

## دکترین و تفسیر قانون<sup>۱</sup>

### ترجمة الف. نبوی

#### اشاره

سران دفاتر اسناد رسمی، همانند هر مجری دیگر قانون، در مقام اجرای قانون ناگزیر از فهم و درک معانی، مفاهیم، مضامین و مدلولات قوانین مورد نظر هستند. از این رو «تفسیر قانون» به عنوان یکی از امور مهم حرفة ایشان مورد نظر مجله کانون است و به همین جهت در شماره‌های گذشته، مبحث تفسیر قانونی، قضایی و اجرایی را از تألیف ارزشمند آقای هنری مازو و همکارانش از نظرتان گذراندیم. و در این شماره نیز همان مبحث را نزد صاحب نظران و صاحبان دکترین پی می‌گیریم:

۱. بخشی از کتاب:

LEÇONS DE DROIT CIVIL ; INTRODUCTION À L'ETUDE DU DROIT

نوشته فرانسوا شاباس، هنری، لئون و ژان مازو، استادان حقوق فرانسه.



پښتو، شپږمه ځل، ۱۳۹۰ ل.  
پرتال جامع علوم انساني و مطالعات فرهنگي  
پرتال جامع علوم انساني

### دکترین *La Doctrine*

دکترین (مکتب) به مجموعه کارهای مشاوران حقوقی که در مکتوبات خود به تفسیر قانون می‌پردازند اطلاق می‌گردد. در رُم قدیم به این مجموعه (jurisprudence) گفته می‌شد که امروزه به معنای تفسیر قاعده حقوق توسط دادگاهها - رویه قضایی - است.

اگرچه آرای برخی از مشاوران حقوقی، به سبب برخوردار بودن از قدرت قانون، در رُم، آن هنگام هم تأثیر مستقیمی بر تحول حقوق داشت، در عصر ما دکترین نقش غیر مستقیمی در خلق قواعد حقوقی ایفا می‌کند. چه، نظریهٔ یک مؤلف، هرگز بر دادگاهها تحمیل نمی‌شود. با این وجود مؤلفان اغلب در طرح قانون، همان گونه که در تفسیر آن، نقش به سزایی دارند:

۱ - حقوقدانان نبایستی با حرمت گذاشتن به قانون به عنوان برهان مدوّن (ratio scripta) بسنده کنند. وظیفه آنان این است که معایب قانون را جست و جو کرده، به قانونگذار نقیصی را که می‌تواند قانون را از علم اخلاق یا نیازهای اجتماعی و اقتصادی آن جدا سازد، نشان دهند. آنان با ملهم شدن از حقون تطبیقی و تاریخ موظف هستند بهترین قواعد را که به بهترین وجه با تمدن ما انطباق داشته باشند، ارائه دهند. این مطالعه مهمترین نقش حقوقدان است که بخصوص مثمر ثمر نیز هست. دانشجوی حقوق نیز مکلف است به ارزیابی نهادهای قانون پردازد. او با تجربه علمی‌ای که احتمالاً کسب خواهد نمود می‌تواند قضاوت را به شکل نوینی درآورد، اما آنچه مهم است این است که به نقش مفسر اکتفا نکند و نهادها را فقط در آنچه که

هستند (Delege Lata) مدّ نظر قرار ندهد. او موظف است به جست و جو و پژوهش آنچه باید وجود داشته باشد (De Lege ferenda) بپردازد.

حقوقدانان توسط این جهت داده شده به تحقیقات خود، همکاری سودمندی با قانونگذار به عمل می‌آورند. بسیاری از متون قانونی پیش از تسلیم به پارلمان به وسیله حقوقدانان ورزیده‌ای که در سازمانهای گوناگون به کار مشغول اند (قضات، استادان حقوق، وکلا، کارمندان وزارتخانه‌ها، مشاوران حقوقی) تهیه شده و از نظر این حقوقدانان می‌گذرد. این گونه کارهای مقدماتی مجالس مقننه گاهی از اوقات نشانگر توجهی است که قانونگذار به پژوهشهای مکتبی (دکترین) و اهمیت پیشنهادهای آنها معطوف می‌سازد.

۲- در مقطعی از قرن ۱۹، دکترین با اکتفا کردن به واژگان قانونی، توجه چندانی به رویه قضایی نشان نمی‌داد. آن زمان از گسست بین مکتب و کاخ دادگستری (Palais) صحبت می‌شد، اما در پایان قرن حقوقدانان دریافته‌اند که در صورت نادیده گرفتن تفاسیر رسمی ارایه شده توسط دادگاهها- تنها دستمایه موجود در زمینه‌های اجرا و عمل- توصیف دقیقی از احکام به دست نخواهند داد. بنابراین دکترین به رویه قضایی نزدیکتر شد و امروزه این همکاری پرحاصلترین نتیجه را دارد.

هنگامی که نظریه مهمی در یک نشریه یا جزوه به چاپ می‌رسد، این نظریه غالباً موضوع یادداشتی است که توسط یک حقوقدان نگاشته شده، و اینجاست که مؤلفان نیز تفسیر رویه قضایی را در مقاله‌ها یا آثار خود آغاز کرده و در عین حال یا آنها را تأیید می‌کنند یا مورد انتقاد قرار می‌دهند. دادگاهها نیز تحت تأثیر مؤلفان به تأکید یا تغییر رویه قضایی خود دست می‌زنند. حتی در برخی از تصمیمات دادگاهها نام مؤلفی که نظریه‌اش پذیرفته شده نیز مشاهده می‌شود. بی تردید کار در آن مقطع عاری از ناهنجاری نیست، زیرا قضات نمی‌توانند قضاوت خود را جز بر مبنای قانون و استدلالهای ناشی از انصاف یا کارایی اجتماعی بنا نهند. در صورتی که استدلالهای حکم توسط یک مؤلف استخراج شده باشد، کافی است که به بیان درآیند. در این حال

ذکر نام مؤلف، در هر مقامی که باشد ضرورتی ندارد، چون نظریه او مستقیماً منبع حقوقی به شمار نمی‌رود. این عمل که هنوز در بلژیک رایجتر از فرانسه است، بیشتر بر «پیوند» مکتب و کاخ دادگستری صخه می‌گذارد.

متدهای تفسیر دکترین - دو گرایش در تفسیر قانون توسط دکترین در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند. در واقع، صحبت از دو مکتب متخاصم - آن گونه که مکاتب ساینیها و پروکولینها در رم بودند - نیست، بلکه دو مکتب مورد نظر است که یکی بعد از دیگری زیر بنا را می‌سازند. حقوقدانان مدرن امروزه همان گونه که از متدهای مکتب اولی استفاده می‌کنند، از پژوهشهای مکتب دیگر نیز الهام می‌گیرند.

