

روش نقد و بررسی آرای قضایی در نظام آموزش حقوقی فرانسه^۱

سیدناصر سلطانی*

۱. مقدمه

سنت شرح و نقد رأی نوشتن یکی از آموزش‌های مهم در دانشکده‌های حقوق فرانسه است. نظام آموزش حقوق فرانسه از آموزش روش نوشتن شرح و نقد رأی اهدافی را دنبال می‌کند. یکی از این اهداف نظارت بر آرای دادگاه‌ها از سوی جامعه دانشگاهی حقوق است هم چنین از این طریق پیوند وثیقی میان دادگاه‌ها و دانشکده‌های حقوق، یعنی میان قضات و صاحب نظران حقوقی، برقرار می‌شود و این رابطه دوسویه فواید بسیاری برای هر دو طرف دارد.

شرح و نقد رأی تمرین رایج سال‌های تحصیل در دوره کارشناسی در دانشکده حقوق است. آموختن چنین توانایی برای موفقیت در آزمون‌های دانشکده ضروری است. در واقع در کنار هر درس اصلی که استاد ارائه می‌کند دستیار استاد آرای مهم آن درس را با دانشجویان می‌خواند و به ایشان روش رأی خواندن و شرح و نقد نوشتن می‌آموزد. در این مقاله جزئیات این موضوع و روش شرح و نقد رأی نوشتن به تفصیل بررسی خواهد شد.

نقد رأی یا نقد رویه قضایی یکی از کوشش‌های علمی مورد علاقه حقوقدانان برجسته است و در ایران نیز استادان فن به این بحث علاقه نشان داده‌اند و مجموعه‌هایی گردآورده‌اند. مجموعه «توجیه و نقد رویه قضایی»^۲ نمونه‌ای از این

۱. نوشتار حاضر اقتباس و ترجمه‌ای است آزاد از مقاله‌ای که در پایگاه انجمن حقوقدانان پانتئون سوربن در نشانی زیر منتشر شده است:

<http://www.ajpsc.com/double-maitrise/methodologie/methode-commentaire-arret/>
naser.soltani@ut.ac.ir

* استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

۲. کانونیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضایی، تهران، میزان، ۱۳۹۲.



تلاش‌ها برای اثرگذاری و هدایت آراء دادگاه‌هاست. شادروان استاد کاتوزیان سال‌ها بخشی از مجله کانون وکلای دادگستری را به این موضوع اختصاص داده بود و در هر شماره‌ای به طور منظم مقاله‌ای در نقد رویه قضایی می‌نوشت. در پی او نیز حقوقدانان دیگری تشخیص داده بودند که عدم توجه کافی به رویه قضایی و کم‌رنگ بودن نقش آراء دادگاه و بازتاب آن‌ها در درس‌های دانشکده‌های حقوق یکی از کاستی‌های کهنه نظام آموزش حقوق در ایران بوده است و به همین دلیل در سال‌های اخیر تلاش‌هایی برای رفع این کاستی و تقویت نقش رویه قضایی در نظام حقوقی شده است. نمونه بارز این تلاش‌ها تاسیس چندین مجله نقد رأی است.^۱

در اهداف و چشم اندازهای برخی از این مجلات نوپا گفته شده است: «تکرار و نفوذ معنوی یک نظر نزد دادرسان به عوامل مختلفی بستگی دارد؛ از یک سوی سازمان قضایی و طراحی درجات مختلف رسیدگی و طرق عادی و فوق العاده شکایت و کسب تایید یک راه حل نزد قضات دادگاه‌های عالی تأثیر به‌سزایی در ریشه دواندن یک فکر دارد و از دیگر سوی، انتشار سازمان یافته آرای قضایی، امکان رصد تکرار یک راه حل را میسر می‌سازد. ... علی‌رغم تلاش‌هایی که از سوی پژوهشگاه قوه قضاییه در مورد انتشار آرا به عمل آمده است، اجرا نشدن جزء ۴ بند «د» ماده ۲۱۱ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، امکان ارزیابی تکرار راه‌حل را با دشواری مواجه ساخته است و قضات و وکلای جز از طریق تجربه شخصی راه مطمئنی برای پی بردن به تکرارپذیری یک راه حل و غلبه آماری بر راه‌حل‌های رقیب در دست ندارند. مجموعه‌های آرای قضایی که از عوامل تثبیت رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوق در کشورهای حقوق نوشته هستند در کشور ما هنوز رواج نیافته است. در چنین وضعیتی دکترین به عنوان دیگر منبع حقوق نقش برجسته‌ای در تشخیص و تثبیت راه‌حل مسایل دشوار قضایی ایفا می‌کند. صاحبان قلم و اندیشه با برجسته کردن برخی تصمیمات قضایی یا تنقیص برخی دیگر به شکل گیری رویه‌های پایدار کمک می‌کنند و سنگینی بار نبود

۱. الف) فصلنامه رأی، پژوهشگاه قوه قضاییه، سردبیر نجات الله ابراهیمیان (ب) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق خصوصی)، دانشگاه علوم قضایی، سردبیر محمدجواد شریعت باقری (ج) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق عمومی)، دانشگاه علوم قضایی (د) دو فصلنامه رویه قضایی (حقوق کیفری)، دانشگاه علوم قضایی.

برخی عوامل رویه‌ساز را نیز بر دوش می‌کشند. داد و ستد مدارس حقوق و محاکم به نحوی که هر یک به محصول کار و فکر دیگری توجه نماید به شکل‌گیری رویه‌های مستند و مستدل و اتقان آرا کمک خواهد کرد. سنت نقد نویسی و شرح آرای قضایی در قالب مجله در کشور ما سابقه زیادی ندارد اما همکاران علمی مجله که بدون هیچ چشم داشتی برای پیشرفت عدالت و دادگستری در میهن عزیز ما قلم زده‌اند در این راه مصمم بوده و از جامعه علمی توقع یاری دارند...»^۱

بنابراین نقد و بررسی آراء قضایی که راهی کم‌رهرو در ایران است و آموزشی درباره روش نوشتن آن نه در دانشکده‌های حقوق و نه در دوره‌های کارآموزی وکالت و قضاوت عرضه نمی‌شود، در آغاز راه ممکن است با افراط و تفریط‌هایی مواجه شود.

پرسش‌هایی که این نوشتار در پی پاسخ به آنهاست عبارت‌اند از اینکه: نحوه نقد رأی قضایی چگونه است؟ آیا نقد آراء منتشر می‌شوند یا خیر؟ در صورت انتشار چه شرایط و کیفیاتی بر آن حاکم است؟ این مقاله، می‌تواند دستکم پاسخی علمی و دقیق به برخی وجوه پرسش فوق فراهم کند و نشان دهد که نقد و بررسی رأی در نظام آموزش حقوقی در فرانسه جایگاهی بس گران دارد و حقوقدانان جوان فرانسوی یکی از آموزش‌های مهمی که در دانشکده‌های حقوق می‌بینند روش نقد و بررسی کردن آرای قضایی است.

بدین منظور و برای فراهم کردن موادی برای پاسخ پرسش اول ترجمه یکی از رایج‌ترین و تفصیلی‌ترین روش‌های ساده برای نقد و بررسی آرای دادگاه‌ها انتخاب شد تا دورنمایی از اهمیت این موضوع در نظام حقوقی فرانسه به‌دست دهد.

۲. موضوع و مشکلات شرح و نقد رأی

شرح و نقد رأی همزمان کوششی نظری و عملی است. این ماده درسی چیزی بین dissertation که تمرین و آزمونی نظری و پرونده عملی cas pratique که تمرین و آزمونی عملی است قرار دارد. شرح و نقد رأی، بررسی یک تصمیم قضایی اعم از رأی یا قرار است. گاهی موضوع بحث نقد و شرح همزمان

۱. ابراهیمیان، نجات‌الله، فصلنامه رأی، شماره اول، ۱۳۹۱.

چندین رأی دادگاه است که در این حالت آن را شرح و نقد مقایسه‌ای می‌گوییم و هدف، مقایسه آرای است. و گاهی اوقات وقتی که با یک رأی طولانی و مفصل مواجهیم، هدف از شرح و نقد خلاصه نویسی و استخراج امهات و ارکان رأی است. اما اغلب شرح و نقد رأی مربوط به تصمیمات و آرای جدید دادگاه‌های عالی مانند دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری و... است.

