

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

١٩٢٧ ع



دانشگاه تهران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

وزارت اطلاعات و ارتباطات
تلفن: ۱۲۸۱ ۱۶۶۴۰

۱۲۸۱ ۱۶۶۴۰

عنوان:

نقش رویه قضایی در حقوق

ایران با مطالعه تطبیقی آن

نکارش:

تورج تقی زاده

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر نجادعلی الماسی

اساتید مشاور:

آقایان دکتر علیرضا محمدزاده و ادقانی و روشنعلی شکاری

بیان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

رشته حقوق خصوصی و اسلامی

خرداد ۸۱

۳۹۱۶۲۷



فرم ارزشیابی پایان نامه کارشناسی ارشد

دانشکده: حقوق و علوم سیاسی گروه: حقوق خصوصی و اسلامی

در چارچوب ارزیابی مرحله تحقیقاتی متطوع کارشناسی ارشد دانشجویان دانشگاه تهران

آقای: تورج تقی زاده به شماره دانشجویی: ۲۱۰۵۷۹۰۰۳ در رشته: حقوق خصوصی
گرایش: حقوق خصوصی پایان نامه خود به ارزش: ۴ واحد را که در نیمسال اول سال تحصیلی: ۸۰-۸۱-۱
اخذ و ثبت نام نموده برد، تحت عنوان: "نقش رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی آن"

داور

به سرپرستی (استاد راهنما): دکتر الماسی استاد مشاور: دکتر محمدزاده استاد مشاور دوم (حسب مورد): دکتر شکاری
در تاریخ: ۸۱/۳/۱۸ در حضور هیأت داوران به شرح ذیل با (مونتیت / عدم مونتیت / اصلاحاتی) دفاع نمود.

امضاء	محل اشتغال	مرتبه علمی	اساسی هیأت داوران
	دانشکده حقوق و علوم سیاسی	دانشیار	۱- استاد راهنما: دکتر نجادعلی الماسی
	" " "	استادیار	۲- استاد مشاور: دکتر علیرضا محمدزاده
	" " "	استادیار	۳- استاد داور: دکتر روشنعلی شکاری
			۴- استاد داور:
			۵- استاد داور یا استاد مشاور دوم:

به عدد	به حروف
۱۸/۵	هجده و پنج

نمره نهایی هیأت داوران:

ملاحظات:

تذکر: نیازی به درج نمره جداگانه هریک از داوران نبوده و فقط نمره مورد توافق هیأت داوران (متوسط) اعلام می شود.

سرپرست تحصیلات تکمیلی دانشکده
با سلام، نظر به اعلام نمره نهایی فوق الذکر از جانب هیأت داوران خواهشمند است نسبت به انجام امور فراغت از تحصیل دانشجوی یاد شده برابر ضوابط و مقررات اقدام منتهی مبذول فرمائید.

نام و نام خانوادگی مدیر گروه: دکتر سیدعزت اله عراقی امضاء و تاریخ:
۸۱/۳/۱۹

توجه مهم: کلیه نوشته ها به استثناء نمره هیأت داوران و مطالب بند ملاحظات قبل از دفاع باید با ماشین تایپ گردد.
تذکر: این فرم به دفتر تحصیلات تکمیلی دانشکده ارسال و تصویر آن در گروه مربوط نگهداری می شود.

تقديم به

پدر و مادرم

به پاس

همه تشويقها

و

فداكارى هایشان

تشکر و قدردانی:

«من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق»

نگارنده بر خود وظیفه می‌داند از استاد راهنما جناب آقای دکتر نجادعلی الماسی که در تهیه و نگارش این رساله با کمال دقت و نهایت محبت و علاقه و دلسوزی بنده را از راهنمایی‌های خود بهره‌مند فرمودند، کمال تشکر و قدردانی را بنماید. همچنین از اساتید محترم مشاور آقایان دکتر علیرضا محمدزاده و ادقانی و دکتر روشنعلی شکاری که قبول زحمت فرموده و امر مشاوره این رساله را تقبل فرمودند، سپاسگزاری می‌نمایم.

در نهایت از تمام اساتید محترم و دوستانی که در طول انجام این کار از ارشاد و راهنمایی اینجانب دریغ نورزیده‌اند تشکر و قدردانی به عمل می‌آید.

