

## جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی

حسن وکیلان<sup>۱</sup>

دریافت: ۱۳۹۵/۸/۲۲ - پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۲۰

### چکیده

این پژوهش به بررسی و تحلیل جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان دو منبع عمده حقوق در دو نظام کامن لا و مدون می‌پردازد. ادعای این مقاله است که با توجه به مزیت‌های نسبی هر یک از منابع یاد شده اعتقاد به تکثر منابع حقوقی در درون دکترین هر دو خانواده حقوقی در حال ظهور و تقویت است. طرفداران قاعده‌گذاری قضایی معتقدند تحدید منابع حقوق به قانون موضوعه و مجامع قانون‌گذاری نه ممکن و نه مطلوب است. به همین سبب استفاده از قاعده‌گذاری می‌تواند به عنوان یک منبع مکمل و الهام بخش حقوقی در کنار قانون موضوعه به کار گرفته شود. بر همین اساس دکترین حقوقی در برخی از نظام‌های درون سنت حقوق مدون نقش و جایگاه مهم‌تری را برای رویه قضایی به عنوان منبع حقوق شناسایی کرده است. این اعتقاد وجود دارد که قاعده‌گذاری قضایی نسبت به قانون‌گذاری از کارایی بیشتری برخوردار است. در مقابل، طرفداران قانون‌گذاری بر برخی ارزش‌های قانون موضوعه از جمله قطعیت، وضوح و پیش‌بینی‌پذیری تأکید می‌کنند. در نهایت، این پیشنهاد مطرح شده است که حقوق‌دانان ایرانی نیز در خصوص جایگاه فعلی رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق تجدید نظر کنند.

**واژگان کلیدی:** قانون‌گذاری، قانون، رویه قضایی، قاعده‌گذاری قضایی، کامن لا، حقوق مدون.

## ۱. مقدمه

یکی از آموزه‌های سنتی و مشهور حقوقی بر اساس نظریه تفکیک قوا این است که ایجاد قانون کارویژه قوه مقننه، تفسیر آن وظیفه قوه قضائیه و اجرای آن از تکالیف اصلی قوه مجریه است. مونتسکیو یکی از طراحان و شارحان این نظریه می‌نویسد: «ممکن است گاهی پیش آید که قانون در بعضی موارد زیاد سخت باشد زیرا قانون در عین حالی که واضح است مبهم نیز هست قضات نمی‌توانند شدت یا سختی قانون را تعدیل کنند. آنان فقط زبان قانون هستند. در چنین صورتی برای تعدیل قانون مداخله هیأت تقنینیه لازم است چه آن که اختیار تفسیر قانون و یا تعدیل آن مختص قوه مقننه است و فقط او حق دارد قانون را به نفع قانون تعدیل کند و یا کمتر از آن چه قانون امر می‌کند مجازات دهد» (مونتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴). او نقش قانون‌گذار و قاضی را به نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می‌انگارد. با این حال، این واقعیت بر همگان آشکار است که منبع خلق و ایجاد قواعد حقوقی فقط مصوبات پارلمان نیست. انواع قواعد حقوقی وجود دارد که نهادی غیر از پارلمان آنها را خلق می‌کنند، مانند قواعد ناشی از رویه قضایی و یا مقرراتی که از درون نهادهای قوه مجریه و نظایر آن ناشی می‌شود.

به هر روی امروز بخش زیادی از روابط اجتماعی به معنای وسیع کلمه در سیطره انواع مختلف قواعد حقوقی قرار گرفته است، قواعدی که از منابع مختلف و متعدد حقوق ناشی می‌شود. کمتر رابطه‌ای از روابط انسانی را می‌توان یافت که به نوعی با یکی از قواعد حقوقی پیوند نداشته باشد. خصوصی‌ترین حوزه روابط انسانی موضوع تنظیم و تمشیت حقوق قرار گرفته و با گسترش حضور پر هیمنه دولت<sup>۱</sup> این روند هر روز تشدید می‌شود. در چنین شرایطی و در جایی که قواعد حقوقی منابع متنوع و متعددی دارند این پرسش مطرح است که از نظر توان‌مندی و تنظیم کارآمد روابط انسانی کدام یک از قواعد حقوقی و منابع آنها از کیفیت و مطلوبیت بیشتری برخوردار است. این پرسش وقتی معنادارتر است که بدانیم نقش و ارزش قواعد حقوقی و منابع تولیدکننده آنها در نظام‌های حقوقی مختلف به یک اندازه نیست. مثلاً نقش رویه‌های دادگاه‌ها و قاعده‌گذاری قضایی در نظام حقوقی کامن لا غیر قابل انکار است. بر عکس، نقش و جایگاه قانون موضوعه و قانون‌گذاری در نظام‌های عضو خانواده رومی-ژرمنی نیز بر همگان آشکار است. اما این مناقشه همواره مطرح بوده است که نظم اجتماعی محصول هر یک از این نظام‌های

1. Government.

حقوقی یکسان نبوده است. همانطور که در این مقاله اشاره خواهد شد عده‌ای معتقدند نظام حقوقی کامن لا در مجموع از حیث کارایی و تأمین نیازهای اقتصاد مبتنی بر بازار موفق‌تر بوده است و به طور کلی قانون‌گذاری غیر متمرکز با آزادی و کارآیی در معنای اقتصادی آن نسبت مستحکم‌تری دارد. در مقابل عده‌ای دیگر بر مشروعیت دموکراتیک قانون‌گذاری از طریق پارلمان تأکید می‌کنند و مزایای قانون واضح و قاطع را یادآور می‌شوند. مطالعات البته نشان می‌دهد که مزیت‌های نسبی هر دو نوع قاعده حقوقی از یک سو و نیازها و واقعیات اجتماعی از سوی دیگر نوعی همگرایی و توازن میان در استفاده از منابع قواعد حقوقی بویژه رویه قضایی و قانون را توصیه می‌کند. یعنی هم قانون و قانون‌گذاری در نظام حقوقی مبتنی بر کامن لا حیثیت و جایگاه درخوری یافته است و هم رویه قضایی در کشورهایی که در درون خانواده حقوقی رومی-ژرمنی قابل طبقه‌بندی هستند قدر و قیمتی در خور یافته است. اکنون پرسش این مقاله این است که این تحول فکری که نگرش‌های سنتی نسبت به دو منبع عمده حقوق را تا حدودی تغییر داده است بر چه علل یا دلایلی استوار است. این مطالعه از آن جهت برای نظام حقوقی ایران اهمیت دارد که نقش سازنده رویه قضایی در مقایسه با قانون به تقلید از نظام‌های مورد اقتباس چندان در عمل به رسمیت شناخته نشده است. این مقاله بر آن است که از منظر دکترین حقوقی تحولات فکری ناظر بر تغییر جایگاه رویه قضایی در میان نظام‌های مهم حقوقی عضو خانواده حقوقی رومی-ژرمنی را مورد بررسی قرار دهد.

به نظر نگارنده تأکید بیش از حد بر قانون در تنظیم روابط اجتماعی و نادیده گرفتن نقش قاعده‌گذاری قضایی علاوه بر این که موجب قانون‌زدگی، تورم تقنینی، ناکارایی و افت کیفی قوانین شده، موجب تکیدگی کل نظام حقوقی ایران شده است. بدون شک قانون و قانون‌گذار نمی‌تواند همه روابط اجتماعی را پوشش داده و تمام زوایا و ابعاد موضوع مورد تنظیم را پیش‌بینی کرده و برای آن تعیین تکلیف کند. عدم شناسایی نقش فعال قضات در این میان صرفاً تنزل و تردید افکندن در نقش مهمی است که قضات در عمل بازی می‌کنند یا باید بازی کنند. یعنی قضات مکلف هستند فصل خصومت کنند و در این میان فقدان، ابهام، اجمال، نقص و تعارض قانون عذر موجهی نمی‌تواند باشد.

هدف اصلی این پژوهش، بازشناسی اهمیت و جایگاه رویه قضایی از طریق مقایسه آن با دیگر منبع مهم قواعد حقوقی یعنی قانون است. روش این مقاله تحلیل مفهومی قانون‌گذاری و رویه قضایی به عنوان دو منبع عمده حقوق در دکترین یا نظرات دانشمندان عمدتاً حقوقی است. به این

منظور به اجمال تطور تاریخی این دو مفهوم نیز مورد بررسی قرار گرفته است. روش گردآوری اطلاعات بنا به اقتضای روش انتخاب شده، کتابخانه‌ای است.

