

مستندات رای قاضی^۱

دکتر عبدالرسول دیانی وکیل پایه یک دادگستری

خلاصه مقاله

در این مقاله ضمن توضیح ادله موضوعی و حکمی، به تفکیک آنها از همدیگر اشاره نموده و به لزوم ذکر هر دو نوع از ادله در رای قاضی پرداخته و در صدد بر شماری مصادیق هر کدام از این دو نوع دلیل برآمده ایم. در ادامه، نقش هر کدام از قاضی و طرفین دعوی را در امر اثبات امور موضوعی و حکمی، بیان نموده و در این رابطه بار اثبات امور موضوعی به مدد ادله اثبات دعوی بر عهده اصحاب دعوی و بار اثبات امور حکمی به مدد ادله اثبات احکام بر عهده قاضی نهاده ایم. برای تشخیص بار اثبات دلیل در روابط اصحاب دعوی با یکدیگر، به تعریف مدعی و منکر پرداخته و مدعی را کسی دانسته که قولش خلاف اصل و یا خلاف ظاهر باشد و در جایی که مدعی قولش مخالف اصل و منکر مخالف ظاهر است، مدعی کسی را کسی دانسته ایم که قولش مخالف ظاهر باشد.

در ادامه ضمن شرح مصادیق ادله حکمی، به اختیار قاضی به عمل نمودن به مفاد تصویب نامه های مخالف شرع پرداخته و به مشکل اساسی در این رابطه یعنی ایجاد عدم امنیت قضائی اشاره کرده ایم. همچنین در بین ادله حکمی به فتاوی معتبر و معنا و مجرای آنها پرداخته و به خصوص به مشکلاتی که در اثر فهم مختلف از فتاوی علما و عدم امنیت قضائی ناشی از آن پرداخته و در این رابطه از ماده ۳ (آ. د. م. جدید) که به قاضی مجتهد اجازه داده است حتی از نصوص قانونی به زعم وی مخالف شرع، تبعیت نکند، انتقاد نموده و برای بطلان تصویب نامه های اینچنینی به ارائه راه حل پرداخته ایم. در قسمت دیگر علی رغم حذف موارد "روح قانون" و "عرف و عادت مسلم" از ماده ۳ آ. د. م. جدید، این دو مورد اخیر را نیز از ادله حکمی بر شمرده و فراتر از آن حتی "فلسفه وضع قانون" را نیز در مواردی معتبر و قابل استناد شناخته ایم. در قسمت امور موضوعی، ضمن بر شمردن مصادیق آنها به ارزش و بار اثباتی هر کدام از این دلایل به طور اجمال اشاره و در پایان به تعدیل قاعده کلی در تقسیم وظایف قاضی و اصحاب دعوی پرداخته و در مواردی تحت شرایطی به قاضی حق مداخله در امور موضوعی و برای اصحاب دعوی نیز حق مداخله در امور حکمی قائل شده و در نهایت مداخله قاضی در امور موضوعی را منوط به سه شرط زیر دانسته ایم. اولاً قاضی از شیوه "دعوت" باید طرفین دعوی را به ارائه هر امری که مفید در دعوی است دعوت نماید و نباید به عناصر خارج از پرونده استناد نماید. ثانیاً در طول همه مراحل دادرسی اصل تعارضی بودن دعوی را نصب العین خود قرار دهد و ثالثاً حکم به بیشتر و یا به کمتر از میزان خواسته ندهد.

مقدمه :

موضوع این مقاله، مستنداتی است که می توانند به عنوان دلیل در رأی قاضی مورد توجه قرار گیرند. ما در این تحقیق ابتدا ضمن توضیح امور حکمی و امور موضوعی، آنها را از همدیگر جدا نموده (بخش اول) آنگاه به بیان محتویات امور موضوعی و امور حکمی اشاره نموده (بخش دوم) و در نهایت وظیفه قاضی و اصحاب دعوی را در مورد ارائه امور موضوعی و امور حکمی بیان خواهیم نمود.

بخش I - امور موضوعی و امور حکمی و تفکیک آنها از همدیگر

هر دعویایی اعم از امور مدنی، تجاری، جزایی و یا حتی بین‌المللی، دارای دو جنبه اساسی است که باید در رأی قاضی نیز هر دو جنبه ذکر گردند. اول جنبه‌های موضوعی دعوی و در مرحله دوم جنبه‌های حکمی آن می‌باشند.

سیاق آراء قضایی باید بدین منوال باشد که: چون این گونه شده است... (بیان امور موضوعی) و چون فلان ماده چنین مقرر می‌دارد... (بیان امور حکمی)، من به عنوان قاضی چنین حکم می‌دهم که... یعنی بعد از عباراتی مثل نظر به اینکه... و یا مستفاد از ماده...، حسب مورد یا یک امر موضوعی می‌آید و یا یک امر حکمی و نهایتاً قاضی با تطبیق امور موضوعی بر امور حکمی و به اصطلاح تعیین مصداق برای امور حکمی، باید رای خود را صادر نماید.^۲

منظور بند دال ماده ۲۱۳ (آ. د. ک. جدید) نیز از لزوم ذکر ادله اثبات دعوی در دادنامه، همان امور موضوعی بوده و همین ماده، ذکر ادله اثبات احکام را نیز در بند "ه" بر قاضی لازم شمرده است. بهتر آن است که در رای قاضی ابتدا کلیه امور موضوعی ذکر شوند و به دنبال آن‌ها امور حکمی بیابند مگر اینکه دادخواست موارد متعددی داشته باشد که در آن صورت، نسبت به هر مورد به طور جداگانه کلیه موارد موضوعی و حکمی به ترتیب ذکر شود و آن گاه امر دیگر مورد رسیدگی حکمی و موضوعی جداگانه قرار گیرد.

فصل اول - شرح امور حکمی و امور موضوعی

جنبه موضوعی دعوی شامل اعمال حقوقی و یا وقایعی است که سبب اولیه طرح دعوا شده و مبنای آن را تشکیل می‌دهند. نقطه آغازین دعوا، از طرح امور موضوعی است که ماده ۲۵۸ به بعد قانون مدنی طرق اثبات آنها را بر شمرده است. یعنی به ادله ای که برای اثبات امور موضوعی دعوا مربوط به اعمال حقوقی و یا مادی وارد می‌شوند، ادله اثبات دعوا گفته می‌شود.

جنبه موضوعی دعوی به قوانین و مقرراتی مربوط می‌گردد که حاوی اصول کلی و مقررات و قواعد اساسی است که وضعیت احکام و اعمال حقوقی و یا وقایع مادی را معین می‌سازند. در بحث مسئولیت کیفری، از جنبه حکمی دعوا تحت عنوان "عنصر قانونی" یاد می‌شود.

مثال:

شخصی مدعی می‌شود که در مسیر خود در اتوبان در بین دو خط در حال حرکت بوده و در این حال فرد دیگری با تغییر ناگهانی مسیر و بدون اعلام از طریق چراغ راهنما و نتیجتاً انحراف به چپ، با وی برخورد نموده و به ماشین و همچنین خود وی خساراتی وارد آورده و از این رو از دادگاه تقاضای محکومیت خوانده را به پرداخت خسارات وارده به خود می‌نماید.

در این دعوا، وقایع ذیل از جمله امور موضوعی می‌باشند:

- اینکه خواهان در مسیر خود در بین دو خط در حال حرکت بوده،

^۲ در زبان انگلیسی نیز به همین ترتیب عبارتی مثل where as و در زبان فرانسه این دلایل حکمی و موضوعی بعد از عباراتی مثل considérant que می‌آیند.

-اینکه خواننده از مسیر خود منحرف شده است،

- اینکه در اثر این انحراف به خواهان خساراتی وارد شده است.

و امور حکمی در این دعوا، مواد قانونی هستند که با استناد به آنها، خواننده متخلف تشخیص داده شده و محکوم به پرداخت خسارات می‌گردد. این امور حسب مورد، قوانین مربوط به مسئولیت مدنی و قواعد مربوط به راهنمایی و رانندگی می‌باشند.

در مثال فوق، برای اثبات وجود حوادث اتفاقی، باید به وسایل مادی خارجی نظیر اقرار، شهادت شهود، اسناد و امثال آن مراجعه نمود. در این میان، مرجع قضایی رسیدگی کننده به ماهیت امر، هم باید در دعوای مطروحه جنبه موضوعی را تشخیص دهد و هم جنبه حکمی آن را.

در امور کیفری که عنصر قصد رکن جرم را تشکیل می‌دهد. این عناصر، سه امر مختلف می‌باشند و هر سه باید علی‌الاصول به طور جداگانه به اثبات برسند :

- عنصر قانونی جرم و مجازات که همان ادله اثبات احکام بوده و در قوانین جزایی اعم از شکلی و ماهیتی آمده اند.

- عنصر معنوی جرم که عبارت از قصد مجرمانه می‌باشد.

- عنصر مادی جرم که به جنبه موضوعی دعوا بر می‌گردند.

بنابراین، در یک دعوی کیفری، مدعی العموم (دادستان) و یا قاضی باید با استناد به مواد قانونی که جرم و مجازات آن را تعریف نموده اند، قصد مجرمانه، سوء نیت و یا تجری متهم را در کنار اعمال مادی و خارجی که برای نیل به این هدف مجرمانه انجام داده است، ثابت نماید. در هر کدام از این سه مورد، اثبات آنها به عهده قاضی یا دادستان است. البته، در مورد برخی تخلفات وجود عنصر مادی قرینه‌ای بر وجود عنصر معنوی می‌گردد و در مورد برخی دیگر وجود عنصر مادی اماره مطلق بر وجود عنصر معنوی تلقی می‌نماید به گونه‌ای که دعوی خلاف این اماره از فاعل مادی اعمال مجرمانه پذیرفته نمی‌شود. مثلاً در حقوق فرانسه برای تخلفات معمولی^۳ اثبات عنصر معنوی لازم نیست بلکه در این موارد، به دلیل وجود اماره قانونی سوء نیت، امر اثبات این عنصر به جز در موارد فورس ماژور، خود به خود اثبات عنصر معنوی را به همراه خواهد داشت. در حقوق ایران می‌توان به جرایمی نظیر تخلفات گمرکی، توهین، ساخت اجناس تقلبی و وارد بازار نمودن اجناس فاقد ایمنی اشاره نمود که در آنها عنصر معنوی از عنصر مادی کشف می‌گردد یا حداقل از عنصر معنوی به گونه‌ای تفسیر عینی ارائه می‌گردد که مثل اینکه عنصر معنوی و عنصر مادی به صورت هم زمان ثابت شده‌اند. یعنی در این موارد، برای اثبات جرم، اثبات دو عنصر آن یعنی عنصر مادی و عنصر قانونی کفایت می‌کند. بنابراین، در این موارد دعوی کیفری با دعوای مدنی نزدیک می‌شود بدین صورت که قانون گذار "قصد اضرار" را در خصوص مرتکب این اعمال مفروض دانسته است مگر اینکه دلیل خلاف آن ثابت گردد^۴.

۳- infractions

۴- نگاه کنید به مواد ۳۶۹ بند ۲ و مواد ۳۹۲ و ۳۹۵ و ۴۰۰ و ۴۱۸ مجموعه قوانین گمرکی فرانسه- ماده ۴۱۸ مجموعه قوانین گمرکی فرانسه نفس در دست داشتن مواد مخدر در دست شخصی در گمرک را اماره قصد قاچاق داشتن آن می‌داند. در خصوص اماره سوء نیت فروشنده حرفه ای که جنس فاقد ایمنی را وارد بازار می‌نماید. ر. ش. رساله دکتری از عبدالرسول دیانی تحت عنوان مسئولیت مدنی ناشی

بنابراین، قاضی یا دادستان در این موارد لازم نیست دلیل کافی برای متوجه ساختن مجرمیت مجرم داشته باشد بلکه این وظیفه متهم است که باید ثابت کند جرمی مرتکب نشده است و یا عدم حضور خود را در زمان وقوع جرم به اثبات رساند و یا به دلایل محکم دیگر متوسل شود تا بتواند این اماره قانونی بی گناهی (وفق قانون فرانسه) یا اصل برائت را (وفق قانون ایران و فقه) از حجیت و اعتبار ساقط نماید.^۵ البته، در همه این موارد، امارات مذکور به ضرر متهم نمی‌باشند بلکه در بعضی مقاطع این امارات قانونی، به نفع متهمند.