هر شرح و نقدی متفاوت از دیگری است. چرا که هر رأی یا تصمیمی منحصر به فرد و متمایز از دیگری است با وجود این می‌توان شرح و نقد آراء را در گروه‌های مختلف دسته‌بندی کرد.

- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح اعمال و اجرای یک اصل کلی بر مورد خاص است.

- شرح و نقدهایی که مربوط به خلق و اجتهاد یک راه‌حل جدید در حقوق یا رد و نفی یک راه حل قدیمی است.

- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح یک نقص در استدلال رأی است.

- شرح و نقدهایی که مربوط به توضیح این نکته است که با توجه به نکاتی که قاضی بیان کرده چگونه و بر چه اساسی راه‌حل متری ارائه شده اصیل است.

در هر حال نباید از هدف اصلی شرح و نقد رأی دور شد و آن را با یک مقاله نظری خلط کرد. شرح و نقد رأی به کار بستن حقوق در عالم انتزاع نیست بلکه توضیح و تبیین آن در عمل است. حقایق ثبوتی در هر موضوعی موجودند و در متن رأی توضیح داده شده‌اند و مقدمات نقد و شرح رأی را همین‌ها فراهم می‌کنند و در هر مرحله از کار باید به آن‌ها توجه کرد.

روز امتحان کدام ماده امتحانی را انتخاب کنیم: نقد و شرح رأی یا مقاله علمی؟

شرح و نقد رأی تمرینی دشوارتر از dissertation (مقاله) نوشتن است. اما با این وجود دانشجویان ترجیح می‌دهند از میان این دو ماده امتحانی شرح و نقد رأی را انتخاب کنند. اغلب برای این انتخاب یک دلیل وجود دارد. در شرح و نقد رأی در مقایسه با مقاله dissertation کمتر دست دانشجو رو می‌شود و عدم تسلط و شناختن نظریات برملا می‌شود. در حالی که این تصور درست نیست و تنها ظاهر موضوع چنین است.

برای نوشتن یک شرح و نقد خوب نه تنها باید خوب حقوق دانست بلکه علاوه بر آن استدلال‌های قاضی را باید شناخت که در قریب به اتفاق موارد موجز و مختصرند. اگر رویه قضایی و سابقه را شناسیم در شرح و نقد رأی نمی‌توانیم بگوییم که رأی ما نحن فیه یک تغییر جهت است یا خیر. اگر نظریه حقوقی را شناسیم نمی‌توانیم بگوییم که راه‌حل ارائه شده تحت تأثیر یک جریان فکری بوده است یا تحت تأثیر کدام جریان فکری بوده است. به هر حال یکی از علل گرایش دانشجویان به شرح و نقد رأی این است که خودش یک پایه و تکیه گاهی است که به دانشجو قوت قلب می‌دهد یعنی به هر صورت می‌تواند توضیحاتی درباره مطالب آن عرضه کند و به همین دلیل وقتی نقد و شرح رأی را انتخاب می‌کنند بالأخره چیزی می‌نویسند در حالی که در انتخاب مقاله dissertation ممکن است اصلاً نتوانند چیزی بنویسند و برگه را سفید برگردانند؛ بنابراین به این دلایل گرایش به شرح و نقد رأی میان دانشجویان حقوق بیشتر است. اما نوشتن یک مقاله خوب به مراتب راحت‌تر از نوشتن یک نقد رأی خوب است.

۳. سنتز روش نقد و شرح نوشتن^۱

روش شرح و نقد رأی پیچیده و اغلب دشوار است. اگر با آهنگری کردن است که آهنگر می‌شویم به همین ترتیب با شرح و نقد نوشتن است که یک شرح و نقدنویس خوب می‌شویم. وقتی یک معلم در هفته یک رأی برای شرح و نقد به دانشجویان می‌دهد نباید اعتراض کرد و از تمرین و مشق کردن طفره رفت، بلکه باید دانست که این یک روش درست برای آموزش نقد و شرح نویسی با توجه به امتحانات میان ترم است.

روش‌های مختلفی برای شرح و نقد رأی وجود دارد و هر روش به انواع مختلفی تقسیم می‌شود. معمولاً توصیه می‌شود که روش جامع را آموخت روشی که البته دشوار و سخت است تا بتوان کار خود را هم داوری کرد پس از آموختن کامل می‌توانیم برخی از گام‌ها را حذف کنیم.

در نوشتن یک شرح و نقد رأی می‌توانیم چهار گام تعیین کنیم:

۱. خواندن متن رأی (مرحله اساسی) که ابتدا برای شناخت محتوای رأی و درک عمیق‌تر آن و نهایتاً برای اطمینان از این که خارج از موضوع نیستیم لازم است.

۲. کارهای مقدماتی برای تهیه دست نویس و فیش‌ها.

۳. تهیه طرح و نقشه شرح و نقد و مقدمه (مرحله اساسی)

۴. نوشتن متن شرح و نقد

۴. گام نخست: خواندن رأی

گام نخست در نوشتن یک شرح و نقد رأی که مبتنی بر مطالعه رأی است. مرحله‌ای اساسی است که باید در طی این مرحله رأی را به دقت خواند. برای مطالعه دقیق رأی باید آن را دوباره خواند و برای بار سوم وقتی که در تدارک طرح و نقشه و پلان هستیم نیز رأی را می‌خوانیم.

مطالعه اول: خواندن سریع متن رأی برای شناخت آن است. پس از این مطالعه باید بر وقایع رأی وقوف یافت، یعنی بر موضوع اصلی رأی یا مسئله

متنازع فیہ و راه حل ارائه شده آگاه شد. همچنین باید اجزاء و ارکان مختلف رأی را شناخت. ۱. مبنای ورود به موضوع^۱. ۲. وقایع پرونده^۲. ۳. دلایل اعاده دادرسی^۳. ۴. استدلال‌های رأی و مواد قانونی استناد شده. ۴. شماره گذاری این قسمت‌ها به روشن بودن متن کمک خواهد کرد.

برخی اقدامات در مطالعه اولیه رأی ممکن است ساده و سریع به نظر بیاید. البته همیشه چنین نیست رأی «گاهی چنان مملو از وقایع است که اصل موضوع را در هاله‌ای از ابهام می‌برد. موضوعات و وقایع چندان زیادند و دادگاه این وقایع را چنان موجز و مختصر بیان کرده است که گاهی به دشواری می‌توان موضوعات اصلی و مهم را از موضوعات غیر مهم و فرعی تمییز داد. در پیش‌نویس می‌توانیم با استفاد از علامت‌هایی مانند فیلش و مانند آن دور نمایی از کار ترسیم کنیم تا روابط میان بخش‌های مختلف رأی بهتر فهمیده شود.

پس از آن مسائل مختلفی حقوقی درباره رأی مطرح می‌شود. در این مرحله باید ترتیب اهمیت هر مسئله را تعیین کرد و پرسید: توقع می‌رود که من درباره چه موضوعی بحث کنم؟ گاهی لازم است که همه مسائل را یک به یک بررسی کرد اما همیشه چنین توقعی نیست. دانشجویان اغلب تمایل دارند که کاری جامع و مفصل انجام دهند چرا که بیم دارند مبدا بخشی از کار را فراموش کنند. اما این چیزی نیست که ما از ایشان توقع داریم گاهی باید خود را در موضوع و مسئله اصلی متمرکز کرد و از مسائل فرعی چشم پوشید. برای مثال وقتی رأی درباره دو مسئله است که به ترتیب مربوط به رویه قضایی جاری و تحول در رویه قضایی است در چنین حالتی اولویت با پرداختن به موضوع اخیر است که درباره تحول در رویه قضایی است.

مطالعه دوم: این نوبت که عمیق‌تر از مطالعه نخست است، یادداشت‌هایی از رأی بر می‌داریم که این یادداشت‌ها منتهی به تدوین پلان و نقشه شرح و نقد رأی خواهد شد. این مرحله مطالعه‌ای است که با قلم در دست انجام می‌شود تا هر جا

1. Le visa.
2. Les faits.
3. Les motifs du pourvoi
4. Les motifs de la décision et le dispositif

نکته‌ای به نظر رسید در همان جا یادداشت و ثبت شود. علامت گذاری شود؛ دور آن خط کشیده شود در حاشیه نکته ای نوشته شود. این مطالعه باید امکان دهد تا همه داده‌های مهم رأی احصاء و نمایی از آن در پیش‌نویس آورده شود.

