

در آمدی بر مطالعه تطبیقی تقلب نسبت به قانون در حقوق موضوعه و فقه اسلامی

مصطفی دانش پژوه*

دانشیار گروه حقوق پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۱۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۴/۲۲)

چکیده

مسئله تقلب نسبت به قانون و آثار آن، هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل خصوصی، 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 ۱۶۷ قانون اساسی، به منابع معتبر یا فتاوی معتبر فقهی (شریعت و فقه اسلامی) مراجعه و حکم مسئله را دریافت کند. اما حقیقت این است که در فقه نیز، به صراحت از تقلب سخن گفته نشده، جز آنکه عناوین دیگری مطرح شده است که تا اندازه‌ای با بحث تقلب قابل تطبیق است. این مقاله با بررسی این عناوین و مقایسه آن با تقلب، نشان می‌دهد که نمی‌توان برای تقلب حکم واحدی صادر کرد، بلکه بسته به انطباق آن با هر یک از عناوین، مشمول حکم همان عنوان خواهد بود.

واژگان کلیدی

تقلب نسبت به قانون، جهت نامشروع، حيله، لاضرر، نقض غرض.

*Email: mdanesh@rihu.ac.ir

۱. مقدمه

تقلب نسبت به قانون، که عمری به درازای خود قانون دارد، اگرچه در همه عرصه‌ها و شاخه‌های حقوق قابل طرح است (شریعت‌باقری، ۱۳۹۵: ۲۴۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۳: ۳۲۷؛ سلامه، ۱۴۲۳: ۱۹۱)، به چند دلیل از منظر حقوق بین‌الملل خصوصی، اهمیت بیشتری دارد (بستانی، ۲۰۰۴: 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-میر-فانسان هوزیه، ۲۰۰۸: ۳۶۸) و به‌عبارت دقیق‌تر، به‌عنوان یکی از شرایط شناسایی نتیجه اجرای قانون خارجی (داودی، ۲۰۰۸: ۲۵۲) مطرح شده است، که البته هم درباره اصل اعتبار این شرط و هم درباره قلمرو اعتبار آن اختلاف نظر وجود دارد؛ برخی به‌طور کلی چنین شرطی را قبول ندارند و تقلب را فاقد هر گونه اثر منفی دانسته و در نتیجه هم عمل متقلبان و هم نتیجه آن را صحیح می‌دانند. در مقابل، برخی بیشترین اثر منفی را بر تقلب مترتب دانسته، هم عمل متقلبان و هم، آثار آن را باطل به‌شمار می‌آورند. گروهی هم با طرح دیدگاه میانه، عمل متقلبان را صحیح، اما آثار آن را باطل می‌دانند. از سوی دیگر، برخی از صاحبان دو دیدگاه اخیر، نظر خود را درباره انواع مختلف تقلب (منفی، خنثی و مثبت) و برخی فقط در خصوص تقلب منفی، لازم‌الاجرا می‌دانند.

برخی هم اصولاً تقلب نسبت به قانون را یکی از مصادیق نظم عمومی پنداشته و آن را قاعده مستقلی به‌شمار نمی‌آورند تا درباره آن مستقلاً سخن بگویند (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۴۱-۱۴۰)، هرچند به‌نظر می‌رسد حق بیشتر با کسانی است که می‌گویند: این دو قاعده، به‌رغم وجود پاره‌ای شباهت‌ها، از جهت ماهیت یکسان نیستند و باید آنها را مجزا و قابل تفکیک دانست (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۴۱). مقاله حاضر، فارغ از داوری میان این دو دیدگاه، براساس دیدگاه دوم، به بررسی قاعده تقلب می‌پردازد.

در این مقاله، نخست مسئله تقلب در حقوق عرفی بررسی می‌شود و سپس با توجه به سکوت قانون درباره تقلب، هر یک از عناوین فقهی نسبتاً نزدیک و قابل تطبیق با تقلب، مستقلاً مطالعه می‌شود تا شاید حکم مربوط به تقلب از آن استنتاج شود.

۲. تقلب در حقوق عرفی

۲.۱. مفهوم و تعریف تقلب

از مجموع آنچه در توضیح تقلب گفته شده است، می‌توان آن را به‌طور کلی این‌گونه تعریف کرد:

«انجام عملی جایز و مشروع به‌صورت کاملاً قانونی، برای رسیدن به نتیجه یا انجام عملی فعلاً نامشروع و غیرقانونی و مشروع و قانونی نشان دادن آن» (قاسمی، ۱۳۹۱: ۴؛ جعفری لنگرودی،

۱۳۸۸: ۲۲۵؛ کاشانی، ۱۳۵۴: ۳۹ و ۴۰؛ متولی، ۱۳۷۸: ۱۳۴؛ شریعت‌باقری، ۱۳۹۵: ۲۴۱) و در خصوص حقوق بین‌الملل خصوصی آن را این‌گونه می‌توان تطبیق داد و تعریف کرد: «انجام یک عمل حقوقی (تغییر عناصر ارتباط یا ایجاد یک رابطه حقوقی) به شکل کاملاً قانونی برای فرار از شمول قانون یک کشور (که اصالتاً لازم‌الرعایه و حاکم است) و استفاده از قانون کشور دیگری که اصالتاً حق استفاده از آن وجود ندارد). 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 و ازدواج با یک بیگانه، به‌منظور گرفتن کارت اقامت در کشور بیگانه، در حقوق بین‌الملل خصوصی، از مثال‌های روشن تقلب نسبت به قانون در دو عرصه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل خصوصی می‌باشند (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۳۸؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۵۶؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۱۹؛ نظیف، ۱۳۸۹: ۱۱۸).

در تحلیل تقلب در حقوق بین‌الملل خصوصی (با تأکید بر تغییر تابعیت، برای مثال آشکار در قضیه معروف خانم دوبو فرمن)، شخص متقلب می‌خواهد عنوان یک رابطه حقوقی را تغییر دهد، مثلاً عنوان «تبعه دولت فرانسه» را به تبعه «دولت آلمان» تغییر دهد، تا بتواند از شمول قانون مادی فعلاً صالح (ممنوعیت طلاق در قانون دولت فرانسه) فرار کرده و از قانون مادی فعلاً ناصالح (جواز طلاق در قانون دولت آلمان) استفاده کند، تا در نتیجه به هدف اصلی و نهایی فعلاً نامشروع خود (طلاق) دست یابد و آن را قانونی و مشروع گرداند یا مشروع جلوه دهد.

۲.۲. ارکان و عناصر تقلب

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

یک- عنصر 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- عنصر مادی (وسیله مؤثر و قانونی = 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 صرف‌نظر از مسئله تقلب، جایز و مشروع باشد (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۱۶).

