

توصیف قانونی واقعیات و اهمیت آن در دادرسی

دکتر خیراله هرمزی

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت مقاله، ۸۶/۱۰/۵ تاریخ پذیرش نهایی، ۸۸/۱۰/۳۰

چکیده

توصیف موضوعات مطروحه در پرونده مقدمه صدور حکم است. به عبارتی صدور حکم چه در دعوی کیفری و چه در دعوی مدنی فرع بر توصیف موضوعاتی می باشد که در پرونده مطرح می گردد. تعریف دقیقی از توصیف واقعیات در دست نیست ولی می توان آن را قرار دادن موضوعات در دسته بندی هایی دانست که از طرف قانونگذار تعریف شده است. گروههایی که هر یک دارای حکم واحدند و بر موضوعاتی که داخل آن می گنجند حاکمیت دارند. موضوع دیگری که در این مقاله به آن پرداخته شده است به نقش قاضی در توصیف واقعیات بر می گردد. خواهیم دید بر خلاف آنچه مشهور شده است، نقش قاضی در توصیف واقعیات نقشی فعال است و این امر چه در دادرسی مدنی و چه در دادرسی کیفری آثار مهمی به دنبال دارد.

واژه های کلیدی: توصیف، واقعیات، پرونده، حکم، دادرسی.

مقدمه

یکی از مسائلی که در دادرسی مدنی همیشه مورد بحث و مجادله بوده، نقش اصحاب دعوی و قاضی در دادرسی مدنی است^۱ عده‌ای بر آنند که دعوی مدنی متعلق به اصحاب دعوی است و قاضی نقشی در آن ندارد. در واقع، او به مثابه تماشاچی است که نبرد طرفین را تماشا می‌کند و به نفع هر کس که ادله بهتر و بیشتری به او ارائه دهد و وجدان او را بر حقانیت خویش اقناع نماید، رأی می‌دهد. این نظریه در حقوق انگلیسی طرفداران بیشتری دارد، اما دادرسی مدنی کم‌کم و با توجه به نیاز به دادرسی سریعتر و عادلانه به سوی دادن نقش بیشتری به قاضی حرکت نموده و هم‌اکنون قاضی در دادرسی مدنی نقش بیشتری یافته است.^۲ یکی از وظایف مهم قاضی، توصیف واقعیت‌هایی است که طرفین دعوی برای اثبات حق خویش به آنها استناد جسته‌اند. هدف از تقریر مقاله، تعریف توصیف، تبیین جایگاه و اهمیت آن در دادرسی و نقشی است که قاضی و اطراف دعوی در توصیف حقوقی واقعیات دارند.

۱. تعریف توصیف

انسانها به دلیل زندگی جمعی، ناگزیر به داشتن روابط مختلف با یکدیگرند و علم حقوق وظیفه تنظیم یا مهندسی این روابط را به عهده دارد، زیرا قبل از آغاز تدوین حقوق، انسانها با همدیگر رابطه داشته‌اند، ولی حقوقدانان برای سامان بخشیدن به این روابط و حل اختلافات ناشی از آنها، با استقراء در نمونه‌های روابط، ماهیت‌هایی برای هر دسته استخراج نموده‌اند. آنها برای انجام این وظیفه و به منظور تعیین ماهیات روابط حقوقی و سپس استخراج مصادیق آنها، با هدف تشخیص و تعیین تعهدات افراد جامعه در مقابل یکدیگر به تلاشهای بسیاری دست زده‌اند. این امر را بعضی از حقوقدانان تعیین ماهیت و عده‌ای توصیف خوانده‌اند.

فرانسوا تره، حقوقدان فرانسوی توصیف را این‌گونه تعریف کرده است، «تعیین ماهیت رابطه به منظور قرار دادن آن در دسته‌های حقوقی موجود».^۳ به نظر می‌رسد منظور ایشان از دسته‌های

1. Le role respectif des parties et du juge relativement à l'instance Gérard Cornu, Jean foyer, Procédure Civil Puf 3e édition 1996

2. Principes Directeurs du procès, Raymond Martin Repertoire de procureur civil mai 2000
Procédure civile Gérard couchez 15 édition sirey 2008 no 237
Droit et Pratique de la Procédure civile, sous la direction de Serge Gunichard, Dalloz 2004 :889
La matière du procès et le principe dispositif

3. Détermination de la nature d'un rapport de droit à l'effet de la classer dans l'une catégories juridiques existants _ François Térre. L'influence de la volonté individuel sur les qualifications _

حقوقی قوانین مختلف، از جمله قوانین ماهوی است که هر کدام از آنها ماهیت‌های حقوقی متفاوتی را در بر می‌گیرد. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، به درستی ماهیتهای حقوقی را از موجودات حقوقی تفکیک نموده، در تعریف ماهیت حقوقی و تفکیک آن از موجودات حقوقی می‌نویسد،

«قدر مشترک بین نمونه‌های همگونه ماهیت است؛ چنانکه قدر مشترک بین بیع‌ها را که سوداگران کنند، بیع نامیده‌اند و قدر مشترک زناشویی‌ها را که صورت می‌گیرد نکاح خوانده‌اند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ش ۹۲). ایشان تعاریف قانون را تعریف ماهیت می‌داند و وجود موجودات حقوقی در خارج را از مصادیق ماهیات بر می‌شمرد و طریق دستیابی به ماهیات را انتزاع می‌داند. پرفسور باتیفول نیز توصیف را این‌گونه تعریف می‌کند، «نظر به اینکه قانون مجموعه‌ای از قواعد کلی است، کار روزمره حقوقدان عبارت است از تعیین مقطع یا دسته عمومی قابل اجرا در مورد خاص. این اقدام به معنی توصیف آن مورد خاص است.»^۱ به نظر می‌رسد نظر باتیفول با اندکی اختلاف، به نظر دکتر لنگرودی نزدیک است؛ با این تفاوت که دکتر لنگرودی با توجه به سابقه موضوع و غنای روش استدلال در حقوق اسلام و احاطه‌ای که داشته، موضوع را بسیار بهتر تفسیح نموده است (همان، ۱۳۸۴، ش ۱۳۰). یکی دیگر از حقوقدانان فرانسوی توصیف را در قراردادها چنین تعریف می‌کند، تعیین دقیق نوع قراردادی که طرفین قصد نموده‌اند رابطه خود را بر اساس آن قرار دهند، اهمیت زیادی دارد. تعیین بررسی این امر به وسیله قاضی توصیف نامیده می‌شود، عمل بسیار دقیقی که چنان که بعضی پنداشته‌اند، گذاشتن رفتار انسانها در دسته‌بندی‌های حقوقی نیست، بلکه تشخیص این است که با توجه به بررسی دقیق رفتارهای طرفین (انتزاع عناصر رفتاری) که به طور صریح یا ضمنی بیان شده آنها قصد ایجاد چه رابطه اقتصادی را داشته‌اند بنابراین، توصیف را می‌توان این‌گونه تعریف نمود، تعیین نوع رابطه حقوقی اشخاص با توجه به عناصر تشکیل دهنده آن با توجه به قصد طرفین.

Thèse Paris 1965 _ no 85 Gérard _ Cornu _ Vocabulaire juridique _ Puf 8a edition _ mai _ 2008 _ qualification

1. le droit etant un ensemble de règle générales le travail quotidien du juriste consist à déterminer la catégorie générale applicable à un cas concret c'est qualifier le cas concret . Henri batiffol. Traité élémentaire de droit international Privé _ 2^e édition Paris 1955 n° 298_P 351.

2. It es capital de dégager avec precision à quel type de convention les parties enentend soumettre leurs rapports mutuels. cette mis en examen , Par le juriste , de la relation contractuelle s'applde , la qualification . opération delicate qui consiste , non comme on le dit souvent à appliquer des comportements humains des catégories legales plus ou moins Préétablies, mais à discerner par l'observation de ce comportements , exprimés ou même

۲. اهمیت توصیف در دادرسی

ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی اعلام می دارد، قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی را صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...

