

# بررسی تطبیقی جایگاه رویه قضایی در نظام حقوقی ایران و فرانسه

جعفر جمشیدپور\*، غفور خونینی\*\* و فرهاد تجری\*\*\*

نوع مقاله: علمی پژوهشی	تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۹/۹	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۶	شماره صفحه: ۳۱۶-۲۹۵
------------------------	------------------------	------------------------	---------------------

اعتبار رویه قضایی در دو نظام حقوقی کامن لا و حقوق مدون متفاوت است. برخلاف نظام حقوقی کامن لا، جایگاه ممتاز قانون موضوعه در نظام حقوقی رومی - ژرمنی همواره سایر منابع را به حاشیه رانده است. مدت ها این تفکر در کشورهای گروه رومی - ژرمنی حاکم بود که فقط قانون می تواند در عالم حقوق؛ منشأ اثر باشد و به ایجاد قواعد حقوقی بپردازد و قانون را لازمه دموکراسی و حفظ حقوق آزادی های فردی در جامعه می دانستند، چرا که نمایندگان ملت حق وضع قوانین و مقررات را داشتند و در این میان دستگاه قضایی تنها، مجری این مقررات بود. اما گروهی از حقوق دانان تأثیر و نفوذ معنوی و سهم رویه قضایی را در تحول حقوق را چنان می شمارند که رویه را قاعده ساز می دانند، اما همچنان به دلایل گوناگون عده ای آن را از منابع حقوق نمی شمارند. در این مقاله ضمن بررسی ادله معتقدین به هر یک از نظرات فوق، در حقوق ایران، نظر برگزیده آن است که رویه قضایی در مفهوم عام، قاعده ای نوعی را ایجاد می کند که رعایت آن برای دادگاه الزامی نانوشته به همراه دارد و باید آن را جزئی از منابع حقوق دانست.

**کلیدواژه ها:** رویه قضایی؛ منابع حقوق؛ تفکیک قوا؛ اعتبار امر مختومه

---

\* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی (نویسنده مسئول)؛

Email: jafarpour@khu.ac.ir

\*\* دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی؛

Email: ghkhoeini@khu.ac.ir

\*\*\* دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی؛

Email: farhadtajary@yahoo.com

## مقدمه

رویه قضایی<sup>۱</sup> به مفهوم عام عبارت از است سیاست و روشی کلی که دادگاه‌ها به‌عنوان مرجع رسمی تظلمات در مقام حل و فصل اختلاف‌ها و رسیدگی به دعاوی در پیش می‌گیرند و به معنای خاص مجموعه‌ای همسان از قواعد الزام‌آوری است که مراجع قضایی در موارد مشابه اعمال می‌کنند. این قواعد اغلب مورد استفاده و استناد قضات، وکلا و علمای حقوق واقع می‌شود (اعتدال، ۱۳۷۹: ۱۰). اصطلاح رویه قضایی اگر بدون قید و به‌طور مطلق استعمال شود، مجموعه‌ای از آرای قضایی است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۴۹) که در معنای خاص همان آرای وحدت رویه است. به تعبیر یکی از جامعه‌شناسان حقوق، اقدام دادگاه‌ها در صدور آرای عادی، «حقوق یابی»<sup>۲</sup> و در صدور آرای وحدت رویه، «حقوق سازی»<sup>۳</sup> نامیده می‌شود (Weber, 1978: 44).

اما آنچه در این مقاله مدنظر است مفهوم عام رویه قضایی است که در مطالعه حاضر از آن با عنوان رسم متداول دادگاه‌ها یاد شده است و منظور شکل کلی تصمیم مکرر قضایی است که در موارد مشابه به لحاظ الزام معنوی، مبنای حکم مرجع قضایی قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup> هم در نظام‌های حقوقی نوشته همچون فرانسه که تکیه عمده‌ای بر مقررات نوشته دارند (Carbonnier, 1991: 194)، و هم در نظام‌های حقوقی کامن‌لا مانند انگلستان که رویه قضایی جایگاهی برتر در ایجاد قواعد حقوقی دارد، آرای محاکم و رویه قضایی محمل اصلی شناخت نظام‌های

۱. در زبان انگلیسی، «رویه قضایی» با کلمه «Case Law» مشخص می‌شود که به معنای حقوق موارد است (Ghestin, 1997: 783). رویه قضایی در زبان فرانسه با کلمه «la Jurisprudence» بیان شده است. و در عربی به رویه «السابقه القضائیه» گفته می‌شود (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۳۱).

### 2. Law-Finding

### 3. Law-Making

۴. در میان حقوقدانان تعاریف مختلفی از رویه قضایی ارائه شده است که به نمونه‌هایی از آن در ذیل اشاره می‌شود: - «به مفهوم فنی کلمه، رویه قضایی راه‌حلی است که به‌طور معمول دادگاه‌ها در برخورد با یک مسئله حقوقی ارائه می‌کنند» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۴۴).

- «رویه قضایی در کشور عبارت از روش و طریقه‌ای است که قضات و دادگاه‌ها در حل و فصل دعاوی و اختلافات مردم به‌خصوص در مواردی که قوانین کشور مبهم، مجمل یا ساکت و ناقص باشد اتخاذ می‌کنند» (جوان، ۱۳۳۶: ۳۶). - «در نظام حقوقی ایران رویه قضایی به نوعی از تصمیمات دیوان عالی کشور اطلاق می‌شود که برای دادگاه‌های مادون لازم‌الاتباع باشند و عدم رعایت آنها از طرف محاکم دادگستری موجب نقض حکم شود» (پورسرتیپ، ۱۳۵۷: ۴۰).

حقوق محسوب می‌شود. استخراج و انتشار آرای محاکم و رویه قضایی در انگلستان سابقه‌ای طولانی مدت دارد و در فرانسه، به‌رغم آنکه همچون ایران قانون منبع اصلی حقوق محسوب می‌شود، این امر از حدود دو‌یست سال پیش به‌طور منسجم انجام شده است (Jestaz, 2005: 47). مطالعه این نظام‌های حقوقی بیانگر آن است که انتشار و شناخت رویه قضایی و مباحث علمی که در این نظام‌ها صورت گرفته است، منشأ اصلی تحولات حقوق در چند قرن اخیر بوده است (بابایی، ۱۳۹۲: ۹).