فصل دوم - تفکیک موارد امور موضوعی از امور محکی

با تعریفی که از امور موضوعی و امور محکی داشتیم دقیقاً مرز این دو امر را روشن نمی‌کند و در بعضی از موارد، تفکیک آنها از هم دیگر دشوار می‌گردد. گاهی یک امر موضوعی چنان تأثیری در امور محکی می‌گذارد که می‌تواند جریان دعوا را به کلی عوض کند. ما برای توضیح مطلب ۳ مثال می‌آوریم:

مثال اول

اینکه دعوا از گونه دعوی تجاری است یا تاجر بودن طرفین موجب می‌شود که قاضی کتاب قانون مدنی را ببندد و با استناد به قانون تجارت حکم دهد. مثلاً اگر دعوی ضمان بشود و دعوی جنبه مدنی داشته باشد یعنی طرفین دعوا تاجر نبوده یا سند از نوع تجاری نباشد، دادگاه به استناد موارد ضمان عقدی که در حقوق مدنی وارد شده، حکم خواهد داد. یعنی قاضی ضمان را به معنای انتقال ذمه از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن (ماده ۶۹۸ ق.م.) تلقی خواهد نمود در حالی که اگر ثابت شود که طرفین تاجر هستند و یا سند از نوع تجاری است، موجب می‌شود که قانون مدنی صالح به رسیدگی نباشد بلکه قوانین تجارت که ضمان را به معنای ضم ذمه به ذمه می‌دانند (مواد ۴۰۲ به بعد قانون تجارت)، قابلیت اجراء داشته باشند.

تشخیص تجاری بودن دعوا که یکی از شیوه‌های شناخت آن از طریق تاجر بودن طرفین است، در تعیین سیستم حقوقی نیز مؤثر می‌باشد. بعلاوه، در صورتی که دعوا تجاری باشد، در اکثر سیستم‌های حقوقی مثل فرانسه و همچنین آئین دادرسی سابق کشور ما، از آئین دادرسی اختصاری تبعیت می‌شود که به طور محسوسی از نظر سرعت، سادگی و تأمین بدهکار با سیستم حقوق مدنی متفاوت می‌باشد.

مثال دوم

از نقص ایمنی محصولات تز دکتری دفاع شده در دانشگاه استراسبورگ. همچنین کتاب آقای لوک بیهل حقوق کیفری مصرف، چاپ (۱۹۹۰)

^۵ - موارد وجود امارات زیادند که در مقاطع مختلف به آنها اشاره شده است که از آن جمله گزارشات ضابطین دادگستری بویژه در جرایم مشهود می‌باشند. در جواب اینکه آیا گزارش مأمورین و ضابطین دادگستری دلیل محسوب می‌شود یا اماره باید گفت تبصره ماده ۱۵ (آ.د. ک جدید) مقرر می‌دارد: گزارش ضابطین در صورتی معتبر است که موثق و مورد اعتماد قاضی باشند. ماده ۲۴ (آ.د. ک. جدید) به گونه ای تقریر شده است که نشان می‌دهد گزارشات ضابطین دادگستری می‌توانند کافی نباشند که در آن صورت قاضی رسیدگی کننده می‌تواند تکمیل آنها را بخواهند. لذا این گزارشات در حد اماره می‌باشند که بار اثبات دلیل را بر عهده متهم می‌گذارند؟ ماده ۶۵ آ.د. ک. جدید؟ بند ب همچنین مواد ۳۲۳ و ۳۲۴ (آ.د. ک. قدیم) و همچنین است گزارش مأمورین راهنمایی در خصوص تخلفات راهنمایی و رانندگی.

در عقد اجاره اشخاص اینکه بین اجیر و مستأجر رابطه خادم و مخدومی (subordination) وجود دارد، موجب می شود که قاضی کتاب قانون مدنی را در خصوص اجاره اشخاص ببندد و کتاب قانون کار را مد نظر خود برای صدور حکم قرار دهد که احکام آن در بسیاری از موارد با قانون مدنی متفاوت است.

مثال سوم

این مثال در مورد جایی است که وجود یک عنصر خارجی مثل انعقاد قرارداد در خارج و یا ملیت خارجی طرفین و یا یکی از اصحاب دعوا و... پای قانون خارجی را به میان آورد. در این رابطه، سؤال اساسی این است که آیا خارجی بودن دعوی، امر موضوعی است یا امر حکمی؟

به هر حال، اگر آن را امر موضوعی هم بدانیم، این امر موضوعی مثل سایر امور موضوعی نیست که وظیفه اثباتش تنها به عهده طرفین باشد و همان طور که خواهیم گفت قاضی می تواند در این امور موضوعی نیز دخالت کند. این است که قاضی می تواند مثلاً با مشاهده قیافه ظاهری یکی از اصحاب دعوی و یا لهجه آنها از طرفین دعوا سؤال کند که مثلاً افغانی نیستند که در صورت افغانی بودن و ارتباط قضیه با احوال شخصیه، قانون افغانستان را در خصوص آنها اعمال نماید.

این سؤال در مورد کشورهای که در محدوده جغرافیائی خود قوانین مختلفی^۶ در خصوص احوال شخصیه دارند، در محدوده حقوق داخلی نیز اتفاق می افتد. مثلاً در خصوص ایرانیانی که یکی از مذاهب پذیرفته شده در قانون اساسی را دارند، سنی بودن، مسیحی بودن، یهودی بودن، زرتشتی بودن، اموری هستند که در خصوص آنها مرز بین امور موضوعی و حکمی به دقت مشخص نیست. در خصوص ماهیت موارد مزبور بین حقوقدانان اختلاف شده است (امور مختلط).

پس از شناخت امور حکمی از امور موضوعی به وظیفه هر کدام از مدعی و منکر و قاضی در امر اثبات ادله می پردازیم.

بخش دوم - نقش طرفین و قاضی در اثبات امور حکمی و امور موضوعی

هر کدام از قاضی و طرفین دعوی در امر دادرسی مدنی وظایفی دارند که به عنوان یک قاعده کلی مطرح است (فصل اول) ولی با این حال این اصل تأسیسی در برخی موارد با استثنا مواجه می شود (فصل دوم).

فصل اول - قاعده کلی در تقسیم وظایف قاضی و اصحاب دعوی

همان طور که اجمالاً گذشت، اصولاً نقش طرفین دعوا به اثبات امور موضوعی منحصر می گردد و نقش قاضی دانستن امور حکمی. اصولاً قاضی از تحصیل دلیل به نفع یکی از طرفین دعوا منع شده است. البته، همان طور که اشاره خواهد شد، تقسیم بندی وظایف قاضی و اصحاب دعوی بنا بر شرح فوق، منحصر به امور مدنی است و در امور کیفری مطرح نمی شود. در امور کیفری، اثبات همه سه عنصر از عناصر تشکیل دهنده جرم اصولاً بر عهده قاضی (البته در سیستم جدید که قاضی کار تحقیق و تعقیب جرم را نیز انجام می دهد) یا دادستان (در سیستم قبل ما و سیستم فعلی فرانسه) به عنوان مدعی العموم و یا ضابطین دادگستری به عنوان

افرادی که وظیفه کشف و تعقیب جرم را دارا می‌باشند، می‌باشد. البته، با تصویب آئین دادرسی مدنی و کیفری جدید می‌توان تلاش‌ها را به سمت یک نوع آئین دادرسی تفتیشی سوق یافته مشاهده نمود که در این سیستم، نقش قاضی در "کشف حقیقت" بسیار مهم تلقی شده و قاضی نقش فعال را در جریان دعوی برای نیل به این مهم به عهده گرفته است امری که ممکن است این گمان را به ذهن بیاورد که "فصل خصومت" در ردیف دوم از اهمیت قرار گرفته است.

این تقسیم‌بندی، مبنای شناخت وظایف قاضی از اصحاب دعوا در باره ادله می‌باشد. در این بین، وظیفه هر کدام از طرفین دعوی با شناخت مدعی از منکر روشن می‌گردد.

از نظر فقهی مدعی کسی است که ادعایی دارد. بدین گونه که اگر او دست از ادعای خود بردارد، دعوا رها می‌شود.^۷ در تعریف دیگر، مدعی کسی است که سخن وی مخالف ظاهر یا مخالف اصل است.^۸ از آنجا که سخن مدعی خلاف اصل یا خلاف ظاهر است، بار اثبات دلیل همیشه به عهده اوست که بتواند حکم ظاهری یا حکم مبتنی بر اصل را به نفع خود عوض کند. اگر وی به مدد دلایلی که قادر به تبدیل این حکم ظاهری هستند، از عهده این کار بر نیاید، حکم به بی‌حقی وی صادر خواهد شد. البته، در جریان دعوی یا در طی مراحل مختلف دادرسی از مرحله بدوی و پژوهشی و فرجام ممکن است جای مدعی و منکر عوض شود یعنی اگر مدعی علیه در مقام پاسخ، ادعای جدیدی را مطرح سازد، منکر مدعی محسوب می‌شود^۹ و یا اگر در مرحله بدوی ادعای مدعی پذیرفته شد، پژوهش خواه که منکر دعوی اصلی بوده، مدعی دعوی پژوهشی محسوب می‌گردد. بنابراین، اگر متهم برای فرار از مجازات در هنگام طرح اتهام از طرف مدعی العموم و یا شاکی خصوصی، به نوبه خود عذری را مطرح سازد مثل اینکه مدعی مجنون بودن، صغیر بودن، در اشتباه و یا مکره بودن، مشمول مرور زمان شدن یا دفاع مشروع در زمان ارتکاب جرم شود، در چنین ادعاهایی منکر محسوب می‌شود و بدیهی است برای اثبات ادعای خود که رافع مسئولیت کیفری می‌باشد، باید دلیل بیاورد.^{۱۰}

از نظر آئین دادرسی مدنی فرانسه، مدعی کسی است که در دعوی بدوی مدعی محسوب بوده است هر چند در دعاوی پژوهش و فرجام در مقام منکر وارد دعوی شود. این است که گروهی معتقد شده‌اند مدعی کسی است که برای اولین بار دعوایی را مطرح می‌نماید. البته، مواردی که بار اثبات دلیل بر عهده طرف مقابل یعنی منکر قرار می‌گیرد در جایی است که به نفع وی اماره‌ای وجود داشته باشد یعنی مدعی کسی است که قولش مخالف با ظاهر باشد.

^۷ - شهید اول، اللغه الدمشقیه، به نقل از شرح آن در ص ۷۶ ج ۳

^۸ - شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۳ ص ۷۶

^۹ - *reus in excipiendo fit actor* این قاعده کلی به این معنا است که چنانچه منکر ایرادی را در جواب مدعی مطرح سازد در ادعای خود مدعی محسوب می‌گردد و باید برای ادعای خود دلیل بیاورد. ر. ش. لغت نامه حقوقی لکزیک

^{۱۰} - البته در خصوص اثبات مجنون بودن بحث‌هایی شده است Merle et Vitu. Traité de droit criminel. Ed. Cujas, p

قاعده تعلق بار اثبات دلیل بر عهده مدعی به عنوان یک قاعده کلی که مفاد یک روایت نبوی هم هست^{۱۱}، هم در امور کیفری و هم در امور مدنی، باید مراعات شود و در ماده ۱۲۵۷ (ق.م.) و در ماده ۱۳۱۵ کد سیویل نیز آمده است^{۱۲}. قاعده مزبور نتیجه منطقی اصل برائت می‌تواند باشد که قانونگذار ما برای امور مدنی به خصوص در ماده ۱۹۷ (آ.د.م. جدید) و به عنوان یک قاعده کلی در اصل ۳۷ (ق.ا.) از آن یاد کرده است. البته، در امور مدنی معمولاً بار اثبات دلیل بر عهده مدعی است و او به عنوان دارنده نقش فعال در جریان دعوی، یکی از طرفین دعوی می‌باشد این در حالی است که در امور کیفری علاوه بر طرف متضرر از جرم، با توجه به اصل برائت، و اماره بی‌گناهی همه^{۱۳}، بار اثبات دلیل اساساً بر عهده قاضی و یا مدعی العموم قرار می‌گیرد که با مدد دلایل محکم به استناد به علمی که برای وی حاصل شده است^{۱۴} جرم را متوجه متهم سازد و برای وی راه‌گریزی از اتهام باقی نگذارد^{۱۵}.

