# الأمن القانوني والاجتهاد القضائي: الأمن القضائي

المستشار عبد العزيز أمقران
رئيس قسم الوثائق والدراسات
القانونية والقضائية-المحكمة العليا
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

يقول الفقيه المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، "الفقه القانوني هو المظهر العلمي للقانون والاجتهاد القضائي هو المظهر العملي له، فإذا ذهب أحدهما لم يبق شيء من القانون"[1]، كما أن قيمة القانون تكمن في تطبيقه، La loi ne vaut que par son application وذلك من خلال تفسيره، أساسا، من طرف القضاء، وعلى رأسه الجهات القضائية العليا، المكلفة بتقويم عمل الجهات القضائية الأدنى وتوحيد الاجتهاد القضائي[2].

إن الاجتهاد القضائي في الدول التي أخذت بما يسمى بنظام القوانين المدنية Les droits de tradition civiliste لا يعد مصدرا رسميا للقانون،

فالمادة الأولى من القانون المدني[3] حددت المصادر الرسمية للقانون في الجزائر، في أربعة مصادر رسمية :

– مصدر رسمي أصلي : التشريع.

– ثلاثة مصادر رسمية احتياطية : مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وبالرغم من عدم تعداده ضمن المصادر الرسمية، فإن للاجتهاد القضائي دورا بارزا حيويا في تبيان كيفية تطبيق النصوص القانونية ولاسيما في حالات غموض أو تناقض أو فراغ قانوني؛ بل إن الاجتهاد القضائي صار في عالم اليوم ضامنا دستوريا لاحترام القانون، خاصة وأن هذا الاجتهاد القضائي لم يعد محصورا في القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، باعتبارها محكمة قانون، وإنما يشمل كذلك القرارات الصادرة عنها، باعتبارها محكمة موضوع[4] فصفتها هذه (محكمة موضوع) آخذة في البروز و الانتشار[5]، مما جعل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ينص صراحة على جوازية فصل المحكمة العليا في الموضوع، في حالة طعن ثان بالنقض ووجوب فصلها في الموضوع، في حالة طعن ثالث بالنقض[6].

إن قاضي المحكمة العليا ملزم بالفصل في الطعن المعروض عليه في ضوء القانون، أي في ضوء التشريع أولا أو في ضوء المصادر الأخرى الرسمية الاحتياطية :

الشريعة الإسلامية[7]، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويكون قرار المحكمة العليا، بما يتضمنه من توجيه، ملزما لقضاة الجهة القضائية الأدنى المصدرين الحكم أو القرار محل النقض[8].

لا يمكن القاضي التذرع بصمت القانون أو غموضه أو عدم كفايته للامتناع عن الفصل في قضية أو طعن معروض عليه وإلا عدّ مجرما، مرتكبا جريمة إنكار العدالة[9] قابلا للمتابعة الجزائية[10].

وإذا كان يجب على القاضي ألاّ يخضع إلا للقانون[11]، عند فصله في ما هو معروض عليه، حتى ولو اضطر إلى إثارة وجه أو أوجه للطعن تلقائيا[12]، بالنسبة لقاضي المحكمة العليا أو القاضي الإداري، فإن اجتهاده لا ينبغي أن يصل إلى حد تجاوز القاضي حدود سلطته وارتكابه، بالنتيجة، جريمة "الخيانة" Forfaiture [13].

وهي الجريمة التي يمكن ارتكابها، كذلك، من طرف رجال الإدارة، عندما يتجاوزون الوظائف القضائية[14].

إن الاجتهاد القضائي، غير المذكور في القانون المدني ضمن المصادر الرسمية، منصوص عليه في الدستور الجزائري، من خلال المهمة الدستورية للمحكمة العليا ومجلس الدولة في مجال تقويم عمل الجهات القضائية عبر توحيد الاجتهاد القضائي؛

ولا يقلل النقاش الفقهي القانوني الدائر بين رجال القانون، بخصوص مكانة الاجتهاد القضائي ضمن مصادر القانون، من الأهمية القصوى التي يكتسيها الاجتهاد القضائي في المنظومة القانونية الوطنية وفي العلاقات القانونية الدولية، بل إن هذه الأهمية وصلت إلى حد بروز مصطلح قانوني قائم بذاته، آخذ في الاستقلال عن مصطلحي مبدإ الأمن القانوني ومبدإ الثقة المشروعة، مبدإ الأمن القضائي.

سنحاول أولا التعرض للأمن القانوني والثقة المشروعة، ثم ثانيا للأمن القضائي، و بعده نقدم بعض الاقتراحات.

## أولا : الأمـــن القانونـــي والثقـــة المشروعـــة :

تقوم الدولة في عصرنا الحالي، عصر المجتمعات السياسية المنظمة، على مبدإ سيادة القانون، باعتباره المحور الذي تدور حوله حياة الأفراد، بل وحتى حياة ونشاط الأشخاص المعنوية، في كنف ما اصطلح على تسميته " بدولة القانون "،

وإن الحاجة الحيوية للأشخاص الطبيعية والمعنوية هي الأمن، بمفهومه الواسع، الشامل مختلف جوانب الحياة داخل المجتمع الواحد أو خارجه، في نطاق العلاقات مع الأشخاص والدول الأجنبية،

**"وأن خيـــر أمن يبتغيه ويريده (الإنسان) هو الأمن القانوني....الشامـل لكل أشكال الأمن الذي لم يعد قاصرا على مطلب الأمن من الإرهاب وإنما امتد إلى غير ذلك من مناحي الحياة ومجالاتها الاقتصادية والفكرية والأسرية والبيئية والوظيفية والعلمية والغذائية والعسكرية والسياسية والمعلوماتية .... الخ"**[15] .

