



Out of This Fiction (On Truth and Law)

Hassan Jafaritabar* 

Associate Professor of the Department of
Private Law, University of Tehran, Tehran,
Iran

Abstract

Should the two critical sections of law, i.e., the statutes and the court's decision, correspond to reality? Explicit clarity and determinacy in the law are not always desirable, and where legislators know that they cannot enact a just law, they should draft their general rule with ambiguity and vagueness so that judges can at least reach a fair judgment in each specific case. However, if the law has unequivocally set forth an unjust rule, the way for judges to achieve fairness is by applying judicial/legal fictions; not recognizing the case's matter of fact with the intent of not applying its matter of law. The stipulation as regard fairness, however, is that these judicial fictions should be used to restore the lost justice in

* Corresponding Author: hjtabar@ut.ac.ir

How to Cite: Jafari Tabar, H. (2025). Out of This Fiction(On Truth and Law). *Private Law Research*, 13(48), 1 - 30. doi: 10.22054/jplr.2025.84501.2909

the enacted law, not to impose additional injustice on citizens. The criteria for this discernment are the judgment of the parties to the dispute, of judges of higher courts, and of common sense.

Aristotelian ethics holds that justice is a mean theory that leads to courage, chastity, and wisdom. This means that excess and deficiency in these three virtues can result in injustice, and maintaining moderation is therefore always commendable. Now, we must ask what should be done if the law, in its extreme pursuit of clarity and truth, reaches an unbearable threshold. From the extreme precision in the implementation of strict religious rulings to the precise discovery of truth by any means by the court. Should the law ratify strict religious rulings in the name of protecting the family? And if someone committed debauchery in a foreign country and there was no evidence except a video taken by the person himself, should the Islamic judge watch the video to complete the evidence for his judicial verdict on the sharia punishment? If this is the correct path, then where should the law show leniency and avoid rigidity, fanaticism, and naivety? Blessed is the time when the law abandons all this clarity and honesty, becomes acquainted with some myth, fiction, and falsehood, and is assured that nothing terrible will ever happen.

Specifically, this article proposes two types of literary falsehoods that the law can use to avoid causing discord: ambiguity and metaphor. When we speak of the law, we always refer to its two perennial branches: legislation and adjudication. We now say that legislators can use the falsehood of "ambiguity" in their legislation,

and judges can use the falsehood of "metaphor" in their adjudications, thereby revitalizing the law that is breaking from excessive dryness.

However, ambiguity is a falsehood achieved by deliberately creating vagueness in speech. Legislators can write laws with ambiguity where the strict enforcement of Sharia rulings is evidently harsh and unjust. Contrary to what has been said, clarity and transparency in law are not always good, and where social, philosophical, cultural, and economic discussions about a subject are still ongoing and the legislator finds themselves compelled to write a law, it should be written as ambiguously as possible and leave the judges with the flexibility to interpret it appropriately so that this ambiguity ultimately benefits the human groups in dialogue.

But if legislators have written a harsh and explicit law out of imprudence, judges can resort to their own mythical falsehoods to perhaps alleviate the bitterness of the law: judicial metaphors and fictions, or mythical and legal fictions created by judges to intervene in the matter of fact of a case they are dealing with, and delay the implementation of a bad legal text that does not allow for any interpretation. Legal fictions of the adjudicative type are the shadow of legal fictions of the legislative type that have been cast from the position of legislation onto the platform of adjudication. However, the legal fiction is a substantive rule, unlike the irrebuttable presumption which is proof of the claim. Nevertheless, the adjudicative fictions in the context of this article are proofs of the

claim and can be compared with irrebuttable presumptions, with the difference being that the judge creates them, not the statute.

Keywords: Reality, untruth, ambiguity, legal fiction, judicial fiction



از این افسانه در باب حقیقت و حقوق

گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه، تهران،

حسن جعفری تبار *  ID

ایران

چکیده

آیا دو رکن مهم حقوق، یعنی قانون و رأی دادگاه، باید همیشه صریح و مطابق حقیقت باشند؟ به نظر می‌رسد همه‌جا صراحت کلام برای قانون مطلوب نباشد و آنجا که قانونگذار می‌داند که نمی‌تواند قانونی عادلانه بنگارد، باید حکم کلی خود را به ابهام و ابهام بر گزار کند تا قاضیان بتوانند دست کم در هر مورد جزئی به حکمی منصفانه دست یابند. با وجود این، در صورتی که قانون حکم ناعادلانه خود را بی‌پروا انشا کرده است، راه دستیابی دادرسان به حق اجرای فرض‌های قضایی است؛ احراز نکردن امر موضوعی به نیت اجرا نکردن امر حکمی. شرط انصاف اما اینجا آن است که فرض‌های قضایی برای بازیابی عدالت گمشده قانون به کار روند نه برای تحمیل ظلمی مضاعف بر شهروندان؛ معیار این تشخیص نیز دو طرف دعوا، دادرسان دادگاه‌های عالی، و داوری فهم عرفی خواهد بود.

کلیدواژه‌ها: ابهام، حقیقت، دروغ، فرض قانونی، فرض قضایی.

۱. مقدمه

حقوق همیشه نسبتی با حقیقت داشته است. حتی اگر بخواهیم از فلسفه تحلیلی زبان در این امر مدد جوئیم، باید بگوییم که هم‌ریشگی کلمه حق با حقیقت و حقوق در زبان انگلیسی و فرانسه و آلمانی^۱ به معنی ارجاع معنایی و مفهومی این واژگان به یکدیگر نیز هست. از سوی دیگر، قانونگذاران همواره برای بسیاری از حقوق‌دانان حکیم محسوب شده‌اند، و حکیم نیز کسی است که حقیقت را می‌داند یا دست‌کم در پی رسیدن به آن است. قاضیان هم که پایه دیگر حقوق‌اند در کنار قانونگذاران همیشه در پی آن‌اند که اگر در بخش حکمی قضیه‌ای که مشغول قضاوتش هستند می‌خواهند «حق» را بیابند، در امر موضوعی آن همواره در جستجوی کشف «حقیقت» باشند.

بدین‌سان، پُر بیراه نخواهد بود اگر حقوق را، دست‌کم در ظاهر امر، متورم از صدق و حقیقت و پُر از ادعای درستکاری قانونگذاران و قاضیان بدانیم. از سوی دیگر، اخلاق ارسطویی بر این باور بود که عدالت حدّ و سَطی است که به شجاعت و عَفّت و حکمت منتهی می‌شود. این بدان معناست که افراط و تفریط در این هر سه امر نیک هم ممکن است سرانجام به بی‌عدالتی ختم شود و به هر حال، اندازه نگاه داشتن در همه حال نیکوست. اکنون باید پرسید: چه باید کرد اگر حقوق از شدّت اغراق در طلب صراحت و حقیقت به آستانه‌ای غیرقابل تحمل رسیده باشد؟ از شدّت اجرای دقیق مَرّ حکم شرعی، تا کشف دقیق واقعیت به هر وسیله از سوی دادگاه؟ آیا قانون باید مَرّ احکام شرعی را به نام حمایت از خانواده به تصویب برساند؟ همچنین، اگر کسی در کشوری بیگانه فسق و فجوری کرده و دلیلی بر آن وجود نداشت غیر از فیلمی که خودش از آن گرفته، آیا قاضی باید بنشیند و با دیدن فیلم‌های او ادله رأی خود را تکمیل کند؟ اگر این راه درست است، آن‌گاه نادرست چیست؟ حقوق کجا باید با سماحت اغماض کند و از سخت‌گیری و تعصّب و خامی بپرهیزد؟ خوشا زمانی که حقوق دست از این همه صراحت و صداقت بردارد، و کمی هم با افسانه و دروغ آشنا شود و مطمئن باشد که هرگز چیزی وحشتناک اتفاق نخواهد افتاد:

1 Right, droit, Recht

خدا را مُحْتَسِب ما را به فریادِ دف و نی بخش
که سازِ شرع از این افسانه بی‌قانون نخواهد شد

به عبارت دیگر، اگر نتیجه صراحت و صداقت این است که هست، شاید با اندکی دروغ
بتوان به چیزی بهتر از این دست یافت:

در حقِ من کُت این لطف که می‌فرماید *** سخت خوب است، ولیکن قَدَری بهتر از این

عبید زاکانی حکایت بیماری را نقل می‌کند که چشم‌درد داشت و به طبیب گفته بود
که در حال درمانِ دردِ خویش با دُعاست. طبیب نیز به او گفته بود که این شیوه درمانی
البته بسیار خوب است، ولی بهتر است اندکی آنزروت (= داروی چشم‌درد) نیز به آن اضافه
کند. اکنون باید به قانونگذار قاضی نیز گفت این صراحتِ لهجه و صداقت در رفتار بسی
عالی است، ولی بد نیست اگر کمی دروغ نیز به آن بیفزایند. این البته توصیه‌ای است برای
حقوق که بیشتر در کار حقیقت است والا، سیاست شاید باید اندکی با صداقت آشنا شود.