سه- عنصر قانونی (الزام قانونی به فعل یا ترک فعل): هدفی را که شخص مرتکب تقلب، به سبب آن عمل متقلبانه را انجام می‌دهد، باید در زمان انجام تقلب، به لحاظ قانونی

ممنوع و نامشروع باشد، اگرچه ممکن است پس از انجام عمل متقلبانه -طبق برخی نظریه‌ها- آن هدف مشروع شود.

۲.۳. دیدگاه‌های مختلف درباره استناد به تقلب و اثر آن

۱. ۲.۳. دیدگاه مخالفان (صحت عمل متقلبانه و صحت آثار): صاحبان این دیدگاه، مخالف استناد به تقلب هستند و در نتیجه عمل متقلبانه را صحیح و آثارش را نافذ می‌دانند (صحت تغییر تابعیت و صحت طلاق و نکاح مترتب بر آن) و برای اثبات دیدگاه خود، به دلایلی چند، از جمله تصریح قانونگذار به جواز تقلب، تنافی اعمال قاعده ممنوعیت تقلب با اصل حاکمیت اراده، همانندی تقلب با حيله‌های شرعی، تنافی استناد به تقلب با اصل تفسیر مضیق و نیز اثبات ناپذیری تقلب استناد جسته‌اند (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۰۶ و ۲۲۰؛ عکاشه، ۲۰۰۴: ۹۵؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۱۹۳؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۱۳۹؛ سلجوقی، ۱۳۸۶: ۲۰۷؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۲۲۵؛ ارفع‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۶۴).

۲. ۲.۳. دیدگاه موافقان: صاحبان این دیدگاه که موافق استناد به تقلب هستند نیز، به دلایلی چند، استناد کرده‌اند، از جمله نظریه حسن نیت، نظریه جهت، نظریه منع سوءاستفاده از حق، نظریه نظم عمومی و نیز نظریه ضمانت اجرای قواعد حل تعارض (قاسمی، ۱۳۹۱: ۹۵؛ الماسی، ۱۳۶۸: ۱۳۹؛ عامری، ۱۳۶۲: ۱۵۴). درباره اثر منفی تقلب، دو دیدگاه حداکثری و حداقلی دارند (هداوی، ۱۹۷۴: ۱۰۹).

۱. اثر منفی حداکثری (بطلان عمل متقلبانه و بطلان آثار): صاحبان این دیدگاه نه تنها آثار عمل متقلبانه را نافذ نمی‌دانند، 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: ۵۷).

۲. اثر منفی حداقلی (صحت عمل متقلبانه و بطلان آثار): شاید به دلیل انتقادات وارد بر دو دیدگاه، پیشین، برخی دیگر، از یک سو، عمل متقلبانه را، به دلیل آنکه کاملاً قانونی انجام شده است، صحیح محسوب می‌کند، اما اثر منظور متقلب را بر آن مترتب نمی‌سازند (صحت تغییر تابعیت و بطلان طلاق و نکاح مترتب بر آن) (الماسی، ۱۳۶۸: ۱۴۰ و ۱۴۱).

۳. تقلب در فقه حقوق اسلامی

در ادبیات فقهی و حقوقی اسلام، «تقلب» اصطلاحی ناشناخته است، هرچند با اصطلاح فقهی «حيله» نزدیکی و شباهت دارد. از همین رو، برخی از کسانی که خواسته‌اند حکم تقلب در فقه و حقوق اسلامی را کشف و ارائه کنند، از بحث حيله در فقه کمک گرفته‌اند. برخی دیگر هم با استناد به قاعده لاضرر، نظریه جهت نامشروع در معاملات، یا اصل ممنوعیت استفاده

نامشروع از حق قانونی، یا اصل ممنوعیت نقض غرض، درصدد تبیین حکم تقلب - و عمدتاً باطل یا دست‌کم بی‌اثر دانستن فعل متقلبانه - برآمده‌اند و برخی هم بعضی از عناوین فوق را به بعضی دیگر تأویل کرده‌اند. مثلاً از جهت نامشروع سخن گفته‌اند، اما آن را با مفهوم قاعده لاضرر توضیح داده‌اند یا برعکس (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۲۸ و ۲۲۹).

بدیهی است با فرض انطباق تقلب با یکی از عناوین مذکور، حکم آن عنوان - هرچه باشد - بر عنوان تقلب و عمل متقلبانه نیز مترتب خواهد بود، اما در صورت عدم انطباق، باید به دنبال دلیل دیگری برای تبیین حکم تقلب بود.

از این رو، در ادامه، رابطه تقلب با هر یک از این عناوین مذکور، به اختصار بررسی می‌شود، شاید از این رهگذر، حکم آن از منظر فقه و حقوق اسلامی روشن شود.

۳.۱. تقلب و حيله

حيله نزدیک‌ترین عنوان و اصطلاح فقهی شناخته شده (نجفی، ۱۶۲: ۲۱۱-۲۰۱) قابل انطباق نسبی با عنوان و اصطلاح حقوقی تقلب است، به گونه‌ای که هم طرفداران و هم مخالفان استناد به تقلب، برای اثبات مدعای خود به میحث «حيله» در فقه اسلامی، استناد می‌جویند و هم نویسندگانی در مقایسه این دو اصطلاح به تحقیق و نگارش پرداخته‌اند (قاسمی، ۱۳۶۱: ۲۲). شاید بدان سبب که حيله انواع مختلفی دارد که صاحبان هریک از دو دیدگاه، می‌توانند به نوعی از آن استناد کنند که با مدعای آنان سازگار است. برای روشن شدن حقیقت، لازم است نخست به تعریف حيله و انواع آن و سپس حکم حيله از دیدگاه فقیهان سریع و گذرا اشاره‌ای کرد و به دنبال آن با مقایسه تقلب و حيله و تبیین همانندی‌ها و ناهمانندی‌های آن دو، حکم تقلب در فقه اسلامی را از دریچه حيله جست‌وجو کرد.

۳.۱.۱. **تعریف و ارکان حيله:** با توجه به انواع حيله و از جمله حيله مشروع و نامشروع، و تعاریف متعددی که در لغت و اصطلاح برای حيله بیان شده است، شاید بتوان مفهوم عام حيله در تعریف‌های مختلف را (نشوه العلوانی، ۱۴۲۳: ۲۳؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۱۴) در یک جمع‌بندی، چنین تعریف کرد: «حيله آن است که شخصی به انگیزه رسیدن به یک مقصود فعلاً حرام و ممنوع یا برای انجام کاری فعلاً حرام و ممنوع و یا برعکس برای واجب ساختن امری مباح بر خویش، با انجام آگاهانه کاری (اعم از حلال و مباح یا حرام و ممنوع)، بخواهد موضوع آن امر حرام و ممنوع یا آن امر مباح و جایز را دگرگون ساخته و در نتیجه حکم آنها را از حرام و ممنوع به حلال و جایز یا از مباح و جایز به وجوب و الزام، مبدل گرداند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۴ و ۱۳؛ همو، ۱۳۸۵: ۱۷؛ قاسمی، ۱۳۹۱: ۱۹ و ۲۰).

