

## تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دادرسی مدنی تبیین نظریه عمومی

مجید غمامی\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مجتبی اشراقی آرانی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۶/۹ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۲/۹)

### چکیده:

از همان ابتدای دادخواهی که خواهان به تنظیم دادخواست می پردازد تا انتهای آن، زمانی که دادرس رای خویش را انشا می کند طرفین دعوا و دادرس در هیچ مقطعی نمی توانند خود را از تفکیک جهات موضوعی و جهات حکمی بی نیاز بدانند. از سوی دیگر به دلیل روشن نبودن مفهوم امور حکمی و امور موضوعی دعوا و ناتوانی محاکم از تفکیک صحیح آنها از یکدیگر، نظام قضایی ما با مشکلات عدیده از قبیل واگذاری قضاوت به کارشناس، عدم نظارت صحیح دیوان عالی کشور بر اجرای قانون، دخالت دادرس در امور موضوعی دعوا، تغییر سبب دعوا و ... روبرو می باشد. در این مقاله تلاش شده است تا در راستای رفع مشکلات پیش روی نظام قضایی و با اتکا به مطالعات تطبیقی به تمهید نظریه ای عمومی برای تمیز مسائل حکمی از موضوعی در دعوا و ارائه معیاری روشن برای استفاده رویه قضایی پرداخته شود.

### واژگان کلیدی:

حکم، موضوع، امر حکمی، امر موضوعی، امور مختلط حکمی و موضوعی.

### مقدمه

برای حل و فصل خصوصاً مت و صدور حکم قاضی ناگزیر است همواره از سه مرحله در دادرسی مدنی بگذرد؛ ابتدا باید واقع (fact) را احراز کرده سپس حکم قانونی را بر آن منطبق نموده، آن گاه نتیجه را استخراج نماید. این مراحل که به همراه یکدیگر ذهن قاضی را به خود مشغول می‌دارد و قاضی نگران حسن اجرای آن‌ها است و ارزش احکام و تصمیمات او بستگی تمام به رعایت هماهنگی و یکنواختی آنها دارد، یکی بدون دیگری فاقد ارزش قضایی است. چرا که بر فرض، وقایع دعوا کاملاً توسط اصحاب دعوا مطرح شود یا اینکه خود قاضی آنها را به طریقی احراز کند در این صورت تنها حقیقت کشف شده است اما عدالت زمانی اجرا می‌شود که امور حکمی منطبق با وقایع نیز یافت و اعمال گردد.

در این میان، یافتن امور حکمی و موضوعی و تفکیک آنها از یکدیگر همیشه به آسانی صورت نمی‌گیرد و گاه با مسائلی روبرو می‌شویم که نه امر حکمی صرف هستند و نه امر موضوعی، لذا از آنها با عنوان مسائل مختلط حکمی و موضوعی یاد می‌کنند. در این موارد باید تلاش کرد ماهیت این مسائل روشن گردد تا بدین وسیله بتوان آثار مربوط به هر یک از وقایع و احکام را بر آنها بار کرد. اهمیت این مسأله زمانی آشکار می‌شود که بدانیم محور اساسی اصلاح قوانین آیین دادرسی مدنی کشورهای مختلف دنیا مثل فرانسه، کانادا و بعضی از ایالت‌های آمریکا در سال‌های اخیر تمیز مسائل موضوعی از مسائل حکمی بوده است و مقالات و اظهار نظرات متعدد نیز در این زمینه به زبان‌های مختلف نگاشته شده است. در نظام حقوقی ما نیز گرچه در نصوص قانونی در این باره تفصیلی دیده نمی‌شود لیکن در آثار حقوقی نویسندگان از مسائل حکمی و موضوعی در ذیل عناوینی نظیر «اثبات چه امری بر عهده مدعی است»، «موضوع دلیل» یا «تعریف دلیل» بحث شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص ۳۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، ش ۱؛ شمس، ۱۳۸۵، ص ۸۹؛ کریمی، ۱۳۸۶، ص ۲۶). اما هنوز لازم است که به این موضوع به نحو مستقل و با هدف تبیین نظریه عمومی پرداخته شود.

در این مقاله سعی شده است پس از تبیین ارکان دعوا به شناسایی امور موضوعی و امور حکمی و تفکیک آن‌ها از یکدیگر پرداخته و نظریات متعدد را که در این باره وجود دارد بررسی و نظریه جامعی از مجموع آنها ارائه شود. با توجه به سابقه‌ی درخشانی که نظام کامن‌لا در شیوه‌های متعدد تفکیک حکم از موضوع برخوردار است بررسی تطبیقی این مسئله و استفاده از تجربیات نظام مزبور را امری اجتناب‌ناپذیر و مفید دانسته و در عین حال از معیارهای فقهی این تمیز نیز غافل نگشتیم.

## ۱. دامنه مباحث

قبل از هر چیز لازم به ذکر است که تمیز حکم از موضوع تنها در قلمرو حقوق شکلی مطرح نمی‌شود، بلکه نشانه‌هایی از این تفکیک در حقوق ماهوی چه در حقوق مدنی و چه در حقوق کیفری دیده می‌شود. به عنوان مثال در مبحث مربوطه به اشتباهات<sup>۱</sup> این قول مورد پذیرش تمام نظام‌های حقوقی قرار گرفته است که اشتباه در حکم رافع مسئولیت نیست؛ چرا که نظم اجتماع با پذیرفتن ادعای جهل به قانون منافات دارد. این در حالی است که اشتباه در موضوع و به عبارت دیگر اشتباه در نفس عملی که انسان مرتکب آن می‌شود، اصولاً می‌تواند رافع مسئولیت باشد (البته فقط در افعال عمدی؛ از این جهت که در جرایم غیر عمدی شبهه را نشانه بارز بی احتیاطی یا بی مبالائی دانسته‌اند) (اردبیلی، ۱۳۸۳، ص ۹۷-۱۰۵). در نظام معاملات نیز اشتباه در موضوع معامله موجب بطلان عقد است (مواد ۱۹۹ و ۲۰۰ قانون مدنی) و اشتباه در قانون تأثیری در صحت عقد ندارد (البته اگر اشتباه در قانون منجر به اشتباه در خود موضوع معامله گردد باز سبب بطلان عقد می‌گردد) (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۹۳).

در واقع به دلیل بی عدالتی که در اثر اجرای دکترین «جهل به حکم رافع مسئولیت نیست» به بار می‌آید (از قبیل آگاه نشدن بسیاری از مردم از قوانین تصویب شده و مفاد آنها به دلیل کافی نبودن وسایل انتشار قانون و...) حقوقدانان و محاکم بویژه در نظام کامن لا تلاش می‌کنند تا بیشتر اشتباهات را به صورت اشتباهات موضوعی جلوه گر سازند و دیگر آنها را با عنوان اشتباه در حکم تفسیر نمایند<sup>۲</sup> (Isaacs, 1992 p.9).

به هر حال با صرف نظر از مسائلی که در مورد احکام و موضوعات در حقوق ماهوی مطرح می‌شود، از لحاظ تاریخی جایگاه اصلی تمیز حکم از موضوع، آیین دادرسی بوده و قبل

۱. البته تمیز امور حکمی از موضوعی در حقوق ماهوی نه تنها در زمینه اشتباه بلکه در زمینه تدلیس و تقلب و حتی تضمین (warranty) که فروشنده برای بی عیب بودن کالا به عهده می‌گیرد نیز مفید فایده است. مثلاً براساس ماده ۱۲ قانون متحدالشکل بیع کالای امریکا تایید واقعیت توسط فروشنده (affirmation of fact) یک تضمین صریح دانسته شده است به شرط آنکه قصد او برانگیختن طرف به خرید کالا باشد و خریدار نیز به مناسبت همین تضمین کالا را بخرد اما تضمین قانون یا امور حکمی نمی‌تواند مشمول این ماده گردد. البته امور حکمی می‌تواند به صورت تضمین ضمنی در عقد موجود باشد چنانکه این تضمین ضمنی از جانب فروشنده وجود دارد که او حق فروش کالاها را دارا می‌باشد اما اگر به چنین چیزی تصریح شود این تصریح، تضمین محسوب نمی‌شود. در فقه امامیه نیز در مبحث غرور، فقها آن را (ضمان غرور) تنها در موضوعات محقق می‌دانند و کسی که در اثر قصور خود در یادگیری احکام، توسط دیگری مغرور می‌شود حق رجوع به آن شخص را برای مطالبه خسارت وارده به خود ندارد چرا که به ضرر خود اقدام کرده و در نتیجه غار ضامن نمی‌باشد (مراغه‌ای، ۱۴۲۹، ص ۴۸۹).