قسمت اول ماده، تکلیف قاضی را رسیدگی به دعوا و صدور حکم مقتضی دانسته است و قسمت اخیر ماده اعلام نموده حکم قضیه را صادر نمایند. منظور از قضیه مذکور در این ماده چیست؟ در پاسخ باید گفت منظور موضوع اختلاف است. پس قاضی ابتدا باید رابطه حقوقی بین طرفین را مشخص کند، زیرا صدور حکم، فرع بر تشخیص موضوع است و موضوع مقدم بر حکم است. این اصلی است مسلم که در منطق نیز پذیرفته شده است. دکتر لنگرودی در این مورد می نویسد،

«البته، حکم در وجود مؤخر از رتبه موضوع خویش است. حکم در موضوع خود تصرف نمی کند، بلکه صرفاً تابع موضوع می باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ج ۱، ش ۹۲۸۳)، بنابراین، قاضی ابتدا باید موضوع نزاع را مشخص کند، زیرا تا موضوع مشخص نشود، تعیین اینکه حکم موضوع چیست امکان پذیر نیست. وظیفه قانونگذار نیز تعیین احکام موضوعات است، اما تعیین مصادیق موضوعات به عهده قاضی است. فقها در تمییز قضاوت و فتوا این موضوع را به روشنی بیان نموده اند. فقیه معاصر مرحوم آیت الله محمد فاضل لنکرانی در این مورد می نویسد، تفاوت قضاوت با فتوی این است که فتوی بیان احکام کلی و عمومی است بدون تطبیق آن احکام با موارد خاص، اما قضاوت عبارت از حکم در موضوعات مشخص است که مورد اختلاف و دعوی است^۱ فقهای شیعه و سایر مذاهب نیز در قضا تعیین موضوع را تنقیح موضوع و گاه تحریر محل نزاع نامیده اند.

implicite, quelle opération économique les cocontractants ont souhaité réaliser d'un commun accord. Alain sérieux _droit des obligations _ 2^e édition _ puf 1992_n° 26_P92.

۱. الفتوی عبارة عن، ان الفتوی هی بیان الاحکام الکلیه و الکبریات العامه من دون النظر الی تطبیق علی الموارد و بیان المصادیق، ففی قوله «الخمیر الحرام» تکرر الفتوی عبارة عن الحکم بالحرمة الثابتة للخمیر و اما القضاء فهو الحکم فی القضا یا الشخصیة الی هو مورد التشاجر و الترافع کحکم القاضی بأن المال الفلانی لزید، آیه‌اله العظمی الشیخ محمد الفاضل اللنکرانی، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله، القضاء و الشهادات، مرکز فقه الاثمه الاطهار، قم، ۱۴۲۰ قمری.

بنابراین، توصیف مشخص کردن موضوع مورد اختلاف است و قاضی ابتدا باید رابطه حقوقی طرفین را توصیف نماید.^۱

بنابراین، تعیین نوع رابطه حقوقی امری بسیار مهم است که اگر قاضی در آن مرتکب اشتباه شود، حکم او مطابق حقیقت نبوده و دادرسی صحیح انجام نشده است. اکنون سؤالی که مطرح می‌شود، این است که قاضی چگونه و با چه روشی موضوع نزاع را مشخص می‌کند؟ در پاسخ باید گفت، گاه قانونگذار مفاهیم حقوقی را تعریف نموده است، در این صورت، وظیفه قاضی این است که عناصر رابطه حقوقی طرفین را در مسائل حقوقی و تجاری تجزیه و سپس مشخص کند آنچه که طرفین ایجاد نموده‌اند، از مصادیق کدام مفهوم حقوقی است؟ مثل اینکه رابطه طرفین بیع، اجاره یا یکی از عقود معین است (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ۱۵)،

در نتیجه، در دادرسی این وظیفه قاضی است که با توجه به عناصر تشکیل دهنده عمل یا واقعه حقوقی موضوع دعوی را توصیف کند. گاه این امر بسیار دشوار و به سادگی امکان‌پذیر نیست. برای مثال، ماده یک قانون مسئولیت مدنی اعلام می‌دارد، «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده، لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود، مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود است». در دعوی مسئولیت مدنی، توصیف عمل مقصر و اینکه آیا بی‌احتیاطی نموده است یا خیر، به عهده قاضی است (برای مطالعه درباره مفهوم تقصیر رک، کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۳۳۴)، مثال دیگر، یکی از موارد اعاده دادرسی به موجب بند ل ماده ۴۲۶ این است که طرف مقابل درخواست کننده اعاده دادرسی، حيله و تقلبی به کار برده که در حکم دادگاه مؤثر بوده است. ماده ۴۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی در این مورد مقرر می‌دارد، «در صورتی که جهت اعاده دادرسی، جعلی بودن اسناد یا حيله و تقلب طرف مقابل باشد، ابتدای مهلت اعاده دادرسی، تاریخ ابلاغ حکم نهایی مربوط به اثبات جعل یا حيله و تقلب می‌باشد». در این ماده سؤالی که مطرح می‌شود، این است که کدام اعمال در دادرسی حيله و تقلب

۱. میرزا محمد حسن آشتیانی، کتاب القضاء، منشورات دارالهجره، قم، علی اصغر مروارید.

سلسله‌النبایع الفقیه، القضاء و الشهادات، مؤسسه فقه الشیعه، بیروت،

شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد چهاردهم، الفرق بین الحکم و الفتوی، ص ۶۰،

مؤسسه المرتضی العالمیه، بیروت، لبنان، ۱۴۱۲ هـ ق، ۲۰۰۸

علی مرهج ایوب، القضاء الشرعی وفق المذہبین السننی و الجعفری ص ۱۰۲، الحقیقه الواقعیه و الحقیقه القضاییه،

منشورات الحلبي الحقوقیه، الطبعة الماولی، ۲۰۰۸

محسوب می‌شوند؟ آیا اگر یکی از طرفین دعوی با گریه و زاری احساسات قاضی را که به هر حال انسان است و دارای احساسات، تحت تأثیر قرار دهد و حکم به نفع او صادر گردد، مرتکب حيله و تقلب شده است؟

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، توصیف عملی که از مصادیق حيله و تقلب در دادرسی باشد، بسیار دشوار است. دکتر لنگرودی در کتاب *عناصرشناسی*، کوشیده است با تجزیه عناصر ماهیت‌های حقوقی، توصیف واقعیات و تعیین مصداق، مفاهیم را روشن نماید، اما به دلیل امکان‌پذیر نبودن تعیین عناصر، تعیین مصادیق بسیاری از مفاهیم میسر نشده است (۱۳۸۲، ۲۰۹).

در دادرسی کیفری، توصیف فعل مجرمانه با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها از اهمیت بیشتری برخوردار است. ب رای مثال، قانون مجازات اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور، مصوب ۱۳۶۹/۹/۱۹ عناصر جرم اخلال در نظام اقتصادی کشور را به طور منجز روشن ننموده و تعیین مصداق آن را به عهده قاضی گذاشته است.

همچنین است ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری در مورد تحصیل مال نامشروع. در قسمت اخیر این ماده آمده است «... یا به طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده است...» تحصیل نامشروع مال در قوانین تعریف نشده و حدود و ثغور آن مشخص نشده است. همچنین است قسمت اول ماده ۶۹۸ قانون مجازات اسلامی. این ماده مقرر می‌دارد، « هر کس به قصد اضرار به غیر با تشویش اذهان عمومی... تشویش اذهان عمومی به عنوان یک ماهیت حقوقی تعریف نشده است. بنابراین توصیف عمل متهم و تطبیق آن با این جرم، حتی از طریق تجزیه عناصر عمل مرتکب امکان‌پذیر نیست. هم اکنون دو مفهوم بالا به دلیل توصیف سلیقه‌ای دادگاه‌ها به شیوه‌ای برای برخورد با بعضی فعالان اقتصادی و سیاسی تبدیل شده است. این در حالی است که در امور کیفری تفسیر موسع جایز نیست و تفسیر باید به نفع متهم انجام شود، زیرا به هنگام توصیف موضوعه‌هایی از این قبیل و تطبیق آن با قاعده حقوقی، قاضی تنها داور است و به همین خاطر است که گفته می‌شود در این گونه موارد قاضی باید به لفظ و روح قانونی که وظیفه اعمال آن را دارد، پای بند باشد.^۱

1. Lorsque le juge qualifie, il s'efforce de rester fidèle à la lettre et à l'esprit de la règle qu'il a pour mission d'appliquer. François Terré _ op_cit p 101.

