دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري

الدكتور عجالي بخالد

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بن خلدون –تيارت- الجزائر.

مقدمة

تنص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "**يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أوفي فحواها.**

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

لأن تحقيق العدالة في المجتمع لن يتحقق عن طريق القاعدة القانونية إلا إذا تم تطبيقها بشكل سليم يوافق غاية وضعها والحكمة التشريعية من سنها، فإن اللجوء إلى القضاء يعتبر مركز الثقل في ميزان العلاقات الاجتماعية ، فعن طريق الجهاز القضائي يحصل صاحب الحق على حماية قضائية للحق الموضوعي الذي قرره القانون.

ولذلك فإن الوظيفة الحمائية للجهاز القضائي هي التي تكفل الاستقرار للأوضاع القانونية عن طريق العملية القضائية التي يراد بها الفصل في الخصومات وفقا للقانون وصولا إلى إشاعة الشعور بالعدالة في المجتمع.

ومن ثم فإن اجتهاد القاضي في بحثه وتفسيره للنص القانوني وتطبيقه وفقا لما وضع له، يعد وسيلة من وسائل الاستقرار في المجتمع، ومظهرا من مظاهر الدولة الحديثة، وبغير هذه الأداة فلن يتحقق للمجتمع أمنه وثقته في القانون الذي يحكمه.

وإذا كان الجهاز القضائي سلطة مستقلة من سلطات الدولة الثلاث، فإن الفصل بين السلطات والتكامل بينهما على نحو يسمح به الدستور هو وسيلة هامة من وسائل تكريس الأمن داخل المجتمع ، وفي تعزيز الثقة في الحماية القضائية للحق .

ولأن مهمة القاضي لا تقتصر على الفصل في المنازعات وفقا للنصوص الموضوعة بل تتعدى ذلك إلى تفسير الغامض منها والبحث عن الحل في حال عدم وجود نص مكتوب في مصادر القاعدة القانونية الرسمية، فإنه يطلق على عمله هذا الاجتهاد القضائي.

ولذلك يحق لأي مهتم بالنصوص القانونية وبالأهداف التي وضعت من أجلها أن يتساءل عن دور الاجتهاد القضائي في تطوير وتفسير وخلق النصوص القانونية.

ومحاولة منا الإجابة عن هذه الإشكالية فإننا عالجنا هذا الدور من خلال مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الاجتهاد القضائي عبر مطلبين؛ خصصنا الأول منهما

لتعريف الاجتهاد القضائي وبيان حدوده، في حين خصصنا المطلب الثاني لدراسة أهمية الاجتهاد القضائي.

وقد تناولنا في المبحث الثاني مظاهر تأثير الاجتهاد القضائي على المنظومة التشريعية من خلال مطلبين، حيث خصصنا المطلب الأول لدور الاجتهاد القضائي في ضمان استقرار الأحكام وتطوير النصوص القانونية، في حين خصصنا المطلب الثاني لدراسة وسائل تقييد الاجتهاد القضائي.

المبحث الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي

إذا كان الغرض من وضع القاعدة القانونية هو تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع على نحو يحقق العدل بينهم ،فإن تحقيق هذا الهدف لن يكون إلا بوضع جهاز قضائي يحسن تطبيق النصوص القانونية تطبيقا سليما ويكرس في نفوس المتقاضين والمخاطبين بالقاعدة القانونية شعورا بالعدالة.

وبما أن استقرار المراكز القانونية لن يتحقق إلا بتطبيق سليم للقانون من طرف القضاء، فإن الدستور قد أوكل للجهات القضائية مهمة الفصل في المنازعات عن طريق تطبيق القانون وتفسيره على نحو يحقق العدالة.

وفي الجزائر يوجد على رأس النظام القضائي جهازان أوكل لهما الدستور مهمة توحيد عمل الجهات الدنيا عن طريق ما سمي بالاجتهاد القضائي بغرض توحيد الحلول القانونية لمختلف المنازعات، وإرساء مبادئ قانونية تساعد المشرع على تطوير النصوص التشريعية وسد ما يظهر من فراغ عند تطبيقها.

ولذلك فإننا نتناول في هذا المبحث مفهوم الاجتهاد القضائي من خلال مطلبين؛ نتناول في الأول منهما تعريف الاجتهاد القضائي وحدوده، لنتطرق في المطلب الثاني لأهمية الاجتهاد القضائي ومكانته في مختلف الأنظمة القانونية.

المطلب الأول

تعريف الاجتهاد القضائي وحدوده

يبذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية، فإن لم يجد نصا فيها يصلح لحكم النزاع استنبط الحل من فهمه السليم للقانون على نحو يحقق العدالة. وتخضع عملية الاستنباط لرقابة الجهات القضائية الأعلى بهدف الوصول إلى استقرار المراكز القانونية داخل المجتمع وتكفل ثقة المواطن في السلطة القضائية.

وإذا كانت السلطة القضائية هي الضمانة الفعالة لخضوع الجميع للقانون فإن العملية القضائية هي وسيلة هامة من وسائل تحقيق التوازن بين السلطات.

وفي هذا المطلب نعالج مفهوم الاجتهاد القضائي من خلال فرعين؛ نتناول في الأول منهما تعريف الاجتهاد القضائي، لنتولى في الفرع الثاني بيان حدوده .

الفرع الأول

تعريف الاجتهاد القضائي

لأنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص قانوني واضح يحكم النزاع المطروح عليه[١] فإن الاجتهاد يعني الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية مطروحة أمامها في حالة عدم وجود نص قانوني أو في حالة غموضه[٢]

ويطلق مصطلح الاجتهاد القضائي على مجموعة الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في موضوع معين[٣]

ويطلق على الاجتهاد القضائي اسم القضاء وهي كلمة تفيد معنيين:

فقد يقصد به السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يشرف على مرفق العدالة والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

وقد يطلق لفظ القضاء للدلالة على مجموعة المبادئ المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون[٤].

ويستخدم لفظ الاجتهاد القضائي عند المشتغلين بالشؤون القضائية ليقصد به استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين[١]

١- جيلالي بغدادي ،الاجتهاد القضائي ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، ١٩٩٣ ،ص١٥٧.

٢- د/بوبشير محند أمقران ،تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق ،ص٠١.

٣- عبد المنعم البداوري ،مبادئ القانون، القاهرة،مصر دون تاريخ الطبع ،ص٢٤٤.

٤- د/محمد سعيد جعفور ،مدخل إلى العلوم القانونية ،دار هومه ،الجزائر الطبعة ١٦ ،٢٠٠٨ ، ص٢٠٨.

وقد خولت المادة ١٧١ من الدستور الحالي المعدل سنة ٢٠١٦ لأعلى جهتين قضائيتين في الجزائر مهمة توحيد الاجتهاد القضائي حيث جاء فيها:"**تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد..**" .

كما نصت المادة٢ فقرة ٢ من القانون العضوي رقم ٠١/٩٨ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٥/٣٠ المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله على ما يلي:" **يضمن مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد...**". (٢)

ومن ثم، فإن العمل القضائي يطلق عليه لفظ اجتهاد قضائي إذا كان صادرا عن جهة قضائية حول موضوع معين ومستقرا وقتا من الزمن، وفي التشريع الجزائري يطلق لفظ الاجتهاد القضائي على قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة متى قررت مبدأ قانونيا واستقرت على العمل به دون أن يوجد نص في القانون يحكم المسألة (٣).

وإذا كان معظم رجال القانون يطلقون لفظ الاجتهاد القضائي على كل قرارات المحكمة العليا ، فإن هذا اللفظ على إطلاقه غير دقيق، لا سيما وأن المادة ١٨ من القانون العضوي رقم ١٢/١١ المتعلق بتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها ذكرت مصطلح الاجتهاد القضائي بمناسبة تنظيمها لعمل الغرف المجتمعة إذ جاء فيها : " **زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة ٠٣ من المادة ١٧ أعلاه ، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي**".

ووفقا لهذا النص يتضح أن الاجتهاد القضائي هو ما استقرت المحكمة العليا على العمل به،أو ما صدر عن الغرف المجتمعة.

١- محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشورة ،جامعة باتنة ،٢٠٠٩،ص٢٣٢.

٢- عدل القانون العضوي رقم ٠١/٩٨ بموجب القانون العضوي رقم ١٣/١١ المؤرخ في ٢٠١١/٠٧/٢٦ الجريدة الرسمية عدد 43 سنة ٢٠١١.

٣- نعالج في المبحث نماذج من قرارات صادرة عن المحكمة العليا ومجلس الدولة شكلت اجتهادا قضائيا خالف نصوصا قانونية بعد استقرار العمل بها.

الفرع الثاني

حدود الاجتهاد القضائي

إذا كان الاجتهاد القضائي هو عملية البحث والاستنباط التي يقوم بها القضاء للوصول إلى حل يحكم النزاع عند عدم وجود النص،فإنه يقصد بحدود الاجتهاد القضائي الحالات التي يجوز فيها والحالات التي لا يجوز فيها. وبعبارة أخرى متى يبدأ الاجتهاد ومتى ينتهي.

كانت المادة ٤٦٩ من قانون الإجراءات المدنية القديم توجب على القضاء الفصل في كل قضية ترفع إليه ولو حكم فيها بالشطب[١] ،كما لا يجوز للقاضي الامتناع عن الفصل في أحد الطلبات حتى ولو كان النص القانوني غامضا أو منعدما[٢]

ولا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في أي نزاع يعرض عليه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[٣]

وفي هذا قضت المادة **٤** من التقنين المدني الفرنسي على مايلي:« **القاضي الذي يمتنع عن الحكم بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يتابع بتهمة ارتكاب إنكار العدالة** » [٤]

وتقضي المادة **١٣٦** من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي:« **يجوز محاكمة كل قاض... يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف..**»

فواجب الفصل في النزاع المطروح من جهة، وعدم وجود النص من جهة أخرى، يجعلان القاضي ملزما بالبحث والاستنباط والاجتهاد للوصول إلى قاعدة يطبقها على النزاع [٥]

وقد وضع القانون للقاضي طريقا لا بد من السير عليه في حالة عدم وجود نص في التشريع المكتوب؛ إذ يجب عليه في هذه الحالة البحث في مبادئ الشريعة الإسلامية عن

١- لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصا مماثلا.

