دراسة تأصيلية للاجتهاد القضائي

Rooting Judicial Jurisprudence

علال طحطاح[1]

[1] جامعة خميس مليانة، a.tahtah@univ-dbkm.dz

عضو مخبر نظام الحالة المدنية

تاريخ الإرسال: 2023/02/06 تاريخ القبول:2023/04/18 تاريخ النشر: 2023/05/31

ملخص:

يهدف المقال إلى التأصيل للاجتهاد القضائي مع إسقاط في مسائل قانون الأسرة خاصة في مسائل فك الرابطة الزوجية و يتم ذلك في محورين يخصص الأول للتأصيل في مدلول الاجتهاد القضائي و اسقاط ذلك على بعض اجتهادات القضاء في مسائل فك الرابطة الزوجية، و يخصص الثاني لدراسة تأصيلية اسقاطية لضوابط الاجتهاد القضائي من خلال عرض أهم الضوابط التي يخضع لها الاجتهاد و اسقاط بعض تلك الضوابط على اجتهادات في مسائل فك الرابطة الزوجية و دراسة مدى المواءمة بين التشريع و الاجتهاد و مدى تأثرهما ببعضهما

كلمات مفتاحية: الاجتهاد القضائي، فك الرابطة الزوجية، الطلاق، الخلع.

Abstract:

The goal of the article is to root the jurisprudence in family law issues to drop it on some jurisprudence in the issues of dismantling the marital bond, and this is done in two axes. For the controls of judicial jurisprudence, it was possible during the presentation of the most important controls to which the jurisprudence is subject and the dropping of some of those controls on the jurisprudence in issues of dissolution of the

marital bond and the study of the extent of compatibility between legislation and jurisprudence and the extent to which they are affected by each other.

Keywords: *Jurisprudence, dissolution of the marital bond.*

1- المؤلف المرسل: علال طحطاح، **الإيميل:** a.tahtah@univ-dbkm.dz

مقدمة :

إن التجسيد العملي للنصوص القانونية و تطبيقها على وقائع و نزاعات يحتل أهمية كبرى قد تفوق أهمية إصدار النصوص، كما أن البحث عن حل للنزاعات و تطبيق القانون على الأوضاع القانونية و المراكز ذو أهمية بالغة، و يظهر دور القضاء في كل ذلك على اعتباره جهة تطبيق القانون و تجسيده و اسقاطه على الوقائع لينتهي بحكم بحجية أو قوة يعبر عن الحقيقة القانونية كما يقول البعض.

بالنظر إلى صياغة النصوص القانونية فقد يكون النص واضحا دقيقا في ألفاظه يطبق القاضي بصيغه اللفظية كما هو، و قد يكون كاملا في أحكامه التفصيلية فلا يحتاج القاضي إلى غيره، غير أن خلاف ذلك قد يكون هو الموجود، فإما أن يكون النص غامض في ألفاظه أو يكون ناقص في أحكامه، فعلى القاضي أن يزيل الغموض و أن يتم النقص و هنا تظهر آلية الاجتهاد القضائي في ظل وجود نص غير أنه غامض أو ناقص، و تظهر هذه الآلية أكثر في حالة غياب النص فيكون القاضي ملزما بإيجاد الحلول اللازمة و إلا كان منكرا للعدالة.

و في إطار إزالة الغموض أو إتمام النقص أو ايجاد الحكم عند غياب النص يجتهد القاضي في كل ذلك مزودا بآليات و ضوابط الاجتهاد التي يؤدي فقدها

إلى تشويه للنصوص أو إضافة ما لا تحتمله أو تطبيق ما لا يجب على الوقائع، و على هذا فإن عملية الاجتهاد القضائي عملية علمية ، فنية و منهجية تخضع لضوابط و آليات لا ينبغي لمن يجهلها أن يجتهد، و على القاضي و حتى الشارح أن يدركها تحت طائلة عدم تأهيله لتطبيق القانون أو الاجتهاد فيه أو شرحه.

و تعد مسائل قانون الأسرة من أهم المسائل التي ينبغي النظر إليها كأساس مجتمعي و عماد استقرار و غاية نظام عام لا بد أن يتحقق و يحترم، و على هذا فالاجتهاد فيها مسألة في غاية الأهمية و في غاية الخطورة أيضا، لأن الخطأ فيها هو ضرب استقرار و هدم أساس و تجاوز نظام عام واجب الاحترام.، لذلك فإن تحديد نظام الاجتهاد في تلك المسائل مهمة بقدر أهمية محلها و ضرورية بحسب ضرورية موضوعها، وعليه على المجتهد أن يرقى بعلمه و تطبيقه و تجسيده للقانون إلى أهمية تلك المسائل، و عليه أن يدرك بفهمه خطورة المساس بأهداف تنظيم الأسرة و مرتكزاتها.

و من المواضيع المهمة من بين تلك المسائل مسائل فك الرابطة الزوجية و ما يرتبط بها، إذ أن الاجتهاد بشأنها مسلك عظيم و الظفر بأليات الاجتهاد فيها ظفر مبين، يكفي المجتهد من الوقوع في المظالم وهو عاصم له من نشر المهالك و القواصم، و عليه كان لزاما بيان موجبات الاجتهاد القضائي و مسبباته و ضوابطه ، ثم إسقاط كل ذلك على بعض الاجتهادات القضائية في مسائل فك الرابطة الزوجية لمعرفة حقيقة احترام السابق ذكره أو تجاوزه للوصول إلى تقييم علمي لذلك الاجتهاد.

ثم إن أهمية الاجتهاد تتجاوز ذلك إلى التشريع فهي إما مقومة له أو مطورة له، فكثير من الأحكام القضائية أزالت خلل التشريع و بعضها سار تشريعا لما اقتنعت السلطة المختصة بالتشريع به، وهذا يظهر أهمية الاجتهاد القضائي و أهمية مضامينه وضوابطه.

فما هي مضامين الاجتهاد القضائي و ما مدى احترامها في اجتهادات القضاء الجزائري في مسائل فك الرابطة الزوجية خصوصا و ما علاقته بالنصوص التشريعية تأثرا و تأثيرا؟.

الإجابة على هذه الإشكالية تكون ضمن محورين يخصص الأول لدراسة مضمون الاجتهاد القضائي وفق دراسة تأصيلية و إسقاطية، و يخصص الثاني لدراسة ضوابط الاجتهاد القضائي وفق لدراسة تأصيلية و إسقاطية أيضا على مسائل فك الرابطة الزوجية.

1. مدلول الاجتهاد القضائي – دراسة تأصيلية إسقاطية –

إن الاجتهاد القضائي عملية يقوم بها القاضي في إطار ما هو مخول له في إطار مهامه القضائية، لذلك كان من الضروري أن يحاط بمجوعة من الضوابط و أن يكون له سبب يحركه و يقتضيه، و أن يحاط بقواعد إجرائية تجعله اجتهادا بالمفهوم القانوني، هذا ما يجعلنا نتعرض بداية لمفهومه ثم نحيط بمكوناته الشكلية و الإجرائية.

1-1- مفهوم الاجتهاد القضائي:

سأتعرض لتعريفه ثم لموجباته وفي اطار ذلك أقوم بإسقاطات خاصة ببعض مسائل فك الرابطة الزوجية.

1.1.1- تعريف الاجتهاد القضائي

لن نخوض في التعاريف اللغوية و ما يرتبط بها و لكن سننطلق من التعاريف الاصطلاحية وفقا لمقتضيات المطلوب الذي هو استنتاج موجبات الاجتهاد ربطا بتعريفه.

يعرف البعض الاجتهاد القضائي بأنه " مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها وفق اجراءات متبعة على وجه الإلزام، أو هو مجموع القرارات القضائية التي تصدر عن المحاكم [1].

و يقول البعض " وهكذا نخلص إلى أن الاجتهاد القضائي ـ بمعناه اللقبي ـ هو بذل الوسع و الجهد العقلي لمعرفة الحكم، و هو على قسمين: اجتهاد في فهم النص، و اجتهاد عند عدم وجود النص، كما أنه لا فرق من الناحية العملية ـ حسب هذا الرأي ـ بين الاجتهاد القضائي و الاجتهاد الفقهي عموما[2].

ويعرفه البعض بقوله" نعني بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته[3].

إن المتمعن للتعاريف السابقة يلاحظ أن الاجتهاد القضائي قد تم ربطه بحالتين مختلفتين، حالة وجود نص قانوني، و حالة عدم وجود نص قانوني.

إن موجبات الاجتهاد في كل حالة تختلف عن الأولى باختلاف الوضع و السبب و تؤدي أيضا إلى اختلاف الآليات و الضوابط.

1-1-2- موجبات الاجتهاد القضائي

إن الاجتهاد القضائي ليس عملا اختياريا للقاضي بل هو واجب تقتضيه طبيعة مهنته، إذ عليه الحكم في النزاعات المعروضة عليه سواء وجد النص أو لم يوجد، وإذا وجد فبغض النظر عن وضوحه أو غموضه و إلا يكون منكرا للعدالة.

