

الاقترب المفاهيمي للإجتihad القضائي في التشريع الأسري الجزائري.
Conceptual approaches to jurisprudence in Algerian family legislation.

حسينة غواس¹*

¹ جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة (الجزائر)، h.ghaouas@univ-skikda.dz

تاريخ الإرسال: 2022/09/13 تاريخ القبول: 2022/09/28 تاريخ النشر: 2022/10/15

الملخص:

يعد الاجتهاد القضائي عصارة جهد القاضي في استنباط الأحكام واسقاطها على النزاعات المعروضة أمامه، وتزداد أهمية هذا الاجتهاد بتعاظم المجال الذي يكون فيه ولعل شؤون الأسرة من المواضيع الهامة في التشريع الجزائري خاصة وأنه التشريع الوحيد القائم على الشريعة الإسلامية كمصدر أول وأصلي له .

لقد شكل قانون الأسرة حقلا خصباً للاجتهاد القضائي، حيث ساهم هذا الأخير في تعديل قانون الأسرة لسنة 11/84 بموجب الأمر 02/05 بحكم أن مواضيعه متجددة ومتطورة بتجدد وتطور الوقائع والظروف المحيطة؛ لهذا فإن الهدف من هذه الورقة البحثية هو حصر مفهوم الاجتهاد القضائي بدقة والكشف عن أهميته وحجتيه ومجالات إعماله في شؤون الأسرة.

الكلمات المفتاحية: الأسرة؛ اجتهاد قضائي؛ حجبية؛ تشريع .

Abstract:

Jurisprudence is the thrust of the judge's effort to elicit judgements and overturn them on the disputes before him. This jurisprudence is all the more important in the area in which family affairs may be an important subject in Algerian legislation, especially since it is the only legislation based on Islamic law as its primary and original source.

The Family Code was a fertile field of jurisprudence. The latter contributed to the amendment of the Family Code of 84/11 by Ordinance No. 05/02, since its topics were renewed and evolved with the renewal and evolution of the facts and circumstances. The aim of this paper is to identify the meaning of the case law, to determine its precise concept and to reveal its relevance, validity and areas of operation in family matters.

Keywords: family, Jurisprudence ,authenticity, legislation.

مقدمة:

تعد قضايا الأسرة من القضايا المتعددة والمتشعبة في أحكامها وذات الطابع المتجدد بتجدد الوقائع وتغير الظروف التي تطبع الحياة المعاصرة كالتطور العلمي والتأثر بثقافة الحضارات الأخرى، مثل مسألة الدعوة إلى مساواة الرجل بالمرأة في الميراث وتعدد الزوجات وإثبات النسب والحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي وغيرها، هذا ما يجعلها محلا للاجتهاد القضائي هذا الأخير الذي لا يقل أهمية عن التشريع، لأنه يعكس الجانب التطبيقي له، حيث قد يكون النص التشريعي غير موجود أو يشوبه غموض أو إبهام أو تناقض، مما يستدعي اجتهاد القاضي للوصول إلى الحكم .

هنا تظهر أهمية الاجتهاد القضائي والحاجة إليه، بل وتزداد أكثر عندما تقتزن بشؤون الأسرة باعتبارها اللابنة الأساسية في بناء أي مجتمع بما يحفظ استقرارها ويؤمن حماية لها ويحافظ على حقوق أفرادها (زوج، زوجة، أولاد). وهذا ما تم التأكيد عليه من قبل المؤسس الدستوري خلال ماورد في التعديل الدستوري لسنة 2020¹ في المادة 71 من خلال نصها على مايلي: "تخلى

الأسرة بحماية الدولة ". كما تحظى الأسرة أيضا بحماية مدنية وجنائية من خلال القانون المدني وقانون العقوبات وحماية دولية من خلال الاتفاقيات المصادق عليها في هذا الصدد مثل اتفاقية سيدوا ومكافحة العنف ضد المرأة وغيرها.

إن الهدف المتوخى من هذه الدراسة هو التعرف على المفهوم الدقيق للاجتهاد القضائي والكشف عن أهميته وإسهامه في حل مشاكل الأسرة الجزائرية بالفصل في نزاعات الأحوال الشخصية المعروضة أمامه والنهوض بالاجتهاد الشرعي خاصة في هذا المجال.

تكمن أهمية هذا الموضوع في الدور الذي يؤديه الاجتهاد القضائي، من أجل حماية الأسرة قضائيا لاسيما مع الارتباط الوثيق بين قانون الأسرة² الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية. كما أنه من المواضيع القانونية الهامة الأمر الذي يتطلب الاجتهاد فيما لم ينص عليه المشرع وفي هذا السياق تسهر المحكمة العليا على توحيد أحكام القضاء في فهم القانون وتفسيره وهذا ما أكدت عليه المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي نصت على مايلي: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون".

بناء على ما سبق، نطرح الاشكالية التالية:

ما المقصود بالاجتهاد القضائي وما هو نطاق أعماله في شؤون الأسرة ؟

للإجابة على هذه الاشكالية حاولنا تقسيم الموضوع إلى شقين رئيسيين هما:

1. مفهوم الاجتهاد القضائي، أهميته وحجته.

2. نطاق أعمال الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة .

اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المنهج الوصفي من خلال تعريف المصطلحات الأساسية ذات الصلة بالموضوع وبالمنهج التحليلي عند تحليل بعض النصوص القانونية وبالمنهج الاستقرائي من خلال جمع وتبويب واستقراء النصوص القانونية والاجتهادات القضائية بخصوص شؤون الأسرة.

1. مفهوم الاجتهاد القضائي، أهميته وحجتيه.

نتطرق في هذه النقطة إلى حصر معنى الاجتهاد القضائي وتحديد فحواه، والكشف عن أهميته وبيان حجتيه.

1.1 تعريف الاجتهاد القضائي.

نتناول في هذا المطلب تعريف الاجتهاد القضائي في اللغة والاصطلاح وفي الشريعة الاسلامية وفي القانون ونميزه عن بعض المصطلحات المشابهة له .

1.1.1 الاجتهاد القضائي لغة واصطلاحا.

يعد الاجتهاد القضائي كلمة مركبة من كلمتين الاجتهاد والقضاء، لذا يتعين علينا تعريف كل من الاجتهاد والقضاء لغة وإصطلاحا لكل مصطلح على حدى.

✓ تعريف الاجتهاد :

- لغة الاجتهاد: الجدوبذل الوسع والمجهود في طلب الأمر وهو افتعال من الجهد والطاقة³. وهو بذل الجهد في تحقيق أمر معين سواء كان ماديا أو معنويا وقد قال صاحب تاج العروس في تعريفه للاجتهاد "الجهد بالفتح الطاقة والوسع ، والتجاهد في بذل الوسع والمجهود فالاجتهاد افتعال من الجهد والطاقة والوصول إلى أمر من الأمور ، واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، والمجتهد الحق هو الذي ينظر إلى النصوص والأدلة بعين وينظر إلى الواقع والعصر بعين أخرى حتى يوائم بين الواجب والواقع، ويعطي لكل واقعة حكمها المناسب لمكانها وزمانها وحالتها⁴.

وفي اللغة الفرنسية عبارة الاجتهاد القضائي la jurisprudence مشتقة من أصل لاتيني من لفظ juris ويعني القانون ولفظ prudence ويعني المعرفة أو العلم، بحيث يطلق الاجتهاد القضائي على العلم التطبيقي للقانون⁵.

نستنتج أن الاجتهاد لغة هو استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام وإما في تطبيقها .

-اصطلاحاً:حسب فقهاء الشريعة الاجتهاد هو استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي وقيل هو استفراغ الجهد في طلب شيء من الأحكام الشرعية على وجه يحسن من نفسه⁶.وهو بذل المجتهد وسعه في استنباط الأحكام مع أدلتها ويقوم بهذا الاجتهاد فقيه من الفقهاء فيكون اجتهاداً فقهياً.وقد يقوم به القاضي فيكون اجتهاداً قضائياً، كما ذهب البعض إلى القول بأن الاجتهاد هو القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية⁷.

✓ تعريف القضاء :

-لغة :للقضاء في اللغة أوجه عديدة مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم، أو ختم وأدي أداء، أو أوجب، أو أعلم، أو أنفذ، أو أمضي فقد قضى . فالقضاء لغة الحكم، والجمع الأفضية، والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم بها، واستقضي فلان، أي جعله قاضياً يحكم بين الناس، والقضايا الأحكام، واحداثها قضية، وأصله القطع والفصل، يقال : قضى يقضي قضاءً، فهو قاض إذا حكم وفصل⁷ .

وفي القرآن الكريم ورد القضاء بمعنى العمل في قوله تعالى:﴿ فاقض ما أنت قاضٍ ﴾⁸، معناه :فاعمل ما أنت عامل، ومن معاني القضاء الحتم والأمر، ومنه قوله تعالى:﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾⁹ ، أي أمر ربك وحتم، ومعناه الأداء والانتهاء .

-اصطلاحاً :تعددت التعريفات الفقهية للقضاء، فمن تعريفات الحنفية تعريف ابن الهمام الحكم : للقضاء بأنه:"الإلزام"وهو مأخوذ من المعنى اللغوي، كما عرفه الكاساني بأنه:"الحكم بين الناس بالحق"وهذا التعريف مستمد من المعنى اللغوي كذلك.

كما يعرف القضاء في المذهب الحنبلي على أنه الإلزام ومن تعريفات فقهاء هذا المذهب للقضاء أنه:" النظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات" ومنها أيضا : "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات" ¹⁰، في حين ذهب محمد مصطفى الزحيلي إلى تعريفه على أنه : "سلطة الفصل بين المتخاصمين، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية" ¹¹.

يعبر القضاء على مجموعة من المبادئ العامة التي تتلخص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها¹². كما يطلق لفظ القضاء أيضا على مجموعة المبادئ القانونية المستخلصة من استقراء أحكام المحاكم. ولقد اختلفت النظرة إلى القضاء كمصدر من مصادر القانون باختلاف الأزمان والشرائع¹³.

إن هذا العرض لمصطلحي الاجتهاد والقضاء يمكننا من تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي على النحو الآتي هو: "استفراغ القاضي وسعه في إدراك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة". كما ذهب البعض إلى تعريفه على أنه: هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم وهو سبيل مسائل الفروع ولهذا تسمى هذه المسائل مسائل الاجتهاد والناظر فيها مجتهدا، وأما الاجتهاد في القضاء فيطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص¹⁴ وهناك من يرى أنه بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية والقانونية من مصادرها الرسمية. ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء، وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما¹⁵.

