

یافتن حکم دعوا از سوی قاضی؛

با تمرکز بر رویه دیوان عدالت اداری

محمدرضا رفیعی^۱

چکیده

رسیدگی به دعوی، مرحله‌ای دارد که از جمله باید به «یافتن حکم دعوا از سوی قاضی» و یا به تعبیر دقیق‌تر، تعیین هنجار حقوقی قابل اعمال بر دعوای مورد رسیدگی اشاره کرد. یافتن درست حکم دعوا شرط لازم برای صدور رأی صحیح است. اما این مهم غالباً آسان نیست و مراجع قضایی باید به مؤلفه‌های مختلفی توجه داشته باشند که بر اساس دو وضعیت وجود یا نبود مصوبه متفاوت است. در وضعیت وجود مصوبه، از جمله مؤلفه‌های دخیل اینها قابل ذکر است. واجد هنجار حقوقی بودن، قابل استناد و لازم‌الاتباع بودن، معتبر بودن، مشخص بودن نسبت آن با مصوبات رقیب، فهم و تفسیر صحیح مصوبه. در صورت نبود مصوبه این مؤلفه‌ها باید مورد توجه قرار گیرد: امکان یا عدم امکان رجوع به دیگر منابع، نحوه گزینش منبع قابل رجوع، نحوه استخراج هنجار از منبع منتخب، نحوه رفع تعارض احتمالی هنجارهای مستخرج و امکان یا عدم امکان اعمال بی‌واسطه هنجار منتخب. البته هر یک از این مؤلفه‌ها با چالشهایی همراه است. شناخت این مؤلفه‌ها و چالشها، با تمرکز بر رویه دیوان عدالت اداری، هدف اصلی این نوشتار است که به روش توصیفی-تحلیلی انجام می‌شود.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۶۷ قانون اساسی، یافتن حکم دعوا، رویه قضایی، دیوان عدالت اداری

مقدمه

رسیدگی به دعاوی، مراحل‌ی دارد که از جمله باید به «یافتن حکم دعوا از سوی قاضی»^۱ و یا به تعبیر دقیق‌تر تعیین هنجار حقوقی قابل اعمال بر دعاوی مورد رسیدگی اشاره کرد. با این توضیح که مرجع قضایی باید به این پرسش پاسخ بدهد که موضوع دعاوی مورد رسیدگی را با کدام هنجار حقوقی تطبیق دهد؟ به عبارت دیگر، جهت حکمی چه باید باشد؟ برآورد درست این مرحله شرط لازم برای صدور رأی صحیح است. بدیهی است اشتباه در یافتن حکم دعوا، با وجود تشخیص صحیح موضوع و تطبیق صحیح حکم بر موضوع، تصمیم قضایی نادرستی را رقم می‌زند. یافتن حکم دعوا نوعاً کار آسانی نیست و مؤلفه‌های مختلفی در این امر دخیل هستند که البته هر کدام از آنها با چالشهایی همراه است. شناخت مؤلفه‌ها و چالشهای مربوط، هدف اصلی این نوشتار است. البته ارائه راهکار برای تمامی مسایل برشمرده شده، مستلزم نگارش نوشته‌های مجزایی است. ضمناً علت تمرکز بر رویه دیوان عدالت اداری (از این پس، دیوان)، محدودیت‌های واژگانی و نیز آشنایی نسبی نگارنده با آن بوده است.

با وجود برخی نوشته‌های مفید و مرتبط که در این مقاله به برخی از آنها استناد شده است، تاکنون مؤلفه‌ها و مسائل دخیل در «یافتن حکم دعوا» موضوع نوشتار مستقلی قرار نگرفته است. این نوشتار به روش توصیفی-تحلیلی و در قالب دو بخش نگاشته شده است. در بخش اول به مؤلفه‌ها و چالشهای یافتن حکم دعاوی در فرضی که مصوبه‌ای وجود دارد پرداخته می‌شود و بخش دوم ناظر به فرضی است که مصوبه‌ای وجود ندارد.

۱. این تعبیر برگرفته از مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی است: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را ... بیابد...» ضمناً اشاره به مفاد اصل ۱۶۶ نیز ضروری است: «احکام دادگاهها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است.»

۱. مصوبه‌ای وجود دارد

گاهی راجع به دعوای مورد رسیدگی مصوبه‌ای وجود دارد. منظور از مصوبه «قوانین مدونه» مقرر در اصل ۱۶۷ قانون اساسی در معنای عام آن است^۱ و هر سندی را شامل می‌شود که از سوی اشخاص برخوردار از اقتدار عمومی، در مقام انجام صلاحیتهای قانونی خود تدوین شده است و در بادی امر این قابلیت را دارد که برای رسیدگی به دعوای مورد استناد قرار گیرد. اما برای این که این قابلیت فعلیت یابد، برخی مؤلفه‌ها باید مورد توجه قرار گیرد که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

۱-۱. آیا مصوبه متضمن هنجاری است؟

گاهی مصوبه مورد نظر اساساً دربردارنده هنجاری نیست. زیرا بین هنجارها و مصوبات تلازم وجود ندارد و این گونه نیست که هر مصوبه‌ای حامل هنجاری باشد.^۲ از این رو، در نظامهای حقوقی ممکن است مصوباتی وجود داشته باشد که هیچ هنجاری از آنها قابل استخراج نباشد.^۳ اوایلا، نویسنده برزیلی، از قانون اساسی این کشور مصداقی را بیان می‌کند.

۱. از قوانین مدونه علاوه بر برداشت عام، معنای خاص نیز مراد شده است. برای نقد این دیدگاه، نک: (ابریشمی‌راد و شعبانی، ۱۳۹۷: ۱۳-۱۱)

۲. اوایلا به این موضوع نیز تصریح کرده است که این گونه نیست که هر هنجاری در قالب مصوبه‌ای بیان شده باشد. ممکن است برخی از هنجارها در هیچ مصوبه‌ای ظهور و بروز نیافته باشند. (اوایلا، ۱۳۹۷: ۲۳-۲۲) برخی از اصول حقوقی نظام حقوقی ما، از جمله اصل احترام به حقوق مکتسب (تا قبل از رسمیت یافتن در برخی از آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری)، از این سنخند.

۳. ذکر این نکته لازم است که رز مصداق قوانین بدون هنجار را قوانینی می‌داند که به طور مثال قلمروا سرزمینی اعتبار نظام حقوقی را تعیین می‌کنند. (Raz, 1972; 824)

این دیدگاه دارای ایراد به نظر می‌رسد مثال ذکر شده و مثالهای مشابه (مواد تعریف کننده اصطلاحات حقوقی و ...) هرچند راسا واجد هنجار حقوقی نیستند اما برای هنجارهای حقوقی مربوط، کارکرد هنجاری تبعی دارند.

(اوایلا، ۱۳۹۷: ۲۳-۲۲) بر همین اساس، می‌توان در برخی اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از جمله اصل اول،^۱ رد پای مصوبات بدون هنجار را مشاهده کرد.

۲-۱. آیا مصوبه متضمن هنجار حقوقی است؟

همه مصوبات حامل هنجارهای حقوقی نیست و گاهی هنجارهای غیرحقوقی را دربردارند. با این توضیح که تابعانش الزام حقوقی به تبعیت از آنها ندارند. به طور مشخص باید به دوگانه ابرازی جان آستین، فیلسوف حقوق انگلیسی، اشاره کرد. وی قوانین را به دو دسته تقسیم می‌کند: دسته نخست، قوانین به معنای دقیق کلمه هستند. اما قوانین دسته دوم ذیل «اخلاق موضوعه» قرار می‌گیرند. بر اساس این دوگانه، برخی نویسندگان مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴ قانون مدنی را جزو دسته اخیر قلمداد کرده‌اند.^۲ (شهابی و جلالی، ۱۳۹۱: ۱۱۵)

هنجارهای غیرحقوقی به هنجارهای اخلاقی محدود نیست و ممکن است از جنس «خط-مشی»^۳ باشد. در نظام حقوقی ما برخی مصوبات، از جمله سند چشم‌انداز جمهوری اسلامی ایران در افق ۱۴۰۴ از این سنخ است. (مرادی‌برلیان و تنگستانی، ۱۴۰۱: ۳۸۲) اما در خصوص برخی دیگر از مصوبات، از جمله سیاستهای کلی نظام این تردید وجود دارد که آیا متضمن هنجارهای حقوقی‌اند و یا حامل خط‌مشی؟ در این خصوص از سوی برخی نویسندگان دیدگاههای متفاوتی طرح شده است. (نک: بکشلو و طحان‌نظیف، ۱۳۹۹: ۳۱-۲۲)

۱. به جز جمله اول، مابقی این اصل از یک واقعه تاریخی خبر می‌دهد و حامل هنجار مشخصی نیست.