۳. نقش اراده در توصیف

در جرایم قانونگذار کوشیده است عناصر عمل مرتکب را احصاء نماید، اما در بسیاری از موارد در این امر ناتوان بوده است و در مواردی نیز تعاریف دقیق نیست. به هر حال، تعیین مصداق عمل مرتکب در حقوق کیفری با قاضی است و اراده مرتکب در این مورد تأثیری ندارد. در وقایع حقوقی نیز همین گونه است. قانونگذار وقایع حقوقی را تعریف نموده و آثار آن را مشخص کرده است، اما این در صلاحیت دادرس است که با تجزیه و تحلیل فعل شخص، مشخص کند که عمل او از مصداق کدام ماهیت حقوقی است (داود، ۲۰۰۴م، الجزء الاول، ۱۶۵)، مثلاً در مواردی که شخص مدعی است دیگری در نتیجه بی‌مبالاتی و تقصیر، ماده ۹۵۳ قانون مدنی، به او خسارت وارد نموده است، توصیف عمل عامل ورود زیان با توجه به اینکه بی‌مبالاتی و تقصیر در قانون تعریف نشده، به تشخیص قاضی است. بنابراین، در جرایم و وقایع حقوقی، توصیف عمل متهم و عامل ورود زیان، با توجه به اینکه خود نامی بر عمل خود نگذاشته است، با قاضی است و اوست که باید رفتار متهم را تجزیه و تحلیل و مشخص کند که از مصداق کدام قاعده حقوقی است. به دیگر، سخن عمل او را در ظرف قانون قرار داده، عنوان آن را مشخص کند تا بتواند حکم قضیه را صادر نماید، (Drai, 107)

اما در اعمال حقوقی با توجه اینکه قانونگذار با هدف ایجاد نظم اجتماعی، بسیاری از مفاهیم حقوقی را تعریف نموده است، در اکثر موارد این اراده شخص است که نوع رابطه حقوقی را تعیین می‌نماید. برای مثال، در قانون مدنی عقود معین و در قانون تجارت انواع شرکت را تعریف نموده است. اشخاص هنگام انعقاد قرارداد با توجه به اصل حاکمیت اراده می‌توانند قرارداد خود را در یکی از قالب‌هایی که قانونگذار تعیین نموده، تنظیم کنند؛ مثل بیع، اجاره و... و یا به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی، هر قراردادی به شرط اینکه مخالف قانون نباشد، منعقد نمایند.

اما سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا نامی که طرفین بر رابطه حقوقی خود نهاده‌اند، برای قاضی ایجاد تکلیف می‌نماید و قاضی باید اختلاف آنها را با توجه به ماهیت حقوقی که آنها رابطه خود را در آن قالب تنظیم نموده‌اند، حل و فصل کند یا اینکه بدون توجه به نامی که طرفین قرارداد بر رابطه حقوقی خود نهاده‌اند، آن را توصیف نماید؟ زیرا در اغلب موارد طرفین قرارداد مشخص می‌کنند که چه قراردادی منعقد کنند و رابطه حقوقی بین آنان چگونه رابطه‌ای است. به عبارت دیگر، طرفین خود رابطه حقوقی خود را توصیف می‌کنند.^۱

1. Les parties , elles mêmes,déclarent souvent quelle sorte de contrat elles prétendent passer, mais la dénomination qu,elles retiennent n'est pas toujours exact; trops souvent , par exemple,

در پاسخ به سؤال فوق باید بین فرضی که طرفین نام رابطه حقوقی خود را تعیین نموده و فرضی که نامی بر آن نگذاشته‌اند، تفاوت قایل شد. به طور مسلم، در فرضی که طرفین رابطه حقوقی خود را توصیف ننموده و نامی بر آن نگذاشته‌اند، توصیف رابطه حقوقی به عهده دادرس است، اما در فرضی که طرفین رابطه حقوقی خود را نام گذاری نموده‌اند، آیا این توصیف برای قاضی ایجاد الزام می‌نماید، یا او می‌تواند با توجه به عناصر تشکیل دهنده رابطه حقوقی آن را توصیف کند؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت نامی که طرفین بر رابطه حقوقی خود نهاده‌اند، برای قاضی لازم‌الاتباع نیست و قاضی می‌تواند به عنوان یک امر موضوعی، رابطه حقوقی طرفین را با توجه به عناصر تشکیل دهنده و ویژگیهای آن، با قانون تطبیق نموده، آن را توصیف نماید (Laure izorche , 1999, 369)، در قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه این امر به صراحت در ماده ۱۲ آمده است. این ماده مقرر می‌دارد، دادرس باید دعوی را مطابق قواعد حقوقی قابل اعمال حل و فصل نماید. او باید به واقعیات و اعمال مورد نزاع توصیف حقیقی داده، خود را به نامی که طرفین دعوی بر رابطه حقوقی خود نهاده‌اند، محدود نکند.^۱ بنابراین، نام یا توصیفی که طرفین بر رابطه حقوقی خود نهاده‌اند، گرچه قرینه‌ای است بر قصد آنها، اما برای قاضی الزام آور نیست؛ مثلاً ممکن است طرفین رابطه حقوقی خود را وکالت نامیده باشند، در حالی که آنچه در عالم اعتبار ایجاد کرده‌اند، بیع باشد، نه وکالت. در این صورت، قاضی آثار بیع را بر آن مترتب می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ۱۲۱)،

در حقوق ایران، گرچه قانونگذار از توصیف سخنی نگفته است، ولی این موضوع را می‌توان از ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی استخراج نمود. ماده مذکور مقرر می‌دارد، قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند، یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر موازین شرع نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

on voit utiliser les termes conditions générales de vente alors qu'il s'agit d'une prestation de service qu'il convient donc, alors, de trouver la véritable appellation Jérôme Haute, traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux. L.G.D.J 1996, No. 11. Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux _ Traité de droit civil _ introduction générale 4 Edition _ L.G.D.J 1994 _ No. 52.

1. Art. 12 : le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé.

رسیدگی کردن به دعاوی مطابق قانون، ابتدا مستلزم توصیف صحیح و درست واقعیات مستند دعوی و تعیین رابطه حقوقی است، بنابراین در حقوق ایران نیز توصیف در صلاحیت قاضی است.

۴. تفاوت بین تفسیر و توصیف

تفسیر قرارداد یا سند مستند دعوی با اشتباه در توصیف عمل حقوقی - که گاه اعمال نادرست قانون نامیده می‌شود - فرق دارد. در تعریف توصیف گفتیم، توصیف عبارت است از تطبیق واقعیات با قواعد حقوقی یا به عبارت دیگر، توصیف عبارت است از جستجوی قاعده حقوقی قابل اعمال بر یک موضوع حقوقی. استاد کاتوزیان در این مورد می‌نویسد، «تفسیر قرارداد را از توصیف آن نیز باید باز شناخت. توصیف عقد اشکالی است که پس از اثبات و تفسیر قرارداد مطرح می‌شود، در موردی که وقوع عقد و مضمون شرایط آن به اثبات رسیده و مفهوم و مفاد آن روشن شده است، برای تمیز قواعدی که بر آن حکومت دارد، باید طبیعت حقوقی و نوع آن معین شود. به بیان دیگر، در تفسیر قرارداد، آنچه دو طرف خواسته‌اند و درباره آن تراضی کرده‌اند تعیین می‌شود، ولی در توصیف قرارداد طبیعت حقوقی اعمالی که دو طرف قصد انجام آن را داشته‌اند، مشخص می‌گردد» (همان، ج ۳، ۸)، مثلاً قاضی در اعمال قواعد حاکم بر قرارداد، در پی این است که آیا آنچه واقع شده، با توجه به عناصر سازنده آن، بیع است یا قرض یا رهن؟ بنابراین، اشتباه در توصیف به معنی نقض قواعدی است که چهارچوب عمل حقوقی را معین نموده است. نظارت دیوان عالی کشور بر عدم تغییر ماهیت سند نیز متضمن نظارت بر توصیف است، چرا که ابتدا باید صریح و روشن بودن سند معین شود تا مشخص گردد که آیا نیاز به تفسیر دارد یا خیر؟ زیرا قاضی ماهوی در صورتی حق تفسیر سند را دارد که معنای سند واضح و روشن نباشد. تعیین وضوح و عدم وضوح خود یک توصیف است. در صورتی که مشخص شود سند مبهم است، برای رفع ابهام، قاضی ناگزیر از تفسیر است. پس می‌توان گفت هدف از تفسیر، تعیین مفاد سند است و منظور از توصیف، تعیین طبیعت آن. بنابراین، تشخیص مبهم یا غیر مبهم بودن سند نوعی توصیف و قابل نظارت به وسیله دیوان عالی کشور است (Bore, 1972, 249).

۵. آیا قاضی می‌تواند به بهانه توصیف مبنای دعوی را تغییر دهد

مشأ کلیه حقوق اشخاص، اعمال و وقایع حقوقی یا حکم قانون است. ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک را احصا نموده است. به موجب این ماده تملک در موارد زیر حاصل می‌شود، ۱- با احیای اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه؛ ۲- به وسیله عقود و تعهدات؛ ۳- به وسیله اخذ به شفعه؛ ۴- به

ارث.

