

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

القيود الواردة على سلطة القاضي في الاجتهاد القضائي

(فرنسا أنموذجاً)

Limitations on the authority of a judge in case-law

(France as a model)

حيدر فليح حسن\*

جامعة بغداد . كلية القانون (العراق)، dr.haider@colaw.uobaghdad.edu

تاريخ النشر: 2021/03/15

تاريخ القبول: 2021/01/06

تاريخ ارسال المقال: 2020/11/16

\* المؤلف المرسل

## الملخص:

يخضع القضاة عند ممارستهم لسلطتهم في الاجتهاد القضائي لجملة من القيود التي يتعين عليهم التقيد بها إذ ما أرادوا لاجتهادهم أن يحظى بالمقبولية والترحاب من قبل المشتغلين بالقانون بصورة عامة، وفقهاء القانون بشكل خاص، وبخلافه فإن سهام النقد والتجريح ستطال تلك الإجتهاآت، وعندها سيتعين عليهم العدول عنها. ولعل أهم تلك القيود المفروضة على القضاة هي مُراعآتهم للعدالة بين أطراف الدعوى من خلال عدم تحيزهم لأحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، إلى جانب مُراعآتهم للنظام العام والآداب العامة، فضلاً عن مُراعآتهم للنصوص القانونية الذي يعملون تحت مظلتها، وأخيراً وليس آخراً مُراعآتهم للحقوق والحريات الأساسية للأفراد والتي نصت عليها المواثيق الدولية فضلاً عن القوانين الوطنية.

**الكلمات المفتاحية:** عدالة الاجتهاد القضائي؛ مُرآعة النظام العام والآداب العامة؛ مُرآعة القانون؛ مُرآعة الحقوق والحريات الأساسية.

## Summary

When exercising their authority in the jurisprudence, judges are subject to a set of restrictions that they must adhere to, as they do not want their jurisprudence to be accepted and welcomed by law practitioners in general, and legal scholars in particular, and in contrast to it, the arrows of criticism and defamation will extend to that jurisprudence, and then they will have to reverse them . Perhaps the most important of those restrictions imposed on judges is their observance of justice between the parties to the lawsuit through their lack of bias for one of the parties at the expense of the other, in addition to their observance of public order and public morals, as well as their observance of the legal texts that they work under its umbrella, and last but not least their respect for the rights and fundamental freedoms of individuals As stipulated in international conventions as well as national laws.

**Key words:** justice of diligence؛ observance of public order and public morals؛ observance of the law؛ observance of fundamental rights and freedoms.

## مقدمة

على الرغم من الدور المهم الذي لعبه (ولا يزال) الاجتهاد القضائي في تطوير قواعد القانون المدني الفرنسي – على نحو مكن فيه هذا القانون من مواكبة جميع التطورات التقنية والتكنولوجية بل وحتى المجتمعية التي طرأت على المجتمع الفرنسي منذ صدور تقنين نابليون عام 1804 ولغاية يومنا هذا، والذي تكفل في النهاية بصدور المرسوم التشريعي رقم 2016/131 الصادر في 10/شباط/2016، والذي يُعد اهم تعديل طرأ على

القانون المدني الفرنسي - ، بيد ان هذا الدور لم يكن محل ترحيب دائم من قبل المجتمع القانوني بشكل عام وفقهاء القانون بشكل الخاص، لاسيما عندما يكون هذا الاجتهاد غير عادل (مُتَحيزٍ لأحد الأطراف في الدعوى على حساب الطرف الآخر فيها) او عندما يتقاطع بشكل واضح وصريح مع النظام العام او الآداب العامة، او مع النصوص القانونية، وقبل هذا وذاك مع الحقوق والحريات الاساسية الواردة في المواثيق الاوربية، او في الدستور والقوانين الوطنية الفرنسية.

ولعل التساؤل الذي يُثار هنا هو: هل ينبغي ان يكون الرفض للاجتهاد القضائي عاما وشاملا من قبل الفقه حتى يُمكن القول بعدم صحته، وبالتالي ضرورة التراجع عنه، أم يكفي رفض أحد الفقهاء البارزين له؟ وبقينا إن الإجابة عن هذا التساؤل ستكون بأن الرفض العام يفضل على الرفض المنفرد او الخاص لأنه سيُبدل على أن ثمة خلل واضح وبارز يعتري ذلك الاجتهاد، وإلا ما الذي دعى الفقه (وهو المختلف عادة) إلى الاجتماع على رفضه. ومع هذا فأن رفض احد الفقهاء البارزين-متى ما كان ذلك الرفض مبررا- سيدفع بالمحاكم الابتدائية والاستئنافية بل وحتى محكمة النقض إلى إعادة النظر مليا في إجتهادها، كما سيتضح ذلك جليا في صفحات البحث.

### أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في الوقوف على اهم القيود التي يتعين على القضاة التقيد بها عند إضطرارهم للاجتهاد القضائي. وما قد يترتب على إنتهاكهم لها من نقد وردات فعل قوية قد لا تقتصر على المشتغلين في مجال القانون فحسب، بل وقد تتعداهم إلى الإتحادات والجمعيات والنقابات المختلفة بل وحتى إلى وسائل الأعلام.

### مُبررات اختياره

لم يحظ موضوع القيود الواردة على سلطة القاضي في الإجتهاد القضائي (على الرغم من أهميته الكبيرة) بإهتمام الفقه القانوني العربي بصورة عامة، والعراقي بشكل خاص، على الرغم من المؤلفات والكتب، فضلا عن الرسائل والاطاريح والابحاث الكثيرة التي كتبت في موضوع الإجتهاد القضائي. من هنا جاء هذا البحث ليبين تلك القيود المفروضة على القضاة في فرنسا، ومن ثم دعوة المشرع العراقي إلى تبنيها.

### خطة البحث

تم تقسيم خطة البحث على أربعة مباحث، أفردنا الحديث في كل واحد منها لقيده مُختلف، فتناولنا في الأول منها عدالة الإجتهاد القضائي، وبيننا في ثانيها ضرورة مُراعاة الإجتهاد القضائي للنظام العام والآداب العامة، وأفردنا ثالثها لوجوب مُراعاة الاجتهاد القضائي للقانون، وانتهينا في الرابع إلى أهمية مُراعاة الاجتهاد القضائي للحقوق والحريات الاساسية. وقد ضمنا خاتمة البحث أهم النتائج والتوصيات التي نتمنى على المشرع العراقي تبنيها وأخذها بنظر الإعتبار.

## المبحث الاول : عدالة الاجتهاد القضائي

لكي يحظى الاجتهاد القضائي بتأييد المجتمع القانوني بشكل عام، وفقهاء القانون بشكل خاص، يجب ان يكون ذلك الاجتهاد عادلاً (غير ظالم)<sup>(1)</sup>، وبخلافه فإنه قد يجابه بمقاومة لعلها تكون أشد من تلك التي تجابه بها القوانين الجائرة التي يمكن ان تتوافر فيها الشرعية الديمقراطية.

وعدم عدالة الاجتهاد القضائي تبدو حينما يُهدر القاضي من خلاله التوازن المطلوب بين المصالح المتعارضة للأطراف في القضية المعروضة أمامه، وذلك إما بالافراط في توفير الحماية للطرف الضعيف، أو العكس التفریط في توفير الحماية للطرف القوي أو الأولى بالرعاية رغم احقيته بتلك الحماية.

## المطلب الأول: الافراط في حماية الطرف الضعيف

قد تبرر قواعد العدالة والانصاف في كثير من الأحيان توفير الحماية للطرف الضعيف، بيد أن السعي المفرط من قبل المحاكم لتوفير تلك الحماية، قد يفضي (في بعض الحالات الاستثنائية) إلى نتائج عكسية (غير مرغوب فيها) لذلك الطرف، بل وحتى إلى إلحاق الضرر به. ففي نطاق المسؤولية التقصيرية (العمل غير المشروع) على سبيل المثال، عادة ما يكون المضرور (الضحية) هو الطرف الضعيف، وبالتالي فإن قواعد العدالة تأبى تركه من دون تعويض، ويعمل القضاة بدورهم على حماية مصالحه من خلال ضمان حصوله على أفضل تعويض ممكن، ولكن قد يفضي الإفراط في السعي لتحقيق هذا الهدف النبيل إلى نتائج عكسية من شأنها التقليل من التعويض الممنوح له، بل وحتى إلى حرمانه منه، متى ما كان المضرور قد ساهم بدوره بشكل أو بآخر ومن خلال خطئه بإلحاق الضرر بنفسه. ففي قرار للجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 9/ آيار/ 1984 يتعلق بالمسؤولية عن الأفعال الضارة التي تصدر عن الأطفال قضت بأن "عدم امتلاك الطفل الصغير للتمييز، لا يعني من الان وصاعداً عدم امكانية ارتكابه للخطأ، على نحو يوجب معه قيام مسؤوليته المدنية"<sup>(2)</sup>. وعند البحث عن الدافع من وراء اصدار هذا القرار نجد أنه يتمثل في ضمان حصول المتضررين من الافعال الضارة الصادرة من الاطفال على التعويض. ولكن التساؤل الذي يُثار هنا هو: ما الحكم لو كان الطفل هو الضحية، وهو من كان قد تسبب بدوره ومن خلال خطئه بإلحاق الضرر بنفسه؟ وبقينا الجواب المنطقي سيكون هو ان مقدار التعويض سيخفف في ضوء مقدار ما يُنسب اليه من خطأ، بل وقد لا يحكم له بالتعويض مُطلقاً متى ما كان خطأه يستغرق خطأ الطرف الآخر. وقد تعرض قرار محكمة النقض سالف الذكر إلى انتقادات شديدة من قبل الفقه الفرنسي<sup>(3)</sup>، دفع بالآخيرة إلى التراجع عنه بشكل جزئي في القضايا اللاحقة من خلال التخفيف من تقييم خطأ المضرور متى ما كان طفلاً أو حتى مراهقاً<sup>(4)</sup>.

وبالمقابل قد يكون الوضع الاستثنائي (غير المعتاد) لمرتكب الفعل الضار هو ما يعكس النتائج المرجوة من الافراط في توفير الحماية للطرف الضعيف من ايجابية الى سلبية، ولعل في مسؤولية الابوين عن الافعال الضارة التي يُحدثها اطفالهم الصغار بالغير خير مثال على ذلك<sup>(5)</sup>، فبعد ان كانت المحاكم تشترط لقيام هذه المسؤولية ان يتشارك الأبوان الحياة مع اطفالهما بشكل مادي ومستمر على نحو يتيح لهما مراقبتهم وتوجيههم وتعليمهم وذلك استناداً لنص المادة 1384/ ف4 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على "ان الاب والام مسؤولان بالتضامن

كشخصين يمارسان السلطة الوالدية عن الضرر الذي يسببه اولادهما القاصرين المقيمون معهما"، عمدت محكمة النقض الفرنسية في 19/ شباط/ 1997 (وبعد ان افضى انقطاع تلك الحياة المشتركة بين الابوين بسبب الانفصال الجسدي إلى حرمان المتضررين من الافعال الضارة لأولئك الاطفال من التعويض لتخلف شرط الحياة المشتركة)، إلى الاكتفاء بالتعايش القانوني البسيط (بمعنى الاكتفاء بقيام حالة الزوجية من دون اشتراط الحياة المشتركة) بغية توفير الحماية للمتضررين<sup>(6)</sup>، ولكن هذا المفهوم الجديد للتعايش القانوني كان من شأنه حرمان ضحايا الاطفال الطبيعيين (الاطفال من اشخاص غير متزوجين حتى وان كانا يسكنان معا) من التعويض لتخلف شرط الزواج، وهكذا يبدو ان الافراط في توفير الحماية للمتضررين من الافعال الضارة التي يرتكبها الصغار قد جاء بنتائج عكسية عليهم خلافا للغرض المقصود.

وفي نطاق المسؤولية التعاقدية<sup>(7)</sup>، عمدت محكمة النقض الفرنسية وفي سبيل توفير الحماية للموزعين (الطرف الضعيف في عقد التوزيع) من الشروط التعسفية التي يضعها المنتجون (الطرف القوي في العقد ذاته)، الى القول بإبطال تلك الشروط مع بقاء العقد صحيحا. ولكن ما حدث بالفعل هو ان البطالان في بعض الاحيان كان يطال العقد بمجمله وجميع الاتفاقات الملحقة به من دون ان يقتصر على الشروط التعسفية فيه، الامر الذي افضى في المحصلة النهائية إلى الحاق الضرر بالموزعين من خلال خسارتهم للمنافع التي كانوا يرجون الحصول عليها من ذلك العقد<sup>(8)</sup>. وهكذا انقلبت الحماية التي كانت تسعى محكمة النقض لتوفيرها الى الموزعين ضددهم<sup>(9)</sup>.

وبالمثل افضت الحماية المفرطة التي سعت محكمة النقض لتوفيرها إلى الكفلاء (الطرف الضعيف في عقد الكفالة) في مواجهة المصارف والمؤسسات الائتمانية (الطرف القوي في العقد ذاته)، والمتمثلة في اعتبار كتابة مبلغ الدين المضمون رقما وكتابة من قبل الكفيل (وبخط يده) في عقد الكفالة فضلا عن توقيعه على العقد المذكور (والمنصوص عليها في المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي<sup>(10)</sup>) قاعدة شكلية يجب مراعاتها وإلا كان العقد باطلا<sup>(11)</sup>. إلى نتائج عكسية إذ عمد الدائنون الى ابتكار ضمانات جديدة ومستقلة عن عقد الكفالة تضمن لهم استيفاء حقوقهم كاملة (والمتمثلة بمبلغ الدين الرئيسي، فضلا عن الزيادات التي قد تلحق به بسبب تأخر المدين عن سداد الدين).