2.1.1 الاجتهاد القضائي في الشريعة الإسلامية.

الاجتهاد القضائي ثابت في الكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى في الآية الكريمة 104 من سورة النساء: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما﴾. ويقصد به استفراغ القاضي جهده في استنباط الأحكام من أدلتها وتنزيلها على القضية المطروحة أمامه عند عدم وجود النص الذي يستند إليه من الكتاب أو السنة وعندما لا يكون النص قاطع الدلالة ذلك بالاستدلال له بالقياس أو بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى. وهذا ما قصده الصحابي الجليل معاذ بن جبل رضي الله عنه بقوله للرسول صلى الله عليه وسلم

وقد ولاه قضاء اليمن وسأله: "كيف تقضي إذا عرض لك القضاء؟ قال بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال فبسنة رسوله، قال فإن لم تجد؟ قال أجتهد رأي".¹⁶

3.1.1 الاجتهاد القضائي قانونا.

قياسا على تعريف الفقهاء فإن الاجتهاد القضائي قانونا هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القضائية و القانونية من مصادرها الرسمية. على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في حل مسألة قانونية والذي يقضي به، وعلى هذا يقال اجتهدات المحاكم بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها، و القاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة¹⁷.

وعليه يمكن القول أنه، يقصد بالاجتهاد القضائي الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته. بيد أن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري في شؤون الأسرة يختلف مفهومه عن الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي فالمصدر الذي يلجأ إليه القضاء عند انعدام النص القانوني هو الأخذ بما قال به الفقهاء قديما أو حديثا على خلاف القاضي الشرعي الذي مصدر اجتهاده هو الكتاب و السنة والقياس وغيرها من المصادر المنصوص عليها في أصول الفقه. فحسب رأي البعض لايعتبر الاجتهاد القضائي في تشريع الأسرة في الجزائر اجتهادا لأنه لايعدو أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية و المجالس القضائية أو تقديم تفسيرها لها¹⁸.

4.1.1 تمييز الاجتهاد القضائي عن بعض المصطلحات المشابهة له.

لكي يتضح أكثر مفهوم الاجتهاد القضائي لابد من تمييزه عن غيره من المصطلحات كما يلي:

- **الاجتهاد القضائي والسابقة القضائية:** إذ كان الاجتهاد القضائي هو الحل الذي

تتبناه الجهة القضائية الفاصلة في النزاع في حال عدم وجود النص القانوني أو غموضه

ونقصه وعدم كفايته. فإن السابقة القضائية هي الحكم المتعلق بقضية تم الفصل فيها

، و يعد قرار هذا الحكم مثالا يقتدى به ومرجعا لحالة مماثلة ،حيث تحاول المحاكم

الفصل في القضايا على أساس المبادئ القضائية الراسخة في الحالات السابقة

ولقد سادت فكرة السابقة القضائية في النظام الانجليزي واكتست صفة الالتزام.

- **الاجتهاد القضائي والقياس:** عندما لا يجد القاضي النص القانوني الذي يطبقه

، فيطبق نصا تشريعيا مقررًا لحالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتين متشابهتين تماما

أو مشتركتان في السبب، وهو ما يطلق عليه الاجتهاد القياسي مثال ذلك الحديث

النبي الشريف الذي ورد فيه: " من يقتل مورثه لا يرثه "وهو حكم شرعي،قيست

عليه حالة الموصى له الذي يقتل الموصى ليتعجل الحصول على الوصية يحرم من

حقه في الوصية كمبدأ عام في الشريعة الاسلامية .

- **الاجتهاد القضائي والعمل القضائي:** العمل القضائي عملية منظمة قانونيا تحسم

كل نزاع سواء فيما يتعلق باجراءات تقديم الدعوى أو فيما يتعلق بطرق الطعن في

الأحكام الصادرة بشأنها بينما لا ينطبق هذا على الاجتهاد القضائي بحيث لا يخصه

المشروع بقواعد قانونية محددة ،بل إن القضاء نفسه هو ومن ينشئ قواعد قانونية

تؤطر العمل القضائي.

2.1 أهمية الاجتهاد القضائي.

تتجسد أهمية الاجتهاد القضائي في أنه يضيف على القانون طابعا تطبيقيا وعمليا بالبحث عن الحكم العادل للنزاعات المعروضة أمامه ، إذ لا تقل أهميته عن أهمية التشريع ذاته؛ فهو يمنح للقاعدة القانونية جانبا ظاهرا وواقعا من خلال تفسيرها وبيان مجال تنفيذها. أي أنه يمنح القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده¹⁹ ويعتبر ضروري وهام سواء بالنسبة للقاضي ولرجل القانون عموما ، لأنه يعكس التطبيق العملي للنصوص القانونية .

يعد الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا لقواعد القانون في النظام الأنجلوسكسوني ، حيث يلزم فيه القاضي باحترام وتنفيذ الأحكام التي سبقت أن صدرت عن المحاكم العليا و التي تكون ملزمة للمحاكم الدنيا أوالمحاكم الابتدائية ،وتكون واجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التي صدرت²⁰. فالقاضي في هذا النظام يعد صانعا للقانون لأن هذا الأخير يقوم على مايسمى بالسابقة القضائية التي تلزم القضاة باحترام وتطبيق الأحكام القضائية الصادرة من قبل. أما في الدول التي تأخذ بالنظام الفرنكوفوني الذي تسير عليه معظم الدول العربية على خلاف النظام الأنجلوسكسوني فيقتصر دور القضاءفيها باعتباره من المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية على تطبيق القانون ، فالقاضي لاينشئ القاعدة القانونية بل يطبق القانون الساري المفعول عليها ، بالتالي فالأحكام القضائية السابقة التي تتوصل إليها المحاكم غير ملزمة.

