تقديم اليوم الدراسي:
" دور التشريع والفقه القانوني والاجتهاد القضائي في تطور القانون"

الأستاذ علي فيلالي، جامعة الجزائر1

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين أما بعد،

السيدة رئيسة مجلس الدولة، السيد محافظ الدولة لدى مجلس الدولة،
السيد الرئيس الأول للمحكمة العليا، السيد النائب العالم لدى المحكمة العليا،
السيد رئيس جامعة الجزائر1،
السيد عميد كلية الحقوق،
زميلاتي وزملائي أساتذة كلية الحقوق،
السيدات والسادة ممثلو المؤسسات العمومية،
السادة الضيوف الكرام،
السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

إنه لشرف عظيم أن أكون من بينكم في هذه التظاهرة العلمية وأن أُكلَّف بإلقاء بتقديم إشكالية هذا اليوم الدراسي، الذي يجمع خيرة رجال القانون في بلدنا هذا.

قد يَتبيَّنُ من القراءة الأولية لعنوان هذا اليوم الدراسي الموسوم بـ **"دور التشريع والفقه القانوني والاجتهاد القضائي في تطور القانون"**، أنّ الموضوع محل البحث لا يثير إشكالات أو تساؤلات قانونية في مستوى الحضور الكريم ولا الهيئات المنظمة لهذا اللقاء العلمي، وذلك بالنظر إلى وضوح الأحكام الدستورية التي لا تدع شكا في دلالتها.

لقد ورد في ديباجة الدستور أنه:" **...** فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية،... يكفل الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة....". وأكدت الفقرة الأولى من المادة 16 من الدستور هاته الفكرة الهامة، حيث تنصت:" تقوم الدولة على مبادئ التمثيل الديمقراطي، **والفصل بين السلطات وضمان الحقوق والحريات..."، كما** تضمّن الباب الثالث من الدستور تحت عنوان **"تنظيم السلطات والفصل بينها"** أربع فصول: خُصص الأول والثاني لكل من رئيس الجمهورية، والحكومة، **أي السلطة التنفيذية،** أما الفصل الثالث تحت عنوان **"البرلمان"**، فتنص مادته الأولى وهي المادة 114 من الدستور: **يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون**....في حين ورد في الفصل الرابع تحت عنوان **"القضاء"** وفي مادته الأولى وهي المادة 163 من الدستور: **" القضاء سلطة مستقلة.... القاضي مستقل لا يخضع إلا للقانون**...".

إنّ المتعارف عليه في الفكر القانوني أن **مبدأ الفصل بين السلطات** له جذور قديمة[1] إذ برز إلى الوجود تبعا لظروف تاريخية تعاقب خلالها على حُكم البُلدان حُكام مستبدون وآخرون أكثر عدلا، فقام المفكر الفرنسي مونتسكيو(Montesquieu) [2] بصياغة هذا المبدأ -وهو من مبادئ الديمقراطية وهي أيضا صورة من صور الحكم في العصر الحديث[3]- في كتابه روح الشرائع[4](Esprit des lois). أما المقصود به فهو الفصل بين وظائف الدولة بغرض وضع **حدّ للاستبداد ومنع التعسفات المرتبطة بالممارسات السيادية لوظائف الدولة**، وكذا ضمان الحريات. وقد تمّ في هذا الإطار التمييز أو بالأحرى الفصل بين ثلاث سلطات أساسية وهي: **السلطة التنفيذية** التي تتولى تنفيذ سياسة الدولة وتنفيذ القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، وتختص هذه الأخيرة- أي **السلطة التشريعية**- بوضع القواعد القانونية التي تنظم حياة النّاس في المجتمع، أما **السلطة القضائية** فتتولى تطبيق القوانين من خلال الفصل في مختلف النزاعات المطروحة أمام القضاة[5].

يصف مونتسكيو(Montesquieu) القضاة أي قضاة الأمة- كما يقول- بأنهم ليسوا سوى الفَم الذي يَنطِقُ كلمات القانون، فلا يستطيعون أن يُلطِّفوا من شدّة القانون ولا من صرامته[6]. ويرى تُوكفِيل[7](Tocqueville) بشأن السلطة القضائية أنها ذات ثلاث ميزات أساسية كما يلي:

1- الميزة الأولى- السلطة القضائية هي حَكَم،

2- الميزة الثانية- السلطة القضائية تفصل في قضايا معينة، خاصة ولا تتناول المبادئ العامة.