حقوق در همه کشورها دارای منابع متعددی است که این منابع سرچشمه نظام حقوقی آن کشور محسوب می‌شود. در ایران قانون، عرف و دکترین به‌عنوان منابع حقوق شناخته شده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۸۱؛ جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۳۵) اما رتبه و جایگاه هر یک متفاوت است. پرسشی که در زمینه منابع حقوق مطرح می‌شود این است که رویه قضایی از منابع حقوق محسوب می‌شود یا خیر؟<sup>۱</sup> در پاسخ به این پرسش اتفاق نظر وجود ندارد، برخی مؤلفین به این سؤال پاسخ منفی می‌دهند و نظر خود را با توجه به اصل تفکیک قوا و نیز قاعده‌ای که مطابق آن قاضی از صدور حکم کلی ممنوع است، توجیه می‌کنند (ژی، ۱۳۷۸: ۶۹). برخلاف این گروه دسته دیگری از حقوق دانان معتقدند که نه تنها هیچ‌یک از اصول حقوق موضوعه مانعی برای محسوب شدن رویه قضایی به‌عنوان یک منبع حقوق نیست، بلکه با دقت نظر در برخی قوانین به خوبی مشاهده می‌شود که قواعد رویه‌ای امری شناخته شده‌اند (Maury, 1950: 30) با توجه به اینکه نظام حقوقی ایران متأثر از حقوق فرانسه شکل گرفته است برای تعیین این قضیه که رویه قضایی جزئی از منابع علم حقوق است یا خیر به تبیین نظرات مطروح شده به نحو تطبیقی می‌پردازیم و در ابتدا نیز دلایل مخالفان را بررسی خواهیم کرد.

### ۱. دلایل مخالفت با منبع حقوق بودن رویه قضایی

برخی از حقوق دانان تأثیر رویه قضایی را در تحول حقوق انکار نمی‌کنند، اما آن را در عداد منابع حقوق نمی‌دانند (خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۱۸۱؛ تقی‌زاده، ۱۳۸۱: ۵۲؛ Geny, 1919: 146). دلایل و توجیحات آنها را به دو دسته قانونی و سیاسی می‌توان تقسیم کرد.

۱. بخش استدلالی و نه بخش استنادی رویه مدنظر این مقاله است.

## ۱-۱. توجیه قانونی

دلایل قانونی گروه مخالف با منبع بودن رویه قضایی به قرار ذیل است:

### ۱-۱-۱. اصل تفکیک قوا

اصل تفکیک قوا که در حقوق ایران و فرانسه (Hondius, 2007: 9) وجود دارد بیانگر جدایی نهاد قانونگذار و مجری قانون است. در اصل (۵۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چنین مقرر شده است:

«قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت برطبق اصول آینده این قانون، اعمال می‌شود. این قوا مستقل از یکدیگرند».

اصل تفکیک قوا که از اصل فوق استنباط می‌شود از جمله دلایلی است که گروه مخالف به آن استناد می‌کنند. در فرانسه نیز طبق اصل تفکیک قوا «قوه قضائیه مجاز به دخالت در زمینه قانونگذاری» نیست (Jestaz, 2005: 47; Geny, 1919: 146; Fierro, 2003: 117). این اصل در ماده (۱) اعلامیه «حقوق بشر و شهروند» فرانسه که در ۲۶ اوت سال ۱۷۸۹ به تصویب مجمع ملی رسیده است آمده است<sup>۲</sup> (Tainsne and Précité, 2000: 59 - 60). اگر بخواهیم توضیح مختصری درباره این اصل بدهیم بهتر است که به عقیده ارسطو در این باره اشاره کنیم. «وی معتقد است افرادی که قدرت سیاسی جامعه را در اختیار دارند به سه گروه تقسیم می‌شوند:

۱. قوه مقننه که قوانین و مقررات کلی مربوط به نیازهای جامعه را وضع می‌کند و افراد جامعه مکلف‌اند اعمال خود را با قواعد مزبور وفق دهند.
۲. قوه مجریه انطباق قوانین را با موارد خاص و اجرای آنها را به عهده دارد.

۱. اصل (۳۴) قانون اساسی فرانسه.

2. Sensibles à la théorie de Montesquieu dite de la séparation des pouvoirs, les révolutionnaires ont voulu cantonner le pouvoir judiciaire dont ils se méfiaient par expérience (Jean-Jaques Tainsne, Institutions judiciaires, 7 édition, Dalloz, 2000).

۰۳. قوه قضائیه وظیفه دارد اولاً، هر روشی را که قوه مجریه برای انجام مسئولیت‌های خود در پیش گرفته است مورد رسیدگی و اظهارنظر قرار دهد و ثانیاً اختلاف میان افراد و همین‌طور دعاوی میان افراد و دولت را دادرسی و اختلاف آنها را حل و فصل کند» (بوشهری، ۱۳۸۹: ۹۸).

به عقیده مخالفان با توجه به اصل استقلال قوا، قوه قضائیه مأمور «اجرای قانون» است و نباید در «ایجاد قواعد حقوقی» شرکت کند و در نتیجه روبه قضایی ساخته شده از طریق آرای قضات در سیستم قضایی نمی‌تواند جزء منابع حقوق به‌عنوان منبع ایجادکننده قواعد حقوقی قرار گیرد (خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۸۳).

#### ۲-۱-۱. لزوم صدور حکم به‌طور خاص و اجتناب از صدور قاعده عام

از دلایل دیگری که از سوی مخالفان مورد استناد قرار گرفته قاعده‌ای است که در ماده (۴) قانون آیین دادرسی مدنی ایران به آن اشاره شده است: «دادگاه‌ها مکلف‌اند در مورد هر دعوا به‌طور خاص تعیین تکلیف کنند و نباید به‌صورت عام و کلی حکم صادر کنند».

همان‌طور که از اصطلاح کلی بودن مذکور در این ماده برداشت می‌شود، حکم دادگاه باید ناظر به فرد خاص باشد نه اینکه هر کسی و هر موردی را که دارای آن وصف خاص است، دربرگیرد (همان: ۸۲). حکم دارای کلیت نمی‌تواند باشد چرا که کلیت، وصف و ویژگی قاعده حقوقی است، یعنی این قاعده حقوقی است که بر تعداد نامعینی از اعمال و وقایع مشابه خارجی حکومت می‌کند. درست مثل قاعده فقهی درعین حال که مقید به فرد یا اشخاص معین نیست، شامل چندین موضوع نیز می‌شود. برعکس مسئله فقهی یا حقوقی که ناظر به رابطه خاص، افراد معین و مقید به اشخاص است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۲۵۷ به بعد).

گروه مخالفان همچنین استدلال می‌کنند که با استناد به رأی صادره از یک دادگاه نمی‌توان همه مشکلات مشابه را به نحو مشابهی حل و فصل کرد. اصل (۵۷ ق.ا) نیز در راستای اصل تفکیک قوا وضع شده است که مطابق آن، دخالت هر یک از قوا در وظایف یکدیگر ممنوع است. بنابراین براساس اصل مزبور دادگاه حق صدور رأی که اعتبار قانونی داشته باشد را ندارد و نمی‌تواند رقیب قانونگذار محسوب شود. درست مانند ماده (۵) قانون مدنی فرانسه که

دادرس را از صدور حکم کلی یا نظامنامه‌ای برحذر می‌دارد که بیانگر تعبیر خاصی از اصل تفکیک قواست (Maury, 1950: 29; Geny, 1919: 149; Rotolo, 2005: 174).

