

# دور الإجتهااد القضااي في تحقيق الأمان القانوني

م. د. حامد شاكر محمود الطائي  
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

## Abstract

### **The role of Judicial precedents in achievement of legal security<sup>(1)</sup>**

Jurisprudence has an active role in helping judge to give legal solutions because of the failure of other sources of law, almost represented by "**Judicial precedents**" which mean the rule those previous judicial decisions or proceedings must be relied upon for future similar cases. This may also be referred to as case law. Although Iraq didn't adopt the Saxon legal system, where is nothing to preclude the review of some legal principles established by the jurisprudence, that review which may constitute a judicial trend, to be comply with by all degrees of courts, which may give it up as a result of the uselessness of this trend, which means the abandonment of Judicial Precedents or which so-called "**The reversal of the case law**", this concept has evolved considerably after the emergence of the modern concept of "**legal security**", as the concept began to acquire increasing importance in the last ten years, particularly in the European countries the European Union stabilization, after it was discovered that the jurisprudence of the European Court of human rights and the European Court of Justice pays toward not issuing retroactive laws in terms of time or explanatory, and the change in jurisprudence on stability of interaction between citizens, by another.

## المقدمة

يعد الإجتهااد القضااي La jurisprudence ، أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، وعلى الرغم من أن العراق لا يعد من الدول التي يقرر نظامها القانوني مبدأ حجية السوابق القضائية المعروف في النظام القانوني الانجلوسكسوني- إلا أنه من الناحية العملية يأخذ به، على الرغم من الدور الاستثنائي للأحكام القضائية والذي يقره المشرع العراقي- فليس هنالك في هذا النظام ما يحول من دون مراجعة بعض المبادئ القانونية التي قررتها الأحكام السابقة للقضاء، تلك المراجعة التي قد تشكل إتجاهاً تمييزياً، تدرج المحاكم بكافة درجاتها، على الإلتزام به كلما دعت الحاجة الى ذلك، مبرراً ذلك في "أن كلمة الفقه إجتمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني وقضااي، وأن المجتمع يشعر دائماً بالحاجة الملحة الى ثبات القانون

(1) العنوان باللغة الفرنسية:

"Le rôle de la jurisprudence dans la réalisation de la sécurité juridique".

ووحدة تطبيقه ، ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضي لآخر ومن حالة لأخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال"<sup>(٢)</sup>.

ولكن قد يتم العدول عن ذلك الإتجاه لأسباب قد تتعلق بعدم جدوى التمسك بمبدأ سبق وأن استقر العمل عليه، وهو ما يعرف ب"العدول القضائي Le revirement de jurisprudence"، وهو إجراء قضائي يستعين به القاضي أثناء ممارسته لوظيفته في تطبيق القانون، من خلال إعماله الإجتهد القضائي ، وقد تطور هذا المفهوم بصورة ملحوظة بعد ظهور المفهوم الحديث " الأمن القانوني La sécurité juridique"، إذ بدأ هذا المفهوم يكتسب أهمية متزايدة في السنوات العشرة الأخيرة، على وجه الخصوص في الدول الأوروبية المنضوية ضمن الاتحاد الأوروبي، بعد أن تبين أن اجتهاد المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ومحكمة العدل الأوروبية يدفع بإتجاه عدم إصدار قوانين رجعية من حيث الزمان أو تفسيرية، من جانب، وما يتركه التغيير في الاجتهاد على استقرار التعامل بين المواطنين، من جانب آخر، ومن هنا جاءت أهمية موضوع (دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني)، وسوف نقسم هذا البحث على مبحثين:

## المبحث الأول

### الإجتهد القضائي ومسلك العدول في أحكامه

#### La jurisprudence et le revirement de jurisprudence

يطلق الاجتهاد على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما يتعلق منها بنصوص القانون ، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص، وإن الاجتهاد في القانون الوضعي يكون فيما لم يرد فيه نص، فالمادة(١) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة١٩٥١، تحدد المصادر الواجب اعتمادها من قبل القاضي، عند غياب النص القانوني، والتي من ضمنها أحكام القضاء وهي من المصادر الاحتياطية(غير الرسمية)، التي يسترشد فيها القضاء في العراق، وذلك على وفق أحكام الفقرة(٣) من هذه المادة<sup>(٣)</sup>، ومن المبادئ الأساسية في العلوم القانونية إن النص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره باعتبار انه ( لا مسأخ للاجتهاد في مورد

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم(١٢٩/ هيئة عامة / ٢٠٠٨) في ١٥/٥/٢٠٠٨، النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الاعلى، ١٤، حزيران، ٢٠٠٨، ص٤.

(٣) تنص المادة(١) من القانون المدني العراقي: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.٢- فإذا لم يوجد 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.٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. يعد المشرع المصري في المادة الأولى من القانون المدني القانون الطبيعي و مبادئ العدالة كمصدر احتياطي بعد الشريعة الإسلامية و العرف، وهذه المبادئ لا تتضمن قواعد دقيقة محددة قابلة للتطبيق، إذ هو مجموعة من المبادئ و القيم المثالية التي تشترك بها البشرية و يلاحظ أن القاضي لا يجد إذن أمامه قواعد يطبقها هنا و إنما يعتمد على هذه المبادئ المثالية و يضع نفسه في مكان المشرع و ينشئ قاعدة من هذه المبادئ و يطبقها على النزاع المعروض عليه و هنا نكون أمام ما يسمى بالاجتهاد القضائي، وتنص المادة(١) من القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة١٩٤٨، بأنه: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها لهذه النصوص في لفظها أو في فحواها.٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

(٤)، أي أن المشرع العراقي قد أجاز للقاضي أن يجتهد في حالة فقدان النص أو غموضه وفقاً للترتيب القانوني المنصوص عليه في المادة الأولى المذكورة<sup>(٥)</sup>، ولأن القضاء هو بمثابة محاكاة للواقع، فالقاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحياً آراءه من ظروف كل قضية بظروفها وملابساتها، والقاضي بوصفه الموظف الأول المعني بتطبيق القانون، فهو ملزم بمتابعة التطور التشريعي بإعتبار أن القاعدة القانونية قابلة للتطور، والقاضي هو أول من يلمس هذا التطور والتبدل وأول من يحس بالحاجة إلى التغيير والتجديد، وهو ما يقرره المشرع العراقي في قانون الإثبات العراقي ( ١٠٧ ) لسنة ١٩٧٩ في المادة (١) منه والتي نصت على " توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة"، وتأتي تلك السلطة الممنوحة للقاضي إنطلاقاً من القيد القانوني الذي فرضه المشرع العراقي على القاضي المدني والذي قرره نص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ من إلزام القاضي بضرورة الحكم في الدعوى<sup>(٦)</sup>، وسنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول: تعريف وأهمية ومكانة الاجتهاد القضائي، أما المطلب الثاني، فننتاول فيه: العدول القضائي ودوره في الإرتقاء بالاجتهاد القضائي، وكما يأتي:

### المطلب الأول: تعريف وأهمية ومكانة الاجتهاد القضائي

للإجتهاد القضائي معنى خاص يختلف تمام الاختلاف عن مصطلحي "القضاء" و"الحكم القضائي"<sup>(٧)</sup>، ونظراً لأهميته القانونية ومكانته الرفيعة في كل من القانون والشرع الإسلامي، فيستلزم البحث في هذا المطلب تقسيمه على فرعين، وهما: الفرع الأول: تعريف الاجتهاد

(٤) أما بالنسبة للنصوص القانونية، فيمكن تقسيمها إلى نصوص قطعية الدلالة وأخرى ظنية الدلالة وحسب دقة الألفاظ ومدى احتمالها لأكثر من معنى أو عدم احتمالها ومن الأمثلة على النصوص القانونية قطعية الدلالة نص المادة ( ١٠٦ ) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تنص على "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة"، إذ يدل هذا النص على حكم محدد وواضح ، فدلالته قطعية بحيث لا يحتاج إلى تفسير أو توضيح وهذا هو المقصود بما ورد في المادة الثانية من القانون المدني من أنه "لا مساع للاجتهاد في مورد النص"، أما النصوص القانونية الظنية الدلالة فمثالها ما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (١١٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " والتهديد بإيقاع ضرر بالوالدين أو الزوج أو ذي رحم محرم والتهديد بخطر يحدش الشرف يعتبر إكراهاً ، ويكون ملجئاً وغير ملجئ بحسب الأحوال". ونؤيد الاتجاه الذي يدعو إلى تعديل المادة (٢) من القانون المدني العراقي وإعادة صياغتها وفق الصيغة التالية :- ( لا مساع للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة). ينظر: د. عدنان إبراهيم عبد الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، دراسة أصولية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠١، ص ٣٨.

(٥) القاضي عباس قاسم مهدي الداوقني، الاجتهاد القضائي: مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، ٢٠١٥، ص ٣٣.

(٦) تنص المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية، بأنه: " لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ، وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق". ولم ينص المشرع المصري على نص مماثل لنص المادة(٣٠)، ولكن المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨ تنص على أنه:"للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية : ١- إذا كان الحكم المطعون فيه منياً علي مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله".

(٧) ينظر: د. حامد شاكر الطائي، العدول القضائي- دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني، ط١، الموسوعة القانونية، الناشر: صباح صادق جعفر الانباري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٦ وما بعدها.

القضائي الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي، أما الفرع الثالث: مكانة الاجتهاد القضائي في الشريعة والقانون، وكما يأتي:

### الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

للإجتهاد القضائي، معنيان، الأول: معنى لغوي، وهو ما سنبحثه في (أولاً)، والمعنى الثاني، معنى إصطلاحي، وهو ما سنبحثه في (ثانياً)، وكما يأتي:

أولاً: الاجتهاد القضائي لغةً: مصدر اجتهد، وأصله جَهَدَ - مأخوذ من الجهد وهو الطاقة - كما في قوله تعالى: (وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ) <sup>(٨)</sup>، والاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود <sup>(٩)</sup>. أما في اللغة الفرنسية، فمصطلح الاجتهاد القضائي يعني La jurisprudence، وهي كلمة تعود إلى أصل لاتيني jurisprudencia وتعني علم القانون، ذلك أن juris تعني القانون، في حين تعني prudencia المعرفة أي العلم <sup>(١٠)</sup>.

أما في اللغة الإنكليزية، فيقابل مصطلح الاجتهاد القضائي La jurisprudence المصطلح المعروف في النظام الانجلوسكسوني السوابق القضائية Judicial precedents <sup>(١١)</sup>، وتجدر الإشارة الى أنه في فرنسا، لا يستخدم مصطلح السابقة précédent، فتمت الاستعاضة عن بمصطلح الإجتهد القضائي Jurisprudence <sup>(١٢)</sup>.

ثانياً: الاجتهاد القضائي إصطلاحاً: أما الاجتهاد في الاصطلاح، فهو: بذل المجهود في العلم بأحكام الشرع، أو هو إستفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم، مع إستفراغ الوسع فيه <sup>(١٣)</sup>، ويعرف CORNU الاجتهاد القضائي Jurisprudence بأنه: "مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض" <sup>(١٤)</sup>، ويطلق على الاجتهاد القضائي العلم التطبيقي للقانون، أو كما يطلق عليه بعض

<sup>(٨)</sup> سورة التوبة- الآية (٧٩).

<sup>(٩)</sup> ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، مادة "جهد"، دار صادر، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٣٨٨-١٩٦٨.

<sup>(١٠)</sup> Dictionnaire général et grammatical des dictionnaires français par Napoléon Landais. 2<sup>ème</sup> édition, T.II. Paris. 1835. Available: [https://books.google.iq/books?id=bhUP4WRASvAC&hl=ar&sour=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.iq/books?id=bhUP4WRASvAC&hl=ar&sour=gbs_navlinks_s).

<sup>(١١)</sup> The doctrine of judicial precedent is an important feature of the common law system. In general terms, a judge in a lower or the same court is bound to follow the decision of a previous judge in similar circumstances. See: David Chappell, Vincent Powell-Smith, Derek Marshall, Simon Cavender. Building Contract Dictionary. Blackwell science. 3 ed. 2008. P.241.

<sup>(١٢)</sup> N. MOLFESSIS, Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents, RTD Civ. 2003, p. 567.

<sup>(١٣)</sup> فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، ج٤، ص١٣٦٤، ط٢، ٤م، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، المكتبة المصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

<sup>(١٤)</sup> "Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit (not. Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure)." Voir: G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 8ème 1<sup>er</sup> éd. 1987, V° Jurisprudence. P.16.

الفقه الفرنسي، بأنه "علم تطبيق القانون"<sup>(١٥)</sup>، كما ويعرف الاجتهاد القضائي بأنه: "عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم"<sup>(١٦)</sup>.

ويقصد بالاجتهاد القضائي، كمصدر من مصادر القاعدة القانونية، هو "مجموع المبادئ التي تستنبط من الأحكام الصادرة عن المحاكم"، ويشكل الاجتهاد القضائي مصدراً يغذي النظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي<sup>(١٧)</sup>، ومما سبق من إستعراض للتعريف، نعتقد بأن الاجتهاد القضائي، هو "الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتها عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته".

### الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي

تعد وظيفة القضاء أسبق في الوجود تاريخياً عن فكرة قواعد القانون، سواء تعلق الأمر بالقواعد العرفية أم بالقواعد التشريعية<sup>(١٨)</sup>، ويتميز القضاء بالميزات الآتية: أنه يشمل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يبيت فيه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات بدون صفات التناسق فيما بينها، كما إن القضاء يتميز بطابعه وروحه الواقعية، فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما ينبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تسير واقع البيئة وتجاري روح العصر<sup>(١٩)</sup>، ولبيان أهمية الاجتهاد القضائي، نبحت في(أولاً): ضرورة الاجتهاد القضائي، وفي(ثانياً): الاجتهاد القضائي ثمرة التفسير القضائي، وفي(ثالثاً): أهمية الاجتهاد القضائي من الجانب العملي، وكما يأتي:

**أولاً: ضرورة الاجتهاد القضائي:** يعد الاجتهاد ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية<sup>(٢٠)</sup>، فالنقص في التشريع أصبح أمراً مسلماً به، بل بات في حكم المؤكد فالتشريع الذي يقصد منه إقامة نظام اجتماعي، لا يمكن أن يخلو من نقص ولم يعد الآن هذا النقص الفطري محلاً للشك أو الخلاف<sup>(٢١)</sup>، ومن هنا كان للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والاثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو الذي يضيف على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، والقاضي قد يجتهد أما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى أن يجتهد في عدة حالات: أ- غموض النص أو إبهامه. ب- والنقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل. ج- والتعارض بين

(15) "La jurisprudence comme une science pratique du droit". Voir: L. LOMBARDI VALLAURI, Jurisprudence, APD 1990, n° 35, p. 191 et s.

(16) "Processus d'unification de l'interprétation du droit donnée par tribunaux". Voir: Evelyne Serverin. Les divergences de jurisprudence. Sous-direction: Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier. Publications d'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 73.

(17) P. Deumier, Création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation, Dalloz 2007, p 56.

(18) د. أحمد محمد حشيش، نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٨٣.

(19) عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب- القاهرة، المكتبة القانونية- بغداد، ص ١٥٤.

(20) القاضي عباس قاسم مهدي الداوقني، الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص ٣١.

(21) د. حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، محاضرة نشرت في العدد(٤) مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقية، ١٩٤٥، بغداد، ص ٣٩٦.

النصوص، فلا يجوز للقاضي، أن يدعي جهله بنص من نصوص القانون، وذلك لأن واجب القاضي العلم بالقانون هو- كما قيل بحق- واجب بنتيجة، يتمثل في المعرفة المطلقة بأحكام القانون، وذلك تماشياً مع واجبه المطلق في(قول) القانون في النزاع المطروح عليه، وإلا أصبح منكرًا للعدالة<sup>(٢٢)</sup>، وكما تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري: ((الزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء))<sup>(٢٣)</sup>.

وفي كل هذه الاحوال ينبغي على القاضي أن يبقى في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها النظام القانوني عند تقدير ملائمة الحلول للحالة المعروضة عليه، فلا يأتي بحلول شاذة أو غريبة عن مجتمعه ومعياره في ذلك هو معيار النظام العام والآداب السائد في مجتمعه مستلهمًا روح النظام القانوني والغايات الاجتماعية النبيلة، من دون أن يستند الى أفكاره ومعتقداته الشخصية<sup>(٢٤)</sup>.

ثانياً: الاجتهاد القضائي ثمرة التفسير القضائي: يعرف الفقه الفرنسي الاجتهاد هو " عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم"، أو هو: " مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسير القانون عندما يعترضه الغموض"<sup>(٢٥)</sup>، فيتميز القضاء بأن المحاكم أقر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبيق القانون على المنازعات وتخرج ما تراه إلى حيز الوجود والعمل<sup>(٢٦)</sup>.

وهكذا يتضح لنا بأن الاجتهاد القضائي هو وليد عملية التفسير القضائي، والتفسير القضائي هو: "التفسير الذي يقوم به القاضي عند تطبيق قانون يتخلله غموض أو إبهام على دعوى مرفوعة أمامه حتى يسهل فهمه و تتبين أحكامه و يكون هذا ملزماً فقط في الدعوى التي صدر بشأنها في المحكمة ذاتها"، وبعد التفسير القضائي جوهر العمل القضائي وأصله وعليه تدور الأحكام المتميزة حكماً وتسببياً، وليس للتفسير القضائي قوة إلزامية، فهو ملزم لأطراف النزاع الذي صدر التفسير بصددهم، وغير ملزم للمحاكم الأخرى، فما استقر عليه القضاء من تفسير معين لا يعد ملزماً ويمكن العدول عنه و الأخذ بتفسير آخر في قضية مماثلة، فالتفسير واجب القاضي لان وظيفته تطبيق حكم القانون على وقائع النزاع المعروض، وهو يقوم بالتفسير من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه ذلك الخصوم، ولكن القضاء لا يقوم بالتفسير إلا بمناسبة نزاع منظور أمامه، فلا يصح أن يرفع أحد دعوى إلى القضاء لتفسير نص من النصوص، فتفسير القاضي لا يكون بقصد الفتوى فعمله فض المنازعات بين المتقاضين<sup>(٢٧)</sup>،

(٢٢) د. مصطفى الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة ١٦، ١٩٧٤، العدد الأول، رقم ٢٦، ص ٤٦؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١، ص ١٠٤-١٠٥.