۲. در خصوص شمار دعاوی با خواسته الزام همسر به حسن معاشرت یا معاضدت در تشدید مبانی خانواده و نیز رویه دادگاهها اطلاع دقیقی در دست نیست. با این حال، در یک مورد راجع به دعوی الزام زوج به حسن معاشرت قرار عدم استماع صادر شده است. نک:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/11120>

3. Policy

علاوه بر این، از برخی مصوبات با عناوینی چون «پیشاحقوقی»^۱ و یا «پیراحقوقی»^۲ یاد شده است. (Bothe, 1980: 65) و از این رو، نمی‌توانند رأساً حکم دعوا قرار گیرند.^۳ مصوبات مشورتی و یا مقدماتی را می‌توان از سنخ این مصوبات دانست. البته گاهی تشخیص ماهیت مشورتی و یا مقدماتی مصوبات، برای قاضیهای دیوان چالش‌برانگیز بوده است. با این حال، در یکی از آراء هیأت عمومی به شماره ۱۴۷۵ مورخ ۱۴۰۱/۹/۱ چنین استدلال شد: «... به مفاد مصوبه مورد شکایت از طریق عملیاتی کردن آن ترتیب اثر داده شده و از این رو مصوبه مزبور دارای ماهیت الزام‌آور است و ... عمل نکردن به مصوبه .. منجر به ایجاد ضمانت اجرا برای مخاطبان مصوبه فوق می‌شود و لذا مصوبه مذکور قابل طرح و رسیدگی در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است.»

۳-۱. آیا مصوبه قابل استناد است؟

گاهی راجع به برخی هنجارهای حقوقی، استنادپذیری قضایی آنها محل تردید و اختلاف است. با این توضیح که آیا مراجع قضایی می‌توانند هنجار حقوقی مورد نظر را انحصاراً و مستقیماً در جایگاه حکم دعوای مورد رسیدگی بنشانند؟ یا اینکه به صورت فرعی، تکمیلی و یا با واسطه قابلیت اعمال را دارا هستند؟

دسته‌ای از هنجارهای حقوقی که ممکن است قابل استناد قضایی، به کیفیت پیش گفته، نباشند، اصول حقوقی هستند. با این توضیح که هنجارهای حقوقی کلی به دو دسته اصول حقوقی و قواعد حقوقی تقسیم شده‌اند. (Raz, 1972: 824) هرچند برخی نویسندگان تفکیک قواعد از اصول را قابل دفاع نمی‌دانند و موافقان نیز دیدگاههای متفاوتی طرح

1. Pre-legal

2. Para-legal

۳. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به درخواست ابطال این دسته از مصوبات رسیدگی نمی‌کند.

کرده‌اند، (lopes, 2017: 427) اما با این حال چنین می‌توان گفت که قواعد این قابلیت را دارند که در قالب گزاره‌های «اگر الف، آنگاه ب» صورت‌بندی شوند. با این توضیح که «الف» موضوع قاعده و «ب» اثر حقوقی مترتب بر این موضوع است. اما اصول متضمن اهداف و ابزارهایی معطوف به آنها هستند که در این ساختار منطقی قابل بیان است: «برای این که «الف» محقق شود، «ب» ضروری است....» با این توضیح که «الف» هدفی که باید محقق شود و «ب» ابزار لازم برای تحقق آن هدف است. (Avila, 2016: 60-61) در مواردی که مصوبه حامل اصل حقوقی است، برخلاف مواردی که حامل قاعده حقوقی است، اعمال آن بر دعوای مورد رسیدگی با تردید همراه است.^۱ در مباحث بعدی به این مهم می‌پردازیم.

از دیگر هنجارهای حقوقی که قابلیت استناد قضایی به آنها محل تردید است، اصول قانون اساسی است.^۲ پرسش این است که آیا اصول قانون اساسی به تنهایی می‌توانند هنجار حقوقی حاکم بر دعوا تلقی شوند؟^۳ در باب استنادپذیری قضایی اصول قانون اساسی سه

۱. به طور کلی، برای اصول حقوقی در استدلال حقوقی و از جمله در قالب تصمیم قضایی، کارکردهای مختلفی تعریف شده است: مبنای تفسیر قوانین، جرح و تعدیل‌کننده قوانین، ایجادکننده قواعد جدید و مبنای انحصاری برای اتخاذ تصمیم در موارد خاص. (Raz, 1972: 839-842) کارکرد اخیر اصول حقوقی محل تردید است که در ادامه به آن می‌پردازیم.

۲. ذکر این نکته لازم است که اصول قانون اساسی همگی از سنخ اصول حقوقی نیستند و برخی را باید، بنا به تعاریفی که ذکر شد، در زمره قواعد حقوقی دانست. بر این اساس، می‌توان امکان استنادپذیری اصول قانون اساسی را ذیل امکان استنادپذیری اصول حقوقی بررسی کرد. در این صورت، استنادپذیری آن دسته از اصول قانون اساسی که در قلب قواعد حقوقی قرار می‌گیرند، جای تردید ندارد. البته ممکن است در خصوص امکان استنادپذیری اصول قانون اساسی، توجه به ملاحظات دیگری نیز ضرورت داشته باشد. از جمله این که برخی از آنها را از جنس خط‌مشی بدانیم.

۳. با توجه به آن چه گفته شد، این مسأله منصرف از موضوع تطبیق مقررات با قانون اساسی است. با این حال، در برخی نوشته‌ها بین این دو مقوله خلط شده است.

دیدگاه طرح شده است: قابلیت تمامی اصول، عدم قابلیت تمامی اصول و در نهایت، استنادپذیری برخی و استنادناپذیری برخی دیگر. (ضرونی و دیگران، ۱۴۰۱: ۷۲)

در برخی از آراء شعب دیوان و نیز آراء وحدت رویه هیأت عمومی در کنار دیگر استنادها، به اصول قانون اساسی نیز به صورت فرعی و حتی تزیینی استناد شده است. به طور مثال، برخی از شعب راجع به دعوای «الزام به تغییر محل خدمت به تبعیت از همسر»، به اصل ۱۰ قانون اساسی نیز استناد کرده‌اند که البته حذف این استنادات خدشه‌ای به رأی وارد نمی‌کند.^۱

همچنین قابلیت استناد به سیاستهای کلی نظام، با این فرض که متضمن هنجارهای حقوقی هستند، نیز محل تأمل است. با این حال، در معدودی از آراء شعب دیوان عدالت اداری در کنار استنادهای اصلی، به سیاستهای کلی نظام نیز اشاره شده است.^۲ اما رأیی یافت نشد که هنجار حاکم بر دعوا صرفاً این مصوبات باشند.

برخی دیگر از مصوبات نیز استنادپذیری آنها جای تأمل دارد که از جمله می‌توان به منشور حقوق شهروندی اشاره کرد. با این حال، برخی نویسندگان، این مصوبه را برای قاضی‌های دیوان قابل استناد دانسته‌اند و البته اذعان کرده‌اند رأیی دایر بر استناد به این مصوبه نیافته‌اند. (ابریشمی‌راد و شعبانی، ۱۳۹۷: ۱۳)

۳-۱. آیا مصوبه دارای هنجار عام‌الشمول است؟

هنجارهای حقوقی به دو دسته کلی (عام‌الشمول) و موردی (خاص) تقسیم شده‌اند. هنجارهای دسته دوم، همچنان که از عنوان آنها برمی‌آید، اصولاً قابلیت اعمال بر غیرمورد

۱. به طور مثال، نک:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/27282>

۲. به طور مثال، نک:

<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/22057>

خود را ندارند و بر این اساس نمی‌توانند در سایر موارد در جایگاه هنجار حاکم بر دعوا قرار گیرند. از این رو، تفکیک این دو دسته از مصوبات ضروری است.^۱ با این حال، همیشه تشخیص این موضوع که مصوبه موردنظر حاوی هنجار حقوقی موردی یا عام-الشمول است، کار آسانی نیست. شماری از آراء هیأت عمومی، ناظر به مواردی است که شعب مصوبه را عام‌الشمول دانسته و از خود نفی صلاحیت کرده‌اند. گاهی نیز در هیأت عمومی، موردی یا عام‌الشمول بودن مصوبه محل اختلاف می‌شود. با این حال، در دادنامه شماره ۲۵۳۹ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۳ هیأت عمومی چنین معیاری تعریف شده است که چنانچه با یک بار اجرای مصوبه‌ای، موجبی برای اجرای آن در موارد بعدی وجود نداشته باشد، آن مصوبه موردی است.^۲