## ۲. مفهوم قاعده حقوقی

کارکرد اصلی قواعد حقوقی بیان ضوابط عام رفتاری است که مبنای اصلی روابط اجتماعی را تشکیل می‌دهد. عام بودن قاعده حقوقی موجب پیش‌بینی‌پذیر ساختن رفتارها می‌شود و این همان عاملی است که نظم اجتماعی و در نهایت زیست مشترک و حیات جمعی را امکان‌پذیر می‌سازد. بنابراین قاعده حقوقی را می‌توان فرمان عام الزام‌آوری دانست که حاکم بر رفتار انسان است و غرض از آن ایجاد نظم و پیش‌بینی‌پذیر کردن و در یک کلمه قالب‌بندی و هدایت آن است. این هدایت در قالب جواز به ارتکاب عملی یا منع آن یا اجبار به انجام آن در موقعیت‌های خاص است (Harris, 2007: 3). هارت تأکید می‌کند «اگر بیان ضوابط عام رفتار ممکن نبود، ضوابطی که اکثر افراد بتوانند آن‌ها را بدون راهنمایی بیشتر بفهمند و از آنان بخواهند عمل خاصی را در موقعیتی معین انجام دهند، آن‌چه اکنون به مثابه قانون می‌شناسیم امکان وجود نمی‌یافت.» این ضوابط عام رفتار معمولاً به دو روش ایجاد می‌شود. نخست از طریق وضع عام‌دانه و آگاهانه‌ی قانون (قانون‌گذاری)<sup>۱</sup> که می‌توان آن را قانون موضوعه<sup>۲</sup> هم نامید و دیگری قاعده‌گذاری قضایی<sup>۳</sup> یا ایجاد قاعده عام در اثر شکل‌گیری رویه قضایی<sup>۴</sup> است.

امروزه قانون‌گذاری از طریق نهادهای تشکیل شده برای این امر پارادایم اصلی ایجاد قواعد حقوقی را تشکیل می‌دهد که نمونه بارز آن وضع انبوه قوانین توسط مجالس قانون‌گذاری هستند. پارلمان‌ها طی تشریفات تقنینی خاصی قواعد کلی لازم‌الاجرا وضع می‌کنند (Waldron, 2006: 236). البته وضع قواعد حقوقی فقط به قوانین عادی ختم نمی‌شود بلکه از قوانین اساسی گرفته تا دستورالعمل‌های عام که از سوی یک مقام عمومی در پایین‌ترین سلسله مراتب اداری وضع می‌شود نیز در این دسته جای می‌گیرد.

نوع دوم، ایجاد قواعد حقوقی از طریق آرای قضایی است به این معنا که قاضی در مقام فصل

1. Legislation.

2. Statute.

۳. معادل انگلیسی قاعده‌گذاری قضایی Judicial Legislation است اما برخی از نویسندگانی مانند باراک (Barak, 2008) این اصطلاح را نادرست می‌دانند و واژه Judicial Law Making را مناسب‌تر می‌دانند زیرا معتقدند واژه اول ناظر بر ایجاد قاعده به وسیله نهادهایی است که [عامداً، مستقیماً و آگاهانه] وضع قانون می‌کنند در حالی که دادگاه‌ها مستقیماً و اولاً و بالذات قانون‌گذاری نمی‌کنند و برای این کار نیز ساخته نشده‌اند.

4. Precedent.

خصوصیت و در جریان رسیدگی به یک دعوی خاص نه تنها به آرای قبلی مشابه اتکا می کند بلکه خود را ملزم به تبعیت از آن‌ها نیز می داند. مبنای اصلی و عقلانیت حاکم در استفاده از چنین روشی این است که با موارد مشابه باید به صورت مشابه برخورد شود. در این روش نقطه شروع، آگاهی از روش حل یک مسأله در دادگاه‌هاست. این موارد مشابه دست کم راهنمای خوبی برای حل مسأله‌ای است که دادگاه در حال حاضر با آن روبه‌رو است. از این رو قیاس، روش اصلی تسری راه حلی است که در یک دعوا اتخاذ می شود. «لازمه منطقی توسعه سابقه، توسعه کاربرد قیاس بود. زیرا هنگام استناد به سابقه، قضات تصمیم می گیرند که دعوی مطروحه را مطابق با سابقه‌های موجود حل و فصل نمایند. آنان، سابقه‌های ذی ربط را پایه (و به اصطلاح فقهی مقیس علیه) پیش‌بینی، تبیین و توجیه حکم دعوی جدید قرار می دهند. مشاوران حقوقی و وکلای هر طرف دعوا نیز ناگزیرند به سابقه استناد کنند تا بستر لازم برای تصمیم قضایی مبتنی بر سابقه را تمهید نموده و قضات را به نتیجه مورد نظر خود متقاعد سازند. از این روست که به حق گفته شده است نخستین و برترین مصداق استدلال قیاسی، استناد به "سابقه" است» (سیمایی صراف، ۱۳۹۲: ۲۵۵).

بنابراین در تعریف رویه می توان گفت: تصمیم‌گیری، بر مبنای آنچه قبلاً در موضوع مشابه حکم داده شده است و رویه بر اساس حادثه‌ای که در گذشته رخ داده شکل می گیرد و در حقوق، منظور، تصمیم دادگاه در گذشته است که راهنمایی برای تصمیم جدید دادگاه قرار می گیرد. به این معنا، رویه نوعی استفاده از تجربه‌های گذشته در رسیدگی قضایی است. این تعبیر یادآور آن جمله معروف *وندل هولمز* است که می گوید: «حیات حقوق نه منطقی بلکه تجربی بوده است»<sup>۱</sup>. کاتوزیان در اهمیت رویه قضایی و نزدیکی آن با واقعیت‌های زندگی اجتماعی خاطر نشان می کند: «رویه قضایی چکیده حقوق زنده و پالایشگاه قوانین است» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶-۵).

همه تصمیمات سابق رویه محسوب نمی شوند برخی از آن‌ها غیرمهم بوده و به بوته فراموشی سپرده می شوند لذا فهم رویه مستلزم این است که حوادث گذشته و اعمال جدید دادگاه مرتبط و شبیه به یکدیگر باشند. اغلب ما اعمال خود را تکرار می کنیم بدون این که متوجه باشیم و احساس کنیم مثل سابق عمل می کنیم. لازمه پیروی از رویه یافتن شباهتی بین یک پرونده با دیگری است. فرض کنید دختری در تولد ۱۱ سالگی از پدرش انتظار دریافت تلفن همراه داشته باشد به علت این که خواهر بزرگترش در تولد ۱۱ سالگی اش چنین هدیه‌ای دریافت داشته است، مثالی ساده از رویه هست. زمانی که ما از روی تجربه تصمیم می گیریم در واقع رویه‌ای عمل می کنیم و به

1. The Life of the Law has not been Logic, it has been Experience.

تجربه‌ی خود به عنوان یک راهنما ارج می‌نهم. لذا ارزش رویه به درسی است که به ما آموخته است. دادگاه‌های کامن‌لا از تکرار مثال‌های تجربی قواعدی کلی استخراج می‌کنند. به عبارت دیگر تصمیم‌هایی که در حال حاضر در دادگاه‌ها اتخاذ می‌شوند می‌توانند زمینه شکل‌گیری یک رویه را فراهم کنند (Duxbury, 2008: 22). تصمیم امروز که عنصر جدیدی داشته باشد یا یک عنصر قدیمی را تأیید کند بر تصمیم‌گیرندگان آینده تأثیرگذار خواهد بود.

چنان‌که خواهیم دید اعتبار و اهمیت این دو منبع حقوق در میان نظام‌های حقوقی کامن‌لا و حقوق مدون متفاوت است که البته از نظر تاریخی این جایگاه در هر یک از آن‌ها دچار تغییراتی شده است. همچنین تشریفات و روش حاکم بر ایجاد آن‌ها نیز ماهیتاً با یکدیگر تفاوت دارد و این پرسش را ایجاد می‌کند که آیا این تفاوت‌های ماهوی بر ارزش و کیفیت محصول نهایی آن‌ها تأثیرگذار است؟ آیا می‌توان هر یک از این منابع را به موضوعات خاصی اختصاص داد و در ایجاد قواعد حقوقی نوعی تقسیم کار میان آن‌ها برقرار کرد؟ به عبارت دیگر آیا اهمیت و جایگاه هر یک از این دو منبع می‌تواند بر حسب موضوع تغییر کند؟ آیا می‌توان برای تقنین قضایی در ایجاد قواعد کلی حقوقی نقش قابل توجیهی یافت؟ به طور خلاصه مسئله اصلی این مقاله تلاش برای آگاهی از جایگاه بایسته و مناسب قاعده‌گذاری قضایی در ایجاد قاعده حقوقی نزد دانشمندان و دکترین حقوقی است.

### ۳. ریشه‌های تاریخی شکل‌گیری قاعده‌گذاری قضایی و قانون‌گذاری

#### ۳-۱. قاعده‌گذاری قضایی

قدمت ایجاد قاعده از قانون‌گذاری به معنای مدرن و دموکراتیک آن بیشتر است. نویسندگان ریشه‌های شکل‌گیری قاعده‌گذاری قضایی را مربوط به قرن شانزدهم می‌دانند زمانی که دادگاه‌های انگلستان شروع به تقلید و تبعیت از عرف‌های گذشته در موضوعات مربوط به دادخواهی و آئین دادرسی کردند. تا پیش از این تاریخ، فقدان دادگاه‌های سازمان یافته و نیز فقدان سازوکار گزارش‌دهی نظام‌مند دعاوی، باعث شده بود که پیروی از رویه سابقه<sup>۱</sup> یعنی تبعیت از آرائی که عناصر مادی آن با دعوای فعلی مطرح نزد قاضی یکسان است الزامی تلقی نشود. اما پیروی از آراء سابقه در موضوعات ماهوی از اواخر هجدهم پدید آمد زمانیکه وظیفه دادگاه‌ها نه صرف یافتن قانون بلکه ایجاد قانون تلقی شد. در اواخر قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم تحت تأثیر عقاید

1. Stare Decisis.

پوزیتیویستی بنتام، حرفه‌ای شدن قضاوت و توسعه نظام گزارش‌دهی آرای سابق دادگاه‌ها دکترین رویه سابقه به یک اصل تبدیل شد و در اواخر قرن نوزدهم یا به طور مشخص از سال ۱۸۹۸ بود که اصل الزام‌آور بودن رویه قضایی تثبیت شد (Hondius, 2007: 9). از این زمان به بعد رویه قضایی یعنی عادت دادگاه‌ها در برخورد با دعاوی مشابه فقط به عنوان یک عامل مشوق قضات در رسیدگی‌های قضایی محسوب نمی‌شد بلکه در شمار منابع اولیه حقوق در آمد.

