

## کارکرد فرض قانونی در نظام‌های حقوقی

رضا شکوهی‌زاده<sup>۱</sup>

### چکیده

فلسفه وجودی فرض قانونی، در کارکرد آن نهفته است و نه ماهیت نظری آن. بهرغم ماهیت فرامنطقی فروض قانونی، ضرورت کاربردی آن باعث شده است تا در تمام نظام‌های حقوقی، به‌نوعی از آن استفاده شود. فرض قانونی دارای کارکردی دوگانه در نظام‌های حقوقی است. کارکرد فنی فروض قانونی را باید از کارکرد قاعده‌ساز آن تمیز داد. کارکرد فنی فرض قانونی ممکن است تفسیری یا تکمیلی باشد. برخی از فروض قانونی کارکرد تفسیری صرف دارد، مانند فرض قانونی رهن عام اموال بدهکار. کارکرد تکمیلی فروض قانونی (مانند فرض عدم پذیرش جهل نسبت به قانون)، به اثرگذاری دیگر قواعد حقوقی کمک می‌کند. کارکرد قاعده‌ساز فروض قانونی، موضوعی را تخصصاً مشمول یک حکم جدید قرار می‌دهد، بدون اینکه به قلمروی قاعده موردنظر استثنایی وارد کند. فروض قانونی قاعده‌ساز ممکن است تاریخی یا غایت‌مدار باشند. فروض قانونی تاریخی به گذشته نظر دارند و فروض غایت‌مدار به آینده. کارکرد تاریخی امکان می‌دهد تا بدون برهم خوردن انسجام یک نظام حقوقی، قواعد جدیدی وارد آن شود (مانند قواعد حاکم بر اشخاص حقوقی). آنجا که نوبت به کارکرد غایت‌بنیان فرض قانونی می‌رسد، این فروض اجازه می‌دهد تا قانون‌گذار برخی منافع و ارزش‌ها را مورد حمایت قرار دهد. وسعت ابتکار عمل قانون‌گذار در وضع این احکام، با سوءظن برخی حقوق‌دانان روبرو شده است. بنابراین، باید مرجع خلق فروض قانونی غایت‌مدار و حدود اختیارات آن مشخص شود.

کلیدواژه: فرض قانونی، کارکرد فروض قانونی، کارکرد فنی، کارکرد قاعده‌ساز.

فرض قانونی در تمام نظام‌های حقوقی مفهومی شناخته شده است. فرض قانونی محصول حقوق مدرن نیست، بلکه در حقوق سنتی نیز از جایگاه مهمی برخوردار بوده است.<sup>۱</sup> فرض قانونی جایگاه مهمی در نظام حقوقی رم داشته است.<sup>۲</sup> در حقوق انگلیس نیز ارجاعات بسیاری به فرض قانونی صورت می‌گیرد.<sup>۳</sup> در حقوق اسلام نیز نهادهایی مشابه با فرض قانونی قابل شناسایی است، از جمله نهادهای اصولی تخصیص و ورود. اوصافی که بسیاری از حقوق‌دانان در رابطه با فروض قانونی ارائه کرده‌اند، این نهاد حقوقی را به-عنوان مولود نامشروع نظام حقوقی جلوه می‌دهند. برخی از آن به‌عنوان «توصیف امور خارجی برخلاف ماهیت واقعی آن»<sup>۴</sup> و برخی به‌عنوان «مشروعیت دادن به اشتباه»<sup>۵</sup> یاد کرده‌اند. کارکرد اصلی حقوق، اعمال حاکمیت بر واقعیت است، حال برخی حقوق‌دانان کارکرد فرض قانونی را قلب واقع برای اعمال حاکمیت حقوق می‌دانند.<sup>۶</sup> برای حقوق‌دانانی همچون جرمی بنتهام، در کتاب اصول اخلاق و قانون‌گذاری، «فرض قانونی حرکت برخلاف مسیر خرد» است.<sup>۷</sup> به دلیل ماهیت خلاف واقع فرض قانونی، برخی از حقوق‌دانان آن را «استعاره‌های افسانه‌وار و خلاف واقع» نامیده‌اند<sup>۸</sup> و برخی مجاز حقوقی<sup>۹</sup> به گفته لنگرودی، فرض قانونی وقتی به کار می‌آید که «دادگاه‌ها نمی‌توانند با اعمال ادله اثبات (طرق الحکم) آن مجهول را حل کنند پس حاجت به وسیله دیگری است که جز مقنن کسی نمی‌تواند آن وسیله را ارائه کند»<sup>۱۰</sup>. مطابق تعریفی که ری‌موند گیلین و ژان ونسان از فرض قانونی ارائه می‌دهند، فرض قانونی

۱. Del Vecchio, Géorge, *La justice-la vérité: essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, ۱۹۵۵, p. ۱۹۷-۱۹۸.

۲. Dabin, Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Paris, Sirey Dalloz, ۱۹۳۵, p. ۳۳۱ et Gény, François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Sirey Dalloz, tome ۳, ۱۹۲۱, p. ۳۶۲.

۳. Summer Maine, Henry James, *L'ancien droit*, traduit par F. G. Courcelle Seneuil, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, ۱۸۷۴, p. ۲۵-۴۱.

۴. Demogue, René, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, ۱۹۱۱, p. ۲۴۳.

۵. Foriers, Paul et Perelman Chaim, *Les présomptions et Les fictions en droit*, Bruylant, Bruxelles, ۱۹۷۴, p. ۷.

۶. Rivero, Jean, *Fictions et Présomptions en droit public français*, Bruxelles, Bruylant, ۱۹۷۴, p. ۱۰-۲.

۷. Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Edimbourg, ۱۸۴۳, p. ۱۳.

۸. جعفری‌تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، ص ۱۳۹.

۹. کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران، ج ۲، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص ۱۵۸.

۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸۷.

«فرآیندی در تکنیک حقوقی است که اجازه می‌دهد شرایطی را که آشکارا مغایر با واقع است، موجود فرض نماییم. فرض قانونی اجازه می‌دهد تا نتایج حقوقی متفاوتی از آنچه از استنتاج ساده وقایع موجود امکان می‌دهد، به دست آید»<sup>۱</sup>. قضاوت فلسفی در مورد مشروعیت فرض قانونی ممکن نیست چون پذیرش فروض قانونی در علم حقوق، بر مبنای ملاحظات اخلاقی نبوده است. در واقع، فلسفه وجودی فروض قانونی، مبتنی بر کارکردی است که این نهاد حقوقی ارائه می‌دهد.

### فلسفه وجودی فروض قانونی

دلویو در مورد فرض قانونی می‌گوید: «دستکاری مصنوعی که در واقعیت انجام می‌شود، فی‌نفسه قابل سرزنش نیست. این دستکاری‌ها به‌نوبه خود دسته‌ای از واقعیت‌های ثانویه خلق می‌کند. واقعیت‌هایی نسبی و قراردادی که مشروعیت خود را از مشروعیت اهدافی می‌گیرد که در پی دست یافتن به آن است. به همین خاطر هم دستکاری در واقعیت باید محدود به نیاز واقعی باشد که آن را توجیه می‌کند و در همان جا هم متوقف می‌شود. در همین معنی، فرض قانونی ابزاری مفید برای پیشرفت حقوق است. بنابراین، معقول نیست که بی‌درنگ رأی به بی‌اعتباری تمام انواع فروض قانونی دهیم»<sup>۲</sup>. کارکرد فرض قانونی است که در یک نگاه روش‌شناختی<sup>۳</sup>، ضرورت یا عدم ضرورت وجودی آن را در یک نظام حقوقی توجیه می‌کند. بنابراین، مطالعه کارکرد فرض قانونی نه تنها کارکرد پسینی<sup>۴</sup> دارد؛ به این معنی که بعد از پیدایش یک فرض قانونی در یک نظام حقوقی، ممکن می‌شود، بلکه جایگاه پیشینی<sup>۵</sup> نیز دارد؛ به این معنی که فروض قانونی در کلیت آن یا یک فرض قانونی خاص، تنها با ارائه یک کارکرد مطلوب است که می‌تواند ماندگاری خود را در یک نظام حقوقی تضمین کند. رسالت حقوق در حفاظت از قواعد منطق صوری خلاصه نمی‌شود. حقوق برای سازگاری با دگرگونی واقعیت‌های اجتماعی، از ابزارهایی بهره می‌گیرد که به حفظ ثبات ساختارهای منطقی کمک کند. با این هدف، حقوق گاه از استدلال‌های مجازی بهره می‌گیرد و گاه برای توجیه راحل‌های مطلوب، دست به تغییر برداشت از واقعیت‌های خارجی می‌زند بدون اینکه چارچوب نظام حقوقی موجود را دستخوش تزلزل کند<sup>۶</sup>. به این ترتیب از طریق

۱. Guillien, Raymond et Vincent, Jean, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, ۲۰۰۷, p. ۳۰۶.

۲. Del Vecchio, *Op. cit.*, p. ۱۹۷.

۳. un vue méthodologique

۴. a posteriori

۵. a priori

۶. Schmidt-Szalewski, Joanna, «Les fictions en droit privé», *Archive de philosophie du droit*, tome ۲۰, Sirey, Dalloz, Paris, ۱۹۷۵, p. ۲۷۳.

