

## بررسی رویه قضایی در نظام حقوقی ایران

فاطمه لژیوسفی

کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی.

نام نویسنده مسئول:

فاطمه لژیوسفی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۴/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۶/۲۸

چکیده

در سلسله مراتب منابع حقوق پس از قانون و عرف، سومین منبع رویه قضایی است. بدیهی است هر قانونگذاری در پیش‌بینی تمامی روابط افراد جامعه ناتوان است بنابراین نمی‌توان در قوانین جامعه کلیه راه‌حل‌های قانونی را ملاحظه نمودن نقیصه را مرتفع می‌نمایند. رویه قضایی به شکل کلی تصمیم مکرر قضایی گفته می‌شود. به لحاظ معنوی یا الزام قانونی مبنای حکم مرجع قضایی است. رویه قضایی جزو منابع حقوق در اکثر نظام‌های حقوقی است، ولی نقش آن در نظام حقوقی کامن لا پررنگ‌تر است. در ادبیات حقوق ایران عبارت «رویه قضایی» به دو معنا به کار می‌رود؛ یکی در معنای خاص که منظور آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور است و دیگری در معنای عام که منظور تصمیمات قضایی مکرر است. از جمله مهمترین عواملی که باعث ایجاد رویه ی قضایی می‌شود اخلاق و تفسیر قانون است در واقع اگر گفته شود هیچ رویه ی قضایی بدون تفسیر قانون شکل نمی‌گیرد بیان درستی است. در این پژوهش بر آن هستیم که بررسی رویه قضایی در نظام حقوقی ایران را مورد مطالعه قرار دهیم.

واژگان کلیدی: رویه قضایی، سیستم حقوقی، عرف، وحدت رویه.

**مقدمه**

منظور از رویه قضائی در معنی مطلق مجموع آراء دادگاه ها و در معنی خاص روش یکسان دادگاه ها یا دسته‌ای از آنها در مورد مسئله حقوقی معین و تکرار آن بصورتی می‌باشد که بتوان گفت در صورت مواجه شدن با مورد مشابه همان روش اتخاذ خواهد می‌شود. به عبارتی رویه قضائی را میتوان عرف دادگاه ها نامید. با آنکه دادرسی ملزم به تبعیت از نظری که در مورد خاص قبلاً اتخاذ کرده نمی‌باشد معیذا بدیهی است به علل روانی و اجتماعی از نظر مزبور در دادرسی های مشابه و بعدی پیروی می‌نماید. همچنین است در مورد تبعیت از نظر دادگاههای عالی. لذا می‌توان گفت که عنصر اصلی رویه قضائی رای موردی دادگاه ها می‌باشد و ایجاد آن را می‌توان ناشی از عوامل روانی و اجتماعی و عوامل مربوط به طبقه‌بندی و درجات دادگاه ها دانست. گرچه گروهی بر این عقیده‌اند که چون قوه قضائیه نباید در ایجاد قاعده حقوقی که در صلاحیت و از وظایف خاص قوه مقننه است دخالت کند و اعتبار آراء دادگاه ها را نسبی می‌دانند. لذا رویه قضائی نمی‌تواند جزء منابع حقوق بصورت مستقیم فهرست شود، لیکن باید توجه نمود پذیرفته شدن رویه در عرف و بسپاری موارد آراء و همچنین آراء وحدت رویه قضائی صادره از دیوان عالی کشور (که برای سایر دادگاهها رعایت آن الزامی است) در واقع به اعتباری می‌تواند بعنوان قاعده حقوقی تلقی شود. دخالت رویه قضائی در ایجاد قاعده حقوقی غالباً در موارد نقض یا سکوت یا اجمال و یا بالاخره تناقض در قانون می‌باشد و نهایتاً باید پذیرفت که رویه قضائی جایی در سلسله مراتب منابع حقوق دارد. منابع رسم متداول و به عبارتی «رویه قضایی» به معنای عام، تنها منبع رسمیه رسمی مانند منابع رای وحدت رویه و رای اصراری نیست، بلکه منابع نانوشته ای نیز هست که در نهایت به تشکیل رویه قضایی به مفهوم رسم متداول منتهی می‌شوند که برخی از حقوقدانان آن را تحت عنوان عوامل موثر در تشکیل رویه قضایی نام نهاده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲/۵۳۷؛ صبحی، ۱۳۹۶، ۳۹) بنابراین شکل گیری رویه قضایی به صورت اتفاقی و ناگهانی نیست. عوامل گوناگونی موجب به وجود آمدن، تحکیم و تثبیت رویه قضایی می‌شود. البته هسته اصلی رویه قضایی، رای است ولی برای ایجاد رویه قضایی علاوه بر وجود رای، عوامل دیگری هم لازم است. به عبارتی وجود رای لازم است ولی کافی نیست، تا از این ماده اصلی (رای) قاعده و رسمی محترم به وجود آید و شیوه ی کار محاکم قرار گیرد. در واقع رای نیاز به طی یک مسیر تکمیلی برای منجر شدن به رویه قضایی دارد که در طی این روند مسلماً نقش یک سلسله عوامل بی تاثیر نیست. از جمله مهمترین عاملی که باعث ایجاد رویه قضایی می‌شود تفسیر قانون است در واقع اگر گفته شود هیچ رویه قضایی بدون تفسیر قانون شکل نمی‌گیرد بیان درستی است. بنابراین می‌توان هدف از این پژوهش بررسی رویه قضایی در نظام حقوقی ایران است.

