

مساهمة القضاء في صنع القاعدة القانونية: رؤية قانونية

The Contribution of the Judiciary in Shaping Legal Norms: A Legal Perspective

وريدة إفتيسان*

كلية الحقوق، جامعة لونيبي علي البلدية 02، مخبر القانون والعقار، الجزائر،
eo.iftissen@univ-blida2.dz

تاريخ الاستلام: 2024/09/15؛ تاريخ القبول: 2024/12/03؛ تاريخ النشر: 2024/12/22

ملخص:

يلعب القضاء دوراً فعالاً في الحياة القانونية، بلغ درجة صنع القانون، فهذه الفكرة الأخيرة لم تعد فلسفية، إنما أضحت واقعا ملموسا، بدليل أنّ الاجتهاد، يُكرس فهماً ديناميكياً للقانون، يتكيف مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ويسد الفجوات القانونية.

تهدف الورقة البحثية إلى تبيان دور الاجتهاد القضائي في تطوير القانون، من خلال تحديد وتوضيح المبادئ القانونية وتقديم تفسيرات جديدة قد تؤدي إلى تغييرات في فهم وتطبيق القوانين.

كلمات مفتاحية: الاجتهاد القضائي؛ القانون؛ التطور؛ العدول عن الاجتهاد القضائي؛ خطورة العدول.

Abstract:

The role of the judiciary in legal life is active, reaching the point of lawmaking. This idea is no longer merely a philosophical concept; it has become a tangible reality in recent times. As evidence, jurisprudence establishes a dynamic understanding of the law, adapting to social and economic developments and filling legal gaps.

The research paper aims to demonstrate the role of judicial precedent in the development of the Law by identifying and clarifying legal principles and offering new interpretations that may lead to changes in the understanding and application of laws.

Keywords: Judicial Precedent; Law; Development; Reversal of Judicial Precedent; Risks of Reversal.

المقدمة:

يعد الاجتهاد القضائي، أحد المصادر التفسيرية المهمة في القانون، ويُشير إلى الأحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم قصد تفسير أو تطبيق نصوص القانون. ويعكس كيفية تطبيق القوانين، وإخراج النصوص من الجانب النظري إلى الجانب التطبيقي الملموس.

لا يُعتبر الاجتهاد القضائي مصدرًا رئيسيًا للقانون بالنسبة للدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، على عكس الدول التابعة للنظام الأنجلوساكسوني. ومع ذلك، فإن المحاكم العليا تلعب دوراً كبيراً في توجيه المحاكم الأدنى لإرساء مبادئ قانونية جديدة، بناءً على تفسيرها للنصوص القانونية. فالاجتهاد، يُكرس فهماً ديناميكياً للقانون، يتكيف مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية، ويسد الفجوات القانونية.

وتأسيساً على ذلك، ونظراً لأهمية موضوع الدراسة، غدا بالإمكان رؤية أهم التحديات التي يواجهها نصوص القانون، اليوم وبشكل واضح نتيجة تطوّر مكانة الاجتهاد القضائي ضمن الأنظمة القانونية في العالم، بصورةٍ أفرزت العديد من الحلول وكذا الإشكالات في آن واحد؛ أبرز هذه الإشكالات:

فيم يتمثل دور القضاء ومدى مساهمته في تطوير نصوص القانون؟

إنّ الإجابة عن الإشكالية أعلاه تفرض اتّباع المنهج الاستقرائي؛ الذي يدمج بين مقتضيات المنهج الوصفي، من خلال رصد وضبط بعض المفاهيم، والأسس، والمصطلحات، التي تلعب دوراً في وضع إطار مفاهيمي متكامل لموضوع الدراسة. كما يتخلّله مقوّمات المنهج التحليلي. معتمدين في ذلك على التقسيم الثنائي للموضوع.

المبحث الأول: تأملات قانونية حول مضمون الاجتهاد القضائي

يحتلّ الاجتهاد القضائي مكانة مرموقة ضمن مصادر القانون، فقد لعب ولا يزال يلعب

دوراً في غاية الأهمية، ينحصر في تطوير القواعد القانونية⁽¹⁾، من خلال احتكاكه بالتغيرات اللاحقة بالمجتمع، والسعي نحو مواكبة ومسيرة التطورات الاجتماعية، والاقتصادية التي يشهدها. ولا يمكن إنكار الفضل الكبير للقضاء في استخلاص بعض المبادئ القانونية الحديثة.

الاجتهاد القضائي هو العملية التي يتبعها القضاء في تفسير وتطبيق النصوص القانونية باختلافها، أي تلك العملية الهادفة إلى توجيه قرارات القضاء عملاً واستناداً إلى المبادئ القانونية والأحكام السابقة، وهو ما يساهم في توحيد وتفسير القانون بطريقة تتماشى مع العدالة والمصلحة العامة.

المطلب الأول: خصوصية الاجتهاد القضائي

يشمل الاجتهاد القضائي تفسير القوانين، وكذا تطبيقها على وقائع محددة، أو حتى ملء الفراغات القانونية عندما لا توجد نصوص واضحة في القانون، ونظراً لأهميته حضي باهتمام كبير لدى الفكر القانوني وحتى القضائي.