دستکاری واقعیت، شرایط موجود به شرایطی تشبیه می‌شود که حکمی مطلوب بر آن حاکم است، در حالی که به‌واقع این دو امر قابل تشبیه نیستند. برخی از حقوق‌دانان، فرض قانونی را ابزاری غیرقابل چشم‌پوشی در فن قانون‌گذاری می‌دانند، مشروط بر آنکه به کارگیری آن صرفاً با هدف تحقق عدالت و کارکرد اجتماعی قانون باشد.<sup>۱</sup> «این بهایی است که حقوق برای کارآمدی قواعد خود می‌پردازد»<sup>۲</sup>.

باید دید که برچه مبنایی می‌توان در واقعیت به‌صورت تصنعی دخل و تصرف کرد یا به‌تعبیری، برای تحقق کدام ارزش‌ها جایز است تا به صورت آگاهانه به واقعیت‌های عینی بی‌توجه بود. چنین ارزشی باید برای حفظ سازمان اجتماعی ضروری باشد. حفظ نظم اجتماعی از ضروری‌ترین تکالیف حقوق است. فروض قانونی بسیاری با این هدف وضع شده است. قاعده «هیچ‌کس نسبت به قانون جاهل فرض نمی‌شود» یا قاعده اعتبار امر مختومه، در پی تضمین نظم اجتماعی هستند. هدف دیگر فرض قانونی، حفظ انسجام درونی نظام حقوقی است. می‌توان تشبیه فرا-منطقی اموال منقول به غیرمنقول را در همین راستا مورد توجه قرار داد. همچنین نانوشته فرض کردن شروط باطل قراردادی، بدون اینکه این بی‌اعتباری، به اصل قرارداد سرایت کند، بدون توسل به فروض قانونی ممکن نیست. ژرارد کرنو به تأکید می‌گوید: «قانون‌گذار در زمان تولد جنین دستکاری می‌کند، چون در پی نفع مهمتری است. قانون‌گذار متوفی را در وجود ورثه زنده نگاه می‌دارد یا حتی به‌صورت مجازی با فرض نمایندگی وراثتی، مرده را زنده می‌کند. به این ترتیب مرگ و زندگی را به بازی می‌گیرد»<sup>۳</sup>. او در جای دیگر می‌گوید: «مجاز‌گویی قانون بهایی است که برای عدالت پرداخت می‌شود، نفعی که ارزش وانمود کردن را دارد»<sup>۴</sup>.

### نقد تقسیم‌بندی سنتی فروض قانونی

دکترین حقوقی سنتی فرانسه، عموماً برای فروض قانونی دو کارکرد تاریخی<sup>۵</sup> و قاعده‌یابی<sup>۶</sup> در نظر می‌گیرد<sup>۷</sup>. فروض قانونی از طریق کارکرد تاریخی خود، با تغییر در شرایط تحقق یا قلمروی اجرای قواعد حقوقی، قواعد جدیدی را به یک نظام حقوقی معرفی می‌کند. کارکرد قاعده‌یاب فرض قانونی، کمک می‌کند تا راه‌حل‌های حقوقی از لحاظ نظری، از مبانی منسجم و منطقی برخوردار شود. تمیز کارکرد

۱. Gény, Op. cit., p. ۴۱۷-۴۱۸.

۲. Orienne, Paul, Introduction au système juridique, Bruxelles, Emile Bruyant, ۱۹۸۲, p. ۳۶۰-۳۶۱.

۳. Cornu, Gérard, Droit civil: introduction, les personnes, les biens, Paris, Montchrestien, ۱۹۸۰, p. ۹۱.

۴. Cornu, Op. cit., p. ۹۰.

۵. fonction historique

۶. fonction dogmatique

۷. Gény, Op. cit., p. ۳۷۵ et Dabin, Op. cit., p. ۳۳۰.

تاریخی فروض قانونی از کارکرد قاعده‌یاب آن، در عمل به‌راحتی ممکن نیست. فایده‌ی اجتماعی برخی از فروض قانونی موقتی است، برخی فرض‌های قانونی در طول زمان از نظام‌های حقوقی رخت بر می‌بندد. در حقوق رم می‌توان نمونه‌های بسیاری از این فروض یافت. فرض قانونی فوت زندانی لحظه‌ای پیش از زندانی شدن، برای اعتبار وصیت‌نامه‌ی او<sup>۱</sup>، در حقوق نوین، فایده‌ی اجتماعی خود را از دست داد. فرض مشروعیت فرزند طبیعی از طریق فرزندخواندگی، با به‌رسمیت شناختن نسب طبیعی در فرانسه، به‌موجب قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۲، اعتبار خود را از دست داد. به‌طور مشابهی، اثر قهقرایی شرط تعلیقی در حقوق فرانسه، به‌موجب اصلاحات قانون مننی در سال ۲۰۱۶ ملغی شد. بنابراین، کارکرد تاریخی را به‌طور مطلق نمی‌توان به یک فرض قانونی منتسب کرد. از سوی دیگر، برخی فرض‌های قانونی صرفاً کارکرد تفسیری دارد. چنین فروضی ذیل هیچیک از دو عنوان تاریخی یا قاعده‌یاب قرار نمی‌گیرد<sup>۲</sup>. این تقسیم‌بندی گرچه مبنای کار حقوق‌دانان بزرگی قرار گرفته، اما همزمان مورد انتقاد خود آنان قرار گرفته است، چنان که ژنی آن را تقسیم‌بندی «ادعایی» فروض قانونی به فروض تاریخی و قاعده‌یاب می‌نامد<sup>۳</sup>.

اما در ذات این تقسیم‌بندی، تفکیک کارکرد فنی فروض قانونی<sup>۴</sup> از کارکرد قاعده‌ساز آن<sup>۵</sup> نهفته است. برخی از فروض قانونی، قاعده‌ی جدیدی را به نظام حقوقی معرفی نمی‌کنند بلکه با تعبیر تصنعی برخی اوصاف احکام حقوقی، سعی در انطباق احکام مختلف با کلیت نظام حقوقی دارند. در مقابل، ورود برخی از فروض قانونی به یک نظام حقوقی، با ورود قواعد جدید به آن نظام همراه است. وقتی قانون‌گذار شخصیت حقوقی را به‌رسمیت می‌شناسد، قاعده‌ی جدیدی به نظام حقوقی متبوع خود وارد می‌کند. همچنان که وقتی قانون‌گذار، شروط قراردادی خاصی را نانوشته فرض می‌کند، حکم جدیدی را وارد ساختار نظام حقوقی می‌کند. بر همین اساس، می‌توان کارکرد فروض قانونی را ذیل دو عنوان مورد بررسی قرار داد: کارکرد فنی و کارکرد قاعده‌ساز.

## ۱- کارکرد فنی فروض قانونی

کارکرد فنی فروض قانونی، آنجا که با ارائه‌ی تفسیر سعی در توجیه احکام حقوقی موجود دارد، فروض قانونی تفسیری<sup>۶</sup> نامیده می‌شود (۱-۲)، در مقابل، آنجا که سعی در امکان‌پذیر ساختن اجرای سایر احکام

۱. legis corneliae

۲. Gény, Op. cit. , p. ۲۷۷.

۳. Gény, Op. cit. , p. XIV ۲۷۵.

۴. fonction de technique juridique

۵. fonction constructive

۶. fonction explicatif

قانونی دارد، فروض تکمیلی<sup>۱</sup> محسوب می‌شود (۲-۲).

