

آثار عدم مشروعیت^۱ در حقوق قراردادهای انگلستان

ترجمه عباس کاظمی نجف آبادی^۲

منبع:

Evan McKendrick
Contract Law
palgrave macmillan
15 edition, 2003

chapter 15, p. 344 – 352.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مقدمه مترجم

آشنایی با قواعد و مقررات حقوقی، برای کسانی که با حقوق انسی دارند، از هر نوع که باشد، مطلوب و لذت بخش است. در این میان، مطالعات تطبیقی، که به علت آشنایی خواننده با حقوق داخلی، مجال مقایسه و جولان ذهن را ایجاد می‌کند، نقاط ضعف و قوت افکار حقوقی را برای خواننده تبیین می‌نماید و زمینه را برای ابتکار و اظهار نظر فراهم می‌آورد، از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. حقوق قراردادهای انگلستان، که به دلیل تکیه بر

1. The Effects of Illigality.

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

رویه قضایی، از انعطاف‌پذیری خاصی برخوردار است و همواره استدلالات و مبانی احکام را به اندازه خود آنها اهمیت داده و مطرح می‌کند، می‌تواند بستر مناسبی برای این دست از مطالعات باشد. در متن حاضر، نویسنده، پس از عنوان این مطلب که قاعد کلی در برخورد با قراردادهای نامشروع، به رسمیت نشناختن آنها در دادگاه‌ها است، به مشکلاتی که این قاعده در زمینه از بین رفتن حقوق افراد و دارا شدن بلاجهت به وجود می‌آورد، اشاره می‌کند و سپس به تحلیل رویه قضایی در ارائه راه حل برای این مشکلات بر اساس تئوری‌های جدیدی همانند نظم عمومی و مصلحت می‌پردازد و در نهایت نتیجه می‌گیرد که عدم مشروعیت قراردادی نباید باعث شود که دادگاه به طور مطلق روابط به وجود آمده از آن قرارداد را نادیده بگیرد بلکه باید در موارد مختلف، تفاوت قائل شد و براساس منشأ عدم مشروعیت و میزان اهمیت آن، میان اجزاء و آثار مختلف قرارداد، قائل به تفکیک گردید.

آثار عدم مشروعیت در حقوق قراردادهای انگلستان

می‌دانیم قاعده کلی این است که دادگاه، قراردادهای غیر مشروع را اجرا نمی‌کند. هر چند دادگاه‌ها به چنین قراردادهایی ترتیب اثر نمی‌دهند، ولی ممکن است بخواهند بر اساس برخی مبانی جایگزین در جهت جبران خسارت طرف بی‌گناه گام بردارند. در دعوی شرکت استرونسمن علیه سینککل،^۱ خواننده باید مجوزهای لازم را به دست آورد تا خواهان، که براساس قرارداد باید خانه‌اش را تعمیر می‌کرد، به طور قانونی می‌توانست این کار را انجام دهد. خواننده در به دست آوردن این مجوزها ناکام ماند و با این استدلال که بدین دلیل که مجوزهای لازم کسب نکرده، لذا اجرای قرارداد غیر قانونی بوده است، از پرداخت دستمزد خواهان، سر باز زد.

خواهان قادر نبود خواننده را از جهت قرارداد و به علت عدم تهیه مجوزهای لازم تحت تعقیب قرار دهد اما دادگاه حکم کرد که آنها می‌توانند معادل کاری را که انجام داده بودند، مطالبه کنند؛ چرا که خواننده تعهد قراردادی خود را، مبنی بر این که مجوزهای لازم را به

1. Stronsman (1945)Ltd v. Sincoc [1955] QB 525.

دست آورد، نقض کرده بود. در دعوای شلی علیه پوداک^۱ نیز تأیید گردید که طرف یک قرارداد غیر قانونی، می‌تواند خسارات ناشی از توصیف غیر واقع همراه با سوء نیت [طرف مقابل] را مطالبه کند. هرگاه بعداً مشخص شود قرارداد، غیر قانونی بوده است، دادگاه می‌تواند در جهت حمایت از طرف بی‌گناهی که متحمل خسارت شده، اقدام نماید.

