

**الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص
قانون الأسرة الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة
jurisprudence in personal status between
the failure of the Algerian family law texts
and the weakness of the formation in
Islamic jurisprudence for judges**

معروف عائشة*

جامعة حسيبة بن بوعلي - الشلف - الجزائر .

a.marouf@univ-chlef.dz

تاريخ الاستلام: 2025 / 02 / 01 تاريخ القبول: 2025 / 04 / 13 تاريخ النشر: 2025 / 04 / 28

الملخص :

يكتسي الاجتهاد القضائي كمصدر للقاعدة القانونية أهمية بالغة، حيث يستكمل به القصور وينجلي به الغموض الذي قد يشوب النص القانوني، ولأن القاضي الذي ينظر في قضايا الأسرة أو الأحوال الشخصية عموما يجد نفسه في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة أمام الشريعة الإسلامية التي تحيله إليها نصوصه، كان لا بد من أن يكون هذا القاضي على دراية ولو بسيطة بالأحكام الشرعية، ليستطيع على الأقل البحث عن حل المسألة المعروضة عليه في كتب الفقه الإسلامي.

ذلك أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أحالت إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص في قانون الأسرة، دون تحديد مذهب معين، وهو الأمر الذي

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

تثور معه تساؤلات عديدة نحاول مناقشتها في هذه الورقة
البحثية.

الكلمات المفتاحية : الإجتهد القضائي؛ المادة 222 من
قانون الأسرة الجزائري؛ أحكام الفقه الإسلامي؛ القصور
التشريعي.

Abstract:

Jurisprudence as a source of legal rule is of great importance, as it completes the failure and clarifies the ambiguity that may afflict the legal text. Because the judge who looks into family or personal status cases in general finds himself in a situation where there is no text in the family law before the Islamic Sharia to which its texts refer him, this judge had to have at least a little knowledge of the Sharia rulings, so that he could at least search for a solution to the issue presented to him in the books of Islamic jurisprudence. This is because Article 222 of the Algerian Family Law referred to the provisions of Islamic Sharia in the absence of a text in the family law, without determining a specific doctrine, which raises many questions that we will try to discuss in this research paper.

Keywords: jurisprudence ; Article 222 of the Algerian Family Code ; provisions of Islamic Sharia ; legislative shortcomings.

المقدمة :

عنيت الشريعة الإسلامية بالأسرة وبالعلاقات أفرادها،
فجاءت نصوص القرآن والسنة محتوية على أحكام تنظم
العلاقات الأسرية والأحوال الشخصية بصفة عامة، فكان
على القاضي الناظر في هذه الأحوال ونقصد شؤون الأسرة
والأحوال الشخصية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية
فيما لم يوجد فيه نص في قانون الأسرة، وهذا ما قرره
المشرع الجزائري طبقاً للمادتين الأولى من قانون الأسرة

الجزائري التي نصت على أنه: " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"، والمادة 222 من نفس القانون التي نصت على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

والاجتهاد القضائي شرعا يعرف بأنه: " بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط"¹، ويمكن تعريف الاجتهاد القضائي في العلوم القانونية قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد القضائي بأنه: " بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية"²، ويقصد به أيضا استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين، ويعد رأي محكمة النقض وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم³.

إن القاضي وهو يفصل في مسألة من مسائل شؤون الأسرة يكون أمام فرضين، الأول أن يكون هناك نص في قانون الأسرة يحكم المسألة المعروضة عليه، والثاني عدم وجود النص، في حالة وجود النص فإن القاضي يكون ملزما به طبقا للمادة 1 من القانون المدني الجزائري⁴ في دلالة ألفاظ النص أوفحواها، فإما يستمد الدلالة من عبارة النص الواضحة أو من دلالة المعنى، فالقاضي يجتهد في حالتين أساسيتين هي غموض النص وإبهامه، وقصور النص أو سكوته عن مسألة معينة⁵.

الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤلات الآتية حول: قدرة القاضي الناظر في شؤون الأسرة على الاجتهاد ؟ فإذا خول له قانون الأسرة الجزائري الرجوع إلى أحكام الشريعة

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

الإسلامية بموجب المادة 222 من نفس القانون، باعتبار
هذا القانون جاء ناقصا إلى حد ما من حيث تنظيم أحكام
الأسرة، فهل يرجع القاضي إلى المذهب المالكي باعتباره
المذهب السائد في المغرب العربي؟ أم أن عدم تحديد المادة
222 من ق.أ.ج لمذهب معين من المذاهب الأربعة يجعله
يبحث في حل المسألة بغض النظر عن مسمى المذهب؟ أم
أن ذلك من الصعوبة بمكان بسبب ضعف التكوين الشرعي
للقضاة وانعدامه أحيانا في المسائل الشرعية والفقه
الإسلامي؟

ومن أجل الإجابة عن إشكالية البحث ومختلف التساؤلات
الفرعية، اعتمدنا المنهج الوصفي من أجل عرض مختلف
محطات تطور الاجتهاد القضائي المتعلق بالأحوال الشخصية
في الجزائر، كما اعتمدنا المنهج التحليلي في محاولة لتحليل
نصوص قانون الأسرة ومحاولة فهم توجه المشرع
الجزائري في مسألة الاجتهاد القضائي في المنازعات
الأسرية.

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات فيما يلي من خلال ثلاث
نقاط رئيسية.

أولا: تطور الاجتهاد القضائي في الجزائر في مسائل الأحوال
الشخصية.

ثانيا: بعض مواطن القصور في قانون الأسرة الجزائري
المستدعية للفصل فيها عن طريق الاجتهاد القضائي
ثالثا: إشكالات تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة
الجزائري

أولاً: تطور الاجتهاد القضائي في الجزائر في مسائل الأحوال

الشخصية

كان قضاة المحاكم الشرعية إبان الاستعمار الفرنسي يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية وفق المذهب المالكي، باعتباره المذهب الأكثر انتشاراً في المغرب العربي، ولأنه لم يكن هناك قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم⁶.

كما طبقت الأعراف القبائلية، ذلك أن بعض مناطق الجزائر كانت تنفرد بنظام عشائري تحكيمي يسمى "تاجماعت"، كم منطقة الأوراس، ومنطقة القبائل، والتوارق بالجنوب، حيث أعرض الشعب الجزائري عن الدوائر القضائية الرسمية، وفضلوا استخدام الآليات الاجتماعية والمتمثلة في الأعراف⁷.

كما أقرت السلطات الفرنسية تطبيق المذهب الإباضي في منطقة ميزاب، وفق المرسوم الصادر في 29 ديسمبر 1890 الذي نظم تطبيق الأحكام حسب المذهب الإباضي في جنوب الجزائر، فكان في كل مدينة رئيسية قاضيان مالكي وحنفي، بالإضافة إلى القاضي الإباضي⁸.

بعد الاستقلال استمر العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية وخصوصية المجتمع الجزائري، ولأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية مستمدة من الشريعة الإسلامية، فقد استمر العمل بأحكام هذه الأخيرة، ورجع الاجتهاد القضائي في عدة مسائل إلى آراء فقهاء المالكية، وأخصها ما ثبت في مختصر خليل⁹.

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

في سنة 1984 صدر أول قانون يجسد العمل بأحكام
الشريعة الإسلامية في تنظيم شؤون الأسرة بعدما كان
متروكا للاجتهاد القضائي، غلب هذا القانون المذهب
المالكي على بقية المذاهب، كما أخذ بعض الآراء من غير
المذاهب الأربعة، كما اعتمد هذا القانون على بعض القوانين
العربية التي سبقته، مع بعض التعديلات أحيانا ومخالفتها
أحيانا أخرى بما يوافق طبيعة المجتمع الجزائري والأعراف
السائدة فيه¹⁰.

تضمن قانون الأسرة الصادر بموجب القانون رقم 11/84
، 223 مادة، احتوتها ثلاثة كتب، الكتاب الأول يتعلق بالزواج
وانحلاله، والكتاب الثاني يتعلق بالنيابة الشرعية، والكتاب
الثالث يتعلق بالميراث.

