



جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية، دراسة مقارنة

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

تخصص: قانون خاص

تحت إشراف:

أ. د. علي فتاك

إعداد الطالب:

شفارة لخضر

أعضاء لجنة المناقشة:

عجالي بخالد	أستاذ دكتور	جامعة تيارت	رئيسا
علي فتاك	أستاذ دكتور	جامعة تيارت	مشرفا ومقرا
مقني بن عمار	أستاذ دكتور	جامعة تيارت	ممتحنا
ويس فتحي	أستاذ دكتور	جامعة تيارت	ممتحنا
خليل عمرو	أستاذ دكتور	جامعة البلدية 2	ممتحنا
بوبكر مصطفى	أستاذ دكتور	جامعة البلدية 2	ممتحنا
جعفور محمد سعيد	أستاذ دكتور	جامعة تيزي وزو	مدعوا

السنة الجامعية 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ

صدق الله العظيم

كلمة شكر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه
أجمعين أما بعد:

من لا يشكر الناس لا يشكر الله أتقدم بالشكر بعد إتمام بعون الله وفضله هذه الرسالة لأستاذي
الفاضل الذي كان من دواعي فخري واعتزازي أن يكون مشرفاً على رسالتي هذه الأستاذ الدكتور
"علي فتاك" الذي أنارت توجهاته طريقي في إكمال هذه الدراسة ولولاه لما كان لأي جهد أن يثمر ولما
كان هذا البحث الذي يرى طريقه إلى النور.

والشكر الموصول إلى الأستاذة الدكتورة "مكي الخالدية" التي وفرت لنا من دعم ومساندة من خلال
مخبر تشريعات النظام البيئي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيارت.

والشكر كذلك موصول لعميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون تيارت الأستاذ
الدكتور "عليان بوزيان". على دعمه المتواصل.

والشكر كذلك موصول لرئيس لجنة التكوين في الدكتوراه قانون خاص، الأستاذ الدكتور "عجالي
بخالد". على مبادرته لفتح هذا المشروع وتاثيره لهذا المشروع، وكل المساعدات المعنوية التي قدمها
لنا.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى جامعة تيارت. على ما وفرت لنا خلال مسيرتنا
العلمية بالجامعة

وأتقدم بموفور الشكر والإمتنان والتقدير والإجلال إلى الأساتذة الأفاضل

"الأستاذ الدكتور عجالي بخالد، الأستاذ الدكتور مقني بن عمار، الأستاذ الدكتور ويس فتحي،
الأستاذ الدكتور خليل عمرو، الأستاذ الدكتور بوبكر مصطفى، الأستاذ الكبير الدكتور جعفرور
محمد سعيد الذي قبل ان يشرف الرسالة باسمه وتقديره"

على تشريفهم لي بقبولهم مناقشة هذا العمل

والله أسأل أن يوفهم عني عظيم ثوابه وجزيل إحسانه.

الشكر إلى كل من قدم لي العون من قريب أو من بعيد.

الطالب: شفارة لخضر

إهداء

إلى كل أفراد العائلة الكبيرة والصغيرة وخص بالذكر والدي الكريمين وإخوتي وأخواتي والزوجة

الكريمة وأولادي عبد الرحيم وأيوب ونورهان

والى أستاذي الفاضل السيد علي فتاك الذي له الفضل الكبير في نجاح هذا العمل.

إلى كل من ساهم في هذا العمل من العاملين في محراب الجامعة والبحث العلمي من أعلى درجة إلى

طلاب العلم.

إلى كل زملائي وزميلاتي في الدراسة والعمل

اهدي هذا العمل

قائمة المختصرات بالعربية

- ج ر-الجريدة الرسمية
ط-----الطبعة
ص-----الصفحة
ق ا م ا----- قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق م----- قانون مدني
ق ا ج----- قانون الإجراءات الجزائية
ق ع ج----- قانون العقوبات الجزائري

قائمة المختصرات باللغة الأجنبية

- Art-----Article
D.----- Dalloz
éd.-----édition
op. cit. -----ouvrage précédent citée
OPU ----- Office des Publications Universitaires
Vol ----- Volume

مقدمة

مقدمة

ان دور الاجتهاد القضائي لا يمكن إغفاله خاصة في حالة نقص النص القانوني أو غموضه أو عدم موافقته للأوضاع الحالية وانسجامه مع الواقع المستجد والحالات الطارئة فهو عملية ضرورية في كل نظام قانوني ، فالاجتهاد القضائي له دور كدور التشريع نفسه والنص القانوني ورغم الاراء المنادية بقصر وظيفة القاضي على تطبيق النصوص القانونية إلا ان هذا الاتجاه قد باء بالفشل الذريع بالنظر الى الدور الذي ما فتأ يلعبه الاجتهاد القضائي في خلق النصوص القانونية بل وتفسيرها وتطويرها وخلق قواعد قانونية وتعداها لمخالفة نصوص سائدة أصبحت بائدة وإيجاد حلول عادلة وملائمة لقواعد العدل والإنصاف حتى في وجود نصوص قانونية واضحة ، فالنصوص القانونية مهما كانت جودة صياغتها فهي عاجزة عن التصدي لمختلف الوقائع الفردية بسبب عموميتها وتجريدها لذا فهي بحاجة للاجتهاد القضائي ليضمن استمراريته ووجوبيتها .

فالاجتهاد القضائي مكانته باتت بالغة ليس فقط بسبب سكوت النصوص القانونية وغموضها ونقصها بل حتى في حالة عدم ملائمة هذه النصوص القانونية لواقع الأفراد والمجتمع مما يجعل لزاما على القاضي عدم التموقع في التطبيق الحرفي للقاعدة القانونية وانما البحث في جميع مصادر القانون ومبادئه عن حل قانوني للمسألة العارضة وإلا أعد منكر للعدالة ، فيقوم بتفسير النص القانوني في حالة غموضه ونقصه ويقوم في حالة غيابه وانعدامه بالحكم وفقا لترتيب المنتهج في القانون مثلا في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري أي الحكم بمبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وإذا كان الاصل في النصوص القانونية ان تكون واضحة الدلالة ومفهومة للعامة والخاصة من قضاة ومحامين ورجال قانون وفقهاء فلا تحتاج الى تفسير لأن المشرع وضع ما يريده ويقصده وكفى القاضي عناء التفسير والاجتهاد القضائي فمادام مراد ومقصد المشرع معروفا ومعينا فلماذا يجتهد القاضي برأيه، الا ان هذا الأصل الذي يتمثل في وضوح النصوص القانونية قد يرد عليه استثناء في وجود نصوص قانونية غامضة وغير واضح فيها اتجاه المشرع وقصده ومقصد هو وتحتل عدة معان ومقاصد مما يجعل القاضي ملزم بالاجتهاد القضائي عن طريق تفسير النص القانوني واستجلاء الغموض الذي اكتنفه وغطى معناه الحقيقي فيقترب دوره من دور المشرع كونه اصبح يسبر غور إرادة المشرع الحقيقية من تشريع النص القانوني، وعليه باجتهاده يصبح القاضي قد أزال اللبس والغموض في النص القانوني بل يكمل ما ورد مجملا من نقص أو قصور أو تناقض قد وقع فيه المشرع دون ان يشعر فيرفع الغطاء عن تناقض احكام النصوص القانونية ويرجع الأمور الى نصابها .

وإذا كان الأمن القضائي يتمثل في ثقة المواطنين في السلطة القضائية لما ينتج عنها من احكام وهي بصدد تطبيق القوانين على الوقائع المعروضة عليها وما يجتهد بشأنه خاصة في حالة غياب النصوص القانونية وغموضه وفي مواجهة الوضعيات المستجدة والوقائع المحتملة التي لم يتناولها النص القانوني في مواد محددة فيقوم القاضي بالاجتهاد وابتكار أو خلق قواعد قانونية أو محاولة ايجاد حل واقعي

ملموس للقضية او الواقعة المطروحة عليه وهو ما يصبح اجتهاد قضائيا قد يكرس ويتحول ويتطور ليصبح نصا قانونيا مكرسا في القانون.

وعليه وامام عجز النصوص القانونية على مواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع وامام صعوبة اجراءات تعديل النصوص القانونية وطول فترتها كان لزاما على القاضي مساهمة هذا التطور وكسر جمود النصوص القانونية بخلق قواعد تتلاءم وتتساير مع التطور الحاصل فيجاري ويساير التطور الاجتماعي ويساهم بطريقة وباخرفي تطوير هذه النصوص القانونية ويفسرهما تفسيرا يرقى لتطور المجتمع والآمال والطموحات التي يتطلع اليها المتقاضي فيجعله قادرة على حماية الحقوق والحريات الفردية والعامه.

فالوظيفة الاساسية للقاضي في البت في النزاع وايجاد الحلول القانونية جعلته يواجه غاياب النصوص القانونية وغموضها وعدم فعاليتها وابتكار حلول اسهمت في اثناء النصوص القانونية فاصبح الى جانب دوره المنوط به دستوريا وهو تطبيق القانون يقوم بالمساهمة في بناء الصرح القانوني وتشبيده واصبح التطور القانوني للمجتمعات يقاس بتطور جهازها القضائي

والحقيقة ان موضوع دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية له اهمية كبيرة لدارسي القانون بصفة عامة ولعل هذه الاهمية تظهر فيمايلي :

1/ ان الاجتهاد القضائي هو الضامن لاستمرارية النصوص القانونية فهو له نفس اهمية التشريع نفسه
2/ يؤمن ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القانونية القديمة بروح جديدة وفقا لما نص عليه الفقه الالماني بالاجتهاد القضائي التطوري .

3/ يساهم في تفسير النصوص القانونية ويستجلي النقص والقصور الذي قد يعثر بها.

4/ الاجتهاد القضائي يجعل من النص القانوني كائنا حيا متطورا فالقاضي كالطبيب لا يمكن ان يصف لمريضه دواء اصبح غير مجد أو منتهي الصلاحية أو علاجا اثبتت التجارب العلمية عدم قابليته للاستخدام في الوقت الحالي بعد ان كان مستخدما من قبل وقد اثبت جدواه فالعلم والقانون في حالة تطور وفقا للإحتياجات البشرية والمتطلبات الاجتماعية فما كان بالأمس قابلا للاستعمال والتطبيق قد يصبح اليوم او غدا أو في المستقبل غير ممكن الاستخدام والتطبيق لأن من سنن الكون والمجتمع هو التغيير والتبديل .

5/ ان الاجتهاد القضائي ورغم أنه قد يؤثر على الأمن القانوني والقضائي إلا انه يكرس فكرة الانصاف والعدالة التي تعد من روافد مبدأي الامن القانوني والقضائي وليس مناقضا لهما.

واريد التنويه ان أهمية الموضوع وجدته من حيث الطرح جعلته يسترعيني ويشد انتباهي وكنت استسهله في بداية اختياره ولكني إصطدمت بعدة صعوبات أعاقني في التقدم في هذا البحث ومن بين هذه الصعوبات قلة المراجع في هذا الموضوع بالذات وهو دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية ، إضافة الى قلة الدراسات في هذا الموضوع وتشعبها ، وان كان هناك من تعرض الى الاجتهاد القضائي إلا أنه قد عالجه من الجانب المفاهيمي فقط ، ولا أكون مزاييدا إن قلت ان جائحة كوفيد 19 اضافت الى بحثنا بعض العراقيل بسبب غلق مجال حركة التنقل ومن ثمة انكماش حركية البحث وما انعكس على غلق

مقدمة

فضاءات البحث لاسيما المكتبات والمكتبات والمؤتمرات والندوات العلمية ، وهو ما زاد من وطأة هذه الصعوبات والعراقيل اضافة الى ذلك المصاعب و العوائق التي سبق ذكرها .
وبما ان الاجتهاد القضائي هو دعامة أساسية لدولة الحق والقانون، كما يمثل ركيزة هامة في مجال الأمن القضائي، فالقضاء باعتباره سلطة من الناحية الإجرائية مثله في ذلك مثل باقي السلطات الاخرى في دولة القانون، فإنه يعتبر أيضا مؤثرا في حركة التشريع، بما يمثله من أحكام وقرارات مقومة لأعمال السلطة القضائية في حد ذاتها.

ومراعاة لذلك فإن المشرع، في ظل الأنظمة القانونية اللاتينية، يتدخل بموجب النص المنظم لمصادر القانون بأن يقر أحقية القاضي في استخلاص الحل القضائي من المصادر الاحتياطية متمثلة في العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، مضافا إليها مبادئ الشريعة الإسلامية في الدولة المعنية بذلك. وهذا ما يتجلى بموجب نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري¹ الذي نص على انه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناوله نصوصه في لفظها أو في فحواها، وفي حالة عدم وجود نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

من خلال ذلك إرتأينا ان تكون الاشكالية المحورية لأطروحتنا حول إمكانية اعتبار الاجتهاد القضائي ملزما للقضاء عند إصداره لأحكامه، ومن ثمة هل يمكن اعتباره مصدرا للنصوص القانونية؟ وكيف يمكن ان يساهم الاجتهاد القضائي في خلق النصوص القانونية وتطويرها في النظم القانونية المقارنة؟. خاصة أن الدستور في معظم الدول لاسيما في النظم اللاتينية يخول مهمة الاجتهاد القضائي في الدولة للمحكمة العليا ومجلس الدولة، ومن هنا يمكننا ان نطرح الأسئلة الجزئية التالية:

- هل ان القضاء مصدر رسمي او تفسيري للقانون؟
- ما مدى حجية القرارات التي تصدرها الجهات القضائية العليا عندما تباشر مهمة تقويم العمل القضائي الذي تم إصداره من الجهات الدنيا والسهل على حسن تطبيق القانون؟
- ما هو موقف المشرع الجزائري من اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون؟

1-الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل والمتمم.

مقدمة

- هل يمكن أن يتحول القاضي إلى مشرع؟ وهل يمكن أن يقفز القاضي على النص القانوني ومتى يكون ذلك؟- هل يمكن أن يتغير الاجتهاد القضائي ومتى يتم العدول عليه وكيف يتم ذلك؟ وما اثر ذلك على الأمن القانوني؟

ولأجل الإجابة على هذه الاشكاليات فلننه تم اختيار الخطة التالية وفقا للمنهج التحليلي المقارن الذي يتناسب ويتلائم مع خصوصية موضوع الحال والدراسات المقارنة ، وذلك كما يلي:

سيتم تقسيم هذه الأطروحة إلى بابين بحيث سنتناول في الباب الأول منهما والمعنون الإطار النظري للاجتهاد القضائي والذي سيتم تقسيمه إلى فصلين بحيث سنتناول في الفصل الأول منه ماهية الاجتهاد القضائي، أما الفصل الثاني فسنتناول فيه الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي أما الباب الثاني فسنخصصه للإطار التطبيقي للاجتهاد القضائي والذي سنتناوله في فصلين بحيث سيكون الفصل الأول مخصصا لبحث الاجتهاد القضائي بين خلق القاعدة القانونية و تفسيرها أما الفصل الثاني فسنخصصه لأثر العدول في الاجتهاد القضائي على تحقيق الأمن القانوني .

وسيكون البحث متبوعا بخاتمة سنتناول فيها أهم النتائج المتوصل إليها وأهم المقترحات والتوصيات .

الباب الأول

الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الفصل الأول

ماهية الاجتهاد القضائي

تحدد ماهية الاجتهاد القضائي بتحديد مفهوم الاجتهاد القضائي ابتداء، ثم يحتاج بيان ذلك ايضا الى عرض الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الحديثة، في المرحلة الثانية، ليتلوه وجوب عرض السوابق القضائية وموقف التشريعات منه في المرحلة الثالثة، لنتهي الى الرقابة على الاجتهاد القضائي وموقف التشريع الإسلامي منها في المرحلة الرابعة، وذلك كل في مبحث على التوالي كما يلي:

المبحث الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي

يكتسي الاجتهاد القضائي أهمية بالغة لكونه يكمل النقص الذي يشوب القاعدة القانونية، فالنصوص و القواعد القانونية بصفتها قواعد عامة و محددة قد لا تكون مستوعبة لكافة الوقائع المعروضة على المحاكم و قد لا تكون على درجة من الوضوح بحيث يسهل على القاضي للوصول إلى قصد المشرع منها لذا نجد أن المشرع أنه أحال القاضي بأن يجتهد في حالة غموض النص أو عدم وجوده، وفقا لمقتضيات المادة 01 من القانون المدني الجزائري¹.

و بما أن التشريع يعبر عن اختيارات الأمة و مصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية، من خلال ملاءمتها مع الوقائع، فالتشريع بما يتميز به من عمومية وتجريد لا يضع إلا حلولاً وسطى، ولا يخصص حلولاً فردية لكل النزاعات، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنحدد في المطلب الأول معنى الاجتهاد القضائي وذلك بتعريفه وذكر خصائصه وكذا تميزه عما يشابه، أما المطلب الثاني سنبين فيه نطاق الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: تحديد معنى الاجتهاد القضائي

إن الاجتهاد القضائي هو عمل يقوم به جميع قضاة المحاكم مهما كانت درجتها، هذا و يتميز الاجتهاد القضائي عن الحكم القضاء و الاجتهاد الفقهي و السابقة القضائية في عدة جوانب وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الاجتهاد القضائي وذكر أهم خصائصه، أما الفرع الثاني سنميز بين الاجتهاد القضائي و بعض المصطلحات المشابهة له لإزالة الغموض.

1_ تقابلها المادة 01 من القانون المدني العراقي.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي وخصائصه

في هذا الفرع سنعرف الاجتهاد القضائي لغة و اصطلاحاً (أولاً)، ثم سنبين أهم خصائص الاجتهاد القضائي (ثانياً)

أولاً: تعريف الاجتهاد القضائي

إن تبيان معنى الاجتهاد القضائي يقتضي تعريفه لغة و كذا بتعريفه اصطلاحاً و ذلك بتحديد معناه فقهيها و قانوناً .

أ_ الاجتهاد القضائي لغة:

إن تعريف الاجتهاد القضائي لغة يقتضي التطرق إلى كل مصطلح على حدة أي تعريف الاجتهاد لغة ثم تعريف القضاء لغة .

1_ الاجتهاد لغة

الاجتهاد لغة هو الجهد بفتح الطاقه و الوسع و التجاهد: بذل الوسع و المجهود كلاجتهاد افتعال من الجهد و الطاقه¹ ، و قد تكرر لفظ الجهد في الحديث و هو بالفتح المشقة، وقيل المبالغة و الغاية، و بالضم الوسع و الطاقه، وقيل هما لغتان في الوسع و الطاقه، فأما المشقة و الغاية فالفتح لا غير² فالاجتهاد في اللغة بذل المجهود و استفراغ الوسع في فعل من الأفعال و لا يستعمل إلا فيما كلفه و جهد للوصول الى أمر من الأمور.

2_ القضاء لغة:

إن القضاء لغة أصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت وأصل معناه القطع و الفصل و الجمع: أقضية³ .

1_ السيد مرتضي الزيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت لبنان، ص 330.

2_ ابن الأثير، غريب الحديث و الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، بيروت، لبنان، ص 320.

3_ ابن منظور، لسان العرب، مادة قضى، الجزء 15 ، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 186.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

ومادة قضى أصل صحيح يدل على إحكام أمر و إتقانه و إنفاذه لهجته و لذلك سمي القاضي قاضيا لأنه القاطع للأمر المحكم لها¹ كما تأتي على وجوه عدة مرجعها إلى انقطاع الشيء و تمامه وكل ما أحكم عمله أو أتم أز أو جب أو علم أو أنفذ أو أمضى فقد قضى².

و لقد تكلم أهل اللغة و توسعوا في معنى القضاء و ملخص كلامهم أنه إتمام الشيء قولاً و فعلاً و بعبارة موجزة القضاء لغة هو: الحكم.

إن عبارة الاجتهاد القضائي في اللغة الفرنسية " jurisprudence " مشتقة من أصل لاتيني يتكون من لفظ " juris " و يعني القانون ثم لفظ " prudentia " و تعني المعرفة أو العلم بحيث كان يطلق قديماً على الاجتهاد القضائي: العلم التطبيقي للقانون³.

ب_ الاجتهاد القضائي اصطلاحاً:

1_ الاجتهاد القضائي فقهيًا :

لقد عرفه الرازي⁴ ، على انه استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه⁵ ، و عرفه البيضاوي⁶ ، بأنه استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية⁷ ، و عرفه الغزالي بأنه بذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد الطلب⁸ ، و عرفه الأمدى بأنه " استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه⁹

1_ أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الخامس، دار الفكر، بيروت، 1999، ص 99.

2_ ابن منصور الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف و الترجمة، 2001، ص 82.

3_ محمد عبد النبوي، "تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة"، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مراكش، 2011، ص 5.

4_ هو محمد بن عمر بن الحسين التبيعي فخر الدين الرازي الشافعي، أصول متكلم، ولد سنة 544 و توفي سنة 606 من مؤلفاته: مفاتيح الغيب، تحقيق: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 142.

5_ الرازي: المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1996، ص 6.

6_ هو عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي الشافعي ناصر الدين أبو الخير، توفي 685 من مؤلفاته المناهج في أصول الفقه،

7_ البيضاوي، الإبهاج في شرح المناهج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 246.

8_ أبو حامد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة، 4/4

9_ الأمدى: الإحكام في أصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر و التوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 197.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

و منه الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط¹.

ويعرف القضاء عموما من الناحية الاصطلاحية²: أنه الفصل في المنازعات من طرف هيئة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا و مختصة في خصومة رفعت إليها تطبيقا للقانون و محافظة على الاستقرار الاجتماعي و تحقيقا للعدالة³.

2_ الاجتهاد القضائي بمعناه القانوني :

للاجتهاد القضائي مفهومين احدهما واسع و الآخر ضيق، إذ أن الاجتهاد القضائي يستند إلى معيارين هما المعيار العضوي و المعيار الوظيفي .

• الاجتهاد القضائي بمعناه الواسع:

إن الاجتهاد القضائي بمعناه الواسع هو مجموعة الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها، وفق الإجراءات المتبعة على وجه الإلزام سواء في مادة أو فرع من فروع القانون، كأن يقال الاجتهاد القضائي العقاري أو في القانون عموما فيقال الاجتهاد القضائي دون تخصيص⁴.

ومنه يتضح أنه لا فرق بين الاجتهاد القضائي و الوظيفة القضائية، فالقاضي أثناء فصله في النزاع المطروح أمامه قد يواجه حالة وجود نص قانوني صريح وواضح، إذ القاضي هنا لا يقوم بأي اجتهاد وإنما يتمحور دوره في اختيار القاعدة القانونية المناسبة و تطبيقها على النزاع المطروح أمامه، أما إذا كان النص غامضا أو ناقصا أو متناقضا مع غيره من النصوص القانونية أو غير موجود أصلا ففي هذه الحالة يقوم القاضي بالفصل في النزاع استنادا الى اجتهاده، و عليه ليس كل ما يصدر عن القاضي هو اجتهاد قضائي، لأنه في الغالب يجد القاضي نفسه أمام نصوص واضحة لا تستدعي أي اجتهاد أو تفسير منه.

1_ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة1994، ص ص 401 402.

2_ عرف علماء الشريعة بمايلي: ابن فرحون من المالكية عرف بأنه: "الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الالتزام" كتاب تبصرة الحكام في أصول الأفضية و مناهج الأحكام المجلد الثاني دار الكتب العلمية الطبعة الأولى لبنان ص 427. كما عرفه الشافعية بقولهم: " أنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " البيجوري حاشيته على شرح ابن قاسم الجزء الثاني دار الغرب الإسلامي لبنان ص612.

3_ ينظر عبد الله حداد، القانون الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الإدارية مجلس القضاء الإداري المغربي، بدون دار نشر ، ص 4.

4_ عصمت عبد المجيد بكر، " من مشكلات تفسير القانون، التفسير في حالة فقدان النص "، المجلة العربية للفقه و القضاء تصدر عن الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد رقم 31 سنة 2005، ص 107، نقلا عن عبد الرحمان اللمتوني، " الاجتهاد القضائي و الأمن

القانوني"، مجلة الملحق القضائي، عدد رقم 46، ماي 2014، ص 03

* الاجتهاد القضائي بمعناه الضيق:

إن المعنى الضيق للاجتهاد القضائي فهو الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معروضة أمامها في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته¹ ومنه فالاجتهاد هو كل عمل يقوم به القاضي مهما كانت درجته سواء أكان قاضي محاكم درجة أولى أو عليا.

ومن التعاريف السابقة يتضح أن الاجتهاد القضائي يستند إلى معيارين، المعيار العضوي و الوظيفي وهو أن يصدر الاجتهاد عن سلطة قضائية تتمثل في المحاكم التي يرجع لها للفصل في القضايا، أما المعيار الوظيفي فهو مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم وفقا لما تخوله القواعد و الأحكام القانونية .

والجدير بالذكر انه من خلال استقراء نصوص التشريع الجزائري يتبين أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا الاجتهاد و هو شيء طبيعي لكون تركه للفقه و رجال القضاء، و حتى لا يوجد ذريعة للقضاة بعدم وجود نص يحكم المنازعة المعروضة عليهم، بل ألزمهم بالرجوع لقواعد محددة سلفا لاسيما المادة الأولى من القانون المدني² .

هذا و نص المشرع الفرنسي في المادة الرابعة من التقنين المدني الفرنسي على أنه " إذا كان القاضي الذي يمتنع الإجراءات عن الحكم متذعرا بسكوت أو غموض أو قصور القانون يمكن متابعتة بجريمة انكار العدالة " .

و من خلال التعريفات السابقة يمكن تعريفه على أنه مجموع الحلول التي تتوصل إليها الجهات القضائية وهي تفصل في الخصومات المعروضة عليها في أي مادة أو فرع من فروع القانون و يطلق عليها: الاجتهاد القضائي الإداري و الاجتهاد القضائي التجاري و البحري و العقاري....إلخ".

وبالتالي فالاجتهاد القضائي هو الجهد الذي يبذله القاضي أو الهيئة القضائية في إيجاد واستنباط الحلول و الأحكام القانونية ليطبقها على خصومة معروضة عليه في إطار القانون و ينطلق القاضي فيها من قواعد استثنائية غير موجودة أو موجودة و يعتمدها غموض و عدم كفاية مراعيها في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة للأفراد .

1_ بوبشير محمد أمقران ، " تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق " ، مقال منشور على الرابط الإلكتروني ، http://manifest_univ-ouargla.dz

2_ المادة 01 من القانون المدني الجزائري .

ثانيا: مميزات الاجتهاد القضائي:

يتميز الاجتهاد القضائي بجملة من الخصائص أهمها عدم الشمولية أي أنه عمل يقتصر على قضاة المحاكم فحسب مهما كانت درجتها، كما انه أنه يتميز بخاصية عدم الثبات.

1_ خاصية عدم الشمولية:

الاجتهاد القضائي عمل يقوم به جميع قضاة المحاكم على اختلاف درجاتها، فهو عنصر غير مقصور على قضاة محاكم القانون فحسب، فكل حكم فصل في قضية بناء على تفسير نص غامض أو إكمال نقص أو تدارك فراغ قانوني أو استنباط من المصادر الأخرى للقانون يعد اجتهادا حتى ولو كان من طرف قضاة الجهات القضائية الدنيا¹.

2_ خاصية عدم الثبات:

الأصل في الاجتهاد القضائي أن يكون مستقرا مدة من الزمن، غير أن عنصر الاستقرار و التكرار مدة من الزمن ليس شرطا لنشأة الاجتهاد القضائي، فقد يصدر قرار فريد يتضمن حلا قانونيا مستجدا و حاسما بخصوص مشكلة قانونية معينة و يوصف مع ذلك بأنه ليس اجتهاد قضائي².

لذلك يجب عدم الخلط بين الاجتهاد القضائي و بين استقراره أو توحيده أو التراجع عنه، التكرار ليس شرطا لنشأته، فالاستقرار الاجتهاد القضائي يتطلب عنصر التكرار و الثبات لمدة معينة، لأنه يتكون عندما تصدر محكمة حلا قضائيا اجتهادا و تتبعها في ذلك سائر المحاكم و تستشهد به في أحكامها و قراراتها، فهذا الثبات هو الذي يحقق الاستقرار و إذا ترك في حالات معينة فإن الاجتهاد القضائي لا يستقر³.

أما توحيده فهو إجراء يتم اتخاذه للتصدي لحالة وجود اجتهادات قضائية متناقضة، أي حلول قضائية مختلفة بالنسبة لمسائل قانونية متشابهة أدت إلى تعارض الأحكام، أما التراجع عنه فهو أن يستقر

1_ دلال لونش، فتحية بوغقال، مقال بعنوان "الأمن القضائي بين ضمانات التشريع و مخاطر الاجتهاد"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي سنة 2018، ص 03.

2_ عبد الرحمان الموتى، عبد الرحمان الممتوني، "الاجتهاد القضائي و الأمن القانوني"، مجلة الملحق القضائي، عدد رقم 46، ماي 2014، ص 04.

3_ دلال لونش، فتحية بوغقال، مرجع سابق، ص 04.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

العمل بالاجتهاد قضائي معين ثم يتم تغييره، لأن هذا الاجتهاد أصبح لا يواكب التطورات الجديدة و لا يتوافق مع مقتضيات العدالة¹.

الفرع الثاني: تميز الاجتهاد القضائي عما يشابهه

في هذا الصدد سنبين العلاقة التي تربط الاجتهاد القضائي بالحكم القضائي (أولاً)، ثم سنفرق بين الاجتهاد القضائي و الاجتهاد الفقهي (ثالثاً)، و فضلاً عن ذلك سنبين العلاقة التي تربطه بسابقة القضائية.

أولاً: الاجتهاد القضائي والحكم القضائي:

يتميز الاجتهاد القضائي عن الحكم القضائي في عدة جوانب، لذلك لا بد تبيان معنى الحكم القضائي وذلك بتعريفه و ذكر شروطه الأساسية، و من ثم تبيان العلاقة التي تربط الاجتهاد القضائي بالحكم القضائي.

أ_ تحديد معنى الحكم القضائي:

عرف فقهاء القانون الحكم القاضي بأنه: "هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً مختصة في خصومة رفعت إليها سواء كان صادراً في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه"².

و من التعريف السابق نلاحظ أن للحكم القضائي شرطين أساسيين، فالشرط الأول يقتضي أن يكون الحكم صادراً من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً وفي ضمن اختصاصها النوعي، أما الشرط الثاني يوجب أن يكون الحكم صادراً بصدد منازعة رفعت للجهة القضائية المختصة وفق أحكام قانون الإجراءات إضافة إلى نقطة أخرى شكلية وهي أن يكون هذا الحكم مكتوباً.

إن الحكم القضائي يعد نتيجة منطقية للاجتهاد الذي يمارسه القاضي عند النظر في الدعوى ذلك أن النص القانوني لا يكون دائماً متوفراً في القضية المعروضة على القاضي في المادة الإدارية و قديكون

1_ دلال لونش، فتحية بوغقال، مرجع سابق، ص 04.

2_ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1989، ص34.

3_ حسب المادة الثامنة في فقرتها الخامسة من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/04/24 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية و هو استعمال أظن أن المشرع قد جانب فيه الصواب لأن الأمر لا يقتصر على المحاكم الإدارية.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

متوفرا و لكنه غير ملب للغرض كأن يكون النص غامضا يحتاج إلى تفسير أو تأويل¹ إما لأنه قد ورد مجملا و يحتاج لتفصيل أو عاما يحتاج لتخصيص أو مطلقا يحتاج إلى تقييد².

يعد الحكم القضائي النتيجة المنطقية للاجتهاد القضائي الذي يمارسه القاضي عند نظره في الدعوى، ذلك أن النص التشريعي لا يكون ميسرا دائما، فأحيانا يكون النص القانوني لا يوفي بالغرض كأن يكون النص عاما يحتاج إلى تأويل أو تفسير

و منه و أمام عدم إسعاف النصوص للقاضي مع واجبه المفروض عليه للفصل تحت طائلة إنكار العدالة مما يوجب عليه الاجتهاد و أعمال قواعد التفسير لرفع اللبس و الغموض على النص القانوني و استجلاء المعنى الحقيقي، كما قد يكون النص غائبا تماما مما يتوجب على القاضي الرجوع إلى المصادر الأخرى و هي الشريعة الإسلامية و العرف و مبادئ العدالة و الإنصاف³، وهذا ماجاءت نصت المادة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وفي حالة عدم وجود نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، كما اوجب كل من القانون العراقي و المصري على القاضي أن يطبق النصوص القانونية الصادر في ذلك القانون، أي وجوب العمل بمنطوق النص أو بمفهومه بغية استصدار حكم على القضية المعروضة⁴.

ب_ علاقة الاجتهاد القضائي بالحكم القضائي :

إن الاجتهاد القضائي يؤدي إصدار أحكام قضائية إلا انه يمكن إصدار هذه الأحكام دون اجتهادا قضائيا لاسيما إذا كان موقف الدعوى لا يحتاج إلى اجتهاد قضائي خاصة إذا كانت النصوص واضحة و غير غامضة⁵.

و الحكم القضائي لا يختلف عن الاجتهاد القضائي الذي هو مجموع الحلول التي تستقر عليها المحاكم بصدد مسألة معينة أو هو المبادئ القانونية المستخلصة من أحكام المحاكم، ومنه فالاجتهاد

1_ التفسير مأخوذ من الفسر و يعني الإبانة و كشف المغطى بمعنى إزالة الإبهام عن اللفظ المشكل و المشكل الذي لا يفيد المعنى المقصود – كما أن التفسير ليس مجرد كشف القناع عن اللفظ المشكل بل هو محاولة إزالة الخفاء في دلالة الكلام فلا بد أن يكون هناك إبهام في وجه اللفظ بحيث يستر وجه المعنى و يحتاج إلى محاولة وإجهد بالغ حتى يزول الخفاء و يرتفع الإشكال و أما التأويل في الأصل الترجيح وبناء عليه فالتفسير كشف المراد عن المشكل و التأويل .

3_ مهدي الدافوقي، مرجع سابق، ص 48_49.

4_ الدافوقي، ص 49.

5_ حامد شاكر، العدول عن الاجتهاد، مرجع سابق، ص 29.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

القضائي يعد أساسا في عملية إصدار الحكم القضائي، بحيث أن كل حكم قضائي قد ينحصر فيه الاستدلال و القياس الذي هو في الأصل يعدا اجتهادا و لو كان هذا القياس بسيط في القضية في تسبيب الحكم القضائي بداية في القاعدة الكلية التي يستند إليها القاضي في تكييف الوقائع المعروضة عليه.

و حيث أن القاضي يجب عليه أن يصدر حكما في القضية المعروضة عليه و إلا يعد ممتنعا عن إحقاق العدالة لذلك كان الاجتهاد بإعمال قواعد التفسير لرفع الغموض عن النص التشريعي و استخدام المصادر القانونية الأخرى عند انعدام النص .

فالقاضي يجب عليه في كل الأحوال إصدار الحكم القضائي في الدعوى المعروضة عليه و لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم القضائي بحجة فقدان النص القانوني أو غموضه.

ومما تقدم يتبين لنا مدى العلاقة بين الاجتهاد و الحكم القضائي إذ لولا الاجتهاد القضائي لتعطلت الكثير من النصوص القانونية عبر الجمود على ألفاظ تلك النصوص مما يؤدي إلى تعذر إصدار الحكم القضائي في الكثير من القضايا المعروضة على القضاء.

ذلك أن النصوص القانونية محدودة و الحالات المعروضة على القضاء متجددة و غير محدودة و حيث أن المشرع يحرص كثيرا في صياغة تلك النصوص في ألفاظ عامة و مجردة لكي تكون مستوعبة للحالات المستجدة و عبر تقادم الزمن فإن ألفاظ تلك النصوص قد لا تكون مؤدية للغرض في مقام إصدار الحكم القضائي لذا يجب على القاضي و الحالة تلك أن يجتهد في تفعيل ألفاظ تلك النصوص عبر تفسيرها تفسيراً ينسجم ووقائع الحياة المتجددة و غير المحدودة .

بل إن الاجتهاد يعد الركيزة و الركن الأساس في عملية إصدار الحكم القاضي حتى في حالة وجود النص القانوني حيث أن كل حكم قضائي يصدره القاضي يستبطن قاسيا منطقياً (عقليا) و القياس كما هو معروف من أوضاع صور الاجتهاد.

فالحكم القضائي يستبطن كما ذكرنا قياسيا منطقياً¹ ولو في صورته البسيطة و كبرى القياس في القضية هي القاعدة الكلية التي يستند إليها القاضي في تكييف و إصدار الحكم و الصغرى هي الواقعة القضائية المعروضة على القاضي و النتيجة المنطقية هي الحكم القضائي الذي يصدره القاضي .

1_ فمثلا عندما يريد القاضي أن يصدر حكما قضائيا بإلزام المدعى عليه بالتعويض لإلحاقه ضررا بالمدعي فإنه يتوصل إلى ذلك الحكم عبر قياس منطقي مقدمته الكبرى أن كل من ألحق ضررا بالغير يلزمه التعويض و حيث ثبت إضرار المدعي عليه بالمدعي (المقدمة الصغرى) يكون صدور الحكم بإلزام المدعى عليه بالتعويض لإضراره بالمدعي (النتيجة) و هذا المنطق الذي يطبقه القاضي في نطاق الدعوى المعروضة عليه

فنجد القياس المنطقي الذي يمارسه القاضي في الدعوى المعروضة عليه يتجسد في عملية تسبيب

الحكم القضائي و التي هي عملية منطقية عقلية أو ذهنية تعتمد على التفكير و التحليل والتأمل و لها محل مادي ترد عليهن و يتكون من عناصر واقعية الأصل فيها وأنها واردة من الخصوم حيث يقع عليهم عبء الإثبات و الادعاء و عناصر قانونية نابعة من عون الدولة الذي يفترض فيه العلم بالقانون و الالتزام به.

ثانيا: الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي

قد يكون الاجتهاد فقهيًا و ذلك عندما يقوم به فقيه، و قد يكون الاجتهاد قضائيًا و ذلك عندما يقوم به القاضي لاسيما عند النظر في النزاع المعروض عليه¹، وحتى يتسنى معرفة الفروق الجوهرية بين الاجتهاد القضائي و الاجتهاد الفقهي لابد من تبيان معنى المصطلحات التي يتألف منها كل نوع باعتباره لقبًا مركبًا و متصلًا بنوعي الاجتهاد، كما يجب تبيان الفرق بين علم القضاء و فقه القضاء

أ_ الفرق بين الفتوى و الاجتهاد و بين المفتي و المجتهد:

1- الفرق بين الفتوى و الاجتهاد

الإفتاء هو إجبار بثمرة الاجتهاد²، فيكون أخص من الاجتهاد لأن الاجتهاد هو استنباط الأحكام سواء كان سؤالًا في موضوع أو لم يكن كذلك، كما أن الإفتاء لا يكون إلا إذا وجدت واقعة فيتعرف الفقيه على حكمها و من وجه آخر يكون الإفتاء أعم من الاجتهاد لأن مجاله القطعيات و الظنيات و الإفتاء السليم الذي يكون منم مفت يقتضي شروط الإفتاء معرفة واقعة الاستفتاء و دراسة نفسية المستفتي و الجماعة التي يعيش فيها ليعرف مدى أثر الفتوى سلبًا و إيجابًا حتى لا يتخذ دين الله هزواً ولعباً³.

2_ الفرق بين المفتي و المجتهد:

يسمى بالمنطق القضائي تمييزًا له عن المنطق القانوني و الذي يتمثل في الأسلوب الفكري الذي بمقتضاه يمكن معالجة مسألة ما للوصول إلى حلها القانوني مستعينا في ذلك بمصادر القانون المعترف بها و في إطار الأساليب الفنية المحددة.

1_ و في مجال القانون الوضعي يمكن القول قياسًا على تعريف الفقهاء للاجتهاد بأنه بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية .

2_ الفرق بين علم الفتيا و فقه الفتيا فرق بين الأخص و الأعم فقه الفتيا هو العلم بالأحكام الكلية و عملها هو العلم بتلك الأحكام مع تنزيلها مع النوازل، الونشريسي: المعيار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب، نشرة وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية،

78/10، 1981

3_ أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ص376.

المجتهد هو من قامت فيه ملكة الاجتهاد أي القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وهو الفقيه عند الأصوليين¹، أما المفتي فهو من اتصف بصفة الاجتهاد إما مطلقاً أو في مذهب إمامه بأن يكون عارفاً بمدارك إمامه قادراً على تقرير قواعده أهلاً للفرق والجمع ونحوه²

هذا وقد ذهب كثير من الأصوليين إلى أنه لا فرق بين المجتهد والمفتي، وأن المجتهد هو المفتي، حيث قال الشوكاني "وأما المفتي فهو المجتهد"³، غير أنه يوجد فرق جوهري بين المفتي والمجتهد، فكل مجتهد هو مفتي وليس كل مفتي هو مجتهد اجتهاداً مطلقاً، إذ المفتي يكشف عن الحكم أما المجتهد فيستنبط الحكم ويؤسسه⁴

ب_ الفرق بين الفتوى والقضاء

قد تتشابه الفتوى مع القضاء ولكن هناك فروق بينهما منها ما يعد توابع لكل منهما ومنها ما يقع في مجالاتها، فهناك فروق بين الفتوى التي تصدر عن المفتي وبين الحكم الذي يصدره القاضي وهي كالآتي:

_ إن قضاء القاضي إنشاء لا إخبار، فالقضاء هو إنشاء أو إلزام معين بما يعلم أن شرع الله يأمر

به، أما الفتوى فهي محض إخبار عن الله تعالى لما هو مطلوب شرعاً من المستفتي أو بما هو مباح له، كما أن القضاء لا يكون إلا عن منطوق، أما الفتوى فتكون بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة⁵

_ في القضاء يلزم المحكوم عليه قبول الحكم والعمل به سواء كان خطأ أم صواباً، أما الفتوى فهي

خلاف ذلك، حيث لا يلزم المستفتي قبولها أو العمل بها ما لم يتيقن صحتها وشرعيتها، فمضى حكم القاضي

ولو بغير مذهب الخصوم وجبت الطاعة ولزم الخصوم في القضية محل النظر المحكوم به، بخلاف

الفتوى فإنها لا ترفع خلافاً وللمستفتي أنه يتركها إلى ما يوافق مذهبه الذي يميل إليه ما لم يكن في الترك

مناقضة لأدلة الشرع⁶

1- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 402.

2_ الأمدي، منتهى السؤل في علم الأصول، تحقيق احمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 256

3_ الشوكاني : ارشاد الفحول، 1082/2.

4_ جمال الدين القاسمي، الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، سنة 1986، ص ص 54-55.

5_ القرافي: الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق محمود عرنوس، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، سنة 2005، ص 19.

6_ أحمد محمد بخيت، بحث من فقه القاضي في الإسلام، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2006، ص 79.

_ يختص القضاء بالمعاملات دون العبادات و الأخلاق و الآداب، ويكون في الأمور الواجبة أو المباحة أو المحرمة دون الأمور المكروهة و المستحبة، بخلاف الفتوى حيث تكون في تلك الأمور و غيرها وبناء على ذلك يظهر الفرق بين القاضي و المفتي، إذ أن هذا الأخير يبين الحكم الشرعي للمتنازعين لكم من دون إجراءات و يكون الحكم الشرعي الذي يبينه غير ملزم و للمتنازعين تنفيذه باختيارهما و إلا اضطررا للرجوع إلى القضاء، بخلاف القاضي، و عليه يكون دور المفتي بارزا في بيان الأحكام الشرعية و إنهاء الخلافات بين الأفراد مما يخفف العبء عن القاضي، لأن الوازع الديني عند المسلم يدفعه مجرد معرفة الحكم الشرعي إلى الالتزام ذاتيا به طوعا و اختيارا.

و قال ابن القيم أن القاضي و المفتي مشتركان في أن كلاهما يجب عليه إظهار حكم الشرع في الواقعة، و يتميز الحاكم بالإنزام به و إمضائه، فشرط الحاكم ترجع الى شروط الشاهد و المفتي و الوالي، فهو مخبر عن حكم الشارع بعمله مقبول بعدالته منفذ بقدرته¹.

ج_ الفرق بين علم القضاء و فقه القضاء:

إن الفرق بين علم القضاء و فقه القضاء هو فرق بين الأخص و الأعم، ففقه القضاء أعم ذلك أنه العلم بالأحكام الكلية، و علم القضاء هو إعمال النظر في الحوادث الجزئية و كيفية الفصل في الخصومات باستعمال الأحكام الكلية و تطبيقها على تلك الجزئيات²

و علم القضاء يحتاج إلى فطنة و ذكاء، فالقاضي هو العارف الكيفية التي تطبق فيها الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية التي تعرض عليه³، إذ تجدر الملاحظة أنه يجب الاحتراز في المقارنة بين دور الاجتهاد في الفقه الإسلامي و دوره في القوانين الوضعية، ففي القوانين الوضعية الحديثة ذات الأصل لاسيما الأتينية حيث يغلب التشريع مثل فرنسا و إيطاليا و البلاد العربية، حيث يقوم الاجتهاد بدور تفسيري للقانون سواء في ذلك اجتهاد القضاء أو الفقه، و لا يرقى إلى درجة الإنزام، بينما القوانين الأنجلوسكسونية مثل إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية و الهند و أستراليا و جنوب إفريقيا حيث يغلب العرف و القضاء، إذ

1_ ابن القيم ، جامع الفقه، جمع و توثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة و النشر، المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2000، 7/140.

2_ الونشريسي، المعيار المعرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب، نشر وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، سنة 1981، 10/78.

3_ محمد عبد الرحمان البكر، السلطة القضائية و شخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الولي، مصر ، سنة 1988، ص 111.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

أنها تجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا، بحيث تلتزم المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما لها¹

والجدير بالذكر أنه يصعب الفصل في الشريعة الإسلامية بين الاجتهاد الفقهي بمدلوله العام وبين الاجتهاد القضائي، فالفقيه كان قاضيا و القاضي كان فقيها² حيث يستعين القاضي بفتوى الفقيه في قضائه كما يسترشد بقضاء أسلافه، و كان الفقيه يستعين إصدار فتاواه بما يطرح أمام القضاء من مشاكل و ما ينتهون إليه من آراء و أحكام و بالنظر لقلّة النصوص و الأحكام الواردة في الأدلة النقلية أي الكتاب و السنة و الإجماع)، فازداد الاعتماد على الاجتهاد في استنباط الحكم المناسب سواء كان المجتهد فقيها أو قاضيا³

و طالما كان الاجتهاد مندرجا تحت دليل من الأدلة الشرعية المعروفة، فإن الاجتهاد أصبح مصدرا رسميا بشروط معينة سواء في ذلك اجتهاد الفقيه أو القاضي، و سواء في عصر حرية الاجتهاد أم بعد غلق باب الاجتهاد الذي أصبح الفقيه فيه مصدرا رسميا و ملزما للفقيه و القاضي على السواء، و من المسلم به أن الرأي الذي انتهى إليه المجتهد سواء كان فقيها أو قاضيا لا يلزم غيره، و تطبيقا لمبدأ حرية الاجتهاد فإنه يستطيع المجتهد أن يغير رأيه إذا تبين له فيما بعد خطأ رأيه الأول³

و بناء على ذلك فالفرق الذي لا يخص الاجتهاد في ذاته بين الفقيه و القاضي، و إنما يتعلق بنتيجة تغير الرأي، و الاجتهاد تبعا لما إذا كان المجتهد فقيها أو قاضيا، فإن كان فقيها و جب عليه أن يعمل باجتهاده الجديد، أما إذا كان قاضيا فإنه يبقى لحكمه الأول حجية و آثاره و لا يطبق اجتهاده الجديد إلا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول، و عليه فالحكم القضائي المبني على الاجتهاد يلزم طرفي الخصومة و يرقى اجتهاد القاضي فيه إلى مرتبة المصدر الرسمي في الخصومة التي نظرها

ثالثا-الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية

1_ صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، مرجع سابق، ص 140.

2_ محمد سلام مذکور، القضاء في الإسلام، مرجع سابق، ص 60-61.

3_ صوفي حسن أبو طالب، مرجع سابق، ص 140-141.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

بما ان مصطلح السوابق القضائية يراد به مجموع اجتهادات المحاكم المختصة عبر الأحكام القضائية التي تصدرها في موضوع قانوني معين، فإن السوابق القضائية تعد مصدرا من مصادر القانون في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كإنجلترا وأمريكا والبلدان الإنجليزية كسويسرية¹ والتي تعتمد على المنهج الاستقرائي للوصول إلى الحكم القضائي عبر استقراء السوابق القضائية المشابهة لموضوع النزاع و من ثم استنباط الحكم القضائي في النزاع المعروضة على القضاء.

و بموجب مذهب الالتزام بالسابقة القضائية فإن القاضي عند قيامه باتخاذ قرار في القضية المعروضة أمامه عليه أن يبحث في القرارات التي قررها القضاة الآخرون في قضية مشابهة في وقائعها للقضية التي أمامه فإذا وجد فعليه أن يستنير بها و يطبق حكمها على القضية التي أمامه و بذلك يكون حكم القاضي منسجما مع المبادئ القانونية في النظام القانوني و مطورا لها أما إذا لم يعثر القاضي على سابقة قضائية مشابهة في ظروفها ووقائعها لتلك المعروضة أمامه فعليه أن يجتهد و إذ أقر اجتهاده فيكون حكمه سابقة قضائية و كأن السابقة القضائية قد ولدت من رحم الاجتهاد القضائي و تصبح كل محكمة ملزمة باتباع السوابق القضائية المقررة من قبلها و من قبل المحاكم الأعلى منها مع العلم أن الجزء الملزم من السابقة القضائية هو (علة القرار)².

و لكن في النظام القانوني الفرنسي و النظم القانونية الأخرى التي تتبع النظام القانوني الفرنسي كمعظم التشريعات العربية في استنباط الأحكام القضائية من القواعد العامة المنصوص عليها في متون القوانين فإن قاضي الموضوع عليه أن يجد نوعا من الترابط المنطقي بين الواقعة المعروضة عليه و بين القاعدة القانونية العامة التي يستند إليها عندما يصدر حكمه القضائي لكي يكون موافقا للقانون و إلا كان معرضا للطعن.

وحيث أن هذا النظام القانوني لا يعتمد السوابق القضائية كمصدر من مصادر الحكم القضائي كالنظام القانوني الإنجليزي فإن مخالفة محكمة الموضوع في إصدار الحكم لاجتهاد قضائي سابق منها أو من المحاكم الأخرى لا يشكل سببا للطعن إلا أن هذا القول يصدق في الحقيقة من الناحية النظرية و لكن الواقع العلمي التطبيقي هو خلاف ذلك فالاجتهاد المستقر لأعلى الهرم القضائي سواء العادي أو الإداري حول نقطة قانونية معينة له قوة معنوية تفوق أحيانا ما للنص القانوني من قوة ملزمة و لأنه قلما تجرؤ

1_ مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، المكتبة البغدادية، بغداد، 1973، ص 7.

2_ مجيد حميد العنكي، المدخل لدراسة النظام القانوني الإنجليزي، منشورات وزارة العدل، العراق، 1990، ص 44.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

محكمة دنيا على مخالفة هذا الاجتهاد المستقر و إذا خالفته فإن قرارها يتعرض للنقض من قبل الهيئة القضائية العليا في الهرم القضائي¹.

ذلك أن السلطة المخولة بوضع القواعد القانونية العامة هي السلطة التشريعية و أحيانا للسلطة التنفيذية عبر التنظيمات و يكون للسلطة القضائية مهمة فصل النزاعات الفردية المعروضة عليها و ذلك بتطبيق القاعدة العامة التي وضعتها السلطة التشريعية و من ثم يجب بالضرورة على السلطة القضائية هي التي يعود لها تحديد معنى القواعد التي تطبقها و التي وضعتها السلطة التشريعية و من ثم يجب بالضرورة على السلطة القضائية أن تفسر القواعد العامة التي تطبقها².

المطلب الثاني: نطاق الاجتهاد القضائي

إن نطاق الاجتهاد القضائي يشمل حدين، حد شخصي و يتعلق بالقاضي أي الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد، و حد موضوعي أي الحالات التي يجب فيها الاجتهاد.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد، أما الفرع الثاني سنبين فيه الحالات التي يجوز فيها الاجتهاد.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد

يشترط في القاضي المجتهد أن يكون ملما بعلوم اللغة (أولا)، كما يشترط فيه أيضا أن يكون ملما بعلم المنطق (ثانيا)

أولا: أن يكون القاضي ملما بعلوم اللغة:

يشترط في القاضي لكي يكون مطلعا على الاجتهاد القضائي أن يكون ملما لعلوم اللغة لموضوع الكلام و ظاهره و خاصة محله و مطلقه و نصه و فحواه و مفهومه، فالقاضي يسعى أن يكون له إلمام بمباحث الألفاظ ليطبقها عند تفسير النصوص القانونية ليتسنى له التميز مثلا بين النص العام والخاص³.

1_ و قد أسند المؤسس الدستوري في الجزائر مسؤولية توحيد الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا في القضاء العادي و مجلس الدولة في القضاء الإداري من أجل أن يعطي استقرار لهذا الاجتهاد و فاعلية و ذلك في نص المادة 152 من دستور 1996.

2_ حلبي محمد الحجار، أسباب الطعن بالنقض، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، ط1، 2004، ص 395.

3_ العقوني، مرجع سابق، ص 24.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وعند تطبيقه لنص على موضوع النزاع المعروض عليه يتوجب التوصل إلى دلالة النص بما يترتب عنه من أثر في إصدار الحكم القضائي، فيجب عليه الإمام بمباحث التعارض و يستعمل الترجيح وفهم القواعد الأصولية مثل قاعدة الخاص يقيد العام، وكذا الإمام بعلم المقاصد ذلك أن النصوص القانونية عادة ما ترد في صيغ عامة¹، لحرص المشرع على أن تكون متنوعة لحركة تطور المجتمع والحالات المستجدة.

فالقاضي حينئذ قصد المشرع من النص التشريعي عبر العلة و حكمة التشريع التي من أجلها المشرع تلك النص ومن ثمة تكون بمقدوره أن يعمل النص في حدود النزاع المعروض عليه وصولاً لإصدار الحكم القضائي في الدعوى التي ينطويها.

ثانياً: أن يكون القاضي ملماً بعلم المنطق:

يجب على القاضي الإمام بعلم المنطق، فالالتزام الأسس المنطقية الذهن من الخطأ في التفكير وبالتزامها يميز الصواب من غيره، فالاستدلال القانوني التأويل هما أهم الطرق التي يلجأ اليها القاضي، و قضائي إستثنائي معتمدا ما يريد القاضي أن يصدر حكماً قضائياً المدعى عليه بالتعويض إلا لحقه ضرراً بالمدعي فإنه يتوصل إلى ذلك الحكم عبر قياس منطقي مقدمته الكبرى أن كل من ألحق ضرراً للغير يلزمه التعويض و حيث ثبت إضرار المدعى عليه بالمدعي، فيكون صدور الحكم بالحكم بالزام المدعى عليه بالتعويض إضراره بالمدعي، فالمنطق المطلق هنا هو المنطق القضائي عن المنطق القانوني²

فعلى القاضي عندما يتبع المنطق القضائي لن يراقب المقدمات الكبرى و الصغرى في القياس القضائي و يتأكد من ملائمة الواقع و عليه أن يكون موضوعياً و أن يستبعد المسائل الغير الضرورية من وقائع النزاع و عليه أن يحترم مبدأ المواجهة، فالمنطق القضائي يتعلق بتفسير القاعدة و تطبيقها بشكل علمي بمناسبة قضية مطروحة أمام القضاء عليه، فالمنطق القضائي له طابع عملي و يتأثر بالنظام الإجرائي القائم و يتصل بالواقع و القانون في وقت واحد³.

ثالثاً: أن يكون القاضي متمكناً من استنباط الأحكام القانونية

1_ العقوني، مرجع سابق ص 25.

2_ نفسه، ص 27.

3_ نبيل إسماعيل، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 39.

القاضي المجتهد هو الذي توافرت فيه صفة الاجتهاد وذلك بأن يكون متمكنا من استنباط الأحكام القانونية، لذلك يجب أن يكون على معرفة قانونية واسعة و هذا لن يأتي للقاضي إلا إذا اكتسب معارف نظرية وعملية و الاطلاع على أسرار مهنة القضاة و ذلك بالعمل و الاستمرار و المواظبة.

الفرع الثاني: حالات الاجتهاد القضائي

قد تتعدد حالات الاجتهاد القضائي، بحيث نكون بصدد إجتهادا قضائيا لاسيما حالة عدم وجود النص القانوني (أولا)، أو حالة عدم كفاية النص القانوني كأن يكون هناك نقص في التشريع او تعارض بين النصوص القانونية (ثانيا)، هذا و قد يجتهد القاضي حتى في حالة وجود النص القانوني و من ثم مخالفة النص القانوني (ثالثا)

أولا-الاجتهاد القضائي حالة عدم وجود نص قانوني

قد يلجأ القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي الى مجمل العبارات و مبادئها وروح النص العام و ما يقصده المشرع، فيفسر القاضي الألفاظ و المصطلحات القانونية وفقا لمقصد المشرع و يجب أن يجتهد رأيه لمقارنة ما بين يديه بالقضايا المماثلة أو المشابهة و بإمكانه اللجوء الى آراء الفقهاء للاستعانة بها دون أن يكون ملزما بها.

كما يجوز للقاضي الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في الجزائر أو الدول الأخرى فيما لا يعارض عادات و أخلاق المجتمع الجزائري، هذا و يتعين على القاضي مراعاة العرف و المعاملات و مبادئ العدالة المطلقة و بهذا يمكن للقاضي أن يفتح باب الاجتهاد و الحكم في الوقائع و القضايا التي لا يوجد فيها نص صريح¹.

1 _ حسين فريجة، " الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه"، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي التي تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، مجلد 1 رقم 1، متوفرة على الرابط الالكتروني التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/124/1/1/11706> ص 14.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

و باعتبار أنه طبقا للمادة 143 من دستور 23 فيفري 1989 تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائي و المحاكم و أنها تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و تسهر على احترام القانون .

و يلجأ القاضي للقياس في حالة نقص التشريع أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع فيطبق عليها نصا تشريعيًا مقررًا لحكم حالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتان متشابهتان تمامًا و أنهما متحدتان في السبب أي العلة. و مثال ذلك الحديث النبوي الشريف الذي يقول: ((من يقتل مورثه لا يرثه)) و هو حكم شرعي قيست عليه حالة الموصى له الذي يقتل الموصى ليتعجل الحصول على الوصية. و حرم من حقه في الوصية كمبدأ عام في الشريعة الإسلامية و يجب الإشارة بأن القياس لا يجوز استعماله في النصوص الجزئية.

إن المشرع يستوحي آراءه من المجتمع بعد تفكير و تقدير الأمور و القاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحيا آراءه من ظروف كل قضية و ملابساتها بجزئياتها و كلياتها و من ثم فهو مدعو للقضاء طبقاً لأحكام التشريع .

و القاضي ملزم بمتابعة التطور التشريعي باعتبار أن القاعدة القانونية كائن حي يتطور والقاضي هو أول من يلمس هذا التطور و التبديل و أول من يحس بالحاجة إلى التغيير و التجديد. فإذا لاحظ القاضي في قضية ما أن النصوص الموجودة بين يديه لا تحقق العدل و لا تستجيب مع مقتضياتها وظروفها فهل يمسك عن القضاء فيها أو يخضع لتطبيق تلك النصوص التي يراها غير موفية أم أنه يحكم بما يراه عدلاً و إنصافاً¹.

و من المعلوم أنه يحظر على القاضي أن يحكم بغير التشريع باعتبار أن القاضي يشكل مصدر العمل القضائي في تأويل النصوص و تحري روحها، كما و أن إمساك الفصل في القضايا بعلة عدم وجود النص أو غموضه يعد في موقع منكر العدالة و حينئذ لا يبقى له إلا أن يحكمو إنطلاقاً من أن القاضي يعمل لتحقيق هدف من أهم أهداف الدولة و المتمثل في تحقيق العدل و الإنصاف، فإن هذا يدفعنا للقول أنه إذا لاحظ قصور النص القانوني الواجب التطبيق لتحقيق العدل لما بيصن ذلك النص و العدل من البون الشاسع فإنه يتعين عليه الحكم بما يتوافق و منطق العدالة .

1_ حسين فريجة، المرجع السابق، ص15.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

فإذا قلنا أن القاضي يطبق النص بعلاته تأسيساً على أنه من المحذور عليه الخروج عن منطق النصوص و بالتالي الدخول في مجال السلطة التشريعية فإننا بذلك نأمر القاضي بالعمل على نقيض ما قصده المشرع من تحقيق العدل و الإنصاف و نلزمه بإهدار شخصيته و الحكم بما يخالف ضميره و وجدانه و كل ذلك لا يقرره المنطق و الذوق القانونيين السليمين، من هنا يخول للقاضي في صورة عدم النص التشريعي أن يركن إلى البحث في مصادر القانون الأخرى¹.

ثانياً: الاجتهاد القضائي حالة عدم كفاية النص القانوني

قد يكون النص القانوني موجوداً و لكنه غير كاف لاسيما حالات الغموض و التعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للاجتهاد لأن تعدد احتمالات الفهم يقابل بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات.

فسكوت النص و قصوره تعدد انساب الحالات و أعقدها لتدخل الاجتهاد القضائي بالمفهوم الذي كاد يكون كاملاً لبعث قاعدة قانونية لأن القاضي يواجه صمت القانون في مسألة ما تحتّم عليه الفصل²، و هكذا أخذ القضاء يعمل باسم التأويل و التفسير لمراد المشرع و تطبيق القواعد العامة للقانون و يبحث في بعض النصوص من المعاني و التفاسير السامية و لم يعد القاضي كرجل جامد بل أصبح يتصرف في النصوص ليجعلها تتماشى مع الحياة العملية.

و القاضي لا يتجاوز حدود القانون و يدخل حرم السلطة التشريعية و ذلك بإصدار حكم تكون له الصبغة العامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالف القانون و إنما إذا أشكل عليه الأمر و رأى أن ما بسط لديه من الوقائع يستوجب حلاً عادلاً لا يتماشى مع ظاهر النصوص فإن الواجب يدعوه في مثل هذه الحالات لأن يتعمق في البحث و الاستقصاء لفهم مراد المشرع و هذا ما يجب على القضاة في أحكامهم بالمحافظة على روح التشريع

ثالثاً: الاجتهاد القضائي في حالة وجود النص القانوني

1 _ ملتقى للندوة الوطنية للقضاء، نادي الصنوبر 23 و 24 و 25 فيفري سنة 1991.

2 _ ملتقى للندوة الوطنية للقضاء، نادي الصنوبر 23 و 24 و 25 فيفري سنة 1991.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

لقد تمرد القاضي المدني في فرنسا في قضية الدكتور جيرى¹ Giry و ترجع وقائع قضية الدكتور

جيرى Giry في أن محافظ الشرطة استدعى الدكتور جيرى طبقا للمواد 44/43 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي إلى فندق حدث فيه اختناق بعض الأشخاص لمعاينة أسباب الوفاة وأثناء قيام الدكتور جيرى بعمله وقع انفجار لم يعرف سببه فأصيب الدكتور جيرى في هذا الانفجار و على ذلك تقدم بطلب تعويضات عن الأضرار التي لحقت له أمام القضاء العادي و بالضبط أمام محكمة السين المدنية فذهبت هذه المحكمة إلى أن الدكتور جيرى ساهم في سير المرفق العام للقضاء و أنه تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات تكون المحاكم القضائية العادية مختصة بالقضايا المتعلقة بسير المرفق العام للقضاء.²

و ذهبت المحكمة في تسببها لحكمها بأنه يحق لها استلهاً للمبادئ العامة للقانون المتعلقة بالقانون العام و القانون المدني و أن دور القاضي غير محدد بتطبيق القانون المدني و حده . و على هذا يجب القول بأن الدكتور جيرى لحقه ضرر و هو يساهم بطلب من مرفق القضاء العادي و لا يوجد أي خطأ أو عدم حيطة من جانبه . و لهذا فإن قواعد العدالة كما ترى المحكمة تتطلب التعويض عن الضرر الذي أصاب شخصاً أثناء عملية ضرورية نفذت للصالح العام يجب أن تتحملة الجماعة وليس المضرور وحده .

و قررت المحكمة طبقاً لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة إعطاء الحق في التعويض للدكتور جيرى . وكان هذا الحكم موضع استئناف أمام مجلس قضاء باريس³ .

غير أن المجلس كان أقل جرأة من محكمة السين حيث أنه بعد اعترافه بأنه من الإنصاف القول أن الضرر الذي لحق شخصاً أثناء عملية ضبظية قضائية نفذت للصالح العام يجب أن تتحملة الجماعة و ليس الضحية وحدها . و أضاف المجلس بأن الإنصاف لا يسبب وحده القرار القضائي و أن الحكم القضائي يجب أن يستند إلى نص تشريعي و القاضي لا يمكنه أن يسد نقائص التشريع و توصل المجلس في قراره بأن الضبظية القضائية بعد وصولها إلى الأماكن أصبحت حارساً للعمارة و الدولة باعتبارها حارساً تكون مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالدكتور جيرى⁴ .

و قد انتقد قرار مجلس باريس بشدة فبالمناسبة للسيد ESMEIN فإنه لمجلس قد ارتكب خطأ عندما أسس قراره على مفهوم الحراسة كما ذهب أن الدولة مسؤولة عن حراسة الأشياء الخطر و بالتالي

1 -trib. civ ,seine 1ere chambre 5 , dec , 1952, j;c;p 1953, 2,7371 note vedel.

2_ حسين فريجة، مرجع سابق، ص 16.

3 _ 2;8619 note c,a, paris, 1ere chambre, 2 fevrie, 1955, j,c,p Esmein : gazette du palais 1955, n,i,p,169, conel. dupin

4-حسين فريجة، المرجع السابق، ص 17.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

تكون مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص بسبب الانفجار و الذين لا تربطهم أي علاقة بالمرفق غير أنه عبر عن فرحته لتعاون قواعد القانون المدني و القانون الإداري . كما قررت محكمة النقض أن الضرر الذي يصيب شخصا أثناء عملية ضرورية تنفذ لصالح مرفق عام كمرفق الضبط القضائي يجب أن تتحمله الجماعة التي اشتغل لصالحها المرفق العام للقضاء¹ وبهذا يكون القاضي في فرنسا بعد اجتهاده قد توصل إلى الحكم بمسؤولية الدولة رغم غياب النصوص التي يطبقها بهذا الشأن.

وفي ختام هذا المبحث نخلص بأن الاجتهاد القضائي هو الجهد الذي يبذله القاضي أو الهيئة القضائية في إيجاد و استنباط الحلول و الأحكام و من ثم تطبيقها على الواقعة محل النزاع، فالاجتهاد القضائي يتميز بخاصيتين مهمتين، الأولى هي عدم الشمولية أي أن الاجتهاد يقتصر على القضاة فحسب، أما الثانية فهي عدم الثبات فقد يصدر قرارا مستجدا و مع ذلك لا يوصف بأنه إجتهادا قضائيا، كما أن الاجتهاد القضائي يتميز أو يختلف عن الحكم القضائي و الاجتهاد الفقهي و السابقة القضائية في عدة جوانب تم التطرق إليها في هذا المبحث

هذا و يشتمل نطاق الاجتهاد القضائي في حدين، حد شخصي و الآخر موضوعي، فالأولى يرتكز في شخص القاضي المجتهد الذي يجب أن يكون ملما بعلوم اللغة و بعلم المنطق و أن يكون أيضا متمكنا من استنباط الأحكام القانونية، أما النطاق الموضوعي للاجتهاد القضائي فو يتمثل في حالتين أساسيتين و حالة أخرى مستجدة، فالحالة الأولى و الثانية تقتضي أننا نكون بصدد الاجتهاد القضائي في حالة عدم وجود نص قانون أو عدم كفايته كأن يكون غامضا أو ناقصا، أما الحالة الثالثة فهي مستجدة بحيث قد نكون بصدد الاجتهاد القضائي حتى مع وجود النص القانوني و بالتالي الخروج عن القاعدة التي تقتضي بأن لا اجتهاد مع النص.

المبحث الثاني:

الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الحديثة

1 _ giry,d,1957,34,conel, lemoine, r,d,p,1958, p 298 note waline, j,c,p, 1956, 2,9681, note esmein

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

تتفق النظم القانونية الحديثة على أن الاجتهاد هو الطريق الأفضل للوصول إلى الحكم القضائي عند تحقق مبرراته وشروطه.

فسواء كان النظام القانوني يعتمد النص التشريعي كمصدر أساس من مصادر الحكم القضائي أم لا يعتمده فهو يتوسل بالاجتهاد للوصول إلى الحكم القضائي في النزاع المعروض على القضاء.

إلا في المنهج المتبع في الاجتهاد للوصول إلى الحكم القضائي يختلف من نظام قانوني لآخر فالنظم القانونية الانجليزية والفرنسية كالنظام القانوني الإنجليزي والأمريكي تعتمد المنهج الاستقرائي للوصول إلى الحكم القضائي عبر استقراء السوابق القضائية المشابهة لموضوع النزاع ومن ثم استنباط ل يحكم القضائي في النزاع المعروض على القضاء.

أما النظم القانونية اللاتينية ومنها النظام القانوني الفرنسي والنظم القانونية التي تتبعها فهي تعتمد على منهج القياس الأرسطي (القياس العقلي) للوصول إلى الحكم القضائي.

وستتناول بالشرح والتفصيل في هذا المبحث المنهج الاجتهادي المتبع في كل من النظام القانونيين الانكليزي والفرنسي باعتبارهما يمثلان النموذجين الأبرزين في مناهج استنباط الحكم القضائي في النظم القانونية الحديثة.

وقد جرى تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب تناولنا في المطلب الأول الاجتهاد في النظام القانوني الانكليزي، وفي المطلب الثاني الاجتهاد في النظام القانوني الفرنسي أما المطلب الثالث فقد خصصناه لعقد مقارنة بين النظامين المذكورين من حيث مزايا كل نظام من النظامين المذكورين وعيوبهما.

المطلب الأول: الاجتهاد في النظام القانوني الانكليزي

تعد السوابق القضائية مصدرا من مصادر القانون في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية (كانكلترا والبلدان الانكلو-سكسونية)¹، حيث تتحدد مصادر القانون الانكليزي بالتشريع ثم قانون الأحكام العام (Common Law)² ثم العرف وأخيرا الفقه كمصدر ثانوي.

وقد لعب العرف دورا كبيرا في إرساء عدد كبير من الأحكام القضائية التي تكون ملزمة للمحاكم وفقا للقانون الانكليزي إلا إن دور قانون الأحكام (Common Law) قد انحسر نتيجة للإصلاحات القانونية التي

1- مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، ج1، بغداد، 1973، ص7.

2- حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، الناشر مكتبة لبنان - بيروت، الطبعة الثالثة، 1980، ص142.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

نادى بها الفقهاء الانجليز منذ بداية القرن الثامن عشر إذ بدأ البرلمان الانكليزي يميل إلى تشريع القوانين التي تنظم العمل القضائي في بريطانيا، والذي يهمننا من مصادر القانون الانكليزي قدو تعلق الأمر ببحثنا هو قانون الأحكام العام حيث أن قانون الأحكام العام يعني مجموعة القرارات القضائية التي تتضمن مبادئ قانونية مشتقة من ظروف ومناقشات القضايا المعروضة أمام القضاء، لذلك فإن الصفة القضائية لا تعطى لأية قضية كانت إلا إذا نظمت مبدأ جديدا عليه فإن قانون الأحكام العام هو إطار لجمع القضايا القانونية المقررة أمام القضاء فهو قانون الاجتهاد القضائي وكل قضية تحوي اجتهادا من هذا القبيل يقال لها سابقة حيث عرف الفقيه الانكليزي ساموند السابقة القضائية بأنها "قرار قضائي يتضمن مبدأ بنفسه".

وبموجب مذهب الالتزام بالسابقة القضائية فإن القاضي عند قيامه باتخاذ قرار في القضية المعروضة أمامه عليه أن يبحث في القرارات التي قررها القضاة الآخرون في قضية مشابهة في وقائعها إلى القضية التي أمامه فإذا وجد فعليه أن يستشير بها ويطبق حكمها على القضية التي أمامه وبذلك يكون حكم القاضي منسجما مع المبادئ القانونية في النظام القانوني ومطورا لهل.

أما إذا لم يعثر القاضي على سابقة قضائية مشابهة في ظروفها ووقائعها لتلك المعروضة أمامه فعليه أن يجتهد، وإذا أقر اجتهاده فيكون حكمه سابقة قضائية وإن كل محكمة ملزمة باتباع السوابق القضائية المقررة من قبلها ومن قبل المحاكم الأعلى منها فالسوابق المقررة من قبل مجلس اللوردات باعتباره أعلى هيئة قضائية في انكلترا وويلز تلزمه في القضايا المماثلة التي ترفع إليه كما تلزم المحاكم الأخرى والسوابق القضائية المقررة من قبل محكمة الاستئناف تلزمها وتلزم المحاكم الأدنى منها مرتبة والسوابق القضائية المقررة من قبل المحكمة العليا تلزم محاكم المقاطعات علما أن الجزء الملزم من السابقة القضائية هو (علة القرار) Ratio decidendi.¹

وفيما يتعلق ببعض الدول الأخرى التي تأخذ بنظام السوابق القضائية كالنظام القانوني الأمريكي فإن الذي يلاحظ على ذلك النظام القانوني (الأمريكي) أنه لا يحتفظ للسابقة القضائية إلا بسلطة أو قوة ثانوية؛ لأن السابقة القضائية (المنفردة) فقدت كل قوة لها وأصبحت تقتصر على القاعدة القانونية

1 مجيد حميد العنبيكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل، 1990، ص ص 44-45.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

المستندة إلى سلسلة من السوابق وهذا ما يقربها من الاجتهاد المستقر في البلاد التي تعتمد على التقنين أساس لقانونها¹.

ومن كل ما سبق نتوصل إلى نتيجة مفادها أن الاجتهاد القضائي في الدول التي تأخذ بنظام السابقة القضائية كمصدر للقانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي يكون له دورا رئيسيا في النظام القضائي لتلك الدول نظرا لصفة الإلزام للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحاكم.

1 حلي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول، ص388.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

المطلب الثاني: الاجتهاد في النظام القانوني الفرنسي

يعتمد القانون الفرنسي التقنين المكتوب كمصدر رئيسي من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي إذ إن فالنظام القانوني الفرنسي لا يعرف السوابق القضائية كمصدر رسمي من مصادر القانون وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي الحالي إذ إن المحاكم الفرنسية وبموجب نص المادة أعلاه تمنع من أن تصدر أحكاماً عامة لائحية¹.

لذا تعد السوابق القضائية مصدراً تفسيريًا من مصادر القانون إذ إن مهمة القاضي في البلاد التي تأخذ بنظام التقنين المكتوب هي تطبيق نصوص القانون أو بمعنى أدق استنباط الأحكام من نصوص القانون المشرع، وعندما يكون نص القانون واضحاً تسهل مهمة القاضي إلى حد بعيد ولكن نصوص القانون ليست كلها واضحة بحيث لا يحتمل اختلاف الرأي بشأنها².

وتتحدد مهمة القاضي في النظام القانوني الفرنسي والنظم القانونية الأخرى التي تتبع النظام القانوني الفرنسي كمعظم التشريعات العربية في استنباط الأحكام القضائية من القواعد العامة المنصوص عليها في متون القوانين أي أن على قاضي الموضوع أن يجد نوعاً من الترابط المنطقي بين الواقعة المعروضة عليه وبين القاعدة القانونية العامة التي يستند إليها عندما يصدر حكمه القضائي لكي يكون موافقاً للقانون إلا كان معرضاً للنقض، وحيث أن النظام القانوني الذي يأخذ بالنص المكتوب لا يعتمد السوابق القضائية (الاجتهاد القضائي) كمصدر من مصادر الحكم القضائي لذا فإن مخالفة محكمة الموضوع في إصدار الحكم لاجتهاد قضائي سابق منها أو من المحاكم الأخرى لا يشكل سبباً للنقض إلا إن هذا القول قد لا يصدق إلا من الناحية النظرية فقط، إذ إن الواقع العملي التطبيقي هو خلاف ذلك حيث إنه وعلى صعيد الواقع العملي إن الاجتهاد المستقر للمحكمة العليا حول نقطة قانونية معينة له قوة معنوية تفوق ما للنص التشريعي من قوة ملزمة لأنه قلما تجرؤ محكمة دنيا على مخالفة هذا الاجتهاد المستقر، وإذا ما خالفته فإن قرارها يتعرض للنقض من قبل المحكمة العليا ذلك أن السلطة مخولة لوضع القواعد القانونية العامة هي السلطة التشريعية بينما السلطة القضائية مهمتها فصل النزاعات الفردية المعروضة عليها وذلك بتطبيق القاعدة العامة التي وضعتها السلطة التشريعية وبالتأكيد فإن

1 مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص 7.

