

دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی\*

## رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق

چکیده: از دیرباز در نظامهای حقوقی نوشته نقش رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوقی همواره مورد بحث و موجب افتراق بین انواع نظامهای مزبور بوده و هست. حقوق داخلی نیز از این قاعده مستثنا نشده است. برخی آن را سازنده و موجد قاعده حقوقی می دانند و بدین منظور از اصول ۱۶۷ و ۷۳ قانون اساسی استمداد می جویند. پاره‌ای دیگر از حقوقدانان منکر نقش خلاق رویه‌ای هستند. اینان نظر خود را با توسل به اصل ۵۷ قانون اساسی و نیز مواد ۵ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی استحکام می بخشند. این مقاله تحقیقی است در موضوع مورد بحث در حقوقهای ایران و فرانسه که در دوگفتار تنظیم شده است. گفتار نخست به نظریه‌ها و توجیحات مخالفان نقش خلاق رویه قضایی اختصاص داده شده و در گفتار دوم کوشش شده است عقاید طرفداران رویه قضایی به عنوان منبعی از حقوق عنوان گردد. سرانجام سعی شده است با جمع‌بندی نظریه‌های گوناگون نقل شده و نیز با توجه به پیشینه تاریخی نقش رویه قضایی در کنار سایر منابع حقوقی در نظامهای بزرگ حقوقی، جایگاه واقعی آن در عالم حقوق ترسیم شود.

### مقدمه

به مفهومی سنتی رویه قضایی مترادف با علم حقوق است که خالی از ابهام هم نیست؛ ترجمه کلمه فرانسوی *jurisprudence* که خود برگرفته از واژه رومی *jurisprudentes* است. رومیان کسانی را که با اندیشیدن درباره حقوق و نحوه اجرای آن در عرصه عمل در زمره عالمان این رشته محسوب می شدند *jurisprudente* یا فقط

---

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

prudentes می‌نامیدند. (۱)

به مفهوم فنی کلمه، رویه قضائی راه‌حلی است که به‌طور معمول دادگاهها در برخورد با یک مسأله حقوقی ارائه می‌کنند. (۲) در اینجا چهره‌ای از قانون تقلید دیده می‌شود که بی‌آن، حقوق بدون توضیح است. در برخورد با یک مسأله حقوقی شایع، دادگاهها خیلی زود عادت برخورد مشابه با آن مسأله را پیدا می‌کنند؛ به‌طوری که می‌توان برخورد دادگاهها را با همان مسأله پیش‌بینی کرد. اگرچه دادگاهها ملزم به تبعیت از راه‌حل قبلی نیستند، اما احتمال تبعیت از آن زیاد است؛ از این‌رو، رویه قضائی را می‌توان با قدری مسامحه عادت دادگاهها نامید. (۳)

قابل ذکر است که در انگلستان رویه قضائی با کلمه case-law مشخص می‌شود که به معنی حقوق موارد است و نه با اصطلاح jurisprudence. اصطلاح اخیر مبین تئوری کلی حقوق است و به‌ویژه فلسفه حقوق را دربرمی‌گیرد. (۴)

در نظامهای حقوق نوشته رویه قضائی نقطه تبلور حقوق است. رویه قضائی به قانون عینیت می‌بخشد؛ به آن تحرک می‌دهد؛ نقاط ضعف، شدت و نارسایی آن را برطرف کرده، با نیازهای اجتماعی منطبق می‌سازد؛ موجب نشو و نما، تکامل و تحول قوانین و نیز سایر منابع حقوق است؛ معیار خوبی است برای سنجش عدالت و سرانجام انعکاسی است از اخلاق و تمدن یک ملت. رویه قضائی است که مسیر حرکت تحولات فکری را معین می‌کند و راه‌گشای رفع معضلات اجتماعی است. رویه قضائی آسانتر از قواعد قانونی از مرزها عبور می‌کند. استفاده از رویه قضائی کشورهای خارجی در مقایسه با استفاده از قوانین آن کشورها دارای قبح کمتری است. امروزه رویه قضائی سهم بزرگی در شکل‌گیری حقوق دارد. بررسی آن دیگر جنبه تفننی سابق را از دست داده، به‌عنوان یک ضرورت مطرح است؛ به‌طوری که شناخت حقوق موضوعه بدون توجه به رویه قضائی غیرممکن است. امروزه، بعضی از رشته‌های حقوق اساساً رویه‌ای است. (۵) در عمل نیز وقتی مسأله‌ای مطرح می‌شود، حقوقدانان، به‌ویژه وکلای دادگستری، به‌سرعت در جست‌وجوی رویه قضائی در آن زمینه برمی‌آیند؛ چراکه دیگر رویه قضائی برای همگان حقیقتی شناخته شده است. (۶)

اکنون دیگر داده‌های رویه‌ای در همه رشته‌های حقوق تجلی یافته است و عمل

ناقص قانونگذار را تکمیل می‌کند. کارآیی داده‌های رویه‌ای موجب شده است که حتی سرسخت‌ترین طرفداران قانون آن را به‌عنوان واقعیت بپذیرند. حقوقدان فرانسوی آقای اپتی<sup>۱</sup> با وجود انکار نقش خلاق رویه‌ای، می‌نویسد: «درست است که قاضی اختیار وضع قاعده را ندارد اما به هر حال آن را بسان قانونگذار اعمال می‌کند.» (۷) با وجود این، بحث درباره اعتبار رویه قضائی به‌عنوان منبعی از حقوق هنوز هم کم‌وبیش مطرح است و اختلاف راجع به آن پایان نیافته است. (۸)

مقصود از منبع حقوقی، تعیین عاملی است که به‌ظاهر می‌تواند قواعد حقوقی را تحمیل کند. (۹) منبع به معنی محل ظهور و روشی است برای ارائه قواعد حقوقی. هدف از نگارش این سطور طرح پرسشی است درباره اقتدار رویه قضائی در ایجاد «قاعده حقوقی» به معنای مرسوم خود؛ یعنی قاعده‌ای کلی و همگانی با خصوصیت الزامی. (۱۰) سؤال این است: با توجه به اینکه آراء دادگاهها موردی و اعتبارشان محدود به دعوی خاص است، آیا با صدور رأی واحد از طرف دیوان عالی یا با تکرار آراء مشابه از طرف دادگاهها الزام و اعتبار کلی ناشی می‌شود یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه؟ و عبور از حالت موردی به کلیت به چه نحوی صورت می‌گیرد؟

حقوقدانان در مقام پاسخ به سه دسته تقسیم شده‌اند: ۱. دسته اول کسانی هستند که به این پرسش پاسخ منفی می‌دهند (فصل اول)؛ ۲. دسته دوم کسانی هستند که از تلقی رویه قضائی به‌عنوان منبعی از حقوق دفاع می‌کنند (فصل دوم) و ۳. دسته سوم هم هستند که در مقام پاسخ مردد هستند و اظهار نظرهای دوپهلوی و غیرقطعی ارائه می‌کنند. در این نوشتار کوشش شده است که نظریات دو دسته اول و دوم نقد و بررسی شود.

شایان ذکر است که این بحث در تمامی خانواده حقوق نوشته، حتی در کشوری مثل سوئیس که رویه قضائی را به‌عنوان منبعی از حقوق به رسمیت می‌شناسد، کم‌وبیش مطرح است. (۱۱) با وجود این، در بررسی حاضر به بازتاب دیدگاههای حقوقدانان خودی و فرانسوی اکتفا خواهد شد. علت انتخاب حقوق فرانسه این است که این حقوق وارث حقوق رم و نمونه بارز حقوق نوشته است و در حقوق این کشور این بحث همواره با

حرارت خاصی مطرح بوده و هست، به علاوه حقوق ایران در پاره‌ای از زمینه‌ها نزدیکی زیادی با حقوق فرانسه دارد.

