

بررسی تطبیقی نقش قاضی در ایجاد رویه قضایی در حقوق ایران و مصر

دکتر غلامعلی سیفی زیناب^۱ - دکتر علی زارع^۲ - دکتر محسن قاسمی^۳ - ریما
امیرا قدم^۴

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۲/۹

چکیده:

از آنجا که جوامع انسانی همواره پویا هستند و قوانین به بیان اصول و قواعد کلی بسنده می‌کنند، رویه قضایی در نقش تکمیلی و تفسیری می‌تواند تفاسیری منطبق با واقعیات و ضروریات اجتماعی از قانون ارائه دهد؛ در حقوق ایران، رویه قضایی به معنای آرای همانند دادرسان از منابع تکمیلی و تفسیری بوده و پذیرش این امر که موجد قاعده حقوقی باشد دشوار به نظر می‌رسد؛ در حقوق مصر قاضی را قانون گذار دومی می‌دانند که به قانونگذار اول می‌پیوندد؛ قانونگذار مصری اهمیت اجتهاد قضائی و اجتهاد فقهی را به رسمیت می‌شناسد. مقاله حاضر در بخش اول؛ به بررسی نقش قاضی در نارسائی‌های قانونی و در بخش دوم؛ به نقش قاضی در توسعه قواعد حقوقی می‌پردازد.

واژگان کلیدی: قاضی، رویه قضایی، قواعد حقوقی، تفسیر قانون، حقوق مصر

^۱ - استادیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

^۲ - استادیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

^۳ - استادیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

^۴ - دانش آموزخته دوره دکتری تخصصی حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

مقدمه:

اگر عوامل و لوازم دادرسی صحیح را قاضی شایسته و قانون جامع و تشکیلات متناسب بدانیم، نقش قاضی در این میان تعیین کننده و اساسی است؛ چه او در فرض نارسایی یا سکوت قانون نیز با استعانت از وجدان آگاه و عدالت‌گری خود می‌تواند و بلکه مکلف است حق را از باطل تشخیص دهد و فصل خصومت کند. هیچ قانون و قاعده صریحی وجود ندارد که کیفیت عمل قاضی را تعیین کند؛ بنابراین او هر تفسیری را که موافق اراده قانونگذار و روح قانون تشخیص داد، می‌تواند انتخاب کند. او نه موظف است از احکام قبلی خودش تبعیت کند و نه از احکام دادگاه‌های دیگر و نه از تفسیرهای شخصی عالمان حقوق. هرچند اصل ۱۶۱ قانون اساسی ایران یکی از وظایف دیوانعالی کشور را ایجاد وحدت رویه قضائی معرفی کرده است و به موجب ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب ۱۳۲۸ و مواد ۴۲ و ۴۳ ق.ا.ح مصوب ۱۳۱۹، در فرض اختلاف در استنباط از قوانین، آرای وحدت رویه هیات عمومی دیوانعالی کشور به عنوان رویه قضائی لازم العمل معرفی شده؛ لکن واقعیت این است که مواد قانونی در عمل و در پژوهشگاه حقوقی قضات ماهوی فعلیت می‌یابند و جان می‌گیرند و مفهوم و مصداق حقیقی خود را باز می‌یابند. خمیرمایه آرای وحدت رویه و اصراری دیوانعالی را نیز عقاید و آرای قضات ماهوی تشکیل می‌دهند و هیات عمومی از برداشتهای متفاوت قضات ماهوی از قوانین، آن را که اصلح و اصلاح است ترجیح می‌دهد و برای عموم محاکم لازم الاجرا اعلام می‌کند و بر این اساس رویه‌های قضائی در دادگاه‌های ماهوی شکل می‌گیرد و پرورش می‌یابد و نهایتاً از طریق هیات عمومی دیوانعالی کشور به مرحله بلوغ می‌رسد و عام‌الشمول می‌شود.

به تعبیر دیگر مصوبات مقنن در عمل و در برخورد با مسائل اجتماعی و در عرصه حل و فصل اختلافات توسط قاضی ماهوی چهره می‌گشایند و حسن و قبح و قوت و ضعف خود را آشکار می‌سازند.