2 عبد الرحمن البزار، أصول القانون، ط2، بغداد، 1958، ص150.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

السلطة القضائية هي التي يعود لها تحديد معنى القواعد التي تطبقها والتي وضعتها السلطة التشريعية ومن ثم يجب بالضرورة على السلطة القضائية أن تفسر القواعد العامة التي تطبقها .

لذا نجد قسما من شراح القانون الفرنسيين يذهبون إمكانية خلق القاعدة القانونية من قبل القضاء إذ إنه وبحسب رأي الشراح المذكورين يمكن عند دراسة أحكام القضاء استخلاص تفسير عام للقاعدة القانونية أو استخلاص قواعد عامة مستقرة وذلك بفضل تأثير السوابق القضائية من ناحية وبفضل رقابة محكمة النقض من ناحية أخرى².

وبالرجوع إلى دور القضاء والاجتهاد القضائي نجد أن القضاء الفرنسي كلن له الدور الفعال في تكوين نظرية المسؤولية عن الأشياء التي تحت حراسة الشخص إذ تنص المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي على "لا يسأل ن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي فقط إنما أيضا عن الضرر الذي يحدثه الأشخاص الذين يكون مسؤولا عنهم والأشياء التي هي بحراسته" وبقيت بقية الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه والمتضمنة المسؤولية عن الأشياء التي تكون تحت حراسة الأشخاص طيلة قرن كامل تقريبا كمقدمة للنصوص اللاحقة ولا يتضمن أي حكم من أحكام المسؤولية المدنية ومن ثم كان على من يتضرر من انفجار آلة أو مولد في مصنع مثلا أن يثبت خطأ رب العمل حتى يتمكن من الحصول على التعويض.

وإذا كان الواقع الاقتصادي في القرن التاسع عشر جعل هذا الوضع القانوني مقبولا ومحتملا إلا إن هذا الوضع أصبح غير محتمل بعد التطور الصناعي الهائل الذي حصل خلال القرن العشرين فكان لابد أمام هذا الوضع من إيجاد مخرج يعيد التوازن بين الواقع الاقتصادي والاجتماعي الجديد وبين الوضع القانوني القديم، وقد وجد الباحثون ضالهم في الشرط الأخير من المادة (1384) مدني فرنسي وإذا كان النقض يبني نظريا على مخالفة المادة 1/1384 مدني فرنسي إلا إن الواقع العملي يبين أن القواعد التي تنقض القرارات بسبب مخالفتها هي القواعد التي خلفها الاجتهاد وحده ولم تكن الإشارة إلى المادة 1/1384 مدني إلا من أجل إضفاء الغطاء القانوني علة القوة اللازمة للاجتهاد³.

1- حلبي محمد الحجار، مرجع سابق، ص395.

2- مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص409.

3 حلبي محمد الحجار، مرجع سابق، ص402-403.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظامين الفرنسي والانكليزي

قبل التطرق إلى مزايا كل من النظامين القانونيين الفرنسي والانكليزي للابد من الإشارة إلى سبب اختلاف النظامين القانونيين المذكورين رغم أن كلا النظامين ينتميان إلى مدرسة القانونية الوضعية، إذ إن الوضعية القانونية كموقف فكري وكمذهب مدينة بوجودها إلى الروح الفلسفية التي سادت في القرن التاسع عشر في أوروبا ولاسيما في فرنسا، إلا أن لطبيعة النظام القضائي في انكلترا وأمريكا أو الدور الذي تلعبه السابقة القضائية في هاذين البلدين أثرا على تحديد مفهوم القانون بحيث لم يعد يعتبر من صنع (صاحب السلطان) كما عند أوستن بل من صنع القضاء¹.

في حين نجد انه في فرنسا وضع القواعد القانونية يكون بيد السلطة التشريعية حصرا حيث التقييد الشديد بمبدأ الفصل بين السلطات وحيث الشكوك الموروثة في القضاء حيث كانت الثورة الفرنسية ناقمة على موقف القضاء فبالإضافة إلى ميل القضاة إلى المالكين فقد مانت المحاكم الفرنسية التي كانت تسمى بالبرلمانات تصدر قواعد قانونية عامة يعمل بها في دائرة اختصاصها وألغت الثورة الفرنسية ذلك ونص دستور الثورة الفرنسية على تقييد القضاة². إن الاختلاف بين النظامين القانونيين الفرنسي والانكليزي يعود إلى أننا أمام طريقتين مختلفتين من طرق التفكير فمن جهة الطريقة العقلانية ومن الجهة الأخرى الطريقة التجريبية³.

إن القانون المدني الروماني-الجرماني بالشكل الذي اتخذه في القرن التاسع عشر هو قانون عام استنباطي وغنه ينطلق من المبادئ العامة المؤدية إلى استنباط الحلول الخاصة وتتموضع القواعد في الأغلب على مستوى عال من العمومية (المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي) على سبيل المثال وما يتبقى لا ينتمي إلا إلى التطبيق ولا يتم الاهتمام به إلا بشكل أقل بكثير من الاهتمام بالمبادئ فالقاضي نفسه لا يهتم كثيرا بتبرير ما يقدمه من حل انطلاقا من خصوصيات الحالة التي يعالجها بمقدار اهتمامه بربطه بمبدأ عام⁴.

في حين أن منهج التفكير الذي يتبناه النظام القانوني الانكليزي هو منهج التفكير الاستقرائي وذلك لطبيعة النظام القضائي الانكليزي القائم على السوابق القضائية والذي يتطلب من القاضي الذي ينظر

1 منذر الشاوي، مذاهب القانون، سلسلة الثقافة القانونية، بغداد، 1986، ص ص44-45.

2 عبد الرحمن البزار، أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، 1958، ص152.

3 أي المنطق الأرسطي والمنطق الاستقرائي.

4 محمد وطفة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، 2008، ص9.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

التزاع أن يستقرى القرارات الصادرة من المحاكم وذلك للوصول إلى الحكم في القضية المنظورة من قبله، وهذا يعني انتزاع العلة القانونية للقضايا المشابهة للقضية المنظورة.

وبعد هذا العرض لسبب الاختلاف بين النظامين القانونيين المذكورين نعود إلى ذكر مزايا وعيوب كل من النظامين، فمن المزايا التي يذكوها شراح القانون للنظام القانوني الانكليزي هي المرونة التي يتمتع بها ذلك النظام والذي يأخذ بمبدأ الإثبات الحر إذ إن ذلك المبدأ يتيح الحرية للقاضي في مجال وسائل الإثبات والتي لا تكون محددة سلفا للوصول إلى الحقيقة وهذا ما يؤدي إلى التقارب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية ومن ثم يكون أكثر تحقيقا للعدالة.

كما أن الالتزام بمبدأ السوابق القضائية يحقق وحدة التطبيق للمبادئ القانونية المعترف بها وهذا ما يجعل المحامين خاصة على معرفة مسبقة إلى حد ما عن اتجاه المحاكم في تقريرها للحكم في القضية المعروضة أمامها¹.

كما أن التزام السوابق القضائية يوضح حكم القانون وهذا يزيد من ثقة الجمهور بالقضاء ثم إن رجوع المحاكم الرفيعة عن قراراتها السابقة يؤدي إلى زوال ثقة الأفراد باستقامة القانون².

من الانتقادات الموجهة إلى النظام القانوني الانكليزي هو أن مبدأ السوابق القضائية يحدد القاضي الذي يأخذ به النظام المذكور في عمله ويجبره على تطبيق حكم قد لا يكون مقتنعا به كما أن الوصول إلى العلة في السابقة القضائية قد لا يكون سهلا في الكثير من الأحيان وذلك للكثيرة الهائل من القرارات الصادرة من المحاكم.

أما أهم مزايا النظام القانوني الفرنسي والذي يعتمد النص المكتوب فهي أن ذلك النظام وبتحديده لوسائل الإثبات مسبقا فإنه لا يترك المجال للقاضي في إيجاد وسائل إثبات غير منصوص عليها ومن ثم فإن ذلك يساعد في استقرار تعاملات الأفراد في المجتمع؛ فنظام الإثبات المختلط الذي يأخذ به النظام القانوني الفرنسي والذي يحدد وسائل الإثبات سلفا وعن طريق النص التشريعي مع على إعطاء دور إيجابي نسبي للقاضي أكثر منها من الحقيقة الواقعية وهذا يؤدي إلى استقرار التعاملات بين الأفراد إلا أن المزايا المتقدمة للنظام القانوني الفرنسي يمنع بعض شراح القانون من توجيه انتقادات ومآخذ على ذلك النظام منها أن النص المكتوب والذي عادة في عبارات عامة ومقتضبة قد تكون قاصرة عن معالجة طاقة

1 مجيد حميد العنبيكي، مرجع سابق، ص 51.

2 عبد الرحمن البزار، مرجع سابق، ص 153.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الحالات والوقائع الخاصة والمستجدة بعد تشريع النص، فالتمسك بالنص دون غيره بل يمكن أن يعطي حلولاً لكل المشاكل التي تطرح على المشتغلين بالقانون لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية وما يصاحبها من تطور حتي في القانون لذلك نشأ تيار آخر في مدرسة الشرح على المتون" وهي المدرسة التي يأخذ بها النظام القانوني الفرنسي" يناهز ضرورة الأخذ بنية المشرع واضع النص القانوني فالاهتمام بالنسبة للقانوني سيكون بصانع النص أكثر من النص أو بروح التشريع لا بحرفيته وهذا الاتجاه الجديد (مذهب نية المشرع أخذ به بعض الفقهاء الفرنسيين كأوبري ورو في كتابهما محاضرات في القانون المدني¹).

كما أن تشدد النظام القانوني الفرنسي بالأخذ بنظام النص المكتوب قد دفع ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى انتقاد ذلك التمسك الشديد بالنص ومنهم الفقيه (Geny) والذي انتقد اجتهادا محكمة النقض الفرنسية والذي "لم يجد له ما يبرره سوى في تقديس المحكمة النقض الفرنسية للقانون المكتوب"².

لذا فإن أحد أساتذة القانون المعاصرين في فرنسا وفي بحث له منشور يذهب إلى أن "من الممكن أن يكون القانون المكتوب والتفكير الاستنباطي أكثر تلاؤماً مع عالم مستقر كما كان الأمور في القرن التاسع عشر إلا إن المقرب الذي يتبناه الكمنلو Common Law هو أكثر تكيفاً مع ظروف اجتماعية متغيرة بشكل دائم بسبب المقرب الاستقرائي الذي يتبناه والذي يصبح معه الإبداع من الأمور الطبيعية بالنسبة للكمنلو كما يصبح التكيف المستمر طريقة من طرق وجوده"³.

فضلاً أن الفقيه هنري كايبتان يرى عكس ذلك حيث "أقامت الحطم شيئاً فشيئاً بناء خاصاً من القواعد القانونية وفقها يكمل ويثري العمل التشريعي ويعدله من دون أن تخرج عن نطاق اختصاصها التفسيري وبغير هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم وبفوات هذا الانعاش المستمر الذي لا ينقطع تشيخ القوانين ويلحقها الذبول والجفاف حتى إنها لن تنجو حين تكاد تلفظ النفس الأخير إلا بتأثير هذا الدم المتدفق وإلا بفضل التطوير المكمل لنصوصها المتأتي من الملائمة كل يوم بينها وبين ما تحتاجه المعاملات القانونية"⁴.

1 منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 48.

2 حلي محمد الحجار، مرجع سابق، ص 375.

3 الرأي المذكور ذهب إليه الأستاذ برنار أودي، البروفسور في جامعة باريس الثانية في البحث المنشور في كتاب أمركة القانون، ص 10.

4 آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط 1، دار العربية للطباعة والنشر، بغداد، 1976، ص 14.

ونحن مع الرأي القائل بدور القضاء المهم والحيوي في تطوير القاعدة القانونية من خلال الدور التفسيري الذي يقوم به عند تطبيقه للنصوص القانونية التي تتضمن قواعد عامة مجردة على القضايا المعروضة أمام القضاء إذ أن أي تشريع ومهما حرص المشرع على الإحاطة بكافة جوانبه القانونية قد يعتره نقض أو غموض وأن القضاء ومن خلال تطبيقه لتلك النصوص التشريعية قد ينبه المشرع إلى مولطن الضعف و الخلل في النص التشريعي مما يؤدي عبر تراكم الاجتهادات القضائية إلى تعديل النصوص القانونية التي تحتاج إلى التعديل وبذلك يكون للقضاء دورا غير مباشر في خلق القاعدة القانونية.

المبحث الثالث

مبدأ السوابق القضائية وموقف التشريعات منه

يطلق مصطلح السوابق القضائية ويراد به مجموع اجتهادات المحاكم المختصة عبر الأحكام القضائية التي تصدرها في موضوع قانوني معين.

ولأهمية مبدأ السوابق القضائية كونه يعد المبدأ أو الركيزة الأساسية في الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم المختصة في النظم القانونية التي تأخذ به كالنظام القانوني الانكليزي كونه المصدر الرئيس للأحكام القضائية، إضافة إلى دور المبدأ المذكور (السوابق القضائية) في تطوير وصياغة الكير من النصوص التشريعية حتى في النظم القانونية لبيتي لا تأخذ بالمبدأ المذكور كالنظام القانوني المصري والعراقي لذا فقد خصصنا هذا المبحث لتناول موقف التشريعين المصري والعراقي من المبدأ المذكور أيضا.

المطلب الأول: موقف التشريع العراقي من مبدأ السوابق القضائية

لم يأخذ التشريع العراقي بالسوابق القضائية (الاجتهادات القضائية) كمصدر من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي التي يعتمد عليها قاضي محكمة الموضوع عند إصداره الحكم في النزاع المنظور من قبله.

إذ بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني العراقي نجدها قد نصت على مصادر القانون وهي أولا النص التشريعي ثم قواعد العرف ثم الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ثم قواعد

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

العدالة، كما أن المادة (203) من قانون المرافعات المدنية¹ التي نصت على الحالات التي يجوز فيها العطن تمييزاً في أحكام المحاكم لم تنطرق إلى مخالفة السابقة القضائية كسبب من أسباب النقض التمييزي بل أن المادة أعلاه قد ذكرت مخالفة القانون كسبب من أسباب الطعن وهذا يعني من حيث المبدأ أن المادة أعلاه قد ذكرت مخالفة القانون كسبب من أسباب الطعن وهذا يعني من حيث المبدأ أن مخالفة محكمة الموضوع لاجتهاد قضائي سابق لا يعد سبباً من أسباب النقض إلا إذ أدت تلك المخالفة إلى مخالفة النص التشريعي أو مخالفة القانون بوجه عام.

إذا كان الأمر كذلك من الناحية النظرية إلا أنه قد يصعب أحياناً التمييز بين إذا ما كان النقض بسبب مخالفة الاجتهاد القضائي المستقر لمحكمة التمييز أم بسبب مخالفة القانون إذ إن النص القانوني عادة يكون مقتضياً وذو دلالة عامة وإن طبيعة القاعدة القانونية تستوجب صياغتها بشكل مجرد لكي تكون مستوعبة للوقائع القانونية المستجدة بعد صدور النص القانوني عند التطبيق على الوقائع المعروضة عليها لذا قد يستقر الاجتهاد القضائي على تفسير معين لفترة طويلة يتبادر معها إلى الذهن أن المقصود من النص القانوني هو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي بخصوص تفسير ذلك النص، وهنا نجد أن مخالفة محكمة الموضوع لذلك الاجتهاد المستقر يعد سبباً من أسباب النقض من الناحية الواقعية وبالرجوع إلى أحكام قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 نجد أن المادة (13) وعند النص على هيئات محكمة التمييز تتضمن في البند-أ- من الفقرة أولاً من المادة أعلاه الإشارة إلى اختصاصات الهيئة العامة لمحكمة التمييز حيث تنص في البند-1- من الفقرة المذكورة نصه " ما يحال إليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة".

والنص أعلاه يعني ضمناً أن الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز غير ملزمة لها ويمكن الرجوع

عنها، ورغم أن الاجتهادات القضائية غير ملزمة لها في القضايا الأخرى إلا إن دور الاجتهادات والأحكام القضائية لا يمكن نكرانه باعتبارها مصدراً تفسيريّاً منت مصادراً القانون، لذا فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أن تسترشد المحاكم في العراق بما استقر عليه القضاء العراقي من أحكام وكذلك الأحكام القضائية للدول التي تتقارب قوانينها مع القانون العراقي.

وقد أشار إلى دور القضاء التفسيري الأستاذ ابراهيم المشاهدي نائب رئيس محكمة التمييز سابقاً في

كتابه الموسوم معين القضاة بقوله " وقد أغنى القضاء العراقي بأحكامه وقراراته هذا الفرع من القانون

1 المادة (203) من قانون المرافعات المدنية.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وأرسى قواعده على أسس ثابتة وفسر ما غمض من نصوصه وتدارك ما فيها من نقص حتى أصبح ذلك القضاء ثروة فقهية وسوابق قضائية ليس من الميسور تركها لمجرد صدورها في ظل قانون قديم، إذ ليس القانون الجديد مقطوع الصلة بالقانون القديم فأغلب أحكامه متطابقة معه وبعضها متقارب لذلك فإن القاضي يجد العون في ذلك القضاء فيما يقضي به اليوم ويجد فيه الباحث والمحامي ضالته أيضا، فالوقائع التي تعرض في الدعاوي لا حصر لها منها ما يتكرر في فترات متقاربة ومنها ما لا يتكرر إلا بعد عشرات السنين والقضاء فيها لا يفقد حيويته لمجرد اختلاف الزمن.

فقد انتفعنا بما قضى به السلف وكان نورا اهتدينا به في قضائنا وسوف يستفيد الخلف من قضائنا الحاضر"¹.

وبالرجوع إلى أحكام (اجتهادات) محكمة التمييز الاتحادية في العراق نجد أن المحكمة المذكورة غير ملزمة باجتهاداتنا السابقة حيث أنها تذهب في بعض القضايا إلى اجتهادات مخالفة لاجتهاداتها السابقة في الموضوع القانوني نفسه.

إذ نجد أن محكمة التمييز الاتحادية قد ذهبت إلى اجتهادين مختلفين في قراراتين حديثين لها وفي دعوتين تتعلقان بالموضوع نفسه وهو قيام البلدية المعنية بسحب قطعة الأرض المخصصة لأحد الأشخاص نظرا لمخالفة ذلك الشخص لشروط التملك، إذ ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 2337 في 2007/1/22 إلى أنه لا يجوز ابطال تسجيل الملك في دائرة التسجيل قد اكتسب شكله النهائي عملا بأحكام المادة 1/139 من قانون التسجيل العقاري إذ جاء في مضمون القرار أعلاه نصه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للأسباب المذكورة فيه حيث أن الثابت من أضرار الدعوى بأن المميز عليه (المدعي/المستأنف عليه) كانت خصصت له القطعة المرقمة 1/1924م 46 (نصف الدجيلة) وتم تسجيلها باسمه في سجلات التسجيل العقاري بالقيود 107/أيار / 94 مجلد 270، إلا أن مديرية البلدية طلبت من مديرية التسجيل العقاري في الكوت ابطال القيد وإعادة تسجيلها باسم مديرية بلدية الكوت، وحيث لأن الإجراء الذي اتخذته المميز بإبطال القيد لا سند له من القانون، ذلك أن القطعة موضوع الدعوى بعد تسجـحـيـلها باسم المميز عليه كانت قد خرجت من أملاك المميز ولا يحق له إعادة تسجيلها باسمه، ذلك أنه في حالة وجود سبب من الأسباب التي تستدعي سحب القطعة اللجوء إلى

1 ابراهيم المشاهدي، معين القضاة، ج1، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص13.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

القضاء المطالبة بذلك وهذا ما نصت عليه المادة 1/139 من قانون التسجيل العقاري استنادا إلى قرار الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لأحكام القانون أما إذا كان التسجيل قد اكتسب شكله النهائي فلا يجوز ابطاله إلا بحكم قضائي حائز درجة البتات".

في حين ذهبت المحكمة نفسها (محكمة التمييز الاتحادية) في قرار مشابه للقرار السابق إلى اجتهاد مناقض لاجتهاده الأول حيث تضمن قرارها المرقم 1989 في 2008/9/3 إنه إذا أخل المدعي بالتزاماته التي بسببها تم تملك الأرض له من قبل البلدية ولم يشيد البناء المطلوب منه للبلدية حق سحب العقار وإبطال تسجيله وإعادة العقار لمالكيتها إذ جاء في مضمون القرار أعلاه ما نصه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وحد أنه صحيح وموافق للقانون وللأسباب والحيثيات التي استند إليها ذلك أنه من الثابت في الدعوى بأن العقار المرقم 774/1 مقاطعة (37) بعويضة قد تم تسجيله باسم المميز (المدعي) استنادا إلى كتاب مديرية بلدية الموصل المرقم 6058 في 1997/3/3 استنادا إلى قرار مج لس قيادة الثورة (المنحل) المرقم 251 لسنة 1986 لغرض إنشاء دار للحضانة عليها، وحيث أن المميز (المدعي) قد أخل بالتزاماته القانونية ولم يتم بإنشاء دار الحضانة عليه رغم أن القطعة قد خصصت له لهذا الغرض لذلك تم إبطال قيد تسجيل العقار باسم المدعي وأعيد تسجيله باسم مديرية بلدية الموصل استنادا إلى كتاب مديرية الرعاية الاجتماعية في نينوى المرقم 864/16 في 2000/8/6 وتأسيسا على ذلك أصبح للبلدية الحق في إعادة تسجيل القطعة باسمها...."¹.

والذي يستفاد من القرارين المشار إليهما أن محكمة التمييز الاتحادية قد ذهبت في قرارها الأول إلى وجوب استناد إبطال تسجيل العقار إلى قرار قضائي حائز درجة البتات، في حين ذهب القرار الثاني إلى أن من حق البلدية سحب القطعة المخصصة إلى الغير عند مخالفة شروط التملك بقرار إداري ودون الحاجة إلى استصدار قرار قضائي بذلك ونحن نميل إلى ما ذهب إليه القرار الأول وذلك لصراحة نص المادة (139) من قانون التسجيل العقاري النافذ والذي يوجب إبطال التسجيل المكتسب شكله النهائي استنادا إلى قرار قضائي حائز درجة البتات.²

1 علاء صبري التميمي، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد، ط 2009، ص 322-335.

2 إبطال تسجيل العقار، الناشر مكتبة السهوري، ط 1، بغداد، العراق، 2013.

المطلب الثاني: موقف التشريع المصري من مبدأ السوابق القضائية
لم يأخذ المشرع المصري بالسوابق القضائية (اجتهادات المحاكم) كمصدر من مصادر الحكم
القضائي ذلك أننا وبالرجوع إلى المادة (1) من القانون المدني المصري والتي نصت على مصادر الحكم
القضائي وفقا للترتيب الوارد فيها لا نجد السوابق القضائية من بين مصادر الحكم القضائي حتى أن
المشرع المصري لم يجعل من أحكام المحاكم مصدرا تفسيرا كما فعل المشرع العراقي الفقرة (3) من
المادة (1) منه.

كما أن المادة (48) من قانون المرافعات المدنية والتجارية لمصري النافذ لم تنص على مخالفة
السابقة القضائية (اجتهادات المحاكم) كسبب من أسباب النقض ضمن إيرادها لأسباب الطعن بالنقض في
المادة المشار إليها.

والسبب في ذلك يعود إلى أن التشريع المصري يأتي ضمن التشريعات التي تأخذ بالسوابق القضائية
كمصدر من مصادر الحكم القضائي بعكس التشريعات الانكلوساكسونية التي تعد السوابق القضائية
من أهم مصادر الحكم القضائي.

هذا من الناحية التشريعية إلا أن الأمر ليس نفسه على صعيد التطبيقات القضائية فاجتهادات
المحكمة العليا على سبيل المثال وإن كانت غير ملزمة للمحاكم الأخرى حيث أن محاكم الاستئناف ومحاكم
الدرجة الأولى تملك الخروج عليها قانونا وإن كان ذلك الأمر نادرا لأن أحكام هذه المحاكم ستكون عرضة
للنقض في هذه الحالة ومن هنا يكون للتفسير الذي تنتهي إليها المحكمة العليا قوة إلزام أدبي أمام محاكم
الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى¹.

لذا نوى من خلال متابعة أحكام محكمة النقض المصرية تاريخيا اجتهادات المحكمة المذكورة كان
لهل دورا كبيرا في تطوير وصياغة الكثير من النصوص القانونية عبر ارشادها إلى مواطن الخلل في بعض
النصوص التشريعية تفسيرا يخالف منطوق النص التشريعي وهذا ما كانت تفعله محكمة النقض
المصرية عندما كانت تفضي على النص من المرونة ما يجعله ملبيا للحاجات المستجدة إلى درجة تصل
أحيانا إلى حد إهدار النص وذلك في الحالة التي كانت تجد فيها أن هذا النص يجافي روح العدالة ومن ثم

1. مصطفى عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات، نشر دار الكتب
القانونية، مصر، 2012، ص335.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

كنت تقول بغموض النص وضرورة تفسيره، وتحت ستار هذا التفسير كان يصل الاجتهاد إلى وضع قواعد قانونية جديدة¹.

وأن هذا الدور يمكن ملاحظته عند تشريع القانون المدني المصري الجديد حيث أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هما أهم مصدرين استقى منهما التقنين الجديد.

حيث قنن التقنين الجديد أحكام القضاء المصري في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك فمن النظريات العامة التي قننها (التعسف في استعمال الحق) و(تكوين العقد) و(الاستغلال) و(الحوادث الطارئة) و(الالتزام الطبيعي) و(التهديدات المالية) والصورية، والملكية الشائعة والتصرفات القانونية الصادرة في مرض الموت، والشرط الجزائي وتجديد الحساب الجاري وتقدم الاستحقاق في الوقف، واستمرار الشركة مع القصر، وضمان المؤجر للعيوب الخفية، وحريق العين المؤجرة، وحقوق الجوار ورهن الحصبة الشائعة.

حيث أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ إن التقنين قد أبقى على كل ما هو صالح من مبادئ التقنين القديم، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ².

بل إن القضاء المصري وفي موضوع الشرط الجزائي الذي استقى المشرع المصري في التقنين المدني الجديد أحكامه منه كان يسير في اجتهاده على عكس النص التشريعي ويتعارض معه تعارضاً صريحاً فقد كانت المادتان 181/123 من القانون القديم تنصان على أنه "إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم أقل ولا بأكثر" وهو مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسي (م 1152 فرنسي) وهي أيضاً صريحة في هذا المعنى ومع ذلك كان كل من القضائين الوطني والمختلط يقضي بما يتعارض مع صريح النص ولا يحكم بشيء من التعويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، بل ذهب القضاء الوطني إلى مدى لأبعد إذ كان يقضي حتى مع وجود الضرر بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل مع الضرر.

1. حلمي الحجاز، أسباب الطعن بطريق النقض، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، ط 1، طرابلس، لبنان، الجزء الأول، فقرة 199، ص 403.

2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة،

الجزء الأول، ص 2.45.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصري في هذا الصدد وقضت المادة(224) على ما يلي:-

1-أن لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

2-ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه¹.

المطلب الثالث: التمييز بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية

مبدأ حجية الأحكام هو مبدأ أساسي من مبادئ التقاضي وكذلك يعد دليلا من أدلة الإثبات لا يقبل العكس وهو مبدأ أقرته التشريعات المدنية إذ إن طبيعة الحفاظ على استقرار المعاملات في المجتمع توجب الأخذ بالمبدأ المذكور لكي لا تمتد النزاعات إلى أمد غير محدود.

إذ إن الحكم القضائي يعد صدوره وفقا للإجراءات الأصولية المنصوص عليها في قانون المرافعات يصبح عنوانا للحقيقة ولا يمكن إعادة النظر فيه من قبل الخصوم أو الغير الذي تضرر منه إلا وفقا للطرق التي رسمها المشرع للتظلم من الحكم المذكور.

وبذلك لا يجوز الطعن ابتداء في حكم قضائي بدعوة مبتدئة بل يجب على الطاعن سلوك طرق الطعن القانونية للتظلم من الحكم المذكور.

إلا أن حجية الأحكام ليست مطلقة إذ إن هذه الحجية تقتصر على نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ودون أن تتغير صفاتهم ويتعلق بذات الحق محلا وسببا.

ومبدأ حجية الأحكام يعد من النظام العام وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يدفع به الخصوم.

وقد نصت على المبدأ المذكور المادة(105) من قانون الإثبات العراقي رقم(107) سنة 1979 المعدل بقولها "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت على درجة البتات تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوة ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا".

كما نصت على المبدأ نفسه المادة (101) من قانون الإثبات المصري رقم(25) لسنة 1968 بقولها "الأحكام التي حازت على قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، ص 53-54.

ينقض هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً".

وهنا يجب التمييز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي معناها أن للحكم حجية فيما بين الخصوم وبالنسبة إلى ذات الحق محلاً وسبباً.

أما قوة الأمر المقضي فهي المرتبة التي يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطرق الطعن الاعتيادية إن ظل قابلاً للطعن فيه بطريق غير اعتيادي فالحكم القطعي نهائياً كان أو ابتدائياً حضورياً أو غيابياً تثبت له حجية الأمر المقضي إلا إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادي وإلا فإنه لا يجوز هذه القوة ولكن تكون له حجية الأمر المقضي، وتبقى هذه الحجية قائمة ما دام الحكم قائماً فإذا ما طعن فيه بطريق اعتيادي كاستئناف أو قففت حجيته فإذا الغيت نتيجة للطعن زال وزالت معه حجيته، أما إذا تأيد ولم يعد قابلاً للطعن بطريق اعتيادي بقيت له حجية الأمر المقضي وأضافت له قوة الأمر المقضي ونلاحظ أن المشرع المصري في المادة (101) إثبات خلط بين حجية الأمر المقضي ولا جدال أن المقصود وهو حجية الأمر المقضي وهذا ظاهرة مما أوردته المذكرة الإيضاحية حينما أشارت إلى حجية الأمر المقضي¹.

وحتى تثبت للحكم حجية يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط وهي:

الشرط الأول: أن يكون الحكم قضائياً أي صادراً من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية ويستوي في ذلك أن تكون هذه الجهة هي القضاء العادي كالمحاكمة المدنية أو جهة القضاء الإداري كالمحاكم الإدارية أو تكون هيئة قضائية استثنائية كالمجالس العسكرية².

الشرط الثاني: أن يكون الحكم قطعياً وهو الصادر في الموضوع بالبت فيه ولو كان حكماً ابتدائياً فإذا لم يبت الحكم في الخصومة على وجه حاسم لم يحز حجية الأمر المقضي كالحكم بغرامة تهديدية والحكم برفض الدعوى بالحالة التي هي عليها والحكم بإخراج خصم من الدعوى أو بعدم قبول تدخله.

الشرط الثالث: هو أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة اختصاصاً يجعل لها ولاية في إصداره فالحكم الذي يصدر من محكمة مدنية يختص بها القضاء الجنائي لا تكون له حجية الأمر المقضي

1. عز الدين الدناصورى وحامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الإثبات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الحادية عشر، 2009، الجزء الثاني، ص706.

2- ص707.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

كالحكم الذي يصدر من محكمة جنائية في مسأبة لا تختص بها والحكم الذي يصدر من جهة القضاء العادي في المسائل الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري فهفي هذه الصور تعد قواعد الاختصاص متعلقة بالوظيفة أي بولاية القضاء.

أما قواعد الاختصاص النوعي فهي وإن كانت تتعلق بالنظام العام شأنها في ذلك شأن القواعد المتعلقة بالولاية إلا إن مخالفتها لا تمنع من ثبوت الحجية للحكم، فلو أن حكما صدر من محكمة جزئية (صلح) في دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية فإن هذا الحكم يحوز حجية الأمر المقضي أمام جهات القضاء الأخرى فضلا عن الجهة التي أصدرته كذلك تثبت الحجية لحكم صادر من محكمة غير مختصة بإصداره اختصاصا محليا (مكانيًا)¹.

تبين من كل ما تقدم أن كلا من مبدأي السوابق القضائية وحجية الأحكام القضائية (حجية الأمر المقضي به) قد أضفيا الحجية على الأحكام القضائية.

إلا إن التمييز يقع في مدى أو نطاق هذه الحجية فمبدأ حجية الأحكام القضائية يتضمن نسبة هذه الحجية أي أن الحكم القضائي يعد حجة على أطرافه فيما لو أثير النزاع مجددا مع اتحاد أطرافه وكذلك اتحاد الموضوع (المحل) والسبب ومن ثم يمتنع على المحكمة الخوض مجددا في موضوع الحق الذي تضمنه ذلك الحكم.

هذا فيما يتعلق بمبدأ الحجية الأحكام القضائية (حجية الأمر المقضي به) أما مبدأ السوابق القضائية فهو يعني أن الحكم القضائي يعد حجة مطلقة في مقام إصدار الحكم القضائي وذلك في القضايا المشابهة للقضية الصادر فيها الحكم القضائي (السابقة القضائية) ويجب الاستناد إليه عند إصدار الحكم القضائي في النزاع الجديد المعروض على القاضي وذلك على اختلاف بين النظم القانونية في مدى جواز الاعتماد على السابقة القضائية عند إصدار الحكم القضائي.

حيث اختلفت النظم القانونية الحديثة في مدى جواز الاستناد إلى السابقة القضائية في إصدار الحكم القضائي، فالنظام القانوني الذي لا يعتمد النص التشريعي المكتوب كمصدر رئيسي من مصادر الحكم القضائي-كالنظام القانوني الانكليزي-يعد السابقة القضائية مصدر رئيس من مصادر الحكم

1 عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، مرجع سابق، ص708.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

القضائي وتطبيقاً لهذا المذهب (النظام) فإن كل محكمة بصورة عامة ملزمة باتباع السوابق القضائية المقررة من قبلها ومن قبل المحاكم الأعلى منها في التدرج.¹

بينما النظام القانوني الذي يتخذ من النص التشريعي المكتوب مصدراً أساسياً من مصادر الحكم القضائي لا يعد السابقة القضائية مصدراً من مصادر الحكم القضائي - كالنظام القانوني الفرنسي والعراقي والمصري-، حيث أن الحكم القضائي في النظم القانونية المذكورة ليست له إلا حجية نسبية ومحدودة في نطاق أطراف الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم ومن ثم لا تمتد حجية الحكم القضائي إلى القضايا الأخرى وإن كانت متشابهة من حيث الموضوع.

حيث أن مدار الحكم القضائي في النظم القانونية المذكورة هو النص التشريعي وعند فقدانه يتم اللجوء إلى مصادر الحكم القضائي الأخرى المنصوص عليها في القانون وليس من بينها بطبيعة الحال السابقة القضائية.

المطلب الرابع: موقف التشريع الإسلامي من مبدأ السوابق القضائية

تتلخص مصادر الحكم القضائي من الفقهاء المسلمين في مصدرين رئيسيين وهما الكتاب والسنة وما يتفرع عنهما من مصادر فرعية أخرى كالقياس عند بعض المذاهب الإسلامية أو دليل العقد عند البعض الآخر والإجماع وتسمى المصادر التي يستقى منها الحكم القضائي بالأصول الشرعية² وهي كما سبقت الإشارة إليها تتلخص في الكتاب والسنة والعقل (والقياس عند البعض) والإجماع وقد أوجز البعض مصادر الحكم القضائي بالكتاب والسنة وإدراك العقل القطعي.³

ولا يأخذ الفقهاء المسلمون بالسوابق القضائية كمصدر من مصادر الحكم القضائي حيث أن القاضي "إذا قضى في مسألة اجتهادية في حكم معين فإنه لا يتقيد به في القضايا المماثلة للقضية الأولى فله أن يأتي بحكم جديد إذا تغير اجتهاده في هذه القضايا ومن ثم لا يجوز له أن ينقض حكمه الجديد بحكمه القديم وكذلك لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه القديم بحجة اجتهاده الجديد؛ لأن

1 مجيد حميد العنبيكي، مرجع سابق، ص 44.

2 معي هلال السرحان، أدب القضاء للمارودي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، ج 1، ص 277.

3 محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم - إيران، ط 6، 1385، الجزء السادس، ص 65.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الاجتهاد لا ينقض بمثله كما لا يجوز لغيره من القضاة نقض حكمه الجديد بحجة مخالفته لحكمه القديم؛ لأن السوابق القضائية لا تقيد القاضي.¹

وقد أثار الفقهاء مسألة في هذا الباب وهي "ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله"².

إذ إن القاضي سواء كان مجتهدا عند من يرى الاجتهاد كشرط من شروط تولي القضاء أم مقلدا لغيره عند من يرى جواز القضاء بفتوى غيره إنما يصدر الحكم القضائي وفقا لنظره ورأيه هو وليس رأي أو نظر غيره ومن ثم فإن الحكم الذي يصدره قاض آخر في قضية مماثلة للقضية التي ينظرها غير ملزم له بل أن للقاضي نفسه لأن يرجع عن الحكم الذي أصدره إذا رأى خطأه ولم يكن ذلك الحكم مستندا إلى دليل قطعي على كتاب أو سنة بل كان مستندا إلى النظر والاجتهاد.

إذ إن المجتهد قد يخطئ أو قد يصيب وإضافة إلى ما تقدم ذكره فإن سبب عدم أخذ الفقهاء المسلمين بالسوابق القضائية يرجع إلى أمر آخر ألا وهو " اختلاف المنهج العرفي الذي يتبناه الفقهاء المسلمون" إذ إن المنهج العرفي الذي يتبناه الفقهاء المسلمون هو المنهج المنطقي الأرسطي القائم على القياس العقلي بينما المنهج المعرفي الذي يتبناه النظام القانوني الذي يأخذ بالسوابق القضائية هو المنهج الاستقرائي.³

إذا فالفقيه الإسلامي يتخذ من المنطق الأرسطي كمنهج استدلالي في عمليات الاستدلال الفقهي

وذلك عند استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها والقياس المنطقي يتألف من قضايا ثلاث هي المقدمة الصغرى، وهي المقدمة التي تشتمل على الجزئي الذي يطلب معرفة حكمه عن طريق الاستدلال بالقياس وتقع المقدمة الثانية للقياس ثم النتيجة وهي القضية التي ينتهي إليها بعد تطبيق الكبرى على الصغرى.⁴

فالفقيه الإسلامي عندما يريد أن يستدل على حرمة شرب النبيذ مثلا فإنه يستند إلى القاعدة الكلية

(المقدمة الكبرى) التي تقول كل مسكر حرام (المقدمة الصغرى) إذا فالحكم الشرعي (النتيجة) هي أن

النبيذ حرام؛ لأنه مسكر كما أن الفقهاء المسلمين يرون أن الحكم الذي يصدره أحد المجتهدين لا يجوز نفضه من قبل مجتهد آخر إذا كان مستندا إلى دليل من الكتاب أو السنة ولم يكن صادرا عن رأي أو نظر إلا إن ذلك لا يعني أن ذلك الحكم (الاجتهاد) يشكل سابقة اجتهادية يلزم باقي المجتهدين في القضايا الأخرى.

1 عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 269.

2 عبد الكريم الأردبيلي، منشورات مكتبة أمير المؤمنين، قم-إيران، ط1، 1408هـ، ص 274.

3 كمال الحيدري، المذهب الذات في نظرية المعرفة، طبعة دار الهادي، بيروت-لبنان، 2004م، ص 33.

4 عبد الهادي الفضلي، خلاصة المنطق، مطبعة شريعت، قم، 1425هـ، ص 96.

إذا نلخص كل ما تقدم إلى نتيجة مفادها أن الفقهاء المسلمين لا يأخذون بمبدأ السوابق القضائية-
القائم على أساس المنهج الاستقرائي - كمصدر من مصادر الحكم القضائي أو الشرعي¹.

المبحث الرابع:

الرقابة على الاجتهاد القضائي وموقف التشريع الإسلامي منها

الاجتهاد القضائي هو عملية ذهنية يتولاها قاضي محكمة الموضوع المختصة بنظر النزاع ونتيجته
الحكم القضائي الذي يصدره القاضي الذي يصدره القاضي والأخير قد يكون مصيبا في الحكم الذي
يصدره وقد يكون مخطئا فيه.

لذا كان لابد من وجود جهة قضائية تراقب اجتهاد القاضي وتقوم العيب في الحكم القضائي الذي
يصدره إن وجد.

وهذه الرقابة تمارسها محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي إذا ما رقع
الطعن إليها كما تمارسها محكمة التمييز (النقض) باعتبارها المحكمة المختصة بالنظر في الطعون الصادرة
من المحاكم المختصة بالنظر في الطعون الصادرة من المحاكم المختصة عن طريق نقضها إذا ما وجد أنه
موافق للقانون.

وقد جرى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث تناولنا في المطلب الأول الرقابة على الاجتهاد القضائي
من قبل المحاكم المختصة، أما المطلب الثاني فقد جرى التطرق فيه إلى موقف التشريع الإسلامي من
مسألة الرقابة على الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول: الرقابة على الاجتهاد القضائي

يعد الحكم القضائي النتيجة المنطقية للاجتهاد الذي يمارسه قاضي محكمة الموضوع في ظل وقائع
وأدلة الاثبات المعروضة عليه كما يعد الحكم القضائي نهاية للنزاع المعروض على القاضي إذ إنه وبصدور

1 محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة للأصول، ط مؤسسة الهدى الدولية للنشر والتوزيع، ط 1421 إيران، ص 201.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الحكم النهائي في الدعوى تعد الدعوى المرفوعة إلى القاضي محسومة من قبله عبر ربطه بحكم قضائي معبر عن اجتهاده ورأيه القانوني في الدعوى المعروضة عليه.

إلا أن هذا الحكم المتضمن اجتهاد القاضي الذي نظر النزاع قد يكون مصيبا للواقع وقد يكون مخطئا له لكن المشرع أضفى على هذا الاجتهاد صفة الحجية وذلك قطعاً لأمد النزاع وبغية استقرار المعاملات في المجتمع.

وحيث أن اجتهاد القاضي عبر الحكم القضائي الذي يصدره قد يكرن موافقا للقانون وقد يكون مخالفا له ؛ لأن القاضي غير معصوم عن الخطأ وشأنه شأن المجتهدين الآخرين قد يصيب وقد يخطئ إزاء ذلك وبغية بعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين فقد أعطى القانون الحق لمن خسر الدعوى الطعن في الحكم الصادر ضده.

وأن الطعن في الحكم ممن خسر الدعوى بطرق الطعن في الأحكام وخاصة طريقي الطعن بالاستئناف التمييز (النقض) يعد تجسيدا قانونيا لمبدأ الرقابة على اجتهاد القاضي، إذ إن الطعن بطريق الاستئناف يعيد طرح النزاع مجددا أمام محكمة الطعن لما وقع عنه الاستئناف وبذلك يتاح لمحكمة الاستئناف أن تراقب عن كثب اجتهاد قاضي محكمة الموضوع فإذا ما وجدت أن قاضي محكمة الموضوع قد أخطأ في اجتهاده فلها أن تلغي (تفسخ) الحكم ولها أن تعداه بحسب الأحوال.

كما أن محكمة التمييز (النقض) هي الأخرى تراقب اجتهاد القاضي عبر تدقيقها للدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه ومن ثم التثبت عما إذا كانت هذه المخالفة للقانون من قبل محكمة الموضوع من عدمه، وبطبيعة الحال فإن المفهوم القانوني في هذا المجال يفسر بمعناه الواسع إذ إنه لا يقتصر على النص التشريعي بل يشمل مصادر الحكم القضائي الأخرى عند فقدان النص التشريعي، وهي قواعد العرف والشريعة الإسلامية وقواعد العدالة إذ إن الاجتهاد القضائي له حالتان وهما:

حالة غموض النص التشريعي وحالة فقدان النص التشريعي، فإذا ما أخطأت محكمة الموضوع في تفسيرها للنص التشريعي الغامض أما لأنه غير واضح الدلالة أو لأنه متعارض مع نص تشريعي آخر فحكمها (اجتهادها) في مثل هذه الحالة يكون معرضا للنقض أو أن تلجأ المحكمة إلى مصادر الحكم القضائي الأخرى رغم وجود النص التشريعي كأن تلجأ إلى قواعد العرف أو أحكام الشريعة الإسلامية أو قواعد العدالة، ففي مثل هذه الحالة تكون المحكمة قد خالفت القانون ومن ثم فإن حكمها يكرن معرضا للنقض بل المحكمة أحيانا قد تخطئ في اختيار القاعدة القانونية الصحيحة التي تنطبق على

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الواقعة المعروضة عليها وهو ما يمكن أن نسميه بالخطأ في التكييف ثم يكون الحكم الذي بني على ذلك الاجتهاد معرضاً للنقض أيضاً.

يتبين من كل ما تقدم بأن المشرع قد أعطى حق الرقابة لمحكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي وكذلك أعطى الحق نفسه لمحكمة التمييز (النقض) باعتبارها المحكمة العليا المختصة بتدقيق الدعاوي التي يتم الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة فيها بغية التثبيت مدى موافقة الأحكام الصادرة في تلك الدعاوي للقانون من دعمه.

وفد نصت المادة (34) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل على أنه "تختص محكمة الاستئناف بالنظر فيما يأتي: 1- في الطعن استئنافاً في الأحكام الصادرة من محاكم البداية بدرجة أولى وبالمسائل الأخرى المبينة في القانون. 2- في الطعن تمييزاً في الأحكام الصادرة من محاكم البداية بدرجة أخيرة كافة وفق أحكام هذا القانون والقوانين الأخرى. 3- في الطعن في القرارات الصادرة من محاكم البداية المبينة في الفقرة (1) من المادة (216) من هذا القانون".

كما نصت المادة (35) من القانون نفسه على أن "تختص محكمة التمييز بالنظر في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداية وفي الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية وبالأمور الأخرى التي يحددها القانون".

كما نصت المادة (48) من قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 على أن "تختص محكمة الاستئناف بالحكم في قضايا الاستئناف التي ترفع إليها عن الأحكام ابتدائياً من المحاكم الابتدائية وكذلك في الأحكام الصادرة من المحاكم الجزئية في الدعاوى المنصوص عليها في البند السادس في المادة (43) من هذا القانون".

كما نصت المادة (248) من القانون نفسه على أنه "للخصوم أن يطعنوا أما محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى تجاوز مائة ألف جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة في الأحوال الآتية: 1- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله. 2- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم".

ومحكمة التمييز بين بلا جدال تشرف على تفسير وتطبيقه إذ لها القول الفصل والكلمة الأخيرة في الأحكام تنقض ما فسد منها وتصلح ما يقع فيها من الأخطاء القانونية ويكون لأرائها من القوة والاعتبار ما يشبه قوة القانون واعتباره وهي في ذلك وإن كانت لا تتصدى لوضع القواعد العامة بقصد تقييد سائر

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

المحاكم بها زلا تتولى التشريع عن طريق القضاء ولا تقضي إلا في شأن الدعوى المعروضة عليها بالذات إلا إن آرائها تنول عند المتقاضين وعند المحاكم الأخرى في الاعتبار فيثبت القضاء بأحكامه ويرتفع الخلاف في المسألة القانونية التي فصل فيها هذا الرأي¹.

وبذلك يلاحظ أن دور محكمة النقض (التمييز) إنما يقتصر على توحيد فهم القانون ورقابة تطبيقه في المحاكم المتعددة التي تتولى القضاء في الدولة فهي لا تعد درجة ثالثة من درجات التقاضي ولذلك فإنه إذا رفع إليها طعن في أحد الأحكام فإنها لا تعيد نظر موضوع النزاع من جديد وإنما تبحث فقط مدى مطابقة هذا الحكم للقانون².

الاستثناء من مبدأ الرقابة على الاجتهاد القضائي :

ومما يجدر ذكره بأن مبدأ الرقابة على أحكام (اجتهادات) المحاكم وإن كان الأصل فيه هو خضوع تلك الأحكام وإن كان الأصل فيه هو خضوع تلك الأحكام لمبدأ الرقابة القضائية إلا إن المشرع ولاعتبارات معينة قد يستثنى من الرقابة الأحكام القضائية التي تصدرها بعض المحاكم.

كالقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية الاعتيادية أو الدستورية والغاية من الاستثناء هو توحيد التفسير في النصوص التشريعية وللحيلولة دون صدور أحكام متناقضة من المحاكم عند تطبيقها للنص التشريعي المراد تفسيره.

وفي مصر نصت المادة (4) من القانون رقم (81) لسنة 1969 الخاص بإنشاء المحكمة العليا في مصر على اختصاصها بتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها تفسيراً ملزماً، وقد استمرت المحكمة العليا في القيام بهذه المهمة إلى أن صدر القانون رقم (48) لسنة 1979 الخاص بالمحكمة العليا في القيام بهذه المهمة إلى أن صدر القانون رقم (48) لسنة 1979 الخاص بالمحكمة الدستورية العليا.

وقد نصت المادة (26) من هذا القانون على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثار خلاف في التطبيق وكان لها من الأهمية يقتضي توحيد تفسيرها".

1 عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83)، لسنة 1969، الجزء الأول، ص35.
2- أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثالثة، 2010، الجزء الأول، ص1223.

ويتضح من هذا النص أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر بالتفسير يقتصر على التشريع العادي سواء كان هذا التشريع صادرا عن السلطة التشريعية أو كان صادرا عن السلطة التنفيذية في الحالتين اللتين يجوز لما فيهما إصداره وهما حالة الضرورة والتفويض، ومن ثم فهذه المحكمة لا تختص بتفسير الدستور ولا تختص بتفسير التشريع الفرعي.

ومن الواضح أن اختصاص المحكمة الدستورية العليا في مصر لا يمس سلطة القضاة في التفسير بمناسبة ما يعرض عليهم من منازعات غير أنه ما أن يصدر من المحكمة المذكورة بتفسير معين حتى يصير هذا التفسير ملزما لكافة المحاكم بحيث لا يكون لها من بعد أن تحيد عنه وإلا كان حكمها معيبا وجاز الطعن فيه.

وهذا ما نصت عليه المادة (49) من قانون المحكمة الاتحادية العليا في مصر بقولها إن قرارات المحكمة بالتفسير تكون "ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة" ولهذا السبب فقد نصت المادة المشار إليها كذلك على نشر القرارات المذكورة في الجريدة الرسمية بغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها¹.

كما نصت المادة (92) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا "أولا: المحكمة الاتحادية العليا هيئة قضائية مستقلة ماليا وإداريا. ثانيا: تتكون المحكمة المادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الإسلامي وفقهاء القانون يحدد عددهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون ينص بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب".

كما نصت المادة (93) من الدستور على اختصاصات المحكمة المذكورة وذلك بقولها "أولا: الرقابة عللا دستورية القوانين والأنظمة النافذة. ثانيا: تفسير نصوص الدستور....."

1-مصطفى الجمال ونبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2002، ص 279.

الفصل الثاني:

الاجتهاد القضائي في حالة غموض

النص التشريعي أو غيابه

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

يعد النص التشريعي المصدر الأساس للأحكام القضائية إذ أن المشرعين وفي مختلف النظم الحديثة يتوجهون نحو تقنين القواعد القانونية ضمن نصوص تشريعية.

وهذا الأمر يمكن ملاحظته حتى على مستوى النظم القانونية التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية كمصدر أساس من مصادر الحكم القضائي كالنظام القانوني الانكليزي على سبيل المثال.

لذا ولأهمية النص التشريعي فإن فقهاء القانون بدورهم قد أولوا النص التشريعي المزيد من اهتماماتهم وعنايتهم إذ خصوه بالشرح والتفصيل في مدوناتهم الفقهية وذلك للدور المتزايد للنص التشريعي في مقام إصدار الأحكام القضائية.

سنخصص هذا الفصل للبحث في الاجتهاد القضائي عند غموض النص التشريعي، إذ أن الغموض في النص التشريعي وبمفهومه الواسع لا يشمل الغموض من حيث الألفاظ فقط أي الجانب اللغوي بل يشمل أيضا حالة التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان والمكان وكذلك التعارض بين تلك النصوص من حيث الموضوع باعتبار أن التنازع والتعارض هما من حالات غموض النص التشريعي بمفهومه الواسع.

وستتناول في المبحث الأول مفهوم النص التشريعي وكذلك التنازع بين القوانين (النصوص التشريعية) من حيث الزمان والمكان وكذلك موقف الفقه الإسلامي من مسألة التنازع بين النصوص التشريعية.

أما المبحث الثاني فسنتناول فيه مسألة التعارض بين النصوص التشريعية وموقف الفقه الإسلامي منه إذ تم التطرق ابتداء إلى التمييز بين مبدأ التعارض بين النصوص التشريعية وبين مبدأ التدرج التشريعي ثم مسألة التعارض بين النصوص التشريعية وكيفية رفع التعارض من قبل قاضي محكمة الموضوع، ثم تناولنا مسألة تعارض الأدلة عند الأصوليين.

المبحث الأول:

مفهوم النص التشريعي والتنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان والمكان

تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إذ تناولنا في المطلب الأول مفهوم النص التشريعي، أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيها التنازع بين القوانين (النصوص التشريعية) من حيث الزمان والمكان وموقف الفقه الإسلامي منه، وجرى تقسيم المطلب الثاني إلى ثلاثة فروع تناولنا في الفرع الأول التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان، أما الفرع الثاني فقد خصصناه لموضوع التنازع بين النصوص التشريعية من حيث المكان وأخيرا تناولنا في الفرع الثالث موقف الفقه الإسلامي من مسألة التنازع بين النصوص التشريعية.

المطلب الأول: مفهوم النص التشريعي

عندما تطلق لفظ النص يراد بها معنيين:

المعنى الأول:

ويراد به مجموعة من الألفاظ (الكلمات) تمت صياغتها في جملة مفيدة أو أكثر لبيان قضية ما بغض النظر عما إذا كانت تلك الألفاظ عامة أم خاصة مطلقة أم مقيدة، جملة أم مفصلة، قطعية كانت دلالتها أم ظنية، والنص بهذا المعنى يسمى عند الأصوليين بالدليل اللفظي (كآية من الكتاب أو حديث نبوي) تميزا له عن الدليل العقلي كالقياس على سبيل المثال.

أما المعنى الثاني للنص هو المعنى الاصطلاحي له فيعرفه الأصوليون بأنه "هو ما لا يحتمل إلا معنى واحدا أو هو ما لا يحتمل التأويل ويقابله الظاهر وهو اسم الكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة ويكون محتملا للتأويل أو التخصيص"¹، أي أن اللفظ الوارد في لسان الدليل له معان متعددة².

والذي يبدو من نص المادة (2) من القانون المدني العراقي "لا مساع للاجتهاد في مورد النص".

1- الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط1، 2005، ص102 و166، جعفر السبحاني، أصول الحديث وأحكامه في علم الدراية، ص96.

2- سعد الغنمي، شرح الحلقة الأولى من دروس في علم الأصول للسيد محمداقرا الصدر، تقارير السيد كمال الحيدري، الناشر دار المرتضى، بيروت-لبنان، الطبعة الجديدة، 2011، صص211-212.

إن المشرع في المادة المذكورة قد أخذ بالمعنى الاصطلاحي للنص وهو اللفظي الذي لا يحتمل إلا معنى واحدا ولا يقبل التأويل ذلك أنه ليست كل النصوص التشريعية واضحة الدلالة وصريحة بحيث لا يمكن الاجتهاد فيها إذ أن بعض ألفاظ النصوص التشريعية جاءت مطلقة تحتاج إلى تقييد أو أن بعضها عام يحتاج إلى تخصيص أو مجمل يحتاج إلى بيان أو تفسير إذ لا يمكن للقاضي أن يعمل وفقا لتلك النصوص إلا بأن يخصص العام بالخاص أو يقيد المطلق بالمقيد أو أن يفسر المجمل بالمفسر وهذه لا تحصل إلا بإعمال القواعد الاجتهادية التي نص عليها علماء الأصول بشأن التعامل مع النصوص التي تحتاج إلى إعمال القواعد الأصولية فيها وهذا هو الاجتهاد بعينه¹.

كما أن لفظ القانون تطلق أحيانا ويراد بها النص التشريعي ذلك أن لفظه القانون يراد بها معنيين أيضا الأول وهو أن كلمة القانون تدل على مجموعة معينة من القواعد القانونية التي تنظم جانبا معيناً من جوانب الحياة الاجتماعية واردة بأرقام متسلسلة وبترتيب معين ضمن قانون صادر من السلطة التشريعية كقانون السير (المرور) أو قانون العقوبات.

المعنى الثاني:

هو دلالة الكلمة (القانون) على جميع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية وتحكم سلوك الأفراد في المجتمع ويظهر القانون كقواعد سلوكية اجتماعية مقرونة بالجزاء، الأمر الذي يفرض على الأفراد الانصياع لها وإلا تعرضوا للجزاء².

إلا أن لفظ النص التشريعي هو أكثر دقة من لفظه القانون إذ أن لفظه القانون هنا ليس فقط ما تصدره السلطة التشريعية بالطريق العادي من قوانين بل يتناول كل ما أصدرتها وتصدره من قوانين، كما يشمل المراسيم والأنظمة التي تصدر بموجب القوانين التي تفوض ذلك والقواعد المستقاة ضمناً من نصوص القانون وروح التشريع كما يدخل تحت مفهومه العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة ما دامت المحكمة قد طبقت هذه المصادر وفقاً لأحكام المادة الأولى من القانون المدني العراقي إذا ما افتقدت النص التشريعي، وتغليب لفظ القانون على المصادر التشريعية فقط يرجع إلى أن الغالبية العظمى من القواعد تنشأ عن طريق التشريع الذي أعطى للقانون هذا المعنى.

1 عليوة مصطفى فتح الباب، كتاب الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات، سنة النشر 2012، الجزء الثاني، ص 1124.

2 حلبي الحجار، مرجع سابق، ص 276.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

لذا فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق إلى أن لفظة القانون تشمل قواعد العدالة والعرف أيضا على سبيل المثال القرار التمييزي المرقم 2086/ح/956 في 26/2/1956 و 2079/ح/1956 في 12/1/1957¹.

ويعد النص التشريعي من أهم مصادر القانون ومن ثم الحكم القضائي في النظم القانونية الحديثة التي تأخذ بمبدأ التشريع (النص المكتوب) وعلى رأس تلك النظم الحديثة النظام القانوني الفرنسي إلا أن ذلك لا يعني أن النظم القانونية الأخرى التي لا تأخذ بالتشريع (النص المكتوب) كمصدر أساس من مصادر القانون قد أهملته بل تعده مصدرا إلى جانب مصادر القانون الأخرى.

إذ أن النظام القانوني الانكليزي الذي يعد النموذج الأبرز للنظم القانونية التي تأخذ بالسوابق القضائية كمصدر من مصادر القانون نجد أن أكثر القوانين الحديثة منذ بداية القرن التاسع عشر ولحد الآن أخذت صورة الوثيقة المكتوبة الصادرة من البرلمان في صيغ تشريع².

والتشريع (النص المكتوب) لكي يكون مصدرا من مصادر القانون يجب أن يمر بمراحل تكسبه صفة التشريع الإلزامي منها أن يكون مشرعا من قبل جهة مخولة بالتشريع تسمى بالسلطة التشريعية وتكون ممثلة في النظم السياسية الحديثة بالبرلمان أو مجلس النواب³ كما يجب إصداره والمصادقة عليه من قبل رئيس السلطة العليا في البلاد ممثلا برئيس الجمهورية في الدول التي تأخذ بالنظام الجمهوري كنظام سياسي لها⁴ ورئيس السلطة العليا للبلاد في النظم السياسية الأخرى كما يجب نشره في الجريدة الرسمية لكي يكون ملزما للآخرين⁵.

ولكثرة النصوص التشريعية التي تتضمنها القوانين المختلفة ولاختلاف الفترات الزمنية التي يتم تشريع تلك القوانين فيها فقد يحصل تعارض بين تلك النصوص التشريعية ويسمى شرح القانون ذلك التعارض بتنازع القوانين على أن التنازع بين القوانين (التشريعات) قد لا ينحصر ضمن نطاق التشريعات الوطنية (الداخلية) بل قد يمتد إلى القوانين النافذة في البلاد الأخرى إذ أن التعاملات المالية وغير المالية

1 عبد الرحمن العلام، قواعد المرافعات العراقي، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر، بغداد، 1962، الجزء الثاني، ص 458-461.

2 مجيد حميد العنبيكي، مرجع سابق، ص 30.

3 نصت المادة (61) من دستور العراق الدائم لسنة 2005 على ما يأتي: "يختص مجلس النواب بما يأتي: أولا-تشريع القوانين الاتحادية.

4 نصت المادة (73) من دستور جمهورية العراق الدائم لسنة 2005 على ما يلي: يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات التالية: ثالثا: يصادق ويصدر القوانين التي يسنها النواب.

5 تنص المادة الأولى من قانون النشر في الجريدة الرسمية المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 2594 في 20/6/1977 والمعدلة بموجب قانون التعديل الأول رقم (34) لسنة 2007 والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4047 في 30/08/2007.

للأفراد قد تجري خارج حدود بلادهم الأصلية أو أن آثار تلك التعاملات قد تمتد إلى خارج حدود تلك البلاد والتنازع بين التشريعات الوطنية قد يكون بين النصوص التشريعية في مرتبة واحدة أي النصوص التشريعية الاعتيادية وقد يكون بين نص تشريعي اعتيادي وبين نص أعلى مرتبة منه (نص دستوري)، أو بين نص تشريعي أصلي ونص تشريعي فرعي (الأنظمة والتعليمات) والذي يحكمه مبدأ التدرج التشريعي، بل قد يكون النص التشريعي الاعتيادي مخالفاً لنص دستوري وهو ما يحكمه مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وعلى اختلاف في التفصيل بين النظم القانونية الحديثة لذا سوف نتطرق في المطالب القادمة إلى تنازع القوانين من حيث الزمان ثم تنازع القوانين من حيث المكان ومن ثم إلى التعارض الموضوعي بين النصوص التشريعية ومسألة تعارض الأدلة عند الأصوليين.

المطلب الثاني: التنازع بين القوانين (النصوص التشريعية) من حيث الزمان والمكان وموقف الفقه الإسلامي منه

نتناول في هذا المطلب مسألة تحتل مكانة خاصة من بين مسائل القانون إذ هي تتعلق بسريان القوانين (النصوص التشريعية) من حيث الزمان والمكان ألا وهي مسألة تنازع النصوص التشريعية من حيث الزمان والمكان وموقف التشريعات منه إذ جرى تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع، بحثنا في الفرع الأول التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان، وفي الفرع الثاني التنازع من حيث المكان، أما المطلب الثالث فقد جرى تخصيصه لبيان رأي الفقهاء المسلمين في مسألة التنازع بين النصوص من حيث الزمان والمكان.

الفرع الأول: التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان

تعد مسألة تحديد أثر القانون في الزمان من أعقد المشاكل التي تثور بصدد تطبيقه ويرجع ذلك بوجه خاص إلى أن الوقائع أو التصرفات القانونية لا تتم وتنتهي آثارها في لحظة واحدة وإنما قد تستمر آثارها فترة من الزمن، فتكون تلك الآثار المستمرة محل تنازع بين قانونين القانون القديم الذي نشأ التصرف في ظله والقانون الجديد الذي استمرت آثار ذلك التصرف في ظله أيضاً¹، إذ أن الخصومة بطبيعتها باعتبارها متكونة من أعمال متتابعة زمنياً تمتد عادة لبعض الوقت مما يجعل احتمال صدور تشريع جديد قبل انتهائها أمراً كثير الوقوع، وعند صدور تشريع جديد فإن هذا التشريع يجد نفسه أمام ثلاثة أنواع من الخصومات:

1- مالك دوهان الحسن، مرجع سابق، ص431.

أولاً: خصومات سابقة

وهذه ليس للتشريع الجدي أي سريان عليها فجميع الأعمال التي تمت فيها وأثار هذه الأعمال تبقى خاضعة للتشريع القديم، فإذا صدر تشريع جديد يغير من طريقة رفع الدعوى أو يمنع قبول ادلة معينة أو يحرم حكماً معيناً من حجية أو يلغي طريقاً من طرق التنفيذ فإن هذا التشريع لا يسري على الخصومة التي انقضت ولا يبطل طريق التنفيذ الذي تم.

ثانياً: خصومات مستقبلية

لم تكن قد بدأت عند صدور التشريع الجديد وهذه تخضع على التفصيل الآتي:

أ- الحق في طريق معين للحماية القضائية:

ويخضع للقانون النافذ وقت ممارسته بمعنى أنه لا يمكن استعماله إلا إذا كان القانون الساري وقت بدء الخصومة يعترف به فإذا ألغى التشريع الجديد طريق حماية قضائية بواسطة خصومة معينة أو بواسطة طريق تنفيذ معين زال تبعاً لذلك الحق في الحصول على الحماية القضائية بواسطة هذا الطريق ولو كان هذا الحق قد نشأ قبل التشريع الجديد فإذا صدر تشريع جديد يمنع حبس المدين عن دين النفقة فلا تستطيع الزوجة الدائنة بالنفقة طلب حبس المدين ولو كان دينها بالنفقة قد نشأ أو صدر حكم به قبل هذا التشريع.

ب- إجراءات الخصومة:

تخضع إجراءات الخصومة للتشريع الجديد السابق على بدئها ويشمل ذلك ما يتعلق بالمطالبة القضائية وتحديد المحكمة المختصة بها وشروط الأهلية اللازمة في الخصم والدفع والطلبات وواجبات الخصوم وشكل الأعمال الإجرائية وأثارها المختلفة، والعبرة هنا بصدور التشريع قبل بدء الخصومة على أن التشريع الجديد يجب أن يحترم الأعمال القانونية التي تمت قبله.

ج- أدلة الإثبات:

يثير سريان القانون من حيث الزمان مشكلة بالنسبة للإثبات إذا صدر القانون في الفترة بين الواقعة محل الإثبات وبدء الخصومة فبالنسبة للقواعد الإجرائية أي القواعد التي تنظم كيفية تقديم

أدلة الإثبات أمام القضاء يسري القانون الجديد النافذ قبل اتخاذ هذه الإجراءات ولو كانت الواقعة السابقة محل الإثبات قد تمت في ظل قانون سابق. ولكن تثور المشكلة بالنسبة لقبول الدليل وقوته في الإثبات، لأنه إذا قيل بخضوعه للتشريع الجديد الساري عند تقديم الدليل للقاضي فإن هذا يؤدي إلى الإضرار بمصالح الخصوم ذلك أنه قد يحدث أن يجيز القانون إثبات واقعة معينة بالبيننة فيتصرف الأفراد على هذا الأساس مكتفين بإبرام التصرف أمام شهود، فإذا صدر قانونه جديد يوجب إثبات التصرف بالكتابة فمن غير المعقول مطالبة هؤلاء بكتابة لم يعدها سلفاً عند إبرام التصرف لذا ينبغي التمييز بين الأدلة التي تعد بطبيعتها مقدما عند القيام بالتصرف أو العمل القانوني مثل الكتابة فهذه يجب إخضاعها للقانون السري وقت تكوين العمل أو التصرف القانوني.

أما الأدلة التي لا تعد بطبيعتها مقدما وهذه الأدلة هي المتعلقة بإثبات واقعة قانونية فالوقائع لأنها ليست أعمالاً ترمي الإدارة إلى إحداث آثارها القانونية فإن أدلتها لا يتصور أنها تعد مقدما ولهذا تخضع للقانون الساري وقت تقديم الدليل.

ثالثاً- الخصومات القائمة

تخضع الإجراءات التي تمت قبل صدوره للتشريع الذي تمت في ظله أما الإجراءات اللاحقة فتخضع للتشريع الجديد¹.

ونظراً لأهمية مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي وخطورته فقد نصت الكثير من دساتير الدول على هذا المبدأ²، وقد أورد فقهاء القانون استثناءات على مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي.

وقد تضمنت التقنيات الحديثة تلك الاستثناءات وهي النص الصريح من قبل المشرع على سريان القانون الجديد بأثر رجعي³، وكذلك التصرفات المتعلقة بالنظام العام والقوانين التفسيرية، وفقد انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين نظرية عدم سريان القانون الجديد بأثر رجعي إذ اعتبروها غير وافية لوحدها لتفسير ومعالجة كافة حالات سريان القانون من حيث الزمان وضربوا لذلك مثلاً وهو حالة التقادم الطويل، فإذا صدر قانون جديد يعدل من فترة التقادم ليجعلها أطول أو أقصر من المدة المنصوص عليها

1 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 15-18.

2 نصت المادة (19) فقرة تاسعا من الدستور العراقي لسنة 2005 على ما يلي: "ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم".

3 نص البند ه من الفقرة أولاً من المادة (3) من قانون هيئة دعاوى الملكية لسنة 2010 على ما يلي: القرارات التي انتزعت ملكيتها بموجب أوامر النظام السابق.

في القانون القديم فإن مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي يعالج الفترة المنقضية من مدة التقادم قبل سريان القانون الجديد، إلا أن المبدأ نفسه غير قادر على معالجة المدة التالية على صدور القانون الجديد إذ لا أم مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي قاصر عن تحديد الموقف القانوني للمدة التالية على صدور القانون الجديد لذا فقد دعا بعض الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم الفقهاء كل من دي فاريلسومير وروبير وبلائيول وكولان وكابتيان إلى تبني نظرية جديدة لحل إشكالية سريان القانون من حيث الزمان¹.

حيث أن الفقيه الفرنسي فاريلسومير هو أول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه في مقال له في المجلة الانتقادية سنة 1893 بعنوان (نظرية جديدة في رجعية القوانين)² والنظرية التي دعا إليها هؤلاء الفقهاء هي نظرية الأثر المباشر للقانون وحسب رأي أصحاب نظرية الأثر المباشر للقانون.

إذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد فإنه يسري على كل كمن لم يبلغ سن الرشد بموجبه وحتى متى كان بالغاً سن الرشد بموجب القانون القديم فإنه يعود قاصراً إلى أن يبلغ سن الرشد المقرر في القانون الجديد، وأصحاب هذه النظرية لا يعترضون على النتيجة التي وصل إليها هؤلاء الكتاب بل اعتراضهم ينصب على الخلط بين فكرة رجعية القانون وفكرة الأثر المباشر له فالقانون الذي يرفع سن الرشد إذا سرى على الأشخاص من الذين بلغوا سن الرشد قبل نفاذه فإن مرد ذلك أنه يسري بأثر مباشر لا أنى يسري بأثر رجعي فهذا القانون يعيد الشخص ناقص الأهلية وإن كان كاملها حسب القانون القديم بحكم أثره المباشر فهو يعده كذلك ابتداء من نفاذه ولا يتعرض إلى تصرفاته السابقة في ظل القانون القديم إذ يعد تلك التصرفات قد وقعت من شخص كامل الأهلية³ لذا يذهب أصحاب النظرية الحديثة إلى الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد إلى جانب مبدأ عدم رجعية القانون بأثر رجعي وذلك لتشمل كل حالات سريان القانون من حيث الزمان وفيما يتعلق بالفترة الانتقالية لنفاذ القانون الجديد فإن المشرع يضع عند صدور قانون معين أحكاماً انتقالية لعلاج ما قد يثور من تنازع من شأنه تطبيق أحكام هذا القانون.

وإذا سكت المشرع عن إيراد مثل هذه الأحكام الانتقالية ولم يكن هناك نص يبين حل التنازع في المسألة المعروضة وقعت على عاتق القاضي مهمة الاجتهاد للوصول إلى حل يطبقه⁴.

1 فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 98.

2 عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 230.

3 مالك دوهان، مرجع سابق، ص 439.

4 عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 223.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وقد تعلق الأمر بالجانب الإجرائي فقد نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وفي الباب الثاني من الكتاب الخامس منه على أحكام انتقالية وتكميلية إذ نصت المادة 319 مرافعات على ما يلي:

"تسري أحكام هذا القانون على الدعاوى القائمة قبل تنفيذه من المرحلة التي وصلت إليها¹.

كما نصت المادة (320) على ما يلي "الأحكام الصادرة قبل تنفيذ هذا القانون يرمى فيها المدد المقررة للطعن في الأحكام بموجب القانون السابق".

ونصت المادة (321) منه على ما يلي "على المحاكم عند العمل بهذا القانون أن تحيل بدون رسوم ومن تلقاء نفسها الدعاوى التي لم تعد من اختصاصها إلى المحكمة المختصة بها بموجب هذا القانون وذلك بالحالة التي تكون عليها، وعلى المحكمة المحال عليها الدعوى أن تنظرها من النقطة التي وصلت إليها وفق هذا القانون ويستثنى من ذلك القضايا التي قررت المحكمة ختام المرافعة فيها".

وقد أخذ المشرع العراقي في النصوص المتقدمة بمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي إلا أنه في الوقت نفسه أخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد حيث قضت المادة (319) المتقدم ذكرها بأن تخضع الدعاوى القائمة قبل تنفيذ الجديد إلى هذا القانون من النقطة التي وصلت إليها قفي ظل القانون القديم².

وقد تناول القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان في المواد (10-12) منه حيث نصت المادة (10) على ما يلي: "لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك، أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب".

كما نصت المادة (11) منه على ما يلي: 1- "النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص من الذين تطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص. 2- فإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر على تصرفاته السابقة".

1 نظمت الأحكام الانتقالية المادتين الثانية والثالثة من القانون رقم (13) لسنة 1968 بإصدار قوانين المرافعات المدنية والتجارية المصري.
2- مالك دوهان، مرجع سابق، ص ص 460-461، القرار منشور في كتاب الأستاذ عبد الرحمن العلام الموسوم ب شرح قانون المرافعات المدنية، ج4، ص715.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

كما نصت المادة (12) منه على ما يلي: 1- "النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل: ولكن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة. 2- إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك، لكن إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد فإن التقادم يتم بانتهاء هذا الباقي".

وقد ضرب المشرع في القانون المدني العراقي أمثلة على النظام العام في المادة (130) منه والذي ينص على: "2- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

لقد أشارت المادة المتقدمة إلى بعض حالات النظام العام على سبيل المثال وأن حالات النظام العام المتقدمة أما تكون متعلقة بالحل والحرمة كقضايا الأحوال الشخصية من قبيل الزواج والطلاق والميراث، أو متعلقة بمال الوقف واليتيم أو متعلقة بأموال الدولة ذلك أن الأحكام المتعلقة بالتصرف بأموال الدولة من قبيل البيع أو التأجير من النظام العام والتصرف في أموال الدولة يجب أن يتم وفقاً للقانون الذي يرسم طريق التصرف وبعبكسه يعد التصرف مخالفاً للنظام العام ومن ثم مخالفاً للقانون¹.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع العراقي قد أخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون في المادة (11) منه والمتعلقة بأحكام الأهلية².

كما أخضع المشرع العراقي الدعاوى التي لم يتم الفصل فيها وقت نفاذ القانون الجديد إلى هذا القانون عند تغيير القانون الجديد لقواعد الاختصاص وهذا تقرير لمبدأ الأثر المباشر لقانون المرافعات. وفيما يتعلق بأدلة الإثبات فقد نص قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 في المادة (12) منه على ما يلي: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه إعداده"، وهذا يعني أن المشرع العراقي فيما يتعلق بأدلة الإثبات المعدة

1 علاء صبري التميمي ، نشر وتوزيع مكتبة صباح بغداد، شباط 2009، ص 114.

2 محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج 1، ص 47.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

سلفاً وهي الأدلة المتعلقة بإثبات التصرفات القانونية قد أخذ بمبدأ رجعية القانون على تلك الأدلة وهذا يعني أنه تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي استطاع أو ينبغي فيه إعداده م (13 مدني) المادة (12) إثبات حالي".

أما الواقعة القانونية فتسري عليها أحكام القانون لنافذ وقت حدوثها¹.

الفرع الثاني:التنازع بين النصوص التشريعية من حيث المكان

الأصل في سريان القانون من حيث المكان هو الإقليمية أي أن السلطة التشريعية في بلد ما عندما تشرع قانوناً معيناً ويأخذ ذلك التشريع الشكلية المنصوص عليها في ال دستور فإن الأصل في ذلك القانون هو السريان ضمن الحدود الإقليمية لذلك البلد ومن ناحية أخرى فإن القانون الوطني هو الذي يسري في ذلك البلد إلا أن اعتبارات المصالح المشتركة للدول قد تقضي أحياناً وفي حدود معينة سريان القانون الأجنبي على أراضيها وتختلف التشريعات الحديثة² في مدى قبولها لسريان نصوص القانون الأجنبي على أراضيها بحسب النظرية التي تؤمن بها².

تقسم قواعد التنازع من حيث المكان إلى القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي والقواعد المتعلقة بالاختصاص التشريعي وهي التي يسميها القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين وقد نص القانون المدني العراقي على قواعد الاختصاص القضائي في المواد (14-15-16) بينما نص على الاختصاص التشريعي في المواد من (17-33).

حيث نصت المادة (14) من القانون المدني العراقي على ما يلي:"يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج".