## فصل اول. دلایل مخالفان تلقی رویه قضائی به مثابه منبعی از حقوق

عده‌ای از مؤلفان حقوق، که در بین آنها افراد معتبری به چشم می‌خورند، منکر رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق هستند. (۱۲) این افراد نظر خود را با دلایل متعددی توجیه می‌کنند که در زیر به آنها می‌پردازیم:

### ۱. توجیه قانونی

مواد استنادی مخالفان در حقوق داخلی مواد ۵ ق.آ.م.، بند ۴ ماده ۱۹۸ همان قانون و اصل ۵۷ ق.ا.ج.ا. است. مطابق ماده ۵ ق.آ.د.م. «دادگاه هر دعوی را با قانون تطبیق کرده و حکم آن را تعیین می‌نماید و نباید به طور عموم و قاعده کلی حکم بدهد.» از اصطلاح کلی بودن مذکور در این ماده برداشت شده است که حکم باید ناظر به فرد و مورد خاص باشد؛ نه اینکه هر کسی و هر موردی را که دارای آن وصف خاص است در برگیرد. حکم نمی‌تواند دارای کلیت باشد. این ویژگی خاص قاعده حقوقی است؛ یعنی قاعده حقوقی است که بر تعداد نامعینی از اعمال و وقایع مشابه خارجی حکومت می‌کند. (۱۳) بنابراین با استناد به رأی صادره از یک دادگاه نمی‌توان کلیه مشکلات مشابه به مشکلی که به مناسبت آن در پرونده مطرح شده و دادگاه اقدام به صدور رأی کرده، به نحو مشابهی حل و فصل کرد. این ماده در راستای اصل تفکیک قوا (اصل ۵۷ ق.ا.ج.ا) وضع شده است که مطابق آن دخالت هر یک از قوا در وظایف دیگری ممنوع است. پس مطابق اصل مزبور و ماده ۵ ق.آ.د.م. دادگاهها حق صدور رأیی که اعتبار قانون را داشته باشد و رقیب قانونگذار محسوب شود ندارند.

همچنین، مخالفان به ماده ۱۹۸ بند ۴ ق.آ.د.م. متوسل می‌شوند که در آن اعتبار امر قضاوت شده اعلام شده است. مطابق این اصل، رأی صادره در یک پرونده فقط در مورد طرفین دعوی و موضوع رسیدگی شده و همان سبب اعتبار دارد؛ یعنی اشخاص ثالث که

حکم بدون مشارکت آنها صادر شده است می‌توانند حکم را نادیده بگیرند. بنابراین از طریق تصمیمات قضائی قاعده کلی به وجود نمی‌آید. رویه قضائی نیز از حکم دادگاه تشکیل می‌شود و چون اعتبار حکم نسبی و محدود به دعوی خاص است، پس روشهای مرسوم بین محاکم را نیز نمی‌توان از قواعد حقوقی شمرد. (۱۴)

پاره‌ای از حقوقدانان فرانسوی نیز به قواعد و اصول مشابهی که طی مواد ۵ و ۱۳۵۱ ق.م.ف. آمده است متوسل می‌شوند. (۱۵)

مخالفان در هر دو حقوق فرانسه و ایران از این اصول استنباط می‌کنند که تصمیمات دادگاهها که در واقع عوامل تشکیل‌دهنده رویه قضائی هستند قابلیت ندارند که منبعی از حقوق محسوب شوند. ممکن است تصمیمات مشابهی از طرف دادگاهها گرفته شود، اما در هر حال راه‌حلهای همچنان موردی باقی خواهد ماند و به هنگام طرح مسأله مشابه، دادگاه کاملاً آزاد و مختار در تصمیم‌گیری خواهد بود و الزامی در تبعیت از آراء صادره قبلی نخواهد داشت. به عبارت دیگر، تصمیمات قضائی فاقد عناصر کلیت و الزامی بودن است که ویژگی قاعده حقوقی به شمار می‌آیند. در واقع برای اینکه رویه قضائی برای قضات دارای اعتبار حقوقی باشد، نیاز به قواعد الزام‌آوری در این زمینه است؛ در حالی که هیچ قاعده‌ای وجود ندارد که مطابق آن قاضی ملزم به تبعیت از رویه قضائی باشد مگر در حالت استثناء. (۱۶)

## ۲. توجیه سیاسی

مخالفان اظهار می‌کنند که رویه قضائی با تکرار آراء مشابه یا با دخالت دیوان عالی به وجود می‌آید و عامل تکرار یا دخالت دیوان عالی در پرونده مستلزم گذشت زمان است؛ بنابراین شکل‌گیری رویه قضائی کند و گذشت چندین سال را طلب می‌کند و به همین لحاظ قابل انتقاد است. (۱۷)

به علاوه رویه قضائی به لحاظ عدم قطعیت نیز مورد سرزنش است؛ پاره‌ای از آراء دیوان عالی بیش از قوانین قابل تفسیر به صور گوناگون است. رویه قضائی به لحاظ فقدان قطعیت موجب عدم امنیت در روابط حقوقی است. تمامی پیش‌بینی‌های افراد با تغییر رویه قضائی، که دادگاه مجاز به آن است و نادر هم نیست، در هم می‌ریزد. وانگهی عامل دیگری که این عدم امنیت را تشدید می‌کند اثر قهقرایی رویه قضائی است؛ رویه قضائی

با صدور رأی خلق می‌شود، اما در خصوص مسأله مورد نزاع (واقعه قبله مقدم بر زمان وضع قاعده رویه‌ای) اعمال می‌شود. (۱۸) چنانچه این سؤال که آیا رویه قضائی منبعی از حقوق هست یا خیر از بازیگران صحنه، یعنی قضات، پرسیده شود، پاسخ منفی خواهد بود. دیوان عالی کشور فرانسه در موقعیت‌های متعدد اعلام کرده است که رویه قضائی نمی‌تواند عامل توجیهی رأی باشد. (۱۹) به عبارت دیگر، دیوان عالی رأی دادگاه تالی را به جهت عدم رعایت رویه قضائی نقض نمی‌کند. (۲۰) به رغم انتقادات عنوان شده، مؤلفان بی‌شماری هستند که رویه قضائی را منبعی از حقوق می‌دانند و گاهی بی‌پروا آن را در زمان حاکمیت مکتب اصالت قانون مطرح می‌کنند. (۲۱) به عنوان مثال، بارتین<sup>۱</sup> فرانسوی در سال ۱۸۹۲ نوشته است: «نقش قاضی به یک مفسر تنها خلاصه نمی‌شود، او به طور واقعی در شکل‌گیری و تحول قانون مدنی شرکت دارد.» (۲۲) این اظهارات در پاره‌ای از قضات مؤثر واقع شده است. بیانات رئیس دیوان عالی کشور فرانسه در صدمین سالگرد قانون مدنی بسیار معروف است: «... هنگامی که متن مبهم است... قاضی دارای گسترده‌ترین اختیارات برای تفسیر است، او نباید در جست‌وجوی اینکه فکر نویسندگان قانون (کد) در صد سال پیش به هنگام نوشتن فلان یا بهمان ماده چه بوده است مصرّ باشد، او باید از خود بپرسد که اگر آنان امروز می‌خواستند همان ماده را بنویسند، چگونه می‌اندیشیدند، باید به خود بگوید که با توجه به دگرگونی‌هایی که از یک قرن پیش در افکار، در اخلاق، در نهادها، در وضع اقتصادی و اجتماعی فرانسه پدید آمده است، عدالت و عقل حکم می‌کند که متن قانون آزادانه و به‌طور انسانی با واقعیتها و متقضیات زندگی جدید هماهنگ شود.» (۲۳)

## فصل دوم. موضع موافقان تلقی رویه قضائی

### به‌عنوان منبعی از حقوق

در این فصل ابتدا اظهارات موافقان در ردّ انتقادات مخالفان مرور می‌شود (الف) و سپس توجیه حقوقی رویه قضائی از نظر می‌گذرد. (ب)