نقش موثر قاضی ماهوی در بخش نارسایی‌های قانونی آشکارتر می‌شود؛ زیرا از سویی در فرض سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین نمی‌تواند از احقاق حق خودداری کند و مکلف است با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر شرع مقدس نباشد حکم قضیه را صادر کند. از سوی دیگر قاضی به اقتضای رشته تحصیلی و تربیت شغلی، انسانی حق گراست و وجدان عدالت‌گری وی در برخورد با نارسایی‌های قانونی وی را به جستجوی راه حل و تلاش برای احیا و ترمیم حقوق از دست رفته اشخاص وا می‌دارد. این تلاش‌ها غالباً به اصلاح قوانین یا ایجاد رویه قضائی منتهی شده یا خواهد شد. (جلیلود، ۱۳۸۲ : ۱۱ و ۱۲) به همین دلیل به بررسی تطبیقی نقش قاضی در ایجاد رویه قضایی در حقوق ایران و مصر در دو قسمت می‌پردازیم؛ ابتدا نقش قاضی در نارسایی‌های قانونی و سپس در توسعه قواعد حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

از آنجا که در حقوق مصر نیز به این مهم پرداخته شده و موجب به رسمیت شناخته شدن نقش قاضی در این زمینه شده است، بررسی تطبیقی با حقوق مصر که دارای نظام حقوقی اسلامی است صورت گرفته است.

الف- نقش قاضی در نارسایی‌های قانونی

عدم وجود قانون یا سکوت قانون یعنی عدم ورود حکم در اختلاف پیش روی قاضی و همچنین نقص در قانون یعنی عدم تضمین قانون به آنچه قاضی برای حکم کلی یا جزئی

نیاز دارد و این که در ماده یا عبارتی از قانون که حکم مسئله را بیان می‌کرده خلا وجود داشته باشد؛ به این معنی که همه آنچه را که لازم بوده ذکر نشده باشد مثلا اگر حکمی دو شرط دارد یکی از آنها را قانونگذار بیان می‌کند و شرط دیگر در متن قانون بیان نمی‌شود. (السنهوری، ۱۹۳۸م: ۲۰۷) موضع قاضی در این زمینه چیست؟

این موارد با توجه به رشد سریع روابط اجتماعی و پیدایش مسائل جدید و غیرقابل پیش‌بینی در قلمرو حقوق، رشد افزونی دارد؛ بنابراین نظریه حقوق پویا توجیه پذیر است؛ چرا که بیان می‌کند حقوق همواره در حال تجدید حیات است. (کلسن، ۱۳۹۱: ۲۱) لازمه نظم حقوقی ایجاد هماهنگی میان قواعد و حفظ هدف مشترک آنها است؛ ماشینی زنده که به نظم بگردد و حرکت کند و نیروی آن از هر اندام توانمندتر شود. پس، نمی‌توان تخم نفاق و تضاد و پراکندگی در آن کاشت و تعمیر چنین ساختاری به شیوه‌ای کرد که به نابودی آن نظم انجامد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۷)

سخن از رویه قضایی به عنوان منبعی از منابع به علت قصور و ضعف قانون و عرف در ارائه راه حلی مطلوب برای مشکلات مطرح شده یا نزاع‌های عرضه شده به دادگاه‌ها است. (Siorat, 1985.p23) باید از طریق قواعد استعمال الفاظ و لغات و موازین اشتقاق آنها پیچیدگی و نقص قانون را برطرف کرد. (محمد کامل مرسی، ۱۹۲۳: ۲۸۸) در نتیجه در مواردی که متن قانون صریح و روشن باشد اصولا جایی برای تفسیر وجود ندارد؛ چنانکه قاعده معروف می‌گوید: «اجتهاد در مورد نص جایز نیست.» ولی اگر عبارت قانون صراحت نداشته باشد و به هر دلیلی دچار ابهام و اجمال بوده و در افاده معنی حقیقی ناقص باشد، مفسر در درجه اول باید به سراغ الفاظ و عبارات قانون برود و با توجه به قواعد صرفی و نحوی و اصول حاکم بر آن از جهت ماده و هیئت و نقشی که در عبارت بر عهده دارند، در صدد فهم معنی واقعی قانون باشد. البته، شایان ذکر است که اگرچه

قانونگذار اصولاً الفاظ را در معنی متعارف آن به کار می‌برد، ولی مانعی وجود ندارد که بعضی از کلمات را در مفهوم فنی و تخصصی و در معنی قانونی آن استعمال کند. در این صورت مفسر باید این قبیل کلمات را به مفهوم فنی و یا قانونی آن تفسیر نماید. (ابراهیم ابواللیل، ۱۹۸۶: ۲۲۱)

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران، دادرسی موظف است نخست با استعانت از قانون، حکم هر قضیه را بیابد و فصل خصومت نماید و جهت حفظ ثبات و نظم و امنیت در روابط حقوقی دادرسی حق ندارد با وجود حکم قانون به سراغ سایر منابع برود اما قانونگذار در صورت فقدان قانون، دادرسی مکلف نموده تا با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر اقدام به تفسیر قانون و صدور حکم نماید.