كما نصت المادة (15) منه على ما يلي:"يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال التالية:أ-إذا وجد في العراق.ب-إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بمقدار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.ج-إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

1- محمدعلي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج1، ص100.

2- فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص139.

كما نصت المادة (16):1- "لا تكون الأحكام الصادرة من محاكم أجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلا إذا اعتبرت كذلك وفقا للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا الشأن"¹.

أما الاختصاص التشريعي فقد تناولت المواد (17-33) من القانون المدني حيث تناولنا المادة (17) من القانون المدني التصرفات أو العلاقات المالية، حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي: "القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع من العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها.

2- ومع ذلك القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقارا أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء ويسمى فقهاء القانون القواعد التي تتولى تكييف حالات تنازع القوانين بقواعد الإسناد والتي ترشد القاضي إلى أي من القوانين يجب تطبيقه عندما يحدث تنازع بين تلك القوانين بشأن التصرف القانوني وأن الاختصاص التشريعي الذي يتضمن قواعد الإسناد ويأتي دورها بعد قواعد الاختصاص القضائي أي أن محكمة الموضوع بعد أن تتأكد من اختصاصها الوظيفي في نظر القضية المتضمنة عنصراً أجنبياً تنتقل بعد الانتهاء من موضوع اختصاصها القضائي إلى موضوع قواعد الإسناد لمعرفة القانون التطبيقية وهو القانون الوطني أو القانون الأجنبي أما المادة (18) من القانون المدني العراقي فقد نصت على: "1- الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. 2- ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر يتبينه فإن الأجنبي يعتبر في هذا كامل الأهلية".

فإن الفقرة الأولى تضمنت قاعدة عامة وهي أن الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته إلا أن الفقرة الثانية تضمنت استثناء وهو أن أحد طرفي العقد المبرم في العراق والمنفذ فيه أيضاً إذا كان أجنبياً ناقص الأهلية وكان سبب نقص الأهلية مما لا يمكن معرفته بسهولة من قبل الطرف الآخر، فإن ذلك الأجنبي يعتبر كامل الأهلية في ذلك التصرف، وقد أراد المشرع العراقي إضفاء الحماية القانونية على الطرف الآخر وخاصة عندما يكون عراقياً إذ قد يستعمل الأجنبي نقص أهليته للتحايل على القانون ومن ثم إلحاق الضرر بالطرف الآخر عندما تحكمه بنقص أهليته، إذ تنص بعض القوانين الأجنبية على سن الأهلية أعلى من ذلك المقرر بموجب القانون العراقي كأن يكون سن الأهلية بموجب ذلك القانون هو 25 سنة بدلا من 18 سنة، كما أن الأهلية وبموجب أحكام المادة (130) من

1- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج1، ص ص 119-120.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

القانون المدني العراقي تعد من النظام العام، كما أن المادة (32) من القانون المدني قد نصت على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق"، أما الوقائع القانونية فقد نصت المادة (27) من القانون المدني على: 1- الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام. 2- على أن لا تسري أحكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق والتي عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

وقد نظم المشرع المصري في القانون المدني أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان في المواد من (6-9) من القانون المذكور.

أما تنازع القوانين من حيث المكان فقد نظم أحكامه القانون المدني المصري في المواد من (10-28) منه.

وهي نفس المبادئ التي ذكرناها بخصوص القانون المدني العراقي، وقد أخذ المشرع المصري في أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان بمبدأي الأثر المباشر وعدم رجعية القانون الجديد معاً حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية ما نصه "والأصل في القانون أن يسري بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها أثارها أو في انقضائها وهو لا يسري على الماضي فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقيق سببها قبل نفاذ القانون الجديد تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظلّه، أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الزمان فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظلّه في حين يحكم القانون الجديد العناصر التي تتم بعد نفاذه"¹.

أما فيما يتعلق بالتنازع بين القوانين من حيث المكان فإن المشرع في القانون المدني المصري قد أخذ بنظرية المصلحة الوطنية حيث تنص المادة (14) من القانون المذكور على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون المصري وحده، فيما عدا شرط الأهلية للزواج".

وتطبيقاً للمبدأ المذكور جاء في قرار محكمة النقض المصرية بالعدد (الطعن رقم 17-سنة 28 ق- جلسة 1960/11/17 -س11-ج3-ص583) على أنه "إذا كان النزاع المطروح دائراً بين زوج إيطالي وزوجة مصرية فتحكمه المادة (14) من القانون المدني ويكون القانون المصري هو الواجب التطبيق، فإذا كان

1 أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص69.

الزوج يهودي الديانة وكانت الزوجة مسيحية كاثوليكية فإن القانون المصري الواجب التطبيق هو القانون الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية صاحبة الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية.

وهذا القانون هو ما بينته المادة (280) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي نصت على أن تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص عليها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد، ولما كانت المادة (99) من اللائحة قد نصت في فقرتها الأخيرة على حكم من الأحكام الواجبة التطبيق يقضي بأن لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق وكان الثابت في الدعوى أن الزوجة مسيحية كاثوليكية لا تدين بوقوع الطلاق فإن دعوى طلاق زوجها إياها غير مسموعة ولا يترتب على الطلاق آثار ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى بخلاف ذلك وذهب إلى أن المادة (99) من لائحته ترتيب المحاكم الشرعية غير منطبقة قد خالف القانون بما يستوجب نقضه¹.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من مسألة التنازع بين النصوص التشريعية

تنقسم الأحكام الشرعية في الإسلام إلى قسمين رئيسيين القسم الأول ويشمل الأحكام الكلية الثابتة والتي لا تتغير بتغير الزمان وهي تكون عادة متعلقة بمسائل العبادات كالحج والصلاة والصوم وغيرها من العبادات، أو متعلقة بمسائل الحل والحرمة كمسائل الزواج والطلاق وتستند الأحكام المتقدمة إلى الحديث المروي عن الرسول ﷺ "حلال محمد حلال إلى يوم القيامة وحرامه حرام إلى يوم القيامة"، ذلك أن بعض الأحكام الكلية المتعلقة بالحل والحرمة لا يمكن أن تتقلب في يوم من الأيام بحيث تصبح حلالاً مثلاً بعد إن كانت حراماً فربما الجاهلية التي نص القرآن الكريم على تحريمه لا يمكن أن يكون في يوم من الأيام حلالاً وهكذا الزواج بأكثر من أربع زوجات مع قيام الزوجية بهن جميعاً.

أما القسم الثاني فيشمل الأحكام التي قد تتغير بتغير الزمان والمكان، أما بتغيير موضوعها²، أو لأنها تقع في المجال أو المنطقة التي تنظم شؤون المجتمع، وقد أطلق بعض الفقهاء المعاصرين على المنطقة التي تقع فيها التشريعات المتعلقة بشؤون المجتمع (منطقة الفراغ التشريعي)³.

1- أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 102.

2- سليم رستم باز، مرجع سابق ص 36.

3- مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 312.

ويعرف بعض الباحثين المعاصرين منطقة الفراغ التشريعي بأنها (المساحة المرنة من الشريعة الإسلامية التي ترك لولي الأمر إجراء الأحكام وتطبيقها فيها وفقا للمصلحة وبحسب مقتضيات الزمان والمكان وفي ضوء المبادئ العامة والقواعد الكلية للشريعة عند فقد الأدلة الخاصة المعتبرة لاستنباط الحكم الشرعي¹).

وهناك العديد من القضايا التي يمكن ضرب المثل بها وإدخالها في نطاق الأمور المجهولة التي لم يرد في الشرع عنوان خاصا أو عاما من قبيل علوم البيئة ومسائلها (الفضاء الخارجي، سطح الأرض وجوفها والمياه والبحار) وأحكامها لجهة تصرف الإنسان فيها بالتجارب النووية المخلة بالتوازن الطبيعي.

وأحكام القضايا الناتجة عن تطور علوم الفيزياء والكيمياء والهندسة بمجالاتها وفروعها وما نتج عن ذلك من تطور هائل في صناعة الأسلحة ومنها قضايا النسل وتحديده وتنظيمه والنمو السكاني ومشاكل الفقر والجوع التي يعاني منها بعض سكان العالم فجميع هذه الأمور وغيرها من القضايا في مجالات جديدة من مجالات الفراغ التشريعي التي لم ترد فيها نصوص تشريعية خاصة، وقواعد تشريعية عامة وزن عملية الاجتهاد والاستنباط في مجال الفراغ التشريعي التي تنتج الأحكام التدريجية في مجالات التنظيم والعلاقات والإدارة العامة في المجتمع تقوم على الأسس والأصول العامة للاستنباط وممنهجة بالنسبة إلى الأحكام الشرعية الإلهية التي يعبر عنها بالفتوى كما تخضع بهذه الأسس والمنهج عملية الاجتهاد والاستنباط في مجال القضاء وفصل الخصومات التي تنتج (الأحكام القضائية) في الدعاوى بين المتخاصمين².

وحيث تبين من خلال العرض المتقدم أن الأحكام المتعلقة ببعض شؤون المجتمع يمكن تصور وقوع التغيير فيها طالما أنها تتعلق بالجوانب التنظيمية والإدارية للمجتمع لذا يمكن تصور حالة تنازع القانون من حيث الزمان أي بين القانون القديم والقانون الجديد الذي يصدره ولي الأمر أو السلطة التشريعية في الدولة الإسلامية والقانون القديم الذي تم إلغاؤه.

والأصل في القانون الجديد هو علم السريان بأثر رجعي وذلك لأمر منها:

1- جواد أحمد الهادلي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة أهل البيت، النجف الأشرف، 2013، ص 149.

2- كمال الحيدري، معالم التجديد الفقهي، مرجع سابق، ص 136.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

أولاً: أن سريان القانون إلى ما قبل صدوره يوجب اضطراب القانون وضعفه إذ أن الناس ينظرون إلى القانون حينئذ نظر شك وريبة، لأنهم لا يعلمون هل يبقى القانون السابق أو لا يبقى ومن جهة خوفهم تعدي مفعول القانون اللاحق إلى الزمن السابق أيضاً.

الثاني: أن السريان خلاف العدل إذ أن من الظلم أن يعاقب المشرع للقانون على أعمال كانت من قبل مباحة-مثلاً أو يعاقب بعقوبة شديدة بعد القانون بينما كانت العقوبة قبل ذلك ضعيفة، فلو كان القانون السابق قد قرر في بيع السلاح لأعداء المسلمين عقوبة شهر من السجن ثم جاءت الحرب وقرر القانون بأن العقوبة فيه سنة من السجن فهل يصح أن يسجن مدة سنة من باع قبل الحرب بشهر أو سنة؟ إنه خلاف العدل الذي يقول لا يجزى إنسان بأكثر من جزائه العادي .

الثالث: إن القانون الثانوي إذا وضع لتحديد الحلية والحرية فإنه يكون بطبيعته لاحقاً على القانون الأولي القائل بإطلاق الحلية والحرية وذلك لأن مقتضى الأصل الأولي أن يكون لكل إنسان الحرية في أن يعمل ما لا يخالف الشريعة وأن يحل له ما لم يمنع منه الشريعة فإن كان للقانون أثر رجعي لم يبق لهذين الأصلين (الحرية والحلية) ضمان حين يعلم أن من حق للمشرع الإبطال والعقاب عم ما سلف فيكون عدم السرية حينئذ من ضمانات الحلية والحرية.

الرابع: إن السريان (بأثر رجعي) هو خلاف الشريعة .

الخامس: إن ما يستفاد من دليل (الجب) هو عدم السريان، وقد عمل به الإمام علي عليه السلام اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك حين خلافته إذ لم يؤاخذ الناس عما ارتكبهوه قبل خلافته من المخالفات، إلا أن أصل عدم رجعية القانون بأثر رجعي ترد عليه استثناءات منها حالة ما إذا نص المشرع الإسلامي بنص صريح على سريان القانون الإسلامي وبأثر رجعي وذلك لما يراه من المصلحة الداخلة تحت قانون الأهم ثم المهم أو قاعدة لا ضرر أو ما إذا كان القانون الجديد هو تفسير للقانون القديم أو حالة ما إذا كشف المشرع عدم كفاية القانون السابق في تحقيق المراد منه¹، هذا فيما يتعلق بسريان القانون من حيث الزمان.

أما السريان من حيث المكان فإن الفقهاء المسلمين قد أجمعوا على أن القانون الإسلامي هو الذي يطبق في بلاد الإسلام سواء كان طرفي الخصومة هما من نفس البلد (الدولة) أو من بلدين مختلفين أي أن القانون الإسلامي هو الذي يطبق في البلاد الإسلامية على جميع المتخاصمين سواء كانوا وطنيين أو أجنب مسلمين أو غير مسلمين وذلك للعديد من الآيات القرآنية التي تحوي ذلك المعنى، إذ أن الشريعة الإسلامية

1- محمد الحسيني الشيرازي، فقه القانون، ط سنة 2006، دار العلقلي للطباعة والنشر، كربلاء، العراق، ص354 وما بعدها.

لا تعرف مبدأ التنزع في القوانين من حيث المكان إذ أن القوانين الوضعية تضع قواعد إسناد داخلية لتدل على القانون الواجب التطبيق لحكم قضايا رعاياها في بعض المسائل ذات العنصر الديني إذا كانت الدولة تتعدد فيها القوانين بسبب اختلاف الدين بين المواطنين وأن السبب في مسلك الفقهاء المسلمين المتقدم ذكره هو أنهم عالجوا قضايا غير المسلمين بقواعد موضوعية وأحكام تفصيلية وليس وضع قواعد إسناد وأن تعليل رفض الشريعة الإسلامية لنظرية الإحالة هو أن الشريعة الإسلامية شريعة إلهية أنزلها الله تعالى لتكون شريعة للبشر عموماً ويلزم تطبيقها على الجميع كلما أمكن التطبيق وحيث أن تطبيقها في الإسلام ممكن لأن الولاية للإسلام وأهله فيجب تطبيقها عن جميع من في دار الإسلام مسلمين أو غير مسلمين¹.

إلا أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين لا يعني أنهم يجبرون على تطبيق أحكام شريعة غير شريعتهم إذ أن القاعدة تقتضي صحة معاملاتهم من عقود وإيقاعات وغيرها والتي أجروها طبقاً لشريعتهم طالما لم يحصل نزاع بشأن تلك المعاملات أما إذا تحاكموا عند القاضي المسلم يجب أن يحكم عليه بحكم الإسلام في جميع الحالات كما تقتضيه عموم الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الحكم بالحق والعدل².

المبحث الثاني:

التعارض بين النصوص التشريعية وموقف الفقه الإسلامي منه

الأصل في النص التشريعي هو سريانه على التصرفات والوقائع المشمولة بأحكامه إذ أن النص التشريعي يدخل حيز التنفيذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو من تاريخ آخر يحدده القانون الذي تضمن نشر النص التشريعي لذا فإن القاضي ملزم بتطبيق النص التشريعي منذ دخوله حيز التنفيذ.

1- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 252 وما بعدها.
2 الشيخ محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق، ج 6، مؤسسة أنصاريان للطباعة والنشر، قم، إيران، ص 69.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

إلا أن تطبيق النص التشريعي قد يعتره بعض العقبات الظاهرية التي تبدو للوهلة الأولى أنها مانعة من تطبيق النص لذا فإن على القاضي أن يرفع ذلك التعارض الظاهري وفقا لطرق الرفع التي أشار إليها علماء أصول الفقه.

ابتداء ينبغي التمييز بين التعارض بين النصوص التشريعية وبين مبدأ تدرج النص التشريعي إذ أن هذا التمييز جوهري لتحقيق التعارض بين النصوص التشريعية.

إذ أن النص التشريعي شأنه شأن الدليل الشرعي سواء أكان لفظيا أم عقليا ولكي يتحقق التعارض فيه فإن النصين اللذين يتحقق التعارض بينهما يجب أن يكونا في مرتبة واحدة من حيث القوة التشريعية وإلا فإن النص التشريعي الأعلى مرتبة هو الذي يطبق عند التعارض الظاهري كما لو وقع التعارض بين نص تشريعي في القانون الاعتيادي وبين نص آخر من القانون الدستوري، ففي هذه الحالة لا يتحقق التعارض بين النصين: لأنهما ليسا في مرتبة واحدة من حيث القوة التشريعية، ذلك أن النص التشريعي الدستوري هو أعلى مرتبة من النص التشريعي الاعتيادي من حيث التدرج التشريعي.

كما أن النص التشريعي الاعتيادي يقدم على الأنظمة والتعليمات عند التطبيق باعتباره أعلى مرتبة من حيث التدرج التشريعي.

وقد جرى تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول مبدأ التدرج التشريعي، وفي المطلب الثاني التعارض بين النصوص التشريعية من حيث الموضوع، أما المطلب الثالث فقد خصصناه لمبحث مسألة التعارض بين الأدلة عند الأصوليين.

المطلب الأول: مبدأ التدرج التشريعي

الأصل في التشريع أن تصدره السلطة المخولة بإصداره وهي السلطة التشريعية إذ أن التشريع هو سن القانون بواسطة التشريعية في البلاد أي كانت تلك السلطة فردا دكتاتوريا أو مجلسا منتخبا أو مجلسين سواء شارك في ذلك رئيس الدولة أو جميع أفراد الشعب¹.

والوضع السائد في النظم الديمقراطية الحديثة في الوقت الحاضر هو أن يتولى مجلس النواب (البرلمان) إصدار التشريعات بناء على مشروع أو مقترح من الجهة المخولة قانونا بذلك²، ويتدرج التشريع

1 فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 65.

2 نص الفقرة الثانية من المادة (60) من الدستور العراقي لسنة 2005.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

من حيث قوته الملزمة فنجدّه على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي التشريع الدستوري ولتشريع العادي والتشريع الفرعي ويحتل التشريع الدستوري المرتبة العليا ويليه التشريع العادي من حيث القوة، أما التشريع الفرعي فيحتل المرتبة الثالثة¹.

والتشريع الأصلي ويسمى أحيانا بالتشريع العادي أو البرلماني وهو المعنى الشائع للتشريع إذا ما أطلق القول ولم يوصف بوصف من الأوصاف أما التشريع الفرعي ويراد به وضع القواعد القانونية من قبل السلطة التنفيذية أما بتحويل من السلطة التشريعية كما هو الحال في إصدار الأنظمة أو نيابة عنها عند حدوث بعض الضرورات كما هو الحال في تشريع المراسيم² ويطلق على المراسيم في فرنسا اسم تشريعات الأمر الواقع.

وفي لبنان تسمى ب (المراسيم الاشتراعية)³ ويضم التشريع الفرعي في العراق أنواعا ثلاثة هي الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية ويقصد بالنظام التشريع الذي تضعه السلطة التنفيذية لتسيير تنفيذ القانون الصادر من السلطة التشريعية ويشتمل على القواعد التفصيلية التي توضح ما في القانون من اقتضاب وما يقتضيه التطبيق من إجراء والحكمة في تحويل السلطة التنفيذية حق وضعه مزدوجة هي تخفيف الأعباء عن كاهل السلطة التشريعية كي لا تشغل نفسها بتشريعات ثانوية وإلغاء مهمة تنفيذ القانون في دقائقه على عاتق سلطة أكثر التصاقا بالجمهور من السلطة التشريعية.

أما التعليمات فتشريع فرعي يقصد به تيسير تطبيق قانون نافذ أو نظام صادر وتوضع التعليمات من قبل جهة رسمية أو وزارة أو جهة أخرى حولها القانون أو النظام بالنص الصريح بإصدار التعليمات اللازمة لتفصيل المجمع من أحكام ولبيان الضروري من الإجراءات في تطبيقه عليه فإن التعليمات هي أضعف قوة من النظام.

وأما النظام الداخلي فيراد به التشريع الذي يصدر استنادا إلى نص تضمن قانون صدر لينشئ أو يحكم مؤسسة ما يخول مجلس إدارة المؤسسة رسمية كانت أو شبه رسمية حق إصداره لتنظيم كيانها فيتولى النظام الداخلي تحديد أغراض المؤسسة وبيان تشكيلاتها وتنظيم ميزات وملاكها وصلاحياتها⁴.

1 عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص88.

2 عبد الرحمن البزاز، مرجع سابق، ص176.

3 علي الحجار، مرجع سابق، ص 316 وما بعدها.

4 عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص96.

والمبدأ العام الذي يحكم التدرج التشريعي هو أن التشريع الأدنى مرتبة يكون خاضعا للتشريع الأعلى مرتبة منه فالتعليمات يجب أن لا تكون مخالفة للنظام والنظام يجب أن لا يخالف التشريع العادي والتشريع العادي بدوره يجب أن لا يكون مخالف لنص دستوري وعند التعارض بين نصين من نفس الدرجة فإن المحكمة هي التي تتولى ترجيح أحد النصين وفقا لقواعد الترجيح التي تنظمها أصول الفقه بعد تعذر التوفيق بينهما والذي يهمننا في هذا المبحث هو التعارض الذي يحصل بين نصين وطنيين، ولكن بدرجتين مختلفتين إذ عندها تقوم المحكمة بترجيح النص الأعلى مرتبة كأن ترجح نصا دستوريا على نص في القانون الاعتيادي¹.

المطلب الثاني: التعارض بين النصوص التشريعية

التعارض هو اختلاف نصين أو حكمين أو دليلين اختلافا لا يلزم من صحة أحدهما بطلان الآخر وكذلك لا يلزم من بطلان أحدهما صحة الآخر وذلك لإمكان اجتماعهما في مسألة واحدة وجواز ارتفاعهما معا في قضية واحدة كما في التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي أن يهمل كلا من النصين (أو الدليلين) ويعمل بثالث كما يحق للمشرع أن يلغي المتعارضين معا ويأتي بحكم أو نص أو دليل ثالث يختلف مع كل منهما، لأنه لا تترتب أية استحالة منطوية لا على اجتماعهما ولا على ارتفاعهما بخلاف التناقض فإن هذه الاستحالة واردة ذلك².

ويختلف التعارض عن التناقض من حيث الشروط والحكم³، وعلى القاضي عند حصول التعارض بين نصين تشريعيين من نفس المرتبة من حيث القوة التشريعية أن يعمل القاعدة الأصولية المعنية وهي: "الجمع بين النصين مهما أمكن أولى من الطرح"⁴، والمراد من الجمع هو الجمع العملي أي التبويض في العمل بين الدليلين وذلك بأن يكون حكم أحد النصين شاملا لبعض الوقائع أو التصرفات القانونية فيما يكون حكم النص الآخر شاملا لبعض الوقائع الأخرى غير التي شملها النص الأول والمثال على ذلك نص

1- علاء صبري التميمي، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد، الكرادة، 2009، ص181.

2- مصطفى ابراهيم الزلي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986، ص38.

3- نفس المكان.

4- أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الناشر، نادي مستشاري هيئة قضايا الدولة، الطبعة الأولى،

2010-2011، الجزء الأول، ص34.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

المادة (97) من القانون المدني العراقي والتي اعتبرت الصغير هو من لم يكمل السابعة من عمره حيث نصت الفقرة (2) من المادة (97) من القانون المدني العراقي على أن (سن التمييز سبع سنوات كاملة)، في حين عرفت الفقرة أولاً من المادة (3) من قانون رعاية الأحداث رقم (76) لسنة 1983 الصغير "يعتبر صغيراً من لم يكمل التاسعة من عمره"، ويمكن الجمع بين النصين المذكورين وذلك عن طريق التنوع العملي بينهما بأن تكون الفقرة أولاً من المادة (3) من قانون رعاية الأحداث حاکمة لحالات التشرّد وانحراف السلوك وكذلك الأعمال الجرمية التي يرتكبها الصغير، أي مجال تطبيق نص قانون رعاية الأحداث هي الأعمال الجرمية في حين يكون نص المادة (2) من المادة (97) من القانون المدني العراقي حاکمة على الوقائع والتصرفات القانونية التي تخلو من العنصر الجزائي كالتصرفات المالية مثلاً من قبيل العقود أو تلك التصرفات المستندة إلى الإدارة المنفردة أو الأعمال الضارة بالنفس أو الأعمال المستندة إلى المسؤولية التقصيرية، وقد يكون الجمع عن طريق تخصيص النص العام بالنص الخاص والمثال على ذلك نص المادة (168) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 والتي حددت طرق الطعن بالأحكام ب"الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف وإعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير".

في حين نصت المادة (9) من قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 على طرق الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من اللجان القضائية المشكّلة وفقاً لأحكام القانون المذكور أو من محاكم البداية في الدعاوى المرفوعة إليها وفقاً لأحكام قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 بعد 2011/06/30 وليس من بينها الاستئناف وحيث أن قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (13) لسنة 2010 هو قانون خاص لذا فإن أحكامه ومنها المتعلقة بطرق الطعن في القرارات والأحكام الصادرة في الدعاوى المنظورة من قبل اللجان القضائية ومحاكم البداية تكون مخصصة للعموم الوارد في نص المادة (168) من قانون المرافعات المدنية إذ أن الخاص يقيد العام.

وعند تعذر الجمع بين النصين المتعارضين يقوم القاضي بترجيح أحد النصين على الآخر ويتم ترجيح النص الأحدث تاريخاً على النص القديم والمثال على ذلك نص الفقرة (1) من المادة (65) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 التي أجازت تنظيم الوصية من قبل محكمة الأحوال الشخصية أو من كاتب العدل إذا كانت متعلقة بالعمارة.

في حين أن نص المادة (15/ثالثاً) من قانون الكتاب العدول رقم 33 لسنة 1988 منعت كاتب العدل من توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية أو أي تصرف يفرض القانون لانعقاده شكلاً معيناً، وحيث أن نص قانون الكتاب العدول هو الأحدث من حيث تاريخ صدور كون أن قانون الكتاب العدول

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

صادر سنة 1998 لذا يرجع عند العمل نص قانون الكتاب العدول فيما يخص توثيق التصرفات العقارية ومنها الوصية على نص قانون الأحوال الشخصية باعتباره أن النص الأحدث تاريخاً.

تعارض (تناقض) الأحكام القضائية:

ومن المسائل ذات الصلة بالتعارض هي مسألة التعارض (التناقض) الذي يحصل بين الأحكام القضائية أحياناً، وقد تناولت هذه المسألة المادة (217) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 وكذلك المادة (249) مرافعات مصري¹.

والذي يلاحظ في هذه المسألة أن المشرع العراقي قد استعمل لفظة التناقض وليس التعارض في المادة المشار إليها في حين أن شراح قانون المرافعات وعند شرحهم للمادتين (217) من قانون المرافعات العراقي و(249) من قانون المرافعات المصري قد استعملوا لفظة التعارض بين الحكمين².

ومن المعلوم أن كلا من التعارض والتناقض له دلالتة وحكمه الخاص من الناحية الاصطلاحية إلا أنه ومن خلال استقراء النصوص التشريعية وكذلك آراء شراح قانون المرافعات المدنية يمكننا القول بأن المعنى الذي عناه المشرعون وشراح قانون المرافعات في هذا الباب من لفظة التناقض هو المعنى اللغوي له والذي يعني التخالف والتعارض وليس المعنى الاصطلاحي له والذي يعني النسبة بين المتناقضين³، وإن هذا الرأي هو عينه الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بخصوص معنى التناقض وذلك في قرارها المرقم نقض /10/11/1998 طعن رقم 10375 لسنة 66 ق "التناقض في الاصطلاح القانوني لا يختلف عن معناه اللغوي تحققه بالتخالف والتعارض بين الحكمين السابق واللاحق مؤداه القضاء في دعوى لاحقة، بالموافقة لما حكم به ففي دعوى سابقة لا يتحقق به التناقض. عدم انطباق المادة (249) مرافعات في هذه الحالة"⁴.

ويشترط لتحقيق التناقض بين الحكمين أن يكون كلا من الحكمين نهائين أي مكتسبين لدرجة البتات وذلك باستنفاذ طرق الطعن العادية بشأنهما وحائزين لقوة الأمر المقضي به وأن يكون الحكمان قد صدرا في نزاع واحد بين الخصوم أنفسهم أي أن يكون بين الدعويين وحدة الموضوع والسبب والخصوم

1-تنص المادة (217) مرافعات عراقي على مايلي: يجوز للخصوم ولرؤساء دوائر التنفيذ أن يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائين.

2-عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، ص 150 وفتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني (قانون المرافعات المدنية والتجارية، بند 374)، ص720.

3- ابراهيم حسين سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، الجزء الثاني، ص375.

4- أحمد مليحي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، الطبعة الثانية 2010، طبعة نادي القضاة، الجزء الخامس، ص342.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وأن يكون هناك تناقض بين الحكمين فلا يقع التناقض إذا كان الحكم اللاحق مفسرا للحكم الأول وموضحا لأغراضه ومراميه فلا يجوز الطعن فيه بدعوى التناقض¹.

وقد أضاف المشرع العراقي شرطا إلى الشروط المتقدمة وهو أن يكون الحكمين المتناقضين قد جرى تنفيذهما لدى دائرة التنفيذ المختصة فما لم يتم تنفيذ الحكمين المتناقضين فلا يجوز طلب ترجيح أحدهما على الآخر من قبل الهيئة الموسعة في محكمة التمييز².

وعند الطعن بالقرارين المتناقضين تقوم محكمة التمييز بترجيح أحد الحكمين على الآخر وعادة ما يتم ترجيح الحكم الأول باعتبار أن الحكم الثاني لا محل لصدوره لسبق الفصل في الدعوى لا سيما إذا كان الحكم الأول موافقا للقانون، أما إذا كان الحكم الأول مخالفا للقانون وكان الحكم الثاني صحيحا وموافقا للقانون فيرجح الحكم الثاني ويلغى الحكم الأول³.

المطلب الثالث: مسألة تعارض الأدلة عند الأصوليين

يعرف التعارض بأنه: "تنافي مدلولي الدليلين على وجه التناقض أو التضاد"⁴، أو أنه "عبارة عن تنافي الدليلين أو الأدلة بحسب الدلالة على وجه التناقض أو التضاد بينهما فيمتنع اجتماعهما كأن يقضي أحد الدليلين الإيجاب والآخر التحريم ونحوه"⁵.

وقد أجمع علماء الأصول على امتناع وقوع التعارض في الشريعة الإسلامية⁶ حيث لا يتصور أن يناقض الشارع نفسه فعلى سبيل المثال يمتنع تصور وقوع

1- أحمد مليحي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، الجزء الخامس، ص319.

2- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، ص152.

3- عبد ارحمن العلام، مرجع سابق، ص151.

4- محمود الهامشي، بحوث في علم الأصول، تقارير السيد محمدباقر الصدر، الطبعة الخامسة، 1997، الجزء الرابع، ص13.

5- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دمشق، سوريا، 2009، الجزء الثاني، ص451.

6- محمدتقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، الناشر ذوي القربى، قم، إيران، ط1، 1428، ص ص239-240.

المبحث الثالث:

شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي وتحديد ماهية المصادر

المطلب الأول شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي

يشترط لغرض العمل بمصادر الحكم القضائي الأخرى غير النص التشريعي، وهي العرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، شرطين أساسيين:

أولاً: أن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي خالياً من نص تشريعي يعالج النزاع سواء أكان ذلك متعلقاً بالجوانب الشكلية أم الموضوعية ويستوي في ذلك أن يكون فقدان النص التشريعي على مستوى قواعد المرافعات أو الإثبات أو أي إجراء آخر من إجراءات نظر الدعوى.

ويقصد بفقدان النص التشريعي بصدد الدعوى المعروضة على القاضي الفقدان التام للنص التشريعي أو ما يسميه البعض بـ (شغور النص)¹، وبعبارة أخرى لا يمكن اللجوء إلى مصادر الحكم القضائي الأخرى إلا إذا كان النص التشريعي الذي ينطبق على أي إجراء أمن إجراءات الدعوى مفقوداً تماماً.

أما لو كان النص التشريعي قائماً إلا أنه كان غامضاً لسبب من أسباب الغموض عند ذلك لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى المصادر الأخرى لحل النقطة القانونية في النزاع المعروض عليه، بل عليه أن يرفع الغموض الوارد في النص التشريعي عبر اللجوء إلى قواعد التفسير التي تتضمنها الكتب الأصولية، كأن

1 صلاح الدين الناهي، " من معضلات التفسير القضائي "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الثالث، لسنة 1977، ص 9 وما بعدها.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

يزيل التعارض الأولي بين نصين تشريعيين يبدو ظاهراً أنهما متعارضين عبر الجمع بينهما وفقاً لقواعد الجمع العرفي وإن تعذر ذلك فترجيح أحدهما على الآخر وفقاً لقواعد الترجيح.

وخلاصة القول في الشرط الأول لإعمال قاعدة الأخذ بمصادر الحكم القضائي الأخرى غير النص التشريعي هو فقدان النص تماماً¹.

أما في حالة غموض النص التشريعي فلا يمكن إعمال هذه القاعدة إلا إذا كان حكم القاضي معرضاً للنقض.

ثانياً: أن يتم الأخذ بمصادر الأخرى غير النص التشريعي وفقاً للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني وهي اللجوء أولاً إلى قواعد العرف، فإن لم توجد فمبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم توجد فقواعد العدالة أو القانون الطبيعي فعلى القاضي أن يعمل وفقاً للترتيب المتقدم، إذ أن المشرع قد نص صراحة على الأخذ بالترتيب المتقدم لذا لا يمكن تقديم مصدر على آخر خلافاً للترتيب المذكور.

وقد أضاف بعض فقهاء القانون إلى الشروط المتقدمة شرطان آخران يتعلقان بالرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره من مصادر الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً من مصادر الحكم القضائي، إذ يجب أن يراعى أمران وهما:

الأمر الأول:

هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة بل ولا بالتقيد بالمذهب الحنفي في جملته ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد فنقول أنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة، فهناك مذاهب أخرى كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية يمكن الانتفاع بهما إلى حد بعيد.

الأمر الثاني:

هو أن يراعى في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته، فلا يجوز الأخذ بحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد التقنين انسجامه.

1- أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني للمستشار، الجزء الأول، ص7.

وفيما قدمناه الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعها دون تمييز بين مذهب ومذهب ما يجعل هذا التنسيق ميسورا فلا يضل الباحث في تفصيلات الفقه الإسلامي ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادئ العامة للتشريع المدني¹.

المطلب الثاني: تحديد ماهية المصادر التي يعمل بها القاضي غير النص التشريعي

الفرع الأول: العرف

يعد العرف مصدرا رسميا احتياطيا من مصادر الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي.

إذ أن المشرع يترك أحيانا - عن قصد - فراغا في التشريع ليقوم العرف بسد ذلك الفراغ.

والسبب الذي حدا بالمشرع إلى ترك منطقة الفراغ هو اختلاف عادات وتقاليد الناس من مجتمع إلى آخر، وبطبيعة الحال يكون لذلك الاختلاف تأثير في التصرفات القانونية للأفراد، فيقوم الأفراد عبر قواعد عامة ومحكمة متفق عليها بينهم بإكمال وملا الفراغ التشريعي.

وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى موقف التشريعات المعاصرة من العرف وبخاصة التقنينات المدنية وكذلك موقف التشريع الإسلامي من العرف.

وقد جرى تقسيم المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول الدور الذي يلعبه العرف في نطاق القانون المدني بعد التعريف بالعرف لغة واصطلاحا وأركانه وأنواعه.

أما المطلب الثاني فقد تناولنا فيه دور العرف في نطاق التشريع الإسلامي.

أولا: مفهوم العرف ودوره في نطاق القانون المدني

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم العرف ودوره في نطاق القانون المدني، إذ جرى تقسيم المطلب

إلى أربعة فروع، تناولنا في الفرع الأول تعريف العرف لغة واصطلاحا، وفي الفرع الثاني أركان العرف، أما الفرع الثالث فقد خصصناه للمبحث في أنواع العرف وأخيرا تطرقنا في الفرع الرابع إلى دور قواعد العرف في نطاق القانون المدني.

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000م.

أ- العرف لغة واصطلاحاً

قال الراغب الأصفهاني في المفردات: العرف: المعروف من الأحسان، وقال تعالى: ¹، وعرف الفرس والديك معروف وجاء القطا عرفاً: أي متتابعة، قال تعالى: ².

وقال الفيروز آبادي في معجم القاموس المحيط: العرف بالضم: الجو، واسم ما تبذله وتعطيه، وموج البحر وضد النكر، واسم من الاعتراف تقول له علي ألف عرفاً أي اعترافاً، وشعر عنق الفرس ³.

أما اصطلاحاً فقد عرفه بعضهم بأنه (العرف): "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة أيضاً لكنه أسرع إلى الفهم" ⁴.

وعرفه بعض الأصوليين المعاصرين بأنه: "هو الأمر المألوف والمأنوس نتيجة تباين الناس على سلوكه بقطع النظر عن منشأ ذلك التباين، فإن كل ما هو مألوف ومتعارف يعبر عنه بالعرف سواء كان ناشئاً عن ظروف موضوعية و عوامل تربوية أو بيئية وما إلى ذلك" ⁵.

أما شرح القانون فهم يعرفون العرف بأنه "قواعد قانونية تنشأ في الجماعة من طول اتباعها حتى تثبت وتصبح في عرف الأفراد ملزمة" ⁶.

ب- أركان العرف

تقوم قاعدة العرف على ركنين:

أولهما ركن مادي:

هو المادة التي نشأت من اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما.

وثانيهما ركن معنوي:

هو توافر الإلزام في تلك العادة.

1 الآيات سورة الأعراف: الآية (199)، سورة المرسلات، الآية (1).

2 الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، ص 562.

3 مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، ص 826.

4 الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، ص 106.

5 محمد صنفور علي، المعجم الأصولي، الجزء الثاني، ص 315.

6 فريد فتیان، مقدمة القانون المدني، مرجع سابق، ص 38.

أما الركن المادي وهو نشوء عادة قانونية فيتطلب توافره الشروط الآتية:

- 1- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.
- 2- عموم العادة: أي أنه ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم، فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم، وإنما تتوجه إليه صفاتهم وأن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصر في التطبيق على جزء من إقليم الدولة.
- 3- قدم العادة: ويعني مضي زمن على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس واطمئنان الناس إلى الحل الذي تضعه وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن وإن كان الرأي الغالب يشترط أن تبلغ في القدم مدى ينسى الناس بمضيه تاريخ نشوئها.
ومع ذلك فإن تحديد الزمن الذي يقتضيه قدمها أمر يخضع لتقدير القاضي ويتأثر القاضي في تقديره بطبيعة المعاملات التي تنشأ فيها العادة وتفاوت موضوعها ومدى تكرار العمل بها.
- 4- اطراد العادة: في تطبيقها وثباتها ويقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومنظمة، أي تكرار تطبيقها على نسق واحد إذ يتوافر عندئذ معنى الاستقرار ويقصد بالثبات اتباعها بصورة مستمرة أي بصورة غير متقطعة بحيث يتأكد وجودها فينفي وجودها إذا اتبعت فترة وعدل عنها عندئذ.
- 5- معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها: ذلك أن العادة تنشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها والسير بمقتضاها فترة من الزمن بصورة مطردة ثابتة فحسب، كما لا يكفي لاستقرارها ولتوافر صفة الاطراد والثبات لها اتباعها من قبل عدد محدد من الناس وإنما ينبغي أن يجري العمل بمقتضاها من قبل أغلب المخاطبين بها. وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع وجودها بين الناس وأحاطوا علما بمضمونها واندفعوا إلى اتباعها عن بينة واختيار.
- 8- عدم المخالفة في حكمها لنصوص التشريع الأمرة: لأن هذه القواعد الأمرة تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونه وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن المشرع قد يرى في بعض الحالات وفي دائرة فروع القانون التجاري أن القاعدة العرفية محلية كانت أم مهنية تبدو أكثر في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ النص: ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.

7- عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع: وهو شرط يصح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني.

أما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على إقليم الدولة برمته فلا يتصور أن تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة: لأنها تسهم عندئذ في تحقيق مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة. أما الركن المعنوي في العرف فهو توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما اصطلاح الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة، لأن العادة لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتقد اتباعها، فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف وإن نشأت العادة بتوافره وإنما ينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجوب اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقتزن بجزء مادي تفترضه السلطة العامة عند مخالفته ويغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانوناً ملزماً بل يظل عادة يملك الأفراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني¹.

ج:- أنواع العرف

يقسم شراح القانون العرف من حيث نطاق تطبيقه إلى ثلاثة أنواع ومن حيث قوته الملزمة إلى نوعين:

من حيث نطاق التطبيق:

فالعرف قد يكون شاملاً أو محلياً أو مهنياً، والعرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة بين المسلمين في مصر.

أما العرف المحلي فهو يسود إقليماً من أقاليم الدولة أو مدينة من مدنها أو منطقة في مدينة كبيرة منها، ومن الأمثلة عليه القواعد العشائرية العرفية في العراق والقواعد التي تحكم حقوق الارتفاق في الملكية الزراعية².

وقد أخذ القانون المدني العراقي بالعرف المحلي وذلك في نطاق عقد المغارسة فغي الأراضى الزراعية في المادتين (830) و(833) منه¹.

1 عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 104-141، عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص 82-83. فريد فتیان، مقدمة القانون، مرجع سابق، ص 38-39.

2 عبد الباقي البكري وزهير البشير، المرجع السابق، ص 142.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

اما العرف المهني فهو ما يقوم في حرفة او مهنة معينة كالاعراف السائدة في وسط التجار.

ومن تلك الأعراف العرف التجاري القاضي بجواز إقامة الدعوى ابتداء على الوكيل التجاري إضافة لموكله باعتباره أنه بحكم الممثل التجاري².

من حيث القوة الملزمة:

أما من حيث القوة الملزمة فقواعد العرف كقواعد التشريع منها ما يكون أمراً ومنها ما يكون مكملاً أو مفسراً، وقواعد العرف الآمرة هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سوا كان العرف شاملاً أو محلياً أو مهنياً وينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي. إلا إذا نص المشرع على أفضليتها في التطبيق على التشريع بالرغم من وجوده.

ومن الأمثلة على قواعد العرف الآمرة بعض الأعراف التجارية وحق الزوجة في فرنسا بالتسمية باسم زوجها، أما القواعد العرفية المكملة أو المفسرة فقواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

من الأمثلة عليها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الإعلان عن شرائه وعدم دفع الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائي البائع فرصة الاعتراض³.

العرف يمكن أن يتوافر في كافة فروع القانون غير أن أهميته تتفاوت من فرع لآخر.

فالقانون الدولي العام يقوم أساساً على القواعد العامة ومرجع ذلك عدم بوجود سلطة تشريعية عالمية تتولى التشريع للمجتمع الدولي.

والقانون التجاري يتميز بصفة خاصة بكثرة القواعد العرفية فيه طبعاً لطبيعة هذا القانون

المتطورة والمتجددة تلك الطبيعة التي اقتضت من المشرع التجاري الابتعاد عن وضع قواعد تشريعية ثابتة في كثير من المجالات فسحا أمام العرف لتغطيتها بقواعد مرنة تستجيب لمطالب الحياة التجارية المتجددة باستمرار.

1- سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني، ص276.

2-قضاء محكمة تمييز العراق، إصدار المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة 1969، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة بغداد 1391هـ-1972م، ص417.

3- عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص153.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وعلى العكس من ذلك فالعرف لا يقوم بدور يذكر في القانون الجنائي نظراً، لأن هذا القانون يقوم على مبدأ أساسي مقتضاه "أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹.

إلا أن الرأي أعلاه المتضمن دور العرف على صعيد القانون الجنائي قد لا يمكن الأخذ به على إطلاقه في نطاق الدعوى الجزائية المنظورة من قبل محكمة الموضوع.

إذ أن محكمة الموضوع (الجزاء) تلجأ أحياناً إلى العرف للثبوت من تحقق أركان الجريمة موضوع الشكوى من عدمه من قبيل الرجوع إلى عرف أهل اللغة التثبت من وقوع جريمة من جرائم النشر المنصوص عليها في قانون العقوبات كاهانة شخص معين في مقال منشور منسوب إلى المتهم، فالعرف اللغوي هو الذي يحدد هل أن الإهانة قد وقعت في الألفاظ المنسوبة إلى المتهم أم لم تقع.²

وكذلك التثبت من وقوع الغش في الأشياء محل عقد التوريد وذلك في الجرائم المتعلقة بالإخلال بتنفيذ بعض العقود الإدارية وعقود المقاولة والتي أشارت إليها الماجدة (116 مكرراً ج) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة 1937 المعدل³، إذ يتوجب على محكمة الموضوع التثبت من وجود الغش في المواد الموردة إلى جهة حكومية معينة وذلك من خلال الرجوع إلى عرف الجهة أو أصول الصناعة المعنية.⁴

د- دور العرف في نطاق القانون المدني

إذا اعتبر العرف مصدراً رسمياً للقانون فإنه يمارس في رطل القانون المدني دورين أولهما دور المكمل للتشريع، ويعني وجوب رجوع القاضي إليه والحكم بمقتضاه عند افتقاد النص ووجود عرف اكتمل فيه ركنه المادي والمعنوي وكثيراً ما يرجع القضاء إليه لسد نقائص التشريع، وثانيهما دور المساعد للتشريع فقد تحيل النصوص إليه تنظيم مسائل معينة أو يلجأ إليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديراً من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده.⁵

ويمكن ملاحظة كلا من الدورين المذكورين أعلاه على نطاق القانون المدني المصري والعراقي.

1 مصطفى الجمال ونبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص340.

2 عدلي أمير خالد وأميرة عدلي أمير، الجامع في التعليق على قانون العقوبات، الناشر-منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة الطبع 2009، ص1754.

3 المادة (116) مكرراً ج) من قانون العقوبات المصري.

4 عدلي أمير خالد وأميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص1443.

5 عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص145.

1- الدور المكمل للتشريع:

فيما يتعلق بالدور الأول-المكمل للتشريع – نجد أن القانون المدني المصري في المادة (563) منه وفي حالة عدم اتفاق المؤجر والمستأجر على مدة عقد الإيجار عد عقد الإيجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الإيجار وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه المتعاقد الآخر في المواعيد المبينة في الفقرات (أ و ب وج) من المادة أعلاه.

ولكن إذا سكت المتعاقدان عن كل من الأجرة والمدة هنا يجب الرجوع إلى أجرة المثل والرجوع إلى أجرة المثل يبين ميعاد دفعها بحسب العرف، ثم تحدد المدة بعد ذلك بميعاد دفع الأجرة، فإذا أجر شخص أرضا زراعية لآخر دون تحديد لا للأجرة ولا للمدة فإن الأجرة تكون هي أجرة مثل هذه الأرض وتدفع أجرة المثل هذه كل سنة كما يقضي العرف عادة في الأراضي الزراعية فتكون المدة هي سنة على الأقل¹.

وإن مدة السنة لا يقصد بها معناها المعتاد حسب التقويم الزمني الميلادي وإنما يقصد بها دورة زراعية تشمل المحصول الشتوي والصيفي ويراعى في تحديدها ما جرى عليه العرف الزراعي².

كما أن القانون المدني العراقي قد أعطى للعرف الدور المكمل في التشريع في بعض موادها منها المادة (1057) التي عالجت ملكية حريم الآبار والينابيع والترع الخاصة والمساقى والقنوات والمصارف³.

إلا أن المادة نفسها قد سكتت عن ذكر تفاصيل أحكام حريم النهر الخاص عند حدوث نزاع بشأنه من قبيل سعة النهر ومقدار الحريم والمدة التي يحتاجها إلى الكري والفترات التي يقتضي فيها كرى الطهي، لذا يتوجب على المحكمة عند حدوث نزاع بشأن الأمور المتقدمة المتعلقة بحريم النهر الخاص أن ترجع إلى العرف في شأن ذلك النزاع⁴، وكذلك الحال بالنسبة لحريم الآبار والينابيع والترع والمساقى والقنوات والمصارف.

1 عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، ص154.

2 سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة 1974، مطبعة العاني، بغداد، ص353.

3 المادة (1057) من القانون المدني العراقي.

4 الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الناشر، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب

الإسلامية، طهران-إيرفان، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م، الجزء الثالث، ص449.

2- الدور المساعد للتشريع:

أما الدور الآخر للعرف ألا وهو دور المساعد للتشريع فيتضح من خلال الرجوع إلى أن القانون المدني المصري والعراقي.

إذ أن المشرع في القانونين المذكورين قد أعطى ذلك الدور للعرف، ففي نطاق عقد البيع نجد أن كلا من المشرعين المصري والعراقي قد أحالا على العرف وذلك لتحديد ما لا يعد من ملحقات المبيع من عدمه¹.

إذ أن الأصل في تحديد المبيع هو اتفاق المتعاقدين فإن لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين وجب الرجوع إلى العرف وعند عدم وجود العرف وجب الاهتداء في تحديد الملحقات بطبيعة المبيع².

فاعتبار أن شيئاً ما يعد من ملحقات شيء آخر أو لا يعد يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات أو إلى عرف الجهة كما هو الحال في عدم اعتبار المشاكل والشط من ملحقات هذا كله ما لم يوجد اتفاق بين المتتابعين.

فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات وجب عده كذلك ووجب أن يشمل التسليم وإذا لم يوجد اتفاق وجب اعتبار العرف ومطابقة طبائع الأشياء³.

والمعايير المتقدمة تنطبق على عقد الإيجار أيضاً إذ أن تحديد ملحقات المأجور يكون بما اتفق عليه الطرفان ولطبيعة العين والعرف⁴.

كما حال القانون المدني، المصري والعراقي، على العرف في نطاق بعض أنواع البيوع كالبيع بشرط المذاق⁵.

إذ يتم المذاق في الزمان والمكان الذي يتفق عليهم المتبايعان فإن لم يكن هناك اتفاق لا صريح وضمني على الزمان والمكان اتبع عرف الجهة¹.

1 المادة 432 من القانون المدني المصري.

2 جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، الناشر مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل-العراق، سنة الطبع 1410هـ-1989م.

3 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (البيع والمقايضة)، ص 581.

4 محمد أحمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، مرجع سابق، ص 88.

5 المادة 422 مدني-مصري.

وفي نطاق تفسير العقد فقد جعل القانون المدني للعرف دورا في تفسير عبارات العقد إن كانت غامضة وكان هناك محل لتفسيرها².

ثانيا- دور العرف في نطاق التشريع الإسلامي

يلعب العرف دورا مهما في نطاق التشريع الإسلامي فلقواعد العرف مدخلية في نطاق مسائل علم أصول الفقه وخاصة مباحث دلالات الألفاظ ودور العرف اللغوي خاصة في تلك الدلالات وكذلك مباحث حجية الظهور، كما أن لقواعد العرف مدخلية أيضا في نطاق تشخيص موضوعات الأحكام الشرعية التفصيلية.

إلا أن الآراء تعددت بشأن مدخلية القواعد العرفية في استنباط الأحكام الشرعية واكتشاف مناطات أو علل تلك الأحكام.

فمن علماء الأصول من ذهب إلى قابلية قواعد العرف لاستنباط الأحكام الشرعية ومن ثم اعتبارها أصلا من أصول الاستنباط، ومنهم من ذهب إلى النقيض من الرأي الأول أي إلى علم قابلية العرف وقواعده لاستنباط الأحكام الشرعية واكتشاف مناطاتها وعللها.

وقد جرى تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تناولنا في الفرع الأول دور العرف في نطاق مسائل علم أصول الفقه، والفرع الثاني دور العرف في استنباط الأحكام الشرعية، وفي الفرع الثالث دور العرف في تشخيص موضوعات الأحكام.

أ- دور العرف في نطاق مسائل علم الأصول

يلعب العرف دورا بارزا على صعيد الفقه الإسلامي أصولا وفروعا، ويتميز هذا الدور بوضوح على صعيد مسائل أصول الفقه، كمسألة حجية الظهور العرفي³ على مستوى مباحث الحجج والأصول العملية ومسألة الجمع العرفي بين نصين متعارضين على مستوى بحث تعارض الأدلة بين النصوص التشريعية، ويكاد الإجماع ينعقد على هذا الدور بين علماء الأصول فيما يتعلق بالمسألتين المذكورتين إلا أن الاختلاف بينهم حصل في مسألة أخرى تتعلق بدور العرف على مستوى إدراك مناط أو علة الحكم الشرعي.

1 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (البيع والمقايضة)، مرجع سابق، ص140.

2 أحمد محمدعبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني للمستشار، الجزء الأول، ص672.

3 باقر الأبيرواني، شرح الحلقة الثالثة في أسلوبها الثاني، الناشر-المحبين لطباعة والنشر، قم-إيران الطبعة الأولى، 2007، الجزء الثاني، ص163-165.

مما لا شك فيه أن للعرف اللغوي دور مهم ورئيسي في فهم مضامين النصوص الشرعية والتي تعد من الأدلة الشرعية اللفظية سواء أكانت نصاً قرآنياً أم حديثاً نبوياً ذلك أن الشارع المقدس عندما خاطب المكلفين عبر الخطاب الشرعي إنما خاطبهم بلغتهم التي كانت متداولة بينهم¹.

ومن ثم فإن فهم المكلفين لتلك الخطابات لا بد وأن يكون وفقاً للقواعد المتعارفة عندهم والمعنى المتعارف للنص الشرعي هو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن أولاً عند تلقي النص الشرعي وفقاً لظاهر ذلك النص، لذا فقد ذهب علماء الأصول إلى حجية ظواهر النصوص وفقاً للمعنى المتعارف عند العقلاء إلا إذا دلتن القرينة سواء أكانت متصلة أم منفصلة على إرادة الشارع لمعنى غير المعنى المتعارف والمتبادر إلى الذهن عند تلقي النص الشرعي².

بل أن العرف يقوم أحياناً بنقل الألفاظ من معانيها اللفظية إلى معاني عرفية جديدة (وقد انتقلت أسماء كثيرة عما كانت عليه في اللغة إلى العرف تارة وإلى الشريعة تارة أخرى فما انتقل منه إلى العرف نحو قولنا دابة وغائط فإن هذا وإن كان اسماً في اللغة لكل ما يدب وللمكان المظلم من الأرض صار بالعرف عبارة عن حيوان مخصوص أو حدث مخصوص)³.

كما أن للعرف مدخله في تطبيق: "قاعدة الجمع مهما أمكن أولى من الطرح"، وهي من القواعد المشهورة عند الأصوليين في مباحث تعارض الأدلة، إذ إن أحد أوجه الجمع بين الدليلين المتعارضين هو الجمع العرفي بينهما والمراد منه الجمع بين مدلولات الأدلة المتعارضة بنحو التعارض البدوي على أن يكون ذلك الجمع متناسباً معه الضوابط المقررة عند أهل المحاورة ولهذا عبر عنه بالجمع العرفي لتناسبه مع المتفاهم العرفي وذلك في مقابل الجمع التبصري⁴.

ب- دور العرف في استنباط الأحكام الشرعية

1 محمود الهاشمي، المرجع السابق، ص293، والشيخ باقر الأيرواني، مرجع سابق، صص166-169.
2 سعد الغنامي، شرح الحلقة الأولى للسيد محمد باقر الصدر، تقريرات العلامة السيد كمال الحيدري، دار المرتضى للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1432هـ-2011، ص216.
3 الطوسي، عدة الأصول، ص 170، نقلاً عن نظرية العرف بين الشريعة والقانون للسيد نذير الحسيني الناشر-منشورات المركز العالمي للدراسات الإسلامية، قم، إيران، 1427هـ-ق1385/هش، ص196.
4 ابراهيم سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، الطبعة الأولى، 2008، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الجزء الأول، ص355.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

أما المسألة الأخرى وهي صلاحية العرف لاكتشاف مناط الحكم الشرعي فالمستظهر من كلمات علماء الأصول أن الأمور المتعارفة من مناطات الأحكام بمعنى أن نفس التعارف على شيء يكون ملاكا لجعل الشارع الحكم على طبقة وهذا هو مبرر استكشاف من حكم الشارع بواسطة الأمور العرفية¹.

واستدلوا لذلك بمقولة عن ابن مسعود "بأن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن" بتقريب أن استحسان المسلمين لفعل وتعارف البناء عليه بينهم يكون مناطا لقبول الشارع لذلك الفعل وجعل الحكم على ما يتناسب مع المتعارف عندهم.

واستدلوا أيضا بمجموعة من الموارد تطابق فيها حكم الشارع مع ما هو متعارف عند العرب كوضع الدية على العاقلة وتحديد مقدار الدية بما هو محدد عند العرب.

وقد أشكل البعض من الأصوليين على الدليلين المتقدمين بإشكالات:

ففيما يتعلق بالدليل الأول: فضلا إلى عدم إحرار أنها رواية واحتمال أنها من كلام ابن مسعود رحمه الله وذلك لكونها مقطوعة وغير منسوبة للنبي الكريم ﷺ².

فضلا عن ذلك، فهي بحسب رأيهم- غير ظاهرة في الدعوى وتحتمل أكثر من معنى:

الاحتمال الأول:

أنها تشير إلى حجية المدركات العقلية العملية والتي هي من قبيل ما يدركه العقل من حسن العدل وقبح الظلم وهذا ما يمكن أن يستظهر من قرينة التعبير بالرؤية والذي يعطي بأن استحسانهم الذي يكون مقبولا عند الله تعالى إنما هو الاستحسان المدرك بواسطة العقل لا الاستحسان الذي يكون ناشئا من الأنس والألفة والاسترسال.

والمانع عن هذا الاستظهار- هو نسبة الرؤية للمسلمين والحال أن المناسب لهذا الاستظهار هو نسبة الرؤية للعقلاء.

الاحتمال الثاني:

1 مصطفى الجمال ونبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص348.
2 مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، والمدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، ص38 و صص133-134.

أنها تشير إلى أن الله تعالى غرس في جبلة الإنسان ما يتعرف به على موارد الفضيلة والرذيلة والخير والشر، فإذا أراد الإنسان أن يتعرف على ما هو مرضي عند الله تعالى فليرجع إلى ضميره فإنه دليل الخير والصلاح، أنا نسبة ذلك لخصوص المسلمين فلأن ضمائرهم على الفطرة لم تتعلق بحجب المعصية والضلال.

فالرواية ليست متصدية للكشف عن أن أحكام الله تعالى تابعة لرؤى المسلمين بل من المحتمل أنها من تصديه للتعبير عن الضمائر التي هي على الفطرة صالحة للكشف عن مواطن رضا الله عز وجل فهي إذن من الروايات الأخلاقية.

أما الدليل الثاني: فيمكن النقض عليه بموارد كثيرة خالف الشارع فيها ما هو متعارف عند العرب، وأما اتفاق بعض الأحكام الشرعية كما هو متعارف عند العرب فهذا لا يعبر عن أن الأعراف هي مناط الأحكام الشرعية إذ لا مانع من اتفاق ما عليه العرف للواقع إلا أن ذلك لا يلزم أن كل ما هو عليه العرف فهو مطابق للواقع.

فقد كان من المتعارف الزواج بأكثر من أربع وعدم استحقاق المرأة للميراث والزواج بزوجات الآباء وتبني غير الأولاد وإلحاق أولاد الزنا بأبائهم العرفيين والتوارث بالولاية وبضمان الجريرة حتى مع وجود الطبقات.

كل ذلك كان مألوفاً ومتعارفاً فلو كان محض كون الشيء متعارفاً هو مناط الحكم فما معنى أن تكون الأحكام الشرعية الثابتة بالضرورة منافية لهذه الأعراف¹.

وخلاصة القول في رأي الفريق الثاني أن العرف ليس أصلاً من أصول التشريع التي يبني عليها التشريع، وفي عرض بقية أصول التشريع إذ لا يشكل العرف كبرى كلية تقع في طريق الاستنباط ليؤدي إلى القطع بجعل الحكم على مقتضاه ليكون أصلاً في قبال بقية الأصول.

نعم -والقول لهم- تعتمد الشريعة على العرف لتشخيص صغريات الحكم أو تحديد موضوعاته كتحديد موضوع الفقير الذي حمل في الشريعة موضوعاً بجواز إعطائه المفترضات المالية، وهو الذي لا

1- محمود صنقور علي، المعجم الأصولي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 232-324.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

يملك مؤونة سنته فيرجع في تحديد المؤونة إلى العرف والعرف يختلف نظره في تحديد كميتها باختلاف الأزمان والأشخاص فهنا نحتاج إلى العرف ليحدد لنا موضوع الحكم¹.

كما أن نسبة العرف إلى القضاء تماما كنسبته إلى التشريع فكما أن العرف لا يكون بذاته طريقا لمعرفة الحكم الشرعي ويكون أحيانا سبيلا لتشخيص الموضوع الذي تعلق به الحكم، كذلك لا يكون العرف أصلا من أصول الإثبات في القضاء ويكون تأثيره في القضاء من هذه الجهة فحسب ولذا لو تغيرت العادة وزال العرف يزول معه هذا التأثير.

إنما يعتمد على العرف عند الإجابة لمعرفة معاني الألفاظ وما يتبع هذه المعاني التي تنازع فيها المتخصصان وهذا في حقيقته ليس قضاء بالعرف².

ج- دور العرف في تشخيص موضوعات الأحكام

أما على مستوى الأحكام الشرعية (الفرعية) فإن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو هل أن الشارع قد جعل العرف مرجعا لتشخيص موضوعات الأحكام ومرجعا للتعرف على تحقق الموضوعات خارجا أم أن الشارع لم يجعل للعرف هذه الصلاحية، فهنا جهتان:

أما الجهة الأولى وهو البحث عن مرجعيته لتشخيص الموضوعات فيقال أن الشارع تارة يجعل الأحكام على موضوعات مخترعة، وأخرى يجعلها على موضوعات عرفية إلا أن الشارع تصدى لبيان حدودها بنفسه، وثالثة يجعل الحكم على موضوع دون أن يتصدى لبيان حدوده.

أما الأول وهو ما كانت موضوعات الأحكام مخترعة من الشارع مثل كيفية الصلاة ولوضوء والتيمم فلا ريب في هذا الفرض أن المرجع لتشخيص موضوعات الأحكام هو الشارع إذ من غير المعقول أن يخترع الشارع موضوعا ثم يحيل تشخيصه للعرف أو غيره، فلا سبيل إذن للتعرف على مثل هذه الموضوعات إلا مراجعة الشارع.

وأما الثاني وهو ما كانت موضوعات الأحكام عرفية بمعنى أن للعرف مفاهيم لهذه الموضوعات إلا أن الشارع تصدى بنفسه لبيان حدودها وذلك مفهوم الحيض والسفر والاستطاعة.

1- عبد المحسن فضل الله، الإسلام وأسس التشريع، دار الأضواء، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1407هـ-1987م، ص161، والسيد محمدتقي الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، ص409.

2- محمدجواد مغنية، فقه الإمام الصادق، الناشر، مؤسسة انصارين للطباعة والنشر، قم-إيران، الطبعة السابعة، 1385هـ-ش-1428هـ ق، 2007م، الجزء السادس، ص118-119.

وفي مثل هذا الفرض لا مرجعية للعرف أيضا في تشخيص موضوعات الأحكام بعد أن تصدى الشارع لتشخيصها وبيان حدودها، إذ أن نفس تصدي الشارع لذلك إلغاء لمرجعية العرف وأن المفاهيم هي محددة عند العرف على سعتها أو ضيقها ليست هي موضوعات الأحكام.

وأما الثالث وهو ما لو كانت موضوعات الأحكام عرفية ولم يتصد الشارع لتشخيصها وبيان حدودها، وهذا لا ريب في مرجعية العرف في تشخيص موضوعات الأحكام إذ أن ذلك هو المستظهر من عدم تصدي الشارع لتشخيص الموضوعات، إذ لا معنى لأن يجعل الشارع حكما على موضوع محدد لم يخ مفهوم محدد عند العرف ويكون الشرع مريدا لمفهوم آخر غير ما يفهمه العرف، ومع ذلك لا يتصدى لبيانه رغم ان الخطاب الذي جعل الحكم على موضوعه كان ملقى لغرض ترتيب الأثر عليه والتحرك عنه، وذلك ما يعبر عن أن موضوع الحكم الشرعي إنما هو ذلك المفهوم المحدد لدى العرف¹.

ومن المفاهيم العرفية في الفقه الإسلامي مفهوم النسب الذي يحدد الوارث الذي يرث المتوفى، نجد أن الفقهاء ومنهم صاحب الجواهر قد ذهب إلى أن النسب الثابت بين الوارث والمورث وهو الاتصال بالولادة يجب أن يصادق عليه العرف، إذ أن الموضوع في آيات الموارث والأخبار الشريفة هم الرحم والقربة وأن الأقرب منه يمنع الأبعد.

ومعلوم أن الرحم طائفة خاصة تنتسب إلى الإنسان وتلتقي معه ولو بوسائط معينة فلا يرى العرف صدق الرحم مع البعد بينهما وإن كانا متصلين بالولادة، لذا يقال أنه ليس من قرابتي، ولكنه من عشيرتي وإلا فلو كان الاتصال البعيد سببا لصدق النسب لصار كل إنسان قريبا إلى آخر لانتمائهما إلى آدم (عليه السلام) وهو ليس كذلك².

ومن المفاهيم العرفية أيضا مفهوم المدعي إذ ان المرجع في تعريف المدعي هو العرف، ذلك أن المدعي والمنكر (المدعى عليه) من المفاهيم العرفية غير المختصة بالمسلمين بل هما موجودان في جميع الشعوب فهؤلاء بفطرتهم يميزون المدعي عن المنكر (المدعى عليه) ولا يتوقفون في قضائهم على أعمال واحد من هذه الموازين³.

1 محمدصنقور علي، مرجع سابق، ص323.

2 علاء الدين بحر العلوم، الميراث وأحكامه، منشورات-مؤسسة مدينة العلم الخيرية الثقافية، النجف الشرف، بدون تاريخ طبع، ص19.

3 جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، الجزء الثاني، ص46.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وأما الجهة الثانية وهي مرجعية العرف لإثبات أو نفي تحقق الموضوع خارجا وهي تختلف عن الجهة الأولى من حيث أنه حتى ولو لم نقل بمرجعية العرف في تشخيص مفاهيم الموضوعات فإن من الممكن القول بمرجعية العرف لإثبات أو نفي تحقق الموضوع الشرعي خارجا.

فلو افترضنا أن الشارع هو الذي حدد مفهوم الفقر وأنه الذي لا يملك قوت سنته فإن من الممكن أن يحيل المكلفين إلى العرف للتحقق من أن زيدا يملك قوت سنته أو لا يملك وهذا هو معنى مرجعية العرف لإثبات أو نفي تحقق الموضوع خارجا.

وكيف كان فلا ريب أن للعرف هذه الصلاحية وذلك بعد أن كانت الأحكام الشرعية محمولة على نهج القضايا الحقيقية أي م ح مولة على موضوعاتها المقدرة الوجود، فإن ذلك يعطي أن الشارع ليس بصدد التحقق من وجود موضوعات الأحكام خارجا أو عدم وجودها، إذ أن ذلك هو شأن القضايا الخارجية وعليه يكون التحقق من وجود الموضوع أو عدم وجوده غنما هو من وظيفة المكلفين.

ومن الواضح أن لا سبيل للمكلف لإحراز تحقق الموضوع خارجا أو عدم تحققه إلا الرجوع إلى العرف، إذ أنه الوسيلة العقلانية للتحقق من ذلك ولما لم يخترع الشارع وسيلة أخرى لإحراز موضوعاته فإن ذلك يعبر عن إضائه لهذه الوسيلة.

ثم إن الملاحظ أن إثبات تحقق الموضوع أو نفيه عند العرف يختلف باختلاف المجتمعات والأزمنة والحالات فهل أن ذلك مانع من الرجوع على العرف للتحقق من وجود الموضوع أو عدم وجوده؟

الظاهر أن ذلك لا يمنعه من الرجوع إليه، إذ أن هذا الاختلاف لا يعبر عن التباين في ضابطة التحقق من وجود الموضوع عند العرف.

فمثلا لو كان الفقير بحسب نظر الشريعة هو من لا يملك قوت سنته له ولعياله، فإن ضابطة تحقق هذا الموضوع خارجا بنظر العرف لا تختلف باختلاف الظروف والمجتمعات، إذ أن غاية ما تقتضيه الظروف والمتغيرات هو تبدل مصاديق الموضوع ذي المفهوم المحدد والمطرّد، فالمؤونة التي كان يملكها الشخص كانت تكفيه لمدة سنة كاملة وذلك لقلّة عياله، أو عدم ظهور ما يوجب النفقة الزائدة، إلا أنه لو اتفق ما يوجب النفقة الزائدة كما لو طرأ عليه أو على أحد عياله مرض أو اتفق ارتفاع قيم الأجناس

فأصبحت النقود التي بحوزته قاصرة عن استيعاب مؤونته ومؤونة عياله، في حين أن مقدارها في العام السابق كافي لتغطية مؤونته ومؤونة عياله وهكذا حينما يختلف المجتمع أو تكثر الحاجات والضرورات¹.

المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية أحد مصادر القانون في التشريعات العربية المعاصرة ومنها القانون المدني العراقي والمصري.

إلا أن مفهوم (مبادئ الشريعة الإسلامية) ظل موضع خلاف بين شراح القانون المدني، فمنهم من ذهب إلى أن المقصود من تلك المبادئ القواعد الكلية فقط دون الأحكام الفقهية الفرعية.

في حين ذهب آخرون إلى أن الأحكام الفقهية الفرعية تدخل أيضا ضمن مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في التقنينات العربية المعاصرة.

وبغية إلقاء الضوء على تلك الآراء وموقف التشريعات المعاصرة من ذلك المفهوم فقد تطرقنا في هذا المبحث إلى المراد من مفهوم الشريعة الإسلامية بوجه عام، ثم إلى مراحل تدوين الفقه الإسلامي لما لذلك الأمر من تأثير في التقنينات المدنية المعاصرة للدول العربية.

كما أن للقضاء رؤيته وموقفه الخاص من مبادئ الشريعة الإسلامية وما هو المقصود من تلك المبادئ.

وقد قسمنا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول وفي فرعين مستقلين مفهوم الشريعة الإسلامية وتقنين الفقه الإسلامي، وفي المطلب الثاني موقف الفقه القانوني والقضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية وذلك في فرعين، إذ تناولنا في الفرع الأول موقف الفقه من مبادئ الشريعة الإسلامية، وفي الفرع الثاني موقف القضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية هي الشريعة المنزلة من الله سبحانه وتعالى على الرسول الأكرم محمد ﷺ، وهي باعتبارها خاتمة الشرائع وأكملها وأتمها تنظم حياة الإنسان بجانبها الديني والديني.

1 محمد صنفور علي، المرجع السابق، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 323-324.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وتتولى العقائد الإسلامية والتي تسمى اصطلاحاً ب (أصول الدين)، تنظيم العلاقة بين الإنسان وبين الخالق سبحانه وتعالى، وتتعدد المناهج المعرفية الإسلامية في إثبات مسائل ذلك العلم (علم أصول الدين)، أو ما يطلق عليه علماء الأصول بحقائق الوجود (الله) و(العالم) و(الإنسان).

بين منهج فلسفي مشائي يتخذ من الجدل العقلي أساساً لإثبات حقائق الوجود ومنهج كلامي يتخذ من ظواهر الشريعة (الكتاب والسنة) أساساً لإثبات الحقائق، ومنهج ثالث (عرفاني) يعتمد المجاهدة والتصفية أساساً وطريقاً موصولاً إلى حقائق الوجود، ومنهج توفيقى يجمع بين العقل وظواهر الشريعة والمجاهدة أساساً موصولاً إلى الحقائق، وينقسم المنهج الأخير أي المنهج التوفيقى إلى المدرسة الإشراقية، ومن أبرز أعلامها السهرودي¹ ومدرسة الحكمة المتعالية التي وضع أسسها الفيلسوف صدر الدين الشيرازي² صاحب نظرية الحركة الجوهرية³.

ويجب على الإنسان المسلم أن يدرك العقائد ويؤمن بها بفطرته وعقله، لذا لا يجوز التقليد في أصول الدين (العقائد)⁴.

فيما تتولى الأحكام الشرعية بقسمها العبادات والمعاملات تنظيم علاقة الإنسان بربه وبسائر بني جنسه من البشر.

ويقوم القسم الأول وهو العبادات بتنظيم علاقة الإنسان بربه ويدخل في ذلك القسم (العبادات) الصلاة والزكاة والحج والصوم والخمس وسائر العبادات الأخرى.

فيما يتولى القسم الثاني (المعاملات) تنظيم علاقة الإنسان بالإنسان، أي تنظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع سواء منها المتعلقة بشخص الإنسان كالزواج والطلاق والنفقة وسائر الأمور الشخصية، أو ما يتعلق منها بالجانب المالي من التعاملات بين أفراد المجتمع كالبيع والشراء والإجارة وسائر الأمور المالية الأخرى.

1 السهرودي: شهاب الدين (ت 587هـ-1191م): فيلسوف إشراقي كبير، شافعي المذهب، ولد في سهرورد ونشأ بمراغة وسافر إلى حلب، الناشر- مؤسسة انتشارات دار العلم، قم-إيران، الطبعة السادسة والعشرون، 1384هـ ش، ص 312.

2 صدر الدين الشيرازي، صدر الدين محمد ابن ابراهيم بن يحيى الناشر مؤسسة إسماعيليان، قم-إيران، بدون تاريخ نشر، الجزء الخامس، ص 291.

3 كمال الحيدري، الفلسفة، شرح كتاب الأسفار الأربعة، الآليات بالمعنى الأعم، تقرير الشيخ قيصر التميمي منشورات دار فرقد، قم-إيران، لطبعة الأولى، 2008، ص 51 وما بعدها.

4 محمدتقي مصباح اليزدي، دروس في العقيدة الإسلامية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، بدون تاريخ طبع، ص 23، 2008، ص 158.

ويتولى العلماء المسلمون من سائر المذاهب الإسلامية استنباط الأحكام الشرعية المنظمة للعلاقات الشخصية والمالية عبر استعمال القواعد الكلية المنصوص عليها والعلم الذي يتكفل ببيان وإثبات حجية القواعد الكلية في مقام الاستنباط هو علم أصول الفقه والمنهج العرفي الذي يتبعه العلماء المسلمون في استنباط الأحكام الشرعية هو منهج القياس العقلي الأرسطي، لذا فإن علم أصول الفقه عبر قواعده "هو ما يقع وسطا في تحصيل الحجة الشرعية"¹.

والتعريف المشهور للحكم الشرعي -عند الأصوليين- هو "خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء أو التخيير أو الوضع"².

وقد انتقد البعض التعريف المذكور للحكم الشرعي إذ يعرفونه بأنه (الخطاب الشرعي) لأن الخطاب كاشف عن الحكم والحكم هو مدلول الخطاب فضلا عن أن الحكم الشرعي لا يتعلق بأفعال المكلفين دائما بل قد يتعلق بذواتهم أو بأشياء أخرى ترتبط بهم.

لأن الهدف من الحكم الشرعي هو تنظيم حياة الإنسان وهذا الهدف كما يحصل بخطاب يتعلق بأفعال المكلفين كخطاب (صل) و(صم) (ولا تشرب الخمر) كذلك يحصل بخطاب متعلق بذواتهم أو بأشياء أخرى تدخل في حياتهم من قبيل الأحكام والخطابات التي تنظم العلاقة الزوجية، وتعد المرأة زوجة للرجل في ظل شروط معينة أو تنظيم علاقة الملكية ويعد الشخص مالكا للمال في ظل شروط معينة، فإن هذه الأحكام ليست متعلقة بأفعال المكلفين بل الزوجية حكم شرعي متعلق بذواتهم والملكية حكم شرعي متعلق بالمال، لذا أوردوا تعريفا للحكم الشرعي مفاده "بأنه هو التشريع الصادر من الله تعالى لينظم حياة الإنسان، سواء كان متعلقا بأفعاله أو بذاته أو بأشياء أخرى داخلية في حياته"³.

وينقسم الحكم الشرعي إلى حكم تكليفي وحكم وضعي وعرفوا الحكم التكليفي بأنه "هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين الفعل والكف عنه"⁴.

أي أن الحكم التكليفي هو ذلك الحكم الشرعي المتعلق بأفعال الإنسان والموجه لسلوكه مباشرة في مختلف جوانب حياته الشخصية والعبادية والعائلية والاجتماعية التي عالجتها الشريعة ونظمتها جميعا

1 عبد الجبار الرفاعي، فلسفة الفقه ومقاصد الشريعة، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 2008، ص158.

2 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص46.

3 محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، الناشر-مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر قم-إيران، الطبعة الثانية، 1424، المجلد الأول، ص63-64.

4 وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص50 والكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص25.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

كحرمة شرب الخمر ووجوب الصلاة ووجوب الإنفاق على بعض الأقارب وإباحة إحياء الأرض ووجوب العدل على الحاكم¹. أما الحكم الوضعي فقد اختلفت تعاريف الفقهاء فيه، فقد عرفه بعضهم بأنه "هو ما يقتضي جعل شيء سببا لشيء آخر أو شرطاً أو مانعاً منه"².