٢- د/ بوبشير محند أمقران، المقال السابق، ص٠١

٣- د/ محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص٢٠٠.

٤- جاءت صياغة المادة ٤ من التقنين المدني باللغة الفرنسية كما يلي:

«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»

٥- نقصد في هذا المقام طبعا القاضي المدني بالمفهوم الواسع للكلمة دون القاضي الجزائي الذي يمنع عليه مبدأ الشرعية القياس أو الاجتهاد مع النصوص العقابية

الحكم المناسب للنزاع[١] فإن لم يهتد إلى الحل بحث عنه في العرف، فإن وجد عرفا التزم بتطبيقه كما لو طبق القانون حتى ولو لم يتمسك به الخصوم، وهو في تطبيقه للعرف يخضع لرقابة المحكمة العليا حين تراقب التطبيق السليم للقانون . [٢]

وإذا لم يوجد عرف يحكم النزاع، بحث القاضي في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والتي يقصد بها مجموعة المبادئ والقيم الإنسانية التي يهتدي العقل الإنساني إليها في أي مجتمع بشري.

ويرى الفقه أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه باحثا عن الحل العادل للنزاع حتى لا يكون منكرا للعدالة. وهو إذ يفعل ذلك، ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وإنما يتعين عليه أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله فهو، أي القاضي، يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع بحيث يجعل نفسه مشرعا فيتصور لو أن المشرع أراد تنظيم هذه المسألة ما كان سيفعل[٣]

والقاضي في كل هذا الاجتهاد يبحث عن الحل الذي يحقق العدالة ويرضي الشعور العام بها، وهو بذلك يسعى إلى تعزيز ثقة المخاطبين بالقاعدة القانونية بالنصوص التشريعية وتكريس أمنهم وشعورهم بالأمان عند الاحتكام إليه والرضا بأحكامه.

وأما إذا وجد نص فإن سلطة القاضي في الاجتهاد يحكمها أصل جامع مؤداه أنه لا اجتهاد في مورد النص[٤]ورغم ذلك توجب مهمة القاضي الاجتهاد مع وجود النص في حالتين:

أولا: حالة غموض النص التشريعي

يعتبر النص التشريعي المصدر الرسمي الأول الذي يلجأ إليه القاضي أثناء نظره في النزاع تمهيدا للفصل فيه،ولهذا يبذل المشرع وسعه في إصدار تشريعات تستجيب لكل مستجدات المجتمع، ويعمد إلى تعديلها في كل مرة يتبين عدم إحاطتها بالوقائع غير المتناهية.

١- د/علي علي سليمان،نظرات قانونية مختلفة ،الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ١٩٩٤،ص٢٧

٢- د/عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني دار إحياء التراث ، لبنان، ١٩٥٢، الجزء الثاني ،ص٥٢

٣- د/محمد سعيد جعفور .المرجع السابق، ص٢٠٢.

٤- بغدادي جيلالي ،الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص١٥٧.

غير أن ذلك لا يعني أن تكون نصوص القانون واضحة دائما، إذ قد يعتريها غموض يجعل ألفاظها غير واضحة،أو أن تحتمل أكثر من معنى،أو أن يوجد تعارض بين النصوص في المفاهيم،وهذا ما يجعل القاضي ملزما بالبحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع عن طريق نشاط ذهني هو عبارة عن تفسير قضائي وهو يعد مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا وفقا لقواعد تفسير النصوص.

وإذا كان النص غامضا ليس له معنى محدد ويحتمل أكثر من تأويل فإن القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني[١]

مع ملاحظة أن التفسير القضائي للنص يعد تطبيقا له، فالقاضي عند قيامه بتفسير النص الذي يعتريه الغموض ويحتمل عدة تأويلات لا يعد متطوعا، بل يعد تفسيره للنص من صميم عمله في فض المنازعات، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المطروح عليه حتى ولو لم يطلب منه أطراف الخصومة ذلك [٢]

كما أن قيام القاضي بتفسير النص القانوني يكتسي طابعا عمليا،فهو يتصل بالنزاع الذي عرض عليه ولذلك تتأثر عملية التفسير بظروف القضية ومعطياتها ويؤدي تفسيره إلى إثراء النظريات الفقهية وبيان الجوانب الواقعية والتطبيقية لها[٣]

ثانيا: حالة النقص في التشريع

لا يواجه القاضي عند تطبقه للنصوص القانونية مشكلة غموضها أو تعارضها أو تضخمها فقط، بل قد يواجه مشكلة عدم وجود نص يحكم المسألة إذ لا يقف جهد القاضي واجتهاده عند تفسير النص الذي يحتمل التأويل، بل يمتد إلى حالة النقص الذي يعتري النص، فقد يصدر نص قانوني دون مراسيمه التنفيذية ما يدفع القاضي إلى البحث عن الحل المناسب واستلهامه من مجموعة المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة.

وقد لا يتسع النص لوضع قانوني جديد لم يكن معروفا في أذهان من وضع النصوص نتيجة تغيرات اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية.

وبالرجوع إلى المادة الأولى من التقنين المدني التي جاء فيها:"....**وإذا لم يوجد نص تشريعي**...." يتضح أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين يعترف بوجود النقص في التشريع،وأن التشريع المكتوب مهما بلغت صياغته وتطوره لابد أن تعتريه نقائص ناجمة عن عدم احتوائه جميع سلوكيات البشر غير المتناهية.

١- د/عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية .دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة٠٣,٢٠٠٧، ص١٨١

٢- د/محمد سعيد جعفور،المرجع السابق، ص٢٨٥.

٣- د/ محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق، المكان نفسه.

يتضح مما سبق أن اجتهاد القاضي بمناسبة تطبيقه للنصوص القانونية يكون في حالة عدم وجود النص التشريعي المكتوب فيلجأ إلى استقاء القاعدة القانونية من مصادرها الرسمية الاحتياطية، كما يجتهد في حالة غموض النص القانوني أو قصوره وهذه هي حدود الاجتهاد القضائي وهي تظهر دوره في تطبيق النصوص القانونية وتفسيرها.

المطلب الثاني

أهمية الاجتهاد القضائي

احتل الاجتهاد القضائي دورا بارزا ومهما في تطوير معظم النظريات الفقهية واستنباط الحلول القانونية، فالنص القانوني لا يحقق الغاية من سنه إلا إذا تم تطبيقه تطبيقا سليما،ولن يتم ذلك إلا باجتهاد قضائي يضع النصوص في موضعها ومتى قام بتفسيرها فسرها بطريقة تحقق غاية المشرع من وضعها.

وإذا كانت القاعدة القانونية العامة تقضي بعدم رجعية النص القانوني وهي تهدف بذلك من جملة ما تهدف إلى تعزيز الثقة في المنظومة القانونية واستقرار مراكز أصحاب الحقوق،فإن الاجتهاد القضائي رجعي بطبيعته،فالقاضي لا يجتهد إلا بمناسبة تطبيقه نصا قانونيا على وقائع حدثت قبل قيامه بالاجتهاد وهذا ما يجعل الاجتهاد القضائي ركيزة أساسية ومقوما هاما من مقومات عمل القاضي .

وقد أدى الاجتهاد القضائي دورا هاما وبارزا في تطبيق النصوص القانونية عبر مختلف مراحل تطور المنظومة القانونية بدء من التشريع الروماني،مرورا بالحضارة الإسلامية،وصولا إلى التشريع الحديث.ومن أجل تسليط الضوء على دوره التاريخي وخصائصه، فإننا نتناول في هذا المطلب مكانة الاجتهاد القضائي في مختلف الشرائع في الفرع الأول ثم خصائص الاجتهاد القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مكانة الاجتهاد القضائي عبر التطور التشريعي

لم يظهر الاجتهاد القضائي بالشكل الذي هو عليه في وقتنا الحالي، بل تأثر بتطور النظام القضائي السائد في كل مرحلة من مراحل تطور البشرية .

أولا: عند الرومان

أدى القضاء دورا هاما في خلق النصوص القانونية وتفسيرها قي العهد الروماني، إذ على أيدي البريتور[١] تطور القانون الروماني تطورا كبيرا.

فالوظيفة البريتورية هي وظيفة قضائية تخول للحاكم القضائي **البريتور** إصدار مراسيم دائمة بمقتضى الصلاحيات المخولة له التي تسمى "**سلطة قول الحق**" وبمقتضى المرسوم يقوم البريتور بوضع تفسيرات قضائية لنصوص القانون الروماني أو بوضع نصوص جديدة يلتزم الكافة بها. [٢]

ومن أجل علم الكافة بها، يأمر البريتور بتعليق المراسيم في ساحة المدينة ليسهل الاطلاع على القواعد القانونية التي تتضمنها، وبفعل الزمن وتراكم المراسيم البريتورية نشأ ما يسمى بالقانون البريتوري[٣]

وقد ساهم القضاء البريتوري في خلق نصوص كثيرة استقرت منذ ذلك العهد الى يومنا هذا منها دعوى البطلان ودعوى إبطال العقد لإكراه والدعوى البوليصية وغيرها...