اما بیشتر نظام‌های حقوقی مدون مسیر کاملاً متفاوتی را در پیش گرفتند و رویه قضایی را به عنوان منابع ثانوی حقوق در نظر گرفتند و کدها و قوانین موضوعه خاص به عنوان تنها منبع اصلی حقوق در نظر گرفته شد. در قرن نوزدهم اروپا، شکل‌گیری دکترین تفکیک قوا به معنای این بود که نقش دادگاه‌ها فقط به حل و فصل دعاوی و نه ایجاد قوانین و مقررات محدود باشد. این برداشت مضیق و محدودکننده از تفکیک قوا به سبب بی‌اعتمادی گسترده نسبت به دادگاه‌هایی بود که قبل از انقلاب فرانسه از قدرت پادشاه سوء استفاده می‌کردند. آرمان قطعیت و کامل بودن قوانین در برابر مقابله با چنین سوء استفاده‌ای به وجود آمد و خواستار این بود که مفاد قوانین مانند اصول ریاضی صورت‌بندی و تفسیر شوند تا هیچ‌جایی برای تصمیمات خودسرانه و دل‌خواهی دادگاه‌ها باقی نماند. البته وضعیت بدین شکل باقی نماند و سودای قطعیت و کامل بودن حقوق مدون و کدبندی شده به تدریج رنگ باخت و خاطره سوء استفاده دادگاه‌های رژیم‌های پیش از انقلاب از اختیارات‌شان نیز به فراموشی سپرده شد و به تدریج نوعی حقوق مبتنی بر رویه قضایی غیر رسمی شکل گرفت که به شکل منبع الهام‌بخش و راهنمای قضات عمل کرده و به سازگاری و ثبات نظام حقوقی کمک می‌کرد (Fon & Parisi, 2006: 519-535).

## ۲-۳. قانون‌گذاری

مهمترین پشتوانه نظری وضع قانون یا قانون‌گذاری مکتب اثبات‌گرایی حقوقی است که مشهورترین سخن‌گوی آن جان آستین است. ارزش‌هایی نظیر آزادی، قطعیت، ثبات، امنیت و هماهنگی در اجرای قانون، بالاترین ارزش‌هایی هستند که باید به وسیله دولت بر اساس قواعد حقوقی تأمین شود. بر این اساس قانون به مثابه یک نظام بسته، سازگار و کامل از هنجارهای کلی و انتزاعی است که برای مثال از طریق پارلمان وضع می‌شود. در این نظام فکری قاضی اختیار محدودی دارد و به قول روبلوسکی «نقش قانون‌گذاری قضات با استناد به این گفته مونتسکیو در حاشیه قرار می‌گیرد که می‌گفت: قضات فقط زبانی برای بیان قانون هستند» (Siltala, 2000: 3).

چنان که اشاره شد ایجاد قاعده حقوقی از طریق وضع صریح و عامدانه آن جایگاه مهمتری در نظام حقوقی مدون بویژه در فرانسه به دست آورد. در این کشور به عنوان الگوی اصلی نظام‌های حقوقی مدون عوامل زیر احراز چنین جایگاهی را برای قانون‌گذاری تبیین می‌کند: اولین عامل، تأثیر انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه است. تا قبل از این تاریخ حقوق فرانسه مدون و یکپارچه نبود بلکه مبتنی بر عرف‌های طبقات نابرابر اجتماعی بود. از نظر تاریخی این دوره با وقوع انقلاب فرانسه و شروع اصل کدبندی به پایان رسید. انقلاب فرانسه که یکی از شعارهای آن برابری شهروندان در مقابل قانون بود به یک‌باره گسست کاملی با گذشته برقرار کرد و قانون مدون مصوب قوه قانون‌گذار تبدیل به منبع اصلی و اولیه حقوق شد. دومین عامل، آرمان آزادی بود که در پرتو برداشت خاصی از تفکیک قوا حاصل شد که طی آن تأمین آزادی برای شهروندان فقط وقتی امکان‌پذیر است که حقوق و تکالیف افراد از طریق یک قوه مقننه انتخابی تعیین شود. علاوه بر این دو، تأکید بر نظم اجتماعی و اقتصادی تنظیم شده و برنامه‌ریزی شده از بالا بر اهمیت قانون‌گذاری به عنوان منبع تولید چنین نظمی افرو (Loussouarn, 1958: 236-248). تغییرات سریع اقتصادی و اجتماعی قرن نوزدهم بویژه صنعتی شدن، ساخت راه‌آهن و ایجاد کسب و کارهای بزرگ منجر به سرعت گرفتن تغییرات و افزایش مناسبات اجتماعی و اقتصادی و ظهور دولت تنظیم‌گر و مقررات‌گذار شد (Ponzetto & Fernandez, 2008: 379-430). ضرورت پاسخ‌گویی به موقع به نیازهای اقتصادی و اجتماعی یاد شده نقش قانون‌گذاری عامدانه و آگاهانه بویژه از طریق مجالس انتخابی قانون‌گذاری را افزایش داد. این تغییرات نقش مؤثری در تغییر جایگاه قانون موضوعه در نظام حقوقی کامن‌لا داشته است به طوری که قوانین موضوعه و مقررات اکنون به وفور در بریتانیا و ایالات متحده استفاده می‌شود تا جایی که برخی نویسندگان مانند کالابریسی از موضوعه‌سازی حقوق آمریکا سخن می‌گوید.

#### ۴. توازن میان قاعده‌گذاری قضایی و قانون‌گذاری به عنوان منابع حقوق

تغییرات مهمی که در نیمه اول قرن بیستم رخ داد زمینه را برای ایجاد توازن میان دو منبع قاعده‌گذاری قضایی و قانون‌گذاری در دو نظام کامن‌لا و مدون ایجاد کرد. یکی از مهم‌ترین دلایل آن چنان که اشاره شد ایجاد دولت‌های رفاه بویژه پس از جنگ جهانی دوم بود. دولت رفاه نه تنها حقوق اساسی شهروندان مانند تمامیت جسمانی و آزادی شهروندان را تضمین می‌کند بلکه تأمین شرایط حداقلی رفاه از جمله بهداشت، آموزش، حفاظت از شهروندان در مقابل خطرات اجتماعی



مانند بیکاری و سال خوردگی و نظایر آن را نیز تضمین می‌کند. به همین سبب دخالت دولت در همه عرصه‌های اجتماعی بیشتر شده است زیرا طراحی و صورت‌بندی طیف وسیعی از سیاست‌های عمومی در راستای ایفای تعهدات دولت رفاه از دو طریق یکی پول و دیگری قوانین موضوعه امکان‌پذیر است. بدین ترتیب وضع قوانین عامدانه و آگاهانه در خانواده‌های مختلف حقوقی به طور روزافزونی افزایش یافت و همین امر جایگاه قانون‌گذاری به عنوان منبع اول حقوق را ارتقا بخشید. اما همین عامل بر نقش دادگاه‌ها در توسعه نظام حقوقی نیز تأثیر گذاشت به طوری که اکنون از دادگاه‌ها فقط انتظار نمی‌رود که به اجرای قانون بسنده کنند بلکه به آن‌ها قدرت ایجاد قاعده حقوقی نیز اعطا شده است. البته این قدرت بیشتر در نقش مکمل قوانین موضوعه ظاهر می‌شود اما گاه نقش جایگزین آن‌ها را نیز بازی می‌کند زیرا دادگاه‌ها در بسیاری از کشورها می‌توانند در چارچوب نظام نظارت و کنترل بر اقدامات قوا نظارت کرده و حتی با سیاست‌های قوه مقننه و مجریه مخالفت کنند «به هر روی آنها نقش مهمی در تعیین مسیر جوامع بازی می‌کنند» (Fix-Fierro, 2003: 15).

پونزتو و فرناندز ضمن مقایسه مفصل دو نظام حقوقی کامن لا و مدون نوعی هم‌گرایی در استفاده از منابع حقوق را در میان آن‌ها شناسایی می‌کنند. از نظر ایشان تغییرات و فشارهای اجتماعی شدید موجب استفاده بیشتر از قانون موضوعه در کشورهای دارای نظام کامن لا شد و از سوی دیگر اتکای شدید به قانون‌گذاری و قوانین موضوعه در کشورهای دارای نظام‌های مدون به تورم تقنینی دامن زد که در نهایت ناکارآمدی کل نظام حقوقی را در پی داشت (Ponzetto, Fernandez, 2008: 379-430).