۲. اینان تا جایی پیش رفته اند که اشتباه نسبت به حقوق قانونی مکتسب یک شخص را، یا اشتباه نسبت به حقوق خصوصی افراد را که در برگیرنده مسائل قانونی است و حتی اشتباه در مورد آثار قانونی قراردادهای منعقد شده را که بیشک امور حکمی محسوب می‌شوند قابل قیاس و شبیه (نه عیناً) امور موضوعی دانسته‌اند. (Isaacs, 1992, p.10).

از هر چیزی برای تقسیم وظایف و مسئولیت ها بین هیات منصفه و قاضی به کار رفته است (Isaacs 1922,p.8;Ellen E. Sward,2005 p p.576-585) و با گذشت زمان موجب بالندگی هرچه بیشتر آیین دادرسی مدنی در زمینه های مختلف شده است، به گونه ای که امروزه ادعا می شود تمایز میان امور حکمی و امور موضوعی پایه و اساس نظام دادرسی را تشکیل می دهد (Zuckerman , 1986 p.1). از طرف دیگر هرچند این تفکیک در آیین دادرسی کیفری نیز مطرح می شود به نحوی که در کیفر خواست علاوه بر توصیف جرم ادعایی علیه متهم (که امر حکمی دعوی عمومی را تشکیل می دهد چرا که توصیف جرم، قانونی را که بموجب آن متهم محکوم می شود معین می کند) بایستی جزئیات و وقایع جرم که منجر به تحقق آن اتهام شده است نیز معین گردد؛ اما نظر به گستردگی مطالب، قلمرو تحقیقی این مقاله تنها به دعوی مدنی اختصاص یافته است. هر چند در پاره ای موارد جهت تبیین بیشتر از مثال های کیفری نیز بهره وافی برده شده است.

## ۲. مفهوم ارکان دعوا

به طور معمول هر دعوا از سه رکن تشکیل می شود: ۱- قاعده حقوقی یا حکمی (law) که دعوا بر آن مبتنی است؛ ۲- واقعیت یا موضوع (fact) که سبب اجرای آن است؛ ۳- نتیجه یا همان چیزی که مدعی به دنبال آن است هر چند احتمال دارد محکوم به بی حقی گردد. از این مسئله حقوق دانان رومی - ژرمنی با تعبیر قیاس قضایی یاد می کنند که کبرای آن قاعده حقوقی است و صغرای آن واقعیت اثبات شده در دعوا و نتیجه آن حکم قاضی است (Marty 1929 p 12). به نقل از هرمزی، ۱۳۸۳، ص ۴۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵، جلد ۱، ص ۷ و ۳۵.

در قانون آیین دادرسی ایران و سایر قوانین به ارکان دعوا یعنی حکم و موضوع اشاره ای نشده است به جز در قانون اساسی که تنها بر سبیل اشاره از حکم و موضوع سخن رفته است. اصل ۱۷۱ قانون اساسی در این باره مقرر داشته است: «هرگاه در اثر تقصیر قاضی در "موضوع" یا در "حکم" یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد...» این نص در ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی نیز تکرار شده است.

اما قانون آیین دادرسی مدنی در این باره ساکت است و تنها در بند ۴ ماده ۵۱ صحبت از "تعهدات و جهاتی" شده است که به موجب آن خواهان خود را مستحق مطالبه می داند و به نوع جهات اشاره ای نکرده است. در مورد فرجام خواهی نیز تنها به تعریف فرجام خواهی اکتفا کرده (ماده ۳۶۶ ق.آ.د.م) و از حکم و موضوع سخنی به میان نیاورده است. این در حالی

۱. این قیاس قضایی به طرز ناخودآگاهی از منطق دانان قرون وسطی تاثیر پذیرفته است (Isaacs , p.2).

است که قانون جدید آیین دادرسی مدنی فرانسه صراحتاً امور حکمی را از امور موضوعی تفکیک کرده است. به طوری که مبحث سوم از فصل اول این قانون به امور موضوعی و مبحث پنجم به امور حکمی اختصاص داده شده است.

### ۳. تفکیک امر حکمی از امر موضوعی در دعوا

#### ۳-۱. امور موضوعی چیست؟

از آنجا که در تعریف و شناختن ماهیت هر مفهوم حقوقی قبل از هر چیز باید هدف از تعریف را مشخص کرد برای شناختن امور موضوعی یا وقایع دعوی، هدف خود را تفکیک و تمایز این امور از احکام و یا امور حکمی قرار می‌دهیم. چرا که گاه وقایع دعوا (facts) در مقابل نظر و یا عقیده (opinion) نیز قرار می‌گیرند (Field, 2004 p.2; Martin, 1998 p183). این تقابل که به ویژه در نظام کامن‌لا در مبحث ادله اثبات دعوا مطرح می‌شود و بر اساس آن عقاید یا نظرات شاهد (شاهد به معنای اعم کلمه که شامل کارشناس، خبره و... نیز می‌شود) (opinion evidence) اصولاً غیر قابل پذیرش هستند.<sup>۲</sup> (Martin, p.323). در حالی که ادله مربوط به وقایع (fact evidence) قابل پذیرش هستند. در نظام حقوقی ایران نیز اصل عدم پذیرش شهادت کم و بیش مورد قبول واقع شده و نویسندگان معتقدند که ظن ناشی از مفاد شهادت به قدرت ظن مشاهده و خواندن سند نیست.<sup>۳</sup> (کاتوزیان، ۱۳۸۵، جلد ۲، ص ۵۱ و ۶۰)

لذا بهتر است از این تقابل صرف نظر کرده و واقعیت را اعم از عقیده یا نظر و واقعیت به معنای خاص که شامل وقایع خارجی است و در برابر حکم و قانون در نظر بگیریم. در این راستا از واقعیت (fact) تعاریف متعدد به عمل آمده است؛ در یک تعریف "موضوع یا واقع" در معنایی بسیار کلی در برابر حکم یا قاعده حقوقی قرار داده شده است و نشانگر تمامی واقعیت‌های مادی، اقتصادی، اجتماعی یا شخصی مورد نظر، صرف نظر از توصیف و پیامدهای حقوقی آن‌ها است؛ مانند پدیده‌های خام و موضوعات مرتبط با نظم قضایی (پور طهماسبی فرد و محسنی، ۱۳۸۴ ص ۷۵).

عده‌ای دیگر نیز واقعیت را در یک معنای موسع و انتزاعی تعریف کرده‌اند و به عنوان یک حادثه در عالم خارج دانسته‌اند که مستقل از رابطه‌ی علی با هر علتی و جدا از هرگونه پیش‌داوری و تنها براساس دانسته شخصی و به صورت کاملاً انتزاعی می‌توان مورد ملاحظه قرار داد (هرمزی، ۱۳۸۳، ص ۲۵). مطابق با این تعریف قاضی واقعیت را به عنوان یک امر انتزاعی، فارغ از

۱. همان‌طور که در حقوق کامن‌لا قانون (law) را نیز در مقابل انصاف (equity) قرار داده‌اند (G Field, 2004, p.2).

۲. البته این قاعده در دعاوی مدنی انگلستان بموجب قانون ادله اثبات مدنی ۱۹۷۲ تا حدودی تعدیل گشته است.

۳. به همین جهات است که فرانسویان نیز شهادت را دلیل نامشخص و مرده (incertain) می‌نامند.<sup>۳</sup>

هرگونه رابطه و آثار حقوقی به روش تجربی و پس از جمع داده ها مورد بررسی قرار می دهد. در کامن لا نیز واقعیت را مسئله ای می دانند که در قانون پیش بینی نشده و یا قانون در مقام بیان به آن پاسخ نداده است.<sup>۱</sup> به عنوان مثال انجام فعل یا ترک فعل موضوع عنصر مادی جرم، یا تاخیر داشتن طرف قرارداد در ساختن ساختمان امر موضوعی است. (Black, 2004, p.1023). به عبارت دیگر «مسئله موضوعی مسئله ای است که آنچه را قانون یا حکم محسوب می شود در بر نمی گیرد»<sup>۲</sup>.