با توجه به تعریف مذکور، حیلۀ در فقه دارای دو رکن اصلی است:

۱. **قصد و نیت دگرگونی حکم:** یعنی مقصود شخص حیلۀ‌گر از انجام فعل حیلۀ‌ای آن باشد که با تغییر موضوع، حکم فعلی آن را تغییر دهد و حکم مطلوب خود را جایگزین آن سازد، اعم از آنکه چنین قصدی منفی و مذموم باشد یا مثبت و ممدوح.

۲. **انجام عمل دگرگون‌ساز:** صرف نیت برای تحقق حیلۀ کافی نیست، بلکه شخص باید عملی انجام دهد که عملاً سبب تغییر موضوع و در نتیجه تغییر حکم شود.

به همین دلیل برخی فقیهان پس از اشاره به رکن اول با تأکید بر وجود قصد جدی و نه صورتی، در مورد رکن دوم، یعنی وسیله و عمل حیلۀ‌ای، تصریح می‌کنند که حیلۀ در صورتی صحیح، مؤثر و نافذ و موجب تغییر عنوان موضوع و در نتیجه تغییر حکم آن می‌گردد که با هدف اصلی حکم در تعارض نباشد، بنابراین انجام این‌گونه حیلۀ‌های معارض با فلسفه و غرض اصلی حکم - فارغ از حرمت یا جواز انجام آن - به لحاظ حکم وضعی «شرعاً معتبر نیست» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۹) و سبب تغییر موضوع و حکم آن نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۹).

۳. ۱. **انواع حیلۀ:** حیلۀ از جهات گوناگون، انواعی دارد، از جمله به لحاظ کیفیت عمل به حیلۀ واقعی و حیلۀ صورتی تقسیم می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۹). و به لحاظ حکم تکلیفی به حیلۀ‌های مشروع و نامشروع (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۴ و ۲۰) و به لحاظ حکم وضعی به حیلۀ‌های مؤثر و مقلب (دگرگون‌کننده موضوع و سپس حکم) (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۵، ۶۵-۴۹) و حیلۀ‌های نامؤثر و غیرمقلب (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۸-۲۹ و ۸۲-۸۹) و به لحاظ موضوع یا هدف به حیلۀ ذاتی و حیلۀ ابزاری و به لحاظ نتیجه به حیلۀ سالب تعهد و حیلۀ موجب تعهد و به لحاظ انگیزه به حیلۀ مثبت و حیلۀ منفی (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۱۹) منقسم می‌گردد. بدیهی است انواع حیلۀ‌ها، با عنوان قلب انطباق ندارند. پس باید موضوع بحث را به‌خوبی روشن کرد.

۳. ۱. **حکم حیلۀ:** به لحاظ حکم تکلیفی، حیلۀ حکم واحدی ندارد، بلکه حکم برخی از آنها جواز و حکم برخی دیگر حرمت است (قاسمی، ۱۳۹۱: ۴۹) و حیلۀ‌هایی که در کتاب‌های فقهی مطرح شده‌اند، به سه دسته تقسیم می‌شوند: اول حیلۀ‌هایی که از نگاه همه فقیهان حلال و مشروع‌اند، مثل حیلۀ‌های مذکور برای ایجاد محرمیت؛ دوم، حیلۀ‌هایی که از نگاه همه فقیهان حرام و نامشروع است، مثل مشروب‌خواری برای فرار از عنوان قتل عمدی در قتل نفس محترمه؛ و سوم حیلۀ‌هایی که درباره حلیت و حرمت آنها، یا به لحاظ کبروی و تعیین معیار حلیت و حرمت یا به لحاظ صغروی و وجود معیار حلیت و حرمت، اختلاف نظر وجود دارد، مثل برخی حیلۀ‌های مذکور برای فرار از ربا.

اما به لحاظ حکم وضعی، یعنی سببیت فعل حیلۀ‌ای برای تغییر عنوان موضوع و در نتیجه تغییر حکم، یا دست‌کم تغییر حکم به‌تنهایی نیز، با توجه به آنچه پیشتر گذشت، روشن شد که

هم انواع حيله و هم دیدگاه فقیهان نسبت به آن متفاوت است. آنجا که حيله، صوری - و نه واقعی - باشد، همه بر عدم سببیت آن اتفاق نظر دارند و آن را موجب تغییر موضوع و تغییر حکم نمی‌دانند (بطلان عمل و بطلان آثار). اما در مورد حيله‌های واقعی بسته به حرمت یا عدم حرمت ذاتی عمل حيله‌ای، ضرری یا غیرضرری بودن آن، مشروع دانستن یا ندانستن عمل حيله‌ای حلال، و در نهایت استفاده نامشروع تلقی کردن یا نکردن فعل حيله‌ای، اختلاف نظر وجود دارد، برخی آن را صحیح و مؤثر و سبب تغییر موضوع و حکم می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۴۹۵۶ و ۹۱-۱۰۱) (صحت عمل و صحت آثار) و برخی آن را ناصحیح و در نتیجه غیرمؤثر در تغییر حکم می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۳۳ و ۳۴) (بطلان عمل و بطلان آثار) و برخی دیگر اگرچه - دست‌کم در برخی مصادیق - آن را صحیح و سبب تغییر موضوع می‌دانند، اما اثری بر این تغییر موضوع مترتب نساخته و آن را سبب تغییر حکم به‌شمار نمی‌آورند (خمینی، ۱۳۷۵: مسئله ۲۳) (صحت عمل و بطلان آثار).

۴. ۱. ۳. مقایسه تقلب در حقوق با حيله در فقه؛ همانندی‌ها و ناهمانندی‌ها: به‌رغم وجود برخی همانندی‌ها میان تقلب و حيله، از جهاتی چند ناهمانندی‌ها و تعارض‌هایی نیز وجود دارد:

۱. عمل متقابلانه در حقوق، همیشه عملی واقعی است، اما فعل حيله‌ای ممکن است صوری یا واقعی باشد؛
 ۲. تقلب همیشه غیری است و برای رسیدن به یک هدف دیگر است، اما حيله گاه غیری و گاه نفسی است؛
 ۳. تقلب، همیشه منفی و همراه با سوءنیت است، اما حيله گاه منفی و همراه با سوءنیت و گاه حتی مثبت و همراه با حسن نیت است؛
 ۴. تقلب همیشه برای فرار از یک الزام قانونی، محرومیت یا تعهد و استفاده از یک ترخیص قانونی، امتیاز و آزادی است، اما حيله گاه چنین است و گاه برعکس برای فرار از ترخیص قانونی، امتیاز و آزادی در جهت ایجاد یک الزام و تعهد است؛
 ۵. عمل متقابلانه، باید همیشه عملی ذاتاً مشروع و مباح باشد؛ اما فعل حيله‌ای گاه مشروع و گاه نامشروع است؛
 ۶. کشف غرض و در نتیجه کشف نقض غرض قانونگذار در تقلب، معمولاً امکان‌پذیر است، اما کشف غرض و در نتیجه کشف نقض غرض در حيله و در محیط احکام شریعت همیشه امکان‌پذیر نیست، بلکه در بسیاری از موارد قطعاً این غرض قابل کشف نیست.
۵. ۱. ۳. حکم وضعی تقلب در فقه و حقوق اسلامی براساس حکم وضعی حيله: حيله انواع متعددی دارد که تنها یک نوع آن با تقلب منطبق است که درباره آن، حکم وضعی