سؤال بعدی که باید پرسیده شود این است که آیا دادگاه‌ها، به طرف قراردادی که غیر قانونی بوده، اجازه می‌دهند که مبلغ معادل خدماتی را که به طرف مقابلش ارائه کرده، مطالبه نماید؟ قاعده کلی این است که دادگاه‌ها اجازه ندارند جبران منافی را که تحت یک قرارداد غیر قانونی منتقل شده است، مورد حکم قرار دهند.^۲ بار دیگر دادگاه‌ها در تلاش برای سازش میان دو قاعده بر آمدند، یکی با نام جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه و دیگر ضرورت اجتناب از هر گونه ورود به قراردادهای غیر قانونی و به رسمیت شناختن آنها. رویه کلی، اجرای قاعده دوم را نشان می‌دهد.^۳ اما استثنائاتی بر این قاعده وارد شده است که این استثنائات بر اساس قاعده اول توجیه می‌شود.^۴

قبل از این که به تجزیه و تحلیل این قاعده کلی و استثنائات وارد بر آن بپردازیم، سؤال دیگری باید پاسخ داده شود. سؤال این است که در چه شرایطی طرفی که بر اساس قرارداد منفعتی را به دیگری ارائه کرده، می‌تواند جبران آن را مطالبه کند؟ نامشروع بودن، به خودی خود نمی‌تواند علت اقامه دعوا قرار بگیرد. برعکس، در بسیاری موارد، عدم

1. *Shelley v. Poddock* [1980] QB 348.

2. *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp 341.

۳. برای آشنایی با یک نمونه خاص که در آن بر این قاعده تصریح شده است مراجعه کنید به حکم صادره توسط سر استفن برو (Sir Stephen Brown) در دعوای *Taylor v. Bhail* [1996 CLC 377,380].

۴. مثلاً نگاه کنید به دعوای *Mohamed v. Alaga & Co (Afirm)* [2000] 1 WIR 1815 که در آن دادگاه استیناف مقرر داشت خواهان مستحق اقامه دعوی دریافت خسارت است و در صورت انجام آن، بر این نکته تأکید کرد که خواهان کمتر از خواننده مقصر بوده و ادعای دریافت غرامت، اساساً، این قاعده را که قرارداد غیرقابل اجرا است، نقض نمی‌کند؛ چرا که دعوای دریافت خسارت خواهان، براساس لزوم اجرای قرارداد مطرح نشده است (بلکه بر این مبنا است که ادعای مطالبه خسارت برای ارزش معقول خدماتی است که ارائه شده و نه قیمت قرارداد).

مشروعیت، به عنوان یک دفاع، در دعوایی که برای مطالبه جبران خسارت مطرح شده، مورد استفاده قرار گرفته است.

ممکن است استدلال شود قاعده کلی که جبران خسارت را منع می‌کند، بر اساس نظریه نظم عمومی بنا نهاده شده، لذا در زمانی که طرفین متساوی التقصیر^۱ نیستند، سیاست نفی جبران خسارت به سادگی کنار می‌رود.

راه حل بهتری پیشنهاد شده که در سه مورد زیر، شرایطی که تحت آنها جبران خسارت مورد مطالبه قرار می‌گیرد، همان شرایط عادی برای جبران خسارت باشد؛ مانند اشتباه یا اکراه، و در عین حال، غیر قانونی بودن را بتوان به عنوان دفاع در دعوی خسارت، مورد استفاده قرار داد.^۲ هر چند مبانی دقیق این تفکیک مشخص نیست، سه مورد استثنایی وجود دارد که در آن، طرف قرارداد غیر قانونی، می‌تواند جبران منافی را که ارائه کرده، مطالبه کند. اولین استثنا در جایی است که طرفین متساوی التقصیر نباشند. دو دسته از دعاوی تحت این استثنا قرار می‌گیرند. اول جایی است که خواهان دچار یک اشتباه موضوعی شده که او را از نامشروع بودن ماهیت قرارداد، ناآگاه ساخته است.^۳ دومین مورد در جایی است که خواهان به واسطه توصیف متقلبانه خوانده که با عمل خود باعث مخفی کردن ماهیت نامشروع معامله از خواهان شده، به انعقاد قرارداد تشویق شده باشد^۴ یا جایی که خواهان به واسطه اکراهی که در حد سلب اختیار وی بوده، قرارداد را پذیرفته باشد.^۵ وجه دیگری از قاعده متساوی التقصیر بودن که عدم آن، مطالبه جبران خسارت را اجازه می‌دهد، جایی است که معامله بر اساس قانونی نامشروع دانسته شده که به عنوان تلاش در جهت حمایت از موقعیت خواهان به تصویب رسیده باشد.^۶

1. *Pari Delicto*.