### ۱. رد اظهارات مخالفان تلقی رویه قضائی به مثابه منبعی از حقوق

آن دسته از حقوقدانان که طرفدار رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق هستند، در پاسخ به مخالفان اظهار می کنند که اصل تفکیک قوا را، که مطابق آن قوه قضائیه مجاز به دخالت در زمینه قانونگذاری نیست، نمی توان اصلی مطلق دانست. مخالفان، اختیار ایجاد وحدت رویه قضائی برای دیوان عالی (اصل ۱۶۱ ق.ا.) و نیز اختیار وضع آیین نامه و وظیفه شبه قضائی برای قوه مجریه (اصل ۱۳۸ ق.ا.) را نافی مطلق بودن اصل تفکیک قوا عنوان کرده اند. به هر روی عدم جواز قوه قضائیه به دخالت در زمینه قانونگذاری ممنوعیتی است برای قاضی در به وجود آوردن آنچه در نظام کامن لا قاعده سابقه نامیده می شود. (۲۴) مطابق این اصل دادرس از انجام عمل قانونگذاری، یعنی وضع قاعده کلی به صورت قانون و آیین نامه، ممنوع است و ربطی به وضع قاعده از طریق رویه قضائی ندارد.

از طرف دیگر، چنانچه ماده ۵ ق.آ.د.م.، با امعان نظر به اصل ۱۶۷ ق.ا.ج.ا.، که قاضی را از امتناع در صدور حکم به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه ممنوع می کند، و نیز اصل ۷۳ ق.ا.، که برای قضات در مقام تمیز حق، اختیار تفسیر قائل است، مورد توجه قرار گیرد؛ به نظر می آید که هدف از وضع این ماده ممنوع ساختن قضات در وضع قواعد حقوقی نباشد. به فرض هم اگر بپذیریم که ماده ۵ ق.آ.د.م. ممنوعیتی است برای قاضی در صدور رأی که جنبه قاعده حقوقی دارد، به هیچ وجه این ماده ممنوعیتی برای وضع قاعده از طریق رویه قضائی پایدار محسوب نمی شود. قطعاً، رویه قضائی از صدور و تکرار آراء مشابه به وجود می آید؛ به عبارت دیگر هسته رویه قضائی را رأی تشکیل می دهد. اما این بدان معنی نیست که خواص، ویژگیها و ممنوعیتهای رویه قضائی همان خواص و ممنوعیتهای رأی باشد؛ بلکه این عمل سازمان یافته که وفق اصول ۱۶۷ و ۷۳ ق.ا. صورت می گیرد دارای اعتبار و خواصی است که آن را متمایز از رأی می سازد. رویه قضائی وجودی مستقل از رأی است؛ بنابراین، ممنوعیتهای رأی - که آن هم مسلم نیست - در مورد رویه قضائی غیر قابل اعمال است. رویه قضائی به این معنی منبع حقوق است؛ موجد قواعد حقوقی است یا به عبارتی دارای کلیت است.

تحلیل مؤلفان فرانسوی از ماده ۵ ق.م. فرانسه - که معادل ماده ۵ ق.آ.د.م. ایران است - جالب است و با توجه به اینکه وضع ماده ۵ ق.م. فرانسه مقدم بر وضع ماده ۵ ق.آ.د.م. ایران است، شاید تحلیلی راهگشا باشد. به زعم بسیاری از حقوقدانان فرانسوی، مفهوم ماده ۵ ق.م. که دادرس را از صدور قواعد کلی و نظامنامه‌ای بر حذر می‌دارد، این است که قاضی از صدور آرائی که جنبه کلی و دائمی دارند و به شکل نظامنامه می‌باشند ممنوع است؛ امری که کاملاً متفاوت است از قواعد رویه‌ای که دارای کلیت هستند. (۲۵)

اعتبار این استدلال با نگاهی به پیشینه تاریخ ماده ۵ ق.م. فرانسه وضوح بیشتری پیدا می‌کند. بعد از انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه، زمانی که هنوز خاطره اجحافات پارلمانهای فرانسه زنده بود انقلابیون به منظور مسدود کردن همیشگی این اجحافات و از بین بردن مقاومت دادگاهها در مقابل نظم نوین اجتماعی، مواد ۴ و ۵ ق.م. را وضع کردند. مطابق ماده ۵ قضات از صدور حکم کلی و نظامنامه‌ای ممنوع هستند. قابل ذکر است که قبل از انقلاب، پارلمانها مجاز به صدور رأی با ویژگی کلی با خواص مادی یک قانون بودند. اگرچه تصمیم به مناسبت مورد گرفته می‌شد، اما اعتبار قانون را داشت. این نوع آراء به طور رسمی اعلام می‌شد و در عمل خود پارلمانها مقید به رعایت آنها بودند. (۲۶) وضع ماده ۵ ق.م. به منظور مسدود کردن این روش بود چرا که دخالت آشکار قوه قضائیه در مقننه محسوب می‌شد. به عنوان مثال در یک پرونده، دادگاه استیناف در خصوص شخص متهم به ترک خدمت سربازی در زمان صلح اعلام کرد:

«با توجه به اینکه ترک خدمت سربازی برای دولت یک فاجعه است، پس ترک‌کننده

به مجازاتی که کمتر از ۶ ماه حبس نخواهد بود محکوم می‌شود. کیفیات مخفقه نیز،

مگر در موارد بسیار استثنایی، در این مبحث پذیرفته نیست.»

در ۱۱ ژوئن ۱۹۶۸ دیوان عالی این تصمیم را به دلیل مغایرت با ماده ۵ ق.م. نقض کرد. (۲۷) پرواضح است که در اینجا دادگاه استیناف جرم و مجازات ترک خدمت سربازی را بر مبنای معیاری که خود تعیین کرده، به صورت کلی اعلام می‌کند که ناقض ماده ۵ است.

مردان انقلابی به منظور رفع خلأهای قانونی و نارساییهای آن، ماده ۴ ق.م. را وضع کردند. مطابق این ماده، قضات در موارد ابهام و سکوت قانونی ملزم به صدور حکم



می باشند. اما به منظور جلوگیری از دخالت قوه قضائیه در مقننه، دادگاهها را از جهت تفسیر قضائی، تابع دیوان عالی - که در آن زمان یک نهاد قانونگذاری محسوب می شد - قرار دادند. (۲۸) پرتالیس (۲۹) در این زمینه می گوید: دادگاهها به هدف از تأسیس شان نائل نخواهند آمد اگر به بهانه سکوت یا ابهام یا نارسایی، از رسیدگی امتناع کنند؛ اما قضات مبدل به قانونگذار خواهند شد اگر قادر به صدور رأی به شکل نظامنامه ای باشند. (۳۰) لذا ماده ۱۳۵۱ ق.م. در جهت تقویت ماده ۵ ق.م. اثر نسبی امر قضاوت شده به عنوان نتیجه منطقی اصل مقرر در ماده ۵ را مقرر می دارد.

بدین ترتیب قضات از صدور آراء کلی به شکل نظامنامه محروم می شوند و توجیه اصلی این ممنوعیت نیز در این نکته نهفته است که چنانچه رویه قضائی را منبعی هم تراز قانون بدانیم، ما در مقابل دو منبع هم عرض حقوق خواهیم بود که در صورت تعارض، حل آن جز از طریق نهاد برتر ممکن نخواهد شد؛ در حالی که اگر این دو منبع در موقعیت های گوناگون باشند، حل تعارض به سادگی، یعنی تبعیت مادون از مافوق، صورت خواهد گرفت. به هر حال این ممنوعیت به هیچ وجه مفید این معنی نیست که قاضی واضع و موجد حقوق نیست. برعکس، قاضی به موجب ماده ۴ ق.م. مجاز به وضع قاعده است؛ قواعدی که دارای نوعی کلیت هستند و در دعاوی خاص توسط خود او اجرا می شوند.