۲. ابهام قانونی و استعاره قضایی:

درست در این جاست که ادبیات می‌تواند به حقوق یاری برساند، و دست حقوق را بگیرد
و به سرزمین دروغ‌ها و افسانه‌ها ببرد؛ همان ادبیاتی که گرچه همه داستان‌هایش دروغ
است، همگان با لذت آن دروغ را به هر راست ترجیح می‌دهند. نه داستان رستم و سهراب
در شاهنامه حقیقتی دارد و نه داستان دقوقی در مثنوی، اما این بدان معنی نیست که ادبیات
در پی حقیقت نیست بلکه اتفاقاً به این معنی است که گاه حقیقت در دروغ نهفته است.
نیچه می‌گوید: هنر هست تا از فرطِ واقعیت خفه نشویم. شاید حقوق نیز باید به ادبیات و
هنر روی آورد تا این «میتوس»^۱ (افسانه) او را از خشکیِ متصلبِ «لوگوس»^۲ (منطق) به‌در
آورد.

مشخصاً در اینجا دو نوع دروغ ادبی را پیشنهاد می‌کنم که حقوق می‌تواند از آن‌ها
برای دوری از فتنه‌انگیزی‌ای بهره‌برد که سعدی درباره‌اش گفته بود: «دروغ مصلحت‌آمیز

1 mythos

2 logos

به از راست فتنه‌انگیز: ایهام و استعاره. وقتی از حقوق نیز سخن می‌گوییم، مُرادمان همواره دو بخشِ همیشگیِ حقوق است: قانونگذاری و قضاوت. اکنون می‌گوییم قانونگذاران از دروغ «ایهام» می‌توانند در قانونگذاری خود بهره ببرند، و قضات از دروغ «استعاره» در قضاوت‌های خود، و بدین‌سان به حقوقی طراوت بخشند که از شدتِ تصلّب در حال شکستن است.

۳. ایهام قانونی:

اما ایهام دروغی است که با ایجاد عمدی ایهام در کلام حاصل می‌شود. به ایهام «توریه» و «توهیم» نیز می‌گویند از آن جهت که واقعیت را می‌پوشاند، و مخاطب را به غلط می‌افکند:

مشورت دارند سرپوشیده خوب *** در کنایت، با غلط افکن مَشُوب

پس وقتی حافظ می‌گوید:

تا دلِ هرزه گردِ من رفت به چینِ زلف او *** ز آن سفرِ درازِ خود عزمِ وطن نمی‌کند

مقصود او از «چین» اگرچه چین و شکنج و چروک است، اما به‌صورتی مخفیانه به کشور چین نیز اشاره دارد. پس او به صراحت نه به کشور چین اشاره کرده و نه به زلف مُجَعَّد گرچه عملاً هم به آن پرداخته و هم به این.

قانونگذاران نیز گاه می‌توانند قانون را با ایهام و ایهام بنویسند، آنجا که مثلاً اجرای مُرّ احکام شریعت آشکارا تلخ است. بدین‌سان، و به خلاف آنچه گفته شده همیشه صراحت و بی‌ابهامی در قانون خوب نیست، و آنجا که گفت‌وگوهای اجتماعی و فلسفی و فرهنگی و اقتصادی دربارهٔ یک موضوع هنوز تمام نشده و هرآینه باید قانونی نیز نگاشت، آن را باید هرچه مبهم‌تر نوشت. این کار سبب می‌شود که دستِ قضات برای تفسیری مناسب باز باشد تا سرانجام این ایهام به نفع گروه‌های انسانیِ گفت‌وگوکننده تمام شود.^۱

۱ برای بحثی دربارهٔ فضیلتِ ایهام رک. حسن جعفری تبار، فلسفه تفسیری حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸، ۱۵۹، و نیز ببینید آراء ویلیام اسکریدج (William N. Eskridge) و دانیل لیستوا (Daniel B. Listwa) را:

Daniel B. Listwa, "Uncovering the Codifier's Canon: How Codification Informs Interpretation", The Yale Law Journal, vol. 127, n. Nov. 2017, 246-489.

به عبارت دیگر، اگر گفتمان جامعه درباره موضوعی حقوقی خاتمه یافته، می توان از قانون انتظار داشت که نتیجه این گفتمان را به صراحت و بی ابهام در قانون منعکس کند. مثلاً گفتمان اجتماعی ازدواج با محارم و نیز ازدواج به شیوه چندشوهری^۱ و تجاوز به عنف پایان یافته و گروهی را نمی توان یافت که از درستی این کار دفاع کند. پس، شکی نیست که قانون باید قباح و زشتی این رفتار را به صراحت بپذیرد، و شاید حتی برای آن عنداللزوم مجازات نیز تعیین کند.

اما درباره نوع مجازات این رفتار نیز می توان ادعا کرد که گفت وگوهای اجتماعی به سوی انسانی تر شدن این کیفرها به پیش رفته و حتی به نوعی اجماع رسیده؛ اجماعی که دیگر تمایلی به تصریح مجازات های خشن در قانون ندارد. با وجود این، حتی اگر بپذیریم که گفت وگوهای اجتماعی درباره شیوه کیفر این رفتارها به اتمام نرسیده، قانون نباید جانب خشونت را به وضوح بگیرد و آن را بی پروا در قانون منعکس کند. درست است که گروه های متشرع ممکن است از رجم و صلب دفاع کنند، اما خردمندان می دانند که گروه هایی عمده از اجتماع این رفتارها را غیرانسانی و غیراخلاقی می شمرند. پس اینجا قانون نباید برای تعیین مجازات با لجاجت و لذت و صراحت، رجم و صلب و حبس و قهر را کیفر اعمال مجرمانه قرار دهد. حتی اگر قانونگذاران مدعی باشند که در مضيقه هستند و خود را مکلف به رعایت این کیفرها می بینند، باید به عنوان آخرین نصیحت دست کم از ادبیات بهره جویند و کیفرها را به شکلی مبهم و موهم در قانون ذکر کنند. کمینه فایده این کار آن است که به مجریان و قاضیان فرصتی برای گریز از خشونت عطا می کند البته اگر قانونگذار به قدری حکیم باشد که کمترین آسایش شهروندان را بخواهد. مثلاً از نظرگاه فهم متعارف بدیهی است که باید سنگسار از فهرست کیفرها حذف شود. اما اگر قانونگذار خود را به هر دلیل مجبور به درج کیفر رجم می بیند و البته اندک خار خار و اضطرابی هم درباره قبح خشونت آن در دل دارد، بهتر است از ذکر جزئیات رجم امتناع کند تا قضات بتوانند مثلاً به بهانه رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از اجرای آن امتناع کنند. پس قانون با رعایت تقوی و پرهیز از ذکر جزئیات دقیق سنگ و چاله و میخ و دار و جریمه و ممنوع الخروجی و محرومیت از حقوق اجتماعی، دست قضات را برای

1 polyandry

در پیش گرفتن رفتاری انسانی‌تر که خود از آن بازمانده باز می‌گذارد. شاید قانونگذار در ماده ۲۲۵ قانون مجازات ۱۳۹۲ نیز برای همین مقصود تلاش کرده بود و اینقدر درایت داشت که به وجه عدم امکان اجرای رجم بپردازد تا شاید کاری هم برای عدم اجرای آن کرده باشد. اما جورج بارکلی می‌گفت ما خود گرد و خاکی به پا می‌کنیم و سپس از اینکه چیزی نمی‌بینیم شکایت می‌کنیم؛ اگر قانونگذار می‌داند که عدم امکان اجرای رجم قوی است، آیا بهتر نبود که اصلاً آن را ذکر نمی‌کرد؟

۴. حکمت شادان در حقوق:

پس، صراحت همیشه فضیلت نیست؛ گاه این صراحت می‌تواند رذیلت هم باشد علی‌الخصوص آنجا که قانون باید دأبِ ایهام پیش بگیرد و چنین نمی‌کند، و منظور خود را با مُلاجه و کج‌سلیقگی به شکلی صریح به مخاطبان می‌رساند. صراحت همیشه بلیغ نیست و برای آنکه نویسنده‌ای فصیح بلیغ هم باشد، باید مقتضای مقام سخن را رعایت کند. زمانی که گروه‌های اجتماعی بر سر موضوعی اختلاف دارند، ایهام و ابهام در قانون‌گذاری ضروری است. و قانونگذاران باید این قدر بلیغ باشند که مقام مخاطبان خود را که با امری مخالف یا موافق‌اند دریابند. نویسندگان قانون مدنی در سال ۱۳۰۷ حقوق‌دانانی ادیب بودند و به همین دلیل از ایهام به‌خوبی استفاده کرده‌اند تا گفتمان یک گروه قلیل ولی قدرتمند اجتماعی را در قانون انعکاس نداده باشند. برای مثال، در عنوان ماده ۸۷۵ قانون مدنی عمداً از عبارت مبهم «در جمله‌ای از موانع ارث» استفاده شده تا کفر را که در شرع از موانع ارث است در قانون ذکر نکند و این‌گونه نشان داده که در حال بیان تنها بخشی از موانع ارث است. همین‌طور، اصطلاح «قابلیت صحی برای ازدواج» در ابتدای ماده ۱۰۴۱ که نه اصطلاح حقوقی است و نه فقهی ولی همزمان از آن هم صحت بدن و هم صحت نکاح استنباط می‌شود؛ قانون مدنی می‌خواسته است به تلویح و بلکه به تصریح نشان دهد که این که در فقه کودک قابل تزویج است نه جسماً درست است و نه قانوناً. نصرالله تقوی، عضو کمیته تدوین قانون مدنی، فردی ادیب بود و کتاب *هنجار گفتار* او هنوز از منابع مهم فصاحت و بلاغت در ادبیات و معانی و بیان و بدیع محسوب می‌شود. حسین فاطمی قمی نیز که ظاهراً قانون مدنی به قلم و انشای اوست فردی صاحب قلم بود، و تفاوت متن او با متن اصلاحات جدید قانون مدنی به‌وضوح آشکار است.

مبهم بودن قانون و موهم دو معنی بودن آن نشان حکمت نویسنده است به این دلیل که هر حکیم، آنجا که مسئله روشن نیست، توقّف می کند و اگر هم مجبور به اظهار نظر نهایی خود باشد، کلام خود را ذوّجّهین و مُحتمِلُ الضّدين بیان می کند تا راه ها یکسره مسدود نشوند. اما اگر قانونگذار در هنگامه شک و تردید دأب صراحت پیش گرفت، بی گمان قانونش برای اجتماع منشأ فساد خواهد بود. مونتسکیو گفته بود فساد جامعه ناشی از دو چیز است: عدم رعایت قانون، و فساد ناشی از خود قانون؛ اما فساد از نوع دوم چاره ای ندارد چرا که درد ناشی از درمان است.

برای نمونه، تبصره ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست و بدسرپرست (۱۳۹۲) با صراحت به پدرخوانده اجازه می دهد که با دخترخوانده اش ازدواج کند. درست است که بر بنیاد نظری در تاریخ فقه این ازدواج درست است، اما نمی توان انکار کرد که فهم عرفی احساسی خوب از آن ندارد. بی گمان قانون سال ۱۳۵۳ حکیمانه تر و متقیانه تر رفتار کرده بود وقتی نه به ممنوعیت این نکاح اشاره ای صریح داشت، و نه به مجاز بودن آن.

همچنین، انسان امروز به جد بر آن است که دختر نه ساله نمی تواند حق تصرف در مال خود را داشته باشد، مادر شود یا مسئولیت کیفری داشته باشد؛ با این همه، شگفت انگیز است که تبصره ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی چگونه توانسته با تجاهل العارف نسبت به این درک عمومی او را با صراحت تمام بالغ بشمرد و دارای صلاحیت ها و مسئولیت های متعدد. آیا این صراحت لهجه دهن کجی به شهروندان نیست؟ قانونگذار نیک می دانست که نه احتلام و قاعدگی برای حقوق مهم است، و نه غسل و عبادات. پس، او دست کم می توانست کلمه شرعی را، که گاه و بیگاه در قانون استفاده کرده، اینجا نیز پس از بلوغ بگذارد تا قاضیان از این ابهام بدانند که دغدغه قانون چیزی دیگر غیر از حقوق بوده، و آنگاه با فراغ بال بتوانند از اجرای مجازات دختر نه ساله، اعطای اموالش به او، و ازدواجش امتناع کنند و حقوق کودک را پاس بدارند گرچه شرع بخواهد او را برای عبادات بالغ بشمرد.

قانونگذار ایران در موارد مشکوک (که اتفاقاً مشکوک بودن این موارد بسیار هم یقینی است) باید به توصیه ویلیام امپسون شاعر انگلیسی عمل می کرد و لغز و چپستانی می ساخت

که مخاطب در درک منظور او بماند. بی‌گمان هیچ‌کس این ابهام‌زایی را بی‌حکمتی او نمی‌داند و به‌عکس، همه نیک درک می‌کردند که این اجمال و ابهام از برای چیست:

مرغ و ماهی داند آن ابهام را *** که ستودم مجمل این خوش‌نام را

۵. استعاره قضایی:

اگر قانونگذاران قانونی را از سر بی‌حکمتی تلخ و صریح نگاشتند که بسا که چنین نیز کرده‌اند، قاضیان می‌توانند به افسانه‌های دروغین خود متوسل شوند تا شاید از مرارت قانون بر شهروندان در هر قضیه خاص بکاهند: استعاره‌های قضایی، یا افسانه و فرضی حقوقی که به دست قاضیان بر ساخته می‌شود تا در امر موضوعی قضیه‌ای که در حال رسیدگی به آن هستند دخالت کنند، و از اجرای نص قانونی صلب تن زنند که به هیچ‌روی تن به تفسیر نمی‌دهد. فرض‌های حقوقی قضایی در واقع سایه‌ای از فرض‌های حقوقی قانونی هستند که از جایگاه قانونگذاری بر پایگاه قضاوت افکنده شده‌اند. بنابراین، پیش از آنکه فرض‌های قضایی را بازگویم، باید حقیقت فرض‌های قانونی را واریسی کنیم.

سی‌کی او‌گدن در کتاب نظریه فرض‌های بنیاد توضیح می‌دهد که چگونه جرمی بنتام از مفهوم «فرض» (فیکسیون) برای درک و تجزیه و تحلیل مفاهیم حقوقی و فلسفی استفاده کرده است. بنتام استدلال می‌کرد که فرض‌ها ساختارهایی هستند که به ما کمک می‌کنند واقعیت‌های پیچیده را به راحتی درک کنیم. این فرض‌ها اگرچه به معنای واقعی کلمه درست نیستند، اما اهدافی عملی را دنبال می‌کنند تا به ما کمک کنند جهان را به شکلی مؤثرتر مدیریت کنیم. بنتام بر آن بود که بسیاری از ساختارهایی که ما در حقوق به آنها تکیه می‌کنیم مبتنی بر واقعیت‌های فیزیکی نیستند، بلکه اختراعاتی مفید هستند که به ما در درک و نقد موقعیت‌های پیچیده کمک می‌کنند؛ مفاهیمی مانند «شخصیت حقوقی شرکت‌ها»^۱ که برای تسهیل ورود در دادخواهی‌ها و قراردادهای وضع شده است.^۲ بدین‌سان، از نظرگاه بنتام فرض‌ها دروغ نیستند بلکه ساختارهایی‌اند ضروری برای درک بهتر

1 corporate personhood

۲ برای ارتباط شخصیت حقوقی شرکت‌ها و فرض‌های قانونی ببینید:

John Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality", The Yale Law Journal, Vol. 35, No. 6 (Apr., 1926), p. 665.

