

نوشته: ژى مری *

ترجمه: دکتر علیرضا محمدزاده وادقانی **

ملاحظاتى پیرامون رویه قضائى به عنوان منبع حقوق

چکیده: پرسشی که در زمینه منابع حقوق ذهن حقوقدانان را همواره به خود مشغول داشته است این است که آیا رویه قضائى از منابع حقوق محسوب می‌شود یا خیر؟ به عبارتى دیگر آیا رویه قضائى موجب قاعده کلی و مجرد است یا خیر؟ 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 و نیز قاعده‌ای که مطابق آن قاضی از صدور حکم کلی ممنوع است توجیه می‌کنند.

برخلاف گروه اول دسته دیگری از حقوق‌دانان معتقدند که نه تنها هیچیک از اصول حقوق موضوعه مانعی برای محسوب شدن رویه قضائى به عنوان منبع حقوق نیست بلکه برعکس با دقت نظر در برخی قوانین به خوبی مشاهده می‌شود که قواعد رویه‌ای امری شناخته شده‌اند.

مؤلف که خود از اساتید صاحب نام فرانسیسوی است در این نوشتار ضمن ارائه اهم دیدگاههای مختلف موضع خاص خود را نیز مطرح و توجیه می‌کند. امید است که مورد توجه علاقه‌مندان دانش حقوقی واقع شود.

امروز رویه قضائى برای همگان حقیقتی شناخته شده است. (۱) پلانیول^۱ در این مورد می‌نویسد: «چهره زنده حقوق و قاعده مجری تنها رویه قضائى است.» مع هذا این

* (J. Maury) رئیس افتخاری و استاد دانشکده حقوق تولوز (Toulouse) فرانسه

** استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

سؤال که آیا رویه قضائی یکی از منابع حقوق به شمار می‌رود و آیا رویه قضائی خالق قاعده حقوقی است هنوز مطرح و مورد بحث است. مؤلفین بی‌شماری هستند که به این سؤال پاسخ مثبت می‌دهند. برخی از این افراد پاسخ آن را در حقوق ناشی از رویه قضائی - «شکل‌گیری تازه‌ای از حقوق عرفی»، «حقوق عرفی معاصر» - می‌بینند. اما مؤلفین برجسته‌ای نیز هستند که بر خلاف گروه اول معتقدند که رویه قضائی منبع حقوق محسوب نمی‌شود.

در ابتدا لازم است آنچه را که در این رابطه و تحت عنوان مزبور مورد بررسی قرار خواهد گرفت مشخص نماییم: اینکه قاعده حقوقی همان‌گونه که پیروان کلسن (۲) معتقدند موردی و خاص است و فقط شخص را در مورد خاص ملزم می‌نماید و هر تصمیم قضائی خالق قاعده‌ای حقوقی است و بنابراین بررسی مفهوم عمل قضائی^۱ را ایجاب می‌کند، مدنظر نمی‌باشد. لذا مطالعه ما به بررسی سؤال کلاسیک در رابطه با چگونگی شکل‌گیری قاعده کلی و مجرد، نظیر قاعده قانونی از طریق رویه قضائی محدود می‌شود. همچنین در این نوشتار سعی ما بررسی کامل این پرسش مشکل نخواهد بود، بلکه فقط به یادآوری و ذکر دلایل مبتنی بر حقوق اساسی فرانسه یا متون قانونی اکتفا خواهیم کرد.

طبق اصل تفکیک قوا در فرانسه «قوه قضائیه مجاز به دخالت در زمینه قانونگذاری نیست». گذشته از اینکه اصل مزبور مطلق نمی‌باشد و ممنوعیتی است برای به وجود آوردن آنچه در سیستم آنگلو ساکسن (۳) قاعده سابقه نامیده می‌شود، اما دادرس را از انجام عمل قانونگذاری یعنی «وضع قاعده کلی و دائمی» باز می‌دارد.

ماده ۵ قانون مدنی دادرس را از «صدور حکم کلی یا نظامنامه‌ای بر حذر می‌دارد»، به جز تعبیر خاصی از اصل تفکیک قوا، اگر استنباط دیگری از این ماده داشته باشیم، همان‌طوری که لامبر^۲ متذکر می‌شود این است که صدور آرائی که جنبه نظامنامه‌ای

1. Acte juridictionnel

2. Lambert

دارند و کلاً با «رویه قضائی تثبیت شده»^۱ متفاوتند، ممنوع می‌باشد. بنابراین به نظر نمی‌رسد که هیچ یک از اصول حقوق موضوعه فرانسه مانعی برای محسوب شدن رویه قضائی به عنوان منبع رسمی حقوق باشد. به عکس به خوبی مشهود است که قانون ۲۴ ژوئیه ۱۹۲۱ در مورد تعارض قانون فرانسه و قانون محلی آلزاس و لرن^۲ در زمینه حقوق خصوصی مبین وجود قواعد رویه‌ای در تعارض قوانین در فرانسه باشد: بند ۱ ماده ۱۵ این قانون در تعارض بین قانون فرانسه و قانون محلی مقرر می‌دارد: «در صورت لزوم، مقررات قانون توسط قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی شناخته شده در فرانسه» تکمیل خواهد گردید. اشاره‌ای که به احتمال قریب به یقین به پاره‌ای از قواعدی است که ناشی از قانون نیست. بند دوم همین ماده با تصریح به اینکه «تعارض بین قوانین (قوانین محلی) و قوانین خارجی توسط ماده ۳ قانون مدنی و سیستم عمومی حقوق بین‌الملل خصوصی پذیرفته شده در فرانسه اداره می‌شود»، ظاهراً راه حل را از شک و تردید به دور می‌سازد. «سیستم پذیرفته شده» در جوار و جدا از متن قانون، مانند «قواعد شناخته شده» به منظور برطرف نمودن خلاهای قانون ۱۹۲۱، نمی‌تواند چیزی جز قواعد ناشی از رویه قضائی باشد که وجود آنها به این نحو توسط قانونگذار اعلام و بدون تصریح به قواعد رویه‌ای بدان ارجاع داده شده است. قواعد رویه‌ای به ویژه در صحنه حقوق بین‌الملل خصوصی به دلیل عدم کفایت مقررات قانونی حائز اهمیت است. این قواعد ارزش واقعی خود را در این رشته به نحوی به اثبات رسانیده است. (۴) اکنون مسأله مورد نظر ما می‌تواند به نحو دقیقتری مطرح و مورد بررسی قرار گیرد.

قواعد حقوقی رویه‌ای وجود دارند و یا به نظر می‌آید که وجود داشته باشند. این قواعد از مقررات آمره عمومی متکی بر یک تصمیم قضائی نیستند (آنچه که قاعده سابقه نامیده می‌شود) ولی از مقررات آمره عمومی مستخرج از یک رویه قضائی «ثابت» یا «تثبیت شده» موسوم به رویه قضائی پایدار می‌باشند. مخالفین این نظریه کم نیستند،

1. La Jurisprudence Acquisie

2. Alsace et Lorraine

اما به عنوان نمونه موضع کربنیه^۱ را نقل می‌کنیم: «رویه قضائی عبارت است از روی هم انباشتن موارد دادسی شده؛ اقتدار مورد دادرسی شده به طور تکراری رویه قضائی می‌سازد^۲ ولی با تکرار، مورد دادرسی شده می‌تواند قدرتی را کسب کند که در حالت انفرادی فاقد آن بوده است...». به عبارتی دیگر، چگونه از تکرار تصمیمات قضائی مشابه که جز یک واقعه نمی‌باشند به یک قاعده حقوقی می‌رسیم، چگونه از یک واقعه (پرونده) الزام به وجود می‌آید (۵) و یا چگونه اقتدار رویه قضائی به عنوان موجد قاعده حقوقی توجیه می‌شود؟ امکان راهیابی در دو مسیر وجود دارد: حذف مسأله یا اهتمام ورزیدن در حل آن. به نظر می‌آید که در عمل این ایده نسبتاً معمول باشد که «دادرس حسب وجدان و ادراک باطنی خود پرونده را مورد قضاوت قرار می‌دهد» و «سپس به دنبال دلایل قضائی می‌رود.» (۶)

مؤلفین آلمانی مکتب حقوق آزاد^۳ مفهوم (رویه قضائی غائی)^۴ را متداول کرده‌اند که این روش موجب حذف مسأله فوق‌الاشعار یعنی اقتدار رویه قضائی در ایجاد قاعده شده است. ما خلاصه استدلال ایزی^۵ را براساس مقاله‌ای از او عنوان می‌کنیم. به نظر او قاعده حقوقی از یک تصمیم یا یک سری تصمیمات ناشی می‌شود و نه تصمیم یا تصمیمات از قاعده.

