

## واکاوی مفهوم و جایگاه صلاحیت تفسیری قاضی در حقوق عمومی به مثابه صلاحیت مقام عمومی

محمد حسنونند\*

مرضیه سبینی سلمانی\*\*

مهدی حسنونند\*\*\*

### چکیده

به هنگام صحبت از تفسیر قانون توسط دادرسان، به ضرورت تفسیر، مبانی و اشکال آن فراوان پرداخته شده است. هدف این نوشتار اما پرداختن به مفهوم صلاحیت تفسیری قاضی، به مثابه صلاحیت اعطاشده به یک مقام برخوردار از اختیارات حاکمیتی است؛ بنابراین مسئله اصلی نوشتار چپستی این صلاحیت و تعیین خاستگاه و جایگاه آن در بین اشکال صلاحیت مقامات عمومی به عنوان «صلاحیت» و «اختیار» یک کارگزار عمومی است. اینکه این صلاحیت در کدام یک از اشکال صلاحیت تقنینی یا اجرایی جای می گیرد، منشأ نظرات فراوانی بوده است که در این مقاله تلاش شده از رهگذر مطالعه این نظرات و نیز قوانین و آراء موجود پاسخی درخور به پرسش پژوهش داده شود. در میان دو شکل اصلی اعمال حاکمیت، تفسیر قضایی را نمی توان تقنین پسینی دانست؛ چه آنکه نسبی و محدود بودن آثار تفسیر قضایی به اصحاب دعوی وصف عام الشمولی را از قاعده قضایی سلب می کند و نیز قبح عقاب بلا بیان، نقض تفکیک قوا و سپردن تقنین به یک مقام انتصابی مانع از پذیرش چنین دیدگاهی می گردد. اگر کارویژه دادرسی را همان اعمال یا اجرای قوانین بدانیم تفسیر، جزء جدایی ناپذیر اجرای قانون است که زمینه اجرای واقعی آن را فراهم می کند.

### کلیدواژه ها:

صلاحیت اجرایی، صلاحیت تخییری، صلاحیت تفسیری، صلاحیت تقنینی، قاضی.

\*. دانش آموخته دکتری حقوق عمومی، قاضی دیوان عدالت اداری، مدرس دانشگاه شاهد تهران

malr.journal@gmail.com

\*\* دانش آموخته دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، مدرس دانشگاه علم و فرهنگ تهران

msalmanisiboni@ut.ac.ir

ma\_hasanvand@yahoo.fr

\*\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی

### مقدمه

ماهیت در حال دگرگونی روابط اجتماعی که قانون اصولاً برای تنظیم آنها پا به عرصه وجود نهاده است؛ منجر به پیشی گرفتن آنها از متون قانونی می‌شود. در اینجا قانون نمی‌تواند نسبت به وضعیت‌های جدید به‌وجودآمده واکنش مناسب داشته باشد و به‌نوعی با ایراد فقدان جامعیت روبه‌رو می‌گردد. اینجاست که تفسیر می‌تواند گامی در جهت تطابق قانون با تحولات جدید و پاسخگویی مناسبی به آنها باشد. مسائل مستحدثت با اتکای صرف به قانون حل نمی‌شوند و فن تفسیر، ماهیت مشکل‌زای این موارد را چاره‌اندیشی می‌کند. از سوی دیگر کارکرد نهایی قانون و به‌نوعی نمود بارز آن، حل تعارضات و تراحماتی است که در جامعه و میان افراد رخ می‌دهد. در مواردی که قانون دچار نقصان و کمبود یا ابهام و تعارض است اعمال کارکرد ویژه آن، مستلزم بهره‌گیری از تفسیر توسط قضات است. عامل توجیه‌کننده دیگر تفسیر، ضرورت صدور حکم است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۷) از کهن‌ترین دوران تاریخ، مفهوم قضاوت با عدالت پیوند داشته است تاحدی که، قضاوت را هنر دادگری دانسته‌اند. (Perelman, 1978:7) وظیفه قاضی برپاداشتن عدالت است و کوشش بر این است که، حق به حقدار برسد؛ بنابراین، مقام والای دادرس باید از صلاحیت تفسیری برخوردار باشد. اگر صلاحیت را تعیین‌کننده حوزه اقدام و فعالیت مقام عمومی بدانیم صلاحیت، مجموعه اختیارات و وظایف اعطایی و تحمیلی به یک نهاد، اداره یا مأمور برای انجام مأموریت خود است. (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۱: ۹) پس تفسیر، صلاحیت اعطا شده به یک مقام عمومی است. آنچه ماهیت صلاحیت تفسیر قاضی را با دشواری روبه‌رو ساخته و انجام این تحقیق را موجه می‌سازد ماهیت متفاوت تفسیر قانون از اجرای صرف قانون است؛ در نگاه اول قاضی در فقدان قانون یا نبود تعیین قانونی شامل ابهام، اجمال و تعارض آن، اراده قاضی به جای اراده مقنن مبنای صدور حکم قرار می‌گیرد. چه آنکه در این حالت به‌ظاهر قانونی موجود نبوده است که قاضی به تفسیر دست زده است. در ظاهر امر این

۱. در دعاوی جزائی هدف فصل خصومت نیست، حتی گذشت شاکی در همه موارد قاطع دعوا نیست. در امور جزائی قاضی مجری قانون است. اگر در پرونده دلیلی بر وقوع بزه و انتساب آن به مشتکی‌عنه باشد، بایستی حکم به مجازات صادر کند، والا بایستی متهم را تبرئه کند. برای همین همان‌طور که به‌حق ذکر شده است در دعاوی جزائی سخن از حل و فصل نادرست است. برای همین با توجه به اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷ و نیز اصل ۱۶۶ و ۱۶۹ قاضی کیفری در موارد فقدان نص، سکوت، نقص، اجمال و تعارض نمی‌تواند متهم را به کیفری خارج از قانون محکوم نماید. (محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش جزایی، ج ۳، نشر مرکز علوم اسلامی، تهران ۱۳۸۱، صص ۳۶ - ۳۸).