۴-۱. آیا مصوبه لازم‌الاتباع است؟

این گونه نیست که تمامی مصوبات برای تمامی تابعان نظام حقوقی لازم‌الاتباع باشد. ممکن است برخی از این مصوبات برای شماری از مراجع قضایی لازم‌الاتباع نباشد. در مثل، آراء وحدت رویه دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان عدالت اداری لازم‌الاتباع است و شعب دیوان عالی کشور و دادگاههای عمومی الزامی به تبعیت از این آراء را ندارند. با این حال، اگر شعب دیوان عالی کشور، در مقام حل اختلاف در صلاحیت و بر خلاف آراء وحدت رویه دیوان، رسیدگی به دعوای مربوط را در صلاحیت شعب دیوان بدانند، این شعب به صورت موردی ملزم به عدم تبعیت از رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری خواهند شد.

۱. البته تفکیک هنجارهای موردی از عام، در رسیدگیهای دیوان عدالت اداری ضرورتی خاص نیز دارد؛ دعوای ابطال مصوبات موردی در صلاحیت شعب است و ابطال مصوبات غیرموردی در صلاحیت هیأت عمومی.

۲. این معیار برگرفته از نظرات دکتر کاتوزیان است. در نوشتار دیگری که در دست انتشار است، به تفصیل به این دادنامه پرداخته شده است.

(رفیعی، ۱۴۰۱: ۸۵-۸۳) ضمناً همواره موضوع الزام به تبعیت به روشنی تعیین تکلیف نشده و با تردیدهایی همراه بوده است. به طور مثال، تا قبل از تصویب ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲، لازم‌الاتباع بودن آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور برای شعب و بویژه هیأت عمومی دیوان محل تردید جدی بود. (رفیعی، ۱۴۰۰: ۱۵۵)

۵-۱. آیا مصوبه معتبر است؟

مصوبه‌ای بر دعوا قابل اعمال است که معتبر باشد. یک مصوبه باید در زمان وضع دارای اعتبار باشد و در زمان اعمال نیز همچنان معتبر باشد. هر کدام از این دو مؤلفه الزامات و چالشهای خاص خود را دارد که در ادامه به آنها اشاره می‌کنیم.

اعتبار یک مصوبه در زمان وضع مستلزم تحقق شرایط و الزامات مختلفی است. از جمله این که، باید وضع آن در حدود اختیارات واضع مصوبه باشد؛ تشریفات مربوط طی شده باشد و مغایر مصوبات برتر نیز نباشد. اطمینان از تحقق این الزامات، بویژه عدم مغایرت با مصوبات برتر می‌تواند، به علل مختلف، چالش‌برانگیز شود. از جمله می‌توان به چالش تشخیص جایگاه مصوبه مورد نظر در نظام حقوقی اشاره کرد. توضیح این که ارزیابی نسبت یک مصوبه با مصوبات برتر، مستلزم شناخت جایگاه آنها در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی است که گاهی محل تردید است.^۱ به طور مثال، سیاستهای کلی نظام و نیز مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی قابل ذکر است که در خصوص آنها طرح این پرسش ضروری است که آیا شعب دیوان باید با این مصوبات همچون قانون رفتار کنند و در نتیجه مقررات مغایر با این مصوبات را بی‌اعتبار بدانند و به

۱. البته گاهی جایگاه مصوبه مورد نظر محل تردید نیست، اما مطابقت آن با مصوبات برتر محل تردید است. علاوه بر ابهام خود مصوبه، ابهام مصوبات برتر نیز می‌تواند به این تردید منجر شود.

آنها ترتیب اثر ندهند؟ از رویه پاسخ قاطعی به دست نمی‌آید و رأیی از شعب که متضمن ترتیب اثر ندادن به این قسم مقررات باشد نیز یافت نشد. ضمناً رأی وحدت رویه‌ای با این مضمون نیز صادر نشده است.^۱

مسئله دیگر این است آیا مرجع قضایی برای ارزیابی نسبت مصوبه مورد نظر با با مصوبات برتر صلاحیت دارد یا خیر؟ توضیح این که، تشخیص اعتبار یک مصوبه مستلزم ارزیابی نسبت آن با مصوبات برتر است که این امر مستلزم صلاحیت مرجع قضایی است. نبود این صلاحیت، باعث می‌شود که مصوبه مورد نظر بر دعوی مربوط اعمال شود، ولو این که مغایر مصوبات برتر تشخیص داده شود. در نقطه مقابل، وجود این صلاحیت ممکن است به کنار گذاشتن مصوبه مورد نظر بیانجامد.

ذکر این نکته لازم است که صلاحیت ارزیابی می‌تواند مقید باشد. آن چه را که در قالب اصلاح ماده ۹۳ قانون دیوان آمده است، می‌توان مقیدکننده صلاحیت مراجع قضایی دانست. مفاد این ماده چنین است: «آراء هیأت‌های تخصصی و هیأت عمومی در ابطال و عدم ابطال مصوبات موضوع بند (۱) ماده (۱۲) این قانون، در رسیدگی و تصمیم‌گیری مراجع قضایی و اداری، معتبر و ملاک عمل است.» با توجه به مفاد این ماده، صلاحیت

۱. ضمناً باید به این پرسش نیز پرداخته شود که آیا هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، برخلاف رویه غالب فعلی، باید مقررات مورد اعتراض را با این مصوبات نیز تطبیق دهد و موارد مغایر را ابطال کند؟ در باب رویه عملی گفتنی است که گاهی هیأت عمومی بر اساس نظر فقهای شورای نگهبان که مقررات مورد اعتراض را به جهت مغایرت با سیاستهای کلی نظام، خلاف شرع اعلام کرده است، رأی به ابطال صادر کرده است. از جمله می‌توان به دادنامه شماره ۸۸۲ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۴ اشاره کرد. چنین اظهار نظرهایی از سوی شورای نگهبان، مستلزم ادعای مغایرت با شرع است. در موادی که چنین ادعایی نشده است هیأت عمومی یا هیأت‌های تخصصی خود باید اتخاذ تصمیم کنند. گاهی ادعای مغایرت مقرر در مورد اعتراض با سیاستهای کلی نظام مطرح شده که این هیأتها اظهار نظری نکرده‌اند. (دادنامه شماره ۱۶۹ مورخ ۱۴۰۰/۳/۲۵ هیأت تخصصی کار، بیمه و تأمین اجتماعی). البته در برخی از آرای ابطالی به این سیاست‌ها استناد شده‌اند. نک: (بکشلو و طحان نظیف، ۱۳۹۹، صص ۱۸۴-۱۶۷)

مراجع قضایی برای ارزیابی مقررات، به عدم صدور رأی عدم ابطال از سوی هیأت عمومی و یا هیأت‌های تخصصی مقید شده است. به تعبیر دیگر در صورت صدور رأی عدم ابطال از سوی این هیأت‌ها، مراجع قضایی باید به مصوبه ابطال نشده ترتیب اثر بدهند و دیگر صلاحیت ارزیابی آن را ندارند.

در باب صلاحیت ارزیابی اعتبار مصوبات، اشاره به ابهامات اصل ۱۷۰ قانون اساسی ضروری است. آیا صرفاً قضات دادگاه‌ها، به معنای دقیق کلمه تکلیف به خودداری دارند و دیگر قاضی‌ها (از جمله قاضی‌های دیوان) چنین تکلیفی ندارند؟ این تکلیف ناظر به کدام مقررات است؟ با این فرض که بنا به نظر تفسیری شورای نگهبان،^۱ اصل ۱۷۰ همه مقررات مادون قانون را دربرنمی‌گیرد، آیا به اتکای برخی دیگر اصول قانون اساسی و یا اصول حقوقی، این تکلیف به دیگر مقررات نیز قابل تسری است؟

در پاسخ به پرسش نخست چنین می‌توان گفت که بنا به رویه غالب شعب و هیأت عمومی، تکلیف اصل ۱۷۰ ناظر به قاضی‌های دیوان نیز است. با این حال، رأی وحدت رویه شماره ۲۳۴۶ تا ۲۳۴۸ مورخ ۱۴۰۰/۸/۱۸ را می‌توان مصداق نادیده‌انگاری اصل ۱۷۰ دانست. با این توضیح که مصوبات شوراهای اسلامی شهر که در کمیسیون‌های موضوع ماده ۷۷ قانون شهرداری مورد استناد قرار می‌گیرند، چنانچه مورد ایراد هیأت تطبیق مصوبات شوراهای اسلامی کشور با قوانین قرار نگرفته و توسط هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ابطال نشوند، برای شعب دیوان منشأ اثر و لازم‌الاجرا است.^۲

۱. نظریه تفسیری شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱: «با توجه به قرینه «قوة مجریه» در قسمت اخیر اصل

یکصد و هفتادم قانون اساسی مقصود از تعبیر «دولتی» در این اصل قوة مجریه است».