يتميز الاجتهاد القضائي بجملة من الخصائص أهمها:

الفرع الأول: عمومية الاجتهاد القضائي

يتميز الاجتهاد القضائي بالعمومية، ومفاد ذلك أن الاجتهاد القضائي لا يقتصر على جهة قضائية معينة دون غيرها، فكثيراً ما يعتقد بعض الحقوقيين أن الاجتهاد القضائي عمل من أعمال المحكمة العليا دون غيره، وهذا غير صائب فكل عمل أو تأويل للقاعدة القانونية من قبل القاضي، سواء في أولى الجهات القضائية المحكمة الابتدائية أو المجلس القضائي باعتباره جهة استئناف أو بالنسبة للمحكمة العليا باعتبارها محكمة نقض وكأعلى جهة نقض في سلم التقاضي.

فان كل هذه الجهات لها الحق في الاجتهاد على حسب حيثيات ووقائع القضية المطروحة عندهم. ولا نقصد بالعمومية هنا تلك الصفة أو الخصوصية المنسوبة إلى القاعدة القانونية بانها قاعدة عامة ومجردة وملزمة، فهذا المفهوم الأخير لا ينطبق على الاجتهاد القضائي.

(1)- عجالي خالد، "دور الاجتهاد القضائي في إرساء الأمن القانوني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2014، ص 398.

الفرع الثاني: تلقائية وديناميكية الاجتهاد القضائي

يتميز الاجتهاد القضائي بالتلقائية، ونقصد بهذه الميزة أن الاجتهاد القضائي لا يتطلب لنشأته مرور مدة زمنية أو تكراره لاستقراره بل قد يصدر قوانين تتضمن حلاً قانونياً مستجداً وحاسماً وعلى الرغم من ذلك يبقى الاجتهاد قضائياً؛ فالتكرار ليس شرطاً لنشأته.

ويضفي الاجتهاد القضائي على القانون طابعه العملي، ويحدّد مداه، وأبعاده، كما يساهم في خلق القواعد القانونية، فهو بذلك، بمثابة المصدر المغذّي للنظام القانوني⁽¹⁾، أدرجته بعض الدّول ضمن مصادر القانون⁽²⁾. فالقاضي، يعدّ الموظف الأول الذي يقع عليه عبء تطبيق القانون، ومادام القضاء بطبيعته محتك بالواقع، فإن القاضي ملزّم عليه متابعة هذا التطوّر وملابساته، وهو ما يشير إلى كونه أول من يحسّ بالحاجة إلى التّغيير أو التّعديل⁽³⁾.

وفي ذات السّياق؛ وُصف القاضي بأنّه: "كلام القانون الحي"⁽⁴⁾ بمعنى أنّ القضاء يمنح للقواعد القانونية الحياة، خاصّةً وقت الأزمات، حتّى قيل أنّ القضاء هو المشرّع وقت الأزمات⁽⁵⁾. فكلّما عجز القانون عن تقديم حلول خاصّة لكلّ واقعة، يحضر القضاء ليفصل في القضايا المطروحة أمامه؛ بتقديم حلولاً جديدة للقاعدة القانونية القديمة، وإعادة إحيائها من جديد، من خلال تكييفها مع الوقائع المستحدثة. فالقانون الحي، هو ذلك الذي تصل إليه الجهات القضائية على اختلاف درجاتها.

ويرتبط القانون بفكرة القضاء، بالنّظر إلى الطّابع الحمائي الذي يتميز به هذا الأخير،

(1)- قليل علاء الدين، "الاجتهاد القضائي والأمن القضائي: بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلّد 13، العدد 02، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص 318.

(2)- انظر مضمون الفقرة 03، من المادة 01 من القانون المدني العراقي، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf> تم الاطلاع عليه: 11 جانفي 2023، على الساعة 15:00.

(3)- حامد شاكر محمود الطائي، حامد شاكر محمود الطائي، "دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، كآية القانون، جامعة المستنصرية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.iasj.net/iasj/download/b470f2618a1477d0> ص 19، تمّ الاطلاع عليه: 13 جوان 2023، على الساعة 23:00، ص 03.

(4)- نقلاً عن: حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2016، ص 19.

(5)- أوراك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصّص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص 202.

والمتمثل في السّهر على تطبيق القانون. كما أنّه إذا كانت القاعدة القانونية تتميز بالطابع الواقعي باعتبارها أداة للتنظيم والضبط؛ إلّا أنّها تلعب دوراً آخرًا، أنّها قاعدة قانونية كفيلة بحل نزاع الأطراف. وهنا يبرز دور القضاء في الكشف والوصول إلى التطبيق الصحيح والسليم للقانون، ممّا يعزّز حماية أكثر للأمن القانوني.

المطلب الثاني: مساهمة القاضي في تطوير القانون

يرى الفقيه كاربوني (CARBONNIER) أنّ القاضي أثناء بحثه في القاعدة القانونية لاستخلاص الحكم الأنسب يعدّ بذلك؛ "مشرعاً من نوع خاص (Un légistateur particulier)"⁽¹⁾ والقاضي في نظر آخرين، له الصّلاحية في تفضيل حلّاً معيناً على واقعة ما، دون غيره⁽²⁾. فالاجتهاد القضائي يشكّل بمجمله، أحد الحلول النّاجعة لتفادي القصور التّشريعي، فهو الأداة الأكثر حفاظاً على حقوق وحريات الأفراد، استناداً إلى نصّ المادّة 157 من دستور لسنة 2016⁽³⁾.