(٢٣) ينظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الاول، ص ١٨٨.

(٢٤) ينظر: د. ابراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، س ٤، يوليو سنة ١٩٦٢، ص ٤١٦-٤١٧، ص ٤١٩-٤٢٠، ص ٤٢٣-٤٢٥، وكذلك ينظر بهذا المعنى: عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد، عدد خاص، مايس، ١٩٨٤، ص ٦٥.

(٢٥) ينظر: التعاريف السابقة للإجتهاد القضائي ل: Evelyne Serverin و CORNU.

(٢٦) عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص ١٥٤.

(٢٧) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩، ص ١٣١.

إن السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في تفسير النصوص التشريعية ليست مطلقة، إذ أن هناك حد فاصل بين سلطة سن القاعده القانونيه وسلطة تفسيرها، فالتفسير حدود وضوابط ينبغي التقيد بها حتى لا يتعدى المفسر حدود سلطته فيتجاوز المجال المحدد للتفسير الى مجال التشريع، وهذه السلطة انما يمارسها القاضي تحت رقابة محكمة النقض، بإعتبار أن مسألة التفسير ليست من المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها وتفسيرها قاضي محكمة الموضوع دونما ان يكون خاضعا في سلطته تلك لرقابة محكمة النقض بل هي من مسائل القانون، فإذا ما أخطأ القاضي في تفسيره للنص القانوني فإن الحكم الذي يصدره بناءً على ذلك التفسير (وفقاً لسلطته التقديرية) يكون موجباً للنقض<sup>(٢٨)</sup>.

**ثالثاً: أهمية الاجتهاد القضائي من الجانب العملي:** على الرغم من أهمية الاجتهادات القضائية La jurisprudence judiciaire في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه، فلا يمكن اعطاءها وصف القاعدة القانونية الملزمة، لأن هذه الاجتهادات تكثر فيها المسائل الجزئية، فضلاً عن دور الاسترشاد الذي منحه المشرع للأحكام القضائية، ومع ذلك كثيراً من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي، مثلاً منذ عشرات السنين، قد استقرت في النظام القانوني الفرنسي، ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة، مع أنها ليست قواعد قانونية بالمعنى الفعلي المعروف للقاعدة القانونية، فمن غير الممكن للقاضي أن يكون مشرعاً *Le juge ne peut être législateur*، ولعل السبب الرئيس لهذه القوة التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي، من ناحيتين:

١- **من الناحية العملية:** يكمن في تسلسل أنواع المحاكم، من جهة، ووجود رقابة من محكمة النقض على أحكام المحاكم التي هي أدنى منها من جهة ثانية، فحين تتبنى محكمة النقض في أحكامها رأياً معيناً، وتستقر عليه، تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام.

٢- **من الناحية النظرية:** فلا شك في أن اجتهاد محكمة النقض ليست له أية قوة إلزامية، ويمكن لأي محكمة مخالفته إذا شاءت، ولكننا نلاحظ هنا أمرين هامين، الأول: أن المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض تدرك أن لا فائدة من مخالفة اجتهاداتها المستقرة، لأن أحكامها ستنقض إن هي فعلت ذلك، لذا فهي تلزم نفسها غالباً تلك الاجتهادات سواء اقتنعت بها أم لم تقتنع، حتى لا تكون أحكامها عرضة للنقض. أما الأمر الثاني: إن إستقرار المحاكم وإطرادها على إتجاه معين في مسألة من المسائل التي يكون حكم القانون فيها محل خلاف، فتصدر بشأنها أحكاماً متضاربة ثم تتجه نحو التوحيد والإستقرار على مبدأ أو قاعدة معينة، أي أننا نكون بصدد أحكام تصدر عن محكمة النقض ترسي مبادئ قانونية، يطلق عليها اسم (أحكام المبادئ *Décision de principe*)، وهكذا ينشأ اجتهاد ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون<sup>(٢٩)</sup>.

ونخلص مما سبق، أن الإجهاد القضائي يمثل أحد الحلول القانونية المتاحة للقاضي، لتلافي مشكلة القصور التشريعي المتمثلة في غياب النصوص القانونية، أو النقص في التشريع على الرغم من دوره الإستثنائي في الأنظمة القانونية للبلدان المتأثرة بالنظام اللاتيني، ومن ضمنها العراق، سيما أن نظامه القانوني يقيد القاضي بقيد قانوني يتمثل: بضرورة الفصل في عريضة

(٢٨) القاضي عباس قاسم مهدي الداوق، الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص ١٩٦ و ١٩٧.

(٢٩) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٤٠.

الدعوى وإلا عُد منكرًا للعدالة<sup>(٣٠)</sup>، ومن هنا يمكننا معرفة حقيقة الدور الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في الوصول إلى الحكم القضائي العادل.

### الفرع الثالث: مكانة الاجتهاد القضائي في الشريعة والقانون

يحثل الاجتهاد القضائي مكانة خاصة في كل من الشريعة والقانون، وهو ما سنبحثه في (أولاً) بالنسبة الى الشريعة، وبالنسبة للقانون في (ثانياً)، وكما يأتي:

**أولاً: مكانة الاجتهاد القضائي في الشريعة الاسلامية:** على الرغم مما كان للاجتهاد الفقهي القضائي، من دور كبير في إثراء الفقه الاسلامي، حتى عد أحد مصادره، فإنه لا يمكن عد الاجتهاد مصدرًا رسمياً فيه، فقد أدى إتساع الدولة الإسلامية، إلى تعدد المذاهب وتشعب الآراء وتفرق المجتهدين واختلاف الاحكام في الأفضية المتشابهة، مما دفع بعض الخلفاء إلى محاولة تعيين الرأي الذي يُعمل به، ولكن الفقه ومنهم الإمام مالك رفض ذلك وكان من رأيه أن اختلاف الآراء مرجعه تباين الظروف، وليس من المصلحة فرض رأي واحد على جميع البلاد وهكذا يتمتع القاضي في الاسلام بدور كبير في الاجتهاد خارج دائرة الاحكام القطعية للبحث عن الحل الشرعي للمسألة المعروضة عليه<sup>(٣١)</sup>.

ومما يمتاز به القضاء في الإسلام مراعاة الجانب العبادي وذلك بارتباطه بقاعدة الحلال والحرام، وأن من الشروط الأساسية في ولاية القاضي شرط العدالة التي رأسها تنفيذ الأوامر الربانية واجتناب النواهي الإلهية، وورود الأوامر الجازمة بالقيام بالعدل والتحذيرات القاطعة من الجور والظلم في نصوص كثيرة منها قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى ﴾<sup>(٣٢)</sup>، فضلاً عن الوازع الديني الذي أشار إليه النبي الكريم(ص) عندما قال: ( إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار فليأخذها أو ليطرکہا)<sup>(٣٣)</sup>، وقد روي عن الإمام علي(كرم الله وجهه) قوله: (( بعثني رسول الله(ص) إلى اليمن، قاضياً، فقلت: يا رسول الله، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: (إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء)) (فما زلت قاضياً، أو ما شككت في قضاء بعد)..<sup>(٣٤)</sup>، كل ذلك يظهر لنا صورة القاضي في ظل التشريع الإسلامي، وهي صورة نسبية لا يمكن أن توصف بالتقييد والجمود، ولا يوصف بالقاضي المطلق؛ لأن القاضي إنسان مهما حاول التجرد والنزاهة فلا يعطى الحرية المطلقة؛ لأن الشريعة أقامت الحدود وأقرت الحقوق وألزمت كل فرد بالوقوف عند حده، وعدم مجاوزة حقه، قال الله تعالى: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ﴾<sup>(٣٥)</sup>، ومن واجبات الدولة الإسلامية تطبيق القضاء الإسلامي في جميع المنازعات وكافة القضايا لكل الوقائع بين المتنازعين بدون استثناء وبأي قضية ما، استجابةً لقوله تعالى (( فَلَا وَرَبِّكَ لَا

(٣٠) ينظر: المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٣١) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

(٣٢) سورة النحل: الآية ٩٠.

(٣٣) أخرجه البخاري من حديث أم سلمة (رضي الله عنها)، في كتاب المظالم، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، رقم (٢٤٥٨) / ٢ / ١٩٤، ومسلم في كتاب الأفضية، باب الحكم بالظاهر والالحن بالحجة، رقم (١٧١٣) / ٣ / ١٣٣٧.

(٣٤) انظر: سنن أبي داود-ج ٢-ص ٤٠٩. مسند الإمام أحمد-ج ١٥-ص ٢٠٨. سنن ابن ماجه، ج ٢-ص ٤٧٤. الجامع الصحيح-ج ٣-ص ٦١٩.

(٣٥) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.

يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا  
تَسْلِيماً) ﴿٣٦﴾.

ثانياً: مكانة الاجتهاد القضائي في القانون: يختلف موضع الاجتهاد القضائي بين مصادر القانون باختلاف النظم القانونية، ففي النظم التي يمكن أن يضع القضاء فيها قواعد عامة وملزمة- كما كان الحال في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم في بعض الحالات وكما هو عليه حالياً في القانون الانكليزي- يعد ما يصدر عن القضاء من قرارات أو اجتهادات من المصادر الرسمية للقانون، أما في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة ملزمة، وإنما يرجع الى اجتهاداته على سبيل الاستئناس، كما هو الحال في الفقه الاسلامي وفي القانون الفرنسي الحالي والقوانين العربية التي تأثرت به، فيعد الاجتهاد القضائي من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، ففي القانون الروماني ومنذ القرن الرابع قبل الميلاد، إستحدث منصب البريتور Præteur (أي الحاكم الشرعي) لتنظيم التقاضي في الامور المدنية، وكان البريتور يعين لسنة واحدة ويصدر عند توليه منصبه منشوراً يبين فيه القواعد التي سيسير عليها في قبول الدعاوى والدفع، وكان كل بريتور يستقي من منشور سلفه القواعد التي يرى استبقاءها، ويعدل بعض القواعد الاخرى أو يضيف إليها، إلى أن نشأ من مجموع القواعد التي تكرر الأخذ بها والنص عليها، ما أطلق عليه اسم (المنشور الدائم)، وقد تم في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عُرف باسم: القانون البريتوري Le droit prétorien<sup>(٣٧)</sup>.

ويصف الفقهاء الفرنسيون اليوم الاجتهادات القضائية التي تتضمن تعديلاً لأحكام القواعد القانونية أو تقريراً لمبادئ غير منصوص عليها بأنها(اجتهادات بريتورية)، نسبة الى ما كان يقوم به البريتور الروماني بموجب السلطة البريتورية Le pouvoir prétorien du juge من وضع قواعد قانونية بنفسه، وفي القانون الفرنسي القديم قبل الثورة كان للقضاء، سيما المحكمة العليا في باريس التي كان يطلق عليها اسم(برلمان باريس) ويرأسها الملك، سلطة إصدار أنظمة أو لوائح تتضمن قواعد قانونية.

والواقع أن هناك عدة عقبات قانونية تحول بدون إعتبار القضاء مصدراً للقانون في التشريعات ذات الإتجاه اللاتيني، كالقانون الفرنسي والقوانين المتأثرة به، تتمثل:

١- تحظر تلك التشريعات على المحاكم إصدار أحكام عامة لها صفة تنظيمية، فالحكم القضائي لا يضع أي قاعدة عامة ويقتصر على الفصل في نزاع معين، فيمتنع على المحاكم إصدار ما يسمى بالحكم الجماعي، الذي يفصل جملة واحدة في عدة قضايا مشابهة معروضة أمام القاضي نفسه في أن واحد، بل ينبغي الفصل في كل قضية على حدة.

٢- يشكل مبدأ الحجية النسبية للأمر المقضي به، عقبة أمام نشوء قواعد عامة من أحكام المحاكم، فمن المقرر أن الحكم الصادر في نزاع معين لا تكون له حجية إلا في مواجهة الخصوم، ولا تقتصر نسبية الحجية على الاطراف بل تشمل كل من الواقع والقانون. فالحكم لا يلزم إلا بصدد النزاع الصادر بشأنه ولا يلزم القاضي نفسه، فلو عرضت قضية مماثلة مستقبلاً يجوز للمحكمة أن تصدر فيها حكماً مخالفاً لما سبق أن قرره وليس لأطراف النزاع الجديد المطالبة بتطبيق

(٣٦) سورة النساء: الآية ٦٥ .

(٣٧) د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، مصدر سابق، ص ٢٤١.

الحل السابق على قضيتهم، ولا تلتزم أي محكمة بالقضاء الصادر من محكمة أخرى مماثلة لها أو أعلى منها في المرتبة.

٣- إن مبدأ الفصل بين السلطات يمنع السلطة القضائية من سن القوانين، وإلا كانت معتدية على إختصاص السلطة التشريعية والتي تعد تلك الوظيفة من إختصاصها، بينما تقتصر وظيفة القضاء على تطبيق هذه القوانين<sup>(٣٨)</sup>.

ومع ذلك يبقى الاجتهاد الفرنسي يمارس دوره الفاعل، حتى في تقرير مصادر جديدة للقانون، وهذا ما جاء في قرار الغرفة المختلطة في محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٤ مايو ١٩٧٥، في قضية شركة "La Societe Cafes Jacques Vabre"، وإستنادا إلى أحكام المادة (٥٥) من دستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨، حول تفوق المعاهدات الدولية على القانون الوطني العادي، إذ قررت "تتلى المعاهدات الدولية بسلطة تفوق القوانين الوطنية، حتى اللاحقة منها"، والذي جاء في حيثياته: "...حيث إنه بالإضافة الى ذلك يؤخذ على القرار أنه أعلن إنعدام شرعية ضريبة الاستهلاك الداخلية المنصوص عليها في المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك، لعدم تطابقها مع أحكام المادة ٩٥ من معاهدة ٢٥ مارس ١٩٥٧، بعلّة أن لهذه المعاهدة، بموجب المادة ٥٥ من الدستور، قوة أعلى من قوة القانون الداخلي، حتى لو كان لاحقا، بينما أن القاضي الضريبي، حتى لو كان عائداً له حق تقييم شرعية النصوص التنظيمية المنشئة لضريبة متنازع فيها، فإنه لا يمكنه رغما عن ذلك، دون تجاوز صلاحياته، إستبعاد تطبيق قانون داخلي بحجة أن له طابع غير دستوري، وأن مجمل أحكام المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك قد استوحيت من قانون ١٤ ديسمبر ١٩٦٦، الذي منحها القوة المطلقة العائدة للأحكام التشريعية والتي تفرض نفسها على كامل القضاء الفرنسي... لكن حيث إن معاهدة ٢٥ مارس ١٩٥٧، التي بموجب المادة المذكورة أعلاه من الدستور لها قوة أعلى من القوانين، تنشئ نظاما قضائيا خاصا بها يندمج في النظام القضائي الذي أنشأته، ونظرا لهذه الذاتية فإنه قابل للتطبيق مباشرة على مواطني هذه الدول، ويفرض نفسه على القضاء الخاضعين له، وأن محكمة الإستئناف، بدون تجاوز سلطاتها، قررت أن المادة ٩٥ من المعاهدة، كانت واجبة التطبيق في الدعوى الحالية، بخلاف المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك، على الرغم من أن هذا النص القانوني الأخير جاء لاحقا، مما ينتج عنه أن وجه النقض غير مبني على أساس قانوني.."<sup>(٣٩)</sup>.

(٣٨) المصدر نفسه، ص ٢٤٤.

(39) "Attendu qu'il est de plus fait grief a l'arret d'avoir declare illegale la taxe interieure de consommation prevue par l'article 265 du code des douanes par suite de son incompatibilite avec les dispositions de l'article 95 du traite du 25 mars 1957, au motif que celui-ci, en vertu de l'article 55 de la constitution, a une autorite superieure a celle de la loi interne, meme posterieure, alors, selon le pourvoi, que s'il appartient au juge fiscal.d'apprécier la legalite des textes reglementaires instituant un impot litigieux, il ne saurait cependant, sans excéder ses pouvoirs, écartier l'application d'une loi interne sous pretexte qu'elle revetirait un caractere inconstitutionnel; que l'ensemble des dispositions de l'article 265 du code des douanes a ete edicte par la loi du 14 decembre 1966 qui leur a confere l'autorite absolue qui s'attache aux dispositions legislatives et qui s'impose a toute juridiction francaise..... Mais attendu que le traite du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article susvisé de la constitution, a une autorite superieure a celle des lois, institue un ordre juridique propre integre a celui des etats membres; qu'en raison de cette specificite, l'ordre juridique qu'il a cree est directement applicable aux ressortissants de ces etats et s'impose a leurs

أما في القوانين الانجلوسكسونية<sup>(٤٠)</sup>، فالى جانب قواعد العدالة<sup>(٤١)</sup>، لا يزال القضاء يقوم بوصفه مصدرًا رسمياً، لأن من المبادئ المقررة في هذه القوانين، أن أحكام المحاكم العليا تكون سوابق قضائية ملزمة للمحكمة التي أصدرتها وللمحاكم التي تليها في الدرجة<sup>(٤٢)</sup>، فيلزم القاضي في هذا النظام بالرجوع للأحكام القضائية السابقة لإستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروف عليه. كما أن القاضي ملزم بإتباع السوابق القضائية الصادرة عنه وعن المحاكم الأعلى درجة، فمثلاً تكون قرارات مجلس اللوردات (House of Lords- Chambre des Lords) في بريطانيا ملزمة لجميع المحاكم التي تنتظر في قضايا متشابهة، وتكون قرارات محكمة الإستئناف (Court of Appeals) ملزمة للمحاكم الأقل درجة، فإذا صدر هذا الاجتهاد عن أعلى محكمة في الدولة، وهي اللجنة الاستئنافية بمجلس اللوردات، التزمت سائر المحاكم التي هي أدنى منها على السير عليه، وكان مجلس اللوردات نفسه يتقيد أيضاً بما يصدر عنه من اجتهادات، أما إذا لم يكن هناك قرار سابق في تلك المسألة بالذات، فإن القاضي يوجد سابقة، ومن ثم ستتبع في القضايا المستقبلية<sup>(٤٣)</sup>، وبمعنى آخر فإن القاضي يخلق القانون (Judges-made law) وذلك بالإستناد إلى قواعد العدل والإنصاف<sup>(٤٤)</sup>، والعنصر الملزم في السوابق القضائية هو علة التسبب<sup>(٤٥)</sup>.

