كلية الحقوق

دور القضاء

فى تطوير القانون

الباحث

أحمد مصطفى ممدوح مندور

باحث دكتوراه

ضابط شرطة بوزارة الداخلية

Policeofficergg00g@gmail.com

مقدمة عامة:-

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد؛ والحمد لله الذى أرسى لنا فى شرائعه نظاما كاملا نهتدى به ونسير على دربه حتى لا تضيع حقوقنا بين خلقه؛ والحمد لله الذى هدانا إلى وضع قوانين وضعية تكفل جباية الحقوق وتكفل تنفيذ الإلتزامات بين الناس وبعضها البعض؛ فكنا قبل أن يهدينا الله لذلك مشتتين التفكير وتائهون لا نعرف ما لنا وما علينا؛ وبالتالى فالله سبحانه وتعالى منذ بدء الخليقة لم يترك الإنسان يحيا على حسب أهوائه وما يتراءى له ولكنه عز وجل أنزل شرائعه على لسان الأنبياء لكى يهتدى بها الناس جميعا ويتبعون أحكامها من أجل تنظيم شئون الحياة بينهم وإعمال النظام بين كافة أفراد المجتمع فها هو آدم عليه السلام أنزل الله عليه شريعة وقانونا بأن يعبد الله وحده ولا يقرب هو أو زوجته من الشجرة ولكن أذلهما الشيطان ووسوس لهما فأكلا منها فعاقبهما الله على ذلك بأن أنزلهما الأرض؛ وجاء بعده العديد من الأنبياء الذين كانوا يحملون رسالة مفادها الإيمان بالله وتوحيده ودعوة الناس إلى الرشد في أمورهم وإتباع الإحسان والمعروف والنهى عن منكرات الأخلاق والتوحيد بالله تعالى وترك المعاصى وحب الشهوات .

والمراد مما سبق أن لهذا الكون قانونا ونظاما يجب على الجميع الإلتزام به وإلا تعرض للجزاء فالإنسان بطبعه مغلوب على حب ذاته ويحكمه أهوائه وشهواته فكان لزاما وجود قوانين مزودة بالجزاءات المترتبة على مخالفتها؛ ولكن هل السلطات المنوط بها وضع تلك القوانين تقوم بوضعها بشكل كامل وواضح ولا تقع فى لبس أو خطأ أو تقصير؟ وهل يحق للقضاء حين تقع تلك السلطات فى الخطأ أو يشوب فواعدها لبس أو غموض أو تقع فى تقصير تشريعي خلق القواعد القانونية لضرورة الفصل فى النزاع المعروض عليه أم يقتصر فقط على مجرد تطبيق النص الغامض أو المتناقض أو يحكم بعدم قبول الدعوى فى حالة عدم شمول النزاع بنص قانونى يحكمه؟

صحيح أن مصادر القانون عديدة ومتنوعة ما بين تشريعات وأعراف وقواعد طبيعية وغيرهم؛ ولكن في بعض الأحيان تقف كل هذه المصادر عاجزة عن إيجاد حل لنزاع معين؛ فالظروف المجتمعية متغيرة وليس ثابتة؛ فالتشريع قد يكون ملائم للظروف السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية حين صدوره ولكن مع تغير الظروف وثبات التشريع يصبح ذلك الأخير غير كافي لحل النزاع وبالتزامن مع ذلك يلجأ الأفراد للقضاء آملين في حل النزاع وليس مشكلتهم بأي مصدر سيحكم القاضى ولكنهم يطلبون الحل العادل أيا كان مصدره تشريع كان أم عرف أو قانون طبيعى أو حلا عادلا من وجهة النظر القاضى المهم أن يحصلوا على حل عادلا لنزاعهم؛ وحينئذ لا يكون هناك حل سوى أن يطور القاضى من القواعد القانونية القديمة لتتناسب مع الظروف الجديدة أو يخلق قواعد من خلال ما تعرف عليه من سوابق قضائية

ويقصرها على النزاع المعروض عليه ولا يعممها؛ وهو ما يراه بعض الفقهاء كما سنعرض لاحقا تطبيقا حقيقيا لفكرة العدالة التي يطالب بتحقيقها .

أهمية الموضوع:- تأتى أهمية الموضوع فى الحديث عن دور القضاء فى تفسير وخلق وتطوير القواعد القانونية؛ فهل يقتصر دور القضاء على تطبيق النصوص القانونية فحسب؛ أم له أن يتعدى هذا الدور فى حالة وجود قصور تشريعى؛ فالنصوص التشريعية قد تأتى أحيانا غير واضحة فقد يعتريها الغموض والإبهام؛ وقد يحدث نتيجة التطورات الحاصلة فى المجتمع أن يصادف القاضى مسألة لم يعالجها المشرع؛ فهل له حينئذ التدخل بخلق قواعد قانونية أم لا ؛ وهل هذا يعتبر تعديا على أعمال السلطة التشريعية أو مخالفا لمبدأ الفصل بين السلطات أم لا؟ أم أن الأمر ليس به مخالفة بإعتبار أن القضاء لا يتعدى حدود الدعوى المعروضة أمامه ويقوم بالتشريع خارج إطارها؛ ولكن تطويره للقاعدة القديمة أو حتى خلق قواعد جديدة يقتصر فقط على الدعوى المعروضة أمامه ولا يتعداها إلى دعاوى آخرى أو تعميم تلك المبادىء .

وبالتالى فرأينا أن الموضوع على قدر لا بأس من الأهمية فى ظل قصور بعض التشريعات وعدم ملاحقتها للتطورات الحاصلة فى المجتمعات .

مشكلة البحث:- تأتى إشكالية البحث فى الخلط بين موضعنا وموضوع تفسير القواعد القانونية؛ وأن الأمران مختلفان؛ فتفسير القواعد القانونية يعنى أن القاعدة القانونية موجودة بالفعل ولكن يشوبها لبس أو غموض أو أخطاء فى الصياغة فيقوم القضاء حينئذ بتفسيرها وإنزال المعنى الصحيح؛ أما موضوعنا وهو دور القضاء فى تطوير القانون فنعنى به دور القضاء فى تطوير القواعد القانونية حين تكون القاعدة قديما والظروف متطورة ومتغيرة ونعنى به أيضا أنه فى حالة القصور التشريعى كان للقضاء إستجابة لسرعة الفصل فى النزاع وحتى يتفادى الوقوع فى حالة إنكار العدالة أن يختلق قاعدة قانونية من روح القانون وما إستقرت عليه أحكام المحاكم وينزل به على النزاع المعروض عليه .

تساؤلات البحث :-

١- هل القوانين نشأت فى بدايتها بالشكل المنظم الذى تعرفه مجتمعاتنا الحديثة؟

٢- هل أتفق الفلاسفة على تعريف موحد للقانون؟

٣- هل القانون الرومانى كان منظما للدرجة التى يصبح من خلالها المنارة التيإستقت منها أغلب النظم القانونية تشريعاتها؟

٤- هل كان للقضاء دورا تشريعيا في العصور الرومانية المختلفة؟

٥- ما المقصود بتفسير القانون؟ وما هى أنواعه؟ وما هى مدارسه المختلفة؟

٦- هل التفسير القضائى هو أفضل أنواع التفسير بإعتبار أنه ينبع من التطبيق العملى؟

٧- هل السلطة القضائية يقتصر دورها على تطبيق النصوص القانونية حتى ولو كانت مصابة بعوار تشريعى؟

٨- هل تدخل القضاء بخلق وتطوير القواعد القانونية يعد إعتداءا على مبدأ الفصل بين السلطات؟

٩- هل يظل القضاء فى حالة سكون بالرغم من توافر الفراغ التشريعى؟ وهل يخلق القاضى قاعدة أم أنه يخلق حلا عادلا فقط؟

١٠- هل إتفقت التشريعات على إعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقانون؟

١١- هل هناك قواعد قانونية هى بحق من صنع وخلق القضاء أم أن الأمر لا يتعدى الصعيد النظرى؟

أهداف البحث:- نهدف من خلال هذا البحث إلى التعرف على ظهور فكرة القوانين ونشأتها وتطورها فى المراحل المختلفة ودور القضاء فى كل مرحلة وهل كان يقتصر على تطبيق القوانين فحسب أم كان له الحق فى تفسيرها وتطويرها؛ وأيضا التعرف على مراحل تطور القانون الرومانىبإعتباره شعاع الضوء الذى استضاءت به كل القوانين اللاحقة عليه؛ وأيضا التعرف على ماهية تفسير القانون وأنواعه المختلفة وعلى الأخص التفسير القضائى؛ كما نتعرف على الآراء المختلفة والتى قيلت فى دور القضاء فى خلق القواعد القانونية وتطويرها .