يساهم الاجتهاد القضائي في تطوير القانون، من خلال تحديد وتوضيح المبادئ القانونية وتقديم تفسيرات جديدة قد تؤدي إلى تغييرات في فهم وتطبيق القوانين.

ضف على ذلك؛ فإن الاجتهاد القضائي يساهم في تطوير وخدمة القواعد القانونية، باعتبار أنّ القاضي بمثابة اليد اليمنى للمشرّع. فإذا كانت القاعدة القانونية تتميز بخصوصيات عدّة، ولعلّ أهمّها أنّها؛ عامّة ومجردة، إلّا أنّه، ومن جهةٍ أخرى، فلا تستطيع تقديم، أو الوصول إلى الحلول الفردية لشقّي النزاعات. إنّما ذلك يبقى وظيفة القضاء.

وعند تطبيق النصوص التشريعية يقوم القاضي بالاجتهاد في حالتين، عند غموض وإبهام النص أو في حالة سكوت النص عن معالجة المسألة.

الفرع الأول: الاجتهاد داخل النص

يجتهد القاضي في هذه الحالة عندما يكون النص غير واضح وليس له معنى محدد إنما يحتمل أكثر من معنى ففي هذه الحالة وجب عليه الاجتهاد في فهم النص وتحديد

(1)- أشارت إلى رأي الفقيه، حليبي علاوة، المرجع السابق، ص135.

(2)- FAVENNEC-Héry Françoise, La sécurité juridique en droit du travail, Lexisnexis, Paris, 2013, Op-Cit, p30.

(3)- راجع مضمون المادّة 157 من دستور الجمهورية الجزائرية لعام 2016.

معناه⁽¹⁾، وهو فعلا ما يؤدي إلى الاختلاف بين الاجتهادات القضائية تبعا لاختلاف القضاة في فهمهم للنصوص القانونية وتفسيرها.

فمادام النص التشريعي يحمل أكثر من دلالة ومعنى يقف القاضي أمام إلزامية الاجتهاد لوضع تفسير مقنع ومنطقي للقاعدة القانونية تصل في كثير من الحالات إلى خلق قاعدة قانونية قضائية جديدة واضحة⁽²⁾.

لقد ظهرت نظرية "البحث العلمي الحر" في بداية القرن 20، على يد الفقيه الفرنسي Francois gény، والتي حملت في طياتها أن القاضي له الحق في تكملة نقص التشريع، عن طريق مجهوده العقلي المتمثل في البحث العلمي الحر للوصول إلى الحل القانوني الواجب التطبيق وفقا للمسار الذي كان سيتبعه المشرع لو انه تصرف بنفسه لحل النزاع⁽³⁾. وتتحقق هذه الحالة، عندما يغفل المشرع عن تنظيم بعض المسائل. فغالبا ما يقوم المشرع بتنظيم بعض المسائل مباشرة ويسكت عن غيرها، فكلما واجه القاضي صمت المشرع يلزم عليه بالاجتهاد لخلق حل قانوني للمسألة محل نزاع قد يصل إلى تقرير مبادئ قانونية جديدة، فيحاول القاضي في هذه الحالة استنباط من نصوص التشريع الحل المناسب للمسألة التي سكوت عنها المشرع مستعينا بذلك بطرق التفسير لاسيما الاستنتاج.

ويسمى سكوت المشرع عن تنظيم بعض المسائل بالحيولة أي الإغفال أو القصور التشريعي، الذي يعد وجها معاكسا للتضخم التشريعي من خلال سكوت المشرع عن معالجة مسألة معينة أو يعالجها معالجة تشريعية ناقصة مما يرتب ثغرات ونقائص مما يفتح المجال للتفسير والاجتهاد وبالتالي عرقلة وصول الحقوق لأصحابها⁽⁴⁾.

بالرجوع إلى الدستور الجزائري فانه قد كرس حق القاضي في تفسير النص القانوني وهذا إن دل على شيء، إنما يدل على الإقرار بوجود قصور في القاعدة القانونية⁽⁵⁾. ولا يقف القاضي عند تفسيره للنصوص التشريعية محددا معانيها فقط، بل في كثير من الحالات

(1)- حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 19

(2)- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون بين التقليد والحدثة)، دار الخلدونية، د.س.ن، ص 497.

(3)- حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 19.

(4)- مازن ليلوراضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة،

2020، ص 105.

(5)- عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 498.

يتخذ من التفسير وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديلها لمواكبة تطور الوقائع. فنصوص التشريع تبقى ثابتة بينما المجتمع يستمر في التطور فتتولد فيه ظروف وأوضاع مادية جديدة فتصبح بذلك النصوص التشريعية - إذا لم تعدل - متخلفة عن مواكبة تطور وتغير المجتمع مما يسمح له في إنشاء قواعد قانونية جديدة.