به نظر می رسد که این تعاریف، محدوده ای مشخص را برای مسائل موضوعی تعیین نمی کند. برای مثال وقتی که قاضی در امر مدنی معامله ای را ابطال می کند یا در امر کیفری بین حداقل و حداکثر کیفری را تعیین می نماید، آیا عمل او یک عمل ماهوی و موضوعی است؟ در پاسخ می توان بیان کرد که مسائل موضوعی آن اموری است که واقعه یا عمل حقوقی را آن طور که هست، نشان می دهد و حکم یا ضمانت اجرای مقرر در قانون ناظر به نوع آن مصادیق است اما تصمیم دادگاه درباره اعمال ضمانت اجرای معین درباره موضوع مطروح چون مستلزم یافتن قانون مربوط و منطبق با مسئله است، نمی تواند یک مسئله موضوعی بشمار رود. به عبارت دیگر، تشخیص این مساله که حدود واقعه یا عمل حقوقی مطروحه چیست و ضمانت اجرای متناسب با آن در محدوده ای که در قانون برای نوع آن مسائل ترسیم گردیده، به طور مشخص چه باید باشد در عداد مسائل موضوعی نیست چرا که فرایند قضایی که در نتیجه آن قاضی حکم را تشخیص می دهد در زمره امور حکمی است.

به طور خلاصه می توان گفت هر مسئله ای که محتوای آن بتواند در مورد وجود یک واقعه ای اطلاع بدهد مساله موضوعی است، خواه طرفین دعوا آن را انجام داده باشند یا شرایط محیطی و اوضاع و احوال آن را بوجود آورده باشد به شرط آنکه بررسی محتوای آن مسئله مستلزم ملاحظه ی متون قانونی نباشد (levy, 2005 p.1).

در هر حال، وقایع یا امور موضوعی یک پرونده خاص خواه مورد قبول طرفین دعوا قرار گرفته باشد یا به تایید دادگاه رسیده باشد تحت کنترل و تابع قانون یا امور حکمی قرار نمی گیرد؛ قانون تنها مشخص می کند که چه وقایعی و کدام نوع آنها موجد حق و تکلیف است اما خود این وقایع توسط قانون ایجاد نشده بلکه در جهان خارج و فراتر از قانون وجود داشته و دارند (Zuckerman, p.1-7). به دلیل همین ماهیت ویژه وقایع دعوا است که نویسندگان معتقدند، فرایند کشف حقیقت بایستی فارغ از ملاحظات قانونی بوده و با روش علمی صورت

1-An issue that has not been predetermined and authoritatively answered by the law.  
2- An issue that does not involve what the law is on a given point.

گیرد و حتی عده‌ای از ایشان فرضیه‌ی " نوعی بودن " (assumption of objectivity) را حاکم بر این فرایند دانسته‌اند (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۴؛ Zuckerman p.2; Isaacs p.11) که به موجب آن قانون نباید هیچ دخالتی در یافتن حقیقت داشته بلکه وقایع دعوا بایستی به خودی خود مورد مطالعه قرار گیرند. پیرو همین نظر پیشنهاد شده است از روش‌های تجربی که به نتایج دقیق‌تر در سایر شاخه‌های دانش بشری منجر می‌شود در کشف حقیقت قضایی نیز استفاده گردد تا صحت و دقت آیین دادرسی در این راستا تضمین گردد. (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص. ۱۲۴؛ Isaacs, p.12)

### ۳-۱-۱. انواع موضوعات دعوا

موضوعات دعوا را می‌توان به شیوه‌های مختلف تقسیم بندی کرد: از یک جهت آنها به وقایع اولیه یا اثباتی (factum probans/evidential facts) و وقایع نهایی (factum probandum / ultimate facts) تقسیم می‌شوند. وقایع اولیه موضوعاتی هستند که با هدف اثبات وقایع نهایی به دادگاه عرضه می‌شوند. به عبارت دیگر وقایعی که از آنها وقایع دیگری قابل استنباط و استخراج باشند وقایع اولیه یا اثباتی محسوب می‌شوند (Zuckerman, p.489; A.Martin, p.183). البته نباید چنین فرض کرد که وقایع نهایی که در پرونده وجود دارد بوسیله وقایع خاص و ویژه آن دعوا ثابت شده اند بلکه این وقایع ویژه خود وقایع نهایی محسوب می‌شوند. (Hohfeld, 1966 p.34) بنابراین، اگر در محاکمه‌ی جزایی، فردی متهم به ورود به عنف و سرقت شده باشد، این واقعیت که " او دستانش را داخل پنجره کرده است " دلیل ورود محسوب نمی‌شود بلکه خود، ورود است که یک واقعیت نهایی را تشکیل می‌دهد (Thayer, 1890, p147-153) مهم‌ترین اثر این تقسیم وقایع در مسئله ارتباط (relevance/pertinence) امور موضوعی دعوا مطرح می‌شود که در حقیقت باید میان وقایع اثباتی و وقایع نهایی وجود داشته باشد.

وقایع دعوا را می‌توان از جهتی دیگر نیز به وقایع مادی و اعتباری تقسیم کرد. وقایع مادی مثل این که خواهان ادعا می‌کند که خواننده شیشه‌خانه او را شکسته است و خسارت وارده را تقاضا کند اما وقایع اعتباری که عمدتاً شامل اعمال حقوقی و بعضی از وقایع حقوقی مثل اداره فضولی مال غیر می‌شوند یک واقعیت مادی صرف نیستند بلکه با حقوق درآمیخته شده‌اند؛ مثل آن که خواهان به موجب دعوایی ادعا کند که به موجب عقد قرض مبلغی را به خواننده داده است و تقاضای استرداد آن مبلغ را بنماید. اثر این تفکیک از این قرار است، «که احراز وقایع مادی صرف نظر از حکم قانون‌گذار (قانون ماهوی) صورت می‌گیرد اما احراز وقایع اعتباری بستگی به قاعده حقوقی قابل اعمال دارد و آن قاعده است که به آن واقعه مثل قرارداد معنای حقوقی می‌دهد پس در مقدمه باید دید قانون قابل اعمال چیست تا واقعه احراز

شود؛ در این موارد مسئله قانونی از ماهوی جداکردنی نیست؛ چون در امور اعتباری، تحقق واقعه نیز بستگی به چگونگی اعتبار و اراده اعتبار کننده دارد و تمیز همین اراده گاه مستلزم حل و فصل مسائل حقوقی پیچیده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، جلد ۱، ص ۳۶).

### ۳-۲. امور حکمی چیست؟

ممکن است چنین تصور شود که پس از روشن شدن مفهوم و ماهیت امور موضوعی دیگر شناختن امور حکمی با مشکلی روبرو نیست، اما این تصور در غالب موارد منطبق یا حقیقت نمی‌باشد و حتی در منابع خارجی با این که ادبیات زیادی در مورد تمیز حکم و موضوع وجود دارد بحث کاملاً به تعریف حکم و امور حکمی اختصاص یافته است و اینکه تا چه حد مفهوم حکم گسترش می‌یابد آنگاه هر آنچه باقی می‌ماند امور موضوعی خواهد بود (Zuckerman, p.489). و گاه حتی عنوان مقالات و تالیفات خود را نه "تمیز مسائل حکمی از موضوعی" بلکه صرفاً "مسائل حکمی" قرار داده اند (Endicott, p.1). مثالی که اهمیت تعریف احکام را نشان می‌دهد و در حقوق ما نیز قابلیت اعمال دارد مسئله‌ی "تفسیر اسناد" است. در حقوق کامن لا علی الاصول تفسیر اسناد را یک امر حکمی می‌دانند و آن را به قضات (نه هیات منصفه) واگذار می‌کنند (Fox, p.1; Thayer, p.205; Sward, p. 579).

اما جیمز تایر از زاویه ای دیگر به این مسئله می‌نگرد؛ او معتقد است «که هرچند عجیب به نظر نمی‌رسد تفسیر اسناد را حتی یک امر حکمی محض بدانیم لیکن اگر به فرایند تفسیر توجه کنیم ملاحظه خواهیم کرد که ما بیش از هر چیز به جستجوی قصد نویسنده سند می‌پردازیم آن هم بدون ملاحظه قواعدی که در این باره در قانون وجود دارد؛ و با بررسی جزئیات این کاوش و جستجو بر ما آشکار می‌گردد که بخش عمده این تحقیق نه قابل ارجاع به قانون، بلکه به وقایع دعوا است» (Thayer, p.203).