اندیشه‌های انتزاعی‌ای که حضوری واقعی و مستقیم برای ما ندارند. درحقیقت، بی‌فرض حقوقی، تحلیل بسیاری از وجوه قانون و حتی اخلاق چالش‌برانگیز بود. بنام فرض‌ها را به انواعی مختلف طبقه‌بندی می‌کرد. مثلاً برخی فرض‌ها کاملاً زبانی هستند و به ارتباطات روزمره کمک می‌کنند، درحالی‌که برخی دیگر اساسی‌ترند و در ایجاد چارچوب‌های حقوقی و اخلاقی نقش دارند.^۱

شکی نیست که قانونگذار می‌تواند فرض حقوقی ایجاد کند، و مثلاً درج در دفتر تجاری را به منزله اقرار بداند.^۲ با آنکه اقرار شرایطی دارد که درج در دفتر تجاری لزوماً واجد همه آن شرایط نیست. همچنین، زنا قانوناً در حکم نزدیکی مشروع دانسته شده است هم برای ایجاد رابطه نسبی و هم سببی (مواد ۱۰۴۵ و ۱۰۴۷ قانون مدنی) با آنکه زنا نامشروع علی‌الاصول به هیچ‌وجه نمی‌تواند مشروع تلقی شود. باوجود این، قانون آن را درمورد ایجاد رابطه نسبی و سببی عین رابطه مشروع دانسته، و شیخ طوسی نیز می‌گوید: زنا نیز مانند نزدیکی مشروع برای مَصَاهِرِه نشر حرمت می‌کند.^۳

به هر حال، فرض حقوقی ایجادشده از سوی قانون را «فرض قانونی» می‌نامیم؛ فرضی که در نهایت نوعی طَفَرِه^۴ و دروغ است.^۵ مطابق ماده ۶۳۱ قانون مدنی ممکن است کسی مستودع نباشد اما مقررات این قانون صریحاً یا ضمناً او را مستودع قرار داده باشد چنانکه استیفاکننده از مال غیر نیز مثل مُستودع است (ماده ۳۳۷ قانون مدنی). فرض قانونی به شیوه‌های مختلف در قانون می‌آید: گاه به این صورت که «غیرمستودع مستودع است»، یا «غیرمستودع مثل مستودع است»، یا با عبارت «غیرمستودع در حکم مستودع است» و یا با تعبیر «غیرمستودع به منزله مستودع است» که به آن «عُموم مَنزله» نیز می‌گویند. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه نیز قرارداد را به منزله قانون دو طرف دانسته است.

1 C.K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1932.

۲ - ماده ۱۲۸۱ ق.م قید دین در دفتر تجار به منزله اقرار کتبی است.

۳ مبسوط شیخ طوسی: ۱۸۶/۴: الزنا ینشر تحریم المصاهره مثل الوطی بالعقد علی قول اکثر اصحابنا.

4 equivocation

5 Raphael Demos, "Legal Fictions", *International Journal of Ethics*, Vol. 34, No. 1 (Oct., 1923), p. 57.

۶. ساختن فرض از سوی عُرف:

مطابق قانون عُرف نیز می‌تواند مجاز فرض قانونی را ایجاد کند، و البته می‌توان عُرف را نیز همان قانون دانست چراکه قانون در نهایت به آن احترام گذاشته و عرفی که در قانون آمده به قانون تبدیل شده است. بدین‌سان، ایجاد فرض‌های دروغین نه فقط از سوی قانونگذاران امکان‌پذیر است، بلکه ارتکاب آن از جانب متعارف شهروندان نیز شدنی است. مثلاً مطابق ماده ۶۳۲ قانون مدنی عُرف می‌تواند چیزی را در حکم چیزی دیگر قرار دهد، و مثلاً رفتاری را که ایداع نیست به منزله ایداع تلقی کند. باوجوداین، به‌نظر می‌رسد ارتکاب هر دروغ از سوی اشخاص خصوصی ممکن نباشد به‌ویژه آنجا که مستلزم برهم خوردن نظم عمومی نیز هست. مثلاً شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود (ماده ۲۳۴ قانون مدنی)، و این امر همواره امری حقوقی است که موضوع آن علی‌الاصول به قصد انشاء ایجاد می‌شود هرچند ضرورت داشته باشد که کاری مادی تمام‌کننده این قصد باشد (همچون قبض در بیع صَرف). باوجود این، آیا دو طرف می‌توانند امری مادی را به صورت شرط نتیجه در قراردادشان درج کنند؟ به‌نظر می‌رسد که دو طرف نمی‌توانند وقایع و رویدادهای خارجی را به‌عنوان شرط نتیجه در یک قرارداد ذکر کنند. مثلاً آنان نمی‌توانند شرط کنند که فردی که مرتکب هیچ تقصیر، غصب، یا قتل نشده است مطابق یک قرارداد و به صورت شرط نتیجه مقصّر، غاصب، یا قاتل باشد (فرض شود).

امروزه بحث‌هایی جدی درباره استفاده از فرض‌های حقوقی در مسائل حقوق عمومی نیز درگرفته است و به‌هرحال، عرف‌های حقوقی نقشی مهم در برساختن آن‌ها دارند؛ همچون حقوق پناهندگان، امور نظامی،^۱ تقسیمات ایالتی و کشوری، و حقوق بین‌الملل چنانکه محیط سفارت‌خانه یک کشور را در کشور دیگر در حکم خاک کشور صاحب سفارت محسوب می‌کنند.

1 Jérôme Bourgon, Fictions légales et réalités militaires, in: Guerre et Droit, Hermann, 2017.

۷. فرض اولی و ثانوی:

به این نکته باید توجه داشت که اساساً قانون همواره در حال فرض است^۱ و مثلاً تملیک عین به عوض معلوم را «بیع» فرض می‌کند (ماده ۳۳۸ قانون مدنی). اما این فرض را ما فرض قانونی نمی‌نامیم بلکه آن را دلیلی قاطع^۲ می‌شمیریم که بر مبنای آن قانون برای نخستین بار بر رفتاری خاص (تملیک عین به عوض معلوم) نامی حقوقی (بیع) نهاده. پس، تا اینجا هنوز فرضی قانونی اتفاق نیفتاده و ما حتی وقتی عملیات خرید و فروش خود را بیع می‌نامیم، آن را نه یک فرض دروغین بلکه امری کاملاً واقعی و حقیقی می‌دانیم؛ به عبارت دیگر، تملیک عین به عوض معلوم «واقعاً» بیع است نه مجازاً. اما اگر قانونی تصویب شود و بگوید: اجازه به شرط تملیک نیز بیع است، آنگاه با فرضی قانونی مواجهیم. فرض قانونی آن است که قانون چیزی را (به دروغ) چیزی دیگر محسوب کند در حالی که حکم آن چیز دیگر را قبلاً در جایی دیگر اعلام کرده بوده است. بدین سان، هر حکمی که قانون در نخستین بیان خود مقرر می‌دارد اگرچه نوعی فرض و مجاز است، اما مجاز و فرضی است اولی و عام. پس، همین که قانون مالی را غیر منقول می‌داند که امکان جابه‌جایی ندارد (ماده ۱۲) البته فرض قانونی در معنای اولیه و عام آن پدید آمده که مبدل به اتفاقی حقیقی می‌شود. مع الوصف، فرض قانونی در معنای خاص و ثانوی وقتی ایجاد می‌شود که قانون تراکتور را در حکم غیر منقول قرار دهد (ماده ۱۷ قانون مدنی)؛ اکنون اینکه تراکتور غیر منقول است صرفاً مجاز نیست بلکه «مجازی مضاعف» یا «مجاز در مجاز» است.

اینکه ما می‌گوییم الان ساعت ۲ بعد از ظهر است البته مبتنی بر یک فرض است، زیرا هم ساعت را و هم اعداد آن را ما ایجاد و فرض کرده‌ایم. با وجود این، اینکه اکنون ساعت ۲ هست را «فرض قانونی» یا دروغ نمی‌نامیم بلکه اتفاقاً می‌گوییم الان «واقعاً» ساعت ۲ است. فرض قانونی از جایی آغاز می‌شود که در تابستان ساعت را یک ساعت جلو بکشیم، و آنگاه ساعت ۲ را ساعت ۳ محسوب کنیم. اهمیت تشخیص فرض اولیه و ثانویه را می‌توان با مثالی روشن‌تر کرد: اختلاف واقعی ساعت آلمان و ایران دو ساعت و نیم است اما در بهار و تابستان، وقتی آلمان ساعت را یک ساعت جلو می‌کشد و ایران چنین نمی‌کند،

1 Geoffrey Samuel, "Is Law a Fiction", in: *Legal Fictions in Theory and Practice*, edited by: Maksymillian Del Mar and Willian Twining, Springer, 2015, p. 31.

2 Conclusive evidence

اختلاف به یک ساعت و نیم می‌رسد. اکنون، این اختلاف یک ساعت و نیم نوعی فرض قانونی است. آری، اگر در هر دو کشور ساعت را جلو بکشند، آنگاه اختلاف دو ساعت و نیمه میان آن دو کشور همچنان اختلافی «واقعی» باقی خواهد ماند نه فرضی غیرواقعی؛ زیرا واقعیت نمی‌تواند نسبت به ایران یک ساعت و نیم اختلاف باشد، و نسبت به آلمان دو ساعت و نیم اختلاف.