وإذا كان كل شخص لا يعذر بجهله القانون ولا يستطيع التذرع بالجهل، للإفلات من حكم القاعدة القانونية، فإنه لا بد من توفر أمن قانوني لهذا الشخص، أي بمعنى توفير المتطلبات التي تبرر "مساءلته" عن عدم العمل بها؛

يمكن تعداد هذه المتطلبات، على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، على النحو الآتـي :

1- مراعاة القواعد الدستورية المعيارية وتدرج هرم البناء القانوني، عند سن القوانين الأدنى من الدستور والنصوص القانونية التطبيقية.

2- الإعلاء من مبدإ سيادة القانون والاحتكام دوما إليه، بما يحقق ضمان تطبيقه من طرف المخاطبين بالقاعدة القانونية العامة المجردة، والانتصار دوما لمبدإ القانونية (الشرعية) (Principe de légalité).

3- التزام الدولة بالعمل على استقرار التشريع، بما ينعكس إيجابا على إشاعة الطمأنينة في العلاقات القانونية، من خلال استقرار المراكز القانونية وعدم المساس بالحقوق المكتسبة وتجنب الأثر السلبي لتغير القاعدة القانونية على العلاقات التعاقدية السارية، وبديهي أن الاستقرار لا يعني الجمود وعدم مسايرة الحاجات المتجددة للمجتمع، للتكفل بها.

4- وضوح القاعدة القانونية وتيسير الوصول إليها وفهمها، ولن يتأتى ذلك إلا إذا كان النص القانوني (وبالنتيجة القواعد القانونية المشكلة له) ذا صياغة جيدة، من حيث اللغة الاصطلاحية القانونية المستعملة، خاصة عند الترجمة من لغة أجنبية، أو عند صدور القانون بلغتين، كما هو حال الجزائر[16]، ومن حيث بناء الجملة التشريعية واستخدام وحسن استخدام علامات الترقيم[17] حتى يسهل على القاضي، صاحب الاختصاص الأصيل في تفسير النص القانوني إعطاءه التفسير المتوخى في النص القانوني المطبق على المسألة القانونية المعروضة عليه؛ و يمكن إيراد أمثلة من القانون الجزائري على عدم دقة النص القانوني، الناجم عن عدم التحكم في المصطلح القانوني[18]، مما يتسبب في صعوبات للعمل القضائي، وبالأساس للمخاطب به.

## أ- الخيانـــة :

نجد هذا المصطلح مستخدما في قانون العقوبات، في صياغته باللغة العربية، للدلالة على جريمتين بمصطلحين مختلفين في صياغته باللغة الفرنسية وهما : Forfaiture و Trahision[19]

## ب- انتهـاك حرمة منزل مواطـن :

يستعمل قانون العقوبات[20] في المادة المعاقبة على هذه الجريمة في صياغتها باللغتين العربية والفرنسية مصطلح مواطن-Citoyen، فإعمالا لقاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي لا جريمة ولا عقوبة إلا لمن انتهك حرمةَ منزل مواطن جزائري، أي المتمتع بالجنسية الجزائرية[21]، غير أن القضاء الجزائري استقر على تفسير هذه المادة وتطبيقها بما يفيد انتهاك حرمة منزل الغير.

## ج- هل المجنون-وقت ارتكاب الجريمة-مجرم ولا يعاقب؟ أم هو غير مجرم وبالتالي لا يعاقب ؟

صياغة المادة 47 من قانون العقوبات باللغتين العربية والفرنسية (لا عقوبة N'est pas punissable ) تجعل ممن كان في حالة جنون، وقت ارتكاب الجريمة، مجرما ولكنها لا تعاقبه، وهو أمر غير منطقي، مما جعل الغرفة الجنائية بالمحكمة العليا تقرر، عكس صياغة المشرع، بأن الصياغة السليمة للمادة هي لا جريمة وليس لا عقوبة[22].

## د- الطرق العلمية لإثبات النسب أم لإثبات ونفي النسب ؟

تنص المادة 40 من قانون الأسرة، في صياغتها الواردة في الأمر رقم 05-02 باللغة العربية، على جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، وباللغة الفرنسية على جواز لجوء القاضي إلى الطرق العلمية، في مجال النسب (En Matière de filiation) وهي عبارة تحتمل إثبات أو نفي النسب[23].

## هـ- الأجل "الكامل" Délai Franc :

نص قانون الإجراءات المدنية الملغى (المادة 463) وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (المادة 405) وقانون الإجراءات الجزائية (المادة 726) وكذا قانون القضاء العسكري (المادتان 181 و 194) على أن تحسب كل الآجال كاملة واستعملت كلمة كاملة كترجمة لكلمة Franc باللغة الفرنسية، وهي ترجمة غير دقيقة، وتسببت وتتسبب في تناقضات على صعيد العمل القضائي، من حيث كيفية حساب الأجل.

وكان قد صدر في فرنسا مرسوم[24] حذف كلمة Franc بسبب صعوبات التطبيق.

