

جامعة الجبالي بونعامه خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية

دروس عبر الخط موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الدكتور عشير جبالي

أستاذ محاضر قسم (أ)

السنة الجامعية 2023/2022

يعتبر الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، بحيث لا يمكنه العيش إلا في جماعة تنشأ بين أفرادها روابط وعلاقات لم تخضع في البداية لأي تنظيم، إذ كان الأفراد يلجأون إلى القوة والعنف لتحقيق متطلباتهم ورغباتهم، الشيء الذي أدى إلى نشوء نزاعات وتطاحنات، وإلى انعدام الأمن والاستقرار القانوني.

لذلك كانت الحاجة ماسة إلى وجود سلطة عليا لها قوة إلزامية يخضع لها الجميع... فجاءت فكرة القانون، الذي يعد علما هاما ونافعاً لكل أفراد المجتمع على السواء، فهو الذي يحدد النطاق المشروع لتصرفات الأفراد وعلاقاتهم داخل مجتمع منظم، وآية ذلك أنه إذا كان الإنسان قد اختار الانخراط في مجتمع تتشابه فيه المصالح وتتعارض، فإن الثمن المقابل هو الامتثال أحكام القانون، حتى درج البعض على القول "إن القانون في الجماعة كالدّم في الجسم الحي، يسري فيها مصدر للحياة، فهو لازم لوجودها ولازم باستمرار حياتها وبغيره لا وجود لها ولا حياة".

إن الاجتهاد مصدر حيوي كبير للشرعية الإسلامية، يجعل أحكامها تتماشى مع متطلبات كل عصر، ولا يكون إلا بتحقيق شروطه وضوابطه، ضمن المجال الذي سمحت به الشريعة الإسلامية، وإذا كان الاجتهاد واجبا فإن ذلك يقتضي ألا يخلو منه عصر، وبالتالي يشترط فيمن انتصب لمجلسي القضاء والفتيا أن يكون مجتهدا لذلك لا بد من معرفة أحكام الاجتهاد المتضمنة شروطه ومراتبه ومجاله وضوابطه.

مفهوم الاجتهاد القضائي

الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين هو بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط. شرح التعريف: يتبين من هذا التعريف الاصطلاحي للاجتهاد ما يأتي:

أولا: أن يبذل المجتهد وسعه، أي يستفرغ غاية جهده، بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد عنه، فهو بذلك أعم من القياس، إذ القياس هو إلحاق الفرع بالأصل، أما الاجتهاد فإنه يشمل القياس وغيره.

ثانيا: أن يكون الباذل جهده مجتهدا عالما بالأدلة وكيفية الاستنباط منها، أما غيره فلا عبرة لما يبذله من جهد.

ثالثا: أن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها.

رابعا: أن يكون التعرف على الأحكام الشرعية بطريق الاستنباط من الأدلة الظنية بالنظر والبحث فيها.

خامسا: تضمن قيد الاستنباط بيان أن الاجتهاد إنما هو رأي المجتهد واجتهاده، وذلك محاولة منه الكشف عن الحكم الشرعي، ولا يسمى ذلك تشريعا؛ لأن التشريع هو أحكام الكتاب والسنة، أما الاجتهاد فهو رأي الفقيه أو حكم القاضي.

تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

مادة (قضى) أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه، وإنفاذه لجهته، ولذلك سمي القاضي قاضياً؛ لأنه يحكم الأحكام، وينفذها، وسميت المنية قضاء؛ لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق.

في الاصطلاح

تعددت آراء فقهاء المذاهب في تعريف القضاء، وترجع كلها إلى معنى واحد، ومن هذه التعريفات:

أ- تعريف الحنفية: حيث عرفوه بتعاريف متعددة منها:

كما عرفه ابن عابدين بأنه: "فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص.

ويعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع لاقتصاره على قضايا التنازع والمخاصمة، والقضاء غير ذلك

فقد يبت في غير قضايا الخصومة كالحكم بالحجر والوصاية. وغير مانع، إذ يدخله إمكانية الصلح بين الخصمين.