ثانيا: في الحضارة الإسلامية

في التاريخ الإسلامي كان القضاء أحد أهم مصادر الإلزام بالقواعد القانونية خاصة في عهد الخلفاء الراشدين لكنه كان في يد واحدة فلم يكن يفصل بين القضاء والولاية فاصل ،فالحاكم هو القاضي، و بعد اتساع رقعة الدولة الإسلامية فصل سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه القضاء عن الحاكم[٤]، و أصبح يتولى القضاء الفقهاء المتمكنون من الفقه

١- البريتور le préteur وظيفة أو منصب قضائي للفصل في القضايا المدنية بين المواطنين أنشأت سنة ٣٦٧ قبل الميلاد ولما دخل الرومان في علاقات مع الأجانب أنشأت وظيفة بريتور الأجانب ليتولى إدارة القضاء في روما **(راجع في ذلك** د/توفيق حسن فرج، القانون الروماني ،الدار الجامعية لبنان، ١٩٧٥،ص٢٢)

٢- شفيق الجراح، الحقوق الرومانية ،مطبعة دمشق ١٩٧٨،ص٢٣٢.

٣- د/ محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق ،ص٢٠٨ هامش رقم ٢٠٣.

٤- محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار الكتاب الحديث،الكويت ،دون تاريخ الطبع ص٣٣٦

فصار بذلك الفقيه قاضيا والقاضي فقيها وهذا ما أثر على دور القضاء في تفسير أو تطوير الآراء الفقهية خاصة بعد ظهور المذاهب الفقهية و تقيد كل قاض بالمذهب الذي يتبعه. [١]

وفي خلافة هارون الرشيد في العصر العباسي أنشئت وظيفة قضائية جديدة وهي وظيفة قاضي القضاة بحيث يعين الخليفة من يراه صالحا فيقلده أمر القضاء ليعين بدوره القضاة في مختلف ولايات الدولة ، ويقوم بالتفتيش عنهم و يراجع أحكامهم و له الحق في إلغائها ، و أول من عين في هذا المنصب أبو يوسف الفقيه الحنفي تلميذ وصاحب الإمام أبي حنيفة . [٢]

ثالثا: في العصر الحديث

مكانة القضاء في الأنظمة التشريعية الحديثة و دوره يتنازعها نظامان متباينان؛ الأول يجعل أحكامه مصدرا رسميا للقانون وهو النظام الأنجلوسكسوني ويطلق عليه نظام السابقة القضائية، والثاني يجعله مجرد مصدر تفسيري للقانون هو النظام اللاتيني والتشريعات العربية والجرمانية التي تبعت النظام اللاتيني .

أ- نظام السابقة القضائية

في النظام القانوني الأنجلوسكسوني يعد القضاء أهم مصدر رسمي لقواعد القانون إذ تعتبر الأحكام الفقهية بمثابة نصوص قانونية ،و يكون القاضي صانعا للقانون ، فالسابقة القضائية تلزم القضاة باحترام و تطبيق الأحكام التي صدرت عنهم في الماضي أو تلك التي صدرت عن سابقيهم. [٣]

فالنظام القضائي في الدول الأنجلوسكسونية يقوم على مبدأ هام مفاده أن أحكام المحاكم العليا بما تضمنته من قواعد قانونية تكون سوابق قضائية ملزمة لها و لغيرها من المحاكم الأدنى منها درجة، فتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة و تلزم سائر المحاكم بها مستقبلا بحيث لا يجوز العدول عنها، وهذا رغم أن هذه الاجتهادات هي عبارة عن أحكام صدرت في قضايا محددة عرضت على المحاكم وكان قصد المحكمة عند إصدارها الفصل في النزاع و ليس وضع قانون عام يطبق على غير أطراف النزاع المفصول فيه، و لكنها اكتسبت هذه الصفة الإلزامية بعدما تكررت و استقرت. [٤]

١- محمد سعيد جعفور ،المرجع نفسه ص٢٠٩.

٢- محمد سلام مدكور،المرجع نفسه ص٣٦٣.٣٦٢.

٣- عبد المنعم فرج الصدة،مبادئ القانون،مصر ١٩٨٠ ،ص١١٦.

٤- محمد عبد الخالق عمر ،الفقه والقضاء في قانون المرافعات ،دون مكان وتاريخ الطبع ،ص٦٢.

ومع مرور الزمن وتراكم الأقضية تشكل ما يسمى بقانون الأحكام العام The Cmmon Law الذي يعني مجموعة القرارات القضائية التي تتضمن مبادئ قانونية مشتقة من ظروف ومناقشات للقضايا المعروضة أمام القضاء، ولا تعطى هذه الصفة لجميع الأحكام بل فقط لتلك التي تقر مبدءا جديدا، وكل قضية فصل فيها القضاء على نحو لم يكن معروفا تسمى سابقة قضائية.

وفي هذا النظام يلتزم القاضي عند سعيه للفصل في نزاع معين،بالبحث في القرارات والأحكام التي قررها قضاة سابقون في قضايا مشابهة ، فإن وجد حكما سابقا طبقه حتى يكون حكمه منسجما مع المبادئ القانونية في النظام القضائي.

أما إذا لم يجد القاضي سابقة قضائية،وجب عليه الاجتهاد،فإن أقر اجتهاده كان حكمه سابقة قضائية تلتزم المحاكم مستقبلا بها.

يلاحظ أن الاجتهاد القضائي في الدول التي تأخذ بنظام السابقة القضائية كمصدر للقاعدة القانونية يحتل مكان الصدارة وله دور رئيس في استنباط الحلول القضائية ويتمتع بصفة الإلزام.

ب-النظام اللاتيني

يقوم النظام اللاتيني على اعتبار التشريع المكتوب مصدرا رسميا للنصوص القانونية.ولذلك فالأمر مختلف بالنسبة للنظام القضائي في الأنظمة اللاتينية والجرمانية الذي لا يرى في أحكام القضاة مصدرا للالتزام، فالقاضي في فرنسا وكثير من الدول الأوروبية والعربية لا يعتبر نفسه ملزما بصفة مطلقة بأحكام وقرارات المحاكم التي صدرت عن جهات قضائية أخرى و حتى عنه هو في ظروف و ملابسات أخرى .

و قد ترتب على هذا أن أصبح القضاء مصدرا تفسيريا يشرح نصوص القانون دون أن يتعدى إلى إنشاءه.[١]

حيث تنحصر وظيفة القاضي في تطبيق النصوص وفقا لفهمه للقانون،وتسهل هذه المهمة عندما تكون النصوص واضحة.

وفي ظل هذا النظام السائد في فرنسا والدول الجرمانية والدول العربية، يكلف القاضي في المقام الأول باستنباط الحلول من القواعد التشريعية المنصوص عليها قانونا، فيقوم بعملية إسقاط النص على الواقعة وهو يخضع في ذلك لرقابة الجهات الأعلى، من حيث فهمه للوقائع ومن حيث تطبيقه للنصوص.

١- د/محمد سعيد جعفور،المرجع السابق،ص٢١١.

الفرع الثاني

خصائص الاجتهاد القضائي

يترتب على اقتصار دور الاجتهاد القضائي على عملية تفسير النصوص خاصيتان هامتان تؤثران سلبا على ثبات المراكز القانونية وتؤدي إلى زعزعة استقرارها، هما انعدام الصفة الملزمة للأحكام والقرارات القضائية بما فيها تلك المنشئة لمبادئ قانونية هامة لم ينص عليها التشريع، وانعدام صفة العمومية و التجريد في الأحكام القضائية .

أولا : غياب الصفة الملزمة للاجتهاد القضائي

يرى الاتجاه الغالب في الأنظمة اللاتينية والجرمانية والعربية التي لا تأخذ بنظام السابقة القضائية أن الدور الذي يؤديه الاجتهاد القضائي لا يجب أن يتعدى عملية تفسير النصوص وتطبيقها، وحجة هذا الرأي أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية الموضوعة من طرف السلطة التشريعية ،فمبدأ الفصل بين السلطات يرسم لكل سلطة و حدودها. وحدود السلطة القضائية هي الفصل في المنازعات و ليس خلق النصوص القانونية [١].

وبهذا الفصل بين السلطات يتحقق ضمان حرية الأفراد بحيث أن لكل سلطة اختصاصها،وإذا كانت صلاحيات السلطة القضائية هي الفصل في النزاعات فهي غير مؤهلة دستوريا في إنشاء القوانين التي تبقى من اختصاص السلطة التشريعية، وعملا بهذا المبدأ،أنشأ المشرع الفرنسي خلال مرحلة ما بعد الثورة إلى غاية سنة ١٨٣٧ نظاما تشريعيا يسمى بنظام الاستعجال التشريعي وبمقتضاه يطلب القاضي من السلطة التشريعية تفسير النصوص القانونية الغامضة، إذ كان القانون يمنع على محكمة النقض تفسير القانون[٢]

واستنادا لهذا الرأي فإن الأحكام القضائية تفتقر لعنصر الإلزام فلا تتقيد أية محكمة بحكم سبق أن أصدرته محكمة أخرى[٣] ، بل إن المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم لا تلتزم به مستقبلا ، فقد يعدل القاضي عن مبدأ حكم به في قضية ما إلى مبدأ آخر يراه سديدا[٤].

١- ذبيح ميلود،مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري ،مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة الحاج لخضر ،باتنة ٢٠٠٦ ص٣٨.

٢- د/علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر ٢٠١٠، ص٢٧١.