وفي النظام القانوني الجزائري وتطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "و إذا لم يوجد نص تشريعي ،حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". وفقا لهذه المادة، تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. و لم تتم الاشارة إلى الاجتهاد القضائي كمصدر من المصادر الأساسية أوالرسمية للقانون و بالتالي لايعتد به كمصدر للقانون ولا يلتزم القاضي به عند

إصدار أحكامه. وفي قضايا الأحوال الشخصية، تعد الشريعة الإسلامية المرجع الاحتياطي الأول للقاضي لأن المصدر الأصلي الأول لقانون الأسرة الجزائري هو الشريعة الإسلامية ناهيك عن العرف²¹.

1.3 حجية أحكام الاجتهاد القضائي.

في القانون الفرنسي والقوانين العربية التي سارت على خطاه لا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات ، أي لا يجوز له صناعة القاعدة القانونية ولذا فالاجتهاد القضائي فيها يوافق الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، ولا يكتسي قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر بشأنها.

إذن يتميز الاجتهاد القضائي بقوة إلزامية من الناحية التطبيقية، بالرغم من عدم إلزاميته من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها فهو من المصادر التفسيرية وليس من المصادر الرسمية. (كثير من الاجتهادات التي صدرت عن القضاء الفرنسي مثلاً منذ عشرات السنين قد استقرت في النظام القانوني الفرنسي ولا تزال تطبق حتى اليوم كأنها قواعد ملزمة مع أنها ليست قواعد قانونية .

يقصد بحجية الحكم القضائي حسب ماعرفه الفقه بأنه حجة بما فصلت فيه²²، ذلك أنه إذا صدر حكم في قضية ما فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنواناً للحقيقة، لذا لا يجوز لأي طرف من أطراف النزاع تجديده عن طريق دعوى أخرى وبالتالي يجوز الحكم بحجية الشيء المقضي به، أي يكتسب حجية حال الصدور ولا يجوز تعديله.

إلا أن هناك فرق بين حجية الشيء المقضي به وقوة الشيء المقضي به فالحجية تتعلق بالجانب الموضوعي للحكم أي بمضمونه، حيث تحصنه من معاودة فحصه بدعوى أخرى وبالتالي يكتسبها ولو كان ابتدائياً، بينما قوة الشيء المقضي به تتعلق بالجانب الشكلي للحكم وتحول دون قابليته للطعن و تمنحه قوة إجرائية²³

إلا أن الأحكام القضائية تنقسم حسب درجتها وقوة حجيتها، فهناك أحكام قطعية وأخرى غير قطعية، أحكام ابتدائية وأخرى نهائية وأحكام باتة.

فطبقا للمادة 296 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 2409/08²⁴ يعد الحكم قطعيا إذا كان يفصل في مسألة موضوعية أو شكلية بشكل كلي أو جزئي ويحوز الحجية فيما فصل فيه بمجرد النطق به بينما الحكم غير القاطع فهو ذلك الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع وهو الحكم الأمر بإجراء التحقيق أو تدبير مؤقت طبقا للمادة 298 من ق. إج. م. و إد. أما من حيث قابليتها للطعن فتنقسم أحكام الاجتهاد القضائي إلى أحكام ابتدائية صادرة عن الدرجة الأولى من التقاضي ويمكن الطعن فيها بالاستئناف بناء على مبدأ التقاضي على درجتين، طبقا للمادة 33 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وأحكام نهائية صادرة عن المجالس القضائية بعد الاستئناف والتي أصبحت غير قابلة للطعن فيها سواء بالمعارضة أو بالاستئناف ويبقى لها طرق الطعن غير العادية كالتماس إعادة النظر والطعن بالنقض، ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد نذكر ماورد في إحدى الأحكام القضائية كمايلي: "...ورفض هذا الطلب بمقتضى حكم 1989/02/14، وقد أصبح هذا الحكم نهائيا و قد اكتسب قوة الشيء المقضي به"²⁵

أما الأحكام الباتة فهي تلك الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بأي طريقة من الطرق عادية أو غير عادية حيث تستنفذ كل طرق الطعن.

تجدر الاشارة إلى أن هناك أحكاما قضائية تصدر عن الدرجة الأولى إلا أنها توصف بأنها ابتدائية ونهائية ومنها أحكام الطلاق التي لاتقبل الاستئناف وهذا ما نصت عليه المادة 57 من قانون الأسرة المعدل والمتمم كما يلي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

2. نطاق إعمال الاجتهاد القضائي بخصوص شؤون الأسرة.

يلجأ القاضي إلى الاجتهاد في منازعات الأحوال الشخصية (شؤون الأسرة) المعروضة أمامه مع وجود النص القانوني المزمع تطبيقه على القضية موضوع النزاع وفي حالة انعدام النص القانوني كذلك .

1.2 الاجتهاد في حالة وجود النص القانوني.