غير أن موجبات الاجتهاد القضائي و إن كانت مرتبطة بالتشريع تأثيرا و تأثرا فإنها تختلف في حالة وجوده عن حالة غيابه.

1-1-2-1-موجبات الاجتهاد القضائي في حالة وجود النص:

المتمعن في رأي شراح القانون يجد أنهم مختلفون في تقدير مدلول الاجتهاد القضائي في حالة وجود النص، فمنهم من يرى أن كل تطبيق للقانون هو اجتهاد، فيربط بعضهم في هذه الحالة الاجتهاد بفهم النص.

حيث يعتبر البعض الاجتهاد القضائي " بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية"[4]،في حين يربط البعض الاجتهاد مع وجود النص فقط بحالة غموضه أو عدم كفايته كما تم بيانه في تعريف سابق.

و سأحاول مناقشة مدى اعتبار الحالتين اجتهادا قضائيا مع التحليل و التدقيق مميزا بين حالة وجود نص واضح و تام و حالة وجود نص غامض أو ناقص.

الحالة الأولى- حالة وجود نص واضح و تام

يرى البعض أن الاجتهاد يطلق على المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما تعلق منها بنصوص القانون أم استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص"[5]،في حين يرى البعض أنه من المؤكد أنه لا يجوز أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص واضح[6].

لكن رغم أن من الشراح من يطلق مصطلح الاجتهاد على كل تطبيق قضائي فإن هذا الاطلاق يبدو أنه غير سليم، ذلك أن القاضي في حالة وجود النص يكون مجرد مطبق دون اجتهاد منه، ذلك أنه ينقل إرادة واضع القانون كما هي دون أي اضافة أو انقاص مستعملا في ذلك ضوابط استنباط الأحكام من النصوص، فعملية تطبيق القانون هو في حقيقته نقل لأحكام قانونية من العمومية و التجريد إلى التخصيص و العينية وفق قواعد خاصة باستنباط الأحكام ضمن ألفاظ النص إذا كان النص واضحا، إن هذه العملية عملية علمية مضبوطة ودقيقة فالقول بانها ليست اجتهاد لا يعني سهولتها أو هوانها.

فعلى من يطبق القانون أو يستنبط أحكامه كالقضاة، الشراح أو يطالب بتطبيقه كالمحامين أن يدركوا حقيقة هذا العلم و ضوابطه و تقنياته، فلا يمكن و لا يجوز لمن لا يعرف النص المطلق من المقيد، و لا النص العام من النص الخاص، و لا الأصل من الفرع، و لا معرفة الحكم الأصلي و الاستثناءات الواردة عليه، و لا معرفة مصادر القانون الواجب التطبيق على الوقائع محل النزاع بتفاصيلها،

و لا معرفة في أي الأحوال يطبق النص بلفظه و في أي الأحوال يطبق في فحواه أن يطبق القانون أو حتى يقوم بشرحه[7].

إن هذه الضوابط واجبة الاحترام لكن سنرجئ الحديث عنها إلى مناسبة لاحقة إن شاء الله.

إن المبدأ المتعارف عليه في القانون هو " أن لا اجتهاد مع وجود النص"، غير أن الأصح هو " لا اجتهاد مع وجود نص واضح و تام"

فالغموض أو النقص هما المبرران لعملية الاجتهاد في حالة وجود نص.

إذن اعتبار حكم القاضي اجتهادا عند وجود النص الواضح و التام يصطدم مع قاعدة لا اجتهاد مع وجود النص، فتجسيد حكم النص إذا كان واضحا هو تطبيق للنص و لا اجتهاد في ذلك، إذ يتوقف القاضي عند ألفاظ النص دون أي تفسير أو تأويل، و هذا هو مقتضى نص المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها "... يطبق القانون على المسائل التي يتناولها في لفظه أو في فحواه..."[8]

إن المتمعن لظاهر النص قد يتصور أن القاضي حر في الاختيار بين اللفظ أو الفحوى لأن " أو" قد تفسر على أنها تفيد الاختيار، غير أن هذا القول مردود علميا و لغويا، فعلميا لو أعطينا للقاضي الحرية في الاختيار لأهدرنا الحكمة من التقنين و لأضعنا العبرة من الصياغة و لشوهنا النص و حرفناه و تزيدنا فيه أو أنقصناه دون مبرر معقول، و لأطرنا أيضا لتناقض الأحكام كون أن من القضاة من يعتمد اللفظ و منهم من يعتمد الفحوى.

و لغويا فإن "أو" تفيد التوزيع أيضا، بمعنى أن القاضي ليس له الحرية المطلقة للانتقال من حالة إلى حالة، بل ينظر في شروط تطبيق كل حالة فإذا توفرت على مبدأ الترتيب شروط الحالة الأولى لا ينتقل إلى التي بعدها، و إذا لم تتوفر فعليه الانتقال إلى الحالة التي تليها، و على هذا فالقاضي ملزم بحرفية النص، لكن إذا كانت الألفاظ واضحة جليه لا تناقض فيها و لا ابهام و لا تعارض و لا تمس إذا طبقت حرفيا بمقتضيات النظام العام أو الأهداف المسطرة للقانون، و

أن لا يخلق التطبيق الحرفي مشاكل، كون القانون يجب أن يزيل المشاكل و ليس العكس.

وعودا على أصل الموضوع فإني اعتقد أن إعطاء القاضي الحق في الاجتهاد مع وضوح الألفاظ هو مصادرة لإرادة من وضع القانون و هي مصادرة للإرادة المعتبرة قانونا عند التطبيق ، فالقاضي حين يطبق النص يطبقه بأبعاده التي وضعها له واضع القانون و ليس بالأبعاد التي يريدها القاضي، بل أن هذا الوضع هو المعتبر حتى عند غموض النص و تفسيره فالقاضي عليه أن يبحث عن إرادة واضع النص من خلال قرائن قد تتعلق بالألفاظ المستعملة أو الظروف المحيطة بإنشاء النص أو بتطبيقه و لا يمكن مصادرة تلك الإرادة إلا لمصلحة النظام العام و كاستثناء يقدر بقدره، إن هذا الوضع يؤدي إلى التأكيد الواضح أن كل تجاوز للألفاظ الواضحة و النص التام لا يمكن تحت أي مسوغ سوى حماية النظام العام أن يعتبر اجتهادا بل يشكل مخالفة جسيمة للقانون و مخالفة القانون هو وجه من أوجه الطعن في الأحكام القضائية.

إن اعتبار النظام العام مبررا لتجاوز النصوص و ألفاظها و قيد أيضا على تفسيرها يؤيد قانونا ويستدل على جوازه بجواز تعطيل العمل بالدستور في حالات معينة الهدف منها هو حماية النظام العام، و هو مؤيد أيضا بمقتضيات المادة 164 من الدستور[9]، حيث جاء فيها " يحمي القضاء المجتمع..."حيث أن حماية المجتمع هو الغاية الأسمى للقضاء و يحمى المجتمع من خلال حماية النظام العام، ويؤيده أيضا مقتضى نص المادة 08 من القانون العضوي رقم 11-04 المتضمن القانون الاساسي للقضاء التي جاء فيها " يجب على القاضي أن يصدر أحكامه طبقا لمبادئ الشرعية و المساواة ، و لا يخضع في ذلك إلا للقانون، و أن يحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع". و الواضح أن المصلحة العليا للمجتمع هي نفسها النظام العام.

الحالة الثانية ـ حالة وجود نص غامض أو ناقص الأحكام.

إن إلزامية التوقف عند الألفاظ مرتبطة بوضوحها في الدلالة و أنها لا ترتب اشكالات قانونية أو واقعية عند تطبيقها، لذلك كان لزاما تجاوز الألفاظ عند وجود أحد الموجبات السابقة. فغموض النص يجب أن يؤخذ بمفهوم واسع ليشمل كل وضع يستدعي تجاوز الألفاظ و هو ما توجبه المبادئ العامة في تطبيق القانون، و التي تجسدت أيضا في نص المادة الأولى من القانون المدني و في المبدأ العام الذي تضمنته.

إن البحث في الفحوى هو عملية مفادها استنباط حكم النص بعيدا عن التشدد في دلالة الألفاظ و لكن دون تحريف أو تشويه أو مصادرة أو تعطيل للفظ إلا إذا اقتضت حماية النظام العام ذلك، فالنظام العام فوق الألفاظ و فوق الدلالات أيضا.

إن الإلمام بالاجتهاد القضائي حال وجود نص غامض يقتضي تحديد المقصود بحالة غموض النص .ذلك أن الاجتهاد في هذه الحالة هو اجتهاد مع وجود النص لذلك وجب ربطه بالنص سببا ووسيلة، إذا لا يجب اغفال النص و استبعاده كلية، سواء عند تقدير وجوب الاجتهاد أو عند ممارسته، فاجتهاد القاضي في هذه الحالة يتم ضمن تفسير النص أي بحث عن فحوى له في إطار ضوابط و قيود و حدود.