ومنهم من عرفه بأنه "هو خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً أو عزيمة أو رخصة".

وهذا التعريف الأخير هو التعريف الشامل وهو الذي اختاره الأمدى والغزالي والشاطبي ومن المؤلفين المعاصرين الشيخ محمد الخضري³.

وبعبارة أخرى فإن الحكم الشرعي الوضعي هو الحكم الشرعي الذي لا يكون موجهاً مباشراً للإنسان في أفعاله وسلوكه، وهو كل حكم شرعي يشرع وضعا معيناً يكون له تأثير غير مباشر في سلوك الإنسان من قبيل الأحكام التي تنظم العلاقات الزوجية فإنها تشرع بصورة مباشرة علاقة بين الرجل والمرأة وتؤثر بصورة غير مباشرة في السلوك وتوجهه.

لأن المرأة بعد أن تصبح زوجة مثلاً -تلتزم بسلوك معين تجاه زوجها ويسمى هذا النوع من الأحكام بالأحكام الوضعية.

والارتباط وثيق بين الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية، إذ لا يوجد حكم وضعي إلا ويوجد إلى جانبه حكم تكليفي.

فالزوجية حكم شرعي وضعي توجد إلى جانبه أحكام تكليفية وهي وجوب إنفاق الزوج على الزوجة، والملكية حكم شرعي وضعي توجد إلى جانبه أحكام تكليفية من قبيل حرمة تصرف غير المالك في المال إلا بإذنه وهكذا⁴.

وقد مر التشريع والفقهاء بأدوار تاريخية متعددة وقبل الإشارة وبإيجاز واختصار إلى تلك الأدوار لابد من الإشارة إلى أمر جوهري وهو وجوب التمييز بين التشريع الإسلامي والفقهاء الإسلامي، إذ لكل واحد من المصطلحين المذكورين مدلوله الخاص وينبغي عدم الخلط بينهما.

1 محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، المجلد الأول، ص64.

2 عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص25.

3 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص98.

4 محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص64.

إذ أن الأول (التشريع) فيحتفي بما شرع من الأحكام في العهد النبوي طيلة (23) سنة عن طريق الكتاب والسنة في مجال الأحكام والأخلاق مما يحتاج إليه الفرد المسلم والأسرة والمجتمع المسلم في إطار العمل، وأما الثاني (الفقه) فهو حصيلة الجهود المضنية التي بذلها الفقهاء بعد رحيل النبي (ص) فيما له صلة بالتشريع والتي تمثلت في هذه الثروة العلمية الضخمة من الفتاوى والآراء والأقوال¹.

وفي العصر الحديث تصدى جملة من العلماء إلى تدوين التاريخ الإسلامي آخذين بنظر الاعتبار التطور التاريخي للفقه الإسلامي عبر العصور، ويأتي في مقدمة أولئك العلماء المرحوم الشيخ محمد الخضري بك في كتابه الموسوم ب (تاريخ التشريع الاسلامي) حيث قسم تاريخ التشريع والفقه الإسلامي إلى الأدوار الآتية:

1- التشريع في حياة الرسول ﷺ وهو الأصل الذي يصرح كل فقيه أنه مستند إليه.

2- التشريع في عهد كبار الصحابة وهذا العهد ينتهي بانتهاء عهد الخلفاء الراشدين.

3- التشريع في عهد صغار الصحابة ومن ساماهم من التابعين لهم بإحسان وهذا العهد ينتهي بانتهاء القرن الأول من الهجرة و بعد ذلك بقليل.

4- التشريع في العهد الذي صار فيه الفقه علما من العلوم وظهر منه نوابغ من الفقهاء الذين عهدت إليهم مقاليد الزعامة الدينية وتلامذتهم الذين بينوا آرائهم من غير أن يكون لهذه النسبة أثر في استقلالهم الفقهي وينتهي هذا الدور بانتهاء القرن الثالث.

5- التشريع في العهد الذي دخلت فيه المسائل الفقهية في دور الجدل لتحقيق المسائل المتلقاة من الأئمة وظهر المؤلفات الكبيرة والمسائل الكثيرة، وبيتهى هذا العهد بانتهاء الدولة العباسية من بغداد وإغارة التتر على ممالك الإسلام، وبعد ذلك بقليل في مصر.

6- التشريع في عهد التقليل المحض: وهو ما بعد ذلك إلى الآن².

هذا ما يتعلق بالمذاهب الإسلامية الأربعة، أما المذهب الإمامي-الاثني عشري-فإن الفقه فيه أيضا قد مر بأدوار تاريخية متعددة يمكن تلخيصها بالأدوار الآتية:

1 جعفر السبحاني، تاريخ الفقه الإسلامي وأدواره، الناشر-مؤسسة الإمام الصادق، قم-إيران، الطبعة الأولى1427هـ، ص8.
2محمد الخضري بك، تاريخ التشريع الإسلامي، المكتبة التجارية الكبرى، التوزيع دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1387هـ-1967م، المقدمة.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الدور الأول: عصر النشاط الحديث والاجتهادي (11-260هـ).

الدور الثاني: عصر منهجية الحديث والاجتهاد (260-460هـ).

الدور الثالث: عصر الركود (460-نحو 600هـ).

الدور الرابع: عصر تجديد الحياة الفقهية (600-1030هـ).

الدور الخامس: ظهور الحركة الإخبارية (1030-1180هـ).

الدور السادس: تصعيد النشاط الفقهي (1180-1260هـ).

الدور السابع: عصر الإبداع الفقهي (1260-إلى الوقت الحاضر)¹.

الفرع الثاني: تقنين الفقه الإسلامي

شهد عصر الرسول ﷺ أول تطبيق للشريعة الإسلامية، إذ تولى الرسول تطبيق الشريعة الإسلامية بعد تأسيس الدولة الإسلامية في المدينة المنورة.

ثم تولى الخلفاء من بعده تطبيق الشريعة الإسلامية وفقا لفهمهم للنص القرآني وتفسيرهم له وأحيانا كان بعض الصحابة يلجأ إلى الصحابة الآخرين لتفسير ما صعب عليه تفسيره من الآيات القرآنية.

أما السنة النبوية فإنهم كانوا يطبقون أحاديث الرسول ﷺ وفقا لما سمعوه منذ إذ ان الحديث النبوي لم يكن مدونا في ذلك العهد وأول تدوين للحديث بدأ في عهد الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز².

وفي العهد العباسي نشأت المذاهب الإسلامية الأربعة (الحنفي، الشافعي، المالكي الحنبلي) وهي مذاهب فقهية ومما يجدر ذكره بهذا الصدد أن الفقه الإسلامي لم يكن مدونا ابتداء إذ أن أبا حنيفة النعمان وهو إمام الحنفية لم يترك مصنفا فقهيا.

وأول من دون الفقه من تلاميذ أبي حنيفة تلميذه الأكبر أبو يوسف قال ابن النديم في الفهرست له من الكتب في الأصول والأمالي كتاب الصلاة، كتاب الزكاة إلى آخر كتب الفقه.

1 جعفر السبحاني، تاريخ الفقه الإسلامي وأدواره، مرجع سابق، ص 22.

2 مناع القطان، مباحث في علوم الحديث، مكتبة وهبه، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1428هـ-2007م، ص 32.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وله إمام رواه بشر بن الوليد القاضي يحتوي على ستة وثلاثين باباً مما فرعه أبو يوسف كتاب (اختلاف الأمصار)، كتاب (الرد على مالك بن أنس)، كتاب (رسالة في الخراج إلى الرشيد)، وكتاب (الجوامع) ألف يحيى بن خالد يحتوي على أربعين كتاباً وذكر فيه اختلاف الناس والرأي المأخوذ به¹.

ودون الإمام مالك كتابه (الموطأ) بناء على طلب أحد خلفاء بني العباس² ورواه عند الكثيرون ممن تلقوا عنه إلا أن في روايتهم اختلافاً من زيادة أو نقص وأشهر روايات الموطأ رواية يحيى بن يحيى الليثي وهي النسخة التي تقرأ منها وهي المطبوعة بمصر.

وهناك موطأ يرويه محمد بن الحسن وهو المطبوع ببلاد الهند³.

وفي القرن السادس عشر الميلادي صنف الشيخ أحمد الحلبي بتكليف من السلطان العثماني سليمان الأول كتاباً وجيزاً في الفقه الحنفي تسهيلاً للطلاب سماه (ملتقى الأبحر).

وفي القرن الحادي عشر للهجرة أو السابع عشر الميلادي لاحظ أحد ملوك المغول في الهند السلطان محمد أونك زيب بها درع المكبر صعوبة الخوض في مواضيع الفقه فألف لجنة من خمسة مشاهير من علماء الهند برئاسة أحدهم (الشيخ نظام برهانپوري) ليوثقوا كتاباً هامشياً (جامعاً) لظاهر الروايات التي اتفق عليها وأفتى بها الفحول وجمعوا فيها من النوادر ما تلقاه العلماء بالقبول.

فدونوا مجموعة من الفتاوى المأخوذة عن ظاهر الرواية في المذهب الحنفي في كتاب معروف بالفتاوى الهندية أو (العالمكبرية) وهو كتاب ضخيم يقع في ستة أجزاء وترتيب كتاب الهداية للمرغيناني وهو يعد حتى اليوم من المراجع المعتمدة في الفقه الحنفي، ولكنه لم يكن إلزاماً ولا مدوناً بطريقة المواد المتسلسلة على غرار المدونات العصرية، بل حوى كثيراً من مسائل العبادات والمعاملات الحقيقية منها والفرضية وشرح الأقوال أو الأقوال المختارة للفتوى في كل منها.

وهكذا لم تنجح هذه المحاولات لتدوين الفقه الإسلامي، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل إن الدولة لم توحد القضاء على مذهب واحد إلزامي بصورة عامة وبقيت الحال هكذا دون تدوين رسمي في جميع الخلافت العربية وفي قسم من الخلافة العثمانية حتى أواسط القرن التاسع عشر⁴.

1 محمد الخضري بك، تاريخ التشريع الإسلامي، توزيع دار الفكر العربي، الطبعة الثامنة، 1387هـ-1967م، ص 240.

2 صبيح محمصاني، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، الطبعة الرابعة، 1981، ص 159.

3 محمد الخضري بك، المرجع السابق، ص 261.

4 صبيح المحمصاني، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، مرجع سابق، ص 159-160.

وأول تقنين للفقهاء الإسلامي جرى في العصور المتأخرة هو ما قامت به الدولة العثمانية من تقنين لأحكام الفقه الحنفي وسمي ذلك التقنين بمجلة الأحكام العدلية، وظلت المجلة مدارا للعمل القضائي في البلاد الإسلامية التي كانت خاضعة لحكم الدولة العثمانية لسنين طويلة إلى أن جرى تشريع القوانين المدنية في البلاد العربية ومنها مصر والعراق.

وقد تأثرت القوانين المدنية في البلاد العربية وفي مقدمتها القانون المدني العراقي بأحكام الفقه الإسلامي، وسوف نتطرق في هذا المطلب وفي فرعين مستقلين إلى مرحلتين تقنين الفقه الإسلامي وهما التقنين في عصر مجلة الأحكام العدلية والتقنين في عهد القوانين المدنية.

أ- تقنين في عصر مجلة الأحكام العدلية

تعد مجلة الأحكام العدلية أول تقنين للفقهاء الإسلامي، إذ أرادت الدولة العثمانية تقنين أحكام الفقه الإسلامي (الحنفي) في المعاملات ضمن كتاب واحد ثم جعل العمل به ملزما للمحاكم.

وقد شكلت لجنة قانونية متخصصة لذلك الغرض سميت جمعية المجلة (مجلة جمعيتي)، وقد تألفت الجمعية من السادة كل من (أحمد جودت باشا) رئيسا وعضوية كل من السيد (خليل) و(سيف الدين) و(أحمد خلوصي) و(أحمد حلبي) و(محمد أمين الجندي) و(علاء الدين عابدين).

وباشرت الجمعية المذكورة أعمالها سنة (1285هـ)، وفي 1286 رفعت تقريرها إلى الصدر الأعظم في حينها محمد أمين علي باشا وقد جاء في تقرير الجمعية ما نصه "وبموجب الإرادة العليا اجتمعنا في دائرة ديوان العدلية وبادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من الأمور والمسائل الكثيرة الوقوع اللازمة جدا من قسم المعاملات الفقهية من أقوال السادات الحنفية الموثوق بها وقسمت إلى كتب متعددة وسميت بالأحكام العدلية وبعد ختام المقدمة والكتاب الأول أعطيت نسخة منها لمقام مشيخة الإسلام الجليلة ونسخ أخرى لمن له معرفة ومهارة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ثم إجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض الملاحظات منهم حررت نسخة منها وعرضت على حضرتكم العلية¹.

وقد دونت الجملة أصلا باللغة التركية ثم جرت ترجمتها إلى اللغة العربية²، وقد تم شرح المجلة من قبل الكثير من شراح القانون والفقهاء ومن تلك الشروحات المشهورة شرح المرحوم سليم رستم باز

1 سليم رستم باز، شرح المجلة، المجلد الأول، ص12.

2 تبتدى النسخة التركية من مجلة الأحكام العدلية والمطبوعة في مطبعة محمود بك، البيوع وتنتهي بكتاب القضاء ثم متفرقات.

اللبناني المسى ب (شرح مجلة الأحكام العدلية) وشرح المرحوم علي حيدر أفندي المسى ب (دور الحكام في شرح مجلة الأحكام) وكذلك شرح الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء المسى ب (تحرير المجلة).

وقد تأثر واضعوا المجلة من حيث "الشكل - وليس المضمون- بالتقنيات الحديثة كالتقنين المدني السويسري والفرنسي.

وبذلك تكون الدولة العثمانية قد قامت بتقنين قواعد الفقه الإسلامي لأول مرة عن طريق وضعه في صورة (مواد) تتضمن كل منها حكماً أو أكثر في الموضوع الذي تنص عليه كما هو الحال في موضوع نصوص القوانين القديمة والحديثة.

وهي طريقة علمية مفيدة وبخاصة بالنسبة للقاضي، لأنها تغنيه في معظم الحالات عن البحث في بطون الكتب الفقهية عن القواعد والأحكام الخاصة بالمسألة المعروضة عليه والمطلوب منه الفصل فيها.

والشريعة الإسلامية ليست بعيدة عن طريق وضع القوانين والأحكام في عبارات أو جمل موجزة محكمة ويكفي لإثبات هذه الدعوى الاطلاع على مقدمة (لجنة الأحكام العدلية) التي تشتمل على عدة قواعد اختيرت من كتب الفقه الإسلامي بنفس الصيغة الواردة بها في هذه الكتب وبعض هذه القواعد أحاديث نبوية مثل (لا ضرر ولا ضرار) وقواعد فقهية مثل (الضرورات تبيح المحظورات)¹.

والشيء الجديد البارز في المجلة - فيما يمكن أن يعد من نقاط قوتها- هو أنها تجلى بها التمييز والتفريق في تأليف الفقه بين أسلوب المصادر العلمية أو التعليمية وأسلوب المراجع القضائية من حيث الترتيب والترقيم وتسجيل العبارة والاقتصار على قول واحد يعمل به في كل مسألة دون ذكر اختلافات الفقهاء المستفيضة في كتب الفقه².

إلا أن ما يؤخذ على مجلة الأحكام العدلية خلوها من النظريات العامة التي جاءت بها التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي آنذاك، والسبب في ذلك يعود إلى تأثر المجلة أو بالأحرى واضعوا المجلة بطريقة الفقهاء المسلمين في عرض الأحكام الفقهية عن طريق التمثيل وهو طريق أقرب إلى التعليمي منه إلى التشريعي.

1- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 26.

2- ص 29.

إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية مجلة الأحكام العدلية كونها تمثل المحاولة الأولى في مجال تقنين الفقه الإسلامي بأسلوب يماشي الأساليب والمناهج التشريعية التي كانت سائدة في عصر صدور المجلة.

وهذا إن دل على شيء إنما يدل على مدى الإمكانية العظيمة الكامنة في الفقه الإسلامي بشتى مذاهبه في مسايرة التشريعات الحديثة شكلا ومضمونا.

الفرع الثالث: التقنين في عهد القوانين المدنية

ظلت الدول العربية خاضعة لأحكام التشريعات العثمانية وفي مقدمتها مجلة الأحكام العدلية التي كانت تنظم أحكام المعاملات المالية.

إذ بقيت أحكام المجلة مطبقة في لبنان إلى سنة 1943 وفي سوريا على سنة 1949 وفي العراق إلى سنة 1953 وفي الأردن إلى سنة 1976¹.

وفي مصر جرى وضع التقنين المدني المختلط من قبل المحامي الفرنسي (مانوري) والذي كان محاميا فرنسيا يقيم في الاسكندرية، إذ عهد إليه وضع التقنين المختلط سنة 1872 وانتهى من وضعه سنة 1873 وصدر سنة 1875.

ثم صدر التقنين المدني الوطني المصري سنة 1883 م، وقد وضع التقنين المذكور ابتداء باللغة الفرنسية وقام بترجمتها إلى اللغة العربية يوسف وهبه باشا².

وحيث أنه قد جرى اقتباس التقنين المدني المصري المشار إليه من التقنين المدني الفرنسي لذا لا يمكن تصور تأثر التقنين المدني المصري بأحكام الفقه الإسلامي في تلك المرحلة من التقنيات المدنية المصرية سواء كان التقنين المدني المختلط أم الوطني.

وبعض المواطنين التي تأثر فيها التقنين المصري القديم بأحكام الفقه الإسلامي، فإن المشرع قد وقع في بعض الأخطاء في نقله تلك الأحكام عن الفقه الإسلامي.

فعندما نقل أحكام بيع المريض مرض الموت عن الشريعة الإسلامية وقع في غلطتين: نظر إلى مال البائع وقت البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع والصحيح أن العبرة بالقدر المحابي به.

1- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 19.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 12-13.

وقرر أحكاما غريبة في النفقات نقلها عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية، فجعل الزوجة تتفق على زوجها، بل تتفق على زوجة أبيها.

أما القانون المدني المصري الجديد رقم (131) لسنة 1948 فإن للفقه الإسلامي مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التي استقى منها تنقيح القانون المدني.

فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها من الفقه الإسلامي واستحدث أحكام جديدة أخذها عن هذا الفقه، وجعل بعد هذا كله الفقه الإسلامي مصدرا رسميا للقانون المدني يأتي بعد النصوص التشريعية والعرف ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.² فبيع المريض مرض الموت والأهلية والمنفعة والهبة وسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة والغبن في بيع القاصر وخيار الرؤية وتبعة الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل وبالحائط المشترك ومدة التقادم كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها.

وقد هذب التقنين الجديد بوجه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت والهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة.³

أما القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فقد كان أكثر تأثرا من القانون المدني المصري بأحكام الفقه الإسلامي، وهذا ما أشارت إليه الأسباب الموجبة للقانون المدني والعراقي والتي جاء فيها

إن بلاد الشرق العربي تنقسم إلى فريقين: بالجد المجلة وهي بلاد لا تزال تعتمد اعتمادا رئيسيا على مجلة الأحكام العدلية كالعراق وفلسطين وشرق الأردن وبلاد التقنين الحديث وهي بلاد أخذت بنظام التقنين واقتبست من تقنيات الغرب ولا سيما التقنين الفرنسي كمصر وسوريا ولبنان وتونس ومراكش وكلا الفريقين يتطرف في منزعه، فالأول يبقى على القديم دون أن يصله بأسباب الحياة والثاني يتنكر لماضيه ولا يفيد شيئا من ثروة الفقه الإسلامي وصنعته في غير حاجة أو مصلحة.

وقد رأى أن يكون المشروع مثلا لما ينبغي أن يكون عليه التقنين المدني في البلاد العربية، فجعل مزاجا متألفا يجمع بين قواعد نقلت عن الشريعة الإسلامية وقواعد نقلت عن التقنينات الغربية وهو

1- ص 17.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 56.

3 ص 57.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين فيوسع لمواجهة أوضاع الحضارة الحديثة ويستحث الجهود لدراسة الفقه الإسلامي دراسة ومقارنة ترده إلى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الأوضاع¹.

فالقانون المدني العراقي له مصدران (1) المجلة والفقه الإسلامي (2) القانون المدني المصري الجديد، فما أتى من المصدر الأول يرجع فيه إلى الفقه الإسلامي وإلى القضاء العراقي السابق وذلك مثل نظرية بطلان العقد وأحكام الإلتلاف وأحكام الغصب وحق التصرف ورهن الحيازة وحوالة الدين والدين المشترك ونحو ذلك من القواعد والأحكام المستصدرة في المجلة والفقه الإسلامي-وما أكثرها...²

ففي نطاق نظرية البطلان أخذ التقنين المدني العراقي بنظرية البطلان في الفقه الإسلامي لكونها أرقى في الصناعة من نظيرتها في الفقه الغربي.

إن عرض التقنين المدني في نصوصه للعقد الباطل وأغفل العقد الفاسد حتى يغفل بإغفاله الفساد فيصل لفي التطور إلى غايته وأهم ما استحدث في هذا التقنين هو التوسع في منطقة العقد الموقوف فجعلها تشمل نقص الأهلية وعيوب الإرادة وانعدام الولاية على المحل في وقت واحد ثم استكمل ما وقف عنده الفقه الإسلامي من أحكام العقد الموقوف³ والفساد والباطل بمعنى واحد في عقود البيع فكل فاسد باطل وبالعكس⁴.

ويبدو أن المشرع في القانون المدني العراقي قد أخذ بالتقسيم الثنائي للعقود من حيث الصحة والبطلان (الفساد) وهو مذهب جمهور الفقهاء المسلمين، ذلك أن الحنفية يذهبون إلى التقسيم الثلاثي للعقود من حيث الصحة وعدمها وهو العقد الصحيح والباطل والفساد.

كما عرض التقنين المدني العراقي-ومن مصادره الأساسية الفقه الإسلامي-لأنصراف إثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص فنص في المادة (142) منه على ما يأتي:

1-ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يثبت من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

1 الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

2 منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول، ص6.

3 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الناشر- المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمدالداية، بيروت-لبنان، بدون تاريخ نشر، الجزء الرابع، ص286.

4 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الناشر-دار الفكر العربي، بيروت-لبنان، 2008م، الجزء الثاني، ص183.

2- إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بالشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

وظاهر أن النص قد أخذ حرفياً من نص المادتين (145) و(146) من التقنين المدني المصري، ويشعر هذا باتفاق الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي في جواز انصراف أثر العقد إلى كل من الخلف العام والخلف الخاص¹.

كما أخذ القانون المدني العراقي يد الأمانة ويد الضمان عن الفقه الإسلامي، إذ تضمنت هذه الأحكام المواد (426) و(427) و(428) من القانون المذكور.

وهناك الكثير من المواد الأخرى التي تأثر فيها القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي واستقصاء تلك الموارد يحتاج إلى دراسة خاصة.

وخلاصة القوا في مدى تأثير الفقه الإسلامي في القوانين المدنية العربية أن النسبة متفاوتة من قانون إلى آخر، فبعض القوانين المدنية متأثرة بالشريعة الإسلامية 100% كالقانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992، والقانون المدني الأردني رقم (143) لسنة 1976 ومنها متأثرة بها 90% كالقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والقانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.

ومنها تأثرها بالشريعة الإسلامية لا يزيد على تأثرها بالفقه الغربي والقوانين الأجنبية الحديثة في العالم غير الإسلامي كالقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والقوانين العربية الأخرى المتأثرة بالقانون المصري كالمصري السوري والليبي واللبناني².

ونظراً لأهمية ومكانة مبادئ الشريعة الإسلامية نجد أن الدساتير العربية ومنها (الدستور المصري الصادر سنة 1973) قد نص في المادة الثانية منه والمعدلة بقرار مجلس الشعب بتاريخ 1980/04/30 وموافقة الشعب عليه في الاستفتاء في 1980/5/22 "على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع فلا يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم بياناً في هذا الشأن بل يفترض فيه المشرع العلم بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يجب عليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن المبدأ الشرعي الواجب التطبيق على

1 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص59.

2 مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث العلمية الشرعية والقانونية، الناشر-منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل-العراق، 2010م، ص97.

واقع الدعوى وأن يطبقه فيما ليس فيه نص تشريعي ولا عرف، تماما مثلما يجب أن يبحث من تلقاء نفسه عما قد يكون هناك من نص تشريعي واجب التطبيق على واقع الدعوى.

بل إنه مفترض في القاضي أن يكون عالما بمبادئ الشريعة الإسلامية، لأن القاضي متى وجد نصا تشريعيًا منطبقًا على واقع الدعوى، ولكنه وجده مخالفا لمبدأ شرعي من مبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه يكون إزاء نص تشريعي غير دستوري يسري عليه ما يسري على أي نص تشريعي معيب بعيب عدم الدستورية من حيث أنه إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع توقف الدعوى وتحيل الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية¹.

وكذلك دستور جمهورية العراق لسنة 2005 والذي نص في المادة الثانية منه على أنه: "أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع. ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت الإسلام".
التوفيق بين الفقه الإسلامي وبعض أحكام التقنين الوضعي:

نخلص من كل ما تقدم ذكره بخصوص تقنين الفقه الإسلامي في التشريعات الوضعية المعاصرة إلى نتيجة مفادها هو إمكانية التوفيق أو المقاربة بين الفقه الإسلامي وبعض أحكام التقنينات الوضعية التي لا تتعارض مع ثوابت الشريعة الإسلامية.

وأن هذا التوفيق ليس المراد منه بيان تأثير الفقه الإسلامي بالفقه القانوني الوضعي بل بيان مدى أصالة الفقه الإسلامي وأخذه بنظر الاعتبار الحاجات المتجددة للمجتمعات الإنسانية في الشرق أو الغرب.

ووجه التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي وبعض أحكام التقنينات المعاصرة هو أن العديد من الأحكام سواء كانت شرعية أم وضعية قانونية منشأها عقلانية بالدرجة الأساس.

على سبيل المثال أحكام الولاية على القاصرين من فاقد الأهلية أو ناقصيها في نطاق التصرفات المالية التي يقوم بها هؤلاء سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي منشؤها عقلائي، إذ أن الغاية من تلك التشريعات هي حماية أموال القاصرين من التبدد أو الضياع أو سوء الاستعمال.

1 عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، الناشر-المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية-مصر، الطبعة الثانية، 2012، ص 27.

"إذ أن التشريعات جميعاً قديمها وحديثها ترمي إلى حماية ناقص الأهلية"¹.

كما ان بعض أنظمة أو طرق الإثبات على صعيد الفقه الإسلامي وكذلك التقنين الوضعي تجدها هي نفسها كنظام الإثبات بالشهادة وكذلك اليمين، إذ أن الفقه الإسلامي وكذلك التقنيات المعاصرة الوضعية تأخذ معاً بنظم الإثبات المشار إليها وعلى اختلاف في التفاصيل فيما بينها.

والأمر يتعدى الأحكام الفقهية والقانونية التفصيلية إلى النظريات الفقهية والقانونية كنظرية (منطقة الفراغ التشريعي)² التي تبناها بعض الفقهاء المسلمين والتي تشابه إلى حد ما نظرية الحيز القانوني الخالي التي أخذ بها فقهاء الوضعية القانونية.

وأن التمايز بين النظريتين يكمن فيمن يملأ الفراغ التشريعي، فالفقهاء المسلمون يرون أن الفقيه الجامع للشرائط (ولي الأمر) هو الذي يتولى ملاً منطقة الفراغ التشريعي عبر الفتاوى (الأحكام الشرعية) التي يستنبطها والمستندة إلى الكتاب والسنة.

بينما فقهاء الوضعية القانونية يرون بأن المنطقة الخالية من القواعد القانونية يملؤها الأفراد عبر نشاطهم الاجتماعي "إذ أن النشاط الاجتماعي منقسم إلى قسمين قسم خاضع للقواعد القانونية وقسم آخر خاضع لنشاط الأفراد، ذلك أن مسلك الفرد إما ينتهي إلى القسم الخاضع للقواعد القانونية أو أن يعمل حراً في المجال الآخر وهكذا فالقانون يسد المجال الخاص به والأفراد يسدون في مجالاتهم"³.

ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي عرفها الفقه الإسلامي قبل الفقه الغربي يقرون.

بل إن صياغة النظرية المذكورة في الفقه الإسلامي وصلت إلى درجة فاقت ما وصل إليه الفقه

الغربي.

إلا أن لغة الفقهاء المسلمين تختلف عن لغة الفقهاء الغربيين ومصطلحاتهم، غير مصطلحات

هؤلاء.

1 شامل رشيد ياسين الشبخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، سنة 1974م.

2 محمد باقر الصدر، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات، بيروت-لبنان، بدون تاريخ طبع، ص 417-419 و760-768.

3 مجيد حميد العنبيكي، محاضرات في التفسير القانوني، أقيمت على طلبة المعهد القضائي، السنة الثانية 2002-2003، ص 8.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

وهذا ما دفع بعض أساتذة القانون المعاصرين إلى القول بأن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية الاشتراط لمصلحة الغير¹.

ويسمي الفقهاء المسلمون المشتراط (الشارط) والمتعهد (المشروط عليه) والمنتفع (المشروط له) وهذه المصطلحات أدق من مصطلحات الفقه الغربي، لأنها تحصر المعنى في النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير ولا تترك مجالاً لانصراف الذهن إلى معاني أخرى.

فتعبير (مشروط عليه) أدق من تعبير (متعهد)، لأن لفظ متعهد يستعمل في الاشتراط لمصلحة الغير وفي غيره، وتعبير (مشروط له) أدق من تعبير (منتفع) لأن تعبير (منتفع) يستعمل كذلك في الاشتراط لمصلحة الغير وفي غيره.

ففيما يتعلق بجواز الاشتراط لمصلحة الغير جاء في كتاب (المكاسب) للأنصاري (ص 284) "لو اشترى عبداً بشرط أن يعتقه المشتري صح البيع ولزم الشرط عند علمائنا أجمع، ويعلل المؤلف ذلك بقوله: "حاصل قوله (بعتك هذا العبد على أن تعتقه)".

إن الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، ويلاحظ على هذا النص أنه يشبه تماماً ما تقول به النظرية التقليدية في السبب في العقود الملزمة للجانبين من أن سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر.

وجاء في هذا المعنى في تذكرة الفقهاء للحلي (ج 7) القسم الثاني، (ص 168): "لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو في الحال لزمه الوفاء بالشرط".

وبالنسبة لحق الشروط له (المنتفع) في مطالبة المشروط عليه (المتعهد) بتنفيذ التزامه جاء في المكاسب ص 285: "للمشروط له إجبار المشروط عليه، لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط، فإن العمل بالشرط ليس كتسليم أحد العوضين".

وبالنسبة لتلقي المشروط له (المنتفع) الحق من العقد مباشرة جاء في المكاسب (الموضع) المذكور أعلاه: "إن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه".

1 عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 160.

وبالنسبة لحق المشتراط في نقض حق المنتفع جاء في تهذيب الأحكام (ج6 ص313): عن ابن يسار عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل دفع إلى رجل مالا فقال: إنما أدفع إليك المال ليكون الربح لابنتي فلانة وفلانة، ثم بدا للرجل بعدما دفع المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين دينارا، فاشترى به جارية لابن ابنه، ثم إن الرجل هلك بعد ذلك، فوقع بين الجاريتين وبين الغلام كلام.... فقالت له: "إنك لتنكح جاريتك حراما إنما اشتراها لك أبونا من مالنا الذي دفعه إلى فلان، فاشترى لك منه جارية فأنت تنحكها حراما لا تحل لك"، فأمسك الفتى عن الجارية، فما ترى في ذلك؟ فقال: أليس الرجل الذي دفع المال أبا الجاريتين وهو جد الغلام وهو اشترى الجارية؟ قلت: نعم، فقال فليأت جاريتيه إذا كان هو الذي أعطى وهو الذي أخذ".

فهذه العبارة تقرر بوضوح حق الشارط في نقض المشروط له (المنتفع) وتحويله إلى منتفع آخر¹.

وكذلك نظرية التقادم-مرور الزمان- التي أخذت بها الشرائع الوضعية إذ ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن: "في الشريعة الإسلامية أثرا وجدورا لمرور الزمن الذي أقرته وأخذت به الشرائع الوضعية".

إذ نقل صاحب الحدائق-الشيخ يوسف البحراني-في المجلد الخامس من آخر الدين عن الشيخ الصدوق: "إن من ترك دارا أو عقارا أو أرضا في يد غيره فلم يتكلم ولم يطالب ولم يخاصم في ذلك فلا حق له ويدل عليه ما روي عن الإمام (عليه السلام) أن الأرض لله جعلها وقفا على عباده فمن عطل أرضا ثلاث سنين متوالية بغير سبب أو علة أخرجت من يده ودفع إلى غيره ومن ترك مطالبة حق له عشر سنين فلا حق له..... وهذا صريح في أن ترك المطالبة بالحق عشر سنين يسقط من الأساس".

وبه يظهر ان قول الصدوق قريب ما عليه الشرائع الوضعية- ثم قال صاحب الحدائق- وبالجملة فالمسألة غير خالية من شوب الإشكال.

ووجه الإشكال أن الرواية شاذة لم يعمل بها غير الصدوق (ت381) وقد طعن جماعة بسندها².

ويذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن لولي الأمر منع سماع الدعاوى بشأن الحقوق-العينية والشخصية- بعد مرور مدة معينة على أساس أن القضاء يتقيد بالزمان والمكان وبنوع الدعاوى وبسائر التقييدات الأخرى مستندين في ذلك إلى ما جاء في الدر المختار في فقه الحنفية "القضاء مظهر لا يثبت

1 عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، ص370-371.

2 محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص18-19.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

ويتخصص بزمان ومكان وخصوصية حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة فسمعتها أي القاضي- لا ينفذ- أي لا ينفذ حكمه¹.

ومن النظريات الفقهية أيضا والتي تتقارب فيها التقنيات الوضعية مع الشريعة الإسلامية هي نظرية الظروف الطارئة.

فقد اتجه الفقه-القانوني- إلى إقامة هذه النظرية على أساس من نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد أكد الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ (لامبير) في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1932 أن "نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة وفي القضاء الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة وفي القضاء الإنكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة التنفيذ تحت الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة"².

وخلاصة القول في هذه المسألة هي ما أوجزها بعض المؤلفين المعاصرين بقوله: "أنه لا يمكن أن توجد نظرية في الفقه الغربي لا يعرفها الفقه الإسلامي؟، والسبب في ذلك هو أن هذه النظريات وضعت لمواجهة حاجات الناس وهذه الحاجات واحدة في الشرق أو في الغرب"³.

إلا أن التوصل إلى النظريات الفقهية يحتاج إلى بذل المزيد من الجهود العلمية من قبل الفقهاء المسلمين وذلك لاستنباط النظريات الفقهية من الأدلة الشرعية اللفظية (القرآن والسنة النبوية)à، عبر تجديد بعض مناهج الاستنباط التقليدية وتطويرها بحيث تكون متماشية مع مستجدات العصر وحاجاتها واللجوء أحيانا إلى آليات الفهم الاجتماعي للنص عندما يكون الأمر متعلقا بحاجات المجتمع ككل وليس الفرد وحده⁴.

إلا أن هذا لا يعني هجر أصول الاستنباط التقليدية إذ لا يمكن ترك تلك الأصول لكون أنها قديمة من حيث الزمان، إذ أن كثيرا من تلك الأصول تمت صياغتها بدقة بحيث تتفوق على القواعد القانونية الوضعية إلا أنه ينبغي الملائمة بين الأصول التقليدية والمناهج الجديدة في الاستنباط، وهذا ما تنبه إليه

1 عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الناشر-مؤسسة الرسالة ناشرون بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص469.

2 عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، 1971، ص35.

3 عبد المجيد الكريم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام، ص369.

4 محمد باقر الصدر، بين النجف وشيعة العالم، منشورات دار النهار بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، شباط 1998، ص ص 151-209، و211-248.

بعض الأعلام المعاصرين "فبعدهما وصف الفترة التي نعيشها بأنها تمثل الصراع الحاد بين التطرفات الإسلامية والتطرفات الأخرى جراء عوامل اقتصادية وسياسية معينة، رأى ضرورة القيام بمهمة تطوير أصول الفقه وبغية انجاز هذا التطوير لابد من الاستمداد من بعدة حقول كالحقل الفلسفي والحقل القانوني والحقل النفسي والحقل الاجتماعي وما إلى ذلك من الحقول المتعددة الأخرى.

وبدون ذلك لا يمكن للعملية الاستنباطية الاستمرار والمواكبة مع متطلبات العصر الحديث بل تبقى أسيرة الحوادث التراثية السالفة التي أثارت أسئلة الرواة¹.

الفرع الرابع: موقف الفقه والقضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي

لكل من الفقه القضاء موقفه ورؤيته لمبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي.

فتفسير الفقهاء القانونيين لمبادئ الشريعة الإسلامية يغلب عليه الطابع النظري الذي يتجه كثيرا نحو الفرضيات النظرية، بعكس تفسير القضاء الذي يغلب عليه الجانب العملي التطبيقي وذلك لطبيعة العملية القضائية التي تحتم على القاضي أن يصدر حكما في النزاع المعروض عليه عبر اللجوء إلى مصادر القانون الأخرى غير النص التشريعي وبطبيعة الحال منها مبادئ الشريعة الإسلامية.

وقد جرى تقسيم المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول موقف الفقه القانوني من مبادئ الشريعة الإسلامية وفي المطلب الثاني موقف القضاء من تلك المبادئ.

أولا:- موقف الفقه من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي

تتفق القوانين المدنية العربية على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا من مصادر القانون ومن ثم مصدرا من مصادر الحكم القضائي.

إلا أن تلك القوانين تختلف في تفاصيل الرجوع إلى ذلك المصدر وبعبارة أخرى تختلف في ماهية الشيء الذي يرجع إليه من الشريعة الإسلامية.

1 منير عدنان القطيفي، الرافد في علم الأصول، محاضرات السيد علي السيستاني، ص 17.

فالقانون المدني المصري نص على الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند فقدان النص التشريعي¹.

والقانون المدني العراقي يوجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين².

كما يوجب القانون المدني اليمني المأخوذ من الشريعة الإسلامية أصلاً الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند فقدان النص التشريعي³.

والقانون المدني الأردني أوجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي عند فقدان النص التشريعي وعند عدم ظفر القاضي بالحكم الفقهي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية⁴.

كما أن من القوانين المدنية العربية من أوجب عند الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التقيد بمذهب أو مذاهب معينة في الفقه الإسلامي⁵.

وإزاء هذه الاختلافات في النصوص التشريعية التي اتفقت في الإرجاع إلى الشريعة الإسلامية إلا أنها اختلفت في ما يجب الرجوع إليه من تلك الشريعة، فقد وقع الاختلاف في التفسير الفقهي لتلك النصوص التشريعية.

فجانبا من الفقه المصري متأثراً بآراء بعض واضعي القانون المدني المصري يذهب إلى أن المقصود من مبادئ الشريعة الإسلامية هو الأصول والقواعد الكلية التي هي موضع اتفاق بين المذاهب الإسلامية دون الأحكام الفرعية والتفصيلية التي تختلف من مذهب إلى آخر بل داخل المذهب الواحد نفسه⁶.

وقد تسرب القول بأن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية ما كان منها محل إجماع دون ما لا إجماع عليه ودون الأحكام والأقوال التفصيلية الجزئية إلى أوساط الفقه العراقي أيضاً، فقد جاء في "رجوع

1 عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، الناشر-المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2012، ص32.

2 المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

3 المادة (1) من القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1991.

4 المادة (2) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

5 المادة (1) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.

6 صلاح الدين الناهي، "من معضلات التفسير القضائي"، مرجع سابق، ص 28-29.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

القاضي للشريعة الإسلامية ينبغي أن يقتصر على مبادئ الشريعة الإسلامية دون أن يتعدها إلى أحكامها التفصيلية والمبادئ العامة هي الأصول الكلية والقواعد الأساسية التي لا خلاف بين مذاهب المسلمين بشأنها".

أما الأحكام التفصيلية فتعني الحلول والأحكام الجزئية التي تختلف بتفاوت المذاهب الإسلامية، وقد تتباين في المذهب الواحد.

وقد قصر المشرع رجوع القاضي على مبادئ الشريعة الإسلامية المسلم بها من الجميع تقديرا منه لعدم جدوى الرجوع إلى حلول تفصيلية تتعدد بشأنها آراء الفقهاء المسلمين ويحتدم الخلاف حيالها.

إلا أن الري المذكور قد لا يصمد أمام النقد والتحليل إذ يمكن الرد عليه بأن الاختلاف بين المذاهب الإسلامية ليس عيبا في الشريعة الإسلامية بل هو من عوامل القوة في الشريعة المذكورة ذلك أن القاضي غير مقيد بالرجوع إلى رأي فقهي وعلمي معين في مذهب كما بل هو حر في تكوين عقيدته من خلال الرجوع إلى آراء العلماء في مسألة معينة فما كان موافقا من تلك الآراء لروح العصر وملائما لنصوص التشريع أخذ به.

فضلا عن أن الاختلاف لا يقتصر على الأحكام الفرعية بل يمتد إلى الأصول والقواعد الكلية كالقواعد الأصولية في علم أصول الفقه على سبيل المثال ففي نطاق هذا العلم هناك طريقتان في تناول مسأله وإثباتها وهي:

1-طريقة المتكلمين

وتقوم على تحقيق القواعد الأصولية تحقيقا نظريا تجريديا بعيدا عن تأثير الفروع الفقهية مع العناية بوضع الحدود والتعريفات وتحقيقها وتأويلها وتأويل النصوص في ضوء معانيها اللغوية، كما يعتني الأصوليون في إطار هذه الطريقة بالاستدلال على آرائهم الأصولية ويهتمون بحشد الأدلة والبراهين العقلية والنقلية على صحة آرائهم وضعف آراء مخالفيهم معتمدين في ذلك منهج الجدل في مختلف مسالكه العلمية والمنطقية مستخدمين أسلوب (النقل) إذ يريدون الحوار بينهم وبين مخالفيهم بقولهم (فإن قالوا.... قلنا....) أو (فإن قلت... قلنا....)

1- صلاح الدين الناهي، "من معضلات التفسير القضائي"، مرجع سابق، ص16.

2- طريقة الفقهاء

وهي طريقة متأثرة بالفروع وتتجه لخدمتها وإثبات سلامة الاجتهاد فيها، وتسمى أيضا طريقة الحنفية، لأنهم هم الذين كتبوا في أصول الفقه على نهجها.

والقواعد في إطار هذه الطريقة هي قواعد استنباطية مأخوذة من الفروع والأحكام التي وصل إليها الأئمة في المذهب الحنفي، إذ أن الأصولي في هذه الطريقة يفترض أن الأئمة قد راعوا هذه القواعد عند الاجتهاد واستنباط الأحكام ولذلك فإنه إن وجد فيما بعد فرعاً فقهياً يتعارض مع القاعدة المستنبطة فإنه يلجأ إلى تعديلها بما يتفق مع هذا الفرع¹.

إزاء ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن النص كما يشير إلى الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإنه لا يحظر الرجوع للمذاهب رجوعاً اجتهادياً لا تقليدياً والجمع بين هذين الأسلوبين لا يعني استبعاد الحلول الجزئية التفصيلية جملة والوقوف عند المبادئ الأعم، فإن القول بوجود الرجوع للمبادئ العامة لا يعني وجوب الإجماع على هذه المبادئ، فإن أكثر المبادئ لا يخلو من اختلاف الفقه فيها أو مداها وشروطها واختلاف السياسات التشريعية والتفسيرية في صدها ولا يعني أن الخلاف يفقدها وصف العموم فشرط الخطأ في المسؤولية عن الفعل غير المشروع مثلا هو من جملة المبادئ العامة في هذه المسؤولية ومع ذلك فلا إجماع عليه، إذ يوجد إلى جانب ذلك مبدأ المسؤولية عن ضمان الفعل الضار دون اشتراط ركن الخطأ والتمييز والقوانين التي تسلم بالخطأ ركناً في المسؤولية التقصيرية يختلف فقهاء في مسألة عبء إثبات هذا الركن على من يقع ومتى يفترض، وإذا ما افترض، فهل يقبل إثبات العكس أم لا يقبل، كما أن الترخيص بالرجوع إلى المذاهب اعتراف بالحق في تخير الحلول الاجتهادية التي كانت موضع اختلاف المذاهب في عمومياتها وجزئياتها، وبذلك لا تحتل صيغة النص النهائي إلزام القاضي باستبعاد الحلول الجزئية التفصيلية والوقوف عند المبادئ الأساسية الكلية التي لم تختلف فيها المذاهب ولا شيوخ المذهب الواحد، لأن هذا الحظر يتنافى مع جواز الرجوع للمذاهب، فإن المذاهب لا تتصف بهذا الوصف إلا لكونها مدارس اجتهادية ذات سبل منهجية متنوعة تتفق في بعض الأدلة (مصادر الحكم) وتختلف في بعضها فتقييد الرجوع إليها بشرط عدم الخلاف يسد باب الرجوع ويناقض مبدأ الاجتهاد من حيث هو عمل دائب في سبيل التحري عن القاعدة القانونية بالأساليب التي يقرها العلم والعقل سواء حصل إجماع المجتهدين وإطراد القضاء أم لم يحصل، ولا ضير بعد ذلك في الاختلاف إذ أن معظم الخلاف يدور حول

1 مسعود بن فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة علوم أصول الفقه، الناشر-مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية-الرياض، الطبعة الأولى، 2004م، ص 89-90.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

المصلحة العامة والسياسة التشريعية في أبعادها الشاملة والجزئية والسياسة التشريعية وما إلى ذلك من الأمور تتأثر بظروف كل عصر وحضارته وبيئته الاجتماعية والاقتصادية والنفسية والثقافية¹.

ونحن نميل إلى الرأي الثاني حيث يتبين أرجحيته على الآراء والأقوال الأخرى من خلال استقراء أحكام القضاء الذي فسر مبادئ الشريعة الإسلامية تفسيرا واسعا لا يقتصر على الأول والقواعد الكلية بل يتجاوز ذلك ليشمل الأحكام الفقهية التفصيلية آخذا في ذلك بالتفسير المتطور للقانون الذي يأخذ بنظر الاعتبار حاجات المجتمع الذي شرع النص ليطبق فيه، ولا ريب في أن الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الأديان والشرائع وأكملها وأتمها لم تدع شأنا وجانبا من جوانب الحياة إلا ونظمتها، إذ ليس من واقعة إلا والله فيها حكم سواء كان حكما منصوصا عليه أم مستنبطا من خلال الرجوع إلى الأصول والقواعد الكلية.

ثانيا- موقف القضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي

فسر القضاء مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون ومن ثم كمصدر من مصادر الحكم القضائي تفسيرا واسعا بحيث لم يقصرها على جانب واحد من جوانب الشريعة دون الجوانب الأخرى- في نطاق المعاملات بطبيعة الحال.

وبذلك جمع بين الآراء الفقهية المختلفة بشأن تفسير مصطلح (مبادئ الشريعة الإسلامية) إذ سيتبين من خلال استقراء الأحكام القضائية- في العراق ومصر- أنه قد رجع تارة إلى القواعد الأصولية وتارة إلى القواعد الفقهية وأخرى إلى الأحكام الفقهية التفصيلية عند فقدان النص التشريعي بغية إصدار الحكم القضائي في الدعاوى المنظورة من قبله.

والسبب الذي حدا بالقضاء إلى تفسير مبادئ الشريعة الإسلامية تفسيرا واسعا هو الطابع العملي الذي يغلب على التفسير القضائي الذي تتجه إليه محكمة الموضوع بمناسبة نزاع معروض عليها والذي (النزاع) يوجب على قاضي محكمة الموضوع أن يصدر حكما في ذلك النزاع ويتوجب عليه عندئذ أن يفسر الشريعة الإسلامية- كمصدر للحكم القضائي- تفسيرا واسعا بحيث لا يقتصر تفسيره لذلك المصدر على القواعد الأصولية دون القواعد الفقهية والأحكام الفقهية الفرعية.

فعليه أن يجد الحل القانوني الذي يساعده في حسم الدعوى في المصادر التي سبقت الإشارة إليها وإلا كان ممتنعا عن إحقاق الحق.

1- صلاح الدين الناهي، "من معضلات التفسير القضائي"، مرجع سابق، ص15.

أما التفسير الفقهي والذي يغلب عليه الطابع النظري فهو يتجه نحو الفرضيات الفقهية النظرية، والفقيه عادة لا يواجه الصعوبات والتحديات القانونية التي يواجهها القاضي في سبيل إصدار الحكم القضائي.

إزاء ذلك كان تفسير القضاء لمبادئ الشريعة الإسلامية تفسيرا واسعا ليتلاءم ومتطلبات ومقتضيات العمل القضائي التي توجب على القاضي أن يجتهد في البحث عن مصادر أخرى للحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي.

وسنبحث في هذا الفرع من خلال استقراء أحكام القضاء-في العراق ومصر- دور كل من القواعد الأصولية والقواعد الفقهية والأحكام الفقهية التفصيلية في عملية إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي وذلك في ثلاثة بنود مستقلة.

إذ خصصنا البند الأول للقواعد الأصولية، والبند الثاني للقواعد الفقهية، أما البند الثالث فقد تناولنا فيه الأحكام الفقهية.

1- القواعد الأصولية

تعرف القواعد الأصولية بأنها القواعد التي يرتكز عليها قياس استنباط الفقهاء للأحكام الشرعية الفرعية الكلية أو الوظائف المجدولة من قبل الشارع أو العقل عنجد اليأس من تحصيلها من حيث الموازنة والتقييم¹.

وعرفها آخرون بأنها: "حكم كلي محكم الصياغة يتوسل به إلى استنباط الفقه من الأدلة وكيفية الاستدلال بها وحال المستدل²".

وقد اشترط البعض شروطا للقواعد الأصولية أوصلها إلى ثمانية شروط وهي أن تكون القاعدة الأصولية ذات صياغة موجزة، وأن تكون قضية عامة، وأن يكون موضوعها كليا لا جزئيا، وأن يكون الموضوع مجردا لا مشخصا، وأن يكون مطردا وأن لا تتعارض القاعدة الأصولية مع محكمات المشرع

1- محمدتقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ط1/2006، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ص62.
2- أيمن عبد الحميد-البدارين، نظرية التقعيد الأصولي، ط1/2006، دار ابن حزم، بيروت-لبنان، ص62.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

ومقاصده وظواهره، وأن لا تعارض بمثلها أو بما هو أقوى منها من القواعد الفقهية الأصولية، وأخيراً أن تكون القاعدة الأصولية جازمة غير مترددة¹.

والشرطان الأساسيان من الشروط المشار إليها أنفا هما العمومية والتجريد فهما شرطان ملازمان للقاعدة الأصولية، فالقاعدة الأصولية شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة مجردة لكي تكون مستوعبة للحالات الكثيرة التي تدخل تحتها لاستنباط الأحكام منها سواء الشرعية أم القضائية.

فالقاعدة سواء كانت أصولية أم قانونية لا يمكنها أن تكون مصدراً للأحكام إلا إذا كانت عامة مجردة لذا فإن القاعدة الفقهية تتميز عن القاعدة الأصولية في "كون القاعدة الأصولية لا تنتج إلا حكماً كلياً أو وظيفة كذلك بخلاف القاعدة الفقهية فإن إنتاجها منحصر على الدوام في الأحكام والوظائف الجزئية التي تتصل اتصالاً مباشراً بعمل العامل.

كما أن القاعدة الأصولية لا يتوقف استنباطها والتعرف عليها على قاعدة فقهية بخلاف العكس، لأن القواعد الفقهية جميعاً إنما هي وليدة قياس لا تكون كبراه إلا قاعدة أصولية².

وللقواعد الأصولية أهمية في إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي ومن القواعد الأصولية التي لها دور مهم على صعيد العمل القضائي هي قاعدة "الجمع بين النصين المتعارضين مهما أمكن أولى من الطرح".

إذ أن علي قاضي محكمة الموضوع إذا ما بدا له أن هناك نصين متعارضين ظاهراً أن يبذل جهده في الجمع بين النصين المتعارضين، لأن الجمع أولى من الترجيح.

ويتم الجمع عبر أعمال قواعد الجمع العرفي التي نص عليها علماء أصول الفقه وذلك عن طريق التنوع في مجال عمل النصين المتعارضين بأن يجعل القاضي عمل أحد النصين مقتصرًا على مجال معين، والنص الآخر على مجال غير المجال الذي يحكمه النص الأول والمثال على ذلك نص المادة (97) من القانون المدني العراقي والتي حددت سن التمييز بسبع سنوات كاملة³.

1 أيمن عبد الحميد، البدارين، مرجع سابق، ص 119-132.

2 محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، صلاح الدين الناهي، "من معضلات التفسير القضائي"، مرجع سابق، ص 39.

3 المادة (97) من القانون المدني العراقي.

في حين أن قانون رعاية الأحداث العراقي رقم (76) لسنة 1983 قد نص في الفقرة أولاً من المادة (3) منه على أن سن التمييز هو تسع سنوات كاملة¹.

ففي حين نصت المادة (97) من القانون المدني العراقي على أن الصغير (غير المميز) هو من لم يتم السابعة من عمره نص قانون رعاية الأحداث على أن الصغير (غير المميز) هو من لم يتم التاسعة من عمره وهذا يعني أن نص القانون المدني قد جعل سن التمييز سبع سنوات كاملة، في حين أن نص قانون رعاية الأحداث قد جعل سن التمييز تسع سنوات كاملة.

ويتم الجمع بين النصين المذكورين عن طريق التنوع بالعمل بالنصين كل في مجاله بالقول بأن نطاق سريان نص المادة (97) من القانون المدني العراقي هو التعاملات المالية الخالية من العنصر الجزافي على اختلاف موضوعاتها، في حين أن نطاق سريان نص المادة (3) فقرة أولاً من قانون رعاية الأحداث هو المسؤولية الجزائية، "حيث إن سن التمييز والمسؤولية الجنائية بمقتضى قانون رعاية الأحداث هو إكماله التاسعة وقت ارتكاب الجريمة"²، وبذلك يتم الجمع والتوفيق بين النصين المتقدمين.

أو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرار لها بشأن الجمع بين نص المادة (1/177) من القانون المدني المصري والذي نظم أحكام مسؤولية حارس البناء عن الأضرار الناشئة عن تدمره بسبب قدمه، أو عيب فيه أو الإهمال في صيانته، وكذلك نصوص القانون رقم (49) لسنة 1977 التي خلت صراحة من النص على إلغاء تلك المادة -لم تتضمن تنظيمًا لأحكام تلك المسؤولية بل اقتصرت على تحديد الإجراءات والاحتياجات الواجب اتباعها في شأن المنشآت الآيلة للسقوط أو تلك التي تحتاج إلى ترميم أو صيانة وطرق الطعن في القرارات الصادرة بشأنها وهو ما لا يحول دون أعمال هذه القواعد، وقاعدة مسؤولية البناء معاً كل في مجاله الخاص في التطبيق فإن نصوص القانون رقمك (49) لسنة 1977 لا تكون ناسخة لنص المادة (1/177) من القانون المدني³.

أما إذا تعذر الجمع بين النصين وذلك لوجود تعارض حقيقي بينهما وليس تعارض ظاهري عند ذلك يجب على القاضي أن يرجح أحد النصين على الآخر.

1 المادة (3) من قانون رعاية الأحداث.

2 براء منذر عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الناشر-دار الحامد للنشر والتوزيع-عمان-الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص144.

3 محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول، ص34.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

والقاعدة المتبعة في هذا الصدد هي ترجيح النص الأحدث تاريخاً من حيث الصدور على النص الأقدم، لأن النص الأحدث من حيث تاريخ التشريع يعد ناسخاً للنص القديم الذي يتعارض تعارضاً حقيقياً مع النص الجديد.

ومثاله ما نصت عليه المادة الخامسة والستون من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل بشأن إثبات الوصية من أنه إذا كان الموصى به عقاراً أو مالا منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه منت الكاتب العدل¹.

في حين أن المادة (15) من قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1998 منعت الكاتب العدل في الفقرة ثالثاً منها من تنظيم أو توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية أو أي تصرف يفرض القانون لانعقاده شكلاً معيناً².

ففي هذه الحالة فإن نص الفقرة ثالثاً من المادة (15) من قانون الكتاب العدول هي التي ترجح في مجال العمل القضائي بصدد نزاع يتعلق بإثبات الوصية المتعلقة بالعقار باعتبارها ناسخة لحكم المادة الخامسة والستون فقرة (1) من قانون الأحوال الشخصية كونها أي الفقرة ثالثاً من المادة (15) من قانون الكتاب العدول أحدث تاريخاً من حيث الصدور من النص الوارد في قانون الأحوال الشخصية ومن ثم هي التي ترجح على النص القديم في مجال العمل القضائي.

أو ما قضت به محكمة تمييز العراق بأنه وحيث أن قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل هو القانون الذي (ينظم طرق التقاضي) وأن قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 هو القانون يتعلق بإجراءات الإثبات "وتقوم قواعده على تبسيط الشكليات طبقاً لما ورد في الأسباب الموجبة لتشريعها- قد صدرا بعد القانون المدني- وهو قانون موضوعي- وهما قانونان يتعلقان بالإجراءات فتكون أحكامهما هي الواجبة التطبيق وتكون مقيدة لما ورد في القانون الموضوعي من أحكام في حالة تعارضها مع أحكام القانونين المذكورين"³.

2- القواعد الفقهية

1 المادة (65) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959.

2 المادة (15) من قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1998.

3 ابراهيم المشاهدي، معين القضاء، الجزء الرابع، ص80.

القاعدة لغة الأساس، أما اصطلاحاً فهي حكم كلي أو غالب ينطبق على جزئيات كلها أو أكثرها، والفرق بينها وبين الضابط أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد¹.

أو بأنها قضية كلية يعرف بها منها حكم جزئياتها أو مصاديقها².

وتتميز القاعدة الفقهية عن القاعدة الأصولية بأمور منها:

1- إن القاعدة الفقهية حكم شرعي عام يستفاد من خلال تطبيقها الحصول على أحكام شرعية جزئية هي مصاديق لذلك الحكم العام، بينما القاعدة الأصولية حكم عام يستفاد من خلال تطبيقها أحكام شرعية مغايرة لذلك الحكم العام.

2- إن القاعدة الفقهية تقدم لنا من خلال تطبيقها أحكاماً جزئية بخلاف القاعدة الأصولية فإنها تقدم لنا أحكاماً كلية.

3- إن القاعدة الفقهية يتعهد بتطبيقها المكلف العامي دون المجتهد.

إذ أن القاعدة الفقهية-بعد استنباطها من الأصول- يستطيع ن يجري قياسها كل مكلف حتى إذا كان غير مجتهد ليطبقها على نفسه تمهيدا للعمل على وفقها بخلاف القاعدة الأصولية فإن الذي يختص بإجراء قياسها هو المجتهد دون غيره، لأن كفايات استنباط الأحكام الكلية من أدلتها لا يستطيع إدراكها غير المختصين من ذوي الاجتهاد ونتائجها توصل إلى العلم بالأحكام وهي سابقة في الرتبة على القياس الذي يجري في مقام العمل ليوصل إلى أحكام جزئية³.

وقد أضاف البعض معياراً آخر إلى المعايير المتقدمة للتمييز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية وهو أن القاعدة الفقهية لا يستنبط منها الحكم الشرعي بل يستنتج⁴.

وقد عينت بالبحث عن هذه القواعد كتب كثيرة ألفت في الفقه والأصول كما ألفت فيها كتب مستقلة ركزت عليها في مختلف المذاهب الإسلامية منها (القواعد والفوائد) للشهيد الأول (محمد مكي العاملي) و(تمهيد القواعد) للشهيد الثاني (زين الدين بن علي العاملي) و(العناوين) ل (مير فتاح المراغي)

1 رستم باز اللبناني، شرح المجلة، مرجع سابق، ص 50.

2 محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 289.

3 باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الناشر-المركز العالمي للعلوم الإسلامية، قم-إيران، الطبعة الأولى، 1418هـ، ص 8-9.

4- جعفر الحكيم، سند الأصول، مرجع سابق، ص 21.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

و(نضد القواد) ل (عبيد الله بن الحسن الكرخي) و(قواعد الأحكام) ل (عز الدين بن عبد السلام) و(الفروق) للقرافي و(القواعد في الفقه الإسلامي) ل (عبد الرحمن بن رجب) و(الأشباه والنظائر) ل (زين الدين بن ابراهيم المعروف بابن نجيم)¹.

وقد ورد في مجلة الأحكام العدلية نحو مائة قاعدة من القواعد الفقهية تناولها شرح المجلة بالشرح والتوضيح ومنهم المرحوم سليم رستم باز اللبناني وكذلك الشيخ محمد حسين آل كاشف الغطاء في كتابه (تحرير المجلة) إذ تناول تلك القواعد بالنقد والتحليل وضاف إليها قواعد فقهية أخرى بلغت اثنتين وثمانين قاعدة.

والقواعد الفقهية كثيرة ويرجع إليها في عامة أبواب الفقه من العبادات والوصايا وأبواب النكاح والرضاع والأولاد والنفقات والطلاق وما يلحق به من الخلع والظهار والإيلاء واللعان والمطاعم والمشارب والصيد والذباحة والقضاء والميراث والشهادة ويمكن أن تنتهي القواعد الفقهية إلى خمسمائة قاعدة أو أكثر².

ومن القواعد الفقهية المهمة على صعيد العمل القضائي هي قاعدة أصالة الصحة والمقصود بأصالة الصحة هو أن الشخص إذا صدر منه فعل-عقدا كان أو إيقاعا أو تطهير و صلاة استيجار- وشك في كونه صحيحا يترتب عليه الأثر أو باطلا لا يترتب عليه الأثر حمل على كونه صحيحا ذا أثر³.

هذا بالنسبة للمسلمين، أما غير المسلمين فيحمل على عدم مخالفة دينه إن كان له دين وغير المتدينين يحمل على عدم مخالفة قانونه⁴.

وهي (أصالة الصحة) في نطاق القانون تعني بأن التصرفات القانونية التي يقوم بها الأشخاص الخاضعين لأحكامه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين فإن تلك التصرفات محكومة بالصحة إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك.

لأن الأصل في الإجراءات حملها على الصحة ما لم يكف الدليل على خلاف ذلك⁵.

1 محمدتقي الحكيم، القواعد العامة في الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 45-46.

2 محمد حسين آل كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المرجع السابق، ص 288.

3 باقر الأيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الناشر-أنوار الهدى، قم-إيران، الطبعة الأولى، 1418هـ، ص 31.

4 فاضل الصفار، أصالة الصحة، الناشر-دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية-المنطقة الشرقية، القطيف، الطبعة الأولى،

2008م، ص 26.

5 علي سكيكر، تحقيق الدعوى الجنائية وإثباتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الأولى، 2008م، ص 25.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

فلو أن جهة حكومية قامت باستملاك عقار معين لأغراض النفع العام ثم فقدت الأولويات والمستمسكات الخاصة بالاستهلاك، أو طعن ببطان الإجراءات الخاصة بالاستملاك كونها جرت خلافا للقانون، فإن الأصل في تلك الإجراءات هو حملها على الصحة، لأن الأصل في الإجراءات القانونية حملها على الصحة ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

وقد سار القضاء العراقي والمصري على تطبيق القاعدة الفقهية المذكورة (أصالة الصحة) في الكثير من قراراتها.

ونذكر على سبيل المثال البعض من تلك القرارات:

قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بالعدد 247/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2007 في 2008/4/22 والذي جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن محكمة الاستئناف أجرت التحقيقات المطلوبة بقرارات النقض الصادرة من هذه المحكمة بالأعداد 682/ م 2005/2 في 2005/9/25 و 1519 / الهيئة الاستئنافية/ العقار/ 2006 في 2006/8/29 و 3150/ الهيئة الاستئنافية/ العقار/ 2006 في 2007/2/25 إلا أنها توصلت إلى نتائج غير صحيحة وتخالف ما تحصل لديها من نتائج تلك التحقيقات إذ أنها استوضحت من دائرة التخطيط العمراني بشأن مدى سبق تغيير استعمال العقار موضوع الدعوى عملا بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (117) لسنة 2000 فحضر ممثلها وأكد أن كافة الأولويات الخاصة بالموضوع قد أُلغيت نتيجة الأحداث التي مرت على البلاد في حينه، وحيث أنه من المفترض أن تلك الدائرة قامت بالإجراءات المنصوص عليها في القانون المذكور وفق الأصول وإن احتراق الأولويات للسبب المذكور لا يبرر للمحكمة اعتبار المميز عاجزا عن إثبات قيامه بها وفق الأصول في حينه وعلى من يدعي العكس كلفة الإثبات وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها ومنها القرار المرقم 270/ هيئة عامة/ 2002 في 2002/12/30 والقرار 32/ موسعة مدنية/ 2005 في 2005/6/21 و 233 و 234/ موسعة مدنية/ 2006 في 2007/6/20¹.

وقرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 4815 / مدنية عقار/ 2012 في 2012/12/3 والذي جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشملا على أسبابه فقرر

1- القرار غير منشور.

قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المطعون به تبين أنه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك، لأن الحكم بإلغاء استملاك العقار موضوع الدعوى يقتضي بثبوت استملاكه بدون بدل أو خلافا للإجراءات القانونية إذ أن الأصل في المعاملات الصحة وعلى مدعي البطلان إثبات عكس ذلك فكان إجراء التحقيقات اللازمة لغرض الوقوف على الحقيقة والتثبت مما إذا كان العقار قد استملك بكتاب من ديوان الرئاسة أم بقرار من مجلس قيادة الثورة المنحلين ربط صورة من قرار الاستملاك وإدخال دوائر الدولة ذات العلاقة والمدير السابق للقسم القانوني في المحافظة أشخاصا ثلاثة في الدعوى بغية الاستيضاح منهم عن هذه الجهة سيما وأن الاستملاك جرى على عدة عقارات أخرى تقع على مسار طريق شورجة وطريق تكريت-أربيل وبما أن محكمة الموضوع أغفلت ذلك مما أخل بصحة حكمها، لذا قرر تقضه وإعادة الدعوى إليها لاتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق 18 محرم 1343 الموافق 2012/12/3"¹.

ومن قرارات محكمة النقض المصرية بصدد تطبيقات قاعدة أصالة الصحة –النقض المدني- الطعن رقم 1683 لسنة 54 ق-جلسة 1992/12/9-مكتب في 43 ص 251 والذي جاء فيه "الأصل في الإجراءات أنها روعيت وكان الثابت من التقارير المقدمة أمام محكمة الموضوع ومحاضر الأعمال أن الخبير قد وجه إلى الطاعنين كتبا مسجلة وكان المشرع لم يوجب على الخبير إرفاق إيصالات الخطابات الموصى عليها ولم يقدم الطاعنون ما يثبت عدم وصول خطابات الخبير إليهم بما يخص النعي على غير أساس"². وكذلك قرار محكمة النقض المصرية بالعدد –النقض المدني- الطعن رقم 1088 لسنة 48 ق-جلسة 1984/5/24 مكتب في 35 ص 1410 والذي جاء في حيثياته "الأصل في الإجراءات أن تكون قد روعيت وعلى من يدعي أنها خولفت أن يقيم الدليل على ما يدعيه"³.

3-الأحكام الفقهية

الحكم الفقهي هو الحكم الذي يستنبطه الفقيه الجامع للشرائط من خلال الاستعانة بالأدلة المقطوع بحجيتها عند علماء الأصول وذلك في المسائل الفرعية (العبادات والمعاملات).

1 القرار غير منشور.

2 أحمد محمدعبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، الجزء الرابع، ص2056.

3 ص2076.

والأحكام الفقهية شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية تتسم بالعمومية والتجريد بعكس الأحكام القضائية التي تتسم بالنسبية وعدم الإطلاق.

وبذلك يكمن الفرق بين الحكم الفقهي والحكم القضائي حيث أن الحكم الفقهي وكما ذكرنا يتصف بالعمومية والتجريد ويدخل تحت مفهومه جميع الحالات التي ينطبق عليها ذلك الحكم، بينما الحكم القضائي يتصف بالخصوصية والنسبية إذ هو يصدر عن القاضي في نزاع بين خصمين ولا يكون الحكم القضائي نافذا في حق الآخرين إلا إذا كان ماسا بحقوقهم.

كما يتضح مما تقدم أيضا الفرق بين وظيفة الأصولي والفقهاء، فالأصولي وظيفته إقامة الدليل على حجية القواعد الأصولية التي تقع في طريق استنباط الحكم الشرعي كإقامة الدليل على حجية - خبر الواحد على سبيل المثال.

بينما وظيفة الفقيه هي استنباط الحكم الشرعي من أدلتها التفصيلية (الكتاب والسنة) من خلال الاستعانة بالأدلة الأصولية المقطوع بحجيتها من قبل علماء الأصول فالفقيه لا يبحث في حجية الخبر الواحد إنما في دلالة الخبر على الحكم الشرعي المراد استنباطه من عدمه.

وبعد هذا العرض الموجز لمفهوم الحكم الفقهي والمفاهيم الأخرى المرتبطة به يمكننا القول بأن القضاء المصري والعراقي-ومن خلال استقراء الأحكام القضائية الصادرة عن القضائيين المذكورين قد دأبا على الاستعانة بالأحكام الفقهية المستنبطة من قبل الفقهاء المسلمين بشق مذهبهم والرجوع إليها في مقام إصدار الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي.

إذ أن القضاء المصري قد استعان بحكام الفقه الإسلامي وذلك للثبوت من عدالة الشهود وعدم وجود خصومة بين الشاهد وبين أطراف الدعوى بحيث تؤثر على عدالة الشاهد.

إذ جاء في قرار محكمة النقض المصرية ما نصه "من المقرر- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن الشهادة ذات حجية متعددة، لأن ما يثبت بها لأحد الخصوم يعد ثابتا للخصم الآخر وذلك باعتبار أن من صدرت منه الشهادة شخص عدل لا يقصد بها تحقيق مصلحة لأحد أو مضارته، ولهذا الأثر للشهادة واعتبارات العدالة فإنه يجب ألا يقوم بالشاهد مانع من موانعها من شأنه أن يدع الميل بشهادته لخصم على آخر سبيلا ومن هذا القبيل أن تكون بين الشاهد والخصم المشهود عليه خصومة، فقد ورد في الحديث الشريف "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي إحفة"، وإذا خلت مواد قانون الإثبات المنظمة لشهادة الشهود من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والخصم المشهود عليه فليس أمام القاضي

سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقتضي بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعا للشهادة باعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيس للتشريع بنص المادة الثانية من الدستور، والمرجع الأصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقا لنص المادة الأولى من القانون المدني وينبغي على ذلك أنه إذا ما طعن الخصم على أقوال الشاهد بوجود خصومة بينهما مانعة من الادلاء بأقواله دونما ميل وأرقام الدليل على ذلك تعين على المحكمة أن تمحص دفاعه وتحققه قبل أن تحكم في النزاع، فإن هي لم تفعل واستندت إلى أقوال هذا الشاهد رغم الطعن بفسادها وقع الحكم باطلا¹.

كما أن هناك الكثير من المواطن التي لجأ فيها القضاء العراقي إلى الأحكام الفقهية عند افتقاد النص التشريعي والعرف.

منها مثلا اللجوء إلى الأحكام الفقهية لإصدار حكم في نزاع متعلق بأرض متخذة لدفن الموتى (مقبرة) لخلو القانون المدني من تلك الأحكام.

"حيث أن الأحكام الفقهية تجمع على أن دفن الموتى في أرض مملوكة بإذن المالك يجعلها وقفا بمجرد القول وإن مجرد التسليم يعتبر تسليما للوقف ولا ينتفي الوقف وان انقطع الدفن بها أو نقلت عظام الموتى منها"².

كما رجع القضاء العراقي إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالنزاع الذي يقع بين الوكيل والموكل بخصوص الأموال التي يقبضها الوكيل نيابة عن موكله، فلو أنكر الموكل استلام المال الذي قبضه الوكيل نيابة عنه ودفع الأجير (الوكيل) بالتسديد ففي هذه الحالة (يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما نصت على ذلك الفقرة (2) من المادة الأولى من القانون المدني العراقي- لخلو القانون المدني من حكم هذه الحالة- إذ قضت الشريعة الإسلامية بأن الأمين مصدق في إبراء ذمته أي في المال الذي في يده فيتوجب على المحكمة في هذه الحالة أن تحلف الوكيل اليمين بطلب من الموكل على براءة ذمته (الوكيل...)³.

كما إن كلا من القضائين المصري والعراقي قد رجعا إلى أحكام الفقه الإسلامي بشأن أحكام حق الحكر وذلك لخلو القانون المدني من الأحكام التي تنظم الحق المذكور.⁴

1 أحمد محمدعبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 8-9.

2 محمدرضا الموسوي الكلبكاني، وسيلة النجاة، الناشر-مؤسسة النور للمطبوعات، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة، 1992م، الجزء الثاني، ص136.

3 أحمد الشيباني، الناشر-مؤسسة الثقلين للثقافة والإعلام بيروت-لبنان، 2012، الجزء الثالث، ص411.

4 أحمد محمدعبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الثاني، ص1575.

ويعرف حق الحكر بأنه عقد يؤجر به مالك العقار عقاره لمستأجر إلى الأبد أو لمدة طويلة في مقابل أجره المثل.

والعادة أن العقار المؤجر يكون وقفا مخربا لا يكفي ريعه لتصليحه ولا يمكن استبداله فيلجأ ناظر الوقف إلى تحكيره بعد أخذ إذن القاضي، لأن الحكر يعتبر من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة. إذ أنه يعطي للمحتكر (المستأجر) حقا عينيا على العقار المحتكر ولكن يجوز أيضا أن يكون الحكر موضوعه عقار غير موقوف¹.

كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأنه (يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بوجه عام وإلى أرجح الآراء من فقه الحنفية بوجه خاص بالنسبة إلى حقوق الورثة في التركة المدينة ومدى تأثيرها بحقوق دائني الوارث، والتركة مستغرقة كانت أو غير مستغرقة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تتشغل بمجرد الوفاة بحق لدائني المتوفى يخولهم تتبعها لاستيفاء منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه)².

المطلب الرابع: قواعد العدالة

تحتفظ قواعد العدالة بأهمية خاصة في نطاق التشريعات المعاصرة ومنها التشريعات المدنية، لذا نجد أن المشرعين قد عمدوا إلى تقنين بعض النظريات والقواعد الفقهية المستندة إلى قواعد العدالة على شكل نصوص تشريعية ملزمة للقاضي في نطاق العمل القضائي.

ومن تلك النظريات نظرية الظروف الطارئة ونظرية الإثراء بلا سبب، ولا يقتصر الأمر على تقنين النظريات والقواعد الفقهية إذ يمكن ملاحظة الدور البارز لقواعد العدالة في نطاق النصوص التشريعية المختلفة.

ومنها تلك النصوص التشريعية المنظمة للتصرفات القانونية من قبيل أحكام العقد والمسؤولية التعاقدية والتعويض عنها.

وكذلك النصوص التشريعية المنظمة لأحكام المسؤولية التقصيرية والتعويض عنها.

1- عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص200.

2- خلف محمد، قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعين عاما، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2005، ص610.

ويتعدى دور قواعد العدالة الأحكام الموضوعية ليشمل الأحكام المتعلقة بالإجراءات الشكلية في قانون المرافعات المدنية إذ يمكن ملاحظة دور قواعد العدالة في نطاق تلك الإجراءات من خلال استقراء الأحكام القضائية.

وحيث أن تقصي جميع الموارد القانونية التي لقواعد العدالة دور في نطاقها أمر يصعب الإحاطة به في هذا المبحث حيث أنه يحتاج إلى دراسة مستقلة.

لذا سنقتصر في هذا المبحث على دراسة قواعد العدالة في نطاق المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية والتعويض عنهما، وذلك بعد إعطاء فكرة موجزة عن مفهوم العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين والمسلمين، فضلا عن وجود قواعد العدالة في نطاق إجراءات المرافعات وقواعدها الشكلية.

وسيجري تقسيم المطلب إلى أربعة فروع سنتناول في الفرع الأول مفهوم العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين والمسلمين، أما الفرعين الثاني والثالث فسنخصصها لإلقاء الضوء على دور قواعد العدالة في نطاق المسئوليتين التعاقدية والتقصيرية والتعويض عنهما في ضوء النصوص التشريعية المنظمة لأحكامهما.

وأخيرا سنتناول في الفرع الرابع دور قواعد العدالة في نطاق إجراءات المرافعات والقواعد الشكلية فيها من خلال استقراء النصوص التشريعية والأحكام القضائية المتضمنة بعض تطبيقات العدالة في نطاق الإجراءات الشكلية.