3- الميزة الثالثة- السلطة القضائية لا تتدخل إلا بطلب الخصوم[8].

نخلص مما سبق وفي هذه المرحلة من التحليل الشكلي أن تطور القانون على ضوء مبدأ الفصل بين السلطات هو من اختصاص السلطة التشريعية أي المشرع، وذلك لكون القاضي**هو**

---

[1]- راجع فريد علواش ونبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مقال، مجلة الاجتهاد القضائي، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11539 ،

راجع أيضا محمد أحمد عبد الوهاب، الأساس التاريخي والفلسفي لمبدأ الفصل بين السلطات، دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997.

[2] -Philosophe et penseur français (1689-1755), élu à l'académie française en 1727.

[3]-Nasser Eddine GHOZALI, Cours des systèmes politiques comparés, Les systèmes libéraux, OPU, Alger, 1983, p. 72.

[4] - Publié à Genève 1748.

[5]- راجع بشأن مدلول مبدأ الفصل بين السلطات:

Fatiha BENABBOU-KIRANE, Introduction au droit constitutionnel, OPU, 2015, pp. 210-216.

[6] - « Les juges de la nation ne font, comme nous l'avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent en modérer ni la force ni la rigueur. » Esprit des lois, Livre XI. Chap.VI. p.327https://fr.wikisource.org/wiki/Page:Montesquieu_Esprit_des_Lois_1777_Garnier_1.djvu/501 (vu le 1/10/2021).

[7] - Philosophe politique français (1805-1859), précurseur de la sociologie et homme politique français ; il a été magistrat, député et ministre.

[8]- « Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples est de servir d'arbitre… Le deuxième caractère de la puissance judiciaire est de se prononcer des cas particuliers et non pas sur des principes généraux… Le troisième caractère de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle... », Alexis de Tocqueville, de la démocratie en Amérique,n 1848 T1 PAR 1 CHAP VI, p.97. https://archives.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14096_TOCQ1.pdf (vu le 1/10.2021).

مجرد فم القانون، في حين أنّ الفقه لا محلّ له من الإعراب. فإذا كان القانون بمعنى التشريع (la loi)، يلزم الجميع، ناهيك عن خاصية العمومية والتجريد، فإن حكم القاضي لا يُلزم إلاّ أطراف النزاع، بينما الرأي الفقهي لا يلزم إلا صاحبه.

لقد أكدت بعض القوانين الأساسية هذا الحل،- وهذا هو في الحقيقة أمر طبيعي ومنطقي عملا بمبدأي دستورية القوانين وتدرجها-، فالمادة **الأولى من القانون المدني** بوصفه شريعة عامة أو بالأحرى القانون العام Droit commun تنص:" يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حَكَمَ القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

كما تقضي المادة الأولى من قانون العقوبات:" لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون". وحصرت بدورها المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجه الطعن بالنقض في مخالفة القانون بمعناه الواسع، حيث تنص: "لا يُبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من أوجه الطعن الآتية: ...مخالفة قاعدة جوهرية، إغفال أشكال جوهرية، عدم الاختصاص، تجاوز السلطة، مخالفة القانون الداخلي ...."**.**

هذا ما تؤكده أيضا القراءة الأولية لإحصائيات العمل التشريعي، حيث تم إصدار قرابة 500 قانون جديد في الثلاثينية الأخيرة (1989-2020)[1]، أي بعد انتقال البلاد من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق، الأمر الذي تَطلّب تنظِيما قانونيا جديدا يتماشى مع النهج الجديد، ناهيك عن تنظيم المجالات الجديدة كمجال البيئة والتنمية المستدامة[2]، حقوق الإنسان[3]، مجال الرقمنة، حماية المعطيات الشخصية[4]، التجارة الالكترونية[5]. مكافحة الجرائم الالكترونية[6]، وغيرها. ولعل أهم ملاحظة يمكن تسجيلها بشأن هذا العمل التشريعي الهائل هي أن المشرع فضّل أسلوب التشريعات الخاصة بدل الخوض في إصلاحات كبرى وشاملة، الأمر الذي يتطلب من الفاعلين في مجال القانون لاسيما الفقه فحص هذه الفلسفة التشريعية. ويبدو أيضا أن اعتماد المشرع مثل هذا الأسلوب

---

[1] https://www.joradp.dz/TRV/A2020B14.pdf

[2]- قانون رقم 10-03 يتعلق بحماية البيئة و التنمية المستدامة ، ج ر 2013، العدد 44.