عموماً از جمله قانونگذار، حقوقدان و دادرس موافق این نظر می‌باشند که ما نقش دادرس را در این مورد بررسی می‌کنیم: پرونده‌ای جهت رسیدگی به دادرس محول می‌شود، پس از شناخت موضوع در کل و جزئیات، ادراک قضائی، نوعی احساس درونی راه حل مناسب را به دادرس دیکته می‌کند، پس از آن پای قاعده به میان می‌آید که نقش توجیهی دارد و فقط یک وسیله و ابزار می‌باشد و نه منبع و علت تصمیم

1. Carbonnier
2. Rerum Perpetuo Simipiter Judicatarum Auctorita.
3. Freirechtstehre
4. Jurisprudence Teleologique
5. Isay

دادرس. (۷)

اوجسون^۱ به نقل از کاردوزو^۲ و در تأیید گفته‌های او می‌نویسد: «در حقیقت قاضی فقط حسب احساس و ادراک خود تصمیم می‌گیرد و نه حسب قضاوت و استدلال، بلکه استدلال فقط در ابراز ایده او ظاهر می‌شود» و متعاقباً اضافه می‌کند: «با خلق و نیل به تصمیم، قاضی در ذهن پویای خود به جمع‌آوری و ردیف نمودن تمامی انواع مفاهیمی که مستقیماً یا از طریق قیاس به تشخیص او مفید است تلاش می‌کند. مفهوم منتخب از بین مفاهیم متعدد، مفهومی خواهد بود که به نظر او مؤید نتیجه مورد نظرش باشد.»

ایرادی که به ذهن می‌رسد این است که قاعده قانونی و قاعده سابقه در کشورهای آنگلساکسن توسط قاضی به روش کاملاً منطقی «تطابق»^۳ اعمال گردیده است. «تطابق» عبارت است از اعمال انطباق وقایع دعوی با مفهوم پیش‌بینی شده به وسیله قاعده، آنچه که مؤلفین آلمانی Abstrakte Tatbestand می‌نامند.

البته به جز در موارد استثنائی این امر هنگامی محقق می‌شود که قاضی واقعاً قاعده را اجرا و تصمیمش را بر اساس آن صادر کند. ایزی به این ایراد این‌طور پاسخ می‌دهد: برای انطباق حقیقت موجود بر مفهوم مجرد قاعده باید از میان جریان امور وقایع خاص، متفاوت و متعدد دعوی، وقایع اساسی استخراج گردند. فقط این وقایع اساسی هستند که برای اجرای فلان یا بهمان قاعده مدنظر قرار می‌گیرند. قاضی با ارزیابی واقعه و بررسی گزارش داده شده به دادگاه، وقایع اساسی را تعیین می‌کند. دادرس با تعیین وقایع اساسی که آن هم فقط بستگی به نظر او دارد قاعده قابل اجرا را با اثرات حقوقی مترتب بر آن، حسب هدفی که مایل به نیل آن است، انتخاب می‌کند. تصمیم قضائی صرفاً داده احساس قضائی دادرس است. اگرچه یک چنین ایده‌ای چندان عادی هم جلوه نمی‌نماید، ولی تعدادی از آراء قضائی موجود آن را تقویت می‌کند که ما در اینجا به عنوان مثال نمونه‌ای را ذکر می‌کنیم. اگرچه حق اقامه دعوی در اثبات نسب مادری فقط

1. Hutchesen
2. Cardozo.
3. Subsumtion

منحصر به فرزند است و قابل واگذاری به وراث او - و فقط به وراث او - نیست مگر در شرایط بسیار محدود مواد ۳۲۹ و ۳۳۰ قانون مدنی، اما یک رویه قضائی بسیار قدیمی که گذشته از معدود مخالفین جدید، شخص دیگری متعذر آن نشده است، اقامه چنین دعوائی را از طرف والدین ذینفع به نام شخصی آنها تجویز می‌کند: اقامه دعوی متفقاً از طرف هر دو همسر یا فقط از طرف مادر یا از طرف پدر میسر است. توضیح اینکه در صورت اخیر اقامه دعوی از طرف پدر علیه مادر زمانی است که مادر معترض اظهارات شوهر خود است. اما مسأله خاصی که مطرح می‌شود این است که قبل از اقدامات مورد بحث فرزند توسط شخص ثالث مورد شناسائی قرار گیرد که حداقل احتمال تعارض نسب وجود خواهد داشت. عواقب و حل تعارض مزبور چگونه خواهد بود؟ منطقی به نظر می‌آید که با توجه به ماده ۳۲۵ ق.م. اظهار شود: چنانچه انعقاد نطفه (یا تولد) فرزند در زمان زوجیت مادر باشد مشروع تلقی شود، و زوج پدر این فرزند محسوب گردد، مگر در صورت انکار او یا انکار وراث او در شرایط ماده ۳۱۷ ق.م. بدون شک در موارد مطروحه وضعیت غیرعادی است. فرزند بدون عنوان و بدون داشتن موقعیت قانونی هرگاه اقدام به طرح دعوی اثبات نسب مادری نماید و موفق به اثبات شود که فلان زن شوهردار مادر او است، ماده ۳۲۵ ق.م. زوج را مجاز به اثبات نفی ولد با هر دلیلی می‌نماید. از همین قبیل است هنگامی که زوج در صورت عدم اقدام از طرف فرزند احتیاطاً اقدام به انکار کند یعنی به منظور نفی ولد ثابت نماید که فرزند متولد از همسر او است. این مورد را یک رویه بسیار قدیمی تجویز کرده است. از ۲۰ ژوئیه ۱۹۲۱، یعنی تاریخ صدور رأی شعبه مدنی دیوان عالی، زوج می‌تواند با استناد به ماده ۳۲۵ با هر دلیلی نفی ولد را ثابت کند، (۸) اما برای طرح دعوی و همین‌طور طرح ایراد به نظر می‌رسد که مطابق ماده ۳۱۷ ق.م. بار اثبات نفی ولد به عهده زوج و وراث او است. (۹) بنابراین با به نتیجه رسیدن دعوی اثبات نسب مادری و عدم انکار شوهر مادر، فرزند باید لزوماً مشروع محسوب شود و شناسائی قبلی ثالث ساقط و تعارض نسب منتفی شود.

اگرچه تعدادی از آراء قضائی در این راستا صادر شده است ولی استدلالها متفاوت است. برخی از دادگاهها دعوی دو همسر یا یکی از این دو را پذیرفته‌اند، زیرا که نسب

پدرى شوهر ممکن والا محتمل است. برخى ديگر چنين دعوائى را به علت منجر شدن به رابطه فرزندى ناشى از زنا غير قابل استماع تلقى کرده‌اند، زيرا مطلق ماده ۳۴۲ ق.م. نسب پدرى شوهر غير ممکن است و يا حتى اينکه بعضى از آراء بدواً اعتراض به شناسائى را لازم دانسته‌اند. (۱۰)