الفرع الأول: مفهوم العدالة

سنتناول في هذا الفرع مفهوم قواعد العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين¹ ولدى الفقهاء المسلمين إذ سيجري تقسيم الفرع إلى ثلاث نقاط سنتناول في الأولى مفهوم العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين، وفي الثانية النهضة الأوروبية وفي الثالثة مفهوم العدالة لدى الفقهاء المسلمين.

أولا- مفهوم العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين

مفهوم العدالة من المفاهيم الفكرية التي تعددت الرؤى بشأنها ولا نكون مبالغين إذا قلنا أن الجدل الفكري والفلسفي الذي دار بشأن قواعد العدالة ومفهومها لم يدر بصدد الكثير من المفاهيم القانونية والفكرية.

1 حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، 1975، ص 64.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

ويتضح هذا من خلال التعاريف الكثيرة والمختلفة لمفهوم العدالة فكل يعرفه من منظاره الخاص منطلقا من العقيدة أو الإيديولوجية التي يؤمن بها.

لذا نرى بأن مصطلح العدالة كان محل جدل بين المفكرين وفي مختلف العصور الثقافية التي مرت بها البشرية.

فالفلاسفة لهم تعريفهم الخاص للعدالة والفقهاء بدورهم لهم تعريفهم الخاص بالعدالة.

والسبب الذي دعا إلى هذا التعدد والاختلاف بشأن العدالة ومفهومها هو أن العدالة هي غاية البشرية في مختلف العصور الحضارية التي مرت بها، فحتى الطغاة الذين حكموا البشرية كانوا يتغنون بالعدالة ويدعون السير في هدي قواعدها.

وقد تسرب هذا الاختلاف في الرؤى إلى الفكر القانوني لذا لا نكاد نجد تعريفا جامعاً لقواعد العدالة عند فقهاء القانون¹ الأمر الذي انعكس على الصعيد التشريعي.

لذا نجد أن التشريعات لم تضع تعريفاً لقواعد العدالة وكل ما عملته تلك التشريعات أنها أحالت القاضي إلى قواعد العدالة عند فقدان النص التشريعي والعرف والدين.

أي أن التشريعات تركت للقضاء سلطة تحديد ما يدخل ضمن قواعد العدالة من عدمه.

يعود بنا سجل الأفكار الموجود لدينا عن العدالة إلى قرون عديدة تمتد إلى ما قبل الفلسفة التي هي من ابتكارات الفكر اليوناني.

لقد وصلت إلينا مجاميع من القوانين يعود تاريخها إلى الألفية الثالثة ووائل الألفية الثانية (ق م) بقيت محفوظة حتى الآن وتعود إلى ممالك سادت بلاد الرافدين القديمة و من بينها ممالك آشور و أكد وسومر وبابل نفسها (التي أوجدت فيها أقاليم أكد وسومر) وتعطي نقاط التشابه بين هذه المصادر دليلاً قوياً على وجود قانون مشترك يبدو أنه كان شائعاً في بلاد وادي الرافدين خلال الألفية الثالثة وهو قانون يمد جسور مشتركة بين مختلف التقسيمات السياسية.

كانت المجموعة الأكثر شمولية من بين هذه المجاميع من القوانين هي تلك التي تتضمن القانون البابلي ويعرف أحياناً ب (شريعة حمورابي)¹.

1 اسماعيل نامق حسين، منشورات دار الكتب القانونية، القاهرة، 2001، ص 51 وما بعدها.

ونرى بشكل واضح موضوعات يمكن العثور عليها في كتابات مختلفة من العدالة تعود إلى الألفية الثالثة والثانية والأولى (ق. م) يرجع مصدرها إلى المناطق التي وصفت ب (الهلال الخصيب) تنتشر كلمة (عدالة) (مي سارا أم) والكلمات المشتقة منها في أماكن متفرقة من تمهيد وخاتمة شريعة حمورابي.

كان الغرض الأساسي من العدالة يتجلى في منع الأقوياء من اضطهاد الضعفاء أما الوسائل الأساسية التي تطبق لتحقيق هذا الغرض فهي تتمثل في التهديد في فرض جزاء قاسي على الذين ربما يستغلون غيرهم من الناس الضعفاء².

ثم يأتي أرسطو وهو من كبار الفلاسفة اليونانيين (322-384) (ق.م) ليضع نظريته الفلسفية عن العدالة.

يستمد المصدر الأساسي لنظرية أرسطو في العدالة من الفصل الخامس من كتابه (الأخلاق النيقوماخية) ويعد ظهوراً لكتابه الآخر (السياسية) بحسب التسلسل الزمني لشرح مؤلفاته.

يعد كتاب (الأخلاق) بالأساس استقصاء لطبيعة الحياة البشرية الصالحة وخصوصاً التي هي جزء لا يتجزأ منها، تطرح نظريته في العدالة ضمن هذا الإطار الواسع جداً.

في مستهل كتابه يتجشم أرسطو عناء التمييز بين العدالة (الكاملة) (أو العامة) والعدالة (الجزائية) أو (المحددة).

يقول أرسطو عن أحد المعاني التي تنطوي عليها العدالة "إننا نصف الأشياء بأنها عادلة عندما تؤدي إلى السعادة وتضمن استمرارها أو تؤدي إلى تحقيق جوانب من السعادة في الوسط السياسي".

فالعدالة بهذا المعنى "فضيلة أو براعة تتصف بالكمال.. قدر تعلق الأمر بعلاقة المرء بأخيه في الإنسانية".

هنا يقتبس أرسطو بيتاً شعرياً (في العدالة تجتمع كل فضيلة) للشاعر ثيوغنييس.

1 ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، ترجمة مصطفى ناصر، سلسلة عالم المعرفة، الناشر-المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، أبريل 2012، ص28.

2 ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، مرجع سابق، ص29.

إذا فالعدالة الكاملة هي كن مزايا شخصية الإنسان وهي الفضيلة التي يظهرها البشر في علاقاتهم مع بعضهم البعض ما دام هذا التفاعل بين البشر يهدف إلى الارتقاء إلى مستوى الحياة الصالحة ويقود إلى تحقيق لعدالة للأفراد الذين ينتمون إلى الوسط السياسي ككل.

مقابل ذلك فإن العدالة الجزئية لها علاقة بتلك الحصة من المنافع التي ينبغي أن يحصل عليها الأفراد وكذلك الأعباء التي ينبغي عليهم تحملها.

من المنافع التي تهتم بها العدالة الجزئية يذكر أرسطو تحديداً: الشرف والمنافع المادية والأمن، على الرغم من أنه يركز على الأعباء أكثر من تركيزه على المنافع ويبدو واضحاً أن العدالة الجزئية تهتم أيضاً بحصة الأعباء والأضرار التي ينبغي للأفراد تحملها وتحقق العدالة الجزئية عندما يحصل الشخص على حصة غير عادلة سواء من المنافع أو الأعباء.¹

ومع القرن الأول (ق.م) على أقل تقدير كان الاعتقاد بأن معايير العدالة لا تطبق إلا ضمن نطاق محلي نسبياً- أو بمعنى آخر على علاقات أشخاص تجمعهم رابطة سياسية أو ثقافية أو أي شكل آخر من الروابط المحددة- قد تطور في سياق التراث الفكري الرواقى وتمخض من ثم عن فكرة شاملة للعلاقات بين كل البشر (أو برأى بعض الكتاب) علاقات بين المخلوقات العاقلة.

لقد اكتسب افتراض أن مفهوم العدالة يمكن بل ينبغي أن يطبق على علاقات تسود بين كل البشر مكانة مرموقة في الفكر الغربي بفعل كتابات وحركات تطورت خلال عهد الإمبراطورية الرومانية.

من بين الكتابات الأكثر أهمية في هذا الصدد تلك الأعمال التي تم تأليفها في القانون الروماني لاحقاً وبخاصة كتاب (ملخصات مختارة) (Digest) الذي تم تأليفه خلال حكم الإمبراطور البيزنطي جستنيان في القرن السادس قبل الميلاد.

لقد وضع كتاب (ملخصات مختارة) تصنيفاً شاملاً يفرق بين قوانين أمم محددة وبخاصة قوانين روما نفسها والتي كانت قد اتخذت شكلها النهائي وصار الناس يتبعونها وبين القانون الطبيعي وفقاً لرؤية مماثلة جداً لما كان يتخيله شيشرون مثل القوانين التي تستنبط بعد انهيار الإمبراطورية الرومانية في الغرب قبل قرن من عصر جوستينيان.

1 ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، مرجع سابق، ص86.

تقلص تأثير القانون الروماني على الممارسات القانونية الفعلية، لأنه كان في حالة تنافس دامت قرونا مع العديد من الأشكال الأساسية لقانون البرابرة، إلا أن القانون الروماني كمصدر للفكر الغربي بدأ يسترد تأثيره من خلال كتاب (ملخصات مختارة) وغيره من المجاميع التي اشتملت على مواد القانون الروماني في القرون الأولى من الألفية الثانية¹.

كانت الكنيسة المسيحية إحدى القنوات الرئيسية لهذا التأثير حيث تأصل ذلك في حركة بدأت داخل الإمبراطورية الرومانية خلال القرن الأول بعد هيمنة القيصر أوغسطس².

من هذا المنبع بالأساس حصل أن انتقلت الفرضية التي تنطوي على القول أنه ينبغي فهم العدالة بطريقة اصطفائية (Particularistic) إلى الفلسفة السياسية الحديثة في عصورها المبكرة وإلى فلسفة الأخلاق الحديثة.

وقد لعبت هذه الفرضية دورا هائلا في التراث الفكري للقانون الطبيعي وكذلك في موضوع آخر له علاقة وثيقة وهو التراث الفكري لنظريات الحقوق الطبيعية، ولكن لا يقتصر تأثير هذه الفرضية على تلك الاتجاهات الفكرية.

لا تتماثل فكرة أن العدالة مضمونا من هبات الطبيعة مع فكرة شمولية العدالة وإن ارتبطت هاتان الفكرتان في بعض الجوانب الفكرية.

مع ذلك كان كثير من المفكرين الذين اتفقوا على فكرة القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية وما بعده يؤمنون بفكرة أن نطاق العدالة لا بد أن يشمل جميع البشر³.

ثانيا / مفهوم العدالة في عصر النهضة الأوروبية:

ووصولاً إلى عهد النهضة الأوروبية الحديثة وبالتحديد القرن الثامن عشر الميلادي وخلال مدة ربما بلغت قرن بدأت مع نشر كتاب (ديفيد هيوم)⁴ (بحث في الطبيعة البشرية) في العام 1739 وتوجت بنشر كتاب (جيريمي بنتام)⁵ (مقدمة لمبادئ الأخلاق والتشريع) وباندلاع الثورة الفرنسية (وكلاهما حصل في العام

1- ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، مرجع سابق، ص125.

2- نفس المكان.

3- نفس المكان، ص126.

4 هيوم دافيد (1711-1776): نفيلسوف ومؤرخ انكليزي، لويس معلوف، المنجد في الإعلام، الناشر-مؤسسة انتشارات دار العلم، قم-إيران، الطبعة الأولى، 1348 هـ ش، ص607.

5 بنتام جرمي (1748-1832): فيلسوف ومتشع انكليزي ولد في لندن، لويس معلوف، نفس المرجع السابق، ص137.

1789) تطورت مدرسة فكرية تترك بصمة ثابتة على كل جانب من جوانب العالم التي هيمنت عليها الأفكار الأوروبية.

تهيمن على مناقشات هيوم التي تتناول العدالة موضوعات الملكية الخاصة وتبادل المنافع والاتفاقات التعاقدية.

ويتحدد مدى الالتزام بالعدالة من خلال هذه الممارسات وتتجسد فضيلة العدالة عن طريق الالتزام بها أو الميل الذي يكتسب بالتعلم، لأن يكون المرء ملتزماً بإخلاص في تطبيقها.

إن مؤسسات الدولة والملكية والتبادل والتعاقد كلها هي نتاج للأعراف البشرية التي تتخذ مسارا مناقضا للميل البشري الطبيعي نحو الأشخاص الذين تربط المرء بهم روابط شخصية وثيقة.

كان هيوم يعتقد أن الناس يتبنون هذه الأعراف ويفرضونها، لأنهم يعتبرونها نافعة بغض النظر عن كونها مصنوعة.

هذه هي خلاصة رؤية هيوم لقواعد العدالة إذ ينكر أن يكون مصدر قواعد العدالة الوحي الإلهي أو القانون الطبيعي.

إذ أن قواعد العدالة تستند في رأيه إلى الأعراف التي اتفق عليها الناس من أجل تحقيق مصالحهم المشتركة.

أما بنتام والذي كان الرائد للدعوة إلى التقنين وإصلاح القضاء الانكليزي الذي كان في نظره في وضع يائس ومضطرب¹.

كان بنتام وهو المدافع بشدة عن الإصلاحات القانونية والسياسية يؤيد أيضا آراء (هوبز² إلى حد بعيد في أن بيئة العالم الاجتماعي هو نتاج للأعراف البشرية وليس نتاجا لأغراض طبيعية، وإن هذا العالم يخضع بل ينبغي أن يكون خاضعا لإعادة التصميم والترتيب بغرض الارتقاء بالأهداف البشرية.

1 دياس، فلسفة القانون، ترجمة هنري رياض، الناشر-دار الجليل، بيروت-لبنان، ص1405، 1985، ص23.

2 هوبز (توماس) (1679-51888): فيلسوف انكليزي، صاحب فلسفة ماجدية سياسية اشتهر بكتابه (ليفاتان) أو (التنين الجبار)، لويس معلوف، المرجع السابق، ص601.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

ربما كان النص الأكثر شهرة والذي كثيرا ما يقتبس كدليل علة وجهة النظر هذه هي قوله في كتاب (مغالطات فوضوية) في العام 1823 "إن الحقوق الطبيعية هي بكل بساطة أشياء لا معنى لها تلك الحقوق التي تكون غير قابلة للانتهاك هي محض هراء يعبر عنه بأسلوب بلاغي- هراء بكلمات طنانة".

لقد كان بنتام بكل بساطة ينكر القول أن بعض الحقوق مصدرها كامن في الطبيعة بالنسبة إلى بنتام فإن الحقوق مثلها مثل جميع السمات البارزة الأخرى التي تميز العالم البشري من مؤسسات وممارسات هي نتاج للأعراف البشرية¹.

يتضح مما تقدم أن فكرة العدالة في أوروبا كانت مشبعة بروح الفردية حتى نهايات القرن الثامن عشر.

ولهذا كان يجب أن ننتظر حتى القرن التاسع عشر لنشهد ولادة علم المجتمع أو (علم الاجتماع) (Sociologic).

وقد استعمل أوكست كونت هذه التسمية لأول مرة عام 1839 في الجزء الرابع من مؤلفه (محاضرات في الفلسفة الوضعية) ورغبة أوكست كونت في البداية لتسمية هذا العلم باسم الفيزياء الاجتماعية (Physique social) تتم عن قصده في تأكيد الدراسة الموضوعية للوقائع الاجتماعية أي تطبيق الطريقة نفسها التي تستخدمها العلوم الطبيعية في البحث ومنها الفيزياء.

ومن هنا كانت بداية الانطلاق في تكوين (المدرسة السوسيولوجية) (L'école sociologique) التي تبغي دراسة الوقائع أو الظواهر الاجتماعية وفقا للطريقة التجريبية ولمبدأ السببية.

وقد وجدت (المدرسة السوسيولوجية) أسسها في نهاية القرن التاسع عشر عند أميل دركهايم (1858-1917) التي أعلنها في كتابيه الرئيسيين (تقسيم العمل الاجتماعي) (1893) و(قواعد الطريقة السوسيولوجية) (1895).

فبالنسبة لهذه المدرسة إن الوقائع الاجتماعية والقانون مثلها الأنموذج يجب أن تعامل كما تعامل الأشياء.

1 ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، مرجع سابق، ص153.

فالقواعد الاجتماعية (يقول دركهايم هي أساليب تصرف وتفكير وإحساس توجد خارج المشاعر الفردية، عليه فإن الطريقة التي يجب أن تتبع في دراسة القواعد الاجتماعية هي الطريقة الاستقرائية التي تقوم على الملاحظة المباشرة للقواعد كما هو الحال في العلوم الفيزيائية والطبيعية¹.

وقد وجدت المدرسة السوسيولوجية في العميد (دكي)² خير منظم لها على الصعيد القانوني.

إلا أن تفكير العميد دكي مر بمراحل ثلاث نتيجة لتطور علم الاجتماع أولاً ونتيجة لتطور نظرة هذا المفكر للأمور ثانياً.

فقد خضع (دكي) في البداية لتأثير (المدرسة العضوية) في علم الاجتماع التي تزعمها الانكليزي

(سبنسر)³ (1820-1903)، وقد شُبهت هذه المدرسة المجتمع بالكائن الحي الذي له حياته الخاصة والمستقلة عن حياة الأفراد المكونين له كما أن له هيئاته التي يستخدمها كما يستخدم الكائن الحي أعضاءه.

وقد كانت لهذه الرؤية للأمور أثرها على طريقة معرفة القواعد الاجتماعية، فكما دام شبه المجتمع بالكائن الحي فلا يمكن إذن إدراك القواعد الاجتماعية إلا عن طريق معرفة القواعد البيولوجية كما تخضع القواعد الاجتماعية كالقواعد البيولوجية لقانون أو حتمية التطور.

وهذا الاتجاه في علم الاجتماع نجد ترجمته القانونية في الكتابات الأولى للعميد (دكي) ولا سيما في

(القانون الدستوري وعلم الاجتماع) (1889) وفي (وظائف الدولة العصرية) (1894).

إلا أن (المدرسة العضوية) في علم الاجتماع لا تمثل إلا المرحلة الأولى للمدرسة السوسيولوجية التي

وضع أسسها دركهايم الذي كان أستاذاً في كلية الآداب بجامعة بوردو وصديقاً لدكي.

عليه فالمرحلة الثانية من مراحل تطور التفكير القانوني الاجتماعي (لدكي) يتسم بتخلصه من تأثير

(المدرسة العضوية) وخضوعه لتأثير دركهايم الذي يريد "أن تعامل القواعد الاجتماعية كأشياء" أي أن

تخضع للطريقة التجريبية.

1 منذر الشاوي، مذاهب القانون، مختصر تاريخ العدالة، ص 83.

2 ص 84.

3 لويس معلوف، المنجد في الإعلام، مختصر تاريخ العدالة، ص 295.

وقد ظهر هذا الاتجاه الجديد في تفكير دكي مع مطلع القرن العشرين، حيث نشر عام 1901 كتابه الموسوم (الدولة، القانون الموضوعي والقانون الوضعي) وكتابه المعنون (الدولة، الحكام والوكلاء) عام 1903.

ثم بدأ هذا الاتجاه يتحدد في العديد من المقالات التي نشرها (دكي) إلى أن وجد اكتماله في كتابه الشهير (المطول في القانون الدستوري) الذي ظهرت طبعته الأولى عام 1911.

أما المرحلة الثالثة التي مر بها العميد دكي فقد بدأت بسنوات قليلة قبل وفاته، فلم يعد دكي يبني القانون على أسس اجتماعية محضه أي على أسس تقرها الملاحظة المباشرة والتجربة بل أدخل في بنائه عاملاً أخلاقياً وهو فكرة العدالة.

ويبدو هذا الاتجاه منذ عام 1921 وهو تاريخ الطبعة الثانية (بخمسة أجزاء) من (المطول في القانون الدستوري)، فقد كتب يقول "من المستحسن لكل إنسان يفكر وقد وصل مساء حياته أن يتأمل ويعيد النظر بهدوء وحسن نية في القيمة الموضوعية للأفكار التي دافع عنها ومنها استوحى، وهذا الواجب يقع بالأخص على من له المهمة الهائلة والنبيلة في أن يعلم الآخرين والذي أقدم على مشروع جريء من شأنه أن يطيح ببعض المفاهيم التي سلم بها بالإجماع تقريباً منذ وقت طويل وهذا النوع من إعادة الضمير هو الذي حاولت أن أقوم به في هذا الكتاب"¹.

ورغم ذلك فإن العميد دكي كان لا يسلم بفكرة القانون الطبيعي، لأن هذا المفهوم- في نظره- ذو طبيعة ميتافيزيقية ومن ثم يمكن أن يكون محل إيمان وليس أساس لبناء علي.

إذ أن دكي حدد قواعد (الطريقة السوسولوجية القانونية) بثلاث قواعد وهي:

1- ملاحظة الوقائع بطريقة لا شخصية (أي موضوعية) والقيام بجهد دائم لأجل التخلص من تأثير الوراثة، الوسط، والأحكام المسبقة من أي نوع كانت.

2- استخدام التحليل الاستنباطي.... كأداة للبحث ومطابقة النتائج التي وصل إليها الاستنباط المنطقي مع الوقائع فإذا لم تتطابق معها طرح جانب الفرضية التي انطلقت منها وعدم المحاولة مطلقاً إخضاع الوقائع للمنطق.

1 منذر الشاوي، مذاهب القانون، مرجع سابق، ص 86.

3-رفض كل المفاهيم المسبقة وتركها تعود إلى ميدان الإيمان الديني أو (الميتافيزيقي).¹

تلك هي أهم المراحل التاريخية التي مر بها مفهوم العدالة، ومنها تبين مدى اختلاف الرؤى بشأن ذلك المفهوم وفقا للمنظومة الفكرية السائدة في كل مرحلة من تلك المراحل لذا لا نكاد نعثر على تعريف جامع لمفهوم العدالة وقواعدها.

وقد انعكس هذا الاختلاف على التقنيات المدنية المعاصرة إذ أن تلك التقنيات لم تخض في تعريف قواعد العدالة ولم تحدد ماهية تلك القواعد.

بل تركت أمر استنباطها وتقديرها إلى قاضي محكمة الموضوع في النزاعات المعروضة عليه وبحسب السلطة التقديرية التي منحها إياه المشرع.

وسنشير إلى بعض تطبيقات قواعد العدالة القضائية في المطالب القادمة من هذا البحث.

ثالث مفهوم العدالة لدى الفقهاء المسلمين

تحدد مصادر التشريع الإسلامي في مصدرين أساسيين وهما الكتاب والسنة.

حيث يعد المصدران المذكوران أساس استنباط الأحكام الشرعية وما يتفرع عنهما من مصادر أخرى كالإجماع والعقل والقياس والمصالح والمرسلة والاستحسان وسد الذرائع وقول الصحابي وعلبي اختلاف بين المذاهب الإسلامية في الأخذ ببعض تلك المصادر من عدمه.

والقرآن الكريم (الكتاب) بوصفه كتاب هداية فهو يمثل الدستور الإلهي الذي يقود البشرية حتى قيام الساعة.

ذلك أن الكتاب ولكي يكون مستوعبا لمستجدات الحياة المتغيرة والمتطورة باستمرار فإنه يتضمن المبادئ الكلية التي تنظم علاقة الإنسان بالآخرين وبربه وفي مختلف نواحي الحياة.

وهنا يأتي دور السنة النبوية الشريفة كمبينه ومفصلة للمبادئ الكلية الواردة في القرآن الكريم عبر أحاديث الرسول (ص) التي جمعها ونقلتها المصادر الحديثة جيلا بعد جيل إزاء ذلك لا يمكن تصور قواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي كمصدر من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي.

1منذر الشاوي، مذاهب القانون، مرجع سابق، ص87.

الباب الأول الإطار النظري للاجتهاد القضائي

إذ أن الشريعة الإسلامية باعتبارها خاتمة الشرائع السماوية وأكملها وأتمها تمثل العدل المحض، لأن الله سبحانه وتعالى هو العدل المطلق ولا يصدر من العدل إلا العدل لذا فإن جميع الأحكام في الشريعة الإسلامية عادلة ولا يتصور منها إلا العدل.

ذلك أن مصدر التشريع الإسلامي هو الوحي الإلهي لذا لا يمكن تصور النقص أو التصور في أية ناحية من نواحي الشريعة لكي تقوم معها الحاجة إلى مبادئ العدالة أو القانون الطبيعي.

الباب الثاني

الإطار التطبيقي للاجتهاد القضائي

إن الاجتهاد القضائي قد يساهم في خلق القاعدة القانونية، ففي الجزائر مثلا نجد المشرع الجزائري قد أوكل مهمة توحيد الاجتهاد القضائي إلى جهازين و هما المحكمة العليا و مجلس الدولة، فإذا صدر مبدأ أو قاعدة من قبل هذه الأجهزة و أصبح هذا المبدأ متواترا فقد يترتب على هذا تقنين هذا المبدأ من قبل المشرع

و كما يساهم الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية، كذلك يساهم في تفسيرها، إذ أن القاضي هو الكفيل بتطبيق القوانين، إذ ان هذا التطبيق يتطلب أحيانا تفسيراً لنص تشريعياً. لذا لا يمكن تجاهل ما تمثله عملية التفسير من دور علي في تطوير النصوص التشريعية عبر الإشارة إلى مواطن الخلل أو القصور في تلك النصوص

هذا و يعد العدول في الاجتهاد القضائي من المسائل الجد ضرورية، ذلك انه يسمح بتجنب تطبيق القوانين البالية لاسيما في الوقت الذي يكون فيه التقدم التكنولوجي أسرع بكثير من التغيرات التشريعية¹، غير أن العدول في الاجتهاد القضائي قد يؤثر على تحقيق الأمن القانوني المكفول دستوريا

و عليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين سنتحدث في الفصل الأول عن الاجتهاد القضائي بين خلق القاعدة القانونية و تفسيرها، أما الفصل الثاني سنتحدث فيه عن أثر العدول في الاجتهاد القضائي على تحقيق الأمن القانوني

1 _ I.- M.DUONG les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau D.2010.p.783.

الفصل الأول:

الاجتهاد القضائي بين خلق القاعدة

القانونية وتفسيرها

اختلف الفقه حول مدى اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون، ففريق من الفقه أنكروا بأن يكون الاجتهاد مصدرا للقانون، وفريق آخر يرى أنه يتعين على القاضي في حالة غياب النص القانوني أن يبحث بنفسه وفقا لضوابط معينة عن حل يحكم الواقعة محل النزاع

هذا وقد صدرت قرارات و أحكام عن جهات قضائية عليا سواء في الأنظمة المختلفة لاسيما الجزائر و العراق و مصر و فرنسا، حيث قضت هذه القرارات بضرورة تطبيق قواعد العدالة لاسيما فيما يتعلق بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية سواء التعاقدية أو التصهيرية، فقد يكون لهذه القرارات دورا بالغة الأهمية في خلق النصوص القانونية

لقد أوكل المشرعين في الأنظمة المقارنة مهمة إقرار الاجتهادات القضائية إلى المحاكم الأعلى درجة، ففي الجزائر توكل هذه المهمة إلى المحكمة العليا و مجلس الدولة و في العراق توكل هذه المهمة إلى محكمة التمييز العراقية و في مص إلى محكمة النقض المصرية و في فرنسا توكل هذه المهمة إلى محكمة النقض الفرنسية، فإذا أقرت هذه المحاكم مبدأ و استقرت عليه، فإنه يتعين على المحاكم درجات دنيا أن تلتزم بتلك المبادئ، إلا طبيعة هذه الالتزام قد لا ترقى إلى منزلة الالتزام القانوني

ففي الجزائر يناط إلى المحكمة العليا و مجلس الدولة مهمة توحيد الاجتهاد القضائي و إقراره مما قد يترتب عليه إرساء حلول واضحة تجعل المتقاضى يشعر بالأمان اتجاه المنظومة القضائية و القانونية هذا وللاجتهاد القضائي دور فعال في تطوير النصوص ليس فقد بخلق القاعدة القانونية بل يمتد الأمر ليشمل حتى تفسير النصوص القانونية، فمقتضى التفسير يمكن الكشف عن مواطن خلل النص القانوني و قصوره مما قد يترتب عليها إعادة النظر في النص سواء بإلغائه أو تعديله من قبل المشرع و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنبين في المبحث الأول دور الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن دور الاجتهاد القضائي في تفسير القاعدة القانونية

المبحث الأول:

دور الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية

إن القاضي إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة محل النزاع، فإنه يتعين عليه أن يبحث عن الحل وفقاً للترتيب المعمول في المصادر الأخرى التي من بينها قواعد العدالة و التي تعد بمثابة مبرر بأن يبحث القاضي أو يجتهد بنفسه بغية إيجاد حل يحكم الواقعة المتنازع فيها وفقاً لهذه القواعد أي قواعد العدالة .

فقد أوكلت معظم التشريعات مهمة الاجتهاد القضائي إلى محاكم أعلى درجة، إذ أن الاجتهاد القضائي قد يترتب عليه إقرار بعض المبادئ التي قد يترتب عليها إنشاء نصوص قانونية لم تكن موجودة من قبل، و من ثم فاستقرار الاجتهاد القضائي له أثره في خلق القاعدة القانونية

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتحدث في المطلب الأول عن مدى اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً للقانون، أما المطلب الثاني سنبين مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية

المطلب الأول: مدى اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً للقانون

لقد ظهرت في القرن العشرين نظرية البحث العلمي التي تقضي ان القاضي يجوز له ان يكمل النقص التشريعي عن طريق القيام بمجهود عقلي و هو البحث العلمي الحر مما يمكنه من إيجاد حل يحكم المنازعة المعروضة¹.

هذا و قد أحالت مختلف التشريعات القاضي بأن يبحث عن الحل الذي يحكم الواقعة محل النزاع في كافة مصادر القانون المختلفة و التي منها قواعد العدالة، إذ تعتبر هذه الأخيرة كمبرر لدور القاضي بأن يبحث عن الحل للنزاع، مما قد يساهم في خلق القاعدة القانونية.

1 _ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص 488.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول سلطة القاضي في البحث العلمي الحر، أما الفرع الثاني سنتحدث عن قواعد العدالة كمبرر بأن يجتهد القاضي بغية إيجاد الحل حتى لا يكون منكرًا للعدالة

الفرع الأول: سلطة القاضي في البحث العلمي الحر

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى نظرية البحث العلمي الحر، و ذلك تبيان الأسس التي تقوم عليها مدرسة البحث العلمي الحر (أولاً)، كما سيتم تبيان ضوابط البحث العلمي الحر (ثانياً)

أولاً: نظرية البحث العلمي الحر

وعليه سيتم من خلال هذه الجزئية التطرق إلى مدرسة البحث العلمي الحر، كما سيتم تميز هذه المدرسة عن بعض الأنظمة لاسيما الشريعة الإسلامية و كذا موقف المشرع الجزائري من هذه المدرسة.

01_ مدرسة البحث العلمي الحر:

في هذا الصدد سيتم التعريف بمدرسة البحث العلمي الحر، كما سيتم تبيان تقويم هذه المدرسة و ذلك فيما إذا قد التزمت هذه المدرسة بنص التشريعي من عدمه

أ_ التعريف بمدرسة البحث العلمي الحر:

لقد ظهرت هذه المدرسة عندما أخرج صاحبها الفقيه فرانسوا جيني مؤلفه عام 1899 بعنوان طرق التفسير القانون الخاص الوضعي و مصادره، إذ كان هذا لهذا المؤلف صدى ضخيم في الأوساط العلمية و اتجه الفقه للأخذ به، و بذلك حلت مدرسته محل مدرسة الشرح على المتون التي سادت طوال القرن التاسع عشر

و هذه المدرسة تتفق مع مدرسة الشرح على المتون في احترامها للنص القانوني فيما يتعلق بأن التفسير يتم وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع، غير أنها يختلفان فيما يتعلق بالبحث عن النية المفترضة للمشرع، ففي الحالات التي لم يعرض لها المشرع لا تلجأ للبحث عن النية المقترضة بل يجب التسليم بأن التشريع لا يتضمن القاعدة التي تحكم هذه الحالة، و عندئذ ينبغي أن يبحث عن حكم آخر في الشريعة أو العرف.

فإذا لم يجد القاضي الحكم فإنه لا يبقى أمامه إلى اللجوء إلى البحث العلمي الحر، إذ أنه بخلاف مدرسة الشرح على المتون التي يؤمن أصحابها بكمال التشريع، فإن مدرسة البحث العلمي الحر يؤمن أصحابها بفكرة النقص في التشريع و ضرورة إكمال هذا القص عن طريق اللجوء إلى المصادر الأخرى للقانون.

كما أن مدرسة البحث العلمي الحر تقوم على بيان إرادة المشرع كما هي دون تحوير أو تعديل أو تطوير لإخضاعها لأية ظروف اجتماعية جديدة، فإذا لم يتم تفسير النص تفسيراً حقيقياً، فإنه يجب التسليم عندئذ بعدم انطباق النص، و من ثم ضرورة البحث عن قاعدة قانونية أخرى¹.

و قد تبنت مختلف التشريعات المقارنة أنه في حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة، فإنه يتعين على القاضي أن يبحث عن الحل في المصادر الأخرى التي هي الشريعة الإسلامية و العرف و قواعد العدالة و القانون الطبيعي.

و طالما أن المشرع قد أحال القاضي إلى البحث عن الحل في تلك المصادر التي منها قواعد العدالة و القانون الطبيعي، فإن يتبن أنه قد ألزم القاضي بأن يجتهد بنفسه بغية إيجاد الحل .

ب_ تقويم مدرسة البحث العلمي الحر

لقد قدست مدرسة البحث العلمي الحر النص التشريعي و التزمت به و لم تحرف في فهمه، و قد وافقت بذلك مدرسة التزام النص و خالفت المدرسة الاجتماعية، كما أنها اتبعت المنهج العلمي الحر في معرفة الحكم عند عدم وجود النص و هي بذلك خالفت مدرسة التزام النص التي تقول بأنه لا توجد مسألة لم تعالجها النصوص القانونية

فمدرسة البحث العلمي الحر ترى انه في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم الواقعة، فإنه يتعين على القاضي أن يقوم بدور المشرع من حيث إتباع الطرق التي يتبعها المشرع للوصول إلى حكم، إلا أن دور القاضي في حالة يختلف عن دور المشرع، ذلك ان المشرع عند وضعه للقاعدة القانونية يرجع إلى عوامل تكوين القاعدة القانونية لاستلهاهم الجوهر بغية وضع قاعدة قانونية عامة و مجردة

1 _ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 755.

أما رجوع القاضي إلى هذا الجوهر فلا يقصد به إلا استخلاص حل للنزاع المعروض أمامه لا إنشاء القاعدة القانونية، كما أن ما يتوصل إليه القاضي في هذه الحالة لا يعد ملزماً لغيره¹.

02_ تميز مدرسة البحث العلمي الحر عن بعض الأنظمة:

في هذا الصدد سيتم تبيان أوجه التشابه والاختلاف بين مدرسة البحث العلمي الحر مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كما سيتم تبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المدرسة.

أ_ مدرسة البحث العلمي الحر والفقهاء الإسلامي:

تختلف مدرسة البحث العلمي الحر من حيث الأسس عن مبادئ الشريعة الإسلامية، غير أنهما يتفقا في في أسس و جوانب أخرى،

حيث أن مدرسة البحث العلمي الحر تقوم في العجز التشريعي و نقصه ذلك ان القانون نتاج العقل البشري و إرادته محدودة، إذ أن هذا الأمر لا تقوم به الشريعة الإسلامية ذلك ان النصوص التشريعية هي منزلة من الله الحكيم الخبير الذي لا حد لعلمه و قدرته، لهذا أنزل لنا الله سبحانه و تعالى لنا شريعة محكمة كاملة صالحة للتطبيق في كل زمان و في كل مكان، و في ذلك يقول الله سبحانه و تعالى " اليوم أكملت لكم دينكم و أتممت عليكم نعمتي و رضيت لكم الإسلام ديناً"²

و قد اختلف العلماء في وجه شمول هذه الشريعة حيث يرى الظاهرية أن النصوص شاملة لجميع الأحكام، إذ أن هذا القول بصادم رأي المدرسة العلمية التي لا تقول بشمول التشريع و إن كانت المدرسة الظاهرية تتفق مع المدرسة العلمية من حيث احترام إرادة المشرع الحقيقية عند وضع للنص التشريعي، و لهذا فهي تتفق مع المدرسة العلمية في المعنى الظاهر للنص على الرغم من قولها بعدم تعليل الأحكام، و تتفقان في ذلك مع مدرسة الشرح على المتون³

أما الأساس الثاني هو احترام الإرادة الحقيقية للمشرع، إذ ان الوقوف أمام النص التشريعي و اعتباره مقدساً لا يجوز انتهاك حرمة أو المراوغة في فهمه أو تشويه معناه و اعتبار أن التشريع عمل

1 _ عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني-دراسة أصولية مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2005، ص 120.

2 _ سورة المائدة الآية 03.

3 _ عبد المهدي أحمد العجلوني، المرجع السابق، ص 121.

إرادى هادف يشبه التصرف القانونى الذى تحمل عباراته مضمون الإرادة التى صدر عنها، أى التقيد بالقصد الحقيقى للمشرع¹

و عليه فمدرسة البحث العلمى الحر تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية من حيث الأخذ بالمعنى الظاهر للنصوص و عدم التأويل، و يختلفان فى نفس النقاط التى تختلف فيها مدرسة البحث العلمى الحر مع مدرسة الشرح على المتون

أما الأساس الرابع و هو البحث العلمى الحر، فالقاضى عندما يفتقد النص الذى يحكم الواقعة فإنه يتقمص دور المشرع إذ أنه بذلك يتخطى مرحلة التفسير و يقرر الحل المطلوب شريطة مراعاة نفس الاعتبارات التى يراعيها المشرع عند وضعه للنص القانونى، و لكن المفسر فى التشريع الإسلامى لا يعتبر مشرعاً و إنما يتحرى مراد الله سبحانه و تعالى من خلال بحثه فى القواعد العامة للتشريع الإسلامى، كما أن المجتهد ملزم بالضوابط الشرعية للاجتهاد و ليس له الحرية المطلقة فى البحث²

و الشريعة الإسلامية تحيل عند انعدام النص على المصادر الأخرى و هى بذلك تتفق إلى حد ما مع منهج المدرسة العلمية³.

و هذا و يرى بعض الفقهاء أنه من الواجب إسنباط الحكام القانونية عن طريق البحث العلمى الحر، إذ القاضى له الحرية فى حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة محل النزاع بأن يجتهد بنفسه عن طريق البحث فى إطار موجّهات عامة تهيمن على الإرادة البشرية فى وضع أحكام القانون⁴

و الجدير بالذكر أن مدرسة البحث العلمى الحر تواجه مشكلة انعدام النص القانونى، إذ ان هناك الكثير من المسائل لم يتعرض لها المشرع و لم ينظمها فى نصوص قانونية ملزمة، و عليه تضيق السبل أمام القاضى فى معرفة الحكم و هذه ليست موجودة فى الإسلام ذلك أن الشريعة الإسلامية قد رسمت منهجاً متكاملًا بين الحكم فيما فيه نص و فيما لم يرد فيه نص⁵.

1 _ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 755.

2 _ عبد المهدي أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص 122.

3 _ ص 218.

4 _ ص 219.

5 _ عبد الله الكيلاني، القيود الواردة على سلطة الدولة فى الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص 185.

ب_ موقف القانون الجزائري من مدرسة البحث العلمي الحر:

إن المادة 01 من القانون الجزائري تعبر عن فقه مدرسة التزام النص، فمقتضى هذه المادة تبين ان
المشرع الجزائري يأمر القاضي بأن يطبق النص التشريعي

فالقانون الجزائري قد وافق المدرسة العلمية في القول بنقص التشريع لذلك نجد المشرع الجزائري
قد أحال القاضي للبحث عن الحل في مصادر القانون الأخرى و هي العرف و الشريعة الإسلامية و قواعد
العدالة و القانون الطبيعي، و ذلك في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المطروح أمام القاضي

و لكن القانون الجزائري لم يأخذ برأي مدرسة البحث العلمي الحر في القول بحرية القاضي في
البحث عن الحكم عند عدم وجود النص، ذلك أن المشرع الجزائري قد أحال القاضي للبحث في المصادر
الأخرى و التي هي العرف و الشريعة الإسلامية و قواعد العدالة و القانون الطبيعي

هذا و يجب على القاضي أن يتبع التدرج في الأخذ بمصادر الأخرى غير التشريع، فإذا لم يجد نص
يحكم الواقعة محل النزاع فعليه أن يبحث في العرف أولاً ، فإذا لم يوجد في العرف فعليه أن يبحث في
الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد في الشريعة الإسلامية فعليه أن يبحث وفقاً لقواعد العدالة و القانون
الطبيعي

ثانياً: ضوابط البحث العلمي الحر

سيتم من خلال هذه الجزئية التطرق إلى في ما إذا كان القاضي و هو بصدد البحث العلمي قد
يتقصد دور المشرع، كما سيتم تبين الشروط التي يجب على القاضي أن يتقيد بها وفقاً لضوابط هذه
المدرسة .

01_ مدى تقمص القاضي لدور المشرع:

إن القاضي عند عدم وجود النص الذي يحكم الواقعة محل النزاع، فإنه يتقصد دور المشرع و هو
بذلك يتخطى مرحلة التفسير و يقرر الحل المطلوب بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع يراعيها لو
أراد الفصل في النزاع¹.

1 _ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 756.

و عليه يتعين على القاضي أن يستخلص القاعدة القانونية من خلال البحث العلمي الحر، و ذلك بالرجوع إلى العناصر و العوامل المختلفة التي تساهم في خلق القانون و التي هي مادته الولية، و هي الحقائق الطبيعية و التاريخية و العقلية و المثالية، و هي التي يستلهمها القاضي ليضع القاعدة القانونية ليطبقها على الحالة المعروضة في حالة عدم وجود نص تشريعي¹.

و لكن القاضي لا يصبح مشرعاً، لأن الحل الذي سيمتدي إليه و إن روعي فيه ما يراعى عند تشريع القاعدة القانونية، فإن هذا الحل لا يتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة، أي لا تتوفر فيه صفة العموم و الإلزام إلا فيما يتعلق بهذا النزاع المطروح أمام القاضي الذي اجتهد و وصل إلى هذا الحل.

و قد سمي هذا البحث حراً لأن القاضي يتحرر خلاله من الخضوع لأية سلطة وضعية يجب أن يستمد منها القاعدة التي يطبقها، و أطلق على هذا البحث بأنه علمي ذلك أن القاضي يتحاشى كلياً أفكاره الذاتية و تصوراته الشخصية، و يستوحي الحقائق من عوامل موضوعية يستقيها من العلم وحده، فالقاضي لا يفتعل نبية المشرع و إنما يستهدي في الوصول إليها بحقائق موضوعية ثابتة

و بالتالي يتضح انه بتعين على القاضي أن يبحث عن إرادة المشرع الحقيقية بجميع الوسائل الغوية و المنطقية ، غير انه إذا أدرك القاضي أن المشرع لم يحدد الحل المطلوب فإنه يتعين عليه أن يستوحي الأصول التي تمثل جوهر القاعدة القانونية و يتغلغل في طبيعة الأشياء ليقرر الحل المطلوب، و هو بذلك يساهم في إنشاء القاعدة القانونية

كما يتضح ان منهج هذه المدرسة عند وجود نص في الواقعة المتنازعة عليها التزام النص و تفسيره بناء على قصد المشرع عند وضع النص، لذلك فمدرسة البحث العلمي حر تأخذ بالإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص، اما في حالة عدم وجد نص قانوني يحكم الواقعة محل النزاع فإنها لا تأخذ بالنية المفترضة للمشرع كما هو الحال في مدرسة التزام النص و المدرسة الاجتماعية، بل إن القاضي يلجأ إلى البحث العلمي الحر

و عليه فمدرسة البحث العلمي الحر قامت بالتوفيق بين المدرستين السابقتين، فأخذ مزايا كل مذهب و تجنبت عيوب كل منهما، فقد أخذت من مدرسة الشرح على المتون لاسيما فيما يتعلق بالبحث

1 _ محمدصبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية: (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهاء الوضعيين الاسلامي)، القاهرة: دار النهضة العربية، 1970، ص 180.

عن إرادة المشرع الحقيقية عن وضعه للنص و خالفها في الأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع عند عدم وجود نص يحكم الواقعة المتنازع فيها¹.

02_ شروط البحث العلمي الحر:

إن القاضي وفقا لضوابط هذه المدرسة لا يجوز له البحث العلمي الحر إلا إذا احترمت بعض الشروط، إذ لا بد أن يكون هناك عجز في التشريع و أن يحترم الإرادة الحقيقية للمشرع و ألا يأخذ بنية المحتملة للمشرع.

أ_ أن يكون هناك عجز في التشريع:

غن القانون هو من نتاج العقل البشري و إرادته المحدودة، و انه لا يمكن أن يستمد منه كل القواعد التي تتطلبها العلاقات الاجتماعية المعقدة و غير المحدودة، و لذلك يضطر القاضي أحيانا الاعتماد على نفسه في اكتشاف القاعدة بغية وجود حلول للواقعة محل النزاع و إلا عدا منكرًا للعدالة و يترتب على نقص التشريع تعدد مصادر القانون، فالتشريع لا يصلح وحده حلاً لكل مسألة، و لهذا لا بد من الرجوع إلى المصادر الأخرى للقانون غير التشريع².

ب_ احترام الإرادة الحقيقية للمشرع:

إنه لا يجوز انتهاك حرمة القانون عن طريق المراوغة في فهمه أو تشويه معناه، ذلك أن التشريع عمل إرادي هادف يشبه التصرف القانوني الذي تحمل عباراته مضمون الإرادة التي صدر عنها، و لذلك ينبغي أن يقتصر عمل القاضي على فهم إرادة المشرع³.

ج_ رفض الأخذ بالنية المحتملة:

إن فقهاء هذه المدرسة لا يأخذون بنية المحتملة للمشرع، فمنهجهم عند عدم ورود الحكم في النص هو البحث في المصادر الأخرى التي من بينها قواعد العدالة و القانون الطبيعي التي يفهم منهما أن المشرع كأنه قد أحال القاضي بأن يجد حلاً لواقعة لم يرد فيها نص

1_ ص 180.

2_ أحمد، نظرية تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 203.

3_ سمير عبد السيد تناغو، نظرية تفسير النصوص، مرجع سابق، ص 203.

و الجدير بالذكر أن بعض الفقه الفرنسي قد أنكروا دور القضاء كمصدر للقانون كما أنكروا عدم إلزامية السوابق القضائية، حيث طالبوا بضرورة أن يقتصر عمل القاضي على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً ألياً، فهذا الاتجاه جاء كرد فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع ذلك انه لم يكتب له النجاح، و لكن لا يمكن تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد و إلا تعطل عمله وبالتالي عدم الفصل في المنازعات المعروضة عليه،¹.

الفرع الثاني: قواعد العدالة كمبرر لاجتهاد القاضي لخلق القاعدة القانونية

إن قواعد العدالة لها بالغ الأهمية في التشريعات المقارنة، إذ نجد الكثير من التشريعات قد عمدت إلى تقنين بعض القواعد الفقهية و الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم المسندة إلى قواعد العدالة لاسيما فيما يتعلق بالتعويض في المسؤولية المدنية، و كذا فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية للدعوى المدنية و عليه سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى دور قواعد العدالة في نطاق التعويض في المسؤولية المدنية (أولاً)، ثم سنبين دور هذه القواعد في نطاق الإجراءات الشكلية للدعوى المدنية (ثانياً)

أولاً: دور قواعد العدالة في نطاق التعويض في المسؤولية المدنية

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية، فالأولى جزء الإخلال بالالتزام عقدي و الثانية جزء بالإخلال بالالتزام قانوني، و عليه سيتم التطرق إلى دور قواعد العدالة في نطاق التعويض عن المسؤولية التعاقدية، كما سيتم التحدث عن دور قواعد العدالة في نطاق التعويض في المسؤولية التقصيرية.

01_ دور قواعد العدالة في نطاق التعويض عن المسؤولية التعاقدية:

إن المسؤولية العقدية تقوم على أساس الخطأ الذي ينجم عنه ضرر يلحق بالمتعاقد الآخر، إذ يعد المدين مخطئاً إذا لم يقوم بتنفيذ التزاماته، فبمجرد عدم قيامه بالتنفيذ التزاماته تقوم المسؤولية العقدية و يتوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر

1-Gény Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif Critical Essay 2éd. 1954 traduction anglaise par the louisiana state law institute .p77

فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية، فإن المدين يعد مخلا بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التي تعهد بتحقيقها، فالالتزام البائع في عقد البية هو التزام بتحقيق غاية هي تسليم المبيع إلى مشتري، فإذا لم يتم بذلك فإنه يعد مخلا بتنفيذ التزامه، و من ثم تقوم المسؤولية العقدية

و في الالتزام ببذل عناية، فإن المدين يعد قد أخل بالتزامه إذا لم يبذل في تنفيذ التزامه العناية اللازمة¹ ن و مثال ذلك الطبيب الذي يتعهد بمعالجة مريض و المحامي الذي يتعهد بالسير في الدعوى، فذا لم يبذل الطبيب العناية اللازمة في معالجة المريض أو لم يبذل المحامي العناية اللازمة للسير في الدعوى، فإنهما يعدان قد أخلا بتنفيذ التزامهما، و من ثم تقوم المسؤولية التعاقدية².

و حتى تتحقق المسؤولية لا يكفي الخطأ بل يجب أن يكون هناك ضرر قد أصاب الدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، كما يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الضرر و الخطأ، أي أن يكون الضرر قد نشأ عن خطأ المدين³.

و الجدير بالذكر أنه في حالة اتفاق المتعاقدين على مقدار التعويض في العقد المبرم بينهما ألزم الطرف الذي أخل بالتزاماته بأن يعرض الطرف الأخر حسب المقدار المتفق عليه، فإذا لم يكون هناك شرط جزائيا فإن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير التعويض المستحق وفقا لقاعدة ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب .

و طالما أن للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض، فإن هذا يعني أن القاضي ملزم بالبحث عن قيمة التعويض المستحقة بغية تحقيق العدل و العدالة

و وفقا للقانون المدني العراقي لاسيما المادة 86 منه التي تقضي بأنه " إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد و احتفظ بمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها لطبيعة الموضوع و لأحكام القانون و العرف و العدالة "

و عليه يتبين من المادة أعلاه أن المسائل التفصيلية التي يتم الاتفاق عليها في العقد قد وردت على سبيل الإطلاق و لم تستثنى من أحكام تلك المسائل مسألة التعويض أو مقداره عند عدم النص عليه في

1 _ العناية المطلوبة للتنفيذ المدين لالتزامه هي عناية الرجل المعتاد، فلا هو بشديد الفطنة و الذكاء و لا هو بالمهل

2 _ عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص403.

3 _ عبد الرزاق السهوري، نظرية العقد، دار الفكر، مرجع سابق، ص958.

العقد، كما عالجت هذه المادة المسائل التفصيلية عبر اللجوء إلى القانون و العرف و قواعد العدالة، لذلك فإن قواعد العدالة لها دور رئيسي عند تقدير التعويض من قبل محكمة الموضوع¹

حيث جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية أنه " لدى التدقيق و المداولة تبين بأن محكمة الموضوع هي التي اختارت الخبير الذي قام بتقدير سعر السوق للطن الواحد من الحنطة وفق النموذج المتفق عليه حسب التفصيل المدون في القرار التمييزي المراد تصحيحه، و قد أفاد الطرفان بأن ليس لديهما اعتراض على الخبير المذكور فلا جناح على المحكمة إن هي أخذت به حسب سلطتها الموضوعية لأنه أقرب إلى تحقيق العدالة..."².

هذا و تنص المادة 95 من القانون المدني المصري على انه " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليهما اعتبر العقد قد تم، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة."

و تطبيقا لهذه المادة جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية على أن "مؤدى نص المادة 95 من القانون المدني المصري أنه متى اتفق الواعد و الموعد له على جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به و على المدة التي يجب فيها على الموعد له إظهار رغبته في الشراء ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد و لا يؤثر في صحة انعقاده و نفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أي منهما لإلتزامه المترتبة عليه لأنهما في النهاية يخضعان فيما اختلفا فيه لأحكام القانون الواردة في هذا الخصوص.

لما كان ذلك و كان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع و شروطه الأساسية التي يرى المتعاقدون الاتفاق عليها و التي ما كان البيع يتم دونها و كان الطرفان على ما يتبين من عقد لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أرادوا تعينها لانعقاد الوعد بالبيع عدت أركانه الأساسية و هي المبيع و الثمن و لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن، فإن هذا الوعد يرتب

1 _ عباس قاسم مهدي الداوقي، الاجتهاد القضائي " مفهومه_ حالاته_ نطاقه" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2015، ص 318.

2 _ قرار محكمة التمييز الصادر بتاريخ 13_07_1967، العدد 480، تم الإشارة إلى هذا القرار من قبل عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الثاني، ص 653

كافة آثاره القانونية بمجرد رغبة الطاعن في الشراء بإنذار المدين لهما، و إذا لم يلتزم الحكم الطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون¹.

و مما تقدم يتضح أن الدور الذي تلعبه قواعد العدالة في نطاق العقد و المسؤولية التعاقدية هو دور تكميلي، فطبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإن القاضي يطبق العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد يقوم مقامك القانون في تنظيم العلاقة بين المتعاقدين، إذ أن العدالة تكمل إرادة المتعاقدين و لكن لا تنسخها².

حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى الدور التكميلي لقواعد العدالة، إذ جاء في إحدى قراراتها على أن " النص في المادة 147 من القانون المدني المصري على أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقرها، مما يدل على أن العقد هو قانون المتعاقدين و هو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة الذي ما زال يسود الفكر القانوني و لازم تلك القاعدة إن ما اتفق عليه المتعاقدين متى وقع صحيحاً لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة أصبح ملزماً للطرفين فلا يجوز نقض العقد و لا تعديله من جهة أي من الطرفين.

إذ أن العقد وليد إرادتين و ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة و هذا هو الأصل إلا أنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق طرفيه أو لأسباب يقرها القانون، و كذلك لا يجوز للقاضي أن ينقض عقداً صحيحاً أو تعديله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه قواعد العدالة فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين فالقاضي لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها و إنما يقتصر عمله على تفسير إرادتهما بالرجوع إلى نية هؤلاء و من ثم جرى قضاء محكمة النقض على أن العقد قانون المتعاقدين فالخطأ في تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض ..."³.

02_ دور قواعد العدالة في نطاق التعويض في المسؤولية التقصيرية

غالباً ما تؤكد المحاكم في قراراتها بأن التعويض لا بد أن يكون معادلاً للضرر بحيث لا تسبب الإصابة للمتضرر لا ربحاً و لا خسارة، غير أن هذه التأكيدات ليست في الحقيقة إلا تأكيدات مبدئية محضة لا

1_ قرار رقم 970 صادر عن محكمة النقض المصرية، بتاريخ 27_02_1980، تم الإشارة إلى هذا القرار أحمد محمد عبد الصادق، الجزء الأول، ص 392

2_ عباس قاسم مهدي الداغوق، مرجع سابق، ص 319.

3_ الطعن رقم 4901، جلسة 06_04_1995، ص 604، تم الإشارة إلى هذا القرار أحمد محمد عبد الصادق، الجزء الأول، ص 1231

يقصد بها إلا إبعاد قرارات المحاكم عن الانتقادات الفقهية و تجنبها النقض من قبل محكمة التمييز أو النقض فتسمية الأولى معمول بها في العراق و الثانية في مصر¹.

و قد تأثر القضاء العراقي ببعض الاعتبارات الشخصية عند تقدير التعويض و الخارجة عن مفهوم الضرر بحد ذاته منها كون المتضرر المصاب معيل لأحد من عدمه حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقي ما نصه " إذا كان المصاب المتوفى صبياً لم يتجاوز الثانية عشرة فلا يحكم بتعويض مادي عن وفاته لعدم إعالته لأحد و إنما يحكم بمصاريف التجهيز و الدفن كما يحكم بتعويض أدبي و تقدير التعويض الضرر المحقق دون الضرر المحتمل فلا يجوز التعويض على أساس أن لو كتب للمتوفى البقاء لكسب القوة الكسبية التي تعود بمردود مالي على والدي الفتى المتوفى"².

و عليه فالمحكمة سلطة مطلقة تسمح لها ضمناً الأخذ بعين الاعتبار العدالة المختلفة في تقدير التعويض، و ذلك بتصحيح مبدأ المساواة الكاملة ما بين الضرر و التعويض و التخفيف من حدته، و بالتالي يمكن للمحكمة ان تستفيد من الحرية الممنوحة في تقدير التعويض عن طريق الأثر ببعض الاعتبارات الواقعية التي لا علاقة لها بجسامة الضرر³.

و هذه الاعتبارات قد تكون متعلقة بالمسؤول عن الضرر و قد تكون متعلقة بالمتضرر و الاعتبارات المتعلقة بالمسؤول تنقسم إلى ثلاثة أنواع و هي جسامة خطأ المسؤول و مركزه المالي و تأمينه من المسؤولية المدنية الناشئة عن خطئه، و منه فيما يتعلق بجسامة خطأ المسؤول فإن وظيفة قاضي الجزاء هي إيقاع العقوبة، أما وظيفة القاضي المدني فهي الحكم بالتعويض⁴.

فهذه القاعدة نظرية أكثر مما هي عملية، لأن المحاكم تنجح من الناحية الواقعية إلى زيادة أو تقليل مبلغ التعويض بحسب جسامة خطأ المسؤول، إذ أن هذه الحقيقة يعترف بوجودها و يقرها كل الفقهاء، ذلك أنه من المستحيل استبعاد الجانب الأخلاقي عن ميدان المسؤولية المدنية، فليس من المرغوب فيه ألا

1 _ سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل في العراق، بغداد العراق، سنة 1981، ص 163

2 _ قرارا محكمة التمييز العراقية، العدد 77، بتاريخ 1975_05_21، تم الإشارة إلى هذا القرار من قبل إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، ص 280

3 _ سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، ص 168.

4 _ ص 170.

تأخذ المحاكم مطلقاً بنظر الاعتبار جسامه خطأ المدعى عليه في تقدير مبلغ التعويض لن ذلك يؤدي إلى إبعاد كل فكرة أخلاقية عن موضوع المسؤولية المدنية¹.

كما أن جسامه الخطأ تحتل مكان الصدارة في حالة تعدد المسؤولين في حالة اشتراك المتضرر في الخطأ إذ يتجه القاضي بالضرورة إلى إقامة الجزاء على أساس من التقدير الأخلاقي لسلوك ذوي الشأن².

أما فيما يتعلق باعتبار الثاني و هو حالة المسؤول عن الضرر المالية، فإن يتعين على القاضي عند تقديره لتعويض أن يغمض عينه دائماً عن المركز الشخصي للمسؤول و خاصة عن حالته المادية، و لكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به ذلك انه لم يلقى قبولا من قبل الفقهاء، لهذا نجد بعض القوانين المقارنة قد سمحت للمحاكم أن تأخذ بعين الاعتبار المركز المالي للمسؤول إذا كان عديم الأهلية³.

فقد نصت المادة 829 من القانون المدني الألماني على أنه يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الحالة المالية للمسؤول عندما يكون مجنوناً، فالمجنون وفقاً لهذا النص يجب الحكم عليه بتعويض الضرر الذي سببه للغير مع أخذ مركزه المالي بعين الاعتبار و ما إذا كانت الموارد المتبقية له بعد الحكم عليه تكفي لإشاعته هو عائلته بصورة لائقة .

كما نص قانون الإلتزامات السويسري في مادته 44 على أنه " إذا لم يكن الضرر ناشئاً عن تعمد أو إهمال جسيم و كان تعويضه يعرض المسؤول إلى ضائقة مالية فإن بإمكان القاضي أن ينقص مبلغ التعويض بحسب مقتضيات العدالة"⁴.

و فضلاً عن ذلك نص القانون المدني العراقي بضرورة الأخذ بعين الاعتبار المركز المالي للخصوم، إلا ان القضاء قد أهمل هذه الظروف عند الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي بحجة أن التعويض ليس وسيلة للإثراء على حساب المسؤول.

و عليه فالقضاء العراقي يجاري في موقفه ما اتجه إليه القضاء المصري، حيث عرض قضية غلى القضاء المصر عرض فيها حالة المسؤول المالية، إذ قررت محكمة النقض المصرية على أن " إدخال

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، مرجع سابق، ص 321.

2 _ سعدون العامري، مرجع سابق، ص 171.

3 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، المرجع السابق، ص 322.

4 _ سعدون العامري، المرجع السابق، ص 172.

المحكمة يسار المسؤول عن الضرر في العناصر التي راعتها عند تقدير التعويض هو عيب يستوجب نقض الحكم¹.

أما الاعتبار الثالث و هو التأمين من المسؤولية و يعني أن تأخذ بعين الاعتبار واقعة ما إذا كان المسؤول مؤمنا على مسؤوليته لدى شركة التأمين أو غير مؤمن عليها لغرض زيادة مبلغ التعويض أو تخفيضه.

حيث أن هذا الاتجاه قد أثار انتقادات شديدة من قبل الفقهاء إلا بعض شرح القانون الذين يرون انه ليس من العدالة أن يعامل على قدم المساواة المسؤول الثري و من ورائه شركة التأمين، و المسؤول الفقير الذي لا يملك شيئا جرى التأمين ضد خطره².

و الجدير بالذكر أن لا مانع من أن تحكم المحكمة بتعويض مؤقت للمتضرر إذا طلب ذلك إلا إذا طلب أن يحتفظ بحقه بالتعويض كامل من المسؤول بعد ان يتبين لها مدى الأضرار التي لحقت من الفعل الذي يطلب التعويض بسببه، إذ أن المادة 208 من القانون المدني العراقي قد أشارت إلى ذلك حي أنها تنص على أنه " إذا لم يتيسر للمحكمة ان تحدد مقدار التعويض تحديدا كافيا فلها أن تحتفظ بالحق في أن يطالب خلال مدة مقبولة بإعادة النظر في التعويض³.

فقواعد العدالة تقتضي أن تترث المحكمة في تقدير التعويض النهائي الذي يستحقه المتضرر إلى حين التثبت عن مدى جسامة الضرر الذي لحق بطالب التعويض، و من ثم تقدر التعويض العادي الذي يستحقه المتضرر طالب التعويض تبعا لجسامة الضرر الذي سيتبين لحوقه بطالب التعويض في المستقبل⁴.

هذا و يعد من صور تأثير قواعد العدالة في نطاق المسؤولية التقصيرية حالة توسيع المسؤولية التقصيرية لتشمل المسئولين غير المباشرين في إحداث الضرر، إذ أن هذا الاتجاه هو الذي حدا ببعض التشريعات الحديثة كقانون الالتزامات السويسري و تقنين الموجبات و العقود اللبناني إلى العدول عن قاعدة عدم تعويض الضرر غير المباشر⁵.

1 _ مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مكتب الرواد للطباعة، بغداد، العراق، سنة 1991، ص 379.

2 _ سعدون العامري، مرجع سابق، ص 176.

3 _ ص 18.

4 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 329.

5 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 329.

فقد نصت المادة 134 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على ان " الأضرار غير المباشرة يجب ان ينظر إليها بعين الاعتبار في تقدير التعويض على أن تكون متصلة اتصالاً واضحاً بالجرم أو بشبه الجرم كما لو تفاقم المرض أو حصلت الوفاة بسبب جرح أصله لم يكن مميتاً أو قتل موظف أثناء الخدمة فاستحق القاعد قبل حلول أجله مما فرض على الدولة دفة دين غير حال قبل الأوان " .

كما أن قانون الموجبات و العقود اللبناني قد بين في المادة 261 منه على أن " الأضرار غير المباشرة ينظر إليها بعين الاعتبار كالأضرار المباشرة و لكن بشرط أنم تثبت كل الثبوت صلتهما بعدم تنفيذ الموجب¹. و بناء على ما سبق يتضح أن الدور الذي تلعبه قواعد العدالة في نطاق المسؤولية التقصيرية هو دور تكميلي أيضاً، و هاذ ما يظهر جلياً في النصوص القانونية للتشريعات المختلفة، فقواعد العدالة التي يستعين بها القاضي في تقدير التعويض في ضوء السلطة التقديرية الممنوحة له تعد مكملة للنص التشريعي الذي ألزم بالتعويض المسؤول عن الضرر.

فقواعد العدالة لها دورين، دور تقوم فيه مقام التشريع عند فقدان النص القانوني، و دور مكمل للتشريع عند وجود النص القانوني².

ثانياً: دور قواعد العدالة في نطاق الإجراءات الشكلية للدعوى المدنية

سيتم من خلال هذه الجزئية تبيان أهمية الشكلية في التشريعات المقارنة، كما سيتم التطرق إلى بعض القرارات و الأحكام القضائية المتعلقة بالإجراءات الشكلية للدعوى المدنية في الأنظمة المقارنة كالقانون العراقي و المصري.

01_ أهمية الشكلية في التشريعات المقارنة:

إن النصوص التشريعية قد تتضمن قواعد قانونية تنظم علاقات الأفراد المجتمع و الفصل في النزاعات الناشئة عنها، و قد تتضمن قواعد قانونية تنظم عمل الأجهزة القضائية الداخلة ضمن السلطة القضائية كبيان تشكيلاتها و صلاحياتها و اختصاصها إلى آخر ما تتضمنها تلك القواعد من ضوابط كيفية

1 _ سعدون العامري، ص 38.

2 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، المرجع السابق، ص 331.

لجوء الأفراد إلى القضاء، و من بين هذه القواعد نجد قواعد الترافع و الحضور أمام المحاكم، إذ أن هذه القواعد تسمى بقواعد الشكلية¹.

و الشكلية تطبق من تطبيقات العدالة و ضرورة من ضرورتها تحتملها طبيعة العملية القضائية و إجراءات التقاضي التي توجب وجود قواعد شكلية منصوص عليها تنظم عملية اللجوء إلى القضاء، وبعكسه سوف يؤول الأمر إلى الفوضى في ظل عدم وجود ضوابط شكلية تنظم حق اللجوء إلى القضاء وتبين ضوابط إجراءات التقاضي أمام المحاكم و الطعن في القرارات و الأحكام الصادرة منها كما أن الشكلية ضرورية لضمان حقوق الأفراد عند إجراء التعاملات المالية، لذلك فمعظم التشريعات الحديثة تضع ضوابط شكلية لتسجيل التصرفات المالية سواء كانت تلك التصرفات متعلقة بالمنقول أم العقار.

هذا و قد أولت الشريعة الإسلامية أهمية خاصة للشكلية، إذ أن القرآن الكريم قد خص أطول آية فيه لتوثيق الدين، كما أولت مزيد عناية بتوثيق التصرفات المالية، ففي الوقت الذي قيدت فيه التشريعات الوضعية عملية التوثيق بمقدار معين من الدين نجد أن الشريعة الإسلامية تناولت بالتوثيق كافة التصرفات المالية².

و عليه يتبين أهمية الشكلية و دورها في نطاق العمل القضائي، إلا أن هذه الشكلية يجب ألا تكون على حساب جوهر الحق و مضمونه و ألا تكون حائلة دون وصول الحق إلى المتنازعين عبر التمسك بها بصورة منافية لقواعد العدالة بحيث تكون هذه الشكلية ذريعة دون تحقق الهدف المنشود للقضاء ألا و هو تحقيق العدالة.

إن بعض التشريعات قد نصت على تبسيط الشكلية إلى الحد الذي يمن المصلحة العامة و لا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه³، إذ أن المقصود من تبسيط الشكلية في الإثبات هو أن تتم الإجراءات بشكل ملائم لتحقيق الغاية منها و لتحقيق قضاء عادلا

1 _ إبراهيم المشاهدي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 78.

2 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 333.

3 _ المادة 04 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

و بما أن التشريعات الموضوعية هي موطن العدل و مضمونه و فحواه، فإن التشريعات الإجرائية هي الآلية في ذلك، فالهدف الأسمى من التشريعات الإجرائية هو تحقيق العدل و العدالة¹.

02_ بعض القرارات المتعلقة بالإجراءات الشكلية في بعض التشريعات المقارنة:

هذا و قد أصدر القضاء العراقي أحكاما و قارات تقضي بضرورة تطبيق قواعد العدالة فيما يتعلق بالجانب الإجرائي الذي تضمنه قانون المرافعات المدنية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الإجرائية الخاصة بحضور الخصوم و غيابهم و المواعيد المحددة للطعن في القرارات و الأحكام، أو المتعلقة بمصاريف الدعوى.

حيث قضى قضاء محكمة التمييز على انه " في حالة عدم تحديد ساعة المرافعة فإنه يتوجب على الخصم الآخر إبطال الدعوى و يكون قرار المحكمة بالإبطال و موافقا للقانون " ²، غير أن محكمة التمييز العراقية قد عدلت عن هذا الرأي، حيث استقر قضاءها على وجوب انتظام الخصم حتى نهاية الدوام الرسمي في حالة عدم تحديد ساعة المرافعة للنظر في الدعوى مراعاة لقواعد العدالة³

أما فيما يتعلق بمصاريف الدعوى فإن من يخسر الدعوى من أحد طرفيها هو الذي يتحملها استنادا إلى أحكام المادة 166 من قانون المرافعات المدنية العراقي، حيث قضت محكمة التمييز في قرار لها بصدد مصاريف دعوى شفعة مرفوعة من قبل شخص ليس بشريك في الملك المشفوع بناء على أحكام القانون المدني العراقي و في أثناء السير في الدعوى صدر تشريع يقيد حق الشفعة في العقار بالشريك فيه فقط دون الآخرين كالجار .

حيث فردت المحكمة الدعوى و أعادت الطرفين إلى ما كانا عليه قبل إقامة كل طرف يتحمل المصاريف التي صرفها و منها أتعاب المحاماة تأسيسا على قواعد العدالة لأن قانون المرافعات المدنية و قانون المحاماة قد جاءا خاليين من نص يعالج هذه الحالة⁴ .

هذا و قضت محكمة النقض المصرية بأنه في حالة انتهاء الدعوى صلحا و لما كان قانون المرافعات قد أغفل تنظيم انتهاء الدعوى صلحا بين الخصوم و هذا يعد نقصا تشريعا يوجب على القاضي تكملته

1 _ محمدعلي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، الجزء الأول، سنة 1983، ص 34.
2 _ قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية العدد 3073 بتاريخ 1966_05_25، تم الإشارة إلى هذا القرار من قبل عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الثاني، ص 112
3 _ إسماعيل نامق حسين، العدالة و أثرها في تطبيق القاعدة القانونية، دار الكتب، مصر، 2011، ص 293.
4 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 336.

بالالتجاء إلى المصادر التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني المصري ومنها قواعد العدالة، و من ثم فإن الحل العادل في حالة حسم النزاع صلحا أن تقضي فيه محكمة بانتهاء الخصومة¹.

أما يتعلق بالمدة القانونية المعينة للطعن بالأحكام و القرارات أمام الجهات القضائية المختصة بتدقيق القرارات المطعون بها نجد أن قواعد العدالة لها دور في عدم التقيد بتلك المدة و قبول الطعن إذا تم خارج المدة المحددة لها دون تقديم الطعن ضمن مدته مراعاة لقواعد العدالة².

المطلب الثاني: مدى مساهمة الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية

قد يساهم الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية، إذ أن المشرع الجزائري قد أوكل مهمة إقرار الاجتهادات القضائية إلى جهازين و هما المحكمة العليا و مجلس الدولة، كما أوكل المشرع الفرنسي هذه المهمة إلى محكمة النقض الفرنسية.

هذا و للاستقرار الاجتهاد القضائي دور في إنشاء نص تشريعي، إذ يتعين على قضاة محاكم الدرجات الدنيا الإطلاع بصفة دورية عما يصدر عن أجهزة إقرار الاجتهادات القضائية.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول مدى فاعليته الاجتهاد القضائي في خلق النص القانوني في النظام القضائي الجزائري، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن مدى فاعليته في نفس الدور في النظام الفرنسي .

الفرع الأول: فاعلية الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية في النظام الجزائري

تعد السلطة القضائية ضمانا أساسية في تحقيق دولة القانون، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تراقب خضوع الجميع للقانون³، إذ أن تبيان مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية في النظام القانوني و القضائي الجزائري يقتضي تحديد أجهزة الاجتهاد القضائي (أولا) ثم نبين القوة الملزمة للقرارات الصادرة عن هذه الأجهزة (ثانيا)، و سواء تعلق الأمر بالنقطة الأولى أو الثانية اللذان

1 _ نقض 483، جلسة 20_11_1981، تم الإشارة إليه من قبل عدلي أمير خالد، الجامع في الإرشادات العملية، ص 67.

2 _ صباح صادق جعفر النباري، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، سنة 2008، ص 404.

3 _ بوبشير محند أمقران، انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 01.

سنتحدث عنها فإن الأمر يقتضي الإشارة إلى بعض القرارات التي شكلت اجتهادا قضائيا و ساهمت في خلق نصوص قانونية.

أولا: أجهزة الاجتهاد القضائي في الجزائر

إذ يوجد على قمة الهرم القضائي المحكمة العليا و مجلس الدولة، حيث أوكلهما المشرع مهمة توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد، و ذلك ما جاء في المادة 152 من الدستور و كذا القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة و كذا المحكمة العليا، حيث أنشأت المحكمة العليا بموجب القانون رقم 22/89، والذي عدل بموجب القانون رقم 25/96 الذي تم إلغائه بموجب القانون رقم 12/11¹.

1 _ المحكمة العليا

يناط على المحكمة العليا إقرار الاجتهادات القضائية التي توحد الحلول لمختلف المسائل المطروحة أمام القضاء بغية تسهيل العمل القضائي، لذلك تم إنشاء المجلة القضائية لضمان النشر الموسع لقرارات المحكمة العليا لإعلام المختصين في القانون بعمل المحكمة العليا ونشاطاتها و إرساء مكانة الاجتهاد القضائي في نفوس المخاطبين بالقاعدة القانونية و في ضمائر القضاة أيضا ليصبح الحل القانوني لكل المسائل المتشابهة واحدا و هذا بغرض تعزيز الثقة في الجهاز القضائي².

و وفقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإن المحكمة العليا إذا فصلت في الطعن المرفوع أمامها، فنها تدرس أوجه الطعن المثارة من الطاعن، فإن رأت انها غير كافية لنقض القرار المطعون فيه، فإنها يجوز لها إثارة ما تراه مناسبا تلقائيا لنقض القرار أو الحكم، فإن انتهت إلى نقض القرار فإنها تعيد القضية إلى نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار للنظر فيها من جديد طبقا للقانون، ففي كهذه الحالة تلتزم الجهة المحالة لها بالنقاط التي فصلت فيها المحكمة العليا، فذا لم تلتزم جهة الإحالة بالنقاط

1 _ تم إنشاء المحكمة العليا بموجب القانون رقم 22_89 المؤرخ في 12_12_1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا حيث تم تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 25_96 المؤرخ في 12_08_1996 الذي تم إلغائه بموجب القانون 12_11 المؤرخ في 26_07_2011 الذي يحدد تنظيم المحكم العليا و عملها و إختصاصها، أما مجلس الدولة فقد أنشأ بالقانون العضوي رقم 01_98 المؤرخ في 30_05_1998، الجريدة الرسمية العدد 37، و عدل هذا القانون بالقانون العضوي رقم 13_11 المؤرخ في 06_07_2011 (ج ر العدد 42).

2 _ عجالي خالد، " دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني "، العدد الثالث، مجلة البحوث القانونية و السياسية، سعيدة، الجزائر، 2014 ، ص 389.

التي أثارها المحكمة العليا، فإنه يجوز لطاعن ان يطعن للمرة الثانية، و إذا تم ذلك فإن المحكمة العليا هي التي تفصل في الموضوع¹.

و إذا رأت الغرفة المختصة في المحكمة العليا أن القرار الذي تصدره يمكن أن يشكل اجتهادا قضائيا، فإنها تدعو إلى للانعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين و بحضور 9 أعضاء على الأقل، ولكن إذا رأت الغرفتان أن الإشكال القانوني يؤدي الفصل فيه إلى تغير الاجتهاد القضائي فإنها تحيل القضية إلى الغرف المجتمعة التي تتألف من الرئيس الأول للمحكمة العليا و نائب الرئيس و رؤساء الغرف و رؤساء الأقسام و عميد المستشارين في كل غرفة و لا يصح أن تبت في القضية إلا بحضور 25 عضوا على الأقل².

و بموجب نص المادة 16 من القانون العضوي رقم 12/11 فإن الإحالة على الغرفة المختلطة يكون في الحالة التي تطرح فيها القضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حلول متناقضة أمام غرفتين أو أكثر، و يتم الإحالة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا يحدد فيه الغرف المعنية و رئيس الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين على الأقل و تتداول بحضور 15 قاضيا على الأقل، و في حالة عدم الاتفاق يخطر رئيس الغرفة المختلطة لرئيس الأول الذي يحيل القضية أمام الغرفة المجتمعة³.

هذا و تنعقد الغرفة المجتمعة إذا كان القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها قد يشكل تغيرا للاجتهاد القضائي، حيث تنعقد الغرفة المجتمع بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا بمبادرة منه أو باقتراح من رئيس إحدى الغرف، و تتشكل الغرفة المجتمع من الرئيس الأول و نائب الرئيس و رؤساء الأقسام و عميد المستشارين في كل غرفة و توكل إلى احد المستشارين وظيفه المستشار المقرر⁴، و الغرفة المجتمع لا تبت إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل، حيث تتخذ قراراتها بالأغلبية و يرجح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات⁵.