نکاتی درباره رأی دیوان عالی کشور:

دیوان عالی کشور می‌تواند رأی فرجام خواسته را نقض کند. در این صورت پرونده را به دادگاه هم عرض ارجاع خواهد داد. دیوان همچنین می‌تواند درخواست اعاده دادرسی را رد کند در این صورت رأی فرجام خواسته نقض نمی‌شود. در این صورت رأی اصلی باید در پرتو رأی دیوان مطالعه شود. تصمیم دیوان (اعم از نقض رای یا رد فرجام خواهی) بر ظاهر رأی اثر می‌گذارد. بنابراین توجه و مطالعه رأی دیوان ضروری است.

ساختار یک نقض رأی به ترتیب زیر است:

- طرح و پلان: بر اساس خواسته اول - خواسته دوم - خواسته سوم

- مبنای رأی: به استناد ماده ... قانون ...

- قاعده کلی (اختیاری):

- یادآوری روند دادرسی قبلی، وقایع پرونده و راه‌حل‌های ارائه شده از طرف دادگاه تجدید نظر

- راه‌حل حقوقی دیوان عالی کشور

- نتیجه: با توجه به ماده ... قانون ... رأی نقض می‌شود.

ساختار رأی رد دعوی :

- پلان و طرح: بر اساس خواسته اول - خواسته دوم - خواسته سوم

- یادآوری آیین و روند دادرسی قبلی، وقایع پرونده و راه‌حل‌های ارائه شده

از طرف دادگاه تجدید نظر

- رد دلایل و استدلال‌های خواهان اعاده دادرسی

- نتیجه: رد درخواست اعاده دادرسی

دلایل احتمالی برای نقض رأی به شرح زیر هستند:

- نقض رأی بدلیل نقض قانون

- عدم اجرا: قاضی قاعده حقوقی قابل اجرا در ما نحن فیه را اجرا نکرده است.

- اجرای اشتباه: قاضی برای توجیه رأی خود به یک مبنای نادرست استناد کرده است.

- تفسیر اشتباه: قاضی قانون را اشتباه تفسیر کرده است.

- ارزیابی نادرست: قاضی وقایع را اشتباه ارزیابی کرده است.

- نقض رأی به دلیل فقدان مبنای قانونی: این مورد در فرضی است که قاضی به اندازه کافی رأی خود را مستدل نکرده است تا دیوان عالی کشور بتواند کنترل کارآمدی اعمال کند. بنابراین رأی را نقض می کند و به مرجع قضایی صادر کننده ارجاع می دهد تا با بررسی مجدد رأی مستدلی صادر کند. اغلب، و نه البته همیشه، به کنایه و اشاره گفته می شود که اگر رأی فاقد مبنای قانونی نبود، اگر رأی دادگاه تجدیدنظر به اندازه کافی مستدل بود، نتیجه چیز دیگری می شد.

- نقض انضباطی: این نقض مربوط به نقض دلیل نقص شکلی است. برای مثال عدم پاسخ دادگاه به دفاعیات طرفین، فقدان استدلال و استناد، تحریف ادله و... در این صورت دادگاه صادر کننده رأی می تواند نتیجه قبلی را حفظ کند اما آیین رسیدگی و نقص شکلی را رفع کند تا از تکرار نقص جلوگیری کند. استدلال های خاصی که منجر به رد درخواست اعاده دادرسی می شوند به شرح زیرند:

۱. استدلال بیش از حد: قضات رسیدگی کننده به دعوی یک استدلال بی فایده برای توجیه رأی به کار برده اند، در حالی که رأی بوسیله استدلال های دیگر موجه شده بود و نیازی به استدلال اضافی و بیهوده نبود. دیوان عالی کشور می تواند استدلال اضافی را نادیده بگیرد یا از آن انتقاد کند. در صورت اخیر، حتی اگر رأی مانحن فیه نقض نشود رأی رد درخواست به اندازه رأی نقض معتبر است و لازم است از این جهت شرح و نقد شود و این رویکرد دیوان در نقد و شرح تبیین شود.

۲. جایگزینی استدلال: قضات رسیدگی کننده به پرونده تصمیم و رأی درست صادر کرده اند اما رأی مبتنی بر استدلال های نادرست است. دیوان عالی کشور در اینجا پس از رسیدگی استدلال های خود را جایگزین استدلال های دادگاه صادر کننده رأی می کند.

۵. گام دوم: کارهای مقدماتی (پیش‌نویس)

توصیه می‌شود که کارهای مقدماتی (پیش‌نویس) با توجه به سه نکته زیر آغاز شود.

- وقایع پرونده، ترتیب زمانی وقوع آن‌ها. برای مثال: وصیت نامه رسمی ثبت شده در دفتر اسنادی مورخ سوم اسفند و وصیت نامه دست نویس مورخ ۶ اسفند.
- مراحل دادرسی، به طور خلاصه، به موارد مهم و در بیشتر مواقع تنها به دادگاه بدوی، تجدید نظر و دیوان تصریح می‌شود.
- قاعده حقوقی استناد شده (مبنای صدور رأی)، راه حل (اعمال حکم قاعده کلی بر موضوع جزئی)، فایده علمی رأی صادره (آورده رأی و افزوده آن به حقوق موضوعه).

فراهم کردن یادداشت رأی گام مهمی است چرا که امکان ساختار و شکل دادن به مقدمه را فراهم می‌کند. توصیه می‌شود وقتی که روش شرح و نقد نویسی را تمرین می‌کنیم مقدمه بحث بطور کامل نوشته شود. وقتی یک بار این روش را می‌آموزیم دیگر لازم نخواهد بود که مقدمه بنویسیم. سئوالات و فرضیات (پاسخ‌ها)، پس از مطالعه برای دومین بار خود پیدا خواهند شد.

پس از مطالعه دوم، پیش‌نویس باید مملو از عناصر و نکاتی باشد که به هم ریخته و نامنظم‌اند و در مرحله بعد باید در جای درست خود قرار گیرند. شرح و نقد نویسان با تجربه در همین مرحله هم عناصر و نکات را به طور منظم و مرتب سامان خواهند داد. در جریان نظم و ترتیب دادن به نکات ایده‌هایی پیدا خواهند شد (برای مثال، نقد این یا آن استدلال) که آنها را در پیش‌نویس وارد خواهند کرد. از این جاست که مسئله و مشکل اصلی رأی ظاهر خواهد شد که طرح و نقشه شرح و نقد نوشتن از آن به‌دست خواهد آمد. در این مرحله نوشتن شرح و نقد آغاز می‌شود.

شرح و نقد نویسانی که تجربه کمتری دارند اغلب ترجیح می‌دهند یادداشت (فیش) رأی را در پیش‌نویس بنویسند. در یادداشت (فیش) رأی باید به چند

سؤال، که همیشه یکسان هستند، با ترتیب خاصی، که آن هم همیشه یکسان است، پاسخ داد، که امکان می‌دهند مقدمه شرح و نقد رأی را نوشت.