بنابراین، تا زمانی که دلیل قطعی بر توجه اتهام موجود نباشد، اماره بی‌گناهی متهم و یا اصل برائت، حاکم و مانع از اعمال هر گونه مجازات خواهد بود^{۱۶}. مضاف بر اینکه بار اثبات دلیل در امور کیفری به جهت وجود همان اماره قانونی بی‌گناهی، سنگین‌تر از امور مدنی است^{۱۷}.

در امور مدنی، دلایلی که دلیل بودن آنها از نظر قانون محرز شده، بعضاً می‌توانند مستند حکم قرار گیرند هر چند برای قاضی فقط مفید ظن باشند ولی در امور کیفری دلیل باید وجدان قاضی را اقناع سازد و با دلایل ظنی نمی‌توان مجرمیت کسی را اثبات نمود^{۱۸}. به هر حال، ماده ۱۲۵۷ (ق.م.) نیز بار اثبات را به عهده مدعی گذاشته است و می‌گوید: هر کس مدعی حقى شد، باید آن را اثبات کند و مدعى علیه هر گاه در مقام دفاع مدعى امرى شود که محتاج دليل باشد، اثبات امر بر عهده اوست.

این دلایل باید در دادخواست خواهان به دادگاه مذکور گردند. در همین رابطه، بند ۶ ماده ۵۱ (آ.د.م. جدید) در رابطه با مواردی که الزاماً باید در دادخواست آورده شوند، ذکر ادله و وسائلی که فوآهان برای اثبات ادعای خود دارد از اسناد و نوشتجات و اطلاع مطلعین و غیره می‌باشد.

۱۱- پیامبر اکرم: البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه ص ۱۷۷ و همچنین ذیل مسئله ۱۶۸۳ ص ۱۰۰ کتاب خلاف شیخ طوسی چاپ انتشارات دانشگاه تهران

۱۲- در زبان لاتین *actori incumbit probatio* به معنای دلیل بر عهده مدعی می‌باشد یا *onus probandi incumbit actori* که به معنای بار اثبات دلیل بر عهده کسی است که مدعی وقوع عمل حقوقی و یا یک واقعه مادی است.

13- Présomption d'innocence

14- Intime conviction du juge

15- P. Bouzat, Traité de droit pénal et de criminologie - Tome II - Procédure pénale, p. 1127 à 1129 - Le fardeau de la preuve - Jean Larguier, La procédure pénale 4ème éd. p. 39, charge de la preuve

۱۶- مستفاد از اصل ۳۷ (ق.ا.) و در حقوق فرانسه ر. ش به:

Michèle-Laure Rassat, Procédure pénale éd. CUJAS, 1990, p. 263

17 - Jean Pradel - Droit pénal et procédure pénale, 1989, p. 264, n° .250 - Charge de la preuve. .

۱۸- طبق قاعده *in dubio pro reo* یعنی از شک متهم بهره مند می‌شود. رش. لغت نامه حقوقی لکزیک و در حقوق ما معادلی نظیر الحدود تدرأ بالشبهات وجود دارد. که هم در مورد ادله حکمی و هم در مورد ادله موضوعی کاربرد دارد.

شکی نیست که مراد از ادله، در بند ۶ ماده ۵۱ (آدم جدید)، ادله اثبات دعوا می‌باشند نه ادله اثبات احکام زیرا ادله اثبات احکام در حیطة اختیارات قاضی می‌باشد. ضرب المثلی در زبان حقوقی فرانسه وارد شده است که می‌گوید "آقای وکیل شما به امور موضوعی بپردازید، حکم را قاضی می‌داند". یا قاضی به طرفین دعوا می‌گوید "بگویید چه شده تا حکمش را بگوییم". این تقسیم بندی از وظایف قاضی و طرفین هم در امور کیفری جریان دارد و هم در امور حقوقی و در هر حال دادگاه نمی‌تواند مدعی را به این دلیل که به دلایل اثبات احکام استناد ننموده، محکوم به بی‌حقی نماید.

البته احکام دادگاه‌ها باید مستدل باشد یعنی ادله اثبات احکام که بر مبنای آن حکم داده شده است در رأی قاضی ذکر گردند. بنابراین، منظور اصل ۱۶۶ (ق.ا.) که مقرر می‌دارد: «امکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است، همان ادله اثبات احکام می‌باشند. همچنین در ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب آمده است: «قراها و امکام دادگاه‌ها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن صادر شده است. تلافی از این امر و انشاء رأی بدون استناد موجب محکومیت کیفری نخواهد بود. به هر حال، علم قاضی نسبت به ادله اثبات احکام مفروض دانسته شده است و نسبت به وی جهل به قانون قطعاً رافع مسئولیت نیست. این است که اصل ۱۶۷ (ق.ا.) می‌گوید: قاضی مکلف است کوشش کند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال و یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. بر این اساس، لازم نیست اصحاب دعوا متذکر امور حکمی شوند مثلاً کسی که مالش تلف شده است فقط باید ثابت کند که تلف کننده‌ای وجود داشته و ضرر از ناحیه وی به او رسیده است. دیگر لازم نیست به ماده ای نظیر ماده ۳۲۸ (ق.م.) استناد نماید و بر آن مبنا حق خود را مطالبه نماید زیرا استناد به مواد مناسب، وظیفه قاضی است.

شایان گفتن است که وجود حق در مرحله ثبوت با حق در مرحله اثبات ملازمه ندارد. بسیاری از حقوقی که قابل اثبات نیستند یا امور قابل اثباتی که حق نیستند. حضرت علی علیه السلام زره مفقود خود را در دست یهودی یافت از وی مطالبه نمود ولی یهودی منکر شد. در نزد قاضی (منسوب از طرف حضرت علی!) از حضرت مطالبه بینه (شاهد) شد. چون حضرت به عنوان مدعی نتوانست با آوردن شاهد ادعای خود را ثابت کند، حکم به بی‌حقی وی داده شد! بسیاری از حقوق وجود دارند ولی قابل اثبات نیستند. ترتیباتی که ذی‌حق را در وصول به این هدف یاری می‌رسانند، دلایل اثبات حق می‌نامند که بر دو گونه دلایل اثبات احکام و دلایل اثبات دعوی می‌باشند.

فصل دوم - تعدیل قاعده کلی در تقسیم وظایف قاضی و اصحاب دعوی

با وجود این تقسیم بندی اساسی از وظایف قاضی و اصحاب دعوی، در مواردی قاضی می‌تواند در امور موضوعی دخالت کند همچنان که اطراف دعوا می‌توانند به امور حکمی استناد نمایند. ما موارد تعدیل را در دو قسمت مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

موارد مداخله طرفین در امور حکمی (I) موارد مداخله قاضی در امور موضوعی (II)

I - تعدیل قاعده در موارد مداخله طرفین در امور حکمی

هر چند دانستن قانون، وظیفه قاضی است ولی این امر مانع از این نمی‌شود که طرفین دعوی نیز در ادعای خود امور حکمی را مستند قرار دهند. اصولاً مدعی باید آگاهی اجمالی از ادله اثبات احکام داشته باشد تا بتواند دعوی مطرح سازد. مثلاً اگر در کشوری خسارت تأخیر تادیه قابل مطالبه نباشد، درخواست این نوع خسارت، جز اتلاف وقت مدعی نتیجه ای ندارد. به هر حال، طرفین دعوا نیز در ارائه امور حکمی محق هستند زیرا معمولاً طرفین دعوا در ادعای خود از طریق وکیل عمل می‌کنند و وکلا از افراد خبره ای هستند که بعضاً پس از سالیان دراز مشاغل قضائی، و پس از بازنشستگی، از مبادرت به وکالت می‌نمایند. این است که در بسیاری از موارد، وکلا از قضات تبحر بیشتری نسبت به امور حکمی دارند و مستندات حکمی و تفاسیر علمی ایشان می‌توانند راهنمای خوبی برای قضات باشند.

به علاوه، اصولاً قوانین هر روز در حال تغییرند و به خصوص تعدد قوانین موجب می‌شود قاضی نسبت به همه آنها حضور ذهن نداشته باشد و لذا طرفین دعوا می‌توانند راهنمای قاضی در اثبات امور حکمی به خصوص برای قضاتی باشند که بعضاً به وظایف خود نسبت به علم به قوانین آشنا نیستند^{۱۹}.

به هر حال، باید متذکر شد که اگر طرفین دعوا برای دعوی خود مستند و مبنای حکمی یافتند و همان را مستند قرار دادند، هیچ تکلیفی از جهت قاضی برای تبعیت از آن ادله پیدا نمی‌شود. لذا قاضی می‌تواند دعوی خواهان را بر ادله ای دیگر غیر از ادله اثبات احکام استنادی وی استوار سازد ولی همان طور که خواهد گذشت، قاضی نباید به گونه ای مبنای دعوا را عوض کند که مدعی طرفین عوض گردد و اگر موضوع حکمی که دادگاه به آن رأی داده، مورد ادعای خواهان نباشد، مورد مشمول ماده ۴۲۶ بند ۱ (آ.د.م.جدید) از موارد اعاده دادرسی می‌تواند باشد. البته قاضی با اصحاب دعوا عنادی ندارد و اگر مستند حکمی اصحاب دعوا را محکم و صحیح یافت، همان را ملاک در صدور حکم قرار خواهد داد.

II - تعدیل نقش قاضی در اثبات امور موضوعی

هر چند قاضی از مداخله در امور موضوعی و تحصیل دلیل برای یکی از طرفین منع شده و طرفین نیز از مداخله در امور حکمی ممنوع شده اند، ولی بین امور موضوعی و حکمی دیواری کشیده نشده است که هرگز قاضی نتواند پا از آن فراتر بگذارد و اصولاً اگر چنین باشد، عملاً نود درصد دعاوی به نتیجه نمی‌رسند. لذا قاعده منع قاضی از مداخله در امور موضوعی تعدیل شده است. البته اگر قاضی خود شاهد قضیه ای بوده باشد و بخواهد با استناد به علم خود عمل کند، باید دقیقاً مستند آن علم را (آن امر موضوعی که خود شاهد آن بوده است) در پرونده بیاورد، که این نیز مشروط به رعایت سه شرطی است که در مبحث بعد تحت عنوان شرایط مداخله قاضی در امور موضوعی خواهد آمد. ما تفصیل مطلب را در مبحث علم قاضی ضمن مقاله مستقلی بیان خواهیم نمود.

الف - مصادیق مداخله قاضی در اثبات امور موضوعی

^{۱۹} - به خصوص قضات دیوان عدالت اداری که رسیدگی خود را فقط در حد یک رسیدگی شکلی در مقام تعارض بین ادله ای که در نزد آنها ارائه شده، می‌دانند.

در خصوص امور موضوعی، قاضی می‌تواند دستور انجام اقداماتی را بدهد. این دستور، نه به منظور تکمیل و یا ارائه دلیل برای یکی از طرفین، بلکه برای پیدا کردن راه حل دعا لازم می‌شود. این امکان برای قاضی ملازمه با یک وظیفه دیگر نیز دارد. زیرا وی باید دعا را فیصله دهد و برای فیصله دادن دعا گاه انجام تحقیقاتی لازم می‌شود این امکان برای قاضی، از یک مداخله ساده فراتر است او "باید" در امور موضوعی که به نحوی در ارائه راه حل دعا مؤثر افتد، دخالت نماید. بر این اساس، قاضی نمی‌تواند با استناد به منع خود از مداخله در امور موضوعی، از حال زن مستوجب حد جلد استعلام نماید که آستن است یا خیر و حکم جلد را صادر نماید که در هنگام اجرای حد، زن وضع حمل نماید!