۸. فرض‌های حقوقی از جانب نفی:

فرض‌های حقوقی فقط چیزی را به صورت اثباتی فرض نمی‌کنند بلکه ممکن است که قانون یا قاضی چیزی را که وجودی اثباتی دارد به‌مجاز «ناموجود» فرض کنند. به عبارت دیگر، گاه قانون چنین فرض می‌کند که الف ب است (توسیع)، و گاه چنین می‌پندارد که الف ب نیست (تضییق). نمونه‌ای از فرض قانونی که دایره موضوع قانون را گسترش می‌دهد، در بخش اخیر ماده ۳۰۸ قانون مدنی دیده می‌شود؛ جایی که قانون دایره غصب را گسترده‌تر می‌کند و اثبات ید بر مال غیر بدون مجوز قانونی را نیز در حکم غصب می‌شمرد. این همان مفهوم «حکومت» در اصطلاح شیخ انصاری است وقتی دایره موضوع حکم شرعی گسترده‌تر شده است؛ چنانکه با این جمله که «آبجو شراب است» دایره معنایی شراب گسترده‌تر شده و آبجو را نیز دربر گرفته. به همین دلیل است که برخی نویسندگان همچون مانیش اُزا بر آنند که فرض قانونی ما را از تفسیرهای جدید بی‌نیاز می‌کند^۱ به عبارت دیگر به جای آنکه ما تلاش کنیم از نظرگاه علم معناشناسی ثابت کنیم «غیرمنقول» شامل تراکتور نیز می‌شود، قانون خود این کار را انجام داده است و آن را بی‌حرف و حدیث کرده، درحالی که بدون کمک فرض‌های قانونی تفسیر قانون از این جهت جداً بسیار دشوار می‌شد.^۲

گاه فرض قانونی دایره موضوع قانون را تنگ‌تر می‌کند چنانکه در نظریه حکومت شیخ انصاری نیز گاه دایره موضوع حکم شرعی تنگ‌تر می‌شود و مثلاً ربای بین پدر و فرزند از دایره ربا بیرون می‌رود (لا ربا بین الوالد و ولده). ماده ۱۷۰ نیز نمونه‌ای از این تضییق است:

1 Manish Oza, Fictions in Legal Reasoning, Dialogue, vol. 61, issue 3, 2022, 451-463

2 PARITA MASHRUWAL, "Legal Fictions: Do they fit the Juristic Reality?" International Journal of Legal Science and Innovation, vol 2, issue 3. 2020.

این ماده حیوانی گمشده را که بدون متصرف است و در چراگاه یا نزدیک آبی یافت شده یا متمکن از دفاع از خود در مقابل حیوانات درنده نیست حیوان ضالّه محسوب نکرده است، با آنکه این حیوان بر بنیاد صدر این ماده واقعاً ضالّه است. همچنین، ماده ۲۰۷ قانون مدنی می‌گوید ملزم شدن شخص به انشای معامله به حکم مقامات صالحه قانونی اکراه محسوب نمی‌شود. همچنین، در باب ارث نیز گاه گفته شده حملی که به صورت حیوان متولد شده ارث نمی‌برد هر چند زنده باشد. به عبارت دیگر، این نظریه چنین انسان زنده‌ای را یا نایسان تلقی کرده است و یا نازنده و در هر دو حال، مرتکب فرضی دروغین از جانب نفی شده است.

۹. قضات و فرض حقوقی:

اما همان‌طور که قانون می‌تواند فرض حقوقی قانونی ایجاد کند، قضات نیز می‌توانند فرض حقوقی بیافرینند؛ فرضی که می‌توان نامش را فرض قضایی گذاشت.^۱ اما قاضیان به خلاف قانونگذاران حکم کلی نمی‌دهند، و فقط حکم جزئی هر قضیه را به صورتی موردی تعیین می‌کنند. مثلاً چنان که گفته شد ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه قرارداد را به منزله قانون دو طرف دانسته است؛ اگرچه چنین حکمی صریح در قانون ایران نیست، قاضی ایرانی می‌تواند قرارداد را قانون دو طرف خاص دعوی خود فرض کند. اما اهمیت فرض‌های قضایی بیش از آن است که در این مثال به نظر می‌رسد. هر جا قاضی در امر حکمی قضیه خود با قانونی مواجه است که به هیچ‌روی تن به تفسیر نمی‌دهد و او باید ناگزیر مر آن را اجرا کند و نمی‌خواهد چنین کند، او می‌تواند به فرض قضایی متوسل شود و با این فرض که امر موضوعی قضیه اساساً رخ نداده، قانون را نسبت به آن پرونده «سالبه به انتفاء موضوع» کند.

دکتر کاتوزیان در کتاب خاطرات خود نقل می‌کند که چگونه تقاضای اصلاح شناسنامه و افزودن چهار سال به سن خود را در دادگاه مطرح کرده بود تا حداقل سن لازم

۱ رک. حسن جعفری تبار، «قاضیان چون شاعران»، (گفتاری در فرض حقوقی و ارزش آن همچون دلیلی بر اثبات دعوا)، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۵. اینک، حسن جعفری تبار، دیو در شبیه، و نیز: منطق حیرانی، نشر نو، ۱۳۹۹، ص ۲۴۴.

را برای اشتغال به شغل قضاوت کسب کند. قاضی روشن‌بینِ پرونده به او گفته بود: «می‌دانم دروغ می‌گویی، اما تو برای دادگستری مفیدی و من با اصلاح شناسنامه‌ات موافقت می‌کنم.» این دادرس بی‌آنکه شاید بداند، فرض حقوقی قضایی را به کار گرفته بود و خواهان را که مثلاً واقعاً بیست و دو سال داشت بیست و شش ساله فرض کرده بود. وقتی شاعران به چشم «نرگس» بگویند، استعاره ادبی به کار می‌برند و وقتی قاضیان نیز به بیست و دو ساله بیست و شش ساله اطلاق کنند، از استعاره حقوقی مدد گرفته‌اند. استعاره حقوقی اغماض قاضی است و گذر او از کنار یک لغو؛ لغوی که شهروندان شاید مرتکب شده باشند و یا لغوی که قانونگذاران مرتکبش شده‌اند. دونالد دیویدسون استعاره را امری کاربردی می‌شمرد نه امری معناشناسانه، و این کاربرد و کنش و واکنش^۱ برای حقوق می‌تواند بسیار کارساز باشد؛ اینها استعاره‌هایی هستند که به قول جورج لیکاف ما با آنها زندگی می‌کنیم.

ممکن است این انتقاد مطرح شود که اگرچه قانون مجاز است فرضی خلاف واقع را واقعی محسوب کند، اما اینکه قضات نیز بتوانند چنین کنند مستندی قانونی ندارد. باوجود این، به نظر من ماده ۸۳۳ قانون مدنی و نیز ماده ۲۵۰ قانون امور حسبی به صراحت به قاضی اجازه داده است که فرضی قضائی بسازد، و به موصی‌لهی که از اعلام رد یا قبول خود نسبت به موصی به امتناع می‌کند بگوید: اگر ظرف یک ماه وصیت را قبول کردی، موصی به از آن توست و گرنه، رفتار تو را به منزله رد وصیت فرض می‌کنم با آنکه اگر کسی بخواهد از سکوت نیز چیزی دریابد، اتفاقاً باید رضایت و قبول شخص ساکت را فهم کرده باشد نه رد وی را (نیز ماده ۱۳۹ قانون تجارت).

برخی نویسندگان قاعده عطف به ماسبق شدن^۲ را نیز نوعی فرض حقوقی محسوب کرده‌اند.^۳ شاید بتوان به موردی مثال زد که ضرورت عطف قوانین شکلی به گذشته حکم مشخص قانونی نداشته باشد، ولی قضات قانون آئین دادرسی جدید را بر روابط حقوقی پیشین اجرا کنند.

1 interaction

2 nunc pro tunc

3 Sidney T. Miller, "The Reasons for Some Legal Fictions", Michigan Law Review, Vol. 8, No. 8 (Jun. 1910), p. 634.

به این نکته باید توجه داشت که فرض قانونی قاعده‌ای ماهوی است به خلاف امارهٔ ردناپذیر که دلیل اثبات دعواست. باوجود این، فرض قضایی در تعبیر این مقاله دلیل اثبات دعواست و می‌تواند با امارات غیرقابل ردّ قیاس شود با این اختلاف که قاضی آن‌ها را ایجاد کرده نه قانون.