به عبارتى ديگر، تعداد نسبتاً زيادى از مراجع قضائى غالباً با طرد ماده ۳۲۵ حداقل در مواردى که با توجه به شرايط و منافع مسلم فرزند، نسب پدرى زوج منتفى است، به منظور اثبات نسب واقعى در مقابل نسب قانونى از ماده ۲۴۲ استفاده کرده‌اند. از طرح و وصف خود مسأله «تطابق» نيز بر مى آيد که توسط نتيجۀ دنبال شده هدايت شده باشد. حتى اگر تفسير داده شده صحيح بوده و اشتباهى متوجه راه‌حلهای ارائه شده نباشد، چنين مواردى بدون شک همچنان استثنائى باقى خواهند ماند. نظريۀ آزادى دادرس در دادرسى مبتنى بر ادراک و احساس، در حد وسيعى نادرست است. اين گفته که قاعده مجرد و کلى است و از موارد خاص يا يک مجموعه موارد خاص واقعى و عملى به دست مى آيد، به ندرت قابل ايراد است و اين طور است که معمولاً قانونگذار و نيز قاضى به هنگام رفع خلاءهاى قانونى به خلق يک قاعده جديد مى پردازند. اما حل مسأله به گونه‌اى ديگر است. آيا دادرس اختيار و يا اجبارى در اجراى يک قاعده حقوقى موجود دارد؟ به عنوان مثال آيا اجبارى در اجراى يک قاعده قانونى دارد؟ آيا در پرونده‌ها دادرس اختيار يا اجبارى در تصميم‌گيرى براساس اين قواعد دارد؟ پاسخ هيک^۱ مثبت است، زيرا امنيت روابط حقوقى ايجاب مى کند که به قانون و قاعده اعتماد شود. کوکورک^۲ هم تقريباً مى گويد، حقوق توصيف آنچه که هست نمى باشد، بلکه فرمولى است براى آنچه که بايد باشد. براى افراد پيش بينى عواقب اعمال آنها بايد ميسر باشد. آزادى عمل دادرس در حقوق از عدم قطعيت امرى قطعى مى سازد. (۱۱)

آنچه را که قاضى براى تصميم‌گيرى قطعاً بايد انجام دهد و به هر حال قادر به انجام آن هم هست استخراج عناصر و وقايع اساسى دعوى است، اما قانون و به طور کلى

1. Heck

2. Kocourek

قاعده حقوقی می‌تواند نحوه انتخاب عناصر و وقایع اساسی دعوی را مشخص و معین کند. در حقیقت آنچه که قاضی باید صرفاً در نظر بگیرد با قائل شدن پیامدهای حقوقی برای بعضی از وقایع و نه برای همه وقایع، مشخص می‌کند.

تصمیم‌گیری به کمک قواعد منطقی ممکن است و این روش همگانی برای هر دادرسی شناخته شده است. باید اضافه نمود که تربیت قاضی براساس راه‌حلهای قانونی و قواعد قضائی موجود شکل می‌گیرد و احساس قضائی قاضی غالباً چیزی جز خاطره‌ای ناخودآگاه از قاعده نیست. (۱۲)

قواعد حقوقی وجود دارند، اما فقط راه‌حلهای موردی و خاص هستند. در این صورت چنانچه قائل به وجود قواعد ناشی از رویه قضائی هم باشیم این سؤال مطرح می‌شود که توجیه ایجاد این قواعد در سیستم رویه قضائی پایدار چگونه است؟ نادیده گرفتن پرسش ممکن نیست پس باید در حل آن کوشید.

چنانچه برای دادرس نمایندگی قانونگذاری وجود داشت و صلاحیت ایجاد قواعد حقوقی توسط رویه قضائی پایدار برای قاضی شناخته شده بود، سؤال به راحتی پاسخ داده می‌شد. (۱۳) ولی می‌دانیم که حداقل در حقوق فرانسه و همین‌طور در حقوق بسیاری از کشورها چنین نمایندگی وجود ندارد. (۱۴)

م. والین^۱ سعی کرده تا خلاء موجود را با «پذیرش ضمنی قواعد رویه‌ای» توسط قانونگذار بر طرف نماید. در عالم حقوق، دادرس و قانونگذار بدون ارتباط نیستند. آنچه اولی انجام می‌دهد از دومی پوشیده نمی‌ماند، آن هم صرفاً به علت اعتراضات فوری یا احتمالی اشخاص متضرر از تصمیمات قضائی. بدین ترتیب مشاهده موضع‌گیری قانونگذار برای تأیید یا رد یک رویه قضائی تثبیت شده یا در حال شکل‌گیری چندان نادر نیست. رد یک لایحه یا طرح قانونی که مبتنی بر محکومیت رویه قضائی است، خود تأییدی بر آن رویه است. بنابراین باید عدم عکس‌العمل قانونگذار را که «عملاً رایجترین فرضیه» هم هست به منزله تأیید ضمنی او تفسیر نمود. آگاهی از رویه قضائی و قادر بودن به محکومیت آن و سکوت اختیار کردن، آیا صحنه‌گذاری بر اجرای قاعده - قاعده‌ای که

ناشی از اقتدار او در وضع قواعد می‌باشد - نیست؟ به نظر ما پذیرش چنین نظریه‌ای هر چند که خاص هم باشد غیرممکن است. این نظریه مبتنی بر دو فرضیه است که در غالب موارد با حقیقت مطابقت ندارد. مبنای فرض اول این است که قانونگذار یعنی دست کم اکثریت نمایندگان، آگاه به قواعد ناشی از رویه قضائی هستند، امری که قطعاً صحت ندارد.

چه تعداد از اعضای مجلس ملی نظریه دارا شدن بدون جهت را می‌دانند که م. والین خود آن را به عنوان مثال قاعده ساخته رویه قضائی عنوان می‌کند، حتی اگر این شناخت به طور کاملاً استثنائی هم وجود داشته باشد؟ در ثانی امتناع از اظهار نظر را نمی‌توان حمل بر تأیید ضمنی دانست. آنچه مورد مخالفت قرار نمی‌گیرد که می‌تواند قرار گیرد، مورد پذیرش او نیست. این امر در مورد قوه مقننه هم به طریق اولی صادق است. تحقق نظر جمعی یک گروه اشخاص مشکل و مشکلتر ابراز آن است. (۱۵)

به نظر ما پذیرش ضمنی رویه قضائی توسط قانونگذار تصویری بیش نیست که هدف از آن حفظ انسجام و اولویت منابع حقوقی است که آن هم عاری از تناقض‌گویی نیست. م. والین بسیار به جا متذکر می‌شود که در هر صورت قاعده ناشی از رویه قضائی «فاقد ارزش حقوقی یک قانون رسمی است و در ردیف قواعد حقوقی رسمی نوشته قرار نمی‌گیرد» و بنابراین تا زمانی که قانونگذار قاعده ناشی از رویه قضائی را از طریق قانون رسمی، با کیفیت مشابه، منضم به حقوق نکرده است آن را فقط در حد یک قاعده رویه‌ای ساده می‌پذیرد. آیا این اظهارات بیان این مطلب نیست که قانونگذار تجویزکننده قواعد رویه‌ای تشکیل‌دهنده قواعد حقوقی واقعی است و در این صورت رویه قضائی از منابع حقوق است؟ اگر این طور باشد پذیرش ضمنی هر یک از قواعد به وجود آمده توسط رویه قضائی عبث خواهد بود، چرا که اگر قائل به فقدان ارزش حقوقی برای رویه قضائی باشیم این امر ایجاب می‌کند که یک اقتدار ویژه وضع قواعد برای رویه قضائی شناخته شود که در این صورت دیگر نظریه نمایندگی، که به نظر اکثریت و در حقوق موضوعه فرانسه وجود ندارد، محلی از اعراب نخواهد داشت. اقتدار رویه قضائی در وضع قواعد با توسل به قانون قابل توجیه نیست. تلاش فراوان در توجیه و تعیین مبنای قاعده رویه‌ای، خارج از استمداد به قانون شده است که ما فقط به ذکر استدلالات م.

لبرن^۱ و ابرو^۲ بسنده می‌کنیم.

در نظر م. لبرن عرف یعنی هر قاعده حقوقی غیر از قاعده قانونی که دارای مبنای عملی است. اعمال در شرایطی قاعده‌ای را اعلام می‌دارند و این احساس را به وجود می‌آورند که قطعاً مناسب، عادلانه و برای عموم مفید هستند. (۱۶)

حقوق عرفی، حقوقی ضروری در کنار حقوق قانونی است چرا که «حقوق نوشته» یا «حقوق رسمی» همیشه و لزوماً نارسا است. عرف همچون حقوق نوشته قدرت الزام‌آور خود را از طبیعت الزام‌آور حقوق می‌گیرد، عرف لازمه هر جامعه جهت نیل به اهداف که آن هم نفع عموم اعضاء است، می‌باشد. آنچه باقی می‌ماند تعیین اعمالی است که حائز شرایط و درخور ایجاد عرف می‌باشند. م. لبرن رویه قضائی پایدار را در کنار عادات حقوقی و دکتربین قرار می‌دهد. به نظر او رویه قضائی پایدار عبارت است از صدور تصمیمات متعدد موافق، «نظری متحدالشکل از طرف تمامی قضاتی که در مسأله مطروحه اظهار نظر کرده‌اند.» تبحر قضات و عدم قصور در انجام وظایف و اخذ تصمیمات مدلل تضمین مؤثری است برای اعتبار قاعده‌ای که اجرا می‌کنند. (۱۷)

بدون انکار حقایقی که در این نظریه نهفته است اولاً، ما عدم توانایی این نظریه را در توجیه ایجاد قاعده رویه‌ای از طریق رأی واحد دیوان عالی نشان خواهیم داد. موردی که غالباً هم مورد توجه بوده است - ثانیاً، ایراد دیگر وارد به این نظریه این است که در این نظریه منحصرأ توجه به ارزش مفروض قاعده معطوف است، امری که موجب نادیده گرفتن کامل نقش حکومت در شکل‌گیری قاعده می‌شود.