**۱- تفسیر قانون**

رای قضایی، عاملی است که سبب ایجاد رویه قضایی می‌شود. بدین ترتیب که رای قاضی در صورت مستدل بودن اگر مورد توجه دیگر قضات قرار گیرد و در موارد مشابه تکرار گردد حالت الزام پیدا کرده و نتیجه رویه قضایی تشکیل خواهد شد. در واقع نقش اساسی و محوری در ایجاد رویه قضایی راه قضات به عهده دارند که باید با دلیل و برهان به صدور رای بپردازند و از طرف دیگر با توجه به اینکه همواره نص قانون در همه ی مصادیق صریح و قاطع نیست و نیز گاهی مبهم و مجمل است لذا قاضی ناچار به تفسیر مواد قانون برای صدور رای می‌گردد.

به عبارتی تفسیر قانون پل ارتباطی می‌شود بین قانون و رویه قضایی به این ترتیب که تفسیر قانون، رای دادگاه را به سوی رویه قضایی تثبیت می‌کند. یعنی هنگامی که در موارد مشابه، همین رای دادگاه که با تفسیر قابل اعمال شده، پذیرفته شود و تکرار گردد، رویه قضایی ساخته می‌شود.

در نتیجه به همان میزان که رای دادگاه در ایجاد رویه قضایی موثر است. تفسیر قاضی هم در این جهت نقش بسزایی دارد.

(مدنی، ۱۳۸۵، ۱۵)

**الف. چپستی تفسیر**

تفسیر در لغت به معنی بیان و کشف مقصود گوینده است و در فرهنگ های اصطلاحی برای این واژه انواع مختلفی برشمرده شد مثل تفسیر آزاد، اصولی، تاریخی، غیره (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۵، ۱۳۷۸) که توضیح همه ی آنها در این مختصر نه تنها نمی‌گنجد بلکه از حوزه ی بحث نیز خارج است. برای واژه ی تفسیر توسط حقوقدانان تعاریف متعددی ارائه گردیده که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

به عقیده ی برخی از نویسندگان، «تفسیر قانون یعنی تعیین معنای واقعی مضمون قاعده ای که به وسیله ی قانون گذار انشاء گردیده است.» (قرانی، ۱۳۳۸، ۳۳) ولی این تعریف را برخی از حقوقدانان ناقص دانسته‌اند و چنین افزوده‌اند که تفسیر یعنی تعیین معنای واقعی قانون زمانی که مفهوم قانون روشن نباشد و یا مفهوم آن روشن است ولی در سعه و ضیق مدلول آن شکی باشد. (جعفری لنگرودی،

(۱۳۹۳، ۱۰۸)

همچنین در این باره گفته شده که تفسیر، تعیین معنای درست و گسترده ی قاعده ی حقوقی است و به دو صورت ظاهر می گردد گاه یک قاعده ی حقوقی مندرج در یک ماده ی قانونی وجود دارد ولی دامنه ی اجرا یا مفاد آن قاعده به صورت دقیق، مشخص و واضح نیست در اینجا قاضی به تفسیر قانون می پردازد که به آن تفسیر «خاص» نیز گفته شده ولی گاه در رابطه با مصداقی خاص هیچ حکم معینی توسط قانونگذار وضع نگردیده و قاضی با سکوت قانون مواجه می گردد و از سویی در عرف نیز نمی تواند حکم مساله را بیابد در اینجا قاضی به ناچار باید حکمی را با استناد به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، پیدا کند و به روح و مفاد یکی از قوانین مستند سازد و این همان وظیفه ای است که در ماده ی ۳ ق.آ.د.م نیز بر عهده ی قاضی محول شده است. به دست آوردن این قاعده را نیز که به طور معمول ساخته ی رویه ی قضایی است و وجدان دادرس در ایجاد آن سهم موثر دارد تفسیر قانون به معنای عام می گویند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، صص ۲۰۹ و ۲۱۰؛ قمی، ۱۳۷۶، ۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰، ۱۹۹)

تعریف دیگری که در این باره ارائه شده است این است که تفسیر یعنی بازنگری، ژرفنگری، در عمق وارد شدن، واقع را از ظاهر الفاظ و کلمات جويا شدن، فهم و درک قصد اصلی گوینده یا نویسنده از ظاهر عبارات او، دقیقاً همان طور که مفسرین با نیروی ایمان و عقل و ابزار خاص و متناسب با شرایط زمان و مکان به تفسیر آیات قرآن می پردازند تا به فرمان خداوند برسند. در مورد قوانین نیز قاضی باید به تفسیر و ابزار و وسایل مربوط به آن، متوسل شود تا بتواند به وظیفه ی خود عمل کند. (مدنی، ۱۳۸۵، ۱۷)

نکته ی مهمی که از میان تعاریف مربوط به این واژه می توان استنباط کرد این است که قانون دارای طبیعتی کلی است و بنابراین هیچ گاه نمی تواند تمام مسائل و نیازهای اجتماع را در برگیرد. در نتیجه وقتی بخواهد توسط قضات به مرحله ی عمل درآید در بعضی از موارد نیاز به تفسیر پیدا می کند. در واقع تفسیر قانون یکی از موضوعات مهمی است که مبتلا به عموم قضات و وکلای دادگستری و جامعه به معنای همه کسانی است که با قانون سروکار دارند. (قرانی، ۱۳۳۸، ۳۳)

البته در مواردی که قلمرو و حدود قانون مشخص است و از سوی قاضی قابل تطبیق بر یک مصداق خارجی است دادرس می تواند با یک قیاس منطقی آن را به سادگی اجرا کند و نیازی به تفسیر ندارد ولی وقتی برای قاضی این تردید ایجاد گردد که آیا یک مصداق تحت شمول یک قاعده ی کلی مندرج در قانون قرار می گیرد یا نه، آنگاه به تفسیر قانون نیاز پیدا می کند.

### ب. الزام به تفسیر

با توجه به اهمیتی که برای نقش تفسیر قانون در تکوین رویه ی قضایی متذکر شدیم و اقتدار رویه قضایی را در وضع قواعد، ناشی از اختیاری دانستیم که قضات در تفسیر قانون به عهده دارند. می توان به طور کلی به اهمیت مساله لزوم تفسیر قانون پی برد که در ادامه به شرح و توضیح آن می پردازیم.

قانون منبع مهمی است که توسط قانونگذار برای حل و فصل مسائل و مشکلات اجتماع وضع گردیده که از طریق قواعد حقوقی موجود در آن مردم بتوانند به حقوق و تکالیف خود واقف گردند و صراحت و روشنی قواعدی که قانونگذار وضع کرده، کمال مطلوب است اما مسائل جامعه آنقدر وسیع و متنوع است که تمامی آنها توسط قانونگذار قابل پیش بینی نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ۵۳۲)

در واقع تمام نیازهای مادی و معنوی بشر در زندگی اجتماعی نمی تواند توسط قانونگذار در قالب الفاظ محدود قانون بیان گردد و اگر هم بنا باشد که در تهیه ی طرح و لایحه ی قانون تمام مواردی که ممکن است در عمل پیش آید در نظر گرفته شود نتیجه ای جز تطویل مجموعه ی قوانین نخواهد داشت که در عمل منجر به سختی و دشواری در یافتن حکم قضیه می شود و نتیجه مطلوبی در پی ندارد. (مدنی، ۱۳۸۱، ۱۳۹۱) این مساله، اولین عاملی است که ما را از اهمیت و ضروری تفسیر قانون مطلع می سازد.

ثانیاً؛ با پیشرفت جامعه و تحولات اقتصادی و اجتماعی جدیدی که هر روز در جامعه پدید می آید دامنه ی ارتباطات بین مردم به قدری گسترش می یابد که مقررات قانونی که قبل از این روابط به وجود آمده نمی تواند آنها را منظم سازد و وقتی که مقام قضایی در آن لحظه با سکوت قانون مواجه می شود، مسلماً مجال مناسبی برای وضع قانون نمی یابد. این مساله نیز از جمله عواملی است که لزوم تفسیر قانون را مشخص می سازد. بدین بیان که قاضی بتواند از این طریق به حل و فصل آنچه برای قانونگذار غیر قابل پیش بینی بوده است، بپردازد. (محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶، ۵۷)

ثالثاً؛ در ضرورت تفسیر قانون همین بس که این مساله در اصل ۱۶۷ قانون اساسی پیش بینی شده است که چنین مقرر کرده است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فناوری معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی تواند به بهانه ی سکوت یا نقض یا تعارض یا اجمال قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

رابعاً؛ در ماده ی ۳ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ نیز چنین تصریح شده است:

«قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند، در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبود یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه‌ی مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فناوری معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌توانند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد»<sup>۱</sup>.