منتقدان در ردّ رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق، عدم وجود کلیت و عدم وجود خصیصه الزام آور را مطرح می کنند. موافقان اعتبار رویه قضائی می گویند: اولاً کلیت داشتن اگرچه یکی از ویژگیهای معمول قواعد حقوقی به حساب آمده است، اما از عوامل تشکیل دهنده اصلی آن نیست. احکام موردی نیز موجد و منبع حقوق هستند. به هر حال، قضات اختیار وضع قاعده به صورت کلی را دارند. آنچه که ممنوع از آن هستند صدور آراء نظامنامه ای است. در واقع ویژگی مهمی که قواعد حقوقی از آن برخوردار است و آنها را متمایز از سایر قواعد می کند خصیصه الزام آور بودن آنهاست. اینجاست که دیگر هیچ کس نمی تواند منکر رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق باشد، زیرا آراء برای اصحاب دعوی جنبه الزام آور دارند. منتقدان در توجیه انکارشان، مقیدنبودن قضات به تصمیمات قبلی خود را مطرح می کنند. غیر منطقی بودن این استدلال با توجه به

تعریف حقوق موضوعه و سلسله مراتب بین منابع حقوقی روشن است: همان‌گونه که قانونگذار مقید به قوانین قبلی خود نیست و اختیار تغییر و نسخ آن را دارد، رویه قضائی به مثابه منبع حقوق نیز هرگز خود را مقید نمی‌سازد؛ قاضی نیز اختیار تغییر و عدول از رویه قضائی را دارد. چنانچه عدول از رویه قضائی موجب شود که بگوییم رویه قضائی منبعی از حقوق نیست؛ پس در انگلستان نیز که از سال ۱۹۶۶ به بعد، مجلس اعیان مقید به آراء قبلی خود نبوده است، نباید رویه قضائی منبعی از حقوق محسوب شود. رویه قضائی برای افراد جامعه جنبه الزامی دارد. اصحاب دعوی باید خود را با آن مطابقت دهند. فرد می‌تواند به یک تغییر جهت کلی رویه‌ای امیدوار باشد و احتمالاً هم به آن نایل آید، اما این امیدواری در تغییر قانون هم می‌تواند برای فرد وجود داشته باشد. قضات نیز مقید به پیروی از رویه قضائی هستند؛ زیرا در غیر این صورت اگر قاضی را خاطی نگوییم، دست‌کم تکرر خواهد بود.

آنچه از نظر گذشت مروری اجمالی بود بر پاسخ‌های موافقان رویه قضائی در رد انتقادات مخالفان اما اینکه آنها نظر خود را چگونه توجیه می‌کنند مطلبی است که در بخش بعدی بررسی خواهیم کرد.

## ۲. توجیه رویه قضائی به مثابه منبعی از حقوق

برخی از طرفداران رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق استدلال خود را بر اساس مواد قانون قرار می‌دهند. اینان معتقدند که نظر قانونگذار نیز بر وضع قاعده توسط رویه قضائی است و بدین ترتیب اختیار وضع قاعده رویه‌ای را قانونی می‌دانند. عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان، بر خلاف دسته اول، توجیه حقوقی رویه قضائی را بدون استمداد از قانون ارائه می‌کنند. در ذیل به اجمال استدلال‌های هر یک را نقل می‌کنیم.

### الف. توجیه قواعد رویه‌ای با تکیه به قانون

در این نکته تردید نیست که قضات به موجب قانون صراحتاً دارای نمایندگی وضع قاعده نیستند؛ زیرا اگر چنین نمایندگی وجود داشت، مشکل حل بود. لذا برخی خلأ موجود را با پذیرش ضمنی قواعد رویه‌ای توسط قانونگذار برطرف کرده‌اند. حقوق‌دان

فرانسوی والین می نویسد:

«در عالم حقوق دادرس و قانونگذار بدون ارتباط نیستند، آنچه را که اولی انجام می دهد از دومی پوشیده نیست. بدین سان مشاهده و موضع گیری قانونگذار برای تأیید یا ردّ یک رویه قضائی تثبیت شده یا در حال شکل گیری چندان نادر نیست. بنابراین عدم عکس العمل قانونگذار را که عملاً رایج ترین احتمال هم است می توان به منزله تأیید ضمنی تفسیر نمود: آگاه بودن به رویه قضائی و قادر بودن به محکوم کردن آن و در عین حال سکوت اختیار کردن، آیا صحه گذاری بر اجرای قاعده ای که از اقتدار قاضی در وضع قواعد می باشد نیست؟» (۳۱)

ایرادی که به این نظر گرفته شده این است که اولاً آگاهی نمایندگان یا اکثریت آنان به رویه قضائی مورد تردید است، ثانیاً امتناع از اظهار نظر را نمی توان حمل بر تأیید ضمنی دانست. آنچه که می تواند مورد مخالفت قرار گیرد ولی نمی گیرد، لزوماً دلیل بر قبول آن نیست.

برخی اظهار می کنند که قانونگذار به نقص و ابهام قواعدی که وضع می کند آگاه است، از این رو قاضی را موظف به برطرف کردن آن می کند. ایجاد خلأهای قانونی توسط قانونگذار و موظف دانستن قاضی به رفع آنها در واقع نوعی نمایندگی قاضی از طرف قانونگذاری در تکمیل قواعد از طریق رویه قضائی است. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران و ماده ۳ ق.آ.د.م. در موارد ابهام و نارسایی قضات مکلف به صدور حکم می باشند. این تکلیف، اقتضای ایجاد قاعده توسط قضات را دارد. مؤلفان فرانسوی نیز با استناد به ماده ۴ ق.م. استدلال مشابهی ارائه می کنند؛ در ضمن پیشینه تاریخی این ماده و گذشته دیوان عالی را گواه مدّعی خود قرار می دهند. قابل توضیح است که در حقوق فرانسه پیشتر دیوان عالی نهادی وابسته به قوه مقننه بود و تفسیر قانون با توسل به روشهای «ارجاع اختیاری به قانونگذار»<sup>۱</sup> و «ارجاع الزامی به قانونگذار»<sup>۲</sup> توسط قوه مقننه صورت می گرفت. (۳۲) روش ارجاع اختیاری به قانونگذاری توسط ماده ۱۲ قانون اوت ۱۷۹۰ پیش بینی شده بود. مطابق این ماده در صورت نیاز به تفسیر قانون، دادگاهها

مختار به مراجعه به قانونگذار بودند. در کنار این روش، ماده ۲۱ قانون اول دسامبر ۱۷۹۰ روش «ارجاع الزامی» را به وجود آورد که، برخلاف روش اول، مدتی طولانی نیز اعمال شد. مطابق این روش چنانچه دادگاه ماهوی هم عرض پس از دو مرتبه نقض در دادگاه عالی برای مرتبه سوم اصرار بر نظر دادگاههای ماهوی اول و دوم کند، در این حالت دادگاه عالی موظف به تعلیق دادرسی تا اظهار نظر قوه مقننه می باشد. اما دیری نگذشت که انقلابیون به موجب قانون اول آوریل ۱۸۳۷، از یک طرف اقدام به جدا کردن دیوان عالی از قوه مقننه و از طرف دیگر اقدام به لغو نهادهای «ارجاع اختیاری به قانونگذاری» و «ارجاع الزامی» کردند. از آن پس، مطابق این قانون، بعد از نقض متوالی بر اساس دلایل مشابه، دادگاه ماهوی که برای مرتبه سوم مأمور رسیدگی به پرونده است، باید مطابق تصمیم مجمع عمومی دیوان حکم صادر کند. (۳۳)

انقلابیون واقف به نقش حق تفسیر در ایجاد قواعد کلی و نگران از مسدود شدن اراده انقلابی توسط این قواعد، قوه قضائیه را محروم از حق تفسیر کردند، اما خیلی زود متوجه شدند که محروم شدن قاضی از حق تفسیر موجب مختل شدن آن قوه است؛ لذا با دیگر این حق را برای او قائل شدند.