فغياب الحل القانوني في القاعدة القانونية للأوضاع غير المتوقعة يصبح الاجتهاد القضائي ضرورة حتمية لتحقيق مهمة متلازمة، الفصل في الدعوى من جهة ومن جهة أخرى تحقيق الأمن القضائي.⁽¹⁾ كما أن غياب القاعدة القانونية أمام النزاع المطروح أمام القاضي يجعله ملزماً بالفصل في النزاع ولا يكون ذلك إلا بالاجتهاد أمام حيثيات القضية المطروحة أمامه وغير المتوقعة من قبل القانون من خلال خلق قاعدة قانونية للنزاع أمامه. ولا نعتبر القاضي في هذه الحالة قد تمرد عن المشرع، أو تجاوز حرم السلطة التشريعية إنما يسمح لنا بالقول إن القاضي في هذه الحالة قد أبدع قاعدة قانونية واستقر عليها، لاسيما أنه ملزم بالفصل في النزاع.⁽²⁾

ومن تطبيقات القضاء على مسالتي سكوت ونقص التشريع عن تقديم الحلول للمسائل المثارة أمام قضاة الموضوع نذكر على سبيل المثال؛ الاجتهاد القضائي في مجال فرض التزامات قانونية على المحترف من خلال الإقرار بالتزام بالسلامة⁽³⁾ والإعلام⁽⁴⁾ على غرار الاجتهاد الفرنسي. أما من اجتهادات القضاء الجزائري حول مسالة نقص التشريع والسعي لسد الثغرات القانونية ونقائص القانون لاسيما في مجال القانون المدني نذكر على سبيل المثال أن التعامل بالعربون ظاهرة معروفة في المجتمع لاسيما في عقد البيع؛ غير أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكامه إلا بعد تعديل 2005 إلا أن ذلك لم يمنع قضا المحكمة العليا بالحكم به⁽⁵⁾.

(1)- عبد القادر حوبة، اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة، خنشلة، المجلد 08، العدد02، 2021، ص 27.

(2)- المرجع نفسه، ص 25.

(3)-انظر القرار رقم 21830 المؤرخ في 1981/07/01 ن ق عدد خاص ص 125. راجع أيضا: شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ص 552.

(4)-انظر القرار رقم 581228 مؤرخ في 2010/07/22 م م ع 2010 عدد01 ص 161. راجع أيضا: بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 553.

(5)- . انظر القرار رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18 م ق 1997 العدد01 ص 10. راجع أيضا: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 550.

الفرع الثاني: الاجتهاد خارج النص

يتحقق الاجتهاد خارج النص بلجوء القاضي إلى مصادر القانون الأخرى كالشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة للبحث في ما تضمنته من أحكام ومبادئ وأفكار للوصول إلى الحل الملائم للنزاع المعروض أمامه.

وعلى الرغم من اختلاف موضع الاجتهاد القضائي في الدول العربية، بين المصادر الرسمية أو التفسيرية غير الرسمية للقانون إلا أنها من الناحية الواقعية تتمتع بقوة ملزمة تكاد لا تقل عن أهمية ما تتمتع به قواعد القانون الرسمية. كما أن هناك العديد من الاجتهادات القضائية استقرت في النظام القانوني ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة مع إنها ليست قواعد قانونية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للاجتهاد القضائي: لمحة عن بداية التحول

بالرجوع إلى القاعدة العامة التي تقضي أن القاضي مطبق القانون وليس منشئ له، وتطبيقاً للقاعدة الفقهية القائلة لا اجتهاد في ظل وجود نص، نفهم أن القاضي يمنع عليه إصدار حكم بناء على اجتهاد أمام وجود قاعدة قانونية واضحة تحكم النزاع، غير أن القاعدة ليست مطلقة نظراً لقدرة القضاة في خلق القاعدة القانونية.

يتأثر الاجتهاد القضائي بالواقع الاجتماعي والتغيرات التي تطرأ عليه. وقد يؤدي ذلك إلى تفسيرات جديدة للقوانين تستجيب لمتطلبات المجتمع وتحدياته. كذلك تأثير القوانين الجديدة قد تؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي. القضاة قد يضطرون لتفسير وتطبيق النصوص الجديدة، مما يؤدي إلى ظهور اتجاهات جديدة في الاجتهاد القضائي. كما انه ومع مرور الوقت، قد تتغير المبادئ القانونية الأساسية بناءً على التحولات الاجتماعية والاقتصادية. على سبيل المثال، قد يتغير تفسير القوانين لتلبية متطلبات جديدة تتعلق بالحقوق الفردية أو التغيرات الاقتصادية.

المطلب الأول: التذبذب في تحديد طبيعة الاجتهاد القضائي

لقد ساد اختلاف في الفقه القانوني حول فكرة اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً للقانون من عدمه، حيث يرى قضاة المحكمة العليا أن الاجتهاد القضائي يشكل مصدراً رسمياً للقانون، لكن سرعان ما ظهر رأي مناقض يرفض الفكرة السابقة ويؤكد أن الاجتهاد

القضائي لا يمكن أن يكيف إلا على أساس أنه مصدر احتياطي للقانون.

وبالوقوف على طبيعة الاجتهاد القضائي لا بد لنا من لوقوف في ذات الوقت على نطاق أو مجال تدخل القضاء والتميز بين الاجتهاد داخل النصوص القانونية أو الاجتهاد خارج هذه النصوص.