[3]- دستور 1989 الفصل الرابع الحقوق والحريات، قانون رقم 89-08 يتضمن الموافقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية والعقد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، ج ر 1989، العدد 17، المرسوم الرئاسي رقم 91-199 يتضمن تعيين أعضاء الحكومة والذي استحدث منصب وزير منتدب لحقوق الانسان، ج ر 1991، العدد 30 وكذا المرسوم الرئاسي رقم 92-77 يتضمن استحداث المرصد الوطني لحقوق الانسان، ج ر 1992، العدد 15.

[4]- قانون رقم 18-07، المؤرخ في 10 يونيو 2018، يتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر2018، العدد 34.

[5]-القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلّق بالتجارة الالكترونية، ج.ر2018، العدد 28.

[6]- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر 2009، العدد 47.

جَعله يسير في اتجاه معاكس لأسلوب تحديث القوانين أي التقنين[1]codification، كأن يكون قد تراجع عن ذلك décodification.

غير أنّ هذا الحل المبدئي لا يخلو من الاستثناءات المنصوص عليها قانونا[2] إلى جانب مقتضيات الواقع العملي الذي برز عند تطبيق القانون[3]، ناهيك عن الحلول المكرّسة في بعض الأنظمة القانونية الكبرى والتي أصبحت من خلال ظاهرتي عولمة القانون وتدويل القوانين الداخلية، تهمُّ رجل القانون الجزائري أيًا كانت وظيفته، (ففي مجال حقوق الإنسان يتحدث الفقه عن تأثير متبادل تحت تسمية دسترة القانون الدولي (constitutionnalisation du droit international وتدويل القانون الدستوري(Internationalisation des constitutions).

1-دستوريا: إذا كان المبدأ الدستوري المكرّس هو الفصل بين السلطات، فإن العبرة تكون أيضا بالتوازن بين تلك السلطات، الأمر الذي يفرض بعض التَّدَاخُلات فيما بينها، منها اختصاص الحكومة في المبادرة بالقوانين وتقييد حق السلطة التشريعية في ذلك [4]، تحديد مجال اختصاص السلطة التشريعية[5] التي أصبحت تزاحمها السلطة التنفيذية بطرق مختلفة[6]، واختصاص رئيس الجمهورية بإصدار القوانين مع الحق في طلب قراءة ثانية[7]، بالإضافة إلى تمتع رئيس الجمهورية دستوريا بحق التشريع بأوامر في حالات معينة[8]. ونستشهد في هذا المجال ببعض الاحصائيات الرسمية المنشورة في الجريدة الرسمية، حيث تم في العشرية الأخيرة (2011-2020) إصدار 126 قانونا (سلطة التشريعية) و47 أمرا رئاسيا و3644 تنظيما في مختلف المجالات (السلطة التنفيذية). فالإحالات التشريعية على التنظيمات لتحديد شروط أو كيفيات تطبيق النصوص التشريعية أصبح أمرا واردا في كل النصوص التشريعية، وهذا بغض النظر عن التنظيمات المستقلة.

---

[1]- علي فيلالي، القوانين المدنية العربية بين المحاكاة والأصالة، مقال، حوليات جامعة الجزائر1، المجلد 35، العدد 4، ص 45، https://www.asjp.cerist.dz/en/down, Article/18/35/4/170329.

[2]- السعيد بوالشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية فيالنظام القانوني الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1985 . عبد الله بوقفة، العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال تطور النظام الدستوري الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 2001. سليمة مسراتي، مدى تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 2010، عمر فرحاتي، العلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الجزائر بين فترتين الأحادية والتعددية، مقال مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد3 ، العدد 3 ص 55-61.https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11529

[3]- أحمد بن مسعود، مبدأ الفصل بين السلطات بين النظري والتطبيق العملي، مقال، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 2، العدد 4، ص 103-126.

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/133325

[4]- 143 دستور د. سليماني صفية ود. جمال عبد الكريم، المبادرة بالقوانين بين البرلمان والحكومة وأثرها على مبدأ الفصل بين السلطات في دول المغرب الغربي (الجزائر المغرب تونس)، مقال، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 1، ص 191-204، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/148665

[5]- راجع المادة 139 و140 دستور، راجع أيضا د.ضريف قدور ود. توفيق بوقرون، التعديل الدستوري في الجزائر بين هيمنة السلطة التنفيذية ومحدودية السلطة التشريعية، مقال، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 5، العدد 1، ص 118-132، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/110902.