اعمال تفسیر همان خلق قاعده است که علی‌الاصول توسط قوه مقننه منتخب مردم اعمال می‌شود. در این وضعیت قاعده ناشی از تفسیر، شباهت فراوانی به قاعده تقنینی دارد؛ از جمله آنکه حکم دعوی را معین و به فصل اختلاف می‌انجامد. پرسش از جایگاه صلاحیت تفسیر قاضی بدین معناست که در میان صلاحیت‌های مقامات عمومی که از کارکردهای ناشی از اعمال حاکمیت ناشی می‌شود، صلاحیت تفسیری قاضی در کدام گروه جای می‌گیرد؟ پاسخ به این پرسش ما را در درک بهتر ماهیت این پدیده و شناخت راه‌های کنترل، نظارت و اعتلاء آن یاری می‌بخشد. فرض ما این است که به تبع تفکیک کارویژه‌های ناشی از قدرت سیاسی صلاحیت را به دو صلاحیت تقنینی و اجرایی تقسیم نماییم. کارویژه قضاوت نیز همان اجرای قانون است که به جهت مصالح در اختیار قوه‌ای مستقل قرار گرفته است. بر همین اساس اصل ۵۸ قانون اساسی بیان می‌دارد اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحل که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضائیه ابلاغ می‌گردد. در نوشتار پیش‌رو، تلاش شده تا با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و تحلیلی و نیز قوانین و آراء موجود پاسخی درخور برای پرسش‌های مطرح شده یافت شود. برای نیل به این مهم، نخست اشکال صلاحیت‌های مأمورین و مقامات در حقوق عمومی تبیین شده و در ادامه ضمن بیان مبانی حقوقی صلاحیت تفسیری قاضی، به جایگاه صلاحیت تفسیری قضایی در نظام حقوق عمومی پرداخته خواهد شد.<sup>۱</sup>

### ۱. تمایز صلاحیت تفسیر از صلاحیت وضع و اجرای قانون در حقوق عمومی

صلاحیت همچون بسیاری مفاهیم حقوقی دیگر مفهومی بی‌نیاز از ایضاح و تفسیر نیست. ماهیت در نوسان آن بین تکلیف و اختیار بر ضرورت تبیین آن افزوده است. در نگاه اول شاید اختیار مناسب‌ترین معادل برای واژه صلاحیت باشد. با این حال، اختیار در حقوق عمومی به‌ویژه در امر صلاحیت‌گزینشی، معادلی رسا و دقیق نمی‌باشد. به‌علاوه واژه حق نیز معادل مناسبی برای صلاحیت نیست؛ زیرا در صورتی که صلاحیت، حق یا اختیار تلقی شود، در تعارض با حاکمیت قانون قرار خواهد گرفت. اقتدار به معنای قدرت عمومی و دولتی که بر منشأ قانونی و مبنای حقوقی مبتنی باشد، تعریفی دیگر از صلاحیت است. به بیان دیگر،

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص تفسیر و ماهیت آن مراجعه کنید به بابایی، مهرعلی، تفسیر؛ اصول و مبانی آن در حقوق عمومی، حقوق خصوصی، ۱۳۸۸ و جعفری‌تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.

صلاحیت توانایی حقوقی است که مقام عمومی به واسطه آن به انجام وظیفه می‌پردازد. (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۱: ۹۵) در واقع صلاحیت به‌عنوان یکی از جلوه‌های «اصل اقتدار» دارای ابعاد چندگانه‌ای است. صلاحیت از یکسو بیانگر الزام مقام عمومی به فعل یا ترک فعلی مشخص و از سوی دیگر مبین آزادی عمل و حق انتخاب ایشان در انجام وظایف محوله است. نکته حائز اهمیت اینکه در حقوق عمومی، اصل بر «عدم صلاحیت» مقام عمومی است؛ مگر آن قسم صلاحیتی که به موجب قانون به وی اعطا شده باشد. اصل عدم صلاحیت مقامات عمومی از لوازم و توابع اصل عدم صلاحیت است. (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۶۸) براساس اصل مذکور، در حقوق عمومی هیچ‌کس صلاحیت، یعنی اختیار انجام امور عمومی را ندارد، مگر اینکه در حدود شرایط و تشریفات قانونی به استخدام دولت درآید و عنوان رسمی و مأموریت پیدا کند. در همین راستا، نظریه تفکیک قوا از سوی محصول و از سوی دیگر عامل اصل عدم صلاحیت است. کارویژه قوای سه‌گانه مشخص و منبعث از قانون بوده و هیچ‌یک نمی‌تواند وارد در حوزه صلاحیت‌های دیگری شود. از همین‌رو در رویکردهای کلاسیک به نظریه تفکیک قوا، آفرینش قانون کارویژه قوه مقننه، اجرای آن وظیفه قوه قضاییه و قوه مجریه است. با این تفاوت که قاضی در مقام اجرای قانون، دست به اعمال تفسیر می‌زند. مونتسکیو یکی از پیشگامان نظریه تفکیک قوا می‌نویسد: «ممکن است گاهی پیش آید که قانون در بعضی موارد زیاد سخت باشد؛ زیرا قانون در عین حالی که واضح است مبهم نیز هست. قضات نمی‌توانند شدت یا سختی قانون را تعدیل کنند. آنان فقط زبان قانون هستند. در چنین صورتی برای تعدیل قانون، مداخله هیأت تقنینیه لازم است؛ زیرا اختیار تفسیر قانون و یا تعدیل آن مختص قوه مقننه است و فقط او حق دارد قانون را به نفع قانون تعدیل کند و یا کمتر از آنچه قانون امر می‌کند مجازات دهد» (مونتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴). وی نقش قانون‌گذار و قاضی را به نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می‌انگارد. با این حال، این واقعیت بر همگان آشکار است که منبع خلق و ایجاد قواعد حقوقی فقط مصوبات پارلمان نیست. انواع قواعد حقوقی وجود دارد که نهادی غیر از پارلمان آنها را خلق می‌کنند، مانند قواعد ناشی از رویه قضایی و یا مقرراتی که از درون نهادهای قوه مجریه و نظایر آن ناشی می‌شود. (وکیلیان، ۱۳۹۷: ۵۸)

در قرن نوزدهم اروپا، شکل‌گیری دکترین تفکیک قوا به معنای این بود که نقش دادگاه‌ها فقط به حل‌وفصل دعاوی و نه ایجاد قوانین و مقررات محدود باشد. این برداشت مضیق و محدودکننده از تفکیک قوا به سبب بی‌اعتمادی گسترده نسبت به دادگاه‌هایی بود که قبل از انقلاب فرانسه از قدرت پادشاه سوءاستفاده می‌کردند. آرمان قطعیت و کامل بودن قوانین در برابر مقابله با چنین سوءاستفاده‌ای به وجود آمد و خواستار این

بود که مفاد قوانین مانند اصول ریاضی صورت‌بندی و تفسیر شوند تا هیچ‌جایی برای تصمیمات خودسرانه و دل‌خواهانه دادگاه‌ها باقی نماند؛ البته وضعیت بدین شکل باقی نماند و سودای قطعیت و کامل بودن حقوق مدون و کدبندی شده به تدریج رنگ باخت و خاطه سوءاستفاده دادگاه‌های رژیم‌های پیش از انقلاب از اختیارات‌شان نیز به فراموشی سپرده شد و به تدریج نوعی حقوق مبتنی بر رویه قضایی غیررسمی شکل گرفت که به شکل منبع الهام‌بخش و راهنمای قضات عمل کرده و به سازگاری و ثبات نظام حقوقی کمک می‌کرد. (امیراقدم، ۱۳۹۵: ۶۹) مهم‌ترین پشتوانه نظری وضع قانون یا قانون‌گذاری، مکتب اثبات‌گرایی حقوقی است که مشهورترین سخن‌گوی آن، جان آستین است. ارزش‌هایی نظیر آزادی، قطعیت، ثبات، امنیت و هماهنگی در اجرای قانون، بالاترین ارزش‌هایی هستند که باید به‌وسیله دولت براساس قواعد حقوقی تأمین شود. بر این اساس قانون به‌مثابه یک نظام بسته، سازگار و کامل از هنجارهای کلی و انتزاعی است که برای مثال از طریق پارلمان وضع می‌شود. در این نظام فکری، قاضی اختیار محدودی دارد و به قول رولووسکی «نقش قانون‌گذاری قضات با استناد به این گفته مونتسکیو در حاشیه قرار می‌گیرد که می‌گفت: قضات فقط زبانی برای بیان قانون هستند» (Siltala, 2000: 3).