### المطلب الثاني: التفريط في حماية الطرف القوي

لا ريب في ان تحيز الاجتهاد القضائي لمصلحة أحد اطراف الدعوى، سيكون على حساب التضحية بمصلحة الطرف الآخر فيها، وفي هذه الحالة سيكون الاجتهاد القضائي غير عادل ومن ثم عرضة للنقد. ولعل في الاجتهاد القضائي الصادر عن محكمة النقض في 3/ أيار/ 1936 والمتعلق بالحراسة القانونية (استنادا لنص الماد 1/ 1384 من القانون المدني الفرنسي) خير مثال على ذلك، إذ عمدت هذه المحكمة وفي سبيل تعويض ضحايا حوادث السيارات المسروقة (والتي تعذر فيها معرفة السارق او كان معسرا) إلى القول بمسؤولية مالك تلك السيارة، من خلال افتراض انه لا يزال محتفظا بالسلطة القانونية عليها رغم انه ليس كذلك فعليا، بل أكثر من ذلك هو لا يملك حتى السيطرة المادية عليها<sup>(12)</sup>. وهكذا تمكن الضحايا (واستنادا إلى قواعد العدالة والانصاف من وجهة نظر محكمة النقض) من العثور على مدين موسر يضمن لهم الحصول على التعويض، ولكن ذلك كان على حساب

التضحية بمصلحة مالك السيارة المسروقة، إذ تم الاقرار بمسؤوليته عن ضرر تسبب به شخص آخر وبواسطة شيء (سيارة) لم يكن في حيازته اصلاً وقت وقوع الحادث. ثم ان القول بهذه المسؤولية سيعني بقاء مالك السيارة المسروقة مسؤولاً عنها إلى اجل غير مسمى قد يطول وقد يقصر (طالما بقيت مسروقة)، فهل يبقى حارساً عليها طوال تلك المدة؟ ومما زاد في ضرر مالك السيارة المسروقة انه كان من المتعذر عليه مطالبة شركة التأمين بالتعويض عن الحادث لان السارق (في كثير من الاحيان) لم يكن يمتلك رخصة قيادة، وهو امر لم تكن تغطيه وثائق التأمين في ذلك الوقت. ولقد تعرض الاجتهاد القضائي سالف الذكر إلى انتقادات شديدة من قبل الفقه لما ينطوي عليه من ظلم واجحاف بحق مالكي تلك السيارات، لا بل ان المحاكم ذاتها بمختلف درجاتها (الابتدائية والاستئناف) رفضت تبنيه، وحتى الغرفة المختلطة في محكمة النقض ذاتها أصدرت حكماً مخالفاً له في 2/ كانون الاول/ 1941، برأت بمقتضاه مالك السيارة المسروقة من المسؤولية<sup>(13)</sup>، وبالتالي تم استبعاد الاجتهاد القضائي الخاص بالحراسة القانونية بشكل نهائي.

وبالمثل تم رفض الحكم الصادر في قضية (Desmares) والذي عمدت محكمة النقض من خلاله (وفي سبيل توفير الحماية لضحايا حوادث السيارات) الى القول بمسؤولية مالك السيارة بشكل مطلق عن حوادث الدهس التي تقع (حتى في حال وجود خطأ لا يغتفر من جانب الضحية)<sup>(14)</sup>، باستثناء حالة القوة القاهرة حينما يقع الحادث لسبب أجنبي لا يمكن توقعه من قبل السائق ولا يمكن درء النتائج المترتبة عليه. وواضح ان السعي المفرط من قبل محكمة النقض لتوفير الحماية للضحايا قد جاء على حساب المسؤول، وهذا امر ترفضه قواعد العدالة والانصاف والتي تقضي بتوزيع المسؤولية بين الطرفين (السائق والضحية) متى ما كان الخطأ مشتركاً، او ان يتحملها الضحية لوحده في حال ارتكابه لخطأ لا يغتفر او اسوء منه كما لو القى بنفسه امام السيارة بغية الانتحار<sup>(15)</sup>.

وجددير بالذكر ان ردود الفعل ونيران النقد تجاه الاجتهاد القضائي تكون أكثر حدة متى ما عمد الى التضحية بمصلحة طرف كان من المفترض ان يكون هو الاولى بالرعاية والحماية لما أقدم عليه من عمل اخلاقي او انساني، ولعل في قرار محكمة النقض الصادر في 19/ تشرين الثاني/ 1996 والمتعلق بعقد عارية الاستعمال خير دليل على ما تقدم، إذ قضت هذه الأخيرة وفي سبيل توفير الحماية لمستعير المسكن من مخاطر فقدانه للمسكن الذي يعيش فيه بأنه "في حال عدم تحديد مدة للعقد المذكور، فإنه لا يسمح للمُعير أن يطالب باسترداد ما أعاره متى شاء، بل يتعين عليه الانتظار لحين انتهاء حاجة المستعير إليه"<sup>(16)</sup>، وواضح ما في هذا الاجتهاد من ظلم واجحاف بحق المالك (المعير) إذ قد لا تنتفي حاجة المستعير للسكن إلا بعد مدة طويلة من الزمن، بل وحتى قد تستمر إلى أجل غير مسمى متى ما تبين ان المستعير شخص معنوي. من هنا فقد طالت نيران النقد هذا الاجتهاد لانه يتعارض مع طبيعة عقد عارية الاستعمال من جهة<sup>(17)</sup>، ولانه قد ضحى بمصلحة المعير من دون وجه حق من جهة ثانية، فضلاً عن انه قد وفر الحماية لمستعير المسكن أكثر مما وفرها لمستأجره (وهو الذي يدفع أجرة في مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة) متى ما تأخر عن دفع أجرة شهر معين. وقد كان من شأن هذه الانتقادات ان

دفعت بمحكمة النقض إلى الرجوع عن هذا القرار والعودة إلى الطبيعة الحقيقية لعقد عارية الاستعمال في حكمها الصادر في 3/شباط/2004<sup>(18)</sup>.

### المبحث الثاني: مُراعاة الاجتهاد القضائي للنظام العام والآداب العامة

يتعين على القاضي وهو يجتهد في القضية المعروضة أمامه ان يضع نُصب عينيه الحفاظ على النظام العام والآداب العامة كهدف أسمى يسعى إلى تحقيقه، وبخلاف ذلك فأن اجتهاده قد يرفض بل ويستهجِن<sup>(19)</sup>. على النحو الذي سنبينه في أدناه.

### المطلب الأول: الاجتهاد القضائي المخالف للنظام العام

يتمتع على القاضي وهو المكلف بالحفاظ على النظام العام ان يخالفه من خلال اجتهاده القضائي<sup>(20)</sup>، لما قد يُثيره ذلك من اعتراضات شديدة وانتقادات من المجتمع بصورة عامة وفقهاء القانون والمشتغلين فيه بشكل خاص، ولعل في حكم (Leroux) الصادر عن محكمة النقض في 18/حزيران/2000، (والذي أثار جدلاً كبيراً على مستوى الفقه القانوني والاقتصادي على حد سواء) خير مثال على ذلك<sup>(21)</sup>. إذ كانت الأخيرة قد غيرت بموجب الحكم المذكور من توصيف عقد التأمين على الحياة من عقد احتمالي (قائم على اساس احتمالية تحقق الخطر المؤمن منه في خلال مدة العقد وبالتالي التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين الى المستفيد من العقد، او عدم تحققه وبالتالي فقدان المؤمن له لأقساط التأمين) إلى عقد توفير (يوجب على المؤمن دفع مبلغ التأمين في حال تحقق الخطر المؤمن منه في خلال مدة العقد إلى المستفيد منه، او رد اقساط التأمين المدفوعة في حال عدم تحقق ذلك الخطر إلى المؤمن له). وقد جوبه هذا الحكم بانتقادات قاسية ولاذعة من قبل شركات التأمين لما قد يلحقه بها من أضرار بصورة خاصة وبالاقتصاد الوطني الفرنسي بصورة عامة. الأمر الذي دفع برئيس محكمة النقض إلى دعوة الغرفة المختلطة للاجتماع ومن ثم اللجوء إلى نظام اصدقاء المحكمة للاستماع إلى وجهة نظرهم بشأن هذا الموضوع ومدى تأثيره على الاقتصاد الوطني لفرنسا<sup>(22)</sup>. وقد قُدمت بهذا الصدد ثلاث مُذكرات اولاهما من قبل رئيس المجلس الاعلى للكتاب العدول في فرنسا بتاريخ 30/حزيران/2003، ومذكرتين قدمتا من رئيس الاتحاد الفرنسي لشركات التأمين اولاهما في 12/كانون الاول/2003 و ثانيهما في 9/أيلول/2004، وقد بينت هذه المذكرات الثلاث الدور الكبير الذي يلعبه عقد التأمين على الحياة في توفير الاصول المالية للاقتصاد الوطني والتي قد تصل الى 812 مليار يورو والتي قد تضيع بسبب هذا التغيير في توصيف عقد التأمين. وبالمثل جاءت مذكرة وزير العدل الفرنسي في 9/تموز/2004، ومذكرة وزير الاقتصاد والمالية والصناعة في 6/تموز/2004، لثبين المخاطر الكبيرة المترتبة على هذا التغيير في التوصيف على ميزانية الدولة الفرنسية والموارد المالية فيها، لاسيما وان الواقع يُشير الى استثمار معظم الأموال الموجودة في صناديق التأمين على الحياة في سندات الدولة. وبالتالي جعل الاقتصاد العام للدولة على المحك<sup>(23)</sup>. الأمر الذي دفع بمحكمة النقض الى اصدار اربع قرارات في 23/تشرين الثاني/2004 تُناقض الحكم الصادر في القضية المذكورة، أعادت بمقتضاها توصيف عقد التأمين على الحياة بأنه عقد احتمالي يعتمد على عمر الانسان من جهة، وكمية المخاطر التي يتعرض لها من جهة أخرى<sup>(24)</sup>. ان الحكم الصادر في قضية المذكورة يُعطي مثالا واضحا على الاجتهاد القضائي الذي من شأنه ان يقوض الاقتصاد الوطني.

وعلى العكس تماماً مما تقدم يلقي الاجتهاد القضائي ترحيباً واسعاً متى ما كان الهدف منه توفير الحماية للنظام العام بعناصره المختلفة (الصحة العامة، الامن والسلم المجتمعي، حماية البيئة)<sup>(25)</sup>. ولعل في القرار القضائي الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي استناداً لنص المادة (R111-2) من قانون تخطيط المدن<sup>(26)</sup> والمادة (5) من ميثاق البيئة<sup>(27)</sup>، بشأن نصب أبراج (هوائيات) الهواتف المحمولة في المناطق السكنية وما قد تسببه من أضرار محتملة على الصحة العامة للسكان خير مثال على ذلك. إذ كان هذا المجلس قد عمد واستناداً لمبدأ الوقاية (**principe de précaution**)<sup>(28)</sup>، الى تأييد الحكم الصادر من المحكمة الادارية في (Montreuil) والذي رفضت بمقتضاه الاستئناف المقدم إليها من قبل شركة ( la SOCIETE ) (ORANGE FRANCE) المتخصصة في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية، ضد قرار رئيس بلدية (Noisy-le-Grand) الصادر في 20/آذار/2009 والذي رفض بمقتضاه - واستناداً لنصي المادتين سالفتي الذكر- منح الموافقة للشركة المذكورة لنصب (تركيب) أبراج للهاتف المحمول على ارض البلدية الواقعة في 12/شارع (Paul Sérelle)، للمخاطر الصحية المحتملة والناجمة عن تأثير الموجات الكهرومغناطيسية على المناطق المجاورة (والتي تتضمن دوراً سكنية، مدارس، محال تجارية، مستشفيات)، حيث دفعت الشركة المذكورة بأن ما تم ذكره من مخاطر إنما هي مخاطر مفترضة واحتمالية ولا أساس لها من الواقع. ومع هذا جاء حكم المحكمة الادارية مؤيداً لقرار الرفض وهو الحكم الذي تبناه لاحقاً مجلس الدولة الفرنسي عند الطعن بالحكم المذكور من قبل الشركة المدعية<sup>(29)</sup>.

وبالمثل واستناداً الى المبدأ سالف الذكر (مبدأ الوقاية)، عمدت محكمة النقض إلى إجراء تعديل قضائي مهم على قواعد المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع يقوم على اساس إمكانية تعويض الضرر المفترض وغير الثابت (**non prouvé, hypothétique**)، في حين ان تلك القواعد ذاتها تشترط ان يكون الضرر محققاً ومعلوم المقدار حتى يمكن التعويض عنه<sup>(30)</sup>. ولكن ولكون هذا الاجتهاد جاء مُلبياً لمتطلبات المصلحة العامة (النابعة من تطلع الشعب إلى المزيد من الأمان والسلم المجتمعي في ضوء التقدم العلمي والتطور والتقني) فقد حظي بترحيب واسع في المجتمع من جهة، وفي القانون الدستوري من جهة أخرى<sup>(31)</sup>.