منهج البحث:- تم الإعتمادفى هذا البحث على المنهج الوصفى التحليلى والمنهج المقارن وأيضا المنهج التاريخى؛ فعن المنهج الوصفىالتحليلى فنقوم بدراسة نشأة القوانين وتطويرها وتحليل تلك القوانين فى كل مرحلة من مراحل تطورها؛ وعن المنهج المقارن سنعتمد فى بحثنا على دراسة بعض النظم ومقارنتها بالقانون الرومانى والشريعة الإسلامية بل وببعض التشريعات الحديثة؛ وعن المنهج التاريخى فقد إستعنا بفكرة القضاء بإعتباره من مصادر القانون في النظم السابقة وذلك بغرض الوصول إلى القواعد والإجراءات التى تحكم إجراء البحث .

<u>الدراسات السابقة</u> :-

الدراسة الأولى: تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني (دراسة حول الظاهر والمعنى) - للباحث / محمد المدني صالح الشريف، أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق – جامعة ظفار – سلطنة عمان- ٢٠٠٢:- وتناولت هذه الدراسةمسألة تفسير النصوص القانونية تفسيراً يتفق مع القواعد اللغوية والأصولية من حيث الإلتزام بظاهرها ومن حيث النظر في معناها ومقصدها دون إفراط أو تفريط ومناقشة طبيعة العلاقة بين النص القانوني الذي يتسم بالثبات والعموم والتجريد وبين مشخصاته التي تتسم بعدم الثبات وبالتعدد والإختلاف في صورها وأثر ذلك على تفسير النصوص القانونية تفسيراً يحقق العدل ويجعل منه القيمة الأسمى والأشمل؛ كما تناولت الإشكالية المتعلقة بالمعايير الضابطة للإجتهاد القضائي

فيما يتعلق بتفسير النصوص الظنية وتأويلها تحقيقاً للعدل، مستخدماً المنهج الإستقرائي والمنهج المقارن .

الدراسة الثانية: دور القاضى في تكوين القاعدة القانونية المدنية – للباحثة / راقية على عبد الجبار – مجلة القانون والإقتصاد – جامعة القاهرة – كلية الحقوق – ٢٠١٥:- هدف هذا البحث إلى التعرف على دور القاضي في تكوين القواعد القانونية المدنية .وقسم البحث إلى مبحثين: تطرق المبحث الأول إلى الحديث عن التطور التاريخي لدور القاضي في تكوين القاعدة القانونية وذلك من خلال ثلاثة مطالب: أوضح المطلب الأول الحيلة القانونية ففي مرحلة الأحكام الإلهية تولي رجال الدين مهمة إنشاء هذه القواعد ونسبوها إلى الآلهة وبعد أن ضعفت هالة التقديس التي أحيطت بالقواعد تولي المجتمع إنشاء قواعد القانونية عرفية حتى برزت ظاهرة السلطة فأخذت هذه الأخيرة تتولى تشريع القواعد القانونية اللازمة؛ وكشف المطلب الثاني عن الإجتهاد (اللجوء إلى مبادئ العدالة) وذلك من خلال فرعينأظهر الفرع الأول مبادئ العدالة في القانون الروماني وذلك من خلال المصادر التي استقي منها الرومان مبادئ العدالة، وأثر مبادئ العدالة في تطوير القانون الروماني. واستعرض الفرع الثاني الاجتهاد في الشريعة الإسلامية وذلك من خلال: مشروعية الاجتهاد، وشروط المجتهد؛ وناقش المطلب الثالث السوابق القضائية وذلك من خلال فرعين: ذكر الفرع الأول السابقة القضائية في القانون الروماني وتضمن؛ الفرع الثاني السابقة القضائية في الشريعة الإسلامية؛ وأظهر المبحث الثاني دور القاضي في تكوين القواعد القانونية في النظم المعاصرة .

الدراسة الثالثة: مدى مساهمة الإجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية – للباحث/ عز الدين الماحى – كلية الحقوق – مراكش المغرب- ٢٠١٧ :- ويرى أن كثيرة هي القضايا والوقائع التي تعرض على قضائنا في الوقت الراهن، ولا يجد لها حلول مناسبة وناجعة في تشريعنا نظرا للغموض والقصور الذي يلف هذا الأخير، الشيء الذي يستلزم معه إيجاد الحل القضائي الملائم الذي من شأنه خلق قاعدة .

الدراسة الرابعة: القصور التشريعى – للباحثة / عواطف عبد المجيد الظاهر – قسم إدارة الأعمال – كلية دجلة – الجامعة الأهلية:- وتناولت هذه الدراسة القصور التشريعى الذى يعتبر مبررا لتدخل القضاء لخلق وتطوير القواعد القانونية؛ فالقاضى يقتصر دوره على تطبيق القانون ولكن في حالة القصور والفراغ التشريعى يكون تدخل القاضى حينئذ لتطوير القانون .

فصل تمهيدى

نشأة القوانين

يميل الإنسان إلى الإجتماع ويعتمد على غيره فى تحصيل ضروريات حياته؛ مما يجعله يدخل فى علاقات إجتماعيةمحتفلة ويقوم بالعديد من المعاملات مع أفراد المجتمع الذى يعيش فيه؛ غير أن إتصاف الإنسان بالأنانية وحب الذات والطمع يجعل هذه العلاقات تتصف بالصراع والتناحر من أجل تلبية المصالح المتضاربة بين الأفراد؛ ولهذا فلابد من وجود قانون كضرورة حتمية لتنظيم هذه المصالح وللموافقة بينهما بشكل يحقق مصالح الأفراد من جهة ومصالح الجماعة من جهة آخرى؛ ومن هنا أدركت المجتمعات البشرية منذ بداية ظهورها وعلى مر العصور المختلفة أهمية القانون لحياة الإنسان وأنه ضرورة لحفظ الأمن والنظام فى المجتمع الذى يعيش فيه؛ وفى هذا القول المأثور (مجتمع بلا قانون هو غابة بلا ضابط ولا رابط يلتهم فيها كبيرها صغيرها ولا يأمن فيها المرء على نفسه وماله وأهله)

فمنذ أن خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان على وجه الأرض وضع فيه مجموعة من الغرائز لتشكل فى محصلتها النهائية ما يعرف بإسم السلوك الإنسانى؛ وهذا السلوك هو عبارة عن غرائز متنوعة تسيطر على الإنسان؛ فهناك مثلا غريزة حب البقاء فى الحياة؛ وهناك غريزة حب التملك وهناك غريزة حب الإجتماع فضلا عن غريزة حب الذات والميل إلى الأنانية؛ فالقانون ظاهرة مرتبطة بتواجد الإنسان فمتى وجد الإنسان وكون علاقات سينشأ بشكل طبيعي المجتمع ومتى نشأ المجتمع سينشأ قانون ينظمه ويديره، ومع تطور هذه العلاقات سيتطور القانون، فهذه القواعد هي النواة الأساسية للقانون؛ فشكل القانون وتطوره يتغير مع تغير الظواهر الإجتماعية، لكن ليس دائما لأن القانون يقاوم هذه الظروف والظاهر ويتمرد عليها فعلى سبيل المثال إذا تغيرت ظاهرة إجتماعية كانت أم سياسية نتيجة ظروف معينة فإن القانون لن يتغير لأنه سيبدي مقاومة ولن يخضع لهذه الظاهرة، وهنا سيتهم القانون بتهمة الإضرار بالمصلحة العامة .

ويرى الإتجاه الراجح أن فكرة القانون نشأت مرتبطة بالدين في كافةالشعوب القديمة، حيث سيطر على الإنسان الخوف من غضب الآلهة فعمل علىالتعرف على مشيئتها والخضوع لها؛ وقد ظهرت القواعد القانونية في العصور القديمة في صورة حكم إلهي يوحي به إلى الملك أو الحاكم أو القاضي الذي غالباما يكون من رجال الدين فيقوم بتطبيقه بإعتباره وحيا صادرة من الآلهةوإذا استعرضنا المجتمعات القديمة سواء في بلاد الشرق أو الغرب سنجد ذلك واضحا؛ففى مصر الفرعونية كان الفرعون من طبيعة إلهية، ولذلك هو مصدر القانون الذي أستمد قوته من مصدره الإلهي، وبالتالي كان الفرعون هو صاحب السلطة التشريعية في البلاد نظرا لصفته الإلهية، ولذا لم يعرف المصريون نظام المجالس الشعبية أو النيابية لأن السلطات كلها وعلىرأسها السلطة

التشريعية في يد الملك الأله؛ وفي بلاد بابل وآشور ما بين النهرين فإن القانون نشأ في صورة أحكامدينية؛ فالسلطة العليا في دويلات تلك البلاد قبل توحيدها على يد الملك حمورابي كانت للآلهة حيث هي التي توحي بأحكامها إلى الكهنة، بل أنهفي ظل حكم حمورابى وبرغم إنفصال السلطة الزمنية عن السلطة الدينية ظل القانون محتفظا ببعض الآثار التي ترجع إلى ذلك العهد الذي كان يختلط فيه القانون بالدين، بل أن مدونة حمورابى صدرت في صورة قانون .