قاعده‌ی کلی مندرج در ماده ۳ ق.آ.د.م ما که جزء اصول کلی حقوقی محسوب می‌شود بر اساس دو واقعیت، الزام تفسیر را مفروض داشته: (۱) نیاز به تفسیر به عنوان مقدمه‌ی اجرای حکم (۲) الزام قاضی به صدور حکم. خامساً، با توجه به اینکه عبارات قانون نیز گاهی به لحاظ ادبی برای فهم مقصود کافی نیست. (کاتوزیان، ۱۳۴۲، ۴۶۱) از طرفی رسیدگی به قضیه برای قاضی به استناد ماده ۳ ق.آ.د.م امری است اجباری و عدم رسیدگی به دعوا طبق م ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات برای او جرم محسوب می‌گردد بنابراین به دلیل دیگر لزوم تفسیر پی بردیم. با توجه به عواملی که برای مساله لزوم تفسیر قانون بر شمرده‌ایم شایان ذکر است که در هیچ شرایط و اوضاع و احوالی تفسیر از حوزه‌ی علم حقوق قابل حذف نیست، تفسیر از پایه‌های اصلی حقوقی می‌باشد. کنار گذاردن تفسیر یا عدم استفاده از تفسیر یعنی متوقف ساختن دانش حقوق، بنابراین اهمیت تفسیر به حدی است که می‌توان گفت تفسیر، شرکت در کلیت خود قانون و مکمل الزامی قانون محسوب می‌شود.

### ج. انواع تفسیر

برای ایجاد سهولت در تفهیم واژه‌ی تفسیر حقوقدانان به تقسیم‌بندی انواع تفسیر پرداخته‌اند. البته باید متذکر شد که این تقسیم‌بندی‌ها اعتباری است و ما در رساله‌ی حاضر نیازی به بررسی آنها نداریم. آنچه در اینجا مدنظر ما است تقسیم‌بندی تفسیر به اعتبار مقام تفسیر کننده است که در این صورت اگر این تفسیر به وسیله‌ی مقامات رسمی به عمل آید به دو دسته‌ی تفسیر قانونی و تفسیر قضایی تقسیم می‌شود. (تقی زاده، ۱۳۸۱، ۳۳)

تفسیری که از قانون می‌شود لازم‌الاتباع نیست مگر اینکه متابعت از آن را قانون لازم بداند و آن در موردی است که تفسیر به وسیله‌ی مقامات رسمی به عمل آید. به اعتبار مقام تفسیر کننده، نوع دیگری از تفسیر نیز مطرح می‌گردد که آن تفسیر شخصی است که برخی از حقوقدانان اصطلاح تفسیر نظری و علمی را ترجیح داده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲/۳۲۶) و تفاوت آن با دو نوع دیگر در این است که توسط مقامات رسمی به عمل نمی‌آید در اینجا به بحث و بررسی این تقسیمات می‌پردازیم.

### - تفسیر قانونی

تفسیر قانونی، تفسیری است که توسط قانونگذار نسبت به قوانین مبهم و نارسا صورت می‌گیرد بدین توضیح که گاهی مفاد یک قانون در عمل فاقد صراحت و قاطعیت کافی است در این صورت قانونگذار می‌تواند به وسیله‌ی یک قانون تازه صراحت و قاطعیت لازم را به قانون اول بدهد و اراده‌ی خود را بیان کند. (خسروی دهقی، ۱۳۸۸، ۶۴)

این تفسیر را به اعتبار مرجع آن، تفسیر قانونی و به قانونی که هدف آن تبیین مفاد قانون گذشته است قانون تفسیری گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ۱۰۷)

این نوع تفسیر به صراحت در اصول قانون اساسی ما بیان گردیده است چنان که در اصل ۹۸ ق.ا چنین آمده است:

### 3

«تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب<sup>۴</sup> از آنها انجام می‌شود.»

و در اصل ۷۳ ق.ا مقرر گردیده است:

«شرح و تفسیر قانون عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمییز حق از قوانین می‌کنند، نیست»

به نظر برخی از حقوقدانان با توجه به اینکه خود قانونگذار بیش از هر مقام و مرجع دیگری معنای کامل و درست قانون را می‌داند بهترین نوع تفسیر، تفسیری است که توسط وی به عمل می‌آید. با توجه به ماده ۳ قانون مدنی قوانین تفسیری پس از تصویب مجلس شورای اسلامی مانند قوانین بدوی باید در روزنامه‌ی رسمی منتشر گردد.