م. ابرو، بر عکس، نظریه خود را براساس عنصر رسمی قاعده بنا می‌کند. مؤلف با استفاده از عقیده دو پیرو در مورد نظم حقوقی در حقوق موضوعه، بین استقرار که ویژه قدرت (حکومت) است و صحت که خاص قواعد است تفکیک قائل می‌شود و می‌نویسد: «کلیه قواعد حاکم بر یک زمینه اجتماعی مفروض تشکیل دهنده نظامی است که ارزش مثبت خود را از اعتبار نظام با توجه به قدرت اداره‌کننده گروه کسب می‌کند.»

1. M. Lebrun

2. Hebraud

چنانچه واضع و مجری این سیستم یکی باشد، اعتبار حقوق موضوعه را خواهد داشت. این سیستم که ساختار جامعه ما را تشکیل می‌دهد، سازمانی با سلسله مراتب و دارای وحدت است. قانون اصولاً تنها منبع معتبر حقوقی است، ولی قاعده حقوقی صرفاً وسیله‌ای است جهت اداره زندگی قضائی. قاعده حقوقی ناشی از اقدام افراد و مسئولین گوناگون اجرائی قانون است. بنابراین برای شناخت درست عصاره واقعی قانون که شکل‌دهنده قاعده حقوقی است باید در نحوه درک مسئولین از قانون به جستجو پرداخت.

می‌گویند که فعالیت حقوقی عبارت است از رفتار افراد و مسئولین که م. ابرو فقط عامل دوم را مورد توجه قرار می‌دهد. برای او عادت یعنی «نحوه رفتاری که عموم دنبال می‌کنند»، نامشخص و بدون ارزش قضائی است.

برای ایجاد یک قاعده حقوقی واقعی دخالت یک مقام اجتماعی ذیصلاح در تحمیل و تعیین آن ضروری است که بدین‌منظور قاضی طبیعی‌ترین انتخاب است. عرف به عنوان قاعده حقوقی زمانی موجودیت می‌یابد که یک مقام ذیصلاح حدود و ثغور قاعده را که به طور اجمال از عادت ناشی شده مشخص نموده و به آن اعتبار لازم را بدهد. دخالت یک مقام اجتماعی ذیصلاح همواره لازم و کافی است. مسئولین اداری یا قضائی، یعنی مأمورینی که به توسط آنها قانون اجرا می‌شود، می‌توانند خود را با قانون مطابقت دهند که غالباً هم این امر صورت می‌گیرد، ولی می‌توانند از اجرای صحیح آن نیز منحرف شوند که در این صورت یا وسایلی برای هدایت مسئولین در جهت اجرای صحیح قاعده حقوقی وجود دارد که بدین‌ترتیب قاعده به همان صورت تداوم خواهد یافت یا چنین امکانی به دلایل حقوقی یا عملی وجود ندارد. در حالت اخیر است که می‌توان گفت یک قاعده حقوقی متولد شده است. این حقوق یعنی شکل‌گیری قاعده جدید به واسطه انحراف یا تغییر قاعده حقوقی، غیرقانونی است. به هر حال، این حقوق از لحاظ قضائی مبتنی بر قدرت و اختیار مأمورینی است که در محدوده صلاحیت و حسب وظایف خود عمل می‌نمایند.

اقتدار منبع حقوق است؛ اقتدار قاضی خالق حقوق رویه‌ای است. ارزش قاعده جدید حاکم بر افراد نسبت به مقامات اجتماعی گوناگون بستگی به «اقتدار عاملی که

عملش موجب ایجاد قاعده شده است دارد.» این موضع را م. ابرو اتخاذ می‌کند که ما نمی‌توانیم با آن موافق باشیم. اولاً، مؤلف توضیح نمی‌دهد چرا در مواردی قاعده رویه‌ای ناشی از چند رأی همسو و گاهی ناشی از یک رأی هیأت عمومی دیوان عالی است، و چرا در مواردی فقط یک رأی از شعبات دادگاه عالی برای ایجاد رویه کفایت می‌کند. او مفهوم رویه قضائی پایدار یا رویه قضائی ثابت را که اساسی است مشخص نمی‌کند: اگر صرفاً اقتدار قوه قضائیه مطرح است چرا دخالت هیأت عمومی که اعمال حاکمیت دیوان عالی همواره و فقط از طریق آن صورت می‌گیرد لازم است؟ یا چرا به تصمیم واحد این نهاد باید رضایت داده شود؟ زیرا م. ابرو اظهار می‌دارد: «در واقع اگر بتوان پیش‌بینی کرد که یک رأی بدون توجه به نظر اصحاب دعوی بیانگر نظر قطعی دیوان عالی است...»، اما چگونه قطعیت حاصل می‌شود؟ چگونه به قطعی بودن نظر پی برده می‌شود؟ اصولاً از ناحیه مقام صادرکننده رأی مسلماً نظر همیشه قطعی است، زیرا هیچ دادگاهی اظهار نظر نمی‌کند با قصد اینکه فردا خلاف آن را اعلام دارد. خصوصیت قطعیت یا عدم قطعیت راه حل ارائه شده بستگی به مقاومت ابراز شده یا پذیرش ایجاد شده نسبت به آن راه حل خواهد داشت. عکس‌العمل جویندگان عدالت را نمی‌توان نادیده گرفت، همان‌طوری که م. ابرو خود نیز متذکر این نکته به عنوان یکی از عناصر زندگی قضائی است. اقتدار مسئولین هم به تنهایی کافی نیست. توضیحات م. ابرو هر اندازه که ژرف و ماهرانه باشد ولی به نظر نمی‌رسد که از انسجام کافی برخوردار باشد. برای مشاهده این نکته کافی است به این دو عبارت از اظهارات او که قبلاً نقل شده است توجه شود: سلسله مراتب حقوقی سازمان یافته و دارای وحدت است و قانون اصولاً تنها منبع معتبر حقوق است. قاعده جدید حقوقی که ناشی از قانون نیست مبتنی بر اقتدار عاملی است که در محدوده صلاحیت و وظایفش عمل می‌کند. اقتدار قاعده رویه‌ای همان اقتداری است که قوه قضائیه دارا است. اگر عامل جز در محدوده صلاحیت تعیین شده توسط قانون نتواند عمل نماید و اگر قانون منبع حقوقی دیگری جز خودش را نشناسد و قاضی را جز به اجرای قانون مجاز نشمارد، قطعاً قاضی نمی‌تواند «حقوقی که ناشی از قانون نیست» به وجود آورد و بنابراین نمی‌توان قائل به وجود حقوق رویه‌ای شد. همان‌طوری که قبلاً دیدیم این همان نتیجه‌گیری منطقی دویرو بود. انسجام و

سلسله مراتب منابع حقوقی با چنین حقوقی قابلیت همزیستی ندارد مگر اینکه نمایندگی از طرف قانونگذار برای قاضی وجود داشته باشد و یا در غیر این صورت پذیرش ضمنی را که م. والین عنوان می‌کرد بپذیریم.