وفي ملاحظات تقويمية لهذا القانون كانت هناك العديد من
الانتقادات من حيث الشكل والمضمون، فاعتبر الفقه تسمية
قانون الأسرة قاصرة، ذلك أن هذا القانون شمل أيضا حالة
الشخص وترشيده وأحكام المفقود والغائب والحجر وعقود
التبرع، وكلها موضوعات لا علاقة لها بالأسرة، كما اعتبر
بعض الفقه قانون الأسرة قانونا أدبيا كون الأوامر والنواهي
فيه غير مصبوغة بجزاء¹¹، كما أن هناك تناقض بين
نصوصه، بالإضافة إلى احتوائه على الكثير من الثغرات
القانونية¹².

ورغم تفتين أحكام لتنظيم شؤون الأسرة بموجب القانون
رقم 11/84، إلا أن المشرع الجزائري لم يقفل باب الاجتهاد
أمام القاضي فيما لم يوجد فيه نص أو لم يتضح حكمه في
هذا القانون، إذ وبموجب المادة 222 من قانون الأسرة

الجزائري أحال إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون.

في 2005 وبعد عدة دعوات للتغيير، تم تعديل القانون رقم 11/84 بموجب الأمر رقم 02/05¹³، حيث تم إلغاء المواد 12-20-38-39-67، وتمم القانون 02/05 وعدل المواد 4-5-6-7-8-11-13-15-18-19-22-30-31-32-33-36-37-40-48-49-52-53-54-57-64-67-72-87، كما أضيفت بموجب نفس القانون مواد جديدة هي المواد 3مكرر-8مكرر-8مكرر-9مكرر-45مكرر-53مكرر-57مكرر.

تعلقت هذه التعديلات برفع سن الزواج، وإجبارية الفحص الطبي قبل الزواج، وجعلت الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، وألغت الزواج عن طريق الوكالة، وقيدت تعدد الزوجات، و تعلقت أيضا بالمساواة بين الجنسين في الجوانب الخاصة بإبرام عقد الزواج وفك الرابطة الزوجية، وتعديلات أخرى تعلقت بحضانة الطفل ومسكن الحاضنة¹⁴.

ويقتت المادة 222 من قانون الأسرة تحيل دائما إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون.

ثانيا: بعض مواطن القصور في قانون الأسرة الجزائري
المستدعية للفصل فيها عن طريق الاجتهاد القضائي

رغم التعديل الذي مس قانون الأسرة في 2005، ظل هذا القانون غير ملمّ بمسائل كثيرة، ليبقى القاضي الناظر في مسائل الأسرة بحاجة دائما للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

وسنورد فيما يلي بعض المسائل التي أغفلها المشرع في قانون الأسرة الجزائري وفق آخر تعديل له، ومن بينها:
أغفل المشرع الجزائري النص على الآثار القانونية المترتبة على عقد الزواج دون السن القانونية المنصوص عليها في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، ودون الحصول على ترخيص القاضي، كما لم يقرّ عقوبة سواء بالنسبة للزوجين أو أوليائهما أو الموظف الذي أبرم عقد زواج القاصر دون إذن قضائي، ولم بين مصير هذا الزواج، كما أغفل المشرع الجزائري النص على الحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن ينزل دونه عند منحه الإذن بزواج القاصر¹⁵.

لم يشر المشرع الجزائري للإكراه والتدليس الذي قد يشوب عقد الزواج ويعيب إرادة أحد الزوجين، وماعدا حالة التدليس في تعدد الزوجات التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 8 مكرر، لم يبين المشرع الجزائري الجزاء المترتب ومصير عقد الزواج في حالة الإكراه أو التدليس.

من المسائل التي أغفل المشرع الجزائري النص عليها الكفاءة في الزواج، كما لم ينص على مسألة تزويج الصغيرة بغير الكفاء، وخيار الفسخ بعد البلوغ الذي أقرته المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها¹⁶.