إن هذه مجرد عيّنة من أمثلة كثيرة، معاينة في نصوص القانون الجزائري، آتية في الأساس من عدم المطابقة الاصطلاحية بين النص الرسمي باللغة العربية و النص الأصلي باللغة الفرنسية، مما يتطلب ضرورة العمل على تدقيق هذه النصوص، بما يساعد على الوصول إلى جودة الاجتهاد القضائي و استقراره... **فالقانون الجيد يؤدي إلى اجتهاد قضائي جيد.**

## ثانيا: الاجتهاد القضائي و تطبيقه من حيث الزمان: الأمن القضائي :

نص القانون العضوي، المحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها على أنه "عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلقت أو من شأنها أن تتلقى حلولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر" فإن

الرئيس الأول للمحكمة العليا يحيلها إلى الغرفة المختلطة للتداول والفصل فيها و يحيلها، في حالة عدم الاتفاق في الغرفة المختلطة، إلى الغرف المجتمعة للمحكمة العليا للغاية نفسها،

كما أن تشكيلة الغرف المجتمعة هي المختصة لإصدار كل قرار يتضمن تغيير اجتهاد قضائي[25].

إن القراءة المتأنية لهذه المواد تفرض التطرق لمحاولة تحديد مفاهيم الاجتهاد القضائي، و تناقض الاجتهاد القضائي و تغير الاجتهاد القضائي: الأمن القضائي.

**ا-الاجتهاد القضائي :** لمصطلح الاجتهاد القضائي مفهومان : موسع ويعني جميع القرارات الصادرة عن القضاء، ومفهوم ضيق محصور في فئة قليلة من القرارات الصادرة على الخصوص من الجهة القضائية الأعلى المكلفة دستوريا بتوحيد الاجتهاد القضائي، من خلال قواعد قانونية اجتهادية معيارية، فالقاضي وقاضي المحكمة العليا، على الخصوص، "لم يعد يكتفي بتطبيق القانون و ترجمته على أرض الواقع، بل هو يشارك عمليا في إنتاجه وصنعه"[26].

وأصبح " دور التشريع هو وضع الخطوط العريضة و المبادئ العامة للقانون، و إقرار قواعد حبلى بالآثار، لا أن ينزل إلى تفاصيل المسائل التي تنشأ في كل مادة، و على القاضي الذي يستوعب الروح العامة للقوانين أن يدير تطبيقها"[27].

وإذا كان " القاضي هو المشرع بالنسبة للحالات الخاصة"[28]، فإنه مطالب بالتفسير والتطبيق بما له من سيادة في التقدير التي لا تعني السلطة المطلقة، فهو يجتهد في حدود ما هو مرسوم له قانونا[29] على أن يعمل من جهة على عدم ارتكابه جريمة إنكار العدالة، ومن جهة أخرى، جريمة التعدي على اختصاص السلطة التشريعية.

لقد أدى التعقيد المتزايد للقانون والتضخم الكمي لقواعده المعيارية[30] وضعفها من حيث النوعية إلى بروز ظاهرة ما يعرف بـ"فوضى القانون" (Désordre du droit) هذه الفوضى التي تتطلب من القاضي العمل على الحد منها و عدم المساهمة فيها، و يكون ذلك بتوخي التطبيق السليم للقواعد القانونية العامة المجردة على وقائع معينة وحالات محددة، ذات خصوصيات متعلقة بالمكان والزمان، أو بمستجدات في المجتمع برزت بعد سن القاعدة القانونية أو بغموض يشوب صياغتها، نتيجة عدم استعمال المصطلحات القانونية المناسبة و استعمال عبارات تحتمل أكثر من معنى، خاصة في الحالة التي ينصب فيها تفسير القاضي على نص محرر بلغتين مختلفتين معنى و مبنى.

غير أن الاجتهاد القضائي، القائم على نص قانوني غامض و لاسيما تطبيق تفسير جديد لقانون على وضعية قانونية سابقة، قد يفتح الطريق لضحية اجتهاد قضائي لمقاضاة الدولة المشرّعة، على أساس مسؤولية الدولة بدون خطإ، استنادا إلى مسؤولية الدولة بفعل القانون Responsabilité du fait des lois .

و يعتبر قرار La Fleurette، الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، بتاريخ 14 جانفي 1938، أول قرار يقيم مسؤولية الدولة على هذا الأساس.

وإذا كان هناك فراغ قانوني، يجتهد القاضي، اعتمادا على المبادئ العامة للقانون، أو استنادا إلى المصادر الرسمية الاحتياطية الثلاثة، من ذلك أن المحكمة العليا قد فصلت في طعن بالنقض، استنادا إلى العرف[31].

## ب-تناقض الاجتهاد القضائي :

يقصد بتناقض الاجتهاد القضائي صدور قرارات متناقضة عن نفس الجهة القضائية في فترة زمنية معينة، فنكون بالتالي، في حالة عدم استقرار في الاجتهاد القضائي، بل في حالة انعدام الاجتهاد القضائي، في نظر الفقيه F.Geny الذي يعرّف الاجتهاد القضائي بكونه "سلسلة غير منقطعة من القرارات المتشابهة."

لقد أدى صدور قرارات متناقضة عن المحكمة العليا إلى الانعقاد، في تشكيلة الغرف المجتمعة، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، و صدرت قرارات عن هذه التشكيلة عالجت بها تناقضات واردة في قرارات غرف المحكمة العليا، نذكر منها على سبيل المثال، القرارات ذات الصلة بالعقد الرسمي و العقد العرفي[32] وسقوط الخصومة[33] وتراجع الأبوين عن الهبة[34].