واحدی وجود ندارد، بلکه برای هر یک از سه دیدگاه حقوقی مذکور در بحث تقلب، دیدگاه‌های مشابهی در فقه نیز وجود دارد، که بر محور عنصر قدرت تغییردهندگی فعل حيله‌ای استوار است. برای مثال:

۱. در ازدواج پسر با زنی خاص به انگیزه پیشگیری از ازدواج پدر با او، موقعیت آن زن (موضوع) از «غیر منکوحه» به «منکوحه»، تغییر می‌یابد و در نتیجه حکم آن هم، از «جواز» ازدواج پدر با او به «حرمت و ممنوعیت» ازدواج تغییر می‌یابد و این با قول مخالفان اعمال قاعده تقلب، سازگار است که معتقد به صحت عمل متقلبانه و صحت آثار آن هستند و برای تقلب هیچ‌گونه اثر منفی قائل نیستند؛

۲. در معامله به انگیزه فرار از پرداخت دین؛ با فرض بطلان معامله و بازگشت مبیع یا بدل آن به بایع، مدیون «موسر»، به مدیون «معسر» تغییر نمی‌کند (عدم تغییر موضوع) و در نتیجه حکم «وجوب فعلی» پرداخت دین، به حکم «عدم وجوب فعلی» تغییر نمی‌یابد و این با قول به بطلان عمل متقلبانه و بطلان آثار آن، یعنی اثر منفی حداکثری تقلب، منطبق است؛

۳. در مثال ازدواج یا طلاق واقع در بیماری منجر به موت، و نیز مصرف مال الاستطاعه در عام الاستطاعه، اگرچه ازدواج و طلاق و مصرف مال، جایز و صحیح است و موجب تغییر عنوان موضوع از «مجرد» به «متاهل»، و از «زوجه» به «مطلقه» و از «مستطیع» به «غیرمستطیع» می‌شود، اما آثار این عناوین جدید بر آنها مترتب نمی‌شود و در مثال اول زوجه از مهر برخوردار نمی‌شود و در مثال دوم، مطلقه از ارث محروم نمی‌گردد و در مثال سوم، وجوب حج از غیر مستطیع برداشته نمی‌شود و این با قول به صحت عمل متقلبانه و بطلان آثار، یعنی اثر منفی حداقلی تقلب سازگار است.

بنابراین، اگر احکام مذکور در مثال‌های مذکور، صرفاً وابسته به عنصر حيله باشد، نمی‌توان براساس آنها، برای تقلب در فقه و حقوق اسلامی، حکم واحدی یافت، بلکه بسته به مورد، هر یک از سه قول مذکور در مبحث تقلب در حقوق عرفی، در فقه و حقوق اسلامی نیز می‌تواند حضور داشته باشد، پس به استناد حيله و مقایسه آن با تقلب، نه می‌توان به‌طور مطلق موافق قول به تأثیر منفی تقلب و استناد به تقلب شد و نه مخالف آن، بلکه باید برای تعیین یکی از سه قول مذکور به دلیل دیگری استناد جست. برای مثال در قضیه خانم دوبوفرمن، هم می‌توان تغییر تابعیت و طلاق و ازدواج او را صحیح دانست و هم تغییر تابعیت و طلاق ازدواج پس از آن را باطل محسوب کرد و هم در عین پذیرش صحت تغییر تابعیت، طلاق و ازدواج پس از آن را باطل پنداشت.

۳.۲. تقلب و لاضرر

برخی از پژوهشگران تقلب را عملاً مصداقی از قاعده لاضرر و محکوم به احکام آن دانسته‌اند (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۲۸). اکنون باید ملاحظه کرد که قاعده «ممنوعیت تقلب» چه نسبتی با قاعده «لاضرر» دارد و آیا می‌توان از حکم قاعده لاضرر، حکم تقلب را هم به دست آورد؟ برای رسیدن به پاسخ، نخست باید به مفهوم دو قاعده و سپس نسبت دو قاعده اشاره کرد.

۳.۲.۱. مفهوم دو قاعده و آثار هر یک

۳.۲.۱.۱. قاعده ممنوعیت تقلب نسبت به قانون

مقصود از این قاعده، افزون بر ممنوعیت تکلیفی انجام تقلب - به مفهومی که گذشت - این است که به لحاظ حکم وضعی، تقلب یا سبب بطلان عمل متقلبانه و عدم تغییر عنوان موضوع و در نتیجه مانع ترتب آثار می‌شود (نظریه تأثیر منفی حداکثری: بطلان عمل و بطلان آثار) یا دست کم در عین پذیرش صحت عمل و تغییر عنوان، مانع ترتب آثار می‌شود (نظریه تأثیر منفی حداکثری، صحت عمل و بطلان آثار). دلیل این تأثیر منفی حداکثری یا حداقلی هم، چیزی جز سوءنیتی که در قالب تقلب تحقق یافته است، نیست خواه همراه با ضرر باشد یا ناهمراه.

۳.۲.۱.۲. قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از قواعد مسلم فقهی است که هر چند در مفهوم، قلمرو و آثار آن اختلاف نظر وجود دارد، اما به اجمال می‌توان نتایج آن را چنین شمارش کرد:

۱. عدم تشریح قانون ضرری؛
۲. پیشگیری از وقوع ضرر با تشریح حکم حرمت و ممنوعیت اضرار به غیر و به خود؛
۳. جواز - و احیاناً وجوب - پیشگیری از عمل ضرری، به ویژه نسبت به غیر، چه انجام آن عمل به قصد ایراد ضرر باشد، و چه حتی بدون قصد اضرار، مشروط به آنکه ضرر نوعاً بر آن فعل مترتب شود و نیز جواز - و احیاناً وجوب - پیشگیری از انجام فعل خاصی که هر چند اتفاقاً - و نه نوعاً - ضرر بر آن مترتب می‌شود؛
۴. لزوم تدارک ضرر و جبران خسارت ناشی از فعل ضرری، چه آن فعل با قصد ایراد ضرر انجام گرفته باشد و چه بدون قصد ایراد ضرر. در صورت وقوع ضرر، از قاعده لاضرر بیش از تدارک ضرر و جبران خسارت مستفاد نمی‌شود، بنابراین اگر راه منحصر به فرد تدارک و جبران، ابطال نتیجه حاصل از فعل ضرری (اثر منفی حداکثری) یا ابطال نفس فعل ضرری و هم نتیجه آن (اثر منفی حداکثری) باشد، می‌شود به استناد قاعده لاضرر، بدان ملتزم شد، اما اگر راهی دیگر و به ویژه راهی بهتر برای تدارک ضرر و جبران خسارت وجود داشته باشد، دلیلی برای ابطال نتیجه یا ابطال نفس عمل - به استناد قاعده لاضرر - وجود نخواهد داشت.