## ۱-۱- کارکرد تفسیری فروض قانونی

برخی فروض قانونی، چیزی به قواعد حقوقی موجود اضافه نمی‌کنند. هدف از وضع فروض قانونی تفسیری، توجیه راه‌حلی است که از پیش در نظام حقوقی وجود داشته است.<sup>۲</sup> وضع این فرض‌های قانونی اغلب با تشبیه شرایط و راه‌حل‌های مشابه صورت می‌گیرد. به این ترتیب، فروض قانونی تفسیری نقش خود را در «ساده‌سازی فنی» قواعد حقوقی پیدا می‌کنند. این فروض قانونی، توجیه «نتایج ناشی از تصنعات فکری برای رسیدن به راه‌حل‌های مفید» را ممکن ساخته است.<sup>۳</sup> در رابطه با فروض قانونی تفسیری، مصادیق بسیاری را می‌توان یافت. دکترین حقوقی فرانسه، ماهیت حقوق و تعهدات متصدیان حمل و نقل در مقابل مسافران یا حقوق و تعهدات جامه‌داران هتل‌ها در مقابل مشتریان را به نهاد حقوقی رهن منقول<sup>۴</sup> تشبیه کرده است. هدف از این تشبیه، باز نمودن کلیه آثار عقد رهن بر این روابط حقوقی نیست، بلکه توجیه احکامی است که از پیش، رویه قضایی فرانسه بر این روابط بار کرده است. به همین ترتیب تعبیر حق طلبکار، نسبت به اموال بدهکار به حق رهن عام<sup>۵</sup>، باعث ایجاد حق عینی برای طلبکار نسبت به اموال بدهکار نمی‌شود، اگر چنین بود طلبکار نسبت به هر یک از اموال بدهکار دارای حق تقدم بود. حتی وقتی طلبکار یکی از اموال بدهکار را توقیف می‌کند، نسبت به آن حقی عینی پیدا نمی‌کند، بلکه در وصول طلب خود جانشین بدهکار شده و به نمایندگی از او اقدام می‌کند.<sup>۶</sup>

باید دانست که فرض‌های تفسیری با آزادی عمل بیشتری نسبت به سایر فروض قانونی، وضع و اعمال می‌شود، چراکه این فروض، ناظر بر خلق قواعد حقوقی جدید نیست، بلکه خود را محدود به توجیه و تفسیر راه‌حلی می‌کند که از پیش در یک نظام حقوقی وجود دارد. در رابطه با این فروض، دانیان حقوق از آزادی بیان و تفسیر کامل برخوردارند. به همین خاطر در این عرصه، دکترین حقوقی از مرزهای قانون‌گذاری و رویه قضایی عبور می‌کند. به‌طور معمول، قانون‌گذار به این عرصه خودنمایی دکترین حقوقی، تعرض نمی‌کند بسیار نادر است مواردی که قواعد حقوق موضوعه، فرضی تفسیری در رابطه با

۱. *mécanique fonction*

۲. Gény, Op. cit. , p. ۳۸۲ et Dabin, Op. cit. , p. ۳۳۹.

۳. Gény, Op. cit. , p. ۳۸۶ ۸۷.

۴. *gage*

۵. *gage générale*

۶. Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, tome ۲*, Paris, Montchrestien, ۱۹۹۸, p. ۸.

یک نهاد حقوقی ارائه کند. با این حال، خلق فروض قانونی تفسیری نیز مطلق و بلاقید نیست، چراکه تصور خلاق حد و مرزی دارد. حد ظهور و بروز این فروض قانونی، آنجاست که با اعمال آن، قلمروی اجرای قاعده حقوقی مورد تفسیر، دچار توسعه و تضییق گردد. در این صورت، فرض قانونی تبدیل به فرضی قاعده‌ساز می‌شود، آن هم فرض قانونی قاعده‌ساز تاریخی. همان گونه که خواهیم دید، خلق فروض قانونی اخیر تنها توسط قانون‌گذار یا رویه قضایی ممکن است.

## ۲-۱- کارکرد تکمیلی فرض قانونی

گاه فروض قانونی از طریق دستکاری ارادی در واقع، با هدف به بارآوردن نتایج مطلوبه کارکردی تکمیلی یا مکانیکی می‌یابند.<sup>۱</sup> شاید کارکرد این فرض‌ها، در خلق قواعد جدید از طریق فرآیند تصنیی استنتاج حقوقی، باعث شباهت آن با فروض تاریخی یا غایت‌بنیان شود که در پایین مورد بررسی قرار خواهد گرفت. اما فرض قانونی تکمیلی ماهیتی پیچیده‌تر دارد. این فروض قانونی، برای به اجرا درآمدن دیگر قواعد حقوقی وارد نظام‌های حقوقی می‌شوند. اعمال برخی از این فروض برای کارایی حقوق در کلیت آن ضرورت دارد (۲-۲-۱)، در مقابل، اعمال برخی برای کارایی نهادهای حقوقی خاص لازم است (۲-۲-۲).

### ۱-۲-۱- فروض قانونی تکمیلی کلیت نظام حقوقی

قاعده عدم پذیرش جهل نسبت به قانون، یکی از مهمترین مصادیق این‌گونه فروض قانونی است. گرچه در دکترین گاه از این فرض به‌عنوان اماره قانونی یاد می‌شود، اما ماهیت این قاعده، تنها با امارات مطلق قابل مقایسه است، چراکه اثبات خلاف آن ممکن نیست. در هر حال، این قاعده به جهت عدول آگاهانه از واقعیت، ماهیتی بیشتر نزدیک به فرض قانونی دارد. اثبات کذب بودن ادعای همگانی از مفاد قوانین، محتاج دلیل نیست، به‌خصوص در سال‌های اخیر که تعدد قوانین، اطلاع از مفاد همه آن‌ها را برای حقوق‌دانان متخصص نیز ناممکن ساخته است. همین واقعیت باعث شده تا اگر جهل به قانون، عذری برای عدم اجرای آن باشد تقریباً هیچ قانونی قابلیت اجرایی نیابد، مگر در رابطه با تصویب‌کنندگان آن. ناگفته پیداست که قاعده عدم پذیرش جهل نسبت به قانون، تاجه حد برای حفظ نظام امور در جوامع کنونی ضروری است. اصلی که از حقوق رم به یادگار مانده، در هیچ نظام حقوقی معاصر قابل چشم‌پوشی نیست.<sup>۲</sup> آن چنان که ایهرینگ می‌گوید: «این دروغ تکنیکی برحسب ضرورت توجیه می‌شود». حتی در مولردی که دولت ممکن است، به‌موجب قوانین کیفری از اعمال برخی مجازات‌های سنگین در صورت جهل مرتکب به قانون، صرف‌نظر کند، صرفاً استثنایی بر اصل عدم

۱. Bergel, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, ۱۹۸۵, p. ۲۸۰.

۲. Foriers et Chaïm, *Op. cit.* p. ۱۴.

پذیرش جهل به قانون وارد می‌شود.<sup>۱</sup>

قاعده اعتبار امر مختومه نیز صرف‌نظر از آنکه اماره مطلق محسوب شود یا فرض قانونی، به‌طور مشابهی با واقعیت‌های خارجی مغایر است. اما قانون‌گذار برای حفظ ثبات در روابط حقوقی اشخاص و جلوگیری از وهن دادگستری، این گزاره کذب را به‌عنوان واقعیتی محض، بر همه اشخاص مشمول نظام حقوقی تحمیل کرده است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲-۱- فروض قانونی تکمیلی نهادهای حقوقی خاص