انتقادات عنوان شده در نظریه‌های بررسی شده، ترسیم‌کننده خطوط اصلی نظر شخصی خود ما است. به نظر ما اجتماع دو عنصر، به قاعده رویه‌ای خاصیت قاعده حقوقی تثبیت شده را می‌دهد: تصمیم قوه حاکمه که دادگاهها هستند و رضایت افراد ذینفع. از آنجایی که دخالت عنصر اولی بدیهی است بنابراین پرداختن به آن بیهوده به نظر می‌آید. اما باید مفهوم قوه حاکم را مشخص کرد. از نظر ما مقصود از قوه حاکم نهادی نیست که فقط در محدوده صلاحیت مقرر از طرف قانون اولی تریا به رغم دو پیرو مأمور صلاحیتدار عمل می‌کند، بلکه مقصود اقتدار اجتماعی موجود در جامعه است. بدون شک قاضی مصدر امری است که به‌طور صحیح به او محول شده است و اجرای آن امر تابع قواعدی است که در تئوری ملزم به رعایت آنها است، اما قاضی در نتیجه این اشتغال و حتی در اجرای وظایف خود از نوعی اختیار ویژه برخوردار است که از آن هم استفاده می‌کند که در حقیقت تجاوز از صلاحیت است. تصمیم یک مقام اگرچه مخدوش یا به عبارتی دیگر صرفاً براساس داده‌های پرونده باشد، در هر صورت تصمیم است. این مطلب بیانگر این است که قاضی می‌تواند حتی برخلاف قواعد توصیفی خود (قواعدی که صلاحیت قاضی متکی بر آن است) تصمیم بگیرد ولی این تصمیم به صرف اینکه تصمیم قضائی است نمی‌تواند ارزش قاعده حقوقی را داشته باشد. زمانی تصمیم دارای اعتبار لازم است که دومین عنصر یعنی رضایت افراد ذینفع نیز به آن منضم شود. بدون شک در اینجا مقصود ما از افراد ذینفع عموم یا توده مردم نیستند که باید موضعگیری کنند، بلکه مقصود خود قضات، اهل فن و مشاورین حقوقی هستند که به نحوی معرف توده مردم بوده و عقاید فنی آنها عملاً به جویندگان عدالت تحمیل می‌شود. پذیرش غالباً سریع است. این پذیرش می‌تواند ناشی از راه‌حل رویه‌ای جدیدی باشد که صرفاً نتیجه یک حرکت قبلی است. به عنوان مثال دیوان عالی با پذیرش روش

دومن ژی^۱ در مورد تفسیر ماده ۱۱ ق.م. اخیراً اعلام داشته است: «اصل بر این است که اتباع خارجی در فرانسه از حقوقی که به موجب مقررات خاص محروم نشده‌اند متمتع می‌باشند»، در حالی که رویه قضائی تا آن زمان با اعمال روش ابری و رو^۲ قائل به تفکیک بین حقوق مدنی ویژه اتباع داخله به استثناء رفتار متقابل دیپلماتیک و حقوق طبیعی شناخته شده برای کلیه افراد اعم از اتباع داخله و خارجه بوده است. اما در رابطه با حقوق مستحده، قانونگذار به نحو چشمگیری خارجیان را از آن محروم کرده است یا از بین آنها کسانی را که متمتع از این نوع حقوق می‌شوند، بر شمرده است. بنابراین به نظر می‌رسد که سکوت قانونگذار در این مورد حمل بر متمتع شدن همگان از حقوق مورد نظر باشد و قریب به اتفاق حقوقدانان بین‌المللی معاصر در تساوی برخورداری اتباع داخلی و خارجی از حقوق مدنی، جز مستثنیات قانونی، اظهار نظر کرده‌اند. بنابراین امکان و احتمال اینکه قاعده جدید بدون اشکال پذیرفته و اجرا گردد وجود دارد، اگرچه قاعده ظاهراً بر خلاف ماده ۱۱ بوده و دیوان عالی نیز حتی تلاشی در تطابق آن با ماده مزبور به عمل نیاورده است. پذیرش بدون وقفه قواعد رویه‌ای می‌تواند ناشی از گرایش حاصل از تبعیت از هر تصمیم دادگاه عالی باشد، موردی که بدون توجه به اعتبار دلائلی که در رد آن بتوان عنوان نمود، به وسیله خود لامبر افشا شده است. ولی از گزافه‌گویی باید پرهیز کرد. اگر قضاات و مؤلفین در مواردی به دلائل متفاوت اعتبار بیش از حد برای دیوان عالی قائل شده‌اند اما مخالفت با نوگرایی از جانب مجریان حقوق، نیروئی است بازدارنده ولی در واقع نادر نیست، یعنی مواردی که رویه‌ای به سختی و کندی تثبیت می‌شود و پس از یک پذیرش هر چند طولانی دوباره رد می‌شود. آراء صادره در رابطه با ماده ۳۱۴ ق.م. در بین موارد متعدد مثالی است در این زمینه: مسأله این است که آیا در صورت تولد پیش‌رس - تولد قبل از یکصد و هشتادمین روز از ازدواج - فرزند مشروع است یا در حکم مشروع. علی‌رغم شبهات موجود در این زمینه در ابتدای قرن نوزدهم، نظریه رد حکم مشروع نزد دادگاههای ماهوی، نظریه غالب بود، ولی با صدور دو رأی

1. Demangeat

2. Aubry et Rau

۲۶ ژوئن ۱۸۶۹ که به نقض رأی ۱۹ فوریه ۱۸۶۸ دادگاه گرونبل^۱ و ردّ فرجامخواهی علیه رأی ۲۲ نوامبر ۱۸۶۷ دادگاه پاریس انجامید، دیوان عالی نظریه مشروعیت را که از سال ۱۸۱۱ ترسیم کرده بود می‌پذیرد. (۱۸) قطع نظر از اظهارات برخی مؤلفین دادگاههای استیناف همگی مواضع قبلی خود را حفظ نکردند. اگر دادگاه پواتیه^۲ در ۱۹ ژوئیه ۱۸۷۵ مواضع قبلی خود را حفظ می‌کند دادگاه دیژن^۳ به عنوان دادگاه هم‌عرض رسیدگی‌کننده در ۳۱ مارس ۱۸۷۰ عیناً راه‌حل ارائه شده از طرف دیوان‌عالی را می‌پذیرد و دادگاه لیون^۴ در رأی ۶ آوریل ۱۸۷۰ همانند دادگاه دیژن (امکان اعتراض هر ذینفع در اثبات نسب پدری فرزند ناشی از زنا مطابق ماده ۳۳۹ ق.م.) با توجیهی متفاوت عمل می‌کند (با طرد نظریه مشروعیت و توسل به یک اماره یا فرض مشروعیت که عبارت است از اینکه در زمان انعقاد نطفه، یک ازدواج مبتنی بر میل و خواسته وجود دارد که آن هم متضمن تحقق امکان ازدواج است). (۱۹)

آراء انگشت‌شمار بودند، دو رأی صادر از دیوان عالی در سال ۱۸۶۹ مورد تبعیت کلیه دادگاهها قرار نگرفت، رویه قضائی پایدار و یا قاعده رویه‌ای وجود نداشت. (۲۰) مع‌هذا انتظار اعلام نظریه مشروعیت می‌رفت، زیرا بعد از یک فاصله زمانی طولانی در سال ۱۹۳۰، ما شاهد تغییر موضع دیوان‌عالی هستیم. در پروند دگا^۵ متوالیاً دادگاه سن^۶ در ۶ فوریه ۱۹۲۴، دادگاه پاریس در ۳۱ دسامبر ۱۹۲۵ و شعبه مدنی دیوان‌عالی در ۸ ژانویه ۱۹۳۰، در مورد حقوق ارثی پدری دو طفل، یکی ناشی از ازدواج باطل دوم پدر لیکن با اثرات قانونی، و طفلی که ۱۶۷ روز بعد از این ازدواج متولد شده در حالی که نطفه او در زمان ازدواج نخست پدر که هنوز باطل اعلام نشده بود منعقد شده و بنابراین