در پاسخ این سوال مقدر باید گفت که نظم در دادرسی و نشانیدن حق بر جای شایسته خود ایجاب می‌کند که در مرحله نخست، تمیز حق بر پایه قانون صورت گیرد. تقدم قانون بر سایر منابع حقوق ارمغان دموکراسی عصر ما و لازمه حکومت اراده ملی بر زندگی اجتماعی است. با وجود این، نباید چنین پنداشت که قانون به مفهوم گسترده خود فراگیر همه روابط اجتماعی است و بخش ناچیزی به استنباط آزاد و معقول دادرسی واگذار شده است. جامعه هر روز با مسئله تازه‌ای روبرو می‌شود که راه حل آن در هیچ قانونی دیده نمی‌شود. وانگهی، تمام راه حل‌های سنتی در قوانین نیامده است و بر پایه اصول حقوقی نیز به دشواری می‌توان به آنها دست یافت. پس، واگذاری این بخش قابل تغییر را به اجتهاد دادرسی نباید بی‌اهمیت شمرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۶۳-۶۱)

یکی از موارد تاثیر آرای قضایی را می‌توان در زمینه خسارت معنوی مطرح کرد. در ماده ۹ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸ که ضرر و زیان قابل مطالبه را تشریح کرده و به ضرر و زیان

معنوی اشاره نشده و در ماده ۵۸ ق.م.ا.ق و اصل ۱۷۱ ق.ا که به ضرر و زیان معنوی تصریح شده، تعریفی از آن به عمل نیامده است؛ لذا با توجه به بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک سابق که گفته بود: «ضرر و زیان معنوی.....عبارت است از کسر حیثیت یا اعتبار اشخاص یا صدمات روحی.» می‌توان گفت زیان معنوی عبارت است از صدمه به منافع عاطفی و غیر مالی، مانند: احساس درد جسمی و رنج‌های روحی، از بین رفتن آبرو، حیثیت، اعتبار و آزادی.

موضع‌گیری محاکم ماهوی در برخورد با خسارت معنوی نظیر تالمات روحی نیز مبتنی بر همین استنباط است که برای نمونه نظریه مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۱ شعبه ۳۵ دادگاه حقوقی ۱ تهران که پس از تایید دیوانعالی کشور طی حکم شماره ۳۶۷ مورخ ۶۸/۲/۲۰ شعبه مزبور صادر و اعلام گردید از دست دادن فرزند را در یک سانحه هوایی دلیل تالم و تاثیر شدید روحی و عاطفی و موجب ورود خسارات معنوی دانسته است. هرچند که ماده ۹ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸ به ضرر معنوی اشاره نکرده بود ولی آن را نفی ننموده بود و برای اثبات آن می‌شد به قوانین دیگر استناد کرد (صفائی، رحیمی، ۱۳۹۰:۱۲۳) ولی این رای و شبیه این آراء و اظهار نظر قضات ماهوی همانطور که فوقاً ذکر شد می‌تواند زمینه ساز ایجاد قانون و یا رویه قضایی باشد منتج به اشاره به ضرر معنوی در زمره خسارات قابل مطالبه در ماده ۱۴ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ شده است. در این ماده ضرر و زیان معنوی از زیان‌های قابل مطالبه شمره شده و در تبصره ۱ آن تعریف آن نیز بیان شده و نیز به آشکارا نتیجه صدور آرای با نکات قابل توجه و تعمق در این زمینه است.

در حقوق مصر نیز اعتقاد بر این است که قاضی باید در اختلافات مدنی هنگام عدم وجود قانون یا عدم وجود عرف یا مبانی دینی، قواعد عدالت را اجرا کند که این به دلیل عمل به احکام و قواعد عدالت از منابع رسمی قانون مدنی این کشور محسوب می‌شود.