بنابراین، کلیه حقوق خصوصی اشخاص به یکی از طرق فوق تحقق پیدا می‌کند. منابع تعهد نیز عمل حقوقی، واقعه حقوقی یا حکم قانون است. هر کس که دارای حقی است، در صورتی که حق او به وسیله دیگری تضییع شده یا مورد انکار قرار گیرد، باید برای احقاق حق خود اقامه دعوی نماید. اقامه دعوی مستلزم تقدیم دادخواست است. ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی در این مورد مقرر می‌دارد، شروع رسیدگی در دادگاه، مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد... یکی از شرایط دادخواست نیز ذکر منشأ حق مورد نزاع است. بند ۴ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی که در مورد شرایط دادخواست مقرر می‌دارد، تعهدات و جهاتی که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می‌داند، به طوری که مقصود واضح و روشن باشد. بنابراین، خواهان باید خواسته خود و سبب آن را به طور دقیق در دادخواست مشخص نماید. حال اگر خواهان در بیان سبب دعوی اشتباه کند، آیا پس از ثبت دادخواست و ابلاغ آن به طرف دیگر دعوی، می‌تواند سبب را تغییر دهد؟ ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی به گونه‌ای انشاء شده که گویا این اجازه به خواهان داده شده که با تغییر نحوه دعوی، سبب دعوی را تغییر دهد. این ماده مقرر می‌دارد، خواهان می‌تواند خواسته خود را که در دادخواست تصریح کرده، در تمام مراحل دادرسی کم کند، ولی افزودن آن یا تغییر نحوه دعوی یا خواسته یا درخواست، در صورتی ممکن است که با دعوی طرح شده مربوط بوده و منشأ واحدی داشته باشد و تا پایان اولین جلسه آن را به دادگاه اعلام کرده باشد. بحث بیشتر در مورد این ماده خارج از موضوع مقاله است.

با توجه به اینکه در دعوی حقوقی تعیین قلمرو دعوی توسط طرفین دعوی و به موجب دادخواست تعیین می‌گردد، گفته شده است پس از ثبت دادخواست، اصل این است که موضوع دعوی قابل تغییر نیست. این امر را اصل غیرقابل تغییر بودن موضوع دعوی نامیده‌اند. یکی از حقوقدانان فرانسه این اصل را این گونه تعریف می‌کند، هدف از اصل غیرقابل تغییر بودن دعوی، تعیین چهارچوب دادرسی به منظور کمک به رعایت حق دفاع است. نباید یکی از طرفین دعوی که دعوی یا دفاع را سامان داده است، به ناگاه شاهد فزونتر شدن حق مورد نزاع و یا متعدد شدن آن، بدون داشتن وقت برای رویارویی با آن باشد. از جنبه نظری به محض این که دعوی با قلمرو معینی (موضوع معین) آغاز گردید، نباید بتوان چهارچوب یا عناصر آن را تغییر داد.^۱

1. le Principe de l'immuabilité du litige, ce principe a pour objectif de limiter le cadre du procès et de favoriser la nécessaire contradiction. il ne faut pas qu'un plaideur, qui a organisé son attaque ou sa défense, voit tout à coup, la sphère du procès s'amplifier, et se diversifier, sans avoir temps de faire face.

بنابراین، پس از آغاز دعوی اصل بر تغییر ناپذیر بودن قلمرو دعوی، اعم از خواسته، سبب و اصحاب دعوی است، مگر در مواردی که قانون اجازه داده است. اکنون پرسشی که مطرح می‌شود، این است که آیا این اصل هم برای اصحاب دعوی و هم برای قاضی لازم‌الاتباع است؟ در پاسخ به سؤال فوق باید گفت، در مورد قاضی این امر به هنگامی که قاضی اقدام به توصیف حق مورد نزاع می‌نماید، مصداق دارد؛ مثلاً ممکن است خواسته خواهان خلع ید باشد، ولی قاضی با توجه به وجود رابطه قراردادی بین طرفین خلع ید را وارد ندانسته، از نظر او تخلیه موجه باشد، یا اینکه خواهان سبب تضييع حق خود را اتلاف مال خود به وسیله خواننده اعلام نماید و قاضی پس از بررسی موضوع را اتلاف تشخیص نداده، بلکه آن را مسؤولیت مبتنی بر تقصیر تشخیص دهد. آیا در این گونه موارد قاضی می‌تواند به بهانه توصیف، سبب دعوا را تغییر دهد؟ در پاسخ گفته شده است اصل غیر قابل تغییر بودن دعوی همان گونه که به طرفین تحمیل می‌شود، قاضی نیز مکلف به رعایت آن است. آن گونه که یکی از نویسندگان حقوقی نوشته است، قاضی نمی‌تواند به کمتر یا بیشتر از خواسته رأی دهد، بدون اینکه رأی وی اصلاح یا نقض گردد. او حتی نمی‌تواند با توجه به اختیار خود، اصحاب دعوی یا سمتی را که با آن سمت وارد دعوی شده‌اند و همچنین موضوع یا سبب دعوی را تغییر دهد^۱ نتیجه اینکه توصیف رابطه حقوقی به وسیله طرفین گرچه بر قاضی تحمیل نمی‌شود، اما قاضی نمی‌تواند به بهانه توصیف مبنای دعوی طرفین را تغییر دهد.

۶. نظارت دیوان عالی کشور بر توصیف حقوقی واقعیات

با توجه به اصل ۱۶۱ قانون اساسی و ماده ۳۶۶ قانون آیین دادرسی مدنی، وظیفه دیوان عالی کشور نظارت بر اجرای صحیح قانون در دادگاههای دادگستری است. بنابراین، دیوان عالی کشور

Dés lors qu'une instance a été engagé sur certain terrain on ne doit plus pouvoir théoriquement, en modifier le cadre ou les éléments.

La justice et ses institutions, Jean Vincent , Serge Guinchard, Gabriel Montagnier , André Varinard 4^e édition. Dalloz 1996.

1. principe: il ne peut statuer ni infra , ni ultra, sans s'exposer a voir sa decision reformé ou cassé. de même ne peut il modifier de sa propre autorité ni les parties au procès ou la qualité en la quelle elles se présentent , ni l'objet , ni la cause de la demande. Procédure civil. Jean Vincent , Serge Gunichard 24 e édition dalloz. No. 626:

برای مطالعه بیشتر رک:

Pierre Azard _ l'immutabilité de la demande en droit judiciaire français_Thèse pour le doctorat en droit'université de paris_19 Decembre 1936.

Jacques Miguet _ immutabilité et evolution du litige_ Thèse pour le doctorat en droit université des sciences sociales de Toulouse, 1979

رسیدگی حکمی می‌نماید، نه رسیدگی موضوعی (هرمزی، رساله دکتری، ۲۲)، اکنون سؤالی که مطرح می‌شود، این است که آیا دیوان بر توصیف اعمال و وقایع حقوقی که از طرف قضاات دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر به عمل آمده است نظارت می‌کند یا خیر؟ به دیگر سخن، آیا توصیف از امور حکمی است یا موضوعی؟ در پاسخ به این سؤال حقوقدانان فرانسوی که آیین دادرسی مدنی ما، به خصوص تأسیس دیوان عالی از آن کشور اقتباس شده است، نظریات مختلفی ارائه دادند که دو نظریه طرفداران زیادی دارد.

نظریه اول، این نظریه بر مبنای تمیز و تفکیک مفاهیمی که قانونگذار تعریف کرده و مفاهیمی که قانونگذار تعریف نکرده، ارائه شده است. بر مبنای این نظریه، چنانچه توصیف بر اساس مفهومی شده باشد که قانون تعریف کرده است، چنین توصیفی قابل نظارت به وسیله دیوان است. نظریه دوم، نظریه تفکیک میان موضوع و حکم، با توجه به نقش قاضی در توصیف واقع یا نظریه تمیز و تفکیک ارزیابی قضایی و غیر قضایی (Motulsky, 1948, 192; Marty, 1929, 153).

۷. تمیز بین مفاهیمی که قانون تعریف کرده و مفاهیمی که قانون تعریف نکرده است

طرفداران این نظریه بر این اعتقادند که در توصیف واقع به وسیله قاضی باید بین مفاهیمی که قانونگذار تعریف کرده و مفاهیمی که قانونگذار تعریف نکرده است، فرق گذاشت، زیرا هنگامیکه قانونگذار بر یک مفهوم آثاری را مترتب می‌سازد، ترتب آثار را به شیوه‌های مختلفی انجام می‌دهد. گاه قانونگذار تنها به تعیین یک اسم یا یک اصطلاح بسنده می‌کند؛ مثلاً قانونگذار در ماده ۱۹۹ قانون مدنی اشتباه و اکراه را به عنوان عیوب اراده احصا کرده، اما نگفته است اشتباه چیست و از اشتباه تعریفی ارائه نکرده است، در حالی که در ماده ۲۰۲، اکراه را - هر چند ناقص - تعریف کرده است. مثال دیگر، قانونگذار در ماده ۲۲۷ قانون مدنی از علت خارجی سخن به میان آورده است، اما نگفته است علت خارجی چیست و تعریفی از آن ارائه نداده است.

اما گاه قانونگذار تنها به تعیین و ذکر نام برای مفاهیم بسنده نمی‌کند، بلکه با تعیین عناصر تشکیل دهنده هر مفهوم، آن را تعریف و قلمرو آن را مشخص می‌نماید؛ مثلاً ماده ۵۵ قانون مدنی در تعریف وقف اعلام می‌دارد. «وقف عبارت است از این که عین مال حبس و منافع آن تسبیل شود.» یا قانون مجازات اسلامی سرقت را این گونه تعریف کرده است، «سرقت عبارت است از ربودن مال دیگری به طور پنهانی.»