## ج- تغيّر الاجتهاد القضائي وتطبيقه من حيث الزمان : الأمن القضائي :

يعبر كذلك، عن تغير الاجتهاد القضائي في بعض الكتابات باللغة العربية بـ"تحولات الاجتهاد القضائي" كمقابل للمصطلح باللغة الفرنسية Revirements de jurisprudence ويعني أن يقرر المجلس الدستوري أو المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو محكمة التنازع أو حتى جهة قضائية أدنى، من جهات القضاء العادي أو القضاء الإداري تغييرَ الموقف بخصوص ما كان مستقرا عليه تجاه تفسير نص قانوني تغييرا جذريا مفاجئا للمتقاضين و بصفة عامة للمتعاملين مع القضاء، مخالفا لما كان يفسَّر به نفس النص القانوني في قضايا مشابهة.

وإذا كان المشرع قد حرص على النص صراحة على مبدإ عدم رجعية القوانين[35]، حفاظا على الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية، وذلك من خلال تنظيم مسألة تطبيق القانون من حيث الزمان، فإن التشريع خال من قاعدة مماثلة تتولى تنظيم تطبيق الاجتهاد القضائي من حيث الزمان، خاصة وأن الاجتهاد القضائي يتسم برجعية التطبيق[35 مكرر].

لقد أدى هذا الفراغ التشريعي بالقاضي إلى الاجتهاد في مسألة أثر تغير الاجتهاد القضائي واهتدى إلى ما يسمى الآن باللغة الفرنسية Modulation de la jurisprudence dans le temps أي قيام نفس الجهة القضائية المصدرة للقرار بتحديد الأثر الزمني لرجعية الاجتهاد القضائي وتغيره، حسب الحالات و متطلبات تغير الأوضاع و القوانين، وفي ذلك ترسيخ لثقة المتقاضي في الاجتهاد القضائي، و بالتالي في القانون الضامن للأمن و الأمان، و ذلك تجنبا لما كان سائدا في بعض القوانين، و لما سار عليه الاجتهاد القضائي بالتبعية[36].

وقد أطلقت بعض القرارات القضائية والدراسات الفقهية والنصوص القانونية مصطلح الأمن القضائي[37] للدلالة على الأثر الزمني لرجعية تحول الاجتهاد القضائي ويمكننا كمثال على هذا التوجه الجديد للاجتهاد القضائي أن نورد أمثلة على ذلك من كل من الجزائر، مصر و ألمانيا و فرنسا.

## أولا : الجزائـــــر.

نستعرض ثلاثة قرارات، ذات صلة صادرة من كل من مجلس الدولة، محكمة التنازع والمحكمة العليا.

### -1 مجلـس الدولـــة :

### الأجل المعقول للطعن والحفاظ على الوضعية المستقرة للمشتري:

أصدر مجلس الدولة، بتشكيلة الغرفة المجتمعة، قرارا في 2012/07/30 أيد فيه قرارا صادرا عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر، تضمن رفض طعن وزير المالية الرامي إلى إبطال عقد توثيقي مسجل ومشهر في شهر جوان 1964 ينصب على بيع عقار من مواطن فرنسي إلى مواطن جزائري، و هو البيع المخالف، حسب وزارة المالية للمرسوم رقم 62-03،

وقد سبب مجلس الدولة رفض الطعن بالاستئناف "بأن دعوى المستأنف (...) جاءت متأخرة جدا، فلا يعقل إعادة الخوض في أوضاع استقرت منذ أكثر من خمسة و أربعين سنة ونتجت عنها حقوق" "وبعد مرور مدة تجاوزت أقصى آجال التقادم المحددة في القوانين السارية حاليا وفي تلك التي كانت تطبق وقت انعقاد البيع وشهره"[38].

## 2- محكمـــة التنـــازع :

## تغيـــر القانـــون وحمايـــة الأمـــن القانونـــي :

يعد القرار الصادر عن محكمة التنازع بتاريخ 2012/01/09، الفاصل في تنازع ايجابي في الاختصاص بين المحكمة العليا و بين مجلس الدولة، أول حكم قضائي جزائري- في علمي- يتعرض صراحة لمبدإ الأمن القانوني الذي استندت إليه محكمة التنازع في الفصل في المسألة القانونية المعروضة عليها [39].

وقد قام تنازع الاختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري، بخصوص الجهة القضائية المختصة للفصل في نزاع متعلق بإيجار قائم بين مستأجرين خواص وبلدية سكيكدة، إذ أن النزاع كان من اختصاص القضاء العادي، طبقا للمادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وصار من اختصاص القضاء الإداري، طبقا للمواد 800، 801 و802 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛

وبالرغم من أن النزاع كان مطروحا على القضاء قبل دخول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيز التطبيق، فإن مجلس الدولة تمسك باختصاصه عملا بما جاء في المادة 2 منه التي تنص على أن أحكامه تطبق فور سريانه "واستثنت منها ما تعلق بالآجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم".

وقد اجتهدت محكمة التنازع وأكملت ما اعتبرته فراغا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذهبت إلى أنه كان يتعين على المشرع أن يعالج مسألة تغير قواعد الاختصاص وأن يستثنيها كذلك من التطبيق الفوري بالنسبة للقضايا المعروضة على القضاء، قبل دخول القانون الجديد حيز التطبيق.

**يمكـــن استخلاص نتائج قانونية من هذا القرار الملزم لكل من القضـــاء العادي وعلى رأسه المحكمة العليا و القضاء الإداري وعلى رأسه مجلس الدولـة، علـــى النحـــو الآتـــي :**

- التأكيد على أنه يمكن القاضي معالجة الفراغات التشريعية، بما يحمي المراكز القانونية و الحقوق المكتسبة للمتقاضي.