درمقابل نظام حقوقی کشورهای کامن‌لا حاصل آراء قضایی است که در طول صدها سال ایجاد شده است. تاریخ کامن‌لا، تاریخ توسعه مداوم و تدریجی در خلال قرن‌هاست. کامن‌لا ممکن است بدون نیاز به قانون‌گذاری راه‌حل‌های جدیدی برای مسائل جدید ارائه کند. در این کشورها از منظر رویکردشان به قاعده‌گذاری قضایی دو گرایش دیده می‌شود. نخست در اروپای غربی و آمریکای لاتین و آسیا رویه قضایی در نظر به عنوان یکی از منابع حقوق به رسمیت شناخته نمی‌شد بلکه دادگاه‌ها نیز در عمل از این نظریه پیروی می‌کردند. (وکیلیان، ۱۳۹۷: ۷۵)

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

از سوی دیگر در نظام حقوق مدون، اجرای قانون به‌وسیله دادگاه‌ها چیزی فراتر از اجرای مکانیکی قانون است و «ماهیت شبه‌تقنینی آن همواره به رسمیت شناخته شده است. به

این معنا که قوانین موضوعه و کدها منوط به تفسیر قضایی و علمی برای اجرا هستند. چنین تفسیری، گاه مبنایی برای تغییرات در این قوانین موضوعه و کدها هستند. هرچند که به هر حال قدرت قانون گذاری قضات معادل با قوه مقننه و قانون گذاران نیست. البته دادگاه‌هایی وجود دارد که مستقیماً و صراحتاً و رسماً به آنها قدرت تقنینی اعطا شده است، هرچند که دارای ماهیت خاص هستند. مانند دادگاه‌های قانون اساسی که به طور فزاینده‌ای در اروپا و آمریکای لاتین و دیگر کشورها تأسیس شده است. چنین دادگاه‌هایی وقتی که مصوبه‌ای را به طور کلی به خاطر مغایرت با قانون اساسی بی اعتبار اعلام می‌کنند، به مثابه نوعی قانون گذاری سلبی عمل می‌کنند و در سایر موارد که چنین نمی‌کنند به قانون گذار دستورالعمل‌هایی برای تغییر آن اعلام می‌کنند». (امیرا قدم، ۱۳۹۵: ۸۶)

## ۲. مبانی حقوقی صلاحیت تفسیری قاضی

بنابر آنچه بیان شد، صلاحیت تفسیری عبارت از اختیار و وظیفه اعطایی به قاضی به منظور تحقق بخشیدن به کارویژه دادرسی در حالت فقدان، خلأ، ابهام و اجمال قانون است. در واقع صلاحیت تفسیری یکی از جلوه‌های «اقتدار قضایی» است که از یک سو بیانگر الزام دادرسی به حل و فصل دعوی از طریق توسل به تفسیر و از سوی دیگر مبین نوعی اختیار وی در اعمال تفسیر در مقام تمیز حق و در موارد ابهام و اجمال قوانین است. همان گونه که بیان شد، اصل بر عدم صلاحیت است و صلاحیت مقام عمومی باید مستند به قانون باشد. صلاحیت قضات برای تفسیر نیز باید مستند به قانون باشد؛ به ویژه آنکه «تعیین حکم» کارویژه قوه مقننه است و بسیاری از حقوقدانان اعمال تفسیر را نقض حاکمیت پارلمان و مستلزم تداخل کارکرد قوا می‌دانند. یکی از آموزه‌های سنتی و مشهور حقوقی براساس نظریه تفکیک قوا این است که ایجاد قانون کارویژه قوه مقننه، تفسیر آن وظیفه قوه قضاییه و اجرای آن از تکالیف اصلی قوه مجریه است. مونتسکیو نقش قانونگذار و قاضی را به نحو قاطع از یکدیگر تفکیک می‌کند و قاضی را فقط زبانی برای بیان قانون وضع شده می‌انگارد. با این حال، این واقعیت بر همگان آشکار است که منبع خلق و ایجاد قواعد حقوقی فقط مصوبات پارلمان نیست. انواع قواعد حقوقی وجود دارد که نهادی غیر از پارلمان آنها را خلق می‌کنند؛ مانند قواعد ناشی از رویه قضایی یا مقرراتی که از درون نهادهای قوه مجریه و نظایر آن ناشی می‌شود. (مونتسکیو، ۱۳۷۰: ۴۰۴)

مهم‌ترین منشأ قانونی برای صلاحیت تفسیری قضات در حقوق ایران، اصل ۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی است. جمله تکمیلی اصل مذکور چنین بیان می‌دارد: «مفاد این

اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمیز حق از قوانین می‌کنند، نیست». همچنین اصل ۱۶۷ مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد»؛ از آنجاکه قاضی نمی‌تواند از صدور حکم امتناع کند، منطق قضیه چنین نشان می‌دهد که قاضی باید اقدام به توجیه، استدلال و استنباط کند که همگی از درون مایه‌های تفسیر هستند.