مکتب تفسیر - فردای تحریر مجموعه قوانین مدنی (Code civil) حقوقدانان به تحسین این شاهکار تاریخی که مدعی بودند تمام قواعد قضایی در آن یافته می‌شود، پرداختند. نقل است که استاد حقوقی به نام بوگه Bognet تصریح کرده است: «من حقوق مدنی را نمی‌شناسم، من فقط مجموعه قوانین ناپلئون را تعلیم می‌دهم». شاید این گونه بود که عنوان رسمی درس حقوق مدنی، «دوره مجموعه قوانین ناپلئون» نام گرفت.

جدا شدن تحولات اجتماعی و اقتصادی قرن ۱۹ که موجب شد تا مدت‌ها در پژوهش مجموعه قوانین مدنی وقفه حاصل گردد، تلاشی را برانگیخت تا با استفاده و از طریق همین متون قانونی توسط روشهای منطقی استدلال برای حل مشکلاتی که در عمل نمایان می‌شدند راه حلی پیدا شود. گاه برهان قیاسی (a pari) به کار می‌رفت و زمانی که قانون در مورد خاصی ساکت بود به این استدلال توسل می‌شد و قاعده پیش بینی شده برای مورد مشابهی را به اجرا می‌گذاشت، گاه از طریق استدلال از راه مفهوم مخالف (a Contrario) که خطرناکتر بود مدد جسته می‌شد و برای امری راه حلی مخالف آنچه در متن قانون ظاهر بود پذیرفته می‌شد. این برهان زمانی مطمئن است که به اجرای قاعده کلی که با آن استدلال از راه مفهوم ذکر شده نقض می‌گردد، منجر شود. گسترده‌تر از این، توسط استنتاج، به کشف قاعده‌ای ناشناخته بر مبنای

راه حل‌های ارایه شده قضایا دست می‌زنند و آن را در موارد مشابه به کار می‌برند و به کمک این استنتاج، اصول وضع شده از سوی قانونگذار استخراج می‌شود تا راه حل مورد خاصی گردد که از پیش بینی قانونگذار خارج مانده است.

سکوت قانونگذار اغلب به عنوان حفظ قاعده پیشین توسط خود او تفسیر شده است بنابراین استناد به تاریخ ضرورت می‌یافت، اما فقط برای کشف وضعیت حقوقی همزمان با نگارش مجموعه قوانین مدنی.

بالاخره، مفسران که قبل از هر چیز دل مشغول استخراج نقاط موضع توجه قانونگذار بودند، بسیاری از اوقات از کارها و اقدامات مقدماتی تدوین مجموعه قوانین مدنی کمک می‌گرفتند تا نکات مجهول مانده در مقررات را در پناه بخش واضح شده دیدگاه‌های وی کشف سازند.

**مکتب پژوهش آزاد علمی** - از پایان قرن ۱۹ به بعد، شیوه‌های مکتب تفسیری ره‌آوردی جز رکود و منع نداشتند. بالاخره دکترین دریافت که دادگاه‌های قرار گرفته در برابر مشکلات عملی و موظف به ارج نهادن به تحول، کمتر به تفسیر لغوی دل مشغولی نشان می‌دهند تا اجرای منصفانه متون. برخی از مؤلفان، بویژه سالی Salleilles و ژنی Gény در صدد برآمدند شیوه جدیدی از تفسیر - پژوهش آزاد علمی - را ارایه دهند راستی خسته کردن خود چه در جهت بررسی متون قانونی و چه مراجعه به متون مقدماتی قوانین برای پی بردن به منظور قانونگذار زمانهای دور چه حاصلی می‌تواند داشته باشد؟!

مفسر می‌بایست در برابر یک ابهام، سکوت یا نقص قانون، خود را به شکل قانونگذار نشان دهد. وی باید نگران نیازهای اجتماعی، ایده‌آل زمان، حقوق تطبیقی و تاریخی که به او مفهوم تحول نهادها را می‌دهد باشد. بدین گونه است که مفسر می‌تواند خلاقیتی نشان دهد.

فرضیه‌ای نه چندان اساسی است که می‌گوید در صورت ابهام یا نقص یک قانون، جایز است به منظور قانونگذار فعلی یا حتی قانونگذار قدیمی استناد شود؛ مفسر برای

تألیف در زمینه حقوق، مطلقاً آزاد نیست، استدلال کردن ضرورت دارد و باید در نظامی ارایه شده عمل کند؛ نظام قانونگذاری‌ای که در کنار آن حقوق پدید می‌آید.

**ارزش این متدها** - اگر باور کنیم که این متدها در تمامی نکات با هم اختلاف دارند راه درستی نرفته‌ایم. همه این متدها قبول دارند که یک متن واضح نیازی به تفسیر ندارد و تنها بایستی واژگان آن معنی شود. و نقش مفسر در این موارد معین است. آغاز تناقضها زمانی است که در برابر یک متن مبهم یا سکوت قانونی قرار می‌گیرند. دادرس وظیفه دارد قانون را اکیداً اجرا کند؛ یعنی وظیفه وی رعایت و اجرای صحیح و دقیق خواسته قانونگذار است، نه اجرای محدوده خواسته وی.

**مکتب تفسیر** - جان کلام شایستگی‌اش این جاست - متدی را به مفسر ارایه می‌دهد: متد استدلال از راه قیاس، استدلال از راه مفهوم مخالف و استدلال و استنتاج به عنوان ابزار. مفسر چگونه می‌تواند بدون این روشهای منطقی راه حلی را که قانونگذار قدیمی یا فعلی پذیرفته کشف نماید و با مشکلی پیش بینی نشده رو یا رو نگردد؟ اما هواداران این مکتب همواره و به هر بهایی خواهان دست یابی به خواست قانونگذار بوده‌اند. بنابراین غالب اوقات سکوت قانونگذار در زمینه‌ای نشان می‌دهد که او چنان گونه‌ای<sup>۱</sup> را در نظر نگرفته و در مورد آن هیچ نظری نداده است. جست و جو کردن خواست ذهنی قانونگذار در هر جایی که آن را بیان کرده، ناشی از یک تفسیر خوب است و باعث می‌شود که بدین طریق به قانونگذار گفته شود دریافت آنچه او مد نظر نگرفته، کار پیشگویان است نه مسأله حقوقدان.

مکتب پژوهش آزاد علمی به نقد نیز می‌پردازد. سخت است که به مفسر اجازه داده شود آزادانه حقوق را تألیف کند. هر کس در صدد است تمایلات و نظریه‌های خود را تحمیل نماید. و اختلاف بین تفسیرها به سرعت باعث از دست رفتن قانونمندی می‌گردد که خود برای امنیت ضرورت دارد. از طرف دیگر ادعای تفسیر کردن متونی که یک قرن و نیم قدمت دارند با معیار نهادن قانونگذاری امروزی اندکی کودکانه است.