1. Grenoble
2. Poitier
3. Dijon
4. Lyon
5. Degas
6. Seine

انعقاد نطفه ناشی از زنا بود، برخورداری یکسان می‌کنند: «هر طفلی که طی زوجیت متولد شود، بدون توجه به تاریخ انعقاد نطفه مشروع است». قائل شدن خصوصیت مشروعیت برای طفلی که قبل از ازدواج، نطفه‌اش منعقد شده است «براساس یک فرض قانونی به منظور صیانت از منزلت ازدواج و تحکیم خانواده است». تولد، همچون انعقاد نطفه، در طی زوجیت منبع مشروعیت است. این منابع را نمی‌توان با قطعیت تحت یک عنوان قلمداد کرد، زیرا دیوان صحبت از یک فرض قانونی می‌کند و تولد همچون استثناء وارد بر اصل که همانا در نظر گرفتن انعقاد نطفه است، ظاهر می‌شود. اما راه حل جدید که از طرف اندیشمندان حقوق به سردی مورد استقبال قرار گرفت، می‌رفت که در یک دگرگونی غیرمنتظره اوضاع و احوال، با مقاومت شدید دادگاه‌های استیناف روبه‌رو شود و به علت همین مقاومت شدید است که توسط دادگاه عالی مورد تأیید و تأکید قرار می‌گیرد. اولین مورد پرونده ارانوال^۱ است که در این پرونده تولد پیش‌رس مطرح نبوده بلکه موضوع آن عبارت است از قائل شدن حق مستمری مطابق قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ برای طفل یتیم کارگری است که بر اثر حادثه ناشی از کار فوت می‌کند. دیوان عالی با نقض رأی ۲ دسامبر ۱۹۳۱ دادگاه استیناف قوآن^۲ در ۴ ژانویه ۱۹۳۵ به طور ضمنی ولی روشن اعلام می‌دارد: اولاً، تولد حین زوجیت موجد مشروعیت است - همان مبنایی که اساس رأی دگا را تشکیل می‌دهد، ثانیاً، از آنجایی که اصل بر مشروعیت است بنابراین اصل مزبور به زمان انعقاد نطفه، هر چند قبل از ازدواج، نیز سرایت می‌کند. (۲۱) شعبه مدنی دیوان عالی در پرونده دوال^۳ که شبیه پرونده قبلی است با این تفاوت که در این پرونده تولد پیش‌رس وجود دارد (۷۲ روز بعد از ازدواج) مواضع خود را حفظ می‌کند: دادگاه Douai در ۷ دسامبر ۱۹۳۱ منکر هر نوع حق مستمری می‌شود. این رأی در ۲ ژوئیه ۱۹۳۶ نقض می‌شود. مع‌هذا دادگاه کان^۴ در پرونده ارانوال به عنوان دادگاه

1. Heranval

2. Rouen

3. Dewalle

4. Caen

رسیدگی‌کننده پس از نقض در تبعیت از شعبه مدنی دیوان عالی امتناع می‌کند. هیأت عمومی دیوان عالی در ۸ مارس ۱۹۳۹ دوباره اظهار می‌کند که تولد طی زوجیت موجب مشروعیت است و این مشروعیت به زمان انعقاد نطفه حتی قبل از ازدواج تسری می‌یابد... ما در اینجا در مقام بررسی ارزش فنی و اجتماعی راه‌حلهای استخراجی نیستیم، (۲۲) علت تأکید ما بر این مثال این است که در این مثال اهمیت عنصر پذیرش یا تأیید که فقدان آن صحت و حتی ایجاد قاعده رویه‌ای را معلق می‌کند به خوبی مشهود است.

فقط با این رضایت است که قاعده رویه‌ای متولد می‌شود. (۲۳) قطعاً اگر دادگاهها (قوه حاکم) بر راه‌حل مورد نظرشان پافشاری کنند رضایت کم و بیش حاصل خواهد شد، اما ممکن است مقاومت کم و بیش سخت و طولانی باشد، به عنوان مثال اگر چه مقاومت در مقابل یک تصمیم هیأت عمومی مراجع قضائی به جز در مقابل تصمیم دادگاه رسیدگی‌کننده بعد از نقض، امروزه تقریباً غیر قابل تصور است و منطقی هم نیست ولی به نظر ما برای جلوگیری از تشکیل قاعده جدید کفایت می‌کند. رضایت و تأیید لازم چیست؟ به نظر ما رضایت اساساً عبارت است از اعتقاد به خصیصه الزام آور بودن قاعده و معتبر شناختن قاعده که با تأیید یا تمکین و در هر حال با فقدان مخالفت ظاهر می‌شود. (۲۴)

علاوه بر بررسی در خصوص طبیعت و شکل‌گیری حقوق رویه‌ای، باید در مورد اقتدار حقوق رویه‌ای که تعیین عواقب آن هم امری آسان نیست نیز بررسی انجام گیرد. ما به ذکر مواردی که خصوصیت اجمالی و احياناً موقتی آن را نشان می‌دهند اکتفا خواهیم کرد.

قاعده رویه‌ای وجود ندارد مگر در صورت وجود دو عنصر تشکیل‌دهنده آن. حداقل در نظریه فقدان تأیید و توافق قابل تصور است، در واقع فقدان تأیید که غالباً نادر است مستلزم تحول فکری و نتیجه تغییر شرایط زندگی و تغییر اوضاع و احوال است. تغییر جهت کلی رویه قضائی از طرف مرجع صادرکننده امکان‌پذیر است. به قول م.

والین این اجرای محض قاعده معمول است.^۱ فقط از خود باید پرسید که این مرجع کیست؟ م. کرتین^۲ معتقد است که کلیه قضات یا تقریباً همه آنها در حد کم و بیش وسیعی به وجود آورنده قاعده هستند و این طور نتیجه گیری می کند که اگرچه اقتدار عملی و معنوی قاعده برای مراجع مختلف قضائی قابل توجه است اما این مراجع هرگز وابسته به قاعده رویه ای نیستند و رعایت این قواعد برای آنها الزامی نیست. به نظر ما این گونه اظهارات نادیده گرفتن قدرت و حاکمیت دادگاه عالی است. بدون شک، رویه دادگاههای استیناف یا حتی به طور استثنائی رویه دادگاههای بدوی که بعضاً هم وجود دارد منشأ آنها هستند و مطمئناً مراجعی که موجد این رویه ها هستند قادر به حذف آنها هم هستند. اما زمانی که دخالت دیوان عالی موجد قاعده ای است و قاعده به وجود آمده مورد تأیید و یا نفی مراجع قضائی پایین تر که همواره اقتدار متزلزل دارند، می باشد، نتیجتاً برای قضات دادگاههای تالی آزادی چندانی را نمی توان تصور نمود (مگر آزادی در اتخاذ تصمیمات غیرقانونی). به طریق اولی همین امر در مورد تصمیم هیأت عمومی هم صادق است. فقط آنچه ممکن است رخ دهد این است که با ابراز مقاومت جدید الحدوث از طرف دادگاههای ماهوی موجب حذف عنصر پذیرش شود که بدین ترتیب با مساعدت قضات به حیات قاعده پایان داده می شود.

با این فرض که قاعده دارای دوام است، اقتدار آن در برابر قانونگذار یا سازمان اداری چیست؟ تمایل اغلب حقوقدانان در پاسخ به این سؤال این است که اولی در مقابل قاعده مختار، اما دومی ملزم است. لیکن مسائل را باید مشخص کرد: بی گمان هنگامی که سازمان اداری نیز یکی از اصحاب دعوی موضوع در حال رسیدگی است از قواعد به وجود آمده توسط مراجع قضائی تبعیت خواهد کرد. و نیز باید گفت که بدون تردید یک قانون مؤخر می تواند «قاعده رویه ای مخالف را لغو کند.» اما سؤال ظریفتر این است که آیا نظامنامه مؤخر هم قدرت لغو آن را دارد؟ تمایل م. والین بر این است که رویه قضائی بر نظامنامه برنزی دارد. ما معتقدیم که راه حل مزبور در وضعیت فعلی حقوق موضوعه

1. Contrarius Actus

2. M. Chretien

فرانسه قطعاً صحیح است. حداقل دست‌اندرکاران امر قضا هرگز معترف نیستند که رویه قضائی موجد قاعده حقوقی است بلکه آن را به عنوان تفسیر سازنده و اصولی از اجرای قانون معرفی می‌کنند، با این فرضیه قاعده رویه‌ای شکل و اعتبار قاعده قانونی را به خود می‌گیرد. به دلیل مشابه و بدون اینکه نیاز به ذکر باشد قاعده رویه‌ای می‌تواند بر خلاف قانون سابق باشد. اقتدار قواعد ناشی از مراجع گوناگون بیانگر وجود سلسله مراتب بین آن مراجع است. لیکن این جریان در حقوق فرانسه توسط روش فنی مورد استفاده دادگاهها دگرگون شده است.