وفي إطار حماية البيئة تلقى الفقه القانوني بشكل عام والحكومة الفرنسية بشكل خاص الاجتهاد القضائي المتعلق بقضية غرق الناقل (**Erika**) الصادر عام 2012<sup>(32)</sup> - والمتضمن الاعتراف بشكل جديد من الضرر وهو الضرر البيئي غير المباشر فضلاً عن الضرر البيئي المباشر - بترحيب كبير، حيث وصفه الفقه القانوني بانه اجتهاد عظيم من شأنه تعزيز حماية البيئة الفرنسية، ووصفه وزير البيئة الفرنسي "باليوم العظيم لان حماية البيئة هي واحدة من اهم تطلعات الشعب الفرنسي"<sup>(33)</sup>.

### المطلب الثاني: الاجتهاد القضائي المخالف للآداب العامة

تُمثل الآداب العامة منذ أمد ليس بالقصير قيماً مهماً على سلطة القاضي الفرنسي في الاجتهاد<sup>(34)</sup>، وبالتالي لا يحق لهذا الأخير ان يعمد ومن خلال إجتهاده الى تقويض تلك الآداب، ولعل في الانتقادات الفقهية الشديدة التي وجهت إلى القرارات القضائية الصادرة في ثلاثينيات القرن الماضي والتي كانت تُعطي للعشيق



(المحظية) الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بها من جراء قتل عشيقها، خير مثال على ذلك<sup>(35)</sup>. لما كانت تمثل تلك العلاقات غير المشروعة من تهديد خطير للآداب العامة من جهة، وعدم إحترام لمؤسسة الزواج والاسرة من جهة أخرى<sup>(36)</sup>.

وبالمثل تم رفض السوابق القضائية التي قضت بصحة التبرعات بين الشركاء المتعاشين لتعارضها مع قواعد الزواج وواجب الاحترام والولاء فيه، ولعل آخر هذه القرارات ما صدر عن الجمعية العامة في محكمة النقض بتاريخ 29/تشرين الأول/2004 والذي قضت فيه بصحة تلك التبرعات مُبررة حكمها بالقول "ان سبب تلك التبرعات هو رغبة المتبرع في المحافظة على علاقته غير المشروع بعشيقته، وهذا الأمر لا يتناقض مع الآداب العامة"<sup>(37)</sup>.

وفي ذات السياق تم رفض الاجتهاد القضائي الصادر عن محكمة النقض في 27/كانون الأول/1944 القاضي بصحة عقد الوساطة في الزواج (**contrat de courtage matrimonial**)<sup>(38)</sup>، لما في ذلك الاجتهاد من إضرار بمؤسسة الزواج وتهديم للأسرة والتي تُعد كيان المجتمع<sup>(39)</sup>.

### المبحث الثالث: مُراعاة الاجتهاد القضائي للقانون

حتى يحظى الاجتهاد القضائي بالمقبولية يجب ان يكون منسجماً مع القانون الذي يعمل القاضي تحت مظلته<sup>(40)</sup>، وبخلافه فان ذلك الاجتهاد سيُرفض وإن كان عادلاً على النحو الذي سنبينه في أدناه.

### المطلب الأول: تحريف الاجتهاد القضائي للمفاهيم القانونية

يتمتع القاضي - ومن خلال الاجتهاد القضائي - بحرية كبيرة في تطويع المفاهيم القانونية حتى تتواءم مع القضايا المعروضة عليه، ولكن لا ينبغي لتلك الحرية ان تصل إلى حد تحريف تلك المفاهيم أو مُخالفة جوهرها، وإلا كان اجتهاده عرضة للرفض والنقد. ولعل في الاجتهاد القضائي الذي وسع من مفهوم البناء في نهايات القرن التاسع عشر - قبل ظهور المسؤولية عن الاشياء - ليشمل المنقولات المثبتة بالارض من قبيل المراحل والآلات الأخرى (عقارات بالتخصيص)، من أجل استغلال القواعد القانونية المتعلقة بمسؤولية مالك البناء لتعويض ضحايا تلك الآلات خير مثال على ذلك<sup>(41)</sup>. ولكن عندما تم تثبيت المرحل على قاطرة كما هو الحال في قضية (**Teffaine**)<sup>(42)</sup>، أصبح المرحل هنا منقولاً، وبالتالي أضحي مد مسؤولية مالك البناء بطبيعته إلى تلك المنقولات أمر غير منطقي، بل ومن شأنه تشويه المفهوم القانوني لتلك المسؤولية.

ويمكن إبداء ذات الملاحظة بشأن التضامن السليبي، إذ لطالما عمد القضاء الفرنسي إلى افتراض هذا التضامن في السوابق القضائية المعروضة عليه بُغية حماية مصالح ضحايا العمل غير المشروع<sup>(43)</sup>، في حين ان الأصل في هذا التضامن انه غير مفترض وإنما يجب الإتفاق عليه صراحة استناداً لنص المادة 1202 من القانون المدني الفرنسي<sup>(44)</sup>.

وبالمثل عمد القضاء الفرنسي - وفي سبيل تعويض ضحايا العمل غير المشروع - إلى افتراض الخطأ كلما تعذر عليه الوقوف على السبب الحقيقي للضرر<sup>(45)</sup>، بيد ان مثل هذا الافتراض في الواقع أفضى إلى إفراغ رُكن

الخطأ من محتواه، وهو الأمر الذي دفع بالفقه إلى توجيه اقسى الانتقادات لمثل هكذا اجتهاد مُبيناً "ان الخطأ المفترض لا يُمكن ان يكون سوى وسيلة مؤقتة او للاستخدام المحدود للغاية"<sup>(46)</sup>.

وفي نطاق العقود، تم تغيير مفهوم السبب في عدة مناسبات<sup>(47)</sup>، ففي الحكم الصادر عن محكمة النقض في قضية (Chronopost)، تم استخدام مفهوم السبب استخداماً مُغايراً للمقصود منه، على نحو شوه من ذلك المفهوم<sup>(48)</sup>، وقد زاد هذا التشويه في الحكم الصادر في قضية (أشرطة الفيديو)<sup>(49)</sup>، ذلك الحكم الذي تعرض إلى انتقادات فقهية أكثر حدة من سابقه<sup>(50)</sup>.

### المطلب الثاني: إنقلاب الاجتهاد القضائي على المفاهيم القانونية

لا يتمتع القاضي بجرية مطلقة في خلق مفاهيم قانونية جديدة (مُستحدثة) من شأنها تغيير النظام القانوني القائم ونقض الأسس التي بُني عليها<sup>(51)</sup>، لما في ذلك من مخالفة صريحة لمبدأ الفصل بين السلطات، وهو المبدأ الذي عمدت الثورة الفرنسية إلى ترسيخه من خلال وضع حد لتدخل القضاء في عملية تشريع القوانين<sup>(52)</sup>. من هنا فقد جوبحت الاجتهادات القضائية التي عمدت إلى الإنقلاب على المفاهيم القانونية القائمة بردود فعل قوية من قبل الفقه. ولعل في مفهوم المخاطر (risque) الذي ابتكره القضاء الفرنسي في قضية (Jand'heur) وأريد له ان يكون اساساً جديداً للمسؤولية المدنية بدلاً من ركن الخطأ (faute)، خير مثال على ذلك<sup>(53)</sup>، إذ يقول السياسي الفرنسي وأستاذ القانون المدني (Doyen Ripert) بهذا الصدد ما نصه "ان محكمة النقض لا تملك الحق في تغيير الأساس القانوني الذي يقره القانون للمسؤولية المدنية، وتعمد من خلال سلطتها إلى إحلال المخاطر بدلاً من الخطأ"، ويُضيف "لا يُمكن للاجتهاد القضائي ان يقلب النظام القانوني الذي وضعه المشرع"<sup>(54)</sup>. وقد أخذت محكمة النقض هذا الانتقاد وغيره الكثير بالحسبان وأعلنت لاحقاً العودة إلى فكرة الخطأ في حكمها الصادر في قضية (Frank)<sup>(55)</sup>.

وبالمثل جوبه اجتهاد محكمة النقض بموجب حكمها الصادر في 12/تموز/1956، والذي قضت فيه بأن "القواعد والشروط التي تحكم التعويض القانوني لا تنطبق على التعويض القضائي، الذي يُترك تقديره للقضاء بشكل مطلق"<sup>(56)</sup>. بانتقادات قاسية من قبل الفقه الذي ذهب البعض منه إلى القول "لا يجب ان نُنشيء تعويضات غير مشروطة مُتميزة عن التعويض القانوني المشروط"<sup>(57)</sup>. وهو الامر الذي دفع بمحكمة النقض إلى التراجع عن موقفها ذلك في حكمها الصادر في 18/كانون الثاني/1967<sup>(58)</sup>.

مما تقدم يتضح بأن محكمة النقض الفرنسية كانت قد تراجعت عن المفاهيم الجديدة التي جاءت بها والتي كان من شأنها نقض المفاهيم القانونية القائمة، وذلك من جراء الإنتقادات الفقهية التي وجهت لها. وهنا يُثار التساؤل الآتي: ما الذي منع محكمة النقض من الإصرار على موقفها في خلق مفاهيم قانونية جديدة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يذهب رأي في الفقه إلى القول بأنه "ليس ثمة ما يمنعها من ذلك من الناحية النظرية، ولكن الإدراك الواعي من قبل المحكمة لطبيعة مهمتها قادها إلى احترام التسلسل الهرمي لمصادر القانون، فهي وإن كانت تتمتع بالقوة الإبداعية، بيد أن هذه القوة هي قوة ثانوية (توجيهية) تُتيح لها بيان الإصلاحات الواجب على المشرع القيام بها، من دون ان تتعدى ذلك إلى خلق مفاهيم قانونية جديدة"<sup>(59)</sup>.

## المبحث الرابع: مُراعاة الإجتهد القضائي للحقوق والحريات الأساسية

تخضع الإجتهدات القضائية في فرنسا - شأنها في ذلك شأن سائر القوانين الوطنية - إلى المبادئ الدستورية العليا من جهة، وإلى المبادئ الأوروبية (التي تتجلى في قانون الإتحاد الأوروبي *droit communautaire*)، فضلاً عن القانون الأوروبي لحقوق الإنسان *le droit européen des droits de l'homme* من جهة أخرى<sup>(60)</sup>. وبالتالي فإن أي انتهاك للحقوق والحريات الأساسية الواردة في تلك المبادئ العليا سيثير ردات فعل ملحوظة مهما كان ذلك الإتهام طفيفاً، وقد لا تقتصر ردات الفعل تلك على الأطر القانونية فحسب، بل وقد تمتد إلى أطر أخرى من قبيل اللجوء إلى وسائل الاعلام، فضلاً عن تعبئة الإتحادات والجمعيات والنقابات، إلى جانب الشخصيات البارزة في المجتمع<sup>(61)</sup>، وعلى النحو الذي سنبينه في أدناه.

## المطلب الأول: الإتهام الصارخ للحقوق والحريات

يكون الإتهام لحقوق الإنسان وحرياته صارخاً عندما يُفرض الاجتهاد القضائي إلى التقليل من نطاق تلك الحقوق والحريات بشكل كبير ومؤثر. ولعل في حكم محكمة النقض الصادر في قضية *(Branly)* خير دليل على ما تقدم. إذ قضت الأخيرة بمسؤولية الاستاذ والمؤرخ *(Turpain)* المدنية تجاه ورثة مُخترع التلغراف *(Branly)* لأن الاول لم يُشر إليه في النشرة التوثيقية التاريخية المعروفة بأسم *(almanachs populaires)*، مُعتبرة - أي محكمة النقض - أن الأخير هو أحد العظماء في تاريخ فرنسا وأن عدم الإشار إليه في النشرة المذكورة كان بمثابة خطأ متعمد يوجب مسؤولية المدعى عليه المدنية تجاه الورثة استناداً لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي<sup>(62)</sup>. وفي الوقت الذي حظي فيه هذا الحكم بتأييد الفقيه الفرنسي الكبير *(Mazeaud)* لجهة إجازته إقامة دعوى المسؤولية المدنية على اساس الإهمال (الإغفال في القضية المذكورة)<sup>(63)</sup>. فقد اعتبر العميد *(Carbonnier)* في مقالته الشهيرة - تعليقاً على هذا الحكم - والموسومة ب (الصمت والمجد) ان هذا الحكم إنما ينتهك وبشكل صارخ حرية الرأي المكفولة بموجب المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1789، والتي تم التأكيد عليها بموجب المادة 9 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. ويقول فيها ما نصه "آلا يُمثل هذا الحكم تعدياً على حرية الرأي؟ ما الذي فعله المؤرخ حتى يُلام عليه؟" ويُضيف "في عهد الديمقراطية لا يستطيع القاضي التسلسل إلى ذهن الافراد وممارسة دور الشرطي على أفكارهم"<sup>(64)</sup>. وقد نتج عن هذا الانتقاد وغيره تراجع محكمة النقض عن هذا التوجه في قرارها الصادر في 8/تموز/1981 والذي أقرت فيه بالحرية الكاملة للمؤرخ في تثبيت الوقائع التاريخية، وإن القاضي لا يملك الصفة ولا الكفاءة للحكم على التاريخ<sup>(65)</sup>.