إن سلطة القاضي في إصدار الحكم مرتبطة أساسا بالنص القانوني، حيث يعتمد القاضي في اجتهاده على عبارة النص القانوني الصريحة أي على ما جاء به المشرع وهو ما يطلق عليه عند فقهاء الشريعة الشرح على المتن وفي التشريع الوضعي نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على مايلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها" ²⁶.

إلا أنه قد يكون النص القانوني مشوبا بخطأ لفظي بحيث لا يستقيم معنى النص من دون تصحيح ذلك الخطأ كما قد يعتريه غموض أو لبس، أو في حالة سكوته أصلا عن الفصل في بعض المسائل، هنا يلجأ القاضي إلى الاجتهاد، وعليه يتحدد نطاق إعمال الاجتهاد القضائي في حالة وجود النص القانوني عند غموض النص وإبهامه وعند وجود نقص يعتريه وعند وجود تناقض في النص ذاته أو مع نص آخر.

1.1.2 غموض النص وإبهامه .

قد ينتاب النص القانوني الغموض والابهام، أي أن النص ليس له معنى واضح محدد وإنما هو يحتمل أكثر من تأويل، ومهمة القاضي في هذه الحالة اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب إلى الصواب ²⁷ وغالبا ما يجد القاضي نفسه في مثل هذه الحالة مضطرا إلى تفسير مضمون النص ويجتهد في فهم النص وتحديد معناه، لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق، لذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعا لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها ²⁸.

إن تأسيس الحكم القضائي من طرف قاضي الأحوال الشخصية يقوم على مدى فهم القاضي لقانون الأسرة وتوظيف معانيها وتطبيقها على الدعاوى المرفوعة أمامه. كما يتطلب الأمر من القاضي الاهتمام بدلالة النصوص القانونية المنطوق بها. مثال ذلك غموض قانون الأسرة السابق²⁹ بخصوص الطبيعة القانونية للخلع و موقف الاجتهاد القضائي لقضاة المحكمة العليا من هذه المسألة، حيث تم تكييف الطبيعة القانونية للخلع قبل سنة 1992 على أنه عقد رضائي وتم التأكيد على ضرورة موافقة الزوج لصحة الخلع من خلال القرار الصادر سنة 1984 القاضي بمايلي: "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الاسلامية في الخلع"³⁰.

لكن بعد سنة 1992 كرس القضاء الجزائري حق الزوجة في الخلع من دون موافقة الزوج و هذا مانصت عليه المادة 54 من قانون الأسرة لسنة 2005 الذي تم تعديله كما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".
تجدر الإشارة إلى أن نوع المال المقدم في الخلع وفقا لما قرره المشرع في المادة المذكورة أعلاه ، يرجع إلى اتفاق الطرفين أو إلى تدخل القضاء على ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج لما تعرضه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف وذلك منهى عنه شرعا.

ووفقا لأحدى الاجتهادات القضائية، يعد الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرض عليه و من ثم فتطبيق الزوجة خلعا من دون موافقة الزوج لا يتنافى مع القانون³¹.

2.1.2. النقص في النص .

يقصد بالنقص في النص القانوني أن يغفل المشرع تنظيم بعض المسائل والقضايا الأساسية ولا يتناولها ببيان أحكامها، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لابد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، في هذا السياق نص المشرع الجزائري في المادة الأولى في فقرتها الثانية 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".

بما أن القاضي يعمل على تحقيق هدف مهم وهو تحقيق الانصاف و العدل فإن لاحظ نقضا أو قصورا في التشريع الواجب التطبيق عن تحقيق هذا الهدف يتعين عليه أن يحكم بما يتوافق ومنطق العدالة³². ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محمدا معانيها أو مستخلصا منها أحكاما جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحيانا وسيلة لتغيير معاني بما يتوافق مع ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة.

3.1.2. التناقض في النص.

إن التناقض الذي يعتري التشريع المتعلق بالأسرة وعدم انسجامه مع الواقع في الكثير من الأحيان هو الداعي الرئيسي للاجتهاد القضائي، ففي حالة وجود نصين قانونين متعارضين، يقوم القاضي بالتوفيق بين النصين، وفي حالة تعذر ذلك يرجح نصا على الآخر بما يتوافق مع الظروف الآتية في القضية المعروضة أمامه وبما يحقق العدل والانصاف بين المتقاضين. قد يكون هذا التناقض بين نصين كما يكون في النص القانوني الواحد ومثال ذلك المادة 105 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه، و للمحكمة أن تعين مساعدا إذا رأت في ذلك مصلحة".

يستشف من نص هذه المادة أن المشرع أكد على وجوب تمكين الشخص المراد الحجر عليه من الدفاع عن حقوقه من جهة وفي الشق الثاني من المادة نص على أن المحكمة لها اختيار مساعد إذا ثبت مصلحة في ذلك.

يستخلص مما سبق أن قاضي الأحوال الشخصية لا يطبق مباشرة نص التشريع ، بل يتعين عليه فهم فحوى هذا النص والمعاني التي يحملها وهل يشوبها نقص وعدم وضوح أو تناقض مع نصوص أخرى فالقاضي إذن يجتهد أولا في فهم النص فهما صحيحا يؤهله إلى الوصول إلى الحكم السليم والعاقل في نفس الوقت الذي تصان فيه مصلحة الأطراف المتنازعة لاسيما في قضايا شؤون الأسرة التي تكتسي نوعا من الحساسية بالنظر لأهميتها في المجتمع. لكن اجتهاد القاضي لا يقتصر على مرحلة فهم النص، بل يمتد إلى تطبيقه من خلال دراسة الوقائع دراسة دقيقة ومتأنية وكذا التعرف على كل الملابسات والظروف المحيطة بالواقعة المراد تطبيق النص عليها.