<sup>۱</sup> ماده ۴ ق.م.فرانسه نیز همین معنا را با عباراتی دیگر بیان نموده است که از این قرار می‌باشد:

«چنانچه قاضی به استناد سکوت یا ابهام و یا نارسایی قانون، امتناع از رسیدگی نماید، به عنوان مستنکف از احقاق حق قابل تعقیب می‌باشد.»

ماده ی ۴ ق.م نیز اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین را بیان نموده است ولی قوانینی که توسط قانونگذار برای روشن شدن قوانین اولیه ای که وضع کرده، تصویب می شوند. به لحاظ اینکه از قوانین تفسیری هستند به حکم طبیعت خاص خود در گذشته نیز تاثیر می کنند. زیرا منظور از تصویب این گونه قوانین تشریح قانون قبلی است فلذا طبعاً دارای اثر قهرانی است و تحت عنوان قانون توضیحی نیز شناخته می شوند. (قرانی، ۱۳۳۸، ۲۶)

### -تفسیر قضایی

تفسیر قضایی، تفسیری است که توسط قضات به عمل می آید. (تقی زاده، ۱۳۸۱، ۳۴) قضات مکلفند قانون را که دستوری عام و کلی است با موارد خاص و جزئی منطبق نموده و از روی آن امور قضایی را فیصله دهند و در مواردی که مجمل و مبهم و ناقص باشد و یا قانون صریحی وجود نداشته باشد به تفسیر آن بپردازند. چنین تفسیری در اصطلاح تفسیر قضایی نامیده شده است. (اعتدال، ۱۳۷۹، ۵۹)

لزوم تفسیر قضایی در قوانین عادی و اساسی نیز مطرح شده است چنان که در ماده ی ۳ ق.آ.د.م و اصل ۱۶۷ ق.ا که در مباحث پیشین توضیح داده شده پیش بینی گردیده است. تفسیری که دادرسی از قانون به عمل می آورد محدود به همان دعوا است و در دعاوی دیگر یا برای دادرسان دیگر الزام آور نیست به این دلیل است که ماده ی ۴ ق.آ.د.م مقرر داشته:

«دادگاه ها مکلفند در مورد هر دعوی به صورت خاص تعیین تکلیف کنند و نباید به صورت عام و کلی حکم دهند».

با توجه به استنباط های مختلفی که به دلیل فهم و درک متفاوت قضات متعدد از قانون واحد به عمل آید، تفسیرهای گوناگونی ایجاد می شود. برای رفع اختلاف در استنباط کار نظارت بر اجرای صحیح قانون بر عهده ی دیوان عالی کشور گذارده شده است. بدین معنا که این تفاسیر قضایی مکرر و متعدد در موارد مشابه می تواند دیوان عالی کشور را برای جلوگیری از بروز اختلاف به سمت وحدت رویه قضایی رهنمون سازد.

در تفسیر قضایی، قضات یا به دنبال تعیین مدلول و حد شمول مواد قانونی فاقد صراحت هستند و یا درصدد تفسیر قانون به منظور یافتن حکمی در موارد سکوت قانون، می باشند. معیارها و مقیاس هایی که در تعیین مدلول قطعی یک قانون توسط قضات مورد استفاده قرار می گیرند، قدیمی ترین آنها عبارت است از کشف مراد قانونگذار، زیرا که ظاهر عبارات قانون بیانگر این است که مقنن درصدد در نظر گرفتن مصالح عموم بوده است. (خسروی دهقی، ۱۳۸۸، ۶۶)

کشف مراد مقنن به عقیده ی علمای حقوق از طرق زیر به عمل می آید:

اولاً اینکه قاضی، قانون مورد تفسیر را با قوانین مرتبط و متجانس روی هم ریخته و از اجتماع آنها قصد قانونگذار را کشف نماید به گونه ای که یا اصول و قواعد کلی حقوقی هم سازگار باشد.

ثانیاً قضات کارهای قبل از تصویب قانون را به عنوان مقدمات تصویب در نظر گیرند.

ثالثاً سوابق تاریخی را مد نظر داشته باشند. رابعاً: مبنای سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و اخلاقی یک قانون را در کشف منظور مقنن در نظر بگیرند. خامساً: علت وجودی یک ماده ی قانونی و غرض مقنن در وضع آن می تواند کاشف از قصد مقنن باشد.

بنابراین تا حد ممکن باید مراد مقنن را کشف کنیم لذا اگر از ظاهر عبارات مقنن به مراد او پی نبریم باید از طرق فوق الذکر مراد او را کشف کنیم و این جمله که کشف مراد مقنن ممکن نیست، صحیح نیست.