۲ نگاه کنید به Birks, 1985.

3. *Oom V. Bruce* (1810)12 East 225.

4. *Hughes v. Liverpool Victoria Legal Friendly Society* [1916] KB 482.

5. *Smith v. Guff* (1817) 6 m & S 160.

6. *Kasumu v. Baba - Egbe* [19560 AC 539, *Kiriri Cotton v. Dewani* [1960] AC 192.

دومین استثناء در موردی که استحقاق خواهان برای جبران منافی که تحت یک قرارداد غیر قانونی ارائه کرده آن است که او به موقع، بی اعتباری قرارداد غیر قانونی را بپذیرد. پرداخت کننده، فرصتی برای اظهار ندامت و پشیمانی دارد و ممکن است در آن محدوده زمانی و مکانی، از قرارداد غیر قانونی عقب نشینی کند و جبران آنچه پرداخته است را مطالبه نماید.^۱ توجیه این استثناء این است که باید به طرفین یک قرارداد غیر قانونی، انگیزه‌ای در جهت خودداری از اجرای قرارداد نامشروع داده شود. با این حال، حدود این استثناء در مواردی نامشخص است: مثلاً مشخص نیست که آیا لازم است خواهان حقیقتاً از انجام قرارداد پشیمان شده باشد یا خیر؛^۲ همچنین تعیین زمان دقیقی که پس از آن پشیمانی خواهان نمی‌تواند منشأ اثر واقع شود، مشکل است.^۳

سومین استثناء جایی است که خواهان بتواند، بدون این که به ماهیت غیر قانونی قرارداد استناد کند، حق خود را بر آن پول یا مال به اثبات برساند. منشأ این استثناء در پرونده پیچیده شرکت بومیکرز علیه شرکت ابزار بارنت^۴ بود.^۵ در دعوی بومیکرز، خواهان‌ها لوازم یدکی را خریداری کرده و بدین طریق مقررات دفاع^۶ را نقض کرده و آنها را تحت سه قرارداد غیر قانونی اجاره به شرط تملیک، به خواننده تحویل داده بودند. خواندگان، بر خلاف توافق قراردادی، مقداری از لوازم را تحویل دادند و از اجرای مابقی تعهدات خود، سر باز زدند. خواهان‌ها، بر اساس مسئولیت مدنی ناشی از غصب، دعوی جبران خسارت مطرح

۱. نگاه کنید به Taylor v. Bowers (1876) 1 QB 291, Kearley V. Thomson (1890) 24 QBD 742, این مطلب توسط، Beatson 1975 به زیبایی مورد بحث قرار گرفته است.

۲. احتمالاً خیر، نگاه کنید به اظهارات قاضی (Millett) در دعوی Tribe v. Tribe [1996] CH 107, 135.

۳. اجرای کامل قرارداد مانعی جهت مطالعه خسارت است اما به نظر می‌رسد که اجرای جزئی این گونه نباشد؛ این که چگونه ممکن است با اجرای ناقص همچنان فرصت بازگشت برای طرفین قرارداد باقی بماند مسئله‌ای قابل بحث است.

4. Bowmakers Ltd v. Barnet Instruments Ltd [1945] KB 65.

۵. همچنین نگاه کنید به Belvoir Finance v. Stapleton [1971] 1 QB 210 مباحث مربوط که توسط Higgins (1949), Hamson (19620) مطرح شده است.

6. The Defence Regulations.

نموده و پیروز شدند. حق خوانندگان در تملک کالاها، با نقض قراردادهای اجاره به شرط تملیک، پایان یافته بود و بنابراین، خواهان‌ها می‌توانستند حق مالکیت خود بر لوازم را بدون این که بخواهند به انتقال غیر قانونی آن استناد کنند، اثبات نمایند.