وتعتبر غريزة حب الإجتماع مع بنى البشر من أهم الغرائز التى سعى الإنسان إلى إشباعها فهو لا يميل إلى العيش فى عزلة خوفا من قسوة الحياة ومخاطرها؛ كما أن رغبته فى العيش داخل الجماعة لا ترجع إلى حبه لها وتعلقه بها بقدر ما ترجع إلى إقتناعه التام بأنه بمفرده لن يستطيع أن يشبع كل رغباته واحتياجاته؛ إذ دائما ما يقتضى الأمر تعاونه مع غيره مع بنى البشر من أجل تحقيق أكبير قدر من المنافع والفوائد؛ ومن هنا ظهر ما إعتاد الأفراد على تسميته بالعلاقات الإجتماعية .

والعلاقات الإجتماعية إذا هى الوسيلة التى يستطيع من خلالها الأفراد تلبية حاجتهم المختلفة وإشباع رغباتهم؛ ولكن فى إطار هذه العلاقات الإجتماعية توجد مجموعة من الصراعات التى كان لابد لها من ضابط يحكمها؛ فعلى الرغم من تسليمنا بأن الإنسان كائن إجتماعى بطبيعته وفطرته إلا أنه فى المقابل يميل إلى الأنانية وحب الإستئثار بالفوائد والمنافع حتى لو كان ذلك على حساب الآخرين؛ لذلك كان من الضرورى إيجاد قواعد معينة تحكم هذه الصراعات أى تحكم سلوك الأفراد داخل المجتمع ويكون هدفها الأساسى هو التوفيق بين رغبات كل فرد ومصالحه ورغبات الجماعة التى كثيرا ما تتعارض معها؛ ومن هذا المنطلق ظهرت القواعد القانونية لتنظم العلاقات الإجتماعية وتحكم سلوك الأفراد فى المجتمع؛ ولولا الدور الذى تلعبه القواعد القانونية فى هذا الخصوص لعمت الفوضى وساد الإضطراب ولما أمكن السيطرة على غرائز البشر ورغباتهم ولما تحقق الإستقرار الذى ينشده كل مجتمع من أجل المزيد من التقدم والرقى .

ثم إعتاد البشر على تسمية ما ينظم علاقاتهم ببعض بالقانون؛ فالقانون هو مجموعة القواعد التى تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع والتى تقترن بجزاء مادى يكفل إحترامها؛ فالقانون فى أبسط مستوياته يتعلق بتخفيف حدة الصراع بين أفراد المجتمع؛ فالقوانين ليست فقط لمحاسبة المتسبب فى الظلم والأذى؛ فالقانون يهدف إلى منع الظلم والأذى من البداية؛ فالقوانين تهدف إلى تحقيق العدل بين سائر الأفراد وضمان إحترام حقوق الغير؛ فالقانون ليس غاية فى ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية وهى حفظ مصالح الناس فى المجتمع وتنظيمها مما يحقق إستقراره وتقدمه؛ فالقانون ليس فنا فحسب بل هو علم أيضا لأنه يقوم على دراسة ظواهر إجتماعية معينة مثله فى ذلك مثل العلوم الطبيعية التى تقوم على دراسة ظواهر طبيعية؛ والظواهر

الإجتماعيةالتى يهتم بها القانون إكتملت لها كل صفات الظاهرة التى تصلح لأن تكون محلا لدراسة عملية؛ ومن المعروف أن الظاهرة التى تصلح لأن تكون محلا لدراسة عملية هىالظاهرة التى تتصف بالعموم بحيث تشمل جميع الأفراد التى تدخل فى مجال تطبيقها فضلا عن أنها تكون مع غيرها من الظواهر المرتبطة بها وحدة متجانسة متكاملة؛ فالظاهرة القانونية مثلها مثل الظاهرة الطبيعية إكتملت لها صفة العموم نتيجة لتجريد القواعد القانونية وعموم تطبيقها مما يؤدى إلى إضطراد تطبيقها كلما توافرت الشروط المطلوبة بالإضافة إلى أن القواعد القانونية تكون وحدة متسقة نتيجة لأنها تستلهم مجموعة من المبادىء الأساسية .

وبالتالى فقد أسهمت عوامل وعناصر الحياة الإجتماعية كافة في نشأة قواعد القانون إذ إن القانون هو تنظيم لحياة الناس ولواقعهم الإجتماعي في تلك الحياة، وهذا الواقع بمثابة التربة التي منها نمت شجرة القانون وفيها ترعرعت، ونادراً ما توجد حقيقة أو واقعة إجتماعية لا تسهم بطريق مباشر أو غير مباشر في نشأة القانون وتطور؛ ولقد نشأت كافة قواعد القانون عن طريق النمو المتدرج ومتعدد المراحل في خطوات متعاقبة؛ وعملية نشأة القانون هي عملية يتجه بمقتضاها السلوك الإنساني المتفرد والمتكرر إلى خلق معايير وقواعد للسلوك هي أكثر مناسبة من غيرها لتحقيق الأهداف الإجتماعية تماماً وبنفس الكيفية، فالقانون هو مجموعة القواعد العامة المجردة الملزمة التي تسنها الدول أو تأمر بتطبيقها، والمصحوبة بجزاء حال ومادي توقعه السلطة العامة عند مخالفة هذه القواعد؛ فالقاعدة القانونية هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها، وللقاعدة القانونية عدة خصائص ومنها أنها قاعدة سلوكية، هدفها تنظيم السلوك فهي قاعدة تقويمية يراد بها توجيه السلوك وجهة معينة، وهذا التوجيه قد يكون بطريقة مباشرة عندما تتضمن القاعدة أمراً أو نهياً كما قد يكون توجيه السلوك بطريقة غير مباشرة حيث تضمن القاعدة تعريفاً أو تنظيماً، فيكون الإلتزام بها بمطابقة السلوك لأحكام هذا التنظيم، بالإضافة إلى أنها قاعدة عامة ومجردة، أي يقصد بعموم القاعدة القانونية أن تكون القاعدة غير مخصصة فيما تضعه من أحكام بشخص أو أشخاص معينين بذواته؛ويقصد بالتجريد أن خطاب القاعدة القانونية لا يوجه إلى شخص بعينه أو واقعة بذاتها، وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وتحقيق الشروط المستلزمة، إلا أنها قاعدة إجتماعية، فالحاجة إلى قواعد القانون لا تبدو إلا مع قيام الجماعة حيث تظهر الحاجة إلى تنظيم علاقات أفراد هذه الجماعة بعضهم البعض، فالحياة الإجتماعية تقتضي ضبط علاقات الأفراد وإخضاعها للقيود التي ترمي إلى تحقيق التوازن بين الجانب الفردي والجانب الإجتماعي لتحقيق الإستقرار والسلام في الجماعة وهذا دور القاعدة القانونية؛ والقاعدة القانونية وفق هذا المعنى هي قاعدة إجتماعية، فيجب أن تتلاءم مع ظروف المجتمع وعاداته وتقاليده ومعتقداته، فإذا أنحرفت القاعدة عن هذه الأسس ولم تراع الظروف المختلفة سواء السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية أو الإجتماعية لذلك المجتمع قدر لها أن تفشل في

حكم وتوجيه سلوك أفراد الجماعة والقاعدة القانونية قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء، ويقصد بذلك أن للقاعدة القانونية جزاء مادياً يفرض على مخالفها، وتتولى توقيعه السلطة العامة، ومرد ذلك هو الغاية من القاعدة ذاتها .