وفي عموم التفسير يرى الأستاذ الغوثي بن ملحة رحمه الله أن التفسير القضائي على شكلين: التفسير يتصب على توضيح معاني الألفاظ بإصلاح العيوب في النص إن وجدت، و كذا يتمسك بالتفسير القضائي في حالة إزالة التناقض أو التعارض بين النصوص القانونية ، و أحيانا يرمي التفسير القضائي إلى إكمال النقص الوارد في التشريع[10].

وعن الأسباب و الموجبات فيلجأ إلى البحث عن الفحوى، أي تفسير النص، في حالة عدم وضوح اللفظ أو وجود تناقضات في النص أو لبس فيه، أو أن التطبيق الحرفي للنص سيؤدي إلى نتائج سخيفة وغير منطقية ولا معقولة، ولا

يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يعتبر النص واجب التفسير إذا ادى أو على الأقل من شأن تطبيقه حرفيا أن يؤدي إلى خلق مشاكل أو منازعات أو عدم قبول شديد من أغلب المخاطبين به، فهنا نقول أن النص غامض يقتضي تفسيرا ، أي البحث عن فحوى قويم من شأنه تجاوز كل الإشكالات السابقة، وهذا هو المطلوب قانونا ومنطقا وعقلا، إذ من غير المنطقي التمادي في تطبيق نص خلق توترات بدعوى أنه قانون يجب تطبيقه كما هو ، فعلى القضاء والشراح خصوصا ، تلافي بعض هفوات المشرع عن طريق التفسير المنطقي والعلمي للنصوص القانونية، وهو دور للقضاء و الشراح يجب أن يرتضيانه وأن يمارسانه دون قيد أو وجل أو حياء أو جبن، فمؤسسات وفعاليات الدولة يكمل بعضها بعضا في البحث عن الأسلم و الأنفع[11].

ولعل أهم مقتضى للبحث عن فحوى للنص هو حماية النظام العام، حيث أن كل تطبيق للنص بلفظه أو بفحواه من شأنه أن يمس بالنظام العام الحقيقي هو تطبيق سقيم لا بد من إعادة النظر فيه.

و بشأن فكرة النظام العام قد يقول البعض أنها ترتبط بالقواعد القانونية الآمرة التي تشكل وتحدد مجال النظام العام، غير أن هذا القول وإن كان صحيحا فلا بد أن لا يهمل الجانب المعنوي للنظام العام، فالقواعد القانونية تشكل الجانب المادي الملموس من النظام العام، وهذه القواعد لا تشكل في ذاتها فكرة النظام العام بل تشكل أحد السبل التي يراد منها المحافظة عليه، والهدف المبتغى هو النظام العام. وقد تصدر نصوص قانونية آمرة لكنها وبسبب سوء تقدير يؤدي تطبيقها إلى المساس بالنظام العام المعنوي و الحقيقي ،المتمثل في كيان المجتمع والدولة ومكوناتهما، فهنا هل الأولى تغليب الجانب المادي أي النص أم الجانب المعنوي ، أي المحافظة الحقيقية على النظام العام.

لا شك أن الإجابة المنطقية و الهادفة ستكون بالقول بضرورة تغليب الجانب المعنوي للنظام العام ولو على حساب القواعد الآمرة التي تشكل الوسيلة والآلية

لتحقيق النظام العام، فلا ينبغي تغليب الوسيلة ولو كانت نتيجتها كارثية بالنظر إلى خلل معين، فالقواعد الآمرة قرينة على المحافظة على النظام العام، لكنها مجرد قرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها، وما إباحة تعديلها بل وإلغائها كلية إلا دليل على ذلك، فلا بد إذن من المحافظة على حقيقة النظام العام ، بالنظر الدقيق و المتمعن في مدى تحقق المحافظة فعليا، فالعبرة بالنتيجة الحقيقية لا بالنتائج المفترضة[12].

و بشأن الغموض فإننا نؤكد أنه يجب أن يؤخذ بمفهوم واسع ليشمل كل الحالات التي تؤدي بالنتيجة إلى الوصول إلى حكم غير منطقي أو سخيف أو يمس بمبادئ التفسير أو النظام العام خصوصا، إلى جانب حالات غموض النص بمفهومه الضيق المرتبط بعدم وضوح الأفاظ أو تناقضها... ففي كل الحالات السابقة ينبغي البحث عن فحوى سليم للنص يتجاوز الأسباب المذكورة و يحقق الهدف من القانون.

وتجدر الإشارة أيضا أن النص الناقص أيضا يبرر عملية الاجتهاد القضائي، ذلك أن القاضي و إن كان ملزم بالمصادر الرسمية التي يحددها القانون الواجب التطبيق، فإنه مجتهد داخل المصدر الرسمي غير التشريع، خاصة إذا كان المصدر الموالي هو الشريعة الإسلامية الغنية بمذاهبها و بتنوعها حتى داخل المذهب الواحد.

ويكون النص ناقصا إما لإجماله أو عدم التعرض لبعض مقتضياته، فعلى القاضي الاجتهاد في تفصيله أو إتمام مقتضياته وفقا للقواعد المقررة لذلك.

1-2- المكونات الشكلية و الإجرائية للاجتهاد القضائي:

يتعلق الأمر بالجهة المخولة بالاجتهاد و يرتبط بهذا الأمر مسألة أخرى و إن كان يغلب عليها الموضوعية هي مدى إلزامية الاجتهاد القضائي و التي نوردها مع الشكل لارتباطها بالجهة المجتهدة.

1-2-1 - الجهة القضائية المخولة بالاجتهاد القضائي

يربط الكثير من الأساتذة في شروحاتهم و القضاة و المحامون في المرافعات الاجتهاد القضائي بضرورة صدوره عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا.
إن الحكم على صحة هذا التوجه يجب أن يكون مرده إلى القانون و مقتضياته.
بالرجوع إلى مصطلح الاجتهاد القضائي نجد أنه أستعمل على حد علمي في نصين قانونين على درجة مختلفة في الهرم القانوني، كما استعمل في النظام الداخلي للمحكمة العليا.
النص الأول هو الدستور و الثاني القانون العضوي المنظم للمحكمة العليا.
حيث نصت المادة 179من الدستور على "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم
...تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون".
إن المتمعن لهذا النص بألفاظه يلاحظ أنها أعطت للمحكمة العليا و لمجلس الدولة الاختصاص بتوحيد الاجتهاد القضائي.
إن عبارة توحيد الاجتهاد القضائي لها مدلولان:
الأول هو أن توحيد الاجتهاد القضائي هو اجتهاد في حد ذاته و عليه فإن المحكمة العليا هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الاجتهاد القضائي.
الثاني: أن عبارة توحيد تفيد التعدد، أي أن جهات الاجتهاد متعددة فتعمل المحكمة العليا على توحيد اجتهاد تلك الجهات.
إن هذا المنحى يعني أن المادة الدستورية اعترفت لغير المحكمة العليا بالاجتهاد و أعطت المحكمة العليا الحق في توحيد الاجتهاد.
وعليه فإن مقتضيات هذه المادة تفيد بأن كل الجهات القضائية لها الحق في الاجتهاد الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا.
ويؤكد ذلك عبارة " تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم" الواردة في المادة 179 من الدستور.

و إذا كان بعض الفقه يرى أن هناك فرق بين العمل القضائي و الاجتهاد القضائي[13] فإني أعتقد إن عبارة الأعمال عبارة عامة تشمل تطبيق القانون دون اجتهاد و تشمل حالات الاجتهاد، كما تشمل الاختصاصات الأخرى للقضاء، فكل اجتهاد هو عمل قضائي و لكن ليس كل عمل قضائي اجتهاد، فالعمل هو الكل و الاجتهاد جزأ منه.

إذ لا أحد ينكر أن القاضي و بغض النظر عن درجته لا بد عليه أن يحكم في القضايا المعروضة عليه و إلا كان منكرا للعدالة و لو لم يوجد نص قانوني، و هذا يعني أنه يجتهد بالمفهوم الموضوعي للاجتهاد.

و في غياب تقييد للنص المطلق الوارد في المادة 179 من الدستور يعتبر القاضي هنا أيضا مجتهدا من الناحية الشكلية إذ أن النصوص السابقة تشير إلى أن المحكمة العليا تقوم أعمال المحاكم و المجالس القضائية و لو كانت اجتهادا بالمفهوم الموضوعي لعمومية النص و إطلاقه، و أيضا الفقرة الثانية من نص المادة 179 أتت بان المحكمة العليا توحد الاجتهاد، و مصطلح التوحيد يعني التعدد و التشتت و الاختلاف و هذا لا يكون إلا إذا أقررنا بالاجتهاد لغير المحكمة العليا.