### ۳-۱-۱. قاعده اعتبار امر قضاوت شده

مخالفان در اثبات نظر خود درباره منبع نبودن رویه قضایی به بند «۶» ماده (۸۴) قانون آیین دادرسی مدنی نیز توسل جسته‌اند (تقی‌زاده، ۱۳۸۱: ۵۴). در این ماده چنین مقرر شده است: «در موارد زیر خوانده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوی ایراد کند... بند «۶» دعوای طرح شده سابقاً بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوا قائم مقام آن هستند رسیدگی شده و نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد».

از این ماده قاعده اعتبار امر قضاوت شده یا اعتبار امر مختومه استنباط می‌شود. این قاعده یکی از مهمترین آثار حکم و شاید بتوان گفت خصوصیت اصلی حکم قضایی است. مطابق این قاعده، رأی صادره در یک پرونده فقط در خصوص طرفین دعوا و در موضوع رسیدگی شده و با همان سبب اعتبار دارد (نیازی، ۱۳۹۰: ۱۴۱).

در واقع شرایط شمول اعتبار امر قضاوت شده عبارتند از وحدت موضوع، وحدت سبب و وحدت اصحاب دعوا. البته باید در نظر داشت که اعتبار امر قضاوت شده و نسبی بودن اثر رأی منحصر به اصحاب دعواست، اما رأی قابل استناد علیه ثالث نیز هست. یعنی شخص ثالثی که حکم بدون مشارکت او صادر شده نمی‌تواند حکم را نادیده بگیرد (شمس، ۱۳۸۱: ۲۸۹-۲۸۰؛ کانونزبان، ۱۳۷۶: ۲۰۲؛ خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۸۴).

گروه مخالفین با توجه به این قاعده؛ به نسبی بودن اعتبار رأی دادگاه اعتقاد دارند. به این صورت که رأی فقط در همان دعوا و بین همان اشخاصی که در دادرسی شرکت داشته‌اند ایجاد الزام می‌کند، بنابراین از طریق تصمیمات قضایی، قاعده کلی به وجود نمی‌آید (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۳۷).

در واقع قواعدی هم که از این آرا استخراج می‌شود صفات قواعد حقوقی را ندارد، زیرا در برابر عموم ضمانت اجرایی ندارد و جز دو طرف دعوا شخص دیگری ناگزیر به اطاعت از آن نیست. اصحاب این گروه معتقدند رویه قضایی نیز از حکم تشکیل می‌شود، چون اعتبار حکم

نسبی و محدود به دعوی خاص است پس روش‌های مرسوم بین محاکم را نیز نمی‌توان  
موجد قواعد حقوق شمرد (تقی‌زاده، ۱۳۸۱: ۵۷-۵۲).  
ماده مشابهی در این باره در حقوق فرانسه وجود دارد. مطابق ماده (۱۳۵۱) قانون  
مدنی فرانسه رأی صادره در یک پرونده فقط در رابطه با طرفین دعوا و موضوع رسیدگی  
شده و به همان سبب اعتبار دارد (Hadfield, 2006: 1) که مستند معتقدین به این نظر  
در فرانسه است (Aubry and Rau, 1949: 39).

#### ۴-۱-۱. وظیفه دادرسی در انطباق هر مورد خاص با قانون

اصل (۱۷۰) قانون اساسی ایران مقرر داشته است: «قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای  
تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی با خارج از  
حدود اختیارات قوه مجریه است، خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات  
را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

با توجه به اینکه اصل فوق، دادرسی را به هنگام برخورد با تصویب‌نامه‌ها و  
آیین‌نامه‌های معارض با شرع و قانون مکلف به خودداری از اجرا دانسته، در واقع دادرسی  
را به نوعی مکلف به دفاع از حریم قانون و نگهبانی از اجرای آن در برابر تجاوز قوه مجریه  
دانسته است.

در حقیقت قاضی به موجب قانون مکلف به انطباق هر مورد خاص و جزئی با روح  
و مفاد قوانین است و در مرحله بالاتر نیز قضات دیوان عالی کشور این هدف را تأمین  
می‌کنند که اگر قضات بدوی رأی مخالف قانون صادر کردند آن را نقض می‌کنند. به گفته  
یکی از حقوق‌دانان قانون ایجاد شده به وسیله قضات نوعی ایجاد قاعده از پایین به بالا و  
قانونگذاری قوه مقننه از بالا به پایین است (Rachlinski, 2006: 3).

به عبارت دیگر در اصل (۱۶۱ ق.ا) نیز به رسالت اصلی دیوان عالی کشور در رابطه با  
نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم اشاره شده است که دیوان با نقض رأی دادگاه  
تالی عملاً اعمال نظارت می‌کند (شمس، ۱۳۸۱: ۱۱۸).

بنابراین گروه مخالف چنین استدلال کرده‌اند که دیوان عالی هیچ‌گاه حکمی را به دلیل

تجاوز از رویه قضایی نقض نکرده است و به این ترتیب رویه قضایی نمی‌تواند به عنوان موجد قاعده حقوقی و در ردیف قانون قرار گیرد (خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۸۴).

## ۱-۲. مصالح عملی و توجیه سیاسی

دلیل دیگر مخالفان، مصالح عملی است. دلایل و مصالح عملی که مخالفان در رابطه با منبع نبودن رویه قضایی به آن استناد کرده‌اند به شرح ذیل است.

### ۱-۲-۱. گند بودن رویه قضایی

یکی دیگر از استدلال‌های مخالفان آن است که روند تکوین رویه قضایی بسیار کند و مستلزم گذشت زمان و نیازمند دو عامل تکرار و طول زمان است (تقی‌زاده، ۱۳۸۱: ۵۶). به طوری که تکرار از بارزترین عناصر تشکیل دهنده آن برشمرده شد و از این جهت شکل‌گیری رویه قضایی درست همانند عرف است اما اعتبار عرف را ندارد زیرا رویه قضایی زاده اندیشه‌های متخصصان قضایی و عادات آنهاست و ریشه عامیانه ندارد در حالی که عرف به قواعد حقوقی گفته می‌شود که بدون دخالت قانونگذار به وسیله استخراج از وقایع اجتماعی شکل گرفته و در حقیقت عبارت از «مصادیق اصول بنیادی حقوقی جامعه است که توسط اشخاص برای تنظیم بخشی از روابط اجتماعی بنا به نیاز اجتماعی و ضرورت برگزیده شده است» (سلجوقی، ۱۳۴۷: ۵۲). بنابراین رویه قضایی نمی‌تواند همتراز با این منبع رسمی حقوق قرار گیرد.