وفي قضية أخرى تتعلق بحرية التعبير، كانت محكمة النقض الفرنسية قد ألزمت قناة *(Canal Plus)* التلفزيونية بتعويض شركتي *(Peugeot)* و *(Citroën)*، بسبب الانتقادات الشنيعة والاستفزازية والمتكررة التي كانت توجه لسيارتهما من خلال البرنامج التلفزيوني الساخر *(Guignols de l'info)*<sup>(66)</sup>. ولقد أثار هذا الحكم ردود فعل قوية من قبل فقهاء القانون الدستوري، مُعتبرين إياه بمثابة التقييد لحرية التعبير التي تكفلها المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان لعام 1789، والمادة 10 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، فضلاً عن انه يُفرضي إلى قمع النوع الساخر من الإنتقادات، وبالتالي فهو يُخالف رأي المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والتي

تعترف بأن حرية الصحافة تشمل أيضاً إمكانية اللجوء إلى نوع من المبالغة بل وحتى الاستفزاز في النقد<sup>(67)</sup>. وقد دفعت هذه الإنتقادات الفقهية بمحكمة النقض ومن خلال الجمعية العامة فيها إلى مراجعة حكمها السابق واستبعاد إمكانية التذرع بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي في المسائل المتعلقة بحرية التعبير لاسيما في مجال الصحافة والتلفزيون<sup>(68)</sup>.

وعلى العكس تماماً من القضيتين سالفتي الذكر تلقى الفقه القانوني بترحيب واسع قرار محكمة النقض الصادر في قضية (Digicode) والذي رفضت بمقتضاه إضافة إلزام على عاتق المستأجر يُحدِّد بمقتضاه من ممارسة الأخير لحرية الدينية، مُعتبرة أن مبدأ العلمانية يسمو على المسائل التعاقدية<sup>(69)</sup>.

### المطلب الثاني: الانتهاك السطحي للحقوق والحريات

يكون الانتهاك لحقوق الإنسان وحرياته سطحيًا عندما لا يُفضي الاجتهاد القضائي إلى إلغاء تلك الحقوق والحريات، ولا حتى إلى التقليل من نطاقها بشكل كبير ومؤثر، وإنما يكتفي بالمساس بها بشكل واضح. ولعل في حكم محكمة النقض الصادر في قضية (Perruche) خير دليل على ذلك، إذ قضت الأخيرة بأن خطأ الطبيب المختص ومُختبر (Yerres) للأمراض البيولوجية، والمتمثل في عدم إبلاغ المدعية (وهي امرأة حامل) بمخاطر إصابتها بمرض الحصبة الألمانية على حياة جنينها - ومن بينها احتمالية ولادته مُعاقاً، وهو ما قد حصل بالفعل - قد حال دون لجوئها إلى إنهاء حياة ذلك الجنين من خلال الإجهاض الطوعي<sup>(70)</sup>. لقد أثار هذه الحكم مُجرد صدوره ردود فعل قوية من قبل فقهاء القانون لأن محكمة النقض قد صورت نفسها من خلاله وهي تتبنى موقف المعارض لحق الانسان المعاق في الحياة، وهو - أي الحق في الحياة - من الحقوق الأساسية للإنسان المنصوص عليها في المادة 2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(71)</sup>، يستوي في ذلك ان يكون الانسان سليماً أو معاقاً<sup>(72)</sup>، وبالمثل جاءت ردة الفعل من قبل والجمعيات المتخصصة بذوي الإحتياجات الخاصة، والأطباء، بل وحتى وصل الأمر إلى الأعلام والصحافة<sup>(73)</sup>.

### الخاتمة

بعد ان من الله علينا إنجاز بحثنا هذا نوجز في خاتمة أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها بشأنه.

### أولاً: النتائج

1. لم يحظ موضوع القيود الواردة على سلطة القاضي في الاجتهاد القضائي (على الرغم من أهميته الكبيرة) باهتمام الفقه القانوني العربي بصورة عامة، والعراقي بشكل خاص، على الرغم من المؤلفات والكتب، فضلاً عن الرسائل والاطاريح والأبحاث الكثيرة التي كتبت في موضوع الإجتهد القضائي.
2. يخضع القضاة عند ممارستهم لسلطتهم في الإجتهد القضائي لحملة من القيود التي يتعين عليهم التقيد بها إذ ما أرادوا لإجتهدهم أن يحظى بالمقبولية والترحاب من قبل المشتغلين بالقانون بصورة عامة، وفقهاء القانون بشكل خاص، وهذه القيود هي: عدالة الإجتهد القضائي، ومراعاته للنظام العام والآداب العامة، والقانون، فضلاً عن الحقوق والحريات الأساسية للأفراد.

3. تقتضي عدالة الاجتهاد القضائي ان يكون الاجتهاد مبنيًا على اسباب موضوعية لا على مجرد احساس شخصية تعتري القاضي، وان يكون الغرض التخفيف (قدر المستطاع) من صرامة النصوص القانونية او العمل على تطوير النصوص القانونية القائمة متى ما اصبحت تلك النصوص عاجزة عن مواكبة التطورات التكنولوجية او الاقتصادية او الاجتماعية في المجتمع.
4. يتعين على القاضي وهو يجتهد في القضية المعروضة أمامه ان يضع نُصب عينيه الحفاظ على النظام العام والآداب العامة كهدف أسمى يسعى إلى تحقيقه.
5. حتى يحظى الاجتهاد القضائي بالمقبولية يجب ان يكون منسجماً مع القانون الذي يعمل القاضي تحت مظلته.
6. تخضع الإجتهدات القضائية في فرنسا- شأنها في ذلك شأن سائر القوانين الوطنية- إلى المبادئ الدستورية العليا من جهة، وإلى المبادئ الأوربية (التي تتجلى في قانون الاتحاد الأوربي ، فضلاً عن القانون الاوربي لحقوق الإنسان) من جهة أخرى.

#### ثانياً: التوصيات

بالنظر لأهمية القيود الواردة على سلطة القاضي في الإجتهد القضائي من جهة، وتفرق النصوص التي تتضمنها في التشريعات العراقية المختلفة (الدستور العراقي لعام 2005، قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ، وغير ذلك من القوانين). فإننا ندعو المشرع العراقي إلى النص صراحة على هذه القيود في القوانين المتخصصة بعمل السلطة القضائية من قبيل قانون المرافعات المدنية.

#### الهوامش:

1- وعدالة الاجتهاد القضائي تقتضي:

- أ- ان يكون الاجتهاد مبنيًا على اسباب موضوعية لا على مجرد احساس شخصية تعتري القاضي، لأن ما قد يُعد عادلاً من وجهة نظر قاض معين، قد لا يكون كذلك من وجهة نظر قاض آخر. للمزيد حول الفرق بين الانصاف الذاتي والانصاف الموضوعي. انظر Sébastien Pellé-La réception des correctifs d'équité par le droit-Dalloz-2011-p. 1230. Jean-Marc Sauvé, Intervention à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique le 31 octobre 2014, n° 4. Available on the website <https://www.conseil-etat.fr>
- ب- ان يكون الغرض منه أما : التخفيف (قدر المستطاع) من صرامة النصوص القانونية، متى ما كانت تلك الصرامة قد تفضي الى نتائج غير مقبولة او غير عادلة. ففي الوقت الذي توجب فيه النصوص القانونية مثلاً إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل أبرام العقد في حالة فسخه، تأبى قواعد العدالة والإنصاف تبني مثل هذا الحل متى ما كان الفسخ قد تم لسبب غير مشروع. انظر Cass. 1st civ., July 17, 1996. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr> وبالمثل في الوقت الذي توجب فيه النصوص القانونية ان يتحمل الطرف الثالث حسن النية تبعات تعاقد مع من كان يعتقد بأنه هو المالك (المالك الظاهر) ثم يظهر خلاف ذلك. تأبى قواعد العدالة تبني مثل هذا الحل وتعتمد إلى تطبيق نظرية الوضع الظاهر بغية توفير الحماية للمتعاقد حسن النية. للمزيد حول نظرية الوضع الظاهر. انظر Julien Bourdoiseau-L'apparence : Théorie et régime juridique, Posted Nov 10, 2018. Available on the website <https://aurelienbamde.com>

او العمل على تطوير النصوص القانونية القائمة متى ما أصبحت تلك النصوص عاجزة عن مواكبة التطورات التكنولوجية او الاقتصادية او الاجتماعية في المجتمع. فعلى سبيل المثال لم تعد المسؤولية عن الأشياء (القائمة على أساس الخطأ الثابت) استنادا لنص المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، تُنصف المتضررين من اضرار تلك الاشياء، لان تلك الاضرار نادرا ما كانت تحدث نتيجة خطأ يُنسب الى مالكيها او من له السيطرة عليها. الأمر الذي كان يستوجب إقامة تلك المسؤولية في مثل هذه الحالات على أساس الخطأ المفترض الذي لا يمكن نفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي. انظر

Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

2- وتتلخص وقائع هذه القضية في ان سائق سيارة كان قد دهس فتاة صغيرة وقتلها بعد ان تفاجأ بنزولها الى منتصف الشارع بشكل سريع، ورغم محاولاته تجنب الاصطدام بها، بيد ان محاولته تلك باءت بالفشل. قضت المحكمة بان "المسؤولية يجب توزيعها بين السائق والضحية نفسها رغم صغر سنها". انظر

Cass., Ass. Pl., 9 mai 1984, Lemaire. Available on the website <https://www.pimido.com>

وبالمثل وفي قضية أخرى قام طفل يبلغ من العمر ثلاث سنوات وفي أثناء لعبه بالعصا بفقأ عين طفل آخر، قضت محكمة النقض بأنه "على الرغم من صغر سن الطفل، فإنه يُسأل عن خطئه وان لم يكن مميزا، طالما كانت لديه السيطرة الفعلية على العصا ويستطيع توجيهها كيفما يشاء". انظر

Cass., Ass. Pl., 9 mai 1984, Available on the website <https://www.juripredis.com>

3-Cécilia Mollote-seance n° 3 , La Rresponsabilite Personnelle del 'Enfant- La Faculté de Droit Virtuelle est la plate-forme pédagogique de la Faculté de Droit de Lyon- Date de création du document : année universitaire 2010/2011-p. 4,5. Delphine Lanzara, Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations, THESE Pour le doctorat en droit privé Présentée et soutenue publiquement Le 25 novembre 2014, p. 167. M. Jean-Claude Bizot-La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque-M. LAYDU Petites affiches 2001, n°223-p. 12.

4- ففي قضية كانت قد نظرتها محكمة النقض تمييزا عام 1986، تتلخص وقائعها في ان مراهقة تدعى (Nathalie Y...) كانت قد سقطت على الارض من لعبة دوامة الخيل في أثناء دوراتها، واصيبت باصابات خطيرة جدا، الامر الذي دفع بذويها إلى مقاضاة مشغل اللعبة السيد (X) للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بابتئهم. بيد ان الاخير دفع بأن التزامه هو مجرد التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، وان الضحية كانت قد افلتت يدها من قضبان الارجوحة (في تحد منها للتعليمات الواضحة الموضوعة على اللعبة) على نحو أدى الى فقدانها للتوازن ومن ثم سقوطها على الارض، ومن ثم فإنها هي من تتحمل تبعه الاضرار التي لحقت بها. وقد أيدت محكمة الموضوع ومحكمة الاستئناف في (Amiens) دفع المدعى عليه، بيد ان محكمة النقض وعند عرض القرار عليها قضت بنقضه وأحالت الاطراف الى محكمة استئناف (Douai) للثبوت من : هل ان ما ينسب الى المراهقة من افلات يدها من قضبان الارجوحة يعد خطأ حسيما يحول دون مسؤولية المشغل ام لا؟ انظر

Cass. civ. 1ère, 18 févr. 1986. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

5 -Ministère de l'Éducation Nationale (Dgesco) Juin 2012, Droit et grands enjeux du monde contemporain – Terminale Lp p.4,5. Available on the website <https://cache.media.eduscol.education.fr>

6- وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها القرار المذكور، في أن (Christian Gevaux) وهو قاصر يبلغ من العمر 16 عاما، قام بسرقة احدى السيارات ومن ثم تحطيمها في اثناء زيارته وإقامته مع والده (الحاضن) السيد (Gevaux)، على إثر ذلك قاضى مالك السيارة والدي الطفل للمطالبة بالتعويض عما لحق بسيارته من ضرر، بيد ان والدة القاصر دفعت بان أبنها لم يكن معها وقت الحادث وبالتالي فإنه لم يخضع لاشرفها ولا لتوجيهها، بل كان يخضع لاشرف وتوجيه والده، ومن ثم فلا مسؤولية عليها وإنما المسؤولية تقتصر على والده فقط، وهو الدفع الذي تبنته محكمة الموضوع ومحكمة الاستئناف، غير ان محكمة النقض نقضت قرار المحكمتين المذكورتين ونصت على "ان حق الزيارة والاقامة لا يضع حدا لتعايش القاصر مع والديه، ويقا لهما تبعا لذلك حق الوصاية عليه، وبالتالي الاشراف والتوجيه والرقابة، ومن ثم فلا يمكن قصر المسؤولية على الوالد فقط دون الوالدة". انظر

Cour de Cassation, 2e chambre civile, 19 février 1997. Available on the website <http://fichesdaarrets.com>

وللمزيد حول حق الحضانة في القانون الفرنسي، وتطور موقف القضاء الفرنسي من مسؤولية الحاضن. انظر

Nathalie Des Rosiers-La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant- Les Cahiers de droit- Volume 36, Number 1, 1995. Ying Jiang-Étude comparée de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en France et en Chine-Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en droit Présentée et soutenue publiquement

le 12 juillet 2010-p.26 et s. Catherine GEORGE- La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs et l'émergence jurisprudentielle d'un principe général de responsabilité délictuelle du fait d'autrui-La situation en Belgique et en France-Master en droit- Année académique 2016-2017. Available on the website <https://dial.uclouvain.be>

7- ينظر بشأن حماية الطرف الضعيف في الأمور التعاقدية:

Florian Maume-Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle- Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit-Université d'Evry-Val-d'Essonne-2015.