علائم اختصاری

قانون آیین دادرسی کیفری	ق.آ.د.ک
قانون آیین دادرسی مدنی	ق.آ.د.م
قانون اساسی	ق.ا.
قانون امور حسبی	ق.ا.ح
قانون تجارت	ق.ت.
قانون تعهدات سوئیس	ق.ت.س.
قانون مدنی	ق.م.
قانون مجازات اسلامی	ق.م.ا.
قانون مدنی فرانسه	ق.م.ف.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	مقدمه
فصل نخست - کلیات	
۸	مبحث نخست: سیر تاریخی رویه قضایی
۸	گفتار نخست: رویه قضایی در قانون
۱۴	گفتار دوم: رویه قضایی در فقه (حقوق اسلام)
۱۹	مبحث دوم: تعریف و ویژگی‌های رویه قضایی
۱۹	گفتار نخست: تعریف رویه قضایی
۱۹	بند نخست: معنای لغوی
۲۱	بند دوم: معنای اصطلاحی
۲۳	گفتار دوم: ویژگی‌های رویه قضایی
۲۳	بند نخست: الزام آور بودن
۲۴	الف. الزام معنوی
۲۶	ب. الزام قانونی
۲۸	بند دوم: سامان یافته بودن
۲۹	بند سوم: ضرورت تکرار
۳۰	بند چهارم: کلی بودن
۳۱	مبحث سوم: نحوه تکوین رویه قضایی
۳۱	گفتار نخست: لزوم «تفسیر قانون»

بند نخست: انواع تفسیر به اعتبار مرجع تفسیرکننده ۳۳

الف. تفسیر قانونی ۳۳

ب. تفسیر قضایی ۳۴

ج. تفسیر شخصی (علمی) ۳۶

بند دوم: روشهای تفسیر ۳۷

الف. روش تحت اللفظی ۳۷

ب. روش تحقیق علمی آزاد ۳۸

گفتار دوم: نقش دیوانعالی کشور در ایجاد رویه قضایی ۴۱

فصل دوم - جایگاه، اهمیت و کاربرد رویه قضایی در حقوق

مبحث نخست: جایگاه رویه قضایی به عنوان منبع حقوق ۴۷

گفتار نخست: مفهوم منبع و مبنای حقوق ۴۷

بند نخست: تمیز منبع حقوق از مبنای آن ۴۷

بند دوم: بررسی مفهوم «منبع حقوق» ۴۸

بند سوم: تمیز منابع رسمی حقوق از عوامل مؤثر در آن ۴۸

گفتار دوم: دیدگاه مخالفان ۵۲

بند نخست: ضرورت تفکیک قوا ۵۲

بند دوم: نسبی بودن اعتبار رأی ۵۴

بند سوم: کندی تکوین رویه قضایی ۵۶

گفتار سوم: دیدگاه موافقان ۵۷

بند نخست: رد دلایل مخالفان ۵۷

بند دوم: دلایل موافقان ۵۹

الف. اراده ضمنی قانونگذار ۵۹

- ب. وجدان عمومی یا اعتقاد همگانی ۶۱
- ج. رویه قضایی به عنوان منبع مستقل ۶۲
- گفتار چهارم: ارتباط رویه قضایی با سایر منابع حقوق ۶۵
- بند نخست: رویه قضایی و قانون ۶۵
- الف. تأثیر متقابل قانون و رویه قضایی ۶۵
- ب. ارزیابی قوانین توسط محاکم ۶۸
- ج. وجوه افتراق رویه قضایی و قانون ۷۴
- بند دوم: رویه قضایی و عرف ۷۷
- الف. مفهوم عرف و اقسام آن ۷۷
- ب. تأثیر متقابل عرف و رویه قضایی ۷۸
- بند سوم: رویه قضایی و دکترین (اندیشه‌های حقوقی) ۸۱
- الف. مفهوم دکترین و رابطه آن با اندیشه‌های
قضایی در تاریخ حقوق ۸۱
- ب. تأثیر اندیشه‌های حقوقی بر رویه قضایی ۸۳
- بند چهارم: رویه قضایی و اصول کلی حقوق ۸۴
- الف. مفهوم اصول کلی حقوق و تفاوت آن
با قاعده حقوقی ۸۴
- ب. نقش اصول کلی حقوق در رویه قضایی ۸۶
- مبحث دوم: اهمیت و کاربرد رویه قضایی ۸۹
- گفتار نخست: اهمیت رویه قضایی در ایران ۸۹
- گفتار دوم: کاربرد رویه قضایی ۹۳
- بند نخست: نقص قانون ۹۵