- ترسيخ مبدإ عدم رجعية القوانين، خاصة إذا كانت هذه الرجعية تهدد الاستقرار و الأمن القانونيين.

– غاية الاجتهاد القضائي العمل على جعل المتقاضي لا يفقد الثقة في النظام القانوني والنظام القضائي.

– لا يطبق تغير قواعد الاختصاص النوعي لا بأثر رجعي و لا فوري على دعاوى مرفوعة قبل سريان القانون الجديد الذي يتضمنها.

## 3. المحكمـــة العليـــا :

## عـــدم تطبيق تغيـــر قواعد الاختصاص النوعي بأثر رجعي أو فوري علـــى القضايا المرفوعة قبل سريان قانون الإجراءات المدنية و الإداريـــة :

التزمت المحكمة العليا بتوجيه محكمة التنازع في قرارها السابق ذكره، فنقضت بقرار أصدرته في 2013/05/02 قرارا صادرا عن مجلس قضائي بتاريخ 2011/11/02 صرح بعدم الاختصاص النوعي، إعمالا للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذهبت إلى أن قضاة المجلس "لما راحوا يطبقون قواعد الاختصاص على قضية سجلت في ظل القانون القديم.. يكونون فعلا قد عرضوا قرارهم للنقض والإبطال" [40].

## ثانيـــا : مصـــــر :

## تحديد تطبيق الحكم القضائي من حيث الزمان لتجنب "الانهيار الدستوري" :

وضعت المحكمة الدستورية العليا المصرية مبدأ دستوريا سنة 1990 [41] تم تأكيده سنة 2013 [42] مفاده أن تكوين مجلس الشعب والذي جرت انتخاباته بناء على نص تشريعي ثبت عدم دستوريته، يكون باطلا منذ انتخابه، غير أن هذا البطلان لا يؤدي إلى "انهيار دستوري" ولا يستتبع إسقاط ما أقره المجلس من قوانين وقرارات، وما اتخذه من إجراءات خلال الفترة السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية، بل تظل تلك القوانين و القرارات والإجراءات قائمة على أصلها من الصحة، ومن ثم تبقى صحيحة ونافذة، وذلك ما لم يتقرر إلغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا بعدم دستورية نصوصها التشريعية، بحكم من المحكمة الدستورية العليا، إن كان لذلك ثمة وجه آخر غير ما بني عليه هذا الحكم.

## ثالثـــا : ألمانيـــــا

## الأحكـــام الانتقاليـــة ومبـــدأ الثقـــة المشروعـــة :

أصدرت المحكمة الدستورية الفيدرالية لجمهورية ألمانيا الاتحادية قرارا بتاريخ 04 ماي 2012، في شكل أمر مؤقت، تطبيقا لمبدإ الثقة المشروعة، ويتعلق بضرورة وجود أحكام انتقالية في القانون، عندما تكون هناك وضعيات مكتسبة.

تتعلق هذه القضية بتعديل قانون المواصلات السلكية واللاسلكية، قصد وضع حد لممارسات مؤسسات التليفون، المعتبرة في نظر المستهلكين غير مشروعة.

كان الطاعن في هذه القضية مؤسسة توفر مكالمات هاتفية بالوحدة، بناء على الطلب (call-by-call) بأسعار منخفضة جدا، على أساس أنها لا تستعمل خطا هاتفيا متوفرا 24 ساعة على 24، وإنما خطوطا هاتفية غير مستعملة مؤقتا،

غير أن بعض المؤسسات تطبق أسعارا أغلى من الأسعار المعلن عنها في الإشهار فتدخّل البرلمان و صادق على قانون يلزم المؤسسات بإخبار الزبون بسعر المكالمة، قبل وضع الخط تحت تصرفه،

وقد تم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية الفيدرالية، و بعد إصداره في 3 ماي 2012. طعنت مؤسسة معنية في هذا القانون أمام المحكمة الدستورية الفيدرالية، طالبة إلغاء المادة المتعلقة بالإخبار المسبق بالسعر، وتمسكت في دفاعها بكون التطبيق الفوري للقانون و غياب أحكام انتقالية، من شأنه الإضرار بسير المؤسسة طيلة شهور عديدة، فهناك بالتالي خرق لمبدإ الثقة المشروعة، يستوجب إصدار أمر مؤقت يعلق تطبيق القانون بضعة أشهر وهو ما تم وتم تأخير تطبيقه إلى غاية 2012/08/01، لأن انعدام الأحكام الانتقالية [43] يمس بالسير السليم للمؤسسة ويقيد حرية أساسية يحميها القانون الأساسي [44].

## رابعـــا : فرنســـا :

## مجلس الدولـــــة :

### عدم تأثير رجعية إبطال قرار إداري على صحة وحجية الأحكام القضائية :

بناء على طعن بالإبطال، مرفوع من طرف نائب عام بمجلس قضاء Riom بفرنسا، طلب الطاعن إبطال مرسوم تضمن تعيينه محاميا عاما بمحكمة النقض، على أساس أن المجلس الأعلى للقضاء لم يعط رأيه بخصوص هذا التعيين محل النزاع، و على أساس أن هذا التعيين يعد عقوبة مقنَّعة.

وقد استجاب مجلس الدولة لهذا الطعن و أبطل مرسوم التعيين، كما أبطل مرسوم تعيين النائب العام الذي خلفه في نفس المجلس.