وعرفه العيني بأنه: "الإلزام وفصل الخصومات وقطع المنازعات، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم"

ب- تعريف المالكية: وقد عرفه ابن رشد الحفيد بأنه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"

ويعترض على هذا التعريف بأنه يدخل فيه حكم الحكمين في شقاق الزوجين، وحكم الوالي والمحتسب وغيرهم. كما أن لفظ الإخبار يوحي بأنه خبر محتمل للصدق والكذب، والمقصود على خلاف ذلك، لأن حقيقة القضاء إصدار حكم شرعي على سبيل الإلزام.

(وعرفه ابن عرفة بقوله: "القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي.

(فخرج بذلك التحكيم وولاية الشرطة والإمامة.

وعرفه الدردير في الشرح الصغير بأنه: "حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده، كدين وحبس وقتل وجرح وضرب وسب، وترك صلاة ونحوه. ليرتب على ما ثبت عنده مقتضاه أو حكمه بذلك المقتضى. فقد جمع عناصر القضاء المتمثلة في الهيئة القضائية، وعنصر المنازعة، وصفة الإلزام.

ج- تعريف الشافعية: عرفه ابن عبد السلام بقوله: "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية؛ هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه"، وهذا التعريف غير مانع إذ يدخل فيه الصلح والإفتاء لخلوهما عن قيد الإلزام.

د- تعريف الحنابلة: عرفوه بقولهم: "هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات"، وهذا التعريف قريب مما عرفه به الشافعية.

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن الاختلاف في هذه التعريفات اختلاف لفظي لا حقيقي، فهي تتفق في جملتها على أن القضاء المعتد به هو الذي يظهر حكم الشرع في الخصومة المطروحة أمامه مطبقا عليها الأحكام الشرعية المستقاة من مصادرها الأصلية، ومن ثم فإن أي قضاء يصدر أحكاما لا تستمد من هذه المصادر لا يعتد به شرعا. كما تتفق على أن الفصل في الخصومة الذي يعد قضاء هو الذي يكون على وجه الإلزام تمييزا للقضاء عن الإفتاء.

ومنه فإن هذه التعريفات في جملتها تدور حول ما يأتي:

- أن هدف القضاء هو فصل الخصومات والمنازعات.

- هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام.

- هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله.

- أن القضاء لا يكون إلا بعد الدعوى والترافع.

التعريف المختار

الملاحظ على تعريفات الفقهاء للقضاء اختلافهم في وضع معيار لتعريفه، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي الذي يقصد به تحديد العمل القضائي على أساس الجهة التي تصدره، أو على أساس النظر إلى القوة الإلزامية التي تترتب على العمل القضائي، ومن هذه التعريفات ما ذكره ابن رشد. ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي الذي يقوم على أساس أن وظيفة القضاء وعمله هو حسم المنازعات وقطع الخصومات، وهو بذلك عكس المعيار الشكلي، منها ما ذكره ابن عابدين.

والمأمل في هذه التعريفات المتعددة للقضاء عند الفقهاء وإن لم تخل من ملاحظات على القيود والمحترزات إلا أنه يجمعها جامع واحد: هو أن القضاء يعني الإخبار عن حكم الله تعالى في القضية المعروضة أمام القاضي، وإلزام الخصوم به، ولكنها لا تعبر عن معنى القضاء تعبيراً دقيقاً يحدد المراد منه.

ولذا فإن التعريف الذي يمكن وضعه واختياره للقضاء بمعناه الاصطلاحي هو تعريف ابن خلدون الذي جمع بين معياري الشكل والموضوع فعرفه بأنه: "منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسماً للتداعي وقطعاً للتنازع، بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"

فهذا التعريف ينص على الغاية التي شرع القضاء من أجلها، وهو فصل الخصومات حسماً للتداعي، على وجه مخصوص يتمتع بالإلزام، ولا يكون ذلك إلا بالرجوع إلى الأحكام الشرعية بما في ذلك الاجتهاد، فنعت "الشرعية" هو قيد يحترز به عن قضاء يحكم بالأعراف الفاسدة أو القوانين الوضعية في الأحكام المدنية والجنائية وما جرى مجراها. وهو أيضا يشمل سائر أنواع القضاء العادي وقضاء المظالم، وقضاء الحسبة،