نظریه نمایندگی یکی از فروض قانونی است که ضمن احترام به نظریه حقوق فردبنیان<sup>۳</sup> و اصل حاکمیت اراده، در عرصه‌های مختلف سیاسی و مدنی، امکان می‌دهد تا اقدامات اشخاص ثالثه متناسب به اراده اشخاص خصوصی مشمول حق و تکلیف شود. در عرصه سیاسی، نظریه نمایندگی مبنای مشروعیت ساز و کار فعالیت نهادهای عمومی است.<sup>۴</sup> در حقوق خصوصی نیز اعمال اراده اشخاص حقوقی تنها در قالب نمایندگی قابل تحقق است. نظریه نمایندگی که در حقوق رم ناشناخته بود، در حقوق مدرن توانست راحل‌های پیچیده‌ای را که حقوق رم برای اعتبار بسیاری از اعمال حقوقی در نظر گرفته بود، کنار گذارد. از سوی دیگر، دستکاری فرض قانونی در واقعیت، گاه از طریق برهم زدن توالی زمانی وقایع صورت می‌گیرد. در این میان، فن حقوقی اثر قهقرایی، مهمترین جایگاه را در حقوق کشورهای غربی یافته است. ماده ۱۷۷۵ قانون مدنی ایالت لوئیزیانای آمریکا برای عقد معلق اثر قهقرایی شناخته است. قانون مدنی فرانسه نیز تا پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۷۹، عقد معلق را دارای اثر قهقرایی می‌دانست. در حقوق این کشور، علاوه بر اثر قهقرایی عقد معلق، در رابطه با نهاد حقوقی تصرف مملک<sup>۵</sup> نیز اثر قهقرایی در نظر گرفته شده است. علاوه بر این آثار مالی طلاق، از زمان تقدیم دادخواست طلاق (بند ۱ ماده ۲۶۲ ق.م.ف) یا صدور حکم تفریق جسمانی (ماده ۱۴۴۵ ق.م.ف) آغاز می‌شود. در این میان، اثر قهقرایی تقسیم ترکه را نیز باید مدنظر قرار داد. صرف‌نظر از ماهیت اعلامی یا انتقالی تقسیم، نادیده گرفتن مالکیت مشاع شرکا نسبت به کل ترکه پیش از تقسیم، صرفاً با توسل به یک فرض قانونی ممکن

۱. Morand, C. A., «La croissance normative: comment faire face à une mass de droit considérable?», Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Gemeinde Verwaltung, ۲. ۲. I, ۱۹۸۶, p. ۳۳۷.

۲. Guillien, Raymond, «Nul n'est censé ignorer la loi», Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, tome ۱, Paris, Librairies Dalloz & Sirey, ۱۹۶۱, p. ۲۵۳.

۳. droits subjectifs

۴. Cornu, Gérard, Vocabulaire juridique, Paris, ۱۹۸۷, p. ۶۹۱.

۵. usucapion



است.<sup>۱</sup> برخی از حقوق‌دانان اثر قهقرایی بطلان را نیز مبتنی بر یک فرض قانونی می‌دانند چراکه عقد باطل در عالم واقع وجود داشته و بر اساس آن اقدامات حقوقی و مادی مختلفی صورت گرفته است. پس بدون توسل به یک فرض قانونی نمی‌توان بر این آثار چشم پوشید.<sup>۲</sup> با این حال، به نظر می‌رسد که اثر قهقرایی بطلان نتیجه منطقی این نهاد حقوقی باشد، در نتیجه برای اعمال و اجرای آن نیازی به توسل به یک فرض قانونی نیست. اثر قهقرایی مختص حقوق خصوصی نیست، در حقوق اداری نیز بطلان اعمال اداری به دلیل سوءاستفاده از اختیارات، دارای اثر قهقرایی است. به این معنی که فرض می‌شود تصمیم باطل هیچ‌گاه اتخاذ نشده است، بنابراین، موضوع تصمیم باید به وضعیت پیش از اتخاذ تصمیم بازگردانده شود. در حقوق ایران شورای نگهبان، در نظریه مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸ ضمن تمیز ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های دولتی به دلیل مغایرت با شرع و قانون، در فرض نخست، بطلان مصوبات دولتی را بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، دارای اثر قهقرایی دانسته است.

## ۲- کارکرد قاعده‌ساز فرض قانونی

هدف قانون‌گذار از توسل به فروض قانونی قاعده‌ساز، تغییر در احکام حقوقی، بدون دخل تصرف در ساختار نظام حقوقی است. قانون‌گذار در این موارد اقدام به تخصیص قاعده عام یا وارد کردن استثنا بر آن نمی‌نماید بلکه تعبداً موضوع جدید را به موضوع اولیه حکم، تشبیه می‌کند. این ساز و کار حقوقی، در حقوق ایران نیز سابقه دارد. در فقه اسلامی، شارع در مواردی بدون اینکه حکمی را دچار استثنا کند، موضوعی را تخصصاً از شمول حکمی که منطقی بر آن حاکم است، خارج می‌کند یا موضوعی را تخصصاً مشمول حکمی قرار می‌دهد که منطقی بر آن حکم نیست. البته اگر، تخصص را از ورود تفکیک کنیم، فروض قانونی قاعده‌ساز بیشتر قابل انطباق با ورود است تا تخصص. توضیح آنکه در اصول فقه، خروج یک موضوع از شمول حکمی که به صورت طبیعی یا ذاتی بر آن حاکم است، گاه تخصص نامیده می‌شود، گاه ورود. برخی فقها این دو اصطلاح را به جای هم به کار برده‌اند، از جمله شیخ انصاری و آخوند

۱. توضیح آنکه در حقوق فرانسه با تقسیم ترکه، فرض می‌شود که هریک از وراث، از زمان فوت مورث، مالک سهم اختصاصی خود در ترکه بوده است. ماده ۸۸۳ ق.م. فرانسه در این رابطه مقرر می‌دارد: «فرض می‌شود که هریک از ورثه، به‌تنهایی و بلافاصله، تمام آنچه را که در سهم‌الارث او قرار دارد به ارث برده و هیچ‌گاه مالکیتی در سهم‌الارث باقی ورثه نداشته است».

۲. Bergel, Jean-Louis, «Le rôle des fictions dans le système juridique», *Revue de droit de McGill*, vol. ۳۳, ۱۹۸۸, p. ۳۷۳.

خراسانی، اما برخی میان این دو اصطلاح تفاوت قائل شده‌اند از جمله میرزای نائینی<sup>۱</sup>. بنابر نظریه اخیر، خروج موضوعی و وجدانی یک موضوع از شمول یک حکم، اگر بدون توجه به تعبد شرعی باشد، تخصص است. همچنان که دلیلی که بر حرمت خمر دلالت می‌کند بر اساس فهم عادی و وجدانی شامل تفاله و میلاس آن نمی‌شود. اما آنجا که خروج یک موضوع از شمول یک حکم مبتنی بر تعبد شرعی باشد، باید از ورود استفاده کرد نه از تخصص<sup>۲</sup>. بر اساس این تعریف، خروج اموالی مانند ابزار کشاورزی از شمول حکم اموال منقول (موضوع ماده ۱۷ ق.م) از مصادیق ورود است، نه تخصص، چراکه بدون وجود حکم قانون‌گذار، عقل سلیم و وجدان عادی، جدایی این اموال از دسته‌بندی اموال منقول و تعلق آن به اموال غیرمنقول را نمی‌پذیرد.

بنابراین، در همه انواع فروض قاعده‌ساز، موضوع جدید بر اساس تخصص یا ورود، داخل در قلمروی حکم جدید می‌شود یا از قلمروی حکم سابق خارج می‌شود. اگر در مصادیق فروض قانونی قاعده‌ساز دقت کنیم، با این واقعیت مواجه می‌شویم که اختلاف ظریفی میان دو گونه از این فروض قانونی وجود دارد. در یک دسته از این فروض، قانون‌گذار قصد خلق یک واقعیت جدید را در جامعه ندارد. سال‌ها پیش از آنکه شخصیت حقوقی شرکت‌های تجاری توسط قانون‌گذار به رسمیت شناخته شود، تجار با ملاحظات صرفاً عملی، دست به همکاری زده و به‌عنوان یک کل، به‌فعالیت می‌پرداختند. بنابراین، فرض قانونی شخصیت حقوقی، آنچه در عمل وجود داشت را صورت قانونی بخشید. در این موارد با کارکرد تاریخی فروض قانونی<sup>۳</sup> مواجه هستیم (۱-۳). اما قانون‌گذار مدرن خود را به شناسایی وضعیت‌هایی که به‌صورت بالفعل در جامعه وجود دارد، محدود نمی‌کند، بلکه در بسیاری موارد، با توسل به فروض قانونی، واقعیت‌های جدیدی را در حوزه اجتماعی و اقتصادی پدید آورده است. برای مثال، به جای آنکه روابط نامشروع را صراحتاً قانونی اعلام کند، فرزند طبیعی را در حکم فرزند مشروع قرار داده یا به‌جای آنکه املاک خصوصی را صراحتاً مصادره و سلب مالکیت کند، زمین‌های خصوصی را موات و در نتیجه متعلق به‌عموم اعلام کرده است. از این فروض قانونی، با عنوان فروض قانونی غایت‌مدار<sup>۴</sup> یاد می‌شود (۲-۳). دلیل این نام‌گذاری آن است که در تصویب این قوانین، قانون‌گذار به ایجاد مبنای نظری و منطقی برای قواعد حقوقی موجود یا تطبیق وضعیت‌های عملی با ساختارهای رسمی، نظر ندارد، بلکه قصد دارد در حوزه

۱. خویی، سید ابوالقاسم، اصول الفقه، تقریرات ابوالقاسم گرجی، جمع‌آوری منصور پهلوان، ج ۳، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۴، ص ۴۸۴.