وبالنتيجة وجب القول أن مقتضى المادة 179 من الدستور هو الاعتراف موضوعيا و شكليا للمحاكم و المجالس القضائية بالاجتهاد.

فهل يوجد ما يقيد هذا المطلق؟.

إن النص الثاني الذي تناول مسألة الاجتهاد القضائي نص المادة 18 من القانون العضوي 12/11 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا و اختصاصاتها[14] ، حيث جاء في هذه المادة ما يلي: ..تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي".

إن استنباط حكم هذه المادة يكون وفقا لقواعد استنباط الأحكام و ضوابطه و عليه يجب القول:

*أن نص هذه المادة مقيد و ليس مطلق من حيث موضوعه، فهو يشمل تغيير الاجتهاد القضائي.

إن تغيير الاجتهاد القضائي معناه وجود اجتهاد قضائي، و لا يوجد أي نص يقيد الاجتهاد القضائي من الناحية الشكلية بضرورة صدوره عن المحكمة العليا، و لا يوجد أيضا ما يقيده بوجوب أن يكون صادرا من الغرف المجتمعة.

ولا يجوز إطلاق النص المقيد في علم استنباط الأحكام من النصوص.

وعليه يبقى الاجتهاد القضائي على إطلاقه من الناحية الشكلية و الموضوعية، و يقيد تغيير الاجتهاد القضائي بضرورة صدوره عن الغرف المجتمعة.

ويؤيد هذا الطرح ما جاء في نص المادة 60 من النظام الداخلي للمحكمة العليا[15]، التي جاء فيها " تنعقد الغرف المجتمعة كذلك عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن احدى غرف المحكمة العليا تغيير اجتهاد قضائي....".

إن عبارة كذلك مربوطة بما جاء في نص المادة 59 التي نصت على انعقاد الغرف المجتمعة بأمر من الرئيس الأول، في حين أعطت الحق في المادة 60 لرئيس أحدى الغرف اقتراح اجتماع الغرف المجتمعة.

غير أن الاجتهاد القضائي المقصود في نص المادة 18 السالفة الذكر ليس بمدلوله المطلق و إنما له مدلول مقيد يتعلق بالاجتهاد الصادر عن المحكمة العليا جمعا بين النصوص القانونية.

و سأبين ذلك كما يلي:

-لا يدخل اجتهاد المحاكم و المجالس القضائية ضمن الاجتهاد المقصود في المادة 18 ، لأن هذا الاجتهاد لا يخضع للتغيير بل يخضع للتقييم أو للتوحيد أو إليهما معا.

فإذا كان صادرا من جهة قضائية واحدة خضع للتقييم و بالتالي إما ترفضه المحكمة العليا و تجتهد هي، و إما تتبناه و يعتبر أيضا اجتهادا لها.

و أما إذا كان الاجتهاد صادر من جهات مختلفة(أي عن محاكم أو مجالس مختلفة، لأن غرف المحكمة العليا تخضع لأحكام أخرى) و لكن كان موحدا فيخضع للتقييم وفق نفس الفرضيات الواردة في الفقرة السابقة، أما إذا كان مختلفا أو متناقضا فإنه يخضع كله للتقييم فيستبعد كله و هنا تجتهد المحكمة العليا في تلك المسألة اجتهادا أصيلا، أو تتبنى بعضه و هنا تجتهد المحكمة العليا اجتهاد مبنيا على اجتهاد سابق لجهة قضائية أدنى .

وفي جميع الحالات السابقة تنقطع الاجتهادات الأدنى و نعتمد اجتهاد المحكمة العليا.

إذن ربط الاجتهاد بضرورة صدوره عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا هو إطلاق لمقيد و تعميم لخاص لا يجوز في علم تطبيق القانون.

إن النص الثالث لم يتناول مصطلح الاجتهاد القضائي كلفظ و لكن يمكن اعتباره قد تبناه كفحوى و القانون يطبق في لفظه أو في فحواه.

حيث جاء في نص المادة 16 من القانون العضوي 12/11 ما يلي" تكون الإحالة على الغرف المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلقت أو من شأنها أن تتلقى حلولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر".

إن عبارة حلول تتضمن حالة ما إذا كانت تلك الحلول اجتهاد قضائي، و عليه في حالة ما إذا صدر عن غرفتين أو أكثر اجتهادات متناقضة أو من شأن ذلك أن يحدث تجتمع الغرف المختلطة لتوحيد ذلك الاجتهاد.

هنا الأمر ذلك مقيد من حيث الجهة المجتهدة و من حيث سبب الاجتهاد.

فمن حيث الجهة المختصة ابتداء هي الغرف المختلطة(الغرف التي تناقضت أو من شأنها أن تتناقض).

و من حيث السبب هو وجود حلول متناقضة صادرة من غرف المحكمة العليا و ليس من جهات أدنى، و هذا يعني ما يلي:

-أن التناقض في الاجتهاد بين الجهات الأدنى تقوم المحكمة العليا بتوحيده والاختصاص يؤول في ذلك إلى الغرفة المختصة بالنظر في القضية(مدنية، جزائي، شؤون أسرة...) لا الغرف المجتمعة و لا الغرف المختلطة.

-أن الغرف المختلطة تختص في التناقض الحاصل بين غرف المحكمة العليا.

ونشير أن المادة 18 السابقة الذكر قد أعطت اختصاص توحيد الاجتهاد القضائي، في حالة اخفاق الغرف المختلطة للغرف المجتمعة.

إذن و بالنتيجة فإن الاجتهاد القضائي يوزع بحسب الاطلاق أو التقييد كما يلي:

1ـ إلى الجهات القضائية الأدنى و لكن و لأنها تخضع في ذلك إلى تقويم المحكمة العليا، فإنه و من الناحية الشكية يزول و يختفي اجتهادها إما برفضه من المحكمة العليا أو بتبنيه و يصبح ينسب إلى المحكمة العليا لا إلى الجهة الأدنى.

2- إلى المحكمة العليا بحسب كل غرفة في إطار اجتهاد أصيل في اختصاصها أو عند تقويمها لأعمال الجهة الأدنى كما ذكرت في الفقرة السابقة.

إن ما يؤيد هذا القول و لو كقرائن اعتماد المحكمة العليا في تبويب المجلة القضائية، على وضع ما يصدر عن الغرف المنفردة ضمن عنوان أكبر هو الاجتهاد القضائي[16]. و أيضا إصدار أعداد خصة و عنونتها بالاجتهاد القضائي لغرفة معينة و ليس للغرف المجتمعة، مثلا غرفة الأحوال الشخصية و الغرفة العقارية[17].

3- إلى الغرف المختلطة بالمحكمة العليا في حالة تناقض أو احتمال التناقض بين اجتهادات غرف المحكمة العليا .

4- إلى الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا في حالتين هما:

- حالة تغيير اجتهاد قضائي سابق، و عليه لا يمكن لغير الغرف المجتمعة تغيير اجتهاد سابق سواء كان صادرا عن غرفة واحدة أو عن غرف مختلطة.

- حالة اخفاق الغرف المختلطة في توحيد الرأي حول مسألة تناقضت فيها الغرف المعنية، و هنا نكون أمام اجتهاد جديد و قد يكون تغيير اجتهاد و هو من صلب اختصاص الغرف المجتمعة.

وهنا يجب إثارة سؤال و هو هل يمكن للغرف المختلطة عند محاولة توحيد تناقض قراراتها فيما بنينها إلغاء اجتهاد قضائي.

أعتقد أنه ليس من اختصاصها ذلك بل في هذه الحالة يجب إحالة المسألة إلى الغرف المجتمعة لأنها صاحبة الاختصاص الحصري في تغيير الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا، في حين أن اجتهاد المحاكم و المجالس يخضع لتقويم الغرف منفردة في المحكمة العليا.

وتجدر الاشارة أن النظام الداخلي للمحكمة العليا في مادته 13 نص على اختصاص قسم الوثائق و الدراسات القانية و القضائية بالمحكمة العليا بفهرسة قرارات المحكمة العليا و اعداد بطاقية الاجتهاد القضائي و عمل على نشرها، كما يتكون هذا القسم من مصلحة تسمى مصلحة متابعة الاجتهاد القضائي و التشريع(المادة 14).و التي أسند إليها وفق المادة 16 اعداد بطاقية حول تطور الاجتهاد القضائي و متابعتها بالتحليل لقرارات المحكمة العليا، و تختص بإصدار فهارس تحليلية مرتبة حسب مواضيع الاجتهاد القضائي. و تقترح تعديل النصوص وفق الاجتهاد القضائي، و هي مصلحة تتكون من عدة مكاتب.

وقد جعلت المادة 22 لمصلحة مجلة المحكمة العليا الاختصاص بنشر الاجتهاد القضائي تخت اشراف رئيس الغرفة.

إن النص على اشراف رئيس كل غرفة على اجتهاد غرفته دليل آخر على أن اجتهاد الغرفة الواحدة معتبر قانونا.