٣- يذكر الدكتور علي فيلالي في المرجع السابق ص ٢٧٢ قرارا لمحكمة النقض الفرنسية نقضت بموجبه قرارا أشار إلى حكم صادر في قضية سابقة وهو القرار: Cass.Civ.3eme Ch.du 27mars1991 Bull.Civ.V n 101

٤- جاء في رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه « **لا يمنعنك قضاء قضيت بالأمس فراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع عنه إلى الحق ،إن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل** »

ولا يقف الأمر عند قضاة المحاكم الدنيا فقط ، فللمحكمة العليا أن تتراجع على ما سبق أن قررته من مبادئ في وقت سابق.

أما ما درجت عليه المحاكم الدنيا في العمل على احترام ما سبق للمحكمة العليا أن قررته من حلول فهو التزام أدبي يقوم على أساس ما تتمتع به هذه المحكمة في نفوس القضاة من وقار ومهابة، و تفاديا لنقض الحكم في حالة مخالفته لما استقر عليه قضاؤها إذا ما عرض عليها [١].

و في الجزائر وفقا لنص المادة ١٧١ من الدستور التي جاء فيها : " **تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون** " ويفهم من هذا النص أنه إذا استقرت المحاكم على العمل بحل معين أعتبر هذا اجتهادا قضائيا يجوز للمحكمة العليا القضاء برفض ما يخالفه بغرض توحيد العمل القضائي في البلاد[٢] .

ولهذا فإن الاعتراف للمحكمة العليا ومجلس الدولة بمهمة توحيد الاجتهاد القضائي، يرى فيه البعض، اعترافا ضمنيا بأن القضاء يعتبر مصدرا للقانون[٣].في حين يرى أستاذنا الدكتور محمد سعيد جعفور أنه يمكن أن يفهم من المادة ١٧١ من الدستور أنه إذا استقرت المحاكم على العمل بحل معين أعتبر هذا اجتهادا قضائيا ترفض المحكمة العليا الحكم بما يخالفه، وهي بذلك تحقق نوعا من المساواة والعدالة والاستقرار بتوحيد الأحكام القضائية الصادرة بصدد القضايا المتماثلة[٤]

ومن الفقه من يستند إلى القول بإلزامية الاجتهاد من الإقرار الضمني للمشرع لعمل الجهات المقومة للعمل القضائي،فالمشرع يمكنه سن تشريع يمنع القضاة من الاجتهاد وهو لم ولن يمنع ذلك، كما أن الرجوع إلى الأحكام القضائية كمصدر مادي عند مراجعة النصوص القائمة أو إصدار تشريعات جديدة يحمل إقرارا من المشرع لجهود القضاة.ومن الفقه من نظر إلى الاجتهاد القضائي على أنه تفسير للنصوص القانونية يحتل نفس المرتبة التي يحتلها التفسير التشريعي مع اختلاف بسيط في الجهة صاحبة التفسير،وينظر هؤلاء إلى التعديلات التشريعية على أنها مجرد تفسير من المشرع لنصوص قائمة[٥].

١- د/عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق،ص١٨٦؛د/علي فيلالي، المرجع السابق، الموضع السابق.

٢- د/محمدي فريدة،المدخل للعلوم القانونية ،ص٩٨.

٣- د/محمدي فريدة،المرجع نفسه ، الموضع نفسه.

٤- د/محمد سعيد جعفور، المرجع السابق،ص٢١٣.

٥- د/علي فيلالي،مقدمة في القانون، المرجع السابق،ص٢٧٧.

غير أن عنصر الإلزام لقرارات المحكمة العليا يتجلى بوضوح بمناسبة صدور قرار عن المحكمة العليا تلتزم جهة الإحالة بالنقاط التي ناقشتها المحكمة العليا وأحالت القضية إليها من جديد بسببها. وفقا لنص المادة **٣/٣٧٤** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي هذه الحالة يكون اجتهاد المحكمة العليا ملزمة لجهة الإحالة [١].

والمتتبع لتوجهات المحكمة العليا في الجزائر لقرارات المحكمة العليا وطريقة صياغتها يمكن أن يفهم أن المحكمة العليا قد اعتبرت مخلفة اجتهادها أو بعض قراراتها يعد بمثابة الخطأ في تطبق القانون وبالتالي وجها من أوجه الطعن وذلك كلما ذكرت المحكمة العليا في أسباب النقض أن القرار المطعون فيه قد خالف ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا أو عبارة المبدأ الذي استقرت عليه المحكمة العليا، أو عبارة كما جرى عليه العمل القضائي[٢].

ثانيا: غياب العمومية والتجريد في الأحكام القضائية

فضلا عن عدم تمتع الاجتهاد القضائي بالصفة الإلزامية ، فإنه لا يتمتع بالعمومية والتجريد، فالحكم القضائي يتمتع بحجية بالنسبة لأطرافه والموضوع والسبب[٣] فالقاضي عندما يفصل في النزاع يهمه بالدرجة الأولى تقديم الحل القانوني الأطراف الخصومة ولا يسعى في المقام الأول إلى إرساء مبدأ قانوني، إذ يعد هذا في المرتبة الثانية من اهتمامات القاضي بصدد نظره للنزاع.

فالحلول التي يخرج بها القاضي لأطراف النزاع لا تخص إلا النزاع المطروح بعينه، ولا تتعداها إلى الحالات المشابهة التي يمكن أن تثار مستقبلا. ولهذا لا يكون الحكم حجة إلا بين طرفيه.

وفي هذا المقام يشير الفقه عادة، وهو يناقش حجية الأحكام، إلى ضرورة التفرقة بين منطوق الحكم وأسبابه، فالحكم القضائي تتكون بنيته من عنصرين هامين هما الأسباب والمنطوق.

ويقصد بالمنطوق،الجزء الأساسي الختامي من الحكم القضائي ، ويكون في شكل عبارة وجيزة ومختصرة مفصحا عن القرار الصادر في المسألة المتنازع حولها والمطلوب الفصل فيها [٤].

١- تنص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ على مايلي:« **يجب على جهة الإحالة أن تطبق قرار الإحالة فيما يتعلق بالمسائل القانونية التي فصلت فيها المحكمة العليا.... »**

٢- ساق الدكتور علي فيلالي مجموعة من القرارات للمحكمة العليا تظهر صياغتها أن هذه الجهة لا تقبل من قضاة الدرجات الدنيا مخالفة ما استقرت عليه، في مؤلفه:مقدمة في القانون، المرجع السابق ،ص ٢٧٨.

٣- د/نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠١١، ص٥٩٣.

٤- د/جمال الطاهري،حجية الأمر المقضي في المادة المدنية،دراسة في القانون المغربي،دار الأفاق المغربية،٢٠١١،ص٣٥٥

في حين يقصد بأسباب الحكم المبررات القانونية التي استند إليها القاضي للوصول إلى منطوق الحكم[١]

ويتفق الفقهاء على أن تسبيب الأحكام واجب دستوري وقانوني على القضاة وإلا تعرض الحكم للإبطال، وتعد الأسباب هي التي تشكل القاعدة القانونية والخلفية التي إليها استند القاضي في إصدار حكمه،وقد تكون مشتركة بين الحالات المتشابهة ولذلك تتمتع وحدها بالعمومية والتجريد،خلافا للمنطوق الذي يمثل حلا خاصا بالنزاع المطروح لا يتعداه إلى غيره[٢].

غير أن هاتين الخاصيتين تؤثران سلبا على المخاطب بالقاعدة القانونية الذي يفقد الثقة مرتين، مرة في النص القانوني الغامض الذي يحتمل التأويل ، ومرة عند تطبيقه دون ثبات، فقد يطبق قاضي في محكمة معينة نصا قانونيا بطريقة تكون مخالفة تماما لما يطبقه قاض أخر في محكمة أخرى ، كما قد يطبق نفس القاضي نصا قانونيا سبق وان فسره قاض أخر في محكمة أخرى بطريقة مغايرة، كما قد يطبق نفس القاضي نصا قانونيا سبق وأن طبقه هو نفسه بطريقة مختلفة قبل فترة قليلة.

ورغم أن النظام القضائي الجزائري لا يأخذ بنظام السابقة القضائية ، فإن ليس هناك ما يمنع القضاة من العمل بالاجتهادات القضائية خاصة تلك الصادرة عن المحكمة العليا لما تشكله من مبادئ قانونية هامة، تساعد على تفسير النصوص الغامضة وتسد النقص التشريعي.

ولهذا السبب ومن أجله وضعت المحكمة العليا ومجلس الدولة على أعلى قمة الهرم القضائي العادي والإداري من أجل توحيد الحلول وإرساء دعائم الاجتهاد القضائي تحقيقا لاستقرار المؤسسة القضائية فيما تتبعه من حلول قانونية خاصة عندما لا يوجد قانون يحكم المسألة أو عندما يحتمل النص التأويل والتفسير.

١- عويطي فريد،النظام القانوني للحكم القضائي، مذكرة ماجستير غير منشورة،جامعة الجزائر٢٠١٢،٢٠١٣/١ ص١١٠.

٢-للإطلاع على تفاصيل الخلاف الفقهي حول حجية المنطوق وحجية الأسباب راجع:د/جمال الطاهري، المرجع السابق،ص٣٥٦.

المبحث الثاني

مظاهر تأثر النصوص التشريعية بالاجتهاد القضائي

ينظر المشرع إلى الأحكام القضائية على أنها مصدر مادي للنصوص القانونية، وأنها من العوامل التي ساهمت في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها. وذلك أن الاجتهاد القضائي لا يقف عند تفسير القاعدة القانونية لاستخلاص معناها بل قد يتعدى ذلك إلى تجاوزها بحثا عما يحقق العدالة بين أطراف النزاع.

وبما أن نصوص التشريع تمثل غالبا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه،فإن تطور المجتمع وتنوع المنازعات بين الأفراد يجعل النصوص جامدة لا تلبي للمجتمع حاجياته ولا تكفل له توازنه.