پرونده بومیگز، پرونده‌ای بود که در آن خواهان‌ها، قادر به اثبات مالکیت قانونی خود بر کالاها بودند؛ اما این روش در مورد طرفی هم که بتواند وجود رابط منصفانه‌ای را بر کالاها اثبات کند، قابل اعمال است. در واقع این نتیجه‌ای است که از رأی مجلس اعیان در دعوی تینسلی علیه میلیگان^۱ ناشی می‌شود. خواهان و خواننده دوستان هم بودند. آنها مشترکاً خانه‌ای را خریداری کردند که تنها به نام خواهان به ثبت رسید تا بدین طریق خواننده بتواند، با اطلاع خواهان، از مزایای وزارت رفاه اجتماعی^۲ در مورد افراد فاقد خانه استفاده نماید. خواننده پس از مدتی از تقلبی که صورت گرفته بود، پشیمان شد و وزارت را از آنچه که انجام داده بود، مطلع ساخت. به دنبال آن، میان دو طرف مشاجره در گرفت و خواهان خانه را تخلیه کرد و سپس دعوی را برای تصرف خانه مطرح ساخت و ادعا کرد که او تنها مالک آن خانه است. خواننده نمی‌توانست استدلال کند که حق مالکانه‌ای از طرف قانون برای او نسبت به خانه متصور است (چرا که خانه به نام خواهان بود)؛ اما او این گونه دفاع کرد که منفعت منصفانه‌ای در آن خانه به جهت مشارکت در تهیه ثمن آن دارد. خواهان استدلال کرد که خواننده، به واسطه شرکت در تقلبی که صورت گرفته، توانایی اثبات هیچ گونه منفعت منصفانه‌ای را ندارد؛ او نمی‌تواند به کمک و مساعدت دادگاه انصاف استناد کند؛ زیرا او «با دستانی پاک» به این دادگاه نیامده است. هر چند این استدلال توسط لرد گف^۳ و لرد کیث^۴ پذیرفته شد، ولی اکثریت قضات، از قبول آن امتناع کردند. اکثریت نپذیرفتند که میان قاعده حقوقی و قاعده مبتنی بر انصاف، تفاوت وجود دارد. لرد

1. Tinsley v. Milligan [1994] 1 Ac 340.

2. Department of Social Security.

3. Goff.

4. Keith.

برون - ویلکینسون^۱ ابراز داشت: «اگر حقوق این گونه مقرر دارد که یک طرف می‌تواند حق مالکانه‌ای را که تحت یک معامله غیر قانونی کسب کرده است، به اجرا بگذارد، از نظر قضایی من، باید قاعده‌ای مشابه نسبت به هر حق مالکانه‌ای که بدین طریق کسب می‌شود، اعمال گردد. تفاوتی نمی‌کند که این حق قانونی یا بر اساس انصاف باشد.»

اکثریت با پذیرش این پیشنهاد و اعمال آن در دعوی فوق، مقرر کردند که خواننده می‌تواند حق خود را مورد مطالبه کند، چرا که او به منظور اثبات حق منصفانه خود، به غیر قانونی بودن قرارداد استناد نکرده است. حق منصفانه او، به صورت معمولی، از طریق قواعد مربوط به حقوق تراست‌ها قابل مطالبه است. این مطلب بدین دلیل است که حقوق انگلستان فرض می‌کند هنگامی که دو نفر هزینه خرید کالایی را که خرید آن تنها به نام یکی از آن دو ثبت می‌شود، فراهم می‌کنند، بدیهی است نفر دوم می‌تواند بر اساس تراستی که در این مورد حاصل می‌شود، همراه با نفر دوم و هر یک به اندازه سهمی که در تهیه ثمن داشته‌اند، در کالا شریک شود (که با عنوان «اماره تراست ایجاد شده» شناخته می‌شود). بنابراین، خواهان قادر است منفعت مبتنی بر انصاف خود را، به علت قصد مشترک طرفین و مشارکتی که در تهیه ثمن داشته است، ثابت کند. او نیازی ندارد به غیر قانونی بودن [قرارداد] استناد کند. بر عکس این خواهان است که برای انکار تراست مفروض، باید به غیر قانونی بودن توافق استناد کند که در این دعوا، خواهان این کار را انجام نداد و لذا، ادعای متقابل خواننده به نتیجه رسید.

هر دو دعوی بومی‌کرز و تینسلی، به طرق مختلف، نشان دهنده ناتوانی رژیم جبران خسارت فعلی، در خصوص قراردادهای غیر قانونی هستند. هر چند ممکن است در مورد دعوی تینسلی گفته شود دادگاه، درجه‌ای از انسجام و پیوستگی را با امتناع از تفکیک میان حقوق و انصاف ایجاد کرد، از طرف دیگر باز هم تصمیم متخذه، بر اساس اصول و قواعد نبوده، بلکه کاملاً اتفاقی و دلخواهی بوده است. یک مثال ساده می‌تواند این مسئله را به