وذهب مجلس الدولة إلى أن سريان إبطال المرسومين يكون بعد انقضاء أجل ثلاثة شهور، ابتداء من تاريخ القرار، نظرا للمصلحة العامة المرتبطة بحجية الأحكام القضائية التي ساهما فيها، بصفتهما، على التوالي، محاميا عاما بمحكمة النقض ونائبا عاما بمجلس قضاء Riom [45].

### اقتراحـــات :

1. إعادة النظر في اختصاصات لجنة الشؤون القانونية و الحريات بالمجلس الشعبي الوطني، بما يجعل منها لجنة اللجان الأخرى في مجال صياغة مختلف النصوص التشريعية المعروضة على البرلمان وتمكينها من الاستعانة بخدمات مأجورة من طرف الخبراء في مختلف المجالات.

2. تمكين النائب في البرلمان من وجوب الاستعانة كذلك من خدمات مأجورة لعدد من الخبراء و تخصيص ميزانية لذلك.

3. العمل على إعادة النظر في الكثير من نصوصنا القانونية، من حيث الصياغة والانتباه إلى أن **الترجمة لا تعد في حد ذاتها وضعا للمصطلحات القانونية**.

4. رسم استراتيجية قانونية وطنية، ليس لمتابعة المنافسة الدائرة بين مختلف الأنظمة القانونية المهيمنة في العلاقات الدولية فقط، وإنما للعمل على ضبط الآليات القانونية الوطنية و الدولية للدفاع القانوني والحفاظ على المصالح العليا للدولة، من منطلق أنه لا تنمية اقتصادية بدون إطار قانوني قوي، ومن منطلق أن القانون يعد في عالم اليوم منتوجا يباع ويصدّر و أداة للمنافسة.

## الهوامش :

1. الاجتهاد القضائي، وعكس ما هو شائع، ليس حكرا على المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بل إن لكل الجهات القضائية (المحاكم والمجالس القضائية) اجتهادها القضائي الذي تتكفل المحكمة العليا و مجلس الدولة بتوحيده، من خلال ما يستقر عليه تفسير كل منهما.

2. الدستور الجزائري، المادة 152 الفقرة 3 : "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون."

3. "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.
وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد، فبمقتضى العرف".

4. القانون العضوي رقم 11-12، جريدة رسمية عدد: 42، المادة: 3 " المحكمة العليا محكمة قانون، و يمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون...".

5. المؤتمر الأول لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، 24 و 25 مارس 2010، أبو ظبي، المحور الثاني، دور المحاكم العليا في الموضوع.

6. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة : 374:
الفقرة 3 :
"إذا لم تمتثل جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية، يجوز لهذه الأخيرة، و بمناسبة النظر في الطعن بالنقض الثاني، البت في موضوع النزاع".
الفقرة 4:
"يجب على المحكمة العليا، أن تفصل من حيث الوقائع و القانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض".

7. هناك دول، الفقه الإسلامي سابق فيها، من حيث ترتيب المصادر، على الشريعة الإسلامية :
مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980، إصدار القانون المدني الكويتي:
المادة الأولى : "تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.
فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف".
المادة 2 من القانون المدني الأردني :
"تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.
فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.
فإن لم توجد، حكمت بمقتضى العرف فإن لم توجد، حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما، ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصا ببلد معين، فيسري حكمه على ذلك البلد. ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر".

8. قانون الإجراءات الجزائية: المادة : 524. قانون الإجراءات المدنية والإدارية: المادة : 374 الفقرة 2.

9. المادة 4 من القانون المدني الفرنسي :
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 .

10. المادة 136 من قانون العقوبات: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع، بأية حجة كانت، عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف..."

11. دستور الجزائر، المادة:147:" لا يخضع القاضي إلا للقانون".

12. القانون الأساسي للقضاء، المادة 8: " يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية والمساواة، ولا يخضع في ذلك إلا للقانون، وأن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع".

13. المادة 116 ق.ع فقرة 1: " يعاقب بالسجن المؤقت مرتكبو جريمة الخيانة من خمس إلى عشر سنوات:
القضاة و ضباط الشرطة القضائية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية سواء بإصدار قرارات تتضمن نصوصا تشريعية بمنع وقف تنفيذ قانون أو أكثر أو بالمداولة لمعرفة ما إذا كانت القوانين ستنشر أو تنفذ."

14. المادة 118: " عندما يتجاوز رجال الإدارة الوظائف القضائية بتقريرهم الاختصاص بالحقوق و المصالح التي تدخل في اختصاص المحاكم ثم بقيامهم بعد اعتراض الأطراف أو واحد منهم، و رغم هذا الاعتراض بالفصل في الدعوى قبل أن تصدر السلطة العليا قرارها فيها بالفصل يعاقبون..."

15. لمزيد من الإحاطة بالموضوع، تراجع مداخلة " الأمن القانوني في الاجتهاد القضائي الأردني" السيد راتب الوزني، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية – الدار البيضاء 17 و 18 ديسمبر 2011 ، دفاتر محكمة النقض، العدد 19، ص 35.

16. لا بد من التمييز بين الترجمة ووضع المصطلحات القانونية ... لمزيد من الشرح يراجع :
A. Filali, Bilinguisme & bijuridisme, l'exemple du droit algérien, colloque international, le bilinguisme juridique dans les pays du Maghreb

17. "..... إن عدم استخدام هذه العلامات من شأنه أن يؤدي إلى خلق غموض أو لبس في فهم النص القانوني، ومن ثم، تنشأ صعوبة في فهم المعنى الحقيقي المقصود التعبير عنه في الوثيقة القانونية" محمود محمد على صبرة، المبادئ الإرشادية لصياغة مشروعات القوانين وتحسين النص التشريعي، الجزء الخامس، علامات الترقيم، ورشة تكوينية حول "تقنيات صياغة القوانين وتعديلها" الجزائر، مقر المجلس الشعبي الوطني، 8-10 ديسمبر 2007، ص 83.