وعلى الرغم من اتصاف هذا النظام بالثبات في طريقة تطبيق المحاكم للقانون، كما أنه يضمن الاستمرارية في تطبيق القانون من قضية إلى أخرى، إلا أن ما يعيب هذا النظام أنه يؤدي إلى عدم المرونة، وذلك إذا ما قامت المحكمة الأقل درجة بالالتزام بقرار لمجلس اللوردات لم تتم مراجعته لفترة طويلة. وما زاد الأمر سوءاً أن مجلس اللوردات ومحكمة الإستئناف اعتبرت نفسها ملزمة بقراراتها السابقة. و بقي هذا الأمر حتى عام ١٩٦٦ عندما قرر مجلس اللوردات البريطاني، أخيراً، بالعدول عن اجتهاداته إذا دعت إلى ذلك أسباب قوية تقتضيها مصلحة العدالة، فالقاضي غير ملزم بقراراته السابقة، ويستطيع إعادة تفسير القانون كلما استدعت الحاجة إلى ذلك، ففي قضية Practice statement قرر مجلس اللوردات بصفة استثنائية أنه يمكن للمحكمة تغيير الاجتهادات السابقة التي أصبحت غير ملائمة أو غير عادلة بكيفية جلية، بأن:

---

juridictions; que des lors, c'est a bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué en l'espece, a l'exclusion de l'article 265 du code des douanes, bien que ce dernier texte fut postérieur; d'où il suit que le moyen est mal fondé". Cour de cassation chambre mixte Audience publique du 24 mai 1975 N° de pourvoi: 73-13556 Bulletin des arrêts Cour de Cassation, Chambre MIXTE N° 4 P. 6.

<sup>(٤٠)</sup> والدول التي تستعمل النظام الانجلوسكسوني: إنجلترا وإيرلندا الشمالية وأستراليا ونيوزلندا، وكندا- عدا مقاطعة كوبك- والولايات المتحدة الأمريكية وجنوب أفريقيا. ينظر: المدخل إلى النظام القضائي في الولايات المتحدة، تأليف: آلن فانسويت. ترجمة: محمد لبيب شنب، ص ٦٨.

<sup>(٤١)</sup> فالعدالة كمصدر من مصادر القانون، تؤدي وظيفة قانونية وهي أنها تتخذ أساساً للمطالبة بحقوق جديدة. ينظر: الأستاذ جليل قسطو، القواعد العامة في النظام القانوني الانكليزي، مجلة القضاء، العددان ١ و٣، السنة الثالثة والثلاثون، كانون الثاني - حزيران، ١٩٧٨، ص ١٣٣.

<sup>(٤٢)</sup> د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٥٨.

<sup>(٤٣)</sup> John Pritchard, Guide to the Law, Third Edition, 1994, London, p. 863, Abby

Kadar and Geoffrey whitehead, Export Law, woodhead Faulkner, London, 1995, p. 8.

<sup>(٤٤)</sup> د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ٣٧-٣٢٨.

<sup>(٤٥)</sup> د. مجيد حميد العنبيكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل، ١٩٩٠، ص ٥١.

"الالتزام الصارم بقاعدة السابقة La règle du précédent/The rule of precedent يؤدي إلى عدم تحقيق العدل في قضية محددة كما ويعرقل تطور القانون. ولذلك يقترح تعديل ممارساتها الحالية، في التعامل مع كل القرارات السابقة لهذا المجلس كسوابق ملزمة، لتحديد عن قرار سابق عندما تضطر للقيام بذلك. وأن هذا الحكم لا يمنع من تطبيق قاعدة السابقة في أماكن أخرى في هذا المجلس"<sup>(٤٦)</sup>، وهنا يشير بعض الفقه الانكليزي الى "أن قيمة التمسك بالاتجاه الذي تكونه السابقة القضائية في القانون العام، لا يعني ببساطة: ضمان احترام القرارات السابقة ، ولكنه يعني أيضاً : ضمان عدم اللجوء الى تكرار القرارات السيئة"<sup>(٤٧)</sup>.

**المطلب الثاني: العدول القضائي ودوره في الإرتقاء بالاجتهاد القضائي**

العدول القضائي في جوهره هو بمثابة تغيير في الاجتهاد القضائي- المتمثل بالاجتهادات التمييزية المستقرة- فهو إجراء قضائي يواجه مبدأ الأمن القانوني La sécurité juridique، ذلك لأنه يقوم بتعديل القاعدة الاجتهادية la règle jurisprudentielle<sup>(٤٨)</sup>، ومن دون الحاجة الى إعلام المتقاضين<sup>(٤٩)</sup>، وتأتي الأهمية القانونية للعدول القضائي، من كونه مسألة حيوية وضرورية جداً لأنها تسمح بتجنب تطبيق القوانين البالية، لا سيما في وقت يكون فيه التقدم التكنولوجي أسرع بكثير من التغييرات في التشريع<sup>(٥٠)</sup>، ومن القواعد الفقهية ما يشير إلى فكرة العدول القضائي، فقد جاء بأنه:(الاجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ)<sup>(٥١)</sup>. ومع وجود الإستثناء على هذه

(46) "Les Lords reconnaissent ... qu'une adhésion trop rigoureuse à la règle du précédent peut conduire à de l'injustice dans un cas déterminé et aussi entraver exagérément l'évolution du droit. Ils se proposent par conséquent de modifier leur pratique actuelle et, tout en tenant les décisions antérieures de cette chambre pour des précédents obligatoires, de s'écarter d'une décision ancienne quand ils penseront devoir le faire. La présente déclaration n'entend pas porter atteinte à l'application de la règle du précédent ailleurs que dans cette chambre". Voir: J. FLAUSS-DIEM, Le Practice Statement de 1966 et la règle du précédent à la House of Lords, Justices, 1997, p. 356.

(47) "The value of the doctrine of precedent to the common law... is not simply that it ensures respect for past decisions but also that it ensures that bad decisions do not have to be repeated". See: Duxbury (n 14) x; also S Hershovitz, 'Integrity and Stare Decisis' in S Hershovitz (ed), Exploring Law's Empire (Oxford, Oxford University Press, 2006).

(٤٨) يقابل مصطلح القاعدة الاجتهادية la règle jurisprudentielle أو la règle du précédent في اللغة الفرنسية، مصطلح قاعدة السابقة The rule of precedent في اللغة الانكليزية.

(49) Maiwenn Tascher. Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation. Thèse pour le doctorat en droit privé. Law.Université de Franche-Comté – Besançon.Faculté de droit 2011. n416 p.227.

(50) L.-M. DUONG, Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau, D. 2010, p. 783.

(٥١) قال علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (الاجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ يَعْنِي لَوْ اجْتَهَدَ فِي مَسْأَلَةٍ مَا مِنْ الْمَسَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ وَعَمِلَ بِاجْتِهَادِهِ أَيْ حَكَمَ بِمُوجِبِ ذَلِكَ الْاجْتِهَادِ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ رَأْيٌ آخَرَ فَعَدَلَ عَنِ الْأَوَّلِ فِي مَسْأَلَةٍ أُخْرَى، فَلَا يُنْقَضُ اجْتِهَادُهُ الثَّانِي حُكْمَهُ النَّاشِئَ عَنِ اجْتِهَادِهِ الْأَوَّلِ. كَذَا لَوْ حَكَمَ مُجْتَهِدٌ فِي مَسْأَلَةٍ بِمُوجِبِ اجْتِهَادِهِ، ثُمَّ حَكَمَ مُجْتَهِدٌ ثَانٍ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ عِنَيْهَا وَكَانَ رَأْيُ الثَّانِي مُخَالَفًا لِرَأْيِ وَاجْتِهَادِ الْمُجْتَهِدِ الْأَوَّلِ، فَلَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ الْمُسْتَبَدُّ عَلَى اجْتِهَادِ الْأَوَّلِ... وَالْحَاصِلُ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ لَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يُنْقَضَ حُكْمًا مَبْنِيًّا عَلَى اجْتِهَادِهِ السَّابِقِ، كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لِمُجْتَهِدٍ ثَانٍ أَنْ يُنْقَضَ حُكْمًا مَبْنِيًّا عَلَى اجْتِهَادِ لِمُجْتَهِدٍ سَابِقٍ، وَالسَّبَبُ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يُوْجَدُ مَا يَرْجَحُ اجْتِهَادًا عَلَى آخَرَ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ أَوْ الْحُكْمُ بَأَنَّ الْاجْتِهَادَ الثَّانِي هُوَ أَصَوْبٌ مِنَ الْاجْتِهَادِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّ الْاجْتِهَادَ إِنَّمَا هُوَ حُصُولُ غَلْبَةِ الظَّنِّ عَلَى إِصَابَةِ الْمَرْمَى مَعَ اِحْتِمَالِ الْخَطِّ فَكُلُّ اجْتِهَادٍ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ

القاعدة، المتمثل في: (إِذَا وَجِدَتْ مَصْلَحَةً عَامَّةً تَقْتَضِي نَقْضَ اجْتِهَادِ مَا يَجُوزُ نَقْضُهُ بِاجْتِهَادِ لَاحِقٍ)، فإننا نعتقد بأن مبدأ العدول عن الاجتهادات السابقة، يجد أساسه في ذلك الاستثناء، فضلاً عن القاعدة الفقهية التي تقول «لا يُنكَّرُ تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ»<sup>(٥٢)</sup>، وسنبحث في هذا المطلب، تعريف و حالات ونطاق العدول القضائي، في الفرع الأول، ومن ثم نتناول في الفرع الثاني، مظاهر الرقي في الاجتهاد الفرنسي الناجم عن العدول القضائي، وكما يأتي:

### الفرع الأول: تعريف و حالات ونطاق العدول القضائي

للقوف على المفهوم الحقيقي للعدول القضائي، نبحت في (أولاً): تعريف العدول القضائي وفي (ثانياً): حالات العدول القضائي، وفي (ثالثاً): نطاق العدول القضائي، وكما يأتي:

#### أولاً: تعريف العدول القضائي

أ-العدول القضائي لغةً: **العدول في اللغة العربية**: يتحدد المعنى اللغوي للعدول، بما جاء في لسان العرب: (عَدَلَ عن رأيه عُدولاً : حاد ورجع عنه ، وعدل عن الشيء يعدل عدلاً وعدولاً : حاد وعن الطريق : جار وعدل إليه عدولاً : رجع ، وما له معدل ولا معدول ، أي : مصرف ، وعدل الطريق : مال... وفي الحديث: لا تُعَدَل سارحتكم أي لا تصرف ماشيتكم وتُمال عن المرعى)<sup>(٥٣)</sup>، وجاء في كتاب العين: (عَدَلَ الشيء: نظيره ... والعَدْلُ أن تَعْدَلَ الشيء عن وجهه فتميله ... وَعَدَلْتُ الشيء أقمته حتى اعتدل ... وعدلت الدابة إلى كذا: أي: عطفتها فانعدلت. والعَدْلُ: الطريق ... والانعْدال: الانعراج )<sup>(٥٤)</sup>، وفي معجم مقاييس اللغة: (عدل: العين والداد واللام أصلان صحيحان، لكنهما متقابلان كالمتضادين: أحدهما يدل على استواء، والآخر يدل على اعوجاج)<sup>(٥٥)</sup>، ومما تقدم يظهر أن العدول في اللغة يدل - فيما يدل عليه - على حياد الشيء عن وجهته وإمائه عنها.

أما **العدول في اللغة الفرنسية**، فيقابل "العدول" كلمة "Revirement" ، في اللغة الفرنسية<sup>(٥٦)</sup>، ويعطي Cornu ، في قاموس المفردات القانونية، ثلاث معاني للعدول "

---

صَوَابًا يَجُوزُ أَيضًا أَنْ يَكُونَ خَطَأً ... فَعَلَيْهِ اسْتِنَادًا عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ لَا يَجُوزُ إِغَاءُ الْأَحْكَامِ الَّتِي يُصَدِّرُهَا حَاكِمٌ مِنْ حَاكِمٍ آخَرَ، كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ لِلْحَاكِمِ الْوَاحِدِ أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الْحُكْمِ الَّذِي أَصْدَرَهُ إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ، كَمَا يَجُوزُ لِلْمُجْتَهِدِ أَنْ يَجْتَهِدَ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ اجْتِهَادًا مُخَالِفًا لِاجْتِهَادِهِ الْأَوَّلِ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَأَنْ يُعْطِيَ أَحْكَامًا وَآرَاءً مُخَالَفَةً لِرَأْيِ أَوْ حُكْمِ لَهُ سَابِقٍ. (مُسْتَنْتَبِي هَذِهِ الْقَاعِدَةِ) إِذَا وَجِدَتْ مَصْلَحَةً عَامَّةً تَقْتَضِي نَقْضَ اجْتِهَادِ مَا يَجُوزُ نَقْضُهُ بِاجْتِهَادِ لَاحِقٍ) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٣-٢٠٠٣، (المادة ١٦)-الاجتهاد لا ينقض بمثله، ج ١، ص ٣٤.

<sup>(٥٢)</sup> قال الشيخ علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام: (إِنَّ الْأَحْكَامَ الَّتِي تَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ هِيَ الْأَحْكَامُ الْمُسْتَنْدَةُ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ؛ لِأَنَّهُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ تَتَغَيَّرُ احْتِيَاجَاتُ النَّاسِ، وَبِنَاءً عَلَى هَذَا التَّغْيِيرِ يَبْتَدِلُ - أَيْضًا - الْعُرْفُ وَالْعَادَةُ، وَبَتَغْيِيرِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ تَتَغَيَّرُ الْأَحْكَامُ حَسْبَمَا أَوْضَحْنَا آنفًا، بِخِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمُسْتَنْدَةِ عَلَى الْأَدْلَةِ الشَّرْعِيَّةِ الَّتِي لَمْ تُبْنَ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَانْهَآ لَا تَتَغَيَّرُ. مِثَالُ ذَلِكَ: جَزَاءُ الْفَاتِلِ الْعَمْدِ الْقَتْلِ. فَهَذَا الْحُكْمُ الشَّرْعِيُّ الَّذِي لَمْ يَسْتَنْدْ عَلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ لَا يَتَغَيَّرُ بِتَغْيِيرِ الْأَزْمَانِ). ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مصدر سابق، (المادة ٣٩)-لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ج ١، ص ٤٧.

<sup>(٥٣)</sup> أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (ابن منظور)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، سنة النشر: ٢٠٠٣م، الجزء العاشر، حرف العين، مادة(عدل).

<sup>(٥٤)</sup> الفراهيدي، الخليل بن أحمد: العين: مادة (عدل).

<sup>(٥٥)</sup> ابن فارس، أبو الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة ٨١٧.

<sup>(56)</sup> Voir: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/revirement.php>.

Revirement": " ١- تخلي المحاكم بنفسها عن حل كانت تعترف به سابقاً ٢- اعتماد حل مخالف لتلك الحلول المعتمدة السابقة ٣- عدول في إتجاه قضائي" (٥٧).

ب- العدول القضائي اصطلاحاً، هو " مصطلح يشير إلى التغيير في الرأي أو الإتجاه من قبل المحكمة، وذلك بمناسبة نظر هذه المحكمة لدعوى منظورة أمامها، ويشمل كذلك، كل تغيير في تفسير القانون المطبق من قبل القضاء، وعلى وجه الخصوص ، محكمة التمييز (النقض)، وهذا ما يصطلح عليه بالعدول القضائي Le revirement de jurisprudence" (٥٨).

ثانياً: حالات العدول القضائي: يتجه بعض الفقه الفرنسي (٥٩) إلى إمكانية تحقق العدول القضائي لدى المحاكم، وعلى وجه الخصوص، محكمة النقض الفرنسية، في ثلاث حالات:

١- الحالة الأولى: قد تأتي حالة الرجوع أو العدول القضائي، نتيجة لملاحظة الهيئة القضائية المختصة، إن التفسير المقدم للقاعدة القانونية لم يعد متوافقاً مع التطور الحاصل، مما يتوجب تقديم تفسير أكثر ملائمة.

٢- الحالة الثانية: إن الرجوع أو العدول القضائي قد يكون إجبارياً؛ نتيجة لقرار الغرفة المختلطة أو الجمعية العامة الذي يشير بصورة قاطعة إلى وجود تباين وإختلاف في التفسير داخل غرف محكمة النقض.

٣- الحالة الثالثة: وقد يحصل العدول القضائي "عن طريق الخطأ"، بسبب الدراسة السيئة وغير الصحيحة للسوابق، والناجمة عن عبء العمل للمستشارين المقررين والمستشارين الآخرين، في سياق قضايا ذات أهمية ثانوية.

ونخلص مما سبق، يمكن تحديد المعنى الاصطلاحي للعدول القضائي، بأنه " إجراء قضائي مقتضاه رجوع أو عدول المحاكم وبكافة درجاتها ، عن مبدأ قانوني إستقر القضاء على العمل به لفترة زمنية معينة، وذلك لأسباب قانونية قد تتعلق بعدم جدوى العمل به مستقبلاً، وقد تتعلق بتباين القرارات الصادرة عن الهيئات المتخصصة في المحكمة العليا، نتيجة لإختلاف التفسيرات القضائية الصادرة عن تلك الهيئات، أو لأسباب فنية تتعلق بوقوع الخطأ في الإجراءات أو السياقات القانونية المعتمدة" (٦٠).

(57) CORNU donne une triple déclinaison : «Abandon 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 (dir.)، Vocabulaire juridique ، Association H. Capitant، PUF، 8ème éd. 2008، V° Jurisprudence (revirement de).

(58) **Revirement**: "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 procès، le mot s'applique à tout changement d'interprétation du droit jusque-là appliqué qu'opère une juridiction، et en particulier، la Cour de cassation. Il est alors question d'un **revirement de jurisprudence**". Voir: <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/revirement.php>.

(59) M. SALUDEN، Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique، thèse dactyl.، Paris II، 1983، p. 320 et s. cité par: Maiwenn Tascher. Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation. op.cit. p.20-21.