یادداشت یا فیش رأی متشکل از سئوالات زیر است:

- وقایع پرونده چیست؟ (می‌توانیم آیین و مراحل دادرسی را بررسی کنیم؛ که در اکثر مواقع به سه گانه بدوی تجدید نظر و دیوان عالی محدود می‌شود).
- جریان دادرسی پرونده چیست؟ (اختیاری: وقایع روند دادرسی به طور مستقل بررسی شود تنها در صورتی که روند دادرسی تاثیر خاصی داشته باشد).
- مسئله حقوقی پرونده چیست؟
- استدلال‌های طرفین پرونده چیست؟
- پاسخ دادگاه چیست؟

مسئله حقوقی پرونده یا وقایع پرونده؟

از نظر برخی مسئله حقوقی پرونده باید انتزاعی باشد؛ برای مثال «آیا عقد بیع در صورتی که ... معتبر است»؟

از نظر برخی دیگر مسئله حقوقی پرونده باید شامل وقایع باشد: «آیا این قرارداد بیع میان حسن و حسین معتبر است»؟

دانشجویان ممکن است در برابر راهنمایی‌های مختلف و متعارض معلم‌های درس‌شان سرگردان شوند و ندانند چه باید بکنند یا حتی بدتر فکر کنند که درباره یک موضوع باید این روش را پیش ببرند و درباره موضوع درس دیگر روش دیگری. در واقع مثال‌های فوق یکی از دیگری بدتر است. مثال اول بسیار نظری است و به همین دلیل شرح و نقد رأی تبدیل به یک مقاله *dissertation* خواهد شد. مثال دوم مملو از وقایع است و به همین دلیل شرح و نقد رأی باید یک قاعده قابل اعمال را استخراج و استنباط کند و گرنه وقایع چندان اجازه سر بر آوردن یک نگاه کلی و عام را فراهم نمی‌کند. پس بنابراین باید در مواجهه با چنین وضعیتی آگاهانه با موضوع برخورد کرد و از افتادن در دام نظریه پردازی یا نقل وقایع و حوادث پرهیز کرد. نقد و شرح رأی راهی میان این دو است و باید از هر دو به تناسب در بحث وجود داشته باشد تا نقد و شرح مفید افتد.

مسئله حقوقی در یک شرح و نقد رأی یک رفت و برگشت میان وقایع و حقوق است. و بدین ترتیب از این زاویه سه منظر دارد (۱) تعیین حقوق قابل اعمال در مانحن فیه (۲) صورت‌بندی یک قاعده حقوقی عام که می‌تواند در موارد دیگر که حاوی وقایع مشابه است اعمال شود (۳) اعمال این قاعده بر وقایع؛ از وقایع عزیمت می‌کنیم تا حقوق قابل اعمال را تعیین کنیم (مرحله ارزیابی)، سپس، به وقایع باز می‌گردیم (مرحله اعمال حقوق). مسئله حقوقی موضوع بحث به شکل انتزاعی صورت‌بندی و طرح خواهد شد.

پس از پاسخ به این پرسش‌ها ممکن است دو راه در پیش گرفته شود. راه اول: (که توصیه نمی‌شود) ابتدا مقدمه را بنویسید به منظور آن که وقایع را در پیشانی کار قرار دهید و سپس پلان و نقشه شرح و نقد رأی را بنویسید و سپس در پایان به مقدمه بازگردید تا کار را تمام کنید. راه دوم: (که توصیه می‌شود) طرح و نقشه شرح و نقد رأی را در پیش‌نویس تهیه کنید و هم‌اکنون که این مرحله انجام شد نوشتن مقدمه را شروع کنید.

راه نخست که توصیه نمی‌شود در واقع متضمن اشکالات متعددی است. از یک سو در این روش باید مقدمه را در هر زمان نوشت؛ پیش و پس از تهیه طرح و نقشه شرح و نقد رأی. از سوی دیگر ممکن است منجر به دو ناهماهنگی و عدم تناسب شدید شود. مقدمه همان گونه که از نام آن پیداست باید حاوی مطالبی باشد که در متن می‌خواهیم از آن به تفصیل بحث کنیم. بنابراین اگر مقدمه را پیش از تنظیم و پلان و نقشه بنویسیم این شکل منطقی و معقول نیست چرا که هنوز نمی‌دانیم در متن از چه سخن خواهیم گفت. در هر حال مقدمه باید، سئوالات فیش‌های رأی پاسخ دهد به ترتیبی که بالاتر گفته شد.

۶. گام سوم: تهیه و تنظیم پلان و نقشه (پیش‌نویس) و مقدمه

ساختار کلی شرح و نقد

پس از این که یادداشت یا فیش رأی نوشته شد باید به مرحله تهیه پلان و طرح منتقل شویم. در خصوص تهیه و تنظیم ساختار پلان و مقدمه برخی الزامات وجود دارد.

ساختار کلی نقد و شرح رأی به ترتیب زیر است

- مقدمه (حدود یک سوم کل متن)

- متن (حدود دو سوم کل کار)

در یک نقد و شرح رأی بخش نتیجه‌گیری نداریم. اصلاً ضرورتی ندارد و حتی ممکن است غریب و شگفت هم باشد، مقدمه در اینجا نقش نتیجه را ایفا می‌کند. در مقدمه نباید چیزی را ناگفته گذاشت؛ نباید خواننده احساس کند که در حالت تعلیق است. مقدمه باید راه‌حل را نشان دهد بدون آنکه عناصر و اجزای استدلال برای رسیدن به راه‌حل را آشکار کند. این‌ها مواردی هستند که باید در متن آورده شوند.

ساختار مقدمه

ساختار مقدمه به ترتیب زیر است.

- پاراگراف (بند) آغازین
- یادداشت یا فیش رأی: خلاصه وقایع و جریان پرونده (گردش کار پرونده)
- بیان مسئله نقد رأی با تأکید بر فایده رأی و توضیح مختصر راه‌حلی که دادگاه ارائه کرده است.

• بیان پلان و طرح

پاراگراف آغازین باید کوتاه باشد. اغلب یک عبارت کافی است. خصوصاً که فقط فرصت و زمان برای نوشتن نقد و شرح رأی در جلسه امتحان کوتاه و تنها سه ساعت است. لازم نیست در خصوص مثلاً موضوع آزادی اراده به رأی در حقوق روم یا به آرای ایمانوئل کانت ارجاع بدهیم. کوشش کنید موضوعات و مسائل ساده و روشن را طرح کنید. برای مثال می‌توانید با این جمله آغاز کنید: «رأی شرح و نقد شده مربوط به رویه قضایی است که مستقر و جاری است...».

مسئله ← راه‌حل یا راه‌حل ← مسئله؟

آیا باید ابتدا راه‌حل دادگاه را بیان کرد و سپس مسئله را از آن استخراج کرد یا برعکس ابتدا باید مسئله را گفت و سپس راه‌حل را از آن نتیجه کرد؟ اصولاً، ابتدا باید مسئله حقوقی رأی را که موضوع نقد و شرح را فراهم می‌کند صورت‌بندی و طرح کرد و سپس با بیان راه‌حل دادگاه پاسخ مسئله را گفت.

راه‌حل ارائه شده توسط دادگاه مستقیماً به نقشه و پلان کار می‌انجامد. «مسئله‌ای که مطرح می‌شود این است که اگر دادگاه به این سؤال چنین پاسخ می‌دهد که ...» شرح و نقد رأی توضیح و تبیین راه‌حل ارائه شده از سوی دادگاه ذیل یک ساختار منظم و منطقی است. توصیه می‌شود که به این ساختار قناعت کنید مگر در برخی موارد که واقعاً با روش شرح و نقد مشکلی نداریم.

ساختار عکس (راه‌حل - مسئله) می‌تواند در برخی موارد موجه باشد. برای مثال جایی که دادگاه با تغییر جهت در رویه قضایی یک راه‌حل صریح ارائه کرده، جایی که خلأیی وجود داشته است. موضوع شرح و نقد انتقاد یا تمجید این راه‌حل خواهد بود. مسئله نقد و شرح می‌تواند از یک سو ۱. بیان دلایل و نتایج ضمنی و دلالت‌های آن‌ها باشد و از سوی دیگر ۲. درباره تغییر جهت رویه قضایی. در این صورت موضوع شرح و نقد رأی دیگر توصیف راه‌حل ارائه شده دادگاه به شکل منظم و ساختاری نیست بلکه بحثی منظم درباره این راه‌حل است.

بنابراین منطقی است که ابتدا راه‌حل را بیان کنیم و سپس مسئله را از آن استخراج کنیم. غالباً این ساختار توصیه نمی‌شود چرا که به سادگی منجر به یک «شرح و نقد — مقاله» می‌شود؛ یعنی بسیار نظری و از اهداف خود دور می‌شود. به بیان دیگر انتخاب نوع ساختار به مسئله شرح و نقد رأی بستگی دارد. اگر مسئله شرح و نقد رأی با مسئله حقوقی در هم تنیده است ساختار نوع اول است که باید انتخاب شود. برعکس اگر مسئله شرح و نقد رأی مسئله حقوقی رأی نیست بلکه راه‌حلی است که دادگاه در این خصوص عرضه کرده است؛ در این صورت ساختار نوع دوم باید انتخاب شود.

