

## تأملی پیرامون مبانی تأسیس «ایجاد رویه قضایی» صلاحیت ویژه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

محمد سلگی\*

### چکیده

صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در سه کارویژه مهم متجلی است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، ابطال مصوبات دولتی است که براساس آن، دیوان عدالت اداری یگانه مرجع قضایی برای ابطال مصوبات اداری در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران به حساب می‌آید. صلاحیت دیگر هیأت عمومی، صدور رأی وحدت رویه است که در قوانین مصوب ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۰، مورد تأکید قانون‌گذار قرار گرفته است و از زمان تشکیل در سال ۱۳۶۱ تا به امروز نیز در عمل، آراء وحدت رویه زیادی صادر کرده است. اما مسأله برانگیزترین تأسیس قانون‌گذار در خصوص هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، به نهاد «ایجاد رویه قضایی» مربوط است که نظر به نوین‌بودن این تأسیس حقوقی در کلیت نظام دادرسی ایران و مشخصاً «دادرسی اداری»، بررسی مبانی توجیهی و شرایط اصدار آن از اهمیت به‌سزایی برخوردار است؛ چه این که شناسایی نهاد ایجاد رویه توسط قانون‌گذار، چالش‌های بسیاری را، حداقل به لحاظ نظری، در این خصوص به‌وجود آورده است.

**واژگان کلیدی:** صلاحیت، دیوان عدالت اداری، رأی وحدت رویه، ابطال مصوبات اداری

## مقدمه

ایجاد رویه قضایی برای اولین بار در قانون سال ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری به رسمیت شناخته شد و درحالی که در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۰۹/۲۲ نیز گنجانده شده بود، با ایراد شورای نگهبان قانون اساسی مواجه شد اما نهایتاً در تاریخ ۱۳۹۲/۰۳/۲۵ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق با مصلحت نظام تشخیص داده شد. وفق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و بند سوم آن<sup>۱</sup> و همچنین ماده ۹۰ و تبصره آن، یکی از صلاحیت‌های هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در حوزه قضاوت‌های نوعی<sup>۲</sup>، مسأله صدور آراء ایجاد رویه است که تردید در استقلال امر قضا، تقلیل جایگاه قضات به کارمندان اداری و به‌ویژه برهم‌خوردن نظم تفکیک قوا از مهم‌ترین این انگاره‌ها است؛ درعین حال اما کارآمدی این نهاد برای تضمین بهتر حقوق شهروندان، جلوگیری از اطالۀ داری و رهیافتی کارکردی و تعاملی به نظریه تفکیک قوا و سخن از رویکرد «تقنین قضایی» و «کارکردگرایی قضایی» که بالمآل «دسترسی به عدالت»<sup>۳</sup> را به نحو مؤثرتری میسور می‌سازند، در جهت تقویت جایگاه این تأسیس حقوقی شایان توجه هستند. بی‌گمان، طرح و نقد مسائل پیش‌گفته نیازمند ارائه مبانی نظری مستحکمی جهت پذیرش یا ردّ این نهاد و همچنین تدقیق در شرایط و چگونگی عملیاتی‌شدن آن می‌باشد؛ زیرا ورود تأسیس‌ها و نهادهای بدیع در هر نظام حقوقی، به‌ویژه در حوزه دادرسی و امر قضا که اثرات آن بی‌وقفه حقوق مردم را متأثر می‌سازد، همواره با تردیدهای اساسی مواجه بوده است که در صورت فقدان مبانی توجیهی مستحکم در این خصوص و

۱. ماده ۱۲- حدود صلاحیت و وظایف هیأت عمومی دیوان به شرح زیر است:

۱- ...

۲- ...

۳- صدور رأی ایجاد رویه که در موضوع واحد، آراء مشابه متعدد از شعب دیوان صادر شده باشد.

۲. در این جا منظور از قضاوت نوعی، صدور آراء وحدت‌رویه و ایجاد رویه توسط هیأت عمومی است که برخلاف آراء موردی شعب، عام‌الشمول و کلی بوده و قاعده‌ای عمومی، شکلی یا ماهوی، را دربر دارد.

3. Access to justice

برای مطالعه بیشتر در این خصوص، نک:

<http://www.aclrc.com/what-is-access-to-justice/>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۷/۱۵

نیز روشن نشدن شرایط کمی و کیفی اعمال آن نهاد وفق غایات قانون گذار، تردیدهای پیش گفته، افزون می گردند.

## ۱- آراء ایجاد رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

### ۱-۱. صدور رأی «ایجاد رویه» در خصوص تسویه حساب کارگر با کارفرما

اولاً: تشابه در آراء محرز است. ثانیاً: مطابق ماده ۳۷ قانون کار، پرداخت مزد به صورت روزانه یا ساعتی یا ماهانه تعیین شده است و به وجه نقد رایج کشور یا با تراضی طرفین به وسیله چک از سوی کارفرما به کارگر پرداخت خواهد شد. ضرورت وجود اسناد پرداخت منطبق با صور ساعتی، روزانه و یا ماهانه اقتضاء می کند که کارفرما نحوه پرداخت مزد و حقوق و اسناد آن را در اختیار داشته باشد و صرف این که کارگر با تنظیم یادداشتی اعلام کند که مزد و حقوق مربوط را دریافت کرده بدون این که کارفرما اسناد مالی ناظر بر نحوه پرداخت را ارائه کند موجود یقین بر پرداخت مزد و حقوق کارگر نخواهد بود. از این رو در هر مورد که کارفرما مدعی پرداخت مزد و حقوق و مزایا به کارگر است و سندی منتسب به کارگر ارائه می کند که وی مزد و حقوق خود را دریافت کرده ارائه اسناد مثبت به پرداخت این مزد و حقوق الزامی است و با توجه به مراتب آراء مندرج در گردش کار که اسناد ناظر بر پرداخت مزد و حقوق به کارگر را برای احراز تسویه حساب کارفرما با کارگر لازم دانسته صحیح و موافق مقررات تشخیص شد و در اجرای بند ۳ ماده ۱۲ و ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲، مفاد آراء مذکور با استدلال پیش گفته به عنوان رأی ایجاد رویه تصویب می شود. این رأی برای سایر شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم الاتباع است.<sup>۱</sup>

محمد کاظم بهرامی

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

۱. نظر به حجم زیاد، از آوردن گردش کار احتراز گردید. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

## ۲-۱. صدور رأی «ایجاد رویه» در خصوص پرداخت حق بیمه سنوات

### ارفاقی کارکنان سازمان آموزش و پرورش استثنایی

مطابق تبصره ۵ ماده واحده قانون تشکیل سازمان آموزش و پرورش استثنایی مصوب سال ۱۳۶۹ پنج سال خدمت دولتی رضایت‌بخش در سازمان از هر نظر از جمله بازنشستگی شش سال محسوب می‌شود و به موجب ماده ۵۲ آیین‌نامه خاص استخدامی آموزش و پرورش استثنایی مقرر شده است که «در اجرای تبصره ۵ ماده واحده قانون تشکیل سازمان هر ۵ سال خدمت در آموزش و پرورش استثنایی از لحاظ بازنشستگی، از کارافتادگی، وظیفه و وراثت ۶ سال محسوب می‌گردد». و براساس رأی صادر شده در هجدهمین جلسه شورای سازمان آموزش و پرورش استثنایی مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۱۷ این امر به کلیه مستخدمین رسمی و پیمانی سازمان تسری داده شده است. نظر به مراتب فوق‌الذکر دادنامه‌های متعدد شعبه ۴ که با توجه به مقررات فوق‌الذکر حکم بر الزام سازمان آموزش و پرورش استثنایی به پرداخت حق بیمه معوقه سنوات ارفاقی و سازمان تأمین اجتماعی به پذیرش حق بیمه مذکور و احتساب آن در سنوات خدمتی صادر شده صحیح است و در اجرای حکم مقرر در بند ۳ ماده ۱۲ و ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ به‌عنوان رأی ایجاد رویه برای شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است.<sup>۱</sup>

محمد کاظم بهرامی

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

## ۳-۱. صدور رأی ایجاد رویه در خصوص مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه

به موجب تبصره ۲ ماده واحده قانون اصلاح قوانین تنظیم جمعیت و خانواده مصوب سال ۱۳۹۲ به دولت اجازه داده شده است مرخصی زایمان مادران را به نه ماه افزایش دهد و هیأت وزیران نیز در راستای این اختیار به موجب بند یک تصویب‌نامه شماره ۹۲۰۹۱/ت/۴۶۵۲۷-۱۹/۰۴/۱۳۹۲، مدت مرخصی زایمان (یک و

۱. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

دوقلو) زنان شاغل در بخش‌های دولتی و غیردولتی را نه ماه تمام با پرداخت حقوق و فوق‌العاده‌های مربوط تعیین کرده است. نظر به این که شعب ۴۵ و ۱۰ و ۴ دیوان عدالت اداری به شرح آراء مندرج در گردش کار که در شعب هشتم و دهم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری عیناً تأیید و استوار شده است در ارتباط با خواسته شکات مبنی بر الزام دستگاه دولتی متبوع خویش به افزایش مدت مرخصی زایمان از شش ماه به نه ماه حکم به وارد دانستن شکایت صادر کرده‌اند این آراء در راستای حکم پیش‌گفته مقنن و مصوبه یادشده هیأت وزیران صادر شده‌اند و به‌عنوان رأی صحیح تلقی می‌شوند و به همین جهت در راستای ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ مفاد آراء مذکور به‌عنوان رأی ایجاد رویه برای شعب دیوان عدالت اداری، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است.<sup>۱</sup>

محمدجعفر منتظری

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

.....