1. Espèce.

وانگهی، نمی‌توان نظامی که در آن واحد، اجرای کامل و ساده متون واضح مجموعه قوانین مدنی را تکلیف می‌کند و نیز اجازه می‌دهد که آن جا که ابهام و اجمالی هست به جایشان ابداعی امروزی بگذاریم، پذیرفت؛ این اقدام همانند وصله نو زدن به ملبوس کهنه و مستعمل است.

رویه قضایی به هیچ متدی مقید نشده است. بر عکس رویه قضایی برای این که متحول به حساب آید، گستاخانه تا حد تغییر ماهیت دادن حیطة برخی از متون قانونی هم پیش رفته و گاه بر عکس، به تفسیر لغوی آن اکتفا کرده است. رویه قضایی همواره در صدد است که نظام مقننه‌ای را که اعمال می‌نموده است، هماهنگ با تحول و ضرورتها حفظ کند.

راستی از تمام این متدها کدام را باید حفظ نمود؟ از آن جایی که به همان نحو و به همان دلایل نمی‌توان بدون مطالعه تسلسل امور مجری خوبی بود، در صورت ناتوان بودن از به کار گرفتن روشهای مکتب تفسیری، مفسر خوبی نیز نمی‌توان بود. مطالعه عمیق یک متن اجازه می‌دهد که آن متن بهتر درک شود و تناقضاتی که در اولین قرائت از نظر محو شده بودند، آشکار گردند. کارهای مقدماتی تقنین، گاه اطلاعات بسیار مفیدی را در اختیار ما می‌گذارند. بی تردید پی بردن به منظور قانونگذار غالباً دشوار است، در حالی که در جریان بحثها متنوعترین آراء رویاروی هم قرار می‌گیرند، و دست کم با بصیرت و احتیاطهایی که استفاده می‌شوند، خدمات قابل اطمینانی ارائه می‌دهند. مکتب تفسیری به معنای کاربرد لغوی یا دستور زبانی و محدود نیست. در صورتی که در دنیای قضاوت تفسیر به معنی جست و جوی دقیق و صحیح خواست قانونگذار باشد، پس حقوقدان چگونه می‌تواند برای تفسیر یک متن جدید از آن صرف نظر نماید.

هنگامی که مفسر معنای قانونی قدیمی را مورد سؤال قرار می‌دهد که در آن اندیشه قانونگذار به شکل رسمی به بیان درنیامده باشد، پژوهش آزاد علمی بیشتر مورد استفاده قرار خواهد گرفت. اما باید مواظب بود در ارتباط با مجموعه قواعد پذیرفته شده



در این حیطه راه حل‌هایی خارج از آنها آورده نشود.

**دستاوردهای دکترین - دستاوردهای نخستین مفسران مجموعه قوانین مدنی** امروزه به دو دلیل به فراموشی سپرده شده: یکی این که مطالعه رویه قضایی که منبع اصلی حقوق است در آنها مشاهده نمی‌شود؛ از سوی دیگر حقوق در شرایطی خاص تحول یافته که این دستاوردها چیزی بیش از شواهد و قراین عصری هنوز تازه نیستند اما از قبل وارد تاریخ حقوق شده‌اند. با این حال باید از «نهر»<sup>۱</sup> دمولومب و نیز آثار یک حقوقدان بزرگ بلژیکی که ذهنیتی اصیل و ابداع‌گر داشته یعنی لوران<sup>۲</sup> ذکری به میان آورده شود.

می‌توان با محدود کردن همواره خود در حیطه حقوق مدنی، باور داشت که تألیف چشمگیر قرن ۱۹ که بر حسب زمان مؤسسات انتشارات بی‌شماری هم به طور مداوم آن را ارایه دادند «دروس حقوق مدنی فرانسه» اثر اوبری و رو<sup>۳</sup> بوده است. این دو مؤلف استادان حقوق دانشگاه استراسبورگ و سپس مشاور حقوقی دیوان کشور بودند. گسستن بین «مکتب و دادگستری» به یمن خدمات این دو از میان رفت. این دو مؤلف پروژه متوسط ترجمه تألیف زکریا (پروفسور آلمانی) را که در مورد مجموعه قوانین ناپلئون نوشته و در آلمان اعمال شده بود، بارور ساختند. اما به سرعت به این فکر افتادند که اثری را به وجود آورند که انعکاس عمیقی بر علم حقوق فرانسه داشته باشد. پنجمین چاپ این اثر که در ۱۲ جلد به چاپ رسیده است، بیشترین فصل‌هایش را مدیون بارتن<sup>۴</sup>، حقوقدان والایی است که به زبانی یک دست و البته گاه کمی مبهم، تحلیل‌های قابل توجهی را در یادداشتهای خویش به متن افزوده است.

چاپ ششم و هفتم این اثر به مدد زحمات پل اسماین و ا. پونسارد<sup>۵</sup> و همکاری

1. Le cours «Fleuve» De Demolombe.

2. Laurent.

3. «Cours de droit civil français» d'Aubry et rau.

4. Bartin.

5. P. Esmein, A. Ponsard.

ارزشمند م. ن دژان<sup>۱</sup> برای یکی از جلدها، جلد مربوط به مسؤلیت مدنی فوق قراردادی به تحقق درآمد. چاپ هشتم تحت نظارت پونسارد و فضل الله، و جلد 2 - VI (مسؤلیت بزهکاری) با تحریر دژان دولاباتی منتشر گردید.

همچنین باید از ۲۹ جلد چاپ شده - با مدیریت بودری لاکانتینری<sup>۲</sup>؛ «دروس حقوق مدنی» اثر شارل بودان<sup>۳</sup> در ۱۵ جلد (چاپ دوم) و «تحلیل کاربردی حقوق مدنی» اثر پلانیول و ریبرت در ۱۴ جلد (چاپ دوم) نام برد که با همکاری استادان حقوق نگاشته شده و منبع مستند ارزشمندی برای دست اندرکاران به شمار می‌روند. در ابعاد متوسط‌تر باید به این آثار اشاره کرد: «شرح علمی و دقیق حقوق مدنی» اثر امبرواز<sup>۴</sup> کولن و هانری کاپتیان که توسط ل. ژولیوت دولاموراندر<sup>۵</sup>، تصحیح گردید و نیز «شرح علمی و دقیق حقوق مدنی به اقتباس از شرح علمی و دقیق پلانیول» اثر ریبرت و بولانژه.