ولهذا السبب يحرص القضاء على التوفيق بين النصوص وأوضاع المجتمع المتغيرة عن طريق صبغ النصوص بصبغة تعكس واقع المجتمع وتحقق له تطلعاته.

وفي النصوص التشريعية الجزائرية لنا من الأمثلة ما يدلل على أن الأحكام القضائية شكلت مصدرا ماديا لكثير منها، وهذا فضلا عن دورها في التفسير الذي لا يمكن الاستغناء عنه.

غير أن عدم استقرار الاجتهاد القضائي والتراجع عنه وعدم ثباته بل وتناقضه في أحيان كثيرة من جهة لأخرى يعد عاملا عكسيا يؤثر على استقرار المراكز القانونية،ما يدفع المشرع إلى وضع وسائل لتقييده.

ومن أجل تسليط الضوء على شيء من ذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول منهما، دور الاجتهاد القضائي في ضمان استقرار الأحكام وتطوير النصوص، لنعالج في الثاني منهما وسائل تقييد الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول

دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام وتطوير النصوص

سبق الحديث بأن وظيفة القاضي الأساسية تكمن في الحكم بين طرفي الخصومة على نحو يحقق العدالة ويغذي شعورهم بالعدل.

ولم يكن متصورا أن يقوم القاضي بخلق النصوص القانونية لولا قصور التشريع وعدم إحاطته بالوقائع غير المتناهية، ويذهب بعض الفقه إلى أن القاضي في محاولته إكمال النقص في القانون لا يخلق قاعدة قانونية عامة ومجردة، ولكنه يخلق حلا عادلا لنزاع ليس

له حل في النصوص المكتوبة،والقاضي في ذلك ليس مبتدعا بل يعد مستلهما للحل من جوهر القانون وهدفه وهو إقامة العدل[١]

وفي الجزائر أدى الاجتهاد القضائي دورا هاما في استقرار الأحكام القضائية وتطوير النصوص القانونية من خلال المحكمة العليا ومجلس الدولة. وبغرض الوقوف على واقع الاجتهاد القضائي الجزائري، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منهما استقرار الاجتهاد القضائي ، لنعالج في الفرع الثاني الوظيفة التي تؤديها المحكمة العليا ومجلس الدولة في تكريس الاجتهاد القضائي وتوحيده.

الفرع الأول

استقرار الاجتهاد القضائي وأثره على المنظومة التشريعية

يقصد باستقرار الاجتهاد القضائي أن تبقى قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة في موضوع معين ثابتة على نهج واحد متبنية لحل واحد معروف إلى أن يطرأ مبرر فتغيره وفقا لما نص عليه القانون من إجراءات[٢] .

ولا يعتبر استقرار الاجتهاد القضائي وعدم التراجع عنه غاية في ذاته، بل وسيلة لتحقيق المهمة المسندة لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، والتي تتمثل في توحيد الاجتهاد القضائي وهو بدوره يهدف إلى تحقيق غرض أسمى غير معلن هو إتباع المحاكم الدنيا وجهات الاستئناف لهذا الاجتهاد[٣] وصولا إلى توحيد الحلول القضائية للمشاكل والمنازعات التي لم يرصد لها التشريع حلا واضحا ومحددا.

وإذا ما استقر القضاء على تطبيق مبدأ معين قررته المحكمة العليا أو مجلس الدولة، وصار متواترا وواجب الاحترام،فإن هذا المبدأ القضائي يصبح مبدأ راسخا لا يجوز مخالفته أو القضاء بعكسه ما يدفع المشرع إلى تقنينه كلما دعت الحاجة إلى تعديل[٤]

وبصدد خلق الاستقرار القضائي للنصوص القانونية ظهرت ثلاثة اتجاهات فقهية ،الأول يرى أن دور الاجتهاد القضائي المستقر في خلق المبادئ القانونية الملزمة لقضاة الدرجات الدنيا لا يقل عن دور السلطة التشريعية، والثاني يرى أن استقرار الاجتهاد القضائي لا يمكن الاعتراف به كمصدر رسمي وأنه يظل مجرد اجتهاد بدليل أن الأنظمة القضائية

١- د/ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ،الإسكندرية .مصر،٢٠٠٣ ص٥٠٢.

٢- نصت المادة ١٧ من القانون العضوي ١٢/١١ المتعلق بالمحكمة العليا على إجراءات عقد الغرف المجتمعة وقد أشرنا إليه سابقا ونعود إليها في الفرع الموالي.

٣- دابوبشير محند امقران ،المقال السابق،ص٠٣

٤- علي عبد الله العرادي، دور الاجتهاد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأول لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد ببيروت يومي ٢٠.٢١ جوان٢٠٠١ ،ص٠٦.

تجيز للجهات القضائية التراجع عما قررته من مبادئ وأنه ويجب قصر الاجتهاد القضائي، مهما استقر، في خلق الحلول القانونية من الناحية الواقعية والفعلية، في حين يرى اتجاه ثالث أن دور الاجتهاد القضائي المستقر لا يتعدى أن يكون وسيلة تفسيرية للنصوص القانونية[١]

إن ما يجعل لاستقرار الاجتهادات القضائية أثر على النصوص التشريعية في الجزائر هو دعامتان هامتان؛ تكمن الأولى في أن المشرع فرض إجراءات دقيقة ومعقدة على عملية التراجع عن الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة.وتكمن الثانية في أنه فرض على هاتين الهيئتين القضائيتين نشر قراراتهما في مجلة بغرض إعلام الكافة بما يصدر عنهما من قرارات ، وهذا لا يحقق النشر فقط كهدف شكلي بل يحقق للمحكمة العليا ومجلس الدولة استقرار اجتهادهما.

فقضاة الدرجات الدنيا يتاح لهما الاطلاع على ما صدر عن هاتين الجهتين بصفة دورية ما يلزمهما ولو أدبيا بمضمون الاجتهادات القضائية ، وهذا ما يزيد في انتظام العمل القضائي في فلك واحد.

ورغم هذا الدور الذي يؤديه الاجتهاد القضائي المستقر في تسهيل العمل القضائي وتوحيد الحلول القضائية وتعزيز الثقة في المراكز القانونية؛ فإنه في غياب نص يلزم قضاة الدرجات الدنيا بما استقر عليه قضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة يحول دون تحقيق الغاية من صدور الاجتهاد ونشره ولذلك فإن بعض التشريعات ذكرت الاجتهادات القضائية كمصدر للنصوص القانونية.فقد جاء في المادة الأولى من التقنين المدني العراقي مايلي:

« **تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها أو فحواها 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.**

وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية... »[٢] .

وفي الجزائر لا مثيل لهذا النص،وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن الدور الدستوري والقضائي الذي تؤديه كل من المحكمة العليا ومجلس الدولة في الجزائر وهو ما نتناوله في الفرع الموالي.

١- د.عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية،لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت،٢٠٠٠، ص٣٠٩.

٢- صدر القانون المدني العراقي تحت رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وهو يعد من القوانين المدنية المستمدة من الفقه الإسلامي في معظم نصوصه

الفرع الثـاني
وظيفة أجهزة الاجتهاد القضائي في الجزائر

اتجهت دساتير الجزائر منذ عام **١٩٦٣** إلى تكريس مجموعة من المبادئ من شأنها تحقيق دولة القانون،وهي مبادئ تحمل في طياتها خضوع الدولة القانون حتى يرضى الأفراد بالخضوع لسلطتها، ويعتبر وجود السلطة القضائية ضمانة أساسية لفعالية ذلك.لأن القضاء يؤدي دورا أساسيا في مراقبة خضوع الجميع للقانون[١] .

وعلى قمة الهرم القضائي العادي والإداري أوجد المشرع المحكمة العليا ومجلس الدولة ومن بين ما أوكله لهما من مهام مهمة غاية في الأهمية، هي مهمة توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد. وقد كرست هذه المهمة المادة ١٧١ من الدستور وكلا من القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة والقانون العضوي المتعلق بالمحكمة العليا[٢]

بالإضافة إلى وظيفة رقابة التطبيق السليم للقانون من طرف الجهات القضائية الدنيا**(المحاكم والمجالس القضائية)** فإن المحكمة العليا يناط بها إقرار الاجتهادات القضائية التي توحد الحلول لمختلف المسائل المطروحة على القضاء لتسهيل عملها هي وعمل الجهات الدنيا، ولهذا الغرض تم إنشاء المجلة القضائية لضمان النشر الموسع لقرارات المحكمة العليا لإعلام المهتمين بعمل المحكمة العليا ونشاطاتها،وإرساء مكانة الاجتهاد القضائي في نفوس المخاطبين بالقاعدة القانونية وفي ضمائر القضاة أيضا ليصبح الحل القانوني لكل المسائل المتشابهة واحدا، وهذا بغرض تعزيز الثقة في الجهاز القضائي في الدولة.

ووفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المحكمة العليا إذا فصلت في طعن رفع إليها فإنها تدرس أوجه الطعن المثارة من طرف الطاعن، فإن رأت أنها غير وجيهة وغير كافية لنقض القرار المطعون فيه ، تولت إثارة ما تراه تلقائيا لنقض القرار أو الحكم، فإن انتهت إلى نقض القرار فإنها تعيد القضية إلى نفس الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار للنظر فيها من جديد طبقا للقانون، وفي هذه الحالة تلتزم الجهة المحال إليها بقرار الإحالة وبالنقاط التي فصلت فيها المحكمة العليا طبقا لنص المادة ٣٧٤ فقرة ١٠و٢٠.