وأما إلغاء المشرع الجزائري للمادة 20 من قانون الأسرة بموجب تعديل 2005، والذي فسره البعض بأنه إلغاء للوكالة في عقد الزواج، فلم يعتبره آخرون كذلك، مبررين قولهم بأن إلغاء مادة معينة لا يعني بالضرورة إلغاء حكمها، وأمام هذا الفراغ التشريعي وعدم وجود نص يجيز أو يلغي

الوكالة في عقد الزواج، يحيلنا هذا إلى الشريعة الإسلامية التي أجمع فقهاؤها على جواز وصحة الوكالة في إبرام عقد الزواج كقاعدة عامة¹⁷.

ومن المسائل التي وقع المشرع الجزائري فيما يتعلق بها في تناقض، المواد 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري، حيث رتب في المادة 32 البطلان في حال اشتمل عقد الزواج على شرط ينافي مقتضى العقد، أما في المادة 35 فقد قرر بطلان الشرط المنافي لعقد الزواج وصحة العقد.

كما قرر المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري فسخ عقد الزواج قبل الدخول وبعده إذا كان زواج بإحدى المحرمات، والزواج بإحدى المحرمات يعد من الموانع، وهو عقد باطل لأنه ولد ميتا ولم يكن صحيحا في أي وقت ويلزمه البطلان وليس الفسخ¹⁸.

ولم يبين المشرع الجزائري عندما أجاز الاشتراط في المادة 19 من قانون الأسرة، الآثار القانونية التي تترتب جراء إخلال أحد الزوجين بالشروط الاتفاقية التي اشترطها وارتضيها ابتداء في عقد الزواج.

كما أثارت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري عدة تساؤلات، والتي نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم"، حيث يرى البعض أنها جاءت متناقضة مع المادة 48 من نفس القانون والتي نصت على أن الطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج ومحاولات الصلح لازمة قبل الفصل بالطلاق¹⁹، فالمادة 48 من قانون الأسرة الجزائري تعترف بطلاق الزوج بالإرادة المنفردة، أما المادة 49 من نفس القانون باشتراطها لعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم فقد قررت

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

عدم ترتب أي آثار قانونية لطلاق الزوج زوجته دون حكم
قضائي، وهو ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.
كما تنثير المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري مسألة
أخرى هي احتساب العدة، حيث وطبقا لهذه المادة لا يحتاج
الزوج الذي يراجع زوجته أثناء محاولات الصلح لعقد جديد،
وكان المشرع الجزائري قد حدد في المادة 49 أعلاه مدة
ثلاثة أشهر كحد أقصى لمحاولات الصلح، فالمشرع
الجزائري وطبقا للمادة 49 و50 من قانون الأسرة
الجزائري يبدأ احتساب العدة من تاريخ رفع الدعوى أمام
القاضي، في حين يكون الزوج قد تلفظ بالطلاق قبل ذلك
بكثير، مما يعني أن العدة قد تكون انتهت طبقا لأحكام
الشريعة الإسلامية وتحول الطلاق من رجعي إلى بائن،
ورغم ذلك يراجع الزوج زوجته دون عقد جديد مادامت
محاولات الصلح لم تنته بعد.

هذا وهناك مسائل أخرى اكتنفها الغموض وعدم الوضوح،
بل والتناقض في بعض الأحيان، لم يسعنا المقام لتفصيلها
فاقتصرنا على ما ذكرنا أعلاه.

ثالثا: إشكالات تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة

الجزائري

نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على
أنه: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه
لأحكام الشريعة الإسلامية"، وتطبيق هذه المادة ونصها
الذي أحال إلى الشريعة الإسلامية عامة، يثور معه إشكالين
إثنين ملحين إلى حد كبير، الأول هو عدم تحديد مذهب معين
مما يجعل القاضي يبحث في الفقه الإسلامي والذي تتعدد

مذاهبه، وحتى تتعدد الآراء فيه بالنسبة للمذهب الواحد في حكم المسألة الواحدة، والإشكال الثاني هو ضعف التكوين الشرعي للقاضي الناظر في مسائل الاحوال الشخصية.