۲. در دفاع از این رأی وحدت رویه می‌توان بر این نکته انگشت گذاشت که اساساً مصوبات شوراهای اسلامی شهرها، با توجه به نظر تفسیری شورای نگهبان، از شمول اصل ۱۷۰ خارج هستند. این دیدگاه در بین قاضی‌های

در خصوص دیگر پرسشها، اشاره به رأی وحدت رویه شماره ۱۱۰۷ مورخ ۱۳۹۹/۸/۲۰ مفید است که به موجب آن هیأت عمومی دیوان صلاحیت شعب دیوان جهت ارزیابی مصوبه رییس قوه قضاییه از حیث عدم مغایرت با قوانین و ترتیب اثر ندادن به مصوبه مغایر قانون را تأیید کرد.

گفته شد یکی از شرایط اعتبار یک مصوبه در زمان وضع، این است که در حدود اختیارات واضع مصوبه باشد. احراز این شرط نیز در مواردی چالش برانگیز می شود. به طور مشخص، صلاحیت مقررات گذاری مقاماتی غیر از مقامات مصرح در اصل ۱۳۸ قانون اساسی، محل تردید است. با این حال، در رأء شماره ۱۱۳۷ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۰ هیأت عمومی چنین آمده است: «... اختیار حاصل از اصل ۱۳۸ قانون اساسی برای وزرا جهت تدوین آیین نامه و بخشنامه علاوه بر آن چه قانون مستقیماً آنها را به تدوین آیین نامه اجرایی قوانین مأمور کرده است دلالتی بر نفی امکان صدور دستورالعمل و بخشنامه به عنوان یکی از لوازم اعمال مدیریت و اختیارات از سوی سایر مقامات وزارتخانه در چارچوب شرح وظایف و اختیارات تفویض شده به آنها ندارد...»

گاهی هرچند حدود اختیارات واضع مصوبه با تردیدی مواجه نیست، اما همانند جهت پیش گفته، مسأله این است که آیا مرجع قضایی صلاحیت ارزیابی موضوع و ترتیب اثر ندادن به مصوبه خارج از حدود اختیار را دارد یا خیر؟ نکاتی که پیشتر راجع به اصل ۱۷۰ گفته شد، در خصوص ارزیابی حدود اختیارات واضعان مصوبه نیز صدق می کند. به طور مشخص، اشاره به رأی وحدت رویه شماره ۲۸۹۶-۲۸۹۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۰ مفید است که به موجب آن هیأت عمومی دیوان صلاحیت شعب دیوان جهت ارزیابی مصوبه شورای

دیوان قایلانی دارد و از جمله در دادنامه‌ای از شعبه ششم تجدیدنظر (به شماره ۸۲۰ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۱) به آن تصریح شده است.

عالی انقلاب فرهنگی از حیث حدود اختیارات و ترتیب اثر ندادن به مصوبه خارج از حدود اختیار این شورا را تأیید کرد.

ممکن است مصوبه در زمان وضع معتبر باشد، اما پس از آن، بنا به جهاتی، اعتبارش، به صورت دائمی یا موقتی، ساقط شده باشد. از جمله این جهات باید به نسخ، ابطال، انقضای مدت، انتفای موضوع، اتمام اجرا^۱ و موقوف الاجرا شدن مصوبه اشاره کرد. (انصاری، ۱۳۹۹، ۲۳۱) هر یک از این جهات مسایل و ملاحظات خاص خود را دارند که مجال پرداختن به آنها نیست.^۲ (نک: انصاری، ۱۳۹۹، ۲۴۷-۲۳۱) در اینجا صرفاً به چند رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان اشاره می‌شود که مبنای بروز تعارض و صدور این آرا، عدم توجه شعب دیوان به جهات مذکور بوده است. گاهی شعب دیوان مصوبه نسخ شده را به عنوان حکم دعوا تعیین کرده‌اند (رأی وحدت رویه شماره ۱۳۲۴ مورخ ۱۳۹۷/۵/۱۶). گاهی به ملغی‌الاثار شدن قبلی مصوبه توسط رئیس مجلس توجه نشده است (رای وحدت رویه شماره ۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۱). گاهی شعب دیوان مصوبه‌ای را در جایگاه حکم دعوا نشانده‌اند که اجرای آن به اتمام رسیده است (رای وحدت رویه شماره ۹۱۸-۹۱۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۷).

۱. در منبع مربوط از تعبیر «استیفا» استفاده شده و ناظر به قوانینی دانسته شده که برای یک بار اجرا وضع شده‌اند. اما این قید موجه به نظر نمی‌رسد. مصوبات فراوانی را می‌توان مثال زد که برای یک بار اجرا وضع نشده بودند، اما اجرای آنها به اتمام رسیده است. از جمله، قانون موضوع رأی وحدت رویه شماره ۹۱۸-۹۱۶ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۷ که در ادامه به آن اشاره می‌شود.

۲. گاهی در هیأت عمومی، در باب صلاحیت مقامات اداری برای نسخ مصوبات قبلی خود، تردیدهایی بیان شده است. با این حال، در دادنامه شماره ۱۰۲۸ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۹ این هیأت چنین آمده است: «... علی‌الاصول مرجع وضع مصوبه اختیار لغو آن را نیز دارد....»

۶-۱. آیا نسبت مصوبه با دیگر مصوبات قابل اعمال مشخص است؟

اگر مصوبه مورد نظر تنها مصوبه قابل اعمال باشد، مرجع قضایی رسیدگی کننده به دعوا، با دشواری خاصی مواجه نیست. اما در بسیاری از موارد، مصوبه دیگری نیز وجود دارد که آن نیز در بادی امر بر دعوای مربوط قابل اعمال است.^۱ ممکن است مصوبه رقیب بیش از یکی باشد که در این صورت بر دشواری کار افزوده می شود. در این موارد تشخیص نسبت مصوبات ضرورت دارد که به صورتهای مختلفی وجود دارد. از جمله، گاهی ممکن است مصوبه‌ای که در بادی امر بر دعوای مربوط قابل اعمال به نظر می رسد، با تأمل دقیق تر متفاوت از مصوبه مورد نظر باشند که در این صورت باید کنار گذاشته شوند. با این حال ابهام مصوبات ممکن است موجب شود مصوبات غیرمرتبط، مرتبط تلقی شود. رأی وحدت رویه شماره ۱۰۶۴ مورخ ۱۳۹۹/۹/۱۸ هیأت عمومی دیوان را می توان مصداقی از بروز این اشتباه دانست. با این توضیح که تبصره ۳ ماده واحده قانون نحوه بازنشستگی جانبازان انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی و معلولان عادی و شاغلین سخت و زیان آور با تبصره ۱ ماده ۱۰۳ قانون مدیریت خدمات کشوری غیرمرتبط به نظر می رسند با این حال، هیأت عمومی دیدگاه مرتبط بودن آنها را پذیرفته است.

همچنین گاهی واضح مصوبه از سر غفلت، مصوبه پیشین را دوباره وضع می کند. البته ممکن است این امر مصالحی داشته باشد. به طور مثال، برای رفع شایبه عدم نسخ یک مصوبه مشخص. با این حال تکرار ناقص مصوبه پیشین این تردید را ایجاد می کند که آیا واضع مصوبه آگاهانه بخشی از مصوبه پیشین را حذف کرده است یا خیر؟ مبنای تعارض آرای شعب دیوان که به صدور رأی وحدت رویه شماره ۱۵۷ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۴ منجر

۱. این مصوبه ممکن است بخش دیگری از همان ماده، یا تبصره آن، یا ماده دیگری در همان قانون یا قانون دیگر باشد.