2 _ مجلس الدولة

1 _ المادة 374 من قانون إم إ.

2 _ عجالي بخالد، مرجع سابق، المواد 22_23 من قانون رقم 22_89 الملغى .

3 المواد 16 و 17 من القانون العضوي رقم 12_11 أشار إليهما بخالد عجالي، مرجع سابق، ص 390.

4 _ عجالي خالد، مرجع سابق، ص 390.

5 _ المادة 18 من القانون العضوي رقم 12_11.

إن مجلس الدولة عند ممارسة وظيفة الدستورية الرامية إلى توحيد الاجتهاد القضائي الإداري يعقد جلساته في شكل غرف مجتمعة لاسيما إذا كان القرار الذي قد يصدر يشكل تراجعا عن الاجتهاد القضائي، ففي هذه الحالة يتشكل مجلس الدولة من رئيس المجلس و نائب الرئيس و رؤساء الغرف وعمداء كل غرفة و رؤساء الأقسام، و لا تصح مداولاته إلا بحضور نصف عدد الأعضاء على الأقل¹.

ثانياً_ قوة القرارات المعتمدة اجتهادا قضائيا في النظام القانوني الجزائي

في هذا الصدد سنبين مدى إلزامية قضاة المحاكم الدنيا بالاجتهادات القضائية، كما سنتحدث أيضا عن الاستقرار في الاجتهاد القضائي كآلية لخلق النصوص القانونية.

1_ مدى إلزامية قضاة المحاكم الدنيا بالاجتهادات القضائية

فقضاة الدرجات الدنيا يتاح لهم الإطلاع على ما يصدر عن هاتين الجهتين بصفة دورية ما يلزمهما و لو أدبيا بمضمون الاجتهادات القضائية، إذ أن هذا المرزيد في تنظيم العمل القضائي في فلك واحد، و رغم هذا الدور الذي يؤديه الاجتهاد القضائي المستقر في تسهيل العمل القضائي و توحيد و تحقيق الامن القانوني و تعزيز الثقة في المراكز القانونية، فإنه في غياب نص يلزم قضاة المحاكم الدرجات الدنيا بما استقر عليه قضاء المحكمة العليا و مجلس الدولة، فإن بعض التشريعات ذكرت الاجتهادات القضائية كمصدر للنصوص القانونية .

حيث جاء في نص المادة 01 من القانون المدني العراقي على انه " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها لفضها أو فحواها، فإذا لم وجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة، و تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء و الفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية² .

2_ استقرار الاجتهاد القضائي كآلية لخلق النصوص القانونية

1 _ المادة 32 من القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة.

2 _ صدر القانون المدني العراقي سنة 1951 تحت الرقم 40، حيث يعد هذا القانون من القوانين المستمدة من الفقه الإسلامي في معظم نصوصه

المقصود باستقرار الاجتهاد القضائي هو أن تبقى قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة ثابتة في موضوع معين، متبنية في ذلك حلا واحدا، غير انه يجوز تغييره وفقا للإجراءات القانونية اللازمة، فاستقرار الاجتهاد القضائي و عدم التراجع عنه لا يعد غاية في حد ذاته، بل يهدف إلى تحقيق المهمة المناطة بمحكمة العليا و مجلس الدولة و المتمثلة في توحيد الاجتهاد القضائي و إقراره مما يترتب عليه إرساء حلول واضحة و محددة، و بالتالي شعور المتقاضين بالأمن اتجاه المنظومة القضائية و القانونية على حد سواء¹.

و إذا استقرت المحكمة العليا أو مجلس الدولة على مبدأ، وصار متواترا و واجب الاحترام فإن هذا المبدأ لا يجوز مخافته مما يدفع المشرع إلى تقنينه بموجب نص قانون واضح².

و منه فالاستقرار الاجتهاد القضائي قد يؤدي إلى خلق نصوص قانونية، إذ في هذا الصدد ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية، ففريق من الفقه يرى أن دور الاجتهاد القضائي المستقر في خلق المبادئ القانونية الملزمة لقضاة الدرجات الدنيا لا يقل عن دور السلطة التشريعية، و فريق ثاني من الفقه يرى أن استقرار الاجتهاد القضائي لا يمكن الاعتراف به كمصدر رسمي، و فريق ثالث من الفقه يرى أن دور الاجتهاد القضائي لا يتعدى إلا أن يكون فقط وسيلة لتفسير النصوص القانونية³.

الفرع الثاني: فاعلية الاجتهاد القضائي في خلق النصوص القانونية في النظام الفرنسي

إن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان له الدور الكبير في المساهمة في خلق القاعدة القانونية ، إذ لا بد في هذا الفرع تبيان أجهزة إقرار الاجتهاد القضائي في فرنسا إذ نكتفي بالتحدث عن محكمة النقض الفرنسي (أولا)، ثم سنبين مدى إلزامية القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية(ثانيا).

أولا: محكمة النقض الفرنسية كجهاز لإقرار الاجتهادات القضائية

إن محكمة النقض الفرنسية تحتل قمة الهرم القضائي، الذي يمثل النظام القضائي الفرنسي، إذ أنها تلعب دورا أساسيا في توحيد الاجتهاد القضائي، و هذه الوظيفة هي التي تفسر الطبيعة المتخصصة للمحكمة التي لا تحكم قط في الوقائع، بل ان مهامها تتمثل حصريا بتفسير القانون فيما يتعلق بالأساس أو الشكل في ما إذا كان قديما أو جديدا، حيث هذا المر هو الذي يعزز أهمية قراراتها.

1 _ بوبشير محند امقران، انتفاء السلطة القضائية في الجزائر ، مرجع سابق، ص03.

2 _ علي عبد الله العرادي، "دور الاجتهاد القضائي في تعزيز و تطوير القانون الإداري"، بحث مقدم في مؤتمر لرؤساء المحاكم الادارية، بيروت، سنة 2001، ص 06.

3 _ عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية و القضائية، لجة التأليف و التعريف للنشر، جامعة الكويت، سنة 2000، ص 309.

حيث يركز تفسيرها على الإجابات التي تنطق بها في حكمها، وذلك على الحجج المعروضة أمامها و بشكل محدد أكثر على الحجج التي تنذر بمخالفة القانون، فكيفية تكون و طور و نشر الاجتهاد تقتضي التعليق، فطبيعة النقض التي تقود إلى تفحص الدعوى فيما يتعلق بتطبيق صحيح القانون على القرار محل النقض¹.

فالاجتهاد يتم تطويره بشكل تدريجي على أساس طلبات النقض و الحجج الناجمة عنه، غير انه يحظر على محكمة النقض الممارسة المعروفة بالقرارات التنظيمية، إذ أن هذا المر يسري على كل المحاكم الفرنسية الأخرى، حيث نصت المادة 05 من القانون المدني الفرنسي على أنه " يحظر على المحاكم إصدار قرار بشكل أحكام تنظيمية في دعاوى مقدمة لها "، و هكذا يتم تطوير الاجتهاد تدريجيا

و بما أن المشاكل غالبا ما تطرح بشكل تدريجي بموجب حجج قانونية، فإن محكمة النقض الفرنسية تقوم بتحديد تطبيق القانون مع تكيفه مع متطلبات المجتمع سواء المتطلبات الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية أو الدولية أو التقنية، بالإضافة إلى تنوع المسائل بحد ذاتها المطروحة أمام محكمة النقض، و هذا يعني انها تعطي جوابا منطقيا و متوازيا لمعظم المشاكل المحتملة التي يثيرها تفسير القانون على ضوء التغيرات التي يشهدها المجتمع وكذا ملء ثغرات القانون.

حيث نصت المادة 04 من القانون المدني الفرنسي على أنه " تمنع المحاكم من رفض الحكم بسبب صمت او غموض أو عدم ملائمة القانون "، و من ثم يكون لمحكمة النقض دورا أساسيا من خلال الاستعانة بتقنية ممكن استعمالها لمواجهة صمت القانون، و هي الإسناد إلى مبادئ عامة كقاعدة " الغش يفسد كل شيء "، غير أن هذه التقنية لها حدودها ذلك أنها أحيانا لا تستجيب و بنود القانون، هذا و تشير محكمة النقض الفرنسية في تقريرها السنوي إلى العواقب الناجمة عن الوضع الحالي للنصوص القانونية و تقترح تعديلات تشريعية

ثانيا: قوة القرارات المعتمدة اجتهادا قضائيا في النظام القانوني الفرنسي

طبقا لنص المادة 05 من القانون المدني الفرنسي يتبين أن المشرع الفرنسي قد منع القضاء الفرنسي من الإشارة إلى قرار محكمة في قضية تختلف عن القضية المعروضة أمام القضاء، و لا يمكن في كل

1-P.MIMIN, le stayle des jugements librairies techniques, libraire de la cour de cassation, 1962.p.255 et s.

الأحوال أن يصبح المبدأ الوارد في القضية أساساً للحكم في القضية المعروضة أمام القضاء، غد هذا المنع يشمل حتى سلطة الشيء المقضي به المنصوص عليه في المادة 1351 من القانون المدني الفرنسي¹

فسلطة الشيء المقضي به لا تطبق إلا بالنسبة لموضوع الحكم، حيث يجب أن الشيء الطالب به هو المذكور نفسه في الطلب و مؤسس على ذات السبب، أن يكون الطلب يتعلق بذات الأطراف و صيغ من قبلهم، فبفضل هذا النص فإن قرار المحكمة لا يتعلق إلا بطرفي الدعوى، فالأصل في حجية الأحكام أنها نسبية و أن الحكم لا يفيد منه أو يضار به من كان خصماً في الدعوى التي صدر فيها و لا يجوز الحجية إلا بينهم².

و حجية الأحكام تهدف إلى استقرار الحقوق و المراكز القانونية و وضع حد تجدد الخصومات و عم تأبيدها و تفادي صدور أحكام متناقضة و متعارضة مما يؤدي إلى مشكلات في تنفيذ الأحكام و فقد القضاء لهيبته و احترام الناس له³.

و في فرنسا تعد السوابق القضائية من الحلول التي تنبثق عن الممارسة القضائية المتمثلة في العدول القضائي، و التي تعد بمثابة أساس للقرارات القضائية اللاحقة، غير ان الفرق هو أن السوابق القضائية غير ملزمة، إذ أن الأمر في فرنسا لا يستخدم مصطلح السابقة القضائية بل استعمال مصطلح الاجتهاد القضائي⁴.

و بصدد الحديث عن القوة الملزمة للسوابق القضائية، فإن الفقه الفرنسي اتجه بالحديث إلى إعدام القوة الإلزامية للقرارات القضائية السابقة، فالقرارات التي تصدر عن المحاكم مهما كانت لا يجوز فرضها على المحاكم الأخرى التي تنظر في حالات مشابهة⁵.

و الجدير بالذكر انه من لازم التفريق بين القرارات المختلفة بالنظر إلى المحاكم التي أصدرتها، فليس من الضروري أن يتبع قرار محكمة إستئنافية من قبل محاكم أخرى، فإذا حصل هذا الإتياع فإنه

1-art.1351 : « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

2 _ عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، سنة 2012، ص 238.

3 _ احمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص 07.

4 _ N.MOLFESSIS Doctrine de la cour de cassation et reconnaissance des précédents op.cit.p.567.

5 _ R.CABRILLAC Introduction générale au droit cours Dalloz 4éd.2001.p120.

ليس إلا من قبيل سلوك طريق السهولة و تبني الحلول الجاهزة للتطبيق في القضايا المشابهة، و لكم القرارات الصادرة من محاكم استئناف مخالفة تعد عادة قضاء مستقراً¹.

غير ان قرارات محكمة النقض فلها وضع خاص، إذ يوجد تدرج معين بشأن قوتها كسابقة، فقرارات محكمة النقض الصادرة ببيئتها مجتمعة تسمو بقوتها على بقية القرارات، و يؤيد ذلك بوجه خاص عدم خروج محكمة النقض عما جاء بهذه القرارات إلا نادراً².

و وفقاً للآراء الفقهية فإن معيار التمييز بين القرارات التي تعد كسابقة أو التي لا تعد كسابقة، هو ان القرارات القضائية الصادرة من محكمة النقض إذا أخذت بها المحكمة ذاتها أو المحاكم الأخرى بنفس الحل الذي أخذ به هذا الحكم الأول في المنازعات المشابهة، ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ ليس صادراً عن حكم فردي بل صادراً عن القضاء، أما القرارات التي تصدر عن القاضي لكي يخلق حلاً عادلاً للنزاع في حالة نقص في مصادر القانون فإنه لا يخلق سابقة قضائية و لكنه يخلق حلاً فردياً³، و بالتالي فلا وجود لمبدأ السوابق القضائية في النظام القضائي الفرنسي .

هذا و قد استقر الاجتهاد الفرنسي فيما يتعلق بالمسؤولية عن حراسة الأشياء في حوادث السير على أن قرينة الخطأ في مسؤولية حارس الأشياء هي قرينة قاطعة، فالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13_02_1930 الذي قضى بأن قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي في مواجهة من كان تحت يده حراسة الشيء غير العي الذي سبب ضرر للغير، لا يمكن أن يهدم إلا بإثبات الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي لا ينسب إلى الفاعل، و لا يكفي إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ أو أن يظل سبب الحدث مجهولاً⁴

و يوجد أمثلة كثيرة عن اجتهادات المحاكم التي استقرت و أصبحت كقاعدة قانونية، لاسيما الحكم التي أصدرته محكمة باريس سنة 1915 حيث أصدرت حكماً صريحاً بالأخذ بنظرية " تحمل التبعة من دون ان ينص عليها القانون المدني الفرنسي، بحيث جاء في حيثيات الحكم " ... و سواء كان الضرر

1 _ عزيز جواد هادي الخفاجي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الإتحادية، مجلة المحقق للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، المجلد 02، العدد 01، سنة 2010، ص 595.

2 _ رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، العراق، سنة 2002، ص 2.

3 _ ص 22.

4 _ Vu l'article 1384 alinéa 1er du code civil.... Attendu que le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage ». cass.civ.2.du6 avril 1987.N° de pourvoi : 85- 16387.bull. 1987 II N° 86 p 49.

ناشئاً عن شيء أم عن فعل تابع أو خادم لغير ما كان ضحية هذا الضرر، فإن العدالة تقضي في هذه الحالة بأن يتحمل النتائج المادية لهذا الضرر لا من كان ضحية له أو ورثته وهم غرباء تماماً عن الحادث أو الفعل الضار، وإنما يتحملها من كان الشيء أو عمل تابع أو الخادم يعود إليه بالفائدة و النفع " و قد ظهرت هذه النظرية في فرنسا كأساس للمسؤولية المدنية بصفة عامة في بداية القرن التاسع عشر، حيث ذهب بعض الفقه في هذا الصدد إلى القول بأن ارتباط المسؤولية المدنية بفكرة الخطأ كانت فكرة قديمة، فأساس المسؤولية في نظرهما يكمن في فكرة المخاطر التي تتطابق بطبيعتها مع القاعدة الأخلاقية.

كما اجتهد القضاء الفرنسي و قرر البطلان الذي يشوب بيع ملك الغير هو بطلان نسبي، فاستقر هذا الاتجاه و اتبعته جميع المحاكم، و هذا بالرغم أن المادة 1599 من القانون المدني الفرنسي لم تنص على أكثر من القول على ان بيع ملك الغير باطل و لم تحدد في ما إذا كان بطلان مطلق أو نسبي، و من ثم خلق قاعدة قانونية تتعلق ببيع ملك الغير لم يتضمنها نص سابق¹.

و فضلاً عن ذلك جاء القضاء الفرنسية بنظرية جديدة لم يتضمنها القانون المدني الفرنسي و هي نظرية التعسف في استعمال الحق، و كان ذلك بدافع النظرية التقديسية لحق الملكية و الحقوق الفردية، غير أن النظرة الاجتماعية للحق لاسيما حق الملكية تغيرت بحيث أصبح ينظر إلى الحقوق على انها وظيفة اجتماعية تؤديها في إطار عموم مصالح المجتمع، فظهرت اتجاهات فكرية تنادي بضرورة الحد من إطلاق الحقوق و تقيدها بواجب عدم التعسف في استعمالها، حيث تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرية المتطورة للحقوق، فأقر مبدأ نسبية الحقوق و قيدها بواجب عدم التعسف في استعمال الحق²

هذا و قد اخذ القضاء الفرنسي بنظرية "الإثراء بلا سبب" في ظل غياب مبدأ عام في القانون المدني الفرنسي يقرر هذه النظرية، حيث كانت حجة القضاء الفرنسي في هذا الصدد أن هناك نصوص تشريعية وردت بشأن بعض حالات الإثراء كالفضالة و الدفع غير المستحق التي اعتبرها القضاء الفرنسي ليست إلا تطبيقات لمبدأ الإثراء بلا سبب، و بالتالي إدخال هذا المبدأ في النظام القانوني الفرنسي .

1 _ art.1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu a des dommages- intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fut a autrui ».

2 _ إعتبر القضاء الفرنسي أنه من يتعسف في استعمال حقه كمن يرتكب عملاً غير مشروع و يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير جراء ذلك التعسف .

و في ختام هذا المبحث يتضح أن القاضي إذا لم يجد نص تشريعي يحكم الواقعة المتنازع فيها، فإنه يتعين عليه أن يبحث في المصادر الأخرى و التي هي الشريعة الإسلامية و العرف و قواعد العدالة و القانون الطبيعي.

حيث يفهم ضمناً أن المشرع طالما أنه قد أحل القاضي بأن يبحث في المصادر الأخرى و التي منها قواعد العدالة، فإنه بذلك قد كلف القاضي بأن يجتهد بنفسه مما قد يترتب عليه إيجاد حلول واضحة تجعل الجميع يثق في المنظومة القانونية و القضائية.

كما يتبين أن المشرع الجزائري قد أوكل مهمة توحيد و إقرار الاجتهادات القضائية إلى جهازين هما المحكمة العليا و مجلس الدولة، و في فرنسا نجد المشرع الفرنسي قد أوكل هذه المهمة إلى جهاز محكمة النقض الفرنسية و في مصر نجد المشرع المصري قد أوكل هذه المهمة إلى محكمة النقض المصرية و في العراق نجد المشرع العراقي قد أوكل هذه المهمة إلى محكمة التمييز العراقية

فإذا صدر عن هذه الأجهزة مبادئ و قواعد و استقر العمل بها، فقد يترتب عليه لا محال خلق و إنشاء نصوص تشريعية لم تكن موجودة من قبل كان الاجتهاد القضائي سببا و دورا في خلقها

المبحث الثاني:

دور الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية

إن التفسير القضائي له بالغ الأهمية سواء من الناحية العلمية او التطبيقية، فالتفسير القضائي يمارسه القاضي بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين و ذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولاً إلى العدالة التي ينشدها الخصوم عبر الحكم القضائي الذي يصدره

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنبين في المطلب الأول مدى الإلزام في التفسير القضائي، أما المطلب الثاني سنتطرق إلى بعض التطبيقات عن دور الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية

المطلب الأول: مدى الإلزام في التفسير القضائي

قد التفسير القضائي قد يؤدي إلى تطوير النصوص القانونية عن طريق الإشارة إلى مواطن النقص و القصور في النص القانوني، لذلك يتعين على القاضي ان يقوم بتفسير النص القانوني لاسيما إذا النص لا يستجيب و التطورات الاجتماعية إلا أن هذا الإلزام قد يختلف باختلاف المحكمة التي أصدرته، هذا و يتعين على القاضي مراعاة جملة من الشروط عند تفسيره لنص القانوني

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى مقومات التفسير القضائي، أما الفرع الثاني سنبين فيه القوة الملزمة للتفسير القضائي

الفرع الأول: مقومات التفسير القضائي

إن تبيان شروط التفسير القضائي يقتضي بالضرورة التحدث عن أسباب التفسير، ونظرا لسبق التطرق إليها اعلاه، فلذلك سنتولى بيان الشروط التي ينبغي على القاضي أن يراعيها فقط

إن المشرع مهما كان حريصا في صياغة النص التشريعي فإن تلك النصوص لا يمكن ان تكون مستوعبة لمستجدات الحياة المتغيرة من زمن إلى زمن، فالقاعدة القانونية التي جرى تشريعها قبل خمسين سنة على سبيل المثال قد لا تكون وافية بحاجات العصر الحاضر، لذا فإن هناك جملة قواعد ينبغي على القاضي أن يراعيها عند تفسير النصوص القانوني، و ذلك حتى يكون التفسير دقيقا و متماشيا مع روح العصر¹.

و يكمن تلخيص تلك القواعد في عدة نقاط أهمها إتباع التفسير المتطور للقانون و عدم التقيد بحرفية النصوص و محاولة الغوص في أعماق النص التشريعي محاولا استجلاء روح النص عبر الوصول إلى قصد المشرع و الحكمة من التشريع و عدم الاكتفاء بالتقيد بظواهر النصوص و ماتوجها من معاني ظاهرية قد لا تفي بالغرض

كما يتعين الرجوع إلى النصوص التشريعية في القوانين الأخرى ذات الصلة بموضوع النزاع، ذلك ان النصوص التشريعية في مختلف القوانين الأخرى تعد بنية قانونية متكاملة تكمل بعضها البعض و تفسر بعضها البعض

هذا و يجبذ الرجوع إلى قوانين الدول الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القانون الوطني لقاضي الموضوع لتفسير ما غمض من النص في القانون الوطني، كما يتعين أيضا الرجوع إلى السوابق القضائية

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، مرجع سابق، ص 207.

ذات الصلة بموضوع النزاع سواء في القانون الوطني أو قوانين الدول الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القانون الوطني¹، كتقارب القانون الجزائري من القانون المصري و الفرنسي

و لما كان القضاة يفسرون القانون بمناسبة الفصل فيما يعرض عليهم من منازعات فهم يتأثرون إلى حد كبير عند التفسير بالاعتبارات و الظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي يثور التفسير عند الفصل فيها .

غير أن الفقهاء يبحثون في القواعد القانونية بوجه عام دون ان تكون أمامهم حالات واقعية يهدفون إلى تعرف حكم القانون فيها و حتى عندما يفترضون الفروض لمعرفة ما إذا كان حكم القاعدة القانونية يصدق عليها أم لا، إذ أنهم ينظرون إلى هذه الفروض التي تعرض على القضاء، و لهذا يغلب على التفسير الفقهي الطابع النظري الذي تغلب فيه اعتبارات المنطق².

الفرع الثاني: القوة الملزمة للتفسير القضائي

إن تبيان القوة الملزمة للتفسير القضائي يقتضي بالضرورة تبيان أقسام هذا التفسير، و بما أن التفسير القضائي يخضع للرقابة فإن الأمر يقتضي تبيان تأثير الرقابة القضائية على التفسير القضائي، هذا و تختلف القوة الملزمة للتفسير القضائي حسب الجهة التي أصدرته

و عليه سيتم من خلال هذا الفرع تبيان أقسام التفسير القضائي (أولاً)، كما سيتم تبيان أثر الرقابة على التفسير القضائي (ثانياً)، و فضلاً عن ذلك سيتم تبيان مدى إلزامية التفسير القضائي أي التفسير القضائي بين الإطلاق و النسبية (ثالثاً)

أولاً- أقسام التفسير القضائي

من خلال استقراء الأحكام القضائية يمكن تقسيم التفسير القضائي إلى تفسير واسع و تفسير ضيق، و هذا ما سنبينه في هذه الجزئية .

1 _ ص 208.

2 _ مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 151.

1_ التفسير الواسع:

إن التفسير الواسع يمكن الاستدلال عليه من خلال الرجوع إلى ألفاظ و عبارات النص المراد تفسيره، فالنص الوارد على سبيل الإطلاق يمكن تفسيره تفسيراً واسعاً طالما أن ألفاظ النص المراد تفسيره تحمل هذا التوسع في التفسير، و مثال ذلك نص المادة 163 من القانون المدني المصري التي تقضي بأنه " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض " و تقابلها نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، حيث هذه النص يشمل جميع العمال غير المشروعة التي تسبب ضرراً للغير سواء كان منصوصاً عليه في القانون أم لا، و سواء كان من سبب الضرر للغير شخصاً طبيعياً أم معنوياً¹.

2_ التفسير الضيق:

إن التفسير الضيق يمكن الاستدلال عليه من خلال عبارات و ألفاظ النص المراد تفسيره، فالنصوص الواردة على وجه التخصيص أو الاستثناء لا يمكن التوسع في تفسيرها بحيث تفسر هذه النصوص تفسيراً ضيقاً، كما يمكن الاستدلال على التفسير الضيق من خلال الرجوع إلى نوع التشريع الذي ورد فيه النص المراد تفسيره

فالنصوص التشريعية الواردة على سبيل المثال في قوانين إيجار العقارات لا يمكن التوسع في تفسيرها، ذلك أنها جاءت مقيدة لحق مالك العقار في التصرف بعقره الذي يملكه، و من ثم لا يمكن التوسع في تفسيرها، إذ أن التشريعات الاستثنائية وردت على خلاف الأحكام العامة المقررة في عقد الإيجار، و بالتالي طالما أنها كذلك فلا يجوز التوسع في تفسيرها².

هذا و تعد من النصوص التشريعية الاستثنائية تلك النصوص التي تضع قيوداً على حق اللجوء إلى القضاء، إذ لا يمكن التوسع في تفسير تلك النصوص كونها وردت على سبيل الاستثناء³.

ثانياً: الرقابة على التفسير القضائي:

الأصل في التفسير أن يكون خاضعاً للرقابة ذلك أنه من سائر مسائل القانون شأنه شأن المسائل الأخرى كالتكييف و التسبيب، إذ إن الرقابة على التفسير القضائي قد تكون بمناسبة نظر الدعوى من

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، مرجع سابق، ص 210.

2 _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، المجلد الثاني، العقود الواردة على الإنتفاع بشيء، الإيجار و العارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ص 891.

3 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، المرجع السابق، ص 212.

قبل محكمة أعلى من المحكمة التي قامت بتفسير النص القانونين و ذلك في نظام التقاضي على درجتين، فحكمة درجة الثانية في هذه الحالة تراقب تفسير محكمة الموضوع للنص.

و قد تكون الرقابة على التفسير القضائي من قبل المحكمة التي تختص نوعيا بالنظر في الطعون المقدمة من قبل الخصوم عن طريق تدقيق الدعاوى التي صدرت فيها الأحكام و القرارات الحاسمة للنزاع و التي خصها المشرع بتدقيق الأحكام الصادرة من المحاكم على اختلاف أنواعها و تتمثل محكمة جهة الطعن في هذه الحالة بمحكمة التمييز في العراق و في الجزائر المحكمة العليا و في مصر محكمة النقض .

فمحكمة التمييز أو النقض أو المحكم العليا ليست درجة من درجات التقاضي، إذ أن وظيفتها تنحصر في تدقيق القضايا المعروضة عليها لتثبت عن مدى صحة الحكم الصادر من محكمة الموضوع عن طريق التأكد من مدى تطبيق محكمة الموضوع للقانون أو تفسيرها له تفسيراً سليماً¹، و منه يتضح أن التفسير مهما كان خاضعاً للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، و إنما هي خاضعة لرقابة جهة الطعن التي عينها القانون للنظر في الطعن.

و حتى يكون التفسير موافقاً للقانون يجب أن يكون هناك ما يدعو إليه كأن يكون النص المطلوب تفسيره غامضاً إذ أن هذا الغموض هنا لا يقتصر على الغموض اللغوي أو اللفظي بل يشمل سائر حالات الغموض كالتعارض بين النصوص التشريعية أو التنازع بينها سواء كان هذا التنازع بين نصين تشريعيين وطنيين أم بين نص وطني و نص أجنبي من حيث الزمان أو المكان.

فإذا كان النص واضحاً في دلالته و قامت محكمة الموضوع بتفسير النص التشريعي و حمله على غير معناه الظاهر منه و رغم ووضحه، فإن حكم محكمة الموضوع هنا يكون معرضاً للنقض إذا ما بني إلى ذلك التفسير .

هذا و قد تكون الحاجة إلى التفسير قائمة لتحقق حالة الغموض في النص التشريعي، إلا أن محكمة الموضوع تخطأ في تفسير ذلك النص لسبب ما، إذ الحكم في هذا الحالة الصادر عن محكمة الموضوع يكون معرضاً للنقض من قبل الخصوم.

و الجدير بالذكر أن الرقابة على التفسير ليست تلقائية باعتبار أن هذا الرقابة تكون تابعة لحق الطعن الذي يمارسه الخصوم أي أن الرقابة تكون بمناسبة الطعن الذي يقدمه أحد الخصوم بشأن

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 213.

الحكم الصادر في الدعوى التي جرى فيها التفسير، غير أن المشرع أحيانا و لاعتبارات معينة يوجب الرقابة التلقائية على الأحكام التي تصدرها المحاكم كأن يكون الحق موضوع الدعوى متعلقا بمال القاصرين أو اليتمى أو المفقودين.

حيث نصت المادة 203 من قانون المرافعات المدنية العراقي على مبدأ الرقابة القضائية على التفسير، وكذا المادة 248 من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري، إذ أن هاتين المادتين قد إعتبرت الخطأ في التفسير من الأسباب التي من أجلها يستطيع الخصم الخاسر في الدعوى أن يطعن في الحكم الصادر فيها¹.

و إن كان التفسير خاضعا للرقابة القضائية إلا أن المشرع أحيانا قد يستثني بعض حالات التفسير من الرقابة، بغية جعل التفسير الصادر من محكمة معينة ملزما و باتا و غير خاضع لأي طريق من طرق الطعن كما هو الحال بالنسبة للقرارات التفسيرية الصادرة من المحاكم الدستورية العليا².

ثالثا: التفسير القضائي بين الإطلاق و النسبية

بخلاف التفسير الفقهي، فإن التفسير القضائي هو تفسير ملزم، و بالرغم من صفة الإلزام لتفسير القضائي إلا أن هذه الصفة تختلف من حيث مداها بحسب اختلاف نوع المحكمة التي تولت التفسير، فالتفسير الصادر من المحكمة الاتحادية العليا يكون ملزما لجميع مؤسسات الدولة القضائية منها و غير القضائية باعتبار أن المحكمة الدستورية العليا تمثل قمة الهرم في النظام القضائي لدولة ما، حيث الأحكام و القرارات التي تصدرها هذه المحكمة تكون باطة غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن، كما أنها تكون ملزمة أي صفة الإلزام في هذا التفسير تكون مطلقة³

أما التفسير الذي تتولاه المحاكم الاعتيادية للنصوص التشريعية بمناسبة الفصل في النزاعات المعروضة عليها، فإن صفة الإلزام فيها تكون نسبية، ذلك أنها قاصرة على أطراف الدعوى و كذا الحق المتنازع فيه فقط دون أن يكون لهذا التفسير صفة الإلزام في الدعاوى الأخرى و إن كانت متشابهة مع الدعوى التي جرى فيها تفسير النص التشريعي هذا من ناحية مدى الإلزام في التفسير

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، صص 214 _ 215.

2 _ ص 215.

3 _ ص 209.

المطلب الثاني: بعض التطبيقات عن دور الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية

إن الاجتهاد القضائي له قيمته في تفسير النصوص القانونية، فقد يساهم الاجتهاد القضائي في تفسير أدلة الإثبات، كما قد يساهم في تفسير العقود، إذ في هذا الصدد سنكتفي بهذين التطبيقين بغية إبراز قيمة الاجتهاد التفسيرية

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن مساهمة الاجتهاد في تفسير أدلة الإثبات، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن مساهمة الاجتهاد في تفسير العقود

الفرع الأول: مساهمة الاجتهاد القضائي في تفسير أدلة الإثبات

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى أنظمة الإثبات (أولاً)، ثم سنتحدث عن عملية الاجتهاد القضائي في نطاق تفسير الأدلة (ثانياً)

أولاً: أنظمة الإثبات

في هذا الصدد سنتحدث عن نظام الإثبات المقيد، كما سنتحدث أيضاً عن نظام الإثبات الحر، إذ أن هناك نظام آخر يجمع ما بين هذين النظامين وهو نظام الإثبات المختلط.

01_ نظام الإثبات المقيد

إن مختلف التشريعات تعتمد طرقاً نص عليها المشرع لإثبات التصرفات و الوقائع القانونية، و يختلف موقف التشريعات من طرق إثبات بين نظام مقيد ينص على طرق اثبات معينة و يحددها و لا يجوز الخروج عنها، إذ يسمى هذا النظام بنظام الإثبات القانوني و يكون دور القاضي في هذا النظام سلبياً ذلك أنه يتوجب عليه أن يتقيد بالأدلة التي يقدمها الخصوم و ليس له دور في توجيه هذه الأدلة

حيث تؤكد هذا النظام بصورة مطلقة في القانون الجرمانى القديم و فى القانون الفرنسى القديم، فالقاضي فى هذا النظام القانونى المغلق و وظيفته آلية، إنها فكرة ترجع إلى منتيسكو فى فكرته عن الفصل بين السلطات و التى بمقتضاها يجد القاضي القانون و لا يضعه¹

02 _ نظام الإثبات الحر:

إن نظام الإثبات الحر هو الذى يعطى للخصوم مطلق الحرية فى إثبات الحق موضوع النزاع، كما يعطى للقاضي محكمة الموضوع السلطة المطلقة فى أن يتخذ أى إجراء من إجراءات الإثبات ضمن نطاق الدعوى، إذ أن نظام الإثبات الحر لا يحدد طرق للإثبات سلفاً

و يتميز نظام الإثبات الحر بأنه يقرب بين الحقيقة القضائية و الحقيقة الواقعية، مما يجعل الحكم القضائى الصادر أقرب إلى الواقع، و من ثم تحقيق العدالة، إلا أنه يؤخذ على هذا النظام أنه يعطى للقاضي سلطة تقديرية فى اختيار طرق الإثبات إذ أن هذا المرقد يحيد عن جادة الصواب، ذلك أنه قد يتأثر بأحد الخصوم أو يقوم بمحباته على حساب الخصم الثانى².

03 _ نظام الإثبات المختلط:

إن نظام الإثبات المختلط هو وسيط بين النظامين السالفين الذكر، فىموجب هذا النظام يتم تحديد وسائل الإثبات سلفاً فى التشريع إلا أنه يعطى للقاضي سلطة تقديرية فى توجيه أدلة الإثبات و اتخاذ ما يراها مناسبة من إجراءات بصدد إثبات موضوع الدعوى، فهو يعطى دوراً إيجابياً للقاضي ضمن نطاق الدعوى

1 _ آدم وهيب الندائى، دور الحاكم المدنى فى الإثبات، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، الإصدار الأول، عمان، الأردن، سنة 2001، ص 92.

2 _ عباس قاسم مهدي الداوقى، مرجع سابق، ص 457.

و للجمع بين مزايا النظامين المقيد و الحر، فقد اختارت التشريعات الحديثة كالتشريع الفرنسي الجديد و المصري و العراقي نظام الإثبات المختلط الذي يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود و بين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما أفسح للقاضي حرية التقدير¹

ثانيا: عملية الاجتهاد في نطاق تفسير أدلة الإثبات

لقد أعطى المشرع سلطة تقديرية للقاضي في نطاق أدلة الإثبات ، إذ ان هذه السلطة تعد مصداقا من مصاديق الاجتهاد القضائي في نطاق أدلة الإثبات المعروضة عليه، فقوام عملية الاجتهاد هو النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي

فالسطة التقديرية للقاضي تعرف بأنها نشاط ذهني يقوم به القاضي في فهم المطروح عليه و استنباط العناصر التي تدخل هذا الوقائع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المعروض²

و يعرف الفقه الإسلامي السلطة التقديرية للقاضي بأنها صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير و التدبر بحسب المقايسة و المنظر لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها إبتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها إلى حكم عليها و غختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم³

فالسطة التقديرية ملازمة للسلطة القضائية فحيثما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية، و إن قوام السلطة التقديرية النشاط الذهني و النظر العقليين كما أن السلطة التقديرية للقاضي في نطاق الدعوى هي صورة من صورة الاجتهاد القضائي و مصداق مصاديقه، لذلك يمارس القاضي سلطة التقديرية في ضوء رقابة محكمة النقض⁴ أو التمييز أو المحكمة العليا حسب التسمية التي تعطىها مختلف التشريعات للجهات القضائية أعلى درجة

حيث تتمثل سلطة القاضي التقديرية في تفسير الأدلة و تقديرها و إكمال الأدلة الناقصة و

إسنباط القرائن القضائية

1 _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، ص29.

2 _ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2011، ص 93

3 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 459.

4 _ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر العربي للمطبوعات، بدون تاريخ النشر، ص935.

إن التشريعات المختلفة لاسيما التي تأخذ بنظام الإثبات المختلط كالجزائر و العراق و مصر قد تضمنت طرقا للإثبات رسمها المشرع سلفا و حدد نطاق حجية كل طريق من طرق الإثبات أو أدلتها و الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بذلك الطريق أو الدليل دون غيره¹ ، إذ القاضي ملزم بالأخذ بالدليل وفقا لما رسمه المشرع من حيث نطاق الحجية²

فالأحوال التي يجوز فيها الإثبات بدليل معين دون غيره من الأدلة، كما ان قاضي محكمة الموضوع ملزم بالتقيد بالصفة التي أضفاها المشرع على الدليل، إذ ليس له من حيث الشكل أن يضيفي صفة على الدليل لم يضيفها عليه المشرع أو ان ينتزع عنه صفة أضفاها عليه المشرع

و عليه ليس للقاضي سلطة تقديرية في إضفاء صفة السند الرسمي على محرر عادي أو ان يعد المحرر العادي سندا رسميا حيث أنه مقيد بالشكل الذي أسبغه المشرع على الدليل الكتابي المبرز في الدعوى من قبل الخصوم، أما من حيث مضمون الدليل فإن لقاضي سلطة تقديرية في الأخذ بالدليل أو طرحه، فإذا رأت المحكمة أن السند التجاري المبرز في الدعوى لإثبات الحق لا يرقى إلى مستوى الدليل الكامل، فلها أن تطرح الدليل المبرز في الدعوى و تردها لفقدانها للسند القانوني

و لكن الدليل المبرز في الدعوى إذا كان مكتملا من حيث شروطه و يصح الاستناد إليه في إقامة الدعوى و إثباتها فليس لمحكمة الموضوع أن تلتفت عن ذلك الدليل دون ان تبين أسباب مستساغة و مقبولة دعتها إلى طرح ذلك الدليل و إلا كان حكمها معرضا للنقض³

و في هذا الصدد نشير على أن كل من القانونين العراقي و المصري قد تضمننا نصوا تشريعية أعطت للمحكمة السلطة التقديرية لتقدير بعض أدلة الإثبات، و ذلك في حالات محددة، حيث تنص المادة 35 من قانون الإثبات العراقي على ان لمحكمة الموضوع سلطة في تقدير ما يترتب على الكشط و المحو و الشطب و غير ذلك من العيوب المادية

كما نصت المادة 28 من قانون الإثبات المصري على انه " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط و المحو و غير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها و إذا كان صحة

1 _ احمد محمدعبد الصادق، مرجع سابق، ص 666.

2 _ سعيد احمد شعله، أحكام النقص المدنية، الإثبات، مجموعة القواعد المدنية و التجارية و مسائل الأحوال الشخصية خلال أربعة و سبعين عاما، شركة المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 42.

3 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص ص 472_473.

السند محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعوا الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره لبيدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه "

هذا وتنص المادة 82 من قانون الإثبات العراقي على أنه " لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية و الشخصية و لها أن ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن يتبين أسباب ذلك في محضر الجلسة " ¹ ، و عليه يتضح أن لمحكمة الموضوع ان ترجح شهادة على أخرى كما لها سلطة تقديرية في الاخذ بالشهادة او طرحها

كما نصت المادة 140 من قانون الإثبات العراقي على أن " ... رأي الخبير لا يقيد المحكمة "، إذ أن تقدير عمل أهل الخبرة و الموازنة بين آرائهم فيما يختلفون فيه هو مما يستقل به قاضي الموضوع، و لكن بالرغم ان المحكمة ليس ملزمة برأي الخبير في الورقة المطعون بها بالتزوير، إلا أنها لها سلطة تقدير الأدلة بتقرير الخبير الاستشاري الذي تطمئن إليه دون ان تناقش تقرير الخبير المنتدب في رأيه المخالف له، حيث لا بد ان تباشر هذه السلطة عن طريق تسبيب حكمها بإقامته على أدلة صحيحة من شأنها أن تؤدي عقلا إلى النتيجة التي اتجهت إليها ²

الفرع الثاني: مساهمة الاجتهاد القضائي في تفسير العقود

إن تفسير العقود يخضع لجملة من القواعد التي يجب على القاضي مراعاتها لاسيما فيما يتعلق بنطاق تفسير العقود أي حدود التفسير و كذا العوامل التي يستند إليها القاضي عند تفسيره للعقود، حيث صدرت عدة قرارات قضائية بشأن تفسير العقود.

و عليه سنبين من خلال هذا الفرع ضوابط تفسير العقود(أولاً)، ثم سنتطرق إلى تحليل بعض القرارات الصادرة بشأن تفسير العقود(ثانياً)

أولاً: ضوابط تفسير العقود

في هذا الصدد سنبين حدود التفسير أي مجال تفسير العقود، كما سنبين القرائن التي تساعد القاضي على التفسير .

01_ نطاق تفسير العقود

1 _ سعيد أحمد شعله، أحكام النقص المدنية، مرجع سابق، ص 341.

2 _ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 477.

قد يستند الخصوم في دعواهم المعروضة على المحاكم لإثبات إدعاءاتهم أو دفعاتهم على أدلة كتابية و هي التي يطلق عليها بالسندات المثبتة للتصرفات القانونية كالعقود، فقد تكون العبارات الواردة في تلك السندات واضحة في معانيها و دلالتها بحيث يفهم ذلك المعنى دون بذل جهد كبير لفهمه، غير انه أحيانا لا يفهم المقصود من تلك العبارات الواردة في تلك السندات، إذ في هذه الحالة لابد من تفسير تلك العبارات بغية رفع الغموض و اللبس

والأصل في الألفاظ ان تؤخذ بظواهرها بناء على حجية ظواهر النصوص و بناء على مذهب الإرادة الظاهرة في العقود، فبعض الفقه يرون أن نصوص العقد كنصوص القانون، فإذا أخطأ القاضي كان حكمه عرضة للنقض ذلك ان العبرة بالإرادة الظاهرة، حيث يعتبر إغفال الأخذ بهذه الإرادة خطأ قانونيا لمحكمة النقض أن تحول دونه¹

هذا و يطلق على صرف الألفاظ عن معناها الظاهر إلى معنى آخر تحمله تلك الألفاظ لقريئة تدل على ذلك بالتأويل أي أن التأويل هو صرف الألفاظ لقريئة من معناها الظاهر إلى معنى آخر تحمله تلك الألفاظ لقريئة تدل عليه، حيث يتعين على القاضي أن يلتمس الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإذا ما كانت إرادة المتعاقدين غير واضحة فعلى القاضي أن يفسر العقد

و تفسير إرادة المتعاقدين لا يقتصر على تفسير الذي اختاره المتعاقدان، بل ل خان يستهدي بعوامل أخرى خارجة عن هذا التعبير إذا كان من شأنها ان تساعد على تبين ارادة المتعاقدين على نحو مهنة المتعاقد و علاقته السابقة بالتعاقد بالمتعاقد الأخر و العقود التي تساعد على تفسير العقد مراد تفسيره و العادات المتبعة و العرف الجاري العمل به².

02_ القرائن المساعدة للقاضي في تفسير العقود

حيث يمكن أن يطلق على هذه العوامل ما يسمى بالقرائن التي تساعد القاضي على التفسير، فإذا كان الظاهر أن العقد بيع ذكر فيه أن الثمن قد قبض، و لكن دلت القرائن على ان البائع لم يرد التجرد من الملكية إلا بعد الموت كأن يشترط بقاء الملكية إلى وقت موته، أو كان يستبقي لنفسه حق الانتفاع مع اشتراطه عدم التصرف في الرقبة، إذ في هذه الحالة تكون حقيقة التصرف انه وصية وليس بيعا.

1 _ عبد الرزاق السهوري، نظرية العقد، دار الفكر العربي للمطبوعات، بدون تاريخ النشر، ص935.

2 _ عبد الرزاق السهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص937.

و من القرائن على أن البائع لم يرد التجرد عن الملكية إلا بعد الموت نجد ان التصرف في المال المبيع بعد البيع تصرف المالك دون ان يكون له صفة النيابة عن المشتري أو أن يستبقي العقد في حيازته دون بتسجيل أو شهر بحيث يمتنع على المشتري أن يتمسك بالعقد حال حياة البائع¹

هذا و يمكن للقاضي أن يستعين بالعرف في تفسير العقود سواء كان العرف لغويا عند التفسير اللفظي، إذ ان اللفظ الذي يتعارف به عند أهل اللغة، و قد يكون العرف متعلق بنشاط اجتماعي معين كالعرف التجاريين حيث يدخل العرف ضمن العوامل و القرائن الخارجية التي يستعين بها القاضي في تفسير العقود².

أ_ تحديد معنى عبارات العقد وفقا لطبيعته:

فإذا كانت العبارات تحمل أكثر من معنى فإنها تحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا، و من بين المعاني التي تجعلها تنتج ثرا قانونيا نجد المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، إذ ان فقهاء الشريعة الإسلامية يعبرون عن هذه القاعدة بقولهم " إعمال الكلام خير من إهماله" و هي قاعد تستند إلى ان القاضي ينزه المتعاقدين عن العبث فلا يسلم أنهما تعمدا ان يكون اتفاقهما لغوا³.

1_2_ تحديد عبارات العقد وفقا لموضوعه:

إذا كانت عبارات العقد عامة فإنها تحدد بالرجوع على موضوع العد الذي تم التعاقد عليه، ذلك أن المتعاقدين يتعاقدان على موضوع محدد، فليس من المعقول أنهما يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة في ذلك، فإن تخارج أحد الورثة عن نصيبه في الميراث و اتفقا مع المتعاقد معه على انه يتنازل عن جميع حقوقه المورثة فسر ذلك على انه تنازل عن جميع حقوقه في التركة التي تخارج بشأنها، و لا تشمل هذه العبارة حقوقا موروثا من تركة أخرى.

ج_ عبارات العقد يفسر بعضها البعض:

1_ ص 933.

2_ عباس قاسم مهدي الداقوقي، مرجع سابق، ص 462.

3_ نفس المكان.

لابد عند تفسير عبارات العقد ان تؤخذ في مجموعها، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا لا يتجزأ من كل هو العقد، فقد تكون مطلقة تحدها عبارة سابقة أو عبارة لاحقة، وقد تكون أصلا يرد عليه استثناء ذكر قبلها او بعدا

وقد تكون مهمة تفسيرها عبارات وردت في موضوع آخر، فإذا باع شخص مفروشات منزله ثم حدد هذه المفروشات في عبارات أخرى، فإن تخصيص العبارة الثانية تحدد من عمومية العبارة الأولى، ولا يدخل في الشيء المبيع ما لم يذكر من بين المفروشات المباعة حتى ولو كانت داخلية ضمن مفروشات المنزل.

أما إذا كانت عبارتان ظاهرهما التناقض، فيجتهد القاضي في التوفيق بينهما بقدر ما يستطيع، فلو أمكن جمع بينهما وإلا فيجتهد في اعمالها إلى أقصى حد يتمكن فيه من ذلك دون إرهاق للفظ أو تفسيره على غير معناه، بينما إذا كان التناقض يتعذر معه إعمال العبارتين معا، فيختار القاضي العبارة التي يظهر ان المتعاقدين كان يريدانها دون الأخرى¹

د_ تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم:

حتى يتسنى فهم هذه الجزئية فإنه يتعين ضرب أمثلة، فإذا باع شخص ارضا زراعية و كان من توابعها مخزن لفظ المحصولات خص بالذكر في عقد البيع، فليس هذا معناه ان المخزن وحده هو الذي يدخل ضمن الشيء المبيع، فكل التوابع من مواشي و آلات مخصصة لغرض الزراعة و نحو ذلك يدخل ضمن الشيء المبيع.

أما إذا تم تخصيص المخزن بالكر فقد يكون لن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك في أن الشيء المبيع يشملها أيضا، فصرحا بذلك حسما للنزاع لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذا المخزن فأفرداه بالذكر .

و_ التفسير بالعرف:

يتعين في هذا الصدد ان يتم تفسير العبارات وفقا للعرف الجارين ذلك ان المسائل التي يؤخذ فيها العرف جرى عليه العمل يكون من المعقول أن يفرض فيها أن المتعاقدين عالمان بهذا العرف و قد رضياه و إلا صرحا بمخالفته

فاذا كنت عبارات العقد مهمة وجب تفسيرها في ضوء العرف، إذ ان هناك مسائل يجري فيها العرف مجرى القانون كما أن المسائل التجارية و في المعاملات البحرية و في عقود التأمين و الحساب

1 _ عباس قاسم مهدي الداقوتي، مرجع سابق، ص 463.

الجاري، إذ أن في هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لتفسير نية المتعاقدين بغية تفسير و تكملة العقد¹

و بناء على ذلك يتبين مما تقدم ان للمحكمة سلطة تقديرية في تفسير الألفاظ و عبارات السند المبرز في الدعوى، غير ان هذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بقيود منها أن التفسير لا يكون إلى في الموارد التي تكون فيها عبارات او ألفاظ السند المبرز غير واضحة الدلالة في بيان إرادة المتعاقدين الحقيقية، أما إذا كنت العبارات واضحة فلا يجوز تفسيرها

هذا و يجب ان يكون التفسير وفقا لما تحمله عبارات السند من معنى ظاهر معبر عن ارادة المتعاقدين و لا يجوز التأويل إلا إذا وجدت قرينة تستدعي ذلك، و على المحكمة إذا ما حملت الألفاظ على معنى غير معناها الظاهر أن تبين أسباب ذلك و ان تبرزه في حكمها، ذلك ان السلطة التقديرية للقاضي في التفسير تكون خاضعة للرقابة من قبل محكمة التمييز أو النقض أو المحكم العليا، إذ التسمية الولي خاصة بدولة العراق و الثانية خاصة بمصر و الثالثة خاصة بالجزائر

و الجدير بالذكر انه هناك ميل لبسط رقابة محكمة النقض المصرية على محكمة الموضوع في تحديد ما إذا كانت عبارات العقد واضحة لا تحتاج إلى تفسير أو غير واضحة تحتاج إلى ذلك، كما أن محكم التمييز في العراق تسلط رقابتها على جوانب الدعوى الموضوعية و الواقعية معاً².

ثانياً: بعض القرارات القضائية في نطاق تفسير العقود

نكتفي في هذا الصدد التطرق إلى بعض القرارات الصادرة بشأن تفسير العقود لاسيما الصادرة عن المحكمة الاتحادية بالعراق أو الصادرة عن محكمة النقض المصرية .

1_ بعض قرارات محكمة التمييز في العراق بشأن تفسير العقود:

لقد جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية بشأن تفسير العقود على أن " إقرار المدعى عليه بأنه تسلم المبلغ المدعى به عن قوة المزارعة هو اصطلاح محلي يصار فيه إلى العرف بعد أن اختلف

1 _ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 944.

2 _ عباس قاسم مهدي الداقوي، مرجع سابق، ص 465.

الطرفان في تفسيره و يجب تكليفهما بانتداب خبير، و عند عدم اتفاقهما تقوم المحكمة بانتدابه لبيان المعنى المراد من الاصطلاح المذكور"¹.

و جاء في قرار آخر من نفس المحكمة على انه " ليس للحاكم أن يغلب المعاني العرفية لتفسير عبارات العقد من تلقاء نفسه دون اللجوء إلى أهل الخبرة من الوسط الذي يتداول العبارة التي يراد تعين مدلولها العرفي"².

و قضى قرار آخر على أن " الأصل في تفسير عبارات العقد أن يؤخذ بالمعنى الحقيقي و لا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا تأكد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير و قصدا معنى آخر حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين"³

كما قضى قرار آخر على ان " نية الطرفين قد اتجهت إلى هذه التسعة شهور هي المدة التي يتم تسليم السيارة، و أن عملية الشحن و التسليم هي عملية متداخلة متصلة تبدأ من وضع السيارة في الباخرة و تمتد إلى حين تسليمها، و أن صفة الشحن ملازمة للتسليم و هو تفسير صحيح لما يؤديه التآلف بين البندين الثاني و السادس من العقد، و لما كان من قواعد التفسير أن العبارة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ و المباني و أن أعمال الكلام خير من إهماله و ان عبارات العقد يفسر بعضها البعض"⁴.

2_ بعض قرارات محكمة النقض في مصر بشأن تفسير العقود:

لقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية على أن " النص في المادة 150 من القانون المدني تدل على ان القاضي ملزم أن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤدها الواضح إلى معنى آخر و إن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا ان المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة

و على القاضي إذا ما أراد حمل العبارة إلى معنى مغاير لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرز هذا المسلك، و لما كان ما تقضي به المادة المشار إليها أعلاه يعد من القواعد التي وضعها المشرع

1 _ قرار رقم 1718 الصادر بتاريخ 18_12_1963، عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الول، ص 50

2 _ قرار رقم 3277 الصادر بتاريخ 10_04_1963 عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، ص 50.

3 _ قرار رقم 1013 الصادر بتاريخ 03_10_1968 عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص 249.

4 _ قرار رقم 2911 الصادر بتاريخ 09_02_1967 عن قضاء محكمة التمييز، قرار أشار إليه صاحب الكتاب الثاني، ص 469.

على سبيل الإلزام و ينطوي الخروج عنها على مخالفة لما فيه من تحريف و مسخ و تشويه لعبارة العقد الواضحة و تخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض¹

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة على انه " المقرر و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة انه و إن كان لمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود و استظهار نية المتعاقدين إلا انه لا يجوز لها و هي تعالج تفسير محرر أن تعتد بما تقيده عبارة معينة دون غيرها من عباراتهم و إنما يجب عليها أن تأخذ بما تقيده هذه العبارات مجتمعة و أن تستهدي في تفسيرها بوقائع الدعوى و بالظروف التي أحاطت بتحرير المحرر².

و فضلا عن ذلك فقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية على أنه " الأصل في بيان حدود و نطاق المكان المؤجر هو بما يفصح عنه المتعاقدين في عقد الإيجار، فإذا لم يتضح ذلك من عبارات العقد فإنه يتعين وفقا لحكم المادة 150 من القانون المدني المصري البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وفقا للعرف الجاري في المعاملات، و يمكن الاستهداء بذلك بالطريق التي تم بها تنفيذ العقد منذ البداية، فإذا ما قام المتعاقدين بتنفيذه على نحو معين مدة من الزمن أمكن تفسير إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضا عليها³.

و في ختام هذا المبحث يتضح أنه يتوجب على القاضي أن يقوم بتفسير النص القانوني لاسيما إذا كان هذا الأخير غير واضح أو لا يستجيب و متغيرات الحياة، حيث يشترط على القاضي عند قيامه بتفسير النص القانوني أن يراعي جملة من الشروط لاسيما التقيد بقصد المشرع أي الرجوع إلى الحكمة من التشريع كما يتعين عليه الغوص في أعماق النص و عدم التقيد بحرفية النص، و فضلا عن ذلك يجهد أن يرجع القاضي إلى قوانين الدول الأخرى التي تتقارب مع القانون الوطني.

و التفسير القضائي قد يكون واسعا و قد يكون ضيقا، حيث نكون بصدد تفسير النص القانوني تفسيرا واسعا إذا كانت عبارات النص لا تخصص فيها و غير وإرادة على سبيل الاستثناء، و التفسير القضائي شأنه شأن سائر المسائل الأخرى كالتكييف و التسبيب و بالنتيجة لا بد أن يخض لرقابة من قبل المحكمة أعلى درجة ففي الجزائر نجد المحكمة العليا و في العراق نجد المحكمة الاتحادية و في مصر نجد محكمة النقض المصرية .

1_ قرار رقم 163 الصادر بتاريخ 26_12_2002 عن محكمة النقض المصرية، قرار أشار إليه أحمد محمد عبد الصادق، ص 662.

2_ قرار رقم 1505 الصادر بتاريخ 27_04_1999، ص 558، أشار إلى هذا القرار أحمد محمد عبد الصادق، ص 663.

3_ قرار رقم 1985 الصادر بتاريخ 18_12_1998، ص 1389، أشار إلى هذا القرار صاحب الكتاب الثاني، ص 471.

كما يتضح أن التفسير القضائي هو ملزم أي يجب على القاضي أن يقوم بتفسير النص كلما دعت الضرورة إلى ذلك، غير أن هذه القوة الملزمة تختلف من حيث مداها باختلاف المحكم التي تولت التفسير، فإذا كان التفسير صادرا عن المحكمة العليا فإن هذا التفسير يكون ملزما لجميع الجهات القضائية، أما إذا كان التفسير صادر عن الجهات القضائية بمناسبة فصلها في النزاع فإن هذا التفسير غير ملزم لجهات القضائية الأخرى .

الفصل الثاني:

أثر العدول في الاجتهاد القضائي

على تحقيق الأمن القانوني

إن العدول عن الإحتماد القضائي يمثل كل مسألة من شأنها أن تحدث تغييرا في الاجتهاد القضائي¹، حيث يرى الفقه الفرنسي أن العدول عن الاجتهاد القضائي يكون في كل حالة تختلف محكمة النقض فيها في تفسير القانون سبق و أن التزمت تلك المحكمة بإتباعها في قضايا مماثلة، و منه فالعدول يعد تغييرا في الاجتهاد القضائي، كما أنه يعد إجراء قضائي يواجه مبدأ الأمن القانوني ذلك انه يعدل القاعدة الاجتهادية دون الحاجة إلى إعلام المتقاضين².

و العدول عن الاجتهاد القضائي هو مسألة جد ضرورية، ذلك انه يسمح بتجنب تطبيق القوانين البالية لاسيما في الوقت الذي يكون فيه التقدم التكنولوجي أسرع بكثير من التغيرات التشريعية³.

و فضلا عن الحماية الدستورية التي تقرها الدساتير المقارنة للحقوق و الحريات الأساسية، فإنه هناك حماية أخرى يطلق عليها الأمن القانوني و الذي يقصد به الثبات و الاستقرار في المراكز القانونية بغية شعور الكل بالاطمئنان اتجاه المنظومة القانونية و القضائية.

و يتحقق الأمن القانوني عن طريق جملة من المبادئ كمبدأ شرعية التجريم و العقاب و مبدأ تدرج القوانين و مبدأ عدم رجعية القوانين و غيرها من المبادئ، إذ في هذا الصدد نشير أنه طالما يجوز العدول في الاجتهاد القضائي أو تغييره، فإن ذلك قد يمس بالحقوق المكتسبة و بالتالي عدم تحقيق الأمن القانوني، كما قد يؤدي مبدأ العدول إلى إعطاء كل حق حقه و بالتالي تحقيق العدل و العدالة.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم العدول في الاجتهاد القضائي، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن مبدأ العدول في الإجهاد القضائي بين تحقيق الأمن القانوني و المساس بالحقوق المكتسبة.

1 _ v.frédéric .zenati les divergences de jurisprudence sous – direction : pascal ancet Marie – claire rivier université de saint – etienne. Collection.2003.p.62.

2 _ Maiwenntascher. Les revirements de jurisprudence de la cour de Cassation. Thèse pour le doctorat en droit privé .law.université de franche – comté – Besancon. Faculté de droit 2011. N 416.p.227.

3 _ I.- M.DUONG les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau D.2010.p.783.

المبحث الأول:

مفهوم العدول عن الاجتهاد القضائي

إن استقرار الاجتهاد القضائي و عدم التراجع عنه لا يعد غاية في حد ذاتها بل وسيلة لتوحيد الاجتهاد القضائي، و عليه يجوز العدول أو التغير في الاجتهاد القضائي بغية تحقيق العدل و العدالة، ففي الجزائر مثلا نجد أن الأصل أن توحيد الاجتهاد القضائي يقتضي استقرار كل من المحكمة العليا و مجلس الدولة على اجتهاد قضائي معين و عدم التراجع عنه، و لكن يجوز الرجوع في الاجتهاد القضائي طبقا للقانون العضوي رقم 11_12

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنحدد في المطلب الأول معنى العدول في الاجتهاد القضائي، أما المطلب الثاني سنبين فيه موقف التشريعات المقارنة لاسيما العربية من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: تحديد معنى العدول في الاجتهاد القضائي

إن العدول في الاجتهاد القضائي يشمل كل مسألة من شأنها أن تحدث تغيرا في اجتهادا قضائيا سابقا، هذا و يتميز العدول في الاجتهاد القضائي عن بعض الأفكار القانونية كالعدول في إجراءات الإثبات و كذا مراجعة الحكم بغير طرق الطعن، و فضلا عن ذلك فإنه يتميز أيضا عن الترجيح بين الأحكام المتناقضة، هذا و قد أخذت غالبية التشريعات لاسيما العربية بمبدأ العدل في الاجتهاد القضائي.

وعليه سنقسم هذه المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف العدول و حالاته، أما الفرع الثاني سنميز فيه بين العدول عن الاجتهاد القضائي و عما يشابهه من أفكار قانونية.

الفرع الأول: تعريف العدول و حالاته

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى تعريف العدول عن الاجتهاد القضائي (أولا)، ثم سنبين حالات العدول عن الاجتهاد القضائي (ثانيا)

أولاً: المقصود بالعدول عن الاجتهاد القضائي

إن العدول يعني التغيير في اتجاه الاجتهاد القضائي، إذ انه يحمل ثلاثة معاني، فهو يعني التخلي من قبل المحاكم ذاتها عن حل سبق أن أخذ به، كما أنه يحمل معنى تبني حل متناقض للحل الذي سبق تكريسه، و فضلاً عن ذلك فهو يحمل معنى قلب الاتجاه في طريقة إصدار الأحكام¹.

هذا و يهدف العدول إلى التغيير في الرأي أو الاتجاه من قبل المحكمة، و ذلك بمناسبة نظر هذه الأخيرة للدعوى محل النزاع، كما يمثل العدول كل تغير في تفسير القانون المطبق من قبل القضاء²، وعليه فالعدول عن الاجتهاد القضائي هو عبارة عن تغير في تفسير القانون أي أنه تفسير جديد للقاعدة القانونية، إذ في هذا الصدد يرى بعض الفقه الفرنسي بأن العدول عن الاجتهاد القضائي يكون في كل حالة تختلف فيها محكمة النقض الفرنسية في تفسير قانون سبق و أن التزمت به تلك المحكمة في قضايا مماثلة³.

و بالتالي فالعدول عن الاجتهاد القضائي يعد بمثابة إجراء قضائي تتولاه المحاكم الرقابية العليا بمقتضاه يتم تحويل أو تغير الاجتهاد القضائي من اتجاه سبق و أن استقر العمل عليه لمدة من الزمن إلى اتجاه جديد، و ذلك نتيجة للتغيير في تفسير القانون⁴.

1 _ CORNU donne une triple déclinaison : « A bandon par les tribunaux eux – mêmes d’une solution qu’ils avaient jusqu’alors admise ; adoption d’une solution contraire à celle qu’ils consacraient ; renversement de tendance dans la manière de juger » voir :G.CORNU

2 _ RevirementM « est le mot caractérisant un changement d’opinion ou de comportement .dans un type particulier de faits ou de relations juridiques faisant l’objet d’un proces le mot s’applique à tout changement d’interprétation du droit jusque – là applique qu’opère une juridiction et en particulier la cour de cassation IL est alors question d’un revirement de jurisprudence ». voir : dictionnaire du droit privé francais lexique juridique par sargebraudo conseiller honoraire à la cour d’appel de versailles. <http://www.dictionnaire-juridique.com/difinition/revirement.Ph.p>.

3 _ « Il ya revirement de jurisprudence chaque fois que la cour à propos d’une affaire varie dans l’interprétation de la loi qu’elle retenait jusqu’alors ».

G.Canivet et N.Molfessis les revirements de jurisopudence vaudront – ils pour l’avenir ? ». JCP G.2004.p.2295 ss doctrine I.189.

4_ إختلفت التشريعات الاجرائية العربية في إطلاق التسمية المناسبة فيقرر المشرع العراقي و المصري و السوري و كل التشريعات الاجرائية في دول الخليج الى مصطلح العدول عند إشارتهم الى عبارة: " إذا رأيت العدول عن مبدأ ... " أما المشرع الأردني فقد ذكر مصطلح: " إذا أردت أن تخالف مبدأ مقراً ... " أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى تسمية إنفرد بها ألا وهي: " التغيير في الإجهاد القضائي ". إذ تنص المادة 18 من القانون العضوي الإجرائي الجزائري بأنه: " زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي...".

ثانيا: حالات العدول عن الاجتهاد القضائي

الجدير بالذكر في البداية هو أن بعض التشريعات العربية اختلفت حول التسمية المناسبة، فالمشعر العراقي و المصري و السوري و معظم التشريعات في دول الخليج قررت تسمية " العدول "، إلا ان المشعر الجزائري انفرد في التسمية و أطلق عليه تسمية " التغير في الاجتهاد القضائي "

حيث تنص المادة 18 من القانون العضوي الإجرائي الجزائري بأنه ... تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغير في اجتهاد قضائي ...

هاذ و يرى بعض الفقه الفرنسي أنه يجوز العدول عن الاجتهاد القضائي في في ثلاث حالات، فالحالة الأولى تتمثل في أنه قد تأتي حالة الرجوع أو العدول في الاجتهاد القضائي نتيجة لملاحظة الهيئة القضائية المختصة إن التفسير المقدم للقاعدة القانونية لم يعد متوافقا مع التطور الحاصل مما يتوجب تقديم تفسير أكثر ملائمة، أما الحالة الثانية فتتمثل في أن الرجوع عن الاجتهاد القضائي قد يكون إجباريا نتيجة لقرار الغرفة المختلطة أو الجمعية العامة الذي يشير بصورة قاطعة إلى وجود تباين و اختلاف في التفسير داخل غرف محكمة النقض بينما الحالة الثالثة تتمثل في أن العدول يكون عن طريق الخطأ بسبب دراسة سيئة و غير صحيحة للسوابق الناجمة عن عبء العمل للمستشارين في سياق قضايا ذات أهمية¹.

يرى بعض الفقه الفرنسي انه قد تصدر محكمة النقض الفرنسية اقتراح تشريعي في نقاط مماثلة من حيث المضمون لما يمكن من إيجاده في القانون، فإذا استقرت المحاكم على اتجاه معين في مسألة معينة بحيث يكون الحكم مختلفا، حيث تصدر أحكام متضاربة ثم تتجه بعد ذلك إلى توحيد و الاستقرار على مبدأ أو قاعدة معينة، بمعنى أن محكمة النقض ترسي مبادئ قانونية يطلق عليها اسم قرارات المبادئ، و بالنتيجة إنشاء اجتهاد ثابت و مستقر تطبقه جميع المحاكم كما لو انه قانون².

و قد أشارت محكمة التميز الاتحادية في العراق إلى هذا المعنى، فجاء في قرارها الصادر سنة 2012 بأنه " ... كما يلزم أن يتعلق هذا النزاع بحكمين متناقضين و ليس قرارين صادقين من محكمة التميز إذ أنها ليست محكمة موضوع و لا تصدر أحكاما بل قرارات ... "³.

1 _ M.SALUDEN le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique thèse dactyl. Paris II 1983 p.320 et s. cité par : Maiwenntascher.les revirements de jurisprudence de la cour de Cassation.op.cit.p.20 – 21.

02_ محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص 240.

3_ محكمة التمييز الاتحادية.رقم.(289/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2012) في 2012/11/7. غير منشور.

و منه فنطاق العدول في الاجتهاد القضائي هو القرارات التمييزية التي توصف بأنها قرارات المبادئ الصادر عن محكمة التمييز .

هذا و يؤكد بعض الفقه أن قرارات المبادئ هاته تتمتع بصفة الثبات و الاستقرار، فبالرغم من أن عدول محكمة النقض عن بعض المبادئ إلا ان الأصل في هذه المبادئ هو الثبات و الاستقرار، ذلك أن محكمة النقض لم تنشأ إلا من أجل توحيد تفسير القانون و توحيد تطبيقه، و هذا لا يأتي إلا إذا كفل لمبادئها الثبات و الاستقرار¹.

و الجدير بالذكر أن المعنى الفعلي لقرارات المبادئ يتعارض مع أثر عدم التوقع و عدم الرجعية للقاعدة الاجتهادية، فكل طرف يكون أمام قاعدة جديدة دون ان يكون قادرا على التنبؤ²، و لتجنب هذا الأمر تلجأ المحكمة العليا إلى استخدام تقنيات أخرى كتقنية Obiter Dictum، و هي عبارة لاتينية تعرف بأنها الرأي الذي يتبناه القاضي حول القضية كعنوان للدلالة أو إشارة عرضية و الذي هو على عكس الأسباب لا يميل إلى تبرير القرار الذي يتضمنه، و لكن فقط لتكون معروفة مقدما و في جميع الأغراض اللازمة و عند إحساس القاضي في مسألة أخرى غير تلك التي تتطلب تقديم الحل لها³.

و التقنية هاته المذكورة أعلاه تسمح في التقليل من حالات تحقق العدول عن الاجتهاد القضائي، حيث يشير بعض الفقه الفرنسي بأنه إذا كانت تلك الملاحظة ليس لها تأثير على القرار إلا أنها طريقة رائعة للقاضي بأن يبين من خلالها كيفية التعامل مع هذه المشكلة مستقبلا⁴.

الفرع الثاني: تميز العدول عن الاجتهاد القضائي عما يشابهه من أفكار قانونية

إن رفع اللبس و الغموض الذي قد يكتنف معنى العدول عن الاجتهاد القضائي يقتضي تميزه عن العدول عن إجراءات الإثبات (أولا)، ثم تميزه عن مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن (ثانيا)، و فضلا عن ذلك لا بد من تميز العدول عن الاجتهاد القضائي عن الترجيح بين الأحكام المتناقضة (ثالثا)، و كذا تميزه عن إسترداد القرار.

1_ بمزيد من التفاصيل ينظر: د. عوض محمد تعليلات على أحكام القضاء – دراسة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض دار الشروق 2017.

2_ F.Terré introduction générale au droit précis Dalloz 6ème éd 2003 n° 241 et s.

3_ « une opinion que le juge livre chemin faisant à titre indicatif indication occasionnelle qui à la différence des motifs même surabondants ne tend pas à justifier la décision qui la contient mais seulement

4_ A.Vignon – Barrault « les difficultés de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur » LPA. 25 janv.2007.n°19p.22)

.V.aussi S. tourneaux « l'obiterdictum de la cour de cassation » RTD civ .2011 p.45.

أولاً: العدول عن الاجتهاد القضائي والعدول عن إجراءات الإثبات

للقاضي سلطة تقديرية في العدول عن إجراءات الإثبات المتعلقة بالواقعة محل النزاع، إذ أن معظم التشريعات المقارنة تتفق على أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات شريطة أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة¹، حيث جاء في قضاء محكمة النقض المصرية أنه يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات إثبات إذا ما وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع وأن المشرع إن تطلب في المادة التاسعة من قانون الإثبات بيان سبب العدول عن الإجراء في محضر الجلسة، إلا أنه لم يتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك².

ثانياً: العدول عن الاجتهاد القضائي ومراجعة الأحكام بغير طرق الطعن

سيتم من خلال هذه الجزئية تحديد معنى مراجعة الحكام بغير طرق الطعن، كما سيتم أيضاً تبين حالات مراجعة الحكم بغير طرق الطعن.

01 _ معنى مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن:

فمراجعة الحكام بغير طرق الطعن هي مسألة تتعلق بالولاية العامة للمحاكم، إذ أنها ولاية قضائية أصلية يتم بمقتضاها الفصل في كافة النزعات بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة والعامة، حيث تملك المحكمة إلى جانب الولاية العامة ولاية أخرى تكميلية بغية النظر في كافة الطلبات المقدمة غليها والمتعلقة بالحكام الصادرة عنها³.

1_ تنص المادة (17) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل بأنه: "ثانياً- للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة". و نص المادة (9) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم (25) لسنة 1968 . بأنه " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر و يجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها". و نص المادة (137) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر في 1983/3/16 بأنه: " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا طرأت ظروف تبرر هذا العدول و تجعل الإثبات المقرر غير مجد. يجوز ألا تأخذ المحكمة بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في الحكم ". و المادة (06) من قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001. بأنه: "1- يجوز للمحكمة: أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا طرأت ظروف تبرر هذا العدول .ب. ألا تأخذ بنتيجة الإجراء الذي أمرت به 2- في الحالتين السابقتين عليها أن تبين أسباب ذلك في قرارها".

2_ نقض مدني مصري الطعن رقم 1518 لسنة 59ق. جلسة 1996/3/14 س 147 ، ج 1 ، ص 494.

3_ نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 601.

و يتشابه العدول عن الاجتهاد القضائي عن مراجعة الحكام بغير طرق الطعن في كونهما إجرائين قضائيين¹، لتصحيح مسار الدعوى وصولاً للحكم القضائي الصحيح و العادل، غير أنها يختلفان من حيث الأسباب و الدوافع و من حيث النطاق و كذا من حيث الآليات الواجب الالتزام بها لمباشرة كل إجراء. حيث يجوز للمحكمة م خلال هذه الولاية أن تدخل تعديلات على تلك الحكام على الرغم من خروج القضية من يد المحكمة و التي تعد من الآثار القانونية لصدور الحكم، و من ثم وجود بعض الحالات التي تظهر في الحكم الصادر و التي لا جدوى من ممارسة طرق الطعن المقررة لمعالجتها، إذ يكفي الرجوع إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم لإعادة النظر في القضية²، إذ في هذا الصدد نلاحظ ان الأمر مرتبط بمبدأ حجية المر المقضي به و التي يقصد بها من ناحية الشكل أن التقاضي قد إسند ولايته للحكم القطعي و ليس له الحق في الرجوع عما قضى به أو أن يعدله و ان كان له أن يفسره و يصحح ما قد وقع فيه من خطأ مادي أو كتابي أو حسابي³.

02 _ حالات مراجعة الحكم بغير طرق الطعن:

يوجد حالتين من أهم طرق مراجعة الحكم بغير طرق الطعن، فالحالة هي حالة تفسير الحكم و تصحيحه، أما الحالة الثانية فهي حالة إغفال الفصل في بعض الطلبات .

أ _ تصحيح الأحكام و تفسيرها

إن حالة تصحيح الأحكام و تفسيرها تعد من الحالات الخاصة بمراجعة الأحكام بغير طعن فالحكم الصادر بترجيح الحكام و تفسيرها هو حكم موضوعي يكمل الحكم الأصليين و يسري عليه ما يسري على الحكم الأصلي فيما يتعلق بطرق الطعن المقررة قانوناً، غير أن الحكم القاضي برفض التصحيح أو رفض تفسيره يعد فرعياً أي اجراء صادر بعد الفصل في الموضوع⁴.

1- تصحيح الأحكام:

1_ ينظر: تعريف "الإجراء القضائي" أعلاه.

2_ أحمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط6، 1989 ، ص 697.

3_ سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري (دعاوى الإلغاء)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991 ، ص 393. مصطفى أبو زيد فهيم و ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية دعاوى الإلغاء دعاوى التسوية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005 ، ص 305.

4_ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص 697.

قد يشوب الحكم بعد صدوره أخطاء مادية أو حسابية، إذ أن هذا المر لا يؤثر على صحة الحكم، حيث يتم تصحيحه بناء على طلب أحد الأطراف أمام المحكمة المختصة، وهذه الأخيرة تصدر قرارها بتصحيح الخطأ الحاصل بعد ذلك يتم تبليغ الأطراف المعنية¹، و سواء قضت المحكمة المختصة بتصحيح أو الرفض، فإن هذا الحكم يبقى قابلاً للطعن وفقاً لما هو مقرر قانوناً

و الجدير بالذكر أن بعض التشريعات تلزم بتوافر بعض الشروط لقبول طلب التصحيح، فقد أورد المشرع المصري شروطاً لطلب التصحيح، ومنها أن يكون الحكم المطلوب تصحيحه قطعياً و مشوباً بأخطاء مادية بحتة، و ألا يكون الحكم المطلوب تصحيحه قد طعن فيه².