8-Cass. civ. 3ème, 31 janv. 2001. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

9- للمزيد حول الشروط التعسفية في عقد التوزيع. انظر

Gérard Blanc, Evelyne Serverin, Frédéric Ruel, Martine Le Friant-Les contrats de distribution dits de partenariat-Université Jean Monnet-1992.

10-تنص المادة 1326 على "يجب أثبات العمل القانوني الذي يتعهد بموجبه طرف تجاه طرف آخر بان يدفع له مبلغا من المال ..... في سند يتضمن توقيع من يقوم بهذا التعهد، وايضا بيانا مكتوبا من قبله بالذات بالقيمة او الكمية بالاحرف والارقام..."

11-Cass. civ. 1ère 15 nov. 1989. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان عقد إيجار كان قد أبرم في 26 شباط، و 2 آذار/1981 بين شركة (Europe computers système) وتتلخص وقائع هذه القضية في ان عقد إيجار كان قد أبرم في 26 شباط، و 2 آذار/1981 بين شركة ( من جهة أخرى، بمقتضاها التزمت الشركة الاولى (Delous) ممثلة بمديرتها التنفيذي السيد (Sefco grand delta) من جهة، وشركة (ECS) بتأجير مجموعة من معدات تقنيات المعلومات إلى الشركة الثانية ولمدة 50 شهرا، نظير أجرة شهرية قدرها 16654 فرنكا فرنسيا باستثناء الضرائب، وقد تعهد المدير التنفيذي للشركة المستأجرة (بمقتضى خطاب مكتوب من قبله وموجه إلى الشركة المؤجرة في 25/شباط/1981) بدفع الأجرة المذكورة في حال تخلفت الشركة المستأجرة عن دفعها، وهو ما حصل بالفعل، الامر الذي دفع بالشركة المؤجرة إلى مقاضاته مطالبة إياه بالأجرة المحددة فضلا عن الضرائب بأعباره ضامنا لتلك الأجرة، بيد ان المدعى عليه دفع بان الخطاب الذي ارسله إلى الشركة المدعية لا يمكن ان يمثل تعهدا بالضممان لأنه لا يلي المتطلبات المنصوص عليها في المادتين 1326 و 2015 من القانون المدني الفرنسي، بيد ان محكمة الاستئناف رفضت هذا الدفع على اساس ان الخطاب الذي ارسله المدعى عليه للشركة المدعية قد تضمن فضلا عن توقيعه الشخصي، مبلغ الاجرة التي يعتمزم ضممانه. ولكن عند الطعن بقرار محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض، قضت بأن " المبلغ المذكور في خطاب الضمان كان بالارقام فقط، ولم يتم ذكره بالحروف على النحو الذي اشترطته المادة 1326 سالف الذكر، ومن ثم فان الخطاب المذكور لا يمكن ان يمثل تعهدا بالضممان، وبالتالي يتعين على محكمة الاستئناف ان تعيد النظر في قرارها استنادا لما تقدم".

ولعل ما يبرر افراط محكمة النقض في توفير الحماية للكفلاء هو انتشار سندات الضمان في تلك الفترة، فضلا عن مطالبة الدائنين للكفلاء بضمانات تزيد قيمتها على مبلغ الدين المضمون وذلك لتغطية ما قد يلحق بالدين من إضافات. للمزيد حول حماية الكفيل في القانون الفرنسي. انظر

Samira Habbassi-Mebarkia- La protection de la caution-Thèse de doctorat Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS- Droit privé- 2016.

12 -Cass. civ. 3 mai 1936. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتذكر محكمة النقض في تبريرها للقرار سالف الذكر ما نصه "بما ان اعسار السارق هو القاعدة الثابتة تقريبا، فان القول بعدم مسؤولية المالك الشرعي سيعني (بطريقة غير مباشرة) التضحية بمصلحة الطرف المتضرر من الحادث، دون ان يكون لهذا الاخير اي دور في وقوعه. وبالتالي فان المقارنة بين مصلحة المتضرر ومصلحة المالك الشرعي، توجب القول بمسؤولية الاخير لانه امتلك شيئا واستخدمه في مصلحته ومتمتعته، رغم انه قد يلحق ضررا بالآخرين..."

"Etant donné que l'insolvabilité du voleur constitue la règle presque constante, exonérer le légitime possesseur de l'automobile équivaudrait à sacrifier la victime de l'accident, qui devrait alors supporter sans recours effectif le dommage subi, ce qui reviendrait à lui faire endosser la responsabilité d'un accident dans lequel elle a joué un rôle purement passif, alors qu'elle ne se trouvait ni en faute, ni en état de risque par elle créé, sacrifice qui serait plus dur encore que celui du gardien légitime, lequel possédait et utilisait, pour son plaisir ou dans son intérêt, une chose susceptible de nuire à autrui...."

13-Cass. Ch. Réun. 2 déc. 1941. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الدكتور (Y) كان قد ركن سيارته قرب احد المحلات في مدينة (Nancy) الفرنسية وترك فيها ابنه المراهق (Claude)، وفجأة عمد شخص مجهول إلى سحب المراهق من السيارة ورماه على قارعة الطريق وسرق السيارة، وفي الليلة ذاتها وفي ضوحي المدينة قام اللص وبواسطة السيارة المسروقة بدهس احد الاشخاص وقتله، فما كان من زوجة الضحية سوى مطالبة الدكتور (Y) بالتعويض استنادا لاحكام

المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، بيد ان الاخير دفع بان السيارة لم تكن تحت سيطرته ولم تخضع لتوجيهه وقت وقوع الحادث، وبالتالي فهو لا يُسأل عن الاضرار الناشئة عنها. وهو الدفع الذي تبنته محكمة الاستئناف، ولكنها بالمقابل لم تعف الدكتور من المسؤولية بشكل كامل بل اتهمته بالاهمال والتقصير (والمتمثل بتركه لسيارته مركونة على جانب الطريق العام من دون إتخاذ اي احتياطات للحيلولة دون سرقتها) استنادا الى احكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، بيد ان محكمة النقض نقضت حكم محكمة الاستئناف لانقطاع العلاقة السببية بين خطأ المدعى عليه (الدكتور)، وبين الخطأ الذي ارتكبه السائق في تلك الليلة والذي أفضى الى مقتل الضحية.

14-Cass. civ. 2ème, 21 juillet 1982. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان زوجين كانا قد حاولا عبور الشارع العام ليلا من غير المناطق المخصصة لعبور المشاة وذلك بعد ان تجاوزا الحاجز الفاصل بين ممر المشاة وبين الشارع العام، ومن دون ان ينتهيا إلى حركة السيارات فيه، وعندها تفاجأ المدعى عليه (سائق السيارة) بهما في منتصف الشارع ورغم محاولته تجنب الاصطدام بهما بيد ان محاولته تلك باءت بالفشل، وقد تعرض الزوجان على إثر ذلك الحادث الى اصابات بليغة، الامر الذي دفع بهما لمقاضاة سائق السيارة ومطالبته بالتعويض عما لحق بهما من ضرر، بيد ان الأخير دفع بان التقصير والاهمال إنما ينسب للزوجين وهو ما اكده مرتسم الحادث (والذي أثبت وجود بقع دم تعود الى الزوجين في منتصف الشارع وعلى بعد خمسة أمتار عن ممر المشاة)، وايضا ما شهد به الشاهد الوحيد الذي كان متواجدا في مكان الحادث، ولكن محكمة الاستئناف رفضت هذا الدفع وألزمت المدعى عليه بالتعويض استنادا لاحكام المادة 1/1384 من القانون المدني. وقد أيدت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف رغم ما انطوى عليه من ظلم وإجحاف بحق المدعى عليه.

<sup>15</sup> -ومن الجدير بالذكر ان قانون حوادث المرور الفرنسي الصادر عام 1985 قد رفض تضمين هذا الاجتهاد القضائي في نصوصه. إذ نصت المادة 3 منه على "يتم تعويض الضحايا، باستثناء سائقي المركبات، الناجمة عن الاصابات الشخصية التي لحقت بهم، من دون ان ينسب لهم خطأ باستثناء خطأهم غير المبرر إذا كان ذلك الخطأ هو السبب الحصري للحادث...".

Art. 3, al. 1er et al. 3 de la loi du 5 juillet 1985 "Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident...".

للمزيد حول تعويض ضحايا حوادث السير استنادا لقانون حوادث المرور الفرنسي. انظر

Conseil Technique National Service juridique droit des personnes et des familles-INDEMNISATION -OBJET : Les accidents de la circulation Base juridique Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985-Association des Paralysés de France – CTN : LA/PCN – Les accidents de la circulation – avril 2007-p. 19-20.

16-Cass. civ. 1ère, 19 nov. 1996. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان والدي السيد (Charles X) كانا قد اوصيا له بالمبنى الذي كانا يملكانه ويعيشان فيه، وبعد وفاتهما منح السيد (Charles X) لأخيه السيد (Frédéric X) الاذن بشغل احدى الشقق في المبنى مجانا، وفي عام 1977 توفي السيد (Charles X)، فعمد ورثته وبعد مضي ثلاثة عشر عاما (اي في عام 1990) إلى مطالبة عمهما برد الشقة المذكورة، بيد ان الأخير دفع بان منح الشقة له لم يكن لغرض معين او لمدة محددة، وبالتالي فلا يحق للمُعير ان يطالب بإنهاء العقد متى شاء، وهو الدفع الذي تبنته محكمة الاستئناف ومن بعدها محكمة النقض.

17- تنص المادة (1875) من القانون المدني الفرنسي (الملغاة بموجب القانون رقم 2009/526 الصادر في 12/آيار/2009) على "عارية الاستعمال عقد يسلم بموجبه أحد الطرفين شيئا إلى الطرف الآخر كي يستعمله، بشرط ان يرد إليه الشيء ذاته بعد الاستعمال".

Art. 1875. Le prêt à usage (Abrogé par L. no 2009-526 du 12 mai 2009, art. 10) "ou commodat" est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi".

18-Cass. civ. 1ère, 3 fév. 2004. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

إذ قضت المحكمة المذكورة في هذه القضية بأن "من اهم التزامات المستعير في عقد عارية الاستعمال هو التزامه برد المال المعار بعد الانتفاع منه، وفي حال عدم تحديد مدة للعقد فيحق للمُعير ان يُطالب بإنهاء العقد متى شاء، شرط أن يُخطر المستعير بذلك في خلال مدة معقولة".

"Attendu que l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat ; que lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable".

19-Guy Thuillier, L'autorité de la jurisprudence: De la jurisprudence des arrêts (1822) de Dupin aîné, La Revue administrative, 57e Année, No. 339, MAI 2004, p. 251.



<sup>20</sup> - يعد النظام العام واحداً من المفاهيم التي يصعب وضع تعريف لها، لصعوبة تحديد محتواه من جهة، وعدم وضوح ملامحه من جهة أخرى، فضلاً عن مرونته واختلافه بحسب الزمان والمكان من جهة ثالثة، ومع هذا فقد احصى الفقيه الفرنسي (Philippe Malaurie) حوالي عشرين تعريفاً للنظام العام، وانتهى هو بنفسه الى تعريفه بأنه "حسن سير المؤسسات التي لا غنى للمجتمع عنها". انظر

Ph. Malaurie-Les contrats contraires à l'ordre public-Thèse Paris-Ed. Matot-Braine, Reims-1953-p. 69.

ومن الجدير بالذكر ان القانون المدني الفرنسي لم يعرف النظام العام لا في ظل القانون المدني، ولا في ظل مرسوم التعديل الجديد رقم 131 الصادر في 10/شباط/2016.

21-Cass. civ. 1 ère, 18 juill. 2000, Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وللمزيد عن الحكم الصادر في قضية (Leroux). انظر

Emmanuel ERGAN- La qualification libérale de l'attribution à titre gratuit du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie, Revue Juridique Personnes et Famille, juillet, 2001.p.1.Eugène Houssard-L'économie du contrat, Revue Juridique de l'Ouest, Année 2002-p.57.

<sup>22</sup> - نظام اصدقاء المحكمة هو: عبارة عن إجراء تدعو بمقتضاه المحكمة أحد الأشخاص (من غير أطراف الدعوى) للحضور امامها، بُغية الاستفسار والاستيضاح منه حول بعض المسائل التي من شأنها ان تُساعد المحكمة في اتخاذ قرارها". انظر

Rafael Encinas de Munagorri-L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae, Dalloz, 2005, p. 88. Emmanuelle Claudel-La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française-Concurrences Revue des droits de la concurrence Competition Law Journal-Doctrines I Concurrences N° 4-2012 - p. 38.

<sup>23</sup> - تمت الاشارة الى هذه المذكرات في :

J. Ghestin- La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation, JCP, 2005.p.111. Michel Justancia ILOKI-La requalification des contrats d'assurance vie-p. 28. Available on the website <https://www.memoireonline.com>

24-Cass. ch. Mixte, 23 nov. 2004. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

25-Jean-Marc Sauvé, op. cit, n° 1.

<sup>26</sup> - والتي تنص على "يجوز رفض مشاريع التطوير او البناء .... إذا كان من شأنها أن تُعرض صحة الافراد او سلامتهم للخطر بسبب موقعها او خصائصها او حجمها او قربها من المرافق الاخرى".