شد، همین تردید بود. با این توضیح که مفاد بند ۳ ماده ۴۸ قانون حمایت خانواده و بند ۲ ماده ۱۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، تکرار مفاد ماده واحده قانون اصلاح تبصره ۲ قانون اجازه پرداخت وظیفه مستمری وراثت کارمندان سال ۱۳۳۸ و برقراری حقوق وظیفه در مورد فرزندان و نوادگان اناث سال ۱۳۶۳، اصلاحی سال ۱۳۷۹، بود؛ با این تفاوت که در آنها صرفاً به فرزندان اشاره شده بود و از نوادگان خبری نبود.

افزون بر این، گاهی مصوبات با هم متعارضند و موجبات نسخ فراهم می‌شود که پیشتر به آن اشاره شد. گاهی نسبت مصوبات با همدیگر از نسخ حکومت و یا ورود است و گاهی نیز مصوبه‌ای اصلاحیه مصوبه دیگر و یا مفسر آن است. تشخیص این نسبتها و نیز تعیین مصوبه حاکم دشواریهای خاص خود را دارد. صدور رأی وحدت رویه نادرست شماره ۱۵۰۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۴ از سوی هیأت عمومی دیوان، که به موجب دادنامه شماره ۱۶۶ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۴ این هیأت نقض شد، مصداقی از این دشواریها است.

در نهایت، گاهی یک مصوبه کارکرد کاربستی برای مصوبه دیگری دارد. با این توضیح که یک مصوبه (در مثل قانون) از طریق مصوبه دیگری (در مثل آیین نامه اجرایی آن قانون) قابلیت اعمال پیدا می‌کند. در این موارد هر دو مصوبه توأمان حکم دعاوی مربوط را شکل می‌دهند. اما چالش وقتی به وجود می‌آید که در زمان طرح دعوا، مصوبه دوم هنوز به تصویب نرسیده است. آیا در این موارد مصوبه اول کفایت می‌کند یا خیر؟ شعب و هیأت عمومی دیوان رویه واحدی ندارند. از جمله رأی وحدت رویه شماره ۱۵۷ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۰ قابل ذکر است که تأخیر در تصویب آیین نامه اجرایی قانون مربوط، نافی

اجرای قانون دانسته نشده است. در نقطه مقابل، می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۸۴۲-۸۴۱ مورخ ۱۳۸۶/۸/۲۷ اشاره کرد.^۱

۷-۱. مصوبه باید چگونه فهم شود؟

اعمال هر مصوبه بر هر دعوا مستلزم فهم آن است که بسته به روشنی یا ابهام مصوبه وضعیت متفاوتی دارد. البته به لحاظ وضعیت طیفی روشنی و ابهام، گاهی ممکن است روشنی یا ابهام مصوبه مورد نظر، خود محل تردید باشد. روشن یا مبهم دانستن یک مصوبه، در نحوه کاربست آن اثرگذار است. با این توضیح که برخی از نویسندگان بین فهم مصوبه و تفسیر آن فرق می‌گذارند و تفسیر را که مستلزم نقش‌آفرینی مؤلفه‌های برون‌متنی است، صرفاً ناظر به مصادیق مبهم می‌دانند.^۲ (مارمور، ۱۳۹۹: ۱۸۴-۱۷۴)

نحوه تفسیر و رفع ابهام از مصوبات مسأله‌ای دشوار است. با این توضیح که تفسیر بر مبنای آموزه‌های نظری و رویه‌های قضایی مختلف، روی کردها و ابزارهای متفاوتی را برمی‌تابد و این که کدام یک از این روی کردها مرجح است و یا ترتیب و نحوه استفاده از ابزارهای تفسیری چگونه است، پاسخهای قاطعی ندارد. از این رو، تفاسیر کمابیش جای چندوچون دارند. شماری از آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری از نقطه نظر تفسیری

۱. البته می‌توان این دو رأی را با این استدلال کلی قابل جمع دانست که اگر قانون به تنهایی قابلیت اجرا داشته باشد، تأخیر در تصویب آیین‌نامه اجرایی آن، مانعی ایجاد نمی‌کند.

۲. در رویه دیوان فرق‌گذاری بین فهم و تفسیر، ضرورت خاصی نیز دارد و آن هم جواز یا عدم جواز تفسیر اداری است. توضیح این که هیأت عمومی در برخی آراء خود قائل به عدم جواز تفسیر اداری شده است. از جمله، در دادنامه شماره ۵۳۸-۵۳۷ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۸ چنین آمده است: «... تفسیر حکم قانون از شئون مقنن است و این امر از جمله صلاحیت وزرا در اصل ۱۳۸ قانون اساسی و معاون وزیر به طریق اولی نیست...» شرط لازم برای صحت این دیدگاه این است که بتوان بین فهم و تفسیر فرق گذاشت. چه این که، در صلاحیت مقامات اداری برای فهم قانون، به عنوان اقتضای اجرای آن، جای تردیدی نیست. بدیهی است اگر نتوان قائل به تفکیک شد، ناگزیر باید تفسیر اداری را نیز پذیرفت. برای نقد این تفکیک، مبتنی بر این دیدگاه که «متن‌ها معنای پیشاتفسیری ندارند»، نک: (شجاعی، ۱۳۹۳: ۱۳-۱۲).

قابل نقد هستند. از جمله، می‌توان به رأی وحدت رویه شماره ۴۹۵-۴۹۶ هیأت عمومی اشاره کرد که در مقام رفع تعارض ناشی از عبارت «سال تقویمی» در ماده ۲ قانون جذب نیروی انسانی به نقاط محروم، دورافتاده و جنگی صادر شد و تقویم را معادل «برآورد» تلقی کرد و نه «گاه‌شمار».

۸-۱. آیا مصوبه موجه است؟

گاهی موجه بودن مصوبات به امری چالش‌برانگیز تبدیل می‌شود با این توضیح که نظامهای حقوقی ارزشهای بنیادینی دارند و تمامی هنجارهای حقوقی، نیز نمی‌توانند آنها را نادیده بگیرند. از جمله می‌توان به ارزشهایی چون برابری و احترام به کرامت انسانی اشاره کرد. چه بسا مصوبه مورد نظر مغایرت مشخصی با هنجارهای برتر نداشته باشد، و یا مهم‌تر از آن، با توجه به مطالب پیش گفته، مرجع قضایی صلاحیت تطبیق آن با هنجارهای برتر را نداشته باشد و یا در رأس سلسله مراتب هنجارهای حقوقی باشد، با این حال با ارزشهای بنیادین در تعارض باشد.

ناموجه بودن مصوبات می‌تواند کلی یا جزئی باشد. در باب ناموجه بودن جزئی مصوبات گفتنی است که کلیت گیرناپذیر قواعد مندرج در مصوبات می‌تواند دو چالش «فراشمولی»^۱ یا «فروشمولی»^۲ آنها را در پی داشته باشد؛ گاهی آنها مصادیقی را دربرنمی‌گیرند که باید دربرگیرند^۳ و یا برعکس.^۴

1. Overinclusive

2. Underinclusive

۳. این حالت را می‌توان معادل وضعیت آشنای «نقص قانون» دانست. در باب تعریف نقص قانون و ذکر مصادیقی از آن در نظام حقوقی ما، نک: (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۵۶۹-۵۶۷)

۴. مصوبه «صحبت با تلفن همراه حین رانندگی ممنوع است» را درنظر بگیرید (با این فرض که مبنای آن، پیش‌گیری از حواس‌پرتی راننده است). اگر فرضاً صحبت با تلفن همراه از طریق گوشی باعث حواس‌پرتی نشود، مصوبه نسبت به این مصداق فراشمولی دارد و اگر فرضاً گوش دادن به رادیو نیز باعث حواس‌پرتی شود، مصوبه نسبت به این مصداق فروشمولی دارد. نک: (Schauer, 2009: 27-28)

اگر مصوبه مورد نظر موجه نباشد، آن گاه این پرسش قابل طرح است که تکلیف مرجع قضایی مربوط چیست؟ آیا باید آن را اعمال کند و یا باید آن را کنار بگذارد؟ نظام حقوقی ما پاسخ مشخصی برای این راه حل ندارد. با این حال، آرائی را می توان یافت که می توان آنها را مصداق گزینه دوم تلقی کرد.. از جمله می توان به دادنامه شماره ۱۰۰۰۴ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۱۷ دیوان اشاره کرد که هیأت عمومی متکلفانه از بخش تبعیض آمیز قانون نحوه پرداخت عیدی به کارکنان دولت (شمول آن به کارگران شاغل در دستگاههای دولتی) عدول کرد.^۱