سایر نویسندگان معتقدند استنباط جیمز تایر در صورتی بجا خواهد بود که ما تعریف او از حکم یا قانون را نیز بپذیریم که در صفحات قبلی همان کتاب ارائه شده است: «منظور از قانون یا حکم، در هر واقعه ای، قاعده یا استانداردی است که اجرا یا اعمال آن بر قاضی تحمیل می‌شود» (Thayer, p.196). و از آن نتیجه گرفته اند که تفسیر سند ممکن است یک امر حکمی یا موضوعی باشد، بر حسب آنکه در این باره قاعده یا استانداردی وجود داشته باشد یا نداشته باشد (Fox, p.2) لذا اگر در یک وصیت نامه یا هبه نامه قید "وراث قانونی" وجود داشته باشد و قاضی از مفاد سند و قصد نویسنده چنین احراز کند که منظور، وراث قانونی به معنای اخص

۱. هر چند عده ای علت حکمی دانستن تفسیر اسناد را آن دانسته اند که غالباً بعضی از اعضای هیات منصفه توانایی خواندن نداشته اند و برای پرهیز از این مشکل و واگذاری آن به قضات آن را امر قانونی شمرده اند (Thayer, p.205).



کلمه نمی‌باشد بلکه چیزی متفاوت از آن است، این یک مسئله موضوعی بوده و قابل نظارت توسط دیوان عالی کشور نخواهد بود؛ چرا که با این تفسیر قاضی ماهوی از اجرای قوانین مربوط به ارث فرار کرده است.<sup>۱</sup>

به هر ترتیب امور حکمی (question of law) چنین تعریف شده است: «امر حکمی» امری است که در رابطه با کاربرد و اجرا یا تفسیر قانون توسط قاضی مورد اخذ تصمیم واقع می‌شود» (Black, p.1024). مطابق با این تعریف مسائل تفسیری که در برگیرنده معنا و مفهوم قوانین و یا سایر متون حقوقی (مثل ارای دادگاه‌ها) باشند و مستلزم بررسی و ارزیابی وقایع یک پرونده خاص نباشند امور حکمی محسوب می‌گردند (Levy, p.3). در تعریف دیگری امر حکمی به مسئله‌ای تعریف شده است که «خود قانون در مقام بیان پاسخ آن را داده است به طوری که دادگاه نمی‌تواند به تشخیص خود در آن مورد تصمیم بگیرد». بر اساس این تعریف هر امری که پاسخ مشخص در قانون دارد مسئله‌ای حکمی به شمار می‌آید. اما هر چند مسئله اخیر قطعاً یک امر حکمی محسوب می‌شود اما بیانگر تمام مصادیق امر حکمی نیست؛ چون اگر همیشه حکمی بودن مسائل به این وضوح و صراحت بود دیگر اشکالی در تبیین نظریه عمومی پیش نمی‌آمد؛ مثلاً بدیهی است که تعیین عناصر جرم قتل یک مسئله قانونی به شمار می‌رود و این مسئله که آیا متهم در زمان ارتکاب جرم در محل حاضر بوده است یا نه یک مسئله موضوعی است. تردید زمانی شروع می‌شود که در جریان اجرای این قواعد با سولاتی از این قبیل روبرو شویم «آیا رفتار متهم به اندازه کافی با عملیات اجرایی جرم قصد شده ارتباط مستقیم داشته است تا شروع به جرم واقع شده باشد؟» و مثال‌های متعدد دیگر که در شماره بعد تفصیل آن خواهد آمد.

برای تکمیل تعاریف پیشین باید گفت مسائل حکمی «آن دسته از مسائلی است که در موضع قضا از اراده و تصمیم قاضی در مقام اجرا، یا تفسیر قانون ناشی می‌شود به گونه‌ای که قاضی در مقام بررسی آن مسئله ملزم به رعایت یک استاندارد (حتی اگر یک هنجار عرفی باشد به شرط آنکه قانون به آن ارجاع داده باشد مثل ماده ۲۲۴ قانون مدنی در مورد معانی الفاظ عقود یا مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ همان قانون در مورد تقصیر)، مقررات قانونی، اصل یا قاعده حقوقی باشد، در مقابل تعریفی که برای مسائل موضوعی ارائه شده و آن را منتج از اراده و عمل طرفین دعوا یا شرایط حادثه می‌داند».

۱. بهر حال این مسئله مورد مناقشات بسیار قرار گرفته است و بر این نظر انتقاد شده است که در هر شرایطی قانون راه حل مسایل را ارائه کرده است و پیش فرض ما در اجرای عدالت و وجود یک سری قوانینی است که اجرای آنها بر قضات تحمیل می‌شود. (Fox, p.3-7) از طرف دیگر علت حکمی دانستن مسئله تفسیر اسناد نه وجود قانون بلکه این تئوری است که لغات موجود در یک صفحه معانی حقوقی تغییر ناپذیر دارند. (Sward, p.579).

انری موتولسکی امر حکمی را متشکل از دو عنصر شناخته است: ۱- پیش فرض؛ ۲- اثر حقوقی. پیش فرض مرکب از عناصر واقعی و عینی است که بنا به فرض، قاعده حقوقی بر آن اعمال می‌شود؛ مثل تقصیر که سبب ورود خسارت به دیگری است و دادرس باید وقایع را با پیش فرض قاعده حقوقی مناسب تطبیق دهد و بعد از آن اثر حقوقی آن قاعده را بر آن اعمال کند (Motulsky, 1973 p.87).

### ۳-۳. امور مختلط حکمی و موضوعی (Mixed questions of law and fact)

مسائلی که نه امر موضوعی خالص هستند نه امر حکمی محض به مسائل مختلط حکمی و موضوعی تعبیر شده‌اند (Black, P.1024). در حقیقت مسائل بسیاری در دعوا هستند که در برگیرنده آمیزه‌ای از مسائل قانونی و ماهوی هستند. در حقوق انگلستان و امریکا این مسائل را به عنوان امور موضوعی در نظر می‌گیرند و به هیات منصفه واگذار می‌کنند تا مورد اخذ تصمیم واقع شوند، هر چند که این قبیل مسائل به وسیله استاندارد *clearly erroneous* حمایت نمی‌شوند و در قلمرو نظارت پژوهشی واقع نمی‌شوند<sup>۱</sup> (Endicott, p.8). این در حالی است که فلسفه تاسیس امور مختلط حکمی و موضوعی افزایش حوزه نظارتی دیوان عالی کشور در رسیدگی به مسائلی بود که امور حکمی محض نبودند و پیش از این در صلاحیت دیوان در رسیدگی به آنها اختلاف نظر وجود داشت (Endicott, p.8)<sup>۲</sup>.

به هر جهت مسائل مختلط حکمی - موضوعی غالباً به صورت مسائل موضوعی به نظر می‌رسند ولی در عین حال دارای بافت و زمینه حقوقی نیز هستند. به عنوان مثال در نظام مسئولیت مدنی این مسئله که "آیا رفتار عامل ورود زیان بر خلاف رفتار انسان متعارف و معقول در همان شرایط حادثه محسوب می‌شود یا نه و به عبارت دیگر رفتار او تقصیر محسوب می‌شود یا نه" امر مختلط حکمی - موضوعی محسوب می‌شود (Swards, p.580)؛ از یک طرف معیار عرفی در زمان ها و مکان های متفاوت و با توجه به شرایط حادثه تغییر پذیر است و ضابطه و استاندارد مشخص وجود ندارد (به دلیل همین مبهم بودن معیار رفتار انسان

۱. در دادگاه های تجدید نظر کشورهای نظام کامن لا، شیوه ی رسیدگی در مورد مسائل حکمی و موضوعی متفاوت است به گونه ای که مسائل حکمی مطابق استاندارد *de novo* و مسائل موضوعی بر اساس استاندارد *clearly erroneous* مورد بررسی قرار می‌گیرند (برای توضیح بیشتر رجوع شود به ش ۵-ی).

۲. با وجود این برخی از نویسندگان چنین اختلاطی را رد کرده اند و می‌گویند هیچ مسئله‌ای حقیقت و قانون را مخلوط نمی‌کند، بلکه این مسائل مربوط به استنباط قانونی از وقایع یا کار برد قانون در مورد وقایع است. در هر حال در نظام حقوقی انگلستان عقیده‌ای وجود دارد که یک دادگاه نمی‌تواند مسائل مختلط حکمی و موضوعی را پذیرا باشد و در یک رای در دادگاه عالی انگلستان در سال ۱۹۸۴ آمده است که دادگاه عالی صلاحیت رسیدگی به مسئله مختلط حکمی و موضوعی را ندارد تا اینکه آن اختلاط تصفییه و تجزیه شود و یک مسئله حکمی محض بیرون آید ( *o'kelly V. trust* ) (Walters&J (Papilion,2000,p.22 از *house P.L.C[1984].B 90 per Lord Donaldson*).

