

Mostafa Daneshpajouh

Hossein Ghafi

The issue of the fraud against the law and its consequences is one of the controversial topics both in domestic law and private international law that there are different ideas on that due to the lack of law. One of these ideas is the cancellation of a fraudulent act that it results in the lack of effect of its consequences. This idea, for proving itself, refers to the theory of illegitimate direction, in its general and broad sense, that is reflected in Articles 217 and 218 of the Civil Code. This paper analyzed Article 218 about the transaction with the purpose of fleeing debt and the transaction with the purpose of fleeing Haj, compared them with the issue of the fraud, and concluded that on the one hand according to the basic differences between Article 218 and the fraud against the law, it cannot logically be possible to refer to this Article for deducing the verdict of the fraud, and even if it can be possible, the idea of the cancellation of a fraudulent act cannot be deduced from this Article, and on the other hand it can be possible to deduce the verdict of the fraud from this Article, regarding the similarities of the transaction with the purpose of fleeing Haj.

Keywords: fraud against the law, transaction with illegitimate direction, transaction with the purpose of fleeing debt, transaction with the purpose of fleeing Haj, inherent illegitimate, contingency illegitimate, extrinsic illegitimate