1. Browne- Wilkinson.

خوبی نشان دهد. تصور کنید دو طرف دعوای تینسلی، زن و شوهر بودند. اگر شوهر در موقعیت خواننده دعوا قرار می‌گرفت، دفاع او با شکست مواجه می‌شد؛ مگر این که، قبل از تحقق هدف غیر مشروع‌عشان، از معامله عقب نشینی می‌کرد.^۱ دادگاه ادعای او را نمی‌پذیرفت، چرا که حقوق انگلستان فرض می‌کند وقتی مردی به همسرش پولی می‌دهد، آن را به عنوان هدیه به او داده است (که با عنوان «اماره ارائه» شناخته می‌شود). در حالی که خلاف این فرض قابل اثبات است و شوهر می‌تواند این پول را بر مبنای قراردادی که غیر قانونی بوده به همسر خود داده باشد، ولی دادگاه‌ها اعتقاد دارند این عمل امکان‌پذیر نیست، (البته ممکن است استدلال شود که در این فرض می‌توان از طریق مقتضی نشان داد که دادن هدیه مد نظر نبوده که در این صورت، دیگر نیازی به مطرح کردن و افشای معامله غیر قانونی وجود ندارد).

لذا این سؤال مطرح است که چه تفاوتی می‌کند طرفین دعوا زن و شوهر یا دو دوست باشند؟ مطمئناً باید جواب مسئله در هر دو مورد یکی باشد. حقوق به تازگی، بر روی آنچه که به عنوان دفاع ابراز می‌شود، تمرکز و توجه می‌کند و به اقتضائات خود دعوا توجه کمی داشته یا اصلاً توجهی ندارد. چنین رهیافتی کمتر مورد حمایت قرار گرفته است. اخیراً در دعوای نلسون علیه نلسون،^۲ دیوان عالی کشور استرالیا با اتخاذ یک رویه منعطف‌تر، با اعمال تصمیمی که توسط اکثریت در دعوای تینسلی پذیرفته شده بود، مخالفت کرد. قاضی امچاگ،^۳ به عنوان سخنگوی تصمیم اکثریت، بیان می‌کند: «نتایجی که از این دکتترین حاصل می‌شود، کاملاً اتفاقی است و همان طوری که این دکتترین، ثمرات مثبتی را به همراه دارد، دارای مضرات و خسارات نیز هست».

از طرف دیگر ممکن است استدلال شود که ریشه این مشکلات به نهاد تراست‌ها بر می‌گردد. چرا که «اماره ارائه» و فرضی که از آن تراست ناشی می‌شود، هر دو از اماره‌هایی

1. Tribe v. Tribe [1996] ch 107.

2. Nelson v. Nelson (1995) 184 CLR 538.

3. Mchugh.

قدیمی و کهنه هستند که پاسخگوی نیازهای زندگی مدرن نمی‌باشند.^۱ هر چند این استدلال تا اندازه‌ای صحیح است، اما باید به این نکته نیز توجه نمود که این نظر، نافی این حقیقت نیست که حقوق، در حال حاضر، در وضعیت رضایت بخشی قرار ندارد.^۲ تصمیم دادگاه در دعوی برومیکرز نیز بدون اشکال نیست و صدور حکم به پرداخت خسارت، که بر اساس قیمت لوازم بدکی ارزیابی و تعیین شد، عملاً همان اجرای قرارداد بود. از طرف دیگر، استنکاف از صدور حکم به پرداخت خسارت، به معنای هدیه کردن مال مورد اختلاف به خواندگان بود. همان طور که کوت^۳ به این مطلب اشاره می‌کند (۱۹۷۲) «مشکل اصلی در اتفاقی بودن نتیجه این رهیافت نهفته است، در کامن لو، قاعده همه یا هیچ، بر قراردادهای غیر قانونی حکومت می‌کند».

در حقیقت، کامن لو، ابزار ضعیفی برای قاعده‌مند ساختن قراردادهای نامشروع است؛ چرا که انعطاف‌پذیری لازم را در بحث خسارات ندارد. برای مدتی به نظر می‌رسید که حقوق انگلستان، به واسطه آرای که دادگاه استیناف در تعدادی از موارد اتخاذ کردند، به طرف انعطاف‌پذیری و مصلحت‌سنجی بیشتری در قالب اصطلاحی «وجدان عمومی» حرکت می‌کند.^۴ بر اساس این معیار، دادگاه باید در تصمیم خود، وجدان عمومی را مدنظر قرار دهد؛ چه این مطلب به دادن خسارت به خواهان منجر شود یا نشود. همچنین دادگاه نباید در جایی که تنها «به وجدان عمومی اهانت شود...» حکم به جبران خسارت بدهد، چون در غیر این صورت «... دادگاه در ظاهر از خواهان در قرارداد غیر قانونی‌اش حمایت کرده یا او را تشویق نموده و لذا دیگران را به چنین اعمالی تشویق نموده است».