أولاً: الاجتهاد القضائي مصدر احتياطي للقانون

إن القول بأن الاجتهاد القضائي مصدر رسمي للقانون يتعارض مع المبدأ الدستوري القاضي بالفصل بين السلطات. فالسماح للقضاة بخلق قواعد قانونية يعد انتهاكا حقيقيا لصلاحيات السلطة التشريعية ولا يمكن بحال من الأحوال حلول القاضي محل هذه الأخيرة⁽¹⁾.

كما أنه استنادا إلى نص المادة 147 من الدستور: "لا يخضع القاضي إلا للقانون" والمادة 122 من الدستور، فلا يمكن اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقانون بل يعتبر كعون تنفيذي لأعمال السلطة التشريعية.

أما الأستاذ بناسي، فقد أشار إلى ظاهرة حديثة تعرف بالقضائية التصاعدية (Judiciarisation progressive) فالقضاة -حسب اعتقاده- مدعوون إلى التلطيف من بعض الالتزامات، ويساعده في ذلك ظهور ما يسمى بالأنماط القضائية الأخلاقية، أهمها؛ حسن النية، العدالة⁽²⁾، والتي ستلعب أدواراً مميزة في خلق قانون أكثر تمشيا مع العصر الراهن.

الفرع الثاني: الاجتهاد القضائي مصدر رسمي للقانون

يؤكد قضاة المحكمة العليا بأن القضاء مصدر رسمي للقانون⁽³⁾ ويؤسسون رأيهم على أسس قانونية لعل أهمها نص المادة 152 من الدستور والتي أضفت حجية مطلقة ويضفي صفة الإلزامية للاجتهادات القضائية في سبيل إنشاء قواعد قانونية عد بذلك الاجتهاد

(1) - عبد القادر حوبة، المرجع السابق، صص 15-29.

(2) - بناسي شوقي، قانون العقود دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل) - والفقهاء الإسلاميين: ج. 1، عموميات في العقد، بيت الأفكار، الدار البيضاء، 2022، صص 150-151.

(3) - عبد القادر حوبة، المرجع السابق، صص 15-29.

القضائي مصدرا رسميا للقانون.

وبالرجوع إلى التصريحات التي أدلى بها وزير العدل باعتباره المشرف على قطاع العدل في خطابه بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1989، نجده صرح قائلا: "إن دور المحكمة العليا لا يبقى منحصرا في السهر على احترام القانون وتطبيقه عن طريق إصدار الأحكام التي هي بمثابة مجرد قرارات تطبقا للقواعد القانونية بل يهدف أساسا إلى إعادتها لوظيفتها الطبيعية المتمثلة في توحيد القانون وإحداث اجتهاد قضائي ليكون مصدرا هاما للقانون وهذا استجابة لضرورة سد النقص والفراغ في القانون". كما أكد في ذات المناسبة أن: "حركة الاجتهاد القضائي أصبحت مصدرا رسميا وأصيلا للقانون فهي عن طريق تفسير النصوص تساهم في إنشاء قواعد قانونية تسد الثغرات في النصوص التشريعية".

كذلك بالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص... وقواعد العدالة"، وباستقراء مصطلح قواعد العدالة التي يفسرها القضاء على أنها تعني بالدرجة الأولى الاجتهاد القضائي الذي يقوم بتفسير قواعد العدالة بناء على خلق مبادئ وقواعد قانونية⁽¹⁾.

وفي ذات السياق، من الناحية العملية فإن وقف العمل بالاجتهاد القضائي في قضية ما خاصة عند عدم وجود نص يعرض القاضي إلى ارتكاب جنحة إنكار العدالة، ومن جهة أخرى فإن التمسك بالاجتهاد يساهم في خلق القواعد القانونية. كما أن طبيعة القانون الجزائري الحالي يفرض علينا ضرورة تفعيل الاجتهاد القضائي لكون التشريع متناقض وغامض وغير ملم بجميع الفرضيات التي تتطلبها الظروف العامة للمجتمع وهذا ما أسفر إلى قلب الاستثناء قاعدة عامة والأخيرة استثناء فبدلا من تكون القاعدة العامة لا اجتهاد في ظل وجود نص انقلبت القاعدة وأصبح الاجتهاد في مورد النص الذي تحقق لاسيما في ظل اتساع نطاق الاجتهادات القضائية كالآتي⁽²⁾:

الفرع الثالث: الحاجة إلى الموازنة بين رسمية الاجتهاد القضائي والطابع الاحتياطي له

يعد الاجتهاد القضائي وعلى الرغم من اختلاف الفقهي حول قيمته وطبيعته القانونية إلا أنه وبالرجوع إلى رأي الأستاذ عجة الجيلالي الذي نؤيده إلى حد بعيد؛ فإن مسألة تقرير

(1) - عبد القادر حوبة، المرجع السابق، ص.ص 15-29.

(2) - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.ص 534-535؛ عبد القادر حوبة، المرجع السابق، ص.ص 15-29.

رسمية الاجتهاد القضائي من عدمه مسألة واقعية قبل أن تكون فكرة قانونية. وتطبيق القواعد القانونية يبقى في كل الأحوال حبيس الظروف المحيطة بالقاضي والتي تختلف عن كل نزاع كما أن التطورات اللاحقة بالمجتمع يعجز التشريع عن مواكبتها فيبقى القضاء السبيل الوحيد لأن يتأقلم التشريع معها.