همچنین در باب فراشمولی و فروشمولی مصوبات، برخی از آراء هیات عمومی قابل ذکر است که در قالب عباراتی چون حکم مقرر مربوط منصرف از موضوع مورد نظر است و یا مصادیق برشمرده شده از باب غلبه بوده است، این ایرادها رفع شده اند. به طور مثال، دادنامه شماره ۸۹ تا ۹۱ مورخ ۱۴۰۰/۱/۱۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری قابل ذکر است.^۲

۹-۱. آیا مفهوم مصوبه قابل اعمال است؟

همواره حکم دعوای مورد رسیدگی از منطوق مصوبات به دست نمی آیند. گاهی ممکن است منطوق مصوبه مورد نظر متضمن هنجار قابل اعمالی بر دعوا نباشد اما مفهوم آن قابل

۱. شاید بتوان این رأی را مصداق تطبیق ضمنی قانون عادی با قانون اساسی نیز دانست. با این توضیح که بخشی از این قانون، با وجود تأیید آن از سوی شورای نگهبان، مغایر قانون اساسی (از جمله بند ۹ اصل ۳) بوده و از این حیث هیأت عمومی آن را کنار گذاشت.

۲. در فراز دوم این دادنامه چنین آمده است: «هرچند قانونگذار در ماده ۶۶ قانون تأمین اجتماعی عبارت «کارفرمایان یا نمایندگان او» را به کار برده است، لکن این موضوع از باب غلبه بوده و صرفاً منحصر به کارفرمایان یا نمایندگان وی نیست بلکه با توجه به تبصره ۱ ماده ۶۶ قانون تأمین اجتماعی که عبارت مطلق «مقصر» را به کار برده است دلالت بر این امر دارد که هرکسی که عامل حادثه باشد و طبق نظر کارشناسی بازرس اداره کار و رأی مراجع قضایی تقصیر وی در حادثه محرز باشد مشمول حکم مقرر در ماده ۶۶ قانون مذکور خواهد بود.»

استفاده باشد. اما آیا شقوق مختلف مفهوم مصوبات می‌توانند چنین کارکردی دارا باشند؟ بررسی آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، حکایت از تشتت در رویه این مرجع دارد. در حالی که دادنامه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۷۲/۲/۲۵ مبتنی بر مفهوم مخالف ماده قانونی مربوط صادر شده است، اما در دادنامه شماره ۲۴۶۴ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۸ چنین آمده است که «برداشت مفهوم مخالف از مقررات اداری و حکومتی ... محل تردید [است]...» ضمناً در رأی وحدت رویه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۷۲/۲/۲۵ قیاس اولویت چنین نفی شده است: «... پرداخت مابه التفاوت حقوق (تفاوت تطبیق) در هر حال مستلزم وجود نص قانونی است و قیاس اولویت نمی‌تواند مجوزی برای پرداخت حقوق و مزایا به کارکنان باشد...»^۱

۲. مصوبه‌ای وجود ندارد

تاکنون مطالبی که گفته شد ناظر به وضعیتهایی است که مصوبه‌ای (حامل قاعده یا اصل) وجود دارد. اما ممکن است که نظام حقوقی برای دعوای مورد رسیدگی مصوبه‌ای نداشته باشد و بنا به تعبیر مشهور با وضعیت «سکوت قانون» مواجه باشیم. این سکوت می‌تواند کامل باشد و یا جزئی (نقص قانون) باشد. البته ممکن است این موضوع که آیا راجع به دعوای مورد رسیدگی مصوبه‌ای وجود دارد یا خیر، خود محل تردید و اختلاف باشد. ابهام مصوبه موردنظر از جمله عواملی است که می‌تواند این وضعیت را رقم بزند. وقتی راجع به دعوای مورد رسیدگی مصوبه‌ای در کار نیست، مرجع قضایی با مجموعه‌ای از مسایل مواجه خواهد بود که در ادامه به آنها اشاره می‌شود. البته بعید نیست علاوه بر آن چه گفته می‌شود، مسائل قابل توجه دیگری نیز وجود داشته باشد.

۱. ارزیابی این آراء مجال دیگری می‌طلبد. اما ذکر این نکته مفید است که بهتر بود هیأت عمومی ابتدا به این موضوع می‌پرداخت که آیا در آراء شعب بدوی از مفهوم مخالف و یا قیاس اولویت صحیحاً استفاده شده یا خیر؟ در این صورت، شاید به نفی کلی صورت گرفته در این آراء، که قابل مناقشه است، نیازی نبود.

۱-۲. آیا باید به دیگر منابع حقوق رجوع کرد؟

گاهی در این که راجع به دعوای مورد رسیدگی مصوبه‌ای وجود ندارد، تردیدی نیست، اما تردید در این است که آیا مرجع قضایی باید با لحاظ این وضعیت (فقدان مصوبه) رأی صادر کند یا مکلف است با رجوع به دیگر منابع حقوق هنجار حاکم بر دعوا را بیابد. نظام حقوقی ما در حوزه دادرسی کیفری با این چالش روبه‌رو است که آیا تکلیف مذکور در اصل ۱۶۷ قانون اساسی دعوای کیفری را نیز دربرمی‌گیرد یا خیر؟ با این حال، در خصوص شمول اصل ۱۶۷ به دعوای اداری ظاهراً تردیدی وجود ندارد و برخی نویسندگان آن را مفروض گرفته‌اند. (آقای طوق و مردانی، ۱۴۰۰). ضمناً با توجه به مفاد ماده ۱۲۲ قانون دیوان که در موارد سکوت این قانون، قانون آیین دادرسی مدنی را حاکم دانسته است، قاضیهای دیوان باید الزامات مقرر در ماده ۳ قانون اخیرالذکر را رعایت کنند. (آقاشاهی و دیگران، ۱۳۹۹: ۱۲) رویه دیوان نیز حاکی از رجوع به دیگر منابع حقوق است.^۱

۲-۲. به کدام منابع و بر اساس چه اولییتی باید رجوع کرد؟

اگر رجوع به دیگر منابع حقوق ضرورت داشته باشد، با توجه به تعدد منابع در نظامهای حقوقی، از جمله نظام حقوقی ما، آن گاه با این مسأله مواجهیم که هنجار حاکم از کدام منابع حقوقی باید استخراج شود؟ آیا راجع به تمامی حوزه‌های دادرسی، تمامی منابع حقوقی موجود قابل رجوع هستند؟ در مثل آیا در حوزه دادرسی اداری، امکان رجوع به عرف اداری وجود دارد یا خیر؟ چه نسبتی بین منابع قابل رجوع برقرار است؟ آیا سلسله مراتبی برقرار است و در نتیجه با وجود منابع مافوق، امکان رجوع به منابع مادون وجود

۱. مصادیقی از آراء که متضمن استناد به اصول حقوقی و نیز موازین شرعی است، در دو مقاله اخیرالذکر آمده است.

ندارد؟ یا این که مرجع قضایی مخیر است به هر کدام از این منابع رجوع کند؟ یا باید بر حسب ماهیت دعوا و سایر عوامل دخیل، قایل به تفکیک شد؟ به طور مثال، در حوزه دادرسی کیفری، منابع معتبر اسلامی در اولویت باشد و در حوزه دادرسی اداری، اصول حقوقی؟ نویسندگان دیدگاههای متعارضی طرح کرده‌اند. (نک: قدیمیان و دیگران، ۱۴۰۰: ۱۰۲۳) و از رویه دیوان نیز برای این پرسشها پاسخهای دقیقی به دست نمی‌آید. با این حال، به نظر می‌رسد قاضیهای دیوان در خصوص استناد به منابع مختلف، به ترتیب و اولویت‌بندی خاصی قایل نیستند.