تلاش قاضی برای رسیدن به عدالت باید از موضوعات کلی و نه از فکر خاص وی برگرفته شود. قاضی باید در اجتهاد خود از فلسفه قانونی، اجتماعی و اقتصادی در جامعه یاری بگیرد. اجتهاد و تلاش قاضی بر اساس میل شخصی یا تحکم و زورگویی شکل نمی‌گیرد. ولی وی بر اساس بهترین درک از اهداف کلی قانون حکم می‌دهد. بنابراین تلاش قاضی باید در خدمت اهداف قانون باشد و حکم عادلانه قاضی هنگام فقدان قانون متناسب با واقعیت‌های جامعه صادر می‌شود. (محارب، بی تا: ۱۰۱)

قانونگذاری قضایی تفسیر خلاق و موجد قاعده از قانون است، تفسیری که می‌تواند از لغات قانون فراتر رود در حالیکه سعی می‌کند روح آن را حفظ کند. این خلاقیت از شفاف سازی محض فراتر می‌رود. گاهی جاهای خالی را پر می‌کند یا آشتی می‌دهد تناقضات ممکن را؛ خلاقیت قضایی گسترش پیدا می‌کند به پذیرش قانون برای رسیدن به توسعه اجتماعی اگر رویه قضایی قاعده سازد محصول این «ساخت» (برای مثال تصمیم قضایی) به طور اتوماتیک برای دیگران الزام آور است؟ نه باید تمایز قائل شویم بین قاعده سازی در یک پرونده خاص در موقعیتی که تصمیم قضایی با منابع موجود محدود نمی‌شود و یا قاعده سازی توسط قاضی که برای دیگران الزام آور است. نقش قانونگذار در تسهیل وظیفه قاضی در توسعه قواعد قانونی، از طریق به رسمیت شناختن (پذیرش) قاضی در اجتهاد قضائی تبیین می‌شود. قانون یک علم اجتماعی است که فقط برای اهداف اجتماعی شکل می‌گیرد. زمانی که جامعه در تمامی امور پیشرفت می‌کند، قانون نیز باید در این زمینه پیشرفت نماید. (الظریفی، ۱۹۵۳: ۹)

عاملی که دستگاه قضایی را در ایفای نقش خود در وضع اصول و قوانین کمک می‌کند، تدوین قواعد و قوانین به صورت جزئی و تفضیلی نیست؛ بلکه ایجاد فرصت برای قاضی جهت تاویل و تفسیر قانون بر اساس شرایط موجود در صدور حکم می‌باشد. تا زمانی که

قانون از اشراف به همه آنچه در جامعه، اعم از اهداف و نیازها، عاجز و ناتوان است، می‌بایست عدالت و قدرت قاضی را به رسمیت شناخت. هر چند قاضی باید در تعمیم موارد مشابه تا زمانی که ابهام موجود برطرف شود، احتیاط نماید و بر اساس قواعد عقلی اقدام کند. (الظریفی، ۱۹۵۳: ۱۲) قبول و به رسمیت شناختن نقش قاضی در توسعه قواعد حقوقی را بطور مشخص در بررسی متون قانونی در به طور کل و به طور خاص در قانون مدنی مصر ملاحظه می‌کنیم.

بزرگترین قوانین مدنی عربی نقش قاضی در توسعه و ایجاد قواعد حقوق را می‌پذیرند. قانونگذار فرانسوی تاکید می‌کند: قاضی که حکمی را به دلیل سکوت، ابهام یا نقص در قانون رد می‌کند، می‌توان از او به دلیل بی‌عدالتی (انکار عدالت) شکایت کرد. این ماده قاضی مدنی را تشویق می‌کند تا قواعد حقوقی (قانونی) جدیدی را به وجود آورد. قوه قضائیه فرانسه طبق قانون مدنی فرانسه مصوب سال ۱۸۰۴ میلادی، در تفسیر متون قانونی و تکمیل نقص قوانین بویژه در «شبه جرم» (مسئولیت تقصیر) تلاش بسیاری نموده است.

ایجاد قواعد حقوقی توسط قاضی به دو شکل ممکن است (رمضان، ۱۹۵۸: ۲۵۸) نوع اول؛ کیفی است که توانایی قاعده موجود در تکمیل قانون را می‌گوید و توضیح جزئیات آن مانند توسعه قاعده حقوقی در تفسیر ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه آمده است که شامل ظلم در احقاق حق می‌شود. نوع دوم؛ کمی است که فراتر از نوع اول می‌باشد و آن ایجاد قاعده حقوقی جدید است که در متون قانونی قبلی وجود ندارد.