به طور خلاصه به نظر ما قاعده حقوقی رویه‌ای، خود همچون نوعی از قواعد با طبیعت نهادی به منزله یک امر نهادینه شده است. وانگهی به عقیده ما این توضیح در مورد تمامی قواعد حقوقی اعم از رویه قضائی، عرف یا عادت به معنای اخص، دکترین و قانون معتبر است. درست است که یک چنین نظریه‌ای در دنیای حقوق منتهی به یک مفهوم فراگیر و عام می‌شود و این مفهوم احتمالاً با منطق سازگار نیست ولی به نظر ما شاید هم به غلط، تنها بیانگر دقیق واقعیت است.

یادداشتها

۱. لازم به یادآوری است که در ترجمه متن آن بخش از زیرنویس‌ها که مربوط به منابع است به علت کثرت و عدم قابلیت استفاده حذف شد، بنابراین در صورت لزوم باید به مقاله اصلی مراجعه نمود. ضمناً آن بخش از زیرنویسها که با علامت (م) مشخص شده‌اند توضیحاتی است که مترجم اضافه نموده است.

۲. کلسن (Kelsen) حقوقدان مشهور اتریشی در برابر نویسندگانی که علم حقوق را به جامعه‌شناسی و روانشناسی و حتی علوم تجربی و ریاضی آمیخته‌اند به پاخاسته است تا علمی مستقل برای حقوق تدوین کند و به همین مناسبت است که نظریه او را «حقوق محض» نیز نامیده‌اند. برای اطلاع بیشتر رک ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد اول، انتشارات بهنشر، سال ۱۳۶۵، ص ۱۶۸ و بعدی (م).

۳. منظور از سیستم آنگلو ساکسن نظام کامل‌لا است، یعنی نظام حقوقی که مبتنی بر آراء قضائی است (م).

۴. متن دیگری غالباً مورد استناد قرار گرفته که به نظر ما نمی‌تواند کاملاً تعیین‌کننده باشد: ماده ۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد، دادرسی که از صدور حکم «به بهانه سکوت، ابهام یا نارسائی قانون» امتناع

نماید به عنوان مستنکف از احقاق حق قابل پیگرد است. بدون شک این ماده فقط تأکیدی بر سلطه اصول قانونی، کفایت و قابلیت شمول آن بر کلیه موارد است که آن هم تصویری بیش نیست. قانونگذار قادر به پیش‌بینی تمامی موارد نیست و حل تمامی مسائل پیش‌بینی نشده صرفاً به توسط اصل آزادی اعلامیه حقوق (ماده ۵) نیز امکانپذیر نمی‌باشد. لذا ماده ۴ که بیانگر اصل اقتدار قضائی است (در حقوق فرانسه برای هر مسأله حقوقی پاسخ وجود دارد) متصور حالتی است که اصول قانونی کفایت ننماید. بنابراین یک سری قواعد خارج از متون قانونی که عرف به معنای اخص کلمه در آن نقش بسیار ضعیفی می‌تواند داشته باشد، وجود دارد که در حد وسیعی شامل قواعد رویه‌ای خواهد شد. قطعاً استدلال صحیح است ولی سؤال کماکان به قوت خود باقی است. آیا برای حل موارد پیش‌بینی نشده در قانون، دادرس فقط یک قاعده موردی که صرفاً مناسب همان مورد است ارائه می‌دهد (م ۱۳۵۱ ق.م.ا) یا برعکس با ارائه مستندات اقدام به وضع یک قاعده کلی و مجرد می‌کند؟ ژنی (Geny) طرفدار نظر اول است. به نظر می‌رسد که دومین نظر حاکی از امکان وجود یک حقوق رویه‌ای است که از ماده ۴ ق.م.ا استنباط می‌شود.

۵. در کلیه کشورهایی که سیستم رویه قضائی پایدار اعمال می‌شود و قانون راه‌حلی برای آن ارائه نداده است مسأله مطرح است.

۶. ژنی اسرار تنی چند از قضات فرانسوی را بازگو می‌کند و می‌نویسد «همان‌طوری که یک قاضی دانشمند در شروع کار به ما می‌گفت: دادرس در کتابهای حقوقی فرمول تصمیمات خود را جستجو می‌کند، به نظر می‌رسد که برای او منابع حقوقی بیشتر وسایل کنترل احساسات شخصی هستند تا الهامات اولیه در قضاوتها».

۷. سوئر (Sauer) به نحو تقریباً مشابهی نقش قاضی را ترسیم می‌کند: بدو شناخت کاملی از دعوی ضروریست. پس از این شناخت کامل تصمیم درونی قاضی صادر می‌شود که توسل به قانون به عنوان یک روش توجیهی چیزی جز یک وسیله کنترل یا کمک برای حفظ ظاهر نیست.

۸. تا قبل از صدور این رأی انکار احتیاطی همانند انکار تابع قواعد عمومی حقوق محسوب می‌شد که عدم امکان زندگی مشترک به لحاظ فیزیکی (م ۳۱۲) یا معنوی (م ۳۱۳ بند ۱) را متصور می‌شد. دیوان عالی به موجب رأی اخیرالذکر انکار ویژه نفی ولد قابل اثبات با هر دلیلی را اعلام می‌دارد.

۹. اگرچه مطابق نظریه کلاسیک در مورد ایرادات، ارائه دلیل از طرف هر ذینفعی پذیرفته است. از قرن ۱۹ تعدادی آراء در جهت مخالف صادر شده است که اخیراً مورد تأیید مؤلفین قرار گرفته است. معمولاً فقط حق اقامه دعوی انکار احتیاطی به زوج داده می‌شد، حتی مطابق بعضی از آراء وراثت زوج هم نمی‌توانستند دعوی انکار احتیاطی را اقامه کنند، چون منفعتی که به وجود آمده باشد و حال نیز باشد و توانایی توجیه در مشروعیت فرزند را داشته باشد در بین نیست. بی‌گمان اکثر مؤلفین در انتقادات خود به خطا رفته‌اند. بدون توجه به توجیهات عدم پذیرش دعوی انکار

احتیاطی وراث زوج، بسیاری از دادگاهها اقامه دعوی از طرف وراث را پذیرفته‌اند، حتی ایده دعوی انکار به طور ضمنی متضمن رد دعوی هر شخص به جز دعوی زوج و شاید استثنائاً دعوی وراث او می‌باشد.

۱۰. قابل ذکر است که یک گرایش جدید از طریق تعدادی از آراء دادگاه Seine به وجود آمده است. شخص ثالثی که فرزند را مورد شناسائی قرار می‌دهد بر اساس ماده ۳۳۹ ق.م. حق دفاع و استفاده از عنوان نسب پدری طبیعی را دارا می‌باشد. عنوانی که در زمان شناسائی، مورد هیچ‌گونه اعتراضی واقع نشده است چنانچه ثالث عدم امکان مادی نسب پدری شوهر را به طور قطع ثابت کند، دادگاه زن شوهردار مدعی را مادر و ثالث عامل شناسایی را پدر اعلام می‌دارد. ماده ۳۴۲ ق.م. فقط نافی دعوائی است که موضوع آن مستقیماً مبنی بر اعلام رابطه فرزند ناشی از زنا باشد و مربوط به موردی که موضوع آن ادعای نسب قانونی باشد نمی‌گردد. اما ظاهراً در چنین سیستمی ماده ۳۲۵ بدون احتساب تمامی عواقب آن اعمال می‌گردد، سپس ماده ۳۴۲ ق.م. با استدلالی ضعیف کنار گذاشته می‌شود.

۱۱. شاید اشاره‌ای است بر نظریه‌ای که غالباً هم از آن طرفداری شده مبنی بر اینکه قاعده حقوقی باید با مورد مطابقت داشته باشد و نه مورد با قاعده. پرفسور Cohen می‌گوید: «چنانچه فرض شود که کفش باید با پا انطباق پیدا کند عواقب منطقی این فرضیه این خواهد بود که هرگز نمی‌بایست دو کفش به نحو مشابهی ساخته شوند». بدین معنی که اگر برای تأمین عدالت باید از انصاف به عنوان مبنای حقوق الهام گرفت، دیگر قاعده حقوقی امکان وجود نخواهد داشت.

۱۲. کوکورک به حق متذکر می‌شود که نمی‌توان همیشه به توضیحاتی که قاضی در پی سلسله تفکراتش می‌دهد اعتماد کرد.