۱. برای مثال نگاه کنید به دعوی *Silverwood v. silverwood* (1997) 74p&CR 453, 458 و همچنین *Lowson v. Coombes* [1999] ch 373,385 که دادگاه استیناف ابراز داشت که این دو اماره در شرایط اجتماعی و اقتصادی نوین، غیرقابل استفاده‌اند در دعوی *LOWSON* مقرر گردید که اماره فوق میان مرد متأهل و معشوقه‌اش اجرا نمی‌شود هرچند که این اماره بین همان مرد و همسرش اجرا شده بود.

۲. نگاه کنید به *Collier v. Collier* [2000] EWCA Cir 1095

۳. Coote.

۴. برای مثال نگاه کنید به *Euro - Diam Ltd v. Bathurst* [1996] 1 QB 1

در دعوی تینسلی، لرد گف،^۱ از پذیرش چنین معیاری سر باز زد و اظهار داشت که این کار «اگر نگوییم کاملاً، ولی تا اندازه‌ای مشکل‌تر است از این که بگوییم دادگاه باید مصلحت را در نظر بگیرد، چه نتیجه آن، دادن حکم به خسارت باشد یا نباشد». او در حکم خود آورد که چنین معیاری نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد چرا که با اصل قدیمی‌ای که در دعوی هلمن علیه جونسون^۲ در ۱۷۷۵ بیان شده، در تعارض است که تصریح می‌کند: دادگاه‌ها نباید قدرت خود را در اختیار کسانی قرار دهند که مبنای کار خود را بر اساس اعمال خلاف قانون گذاشته‌اند.

باز هم بر این نکته تأکید می‌کنیم که لرد گف، اصلاح قواعد مربوط به خسارت را به طور کامل رد نمی‌کند. در حقیقت، او از این حقیقت آگاه است که قواعد موجود، در نتایجی که از اعمال آنها حاصل می‌شود، یکسان عمل نمی‌کنند و لذا ممکن است منجر به بی عدالتی گردند. اما او نتیجه می‌گیرد که به رسمیت شناختن اصلاحاتی که توسط اکثریت پیشنهاد شده است، در قلمرو اختیارات مجلس قرار دارد و نه در اختیار دادگاه‌ها. البته برای این اصلاح سابقه‌ای وجود دارد. نیوزیلند قانون قراردادهای نامشروع را در سال ۱۹۷۰ به تصویب رسانده که در آن به دادگاه‌ها، در جایی که دادگاه «در استنباط خود آن را عادلانه بیابد»، قدرت مستقل فراوانی در صدور حکم به چنین جبران خسارتی می‌دهد.^۳ لرد گف، در صحبت‌های خود در پرونده تینسلی به این قانون اشاره کرد و ادامه می‌دهد:

«در هیچ یک از ارزیابی‌ها، اشکالاتی که حقوق در مرحله اجرا با آنها روبروست، مشخص نمی‌شود... در حقیقت، تمام موارد، نشان دهند این مطلب است که اگر لازم باشد با هدف جایگزین نمودن سیستم مبتنی بر مصلحت سنجی، با قصد کمک به قوانین جاری، اصلاحاتی صورت گیرد، این اصلاح فقط چیزی خواهد بود که از طریق تصویب قانون به مرحله اجرا می‌رسد. چرا که بدین ترتیب، موضوع به طور کامل در کمیسیون

1. Goff.

2. Holman v. Johnson.

3. نگاه کنید به Furmston, 1972.

حقوقی بررسی خواهد شد که در آن، نه تنها نکات مثبت و منفی قوانین حاضر مشخص می‌شود، بلکه احتمالاً فوائد و مضرات سیستم مبتنی بر مصلحت سنجی نیز نشان داده می‌شود و شکی نیست که در این راستا به طور خاص از تجربه اجرای قانون نیوزیلند استفاده می‌شود.»