متعارف است که قاضی در نهایت به وجدان خود مراجعه و در واقع خود را در همان شرایط حادثه قرار می دهد.) و از این جهت می توان آن را مسئله موضوعی دانست. از طرف دیگر نظام های حقوقی دنیا تجاوز از رفتار انسان متعارف را به عنوان معیار تقصیر پذیرفته اند که نوعی بودن این معیار خود استاندارد را برای افراد جامعه معین کرده است و اکثر قوانین کشورها نیز به این معیار تصریح کرده اند (U.S.A, 1965, s.283, second restatement of torts مواد ۹۵۱-۹۵۳ قانون مدنی ایران و...) که این جنبه حکمی بودن تقصیر را می رساند و در نتیجه یک امر مختلط حکمی و موضوعی حاصل می شود.<sup>۱</sup>

از آنجا که وظیفه ما در برخورد با امور مختلط، تجزیه و انحلال آن به یک امر حکمی یا امر موضوعی می باشد، تا بتوان آثار مربوط به هر یک از این دو دسته را بر آنها بار کرد باید دید تقصیر عامل زیان در کدام یک از این دو گروه قرار می گیرد. در حقوق کامن لا با موضوعی دانستن مسئله تقصیر آن را در صلاحیت هیات منصفه قرار داده اند و این اعطای صلاحیت را چنین توجیه کرده اند که درباره مفهوم تقصیر ملاک مشخص و معینی در قانون یا رویه قضایی وجود ندارد و این وجدان انسان های متعارف است که ملاک ارزیابی تقصیر قرار می گیرد، لذا اعضای هیئت منصفه که نماینده اقلشار مختلف و متنوع جامعه هستند بهتر از قاضی می توانند در این باره داوری نمایند چون آنها با استانداردهای رفتار متعارف در گروه های مختلف جامعه آشنایی بیشتر دارند (Fox, p.551; Walters, p.1167).

اما نظام حقوقی کشور ما علی رغم پذیرش معیار «تجاوز از رفتار انسان متعارف در شرایط حادثه» برای تقصیر به نتیجه متفاوتی رسیده است؛ در واقع نویسندگان با استناد به مواد ۹۵۱ الی ۹۵۳ قانون مدنی که معیاری نوعی و عرفی برای تقصیر برگزیده است مسئولیت جبران خسارت را مکافات قانون شکنی دانسته اند و چنین فرض کرده اند که شخص مسئول به قانون تجاوز کرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج اول، ص ۳۵۶-۳۶۱). آنها داوری درباره معیار تقصیر را به منزله جستجوی قانون حاکم بر دعوا و در نهایت یک امر حکمی و قابل بازرسی در دیوان عالی کشور پنداشته اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج اول، ص ۳۶۱) در حقوق فرانسه نیز از نظر اخیر تبعیت شده است و دیوان عالی این کشور در رای مورخ 15/4/1873 اعلام کرده است تقصیر یا بعبارت دیگر تمیز خطا از صواب یک امر حکمی است و در نظارت دیوان عالی کشور قرار دارد (به نقل از منبع پیشین).

۱. طرح سوم مسئولیت مدنی امریکا (۲۰۰۱) صراحتاً معیار تقصیر یا همان رفتار انسان متعارف در شرایط حادثه را امر مختلط حکمی موضوعی دانسته است و در نهایت آن را به امر حکمی کاهش داده است (Swards, p.581).

### ۳-۴. نظریات رایج برای تفکیک امرحکمی از امر موضوعی

#### ۳-۴-۱. نظریه واژگان متداول (ordinary words)

مطابق این دیدگاه مسائل مربوط به لغات متداول بین مردم (ordinary words) مسائل موضوعی هستند. در دعوایی در انگلستان (Cozen V.Brutus.1973)<sup>۱</sup> بر سر اینکه آیا رفتار متهم توهین آمیز محسوب می‌شود و در نتیجه او مجرم است یا نه بین قضات دادگاه بخش و قضات دادگاه صلح اختلاف شده بود که این مسئله یک مسئله موضوعی است یا اینکه مسئله حکمی بشمار می‌رود. قاضی رید (Reid) آن را با این استدلال که: «معنای یک لغت پیش پا افتاده و معمولی انگلیسی یک مسئله حکمی نیست». مسئله را موضوعی دانست که این رای پس از آن به صورت نظریه درآمد (Endicott, p.7) اما این نظریه جامع و مانع به نظر نمی‌رسد، نه به دلیل این که چنین چیزی (لغات متداول و عادی با معانی متداول و عادی) وجود ندارد، بلکه به این دلیل که ممکن است همین لغات عادی و پیش پا افتاده در معانی خاصی استعمال شوند و همیشه ممکن است چنین سوالی پیش آید که آیا قانون گذار از آن لغت معنایی غیر از معنای لغوی و عرفی آن اراده کرده است یا نه؟ برای همین بعضی از طرفداران این نظریه آن را اصلاح و افزوده‌اند مفهوم واژگان عادی و متداول یک مسئله موضوعی است اما مفهوم واژگانی که در مواد قانونی استعمال شده است یک مسئله حکمی است و نیاز به تفسیر قانونی دارد (Endicott, p.8).

#### ۳-۴-۲. نظریه قابلیت پاسخ به طرق متعدد (problem capable of decision either way)

این نظریه به موجب دعوای (Inland commissioners V. scott Breweries ltd) به عرصه ظهور آمد، که در این دعوا خواهان مدعی بود که دکوراسیون موجود در هتل پرداخت کننده مالیات بنابر قانون مالیات سال ۱۹۷۱ گیاه محسوب می‌شود یعنی موضوع اختلاف را با ارجاع به امر حکمی تعیین کرده بود تا به آن مالیات مربوطه تعلق نگیرد، اما قاضی دادگاه چنین حکم صادر کرد که مسئله ای که با هر روشی قابل تعیین باشد یک مسئله موضوعی است و نیازی به ارجاع به حکم قانون ندارد (Endicott, p.8). مطابق با این تئوری یکی از نشانه های موضوعی

۱. قضیه از این قرار بود که شخصی به نام دنیس بروتوس که یک فعال ضد اپارتاید بود وارد زمین فوتیبال شده و با پرتاب اعلامیه در جای زمین در میان بازیکنان قرار می‌گیرد؛ پلیس او را دستگیر و با اتهام رفتار توهین آمیز بر اساس قانون نظم عمومی ۱۹۳۶ (از آنجا که رفتار او احتمال نقض صلح نیز داشته است) روانه زندان می‌کند. در اینجا قضات دادگاه صلح سه مسئله را از هم تفکیک کردند: ۱- بروتوس در زمین فوتیبال چه کرد؟ (مسئله موضوعی) ۲- جرم او چیست؟ (مسئله حکمی) ۳- آیا رفتار بروتوس توهین آمیز بود؟ بحث بر سر این سوال اخیر بود که آیا یک مسئله حکمی است یا موضوعی؛ چون دادگاه بخش تنها صلاحیت استماع استیناف در مورد مسائل حکمی را دارا بود (Endicott, page.2).

بودن یک مسئله آن است که می توان به طور صحیح به طرق متعدد آن را تعیین کرد به گونه ای احتمال صحیح بودن تمام پاسخ ها وجود داشته باشد. اما مسائلی که تنها پذیرای یک پاسخ هستند مسائل حکمی به شمار می آیند.<sup>۱</sup>

این نظر در دعوی ورشکستگی *Edwards V. Bairstow, 1955* نیز پذیرفته شد و قاضی ردکلیف *Radcliffe* در مسئله تفسیر واژه "تجارت" چنین اظهار نظر کرد «که واقعیات یا امور موضوعی هر تصمیم و تعریفی را کمابیش می پذیرند» و در نهایت تجارت را یک امر موضوعی به شمار آورد. بنابراین، امور موضوعی ممکن است نزد هر قاضی با توجه به اوضاع و احوال موجود، مورد توصیف و تصمیمات متفاوت واقع شوند. اما امر حکمی در پرونده های متعدد مورد اخذ یک تصمیم و تعریف واقع می شود یعنی مسئله قانونی در هر حال مستلزم یک پاسخ است (*Zuckerman, p.493*).