این عبارات نشان می‌دهد که قانون طبیعی، قواعد عادلانه و اصول کلی در قانون دولت یا اصول کلی بدون در نظر گرفتن موارد خاص است. همانطور که در پیش نویس قانون

مدنی مصر آمده است: قاضی می‌بایست به تلاشی که برای صدور رای کرده، ملتزم باشد و معیار یقین خود برای صدور حکم را رها نکرده تا راه انصراف از قضاوت خود را ببندد. این مساله باعث می‌شود قاضی در تلاش برای صدور رای، موضوعات عینی و واقعی کلی و نه فکر و نظر خودش را مد نظر قرار دهد و به سمت اصول و قواعد کلی منتسب به قانون طبیعی، قانون عدالت و قانون دولت یا قانون بطور عام حرکت کند.

قانون گذار مصری اهمیت اجتهاد قضائی و اجتهاد فقهی را به رسمیت می‌شناسد و آن را می‌پذیرد. این دو اجتهاد منبعی هستند که دادگاه‌ها را به سمت استفاده از اجتهاد قضایی و فقهی هدایت می‌کند و این موضوع قاضی را نیازمند به استفاده از دلایل دیگر برای صدور حکم می‌نماید. (محارب، بی تا: ۸۷)

در متن ماده اول قانون مدنی مصر مصوب سال ۱۹۴۸ آمده است:

۱- گسترش متون قانونی در کلیه موارد چه در لفظ و چه در معنا و محتوا؛

۲- اگر متن قانونی که امکان اجرای آن نباشد، دادگاه بر اساس عرف حکم صادر می‌کند. یا براساس اصول شریعت اسلامی که بیشترین مناسبت و هماهنگی با قانون بدون تقید به مذهب معین و یا بر اساس قواعد عدالت حکم صادر می‌کند. (الجریده الرسمیه المصریه، ۱۹۴۸م، عدد ۱۰۸ مکرر)

ملاحظه می‌شود که در این متن استفاده از اصول قانون طبیعی به عنوان منبع قانون مدنی نیامده است. علت نادیده گرفته شدن این منبع، مواجه شدن با یک اختلاف و تعارض جدی است که می‌گوید: اندیشه و مبانی قانون طبیعی یک اندیشه مبهم که آثار آن مشخص نیست، می‌باشد. اندیشه قانون طبیعی که در قرن ۱۹ نوشته شده است،

امروزه به عنوان یک فکر کهنه و توخالی محسوب می‌شود. (مجموعه ال‌اهمال التحضیریه للقانون المدنی المصری، بی تا: ۱۸۴)

ب- نقش قاضی در توسعه قواعد حقوقی

قانونگذار به هر میزانی که به دنبال دقت و تکمیل قانونی که در حال تصویب آن است، باشد؛ نمی‌تواند احاطه کامل به همه مسائل داشته باشد؛ اگر چه برای حل این موضوع در گذشته راهکارهای لازم جهت قضاوت را مطرح کرده باشد. با رشد و پیشرفت جامعه نقص در قانونگذاری بیش از پیش نمایان می‌شود و نیازهای جدید یا شرایطی که قبلاً نبوده است، به وجود آمده و ظاهر خواهد شد.

همانطور که گفته شد، تعداد متون قانونی محدود بوده و منازعات و اتفاقات ناگوار نامحدود می‌باشد و مساله نامحدود را نمی‌توان با موضوع محدود مورد فهم و درک قرار داد. این شرایط هنگام تدوین قوانین ممکن است به ذهن خطور نکند. در زمینه حل این مشکلات می‌بایست از ابزارهای عملی و نظریه‌های رسمی و آزاد که تلاش‌های عقلی در این زمینه نیاز دارد، بهره برد. این تلاش‌ها که با استفاده از ابزارهای استنباطی و ادله انجام می‌شود، این اختیار را به قاضی می‌دهد که راه حل‌های جدید مخصوص منازعات و حوادث تکراری را در چارچوب رویدادهای عمومی صادر نماید. (الناهی، ۱۹۷۹: ۴)

در مقابل این مساله، قاضی نمی‌تواند در برابر موضوعاتی این چنینی دست بسته بماند یا فقدان متون قانونی یا ابهام در آن نباید ممانعتی در انجام کار و یا به پایان رساندن موضوع ایجاد کند؛ زیرا وظیفه قاضی احقاق حق و رفع اختلافات میان افراد است تا آرامش را در جامعه برقرار و نظم و امنیت را میان شهروندان تثبیت کند. به ویژه اینکه دستگاه قضایی تنها پناهگاه و مرجع برای حل و فصل اختلافات و تنش میان افراد در