[6]- لاسيما التنظيمات التنظيمية (المادة 141 دستور)، التنظيمات التنفيذية (المادة 141-2)، تنظيمات الضبط أو البوليس، راجع عمور سلامي، الضبط الإداري البلدي في الجزائر، ماجستير، جامعة الجزائر1، 1988. لطرش حمو، سلطات الضبط الإداري الولائي ماجستير، جامعة الجزائر1، 2002.

[7]- المادة 149 دستور.

[8]- المادة 143 دستور.

-**قانونا:** أما فيما يتعلق بمقتضيات القوانين فنقف عند نقطتين: تتمثل الأولى في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر رسمي احتياطي ثالث يرجع إليه القاضي عند الحاجة، بينما تتعلق النقطة الثانية بأحكام موضوع المادة 136 من قانون العقوبات.

بالنسبة للنقطة الأولى، أي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فهي في الحقيقة دعوى ضمنية للقاضي للاجتهاد وتحكيم ضميره في النزاع المطروح عليه إذا لم يرد بشأنه نص تشريعي، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية أو عرف[1]. فالمتعارف عليه أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليست بقواعد قانونية موجودة يتولى القاضي تطبيقها، بل هي مجرد مُثل عليا يستلهم منها المشرّع القواعد القانونية الوضعية، فهي مبادئ أو أفكار عامة: منها فكرة العدل، المساواة، وغيرها، تقتسمها الشعوب والتي يهتدي بها المشرع في وضع القوانين، وهي نفس الفكرة التي تتضمنها قواعد العدالة، فهي بالأحرى مصادر مادية يستند إليها القاضي للفصل في النزاع المطروح عليه، وقد يضع- عندئذ- قواعد قانونية جديدة. وهذا ما كرّسه المشرع السويسري صراحة في المادة الأولى من القانون المدني السويسري:"...في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، يحكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف، فحسب القواعد التي كان سيضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي"[2].

يتمتع القاضي- بالإضافة إلى هذا المنفذ- بسلطة تفسير النصوص القانونية، تسمح له بالاجتهاد بحثا عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المشرع بالنظر إلى وقائع النزاع المعروضة عليه، مع العلم أنّ المعنى الرسمي للنصوص القانونية هو ذلك الذي اهتدى إليه القاضي ولوكان يخالف ما انصرفت إليه فعلا إرادة المشرع. فقد تختلف وقائع النزاع المطروح أمام القاضي كليا عن تلك التي كانت محل الفرضية التي استند إليها المشرع في تحديد الحكم القانوني وصياغته، ومن ثمّ يتعين على القاضي البحث على نية المشرّع[3]. وقد تكون العبرة بنية المشرِّع المحتملة وليس الحقيقية، لاسيما إذا كانت الوقائع المتنازع فيها خارجة تماما عن تصور المشرع وقت وضع النص. ويمكن الاستشهاد في هذا الشأن بالتكريس القضائي للالتزام بالسلامة في بعض الحالات[4]، والحماية القضائية للآداب العامة[1]، وكذا التأسيس لقواعد الإثبات في قانون الأسرة[2] وغيرها...

---

[1]- علي فيلالي، مقدمة في القانون، موفوم للنشر 2010، ص 262، ومحمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، ط 3، ص 202.

[2]- Art. 1-2 «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire un acte de législateur.»

[3]- كانت مسألة الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني محل خلاف، فبعض الجهات القضائية اعتبرتها ركنا في العقد يترتب على تخلفها بطلانه استنادا إلى ما ورد في نص المادة، وترى جهات قضائية أخرى أنها غير كذلك، كون المادة السالفة الذكر وردت في الفصل الأول المعنون بالإثبات بالشكلية من الباب السادس الذي يحمل عنوان الاثبات، ولم يحسم إلا بعد تدخل المحكمة العليا، بغرفهاالمجتمعة وصدر عنها قرار مبدئي بتاريخ 18 فيفري 1997 يقضي ببطلان التصرف في حالة عدم احترام الشكلية الرسمية المقررة قانونا. ملف 136456، م ق، 1997، 1، ص10. راجع أيضا التعليق على هذا القرار: حسان بوعروج، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص41. غنيمة لحلو خيار غنيمة، مقال، م ج ع ق إ س، 1998، ص3؛ علي فيلالي، مقال، م ج ع ق إ س، 1997، ص4.