پلان و طرح شرح و نقد رأی

روش سقراطی در پیش بگیرید. بیش از آنکه در پی پاسخ باشید کوشش کنید تا سئوالات خوب طرح کنید. بسیار مهم است که سئوالات خوب طرح کنید و شرح و نقد خود را در اطراف مسئله‌ای خوب سامان دهید. وقتی که یک مسئله خوب یافت شده باشد طرح و نقشه نقد و شرح رأی به طور طبیعی از آن جاری و

منشعب می‌شود اگر به نظر تان فراهم کردن پلان و طراحی منطقی و منسجم آن دشوار است و اگر نمی‌توانید بخش‌های کار را به نحو منطقی مرتبط کنید در این صورت احتمالاً مسئله شما نادرست است یا مسئله خوبی نیست.

پیروی از این روش الزامی نیست یعنی این روش تنها روش ممکن و روشی غیرقابل تخلف نیست. بلکه وقتی که لازم باشد نقد و شرح می‌تواند به جای دو بخش در سه بخش هم باشد و از این حیث اشکالی پیش نخواهد آمد. یعنی وقتی که ساختار دیگری برای توضیح منطقی تر موضوع مناسب باشد باید از آن استفاده کرد و نباید اسیر کلیشه شد و پیشاپیش هر ساختار دیگری غیر از ساختار دو بخشی را کنار گذاشت.

طرح و پلان نقد و شرح رأی از مسئله تحقیق ناشی می‌شود. معمولاً طرح و پلان به روش‌های مختلف انجام می‌شود و بنابر سلیق مختلف متفاوت است. اما بهتر است شما طرح و پلانی ساده و روشن انتخاب کنید و در نوشتن اولین نقدهای رأی از همین روش پیروی کنید تا به تدریج روش پیچیده و بهتری بیابید. البته پلان و طرح الزامی و اجباری نیست. اشکال مختلف پلان به شرط آنکه روشن و منطقی و در خدمت توضیح بهتر موضوع باشند نیز قابل قبول است بنابراین هدفی که در خدمت تبیین موضوع تأمین می‌کند اهمیت دارد و نه شکل پلان. اغلب خوانندگان یا داوران یک شرح و نقد رأی توقع دارند در چنین کوشش علمی پلان و طرح ببینند و انتظار دارند که پلان و نقشه‌ای روشن فراهم شده باشد. بنابراین در مواردی که نقد و شرح رأی قرار است داوری شود یا موضوع آزمونی باشد باید در تدوین یک طرح و پلان ساده و روشن بیشتر دقت کرد. پلان و نقشه‌های غیر ساده را کسانی می‌توانند انتخاب کنند که در نوشتن این نوع مطالب تجربه و مهارت کافی اندوخته‌اند.

بخش‌های مختلف شرح و نقد رأی باید هماهنگ باشند نه اینکه صرفاً به طور مکانیکی در پی هم تلنبار شده باشند. کلیت متن می‌بایست منطقی داشته باشد و مسئله اصلی متن باید هم چون خط ارتباطی مشخص کل متن را به هم مرتبط کند. بهترین پلان و نقشه اغلب آن‌هایی هستند که تقسیم بین بخش‌ها روشن و

واضح است. بهترین توصیه‌ای که می‌توان کرد این است که به دنبال پلان و نقشه پیچیده نباشید چرا که اغلب پلان‌های ساده بهترین پلان‌ها هستند. پس از اینکه مسئله نقد و شرح رأی مورد نظر را یافتید و آنرا صورت بندی و طرح کردید و بخش‌های مختلف آن در پلان معلوم شد در این مرحله برای سومین بار رأی را بخوانید تا کار را شروع کنید. این خواندن به شما امکان می‌دهد تا مطمئن شوید که خارج از موضوع نیستید و این که مسئله شما خیلی نظری و تئوریک نیست و این که شما تفسیر نادرست و اشتباهی از استدلال‌های دادگاه نمی‌کنید و مواردی دیگر از این قبیل.

در این مرحله نوبت نوشتن موارد مربوط به هر بخش از پلان در ذیل آن بخش است و در این مرحله اجزاء دیگر پلان تکمیل می‌شود. در این مرحله کم و بیش آنچه که می‌خواهیم در هر بخش از شرح و نقد رأی بنویسیم در پیش‌نویس آورده می‌شود. بنابراین پیشاپیش از روش کار بحث نخواهیم کرد، محتوای بخش‌ها بستگی به رأی، به مسئله و به پلان و طرحی دارد که انتخاب کرده‌ایم.

با وجود این باید ۳ نکته به طور منظم در هر زیر بخش بیان شود.

یک نکته نظری: از آنجایی که هر زیربخش با یک موضوع خاص مرتبط است بنابراین، این موضوع خاص باید توضیح داده شود. برای مثال: آیا این راه‌حل پی گرفته شده؟ آیا این راه‌حل مناسب و مطلوب است؟ آیا این راه‌حل بهتر یا بدتر از راه‌حل قبلی است؟ اعمال و اجرای این راه‌حل آیا نتایج و آثاری در دیگر شاخه‌های حقوق دارد؟ آیا این راه‌حل مطلوب است یا صرفاً یک پیشامد و تصادف بوده است؟ آیا این راه‌حل قابلیت آن را دارد که به یک راه‌حل اصولی تبدیل شود؟ و سئوالاتی از این قبیل... فهرست بلند و حتی بی‌انتهاست.

یک نکته عملی: در اینجا باید استدلال نظری مطرح شده در متن رأی را تشریح کرد. در اینجا از فرمول و عبارت معروف «در ما نحن فیه ...» استفاده خواهیم کرد. بسیار مهم است که فراموش نکنیم که این نکته عملی (فرمول در ما نحن فیه) باید ذیل هر زیربخش بیان شود. اگر این نکته از یک زیر بخش غایب باشد این زیر بخش بیش از حد نظری خواهد شد و بیش از آنکه یک نقد و شرح رأی باشد به سوی یک مقاله dissertation سوق پیدا خواهد کرد.

یک نکته منطقی: این نکته حلقه رابط و وصل منطقی میان بخش قبل و بخش بعدی است که به پلان ساختار و ساختمان می‌دهد. اجزاء مختلف پلان و طرح نقد و شرح رأی نباید پشت هم تلنبار شود بلکه باید منظم و منطقی باشد. اندیشه‌ها باید بطور طبیعی در پی هم بیایند و خواننده می‌بایست در راستای یک استدلال منطقی و رو به جلو هدایت و راهنمایی شود. نکته منطقی اغلب به شکل یک پاراگراف کوتاه و واسط است.

نکاتی که باید به خاطر داشته باشید:

- پلان و طرح نوشتن مانند بازی خانه سازی است باید
- معین کرد که اجزاء و نکات مختلف در ساختار کلی بیان مسئله وارد می‌شوند یا خیر؟
- در صورتی که وارد می‌شوند جایشان کجاست؟
- و چه شکلی باید داشته باشند.

از پلان و طرح‌هایی که باید خودداری کرد:

خودداری کنید از اینکه هر مسئله را در بخش‌های متفاوت و مجزا طرح کنید. باید پیوند منطقی واضحی میان بخش‌های مختلف کار شما وجود داشته باشد. از اختصاص دادن بخش تاریخی، نظری و توصیفی خودداری کنید از پرداختن به موضوعاتی خارج از موضوع بپرهیزید. از اینکه بخش یا زیربخشی به نظر مختار خودتان اختصاص دهید بپرهیزید. نظر مختار شما باید در ضمن مطالب آورده شود نه اینکه بخش مستقلی بدان اختصاص داده شود.

درباره شکل

وقتی که در پایان مقدمه، از پلان و طرح خود را پرده برمی‌دارید سعی کنید از فرمول‌ها و عبارات کلیشه‌ای و عام بپرهیزید مانند اینکه در بخش اول به ... خواهیم پرداخت و در بخش دوم موضوع را بررسی خواهیم کرد. بهترین روش این است که عناوین را مستقیماً به کار ببرید و بحث را ذیل عناوین طرح کنید.