اصل ۷۳ به‌صراحت تفسیر را از لوازم تمیز حق دانسته و آن را در اختیار دادرسان قرار داده است؛ هرچندکه اعتبار آن محدود به دعوایی خاص است و برای سایر دادرسان الزام‌آور نیست؛ اما اصل ۱۶۷ برای کار قضات نیز محدوده‌ای تعیین کرده و به قاضی حکم نموده است که ابتدا به قوانین مدونه رجوع کند. به کار بردن عبارت «کوشش کند» در اصل فوق به این معنی است که تا مرحله استفاده از «روح قانون» برای یافتن حکم قانون، قاضی باید تلاش کند. برداشت و نظر شخصی قضات از مفاد قانون، خود نوعی تفسیر است؛ زیرا در حقیقت تطبیق قانون بر مورد خاص یک نوع معنی کردن و تفسیر نمودن آن است. البته مشخص است که با چنین روندی تفسیرها متفاوت می‌شود و با نظرهای قضایی متعدد مواجه می‌شویم. تنها راه گریز از این معضل توسل به رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور است. برخی از حقوقدانان، مفاد اصل ۷۳ و ۱۶۷ را مخصوص قانون مدنی می‌دانند نه قانون کیفری؛ اما مورد اتفاق همگان است که فصل خصومت نشان‌دهنده توجه به حقوق انسان‌ها و برآوردن خواسته قانونگذار عالی است؛ بنابراین به بهانه اجمال و تناقض یا نبود نص صریح، از فصل دعاوی نمی‌توان امتناع کرد. مواد گوناگون آیین دادرسی مدنی و کیفری نیز چنین پدیده‌ای را نشان می‌دهد و قاضی را موظف می‌سازد که از نص صریح قانون، روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم بهره‌بردار و حکم هر دعوا را تعیین کند و حق ندارد به طور عموم و قاعده کلی حکم دهد. قانونگذار عالی، خواسته است به طور قطع و یقین، فصل خصومت شود؛ ولی از سوی دیگر، اراده کرده است که احکام فیصله‌دهنده خصومت‌ها مبتنی بر منابع حقوق و استدلال مکفی باشند.

مستفاد از اصول ۷۳ و ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌توان گفت که این قاضی است که باید حکم فیصله‌دهنده خصومت را بدهد. او نمی‌تواند منتظر تفسیر قانون اساسی بماند و حتی اگر تفسیری از قانون اساسی وجود داشته باشد، مانع صلاحیت دادگاه و قاضی در تفسیر و اجرای آن قانون در دعوای خاص نمی‌شود. اگر پذیرفته باشیم که قاضی «باید حکم کند»، باید بپذیریم که او باید از بین انواع منابع حقوقی به ترتیب اولویت،

استفاده و انشاء رأی کند. این عمل خود عبارت از «تفسیر» است. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، چنین صلاحیتی را شناخته و آن را از اختیارات قضات قرار داده است. (خلیلی، ۱۳۷۸: ۴) در واقع ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی، صلاحیت تفسیری قضات را متمایز از صلاحیت تفسیر قانونی مقنن به رسمیت شناخته و اعمال دومی را مانع از توسل قضات به صلاحیت تفسیر خویش ندانسته است. در خصوص قانون اساسی گرچه شورای نگهبان مرجع رسمی تفسیر آن است اما در صورت فقدان این تفسیر، قاضی در مقام دادرسی ناگزیر از عمل تفسیر است. اعمال این صلاحیت در ذات دادرسی و اجرای قانون نهفته است و دانسته یا نادانسته این تفسیر ذهن قاضی از متن قانون است که بدان روح بخشیده و قاعده را از متن نوشته خارج کرده و بر زندگی واقعی حاکم می‌نماید. این فرآیند آن‌چنان واضح و اجتناب‌ناپذیر است که عدم تصریح بدان در قانون اساسی خدشه‌ای بر واقعیت آن وارد نمی‌کند.

در حقوق آمریکا به‌عنوان یکی از اعضای خانواده کامن‌لا، حکم قانون را شاید بتوان بیشتر از حکم رویه قضایی منصوص دانست؛ از آن‌رو که به هر حال حکم قانون در جایی مضبوط است، ولی حکم رویه را هنوز باید از لابه‌لای آراء استخراج کرد. اگر این پرسش پدید آید که دادگاه‌های انگلیس بر چه معیاری حکم می‌دهند، پاسخ آن است که دادرسان باید مطابق پرونده‌های پیشین در دادگاه عالی و گاه دادگاه هم‌عرض حکم دهند؛ مگر آنکه دلیلی موجه برای ترک این کار داشته باشند. (داوید، ۱۳۸۹: ۴۸) این رویکرد در کامن‌لا که دادگاه‌ها باید از آراء پیشین تبعیت کنند، رویکردی است جدید که از قرن نوزدهم آغاز شده؛ یعنی از زمانی که سلسله‌مراتب دادگاه‌ها به‌دقت معلوم شدند و آراء به شکلی مضبوط منتشر گردیدند. به‌این ترتیب قاضی در مقام فصل خصومت و در جریان رسیدگی به یک دعوای خاص، نه تنها به آراء قبلی مشابه اتکا می‌کند، بلکه خود را ملزم به تبعیت از آنها نیز می‌داند.

مبنای اصلی و عقلانیت حاکم در استفاده از چنین روشی این است که با موارد مشابه باید به صورت مشابه برخورد شود. در این روش نقطه شروع، آگاهی از روش حل یک مسئله در دادگاه است. این موارد مشابه، دست‌کم راهنمای خوبی برای حل مسئله‌ای است که دادگاه در حال حاضر با آن روبه‌روست؛ از این رو قیاس، روش اصلی تسری راه‌حلی است که در یک دعوا اتخاذ می‌شود. «لازمه منطقی توسعه سابقه، توسعه کاربرد قیاس بود؛ زیرا هنگام استناد به سابقه، قضات تصمیم می‌گیرند که دعوای مطروحه را مطابق با سابقه‌های موجود حل و فصل نمایند. بر همین اساس شناسایی صلاحیت تفسیری قضات در حقوق آمریکا، بیش از آنکه ناشی از متن قانون باشد، ناشی از سنت تاریخی و سیر تطور نظام قضایی است. هرچند در نظام حقوقی رومی - ژرمنی، قانون را مهم‌ترین منبع حقوق یا حتی یگانه منبع آن می‌شمارند و ارزش هر منبع دیگر را با آن می‌سنجند، و در کامن‌لا، حقوق در



رویه قضایی متجلی است، نه در قانون، اما پرسش بزرگ برای قاضیان در هر دو نظام آن است که پرونده را باید بر کدام قاعده کلی منطبق کنند؛ خواه این قاعده کلی برآمده از قانون باشد یا از رویه قضایی؟ شاید حتی کار قاضیان انگلیسی از هم‌مسلمان فرانسوی‌شان دشوارتر باشد؛ از آن‌رو که قاعده کلی فرانسویان، سرانجام در متنی مشخص (قانون) موجود است و کافی است که دادرس آن را تفسیر کند. ولی قاعده کلی انگلیسی‌ها را نخست باید از میان آراء گذشته استخراج کرد و سپس در معرض تفسیر قرار داد. البته همیشه در هر دو نظام این بحث در گرفته است که قاضیان تا چه میزان اختیار دارند از آن حکم کلی پیشین، تفسیری جدید ارائه کنند». (جعفری‌تبار، ۱۳۹۵: ۹۵)