1-عدم تحديد المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في إحالتها إلى الشريعة الإسلامية لمذهب معين:

لم يحدد المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري مذهباً معيناً يرجع إليه القاضي عند غياب النص في مسألة معينة، على خلاف تشريعات عربية أخرى اعتمدت بصريح النص مذهباً محدداً، كالتشريع المصري الذي اعتمد المذهب الحنفي، والتشريع المغربي الذي أحال إلى المذهب المالكي في حالة غياب النص طبقاً للمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية²⁰.

وقد يقول البعض أن المشرع الجزائري قصد بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، الإحالة إلى المذهب المالكي باعتباره المذهب الأكثر انتشاراً في الجزائر والمغرب العربي، إلا أن هذا الرأي فيه نظر، ذلك أن المشرع الجزائري حتى في الأحكام التي أوردها في نصوص قانون الأسرة لم يعتمد المذهب المالكي خالصاً، بل أيضاً اعتمد المذاهب الأخرى.

ففي مسألة نفقة العدة التي نص عليها في المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، وقد أخذ في حكم هذه المسألة بمذهب الحنفية²¹.

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

وفي مسألة الاشتراط في عقد الزواج التي ضمنها المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، والتي نصت على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، أخذ المشرع برأي الحنابلة الذين وسعوا في الاشتراط وصححو الكثير من الشروط على خلاف جمهور الفقهاء²².

وأخذ المشرع الجزائري في مسألة التطلق لحبس الزوج برأي ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وخالف بذلك رأي جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم جواز التفريق للغيبة مطلقا، والحنابلة الذين قالوا بعدم جواز التطلق للغيبة بعذر²³. بالإضافة إلى العديد من المسائل التي لم يأخذ فيها المشرع برأي المالكية كمسألة الولاية في الزواج بالنسبة للراشدة، ومسألة انتهاء مدة الحضانة وتمديدها²⁴.

وبذلك يتضح أن المشرع الجزائري اعتمد في صياغة أحكام الأسرة على أحكام المذاهب الأخرى ولم يقتصر على المذهب المالكي، مما يفيد إحالته في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها دون أن يولي المرتبة الأولى للمذهب المالكي.

ورغم أن عدم تحديد مذهب معين يجعل أمام القاضي حلولا أكثر للمسائل المعروضة عليه لغنى وثرأء الفقه الإسلامي وتفصيله في دقائق المسائل، إلا أنه من ناحية أخرى قد يجعل تشعب الآراء الفقهية وتعدد الماهمة أصعب على

القاضي الذي قد لا يكون ملماً حتى بالبحث في كتب الفقه الإسلامي.

2- ضعف التكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة:

يتلقى القاضي تكويناً قانونياً يؤهله للنظر والفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه، ويفترض فيه أن يكون ملماً بالجوانب القانونية، قادراً على تكيف الوقائع وتسميتها من أجل الفصل في الدعاوى بما يحقق العدالة ويرد الحقوق إلى أصحابها ويدفع الضرر عن المضرورين.

والجدير بالذكر أن القاضي في تكوينه لا يتخصص في مجال معين، بل هو تكوين واحد لكل القضاة، وبعد تخرجهم يوزعون على مختلف الأقسام، مما يجعل مهمة القاضي في قسم شؤون الأسرة صعبة مع عدم كفاية نصوص قانون الأسرة ووجود المادة 222 بصيغتها الحالية.

وإن كان القاضي يستطيع الاستعانة بالخبرة سواء كانت خبرة طبية أو اجتماعية أو نفسية أو مالية محاسبية، فالسؤال الذي يطرح نفسه هل يستطيع القاضي الاستعانة بخبرة شرعية؟ أم أن المفروض إمامه بالأمور الشرعية كإمامه بالأمور القانونية كون الشريعة الإسلامية مصدر مباشر في قانون الأسرة الجزائري .