ولكن قد يقع المشرع وهو بصدد عملية التشريع في أخطاء قد تكون لغوية أو إصطلاحية؛ وقد يكون التشريع الذى أصدره مشوبا بعيوب كالنقص أو التزيد أو التناقض أو الغموض أو الإبهام؛ وقد تأتى التطورات الحاصلة في المجتمع غير مشمولة بأى تنظيم قانونىوبالتالىفنكون بحاجة ماسة إلى تشريع جديد ينظم تلك التطورات؛ ومن هنا يأتى دور القضاء سواء فى تفسير النصوص الغامضة أو المبهمة أو لفك التناقض بين النصوص أو حتى في بعض الأحيان لسد الفراغ التشريعى عن طريق تطويره لبعض القواعد القديمة لتتناسب مع المعطيات الحديثة .

ونتناول في بحثنا هذا والمعنون بدور القضاء فى تطوير القانون؛ أهمية القضاء ودوره الكبير فى عملية تطور القانون؛ فنتناول فى الباب الأول من هذا البحث التطور التاريخى للقانون عن طريق بيان ماهية القانون ومراحل تطوره وعلى الأخص تطور القانون فى الإمبراطورية الرومانية فى عصورها المختلفة سواء العصر الملكى أو العصر القديم وعصرين الإمبراطورية العليا والسفلى بإعتبار أن القانون الرومانى من أهم القوانين التاريخية التى لها الفضل على أغلب النظم القانونية القديمة أو حتى الحديثة؛ ثم نتناول فى الباب الثانى دور القضاء فى خلق وتفسير القواعد القانونية من خلال توضيح ماهية القضاء ودوره فى خلق القواعد القانونية وتفسيرها ونعرض لماهية التفسير وأسبابه وأنواعه المختلفة ووسائله والمدارس الفقهية التى قيلت بشأنه .

المبحث الأول
ماهية القضاء وأهميته

تمهيد وتقسيم:- القضاء هو أسمى المناصب وأرفعها فهو من الأمور التى حرصت كل الأمم على توفير المكانة الكبيرة لها من التقديس والإحترام؛ فمن سمات المجتمع البشرى كثرة الخصومات والنزاعات وهنا يأتى دور القضاء فى إيجاد الحلول اللازمة والملزمة لتلك الخصومات والنزاعات؛ ولا غرابة فى الأمر إذا أردفنا أن القضاء قد نال مكانة من التقديس فى الشرائع السماوية والوضعية وحتى الآن؛ إذ عن طريق القضاء يمكن بسط سيادة القانون وتدعيم السلام بين الناس عن طريق ما يصدره القاضى من أحكام رادعة وأوامر لحماية الحقوق؛ فرقى الأمم وتطورها يتوقف على وجود القضاء العادل وتوفير كافة الضمانات التى تكفل إستقلاله ونزاهته؛ فعن طريق القضاء العادى يمكن إنفاذ صحيح القانون وإعطاء كل ذى حق حقه وضمان الأمن والسلامة للمجتمع بأسره؛ فهو سلاح الضعيف ليدرأ به شر القوى وهو فى يد القوى سراجا ينير بيه طريق الحق؛ فالقضاء هو من أهم سلطات الدولة بل والمجتمع نفسه فإذا أردنا النظام للمجتمع فلابد من توفير الإستقلال للقضاء الذى هو الضامن الأهم لحماية الحقوق والحريات؛ فإذا كان سبحانه وتعالى قد أمرنا بالعدل فى جميع الأمور وجعله أساسا للحكم فهو لن يتحقق إلا عن طريق القضاء العادل المستقل .

فإذا تتبعنا القضاء والعدل فى الشرائع السماوية لرأينا أنه قد نال مكانة كبيرة؛ ففى الشريعة اليهودية القضاء هو من أهم الأمور التى أوصى بها الله سبحانه وتعالى حكام بنى إسرائيل منذ أن استقروا فى بنى كنعان (أسعوا بين أخوانكم وأقضوا بالحق بين الإنسان وأخيه الإنسان ونزيله لا تنظروا إلى الوجوه فى القضاء للصغير كالكبير يسمعون لا تهبوا وجه إنسان) وقوله لهم (العدل العدل تتبع لكى تحيا وتمتلك الأرض التى يعطيها لك الرب إلهك)؛ كما حرصت الديانة المسيحية على القضاء العادل والبعد عن الظلم؛ فالإنجيل وتعاليم السيد المسيح هى المصدر الرئيسى لقواعد العدالة فى المسيحية فالديانة المسيحية تدعو إلى العدالة بين والمساواة بين الأفراد فالناس متساوون فى الحقوق الأساسية السائدة فى المجتمع فالمسيحية تنبذ فكرة العنصرية والطبقية بين كافة أفراد المجتمع فالناس متساوون فى الحقوق والواجبات وجميعهم إخوة (والله من صنع من دم واحد كل أمة من الناس يسكنون على وجه الأرض)؛ أما عن القضاء فى الإسلام فقد ضرب لنا التاريخ الإسلامى العديد من الشواهد على إستقلال ونزاهة القضاء فى الإسلام ومن هذه الشواهد ما فعله أول الخلفاء الراشدين أبو بكر الصديق – رضى الله عنه عندماخطب فى الناس بعد ما بويع بالخلافة فقال (أيها الناس قد وليت عليكم ولست بخيركم فإن أحسنت فأعينونى وإن زغت فقومونى الصدق أمانة والكذب خيانة والضعيف فيكم قوى عندى حتى أخذ

الحق له والقوى ضعيف عندى حتى أخذ الحق منه أطيعوني ما أطعت الله ورسوله فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم)

المطلب الأول

ماهية القضاء

تعددت التعاريف والمعايير التى قيلت فى تعريف القضاء ما بين تعاريف لغوية وآخرى إصطلاحية؛ ومعايير شكلية وآخرى موضوعية؛ وهو ما سنتناوله فى النقاط الآتية :-

أولا: التعريف اللغوى للقضاء :- قضى من القضاء ويعنى الحكم وأصله قضى لأنه من قضيت إلا أن الباء لما جاءت بعد الألف همزت؛ قال إبن برى : صوابه بعد الألف الزائدة طرفا همزت؛ والجمع أقضية والقضية مثله والجمع قضايا؛ وقضى عليه يقضى قضاء؛ وقال أو بكر قال أهل الحجاز القاضى معناه فى اللغة القاطع للأمور المحكم ليها؛ وإستقضى فلان أى جعل قاضيا يحكم بين الناس حيث جاءت فى صلح الحديبية (هذا ما قاضى عليه محمد؛ هو فاعل من القضاء الفصل والحكم لأنه كان بينه وبين أهل مكة؛ وقد تكرر فى الحديث ذكر القضاء وأصله القطع والفصل يقال قضى يقضى قضاء فهو قاض إذا تكلم وفصل).

ثانيا: التعريف الفقهى للقضاء:- ذهب جانب من الفقه إلى تعريف القضاء بأنه (سلطة لها كامل مقومات المساواة بين السلطتين التنفيذية والتشريعية) وذهب جانب آخر من الفقه بأن القضاء هو (مرفق من مرافق الدولة يؤدى خدمة عامة وهى الفصل بين المتخاصمين وإعلاء مبدأ سيادة القانون)؛ وعرفه الدكتور عاطف البنا بأنه (لا يقصد بالقضاء كمصدر للقانون المعنى العضوى الذى ينصرف إلى أعضاء الهيئات القضائية؛ وإنما المقصود به هو القضاء بمدلولاته الموضوعية التى تنصرف من ناحية إلى الحكم في نزاع معين معروض على القاضى وينصرف من ناحية آخرى إلى إضطراد الأحكام وإستقرارها في إتجاه معين) .