طرفداران تفکیک و تمیز بین این دو گروه از مفاهیم بر این اعتقادند که شیوه قانونگذار در تعریف یا عدم تعریف مفاهیم قانونی دارای آثار عملی بر اختیار و صلاحیت قضات دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و دیوان عالی کشور است (Motulsky, 1948, 153).

به نظر آنان، هنگامی که منظور از توصیف، تطبیق واقع با مفاهیمی حقوقی است که قانونگذار تعریفی از آنان ارائه نداده است، قضات دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر در چنین توصیفی، مستقل هستند و تصمیم آنان به وسیله دیوان قابل نظارت نیست؛ مثلاً تعیین اینکه آیا رفتار عامل ورود زیان از مصادیق تقصیر است یا خیر؟ با توجه به اینکه قانونگذار تقصیر را تعریف ننموده است، در صلاحیت مستقل قضات ماهوی است، بنابراین، قابل نظارت به وسیله دیوان نیست.

باریس، رئیس سابق دیوان کشور فرانسه در این مورد می‌نویسد، «در چنین مواردی دادگاه‌ها، قانونی برای اعمال در اختیار ندارند. پس نمی‌توانند قانونی را نقض کنند. به دیگر سخن، در مواردی که قانونی مفهوم را قاعده‌مند ننموده است، قضات هیأت منصفه واقعی هستند»^۱

بنابراین، تنها در مواردی که قانون معنا و قلمرو مفهوم را تعیین و عناصر تشکیل دهنده آن را مشخص و تعریف نموده است، قضات مکلف‌اند در توصیف واقعیات، قانون را رعایت کنند. در این گونه موارد، دیوان می‌تواند بر تصمیم قضات ماهوی نظارت نماید.

به این نظریه انتقاداتی وارد شده است. اولین ایراد این است که تمیز و تفکیک مفاهیم تعریف شده از مفاهیم تعریف نشده بسیار مشکل است. در مواردی مثل بیع یا معاوضه و بعضی دیگر از قراردادها شاید این امر آسان باشد، اما در بسیاری از موارد تمیز و تفکیک مفاهیم تعریف شده از مفهوم تعریف نشده بسیار پیچیده است. به علاوه، در بسیاری از مواردی که قانون مفهوم حقوقی را تعریف نموده است، تعاریف ناقص و گاه پیچیده و مبهم است، مثل تعریف اکراه در ماده ۲۰۲ قانون مدنی.

ایراد دوم، این که نظریه تفکیک بین مفاهیم تعریف شده و مفاهیم تعریف نشده بر مبنای واقعی استوار نیست، زیرا می‌توان گفت هر گاه قانونگذار مفهومی را مورد اشاره قرار داده و نامی بر آن نهاده است، برای آن مفهوم معنایی قایل بوده است. بنابراین، کلیه مفاهیم تعریف شده است، زیرا واضح است که کلمات هنگامی که وضع می‌شوند دارای معنایی هستند و استفاده از کلمات در

1. Les tribunaux n'ont pas de loi à appliquer'ils ne peuvent en violer aucune. ou encore le juges sont de véritables jurés dans la décision de tout ce qui n'a pas été réglé par une loi.cité par Gabriel Marty, op, cit.: 193 .

قانون خود یک نوع تعریف است. هنگامی که قانونگذار سخن از اکراه یا زیان به میان می آورد، او این مفاهیم را تازه ابداع نکرده است، بلکه منظور او یک سلسله اعمال یا اموری است که با سایر امور یا اعمال فرق دارد. به علاوه، در نگاه دیگری می توان ادعا کرد کلیه مفاهیمی که قانونگذار به کار برده، تعریف نشده است؛ مثلاً قانونگذار در تعریف سرقت گفته است، « سرقت عبارت است از ربودن مال دیگری به طور پنهانی.» حال می توان پرسید، منظور از ربودن یا پنهانی؛ یعنی چه؟ یا مثلاً قانونگذار در تعریف کلاهبرداری می گوید، « بردن مال دیگری از راه حيله و تقلب یا وسایل تقلبی،» ولی قانونگذار حيله و تقلب را تعریف نکرده است. بنابراین، می توان گفت در مواردی که قانونگذار مفاهیم را تعریف نموده، تنها توصیف را آسانتر کرده است.

ایراد دیگری که بر این نظریه وارد است، این است که طرفداران این نظریه نقش و جایگاه دیوان عالی کشور را بسیار کم رنگ کرده و گفته اند دیوان فقط در مواردی که رأی به طور مستقیم یا به طور صریح مخالف قانون است، می تواند رأی را نقض کند. در مورد توصیف نیز اگر قانون مفاهیم را تعریف کرده باشد و قاضی در توصیف واقع، واقع را خلاف قانون توصیف کرده باشد، رأی قاضی به دلیل توصیف خلاف قانون قابل نقض در دیوان عالی کشور است (Marty, 1929, 196). پس به موجب این نظریه در مواردی که مفهومی در قانون تعریف نشده است و قاضی بر اساس آن مبادرت به توصیف واقع می نماید، دیوان حق نظارت بر چنین توصیفی را ندارد، چرا که اگر توصیف صحیح نباشد، قانون به طور مستقیم و صریح نقض نشده است. همان گونه که ملاحظه می شود این نظریه نقش دیوان عالی کشور را در نظارت بر توصیف بسیار محدود می کند. اما با توجه به نظارت دیوان بر تفسیر قانون، دیوان بر توصیف اعمال و وقایع حقوقی نیز نظارت دارد. هم اکنون رویه قضایی دیوان کشور فرانسه در نظارت بر توصیف بسیار گسترده است (Normand, 1988, 809).

۸. نظریه تمیز و تفکیک ارزیابی قضایی و غیر قضایی

این نظریه خود شامل نظریات مختلفی است که همگی تقریباً به هم نزدیک است. دوین و بوره دادستان کل فرانسه (Motulsky, 1948, 153) در مورد توصیف و نظارت دیوان عالی کشور بر این اعتقادند که در میان مفاهیمی که قانون به کار برده و آثاری بر آن مترتب کرده است، علاوه بر مفاهیمی که تعریف شده اند، مفاهیمی وجود دارند که، هر چند به وسیله قانونگذار تعریف نشده اند، قابلیت تعریف به طور کلی و انتزاعی را دارا هستند. دیوان، به هنگام نظارت بر توصیف، می تواند به این مفاهیم کلی استناد جوید. مفاهیمی مثل بالا رفتن از دیوار خانه یا قتل از این قبیل

هستند، اما سایر مفاهیم، مفاهیمی اند که نمی توان آنها را به طور دقیق تعریف نمود؛ مثلاً عبارت، عملیاتی که موجب فریب طرف معامله شود، در تعریف تدلیس ماده ۴۳۸ قانون مدنی. آیا می توان این عملیات را تعریف کرد، یا اعمال فریبکارانه در تعریف کلاهبرداری را برشمرد؟ توصیف واقع در چنین مواردی یک ارزیابی قضایی نیست، بلکه یک نوع ارزیابی با توجه به اوضاع و احوال است که می توان گفت نتیجه احساس وجدانی قاضی است و در یک کلام ارزیابی معنوی است.

شنن یکی از نویسندگان حقوقی (Chenen cité par de Chauveron op , cit) نیز با اندکی تغییر، ارزیابی قضایی از مفاهیم را به سه دسته مادی، اخلاقی و حقوقی تقسیم می کند. او در بیان نظر خود می نویسد، « مفاهیمی وجود دارد که از نظر شرایط و عناصر تشکیل دهنده تعریف شده اند؛ مفاهیمی هست که شرایط وجود آنها را قاضی باید اثبات کند، ولی با معیارهای اخلاقی و دسته دیگر مفاهیمی که اثبات آنها با اعطای اوصاف قانونی امکان پذیر است». او در مورد مفاهیم دسته اول، وصیت و اراضی مستحدث ساحلی را مثال می زند. در گروه دوم او زیان وارد به زوجه را در زندگی مشترک ذکر می کند، همانند آنچه در ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی ایران آمده است. این ماده اعلام می دارد.

« اگر بودن زن با شوهر در یک منزل، متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می تواند مسکن جداگانه اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل معذور است، نفقه بر عهده شوهر خواهد بود»، یا زیان مذکور در ماده ۸ قانون مسؤولیت مدنی، این ماده اعلام می دارد، «کسی که بر اثر تصدیقات یا انتشارات مخالف واقع به حیثیت و اعتبارات و موقعیت دیگری زیان وارد آورد، مسؤول جبران آن است»، یا اینکه ماده ۵ قانون راجع به ازدواج مصوب مرداد ماه ۱۳۱۰ اشعار می داشت، هر یک از زن و شوهری که قبل از عقد طرف خود را فریبی داده که بدون آن فریب مزاحمت صورت نمی گرفت به شش ماه تا دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد». به نظر شنن، تعیین مصداق زیانها یا مفاهیمی از این قبیل، یا به عبارت دیگر توصیف چنین زیانهایی، مستلزم ارزیابی اخلاقی یا معنوی است.