اما وظیفه ی قاضی در موارد سکوت قانون این است که با استفاده از قیاس که یک راه حل داخلی است یعنی در داخل محیط قوانین جاری، وجود دارد به حل و فصل مساله بپردازد با توجه به این نکته که دو رابطه ی حقوقی را که در خواص اساسی به هم شباهت دارند با استفاده از قیاس محکوم به یک قانون نماید و یا با استفاده از راه حل های خارجی که منظور راه حل های خارج از محیط قوانین جاری است و تمسک به مصالح اجتماعی، به تفسیر قانون بپردازد و به عبارتی حکمی برای مساله ی متنازع فیه بیابد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، صص ۱۰۸-۱۱۰)

پرسشی که در این جا قابل طرح به نظر می رسد این است که آیا در راستای وظیفه ای که طبق اصل ۷۳ ق.ا برای قضات در تفسیر قانون در نظر گرفته شد اگر آنها در مقام حل و فصل دعوی با یک اصل مبهم قانون اساسی مواجه شدند، حق تفسیر آن اصول را نیز دارند یا نه؟

جای تردید نیست که تفسیر قانون اساسی با توجه به تصریح اصل ۹۸ ق.ا بر عهده ی شورای نگهبان است ولی با توجه به تصریح اصل ۷۳ ق.ا که حق دادرسان را در تفسیر قانون به صورت مطلق بیان کرده، یعنی حق تفسیر قانون اعم از اساسی و عادی را برای آنان قائل شده است، بر خلاف صدر اصل که از کلمه ی «عادی» به دنبال قوانین استفاده کرده چون در آنجا صلاحیت تفسیر مجلس قانونگذاری مطرح بوده است. (مدنی، ۱۳۸۵، ۱۷)

در تایید استدلال مزبور حقوقدانان نیز چنین اظهارنظر کرده اند. بدیهی است که دادرسان حین رسیدگی به اصولی از قانون اساسی و یا موادی از قوانین عادی استناد می نمایند و برداشت های خود را با مصادیق تطبیق داده، احیاناً زوایای تاریکی از مفاهیم حقوقی را در آراء خود روشن می کنند. آراء و احکام صادره ی قضائی طبعاً مورد توجه سایر شعب قرار می گیرد و حتی ممکن است به عنوان رویه ای برای سایر محاکم تلقی گردد هر چند که هیچ گونه الزامی برای قضات و شعب دیگر در تبعیت از آنها وجود ندارد. (بوشهری، ۱۳۸۹، ۲۴)

به نظر برخی دیگر هر چند تفسیر قانون اساسی به دلیل اهمیت ویژه و استثنایی که در هر کشور دارد به طور معمول به مجالس قانونگذاری عادی واگذار نمی شود و به همین دلیل تفسیر از قانون اساسی در هر نظام حقوقی که دارای قانون اساسی باشد معمولاً به نهادی واگذار می شود که با سیاست در آن رخنه نکند (مانند دیوان عالی کشور) با شیوه ی انتخاب سیاستمداران و آیین رأی گیری و اکثریت لازم چنان باشد که در عین دشواری، هر چه بیشتر به آراء عمومی نزدیک شوند و از منبع اصلی حاکمیت الهام بگیرد. در نظام حقوقی ایران نیز تفسیر این میثاق ملی به عهده ی شورای نگهبان است که با اکثریت خاص انجام می شود ولی به نظر می رسد که صلاحیت شورای نگهبان در تفسیر نوعی قانون اساسی، باعث نفی صلاحیت دادگاه در تفسیر و اجرای آن قانون در دعاوی خاص نمی شود چنانکه این مساله در اصل ۷۳ ق.ا پیش بینی شده است. (کاتوزیان، صص ۲۱۹-۲۲۰/۱۳۸۰)

در نتیجه در صورتی که دادرس در مقام حل و فصل اختلافات برآید و با اصلی مبهم از قانون اساسی روبه رو شود چون طبق اصل ۱۶۷ ق.ا وظیفه ی حل آن دعوی را دارد و انتظار برای اینکه شورای نگهبان به تفسیر قانون اساسی بپردازد، باعث تطویل دادرسی و تضییع حقوق اطراف دعوی می شود.