ويتمثل ذلك في قوله "منصب الفصل" فهو عام يشمل كل وظيفة قضائية يتم الفصل فيها على الوجه الشرعي)

وعلى هذا سار بعض الفقهاء المعاصرين في تعريفهم للقضاء، فعرفه الدكتور محمد مصطفى الزحيلي بأنه:"سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية"

بعد هذا العرض المفاهيمي لمصطلحي الاجتهاد والقضاء في اللغة والاصطلاح يمكن تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي باعتبار اللقبيّة على النحو الآتي:

الاجتهاد القضائي هو "استفراغ القاض ي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"

أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودالاتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء.

ذلك أن القضاء الشرعي يشمل الحكم في القطعيّات، والتي لا مجال للاجتهاد فيها بحال، كما يشمل الحكم في المسائل التي قامت عليها أدلة ظنية.

الفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي

يمكن التمييز بين نوعي الاجتهاد بشكل ظاهري مبسط، فعندما يقوم به فقيه من الفقهاء يكون اجتهادا فقهيّا، أو يقوم به القاضي عند النظر في النزاع المعروض عليه فيكون اجتهادا قضائيا، وهذا التمييز لا يعدو أن يكون تمييزا اصطلاحيا وظيفيا، وحتى تتعين أهم الفروق الجوهرية إن وجدت بين الاجتهاد الفقهي والقضائي، لا بد من التطرق إلى بيان معنى المصطلحات التي يتألف منها كل نوع باعتباره لقبا مركبا والمتصلة بنوعي الاجتهاد، وكذا العلاقة بينها، كما يتضح في ما يأتي:

الفرق بين الفتوى والاجتهاد، وبين المفتي والمجتهد

أولا: الفرق بين الفتوى والاجتهاد

الإفتاء هو إخبار بثمرة الاجتهاد، فيكون أخص من الاجتهاد؛ لأن الاجتهاد هو استنباط الأحكام سواء كان سؤالاً في الموضوع أم لم يكن، كما أن الإفتاء لا يكون إلا إذا وجدت واقعة فيتعرف الفقيه على حكمها، ومن وجه آخر يكون الإفتاء أعم من الاجتهاد؛ لأن مجاله القطعيّات والظنيّات، والإفتاء السليم الذي يكون من مفت يقتضي مع شروط الإفتاء معرفة واقعة الاستفتاء ودراسة نفسية المستفتي والجماعة التي يعيش فيها ليعرف مدى أثر الفتوى سلبا وإيجابا حتى لا يتخذ دين الله هزوا ولعبا.

الفرق بين الفتوى والاجتهاد والقضاء

قد يشتبه إفتاء المفتي بقضاء القاضي، ولكن هناك فروقا بين الفتوى والقضاء؛ فمنها ما يرجع إلى فروق حقيقية بينهما، ومنها ما يعد توابع لكل منهما، ومنها ما يقع في مجالاتهما. فهناك جملة فروق بين الفتوى التي تصدر عن المفتي، وبين الحكم الذي يصدره القاضي، فقد عني كثير من الأئمة الأعلام بالتفريق بينهما. وهذه إجمالاً أهم هذه الفروق التي ذكرها العلماء.

- أن قضاء القاضي إنشاء لا إخبار؛ فالقضاء هـ و :إنشاء إباحة أو إلزام لشخص معين بما يعلم أن شرع الله يأمره به، أما الفتوى فهي محض إخبار عن الله تعالى لما هو مطلوب شرعاً من المستفتي أو بما هو مباح له. - كما أن القضاء لا يكون إلا عن منطوق، أما الفتوى فتكون بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة، وأما الفروق التي في توابعهما فهي:

- في القضاء يلزم المحكوم عليه قبول الحكم والعمل به سواء كان خطأ أم صواباً، أما الفتوى فهي خلاف ذلك، حيث لا يلزم المستفتي قبولها أو العمل بها ما لم يتيقن صحتها وشرعيتها. - كما أن الحكم في مجتهد فيه يرفع الخلاف، فمتى حكم القاضي ولو بغير مذهب الخصوم وجبت الطاعة ولزم الخصوم في القضية محل النظر المحكوم به، بخلاف الفتوى فإنه لا ترفع خلافاً، وللمستفتي أن يتركها إلى ما يوافق مذهبه الذي يميل إليه ما لم يكن في الترك مناقضة لأدلة الشرع. وأما الفروق التي في مجالاتهما فهي:

- أن القضاء يختص بالمعاملات دون العبادات والأخلاق والآداب ويكون في الأمور الواجبة أو المباحة أو المحرمة دون الأمور المكروهة والمستحبة، بخلاف الفتوى حيث تكون في تلك الأمور وغيرها.