۳.۲.۲. حکم وضعی تقلب در فقه و حقوق اسلامی براساس حکم وضعی قاعده لاضرر
 بنابراین، استناد به قاعده لاضرر برای ابطال عمل حقوقی یا ابطال آثار آن در مطلق تقلب، استناد به دلیلی اخص یا اعم از مدعاست، زیرا از یک نظر مفاد قاعده لاضرر، لزوماً ابطال عمل یا ابطال نتیجه عمل نیست و فقط در صورت انحصاری بودن راه جبران خسارت، می‌توان به استناد قاعده لاضرر، به ابطال نفس عمل یا ابطال آثار آن فتوا داد؛ درحالی‌که در قاعده تقلب مفروض آن است که به صرف وجود تقلب، اثر عمل یا نفس عمل و آثار آن، ابطال می‌گردد. همچنان که مواردی از تقلب وجود دارد که درباره آنها حکم به ابطال عمل حقوقی یا آثار آن داده می‌شود، بی‌آنکه ضرری تحقق یافته باشد، تا بتوان به قاعده لاضرر استناد کرد. پس استناد به قاعده لاضرر، همه موارد تقلب را پوشش نمی‌دهد و استناد به آن در این موارد، استناد به دلیلی اخص از مدعی است.

و از جهت دیگر، در قاعده تقلب، عمل حقوقی یا اثر آن وقتی ابطال می‌گردد که با سوءنیت (قصد تقلب) همراه باشد، درحالی‌که در قاعده لاضرر، صرف وقوع ضرر سبب ابطال عمل می‌گردد، درحالی‌که ممکن است هیچ‌گونه سوءنیت و قصد تقلبی وجود نداشته باشد، پس استناد به قاعده لاضرر، استناد به دلیلی اعم از مدعی است.

۳.۳. تقلب و جهت نامشروع

برخی نویسندگان برای تبیین نادرستی تقلب و لزوم پیشگیری از وقوع آن، و حکم به بطلان عمل متقلبانه و آثار آن در صورت انجام عمل متقلبانه، به نظریه «جهت نامشروع» استناد جسته‌اند و به استناد آن، نه تنها اثر نامشروع مطلوب برای متقلب را بر عمل متقلبانه مترتب نمی‌سازند و از این نظر، عمل متقلبانه را فاقد آثار مورد انتظارش می‌دانند، بلکه نامشروع بودن جهت را سبب بطلان نفس عمل متقلبانه می‌دانند (بطلان عمل و بطلان آثار) (نصیری، ۱۳۸۲: ۵۶).

۳.۳.۱. تبیین جهت نامشروع

ارزیابی این دیدگاه مستلزم اشاره‌ای به نظریه جهت نامشروع است. مقصود از «جهت نامشروع» که بیشتر در مبحث معاملات مورد توجه قرار می‌گیرد، آن است که انگیزه اصلی و هدف نهایی طرفین معامله یا یکی از آنها، رسیدن و دستیابی به امری نامشروع باشد و مراد از نامشروع، هر چیزی است که برخلاف نص قانون، شریعت، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. مثال معروف جهت نامشروع، در حقوق خصوصی، اجاره منزل به انگیزه دائر کردن مرکز فساد یا معامله به قصد فرار از پرداخت دین است که در مورد اول به استناد ماده ۲۱۷ معامله باطل و در مورد دوم به استناد ماده ۲۱۸ سابق معامله غیرنافذ است و مثال معروف آن در فقه،

یکی فروش انگور به انگیزه شراب‌سازی است، که نامشروع بودن جهت، سبب بطلان معامله و عدم انتقال عوضین است (شیرازی، بی تا: ۲۶۹؛ خمینی، ۱۳۷۷: ۲۱۵) و دیگر، مصرف یا معامله و انتقال مال الاستطاعه برای فرار از وجوب حج و انجام آن است، که البته نامشروع بودن مصرف، سبب سقوط حج نمی‌شود.

۲.۳.۳. حکم وضعی تقلب در فقه و حقوق اسلامی براساس حکم وضعی جهت نامشروع

هرچند هر دو قاعده (ممنوعیت تقلب و جهت نامشروع)، فی‌الجمله از نظر وجود سوءنیت و داشتن انگیزه نامشروع مشترک‌اند، و ممکن است همین مسئله موجب شود که در نگاهی سطحی و سریع چنین به نظر آید که دو قاعده کاملاً بر یکدیگر منطبق‌اند و در نتیجه هر حکمی که درباره جهت نامشروع (برای مثال خرید انگور به انگیزه شراب‌سازی) صادق است درباره تقلب (تغییر تابعیت به انگیزه طلاق و ازدواج جدید) نیز جاری است. اما اندکی دقت و تأمل فرق اساسی بین دو قاعده را آشکار می‌سازد، به گونه‌ای که سبب می‌شود نتوان به همین سادگی حکم جهت نامشروع را به تقلب نیز سرایت داد، چراکه با وجود این تفاوت‌ها، رابطه تقلب با جهت نامشروع، حداکثر از نوع عموم و خصوص من وجه است که در نتیجه، فقط در حوزه اشتراک آنها، می‌توان حکم جهت نامشروع را به تقلب سرایت داد و در حوزه افتراق چنین سرایتی جایز نیست. و اکنون اشارتی به این تفاوت‌ها:

۱. استناد به جهت نامشروع برای ابطال معامله، مشروط است به آنکه در معامله به جهت نامشروع تصریح شده باشد یا معامله مبتنی بر آن باشد، درحالی‌که در بحث استناد به قاعده ممنوعیت تقلب، نه تنها به جهت نامشروع تصریح نمی‌شود، بلکه تلاش می‌شود که هدف نامشروع، پنهان بماند.

۲. جهت نامشروع به معنای خاص آن به معاملات اختصاص دارد، درحالی‌که در پاره‌ای از موارد تقلب، عمل متقلبانه، اگرچه عملی حقوقی است، مصداق معامله (عقد یا ایقاع) نیست (مثل تغییر تابعیت)، چنانکه در پاره‌ای موارد، اصولاً عمل متقلبانه، یک عمل مادی - و نه حقوقی - است، هرچند دارای آثار حقوقی باشد (مثل تغییر محل وقوع مال). بنابراین حکم تقلب در این موارد را نمی‌توان به استناد حکم جهت نامشروع کشف و اصطیاد کرد.

۳. نتیجه استناد به جهت نامشروع بطلان نفس عمل (معامله) است، درحالی‌که نظریه غالب - و نه اجماعی - در تقلب، بی‌اثر شدن عمل متقلبانه است و نه بطلان آن.