### ۱-۲-۲. عدم قطعیت رویه قضایی

توجیه دیگری که در این راستا مخالفان به آن تمسک جسته‌اند، قطعی نبودن رویه قضایی است. به این معنا که با گذشت زمان و تغییر و تحولات اجتماعی همواره تغییر رویه قضایی امکان پذیر است زیرا همواره رویه قضایی ممکن است در معرض تغییر و اصلاح قرار گیرد و این امکان نیز وجود دارد که در مورد یک مسئله خاص رویه واحدی شکل نگیرد. از طرفی گاهی قانونی در مورد موضوع مربوط به رویه قضایی وضع می‌شود و این امر باعث می‌شود اثری از آن رویه باقی نماند (محمدزاده و ادقانی، ۱۳۷۶: ۴۷: 723، Stark, 1988).



در نهایت مخالفان، همین عدم قطعیت را موجب ناامنی در روابط حقوقی مردم دانسته‌اند و آن را به‌عنوان یکی از دلایل مهم مخالفت خود بیان کرده‌اند. شاید بتوان علت نامگذاری مصالح عملی و توجیه سیاسی به‌عنوان دسته دوم دلایل مخالفان را همین عامل دانست (Sales, 2012: 278).

### ۳-۲-۱. اثر قهقرایی رویه قضایی

دلیل آخری که مخالفان به آن استناد کرده‌اند، اثر قهقرایی رویه قضایی است. به این معنا که رویه قضایی در خصوص واقعه قبلی مقدم بر زمان وضع قاعده رویه‌ای نیز اعمال می‌شود در حالی که قانون به‌عنوان منبع موجد قاعده حقوقی، اثرش نسبت به آتیه و عدم تأثیر آن نسبت به گذشته پذیرفته شده است که این اصل در ماده (۴) قانون مدنی به صراحت بیان شده است ولی رویه قضایی با توجه به اینکه تفسیری از قانون است و عامل «ضرورت تفسیر» جزء عوامل اصلی شکل‌گیری آن است؛ به‌دلیل همین خصوصیت اثر آن به گذشته نیز سرایت می‌کند. بنابراین مخالفان با توجه به همین خصوصیت رویه قضایی آن را به‌عنوان منبع حقوقی موجد قواعد حقوقی نپذیرفته‌اند (Stark, 1988: 723؛ محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۴۷؛ خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۸۷).

بنابراین به‌عنوان نتیجه‌گیری می‌توان چنین اذعان داشت که مخالفان در هر دو نظام حقوقی ایران و فرانسه، رویه قضایی را به‌عنوان منبع موجد قاعده حقوقی به معنای مرسوم خود که پیش از این توضیح داده شد، محسوب نمی‌کنند و معتقدند برای آنکه رویه قضایی دارای اعتبار قاعده حقوقی شود نیاز به قانون الزام‌آوری در این زمینه دارد در حالی که برای قضاوت الزامی در تبعیت از آرای صادره قبلی وجود ندارد همچنان که هیچ قاعده‌ای نیست که مطابق آن قاضی ملزم به تبعیت از رویه قضایی شود، به جز موارد استثنا که در حقوق ایران رأی وحدت رویه است و در حقوق فرانسه، رسیدگی دادگاه ماهوی پس از ارجاع هیئت عمومی دیوان به آن دادگاه مطابق قانون شماره ۵۲۳-۶۷ مورخ سوم ژوئیه ۱۹۶۷ (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۶۴؛ خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۸۷).

### ۲. رد نظر مخالفان

برخی از حقوق دانان با قرار دادن رویه قضایی در میان منابع موجد قواعد حقوقی موافقت

کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۸۹؛ ۲۸: 1950: Maury) در این باره نظر عده‌ای از حقوق دانان فرانسوی که موافق با این مسئله هستند خالی از فایده نیست.

به‌عنوان نمونه بارتن<sup>۱</sup> فرانسوی در سال ۱۹۸۲ نوشته است: «نقش قاضی فقط به یک مفسر خلاصه نمی‌شود؛ بلکه به‌طور واقعی در شکل‌گیری و تحول قانون مدنی شرکت دارد»<sup>۲</sup>.

رئیس دیوان تمییز فرانسه نیز به این مسئله معتقد است، زمانی که متن قانون مبهم است قاضی دارای گسترده‌ترین اختیارات برای تفسیر است و نباید در جستجوی اینکه فکر نویسندگان قانون در صد سال پیش به هنگام نوشتن فلان ماده چه بوده است، مصر باشد، بلکه باید خود بگوید که با توجه به دگرگونی‌های اجتماعی چگونه متن قانون را با مقتضیات زندگی جدید هماهنگ کند (دیوید، ۱۳۷۵: ۱۱۲؛ 39: Ibid.).

موافقان تلقی رویه قضایی به‌عنوان منبعی از حقوق، در موضع‌گیری خود ابتدا به رد توجیهات و استدلال‌های مخالفین پرداخته‌اند و بعد دلایل خود را ارائه می‌دهند. بنابراین در ادامه ابتدا دلائل ارائه شده از سوی آنها در رد استدلال مخالفان بررسی می‌شود و سپس به مطالعه استدلال این گروه در خصوص منبع بودن رویه قضایی پرداخته شده است.

## ۱-۲. اصل تفکیک قوا اصلی مطلق نیست

در جوامعی که این اصل پذیرفته شده است، تعیین مرز مشخصی برای هر یک از این سه قوه دشوار است. حتی در قانون اساسی ایران نیز به‌رغم پذیرش اصل تفکیک قوا بر ضرورت همکاری و ارتباط متقابل میان آنها برای تأمین اهداف کلی نظام تأکید شده است (هاشمی، ۱۳۸۲: ۲۵). به‌عنوان مثال اصل (۱۶۱) چنین مقرر داشته است:

«دیوان عالی به‌منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود براساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می‌کند تشکیل می‌شود».

شناسایی اختیار ایجاد رأی وحدت رویه برای دیوان عالی نوعی دخالت قوه

1. Bartn

2. Encyclopedie Dalloz, Jurisprudence, No. 27

قضائیه در اختیارات قوه مقننه است و با اصل (۱۳۸) قانون اساسی، برای هیئت دولت علاوه بر اجرای قوانین، حق وضع مقرراتی در قالب تصویب نامه و آیین نامه را قائل شده است.

موافقان با توجه به نسبی بودن اصل تفکیک قوا، دادرس را از قانونگذاری به صورت وضع قانون و آیین نامه ممنوع دانسته اند و معتقدند این مسئله ربطی به وضع قاعده از طریق رویه قضایی پایدار ندارد.

## ۲-۲. استقلال رویه قضایی از دادنامه ای واحد

درست است که ماده (۴) قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه ها را مکلف کرده که در مورد هر دعوا به صورت خاص تعیین تکلیف و به صورت عام و کلی حکم صادر کنند و براساس اصل (۱۶۷) قانون اساسی که قاضی را مکلف کرده حکم هر دعوا را به صورت موردی با استفاده از قانون یا منابع دیگر بیابد ولی باید گفت که رویه قضایی دارای موجودیتی مستقل از رأی است و ممنوعیت های رأی را نمی توان برای آن هم قائل شد (Hadfield, 2006: 3).