بررسی تاریخی و داده‌های رویه‌ای مبین این است که تفسیر قضائی سازنده و موجد قاعده حقوقی است. قدرت خلاقه رویه قضائی در مواردی که سکوت، ابهام یا نارسایی قانونی وجود دارد ظاهر می شود، زیرا در این موارد قضات ملزم به صدور حکم هستند. قضات می کوشند تا از احکام جزئی در قانون، قواعدی کلی استنباط و اعلام کنند (۳۴) و در جهت رفع خلأها و نارساییها اقدام به کشف قواعد و اصول کلی حقوق می کنند؛ در همین مسیر متوسل به نهادی همچون «یاور دادگاه» می شوند که در حقوق فرانسه از آن به عنوان دلیلی در جهت افزایش اختیار قاضی در ایجاد قواعد حقوقی سخن رفته است.

#### ۱. کشف قواعد و اصول کلی حقوق: قانونگذار با این ایده که جدایی بین عدالت و حقوق

به وجود نیاید نظر خود را با عبارات کلی بیان می کند. او با توجه به یک سری ارزشها که نشأت گرفته از عمق جامعه است - و ریشه‌های آن را باید در روحیات و اخلاقیات و سنن و رسوم جامعه جست و جو کرد - قواعد قانونی را اعلام می کند؛ اما غالباً از عنوان کردن

صریح آنها امتناع می‌ورزد.

قانونگذار به قضات اختیار رجوع به انصاف را می‌دهد یا آنان را به عادات و رسوم یا حقوق فطری ارجاع می‌دهد یا اجرای مقررات قانونی را تابع مقتضیات اخلاق حسنه یا نظم عمومی قرار می‌دهد. در کلیه این موارد، قانونگذار خواستار همکاری حقوقدانان، به‌ویژه قاضی، است. (۳۵) در همه موارد قضات هستند که با استنباط از قانون اقدام به استخراج و اعلام این عبارات و اصول می‌کنند. اصول از عناصر حقوق موضوعه به‌شمار می‌رود. انسجام حقوقی مرهون آنهاست. آنها دارای کلیت و ویژگی الزام‌آور هستند. رویه قضائی بلندگو و اعلام‌کننده اصول است. (۳۶)

## ۲. احضار «یاور دادگاه»: <sup>۱</sup>(۳۷) یاور یا همیار دادگاه شخصی است که به مناسبت یک

دعوی بدون اینکه نفعی در دعوی داشته باشد به دادگاه احضار می‌شود تا درخصوص نکته‌ای اظهارنظر کند. اگرچه تعریف حقوقی مشخصی از آن ارائه نشده، اما این نهاد با شاهد و کارشناس تفاوت دارد؛ اظهارات یاور دادگاه نسبت به اظهارات کارشناس دارای نفوذ به مراتب بیشتری است.

در بعضی دعاوی، دادگاه برای اجرای یک قاعده حقوقی که نیاز به وضوح بیشتری دارد از یک شخصیت معروف که اعتبار او غیرقابل تردید است تقاضای اظهارنظر می‌کند. هدف دادگاه از توسل به یاور دادگاه این نیست که صرفاً واقعه، موضوعی ساده روشن شود، بلکه هدف شناخت دقیق بعضی از وقایع است که او را در ترسیم یک قاعده حقوقی یاری می‌دهد. به‌عنوان مثال وقتی دادگاه از پرفسور منتانیه <sup>۲</sup> می‌خواهد که او در مورد ظهور ویروس سید<sup>۳</sup> از جهت روند پیشرفت، زمان ابتلا به بیماری تا ظهور و اعلام بیماری و همین‌طور درخصوص عناصر دیگر آن اظهارنظر کند، هدف نه تنها حل و فصل یک دعوی خاص است که در آن دادگاه مطرح شده؛ بلکه بیشتر اجرای یک قاعده حقوقی است. نکته مبهم این است: آیا به‌طور کلی جبران خسارت قربانیان مبتلابه

1. Ami de la cour (*amicus curiae*)      2. Montagnier

3. HIV

صحیح است یا خیر؟ در صورت مثبت بودن، به چه نحوی؟ آیا رفع خسارت باید یکجا صورت گیرد؟ زمان پرداخت چه زمانی است؟ آیا زمان اعلام بیماری است؟ آیا بروز بیماری نزد کسی که میکرب بیماری در خون او وجود دارد غیرقابل احتراز است؟ آیا برای جبران خسارت، ورود خسارت در آینده به قدر کافی قطعی هست یا خیر؟ (۳۸)

بنابراین، اجرای قاعده حقوقی است که محل تردید است. ترسیم این قاعده حقوقی در ارتباط با یک واقعه است که به مناسبت آن، دادگاه نظر یاور دادگاه را در خصوص واقعه جویا می شود تا مناسب ترین راه حل حقوقی اتخاذ شود.

توسل دادگاه به این نهاد صرفاً برای روشن شدن یکی از وقایع مبهم دعوی نیست - امری که یک کارشناس ساده نیز می تواند پاسخگو باشد - بلکه برای توضیح یک واقعه مشترک در یک سری از دعاوی است که یک ارزیابی صحیح از آن در غیاب قانون جهت ارائه یک قاعده حقوقی حائز اهمیت است. قضات نه تنها در ترسیم مناسب ترین قاعده از اظهارات یاور دادگاه استفاده می کنند، بلکه با تحصیل حمایت فکری یک شخصیت علمی اخلاقی غیرقابل تردید سعی در تقویت اعتبار تصمیم خود دارند.

حقوقدانان فرانسوی توسل بیش از پیش دادگاهها به این نهاد را حاکی از افزایش قدرت آنان در ایجاد قواعد حقوقی می دانند. (۳۹)

### ب. توجیه قواعد رویه‌ای خارج از قانون

پاره‌ای از حقوقدانان معتقدند که ایجاد قواعد رویه‌ای به واسطه اجرای وظیفه قضائی است. آنها به اراده قانونگذار وابسته نیستند، لذا در توجیه و تعیین مبنای قواعد رویه‌ای مطالعه خود را بدون استمداد از قانون متمرکز می کنند. حقوقدان فرانسوی آقای لبرن می گوید که عرف یعنی هر قاعده حقوقی مستقل از قاعده قانونی که دارای مبنای عملی باشد. اعمال تحت شرایطی قاعده اعلام می کنند و این احساس را به وجود می آورند که قطعاً مفید، مناسب و عادلانه هستند. حقوق عرفی حقوقی است ضروری در کنار حقوق قانونی؛ چرا که حقوق نوشته یا حقوق رسمی همیشه نارساست. عرف، همچون حقوق نوشته، قدرت الزام آور خود را از طبیعت الزام آور حقوق می گیرد. وی رویه قضائی پایدار را در کنار عادت حقوقی و دکترین قرار می دهد. به نظر او رویه قضائی پایدار یعنی

تصمیمات متعدد همسو. تبخّر قضات و عدم قصور در انجام وظایف و اخذ تصمیمات مدلل تضمین مؤثری است برای اعتبار قاعده‌ای که اجرا می‌شود. (۴۰) اشکال وارد بر این نظر، عدم توانایی آن در توجیه قاعده رویه‌ای است که از طریق رأی واحد دیوان عالی ایجاد می‌شود.