این نظریه مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته است (*Zuckerman, p.494*)؛ اینکه آیا یک فعالیت خاص به عنوان تجارت محسوب می شود هرگز نمی تواند خالی از ملاحظات قانونی باشد و با صرف مراجعه به وقایع معین گردد. در واقع سؤالاتی از این قبیل که آیا یک فعالیت تجارت محسوب می شود یا یک عمل خاص با سوء نیت است یا منجر به رفتار توهین آمیز می گردد فقط می تواند یک مسئله حکمی به شمار روند؛ زیرا آنها مرتبط با تعیین وقایعی هستند که قانون ممنوع می دارد.

### ۳-۳-۳. نظریه منطقی نوع استنباط (inference)

به موجب این نظریه برای تفکیک حکم از موضوع از معیار استنتاجی - استنباطی (*inferencial criteria*) استفاده می شود؛ خلاصه کلام آنست که مسائل ماهوری و موضوعی مسائلی هستند که نیاز به فهم استقرایی (*inductive inference*) دارند و مسائل حکمی آنهایی هستند که نیاز به استنباط قیاسی (*deductive inference*) دارند. (*Kirgis, 2006, p.20*) برای مثال در استنتاج قیاسی با این مسئله روبرو هستیم: هرکس عمدا و عدوانا کسی را بکشد مجرم است - الف عمداً و عدواناً ب را کشته است پس الف مجرم است. همان طور که می بینید نتیجه قیاس از خود مقدمات آن به دست می آید و به هیچ حدس و گمان و احتمالی در مورد جهان خارج از اطلاعات موجود در مقدمه نیاز ندارد. در مثال فوق نیز وقتی قاضی تعریف قانونی قتل را می داند و نیز می داند که الف عمداً و عدواناً ب را کشته است، این نتیجه که الف مجرم است بدون هیچ حدس و گمان و تفکری از وقایع عالم خارج به دست آمد. در حالی که استنباط

۱. همان طور که در تعریف امور حکمی دیدیم اموری هستند که پاسخ مشخصی در قانون دارند و این نظریه نیز از همین تعریف نشأت گرفته است.

استقرایی نیاز به حدس و تفکر در مورد وقایع مشاهده نشده یا شرایط موجود در جهان خارج دارد و نتیجه استدلال حدس و گمانی را ایجاد می کند که خارج از مقدمات آن است اما در مورد مسائلی است که ما با مشاهده بیشتری توانیم آن را پیدا کنیم.

پس این استنتاج که الف قصد داشت ب را بکشد پس الف احتمالاً ب را کشته است یک استنباط استقرایی است چون متضمن حدس و گمان است (Kirgis.p.30). بنابراین، مسائل موضوعی مسائلی هستند که قاضی علاوه بر اطلاعاتی که در ذهن خود از معاملات یا وقایع دعوا دارد برای فهم آنها نیاز به کسب اطلاع بیشتر از پدیده های جهان خارج دارد. این یعنی استفاده از استنباط استقرایی؛ که در زمینه حقوق برای رسیدن به سه نوع نتیجه ی اساسی به کار می رود: ۱- این نتیجه که یک وضعیت یا حادثه در گذشته یا حال اتفاق افتاده یا در حال رخ دادن است. در حقیقت امر، اصطلاح حوادث (events) یا وضعیت (conditions) برای بیان تمام پدیده هایی به کار می رود که عملاً در جهان رخ می دهد و شامل هویت اشیا یا اشخاص، پدید آمدن حوادث فیزیکی یا افعال بشری، حالات روانی و روابط علی معلولی می شود. ۲- این نتیجه که یک حادثه یا وضعیت در آینده احتمالاً رخ خواهد داد. ۳- این نتیجه که یک حادثه فرضی یا وضعیت فرضی احتمالاً رخ می دهد اگر مجموعه ای از اوضاع و احوال مساعد بوجود آید که این استدلال به جمله شرطی متقابل معروف است. اما مسائل حکمی آنهایی هستند که قاضی بر اساس اطلاعاتی که در ذهن خود دارد می تواند در مورد آنها حکم صادر کند.

### ۳-۴-۴. نظریه فقهی تفکیک حکم از موضوع

فقها و حقوق دانان اسلامی نیز در بعضی از تالیفات خود در مورد حکم و موضوع بحث کرده اند. یکی از فقها حکم را چنین تعریف می کند: "حکم شرعی قانونی است که از طرف خداوند برای نظم بخشی به زندگی انسان و هدفمند کردن آن وضع شده است" (الصدر، ۱۹۷۸، ص ۶۵). از نظر فقها خداوند با توجه به این که عالم به مصالح و مفاسد زندگی انسان است در همه زمینه ها تشریح کرده است و هیچ موضوعی نیست که خداوند برای آن وضع حکم نکرده باشد. برخی احکام بر موضوعات عرفی وارد شده اند و بعضی دیگر بر موضوعات شرعی. سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا این موضوعات با مفهوم امر موضوعی در حقوق منطبق هستند؟ و یا از آنجا که هر یک از آن موضوعات (عرفی یا شرعی) دارای احکامی از لحاظ ایجاد یا آثار در شرع می باشند با امر حکمی قرابت بیشتری دارند؟ به نظر می رسد تنها موضوعاتی از احکام که تشخیص آنها بر عهده عرف یا خبرگان در هر امر واگذار شده است و بر حسب زمان و مکان و درجه تمدن هر مملکت متفاوت هستند منطبق با امر

موضوعی در بحث ما می باشد از قبیل؛ فقر، مثلی و قیمی بودن اشیاء، غبن و عیب مورد معامله، نفقه اقارب یا میزان مهرالمثل.

فقها در هنگام اثبات نیز بین اثبات حکم و اثبات موضوع قائل به تمایز هستند و آن را تحت عنوان شبهه حکمی و شبهه موضوعی مورد مطالعه قرار می دهند. در شبهه حکمی، حکم شرع بر ما معلوم نیست اما در شبهه موضوعی حکم شرع مشخص است و در مورد این که موضوع خارجی از مصادیق حکم شرعی است یا خیر تردید وجود دارد (محمدی، ۱۳۸۵، ص ۳۰۲).

در این که شبهه حکمی منطبق با بحث ما در امر حکمی است تردیدی نیست. اما آیا می توان گفت شبهه موضوعی در تمام موارد آن یک مسئله موضوعی است، مثلاً در جایی که به دلیل روشن نبودن مفهوم غرر (شبهه مفهومی از نوع شبهه موضوعی) تردید به وجود آید که معامله ای که واقع شده غرری است یا نه، به نظر نمی رسد که یک امر موضوعی باشد. (چرا که غرر از جعلیات شارع است و تنها عالمان به احکام اسلامی یا حقوق دانان از مفهوم آن آگاهی دارند و با توجه به تعریفی که از امر حکمی ارائه دادیم و حاصل نظریات پیشین به امر حکمی بیشتر قرابت دارد تا امر موضوعی.) در مبحث استصحاب نیز از جهت مستصحاب، که ممکن است حکم باشد یا موضوع، از استصحاب حکمی و استصحاب موضوعی بحث شده است.

### ۳-۴-۵. انتخاب نظریه

در تالیفات نویسندگان، نظریات متعدد برای تمیز حکم از موضوع ارائه شده است (مثل نظریه ارزیابی امور بر اساس ضرورت مداخله یا عدم مداخله حقوقدان<sup>۱</sup>). که به جهت رعایت اختصار و اعتبار علمی از طرح همه آنها خودداری و تنها به شرح نظریاتی پرداخته شد که از مقبولیت جهانی برخوردار بوده و هر روزه در رویه قضایی کشورهای مختلف دنیا بدانها استناد می شود؛ بعضی از این نظریات هم مثل "لغات متداول بین مردم" تنها در مواردی کاربرد دارد که نزاع بر سر تفسیر یک واژه مثل "تقصیر" باشد و استخراج یک نظریه کلی از آن ممکن نیست.