2-2-1 ـ القوة الملزمة للاجتهاد القضائي

إن اعتبار عمل صادر عن جهة قضائية اجتهادا مسألة تختلف عن اعتبار ذلك الاجتهاد ملزما، فهما أمران مختلفان و إن كانا مترابطان.

و في هذا الشأن أعتقد أنه ينبغي التميز من الناحية الشكلية بين عدة اجتهادات قضائية:

أ- بالنسبة للاجتهادات القضائية الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية، لا قوة ملزمة لها لا في مواجهة المحكمة العليا و لا حتى لباقي المحاكم و المجالس القضائية.

فبالنسبة للمحكمة العليا فهي لتي تقوم بتقويم اجتهاد المحاكم و المجالس القضائية، و عليه فلا حجية لتلك الاجتهادات عليها، و هذا أمر منطقي و لا يثير أي نقاش.

و بالنسبة لباقي المحاكم و المجالس أيضا لا حجية لتلك الاجتهادات على اعتبار أن المحكمة العليا تعمل على توحيد الاجتهادات ما يعني أن القانون أجاز التنوع في الاجتهادات على تلك المستويات، و أيضا لا يعد اجتهاد المجلس القضائي ملزما للمحاكم الابتدائية سواء في نفس اختصاص المجلس أو في اختصاصات باقي المجالس.

ب - بالنسبة للاجتهادات الصادرة عن المحكمة العليا بأحد غرفها، هذه الاجتهادات تخضع لمقتضيات المادة 179من الدستور التي جاء فيها "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية و المحاكم

...تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون".

إن مقتضى هذه المادة الدستورية هو ضرورة احترام الجميع لاجتهادات المحكمة العليا و عدم تجاوزها، إذ لا يمكن توحيد الاجتهاد القضائي من قبل المحكمة العليا مع عدم إلزام احترام الجميع لاجتهاداتها خاصة المجالس القضائية و المحاكم، والقاعدة : ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب" و الواجب هو توحيد الاجتهاد من قبل المحكمة العليا و ما لا يتم هذا الواجب إلا به هو إلزام الجميع باجتهاد المحكمة العليا.

وعليه تكون المحاكم و المجالس القضائية ملزمة باجتهاد المحكمة العليا و أي مخالفة لذلك الاجتهاد يشكل مخالفة لمقتضيات المادة 179 من الدستور، و مخالفة لنص المادة 18 من القانون 12/11.

إن المادة 18 المذكورة أعلاه أعطت الاختصاص في تغيير الاجتهاد القضائي للغرف المجتمعة للمحكمة العليا، و أن عدم احترام المجالس و المحاكم لاجتهاد المحكمة العليا سيضفي إلى تغيير في اجتهادها و يؤدي إلى تجاوز قواعد الاختصاص من المحاكم و المجالس القضائية.

و ينسحب هذا الحكم إلى غرف المحكمة العليا منفردة أو مختلطة، فهي لا تملك حق تغيير الاجتهاد القضائي و فقا للمادة 18 السالفة الذكر، إذ أن اختصاص تغيير لاجتهاد القضائي هو حصريا للغرف المجتمعة على خلاف إنشاء اجتهاد قضائي جديد فيكون للغرف منفردة أو مختلطة، بل و يكون حتى للمحاكم و المجالس القضائية و لكن مع التأكيد أن اجتهاداتها غير ملزمة و لا تصبح ملزمة إلى إذا أقرتها المحكمة العليا، فمصدر إلزامها هو المحكمة العليا.

أما بالنسبة للغرف المجتمعة فإنها الوحيدة التي لا تتمتع أمامها الاجتهادات القضائية بقوة ملزمة، حيث لها اختصاص تغييرها و لو كانت صادرة من قبل عن الغرف المجتمعة.

أما بالنسبة لإجتهادات الغرف المجتمعة فإنها ملزمة للجميع فهي طالما تختص بتغيير الاجتهاد القضائي فإنها تنشئ في نفس الوقت إجتهادا ملزما للجميع طالما كان الاجتهاد سليم و إلا كان على الغرف المجتمعة تغيير ذلك الاجتهاد و لو أنه كان صادرا منها ابتداء.

و هنا تظهر إشكالية مردها إلى القول بأن إجتهادات المحكمة العليا ملزمة .

إن هذا الوضع و بعيدا عن الشكليات يفيد أن المحكمة العليا قد أنشأت قواعد قانونية و لو أنه من الناحية الشكلية هي اجتهادات قضائية، و لكن ينبغي تغليب الفحوى عن الشكل.

إن الأحكام القضائية و إن كانت في الأصل تحويل للنص أو الحكم القانوني من العمومية و التجريد إلى التخصيص و التعيين فإنها في حالة الإجتهاد تتجاوز هذا المعنى إلى إنشاء حكم قانوني يتمتع بالعمومية و التجريد و الإلزام أيضا و إن إرتبط الإنشاء بوقائع بعينها و أشخاص بذواتهم، فإن الإلزام يرفع ذلك التخصيص و يجرد الحكم من التعيين فيصبح عاما و مجردا.

إن هذا الوضع يثير إشكال حول رقابة الإجتهادات القضائية الملزمة التي ستصبح بهدا المعنى منشئة لأحكام قانونية.

قد لا يثور الإشكال كثيرا بشأن الإجتهادات التي تصدر عن غرفة واحدة أو حتى الغرف المختلطة لأنه من اختصاص الغرف المجتمعة إلغاءها إذا رأت أن الإجتهاد غير سليم.

و حتى هنا فإني أعتقد أن آليات تحرك الغرف المجتمعة لتغيير الإجتهاد غير كافية و يجب توسيعها، و هنا أقترح منح المحامين على اعتبارهم جهة دفاع تسعى إلى التطبيق السليم للقانون (ـ نظريا و على اعتبار ما يجب أن يكون ـ) الحق في إخطار الغرف المجتمعة بشأن إجتهاد غير سليم إلى جانب التدخل التلقائي للغرف المجتمعة وفق الإجراءات المقررة قانونا.

و هنا الإجتهاد يصبح للغرف المجتمعة.

و بشأن إجتهادات الغرف المجتمعة و التي أرى أنها ملزمة فإنه أيضا ينبغي إيجاد آلية لرقابتها خاصة أنها في النهاية هي إنشاء لقواعد قانونية من سلطة غير مختصة في الأصل في إنشاء القانون.

و عليه فإني أقترح أن تخضع إجتهادات الغرف المجتمعة إلى آلية الرقابة الدستورية و التي تعود إلى إختصاص المحكمة الدستورية.

و في إطار آلية نقل المسألة إلى المحكمة الدستورية فإني أقترح أن تكون هي نفسها آلية الدفع بعدم دستورية القوانين بنفس إجراءاتها و شكلياتها.

و عليه فإني أقترح تعديلا دستوريا بهذا الشأن فلا يمكن الإعتراف في الدستور بإلزام إجتهادات المحكمة العليا و أيضا مجلس الدولة ثم عدم اخضاعها لدستورية القوانين، فلا يجوز إعطاء تلك الإجتهادات حصانة أقوى من النصوص القانونية و التي هي صادرة من جهة مختصة في الأصل في حين أن الإجتهادات القضائية صادرة عن سلطة غير مختصة بإنشاء القانون في الأصل.كما أقترح تعديل القانون المنظم للمحكمة العليا و إدراج حق المحامين في إخطار الغرف المجتمعة بشأن إجتهاد قضائي صادر عن غرفة منفردة أو غرف مختلطة، و ليس هناك ما يمنع منح هذا الحق أيضا للنقابا أو الغرف المهنية إذا تعلق الإجتهاد بتلك الفئات كأن يتعلق بقانون التوثيق أو بمهنة الموثق عموما فتمنح الغرفة الوطنية للموثقين الحق في إخطار الغرف المجتمعة.

2- ضوابط الاجتهاد القضائي – دراسة تأصيلية إسقاطية –

إن الضوابط الموضوعية للاجتهاد عديدة و متعددة لا يتسع المجال الكمي لهذا البحث لشرحها و عليه سأتوقف عند تعدادها دون شرح، غير أني سأورد بعض اجتهادات القضاء ضمن بعض الضوابط التي أعتقد أنها تندرج ضمنه.

يمكن تقسيم هذه الضوابط إلى صنفين، الأول يتعلق بتقنيات استنباط الأحكام من النصوص القانونية على عمومها واضحة أو غامضة و الثانية تتعلق بمبادئ التفسير و ضوابطه وهذا في حالة غموض النص.

1.2. ضوابط استنباط الأحكام من النصوص القانونية

إن عملية استنباط الأحكام عملية في غاية الدقة لذلك على المطبق الإلمام بتقنياتها وضوابطها و إلى خالف النصوص القانونية، فهي معتبرة عند وضوح

النص و عند غموضه أيضا، و هذه التقنيات و الضوابط يمكن توزيعها ضمن أصناف مختلفة وفق الآتي:

2-1-1- تقنيات تطبيق القانون المستمدة من طبيعة النص:

*احترام قاعدة أن الخاص يقيد العام و لا يلغيه.