(٦٠) يعرف الإجراء القضائي، بالمعنى الضيق، بأنه: "مجموعة الأعمال التي يجب القيام بها للوصول إلى حل قضائي". ينظر: د. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتب المصري، ط١، القاهرة مصر، ٢٠٠٣، ص١٩٠؛ و الإجراءات القضائية، هي " مجموعة من الأعمال المتتابعة زمنياً، وهي رغم تعددها وتنوعها تكون وحدة متكاملة تستهدف تحقيق غاية معينة، وهي إجابة طلب الحماية القضائية لمن

**ثالثاً: نطاق العدول القضائي:** إن نطاق العدول القضائي، هو الأحكام القضائية، التي توصف بأنها أحكام المبادئ الصادرة عن محكمة التمييز (النقض) Décisions de Principe<sup>(٦١)</sup>، التي تتمتع أحكامها بما يمكن وصفه بالقوة الاجتهادية la force doctrinale، وهذه المحكمة هي الجهة القضائية العليا من جهات القضاء، عندما تباشر اختصاصها الأصيل، إذ تتولى تحقيق الهدف الأكبر في إصلاح العيوب التي تتخلل الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم، وتقوم بتوحيد الاجتهاد واستقراره في المسائل القانونية المعقدة، لتوطيد حرمة القانون والقضاء، وتعزيز شأنها وضمان مصلحة العدالة السامية، ووظيفتها تنصب أساساً على بحث القاعدة القانونية المختلف عليها وتفسيرها وتطبيقها سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو بقواعد الاجراءات والبحث فيما إذا كانت هي القاعدة التي يجب الأخذ بها في النزاع المطروح من عدمه، وبيان ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخفق في فهمها او في تطبيقها على الواقع المستخلص في الدعوى أو أسباب الفهم السليم<sup>(٦٢)</sup>، وبالنظر إلى تلك الصلاحية والوظيفة، فإن ما تقرره يكون مبادئ قانونية وليست قضائية من حيث الأصل، فهي تراقب صحة تطبيق وتفسير القانون على الوقائع، ومن ثم فإن ما تقوله يظل متمتعاً بالطابع القانوني، وهو المعنى الذي أشارت إليه محكمة التمييز الإتحادية في العراق، في إحدى قراراتها إلى مبدأ مفاده " ...إن قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز واجب الإلتزام في الحالات المشابهة لما ورد فيه... و صدر القرار بالاتفاق في ١١ محرم ١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٦/١/٢٠"<sup>(٦٣)</sup>، وعلى الرغم من الإلتزام التمييزي السابق، إلا أن المشرع العراقي أقدم عام ٢٠١٤ على تقنين فكرة العدول القضائي في قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ الصادر في ٢٨ كانون الثاني ٢٠١٤ للمادة (١٣) "أولاً - تكون هيئات محكمة التمييز كما يلي: أ- الهيئة العامة - وتتعدد برئاسة رئيس محكمة التمييز أو أقدم

طلبها، والتي تختم بحكم يكون جواباً على طلب الحماية... فالإجراءات القضائية قد تصدر من القاضي أو من الخصوم أو من الغير، وأهم الإجراءات القضائية التي يقوم بها القاضي هي حسم الدعوى، ببيان حكم القانون في حالة محددة يكتنفها التجهيل في عاندية الحق محل النزاع، والقاضي في هذا الصدد لا يعمل إرادته وإنما إرادة القانون". ينظر: د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص ١٣٦ و ص ١٤٠. ويعرف بأنه: "العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثراً اجرائياً ويكون جزءاً من الخصومة المدنية". ينظر د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر المطبعة، ط١، بغداد، العراق، ٢٠٠٠، ص ١٣١.

(٦١) قرارات المبادئ: "قرار صادر عن المحكمة والذي يتباين، من حيث المبدأ، كونه مسألة قانون مثيرة للجدل على وجه العموم، سواء كان ناجم عن تفسير القانون أو خلق بريتوري؛ أو القرار الذي له دوافع عامة، ويرجح أن يتضمن سلطة أدبية خارج السلطة في القضية المنظورة، ومن غير أن يضيف أي تفوق في النطاق القانوني".

Voir: G. CORNU (dir.)، Vocabulaire juridique، Association H. Capitant، PUF، 8ème éd. 2008، V° Principe. Voir aussi: S. Belaid، Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge، LGDJ، coll. Bibliothèque de philosophie du droit، vol. XVII، Paris، LGDJ، 1974، spéc. p. 296.

وتعني كلمة "مبدأ" الشيء الثابت والراسخ، ومبدأ الشيء أوله و مادته التي يتكون منها كالنواة مبدأ النخل أو يتركب منها كالحروف مبدأ الكلام ( ج ) مبادئ و مبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعد الأساسية التي يقوم عليها و لا يخرج عنها. ينظر: المعجم الوسيط، المؤلف: إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، الجزء الاول، ص ٨٨.

(٦٢) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون، ج ٤، ط ٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٧.

(٦٣) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم (٢٠٦٥ / ٢٧٩٧ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠٠٧) في ٢٠/١/٢٠٠٨ "غير منشور".

نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من اشتراكه وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي : ١ - ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة<sup>(٦٤)</sup>.

### الفرع الثاني: مظاهر الرقي في الاجتهاد الفرنسي الناجم عن العدول القضائي

من مظاهر الرقي القانوني في الاجتهاد الفرنسي هو حصول العدول عن المبادئ القانونية التي إستقر عليها العمل لمدة قد تطول وقد تقصر، ليس بين الغرف المدنية نفسها أو بين الغرفة التجارية وأحد الغرف المدنية، أو بين الغرفة الاجتماعية وأحد الغرف المذكورة، بل تحقق العدول داخل الغرفة الواحدة في محكمة النقض الفرنسية، وسنعالج حالتين من حالات العدول القضائي، واللذين يشكلان مظهراً من مظاهر الرقي في الاجتهاد الفرنسي، ففي (أولاً) سنبحث في: العدول القضائي في قرارات الغرفة المدنية الأولى، أما (ثانياً) فسنبحث في: العدول القضائي في قرارات الغرفة المدنية الثانية، وكما يأتي:

**أولاً: العدول القضائي في قرارات الغرفة المدنية الأولى:** ((البعد الأخلاقي للتعويض في المسؤولية الطبية)): كان المبدأ لدى محكمة النقض الفرنسية في المسؤولية الطبية، إن الضرر القابل للتعويض هو عدم مراعاة الطبيب للإلتزام بإعلام المريض للحصول على موافقته ولمنحه الفرصة في تفادي المخاطر الناجمة عن التداخل الجراحي، وهذا ما قررته الغرفة المدنية الأولى في قرارها الصادر في ٦ ديسمبر ٢٠٠٧، والذي نقضت فيه قرار محكمة إستئناف Bordeaux الصادر في ٣٠ يونيو ٢٠٠٦ نقضاً جزئياً<sup>(٦٥)</sup>، إلا أن هذا الأمر لا يعني وضع الحد لأي مطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي بدلاً عن الضرر المادي، ففي قضية جرت وقائعها في: حرمان المريض من ممارسة نشاطه الجنسي الناجم عن التداخل الجراحي المتمثل بعملية استئصال غدة البروستات ، وعدم إعلام المريض بهذا الخطر قبل الجراحة، فالإخفاق في تقديم معلومات، بما في ذلك المخاطر الاستثنائية جداً الناجمة عن ذلك التداخل الجراحي، يؤكد بذاته مسؤولية الطبيب وتسمح بالتعويض المالي للمرضى، ووفقاً لهذا الحكم، فقد ولد اجتهاد جديد في المسؤولية الطبية، وهكذا فقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن إتجاهها السابق، إذ نقضت الغرفة المدنية الأولى في قرارها الصادر في ٣ يونيو ٢٠١٠، قرار محكمة إستئناف Bordeaux الصادر في ٩ أبريل ٢٠٠٨ نقضاً جزئياً، إذ قررت "أن عدم مراعاة الطبيب للإلتزام بإعلام المريض هو بالضرورة يعد ضرراً للمريض، ويجب تعويضه في جميع الظروف"<sup>(٦٦)</sup>، وقد كان هذا الحل،

<sup>(٦٤)</sup> وجاء في الاسباب الموجبة لصدور هذا القانون، هو: "الغرض تأمين حسن سير العمل في محكمة التمييز الاتحادية وتسهيل حسم الدعاوى المنظورة بانسيابية من خلال توزيع الاختصاصات بين الهيئة العامة والهيئة الموسعة".

<sup>(٦٥)</sup> "Qu'en statuant ainsi, quand le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé, la cour d'appel a violé les textes susvisés". V.: Cass.civ. 1 du 6 décembre 2007 N° de pourvoi: 06-19301 Bulletin 2007, I, N° 380

<sup>(٦٦)</sup> "QUE : l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fût-il uniquement moral, que le juge ne peut laisser sans indemnisation ; qu'en décidant au contraire que Monsieur X... n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé et auquel le docteur Y... l'a exposé sans l'en

استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية *la responsabilité délictuelle* وفقاً لأحكام المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي ومبدأ كرامة الإنسان *le principe de dignité de la personne* في المادة (١٦، ١٦-٣) من القانون نفسه، وهكذا فقد أخذ التعويض عن الضرر الناجم عن خطأ الطبيب في إخلاله في التزامه في تقديم المعلومات للمريض بعداً أخلاقياً، وهنا يشير الأستاذ Philippe Pierre، بأنه: "في حالة عدم تقديم المعلومات التي تؤثر على الثقة التي وضعها المريض في طبيبه. فيمكن أن يبرر ذلك فقدان الثقة، أو حتى الشعور بالخيانة التي يشعر بها المريض، وله الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، دون اعتبار لتطور الحالة المادية له، وهكذا سيكون للتعويض عن الافتقار إلى المعلومات بعداً أخلاقياً"<sup>(٦٧)</sup>.

"Une information défailante affecte la confiance que le patient a placée dans son médecin. Cette perte de confiance, voire ce sentiment de trahison éprouvé par le patient, ne peuvent-ils justifier l'indemnisation en tant que telle d'un préjudice moral, sans égard à l'évolution de l'état physique de la victime ? Ainsi conçue, la compensation du défaut d'information revêtirait toute sa dimension éthique".

ثانياً: **العدول القضائي في قرارات الغرفة المدنية الثانية:** ((العدول القضائي نحو المستقبل)): فجاء في قرار الغرفة المدنية الثانية في قرارها الصادر بتاريخ ٨ يوليو ٢٠٠٤، "إن التطبيق الفوري لهذه القاعدة الجديدة للتقدم في الدعوى، بمناسبة العدول القضائي، من شأنه أن يحرم الضحية من محاكمة عادلة بالمعنى المقصود في المادة ٦-١ من "الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية"<sup>(٦٨)</sup>، وهي بهذا لم تساير الإتجاه التمييزي في القرار الصادر عن الغرفة نفسها والصادر بتاريخ ٤ ديسمبر ١٩٩٦<sup>(٦٩)</sup>، ومع ذلك لم يكتفِ الاجتهاد الفرنسي بإعمال مبدأ العدول القضائي في القضايا المتعلقة في حق الخصوم في الوصول إلى العدالة وضمان حقهم في محاكمة عادلة، لا بل حاول أن يطور مفهومه، من خلال قرار الهيئة العامة في محكمة النقض الفرنسية، فقد وضعت الهيئة العامة في محكمة النقض الفرنسية- تعقياً على قرار إحالة القضية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في ٧ مارس ٢٠٠٦- مؤخراً مفهوماً حديثاً، وهو "العدول القضائي للمستقبل" *La notion de revirement de jurisprudence pour l'avenir*، في قرارها رقم ٥٤٧ في ٢١ ديسمبر ٢٠٠٦، وقد صدر هذا القرار للحيلولة من دون حرمان الخصوم من الوصول إلى العدالة ومن ثم لضمان حقهم في محاكمة عادلة بالمعنى المقصود في الفقرة ١ من المادة ٦ من "الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات

---

informer, la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du Code civil". V.: Cass.civ. 1 du 3 juin 2010 N° de pourvoi: 09-13591 Bulletin 2010, I, n° 128

(67) Philippe Pierre, La réparation du manquement à l'information médicale : d'une indemnisation corporalisée à la mise en œuvre d'un droit créance. Available at: <http://www.em-consulte.com/en/article/285774#N1027D>.

(68) " L'application immédiate de cette règle nouvelle de prescription dans l'instance en cours, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, N°: 01-10426. Bull. n° 387.

(69) Cass. civ. 2ème, 4 décembre 1996. N°: 94-18896. Bull. 1996 II N° 279 p. 169.

الاساسية في روما<sup>(٧٠)</sup> الصادرة في ٤ تشرين الثاني ١٩٥٠ Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>(٧١)</sup>، والتي تنص على أنه: "١- لكل شخص- حال الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته أو في إتهام جنائي موجه اليه- الحق في محاكمة علانية خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة ومشكلة طبقاً للقانون؛ ويصدر الحكم بصورة علنية، ويجوز منع الصحفيين والجمهور من حضور كل الجلسات أو بعضها حسب مقتضيات النظام العام أو الآداب أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو عندما تتطلب مصالح الصغار ذلك أو حماية الحياة الخاصة للأطراف، وكذلك إذا رأت المحكمة في ذلك ضرورة قصوى في ظروف خاصة حيث تكون العلنية ضارة بالعدالة"<sup>(٧٢)</sup>.

ونخلص في هذا المبحث الى أنه : "لا يعد استقرار الاجتهاد القضائي وعدم التراجع عنه غاية في ذاتها، بل وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لمحكمة التمييز(النقض)، والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي، والذي يهدف بدوره إلى تحقيق غرض أسمى، غير معلن عنه صراحة، وهو ضمان إتباع ذلك الاجتهاد من المحاكم الدنيا الأقل درجة".

## المبحث الثاني

### دور الإجتهد الفرنسي في تحقيق الأمن القانوني

## Le rôle de la jurisprudence française dans la réalisation de la sécurité juridique

كان فلاسفة القرن التاسع عشر وبعض مفكري الثورة الفرنسية ورجالها، قد نادوا بإلغاء كل دور للاجتهد القضائي، فقد أنكروا دور القضاء كمصدر للقانون وكذلك عدم الزامية السوابق القضائية، وطالبوا بضرورة قصر عمل القاضي، في جميع الأحوال، على تطبيق أحكام التشريع تطبيقاً ألياً. فقال Montesquieu "إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع..."، وقال Robespierre "إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا...".

<sup>(٧٠)</sup> إن المادة (١/٦) من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الاساسية، تعد مفخرة الاتحاد الاوربي، فهي أكبر ضمانة لاستقلالية القضاء وحياده، بما يكفل محاكمة عادلة لكل مواطن في أي دولة من دول الاتحاد الأوربي.

<sup>(71)</sup> Cour de cassation، Assemblée plénière، Audience publique du 21 décembre 2006.N° de pourvoi: 00-20493.Bull. 2006، Ass. plén، n° 15، p. 52.Voir: Slovia STELZIG-CARON، La Cour de cassation et le dialogue des juges، Thèse، L'UNIVERSIT DE GRENOBLE Spécialité : Droit privé،n 149.p.139.

<sup>(72)</sup> Art.6-Droit à un procès équitable:"1.Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement، publiquement et dans un délai raisonnable، par un tribunal indépendant et impartial، établi par la loi، qui décidera، soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil، soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement، mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité، de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique، lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent، ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal، lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice".

ولكن هذا الاتجاه الذي جاء كرد فعل على تدخل القضاء الفرنسي قبل الثورة في أمور التشريع لم يكتب له النجاح، وما كان ليكتب له أن ينجح. فلا يمكن بحال من الأحوال تجريد القاضي من سلطة الاجتهاد وإلا تعطل عمله وتعذر عليه الفصل في الخصومات في بعض الأحيان، إلا أنه في بداية القرن العشرين ظهرت نظرية "البحث العلمي الحر" على يد الفقيه الفرنسي François Gény ، فموجب هذه النظرية فإن القاضي يمكنه أن يكمل النقص في التشريع عن طريق القيام بمجهود عقلي هو البحث العلمي الحر، بحيث يصل الى الحل القانوني الواجب التطبيق على ضوء الأفكار نفسها التي كان سيراعيها المشرع لو أنه تصرف بنفسه لحل النزاع (٧٣)، إذ تسمح تلك النظرية للقاضي عندما لا يجد قاعدة قانونية وضعية في مصادر القانون الوضعي فإنه يخلق بنفسه الحل العادل للنزاع المعروض أمامه، وبات الاجتهاد القضائي يتمتع باستقلالية كمصدر مباشر للقانون، تجعله في كثير من الأحيان يضبط انعدام التوازن الذي قد تتضمنه قاعدة قانونية معينة، وهو ما عبر عنه Gustave Le Bon بقوله: "يعدل القاضي العادل بحكمه ما كان جانرا في القانون".

وإذا كان مبدأ استقلال القضاء le principe de l'indépendance de la justice عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، يعد من أهم الأمور التي تسهم في إحساس الفرد و المجتمع بالثقة أثناء اللجوء إليه، والتي تؤدي الى تحقيق الأمن القانوني، من ناحية، وأن الالتزام باحترام السوابق القضائية يعد عنصر هام في تحقيق الأمن القانوني (٧٤)، من ناحية أخرى، فهل بالنتيجة يكون للاجتهاد القضائي من أثر قانوني في تحقيق الأمن القانوني؟ للإجابة على هذا السؤال ولغرض الوقوف على حقيقة الدور الذي يلعبه الاجتهاد الفرنسي في تحقيق الأمن القانوني، نقسم هذا المبحث على مطلبين: المطلب الأول: أحكام الاجتهاد الفرنسي و مدى قوتها الإلزامية والمطلب الثاني: الأمن القانوني غاية أساسية لدى المشرع الفرنسي، وكما يأتي:

#### المطلب الأول: أحكام الاجتهاد الفرنسي و مدى قوتها الإلزامية

يستلزم البحث في دور محكمة النقض الفرنسية في تطوير الاجتهاد الفرنسي في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني، نبحث في القوة الملزمة للقرارات التمييزية، وكما يأتي:

#### الفرع الأول: دور محكمة النقض الفرنسية في تطوير الاجتهاد الفرنسي

تحتل محكمة النقض قمة الهرم القضائي، الذي يمثل النظام القضائي الفرنسي l'ordre judiciaire français، وتلعب دوراً أساسياً في توحيد الاجتهاد، وهذه الوظيفة تفسر الطبيعة المتخصصة للمحكمة، التي لا تحكم قط في الوقائع، بل أن مهامها تتمثل حصرياً بتفسير القانون، فيما يخص الأساس أو الشكل، إن كان قديماً أو جديداً، وهذا ما يعزز أهمية قراراتها بموجبه، ويرتكز تفسيرها على الجوابات التي تعطيها في حكمها على الحجج المعروضة أمامها، وبشكل محدد أكثر على الحجج التي تتذرع بمخالفة القانون، إن كيفية تكوّن وتطور ونشر الاجتهاد المتبع تستدعي بعض التعليق، فبسبب طبيعة تقنية النقض بالذات (Cassation) التي تقود إلى تفحص

(73) F.Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Critical Essay, 2éd. 1954, traduction anglaise par le Louisiana State Law Institute, 1963, p.77.78.