کوتاه سخن، در خلال چند دهه گذشته، نظام‌های حقوقی جهان از حیث منابع حقوق به سمت نوعی هم‌گرایی و میانه‌روی تمایل پیدا کرده‌اند. در نظام‌های حقوقی مدون تعصب مربوط به تفوق مطلق قانون موضوعه بر رویه قضایی به تدریج جای خود را به مفهوم متوازی از منابع حقوق داده است و حقوق مبتنی بر قانون موضوعه و رویه قضایی کم و بیش در کنار یکدیگر نوعی هم‌زیستی مسالمت‌آمیز را پیشه کرده‌اند. از سوی دیگر، در سنت حقوق عرفی تعدد دخالت تقنینی به تدریج سنت غالب ایجاد قواعد حقوقی از طریق قاعده‌گذاری قضایی را تا حد زیادی تعدیل و به جرأت می‌توان گفت تضعیف کرده است (Parisi, 2001: 95-96).

**۵. مقایسه اجمالی جایگاه قاعده‌گذاری قضایی در دو نظام حقوقی مدون و کامن لا**  
 نظام حقوقی کامن لا و مدون دو نظام رقیب هستند که اولی از طریق قانون ایجاد شده به وسیله

قضات در بریتانیا و مستعمرات سابق آن و دومی در اروپای قاره‌ای بویژه فرانسه و کشورهای آمریکای لاتین رواج دارد.

نظام حقوقی کشورهایی که جزء گروه نخست هستند حاصل آرای قضایی است که در طول صدها سال ایجاد شده است. تاریخ کامن لا، تاریخ توسعه مداوم و تدریجی در خلال قرن‌هاست. کامن لا ممکن است بدون نیاز به قانون‌گذاری راه‌های جدید برای مسائل جدید ارائه کند. در کشورهایی که جزء نوع اخیر نظام‌های حقوقی هستند از منظر رویکردشان به قاعده‌گذاری قضایی دو گرایش دیده می‌شود. نخست در اروپای غربی و آمریکای لاتین و آسیا رویه قضایی در عمل نقش مهمی در ایجاد قواعد حقوقی ایفا می‌کند هر چند که این نقش در ادبیات حقوقی آن‌ها به صراحت به رسمیت شناخته نشده است. اما در کشورهای اروپای مرکزی و شرقی تا چندی پیش نه تنها رویه قضایی در نظر به عنوان یکی از منابع حقوق به رسمیت شناخته نمی‌شد بلکه دادگاه‌ها نیز در عمل از این نظریه پیروی می‌کردند (Hondius, 2007: 9).

معمولاً در مقام مقایسه دو نظام حقوقی یاد شده گفته می‌شود که حقوق مدون مبتنی بر کدهای حقوقی است در حالی که نظام حقوق کامن لا به وسیله رویه قضایی شکل گرفته است. این پاسخ اگرچه درست است اما گمراه‌کننده است زیرا همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد اکنون در همه نظام‌های حقوقی کامن لا انبوه قوانین موضوعه وجود دارد و قانون‌گذار در طول زمان به منظور تحکیم، تکمیل و تغییر حقوق کامن لا دخالت می‌کند. باراک خاطر نشان می‌کند «درست است که در حال حاضر در نظام‌های حقوقی کامن لا وضع قانون به وسیله قانون‌گذاری افزایش یافته است اما در عین حال خلق قواعد به وسیله قضات کاهش نیافته است» (Barak, 2008: 156).

از سوی دیگر در نظام حقوق مدون اجرای قانون به وسیله دادگاه‌ها چیزی فراتر از اجرای مکانیکی قانون است و «ماهیت شبه تقنینی آن همواره به رسمیت شناخته شده است به این معنا که قوانین موضوعه و کدها منوط به تفسیر قضایی و علمی برای اجرا هستند. چنین تفسیری گاه مبنایی برای تغییرات در این قوانین موضوعه و کدها هستند هر چند که به هر حال قدرت قانون‌گذاری قضات معادل با قوه مقننه و قانون‌گذاران نیست. البته دادگاه‌هایی وجود دارد که مستقیماً و صراحتاً و رسماً به آن‌ها قدرت تقنینی اعطا شده است هر چند که دارای ماهیت خاص هستند مانند دادگاه‌های قانون اساسی که به طور فزاینده‌ای در اروپا و آمریکای لاتین و دیگر کشورها تأسیس شده است. چنین دادگاه‌هایی وقتی که مصوبه‌ای را به طور کلی به خاطر مغایرت با قانون اساسی

بی اعتبار اعلام می کنند به مثابه نوعی قانون گذاری سلبی عمل می کنند و در سایر موارد که چنین نمی کنند به قانون گذار دستورالعمل هایی برای تغییر آن اعلام می کنند» (Fix-Fierro, 2003: 16). بدین ترتیب دادگاه ها به انحاء مختلف نقش مهمی در توسعه و تحول نظام حقوقی ایفا می کنند. بنابراین تعجبی ندارد که گفته شود قوانین موجود در کدها به چیزی تبدیل شده اند که دادگاه ها آن را به وجود آورده اند. به عبارت دیگر اگرچه در نظام حقوق مدون به نظر می رسد قوانین موضوعه قدرت وضع قاعده به وسیله قضات را تعیین می کنند اما این قوانین برای اجرا شدن نیازمند تفسیر قضایی هستند و این امر مجالی برای دادگاه ها فراهم می کند تا حوزه قوانین موضوعه و نحوه اجرای آن ها را تعیین کنند. البته روشن است که دادگاه ها در این امر ملزم و متعهد به مفاد قوانین هستند و برای آن ها آسان نیست که از حدود کلمات قانون به نحو آشکار عبور کنند. باید توجه داشت که آن چه گفته شد بیشتر مربوط به حوزه هایی غیر از حقوق کیفری است چرا که در این حوزه قانون موضوعه کلاً یا تا حدود زیادی به منبع اصلی یا یگانه منبع حقوق تبدیل شده است (Sauveplanne, 1982: 4).

وزن و اعتبار رویه قضایی در میان کشورهای شاخص نظام حقوق مدون متفاوت است. در فرانسه این جایگاه را می توان در دو جمله خلاصه کرد: نخست؛ از لحاظ نظری، رویه قضایی منبع حقوق نیست. این نظر به صراحت در ماده ۵ قانون مدنی این کشور بیان شده است که طی آن الزام آور بودن رویه قضایی برای دعاوی آینده را ممنوع کرده است. این طرز تلقی از آن جا ناشی می شود که قانون موضوعه بهترین روش بیان حقوق و ثمره خرد جمعی تلقی می شود تا جایی که حتی حقوق طبیعی و اصولی که خود راهنمای قانون گذاران هستند نباید از سوی قاضی مد نظر قرار گیرد. بدین ترتیب قاضی به هیچ وجه مقید به تصمیمات گذشته دادگاه های دیگر یا همان دادگاه نیست. اما جمله ی دوم این است که رویه قضایی در عمل منبع حقوق است (Loussouarn, 1958: 240). بارتن حقوقدان فرانسوی در سال ۱۸۹۲ در نقش قاضی در ایجاد قواعد حقوقی چنین اظهار نظر کرده است: «نقش قاضی به یک مفسر تنها خلاصه نمی شود، او به طور واقعی در شکل گیری و تحول قانون مدنی شرکت دارد» (نقل شده در محمدزاده وادقانی، ۱۳۷۶: ۴۸). با این وجود در فرانسه هیچ سنتی مبنی بر استناد به یک رأی خاص وجود ندارد بلکه جریان مداومی از صدور آراء مشابه در یک موضوع تبدیل به رویه مستقر<sup>۱</sup> می شوند و نوعی عرف قضایی را تشکیل می دهند که می توان گفت منبع حقوق هستند «به ویژه از وقتی که

دانشگاهیان مشهور و خوش نام حاشیه‌هایی بر آراء نوشتند» (9: Hondius, 2007). بنابراین در فرانسه بر خلاف نظام کامن‌لا که یک رأی برجسته می‌تواند مبنای الزام‌آوری برای سایر دادگاه‌ها به وجود بیاورد یک رأی، دادگاه را ملزم به تبعیت نمی‌کند بلکه وقتی رویه‌ی یکپارچه‌ای در میان دادگاه‌ها شکل گرفت نوعی عامل مجاب‌کننده و اقناع‌کننده<sup>۱</sup> برای قضات محسوب می‌شود.