## ۲. مبنای صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در صدور آراء وحدت و ایجاد رویه در قیاس با هیأت عمومی دیوان عالی کشور

هرچند که اصل ۱۶۱<sup>۲</sup> قانون اساسی ایجاد وحدت رویه قضایی را در صلاحیت دیوان عالی کشور دانسته است، اما با توجه به این که دیوان عدالت اداری، به‌عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی در حوزه دادرسی اداری، حق رسیدگی شکلی [و ماهوی] نسبت به موضوعات مطروحه را دارا بوده و تعدد شعب دیوان احتمال صدور آراء متناقض را دور از ذهن نمی‌گذارد؛ از این رو شناختن چنین نظامی برای دیوان عدالت اداری منطقی به‌نظر می‌رسد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۴۶). اما، در صورت تعارض

۱. برای مطالعه متن کامل به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8940>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۷/۲۶

۲. اصل ۱۶۱- دیوان عالی کشور به‌منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود براساس ضوابطی که رئیس قوه قضاییه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد.

میان رأی وحدت رویه قضایی دیوان عدالت اداری و رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، از آن جا که اولاً: قانون اساسی (عالی) که این حق را تصریحاً برای دیوان عالی کشور قائل شده است، درمقابل قانون عادی (تالی) که آن را یکی از اختیارات دیوان عدالت اداری می‌داند، قرار می‌گیرد؛ ثانیاً، دیوان عالی کشور، بنا به قرائن قانونی، عالی‌ترین مرجع قضایی کشور به‌شمار می‌رود؛ به‌نظر می‌رسد که رأی دیوان عالی کشور مقدم بر رأی دیوان عدالت اداری باشد (هاشمی، ۱۳۹۲: ۴۴۷). اما برخلاف این گفته به‌نظر می‌رسد پذیرش نظریهٔ پیش‌گفته، به‌صورت مطلق، موافق با قوانین نباشد. چه این‌که، هرچند دیوان عالی کشور عالی‌ترین مرجع قضایی است و رأی وحدت رویه را با اتکاء به قانون اساسی [و قوانین عادی] صادر می‌نماید؛ لیکن فلسفه و مبنای صدور رأی وحدت رویه به دلیل وجود حکم و نص قانونی در اصل ۱۶۱ قانون اساسی مبنی بر جواز صدور رأی وحدت رویه از دیوان عالی کشور نیست، بلکه مبنای صدور رأی وحدت رویه، حق تفسیر قضایی است که در اصل ۱۷۳ قانون اساسی به دادرسان داده شده است (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۳۸). زیرا حق تفسیر قضایی که به قضاوت داده شده است موجب نفوذ استنباط شخصی قضاوت از قانون در آراء می‌گردد و چون قاضی ملزم به تبعیت از نظر قانونی دیگران نیست، لذا تعدد و تشّت در آراء صادره به وجود می‌آید و چنان‌چه رأی وحدت رویه که حاصل خرد جمعی و تفسیر قضایی چندین قاضی مجرب و باسابقه است نسبت به رأی قاضی واحد یا قضاوت متعدد در مراجع تجدیدنظر یا شعب دیوان لازم‌الاتباع نباشد، تعدد و تفاوت مفاد آراء صادره قطعاً با مراد مقنن که از هر نص قانونی مشخص و واحد بوده است، متعارض و متفاوت خواهد بود و زمینهٔ تضییع حقوق اشخاص فراهم می‌گردد (شمس، ۱۳۸۰: ۱۴۵). بنابراین مبنای صدور رأی وحدت رویه حکم مقنن اساسی نیست بلکه اگر حکم مقرر در اصل ۱۶۱ قانون اساسی (درخصوص صدور رأی وحدت رویه) نیز وجود نداشت، دیوان عالی کشور در مقام نظارت بر حسن اجرای قوانین در محاکم، حق صدور رأی وحدت رویه را دارا بود و چون دیوان عدالت اداری مرجع ناظر بر حسن اجرای قوانین در مراجع اداری

۱. اصل ۷۳ - شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از

تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند، نیست.

است، لذا همین حق براساس حق تفسیر قضایی از قوانین برای دیوان عدالت اداری هم پیش‌بینی شده است و پیش‌بینی صلاحیت صدور رأی وحدت رویه در قانون اساسی برای دیوان عالی کشور و پیش‌بینی این حق در قانون عادی برای دیوان عدالت اداری موجب تقدم رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری نخواهد بود و از طرفی چون دیوان عدالت اداری مرجع قضایی ناظر بر حسن اجرای قوانین در مراجع اداری است و مراجع اداری مکلف به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری هستند ولی ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نمی‌باشند، عقیده بر تقدم رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نسبت به دیوان عدالت اداری موجب بلا تکلیفی مرجع اداری خواهد بود؛ زیرا این مراجع ملزم به تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور نیستند و با تقدم رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور بر دیوان عدالت اداری، رأی مرجع اخیرالذکر نیز لازم‌الاتباع خواهد بود؛ بنابراین، در محدوده حقوق اداری و تکالیف مربوط به دستگاه‌های اجرایی، رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری نسبت به مراجع اداری لازم‌الاجرا است حتی اگر با رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور در تعارض باشد، چون دیوان عالی کشور صلاحیت صدور رأی وحدت رویه در امور حقوقی و کیفری را دارد ولی صدور رأی وحدت رویه در خصوص آراء مربوط به امور اداری در صلاحیت دیوان عدالت اداری است (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۳۹). همچنین، وفق ماده ۲۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، فقط مراجع قضایی مکلف به تبعیت از آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور هستند نه مراجع اداری و این دو امر، لازم و ملزوم هم نیستند تا گفته شود به دلیل تکلیف مراجع قضایی، به طریق اولی مراجع اداری نیز مکلف‌اند. النهایه، نظر به شناسایی نهاد «ایجاد رویه قضایی» در حوزه صلاحیتی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری توسط قانون‌گذار، می‌توان مبانی پیش‌گفته را به این تأسیس حقوقی نیز تسری داد.

## ۱-۲. تبیین جایگاه حقوقی رأی ایجاد رویه

نظر به اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، قضات به هنگام رسیدگی قضایی و در مقام تمییز حق، حق تفسیر قوانین را دارند. در واقع این مهم {تفسیر قوانین} امری اجتناب‌ناپذیر در رسیدگی‌های قضایی است؛ چه این‌که لازمه تطبیق حکم عام بر

موضوعات خاص، تفسیر قوانین عام و کلی توسط دادرسان است. گاهی موضوعات مشابه توسط قضات متعددی مورد قضاوت قرار گرفته و در این میان احکام متعارضی صادر می‌شود؛ مقوله‌ای که احیاناً شهروندان را با این پرسش روبه‌رو می‌کند که چگونه در خصوص وقایع و اعمال مشابه و نیز قوانین یکسان، احکام قضایی متفاوت و متعارضی صادر می‌یابد و در صورت عدم وجود راه‌حلی در این باره، ممکن است اعتماد و اطمینان مردم به دستگاه قضایی و تأمین عدالت، از بین برود. برای جبران این کاستی احتمالی، نهاد وحدت رویه پیش‌بینی شده است که به مثابه آراء قضایی نوعی، آثاری همانند قانون دارند و برای دیگر محاکم در خصوص همان موضوعات لازم‌الاتباع هستند. یعنی رأی وحدت رویه ضمن رفع و دفع تعارض موجود میان آراء و احکام قضایی در خصوص موضوعات مشابه، ارائه تفسیر و استنباط صحیح و نهایی از حکم قانون‌گذار را نیز به همراه دارد. در واقع علت اصلی وجود این تعارض‌ها در احکام قضایی مورد بحث، عدم توافق قضات بر سر فهم و کشف غایت اساسی حکم قانون‌گذار است که این عدم توافق در آراء متعارض نمود یافته و متعین می‌شوند. اما در مواقعی حکم قانون‌گذار از آن‌چنان صراحت و وضوحی برخوردار است که تمام موضوعات مشابه مطروحه در آن خصوص، با احکام قضایی مشابه و یکسان مواجه شده می‌شوند؛ گو این‌که حکم قانون‌گذار و مراد وی برای قضات آن‌چنان روشن، واضح و مسلم است که در تمامی موارد مشابه مطروحه، احکام قضایی مشابه صادر می‌شود. به عبارت دیگر، صدور آراء مشابه در یک موضوع، مبین آن است که مراد قانون‌گذار روشن بوده و نیازی به تفسیر ندارد. مسأله‌ای که قانون‌گذار از آن با نام «ایجاد رویه» به‌عنوان نهاد جدیدی در حوزه دادرسی اداری رونمایی کرده است. به دیگر سخن، آن‌چه که مبنای صدور رأی وحدت رویه است، تعارض احکامی است که تفاسیر و برداشت‌های متفاوت از حکم واحد قانونی به وجود می‌آید اما صدور آراء مشابه در موضوع واحد از ناحیه شعب مختلف حاکی از مبتلا به بودن موضوع است و بر این نکته دلالت دارد که آن موضوع مورد تنازع بوده و طرفین شکایت، برداشت واحدی از حکم قانون ندارند ولو این‌که در شعب دیوان استنباط واحد وجود داشته باشد (مولایبگی، ۱۳۹۳: ۱۴۳). یعنی رأی وحدت رویه به دلیل تعارض احکام شعب دادگاه‌ها در صدور رأی نسبت



به «موضوعات مشابه» است که ناشی از تلقی متفاوت قضات نسبت به حکم یکسان مقنن می‌باشد حال آن‌که در رأی ایجاد رویه برداشت‌های متفاوت از حکم قانون‌گذار را طرفین شکایت و شهروندان دارند و به همین دلیل نیز به طرح دعاوی دیگر در همان خصوص می‌پردازند؛ در حالی که احکام شعب دیوان در مورد آن «موضوع مشابه» یکسان است. طرح موضوعی که در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در عالم حقوق مورد مناقشه است و چند شعبه مختلف آراء مشابه صادر کرده‌اند، موجب می‌شود تا در صورتی که استنباط حقوقی شعب مختلف صادرکننده آراء مشابه مورد تأیید قرار گیرد، موضوع از استحکام حقوقی بیشتری برخوردار شده و در موارد مشابه لازم‌الاتباع باشد و چنان‌چه آراء مشابه صادرشده از شعب مختلف برخلاف حکم قانون‌گذار باشد با صدور رأی هیأت عمومی، از تکرار آراء ناصحیح و مخالف منظور مقنن جلوگیری به عمل آید (مولابیگی، ۱۳۹۳: ۱۴۳).