در واقع قضات اختیار وضع قاعده به شکل کلی از طریق رویه قضایی را دارند و فقط حق صدور رأی کلی را ندارند همچنان که در ماده (۵) قانون مدنی فرانسه نیز قاضی از صدور آرای که جنبه کلی و نظام نامه ای دارند منع شده ولی نکته مهم اینکه این امر از قواعد رویه ای که دارای کلیت هستند کاملاً متمایز است (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۷۰).

## ۲-۳. پویایی رویه قضایی نسبت به قانون

بی شک رأی قضایی، پویاتر از قانون است. اگرچه تغییر قانون در برخورد با پدیده های نو در هر نظام حقوقی اتفاق می افتد؛ اما حقوق دانان به طور محسوس و تدریجی در نظام حقوقی تحولاتی جدی را شاهدند، امری که بی گمان باید به تغییر در دیگر منابع حقوقی غیر از قانون تفسیر شود (علیزاده، ۱۳۸۵: ۱۶۵).

به عبارت دیگر قضایای جدید که علی الدوام در حقوق ساخته می شود اتفاقاً گزاره های قانونی نیستند، بلکه آرای قضایی و نظریه های جدیدند که به رغم ثبات ظاهری قانون،

هر روز عرضه و عوض می‌شوند و در اصطلاح نیکلاس لومان<sup>۱</sup>، به تحول نظام «خودایجادگر» حقوق که مستغنا از دیگر نظام‌هاست یاری می‌رسانند. پس تغییر در رویه قضایی به ضرورت، سریع‌تر از تغییر در قانون اتفاق می‌افتد (Luhmann, 1988: 324-325). اصل (۳) قانون اساسی، حاکمیت را موظف به تلاش برای رسیدن به اموری همچون آزادی و آموزش می‌داند، که رسیدن به آنها در گرو داشتن قانونی درست است. اما اگر مجلس نگران تصویب چنین قانونی نباشد، آنگاه چگونه می‌توان با او مواجه کرد؟ (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۴).

### ۳. دلایل موافقان منبع حقوق بودن رویه قضایی

با توجه به رد نظر مخالفان، به بررسی استدلال‌های گروه موافق در رابطه با تلقی رویه قضایی به عنوان منبع موجد قواعد حقوقی می‌پردازیم.

#### ۳-۱. ادله قانونی

اولین دلیلی که با تکیه بر قانون موافقان به آن استناد کرده‌اند و هم در میان حقوق دانان ایران و هم در فرانسه پذیرفته شده بدین شرح است: «به‌رغم اینکه در مواد قانون صراحتاً به قضات اختیار وضع قاعده حقوقی داده نشده است ولی وجود ابهامات و نواقص در قانون در واقع به نوعی، اعطای نمایندگی به قاضی از سوی قانونگذار است که به تکمیل قواعد حقوقی از طریق رویه قضایی بپردازد. در حقیقت این نمایندگی اقتضای ایجاد قاعده حقوقی توسط قضات را می‌کند» (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۵؛ جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۱).

اما عده‌ای دیگر از حقوق دانان در ایران و در فرانسه به مخالفت با این دلیل پرداخته‌اند و اعطای نمایندگی ضمنی را به‌هیچ‌وجه نمی‌پذیرند و آن را با اصول حقوق سازگار نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۴۶۰). از سویی برخی از حقوق دانان فرانسه از جمله والین<sup>۲</sup> معتقد است که اقتدار رویه قضایی را نمی‌توان با توسل به قانون توجیه کرد و تا زمانی که خود قانونگذار صراحتاً از طریق قانون، قاعده ناشی از رویه قضایی

1. Niklas Luhmann

2. Waline

را دارای ارزش رسمی قلمداد نکند، باید آن را فقط در حد یک قاعده رویه‌ای ساده پذیرفت (ژی، ۱۳۷۸: ۷۷).

در حقوق ایران منتقدان به این نظریه به اصل (۸۵) قانون اساسی استناد کرده‌اند که چنین مقرر داشته است: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست و مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع برخی از قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند...». اما وقتی قانونگذار درباره موضوعی سکوت دارد و محاکم قاعده‌ای ایجاد می‌کنند و قانونگذار واکنشی ندارد این سکوت را می‌توان به منزله تأیید آن قاعده دانست (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۱). به همین دلیل ماده (۴) قانون مدنی فرانسه، قاضی‌ها را مکلف می‌کند که به بهانه سکوت و ابهام از اعمال قانون نگریزند، و آن را هر بار به قانونگذار حواله نکنند. امری که در ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی ایران نیز دیده شده است (همان: ۵۴).

### ۲-۳. توجیه خارج از قانون

گروهی که با قرار دادن رویه قضایی در میان منابع حقوق موافقت می‌کنند استدلال دوم خود را بر دلایلی خارج از قانون استوار کرده‌اند، به این معنا که برخلاف دلیل اول که اقتدار رویه قضایی را ناشی از اعطای نمایندگی قانونگذار به قضات می‌دانستند و آن را با تکیه بر قانون به عنوان یک منبع حقوق توجیه می‌کردند، در استدلال دوم تکیه بر دلایلی خارج از قانون دارند.

اولین دلیل این گروه در توجیه کردن رویه قضایی «عرف» است. با این استدلال که عرف دارای اساس و مبنایی عملی است و نه قانونی؛ زیرا بر اثر تکرار یک سلسله اعمال تا حدی که موجب ایجاد رویه مداوم در روابط اجتماعی شود، شکل می‌گیرد و تکرار این عمل معین ایجاد قاعده حقوقی می‌کند (علیزاده، ۱۳۹۳: ۹۷).

بنابراین عرف که قاعده‌ای حقوقی است، مبنا و ریشه‌ای خارج از قانون دارد. این گروه با توجه به اهمیت انکارناپذیر وجود عرف به دلیل اینکه قانونگذار قادر به پیش‌بینی تمامی مسائل و واقعیت‌های اجتماعی در قانون نیست، دلیل خود را معتبر می‌دانند. عرف

به‌عنوان یک دلیل خارج از قانون در توجیه رویه قضایی هم در حقوق فرانسه و هم در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۵۳).

نظر اُبرن<sup>۱</sup> یکی از نویسندگان فرانسوی این است که رویه قضایی پایدار که در کنار عرف و عادت قرار می‌گیرد عبارت است از صدور تصمیمات متعدد موافق و همسو؛ یعنی نظری متحدالشکل از طرف تمام قضاتی که در مسئله مطروح شده اظهار نظر کرده باشند (ژی، ۱۳۷۸: ۵۶-۵۷؛ Maury, 1950: 35).