بند دوم: سکوت قانون..... ۹۷

بند سوم: اجمال قانون..... ۹۹

بند چهارم: تعارض قوانین..... ۱۰۱

فصل سوم - جایگاه رویه قضایی در سایر نظامهای حقوقی

مبحث نخست: نظام حقوقی رومی - ژرمنی..... ۱۰۷

گفتار نخست: فرانسه..... ۱۰۹

گفتار دوم: سوئیس..... ۱۱۴

گفتار سوم: آلمان..... ۱۱۷

مبحث دوم: نظام حقوقی کامن لا..... ۱۲۰

گفتار نخست: حقوق انگلیس..... ۱۲۱

بند نخست: رویه قضایی در حقوق انگلیس..... ۱۲۱

بند دوم: انصاف در حقوق انگلیس..... ۱۲۹

گفتار دوم: حقوق آمریکا..... ۱۳۴

نتایج حاصله از تحقیق و پیشنهادها..... ۱۳۹

فهرست منابع و مآخذ:..... ۱۵۰

چکیده:

پایان نامه حاضر زیر عنوان نقش رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی آن در سه فصل ارائه گردیده است:

فصل اول به کلیاتی درباره رویه قضایی می پردازد. در این فصل سیر تاریخی، تعریف، ویژگی ها و نحوه تکوین رویه قضایی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در تعریف رویه قضایی گفته شد، عادت است که دادگاهها در حل مسائل مشابه اتخاذ می کنند و نباید آن را با رأی قضایی یکسان گرفت. مبنای آن را در نظامهای حقوقی مبتنی بر قانون نوشته از جمله ایران تفسیر قانون تشکیل می دهد.

در فصل دوم جایگاه رویه قضایی به عنوان منبع رسمی حقوق و کاربرد آن مورد بحث و بررسی قرار گرفت. چنانچه گفته شد رویه قضایی در همه نظامهای حقوقی از منابع حقوق به شمار می آید. تنها تفاوتی که وجود دارد در این است که اعتبار رویه قضایی در بعضی از کشورها نسبت به بعضی دیگر زیاد است. پس، رویه قضایی نیز می تواند قاعده حقوقی ایجاد نماید بخصوص در مواردی که قانون مبهم، مجمل و یا ناقص می باشد.

در فصل سوم نیز جایگاه رویه قضایی در سایر نظامهای حقوقی ارائه گردیده است. در این فصل نظامهای حقوقی رومی - ژرمنی و کامن لا مورد مطالعه قرار گرفته است. امروزه این دو نظام بیش از گذشته به هم نزدیک شده است بدین ترتیب که در نظام رومی - ژرمنی رویه قضایی نقش برجسته ای پیدا کرده و نقضهای قانون را جبران می نماید و در نظام کامن لا نیز نقش قانون به مراتب بیشتر شده است.

مقدمه

مجموعه‌های قوانین تنها نمودار بخشی از واقعیت‌های حقوقی است. آنچه در جامعه می‌گذرد به دشواری در قوانین نوشته و رسمی می‌آید. نیازها فزونی می‌یابد و خواسته‌ها دگرگون می‌شود. نهادهای تازه بر درخت کهنسال سنتها جرانه می‌زند و پیش از آنکه در دولت نفوذ کند بر دلها می‌نشیند و قاعده زندگی می‌شود. بیهوده نیست که عدالت چنین انعطاف‌پذیر و نسبی و متحرک است، انسان در حسرت دستیابی به عدالت مطلق سرگردان است. از جذبه عشق دور نمی‌ماند و دائم در تکاپو است تا نزدیکترین مسیر تعالی را بیابد، ولی افسوس که گاه سراب را از حقیقت باز نمی‌شناسد و به بیراهه می‌رود. دولتها می‌کوشند تا با وضع قوانین، این حرکت جاودانه را به نظم کشند، در حالیکه خود نیز در این سرگردانی شریک بوده و اسیر نیازها و ضرورت‌های سیاسی و اقتصادی زمانه‌اند. انسان اجتماعی پایبند به قانون است اما در درون این حصار دولتی، به آزادی می‌اندیشد و می‌کوشد تا آفریده‌های خود را با نام عرف و رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی جانشین الزامهای بیرونی سازد یا دست کم آنها را به رنگ و بویی که خواست اوست بیاراید.