### ۳. جایگاه صلاحیت تفسیری قضات در نظام حقوق عمومی

همان‌گونه که بیان شد در تعیین جنس و جایگاه صلاحیت تفسیری قضات نظرات متفاوتی ارائه شده است. برخی همچون هارت از صلاحیت تفسیر قاضی به‌عنوان تقنین قضایی یاد کرده و آن را در زمره صلاحیت‌های تقنینی جای می‌دهند. هارت در کتاب مفهوم قانون این‌چنین بیان می‌دارد: «در هر نظام حقوقی همواره برخی موارد هستند که قانونی برای آنها وجود ندارد. در این موارد به نقطه‌ای می‌رسیم که هیچ‌گونه حکم قانونی وجود ندارد و از این‌رو نظام حقوقی در این حد، نامتعین یا ناقص است. اگر قرار باشد قاضی در خصوص موارد یادشده اقدام به صدور رأی کند و نگوید که صلاحیت رسیدگی ندارد - چنان‌که بنام زمانی طرفدار این روش بود - یا موضوعاتی را که قانون موجود نسبت به آنها ساکت است، برای تصمیم‌گیری به قانونگذار ارجاع ندهد، وی، به‌جای اعمال صرف قوانین مستقرز پیش موجود، باید صلاحیت اختیاری خود را به کار گیرد و در خصوص موضوع قانونگذاری کند. بدین ترتیب، در چنین مواردی که قانونی برای آنها موجود نیست یا اینکه با قوانین موجود قابل تنظیم نیستند، قاضی باید هم قانون وضع کند و هم قوانین مستقر را اعمال کند؛ قوانینی که هم به او اختیار قانونگذاری می‌دهند و هم این اختیار را تنظیم می‌کنند» (هارت، ۱۳۹۰، ۳۹۹).

وی در دفاع از شناسایی صلاحیت تقنین برای قضات این‌گونه استدلال می‌نماید: «مهم است که اختیارات قانونگذاری که من به قضات نسبت می‌دهم تا به پرونده‌هایی رسیدگی کنند که به گونه‌ای قانون درباره آنها ساکت است، متفاوت با اختیارات قوه قانونگذارند. نه تنها اختیارات قاضی مقید به قیودی هستند که انتخاب او را محدود می‌کنند و قانونگذار ممکن است کاملاً از آنها آزاد باشد، بلکه از آنجاکه اختیارات قاضی صرفاً برای حل و فصل پرونده‌های فوری به کار گرفته می‌شوند، 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. با این حال مواردی وجود دارند که در خصوص آنها، قوانین موجود هیچ تصمیمی را به منزله تصمیم صحیح اقتضا نمی‌کنند و قاضی برای تصمیم‌گیری در چنین مواردی ناگزیر از به‌کارگیری اختیارات قانونگذاری است؛ اما وی نباید این کار را به نحو دل‌خواهی انجام دهد، به این معنا که او باید همواره برخی دلایل کلی داشته باشد که تصمیمش را موجه می‌سازند و با تصمیم‌گیری براساس باورها و ارزش‌های خود، همانند قانونگذاری وظیفه‌شناس عمل کند. با این همه، اگر وی مطابق این شرایط عمل کند، مجاز است از معیارها یا دلایلی عملی پیروی کند که قانون حکمی درباره آنها ندارد و چه بسا متفاوت با معیارها و دلایلی باشند که قضات دیگر، که با دعاوی دشوار مواجه شده‌اند، از آنها پیروی می‌کنند.» (هارت، 1390: 400)

هارت همچنین ایرادات نسبت به صلاحیت تفسیری مبنی بر نقض تفکیک قوا را این‌گونه رد می‌کند: «بی‌تردید زبان رایج در فرآیند قضایی، مشوق این نظر است که در یک نظام توسعه‌یافته حقوقی، هیچ پرونده‌ای بدون حکم رها نمی‌شود؛ اما این نظر را تا چه حد باید جدی گرفت؟ قطعاً یک سنت اروپایی دیرپا و آموزه‌ای در باب تفکیک قوا وجود دارند که در تفکیک میان قانونگذار و قاضی اغراق می‌کنند و اصرار می‌ورزند که قاضی صرفاً «سخنگوی» قانون است، نه واضع یا شکل‌دهنده آن، یعنی همان نسبتی را که وقتی قانون موجود واضح و آشکار است، دارد؛ اما لازم است میان زبان رسمی قضات و وکلا در تصمیم‌گیری پرونده‌ها در دادگاه و گزاره‌های عام متأملانه‌تر ایشان در باب فرآیند قضایی تفکیک قائل شویم. قضاتی در سطح الیور وندل هولمز<sup>۱</sup> و کاردوزو<sup>۲</sup> در ایالات متحده یا لرد مک‌میلان<sup>۳</sup> یا لرد رادکلیف<sup>۴</sup> یا لرد رید<sup>۵</sup> در انگلستان و شمار زیادی از دیگر حقوقدانان دانشگاهی یا وکیل، بر این ایده پای فشردند که پرونده‌هایی وجود دارند که قانون حکم کاملی در مورد آنها ندارد و در این موارد قاضی ناگزیر دارای وظیفه‌ای قانونگذارانه، هر چند «درون‌سازمانی» است و اگر از دید قانون بنگریم، تصمیم مشخصی در مورد بسیاری از پرونده‌ها نمی‌توان گرفت. نکته مهمی وجود دارد که به تبیین مقاومت در برابر این ادعا که قضات گاه، هم قانون می‌گذارند و هم آن را اعمال می‌کنند، کمک می‌کند و نیز ویژگی‌هایی اصلی را توضیح می‌دهد که تقنین قضایی را از تقنین قوه قانونگذار متمایز می‌سازد. این نکته همان اهمیت نوعی‌ای است که دادگاه‌ها، هنگام تصمیم‌گیری درباره پرونده‌های بدون حکم

- 
1. Oliver Wendell Holmes.
  2. Cardozo.
  3. Lord Macmillan.
  4. Lord Radcliffe.
  5. Lord Reid.