در حقوق ایران نیز عده‌ای از حقوق دانان نظر خود را چنین توجیه می‌کنند: وقتی رسم مشترک و متداول دادگاه‌ها از طرف همه حقوق دانان مورد قبول واقع شود، آن آرا و احکام به‌صورت عرف و عادت مسلم درمی‌آید. به همین دلیل گفته‌اند رویه قضایی قواعدی است که از سازمان‌های حقوقی و از اجتماع برگرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۴۸؛ جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۴۵).

البته انتقاد وارد بر توجیه این گروه این است که در صورتی که اعتبار قواعد و رویه‌ای را براساس عرف بدانیم آرای نوعی هیئت عمومی دیوان عالی کشور چگونه قابل توجیه است زیرا که قواعد حقوقی مندرج در این‌گونه آرا از طریق رأی واحد دیوان عالی ایجاد می‌شود. دلایل دیگر این گروه تفسیر قانون است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۹۴).

در حقوق ایران اصل (۱۶۷) قانون اساسی قضات را موظف به صدور حکم در مورد هر پرونده‌ای حتی در موارد ابهام و اجمال و نقص قانون دانسته و اصل (۷۳) قانون اساسی برای وصول به این هدف حق تفسیر را برای قضات قائل شده است.

استدلال این گروه چنین است که با توجه به اصل تساوی حقوقی افراد در برابر قانون در مواردی که قانون مبهم است و آن قسمت از قانون محل رجوع دعاوی افراد مختلف است و با توجه به پیش‌بینی که افراد برای تأمین امنیت روابط حقوقی در نظر داشته‌اند و اصل تساوی آنها در برابر قانون چنین انتظار دارند که در صورت طرح دعاوی مشابه، با راه‌حل‌های مشابه نیز مواجه شوند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۸۹).

با تکرار راه حل‌های مشابه به تدریج نوعی امنیت حقوقی در آن زمینه به وجود می‌آید

و به تدریج قاعده حقوقی شکل می‌گیرد و سوابق، با تکرار، حالت عمومیت و کلیت پیدا می‌کنند تا حدی که اصطلاحاً گفته می‌شود رویه قضایی پایدار شکل گرفته است (خسروی دهقی، ۱۳۸۶: ۹۲؛ تقی‌زاده، ۱۳۸۱: ۵۸).

در نظر گرفتن چنین حقی برای قضات در نظام حقوقی ما آن هم توسط عالی‌ترین قانون و همین‌طور پیش‌بینی یک دادگاه عالی ناظر بر تمامی محاکم تالی به‌منظور ایجاد وحدت تمامی این تفاسیر، دلیل محکمی برای گروه موافق محسوب می‌شود.

حقوق دانان نیز در نظام قضایی فرانسه که از جمله آنها گستن<sup>۱</sup> است، اقتدار رویه قضایی را ناشی از اختیار قضات در تفسیر قانون دانسته‌اند و همین‌طور ناشی از اختیار یا تکلیفی که دیوان عالی در وحدت این تفاسیر دارد (Ghestin, 1997).

در فرانسه یکی از دلایل تشکیل دیوان عالی در دسامبر ۱۷۹۰ را ایجاد وحدت رویه دانسته‌اند اما این وحدت رویه به شکلی ساختاری ایجاد می‌شود نه به طریق تحمیلی. به‌عبارت‌دیگر از آنجاکه بسیاری از پرونده‌ها در فرانسه به ضرورت به مرحله فرجام می‌رسند؛ دیوان عالی می‌تواند شیوه تفسیری دادرسان دادگاه‌های بدوی را از قانون نپسندد و در آن اعمال نظر کند. اما دیوان عالی فرانسه همچون دیوان عالی ایران هرگز رأی وحدت رویه‌ای صادر نمی‌کند که تمام دادگاه‌ها ملزم به پیروی از آن باشند. فقط براساس قانون ۱۵ مه ۱۹۹۱ دادرسان فرانسوی می‌توانند در مسائل غامض، نظر مشورتی دیوان عالی را بخواهند اما آنان می‌توانند خودشان برخلاف نظر مشورتی رأی دهند. البته رشته‌های مسئولیت مدنی و حقوق بین‌المللی خصوصی در حقوق این کشور اساساً رویه‌ای است (Fierro, 2003: 117).

اما در ایران، اثر رأی وحدت رویه دیوان عالی لزوم تبعیت دیگر دادگاه‌ها از آن است؛ امری که در دیگر نظام‌های حقوقی شاید بی‌سابقه باشد و حتی ممکن است بتوان گفت که این اثر، به بالاترین دادگاه ایران شأنی نظیر شأن قانونگذاری بخشیده است. آرای وحدت رویه از آنجاکه کلی و نوعی‌اند می‌توانند به خوبی قسیم قانون قرار گیرند و به این ترتیب یکی از

---

1. Ghestin

ارکان قوه قضائیه یعنی دیوان عالی کشور، به نظر می‌رسد که بتواند به این طریق قانونگذاری کند. آرای وحدت رویه هرگز رویه شکل گرفته دیگر دادگاه‌ها را بیان نمی‌کنند، بلکه خود برای آینده دادگاه‌ها می‌توانند رویه‌ای مشخص را تکلیف کنند. از این رو رأی وحدت رویه قضایی را در ایران باید گونه‌ای از قانونگذاری قضایی رایج در کامن‌لا دانست. (جعفری تبار، ۱۳۹۶: ۵۱) دلیل منزلت پایین رویه قضایی در نظام حقوقی ایران بیش از آنکه در عوامل اداری و اجرایی مانند عدم انتشار منظم آرای قضایی یا نقص در نظام آموزشی باشد ناشی از نوع نگاه ارزشی به این منبع مهم حقوق است (علیزاده، ۱۳۹۳: ۷۸).

#### ۴. نظر برگزیده

امروزه اکثریت حقوق دانان کم‌وبیش پذیرفته‌اند که رویه قضایی منبعی حقوقی است اما در توجیه رویه قضایی به عنوان منبعی رسمی از حقوق، نظری که مورد اتفاق حقوق دانان ایرانی باشد، ارائه نشده است. نکته مهمی که باید در نظر داشت اینکه این نظریات بیشتر حول رویه قضایی در عالم تئوری می‌چرخد و کمتر فضای واقعی و جایگاه عملی رویه قضایی را مدنظر قرار داده است.

در نظام حقوق فرانسه با توجه به نظرهای حقوق دانان بدون تردید چنین منبعی پذیرفته شده است البته در رابطه با رسمی بودن این منبع در فرانسه نظر واحدی وجود ندارد. با توجه به اینکه در حقوق فرانسه همچون ایران قانون در درجه اول اهمیت قرار دارد.