[4]- نسمى هذا الظاهرة بتطويع العقد forçage du contrat إذ يستخلص القاضي من إرادة المتعاقدين عن طريق التأويل التزاما لم تنصرف إليه إرادة المتعاقدين فقط، فيحمل العقد ما لم يوجد به، على غرار الالتزام بالسلامة الذي يتحمله صاحب حمام نحو

أما بالنسبة للنقطة الثانية فهي إلزام القاضي بالفصل في النزاع أيًا كان الأمر، وذلك تحت طائلة متابعته جزائيا طبقا لأحكام المادة 136 عقوبات السالفة الذكر، فلا يمكنه أن يتذرّع بالفراغ القانوني، فيجتهد، ومن ثمّ يبرز دوره في تطوير القانون.

ولا يفوتنا في هذا المقام التذكير أن هناك فرع من فروع القانون أي القانون الإداري يتميز بكونه قانون قضائي Droit jurisprudentiel، إذ أنّ مبادءه وقواعده من وضع القضاء وليس المشرِّع[3]. قد نتساءل إلى جانب ذلك عن المغزى من بعض تشكيلات المحكمة العليا ومجلس الدولة لاسيما تشكيلة الغرف المجتمعة[4]؟

2-**الأنظمة القانونية المقارنة:** أصبح الاعتماد على القانون المقارن أمرا لا مفر منه على ضوء ظاهرتي العولمة وتدويل القوانين الوطنية، كما نلاحظ اليوم أن الكثير من القوانين الوطنية أصبحت لا تلتزم بنظام قانوني واحد من بين الأنظمة القانونية الكبرى عند وضع منظومتها القانونية، بل تجمع بينها، ومنها بَلَدنَا الذي يجمع بين نظام القوانين المدنية ونظام الشريعة الإسلامية[5]. ونذكر في هذا الشأن أن النظام القانوني الأنجلوسكسوني كرَّس من بين مصادره ما يسمى بالسابقة القضائية La règle du précédent[6]. أما الشريعة الإسلامية كنظام قانوني من بين

زبونه قرار المجلس الأعلى الصادر في 20 مارس 1983: "أن العلاقة التي تربط الضحية وصاحب الحمام هي عقد خدمات، وإن مثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبائن، وهو التزام بنتيجة، والمسؤولية فيه مفترضة" قرار غير منشور.

[1]- نوارة العشي، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، مقال، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 31، الجزء 2، ص 272-303.
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/26550.

[2]- د. محمد حجار، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الاثبات في أحكام الأسرة، دراسة في القانون الجزائري والمذهب المالكي، مقال، مجلة العلوم الإسلامية والحضارة، العدد السابع، فيفري 2018، ص 139 – 176.
https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/295/3/1/39576

[3]- د. كمال دريد، القانون الإداري: قضائي أم تشريعي؟ دراسة مقارنة بين فرنسا والجزائر، مقال، مجلة المعيار، المجلد 9، العدد 2، ص 334-353،https://www.asjp.cerist.dz/en/article/55731، د. يحي وناس ود. عصام الحاج، القانون الإداري في الجزائر: قضائي أ تشريعي؟ مجلة الحقيقة، المجلد 14، العدد 33، ص 01-25، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/16200

[4]- المادة 18-1 من القانون العضوي رقم 11-12 يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها:"... تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عند ما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير اجتهاد قضائي"، ج ر 2011، العدد 42. المادة 31 من القانون رقم 98-01 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله:" يعقد مجلس الدولة في حالة الضرورة، جلساته مشكلا من كل الغرف مجتمعة، لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار المتخذ بشأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي"، ج. ر 1998، العدد 37.

[5]- باستثناء قانون الأسرة وقانون الأوقاف والصيرفة الإسلامية تنتمي كل الفروع القانون الأخرى إلى نظام القوانين المدنية.

[6]- د. حسين عبد علي عيسى، مصادر القانون الجزائي الإنكليزي- دراسة مقارنة-، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد55، السنة 17 ص 152-186 https://www.iasj.net/iasj/download/39739b177f9646c0

-Charlotte LEMIEUX, Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_29/29-12-lemieux.pdf.

الأنظمة القانونية السائدة في العالم العربي والإسلامي فإنها تسمح بل تطالب القاضي بالاجتهاد عند الحاجة[1]، وتعتبر الفقه من بين مصادرها الهامة، وهذا على خلاف نظام القوانين المدنية[2].