۲. همان، ص ۴۸۵.

۳. fonction historique

۴. fonction téléologique

اجتماعی و اقتصادی، تغییراتی عینی ایجاد کند. ناگفته پیداست که فروض قانونی در این معنی، ابزاری قدرتمند در دست منافع دولتهاست. به همین خاطر، نظام حقوقی باید بیشترین توجه و دقت را در وضع و اعمال این فروض قانونی به کار گیرد.

### ۱-۲- فروض قانونی تاریخی

آنگاه که حقوق موضوعه، انطباق خود با شرایط اجتماعی یا اقتصادی موجود را از دست می‌دهد، توسل به فروض قانونی این امکان را می‌دهد تا بدون به‌مخاطره انداختن ساختار نظام حقوقی، عناصر جدیدی وارد آن شود. این رویکرد باعث می‌شود ضمن آنکه لااقل به‌صورت ظاهری، نظام حقوقی موجود محترم شمرده شود، نهادهای جدیدی منطبق با نیازهای روز، وارد نظام حقوقی شود. به‌طور معمول، عناصر و نهادهای حقوقی جدید، در ذیل دسته‌بندی‌های موجود حقوقی قرار داده می‌شوند. به این ترتیب، تحول در زندگی اجتماعی، تأثیر خود را بر قانون می‌گذارد، بدون آنکه برای یافتن جایگاه خود، در صدد تخریب نظام حقوقی موجود برآید. با این هدف، گاه روابط جدید اجتماعی، تحت شمول تشریفات، دسته‌بندی‌ها، مفاهیم و هنجارهای سنتی قرار می‌گیرد<sup>۱</sup>. به‌لطف فرض قانونی تاریخی «حقوق تغییر می‌کند، بدون اینکه آشوب به پا شود. با حفظ استخوان‌بندی خارجی، محتوای حقوق به آرامی تغییر می‌یابد. بدون اینکه وقفه‌ای در استمرار نظام حقوقی پدیدآید، محتوای قواعد حقوقی از یک سطح از پیشرفت اجتماعی، به سطحی دیگر گذار می‌کند»<sup>۲</sup>. به این ترتیب، فرض قانونی تبدیل به نیروی پیش‌برنده حقوق می‌شود. بدون استفاده از فرض قانونی تاریخی، حقوق‌چندان از تحولات اجتماعی عقب می‌ماند که پس از چندی، هیچ راهی را جز نابودی خود برای همگام شدن با تحولات اجتماعی، نمی‌یابد. در بحث از فروض قانونی تاریخی، لازم است تا مصادیق این فروض (۱-۱-۳) جدای از مرجع خلق آن (۲-۱-۳) مورد مطالعه قرار گیرد.

### ۱-۱-۲- مصادیق فروض قانونی تاریخی

در بررسی مصادیق فروض قانونی تاریخی، ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار از دو طریق اقدام به وارد کردن نهادهای جدید حقوقی، ذیل تقسیم‌بندی‌های موجود می‌کند. گاه موضوعی را تخصصاً مشمول یک حکم جدید قرار می‌دهد، گاه موضوعی را تخصصاً از شمول حکمی که به‌صورت اولیه بر آن حاکم است، خارج می‌کند.

۱. Gény, Op. cit., p. ۳۶۵.

۲. Dabin, Op. cit., p. ۳۳۸.

فروض قانونی متعددی را می‌توان برشمرد که به‌موجب آن موضوعی تخصصاً مشمول حکمی قرار گرفته که منطقیاً مشمول آن نیست، از جمله نظریه شخصیت حقوقی. پیش از شکل‌گیری نظریه شخصیت حقوقی، گروه‌های انسانی متمرکز، در حیات اقتصادی جوامع فعال بودند، اما شکل‌گیری این نظریه باعث شد تا این گروه‌ها به‌طور رسمی وارد قلمروی حق و تکلیف شوند. به این ترتیب، شرکت‌های تجاری از تمام حقوق انسانی، از جمله تملک مال، انعقاد قرارداد و اقامه دعوی برخوردار شدند. صرف‌نظر از مجادلاتی که در رابطه با فرضی یا واقعی بودن شخصیت حقوقی مطرح شده است،<sup>۱</sup> برخورداری گروه‌های متشکل انسانی از حق و تکلیف، تنها با پیدایش نظریه شخصیت حقوقی ممکن شد. به این ترتیب، قانون‌گذار بدون این‌که در مفهوم وجود انسانی به‌عنوان شرط برخورداری از حق و تکلیف تغییری ایجاد کند، شرکت‌های تجاری و برخی از گروه‌های متمرکز دیگر را با انسان‌ها تشبیه کرد و تخصصاً مشمول عنوان وجود انسانی قرار داد.

در فرضی دیگر، براساس قاعده سنتی «حمل از حقوق مننی برخوردار می‌شود»<sup>۲</sup> که برگرفته از حقوق رم است، حمل پیش از تولد، موجود فرض می‌شود. در حالی که در حقوق سوئیس قاعده عامی در رابطه با این حکم پیش‌بینی شده (ماده ۳۱ قانون مننی سوئیس)، قانون مننی فرانسه اعمال این اصل را در موارد خاص، یعنی وراثت (ماده ۷۲۵ ق.م.ف) و تملک بلاعوض (ماده ۹۰۶ ق.م.ف) مقرر کرد. با این حال، رویه قضایی فرانسه، قاعده عامی از این احکام خاص استخراج کرده است. قانون مننی ایالت کانادای کبک کانادا نیز این حکم را در رابطه با سرپرستی (مواد ۳۳۸ و ۳۴۲ ق.م.کبک)، وراثت (ماده ۶۰۸ ق.م.کبک)، وصیت (ماده ۸۳۸ ق.م.کبک) و بیمه اشخاص (ماده ۲۵۴۳ ق.م.کبک) مقرر کرده است. در حقوق ایران، ماده ۹۵۷ ق.م. به‌طور عام جنین را از حقوق مننی متمتع تلقی کرده است. قانون مننی، به‌طور خاص در ماده ۸۵۱ از امکان وصیت به‌نفع جنین و در ماده ۸۷۵ از توارث جنین سخن گفته است. ماده ۱۰۳ قانون امور حسبی نیز تعیین امین برای حفظ و اداره سهم جنین را پیش‌بینی کرده است.<sup>۳</sup> در این مواد، قانون‌گذار ایجاد حق را برای جنین، به‌طور مستقل پیش‌بینی کرده است، اما در ماده ۴۵ ق.م. در رابطه با حق انتفاع و ماده ۶۹ ق.م. در رابطه با وقف، قانون مننی از ایجاد حق برای معدوم به تبع موجود سخن

۱. Michoud, Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, tome ۱, Paris, L. G. D. J., ۱۹۲۴, p. ۱۶ ۱۲۶.

۲- *infans conceptus*

۳. صفایی، حسین و قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مننی: اشخاص و محجورین، تهران، سمت، ۱۳۷۷، ص ۳۲.