۱. مطابق با این نظریه مسائل حکمی مسائلی هستند که درک و فهم صحیح از آنها نیاز به استمداد از عالم حقوق (trained lawyer) دارد، اما مسائل موضوعی اموری هستند که توسط افرادی غیر از عالم حقوق نیز قابل درک است. (Endicott, p.7) به عبارت دیگر مسائلی که در صلاحیت قانونگذار و مفسرین قانون یعنی قضات و حقوقدانان است امر حکمی و مسائلی که احراز آنها در صلاحیت مراجع دیگر مثل کارشناس و خیره و ... است امور موضوعی را تشکیل می دهند (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۸۰). ایراد این تئوری علاوه بر غیر حقوقی بودن آن این است که فهم بسیاری از واژگان که در متون قانونی به کار رفته است از قبیل تجارت، نگهداری، معامله و... به اسانی توسط عوام نیز قابل درک هستند در حالی که مسئله حکمی محسوب شده و دیوان عالی نیز صلاحیت تفسیر قانون و تمام اجزاء و ترکیبات آن را در حیطه خود می داند. این نظریه در رویه قضایی نیز مطرود مانده است (Endicott, p.8).

نویسندگان ما نیز در مواردی به این مسئله توجه کرده اند و گزاره های حاوی امور موضوعی را گزاره هایی دانسته اند که "است دار" هستند چون خبر از وقوع رویدادی می دهند اما گزاره های حاوی امور حکمی را گزاره هایی می دانند که "باید دار" هستند (جعفری تبار، ۱۳۸۳، ص ۴۱). این روش نیز که به صورت و ظاهر مسئله توجه دارد مشخصاً مسائل حکمی را از مسائل موضوعی متمایز نمی کند؛ چرا که بدیهی است امور موضوعی وقایعی هستند که در عالم خارج وجود دارند (هستند) مثلاً شخصی شیشه خانه کسی را شکسته است، عقد بیعی را منعقد کرده است و... اما این چیزی جز تعریف واقعیت (fact) نیست مسائل حکمی نیز از آنجا که مقنن احکام را به صورت آمرانه بیان می کند باید دار هستند، اما همیشه مسائل به این سادگی و به صورت "است دار" یا "باید دار" مطرح نمی شوند تا بتوان احکام را از وقایع تمیز داد؛ مشکل ما همین است که کدام یک باید دار هستند و کدام یک است دار.

با وجود این، به نظر می رسد نظریه منطقی نوع استنباط (استفاده از استقراء برای تشخیص امور موضوعی و قیاس برای بیان امور حکمی) بهترین روش برای تفکیک مسائل حکمی از موضوعی باشد. چرا که مبنای استدلال استقرایی حدس و گمان است و این حدس و گمان در مورد حوادث و پدیده هایی بکار می رود که در گذشته احتمالاً رخ داده یا در حال رخ دادن است یا در آینده رخ خواهد داد. در حقیقت امور موضوعی همین حوادث، رویدادها و وضعیت های مادی و اعتباری هستند که افعال بشری، حالات روانی، حوادث فیزیکی یا طبیعی و روابط علی - معلولی را شامل می شوند. از این روست که عقود و ایقاعاتی که در پرونده ادعا یا اثبات شده اند بیانگر امور موضوعی هستند چرا که شامل رفتار، موقعیت و حالت روانی طرفین (قصد و اراده) می شوند و از آن عناصر بوجود آمده اند؛ بنابراین، ارتباط منطقی مستقیمی با طرفین دعوا دارند. اما در استدلال قیاسی، قاضی یا هر کس دیگری که در مقام اخذ تصمیم است با توجه به اطلاعات و برداشتی که خودش از قانون، عدالت و انصاف در ذهن دارد در مورد مسائل تصمیم گیری می کند بنابراین آن مسائل، مسائل حکمی هستند. همچنین اگر قاضی در مقام یافتن قصد قانون گذار در مورد مسئله خاصی باشد هر چند حکمی در آن باره در قانون وجود نداشته باشد به بررسی یک مسئله حکمی می پردازد چون تنها بر اساس اطلاعات و دانشی که در ذهن خود دارد تصمیم میگیرد بدون آنکه نیاز به کسب اطلاعات بیشتر در مورد وقایع جهان خارج داشته باشد. حال اگر تردید بوجود آید که این مسئله که "ضرر چیست و مصادیق آن کدامند و آیا عدم النفع نیز ضرر محسوب می شود؟" یک مسئله موضوعی است یا قانونی؛ بیشتر حقوقدانان آن را یک مسئله موضوعی دانسته اند با این استدلال که در قانون ضرر تعریف نشده و حکمی در مورد آن و مصادیق آن وجود ندارد، اما با توجه به معیار انتخاب شده، بایستی قائل به حکمی بودن این مسئله بود، زیرا یافتن ماهیت



ضرر به برداشت ما از عدالت و انصاف باز می‌گردد و چیزی است که آثار متفاوتی بر حسب گزینش هر پاسخ بر جامعه باقی می‌گذارد.

### ۳-۴-۶. انتقاد از نظریه تفکیک حکم از موضوع

عده ای از نویسندگان تفکیک حکم از موضوع را از اساس مورد انتقاد قرار داده و معتقدند که مفاهیمی همچون حکم و موضوع قابل تمیز و تفکیک نیستند چرا که واقعیات یا موضوعات حقوقی خود ساخته و پرداخته قانون یا احکام است و این قانون است که شرایط تحقق آنها را معین می‌کند؛ واقعیات هنگامی ارزش حقوقی می‌یابند که قانون وجود آنان را به رسمیت بشناسد لذا در طرح مسئله موضوع و حکم با یک تقابل روبرو هستیم (هرمزی، ۱۳۸۳، ص ۵۶)

این عقیده امروزه بویژه در گرایش حقوق اداری در کامن لا رایج شده است که می‌گوید غیرنافع و غیرممکن و چه بسا خطرناک است که بپرسیم چه مسائلی حکمی و چه مسائلی موضوعی هستند بلکه به جای آن قضات باید ملاحظه نمایند چه مسئله ای مفید است تا ما به عنوان مسئله حکمی یا ماهوی با آن برخورد کنیم (Endicott, p.1) حتی عده ای تا بدانجا پیش رفته اند که تفکیک حکم از موضوع را در نهایت موجب تخطی از قانون دانسته اند و معتقدند که در این حالت تنها استبداد و خود رایی است که می‌تواند دعوا را حل و فصل کند. اینان از قبیل "زنی"، حقوقدان بلژیکی می‌گویند: «تفکیک حکم از موضوع شیوه آسانی برای طفره رفتن از حل مسئله است»<sup>۱</sup>.

شاید بهتر باشد که مسئله را به این نحو مطرح کنیم که بین مسائل حکمی و موضوعی نوعی وابستگی درونی وجود دارد و در عمل نمی‌توان بین حقوق و واقعیت یک تمایز خشک قائل شد. در حقیقت مسایل موضوعی یا حکمی همواره به اسانی قابل تشخیص نیستند بلکه وجود مسائل مختلط و دشواری تمیز و تجزیه امور حکمی از موضوعی، بعضی از صاحب نظران را به جای حل مشکل به پاک کردن صورت مسئله واداشته است. از طرف دیگر با ملاحظه ی سخنان و عقاید حقوقدانان فوق الذکر شاید بتوان علت انتقاد این دسته از حقوقدانان از تفکیک حکم و موضوع را ترس ایشان از نقض قانون و رواج بی عدالتی در رویه قضایی دانست؛ (چرا

۱. لوران، حقوقدان مشهور فرانسوی نیز معتقد است «این واقعیات نیستند که بر جهان حکومت می‌کنند بلکه این قانون و عدالت است که بر دنیا حکومت دارد و هرگاه یک موضوع حتی اگر جهانی بوده، اگر مخالف قانون باشد باید از بین برود» (هرمزی، ص ۵۷).

که به علت تسلط طرفین دعوا بر امور موضوعی آن، دیوان عالی توانایی بازرسی تمام جزئیات پرونده را نداشته و حسن نظارت بر اجرای صحیح قانون محقق نخواهد شد.

#### ۴. نتیجه مباحث

از مجموع مطالب پیشین اهمیت مسائل موضوعی و حکمی و ضرورت تفکیک آنها از یکدیگر بیش از پیش روشن گردید. از طرف دیگر به این نکته نیز پی بردیم هر چند این مسائل و تمیز آنها در ظاهر و تئوری آسان به نظر می‌رسد اما در عمل با دشواری‌های پیچیده‌ای در تفکیک آنها روبرو می‌شویم، به گونه‌ای که هنوز نظام‌های حقوقی دنیا نتوانسته‌اند به ملاک منسجم و مستحکمی دست یابند که در تمام زمینه‌ها و موارد کاربرد داشته باشد؛ به عنوان مثال دیوان عالی ایالات متحده آمریکا در ادوار مختلف با تفسیر متفاوت از اصلاحیه هفتم قانون اساسی این کشور همواره از رویه قبلی خود در معیار تمیز امور حکمی از موضوعی و یا تقسیم صلاحیت‌ها بین قضات و هیات‌های منصفه عدول و معیار جدیدی را پیشنهاد کرده است.