به اعتقاد آقای دکتر کاتوزیان: «... در دو مورد رویه قضائی در ردیف منابع رسمی حقوق قرار می‌گیرد: ۱. در صورتی که رویه قضائی از طرف سایر علمای حقوق نیز پذیرفته شود و احکام آن به صورت عرف و عادت مسلم در آید، ۲. در مواردی که دیوان کشور می‌تواند بر خلاف اصل کلی، «آراء نوعی» صادر کند و سایر محاکم را ناگزیر از رعایت آن سازد.» (۴۱)

به نظر آقای مری<sup>۱</sup> قاعده رویه‌ای با اجتماع دو عامل تبدیل به قاعده حقوقی می‌شود: ۱. تصمیم دادگاهها و ۲. رضایت افراد ذینفع. مقصود از افراد ذینفع، قضات، مشاوران حقوقی و افراد اهل قانون است و مقصود از رضایت اعتقاد به خصیصه الزام آور بودن و معتبر شناختن قاعده‌ای است که با پذیرش، تمکین یا با فقدان مخالف ظاهر می‌شود. (۴۲) به عبارتی دیگر، برای اینکه رویه قضائی منبعی از حقوق محسوب شود رضایت افراد ذینفع (حقوقدانان) شرط است. دقیقاً همین نکته است که مورد انتقاد پاره‌ای از حقوقدانان قرار گرفته است؛ زیرا به نظر آنها پذیرش یا رضایت افراد ذینفع شرط الزامی بودن رویه قضائی نیست، بلکه نتیجه آن است. (۴۳) مسلماً رویه قضائی پایدار دارای این ویژگی هست؛ اما این رضایت نیست که به قاعده رویه‌ای قدرت الزامی می‌دهد، بلکه برعکس چون قاعده رویه‌ای الزامی هست، حقوقدانان از ایراد به آن که بی‌تأثیر است صرف نظر می‌کنند.

اقتدار و اعتبار رویه قضائی متکی به اصول ۷۳ و ۱۶۷ ق.ا. است و ناشی از اختیار تفسیری است که قانون اساسی برای قضات در مقام اجرای قانون قائل شده است. تأسیس یک دادگاه عالی بر فراز همه دادگاهها با رسالت تأمین رویه واحد بین آنها (اصل ۱۷۱ ق.ا.ج.ا.) نشانه دیگری است بر کلی بودن راه‌حلهای حقوقی. (۴۴) اصل

متساوی‌الحقوق بودن افراد و انسجام حقوقی ایجاب می‌کند که طرح دعاوی مشابه به راه‌حلهای مشابه بیانجامد و راه‌حلهای مشابه به قاعده حقوقی. بدین ترتیب دادرسی‌ها یکنواخت و همگام گشته و دیوان کشور پیش‌تاز این کاروان هماهنگ می‌شود. (۴۵)

پروفسور گستن<sup>۱</sup> می‌گوید که اقتدار رویه قضائی در وضع قواعد، نهادی است؛ ناشی از اختیاری که قضات در تفسیر قانون به عهده دارند؛ ناشی از اختیار یا تکلیفی است که دیوان عالی در وحدت این تفاسیر از آن برخوردار است.

دیوان عالی فرانسه در ابتدا یک نهاد وابسته به قوه قانونگذاری با اختیار یا وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین بود. بعد از اینکه این دیوان از قوه قانونگذاری مستقل گردید و به‌عنوان عالی‌ترین نهاد قضائی ظاهر شد، اختیار وضع حقوق را که از کنترل تفسیر قانون ناشی می‌شود با خود حفظ کرد.

اهمیت تأمین وحدت تفسیر به حدی است که تفسیر، شرکت در کلیت خود قانون و مکمل الزامی قانون محسوب می‌شود. صلاحیت دیوان عالی در تکمیل قانون از طریق تفسیر به‌گونه‌ای است که تفسیر قانون را باید جزئی از پیکر قانون دانست و از جهت الزام‌آور بودن برابر خود آن.

کلیت و الزامی بودن قواعد قانونی پاسخی است به احساس عمومی از اصل تساوی افراد در مقابل حقوق؛ یعنی برخورد مشابه با تمامی کسانی که در وضعیت مساوی هستند. کلیت داشتن قواعد رویه‌ای نیز ناشی از همین احساس است. بنابراین قواعد رویه‌ای باید الزامی باشند تا این کلیت تأمین شود. تفسیر قضائی سازنده است. قواعد رویه‌ای از طریق تفسیر وضع می‌شوند. این وضعیت، نهادی و دارای استقلال است. (۴۶)

با اجرای وظایف عادی قضات، به تدریج قاعده حقوقی شکل می‌گیرد؛ به نحوی که این عمل به صورت نهادی سازمان می‌یابد و این عمل سازمان‌یافته است که به رویه قضائی کلیت می‌دهد؛ یعنی عمومیت یافتن سوابق رویه قضائی. به این ترتیب که قاضی به منظور مصرف اقتصادی انرژی خود قانونی را که به مناسبت یک پرونده مورد تفسیر قرار داده، در پرونده‌های مشابه به آن مراجعه می‌کند؛ همان‌طور که می‌تواند به تفسیری



که قاضی دیگری از آن قانون داده مراجعه کند. یک چنین مراجعه به آراء قبلی آن قدر عادی و راحت صورت می‌گیرد که کم‌کم سوابق در یک جهت جمع می‌شوند. امروزه مراجعه به سوابق با توجه به الزامی که قضات در زمینه توجیه تصمیمات خود دارند، که آن هم مورد کنترل دیوان عالی است، قوت گرفته است. تصمیم باید الزاماً حاوی استدلال حقوقی و به‌ویژه بیانگر تفسیر قاعده حقوقی باشد. در ضمن از جهت روحی هم مراجعه به سوابق برای قاضی دارای جنبه اقناعی است. او موافق تصمیمی که پیشتر گرفته شده عمل می‌کند؛ زیرا می‌داند که افراد مختلف نظیر وکیل و قضات متعدد در آن دخالت کرده‌اند و بر مبنای بررسی تئوریهای مختلف تصمیم گرفته‌اند، از این رو انتخاب صورت گرفته از پختگی لازم برخوردار است. با تکرار راه‌حلهای مشابه کم‌کم نوعی امنیت حقوقی در آن زمینه به وجود می‌آید و اصطلاحاً گفته می‌شود که «رویه قضائی پایدار» به وجود آمده است.

امروزه اکثریت حقوقدانان کم‌وبیش پذیرفته‌اند که رویه قضائی منبعی حقوقی است. (۴۷) این پذیرش قطعاً متأثر از واقعیت‌ها، یعنی به واسطه داده‌های رویه‌ای، است؛ اما، چنانچه ملاحظه شد، در توجیه رویه قضائی به عنوان منبعی از حقوق، نظری که مورد اتفاق حقوقدانان باشد ارائه نشده است. در واقع نظریه‌های متفاوتی عرضه شده است که هر یک بیش از آنکه طرفدار داشته باشند منتقد دارند. این نظریه‌ها بیشتر حول رویه قضائی در عالم تئوری دور می‌زند و کمتر زندگی واقعی آن و تأثیر متقابل آن با سایر منابع مد نظر قرار گرفته است. لذا برای پی بردن به جایگاه واقعی رویه قضائی در حال حاضر معقول به نظر می‌آید که سایر منابع و حرکت تاریخی آنها بررسی شود. بنابراین سیری در تاریخ منابع حقوق در نظامهای نوشته و کامن‌لا شناخت وضعیت فعلی و نیز نتیجه‌گیری را آسانتر خواهد کرد.

در رم قدیم حقوق جنبه دکترینی و سپس کم‌کم جنبه رویه‌ای می‌گیرد. حقوق رویه‌ای به تدریج از طریق دادگاههای رده پایین به‌طور موردی شکل می‌گیرد. در خلال جمهوری، حقوق از حالت رویه‌ای به حالت قانونی تبدیل می‌شود. (۴۸)

در فرانسه قدیم حقوق جنبه عرفی دارد. از قرن ۱۳ به بعد به تدریج پادشاهان آن را مبدل به حقوق قانونی می‌کنند (۴۹)، پس از انقلاب صنعتی پدیده تدوین همه‌گیر می‌شود.