در دسته سوم توصیف واقعیات بر اساس مفاهیمی همچون، ربودن در سرقت یا عملیات تدلیس کننده، در تدلیس یا اعمال متقلبانه در تقلب در کسب و تجارت را می توان به عنوان مثال ذکر کرد (ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی سابق).

به نظر آقای شنن تصمیم های دادگاه بدوی و تجدیدنظر در توصیف واقعیات، فقط در گروه سوم قابل نظارت به وسیله دیوان عالی کشور است. بنابراین، اگر مفهومی در قانون تعریف شده

باشد و قاضی بر اساس آن واقع را توصیف نماید یا اینکه اگر توصیف بر اساس ارزیابی اخلاقی از مفهوم باشد، تصمیم دادگاه قابل نظارت به وسیله دیوان نیست و دیوان تنها در فرضی می‌تواند بر توصیف نظارت کند که توصیف بر اساس ارزیابی قانونی از واقع صورت گرفته باشد، همانند مثالهایی که ذکر شد. آقای شنن برای تبیین نظر خود می‌نویسد،

« مفهوم ربودن در سرقت را قانون تعریف نکرده است و قاضی باید در توصیف واقع بر اساس این مفهوم گروهی از نظریات را که در قانون تعریف نشده‌اند، ارزیابی نماید. دیوان بر این عمل قاضی نظارت می‌کند تا مبادا عملی را که از مصادیق ربایش نیست، ربودن توصیف کند و آثار قانونی آن را بر مرتکب به عنوان مجازات اعمال نماید. وظیفه دیوان در چنین مواردی نظارت بر رعایت تفسیر واحد از مفاهیم حقوقی است.»

کورنو یکی دیگر از نویسندگان فرانسوی نیز نظر مشابهی داده است (Cournot, op.cit, 199) او برای تمایز حکم از موضوع در توصیف واقعیات و در نتیجه، تعیین قلمرو نظارت دیوان عالی کشور پیشنهاد می‌کند، باید بین ارزیابی منطقی و ارزیابی وجدانی (Appréciation logique et appréciation consciencieuse)، تفکیک قایل شد. به نظر او، ارزیابی منطقی از واقع قابل نظارت به وسیله دیوان است، ولی ارزیابی وجدانی قابل نظارت به وسیله دیوان نیست. او برای توضیح نظر خود می‌نویسد،

«آرای دادگاههای تالی نباید تنها در مواردی که توصیف قاضی از واقع بر خلاف تعریف قانونی است، نقض شود، بلکه در مواردی که توصیف بر اساس تعریف قانون بوده، اما نتایج منطقی استخراج شده از آن توصیف، با نتایج قانونی یا نتایجی که می‌توان با استقراء یا قیاس بر آن مترتب نمود، مغایرت دارد، رأی دادگاه تالی باید به وسیله دیوان نقض شود.»

به طور خلاصه، به نظر کورنو، دیوان در مواردی که قانون مفاهیم را تعریف کرده، یا مفاهیمی به کار برده که با استقراء یا قیاس یا بحثهای نظری می‌توان تعاریف آن را استخراج نمود، باید بر توصیف واقع نظارت نماید و در سایر موارد، توصیف واقع در حقیقت توصیفی است که نتیجه ارزیابی وجدانی و درونی قاضی است و قابل نظارت به وسیله دیوان نیست، زیرا قاضی در این ارزیابی مستقل است.¹

1. Le principe qui guidera le tribunal suprême dans la fixation de sa compétence lorsqu'elle est controversable (c'est à dire toute le fois qu'il ne s'agit pas de contraventions expresses à un texte formell) presuppose la distinction entre le jugement rendue par Vieo d'appréciation consciencieuse et souveraine , et les jugements rendus par application logique de principe que la loi proclame, jugements Susceptibles d'être reformés si une meilleur discussion logique démontre la fausseté de l'application. Cité par Gabriel Marty _ op_cit _ P.200

خلاصه نظریه‌های گفته شده این است که مفاهیمی وجود دارد که دقیقاً حقوقی است. هنگام توصیف واقعیات مورد نزاع، می‌توان واقعیات را با این مفاهیم مجرد حقوقی از طریق قیاس و استقراء تطبیق داد و بدین ترتیب، واقعیات را توصیف نمود؛ به دیگر سخن، به آنان لباس حقوقی پوشاند. در این گونه موارد توصیف یک عمل منطقی و تفسیر مفاهیم حقوقی است. در چنین مواردی دیوان می‌تواند بر اعمال قضات ماهوی نظارت کند. در مورد سایر مفاهیم حقوقی که تعریف روشنی از آنها در قانون نشده است، مثل زبان، تقصیر و ... توصیف واقع بر اساس این گونه مفاهیم، نتیجه بررسی اوضاع و احوال واقیعت منشأ دعوی است و با توجه به احساس درونی، ارزیابی اخلاقی یا وجدان قاضی صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، در این گونه موارد توصیف، یک احساس ترکیبی است که در نتیجه بررسی مستقیم ادله و واقیعت مورد نزاع صورت می‌گیرد و با اثبات واقع قابل تفکیک و جدا شدنی نیست. بنابراین، در چنین مواردی توصیف دادگاه قابل نظارت به وسیله دیوان نیست. ارنست فایه، یکی دیگر از نویسندگان نیز با اندکی تغییر همین نظر را تأیید نموده است (Faye, 1903, 172-189).

۹. انتقاد از این نظریه‌ها

همان گونه که در انتقاد از نظر اول گفته شد، تمیز و تفکیک مفاهیم تعریف شده از مفاهیم تعریف نشده، نه تنها دقیق و راه گشا نیست، بلکه می‌توان با اندک تأملی گفت مفهوم تعریف شده در قانون وجود ندارد، چرا که مفاهیم تعریف شده در اکثر اوقات متضمن واژه‌ها و عباراتی است که خود نیاز به تعریف دارد. اشتباه اصلی این نویسندگان، این است که تصور می‌کنند از طریق قیاس منطقی، کبری قراردادن مفاهیم حقوقی تعریف شده، و صغری قرار دادن واقع مورد نزاع، آن را توصیف می‌کنند. چنین قیاسی کمک به توصیف واقع می‌کند، اما نمی‌توان گفت عین توصیف است، زیرا توصیف همیشه مستلزم انتقال از یک واقعه عینی به یک مفهوم انتزاعی است و این امر، مستلزم این است که قاضی واقعیاتی را که با ادله نزد او اثبات شده است، با مفاهیم قانونی مقایسه و ماهیت واقعیات را تعیین نماید؛ مثلاً مفاهیمی مثل حيله و تقلب مذکور در ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی و شرط خلاف مقتضای عقد، بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی یا مفاهیمی مثل بیع و اجاره. بنابراین، هر چند مفاهیم به طور دقیق تعریف شده یا کاملاً تعریف نشده باشند، همیشه توصیف مستلزم انتقال از واقعیات خاص موجود در پرونده به مفاهیم کلی و انتزاعی است. بنابراین، اگر توصیف این گونه باشد، فرقی بین توصیف در مواردی که قانون مفاهیم حقوقی را تعریف کرده و توصیف در مواردی که قانون مفاهیم را تعریف نکرده است، وجود ندارد. در

حقوق آلمان نیز برای نظارت بر توصیف واقع به وسیله دیوان، فرقی بین مفاهیم تعریف شده و مفاهیم تعریف نشده قایل نگردیده‌اند (Ferrand, 1993, 136)، اگر توصیف این گونه باشد و فرقی بین مفاهیم تعریف شده و تعریف نشده وجود نداشته باشد، دلیلی برای محدود کردن حق نظارت دیوان وجود ندارد. بنابراین، توصیف واقع بر اساس هر مفهومی صورت گرفته باشد، قابل نظارت به وسیله دیوان عالی کشور است، چرا که منظور از نظارت بر توصیف به وسیله دیوان، این است که دیوان تطبیق واقعیات موجود در پرونده را با قانون توسط قضات ماهوی مورد نظارت قرار بدهد و ببیند آیا این تطبیق صحیح صورت گرفته است یا خیر.