ينظر: د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص ٤٨٨

(74) «L'obligation de respecter le précédent est un élément important de sécurité juridique». Voir: Moncef Kdhir, «Vers la fin de la sécurité juridique en droit français?», La Revue administrative, p. 542, (1993) 46.

كل دعوى<sup>(٧٥)</sup>، فيما يتعلق بالتطبيق المناسب للقانون على القرار موضوع النقض، يتم تطوير الاجتهاد بشكل تدريجي على أساس طلبات النقض والحجج الناجمة عنه، ويحظر على محكمة النقض الممارسة المعروفة بالقرارات التنظيمية (Arrêts de règlement)، كما وأنه بالنسبة لكل المحاكم الفرنسية الأخرى، وبموجب المادة (٥) من القانون المدني، "يُحظر على المحاكم إصدار قرار بشكل أحكام تنظيمية في دعاوى مقدّمة لها"، وهكذا يتم تطوير الاجتهاد شيئاً فشيئاً بما أن المشاكل مطروحة بشكل تدريجي بموجب حجج قانونية، ومن ثم، فإن محكمة النقض بتناغمها مع المجتمع الفرنسي – والآن الأوروبي- تقوم بتحديد تطبيق القانون مكيفةً إياه مع تطورات هذا المجتمع، التي تكون إما سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو دولية، أو تقنية، فضلاً عن أن تنوع المسائل بحد ذاته والمطروح على محكمة النقض، يعني أنه عليها أن تعطي جواباً منطقياً ومتوازناً لمعظم المشاكل المحتملة التي يثيرها تفسير القانون، وتترك المرونة الناجمة عن ذلك، نطاقاً واسعاً لقراءة جديدة، مع الوقت، وإذا اقتضى الأمر، لكيفية تفسير القانون، على ضوء التغيرات في المجتمع والطريقة التي يتم النظر إليها، وهي بشكل خاص، تمكّن من ملء الثغرات في القانون الوضعي، إذ إن المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي، تمنع المحاكم من رفض الحكم بسبب صمت، أو غموض أو عدم ملاءمة القانون، ومن ثم يكون لمحكمة النقض دوراً أساسياً تلعبه في هذا الصدد، من خلال الاستعانة بتقنية من الممكن استعمالها لمواجهة صمت القانون، وهي الإستناد إلى مبادئ عامة، مثل، "قاعدة الغش يفسد كل شيء" Fraus omnia corrumpit، على أن لا تتناقض هذه التقنية طبعاً مع أي نص للقانون الوضعي، ولكن لهذه التقنية حدودها، فأحياناً لا تسمح البنود الحالية للقانون، وبالرغم من أنها أصبحت كلياً قابلة للمناقشة، نتيجة لعدة تطورات، أي تعديل في تفسير القانون. ومن ثم، تشير محكمة النقض في تقريرها السنوي، إلى العواقب الناجمة عن الوضع الحالي للنصوص وتقتراح تعديلات تشريعية. وهناك أمثلة كثيرة عن اجتهادات المحاكم التي استقرت وأصبحت كالقاعدة القانونية، فبتاريخ ١٥ مارس من عام ١٩١٠ أصدرت محكمة باريس حكماً صريحاً بالأخذ بـ "نظرية تحمل التبعة" "La théorie du risqué intégrale"، من دون أن ينص عليها القانون المدني الفرنسي، وجاء في حيثيات الحكم (وسواء أكان الضرر ناشئاً عن شيء أم عن فعل تابع أو خادم لغير من 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 التابع أو الخادم يعود إليه بالفائدة والنفع)، وقد ظهرت هذه النظرية في فرنسا كأساس للمسؤولية المدنية بصفة عامة في بداية القرن التاسع عشر باسم الفقيهين الكبيرين Saleilles et Josserand، اللذين ذهبا إلى أن ارتباط المسؤولية المدنية بفكرة الخطأ كانت فكرة قديمة، فأساس المسؤولية في نظرهما يكمن في فكرة المخاطر التي تتطابق بطبيعتها مع القاعدة الأخلاقية.

وقد اجتهد القضاء الفرنسي وقرر أن "البطلان الذي يشوب بيع ملك الغير" La vente de propriété d'autrui هو بطلان نسبي، فاستقر هذا الاتجاه واتبعته جميع المحاكم، بالرغم من أن المادة (١٥٩٩) مدني فرنسي لم تنص على أكثر من القول على أن بيع ملك الغير باطل ولم تحدد هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي، وبديهي أن يترتب على هذا الاجتهاد خلق مراكز

(75) P. MIMIN، Le style des jugements، Librairies techniques، Libraire de la Cour de cassation، 1962، p. 225 et s.

قانونية جديدة لأطراف العلاقة القانونية في بيع ملك الغير لم يكن النص قد تضمنها لا صراحةً ولا ضمناً<sup>(76)</sup>.

وأخذ القضاء الفرنسي بـ "نظرية الاثراء دون سبب" L'enrichissement sans cause، بالرغم من أنه لا يوجد مبدأ عام في القانون الفرنسي يقرر هذه النظرية، وكانت حجته في ذلك أن هناك نصوص تشريعية وردت بشأن بعض حالات الاثراء بدون سبب، كالفضالة ودفع غير المستحق ونحوهما، فأعتبرها القضاء الفرنسي ليست سوى تطبيقات متفرقة لهذا المبدأ، إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر، فأدخل هذا المبدأ كله جملةً وتفصيلاً إلى النظام القانوني الفرنسي.

ومن الأمثلة الأخرى على أثر تغير المبادئ والمثل الاجتماعية على الاجتهاد القضائي، اقرار "نظرية التعسف في استعمال الحق" L'abus de droit بدون نص خاص، إذ إن القانون الفرنسي لم يتضمن نصاً خاصاً بذلك، وكان ذلك بدافع النظرة التقديسية إلى حق الملكية والحقوق الفردية، إلا أن النظرة الاجتماعية للحق ومنه حق الملكية تغيرت بمرور الوقت وأصبح ينظر للحقوق على أن لها وظيفة اجتماعية تؤديها في اطار عموم مصالح المجتمع، فظهرت اتجاهات فكرية تنادي بضرورة الحد من إطلاق الحقوق وتقييدها بواجب عدم التعسف في استعمالها، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه النظرة المتطورة للحقوق، فأقر مبدأ نسبية الحقوق وقيدها بواجب عدم التعسف في استعمال الحق، واعتبر من يتعسف في استعمال حقه كمن يرتكب عملاً غير مشروع ويكون مسؤولاً عن الاضرار التي تلحق بالغير جراء ذلك التعسف.

ونخلص من هذا الاستعراض، إلى أهمية الحاجة إلى نشر أحكام الاجتهاد، نظراً لدورها الفاعل في توحيد الاجتهاد القضائي، وقد عبر السيد RENOUARD المستشار لدى محكمة النقض الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر على ضرورة نشر أحكام القضاء، بقوله: "سواء صدرت أحكام وقرارات المجالس، مشكلة من قاض فرد أو عدة قضاة، فإنها لا تعتبر ملكاً للهيئة التي تصدر عنها، ولا للمتقاضين الذين كانوا سبباً فيها إنها ملك للدولة كاملة، ويعتبر نشرها ضماناً للمتقاضين ووسيلة للإعلام لكل المواطنين في نفس الوقت... ويتعين الإعلان عن كل تغيير في الاجتهاد القضائي وإرفاقه بالعناصر التي تسهل فهمه، بغرض ضمان توحيد الاجتهاد القضائي بعد تحوله"<sup>(77)</sup>.

الفرع الثاني: القوة الملزمة للقرارات التمييزية

(76) Art.1599: "La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages- intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui".

(77) "Les jugements et arrêts des cours et tribunaux، que ces tribunaux soient composés d'un juge ou de plusieurs، ne sont la propriété ni du siège duquel ils émanent، ni des plaideurs qui les provoquent. Ils appartiennent au pays tout entier ; leur publicité est à la fois une garantie pour les justiciables et un moyen d'enseignement pour tous les citoyens". Augustin-Charles RENOUARD، Traité des droits d'auteurs dans la littérature، les sciences et les beaux-arts، 1839. Cité in : Emmanuel LESUEUR de GIVRY، La diffusion de la jurisprudence، mission de service public، Rapport de la Cour de cassation 2003، La documentation Française، Paris 2004، p. 269.et p. 277.

يلحظ من نص المادة (٥) من القانون المدني الفرنسي<sup>(٧٨)</sup>، أن المشرع الفرنسي قد منع القضاء الفرنسي الإشارة إلى قرار محكمة في قضية تختلف عن القضية المعروضة أمام القضاء، ولا يمكن في كل الأحوال أن يصبح المبدأ الوارد في هذه القضية أساساً للحكم في القضية المعروضة أمام القضاء، وقد امتد هذا المنع ليشمل مبدأ سلطة الشيء المقضي به المنصوص عليه في المادة ١٣٥١ مدني فرنسي<sup>(٧٩)</sup>، فسلطة الشيء المقضي به لا تطبق إلا بالنسبة لموضوع الحكم، إذ يجب أن يكون الشيء المطالب به هو المذكور نفسه في الطلب ومؤسس على ذات السبب، وأن الطلب يتعلق بذات اصحاب العلاقة وصيغ من قبلهم. بفضل هذا النص فإن قرار المحكمة لا يتعلق إلا بطرفي الدعوى، فالأصل في حجية الاحكام أنها نسبية وأن الحكم لا يفيد منه أو يضار به إلا من كان خصماً في الدعوى التي صدر فيها ولا يجوز الحجية الا بينهم<sup>(٨٠)</sup>.

وإذا كانت حجية الاحكام، تستهدف إستقرار الحقوق والمراكز القانونية ووضع حد لتجدد الخصومات وعدم تأييدها وتفادي صدور أحكام متناقضة متعارضة مما يؤدي إلى مشكلات في تنفيذ الأحكام وفقد القضاء لهيبته واحترام الناس له<sup>(٨١)</sup>، من جهة، والتي يقابلها من جهة أخرى الواجب الملقى على عاتق القاضي بوجوب إصدار حكم حتى في حالة سكوت أو غموض أو نقص التشريع، إذ قضت المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي "إن القاضي الذي يرفض الحكم تحت إدعاء سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يوجه إليه إتهام بارتكاب جريمة أنكار العدالة"<sup>(٨٢)</sup>، وفي هذا النص اعتراف من المشرع الفرنسي بوجوب قيام القاضي بإكمال النقص في التشريع عندما لا يجد نصاً في مصادر القانون الوضعي.

وفي فرنسا تعد السوابق القضائية من الحلول التي تنبثق عن الممارسة القضائية المتمثلة بالعدول القضائي، والتي تعد بمثابة أساس للقرارات القضائية اللاحقة، فالفرق الرئيس هو أن السوابق القضائية ليست إلزامية، ومع ذلك، وفي فرنسا بالذات، لا يستخدم مصطلح السابقة Précédent، فتمت الاستعاضة عن بمصطلح الاجتهاد القضائي Jurisprudence<sup>(٨٣)</sup>، ومن حيث القوة الملزمة للسوابق القضائية في فرنسا، فيتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى إنعدام القوة الإلزامية للقرارات القضائية السابقة، فالقرارات التي تصدر عن المحاكم مهما كانت ليست لها القوة أن تفرض على المحاكم الأخرى التي تنظر في حالات مشابهة<sup>(٨٤)</sup>، فإذا كان الفقه والقضاء

(78) Art.5:"Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises".

(79) 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".

(٨٠) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢ ص ٢٣٨.

(٨١) د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٧؛ د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ١، الاسكندرية، ١٩٧٤، فقرة ٣٠، ص ١٠٩.

(82) Art.4:"Le juge qui refusera de juger ،sous prétexte du silence ،de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ،pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice".

(83) N. MOLFESSIS، Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents، op.cit. p. 567.

(84) R.CABRILLAC ،Introduction générale au droit ،Cours Dalloz ،4éd. 2001.P120.

لا يقران مبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية، فهل يصبح القرار القضائي ذا قوة في الواقع وما هو الأثر الملزم؟

يبدو من اللازم التفريق بين القرارات المختلفة بحسب المحاكم التي أصدرتها، فليس من الضروري أو المحتم أن يتبع قرار محكمة استئنافية من قبل محاكم أخرى، وإن حصل هذا الأتباع فعلاً، فإنه ليس إلا من قبيل سلوك طريق السهولة وتبني الحلول الجاهزة للتطبيق في القضايا المشابهة، ولكن سلسلة القرارات الصادرة من محاكم استئناف مختلفة تعد عادة قضاءً مستقراً، الرغم من تجرد القوة الملزمة عنه كسابقة<sup>(٨٥)</sup>.

أما قرارات محكمة النقض فلها وضع خاص، إذ يوجد تدرج معين بشأن قوتها كسابقة، فالقرارات الصادرة من محكمة النقض بهيئتها مجتمعة تسمو بقوتها على بقية القرارات، ويؤيد ذلك بوجه خاص عدم خروج محكمة النقض عما جاء بهذه القرارات إلا نادراً<sup>(٨٦)</sup>، ويوازيها تقريباً في القوة، القرارات الصادرة من الهيئة العامة المدنية لمحكمة النقض على إعتبار أنها قد صدرت لتنسيق وتوحيد الاتجاهات القضائية للهيئات المختلفة في تلك المحكمة، أما القرارات الأخرى لمحكمة النقض فيمكن قبولها كسابقة إذا تأيدت بسلسلة من القرارات المشابهة أو كانت من قرارات المبادئ Décisions de principe.

وهكذا يبدو وفقاً للآراء الفقهية بأن معيار التمييز بين القرارات التي تعد كسابقة أو التي لا تعد، هو أن القرارات القضائية الصادرة من محكمة النقض إذا أخذت بها المحكمة ذاتها أو محاكم أخرى بنفس الحل الذي أخذ به هذا الحكم الأول في المنازعات المتشابهة، 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 وجود نقص في مصادر القانون الوضعي فإنه لا يخلق سابقة قضائية ولكنه يخلق فقط حلاً فردياً<sup>(٨٧)</sup>، وهكذا نستنتج، أنه لا مكان لمبدأ السوابق القضائية في النظام القضائي الفرنسي، لوجود نصوص المادتين (٥) و(١٣٥١) من القانون المدني الفرنسي، إلا أن الإجتهد الفرنسي لا زال وبحكم الأمر الواقع الذي يوجب إتباع قرارات محكمة النقض الصادرة عن الهيئة العامة إذا تكرر تطبيقها من قبلها أو من قبل المحاكم الأخرى، فقد ظل الاجتهاد الفرنسي متردداً، في تحديد مسؤولية الناقل في ضمان سلامة الراكب، وذلك بين اعتبار هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية لغاية عام ١٩١١، حين أصدرت محكمة النقض الفرنسية قراراً بتاريخ ٢٣/١١/١٩١١، أقرت فيه بأن مسؤولية ناقل الأشخاص تجاه المسافر هي مسؤولية عقدية، وأن الناقل يلتزم بضمان سلامة المسافر وتوصيله سليماً معافى إلى مكان الوصول، وأن l'obligation de sécurité est une obligation de résultat، وأن المتضرر له الحق في التعويض طبقاً للمسؤولية العقدية، أي أن المسؤولية ذي طابع عقدي La nature contractuelle، ولا يعفى الناقل من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي<sup>(٨٨)</sup>، واستمر الاجتهاد الفرنسي على هذا الاتجاه، لحين صدور قرار الغرفة المدنية الأولى

(٨٥) عزيز جواد هادي الخفاجي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة ٢٠١٠، المجلد ٢، العدد ١، ص ٥٩٥.

(٨٦) M.Boulanger، Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi.in: Travaux de l'Association Henri Capitant، pour la culture juridique française. Bd. tome V، 1949، S.61.Paris، Dalloz.1950.

نقلاً عن: د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ٢٢.

(٨٧) عزيز جواد هادي الخفاجي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، المقال السابق، ص ٥٩٦.

(٨٨) Civ.Ire، 21 nov. 1911، S. 1912.1.73، note Lyon-Caen؛ DP 1913.1.249، note Sarrut.

بتاريخ ٧ مارس ١٩٨٩<sup>(٨٩)</sup>، الذي قلب نظام مسؤولية الناقل، مقررًا أن المسؤولية عن جميع الأحداث التي قد تحدث قبل وبعد النقل، تتمتع بطابع تقصيري La nature délictuelle، سواء أكان الضحية من الركاب أو طرف ثالث، فالمسؤولية عن هذه الأحداث تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(٩٠)</sup>.

وما أثير حول المسؤولية عن حراسة الأشياء في حوادث السير، فقد استقر الاجتهاد الفرنسي، على أن قرينة الخطأ في مسؤولية حارس الأشياء قرينة قاطعة، ويعد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٣/٢/١٩٣٠، أول ما أسس للمسؤولية عن فعل الأشياء، إذ قرر هذا القرار أن قرينة المسؤولية الواردة في المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي في مواجهة من كان تحت يده حراسة الشيء (غير الحي) الذي سبب ضرراً للغير، لا يمكن أن يهدم إلا بإثبات الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي لا ينسب إلى الفاعل، ولا يكفي إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ، أو أن يظل سبب الحدث مجهولاً، وقد تؤكد ذلك الاتجاه في القرار المعروف بـ DESMAES سنة ١٩٨٢، لكن مع صدور قرار محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٨٧ أحدث تراجعاً عن هذا الإتجاه، حينما قررت الغرفة المدنية الثانية في ٦ أبريل ١٩٨٧، أن الحارس يمكن أن يعفى جزئياً إذا ثبت مساهمة الضحية بخطئه في وقوع الضرر<sup>(٩١)</sup>.

#### المطلب الثاني: الأمن القانوني غاية أساسية لدى المشرع الفرنسي

سادت المجتمعات أفكار قانونية حديثة، وفي مقدمتها مبدأ الأمن القانوني La sécurité juridique، وهذا المبدأ يصعب الوصول إلى تعريفه، لأسباب تتعلق بأنه متعدد المظاهر، ومتنوع الدلالات، وكثير الأبعاد، فضلاً عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات<sup>(٩٢)</sup>، وهذا ما يجعل مفهوم مبدأ الأمن القانوني غير واضح<sup>(٩٣)</sup>، ولم يشر الدستور الفرنسي الحالي مطلقاً إلى الحق في الأمن القانوني، مما دفع المجلس الدستوري Le Conseil constitutionnel إلى رفض اعتبار الأمن القانوني مبدأ دستورياً un principe constitutionnel قائم الذات، وإنما

(٨٩) "Attendu qu'en dehors de l'exécution du contrat de transport، la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle". Civ. 1re، 7 mars 1989، N° de pourvoi: 87-11493.D. 1991.1، note Malaurie ; Gaz. Pal. 1989.2.632، note Paire.