١- بوبشير محند امقران،عن انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة غير منشورة، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،٢٠٠٦ .ص٠١

٢- أنشئت المحكمة العليا بموجب القانون ٢٢/٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/١٢/١٢ المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وعدل بموجب القانون ٢٥/٩٦ المؤرخ في ١٩٩٦/٠٨/١٢ ثم الغي هذا القانون وأستبدل بالقانون العضوي ١٢/١١ المؤرخ في ٢٠١١/٠٧/٢٦ يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، أما مجلس الدولة فقد أنشئ بالقانون العضوي ٠١/٩٨ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٥/٣٠ ج ر عدد٣٧ وعدل هذا القانون بالقانون العضوي رقم ١٣/١١ المؤرخ في ٢٠١١/٠٧/٠٦ ج ر عدد ٤٢.

فإن لم تلتزم جهة الإحالة بنقاط النقض وأقيم طعن ثان أمام المحكمة العليا جاز لهذه الأخيرة التصدي لموضوع الدعوى، وإن لم تتصد للموضوع وأحالت القضية من جديد إلى جهة الإحالة المشكلة تشكيلة مغايرة ولم تلتزم هي الأخرى بنقاط الإحالة ورفع الأمر إلى المحكمة العليا للمرة الثالثة فإنه يجب عليها عندئذ الفصل في موضوع النزاع وفقا لأحكام المادة ٣٧٤ [١]

وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي ظل القانون ٢٢/٨٩ كان المشرع يشترط لانعقاد الاختصاص للمحكمة العليا للفصل في الموضوع الدعوى المرور بمرحلتين:

إذا لاحظت الغرفة التي عرض عليها الطعن أنها يمكن أن تصدر قرارا يتضمن اجتهادا قضائيا يتعارض مع ما استقرت عليه المحكمة العليا فإنها تدعو للانعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين وبحضور ٩ أعضاء على الأقل[٢] .

وإذا رأت الغرفتان أن الإشكال القانوني يؤدي الفصل فيه إلى تغيير الاجتهاد القضائي فإنها تحيل القضية إلى الغرفة المجتمعة التي تتألف من الرئيس الأول للمحكمة العليا ونائب الرئيس رؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كل غرفة ولا يصح أن ثبت في القضية إلا بحضور ٢٥ عضوا على الأقل[٣].

وبموجب القانون العضوي ١٢/١١ ووفقا لنص المادة ١٦ منه فإن الإحالة على الغرفة المختلطة تكون في الحالة التي تطرح فيها القضية مسألة قانونية تلقت أو من شأنها أن تتلقى حلولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر. وتتم الإحالة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا يحدد فيه الغرف المعنية ورئيس الغرفة المختلطة التي تشكل من غرفتين على الأقل وتتداول بحضور خمس عشرة مستشارا على الأقل[٤].

وفي حالة عدم الاتفاق يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول الذي يحيل القضية أمام الغرفة المجتمعة.

أما الغرفة المجتمعة ففضلا عن اختصاصها بنظر حالة عدم اتفاق الغرفة المختلطة، فإنها تنعقد عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد

١- أ/ نور الدين زرقون، تساؤلات حول ممارسة المحكمة العليا لسلطتها كمحكمة موضوع، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة ورقلة، العدد السابع . جوان ٢٠١٢ ص١٩٧ ،ص ٢١٢.

٢- راجع المادة ٢٢ من القانون ٢٢/٨٩ الملغي.

٣- راجع المادتين ٥/٢٢ و٢٣ من القانون ٢٢/٨٩ الملغي.

٤- راجع المادتين ١٦و١٧ من القانون العضوي ١٢/١١.

قضائي، وتنعقد الغرفة المجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا بمبادرة منه أو باقتراح من رئيس إحدى الغرف.

وتتشكل الغرفة المجتمعة من الرئيس الأول ونائب الرئيس ورؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كل غرفة وتوكل إلى أحد المستشارين وظيفة المستشار المقرر.

ولا يصح أن تبت الغرفة المجتمعة في قرارها إلا بحضور نصف أعضائها على الأقل وفي كل الحالات تتخذ قراراتها بالأغلبية ويرجح صوت الرئيس في حالة تعادل الأصوات وفقا لنص المادة ١٩ من قانون إنشاء وتنظيم عمل المحكمة العليا[١]

وبالمثل فإن مجلس الدولة وفي إطار ممارسة وظيفته الرامية إلى توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد يعقد جلساته في شكل غرف مجتمعة في الحالات التي ينتظر فيها أن يصدر قرارا يمثل تراجعا في الاجتهاد القضائي[٢].

ويتشكل مجلس الدولة في هذه الحالة من رئيس المجلس رئيسا ونائب الرئيس ورؤساء الغرف وعمداء كل غرفة ورؤساء الأقسام، ولا تصح مداولاته إلا بحضور نصف عدد الأعضاء على الأقل وفقا لنص المادة **٣٢** من القانون العضوي المنظم لعمل مجلس الدولة[٣].

ومن القرارات الشهيرة التي صدرت عن المحكمة العليا في شكل غرفة مجتمعة وشكلت اجتهادا قضائيا أزال اللبس عن بعض النصوص التي تضاربت الأحكام القضائية والتطبيقات بشأنها نذكر على سبيل المثال:

- قرار الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا الصادر بتاريخ **١٩٩٧/٠٢/١٨** تحت رقم **١٥٦١٣٦** والذي قرر ضرورة إتباع الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية مكرسا للمادة **٣٢٤** مكرر **١** من التقنين المدني[٤]

١- المادة ١٨ من القانون العضوي ١٢/١١.

٢- يشير الأستاذ الدكتور بوبشير محند أمقران في مقاله المذكور سابقا أن القانون العضوي ١٢/١١ لم يفسح المجال للأطراف لطلب انعقاد المحكمة العليا في شكل غرفة مجتمعة مستشهدا بقرار المحكمة العليا رقم ٣٠٩٣٠١ الصادر في ٢٠٠٣/٠٧/١٥ المنشور بالمجلة القضائية العدد ٠١ لسنة ٢٠٠٣، والقرار ٣٢٥٠٩٢٥ الصادر في ٢٠٠٥/٠٥/١١ المنشور بالمجلة القضائية العدد ٠١ لسنة ٢٠٠٥.

٣- راجع في تفصيل واف لعمل مجلس الدولة بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، أطروحة دكتوراه دولة ،غير منشورة، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق، دون بيان تاريخ المناقشة.

٤- نشر هذا القرار بالمجلة القضائية لسنة ١٩٩٧ ص١٠ إلى ١٣، وفي نشر القضاة العدد ٥١ لسنة ١٩٩٧ وقد أثار اهتماما فقهيا وقضائيا على الساحة القانونية في الجزائر رغم أنه يؤكد نصا قانونيا موجودا هو المادة ٣٢٤ مكرر ٠١ ولم يشكل اجتهادا حقيقيا يؤدي إلى خلق مبدأ غير موجود.

- ومنها قرار الغرفة المجتمعة الصادر في ٢٠٠١/٠٣/٢٧ تحت رقم ٢٠١٨٢٣ والذي أرسى مبدأ قانونيا إجرائيا يتعلق بسقوط الخصومة بعد النقض والإحالة بحيث قرر أنه إذا صدر قرار المحكمة العليا بالنقض والإحالة وتقاعس صاحب المصلحة في إعادة السير في الدعوى بعد النقض مدة تزيد عن سنتين سقطت الخصومة.

ويلاحظ أن هذا القرار الشهير يعد اجتهادا قضائيا طوى كثيرا من الجدل حول سقوط الخصومة بعد النقض وفسر نص المادة ٢٢٠ وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية القديم، كما شكل هذا القرار مصدرا ماديا لنص المادة ٢٢٩ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لم يكن لها مقابل في القانون القديم ، وبهذا القرار أثبت الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مكانته كمصدر لخلق النصوص القانونية ووضع لبنة من لبنات الاجتهاد القضائي في البلاد[١].

ومن أمثلة قرارات المحكمة العليا الصادرة بمناسبة الفصل في الطعون وليس في شكل غرفة مجتمعة لكنها كانت تخالف نصوصا قائمة نافذة تم إلغائها فيما بعد، نذكر القرارات المتعلقة بالخلع على سبيل المثال[٢]،فالمادة ٥٤ من قانون الأسرة كانت قبل تعديلها سنة ٢٠٠٥ تشترط موافقة الزوج في الخلع انسجاما مع رأي في الفقه الإسلامي يرى أن الخلع عقد رضائي تحل به الرابطة الزوجية.

غير أن المحكمة العليا خالفت هذا النص في الكثير من قراراتها، فبعد أن قررت أنه لا يمكن للزوجة أن تخالع نفسها إلا بعد موافقة الزوج وليس في هذا إلا تأكيدا للمادة ٥٤ المذكورة ، عادت المحكمة العليا لتستقر في كثير من قراراتها أنه يجوز للزوجة طلب الخلع والحصول عليه دون موافقة الزوج مخالفة بذلك نصا قانونيا هو المادة ٥٥ من قانون الأسرة[٣]

ولعل هذه القرارات هي ما شكل دافعا للمشرع لتعديل المادة ٥٤ سنة ٢٠٠٥ وإسقاط شرط موافقة الزوج على طلب الخلع لتمكين الزوجة منه.

١- نشر هذا القرار بالمجلة القضائية العدد ١ لسنة ٢٠٠١ ص ٩٩ إلى ١٠٣.

٢- راجع على سبيل المثال القرار رقم ٧٣٨٨٥ المؤرخ في ١٩٩١/٠٤/٢٣ المنشور بنشرة القضاة العدد ٥٢ لسنة ١٩٩٧.

٣- ومن ذلك القرار رقم ١٠٣٧٩٣ الصادر في ١٩٩٤/٠٤/١٩ المنشهر في نشرة القضاة العدد ٥١ سنة ١٩٩٧ والقرار رقم ١٤١٢٦٢ الصادر في ١٩٩٦/٠٧/٣٠ المنشور بالمجلة القضائية العدد ٠١ لسنة ١٩٩٨.