۳-۲. نحوه استخراج هنجار از منبع منتخب چگونه است؟

پس از انتخاب منبعی که باید هنجار حقوقی حاکم بر دعوای مورد رسیدگی از آن استخراج شود، با این مسأله مواجه خواهیم بود که این کار چگونه و طی چه فرایندی انجام شود. راجع به منابع مکتوب مثل منابع معتبر اسلامی دشواری کمتری داریم. اما راجع به منابعی که این ویژگی را ندارند، از جمله اصول حقوقی و عرف، دشواری دوچندان است. راجع به اصول حقوقی این پرسشها قابل تأمل است: طی چه فرایندی یک اصل حقوقی زاده می‌شود؟ رویه قضایی چه نقشی دارد؟ آیا استناد به یک اصل در یک رأی شعبه دیوان و یا حتی یک رأی هیأت عمومی می‌تواند این اصل را مستقر کند و به آن مشروعیت بخشد؟^۱ آیا صدور آرای که مغایر اصول غیرمستقر هستند، آنها را از اصل بودن می‌اندازد؟ به نظر می‌رسد بتوان از شناسایی اولیه یک اصل و دوره انتظار برای تثبیت آن سخن گفت. چه بسا شناسایی اولیه صورت بگیرد اما اصل مورد نظر تثبیت نیابد.

۱. پاسخ رز به این پرسش منفی است. او می‌نویسد که در یک نظام حقوقی، به واسطه یک رأی، اصول ساخته نمی‌شوند. تکوین اصول تقریباً همانند عرف است؛ الزام‌آوری آنها وقتی محقق می‌شود که حمایت آمرانه قابل توجهی را در یک سیر آراء به دست آورند. نک: (Raz, 1972, 848)

به طور مشخص راجع به احترام به انتظار مشروع چنین تردیدهایی وجود دارد. از یک سو، در برخی از آراء شعب دیوان (از جمله، در یکی از آراء متعارض موضوع رأی وحدت رویه شماره ۲۸۹۶-۲۸۹۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۱۰) و یکی از آراء هیأت عمومی (شماره ۲۸۰۸ مورخ ۱۳۹۸/۱۰/۳) به عنوان یک اصل به آن استناد شده است. اما هیأت عمومی در یک رأی وحدت رویه (شماره ۳۰۶ مورخ ۱۳۹۸/۲/۳۱) با این تعبیر در مقام نفی آن برآمده است: «امر خلاف قانون نمی تواند سبب ایجاد حق مکتسب و انتظار مشروعی برای شرکت کنندگان در آزمون باشد».^۱ از این رو، چنین می توان گفت که راجع به این اصل شناسایی اولیه تحقیق یافته، اما تثبیت انجام نشده است. شاید این اصل همچنان دوره انتظار را طی می کند.

۴-۲. در صورت تعارض هنجارهای مستخرج تکلیف چیست؟

در فرضی که منبع حقوقی تعیین شده است، ممکن است در خصوص دعوی مورد رسیدگی بیش از یک هنجار از آن منبع قابل استخراج باشد که این هنجارها با هم قابل جمع نیستند. به طور مشخص می توان به تعارض اصول حقوقی قابل اعمال اشاره کرد. با این توضیح که در هر نظام حقوقی اصول حقوقی متعددی وجود دارد که الزامات و اقتضائات آنها ممکن است تزاممهایی با یکدیگر داشته باشند و برای رفع آنها ضوابط متفاوتی ارائه شده است.^۲ از جمله: ترجیح اصل خاص بر اصل عام (Burazin, 2014: 14)، گزینش اصل وزین تر (Dworkin, 1977: 26) و گزینش بر اساس مصلحت سنجی موردی (Raz, ۷۰)

۱. البته ممکن است مفاد این دادنامه صحیح دانسته شود و در عین حال نافی اصل انتظار مشروع نیز نباشد. با این توضیح که انتظار مشروع ناظر به وضعیتهای دیگری است.

۲. اوپلا بر این باور است که تعارض اصول ممکن است در سطوح انتزاعی نیز خود را نشان دهد (مثل تعارض اصل آزادی بیان با اصل احترام به حریم خصوصی) و نه صرفاً در مقام کاربست توأمان آنها. نک: (اوپلا، ۱۳۹۷،

832-833: 1972). ضمناً از ناگزیریِ گزینشِ دلبخواهانه یا غیرمتأملانه نیز سخن به میان آمده است. (Habermas, 1996: 259)

برخی از آراء هیأت عمومی دیوان جلوه‌های تعارض اصول هستند. به طور مثال، در دادنامه‌های شماره ۵۳۸-۵۳۷ مورخ ۱۳۹۵/۸/۱۸ و شماره ۱۱۳۷ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۱۰ که پیشتر به آنها اشاره شد، هیأت عمومی با این مسأله مواجه بود که در خصوص صلاحیت مقررات‌گذاری مقامات مادون وزیر، اصل عدم صلاحیت را اعمال کند و یا اصل تلازم را؟ همچنان که از مفاد این آرا برمی‌آید در اولی اصل عدم صلاحیت و در دومی اصل تلازم را اعمال کرد.

از رویه دیوان راجع به این مسأله که در صورت تعارض هنجارهای مستخرج، چگونه باید تعارض رفع شود، پاسخ مشخصی به دست نمی‌آید. با این حال، به نظر می‌رسد هم ترجیح اصل خاص بر اصل عام، هم رویکرد مصلحت‌سنجی موردی و هم گزینش اصل وزین‌تر قابل مشاهده است. دادنامه شماره ۲۷۵۵ تا ۲۷۵۸ مورخ ۱۳۹۸/۹/۲۶ هیأت عمومی را می‌توان مصداقی از مصلحت‌سنجی دانست.^۱ با این توضیح که در تعارض اصل احترام به حقوق اساسی اشخاص و اصل تلازم، مصلحت‌گرایانه اصل تلازم برگزیده شد. در دادنامه شماره ۴۶۵ مورخ ۱۳۹۸/۶/۱ اصل وزین‌تر، یعنی اصل احترام به حقوق مکتسب

۱. در این دادنامه چنین مقرر شده است: «... اقدام در جلوگیری از فرار زندانی بویژه در زمان اعزام، به مأمور بدرقه سازمان سپرده شده و برای عدم انجام صحیح آن ضمانت اجرایی کیفری پیش‌بینی شده و قاعدتاً اذن در این امر با اذن در لوازم آن ملازمه دارد و استفاده از روشهایی مانند پابند برای اعزام زندانیان خطرناک ناشی از اذن قانونی موصوف بوده و برخلاف آن اگر باشد تکلیف مالایطاق است...» مغایرت استفاده از پابند با حقوق اساسی اشخاص (به شرح مقرر در اصل ۳۹ قانون اساسی) چندان جای تردید ندارد.

گزینش و اعمال شد.^۱ دادنامه شماره ۷۴۱ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۴ مصدافی از ترجیح اصل خاص (اصل تعهد سازمان تأمین اجتماعی در قبال کارگر) بر اصل عام (اصل عدم تعهد) است.

۵-۲. آیا امکان اعمال بی‌واسطه هنجار وجود دارد؟

گاهی راجع به هنجار منتخب باید به این پرسش پاسخ داد که آیا امکان اعمال بی‌واسطه آن وجود دارد و یا این که باید در پی یافتن یک هنجار واسط بود؟ به طور مشخص در مواردی که هنجار منتخب، اصل حقوقی است، پرسش قابل طرح این است که آیا مستقیماً قابلیت اعمال را دارد یا این که باید قاعده‌ای متناسب با دعوای مورد رسیدگی از آن اصل حقوقی استخراج کرد؟^۲ در این خصوص دو دیدگاه قابل طرح است. نخست، برخی از نویسندگان کاربست مستقیم اصول حقوقی را مغالطه‌آمیز دانسته‌اند و وجود میانجی را ضروری می‌دانند که یک قاعده حقوقی دارای ضمانت اجرا و قابل تطبیق با موضوع‌های جزئی است.^۳ (غمامی ۱۴۰۱: ۵۱) اما در نقطه مقابل، اعمال مستقیم اصول حقوقی ممکن

۱. در این دادنامه چنین آمده است: «... دستیاران فارغ‌التحصیل به شرح تعهدنامه‌های رسمی تنظیم‌شده در دفاتر اسناد رسمی تعهد کرده‌اند که معادل هدت مقرر در تعهدنامه مذکور در نقاط محروم و نیازمند واقع در حوزه دانشگاه محل تحصیل خود انجام وظیفه کنند و اعزام و انتقال آنها به نقاط محروم و نیازمند سایر استانها انطباقی با مقررات فوق‌الذکر و مفاد تعهدنامه تنظیمی ندارد...» اصل مغلوب را می‌توان اصل ضرورت توجه به مقتضیات اداری نامید.

۲. پیشتر گفته شد که ممکن است مصوبه حامل اصل حقوقی باشد. پرسشی که در این جا طرح شده است، ناظر به این فرض نیز هست.