جامعه است. قاضی کسی است که قانون را اجرا می‌کند و زندگی و حیات را در کالبد قانون می‌دمد. اگر فقه جنبه علمی قانون باشد، قضاوت نیز جنبه عملی آن است. اگر قانون از دو سمبل علم و عمل تهی باشد، چیز زیادی از آن باقی نمی‌ماند. (السنهوری، ۱۹۳۸: ۱۵۵-۱۱۶)

اندیشه قانونی از نظر جایگاه گسترده‌تر و از نظر تعبیر و بیان صادق‌تر از سایر اندیشه‌ها می‌باشد؛ زیرا قانون با همه لوازم و ضروریات زندگی مردم سر و کار دارد. قانون با همه مقتضیات و نیازمندی‌های زندگی بشر ارتباط دارد. این معنای توسعه و پیشرفت قانون است؛ زیرا قانون وسیله‌ای جهت ممنوعیت احتکار و نوسان قیمت‌ها و خدمات را مطالبه می‌کند. بنابراین اندیشه قانونی باید به سمت تغییرات ریشه‌ای و همه‌جانبه برای تمام ساختارهای اجتماعی سوق پیدا کند. ساختارهایی که مسئولیت گسترش عدالت بین مردم و تامین نیازها و حراست از آزادی‌های آنها را برعهده دارد. (الدوری، ۱۹۸۹: ۳۰) به همین دلیل همکاری بین قانونگذاری، فقه و قضاوت واجب می‌شود. قانونگذاری (وضع قانون) ماده موجود زنده‌ای است که تغذیه آن را اجرای علمی (فقه) و عملی (قضاوت) بر عهده دارد.

به درستی که قضاوت بخشی از بخش های قانون است و با این تعریف با تشریح یکسان است و این بخش در حال رشد و گسترش است. قضاوت از لحاظ قدمت و گستردگی مانند تشریح است و قطعاً دادگاه‌ها به آهستگی بنای خاصی از ساختارهای قانونی در بخش قضاوت را تکمیل کرده‌اند و عمل تشریح را تکمیل و تعدیل نمودند؛ به طوری که از چارچوب خودش آنگونه که دلایل حکم آن مطابق با متون و روایات باشد، خارج نشود. (هنری کابیتان، ۱۹۵۷: ۲۱۵)

در حقیقت قاضی قانونگذار دومی است که به قانونگذار اول یعنی دستگاه قضایی می‌پیوندد. این مساله عرصه را برای جبران نقصان‌ها و کمبودهای قانون به قاضی داده می‌شود. (الظریفی ۱۹۵۳: ۸) زمانی که اجرای قانون بر عهده قاضی گذاشته می‌شود. بنابراین اصل بر آن است که خود قاضی قانون را تفسیر نموده که به این موضوع تفسیر قضایی گفته می‌شود. (د. سعید عبدالکریم مبارک، ۱۹۸۹: ۱۴۹)

در قواعد حقوقی تفسیر قضایی به خودی خود هدف نمی‌باشد؛ بلکه فقط ابزاری برای حل و فصل منازعات بوده و ضروریات و نیازهای مستحدثه را حل و فصل می‌نماید. بر همین اصل هیچ فردی نمی‌تواند کیفرخواست یا اقامه شکایت خود را بر اساس یک تفسیر مبهم از یک متن نزد قاضی ببرد. بلکه می‌بایست کیفرخواست متناسب با تفسیر مناسب از دعوی فعلی باشد که نزد قاضی مطرح شده است. در این مساله قاضی می‌تواند از وضع قانون، تشریح حکم و یا از دیگر متونی که با متن مبهم ارتباط دارد و یا کارهای مقدماتی و منابع تاریخی کمک بگیرد. (هنری کابیتان، ۱۹۷۵: ۲۱۵) تفسیر قضایی در موارد عام لازم الاجرا نیست، یعنی قلمرو اینگونه تفاسیر محدود به همان منازعه می‌باشد و قاضی مجبور نیست در موارد مشابه دیگر از تفسیر قبلی خود یا تفسیر دیگر دادگاه‌ها پیروی نماید. (عبدالباقی، بی تا: ۲۹۲) اما در کشورهایی مانند انگلیس که به دلیل ساختار سنتی آنها، نظام قضایی قدیمی دارند، این تفاسیر قضایی در موارد مشابه در هر درجه‌ای از منازعات لازم الاجرا می‌باشد؛ زیرا در این کشورها قانون توسط قاضی ساخته می‌شود و تفسیر قضایی حکم عام تلقی می‌شود. (صلاح الدین، بی تا: ۲۹۲)