Code de l'urbanisme, Article R-111-2. "e projet [d'aménagement ou de construction] peut être refusé ... s'il est de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique du fait de sa situation, de ses caractéristiques, de son importance ou de son implantation à proximité d'autres installations".

<sup>27</sup> - والتي تنص على "عندما يكون من شأن الضرر ان يؤثر .... بشكل خطير ولا رجعة فيه على البيئة، فأن السلطات العامة تضمن ومن خلال تطبيق مبدأ الوقاية وفي نطاق مسؤوليتها تنفيذ إجراءات تقييم المخاطر، واعتماد تدابير مؤقتة ومتناسبة لمنع وقوع الضرر".

**Charte de l'environnement, Article 5.** " Lorsque la réalisation d'un dommage...., les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage".

<sup>28</sup> - مبدأ الوقاية: هو مبدأ فلسفي يهدف إلى اتخاذ تدابير احترازية (تحوطية) معينة، متى ما كانت المعرفة التقنية والعلم غير قادرين على القطع بشأن تحققها، وخاصة في مجال البيئة والصحة. انظر

Principe de precaution. Available on the website <http://www.toupie.org>

وقد ورد ذكر مبدأ الوقاية في العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية، بل وحتى في القوانين الوطنية، بيد ان اعتماده بشكل صريح كان في مؤتمر الأمم المتحدة المعني بالبيئة والتنمية ( والمعروف بقمة كوكب الأرض) المنعقد في مدينة ريو دي جانيرو البرازيلية في حزيران/ يونيو 1992، حيث نص المبدأ الخامس عشر منه على "لحماية البيئة ، يجب تطبيق التدابير الاحترازية على نطاق واسع من قبل الدول وفقاً لقدراتها. وعندما يكون هناك خطر لحدوث ضرر جسيم أو يتعذر اصلاحه ، لا ينبغي استخدام الافتقار إلى اليقين العلمي المطلق كذريعة لتأجيل اعتماد تدابير فعالة لمنع التدهور البيئي".

"Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement". Available on the website <https://www.un.org>

أما في فرنسا فقد نص القانون رقم 95-101 المؤرخ في 2/ شباط/ 1995 (المعروف باسم قانون بارنييه) المتعلق بتعزيز حماية البيئة على مبدأ الوقاية في المادة (1-200 L.)، والتي تنص على:

"...إن الافتقار إلى اليقين، مع مراعاة المعرفة العلمية والتقنية في الوقت الراهن، يجب ألا يؤخر اعتماد تدابير فعالة ومتناسبة تهدف إلى منع خطر حدوث ضرر جسيم لا رجعة فيه بالبيئة بتكلفة اقتصادية مقبولة".

Art. L. 200-1. " - le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable". Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

للمزيد حول مبدأ الوقاية (او التدابير الاحترازية)، انظر

Dominique Auverlot, Joël Hamelin, Jean-Luc Pujol- Le principe de précaution : quelques réflexions sur sa mise en œuvre, Document de travail n°2013-05, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, septembre 2013. Available on the website [www.strategie.gouv.fr](http://www.strategie.gouv.fr). Thomas Boyer-Kassem- Le principe de précaution- January 2017. Available on the website <https://www.researchgate.net>

29-Conseil d'état, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 30/01/2012, 344992, Publié au recueil Lebon. Available on the website <https://www.conseil-etat.fr>

30-Cass. civ. 3ème, 3 mars 2010. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان زوجين كانا يملكان قطعة ارض بالقرب من مصدر للمياه المعدنية الطبيعية المخصصة للاستهلاك البشري والمستغل لأكثر من مائة عام من قبل شركة (Vals)، قد قاما بحفر بئر لري حديقتهما في عام 2001، الامر الذي دفع بالشركة المذكورة الى مقاضاتها مطالبة إياهما بغلق البئر المذكور لما قد يترتب عليه من مخاطر تلوث تلك المياه المعدنية. وقد دفع الزوجان بأن ما تم ذكره من مخاطر إنما هي مخاطر محتملة (مفترضة) وغير متحققة على ارض الواقع. وعند عرض النزاع على المحكمة الابتدائية كان يتعين عليها ان تُجيب عن التساؤل الآتي: هل يتعين على القاضي إصدار امر باغلاق البئر المذكور رغم كون المخاطر المترتبة على حفره واستخراج المياه منه لري الحديقة محتملة وغير مؤكدة؟ وللإجابة عن هذا التساؤل عمدت المحكمة الى الاستعانة بخبير قضائي اوضح في تقريره بان المخاطر المذكورة من قبل الشركة المدعية إنما هي مخاطر مُستبعدة ومن الصعب تحققها. من هنا فقد قررت المحكمة الابتدائية رد دعوى الشركة المدعية، الامر الذي دفع بالأخيرة الى الطعن بالحكم المذكور امام محكمة الاستئناف التي نقضت الحكم الابتدائي واوصت باغلاق البئر المذكور تجنباً لمخاطر التلوث المحتملة الناشئة عنه استناداً لنص المادة (1-200 L.) من قانون البيئة، وهو الحكم الذي أيده محكمة النقض لاحقاً.

31- فقد أشار القانون الدستوري ذي العدد 205/ 2005، الصادر في 1/ آذار/ 2005 بشأن ميثاق البيئة على مبدأ الوقاية صراحة في المادة (5) منه بنصها "عندما يُمكن الحدوث الضرر- وإن كان غير مؤكد من من الناحية العلمية- ان يؤثر بشكل خطير ولا يمكن إزالته على البيئة، فأن على السلطات العامة ان تتوخى الحذر من خلال تطبيق مبدأ الوقاية، من خلال القيام بإجراءات تقييم المخاطر، واعتماد التدابير المؤقتة والمتناسبة للحيلولة دون وقوع الضرر".

Loi constitutionnelle n° 205-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1). Article 5. "Art. 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage". Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

32-Cass. crim. 25 sept. 2012. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الناقله البحرية (Erika) وهي ناقلة تحمل العلم المالطي، كانت تقوم برحلة بحرية من (Dunkerque) وهي بلدة فرنسية إلى (Livourne) وهي مدينة إيطالية، لنقل حمولة من زيت الوقود الثقيل المباع من شركة (Total SA) النفطية فرنسية إلى شركة (ENEL) الفرنسية ايضاً، وفي أثناء مرورها في خليج (Gascogne) تعرضت الناقله الى عاصفة قوية افضت إلى تحطم جزء منها (بسبب قدمها من جهة، وعدم إجراء الصيانة اللازمة عليها لمدة طويلة من جهة أخرى) ومن ثم غرقها قبالة الشواطئ الغربية لفرنسا، وتحديداً في المنطقة الاقتصادية الخالصة (ZEE) وعلى بعد 12 ميلاً بحرياً من المياه الإقليمية الفرنسية، ونتيجة لذلك تسرب جزء كبير من حمولة الناقله (150 طن) فضلاً عن الوقود الخاص بها في المحيط، ولكن وبسبب إتجاه الرياح وطبيعة المنتج المنقول، فان هذا التسرب قد وصل الى السواحل الفرنسية بعد بضعة أيام وأمتد على مسافة مئات الكيلومترات (400 كيلومتر) من السواحل الغربية لفرنسا وتحديداً من شبه جزيرة (Bretagne) الى جزيرة (de Ré) الفرنسية. وفي 15/ تشرين الاول/ 1999 تم فتح تحقيق جنائي في القضية ضد السيد (Karum Sunder G) ريان السفينة، والجهة المالكة لها فضلاً عن شركة (Total SA) التي استأجرت الناقله (رغم علمها بحالتها السيئة) وعدد من الجهات الاخرى، وتم توجيه تهمتين أولاًهما تعريض حياة الآخرين للخطر، وثانيهما التلوث البيئي الذي اصاب المنطقة الساحلية وما نجم عنه من نفوق للألاف من الحيوانات البحرية وذلك إستناداً للمواد (121-2, 121-3, 3-

1-223 ، 2-223) من مدونة العقوبات الفرنسية (code pénal)، والمواد (1، 7، 8 وما يليها) من القانون رقم 83-583 الصادر في 5/تموز/1983 الخاص بمكافحة التلوث الحاصل من السفن (Loi n°83-583 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution par les navires). فضلا عن دعاوى مدنية أُقيمت من اثنتين وعشرين بلدة ساحلية فرنسية، وخمسة مجالس محلية، واحد الاتحادات، وجمعيتين، ومكتب واحد، والعديد من الاحزاب المدنية. وقد أثمرت هذه الدعاوى عن الحكم على شركة (Total SA) وباقي الجهات المدعى عليها بتعويض قدره 192 مليون يورو للأطراف المدنية المتضررة من جراء التلوث البيئي الناجم عن التسرب. للمزيد حول تفاصيل هذه القضية . انظر Emmanuel DAUD, Clarisse LE CORRE -Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières, Lamy Droit pénal des affaires ... ACTUALIT~S ... N° 122 ... Novembre 2012. 33-L. Neyret, note sous Arrêt Erika, Cass. crim. 25 sept. 2012, extrait de Le Monde, 27 sept. 2012, p. 6.

<sup>34</sup> - يرتبط مفهوم الآداب العامة بشكل اساسي بحياة الافراد الخاصة ووجوب احترامها. ويمكن تعريف الآداب العامة بأنها: الأعراف والتقاليد التي تتواءم مع أخلاق، ودين، وثقافة بلد او شعب مُعين. وهي تختلف باختلاف الاشخاص والأزمنة.

définition - BONNES MOEURS. Available on the website <http://dictionnaire.sensagent.leparisien.fr> ومن الجدير بالذكر ان المشرع الفرنسي قد استعمل مفهوم الآداب العامة كمترادف للنظام العام، وذلك في المادة (6) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على "لا يجوز لأحد ان ينتقص -باتفاقيات معينة- من القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة". للمزيد حول علاقة الآداب العامة بالنظام العام، انظر

Danièle LOCHAK, LE DROIT A L'ÉPREUVE DES BONNES MŒURS PUISSANCE ET IMPUISSANCE DE LA NORME JURIDIQUE, LE DROIT A L'ÉPREUVE DES BONNES MŒURS 17, p. 31,32. Available on the website <https://www.u-picardie.fr>

35- انظر على سبيل المثال:

Cass. civ. 27 juill. 1937. Available on the website <https://www.doctrine.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شخصا يُدعى (sieur Saily) كان قد توفي نتيجة تعرضه إلى حادث دهس بسيارة يقودها القاصر (François Métenier)، وعلى إثر ذلك قاضت كل من زوجة المتوفي من جهة، وعشيقته وابتنتها من علاقتها غير الشرعية به من جهة أخرى، والد القاصر مُطالبين بالتعويض عن الاضرار المادية والادبية التي لحقت بهم من جراء وفاته. وهو الامر الذي استجابت له محكمة باريس الابتدائية في حكمها الصادر في 9/ تشرين الثاني/ 1932، إذ قضت للزوجة بتعويض قدره 15 الف فرنك فرنسي، في حين قضت للعشيقه وابتنتها بمبلغ إجمالي قدره 20 الف فرنك فرنسي (وقد آل جميع المبلغ المذكور الى الابنة باعتبارها الورثة الوحيد لأمها التي توفيت في أثناء نظر الدعوى). طعن والد القاصر أمام محكمة الاستئناف الذي قضت به المحكمة للعشيقه وابتنتها مُبيناً انه ليس ثمة علاقة قانونية او صلة قرابة تجمع بين المتوفي من جهة، وبين المدعيتين من جهة أخرى، فضلا عن ان العلاقات غير المشروعة مهما كانت شروطها او مدتها تبقى حالة واقعية لا يمكن ان تولد حقوقا لصالح الشركاء المتعاشين تجاه اطراف ثالثة. بيد ان محكمة الاستئناف ردت الطعن المذكور مُبينة ان العلاقة بين الطرفين قد استمرت لمدة طويلة كان المتوفي خلالها يُخصص الجزء الأكبر من راتبه للانفاق على عشيقته وعلى ابنتها التي كانت ثمة لهذه العلاقة، وقد تعهد بالاستمرار في الإنفاق على ابنته الطبيعية لحين بلوغها سن الزواج، الأمر الذي يعطي للأخيرة الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الاضرار المادية والادبية التي لحقت بها بسبب فقدان والدها (الطبيعي).

وفي المعنى ذاته ، وفي حكم سابق انظر:

CA Paris 18 nov. 1932. Available on the website <https://www.doctrine.fr>

وقد كان من نتيجة الانتقادات الفقهية الشديدة للحكمين سالفين الذكر، أن عمدت محكمة النقض إلى إضافة شرط جديد لاستحقاق التعويض يتمثل في ان تكون المصلحة المحمية قانونا مشروعة، ويهدف هذا الشرط إلى الحفاظ على الآداب العامة.