2- تفسير الأحكام:

قد يشوب الحكم نوع من الغموض أو الإبهام في منطوقه، مما يتطلب إعطاء تفسيراً له بغية إزالة اللبس و الغموض³، إذ الأثر المترتب على غموض الحكم المطلوب تنفيذه هو وقف إجراءات التنفيذ غير أن ذلك لا يمنع التنفيذ في بعض الحالات لاسيما في الفقرات الحكمية الواضحة و التي لا تعتبرها حالة الغموض، و تجدر الإشارة على أنه لا تطبق قواعد التفسير بالقانون و لا القواعد المتعلقة بتفسير

1_ تنص المادة (191) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري بأنه: "تتولى المحكمة تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية و ذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مرافعة و يجري كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية و يوقعه هو ورئيس الجلسة. و يجوز الطعن في القرار الصادر بالتصحيح إذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه في الفقرة السابقة و ذلك بطرق الطعن الجائزة في الحكم موضوع التصحيح أما القرار الذي يصدر برفض التصحيح فلا يجوز الطعن فيه على استقلال".

2_ ينظر نص المادة (191) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري المذكور سابقاً. و تقابلها المادة (462) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و التي تنص:

Art. 462. Du code de procédure CivileM « les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement même passé en force de chose jugée peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré selon ce que le dossier révéle ou à défaut ce que la raison commande le juge et saisi par simple requête de l'une des parties ou par requête commune : il peut aussi se saisir d'office. Le juge statue après avoir entendu les parties ou celles – ci appelées. La décision rectificative est mentionnée sur la minute et sur les expéditions du jugement. Elle est notifiée comme le jugement. Si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du recours en cassation ».

3_ عبود صالح التميمي، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، مطبعة الخيرات، بغداد، ط1، 2000، ص.21.

العقود، و إنما يتم تطبيق قواعد التفسير الخاصة بالتفسير اللغوي و المنطقي اعتمادا على عناصر الحكم الذاتية و ما ورد فيه من بيانات، و يصدر في دعوى التفسير و يخضع لطرق الطعن المقررة قانوناً¹.

ب_ إغفال الفصل في بعض الطلبات :

إن النزاع لا يخرج من ولاية المحكمة إلا إذا كانت المحكمة قد فصلت فيه²، و هذا يعني استنفاد ولاية المحكمة على المسائل التي فصلت فيها ولا يمتد إلى المسائل التي أغفلت الفصل فيها، حيث يجوز الرجوع إلى المحكمة بالنسبة للمسائل التي أغفلتها³.

فبعض التشريعات العربية لم تتعرض إلى هذا الوضع القانوني لاسيما التشريع العراقي، غير أن التشريع المصري و الفرنسي قد نظما أحكامه صراحة⁴، حيث تم تقرير أن علاج الإغفال هو الرجوع لنفس المحكمة لاستدراك ما فاتها الفصل فيه، و لا يتقيد صاحب الطلب بأي ميعاد من مواعيد المحددة في القانون للطعن في الحكم⁵.

و على غرار المشرعين المصري و الفرنسي، فإن المشرع الجزائري هو أيضا قام بتنظيم هذا الوضع القانوني.

ثالثا: العدول عن الاجتهاد القضائي و الترجيح بين الأحكام المتناقضة

سيتم من خلال هذه الجزئية تحديد معنى الترجيح بين الأحكام المتناقضة، كما سيتم أيضا تبيان شروط طلب الترجيح بين الأحكام المتناقضة.

1_ نبيل اسماعيل عمر، الوسيط...، مرجع سابق، ص 603. و قد نصت المادة (192) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري بأنه: "يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو ابهام و يقدم الطلب بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى و يعتبر الحكم الصادر بالتفسير متما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره و يسري على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية و الغير العادية".

2_ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 704 و ما بعدها.

3_ حسام مهنى صادق و الليثي حميدي خليل الليثي و عبد الحكم أحمد شرف، الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون المرافعات المدنية و التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط1. 2010، ص 247.

4- فقد نصت المادة (463) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على وجوب تعجيل الفصل في الطلب الذي اغفلت المحكمة الفصل فيه في خلال سنة من تاريخ صدور الحكم الذي فصل في الدعوى حائزا لقوة الأمر المقضي فيه.

5_ تنص المادة (193) من قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري بأنه: "إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية. جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب و الحكم فيه".

أ- معنى الترجيح بين الأحكام المتناقضة:

إذا كانت حجية الحكام تستهدف استقرار الحقوق و المراكز القانونية بغية ألا تصدر أحكاما متناقضة¹، فإنه لا يكفي لأستفاء الحقوق المطالب بها مجرد صدور حكم قضائي، بل لابد من تنفيذ ذلك الحكم، وهذا ما أقرته المادة 06 من قانون التنفيذ العراقي .

كما أن المادة 13 من قانون التنظيم العراقي حددت جهة تقديم الطلب.

ب- شروط طلب الترجيح بين الأحكام المتناقضة:

و طلب فض النزاع أي طلب الترجيح المرفوع إلى محكمة التمييزية الاتحادية يتم الفصل فيه وفقا لشروط التالية:

1- ان يتم صدور حكمن مكتسبين درجة البتات متناقضين:

الحكم القضائي هو القرار الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا و متخصصة في خصومة رفعت إليها وفق لقواعد المرافعات سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه² كما عرفه بعض الفقه على انه " إعلان لفكر القضائي في استعماله لسلطته القضائية و ذلك أيأ كانت المحكمة التي أصدرت الحكم و أيأ كان مضمونه³ .

و قد استقرت محكمة التمييز الاتحادية في العراق على أن الترجيح بين الحكام القضائية و ليس بين القرارات التمييزية⁴، كما أقرت أن ما يصدر عن المحكمة التمييزية العراقية هو بمثابة هو قرارات و ليس أحكام، حيث جاء في إحدى قراراتها انه "... كما يلزم أن يتعلق هذا النزاع بحكمن متناقضين و ليس قرارين صادرين من محكمة التمييز، إذ أنها ليست محكمة موضوع و لا تصدر أحكاما بل تصدر قرارات ..."⁵.

1_ أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه القاهرة، دار النهضة العربية، 1971، ص7. ابراهيم نجيب سعد القانون القضائي الخاص، ج1، الإسكندرية، 1974. فقرة 30، ص109.

2_ أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص32.

3_ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ص 615. و تعد جميع الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع هي أحكام قطعية حائزة لحجية الشيء المقضى فيه ينظر: د.نبيل إسماعيل عمر الحكم القضائي - دراسة لبعض الجوانب الفنية للحكم القضائي ط 1999. دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية، ص19 و20 و21.

4_ قرار رقم: (194/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى) في 2015/4/28. قرار غير منشور.

5_ قرار رقم: (289/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى/2012) في 2012/11/7. قرار غير منشور.

ومنه فالترجيح بين حكيمين قضائيين في النظام القانوني العراقي لابد أن يكتسب درجة الثبات، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة التمييزية العراقية على أنه " ... يجب أن يكون الترجيح بين حكيمين مكتسبين درجة الثبات متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكيمين و تتطلب أحكام الترجيح وجود حكيمين متناقضين صادرين عن محكمة مختصة و ليس لجنة من اللجان¹.

كما جاء في إحدى قراراتها أيضاً أنه " ... حيث وجد أن الحكمين المطلوب ترجيح أحدهما غير متناقضين إذ قضى الأول برد دعوى المطلوب الترجيح ضدهم بحق المدعى عليه وزير الزراعة إضافة إلى وظيفته، و قضى الثاني بالزام المدعى عليه و هو طالب الترجيح بتأديته للمطلوب الترجيح ضدهم مبلغ أجر المثل عن القطعة المشار إليها لهذا قرر رد الطلب².

ب- أن يكون الحكمين بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهما طرفاً في هذين الحكيمين:

حتى يقبل طلب الترجيح لابد ان يكون المدعي خصماً للمدعى عليه بوصفه صاحب الحق المدعى به، فقد نصت المادة 04 من قانون المرافعات المدنية العراقية على انه " يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه و أن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى ".

ج- أن يتم إيداع الحكيمين لدائرة التنفيذ:

1_ ينظر قرار رقم: (205/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2011) بتاريخ - 2011/11/28. قرار غير منشور و قد استقر قضاء محكمة التمييز في العراق على الإشارة الى قرار (237/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2012) في 2012/11/7. وقد تكرر في قراراتها: " و حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر في العديد من قراراتها و منها القرار 237/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2012 في 2012/11/7 على الترجيح يكون بين الأحكام و ليس بين القرارات التمييزية لذا و لتخلف شروط طلب الترجيح المنصوص عليها في المادتين 217 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 و 13/اولا/ب/1 من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 قرر رد الطلب و صدر القرار بالاتفاق". ينظر : القرارات: 120: الهيئة الموسعة المدنية) في 2015/3/3. 186 الهيئة الموسعة المدنية 2015/4/22

2_ لدى التدقيق و المداولة من الهيئة الموسعة المدنية وجد أن محكمة استئناف واسط بصفتها الاصلية اصدرت حكماً بالعدد 10 / س / 2006 في 2006/ 10/ 11 قضى بفسخ الحكم البدائي الصادر عن محكمة بداءة العزيزية بالعدد 107/ب/2004 ورد دعوى المطلوب الترجيح ضدهم ضد المدعى عليه وزير الزراعة إضافة لوظيفته و المصدق بالقرار الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 3111/هـ.أ.ع / 2013 في 2013/12/16 و قدم طالب الترجيح طلباً الى هذه المحكمة يطلب فيه ترجيح الحكم الاول على =

إن صدور حكمين متناقضين في موضوع واحد أكتسب كل منهما درجة البتات يكون من المتعذر تنفيذهما، حيث يجعل أي من الخصوم متمسكا بالحكم الذي قضى لصالحه و بغية الوقوف في ما إذا كان هناك نزاع ناشئ عن تنفيذهما من عدمه فلا بد ان يتم تقديمهما إلى مديرية التنفيذ المختصة¹

رابعاً: العدول عن الاجتهاد القضائي واسترداد أو استعادة القرار

في هذا الصدد سيتم تبيان موقف الفقه و الاجتهاد القضائي الفرنسي، و فضلاً عن ذلك سيتم تبيان موقف الفقه و القضاء اللبناني بشأن رفع اللبس و الغموض عن العدول في الاجتهاد القضائي و ذلك بتمييزه عن استرداد القرار.

01_ موقف الفقه و الاجتهاد القضائي الفرنسي:

يختلط مفهوم العدول عن الاجتهاد القضائي عن بعض المفاهيم القانوني كمبدأ استرداد القرار أو استعادة القرار، حيث القضاء الفرنسي تبنى هذا المبدأ، إذ أن هذا الخير يقصد به روجع محكمة التمييز عن قرار مشوب بخطأ في الإجراءات دون أن يكون الخطأ منسوباً إلى أي من الأطراف، بل لابد أن يكون ناتجاً عن خلل في عمل أجهزة المحكمة²

هاذ و قد أضاف الفقه الفرنسي شروطاً لقبول هذه المراجعة، حيث أن اشترط أن يكون الخطأ إجرائياً و ألا يكون خطأ مادياً، كما اشترط أن يكون صادراً في معرض حكم قضائي غير قابل للطعن و أن يكون مؤثراً على نتيجة الحكم القضائي، و فضلاً عن ذلك اشترط ألا يكون صادراً عن أطراف الدعوى بل عن المحكمة نفسها³

هذا و قد أكدت محكم النقض الفرنسية ضرورة أن يكون طلب الاسترداد أو استعادة القرار مستوفياً للشروط القانونية اللازمة، كما أنها رفضت اعتبار الفقرة الأخيرة من المادة 62 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي، إذ تنص على انه " للقاضي المختص في حالة الخطأ و خلال خمسة عشرة

1 حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الإجهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2018، ص 108

2_ C. Atias le rabat d'arrêt : de la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge dalloz 26 avril 2007 n°17 p.1156- 1160

3_ C. Atias le rabat d'arrêt – De la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge Op.cit.p.1156.A. perdriau les rabats d'arrêts de la Cour de cassation JCP 1994. I. 3735.

يوماً، و من اليوم التالي لصدور القرار، الحق بأن يقرر عدم قبوله و دون أي مناقشة من قبل الأطراف و تحسب هذه المدة من تاريخ إعلان القرار غير المستوفي للشروط القانونية¹.

02_ موقف الفقه والاجتهاد اللبناني:

إن النظام التشريعي للبنان لم ينظم أحكام تلك المراجعة، كما أن الاجتهاد القضائي اللبناني رفض تبني أي أفكار او مبادئ قانونية دخيلة على التشريع الوطني، إذ ان محكمة التميز اللبنانية المدنية رفضت قطعاً تطبيق المبدأ الاجتهادي الفرنسي الذي يدعي باسترداد القرار²

فالاجتهاد القضائي اللبناني قضى بأن مبدأ استرداد القرار لم يأخذ بفكرة التقارب بين فكرة العدول في الاجتهاد القضائي و بين هذا المبدأ معتبراً أن نظرية استرداد القرار لا سند قانوني لها في لبنان³

1_ Art.62 – 5 : « En cas d’erreur le juge saisi dans un délai de quinze jours suivant sa décision rapporte l’irrecevabilité sans débat. Le délai de recours contre la décision d’irrecevabilité court à compter de la notification de la décesion qui refuse de la rapporter ».

2_ لمزيد من التفصيل، ينظر: د.عبده غصوب إسترداد القرار القضائي في الاجتهاد اللبناني الحديث نحو تغليب الحقيقة على الشكل مجلة العدل 1. 2004. ص 48، د.بيار إميل طوبيا الخطأ الاجرائي و طلب استعادة القرار القضائي المبرم بين النص و مقتضيات العدالة و الإنصاف و المحاكمة العادلة: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 2010.

3_ المبدأ – اختصاص الهيئة العامة لمحكمة التمييز (تنظر الهيئة العامة لمحكمة التمييز وفقاً للبند (2) من المادة (95) من قانون أصول المحاكمات المدنية (أ.م.م.) في كل قضية يثير حلها مبدأ قانونياً هاماً أو يكون من شأنه أن يفسح المجال للتناقض مع أحكام سابقة و في هذه الحالة تحال القضية إليها بقرار من الغرفة المعروضة عليها الدعوى). المبدأ – طرق الطعن (لا يمكن عن طريق الاجتهاد اضافة طرق طعن جديدة غير تلك المحددة في القانون خاصة مع اختلاف المبررات التي اوجدت طريق استرداد القرار في فرنسا و عدم توافر هذه المبررات في لبنان و بالتالي ترى الهيئة العامة ان نظرية استرداد القرار لا سند قانوني لها في لبنان و تكون بالتالي غير مقبولة) رقم القرار – 2011/2/7 – طالب استعادة القرار التمييزي / المحامي ف.ح. المطلوب استعادة القرار بوجههما / شركة غولدن روك و أحمد لبدي – لدى التدقيق و المذاكرة اولاً-في الشكل: حيث يتبين ان الغرفة الاولى لدى محكمة التمييز احوالت بتاريخ 2010/6/17 الى هذه الهيئة القضية المعروضة أمامها للبت فيها عملاً بنص المادة (95) بند (2) ق (أ.م.م.)... و حيث ان القضية المعينة تتمثل في ان طالب الاستعادة المحامي (ف.ح) قدم طلب استعادة قرار ضد المطلوب الاستعادة بوجههما المميز عليهما شركة (غولدن روك ش.م.ل.) و احمد ابراهيم لبدي و موضوع الاستعادة هو القرار الصادر عن محكمة التمييز بتاريخ 2007/10/8 رقم 2007/59 الذي برد الاستدعاء التمييزي شكلاً و ابرام القرار المطعون فيه ... وطلب طالب الاستعادة في الختام استعادة القرار التمييزي لتوافر الشروط و من ثم قبول استدعاء التمييز و نقض القرار المطعون فيه ... و استعرض طالب الاستعادة نظام استعادة القرار " d'arrétabat " المستند إلى تصحيح خطأ اجرائي تقع فيه المحكمة و لا يكون قابلاً لأي طريق من طرق المراجعة حفاظاً على الحق و منعا للضرر و اعتبر أن الشروط المطلوبة للاستعادة منوافة ... وحيث وفقاً للبند (2) من المادة (95) من قانون (أ.م.م.) تنظر الهيئة العامة لمحكمة التمييز في كل قضية يثير حلها تقرير مبدأ قانوني هام أو يكون من شأنه أن يفسح المجال للتناقض مع أحكام سابقة و في هذه الحالة تحال إليها القضية بقرار من الغرفة المعروضة عليها الدعوى ... وحيث يتبين من قرار الغرفة الاولى لدى محكمة التمييز ان القضية المعروضة أمامها تتعلق بتطبيق مبدأ اجتهادي فرنسي اصطلح على تسميته: "Rabat d'arrêt" و هو ما يعرف ((باسترداد القرار و استعادة القرار))... وحيث ان استرداد القرار بالمفهوم الفرنسي هو ((رجوع محكمة التمييز عن قرار مشوب بخطأ في الاجراءات دون أن يكون الخطأ منسوباً الى أي من الأطراف بل ناتج عن خلل في اجهزة المحكمة)) ... وحيث ان ((نظرية الاسترداد في الاجتهاد الفرنسي)) تهدف الى ((احقاق العدالة و رفع الضرر اللاحق بالمتقاضيين و ذلك عن طريق تصحيح الخطأ الاجرائي الذي وقعت فيه المحكمة و

و الملاحظ أن المشرع اللبناني قد عالج مبدأ العدول عن الاجتهاد القضائي ضمن أحكام المادة 95 من قانون أصول المحاكمات اللبناني التي تنص على أنه " تنظر محكمة التمييز بهيئتها العامة التي تنعقد بالنصاب المحدد في قانون تنظيم القضاء ... في كل قضية يثير حلها تقرير مبدأ قانوني هام أو يكون من شأنه أن يفسح المجال للتناقض مع أحكام سابقة، و في هذه الحالة تحال إليها القضية بقرار من الغرفة المعروضة عليها الدعوى " ، و منه يتبين أن حكم هذه المادة لا يسري إلا في نطاق أحكام القضاء العدلي دون أحكام القضاء الشرعي¹.

المطلب الثاني: موقف الأنظمة المقارنة من مبدأ العدول عن الاجتهاد القضائي

لقد أخذت غالبية التشريعات لاسيما العربية بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي، إذ سيتم تبيان موقف القانونين الجزائري و العراقي من هذا المبدأ (الفرع الأول)، كما سيتم موقف بعض التشريعات العربية الأخرى من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: موقف النظامين الجزائري و العراقي من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

سيتم من خلال هذا الفرع التطرق إلى موقف التشريع الجزائري من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي (أولا)، ثم سيتم تبيان موقف القضاء والقانون العراقي من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي (ثانيا)

أولا: موقف التشريع الجزائري من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

سيتم الحديث من خلال هذه الجزئية التحدث عن مشروعية الاجتهاد تغير الاجتهاد القضائي، ثم سيتم تبيان الإجراءات المتبعة بغية تغير العدول عن الاجتهاد القضائي.

1- مشروعية تغير الاجتهاد القضائي

طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فإن المحكمة العليا تكتفي في الطعن الأول ببيان الحكم القانوني السليم الواجب تطبيقه على الدعوى المعروضة أمامها، و في حالة قبولها الطعن المقدم و نقض الحكم فيه كليا أو جزئيا فإنها لا تنظر في الموضوع بل تحيل القضية أمام الجهة القضائية التي أصدرت

.....=الذي يتعذر تصحيحه بوسيلة أخرى كون قرارات محكمة التمييز لا تقبل أي طريق من طرق المراجعة))... وحيث ان الوضع القانوني في لبنان يختلف عنه في فرنسا بالنسبة للطعن بقرارات المحكمة العليا اذ ان المشرع اللبناني.

1_ حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص 114_115 .

الحكم المنقوض بتشكيكة جديدة و أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع أو الدرجة، و التي تلتزم بتطبيق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا¹.

فاستقرار المحكمة العليا و المجلس الدولة على اجتهاداتهما القضائية يعطي لها قوة و يضمن الخ ذها من الجهات القضائية الدنيا، إلا انه لا يوجد تناقض بين تكليف الجهتين القضائيتين بتوحيد الاجتهاد القضائي و الترخيص لهما في الوقت ذاته بالتراجع عنه و إقرار اجتهاد مغاير، بل بالعكس طبيعة عمل تلك الجهتين كونهما تفصلان في الطعون الخاصة بقضايا معينة، يجعل قراراتهما لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة مجردة و ملزمة، و هو ما يخول لهما الحرية تفي التقيد بالاجتهاد القضائي الذي قررتة او التراجع عنه و إقرار اجتهاد قضائي مغاير، و ذلك قصد نشر الثقة في جهاز القضاء و استبعاد كل شبهة².

و لكن كل ما يتعلق بالإجراءات المذكورة لتغير الاجتهاد القضائي لا يعد من قبيل النظام العام، ذلك أن المشرع الجزائري استعمل عبارة تفيد الجواز لا الإلزام، حيث انه استعمل عبارة يجوز للغرفة المختلطة إذا ما رأت أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغير في الاجتهاد القضائي أن تقرر إحالة القضية أمام المحكمة العليا في هيئة الغرفة المجتمعة، و الثابت أن المحكمة العليا استقرت على انه لا بطلان دون نص صريح³.

و الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يقرر أي طريق للطعن في قرارات المحكمة العليا التي تتضمن تغيرا في الاجتهاد القضائي، فقرارات المحكمة العليا غير قابلة للمعارضة⁴، و التماس إعادة النظر⁵.

غير أن قرارات مجلس الدولة تكون قابلة للمعارضة، و ذلك إذا صدرت غيابيا، كما أنها تقبل إعادة النظر في حالتين، الأولى تتمثل في انه إذا تم اكتشاف أن القرار صدر بناء على وثائق مزورة قدمت لول مرة

1 _ المادتين 363 و 364 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

2 _ بوبشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، مجلة المحاماة، تصدرها هيئة المحامين بمنطقة تيزي وزو، الجزائر، العدد 02، سنة 2004، ص ص 06_05

3 _ ص 07

4 _ المادة 379 من ق ا م و ا

5 _ المادة 375 من نفس القانون.

أمام مجلس الدولة، أما الحالة الثانية تتمثل في انه إذا حكم على الخصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم¹.

و مما سبق يتضح أن الإجراءات المنصوص عليها قصد تغير الاجتهاد القضائي تعد غير ملزمة و لا يتم اللجوء إليها سوي حين يقرر قضائها ذلكن فهؤلاء أحرار في إقرار أي اجتهاد قضائي دون أي قيد أو شرط².

كما يلاحظ أن المحكمة العليا و مجلس الدولة لا يؤديان دورها المنوط بهما و المتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي، ففي الغالب يجريان تغيرا في اجتهاداتهما دون إتباع الإجراءات القانونية المشترطة، مما ترتب أن الجهات الدنيا لا تؤخذ بقرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة بالجديّة الفعالة، كما انه يؤدي ذلك أيضا إلى فشل المحكمة العليا و مجلس الدولة في أداء دورهما المذكور في إبقائهما على اجتهاداتهما مجهولا في غالبية المجالات³.

و رغم المجهودات المبذولة من قبل المحكمة العليا و مجلس الدولة في نشر القرارات التي تصدر عن مختلف غرفها، إلا أنها تبقى غير كافية و يشوبها النقص، ذلك أن العديد من القرارات تبقى مجهولة من المتقاضين و من المحاكمين و حتى من القضاة، مما يترتب عليه تذبذب في الحلول القانونية التي تقدمها مختلف الجهات القضائية للمشاكل المعروضة عليهما⁴.

و قد وصل الأمر ببعض الجهات القضائية و خاصة المحاكم إلى التميز بطرق خاصة في معالجة الدعاوى التي تعرض عليها غير مبالية بالعرض الأساسي و المتمثل في إفادة المواطنين بالحماية القضائية إحقاقا للحق و رفع الظلم⁵.

ثانيا: إجراءات العدول في الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إلزام القضاة بالأخذ بالاجتهاد القضائي، حيث نص في المادة الأولى من القانون المدني⁶، على أنه " يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها

1 _ المادة 967 من ق ا م و ا

2 _ بوبشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، مرجع سابق، ص 08.

3 _ نفس المكان.

4 _ ص 14.

5 _ بوبشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، مرجع سابق، ص 14.

6 _ القانون المدني الجزائري

لفظها أو في فحواها، و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد بمقتضى العرف، و إذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة".

و لقد نص المشرع الجزائري في القانون العضوي رقم 11_12 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصها¹، على أن المحكمة العليا تنعقد في هيئة غرف مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي ستصدره عن إحدى غرفها تغيرا في الاجتهاد القضائي، و ذلك بأمر من رئيس المحكمة العليا او بناء على مبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف .

و تتشكل تلك الغرفة التي يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا من نائب الرئيس و رؤساء الغرف و رؤساء الأقسام و عميد المستشارين بكل غرفة و المستشار المقرر، إذ لا يصح أن تبت في القضية إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل و في كل الحالات تتخذ قراراتها بالأغلبية مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات².

هذا و لم يعتبر المشرع الجزائري بان تلك الإجراءات على أنها من النظام العام، كما انه لم يمسح بالطعن في قرارات المحكمة العليا لاسيما إذا كانت هذه القرارات من شأنها أن تحدث تغيرا في الاجتهاد القضائي، كما أن قرارات المحكمة العليا كغير قابلة للمعارضة، حيث تنص المادة 379 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه "... لا تقبل المعارضة في قرارات المحكمة العليا".

و فضلا عن ذلك فقرارات المحكمة العليا لا يجوز الطعن فيها عن طريق إعادة التماس النظر، حيث نصت المادة 375 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه "... في حالة رفض الطعن أو عدم قبوله لا يجوز للطاعن أن يطعن بالنقض من جديد في نفس القرار أو يطعن بالنقض من جديد في نفس القرار أو يطعن بالتماس إعادة النظر".

و من النصوص المذكورة أعلاه يتضح أن إجراءات تغير الاجتهاد القضائي تعتبر غير ملزمة، و لا يلجأ إلى هذه الإجراءات إلا إذا قرر قضائها ذلك، فهم أحرار في إقرار أي اجتهاد قضائي دون قيد و لا شرط³.

ثانيا: موقف التشريع والقضاء العراقي من العدول في الاجتهاد القضائي :

1 _ القانون العضوي رقم 11_12 الجزائري الذي ينظم عمل المحكمة العليا.

2 _ المادة 19 من نفس القانون.

3 _ بوبشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، مرجع سابق، ص 08.

في هذا الصدد سنبحث في ثلاثة نقاط أساسية، الأولى سنبحث فيها في تقنين مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي، و الثانية نبين فيها موقف الفقه و القضاء، و الثالثة نبحث فيها في حالة التردد في أعمال مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي .

01_ تقنين مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي :

إن المعالجة التشريعية للعدول في الاجتهاد القضائي جاءت في تعديل قانون التنظيم القضائي رقم 60 لسنة 1979 الصادر بتاريخ 28 كانون الثاني 2014 و ذلك وفقا للمادة 13 منه التي قضت بأن محكمة التمييز تتشكل من الهيئة العامة و تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز أو أقدم نوابه عند غيابه او وجود مانع قانوني من اشتراكه و عضوية نوابه و قضاة المحكمة العاملين فيها كافة و تختص بالنظر فيما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة

هذا و نصت المادة 11 من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق رقم 23 لسنة 2007 على انه تكون هيئات محكمة التمييز من الهيئة العامة و تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز أو احد نوابه أو أقدم قاضي فيها عند غيابهم أو وجود مانع قانوني في اشتراكهم فيها و عضوية نوابه و القضاة العاملين فيها كافة و تختص بالنظر في ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة¹.

02_ موقف الفقه و القضاء:

من خلال استقراء نص المادة 13 من قانون التنظيم القضائي السالف الذكر يتبين انه في حالة عدول الهيئة العامة في محكمة التمييز في الحالات المشابهة، فإن هذا لا يعني ان القانون العراقي أخذ بالسوابق القضائية بشكل مطلق، ذلك أن الاجتهادات القضائية السابقة و الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية في العراق غير ملزمة وفقا لمقتضيات المادة 13 المذكورة سلفا .

كما ان القانون العراقي لم يقرر اعتبار مخالفة المحاكم الأقل درجة لاجتهادات التمييزية التي استقر العمل عليها لدى محكمة التمييز الاتحادية كسبب للطعن بالحكام تمييزا، لذلك فالراجع أن القانون العراقي

1_ حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2018، ص ص 155_156.

يأخذ بمبدأ السوابق القضائية، و ذلك لما يحققه من فوائد منها استقرار المعاملات و توحيد قرارات المحاكم¹.

حيث جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق على أن " ... إن قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز واجب الإتباع في الحالات المشابهة له لما ورد فيه ... " ²، إذ بررت محكمة التمييز الاتحادية رأيها في اعتبار أن قضاء الهيئة العامة واجب الإتباع بحيث جاء فيه " أن كلمة الفقه اجتمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني و قضائي، و أن المجتمع يشعر دائما بالحاجة الملحة إلى ثبات القانون و وحدة تطبيقه، و يم يختلف منطق تطبيق القانون من القاضي لآخر و من حالة إلى أخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي، و يكون مبدأ توحيد الأحكام ضربا من الخيال³.

و إذا كان النص القانوني ذو دلالة عامة، فيجب على القضائي أعمال وظيفته في تفسير النص القانوني، لذا قد يستقر الاجتهاد القضائي على تفسير معين لفترة طويلة، إذ في هذا الصدد نجد أن مخالفة محكمة الموضوع لذلك الاجتهاد المستقر يعد سببا من أسباب النقض من الناحية الواقعية.

و هذا ما دفع المشرع العراقي بإلزام محكمة النقض الاتحادية بهيئتها أن تصدر تفسيرا للتطبيق الملئم للقانون و ينشر في الجريدة الرسمية، إذ هذا الإلزام يشمل كافة المحاكم سعيا للوصول إلى وحدة التطبيق القضائي و الحفاظ على وحدة القضاء و لتلافي صدور أحكام متناقضة و متعارضة في قضية واحدة.

و على الرغم من سلطة المحكمة الاتحادية في تقدير مدى دستورية القوانين المعمول بها، إلا أن بعض حالات العدول في الاجتهاد القضائي جاء مهما و غامضا و لا يستجيب مع النصوص القانونية، فمحكمة التمييز الاتحادية قد تجاوزت مفاهيم حرية الإرادة و حرية العقيدة التي كفلتها الدساتير _____ صاحب الكتاب⁴.

1 _ صالح محسوب، السوابق القضائية و دورها في الإستقرار القضائي، منشورات العدالة، بغداد، العراق، سنة 2002، ص ص 44-45.

2 _ قرار محكمة التمييز العراقية، رقم : 2797/2065 الهيئة المدنية عقار /2007، في 20_01_2008، غير منشور، أشار إليه صاحب الكتاب ص 158.

3_ قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 129 الهيئة العامة 2008، بتاريخ 15_02_2008، النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية، مجلس القضاء العليا، العدد 01، حزيران 2008، ص 04.

4 _ حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2018، ص 159.

هاذ وقد عدلت محكمة التميز الاتحادية على المبدأ الذي استقر عليه العمل فيما يتعلق بدخول غير المسلمين البالغين العاقلين و باختيارهم إلى الديانة الإسلامية، و الذين يكتسب أولادهم الديانة الإسلامية تبعاً لوالدهم و حق هؤلاء القاصرين بالعودة إلى دينهم السابق عند البلوغ، حيث استقرت محكمة التميز الاتحادية على هذا المبدأ مدة زمنية طويلة نسبياً، إذ انه جاء في إحدى قراراتها بأن " ... الحكم الشرعي هو أنه إذا أسلم الصبي تبعاً لإسلام أبيه فإنه يحق له العودة إلى دينه السابق إذا تحققت شروطها و هي البلوغ و العقل و الاختيار، و بما أن المدعية قد أسلمت تبعاً لإسلام أبيها عندما كانت قاصرة و أنها بعد بلوغها قد اختارت و هي رشيدة البقاء على دينها المسيحي فتكون قد استعملت حقها المقرر بمقتضى أحكام الشرع ..."¹.

غير أن محكمة التميز العراقية عدلت عن هذا المبدأ، و قضت انه من صابر مسلماً سواء بصفة أصلية أو تبعية و كان قاصراً فلا يجوز له الرجوع عن دين الإسلام، و حجتها في ذلك ان جميع المذاهب الإسلامية قد أجمعت على أن الموضوع تحكمه قاعدة عامة و مجردة و ان هذه القاعدة لها سندها في القرآن الكريم و السنة النبوية².

03_ التردد في إعمال مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

إن موقف القضاء العراقي من العدول في الاجتهاد القضائي غير محدد، فتارة يؤكد على ضرورة الالتزام بما استقر عليه قضاء محكمة التميز العراقية، و تارة نجده يستعين بوسيلة العدول في الاجتهاد القضائي بحجة أن إتباع الاتجاه التميز قد يتعارض مع مبادئ العدل و الإنصاف³.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية الأخرى من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

1_ قرار محكمة التميز العراقية، رقم: 201 هيئة عامة ثانية 1976، بتاريخ 25_12_1976 مجموعة الحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ص 106.

2_ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 161.

3_ ص 162.

لقد عالجت معظم التشريعات العربية مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي في القوانين المدنية وبعضها في القوانين التي تظم عمل السلطة القضائية، إذ سنبين في هذا الصدد موقف كل القانون الأردني (أولا) و السوري (ثانيا) و المغربي (ثالثا) و التونسي (رابعا) و السعودي (خامسا) و الإماراتي (سادسا) و كذا موقف قانون البحرين من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي (سابعاً).

أولاً: موقف القانون الأردني من العدول في الاجتهاد القضائي:

يعتبر التشريع المصدر الأول للقانون تفي القانون الأردني، ثم تليه المصادر الرسمية الأخرى الاحتياطية و هي أحكام الفقه الإسلامي و مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف و قواعد العدالة، ثم الفقه و القضاء كمصادر استرشادية أو تفسيرية¹.

فالمرجع الأردني تبين النظام اللاتيني الذي يقتصر دور القاضي فيه على تطبيق القانون لا وضعه، فالقاضي في الأردن يحكم في الواقعة المعروضة أمامه استناداً إلى أحكام سابقة حتى و إن كانت صادرة عن ذات المحكمة التي يمارس فيها هذا القاضي مهامه.

فالأحكام الصادرة عن المحاكم الأردنية بمختلف درجاتها لاسيما في المنازعات التي تعرض عليها، فإن السوابق القضائية يستعين بها القاضي لإصدار قراره، إذ أن المادة الثالثة من قانون التجارة الأردني قضت على أن القاضي يسترشد بالسوابق القضائية، و ذلك في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض على القاضي، و يرجوع هذا الأخير للسوابق القضائية ليس على سبيل الإلزام، بل على سبيل الاسترشاد أو التفسير لتوضيح النص القانوني او الرجوع إلى أحكام القضاء في حالة غياب النص القانوني².

و قد تبني المشرع الأردني مبدأ العدول عن الاجتهاد القضائي بموجب نص المادة 205 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني³ على أنه " إذا رأت إحدى هيئات محكمة التمييز أن تخاف مبدأ مقررًا في

1_ المادة 01 من القانون المدني الأردني رقم 34 سنة 1976 التي نصت على انه " تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تناولتها هذه النصوص ألفاظها ومعناها، و لا مساع للاجتهاد في مورد النص، فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، و يشترط في العرف أن يكون عاما و قديما و ثابتا أو مطردا و لا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب العامة، أما إذا كان عرفا خاصا ببلد معين فبسرري حكمه على ذلك البلد، و يسترشد في ذلك بما أقره القضاء و الفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر "

2 _ هاني دويدار، مبادئ قانون المشروع الرأسمالي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1994، ص 32_33.

3 _ قانون المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 سنة 1988.

حكم سابق، تحيل الدعوى إلى الهيئة العامة"، و منه يعد هذا النص بمثابة استثناء يلزم محاكم الاستئناف و محاكم الدرجة الأولى بقرارات التمييز عن طريق القياس¹

و عليه فجميع المحاكم تحرص في أحكامها على الأخذ بالمبادئ القانونية التي استقرت عليها محكمة التمييز الأردنية، بغية ألا تتعرض أحكامها للنقض، إذ أن محكمة التمييز الأردنية أرست عدة مبادئ قانونية لاسيما قاعدة تقاضي فوائد على متجمد من الفوائد في الحالات المشابهة للحساب الجاري و التي أقرها العرف المصرفي حيث قررت على انه " يجوز احتساب الفائدة بالطريقة المركبة حتى و لم يتفق عليها باعتبار أن العرف المصرفي هو أحد مصادر القانون التجاري"².

و جاء أيضا في إحدى قرارات محكمة التمييز الأردنية على انه " إذا رأت إحدى هيئات محكمة التمييز أن تخالف مبدأ مقرا في حكم سابق، تحيل الدعوى إلى الهيئة العامة، و ذلك عملا بأحكام المادة 205 من قانون أصول المحاكمات الأردنية المدنية، كما تنعقد الهيئة العامة لمحكمة التمييز في حال إصرار محكمة الاستئناف على قرارها المنقوض أو كانت القضية المعروضة عليها تدول حول نقطة قانونية مستحدثة أو على جانب من التعقيد أو رأت أن إحدى هيئاتها الرجوع عن مبدأ مقرر في حكم سابقن و ذلك عملا بأحكام المادة التاسعة من قانون تشكيل المحاكم النظامية"³.

ثانيا: موقف القانون السوري من العدول في الاجتهاد القضائي:

إن المشرع السوري حدد مصادر القانون في المادة 01 من القانون المدني السوري⁴، حيث تنص على انه " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفضها أو في فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، و إذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة".

1 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 178.

2 _ محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمار، سنة 1985، ص 32.

3 _ قرار أشار إليه حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2018، ص 178.

4 _ القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18_05_1949.

و الجدير بالذكر أن مبادئ القانون الطبيعي و العدالة تعد من المصادر غير التشريعية و التي يمكن أن يستفاد منها في مجالين، مجال التشريع و القضاء، ففي مجال التشريع فهي ترشد المشرع إلى القواعد التي يجب أن يسترشد بها في تشريعاته، بينما في مجال القضاء فإن قواعد القانون الطبيعي و العدالة فهي تلهم القاضي بالحلول الملائمة التي يوجب عليه أن يطبقها في أحكامه حالة غياب النص أو نقصه¹، و هذا يعني أن المشرع السوري قد أحال القاضي بأن يجتهد وفقا للقانون الطبيعي و قواعد العدالة بغية إيجاد حل عادل يحكم المنازعة المعروضة أمامه .

هذا و قد اخذ المشرع السوري بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي تبعا لقاعدة التي تقضي بأن " تتبدل الحكام بتبدل الزمان"، و هي قاعدة فقهية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية²، و قد نص المشرع السوري في قانون السلطة القضائية³، حيث نصت المادة 50 منه على انه " تنظر الهيئة العامة المختصة لمحكمة النقض في الدعوى التي تحيلها إليها إحدى دوائر المحكمة إذا رأته هذا العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة، و في هذه الحالة تصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية خمسة مستشارين على الأقل...".

و قد أحاط المشرع السوري مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي وفقا لمقتضيات المادة أعلاه بإجراءات خاصة تنحصر كفي جعل هذا الحق بطلب العدول محصورا بإحدى دوائر محكمة النقض من دون سواها من المحاكم، و كذا حصر حق العدول بالهيئة العامة المختصة بمحكمة النقض، مع ضرورة تحديد نصاب العدول بأكثرية خمسة مستشارين على الأقل .

و عليه يتضح أن المشرع السوري أحاط العدول في الاجتهاد القضائي بألية مقصورة على الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية التي تمثل أعلى هيئة قضائية في البلد، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض على انه " يتحتم على محكمة الموضوع التي تحال إليها الدعوى و على الغرفة ذات العلاقة في محكمة النقض مراعاة حجية الحكم الناقض في تطبيق القانون على واقع مطروح على المحكمة، إلا إذا خالف اجتهادا أقرته الهيئة العامة لمحكمة النقض، و العدول عن كل اجتهاد مخالف، و أن قرارات الهيئة

1_ هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، الطبعة الثانية، سنة 1987، ص 238.

2_ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 179.

3_ قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم 98 الصادر في تاريخ 15_11_1961.

العامّة لمحكمة النقض بمنزلة القانون، و أن إغفال تطبيق المبادئ القانونية التي تقرها الهيئة العامة لمحكمة النقض خطأ مهني جسيم¹.

و بما ان المشرع السوري أخذ بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي، فإنه يجوز عدم إتباع قرارات محكمة النقض السورية، إذ انه جاء في إحدى قرارات محكمة النقض السورية على أن " عدم إتباع الهيئة العامة المختصة لقرارها الناقض مخالفا لاجتهاد الهيئة العامة الذي ينص على انه يتحتم على محكمة الموضوع الذي تحال عليها الدعوى و على الغرفة ذات العلاقة في محكمة النقض إتباع النقض و مراعاة حجية الحكم الناقض عندما يطبق في نفس القضية متى فصل الحكم الناقض في واقع مطروح على المحكمة و لو كان يتعارض مع اجتهادات أخرى أو اجتهاد أقرته الهيئة العامة لمحكمة النقض و العدول عن كل اجتهاد محالف².

هذا و تنظر الهيئة العامة لمحكمة النقض في الدعوى التي تحيلها إليها إحدى دوائر المحكمة إذا رأت العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة، فالهيئة العامة المصدرة القرار قررت من تلقاء نفسها العدول عن مبدأ قانوني مستقر مرتكز في إلى نص قانوني واضح دون اعمال نص المادة 50 من قانون السلطة القضائية .

و ذلك يترتب عليه الدخول في فوضى اجتهادية و فقدان محكمة النقض هيبتها، إذ أن هذا الأمر قد يحصل إذا بقي الاجتهاد القضائي في مثل هذه الفوضى دون الوصول إلى حل نهائي بات و حاسم يرسمه و يحدده مجلس القضاء العلى حسما لأي خلاف أو جدال كي تتوحد كلمة العدل مع توحيد كلمة القانون تأسيسا على انه لا يمكن لمحكمة النقض أن تضمن وحدة كلمة القانون في أحكام القضاء، ما لم تضمن في الوقت ذاته سلامة المنطق القضائي الذي يبني عليه استخلاص الواقع، فالمنطق المعوج في استخلاص واقع الدعوى يقود إلى تطبيق معوج القانون³.

ثالثا: موقف القانون المغربي من العدول في الاجتهاد القضائي :

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 110 من دستور 2011 على انه " لا يلزم قضاة المحاكم إلا بتطبيق القانون، و لا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون "، كما انه ونص في

1 _ محكمة النقض السورية، هيئة العامة رقم 167، تاريخ 16_11_1994.

2_ محكمة النقض السورية، الهيئة العامة، الرقم:344، عام 2002.

3 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 184.

الفصل 117 من نفس الدستور على انه " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص و الجماعات و حرياتهم و أمنهم القضائي و تطبيق القانون ."

و عملا بتطبيق المادة 369 من قانون المسطرة المدنية المغربي يتضح ان القاضي يتقيد في حكمه بالنقطة التي بنت فيها محكمة النقض و التي نقض الحكم من اجلها، إذ يتعين على المحكمة التي أحيلت عليها القضية أن تتقيد في حكمها بقرار محكمة النقض في هذا الجانب، حيث نصت هذه المادة على انه "إذا بنت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية، فإنه يتعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة¹."

هذا و يصح القول بأن المشرع المغربي قد تجاوز المعالجة التشريعية لمسألة العدول في الاجتهاد القضائي، حيث أحدث المجلس الأعلى سنة 2010 هيئة لليقظة القانونية تحت تسمية " مرصد الاجتهاد القضائي"، بحيث انكبت عملها في البداية على معالجة ظاهرة تضار الاجتهاد القضائي عن طريق التنسيق و التواصل بين الهيئات القضائية المتعددة داخلهن و يعول عليه مستقبلا لرصد و دراسة باقي أوضاع الاجتهاد القضائي و تأثيره على المستويين القانوني و الاجتماعي، و التي سيكون لها دورا هاما في التخفيف من الآثار السلبية لتحولات الاجتهاد القضائي مما يضمن حقوق الأشخاص و تحقيق الأمن القضائي².

رابعا: موقف القانون التونسي من العدول في الاجتهاد القضائي:

إن الاجتهاد القضائي في تونس يطلق عليه فقه القضاء، حيث يعتبر مصدرا تفسيريا للقانون، إذ جاء في إحدى قرارات محكمة النقيب التونسية على انه " لا خلاف في أن فقه القضاء مصدر من مصادر القانون، إلا انه لا بد من احترام الهرم الذي يجمع مختلف المصادر القانون بحيث لا يمس الأدنى بالأعلى و ترتيبا على ذلك فلا فضل لفقه القضاء مهما استقر إذا جاء مناقضا لقاعدة قانونية مريحة لا لبس فيها لأن القانون مسبق في التطبيق على فقه القضاء و أن هذا الأخير لا يمكنه أن يناقض نص قانونيا³."

1 _ محمد عبد النباوي، "تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة"، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مجلة فصلية تعني بالدراسات القانونية و العمل القضائي، مراكش، المغرب، العدد الثاني، ماي 2011، ص 09.

2 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 188.

3 _ قرار محكمة التنقيب التونسية، مدني، العدد 27960، بتاريخ 27_01_1994.

و تعتبر محكمة التعقيب التونسية أعلى الهرم القضائي، كما أكد الدستور التونسي على ذلك، حيث جاء فيه أنه " عند قمة الهرم القضائي توجد المحكمة العليا أو محكمة التمييز، مقر هذه المحكمة تونس العاصمة و هي المحكمة النهائية لجميع الاستئنافات، و تتألف هذه المحكمة من قسم جنائي و من ثلاثة أقسام مدنية".

و تنحصر مهمتها في رقابة على سلامة تطبيق القانون و توحيد تفسيره من قبل سائر المحاكم، و تنظر بدوائرها مجتمعة إذا صدر قرار النقض مع الإحالة و قضت محكمة الإحالة بما يخالف رأي محكمة التعقيب و وقع الطعن لنفس السبب الذي وقع النقض من اجله، أو إذا كان المر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر، و يقع ذلك بمناسبة النظر في قضية إحدى الدوائر و استدعى المر توحيد الرأي في الشكل القانوني المطروح نظرا لوجود اختلاف بين دوائر المحكمة في وجهة نظرها القانونية¹.

هذا و تلتزم المحاكم الدنيا بالاتجاهات التمييزية التي استقر العمل على إتباعها، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة التعقيب التونسية على أنه " بالرجوع إلى الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية الذي جاء بتحديد الحالات التي يمكن الطعن من اجلها بالتعقيب نجد من ضمنها خرق محكمة الموضوع لفقهاء قضاء محكمة التعقيب ضرورة أن فقه هذه المحكمة لا يكون ملزما للمحاكم الأخرى إلا في صورة وحيدة جاءت بها الفقرة الأخيرة من الفصل 191 من مجلة المرافعات المدنية و التجارية"².

خامسا: موقف القانون السعودي من العدول في الاجتهاد القضائي:

تنص المادة 14 من نظام القضاء³ على أنه " إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا في شأن قضية تنظرها العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دوائر أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة أو رأت إحدى دوائر الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع المر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالاته إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه"⁴.

سادسا: موقف القانون الإماراتي من العدول في الاجتهاد القضائي:

1 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 189 .

2 _ قرار محكمة التعقيب التونسية، مدني، عدد 21011، بتاريخ 18_04_1991.

3 _ إن نظام القضاء تم إقراره بموجب المرسوم الملكي السعودي رقم 78 في 19_09_1426.

4 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 192.

طبقاً للمادة 65 من قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي¹، فقد شكلت هيئة المحكمة هيئة قضائية داخل المحكمة تتألف من رئيس المحكمة رئيساً وعضوية أربعة قضاة لا يزيد عدد المناوبين منهم عن قاضين اثنين، وتختص الهيئة بالنظر والفصل في الدعاوى والطعون التي تحيلها إليها إحدى دوائر المحكمة للعدول عن مبدأ مستقر للمحكمة في غير المواد الدستورية أو لرفع التعارض بين مبادئ قانونية سبق صدورها من المحكمة وتصدر الهيئة أحكامها بالعدول بأغلبية أربعة قضاة على الأقل².

كما قرر قانون تشكيل المحاكم³ لاسيما المادة 16 من على أنه "تشكل الهيئة العامة لمحكمة التمييز من رئيسها وجميع قضاتها، وتختص بالفصل في أية دعوى حقوقية أو جزائية تحال إليها من إحدى دوائر المحكمة إذا رأت هذه الدائرة العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة وتصدر الهيئة أحكامها بالإجماع أو بالأكثرية المطلقة لأعضائها".

سابعاً: موقف قانون البحرين من العدول في الاجتهاد القضائي:

لقد اعتمدت دول التعاون الخليجي بموجب وثيقة المنامة الموحد للسلطة القضائية لدول مجلس التعاون، حيث جاء في المادة 12 من الوثيقة على أنه "إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا (التميز) العدول عن مبدأ قرره أحكام سابقة صادرة منها أو من الدوائر الأخرى أو عرضت مسألة تتعلق بتنازع الاختصاص أحالت الدعوى إلى هيئة تتشكل من إحدى عشر عضوا برئاسة رئيس المحكمة أو أقدم النواب ورؤساء الدوائر في المحكمة وأقدم قضاتها للفصل فيها، وإذا كانت مسألة تنازع الاختصاص نشأت بين جهتين قضائيتين فيشكل لها بالمحكمة العليا هيئة برئاسة المحكمة العليا وعضوية أقدم اثنين من أعضائها وأقدم اثنين من الجهة القضائية الأخرى وتصدر الأحكام بالأغلبية"⁴.

و في ختام هذا المبحث يتضح أن العدول في الاجتهاد القضائي يعني التغير لإجتهادا قضائيا سابق أستقر العمل به، إذ أن حالات العدول في الاجتهاد القضائي تتعد بحسب الآراء الفقهية، فقد يكون العدول

1 _ قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم 10 لسنة 1973.

2 _ حامد شاكر محمود الطائي، مرجع سابق، ص 194_ 195 .

3 _ قانون تشكيل المحاكم في إمارة دبي رقم 03 لسنة 1992.

4 _ حامد شاكر محمود الطائي، المرجع السابق، ص 195

بحجة أن تفسير القاعدة القانونية لم يعد يواكب التطور الحاصل، و قد يكون العدول نتيجة صدور أحكام قضائية متناقضة تم صدورها بناء على إجتهدا قضائيا .

كما يتضح أيضا أن العدل وفي الاجتهاد القضائي لا يلتبس ببعض الأفكار القانونية المشابهة له كالعدول في إجراءات الإثبات و كذا فيما يتعلق بمراجعة الأحكام بغير طرق الطعن.

و فضلا عن ذلك يتضح أن غالبية التشريعات المقارنة لاسيما العربية، إذ نجدها قد أخذت بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي كالتشريع الجزائري و العراقي و المصري و التونسي و المغربي و السعودي و غيرها من الأنظمة العربية، إذ أن الهدف الأسى من العدول هو تحقيق العدل و العدالة

المبحث الثاني:

العدول في الاجتهاد القضائي بين تحقيق الأمن القانوني و المساس بالحقوق المكتسبة

لقد أصبح إستقرار الاجتهاد القضائي مطلباً حقوقياً ذلك انه يكفل توحيد الحلول القضائية على نحو قد يحقق الأمن القانوني، و لكن عنصر الإستقرار و التكرار مدة من الزمن لا يعد شرطاً للأخذ بالاجتهاد القضائي، ذلك أنه قد يصدر قراراً فريداً يضمن إجتهدا جديداً مما قد يؤدي حتماً إلى إمكانية العدول أو تغير في الاجتهاد القضائي الأول الذي أستقر العمل به، و بالنتيجة قد يؤدي العدول في الاجتهاد القضائي إلى تحقيق الأمن القانوني أي تحقيق الثبات و الإستقرار للحقوق المكتسبة، كما قد يؤدي إلى المساس بالمراكز القانونية .

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم العدول في الاجتهاد القضائي، أما المطلب الثاني سنبين فيه تأثير العدول في الاجتهاد القضائي سلباً و إيجاباً على تحقيق الأمن القانوني .

المطلب الأول: تحديد معنى الأمن القانوني وتأثره بالاجتهاد

إن مختلف الأنظمة القانونية تلتزم بحماية الحريات و الحقوق الأساسية بحيث يطلق على هذه الحماية الحماية الدستورية، إذ أن هذه الحماية صاحبها حماية أخرى يطلق عليها الأمن القانوني، فمفاد هذا المبدأ أن القاعدة القانونية ليست بقاعدة مطلقة ذلك أنها في تغير دائم و مستمر حسب التطورات و التغيرات التي يشهدها المجتمع مما يجعل الدول تسارع في مواكبة هذا التطور و التغير.

فالأمن القانوني بوجه عام هو الشعور بالأمان و الإستقرار و بالتالي عدم الشعور بالخوف، لذلك نجد الدول تسعى إلى تحقيق الشرعية عن طريق تحقيق الأمن القانوني و جعله هدفا أساسيا .

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنحدد في الفرع الأول معنى الأمن القانوني، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن تأثير العدول في الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني.

الفرع الأول: تحديد معنى الأمن القانوني

إن تحديد معنى الأمن القانوني يقتضي التعريف به (أولا)، كما يقتضي أيضا تبيان علاقته بالأمن القضائي (ثانيا)، و في أي حال من الأحوال لا بد من تبيان أساس مبدأ الأمن القانوني في ما إذا سيتم إسناده إلى نظرية القانون أو إلى الثقة في القانون (ثالثا).

أولا: تعريف الأمن القانوني

إن مبدأ الأمن القانوني هو مبدأ يصعب الوصول إلى تعريفه، ذلك انه متعدد المظاهر و متنوع الدلالات و كثير الأبعاد، فالدستور الفرنسي لم يشير إلى هذا المبدأ مما دفع المجلس الدستوري إلى رفض اعتبار الأمن القانوني مبدأ دستوريا قام بذاته، بل هو مجرد معيار ضمني لمراقبة دستورية القوانين¹.

غن مبدأ الأمن القانوني يتعارض مع الأثر الرجعي للقوانين، كما انه غير ممكن التحديد، فلا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف و حالات معينة و ليس تعريف بصفة مجردة، لذلك غالبا ما يعبر عن

1M.Olivierduthelillet de lamothe .la sécurité juridique le point de vue du juge constitutionnel l'expérience du conseil constitutionnel francais les petites Affiches la loi le quotidien juridique .21 DECEMBRE 2006 6 – No 254.p.1_0

مبدأ الأمن القانوني بتعبيرات تتمحور حول مبادئ محددة كواجب القاضي بالبت في النزاعات الروضة عليه و عدم رجعية القوانين و الآثار الملزمة للاتفاق الأطراف و احترام آجال الطعون و التقادم، و كذا احترام حجية الشيء المقضي به و حماية مبدأ الثقة المشروعة واستقرار المعاملات و غيرها¹.

و المشرع لما وضع مبدأ عدم رجعية القوانين لم يضع مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي، ذلك انه لم يكن واعيا لقدرة الاجتهاد القضائي في الاستجابة و المتطلبات المجتمع المتنوعة سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية خاصة في حالة عدم سد التشريع للنزاعات المعروضة .

غنه من الصعب وضع تعريفا جامعا مانعا للأمن القانوني، إلا ان الفقه و القضاء عرفه على أنه " معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق و مؤكد و واضح، إذ يمكنهم ذلك من معرفة ما لهم من حقوق و ما عليهم من واجبات و هو ما يتيح لهم التصرف باطمئنان استنادا إليها دون خوف أو قلق من نتائج هذا التصرف في المستقبل² .

كما عرفه على أنه وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية و حدا أدنى من الإستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن و الطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما إذا كانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة بحيث تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجئات أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، و يكون من شأنها هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة و الاطمئنان بالدولة و قوانينها³.

اما القضاء لاسيما مجلس الدولة الفرن سي فقد عرف الأمن القانوني على انه " مبدأ يقتضي ان يكون المواطنون دون كبير عناء في مستوى تحديد ما هو مباح و ما هو ممنوع من طرف القانون المطبق و للوصول إلى هذه النتيجة يتعين ان تكون القواعد المقررة واضحة و مفهومة و إلا تخضع في الزمان إلى تغيرات متكررة أو غير متوقعة "⁴.

ثانيا: علاقة الأمن القانوني بالأمن القضائي

1 _ عبد المجيد غميحة، " مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الامن القضائي" ، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، سنة 2008، منشور في مجلة الملحق القضائي، العدد 42، المغرب، ماي 2009، ص 05.

2 _ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص 49.

3 _ يسرى محمد العصار، "الحماية الدستورية للأمن القانوني"، مجلة الدستورية، العدد الثالث، سنة 2003، ص 51.

4 _ التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي، الصادر سنة 2006.

إن علاقة مبدأ الأمن القانوني بالأمن القضائي هي مسألة تثير استشهاده المبدأ القاضي بأن الحكام القضائية هي عنوان الحقيقة بل هي الحقيقة ذاتها¹، فقد نصت المادة 160 من قانون المرافعات المدنية العراقية على أن "الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية" ن و منه فالاجتهاد الصادر عن القاضي يكون مبرراً يجب أن يكون في إطار النص الموجود و أي رأي آخر يعتمد و يفضي إلى خلق طرق طعن جديدة خارج الحالات المكرسة قانوناً فإنه من شأنه أن يؤدي على عدم استقرار الحكام المبرمة و التي تتمتع بقوة القضية المحكوم فيها المعتبرة عنوان الحقيقة القضائية²

و الحقيقة هنا هي حقيقة نسبية لا مطلقة، فالمفهوم الفعلي لهذا المبدأ لا يعني سوى أنه لا يجوز للخصوم بعد استنفاد طرق الطرق الطعن ان يعودوا لإثارة النزاع من جديد أمام المحاكم، و هو ما يعرف بمبدأ حجية الأحكام، حيث أكدت محكمة الإدارية في الأردن على أنه "لا تملك أية جهة سواء أكانت إدارة العامة أو غيرها ان تناقش في قرار قضائي أو تشكك في قيمته، متى حاز حجية الأمر المقضي به و اكتسب الدرجة القطعية، و يعتبر أي تعقيب على حكم قضائي سواء بما أثبتته المحكمة من وقائع و ما استندت عليه قانوناً إخلالاً بحرمة الحكام القضائية و التي هي عنوان الحقيقة و للأحكام وسائل للطعن بها حسب ما هو مرسوم لها و ليس منها الإمتناع عن تنفيذها بمقولة عدم دستورية القانون إستندت إليه المحكمة في حكمها"³.

و في هذا الشأن يقرر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن "مقتضيات الامن القانوني و حماية الثقة المشروعة لا يمكن أن تكرر حقا مكتسبا في إجتهاد ثابت بالنظر لكون تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القانون"⁴.

1 _ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص 198.

2 _ قرارا محكمة التميز اللبنانية الجزائية، الغرفة السابعة، رقم 195/2008، بتاريخ 01_12_2008، مجلة المحامون، مجلة نقابة المحامين، طرابلس، الاجتهاد العدلي الجزائي، السنة الثانية 2009، العدد الثالث، ص 409.

3 _ ينظر: عدل عليا أردنية، قرار رقم 267/1993، فصل بتاريخ 11_12_1993 (هيئة عادية) منشور على الصفحة 659، العدد 04، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1994.

4 _ « Mais attendu que les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit ». cass.civ. 2ème 08 juillet 2004 N° de pourvoi : 03- 14717 Bull.civ.2004 Il n° 361 p.306. rev. Assurance.2004.933. Obs. kullmann.

و عليه فالاجتهاد القضائي ليس سوى تأولا للقاعدة القانونية المكتوبة و هو يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، إذ الهدف منه هو توضيح غامض و تفصيل مجمل و تقييد مطلق، كما أن الاجتهاد القضائي ليس مستقرا بل قابل للتحويل إذ أن هذا المر يؤثر على الحقوق المكتسبة و الثقة المشروعة للمتقاضي، فبعد اطمئنانه لاجتهاد قضائي معين ثابت و مستقر تعامل معه مدة زمنية معينة و نظم دفاعه على ضوءه يتم التراجع عنه بأثر رجعي، حيث أشار قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى على أن " الأمن القانوني لا يمكن من الاعتداد بحق مكتسب بواسطة اجتهاد ثابت، لأن تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه للقانون¹.

و قرار آخر صادر عن نفس الغرفة جاء فيه " أن تفسير القاضي للقانون الواحد بالفعل لا يمكن أن يختلف تبعا لزمन الوقائع الجاري النظر فيها، و لا يمكن لأحد أن يتمسك بحق مكتسب من قضاء جامد².

ثالثا: أساس مبدأ الأمن القانوني في الأنظمة المقارنة

إختلف الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأمن القانوني، ففريق من الفقه يرى أن أساسه نظرية القانون، و فريق آخر يرى أن أساس مبدأ الأمن القانوني هو الثقة في القانون.

01_ إسناد مبدأ الأمن القانوني لنظرية القانون

إن الاهتمام بمبدأ الأمن القانوني عرف عدة مراحل متغيرة حسب الظروف، حيث أزداد الاهتمام بهذا المبدأ حسب تطورات نظرية القانون نظرا لتنامي الدور الاقتصادي و التنموي للقاعدة القانونية، إذ أصبح من المعتاد توجيه النقد للأنظمة القانونية و القضائية على أساس عدم استقرار القوانين و تغييرها أو على أساس كثرة القوانين، أو حتى على أساس توسيع مجال المراقبة القضائية في مادة التعاقد مما يمس

1 _ « Et attendu que la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit ». cass.civ. 1 21 mars 2000 N°:98-11982.Bull.2000 I N° 97 p.65.D.2000.593.Obs.Atiat.

2 _ « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 9 octobre 2001 N° 249 p.157.

باستقرار المعاملات، أو على أساس التراجع عن الاجتهاد القضائي المستمر و تبني اجتهادا جديدا بأثر رجعي، و بالتالي انعدام الأمن القانوني¹.

و منه فمبدأ الأمن القانوني يثار في الغالب عند دراسة فكرة القانون لاسيما فيما يتعلق باستقرار القاعدة القانونية و تأثير التعديلات التشريعية المستمرة و تضارب الاجتهاد على الثقة في القانون و بالرجوع إلى القانون المغربي نجده لم يشير صراحة إلى مبدأ الأمن القانوني، غير أن دستور سنة 2011 و إن كان لم ينص صراحة على مبدأ الأمن القانوني إلا انه جعل حماية الأمن القانوني من المهام الملقات على عاتق القاضي لاسيما فيما يتعلق بتطبيق القانون و حماية حقوق و حريات الأشخاص ، و نفس الموقف تبنته بعض الدساتير كالدستور اللبناني الذي يعبر على مبدأ الأمن القانوني بمبدأ استقرار التشريع، بحيث قضى ان مبدأ استقرار التشريع ليس بحد ذاته مبدأ دستوري لذلك لم يسع المجلس أن يضفي هذه الصفة على هذا المبدأ بموجب أحكام صريحة².

غير أن بعض الأنظمة القانونية و القضائية المقارنة اعترفت، إذ أنه يعتبر مبدأ مستقلا في القانون الدستوري الألماني حيث أكدت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية دستوريته منذ سنة 1961 كما يعتبر مبدأ الأمن القانوني من المبادئ الدستورية في البرتغال وفقا لرأي الفقه و الاجتهاد الدستوري الذي يعتبر أن دستورية المبدأ تنبع من كونه مرتبط ب فكرة دولة القانون الديمقراطية في حين أسسته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 1962/04/06 على فكرة الثقة المشروعية كما اعترفت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنة 1981 من خلال التأكيد على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني³.

أما في فرنسا نجد مبدأ الأمن القانوني غائب عن نصوص التشريع و الدستور الفرنسيين كما أن المجلس الدستوري الفرنسي يرفض الاعتراف صراحة بدستورية هذا المبدأ و إن كان البعض يرى أن المجلس الدستوري الفرنسي، غير أنه يحمي هذا المبدأ من خلال مسألة عدم رجعية القانون و مسألة الحرص على جودة التشريع التي تقتضي ضرورة وضوح القاعدة القانونية، حيث اعتبر الفقه الفرنسي أن حماية المجلس الدستوري لمبدأ عدم رجعية القانون و لضرورة وضوح القاعدة القانونية لتسهيل علم

1 _ عبد المجيد غميحة: "مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي" مرجع سابق، صص 3 و 13.

2 _ قرار المجلس الدستوري اللبناني رقم 2001/4 بتاريخ 29 أيلول 2001 تعليق دريد بشرابي منشور بمجلة الشرق الأدنى دراسات في القانون تصدرها كلية الحقوق و العلوم السياسية بيروت ص: 78.

3 _ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، صص 5 و 6 و 12.

المخاطبين بها و ما ينطوي عليه ذلك من حماية للحقوق و لاسيما حرية التعاقد انتهى بالمجلس الدستوري الفرنسي إلى إحداث نظام لحماية مبدأ الأمن القانوني¹.

و ما يؤكد ذلك هو مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الدستوري الفرنسي و التي تؤكد من جهة أن المجلس المذكور لا يعترف صراحة بمبدأ الأمن القانوني كمبدأ دستوري و تكرر من جهة أخرى مجموعة من المبادئ و القواعد التي تسعف في تحديد معالم مبدأ الأمن القانوني من ذلك الأثر الرجعي للقوانين² و منع المساس بحرية التعاقد إلا للمصلحة العامة الملموسة³ و منع المساس باستقرار الأوضاع و الحقوق المكتسبة دون تقديم ضمانات موازية⁴ و التأكيد على ضرورة وضوح القاعدة القانونية⁵ و ورودها في شكل قواعد معيارية⁶ و يفسر أحد الباحثين⁷.

هذا المسلك الذي سلكه المجلس الدستوري الفرنسي بالخوف من أن يؤدي الاعتراف الصريح بدستورية مبدأ الأمن القانوني إلى فهم خاطئ لهذه الدستورية بحيث قد ينظر إلى ذلك بأنه يعني أن الحقوق و الوضعيات المكتسبة بموجب نصوص التشريع هي وضعيات و حقوق نهائية و لا يملك المشرع حق إدخال تعديلات تشريعية تمس بها و مع ذلك يرى هذا الباحث أن مبدأ الأمن القانوني يتمظهر في النظام الفرنسي من خلال الفصلين 2 و 16 من إعلان حقوق الإنسان و المواطن ل سنة 1789 اللذين ينصان على التوالي على مبدأ الأمن بمفهومه العام أي الأمان و على حماية الحقوق⁸ و هما مسألتان من

1 _ olivierduthellet de lamothem « la sécurité juridique. le point de vue de juge constitutionnel» . <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. consulté : le 24/12/2009.

2 _ décision n° : 98-404. 18 decembre 1998. Cité par olivier d de lamothé. Op cit.

3 _ décision n° : 99-416.26 juillet 1999. cité par olivier d de lamothé. opcit.

4 _ décision n° : 84-165.20 janvier 1981

حيث قضى هذا القرار بإلغاء تشريع يمس استقلال أساتذة التعليم العالي الذي يعتبر مبدأ دستوريا في النظام الدستوري الفرنسي و قد برر المجلس الدستوري قراره بأن الاستقلالية التي يتمتع بها أساتذة التعليم العالي حقا مكتسبا لا يمكن إلغاؤه بنص تشريعي دون تقديم ضمانات مماثلة راجع :

_ francoisluchaire : « la sécurité juridique en droit constitutionnel franccais ».

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>. consulté le :24/12/2009

5 _ décision n°2000-435.7 decembre 2000. cité par olivier .d.de hamothé. opcit

6_francoisluchaire. opcit.

7 _ olivier.d.de lamothé op cit._ francoisluchaire. opcit.

صميم الأمن القانوني و لهما قيمة دستورية باعتبار أن إعلان حقوق الإنسان و المواطن لسنة 1789 تم إدماجه في ديباجة الدستور و المجلس الدستوري أعطى قيمة دستورية لهذه الديباجة¹.

02- إسناد مبدأ الأمن القانوني إلى الثقة في القانون

إن القاعدة القانونية لا قيمة لها إلا بالنظر إلى درجة استقرارها و مدى حمايتها للحقوق و الأوضاع القانونية و ما يتبع ذلك من ثقة الناس في النظام القانوني و طالما الأمر كذلك فإن المبدأ الأمن القانوني يعد أساسا للقاعدة القانونية².

و منه فجوهر مبدأ الأمن القانوني هو عنصر الثقة في القانون، حيث ركزت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في تعاملها مع مبدأ الأمن القانوني على فكرة الثقة إلا أنها اشترطت أن تكون هذه الثقة مشروعة بحيث يؤكد الاجتهاد لهذه المحكمة على أنه إذا كان تعديل التشريع سيؤدي إلى حذف بعض المعطيات التي أخذها الأشخاص بعين الاعتبار عندما تعاقدوا و وضعوا أنفسهم في أوضاع قانونية معينة فإن المشرع ملزم بأن ينص على تدابير وقائية أو أحكام انتقالية تحمي هؤلاء من الآثار الخطيرة للتغيير المفاجئ في أوضاعهم القانونية³.

و قد فسرت هذه المحكمة معنى "الثقة المشروعة" من خلال قرارها المؤرخ في 12/07/1989 حيث اعتبرت أن مبدأ "الثقة المشروعة" يعني تعليق آمال على مقتضيات قانونية قائمة كالتعاقد بناء على امتيازات أو تخفيضات منصوص عليها فعليا في نصوص القانون أما تعليق الآمال على مجرد مشاريع القوانين أو المفاوضات التمهيدية فلا يعتبر فلا يعتبر أساسا للثقة المشروعة مادام الأشخاص بإمكانهم الاطلاع على القانون المطبق فعليا من خلال الجرائد الرسمية⁴.

الفرع الثاني: تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني

يعتبر الاجتهاد القضائي من الضروريات في الحياة القانونية، ذلك انه يبعث الروح في القاعدة القانونية و يكفل لها الاستمرارية، و حتى يحقق الاجتهاد القضائي الغاية المرجوة منه فلا بد أن يتوفر له

1_ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص:16.

2 _ إدريس بن المحجوب، " دور المجلس الأعلى في التوحيد و تحقيق الأمن القانوني "، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد 8، سنة 2009، ص 73.

3 _ francisluchaire.opcit.

4 _ عبد الرحمان اللمتوني، " الاجتهاد القضائي و الامن القانوني "، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 46، المغرب، سنة 2014، ص 11.

حد أدنى من الاستقرار، فعدم استقرار الاجتهاد القضائي قد يضعف الأمن القانوني لاسيما في مجال القوانين المالية و الاقتصادية، فانعدام الأمن القانوني يترتب عليه نتائج وخيمة من الناحية الاقتصادية.

سيتم من خلال هذا الفرع التحدث على تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني من الناحيتين، الناحية الاقتصادية(أولا) و الناحية القانونية(ثانيا).

أولا: تأثير مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي من الناحية الاقتصادية:

إن النظرة الاقتصادية للقانون فرضت نفسها بشكل واضح فيما يتعلق بالمقارنة بين القوانين التي تنتمي إلى العائلة الرومانية الجرمانية القائمة على نظام القانون المدون، إذ ان المقارنة بدت كأنها مقارنة لفاعلية الاجتهاد القضائي في مواجهة فاعلية التشريع¹.

و ما يؤكد اهمية الاجتهاد القضائي في المنافسة بين الأنظمة القانونية بالنظر إلى ما يؤمنه للنظام القانوني من مرونة و فاعلية انه هذه الخاصية لا تهم فقط النظام الانجلوسكسوني الذي يقوم أصلا على السوابق القضائية، بل إن المنافسة بين القوانين التي تنتمي إلى النظام الروماني الجرمني أثبتت بدورها أن الاجتهاد القضائي يمثل قيمة مضافة قانونا وطنيا عن قانون آخر، بحيث أن المنافسة بين فرنسا و ألمانيا مثلا في مجال التعاقد جعلتهما معا يدخلان تعديلات مهمة على قواعد الالتزامات و العقود، إذ ان كهذه التعديلات في حقيقتها لم تكن سوى اجتهادات قضائية متطورة تجاوزت النص و قللت من عيوبه التي كشفتها الممارسة².

و مع ذلك يصعب الجزم بأن الاجتهاد القضائي لا يؤثر على مبدأ الأمن القانوني، فالقاضي يطبق القاعدة العامة و المجردة على حالات خاصة و ما بين عمومية القاعدة القانونية و خصوصية النوازل يخلق القاضي قواعد خاصة متجددة، مما يؤدي بالضرورة إلى ظهور هامش من انعدام الأمن القانوني، و كل ما يمكن العمل عليه في هذه الحالة هو بحث آليات التخفيض من الآثار السلبية لانعدام الأمن القانوني و إيفائها في دراجتها العادة³.

و ما يعطي الهيمنة لآليات تخفيض مستوى انعدام الأمن القانوني هو الحاجة إلى اجتناب المخاطر التي تترتب عنه و التي تتجاوز الآثار القانونية إلى إنتاج آثار مالية و اقتصادية قد تهدد تنافسية و

1 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 19.

2 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 21.

3 _ ص 22.

استمرارية المقابلة، و خير مثال في ذلك هو أثر الاجتهاد القضائي على الأوضاع المالية لشركات التأمين ذلك ان هذا النوع من الشركات يأخذ بعين الاعتبار عند إعادة ميزانيته مجموع الملفات الرائجة بالمحاكم باعتبارها تحملات محتملة تتعلق بما يمكن أن يحكم في المستقبل على الشركة من تعويضات محل المؤمنين لديها، و هو ما يطلق عليه " احتياط الضمان " الذي يشكل المن المالي لشركة التأمين، و من شأن أي تغير مفاجئ في موقف القضاء أن يبعث بالتخمينات و الاحتياطات الحسابية لهذه الشركة¹.

هذا ويرى بعض الفقه الفرنسي بأن النظام القانوني نفسه يتضمن آليات لمحاصرة مشكلة انعدام الأمن القانوني من خلال الحرص على استقرار الأوضاع القانونية و حماية الحقوق المكتسبة و من ذلك عدم إلزام الحائز حسن النية بإرجاع ثمار الشيء و عدم ترتيب آثار البطلان بأثر رجعي².

كما أن المقتضيات المتعلقة بالتقادم نجدها وضعت أساساً لحماية الحقوق المكتسبة و الحفاظ على استقرار الأوضاع القانونية، فأمد التقادم في أغلب الأحيان يتحدد بخمس سنوات و هي مدة كافية لاستقرار الأوضاع مادام أن الاجتهاد القضائي يتطلب وقتاً أطول حتى يتغير³.

و إذا ثبت تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني في بعض الحالات نتيجة تضارب أحكام المحاكم بخصوص نقطة قانونية معينة أو إقرار الاجتهاد القضائي لمبدأ أو قاعدة تضر بالحقوق المكتسبة و تزعزع ثقة الناس في القانون، فإن المشرع يملك دائماً القدرة على الحد من هذه الآثار السلبية من خلال إصدار تشريع تفسيري أو تشريع جديد يضع حداً لتضرب الاجتهاد القضائي بخصوص الحالة محل الخلاف نتيجة فراغ تشريعي⁴.

و بالإضافة إلى الآليات التي وضعها التشريع لتحقيق مبدأ الأمن القانونين فإنه يمكن للقضاء أن يوظف عملية الاجتهاد بضوابط تحقق الجودة سواء من حيث مضمونه أو أثاره، كأن يتم الإعلان مسبقاً عن النية في تغير الاجتهاد القضائي⁵.

1 _ عبد السلام كلاف، رقابة الدولة على قطاع التأمين، الطبعة الأولى، سنة 1995، ص 71.

2 _ عبد الرحمان الممتوني، مرجع سابق، ص 23.

3- محمد جبر الألفي، مقال منشور بمجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة، الطبعة الثانية، سنة 1997، ص 11

4 _ عبد الرحمان الممتوني، الاجتهاد القضائي و الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 24.

5 _ ص 24.

فمحكمة النقض الفرنسية تعلن في تقريرها السنوي عن تغير الاجتهاد القضائي مستقبلا و ذلك لإعلام الفاعلين و الإدارات بهذا التغير الذي يقتضيه تطوير الحلول القانوني في انتظار إصلاح التشريع من قبل المشرع¹.

و على ذلك يتضح أن مسألة انعدام الأمن القانوني من المسائل المصاحبة لكل نظام قانوني سواء تم الاعتراف للقضاء بدوره في خلق القاعدة القانونية من عدمه في هذا الصدد نشير أن الكلاسيكيون بقولهم أن الاجتهاد القضائي يهدد الأمن القانوني هو اعتراف ضمني منهم بالقواعد القضائية، ذلك أن أقروا بآثار القاعدة القضائية من حيث الزمان و كذا من حيث أطراف النزاع، إذ ان هذه الآثار لا يحدثها القانون بل أحدثها الاجتهاد القضائي².

و القيمة القانونية التي يحظى بها الاجتهاد القضائي هي التي جعلت مفهوم الأمن القانوني يربط كعادة بالأمن القضائي، فيقال مبدأ الأمن القانوني و قضائي، و ذلك لإظهار الطابع الحمائي للقضاء هي الجانب الطاعي في النظرة إلى المن القضائي، لذلك يتم التركيز على المتطلبات التي تكفل للقضاء قيامه بتلك المهمة حتى يكون في مستوى المهام المنوطة به في المجتمع المعاصر، و لا تكتمل هذه المتطلبات إلا بتوفير مقومات تضمن حسن سير القضاء كاستقلاليتته و جودة أحكامه و سهولة الولوج إليه و حسن إدارته³، و من ثم المساهمة في التنمية مادامت جودة القاعدة القضائية أضحت تعبير من بين العوامل المؤثرة في تنافسية اقتصاد الدولة⁴.