گفته، بنابراین، می‌توان از این مواد، امکان برقراری حق به نفع جنین را نیز استنباط کرد.<sup>۱</sup> بر اساس مفاد ماده ۲۴ قانون بیمه نیز انعقاد قرارداد بیمه عمر به نفع جنین نیز ممکن تلقی شده است.<sup>۲</sup> در موردی دیگر، قانون‌گذار برای مجازات متعهد قراردادی، عقد منعقد نشده را مشمول احکام عقد منعقد شده قرار داده است. ماده ۳-۱۳۰۴ ق.م.فرانسه مصوب ۱۱ فوریه ۲۰۱۶ مقرر می‌دارد: «در فرضی که شخص ذی‌نفع، مانع تحقق معلق‌علیه شود، فرض می‌شود که شرط تعلیقی محقق شده است». ماده ۱۵۶ قانون تعهدات سوئیس این فرض قانونی را به این شکل مطرح کرده است که «در فرضی که یکی از طرفین، برخلاف قواعد حسن نیت، مانع تحقق معلق‌علیه می‌شود، عقد محقق شده فرض می‌شود». قانون مدنی کبک در ماده ۱۰۸۴ راه‌حل مشابهی پیش‌بینی کرده است، البته بدون اینکه نامی از فرض قانونی ببرد. به موجب این ماده: «تعهد معلق در صورتی که بدهکار از تحقق آن جلوگیری کند، از آثار کامل خود برخوردار خواهد بود».

قائم مقامی در اثر پرداخت را نیز می‌توان یکی از مصادیق این فروض قانونی دانست. این فرض قانونی، اثر ایفای تعهد در سقوط آن را با استثناء مواجه می‌کند. با اجرای این فرض قانونی، شخص ثالث پرداخت‌کننده، جایگزین طلبکار اصلی می‌شود، با همان تضمینات و منافع متعلق به طلب اصلی (ماده ۱۲۴۹ ق.م.سابق فرانسه). این فرض قانونی، منافع مهمی در روند فعالیت‌های تجاری از باب تسهیل ایفای تعهد دارد. با در نظر گرفتن این ملاحظات، قانون‌گذار شخص ثالث را تخصصاً طلبکار تلقی کرده و احکام طلبکار را نسبت به او تسری داده است.

در مقابل گاه قانون‌گذار تخصصاً موضوعی را از شمول حکمی که منطقی بر آن حاکم است، خارج می‌کند. این شرایط در خصوص اموال غیرمنقول مبتنی بر هدف<sup>۳</sup> و اموال منقول حکمی<sup>۴</sup> قابل مشاهده است. در این موارد، قانون برای رسمیت دادن به عدم شمول مقررات مربوط به اموال منقول یا غیرمنقول نسبت به برخی اموال، در انتساب این اموال به دسته‌های حقوقی منقول یا غیرمنقول، واقعیت ذاتی آن‌ها را نادیده گرفته است. قانون‌گذار با دست زدن به این ابتکار، بدون اینکه نظام تقسیم‌بندی سنتی اموال را کنار

۱. صفایی و قلم‌زاده، پیشین، ص ۳۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۹، ص ۱۱۱. البته ظاهراً ماده، دلالتی بر جواز انعقاد عقد به نفع معدوم یا جنین ندارد. این ماده مقرر می‌دارد: «وجه بیمه عمر که باید بعد از فوت پرداخت شود، به ورثه قانونی متوفی پرداخت می‌شود، مگر اینکه در موقع عقد بیمه یا بعد از آن در سند بیمه قید دیگری شده باشد که در این صورت وجه بیمه متعلق به کسی خواهد بود که در سند بیمه اسم برده شده است».

۳. *immeubles par destination*

۴. *meuble par anticipation*

بگذارد و یا تغییری در محتوای آن ایجاد کند، اموال ناهمگون را ذیل تقسیم‌بندی حقوقی واحد، قرار داده است.

## ۲-۱-۲- مرجع خلق فروض قانونی تاریخی

تأثیر فروض قانونی قاعده‌ساز (اعم از قانونی و غایت‌بنیان)، بر محتوی و قلمروی قواعد حقوقی به‌نحوی است که به‌نظر می‌رسد تنها قانون‌گذار حق توسل به آن را دارد. اما بسیاری از فروض قانونی تاریخی، توسط رویه قضایی وارد نظام‌های حقوقی، از جمله نظام حقوقی فرانسه شده است. بنابراین باید حدود آزادی رویه قضایی را در وضع فروض قانونی مشخص کرد. در نظام حقوق نوشته یا رومی-ژرمنی، قاضی به‌قید محکومیت به مجازات استنکاف از احقاق حق، ملزم به اعمال قانون نسبت به دعاوی است. از لحاظ نظری، قاضی نمی‌تواند در فصل خصومت، دیدگاه حقوقی خود را جایگزین متن قانون کند. با این حال، در عمل، قضات در تلاش برای انطباق قوانین با مقتضیات اقتصادی و اجتماعی، در تعدیل محتوی و قلمروی قواعد حقوقی، تردید به خود راه نمی‌دهند (مانند فرض قانونی اهلیت عام جنین). قیاس حقوقی یا تشبیه منطقی، یکی از مهمترین ابزارهایی است که دادرس در اعمال قانون نسبت به موضوعات جدید در اختیار دارد. مبنای فروض قانونی تاریخی هم چیزی جز تشبیه نیست. بنابراین، جایی که قانون‌گذار، واکنش به‌موقعی در مواجهه با ضروریات اجتماعی نشان نمی‌دهد، رویه قضایی بدون کمک او با توسل به ابزارهایی گاه میان‌روانه و گاه افراطی، جای قانون‌گذار را پر می‌کند. یکی از مهمترین این ابزارها، فرض قانونی تاریخی است.<sup>۱</sup>

## ۲-۲- فروض قانونی غایت‌بنیان

گاه قانون‌گذار بدون تکیه بر مفاهیم یا قواعد موجود، برای رسیدن به هدفی که مدنظر دارد، مفاهیم و قواعد جدیدی را وارد نظام حقوقی می‌کند. این فروض قانونی، کارکردی غایت‌بنیان دارد. هدف قانون‌گذار در وضع این فروض قانونی، تضمین حمایت از برخی ارزش‌ها یا منافع است. قانون‌گذار به درست یا غلط، لازم می‌داند تا وجود یا بقای این منافع یا ارزش‌ها را تضمین کند. ژنی اعتقاد دارد که برخی از فروض قانونی «به‌صورت پیشینی نماینده مفهومی طبیعی هستند. این فروض قانونی اعتبار خود را از قراردادی می‌گیرند که موضوع آن دستیابی به هدفی خاص است»<sup>۲</sup>. دابن، به نوبه خود، به ویژگی ماهوی بودن و خودبسنده بودن این فروض قانونی اشاره می‌کند. به اعتقاد او این فروض قانونی «توجیه

۱. Dabin, Op. cit., p. ۳۴۴ ۴۵ et Génny, Op. cit., p. ۴۳۲ ۴۳۳.

۲. Génny, Op. cit., p. ۳۶۷.

خود را در ملاحظات درست یا غلط سیاست‌گذاری حقوقی<sup>۱</sup> می‌یابند»<sup>۲</sup>.

## ۱-۲-۲- مصادیق فروض قانونی غایت‌بنیان

برخی از مصادیق فروض قانونی غایت‌بنیان با ورود تخصصی یک موضوع به قلمروی حکمی جدید پدید آمده است. یکی از مهمترین مصادیق این فروض، فرض مشروعیت فرزند طبیعی است. به موجب این فرض قانونی، فرزند طبیعی در جایگاه فرزند مشروع والدین قرار می‌گیرد، آنچنان‌که گویی در زمان انعقاد نطفه طفل، رابطه زوجیت میان آنان برقرار بوده است<sup>۳</sup>. مبنای شکل‌گیری این فرض قانونی، تشبیه فرزند طبیعی با فرزند مشروع است. با این هدف که فرزند طبیعی در جایگاه خانوادگی، اجتماعی و حقوقی فرزند مشروع قرار گیرد. به شکل مشابهی، نهاد حقوقی فرزندخواندگی امکان داده است تا یک بیگانه در جایگاه فرزند مشروع یک خانواده قرار گیرد و از حقوق و تکالیف او برخوردار شود (ماده ۳۵۸ ق.م.ف)<sup>۴</sup>.