۱۳. برخی مؤلفین مثل دوست و همکار از دست رفته ما، دوپیرو (Dupeyroux) چنین تاییدی را حتی شرط صحت و وجود قاعده‌ای که ناشی از قانون نیست می‌دانند. دوپیرو می‌نویسد: «عرف قانونی یعنی عرف همطراز قانون عادی بی‌مفهوم است مگر اینکه صریحاً توسط قانون اساسی پیش‌بینی شده باشد. اما عرف در ردیفی پایینتر از قواعد قانونی کاملاً پذیرفته شده است چنانچه قانون عادی یا نظامنامه تصریح بدان داشته و آن را در ردیف پایین سلسله مراتب حقوقی قرار دهد... چنین اعتباری مستلزم تصریح و نمایندگی از طریق یک قاعده موضوعه (قانون یا نظامنامه) است که در غیر این صورت استفاده از عرف قطعاً فاقد هرگونه ارزش حقوقی خواهد بود و دادگاهها در این حالت ارزشی برای آن قائل نخواهند بود.»

۱۴. به نظر نمی‌رسد که قانون ۲۴ ژوئیه ۱۹۲۱ فوق‌الذکر مبین چنین نمایندگی باشد. اگر چه شاید بتوان استدلال کرد که این قانون مجوز اعتبار قواعد رویه‌ای قبلی است که در برخورد اولیه با این قانون، به نظر می‌رسد که مجوز صحت آن باشد ولی این توجیه فقط در زمینه تعارض قوانین صادق است

یعنی در موردی که قواعد قانونی ناقص و ناکافی است، جایی که منحصراً اعمال قواعد قانونی قابل تصور نیست. اگرچه بتوان از این قانون در توجیه رویه قضائی اداری استفاده کرد ولی نمی‌توان آن را راه‌حل معتبری در حقوق به طور کلی و خصوصاً در حقوق مدنی دانست. همچنین می‌توان بدون شک به بند ۱ ماده ۴۱ قانون ۲۳ ژوئیه ۱۹۴۷ اصلاحیه سازمان و آیین دادرسی دیوان عالی استناد نمود. این بند اعلام می‌دارد: «موضوعی که حاوی یک نکته اساسی است در هیأت عمومی متشکل از شعب مدنی مطرح خواهد گردید. ممکن است این‌طور استدلال شود که مسأله اساسی وجود خواهد داشت، در صورتی که تصمیم دارای امکان اعتبار یافتن قاعده حقوقی باشد. اما صحت مطلق چنین نظریه‌ای هم قابل تردید است، وانگهی متون قانونی بدون توجه به اعتبار آنها نمی‌توانند به رویه قضائی که برخلاف قانون مستقر شده علی‌رغم واقعیت داشتن آن مشروعیت بدهند. البته به استثناء تفسیر اصولی و سازنده که فرض قانون است.»

۱۵. وانگهی آیا درک و فهم نظر جمعی یک گروه به طور ضمنی مشکل نیست؟

۱۶. برای اینکه عملی موجد عرف باشد باید آن عمل چنان اطمینانی را به وجود آورد که منطقی‌توان برتری قاعده مبتنی بر علم را فرض کرد، حداقل اینکه آن قاعده در راستای نفع عموم یعنی مفید و عادلانه باشد.

۱۷. به نظر ما این تضمین به خوبی با رضایت عامه به وجودآورنده عادت حقوقی برابری می‌کند. ۱۸. ماده ۳۱۲ و مواد بعدی رسماً نسب را براساس انعقاد نطفه قرار می‌دهد و نه تولد، اگر در حالت تولد پیش‌رس فرزند متولد مشروع است این صرفاً نتیجه این فرض قانونی است که عبارت است از قصد مشروعیت دادن به فرزند از جانب زوجین به فرزند خود... بدین ترتیب مشروعیت متکی است بر اعتراف صریح یا ضمنی شوهر به نسب پدری به انضمام واقعه تولد در طی زوجیت.

۱۹. مشروعیت در سیستم ابری و رو بر اساس این فرض است که انعقاد نطفه در حین زوجیت بین والدین صورت می‌گیرد، بنابراین چنانچه فرض ازدواج غیرممکن باشد این فرضیه غیرقابل اعمال است. به عنوان مثال یکی از والدین در آن هنگام با ثالثی در قید ازدواج باشد.

۲۰. با مطرح شدن سؤال نزد قاضی قطعاً او باید آن را حل و فصل کند (ماده ۴ ق.م.) اما به واسطه فقدان قاعده پیش‌بینی رأی قاضی ممکن نبود.

۲۱. ارنول صغیر ۲۴۴ روز بعد از ازدواج پدرش به دنیا آمد و ازدواج فردای روز حادثه‌ای که بزودی مرگ پدر را به دنبال داشت صورت گرفت، لذا او بدور از هر شک و تردید مشروع است (م ۳۱۲ ق.م) ولی با عدم شناسائی او قبل از حادثه، مطابق رویه قضائی برای استحقاق دریافت به مستمری می‌بایست که به هنگام حادثه نطفه او منعقد شده باشد. چنانچه مشروعیت ناشی از انعقاد نطفه در طی زوجیت باشد، این انعقاد بعد از ازدواج و بنابراین بعد از حادثه قرار می‌گیرد. چنانچه مشروعیت ناشی از تولد باشد، انعقاد نطفه او قبل از ازدواج و همین‌طور قبل از حادثه

می‌توانسته واقع شده باشد. دیوان‌عالی علاوه بر دو راه حل مورد اشاره در متن، طفل را مجاز در انتخاب بین هر یک از مبنای مشروعیت دانسته تا انعقاد نطفه را در مهلت قانونی که برای او مناسب است، قرار دهد. اما این مؤلفین معتقدند که باید به فرض قابل تسری بودن ازدواج به گذشته تا زمان انعقاد نطفه ملزم بود، اعتقادی - مشروعیت طفل ناشی از زنا با وجود دو ازدواج همزمان - که منجر به تحقق دو همسر می‌شود. آیا برای احتراز از این نتیجه غیرقابل قبول ضروری نیست که از هر نوع فرضی دور شد (که دیوان‌عالی در رأی دوگا در مستندات خود از آن دوری کرده است) و اظهار شود که تولد حین زوجیت همچون انعقاد نطفه از منابع مشروعیت است؟

۲۲. در این خصوص حداقل قابل ذکر است که در حقوق کلیسایی تولد حین زوجیت همچون انعقاد نطفه از منابع مشروعیت بوده و هست.

۲۳. ایتالیاییها آن را *La Jurisprudenza e pacificia* می‌گویند. نظریه‌ای که از آن دفاع می‌کنیم ارزش و اهمیت خود را از نفوذ و اعتبار والای کاپیتان کسب می‌کند. او در کتاب مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق مدنی، چاپ دوم ص ۲۹ و بعدی، با صراحت می‌گوید که رویه قضائی منبع حقوق است و در صفحه ۳۱ از منبع یاد شده می‌نویسد: «بدین ترتیب طرح سؤال از طرف علاقه‌مندان که در مقابل اقتدار یک سری تصمیمات موافق سر تسلیم فرود می‌آورند منتفی است و این اعتقاد که رویه قضائی ثابت خواهد ماند رایج می‌شود تا زمانی که طرفین دعوی برای بررسی موردی از موارد مشابه که به دفعات موضوع رسیدگی مراجع قرار گرفته است به آن مراجع مراجعه نمایند. این نحوه عمل بیانگر این است که با هر دفعه طرح آن، مسأله بطور کامل مطرح است و نه به عنوان مسأله‌ای که قبلاً به طور قطعی مورد قضاوت واقع شده است. اما زمانی که دیگر طرح مسأله مطرح نیست باید قائل به نیروی جدیدی برای یک چنین تصمیم استقرار یافته‌ای بود، چنین تصمیمی را همچون قانون باید برای همیشه قطعی و لازم‌الاجرا دانست.»

۲۴. م. ژنی منکر قوه ایجادکننده قاعده برای رویه قضائی بوده و معتقد است که وجود قاعده مستلزم آن است که تصمیمات قضائی باید تعیین‌کننده موارد عملی بوده و موجد عاداتی باشد که منتهی به ایجاد عرف قضائی واقعی شود. اما ما بر این عقیده هستیم که نه رویه قضائی می‌تواند به عرف یا عادت به معنای اخص منتهی شود و نه عرف بر اساس حقوق رویه شکل گیرد.