ويرى الباحث أن القضاء هو (سلطة من سلطات الدولة تقوم بدور على قدر كبير من الأهمية وهو الفصل في النزاعات التى تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض وأيضا بين الأفراد والإدارة بأحكام ملزمة يكون الهدف منها إرساء صحيح القانون وحسن تطبيقه)

ثالثا: التعريف الإصطلاحى للقضاء:- عرف القضاء إصطلاحيا بأنه (السلطة المختصة بالفصل في المنازعات المعروضة عليها وهو إحدى سلطات الدولة الثلاث)؛ وعرف أيضا بأنه (الجهة التى تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء كانت هذه المنازعة واقعة بين الأفراد أم الأفراد والحكومة) ويعرفه آخرون بأنه (الجهة التى تقوم بتفسير القانون وتطبيقه في خصومة مطروحة عليها لتقضى لأيا من الفريقين المتنازعين)

المطلب الثانى

أهمية القضاء

من المعروف أن أمن الأفراد والمجتمع الذين يعيشون فيه هو أحد أهم أهداف المجتمعات قديما والدول حديثا؛ فالأمن المجتمع هو أحد المكاسب الهامة وأن تحقيقه والمحافظة عليه ليس بالأمر الهين فى تاريخ المجتمعات والدول؛ حيث تسهم مختلف القطاعات الفاعلة فى تدعيمه وترسيخه والمحافظة عليه؛ ولما كان لهذا الأمن من أهمية كبيرة فينبغى حمايته وإحاطته بوافر الرعاية والعناية؛ ومن هنا يأتى دور القضاء فى تحقيق والمحافظة على تلك المكتسبات من خلال تعزيز ثقة الأفراد والجماعات فى حسن تطبيق القانون

والقضاء جزء لا يتجزأ من أجهزة الدولة؛ فلا ينفك وما ينبغي له عن مقومات الأمة وتطلعاتها. وإن الشعوب التي لا تربطها روابط عاطفية من أي نوع، والتي تقوم العلاقات بين أفرادها وجماعاتها إلا على المصلحة فقط لا يكون لها في الغالب دوام بقاء، كما لا يكون لها تقدم عمراني مذكور؛ ذلك لأن الروابط العاطفية من شأنها أن تعصم الجماعات والمجتمعات من الانحلال عندما تتضارب مصالحها، وتحفظ كيانها عندما تعصف بها عواصف الشهوات المادية، وتقيم بينها ميزان العدل والسلم بدل الفتنة والظلم.

فيلعب النظام القضائى دورا رئيسيا في ترسيخ مبادىء حقوق الإنسان وقيم العدالة بمعانيها؛ بحيث يكون الحكم على شرعية الدولة مرهونا بتقدم وإستقلال نظامها القضائى من عدمه؛ فالتشريعات لا يمكن أن تؤدى دورها في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع إلا بوجود نظام قضائى عادل ومستقل؛ فالنظام القضائى المستقل العادل في الدولة هو أمر أساسى لجباية حقوق المواطنين ورعايتها؛ فالقضاء هو حصن الأمان والدرع الواقى للضعفاء ضد التعسف الذى ينال من حقوقهم؛ فهو يلعب دورا أساسيا من أجل المجتمع ومن أجل الحفاظ على الكيان الإجتماعى فوظيفة القضاء الأساسية هى حل النزاعات من خلال تطبيق المعايير الموجودة مسبقا أو في بعض القضايا السابقة والتى صدرت بإجراءات شرعية معترف بها؛ ففى القرن الماضىإتسع النظام القضائى كما ونوعا وأدى نشر التشريعات التى تحمى مجموعة واسعة من المصالح الإجتماعيةوالإقتصادية إلى خلق فرص متزايدة بإستمرار للمواطنين في اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم وبالتالى لعب القضاء دورا كبيرا في تعزيز التنمية الإجتماعية والإقتصادية وحماية الحقوق بأنواعها والملكيات بأشكالها؛ وبالتالى لا يقتصر دورا القضاء على الناحية القانونية فحسب بل يمتد للتأثير في كل جوانب الحياة السياسية والإجتماعية والثقافية .

ويضيف الباحث بأن أهمية القضاء لا تقتصر فقط على مجرد تطبيق النصوص كما وردت في القانون فحسب بل يتعدى الأمر ليشمل تفسير النصوص القانونية وإيصال المعنى المناسب للنص المبهم وتطبيقه على النزاع المطروح أمامه؛ أما عن دور القضاء في تطوير القانون أو بما

يسمى الإجتهادالقضائى فهو ما سنعرض له لاحقا؛ فالعدالة هى الغاية التى يجب على القاضى أن يضعها نصب عينيه وجعلها هدفه الرئيسى؛ فعلى القاضى في الدعاوى المدنية أن يطبق قواعد العدالة عند عدم وجود النص التشريعى أو عدم وجود العرف أو مبادىء الشريعة الإسلامية .

المبحث الثانى

دور القضاء في تطور القواعد القانونية

مما هو ثابت ومعلوم قانونا أن السلطة التشريعية هى السلطة المنوط بها وضع التشريعات وتعديلها وتطويرها؛ وهى فى الأصل تنفرد بذلك دون أن يشاركها غيرها إلا إستثناءا؛ وهى الوظيفة التى أسندها الدستور للسلطة التشريعية؛ والقضاء هو إحدى سلطات الدولة والذى يقوم كما ذكرنا آنفا بوظيفة على قدر كبير من الأهمية وهى الفصل فى النزاعات التى تقوم بين الأشخاص سواء الطبيعيين منهم أو الإعتباريين وبالتالى فمهمته هى إرساء صحيح القانون وحسن تطبيقه؛ ولكن هل يتعدى القضاء هذا الدور ويقوم بخلق القواعد القانونية؟؟ بطبيعة الحال لا يكون تدخل القضاء فى تفسير وخلق القواعد والمبادىء القانونية إلا فى حالة القصور التشريعى فيتدخل القضاء لسد هذا الفراغ وتقويم حالة القصور فى النص التشريعى؛ ونتناول هذا المبحث على ثلاث مطالب؛ نتناول فى المطلب الأول مبدأ الفصل بين السلطات حتى نتعرف على دور السلطة القضائية وهل تدخل لسد هذا القصور يعد إعتداءا على إختصاصات السلطة التشريعية أم لا؛ ونتناول فى المطلب الثانى القصور التشريعى الذى يبرر تدخل القضاء لتفسير وخلق القواعد القانونية وأخيرا نخصص المطلب الثالث لدور القضاء فى خلق القواعد القانونية وتفسيرها؛ وذلك على التفصيل التالى :-

المطلب الأول: مبدأ الفصل بين السلطات

المطلب الثانى: ماهية القصور التشريعى

المطلب الثالث: دور القضاء فى خلق القواعد القانونية

المطلب الأول

مبدأ الفصل بين السلطات

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات أحد المبادىء الأساسية التي ترتكز عليها النظم الديمقراطية بوجه عام، وهو مبدأ رئيسي للديمقراطية في جوهرها تماما على نحو يماثل في ذات الأهمية مبدأ سيادة الأمة والشعب ويرجع إلى المفكر الفرنسي الشهير (مونتيسكيو) حيث فضل حسن صياغة مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث: التشريعية، التنفيذية والقضائية، في كتاب (روح القوانين)، الذي ألفه عام ١٧٤٨، والذي كان تأثيره على النظام الديمقراطي في فرنسا كبيرا جدا مثلما تأثرت أيضا بالمفكر "جون جاك روسو" في كتابه العقد الإجتماعي ولقياس أهمية مبدأ الفصل بين السلطات نقول أن النظم الملكية التي كانت سائدة في أوربا حتى القرن الثامن عشر ١٨م، الذي عاش فيه مونتيسكيو،، هذه النظم الملكية كانت تأسس على فكرة الملكية المطلقة

وذلك بتركيز سلطات الدولالتنفيذية والتشريعية والقضائية في يد شخص واحد وهو الملك، فكانت السيادة حكرا على الملك وحده، هذا وإن كانت توجد مجالس وموظفون يعاونون الملك في إدارة شؤون الدولة والسلطة، إلا أن دورهم كان هامشيا لأن القرارات الكبرى كانت تتخذ بإرادة الملك وحده، ونتج عن ذلك شيوع الإستبداد والظلم والعدوان على حقوق وحريات الأفراد وغياب دولة القانون والمشروعية.

نشأة مبدأ الفصل بين السلطات:- إن هذا المبدأ يستمد أصله في الفلسفة الإغريقية، فأخذ مظهرا سياسيا أولا، فظهر على لسان أفلاطون وأرسطو وتلقفه كل من لوك ومونتيسكيو وروسو، فانتقل إلى الميدان التطبيقي على آثار الثورتين الفرنسية والأمريكية.

مبدأ الفصل بين السلطات عند مونتيسكيو:- لقد اقترن هذا المبدأ بمونتيسكيو الذي استطاع أن يصوغ هذا المبدأ بطريقة جديدة، في كتابه روح القوانين، فقد أوضح أنه يوجد في كل دولة ثلاث أنواع من السلطة، وهي السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية. وأخذ مونتيسكيو بعد ذلك في تفصيل المهام التي تتولاها كل سلطة من هذه السلطات الثلاث، الأولى يستطيع الأمير أو الحاكم صياغة القوانين لمدة محددة أو بصفة دائمة ويعدل أو يلغي القوانين النافذة، وبواسطة السلطة الثانية يستطيع إقرار السلام وإعلان الحرب، ويرسل ويستقبل السفراء و يوطد الأمن.