در حقوق ایران برخی پیشنهاد کرده‌اند قانون‌گذار برای جبران تفاوت ارث زن و مرد، با جعل یک فرض قانونی، مقرر کند: «در مواردی که زن همراه با طبقه دوم یا سوم وارثان فرض می‌برد، چنین فرض می‌شود که شوهر ثلث خود را به سود زن وصیت کرده است»<sup>۵</sup>. از این طریق وصیتی که وجود ندارد، مطابق یک فرض قانونی، موجود فرض می‌شود. این پیشنهاد، نمونه‌ای روشن از یک فرض قانونی غایت‌مدار است، چون بر اساس ایدئولوژی برابری طلبانه به قانون‌گذار پیشنهاد می‌کند که اقدام به وارد نمودن حکمی جدید به نظام حقوقی کند.

گاه نیز قانون‌گذار برای وضع فروض قانونی غایت‌بنیان، اقدام به خارج نمودن موضوع از شمول حکمی می‌کند که منطقی بر آن حاکم است. برای مثال، قانون‌گذار برای جلوگیری از سرایت بطلان شرط به عقد،

۱. *politique juridique*

۲. Dabin, Op. cit., p. ۳۲۵.

۳. Dupont-Delestraint, P., *Droit civil, les personnes et le droit de la personnalité*, Paris, Dalloz, ۱۹۷۲, p. ۱۹۸.

۴. البته در حقوق فرانسه، تنها فرزندخواندگی قطعی (*adoption plénier*)، موضوع مواد ۳۴۳ ق.م.ف دارای چنین اثری است و نه فرزندخواندگی ساده (*adoption simple*). در فرزندخواندگی ساده، فرزندخوانده رابطه نسبی خود را با خانواده واقعی حفظ می‌نماید، در عین حال، وصف فرزندخوانده سرپرست را هم تحصیل می‌کند، ضمن آنکه نام خانواده سرپرست به نام خانواده واقعی او افزوده می‌شود یا جایگزین آن می‌گردد (ماده ۳۶۶ ق.م.ف). سرپرست در فرزندخواندگی ساده، مکلف به وصیت به نفع فرزندخوانده است. اما فرزندخوانده جزء وراث قانونی سرپرست با سهم الارث مشخص (*héritier réservataire*) قرار نمی‌گیرد (ماده ۳۶۸ ق.م.ف). به جز این تفاوت، فرزندخوانده ساده از تمام حقوق فرزند نسبی برخوردار است (ماده ۳۶۹ ق.م.ف). فسخ فرزندخواندگی نیز لعم از آنکه به تقاضای سرپرست باشد یا فرزندخوانده، نسبت به آینده اثر دارد و فاقد اثر قهرایی است (ماده ۳۷۰ ق.م.ف) (Granet, ۲۰۰۲, p. ۲۴).

۵. دلشاد معارف، لبراهیم، ماهیت و اثر فرض حقوقی، فصلنامه حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۱۸۸.

شروط باطل را نانوخته فرض می‌کند. این فرض قانونی، به‌طور سنتی، ناظر بر شروط قراردادی مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه تلقی شده است (ماده ۹۰۰ ق.م.ف و ماده ۷۶۰ ق.م.کبک). اما در حقوق معاصر، این فرض قانونی کاربرد وسیع‌تری یافت. در همه قوانینی که به نوعی ذیل عنوان حقوق مصرف طبقه‌بندی می‌شود، فرض قانونی نانوخته محسوب شدن شروط مغایر قوانین امری، جایگاه مهمی یافته است. چنانکه بند ۶ ماده ۱-۱۳۲ قانون مصرف فرانسه مصوب ۱۹۹۵، کلیه شروط سوء استفاده‌گرانه را نانوخته<sup>۱</sup> فرض کرده است.<sup>۲</sup> اما بطلان شروط سوء استفاده‌گرانه به‌کل عقد سرایت نمی‌کند. به‌همین خاطر هم قانون به‌جای استفاده از اصطلاح بطلان در رابطه با این شروط، از اصطلاح «نانوخته»، استفاده کرده است. به این ترتیب، قانون‌گذار شرط بی‌اعتبار را از شمول حکم بطلان خارج کرده و تحت شمول حکم دیگری قرار داده است.

### ۳-۲-۱- منبع خلق فروض قانونی غایت‌بنیان

در نظام حقوقی فرانسه، بحث‌های بسیاری در رابطه با توانایی رویه قضایی در خلق فروض قانونی غایت‌بنیان، مطرح شده است.<sup>۳</sup> ارائه پاسخی قطعی به این پرسش دشوار است. وقتی کارکرد فرض قانونی صرفاً تضمین انسجام نظام حقوقی است، دخالت رویه قضایی یا دکتترین در خلق آن، نه‌تنها ناموجه نیست، بلکه ضروری است. چنین فروضی منبع حق و تکلیف نیست و خلق آن حقوق مکتسبه را با خطری مواجه نمی‌کند. در مقابل، وضع فروض قانونی غایت‌بنیان توسط رویه قضایی همواره با مخالفت‌های جدی مواجه بوده است. در این مقام، رویه قضایی، قاعده حقوقی را از هیچ‌به‌وجود می‌آورد، بنابراین، تبدیل به‌منبعی مستقل برای حقوق می‌شود. ساز و کار دادگستری به نحوی تنظیم شده که بیشترین کاربرد را در حل و فصل دعاوی و استقرار نظم داشته باشد، اما برای خلق قواعد حقوقی، صلاحیتی تمام و کمال ندارد. در حالی که نظام تصمیم‌گیری مجالس قانون‌گذاری (لااقل از لحاظ شکلی) از تضمینات لازم برای نظارت بر خلق قواعد جدید در یک نظام حقوقی برخوردار است.

۱. non-écrite

۲. Picod, Yves et Cherrier, Eric, Code de la consommation, ۱۵<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, ۲۰۱۰, p. ۲۰۹.

۳. Gény, Op. cit., p. ۴۲۰ et Demogue, Op. cit., p. ۲۴۸ et Dabin, Op. cit., p. ۳۴۴.



در نظر نگرفتن واقعیت، به قانون‌گذار اجازه می‌دهد تا تحقق برخی شرایط را در اجرای قاعده جدید نادیده گیرد، شرایطی که ممکن است زاید یا گزاف باشد. توسل به فرض قانونی یک فرآیند فکری است که انسجام نظام حقوقی را ممکن می‌کند. گرچه فروض قانونی، در بی‌توجهی به واقع اشتراک دارند، اما هریک هدف متفاوتی را دنبال می‌کنند. هدف از وضع برخی صرفاً فنی است، اما برخی هدفی کاربردی و عینی را پیگیری می‌کنند. در نظام حقوقی فرانسه، فروض قانونی به‌عنوان ابزاری برای نوسازی راه‌حل‌های سنتی و ارائه راه‌حل‌های جدید استفاده می‌شود. فروض قانونی راه‌های جدیدی را بر توسعه قواعد حقوقی می‌گشایند، به این ترتیب که قواعد حقوقی را خم می‌کنند، بدون اینکه آنها را بشکنند. تنها کارکرد فروض قانونی و هدفی که در وضع آنها پیگیری شده، به آنها مشروعیت می‌بخشد. فروض قانونی مسیر رشد و توسعه طبیعی قواعد حقوقی را منحرف می‌سازد. بنابراین، تنها اهداف عینی و ملموس است که این انحراف را توجیه می‌کند. بعضی سخن از آن گفته‌اند که قانون‌گذار نیازی به مجاز و حيله ندارد، بلکه کافی است دستور دهد تا به اجرا درآید. شکی نیست که همواره کمیت قوانین مصوب مجالس قانون‌گذاری، کیفیت آن را تحت تأثیر قرار می‌دهد. تولید انبوه قوانین جایی برای ظرافت‌های قانون‌گذاری باقی نگذاشته است.<sup>۱</sup> توسل به فروض قانونی این مزیت را دارد که با حفظ انسجام نظام حقوقی، قواعد جدیدی را وارد آن می‌کند. همان‌گونه که در رابطه با همه قواعد حقوقی این‌گونه است، در رابطه با فروض قانونی نیز می‌توان مصادیق خیر و شر، مفید و بی‌فایده و نو یا کهنه را از هم تمیز داد. اما به هر حال، عمومیت و استمرار توسل به این ابزار حقوقی، نشانگر ضرورت وجودی آن در عالم حقوق است. نکته مهم این است که نباید فروض قانونی، به‌عنوان عامل انحراف قواعد حقوقی معرفی شود: در بسیاری موارد، این فروض مانع انحراف قواعد حقوقی می‌شود. در قواعد ریاضیات، تخلفی روی نمی‌دهد، اما عالم روابط انسانی مملو از خلاف قاعده است. اعمال منطقی قواعد حقوقی در بسیاری موارد، نتایج غیرمنطقی به بار می‌آورد. فرض قانونی با تخلف از نتایج منطقی اجرای یک قاعده ساز و کار اجرای قواعد حقوقی را به ساز و کار روابط انسانی نزدیک می‌کند. حقوق‌دان در اعمال قواعد حقوقی بر واقعیت‌های خارجی، ممکن است درباب ظاهر منطقی یک قاعده حقوقی، در عالم خارج آثاری، به‌روشنی، غیرمنطقی به‌بار می‌آورد. همین شرایط، هر حقوق‌دانی را همواره در معرض یک انتخاب قرار می‌دهد: وفاداری به ظاهر منطقی قواعد حقوقی یا پذیرش رسالت خود در اعمال نظامی منطقی و عادلانه نسبت به روابط انسانی. چنین انتخابی است که مشروعیت توسل به فروض قانونی را تبیین می‌کند.<sup>۲</sup>