18. يقصد بالمصطلح "اللفظ الذي يضعه أهل عرف أو اختصاص معين ليدل على معنى معين يتبادر إلى الذهن، عند إطلاق ذلك اللفظ". و يقول الفيلسوف ليبنتز: " إن معظم الخلافات العلمية يرجع إلى خلاف على معنى الألفاظ ودلالاتها". سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي، دراسة تركيبية دلالية، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 23.

19. المادة 63 من قانون العقوبات.

20. قانون العقوبات: المادة: 295 الفقرة 1: " كل من يدخل فجأة أو خدعة أو يقتحم منزل مواطن يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000إلى 10000 د ج."
"...Tout individu qui s'introduit, par surprise ou fraude, dans le domicile d'un citoyen"

21. مرسوم رئاسي رقم 13-247 مؤرخ في 18 شعبان عام 1434 الموافق 27 يونيو سنة2013، يتضمن التصديق على مذكرة التفاهم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ومملكة إسبانيا المتعلقة بالتسهيل المتبادل لإجراء إصدار التأشيرات، الموقعة بالجزائر في 10 يناير سنة 2013، الجريدة الرسمية، عدد 34 :
II تعاريف : لأغراض مذكرة التفاهم الثنائية هذه، يقصد بعبارة:
ا ) "مواطن جزائري"، كل شخص يحمل جنسية الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،
ب) "مواطن إسباني"، كل شخص يحمل جنسية مملكة إسبانيا.

22. قرار الغرفة الجنائية، المحكمة العليا، رقم 0901819 بتاريخ 2013/07/18.

23. المادة 40 من قانون الأسرة، الفقرة 2 :
باللغة العربية: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".
باللغة الفرنسية : Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation

24. Décret n°72 - 788 du 28 août 1972
Art. 192 :(Dans les textes en vigueur en matière civile, commerciale, sociale ou prud'homale, toutes les expressions ou indications tendant à conférer aux délais de procédure la qualité de délai franc sont supprimées
Ces délais sont désormais décomptés comme il est dit aux articles 5 à 7 du présent décret (C. pr.civ., art.640 à 642 ).

25. القانون العضوي رقم 11-12، جريدة رسمية عدد: 42
المادة 16: " تكون الإحالة على الغرفة المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلقت أو من شأنها أن تتلقى حلولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر.
وتتم الإحالة، بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، يحدد فيه لاسيما الغرف المعنية ورئيس الغرفة المختلطة."
المادة 17: " تتشكل الغرفة المختلطة من غرفتين (2) على الأقل.
تتداول الغرفة المختلطة بحضور خمسة عشر (15) قاضيا على الأقل.
في حالة عدم الاتفاق، يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يحيل القضية أمام الغرف مجتمعة."
المادة 18: " زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17 أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي.
تنعقد الغرف مجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، وذلك إما بمبادرة منه أو بناء على اقتراح من رئيس إحدى الغرف."

26. الفقيه F.Geny، تراجع مداخلة " تحولات الاجتهاد و متطلبات ضمان الأمن القضائي"، الدكتور محمد المجدوبي الإدريسي، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية – الدار البيضاء 17 و 18 ديسمبر 2011، ص 54.

27. الفقيه بورتاليس، المرجع السابق.

28. "Ripert : "Le juge est le législateur des cas particuliers

تراجع دراسة :
Xavier Lagarde : Jurisprudence et insécurité juridique, recueil Dalloz, 9 mars 2006, page 680

29. أكد قرار محكمة التنازع رقم 73 بتاريخ 2008/12/21، المنشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص بمحكمة التنازع، 2009، ص 269، على "حيث إن الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة لا يمكنه تعطيل مقتضيات القانون لاسيما وأن المشرع ما انفك يؤكد على المعيار العضوي في تحديد اختصاص الجهات القضائية."

30. جمال بوزرتيني، المدير العام لمركز البحوث القانونية و القضائية، (CRJJ)، الكلمة الافتتاحية للملتقى الاتفاقية الرابعة لرجال حوض البحر الأبيض المتوسط، ملتقى الجزائر، 9-10 ديسمبر 2012، حول موضوع الأمن القانوني، قدم الإحصائيات الآتية :
590 قانونا تقريبا صدر خلال 50 سنة.

202 منه، أي 3/1 (الثلث)، صدر خلال العشرية الأخيرة،
62 منه تخص قطاع العدالة.
11 قانونا فقط صدر خلال العشرية من 1990 إلى 1999.
13534 مرسوما تنفيذيا صدر خلال العشريتين الأخيرتين.

31. قرار الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 275959 بتاريخ 2004/09/22، (غير منشور)، طبقت فيه المحكمة العليا العرف المحلي الفلاحي للغراسة، في منطقة الزيبان (بسكرة)، بخصوص غرس النخيل الصغير (جبارات) ووجوب مراعاة مسافة 4،5 متر من الحدود الفاصلة بين ملكيتين.

32. قـرار رقـم 136156 بتاريخ 1997/02/18، المجلة القضائية، العـدد 1-1997، ص 10.