وبالنسبة للاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي قد يكون فيه القاضي مجتهداً مطلقاً فيكون بذلك اجتهاده إنشائياً، أو منتسباً لمذهب معين في أصوله مع قدرته على التخريج والاستنباط وإلحاق الفروع بالأصول التي قررها إمامه فيكون اجتهاده انتقائياً، وقد يكون المجتهد مقلداً لمذهب معين في أصوله وفروعه فيعتبر ناقلاً للفتوى²⁵.

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

غير أن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري في مجال
الأحوال الشخصية يختلف عن مفهوم الاجتهاد في الفقه
الإسلامي، فالقاضي فيه مقلد غايته تصحيح الحكم بنقضه أو
تأكيدهِ وذلك بالرجوع إلى آراء وأقوال الفقهاء في المسألة
محل النزاع، وهو بذلك لا يخرج عن تقليد مذهب معين²⁶،
وهو ما قد يكون صعباً على قضاة شؤون الأسرة خصوصاً
لمن تلقى الدراسة القانونية دون الشرعية.
خاتمة

في ختام هذه الدراسة، تتضح أهمية الاجتهاد القضائي في
الأحوال الشخصية خاصة مع قصور نصوص قانون الأسرة،
فالاجتهاد القضائي ضروري من أجل مسايرة التطورات
الحاصلة في المجتمع والتي مست الأسرة بشكل كبير
ومباشر، حيث وصلنا إلى النتائج التالية التي نستعرضها
فيما يلي:

- رغم تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005، إلا
أنه بقي يعتريه النقص والغموض والتناقض، مما
يجعل القاضي الناظر في شؤون الأسرة يلجأ لمصادر
القانون الأخرى لحل المسألة المعروضة عليه.
- أحالت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري في
حالة غياب النص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، مع
عدم تحديد مذهب معين على خلاف ما ذهبت إليه
بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية.
- يشير تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري
إشكالات تتمثل في تشعب الآراء الفقهية في حكم
المسألة الواحدة بين المذاهب الأربعة وحتى في

المذهب الواحد، مما يجعل مهمة القاضي صعبة إن لم نقل مستحيلة، خاصة مع ضعف التكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.

- القاضي في اجتهاده في مجال الأحوال الشخصية يعتبر مقلدا يرجع إلى آراء الفقهاء القدامى والمعاصرين، ويرجح بينها لحل المسألة المعروضة عليه.

وعلى ضوء النتائج المتوصل إليها نقترح التوصيات التالية:

- ضرورة استكمال النقص في نصوص قانون الأسرة، خصوصا بالنسبة للمسائل التي أجمع فقهاء القانون على ضرورة تضمينها في قانون الأسرة الجزائري، مع محاولة إزالة الغموض وتلافي التناقض الحاصل بين نصوص قانون الأسرة الجزائري.

- ضرورة تكوين قاضي مختص في شؤون الأسرة، حيث يبدأ هذا التخصيص من عملية الانتقاء حيث يتم اختيار الطلبة الحاصلين على ماستر في الشريعة والقانون أو على الأقل الحاصلين على ماستر في العلوم القانونية تخصص قانون أسرة أو أحوال شخصية، وصولا إلى مرحلة التكوين التي يتم التركيز فيها على دراسة الأحكام الشرعية إلى جانب القانون.

- على وزارة العدل بالتعاون مع مراكز البحث ومخابر الجامعات إعادة صياغة فتاوى المالكية وآراء فقهاء في مسائل الأحوال الشخصية، بأسلوب سهل

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

وألفاظ ومصطلحات قانونية، وترتيبها في أقسام
وأبواب تتناسب مع تقسيمات قانون الأسرة
الجزائري، حتى يسهل على القاضي الرجوع إليها
لبساطة أسلوبها ووضوح تقسيماتها، وهي مهمة
يطلع بها أساتذة القانون والشرعية الإسلامية.

الهوامش:

معروف عائشة *

- 1 - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن، ص.401.
- 2 - محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مجلد 2، عدد4، الجزائر، 2017، ص.90.
- 3 - نفس المرجع، ص.91.
- 4 - تنص المادة 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".
- 5 - خليفة غربي، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري - انحلال الزواج أنموذجاً - ، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018، ص.21. بوعلالة عمر، نطاق الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة نوازل الفقهية والقانونية، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط، مجلد 6، عدد2، الجزائر، 2022، ص.ص 238-240.
- 6 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2009/2008، ص.41.
- 7 - صفية حسن، ضوابط الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2019، ص.ص 139-140.
- 8 - نفس المرجع، ص.140.
- 9 - نفس المرجع، ص.ص 143-144.