بنابراین نظر به این‌که قضات دیوان نیز، مانند سایر قضات، در مقام صدور رأی، برداشت شخصی خود را از قوانین و مقررات اعمال می‌نمایند و مکلف به تبعیت از نظر قضات دیگر نمی‌باشند، برداشت متفاوت قضات متعدد از نص واحد همواره امکان‌پذیر است اما در عین حال نظر به این‌که مقصود و مراد مقنن از هر نصی مشخص بوده و نمی‌تواند {= نباید} برحسب مفسر آن تفاوت نماید، لازم است آن مقصود و مراد، در موارد اختلاف، تشخیص و اعلام شود تا حقوق اشخاص، با تفسیر قضایی غیرصحیح، در معرض تضییع قرار نگیرد. با این حال در این‌جا ذکر این نکته ضروری است که مراجع ایجاد وحدت رویه قضایی علی‌الاصول ملزم به انتخاب یکی از آراء معارض نیستند؛ چون امکان دارد که آراء صادره علی‌رغم تناقضی که دارند، هیچ‌یک موافق قانون شناخته نشوند. در این حالت هیأت عمومی ضمن تصدیق تعارض آراء مورد بحث، موظف است که با صدور رأی شایسته بر تبیین نظر و غرض اصلی قانون‌گذار در ایجاد وحدت رویه صحیح اقدام و به هر تقدیر تکلیف مراجع صلاحیت‌دار را در موارد مشابه معین کند (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۴۰۸). مسأله‌ای که در خصوص رأی ایجاد رویه نیز صادق است؛ چه این‌که ممکن است در موضوع مشابهی آراء متعدد مشابه غیرصحیحی صادر شده باشد؛ در این وضعیت، هیأت عمومی باید با بررسی ماهوی این قضا یا از تکرار آراء مشابه ناصحیح جلوگیری کرده

و نیز رویه‌ای صحیح را ایجاد نماید. از حیث نظری نیز صدور رأی وحدت رویه قضایی تنها هنگامی قابل توجیه شناخته شده و بر اصل استقلال قضایی و اختیار تفسیر قانون توسط وی برتری یافته که قضات در موضوع واحد، آراء متفاوت صادر می‌کردند، درحالی که تأسیس گفته شده {رأی ایجاد رویه} در واقع مصداق صدور حکم کلی توسط مراجع قضایی است که طبق اصول حقوقی و قضایی باید از آن پرهیز شود. در نظریه موافق آمده است این تحول تأمل برانگیز در مبنای صدور یک رأی وحدت رویه در نظام حقوقی ما سازگاری ندارد لیکن از این جهت که می‌تواند استنباط‌های قضایی رایج در شعب بدوی در مورد دعاوی مشابه را از حالت محدود و غیرالزام‌آور بودن خارج نموده و به‌صورت کلی و الزام‌آور برای مراجع مربوطه و سایر شعب در آورد، دارای اهمیت است. ابتکار عمل یادشده، عملاً استنباط‌های محدود و حاشیه‌ای را به رویه قضایی حاکم تبدیل می‌کند (نجابت‌خواه، ۱۳۹۰: ۲۴۱) و همچنین، رسیدگی خارج از نوبت مانع اتلاف وقت شعبه و اصحاب دعوی و در نتیجه منجر به تسریع در رسیدگی می‌شود (دلآوری، ۱۳۹۳: ۴۲۸).

## ۲-۲. تبیین جایگاه قانونی رأی ایجاد رویه

پیشینه نهاد حقوقی ایجاد رویه، به قانون سال ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری برمی‌گردد؛ نهادی که از نظر ماهوی به نظام دادرسی اداری ما وارد شده بود اما با عنوان اشتباه «وحدت رویه». مقوله‌ای که طبق بند ۳ ماده ۱۲ و نیز ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از «وحدت رویه» به «ایجاد رویه» تغییر یافته است؛ چه این که وحدت رویه یعنی رویه‌هایی که موجود اما متعارض است و با طرح در هیأت عمومی، جای خود را به وحدت رویه می‌دهد اما در ایجاد رویه طبق بند ۳ نیاز به آراء مشابه متعدد از شعب دیوان دارد و ماده ۹۰ آراء مشابه متعدد را «پنج رأی مشابه» و شعب دیوان را «دو یا چند شعبه» مشخص نموده و منظور این است که آراء مذکور رویه‌ای ایجاد نمایند تا با جلوگیری از تبادل لوایح و اتلاف وقت، پرونده‌های مشابه زودتر به رأی بیانجامد که از اصلاحات مطلوب لفظی به شمار می‌رود (ویژه و آگاه، ۱۳۹۱: ۱۳۸). هرچند که باز هم عنوان این نهاد از نظر حقوقی و ادبی محل تأمل است؛ چه این که، نهاد ایجاد رویه و هیأت عمومی

دیوان در واقع رویه ایجادشده توسط چند شعبه را تأیید و تنفیذ می‌کنند نه این‌که رویه‌ای جدید را ایجاد کنند؛ پس عنوان تأیید یا تنفیذ رویه از نظر ادبی و حقوقی صحیح‌تر به نظر می‌رسد. ماده ۴۴ قانون سابق این‌گونه بود؛

«ماده ۴۴- هرگاه در موضوع واحدی حداقل پنج رأی مشابه از شعب مختلف دیوان صادر شده باشد با نظر رئیس دیوان موضوع در هیأت عمومی مطرح و رأی وحدت رویه صادر می‌شود این رأی برای شعب دیوان، ادارات، اشخاص حقیقی و حقوقی ذی‌ربط لازم‌الاتباع است.

تبصره- پس از صدور رأی وحدت رویه رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به تبادل لوایح انجام می‌گیرد».

ماده ۴۴ قانون دیوان عدالت اداری عملاً جزء مواد متروکه در دیوان بود و به‌رغم وجود تشابه آراء در دیوان که از فرط وفور قابل احصاء نبوده تنها در یک مورد نسبت به اعلام تشابه آراء طی دادنامه شماره ۳۴ مورخ ۱۳۹۱/۰۱/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به قانون فوق‌العاده خاص کارکنان سازمان‌های پزشکی قانونی کشور مصوب ۱۳۹۰/۰۲/۰۴ رأی وحدت رویه {ایجاد رویه} صادر نمود<sup>۱</sup> که انتظار می‌رود با پیش‌بینی ایجاد رویه واحد در صورت اعلام تشابه آراء در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری رئیس دیوان از این اختیار قانونی استفاده نموده و با دنبال نمودن مزایای مثبتی که ایجاد رویه واحد داشته و آثار آن بر رسیدگی شعب دیوان با اطالۀ دادرسی مقابله نماید (دلآوری، ۱۳۹۳: ۴۳۰). به‌علاوه، در خصوص ماده ۴۴ قانون سابق قابل ذکر است که آیا طرح موضوع در هیأت عمومی از وظایف {تکالیف} قانونی رئیس دیوان و امری الزامی بود یا اختیاری و نیز وضعیت افراد و مراجع دیگر در این خصوص چگونه بود؟ آیا تشخیص تشابه آراء از اختیارات رئیس دیوان بود یا از اختیارات هیأت عمومی؟ قانون‌گذار تصریح نکرده بود که منظور از شعب مختلف، چند شعبه بود؟ وفق ماده ۴۴ مشخص نبود که پس از طرح موضوع در هیأت عمومی، شیوه عمل هیأت عمومی و اختیارات این هیأت تا چه حدود و میزان است؟ مسائلی که قانون‌گذار

۱. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید: <http://divan-edalat.ir/aho-detail/8201>

جدید در ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و تبصره آن، ابهامات پیش گفته را تا حدی برطرف کرده است.

«ماده ۹۰- هرگاه در موضوع واحد حداقل پنج رأی مشابه از دو یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را به موضوعات مشابه نماید. در صورتی که هیأت عمومی آراء صادرشده را صحیح تشخیص دهد، آن را برای ایجاد رویه تصویب می‌نماید. این رأی برای سایر شعب دیوان، ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی مربوط لازم‌الاتباع است. تبصره - پس از صدور رأی ایجاد رویه، رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به ارسال نسخه‌ای از دادخواست و ضمائم آن برای طرف شکایت، انجام می‌گیرد.»