۱۰. دروغ فرض قضایی:

فرض‌های قضایی جعلی و برساخته‌اند اما رازی در این دروغ است که باید آن را دریافت:

آن دروغست و کثر و برساخته *** سرّ آن کثر را تو هم نشناخته^۱

فرض حقوقی بد ضروری است در جایی که همهٔ تلاش‌ها برای سرب‌راه کردن قانونی که مغایر فهم مشترک شهروندان است عقیم مانده، و قاضی نمی‌خواهد مسئول اجرای آن قاعده بر شهروندان باشد؛ دروغی که به قول امروزی‌ها «حال دل» قاضی را خوش می‌کند، و وی آن را بر هر راست دیگر ترجیح می‌دهد:

دروغی که حالی دلت خوش کند *** به از راستی کتّ مُشوَش کند

بی‌گمان یک سخن صادق کوچک بر صدهزار دروغ بزرگ مرجح است:

در دروغ و مکر ذوقی هست لیک *** آن نمی‌ارزد؛ همان به راستک

اما نباید فراموش کرد که حقّ یک شهروند عادی آن قدر مهم است که گاه بتوان دروغی کوچک را بر صدهزار راست ترجیح داد وقتی به قول مولوی: «در حقّ او نافع آید آن دروغ»^۲. مادری که اتانازی کرده تا فرزند رنج‌دیدهٔ بیمارش بیش از تحملش رنج نکشد از نگاه قانون باید به قصاص محکوم شود. اما اگر قاضی‌ای که در فضای پرونده است این قصاص را انصاف نمی‌داند، می‌تواند با این استدلال که فرزند پیش از اتانازی (در حکم) مُرده بوده، مادر را به قصاص محکوم نسازد.

۱ (مثنوی، دفتر سوم)

۲ دفتر اول مثنوی

رو مذهب عاشق را برعکس روش‌ها دان *** کز یار دروغی‌ها از صدق به و احسان دروغی که برای استوار کردن راستی‌ها ارتکاب شده دارای فروغی است برگرفته از راستی که اگرچه قانون را تصحیح نمی‌کند، از اجرای غیرمنصفانه آن در یک مورد خاص جلوگیری می‌کند:

یک فسانه راست آمد یا دروغ *** تا دهد مر راستی‌ها را فروغ^۱

باوجود این، باید گفت که فرض حقوقی به راستی دروغ نیست، بلکه دروغی عمدی^۲ و به تعبیر ادیبان حقیقتی ادعایی (= تنزیلی) است. به عبارت دیگر، هم قانون و هم قاضی به رغم آشکاری حقیقت به تصویر و تخیلی دست می‌یازند که اگرچه به دروغ مانده است، دروغ نیست. بزرگ‌ترین فرق این کار با دروغ آن است که آن که دروغ می‌گوید می‌خواهد حقیقتی را پنهان کند، ولی حقیقت پشت فرض‌های حقوقی همچنان آشکار و آفتابی است، و نه قانون و نه قاضی هیچ‌یک قصد آن ندارند که آن را پنهان کنند. آنان با این کار حتی دروغ مصلحتی نیز نمی‌گویند چون در ذات هر دروغ همواره نوعی پنهان‌کاری نهفته است، و این دقیقاً همان کاری است که در فرض حقوقی انجام نمی‌شود. حتی می‌توان گفت که قاضی مرتکب مغالطه‌ای نیز نشده، زیرا او به صراحت می‌داند که حقیقت چیست و طرف مقابل نیز می‌داند که قاضی آن را نیک می‌داند.

هیچ واهی بی حقیقت کی بود؟ *** هیچ قلبی بی صحیحی کی رود؟
کی دروغی قیمت آرد بی ز راست؟ *** در دو عالم هر دروغ از راست خاست
راست را دید او رواجی و فروغ *** بر امید آن روان کرد او دروغ

بااین‌همه، همواره باید از آسیب این راست/دروغ‌ها نیز پرهیز داشت. اولیور میچل در مقاله خود در مجله دانشگاه هاروارد در قرن نوزدهم به این نکته هشدار داده بود که فرض‌های قانونی از آن جهت که دروغ‌اند ماهیتی گمراه‌کننده دارند، امکان سوءاستفاده را

۱ دفتر دوم مثنوی

2 Laura Zander, "Legal Fictions" in: Thomas Gutmann, Eberhard Ortland, Klaus Stierstorfer, eds., Encyclopedia of Law and Literature (last edited 22 October 2022), p 3.

فراهم می‌کنند، ابهامی را بر قانون می‌افزایند که غیرمتخصصان آن را در نمی‌یابند، یکپارچگی نظام حقوقی را تحت الشعاع قرار می‌دهند، و سرانجام آن را بی‌اعتبار می‌سازند.^۱

۱۱. نماد و فرض‌های قضایی:

پیش‌تر این فرض‌های حقوقی را نوعی استعاره دانسته بودم و هنوز نیز بر همان نظر هستم. اما اکنون می‌خواهم بر این نکته تأکید کنم که فرض‌های قانونی اگرچه شبیه استعاره‌اند، فرض‌های قضایی را باید سمبل‌های شخصی قضای در یک دادرسی خاص قضایی برشمرد. سمبل‌ها همان استعاره‌ها هستند با این تفاوت که رمزگشایی از استعاره‌ها ما را از بُهت به در می‌آورد، اما رمزگشایی از سمبل‌ها ما را به حیرت فرو می‌برد. این که گُل استعاره از چهره معشوق است چیزی عجیب نیست، اما اینکه استفاده یک بیمار به نام «دورا» از کلمه «مادر» و «جعبه جواهر» سمبل و نماد لیبیدو از نظرگاه روانکاری فروید باشد حیرت‌انگیز است. فرض‌های قضایی شبیه سمبلی است که توضیح آن ما را متعجب می‌کند، به خلاف استعاره که توضیح آن اتفاقاً ما را از تعجب به در می‌آورد. دادرسی که برای پرهیز از اعدام حمل‌کننده ۳۵ گرم مواد مخدر آن را به دروغ ۲۹ گرم دانسته حیرت بر حیرت مخاطب افزوده، و گویی این سمبل فقط در همین دادرسی اثرگذار بوده و برای همین مورد خاص بر ساخته شده، درست همان‌طور که «زنبور» فقط در داستان بوف کور از صادق هدایت رمز روح است نه در هر داستان دیگر از نویسندگان دیگر (سمبل‌های شخصی).

۱۲. بُوارِسم فرض قضایی:

گفتیم که فرض قضایی برای اجرای انصاف و حق در یک قضیه خاص خوب است ولی قانون بد را تغییر نمی‌دهد. بدین‌سان، فرض‌های قضایی شاید گونه‌ای بُوارِسم^۲ حقوقی یا رویاپروری به سبک مادام بُواری شخصیتِ رمانِ مشهور گوستاو فلوبر باشند؛ اما این رویاپروری بی‌فایده نیست و به سرعت به نوعی خوش‌باشی ضروری حقوقی منتهی می‌شود

1 Oliver R. Mitchell, "The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?", Harvard Law Review, Dec. 25, 1893, Vol. 7, No. 5 (Dec. 25, 1893), pp. 249-265.

2 Bovarism

که به غنیمت شمردن همین دم به سبک خیّامی و اپیکوری توصیه می‌کند بی‌آنکه قاضی بخواهد بیهوده در انتظار تغییر قانون در آینده بنشیند. دادرسی هست که فعلاً به اعدام زنی که مرتکب اتانازی شده حکم می‌کند تا بعداً که قانون عوض شد، او دیگر به چنین حکمی دست نیازد. اما قاضی‌ای هم هست که ترجیح می‌دهد حقوق را همان‌طور که هست قبول کند ولی لذّت اخلاقی خود را از آن آنچنان که باید ببرد و به قول هوراس شاعر رومی پیش از میلاد: «روزش را همان‌طور که رسیده بچیند» (carpe diem). پس این چنین است که او با فرضی قضایی از حکم قصاص می‌پرهیزد تا آن روز که این حکم در قانون تغییر کرد، او شرمندۀ خود و قربانی خود نباشد. بلکه استون در تفاسیر خود گفته است هدف فرض قانونی اساساً نباید آسیب زدن (بی‌عدالتی) باشد؛^۱ باوجود این، بحث از عادلانه بودن یا نبودن یک فرض قانونی یا قضایی مشخص بی‌فایده است مگر آنکه در این مورد تأمل کنیم که در چه موردی استفاده شده و چرا.^۲

۱۳. شباهت در یک چیز نه همه چیز:

اگر چیزی در حکم چیزی دیگر محسوب می‌شود، به دلیل شباهتی خاص میان آن دو است نه به این دلیل که آن دو همیشه و در هر حال عین هم‌اند. مثلاً ابراء را در سقوط تعهد در حکم پرداخت دانسته‌اند اما ابراء ذمۀ شوهر ازسوی زوجه را نباید در هر چیز دیگر نیز پرداخت ازسوی شوهر تلقی کرد تا جایی که زن مجبور به بازگرداندنِ نیمی از مهر به شوهر شود اگر طلاق قبل از نزدیکی واقع شده باشد.^۳ به همین شیوه است وقتی مضمون‌له ذمۀ ضامن را از پرداخت به خود ابراء می‌کند. در اینجا ضامن حق ندارد به مضمون‌عنه رجوع کند و چنین ادعا کند که ابراء مضمون‌له به منزله پرداخت ضامن است و بنابراین، مضمون‌عنه باید از عهده پرداخت به ضامن برآید. ابراء ذمۀ ضامن از جانب مضمون‌له وی

1 no fiction shall extend to work an injury; see: John Gwilliam, "LEGAL FICTIONS — A CRITICAL ANALYSIS", Victoria University of Wellington Law Review, vol. 7, issue 4, 1975, 425,

2 Ibid, 469.

۳ در فقه نظری هست که زوجه را در این مورد به پرداخت نیمی از مهر محکوم می‌کند. رک محقق داماد، حقوق

را محق به مراجعه به مضمون‌عنه نمی‌کند، و به همین دلیل ماده ۷۰۹ قانون مدنی تأکید می‌کند که ضامن صرفاً پس از «ادای دین» حق مراجعه به مضمون‌عنه را دارد تا تلویحاً بر این نکته تأکید کرده باشد که ابراء هر جای دیگر هم که در حکم پرداخت باشد، در اینجا اما در حکم پرداخت نیست.