وظیفه قانون‌گذار، وضع قواعد قانونی و وظیفه قاضی، اجرای این قواعد در منازعاتی است که برای حل آن نیاز به قضاوت م باشد. قاضی نباید در مراحل صدور حکم تنها به قواعد قانونی موجود اکتفا کرده و می‌بایست برای صدور حکم شرایط موجود را نیز مورد

بررسی قرار دهد. قضاوت امری راحت و آسان نیست که بتوان آن را در ذهن تصور نمود. صدور حکم توسط قاضی تنها با بررسی مدارک موجود نمی‌تواند شرط کافی در اجرای قانون باشد. در بسیاری از مواقع لازم است که قاضی معنی متن منازعه را تبیین نموده و هدف از آن را توضیح دهد. گاهی لازم است که درباره حکم خارج از محدوده متن منازعه جستجو کرد و ممکن است حکم خلاف آنچه در متن دعواست، صادر شود. (القاسم، ۱۹۶۸: ۱۱۷)

وظیفه اصلی دادگاه تجدید نظر کنترل بر اجرای صحیح قانون می‌باشد. وظیفه این دادگاه تعیین حوادث و اتفاقات در موضوعات مدنی و جزایی نیست بلکه در مواقعی که دادگاه در حدود تعیین شده خود از نظر قانونی موضوعی را بررسی کرده است در این زمان وظیفه دادگاه تجدید نظر بررسی میزان درستی و تطبیق حکم با قوانین است. با این تفسیر می‌توان گفت که در دادگاه تجدیدنظر، دادگاهی برای موضوع مورد جدال برگزار نمی‌شود و تنها وظیفه این دادگاه تعیین میزان تطابق حکم با قانون می‌باشد. (Rigaux, 1966, p.1) تلاش دادگاه تجدیدنظر در توجیه قانونگذار در دو قانون مدنی و جزایی بسیار اثرگذار است. برخی از احکام جدید مدنی در قانون جدید مصر در سایه قانونگذاری گذشته تدوین شده است و این قوانین حدود نیمی از قوانین کنونی مصر را شامل می‌شود. از باب مثال، متون (قوانین) آشکاری در نظریه استفاده خود سرانه از حق و اشخاص حقوقی و طبیعی و گروه‌ها بیان شده است که در قانونگذاری قدیمی هم از آن بهره نمی‌بردند اما در قانون ملی و مختلط مصر اصول و اساس آن قوانین را حفظ کرده‌اند.

نتیجه‌گیری:

از آنچه گفته شد چنین برمی‌آید که قانون، نظم ناقص است و نمی‌توانیم در آن همه راه‌حل‌ها را بیابیم و این قدرت رویه قضایی است که می‌تواند به کمک تفسیر قانون به ارائه تفسیری منطبق با واقعیت‌ها پردازد؛ رویه قضایی عامل مهمی در تحقق نظم حقوقی است و با فقدان قوانین که از هر حیث جامع و کامل باشند، بهتر است از تصمیمات مشابه گذشته برای نیل به عدالت و امنیت قضایی برای پر کردن خلاءهای قانونی استفاده کنیم و باید بپذیریم که نقش رویه قضایی را نمی‌توان نادیده گرفت و به تعبیری حکم سرچشمه آب زندگی را برای قانون دارد.

قانونگذار مصری اهمیت اجتهاد قضائی و اجتهاد فقهی را به رسمیت می‌شناسد و آن را می‌پذیرد. این دو اجتهاد منبعی هستند که دادگاه‌ها را به سمت استفاده از اجتهاد قضایی و فقهی هدایت می‌کند و این موضوع قاضی را نیازمند به استفاده از دلایل دیگر برای صدور حکم می‌نماید.

رویه قضایی نه تنها موجد قاعده حقوقی است، بلکه در تصویب قوانین نیز نقش مهمی دارد؛ دادگاه‌ها از طریق تفسیر قانون می‌توانند قواعد حقوقی جدیدی را به نظام حقوقی اضافه نمایند، احکام دادگاه‌ها، نتیجه اجتهاد و فرآورده دادگاه‌ها هستند که نه به عنوان منبع فرعی بلکه منبع اصلی به شمار می‌روند.

اصطلاح تقنین قضایی، قانونگذاری قضایی یا اجتهاد قضایی از اصطلاحاتی است که در دیگر نظام‌های حقوق نوشته مانند حقوق مصر به کار می‌رود؛ اصطلاحاتی که در نظام حقوقی ایران هم چنان کاربردی ندارند و شاید این خیلی بعید به نظر برسد که بگوییم قانونگذاری بر دو نوع است: قانونگذاری عادی و قانونگذاری قضایی.