یکی از بخش‌های قابل تأمل ماده ۹۰ در خصوص چگونگی طرح موضوعی ایجاد رویه در هیأت عمومی است. قانون‌گذار در این ماده اظهار داشته که «رئیس دیوان می‌تواند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و تقاضای تسری آن را به موضوعات مشابه نماید». بنابراین در این خصوص و برخلاف رأی وحدت رویه که شرایط اصدار آن در ماده ۱۸۹ مرقوم شده، ریاست دیوان در خصوص رأی ایجاد رویه صلاحیت اختیاری دارد. مسأله‌ای که از جهاتی چند قابل توجه است. به واقع، صلاحیت‌گزینشی یا اختیاری<sup>۲</sup> در حقوق اداری عبارت است از اختیار اتخاذ تصمیم مقام اداری در راستای انجام وظایف که در شرایط، اوضاع و احوال خاص و شخصی براساس گزینه‌های پیش‌رو صورت می‌گیرد و آن مقام اداری در انتخاب یک یا چند تصمیم، «آزادی نسبی» دارد. یا بنابر تعریف توصیه‌نامه مارس ۱۹۸۰ کمیته وزیران اتحادیه اروپا در خصوص اعمال صلاحیت‌های اختیاری که بیان می‌دارد: «صلاحیت اختیاری به‌عنوان اختیاری است که به یک مقام اداری درجه‌ای از آزادی عمل را برای تصمیم‌گیری واگذار می‌کند و مقام اداری را مجاز می‌سازد که میان تصمیمات

۱. هرگاه در موارد مشابه، آراء متعارض از یک یا چند شعبه دیوان صادر شده باشد، رئیس دیوان موظف است به‌محض اطلاع، موضوع را ضمن تهیه و ارائه گزارش در هیأت عمومی دیوان مطرح نماید. هیأت عمومی پس از بررسی و احراز تعارض و اعلام رأی صحیح ...

متعدد مجاز و قانونی، تصمیمی را که از نظر او مناسب‌تر است، اتخاذ نماید». درعین حال باید گفت که صلاحیت اختیاری معمولاً متضمن دو مفهوم مشترک است؛ انتخاب و منفعت عام. یعنی قانون به مقام اداری اجازه می‌دهد که از میان گزینه‌های متعدد قانونی، با توجه به معیارهای غیرحقوقی، دست به انتخاب بزند. این انتخاب متضمن برقراری توازن میان منافع عمومی و خصوصی با استفاده از ارزش‌های فراحقوقی در جهت تعیین یک «منفعت عام» است که به‌وسیله قوانین موضوعه تعیین نشده است (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۳: ۱۱۲-۱۱۳). پس اداره و مقام اداری در اعمال و اجرای صلاحیت‌های اختیاری نیز با نوعی الزام مواجه هستند و حتی در اعمال «اختیارات» خود آزادی کامل ندارد و هنگامی که مقام عمومی دارای صلاحیت اختیاری، انتصابی باشد؛ درجه الزام پیش‌گفته بیشتر شده و چگونگی اعمال آن اختیار نیز با محدودیت‌های بیشتری همراه خواهد بود؛ در غیر این صورت، صلاحیت اختیاری محملی برای سوءاستفاده از جایگاه اداری و اختیار برآمده از آن خواهد شد. در واقع قانون‌گذار در ماده ۹۰ به‌جای عبارت «با نظر رئیس دیوان» مذکور در ماده ۴۴ قانون سابق از واژه «می‌تواند» استفاده کرده است؛ بنابراین همچنان دست رئیس دیوان برای طرح یا عدم طرح موضوع در هیأت عمومی باز است. نکته‌ای که توجیه منطقی ندارد و معلوم نیست چرا در موضوع آراء متعدد متناقض (موضوع رأی وحدت رویه)، رئیس دیوان چنین اختیاری ندارد اما در نوع دوم این آراء (رأی ایجاد رویه) صلاحیت اختیاری دارد. هم‌چنین سؤال است که این اختیار با چه هدف و بر چه مبنایی اعطاء شده است؛ در این راستا، شاید یادآوری این نکته واجب باشد که ریاست کل دیوان و در کل، رؤسای نهادهای قوه قضاییه جز در موارد بسیار نادر، صرفاً جهت مدیریت امور منصوب شده و برتری قضایی بر دیگر قضات ندارند و بهتر بود مقنن به‌جای اعطاء اختیار «می‌تواند» و «نمی‌تواند» به رئیس دیوان، این را هم در صلاحیت هیأت‌های تخصصی هیأت عمومی قرار می‌داد (ویژه و آگاه، ۱۳۹۱: ۱۳۸). لذا، اگر صلاحیت اختیاری ریاست دیوان، اختیار محض تلقی شود، ممکن است مورد سوءاستفاده قرار گرفته و هدف کلی تأسیس ایجاد رویه، معطل این اختیار شده و امکان اجرایی نیابد. به همین دلیل به‌نظر می‌رسد که در این مورد خاص، هنگامی که تمام شرایط

مندرج در این ماده حاصل شود، دلیلی مبنی بر عدم طرح این موضوع از ناحیه ریاست دیوان نیست؛ پس به محض فراهم آمدن تمامی شرایط شکلی و ماهوی امکان طرح موضوع ایجاد رویه در هیأت عمومی، رئیس دیوان مکلف به ارائه موضوع صدور رأی ایجاد رویه به هیأت عمومی است تا در نهایت در این هیأت نسبت به اخذ تصمیم نهایی، مبادرت شود.

نکته مهم دیگر در خصوص ماده ۹۰ آن است که اعلام تشابه آراء غیر از احراز تشابه می‌باشد و آن چه از ظاهر ماده برمی‌آید، اعلام تشابه آراء توسط رئیس دیوان عدالت اداری است که معمولاً پس از اطلاع رئیس دیوان از صدور آراء مشابه، این مقام صرفاً از جهت اعلام مشابَهت آراء و طرح موضوع در هیأت عمومی اقدام می‌کند. یعنی پس از اطلاع رئیس دیوان از وجوه آراء مشابه، مجوز طرح موضوع در هیأت عمومی با اختیار رئیس دیوان است و تا قبل از اظهار نظر رئیس دیوان، ولو آن که آراء مشابه متعدد صادر شده باشد، موضوع قابل طرح در هیأت عمومی نیست. مؤید امر مذکور این است که چنانچه احراز تشابه را به قبل از طرح موضوع در هیأت عمومی تسری دهیم، موافق با اصول حقوقی نمی‌باشد؛ چه این که احراز تشابه امری قضایی است و به عبارتی اظهار نظر قضایی قبل از طرح موضوع در هیأت عمومی موضوعیت ندارد و به فرض این که قائل شویم این یک نظر قضایی است، فاقد اثر قانونی می‌باشد؛ زیرا رسمیت و اعتبار اظهار نظر به عنوان یک رأی قضایی پس از تشکیل جلسه هیأت عمومی است نه قبل از آن و از طرف دیگر با عنایت به این که تصور اظهار نظر هیأت عمومی خلاف نظر رئیس دیوان باشد، امری بعید نمی‌باشد. پس علی‌رغم تشخیص رئیس دیوان بر ضرورت طرح موضوع در هیأت عمومی، این هیأت می‌تواند آراء مزبور را مشابه تشخیص ندهد چون مرجع تشخیص آراء مشابه هیأت عمومی است و نظر هیأت عمومی در این خصوص معتبر است و اختیار {و به نوعی تکلیف} تشخیص تشابه آراء جهت طرح در هیأت عمومی با رئیس دیوان است؛ به نوعی که طبق ظواهر ماده ۹۰ با عدم طرح موضوع از جانب رئیس دیوان در هیأت عمومی، رأی ایجاد رویه صادر نخواهد شد (مولایی، ۱۳۹۳: ۱۴۸).

هر چند همان گونه که از نظر گذراندیم دوباره لازم به یادآوری است که جهت

اختیار ریاست دیوان در این موضع چندان قابل درک نیست و قانون‌گذار باید همانند ماده ۸۹ و به سیاق تکلیفی که برای ریاست دیوان در خصوص اطلاع از آراء متعارض در موارد مشابه برای رأی وحدت‌رویه مقرر کرده بود، به تکلیف و وظیفه رئیس دیوان در خصوص اعلام مشابهت آراء به محض اطلاع نیز اشاره می‌کرد. در نهایت باید گفت که اطلاع رئیس دیوان از وجود آراء مشابه می‌تواند از طرق مختلف صورت گیرد و به همین دلیل هر شخص حقیقی و حقوقی در صورت اطلاع می‌تواند مراتب را به رئیس دیوان منعکس کند؛ مقوله‌ای که رویه قضایی در خصوص آراء ایجاد رویه نیز حکایت از آن دارد. برای نمونه در رأی ایجاد رویه به شماره ۱۶۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۰۹/۱۱ و در رأی ایجاد رویه دیگری به شماره ۲۶۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۱۹، به ترتیب قائم‌مقام سازمان انرژی اتمی و معاون قضایی دیوان عدالت اداری در امور شعب و استان‌ها به‌عنوان اشخاص حقوقی، در مقام شاکی و مطلع‌کننده رئیس دیوان، تقاضای اعمال ماده ۹۰ و صدور رأی ایجاد رویه کرده‌اند و در رأی شماره ۱۹۰۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۷ آقای محمدرضا دلاوری از قضات دیوان و به‌عنوان شخصی حقیقی رئیس دیوان را از وجود آراء مشابه در موضوع مشابه بدین نحو مطلع ساخته است؛

«احتراماً، ضمن ارسال آراء مشابه صادر شده از شعب مختلف دیوان عدالت اداری، در خصوص لازم‌الاجرا بودن آیین‌نامه استخدامی اعضای غیر هیأت علمی دانشگاه تهران و الزام سازمان بازنشستگی کشوری و دانشگاه تهران به رعایت آیین‌نامه مذکور در خصوص صدور احکام بازنشستگی و مندرجات آن، به‌منظور ایجاد وحدت رویه وفق ماده ۹۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ به استحضار می‌رسد».