در حقوق فرانسه قانون و رویه قضایی را موجد قواعد حقوقی معرفی کرده‌اند و آن‌ها را زاینده حقوق می‌دانند. البته قلمرو رویه قضایی را محدودتر از قلمرو قانون دانسته‌اند و تفاوت این دو را در ماهیت ندانسته، بلکه در محدوده و قلمرو برشمرده‌اند. البته در حقوق فرانسه دست‌اندرکاران امر قضا هرگز رویه قضایی را موجد قاعده حقوقی ندانسته‌اند، بلکه چنین استدلال کرده‌اند که چون رویه قضایی تفسیری سازنده از قانون است به نوعی می‌تواند اعتبار قاعده قانونی را نیز به خود بگیرد (ژی، ۱۳۷۸: ۸۷) در نظام حقوقی فرانسه، رویه قضایی همواره نقش منبع تکمیلی حقوق را ایفا کرده و در غیاب قانون مؤثر بوده است (Mazeaud and Lecons, 1991: 60). حقوق دانان



فرانسوی رویه قضایی به معنای آرای محاکم عادی را منبعی خام و فاقد صلاحیت برای منبع حقوق می‌دانند، ولی رویه قضایی به معنای آرای صادره از دیوان عالی کشور را که از تبحر و صلابت برخوردارند، برای منبع حقوق بودن مناسب می‌دانند (Philippe, 2005: 47).

به عقیده حقوق دانان فرانسوی، قواعد ناشی از رویه قضایی گرچه همانند قانون الزام‌آورند، ولی قدرت الزام‌آور این قواعد ذاتی نیست، بلکه اعتبار رویه قضایی ناشی از یک متن قانونی است (Hadfield, 2006: 1; Ripert, 1955).

از نظر تئوری در حقوق ایران، رویه قضایی به معنای عام در شمار منابع رسمی موجد قاعده حقوقی قرار نمی‌گیرد. پذیرش این امر که رویه قضایی به‌عنوان رسم متداول در محاکم بتواند قاعده‌ساز باشد بسیار مشکل است. اکثر حقوق دانان معتقدند که با مبانی حقوقی ما یعنی استقلال قوه مقننه و قضائیه و نظریه پذیرش قانون به‌عنوان تنها منبع حقوق، سازگار نیست زیرا قسمت اصلی رویه قضایی را رای یا حکم محاکم تشکیل می‌دهد و این حکم اثر نسبی دارد و خاص همان دعواست و قابل تسری به سایر دعاوی مشابه نیست بنابراین قاعده‌ساز نیست و در شمار منابع رسمی قرار نمی‌گیرد ولی این مسئله فقط از لحاظ تئوری است. از بُعد عملی با توجه به اینکه رویه قضایی و قواعد ناشی از آن امروزه در محاکم مورد استناد واقع می‌شود این مسئله می‌تواند خود بهترین دلیل بر پذیرش رویه قضایی به‌عنوان منبع موجد قاعده حقوقی باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۵۴).

لازمه منطقی توسعه سابقه، توسعه کاربرد قیاس بود. زیرا هنگام استناد به سابقه، قضات تصمیم می‌گیرند که دعوای مطروحه را مطابق با سابقه‌های موجود حل و فصل کنند. آنها سابقه‌های ذی‌ربط را پایه (و به اصطلاح فقهی مقیس‌علیه) پیش‌بینی، تبیین و توجیه حکم دعوای جدید قرار می‌دهند. مشاوران حقوقی و وکلای هر طرف دعوا نیز ناگزیرند به سابقه استناد کنند تا زمینه لازم برای تصمیم قضایی مبتنی بر سابقه را تمهید کرده و قضات را به نتیجه مورد نظر خود متقاعد کنند. از این روست که به حق گفته شده است نخستین و برترین مصداق استدلال قیاسی، استناد به سابقه است (سیمایی صراف، ۱۳۹۲: ۲۵۵). در واقع هرچند رویه قضایی به صورت مکتوب و رسمی و به شکل نظری توسط حقوق دانان در بین منابع رسمی حقوق معرفی نشده است ولی با توجه به مشاهده آثار

عملی رویه قضایی در ایجاد قواعد حقوقی در دادگاه‌ها و نقش انکارناپذیری که در نظم حقوقی دارد نباید قرار دادن رویه قضایی در شمار منابع رسمی را امری دور از واقعیت دانست. رویه دادگاه‌ها بر رویکرد مراجعین (مردم و وکلا) مؤثر است چرا که به پیش‌بینی پذیری نتیجه دعاوی کمک می‌کند و حتی باعث تصحیح و تعدیل قوانین می‌شود.

البته چنان که می‌دانیم در حقوق ایران رویه قضایی خاص، ارزش رسمی دارد یعنی آرای هیئت عمومی دیوان کشور که براساس ماده (۴۷۱) قانون آیین دادرسی کیفری صادر شده باشد در حکم قانون است و دادگاه‌ها مکلف به رعایت آن هستند. بنابراین باید به آن استناد کنند و در مورد اینکه این قسمت از آرا در شمار منابع رسمی هستند هیچ شک و تردیدی نیست.

اما نباید از نظر دور داشت که آرای وحدت رویه فقط بیان قصد مقنن است و نمی‌تواند قاعده حقوقی ایجاد کند (اردبیلی، ۱۳۹۵: ۲۰۰) در واقع آرای وحدت رویه منبع تکمیلی حقوق محسوب می‌شوند (اعتدال، ۱۳۷۹: ۴۸).

می‌توان رویه قضایی را نه «قاعده حقوقی»<sup>۱</sup> بلکه «قاعده عمل»<sup>۲</sup> دانست، و همین را در منبع حقوق بودن آن کافی شمرد. درباره فرق میان قاعده حقوقی و قاعده عمل، لنویل ویلیامز<sup>۳</sup> حقوق دان انگلیسی عقیده دارد که قاعده عمل نسبت به گذشته توصیفی است و نسبت به آینده الزاماً توصیه‌ای نیست؛ سابقه‌ای که الزامی حقوقی برای آیندگان ندارد، ولی آیندگان شاید امیدوارانه به اصلاح حاصل از آن چشم دوخته باشند. به نظر می‌رسد مقصود از ایجاد قاعده حقوقی با منبع حقوق در کامن‌لا نیز همین باشد؛ یعنی آنچه برای منبع شدن، شرط لازم و کافی است اقبال دادرسان و حقوق دانان به آن است نه چیزی که آن را همچون قانون لازم‌الاتباع کرده باشد. آنان میان منبع حقوق و ادبیات حقوقی فرق می‌نهند، و منبع حقوق را چیزی می‌دانند که از دیدگاه علی سبب تحقق حقوق شده است (جعفری‌تبار، ۱۳۹۶: ۴۳)

- 
1. Rule of Law
  2. Rule of Practice
  3. Glanwill Willims

## ۵. جمع بندی و نتیجه گیری

قوانین تنها بخشی از واقعیت های حقوقی است و تمام شرایطی که در جامعه رخ می دهد در قوانین پیش بینی نمی شود. رویه قضایی عاملی برای تفسیر داده های نو، رفع نیازها، سکوت و نقص و اجمال قوانین است از این رو با بررسی نقش و جایگاه رویه قضایی در این مقاله سعی در ابهام زدایی از اعتبار آن شد.