Cass. ch. Mixte, 27 févr. 1970. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

36- وجددير بالذكر ان أعراف وتقاليد المجتمع الفرنسي -فيما يتعلق بفكرة التعايش المشترك بعيدا عن مؤسسة الزواج- بدأت تتغير شيئا فشيئا منذ منتصف خمسينيات القرن الماضي. حيث لوحظ ان الرفض المجتمعي لهذه الفكرة بدأ يتضاءل بشكل متزايد، وهذا ما دفع بالمُدعي العام الفرنسي (Lindon) إلى القول "ان التعايش المشترك غير الملوث بالزنا لا يتعارض مع أعراف اليوم". علما بأن تقبل المجتمع الفرنسي لفكرة التعايش المشترك كان أكبر بكثير من تقبله لفكرة العشيقات (المخبطيات)، إذ بقي الرفض لهذه الفكرة قائما ولم يتراجع، ولا تزال القرارات القضائية التي تتبنى هذه الظاهرة محل انتقاد صارم وشديد من قبل الفقه. للمزيد انظر

Rapport de M. Bizot Conseiller rapporteur - Cour de cassation. Available on the website <https://www.courdecassation.fr>

37-Cass. Ass. Pl. 29 oct. 2004. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في انه بتاريخ 26/تشرين الاول/1989، توفي السيد (Roger Y..) تاركا زوجته وابنه بالتبني السيد (Christian Y..) وعند الرغبة بتنفيذ وصيته تبين ان المتوفي كان قد غير وصيته بتاريخ 17/آذار/1989، حارما كلا من زوجته وابنه من جميع امواله، وموصيا بما الى عشيقته السيدة (X). طعن ابن المتوفي بالوصية المذكورة قائلا بان "تنفيذها يتنافى والآداب العامة"، وعند عرض النزاع على المحكمة الابتدائية قضت بأنه "وبعد الاطلاع على المادتين 1131 و 1133 من القانون المدني، فإن هذا التبرع لا يتعارض مع الآداب العامة، وان سبب هذا التبرع هو رغبة المتبرع في الاحتفاظ بعلاقته غير المشروعة مع الموصى لها". وهو الحكم الذي تبنته محكمة النقض.

38-chambre des requêtes le 27 décembre. 1944. Available on the website <https://www.doc-du-juriste.com>

حيث كانت المحكمة قد قضت في حينه بأن الغرض من عقد الوساطة ليس الزواج، بل الاجتماع بهدف الزواج. وبالتالي فليس ثمة ما يُخالف النظام العام او الآداب العامة فيه. وفي المعنى ذاته انظر

Cass. civ., 1ère , 4 nov. 2011. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتُمكن تعريف عقد الوساطة بالزواج بأنه: عقد بين طرفين أحدهما راغب في الزواج ، وثانيهما مؤسسة او شركة تعمل على تلبية تلك الرغبة له، نظير أجر.

HADDAD Sabine, le contrat de courtage matrimonial souscrit par le conjoint, Publié le 12/11/2011. Available on the website <https://www.legavox.fr>

وللمزيد حول عقد الوساطة بالزواج، انظر

Avital Weitzman-Bismuth, Le courtage matrimonial et la promesse de mariage endroit rabbinique, français : aspects historiques et comparatistes, DOCTORAT EN DROIT ,university paris, Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2011.

39-G. Rabu, Courtage matrimonial : l'article 212 du code civil moribond, 22 novembre 2011. Available on the website <https://www.dalloz-actualite.fr>

40-Nicolas Molfessis, Loi et jurisprudence, Dans Pouvoirs 2008/3 (n° 126), Available on the website <https://www.cairn.info>

41-Cass. civ. 19 avril 1887. Available on the website <https://www.doc-du-juriste.com>

وللمزيد حول تطور المسؤولية عن الاشياء، انظر

Clément DUREZ, Seance N°11-La responsabilité générale du fait des choses (1). La Faculté de Droit Virtuelle est la plate-forme pédagogique de la Faculté de Droit de Lyon, 29 novembre 2011. Available on the website <https://fdv-srv.univ-lyon3.fr>

42-Cass. civ. 16 juin 1896. Available on the website <https://www.doc-du-juriste.com>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان السيد (Teffaine) كان قد تعرض الى حروق شديدة توفي على إثرها بسبب انفجار مرجل القاطرة البخارية التي كان يعمل عليها، فمما كان من ارملته والوصية على اولاده سوى مقاضاة صاحب العمل ومالك القاطرة بسبب وفاته، بيد ان الاخير دفع بان الانفجار لم يكن بسبب تقصير منه وإنما بسبب خلل في تصنيع القاطرة. وبالتالي فان شروط قيام المسؤولية المدنية استنادا إلى احكام المادة (1382) والتي تشترط لتحقق المسؤولية اثبات الخطأ في جانب المسؤول غير متوافرة. وهو ما أيدته المحكمة الابتدائية، بيد ان محكمة الاستئناف وعند الطعن بالحكم الابتدائي أمامها (من قبل ارملة المتوفي) عمدت الى تشبيه مسؤولية مالك القاطرة بمسؤولية صاحب البناء المدمر باعتباره حارسا عليها وبالتالي قضت بمسؤوليته. للمزيد حول هذه القضية، انظر

Aurélien Bamdè, La reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait des choses, Oct 26, 2016. Available on the website <https://aurelienbamde.com>

43- Voir par exemple Cass. , 6 sept. 1813. Cass. , 29 févr. 1836.

مُشار إلى هذه القضايا في:

Frédéric Levesque, L'obligation in solidum en droit privé québécois, Thèse de doctorat en cotutelle présentée à la -Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de Docteur en droit, 2009,p.27. note.43,44.

44- نص المادة 1202 على "التضامن غير مفترض، وإنما يجب النص عليه صراحة".

Art. 1202. "La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée."

45- وقد تركز هذا الإجهاد في مجال النقل المجاني، وفي الحوادث الرياضية والطبية. انظر على سبيل المثال

Cass. 2ème sect. civ., 5 avr. 1962, Cass. civ. 2ème, 18 mai 2000, Cass. civ. 1ère, 23 mai 2000.

Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

46 -Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome 2, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Sirey, 3ème éd., 1939, n° 472-4.

47 -Aurélien Bamde, La notion de cause (cause objective / cause subjective – cause de l'obligation / cause du contrat), Mai 6, 2017. Available on the website

<https://aurelienbamde.com>. Marie-Cécile Lasserre & Jean-Raphaël Demarchi, Droit

des obligations: le contrat, La suppression de la cause dans la réforme du droit des contrats, À jour de la réforme du droit des obligations (ord. 10/02/2016), 2016-2017, LICENCE 2, p. 41.

42.

48-Cass. com. 22 oct. 1996. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الشركة المذكورة (وهي شركة متخصصة بالنقل السريع) كانت قد تعهدت بتسليم رسالة (مرسلة من قبل شركة

Banchereau تتضمن عطاء تقدمت به لإحدى المناقصات) في خلال 24 ساعة، بيد انما اوصلتها في وقت متأخر عن الوقت الذي تعهدت به،

الامر الذي فوت على الشركة المدعية الاشتراك في المناقصة المذكورة. على إثر ذلك قاضت الشركة المدعية الشركة المدعى عليها مطالبة إياها بالتعويض

عن الاضرار التي لحقت بها من جراء عدم الاشتراك في المناقصة المذكورة، بيد ان الأخيرة دفعت بأحد البنود الموجودة في العقد والذي ينص على انه "في

حالة التأخر في تسليم البريد عن الموعد المحدد فان تعويض العميل من قبل شركة النقل سيكون محدودا ويقتصر على رد تكاليف النقل التي دفعها العميل

فقط دون أي التزامات مالية أخرى". وقد أيد قاضي الموضوع دفع الشركة المدعى عليها استنادا الى نص المادة 1150 من القانون المدني الفرنسي والتي

تنص على "يكون المدين مسؤولاً فقط عن الأضرار التي تم توقعها أو التي كان من الممكن توقعها في العقد، ما لم يكن عدم تنفيذ الالتزام قد حصل

بسبب تدليس" وبالتالي لم يلزم الشركة المدعى عليها سوى بإرجاع مبلغ النقل الذي دفعته الشركة المدعية، ولعدم قناعة الأخيرة بهذا الحكم لكونه لا

يمنحها أي تعويض عن الاضرار التي لحقت بها فقد لجأت الى الطعن به، وبالفعل جاء قرار محكمة النقض لصالحها ناقضا للحكم الابتدائي وذلك استنادا

الى نص المادة 1131 من القانون المدني، مُعتبرة ان ما قامت به الشركة المدعى عليها إنما يُمثل خرقاً للالتزام الأساسي في العقد، وهو إيصال الرسالة في

فترة زمنية محددة، وبالتالي فإن أي شرط في العقد يتناقض مع هذا الالتزام الأساسي لن تكون له أي قيمة قانونية.

49-Cass. civ. 1ère, 3 juill. 1996. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان زوجين (كانا يرومان فتح متجر لتسويق أقراص الفيديو في احدى المجمعات السكنية غير المكتملة البناء) ابرما عقد

توريد مع متعهد لتوريد الأقراص، بمقتضاه يقوم الأخير بتزويد الزوجين بالأقراص على ان يتم سداد ثمنها على شكل دفعات، ولفشل المتجر في تحقيق

الأرباح بسبب قلة السكان في المجمع المذكور، فقد تعرض الزوجان الى حالة إعسار شديد، وعلى اثر ذلك تقدما بطلب الى المحكمة لإبطال عقد

التوريد في 17/آذار/1994، وقد ابطلت المحكمة بالفعل العقد المذكور لا لإخلال مورد أقراص الفيديو بالتزاماته، ولكن لعدم وجود مقابل حقيقي

لالتزام بدفع ثمن أقراص الفيديو من قبل الزوجين (والمراد بالمقابل الحقيقي هنا ليس أقراص الفيديو فهذه متوافرة، ولكن المراد هنا الباعث الدافع البعيد

بالنسبة للزوجين وهو تحقيق الربح). وعندما تم الطعن بالحكم المذكور من قبل المدعى عليه، رفضت محكمة الدائرة المدنية الأولى الطعن، وبررت حكمها

بالإشارة الى استحالة تنفيذ العقد، وبشكل أكثر تحديداً فان العقد كان خالياً من السبب حيث لوحظ عدم وجود أي مقابل حقيقي لدفع قيمة

أقراص الفيديو من قبل الزوجين.

50-ومن الجدير بالذكر ان الأمر التشريعي الفرنسي رقم 131 الصادر في 10/شباط/2016. قد تخلّى عن الإشارة بشكل صريح إلى مفهوم (ركن

السبب، فضلاً عن ركن (المحل) واكتفى بالإشارة إلى مفهوم (مضمون العقد) في المادة (1128) من الأمر المذكور، الأمر الذي أثار خلافاً فقهيًا كبيراً

حول هذا التخلي، وهل هو تحل حقيقي ام شكلي؟ للمزيد حول هذا الخلاف، انظر

Alexis Down-The reform of French contract law: A critical overview-Revista da Faculdade de

Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016.

51-Maiwenn Tascher, Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation, Thèse pour le doctorat en droit privé Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2011, p. 79,80, no 118.

52- Mehdi Kebir- Le libre arbitre du juge- pour obtenir le grade de : Docteur de l'université François-Rabelais de Tours- 2017-p 147.

53 -Cass. ch. réunies, 13 fév. 1930, D.P. 1930. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شاحنة تابعة لشركة "Aux Galeries Belfortaises" كانت قد انقلبت بتاريخ 22/نيسان/1926 -من دون أن يُعرف سبب إنقلابها-، مُتسببة بإصابة الطفلة (Lise X) بجروح خطيرة. على إثر ذلك عمدت والدة الطفلة إلى مُقاضاة الشركة المالكة للشاحنة مُطالباً إياها بالتعويض حتى تتمكن من توفير الرعاية الطبية والصحية لطفلتها. بيد ان الشركة المدعى عليها دفعت الدعوى بأن الحادث لم يكن لعيب مُتأصل في الشاحنة ولا لتقصير يُنسب إلى سائقها، وبالتالي فإن سبب الحادث يبقى مجهولاً، ولا مسؤولية تبعاً لذلك على الشركة. وهو الدفع الذي تبنته المحكمة الابتدائية، بيد محكمة الاستئناف نقضت الحكم الابتدائي وعمدت إلى القول بمسؤولية الشركة استناداً لفكرة المخاطر والتي مفادها: أن من لديه شيء ينتفع منه ويُمكن ان ينشأ عن ذلك الانتفاع ضرر بالغير، فإنه يسأل عن تعويض ذلك الضرر وإن لم يُنسب إليه خطأ". وبذلك تكون محكمة الاستئناف قد خالفت وبشكل صريح نص المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي". للمزيد حول هذه القضية أنظر

Benjamin Remy, La responsabilité du fait des choses, Université de Cergy-Pontoise, Conseil de lecture: - G. Durry, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, 1999, p. 707 s.

54- مُشار إليه في:

Delphine Lanzara- op. cit.p 207.

55-Cass. ch. réun. 2 déc. 1941. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

56-Cass. 1ère sect. civ. 12 juillet 1956. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

57-André BÉLANGER, Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation du droit antique à la veille de l'adoption du Code Napoléon, Droit civil/histoire du droit,(2003) 37 R.J.T. , p. 476.

58-Cass. civ. 1ère, 18 janv. 1967. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

59-J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, in Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Mél. Ripert, LGDJ, 1950, p. 68.

ومن الجدير بالذكر إنه ومنذ سبعينيات القرن الماضي بدأت محكمة النقض تُبدي استعدادها للمشاركة في العملية التشريعية بشكل أكبر مستعينة في ذلك بوسيلتين ناجعتين:

**اولاهما:** التقرير السنوي الذي تصدره هذه المحكمة، والذي كانت تبين فيه اوجه القصور الموجودة في النصوص القانونية المعمول بها، فضلاً عما قد يعتري تلك النصوص من خلل سواء في الشكل او المضمون من جهة، واقترح اي اصلاحات قد تبدو مفيدة للمشرع من جهة اخرى. وبهذا الصدد نصت المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 67-1208 الصادر في 22/كانون الاول/ 1967 الخاص بتنفيذ القانون رقم 67 الصادر في 3/تموز/1967 الخاص بمحكمة النقض الفرنسية على "يجوز لرئيس المحكمة والادعاء العام لفت انظار وزير العدل الى النتائج التي توصلت اليها المحكمة بشأن الطعون التي نظرت فيها، وابلاغه بالاجراء اللازمة لمعالجة الصعوبات التي تمت ملاحظتها".