المبحث الثاني: مصادر الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

لقد حدد المشرع الجزائري المصادر التي يلجأ إليها القاضي في عمله القضائي، والذي ينحصر أساساً في النصوص التشريعية كمصدر رسمي أصلي، حيث يقوم بتطبيقها أو تأويلها وتحري روحها، وإلا فإنه يستند إلى المصادر الرسمية الاحتياطية إذا لم يجد ضالته في النص القانوني الصريح، ويمكن التطرق إلى ذلك في العناصر التالية:

المطلب الأول: تقييد القاضي بلفظ النص إذا وجد وإرادة المشرع

أولى العديد من الفقهاء أهمية قصوى للنص وإرادة المشرع واعتبروها الأساس الذي يرتكز عليه التفسير، ويعرف هؤلاء الفقهاء باسم (الشراح على المتون) وقد كان لمدرستهم تأثير بالغ على القوانين الوضعية في العديد من النظم التي اعتمدت تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع عند قيامه بتفسير النصوص التشريعية وتطبيقها حرفياً.

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى عدم تقييد القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص ولا بإرادة المشرع بل ترك له بعض المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي.

فالقاضي الجزائري يفسر النص في لفظه وفحواه، فيتوقف عند اللفظ بحسب الأصل، وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص ومعناه، وهو ما نصت عليه المادة 01/01 من القانون المدني: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها».

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية التي يتقيد بها القاضي في الاجتهاد

تنص المادة 02/01 من القانون المدني على أنه: «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة»

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص على القيود التي يجب على القاضي الالتزام بها في حالة عدم وجود النص، وذلك بذكر المصادر التي يحتتم على القاضي الرجوع إليها بحسب ترتيبها، فلا يمكن للقاضي أن يرجع إلى مصدر من المصادر المنصوص عليها إلا بعد التحقق من أنه لم يوجد الحكم في المصدر السابق.

وعليه، فالقاضي في التشريع الجزائري يتقيد في حالة انعدام النص التشريعي بمبادئ الشريعة الإسلامية أولا، وبالعرف ثانيا، وبمبادئ القانون الطبيعي ثالثا، وبقواعد العدالة رابعا.

وقد قصد المشرع الجزائري بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعد العامة مثل: مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها... لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل أي في المبادئ والأحكام التفصيلية معاً يجعل منها مصدرا أساسيا لا مصدرا احتياطيا.

غير أن الأمر يختلف بين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، وبينما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التفصيلية في قانون الأسرة يجعل منها مصدرا أساسيا بالنسبة لهذا القانون، والذي ينص في مادته 222 على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

المطلب الثالث: وظيفة قضاة المحكمة العليا في العملية الاجتهادية

يسهر قضاة المحكمة العليا بالرغم من اختلاف درجتها بين الأنظمة القضائية الوضعية رأسا لتحقيق العدالة من خلال توحيد الاجتهادات القضائية للمحاكم الدنيا، وإعادة النظر فيها سواء بنقضها أو بتأكيدا، ليتحقق الاستقرار في تطبيق القانون وتفسيرها وفقا لسياق واحد في كافة البلاد، وعلى كافة الحالات المتشابهة بين بعضها البعض

أولاً: السعي لإقرار الاجتهاد القضائي وتوحيده

حرصت كثير من الدول على أن توجد على رأس الجهات القضائية محكمة عليا تسهر على تفسير القانون وتطبيقه، وتعمل على توحيد هذا التطبيق وذلك التفسير بين المحاكم، وهو ما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996 في المادة 152 الفقرة 03، والتعديلات المتعاقبة عليه كتعديل سنة 2016 في المادة 171، وتعديل 2020 في المادة 179.