۴. در جهت نامشروع، نامشروع بودن امر نامشروع، ربطی به وجود یا عدم «انگیزه» نامشروع ندارد و مثلاً ساخت شراب یا دایر کردن مرکز فساد، در هر حال ممنوع است، حتی اگر معامله بدون این انگیزه و به صورت صحیح واقع شده باشد، درحالی‌که در مسئله تقلب

مفروض این است که اگر عمل، به صورت غیرمتقابلانه و بدون سوء انگیزه و به صورت صحیح واقع شود (صحت تغییر تابعیت)، سبب تغییر حکم (از ممنوعیت طلاق به جواز آن) می‌شود، به عبارت دیگر، ممنوعیت امر نامشروع در مسئله تقلب، ممنوعیتی عنوانی و نسبی و وابسته به سوء انگیزه متقلب است، برخلاف ممنوعیت در جهت نامشروع که ممنوعیتی ذاتی و مطلق و بی‌ارتباط با سوء انگیزه یا حتی حسن انگیزه فرد است.

۵. جهت نامشروع در فقه، در همه موارد حکم واحد و یکسانی ندارد، تا بتوان با استناد به آن حکم مشخصی را برای تقلب دریافت کرد، زیرا در موردی مثل خرید و فروش انگور به انگیزه شراب‌سازی، حکم به بطلان معامله می‌شود (بطلان عمل متقابلانه و بطلان آثار آن)، اما در موردی مثل معامله مال الاستطاعه، فقط حکم به بطلان اثر عمل می‌شود (عدم سقوط وجوب حج)، ولی درباره صحت و یا بطلان نفس عمل (معامله و نقل و انتقال ناشی از آن)، اختلاف نظر وجود دارد.

۳.۴.۳. تقلب و نقض غرض

۳.۴.۱. مفهوم نقض غرض و آثار آن

برخی نویسندگان چون تجویز تقلب نسبت به قانون را مستلزم تناقض می‌دانند، تصریح می‌کنند که «تقلب نسبت به قانون، چه در قانون آمده باشد و چه نیامده باشد، باید ممنوع باشد» (شریعت باقری، ۱۳۹۵: ۲۴۳) و برخی دیگر، حکم مذکور در ماده ۹۴۴ قانون مدنی (عدم محرومیت زوجه از ارث در طلاق واقع در بیماری منجر به موت) و ماده ۹۴۵ (محرومیت زوجه از ارث در ازدواج واقع در بیماری منجر به موت) را به قاعده ممنوعیت نقض غرض، مستند ساخته‌اند (کاشانی، ۱۳۵۴: ۲۶۰-۲۵۶). همچنان‌که گاه برخی نویسندگان در مقام تبیین حکم تکلیفی حیل و تقسیم آن به حیل‌های مشروع و نامشروع، یکی از دلایل نامشروع بودن حیل را ملازمه جواز حیل با جواز نقض غرض دانسته‌اند، درحالی‌که مسلماً همان‌طور که نقض غرض امری نامشروع است، اجازه انجام نقض غرض هم، امری نامعقول و غیرمنطقی است که از ساحت قانونگذار - تا چه رسد به شارع مقدس حکیم - دور است. برای مثال اظهار شده است: «حیل نامشروع آن است که موجب تعطیل هدف‌ها و مقاصدشان شود، مثل اسقاط واجبات و حلال ساختن محرمات و حقی را باطل کردن و باطلی را به زیر حق آراستن، از این قبیل است، معامله به قصد فرار از دین و حیل‌هایی که در باب ربا ذکر شده ...» (کاشانی، ۱۳۵۴: ۶۰). برخی دیگر، بر این عقیده‌اند که «هر حیل‌ای که به طور قطع ناقض غرض شارع باشد، به لحاظ قانونگذاری و لغویتی که در پی خواهد داشت، عرفاً مورد تجویز شارع قرار نمی‌گیرد و محکوم به حرمت و بطلان است» (مطهری، ۱۳۶۴: ۲۴۰؛ قاسمی، ۱۳۹۱: ۱۲).

اما برخی دیگر صرفاً به لحاظ حکم وضعی، حيله را نامعتبر اعلام کرده‌اند و برای مثال در مورد حيله‌های مذکور در خصوص شفعه گفته‌اند: «با این حيله‌ها، فلسفه حق شفعه از بین می‌رود و شریک را به زحمت می‌اندازد. بنابراین حيله‌های مزبور شرعاً معتبر نیست» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۹: ۲۹)، اما بیش از این توضیح نداده‌اند که آیا مقصود از این عدم اعتبار چیست؟ آیا فقط عدم اسقاط حق شفعه شریک است یا حتی سبب بطلان معامله حيله‌گر نیز می‌شود؟ و در هر صورت، آیا انجام این عمل نامعتبر جایز است یا حرام؟ کمترین نتیجه‌ای که از این سخن مستفاد می‌گردد این است که حتی با فرض جواز و نیز صحت عمل حيله‌ای، دست‌کم آن است که حيله سبب اسقاط حق شفعه نمی‌شود، یعنی نظریه اثر منفی حداقلی تقلب، صحت عمل متقابلانه و بطلان آثار ثابت می‌شود.

برخی فقیهان نیز پس از ذکر روایاتی که حکمت حرمت و ممنوعیت ربا در آنها ذکر شده است، حکم به حرمت و بطلان حيله‌های ربا می‌کنند، از آن جهت که این حيله‌ها سبب نابودی این حکمت‌ها می‌شود (اردبیلی، ۱۴۱۴ق: ۴۳۷) و برخی دیگر بطلان عمل در نتیجه نقض غرض را به صورت یک قاعده کلی چنین تبیین کرده‌اند: «کل شیء تضمن نقض غرض اصل مشروعیه الحکم، یحکم بطلانه» (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۰۲).

۳.۴.۲. حکم وضعی تقلب در فقه و حقوق اسلامی براساس حکم وضعی قاعده ممنوعیت نقض غرض

درباره قاعده مذکور و به ویژه استناد به آن به منظور تبیین حکم تقلب، به خصوص حکم به حرمت و بطلان و بلااثر بودن عمل متقابلانه، ملاحظاتی وجود دارد که توجه به آنها به روشن شدن حقیقت کمک می‌کند.