این آثار منابع ارزشمندی در حیطه حقوق محسوب شده و دانشجویان این رشته می‌بایست دائماً برای تحقیقات خود به آنها مراجعه نمایند. از دیگر آثار در این زمینه‌ها «دروس حقوق مدنی» (چاپ دوم) اثر رنه ساواتیه، «حقوق مدنی» مارتی و رینو (با همکاری م. ف. ژستاز<sup>۶</sup> برای چند جلد از این اثر)، «حقوق مدنی» اثر کاربونیه<sup>۷</sup> «حقوق مدنی» ویل<sup>۸</sup> که چند جلد آن با همکاری ف. تره<sup>۹</sup>، سبس تره، لوکت و سیملر نگاشته شده، «حقوق مدنی» (مقدمه و تعهدات، چاپ مجدد توسط رولان و بوایه)<sup>۱۰</sup> اثر ب. استارک و «حقوق مدنی» م. لوژه، جلد اول و دوم مختصر در حقوق مدنی م. لارومه، مختصر در حقوق مدنی مالوری<sup>۱۱</sup> و آینس<sup>۱۲</sup> (مقدمه، خانواده، تعهدات، قراردادهای

1. M. N. De jean de la Bâtie.  
3. Charles Beudant.  
5. Julliot de la Morandière.  
7. M. Carbonnier.  
9. M. Terré.  
11. Malaurie.

2. Baudry - Lacantinerie.  
4. Ambroise Colin.  
6. Jestaz.  
8. Weill.  
10. Boyer.  
12. Aynés.

خاص، تضمینات، نظامهای مربوط به زناشویی و توارث) هستند. به این آثار بایستی «دروس حقوق مدنی موضوعه فرانسه» اثر ژوسران<sup>۱</sup> را که متأسفانه در چاپ سوم به سبب مرگ مؤلف متوقف گردید و شایستگی آن را داشت که تداوم یابد، اضافه نمود. بین آثاری که هنوز به پایان نرسیده‌اند باید به شرح علمی و دقیق حقوق مدنی ژاک فلور و شرح علمی و دقیق حقوق مدنی با نظارت م. ژگستن<sup>۲</sup> اشاره نمود.

به این آثار عمومی تحقیقات تک نگاری (مونوگرافی) نیز اضافه می‌شود که برخی از آنها اثر حقوقدانانی برجسته چون هانری کاپیتان (جهت در تعهدات)، یا ژ. ریپرت (ضابطه اخلاقی در تعهدات مدنی) و برخی به صورت تز دانشجویی هستند که بعضاً از کارهای کلاسیک کم ارزش‌تر به حساب نمی‌آیند از جمله آنها تک نگاری وی، کانالا، دوژان دولاناک و خانم وی‌نی را باید نام برد.

مؤلفان حقوقی هم چنین آرای خود را در مقالات و یادداشتهایی که در نشریات حقوقی یا مجموعه‌های رویه قضایی منتشر شده‌اند بیان کرده‌اند. و از آن جا که این یادداشتهای در جزوات حاوی آراء (Arrêts) که تفسیر می‌شود نشر می‌یابد، این مؤلفان (arrêtistes) نامیده می‌شوند، که بین آنها باید از نام آورترین‌شان یعنی لابه<sup>۳</sup>، کاپیتان، بارتن، ریپرت که همه در دانشکده حقوق پاریس استاد بودند و ساواتیه که در پوایت تدریس می‌کرد نام برده شود.

### رویه قضایی *La Jurisprudence*

رویه قضایی؛ منبع حقوق - مؤلفان در مورد اقتدار رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق دیدگاه مشترکی ندارند. از نظر برخی از آنان، دادگاهها به عنوان مأموران محق در تفسیر قانون، هم زمان این اقتدار را دارند که در کنار قانونگذار قاعده‌ای حقوقی را - هر بار که دست کم این قاعده ابداعی ایشان در تضاد با قانون نباشد - پدید آورند. برخی دیگر هرگونه خلاقیت را برای رویه قضایی نفی می‌کنند و برآنند که

1. Jossierand.

2. Ghestin.

3. Labbé.

دادگاهها باید خود را محدود به حدود و مرزهای قانون و نیز توجه به سنن و آداب کنند، در واقع تصمیمات دادگاهها فقط از اقتداری غیر مستقیم که خود ناشی از منابع مستقیم اند، برخوردار است.

پرداختن بدین مباحث نظری خالی از فایده نیست. بخصوص که رویه قضایی در فرانسه به دلایل گوناگون به منابع کاملاً قابل اهمیت حقوق بدل شده است. این دلایل مختلف اند؛ با این حال، دادگاهها دائماً بر این امر تأکید دارند که قواعدی که در تصمیمات آنها استنتاج شده است، واجد کاراکتری ثانویه<sup>۱</sup> اند. این معنی، نتایج زیر را داراست: تخلف از رویه قضایی نمی تواند به تنهایی آغازی بر نقض حاکم باشد؛ صرف استناد به رویه قضایی دیوان کشور هم نمی تواند برای دادن یک مبنای «قانونی» به تصمیم و رأی مأخوذ کافی باشد. هم چنین اصل عطف به ماسبق<sup>۲</sup> نشدن قواعد حقوقی نمی تواند در برابر راه حل های ارایه شده توسط دادگاهها نقشی ایفا نماید، نیز اشتباه در مورد مفاد رویه قضایی به عنوان اشتباه اساسی حقوقی که موجب ابطال تصمیمی شود، در نظر گرفته نمی شود.

در یک نظم دیگر، بایستی اذعان داشت که مساعدت خواستن بیش از پیش رایج از کارشناسان، عظمت رسالت هایی که از حیطة تکنیکی فراتر می روند، به عقیده برخی از مفسران، تفویض واقعی اختیارات قاضی به کارشناس را محقق می سازد. دیگر این که از نظر دیوان کشور، آن گونه که از نظر کد جدید آیین دادرسی مدنی، یک کارشناس هرگز به قاضی وابسته نیست. اما در این مسأله می توان ضعف نقش رویه قضایی در تکوین حقوق را مشاهده نمود.

همین جا بایستی این تمایل دیوان عالی کشور را نیز متذکر شد که مایل است از خودسری های دادگاهها در خروج از حدود اختیارات معین شده به وسیله قانون جلوگیری شود.

1. Subsidiaire.

2. Le principe de la non rétroactivité.

## مواد چهارم و پنج قانون مدنی؛ تکلیف به فصل خصومت و

### ممنوعیت از صدور حکم به صورت قاعده عمومی

#### *Arrêts De Reglement*

در حقوق قدیم پارلمانهای منبعث از پادشاه، در برخی از موارد، مدعی قانونگذاری نیز بودند. ایشان به صدور Arrêts de reglement چنان دست می‌زدند که در حوزه خود قدرت قانون می‌داشت.