فالتوحيد الذي تؤدي إليه أحكام المحكمة العليا هو توحيد يتحقق من الناحية العملية أو الفعلية، فليس قضاء المحكمة العليا ملزماً لأي محكمة أدنى إلزاماً فيما عدا المسألة التي عرضت لديها وقامت بنقضها أو بقبول موضوع الطعن فيها من طرف جهة قضائية معينة.

ولكن المحاكم تحرص على تحري اتجاهات المحكمة العليا في كل مسألة تعرض عليها واتباع ما قضت به، ذلك أنها تعلم أنها إذا خالفت قضاء المحكمة العليا، فإن الحكم الذي تصدره سيكون مصيره في النهاية إلى أن يعرض على محكمة النقض فتتقضه، وإذا يتحقق نوع من التوحيد والاستقرار في تفسير القانون وتطبيقه بواسطة المحاكم وتقصيره وظيفة المحكمة العليا على رقابة القاضي في تطبيقها للقانون، فلا يدخل في وظيفتها مراجعة قاضي الموضوع في تقديره للوقائع حسب ما استخلصه منها.

فإذا نظرت المحكمة العليا في مسألة معينة وجب عليها أن تسلم بالوقائع كما ثبتت لدى قاضي الموضوع وكما حصله منها، وهي تقتصر على مراقبته في تطبيق القانون على هذه الوقائع، فإن طبقه تطبيقاً سليماً رفضت الطعن، وإن تبين لها أن القاضي قد أخطأ في هذا التطبيق نقضت الحكم وبينت وجه هذا الخطأ. وهنا تثور أمام المحكمة العليا مسألة من أدق المسائل وأهمها وهي التمييز بين ما يعتبر من الوقائع وما يعتبر من القانون.

والمقصود بالقانون في هذا الخصوص، كل ما يعتبر قاعدة قانونية أي كان مصدرها سواء أكان هو التشريع أم مبادئ الشريعة الإسلامية أم العرف أم مبادئ قواعد الطبيعة وقواعد العدالة، فكل خروج من القاضي على حكم قاعدة قانونية أو خطأ في تفسيرها أو تأويلها يعر حكمه للنقض. أما فهمه للوقائع المعروضة عليه وهي مرحلة سابقة على تطبيق القانون فهو أمر يستقل به القاضي دون رقيب عليه. ذلك أن وظيفة المحكمة العليا هي وظيفة قانونية محضة، فهي محكمة قانون لا واقع، أي أن دورها يقتصر على الفصل في قانونية الأحكام المطعون فيها أمامها دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبة هذه الأحكام، وبعبارة أخرى فإن المحكمة العليا تفصل في الحكم وليس في الخصومة، وهي لا تفصل في موضوع الدعوى لأنها لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، فالقاعدة السائدة في الجزائر هي قاعدة التقاضي على درجتين، ولكن وظيفة المحكمة العليا في بعض الدول قد تتجاوز ذلك، ولا يقتصر دورها

على مجرد مخاصمة الحكم النهائي المطعون فيه أمامها، بل تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع.

وعليه فإنه من حيث وظيفتها يمكن رد الأنظمة القضائية بشأن الوضع القانوني للمحكمة العليا إلى نظامين أساسيين:

النظام الأول: مقتضاه لا تعتبر المحكمة العليا درجة ثالثة من درجات التقاضي، وينحصر اختصاصها في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون في للقانون دون بحث في مسائل الواقع التي تعتبر من إطلاقات قاضي الموضوع، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام فرنسا ومصر والجزائر.

النظام الثاني: وفقا له تعتبر هذه المحكمة درجة أخيرة من درجات التقاضي، وهي تفصل في الواقع والقانون معا، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام إنجلترا.

ثانيا: تغيير المحكمة العليا لاجتهادها القضائي بين القانون والواقع العملي

لقد أنشأ المشرع الجزائري سابقا طرقا عدة كانت تسمح بتوحيد الاجتهاد القضائي في القانون رقم 89-22 المنظم للمحكمة العليا الصادر في 20 ديسمبر 1989، والذي ألغي لاحقا بالقانون العضوي رقم 11-12، وهذه الطرق هي:

الطريقة الأولى: كانت تتمثل في عرض القضايا التي تطرح إشكالات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي على غرفة مختلطة مشكلة من غرفتين طبقا للمادة 20 من قانون 89-22.