روتولو گزارش می‌دهد که اکنون در اروپای قاره‌ای به جز فرانسه رویه قضایی به طور گسترده‌ای مورد استفاده قرار می‌گیرد تا حدی که دکترین حقوقی اروپای قاره‌ای را تشویق می‌کند که در نظریه کلاسیک منابع حقوق خود تجدید نظر کنند به این نحو که رویه‌ی قضایی را در رابطه با قانون موضوعه رسماً به عنوان منبع مؤثر یا مکمل تلقی کنند. «او مدعی است این ادعا مبتنی بر مطالعات تجربی است. مثلاً در آلمان اگر تفسیر متفاوتی از یک قانون از یک دادگاه یا دادگاه‌های مختلف ارائه شده باشد امکان طرح دعوا علیه آن فراهم شده است. همین‌طور در ایتالیا تفسیر یکسان از قوانین تجویز شده و وظیفه ایجاد این یکپارچگی بر عهده دیوان عالی کشور نهاده شده است که بالاترین مرجع استینافی این کشور است. اما قوی‌ترین مورد تحول نقش رویه قضایی در ایجاد قاعده الزام آور را می‌توان در اسپانیا یافت جایی که اگر حداقل دو رأی مشابه در موضوع مشابه صادر شده باشد تبدیل به یک رویه الزام آور می‌شود. این الزام آور بودن مربوط به محتوای هنجاری و مادی رأی است و ربطی به تضمین یکپارچگی تفسیر قانون موضوعه ندارد (Rotolo, 2005: 174). هادفیلد در گزارش خود درباره تغییر وضعیت رویه قضایی در نظام حقوق مدون خاطر نشان می‌کند که در نظام‌های حقوقی مدون پیشرفته مانند آلمان آراء قضایی به طور فزاینده‌ای منتشر شده و به مفاد آنها استناد می‌شود. در فرانسه انتشار و استناد به تصمیمات دیگر دادگاه‌ها تا حد زیادی به نوعی عرف رایج میان قضات و حقوقدان‌ها تبدیل شده است (Hadfield, 2006: 1).

## ۶. ارزیابی کیفیت قواعد ناشی از قانون‌گذاری و قاعده‌گذاری قضایی

در جوامع دموکراتیک چنان‌که در ابتدا اشاره شد قانون به طور کلی به دو روش ایجاد می‌شود. نخست از طریق تصویب قوانین کلی به وسیله قوای مقننه و دوم به وسیله قضات که ضمن رسیدگی و اتخاذ تصمیم در یک دعوی خاص و جزئی ممکن است قواعد کلی ایجاد کنند به این معنا که تعیین کنند برای موارد مشابه در آینده چگونه باید تصمیم‌گیری شود. قانون موضوعه

1. Persuasive.

اما معمولاً برای تعیین تکلیف در یک مورد خاص وضع نمی‌شود بلکه از همان ابتدا قواعد کلی و انتزاعی را ایجاد می‌کند. به گفته راشلینسکی قانون ایجاد شده به وسیله قضات نوعی ایجاد قاعده از پایین به بالا و قانون‌گذاری قوه مقننه از بالا به پایین است (Rachlinski, 2006: 933). اکنون این پرسش مطرح است که با توجه به تفاوت روش ایجاد این دو دسته از قواعد آیا آن‌ها از نظر کیفیت نیز متفاوتند؟ آیا می‌توان از نظر ارزشی یکی را بر دیگری ترجیح داد؟

#### ۱-۶. استدلال‌های طرفداران قانون‌گذاری عامدانه

قانون‌گذاری به معنای اخیر محصول عصر روشنگری تلقی می‌شود که طی آن نهادی دموکراتیک به طور متمرکز قوانین قطعی، صریح و روشن ایجاد می‌کند. چنین قوانینی بهترین ابزار برای حفاظت از مالکیت خصوصی، آزادی قراردادی، فردگرایی و حقوق طبیعی تلقی می‌شود. حقوق طبیعی چیزی نیست مگر این حقیقت عینی که هر فرد حقوق روشنی نسبت به خود و اموالش دارد. عدالت جز دادن حق هر کس به او نیست و استحقاق افراد بر اساس حقوق او تعیین می‌شود. هر نظام حقوقی باید با حقوق انسان منطبق باشد؛ صریح و واضح بوده و آن‌ها را نقض نکند. هدف از صراحت و وضوح قوانین، حاکمیت قانون است که برای بقای تمدن بشری ضروری است زیرا بدون آن‌ها افراد نمی‌توانند نتایج رفتارشان را پیش‌بینی کرده و به طور عقلایی برای آینده برنامه‌ریزی کنند (Kinsella, 1995: 141).

بنام تا جایی پیش می‌رود که قانون حاصل از رویه قضایی را به دلیل غیر قطعی بودن اصلاً قانون نمی‌داند. پیش‌بینی‌پذیری قواعد حقوقی چنان تأثیرات عظیم اجتماعی دارد که هولمز که قانون را چیزی به جز پیش‌بینی نمی‌داند قانون نوشته و مدون و به طور دقیق و قابل پیش‌بینی و با قاعده‌ای را تعریف می‌کند که بر هر دعوایی اعمال شود. بدین ترتیب هر کس از قبل به طور دقیق می‌تواند عواقب قانونی اعمال خویش را پیش‌بینی کند.

طرفداران قانون‌گذاری عامدانه معتقدند قانون موضوعه به سبب نزدیکی به اراده مردم بر قواعد ایجاد شده به وسیله قضات اولویت دارد. قوای مقننه نهادهایی هستند که اختصاصاً برای ایجاد قانون آن‌هم به نحوی دموکراتیک و به نمایندگی از مردم طراحی شده‌اند. این نهاد طوری طراحی شده است که طیف وسیعی از طبقات و منافع را نمایندگی کنند (Sales, 2012: 278). قوای مقننه در مقایسه با دادگاه‌ها به مراتب برای بحث و مذاکره پیرامون شقوق پیچیده و ابعاد یک موضوع مهیاتر و مناسب‌تر هستند. قوای مقننه و نهادهای وابسته به آن می‌توانند در یک موضوع به اندازه

کافی تحقیق کنند و با اعضای انتخابی مجالس که معمولاً از تمام نقاط یک کشور در آن حضور دارند درباره آن مشورت می‌کنند. آن‌ها کارمندان و متخصصانی را به طور سازمان‌یافته در اختیار دارند که می‌توانند هزینه‌ها و فواید تصویب یک قانون را تا حدودی معین کنند. منازعه و جدال قانون‌گذاران در پیش روی شهروندان (اعم از مستقیم و غیرمستقیم) انجام می‌شود و در نهایت چنانچه شهروندان از قوانین مصوب رضایت نداشته باشند در انتخابات بعدی به نمایندگان موجود رأی نمی‌دهند و نمایندگان جدیدی را برای تغییر قانون بر می‌گزینند. همه این استدلال‌ها نشان می‌دهد که در زمانه ما اتکاء به قوانین موضوعه به عنوان منبع اصلی حقوق هم موجه‌تر و هم کاراتر تلقی می‌شود.

#### ۶-۲. طرفداران قاعده‌گذاری قضایی

پیش‌تر اشاره شد که مبنای اصلی قانون‌گذاری عامدانه مشروعیت دموکراتیک چنین روشی است. قانون‌گذاری بویژه وقتی به سیاست‌گذاری نزدیک می‌شود از شئون اختصاصی نمایندگان مردم که در انتخابات برگزیده شده‌اند دانسته می‌شود. ایجاد قاعده کلی به وسیله دادگاه‌ها انحراف از ارزش‌های دموکراتیک تلقی می‌شود زیرا دادگاه‌ها نهادهای غیردموکراتیک هستند و برخلاف نمایندگان که در مقابل رأی دهندگان پاسخ‌گو هستند قضات اغلب انتصابی، پاسخ‌گو نیستند. از این منظر قضات فقط مفسر قانون هستند و صلاحیت ایجاد قاعده کلی را ندارند. برخی از نویسندگان مانند مک لچلین این دیدگاه را نقد می‌کنند و معتقدند چنین نظری مبتنی بر فهم دموکراسی بر مبنای محدود «قاعده اکثریت» است. بر این اساس قواعدی را می‌توان بر مردم حاکم کرد که اکثریت نمایندگان منتخب آن‌ها بدان رأی مثبت داده باشند. اما از نظر او این سخن چندان با واقعیت انطباق ندارد. بسیاری از قواعد که اکنون مبنای حکم‌رانی و لازم‌الاجرا هستند از گذشته وجود داشته و هرگز از نظر و تصویب نمایندگان فعلی نگذشته است مانند قوانینی که در زمان حکومت‌های پادشاهی و خودکامه ایجاد شده و همچنان پابرجاست. وانگهی عنصر اساسی یک دموکراسی فقط رأی اکثریت نیست چرا که چنین عنصری بیش از حکومت‌های دموکراتیک در حکومت‌های فاشیستی، کمونیستی یا اشکال پوپولیستی حکومت‌ها به نحو چشم‌گیرتری وجود دارد. به عبارت دیگر حکومت بر مبنای رضایت مردم عنصر لازم ولی ناکافی است. دموکراسی به چیز دیگری نیاز دارد و آن محدود بودن قاعده اکثریت به حقوق دیگران است. به عبارت دیگر چنانچه اکثریت قصد تجاوز به حقوق اقلیت را داشته باشد باید از

دیکتاتوری اکثریت ممانعت شود و دادگاه‌ها نهادهایی برای تحقق این امر یعنی حفاظت از حقوق فردی هستند. مک لاچلین تصریح می‌کند «بعد از جنگ جهانی دوم شاید تحت تأثیر این مفهوم جدید که دموکراسی چیزی بیش از قاعده رأی اکثریت است و شاید تحت تأثیر مکتب واقع‌گرایی حقوقی در ایالات متحده آمریکا، دادگاه‌ها از محاق بیرون کشیده شد و نقش آن‌ها در فرآیند قانون‌گذاری به رسمیت شناخته شد (Maclachlin, 2000: 320).