مبدأ الفصل بين السلطات عند جان جاك روسو:- يرى رسو أن الفصل بين السلطتين التنفيذية التشريعية أمر ضروري لأن الأولى تمثل مجموع الشعب وهي تمارس السلطة باسمه أما الثانية فهي مجرد وسيط بين الأولى والشعب الذي يراقبها ويقيلها متى يشاءوالسلطة القضائية عند رسو فهي شبيهة بالسلطة التنفيذية، لكونها مطالبة بالخضوع للقوانين هي الأخرى، وأنه يحق للأفراد التظلم من أحكامها ونتيجة لذلك يحق للشعب إصدار ذلك أو العفو عن المحكوم قضائيا؛ مما سبق يمكن القول بأن روسو يخالف مونتيسكيو لكونه يفضل الفصل بين السلطة التنفيذية والتشريعي بسبب إختلاف طبيعتها، و يعتبر السلطة القضائية جزء من السلطة التنفيذية.

هل يعتبر تدخل القاضى لإرساء مبادىء قانونية جديدة يعد تعارضا مع مبدأ الفصل بين السلطات؟؟

أن مبدأ الفصل بين السلطات يقصد به تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات وتوفير الحيدة لكل منهما فى مجال إختصاصها؛ فمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات أن يكون بين السلطات الثلاث تعاون وأن يكون لكل منهما رقابة على الأخرى فى نطاق إختصاصها بحيث يكون نظام الحكم قائما على أساس أن السلطة تحد السلطة فتعمل كل سلطة فى نطاق وظيفتها على وقف السلطة الأخرى عن تجاوز حدود سلطاتها القانونية فيؤدى ذلك إلى تحقيق حريات الأفراد وضمان حقوقهم.

ويضيف الباحث: أن تدخل القاضى لإقرار مبادىء قانونية لا تخرج عن إطار النص وإنما تسير فى مضمونه ولكن بإعطاء النص تفسير آخر أو شرح مضمونه لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ولنا فى الرقابة على دستورية القوانين واللوائح خير مثال على خلق القاضىلمبادىء قانونية تكون فى مضمونها تفسيرا للتشريع القائم وليس إصدار تشريع جديد.

المطلب الثانى

ماهية القصور التشريعى

المقصود بالقصور التشريعى عدم ملائمة التشريع مع النواحى الإجتماعية والإقتصادية والسياسية للمجتمع المراد التطبيق فيه؛ وبمعنى آخر عدم تضمين التشريع أو النص القانونى للأحكام التفصيلية فى ظل التغييرات التى تشهدها المجتمع؛ ونرى أن القصور التشريعى (هو عدم مواكبة النص القانونى للمتغيرات التى يشهدها المجتمع وعدم ملائمة تطبيقه على الظروف الحالية أيا كانت طبيعتها سواء سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية)

ويتحقق القصور التشريعى متى كانت القاعدة التى تعالج المسألة المطروحة على القاضى موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف المختلفة للمجتمع؛ ويسمى كذلك بالقصور الإنتقادى لأن القاضى ينتقد القانون القائم لأنه غير ملائم ويسمى أيضا بالقصور الأيديولوجى لأن تغيير الإيديلوجية يضطر القاضى إلى البحث عن حلول تتلائم مع تطور المجتمع وحاجاته المتعددة؛ فالقانون تعبير حىونموذجى عن حاجات المجتمع وتطلعاته فضلا عن كونه تعبيرا عن السياسة العامة للدولة ومبادئها والقيم التى تتبناها؛ وعلى هذا النحو يؤرخ القانون لمسيرة العدالة والنظام والتناغم الإجتماعىفى حياة المجتمعات والدول فى مرحلة زمنية معينة

وقد يرى القاضى أثناء عرض النزاع أمامه أن النص القانونى المراد تطبيقه على ذلك النزاع لا يتناسب مع الظروف الإجتماعية السائدة وهنا يحق للقاضى أن يلجأ إلى حلول متنوعة بأن يتوسع مثلا فى مدلول معيار الغاية بأن يعطى للنص تفسيرا متطورا من خلال توسيع المعنى الجوهرى للنص القانونى القائم والإستعانة بأحد المبادىء التى إستقرت فى الضمير القانونى والإنسانى بصفة عامة أو ما أستقر عليه الفقه من آراء بالتأمل فى روح النظام الإجتماعى؛ وإذا تعذر رغم ما تقدم من وسائل إيجاد حل للحالة فإن القاضى يستطيع الإستناد إلى وجهات نظر لا تزال غير محدودة وغير ملزمة بصورة عامة إلا أنها اعتبرت خلال فترة من الزمن أسانيد قانونية إنسلخت على الأغلب من الأفكار النامية للمبادىء القانونية أو من طبيعة الأمور ذلك أن القاضى ملزم بإيجاد حكم لكل حالة معروضة عليه وبخلاف ذلك يعد القاضى منكرا للعدالة .

وإذا إعترفنا بدور القضاء فى تفسير القواعد القانونية بإرساء مبادىء جديدة فهل هو إعتراف مطلق أم إعتراف مقيد؟؟

الواقع أن القاضى عندما يخلق حلا عادلا للنزاع فى حالة وجود نقص فى مصادر القانون الوضعى فإنه لا يخلق بذلك قاعدة قانونية جديدة ولكنه يخلق فقط حلا فرديا؛ فالحكم الذى يصدره القاضى لا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع فحسب فلا يجوز له التمسك بهذا الحل فى نزاع آخر أو أمام قاضى آخر بإعتبار أن هذا الحل قد يلغى بقاعدة قضائية لاحقة أو بصدور قانون يتعارض أو يلغى هذا المبدأ.

المطلب الثالث

دور القضاء فى خلق القواعد القانونية

لا شك أن الدور الرئيسى للقضاء يتمثل فى تحقيق العدالة وإرساء قواعد القانون وتطبيقها بشكل صحيح بما يضمن إنفاذ القانون؛ ولكن هل من العدالة أن يطبق القضاء النصوص التشريعية وهى مشوبة بالقصور أو يطبقها ضاربا عرض الحائط بالظروف الواقعية للمجتمع الذى يطبق فيه؛ فمما لا شك أن الحياة اليومية للمجتمعات ذات طبيعة متغيرة تسودها أحداث ووقائع كثيرة لا يستطيع التشريع مهما تعددت أحكامه مواكبتها؛ وهنا يأتى دور القضاء كمصدر خصبا لسد القصور التشريعى وتفسيره طبقا لمتغيرات المجتمع المختلفة فالقضاء له دور بارز فى تطوير وخلق القواعد القانونية؛ ونتناول دور القضاء فى خلق القواعد القانونية من خلال عدة فروع على النحو التالى:-

الفرع الأول

الجدل الفقهى حول دور القضاء

فى خلق القاعدة القانونية

إنقسم الفقه وهو بصدد الحديث عن إمكانيه مساهمة القضاء فى صنع القواعد القانونية إلى إتجاهين رئيسين؛ هما كالتالى:-

الإتجاه الأول: التقليدى:- يتزعم هذا الإتجاه الأستاذ (g.ripert) والذى ينكر كل دور للقضاء فى إنشاء القاعدة القانونية ويرى أن دور القاضى ينحصر فى تنفيذ إرادة المشرع وتطبيق القانون حسبما هو وارد بالنصوص فحسب؛ فهو يرى أنه إذ أعترف للقاضى بتلك السلطة الإنشائية فقد سمحنا بالتدخل والإعتداء على إختصاصات المشرع؛ فالقاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجريد وبالتالى فليس من المقبول السماح للقاضى بخلقها وتفسيرها حسبما يتراءى له؛ وقد إستند هذا الإتجاه لعدة حجج هى:-

- أن مونتسيكو يرى أن روح القوانين القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات بمعنى أن وظيفة المحاكم تنحصر فى تطبيق القاعدة القانونية دون أن تتعداها إلى الإنشاء؛ فهو يرى أن القضاة ليسوا سوى اللسان الناطق بالقانون
- أنه إذا لم يوجد نص تشريعى ينظم أمر معين فليس معنى ذلك أن يقوم القاضى نفسه بهذا التنظيم؛ فهنا إما أن يكون المشرع قد قصد هذا الفراغ أو أن المشرع سينظمه لاحقا

الإتجاه الثانى: الإتجاه الحديث:- على نقيض الإتجاه السابق برز هذا اتجاه حديث أكثر لمسا للواقع وأكثر إهتماما بالظروف الإقتصادية والسياسية والإجتماعيةللإعتراف للقضاء بدور فى خلق وتفسير النصوص والقواعد القانونية؛ وإستند هذا الإتجاه إلى عدة حجج لعل أهمها:-