ففي حالة ما إذا استغنى الواقع عن الكتابة التقليدية كوسيلة للإثبات واستبدالها بخطوط الكرتونية مثلاً فليس يعني ذلك أن هذه الآلية الأخيرة غير قانونية والا سيتم حرمان الأطراف من الوسائل الحديثة لإثبات حقوقهم مما قد يمس باستقرار المجتمع وأمنه. فكما يقول مونتيسكيو، الحفاظ على أمن المجتمع أولى وأهم من احترام قاعدة تشريعية تجاوزتها الأحداث لكن بقيت سارية المفعول.

وبناء على ذلك فإن هذا ما يدفعنا إلى القول إن الاجتهاد القضائي مصدر رسمي للقانون في المسائل التالية: مسألة أغفلها نص مكتوب أو قانون عرفي ومسألة تمس أمن واستقرار المجتمع وسالة واقعية تتطلب الإنصاف والعدل بغض النظر عن وجود النص أو عدم وجوده⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سلبيات الاجتهاد القضائي: فكرة العدول عن الاجتهاد القضائي وخطورتها

وعلى الرغم من المحاسن والإيجابيات التي حققها الاجتهاد القضائي في كثير من المناسبات إلا أنه ومع ذلك لا يمكن لنا إنكار انه بحاجة ماسة إلى تقويم وتصحيح كبيرين لاسيما في مادة العقود وذلك بالنظر إلى حجم الهفوات المرتكبة والتناقضات الموجودة في بعض القرارات. ونذكر في شأن ذلك، على سبيل المثال:

اعتبار مرض الموت مؤثراً على الأهلية إذ هو يؤدي إلى فقد المتصرف وعيه وتمييزه في حين أن العلة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت هي منع الأضرار بالورثة لتعلق حقهم بأموال المريض وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارات أخرى⁽²⁾. كذلك القرار الذي يعتبر تصرف الواعد في الشيء الموعد به تصرفاً في ملك الغير الذي نظمته المشرع في إطار المواد 71-

(1)- نقلا عن عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، د.س.ن، ص 538.

(2)- شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، المرجع السابق، ص 553.

72 من ق م ج⁽¹⁾ مع أنه من المعلوم أن الوعد لا ينقل الملكية ومن ثم فإن الواعد يتصرف في ملكه وإذا انتقلت الملكية للمتصرف إليه أصبح تنفيذ الوعد مستحيلا وبالتالي يلتزم الواعد بتعويض الموعود له وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارات أخرى⁽²⁾

الفرع الأول: العدول عن الاجتهاد: مقارنة في المفهوم

أكد الفقيه cornu ثلاثة معانٍ لكلمة العدول: تخلي المحاكم بنفسها عن حل كانت تعترف به سابقا، اعتماد حل مخالف لتلك الحلول المعتمدة السابقة، عدول في اتجاه قضائي. أما اصطلاحا فيشير إلى التغيير في الرأي أو الاتجاه من قبل المحكمة وذلك بمناسبة نظر هذه الأخيرة لدعوى منظورة أمامها ويشمل كذلك كل تغيير في تفسير القانون المطبق من قبل القضاء فهو إجراء قضائي مفاده رجوع المحاكم بكافة درجاتها وأنواعها عن مبدأ قانوني استقر عليه القضاء على العمل به لفترة زمنية ما⁽³⁾ عن الاجتهاد القضائي.

بعيدا عن الدور الإيجابي للاجتهادات القضائية لاسيما في الفصل في كل القضايا المطروحة أمام القضاء سواء في ظل وجود نص (إلا أنه غامض) أو في ظل عدم وجود نص، ففي كلا الحالتين يتبن لنا أن الاجتهادات القضائية توجي بنوع من الاستقرار والأمن في المنظومة القضائية، وما له من تداعيات سلبية على حقوق المتقاضين. ويتحقق الاستقرار في كون أنه مادام الاجتهاد يكيف على أنه تأويل وتفسير للقاعدة القانونية المكتوبة سواء عند البحث عن الحل في التشريع باعتباره المصدر الأول أو في باقي المصادر القانونية الأخرى. فإن ذلك لدليل على الاختلاف الصريح بين الاجتهادات القضائية على أساس أن فهم وابتكار القاضي "أ" للحل القضائي للنزاع المعروض أمامه ليس بالضرورة نفسه الحل الذي يتقدم به ويصل إليه القاضي "ب" لنفس وقائع النزاع فلكل منهما فهم واستيعاب مختلف للقاعدة القانونية ونظرتة الذاتية لاسيما أمام اختلاف الخبرة لكل قاض في المجال القانوني.

فالقاضي أثناء تطبيق النصوص القانونية وجب عليه مراعاة وضوح الأحكام التي يصدرها وسهولة فهمها وبما أنه ملزم بتفسير القاعدة القانونية عندما يكتنفها الغموض فالقاضي وبموجب السلطة التقديرية له غير ملزم بإصدار حكم متوقع للمحكوم عليه بل

(1)- القرار رقم 318607 المؤرخ في 2006/01/18 ن ق عدد 61 ص 284.

(2)- القرار رقم 258113 المؤرخ في 2001/01/30 م ق عدد 2 ص 120 شوقي بناسي 554.