(٩٠) H.Groutel، Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats ؟، Resp. civ. et assur.، mai 1989، 16.6 ; Jourdain، RTD civ. 1989.549 ; Viney، Traité de droit civil. La responsabilité، n° 554، LGDJ 1982.

(٩١) "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، du 6 avril 1987.N° de pourvoi: 85-16387.Bull. 1987 II N° 86 p 49.

(٩٢) لمزيد من التفصيل، ينظر: د. رفعت عيد سيد، مبدأ الامن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء احكام القضاء الاداري والدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١؛ د. محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، ٢٠٠٤، العدد ٣٦.

(٩٣) لا فرق في استخدام مصطلح الأمن القانوني La sécurité juridique أو مصطلح اليقين القانوني La certitude juridique، فكلاهما في المعنى ذاته، ولكن مصطلح La sécurité juridique هو الأكثر استخداماً من قبل الاجتهاد الفرنسي.

اعتبره مجرد معيار ضمني لمراقبة دستورية القوانين<sup>(٩٤)</sup>. ولأن الحق في الأمن القانوني والثقة المشروعة أفكار تتعارض من حيث المبدأ مع الأثر الرجعي للقوانين<sup>(٩٥)</sup>، فضلاً عن صعوبة تحديده، إذ لا يمكن سوى التحقق من وجوده في ظروف معينة وليس تعريفه بصفة مجردة، ولذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يعبر عنه أحياناً بتعبيرات تتمحور حول مبادئ محددة، مثل: (واجب القاضي بالبت في النزاع طبقاً للقوانين المطبقة يوم تقديم الطلب وعدم رجعية القواعد القانونية، الآثار الملزمة لإتفاقات الأطراف، إحترام آجال الطعون والتقادم، إحترام حجية الشيء المقضي به، حماية مبدأ الثقة المشروعة، أمن المراكز القانونية، استقرار المعاملات، حسن سير العدالة)<sup>(٩٦)</sup>، ويمكن القول أن المشرع عندما وضع مبدأ عدم رجعية القوانين لم يضع مبدأ لعدم رجعية الاجتهاد القضائي، وربما يمكن تبرير ذلك أنه لم يكن واعياً حينها للاجتهاد القضائي من قيمة قانونية و ما لتحوله من أثر على الأوضاع القانونية، ومن هنا تأتي أهمية هذا المطلب والذي نقسمه على فرعين: نبحث في الفرع الأول، أثر العدول القضائي على الأمن القانوني، أما الفرع الثاني: الاجتهاد الفرنسي في خدمة العملية التشريعية، وكما يأتي:

### الفرع الأول: أثر العدول القضائي على الأمن القانوني

على الرغم من الصعوبات في الوصول الى تعريف جامع مانع لمبدأ الأمن القانوني، إلا أن الأمر لم يخلو من محاولات الفقه والقضاء، في تحديد معناه، فيعرفه الفقه بأنه: " معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح، إذ يمكنهم ذلك من معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وهو ما يتيح لهم التصرف باطمئنان إستناداً إليها دون خوف أو قلق من نتائج هذا التصرف في المستقبل"<sup>(٩٧)</sup>، كما يعرف أيضاً، بأنه "وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية وحداً ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية بغض النظر عما إذا كانت أشخاص قانونية خاصة أم عامة بحيث تستطيع هذه الاشخاص ترتيب اوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجآت أو أعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث، ويكون من شأنها هدم ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها"<sup>(٩٨)</sup>. أما القضاء فقد تعرض مجلس الدولة الفرنسي، لتعريف الأمن القانوني، كونه " مبدأ يقتضي أن يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق وللوصول الى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة واضحة، ومفهومة، وإلا تخضع في الزمان إلى تغييرات متكررة أو غير متوقعة"<sup>(٩٩)</sup>.

(٩٤) M. 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.21 DECEMBRE 2006 - No 254.P.10.

(٩٥)P. MALINVAUD، A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence، RTD. Civ. 2005، p. 313.

(٩٦) عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاء، بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، ٢٨ مارس ٢٠٠٨، ص ٥.

(٩٧) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ص ٤٩.

(٩٨) د. يسرى محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، ع ٣٤، ص ١، يوليو، ٢٠٠٣، ص ٥١.

(٩٩) التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٦:

وتأسيساً على ما تقدم، يتبين لنا أن فكرة العدول القضائي-التي تنطوي على فكرة الرجوع عن مبدأ قانوني إستحالي إلى إتجاه تمييزي عكفت محاكم الموضوع على الالتزام به، لا بل حتى المحاكم الأدنى درجة من محكمة التمييز- تتعارض مع مضامين مبدأ الأمن القانوني، بصورة تختلف تماماً عن علاقته الوطيدة بأفكار الأمن القضائي La sécurité judiciaire والأمن التعاقدية La sécurité contractuelle ، إلا أنه يمكن توضيح ذلك من خلال الأمرين الآتيين:

أولاً: تثير علاقة الأمن القانوني بالأمن القضائي، مسألة الاستشهاد بالمبدأ القاضي بأن "الأحكام القضائية هي عنوان الحقيقة، بل هي الحقيقة ذاتها"<sup>(١٠٠)</sup>، ونعتقد أن هذه الحقيقة هي حقيقة نسبية، أُنبتتها المحكمة وليست حقيقة مطلقة، فالمفهوم الفعلي لهذا المبدأ لا يعني سوى أنه لا يجوز للخصوم بعد أن إستنفدوا كل وسائل الطعن في النزاع القضائي الذي شجر بينهم أن يعودوا لإثارة النزاع من جديد أمام المحاكم، وهو ما اصطلح على تعريفه بمبدأ حجية الأحكام<sup>(١٠١)</sup>، بوصفها قرينة قانونية قاطعة أقامها المشرع، استقراً للأوضاع القانونية، ولكن هذا المبدأ وهذه القرينة لا تحول بين المحاكم وبين العدول عن المبدأ أو الحقيقة التي قررها حكم سابق إذا عرض عليها نزاع جديد بين غير هؤلاء الخصوم، ولو اتحد هذا النزاع والنزاع السابق موضوعاً وسبباً، بل إن المحاكم الأدنى درجة تملك العدول عن مبدأ قانوني سبق أن قرره المحكمة العليا في نزاع آخر، الأمر الذي لا يقوم فيه هذا المبدأ مانعاً من نقد الأحكام القضائية ، ويقرر الاجتهاد الفرنسي في هذا الشأن، ومن خلال قرار الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض الفرنسية: "أن مقتضيات الأمان القانوني وحماية الثقة المشروعة، لا يمكن أن تتركس حقاً مكتسباً في اجتهاد ثابت بالنظر لكون تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القانون"<sup>(١٠٢)</sup>، فالاجتهاد

- Le rapport public 2006 du Conseil d'Etat-Sécurité juridique et complexité du droit <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000245.pdf>.

<sup>(١٠٠)</sup> عبد الرحمن العلام ، شرح قان المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ ، مصدر سابق، ص ١٩٨؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٣٧. وتنص فق ٣ المادة ١٦٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي، بأنه "الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرجعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية". وما يقرره الاجتهاد: "وإن أي إجتهاد من القاضي - لكي يكون مبرراً - يجب أن يكون في إطار النص الموجود، وإن أي رأي آخر يعتمد يفضي إلى خلق طرق طعن جديدة خارج الحالات المكرسة قانوناً، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام المبرمة، والتي تتمتع بقوة القضية، المحكوم فيها المعتبرة عنوان الحقيقة القضائية". ينظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية الجزائية - الغرفة السابعة- رقم : ٢٠٠٨/١٩٥ ، بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١ ، مجلة المحامون، مجلة نقابة المحامين، طرابلس، الإجتهاد العدلي الجزائي، السنة الثانية /٢٠٠٩، العدد الثالث، ص ٤٠٩-٤١١.

<sup>(١٠١)</sup> وقد أكدت محكمة العدل العليا (المحكمة الادارية في الأردن)، وفي حكم لها بهذا الخصوص، جاء فيه "٣- لا تملك أية جهة سواء أكانت الإدارة العامة أو غيرها أن تناقش في قرار قضائي، أو تشكك في قيمته، متى حاز حجية الأمر المقضي به واكتسب الدرجة القطعية ، ويعتبر أي تعقيب على حكم قضائي سواء بما أثبتته المحكمة من وقائع وما استندت عليه قانوناً، إخلالاً بحرمة الأحكام القضائية والتي هي عنوان الحقيقة وللأحكام وسائل للطعن بها حسب ما هو مرسوم لها وليس منها الامتناع عن تنفيذها بمقولة عدم دستورية القانون الذي استندت إليه المحكمة في حكمها". ينظر: عدل عليا أردنية، قرار رقم ١٩٩٣/٢٦٧ فصل بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١١ (هيئة عادية) منشور على الصفحة ٦٥٩ من العدد ٤ من مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٤.

<sup>(102)</sup> "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

القضائي ليس سوى تويلاً للقاعدة القانونية المكتوبة وهو يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية والهدف منه توضيح غامض وتفصيل مجمل وتقييد مطلق، والاجتهاد القضائي ليس مستقراً فهو قابل للتحويل وهذا يؤثر لامحالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضي، إذ بعد اطمئنانه لإجتهاد قضائي معين ثابت ومستقر تعامل معه مدة زمنية معينة ونظم دفاعه على ضوءه يتم التراجع فيه فجائياً وبأثر رجعي. ألا يؤثر هذا على الأمن القضائي والأمن القانوني عموماً؟ وفي هذا المجال يشير قرار الغرفة المدنية الأولى بأن: "الأمن القانوني لا يمكن من الاعتداد بحق مكتسب بواسطة اجتهاد ثابت، لان تطور الاجتهاد متروك للقاضي في تطبيقه للقانون"<sup>(١٠٣)</sup>، وقد تأكد هذا المعنى، فيما جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى الصادر في ٩ أكتوبر ٢٠٠١، "أن التفسير القضائي للقانون الواحد، بالفعل، لا يمكن أن يختلف تبعاً لزمان الوقائع الجاري النظر فيها، ولا يمكن لأحد أن يتمسك بحق مكتسب من قضاء جامد"<sup>(١٠٤)</sup>، ورأت العديد من المحاكم الفرنسية بأن الاجتهاد ليس مضرراً بالصالح العام ولا يشكل عدم أمن قضائي لأن ذلك يحرم القاضي من أعمال العقل وملاءمة القواعد القانونية مع متطلبات العصر، وبناء عليه يمكن القول بأن القانون الحي هو الذي تصنعه المحاكم.

ثانياً: يقصد بالأمن التعاقدية "توقع المخاطر التعاقدية وتلافيها، وذلك باتباع إجراءات محددة عند التعاقد، لاسيما بشأن ما يتعلق بالتنفيذ والمسؤولية العقدية، فالأمن بهذا المعنى إحساس، وقيمة إجتماعية مستمدة من القانون"، وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن القانوني، لأنه يستند الى عدة مرتكزات، تتجلى من خلال عدة مستويات أهمها: مبدأ القوة الملزمة للعقد، وتنفيذ العقد بحسن نية، وإنهاءً بمرحلة استقرار العقد، والتي يثار عندها مبدأ استقرار العقد Stabilité du contrat، فاستقرار العقد والحفاظ عليه هما من دواعي الأمن القانوني<sup>(١٠٥)</sup>.

ومما تقدم، نستطيع القول، أن العلاقة بين الأمن التعاقدية والأمن القضائي، تشكل المسلك الذي يقودنا إلى الإقرار بفكرة العدول القضائي، وذلك من خلال ما يعطيه القاضي لمظاهر إنصافه وتقديراته وهو يبت فيما يثار أمامه من منازعات تتعلق بمختلف العقود، ومن هذه الزاوية، يبدو أن هناك علاقة بين الأمن التعاقدية والقضاء، وذلك على أكثر من مستوى:

١- علاقة الأمن التعاقدية بمبدأ استقلال القضاء، إذ لا يعني هذا الإستقلال أن القاضي يحكم كيفما اتفق.

---

jugé dans l'application du droit". Cass. civ. 2ème 08 juillet 2004، N° de pourvoi: 03-14717 Bull. civ. 2004، II، n° 361، p. 306. Rev.assurance.2004.933. Obs. Kullmann.

<sup>(103)</sup> "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.Atiass.

<sup>(104)</sup> "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° 249 p. 157.

<sup>(١٠٥)</sup> د. عبد المجيد غميجة، أبعاد الأمن التعاقدية وإرتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدية وتحديات التنمية" المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، ٨ و١٩ أبريل ٢٠١٤، ص ٣.

٢- علاقة الأمن التعاقدية بمبدأ السلطة التقديرية للقضاة التي قد تختلف من قاضٍ لآخر، بما لذلك من آثار على الأمن التعاقدية.

٣- العلاقة بين قواعد الإنصاف ومبدأ الأمن التعاقدية، من حيث إنه وتحت ذريعة هذا المبدأ تتحقق العودة المؤطرة لحكم القاضي بقواعد الإنصاف، بدل الحكم بما ينص عليه القانون، إذ يتم توجيه النقد إلى الأحكام القضائية المبنية على قواعد الإنصاف، بعلّة ابتعادها عن المساواة أمام العدالة . وتتركز هذه العلاقة بالدرجة الأساس من خلال، علاقة الإجتهد القضائي بالأمن التعاقدية، ففي ظل غياب قاعدة مكتوبة، والإعتماد فقط على الإجتهد القضائي لمواجهة وضعيات غير متوقعة قانونياً، تتزايد متطلبات الأمن التعاقدية في علاقته مع القضاء، إن الإجتهد القضائي في جوهره تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو من هذه الناحية يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، بما يثريه ذلك من نقاشات، لا سيما ما يرتبط بمبدأ فصل السلطات بالنظر لدور المشرع الذي يتقصد القاضي في هذه الحالة . وعندما يتعلق الأمر بمنازعات تعاقدية فإن الأمر يتعلق في العديد من الحالات بتأويل للعقد كذلك، وهو ما يجعل القاضي يحل محل إرادة الأطراف المتعاقدة، إلا أن ما يثير الإشكال أكثر، هو التراجع عن الإجتهد القضائي المستقر، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين بل وحتى حقوقهم المكتسبة، إذ بعد اطمئنانهم لإجتهد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ، والأكثر من ذلك أن أثر الإجتهد القضائي الجديد يكون بأثر رجعي.

#### الفرع الثاني: الاجتهاد الفرنسي في خدمة العملية التشريعية

تركت الحلول الاجتهادية السابقة les solutions jurisprudentielles antérieures التي طرحها الاجتهاد الفرنسي في الكثير من القضايا التي أثارته، حينذاك، جدلاً فقهيّاً واسعاً، فهل كان بإمكان المشرع الفرنسي تقنينها وتنظيم أحكامها في صورة نصوص قانونية، أي إجراء عملية تحويل القاعدة الاجتهادية la règle jurisprudentielle الى قاعدة قانونية la règle de droit ؟ للإجابة على هذا السؤال، نبحت في تنفيذ عدم التعارض بين العدول القضائي والأمن القانوني، في (أولاً)، ومن ثم، نبحت في التجربة الفريدة للمشرع الفرنسي في تحقيق الأمن القانوني في (ثانياً)، وكما يأتي:

أولاً: تنفيذ عدم التعارض بين العدول القضائي والأمن القانوني  
إن الاعتراف بدور القضاء في تحقيق مطلب الأمن القانوني، لا يمكن تحديده من خلال النظر إلى دور القاضي في تعامله مع القواعد القانونية، ما لم تكن تلك القواعد واضحة وغير مبهمة، وأن لا يشكل الحكم المقرر فيها خرقاً لمبدأ الأمن القانوني- فلا يمكن المطالبة بتطبيق قاعدة قانونية تنتهك مبدأ الأمن القانوني، بسبب عدم الوضوح والدقة<sup>(106)</sup> -فضلاً عن ذلك، أن لا تكون تلك القواعد غير متناقضة مع غيرها من القواعد، وإلا بدأ القاضي بإعمال الإجتهد، وهو ما يجعل القاضي يمارس الدور التشريعي، وهذا الأمر لا يخلو من المساس بأهم المبادئ الأساسية والمتمثلة في مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن إضطرار القاضي إلى إنشاء قاعدة تحكم ما هو معروض عليه عند عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع، حتى لا يعد منكراً للعدالة، فإن ما

(106) "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.prece arrête.

ينشئه القاضي من قواعد تظل لها صفة الخصوصية ولا تكتسب صفة العموم، إذ يستطيع القاضي أن يعدل عن هذه القاعدة في الحالات المماثلة<sup>(١٠٧)</sup>.

وإذا علمنا أن عدم قابلية الإجتهدات القضائية للتوقع، تعد أهم المعاني والدلالات التي يحملها مبدأ الأمن القانوني في طبيته، فضلاً عن، أن دور القاضي في تحقيق الأمن القانوني، لم يتوقف عند إنفتاحه على الاجتهاد القضائي، بقصد ملء الفراغ القانوني، في مقابل عدم قابلية التوقع، بل إن الأمر تعدى ذلك ليشمل، مباشرة القاضي لأحد أهم الأدوار الجوهرية، والتي من شأن القاضي القيام بها لتعزيز الأمن القانوني، ألا وهو "تسبيب الحكم القضائي"، لأمكننا هنا القول: بأن العدول القضائي، يعد أهم الحلول التي يضعها الاجتهاد القضائي في خدمة تحقيق الأمن القانوني في المجتمع<sup>(١٠٨)</sup>.