وقد لاحظ بعض الشراح أن المحكمة العليا بالقول بأن حق الزوجة في طلب الخلع طلب إرادي مطلق لا يخضع لموافقة الزوج قد اتخذت موقفا حاسما في مسألة فقهية خلافية وشيدت بناء اجتهاديا في غاية الأهمية[1].

وبما أن نصوص القانونين العضويين المتعلقين بتنظيم عمل المحكمة العليا ومجلس الدولة لم يشر أي منهما إلى أن إجراءات تغيير الاجتهاد القضائي أو إصداره من النظام العام ولم يرتب أي جزاء على عدم احترامها، فإن إقرار أي اجتهاد قضائي أو التراجع عنه وإتباع إجراءات إصداره يعد صلاحية لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة دون وجود أية ضمانة على احترامه وهذا ما يمثل عامل انعدام الاستقرار لقرارات هاتين الهيئتين ويؤثر سلبا على الثقة الواجب توافرها في نفوس المخاطبين بالقاعدة القانونية في المنظومة القضائية وهذا ما يعد مؤثرا سلبيا على تراجع تطور الاجتهاد القضائي في بلادنا.

المطلب الثاني

وسائل تقييد الاجتهاد القضائي

يهدف المشرع من وراء وضع النصوص القانونية لتحقيق الاستقرار في المجتمع، هذا الاستقرار لن يتحقق إلا بمعرفة الأفراد لمراكزهم القانونية معرفة أكيدة دون قلق أو خوف من سوء تطبيق النصوص أو تفسيرها على نحو يخالف غاية وضعها.

ويعول المشرع في تحقيق الاستقرار القانوني على القاضي الذي يفصل في الخصومات عن طريق إصدار الأحكام.

فالحكم القضائي لا يعبر عن رأي القاضي وبالتبعية رأي القانون في المسألة المعروضة عليه فقط ، بل يعبر عن الحل الذي سنه المشرع لمواجهة الحالات المشابهة.

ولأن استقرار المراكز القانونية لا يتحقق بمجرد صدور الحكم، فإن التشريعات المختلفة قد وضعت قاعدة حجية الشيء المقضي فيه لتعبر عن الحقيقة القضائية التي لا يجوز إثبات عكسها خدمة لاستقرار هيبة القضاء، في نفوس المخاطبين بالنصوص التشريعية.

وبما أن حجية الأحكام القضائية تعد وسيلة لتقييد القاضي عن نظر النزاع من جديد أو مخالفة الحقيقة القضائية،كما تمنع المتقاضي من اللجوء من جديد لطرح نفس النزاع وإرباك ما قرره الحكم في نفوس المتقاضين، فإننا نعالج في هذا المطلب وسائل تقييد

١- راجع في التعليق على قرارات المحكمة العليا في هذا الموضوع وفي غيره الدراسة القيمة للأستاذ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، طبعة ٢٠٠٣.ص١٦٣ ومابعدها.

الاجتهاد القضائي من خلال فرعين؛ نتناول في الأول منهما حجية الشيء المقضي فيه وأثرها على الاجتهاد القضائي،لنعالج في الثاني الوجه السلبي للحجية المتمثل في استنفاد المحكمة سلطتها في النزاع وأثر ذلك على اجتهاد القاضي.

الفرع الأول

حجية الشيء المقضي فيه وأثرها على اجتهاد القاضي

لا يتحقق استقرار المراكز القانونية التي قررها الحكم القضائي إلا عندما يكون للحكم القضائي قوته الملزمة تجاه القاضي الذي أصدره فلا يمكن له الرجوع عما حكم به، كما يلتزم الخصوم بما قضى به الحكم وهذا ما أقره المشرع من خلال إرساء مبدأ حجية الشيء المقضي فيه.

وبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز رفع دعاوى جديدة بين نفس الخصوم ولنفس السبب تتمحور حول المراكز القانونية التي كانت محلا لدعوى سابقة وتم الفصل فيها بحكم، وعن طريق هذا المبدأ تتحقق ثقة المتقاضي في الحكم الذي حصل عليه وحصّن مركزه به.

وتثبت الحجية لكل حكم سواء كان حكما منشئا أو مقررا، كما تثبت لكل حكم ولولم تكن له قوة تنفيذية، وهذا ما يعبر عنه الفقه بالحجية المؤقتة [١] فقوة الشيء المقضي فيه تعني استنفاد الحكم القضائي لطرق الطعن الموقفة للتنفيذ ،وبالتالي صيرورته نهائيا واجب التنفيذ

وقد نص على حجية الشيء المقضي فيه التقنين المدني الجزائري في المادة **٣٣٨** التي جاء فيها:

« الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرنية، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب....» [٢]

ويفرق الفقه بين الحجية والقوة،ويقرر أنه لا توجد علاقة بين الحجية والقوة التنفيذية، فهناك أحكام لها حجية وليس لها قوة تنفيذية كالأحكام الكاشفة وهناك أحكام لها قوة تنفيذية وليس لها حجية كالأحكام الاستعجالية.

١- د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة مصر ٢٠١١،ص٥٩٥.

٢- لاحظ الفقه أن هذا النص خاطئ إذا استعمل عبارة قوة الشيء المقضي فيه في بداية النص مع أنه كان يقصد الحجية وليس القوة بدليل أنه عاد فذكر عبارة هذه الحجية.لمزيد من التفصيل راجع: د/علي علي سليمان ،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديولن المطبوعات الجامعية الجزائر ١٩٩٢،ص١٠٨.١٠٧.

والحكم الابتدائي الفاصل في الموضوع من محكمة الدرجة الأولى يحوز الحجية بمجرد صدوره سواء كان صحيحا أو باطلا، فالحكم الباطل يحوز الحجية إلى أن يتقرر بطلانه بعد المعارضة أو الاستئناف لكن حجية الحكم الابتدائي تظل مؤقتة إلى أن يقضى في الطعن إذا رفع ،أو إلى أن تنقضي مواعيده[١]

فإذا تم تأييده تأكدت حجيته ،وإن ألغي زالت عنه.

ورغم أن حجية الشيء المقضي فيه تهدف إلى استقرار الحماية القضائية التي هي الوظيفة الأساسية لجهاز القضائي عن طريق إرساء عوامل ثقة المواطن في أحكام القضاء فإن المشرع الجزائري وخلافا لكل التشريعات[٢] . منع القضاء من إثارة الحجية من تلقاء نفسه مالم يتمسك بها الخصوم؛ فقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة **٣٣٨** التي سبق ذكرها مايلي:

« ...**ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا**.»

وهذا في نظرنا خطأ تشريعي يجب تصحيحه، فمنع القضاء من إثارة سبق الفصل في النزاع من تلقاء نفسه يعوق استقرار الاجتهاد القضائي ، فالسلطة القضائية لا يجب أن تترك لاتفاق الخصوم[٣]،إذا كان اتفاقهم يهدر حجية الأحكام ويجيز تجديد كل نزاع فصل فيه القضاء. وهذا ما ينزع عن الأحكام القضائية هيبتها من نفوس المتقاضين، فلو فرضنا أن حكما قضائيا صدر بين طرفين وصار نهائيا فثبتت له حجية،وبعد مدة رغب الأطراف في تجديد اللجوء إلى القضاء واتفقوا على عدم تمسك أي منهم بالحكم السابق فإن هذا معناه أن ما توصل إليه القضاء من جهد قد تم إهداره لمجرد رغبة طرفين في اللهو بالدعوى القضائية.

إن موقف المشرع في المادة **٣٣٨** في فقرتها الأخيرة يتناقض مع سياق النص ومع مضمون الحجية في حد ذاته،فالقانون يفترض أن الحكم هو عنوان الحقيقة وأنه يقوم على دعامتين هما الصحة والحقيقة التي يجب أن تستقر في النفوس وتضمن قدسية للحكم واحتراما له،ولذلك فالقول بعدم جواز إثارة الحجية تلقائيا يمس بالاجتهاد القضائي وبالثقة الواجبة من طرف المجتمع في الحكم القضائي.

١- د/إسماعيل عمر ،المرجع السابق ،ص٥٩٥.

٢- د/أحمد هندي المرجع السابق ،ص٥٠٦.

٣- كما هو الأمر في المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري والمادة ١١٦ مرافعات مصري والمادة ٣٠٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني

الفرع الثاني

استنفاد الولاية وأثره على الاجتهاد القضائي

إذا فصلت جهة قضائية مهما كانت درجتها في مسألة من المسائل المعروضة أمامها انقضت سلطتها بشأنها وخرجت هذه المسألة من ولاية الجهة القضائية .

ويقصد باستنفاد الولاية ،أن الجهة القضائية بصدور حكمها في القضية لا تملك الرجوع فيه،إذ تفقد المحكمة سلطتها كجهة قضائية لنظر نفس النزاع بعد صدور الحكم فيه(١).

ولم يكن قانون الإجراءات المدنية الجزائري الصادر بالأمر **١٥٤/٦٦** يتضمن نصا عن استنفاد الولاية،ولكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ورد فيه نص المادة **٢٩٦** التي جاء فيها:

« **الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض.**

ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه»

وإذا كان هذا النص قد حدد المقصود بالحكم القطعي الفاصل في النزاع، فإنه رتب حجية على هذا الحكم تساهم في تثبيت المراكز القانونية ووضوحها وتكفل احتراما ولو مؤقتا لما صدر عن القضاء من أحكام.