همچنین، در حقوق کانادا و امریکا اگرچه سن ۱۸ سال سبب خروج شخص از ذیل حمایت خانواده می‌شود، این طور نیست که به محض ورود به سن ۱۸ قطعاً شخص از خانواده بیرون رود. بدین سان، در صورتی که معلوم شود فردی که ۱۸ سال دارد دانشجویی است که در زیر حمایت خانواده است، ممکن است او را همچنان وابسته^۱ به خانواده محسوب کنند. به همین ترتیب است دختری ۱۳ ساله در ایران که به سن بلوغ و رشد رسیده و علی‌الاصول از ذیل حضانت خارج شده اما پدر یا مادر وی می‌توانند همچنان دادخواست حضانت او را به دادگاه بدهند. اگرچه قانون درباره پایان دوره حضانت حکمی صریح ندارد، ولی از آنجا که روح قانون مبتنی بر حمایت از جوانان است، دادگاه باید به آن توجه کند به‌ویژه که اصل ۲۱ قانون اساسی نیز ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او را از وظایف دولت دانسته. داوری عرف و عادت اجتماعی و اخلاق نیز مواظبت پدر و مادر را همچنان بر این دختر لازم می‌داند که سالیان آخر مدرسه را می‌گذراند و می‌خواهد به دبیرستان و دانشگاه برود و در مراحل بحرانی سن خویش است.^۲ بدین سان، همچنان در اینجا حضانت هم حق و هم تکلیف ابوبین است؛ چنین دختری باید در حمایت خانواده (پدر و مادر) باشد، و از این جهت درست همچون کودکی است که هنوز به سن رشد و بلوغ نرسیده گرچه از جهات دیگر واقعاً به این سن دست یافته.

1 dependent

۲ کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، نشر یلدا، ۱۳۷۵، ص ۲۸۳.

۱۴. تلف حکمی و فرض قضایی:

بی‌گمان احتیاط شرط استفاده درست از فرض قضایی است و آن نیز در قاضیانی نمود خواهد داشت که در دل خود هر لحظه احساسی از خفقان^۱ و اضطراب داشته باشند تا قلمی که بر روی کاغذ می‌چرخانند چه نتیجه‌ای به دنبال خواهد داشت؟ آنچه با عنوان تلف حکمی این روزها در دادگاه‌ها با جدیت مطرح شده است از قبیل همین استفاده قضات از فرض‌های قضایی است. خانه‌ای فروخته شده و خریدار به نوبه خود آن را به دیگری فروخته؛ اکنون معامله اول اقاله می‌شود درحالی که مبیع دیگر در دست خریدار نخستین نیست با آنکه واقعاً آن خانه در دست مشتری دوم موجود است (تلف حکمی). در اینجا قضات می‌توانند با استناد به ماده ۲۸۶ ق.م که از تلف واقعی سخن گفته، انتقال مال را تلف حکمی آن تلقی کنند و به پرداخت مثل یا قیمت خانه از سوی مشتری نخست به بایع نخستین حکم دهند. اما قاضی در این پرونده دچار اضطرابی نیست زیرا فروشنده احتمالاً می‌داند که مبیع در ید مشتری نیست، و به‌رغم این به اقاله اقدام می‌کند. اما آیا حکم به تلف حکمی در جایی نیز منصفانه است که فروشنده در ضمن معامله شرط کرده باشد که تا یک‌سال حق برهم زدن معامله را داشته باشد، و در این یک‌سال مشتری حق انتقال به دیگری را ندارد؟ اکنون، اگر مشتری خانه را به دیگری انتقال دهد و سپس معامله فسخ شود، آیا معامله دوم را باید درست تلقی کرد و قیمت خانه را به فروشنده بازگرداند (مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی)؟ آیا همین حکم در مورد تعاقب ایادی در غصب نیز جاری است؟ آیا هر عدم دسترس به مال را باید تلف حکمی دانست، و آیا در هر معامله‌ای که خریدار مال را به دیگری واگذار کرده و سپس معامله نخست ابطال شده، می‌توان حکم کرد که در هر حال مشتری به جای عین بدل آن را بدهد؟

تلف حکمی فرضی قضایی است که (به یک تعبیر) از تصرف قاضی در امر موضوعی پرونده اتفاق می‌افتد. نباید گفت که قضات را با امور موضوعی کار نیست. اتفاقاً به عکس، قاضی دقیقاً کسی است که باید در موضوعات پرونده نیز دخالت کند، و حکم قضایی برای او از دیالکتیک میان موضوع و حکم بیرون می‌آید. رایج است که برخی قضات هر

۱ اصطلاح را از جمله‌ای از خطبه چهارم نهج البلاغه برگرفته‌ام درباره رستگاری دل‌هایی که پر از اضطراب‌اند: رَبَطَ جَنَانٌ لَمْ يُفَارِقْهُ الْخَفَقَانُ.

موضوعی را به کارشناس ارجاع دهند و هر نظر کارشناسانه را بپذیرند. اما هیچ دادرسی با این فرافکنی از زیر بار مسئولیت خود نمی‌تواند بگریزد علی‌الخصوص که قانون قضات را مکلف کرده است تا در صورتی که نظر کارشناس را مخالف اوضاع و احوال مسلم قضیه می‌دانند آن را اجرا نکنند. این بدان معنی است که علاوه بر آنکه قاضی باید در امر حکمی پرونده دخالت کند، تصمیم‌گیرنده در امر موضوعی هم خود اوست به عنوان متعارف‌ترین انسان‌ها. بنابراین، قاضی به عنوان انسانی متعارف می‌تواند نظر غیر متعارف کارشناس را قبول نکند. پس، قضات هم در امر حکمی دخالت دارند و هم در امر موضوعی، و اگر حقوقدان لباس عافیت به تن می‌کند و دخالت در موضوع نمی‌کند، قاضی اما چنین لباسی به تن ندارد و «اوست» که مسئول تمام پرونده‌ای است که به وی ارجاع شده، نه کارشناس.

بی‌تردید در مسائل کیفری و به نفع متهم می‌توان از فرض‌های قضایی بهره برد و اصولاً در اغلب مواردی که دولت یک طرف قضیه است، می‌توان علیه آن که طرف قوی قضیه است حکم داد. اما در مسائل حقوق خصوصی با دو شخص خصوصی مواجهیم، و باید قاضی در هر مورد با اوضاع و احوال خاص قضیه به حکم مطلوب دست یابد. موضوع غصب عامدانه با غصب جاهلانه متفاوت است، و خرید عالمانه و جاهلانه، تعدد تعاقب ایادی، نوع خیار شرط درج شده در عقد، علقه عاطفی اطراف معامله به مبیع، و سرانجام میزان مقبولیت حکم نزد فهم عرفی و قضات بالاتر همه می‌توانند به قاضی برای رسیدن به انصاف در رأی یاری برسانند^۱ با وجود این، به نظر می‌رسد که کافی است در ستون خواسته عین تقاضا شده باشد و نیازی به تقاضای صریح مثل و قیمت نیست. این ادعا از آن جهت نیز تأیید می‌شود که اگر در موردی استرداد عین از دادگاه خواسته شده باشد و دادگاه آن را رد کرده باشد، خواهان نمی‌تواند یکبار دیگر دعوایی با خواسته بازگرداندن مثل یا قیمت مطرح کند، زیرا قضیه، اعتبار امر مختوم را یافته.

۱ برای مطالعه بیشتر درباره تلف حکمی رک: محمد هادی جواهر کلام، و صمد حدادی اردکانی، «معیارهای شناسایی تلف حکمی در حقوق اسلامی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق، دوره ۲۴، شماره ۱، خرداد ۱۴۰۲، ص ۱۳۸-۱۰۹.