- 10 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.46.
- 11 - محمد محدة، دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، بحث غير منشور. نقلا عن محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص.51.
- 12 - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.ص 51-52.
- 13 - القانون رقم 02-05 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد15، الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق لـ 17 فبراير 2005، ص.18.
- 14 - لتفاصيل أكثر ينظر حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.ص 59-62.
- 15 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.53.
- 16 - المحكمة العليا، القرار رقم 90468، الصادر بتاريخ 30 مارس 1933، عرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، ع.3، 1994، ص.66.
- 17 - أحمد عبدو، الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإبقاء، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، مجلد 2، عدد7، الجزائر، 2023، ص.282.
- 18 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.509.
- 19 - شهرزاد بوسطلة، الطلاق بحكم القاضي وإشكالاته قراءة في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، مجلد 13، عدد1، الجزائر، 2012، ص.35.
- 20 - نصت المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".
- 21 - مصطفى العربي باشا، إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعريش، المجلد6، عدد1، الجزائر، 2021، ص.102.
- 22 - سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية-، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012، ص.ص 70-79.
- 23 - معروف عائشة، عماري براهيم، حق الزوجة في التطبيق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، مجلة أبحاث قانونية

وسياسية، جامعة محمد الصديق ابن يحيى جيجل، مجلد 7، عدد2، الجزائر،
2022، ص.ص762-764.

24 - مصطفى العربي باشا، إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة، المرجع
السابق، ص.103.

25 - محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في
مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة،
مجلد 2، عدد4، الجزائر، 2017، ص.92.

26 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

قائمة المصادر والمراجع:

القوانين والأوامر:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق
لـ 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري،
الجريدة الرسمية عدد24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984،
ص.2.

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ
27 فبراير 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11
المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد15،
الصادرة بتاريخ 18 محرم 1426 الموافق لـ 17 فبراير
2005، ص.18.

الكتب:

- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة
الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- المحفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد القضائي
وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع،
الجزائر، 2013.

- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة
للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن.

الأطروحات والرسائل والمذكرات الجامعية:

- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته
في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية،
كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر
باتنة، الجزائر، 2008/2009.

- صفية حسن، ضوابط الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية على ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2019.

- سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية-، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2012.

- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، ماجستير في قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2010.

- خليفة غربي، إسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري -انحلال الزواج أنموذجاً- ، مذكرة ماستر تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2018.

المقالات من المجلات:

- أحمد عبدو، الوكالة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإبقاء، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، مجلد 2، عدد 7، الجزائر، 2023.

- محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مجلد 2، عدد 4، الجزائر، 2017.

- مصطفى العربي باشا، إسهام الاجتهاد القضائي في حماية الأسرة، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، جامعة برج بوعرييج، المجلد 6، عدد 1، الجزائر، 2021.

- عائشة معروف، براهيم عماري، حق الزوجة في التطليق لحبس الزوج في مواجهة حق الزوج المسجون في الخلوة الشرعية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، جامعة محمد الصديق ابن يحي جيجل، مجلد 7، عدد 2، الجزائر، 2022.

- عمر بوعلالة ، نطاق الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة نوازل الفقهية والقانونية، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط، مجلد 6، عدد 2، الجزائر، 2022.

الاجتهاد القضائي في الأحوال الشخصية بين قصور نصوص قانون الأسرة
الجزائري وضعف التكوين الشرعي للقضاة

- شهرزاد بوسطلة، الطلاق بحكم القاضي وإشكالاته قراءة في نص
المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، مجلة
العلوم القانونية والسياسية، جامعة الواد، مجلد 13، عدد 1، الجزائر،
2012.