قانونی، برای رسیدگی مبتنی بر قیاس<sup>۱</sup> قائل می‌شوند تا اطمینان دهند که قانون جدیدی که می‌گذارند، به‌رغم قانون جدید بودن آن، منطبق بر اصول یا دلایلی مبنایی است که پیشاپیش پذیرفته‌اند، جایی در قوانین دارند. درست است که هنگامی که قوانین یا رویه قضایی خاص نامتعین‌اند یا قوانین صریح ساکت‌اند، قضات صرفاً کتاب‌های قانون خود را کنار نمی‌زنند تا [سپس] بدون راهنمایی بیشتر قانونی، اقدام به وضع قانون کنند. ایشان، در رسیدگی به چنین پرونده‌هایی، غالباً برخی اصول عام یا پاره‌ای اهداف یا مقاصدی کلی را نقل می‌کنند که یکی از حوزه‌های مرتبط در قانون موجود مصداق یا پیش‌برنده آنها تلقی می‌شود؛ اصول و اهدافی که بر پاسخی متعین برای دعوای دشوار مورد نظر دلالت می‌کنند. (هارت، ۱۳۹۰، ۴۰۱)

درمقابل، دورکین این تصویر از نظام حقوقی (که تا حدی نامتعین یا ناقص است) و قضات را (که با به‌کارگیری اختیار محدود قانونگذاری خود خلأها را پر می‌کنند) به‌مثابه تحلیلی گمراه‌کننده از قانون و استدلال حقوقی، رد می‌کند. وی مدعی است درواقع نه قانون، بلکه تصویر فرد اثبات‌گرا از قانون ناقص است و این ادعا از تحلیل «تفسیری» او از قانون برمی‌خیزد که افزون بر قوانین مستقر و صریحی که با ارجاع به منابع اجتماعی‌شان قابل‌شناسایی‌اند، اصول قانونی ضمنی را نیز دربرمی‌گیرد؛ اصولی که هم با قوانین موجود به بهترین نحو منطبق یا سازگارند و هم بهترین توجیه اخلاقی را برای آنها فراهم می‌آورند. از این دیدگاه تفسیری، قانون هرگز ناقص یا نامتعین نیست؛ از این‌رو قاضی هرگز فرصت نمی‌یابد پا را از قانون بیرون بگذارد و اختیار وضع قانون را اعمال کند تا [درخصوص پرونده‌ای] به تصمیم برسد؛ بنابراین دادگاه‌ها در «دعای دشوار»، که در آنها منابع اجتماعی قانون قادر به ارائه تصمیم براساس قوانین موجود نیستند، باید به چنین اصولی ضمنی و ابعاد اخلاقی آنها مراجعه کنند». (Hart, 1961: 395)

دورکین سه ایراد عمده به تحلیل هارت از دادگاه‌ها وارد می‌داند؛ یعنی این تحلیل که آنها چنین صلاحیت اختیاری محدودی را به کار می‌گیرند تا دعوای‌ای را حل‌وفصل کنند که قانون به‌طور کامل آنها را تنظیم نمی‌کند. نخستین ایراد اینکه این تحلیل، توصیفی غلط است از فرآیند قضایی و آنچه دادگاه‌ها در «دعای دشوار» انجام می‌دهند. دورکین برای نشان دادن این نکته، به زبانی که قضات و وکلای در توصیف کار قضات به‌کار می‌برند و به پدیدارشناسی تصمیم‌گیری قضایی توصل می‌جوید. «گفته می‌شود قضات در صدور آراء قضایی و وکلای در آماده کردن لویح دفاعیه به شکلی که به نفعشان رأی صادر شود، این‌گونه درباره قاضی صحبت نمی‌کنند که قانون «وضع می‌کند»؛ حتی در پرونده‌های

1. Proceeding by Analogy.

جدید. قاضی، حتی در دشوارترین پرونده از این پرونده‌ها، اغلب از یاد نمی‌برد که [باید به قانون مراجعه نماید]، چنان که اثبات‌گرایان القا می‌کنند، در فرآیند تصمیم‌گیری دو مرحله کاملاً متفاوت وجود دارند: یکی آنکه قاضی ابتدا کشف می‌کند قوانین موجود، هیچ حکمی را نتیجه نمی‌دهند و دیگری اینکه او از قوانین موجود فاصله می‌گیرد تا براساس برداشت خود از بهترین تصمیم، برای طرف‌های دعوا از نو<sup>۱</sup> و پس از وقوع<sup>۲</sup> (به شکل عطف به ماسبق یا پسینی) قانونگذاری کند. در عوض، و کلاً به گونه‌ای با قاضی سخن می‌گویند که گویی او همواره در پی کشف و اعمال قوانین موجود است و قاضی به گونه‌ای سخن می‌گوید که گویی نظام حقوقی نظامی بی‌خلاق از استحقاق هاست که در آن می‌توان برای هر پرونده‌ای راه‌حلی کشف، نه ابداع، کرد.» (راسخ، ۱۳۹۰: ۶۲)

بنابراین نظریه تقنین قضایی را دشوار می‌توان پذیرفت؛ زیرا اولاً تفسیر قضایی در تفسیر قانون غیرساکت نیز کارساز است و ای‌بسا دادگاه‌ها حکم صریح قانون را با تفسیری بدیع، به شیوه‌ای دیگر اجرا کنند و تفسیر صرفاً در حالت عدم تعیین محقق نمی‌گردد. ثانیاً انتساب تقنین قضایی به اراده قانونگذار، افزون بر دور بودنش امکان حقوقی نیز ندارد؛ چراکه قانونگذاری، قائم به شخص قانونگذار است و مجلس نمی‌تواند آن را به دیگری نیابت دهد (اصل ۸۵ قانون اساسی). ثالثاً تقنین قضایی ناعادلانه است و آن را به مثابه شکلی از تقنین معطوف به ماسبق یا پسینی، که عموماً آن را ناعادلانه می‌دانند، محکوم می‌کند. گروهی نیز چنین استدلال می‌کنند که وقتی قاعده‌ای را محاکم ایجاد کنند و قانونگذار در باب آن سکوت کند، معلوم می‌گردد که وی به آن راضی است؛ اما این نظریه هم که حجیت رویه قضایی را به دلیل سکوت قانونگذار می‌داند و چیزی شبیه اثر لطف در حجیت اجماع در مباحث اصول فقه است، از این غفلت ورزیده که مجلس قانونگذاری قدیس نیست و نمی‌تواند تک‌تک آراء قضایی را مرور کند و آنگاه با تقریر و سکوت خود، در باب آن به نظریه‌ای واحد برسد. (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵، ۶۱) بدین‌سان تفسیر قضایی هیچ‌کدام از دو ویژگی قاعده حقوقی، یعنی کلی بودن و داشتن ضمانت اجرا را ندارد. تفسیر قاضی در هر پرونده نسبی بوده و محدود به همان پرونده است؛ لذا قاعده‌گذاری به وقوع نپیوسته تا به تبع آن قائل به صلاحیت قاعده‌گذاری قضایی یا تقنین قضایی باشیم. تفسیر قانون جزء ناگسستنی اجرای قانون توسط قاضی است که اوصاف خاص قضا به آن ظاهری منحصر به فرد می‌بخشد. اجرای قانون توسط قضات با اجرای آن توسط مقامات اداری متفاوت است. دادرسان قانون را از آن گونه عمل نمی‌کنند که مجریان دولتی آن را اجرا می‌کنند. غالباً قوه مجریه