وبالرجوع إلى التطبيق القضائي، وبناء على نص المادة 53 فقرة 2 : "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية : العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج". و لقد جاء اجتهاد المحكمة العليا في التطلق بسبب عقم الزوج اعتبار العقم مانعا من تحقيق الهدف من الزواج، حيث ورد في الحكم القضائي النص على مايلي: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين و أن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلق لتضررها لعدم الانجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليما"³³.

2.2 الاجتهاد مع انعدام النص القانوني.

إن الدليل على مشروعية الاجتهاد فيما لانص فيه ما رواه البخاري عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ له أجر"³⁴ فإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى، حيث يلجأ القاضي إلى تفسير الوقائع وتقديرها ويجتهد في المسائل التي عرضت أمامه سواء كانت جديدة أي لم تحدث من قبل أو حدثت من قبل لكن في ظروف مغايرة .

كما أنه من المتعذر الاحاطة والامام بكل واقعة وبكل دقيقة وكبيرة ،فمن المسائل ما لم يرد فيه نص ،مما يقتضي الاجتهاد ويجعله ضرورة حتمية وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة 11/84³⁵ المعدل والمتمم سنة 2005 التي نصت على مايلي: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية". يستشف من نص هذه المادة نقطتين:

- منح المشرع الجزائري حق الاجتهاد للقاضي في كل مسألة لم يتناولها قانون الأسرة.
 - الاقرار برجع القاضي إلى أحكام الشريعة الاسلامية باعتباره من المصادر الأساسية في قانون الأسرة من دون حصرها باتجاه أو مذهب فقهي و اجتهادي معين بذاته.
- يرجع القاضي إلى مصادر قانونية رسمية أخرى إذا لم يكن هناك نص تشريعي يطبقه على المسألة المعروضة أمامه ومن أهم هذه المصادر مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما سبق الإشارة اليه.
- يرى جانب من الفقه أن مجال عمل القاضي وهو ينشئ القواعد ابتداء من غياب النص إنما يشبه إلى حد بعيد عمل المشرع المتمثل في إنشاء القواعد القانونية ،فمجال عمل القاضي يشبه أيضا

فكرة إنشاء حق جديد، فالقاضي الذي يتدخل ليضع حلا قانونيا لنزاع محدد في غياب النص الذي يحكمه إنما يمارس سلطة في جوهرها وحقيقتها ذات طابع تشريعي واضح .

إن لجوء قضاة الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية في حال انعدام النص في القانون ، يترتب عنه تداخل بين المصطلحات الشرعية والقانونية من حيث الدلالات التي تدل عليها، وظهور بعض الأحكام القانونية التي يبدو أنها تعارض الأحكام الشرعية، ومن ثم بروز إشكالات في تفسير النصوص وتأويلها وفهمها مما يحول دون التطبيق السليم لقانون الأسرة، لأن مناط التطبيق وإنشاء الأحكام القضائية وتأسيسها هو الفهم القويم والسديد لنصوص القانون³⁶.

ومن خلال التطبيقات القضائية بخصوص انعدام النص القانوني يبدو أنه كان للإجتهاد القضائي دور فعال في وضع حلول اجرائية للمسائل المرتبطة باثبات الزواج العرفي، التي تميزت بالشغور والاغفال الاجرائي الواضح في قانون الأسرة، حيث استحدثت المشرع بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية أحكاما اجرائية خاصة بكل قسم ذي طبيعة خاصة ومنها قسم شؤون الأسرة الذي خصص له فصل مستقل (من المادة 324 إلى المادة 499)، حيث أولى المشرع أهمية خاصة لإثبات الزواج والنسب بموجب المادة 324 الفقرة 2 التي ورد فيه ما يلي: ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص، دعاوى اثبات الزواج والنسب إلا أن النص أهمل اجراءات اثبات الزواج العرفي³⁷.

ومن المسائل التي لم يرد فيها نص في قانون الأسرة أيضا مسألة اثبات النشوز، حيث استقر القضاء الجزائري على أن الزوجة لا تعتبر ناشزا إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي النهائي الذي يلزمها بالرجوع إلى مسكن الزوج بموجب محضر امتناع عن الرجوع حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر. ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون. حيث أن القرار المنتقد قد قضى بطلاق المطعون ضدها بعد نشوز الطاعن بامتناعه عن توفير السكن المنفرد

المحكوم به لها حسب محضر امتناعه المؤرخ في 10/06/1995 وهذا يعتبر نشوزا منه طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة الجزائري " 38

الخاتمة :

يعتبر قضاء الأحوال الشخصية أو ما يعرف في التشريع الجزائري بقضاء شؤون الأسرة أحد أهم أقسام القضاء العادي الذي فتح فيه المشرع المجال واسعا لإعمال سلطة القاضي التقديرية عند النظر في النزاعات التي تعرض عليه بغرض استنباط الأحكام الملائمة.