كما تضمنت المادة **٢٩٧** من نفس القانون الأثر الناتج عن صدور الحكم مهما كان نوعه إذ جاء فيها: « **يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم.....»**

فبصدور الحكم القضائي يتخلى القاضي عن النزاع ولا يجوز له التطرق ثانية لنفس المسالة التي سبق له الفصل فيها إلا بمناسبة تصحيح الحكم أو الطعن فيه بالمعارضة .

ويعد نظام استنفاد الولاية ضمانة حقيقة من ضمانات العمل القضائي وتثمينا لجهد القاضي ، فالمتقاضي بعد صدور حكم قضائي سواء لصالحه أو ضده يلزم باحترامه ويستقر في نفسه ما قضت به المحكمة ليصبح عنوانا للحقيقة.

ويؤدي اعتماد قاعدة استنفاد الولاية حصانة للأحكام الفاصلة في الموضوع تحول دون المساس بها وتغلق المناقشة حول المسائل التي قضت فيها، فالمسألة التي حسمتها

١- د/ احمد هندي،المرجع السابق،ص٥١٢.

المحكمة بحكم قطعي تخرج تماما عن سلطتها بمجرد النطق به، إذ ليس للمحكمة أن تمس بالحكم الذي أصدرته سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ولو في حالة اتفاقهم ، ويتعلق استنفاد الولاية بالنظام العام لكونه يمس بالنظام القضائي[١] .

وتقترب فكرة استنفاد الولاية من فكرة حجية الشيء المقضي فيه، فالفكرتان تقومان على مبدأ واحد هو تحصين الأحكام وعدم مباشرة الوظيفة القضائية في خصوص نفس المسألة أكثر من مرة، على أن الفكرتين تختلفان من حيث مضمون كل منهما، فحجية الشيء المقضي فيه تدور حول تقييد الخصوم بالرأي القضائي في إجراءات وقضايا أخرى مستقلة عن الإجراءات والموضوع الذي صدر فيه الحكم، فهي فكرة تعمل خارج الخصومة بعد انتهائها لضمان استقرار الحماية القضائية التي قررها الحكم[٢] .

في حين أن استنفاد الولاية هي صفة في الحكم ذاته كعمل قانوني، فسلطة القاضي تنتهي بالنسبة لكل مسألة يفصل فيها داخل الخصومة، كما أن الحجية هي الأثر الأساسي للحكم أما الاستنفاد فهو وسيلة دوام هذا الأثر[٣] .

ومهما يكن من شأن خصوصية نظام استنفاد الوالية فإنه نظام يحقق للمتقاضي ثقة في الجهد الذي بذله القاضي في حل النزاع ،فبعد صدور الحكم الفاصل في مسألة معينة ومركز قانوني معين يشعر صاحبه بنوع من الاستقرار والثبات، ويطمئن بأن نفس المسألة لن تطرق ثانية أمام نفس الجهة القضائية، وهذا من صميم الاستقرار الذي ينشد النظام القانوني في كل دولة تحقيقه.

١- د/نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق،ص٥٩٩

٢- د/أحمد هندي،المرجع السابق ،ص٥١٣.

٣- د/أحمد هندي،المرجع نفسه،ص٥١٣.

خاتمة

تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة لا حركية فيها تحمل الطابع الواقي من المنازعات في طياتها، فإذا وقع النزاع تم اللجوء إلى القضاء الذي يخرج النص القانوني من جموده وعموميته وتجريده إلى حركية وذاتية تجعل النص و كأنه لم يوضع إلا لحل هذا النزاع، وهذه العملية رغم ضرورتها وسعيها لتحقيق العدالة فإنها تؤثر في المراكز القانونية وجودا وعدما، فلو أحسن القضاء تطبيق النص وفقا للغايات المرجوة من وضعه لتحقق لاجتهاد القاضي هدفه، ولو أساء تطبيقها لاختل ميزان العلاقات القانونية.

وقد تبين من خلال هذه الورقة البحثية أن الاجتهاد القضائي ليس في جوهره إلا تأويلا للقاعدة القانونية مهما كان مصدرها، وذلك أن الاجتهاد يطلق على عمل القاضي في استنباط الحل الذي يحكم النزاع.

ولا يقف دور القاضي عند تطبيق النص الرسمي بل يتعداه إلى البحث عن الحل العادل الذي لو تبينه المشرع لوضع نصا مكتوبا بصدده،كما يقوم القاضي بتفسير النص القانوني الذي يحتمل التفسير.

ولذلك أبرزت الدراسة أن الفقه أجمع على أن القانون الحي هو القانون الذي تصنعه المحاكم، وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يمكنه أن يمنع القضاء من الاجتهاد ووضع الحلول القضائية للحالات التي لم يرد بشأنها نص قانوني،كما لا يمكن للقانون أن يتجاهل الحلول التي ابتدعها القضاء، بل إن المشرع يجد نفسه في كثير من الحالات مضطرا إلى تقنين أخر ما توصل إليه القضاء أو ما استقر عليه من أحكام.

على أنه إذا كان للاجتهاد القضائي دوره الايجابي في توحيد الحلول القضائية للمسائل التي لم يرد بشأنها نص، فإن له دورا سلبيا يؤثر على استقرار المراكز القانونية،فقد يكون النص سليما واضحا لكن تطبيقه بشكل سلبي أو سوء تطبيقه يعدم الحق أو يشوه حقيقته، وصورة ذلك السلطة التقديرية للقاضي التي تجعل الحكم القضائي غير متوقع، كما أن عدم التزام المحاكم بما سبق لها أن قررته يجعل المراكز القانونية مضطربة، ولذلك وضع المشرع وسائل لتقييد الاجتهاد القضائي منها حجية الأحكام القضائية ونظام استنفاد الولاية.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

١- جيلالي بغدادي ،الاجتهاد القضائي ،الديوان الوطني لأشغال التربوية، ١٩٩٣.
٢- عبد المنعم البدراوي ،مبادئ القانون، القاهرة،مصر دون تاريخ الطبع.
٣- د/محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية ،دار هومة،الجزائر، الطبعة ١٦، ٢٠٠٨.
٤- د/علي علي سليمان،نظرات قانونية مختلفة ،الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ١٩٩٤.
٥- د/علي علي سليمان،ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري،،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ١٩٩٢.
٦- د/عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار إحياء التراث لبنان ١٩٥٢.
٧- د/عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية .دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة.٢٠٠٧,٠٣
٨- د/توفيق حسن فرج، القانون الروماني ،الدار الجامعية لبنان، ١٩٧٥.
٩- شفيق الجراح، الحقوق الرومانية ،مطبعة دمشق ١٩٧٨.
١٠- محمد سلام مدكور ،المدخل للفقه الإسلامي، تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، دار الكتاب الحديث،الكويت ،دون تاريخ الطبع.
١١- عبد المنعم فرج الصدة،مبادئ القانون،مصر ١٩٨٠.
١٢- محمد عبد الخالق عمر ،الفقه والقضاء في قانون المرافعات ،دون مكان وتاريخ الطبع.
١٣- د/محمدي فريدة،المدخل للعلوم القانونية.
١٤- د/نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ٢٠١١،.
١٥- د/ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ،الإسكندرية .مصر،٢٠٠٣.
١٦-عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، طبعة ٢٠٠٣.
١٧ - د.عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية،لجنة التأليف والتعريف والنشر، جامعة الكويت،.٢٠٠٠

١٨-د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة مصر ،٢٠١١.

ثانيا:الرسائل

١- محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشور ،جامعة باتنة ٢٠٠٩.

٢- ذبيح ميلود،مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري ،مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة الحاج لخضر ،باتنة ٢٠٠٦ .

٣- بوبشير محند امقران،عن انتفاء السلطة القضائية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة غير منشورة، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،٢٠٠٦.

٤-بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، أطروحة دكتوراه دولة ،غير منشورة، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق، دون بيان تاريخ المناقشة.

ثالثا:المقالات

١- أ/ نور الدين زرقون، تساؤلات حول ممارسة المحكمة العليا لسلطتها كمحكمة موضوع، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة ورقلة، العدد السابع . جوان ٢٠١٢ من ص١٩٧ إلى ص ٢١٢.

٢- د/بوبشير محند أمقران ،تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق،بحث مقدم ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة ورقلة،

٣- علي عبد الله العرادي، دور الاجتهاد القضائي الإداري في تعزيز وتطوير القانون الإداري، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأول لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد ببيروت يومي ٢١.٢٠ جوان٢٠٠١ ، وثيقة غير منشورة.

رابعا: النصوص التشريعية

١-الدستور الجزائري

-الأمر ٥٨/٧٥ المؤرخ في ١٩٧٥/٠٩/٢٦المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

-القانون ٠٩/٠٨ المؤرخ في أبريل ٢٠٠٨المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية.

- القانون ٢٢/٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/١٢/١٢ المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا المعدل بموجب القانون ٢٥/٩٦ المؤرخ في ١٩٩٦/٠٨/١٢، الملغي.

٢-القانون العضوي ١٢/١١ المؤرخ في ٢٠١١/٠٧/٢٦ يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها.

٣-القانون العضوي ٠١/٩٨ المؤرخ في ١٩٩٨/٠٥/٣٠ المتضمن إنشاء مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ج ر عدد٣٧، المعدل بالقانون العضوي رقم ١٣/١١ المؤرخ في ٢٠١١/٠٧/٠٦ ج ر عدد ٤٢.

-القانون المدني العراقي تحت رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

خامسا: المجلات القضائية

١-المجلة القضائية لسنة ١٩٩٧

٢-نشر القضاة العدد ٥١ لسنة ١٩٩٧.

٣-المجلة القضائية العدد ١ لسنة ٢٠٠١.

٤-نشرة القضاة العدد ٥٢ لسنة ١٩٩٧.

٥-المجلة القضائية العدد ٠١ لسنة ١٩٩٨.