*احترام قاعدة عدم تعميم الخاص.

*احترام قاعدة عدم جواز تقييد المطلق إلا بنص أو لمقتضى النظام العام.

و في هذا الشأن أعتقد أن اجتهاد المحكمة العليا الذي رفض دعوى الخلع قبل الدخول[18] هو اجتهاد خاطئ لأنه قيد نص مطلق من حيث الزمان دون نص مقيد أو مقتضى النظام العام، فالمادة 54 قانون الأسرة[19] جاء فيها" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها..."، فالمادة مطلقة غير مقيدة بزمان معين فلا يجوز تقييدها إلا بنص أو لدواعي حماية النظام العام، لأن تقييدها هو تعديل لها و إلغاء لها في مجالات زمانية على خلاف ما أراده واضع القانون، و ليس للقاضي حق تعديل النصوص التشريعية.

و إذا كان البعض يستند لكون الواقعة التي أقر فيها الرسول صلى الله عليه و سلم الخلع قد وقعت بعد الدخول، فإن ربط الحكم بسبب ورود هذا الحديث يشكل خطأ في علم أصول الفقه، حيث يرى المختصون في هذا العلم أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب عند استنباط الأحكام، كما أن ربط الخلع بضرورة الدحول للوجود احتكاك بين الزوجين و الوصول إلى دم امكانية الاستمرار مردود، فهذا يمكن تحققه حتى قبل الدخول سيما في عصرنا الحالي، و الحكمة المعتبرة ما حددها النص بمضمونه و ليست ما استنتجت من غيره.

*احترام قاعدة عدم إطلاق المقيد و عدم التوسع في تطبيقه.

2-1-2- تقنيات تطبيق القانون المرتبطة بمضمون النص:

و تشمل قاعدة عدم التزيد في تطبيق النص بإضافة أحكام أو شروط لا يتضمنها النص لا لفظا و لا فحوى، مع مراعاة مقتضيات طبيعة النص الذي قد يكون مجملا يقتضي التفصيل وفقا لما هو مقرر في علم تطبيق القانون.

إن هذا القيد في اعتقادنا تم تجاوزه في بعض اجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتقدير نشوز الزوجة.

لقد اضطرد موقف القضاء في اشتراط اعتبار الزوجة ناشزا أن يصدر حكما قضائيا نهائيا برجوعها و تمتنع عن تنفيذه بعد السعي لذلك من الزوج وفقا للإجراءات القانونية المقررة.

حيث جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/5/5 في الملف رقم 41718 أنه في حالة امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام اصبحت نهائية يعتبر نشوزا و بالتالي تفقد حقوقها من نفقة و غيرها.

كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر في 1984/7/9 في الملف رقم 33762 ان سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون الا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها.إن الوقوف عند إرادة واضع القانون مسألة لازمة إذ أن النص القانوني يعبر عن ارادة من وضعه و بالتالي يجب أن يتوقف عند إرادته سواء كانت واضحة ظاهرة أو غامضة خفية، ففي الحالة الأولى تظهر الإرادة من خلال دلالة الألفاظ و في الحالة الثانية يبحث عنها من خلال ما يحيط بالنص كما تم بيانه في عملية التفسير.

إن عملية التفسير ليست إنشاء لحكم قانوني بل هي بحث و استنباط لحكم في إطار إرادة من وضع القانون، فتجاوز تلك الإرادة يشكل تزيدا على النص بإنشاء حكم ليس فيه.

إن التمعن بدقة في نص المادة 55 من قانون الأسرة التي جاء فيها " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر"، يتبين أن حالة النشوز مطلقة غير مقيدة بحالة بعينها.

إن ربط نشوز الزوجة و تقييده بحالة امتناعها عن تنفيذ حكم الرجوع هو تزيد في تطبيق النص لا مبرر له و هو تقييد لمطلق دون مبرر. فعبارة النشوز جاءت مجملة من جهة و مطلقة من جهة أخرى.

إن إجمال عبارة النشوز و إن كانت تقتضي التفصيل فتفصيلها إما في التقنين أو في المصادر الرسمية للتقنين، و على اعتبار أن التقنين لم يفصل فوجب الرجوع إلى الشريعة الاسلامية للتفصيل.

كما أن إطلاق عبارة النشوز تقتضي عدم تقييدها إلا بنص أو لدواعي النظام العام، و هما الغائبان في هذه الحالة، و لو كان التقييد موجودا في أحكام الشريعة لكان مبررا على القول بأن النص مجمل غير مفصل يقتضي تفصيله الرجوع إلى المصدر الموالي وهو الشريعة الاسلامية ، خصوصا أنها المصدر المادي أيضا.

لم نجد في الشريعة الإسلامية ما يربط النشوز بضرورة صدور حكم و الامتناع عن تنفيذه، و عليه فالإجتهاد هنا قد خالف نص المادة 55 و خالف نص المادة 222 من قانون الأسرة، كما ان إطلاق النص يلزم القاضي بتطبيقه على ذلك الإطلاق إلا إذا وجد نص يقيده، و النص المقصود هو الذي يصدر بنفس قوة النص المطلق تضمينا أو إحالة أو يعلوه ، أو أن التقييد يكون لدواعي النظام العام، أو أن التفصيل و التوضيح كان في المصدر الموالي للنص القانوني و لا أرى أي مساس بالنظام العام في إطلاق النص، لا تقييد في الشريعة.

فإطلاق النص يقتضي إلى جانب عدم تقييده بشروط لا يتضمنها النص أو النظام العام عدم تقييد مجاله أيضا، فالنشوز يجب ان يأخذ بإطلاقه ليشمل كل اخلال بالالتزامات الأسرية من الزوجة و ليس امتناعها عن الرجوع فقط، فالنشوز قد يكون النشوز محققا و هي في بيت الزوجية كما قرر فقهاء الشريعة الاسلامية و هو مقتضى اطلاق النص.

إن صعوبة إثبات النشوز لا يؤدي إلى إلغائه، بل ما أثبت طبق عليه الحكم، و مالم يثبت يعد في حكم غير الموجود، وإذا أردنا تحديد حالات النشوز فلا يحددها القاضي بل يحددها القانون بمختلف مصادره.

واجتهاد القاضي لا يعني ابتداء إنشاء أحكام قانونية بل يعني ايجاد حكم في ظل النص الموجود أو في ظل مصادر القانون المختلفة، كما أن الكيل بمكيالين في تطبيق النص الواحد هو أيضا عيب في التطبيق، فلماذا نطلق نشوز الرجل و نقيد نشوز المرأة في حالة خروجها من البيت و عدم تنفيذها لحكم الرجوع، مع أن كلا النشوزين واحد، بل أن النص جاء فيه " عند نشوز أحد الزوجين ". فحتى اللفظ واحد، فإما مطلق في الحالتين و إما مقيد في كليهما.،و إذا قيدنا أحدهما فيجب أن يكون لمقتضى والذي هو إما النص المقيد أو النظام العام، وعليه فيجب مواءمة الاجتهاد بمقتضيات النصوص. و ليس العكس .

2-1-3- تقنيات تطبيق القانون الخارجة عن النص:

و تشمل:

*قاعدة لا استثناء إلا بنص.

*قاعدة استصحاب الأصل) لزوم تفسير النص الغامض و تطبيقه لمصلحة الأصل لا لمصلحة الاستثناء).

* قاعدة أن من يدعي الأصل لا يحتاج إلى إثبات و أن من يدعي خلافه ملزم بالإثبات.

*قاعدة تقدير الاستثناء بقدره و عدم جواز التوسع في القياس عليه في المسائل المدنية ، أو منعه في المسائل الجزائية.

*قاعدة مراعاة أهداف النص المسطرة صراحة أو ضمنا عند التطبيق.

2-2 - تقنيات التفسير (البحث عن الفحوى):

إن عملية تفسير النص لا بد من خضوعها لضوابط و تقنيات إذا تم مخالفتها كان التفسير باطلا و مخالفا للقانون وجب استبعاده، و هذه الضوابط نوردها كما يلي:

2-2-1- احترام النظام العام عند التفسير:

وفي هذا الشأن أثمن بعض الاجتهادات القضائية التي و إن لم تصرح بأن مردها إلى احترام النظام العام فقد جاءت مجسدة له.

حيث أثارت صياغة المواد المتعلقة بالطلاق بإرادة الزوج عديد الخلافات و عديد الإشكالات طالت حتى موقف القضاء من المسألة، و سأورد مختلف الاشكالات و أبرز فيها موقف القاضي مع بيان هل يعتبر وقفه اجتهادا ام مجرد تطبيق للقانون، و هل وفق في اجتهاده إذا كنا أمام اجتهاد.

لقد إشتد الخلاف حول طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين من يعتبره كاشفا و بين من يعتبره منشئا[20].