**انقلابیون -** با الهام گرفتن از دکترینهای مونتسکیو، و بیمناک از استبداد قوه قضاییه که به هر حال انقلاب خود بسیار مدیون آن بود، خروج دادگاهها را از نقشی که به آنان واگذار شده بود و دخالت کردن آنها را در حوزه‌های مقننه و مجریه ممنوع کردند. و در حالی که قانون مصوب شانزدهم تا بیست و چهارم اوت ۱۷۹۰، قضاوت در مورد اعمال اداری را، با ضمانت اجرای تفصیر شناختن سرپیچی از این دستور ممنوع ساختند، ماده پنج مجموعه قانون مدنی اشعار دارد: «دادرسان از این که در زمینه امور مطرح نزدشان به صورت کلی و قانون‌وار حکم کند، ممنوع‌اند.» قاضی نمی‌تواند تصمیمی اخذ کند که جز در مورد متداعیین در مورد دیگری تأثیر داشته باشد. در ماده ۱۳۵۱ مجموعه قانون مدنی نیز که بر مبنای آن مرزهای احکام قضایی محدود گشته است، چنین آمده: «اعتبار امر مختوم بها صرفاً در مقابل کسانی که در پرونده منتهی به حکم دخیلی داشته‌اند، نافذ است» بایستی که امر موضوع درخواست - در دو دعوای مختوم و کنونی - یکسان باشد، و ادعای جدید هم مبتنی بر سبب مشابه دعوای مختوم و نیز دعوای جدید بین همان طرفین دعوای مختوم باشد و تشکیل شده توسط همان طرفین و علیه آنها در همان موضوع باشد.

در این شرایط چگونه آیا رویه قضایی می‌تواند منبع حقوق به شمار آید؟ ماده چهارم مجموعه قانون مدنی، قاضی را مکلف می‌سازد که در مورد هر ترافعی که نزد وی برند، تصمیم بگیرد: «دادرسی که به بهانه سکوت، ابهام یا نارسایی قانون از قضاوت سرباز زند، ممکن است به عنوان استنکاف از اجرای عدالت تحت تعقیب قرار

گیرد» برای هیچ دادرسی سنگر گرفتن در پشت عدم وضوح قاعده حقوقی میسر نیست. دادگاهها هر بار که با مشکلی از این دست برخورد می‌کنند، برای بیرون شدن از مخمصه به «تفسیرهای قبلی» یعنی تفسیری که توسط دیگر حوزه‌های قضایی در مورد همان نکته ارایه شده متوسل می‌شوند. دکترین آنها را هدایت می‌کند تا رویه‌ای قضایی را که رفته رفته عمومیت می‌یابد شکل بخشند.

آنها نباید فراموش کنند که هر فرد در ازای خودداری از اجرای عدالت توسط شخص خود، این امکان را می‌یابد که حقوق خود را از سازمان قضا مطالبه نماید.

پیمان حمایت از حقوق بشر و آزادیهای بنیادین ضمن ماده ششم خود اشعار دارد: «هر انسانی حق دارد که دعوايش منصفانه، علنی و در مدت زمانی قابل قبول،

توسط یک دادگاه مستقل و بی طرف که قانون تعیین کرده، بررسی گردد...»

پژوهش خواهی و فرجام خواستن از دیوان کشور- این امکان که شاکیان می‌توانند نسبت به دعوایی درخواست پژوهش کنند یا از دیوان کشور فرجام خواهند، نیز در تشکل رویه قضایی به عنوان منبع حقوق، سهمی دارد.

مطالعه تشکیلات قضایی، نشان می‌دهد که اصل دو درجه‌ای بودن دادگاهها اجازه می‌دهد که از طریق پژوهش پذیری دادگاه مرتبه بالاتر تصمیم مأخوذ مرتبه پایتتر را گردن نهد.

بدین ترتیب، رسیدگی دوباره به تصمیمات دادگاههای بدوی می‌توانند به دادگاههای پژوهشی محول گردند. نتیجه این می‌شود که این دادگاهها موظف می‌گردند در عمل،- اگر نه در عالم حقوق- خود را با تفسیر قبلاً ارایه شده توسط دادگاه پژوهش در مورد گونه‌های پیشین وفق دهند. اگر جز این باشد. شاکای ای که در مراجعه بازنده شده است می‌تواند طبق توصیه وکیل یا وکیل مدافع کتبی خود، دعوا را به دادگاه پژوهش بکشاند.

علاوه بر آن دیوان کشوری نیز هست که نقش اش تضمین یکسانی تفسیر قانون توسط دادگاههای فرانسه است.

یک شاکی می‌تواند رأی صادر شده در مرحله دوم رسیدگی را به دیوان کشور ارجاع دهد. اگر رأی از نقطه نظر این حوزه قضایی عالی مناسب نباشد تقاضای تجدید نظر او از شانس بسیاری برای پذیرفته شدن برخوردار است. بی تردید اصل نسبی بودن اعتبار آراء در خود دیوان کشور هم به اجرا درمی‌آید. چه، دیوان کشور هم حق ندارد حکمی را به صورت وضع مقررات (Reglement) صادر کند، اما هنگامی که صحت یا عدم صحت تفسیری را تایید نماید، وظیفه دارد دلایلی جدی در راستای تغییر عقیده‌اش ارایه دهد. هم چنین به طور عام دیگر دادگاهها ترجیح می‌دهند از رویه قضایی دیوان کشور تبعیت کنند. این کار هم مانع از آن می‌شود که تصمیمات آنان نقض گردد و هم از هزینه‌های بیهوده برای شاکی‌ای که سرانجام در مرافعه بازنده خواهد شد جلوگیری خواهد نمود.

به یمن استیناف و نقش دیوان کشور، رویه قضایی‌ای به وجود می‌آید که حوزه‌های قضایی مختلف به طور عام و به طور یکسان قانون را بر آن مبنا رعایت می‌کنند.

بی تردید، گاهی به دگرگون شدن رویه قضایی هم اعتراض می‌شود، تغییر کامل رویه قضایی نیز وجود دارد. زیرا که گاهی در تجربه مسائل نشان داده شده تفسیری که تصور می‌شده صحیح باشد، در عمل نتایج ناگواری داشته و یا این که دیگر با تحولات مطابقت نمی‌کرده است. اما تغییرات کامل در رویه قضایی مانع از آن که این رویه قضایی همچنان به عنوان قاعده‌ای حقوقی باقی نماند و این تغییر بر حسب قانون کاراکتر اساسی آن را به عنوان منبع حقوقی از قانون باز نمی‌ستاند.

**متممی بر کار قانونگذاری از لحاظ حقوق خصوصی** - اندک اهمیتی که قانونگذار به مدت طولانی برای کامل کردن تلاش خود از لحاظ حقوق خصوصی به کار برده به دادگاهها اجازه می‌دهد نقش قابل توجهی در تکوین حقوق ایفا نمایند.