به نظر می‌رسد «تجربه نیوزیلند»، پیچیده از این باشد. پروفیسور کوت در این باره نوشته است که (۱۹۹۲): «گزینه جبران خسارت و معیاری که برای اعمال آن در نظر گرفته شده، در عمل با آنچه که به نظر می‌آید مد نظر اصلاحات بوده، کاملاً متفاوت است.» دادگاه‌ها علاقمندند که «غالباً، مصلحت‌هایی را مد نظر داشته و غالباً هم آنها را اجرا کنند.» او این گونه نتیجه می‌گیرد که قانونی همانند قانون ۱۹۷۰ نیوزیلند، که چنین اختیارات گسترده‌ای را پیش‌بینی می‌کند، «به سرعت حیات مستقلی پیدا خواهد کرد و موانع ضمنی‌ای که به راحتی قابل مشاهده‌اند، به سرعت مورد غفلت یا فراموشی واقع خواهند شد.» این حرف تأکیدی بر این مطلب است که اگر قرار باشد دادگاه‌ها از ابزاری به نام مصلحت سنجی استفاده کنند، باید اصول مختلفی که در این مسیر دادگاه باید از آنها استفاده کند، کاملاً تبیین گردد.

کمیسیون حقوقی به تازگی پیشنهاد لرد گف را قبول نموده و پروسه‌ای را برای اصلاح قوانین مربوط به تأثیر عدم مشروعیت بر قراردادهای و تراست‌ها آغاز نموده است. قانون پیشنهادی آنها در بر دارنده اسناد مشورتی (۱۹۹۹) است که می‌گوید: باید به دادگاه‌ها، قدرت اعمال مصلحت بینی داده شود؛ اما چنین مصلحت بینی‌ای باید در این چارچوب و محدوده باشد که دادگاه‌ها چنین اختیاری نداشته باشد که خسارات وارد بر دو طرف یک قرارداد غیر قانونی را مورد حکم قرار دهد. در یک نگاه کلی، کمیسیون پیشنهاد می‌کند که دادگاه‌ها، باید در تصمیم خود، در موارد ذیل، مصالح را مدنظر قرار دهند، چه به عدم مشروعیت به عنوان یک دفاع استناد بشود و چه خیر:

الف) به عنوان دفاع در برابر خواسته اجرای قرارداد، زمانی که تشکیل، هدف یا اجرای

قرارداد متضمن ارتکاب عملی غیر قانونی باشد.

ب) به عنوان دفاع در برابر خواسته استرداد مال به واسطه دارا شدن ناعادلانه، در مورد اموالی که تحت قراردادی که به علت غیر قانونی بودن غیر قابل اجرا از طریق دادگاه است، تحویل گردیده.

ج) به عنوان دفاع در برابر تأیید انتقال قراردادی یا ایجاد حقوق مالکانه تحت قراردادی که تشکیل، هدف یا اجرای آن متضمن ارتکاب عمل غیر قانونی (به غیر از نقض قرارداد موضوع دعوا) یا مخالف با نظم عمومی باشد. اما چنین عدم مشروعیتی نباید منجر به بی اعتباری وضعیت حقوقی مال نسبت به خریدار ثالثی که از غیر قانونی بودن قرارداد قبلی بی اطلاع بوده، گردد.

به هر حال کمیسیون حقوقی موقتاً دستور داد که چنین مصلحت بینی باید در چارچوبی خاص شکل بگیرد؛ یعنی در هر پرونده‌ای که اعمال می‌گردد، دادگاه باید به موارد ذیل توجه داشته باشد:

۱ - منشأ غیر قانونی بودن موضوع و اهمیت آن.

۲ - آگاهی و قصد خواهان.

۳ - این که استتکاف از صدور حکم به خسارت، آیا به عنوان یک مانع عمل خواهد کرد یا نه؟

۴ - این که استتکاف از صدور حکم به خسارت، آیا به تقویت اهداف قانونی که بر اساس آنها قرارداد نامشروع است، کمک خواهد کرد یا نه؟

۵ - این که استتکاف از صدور حکم به خسارت، با عدم مشروعیت مورد آن تناسب دارد یا خیر؟

همچنین باید به این مسئله نیز توجه داشت که مصلحت بینی دادگاه، محدود به این پرسش است که گذشته از این که قرارداد قابل اجرا باشد یا نباشد، آیا منافع ناشی از دارا شدن ناعادلانه، مسترد خواهد شد یا حقوق مالکانه مورد تأیید قرار خواهد گرفت یا خیر؟

این قاعده، صریحاً چنین اجازه‌ای به دادگاه‌ها نمی‌دهد که خسارات وارد بر دو طرف قرارداد غیر قانونی را مورد حکم قرار دهند یا قرارداد را تعدیل سازند (و بدین معنی، در جهتی که قانون نیوزیلند تعیین کرده است، حرکت نمی‌کنند).