إلا أن اجتهاد القضاة لا ينصرف إلى الخروج عن النص التشريعي أو التناول عليه لأن في هذا إهدار لمبدأ دستوري ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات، فالأصل أن القاضي يطبق النص القانوني وفي حالة غموض هذا الأخير أو ابهامه أو نقصه يجتهد القاضي قدر المستطاع للوصول إلى المغزى الذي أراده المشرع بما يتطابق مع ظروف الوقائع المعروضة أمامه وملائمتها وإذا تعذر النص يلجأ إلى الشريعة الاسلامية كمصدر أول والعرف وقواعد العدالة.

بناء على ما سبق تم التوصل إلى النتائج الآتية:

- لقد كان للقضاء دور هام في وضع المبادئ الفقهية، حيث يكون القاضي فقيها وقاضيا في نفس الوقت، يلتزم بأحكام الشريعة الاسلامية عند إحداث القاعدة القانونية إلا أن القانون الوضعي يختلف عن ذلك.
- إن حالات الغموض والابهام والتناقض التي تعتري التشريع وعدم انسجامه مع الواقع هي الداعي الرئيسي للاجتهاد القضائي لاسيما في قضايا شؤون الأسرة .
- اسهام الاجتهاد القضائي في تعديل الكثير من البنود في قانون الأسرة لسنة 2005.
- تداخل بين الأسس القانونية والأسس الشرعية المستنبطة بالدرجة الأولى من أحكام الشريعة الاسلامية في اجتهادات قضاة الأحوال الشخصية.
- نقص الجانب التكويني للقضاة في علوم الشريعة على اعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الأول لقانون الأسرة الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أنه من الصعوبات التي تجابه الاجتهاد القضائي بالنسبة لقضايا الأسرة هو كثرة الاختلافات الفقهية بين المذاهب الفقهية، فضلا عن تعدد القضايا وتفرعها وتداخلها وتشابكها أمام الوقت الضيق للقاضي للفصل في الدعوى.

بالإضافة إلى أن قضاة الأحوال الشخصية غير متخصصين في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم جل قضايا الأسرة وتكوينهم الأكاديمي عادة ما يكون في تخصص الحقوق والشريعة والقانون وهو تكوين هزيل لا يؤهلهم إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وتفحصها والتمعن فيها بالدقة المطلوبة وعليه نقترح إعمال التوصيات التالية :

- تكوين القضاة تكويناً شرعياً يؤهلهم للبحث والتقصي عن الحلول للقضايا المعروضة أمامهم في أحكام الشريعة الإسلامية .
- وضع اجراءات قضائية موحدة على مستوى التراب الوطني بخصوص الاجتهاد في القضاء الأسري.
- النهوض بالاجتهاد القضائي وفقاً لمتطلبات العصر الجديدة من دون التنصل من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة.

قائمة المراجع :

1. القرآن الكريم.

2. الدستور .

3. النصوص القانونية :

—القوانين:

1. قانون 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر العدد 31.

2. قانون 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 متضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، ج ر العدد رقم 15 المؤرخة في 27/02/2005.

3. قانون 08/09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر العدد 21 لسنة 2008 المعدل والمتمم .

-المراسيم الرئاسية:

1. المرسوم الرئاسي 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور ، ج ر العدد 54، المؤرخة في 16 سبتمبر 2020.

4.الكتب:

1.أحمد سي علي،مدخل للعلوم القانونية،النظرية والتطبيق في القانون الجزائري،دارهوم،الجزائر،2009.

2.زيد يوسف جبرين،المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية،دار رند للنشر والتوزيع،الأردن،2008.

3.أحمد محمد لطفي أحمد،أصول التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،مصر،2007.

4.أنور سلطان،المبادئ القانونية العامة،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،مصر،2005.

5.الطاهري جمال،حجية الأمر المقضي في المادة المدنية،دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،الدار البيضاء،المغرب،2011.

6.محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري،لسان العرب،الطبعة الأولى،دار الفكر بيروت،لبنان 2008

7.عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،دون طبعة مؤسسة الرسالة،لبنان،سنة 2004.

8.محمد الزحيلي،التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي الطبعة 3،دار الفكر،دمشق،سوريا،سنة 2006.

9.محمد سعيد جعفرور،المدخل إلى العلوم القانونية،الطبعة 4،دار هوم،الجزائر،سنة 2007.

10.عمار بوضياف،المدخل إلى العلوم القانوني،دار جسر للنشر والتوزيع،الطبعة 3،الجزائر،سنة 2007.

5.المقالات العلمية :

1.حسين فريجة،الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه المجتهد معناه ومدلوله،مجلة الاجتهاد القضائي،تصدر عن مخبر الاجتهاد القضائي بجامعة محمد خيضر،بسكرة،المجلد 1،العدد 1،

مارس 2004، ص ص 11-26. متاح على الموقع التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11706>

2. محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 2 العدد 4، سبتمبر 2017، ص ص 88-108، المقال، متاح على الموقع التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65080>

3. رتيبة عياش، دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الاجرائي في اثبات الزواج العرفي، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر الاجتهاد القضائي بجامعة بسكرة، المجلد 13، العدد التسلسلي 28، نوفمبر 2021، ص ص 123-140. المقال متاح على الموقع التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/article/167765>

6. الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2005.

2. محمد محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه علوم اسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008/2009.

3. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية، جامعة وهران، 2014/2015.

4. لونيسي محمد الصالح، دور قاضي شؤون الأسرة في تأسيس الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2019، 2020/1.