دادگاهها خود را مکلف دیده‌اند متونی را که بسی کهنه شده بودند و پارلمان مدت زمان طولانی برای دگرگون کردن شان روی آنها کار کرده را اقتباس نمایند. برخی از زمینه‌ها از جمله زمینه مسؤولیت، توسط چند ماده قوانین مدنی که بدون لحاظ قرار

دادن امور ناشی از وسایل نقلیه مدرن نوشته شده بودند تعیین گشته‌اند. دادگاهها با آغاز حرکت از همین مواد، ساختار چشمگیری را در زمینه مسؤولیت به وجود آوردند که به نحو احسن با نیازهای جدید مطابقت داشته، و دخالت قانونگذار را بیهوده جلوه می‌داد. دخالت قانونگذار در زمینه جبران خسارات ناشی از تصادفهای رانندگی، توسط قانون شماره ۶۷۷ پنجم ژوئیه ۱۹۸۵، نمی‌تواند به عنوان شاهکار محسوب شود.

بین ابداعات حقیقی رویه قضایی، می‌توان به مسؤولیت ناشی از اثر اشیاء، به سوء استفاده از حقوق، حق نفقه تعلق گرفته به کودک طبیعی به رسمیت شناخته نشده، تئوری دارا شدن غیر عادلانه، کاهش دستمزدهای وکلا و نمایندگان و پدیده حقوقی الزام شخصی اشاره نمود.

**رعایت رویه قضایی توسط قانونگذار** - قانونگذار نیز به طور دائم از رویه قضایی پیشین الهام می‌گیرد. بدین ترتیب، تحریر کنندگان، قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ در مورد پژوهش رابطه واقعی پدر و فرزندی - که ماده ۳۴۰ قانون مدنی را تغییر داده بود - از رویه قضایی‌ای استفاده کرده بودند که با پرداخت غرامت به مادری که در اثر مانورهای متقلبانه فریب خورده بوده موافقت کرده و پدر را موظف نمودند تا نیازهای فرزندش را برآورده سازد. قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵، با اعلام توافق خود مبنی بر پرداخت نفقه برای کودک طبیعی یا ناشی از ثمره زنا با محارم که رابطه پدر و فرزندی آنها به طور منظم نبوده، از رویه قضایی فراتر رفته، قانون ۳ ژانویه ۱۹۷۲، که متون مجموعه قانون مدنی مربوط به رابطه پدر و فرزندی را دوباره تثبیت نمود، در بسیاری از قواعد خود رویه قضایی پیشین را تنصیص کرد. به همین ترتیب قانون ۱۲ ژوئیه ۱۹۸۰ هم آن را تثبیت نمود. با این وصف، بالعکس، می‌توان در راستای مخالفت کردن با کار قضات شاهد دخالت قانونگذار نیز بود.

**روشهای تفسیر در رویه قضایی** - با توجه به اهمیت رویه قضایی به عنوان منبعی از منابع حقوقی، چند روش را که دادگاهها برای تفسیر قانون به کار می‌گیرند مورد سؤال قرار داده‌ایم. این مساله، قضات را که عادت به تفسیر قانون و اجرای آن در هر مورد



اختصاصی داشتند به شدت متعجب می‌سازد. چه از نظر آنها به عنوان اعمالگران حقوق، احساس این که تصمیمی منطقی است، همراه با انصاف و بر مبنای دستورهای اخلاق، ضروریات اجتماعی اخذ شده بیش از نفس روشها ارزش دارند. برای نمونه، بسیار قابل توجه است که آثار چشمگیر «ژنی» پیش کسوت در مورد روشهای تفسیر حقوق هیچ تاثیر و تفسیر قضایی نداشته باشد.

با این حال چند ضابطه قطعی هم وجود دارد؛ وقتی متن واضح باشد، رویه قضایی بر عدم لزوم تفسیر آن صحه می‌گذارد. در این صورت متن بایستی به درستی و به سادگی اجرا شود. اما آیا همچنان لازم است که متن لغو نیز نباشد؟ دادگاهها مجبور بودند حکم مربوط به انتظامات راه آهنی را که هنگام توقف کامل قطار مانع می‌شد مسافران سوار یا پیاده شوند تفسیر نمایند. متن روشن بود؛ با این وجود، دادگاهها در محکوم کردن مسافرانی که قبل از توقف کامل قطار پیاده یا سوار می‌شدند تردید نشان ندادند (از طرفی قانونگذار بعدها برای جبران بی توجهی نگارنده دخالت نمود) دادگاه سین واردی از این دست را در این فرمول درج نمود: «نظر به این که هر نوع کند و کاو در خواسته قانونگذار از طریق تفسیر برای قاضی ممنوع است، وقتی معنای قانون، آن گونه که از تحریر آن ناشی می‌شود، نه مبهم است نه مجهول، و در نتیجه بایستی به عنوان یقین در نظر گرفته شود، استثنایی وجود نخواهد داشت مگر این که اجرای متن به امری احمقانه منجر گردد.»

زمانی که متن قانون مبهم است، دادگاهها در جست و جوی دیدگاه قانونگذار برمی‌خیزند. برای چنین کاری قاضی ابتدا با دقت، خود متن قانون را مطالعه می‌کند (در واقع، مورد سوال قرار دادن قانون با تعبیری که در آن زمینه شده مهم است)؛ نه فقط مقرراتی که باید به اجرا گذارد، یعنی «ماده» قانون را، بلکه فصل یا کل قانون را مطالعه می‌کند غالباً یک مقررات زمانی مجهول می‌ماند که از بافت خود منفک شده باشد اگر مطالعه یاد شده کافی نباشد، دادگاهها داوطلبانه از کارهای مقدماتی مدد می‌جویند تا اندیشه قانونگذار را دریابند. دیوان کشور این روند را احترام می‌گذارد؛ دست کم این

دادگاه تصمیم می‌گیرد که کارهای مقدماتی، هر چند نیز رسمی باشند، هرگز به دادگاهها ارتباطی نمی‌یابد و این دادگاهها فقط در برابر یک متن واضح آزادی عمل خود را برای تفسیر قانون از دست می‌دهند.

وقتی راه حل یک دعوا مستقیماً توسط یک متن قانونی ارایه نشود، قضات حداقل مجبورند برای بناکردن قاعده‌ای در جهت حل آن مساله در آن موقعیت از یک متن قانونی شروع کنند. ایشان نباید در هاله‌ای از ابهام چیزی را بسازند بلکه باید قانون را تفسیر کنند.