۱. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8683>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۱۵

۲. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8940>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۱۹

۳. برای مطالعه متن کامل رأی به آدرس ذیل مراجعه کنید:

<http://divan-edalat.ir/aho-detail/8916>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۶/۲۰

یکی از تفاوت‌هایی که رأی ایجاد رویه با وحدت رویه دارد، ذیل تبصره ماده ۹۰ مورد حکم قانون‌گذار قرار گرفته است که طبق آن، پس از صدور رأی ایجاد رویه، رسیدگی به شکایات موضوع این ماده در شعب دیوان به صورت خارج از نوبت و بدون نیاز به ارسال نسخه‌ای از دادخواست و ضمائم آن برای طرف شکایت، انجام می‌گیرد. هر چند که طبق ماده ۹۵ قانون ت و آ.د.ع.ا، مسئولان ذی‌ربط مکلف به اجرای آراء هیأت عمومی پس از انتشار آن می‌باشند و عدم اجرای این تکلیف موجب انفصال موقت مستنکف خواهد بود. این ضمانت اجرا در خصوص تمام آراء صاداری از هیأت عمومی دیوان وجود دارد و چون رأی ایجاد رویه طبق تبصره ماده ۹۰ ضمانت اجرای خاص و قوی‌تری نیز دارد، هر چه بیش‌تر می‌توان انتظار اتقان و استحکام اجرایی این نهاد حقوقی را داشت؛ توضیح این‌که معنای تبصره ماده ۹۰ این است که اگر شاکی اقدام به شکایت کند، دیوان مکلف است موضوع شکایت را با اداره طرف شکایت تبادل کرده و به صرف وجود رأی هیأت عمومی که وفق ماده ۹۰ در مقام ایجاد رویه صادر گشته، بدون تبادل لایحه و رسیدگی قضایی، اقدام به انشاء رأی نماید؛ هر چند که این ضمانت اجرای خاص با انتقادات شدیدی هم مواجه است از جمله این‌که، به نظر می‌رسد در این مقام {عدم تبادل لوائح}، بین مسائل موضوعی و حکمی تفکیک درستی صورت نگرفته است، چه این‌که در هر اختلاف حقوقی، احراز واقعیات خارجی مورد ادعای طرفین از شئون مراجع قضایی است که صلاحیت رسیدگی موضوعی دارند؛ واقعیات خارجی البته باید طبق موازین قانونی توصیف شده، سپس حکم آن از قانون استخراج و رأی براساس آن‌ها صادر شود. در این فرآیند، جایگاه رأی وحدت یا ایجاد رویه، چیزی از وظیفه اولیه قاضی در احراز وقایع کم نمی‌کند {یا نباید کم کند} که مورد ادعای طرفین است پس در این مواقع ضروری است که به طرف شکایت فرصت دفاع داده شود؛ چه بسا دستگاهی که از آن شکایت شده بتواند با دلایل قانع‌کننده مرجع رسیدگی‌کننده را متقاعد

۱. ماده ۹۵- احکام صادرشده از هیأت عمومی دیوان که مستلزم عملیات اجرایی باشد از طریق دفتر هیأت عمومی به واحد اجرای احکام دیوان ابلاغ می‌گردد. واحد اجرای احکام دیوان موظف است مراتب را به مبادی ذی‌ربط اعلام نماید. مراجع مذکور مکلف به اجرای حکم و اعلام نتیجه به دیوان می‌باشند و در صورت استنکاف طبق ماده ۱۱۰ قانون اقدام می‌شود.



سازد که دعوی تحت رسیدگی از مصادیق رأی وحدت رویه خارج می‌باشد یا واقعیاتی که به دنبال اثبات آن است با دفاعیات طرف شکایت احراز نگردد (کاشانی، ۱۳۸۶: ۱۰۹). وانگهی، به فرض این که راجع به ماده‌ای، رأی ایجاد رویه صادر شده باشد، کسی مشابه دعوی قبلی، اقامه دعوا کند؛ ممکن است آن فرد، اصل دعوا را جعل کرده باشد. وقتی دادخواست برای طرف مقابل ارسال نمی‌شود، وی از ارائه دفاع محروم می‌شود. ممکن است همین کسی که خواهان بوده، اساساً در روابط، دعوا و اختلافش با دستگاه مربوطه با یک دادخواست شخصی از حقوق خودش صرف‌نظر کرده باشد ولی دوباره بنا به دلایلی، دعوا را مطرح کرده باشد. آیا نباید تبادل لوایح صورت گیرد؟ آیا می‌توان با توجه به همان رأیی که صادر شده، راجع به این موضوع تصمیم‌گیری کرد؟ (کاشانی، ۱۳۹۴: ۳۰) براین اساس، عدم تبادل لوایح و جاهت حقوقی ندارد، زیرا اگر قانون اجرا نشود و کسی شکایت کند، تبادل انجام می‌شود اما اگر ایجاد رویه اجرا نشود و شکایت شود، تبادل انجام نمی‌شود؛ در این معنا، ایجاد رویه را در حکم قانون و بلکه بالاتر دانسته‌ایم. چون اساساً بحث اصل دفاع به این موضوع برمی‌گردد که اصلاً موضوعی که ایشان شاکی است، مشمول رأی ایجاد رویه نیست و شبهه موضوعیه راجع به این موضوع وجود دارد (مولاییگی، ۱۳۹۴: ۳۱).

اما برخلاف رویکرد مطلق و کلی پیشین، باید توجه نمود که در رأی ایجاد رویه، از یک طرف حکم قانونی مانحن‌فیه به دفعات و به صورت مشابه مورد رسیدگی موضوعی قضایی قرار گرفته و در هر مورد نیز حکمی یکسان صادر گشته و این واقعیت حاکی از این است که اگر رسیدگی‌های قضایی دیگری نیز صورت گیرد همین حکم تکرار خواهد شد و تنها مسأله‌ای که رخ داده اشتغال مجدد و بیهوده مقام قضایی بوده است و این جهات موجبی منطقی برای تحدید حق دفاع در وضعیت مطلق است.<sup>۱</sup> از طرفی دیگر، چنانچه شعبه دیوان عالی‌رغم وجود رأی ایجاد

۱. مثال قضایی این مورد در رأی ایجاد رویه شماره ۶۴ مورخ ۱۹ اردیبهشت ۹۴ درخصوص مرخصی زایمان از ۶ ماه به ۹ ماه است که دستگاه‌های اجرایی بدون دفاع به خصوصی تنها با معطلی شاکی و عدم تمکین به حکم صریح و شفاف قانون‌گذار موجبات تضییع حقوق شهروندان و به خصوص مادران را فراهم می‌کردند و به همین دلیل معاون قضایی دیوان عدالت اداری در امور شعب و استان‌ها به‌عنوان شاکی و مطلع‌کننده رئیس دیوان در این خصوص، موجب صدور رأی ایجاد رویه شد.

رویه، تبادل را از جهات دیگر مثل این که در تشخیص موضوع شکایت و انطباق آن با رأی هیأت عمومی دچار تردید باشد، می‌تواند اقدام به تبادل لوایح کند هر چند که به دلیل حدوث اطاله دادرسی در این مقام، باید علت تبادل را ضمن صورت جلسه‌ای در پرونده منعکس نموده و توجیه نماید (مولایگی، ۱۳۹۳: ۱۵۰). به عبارتی دیگر، براساس رویه ایجاد شده چنانچه شعب دیوان بدون تبادل لوایح و به صورت خارج از نوبت رسیدگی و مبادرت به انشاء رأی نمودند، محکوم‌علیه موظف است به محض ابلاغ رأی، چنانچه قائل بود دعوی منجر به صدور حکم از مصادیق رأی هیأت عمومی دائر بر ایجاد رویه خارج است، با دلایل قانع‌کننده از قاضی شعبه بدوی صادرکننده رأی تقاضای عدول از نظریه سابق را با اجازه حاصله از ماده ۷۴ این قانون نماید و چنانچه قاضی صادرکننده رأی نیز رأی صادره را مبتنی بر اشتباه ندانست و آن را عاری از خدشه و منقصت قانونی اعلام نمود، در آن صورت نیز با استناد به ماده ۶۵ نسبت به رأی صادره تقاضای تجدیدنظرخواهی نماید و اگر خواسته‌ای که شاکی به دنبال آن بوده به حق از مصادیق رویه ایجاد شده است نیز بلافاصله پس از ابلاغ رأی دیوان به فوریت تمهیدات لازم را جهت اجرایی شدن رأی فراهم آورد و از توسل به طرق تجدیدنظرخواهی نسبت به رأی دیوان که تحمیل هزینه بر بیت‌المال و اشتغال بی‌بهره وقت دیوان در رسیدگی که در نهایت تأیید رأی اولیه است، پرهیز شود (دلوری، ۱۳۹۳: ۴۳۰).