در ماده ۳۵۸ (آ. د. م. قدیم) ماده ای تحت این عنوان وجود داشت که "تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند از معاینه محل و تحقیق از گواهان و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال آن، تحصیل دلیل نیست". اما همان طور که اشاره شد، در قانون جدید منع تحصیل دلیل به صورت مصرح در مواد آئین دادرسی مدنی نیامده است که لازم باشد مواردی از شمول حکم کلی خارج باشد اما مواردی وجود دارد که به نحوی دلالت بر منع تحصیل دلیل دارد. مثلاً در ماده ۲۳۹ (آ. د. م. جدید) آمده است دادگاه نمی‌تواند گواه را به ادای گواهی ترغیب یا از آن منع یا او را در کیفیت گواهی (اهنمائی یا در بیان مطالب کمک نماید بلکه فقط مورد گواهی را طرح نموده و او را در بیان مطالب فوید آزاد می‌گذارد. البته در مواردی مثل مورد ماده ۲۴۸ (آ. د. م. جدید) به قاضی حق داده شده رسماً قرار تحقیقات و معاینه محل را صادر نماید. صدور چنین قراری هر چند نتیجتاً به نفع یکی از اصحاب دعا باشد ولی اصطلاحاً تحصیل دلیل محسوب نمی‌شود زیرا چنین کاری به منظور ایضاح قضیه و نهایتاً ایقان وجدان قاضی برای صدور رأی صورت می‌گیرد.

عجیب است با این حال که ماده ۱۹۹ (آ. د. م. جدید) قانون آئین دادرسی ما را به سمت تفتیشی سوق می‌دهد، در جریان مواد مربوط به شهادت شهود، ماده ای نظیر ۴۲۱ آئین دادرسی مدنی قدیم، در آئین دادرسی مدنی جدید دیده نمی‌شود. در ماده ۴۲۱ (آ. د. م. قدیم) آمده بود "در استماع شهادت شهود و تحقیقات محلی قاضی می‌تواند هر گونه پرسشی برای کشف حقیقت و مبانی گواهی لازم بداند، از گواهان بنماید" و بسیار اتفاق می‌افتاد که در اثر این پرسش‌ها، وضع شهادت به نفع یکی از طرفین دعا، دگرگون می‌شد اما در مواد جدید نظیر این ماده دیده نمی‌شود و بر عکس، موادی مثل ماده ۲۳۸ (آ. د. م. جدید) افراطی‌ترین شیوه دادرسی اتهامی را بیان کرده می‌گوید: اصحاب دعا می‌توانند پس ادای گواهی شهود، توسط دادگاه سئوالاتی را که مربوط به دعا می‌باشند، از گواه به عمل آورند.

بهر حال، باید در این رابطه نقش ماده ۱۹۹ (آ. د. م. جدید) را کلیدی دانست و بر آن اساس معتقد شد قاضی می‌تواند توضیحاتی از طرفین در خصوص امور موضوعی بخواهد یا از آنها دعوت کند که در خصوص اثبات امور موضوعی دلایلی ارائه نمایند یا توضیحاتی در آن خصوص بدهند ولی در هیچ حال نمی‌تواند حکم خود را بر عناصر خارج از دعا مبتنی سازد. البته، همان طور که گفتیم قاضی می‌تواند توصیف مناسب و یا تفسیر شخصی از امور موضوعی ارائه دهد. مثلاً برای تعیین میزان دیه به مدد تحقیقات خود مشخص نماید، سیلی زده شده یا زخم وارده چه عنوانی از عناوین حقوق جزا را دارد. در هر حال، قاضی می‌تواند هر گونه تحقیق و تفحص که برای ایضاح قضیه لازم باشد بعمل آورد. بعلاوه، این امر ملازمه با وظیفه وی مبنی بر

فیصله دادن به دعوا نیز خواهد داشت زیرا عملاً برای فیصله دادن به حق دعوا این تحقیقات لازم است. در همین راستا، ماده ۳ قانون حمایت از خانواده مقرر می‌دارد: دادگاه می‌تواند هر نوع تمقیق و اقدامی را که برای روشن شدن موضوع دعوا و امقاق حق لازم بداند، از قبیل تمقیق از گواهان و مطلعین و استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره به هر طریق که مقتضی باشد، انجام دهد.

در پایان لازم به یاد آوری است قاعده منع تحصیل دلیل در امور کیفری جریان ندارد زیرا قاضی کیفری موظف است برای دفاع از حقوق عمومی و جلوگیری موثر از ارتکاب جرم همه گونه تحقیق را برای کشف جرم و مجازات مرتکب آن اعمال نماید. این مسئله با توجه به حذف دادستان از سیستم قضایی کشور ما رنگ و بوی جدی تری به خود گرفته و قاضی دادگاه ها را در امر تحصیل دلیل آزاد گذاشته است.

ب- شرایط امکان مداخله قاضی در اثبات امور موضوعی

امکان مداخله قاضی در امور موضوعی به هر بهانه تحت عنوان تحقیق و تفحص باشد و یا اقداماتی که برای روشن شدن حق و لازم است، به سه شرط منوط شده است. در قوانین موضوعه فعلی ما این شرایط بدین شکل تصریح نشده اند و این عدم ذکر، در جزئیات امر مشکلاتی را بوجود می‌آورد. در این قوانین فقط به قصد قاضی اکتفا شده است که اگر مداخله در امور موضوعی برای "روشن شدن حقیقت" باشد، ایرادی ندارد ولی اگر به منظور "تحصیل دلیل" باشد، ممنوع است و البته در فقه نیز تحصیل دلیل برای یکی از طرفین یا تلقین احد خصمین ممنوع است.

ما با ملاحظه روح قوانین مربوط به آئین دادرسی، سه شرط را برای مداخله قاضی در امور موضوعی لازم می‌دانیم که در صورت جمع این سه شرط، چنین مداخله ای ممنوع نیست و تحصیل دلیل نیز محسوب نمی‌گردد.

۱- ورود عناصر در پرونده

در وهله اول، قاضی باید با استفاده از مکانیسم "دعوت"، هر امری را که لازم می‌بیند برای راه حل نهائی دعوا مؤثر می‌افتد را وارد عناصر تشکیل دهنده دعوا نماید و آن را در پرونده بیاورد. یعنی قاضی نمی‌تواند به عناصری که در خارج از پرونده وجود دارد و مستند هیچ یک از طرفین دعوا قرار نگرفته، ترتیب اثر دهد. در توضیحاتی که متعاقباً اشاره خواهد شد، حتی در موردی که امری برای قاضی مفید علم قطعی باشد، نمی‌تواند در خارج از پرونده، مستند حکم قاضی قرار گیرد.

مشکلی که در این خصوص بروز می‌کند، این است که از کجا بفهمیم امری از عناصر تشکیل دهنده پرونده هست یا نه؟

برای اینکار قاضی باید بدقت محتوای پرونده را جستجو نموده و از مدعاهای طرفین و استناداتی که نموده اند، عناصر تشکیل دهنده پرونده را دریابد. در این رابطه اظهارات شفاهی که مبتنی بر اقرار بوده و یا می‌تواند مستند حکم دادگاه قرار گیرند نیز باید به صورت مکتوب در پرونده بیابند تا از دید قضات مراحل بعد مثل قضات تجدید نظر و دیوان عالی کشور مخفی نماند و آنها نیز بتوانند ارزیابی صحیحی از صحت رای صادره داشته باشند. لزوم کتبی نمودن اظهارات شفاهی هم وفق قسمت اخیر ماده ۲۰۴ (آ.د.م. جدید) حق طرفین دعوی است و هم وفق ماده ۱۰۲ همان قانون تکلیفی بر قاضی می‌باشد.

۲- رعایت اصل تعارضی بودن دادرسی و حق دفاع متهم

شرط بسیار مهمی که به صورت یک اصل بر تمامی مراحل دادرسی باید حاکم باشد، رعایت اصل تعارضی بودن دادرسی است. این اصل، در امور کیفری تحت عنوان احترام به حق دفاع از آن یاد می‌شود. تعارضی بودن دادرسی عنوان دقیق تری است که از زبان حقوقی فرانسه به حقوق ما راه پیدا کرده است. در اسلام به عناوینی کلی نظیر رعایت عدالت در دادرسی بسنده می‌گردد. معادل فرانسوی کلمه تعارض کلمه Contradiction را داریم که ترجمه خوبی است. این واژه از فعل Contredire گرفته شده است که به معنای ضد گویی یا توانائی ضد گویی می‌باشد.

ما تعریفی از این اصل در قانون نداریم ولی به عنوان اصلی که در تمام مراحل دادرسی باید مراعات گردد، آن را می‌توان چنین تعریف نمود که :

اصلی است که بر مبنای آن طرفین دعوا اجازه می‌یابند تمام آنچه را که می‌تواند برای موفقیت وی در دعوا مؤثر باشد، به سمع و نظر قاضی برساند. لازمه رعایت این اصل این است که هر گونه مدرک و سندی که بتواند مثبت دعوا باشد، باید به اطلاع طرف دیگر نیز برسد و هر گونه اظهار نظری در خصوص این اسناد و مدارک و یا دلایل وجود دارد، از طرف دیگر دعوا استماع گردد.

با این حساب، حتی در مواردی که امری از نظر دادرسی دلیل بر امر دیگر قرار داده شده و در راه اثبات دعوا مؤثر قلمداد گردیده، تا زمانی که آن امر به معرض تعارض طرفین قرار داده نشود، نمی‌تواند مستند حکم قاضی قرار گیرد. حتی علم قاضی از امور موضوعی تا زمانی که در پرونده نیابند و به مورد تعارض طرفین قرار داده نشوند، حکم عناصر خارج از دعوا را خواهند داشت که ابتناء حکم قاضی بر آنها ممنوع شده است. بر اساس این اصل،

قاضی نه تنها باید در روابط خود با اصحاب دعوا این اصل را رعایت کند، بلکه باید متوجه رعایت این اصل در روابط اصحاب دعوا با یکدیگر نیز باشد.

آزادی حق دفاع، شرط اساسی رعایت این اصل است.^{۲۰}

البته باید متذکر شد در خصوص امور کیفری در فرانسه ادله ای که در مرحله کشف جرم نزد ضابطین دادگستری ارائه می‌شود، بصورت غیر تعارضی و مخفی و کتبی می‌باشند.

۳- حکم ندادن به بیشتر یا کمتر از میزان خواسته

شرط سوم از شرایط مداخله قاضی در امور موضوعی این است که قاضی نباید به بیشتر یا به کمتر از آنچه از او خواسته شده است، حکم دهد.

^{۲۰}- ماده ۴۲۷ ق.آ.د.ک. جدید فرانسه مقرر می‌دارد :

Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.

Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement l'opportunité d'ordonner une expertise, de même que la valeur des éléments de preuve régulièrement versés aux débats et sur lesquels s'est fondée leur conviction Crim.23 janv.1964, Bull.crim.n°27.28 oct.1975, ibid n°288; crim.13 jan.1970 D 1970 Somm.87.pr.pen. C.605.