کینزلا اساس مفهوم دموکراسی نمایندگی را به چالش می‌کشد. او می‌گوید این که در دموکراسی‌های مبتنی بر نمایندگی گفته می‌شود که چون عده‌ای به نمایندگی از جمع زیادی در فرآیند قانون‌گذاری مشارکت می‌کنند پس، گویی افراد در تبعیت از قانون در واقع از اراده خود تبعیت می‌کنند انگاره درستی نیست. هرچه تعداد افرادی که یک نفر آن‌ها را نمایندگی می‌کند بیشتر باشد و نیز هرچه تعداد حوزه‌هایی که بنا است نمایندگی شود بیشتر باشد کلمه نمایندگی را به دشواری می‌توان در مورد آن به کار برد زیرا نمایندگان نمی‌توانند از اراده موکلین خود به خوبی آگاهی حاصل کنند و نیز نمی‌توانند اطلاعات کافی راجع به تعاملات و شرایط کسانی که در پی تنظیم روابط آن‌ها هستند به دست بیاورند. در فرآیند سیاسی قانون‌گذاری گروه‌های مختلف سعی می‌کنند امتیازات ویژه‌ای کسب کنند و آنهایی که منفعت ویژه‌ای در تصویب یک قانون موضوعه دارند تلاش می‌کنند حتی با دادن پول و رشوه نمایندگان را به تصویب یک قانون خاص تشویق کنند. بدین ترتیب جوامع مدرن تا حد زیادی محکوم به اراده و خواست گروه‌های ذینفع هستند تا اراده عمومی. بر عکس در جایی که قواعد حقوقی از طریق قضات ایجاد می‌شود قضایی به تنهایی نمی‌تواند اراده خود را به کل نظام حقوقی تحمیل کند چون در این فرآیند مشارکت کنندگان دیگری آن را بازرسی می‌کنند. قضات در یک نظام کشف قوانین غیر متمرکز (مثلاً از طریق دادگاه‌های متعدد) نسبت به نمایندگان پارلمان کم‌تر تحت تأثیر گروه‌های ذینفع هستند (Kinsella, 1995: 14).

سیلز اذعان می‌کند که مبنای دموکراتیک قوه مقننه نیرومندتر است به طوری که می‌تواند منعکس‌کننده ارزش‌های بسیار مهم سیاسی و اخلاقی باشد اما همین امر می‌تواند به مثابه نقطه ضعف قوای تقنینی عمل کند به طوری که شرایط خاصی پدید می‌آید که طی آن عوام فریبی و پوپولیسم زمینه را برای تصمیم‌گیری‌های نامناسب و عجولانه فراهم می‌کند و این همان عاملی است که با تصویر ایده‌آل از قانون‌گذاری از طریق قوه مقننه فاصله دارد. از این منظر دادگاه‌ها این

مزیت را دارند که نسبت به قوای قانون‌گذاری از فشارهای سیاسی به دور هستند و مصونیت بیشتری دارند و به همین جهت آن‌ها را به حاملان و حافظان اصول سیاسی و اخلاقی بنیادین یک جامعه سیاسی معین تبدیل می‌کند. سیلرز معتقد است در چارچوب نظام حقوقی کامن لا همین عوامل باعث می‌شود که دادگاه‌ها به شکل قانون‌گذاران کوچکی که تکمیل‌کننده‌ی قواعد کامن لا هستند عمل کنند و آن را با شرایط و اوضاع و احوال متغیر منطبق می‌کنند (Sales, 2012: 278).

دلیل دیگر کسانی که قاعده‌گذاری قضایی را موجه می‌دانند نیاز به قطعیت قواعد حقوقی است با این توضیح که مردم برای این که بتوانند برای زندگی خود برنامه‌ریزی کنند باید بتوانند عواقب اقدامات خود را پیش‌بینی کنند و چنین امری فقط وقتی امکان‌پذیر است که قاضی از رویه‌ی سابقه تبعیت کند. تصور غالب این است که کدیفیکاسیون بر پراکندگی منابع حقوق غلبه می‌کند و قطعیت قانون را تأمین می‌کند. با این حال برخی از نویسندگان نظیر لیونی معتقدند این قطعیت در جایی که قوانین به طور غیر متمرکز و به وسیله قضات ایجاد می‌شود نسبت به نظام تقنینی متمرکز بیشتر تأمین می‌شود. وقتی قوه مقننه این اختیار و صلاحیت را دارد که قوانین را همواره و در هر زمان تغییر دهد هیچ کس نمی‌تواند اطمینان داشته باشد که این قوانین فردا نیز معتبر خواهند بود یا نه. لیونی می‌گوید درست است که قوانین مصوب پارلمان در قالب کلمات و در یک متن نوشته می‌شوند و از این جهت قابل تغییر و تفسیر به اراده دیگران به طور کلی نیستند اما همه آن‌ها را میتوان به طور کلی و در مقیاس وسیع تغییر داد. بنابراین از نظر لیونی نظام حقوقی مبتنی بر قانون موضوعه اعمال روزمره ما را در معرض دخالت شدید قانون‌گذاران قرار می‌دهد به طوری که افراد نمی‌توانند آثار قانونی رفتارهای روزانه خود را پیش‌بینی کنند. ما باید تحت حاکمیت قانون و نه قانونگذاران باشیم. به قول دانشمند ایتالیایی *جیووانی سارتوری* «تولید انبوه قوانین شرط اساسی قانون یعنی قطعیت آن را از بین می‌برد» (Kinsella, 1995: 143). بر عکس قضات دادگاه‌ها (در نظام کامن لا) به سه دلیل توانایی کمتری در کاهش قطعیت قوانین نسبت به قوانین موضوعه دارند: نخست این که قضات فقط وقتی می‌توانند رأی صادر کنند که دعوی نزد آن‌ها مطرح شده باشد. دوم این که دامنه تأثیر آرای قضات از قوانین موضوعه محدودتر است زیرا این آراء، علی‌القاعده طرفین دعوا را متأثر می‌سازد و در موارد استثنائی اثر آن بر اشخاص ثالث تسری می‌یابد. سوم این که تشخیص و اختیار قضات با لزوم استناد آن‌ها به رویه قضایی بیشتر محدود می‌شود. در نظام حقوقی غیر متمرکز قانون، پرونده به پرونده تحول می‌یابد که در خلال



آن قضاات قانون را با شرایط موجود منطبق و متناسب می‌سازند به طوری که یک نظم کلی در آن ایجاد می‌کنند هر چند که این قانون ممکن است از نظر تکنیکی کارآمد نباشد اما بسیار با ثبات تر از قوانین موضوعه است. قوانین موضوعه محصول هوس و خواست یکباره قانون‌گذاران هستند اما ساختار حقوقی‌ای که محصول عمد و تصمیم مستقیم قانون‌گذاران نیستند به طور متناقض‌نمایی جنبه تنظیم‌گری بیشتری نسبت به کدها دارند (Kinsella, 1995: 143). به عبارت دیگر قوانینی که حاصل رویه قضایی هستند در بلند مدت ثبات و قطعیت بیشتری دارند و از این جهت بر قانون‌گذاری عامدانه مرجح هستند.

یکی از دلایل مهمی که قاعده‌گذاری قضایی را توجیه می‌کند شاخص کارآیی است. با استفاده از مطالعات تجربی دیدگاهی مطرح شده که معتقد است کشورهایی که در شمار نظام‌های حقوقی کامن‌لا محسوب می‌شوند نسبت به نظام‌های مبتنی بر کدهای مدنی فرانسوی و آلمانی و اسکانندیناویایی از وضعیت بهتر اقتصادی و سیاسی بهره‌مندند. ممکن است دلیل این تفاوت ناشی از تفاوت توانایی این نظام‌ها در حمایت از دموکراسی مبتنی بر بازار آزاد باشد. به طور مشخص این موضوع به نحوه ایجاد قواعد حقوقی در این دو نظام ربط داده می‌شود. به نظر می‌رسد که قضاات در نظام حقوق مدون به مفاد قوانین، سازگاری میان آن‌ها و مفاهیم انتزاعی علاقمندی بیشتری نشان می‌دهند در حالی که قضاات در نظام کامن‌لا به آثار عملی و عینی آراء خود، معقول بودن و عواقب یا خروجی نهایی اصولی که اعمال می‌کنند حساس‌تر هستند (Hadfield, 2006: 3). برخی از نویسندگان نظیر مریمان خاطر نشان می‌کنند که در نظام حقوق مدون انعطاف‌پذیری در پای قطعیت و روشنی قربانی شده است در حالی که در کامن‌لا گرایش بیشتری به برقراری تعادل میان این دو وجود دارد و دلیل این امر آن است که در نظام اخیر دادگاه‌ها از این قدرت برخوردارند که بیشتر بر عواقب تصمیماتشان متمرکز شوند و نتیجه پرونده را با توجه به شرایط و اوضاع و احوال پرونده تعیین کنند و در جایی که برای رسیدن به عدالت واقعی لازم است از قاعده منحرف شوند و آن را بارها تفسیر و باز تفسیر کنند تا جایی که پاسخ‌گوی نیازهای اجتماعی باشند. این اختیارات مخالف قطعیت قانون پنداشته نمی‌شود زیرا قطعیت باید از طریق دکترین رویه سابقه حاصل شود (Hadfield, 2006: 5).