سالیان دراز دولتها تلاش می‌کردند تا جلودار بوده و به تنهایی سکان حرکت کشتی را به دست گیرند. شاهان خود را سایه خدا بر زمین نامیدند و هر انکار و مقاومتی را طغیان گفتند. نظریه پردازان داد سخن دادند که قانون تنها الزام اجتماعی مشروع و سازنده نظام حقوقی است. ولی، حرکت اجتماعی و جاذبه عشق به عدالت نیز از پای ناپستاد. برخورد این دو نیرو که یکی به سلطه می‌اندیشید و دیگری به آزادی تمایل داشت، بخش مهمی از تاریخ تحوّل بشر را به خود اختصاص داد.

در نظام حقوقی نیز کم و بیش همه پذیرفته‌اند که قانون تنها منبع حقوق نیست و رویه قضایی را نیز باید بر آن افزود، آمیزه‌ای از قانون، عرف و اخلاق و بازتابی از عدالت اجتماعی که به قلم دادرسان اعلام می‌شود و چهره عینی می‌یابد. رویه قضایی وسیله جذب داده‌های نو و دفع نهادهای کهنه و زیانبار است و باید آن را به جهاز تنفس نظام حقوقی مانند کرد. به همین دلیل نیز گفته می‌شود که حقوق زنده را باید در آراء دادگاهها

جستجو کرد.

رویه قضایی تا به آن پایه اهمیت دارد که بنیاد حقوقی بعضی از کشورها بر پایه آن استوار بوده و هست و عمیق‌ترین و ظریف‌ترین روابط حقوقی را شکل می‌دهد. حتی آن دسته از کشورهایی که قانون را یگانه منبع حقوق می‌دانند، باز هم نقطه تبلور حقوق را در رویه‌های قضایی جستجو می‌کنند. رویه‌های قضایی از یک طرف تکمیل‌کننده قانون هستند، زیرا روابط اجتماعی چنان پیچیده و گوناگون است که قانون‌گذار نمی‌تواند حکم همه مسائل زندگی را در مجموعه‌های قوانین معلوم کند. بر فرض هم که بتوان او را محیط بر اجتماع زمان خود دانست، نسبت به آینده، پذیرش آن ممکن نیست. و از طرف دیگر، قانون را با اجتماع و نیازهای آن سازگار می‌سازند. زیرا شرایط زندگی پیوسته رو به تحوّل و در تغییر بوده و اقتضای زمان مسائل تازه‌ای به وجود می‌آورد که هنگام وضع قانون قابل تصوّر نبوده است. بویژه، در چنین مواردی قاضی نمی‌تواند به بهانه سکوت قانون از صدور حکم خودداری کند. پس، ناچار بایستی از قواعد موجود، حکم مسائل تازه را به دست آورد.

«اصطلاح رویه قضایی اگر بی‌قید و به طور مطلق استعمال شود، مقصود مجریه آراء قضایی است. ولی، به معنی خاص خود، جایی به کار می‌رود که محاکم یا دسته‌ای از آنها در باب یکی از مسائل حقوقی روش یکسانی در پیش گیرند و به اندازه‌ای آرای راجع به آن مسأله تکرار شود که بتوان گفت، هرگاه محاکم با چنین مشکلی روبه‌رو شوند، همان تصمیم را خواهند گرفت».^(۱) رویه قضایی به همین معنی است که از منابع حقوق به شمار آمده و بیشتر با نام دادگاه و موضوع آن همراه است: مانند رویه دیوانعالی کشور درباره اماره تصرف. با این ترتیب، رویه قضایی صورت خاصی از عرف است، جز اینکه عادت عمومی آن را ایجاد نکرده و مبنای آن رسمی است که دادرسان دارند.

رویه قضایی به کالبد حقوق روح می‌دمد، ترازوییست برای سنجش عدالت و انصاف

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق، نظریه عمومی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص

و انعکاسی است از اخلاق و روحیات و درجه مدنیت اقوام و ملل.

«رویه قضایی چکیده حقوق زنده و پالایشگاه قوانین است. از این دریچه است که اراده دولت، آمیخته و تعدیل شده با معجون جاودیی و پنهان عدالت، به زندگی اجتماعی تزریق می شود و سلامت نظم حقوقی را تأمین می کند».^(۱) پس، بی اعتنایی به آنچه در دادگاهها می گذرد پشت کردن به واقعیت است.