لذا دادرس باید به تفسیر آن اصول مبهم نیز همت گمارد و به هر حال اهمیت رویه ی قضایی در کشورهایی بیشتر معلوم می شود که تفسیر قانون اساسی و عادی به عهده مراجع قضایی است مانند دادگاه های فدرال ایالات متحده آمریکا. (خسروی دهقی، ۱۳۸۸، ۶۸)

#### -تفسیر شخصی

در مقابل دو تفسیری که از طرف مقامات رسمی صورت می گیرد، نوع دیگری از تفسیر با نام تفسیر شخصی وجود دارد. در تعریف تفسیر مزبور باید گفت، تفسیری است که از طرف علمای حقوق صورت می گیرد. بدین صورت که اساتید حقوق در دانشگاه و نویسندگان مقالات و کتب حقوقی که تخصص در فهم قانون و عرف دارند، قوانین و رویه های قضایی را مورد بحث و انتقاد و تفسیر قرار داده و زوایای تاریک مسائل اجتماعی را روشن می سازند و نکات دقیق رسیدگی نشده را از لا به لای مواد قانون بیرون می آورند و نوآوری هایی را ارائه می دهند. که در علم حقوق این نوع تفسیر را تفسیر شخصی یا علمی نامگذاری کرده اند. (تقی زاده، ۱۳۸۸، ۳۶)

در رابطه با ویژگی های این نوع از تفسیر باید اذعان داشت که:

اولاً: تفسیر شخصی، تفسیری است که دانشمندان حقوق در غیر مرحله ی قانونگذاری و در غیر مرحله ی رسیدگی به امور قضایی اظهار می نمایند. (قرانی، ۱۳۳۸، ۳۷) ثانیاً: این نوع تفسیر می تواند راهنمای پر ارزشی برای قضات هنگام صدور رأی قرار گیرد زیرا که این تفاسیر گاه فرضی را تصور و حل می نمایند که دادگاه ها در عمل کمتر با آن رو به رو می شوند و گاه تفسیر محاکم را مورد انتقاد قرار می دهند و اشتباهات قضات را یادآوری می نمایند و همین می تواند در مقام تفسیر و اصلاح و وضع قوانین کمک شایانی به قانونگذاران نماید. (اعتدال، ۱۳۷۹، ۵۸)

ثالثاً: این تفسیر دارای رسمیت نیست و هیچ قاعده ی حقوقی را ایجاد نمی کند ولی قطعاً در روند شکل گیری و تکوین قواعد حقوقی تاثیر قابل ملاحظه ای دارد زیرا گذشته از راه حل های تازه ای که رویه ی قضایی با استفاده از نظر خبرگان و به یاری آنان در مقام تفسیر قواعد حقوق به دست می آورد، اثر این تفاسیر را در قانون و عرف نیز نمی توان انکار کرد. (کاتوزیان، ۲۰۷، ۱۳۸۰)

اصطلاح تفسیر شخصی ممکن است یادآور واژه ی تفسیر قضایی باشد در حالی که باید به تفاوت مهم بین آنها اشاره کرد زیرا تفسیر قضات در مقام فصل خصومت است ولی تفسیر اهل نظر فقط جنبه علمی دارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳، ۱۰۹)

از طرفی در مقام بیان ارتباط این دو نوع تفسیر باید یادآور شد که در واقع همان گونه که دادرسان به طور رسمی معنی درست قواعد را معین می سازند، عالمان حقوق نیز با طرح پیشنهادات تازه و نقد آراء محاکم و نشان دادن مصالح و مقایسه قوانین و دسته بندی کردن آراء و اصول عرفی و مورد احترام قانونگذار در این تلاش علمی و فنی شرکت می کنند. با این تفاوت که نظرات ایشان جنبه ی رسمی ندارد و قدرت سیاسی دولت از آن حمایت نمی کند به همین دلیل است که پاره از نویسندگان اینگونه اندیشه ها و نظرات را «ادبیات حقوقی» نامیده اند. (خسروی دهقی، ۱۳۸۸، ۷۰)

در انتها ذکر یک نکته ضروری به نظر می رسد که اصطلاح دکترین و تفسیر علمی و نظری بر تفسیر شخصی رجحان دارد زیرا که این نوع از تفسیر بیشتر ریشه ی فنی دارد تا اینکه فقط مربوط به نظر یک شخصیت علمی باشد چنان که ممکن است یک گروه از دانشمندان حقوق چنین نظری را داشته باشند. در واقع مجموع قواعدی را که از جانب علماء حقوق در تفسیر از قوانین و رویه های قضایی

حاصل می‌گردد اندیشه‌های حقوقی می‌نامند که معادل واژه‌ی دکترین در زبان فرانسه است این تفاسیر را در صورتی که بسیاری از حقوقدانان و دانشمندان پیرو آن شوند و به آن اعتقاد یابند رویه‌ی حقوقی می‌گویند. (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ۶۰۲) که از این جهت شاید به رویه‌ی قضایی به مفهوم عرف قضات یا اجماع در حقوق اسلامی، شباهت داشته باشد.