پوزنر یکی از برجسته‌ترین نظریه‌پردازان کارآیی نظام کامن‌لا معتقد است تدریجی بودن ایجاد قوانین در این نظام سودمند است زیرا این امر نتیجه‌ی تعامل مجموعه‌ای از قضاات است که

دارای ترجیحات مختلفی هستند که سلیقه‌های مختلف یکدیگر را متعادل می‌سازند. وجود دکتترین رویه سابقه باعث می‌شود انحراف از آن برای قاضی هزینه‌ی زیادی داشته باشد. بنابراین آراء قضات با ترجیحات و سلیق مختلف طی یک فرآیند پایان ناپذیر به سوی پیش‌بینی‌پذیری و کارآیی بیشتر تکامل می‌یابد. پوزنر مدعی است بر خلاف قوانین موضوعه که قطعیت کوتاه‌مدت ایجاد می‌کند قوانین ناشی از رویه قضایی در بلند مدت قطعیت و ثبات بیشتر و در نتیجه کارآمدی بهتری خواهد داشت (Ponzetto and Fernandez, 2008: 399). کینزلا خاطر نشان می‌کند که به طور مشخص در حوزه فعالیت اقتصادی عدم قطعیت قوانین در بلند مدت که ناشی از ایجاد تغییرات عامدانه در محتوای قوانین است سرمایه‌گذاری طولانی را از بین می‌برد و بازار را تشویق به تولید و کسب و کار و برداشت سریع می‌کند که این خود به معنای تولید کالای نامرغوب است (Kinsella, 1995: 146).

لیونی از طرفداران نظام قانون‌گذاری غیر متمرکز با استناد به کار اقتصاددانانی مانند مایز قانون-گذاری متمرکز را با نظام اقتصاد متمرکز مقایسه می‌کند. او می‌گوید همان‌طور که تعیین قیمت‌های واقعی بدون اتکاء به عرضه و تقاضا آشکار نمی‌شود ایجاد قاعده نیز از همین منطقی پیروی می‌کند. او خاطر نشان می‌کند «هیچ قانون‌گذاری به خودی خود قادر نیست بدون همکاری همه مردم قواعد حاکم بر رفتار همگان در روابط بی‌پایان آن‌ها با یکدیگر را ایجاد کند. هیچ نظرسنجی، رفراندوم یا مشاوره‌ای نمی‌تواند قانون‌گذار را در چنین جایگاهی قرار دهد. این بدان معناست که قانون‌گذاران حتی اگر بخواهند قواعدی وضع کنند که بخواهد وضعیت واقعی، عرف‌ها و انتظارات و اعمال افراد را در نظر بگیرد به راحتی نمی‌تواند اطلاعات کافی از تعاملات بی‌پایان انسانی به دست بیاورد. قانون‌گذار مانند حزب کمونیست فقط می‌تواند کورمال کورمال حرکت کند. آن‌ها نمی‌توانند عواقب بسیار بعید قانون‌گذاری را حدس بزنند زیرا گرفتار جهل سیستماتیک هستند. در نظام کامن‌لا قانون به طور خودجوش ایجاد می‌شود مانند قیمت که به طور خودجوش در بازار آزاد تعیین می‌شود. همان‌طور که قیمت در یک فرآیند آزاد از طریق تعاملات آزاد انسانی تعیین می‌شود قانون واقعی نیز از طریق همکاری قاضی و طرفین دعوا در کشف واقعی اراده‌ی مردم در یک بازه زمانی معین به دست می‌آید. قانون واقعی را نمی‌توان از بالا به پایین وضع کرد. قانون موضوعه قانون مصنوعی است و جای قانون تدریجی و تکاملی را نمی‌گیرد. دلیل اصلی جهل سیستماتیک برنامه‌ریزان و قانون‌گذاران متمرکز، خصلت غیر متمرکز

و متکثر دانش و معرفت است» (Kinsella, 1995: 160).

دلیل دیگر ناتوانی قوه مقننه برای وضع قواعد کلی مورد نیاز در روابط پیچیده و رویه فزونی در روابط اجتماعی است. جامعه ما تقاضای زیادی برای قواعد حقوقی دارد به طوری که کنش‌گران خصوصی بتوانند از طریق آن برنامه‌ریزی کرده و روابط خود را سامان دهند. قوه مقننه نمی‌تواند به تنهایی این تقاضا را به خوبی برآورده کند. ظرفیت این قوه به سبب کثرت موضوعات مبتلا از یک سو و کمبود وقت و منابع برای رسیدگی به کلیه این موضوعات محدود است. وانگهی توان این قوه در کنار سایر کارکردهای مهم آن نظیر نظارت بر اقدامات قوه مجریه باید مصروف سیاست‌گذاری‌های کلان و بررسی و ایجاد قواعدی نظیر بودجه، مالیات، سازمان دولت و اداره‌ی امور عمومی شود. از این رو در بسیاری از حوزه‌ها بویژه در حوزه حقوق خصوصی شکل منعطف قواعد ساخت قضات بر شکل قانونی قواعد تقنینی اولویت دارد (Eisenberg, 2007: 81). کاتوزیان در بیان ضرورت جدی انگاشتن رویه قضایی به مثابه منبع مستقل حقوق خاطر نشان می‌کند «در تفسیر قواعد حقوق، قانون‌گذار در پیش‌بینی همه روابط، ناتوان است، و تا کنون در هیچ قانونی راه حل تمام مسائل دیده نشده است. به همین جهت، وظیفه‌ی واقعی علم حقوق از جایی شروع می‌شود که دادرس یا نویسنده‌ای بخواهد از راه توسعه دادن متون موجود این نقص طبیعی را جبران کند، و قواعد مجرد را با واقعیت‌های خارجی منطبق سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۹-۱۹۰) و در نهایت توجیه دیگر رعایت بهتر و بیشتر حاکمیت قانون است به این معنا که مبنای اداره جامعه باید قانون باشد نه صرفاً عقاید گروه کوچکی از افراد که مناصب سیاسی جامعه را در اختیار خود گرفته‌اند. دکتترین رویه سابقه به دو شکل این کار را انجام می‌دهند. نخست این که قاعده سابقه، قطعیت و بی‌طرفی قانون را با ارائه یک منبع بی‌طرف که به وسیله آن قضات می‌توانند آرای خود را توجیه کنند تقویت می‌کند. دوم این که رویه قضایی، تأثیر یک قاضی یا تعدادی از قضات را در شکل دادن به قانون محدود می‌کند (Maltze, 1998: 367).

### نتیجه‌گیری

در مقاله حاضر جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان دو منبع مهم حقوقی در دو نظام الگوی کامن‌لا و رومی-ژرمنی مورد مطالعه قرار گرفت و زمینه و ریشه‌های تاریخی تفاوت این دو نظام حقوقی از حیث جایگاه دو منبع پیش‌گفته تحلیل و ارزیابی شد. در این مقاله اشاره شد که گرچه

اهمیت و تأکید بر رویه قضایی در نظام کامن لا و قانون در نظام رومی ژرمنی جنبه تاریخی داشته است اما هیچ یک از منابع یاد شده به تنهایی توانایی تغذیه‌ی کامل نظام‌های حقوقی در درون این دو خانواده بزرگ حقوقی را نداشته‌اند. به همین سبب همان طور که نشان داده شد نوعی هم‌گرایی و توازن و تعادل در استفاده از آن دو منبع حقوقی در هر دو نظام به وجود آمده است. تغییرات و تحولات اجتماعی کلان موجب استفاده بیشتر از قانون موضوعه در کشورهای دارای نظام کامن لا شد زیرا اتکاء صرف به رویه سابقه توانایی حقوق مبتنی بر رویه قضایی را برای انطباق با شرایط در حال تغییر مانع می‌شد. از سوی دیگر اتکاء شدید به قانون‌گذاری و قوانین موضوعه در کشورهای دارای نظام‌های مدون به تورم تقنینی دامن زد که در نهایت ناکارآمدی کل نظام حقوقی را در پی داشت. از این رو به نظر می‌رسد که قانون موضوعه و رویه قضایی یکدیگر را کامل می‌کنند. همچنین رویه قضایی و قانون از منظر کارایی مورد ارزیابی‌های مختلف قرار گرفته است. در این تحقیق این مدعا که قواعد حاصل از قاعده‌سازی قضایی کیفی‌تر از قانون هستند مورد بررسی قرار گرفت و نظرات موافق و مخالف در این باره مورد بررسی انتقادی قرار گرفت. منتقدان قانون‌گذاری عامدانه معتقدند راه‌حلی که از طریق وضع قانون به وسیله قانون‌گذاران ارائه می‌شود بیش از آن که راه‌حل‌های حقوقی باشند انعکاس تلاش‌های سیاست‌مداران برای برآورده کردن منافع سیاسی رقیب هستند. به‌علاوه فرآیند و تشریفات که طی آن قاعده‌ی حقوقی از دل آن‌ها در این دو نظام خلق می‌شود نیز متفاوت است. فرآیند قانون‌گذاری بیشتر بر گفتگو و مصالحه استوار است. بر عکس فرآیند قضاوت عبارت است از تصمیم‌گیری در مورد استدلال‌های رقیب همراه با تمرکز بر ایفای حق در یک پرونده ولو به قیمت فدا شدن خیر عمومی است. قانون‌گذاری بر مبنای رأی اکثریت بنا شده در حالی که در دادگاه‌ها رعایت تشریفات آئین دادرسی مهم است. قانون‌گذار حق وضع قاعده به نحو عام را دارد در حالی که قضات فقط حق دارند در مورد پرونده‌ها تصمیم‌گیری کنند. هم‌چنین قوای مقننه می‌توانند هر موضوعی را که مایلند (البته اغلب در چارچوب قوانین اساسی خود) در دستور کار خود قرار دهند اما قضات از این آزادی برخوردار نیستند و فقط در ضمن پرونده‌ای که نزد آن‌ها مطرح می‌شود می‌توانند تصمیمی اتخاذ کنند که در صورت تبعیت سایر دادگاه‌ها منشأ ایجاد قاعده کلی حقوقی باشد. گفته شد که تصمیم‌گیری قضایی مبتنی بر اصول، مدلل و تحت تأثیر رویه سابقه است و از نظر روشی تا حد زیادی مبتنی بر استدلال قیاسی است. استدلال قضایی انبان