إن هذا الخلاف ليس هو المعتبر في بحثنا بل أن ما يهمنا هو موقف القضاء.

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله

ومتى تبين – في قضة الحال – أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم

و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"[21] .

أعتقد أن موقف القاضي السابق يشكل اجتهادا قضائيا من حيث الموجب و من حيث الضوابط و من حيث الشكل.

ذلك أن نص المادة 49 يعتريه الكثير من الغموض سواء من حيث دلالة المصطلحات أو التناقضات التي اسم بها، ما يجعل موقف القاضي اجتهادا يبرره غموض النص.

أما من حيث الضوابط ففي تقديري أن القاضي احترم ضوابط التفسير، خصوصا ضابط النظام العام و ضابط احترام المصدر المادي لقانون الأسرة، حيث اعتبر ضمنا و ليس صراحة الحكم كاشف و ليس منشئ و ذلك من خلال عبارة " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة".

إن الاعتراف لإرادة الزوج بإيقاع الطلاق هو تقرير بأن الارادة هي التي أنشأت الطلاق و هو تعبير ضمني على أن الحكم كاشف و ليس منشئ، فلو كان منشئا لما أحدثت الارادة الطلاق، بل يحدثه و ينشئه الحكم.

ومن الناحية الشكلية فقد عبرت عن قناعتي وفقا لما قدمته من حجج أن الاجتهاد القضائي لا يشترط القانون أن يكون صادرا من الغرف المجتمعة كما يرى البعض، و عليه فإن موقف القاضي السابق يشكل اجتهادا قضائيا متكامل الأركان و الشروط في اعتقادي.

و في موقف آخر قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 16 فبراير 1999" متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين و أن لمجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين و بالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، و عليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون".

إن هذا الموقف يشكل اجتهادا صائبا راعى فيه القاضي ضوابط الاجتهاد و مقتضياته، و تفادى كل الاشكالات الناتجة عن غموض النص.

وفي هذا الشأن أبدي معارضتي لرأي القائل أن القرار السابق يتعارض مع قرار آخر[22]، و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 25 ديسمبر 1989، حيث تضمن القرار " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي".

إن ما جاء في القرار في اعتقادي لا يتناقض مع سابقه ذلك أن القرار الثاني ذكر بمضمون المادة 49 بألفاظها لا غير و أن هذا لا يشكل أصلا اجتهاد، في حين أن الثاني تجاوز الألفاظ إلى فحوى يحقق المطلوب من النص في ظل احترام ضوابط التفسير و الاجتهاد و هو بذلك يشكل اجتهادا قضائيا.

إن الخلل في اعتقادي مع احترام الجميع خاصة السابقين من أهل الفقه القانوني و مع حفظ المراكز لهم يعود إلى الخلط بين بعض المسائل و هي:

إن إثبات الطلاق يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى و هي مرحلة اثبات الزوجين أو أحدهما أو من يتمسك بالطلاق لذلك الطلاق أمام القاضي و هو يخضع لأحكام إثبات الطلاق الواردة في الشريعة الاسلامية على اعتبار عدم وجود النص القانوني.

حيث يثبت الطلاق في هذه الحالة و عند النزاع وجود الطلاق فعلا(أي حدوث قبل اللجوء إلى القضاء) إما بالإقرار[23] أو شهادة الشهود أو اليمين وفقا للأحكام المقررة شرعا.

أما المرحلة الثانية فتتعلق بالتمسك بالطلاق و آثاره و هنا يتعلق الأمر بإثبات الطلاق أمام الجميع بما في ذلك القضاء و الإدارة ممثلة خاصة في مصلحة الحالة المدنية و الكافة من الناس و الزوجين فهنا لا بد من صدور حكم قضائي فالتمسك بالطلاق و آثاره لا يكون إلا بعد صدور الحكم و لكن إذا أثبت الطلاق بالحكم سرى من يوم وقوعه لأن الحكم للإثبات لا للإنشاء.

و عليه فإني أعتقد أن القول الذي يدعو إلى استبدال عبارة "يثبت" بعبارة "يقع" [24]يشكل في أثاره (بعيدا عن الحكم على نية صاحبه التي قد تكون حسنة)

إلى المساس بالنظام العام الحقيقي لما يشكله من اصطدام واضح بين هذا الحكم و المقتضيات الشرعية و الاجتماعية أيضا، و التي تعتبر أعلى مراتب النظام العام.

كما نورد في شأن النظام العام ما جاء في قرار للمجلس الأعلى" من المقرر شرعا أن الطلاق الذي يقع صحيحا بين الزوجين لا تتم المراجعة فيه إلا برضا و طلب الزوج و في المدة المقررة للمراجعة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[25].

إن هذا القرار صادر بتاريخ ، بتاريخ 1987/06/01، أي بعد صدور قانون الأسرة.

إن مقتضى الاجتهاد موجود و هو الخلاف حول أحكام المراجعة الواردة في المادة 50 من قانون الأسرة و ربطها من خلال اللفظ بمدة الصلح و ما ترتبها عنها من آثار كارثية لو طبقت بألفاظها، غير أن المتمعن لاجتهاد المجلس الأعلى يلاحظ أن المجلس راعى ضوابط الاجتهاد سيما مراعاة مقتضيات النظام العام و أيضا المصدر المادي و المتمثل في الشريعة الاسلامية، فلو أقررنا المراجعة قبل انتهاء مدة الصلح دون عقد جديد رغم انتهاء العدة المقررة شرعا لأهدرنا النظام العام.

إذن مقتضى الاجتهاد هو الآثار الكارثية المرتبطة بالتطبيق اللفظي للنص سيما مخالفتها للنظام العام الحقيقي.

أمام هذا التوجه القضائي في تقويم النص و تجاوز سلبياته أصبح لزاما على المشرع أن يوائم نصوصه و يطورها وفقا لهذا المنحى التقويمي و أن يتجاوز الدلالات السيئة للألفاظ و للصياغة الموجودة في النص الحالي.

إن ما يؤيد توجه القاضي الاجتهادي في اعتبار الحكم كاشف و ليس منشئ هو قرار المحكمة العليا بتاريخ 1998/02/17، ملف رقم 176551،

الذي جاء فيه" من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاثا مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء،

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من قانون الأسرة و طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعنّ.

لقد سار هذا الموقف على نهج الاجتهاد القضائي باعتبار الحكم كاشف ، حيث أنه اكتفى بالطلاق الصادر من الزوج لرفض الرجعة دون أن يشترط صدور حكم بذلك، و إذا كان هذا الموقف مجرد تطبيق لحرفية المادة 57 إلا أنه يدعم الاجتهاد السابق.

-2-2-2- احترام المبادئ الدستورية التني يخضع لها النص المفسر

3-2-2 احترام اجتماعية القاعدة القانونية

4-2-2 احترام المصدر المادي للنص المفسر

5-2-2 احترام المصادر الرسمية الموالية للنص المفسر

6-2-2- احترام المقتضيات اللغوية و عدم الانحراف عليها كلية.

و نذكر أن النظام العام في اعتقادنا هو أعلى المراتب التي على المفسر احترامها، بدليل أن حتى الدستور يعطل و يجمد في حالات و أن المقتضى دائما هو حماية النظام العام بشقيه، أي سواء تعلق بحماية الدولة ككيان سياسي أو حماية المجتمع.

خاتمة:

إن الهدف من التنظير لأي ظاهرة هو اسقاطها عمليا على مقتضياتها و الاستفادة منها تطبيقيا، و الاجتهاد القضائي علم و عمل قضائي لا بد من الاحاطة به و التنظير له.

إن عملية التأصيل لهذا العلم أضفى لدينا لنتائج أهمها

1- إن الاجتهاد القضائي بأحكامه و ضوابطه مؤثر في بعدين، البعد القضائي المرتبط باجتهاد القضاء الذي يظهر من خلال بعض الأحكام القضائية، و البعد التشريعي الذي يظهر من خلال تطور التشريع متأثرا بمضامين الاجتهادات القضائية.

2- إن إسقاط التنظير على التطبيق يراد منه دراسة الملاءمة بينهما و تأثيرهما على تطور التشريع و جودته و هو المراد من هذا البحث. فإذا كان القاضي ملزم بإرادة المشرع فإن المشرع غير ملزم برأي القاضي، غير أنه قد يتأثر به و باجتهاداته عند وضعه أو تعديله للقانون عمليا، و إن لم يكن في الحقيقة فإنه ينبغي أن يكون، فالقاعدة القانونية قاعدة واقعية و قد يكون القاضي أقرب للواقع و مشاكله من المشرع لذلك كان على المشرع أن يستفيد منه عند سنه النصوص القانونية أو عند تعديلها.

3- أن الاجتهاد يخضع لضوابط لا ينبغي تجاوزها

4- إن الوصول لرأي بشأن الاجتهاد القضائي و إلزاميته لا ينبغي أن يكون من منطلق الاتباع المطلق بل ينبغي أن يخضع للتمحيص و التدقيق و التحليل.