مطابق نظریه انقلابی، که فلسفه عمومی کشور است، قانون تنها منبع حقوق است، زیرا تنها قانون ناشی از اراده ملت است؛ رویه قضائی که این اراده را نادیده می‌گیرد از منفورترین نهادهاست (اظهارات لوشاپلیه<sup>۱</sup> انقلابی معروف فرانسوی). (۵۰) روند تحولات با ایجاد دیوان عالی و اختیاراتی که برای آن قائل می‌شوند عملاً در جهت ایجاد حقوق در قرن ۱۹ به گونه‌ای آغاز می‌گردد که در صدمین سالگرد قانون مدنی آنچه بیشتر جلب توجه می‌کند این است که ایجاد رویه‌های قضائی توسط قضات بیش از قانونگذار در گسترش قوانین ناپلئونی مؤثر بوده است. در قرن بیستم قطعاً ماشین قانونگذاری تعطیل نشده، اما قاضی نیز نظاره‌گر نبوده است و دیوان عالی نیز به همان اندازه در خصوص قوانین نارسا و مبهم نقش مهمی ایفا کرده است. به علاوه قضات دیگری نیز به قضات دیوان ملحق شده‌اند، شورای دولتی با ایفای نقش یک قانونگذار حقوق اداری را ابداع می‌کند، سپس در سال ۱۹۵۸ شورای قانون اساسی با رسالت مطابقت دادن قوانین جدید با قانون اساسی، یک سری رویه‌های قضائی بسیار مهم به وجود می‌آورد و بالاخره سازمانهای قضائی نظیر دادگاه عدالت جامعه اروپا و دادگاه حقوق بشر اروپا تأثیر زیادی بر حقوق فرانسه می‌گذارند. بنابراین مهمترین واقعه در قرن بیستم در حقوق فرانسه افزایش شدید رویه قضائی بوده است. پرواضح است که حقوق فرانسه اساساً قانونی باقی مانده است، اما از این پس منبع دومی هم که واجد اهمیت زیادی است مطرح است. این منبع دوم، چنانچه ملاحظه شد، موضوع مطالعات متناقض بوده و هست. از طرفی آن را به عنوان بخشی از حقوق موضوعه مطالعه می‌کنند و از طرف دیگر آن را به عنوان یک منبع مستقل به رسمیت نمی‌شناسند؛ به این دلیل که قانونگذار هر آن می‌تواند آن را از بین ببرد.

در انگلستان تا قرن ۱۱ حقوق عرفی حاکم بوده است. از قرن ۱۱ دادگاههای کامن‌لا حقوق رویه‌ای را به وجود می‌آورند که جایگزین حقوق عرفی می‌شود. وضعیتی شبیه به شکل‌گیری حقوق پروتوری در رم قدیم، در انگلیس نیز صورت می‌گیرد؛ با این تفاوت که کامن‌لا، برخلاف حقوق پروتوری، سخت، پیچیده و الزامی بود. دادگاههای شاهی در

انگلستان تحمل اختلاف رویه‌ای را نداشتند، زیرا پذیرش آن در واقع قبول به مخاطره انداختن حاکمیت آنها بود؛ لذا قاعده سابقه را ابداع کردند و بدین ترتیب در انگلستان حقوق عرفی نابود و حقوق رویه‌ای سخت جایگزین آن شد؛ آنچنان سخت که بعدها قادر به عبور از آتلانتیک شد.

در انگلستان بعد از انقلاب صنعتی حقوق قانونی توسعه زیادی می‌یابد، اما همچنان طریقه عادی اعلان قواعد، رویه قضائی است. در انگلستان از قانون برای تغییر قاعده سابقه استفاده می‌شود؛ همان طوری که در فرانسه برای تغییر و نسخ رویه از قانون کمک گرفته می‌شود. قاضی ملزم به تبعیت از قانون است، اما از این الزام در انگلستان، برخلاف فرانسه، حاکمیت مطلق قانون و عدم وجود حقوق رویه‌ای استنتاج نمی‌شود. انگلستان دوگانگی و مرکب بودن حقوق را پذیرفته است، اما فرانسه کمتر؛ زیرا سعی و تلاش حقوقدانان بر این است که رویه قضائی را منتسب به قانون کنند و حقوق را تک منبعی معرفی نمایند.

امروزه با وجود یورش قانون، قاضی کمافی السابق یک شخصیت عمده است. وجود حکومت‌های دموکراتیک و حاکمیت حقوق توجیه‌گر وجود قدرت قاضی است. منطق حکومت حقوق، اقتدار قاضی را توجیه می‌کند. چنین است که در ایران در رأس قواعد اداری، دیوان عدالت اداری و در رأس قانون، شورای نگهبان، و در فرانسه بر فراز حقوق اداری، شورای دولتی و بر فراز قانون، شورای قانون اساسی قرار دارد تا بی‌اعتباری قوانین خلاف قواعد و اصول را اعلام کنند. (۵۱)

این دو منبع حقوق موجد و خالق قواعد هستند؛ هر دو تکمیل‌کننده عمل یکدیگر و زاینده حقوق هستند: قانون با مطرح کردن مفاهیم مجمل و قابل انعطاف برای اجرای عدالت به قاضی اعتماد می‌کند و از طرفی قاضی نیز گاه‌گاه با تصمیمات تحریک‌کننده مجلس را تحت فشار قرار می‌دهد تا متقبل مسئولیت خود بشود. فعالیت هر دو منبع محدود به حدومرز است. مسلماً محدوده رویه قضائی کوچک‌تر از جولانگاه قانون است.

برای هر دو منبع محدودیت وجود دارد، اما با درجاتی متفاوت. پس تفاوت این دو منبع در درجه است؛ نه در ماهیت. نقش و ارتباط این دو منبع با یکدیگر شاید

قابل مقایسه با نقش زوجین (مرد و زن) باشد. همچنانکه مرد شاهد تنزل موقعیت بی چون و چرای سابق خود به عنوان رئیس خانواده و سرپرست فرزندان است، قانونگذار نیز شاهد اعتراض به موقعیت خود و از دست دادن قدرت انحصاری به عنوان منبع حقوق بوده است. در ایران از طریق دیوان عالی، دیوان عدالت اداری، شورای نگهبان و شاید در آینده نزدیک با تأسیس دادگاه قانون اساسی، توسط این دادگاه، در فرانسه از طریق نهادهای گوناگون همچون دیوان عالی، شورای قانون اساسی، شورای دولتی، دادگاه عدالت جامعه اروپا این اعتراضات مطرح شده و می شود.

در مقام مقایسه این دو باید گفت که قانون به معنای خاص کلمه برتر از رویه قضائی است و رویه قضائی برتر از مصوبات قوه مجریه. (۵۲) رویه قضائی دارای طبیعتی همچون قانون مفسر است، بنابراین قابل سرایت به گذشته است؛ در مورد احکامی که هنوز به قطعیت نرسیده اند قابل اعمال است و در زمینه جزایی چنانچه مساعد به حال متهم باشد قابل اجرا است. قواعد رویه ای پس از وضع، وجودی مستقل از قانون پیدا می کنند و دیگر به طور کامل وابسته به قانون نیستند؛ بنابراین با زوال قانون این قواعد به عنوان سوابق قضائی آن منتفی نمی شوند.

رویه قضائی در کنار قانون، همچون قانون، قاعده حقوقی وضع می کند و زاینده حقوق است. این دو، قطب های اصلی حقوق هستند که دارای عمل متقابل می باشند. جابه جایی آنها به تناسب رشته ها، متغیر و همواره قابل برگشت است؛ برخلاف گذشته که به لحاظ تک منبعی بودن حقوق این جابه جایی کند، در درازمدت و در کل پیکر حقوق صورت می گرفت و نه در رشته خاصی.

رویه قضائی، برخلاف قانون، دچار محدودیت و موضوع کنترل مراجع خاصی نیست، لذا بستر مناسبی برای رفع پاره ای از بی عدالتی های حقوقی است؛ البته به شرط اینکه قضاتی بصیر و ژرف اندیش مستعد این کار باشند.

### یادداشت ها

1. *Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence, p.2, no.2 et 3.*
2. J. Carbonier, *Droit Civil* (1, 13e éd, thémis, 1980), p.153.
3. *Ibid.*, p.156.