همین گونه تصمیمات قضایی تقریباً همیشه از یک متن قانونی ناشی می‌شود. حتی دیوان کشور نیز وظیفه دارد هنگامی که رأی را نقض می‌کند، این کار را انجام دهد. ماده ۱۷ قانون ۲۷ نوامبر ۱۷۹۰ دیوان یاد شده را در این عبارات موظف به انجام چنین کاری می‌کند: «مفاد حکم [دیوان در مورد نقض حکم دادگاه پایین‌تر] شامل متن قانون یا قوانینی است که رأی مبتنی بر آنها است.» در حال حاضر و همچنان در حالت نقض یک حکم، قاعده توسط ماده ۱۰۲۰ قانون جدید آیین دادرسی مدنی در عباراتی مشابه عنوان گردیده است: «حکم متن قانونی را که نقض حکم بر مبنای آن بنا گردیده، مورد ملاحظه قرار می‌دهد». بدین ترتیب، متن مورد استفاده قضات از حیث کادر و قالب منظور نظر قرار می‌گیرد. دیگر این که آنها می‌توانند و حتی می‌بایست این گونه ماده جدیدی را در این قالب بریزند، و بدین طریق آنها از نقش خود خارج نمی‌شوند؛ نویسندگان مجموعه قانون مدنی با پرداختن به نگارش صرف اصول کلی در متن قوانین، دادرسان را به چنین امری فراخوانده‌اند.

این که دادگاهها عموماً و دیوان کشور خصوصاً در استناد کردن به یک متن قانونی کوتاهی کنند، امری استثنایی است. با این وصف اتفاق می‌افتد که آنها تصمیمات خود را بر پایه اصول کلی حقوق که در اثر تحول قضایی آن را آرام آرام استخراج کرده‌اند، بنا نهند. به این لحاظ است که محکمه شعبه پذیرش دعاوی دیوان کشور در ۱۵ ژوئن ۱۸۹۲ از «اصل انصاف که در مواردی از دارا شدن به خرج دیگری باشد دفاع می‌کند».

به نفع خود استفاده می‌کند نیز این که شعبه حقوقی دیوان کشور، ۱۵ ژوئیه ۱۹۸۳ برای انشاء رأی خود به «اصول کلی حقوق» تکیه کرده است؛ بررسی راه حلها و موضوعاتی که قانونگذار در موارد مشخص آنها را ارایه داده است، هنگام تفسیر به شفاف کردن قاعده اصلی حاکم منجر می‌شود.

رویه قضایی به این شکل با جسارت اصل ثروتمند شدن بدون دلیل را یاد آورده و ضرب المثل لاتینی را به خاطر می‌آورد که *Error communis facit jus* و تئوری سازنده حقوق را به نام حضور همه مؤید قاعده *Fraus omnia corrumpit* است.

با وجود این دادگاههای نظام قضایی ما در برابر اجرای نامحدود چنین اصولی تردید نشان می‌دهند. آنها با ارایه چند دلیل موفق شدند بگویند که مجموعه قوانین مدنی در صورت پذیرفته شدن بدون استثنای یکی از این اصول کلی می‌توانسته عاری از فایده باشد. تدوین‌گران قانون مدنی این مساله را به خوبی درک کرده بودند، آنها با تحمیل کردن شرایطی که نیاز امنیتی ما را مد نظر قرار می‌دهد، اقدام به اجرای خاص این اصول نمودند. بنابر این ما در صورت ارتکاب عملی اشتباه، مسؤول خسارت وارد شده بر دیگران نیستیم (مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ ق. م. ف) ما مجبور به حساب پس دادن به شخص دیگری در مورد ثروتمند شدن خودمان نیستیم مگر این که فقر حاصل از آن بهر دیگری در شرایطی که به دقت مشخص شده است، حاصل شده باشد. برای مثال، یک فروشنده نمی‌تواند به ضرر و زیانی که برداشته متوسل گردد، مگر این که موضوع فروش یک ساختمان باشد و در صورتی که این زیان بیش از  $\frac{7}{13}$  باشد؛ قانونگذار عوارض ظاهری را منوط به شرایط مدت مرور زمان تجویز می‌کند. البته دادگاهها بیرون از زمینه‌هایی که تدوین‌گران قانون مدنی اصول را به اجرا درآورده بودند، هم از این اصول بزرگ مدد گرفته‌اند. اما آنها نیز متوجه خطر شده‌اند، آنها مجبور شدند به سرعت موانعی را به وجود آورند و شرایط جدیدی را تحمیل کنند. بدین صورت است که احکام بعد از ۱۸۹۲ مشخص کرده‌اند که ثروتمند شدن به هزینه دیگری اعاده به حالت اول را ملزم نمی‌سازد مگر این که بدون دلیل باشد. به همان دلایل رویه قضایی

دادگاههای قضایی خود مجبور است به دقت اصولی را که استخراج نموده محدود سازد. قضات اداری به ویژه در شورای دولتی، با این ادعا که وابسته به متون حقوق مدنی نیستند خیلی بیشتر از حد متداول به «اصول کلی حقوق» استناد می‌کنند؛ با این وصف نباید تصور نمود که آنها به نیاز ایجاد محدودیتهایی گاه شدیداً مشخص، برای اجرای این اصول پی نبرده‌اند.

اصول کلی حقوق نیز بی تردید مبتنی بر انصاف است. اما اگر چه تجدید نظر محتاطانه در این اصول که با تأنی استخراج شده‌اند نشانگر امتیازاتی است، بر عکس این که قاضی بتواند به کمال و فقط به انصاف استناد کند می‌تواند فوق العاده خطرناک تلقی شود؛ قبلاً این نکته روشن شده است. در ضمن رویه قضایی از عدالت تنها مدد نمی‌جوید. بی تردید قاضی مکلف است جستجوگر اجرای منصفانه از قانون یا اصول باشد، اما نبایستی با نادیده گرفتن قانون مانند راهنما عمل کرده و فقط انصاف را مد نظر قرار دهد.

دادگاهها در کنار «اصول کلی حقوق» به کار گرفتن قواعد منطقی‌ای را که به سبب بدیهی بودن شان بر هر استدلالی تحمیل می‌شوند، فراموش نمی‌کنند. بدین گونه است که در حضور متون استثنایی، تفسیر محدود کننده همان گونه که بر تمام قوانین جزایی تحمیل می‌شود بر قضات نیز تحمیل می‌گردد یا این که در صورت تناقض بین دو قاعده، که یکی از آنها حیطة اجرایی محدودتر از دیگری دارد، قاعده‌ای که حیطة آن محدود است، برنده می‌شود...

آیا می‌توان به داوری نشست و مطالعه این متدها را بی آن که دستخوش استبداد رأی شد بیشتر به جلو سوق داد؟ بعضی چنین فکر می‌کنند؛ آنان امیدوارند که قواعد استدلالی حقوقی، بویژه در مورد اجرای قانون بر مسائل عینی بررسی شده و تعلیم داده شده باشند. آنها علل زوالی فرضی در رویه قضایی را در تجربه‌گرایی حاکم در این حیطة مشاهده می‌کنند.