۱۰. چگونگی نظارت دیوان بر توصیف

با توجه به آنچه گفته شد، اکثر نویسندگان حقوقی بر این اعتقادند که توصیف، امری حکمی و قابل نظارت به وسیله دیوان است (Bore, 2003, 279, no.506)، هر اشتباهی در توصیف اعمال یا وقایع حقوقی نقض قانون یا اعمال غلط قانون است، زیرا آثار توصیف غلط، اعمال قانون در موردی است که آن مورد از مصادیق آن قانون نیست یا امتناع از اعمال قانون بر موردی است که آن مورد از مصادیق قانون است. پس هر توصیفی باید به وسیله دیوان نظارت شود تا در صورت اشتباه بودن، از نقض قانون جلوگیری شود، اما این بدان معنا نیست که دیوان دیگر بار حقایق منشأ دعوی را مورد بررسی و سپس آنان را توصیف می‌کند تا به این نکته پی ببرد که آیا توصیف دادگاه تالی صحیح بوده است یا خیر، بلکه دیوان در مواجهه با تصمیمی است که باید آن را ارزیابی کند و برای بررسی صحت رأی، به اسباب موجهه رأی توجه می‌نماید. اسباب موجهه رأی متضمن توصیف قاضی از واقع و دلایل این توصیف هستند و دیوان با دقت نظر در اسباب موجهه رأی و مقدمه آن و دلایل احصا شده، بر صحت توصیف نظارت می‌کند.

یکی از نویسندگان حقوقی فرانسه درباره چگونگی نظارت دیوان بر توصیف می‌نویسد، «دیوان باید مواظب و مراقب باشد که دادگاه با عنوان توصیف، حقایق را در رأی خود وارد نسازد که در پرونده نبوده و به دقت بررسی و اثبات نشده است. برای تحقق این امر دیوان باید در کلیه موارد بررسی کند که آیا تعریفی که از مفاهیم حقوقی با توجه به حقایق منشأ دعوی شده و تطبیق آنها با واقعیت صحیح بوده است یا خیر؟ این امر برای حفظ و صیانت از وحدت نظام حقوقی ضرورت دارد» (Chenon, op.cit, 206).

واقعیت این است که قانونگذار مفاهیم مختلفی را برای تنظیم روابط اجتماعی جامعه به کار می‌برد؛ گاه خود این مفاهیم را تعریف می‌کند و گاه تنها نام آنان را در قانون ذکر می‌نماید و تعیین مصادیق آن را به تشخیص قضات وا می‌گذارد، اما همین که کلمه یا اصطلاحی وارد قانون شد، یک مفهوم حقوقی است و دارای معنا و قلمروی است، قاضی در تشخیص مصادیق آن باید از روشهای قانونی، با رعایت معنا و قلمرو آن استفاده نماید. این امر؛ یعنی تطبیق احکام با واقع که قابل نظارت به وسیله دیوان است. دلیل این نظارت این است که دیوان باید بر تفسیر واحد از قانون نظارت نماید. نظارت دیوان بر توصیف در واقع حمایت و حفاظت از قصد قانونگذار است، زیرا اگر دیوان نتواند بر توصیف واقع به وسیله قضات ماهوی نظارت کند، اجرای قانون به سلیقه قضات دادگاههای تالی خواهد بود. اکثر نویسندگان حقوقی فرانسه بر این اعتقادند که دیوان باید بر توصیف واقع به وسیله قضات ماهوی نظارت کند.^۱

۱۱. توصیف در رویه قضایی

توصیف و نظارت بر آن در رویه قضایی کشورمان مطرح شده است. در این مورد یکی از سؤالی که در رویه قضایی کشور ما مطرح است، این است که آیا قولنامه بیع است یا تعهد بر بیع؟ به عبارت دیگر، آیا پس از امضای قولنامه توسط طرفین بیع تحقق یافته و تملیک میباید؟ یا برعکس، بیع به موجب ماده ۳۳۸ صورت می‌گیرد؟ یا اینکه پس از امضاء قولنامه تنها تعهد بر بیع تحقق یافته و تملیک میباید و ثمن و تملیک و تملک صورت نگرفته است؟ این موضوع در هیأت عمومی دیوان عالی کشور مطرح و به تفصیل در مورد آن بحث شده است. گرچه در مباحث مطرح شده سخنی از توصیف نشده است، ولی واقع امر و موضوع مورد مناقشه، توصیف قولنامه بوده است. ابتدا خلاصه دعوی ذکر و سپس نظرات قضات دیوان مطرح می‌گردد.

خواهان در تاریخ ۶۹/۶/۲۴ دادخواستی به دادگاه حقوقی ارائه و اعلام می‌نماید به موجب قولنامه مورخ ۶۸/۱۰/۱۹ یک باب خانه از خواننده خریداری و قسمتی از ثمن را پرداخت نموده است و مقرر شده بود خواننده در تاریخ ۶۹/۲/۳۱ جهت تنظیم سند رسمی در دفترخانه حاضر شود، ولی نامبرده از حضور در دفتر امتناع نمود و هم اکنون به موجب این دادخواست صدور حکم بر الزام نامبرده به حضور در دفترخانه مورد استدعاست. پرونده به شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی (۱)

1. Henry Solus, Roger Perrot :droit judiciaire privé, Sirey, Paris 1991. T I n° 678. Jean Vincent.Serge Guinchard, procédure civil, 24e édition, Dalloz 1996, p 905,n° 1507, á 1523. Marie , Noëlle Jobard- Bachellier- Xavier Bachellier , la technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civil , 4e édition , Dalloz , 1998 , p 132 , á 136.

تهران ارجاع، دادگاه پس از تعیین وقت در موعد مقرر به دعوی رسیدگی و پس از ذکر مقدماتی به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۳ حکم بر الزام خواننده به حضور در دفترخانه و انتقال رسمی ملک به خواهان صادر نمود.

از این حکم تقاضای تجدیدنظر گردید. در آن هنگام مرجع تجدیدنظر دیوان عالی کشور بود. پس از ارجاع پرونده به دیوان عالی کشور پرونده به شعبه ۵ دیوان ارجاع و دیوان این گونه رأی داده است. در لایحه اعتراضی محکوم علیه، اعلام نموده بود که در تاریخ قولنامه دست کاری شده است. شعبه ۵ دیوان عالی کشور پس از ذکر مقدماتی به دلیل بی توجهی دادگاه بدوی به ادعای خواننده و نقض در رسیدگی، حکم صادره را نقض و پرونده را به شعبه صادر کننده اعاده می نماید. پس از اعاده پرونده به شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی (۱) تهران، شعبه مذکور بعد از ذکر مقدماتی مجدداً حکم بر الزام خواننده به حضور در دفترخانه و انتقال رسمی مبیع به مشتری صادر می نماید. از این حکم تقاضای تجدیدنظر می شود و پرونده مجدداً به دیوان ارسال و برای رسیدگی به شعبه ۵ دیوان ارسال می گردد.

شعبه ۵ دیوان دگر بار با ذکر مقدماتی رأی صادره را به دلیل عدم توجه به مدافعات خواننده نقض می نماید. پس از نقض پرونده به شعبه ۱۸۶ دادگاه عمومی تهران ارجاع می شود. شعبه مذکور پس از تعیین وقت و دعوت از طرفین، موضوع را مورد رسیدگی و حکم بر الزام خواننده به حضور در دفترخانه اسناد رسمی و انتقال رسمی ملک به خواهان صادر می نماید.

در قسمتی از حکم صادره توسط شعبه ۱۸۶ آمده است، نظر به اینکه ملاحظه مفاد قرارداد مؤید ایجاد رابطه حقوقی مبتنی بر بیع است و طبیعت تعهد مذکور در قرارداد مبین توجه طرفین قرارداد به نتیجه آن که انتقال رسمی ملک بوده می باشد... فلذا دادگاه با ثابت دانستن دعوی مطروحه مستند به مواد ۱۰، ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی حکم بر الزام خواننده به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی انتقال صادر و اعلام می نماید.

همان گونه که ملاحظه گردید، دادگاه ابتدا رابطه حقوقی را توصیف و آن را بیع تشخیص داده و سپس مبادرت به انشای حکم نموده است.

از این حکم تقاضای تجدیدنظر گردید و پرونده مجدداً به شعبه ۵ دیوان عالی کشور ارجاع شد و شعبه مذکور پس از بررسی اعلام نمود که چون رأی تجدیدنظر خواسته اخیر مستند به همان علل و اسبابی است که حکم منقوض مبتنی بر آن بوده، لذا رأی مزبور را اصراری تشخیص و مستنداً به ماده ۵۷۶ قانون آیین دادرسی مدنی و بند ج ماده ۲۴ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، جهت طرح در هیأت عمومی دیوان عالی برای ریاست دیوان عالی کشور ارجاع گردید.