ب- عدم إمكانية تصور حالة التعارض بين العدول القضائي والأمن القانوني، فعلى الرغم من أن الأمن القانوني يمثل نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية وحداً أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية، إلا أن الاجتهاد القضائي يمثل أحد الحلول القانونية المتاحة للقاضي، لتلافي مشكلة إخفاق مصادر القانون الأخرى في إسعاف طلب القاضي، وإذا ما علمنا أن تطور الاجتهاد ينتج عن سلطة القاضي في تطبيق القانون، وأن الطريق للوصول إلى العدول القضائي يبدأ بالاجتهاد القضائي، فالعدول القضائي يمثل أي مسألة تحدث تغييراً في الاجتهاد القضائي<sup>(١٠٩)</sup>، فليس ما يمنع محكمة النقض من تغيير إجتهادها الثابت إذا رأت حاجة إلى تغييره، ولا سيما إذا دعا إلى ذلك تغير ظروف المجتمع وأوضاعه، وعندئذ يقال: إنه حصل تحول في الاجتهاد، وينشأ إجتهاد جديد لدى محكمة النقض، يغدو بعد حين إجتهادها المستقر الذي تتبعها فيه المحاكم الأخرى، وحقيقة الأمر أن قضية " التراجع " الذي يخشى منه بعضهم ، تظل امراً متعلقاً بالسياسة القضائية للمحكمة ، مرجعه في النهاية إلى تصورهما لعلاقتها بسائر السلطات ، ووعياها بأهمية الدور الكبير الذي تؤديه في تثبيت دعائم الشرعية الدستورية . ويظل الأمر في النهاية مرتبطاً بسياسة المحكمة ومدى قدرتها على التوفيق بين اعتبارات الاستقرار والاستمرار ، واعتبارات الرجوع إلى الحق حين يتكشف وجه الخطأ أو يتبين مقدار الضرر الذي سببه حكم قديم لها<sup>(١١٠)</sup>.

ونعتقد أن تحقيق العدل الناجم عن العدول القضائي، وإطمئنان من يلوذ بالقضاء إلى إمكانية إنصافه لهو أسمى من إستمرار العمل وفقاً لإتجاه تمييزي وجد القاضي المجتهد عدم جدوى إستمرار العمل بموجبه، وما يؤيد ذلك هو لجوء المشرع الفرنسي في قانون التعديل الأخير لتقنينه المدني الصادر عام ١٨٠٤ إلى تقنين الاجتهادات القضائية التي إستقر العمل عليها الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية للقرنين السابقين، سواء تلك الناجمة عن العدول القضائي أو غيرها، تحقيقاً للأمن القانوني الذي هو من أول أهداف هذا التعديل، وهو ما سنلاحظه في الفقرة (ثانياً).

<sup>(١٠٧)</sup> د. بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٤.

<sup>(١٠٨)</sup> Maiwenn Tascher. Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation.op.cit.pp.151، 181،204.

<sup>(١٠٩)</sup>Frédéric Zenati، Les divergences de jurisprudence، sous-direction: Pascal Ancel، Marie-Claire Rivier Université de Saint-Etienne، Collection : Droit ISBN : 978-2-86272-251-1 2003.p.62.

<sup>(١١٠)</sup> ينظر: د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج٢، مجلة الدستورية، ع٢، السنة الاولى، أبريل ٢٠٠٣، ص ١٤.

ثانياً: التجربة الفريدة للمشرع الفرنسي في تحقيق الأمن القانوني: بعد غياب وجمود طويلين عمد المشرع الفرنسي مؤخراً إلى تعديل القانون المدني الفرنسي، فقد أصدر المشرع الفرنسي الأمر رقم: (٢٠١٦-١٣١) في ١٠ فبراير ٢٠١٦، (L'Ordonnance N° 2016-131 du 10 Février 2016) والمتعلق بإصلاح قانون العقود والنظرية العامة في الإثبات والالتزامات<sup>(١١١)</sup>، والذي جاء بعد مدة طويلة من الزمن، تقارب القرنين ومنذ صدور القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤، لم تتعرض خلالها القواعد المتعلقة بالالتزامات إلى التعديل، بإعادة كتابة أكثر من (٣٥٠) مادة في الفصل الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني، والذي يلاحظ في هذا التعديل، وما يميز أحكام هذا الأمر هو مراعاة المشرع الفرنسي لأبرز ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في السنوات القليلة الماضية، فقد تولى تدوين عدد كبير من الحلول التي قدمتها السوابق القضائية les solutions jurisprudentielles antérieures وهو ما يشكل مظهراً من مظاهر الرقي القانوني، إذ إن جل التشريعات لا تعتمد في صياغة قوانينها على الملائمة مع ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية<sup>(١١٢)</sup>، وقد نشر هذا الأمر في "الجريدة الرسمية Journal officiel" في ١١ فبراير ٢٠١٦، على أن يكون نافذاً في ١٠/١٠/٢٠١٦، ولا تسري أحكامه على العقود المبرمة قبل هذا التاريخ، إذ تنص المادة (٩) من هذا الأمر، بأنه "تسري أحكام هذا الأمر في ١ أكتوبر ٢٠١٦، أما العقود المبرمة قبل ذلك التاريخ ما زالت خاضعة للقانون القديم. ومع ذلك، تنطبق أحكام الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١١٢٣ و ١١٥٨ و ١١٨٣ المواد من بدء نفاذ هذا الأمر. عندما اتخذت إجراءات قبل بدء نفاذ هذا النظام، والإجراء الذي استمر والحكم عليها القانون القديم. وينطبق هذا القانون أيضاً في الاستئناف والنقض"<sup>(١١٣)</sup>.

ومن أبرز القضايا التي نظم المشرع الفرنسي أحكامها في هذا الأمر، مستنداً إلى الحلول التي طرحتها السوابق القضائية، هو تنظيمه لأحكام المفاوضات السابقة على التعاقد، وهو ما سنبحثه في الفرع الأول، ومن ثم تنظيمه لأحكام الالتزام بالاعلام، وهو ما سنبحثه في الفرع الثاني، وكما يأتي:

أ- تنظيم أحكام مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد: أحدثت قضية مونيكيان L'arrêt du Manoukian عام ٢٠٠٣ تحولاً جذرياً، في مفهوم الخطأ السابق على التعاقد الناجم عن قطع المفاوضات، حين قررت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٣، أن الظروف التي أوجدت حالة القطع، قد أصبحت تمثل ركن الخطأ والذي يستوجب التعويض في المسؤولية السابقة على التعاقد، حيث قررت المحكمة:

(111) L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats، du régime général et de la preuve des obligations.

(112) وفي تصريح للرئيس الفرنسي في معرض حديثه عن دواعي تنزيل هاته المقترحات أكد أن الهاجس الأول في إقرار هذا المرسوم هو ضمان الأمن القانوني.

(113) Art. 9 de l'ordonnance n° 2016-131: "Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1er octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. Toutefois، les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance، l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation".

« Les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ».<sup>(114)</sup>

وقد تمخض عن العدول القضائي عن الاتجاهات التمييزية السابقة والناجم عن صدور هذا القرار، عدة مبادئ قانونية، كانت أساساً في النظر في تنظيم المفاوضات السابقة على التعاقد تنظيمياً قانونياً، فقد أقرّ المشرع الفرنسي تنظيماً قانونياً جديداً للمفاوضات السابقة على التعاقد تتمثل في أحكام المادة الجديدة (١١٠٤)، إذ نصت على أنه: " يجب مراعاة حسن النية عند التفاوض على العقود أو تكوينها أو تنفيذها. ويعد هذا الحكم من النظام العام"<sup>(115)</sup>، و عليه فحسن النية أضحي واجباً حتى في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد وجعله أيضاً مسألة من مسائل النظام العام. وهو ما من شأنه تعزيز الأمن القانوني و ضمان استقرار المعاملات ناهيك عن حساسية هذه المرحلة السابقة على التعاقد، أي أن حسن النية لم يعد مقتصر على تنفيذ التعهد (العقد) كما كان منصوصاً عليه قبل التعديل، وإنطلاقاً من ذلك فقد توسع دور القاضي المدني في تفسير العقد انطلاقاً من هيمنة مبدأ حسن النية على كافة مراحل العقد<sup>(116)</sup>، ويقول الأستاذ Daniel Mainguy " إن مبدأ حسن النية أصبح له الأولوية الكاملة، بأن يكون مفروضاً، من الناحية الإيجابية: على مراحل العقد الثلاث: التفاوض، التكوين والتنفيذ، بمعنى أنه يمكن للقاضي إضافة متطلبات غير معتبرة من قبل الطرفين، ومن الناحية السلبية: بإمكانية القاضي حذف بنود معينة أو تعديل العقد في حالة حدوث تغيير في الظروف الاقتصادية"<sup>(117)</sup>.

"Le principe de bonne foi est a priori complet، en ce qu'il s'impose، positivement، aux trois stades de la négociation، de la formation ou de l'exécution du contrat، en ce sens que le juge peut ajouter des exigences non envisagées par les parties، négativement، par la possibilité laissée au

<sup>(114)</sup> Cass.Com.26 nov.2003. N°: 00-10243 00-10949. Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Capitant(H)/Terre(F)/Lequette(Y)، Tom2. Obligations، Contrats.speciaux، Suretes.12<sup>eme</sup> ed.2008.Dalloz.Observations de Vigny. P.11-12. ترجمة: علي محمود مقلد، القرارات الكبرى في القضاء المدني، (الموجبات-العقود الخاصة-التأمينات)، هنري كابيتان، فرانسوا تيري، ايف لاكيت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٣-٢٤.

<sup>(115)</sup> Art. 1104. " Les contrats doivent être négociés، formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public".

<sup>(116)</sup> كما نص المادة ١١٩٥ و الذي أتى بسلطة جديدة للقاضي المدني في إطار توسيع مجالات تدخله، إذ أضحي القاضي المدني وفقاً لنص هذه المادة طرفاً ثالثاً في العقد يتوسط المتعاقدين، إذ أعطاه المشرع إمكانية مراجعة العقد أو إنهائه وهو ما نلاحظه من خلال الفقرة الثانية من المادة ١١٩٥ من المرسوم الجديد.

Art 1195 "..... A défaut d'accord dans un délai raisonnable، le juge peut، à la demande d'une partie، réviser le contrat ou y mettre fin، à la date et aux conditions qu'il fixe".

<sup>(117)</sup> Daniel Mainguy et les autres. Le nouveau droit français des contrats، du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016) UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit » 2016. 39 rue de l'Université – 34000 Montpellier.p.41.

juge de supprimer certaines clauses ou de modifier le contrat en cas de changement de circonstances économiques".

كما نص على مسألة حسن النية في إطار المادة الجديدة ١١١٢ والتي تنص على: "المبادرة، السلوك والقطع للمفاوضات السابقة على التعاقد تتم بحرية. ولكن يجب تلبية متطلبات حسن نية"<sup>(١١٨)</sup>. و ما نشير إليه أن هذا الحل القانوني المتمثل في إقرار حسن النية في مرحلة المفاوضات تم بناءه على ما استقرت عليه محكمة النقض بخصوص هذه المسألة.

ب-تنظيم أحكام الالتزام بالاعلام: نشأ الالتزام بالاعلام بمفهومه الحديث على يد القضاء الفرنسي الذي إستنبطه من تفسير إرادة المتعاقدين بقصد توفير حماية أكبر للمستهلك<sup>(١١٩)</sup>، فهذا الالتزام من شأنه تحقيق التكافؤ في المراكز العقدية، والمساواة في العلم بين المتعاقدين ، ولاسيما بعد التطورات التي أدت إلى ظهور المشاريع العملاقة التي تجاوز عملها الإطار المحلي، وإقبال تلك المشاريع على إستخدام كل فنون وضروب التكنولوجيا المتطورة في مجال التصنيع والإنتاج من ناحية ، وظهور شبكات كبيرة ومنظمة للتوزيع والتسويق تتسابق في إيجاد وابتداع كل ما هو جديد لجذب المواطن إليه من ناحية أخرى ، مما أدى إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي وتوازن المعرفة بمحل العقد وظروفه وبشكل واضح بين طرفي العلاقة العقدية(المهني والمستهلك)<sup>(١٢٠)</sup>، وقد نظم المشرع الفرنسي الإلتزام بالاعلام L'obligation

d'information سواء من حيث حدوده ، أو عبء إثبات القيام به و كذا الجزاء المطبق في حالة الإخلال بهذا الإلتزام، وذلك بموجب المادة ١١١٢-١ في فقرتها الخامسة، أما بالنسبة لحدوده فقد نص المشرع على أنه لا يجوز للأطراف وضع حدود لهذا الإلتزام و لا تقييده ، كما لا يحق لهم استبعاده<sup>(١٢١)</sup> ، أما بخصوص جزاء الإخلال بهذا الإلتزام ، فيتمثل في إمكانية بطلان العقد وفق الشروط المنصوص عليها في خانة عيوب الرضا<sup>(١٢٢)</sup>، أما مسألة عبء إثبات القيام بهذا الإلتزام فنص المادة ١١١٢-١ على مبدأ عام يتمثل في قيام المتعاقد المتضرر بإثبات أن المتعاقد الآخر كان ملزما بالاعلام ، وفي المقابل يتعين على هذا الأخير إثبات قيامه بالإلتزام<sup>(١٢٣)</sup>.

## الخاتمة

وفي نهاية البحث في موضوع ( دور الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني)، لابد من خاتمة نبين فيها النتائج المستخلصة والمقترحات والتي نجلها فيما يأتي:

(118) Art. 1112 " L'initiative، le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi".

(119) François Collart Dutilleul، Philippe Delebecque، Contrats civiles et commerciaux، Recueil Dalloz، 1996، n<sup>o</sup>211، p.179et180.

(120) د.عدنان ابراهيم السرحان، المهني(المفهوم والانعكاسات القانونية)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الاول، ٢٠٠٠، ص٥٥.

(121) Art 1112-1 "les parties ne peuvent ni limiter، ni exclure ce devoir".

(122) Art 1112-1 "... Le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants".

(123) Art 1112-1 "...Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait، à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie".

أولاً: يعد الإجتهد القضائي، أحد الحلول القانونية لتفادي القصور التشريعي، فله الدور الفاعل في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية بسبب إخفاق مصادر القانون الأخرى، ويؤمن الاجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة، وفق ما عبر عنه الفقه الألماني بالاجتهاد القضائي التطوري، كما أنه يساهم في تفسير النصوص الغامضة و يكمل الناقص منها، فيصبح الاجتهاد القضائي وكأنه يمثل مصدراً غير مباشر للقانون، إلا إن القاعدة القانونية التي يتولى الاجتهاد القضائي خلقها، هي ليست تلك القاعدة القانونية، بمعناها القانوني المعروف، فصفة العموم والتجريد *Caractère général et abstrait* يصعب لا بل يستحيل توافرها في قاعدة يستند عليها القاضي بصدد نزاع معين، إذ إن مثل هذه القاعدة سوف تتأثر صياغتها بل وموضوعها، وبلا شك، بتفاصيل النزاع المطروح، فتفتقد بذلك صفة العمومية، ثم هي بعيدة عن علم الأطراف من قبل، إذ إنها لم تنشأ وربما لم توجد قبل قيام النزاع . أما الصفة الثانية، وهي صفة الإلزام *Caractère obligatoire* ، فهي صفة مفقودة في الاجتهاد القضائي، فيجب التمييز بين قوة الإلزام الأدبي وقوة الإلزام القانوني لأحكام محكمة التمييز(النقض)، فلم يرد، مثلاً، في أي من أحكام النقض الصادرة عن محكمة التمييز(النقض)، ضرورة التزام محكمة الموضوع(الأساس)، بالإتجاهات التمييزية المستقرة والصادرة عن هذه المحكمة.

ثانياً: إن اللجوء إلى إجراء العدول القضائي، يؤكد دور الإجتهد القضائي في خلق القاعدة القانونية، بمفهومها السابق، وخروجه من دائرة وظيفته الأساسية، وهي: "تطبيق القانون"، فلا يجب على محكمة التمييز(النقض)، وتحت ذريعة الأمن القضائي والاستقرار الاجتهادي، أن تمنع على نفسها تطوير اجتهادها المبني دوماً على قراءة القاعدة القانونية في زمن تطبيقها، ومن ثم لا يمكن أن يكون الاجتهاد إلا أكثر مرونة من النص القانوني نفسه، وليس ما يوجب على محكمة التمييز إجراء قراءة خاطئة لأية قاعدة قانونية فقط من أجل المحافظة على توقعات الأفراد من اجتهادها، فليس هناك أي حق مكتسب من قاعدة اجتهادية ولو استمرت لمدة طويلة من الزمن.

ثالثاً: أثبت الواقع العملي- المتمثل في التطور التشريعي الحديث الذي شهدته فرنسا على أثر صدور الأمر رقم (٢٠١٦-١٣١) في ١٠ فبراير ٢٠١٦ والخاص بتعديل القواعد القانونية في العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات في القانون المدني الفرنسي- الدور الفاعل الذي يلعبه الإجتهد القضائي في تحقيق الأمن القانوني *La sécurité juridique*، فقد شكل الأمن القانوني أول الأهداف *le premier objectif* والتي من أجلها جاء هذا التعديل، وكان ذلك الأمن القانوني يتطلب النظر في السوابق القضائية التي وضعت لمائتي عام، فقد إعتد المشرع الفرنسي في هذا التعديل على الحلول الاجتهادية السابقة *les solutions jurisprudentielles antérieures* التي طرحها الإجتهد الفرنسي في الكثير من القضايا التي أثارت ، حينذاك، جدلاً فقهيّاً واسعاً، إذ تولى المشرع الفرنسي تقنينها وتنظيم أحكامها في صورة نصوص قانونية، أي إجراء عملية تحويل القاعدة الاجتهادية *la règle jurisprudentielle* إلى قاعدة قانونية *la règle de droit* وهو ما يشكل مظهراً من مظاهر الرقي القانوني، إذ إن جل التشريعات لا تعتمد في صياغة قوانينها على الملائمة مع ما استقرت عليه الاجتهادات القضائية. ولتحقق بذلك الغاية الأساسية التي من أجلها جاء هذا التعديل، وهو تحقيق الأمن القانوني.