حقوقدان پیش کسوت «فرانسوا ژنی» در اثر معروف خود «متدهای تفسیر و منابع

در حقوق موضوعه» که کوششهای مستمری را وقف حل این مشکلات تکنیکی حقوقی نموده است، با تواضع یک اندیشمند بزرگ می‌پذیرد که نتوانسته در مورد تعیین رویه‌هایی که رویه قضایی توسط آنها رسالتش را به تحقق می‌رساند چیزی جز شاخص‌های عجولانه مطرح کند. چون که پیشروی در تحقیقات میسر نبوده است.

۱۱۱- جزوه‌های رویه قضایی و فیش برداریهای انجام شده از آراء- تصمیمات قضایی، دست کم مهمترین آنها در جزوه‌های مختلفی که مراجعه به آنها به طور دائم ضروری است چاپ شده‌اند.

مهمترین این جزوه‌ها در مورد حقوق خصوصی عبارتند از: جزوه دالوز، جزوه سیره (که چاپ آن به انضمام جزوه دالوز از مارس ۱۹۵۵ تا ژوئن ۱۹۵۶ بود، سپس از آن جدا شده و مجدداً در آن ادغام گردید)، جریده دادگستری<sup>۱</sup>، هسته قضایی یا *Juris classeur periodique*، اخبار حقوقی و رپرتوآر کلی دفتر اسناد رسمی دفره نوا، نشریه حقوق وارث، بولتن احکام دیوان عالی کشور (شعب مدنی) این آراء اغلب یادداشتهایی را نیز در پی دارند که دارای مأخذ اند، و جز آنچه که مربوط به بولتن دیوان کشور می‌شود، نیز دارای تفسیرهای دکتربینی هستند که احکام را تایید یا نقد می‌کنند. بولتن احکام دیوان عالی کشور (که بولتن مدنی هم نامیده می‌شود) بخش اعظمی از احکام محکمه‌های مدنی این جزوه قضایی عالی را منتشر می‌سازد. از سوی دیگر، این احکام بر حسب موضوع در یک فیش برداری اصلی که در سال ۱۹۴۷ بنیان گزارده شده گردآوری شده‌اند. سرانجام، این بولتن تحت نام «بولتنهای مستندات» جزوه‌هایی که در مورد موضوعهای مهم خلاصه‌هایی از تصمیمات دیوان کشور و دادگاههای درج شده دیگر را که فیش برداری شده‌اند عرضه می‌کند. سالهاست که دیوان کشور، با اجرای ماده‌های ۱۲ و ۱۳ حکم ۲۲ دسامبر ۱۹۶۷ (حاوی R. 131-12, R. 131-13) مجموعه قوانین سازمان قضایی گزارشی برای وزیر دادگستری ارسال می‌دارد در این گزارش بیلان یک سال فعالیت نگاشته شده و به مهمترین تصمیماتی که دیوان کشور

1. Gazette de palais.

ارایه داده (بویژه دگرگونیهای ناگهانی) آرای هیأت عمومی اشاره گردیده و خواسته‌های اصلاحات قانونگذاری بیان شده است.

**استنتاج** - این خط مشی آرام نظم حقوقی که رویه قضایی نامیده می‌شود، بی ارتباط با عرف نیست؛ و گاه این دو با یکدیگر اشتباه شده‌اند. در انگلستان، سوابق قضایی «عرف» نام دارند، همین‌گونه حقوق انگلستان، یعنی حقوق مبتنی بر عرف آن چنان که پنداشته می‌شود از حقوق فرانسه، یعنی حقوق مبتنی بر تدوین، متفاوت نیست. در هر دوی این دو دسته حقوق رویه قضایی منبع حقوق است. بی تردید در انگلستان، یک رأی قضایی، به عنوان یک سابقه عرف می‌تواند به ایجاد یک قاعده حقوقی منجر شود و نه در فرانسه که دادگاهها می‌توانند آزادانه در جهت مخالف قاعده موجود عمل کنند. هر چند که به ندرت چنین کاری را انجام می‌دهند. از طرف دیگر اگر چه سوابق قضایی مبنای قواعد حقوقی هستند، اتفاق می‌افتد که در رویه قضایی انگلستان هم مانند رویه قضایی فرانسه دستخوش تحول مشابه شود.

در صورتی که رویه قضایی بتواند به عرف نزدیک شود، لازم است حداقل ثابت کند که از عرفی بسیار خاص صحبت می‌کند، چون که از طرفی، رویه قضایی مستقیماً توسط وجدان مردمی به وجود نیامده، بلکه صاحب منصبان قضایی و حقوقدانان متبحر در خلق آن دست داشته‌اند، و این که از طرف دیگر، این رویه در فرانسه تصمیمات خود را بر مبنای متونی بنا می‌نهد که به گفته «سالی» برای آن حکم «پاسپورت» را دارند: رویه قضایی ما با ابداع در جهت هماهنگ ساختن حقوق با اخلاق و زندگی اجتماعی، با وجود این، سیستم قانونگذاری را نقطه آغاز می‌داند. بدین ترتیب، بین قانون و رویه قضایی شکافی وجود ندارد، رویه قضایی خون تازه‌ای به رگهای قانون تزریق می‌کند، و آن را در جدیدترین موقعیتهای قابل اجرا می‌سازد.

حتی هنگامی که رویه قضایی در معیت با قانون آزادیهای بزرگی را کسب می‌کند همچنان بقای قانون را تضمین می‌بخشد. اصل منسوخ نشدن قوانین در اثر از باب افتادن‌شان ظاهراً توسط این تحقیق توجیه شده، و این به یمن تلاشی است که

در جهت انطباق آنها صورت می‌گیرد رویه قضایی حکم چشمه تازه دارد. اگر دادگاهها بدون پیرایش و تعدیل تمام قوانین منسوخ نشده به اجرای آنها اکتفا می‌کردند، قانونگذار مجبور بود بدون وقفه به اصلاح اساسی متون قانونی مبادرت ورزد. این پیرایشها اجتناب‌ناپذیر نیست و با وجود آنها رفرم مجموعه قوانین مدنی که قدمتی بیش از ۱۵۰ سال دارد نیز مطلقاً الزامی به نظر نمی‌رسد، چرا که قوانین به کمک تفسیری که دادگاهها از آنها ارایه می‌دهند در اکثر موارد به نیازهای کنونی می‌تواند پاسخگو بود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی



پڙو، شڪاھ علوم انسانی و مطالعات فریبگی  
پرتال جامع علوم انسانی