1. De novo.

2. Ex post facto.

از قانون اطاعت می‌کند، ولی حیثیتِ احقاق حق و فصل خصومت با اطاعت ناسازگار است و به همین دلیل نباید دادگاه را در اجرای قانون، قسیم مجلس و هیئت دولت قرار داد. مأمور مالیات نیز قانون را اجرا می‌کند و مطابق قانون از مؤدّی مالیات می‌گیرد؛ ولی اجرای قانون از سوی قاضی با اجرای قانون از سوی مأمور مالیات بسیار متفاوت است. مقصود از عمل قضایی (قضاوت) آن بخش از رفتار دولت است که آن را حکم (حکم دادگاه) می‌نامند. پس می‌توان سؤال را این‌گونه بازنویسی کرد که فرق میان قضاوت با دیگر اعمال حاکمیت چیست؟ اگر مأمور دولت در مسئله یا اختلافی دخالت کند و با آشتی دادن دو طرف، صلح‌نامه‌ای را امضا کند، آیا تصمیم او بدان معنی است که حکم صادر کرده است؟ در پاسخ و برای تمییز بین این دو فعل دولت (حاکمیت) باید گفت عمل قضایی الزاماً پس از اختلاف (خصومت، تنازع) میان دو شخص رخ می‌نماید؛ (جعفری‌تبار، ۱۳۸۵: ۶۲) در صورتی که لازمه عمل اداری، وجود اختلاف نیست. تا زمانی که ادعای شهروندان با مخالفت شهروندی دیگر مواجه نشده، قضاوت معنی نمی‌یابد؛ بنابراین با تمام تفاوت‌های ظاهری این دو، نمی‌توان برای صلاحیت تفسیر ماهیتی متفاوت با اجرای قانون قائل شد.

در خصوص صلاحیت‌های اجرایی، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی بر مبنای محدودیت‌های حقوقی بر اداره مقامات عمومی وجود دارد. صلاحیت به دو دسته صلاحیت تکلیفی و صلاحیت تشخیصی تقسیم نمود.

صلاحیت وقتی تکلیفی است که در برابر اوضاع و احوال معینی، قانون قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور دولت باید اتخاذ کند، معین کرده باشد و او را در اختیار تصمیم و انتخاب راه‌حل (از بین چند تصمیم و راه‌حلی که ممکن است وجود داشته باشد) آزاد نگذارد. در چنین حالتی اداره باید بدون استفاده از هرگونه ابتکاری، عمل کند و فقط یک گزینه را برای اقدام در پیش داشته باشد. (بابازاده و یآوری، ۱۳۹۳: ۲۵)

در مقابل، صلاحیت تشخیصی صلاحیت مقام یا مأمور عمومی در انتخاب یکی از چند گزینه پیش‌رو و از قبل تعیین شده است. مقام عمومی به هنگام اعمال صلاح دید، مکلف است گزینه متناسب، معقول و منطقی را انتخاب نماید؛ همچنین این انتخاب باید براساس واقعیت‌ها و شواهد موجود، قابل توجیه باشد و مغایر با الزامات حکومت قانون نباشد. صلاحیت تشخیصی، اختیار تصمیم‌گیری با استفاده از عقل و تشخیص، به منظور انتخاب از میان گزینه‌های متعدد قانونی براساس معیارها و موازین غیرحقوقی است. صلاحیت‌گزینشی به معنای اختیار دل‌خواهانه و صرفاً سلیقه فردی نمی‌باشد.

اختیارات تشخیصی، هم به صورت مطلق و هم مقید قابل‌اعمال است. در صلاحیت تشخیصی مطلق مقام تصمیم‌گیرنده، هم در تشخیص موضوع و مقتضیات و هم در تصمیم‌سازی

حقوقی ابتکار عمل دارد. پس در نتیجه مقام عمومی دارای اختیارات تام است. البته اختیارات مطلق دو گونه است:

### حالت اول

هنگامی است که تصمیم‌گیرنده بدون هیچ محدوده قانونی و مانعی تصمیم می‌گیرد و مقام دیگری حق اعتراض به وی را ندارد. در نتیجه غیرقابل نظارت هستند. به عقیده این گروه چون مجوز این نوع صلاحیت به آنها داده شده، عمل آنها هم قانونی است. البته این نوع از صلاحیت تشخیصی به نظر شر و آفت محسوب می‌شود؛ چراکه اختیارات مقام عمومی خیلی زیاد و غیرقابل کنترل و نظارت است. البته این نوع از صلاحیت تشخیصی کامل، به دلیل نبود کنترل قانونی در تعارض با آزادی‌های فردی است؛ مگر اینکه مقام عمومی خود در هنگام تصمیم‌گیری ارزش‌های حقوقی را لحاظ کند.

### حالت دوم

گرچه مأمور اداری از اختیار مطلق برخوردار است، اما تصمیماتش قابل کنترل و نظارت است. قاضی باید اطمینان پیدا کند که اداره مرتکب اشتباه در استنباط قانون یا نسبت به حقایق پرونده نشده است و همچنین مرتکب سوءاستفاده از قانون نیز نشده باشد. (بابازاده و یآوری، ۱۳۹۳، ۲۶) صلاحیت تفسیری، اختیار اعطاشده به قاضی به منظور کشف منظور یا تکمیل متن قانون است که در واقع تمهیدی است برای مهیا نمودن مقدمات اجرای قانون؛ لذا در مقام قیاس با صلاحیت تفسیری، ماهیت این صلاحیت به نوع دوم نزدیک‌تر است؛ چراکه صلاحیت تفسیری، صلاحیت تشخیصی صلاحیت دادرس در اعمال تفسیر مناسب مبتنی بر مصلحت، منطقی و عدالت است. از آنجاکه مفاد تفسیر در مراجع عالی قضایی و مراجع انتظامی قضات، قابل شکایت بوده، لذا قابل نظارت و کنترل قضایی بوده و در نتیجه نامحدود و بدون ضابطه نخواهد بود.

### نتیجه‌گیری

نهاد «صلاحیت تفسیری» بنا به ماهیت ویژه‌اش با قوانین و معیارهای از پیش تعیین‌شده قابل درک و ارزیابی نیست. قاعده محصول تفسیر قضایی را نمی‌توان قانون دانست؛ چراکه یک قاعده نسبی است و آثار آن محدود به دعوی مطروحه و اصحاب آن است و از سوی دیگر این امر بر عهده منتخبین مردم قرار دارد نه یک نهاد انتصابی. احترام به تفکیک قوا و نیز حاکمیت مردم ایجاب می‌نماید صلاحیت تقنین قضایی را برای قضات به رسمیت نشناسیم؛