لقد كان للفقه في القانون الروماني دورا رسميا وكان يسمى الفقهاء الرومان بالحكماء فيصدرون فتاوى يحتج بها المتخاصمون ويلتزم بها القضاة[3]. أما في وقتنا الحالي فليس للفقه دور رسمي في المنظومة القانونية الجزائرية على غرار قوانين كل الدول التي تبنّت نظام القوانين المدنية، غير أنّ هذا لا يعني أنه يمكن تجاهله، فالواقع يبين أنّ للفقه دورا أساسيا، ولو كان غير مباشر.

أما عن المقصود بالفقه فهو آراء علماء القانون بشأن قاعدة قانونية ما أو وضعية قانونية ما أو مؤسسة ما أو جهاز ما أو غيرها.... وبعبارة بسيطة الفقه هو القانون المعلق عليه من خلال شرح أحكامه وتفسيرها، توضيح ما هو غامض منها وتحليليها وتنظيمها وذلك وفقا لدراسة منهجية، تحليلية، نقدية ومقارنة مع ما هو معمول به في القوانين الأجنبية، مع بيان محاسن النصوص القانونية ومدى انسجامها وكذا نقائصها مع اقتراح ما يجب أن تكون عليه.

لا يقتصر المطلوب من الفقهاء على شرح القوانين والتعقيب على القرارات القضائية، بل يجب عليهم انجاز دراسات علمية أكاديمية من خلال وضع نظريات قانونية، وكذا اقتراح بناءات قانونية متكاملة مع تعريفها وشرح شروط تطبيقها، وتحديد مكانتها بالنظر إلى مختلف العلاقات القانونية مع بيان آثارها على المجتمع.

أما المقصود بالفقهاء فلا يقتصر على الأساتذة الجامعيين والأساتذة الباحثين، بل يشمل أيضا رجال القانون الممارسين من قضاة ومحامين، وغيرهم من قضاة مركز البحوث القانونية والقضائية.

يصدر الفقه في أشكال مختلفة: محاضرات، تدريس، كتب، مؤلفات أو مقالات، أشغال ملتقيات والأيام الدراسية وغيرها من المقالات التي تصدر في مجلاّت متخصصة وطنية ودولية، بما في ذلك المجلتين الصادرتين عن المحكمة العليا ومجلة المجلس الدولة، إلى جانب المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق والتي تُعدّ من أقدم وأعرق المجلاّت

---

[1]- د. عبد الجليل درارجة، الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد، مقال مجلة الدراسة القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 02 (2020)، ص ص 486-511. محمد حجار، المرجع السابق، ص ص 139-176.

[2]- أ.د. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور "المصدري" للاجتهاد القضائي في القانون المدني "الواقعة القانونية"، دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية (القوانين المصرية والسورية واللبنانية مثلا)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 28، ديسمبر 2019، ص117-180،
https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2020/06/Prof.-Mohammad-Erfan-Al-Khatib.pdf.

[3]- د عباس العودي، تاريخ القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 1998، ص 197. د. منذر الفضل، تاريخ القانون، منشورات ناراس، ط2، 2005، ص https://www.ahewar.org/debat/files/504391.pdf117 د. محمد عبد الحميد عبد المجيد العلوي، أهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مقال، تهامة، العدد العاشر، ص 139-166.
https://tehama-journal.com/images/pdf/V10/V10-8.pdf

في العالم، أنشئت بالتزامن مع جامعة الجزائر[1] وكانت توزع في العديد من البلدان الغربية منها الولايات المتحدة، وحظيت بنشر مساهمات أشهر أساتذة القانون في العالم.

يُعدّ الفقه سندا قويا القاضي في القيام بمهامه لاسيما تسبيب قراراته، ويمكن للفقه أن يوجّه الاجتهاد القضائي، وهو أيضا سندٌ قويٌ للمشرع في إعداد القوانين، ومباشرة الإصلاحات الكبرى وغيرها.

تلكم هي التساؤلات التي سيتناولها هذا اليوم الدراسي. ونرى في نهاية هذه الكلمة البسيطة أن هذا اللقاء العلمي الذي يجمع بين الفاعلين الأساسيين في مجال القانون، كل حسب اختصاصه، سيسمح لا محالة بتبادل الرؤى والخِبرات، وسيثير حتما مناقشات علمية مفيدة، وكل ذلك من أجل قانون منصف وعدالة راقية.

شكرا على كرم الإصغاء
والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

[1]- L'Ecole de droit d'Alger aété instituée par la loi du 20 décembre 1879 https://books.openedition.org/putc/8714?lang=fr.