(3)- انظر حامد شاكر محمود الطائي، المرجع السابق، ص 14.

بالضرورة تكمن في أن يكون هذا الحكم واضحاً ومحدداً⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار فكرة العدول عن الاجتهاد القضائي

إن القضاء يكشف عيوب القاعدة القانونية وعدم فعليتها⁽²⁾، ومن خلال العدول عن الاجتهاد القضائي حتى وإن كان ذلك فيه مساس بمركز الأشخاص وتوقعاتهم وقت النزاع إلا أنه سيعطي تغييراً أحسن من خلال تطوير نصوص القانون ولا يمكن الأخذ باعتبار الأمن القانوني كتقييد للقضاء في مهمته في الفصل في الناع والاجتهاد في شأن ذلك.

فرجعية الاجتهاد القضائي مؤشر حيوي لمدى فعالية القاعدة القانونية وجهاز القضاء⁽³⁾، وبالرجوع إلى قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية فإن مقتضيات الأمان القانوني وحماية الثقة المشروعة حسب منظورها لا يمكن أن تتركس حقا مكتسبا في اجتهاد ثابت بالنظر لكون تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القاعدة القانونية. والاجتهاد القضائي ليس إلا تفسير للقاعدة القانونية المكتوبة وهو ما يثبت عدم استقراره فهو قابل للتحويل وهذا ما يؤثر على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضين⁽⁴⁾.

كما يقوم رجعية الاجتهاد القضائي على أساس فكرة الحق في المحاكمة العادلة التي لا تعطينا الحق في الاعتراض على تطبيق اجتهاد قضائي جديد على الوقائع السابقة على اتخاذها⁽⁵⁾. فالرجعية هي الضامن الوحيد لتكييف الاجتهادات لقضائية مع تطور القانون والمجتمع ومادام القانون والمجتمع متغير فإن مهمة الاجتهاد إن يتكيف معها. والعدول عن الاجتهاد القضائي يبقى مرحب به من قبل الفقه خاصة أن هذا الأخير كثيرا ما يأمل بتغير الاجتهاد⁽⁶⁾. علاوة على ذلك فإن الاجتهاد القضائي يحتاج إلى فترة طويلة لكي يستقر فهو في مضمونه يشبه إلى حد بعيد العرف من حيث طبيعة تكوينه فهذا الثبات النسبي للاجتهاد يعد

(1)- نقلا عن مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 46

(2)- أحمد السعود، ياسين بن عمر، المرجع السابق، ص 182.

(3)- بلحمزي فهيمة، الأمن القانوني والحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة عبد

الحמיד بن باديس، مستغانم، 2017/2018، ص 98.

(4)- حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ص 27.

(5)- صاري نوال، التفرقة بين الأثر الرجعي لقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مداخلة ملقاة في إطار أشغال الملتقى

الوطني حول الأمن لقانوني، المنعقد بجامعة قاصدي مرباح، كلية لحقوق، ورقلة، أيم 5 و6 ديسمبر، 2012، ص 07.

(6)- المرجع نفسه، ص 07.

من ركائز الأمن القانوني لكن بالمقابل لا يمكن الأخذ بهذا القول على إطلاقه ومنع المحاكم من تغيير اجتهاداتها.

وما يزيد من حدة الآثار السلبية لرجعية الاجتهاد القضائي أن المتقاضين لا يمكن لهم التأسيس بمضمون المادة 2 من القانون لمدني التي تخص قاعدة عدم رجعية القوانين، فالقاضي لا يسن القانون بقدر ما تتعلق مهمته بشرحه وهذه العملية قابلة للتغيير واحتضان تفسير قانوني جديد مغاير للتفسير الأول.

الخاتمة

لم تظهر بوادر الاهتمام بفكرة الاجتهاد القضائي ومكانته اليوم، إلا بعد شيوع ظاهرة قصور القواعد القانونية عن التصدي واحتواء مختلف الحقائق الواقعية. وهو ما أثر سلباً على الثقة المشروعة للمتعاملين بالنصوص القانونية.

تأسيساً على ذلك، توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات، نوجز أهمها كالتالي:

1- نتائج الدراسة:

1. إن عدم كفى القاعدة القانونية وعدم نجاعتها أو فعاليتها في إعطاء الحلّ الملائم للنزاع المعروض أمام القضاء؛ سبب أولي يفرض على عاتق القضاة الاجتهاد وإعمال السلطة التقديرية لهم في ربط الوقائع والأحداث الموضوعة أمامهم بمضمون القاعدة القانونية الوضعية.

2. إذا توصل القضاء بعدم ملائمة القانون لحكم النزاع، وجب عليهم خلق قاعدة قانونية جديدة، وفقاً لاعتبارات عدّة تتناسب مع قضية الحال؛ ولعلّ أهم هذه الاعتبارات، فكرة العدالة؛ فخير أن يقال أنّ القاضي ابتدع حلاً للنزاع؛ من أن يتعرض القاضي لجزاء خيانة ونكران العدالة.

3. يختلف نطاق اجتهاد القاضي فقد يجتهد داخل النص أو خارجه ويحكمه في ذلك ضوابط وشروط تساهم في الوصول إلى الحل الملائم للنزاع.