۳. به طور مثال، اگر آن چه در اصل ۱۰ قانون اساسی آمده است، یعنی حمایت از خانواده را بتوان یک اصل حقوقی قلمداد کرد. اعمال آن در دعوای الزام به تغییر محل خدمت به تبعیت از همسر، مستلزم استخراج چنین قاعده‌ای از این اصل است: «محل خدمت زوجین باید یکسان باشد.» بدون چنین قاعده واسطی اصل حمایت از خانواده نمی‌تواند بر دعوای مذکور اعمال شود.

است. رز اعمال صلاحیت اختیاری را از جمله مصادیقی می‌داند که اصول حقوقی می‌تواند بدون نیاز به میانجی‌گری قواعد حقوقی و انحصاراً ایفای نقش کنند. (Raz, 1972, 841) بر این اساس، دعاوی اعتراض به تصمیماتی که متضمن اعمال صلاحیت اختیاری هستند، می‌تواند اعمال مستقیم اصول حقوقی را در پی داشته باشد. ضمناً ممکن است گاهی نتوان قاعده مشخصی را از اصل حقوقی استخراج کرد.

فرجام سخن

صدور رأی صحیح مستلزم یافتن صحیح حکم دعواست که این مهم، الزامات خاص خود را داراست. اگر مصوبه مشخصی در بادی امر قابلیت اعمال بر دعوای مورد رسیدگی را داشته باشد، مرجع قضایی باید برای اطمینان از صحت انتخاب خود، مؤلفه‌هایی را لحاظ کند. از جمله این که آیا مصوبه مورد نظر اساساً واجد هنجاری است؟ اگر بلی، آیا هنجار مندرج در مصوبه ماهیت حقوقی دارد؟ آیا مصوبه قابل استناد قضایی و یا لازم‌الاتباع است؟ آیا مصوبات دیگری نیز قابلیت اعمال بر مصوبه را دارند؟ مصوبه مورد نظر باید به چه نحو تفسیر شود؟ در صورتی که منطوق مصوبه برای دعوای مورد رسیدگی حکمی نداشته باشد، آیا مفهوم آن قابل اعمال است؟

اگر مصوبه‌ای برای اعمال بر دعوای مورد نظر یافت نشود، آن گاه مرجع قضایی با مسایل مختلفی روبه‌رو خواهد بود. آیا باید به دیگر منابع حقوق رجوع کرد؟ اگر بلی به کدام منابع و بر اساس چه اولویتی؟ نحوه استخراج هنجار از منبع منتخب چگونه است؟ در صورت تعارض هنجارهای مستخرج تکلیف چیست؟ و آیا امکان اعمال بی‌واسطه هنجار وجود دارد؟

منابع

الف- منابع فارسی

۱. ابریشمی‌راد، محمدمامین و حسن شعبانی، (۱۳۹۷)، استنادپذیری منشور حقوق شهروندی در دیوان عدالت اداری، حقوق بشر و شهروندی، شماره ۱ (پیاپی ۵).
۲. آقاشاهی احسان، مهدی هداوند و حسین منوری (۱۳۹۹)، نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی تصمیمات موردی اداری، حقوق اداری، دوره ۸، شماره ۲۴.
۳. آقایی طوق، مسلم و سجاد مردانی (۱۴۰۰)، استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه علمی پژوهش‌های نوین حقوق اداری، دوره ۳، شماره ۶.
۴. انصاری، باقر (۱۳۹۹)، اصول و فنون قانونگذاری، تهران: انتشارات دادگستر.
۵. اوایلا، اومبرتو (۱۳۹۷)، نظریه‌ی اصول حقوقی، ترجمه علی شجاعی، تهران: سمت.
۶. بکشلو، رضا و هادی طحان‌نظیف (۱۳۹۹)، استناد به سیاست‌های کلی نظام در دیوان عدالت اداری، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۷. رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۱)، ایجاد وحدت رویه قضایی (مبانی، چالش‌ها و راهکارها)، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۸. رفیعی، محمدرضا (۱۴۰۰)، موارد لازم‌الاتباع بودن آراء مراجع قضاوتی؛ با تمرکز بر دیوان عدالت اداری و مراجع شبه‌قضایی، در: گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، جلد سوم، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
۹. شجاعی، علی، (۱۳۹۳)، تفسیر قانون جنایی: در پرتو تفسیرشناسی و تحلیل گفتمان، تهران: دادگستر.
۱۰. شهابی، مهدی و مریم جلالی (۱۳۹۱)، تأثیرپذیری منبع قاعده‌ی حقوقی از منشأ الزام‌آوری قاعده‌ی حقوقی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۷.
۱۱. ضرونی، داریوش، علی اکبر گرجی ازندریانی و بهروز بهبودیان (۱۴۰۱)، ظرفیت استناد به اصول قانون اساسی در آرای محاکم ایران و آمریکا، ماه‌نامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، دوره ۵، شماره ۱۱.
۱۲. غمامی، مجید، تعادل اقتصادی، رمز پایداری قرارداد، بازان‌دیشی در نظریه غبن حادث، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

یافتن حکم دعوا از سوی قاضی ... / ۱۰۷

محمد رضا رفیعی

۱۳. قدمیان، رضا، وحید قاسمی عهد و وحید لاجوردی (۱۴۰۰)، بررسی ارکان توجیه و تعلیل آراء دادگاههای حقوقی با مطالعه در حقوق ایران، لبنان و اصول آیین دادرسی مدنی فراملی، ماهنامه جامعه شناسی سیاسی/ایران، دوره ۴، شماره ۴.

۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، فلسفه حقوق، جلد دوم، چاپ ششم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۵. مارمور، آندره، (۱۳۹۹)، فلسفه حقوق، ترجمه سعید عابدی و مجید نیکویی، چاپ دوم، تهران: نگاه معاصر.

۱۶. مرادی برلیان، مهدی و محمد قاسم تنگستانی (۱۴۰۱)، مفهوم و جایگاه «سند» در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی و امکان سنجی استناد حقوقی قضایی به آن، مجلس و راهبرد، شماره ۱۱۱.

ب- منابع انگلیسی

17. Ávila, Humberto, (2016), Certainty in law (Vol. 114). Dordrecht: Springer.
18. Bothe, Michael (1980), Legal and Non-Legal Norms—a meaningful distinction in international relations?, Netherlands Yearbook of International Law, 11.
19. Burazin, Luka (2014), Antinomies between implicit legal principles: a solution to the total-partial antinomy. Available at:
20. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391860 (۱۴۰۲/۱/۱)
21. Dworkin, Ronald, (1977), Taking rights seriously, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press
22. Habermas, Urogen, (1996), Between Facts and Norms, translated by William Rehg, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
23. Lopes, Pedro Moniz, (۲۰۱۷). The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles. Ratio Juris, 30 (4).
24. Raz, Joseph (1971), Legal principles and the limits of law. Yale. LJ, 81.
25. Schauer, Frederick, (۲۰۰۹), Thinking Like a Lawyer. Cambridge, Mass, Harvard University Press,

ج- سایت

26. <https://ara.jri.ac.ir>

**Finding the Relevant Law Pertaining to a Claim by a Judge;
Focusing on the Precedent of the Administrative Court of Justice
Mohammad reza Rafeei¹**

Abstract

Judicial process has steps that include "finding the relevant law pertaining to a claim by a judge" or, more precisely, determining the legal norm applicable to the claim under consideration. Finding the correct relevant law is a prerequisite for rendering a correct decision. However, this is often not an easy task, and judicial authorities must take into consideration various elements, which differ according to whether statute exist or not. If a statute exists, among the elements involved the following can be mentioned: adhering to relevant legal norms, being reliable, mandatory, valid, clear concerning its relationship with competing statutes, and correct understanding and interpretation of the statute in question. In the absence of a statute, the following elements should be considered: the possibility or impossibility of referring to other sources, the method of selecting a reliable source, of extracting the norm from the selected source, of resolving possible conflicts between extracted norms, and the possibility or impossibility of direct application of the selected norm. Of course, each of these elements comes with challenges. Understanding these elements and challenges, focusing on the precedent of the Administrative Court, is the main goal of this article, which is done in a descriptive-analytical method.

Keywords: *Article 167 of the Constitution, finding a relevant law of a claim, judicial precedent, Administrative Court of Justice*

1. Justice in Administrative Court of Justice , (Email: mrrafeei@gmail.com)