۱. با فرض مصداق یافتن قاعده، قدر مسلم تأثیر آن، بلااثر ساختن عمل حيله‌ای است (اثر منفی حداقلی)، اما بطلان عمل و حرمت آن (اثر منفی حداکثری)، لزوماً از این قاعده مستفاد نمی‌شود و تابع ادله دیگری است. شاید اختلاف فتوای فقیهان درباره حيله‌ای خاص، یا فتاوای مختلف فقیهی واحد درباره حيله‌های متفاوت را، در این ملاحظه بتوان یافت. برای مثال همان‌طور که اشاره شد، می‌توان به بی‌اثر دانستن حيله‌های باب شفعه و مؤثر ندانستن آنها در سقوط حق شفعه شریک، بسنده کرد، بدون آنکه نفس عمل حيله‌ای را حرام یا باطل دانست. پس با فرض درستی استناد به این قاعده در بحث تقلب، نتیجه قطعی و مسلم آن، نظریه اثر منفی حداقلی، یعنی «صحت عمل متقابلانه و بطلان آثار» است، اما استفاده نظریه منفی حداکثری، یعنی «نظریه بطلان عمل متقابلانه و بطلان آثار»، نیازمند دلیل دیگری است؛ یعنی

اعمال حيله‌ای و متقلبانه صحیح است، ولی به دلیل وجود تقلب، فاقد آثار است و به استناد آن نمی‌توان حق شفعه را از شریک سلب کرد؛

۲. رابطه دو قاعده ممنوعیت تقلب و ممنوعیت نقض غرض، رابطه عموم و خصوص من وجه است، بنابراین استناد به قاعده ممنوعیت نقض غرض برای تبیین حکم تقلب، استناد به دلیلی اعم یا اخص از مدعی است که منطقی نیست. قاعده ممنوعیت نقض غرض، اعم از قاعده ممنوعیت تقلب است، زیرا از یک سو، حکم نقض غرض -هرچه باشد- هر جا که غرضی نقض شود وجود دارد، چه آن نقض با حسن نیت و حداقل با عدم سوءنیت همراه باشد (عدم تقلب) و چه همراه با سوءنیت (تقلب). پس مانع اجرای قانون خارجی را باید نقض غرض دانست، حتی اگر این نقض غرض با حسن نیت، و نه تقلب، تحقق یابد. پس با وجود نقض غرض، که امری نسبتاً مشهود و قابل اثبات است، دیگر نوبت به تقلب، که امری نامشهود و تقریباً اثبات‌نشده است، نمی‌رسد و از سوی دیگر، عنوان تقلب و عمل متقلبانه، اعم از نقض غرض است، پس برای تبیین حکم آن نمی‌توان به قاعده ممنوعیت نقض غرض استناد کرد. به عبارتی دیگر، عمل متقلبانه ممکن است با نقض غرض بالفعل همراه یا ناهمراه باشد. در صورت همراهی با نقض غرض، می‌توان به این قاعده استناد کرد، اما در صورت ناهمراهی با نقض غرض، جایی برای استناد به این قاعده باقی نمی‌ماند. برای مثال اگر خانم دوبوفرمن که به انگیزه طلاق و ازدواج ممنوع، تغییر تابعیت داده بود، موفق به طلاق و ازدواج نمی‌شد، یا اصولاً پس از کسب تابعیت آلمانی از گرفتن طلاق منصرف می‌شد، دیگر نقض غرضی وجود ندارد تا به استناد قاعده ممنوعیت نقض غرض، حکم تابعیت جدید او و آثار آن را براساس قاعده مذکور تبیین کرد، درحالی‌که بدون تردید، تغییر تابعیت او متقلبانه و با سوءنیت تحقق یافته است. البته دو پاسخ ناکافی برای این ملاحظه می‌تواند وجود داشته باشد: یکی آنکه گفته شود مقصود از عمل متقلبانه، صرفاً عملی است که با سوءنیت و همراه با نقض غرض انجام گیرد، پس عملی که با نقض غرض همراه نباشد -اگرچه با سوءنیت- متقلبانه محسوب نمی‌شود، این سخن با توضیحی که در مورد تغییر تابعیت خانم دوبوفرمن گفته شد، نقض می‌شود و پذیرفتنی نیست؛ دوم آنکه گفته شود، برای متقلبانه بودن عمل، صرف سوءنیت و در اینجا، انگیزه نقض غرض کافی است و نیازی به تحقق بالفعل نقض غرض نیست. این سخن پذیرفتنی نیست، چراکه با فرض پذیرش آن، مآلاً بحث، به بحث جهت نامشروع -آن هم با وسیع‌ترین معنای آن، که مورد تردید بود- بازمی‌گردد و از شمول عنوان «نقض غرض» خارج می‌شود.

۴. نتیجه

درباره حکم تکلیفی و وضعی تقلب دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد. به لحاظ حکم تکلیفی دو دیدگاه وجود دارد، یا می‌تواند وجود داشته باشد: یکی دیدگاه جواز تقلب و دیگر دیدگاه ممنوعیت تقلب.

بدیهی است آنان که تقلب را امری جایز می‌دانند، هیچ‌گونه تأثیر منفی را برای تقلب قائل نیستند و در نتیجه هم عمل متقلبانه را صحیح می‌دانند و هم آثارش را بر آن مترتب می‌سازند. این گروه به حیله‌های حلال و جایزی استناد می‌کنند که سبب تغییر موضوع و در نتیجه تغییر حکم می‌شود. هرچند این مستند فی‌الجمله این دیدگاه را تأیید می‌کند، وجود حیله‌های حرام یا حیله‌های غیر مؤثر (که سبب تغییر موضوع و تغییر حکم از ممنوع به جایز نمی‌شوند) موجب می‌شود که نتوان این دیدگاه را به‌عنوان قاعده‌ای عام و کلی نسبت به تقلب پذیرفت.

در برابر، کسانی که تقلب را امری ممنوع یا دست‌کم غیر مؤثر در تغییر موضوع و تغییر حکم می‌دانند برای اثبات دیدگاه خود (حرمت یا بطلان یا بی‌اثر بودن عمل متقلبانه)، به قاعده لاضرر، جهت نامشروع یا سوءاستفاده از حق استناد می‌کنند که هیچ‌یک از این مستندات نیز برای ارائه یک قاعده عام و کلی درباره تقلب کافی نیست، زیرا:

اولاً: حیله، اعم از تقلب است و مواردی که حیله جایز و مؤثر (و سبب تغییر موضوع و یا حکم) است، ناقض دیدگاه همانندی و برابری حیله و تقلب است، افزون‌بر آن، مواردی هم که حیله یا ممنوع است یا آنکه مؤثر و سبب تغییر موضوع یا حکم نیست، مستند اصلی این ممنوعیت و عدم تأثیر، نه نفس حیله، بلکه یکی از چند عنوان: ضرر، جهت نامشروع، سوءاستفاده از حق و نقض غرض است؛

ثانیاً: رابطه تقلب با قاعده لاضرر هم، یک رابطه عموم و خصوص من وجه است. در تقلب‌های ضرری اجمالاً می‌توان به استناد قاعده لاضرر، عمل متقلبانه را ممنوع و باطل و بلااثر دانست، اما در تقلب‌های غیرضرری جای استناد به قاعده لاضرر نیست؛