نظر به کلیت این ماده و پیرامون مبانی آن می‌توان در چند محور به طرح مباحث، پرسش‌ها و فرضیه‌های لازم برای پاسخ‌گویی به آن‌ها مبادرت کرد. این که آیا نهاد ایجاد رویه با اصول کلی حقوقی از جمله تفکیک قوا، سازگار است یا خیر؟ قانون‌گذار چه شرایط و مقدماتی را برای اعمال نهاد ایجاد رویه تعیین کرده است؟ آیا مبادرت به تأسیس نهاد حقوقی ایجاد رویه، به نوعی تحمیل استنباطی مشابه از حکم قانونی بر قضات، ادارات و اشخاص نبوده و برهم‌زدن نظم تفکیک قوا و برساختن امر «تقنین قضایی» را نتیجه نمی‌دهد؟ آیا با وجود الزامی بودن رأی ایجاد رویه برای شعب، استقلال قضایی قضات در موضوعات مشابه مخدوش نشده و شأن قضایی قضات به کارمندان اداری ابلاغ‌کننده آراء از پیش تعیین‌شده، فروکاسته نمی‌شود؟ و آیا لازم‌الابتن بودن احکام قضایی ایجاد رویه برای شعب، ادارات و اشخاص حقیقی و

حقوقی که تبعاً بررسی موضوعی هر پرونده و تبادل لوائح را ممتنع می‌کند، احقاق حق اشخاص [حق دادرسی] و ادارات را غیرممکن نمی‌کند؟ برای پاسخ فرضیاتی نیز مطرح است؛ از جمله این که، تأسیس حقوقی ایجاد رویه هر چند موجب تحدید و البته تهدید استقلال قضات در برخی موضوعات مشخص و محدود است اما باعث می‌شود تا حکم قانون‌گذار صراحت و شفافیت بیشتری یافته و در اجرا، کارآمدی داشته باشد و با طرح دعوی مشابه که نتایج یکسانی دارند، موجبات معطلی حکم قانون‌گذار فراهم نشود. همچنین، به نظر می‌رسد که پیش‌بینی چنین نهادی در حوزه دادرسی اداری می‌تواند به‌نحو مناسبی از حقوق شهروندان در مقابل دستگاه‌ها و مقامات اجرایی صیانت کرده و امنیت قضایی شهروندان را موجب شود و از طرف دیگر از طرح شکایات واهی که موجب اطاله دادرسی بیش از وضع موجود می‌شوند نیز جلوگیری به عمل می‌آید و این مقوله شاید یکی از توجیهاات تأسیس این نهاد باشد که به‌خوبی در تبصره ماده ۹۰ مورد اشاره قرار گرفته است؛ امری که فلسفه اصلی و اولیه تشکیل دیوان عدالت اداری که شکایت مردم از دولت است را نیز به‌خوبی تأمین می‌کند.

### ۳- تردید در جایگاه رویه قضایی به مثابه موجد قاعده حقوقی

همان‌گونه که از نظر گذراندیم، بخش عمده انتقادات پیرامون تأسیس «ایجاد رویه قضایی» به این مسأله برمی‌گردد که قاعده‌گذاری در نظام حقوقی ما به مثابه خانواده حقوقی رومی - ژرمنی، وفق تفکیک قوای حاکمیتی، مختص دستگاه قانون‌گذاری و پارلمان است و دستگاه قضایی و قضات را مجالی برای وضع قاعده نبوده و ایشان صرفاً مجری قواعد وضع‌شده در فصل خصومت و رفع اختلاف، هستند. اما تردید در این انگاره، مبانی نظری آن و ارزیابی آن با نظر داشتن به نهادی انضمامی همچون «ایجاد رویه قضایی»، می‌تواند مقرون به تأملاتی جهت بازاندیشی در این اصول متصلب باشد.

به‌واقع، درجایی 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 (وکیلان، ۱۳۹۷: ۵۸). مثلاً نقش رویه‌های دادگاه‌ها و قاعده‌گذاری قضایی در نظام حقوقی کامن‌لا غیرقابل انکار است. برعکس، نقش و جایگاه قانون موضوعه و قانون‌گذاری در نظام‌های عضو خانواده رومی-ژرمنی نیز بر همگان آشکار است (وکیلان، ۱۳۹۲: ۵۹). کامن‌لا امروزه ساختار خود را که بسیار متفاوت با ساختار رومی-ژرمنی است، حفظ کرده است؛ ولی نقش قانون در آن افزایش یافته است و روش‌هایی که در دو سیستم به کار می‌رود به یکدیگر نزدیک می‌شوند و [از همه مهم‌تر] از نظر ماهیت، راه‌حل‌های بسیار نزدیکی که از فکر واحد درباره عدالت الهام گرفته است، غالباً در این‌جا و آن‌جا برای مسائل حقوقی پذیرفته می‌شود (داوید و ژوفره، ۱۳۹۱: ۳۳). در این بین اما، جایگاهی که برای تصمیمات قضایی در میان منابع حقوق قائل شده‌اند، موجب افتراق خانواده حقوقی رومی-ژرمنی از کامن‌لا است. این مهم، سابقه طولانی در سنت حقوقی مغرب‌زمین دارد؛ به طوری که کد ژوستینیان<sup>۱</sup> اعلام می‌دارد: «حکم دادگاه باید مبتنی بر قانون باشد، نه وقایع دعوی»<sup>۲</sup>. در غیر از اروپای بری اما وضع به گونه‌ای دیگر است؛ چه، «الزام به رعایت قواعدی که قضات وضع کرده‌اند»<sup>۳</sup>، «قاعده سابقه»<sup>۴</sup>، و احترام‌گذاردن به سوابق قضایی، مطابق با منطق نظام حقوقی مبتنی بر آراء قضایی است (داوید و ژوفره، ۱۳۹۱: ۲۱۷).

این مسأله باید در مسأله دیگری بررسی شود و بنیادهای آن به نحوی مبنایی‌تر مورد مطالعه قرار بگیرد و آن روابط، توازن و تعادل قوای حاکمیتی است. چه، تفکیک قوا و اشکال مختلف آن در خدمت سه آرمان خاص هستند؛ دموکراسی یا تحقق آرمان حاکمیت بر سرنوشت خویش، کارآمدی یا ارتقاء سطح عملکرد دولت و درنهایت تقویت و تحقق حقوق اساسی بشری (اکرم، ۲۰۰۰: ۶۳۹). مقوله‌ای که

1. Code of Justinian;

Britannica encyclopedia; <https://www.britannica.com/topic/Code-of-Justinian>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۸/۲۰

2. Non exemplis sed legibus iudicandum est

3. Stare decisis ; to stand by things decided;

see for instance; [https://www.law.cornell.edu/wex/stare\\_decisis](https://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis) -<http://legalresearch.org/writing-analysis/stare-decisis-techniques/>

تاریخ دسترسی ۱۳۹۷/۰۸/۲۸

4. Rule of precedent

مؤید این رهیافت است که، باید به وجه ایجابی نظریه و ساختار تفکیک قوا که ناظر به کارآمدی و مدیریت بهتر امور است نیز توجه داشت (وکیلان، ۱۳۹۲: ۶۴). زیرا نظریه جدید تفکیک قوا مبین رویکردی تعاملی به کارکرد قواست و خواستار محصورشدن یک کارکرد در یک قوه و به دنبال آن یک قوه در یک کارکرد نیست؛ بلکه واقعیت تسری کارکرد قوای سه‌گانه به خارج از قوا را به‌عنوان یک امر واقعی و حقیقی پذیرفته است و با دیدی واقع‌گرایانه‌تر بیان می‌دارد که امروزه هر قوه چندین کارکرد را در خود جای داده و در یک کارکرد محصور نمانده است (امیرآفتابی، ۱۳۹۰: ۵۳). به همین دلیل می‌توان گفت که تفکیک قوا دیگر تفکیکی نهادی نیست بلکه جنبه‌ای کارکردی به خود گرفته و برای مثال این کارکرد اجرایی است که از کارکرد قضایی تفکیک می‌شود. بنابراین ارگانی در قوه مجریه می‌تواند کارکرد قانون‌گذاری یا قضایی داشته باشد بدون این‌که در قوای مربوطه قرار گرفته باشد؛ دگردیسی‌هایی که به دلیل پیچیدگی نهادی دولت (در معنای عام) در مفهوم و ساختار نظریه تفکیک قوا به وجود آمده است (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۰۵-۲۰۸). پس باید از تفکیک کارآمد حوزه‌های تقنین و قضا سخن گفت؛ به‌گونه‌ای که هم مرزهای آن‌ها به‌درستی ترسیم شود و هم ناکارآمدی‌های ساختاری هریک، با کارایی‌های قوه دیگر، مرتفع گردد. حال می‌توان و به نوعی ضروری است تا باتوجه به اهمیتی که نظریه تفکیک قوای کارکردی، عملاً واجد آن گشته است، به تحلیل تأسیس حقوقی رأی ایجاد رویه مبادرت کرد و به ایده «از آن‌جا که ایجاد یا اصلاح رویه قضایی به مثابه استثنایی بر اصل استقلال قضا در مقام تصمیم‌گیری و همچنین برهم‌خوردن نظم تفکیک قوا است، لذا باید در اعمال آن به قدر متیقن اکتفا نمود چون ایجاد وحدت رویه قضایی در موارد مشابه، با این اصل در تعارض است» با دیده تردید نگریست و به ایجاد قواعد حقوقی توسط رویه قضایی رویکرد مثبتی نشان داد. البته باید اذعان داشت، تأکید بیش‌از‌حد بر قانون در تنظیم روابط اجتماعی و نادیده گرفتن نقش «قاعده‌گذاری قضایی»<sup>۱</sup> علاوه بر

#### 1. Judicial Legislation

معادل انگلیسی قاعده‌گذاری قضایی Judicial Legislation اما برخی از نویسندگان مانند باراک این اصطلاح را نادرست می‌دانند و واژه Judicial Law Making را مناسب‌تر می‌دانند زیرا معتقدند واژه اول ناظر بر ایجاد قاعده به‌وسیله نهادهایی است که عامدانه، مستقیماً و آگاهانه وضع قانون می‌کنند

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 (وکیلان، ۱۳۹۷: ۵۹).