**وقائهما:** اصدارها لأحكام لافتة للنظر (متدرعة في ذلك بالمثل العليا تارة، وبالعهادات الدولية تارة اخرى) لحث المشرع على التدخل بسرعة (فيما لو كان بطيئاً) لاجراء الاصلاحات التشريعية اللازمة. للمزيد أنظر

Jean Carbonnier –Note sur les notes d'arrêts- Dalloz 1970- no 16. Available on the website <http://crfpa2012.blogspot.com>

60-Jean-Marc Sauvé, op. cit, n. 1.

61- للمزيد من التفصيل، أنظر

Julien Raynaud, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'Université de Limoges, Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2001.

62-Cass. 1 ère Sect. Civ., 27 févr. 1951. Available on the website <https://mafr.fr>

للمزيد حول هذه القضية ، أنظر

Jean-Yves Dupeux, Droit de la presse, Recueil Dalloz 2007, p. 1038.

63- مُشار إليه في

John Gilissen, La responsabilité civile et pénale de l'historien (2e partie), Revue belge de Philologie et d'Histoire, Année 1960, 38-4.p.1018.

64-Jean Carbonnier , Le silence et la gloire, Dallos. 1951, chr. p. 119.

65-TGI Paris, 8 juillet 1981. Available on the website <https://mafr.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان الرابطة الدولية لمناهضة العنصرية ومُعاداة السامية (La LICRA) قد قاضت المؤرخ ( Robert Faurisson)، لاستبعاده -في إحدى مؤلفاته - فرضية استعمال غرف الغاز في الإبادة الجماعية لليهود. بيد أن المحكمة المعنية رفضت الإقرار بمسؤولية المدعى عليه مُبينة بأن (للمؤرخ الحرية الكاملة والتامة في ذكر الحقائق التاريخية وفق آرائه الشخصية، شرط ان لا يعتمد الرفض الممنهج كأساس لرفض أي حجة تتعارض مع توجهاته ومعتقداته، لأنه عند ذلك سيفقد الحيادية الفكرية والتي يتعين على كل باحث أن يلتزم بها).

66-Cass. civ. 2ème, 12 juillet. 2000. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

67-Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'homme - 5ème éd., 2013, n° 181 et s., p. 196 et s.

68-Cass. Crim. 12 nov. 2008. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

69-Cass. civ. 3ème, 18 déc. 2002. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان شركة الاستثمار والإدارة (Caisse centrale de réassurance) كانت تمتلك ثلاثة مباني تضم مجموعة من الشقق المؤجرة، وقد عمدت الشركة المذكورة إلى إخطار المستأجرين بأنها ستعمد إلى وضع سياج يُحيط بالمباني الثلاث وستكون لهذا السياج بوابتين يتم فتحهما رقمياً في أثناء النهار ويتم قفلهما بشكل نمائفي في أثناء الليل، ولكون هذه التوقيتات تتقاطع مع الشعائر الدينية لبعض المستأجرين لاسيما في أيام السبت والاعياد، فقد طلبوا من الشركة المذكورة وضع قفل ميكانيكي -بدلاً من الرقمي- على إحدى البوابتين ويتم تزويدهم بنسخ من مفاتيحه حتى يُتاح لهم الدخول إلى البناية في غير الأوقات المذكورة حتى لا يجرمون من ممارسة شعائرهم الدينية، وهو الامر الذي رفضته الشركة، الأمر الذي دفع بالمستأجرين إلى مُقاضاة الأخيرة بداعي حرمانهم من ممارسة شعائرهم الدينية وهو الامر الذي أيدته محكمة الدرجة الاولى وتبنته فيما بعد محكمة النقض.

70-Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000. Available on the website <https://www.legifrance.gouv.fr>

71- تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على على "إن حق كل شخص في الحياة محمي بالقانون، ولا يجوز التسبب بالموت همدا لأي شخص إلا تنفيذاً لحكم الإعدام صادر عن محكمة في حال نص القانون على هذه العقوبة جزاءً على الجرم".

72-Jean-Paul Amann, L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées, Revue française des affaires sociales 2002/3, pages 125 à 138.

73-René GARREC, Jurisprudence "Perruche" : faut-il légiférer ? ( rapport d'information ), 20 décembre 2001. Available on the website <https://www.senat.fr>

وقد صدر على إثر هذا الحكم القانون رقم 2002-303 في 4 آذار/2002، مُنع بمقتضى المادة (1) منه على أي شخص المطالبة بالتعويض المجرّد ولادته.

la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, article 1er : " Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance".

المصادر

أولاً: الكتب والمراجع

1. André BÉLANGER, Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation du droit antique à la veille de l'adoption du Code Napoléon, Droit civil/histoire du droit,(2003).
2. Cécilia Mollote-seance n° 3 - La Rresponsabilite Personnelle del 'Enfant- La Faculté de Droit Virtuelle est la plate-forme pédagogique de la Faculté de Droit de Lyon- Date de création du document : année universitaire 2010/2011.
3. Conseil Technique National Service juridique droit des personnes et des familles-INDEMNISATION - OBJET : Les accidents de la circulation Base juridique Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985-Association des Paralysés de France – CTN : LA/PCN – Les accidents de la circulation – avril 2007.
4. Doyen Carbonnier , Le silence et la gloire, Dallos. 1951.
5. Emmanuel DAOUD, Clarisse LE CORRE -Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières, Lamy Droit pénal des affaires ... ACTUALIT~S ... N° 122 ... Novembre 2012.
6. Gérard Blanc, Evelyne Serverin, Frédéric Ruel, Martine Le Friant-Les contrats de distribution dits de partenariat-Université Jean Monnet-1992.
7. J. Boulanger, Principes généraux du droit et droit positif, in Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Mél. Ripert, LGDJ, 1950.
8. J. Ghestin- La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation, JCP, 2005.
9. Jean-François Renucci, Droit européen des droits de l'homme - 5ème éd., 2013.
10. Jean-Yves Dupeux, Droit de la presse, Recueil Dalloz 2007.
11. L. Neyret, note sous Arrêt Erika, Cass. crim. 25 sept. 2012, extrait de Le Monde, 27 sept. 2012.
12. Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, Tome 2, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil, Les sûretés, Sirey, 3ème éd., 1939.
13. M. Jean-Claude Bizot-La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque-M. LAYDU Petites affiches 2001.
14. Marie-Cécile Lasserre & Jean-Raphaël Demarchi, Droit des obligations: le contrat, La suppression de la cause dans la réforme du droit des contrats, À jour de la réforme du droit des obligations (ord. 10/02/2016), 2016-2017, LICENCE 2.
15. Rafael Encinas de Munagorri-L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae, Dalloz, 2005.
16. Sébastien Pellé-La réception des correctifs d'équité par le droit-Dalloz-2011.

ثانياً: الأبحاث

1. Alexis Down-The reform of French contract law: A critical overview-Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, vol. 61, n. 1, jan./abr. 2016.
2. Benjamin Remy, La responsabilité du fait des choses, Université de Cergy-Pontoise, Conseil de lecture :- G. Durry, « L'irremplaçable responsabilité du fait des choses, in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, PUF, 1999.
3. Emmanuel ERGAN- La qualification libérale de l'attribution à titre gratuit du bénéfice du contrat d'assurance-vie, Revue Juridique Personnes et Famille, juillet, 2001.
4. Emmanuelle Claudel-La procédure d'amicus curiae : Bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française-Concurrences Revue des droits de la concurrence Competition Law Journal-Doctrines 1 Concurrences N° 4-2012.
5. Eugène Houssard-L'économie du contrat, Revue Juridique de l'Ouest, Année 2002.



6. Guy Thuillier, L'autorité de la jurisprudence: De la jurisprudence des arrêts (1822) de Dupin aîné, La Revue administrative, 57e Année, No. 339 ,MAI 2004.
7. Jean-Paul Amann, L'arrêt Perruche et nos contradictions face à la situation des personnes handicapées, Revue française des affaires sociales 2002/3.
8. John Gilissen, La responsabilité civile et pénale de l'historien (2e partie), Revue belge de Philologie et d'Histoire, Année 1960.
9. Nathalie Des Rosiers-La responsabilité de la mère pour le préjudice causé par son enfant- Les Cahiers de droit-Volume 36, Number 1, 1995.

## ثالثاً: الرسائل والأطاريح

1. Avital Weitzman-Bismuth, Le courtage matrimonial et la promesse de mariage endroit rabbinique, français : aspects historiques et comparatistes, DOCTORAT EN DROIT ,university paris, Présentée et soutenue publiquement le 8 décembre 2011.
2. Delphine Lanzara, Les méthodes de la Cour de cassation dans la création du droit : étude à la lumière du droit des obligations, THESE Pour le doctorat en droit privé Présentée et soutenue publiquement Le 25 novembre 2014.
3. Florian Maume-Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle- Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en droit-Université d'Evry-Val-d'Essonne-2015.
4. Frédéric Levesque, L'obligation in solidum en droit privé québécois, Thèse de doctorat en cotutelle présentée à la -Faculté des études supérieures de l'Université Laval, Québec dans le cadre du programme de doctorat en droit pour l'obtention du grade de Docteur en droit, 2009.
5. Julien Raynaud, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit de l'Université de Limoges, Présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2001.
6. Maiwenn Tascher, Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation, Thèse pour le doctorat en droit privé Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2011.
7. Mehdi Kebir- Le libre arbitre du juge- pour obtenir le grade de : Docteur de l'université François-Rabelais de Tours- 2017.
8. Ph. Malaurie- Les contrats contraires à l'ordre public- Thèse Paris- Ed. Matot-Braine· Reims-1953.
9. Samira Habbassi-Mebarkia- La protection de la caution- Thèse de doctorat Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de VALENCIENNES ET DU HAINAUT CAMBRESIS- Droit privé- 2016.
10. Ying Jiang- Étude comparée de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en France et en Chine- Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat en droit Présentée et soutenue publiquement le 12 juillet 2010.

## رابعاً: مواقع الانترنت

1. Aurélien Bamdé, La reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait des choses, Oct 26, 2016. Available on the website <https://aurelienbamde.com>
2. Aurélien Bamdé, La notion de cause (cause objective / cause subjective – cause de l'obligation / cause du contrat), Mai 6, 2017. Available on the website <https://aurelienbamde.com>
3. Catherine GEORGE- La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs et l'émergence jurisprudentielle d'un principe général de responsabilité délictuelle du fait d'autrui- La situation en Belgique et en France- Master en droit- Année académique 2016-2017. Available on the website <https://dial.uclouvain.be>
4. Clément DUREZ, Seance N°11- La responsabilité générale du fait des choses (1). La Faculté de Droit Virtuelle est la plate-forme pédagogique de la Faculté de Droit de Lyon, 29 novembre 2011. Available on the website <https://fdv-srv.univ-lyon3.fr>
5. Conseil d'état, 2ème et 7ème sous-sections réunies, 30/01/2012, 344992, Publié au recueil Lebon. Available on the website <https://www.conseil-etat.fr>

6. Danièle LOCHAK, LE DROIT A L'ÉPREUVE DES BONNES MŒURS PUISSANCE ET IMPUISSANCE DE LA NORME JURIDIQUE, LE DROIT A L'ÉPREUVE DES BONNES MŒURS 17,p. 31,32. Available on the website <https://www.u-picardie.fr>
7. Dominique Auverlot, Joël Hamelin, Jean-Luc Pujol- Le principe de précaution : quelques réflexions sur sa mise en œuvre, Document de travail n°2013-05, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, septembre 2013. Available on the website [www.strategie.gouv.fr](http://www.strategie.gouv.fr)
8. G. Rabu, Courtage matrimonial : l'article 212 du code civil moribond, 22 novembre 2011. Available on the website <https://www.dalloz-actualite.fr>
9. HADDAD Sabine, le contrat de courtage matrimonial souscrit par le conjoint, Publié le 12/11/2011. Available on the website <https://www.legavox.fr>
10. Jean Carbonnier -Note sur les notes d'arrêts- Dalloz 1970- no 16. Available on the website <http://crfpa2012.blogspot.com>
11. Jean-Marc Sauvé, Intervention à l'occasion d'un Colloque européen sur le juge et la politique le 31 octobre 2014. Available on the website <https://www.conseil-etat.fr>
12. Julien Bourdoiseau-L'apparence : Théorie et régime juridique-Posted Nov 10, 2018. Available on the website <https://aurelienbamde.com>
13. Michel Justancia ILOKI-La requalification des contrats d'assurance vie-p. 28. Available on the website <https://www.memoireonline.com>
14. Nicolas Molfessis, Loi et jurisprudence, Dans Pouvoirs 2008/3 (n° 126), Available on the website <https://www.cairn.info>
15. Rapport de M. Bizot Conseiller rapporteur - Cour de cassation. Available on the website <https://www.courdecassation.fr>
16. René GARREC, Jurisprudence "Perruche" : faut-il légiférer ?( rapport d'information ), 20 décembre 2001. Available on the website <https://www.senat.fr>
17. Thomas Boyer-Kassem- Le principe de précaution-January 2017. Available on the website <https://www.researchgate.net>