۱۵. فرض‌های حقوقی سخت و نرم:

به نظر می‌رسد لیرون اشملوویتس بیشتر فرض‌های قانونی را فرض حقوقی سخت^۱ نامیده؛ فرض‌هایی که از نظر او انعطاف‌پذیری کمتری دارند و باید اعمال شوند حتی اگر دروغشان آشکار باشد نمونه‌هایی از این فرض‌ها عبارتند از: شخصیت شرکت تجاری، فرض وجود وصیت گم‌شده هنگامی که ادله‌ای بر آن وجود دارد، فرض فرزندپذیری واقعی فرزندخوانده^۲، و موت فرضی^۳. همچنین، به نظر می‌رسد او بخش‌هایی از فرض‌های قضایی را فرض‌های حقوقی نرم^۴ دانسته که می‌توانند براساس شرایط خاص یک پرونده به شکلی منعطف‌تر و سازگارتر اجرا شوند، همچون معیار انسان متعارف در حقوق مسئولیت مدنی، رضای ضمنی^۵ در حقوق زیان، و نیز قاعده اقدام^۶ که مقرر می‌دارد کسی که به خود ضرر زده متضرر نیست.^۷ او پیشنهاد می‌کند که فرض‌های قانونی به این شرط اعمال شوند که شفافیت^۸ آن‌ها برای همه طرف‌های درگیر در دعوا، سازگاری^۹ شان برای اجرای مداوم در همه موارد مشابه، و انعطاف‌پذیری^{۱۰} شان برای انطباق با شرایط متغیر جدید مسلم باشد.

۱۶. فرض‌های حقوقی جدید:

ازسوی دیگر، پتر جرمی اسمیت در مقاله خود با عنوان فرض‌های حقوقی جدید از این بحث می‌کند که چگونه قضات اغلب برای ایجاد قواعد حقوقی به فروشی غیرواقعی، نادرست، قابل بحث یا آزمایش نشده تکیه می‌کنند. این فرض‌های حقوقی جدید جایگزین فرض‌های حقوقی کلاسیک می‌شوند و اهدافی مختلف را همچون پنهان‌سازی انتخاب‌های هنجاری قضات، اجرای نظریه‌های حقوقی در دادگاه، و مشروعیت‌بخشیدن به تصمیمات قضایی دنبال می‌کنند. اسمیت استدلال می‌کند که درحالی که این افسانه‌های حقوقی جدید

1 Hard legal fictions

2 Adoption as Birth

3 Death Presumption

4 Soft legal fictions

5 Implied Consent

6 Volenti Non Fit Injuria

7 Liron Shmilovits, Legal fictions in private law, Cambridge University Press, 2022

8 Transparency

9 Consistency

10 Flexibility

گاهی اوقات قابل توجیه هستند، اغلب نگرانی‌هایی را درمورد صداقت و شفافیت قضایی ایجاد می‌کنند. او نتیجه می‌گیرد که مزایای تکیه بر فرض‌های حقوقی جدید معمولاً از منافع عمومی که از صداقت قضایی حاصل می‌شود بیشتر نیست.¹

نتیجه:

جایی که قانون به شیوه‌ای نوشته نشده که مطابق فهم عرفی شهروندان باشد، اجرای مَر آن از سوی قاضی عین ستم بر آنان است. پس اگر قانون از ابزار معین خود (ابهام و ابهام) برای انعطاف قانون بهره نبرده باشد، قاضیان باید از ابزار ویژه خود (فرض قضایی) برای تلطیف حقوق استفاده کنند. پس اگر قاضیان مرتکب دروغی در امر موضوعی می‌شوند، این راستی است که قاضی را به سمت دروغ سوق می‌دهد، و خرد است که او را به سوی افسانه فرض قضایی می‌برد؛ افسانه‌ای که اگر او مرتکب نشود، شاید بعدها ترجیح دهد که ای کاش او به فراموشی «نَسِیاً مَنَسِیاً» سپرده می‌شد و خود به افسانه‌ای بدل می‌گشت:

بس فسانه‌ی عشقِ تو خواندم به جان *** تو مرا کافسانه گشته‌استم بخو

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Hassan Jafaritarbar



<https://orcid.org/0000-0002-8555-3602>

منابع

فارسی

جعفری تبار، حسن «قاضیان چون شاعران»، (گفتاری در فرض حقوقی و ارزش آن همچون دلیلی بر اثبات دعوا)، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، پاییز ۱۳۸۵.

1 Peter Jeremy Smith, New Legal Fictions, Georgetown Law Journal, 95 (2007), 5, S. 1435-1495.

جواهر کلام، محمد هادی و حدادی اردکانی، صمد، «معیارهای شناسایی تلف حکمی در حقوق اسلامی»، پژوهش نامه حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق، دوره ۲۴، شماره ۱، خرداد ۱۴۰۲، ص ۱۰۹-۱۳۸. [10.30497/law.2023.243910.3330](https://doi.org/10.30497/law.2023.243910.3330)

طوسی، ابوجعفر محمد، المبسوط، محمد باقر بهبودی، المكتبة المرتضوية، تهران، ۱۳۸۸ ه.
کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، نشر یلدا، ۱۳۷۵،
محقق داماد، مصطفی، حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۰

References

In persia

Jafaritarbar, Hassan: Judges as Poets: on Legal fiction as evidence, Comparative Law Review, n. 2, Autom ۲۰۰۶.

Javaherkalam, Mohammad Hadi, Haddadi, Samad, Identifying Criteria of 'Waste in Law' in Islamic Jurisprudence; by Analyzing the Rule of 'Transfer to a Third Party of Good Faith' in the Judicial Practice and a Plan to Amend the Iranian Civil Code, The Quarterly Journal of Islamic Law Review, vol. 24, issue 1, number 59, June 2023. [10.30497/law.2023.243910.3330](https://doi.org/10.30497/law.2023.243910.3330)

Toossi, Abu Jafar, al-Mabsoot, edited by Mohammad Bagher Behboodi, al-Maktabah al-Mortazaviyyah, 1968.

Katouzian, Nasser, Family Law, Yalda, 1996.

Mostafa Mohqqeq Damad, Family Law, Center for the Publication of Islamic Sciences, 2001.

English

C.K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1932.

- Daniel B. Listwa, Uncovering the Codifier's Canon: How Codification Informs Interpretation, *The Yale Law Journal*, vol. 127, n. Nov. 2017, 246-489.
- Geoffrey Samuel, "Is Law a Fiction", in: *Legal Fictions in Theory and Practice*, edited by: Maksymillian Del Mar and Willian Twinning, Springer, 2015
- Jérôme Bourgon, Fictions légales et réalités militaires, in: *Guerre et Droit*, Hermann, 2017
- John Dewey, "The Historic Background of Corporate Legal Personality", *The Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 6 (Apr., 1926)
DOI:[10.1093/ojls/ggad028](https://doi.org/10.1093/ojls/ggad028)
- John Gwilliam, "LEGAL FICTIONS — A CRITICAL ANALYSIS", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 7, issue 4, 1975
- Laura Zander, "Legal Fictions" in: Thomas Gutmann, Eberhard Ortland, Klaus Stierstorfer, eds., *Encyclopedia of Law and Literature* (last edited 22 October 2022),
- Liron Shmilovits, *Legal fictions in private law*, Cambridge University Press, 2022
- Manish Oza, Fictions in Legal Reasoning, *Dialogue*, vol. 61, issue 3, 2022, 451-463
- Oliver R. Mitchell, "The Fictions of the Law: Have They Proved Useful or Detrimental to Its Growth?", *Harvard Law Review*, Dec. 25, 1893, Vol. 7, No. 5 (Dec. 25, 1893), pp. 249-265
- PARITA MASHRUWAL, "Legal Fictions: Do they fit the Juristic Reality?" *International Journal of Legal Science and Innovation*, vol 2, issue 3. 2020
- Peter Jeremy Smith, New Legal Fictions, *Georgetown Law Journal*, 95 (2007), 5, S. 1435-1495

Raphael Demos, “Legal Fictions”, International Journal of Ethics , Vol. 34, No. 1 (Oct., 1923)

Sidney T. Miller, “The Reasons for Some Legal Fictions”, Michigan Law Review, Vol. 8, No. 8 (Jun. 1910), p. 634

.

استناد به این مقاله: جعفری تبار، حسن. (۱۴۰۳). از این افسانه در باب حقیقت و حقوق. پژوهش حقوق خصوصی، ۱۳ (۴۸)، ۱-۳۰.

doi: 10.22054/jplr.2025.84501.2909



Private Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.