### ۳-۱. نهاد ایجاد رویه، کارکردگرایی قضایی و تقنین قضایی

کارکردگرایی<sup>۱</sup> از واژه function از ریشه لاتینی functio به معنای انجام یک وظیفه گرفته شده و در علوم اجتماعی نقشی را می‌رساند که یک جزء از کل تقبل کرده و به انسجام می‌رساند و درنهایت این‌که، کارکردگرایی به مجموعه فعالیت‌هایی گفته می‌شود که در جهت برآوردن یک نیاز یا نیازهای نظام انجام می‌گیرد (ریترز، ۱۳۸۲: ۱۳۱). به دیگر سخن، کارکردگرایی دیدگاهی نظری بر پایه این اندیشه که رویدادهای اجتماعی را می‌توان به بهترین وجه برحسب کارکردهایی که انجام می‌دهند و کمکی که به دوام و بقای جامعه می‌کنند، تبیین کرد (گیدنز، ۱۳۸۲: ۸۰۰). کارکردگرایی به ذکر نظریاتی می‌پردازد که حوزه فعالیت‌شان در پارادایم اثباتی قرار دارد و آنچه که در این نظریات مهم و کلیدی است، توجه به نظم و ثبات در جامعه است (اسکیدمور، ۱۳۸۵: ۱۶۶). با نظرکردن به مفاهیم پیش‌گفته می‌توان به تفکیک قوا و غایت هر قوه نیز رویکردی کارکردگرایانه، نه صرفاً ساختارگرایانه، داشت؛ در واقع، در رهیافت کلاسیک تفکیک قوا و در پرتوی «ذات‌گرایی حقوقی»<sup>۲</sup> بیشتر بر روی ساختار قوا و جدا انگاشتن کارکرد قوا بر اثر تفکیک ساختاری تمرکز می‌شد و می‌شود اما در رهیافت مدرن

---

درحالی‌که دادگاه‌ها مستقیماً و اولاً و بالذات قانون‌گذاری نمی‌کنند و برای اینکار نیز ساخته نشده‌اند. (به نقل از: حسن وکیلان، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷)، پاورقی ص ۶۰  
برای مطالعه اثر مورد استناد وکیلان، نک:

Barak, Aharon, (2008), *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press.

1. Functionalism
2. Legal essentialism

بیش‌تر از ساختار، کارکرد مورد نظر است<sup>۱</sup> و به جای تفکیک ساختاری قوا، از تفکیک کارکردهای اجرایی و اداری از کارکردهای قانون‌گذاری و نظارتی و نیز قضایی سخن می‌گوییم که در نتیجه ممکن است قوه‌ای بیش از کارکرد ذاتی خود را دارا باشد (ویژه، ۱۳۹۴، ۶۵). در پرتو این تبیین‌ها است که می‌توان به رهیافت تقنین قضایی جواز داد و مشخصاً از قاعده‌گذاری نوعی و کلی توسط قضات در قالب نهاد وحدت و ایجاد رویه آن هم به جواز خود قانون‌گذار، سخن گفت؛ نهادی که هرچند به ظاهر از اصول اساسی و سنتی تفکیک قوا عدول کرده اما با توجه به کارکردها و کارایی‌های قابل‌اعتنایی که دارد، توجیه‌پذیر است؛ چون نیازها و اهدافی را رفع می‌کند و این مهم توجیهی قوی در راستای طرد ایده اولیه و ناکارآمد تفکیک قوا است؛ به نحوی که ایجاد رویه نسبت به موضوع واحد در موارد مشابه از صدور آراء متهاافت متعارض جلوگیری می‌کند و همچنین رسیدگی به شکایات موضوع این رأی بدون تشریفات و ضوابط مقرر در مواد ۳۰، ۴۱، ۴۲ و ۴۳ قانون تجارت و آیین دادرسی مدنی و خارج از نوبت صورت می‌گیرد و این امر مانع اتلاف وقت شعبه و اصحاب دعوی و در نتیجه تسریع در رسیدگی می‌شود. نهادی کارآمد که مبین آن است که خواسته خواهان صریح، کامل و منطبق با قانون بوده و خواننده به تکلیف قانونی خود در قبال خواسته خواهان عمل ننموده و با طرح دعوی در دیوان، شعبه با انطباق خواسته موافق روح و مفاد قوانین و مقررات موضوعه خواننده را ملزم به تبعیت و تمکین از خواسته به‌حق خواهان نموده و یا بالعکس اقدام خواننده را منطبق با قوانین و مقررات ملاک عمل تشخیص و رأی به بی‌حقی خواهان صادر نموده است و اساساً با صدور رأی بر ایجاد رویه واحد، قضات شعب دیوان و ادارات و اشخاص حقیقی و حقوقی به سوی قانون هدایت می‌شوند

۱. در این مقام ذات‌گرایی به‌طور کلی، اصطلاحی است در حوزه نقد که ادعا می‌کند دیگران به غلط باور دارند برخی مقولات ماهیت ثابت دارند؛ درحالی‌که در واقع، این مقولات به علت‌گزینش‌های انسانی است که دارای چنین شاکله‌ای هستند. در بین نظریه‌پردازان انتقادی، استدلال‌هایی راجع به ذات‌گرایی معمولاً متمرکز بر این است که تا چه حد می‌توان جنسیت‌ها یا گروه‌های مختلف نژادی یا قومی را دارای ماهیتی اصلی یا شیوه متمایز تفکر، تحلیل یا تجربه عالم دانست. ذات‌گرایی اغلب در مقابل «نام‌انگاری/Nominalism» یا «برساخته اجتماعی/Social construction» مطرح می‌شود (بیکس، ۱۳۹۳: ۱۹۳).

(دلوری، ۱۳۹۳: ۴۲۸-۴۲۹). به‌واقع نگاهی واقع‌گرایانه به اصول کلی حقوقی به‌طور کلان و حقوق عمومی به‌صورت خرد، موجبی برای بازنمایی، بازنگری و بازتولید امروزی انگاره‌های متصلبی است که عملاً و درواقع کارکردهای لازم‌ه را ندارند و امر عمومی و خیر همگانی را به درستی تمشیت نمی‌کنند؛ لذا از همین منظر می‌توان از نهاد بدیع ایجاد رویه، نظر به کارآمدی‌هایش و تأمین امنیت قضایی شهروندان، ارزیابی‌های مثبتی به‌عمل‌آورد. وانگهی، هم‌آوا با هربرت هارت<sup>۱</sup>، می‌توان و به نوعی باید به امر «تقنین قضایی»، اندیشیده‌تر نظر کرد. هارت می‌گوید، اختیارات قانون‌گذاری‌ای که من به قضاوت نسبت می‌دهم، متفاوت با اختیارات قوه قانون‌گذارند؛ چه، نه‌تنها اختیارات قاضی مقید به قیودی هستند که انتخاب او را محدود می‌کنند و قانون‌گذار ممکن است کاملاً از آن‌ها آزاد باشد، وی نمی‌تواند از این اختیارات برای ایجاد اصلاحات وسیع یا وضع قوانین جدید استفاده کند؛ بدین ترتیب، اختیارات قاضی هم درون‌سازمانی هستند و هم مقید به بسیاری از قیود ماهوی (هارت، ۱۳۹۳: ۳۹۹-۴۰۰).

### ۲-۳. نهاد ایجاد رویه و استقلال قضایی

از یک منظر شاید استقلال قضایی نتیجه منطقی نظریه تفکیک قوا باشد ولی به‌دلیل اهمیت آن به‌طور معمول جزء عناصر ساختاری مهم «دولت حقوقی» تلقی شده و جداگانه بر آن تأکید می‌شود. باید توجه داشت که استقلال قضایی خود دارای ارزش ماهوی نیست بلکه به‌عنوان ابزاری برای تحقق غایت «دادگستری مطلوب» به‌کارگرفته می‌شود و دلیل اهمیت ویژه و تأکید بسیار بر استقلال مرجع قضایی در دولت حقوقی این است که اگر در دولت حقوقی از عمومیت هنجارهای حقوقی و استقلال مرجع وضع آن‌ها سخن می‌رود، استقلال مرجع ضامن این هنجارها، مکمل مورد پیشین به‌شمار می‌رود؛ درواقع استقلال مرجع قضایی به‌نوعی تضمین سایر عناصر دولت حقوقی به‌شمار می‌رود (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۰۹-۲۱۰). همچنین، استقلال قضایی در دو سطح قابل اعمال است؛ یکم، در نفس عمل قضایی و دوم، در مورد قضاوت. به‌واقع ماهیت اعمال قضایی ایجاب می‌کند که