4. J. Ghestin, *Droit Civil, introduction générale* (4e édition, L.G.D.J. 1997), p.387.

۵. به عنوان مثال رشته‌های مسؤولیت مدنی و حقوق بین‌المللی خصوصی در حقوق فرانسه اساساً رویه‌ای است.

6. J. Maury, "Observation sur la jurisprudence en tant que source de droit", *étude offert à Ripert*, p.1.

7. M. Gobert, "La jurisprudence aujourd'hui", *R.T.D. Civ*, no.2, (Avril-Juin 1992), p.348.

۸. قابل ذکر است که برخی از حقوقدانان بین منبعی از حقوق (source du droit) و منبع حقوقی (source de droit) تفاوت قائل می‌شوند. به نظر اینان هدف از طرح این پرسش که آیا رویه قضایی منبع حقوقی هست یا خیر، این است که مشخص شود آیا رویه قضایی در تأسیس و تغییر سازمان حقوقی دخالتی دارد یا خیر؛ امری که به هیچ وجه بیانگر این مطلب نیست که رویه قضایی الزاماً و همواره از طریق وضع قواعد کلی مبادرت به آن خواهد کرد. در حالی که وقتی می‌گوییم آیا رویه قضایی منبعی از حقوق هست یا خیر تمایل بر این است که خود را محدود کنیم به اینکه آیا رویه قضایی می‌تواند منشأ قواعد حقوقی قرار گیرد. به عبارت دیگر با طرح این‌گونه پرسش این فکر که رویه قضایی در تأسیس یا تغییر سازمان حقوقی با وضع قواعد حقوقی موردی (غیر کلی) دخالتی دارد یا خیر، حذف می‌شود. به نظر این مؤلفان قلمرو پرسش به شکل اول وسیع‌تر از قلمرو پرسش به شکل دوم است. ر.ک به:

*Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence*, p.4, no.37.

۹. ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق (جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۴۹)، ص ۱۵۶.

۱۰. همان، ص ۱۵۶.

۱۱. حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی (انتشارات دانشگاه تهران، تیر ماه سال ۱۳۵۵)، ص ۱۳۵.

12. Carbonier, *op.cit.*, p.155.

۱۳. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد: «در فقه، قضیه‌ای را که ناظر به موضوع خاص است و رابطه معینی را در برگیرد «مسأله فقهی» می‌نامند». قاعده فقهی در عین حال که مقید به فرد یا اشخاص معین نیست، شامل چندین موضوع و رابطه خاص نیز می‌باشد.... ولی در زبان حقوقی مرسوم امروز، مسأله حقوقی ناظر به رابطه خاص و افراد معین است؛ رابطه‌ای که در عالم خارج وجود دارد و مقید به اشخاص است. در واقع مسأله حقوقی از اجزاء یکی از قواعد مجرد در پدیده‌های خارجی به وجود می‌آید. حکمی است که در محل خود پیاده شده و با امور ماهوی آمیخته گردیده است. برعکس آنچه را که در فقه قاعده می‌گویند، گاه امروز «اصل حقوقی» می‌نامند». ر.ک. به:

- کاتوزیان، کلیات حقوق جلد دوم، همان، ص ۲۵۷ و بعدی.
۱۴. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق (تهران: نشر بهنشر، چاپ دوازدهم، سال ۱۳۶۹)، ص ۲۰۶.
۱۵. مطابق ماده ۵ ق.م. فرانسه: قضات از صدور حکم به صورت کلی و نظامنامه‌ای ممنوع می‌باشند و مطابق ماده ۱۳۵۱ ق.م. رأی صادره در یک پرونده فقط در رابطه با طرفین دعوی و موضوع رسیدگی شده و همان سبب اعتبار دارد.
۱۶. استثناء در حقوق ایران رأی وحدت رویه است و در حقوق فرانسه رسیدگی دادگاه ماهوی پس از ارجاع هیأت عمومی دیوان به آن دادگاه مطابق قانون شماره ۵۲۳-۶۷ مورخ ۳ ژوئیه ۱۹۶۷.
۱۷. کاتوزیان، کلیات حقوق، جلد دوم، ص ۱۸۵.
18. B. Stark, *Intrduction au droit* (2 éd., litec, 1988), p.327.
19. *Ibid.*, p.328.
20. *Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence*, no.35
۲۱. مطابق نگرش این مکتب، حقوق چیزی جز قانون نیست.
22. *Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence*, no.27.
۲۳. رنه دیوید، نظامهای حقوقی معاصر، ترجمه دکتر صفائی، دکتر عراقی و دکتر آشوری، (چاپ دوم، تهران: نشر دانشگاهی، سال ۱۳۷۵)، ص ۱۱۲.
۲۴. قاعده سابقه عبارت است از الزام به رعایت قواعدی که قضات وضع کرده‌اند. ر.ک. به: رنه دیوید، پیشین، ص ۳۷۲.
25. Maury, *op.cit.*, p.29.
۲۶. نقل است که این آراء معمولاً حول و حوش اعیاد و در حضور کلیه اعضای شعب پارلمانها که ملبس به شنل قرمز رنگ بودند اعلام می‌شد. ر.ک. به:
- Ghestin, *op.cit.*, p.445.
27. Ghestin, *op.cit.*, p.446, no.478.
۲۸. این اقدام ناشی از یک سنت در نظام رومی ژرمنی است. نقل است که بعضی از قانونگذاران قدیم از جمله ژوستینین رفع نارسایی‌های قانونی را در صلاحیت انحصاری قانونگذاری قرار داده است.
۲۹. پرتالیس (Portalis) حقوقدان فرانسوی که در وضع قانون مدنی فرانسه دخالت مؤثر داشته است.
30. Ghestin, *op.cit.*, p.445.
31. Maury, *op.cit.*, p.38.
32. Maury, *op.cit.*, p.38 et 39.
33. *Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence*, no.22, 23 et 25.

۳۴. کاتوزیان، کلیات حقوق، جلد دوم، ص ۱۷۵.

۳۵. دیوید، پیشین، ص ۱۴۶.

۳۶. برای اطلاعات بیشتر در مورد اصول کلی حقوق، ر.ک. به: «اصول کلی حقوق و حقوق موضوعه»، نوشته ژان بولانژه، ترجمه علیرضا محمدزاده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۳۶، ص ۷۳.

37. Ghestin, *op.cit.*, p.457.

۳۸. این اصطلاح ساخته و پرداخته رویه قضایی است و برای اولین مرتبه دادگاه استیناف پاریس در ۱۹۸۸ آن را به کار برد، اما نهاد نوی به حساب نمی آید چرا که در قرن هفدهم در انگلستان در یک رأی از آن یاد شده است. وضعیت حقوقی آن مبهم است. توسل به آن به اشکال مختلف به طور سری، رسمی و یا غیر آن صورت می گیرد.

39. Ghestin, *op.cit.*, p.457.

40. Maury, *op.cit.*, p.40.

۴۱. کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۲۰۶.

42. Maury, *op.cit.*, p. 43 ets.

43. Ghestin, *op.cit.*, p.468, no.503.

۴۴. کاتوزیان، فلسفه حقوق (جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات بهنشر، سال ۱۳۶۵)، ص ۴۴۰.

45. Ghestin, *op.cit.*, p.470.

۴۶. ناصر کاتوزیان، «اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی»، چاپ چهارم، کانون وکلای دادگستری، ۱۳۶۸، ص ۸۸.

47. Ph. Jestaz, "Les Sources du droit, le déplacement d'on pôle à un autre", *R.T.D, Civ*, no.2 (Avril-Juin 1996), p.301.

48. *Ibid*, p.302.

49. *Ibid*, p.305.

50. Maury, *op.cit.*, p.49 et 50.

51. M. Gobert, *La jurisprudence aujourd'hui*, *R.T.D. Civ.* no.2 (Avril-Juin 1992), p.344 et 345.