یعنی قاضی نمی‌تواند به بهانه انجام تحقیقات، از موضوع دعوا خارج شده و آنرا عوض کند و به بیشتر Extra petita یا به کمتر Infra petita از آنچه از او خواسته شده است، حکم دهد. فی‌المثل اگر قاضی در جریان تحقیقات خود در خصوص اختلاف در ممر مشترک بین دو ملک متوجه سابقه فروش ملک مجاور به یکی از اصحاب دعوا شد، نمی‌تواند شریک دیگر را از اعمال حق شفعه خود آگاه سازد و بر این مبنی حق فسخ عقد را برای طرف دیگر قائل شود یا در دعوای وصول مهر، حکم به عودت جهیزیه نیز بدهد. البته، اگر قاضی اظهارات شفاهی یکی از اصحاب دعوا را منطبق بر دادخواست اولیه ندانست و یا آن را به کلی مغایر پنداشت، می‌تواند طرف دعوا را راهنمایی کند که در دادخواست خود امری که واقعاً موضوع دعوا است، بیان گردد. یعنی به وی تفهیم نماید که مفاد دادخواست کتبی اولیه، منطبق بر اظهارات شفاهی وی که از لابلای توضیحات و یا دفاعیات وی بر می‌آید، نمی‌باشد. مثلاً می‌تواند و چه بسا در برخی موارد باید به وی تفهیم نماید که مثلاً آنچه خواهان به زبان می‌آورد، انجام تعهداتی که برای ضمانت انجام آنها ثالث مال خود را رهن گذاشته است، می‌باشد نه تقاضای فک رهن. بنابراین، نباید دعوای خواهان را در امر تقاضای برائت از تعهدات خود فاقد سمت بدانند بدین دلیل که او رهن نیست و در دعوای فک رهن سمت ندارد. و یا قاضی نمی‌تواند برای کسی که دادخواست تولیت موقوفاتی که در قالب ثلث مال می‌باشند تقاضا داده، او را به عنوان متولی ثلث و غیر ثلث قرار دهد یا زنی که فقط تقاضای وصول مهریه را نموده، مستحق مهریه و جهیزیه بداند. به هر حال، منع حکم به بیشتر یا کمتر از دعوی مستند شرعی و قانونی نیز دارد. در شرع گفته شده حکم، تابع دعوا است، نه تابع واقع و نفس الامر^{۲۱} همچنین در ماده ۲ (آ.د.م.جدید) تصریح شده هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی (رسیدگی کند مگر این که شخص یا اشخاص ذی نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان (رسیدگی به دعوا را برابر قانون درخواست نموده باشند. همچنین در بند های ۱ و ۲ ماده ۴۲۶ (آ.د.م.جدید) حکمی که به غیر مورد ادعای خواهان یا به بیشتر از میزان خواسته باشد را قابل اعاده دادرسی دانسته است.

III - بررسی یک رأی

برای اینکه بینیم آیا شرایط پیش گفته در آراء دادگاه‌های ما رعایت می‌شود یا خیر، به بررسی یک رأی می‌پردازیم :

موضوع اصلی دعوا در این رأی که از دیوان عدالت اداری صادر شده، تقاضای ابطال بخشنامه وزارت فرهنگ و آموزش عالی است که بر وفق آن دانشجویانی که از امتیازات آن وزارتخانه استفاده کرده اند را ممنوع الخروج می‌سازد. دیوان در رد ادعای خواهان که به صورت غیر تعارضی صورت گرفته بیان داشته است : مفاد دادخواست شاکی متضمن اعلام مغایرت بخشنامه مورد ادعا با قوانین و مقررات با ذکر خصوصیات آنها نیست^{۲۲}. این رأی از جهات مختلف مورد ایراد است :

^{۲۱}-آشتیانی، کتاب القضاء، ص ۸۳ به نقل از دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوقی، ج ۳ ص ۲۱۹

^{۲۲}-متن حکم دیوان عدالت اداری در خصوص درخواست ابطال بخشنامه ای که دانشجویان استفاده کننده از امتیازات وزارت فرهنگ و آموزش عالی را ممنوع الخروج می‌نماید.

۱- مستنبط از ظاهر عبارات فوق این است که قاضی یا قضات مربوطه از عنوان مواد و قوانینی که با این بخشنامه در تعارض قرار می‌گیرند، ناآگاه و نسبت به وظیفه اساسی خود که علم به ادله اثبات احکام است، جاهل بوده‌اند. بنظر می‌رسد قاضی مربوطه می‌خواهد بگوید من نمی‌دانم این بخشنامه مخالف کدام قانون و مقررات است. بجای این عبارات، قاضی مزبور می‌توانست صریحاً بگوید: این بخشنامه مخالف قوانین موضوعه کشوری نیست. اگر چنین اظهار نظری می‌نمود، علم خود را نیز نسبت به ادله اثبات احکام، مفروض و بلکه مسلم می‌دانست.

۲- ایراد دوم این رأی آن است که حکم مزبور قابل پژوهش هم نیست و یک مرتبه بیشتر نسبت بدان رسیدگی ماهوی به عمل نیامده است.

۳- و بالاخره ایراد عمده و تاسف بار این رأی این است که احکام هیأت عمومی به صورت تعارضی نیز صادر نمی‌گردند. شاید اگر قضات دیوان که باید وفق قانون دیوان اداری حداقل سه چهارم روسای شعب باشند، (یعنی حداقل ۵ نفر!) حکم خود را ضمن یک دادرسی تعارضی صادر می‌نمودند، متوجه ادله اثبات حکم می‌شدند و بر عنوان یا عناوین قوانین و مقرراتی که بخشنامه مزبور با آن مخالف است وقوف پیدا می‌کردند. در اینجا است که باید معتقد شد:

هر حکمی که در آن اصل تعارضی بودن دادرسی رعایت نشود، مشروعیت ندارد.

بخش سوم - محتوای ادله و مستندات قاضی

در این بخش به محتوای ادله استنادی قاضی اعم از ادله اثبات احکام (فصل اول) و ادله اثبات دعوی (فصل دوم) اشاره خواهیم کرد.

فصل اول - ممتوای ادله اثبات احکام

موارد متعددی از جمله مصادیق ادله اثبات احکام بشمار می‌روند:

۱- مواد و نصوص قانونی

- مهمترین ادله اثبات احکام، همان مواد و نصوص قانونی هستند که مستند حکم دادگاه قرار می‌گیرند. این نصوص قانونی در کتاب‌ها و مجموعه قوانین مثل قانون مدنی، قانون تجارت، و قانون آئین دادرسی گرد آمده‌اند یا در روزنامه رسمی منتشر شده‌اند. البته، برای اینکه بتوان به آنها استناد نمود، بایستی آن قوانین عنوان اجرائی پیدا کرده باشند زیرا ممکن است تاریخ اجرای آنها مؤخر از تاریخ تصویب باشد.

- آراء صادره از هیأت عمومی دیوان عالی کشور که عنوان رأی وحدت رویه قضایی به خود گرفته‌اند نیز وفق ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی کیفری جدید^{۲۳} در حکم قانون می‌باشند. البته، در کشورهایی مثل

^{۲۳}- این ماده مقرر می‌دارد: هر گاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین، آرای مختلفی صادر شود، رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. همچنین هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاهها نیز می‌توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، نظر هیأت عمومی را در خصوص موضوع کسب کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم روسا و مستشاران و اعضای معاون کلبه شعب تشکیل می‌شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود. آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به

انگلستان تمامی آراء دادگاه های بالاتر می توانند برای دادگاه های پائین تر مستند قاضی قرار گیرند و در فرانسه نیز گرایش به سیستم ابتناء بر آرای قضائی روز به روز بیشتر می شود. اما در حقوق ما نسی بر تمسک به آرای دادگاه ها در مواردی که عنوان رأی وحدت رویه را بخود نگرفته اند، وجود ندارد. به نظر می رسد در صورتی که در آرای دادگاه ها نظریه اقل و اکثری بوجود آمده باشد، دادگاه بتواند تحت عنوان تبعیت از نظریه مشهور، نظریه اکثر را مورد اتباع قرار دهد^{۲۴}.

۲- آئین نامه ها و تصویب نامه های دولتی

وفق اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی دولت نیز در برخی موارد حق تدوین آیین نامه و صدور بخشنامه دارد. این مصوبات از نظر اجرایی در ردیف ادله اثبات احکام می باشند. در این اصول تصریح شده که مصوبات مذکور نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایر بوده و یا حتی مخالف سایر قوانین و مقررات عمومی کشور باشد. تشخیص اینکه آیا قانونی مخالف شرع است وفق اصول ۸۵ و ۹۶ قانون اساسی با شورای نگهبان می باشد. بنابراین، اگر قانونی بعد از انقلاب تصویب شد، قطعاً از فیلتر قانونی شورای نگهبان عبور نموده و در مشروعیت آن تردید نمی توان نمود. همچنین اگر مصوبه ای از هیأت دولت و یا زیر مجموعه های آن صدور یافت و شورای نگهبان متعاقباً آن را مشروع دانست، باز قطعاً جز در مورد استثنای تبصره ماده ۳ (آ. د. م. جدید) نمی توان در مشروعیت آن تردید نمود. ولی اگر نسبت به مصوبه صادره از مجلس صریحاً توسط شورای نگهبان اظهار نظر مبنی بر نامشروع بودن نشده بود، و قاضی آن را مخالف شرع و یا سایر اصول قانون اساسی دانست، تکلیف چیست؟ آیا راساً می توان با توجه به اینکه اصل ۱۷۰ قانون اساسی قضات دادگاه ها را مکلف نموده از اجرای تصویب نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند، به قاضی اجازه داد مصوبه را اجرا نکند؟ تشخیص مخالفت با کیست؟

شکی نیست که مواردی که شبهه مخالفت با شرع می رود، قاضی می تواند از شورای نگهبان استعلام نماید چنانچه این شورا مورد را مخالف با شرع دانست، قابلیت استناد را از دست می دهد اما جای این سؤال مطرح است که آیا قاضی می تواند راساً مصوبه ای را مخالف با شرع بداند و بدین دلیل بدان عمل ننماید؟ تبصره ماده ۳ (آ. د. م. جدید) این اجازه را به قاضی مجتهد داده که اگر قانون و یا مصوبه ای را خلاف شرع بداند، باید از صدور حکم به همین دلیل خودداری نماید و پرونده را به شعبه دیگری ارجاع دهد مثلاً اگر از چنین قاضی ای وفق ماده ۵۲۲ (آ. د. م. جدید) پرداخت خسارت تأخیر تأدیه درخواست گردد و او آن را با محرم بداند، یا از دادگاه تقاضای نحله زوجیت وفق ماده واحده مقررات مربوط به طلاق بشود و قاضی در غیر موارد مهر و نفقه و نهایتاً ارث، زن را مستحق چیزی نداند، نمی تواند به استناد به این مواد حکم نموده و باید پرونده را به شعبه دیگری ارسال دارد. بنابراین، برای قاضی مجتهد همیشه این امکان وجود دارد که بنا به تشخیص خود از اجرای قانون مدون مملکتی استنکاف کند بدین دلیل که آن را خلاف شرع می داند! البته هر چند امکان ابطال چنین بخشنامه هایی توسط دیوان عدالت اداری وجود دارد، ولی حق این بود که قاضی

احکام قطعی شده بی اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها لازم می باشد. و ماده ۲۷۱ همان قانون مقرر می دارد: آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور قابل تجدید نظر نبوده و فقط به موجب قانون بی اثر می شوند.

ابتدائاً بطلان بخشنامه یا آیین نامه را از دیوان عدالت اداری طی یک دادرسی سریع خواستار می‌شد و پس از اعلام بطلان توسط دیوان عدالت اداری که او نیز پس از استعلام از شورای نگهبان، نسبت به اجرای آنها خودداری می‌ورزید. به هر حال، عدم اجرای قوانین و یا بخشنامه ها و آیین نامه ها به دلیل مخالف با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین مدونه فقط بر قضات مجتهد مجاز می‌باشد. ولی استتکاف از اجرای آیین نامه‌ها و بخشنامه‌های مخالف با شرع بر همه قضات اعم از مجتهد و غیر مجتهد مجاز می‌باشد.

۳- کنوانسیون‌ها و عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌های بین‌المللی

کنوانسیون‌ها و عهدنامه‌های بین‌المللی در صورتی که از تصویب مجلس گذشته باشند یا به دولت در خصوص تصویب آنها تفویض اختیار شده باشد، نیز در حکم قانون می‌باشند. در این خصوص، ماده ۹ (ق.م.) مقرر می‌دارد: مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد، در حکم قانون است. در بعضی از کشورها مثل آلمان این گونه عهدنامه‌ها بر قانون داخلی ترجیح دارند یعنی در مقام تعارض قانون داخلی با کنوانسیونی که دولت امضاء کرده یا از تصویب مجلس گذشته، قانون بین‌المللی مندرج در عهد نامه مقدم داشته می‌شود و قاضی داخلی باید قانون داخلی را در موافقت با کنوانسیون‌های بین‌المللی تفسیر نماید. بنابراین کنوانسیون ورشو در خصوص خسارات ناشی از حمل و نقل هوایی که ایران آنرا امضا نموده، مثل قانون داخلی بر قاضی ایرانی لازم الاجرا می‌باشد.