- أن الدور الإنشائى للسلطة للقضائية يستمد قيمته من الطبيعة القانونية للمحاكم نفسها ومن عنصر هام وهو رضا المعنين؛ وبالتالى يجب النظر إلى القاضى بوصفه سلطة إجتماعية موجودة بالفعل فى المجتمع وليس كجهاز أو آلة تقوم بالتطبيق فحسب
- أن النصوص والقواعد القانونية حينما توضع فإنها توضع فى حالة سكون وأن الذى يبث فيها الحركة هو القضاء؛ فالمشرع وإن قصر فى وضع النصوص التى تستطيع مجاراة التطور فإن المهمة تنقل إلى القضاء الذى يقوم بسد النقص أو التقصير

ويرى الباحث فى هذا الصدد أن الإتجاه الثانى هو الأولى بالتأييد؛ فالقضاء لا يجوز أن يقتصر دوره على مجرد التطبيق للنصوص القائمة فحسب بل له الحق فى خلق القواعد القانونية وتطويرها وتفسيرها؛ فالوقائع التى تعرض يوميا على القضاء غير متناهية العدد وهنا لا يجوز للقاضى أن يؤخر الفصل فى الدعاوى إلى حين أن يقوم المشرع بتنظيم النص ولكن لابد أن يكون له حينئذ أن يتدخل بإيجاد الحل القضائى الملائم الذى من شأنه خلق قاعدة قانونية أو تطويعها ليتلائم الأمر مع الظروف المعروضة .

الفرع الثانى

تطبيقات على دور القاضفى خلق القواعد القانونية

لم يكن هناك ما كان يشجعنا على الحديث عن دور القضاء في خلق وتطوير القواعد القانونية سوى أننا وجدنا عدة تطبيقات على هذا الدور؛ سواء على صعيد القانون الإدارى الذى هو قانون قضائى بالأساس؛ أو القانون المدنى أو القانون الدستورى أو القانون الدولى الخاص؛ فكل هذه القوانين حوت بين دفتيها عدة مبادىءهى في الأساس قضائية النشأة؛ وحتى ننتقل من الحديث نظريا عن دور القضاء فى خلق القواعد القانونية إلى التطبيق العملى لهذا الدور كان علينا أن نعرض بعض التطبيقات من القوانين المختلفة لدور القضاء فى خلق القواعد القانونية وليس تفسيرها وتطويرها فحسب؛ ونقسم هذا الفرع إلى عدة غصون للحديث عن تلك التطبيقات؛ وذلك على النحو التالى:-

الغصن الأول

دور القاضى الإدارى فى خلق القواعد القانونية

في إطار حديثنا عن دور القاضىالإدارى في خلق القواعد القانونية لابد أن نشير إلى أن الطابع المميز للقانون الإداري هو كونه قانون قضائي، فكما يقول الفقيه (marcel waline) لولا الإجتهادات القضائية لمجلس الدولة لما كان هناك وجود للقانون الإداري في فرنسا أو على الأقل سينحصر في مجموعة من الأجهزة وتجميع إختصاصاتها .

فإجتهادات مجلس الدولة كانت وراء صياغة وتشكيل أعمال فقهية كبرى في القانون العام الفرنسي؛ ولهذا السبب أطلق على القضاء الإداري وصف القضاء الإنشائي أكثر مما هو قضاء تطبيقي مقارنة مع القضاء العادي فهو يبتدع الحلول لمختلف المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها؛ فنظرية المسؤولية الإدارية ونظرية العقود الإدارية ونظرية الطعن بسبب تجاوز السلطة كلها تعتبر من الإنشاء الخالص للقضاء الإداري؛ فالقاضي الإداري يعتمد الواقع أكثر ما يعتمد القانون ويستنبط أحكامه من واقع الأحداث ومن الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة أمامه، كما يحرص على أن تكون منهجية تدخله شرعية وملائمة أي مطابقة للواقع لأن الظروف تتغير وبالتالي لا يستلزم الإقدام على تطبيق قواعد جامدة تكون نتائجها وخيمة على سير الإدارة وعلى مصالح الأفراد لهذا فهو يقوم بتطوير هذه القواعد وتكييفها مع الحاجيات الجديد.

الغصن الثانى

دور القاضى المدنى فى خلق القواعد القانونية

لعب القضاء المدننفى فرنسا دورا كبيرا فى خلق وتطوير القواعد القانونية ولا سيما القانون المدنى فعلى الرغم من أن مبدأ الفصل بين السلطات جاءت به الثورة الفرنسية وعهدت بموجبه بمهمة وضع التشريعات وتعديلها إلى السلطة التشريعية ومهمة الفصل في المنازعات وتسويتها إلى السلطة القضائية، إلا أن القضاء ظل الداعم الأكبر للسلطة التشريعية في عملية تطوير القوانين وعلى الأخص عند صدور الأمر التشريعى رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ والذي عد التعديل الأكبر في تاريخ القانون المدني الفرنسي والذي أصبحت للسوابق القضائية أثرا كبيرا فيه .

الغصن الثالث

دور القاضى الدستورى فى خلق القواعد القانونية

يعد الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها؛ ومن أهم هذه الضمانات وجود قضاء دستورى، يحفظ علو الدستور وسموه، ويلزم كل سلطة حدودها الدستورية التى حددها الدستور لها؛ وإذا كان الدستور يحدد وظيفة كل سلطة من السلطات وما يدخل فى ولايتها، فإنه يضع كل ذلك فى صيغة مرنة تسمح بقدر من الحرية فى التصرف يختلف ضيقا وإتساعا بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة كل سلطة ومرجعية تكوينها، ودور الشعب فى هذا التكوين مما دعا بعض الفقه إلى التحدث عن السلطة التقديرية للسلطة التأسيسية، والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، وكيفية مراقبة هذا التقدير ومداه؛ والسلطة التشريعية تأتى فى مقدمة السلطات التى تتمتع بحرية واسعة فى ممارسة إختصاصاتها، لكنها ليست مطلقة؛ فالمشرع يتقيد بما ورد بالدستور من قواعد، ويتقيد على الراجح بالمبادئ الطبيعية العامة التي تستمد وجودها من وجود الإنسان وآدميته، والتى أعترف القضاء في مصر وفرنسا بوجودها وبإلزامها للمشرع حتى ولو لم يرد بشأنها نص خاص في دستور الدولة؛ لكن مهما كانت تلك القيود فإنها تترك للمشرع حرية واسعة، يستطيع بمقتضاها أن يضع من القواعد ما يشاء.

الخاتمة

لا شك أن أحد أهم أهداف الدولة القانونية هو تحقيق العدالة في أسمى معانيها؛ ولا شك أن الدستور حين أنشأ السلطات ولا سيما السلطة القضائية أناط بها دورا في غاية الأهمية وهو حسن تطبيق القانون وتفسيره النصوص الغامضة والمبهمة إبتغاءا لفكرة العدالة؛ وفى دولة القانون والتى تبتغى المشروعية في أعمالها ومع التطور الهائل الذى تعيشه المجتمعات على كافة الأصعدة سواء السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية أو حتى الصحية تزايد دور القضاء وأصبح مطالبا بتحقيق العدالة دون النظر إلى أى إعتبارات آخرى؛ وبالتالى فتعتبر حالات إبهام النص وغموضه بل وحالات القصور التشريعى والفراغ القانونى هى أحد أهم معوقات تلك العدالة؛ وبالتالى لا يجوز أن نطالب القضاء بتطبيقها كما هى أو أن يرفض الدعوى بحجة عدم وجود نص قانونى يحكم موضوعها بالرغم من علمه من تقصير المشرع في هذا الشأن.