البته رویه قضایی به «معنای عام» که به عنوان رویه قضایی در مفهوم کلی یا رویه قضایی جاری به کار می رود، به معنای وسیع کلمه عبارت است از روش واحدی که قضات در موارد سکوت، تناقض، اجمال یا نقص قانون جهت تفسیر قانون اتخاذ می کنند. اما اعتبار این نوع رویه قضایی نسبی است و جنبه الزامی ندارد. این نوع رویه، مفهوم گسترده تری از رویه قضایی به معنای خاص، یعنی آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، دارد که می تواند رویه قضایی را به عنوان یکی از منابع حقوق به شمار آورد و آن را با خواست افراد جامعه منطبق می کند و می تواند نقاط ضعف قانون را برطرف کند.

## منابع و مآخذ

۱. اعتدال، محمد (۱۳۷۹). *اعتبار بر اهمیت رویه قضایی*، تهران، انتشارات نوید شیراز.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵). *حقوق جزای عمومی*، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم.
۳. بابایی، ایرج (۱۳۹۲). «استخراج و انتشار رویه قضایی دادگاه‌های کشور»، فصلنامه *مطالعات آرای قضایی*، رأی ش ۱.
۴. بوشهری، جعفر (۱۳۸۹). *حقوق اساسی*، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۵. پورسرتیپ، فرج‌الله (۱۳۵۷). «ماهیت و اهمیت رویه قضایی»، *مجله حقوقی وزارت دادگستری*، فروردین، سال ۲۰، ش ۱.
۶. تقی‌زاده، تورج (۱۳۸۱). «نقش رویه قضایی در حقوق ایران»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
۷. جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶). *دیو در شیشه فلسفه رویه قضایی*، نشر نگاه معاصر.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *ترمینولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
۹. --- (۱۳۹۳). *مقدمه عمومی علم حقوق*، گنج دانش، چاپ دوازدهم.
۱۰. خسروی دهقی، اسما (۱۳۸۶). «نقش رویه قضایی در حقوق ایران و انگلیس»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه قم.
۱۱. زنه دیوید (۱۳۷۵). *نظام‌های حقوقی معاصر*، ترجمه دکتر صفائی، دکتر عراقی و دکتر آشوری، چاپ دوم، تهران، نشر دانشگاهی.
۱۲. زی، مری (۱۳۷۸). «ملاحظات پیرامون رویه قضایی به‌عنوان منبع حقوق»، ترجمه محمدزاده وادقانی، *مجله حقوق دانشگاه تهران*، دوره ۴۵ ش ۸۳۶.
۱۳. سلجوقی، محمد (۱۳۴۷). *رساله نقش عرف در حقوق مدنی ایران*، دانشگاه تهران.
۱۴. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۲). *قیاس در استدلال حقوقی؛ مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن‌لا*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۱۵. شمس، عبدالله (۱۳۸۱). *آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته*، تهران، نشر میزان، ج ۱.
۱۶. علیزاده، عبدالرضا (۱۳۹۳). «تحلیلی اجتماعی - قضایی رویه قضایی»، *نشریه حقوق خصوصی*، دوره ۱۱، ش ۱.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). *اعتبار امر قضاوت شده*، تهران، نشر دادگستر.
۱۸. --- (۱۳۷۷). *فلسفه حقوق*، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ج ۲.

۱۹. --- (۱۳۸۰). مقدمه علم حقوق، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار.
۲۰. --- (۱۳۷۹). کلیات حقوق (نظریه عمومی)، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
۲۱. موسی، جوان (۱۳۳۶). مبانی حقوق تهران، نشر چاپ رنگین.
۲۲. محمدزاده وادقانی، علیرضا (۱۳۷۶). «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۳۸.
۲۳. نیازی، عباس (۱۳۹۰). «اعتبار امر قضاوت شده در رأی داور»، دیدگاه‌های حقوقی، ش ۵۵.
۲۴. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۲). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، نشر میزان، ج ۷، ج ۲.
25. Aubry et Rau. (1949). *Droit Civil Français Aubry, Supplément Permanent*.
26. Carbonnier, Jean, (1991). *Droit Civil, Introduction*, PUF, 20 Ed.
27. Fierro, Hector (2003). *Courts Justice and Efficiency Justice and Efficiency*, Hart Publishing.
28. Geny, Francois (1919). *Method D'interpretaion Et Source En Droit Prive Positif*, T2, 2ed, Paris.
29. Ghestin, J. (1997). *Droit Civil*, Introduction Generale (4e Edition, L.G.D.J.).
30. Hadfield, Gillan. K. (2006). The Quality Of Law In Civil Code and Common Law Regimes, Judicial Incentives, Legal Human Capital and Evolution of Law.
31. Hondius, Ewoud (2007). Precedent and Law, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 60.
32. Luhmann, Niklas (1988). *The Unity Of Legal System, Printed In: Gunther Reuner* (Ed.), Autopoietic Law, A New Approach To Law and Society, New York, Walter De Gruyter.
33. Maury, J. (1950). *Observations Sur La Jurisprudence En Tant Que Source Du Droit*, In Études Offertes Au Professeur Ripert, Paris, L. G. D. J, Tome I.
34. Mazeaud H., L. Et J., *Lecons* (1991). *de Droit Civil, Introduction A L'Etude Dudoit*, Montchrestien, Paris, 2 Ed.
35. Philippe, Jestaz (2005). *Les Sources Du Droit*, Dalloz.

36. Rachlinski, Jefry (2006). Bottom-Up Versus Top-Down Lawmaking, University Of Chicago Law Review, Vol. 73.
37. Répertoire (1955). de Droit Civil Encyclopédie Juridique, Dalloz.
38. Ripert Georges (1955). *Les Forces Creatrices Du Droit*, Paris.
39. Rotolo, Antonion (2005). Source of Law In Civil Law, In Shiner, R. Legal Institutions and The Sources of Law, Vol. 3.
40. Sales, Philip (2012). Judges and Legislatures: Values Into Law, Cambridge Law Journal, No. 2, Vol. 71.
41. Stark, Borise (1988). *Intrduction Au Droit* (2 Ed.).
42. Tainsne, Jean-Jaques (2000). Sensibles à la théorie de Montesquieu dite de la séparation des pouvoirs, les révolutionnaires ont voulu cantonner le pouvoir judiciaire dont ils se méfiaient par expérience *Institutions Judiciaires*, 7<sup>É</sup>dition, Dalloz.
43. Weber, Max (1978). *Economy and Society*, Vol. 2, Edited by Gnether Roth and Claus Wittich, University of Coalifonia Press.