ثالثاً: نظریه جهت نامشروع یا قاعده ممنوعیت استفاده نامشروع از حق نیز نمی‌تواند به‌طور کامل توجیه‌کننده این دیدگاه باشد، زیرا امر نامشروع در این موارد، نامشروع‌های ذاتی است که موضوع و حکم آن با عمل متقلبانه دگرگون نمی‌شود (همچون شراب‌سازی)، برخلاف امر نامشروع در بحث تقلب، که نامشروع غیرذاتی و عنوانی است و مفروض این است که موضوع یا حکم آن، ممکن است با عمل متقلبانه دگرگون شود؛

رابعاً: ممنوعیت نقض غرض هم نمی‌تواند اثبات‌کننده این دیدگاه باشد، زیرا افزون‌بر اینکه شناخت غرض‌های شارع و در نتیجه شناخت موارد نقض غرض او، قطعی و یقینی نیست، باید دانست که در مواردی هم که غرض شارع شناخته می‌شود، این غرض، گاه غرض عنوانی

است که تغییر آن در نتیجه عمل متقلبانه، امری ممکن است، پس دیدگاه مذکور (بطلان عمل متقلبانه و بطلان آثار) را به این استناد نمی‌توان ثابت کرد و گاه غرضی است که نقض آن به هیچ وجه پذیرفته نیست، در این صورت، عمل متقلبانه مصداق مخالفت با نظم عمومی (مالا یرضی الشارع بفعله او بترکه) است، پس دلیل ممنوعیت عمل و بطلان آن یا دست‌کم بطلان آثار آن، مخالفت با نظم عمومی است نه تقلب نسبت به قانون.

بنابراین حکمی کلی و عام درباره تقلب نمی‌توان اعلام کرد و بسته به مورد می‌توان به هر یک از سه نظریه یعنی نظریه عدم تأثیر منفی تقلب و در نتیجه «صحت عمل متقلبانه و صحت آثار» و نظریه تأثیر منفی حداقلی تقلب و در نتیجه «صحت عمل متقلبانه و بطلان آثار» و نظریه تأثیر منفی حداکثری عمل متقلبانه و در نتیجه «بطلان عمل متقلبانه و بطلان آثار»، استناد کرد.

منابع

الف) فارسی

۱. ابلق‌دار، صدیقه (۱۳۸۶). بررسی نظریه تقلب و حیل شرعی در فقه و حقوق، تهران: امید مجد.
۲. ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۷۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: بهتاب.
۳. الماسی، نجادعلی (۱۳۶۸). تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۴. بحیری، محمد عبدالوهاب (۱۳۷۶). حیل‌های شرعی ناسازگار با فلسفه فقه، ترجمه حسین صابری، مشهد: آستان قدس رضوی.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). وسبط در ترمینولوژی حقوق، چ اول، کتابخانه گنج دانش.
۶. ----- (۱۳۸۱). ج ۲، دوم، مبسوط در ترمینولوژی حقوق.
۷. ----- (۱۳۴۳). تحت عنوان «نیرنگ به قانون» (www.Ghvanhn.hr)
۸. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۷). توضیح المسائل، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۹. ----- (۱۳۷۵). مناسک حج، مطابق با فتاوی امام خمینی و حواشی سایر مراجع تقلید، تهران: نشر مشعر.
۱۰. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: میزان.
۱۱. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۵). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: میزان.
۱۲. شیخ‌الاسلامی، سید محسن (۱۳۸۴). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۳. صدری ارحامی، محمد (۱۳۹۴). حیل شرعی در فقه و حقوق، تهران: چتر دانش.
۱۴. صفایی، سید حسین (۱۳۵۰). «نظریه جهت در قراردادهای»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۸، ش ۰، زمستان.
۱۵. عامری، جواد (۱۳۶۲). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: آگاه.
۱۶. قاسمی، رسول (۱۳۹۱). حیل و تقلب نسبت به قانون (در حقوق ایران و فقه)، تهران: جنگل، جاودانه.
۱۷. کاشانی، سید محمود (۱۳۵۴). نظریه تقلب نسبت به قانون، تهران: دانشگاه ملی ایران.
۱۸. متولی، سید محمد (۱۳۷۸). احوال شخصیه بیگانگان در ایران، بی‌جا: انتشارت سازوکار.
۱۹. مطهری، مرتضی (۱۳۶۴). ربا، بانک و بیمه، تهران: صدرا.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۹). حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح، گردآوری: ابوالقاسم علیان نژادی، چ چهارم، انتشارات امام علی بن ابیطالب (ع).
۲۱. ----- (۱۳۸۵). بررسی طرق فرار از ربا، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین.

۲۲. نصیری، محمد (۱۳۷۲). حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: آگاه.
۲۳. نظیف، مجتبی (۱۳۸۹). حقوق بین‌الملل خصوصی، ج ۲، تهران: دادگستر.
۲۴. هداوی، حسن (۱۹۷۴م). تنازع القوانين و احکامه فی القانون الدولي الخاص الكويتی، کویت: مطبوعات جامعه الكويت.
۲۵. قانون اساسی.
۲۶. قانون مدنی.

ب) عربی

۲۷. اردبیلی محقق (مقدس)، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق). مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۸. بحیری، الحیل (۱۹۴۶م). المحظور منها والمشروع، قاهره: مطبعه المصر.
۲۹. بستانی، سعید یوسف (۲۰۰۴م). القانون الدولي الخاص، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۳۰. بهبهانی، وحید (۱۴۱۹ق). الرسائل الفقهيہ، قم: مؤسسه علامه مجدد وحید بهبهانی.
۳۱. بیار مایر - فانسان هوزیه (۱۴۲۹ق/۲۰۰۸م). القانون الدولي الخاص، ترجمه [تعريب]: مقلد، علی محمود، بیروت: مجدد، المؤسسة الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع.
۳۲. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۷). المكاسب المحرمه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۳. داودی، علی (۱۴۳۲ق/۲۰۱۱م). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، عمان: دار الثقافه للنشر و التوزيع.
۳۴. سلامه، احمد عبدالکریم (۱۴۲۳ق/۲۰۰۲م). القانون الدولي الخاص، العین (الامارات): جامعه العربيه المتحده.
۳۵. شیرازی، سید محمد (بی تا). ایصال الطالب الی المكاسب، ج ۱، تهران: منشورات الاعلمی.
۳۶. عکاشه، محمد عبدالعال (۲۰۰۴م). تنازع القوانين، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۳ش/۱۴۳۵ق). القواعد الفقهيہ، ج ۱، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین.
۳۸. ممدوح، عبدالکریم (۱۹۷۳م). القانون الدولي الخاص، بغداد: دارالحرية للطباعه والنشر.
۳۹. ----- (۲۰۰۵م). القانون الدولي الخاص، عمان: دار الثقافه للنشر و التوزيع.
۴۰. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام، ج ۳۲، قم، دوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۴۱. نشوه العلوانی (۱۴۲۳ق). الحیل الشرعيه بين الحذر والإباحه، حجاز: دار قرأ.