کمیسیون حقوقی، با در نظر گرفتن «زمانی برای پشیمانی»، دستور داد که دادگاه باید در راستای اجازه دادن به طرفی که از قرارداد غیر قانونی عقب نشسته و استرداد منافی را که تحت قرارداد در اختیار طرف مقابل قرار داده مطالبه می‌کند، به مصلحت اندیشی پرداخته و در صورت لزوم به آن حکم دهد. البته این کار در صورتی صحیح است که اجازه مطالبه استرداد این منافع توسط طرفی از قرارداد که عقب نشسته است، احتمال تکمیل انجام عمل غیر قانونی یا انجام گرفتن قصد نامشروع را کاهش دهد. موفقیت ادعای عقب‌نشینی از قرارداد توسط خواهان، بستگی دارد به این که وی بتواند ابتدائاً دادگاه را قانع نماید که قرارداد، نمی‌تواند علیه او به اجرا در آید.

علاوه بر این، آنها مقرر کردند که دادگاه، در تصمیم‌گیری در تشخیص این مسئله که آیا یک طرف قرارداد می‌تواند از انجام آن کناره‌گیری کرده و خسارت را مطالبه کند یا خیر، باید توجه داشته باشد که آیا خواهان حقیقتاً از انجام عمل غیر قانونی پشیمان شده است یا نه (البته این شرط را نباید به عنوان یک شرط ضروری برای مصلحت بینی و استنباط دادگاه تلقی کرد). و همچنین میزان عدم مشروعیت عمل مذکور چقدر است.

این پیشنهادها در راستای تلاش برای ارائه اصول ثابت حقوقی است، ضمن اینکه قابلیت انعطاف بیشتری را به دادگاه‌ها، به منظور اتخاذ تصمیم، با توجه به شرایط هر دعوای خاص، نیز می‌دهد.

در مورد این پیشنهادات دو نکته قابل تأمل است. اول این که تلاش به منظور اعطا قدرت مصلحت‌سنجی به دادگاه‌ها ممکن است با شکست مواجه شود؛ چرا که معیارهای مربوط به آن بسیار کلی‌اند. دوم این که، ممکن است استدلال شود این پیشنهادات، از ایده اصلی این کار که جمع‌آوری تعداد زیادی از قراردادهای، تحت یک نظام مصلحت‌سنجی

واحد بوده، بسیار فاصله گرفته‌اند و مخصوصاً، با توجه به این مسأله که این پیشنهادات، نه تنها در مورد قراردادهایی که شکل‌گیری آنها خلاف قانون است اعمال می‌شود، بلکه شامل قراردادهایی که اجرای آنها نیز نامشروع است، می‌گردد. اجرای این پیشنهادات، با این گستردگی، می‌تواند با این انتقاد مواجه شود که با قرار گرفتن در مقابل اصل آزادی قراردادهای، دخالت بیش از اندازه و ناروای دادگاه‌ها را در روابط قراردادی تجویز می‌نمایند. (که ممکن است به نقض حقوق بشر بیانجامد). شاید یک راه حل برای این مشکل این باشد که مقرر گردد، دادگاه‌ها باید با این اماره که قرارداد قابل اجرا است، رسیدگی خود را شروع کنند و این اماره فقط زمانی از بین می‌رود که دلایل نقض کننده آن، به روشنی، وجود داشته باشد.

نتیجه

نهایتاً این که شاید بتواند قسمت عدم مشروعیت قرارداد و قسمت اجرای آن را از یکدیگر جدا کرد. اگر قسمت عدم مشروعیت قرارداد بتواند از بقیه قرارداد جدا شود، بدون این که باعث شود باقیمانده قرارداد از اصل و بنیان با عین قراردادی که طرفین آن را منعقد نموده‌اند، متفاوت گردد، دادگاه باید جدا کردن قسمت نامشروع قرارداد از سایر قسمت‌ها را اولویت بدهد؛ بدین شرط که این تجزیه، در تضاد با نظم عمومی‌ای که منجر به غیر قانونی قلمداد شدن قرارداد شده است، نباشد.^۱

۱. برای توضیح بیشتر مراجعه کنید به Treitel, 1999, pp. 465-71.