### نتیجه‌گیری

رویه‌ی قضایی به معنای عام، تنها منبع رسمیه‌ی مانند منابع رأی وحدت رویه و رأی اصراری نیست، بلکه منابع نانوشته‌ی ای نیز هست که در نهایت به تشکیل رویه قضایی به مفهوم رسم متداول منتهی می‌شوند که برخی از حقوقدانان آن را تحت عنوان عوامل موثر در تشکیل رویه قضایی نام نهاده‌اند. بنابراین شکل‌گیری رویه‌ی قضایی به صورت اتفاقی و ناگهانی نیست. عوامل گوناگونی موجب به وجود آمدن، تحکیم و تثبیت رویه‌ی قضایی می‌شود. البته هسته‌ی اصلی رویه‌ی قضایی، رأی است ولی برای ایجاد رویه‌ی قضایی علاوه بر وجود رأی، عوامل دیگری هم لازم است. به عبارتی وجود رأی لازم است ولی کافی نیست، تا از این ماده‌ی اصلی (رأی) قاعده و رسمی محترم به وجود آید و شیوه‌ی کار محاکم قرار گیرد. در واقع رأی نیاز به طی یک مسیر تکمیلی برای منجر شدن به رویه‌ی قضایی دارد که در طی این روند مسلماً نقش یک سلسله عوامل بی‌تاثیر نیست. از جمله مهمترین عاملی که باعث ایجاد رویه‌ی قضایی می‌شود تفسیر قانون است در واقع اگر گفته شود هیچ رویه‌ی قضایی بدون تفسیر قانون شکل نمی‌گیرد بیان درستی است.

## منابع و مراجع

- [۱] بابایی، ایرج، (۱۳۹۲)، «استخراج و انتشار رویه قضایی دادگاه‌های کشور»، فصلنامه مطالعات آرای قضایی، رای، شماره ۱.
- [۲] پور سرتیپ، فرج الله (۱۳۵۷)، «ماهیت و اهمیت رویه قضایی». مجله ی حقوقی وزارت دادگستری، فروردین، س ۲۰، شماره ۱.
- [۳] ژی مری، ترجمه محمدزاده وادقانی، (۱۳۷۸) «ملاحظات پیرامون رویه قضایی به عنوان منبع حقوق»، مجله حقوق دانشگاه تهران، پاییز دوره ۴۵ شماره ۸۳۶.
- [۴] مطهری، مرتضی (بی‌تا). مجموعه آثار، تهران، صدرا.
- [۵] محمد زاده وادقانی، علیرضا (۱۳۷۶)، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پاییز، شماره ۳۸.
- [۶] محمدی سام و فلاح مهدی ۱۳۹۶، تحلیل اخلاقی شرط «قصد و رضای متعاقدين» و اثر آن در فقه و حقوق، پژوهش های حقوقی و فقهی، پاییز شماره ۴۹
- [۷] محمدی مسلم، ۱۳۹۵ تمایز و وابستگی راهکاری منطقی در گفت و گوی فقه و اخلاق، پژوهش های فقهی، تابستان، دوره دوازدهم - شماره ۲
- [۸] علیزاده، عبدالرضا (۱۳۹۳) «تحلیلی اجتماعی- قضایی رویه قضایی»، نشریه حقوق خصوصی، دوره ۱۱، بهار و تابستان شماره ۱.
- [۹] بوشهری، جعفر (۱۳۸۹)، حقوق اساسی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- [۱۰] تقی زاده، تورج، (۱۳۸۱)، نقش رویه قضایی در حقوق ایران، پایان نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، با راهنمایی دکتر نجاد علی الماسی.
- [۱۱] جعفری تبار، حسن (۱۳۹۶)، دیو در شیشه فلسفه رویه قضایی، نشر نگاه معاصر.
- [۱۲] جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸) ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
- [۱۳] خسروی دهقی، اسماعیل (۱۳۸۶)، نقش رویه قضایی در حقوق ایران و انگلیس، پایان نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد، با راهنمایی دکتر حسین سیمایی صراف دانشگاه قم.
- [۱۴] سلجوقی، محمد (۱۳۴۷)، رساله نقش عرف در حقوق مدنی ایران، دانشگاه تهران.
- [۱۵] شمس، عبدالله (۱۳۸۱)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، تهران، نشر میزان، ج ۱.
- [۱۶] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶) اعتبار امر قضاوت شده، تهران، نشر دادگستر.
- [۱۷] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار، ج دوم.
- [۱۸] کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰) مقدمه علم حقوق، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار.
- [۱۹] کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، کلیات حقوق (نظریه عمومی)، شرکت سهامی انتشار، ج ۲.
- [20] Fierro, hector, (2003), Courts Justice and Efficiency *justice & efficiency*, Hart Publishing.
- [21] Geny, (francois) (1919), *method d'interpretaion et source en droit prive positif*, T2, 2ed .paris.
- [22] j.Ghestin, (1997), *Droit Civil*, introduction generale (4e edition, L.G.D.J.).
- [23] 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.
- [24] 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, p. 28-50.