عظیمی از سنت‌های سازگار، متلائم و مستمر از توسعه منظم حقوقی ایجاد می‌کند. امکان سیاست‌گذاری از رهگذر رویه قضایی وجود دارد اما رویه و سنت‌ها باید در نظر گرفته شود. تصمیم‌گیری تقنینی با محدودیت‌هایی از این دست روبه‌رو نیستند. کار آن‌ها اغلب به مصالحه و آشتی می‌کشد. قانون‌گذاری مستلزم انتخاب‌های سیاستی آزادانه و در نظرگرفتن بی‌قید و بند ملاحظات سیاسی است در حالی که فرآیند تصمیم‌گیری قضایی چنین نیست. با توجه به این تفاوت‌ها، طرفداران کارائی بیشتر قاعده‌گذاری قضایی معتقدند تدریجی بودن ایجاد قواعد حقوقی در این نوع قاعده‌سازی سودمند است زیرا این امر نتیجه تعامل مجموعه‌ای از قضات است که دارای ترجیحات مختلفی هستند که سلیقه‌های متفاوت یکدیگر را متعادل می‌سازند و بدین ترتیب موجب سلطه یک گروه یا منافع خاص بر فرآیند قانون‌گذاری نخواهد شد. هدف مشترک قضات کامن‌لا حداکثر کردن کارآیی در معنای اقتصادی آن است. طرفداران این نظر با استناد به مطالعات میدانی و تجربی انجام شده در این باره معتقدند کشورهایی که در شمار نظام‌های حقوقی کامن‌لا محسوب می‌شوند نسبت به نظام‌های مبتنی بر کدهای مدنی فرانسوی و آلمانی و اسکاندیناویایی از وضعیت بهتر اقتصادی و سیاسی بهره‌مندند زیرا نوع قاعده‌سازی غیر متمرکز که در ذات نظام کامن‌لا قرار دارد بهتر می‌تواند از اقتصاد مبتنی بر بازار حمایت کند در حالی که قضات در نظام حقوق مدون به مفاد قوانین، سازگاری میان آن‌ها و مفاهیم انتزاعی علاقمندی بیشتری نشان می‌دهند تا آثار عملی و عینی آرای خود، که همانا معقول بودن و عواقب یا خروجی نهایی اصولی است که اعمال می‌کنند. در مقابل، طرفداران قانون‌گذاری عامدانه بر جنبه مشروعیت دموکراتیک، قطعیت و وضوح قانون عامدانه تأکید می‌کنند و معتقدند قانون موضوعه به سبب نزدیکی به اراده مردم بر قواعد ایجاد شده به وسیله قضات اولویت دارد. قوای مقننه نهادهایی هستند که اختصاصاً برای ایجاد قانون آن‌هم به نحوی دموکراتیک و به نمایندگی از مردم طراحی شده‌اند. این نهاد طوری طراحی شده است که طیف وسیعی از طبقات و منافع را نمایندگی کنند. ایشان ضمن اشاره به شیوه ایجاد قواعد حقوقی یادآوری می‌کنند که قواعد برآمده از آرای قضایی به صورت غیر علنی و غیر شفاف ایجاد می‌شود و همین امر را نقطه ضعف اصلی آن می‌دانند در حالی که بر عکس وضع قانون در قوه مقننه طی تشریفات و شرایطی انجام می‌شود که علنی بودن و شفافیت آن را تضمین می‌کند؛ امری که از شرایط اصلی برقراری حاکمیت قانون است. آن‌چه از تأمل در استدلال‌های هر دو نوع قاعده قابل استنباط است این

است که نظام حقوقی به هر دو منبع حقوقی نیاز دارد. مزایای اختصاصی هر کدام از منابع حقوقی موجب غنای محتوایی نظام حقوقی به طور کلی می‌شود. این امر برای نظام‌هایی مانند نظام حقوقی ایران که به طور افراطی به قانون و قانون‌گذاری اهمیت بیشتری می‌دهد و نقش قاعده‌سازی از رهگذر رویه قضایی را نادیده می‌گیرد بسیار آموزنده است.

توجه به تحولاتی که در جایگاه منابع مختلف حقوق در نظام‌های حقوقی الگو مانند فرانسه و آلمان رخ داده است می‌تواند محل توجه و تأمل نظام حقوقی داخلی به عنوان نظام‌های اقتباس‌کننده باشد. دلیل منزلت پایین رویه قضایی در نظام حقوقی ایران بیش از آن که در عوامل اداری و اجرایی مانند عدم انتشار منظم آرای قضایی یا نقص در نظام آموزشی باشد ناشی از نوع نگاه ارزشی به این دو منبع مهم حقوق است. این مقاله بر آن بود تا حدودی اهمیت قاعده ایجاد شده در فرآیند قضایی را در نسبت با قانون موضوعه نشان دهد. هدف نهایی تغییر نگرش‌ها نسبت به رویه قضایی و نشان دادن جایگاه مهم آن در سازمان‌دهی بهینه حیات اجتماعی است.

## منابع

### الف - فارسی

#### کتاب‌ها

- سیمایی صراف، حسین، (۱۳۹۲)، *قیاس در استدلال حقوقی؛ مطالعه تطبیقی در فقه، نظام حقوقی ایران و کامن‌لا*، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)، *توجیه و نقد رویه قضایی*، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، چاپ ۶۸ تهران: شرکت سهامی انتشار.
- هارت، هربرت، (۱۳۹۰)، *مفهوم قانون*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.

#### مقاله

- محمدزاده وادقانی، علیرضا، (۱۳۷۶)، *رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، شماره ۳۸.

### ب - انگلیسی

#### Books

- Barak, Aharon, (2008), *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- Duxbury, Neil, (2008), *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Eisenberg, Melvin. A., (2007), *The Principle of Legal Reasoning in: Edlin, D. E. (ed), The Common Law in Common Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Fix-Fierroo, Hector, (2003), *Courts, Justice and Efficiency*, Oxford, Hart Publishing.
- Harris, Phil, (2007), *An Introduction to Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Rotolo, Antonion, (2005), *Source of Law in Civil Law, in Shiner, R. Legal Institutions and the Sources of Law*, Vol. 3, London, Springer.
- Sauveplanne, J. G., (1982), *Codified and Judge Made Law*, New York, North Holland Publishing Company. 1982.

- Siltala, Raimo, (2000), *A Theory of Precedent*, Oxford, Hart Publishing.

- Waldron, Jeremy., (2006), *Legislation, in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Martin P. Golding and William A. Edmonson, (eds), Oxford, Blackwell Publishing.

#### Articles

- Fon, Vincy., and Parisi, Francesco, (2006), Judicial Precedents in Civil Law Systems: A dynamic Analysis, *International Review of Law and Economics*, No. 26.

- Loussouarn, Yvon, (1958), The Relative Importance of Legislation, Custom, Doctrine and Precedent in French Law, *Louisiana Law Review*, Vol. 18, No. 2.

- Kinsella, S., (1995), Legislation and the Discovery of Law in a Free Society, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 11, No 2.

- Maltze, Earl, (1988), The Nature of the Precedent, *North Carolina Law Review*, Vol. 66.

- Maclachlin, B, (2000), Judicial Power and Democracy, *Singapore Academy of Law Journal*.

- Parisi, Fon, (2001), Source of Law and the Institutional Design of Law Making, *Journal of Public Finance and Public Choice*, Vol.19, Nos - 2-3.

- Ponzetto, Giacomo, A. M. and Fernandez, (2008), Patricio, A., Case Law Versus Statute Law, *Journal of Legal Studies*, Vol. 73 No 2.

- Rachlinski, Jefry, (2006), Bottom-up Versus Top-down Lawmaking, *University of Chicago Law Review*, Vol. 73.

- Sales, Philip, (2012), Judges and Legislatures: Values into Law, *Cambridge Law Journal*, 71 No 2.

#### ج - منابع اینترنتی

- Hadfield, Gillan. K., (2006), The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and Evolution of law, 2006, available online at: [www.law.yale.edu/documents/pdf/The\\_Quality\\_of\\_law\\_in\\_Civil\\_Code.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_Quality_of_law_in_Civil_Code.pdf) (acssed on 10 April, 2015).

- Hondius, Ewoud, (2007), Precedent and Law, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol, 60, available online at: [www.ejcl.org/113/article113-](http://www.ejcl.org/113/article113-)



3.pdf, (accessed on 18 June 2016).