الطريقة الثانية: فكانت تتمثل في طرح القضايا التي يحتمل أن يؤدي الفصل فيها إلى تغيير في الاجتهاد القضائي على هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للمادة 02/22 والمادة 23 من القانون ذاته.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يكن يعتبر الإجراءات في هذه المادة من النظام العام، بدليل استعماله لعبارة تفيد الجواز وليس الإلزام في المادة 22: يجوز للغرفة المختلطة إذا ما ارتأت أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي أن تقرر إحالة القضية أمام المحكمة العليا في هيئة الغرفة المجتمعة.

الطريقة الثالثة: فنقضي عرض القضايا على غرف مختلطة مشكلة من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة للفصل في الموضوع على إثر طعن ثان طبقا للمادة 02/21.

غير أن الطرق التي وضعها المشرع الجزائري لتفادي الاضطرابات في الاجتهاد القضائي كانت تحتاج هي ذاتها إلى تأويلات وتعديلات، بحكم أن قضاة الموضوع أحرار في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات عند عرضها وإحالتها عليهم للفصل فيها من جديد، باستثناء وجوب تقديمهم بالنقطة القانونية التي قطع فيها قضاة المحكمة العليا.

ولم يختلف الأمر بصدور القانون العضوي رقم 11-12 والذي يلغي القانون الأول، حيث نص على أن انعقاد الغرف مجتمعة يكون بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، إما بمبادرة منه أو بناء على اقتراح رئيس إحدى الغرف (المادة 18 فقرة 02) ولم يخول غيرهم حق المطالبة بانعقادها.

وهنا تجدر الإشارة أن هناك فرقا بين إقرار الاجتهاد القضائي لأول مرة وبين تغيير الاجتهاد القضائي، هذا الأخير الذي يختلف عن الأول ويتطلب إجراءات اجتماع الغرف بالرغم أنه غير ملزم، حيث أن المشرع لم يقرر أي طريق للطعن في قرارات المحكمة العليا التي تتضمن تغييرا في الاجتهاد القضائي دون مراعاة الإجراءات المذكورة، حيث أن قرارات المحكمة العليا غير قابلة للمعارضة (المادة 379 ق إجراءات مدنية وإدارية) ولا التماس إعادة النظر (المادة 375 ق إ م إ) إلا في حالات استثنائية لا يدخل ضمنها موضوع الطعن حول التغيير في الاجتهاد القضائي.

وهو ما يدعونا للتساؤل: هل توقفت اجتهادات المحكمة العليا طالما أنها لم تصدر وفقا للأشكال والإجراءات المطلوبة، أم أنها لا تزال مستمرة طالما أن المستجدات لا تزال كذلك ولا يمكن للاجتهاد القضائي التخلف عن حلها طالما أن القاضي ملزم بذلك؟

فمن الواقع العملي للمحكمة العليا يمكن الاستنتاج أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون قصد إجراء تغيير في الاجتهاد القضائي تعتبر غير ملزمة، ولا يلجأ إليها إلا حينما يقرر قضاتها ذلك، فهؤلاء أحرار من الناحية العملية في إقرار أي اجتهاد قضائي جون قيد ولا شرط، طالما أن المحكمة العليا كثيرا ما تصدر قرارات تتضمن تحولا في الاجتهاد القضائي دون الحاجة إلى دعوة الغرفة مجتمعة، وأحسن مثال على ذلك ما لمسناه حول تغيير الاجتهاد بخصوص الخلع بين الزوجية قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حيث أقرت المحكمة العليا مبادئ تشترط موافقة الزوج، ثم أصدرت مبادئ بعدم اشتراط ذلك دون المرور عبر إجراء الغرف مجتمعة، وهو ما يعتبر مخالفة صريحة للقانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، وهو ما يجعلنا نتساءل ثانية عن مدى جدوى القوانين المنظمة لسير المحكمة العليا طالما أنه يمكن مخالفتها؟