نکته مهمی که در مقدمه این بحث باید یادآور شد این است که، جز در موارد خاص و استثنایی، اعتبار هر رأی مخصوص دعوی است که درباره آن اظهار نظر شده است. در نظام حقوقی ما، هیچ دادگاهی نمی تواند برای خود یا سایر محاکم قاعده حقوقی به وجود آورد، و به همین جهت است که می گویند «اعتبار امر قضاوت شده نسبی است» یا دادگاه وابسته به آراء پیشین خود نیست. ولی، چون در عمل دادگاهها مایلند که از روش مراجع عالیتر پیروی کنند، گاه خود به خود نظر آنها نسبت به یکی از مسائل حقوقی یکسان می شود. یعنی، ایجاد رویه قضایی نیز مانند عرف طبیعی و غیر ارادی است.

جایگاهی که برای رویه قضایی در میان منابع حقوق قایل شده اند، موجب افتراق نظامهای مختلف حقوقی از یکدیگر شده است. برای مثال، در نظامهای حقوقی نوشته (از جمله ایران و فرانسه)، قانون منبع اصلی حقوق را تشکیل می دهد و نقش رویه قضایی محدود به تفسیر و اجرای قانون است. در نظامهای حقوقی مزبور دادگاه نمی تواند به طور عموم رأی دهد و قاعده کلی به وجود آورد، و اعتبار حکم او محدود به اصحاب دعوی است. ولی، در نظامهای حقوقی کامن لا، آرای قضایی منبع اصلی حقوق را تشکیل می دهد و نقش رویه قضایی محدود به اعمال قواعد حقوق نیست، مقامی است که آن قواعد را از عقل و عرف استخراج و اعلام می کند. بر طبق سنت حقوقی، قانون منبعی است درجه دوم که نقش آن تکمیل و تصحیح رویه قضایی است. اجرای قانون چهره

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، منابع حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۶۷، ص ۵۴۲.

استثنایی و خلاف اصل دارد و هیچ‌گاه قاعده کلی به وجود نمی‌آورد.^(۱) با این حال، رویه قضایی در کشور ما نفوذ و قدرت لازم را ندارد و ابتکار آن در حرکت نظم حقوقی شایان توجه نیست. به رغم اینکه رویه قضایی آشکارترین محل جلوه عدالت قانونی است. ولی، ما کاهلی خود در عنایت به رویه قضایی را با این عذر بدتر از گناه توجیه می‌کنیم که قانون منبع یگانه حقوق است و دادرس مأمور اجرای آن. این توهّم را باید از ذهن زدود و صورت‌گرایی سنتی را رها کرد و به واقعیت پیوست.

«در هنر دادگستری، تأخیر در اجرای حق گناه نابخشودنی است: دادرس، پس از احراز واقع، در اجرای عدالت درنگ نمی‌کند و به انتظار قانون مکتوب نمی‌ماند، چرا که قانون نانوشته را در وجدان خود پرورده و شادمان است که، به جای اطاعت از فرمان دولت، گوش به ندای اخلاق و عدالت دارد و به زمزمه دل و حکم عقل پاسخ می‌دهد. شاید این تصوّر باطل به ذهن رسد که قانون مکتوب رو به کمال می‌رود و فزونی قواعد اعلام شده، فرصت ابتکار و انتخاب را از قاضی می‌گیرد. ولی تجربه و مشاهده نشان می‌دهد که مجموعه‌های قوانین تنها بخش ناچیزی از واقعیت‌های زندگی را دربر می‌گیرد و درباره آنها حکمی صریح دارد. بخش عمده‌تر، یا قانونی ندارد یا حکم مربوط به آن مجمل و غیر صریح و نارساست. در همین بخش است که رویه قضایی نقشی سازنده دارد و به عنوان تکمیل‌کننده و گاه رهبر نظام حقوقی جلوه می‌کند.»^(۲)

سؤالی که بایستی به آن پاسخ داده شود این است که رویه قضایی چیست و چگونه به وجود می‌آید یا چه عواملی در ایجاد آن دخالت دارند؟ و آیا رویه قضایی اعتبار خود را از قانون می‌گیرد یا منبع مستقلی در برابر قانون محسوب می‌شود؟ به تعبیر دیگر، آیا رویه قضایی قادر به ایجاد قاعده حقوقی است یا فقط کاشف از قاعده‌ای است که قبلاً به وجود

۱. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر سیدحسین صفایی، محمد آشوری، عزت‌الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول ۱۳۶۴، ش ۳۲۵، ص ۳۶۰-۳۵۹. کلود دوپاکیه، مقدمه بر نظریه عمومی و فلسفه حقوق، ش ۸۴، نقل از دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۵۹۵.
۲. دکتر ناصر کاتوزیان، توجیه و نقد رویه قضایی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۵.