۴- فتاوی معتبر فقهای شیعه اثنی عشریه

این فتاوی نیز در مواردی می‌توانند مستند حکم قاضی قرار گیرند. وفق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین ماده ۲۱۴ (آ.د.ک. جدید) بایستی مراجعه به این فتاوی پس از مراجعه اولیه به نصوص قانونی مدون و نیافتن حکمی در این مورد باشد. یعنی قاضی نمی‌تواند ابتدائاً به کتاب‌هایی مثل الملعه دمشقیه شهید اول و شرح آن یعنی الروضه البهیة که اکثراً حاوی نظرات مشهور فقهای شیعه است، استناد نموده و حکم دهد بلکه مراجعه به این گونه کتابها، در مقام نیافتن حکمی در ادله و نصوص قانونی است.^{۲۵}

با توجه به اینکه فقهای شیعه در اکثر مسائلی که نص قرآنی و یا سنت معتبری در آن خصوص وجود نداشته، اختلاف کرده‌اند، بایستی فتاوی معتبر را از غیر معتبر تمیز داد. به نظر می‌رسد مراد از "معتبر" در اصل ۱۶۷ (ق.ا.)، کلمه "مشهور" باشد. یعنی شهرت یک فتوی می‌تواند آن را معتبر سازد. اگر مراد شهرت باشد، سؤال می‌شود مراد از شهرت کدام شهرت است، شهرت عددی یا شهرت فتوایی؟ آیا شهرت فتوی به مشهور بودن صاحب فتوی است یا به تعداد مفتی‌ها؟ آیا چون فتوایی از این جهت که به شیخ الطائفه محمد بن حسن طوسی یا به شیخ انصاری نسبت داده شده، عنوان مشهور بخود می‌گیرد یا چون عده زیادی از فقهای بزرگوار اسلام نسبت به آن فتاوی واحد داده‌اند، فتوی مشهور شده است؟. به هر حال، اصل ۱۶۷ قانون اساسی اشاره‌ای به این مطلب ننموده است. مثلاً در خصوص نحوه جبران خسارت وارده به باکره‌ای که از وی با زنا مطاوعی ازاله بکارت شده، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای زن را به دلیل زنا کار بودن

۲۵- شایان گفتن است در جایی که نص صریح قرآنی در متن قانون آمده (مثل اصول ۷ و ۱۴ قانون اساسی) یا به نصی از نصوص قرآنی ارجاع داده شده باشد (مثل ماده واحده مقررات مربوط به طلاق که برای نحوه انتخاب داورها در طلاق به قرآن کریم ارجاع داده است)، در چنین مواردی آیه قرآن نیز جزء حقوق موضوعه برای قاضی قابل تمسک و استناد می‌باشد. ماده واحده می‌گوید... چنانچه اختلاف فیما بین از طریق دادگاه و حکمین از دو طرف که برگزیده دادگاهند (آنطور که قرآن کریم فرموده است) حل و فصل نگردد... .

مستحق هیچ چیز نمی‌دانند ولی گروهی مثل حضرت امام زن را مستحق ارش البکاره می‌دانند که مبلغی کمتر از میزان مهر المثل آن زن می‌باشد. در چنین موردی باید به فتوای مشهور مراجعه کنیم، در این رابطه، فتوای مشهور فقهای شیعه، عدم استحقاق زن است در حالی که نظر امام خمینی بر لزوم استحقاق ارش البکاره دلالت دارد. به هر حال، به نظر می‌رسد شهرت فتوایی را نیز ملاک اعتبار نظریات فقهی دانست و باید تعداد کافی از فقهای بنام را که در یک مسئله فقهی اظهار نظر نموده‌اند، برای تشخیص اعتبار فتوی مد نظر قرار داد.

معادل فتاوی یا نظریات فقهی، کلمه دکترین Doctrine را در زبان حقوقی فرانسه داریم که به آراء و نظریات علمای حقوق اطلاق می‌گردد. با توجه به اینکه ممکن است در موردی نظر فقهی مشهوری وجود نداشته باشد، می‌توان به نظریات مشهور حقوقدانان ایران نیز اشاره نمود. این تفاسیر علمی می‌توانند راهنمای خوبی برای محاکم و اصحاب دعوا باشند مثلاً ایرادی ندارد قاضی در حکم خود به نظر یکی از حقوقدانان بنام اشاره نماید که اجاره بشرط تملیک را بیع می‌داند که البته باید متذکر شد در چنین موردی نقل قول نظر از باب قبول آن توسط قاضی است نه از این نظر که چون فلان حقوقدان نامی آن عقیده را اظهار نموده است، الزامی برای پذیرش آن برای قاضی ایجاد نماید.

در هر حال، در این قسمت فقط فتاوی معتبر و یا مشهور برای قاضی الزام آور بوده و جزو امور حکمی قرار می‌گیرند نه فتاوی غیر مشهور و نه حتی نظرات مشورتی اداره حقوقی دادگستری. در این موارد، تکلیفی برای قاضی از جهت تبعیت آنها ایجاد نمی‌شود هر چند اشاره به این نظریات در حکم قاضی بعنوان مستند ایرادی ندارد.

شاید بتوان معادل نظر مشهور دلیل اجماع را که از بین ادله اربعه است قرار داد. البته شیخ انصاری در رسائل که در علم اصول نوشته شده است، پس از بحث و بررسی فراوان بر روی مسئله اجماع به عنوان یکی از اصول استنباط اسلامی تردید و خدشه جدی وارد نموده است. وی معتقد است اجماع بر دو گونه می‌باشد: اجماع منقول و اجماع محصل و در نهایت پس از بحث فراوان در خصوص حجیت این دلیل شرعی می‌گوید: "المنقول لیس بحجه و المحصل منه غیر حاصل". یعنی اجماع منقول حجیت ندارد و اجماع محصل نیز غیر ممکن است محقق شود. البته، به نظر ما در اینکه اجماع منقول حجیت نداشته باشد تردید نیست و باید در این معنا با شیخ هم عقیده شد چرا که اجماع معمولاً در مورد احکامی صورت می‌گیرد که نص صریح و متقن فقهی وجود نداشته باشد این است که فقهای عصر در مورد امر مبتلا به که گمان وجود حکم شرعی در آن می‌رود مبادرت به بحث و بررسی نموده و در نهایت مبادرت به صدور نظریه خود می‌نمایند ولی اینکه آیا این حکم در زمان فعلی بر مکلفین اثر تکلیفی دارد یا نه، به گمان ما ندارد و باید معتقد شد که احکام غیر مصرح تابع شرایط زمانی خود بوده و برای همان زمان صادر شده‌اند و لذا اجماع زمان شیخ طوسی در زمان ما حجیت ندارد و باید فقها در این مسئله با توجه به مقتضیات زمان ما حکم مجدد اجماعی صادر نمایند. و اما اینکه محصل غیر حاصل است این درست نیست چرا که امروزه وسائل ارتباطی و ارتباط جمعی به حدی سریع عمل می‌نمایند که ابلاغ تمامی نظریات در یک ثانیه ممکن می‌شود. چگونه نمی‌توان نسبت به مسائل مستحدثه زمان ما نظریه تمامی فقها را جمع آوری نمود؟ لذا به نظر ما باید تمامی فقهای صاحب نظر صرف نظر از مسائل و موضعگیری های سیاسی خود بتوانند در مجمعی نظرات خود را به صورت کلاسیک و

استاندارد در آوردن و اختلاف آرا در این زمینه و اختلافات زیاد که برای یک حکومت دینی بیشترین لطمه را دارد را از میان بردارند بدون اینکه باب اجتهاد سد شود. چنین حسن اجماعی موجب یکی از مبانی تئوریک برای وحدت جهان اسلام نیز می‌باشد.

۵- روح قانون، فلسفه قانون و اصول حقوقی

روح قانون و فلسفه قانون و اصول حقوقی نیز می‌توانند در زمره امور حکمی به حساب آیند.

هر چند عبارت "روح قانون" نه در اصل ۱۶۷ (ق.ا.) و نه در آیین دادرسی مدنی و کیفری جدید وجود دارد ولی در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی قدیم دیده می‌شد^{۲۶}. بجای روح قانون، در ماده ۳ (آ.د.م. جدید) عبارت اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، آمده است. البته، در ماده ۲۱۴ (آ.د.ک. جدید) این عبارت دیده نمی‌شود. شاید قانونگذار در تدوین آئین دادرسی کیفری جدید حاضر الذهن به مانع اصل قانونی بودن جرم و مجازات عمداً از آوردن اصول حقوقی به عنوان یکی از ادله اثبات احکام چشم پوشی کرده و شاید هم از مسامحه او باشد. به هر حال، نه در حقوق موضوعه ایران و نه در حقوق فرانسه اصول کلی حقوقی در مجموعه جداگانه‌ای گرد نیامده‌اند بلکه آنها را از لابلای قوانین مختلف می‌توان استنباط نمود. ولی در فقه اسلام، این اصول و قواعد در دو علم جداگانه بنام های "اصول فقه^{۲۷}" و "قواعد فقه^{۲۸}" گرد آوری شده و علمای علم اصول و فقهاء در مورد آنها کتاب‌های مبسوطی به رشته تحریر در آورده‌اند. مهم‌ترین این کتاب‌ها در باب اصول فقه، کتاب رسائل شیخ مرتضی انصاری و در باب قواعد فقه، کتاب عوائد الایام ملا احمد نراقی می‌باشد^{۲۹}.

با استناد به این ماده، روح قانون نیز می‌تواند مستند حکم قضایی قرار گیرد. البته عمل قانونگذار در جایگزین نمودن روح قانون با اصول حقوقی، ایراد عمده‌ای پیش نمی‌آورد زیرا منظور از اصول حقوقی نیز همان اصول و نظریه‌هایی است که می‌تواند پایه و مبنای یک یا چند ماده قانونی باشد که چه بسا در قوانین نامی بطور صریح از آن به میان نیامده باشد. مثلاً اصل استصحاب که یکی از بحث‌های اصول فقه است^{۳۰} مبنای مواد قانونی بسیاری است که بحث تفصیلی آن خواهد آمد.

۲۶- البته در اصل ۱۳۸ عبارت روح قانون آمده است. این اصل می‌گوید مصوبه‌های دولت نباید با متن و روح قانون مخالف باشد.

۲۷- منظور از اصول فقه اصولی است که در جهت استنباط احکام فرعی از ادله تفصیلیه آن مورد استفاده قرار می‌گیرد

۲۸- منظور از قاعده فقهی فرمول‌های بسیار کلی است که منشأ استنباط قوانین محدود تر بوده و اختصاص به یک مورد خاص ندارد بلکه مبنای قوانین مختلف و متعدد قرار می‌گیرد سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه بخش مدنی نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی تابستان ۱۳۷۰ چاپ سوم ص ۲۱ با این حساب، فرق علم اصول فقه و قواعد فقه در این است که قواعد فقهی وسیله برای استنباط و کشف احکام نیستند بلکه خودشان حکم می‌باشند در حالی که قواعد اصولی واسطه برای کشف حکمند. بنابراین، مسائل علم اصول روش کشف و استنباط احکام شرعی است ولی قواعد فقه نهادها و بنیادهای کلی فقهی است که با توجه به کلیت و شمولیت آن، فقیه در مصادیق مختلف از آن استفاده می‌کند محقق داماد، همان مصدر ص ۲۲۱

۲۹- کتاب فارسی در این زمینه، دکتر ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۱۲

۳۰- این اصل در ماده ۱۹۹ (آ.د.م. جدید) آمده است آنجا که مقرر می‌دارد "در صورتی که حق یا دینی بر عهده کسی ثابت شد اصل بر بقای آن است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود". یا از اصل براهت صریحاً در ماده ۱۹۷ یاد شده است که می‌گوید: اصل براهت است بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند در غیر این صورت با سوگند خوانده حکم براهت صادر خواهد شد.