در این راستا تلاش کردیم تا معیاری را برای تمایز امور حکمی از موضوعی ارائه دهیم که با توجه به آثار مختلف آن بتواند قابلیت اجرایی لازمه را دارا باشد، لذا امور موضوعی را اموری دانستیم که ما را از وجود یک واقعه آگاه سازد، خواه طرفین دعوا آن را انجام داده باشند، یا شرایط محیطی و اوضاع و احوال آن را بوجود آورده باشد، به شرط آنکه؛ اولاً؛ بررسی محتوای آن مسئله مستلزم ملاحظه‌ی متون قانونی نباشد و ثانیاً؛ منظور از بررسی تنها کشف حقیقت باشد، بدون آنکه استاندارد یا قاعده‌ای عرفی یا اخلاقی یا حقوقی بر آن فرایند حاکم باشد. در مقابل مسائل حکمی، مسائلی هستند که در مقام قضا از اراده و تصمیم قاضی از اجرا یا تفسیر قانون ناشی می‌شود و قاضی ناگزیر از رعایت استاندارد یا هنجار یا قاعده حقوقی بخصوصی می‌باشد و یا تصمیم قاضی ارتباط مستقیمی با عدالت و انصاف داشته باشد به گونه‌ای که بر حسب گزینش هر تصمیم آثار متفاوتی نه تنها بر طرفین بلکه بر جامعه باقی می‌گذارد. بنابر این به عنوان مثال فرایند تفسیر ادله و اسناد از آنجا که به منظور کشف حقیقت حادثه یا قصد مشترک طرفین عمل حقوقی می‌باشد یک امر موضوعی بوده و تنها در محدوده‌ای که قاعده یا اصل یا استاندارد حقوقی یا رفتاری خاصی (مثل ماده ۲۲۴ ق.م) بر آن حاکم باشد امر حکمی محسوب و قابل بازرسی بوسیله دیوان عالی محسوب می‌شود.

بهر حال دشواری تفکیک این امور از یکدیگر سبب شده است نظام‌های حقوقی مختلف با توجه به اهدافی که از تفکیک این امور دارند در مواردی امر حکمی را در حکم امر

موضوعی قرار داده یا بالعکس امر موضوعی را در حکم امر حکمی بگذارند. مثلاً در بحث ادله اثبات دعوا که موضوع آن علی القاعده امور موضوعی است به دلایلی مثل عدم آگاهی قاضی از قانون خارجی یا عرف، این دو مورد را امور موضوعی دانسته و تکلیف اثبات آنها برعهده مدعی آن است نه قاضی. یا در بحث صحت اسناد و مدارک مبنای رای دیوان عالی علی رغم موضوعی بودن این امر بر این جهت نظارت دارد. حتی در نظام کامن لا نیز با اینکه موضوعات در صلاحیت هیات منصفه و احکام در صلاحیت انحصاری قضات است، در مواردی هیات منصفه به امور حکمی و قضات به امور موضوعی رسیدگی می‌کنند. از سوی دیگر، یکی از عللی که موجب شده قضاوت به رایانه‌ها واگذار نشود همین دشواری تفکیک امور حکمی از موضوعی در مسائل مختلط حکمی - موضوعی است. در هر حال نباید از اهمیت تفکیک این امور در ایجاد یک دادرسی منظم و جلوگیری از نقض قانون و حفظ حقوق اصحاب دعوا غافل ماند و به همین جهت دشواری تفکیک نباید ما را به حذف صورت مسئله دلالت کند.

## منابع و ماخذ

### الف - فارسی

۱. اردبیلی، محمد علی، (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی، جلد ۲، نشر میزان، چاپ هفتم.
۲. الصدر، سید محمد باقر، (۱۹۷۸)، الحلقه الاولى، دار الكتاب اللبناني، بیروت.
۳. انصاری، باقر، (۱۳۸۷)، نقش قاضی در تحول نظام حقوقی، نشر میزان، چاپ اول.
۴. پور استاد، مجید (۱۳۸۷)، اصل حاکمیت اصحاب دعوی مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۳.
۵. پور طهماسبی فرد، محمد و محسنی، محسن (۱۳۸۴)، اصل تساط طرفین دعوا بر جهات و موضوعات دعوا، در مجله کانون وکلای دادگستری، دوره جدید شماره ۲۱، شماره ۱۹۰.
۶. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۳)، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۷. شمس، عبدالله (۱۳۸۴)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲، انتشارات دراک، چاپ هشتم.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، انتشارات دراک، چاپ ششم.
۹. غمامی، مجید و محسنی، حسن (۱۳۸۶)، اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سی و هشتم.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، شرکت سهامی انتشار.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، الزامهای خارج از قرارداد، مسئولیت مدنی، جلد ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۱، نشر میزان، چاپ چهارم.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، اثبات و دلیل اثبات، جلد ۲، نشر میزان، چاپ سوم.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، نشر میزان، چاپ ششم.
۱۷. کریمی، عباس (۱۳۸۶)، ادله اثبات دعوا، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول.
۱۸. محمدی ابوالحسن (۱۳۸۵)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ بیست و پنجم.
۱۹. مراغه ای، میر فتح (۱۴۲۹)، العناوین، الجزء الثاني، مؤسسة النشر الاسلامی، الطبعة الثالثة.

۲۰. هرمزی، خیر الله (۱۳۸۳)، فرجام خواهی از ارای مدنی و نقش نظارتی دیوان عالی در اجرای صحیح قانون، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، با راهنمایی استاد دکتر ناصر کاتوزیان.

### ب- خارجی

- 1-Black, Henry (2004), "Law dictionary" Eighth Edition, West Publishing co, New York.
- 2-Endicott, Timothy (1998), "Question of Law" law Quaterly Review, Vol. 292.
- 3-Field G. Tomas, (2004), "Law and Fact in Patent Litigation: From versus Function" at: <http://www.Westlaw.com/law/mptnp2>.
- 4- Fox, Jabes, (1899), "Law and Fact" Harward Law Review, Vol. 12.
- 5-Grubs R. Shelby, (2003) "International Civil Procedure" world Law Group Member Firm, 1<sup>st</sup> Edition..
- 6-Isaacs, Nathan (1992), "The Law And The Facts", Colombia Law Review, Vol. XXII.
- 7-Kirgis F. Paul (2006) "The Right to a Jury Decision Questions of Fact Under the Seventh Amendment" Ohio State Law Journal, Vol.
- 8-Levy, prof, (2005) "Judicial Review Of Fact Questions" Administrative law Review, Vol. 4.
- 9-Martin A. Elizabeth (1998), "Dictionary Of Law" Oxford University Press, 4<sup>th</sup> Edition, Tehran.
- 10-Motulsky, Henry (1973) "Ecrits" Dalloz, Paris.
- 11- Thayer B. James (1898) "a Priliminary Treatise on Evidence at the Common Law" Little And Brown Co, 1<sup>st</sup>, Boston.
- 12-Thayer B. James, (1890), "Law And Fact in Jury Trials" Harward Law Review, Vol. 4.
- 13- Sward E. Ellen, (2005), "The Seventh Amendment and the Alchemy Of Fact and Law" Seton Hall Law Review, Vol. 33.
- 14- Walters J. Edward & Papilion J. Darrel (2001), "Appelet Review of Mixed Question of Law and Fact: Due Deference to the Fact Finder" at: <http://www.westlaw.com/factfinder/2879>.
- 15-Zuckerman A.S Adrian, (1986) "Law, Fact Or Justice" Boston University Law Review, Vol. 66.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«ضمان حسن اجرای قرارداد»، سال ۸۷، شماره ۴۳. «بحثی در قواعد حاکم بر ضمانت نامه‌های بانکی»، سال ۷۸، شماره ۴۴. «دعوای متقابل»، سال ۸۳، شماره ۶۶. «ضرر جبران ناپذیر از دیدگاه رویه قضایی»، سال ۸۴، شماره ۷۰. «اصول تضمین کننده‌ی عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگی‌های دادرسی مدنی»، سال ۱۳۸۵، شماره ۷۴. «نقش متقابل دادرسی و اصحاب دعوا در اثبات و ارزیابی امور موضوعی در دادرسی مدنی» سال ۸۸، شماره ۲.