المقترحات:

إذا كان من المؤكد أن استقرار محكمة التمييز على اجتهاداتها القضائية يعطي لها قوة ويضمن الأخذ بها من الجهات القضائية الدنيا، فإنه لا يوجد تناقض بين تكليفها بتوحيد الاجتهاد القضائي والترخيص لها في الوقت ذاته بالتراجع عنه وإقرار اجتهاد مغاير، بل أن طبيعة عمل محكمة التمييز وكونها تفصل في الطعون الخاصة بقضايا معينة، يجعل قراراتها لا ترقى إلى مستوى القانون الذي يتضمن قواعد عامة، مجردة وملزمة، وهو ما يخول لها الحرية في التقيد بالاجتهاد الذي قررته أو التراجع عنه وإقرار اجتهاد قضائي مغاير، وذلك بشرط إتباع الإجراءات المقررة قانوناً، وانطلاقاً مما سبق نقترح الآتي:

أولاً: إن القضاء هو المظهر العملي للقانون، فالمقتضى أن نجعل لقرارات المحاكم أهمية كبرى وإزالة الالتباس الحاصل: هل أن الاسترشاد بقرارات المحاكم هو على سبيل الإلزام أم الاستئناس؟ مع الأخذ بنظر الاعتبار، ضرورة منح محكمة التمييز الاتحادية إمكانية إصدار تفسير للتطبيق الملائم للقانون ينشر في الجريدة الرسمية ويكون ملزماً لجميع المحاكم وذلك سعياً للوصول إلى وحدة التطبيق القضائي والحفاظ على وحدة القضاء، ولتلافي صدور أحكام متناقضة ومتعارضة في القضية الواحدة، فضلاً عن دعوة المشرع العراقي إلى تعديل المادة (٢) من القانون المدني العراقي، وإعادة صياغة قاعدة (لا مساع للاجتهاد في مورد النص)، لتكون على وفق الصيغة التالية: ( لا مساع للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة).

ثانياً: التأكيد على دور محكمة التمييز (النقض) في ترسيخ اجتهادات قضائية متقدمة في إطار الدور الذي تضطلع بها هذه المحكمة من أجل تطوير القاعدة القانونية، والتأثير الإيجابي على المحاكم الدنيا في اتجاه توحيد اجتهاد جميع المحاكم في الدولة، ومن أجل ذلك نوصي بتشكيل لجنة أو هيئة في محكمة التمييز (النقض) من أجل السهر على حسن تطبيق وتفسير وتأويل القانون، والمساهمة في تحقيق استقرار المعاملات، وثبات المراكز القانونية ودعم عنصر التوقع في إطار ترسيخ مبدأ الأمن القضائي، ومن بين هذه الإصلاحات الممكنة أعمالها في هذا المجال، ما يأتي:

أ- يجب على المشرع العراقي أن يرسخ مبدأ الاعتماد على الأعمال التحضيرية لكل القوانين التي يحدثها وذلك حتى تكون فلسفته واضحة بشكل يقلل من التضارب القضائي في هذا المجال، والذي يكون ناتجاً بالأساس عن عدم وضوح موقفي المشرع من إشكالية قانونية معينة، ومن ثم فإنعدام الأمن القانوني، يؤدي إلى انعدام الأمن القضائي.

ب- مع إقرارنا بصعوبة التخلي عن نظام الغرف والأقسام، واللجوء إلى نظام الغرفة الوحيدة كما هو الحال في بعض الأنظمة القضائية الانجلوسكسونية، ولاسيما المحكمة الفيدرالية العليا و المحكمة العليا في بريطانيا، فإنه من الضروري خلق هيئة مشتركة فيما بين الغرف هيئة مشتركة داخل الغرفة المتعددة الأقسام، وذلك لضمان توحيد الاجتهاد القضائي، الذي يعد الدور الأساسي لمحكمة النقض.

ج- يجب العمل على نشر كافة الاجتهادات القضائية لمحكمة النقض وليس جزءاً منها فقط، كما هو حاصل الآن، وذلك لما يشكله ذلك من رصيد قانوني وقضائي يجعل القضاة على بينة من هذه المواقف القضائية السابقة، مما يقلل من فرص خرقهم للقانون، ومن ناحية أخرى فإن مواقف محكمة النقض من خلال قراراتها تسهم في تطوير الوعي القانوني لدى الدارسين على نحو خاص، ولدى جميع أفراد المجتمع على نحو عام، والأحكام القضائية التي ينبغي أن تكون

موضوعاً للنشر ، هي تلك الأحكام التي تتضمن اجتهاداً قضائياً يفسر نصاً غامضاً أو يملأ فراغاً تشريعياً أو يكمل نصاً في القانون، فالعبرة ليست في كمية الأحكام المنشورة ولكن بالموضوع الذي تعالجه والحل القانوني والاجتماعي الذي تقدمه.

ثالثاً: للحد من الآثار السلبية لظاهرة العدول القضائي، فمن الممكن أن تتولى المحاكم الرقابية العليا، إعداد آليات معينة تمكن القاضي من إعداد تقارير سنوية حول الصعوبات التي تعيق تطبيق القواعد القانونية، ترسل تبعاً إلى الجهة القانونية في المؤسسة التشريعية، لغرض تعديل تلك القوانين، ولا بأس هنا، من الاستعانة بتجربة محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال، فبموجب قانون تنظيم القضاء الفرنسي، تلزم محكمة النقض بإعداد التقرير السنوي إلى وزير العدل، حول تطور الإجراءات القضائية والمهل الزمنية الموضوعة لها، وذلك من خلال تشكيل لجنة تقارير ودراسات، وهذه اللجنة تكون تحت سلطة الرئيس الأول والنائب العام لدى المحكمة، تتألف من أحد مستشاري المحكمة كرئيس لها، ومن ممثلي كل غرفة من المحكمة، ومن النيابة العامة، وأيضاً من مدير دائرة الأبحاث القضائية. ويتضمن التقرير السنوي، من بين الأمور الأخرى، اقتراحات بتعديلات تشريعية أو تنظيمية، وتعليقات على أهم الأحكام الصادرة خلال السنة، كما يتضمن دراسات قانونية معدة من قبل مستشاري محكمة النقض، ويمكن الاطلاع عليه على موقع المحكمة الإلكتروني الرسمي.

## المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

\*القرآن الكريم

أ-المؤلفات:

١-المؤلفات العامة: ( Ouvrages généraux )

مراجع اللغة العربية

- ابن فارس، أبو الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة ٨١٧.
  - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مادة "جهد"، ١٥م، دار صادر، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٣٨٨-١٩٦٨. وطبعة دار صادر، بيروت، سنة النشر: ٢٠٠٣م، الجزء العاشر، حرف العين، فعل(عدل)
  - فخر الدين محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، ج٤، ص١٣٦٤، ط٢، ٤م، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي محمد معوض، المكتبة المصرية، صيدا، بيروت، لبنان، ١٩٩٩-١٤٢٠م.
  - الفراهيدي، الخليل بن أحمد: العين: مادة (عدل).
  - المعجم الوسيط، المؤلف: إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، تحقيق: مجمع اللغة العربية، الجزء الأول.
- كتب الفقه الإسلامي
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢٣-٢٠٠٣، (المادة ١٦) و(المادة ٣٩).

- البخاري في كتاب المظالم ، باب إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه، رقم ( ٢٤٥٨ ) / ٢ / ١٩٤ .

- مسلم في كتاب الأفضية ، باب الحكم بالظاهر واللعن بالحجة، رقم ( ١٧١٣ ) / ٣ / ١٣٣٧ .

## ٢- المؤلفات الخاصة: ( Ouvrages spéciaux )

- د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ١، الاسكندرية، ١٩٧٤ .
- د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١ .
- د. أحمد محمد حشيش، نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ٢٠٠٢ .
- د. أحمد زكي بدوي، معجم المصطلحات القانونية، دار الكتب المصري، ط ١، القاهرة مصر ، ٢٠٠٣ .
- د. آدم وهيب الندوي ، المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣ .
- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥ .
- د. حامد شاکر الطائي، العدول القضائي - دراسة قانونية تحليلية مقارنة لواقع العدول القضائي في نطاق الاجتهاد القضائي المدني، ط ١، الموسوعة القانونية، الناشر: صباح صادق جعفر الانباري، بغداد، ٢٠١٦ .
- د. حسن أحمد بغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع ، محاضرة نشرت في العدد (٤) مجلة القضاء تصدر عن نقابة المحامين العراقية، ١٩٤٥ ، بغداد .
- القاضي عباس قاسم مهدي الداوقني، الاجتهاد القضائي : مفهومه ، حالاته ، نطاقه : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط ١، المركز القومي للاصدارات القانونية، ٢٠١٥ .
- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، بدون ذكر المطبعة، ط ١، بغداد، العراق، ٢٠٠٠ .
- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩ .
- عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد .
- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢ .
- د. رفعت عيد سيد، مبدأ الامن القانوني، دراسة تحليلية في ضوء احكام القضاء الاداري والدستوري، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١١ .
- د. رياض القيسي، علم أصول القانون، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢ .
- د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٨ .
- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣ .
- د. محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، ٢٠١١ .

- د. محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
  - د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩.
  - د. مجيد حميد العنكي، المدخل إلى دراسة النظام القانوني الانكليزي، منشورات الدائرة القانونية في وزارة العدل، ١٩٩٠.
  - علي محمود مقلد، القرارات الكبرى في القضاء المدني، (الموجبات-العقود الخاصة-التأمينات)، هنري كابيتان، فرانسوا تيري، ايف لاكيت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، بيروت، ٢٠١٥.
  - د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، طبعة ٢٠٠١، دار النهضة العربية.
- المقالات والبحوث:**
- د. ابراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، جامعة عين شمس، س٤، يوليو سنة ١٩٦٢.
  - د. أحمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج٢، مجلة الدستورية، ع٢٤، السنة الاولى ، أبريل ٢٠٠٣.
  - الأستاذ جليل قسطو، القواعد العامة في النظام القانوني الانكليزي، مجلة القضاء، العددان ١ و٣، السنة الثالثة والثلاثون، كانون الثاني -حزيران، ١٩٧٨، ص ١٣٣.
  - عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل ادراكها، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة - جامعة بغداد ، عدد خاص ، مايس، ١٩٨٤.
  - د. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة، بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، ٢٨ مارس ٢٠٠٨.
  - د. عبد المجيد غميحة ، أبعاد الأمن التعاقدية وإرتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدية وتحديات التنمية " المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، ١٨ و١٩ ابريل ٢٠١٤
  - د. عدنان ابراهيم السرحان، المهني(المفهوم والانعكاسات القانونية)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الاول، ٢٠٠٠
  - عزيز جواد هادي الخفاجي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة ٢٠١٠، المجلد ٢، العدد ١.
  - د. محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية حقوق المنصورة، ٢٠٠٤ ، العدد ٣٦.
  - د. مصطفى الجمال، الجهل بالأحكام المدنية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة ١٦، ١٩٧٤، العدد الأول، رقم ٢٦.
  - د. يسرى محمد العصار، الحماية الدستورية للأمن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، ع٣، س١، يوليو، ٢٠٠٣.

**الرسائل والاطاريح:**

- د. بدرخان عبد الحكيم إبراهيم، المعيار المميز للعمل القضائي، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٤.
- د. عدنان إبراهيم عبد الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، دراسة أصولية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠١.

التقارير والمواقع الالكترونية:

- <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/revirement.php>.
- Dictionnaire général et grammatical des dictionnaires français par Napoléon Landais. 2<sup>eme</sup> édition, T.II. Paris. 1835. Available: [https://books.google.iq/books?id=bhUP4WRASvAC&hl=ar&source=gbs\\_navlinks\\_](https://books.google.iq/books?id=bhUP4WRASvAC&hl=ar&source=gbs_navlinks_)
- Le rapport public 2006 du Conseil d'Etat-Sécurité juridique et complexité du droit [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064\\_00\\_0245.pdf](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064_00_0245.pdf).

القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩
- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.
- القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤.
- الدستور الفرنسي الصادر في ٤ أكتوبر ١٩٥٨.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول.

ثانيا: المراجع باللغة الاجنبية:

أ- المؤلفات:

- Abby Kadar and Geoffrey whitehead, Export Law, woodhead Faulkner, London, 1995.
- Augustin-Charles RENOUARD, Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, 1839..
- BELAÏD, Sadok. Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, Paris, LGDJ, 1974, spéc. p. 296. John Pritchard, Guide to the Law, Third Edition, 1994, London.
- BOULANGER, Jean. Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi.in: Travaux de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française. Bd. tome V, 1949, S.61. Paris, Dalloz. 1950.

- CABRILLAC, Rémy. Introduction générale au droit 'Cours Dalloz '4éd. 2001.P120.
- CORNU, Gérard. (dir.) 'Vocabulaire juridique' Association H. Capitant ' PUF, 8<sup>ème</sup> éd.2008.
- Daniel Mainguy et les autres. Le nouveau droit français des contrats ' du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016) UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit » 2016 .39 rue de l'Université – 34000 Montpellier.p.41.
- David Chappell, Vincent Powell-Smith, Derek Marshall, Simon Cavender. Building Contract Dictionary. Blackwell science. 3 ed. 2008
- DEUMIER, Pascale. Création du droit et rédaction des arrêts par la cour de cassation ' Dalloz 2007.
- DUONG, Lê-My « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau » ' D. 2010.
- Duxbury (n 14) x; also S Hershovitz, 'Integrity and Stare Decisis' in S Hershovitz (ed), Exploring Law's Empire (Oxford, Oxford University Press, 2006).
- Emmanuel LESUEUR de GIVRY, La diffusion de la jurisprudence, mission de service public, Rapport de la Cour de cassation 2003, La documentation Française, Paris 2004.
- Evelyne Serverin .Les divergences de jurisprudence. Sous-direction: Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier .Publications d'Université de Saint-Etienne, 2003.
- François Collart Dutilleul 'Philippe Delebecque 'Contrats civiles et commerciaux 'Recueil Dalloz '1996.
- GENY 'François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique '2éd. 1954 'traduction anglaise par le Louisiana State Law Institute '1963.
- GROUDEL, Hubert. Vers un chambardement de l'obligation de sécurité dans les contrats ? ' Resp. civ. et assur. ' mai 1989.
- FLAUSS-DIEM, Jacqueline. Le Practice Statement de 1966 et la règle du précédent à la House of Lords, Justices, 1997.
- Frédéric Zenati, Les divergences de jurisprudence, sous-direction: Pascal Ancel ' Marie-Claire Rivier Université de Saint-Etienne, Collection : Droit ISBN : 978-2-86272-251-1 2003.p.62.
- John Pritchard, Guide to the Law, Third Edition, 1994, London.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi. Jurisprudence, APD 1990.
- MALINVAUD, Philippe. « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence » ' RTD Civ. 2005.

- MIMIN, Pierre. Le style des jugements, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1962, p. 225 et s.
- M. 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. 21 DECEMBRE 2006 - No 254.P.10.
- MOLFESSIS, Nicolas. Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents, RTD Civ. 2003.
- Moncef Kdhir, «Vers la fin de la sécurité juridique en droit français?», (1993) 46 La Revue administrative.
- Philippe Pierre, La réparation du manquement à l'information médicale : d'une indemnisation corporalisée à la mise en œuvre d'un droit créance. Available at: <http://www.em-consulte.com/en/article/285774#N1027D>.
- VINEY, Geneviève/ JOURDAIN, Patrice. Traité de droit civil, les effets de la responsabilité, LGDJ, 2e éd., 2001.

٢- الرسائل والاطاريح:

- Slovia STELZIG-CARON, La Cour de cassation et le dialogue des juges, Thèse, L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE Spécialité : Droit privé. 2011.
- Maiwenn Tascher. Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation. Thèse pour le doctorat en droit privé. Law. Université de Franche-Comté – Besançon. Faculté de droit 2011.
- SALUDEN, Marianne. Le phénomène de la jurisprudence : etude sociologique, Thèse dactyl. Paris II, 1983.

ثالثاً: الأحكام القضائية:

أ- الأحكام العامة:

- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨) في ١٥/٥/٢٠٠٨. النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية-مجلس القضاء الاعلى، ع١٤، حزيران، ٢٠٠٨.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق، رقم (٢٠٦٥ / ٢٧٩٧ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠٠٧) في ٢٠/١/٢٠٠٨ "قرار غير منشور"
- قرار محكمة التمييز اللبنانية الجزائية - الغرفة السابعة- قرار رقم : ٢٠٠٨/١٩٥ ، بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١
- قرار محكمة العدل العليا (المحكمة الادارية في الأردن)، قرار رقم ١٩٩٣/٢٦٧ فصل بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١١ (هيئة عادية).

ب- أحكام القضاء الفرنسي:

- Cour de cassation, Assemblée plénière, Audience publique du 21 décembre 2006. N° de pourvoi: 00-20493. Bull. 2006, Ass. plén, n° 15, p. 52.
- Cour de cassation, Chambre mixte, Audience publique du 24 mai 1975 N° de pourvoi: 73-13556 Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre MIXTE N° 4 P. 6.
- Cass.civ. 1 du 6 décembre 2007 N° de pourvoi: 06-19301 Bull. 2007, I, N° 380.
- Cass.civ.2. du 29 janvier 2015, N° de pourvoi: 13-25669. [https://www.Legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do;jsessionid=EF57B2447F54BD6E553C66628C4FE3A4.tpdjo10v\\_2?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030176626&fastReqId=358974498&fastPos=19](https://www.Legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do;jsessionid=EF57B2447F54BD6E553C66628C4FE3A4.tpdjo10v_2?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000030176626&fastReqId=358974498&fastPos=19) Le : 08/07/2016.
- Cass.civ. 1 du 3 juin 2010 N° de pourvoi: 09-13591 Bulletin 2010, I, n° 128
- Cass.Com.26 nov.2003. N°: 00-10243 00-10949. Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Capitant(H)/Terre(F)/Lequette(Y) 'Tom2. Obligations 'Contrats spéciaux 'Suretes. 12<sup>ème</sup> ed.2008. Dalloz. P.1-12.
- Cass.civ. 2 ème. du 6 avril 1987. N° de pourvoi: 85-16387. Bull. 1987 II N° 86 p 49.
- Cass. civ. 2ème, 8 juillet 2004, N°: 01-10426. Bull. n° 387.
- Cass. civ. 2ème, 4 décembre 1996. N°: 94-18896. Bull. 1996 II N° 279 p. 169.
- Cass. civ.1, 21 nov. 1911, S. 1912.1.73, note Lyon-Caen; DP 1913.1.249, note Sarrut.
- Cass. civ. 1, 7 mars 1989, N° de pourvoi: 87-11493. D. 1991.1, note Malaurie ; Gaz. Pal. 1989.2.632, note Paire.
- Cass. civ. 2ème 08 juillet 2004, N° de pourvoi: 03-14717 Bull. civ. 2004, II, n° 361, p. 306. Rev.assurance.2004.933. Obs. Kullmann.
- Cass.civ. 1, 21 mars 2000, N°: 98-11982. Bull. 2000 I N° 97 p. 65. D.2000.593.Obs. Atias.
- Cass.civ.1. du 9 octobre 2001 N° de pourvoi: 00-14564. Bulletin 2001 I N° 249 p. 157.