7. المجلات القضائية :

1. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.

2. المجلة القضائية، العدد 3، سنة 1989.

الهوامش:

- ¹ المرسوم الرئاسي 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020 يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور ، ج ر العدد 54، المؤرخة في 16 سبتمبر 2020.
- ² هو القانون الذي يتعلق بالأسرة بالعلاقات الأسرية والاجتهادات القضائية.
- ³ محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار الفكر، الطبعة 1 بيروت، لبنان ، 2008 ، ص 102.
- ⁴ تاج العروس، مرتضى الزبيدي ، الطبعة 6، بيروت لبنان ، سنة 1999 ، ص 20.
- ⁵ Petit Larousse, imprimerie de la France 1989.
- ⁶ أحمد محمد لطفي أحمد، أصول التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2007، ص 149.
- ⁷ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دون طبعة ، مؤسسة الرسالة، لبنان ، 2004، ص 402.
- ⁸ حمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، المرجع السابق، ص 476.
- ⁹ الآية 72 من سورة طه.
- ¹⁰ الآية 23 من سورة الاسراء.
- ¹¹ عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة، دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة 2005 ، ص 15 - 14 .
- ¹² محمد الرحيلي، التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، الطبعة 3، دار الفكر، دمشق سوريا ، سنة 2006، ص 63 .
- ¹³ أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2005، ص 158.
- ¹⁴ محفوظ بن صغير ، الاجتهادات القضائية في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه علوم اسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2008/2009، ص 233.
- ¹⁵ حسين فريخة، الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه مجتهد معناه ومدلوله، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر الاجتهاد القضائي بجامعة محمد خيضر ، بسكرة ، المجلد 1، العدد 1، مارس 2004، ص 12 . متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/11706>
- ¹⁶ محمد سعيد جعفرور ، المدخل إلى العلوم القانونية ، الطبعة 4، دار هومه، الجزائر ، سنة 2007، ص 604 .
- ¹⁷ ورد في سنن أبو داود و الترميذي وضعفه الألباني وغيره لعللة الانقطاع.
- ¹⁸ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 208، 211.
- ¹⁹ محفوظ بن صغير، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، المجلد 2 العدد 4، سبتمبر 2017، ص 93 ، المقال متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/65080>
- ²⁰ محفوظ بن صغير ، رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ، ص 235.
- ²¹ أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، النظرية و التطبيق في القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر ، 2009، ص 284.

- ²² يعد العرف أقدم مصادر القانون ينبع من ضمير الجماعة له قوة إلزامية ، والقاضي لا يصنع العرف كما لا يكسبه قوة إلزامية لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القاضي، أنظر، أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية ، النظرية والتطبيق في القانون الجزائري ، دار هوامه ، الجزائر ، 2009، ص 260.
- ²³ زيد يوسف جبرين، المسؤولية المدنية للدولة عن أعمال السلطة القضائية ، دار رند للنشر والتوزيع ، الأردن، 2008، ص 23.
- ²⁴ الطاهري جمال، حجية الأمر المقضي في المادة المدنية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، الدار البيضاء، المغرب ، 2011، ص 59-58.
- ²⁵ قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ج ر العدد 21 لسنة 2008 المعدل والمتمم.
- ²⁶ ملف رقم 83603 قرار بتاريخ 1992/07/21 قضية (ب.ع) ضد (ب د ن)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2001، ص 134 .
- ²⁷ قانون 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم ، ج ر العدد 31.
- ²⁸ مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة ، رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية ، جامعة وهران ، 2014/2015، ص 28.
- ²⁹ عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، دار جسور للنشر والتوزيع ، الطبعة 3، الجزائر ، سنة 2007 ، ص 181، 182.
- ³⁰ المادة 54 السابقة من قانون الأسرة السابق لسنة 1984 التي ورد فيها النص على مايلي: "يجوز للزوج أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شئ يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".
- ³¹ قرار رقم 1989/06/11، ملف رقم 33652 ، المجلة القضائية ، العدد 3، سنة 1989 ، ص 38.
- ³² أنظر ، ملف رقم 216239 قرار بتاريخ 1999/03/16 قضية (ب.ع.و) ضد (ش.ن) ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ص 138.
- ³³ ملف رقم 213571 قرار بتاريخ 1999/02/16 قضية (ض.ب) ضد (ر.ح)، من الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق، ص 119.
- ³⁴ رواه البخاري ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة : أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، ص 1814.
- ³⁵ قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 متضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، ج ر العدد رقم 15 المؤرخة في 2005/02/27.
- ³⁶ لونيسي محمد الصالح، دور قاضي شؤون الأسرة في تأسيس الأحكام القضائية ، أطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2020/2019، ص 3
- ³⁷ أنظر ، مقال رتيبة عياش : دور الاجتهاد القضائي في معالجة الشغور الاجرائي في اثبات الزواج العربي ، مجلة الاجتهاد القضائي ، تصدر عن مخبر الاجتهاد القضائي بجامعة بسكرة ، المجلد 13، العدد التسلسلي 28، نوفمبر 2021، ص ص 123-140. المقال متاح على الموقع التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/167765>
- ³⁸ ملف رقم 189226 قرار بتاريخ 1998/04/21 قضية (ن.ع) ضد (ب ع)، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص 145.