مثال:

پلان

۱. ابطال «کأن لم یکن»

۲. تغییر و تنظیم اثر و آورده رأی یا تصمیم دادگاه^۱

توصیف مناسبی از پلان: پس از آنکه شورای دولتی تصمیم اداری را باطل و

کأن لم یکن اعلام کرد. (۱)

شورای دولتی با تعیین ابزارهایی که باید از سوی اداره برای رفع خلاء حقوقی

در پیش گرفته شود رأی صادره را تنظیم کرده و جهت داده است. (۲)

توصیف نامناسبی از پلان: «در بخش اول از ابطال» «کأن لم یکن» بحث

خواهیم کرد (۱) و در بخش دوم از تنظیم و کنترل اثر رأی»

انتخاب عناوین بخش‌ها و زیربخش‌ها در این نوع نوشته‌ها با مقالات علمی تفاوت ندارد و در این موارد مشترکند و می‌توان از همان نکات در اینجا هم استفاده استفاده کرد مواردی مانند کوتاه و رسا بودن عناوین بخش‌ها. عناوین بخش‌ها و زیر بخش‌ها باید کوتاه و رسا باشد و طوری باشد که در عین آنکه کوتاه است جامع همه مطالب مندرج در بخش باشد.

در خصوص مشکل کار به دو نکته زیر توجه کنید.

- بهتر است صریح باشید تا اینکه جامع باشید
- ساده و بی‌پیرایه باشید

۷. گام چهارم: نوشتن متن

پس از آنکه پلان و نقشه کار را یافتید و مقدمه را نوشتید نوبت به نوشتن متن می‌رسد. متن غالباً دو سوم کل محتوای نوشته را شامل می‌شود و یک سوم باقی مانده مقدمه است. اگر پلان شامل دو بخش باشد، هر بخش یک سوم متن خواهد بود. بخش‌ها باید متناسب و متعادل باشند. غالباً حدود ۳۰٪ اختلاف در تناسب و تعادل بخش‌ها پذیرفته شده و متعارف است.

مهم‌ترین قسمت در نوشتن متن، پاراگراف‌های انتقالی و عناوین فصول و بخش هاست. پاراگراف‌های انتقالی آن دسته از بندهایی است که برای انتقال از یک عنوان به عنوان دیگر در پایان عنوان نوشته می‌شوند و زمینه را برای ورود به عنوان دیگر آماده می‌کنند. پاراگراف یا بند انتقالی نه نتیجه‌گیری و نه مقدمه است بلکه نتیجه‌ای از بند قبلی که پایان یافته و پیش درآمدی از بند پیش روست. به عبارت دیگر بند یا پاراگراف انتقالی می‌بایست حلقه واسط میان دو پاراگراف باشد.

ساختار متن به ترتیب زیر است

بخش اول

مقدمه

(توصیف طرح و پلان)

• گفتار اول

• شرح و بسط موضوع

• بند انتقالی

• گفتار دوم

• شرح و بسط موضوع

• بند انتقالی

بخش دوم

• توصیف پلان و طرح

• گفتار اول

• شرح و بسط موضوع

• بند انتقالی

• گفتار دوم

• شرح و بسط موضوع

• بند انتقالی

• نتیجه

می‌بینیم که پس از گفتار دوم اصولاً نتیجه‌گیری وجود ندارد. با وجود این شما می‌توانید در چند سطر یک نتیجه‌گیری سریع بنویسید اما این نتیجه‌گیری باید مرتبط با گفتار دوم باشد. توجه کنید که نباید نتیجه‌گیری بنویسید که مربوط به کل متن باشد که در این صورت ناگزیر خواهید بود به عناصری از گفتارهای دیگر متن هم بازگردید. توجه کنید که نتیجه نوشتن کار دشواری است. دانشجویان اغلب گرایش دارند که در نتیجه‌گیری سؤال اصلی متن و مطالب مندرج در مقدمه را تکرار کنند. این خطای فاحشی است که نباید مرتکب شد چرا که کل متن برای پاسخ به این سؤال نوشته شده است لذا متن نوشته شده این هدف را تأمین می‌کند و نباید چیزی زاید گفت. البته باید توجه کرد که این متن برای آموزش شرح و نقد رأی خصوصاً و در درجه اول برای دانشجویان نوشته شده تا مقدمات این کار را بیاموزند و در راهی ساده و مطمئن و غیر پیچیده قدم بردارند و از تمرینات دشوار در آغاز راه دور باشند. بنابراین پس از آنکه کسی در این راه خبرگی و مهارت یافت می‌تواند با ذوق و اجتهاد خود بطوری که برای توضیح موضوع مناسب می‌داند ساختار بحث را سامان دهد.

۸. نقل قول‌ها و ارجاعات

مانند هر مشق حقوقی دیگر در شرح و نقد رأی نیز ضروری است که هر تأیید و تصدیقی مستند به یک واقعیت خارجی یا مبنای قانونی باشد. باید توجه داشت که هر تأیید و تصدیقی که مبتنی بر یک واقعیت خارجی یا ماده قانونی نباشد ارزشی ندارد و کالعدم است چرا که امکان رد و تأیید آن نیست. آموزه‌ای که از قدیم در حقوق وجود دارد و بنا بر آن گفته می‌شود «نحن ابناء الدلیل» یا «نحن نقضی بالظواهر» گویای همین نکته است. یعنی حقوقدان «ابن الدلیل» است و تنها در برابر دلایل و مدارک و مستندات مرجح سر فرود می‌آورد و به ذهنیات و ظن و گمان بها نمی‌دهد. یکی از تخلفاتی که برای قضات در دادگاه عالی انتظامی پیش بینی شده مستدل و مستند نبودن رأی است. نکاتی وجود دارد که بحث‌های ما در نقد و شرح رأی باید مبتنی بر آن‌ها باشد:

- وقایع پرونده

- استدلال‌های رأی
- رویه قضایی قبلی
- قوانین و مقررات
- نظریه و دکترین حقوقی

از نوشتن تجربیات و نظرات شخصی خود اجتناب کنید مگر آنکه تعیین کننده باشد که البته این نگاه در دوره کارشناسی کمتر به دست می‌آید. وقتی که به برخی از اسناد استناد می‌کنید باید به برخی لوازم ملزم باشید. در ارجاعات باید دقت کنید که درست و دقیق ارجاع دهید اگرچه ممکن است گاهی اشتباهی هم رخ دهد. اما اشتباهات متعدد در ارجاعات قابل قبول نیست، تکرار اشتباه در ارجاعات منجر به کسر نمره خواهد شد چرا که نشان دهنده کم دقتی علمی و از موارد خلل در شرایط صحت نقد و شرح رأی است. اگر دانشجو فرصت کافی برای نوشتن شرح و نقد رأی داشته باشد و بتواند به کتابخانه مراجعه کند و به اینترنت دسترسی داشته باشد توقع می‌رود که ارجاعات را کامل بنویسد. اما اگر نقد و شرح رأی در جلسه آزمون باید نوشته شود؛ اشاره به کلیات ارجاعات کفایت می‌کند و لازم نیست که به شماره صفحات و... تصریح کنید.

همچنین در نقد و شرح رأی نوشتن شایسته است که دانشجویان علائم اختصاری را بشناسد که امکان می‌دهد در وقت صرفه‌جویی کنند و سرعت نوشتن را بالا برند. مواردی مانند ق.م (قانون مدنی)، ق.م.ا (قانون مجازات اسلامی)، ق.ت (قانون تجارت)، ق.ا.ج.ا (قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، د.ب (دادگاه بدوی)، د.ت (دادگاه تجدید نظر)، د.ع.ک (دیوان عالی کشور)، د.ع.ا (دیوان عدالت اداری) ش.ن (شورای نگهبان) و

۹. خطاهایی که باید از آن پرهیز کرد

– مقاله نوشتن

بالاتر هم درباره این خطر تذکراتی دادیم. باید توجه کنیم نقد و شرح رأی کردن به معنای نوشتن مقاله علمی - پژوهشی نیست. این فعالیت علمی یک تامل نظری نیست نباید فراموش کنیم که موضوع کار و مطالعه ما یک رأی قضایی است

یعنی یک حکم اعمال و اجرای حق. بنابراین موضوع مطالعه و بحث به اندازه مقاله وسیع و گسترده نیست. شرح و نقد رأی موضوعی نیست که از وجوه مختلف بتوان در آن نظر کرد بلکه یک رأی قضایی است که باید به آن بسنده کرد و محدودیت‌های آن را شناخت و از آن توقع استخراج یک مقاله علمی - پژوهشی نداشت.