همچنین قاعده لا ضرر یکی از قواعد فقهی است که مبنای بسیاری از قوانین است، و اتفاقاً قانونگذار در اصل ۴۰ (ق.ا.) از خود آن یاد کرده است. یا مفاد قاعده ید را در ماده ۳۵ (ق.م.) و قاعده تسلیط را در ماده ۳۰ (ق.م.) ذکر نموده است. به هر حال، قاضی باید این اصول و قواعد را بداند و در هنگامی که قانون مجمل یا مبهم و یا حکمی در قضیه مطروحه ندارد، به آنها استمداد نماید و حکم قضیه مطروحه را صادر و دعوا را فیصله دهد. این اصول و قواعد یا بر اساس مصالح اجتماعی و یا به حکم عقل بنا شده اند. بدیهی است در مواردی که مصالح اجتماعی را خود قانونگذار تصریح ننموده، باید به حکم عقل، روح قانون را شناخت. عمل به روح قانون، فرع بر دانستن خود روح قانون است و دانستن روح قانون برای دادرسی نتیجه ممارست بسیار با اصول و قواعد حقوقی است. لذا روح قانون نمی تواند به کلی با نصوص قانونی در تعارض و یا محصول یک عقیده شخصی باشد بلکه باید در جهت تبیین مفهوم و رفع ابهام و اجمال از قانون به کار آید.

می توان «فلسفه قانون» را نیز داخل این مقوله آورد. فلسفه قانون معمولاً از مقدمه قانون و یا بعضاً از شرایط اجتماعی منجر به وضع قانون روشن می شود.^{۳۱} مثلاً اگر امری بر خلاف روح و فلسفه وضع قانون باشد، هر چند بنا به ظاهر بتواند مستند قرار گیرد، ولی قاضی نباید برخلاف آن فلسفه حکم کند. چه بسا در موردی تمسک به روح قانون بر تمسک به ظاهر خود قانون، مثلاً ماده واحده قوانین مربوط به طلاق مصوب سال ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام به گونه ای تدوین شده است که گویا حق مطالبه حق الزحمه ایام زوجیت زن فقط در هنگام درخواست طلاق مسموع است در حالی که اگر این قانون وضع نشده بود، زن در هر حال می توانست مستند به ماده ۲۶۵ (ق.م.) که اصل عدم تبرع را بیان می دارد، مطالبه حق الزحمه خود را بنماید و ماده ۳۳۶ همان قانون حق الزحمه ها را مأجور می داند. بنابراین، قاضی با توجه به روح این قانون که در مقام «اضافه کردن چیزی به حقوق زن» است، باید درخواست زوجه را مبنی بر مطالبه حق الزحمه ایام زوجیت حتی هنگامی که طلاق بنا به درخواست مرد هم نباشد، مسموع بداند. چنین درخواستی مسموع هست هر چند با ظاهر تبصره ۶ ماده واحده مقررات مربوط به طلاق در تعارض باشد.

۶- عرف و عادت مسلم

قانون هر چقدر هم که کامل باشد نمی تواند تمامی نیازهای مردم را پیش بینی کند. مضاف بر اینکه در بسیاری از موارد اصلاً قانونی وجود ندارد و در صورت امکان تدوین قانون شامل برای همه موارد، مجموعه های عریض و طویلی بوجود خواهد آمد که عملاً بلااستفاده خواهد گردید. این است که برای تشخیص مصادیق قانون و یا رفع اجمال و ابهام از قانون، پای عرف و عادت به میان می آید. می توان قلمرو حاکمیت عرف و عادت را فاصله بین فضای روشن شده و فضای تاریک ناشی از نور یک چراغ قوه در شب دانست. قسمت روشن شده قطعاً تحت حاکمیت قانون است و قسمت تاریک نیز مشخصاً از حدود قلمرو قانون بیرون است اما برای تشخیص مصادیقی از قانون که در فضای بین تاریکی و روشنائی قرار گرفته اند، به عرف و عادت مراجعه می نماییم. یعنی در مقام تشخیص موضوعی و مصادیق قانون در جاهایی که قانون اجمال و ابهام دارد، پای عرف و عادت به میان می آید. «عرف و عادت به معنای مجموعه قواعد حقوقی است

^{۳۱} - این امر در مقدمه قانون اساسی دیده می شود. در قوانین خارجی معمولاً تحت عنوان Pr Preamble فلسفه وجودی و به مقتضیات تدوین و تصویب قانون اشاره می گردد.

که به صرف طبع در اثر نیازهای اجتماعی مستقیماً از طرف مردم معمول می‌شود^{۳۲} و در حقوق کشورهای غیر مذهبی، منبع اصلی حقوق بشمار می‌رود. در حقوق مدنی ما نیز که بر گرفته از فقه اسلام است، در مقاطع گوناگون ارجاع به عرف و عادت داده شده که از آن جمله اند مواد ۳۵۷ و ۳۵۸ و ۳۶۹ و ۳۷۵ و ۳۸۲ و ۹۵۰ قانون مدنی. در موارد دیگری نیز جز تمسک به عرف و عادت برای تشخیص مصادیق وجود نخواهد داشت مثلاً در ماده ۱۳۰ (ق. م.) برای تشخیص مصادیق عسر و حرج پای عرف به میان کشیده خواهد شد.

عرف و عادت مسلم بعنوان یکی از ادله حکمی در ماده ۳ (آ. د. م. قدیم) وجود داشت ولی متأسفانه قانونگذار جدید نه در ماده ۳ (آ. د. م. جدید) و نه در ماده ۲۱۴ (آ. د. ک. جدید) نامی از عرف به میان نیاورده است و معلوم نیست چرا چنین اصل مهمی به بوته فراموشی سپرده شده است. به هر حال، به نظر می‌رسد حتی با وجود عدم ذکر عرف و عادت در ماده ۳ (آ. د. م. جدید) قاضی، مستغنی از آن نیست یعنی عرف و عادت می‌توانند مکمل فتوی‌های فقیهان و منابع معتبر اسلامی باشند و قاضی ابتدا به فتوی‌های مشهور فقیهان مراجعه می‌کند و در نهایت، در صورت عدم وصول حکمی در قضیه بخصوص، به استناد عرف و عادت قضیه را فیصله می‌دهد.

البته در فقه شیعه به عرف توجه خاصی مبذول نشده است و فقط در حد تبیین مفاهیم الفاظ و مدلول آنها مد نظر قرار گرفته است. مثلاً در تعریف شهادت به صدق عرفی مفهوم آن استناد شده است. البته، جا دارد پای عرف با گسترش علوم و پیچیده تر شدن روابط اجتماعی و استفاده روز به روز بیشتر از عقل به عنوان مهمترین دلیل استنباط احکام باید نگرش دیگری به عرف می‌شد و به این سادگی عرف را از ماده ۳ (آ. د. م. جدید) حذف نمی‌کردند. البته شاید حذف عرف و عادت از بین ادله حکمی مستند شرعی نیز داشته باشد با این توجیه که آنچه تحت عنوان عرف و عادت در زبان شرع حجیت و اعتبار دارد، کاربرد عرف در تشخیص مدالیل الفاظ است و عرف به طور مستقل و به عنوان دلیل حکمی قابلیت استناد قرار نگرفته است یعنی تصور شده که شرع مقدس همه امور را بیان نموده نمی‌توان جز ادله اربعه کتاب و سنت و عقل و اجماع دلیل دیگری را مستند حکمی قرارداد. به هر حال، در اکثر مواردی که در قانون مدنی به عرف استناد شده، در محدوده عرف مقبول شرع می‌باشد و از این نظر تعارضی با قانون آدم جدید ندارد مثلاً در باب توابع مبیع، تشخیص مهر المثل زن و امثال آن پای عرف به میان می‌آید که در تمامی این موارد یک نوع تشخیص موضوعی در مدالیل الفاظ مطرح است نه به عنوان دلیل حکمی قانون ساز.

به هر حال، عرف و عادت آنجا که عنوان عرف و عادت مسلم به خود می‌گیرد، از جمله امور حکمی است زیرا عرف و عادت دو نوع است: عرف و عادت مسلم و عرف و عادت قراردادی. عرف و عادت قراردادی بر خلاف عرف و عادت مسلم در زمره امور موضوعی بوده و وظیفه اثبات آن بر عهده طرفین دعوا قرارداده شده است. بین عرف و عادت تفاوت‌های اساسی نیست بلکه در هر دو عنصر تکرار وجود دارد. بعضی از حقوقدانها در عادت ملازمه عقلی برای عملی تکراری ندیده‌اند در حالی که در عرف چنین ملازمه

۳۲- دکتر علی شایگان، حقوق مدنی، ص ۵۲، عرف در لغت به معنای معروف یعنی امر پسندیده و شناخته شده می‌باشد زجاج گفته عرف ما هو يستحسن من الافعال (نقل از لسان العرب) در قرآن کریم آمده است والمرسلات عرفاً یعنی ملائکه ای که برای کارهای پسندیده و احسان ارسال شده اند لذا عرف بر ضد نکر بمعنای کل ما تعرفه النفس من الخیر و تبساً به و تظمناً الیه آمده است.

عقلی وجود دارد. در حقوق تجارت عرف و عادت بیشتر از سایر رشته‌های حقوق مورد توجه قرار می‌گیرد که به قانون عرفی تجار همان *lex mercatoriat* می‌گویند. البته، امروزه سعی شده این قواعد عرفی بصورت مدون در آید ولی با این حال، حتی مهمترین مجموعه‌هایی که در حقوق تجارت بین الملل درصدد مدون نمودن این حقوق‌های عرفی بر آمده‌اند، نتوانسته‌اند خود را بی‌نیاز از عرف ببینند. به همین خاطر است که در اصول و قواعد حقوق تجارت بین الملل مصوب ۱۹۹۴ برای هم عرف قراردادی در بند ۱ ماده ۱/۸ این اصول^{۳۳} تعریف شده و هم عرف مسلم در بند ۲ همین ماده و هر دوی آنها^{۳۴} الزام آور تلقی شده‌اند.

به هر حال، در آنچه به امور حکمی مربوط می‌شود، مستند حکم قاضی از هر کدام از ادله فوق دقیقاً باید در رأی ذکر شود.

۷- توصیف‌های قضایی (Qualifications)

یکی دیگر از مصادیق امور حکمی، توصیف‌های قضایی است که قاضی باید حسب مورد از امور موضوعی داشته باشد. این تکلیف قاضی است که تشخیص دهد عمل حقوقی انجام گرفته، بیع است یا وکالت و یا اجاره. ارائه توصیف‌های قضایی مناسب حتی در امور کیفری نیز جاری می‌شود لذا این بر عهده قاضی است که تشخیص دهد بر بزه ارتكابی عنوان ربایش موضوع ماده ۶۶۵ (ق. م. ا.) بار است یا ماده ۶۵۷ (ق. م. ا.) تحت عنوان کیف زنی و جیب‌بری. بدیهی است پس از توصیف قضائی مناسب، کیفر خاص آن بر مرتکب بزه بار می‌شود. لذا قاضی می‌تواند با ارائه توصیف قضائی مناسب، مبانی حکمی دعوا که مدعی بر آن دعوا خود را استوار کرده است، عوض نموده و بر مبنایی که از نظر وی درست می‌نماید، بنا نهد همان طوری که می‌تواند مبانی حقوقی تمسک بسته شده را تفسیر کند که بتواند در امور موضوعی که در نزد وی به اثبات رسیده است، به کار گیرد. این اختیار در مورد تمامی قواعد بکار می‌رود، چه مورد از قبیل احکام ماهوی باشند یا قوانین شکلی، قاعده مربوط به حل تعارض باشد یا مربوط به صلاحیت.