در نهایت پیشنهاد به رسمیت شناختن جایگاه رویه قضایی و قاضی در نارسائی‌های قانونی و توسعه قواعد حقوقی را در راستای ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که ممنوعیت استنکاف از احقاق حق را بیان می‌کند، مطرح می‌کنیم.

شایسته است اختیار قاضی را در صورت عدم صراحت و یا عدم وجود قانون و با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد در خصوص مورد:

۱- استفاده از تفاسیر و راه حل‌های ارائه شده در موارد مشابه توسط خود و دیگر قضات؛

۲- ارائه تفسیر متفاوت و متناسب با ذکر استناد، استدلال و توجیه منطقی.

۳- مورد پذیرش قرار داده و رسمیت بخشیم.

منابع فارسی

- سید حسین صفایی و حبیب اله حیمی (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت
- کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، چاپ دوم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه

منابع عربی

- ابراهیم ابواللیل، محمد الالفی (۱۹۸۶م)، المدخل الى نظريه القانون و نظريه العقد، چاپ اول، بیروت: دانشگاه کویت
- الجریده الرسمیه المصریه، عدد ۱۰۸ مکرر، الصادره فی ۲۹/۷/۱۹۴۸
- الدورى، محمد جابر (۱۹۸۹م)، عوامل تطور الفكر القانونى العربى و الاسس الفلسفيه التى يرتكز عليها، بحث مقدم الى الندوه التى نظمتها الامانه العامه لمجلس وزراء العمل العرب فى الرباط، المملكه المغربيه، منشور فى مجله القضاء، العددان الاول و الثانى
- السنهورى، عبدالرزاق، احمد حشمت ابو ستيت (۱۹۳۸م) اصول القانون، قاهره
- الظريفى، حسين (۱۹۵۳)، مدى حريه القاضى ازاء القانون، بحث منشور فى مجله القضاء، العدد الثانى و الثالث
- القاسم، محمد هاشم (۱۹۸۶م)، اثر الاجتهاد القضائى فى تطوير القانون بحث منشور فى مجله القانون التى تصدرها وزاره العدل، العدد السابع، السنه التاسعه عشره تموز
- الناهى، صلاح الدين (۱۹۷۹)، اهم القرارات و الاجتهادات القضائيه، جلد ۲، بغداد
- د. سعيد عبدالكريم مبارك (۱۹۸۲)، اصول القانون، بغداد
- رمضان، محمد احمد (۱۹۸۵م)، دور القاضى فى انشاء القاعده القانونيه المدنيه، رساله ماجستير، غير منشوره، بغداد
- صلاح الدين، عبدالوهاب، الاصول العامه لعلم القانون، بى نا، بى تا
- عبدالباقي، عبدالفتاح، نظريه القانون، ط ۳، القاهره، بى تا

- مجموعه الاعمال التحضيريه للقانون المدنى المصرى، جلد ۱، مطبعة دارالكتاب العربى، بدون سنه نشر
- محارب، على جمعه، دور الاجتهاد القضائى فى تطوير القاعده القانونيه (دراسات)، القضاء، السنه السادسه و الاربعون، العدد ۱ و ۲
- محمد كامل مرسى، سيد مصطفى (۱۹۲۳م) اصول القوانين، مصر: رحمانيه
- هنرى كابيتان (۱۹۵۷)، دور القضاء فى تطوير القانون و مهمه الفقه فى دراسه الاحكام مقدمه لكتابه (الاحكام الكبرى فى القضاء المدنى)، ترجمه الدكتور عباس حسن الصراف، مجله القضاء، التى تصدرها نقابه المحامين فى بغداد، العدد الثانى

مقالات

- جليلوند، يحيى (۱۳۸۲)، نقش قاضى ماهوى در ايجاد رويه قضائى و قانونى، مجله كانون وكلاى دادگستري، شماره ۱۸۲
- كاتوزيان، ناصر (۱۳۷۶)، جاىگاه حقوق اسلامى در نظم حقوقى، مجله حقوقى دادگستري، شماره ۲۱

منابع انگليسى

- Rigaux, François, (1966), **La Nature du Contrôle de la Cour de Cassation**, Bruxelles
- SIORAT, Lucien (1985) **,Le Problème des lacunes en Droit International**, Paris