1 Herbert lionel adolphus hart



قضات تحت نفوذ، اراده و کنترل هیچ مقامی خارج از مقامات قوه قضاییه قرار نگیرند لذا اصل بر این است که قضات دادگاه‌های صالح حاکم بالاطلاق بر تصمیمات متخذه خود باشند و بس (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۰: ۲۷۸). به‌نحوی که به هنگام دادرسی و تمیز حق، قاضی مستقلاً عمل کرده و متأثر از عوامل فشار نباشد و حتی فراتر از نظر مرحوم دکتر قاضی، قضات حتی نباید تحت نفوذ مقامات قوه قضاییه قرار گیرند چه رسد به مقامات خارج از قوه قضاییه. امروزه استقلال کلان‌نهادی (در سطح قوه قضاییه) جای خود را به استقلال خرد کارکردی (در سطح هر مرجع قضایی) داده است؛ به دیگر سخن استقلال نهادی در دو جنبه شخصی و کارکردی، استقلال مرجع قضایی را تضمین می‌کند. مصونیت قضات و منع نقل و انتقال آن‌ها از نتایج استقلال خرد نهادی به‌شمار می‌رود و استقلال کارکردی ناظر به این معنا است که هر مرجعی که کارکرد قضایی دارد مستقل است ولو از نظر ساختاری درون قوه قضاییه نباشد (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۱۳). به همین دلیل و در راستای تحلیل نهاد ایجاد رویه، توجه به نفس عمل قضایی و نیز کارکرد آن از این منظر شایان توجه است؛ چه این‌که، باوجود رأی ایجاد رویه به‌نوعی استنباط قضایی محمول بر قانون در مورد دعاوی مشابه در شعب دیوان جنبه الزام‌آور پیدا کرده (دلآوری، ۱۳۹۲: ۴۲۸) و تفسیر و قرائت واحدی از حکم قانون‌گذار بر قضات تحمیل می‌شود و این مقوله شائبه امتناع عمل قضایی در پرتو ایجاد رویه مشابه را دوچندان می‌کند. اما پرسش این است که مگر نه این‌که قضات ملزم به تبعیت از مراد و منظور حکم مقنن هستند؟ به‌طوری که این مهم در سطوح ایجاد رویه، وحدت رویه و حتی تفسیر قانون در مجلس یکسان است و معنای آن لزوم پیروی و اجرا کردن حکم قانونی توسط قضات است. در موارد بسیاری قضات در انجام عمل قضایی استقلالی ندارند چون قانون‌گذار این‌گونه حکم کرده است. مثلاً وقتی به حکم مقنن قاضی دادگاه حقوقی مکلف است از نتیجه رأی دادگاه کیفری تبعیت کند، آیا در این‌جا استقلال قاضی مخدوش شده است؟ مسلماً خیر. بنابراین باید پرسید که محدوده استقلال قاضی تا کجاست؟ قضات تا چه حدی می‌توانند و باید استنباط کنند؟ (مولابیگی، ۱۳۹۴: ۳۱) آیا لازم است حتی در مواقعی که حکم قانون‌گذار صریح و شفاف است و به محک قضا نیز

سنگش یافته، باز هم به استنباط قضایی قائل بوده و بلاوجه به آن تن دهیم؟ از طرفی دیگر وقتی قضاتی از شعب مختلف در آراء مشابهی نسبت به موضوع واحدی و براساس حکم قانونی یکسانی، نظر به استقلال قضایی، قضاوت مشابهی کرده‌اند و همین قضاوت در مقامی بالاتر و به صورت جمعی [هیأت عمومی] و مجدداً با استقلال قضایی، رویه مشابه موجود را جهت اتقان و استحکام بیش تر و جلوگیری از تکرار شکایات بی مورد، لازم‌الاتباع اعلام می‌کنند، به نظر نمی‌رسد که استقلال قضاوت را در خصوص موضوعات مشابه بعدی مخدوش کرده باشند؛ چه این که قاعده صریح و شفاف قانون‌گذار را با حکمی قضایی الزام بیشتری بخشیده و در تمام فرآیند صدور رأی ایجاد رویه نیز استقلال قضایی حاکم بوده است چون خود قضاتی که در شعب حکم یکسانی صادر کرده‌اند، در هیأت عمومی به آراء اصداری خویش قوت و وزن بیشتری داده و تنها در موضوعی به خصوص حکم به یکسانی رویه داده‌اند و این مسأله هرگز استقلال قضایی را مخدوش نمی‌کند.

### نتیجه

در سطح مبانی به این مسأله پرداختیم که نهاد ایجاد رویه در تنافی با استقلال قضایی نبوده و نفس عمل قضایی را با امتناع و بحران مواجه نمی‌کند؛ چه این که رأی ایجاد رویه خود جز از طریق اراده و خواست قضاوت و نظر به استقلال قضایی ایشان نمود نمی‌یابد. در عین حال و با رویکردی کارکردگرایانه فواید این نهاد حقوقی را متذکر شدیم و بر همین اساس نیز ایده قاعده‌گذاری قضایی را مجاز شمرده و برهم خوردن نظم کلاسیک تفکیک قوا را عملاً واجد مضراتی برای نظم حقوقی و نیز حقوق فردی و آزادی‌های عمومی ندانستیم؛ به علاوه شائبه تقلیل جایگاه و شأن قضاوت به کارمندان اداری با وجود نهاد ایجاد رویه را نیز رد کردیم به این دلیل که عملاً و با وجود شناسایی ده ساله نهاد ایجاد رویه، از این محمل قانونی تاکنون سوءاستفاده‌ای صورت نگرفته و جز در مواقع ضرور، حدود پنج تا هفت مرتبه آن هم در امور محدود و مشخصی، رأی ایجاد رویه‌ای صادر نگشته و این مهم حاکی از استفاده منطقی و به جا از این تأسیس حقوقی بوده است؛ هرچند که برخی برای مخالفت با کلیت این نهاد، عدم کاربرد زیاد آن را به عنوان کاربردی

نبودن و مناسب نبودن این تأسیس حقوقی تلقی کرده‌اند (ویژه، ۱۳۹۴: ۳۲) که البته به باور نگارنده این مسأله حاکی از استفاده مناسب از ظرفیت موجود بوده است که اگر این‌گونه نبود و در موارد بیشتری این نهاد مورد استفاده قرار می‌گرفت آنگاه تحمیل استنباط یکسان از حکم مقنن بر قضات قوت می‌گرفت و ای‌بسا در این وضعیت استقلال قضایی با مخاطره مواجه می‌گشت. نکتهٔ مهم دیگری که از چالش‌های دیگر این نهاد حقوقی به‌شمار می‌رود، اختیار رئیس دیوان مبنی بر طرح موضوع در هیأت عمومی است که گفته شد و جاهت منطقی و حقوقی آن روشن نبوده و اصلاح آن در سنوات بعدی قانون‌گذاری لازم می‌نماید.



## فهرست منابع

- امیرآفتابی، زهره سادات (۱۳۹۰)، دگردیسی تفکیک قوا از مفهوم کلاسیک به مفهوم مدرن، تهران: دانشگاه علامه طباطبایی.
- اسکیدمور، ویلیام (۱۳۸۵)، تفکر نظری در جامعه‌شناسی، جمعی از مترجمان، چاپ اول، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- بی‌نام (۱۳۹۴)، ارزیابی رأی وحدت رویه و ایجاد رویه در دیوان عدالت اداری، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- بیکس، برایان (۱۳۹۳)، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۹۱)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام حقوقی بزرگ، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- دلاوری، محمدرضا (۱۳۹۳)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، چاپ اول، بی‌جا: نشر آویشن.
- ریتزر، جورج (۱۳۸۲)، نظریه‌های جامعه‌شناسی در دوران معاصر، ترجمه محسن ثلاثی، چاپ هفتم، بی‌جا: نشر علمی.
- شمس، عبدالله (۱۳۸۰)، آیین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- صدرالحفاظی، نصرالله (۱۳۷۲)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، بی‌جا: نشر شهریار.
- صدقی، غلامعلی (۱۳۸۸)، آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و میزان اعتبار آن در سایر مراجع قضایی، تهران: نشر جنگل.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ چهل و دوم، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، چاپ پنجم، تهران: نشر دادگستر.
- کاشانی، جواد (۱۳۸۶)، «مطالعه‌ای در قانون جدید دیوان عدالت اداری»، دو فصل‌نامه حقوق و سیاست، دوره ۹، شماره ۲۲.

- گیدنز، آنتونی (۱۳۸۷)، **جامعه شناسی**، ترجمه منوچهر صبوری، چاپ بیست و دوم، تهران: نشر نی.
- مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۳)، **صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- نجابت‌خواه، مرتضی (۱۳۹۰)، **قانون دیوان عدالت اداری در نظم حقوق کنونی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- وکیلیان، حسن (۱۳۹۲)، **ویژگی‌ها و معیارهای ارزیابی نظام‌های حکومتی: مطالعه تطبیقی نظام‌های پارلمانی، ریاستی و مختلط**، بی‌جا: گزارش دفتر مطالعات حقوقی (گروه حقوق عمومی) مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ..... (۱۳۹۷)، «جایگاه رویه قضایی و قانون به‌عنوان منابع حقوق در دکتربین حقوقی»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال نوزدهم، شماره ۵۸.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، **مبانی نظری و ساختاری دولت حقوقی**، چاپ اول، تهران: نشر جنگل.
- ..... (۱۳۹۴)، **کلیات حقوق اساسی**، چاپ دوم، تهران: نشر سمت.
- ویژه، محمدرضا و وحید آگاه (۱۳۹۱)، «کاوشی انتقادی در لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه حقوق عمومی، سال چهاردهم، شماره ۳۸.
- هارت، هربرت (۱۳۹۳)، **مفهوم قانون**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۳)، **اصول حقوق اداری (در پرتو آراء دیوان عدالت اداری)**، چاپ سوم، بی‌جا: نشر خرسندی.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۲)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- یزدان مهر، محمد (۱۳۹۴)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: نشر مجد.