با نظر ریاست دیوان موضوع در هیأت عمومی دیوان با حضور ۵۱ نفر از قضات دیوان طرح و در جلسه مذکور در مورد اینکه آیا رابطه حقوقی طرفین بیع بوده یا یک تعهد ساده مبنی بر بیع، بحث شده است، زیرا اگر رابطه بیع بوده، سایر آثار بیع مثل خیار تأخیر ثمن و غیره تحقق می‌یافت. در هیأت عمومی بحث مفصلی در این مورد می‌شود. در میان این مباحث، آقای اشراقی رئیس شعبه هفدهم در خصوص توصیف واقع مورد نزاع می‌گوید،

«در دعاوی مربوط به معاملات رایج بین مردم و مخصوصاً در ارتباط با اموال غیر منقول که با سند عادی تحت عناوین مختلف تنظیم می‌شود، یکی از مشکلات دادرسی شناخت ماهیت حقیقی مستند دعوی در موقع نزاع می‌باشد که در این مورد سعی می‌نماید با استفاده از نحوه نگارش و الفاظی که به کار برده شده و با استفاده از عرف معاملاتی، هدف مشترک طرفین معامله را از تنظیم قرارداد فی مابین دریافته، بر آن اساس سند ارائه شده را توصیف و تفسیر نماید. در پرونده حاضر هر چند که الفاظ خریدار و فروشنده از باب تعرفه ذکر شده، اما نحوه نگارش و قید و شرطی که در قرارداد ذکر شده، مستند دعوی حکایت از تعهد به بیع می‌نماید و اصطلاحاً ماهیت آن قولنامه است، نه بیع، زیرا شروطی که در آن ذکر شده، با ارکان بیع که تملیک عین به عوض معلوم باشد سازگار نیست.»

آقای آل اسحاق، رئیس شعبه سی ام، بر خلاف نظر آقای اشراقی معتقد است که قولنامه بیع است. او می‌گوید،

«بر خلاف نظر جناب آقای اشراقی، به عقیده من در مانحن‌فیه بیع تحقق پیدا کرده است زیرا بیع حسب تعاریف عبارت است از مبادله مالی با مال دیگر یا انشاء تملیک عین به عوض معلوم. تحقق و فعلیت این ماهیت و مفهوم در خارج قائم به قصد و اراده متعاملین است؛ به این معنی که هرگاه فروشنده و خریدار پس از توافق در تعیین مبیع و ثمن، قصد و نیت باطنی خود را مبنی بر نقل و انتقال عوضین به نحوی ابراز نمایند، بیع تحقق پیدا می‌کند.»

آقای مفید موحد، رئیس شعبه نهم نیز در این مورد که قولنامه بیع است یا تعهد بر بیع، در همان جلسه می‌گوید،

«آقای اشراقی فرمودند که این قرارداد حرف است و معامله نیست. آقایان مستحضرند که قید کلمه قولنامه یا لفظ قرارداد یا بیعنامه در بالای نوشته‌ای تأثیری در متن نوشته ندارد، بلکه معیار الفاظ و عبارات مندرج در مستند ابرازی است که همان گونه که ملاحظه می‌شود کلمات فروشنده، خریدار، مورد معامله، ثمن و در ضمن عقد با جمله شرط خارج لازم که معمولاً در مبایعه نوشته

می‌شود، نه در قرارداد معمولی، چون شرط فسخ، شرط خیار و غیره از نظر قانون و شرع مربوط به بیع است و الی آخر...».

آقای سلمان باریکانی، مستشار شعبه بیست و یکم نیز در توصیف قولنامه می‌گوید: «آنچه که سیاق قرارداد دلالت دارد، تعهد به انجام معامله نبوده، بلکه بر اساس آن بیع صورت پذیرفته و معامله تحقق یافته و ملک مذکوره در قرارداد در قبال مبلغ... فروخته شده است... و منظور طرفین از حضور در دفترخانه ظرف ۳۰ روز از تاریخ قرارداد جهت تنظیم سند رسمی انتقال و ثبت معامله در دفتر اسناد رسمی این بوده که طرفین منحصراً جهت انجام تشریفات مربوط به تنظیم سند رسمی انتقال در دفترخانه حضور یابند. سرانجام هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۷، نظر شعبه پنجم را تأیید نمود» (مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۷۷، ۱۳۸۰)، بنابراین، همان‌گونه که ملاحظه گردید و در مذاکرات هیأت عمومی دیوان عالی ایران نیز به آن پرداخته شده است، دیوان عالی کشور بر توصیف واقع با توجه به اثری که بر اجرای قانون دارد، نظارت می‌کند.

نتیجه‌گیری

هر چند به طور سنتی گفته می‌شود که در دعوای مدنی نقش قاضی انفعالی است و او هیچ‌گونه نقش ایجابی ندارد، اما همان‌گونه که دیدیم، توصیف حقوقی واقعیات و تطبیق موضوع دعوی با قانون بر عهده قاضی است و تشخیص او در این مورد بر اصحاب دعوی تحمیل می‌شود. بنابراین، یکی از موارد مهم نقش ایجابی قاضی در دعوای مدنی توصیف است. به علاوه، توصیف واقعی در دادرسی اعم از کیفری و مدنی بسیار مهم است، زیرا در دادرسی کیفری، تعیین نوع جرم انتسابی به متهم، به توصیف رفتار او با توجه به عناصر عمل ارتكابی متهم بستگی دارد و در دادرسی مدنی نیز تعیین و تشخیص دقیق نوع رابطه حقوقی طرفین مقدمه استخراج حکم صحیح قانونی است. بنابراین، اگر در دادرسی مدنی توصیف رابطه حقوقی به درستی انجام نشود و قاضی نتواند با توجه به عناصر رابطه حقوقی نوع آن را به صورت صحیح تعیین نماید، رأی که صادر خواهد شد، با واقع منطبق نبوده و در نتیجه قانون و عدالت به درستی اجرا نشده است. بنابراین، هم قانونگذار باید در انشای قانون از به کار بردن کلمات و عبارات غیر قابل تعریف نظیر تشویش اذهان عمومی، اخلال در نظام اقتصادی کشور، حيله و تقلب و... اجتناب نماید و هم قضات دادگاه باید در توصیف رابطه حقوقی افراد و یا اعمال ارتكاب یافته از طرف آنان با توجه به عناصر تشکیل دهنده، دقت لازم را مبذول دارند تا قانون به درستی اجرا گردد.

فهرست منابع

- فارسی

- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، (۱۳۸۲ب)، فن استدلال، جلد اول، شماره ۹۲، انتشارات گنج دانش.
- داود، الدكتور شیخ احمد علی، (۲۰۰۴م)، اصول المحاکمات الشرعیه، الجزء الاول، اردن، امان، مکتب دار الثقافة للنشر و التوزیع، المبحث السادس.
- دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، (۱۳۸۰)، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۷۷، تهران، چاپ در چاپخانه روزنامه رسمی.
- کاتوزیان، دکتر ناصر، (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، عقود معین، جلد یک، معاملات معوض، مبحث اول، شماره ۷ به بعد، شرکت انتشار، چاپ پنجم.
- _____، (۱۳۷۸)، الزامهای خارج از قرارداد، جلد اول، مسؤلیت مدنی، ش ۱۴۴، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- _____، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت انتشار، شماره ۵۰۷.
- هرمزی، خیراله. فرجام‌خواهی از آراء مدنی و نقش نظارتی دیوان عالی کشور در اجرای صحیح قانون، رساله دکتری، گفتار اول، تفکیک حکم از موضوع.

- لاتین

- Pierre Drai **le Délibéré Et l'immagination du juge_nouveaux juge nouveaux pouvoirs_ mélange en l'honneur du Roger perrot.**
- Marie _ Laure îzorche_ A props du mamdat sans représentation recueil, **dalloz _ 1999.**
- Boré, RTD civ. 1972. Voulet, J.C.P 1971, I 291, C, Marraud « **la notion de dénaturation en droit privé français** » presse univ de Grenoble. 1974.
- La distinction du fait et de droit, Gabriel Marty, **Recueil Sirey Paris, 1929..**

- Henri Motulsky. Réalisation méthodique de droit privé. **Recueil Sirey, Paris, 1948.**
- Jean Normand ,(1988), «**étendue de pouvoirs du juge et faculté ou obligation pour lui du requelifier**» Rev, Trim, droit, civil.
- Henri motulsky, op, cit, **le controle de l'exactitude des décisions judiciaires.**
- D Chaveron, (1908), **de pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur la qualification criminelle**, thèse paris.
- Ernest Faye, la cour de cassation, traité des attribution, de sa compétence et de la procédure observé en matière civil, **libraire Marecq Ainé** , Paris, 1903.
- Frédérique Ferrand,(1993), Cassation française et révision Allmande. presses universitaires de France, Paris..
- Jacques Boré et Louis Boré,(2003), **la cassation en matière civile**, troisième édition, Dalloz, paris.
- Henry Solus, Roger Perrot.droit judiciaire privé, Sirey, Paris 1991. T I n° 678. Jean Vincent.Serge Guinchard, procédure civil, 24 édition, **Dalloz 1996.**
- Marie, Noëlle Jobard- Bachellier- Xavier Bachellier, la technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civil, 4 édition, **Dalloz , 1998.**