ثانيا: تأثير الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني من الناحية القانونية:

إن الاجتهاد القضائي يبقى مجرد عامل من بين العوامل الكثيرة التي تؤثر على مبدأ الامن القانوني لاسيما التشريع، و بالرغم من ان التراجع عن الاجتهاد القضائي قد يشكل مفاجأة للمعنيين بالقاعدة القضائية إلا أن تأثير التشريع على استقرار المعاملات و توقعات المتعاقدين يبقى أكثر قوة من أثر الاجتهاد القضائي، فالقاعدة التي يتضمنها الاجتهاد القضائي الجديد تسري دائما بأثر رجعي في حين تسري القاعدة

1 _ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص ص 21_22.

2 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 25.

3 _ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص ص 21_22.

4 _ عبد الرحمان اللمتوني، المرجع السابق، ص 12.

التشريعية بأثر فوري، و لهذا السبب يتم التركيز بخصوص انعدام الامن القانوني على الاجتهاد القضائي¹.

هنالك بعض الفقه لاسيما الكلاسيكيون الجدد يرفضون الاعتراف بدور القضاء في خلق القاعدة

القانونية ذلك ان القاعدة القضائية غير يقينية و غير مستقرة ، كما يصعب العلم بها و الإطلاع على مضمونها على نحو يضعف ثقة الناس في القانون و أن سريانها بأثر رجعي يؤدي إلى فقدان الناس بالأمان بالشرعية و سيادة العدالة، و حجة الكلاسيكيون في ذلك أنه كيف يمكن الحديث عن الإيمان بالشرعية لدى أشخاص احترمو القانون المطبق ليكتشفوا أنهم اخطئوا لاشيء سوي لأن القاضي و تحت غطاء تفسير القانون فهم القاعدة القانونية على نحو مغاير تماما أو انه أحدث قاعدة أخرى تكمل القاعدة الأولى².

و على هذا الأساس فلا يجوز التسليم بأن القضاء يخلق القاعدة القانونية حتى و لو كان الهدف من ذلك هو تحقيق العدل و العدالة، و ذلك من منطلق أنه تحت ذريعة هذا المبدأ تتحقق العودة المؤطرة لحكم القاضي بقواعد الإنصاف بدل الحكم بما ينص عليه القانون، بحيث يتم انتقاد الحكام القضائية المبنية على قواعد الإنصاف بعللة ابتعادها على المساواة أمام العدالة³.

هذا و يرى الكلاسيكيون أن العدالة ضرورية و هي مصدر من مصادر القانون و لكنها تشكل خطرا حقيقيا إذا عهد بها إلى أياد قليلة الخبرة، و أكثر ما تهدده في هذه الحالة هو استقرار القواعد القانونية، فالأمن القانوني ضروري كما العدالة ضرورية، غير أنه يصعب الجمع بينهما معا في جميع الحالات⁴.

و إذا كان صحيحا أن عدم الاستقرار و السريان بأثر رجعي يعتبران صفتين ملازميتين للاجتهاد القضائي على نحو قد يوحي في الظاهر بأن أكبر تهديد لمبدأ الامن القانوني ينبع من مساهمة القضاء في خلق القاعدة القانونية، فإن تأمل في واقع الاجتهاد القضائي يؤكد أن ربط مشكلة الامن القانوني بالاجتهاد القضائي هو مجرد استنتاج نظري و تخوف مبالغ فيه، لأن عدم استقرار الاجتهاد القضائي قد لا يعتبر هو المشكلة في حد ذاته و إنما المشكلة تكمن في مدى تقدير القاضي لأثار اجتهاده على الماضي و المستقبل في

1 _ ص 13.

2 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص ص 13_14.

3 _ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص 24.

4 _ عبد الرحمان اللمتوني، المرجع السابق، ص 15.

نفس الوقت، فقد يصدر قرارا قضائيا واحدا و لأول مرة و مع ذلك قد يحدث رجة قوية و اضطرابا خطيرا فيما يخص استقرار الأوضاع القانونية¹.

فمعيار تحديد فيما إذا كان الاجتهاد القضائي يخدم مبدأ الامن القانوني أو يهدده، هو ما يتعلق بجودة الاجتهاد القضائي لا باستقراره، فتغير اجتهاد رديء باجتهاد جيد أفضل من الاستقرار على الاجتهاد الرديء².

و الاجتهاد القضائي بطبيعته لا يتغير بسرعة ذلك انه يتطلب وقتا طويلا لكي تغير، فضلا عن ان مبدأ الأمن القانوني و ما يهدف إليه من استقرار الأوضاع القانونية و الثقة في القانون لا يعني جمود القاعدة القانونية، و بالتالي فإن ضرورة الاجتهاد القضائي تقتضي ألا يتم الحجر على المحاكم في تطوير اجتهاداتها أو منعها من التراجع عن اجتهاداتها السابقة بعلة احترام مبدأ الأمن القانوني، و هو مقرره محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأنه لا يمكن أن يتمسك بحق مكتسب استنادا إلى اجتهادا قضائيا³.

و بناء على ذلك يتضح أن مبدأ الامن القانوني لابد أن يفهم على انه يقوم على اجتناب سرعة تغير أحكام القانون التي تؤدي إلى مفاجأة المخاطبين بالقاعدة القانونية خاصة إذا كان ذا التغير يتجاوز حدود توقعاتهم، و لكن بالمقابل يجب أن يفهم مبدأ الامن القانوني انه يهدف إلى جعل القانون يساير تطور حاجات الناس بحيث لا يفاجئهم بأنه يتضمن أحكاما لم تعد تلائم تطلعاتهم، و هذا المعنى المردود لمبدأ الأمن القانوني هو الذي يجعل منه مبدأ فعال بحيث يكفل ثقة الناس في القانون أيضا من خلال مسابته لحجاتهم و عدم تقاعسه عن مجاراة تطور معاملاتهم⁴.

و طالما أن التشريع لا يوفر وسائل جس نبض المجتمع و لا يوفر على المرونة في مساطرة إصدار القاعدة القانونية، فإن الأمر متروك للاجتهاد القضائي ذلك أن القاضي ابن بيئته و يستطيع أن يعرف مستوى تطور حاجات الناس و معاملاتهم من خلال القضايا المعروضة عليه .

فقد يخدم الاجتهاد القضائي الأمن القانوني و من أمثلة ذلك تغير المجلس الأعلى لموقفه فيما يتعلق بأجل سقوط الحق في شفعة العقار، إذ أن أحكام الفقه المالكي المطبقة على العقارات غير المحفظة

1 - ص 15.

2 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 16.

3 _ ص 16.

4 _ عبد الرحمان اللمتوني، مرجع سابق، ص 17.

تقضي بأن اجل الشفعة هو سنة واحدة من تاريخ علم الشفيع بالبيع¹ ن مما يجعل المشتري مهددا بشفعة العقار المبيع و لو بعد مرور عشرة سنوات ذلك انه يصعب عليه إثبات علم الشفيع بالبيع².

المطلب الثاني: مدى مساهمة مبدأ العدول إيجابا و سلبا في تحقيق الأمن القانوني

فدور الأمن القانوني ينصب أساسا حول تحقيق ثبات و استقرار حقوق الأفراد و حرياتهم عن طريق جملة من المبادئ الدستورية كمبدأ دستورية القوانين و مبدأ شرعية التجريم و العقاب و مبدأ تدرج القوانين و مبدأ عدم رجعية النص القانوني و غيرها من المبادئ.

فإذا لم يوجد نص قانوني يحكم الواقعة المتنازع فيها و صدر عن أجهزة الاجتهاد القضائي اجتهادا يتضمن حلا لهذه الواقعة الذي أثبت بالضرورة حقوق للمتخاصمين، ثم تم العدول عن هذا الاجتهاد القضائي أو التغيير فيه، فإن هذا قد يؤدي إلى المساس بالحقوق التي تم اكتسابها في ظل الاجتهاد الأول، و لكن العدول في الاجتهاد القضائي قد يحقق العدل و العدالة، ذلك أن الاجتهاد الذي تم العدول عنه قد لا يكون ناصفا لأحد الخصمين، و بالنتيجة تم العدول عنه بغية تحقيق العدل و العدالة.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول عن العدول في الاجتهاد القضائي كآلية لتحقيق الأمن القانوني، أما الفرع الثاني سنبين فيه خطر العدول في الاجتهاد القضائي على الأمن القانوني .

الفرع الأول: العدول في الاجتهاد القضائي كآلية لتحقيق الأمن القانوني

من خلال استقراء النصوص التشريعية لغالبية الأنظمة المقارنة، يتبين أنه هناك العديد من التشريعات التي لم تبني مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي إلا استثناءا لاسيما التشريع الفرنسي، غير أن التشريعات المعنية قد أخذت بمبدأ عدم رجعية القوانين لا مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي

و عليه سيتم من خلال هذا الفرع التحدث عن إشكالية الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي (أولا)، ثم سيتم تنفيذ التعارض بين العدول في الاجتهاد القضائي و الأمن القانوني (ثانيا)

أولا: إشكالية الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي:

1 _ سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة و أحكام الصفقة، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، سنة 1983، ص 57.

2 _ أبي الحسن علي بن السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1997، ص 187.

إن البحث في إشكالية الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي يقتضي التمييز بين رجعية القوانين و رجعية الاجتهاد القضائي، و من ثم التطرق إلى التأثير السلبي للعدول في الاجتهاد القضائي على الأمن القضائي.

01_ التمييز بين رجعية القوانين و رجعية الاجتهاد القضائي:

إن النظام القانوني الفرنسي لم يتبنى مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي، غير انه تبني مبدأ عدم رجعية القوانين، فالمشروع الفرنسي كان من السباقين لتبني مبدأ عدم سريان القانون على الماضي¹، و منه يتضح أن المشروع الفرنسي لم يتبنى مبدأ عدم رجعية الاجتهاد القضائي

فرجعية الاجتهاد القضائي له أثره الإيجابي في تقديم تفسير حي للقانون، إذ أن الأثر الرجعي للاجتهاد القضائي يعد جوهرًا حتى بالنسبة للقاعدة الاجتهادية و هو ما يعطيها تفسيرًا حيًا².

إن الأمن القانوني و الثقة المشروعة أكار تتعارض مع الأثر الرجعي للقوانين، و طالما أن الأمن القانوني يصعب تعريفه فلا يكون أمام إلا التحقق من وجوده في ظروف معينة مثل واجب القاضي بالبت في النزاع المعروض عليه و عدم رجعية القوانين و الآثار المترتبة على العقود المبرمة بين الأطراف و حجية الشيء المقضي به و سريان التقادم و غيرها من المبادئ³.

حيث استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على عدم جواز المطالبة باستبعاد تطبيق القاعدة القانونية كونها تنتهك مبدأ الأمن القانوني، بسبب عدم وضوحها⁴.

02_ الاستثناءات الواردة على مبدأ رجعية الاجتهاد القضائي:

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية من خلال قراراتها إمكانية تقييد الأثر الرجعي للقاعدة الاجتهادية لاسيما إذا كان سريان الاجتهاد القضائي على الماضي من شأنه حرمان الشخص من الحق في

1 _ تنص المادة 02 من القانون المدني الفرنسي على انه " لا يسري القانون إلا على المستقبل و لا يكون له أثر رجعي " « La rétroactivité était de l'essence même de la règle jurisprudentielle en avait donné une explication éclatante ».V.J.Rivero. « sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle » AJDA. 1968 p.15.

3 _ عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص 05.

4« Le requérant ne saurait soutenir que la règle légale viole le principe de sécurité juridique par défaut de clarté ou de précision ». voir : Cass.civ.2 du 29 janvier 2015 N° de pourvoi : 13 – 25669.Le : 09/03/2017.

محاكمة عادلة¹، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة لتقض الفرنسية بأنه " لا يمكن الاحتجاج بالأمن القانوني على أساس الحق في محاكمة عادلة للطعن بالتنفيذ الفوري لحكم جديد الناجم عن التغير في الاجتهاد القضائي، فلا يمكن تكريس حق مكتسب من اجتهادات ثابتة أو جامدة، ذلك انه لا يمكن حرمان الطرف من حقه في محاكمة عادلة².

و منه فالأثر الرجعي للقانون في الخصومات القائمة تقرر لتحقيق غاية محددة هي تصحيح و تفسير النص تحقيقا للمصلحة العامة، لذلك يجب ألا يمتد الأثر الرجعي إلى الجهات القضائية لاسيما إذا كان من شأنه المساس بالحقوق المكتسبة

و إن كان المشرع يستطيع أن يعتمد في القضاء على أحكام رجعية، فإن مبدأ سيطرة الحق و مفهوم الدعوى المنصفة يتعارضان إلا في حالة وجود موجب حتمي للمصلحة العامة³، لذلك نجد محكمة النقض الفرنسية قد رفضت تطبيق القانون الجديد على أساس المحاكمة العادلة حيث قررت في إحدى قراراتها على أنه " لا يمكن اعتبار القانون على أنه تفسيري إلا إذا اقتصر على الاعتراف دون أي جديد بقانون سابق جعله تعريف غير كاف عرضة للجدال، ينطبق قانون تفسيري على الدعاوى الجارية، و أن هذه القاعدة العامة تطبق مهما كان تكييف القانون و لو لم تكن الدولة طرفا في النزاع⁴

1 _ إن تقييد الاجتهاد القضائي يستجيب و الإتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية في روما الصادرة بتاريخ 04 نوفمبر 1950

2Spécialité : Droit privé n 149.p.139.

« Mais attendu que la sécurité juridique invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution évolution de la jurisprudence ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée des lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». cass. 1ère Cive. 11 juin 2009 arrêt n. 688 (07 – 14.932) D.2009 AJ1757 obs. 1. GALLMEISTER.

3« si le législateur peut adopter en matière civile des dispositions rétroactives le principe de prééminence du droit et la notion du procès équitable consacrés par l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'opposent sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès».cour de cassation Asembléeplénière Audience publique du 23 janvier 2004 n° de pourvoi : 03 – 13617. Bulletin 2004 A.P N° 2p. 2.V. aussi : P. – Y.Gautier Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil Recueil Dalloz 2004 n°16 p.1108. _

4_ 53_ « 1- l'article 26 de la loi n°2001 – 1168 du 11 décembre 2001 qui complète le troisième alinéa de l'article l. 145 – 38 du code de commerce par les mots par dérogation aux dispositions de l'article l. 145 – 33 et revêt un caractère interprétatif et est applicable aux instances en cours à la date de la publication de la loi.....2 – ayant relevé que selon l'article 27 du décret du 30 septembre 1953 devenu l'article l. 145- 38 du code de commerce texte d'ordre public le loyer révisé ne peut

و منه يتبين انه يجوز للمشرع أن اتخاذ قوانين رجعية تطبق على النزاعات القائمة شريطة وجود سبب ملح متعلق بالمصلحة العامة، و كان القاضي يصبح مراقبا للقوانين الرجعية و له بموجب هذه الرقابة أن يستبعد تطبيقها كلما لم يلاحظ هذا السبب أو إذا لم يستطيع الخصم الذي يتمسك بالرجعية إثباته .

و قد أقرت محكمة النقض الفرنسية انه عند استبعادها تطبيق القانون الجديد على النزاع، فإنها لا تنظر إلى الرجعية في حد ذاتها، و إنما تنظر إلى الطريقة التي أتخذ القانون الرجعي أو التفسيري للتأثير على قرارا قضائي يفصل في خصومة كانت الدولة طرفا فيها او لمصلحة فئة من الأشخاص، و بالتالي يعطل الأثر الرجعي للقانون الجديد في الخصومات القائمة على أساس المصلحة العامة الملحة، و في هذه الحدود يبقى الأثر الرجعي استثناءا و مطبقا في حدود ضيقة، و على العكس فإن الاجتهاد القضائي الرجعي يطبق حتى على ما وقع في ظل الاجتهاد القديم .

و هكذا قد يرفض القاضي صراحة الأثر الرجعي للعدول فهو يقرر القاعدة الجديدة و يرفض تطبيقها باسم الواجب الأعلى، فمسألة الحكم في القضية وفقا لاجتهاد قضائي سابق و قرارات العدول، ينطبق فقط على الحالات المستقبلية .

ثانيا: تفنيد التعارض بين العدول في الاجتهاد القضائي والأمن القانوني :

إن تبرير عدم تعارض العدول عن الاجتهاد القضائي عن الأمن القانوني يقتضي البحث في عدم قابلية الاجتهاد لتوقع، كما يقتضي أيضا تبين الهدف الأسى للقضاء في تحقيق العدل .

1- عدم قابلية الاجتهاد القضائي للتوقع:

être fixé à la valeur locative qui si la preuve est rapportée d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle – même une variation de plus de 10 de la valeur locative et constaté que le locataire ne rapportait pas la preuve d'une telle modification la cour d'appel en a exactement déduit qu'il devait être débouté de sa demande de fixation du loyer révisé à la valeur locative » . cass. Civ.3 du 27 février 2002 n° de pourvoi : 00 – 17902 Bulletin 2002 III n° 53 p.46

إن دور القاضي في تعامله مع القواعد القانونية لا يمكن تحديده إلا إذا كانت هذه القواعد واضحة وأن الحكم فيها لا يشكل خرقاً لمبدأ الأمن القانوني، ذلك أنه لا يمكن المطالبة بتطبيق قاعدة قانونية تنتهك مبدأ الأمن القانوني بسبب عدم وضوحها¹.

كما يجب ألا تكون هذه القواعد متناقضة مع بعضها البعض، وإلا بدأ القاضي بالاجتهاد، مما يجعل القاضي هو الذي يقوم بدور التشريع، فالقاضي يضطر إلى إنشاء قاعدة قانونية بغية الفصل في النزاع المعروض عليه حتى لا يعد منكراً للعدالة، غير أن ما ينشئه القاضي من قواعد تبقى لها صفة الخصوصية لا العمومية، ومن ثم يجوز له العدول عن القاعدة التي أنشأها لاسيما في الحالات المماثلة².

وقد أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن السلطة التقديرية للقاضي يجب أن تكون محصورة في مداها و كقيمتها، و بالتالي فهي ليست مطلقة، و ذلك نظراً للصعوبة التي ترافق الاجتهاد في علاقته بالأمن القضائي لاسيما فيما يتعلق بالتراجع عن الاجتهادات السابقة التي تعود للمتقاضي عليها، مما يبرر عدم قابلية الاجتهادات القضائية التوقع، هذا الحكم أكدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

كما أن دور القاضي في تحقيق الامن القانوني لا يتوقف عند انفتاحه على الاجتهاد القضائي بقصد ملء الفراغ القانوني في مقابل عدم قابلية التوقع، بل يمتد ليشمل تسبب الأحكام مما يحقق الامن القانوني أكثر فأكثر³.

فالقاعدة الاجتهادية الجديد من الناحية الفرضية تعد الأكثر ملائمة من القاعدة الاجتهادية السابقة التي تم التخلي عنها بحجة أنها تفرض قيود شديدة، لذلك لا يمكن أن يسند توقع قانوني إلى قاعدة اجتهادية سابقة، فوجود حال العدول عن الاجتهاد القضائي تعني الحل السابق الذي طرحه الاجتهاد لم يعد يجدي نفعا⁴، إذ ان هذا المر يؤدي إلى الوصول إلى نتيجة قانونية هامة تتمثل في ان

1 _ « le requérant ne saurait soutenir que la règle légale viole le principe de sécurité juridique par défaut de clarté ou de précision ». cass.civ.2. du 29 janvier 2015 n° de pourvoi : 13 - 25669. Precearrête .

2 _ بدر خان عبد الحكيم إبراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1984، ص 74 .

3 _ نبيل إسماعيل عمر، تسبب الحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة، 2001، ص ص 03 و 41.

4 _ « Qu'aucune prévision légitime ne peut être fondé sur la règle jurisprudentielle ancienne la règle jurisprudentielle nouvelle étant par hypothèse meilleure et plus adaptée qu'une règle qui a montré des limites tellement graves qu'elle a été abandonnées... s'il y a revirement c'est par définition que la solution antérieure n'était pas satisfaisante ». voir : Vincent Heuzé. A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité. La semaine juridique – édition générale lexisNexis 2005.pp. 130.

العدول في الاجتهاد القضائي يعد أهم الحلول التي يضعها الاجتهاد القضائي في خدمة تحقيق الامن القانوني للمجتمع¹.

2- الهدف الاسمي للقضاء في تحقيق العدل:

بالرغم من أن الأمن القانوني يمثل وعاء من الثبات النسبي فيما يتعلق باستقرار المراكز القانونية بغية إشاعة الأمن و الطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية، إلا أن الاجتهاد القضائي يمثل أحد الحلول القانونية المتاحة للقاضي لاسيما حالة عدم توافر النص القانوني الذي يحكم النزاع أو حالة غموضه، و إذا كان تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القانون، فإن العدول يشتمل على أي مسألة تحدث تغيرا في الاجتهاد القضائي².

هذا و لا يوجد مانع يمنع محكمة النقض من تغير اجتهاداتها الثابتة كلما رأت ضرورة تغير هذا الاجتهاد، لاسيما إذا دعا إلى ذلك تغير ظروف المجتمع و أوضاعه، و في هذا الصدد نشير أن مسألة التراجع عن الاجتهاد القضائي تظل أمرا متعلقا بالسياسة القضائية للمحكمة و دورها التؤديه في تثبي دعائم الشرعية الدستورية³.

فاستقرار الاجتهاد القضائي و عدم التراجع عنه لا يعد غاية في حد ذاتها، بل إنه وسيلة لتحقيق المهمة المسندة للمحاكم و التي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي، إذ أن هذا الأخير يهدف إلى غرض أسمى غير معلن عنه صراحة، و هو ضمانا تباع ذلك الاجتهاد من قبل المحاكم الدنيا⁴، و من ثم تحقيق العدل و العدالة.

الفرع الثاني: خطر العدول في الاجتهاد القضائي على تحقيق الأمن القانوني

إن العدول في الاجتهاد القضائي قد يؤثر سلبا على الأمن القانوني، ذلك أن العدول في الاجتهاد القضائي قد يترتب عليه المساس بالحقوق المكتسبة مما يفقد المتقاضي الثقة في المنظومة القانونية و القضائية، هذا و تعد السلطة التقديرية للقاضي خطرا على الأمن القانوني.

1 _ _ Maiwenntascher. Les revirements de jurisprudence de la cour de cassation .op.cit.pp.151.181.204.

2 _ _ Frédériczenati les divergences de jurisprudence sous – direction : pascal ancel marie – clair rivier université de saint – Etienne Collection : driot ISBN : 978 – 2 – 86272 – 251 – 1 2003.p.62.

3 _ أحمد كمال أبو المجد، "دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي و القانوني في مصر"، الجزء الثاني، مجلة الدستورية، العدد 02، السنة الأولى، سنة 2003، ص 14.

4 _ بوشير محند أمقران، "تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، مرجع سابق، ص 53.

و عليه سيتم من خلال هذا الفرع التحدث عن تأثير العدول في الاجتهاد القضائي سلبا على الأمن القانوني(أولا)، كما سنبين خطر سلطة القاضي التقديرية على الأمن القانوني.

أولا: تأثير العدول في الاجتهاد القضائي سلبا على الأمن القانوني:

إن الاجتهاد القضائي يدخل في ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، و لكنه غير مستقر ذلك انه قابل للتحويل مما يؤثر على الحقوق المكتسبة و على الثقة المشروعة للمتقاضين، فبعد اطمئنان المتقاضي للاجتهاد القضائي في مجال معين و بحيث ينظم دفاعه على ضوء هذا الاجتهاد فيتم التراجع عنه بأثر رجعي، مما يترتب عليه الإخلال بمبدأ الأمن القانوني، ذلك أن الحل الجديد الناتج عن العدول عن الاجتهاد القضائي يطبق بقوة القانون على القضايا المرتبطة به.

حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بأنه " إن متطلبات الأمن القانوني و حماية الثقة المشروعة المثارة من طرف الطاعن في وسيلة النقض للمنازعة في تطبيق المحكمة المطعون في قرارها لاجتهاد قضائي جديد يحد من حقه في التقاضي، بحيث ليس من شأنها تكريس حق مكتسب لاجتهاد قضائي جامد غير متحرك ثابت، و الذي يبقى تطويره من صميم وظيفة القاضي في تطبيقه للقانون¹

و تأكيداً لذلك جاء في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية بأنه " أن التفسير القضائي للقانون الواحد بالفعل لا يمكن أن يختلف تبعاً لزمن الوقائع الجاري النظر فيها و لا يمكن لأحد أن يتمسك بحق مكتسب من قضاء جامد².

و عليه فالتراجع عن الاجتهاد القضائي المستقر يؤثر سلبا على مبدأ الأمن القانوني و الثقة المشروعة للمتقاضين، كما يؤثر على الحقوق المكتسبة فبعد اطمئنان المتقاضين لاجتهاد قضائي معين يتم تغييره مما يؤثر حتى على استقرار المراكز القانونية.

1 _ « Mais attendu que les exigences de sécurité juridique et la protection de la confiance légitime invoquées pour contester l'application d'une solution restrictive du droit d'agir résultant d'une évolution jurisprudentielle. Ne sauraient consacrer un droit acquis à une jurisprudence constante dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit ». Cass. Civ.2ème 08 juillet 2004. N° de pourvoi : 03 – 14717.

2 _ « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 9 octobre 2001 n° de pourvoi :00 – 14564.Bulletin 2001 I n°249p.157.

خاتمة

خاتمة

من خلال الأطروحة يتبين لنا أنه و في كل الأحوال يجب على القاضي ان لا يبق مكتوف الأيدي عند طرح نزاع معين عليه ، فهو جزء من واجبه القانوني و الا خلاقي فعليه ان يبحث وبيدع من خلال انشاء او توسيع او تفسير النصوص القانونية لانطباقها على الوقائع لم تنطبق عليها من قبل وهذا نابع من اعتقاد راسخ بضعف الحلول الموجودة والمستندة للنصوص القانونية القائمة مهما كانت جودتها لانها لا تفي بالغرض نفسه كل ما عرض نزاع لأن كل نزاع وكل قضية وخصوصيتها ، ويعتمد القاضي في ذلك على ابتكار حلول وفقا لاجتهاده القضائي أو الاجتهادات السابقة لقضاة المحاكم الاخرى الدن ي او العليا او سلطته التقديرية لإيجاد تطابق بين الواقع والقانون .

تبين لي كذلك من خلال الأطروحة أن الاجتهاد القضائي إجمالا يعد إعمالا للقاعدة القانونية، مهما كان مصدرها، بعد تحليلها بقصد تأويلها، لتطبيقها على الوقائع المعروضة على القاضي لإيجاد حل عادل يحكم النزاع القائم، وبذلك تتجسد فرضية علاقة بين جهد القاضي و النص محل الأعمال كأساس للقول بأثر الاجتهاد القضائي على التشريع لتأكيد المصدرية الرسمية للاجتهاد القضائي للقانون، أما تفصيليا فانه يتم التوصل إلى تلك الخلاصة من خلال النتائج التالية، التي توصلت إليها بعد رحلة البحث في كافة عناصر الموضوع وهي :

+ أن المقصود بالاجتهاد القضائي هو الجهد الذي يبذله القاضي أو الهيئة القضائية في إيجاد و استنباط الحلول و الأحكام القانونية ليطبقها على خصومة معروضة عليه في إطار القانون و ينطلق القاضي فيها من قواعد استثنائية غير موجودة أو موجودة و يعترها غموض و عدم كفاية مراعيها في ذلك الموازنة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة للأفراد. وانه يتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل في خاصية عدم الشمولية و خاصية عدم الثبات.

+ أن الاجتهاد القضائي يتميز عن الحكم القضائي في ذاته، كما انه منطقيًا يتميز عن الاجتهاد الفقهي الذي قد يعد رافدا من روافده.

+ أن النظام القانوني الوطني لا يعتمد السوابق القضائية كمصدر من مصادر الحكم القضائي كالنظام القانوني الإنجليزي وبالتالي فإن مخالفة محكمة الموضوع في إصدار الحكم لاجتهاد قضائي سابق منها أو من المحاكم الأخرى لا يشكل سببا للطعن إلا أن هذا القول يصدق في الحقيقة من الناحية النظرية و لكن الواقع العملي التطبيقي هو خلاف ذلك فالاجتهاد المستقر لأعلى الهرم القضائي سواء العادي أو الإداري حول نقطة قانونية معينة له قوة معنوية تفوق أحيانا ما للنص القانوني من قوة ملزمة و لأنه قلما تجرؤ محكمة دنيا على مخالفة هذا الاجتهاد المستقر و إذا خالفته فإن قرارها يتعرض للنقض من قبل الهيئة القضائية العليا في الهرم القضائي.

خاتمة

+ أن نطاق الاجتهاد القضائي يشمل حدين، حد شخصي و يتعلق بالقاضي أي الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد، و حد موضوعي أي الحالات التي يجب فيها الاجتهاد، فأما الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد فتتحدد بوجوب إلمامه بعلوم اللغة كما يشترط فيه أيضا أن يكون ملما بعلم المنطق وكذا أن يكون متمكنا من استنباط الأحكام القانونية. وأما الحالات التي يجب فيها الاجتهاد فتتمثل في حالة عدم وجود النص القانوني، أو حالة عدم كفاية النص القانوني، هذا و قد يجتهد القاضي حتى في حالة وجود النص القانوني و من ثم مخالفة النص القانوني.

+ أن الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الحديثة يختلف منهجه دون اختلاف جوهره ، ففي النظم القانونية الانكلوسكسونية كالنظام القانوني الإنجليزي والأمريكي تعتمد المنهج الاستقرائي للوصول إلى الحكم القضائي عبر استقراء السوابق القضائية المشابهة لموضوع النزاع ومن ثم استنباط الحكم القضائي في النزاع المعروض على القضاء. أما النظم القانونية اللاتينية ومنها النظام القانوني الفرنسي والنظم القانونية التي تتبعها فهي تعتمد على منهج القياس الأرسطي (القياس العقلي) للوصول إلى الحكم القضائي.

+ أنه يقصد بالنص الذي يحصل الاجتهاد القضائي في حالة غموضه بالنص التشريعي وليس النص القانوني لأن الأول أدق تعبيراً دون الثاني لكون الأخير يمتد ليشمل غيره كالعرف.

+ انه تتحدد شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي ، بأن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي خاليا من نص تشريعي يعالج النزاع، وبأن يتم الأخذ بمصادر الأخرى غير النص التشريعي وفقا للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني.

+ أن المصادر التي يعمل بها القاضي غير النص التشريعي تتحدد متتالية طبقا للمادة الأولى من القانون المدني بمبادئ الشريعة الإسلامية وبالعرف وبمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

+ أنه قامت نظرية البحث العلمي تقضي أن القاضي يجوز له أن يكمل النقص التشريعي عن طريق القيام بمجهود عقلي و هو البحث العلمي الحر مما يمكنه من إيجاد حل يحكم المنازعة المعروضة، مما قد يساهم في خلق القاعدة القانونية.

ان التجاذب بين النص القانوني ومبناه ومعناه وفحواه عند تفسير النصوص القانونية من اجل واكبر المهام المنوطة بالقضاء التي افرزت عصفا ذهنيا واتجاهات فقهية ورؤى مختلفة ومتباينة عند المهتمين بتفسير النصوص القانونية قديما وحديثا في جميع المدارس الفقهية على مر الازمنة والعصور.

خاتمة

ان الاجتهاد القضائي هو قطب الرحى في منظومة العدالة ومن دونه تصبح النصوص القانونية جامدة وميتة ، فالاجتهاد القضائي يجعل من النص القانوني كائنا حيا يتحرك حسب النوازل والمستجدات . ان الاجتهاد القضائي قد يشكل خطرا على الأمن القضائي مما يؤدي إلى المساس باستقرار المعاملات والحفاظ على الوضعيات المكتسبة كما ان المشرع الجزائري قد وضع آليات لتحقيق الأمن القضائي إلا أن مسألة تنظيمها يجب ان يخصص له المزيد من النصوص التنظيمية التي تنظمها وتسهر على احترام هذا المبدأ المكرس دستوريا واستنادا لتجارب الدول والأنظمة القانونية المقارنة .

ضرورة تحديد الاجتهادات القابلة للنشر عبر عرضها على هيئة متخصصة للفصل في مدى أهميتها ونجاعته وانعكاسها على العمل والنشاط القضائي والساحة القانونية والقضائية ككل .

ضرورة تقرير إجراءات صارمة في حالة تغيير او التراجع على الاجتهاد القضائي السائد ووضع إطار قانوني في طلب رأي المحكمة العليا بخصوص مسألة قانونية تتعلق بتزاع مطروحا أمامه قبل الفصل فيه .

ان القضاء المصري والفرنسي ساهم في خلق نصوص قانونية عديدة لاسيما القانون المدني المصري الجديد الذي كان فيه لأحكام القضاء المصري الدور في النص على عدة مبادئ ونظريات قانونية منها نظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية تكوين العقد ، ونظرية الظروف الطارئة والالتزام الطبيعي ، التهديدات المالية و الصورية ، الملكية الشائعة ، والشرط الجزائي و حقوق الجوار إلخ من القواعد التي كرسها النصوص القانونية بعد أن سار عليها القضاء المصري ، وكذا المرسوم الفرنسي الجديد رقم 2016/131 المؤرخ في 2016/02/10 والذي ادخل عدة تعديلات على قانون العقود والالتزامات والمسؤولية وعد بحق ثورة في قانون العقود ، استنادا إلى الاجتهادات القضائية التي كرسها الاجتهاد القضائي فيما وأصبح يتجه الى تغيير نظرته إلى الأخذ بالسوابق القضائية وبدا يميل جزئيا الى التغيير إلى هذا النظام المعروف في الانظمة الانجلوسكسونية تحقق يقا للسياسة التشريعية التي يراها المشرع . وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي أصبح يكرس ما توصل إليه الاجتهاد القضائي الجزائري وكمثال على ذلك النص على ميعاد سقوط دعوى الشفعة في القانون المدني بعد تعديله بموجب القانون رقم 105.07 المؤرخ في 13 ماي 2007 وكذا سقوط الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، التراجع عن الهبة في قانون الأسرة وكذا الاثر المتولد عن غياب محضر الصلح وهي كلها نصوص جاءت بناء على ما توصل اليه الاجتهاد القضائي المتولد عن الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا او عن ما تواتر عليه الاجتهاد القضائي الوطني + إن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تعبر عن فقه مدرسة التزام النص ، فمقتضى هذه المادة تبين أن المشرع الجزائري يأمر القاضي بأن يطبق النص التشريعي.

+ يساهم الاجتهاد القضائي في إنشاء القاعدة القانونية ، إذ أن المشرع الجزائري قد أوكل مهمة إقرار الاجتهادات القضائية إلى جهازين و هما المحكمة العليا و مجلس الدولة، كما أوكل المشرع الفرنسي هذه المهمة إلى محكمة النقض الفرنسية.

خاتمة

+ أنه تبرز فاعلية الاجتهاد القضائي في خلق النصوص القانونية في النظام الفرنسي من خلال قرارات محكمة النقض الفرنسية المؤسسة لأحكام جديدة خلاقة، ومما يزيد ذلك لزومية تلك القرارات الصادرة عنها لجهات القضاء الأدنى درجة.

+ إن التفسير القضائي له بالغ الأهمية سواء من الناحية العلمية أو التطبيقية، فالتفسير القضائي يمارسه القاضي بما له من سلطة قانونية ممنوحة له بموجب القوانين و ذلك لفض النزاعات المعروضة عليه وصولاً إلى العدالة التي ينشدها الخصوم عبر الحكم القضائي الذي يصدره.

+ التفسير القضائي قد يؤدي إلى تطوير النصوص القانونية عن طريق الإشارة إلى مواطن النقص والقصور في النص القانوني، لذلك يتعين على القاضي ان يقوم بتفسير النص القانوني لاسيما إذا النص لا يستجيب و التطورات الاجتماعية إلا أن هذا الإلزام قد يختلف باختلاف المحكمة التي أصدرته، هذا ويتعين على القاضي مراعاة جملة من الشروط عند تفسيره لنص القانوني.

+ إن الاجتهاد القضائي له قيمته في تفسير النصوص القانونية، فقد يساهم الاجتهاد القضائي في تفسير أدلة الإثبات، كما قد يساهم في تفسير العقود.

+ إن العدول عن الاجتهاد القضائي يمثل كل مسألة من شأنها أن تحدث تغيراً في الاجتهاد القضائي.
+ إن استقرار الاجتهاد القضائي و عدم التراجع عنه لا يعد غاية في حد ذاتها بل وسيلة لتوحيد الاجتهاد القضائي، و عليه يجوز العدول أو التغير في الاجتهاد القضائي بغية تحقيق العدل و العدالة.

+ إن العدول في الاجتهاد القضائي يشمل كل مسألة من شأنها أن تحدث تغيراً في اجتهاداً قضائياً سابقاً، هذا و يتميز العدول في الاجتهاد القضائي عن بعض الأفكار القانونية كالعدول في إجراءات الإثبات و كذا مراجعة الحكم بغير طرق الطعن، و فضلاً عن ذلك فإنه يتميز أيضاً عن الترجيح بين الأحكام المتناقضة، هذا و قد أخذت غالبية التشريعات لاسيما العربية بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

+ لقد أخذت غالبية التشريعات لاسيما العربية بمبدأ العدول في الاجتهاد القضائي

+ إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إلزام القضاة بالأخذ بالاجتهاد القضائي

وتأسيساً على النتائج المذكورة أعلاه، فإننا نجد أن الفقه اجمع على أن القانون الحي هو القانون الذي تصنعه المحاكم، وعلى هذا الأساس فان القانون لا يمكنه أن يمنع القضاء من الاجتهاد ووضع الحلول القضائية للحالات التي لم يرد بشأنها نص قانوني، كما لا يمكن للقانون أن يتجاهل الحلول التي

خاتمة

ابتدعها القضاء بل أن المشرع يجد نفسه في كثير من الحالات مضطرا إلى تقنين آخر ما توصل إليه القضاء أو ما استقر عليه من أحكام.

عليه فإن التوصيات التي يمكن أن يتم إدراجها في هذه الأطروحة تتحدد فيما يلي:

الاستفادة من تجارب بعض النظم القانونية المقارنة في إنشاء هيئات فنية متخصصة لانتقاء الاجتهاد القضائي ونشره كمثال المكتب الفني التابع لمحكمة النقض المصرية وكذا مصلحة التوثيق والدراسات لمحكمة النقض الفرنسية التي تقوم بتجميع الاجتهادات الصالحة للنشر وتعمل على نشر تعليق المستشار المقرر عليها او على تقريره وتلافيات المدعي العام.

* ضرورة النص دستوريا على أن من وظائف السلطة القضائية كفالة الأمن القانوني في النصوص القانونية للمنظومة القضائية

* ضرورة وضع فهرس وطني للأحكام القضائية المنشئة لاجتهادات قضائية نوعية

* العمل على نشر الاجتهاد القضائي لقضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة

* جعل الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا بتعديل نص المادة الأولى من القانون المدني والمادة 1 مكرر من القانون التجاري والمادة 222 من قانون الأسرة.

* تقييد سلطة القاضي التقديرية بضابط مراعاة تحقيق الأمن القانوني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع والمصادر

القرآن الكريم

أولاً- المراجع باللغة العربية

أ- النصوص القانونية

1- الوطنية

1. الدستور الجزائري الصادر بوصف المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في ... 1417هـ، الموافق ل 7 ديسمبر 1996.
2. أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1325، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
3. قانون رقم 22_89 الملغى
4. القانون العضوي رقم 12/11 المتعلق بمجلس الدولة
5. القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/04/24 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية
6. قانون رعاية الأحداث.

2- النصوص القانونية العربية

* النصوص القانونية المصرية

1. قانون العقوبات.
2. القانون رقم (13) لسنة 1968 بإصدار قوانين المرافعات المدنية والتجارية.
3. قانون المرافعات المدنية.
4. قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية رقم(25) لسنة 1968.
5. قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري

* النصوص القانونية العراقية

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2. دستور العراق الدائم لسنة 2005
3. قانون النشر في الجريدة الرسمية المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 2594 في 20/6/1977 والمعدلة بموجب قانون التعديل الأول رقم (34) لسنة 2007 والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد 4047 في 2007/08/30.
4. قانون هيئة دعاوى الملكية لسنة 2010

قائمة المصادر والمراجع

5. قانون المرافعات
6. قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979
7. قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959.
8. قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1998.
9. قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل
- * النصوص القانونية اليمنية
1. القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1991.
- * النصوص القانونية الاردنية
1. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
2. قانون المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 سنة 1988
- * النصوص القانونية الاماراتية
1. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.
2. قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم 98 الصادر في تاريخ 15_11_1961
3. قانون تشكيل المحاكم في إمارة دبي رقم 03 لسنة 1992
4. قانون المحكمة الاتحادية العليا الإماراتي رقم 10 لسنة 1973
- * النصوص القانونية السورية
1. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18_05_1949
2. القانون المدني الفرنسي
- * النصوص القانونية السعودية
1. المرسوم الملكي السعودي رقم 78 في 19_09_1426
- * النصوص القانونية اللبنانية
1. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر في 16/3/1983
- * النصوص القانونية الفلسطينية
1. قانون البيانات في المواد المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.
- 3- النصوص القانونية الأجنبية
1. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

ب- القرارات القضائية

1- القرارات القضائية الوطنية

2- القرارات القضائية العربية

قائمة المصادر والمراجع

* قرارات محكمة التمييز (النقض) العراقية

1. قضاء محكمة تمييز العراق، إصدار المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة 1969، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة بغداد 1391 هـ-1972 م.
2. قرارا محكمة التمييز العراقية، العدد 77، بتاريخ 21_05_1975،
3. قرار رقم 1718 الصادر بتاريخ 18_12_1963، عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول
4. قرار رقم 3277 الصادر بتاريخ 10_04_1963 عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول،
5. قرار رقم 1013 الصادر بتاريخ 03_10_1968 عن قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس،
6. قرار رقم 2911 الصادر بتاريخ 09_02_1967 عن قضاء محكمة التمييز .
7. قرار رقم: (205/ الهيئة الموسعة المدنية/2011) بتاريخ - 28/11/2011. قرار غير منشور
8. قرار (237/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2012) في 2012/11/7.
9. القرار 237/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى/ 2012 في 2012/11/7
10. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم 129 الهيئة العامة 2008، بتاريخ 15_02_2008، النشرة القضائية تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية، مجلس القضاء العلى، العدد 01، حزيران 2008، ص 04،
11. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم: 201 هيئة عامة ثانية 1976، بتاريخ 25_12_1976 مجموعة الحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ..
12. محكمة التمييز الاتحادية رقم (289/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى / 2012) في 2012/11/7. غير منشور.
13. قرار رقم: (194/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى) في 28/4/2015. قرار غير منشور.
14. قرار رقم: (289/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى/ 2012) في 2012/11/7. قرار غير منشور.
15. قرار محكمة التمييز العراقية، رقم : 2797/2065 الهيئة المدنية عقار /2007، في 20_01_2008، غير منشور،
16. قرار محكمة التمييز الصادر بتاريخ 13_07_1967،
17. قرار صادر عن محكم التمييز العراقية العدد 3073 بتاريخ 25_05_1966،
18. نقض 483، جلسة 20_11_1981،

* قرارات محكمة النقض المصرية

1. قرار رقم 163 الصادر بتاريخ 26_12_2002 عن محكمة النقض المصرية،
2. قرار رقم 1505 الصادر بتاريخ 27_04_1999،
3. قرار رقم 1985 الصادر بتاريخ 18_12_1998،
4. نقض مدني مصري الطعن رقم 1518 لسنة 59 ق. جلسة 14/3/1996 س 147 ج 1.
5. قرار رقم 970 صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 27_02_1980،

قائمة المصادر والمراجع

6. الطعن رقم 4901، جلسة 1995_04_06،
- * قرارات محكمة النقض السورية
1. محكمة النقض السورية، هيئة العامة رقم 167 ن تاريخ 1994_11_16
 2. محكمة النقض السورية، الهيئة العامة، الرقم: 344، عام 2002
- * قرارات محكمة التعقيب (النقض) التونسية
1. قرار محكمة التعقيب التونسية، مدني، العدد 27960، بتاريخ 1994_01_27
 2. قرار محكمة التعقيب التونسية، مدني، عدد 21011، بتاريخ 1991_04_18
- * قرارات محكمة التمييز (النقض) اللبنانية
1. قرار محكمة التمييز اللبنانية الجزائية، الغرفة السابعة، رقم 195/2008، بتاريخ 2008_12_01، مجلة المحامون، مجلة نقابة المحامين، طرابلس، الاجتهاد العدلي الجزائري، السنة الثانية 2009، العدد الثالث،
- * قرارات محكمة العدل العليا (النقض) الأردنية
1. قرار رقم 1993/267، عدل عليا أردنية، فصل بتاريخ 1993_12_11 (هيئة عادية) منشور على الصفحة 659، العدد 04، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1994
- ج- الكتب
2. إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، ج 1، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد.
 3. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، الإسكندرية، 1974.
 4. إبطال تسجيل العقار، الناشر مكتبة السهوري، بغداد، العراق، ط1، 2013.
 5. ابن الأثير، غريب الحديث و الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، بيروت، لبنان،
 6. ابن القيم، جامع الفقه، جمع و توثيق يسري السيد محمد، دار الوفاء للطباعة و النشر، المنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2000.
 7. ابن منصور الأزهرى، تهذيب اللغة تحقيق عبد السلام هارون الدار المصرية للتأليف و الترجمة 2001 .
 8. ابن منظور لسان العرب، الجزء 15، دار الفكر، بيروت، لبنان.
 9. أبو حامد الغزالي، المستصفي من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة، المدينة المنورة.
 10. أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة،
 11. أبي الحسن علي بن السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1997،

قائمة المصادر والمراجع

12. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1989.
13. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، القاهرة، دار النهضة العربية، 1971.
14. أحمد الشيباني، الناشر-مؤسسة الثقلين للثقافة والإعلام بيروت-لبنان، 2012، الجزء الثالث..
15. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول، الناشر، نادي مستشاري هيئة قضايا الدولة، الطبعة الأولى، 2010-2011.
16. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الثاني..
17. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، الجزء الرابع..
18. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، طبعة نادي القضاة الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثالثة، 2010.
19. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، الجزء الخامس، طبعة نادي القضاة، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الثانية، 2010.
20. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ط 1، 1976.
21. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الإصدار الأول، عمان، الأردن، سنة 2001،
22. إسماعيل نامق حسين، العدالة و أثرها في تطبيق القاعدة القانونية، دار الكتب القانونية ، القاهرة، مصر، سنة 2011.
23. الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دارالصميمي للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1، سنة 2003،
24. الأمدي، منتهى السؤل في علم الأصول، تحقيق احمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2003.
25. البيضاوي، الإبهاج في شرح المناهج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
26. الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، سنة 1996،
27. الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن.
28. محمد الحسيني الشيرازي، فقه القانون، ط سنة 2006، دار العلقبي للطباعة والنشر، كربلاء، العراق..
29. الشريف الجرجاني، التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2005.
30. سعد الغنامي، شرح الحلقة الأولى من دروس في علم الأصول للسيد محمد باقر الصدر.

قائمة المصادر والمراجع

31. كمال الحيدري، تقريرات السيد كمال الحيدري، الناشر دار المرتضى، بيروت-لبنان، الطبعة الجديدة، 2011،.
32. القرافي، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام و تصرفات القاضي و الإمام، تحقيق محمود عرنوس، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، سنة 2005،
33. الوندريسي: المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية و الأندلس و المغرب، نشرة وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، 1981، 78/10.
34. أيمن عبد الحميد البدارين، نظرية التععيد الأصولي، ط1/2006، دار ابن حزم، بيروت، لبنان،.
35. باقر الأبيرواني، شرح الحلقة الثالثة في أسلوبها الثاني، الجزء الثاني، الناشر-المحبين لطباعة والنشر، قم-إيران ط1، 2007.
36. باقر الأبيرواني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الناشرالمركز العالمي للعلوم الإسلامية، قم-إيران، الطبعة الأولى، 1418هـ.
37. براء منذر عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الناشر دار الحامد للنشر والتوزيع عمان،الأردن، الطبعة الأولى، 2009،.
38. بيار إميل طوبيا، الخطأ الإجرائي و طلب استعادة القرار القضائي المبرم بين النص و مقتضيات العدالة و الإنصاف و المحاكمة العادلة: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان، 2010.
39. جعفر السبحاني، أصول الحديث وأحكامه في علم الدراية،.
40. جعفر السبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، الجزء الثاني.
41. جعفر السبحاني، تاريخ الفقه الإسلامي وأدواره، الناشر-مؤسسة الإمام الصادق، قم-إيران، ط 1، 1427هـ.
42. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة)، الناشر مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق، 1989.
43. جمال الدين القاسمي، الفتوى في الإسلام، تحقيق محمد عبد الحكيم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الولي، سنة 1986،
44. جواد أحمد الهادي، مدخل القانوني لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة أهل البيت، النجف الأشرف، 2013.
45. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الاجتهاد القضائي-دراسة قانونية تحليلية مقارنة-، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، سنة 2018،
46. حسام منى صادق و الليثي حميدي خليل الليثي و عبد الحكم أحمد شرف، الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون المرافعات المدنية و التجارية، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، ط1، 2010.

قائمة المصادر والمراجع

47. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، 1975.
48. حلمي الحجاز، أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
49. خلف محمد، قضاء النقض في الملكية في أربعة وسبعين عاما، الناشر المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط2، 2005.
50. داتور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
51. دياس، فلسفة القانون، ترجمة هنري رياض، الناشر- دار الجليل، بيروت-لبنان، 1985.
52. ديفيد جونستون، مختصر تاريخ العدالة، ترجمة مصطفى ناصر، سلسلة عالم المعرفة، الناشر- المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بدولة الكويت، أبريل 2012.
53. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، العراق، سنة 2002.
54. سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري (دعاوى الإلغاء)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
55. سعد الغنامي، شرح الحلقة الأولى للسيد محمد باقر الصدر، تقارير العلامة السيد كمال الحيدري، دار المرتضى للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، 1432هـ-2011.
56. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة 1974، مطبعة العاني، بغداد.
57. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل في العراق، بغداد العراق، 1981.
58. سعيد احمد شعله، أحكام النقض المدنية، الإثبات، مجموعة القواعد المدنية و التجارية و مسائل الحوالم الشخصية خلال أربعة و سبعين عاما، شركة المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2007.
59. سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الثاني.
60. سليم رستم باز، شرح المجلة، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت.
61. سليمان الحمزاوي، أحكام الشفعة و أحكام الصفقة، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، 1983.
62. سميحة القيلوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1978.
63. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.
64. شامل رشيد ياسين الشبخلي، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، 1974.
65. صالح محسوب، السوابق القضائية و دورها في الاستقرار القضائي، منشورات العدالة، بغداد، العراق، 2002.

قائمة المصادر والمراجع

66. صباح صادق جعفر النباري، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، سنة 2008،
67. صبيح محمصاني، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، الطبعة الرابعة 1981،.
68. صدر الدين الشيرازي، صدر الدين محمد ابن ابراهيم بن يحي الناشر مؤسسة إسماعيليان، قم-إيران، بدون تاريخ نشر، الجزء الخامس.
69. صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية،
70. عادل الصطباي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، دراسة مقارنة لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت، 2000،.
71. عباس قاسم مهدي الداوق، الاجتهاد القضائي " مفهومه_ حالاته_ نطاقه" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2015.
72. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون.
73. عبد الجبار الرفاعي، فلسفة الفقه ومقاصد الشريعة، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الطبعة الثانية، 2008.
74. عبد الرحمن البزار، أصول القانون، مطبعة العاني، بغداد، ط2، 1958.
75. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني، الناشر دار الفكر العربي، بيروت-لبنان، 2008، .،
76. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83)، لسنة 1969، الجزء الأول.
77. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع.
78. عبد الرحمن العلام، قواعد المرافعات العراقي، الجزء الثاني، دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر، بغداد، 1962.
79. عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت أبو سبت، المدخل لدراسة القانون، دار الفكر العربي، 1952.
80. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.
81. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.
82. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، المجلد الثاني، العقود الواردة على الانتفاع بشيء، الإيجار و العارية، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.
83. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع (البيع والمقايضة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

84. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.
85. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الناشر- المجمع العلمي العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت-لبنان، بدون تاريخ نشر، الجزء الرابع.
86. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر العربي للمطبوعات، بدون تاريخ النشر.
87. عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، 1971.
88. عبد السلام كلاف، رقابة الدولة على قطاع التأمين، الطبعة الأولى، 1995.
89. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994.
90. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية عبد الكريم الأردبيلي، منشورات مكتبة أمير المؤمنين، قم-إيران، ط1، 1408هـ.
91. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية.
92. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، الناشر-مؤسسة الرسالة ناشرون بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
93. عبد الله حداد، القانون الإداري المغربي على ضوء القانون المحدث للمحاكم الادارية مجلس القضاء الإداري المغربي، بدون دار نشر، المغرب.
94. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول في مصادر الالتزام.
95. عبد المحسن فضل الله، الإسلام وأسس التشريع، دار الأضواء، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1407هـ-1987م.
96. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة طبع.
97. عبد الهادي الفضلي، خلاصة المنطق، مطبعة شريعت، قم، 1425هـ.
98. عبود صالح التميمي، شرح قانون التنفيذ رقم (45) لسنة 1980، مطبعة الخيرات. بغداد، ط 1، 2000.
99. عدلي أمير خالد وأميرة عدلي أمير، الجامع في التعليق على قانون العقوبات، الناشر-منشأة المعارف بالاسكندرية، 2009.
100. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الإثبات، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الحادية عشر، 2009.
101. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، الناشر-المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية-مصر، الطبعة الثانية، 2012.
102. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2012.
103. علاء الدين بحر العلوم، الميراث وأحكامه، منشورات-مؤسسة مدينة العلم الخيرية الثقافية، النجف الشرف، بدون تاريخ طبع.

قائمة المصادر والمراجع

104. علاء صبري التميمي، نشر وتوزيع مكتبة صباح، بغداد، ط2009،
105. علي سكيكر، تحقيق الدعوى الجنائية وإثباتها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.
106. عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الجزء الثاني، منشورات دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
107. عوض محمد تعليقات على أحكام القضاء – دراسة نقدية لبعض أحكام محكمة النقض دار الشروق، 2017.
108. فاضل الصفار، أصالة الصحة، الناشر-دار العلوم للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية-المنطقة الشرقية، القطيف، الطبعة الأولى، 2008.
109. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني (قانون المرافعات المدنية والتجارية)، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
110. فريد فتیان، مقدمة القانون المدني.
111. كاملة محمد، العدالة من تاريخ القانون والقانون الدولي الأساسي، دراسة فلسفة القانون.
112. كمال الحيدري، الفلسفة، شرح كتاب الأسفار الأربعة، الآليات بالمعنى الأعم، تقرير الشيخ قيصر التميمي منشورات دار فرقد، قم-إيران، الطبعة الأولى، 2008.
113. كمال الحيدري، المذهب الذاتي في نظرية المعرفة، طبعة دار الهادي، بيروت-لبنان، 2004.
114. كمال الحيدري، معالم التجديد الفقهي،.
115. لويس معلوف، المنجد في الإعلام، الناشر-مؤسسة انتشارات دار العلم، قم-إيران، الطبعة الأولى، 1348هـ.
116. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، المكتبة البغدادية بغداد، 1973.
117. مجيد حميد العنبيكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل العراقية، بغداد، 1990.
118. محمد أحمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني،.
119. محمد الخضري بك، تاريخ التشريع الإسلامي، المكتبة التجارية الكبرى، التوزيع دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1387هـ-1967م.
120. محمد باقر الصدر، اقتصادنا، دار التعارف للمطبوعات، بيروت-لبنان، بدون تاريخ طبع.
121. محمد باقر الصدر، المعالم الجديدة للأصول، ط مؤسسة الهدى الدولية للنشر والتوزيع، ط 1421، إيران.
122. محمد باقر الصدر، بين النجف وشيعة العالم، منشورات دار النهار بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، شباط 1998..

قائمة المصادر والمراجع

123. محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، الناشر-مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر-قم-إيران، الطبعة الثانية، 1424، المجلد الأول.
124. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، الناشر ذوي القربى، قم، إيران، ط1، 1428.
125. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقهاء المقارن، دار ابن حزم، بيروت-لبنان ط1، 2006.
126. محمد تقي مصباح اليزدي، دروس في العقيدة الإسلامية، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت-لبنان، 2008.
127. محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق، الجزء السادس، الناشر مؤسسة انصارين للطباعة والنشر، قم-إيران، الطبعة السابعة، 1385هـ-ش-1428هـ ق، 2007م.
128. محمد جواد مغنية، فقه الإمام الصادق، الجزء الرابع، الناشر مؤسسة انصارين للطباعة والنشر، قم-إيران، الطبعة السابعة، 1385هـ-ش-1428هـ ق، 2007م.
129. محمد حسام محمد لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، القاهرة، ط 6، 2006.
130. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمار، 1985،
131. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، تحقيق الشيخ محمد الساعدي، الجزء الثالث، الناشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران-إيرفان، الطبعة الأولى، 1425هـ-2004م.
132. محمد حسين منصور، المدخل القانوني، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط1، 2010.
133. محمد رضا الموسوي الكليبيكاني، وسيلة النجاة، الناشر-مؤسسة النور للمطبوعات، بيروت-لبنان، الطبعة الثالثة، 1992م، الجزء الثاني.
134. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة من الفقهاء المدني والإسلامي.
135. محمد عبد الرحمان البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، مصر، ط1، 1988.
136. محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول.
137. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، الجزء الأول، سنة 1983.
138. محمود الهامشي، بحوث في علم الأصول، تقارير السيد محمد باقر الصدر، الطبعة الخامسة، 1997، الجزء الرابع.
- محي هلال السرحان، أدب القضاء للماوردي، ج1، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971. 139.
140. مسعود بن فلوسي، مدرسة المتكلمين ومنهجها في دراسة علوم أصول الفقه، الناشر-مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية-الرياض، الطبعة الأولى، 2004.
141. مصطفى إبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986.

قائمة المصادر والمراجع

142. مصطفى إبراهيم الزلمي، مجموعة الأبحاث العلمية الشرعية والقانونية، الناشر-منظمة طبع ونشر الثقافة القانونية، أربيل-العراق، 2010.
143. مصطفى أبو زيد فهبي و ماجد راغب الحلو، الدعاوى الإدارية دعاوى الإلغاء دعاوى التسوية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
144. مصطفى الجمال ونبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 2، 2002.
145. مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، والمدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة.
146. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة مستحدثة، 2010.
147. مصطفى عليوة فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الثاني صياغة وتفسير التشريعات، نشر دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
148. مرتضي الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت لبنان.
149. مناع القطان، مباحث في علوم الحديث، مكتبة وهبه، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1428هـ-2007م.
150. منذر الشاوي، مذاهب القانون، سلسلة الثقافة القانونية، بغداد، 1986.
151. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مكتب الرواد للطباعة، بغداد، العراق، 1991.
152. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلد الأول.
153. منير عدنان القطيفي، الرافد في علم الأصول، محاضرات السيد علي السيستاني.
154. نبيل إسماعيل عمر الحكم القضائي – دراسة لبعض الجوانب الفنية للحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
155. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
156. نبيل إسماعيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
157. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية التجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
158. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مطبعة الإسكان العسكرية، الطبعة الثانية، 1987.
159. هني دويدار، مبادئ قانون المشروع الرأسمالي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1994.

قائمة المصادر والمراجع

160. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
161. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دمشق، سوريا، ط2009، 1.

د - الرسائل والمذكرات

* رسائل الدكتوراه

1. بدر خان عبد الحكيم إبراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984.
2. بوبشير محند أمقران، انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
3. عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني-دراسة أصولية مقارنة- أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة2005.
4. محفوظ الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية2008-2009.
5. محمد شريف أحمد، نظرية النصوص المقدمة، رسالة دكتوراه في القانون، بغداد، 1979.

* مذكرات الماجستير

1. ابتسام فاطمة الزهراء شقاف، دور القاضي الإداري في بناء القاعدة القانونية، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الإداري المعمق، جامعة تلمسان، سنة2015-2016، .

هـ- خامسا- المقالات

1. أحمد كمال أبو المجد، " دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي و القانوني في مصر "، الجزء الثاني، مجلة الدستورية العدد02، السنة الأولى، سنة2003،
2. أحمد محمد بخيت، "فقه القاضي في الإسلام"، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، سنة2006،
3. إدريس بن المحجوب، " دور المجلس الأعلى في التوحيد و تحقيق الأمن القانوني "، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد8، سنة2009،
4. افية عبد الجبار علي، " تأصيل دور القاضي في تكوين القاعدة القانونية "، مقال منشور، كلية الحقوق، جامعة بغداد.
5. بوبشير محند أمقران، " تغير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق "، مجلة المحاماة، تصدرها منظمة المحامين ناحية تيزي وزو، الجزائر، العدد 02، سنة2004، مقال منشور على الرابط الإلكتروني، http://manifest_univ-ouargla.dz
6. دلال لونش، فتحية بوغقال، " الأمن القضائي بين ضمانات التشريع و مخاطر الاجتهاد "، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة.

قائمة المصادر والمراجع

7. حشمون مليكة، " الاجتهاد القضائي في القانون "، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، العدد 4، مارس 2013.
8. صلاح الدين الناهي، " من معضلات التفسير القضائي "، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الثالث، سنة 1977، .
9. عبد الرحمان للمتوني، " الاجتهاد القضائي و الأمن القانوني "، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 46، المغرب، 2014.
10. عبد المجيد غميحة، " مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي "، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسبية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، 2008. منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد: 42، المغرب، ماي 2009.
11. عبده غصوب، " إسترداد القرار القضائي في الاجتهاد اللبناني، الحديث نحو تغليب الحقيقة على الشكل "، مجلة العدل 1. 2004.
12. عجالي خالد، " دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني "، العدد الثالث، مجلة البحوث القانونية والسياسية، سعيدة، الجزائر.
13. علي عبد الله العرادي، " دور الاجتهاد القضائي في تعزيز و تطوير القانون الإداري "، بحث مقدم في مؤتمر لرؤساء المحاكم الإدارية، بيروت، 2001.
14. حامد زكي، " التوثيق بين القانون والواقع "، ج 2، مجلة القانون والاقتصاد، مصر، س 2، ع 2.
15. حسين فريجة، " الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه "، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي التي تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، مجلد 1 رقم 1، متوافرة على الرابط الإلكتروني التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/124/1/1/11706>
16. عزيز جواد هادي الخفاجي، " القوة الملزمة لقرارات محكمة التميز الاتحادية "، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، المجلد 02، العدد 01، 2010.
17. محمد عبد النباوي، " تعميم الاجتهاد القضائي مساهمة في خدمة العدالة "، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، مجلة فصلية تعني بالدراسات القانونية و العمل القضائي، مراكش، المغرب، العدد الثاني، ماي 2011.
18. هنري كابيتان، " دور القضاء في تطوير القانون ومهنة الفقه في دراسة الأحكام "، ترجمة عباس الصراف، منشور في مجلة، العدد 02، 1957.
19. يسرى محمد العصار، " الحماية الدستورية للأمن القانوني "، مجلة الدستورية، العدد الثالث، 2003.

و- محاضرات ووثائق

1. مجيد حميد العنبيكي، محاضرات في التفسير القانوني، أقيمت على طلبة المعهد القضائي، السنة الثانية 2002-2003.

قائمة المصادر والمراجع

2. تقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي، الصادر سنة 2006

ز- المعاجم

1. إبراهيم حسين سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، الجزء الثاني.
2. إبراهيم سرور، المعجم الشامل للمصطلحات العلمية والدينية، الطبعة الأولى، 2008، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، الجزء الأول.
3. أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الخامس، دار الفكر، 1999، بيروت.
4. حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، الناشر مكتبة لبنان - بيروت، الطبعة الثالثة، 1980،
5. محمد صنقور علي، المعجم الأصولي، الجزء الثاني.
6. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط.

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية

أ- - القرارات القضائية الأجنبية

1. cass.civ.2.du6 avril 1987.N° de pourvoi : 85- 16387.bull. 1987 II N° 86.
2. trib. civ ,seine lere chambre 5 , dec , 1952, j ;c ;p 1953, 2,7371 note vedel.
3. 2 ;8619 note c,a, paris,lere chambre, 2 fevrie, 1955, j,c,pesmein : gazette du palais 1955, n,i,p,169, conel, dupin
4. giry,d,1957,34,conel, lemoine, r,d,p,1958, p 298 note waline, j,c,p, 1956, 2,9681, note esmein
5. cass.civ. 2éme 08 juillet 2004 N° de pourvoi : 03- 14717 Bull.civ.2004 II n° 361 p.306. rev. Assurance.2004.933. Obs. kullmann.
6. cass.civ. 1 21 mars 2000 N° :98- 11982.Bull.2000 I N° 97 p.65.D.2000.593.Obs.Atiat.
7. décision n° : 98-404. 18 decembre1998. Cité par olivier d de lamothe.
8. cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du 9 octobre 2001 N° 249.
9. décision n° : 99-416.26 juillet 1999.
10. décision n° : 84-165.20 janvier 1981
11. décision n°2000-435.7 decembre 2000..
12. Cass.civ.2 ,du 29 janvier 2015 N° de pourvoi : 13 – 25669.Le : 09/03/2017.
13. Cass. civ. 1ére ,11 juin 2009 arrêt n. 688 (07 – 14.932) D.2009 AJ1757 .
14. Cour de cassation assemblée plénière Audience publique du 23 janvier 2004 n° de pourvoi :03– 13617. Bulletin 2004 A.P N° 2.
15. Cass. Civ.3 ,du 27 février 2002 n° de pourvoi : 00 – 17902 Bulletin 2002 III n° 53 .
16. Cass.civ.2. , du 29 janvier 2015 n° de pourvoi : 13 - 25669. Precearrête .
17. Cass. Civ.2éme 08 juillet 2004. N° de pourvoi : 03 – 14717.
18. Cour de cassation chambre civile 1 ,Audience publique du 9 octobre 2001 n° de pourvoi :00 – 14564.Bulletin 2001 I n°249.

ب- الأطروحات

19. Frédéric Zenati, les divergences de jurisprudence , sous – direction : Pascal Ancel Marie – claire rivier , université de saint – etienne. Collection, 2003.
20. Maiwenn Tascher, Les revirements de jurisprudence de la cour de Cassation. Thèse pour le doctorat en droit privé , université de France – comté – Besancon. Faculté de droit 2011.
21. M. SALUDEN, le phénomène de la jurisprudence : etude sociologique, thesedactyl. Paris II , 1983..

ج- الكتب

22. Ambroise Colin et Henry Capitan, traite de droit civil, réfondu par Lean Julliot, de la morondur, Dalloz, Paris, 1957, tome 1.
23. CABRILLAC ,Introduction générale au droit cours, Dalloz, 4éd., 2001.
24. C. Atias le rabat d'arrêt : de la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge, Dalloz.
25. F.Terré, introduction générale au droit, Précis Dalloz, 6ème éd. ,2003.
26. M.DUONG ,les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau , D., 2010.
27. N.MOLFESSIS , doctrine de la cour de cassation et reconnaissance des précédents.
28. Pierre MIMIN, le style des jugements ,librairies techniques libraire de la cour de cassation 1962.
29. Vincent Heuzé. A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité, La semaine juridique , édition générale lexisNexis, 2005.
30. Y.Gautier ,Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil , Recueil Dalloz, 2004.

* المقالات

31. Vignon – Barrault « les difficulté de compréhension d'un arrêt : point de vue du lecteur » ,LPA. 25 janv.2007.
32. G.Canivet et N.Molfessis,« les revirements de jurisprudence vaudront – ils pour l'avenir ? »,JCP, G., 2004.
33. Olivier Dutheillet de Lamothe ,la sécurité juridique le point de vue du juge constitutionnel l'expérience du conseil constitutionnel français, les petites affiches la loi , le quotidien juridique .« . <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.consulté : le 24/12/2009 ».
34. S. tourneaux « l'obiterdictum de la cour de cassation », RTD. civ. .2011.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكرو تقدير

إهداء

قائمة المختصرات

1 مقدمة

الباب الأول: الإطار النظري للاجتهاد القضائي

الفصل الأول: ماهية الاجتهاد القضائي

6 المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

6 المطلب الأول: تحديد معنى الاجتهاد القضائي

7 الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي و خصائصه

12 الفرع الثاني: تميز الاجتهاد القضائي عما يشابهه

20 المطلب الثاني: نطاق الاجتهاد القضائي

20 الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في القاضي المجتهد

22 الفرع الثاني: حالات الاجتهاد القضائي

26 المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي في النظم القانونية الحديثة

27 المطلب الأول: الاجتهاد في النظام القانوني الانجليزي

29 المطلب الثاني: الاجتهاد في النظام القانوني الفرنسي

31 المطلب الثالث: مقارنة بين النظامين الفرنسي والانجليزي

34 المبحث الثالث: مبدأ السوابق القضائية وموقف التشريعات منه

34 المطلب الأول: موقف التشريع العراقي من مبدأ السوابق القضائية

38 المطلب الثاني: موقف التشريع المصري من مبدأ السوابق القضائية

40 المطلب الثالث: التمييز بين مبدأ السوابق القضائية ومبدأ حجية الأحكام القضائية

43 المطلب الرابع: موقف التشريع الإسلامي من مبدأ السوابق القضائية

45 المبحث الرابع: الرقابة على الاجتهاد القضائي وموقف التشريع الإسلامي منها

45 المطلب الأول: الرقابة على الاجتهاد القضائي

الفصل الثاني: الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي أو غيابه

المبحث الأول: مفهوم النص التشريعي والتنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان والمكان.....	52
المطلب الأول: مفهوم النص التشريعي	52
المطلب الثاني: التنازع بين القوانين (النصوص التشريعية) من حيث الزمان والمكان وموقف الفقه الإسلامي منه	55
الفرع الأول: التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان	55
الفرع الثاني: التنازع بين النصوص التشريعية من حيث المكان	61
الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من مسألة التنازع بين النصوص التشريعية.....	64
المبحث الثاني: التعارض بين النصوص التشريعية وموقف الفقه الإسلامي منه	67
المطلب الأول: مبدأ التدرج التشريعي	68
المطلب الثاني: التعارض بين النصوص التشريعية.....	70
المطلب الثالث: مسألة تعارض الأدلة عند الأصوليين.....	73
المبحث الثالث: شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي وتحديد ماهية المصادر.....	74
المطلب الأول شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي	74
المطلب الثاني: تحديد ماهية المصادر التي يعمل بها القاضي غير النص التشريعي.....	76
الفرع الأول: العرف	76
المطلب الثاني: مبادئ الشريعة الإسلامية	91
الفرع الأول: مفهوم الشريعة الإسلامية	91
الفرع الثاني: تقنين الفقه الإسلامي	91
الفرع الثالث: التقنين في عهد القوانين المدنية.....	100
الفرع الرابع: موقف الفقه والقضاء من مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر الحكم القضائي	109
المطلب الرابع: قواعد العدالة	124
الفرع الأول: مفهوم العدالة	125
اولا / مفهوم العدالة لدى الفلاسفة والفقهاء الوضعيين	126
ثانيا/ مفهوم العدالة في عصر النهضة الأوروبية	129
ثالثا/ مفهوم العدالة لدى الفقهاء المسلمين	134

الباب الثاني: الإطار التطبيقي للاجتهاد القضائي

- 139..... الفصل الأول: الاجتهاد القضائي بين خلق القاعدة القانونية وتفسيرها
- 140..... المبحث الأول: دور الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية
- 140..... المطلب الأول: مدى اعتبار الاجتهاد القضائي مصدرا للقانون
- 141..... الفرع الأول: سلطة القاضي في البحث العلمي الحر
- 148..... الفرع الثاني: قواعد العدالة كمبرر لاجتهاد القاضي لخلق القاعدة القانونية
- 158..... المطلب الثاني: مدى مساهمة الاجتهاد في خلق القاعدة القانونية
- 158..... الفرع الأول: فاعلية الاجتهاد القضائي في خلق القاعدة القانونية في النظام الجزائري
- 162..... الفرع الثاني: فاعلية الاجتهاد القضائي في خلق النصوص القانونية في النظام الفرنسي
- 167..... المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية
- 167..... المطلب الأول: مدى الإلزام في التفسير القضائي
- 168..... الفرع الأول: مقومات التفسير القضائي
- 169..... الفرع الثاني: القوة الملزمة للتفسير القضائي
- 172..... المطلب الثاني: بعض التطبيقات عن دور الاجتهاد القضائي في تفسير النصوص القانونية
- 173..... الفرع الأول: مساهمة الاجتهاد القضائي في تفسير أدلة الإثبات
- 177..... الفرع الثاني: مساهمة الاجتهاد القضائي في تفسير العقود
- الفصل الثاني: أثر العدول في الاجتهاد القضائي على تحقيق الأمن القانوني
- 186..... المبحث الأول: مفهوم العدول عن الاجتهاد القضائي
- 186..... المطلب الأول: تحديد معنى العدول في الاجتهاد القضائي
- 186..... الفرع الأول: تعريف العدول و حالاته
- 189..... الفرع الثاني: تعيّن العدول عن الاجتهاد القضائي عما يشابهه من أفكار قانونية
- 198..... المطلب الثاني: موقف الأنظمة المقارنة من مبدأ العدول عن الاجتهاد القضائي
- 198..... الفرع الأول: موقف النظامين الجزائري و العراقي من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي
- 204..... الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية الأخرى من مبدأ العدول في الاجتهاد القضائي
- 212..... المبحث الثاني: العدول في الاجتهاد القضائي بين تحقيق الأمن القانوني و المساس بالحقوق المكتسبة

212.....	المطلب الأول: تحديد معنى الأمن القانوني و تأثيره بالاجتهاد
213.....	الفرع الأول: تحديد معنى الأمن القانوني
219.....	الفرع الثاني: تأثير الاجتهاد القضائي على مبدأ الأمن القانوني
224.....	المطلب الثاني: مدى مساهمة مبدأ العدول إيجابا و سلبا في تحقيق الأمن القانوني
225.....	الفرع الأول: العدول في الاجتهاد القضائي كآلية لتحقيق الأمن القانوني
230.....	الفرع الثاني: خطر العدول في الاجتهاد القضائي على تحقيق الأمن القانوني
233.....	خاتمة
238.....	قائمة المصادر والمراجع

فهرس المحتويات

ملخص

الاجتهاد القضائي إجمالاً يعد إعمالاً للقاعدة القانونية، مهما كان مصدرها، بعد تحليلها بقصد تأويلها، لتطبيقها على الوقائع المعروضة على القاضي لإيجاد حل عادل يحكم النزاع القائم، وبذلك تتجسد فرضية علاقة بين جهد القاضي و النص محل الإعمال كأساس للقول بأثر الاجتهاد القضائي على التشريع لتأكيد المصدرية الرسمية للاجتهاد القضائي للقانون. أما تفصيلياً فإنه مفاهيم ومناهج واثار متعددة تعبر عن الجهد الخلاق الذي يقوم بهذا الجهاز العريق الذي تنازلنا على الكثير من حرياتنا وحقوقنا بغية الوصول الى تسوية المنازعات التي تسود بيننا والتي تعجز النصوص عن وضع حلول استشرافية لها.

Résumé :

La jurisprudence judiciaire en général est une mise en œuvre de la règle de droit, quelle que soit sa source, après l'avoir analysée en vue de l'interpréter, de l'appliquer aux faits présentés au juge pour trouver une solution juste qui régit le litige existant. Quant aux détails, il contient divers concepts, méthodes et effets qui expriment l'effort créateur mené par cet appareil ancien, qui nous a renoncé à bon nombre de nos libertés et droits afin de parvenir à un règlement des différends qui prévalent entre nous et pour lesquels les textes sont incapables de développer des solutions d'avenir

Abstract :

Judicial jurisprudence in general is an implementation of the legal rule, whatever its source, after analyzing it with the intention of interpreting it, to apply it to the facts presented to the judge to find a just solution that governs the existing dispute. Official case law. As for the details, it contains various concepts, methods and effects that express the creative effort that is carried out by this ancient apparatus, which gave us up on many of our freedoms and rights in order to reach a settlement of the disputes that prevail between us and for which the texts are unable to develop forward-looking solutions.