این خطر در خصوص آرای مهمی که تحولی در رویه قضایی ایجاد کرده‌اند بیشتر است. بنابراین ما در معرض ترسیم سیر تحول رویه قضایی قبلی هستیم تا در یک بخش تاریخی بلند این تحول را نشان دهیم. این بحث خروج از موضوع خواهد بود. تذکرات تاریخی تنها در صورتی آورده می‌شوند که برای فهم رأی و موضوع نقد و شرح ضروری باشد. بنابراین در فرضی که رأی موضوع نقد و شرح منجر به تحولی در رویه قضایی شده باشد ذکر سابقه تاریخی بحث لازم است اما در اکثر موارد تنها یادآوری سابقه رویه قضایی رأی موضوع بحث کافی خواهد بود.

وقتی که موضوع نقد و شرح رأی است که منجر به تحولی در رویه قضایی شده است در این صورت اغلب مشاهده می‌کنیم که پلان و طرحی بدین شکل نوشته می‌شود. ۱. سابقه رویه قضایی ۲. تحول به دست آمده در رأی موضوع شرح و نقد. در این جا بخش اول خارج از موضوع است. در حالی که می‌توانیم همین حرف‌ها را در یک پلان بهتری بگوییم که از موضوع هم خارج نشده باشیم. ۱. استدلال تحول ۲. نتایج تحول.

۱۰. حجم و سبک متن و مدیریت زمان

برگه های امتحانی ناتمام نقد و شرح رأی در بین دانشجویان زیاد شده است. این پدیده ناشی از این نیست که سه ساعت فرصت داده شده کافی نیست بلکه به این دلیل است که دانشجویان اغلب نمی‌دانند چطور باید زمان را مدیریت کنند و همچنین روش‌ها و سازوکار نقد و شرح نوشتن را خوب نیاموخته‌اند. گاهی فرصتی برای بازخوانی دقیق و عمیق رأی باقی نمی‌ماند یا اینکه یک ربع مانده به اتمام وقت امتحان کار را تمام می‌کنیم. اما گاهی پنج دقیقه مانده به پایان وقت امتحان ما تازه بخش اول را تمام می‌کنیم. در چنین مواقعی باید در روش کارمان تجدید نظر کنیم.

صریح و قاطع بودن بهتر از جامع بودن است: توجه کنید که زیاد نوشتن فایده‌ای ندارد، بهتر است کم و گزیده بنویسیم و نکات هوشمندانه و دقیقی بنویسیم. لازم نیست دوباره چرخ را از ابتدا اختراع کنیم؛ اگر رأی موضوع نقد و شرح رأی مربوط به بطلان قرارداد است لازم نیست عوامل بطلان قرارداد را برشمیریم و بدتر از آن اینکه به تعریف قرارداد بازگردیم و قرارداد را تعریف کنیم. همه این موارد خارج از موضوع و بی‌فایده است چرا که شما هیچ چیزی به خواننده نمی‌آموزید.

کوشش کنید عبارت و جملات کوتاه بنویسید. جملات بلند را برای زمانی نگه دارید که فرصت کافی برای نوشتن شرح و نقد رأی در منزل یا کتابخانه دارید. نوشتن جملات بلند خطر اشتباهات و جملات مبهم را بیشتر می‌کند اگر برای تنظیم زمان در امتحان مشکل دارید سعی کنید در منزل تمرین کنید و درباره این موضوع فکر کنید. هنگام نوشتن دقت کنید که تایپ کردن سریع‌تر از نوشتن روی کاغذ است و جستجو کردن روی اینترنت سریعتر از کتاب قانون است و شما در جلسه امتحان نمی‌توانید تایپ کنید یا در اینترنت به دنبال سابقه رویه قضایی یا مواد قانونی باشید. بنابراین به این تفاوت سرعت دقت کنید و بدانید که بدون این ابزارها در جلسه امتحان سرعتتان کمتر خواهد بود.

۱۱. استدلال‌های طرفین دعوی یا استدلال‌های دادگاه؟

وقتی که برای نخستین بار با آرای دیوان عالی کشور مواجه می‌شویم ممکن است فکر کنیم که رأی دیوان تناقض دارد. این تصور درست نیست و ناشی از عدم شناخت ساختار رأی است. ساختار رأی دیوان چنین است:

- مبنای صدور رأی
- وقایع پرونده
- ادله درخواست اعاده دادرسی (ادله طرفین دعوی)
- ادله دادگاه
- مستندات قانونی

دادگاه باید به ادله طرفین دعوی که درخواست اعاده دادرسی کرده‌اند پاسخ دهد. دادگاه این دلایل را در متن رأی می آورد تا در ادامه در خصوص وارد بودن یا نبودن آن‌ها اعلام نظر کند. خلط بحث و اشتباه می تواند از این موضوع ناشی شود که دادگاه اغلب از عبارت: «نظر به این که ...» برای نقل ادله طرفین دعوی استفاده می کند و گاهی، البته نه همیشه، برای ارزیابی ادله طرفین دعوی از این تعبیر استفاده می کند: «اما با توجه به ...». خوشبختانه ادله طرفین دعوی اغلب با تفاوت پاراگراف ها و این که در بند یا پاراگراف دیگری شروع می شود با پاسخ دادگاه متمایز می شود. یعنی در رأی دادگاه هریک از این موارد در بند یا پاراگراف مستقلی می آیند و بدین وسیله هم می توان استدلال‌ها طرفین و ارزیابی دادگاه از این استدلال‌ها را تشخیص داد. بنابراین ساختار همیشه یکسان است:

- استدلال‌های طرفین ← پاسخ دادگاه
- «بانظر به این که ...» سر سطر ← «اما با توجه به این که ...»
- «بانظر به این که ...» سر سطر ← «اما با توجه به این که ...»

۱۲. رسیدگی ماهوی - رسیدگی شکلی^۱

در شرح و نقد رأی نوشتن اشتباه ماهوی (و نه شکلی) رایج‌ترین و مهم‌ترین اشتباه دانشجویان است. یعنی میان رسیدگی ماهوی و رسیدگی شکلی خلط می‌کنند. در حالیکه باید توجه داشت دیوان عالی کشور در محتوای پرونده‌ها وارد نمی‌شود بلکه منحصراً بر رعایت قوانین نظارت می‌کند. بنابراین باید توجه کنید که نمی‌توانید از دیوان‌عالی‌کشور یا هر مرجع عالی دیگر که بر رعایت قوانین نظارت می‌کند انتقاد کنید که به اندازه کافی به خصوصیت موضوع توجه نکرده است. هم‌چنین نمی‌توانید بگویید که راه حل ارائه شده در موضوع ناعادلانه است. بعلاوه باید در استفاده از الفاظ و کلمات دقت کنید. شرح و نقدنویسان بی‌تجربه علاقمندند از تاییدات یا تصدیقات دیوان‌عالی‌کشور سخن بگویند چرا که فعل «تصدیق کردن»^۲ اغلب در رأی به‌کار می‌رود.

1. Juges du fond, juges du droit

2. Constaté

تصدیق‌ها مبتنی بر وقایع‌اند و لذا دیوان‌عالی‌کشور نمی‌تواند درباره وقایع اظهار نظر و داوری کند. بنابراین دیوان عالی کشور کاری جز توجه به استنباط‌های قضایی (اعم از بدوی و تجدیدنظر) نمی‌کند و اگر به کاربرد لفظ «گواهی کردن - تصدیق کردن» عادت دارید بهتر است به نحو دیگری بنویسید («دیوان‌عالی‌کشور تذکر داد که قضایی (بدوی یا تجدیدنظر) تصدیق کرده که...»).