33. قـرار رقـم 201823 بتاريخ 2001/03/27، المجلة القضائية، العـدد 1-2001، ص 99.

34. قـرار رقـم 444499 بتاريخ 2009/02/23، مجلة المحكمة العليا، العـدد 1-2009، ص 107.

35.القانون المدني : المادة : 4 : "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.
تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة".

35 مكرر : عالجت الفقيهة، السيدة صورايا عمراني مكي Soraya Amrani-Mekki هذا الموضوع بطريقة مبتكرة في رسالتها، لنيل شهادة الدكتوراه في القانون من جامعة (Paris I Panthéon-Sorbonne) تحت عنوان « الزمان و المحاكمة المدنية» Le temps et le procès civil، المناقشة بتاريخ 20 ديسمبر 2000، و المطبوعة بدار Dalloz سنة 2002.

36.نص القانون البحري الجزائري، أمر رقم 76-80 المنشور في الجريدة الرسمية في العدد 29 بتاريخ 10 أبريل 1977 في مادته 887 على سريانه بأثر رجعي من تاريخ 5 يوليو 1975 كما نص في مادته 49 منه على "أن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت، تحت طائلة البطلان، بسند رسمي صادر عن الموثق، يتضمن نوع السفن وسعتها ومداخلها ومخارجها و أسماء مالكيها السابقين، وبقدر الإمكان، طابع وتاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة.
ويكون قيدها إلزاميا في سجل السفينة".
وقد طبقت المحكمة العليا الأثر الرجعي و رفضت طعنا بالنقض مطعونا به في قرار مؤيد حكما قضى ببطلان عقد عرفي مبرم بتاريخ 1976/11/23 تضمن بيع سفينة، و كان محامي مشتري السفينة هو المرحوم الأستاذ عمار بن تومي الذي دافع، على الخصوص، بكون "المادة 887 من القانون البحري لا تطبق في النزاع استنادا لمبادئ أساسية تقر الحقوق المكتسبة و المذكورة خاصة بالمادتين 39-74 من الدستور".
أما المحكمة العليا فقد سببت قرارها كما يلي : " لكن و حيث أن المادة 49 من القانون البحري ذات صلة بالنظام العام، يمكن تجاوز أحكامها، مادامت تشترط في العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق.
وحيث إن تطبيق هذه المادة أصبح ساري المفعول، ابتداء من يوم 1975/7/5 تطبيقا لنص المادة 887 من القانون البحري التي أعطت الأثر الرجعي للقانون نفسه، مما يستوجب احترام المادة 49 منه، إذ أن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعطيل مفعولها، و خرقها، علما أن المادتين 2-4 من القانون المدني لا مجال لتطبيقهما في النزاع إزاء نص المادة 887 من القانون البحري لكونها نصا خاصا يقيد المادتين 2-4 المذكورتين باعتبارهما نصا عاما يطبقان فقط في حالة انعدام النص الخاص، مما لا يسمح بالادعاء بالحقوق المكتسبة إذا لم تطابق القانون، فالقرار المطعون فيه لم يخالف القانون حين التزم تطبيق المادتين 49-887 من القانون البحري، على النزاع و توفر على الأساس الشرعي و التعليل الكافي، بقطع النظر عن تنويهه بنص المادة 12 من قانون التوثيق."

37. محمد الخضراوي، الأمن القضائي من خلال اجتهاد المجلس الأعلى، الآليات و التجليات، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية – الدار البيضاء 17 و 18 ديسمبر 2011 ، دفاتر محكمة النقض، العدد 19، ص 73.

38. القـرار رقم 063457 بتاريخ 2012/07/30، مجلة مجلس الدولة، العـدد 10، 2012، ص 80.

39. محكمة التنازع، القرار رقم 000114 بتاريخ 2012/01/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني2012، ص 468.

40. قرار الغرفة التجارية و البحرية بالمحكمة العليا، رقم 0847097، غير منشور.

41. قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية، الدعوى رقم 37 لسنة 9، قضائية دستورية.

42. الطعن رقم 5987 لسنة 80 ق جلسة 2013/02/11، جمهورية مصر العربية، محكمة النقض، المكتب الفني، النشرة التشريعية و القانونية، مايو 2013، ص 35.

43. نصت المادة 1062 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن مفعول هذا القانون لا يسري إلا بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، و هو أول قانون في الجزائر –في علمي– يصدر بهذا الحكم الانتقالي الذي يحقق شرطا من شروط الأمن القانوني، متمثلا في توفير الوقت الكافي للمخاطب بالقاعدة القانونية للعلم بها و فهمها و الاستعداد لتطبيقها، و في ذلك ضمان للأمن القانوني.

44. Article 12 de la loi fondamentale pour la République Fédérale d'Allemagne :
(Liberté de la profession, interdiction du travail forcé)
Tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation
L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi .
المـادة 12: " لجميع الألمان الحق في حرية اختيار مهنهم و عملهم و مؤسسة التكوين.
يمكن تنظيم ممارسة المهنة بالقانون أو بموجب القانـون ".

45. قضية M. Robert مجلس الدولة، القرار رقم 329513 و القرار رقم 329515، 30 ديسمبر 2010.

في المنصة : رئيس الجلسة الرئيس السيد طالب أحمد و المتدخلان المستشار السيد أمقران عبد العزيز و السيد القاضي حيمدة ألين المصطفى

في الصف الأمامي السيد النائب العام لدولة فلسطين القاضي محمد عبد الغني العويوي وخلفه الرئيس أحمد رحابي... مناقشا