إن هذه النتائج حتمت علينا التوصيات التالية:

1- نقترح تخصيص مقياس يدرس في كليات الحقوق و المدرسة العليا للقضاء و مدار سالمحامين و الموثقين و المحضرين يتضمن آليات استنباط الأحكام من النصوص و تفسيرها.

2- نقترح توضيح مدلول الاجتهاد القضائي و إلزاميته بنصوص قانونية تضمن إما في الدستور أو في القوانين الاجرائية.

كما نقترح تضمين الدستور إخضاع الإجتهادات القضائية الصادرة عن الغرف المجتمعة إلى الرقابة الدستورية من المحكمة العليا ، كما نقترح إعتماد آلية الدفع بعدم دستورية القوانين في هذا الشأن و ليس هناك ما يمنع منح الإخطار لرئيس المحكمة العليا أو رئيس مجلس الدولة (إذا كان الاجتهاد صادر عن مجلس الدولة).

نقترح تضمين القانون المنظم للمحكمة العليا (أو لمجلس الدولة أيضا) حق المحامين أو التوسيع لممثلي بعض المهن التي قد تكون معنية بالإجتهاد في إخطار الغرفة المجتمعة بشأن إجتهاد صادر عن غرفة منفردة أو غرف مختلطة يرونه غير سليم، أما قرار الغرف المجتمعة و لو كان صادرا بعد إخطارها فقد بين الإقتراح بشأنه.

3- نقترح توسيع تنظيم تظاهرات علمية لمناقشة الموضوع و اثرائه قبل الفصل القانوني فيه.

4- العمل على توحيد آليات الاجتهاد و ضوابطه لتفادي أكبر قدر ممكن من التناقض و الاختلاف .

قائمة الهوامش:

[1] ـــ أنظر ط د زينة عبد الحكيم عبد الرضا، و أ د حيدر فليح حسن، الاجتهاد القضائي و ضوابطه، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، الجزء الثالث ، المجلد 36، كانون الأول، العراق، 2021- ص 782.

[2] ـــ بوعلالة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي (أحكام لأسرة في التشريع الجزائري نموذجا)، جامعة وهران، أحمد بن بلة، كلية العلوم الانسانية و العلوم الاسلامية، تخصص شريعة و قانون، 2018/2017، ص 111.

[3] ـــ بوبشير محند أمقران،تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، المجلد 42، العدد الثاني، سنة 2004، ص155.

[4] ـــ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، في العلوم الاسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 231.

[5] ـــ أ د الغوثي بن ملحة، أفكار عن الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية ، العدد الأول 2000، المحكمة العليا،قسم الوثائق،طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000 ص 43.

[6]- أنظر في ذلك : بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 155.

[7]ـ علال طحطاح، ضوابط تطبيق القانون ، حالة التعارض بين النصوص ـ ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 12، العدد 02، ص 893.

[8]ـ اعتقد جازما أن القانون المدني لا يطبق على أحكام قانون الأسرة مالم توجد إحالة إليه من تقنين الأسرة و غياب ذلك يؤدي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية تجسيدا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، لكن الإستناد إلى مضمون المادة الاولى من القانون المدني جاء على اعتبار أن هذه المادة تؤسس لمبدأ عام لتطبيق القانون، و أن تضمين مبدأ في نص قانوني لا يلغيه كمبدأ الذي يطبق على اعتباره مبدأ و قاعدة عامة.

[9]ـ دستور الجزائر، الجريدة الرسمية العدد 82، في 15 جمادي الأولى عام 1442 ه، الموافق 30 ديسمبر سنة 2020 م.

[10]ـ أ د الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 57.

[11]ـ علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية و حتمية التفسير، مجلة صوت القانون، االعدد الثاني، أكتوبر 2014، ص 45.

[12]ـ علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية و حتمية التفسير، المرجع السابق، ص 49.

[13]ـ أ د الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، 46.

[14]ـ قانون عضوي رقم 12/11 ، مؤرخ في 24 شعبان 432 الموافق 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا و اختصاصاتها، جريدة رسمية العدد 42، في 29 شعبان 1432ه الموافق 31 يوليو 2011م، ص 02.

[15]ـ النظام الداخلي للمحكمة العليا، المصادق عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 20 محرم عام 1435 الموافق 24 نوفمبر سنة 2013، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 34، في 18 شعبان عام 1435ه الموافق 16 يونيو سنة 2014، ص04

[16]ـ أنظر مثلا مجلة المحكمة العليا، السنة 2004، العدد الثاني ، حيث ورد في الفهرس مايلي ، ثانيا من إجتهادات المحكمة العليا، 1ـ الغرفة المدنية...4ـ الغرفة العقارية...

[17]ـ أنظر مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق 2004.و أنظر أيضا، المجلة

القضائية، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية لسنة2001.

[18]ـــ قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 256853، عن طيب قبايلي، الخلع في القانون و القضاء الجزائريين، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 17، العدد01، السنة 2022، ص 148(160/142).

[19]ـــ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005).

[20]ـــ علال طحطاح، دراسة نقدية تقويمية لنص المادة 49 من قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، المجلد الرابع، العدد 03، من الصفحة 271 إلى الصفحة 291.

[21]ـــ قرار المحكمة العليا تحت رقم 223019 الصادر بتاريخ 1999/06/15 المجلة القضائية، عدد خاص بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية لسنة2001، ص 104.

[22]ـــ أ د تشوار الجيلالي، بعض المأخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، المجلد الخامس، العدد09، 2004، ص 196.

[23]ـــ ويجب التوضيح فقط، إن إقرار الزوج بالطلاق لا ينتج الطلاق إلا من تاريخ الإقرار و لو أسنده إلا تاريخ لاحق، هذا الإسناد لا بد أن يدعم بأدلة و إلا لا يؤخذ تاريخ الاسناد كتاريخ للطلاق بل يؤخذ بتاريخ الإقرار.

[24]ـ أ د تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص 196.

[25]ـــ قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا)، رقم 45867، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1987/06/01، المجلة القضائية ، العدد الرابع، سنة 1992، ص 54.

قائمة المصادر والمراجع (حسب ترتيب استعمالها).

أولا- الكتب

1ـــ بوعلالة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي (أحكام لأسرة في التشريع الجزائري نموذجا)، جامعة وهران، أحمد بن بلة، كلية

العلوم الانسانية و العلوم الاسلامية، تخصص شريعة و قانون، 2018/2017،
2ـ بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، المجلد 42، العدد الثاني، سنة 2004.
3ـ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، في العلوم الاسلامية، تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة.
4ـ أ د الغوثي بن ملحة، أفكار عن الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية ، العدد الأول 2000، المحكمة العليا،قسم الوثائق،طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، .2000

ثانيا ـ المقالات

1ـ طيب قبايلي، الخلع في القانون و القضاء الجزائريين، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، المجلد 17، العدد01، السنة .2022
2ـ ط د زينة عبد الحكيم عبد الرضا، و أ د حيدر فليح حسن، الاجتهاد القضائي و ضوابطه، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص لبحوث التدريسيين مع طلبة الدراسات العليا، الجزء الثالث ، المجلد 36، كانون الأول، العراق، 2021-
3ـ علال طحطاح، ضوابط تطبيق القانون ، حالة التعارض بين النصوص ـ ، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد 12، العدد 02، ص .893
4ـ علال طحطاح، نص المادة 11 من قانون الأسرة بين ظاهر الصياغة اللفظية و حتمية التفسير، مجلية صوت القانون،العدد الثاني ، اكتوبر 2014.
5ـ أ د تشوار الجيلالي، بعض المأخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، مجلة المعيار، المجلد الخامس، العدد09، 2004، ص 196.

ثالثا ـ المجلات القضائية

1ـ المجلة القضائية، عدد خاص بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مادة الأحوال الشخصية لسنة2001.
2ـ المجلة القضائية ، العدد الرابع، سنة 1992، ص 54.

3ـ مجلة المحكمة العليا، السنة 2004، العدد الثاني.
4ـ المحكمة العليا، عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق 2004.

رابعا ـ النصوص القانونية

1ـ دستور الجزائر، الجريدة الرسمية العدد 82، في 15 جمادي الأولى عام 1442 ه، الموافق 30 ديسمبر سنة 2020 م.
2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانونا للأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005).
3- قانون عضوي رقم 12/11 ، مؤرخ في 24 شعبان 432 الموافق 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا و اختصاصاتها، جريدة رسمية العدد 42، في 29 شعبان 1432ه الموافق 31 يوليو 2011م.
4ـ النظام الداخلي للمحكمة العليا، المصادق عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 20 محرم عام 1435 الموافق 24 نوفمبر سنة 2013، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 34، في 18 شعبان عام 1435ه الموافق 16 يونيو سنة 2014.