۱. ریبر، ژرژ، نیروهای پدیدآورنده حقوق، مترجم: رضا شکوهی‌زاده، تهران، مجد، ۱۳۹۵، ص ۸۲.

۲. Atias, Christian, *Epistémologie juridique*, Paris, P. U. F, ۱۹۸۵, p. ۱۵۴.

## الف - منابع فارسی:

۱. خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۴)، اصول الفقه، تقریرات ابوالقاسم گرگی، جمع‌آوری منصور پهلوان، جلد سوم، تهران، دانشگاه تهران.
۲. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد چهارم، گنج دانش.
۴. ریپر، ژرژ (۱۳۹۵)، نیروهای پدیدآورنده حقوق، مترجم: رضا شکوهی‌زاده، تهران، مجد.
۵. صفایی، حسین و قاسمزاده، مرتضی (۱۳۷۷)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران، سمت.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، وصیت در حقوق مدنی ایران، تهران، دانشگاه تهران.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، اعتبار امر قضاوت شده در دعاوی مدنی، تهران، دادگستر.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

## ۲- مقالات

۹. دلشاد معارف، ابراهیم (۱۳۸۸)، «ماهیت و اثر فرض حقوقی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۴.

## ب - منابع فرانسوی:

## ۱- کتب

۱۰. Atias, Christian, (۱۹۸۵), Epistémologie juridique, Paris, P. U. F.
۱۱. Bentham, Jeremy, (۱۸۴۳), An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Edimbourg.
۱۲. Bergel, Jean-Louis, (۱۹۸۵), Théorie générale du droit, Paris, Dalloz.
۱۳. Ferrier, Didier, (۱۹۸۸), Lamy droit économique, Paris, Lamy.
۱۴. Cornu, Gérard, (۱۹۸۰), Droit civil: introduction, les personnes, les biens, Paris, Montchrestien.
۱۵. Cornu, Gérard, (۱۹۸۷), Vocabulaire juridique, Paris.
۱۶. Dabin, Jean, (۱۹۳۵), La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé, Paris, Sirey Dalloz.
۱۷. Dekkers, René, (۱۹۳۵), La fiction juridique, étude de droit romain et de droit comparé, Paris, Sirey Dalloz.
۱۸. Del Vecchio, Géorge, (۱۹۵۵), La justice-la vérité: essais de philosophie

juridique et morale, Paris, Dalloz.

١٩. Demogue, René, (١٩١١), Les notions fondamentales du droit privé, Paris.

٢٠. Dupont-Delestraint, P. , (١٩٧٢), Droit civil, les personnes et les droit de la personnalité, Paris, Dalloz.

٢١. Foriers, Paul et Perelman Chaïm, (١٩٧٤), Les présomptions et Les fictions en droit, Bruylant, Bruxelles.

٢٢. Gény, François, (١٩٢١), Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey Dalloz, tome ٣.

٢٣. Guillien, Raymond et Vincent, Jean, (٢٠٠٧), Lexique des termes juridiques, Paris, Dalloz.

٢٤. Lepointe, G. , Lonier, R. , Les (١٩٥٤), obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris, Librairie du recueil Sirey.

٢٥. Mazeaud, Henri, (١٩٩٨), Léon et Jean, Chabas, François, Leçons de droit civil, Obligations, tome ٢, Paris, Montchrestien.

٢٦. Michoud, Léon, (١٩٩٨), La théorie de la personnalité morale et son application en droit français, tome ١, Paris, L. G. D. J.

٢٧. Orianne, Paul, (١٩٨٢), Introduction au système juridique, Bruxelles, Emile Bruyant.

٢٨. Picod, Yves et Cherrier, Eric, (٢٠١٠), Code de la consommation, ١<sup>o</sup> éd. , Paris, Dalloz.

٢٩. Rivero, Jean, (١٩٧٤), Fictions et Présomptions en droit public français, Bruxelles, Bruylant.

٣٠. Summer Maine, Henry James, (١٨٧٤) L'ancien droit, traduit par F. G. Courcelle Seneuil, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel.

٣١. Terré, François, (٢٠٠٥), Simler, Philippe et Lequette, Yves, Les obligations, Paris, Dalloz.

## ٢- مقالات

٣٢. Bergel, Jean-Louis, (١٩٨٨) «Le rôle des fictions dans le système juridique», Revue de droit de McGill, vol. ٣٣.

٣٣. Granet, Frédérique, (٢٠٠٢), «Les motifs de révocation d'une adoption simple», AJ Famille, Dalloz.

٣٤. Guillien, Raymond, (١٩٦١), «Nul n'est censé ignorer la loi», Mélange en l'honneur de Paul Roubier, tome ١, Paris, Librairies Dalloz & Sirey.

٣٥. Morand, C. A. , (١٩٨٦), «La croissance normative: comment faire face à une

mass de droit considérable?», Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Gemeinde Verwaltung, ۲. ۲. I.

۳۶. Perelmant, Chaime, (۱۹۷۴), «Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse», Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, Bruylant.

۳۷. Jacob, Robert, (۲۰۱۲), «Le juge et la fiction en common law et dans les cultures romano-canoniques», Institut des hautes études sur la justice, Paris.

۳۸. Rouvière, Frédéric, (۲۰۱۴), «Critique des fonctions et de la nature des fonctions», LGDJ-Lextenso, Paris.

۳۹. Schmidt-Szalewski, Joanna, (۱۹۷۵), «Les fictions en droit privé», Archive de philosophie du droit, tome ۲۰, Sirey, Dalloz, Paris.



## Functions of Legal Fictions

Reza Shokoohizadeh<sup>۱</sup>

### Abstract

Legal fictions find their reason of existence in their functions, not their theoretical basis. A dichotomy can be considered in the functions of fictions in legal systems. The technical function of fictions should be distinguished from the constructive function of them. The technical function of fictions would be separated in explicative and mechanical functions. The function of some of the fictions is merely explicative such as "general gage of debtor's assets". The mechanical function of fictions can lead to efficiency of legal rules, such as "igmorantia juris non excusat". Constructive function of fictions may be historical or teleological. These fictions either include a new subject-matter under the realm of a rule that not logically cover it (such as capacity of embryo) or exclude a subject matter from the realm of a rule that logically cover it (such as immovable by destination). Function of historical fictions is a priori and function of theological fictions is a posteriori. The historical function of fictions, such as theory of "legal personality", made it possible to enact new rules without mutilation of legal systems integration. On the other hand by resorting to theological fictions, the legislator can protect some interest or values. Because of the vast initiative of legislature in resorting to teleological fictions, these fictions are often looking with suspicion. Consequently, the authority of creation of these fictions must be studied.

**Keywords:** Legal fictions, functions of fictions, technical function, constructive function.

۱. Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science University of Tehran