گرچه منافع جامعه و نواقص قانون اصل اعطای صلاحیت تفسیری را اجتناب ناپذیر می‌نماید. با این حال قاضی مجری قانون است و همچون سایر مجریان قانون باید در قلمرو حاکمیت قانون اقدام نماید و آراء خود را مستند به قانون صادر نماید. گرچه در موارد توسل به تفسیر مانند فقدان، نقص، ابهام و اجمال قوانین این پایبندی دشوارتر می‌نماید، اما قاضی همچنان تحت حاکمیت قانون قرار داشته و اراده وی جایگزین اراده مقنن نمی‌گردد. راهکار این نوشتار برای ضابطه‌مندی و تحدید صلاحیت تفسیری، محدودیت تفسیر در چهارچوب روح قوانین و قواعد شرعی مانند حریم شرعی مالکیت و نفوس انسان‌ها، حقوق شهروندی مصرح در قانون اساسی، حقوق بشر، حقوق مکتسبه افراد، اصول کلی حقوقی مانند اصول برابری، تناسب، انتظار مشروع، قبح عقاب بلایان، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست. اصول حقوقی در اعمال صلاحیت تفسیری، چارچوب سازی می‌نماید؛ درست همان‌طور که در کنترل سایر صلاحیت‌های اختیاری، توصیه می‌کند. صلاحیت تفسیری اگر به‌درستی حل‌جی نشود، ما را به سوء تفاهمی نومیدکننده دچار خواهد کرد. اگر قرار باشد با صلاحیت تفسیری به‌مثابه صلاحیت تقنینی مواجهه شود، در این صورت، اساساً با حکمت اعطای صلاحیت تفسیری به مقام قضایی در تعارض خواهد بود. هدف از اعطاء صلاحیت تفسیری، شناسایی ابتکار عمل و هنجارسازی و پویاسازی قوانین برای تأمین هرچه‌بیشتر عدالت و انصاف همگام با مقتضیات جامعه و یا موردی‌سازی عدالت است. در مقابل صلاحیت تفسیری قاضی نباید بی‌انتهای و بدون ضابطه باشد. اگر قرار باشد تا با اعطای صلاحیت تفسیری به مقام قضایی، به او اجازه دهیم تا موافق با تمنیات فردی‌اش عمل کند، حقوق و آزادی‌های شهروندان در معرض تضییع خواهد بود.<sup>۱</sup>

بنابراین چه گفته شد، در مواردی که قانون متعین است، قاضی مکلف است حکم قانون را به اجرا گذارد؛ اما در مواردی که قانون نامتعین است، قاضی همچنان باید در راستای اصول فراقانونی و ارزش‌های مورد قبول جامعه پیش‌گفته منابع را تفسیر کند. علت اینکه قاضی باید تفسیری از قوانین به دست دهد که در راستای ارزش‌های جامعه باشد آن است که این ارزش‌های سیاسی هستند که قاضی را مکلف می‌کنند تا برای تعیین حقوق و تکالیف مردم به قوانین استناد کند؛ بنابراین قاضی نباید و نمی‌تواند از قوانین تفسیری بیان کند که با این ارزش‌ها مخالف باشد. اصول فراقانونی همچون حقوق بشر و حقوق شهروندی مصرح در قانون اساسی قاضی را ملزم می‌سازد تا بکوشد منسجم‌ترین تفسیر را بیان کند. در این راه قاضی باید تصمیمات قبلی و مرتبط قانون‌گذار را توجیه کند. این توجیه برحسب اصول

۱. اصل تناسب

حقوقی انجام می‌شود. قاضی باید از خود بپرسد چه اصلی احکام قبلی قانون‌گذار را توجیه می‌کند و در راستای اصلی که احکام قبلی را توجیه می‌کند، حکم موضوعی را که نزد او مطرح شده است، مشخص کند.

به عبارت روشن‌تر بدون کمترین خدشه و تردیدی در ماهیت حقوقی صلاحیت‌های تفسیری قاضی، باید بپذیریم که طبع خاص این نهاد حقوقی به‌گونه‌ای است که باید از دو جبهه، تحت کنترل قرار گیرند؛ یکی با توسل به روش‌ها و ابزارهای نظارتی معمول و دیگری، با ایجاد نظم شایسته و توجه به قواعد حقوق نرم. این دومی نسبت به اولی بنیادی‌تر و پیشینی‌تر است؛ چراکه علاوه‌بر معنابخشی به راهکارهای نظارتی توصیه‌شده، خود به بستری کلان و نامرئی برای مهار صلاحیت تفسیری قاضی تبدیل می‌شود. شناسایی ماهیت ویژه صلاحیت تفسیری قاضی و راهکارهای کنترل گاه متفاوت و غیرمعمول آن، در گرو درک صحیح از ماهیت، کارکرد و روش حقوق عمومی نوین به‌مثابه دانشی مستقل و غیرقابل قیاس با حقوق عمومی کلاسیک و حقوق خصوصی و کیفری است.



## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف. کتاب‌ها

۱. امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، حقوق اداری، نشر میزان، ۱۳۹۱.
۲. بابایی، مهرعلی، تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی، حقوق خصوصی، ۱۳۸۸.
۳. جعفری تبار، حسن، مبانی فلسفی تفسیر حقوقی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۴. جعفری تبار، حسن، دیو در شیشه، چ ۱، نشر حق گزاران، ۱۳۹۵.
۵. رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری و عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، ۱۳۸۹.
۶. کاتوزیان، ناصر، شیوه تجربی تحقیق در حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۷. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوق در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: انتشارات طرح نو، ۱۳۸۸.
۸. گرجی ازندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، نشر جنگل، ۱۳۹۱.
۹. منتسکیو، روح القوانين، ترجمه مهدی، نشر امیرکبیر، ۱۳۷۰.
۱۰. هارت، هربرت لیونل آدولفونس، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۱. یآوری، اسدالله و مهدی مرادی برلیان و پرهام مهرآرام، اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۶.

#### ب. مقاله‌ها

۱. بابا زاده وحید و اسدالله یآوری، مفهوم صلاحیت‌گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری، فصلنامه تحقیقات حقوق تطبیقی ایران، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۳.
۲. خلیلی، محسن، مقایسه مساله تفسیر در دو قانون اساسی مشروطیت و قانون اساسی جمهوری اسلامی، پژوهشنامه متین، پاییز و زمستان ۱۳۸۷.
۳. وکیلیان، حسن، جایگاه رویه قضایی و قانون به عنوان منابع حقوق در دکترین حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۵۸، بهار ۱۳۹۷.
- ج. پایان‌نامه
۱. امیراقدم، ریما، جایگاه رویه قضایی در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی نظام‌های حقوقی فرانسه و مصر، پایان‌نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۵.

۲. انگلیسی

1. Barak, Aharon, (2008), The Judge in a Democracy, Princeton, Princeton University, 2008
2. Perelman, Chaim, Logique Juridique, Nouvelle Rhethorique, Dalloz, 2nd.; Paris, 1978
3. Hart, H.L.A, The Concept of law, Oxford, First Published, 1961
4. Fix-Fierroo, Hector,, Courts, Justice and Efficiency, Oxford, Hart Publishing,2003
5. Siltala, Raimo, , A Theory of Precedent, Oxford, Hart Publishin,2000