سؤالی که مطرح است این است که آیا این ابتدای دعوا بر توصیف‌های قضائی مناسب، برای قاضی یک وظیفه است یا یک اختیار ساده؟. قاضی باید توصیف‌های قضائی مناسب ارائه دهد یا اینکه می‌تواند این کار را بکند؟

به نظر می‌رسد از آنجا که فیصله دادن دعوا بر عهده قاضی گذاشته شده است و هر فیصله دادنی ملاک نیست بلکه فیصله دادن بحق ملاک است، باید معتقد شد ارائه توصیف قضائی مناسب و تغییر توصیف‌های طرفین، یک وظیفه برای قاضی است نه یک اختیار ساده. قاضی باید اینکار را بکند همان طوری که در امور موضوعی دخیل در ارائه راه حل دعوا، باید دخالت نماید. به هر حال، توصیف‌های قضائی در زمره امور حکمی بوده و نتیجتاً از اختیارات قاضی است، لذا قاضی ملزم نیست توصیف‌های قضائی طرفین را بپذیرد و یا آنها را ملاک حکم خود قرار دهد.

³³-The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

³⁴-The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

برای توضیح مطلب، یک مثال می‌آوریم :

اگر به قاضی قراردادی تحت عنوان اجاره بشرط تملیک عرضه شود و مستاجر مدعی شود چون مورد اجاره در طول مدت اجاره قابلیت انتفاع مورد نظر را از دست داده است، عقد اجاره منفسخ شده و لذا پرداخت بقیه اقساط به موجر بر عهده وی نیست. در این مورد، قاضی می‌تواند راساً از عمل حقوقی انجام گرفته توصیف قضائی مناسب ارائه دهد. لذا اگر عمل حقوقی واقعه را بیع بدانند و نه اجاره، می‌تواند بر اساس مقررات حاکم بر عقد بیع نسبت به مورد حکم دهد. مثلاً اجزاء مال الاجاره را در حقیقت اقساط عین مال دانسته که موجر بابت انتقال عین از مستاجر گرفته و بر آن مبنا در صورت تلف عین مستاجر به آفات سماوی، حکم به بی‌حقی مستاجر بدهد و او را ملزم به پرداخت بقیه اقساط مال الاجاره نماید.

در حقوق بین‌الملل نیز اصولاً این اختیار به هر قاضی داخلی داده شده است که وفق قواعد ماهوی کشور متبوع خود نسبت به ارائه توصیف‌های قضائی مناسب اقدام نماید و همان‌ها را اعمال کند و در این خصوص از قدرت و اختیارات خاص خود بهره‌جوید. این قدرت در توصیف قضائی مجدد^{۳۵} در مورد تمامی قواعد مادی، شکلی، قواعد حل تعارض و قواعد مربوط به صلاحیت جاری است. در فرانسه در تمامی مواردی که به ادله اثبات احکام مربوط می‌گردد، دادگاه عالی خود را صالح به کنترل می‌بیند زیرا در این کشور، دیوان عالی کشور^{۳۶} قاضی ادله اثبات احکام است.

فصل دوم - ممتوای ادله اثبات دعوا (مصادیق امور موضوعی)

۱- واقعیات Faites

منظور از این عنوان، رخدادهای بیرونی هستند که "بار حقوقی" دارند و می‌توان از آنها در جهت اثبات دعوا استفاده نمود. در مثال پیش گفته، اینکه در واقع تصادفی رخ داده است و اینکه خسارتی بیار آمده است و اینکه میزان آن فلان مقدار است، از جمله امور موضوعی می‌باشند. بنابراین اگر واقعه‌ای بار حقوقی نداشته باشد، طبعاً اثبات آن تاثیری در دعوا ندارد. مثلاً اگر وجود بارندگی در زمان وقوع تصادف رانندگی بمنظور اثبات پاک‌شدگی جای ترمز بر کف خیابان بوده و نتیجتاً محو شدن اثر سرعت وسیله در حرکت بوده باشد، اثبات آن می‌تواند موثر در دعوا باشد و الا بر بارندگی صرف اثری مترتب نیست.

۲- محتوای قانون خارجی

هر چند در خصوص محتوای قانون خارجی اختلاف نظر وجود دارد و رویه واحدی در دادگاه‌های ما وجود ندارد ولی از آنجا که قاضی قادر نیست قوانین همه کشورها را بداند، تمایل حقوقدانان این است که قانون خارجی در حکم امور موضوعی باشد و مثل عرف‌های قراردادی توسط طرفین اثبات شود^{۳۷}. بر اساس این نظر، اصحاب دعوا مکلفند اسناد و مدارک لازم را در خصوص ارائه محتوای قانون بیگانه را راساً ارائه دهند و اگر قاضی آن را به گونه‌ای تفسیر نماید که در کشور اصلی نادرست تلقی شود از اختیار ارزیابی مطلق خود

³⁵-Requalification

³⁶-Cour de Cassation

³⁷- دکتر صدر زاده افشار، ادله اثبات دعوا ص. ۲۲ مرکز نشر دانشگاهی ۱۳۶۹

استفاده کرده است و دیوان کشور نمی‌تواند در آن مداخله نماید. وفق نظر این گروه، اگر اصحاب دعوا پس از استناد به قانون خارجی محتوای آن را ارائه ندهند، قاضی راهی جز اجرای قانونی که خود می‌داند یعنی قانون داخلی، ندارد.^{۳۸} البته، در فرانسه تمایل به این سمت است که قانون خارجی را نیز در زمره امور حکمی بدانند.^{۳۹}

اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در حقیقت قاضی باید حکم هر قضیه را در قوانین بیابد و قوانین نیز اعم از قوانین ماهوی و قوانین حل تعارض می‌باشند، لذا قاضی باید محتوای قانون خارجی را نیز بداند زیرا ارجاع به قانون خارجی، به حکم قانون داخلی صورت می‌گیرد. به هر حال، اگر قائل شدیم که قانون خارجی در جایی که وفق قانون حل تعارض داخلی صالح می‌باشد، از جمله ادله اثبات احکام است، خود قاضی رأساً باید نسبت به جستجوی آن اقدام نماید و مثلاً از کنسولگری سفارت خانه خارجی در ایران یا از یک نفر متخصص در این امر از محتوای قانون بیگانه اطلاع حاصل نماید.

۳- عرف و عادت مسلم ایرانیان غیر شیعه

در خصوص قواعد و عادات مسلم مذهب رسمی ایرانیان غیر شیعه، ماده واحده مربوط به احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنها جزء مذاهب رسمی است، محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، به طریق ذیل رعایت نمایند:

۱- در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که شوهر پیرو آن است،

۲- در مسائل مربوط به ارث و وصیت، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهب متوفی،

۳- در مورد مسائل مربوط به فرزند خواندگی، عادات و قواعد مسلمه متداوله در مذهبی که پدر خوانده و یا مادر خوانده پیرو آن است.

از اینرو، اگر کسی مدعی شود دعوی اقامه شده مرتبط با یکی از موارد مذکور در ماده واحده فوق می‌باشد، و بنابراین باید طبق مقررات مذهب مزبور رأی صادر شود و آن مذهب راجع به موضوعی که مورد اختلاف قرار گرفته دارای قاعده و عرف مسلم مخصوصی می‌باشد، باید همه این موارد را باید ثابت کند. یعنی علاوه بر آنکه باید ثابت کند که دعوا از مواردی است که باید به دستور ماده واحده طبق مقررات مذهب رسمی معینی رأی صادر شود، باید قاعده و عادت خاص را هم مانند واقعه خارجی اثبات کند که اینکار با ارائه گواهینامه از مراجع مسلم قابل تحقق است.

۴- عرف قرار دادی

چنانچه قبلاً متذکر شدیم، ارائه عرف قراردادی، در زمره امور موضوعی است. هر چند محتوای قرارداد به نوعی دلیل حکمی می‌باشد، و همین دلیل حکمی نزدیکترین و مسلم ترین قانونی است که در هنگام اختلاف صالح به استناد است و اگر این محتوای آن مخالف قواعد آمره نباشد، حتی بر قوانین متداوله مملکتی نیز

^{۳۸}- صدر زاده افشار ص ۲۳

^{۳۹}-تقریرات درس پروفیسور ژان ماری بیسوف در درس حقوق بین الملل خصوصی در مقطع فوق لیسانس حقوق خصوصی دانشگاه استراسبورگ ۳

ترجیح دارد، ولی خود قرارداد امری موضوعی است. بنابراین، محتوای قرارداد باید توسط طرفین به مدد ادله اثبات دعوا ثابت شود. یعنی باید ثابت شود اصولاً قراردادی یا عرف قراردادی ای وجود داشته است. مثلاً ممکن است بین تجار بین المللی عرف مسلم در ارائه قیمت در بیع بین الملل، قیمت فوب (قیمت جنس به علاوه هزینه حمل و تخلیه آن در بندر کشور تحویل گیرنده) باشد ولی دو نفر تاجر بخصوص همیشه قیمت سیف CIF (قیمت جنس بعلاوه هزینه حمل و بیمه آن) را ملاک عمل خود قراردادده باشند. لذا اگر عرف در بین دو تاجر قیمت CIF باشد، در هنگام اختلاف، طرفی که مدعی ملاک قرار گرفتن این قیمت است، باید برای صحت مدعای خود دلیل بیاورد و مثلاً قراردادهای سابق خود را ارائه دهد که در آنها قیمت سیف ملاک قرار گرفته اند و الا قاضی قیمت FOB را مبنای عمل در صدور حکم خود قرار خواهد داد.

عبدالرسول دیانی دکتر در حقوق خصوصی

گزیده منابع و مأخذ:

- × دکتر ابوالحسن محمدی، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ۱۲
- × دکتر سید محسن صدر زاده افشار، ادله اثبات دعوا در حقوق ایران ص. ۲۲ مرکز نشر دانشگاهی ۱۳۶۹.
- * Dr. DAYYANI Abdolrasoul, La responsabilité du fait de défaut de sécurité des produits, thèse de doctorat 1996 éd. Thèse à la cart septentrion 2000
- * BIHL Luc, Droit pénal de la consommation, éd. Nathan, 1990

× دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دایره المعارف حقوقی

× دکتر علی شایگان، حقوق مدنی

× محمد عبده بروجردی، حقوق مدنی انتشارات طه بازبینی و ویرایش جدید ۱۳۸۰ به کوشش محمد رضا بندرچی

× شیخ مرتضی انصاری، رسائل چاپ رحلی بزرگ

× شهیدین لمعه و شرح آن، شرح های ده جلدی تصحیح سید محمد کلانتر چاپ بیروت انتشارات دار احیاء التراث العربی

Brief of the article

In this article the author have done a brief enumeration of all the reasons of fact and reasons of law that shall be cited as the justifications of the judgment of the courts. We have equally by citing one of the principles of French law the role of the parties in the process and the judge has been stated in the proof of fact and proof of laws. Hereupon the burden of proof of the facts by the reason of facts has been trusted in the charge eof the parties and the laws by the reasons of laws has been entrusted to the judge. Meanwhile, the limit of the tow sort of the reason has not clearly definite.

The author for recognizing the burden of proofs in the relations between the parties' id the defendant and plaintiff has delimited the notion of plaintiff and defendant. In his point of view the plaintiff is the one of the parties that his purport is in anti-principle or anti circumstantial evidence (presumption). In the case that one party `s purport is anti principle and the other is anti presumption, the plaintiff is the one whose purport is anti presumption.

In the account of the proofs of law, it has cited the legal texts in the statutory law, juridical qualifications, governmental bylaws and rule-books, and in the expression of the later, the more important difficult is the juridical insecurity born from the authority done to the judge qualified like the high rang Moslem jurist (Mojtahed) by the article 3 of procedure act of Iran. The later judge can not apply the governmental acts under the pretext of descent of Islamic law. This is the same problems that has occur for the applying the religious commandment that is one of the reasons of law cited by the article of 167 of Iranian constitution.

The injunction sprite of law, custom and practices, *raison d`etre* of law.

Three condition for intervention of the judge for the proofs of facts is

- The judge must refer only to the elements of fact and documents existing in the dossier
- He must judge according the contradictory principle and
- He must judge according those which has been demanded and only according which it has been demanded .