وبالتالى كان من العدل أن يمكن القاضى من تفسير هذا الغموض أو الإبهام أو سد هذا الفراغ القانونى أو إصلاح ذلك القصور التشريعى وهو ما بحثناه ونحن بصدد الحديث عن تطور القانون في العصر الرومانى بل وفى كافة النظم القانونية ومنها الشريعة الإسلامية ورأينا أن القضاء كان له دور في خلق القواعد القانونية وأيضا تطويرها لتتماشى مع الظروف والمعطيات الحديثة؛ وبالتالى فالفراغ القانونى وقدم التشريعات وقصورها ليس مبررا لعدم تحقيق العدالة؛ فالقضاء في سبيل إحقاقه للحق كان له الفضل في ظهور عدة مبادىء سواء في القانون المدنى مثل نظرية الظروف الطارئة أو نظرية التعسف في إستعمال الحق أو الإثراء بلا سبب؛ وأما في القانون الإدارى فالفضل كل الفضل فيه للقضاء في إنشاء أغلب قواعده فالقانون الإدارى هو بالأساس قانونا قضائيا؛ وليس في ذلك كما أوضحنا أى مساس بمبدأ الفصل بين السلطات وهو ما أوضحناه ونحن بصدد تبرير تدخل القاضى لخلق القواعد القانونية؛ فالقاضى في خلقه للقواعد لا يعممها بل تكون حجيتها قاصرة على النزاع المرفوع بشأنه الدعوى؛ ولكن ضرورات العدالة تحتم عليه أن لا يبقى ساكنا أمام سكون النص ولا يكون مقصرا أمام قصور النص؛ وهو ما أردنا أن نعرض له في بحثنا من إبراز أهمية ذلك الدور التفسيرى والإجتهادى والإنشائى للقضاء

النتائج

بعد أن تناولنا بالبحث والدراسة والتحليل نشأة القوانين وتطورها فى المراحل المختلفة ودور القضاء فى تطوير وتفسير بل وخلق القواعد القانونية؛ نستطيع أن نتستنتج عدة نتائج وهى:-

١- أن القوانين والتشريعات لا تسطيع أن تحصر وتتنبأ بمتغيرات المجتمع المتجددة ومن هنا تأتى بعض بعض القوانين غير معبرة عن الظروف والمعطيات الحالية للمجتمعات .

٢- أن القضاء فى مصر لا يزال يعتبر من المصادر غير الرسمية للقانون ولا يجوز اللجوء إلى السوابق القضائية إلا بعد عجز كل المصادر السابقة عليه فى إيجاد حل يصلح للنزاع المعروض على القاضى .

٣- أن هناك خلاف فقهى حول دور القاضىفى خلق قواعد قانونية ما بين مؤيد ومعارض

٤- أن بعضا من القوانين قد تكون متضمنة لنوع من القصور أو الإبهام أو الغموض أو التناقض وبالتالى قد تخل تلك القوانين بمبدأ المساواة ومبدأ العمومية فى التطبيق .

٥- أن هناك بعض المسائل أو الموضوعات التى يفرزها الواقع العملى ولكنها غير مشمولة بأى غطاء تشريعى وهو ما يعبر عنه بالقصور التشريعى .

٦- أنه ليس بالضرورة أن نحصر دور القضاء فى التطبيق الصارم للقوانين بل من الممكن أن يكون للقضاء دور فى تطوير وتفسير القواعد القانونية .

٧- أن الإجتهاد القضائى أمر لا غنى عنه بإعتباره صادرا ممن هم متخصصين فى المجال القانونى

التوصيات

١- نهيب بالمشرع مراعاة الظروف الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والثقافية وغيرها من الظروف وهو بصدد إصدار التشريعات المختلفة حتى لا نكون أمام قوانين لا تواكب المعطيات المتطورة للمجتمع وأفراده وبالتالى تفتقد هيبتها وغرضها في تحقيق العدالة .

٢- نهيب بالمشرع إحالة القوانين بعد الموافقة عليها إلى المجالس المتخصصة للتدقيق والنظر فى إعادة صياغتها بشكل سليم؛ لا سيما مع وجود نص المادة ١١ و ٣٨ من قانون رقم ١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة وأن يكون ذلك المجلس مختصا بصياغة التشريعات التى يشوبها الغموض أو الإبهام أو التناقض .

٣- إحاطة كل جوانب الحياة على كافة الأصعدة بالتشريعات لملء ما يسمى بالفراغ القانونى؛ خصوصا مع وجود بعض الموضوعات غير المشمولة بالتنظيم القانونى .

٤- التوسع في منح القضاة سلطات تقديرية بالقدر الذي يعينهم على تفسير النصوص القانونية بمرونة وحرية تمكنهم من الموازنة بين التقييد بظاهر النص وبين تحقيق العدل استجابة لقصد المشرع من التشريع تحقيقاً لمبدأ سمو العدل وشموليته، إذ لا عدالة بلا قانون ولا قانون بلا عدالة

٥- إحاطة الوقائع والظروف الملابسة عند النظر في النزاع والفصل فيه بقدر من الاهتمام بما لا يقل عن الاهتمام الذي يجب أن تحظى به النصوص من حيث فهم مدلولها وفقاً للقواعد الخاصة بتفسيرها وإستنباط الأحكام التي تدل عليها وإعطاء الإعتبار لمتغيرات الواقع ومدى تأثيرها على إنتظام بعض الجزئيات تحت حكم القاعدة الكلي، وإنعكاس ذلك على تفسير النص .

٦- تعميم نشر الأحكام القضائية التى تتضمن خلقا لقواعد أو مبادىء قانونية جديدة أو تطويرا لقاعدة قديمة حتى تكون مرجعا للأحكام اللاحقة .

٧- نهيب بالمشرع الدستورى أن يجعل القضاء من المصادر الرسمية للتشريع وليس من المصادر الإحتياطية فحسب .

٨- إعادة النظر في الشروط المتطلبة في المرشح لعضوية المجالس النيابية ورفع الحد الأدنى اللازم من المستوى التعليمى لضمان وجود رؤية عامة تمكنه من التدقيق في القوانين قبل إصدارها وتنفيذها وذلك لضمان وجود ثقة من الرأى العام في تلك المجالس وأعضاءها

قائمة المراجع

١- أنور سلطان – المبادىء القانونية العامة – دار النهضة العربية – ط٤ -١٩٨٣

٢- أحمد فتحى سرور – الحماية الدستورية للحقوق والحريات – ١٩٩٩- دار الشروق – القاهرة

٣- أحمد كمال الدين موسى – الإثبات فى القانون الإدارى – دراسة مقارنة – دار الفكر العربى – القاهرة – ٢٠١٢

٤- أحمد شلبى – موسوعة الديانات – مكتبة النهضة المصرية – ط٢- ١٩٨٨

٥- أحمد سلامة – مقدمة القانون المدنى – مكتبة عين شمس – دون سنة نشر

٦- إبتسام الزهراء – دور القاضىالإداريفى إنشاء القاعدة القانونية – دون دار نشر – ٢٠١٥-٢٠١٦

٧- أبى بكر السوارى – مختار الصحاح – دار الكتاب العربى – بيروت – ط١- ٢٠٠٢-

٨- إبراهيم عبد العزيز شيحا- الوجيز في النظم السياسية و القانون الدستوري – تحليل النظام الدستوري المصري- الإسكندرية- دار المعارف- ٢٠٠٠

٩- أحمد محمد الرفاعى – المدخل لدراسة العلوم القانونية – كلية الحقوق – جامعة بنها – ٢٠٠٨

١٠- إبراهيم الشهانى – مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتى – دار الأفاق المشرقة – الشارقة – الإمارات – ٢٠٢٠

١١- إبراهيم إبراهيم شحاته – وظيفة القاضي عند فحص دستورية القوانين – مجلة مجلس الدولة – ١٩٦٠ – القاهرة

١٢- إسماعيل عبد الرحمن- الأسس الأولية للقانون الإنساني الدولي- ضمن كتاب القانون الدولي الإنساني- دليل التطبيق على الصعيد الوطني- تقديم أحمد فتحي سرور- دار المستقبل العربي- القاهرة – ٢٠٠٣

١٣- إسحاق إبراهيم منصور – نظريتا القانون والحق – ديوان المطبوعات الجامعية – ١٩٩٩

١٤- إبراهيم أمين النفياوى – أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – ٢٠٠٦

١٥- إبن منظور – معجم لسان العرب – دار إحياء التراث العربى – بيروت لبنان – ١٩٨٨

١٦- بوشير محمد أمقران – قانون الإجراءات المدنية (نظرية الدعوى – نظرية الخصومة – الإجراءات الإستثنائية) ديوان المطبوعات الجامعية – الطبعة الثانية – الجزائر – ٢٠٠١
١٧- توفيق حسن فرج – المدخل للعلوم القانونية – الدار الجامعية – الأسكندرية – ١٩٩٣
١٨- ثروت بدوى – مبادىء القانون الإدارى – المجلد الأول – دار النهضة العربية – ١٩٦٦
١٩- جابر جاد نصار – القانون الدستورى – دار النهضة العربية – ٢٠٠١
٢٠- جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم على بن أحمد بن أبى القاسم بن حنيفة بن منظور – لسان العرب – دار المعارف – القاهرة – مصر – ط ١- ١٩٩١
٢١- جميل الشرقاوى – دروس في أصول القانون – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ١٩٨٤