4. تعاني الاجتهادات القضائية للمنظومة القضائية في الجزائر من إشكالية التذبذب، وعدم الاستقرار لما تتوصل إليه من أحكام وقرارات. وما لذلك من خطورة على حقوق

المتقاضين، وتوقعاتهم المشروعة خصوصاً.

5. اختلاف النظرة القانونية والفقهية حول التكييف القانوني للاجتهادات القضائية بين الطبيعة التفسيرية غير الملزمة وبين الطبيعة الأصلية الملزمة.

6. لا يمكن تجاهل التحول العميق لدور القضاء في تطوير القانون ومساهمته في سد الثغرات القانونية والعجز التشريعي الذي طال القوانين وهو ما يوحى إلى تغير طبيعته القانونية.

اقتراحات الدارسة:

✓ النص قانوناً على اعتبار الاجتهاد القضائي مصدراً من مصادر القانون، وذلك بموجب المادة 02 من الأمر رقم 58-75، الذي حدّد مصادر القاعدة القانونية.

✓ العمل على توحيد الاجتهادات القضائية عن طريق توحيد منهجية التفسير، وتفادي العدول عنها، بإلزام القضاة الأخذ بمضمون الاجتهاد المتوصل إليه من المحكمة العليا. وتعزيز دور هذه الأخيرة بوظيفة جديدة ممثلة بإبداء الرأي في القضايا المرفوعة إلى الجهات القضائية الأدنى منها.

✓ يجب على المشرّع الجزائري النص قانوناً على ضرورة تجاوز التذبذب في الاجتهادات القضائية، وكذا الالتفات في قانون الإجراءات المدنية الإدارية، باعتباره المنظم لكل ما يتعلق بالإجراءات؛ على أن يتّباع المحكمة العليا لإجراءات العدول عن الاجتهاد القضائي يكون بإتباع مجموعة من الإجراءات، وبصفة إلزامية، احتراماً لثقة وتوقعات المواطنين في أجهزة القضاء. وتوقيع جزاءات عند مخالفة ذلك، تعزيزاً لدولة العدل والقانون.

قائمة المراجع

أولاً باللغة العربية

أ- الكتب

1. اوات عمر قادر حاجي، مبدأ استقرار المعاملات (دراسة تحليلية في القانون المدني)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2017.
2. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، موسوعة القوانين العراقية، بغداد،

2016.

3. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون بين التقليد والحدثة)، دار الخلدونية، د.س.ن.
4. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، كلية القانون، جامعة المستنصرية.
5. مازن ليلوراضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
6. بناسي شوقي، قانون العقود دراسة في القانون المدني الجزائري والفرنسي (المعدل)- والفقهاء الإسلاميين: ج.1، عموميات في العقد، بيت الأفكار، الدار البيضاء، 2022.

ب- المقالات

1. عجالي بخالد، "دور الاجتهاد القضائي في إرساء الأمن القانوني"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة طاهر مولاي، سعيدة، 2014.
2. قليل علاء الدين، "الاجتهاد القضائي والأمن القضائي: بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021.
3. صاري نوال، التفرقة بين الأثر الرجعي لقانون ورجعية الاجتهاد القضائي، مداخلة ملقاة في إطار أشغال الملتقى الوطني حول الأمن لقانوني، المنعقد بجامعة قاصدي مرباح، كلية لحقوق، ورقلة، أيام 5 و6 ديسمبر، 2012.

ج- المواقع الإلكترونية

1. انظر مضمون الفقرة 03، من المادة 01 من القانون المدني العراقي، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf>، تم الاطلاع عليه: 11 جانفي 2023، على الساعة 15:00.
2. حامد شاكر محمود الطائي، حامد شاكر محمود الطائي، "دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني"، كلية القانون، جامعة المستنصرية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <https://www.iasj.net/iasj/download/b470f2618a1477d0> ص 19، تم الاطلاع عليه: 13 جوان 2023، على الساعة 23:00.

د- الرسائل الجامعية

1. . أوراك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2018، ص202.
2. بلحمزي فهيمة، الأمن القانوني والحقوق والحريات الدستورية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017/2018.

د-الاجتهاد القضائي

1. انظر القرار رقم 21830 المؤرخ في 1981/07/01 ن ق عدد خاص ص 125.
2. انظر القرار رقم 581228 مؤرخ في 2010/07/22 م م ع 2010 عدد01 ص161.
3. بناسي شوقي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، 2018.
4. انظر القرار رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18 م ق 1997 العدد01 ص 10.
5. القرار رقم 318607 المؤرخ في 2006/01/18 ن ق عدد 61 ص 284.
6. القرار رقم 258113 المؤرخ في 2001/01/30 م ق 2001 عدد 2 ص 120.

هـ- القوانين

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438، المؤرخ في 07 أفريل 1996، ج.ر.ج.د.ش، العدد 76، الصّادر في 08 فيفري 1996، المعدل والمتمم.
2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.د.ش.د.ش، العدد 78، الصّادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.د.ش، العدد 21، الصادر في 23 أفريل 2008، المعدل والمتمم.

ثانيا باللغة الفرنسية

1. FAVENNEC-Héry Françoise, La sécurité juridique en droit du travail, Lexisnexis, Paris, 2013.