علاوه بر این، صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر قضایی قضایی (بدوی یا تجدیدنظر) یک صلاحیت بی‌ضابطه و اختیاری نیست. این صلاحیت قضایی را از استدلال در رای معاف نمی‌کند، یعنی قضایی باید توضیح دهد که چگونه و از چه مجرای قاعده حقوقی در موضوع مانحن فیه جاری می‌شود. دیوان عالی کشور در خصوص نظر قضایی قضایی اظهار عقیده نمی‌کند و از این جهت کنترلی ندارد. برای مثال مظاهر اراده آزاد (مانند قراردادها، عوامل مخل رضایت، حسن نیت و ...) ارزش ادله (آیا دلایل ارائه شده اثر قاطع در دعوی دارند؟) دیوان عالی کشور نمی‌تواند در این خصوص اظهار نظر کند. اما استثنائاً در برخی ارزیابی‌ها، با وجود صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر قضایی دادگاه بدوی یا تجدیدنظر، دیوان می‌تواند نظارت کند. برای مثال در خصوص ادله دعوی، اگر قضایی بدوی یا تجدیدنظر دلایل را تحریف یا قلب ماهیت کرده باشد دیوان می‌تواند بر استنباط دادگاه ایراد کند. قضایی بدوی و تجدیدنظر نمی‌تواند یک متن و سند را قلب ماهیت کند چرا که به قدر کافی واضح است و نیاز به تفسیر ندارد. دیوان عالی کشور رایی را که یک نوشته و متن واضح را تحریف کرده باشد نقض خواهد کرد. در ارزیابی و سنجش استدلال‌های دادگاه می‌بایست هر استدلال را با شماره و ترتیب متمایز کرده و درباره هر استدلال به تفکیک و جداگانه بحث کنید.

۱۳. رأی الگو و رأی موردی

آرا دادگاه‌ها را از جهت آورده‌ای که برای نظام حقوقی دارند می‌توان به دو دسته تقسیم کرد. دسته اول آرا الگو و راهنما هستند. وقتی با رأیی مواجهیم که مربوط به یک رویه قضایی و در ادامه آن است و رایی است که سابقه ایجاد می‌کند و می‌تواند در موارد آتی هم به دعاوی که ویژگی مشترکی دارند اعمال شوند در

این صورت با یک رأی مواجهیم که می‌تواند به یک الگو و راهنما در این موضوع تبدیل شود. دسته دوم آرای موردی هستند. در این حالت برعکس با رأی مواجهیم که نمی‌تواند به موارد مشابه دیگر توسعه و تسری یابد و منحصر و محدود به دعوی حاضر است و صرفاً با توجه به حقایق و وقایع پرونده توضیح داده می‌شود و از آن نمی‌توان الگو و رویه‌ای استخراج کرد.

اغلب ارزیابی اهمیت رأی بدون شناخت زمینه و پیشینه‌ای که رأی در آن صادر شده بسیار دشوار است. شناخت رویه قضایی مقدم بر رأی موضوع نقد و شرح و هم‌چنین شناخت دکترین حقوقی مربوط به بحث ضروری است. آرای که الگو هستند و در پی خود رویه‌سازی می‌کنند، اغلب و البته نه همیشه ویژگی‌های خاصی دارند. استدلالی که با عبارات عام بیان شده اغلب دوبار در رأی آورده می‌شود. نخست بلافاصله پس از بیان مبانی صدور رأی^۱ و سپس در استدلال دادگاه. این نوع رأی اصولاً حاوی یک قیاس کامل است (صغری، کبری، نتیجه). در حالی که رأی موردی قاعده عام و کلی ندارد (کبری و نتیجه). به نحو دقیق‌تر رأیی که الگو و رویه‌ساز است ساختار و ارکان زیر را دارد: ۱. اصل عام کلی ۲. وقایع ۳. اعمال اصل بر واقعه ۴. رأی. اما رأی موردی بر خلاف رأی الگو ساختار ساده‌تری دارد: ۱. وقایع ۲. اعمال قاعده بر واقعه ۳. رأی.

با وجود این یکی از اشتباهات رایج دانشجویان این است که تنها با توجه به شکل، نوع رأی را تعیین می‌کنند یعنی اعم از این که رأی الگو و رویه‌ساز باشد یا رأی موردی فقط به شکل رأی برای تعیین نوع آن توجه دارند. به عبارت دیگر وقتی یک رأی در بردارنده استدلالی است که به شکل عام و کلی بیان شده دانشجویان آن را رأی الگو و رویه‌ساز فرض می‌کنند چرا که به نظرشان یک قاعده کلی بنا کرده است. در حالی که اغلب همین استدلال در آرای قضایی مقدم هم تکرار شده است. بنابراین رأی موضوع بحث بدین ترتیب تنها یک رأی موردی است. رأی الگو و رویه‌ساز رأیی است که برای نخستین بار حاوی این استدلال بوده باشد. برعکس ممکن است یک رأی دادگاه ظاهراً شبیه یک رأی موردی باشد چرا

که حاوی مطالب پیش پا افتاده در چند صفحه است. به عبارت دیگر شکل تنها یک علامت است و به تنهایی دلیل تعیین کننده و کافی نیست تا یک رأی الگو و رویه ساز شناخته شود.

همه این موارد موید نکته‌ای است که بالاتر گفته شد. بنابراین نمی توانیم بدون شناخت زمینه و پیشینه رای موضوع بحث، یک نقد و شرح خوب بنویسیم. باید در اعطای عنوان «رأی الگو» یا «رأی موردی» امساک کرد مگر آنجا که به ارزیابی خود اطمینان و ایمان داریم. باید عادت مذموم و کلیشه ای اعطای دست و دلبازانه القاب به آرای قضایی را در مقدمه نقد و شرح رأی را ترک کرد. چنین اعطای القابی در عمل بی فایده است چرا که فرصت و فضای نقد و شرح را اشغال می کند و محور بیهوده ای می سازد که شما دائماً در حول آن دور خواهید زد و از موضوعات اصلی غافل خواهید شد. در مقابل وقتی به موضوع نقد و شرح، عنوان «موردی» اطلاق می کنید پیشاپیش اعلام می کنید که با یک رای پیش پا افتاده مواجهیم. استاد درس که این نقد و شرح را ارزیابی می کند بلافاصله درخواهد یافت که دانشجو تسلطی بر محتوای درس ندارد و موضوع رأی را نمی‌شناسد.

یکی دیگر از اشتباهات رایج مربوط به حکم دعوی است که اهمیت رأی بسته به آن است. ممکن است ذیل یک استدلال دادگاه نتایج مختلفی بگیرد که در نوع خود نوآورانه و بدیع باشد. برخی راه حل ها واقعا رویه ساز و نوآورد در حالی که برخی دیگر از آراء جز تکرار راه حل های قبلی نیستند. به عبارت دیگر رویه ساز بودن یک رأی بدلیل شهرت آن نیست بلکه استدلال‌های مطرح در یک رأی آن را رویه ساز و الگو می کند.

مثال:

رای Lautour ۲۵ می ۱۹۴۸ «با نظر به این که در حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون حاکم بر مسئولیت مدنی اشخاص خارج از قرارداد در مورد کنترل بر مالی که عامل خسارت به ثالث شده، قانون محلی وقوع خسارت یا ارتکاب جرم است»

در اینجا اصل اعمال قانون محل وقوع خسارت یا ارتکاب جرم است. کسی که بر رأی Lautour نقد و شرح می نویسد الزاماً باید این موضوع را بداند. بعلاوه،

این موضوع که مسئولیت مدنی مرتکب جرم باید مبتنی بر بند یک ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی باشد، تسلط بر مال عامل خسارت راه حل بدیع این رأی نیست بلکه راه حل در زمان های قبل در رأی فرانک به دست آمده بود.

رأی فرانک ۱۹۴۱: «[با نظر به این که] ... در وضعیت حاضر که بنابر آن فرانک از استفاده از مالش محروم بوده و تسلط و کنترلی بر خودروی خود نداشته است بنابراین مشمول مسئولیت موضوع بند اول ماده ۱۳۸۴ قانون مدنی نیست. دادگاه تجدیدنظر که چنین رأیی صادر کرده است ماده فوق الذکر را نقض نکرده است.»

با مطالعه دو استدلال، بدون شناخت تاریخ دو رأی، نمی توانیم تشخیص دهیم که رأی رویه ساز در خصوص تفسیر بند اول ماده ۱۳۸۴ کدام است و اگر سابقه را شناسیم به اشتباه فکر خواهیم کرد که رأی Lautour رأی الگو و رویه ساز بوده است. در حالیکه رأی الگو رأی فرانک است هر چند استدلال رأی عمومیت کمتری دارد و هر چند که ظاهر رأی منطبق با رأی الگو و رویه ساز نیست.