

فعالية الاجتهاد القضائي في معالجة قضايا الأسرة Effectiveness of jurisprudence in addressing family issues

نسيمة موسى *

كلية الحقوق – سعيد حمدين – جامعة الجزائر 1، nacimamoussa@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022/09/15 تاريخ القبول: 2022/09/29 تاريخ النشر: 2022/10/15

الملخص:

إنّ الاجتهاد القضائي وإسهاماته قصد تحقيق بعض الإصلاحات والمراجعات المتعلقة بنظام الأسرة ما يزال في بلادنا خاضعا لردود الأفعال الناجمة عن الضغوط الإيديولوجية المتطرفة، والتي تحاول التنصل من النصوص الثابتة المتعلقة بأحكام الأسرة، بدعوى قصورها وعجزها عن مواكبة التطورات الوطنية والإقليمية والعالمية، الأمر الذي يدفع إلى تفعيل دور الاجتهاد القضائي إلى صلب قضايا الأسرة ومعالجتها.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي؛ أحكام الأسرة؛ قضايا الأسرة.

Abstract:

Jurisprudence and its contributions in order to achieve some reforms and revisions related to the family system is still in our country subject to reactions resulting from extremist ideological pressures, which are trying to evade the established texts related to family rulings, claiming their insufficiency and inability to keep pace with national, regional and global developments, which leads to the activation of The role of jurisprudence to the heart of family issues and their treatment.

Keyword: Jurisprudence, family provisions, family issues.

مقدمة:

نصت الشريعة الإسلامية على أهم الأحكام التي تحفظ كيان الأسرة من المسخ والتشويه وتضمن إستقرارها ورعايتها، مع الإنفتاح على كل مكتسب إنساني يؤكد هذا المقصد ويرعاه، وعلى هذا فإن الشريعة الإسلامية تمثل المصدر الأول للتشريع العام والخاص، ومنه قانون الأسرة، غير أن المعالجات الفقهية القديمة أظهرت نوعاً من القصور وأصبحت لا تتماشى مع بعض معطيات القضايا المستجدة التي تحتاج إلى فتح باب الإجتهد القضائي لتكييفها وفق التطورات الحاصلة.

لذلك يعتبر البحث في أصول وضوابط الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي المرجع في إثراء قانون الأسرة من خلال التطبيقات العملية ذات الأبعاد الروحية والأخلاقية التي تضمن سلامة الأسرة واستقرارها، والتي يعطيها الشرعية والصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان.

إن موضوع هذا البحث هو محاولة لإبراز دور وفعالية الإجتهد القضائي من خلال بيان أسسه وضوابطه في الفقه الإسلامي وعلاقته بنظام الأسرة وتطبيقاته في قانون الأسرة، حيث تصدر اليوم قضية الأسرة معظم الإهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهدداً بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل معه خطراً على المجتمع، وإن الخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير حقيقي وذلك بالرجوع إلى أحكام

الشريعة الإسلامية، واستناداً إلى أصول وضوابط الإجتهد القضائي الشرعي للمقارنة بينه وبين غيره من الإجتهدات الوضعية التي تصدرها هيئة المحكمة العليا.

فالنهوض بالإجتهد القضائي المعاصر يحتاج إلى صياغة رؤية إصلاحية محكمة شاملة لمناحي القصور، ومستوفية لأغراض العلاج، فضلاً عن إخراج هذه الرؤية من الحيز النظري إلى الحيز التطبيقي، بغية تحقيق القوة في الفعل والفاعلية في الإنجاز، ومن ثم فإن النهوض المرجو للعملية الإجتهدية في مجال الأسرة -على الخصوص- لا يستقيم إلا بتظافر جهدين: الجهد التأسيسي للعلماء المتخصصين، والجهد الفعلي لأهل الحكم والتطبيقي المنوط برجال القضاء، إذ بيدهم من السلطة التنفيذية والقضائية ما يجعلهم قادرين على الإنجاز الفوري المثمر والتعديل الجوهري المنشود.

ولا شك أن النهوض والإصلاح والتطوير في مجال التطبيق القضائي في شؤون الأسرة على الخصوص، يستدعي بذل الجهد في تدارك النقص، وسد الثغرات، وتحكيم أصول الإجتهد الفقهي المعتبر في الشريعة الإسلامية؛ إذ تحكمت فيه عوامل وظروف داخلية وخارجية أمدًا طويلاً، عاقت مسيرته التطبيقية، وعطلت أبعاده الإصلاحية، فكان من الضرورة بمكان أن تعاد صياغة معاملته النظرية المستندة إلى أصول شرعية والمنظمة للعلاقات الأسرية وفق ما تتطلبه مقتضيات العصر، والتقدم العلمي الذي يطرح إشكاليات تتطلب حلولاً مناسبة.

ويعتبر هذا حلقة من حلقات التطور التاريخي الذي صاحب التطبيق القضائي في مجال الأسرة، في مختلف المراحل التي مر بها التشريع الجزائري، إذ بقي قانون الأسرة يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية خلافاً لباقي القوانين الأخرى، ومن الواضح الجلي أن تدارك ثغرات التقنين الأسري في التشريع الجزائري مرتبط أوثق الارتباط بالتعديل الجوهري في بعض مواد المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية تارة، أو المستندة إلى آراء مرجوحة تارة أخرى، فكان من اللازم إعادة صياغتها وفق ما يتماشى وروح العصر، وتطلعات الأسرة وحاجات الأفراد، بشرط عدم مخالفتها للنصوص الشرعية، وما أجمعت عليه الأمة سلفاً.

ولا يتأتى ذلك إلا باتباع منهج إجتهد قضاوي معاصر وثيق الصلة بالشرع وفقه الواقع، يقوم على الموازنة والبحث المتعمق والنظر السديد والترجيح القويم بين الموروث القديم والمؤلف

الجديد، يقوده في ذلك أهل الاختصاص- المتأهلين علمياً وعملياً- كل ذلك بعيداً عن الإرتجالية والتأثر بالإيديولوجيات الحديثة المختلفة.

وتزداد أهمية الاجتهاد القضائي إذا كان مرتبطاً بشؤون الأسرة، باعتبارها أساس تكوين المجتمع، حفاظاً على إستقرارها بما يحقق المقاصد الشرعية أو على الأقل حفظ حقوق أفرادها في بعض الحالات.

ويظهر مما سبق أن الاجتهاد القضائي لا يقل أهمية عن التشريع، لأنه يمثل الجانب التطبيقي له، والاجتهاد القضائي يعد من المصادر الرسمية للقواعد القانونية في الدول الأنجلوسكسونية، على عكس النظم القانونية اللاتينية- والتي تأثر بها المشرع الجزائري- أين يعد الاجتهاد القضائي فيها من المصادر التفسيرية لا من المصادر الرسمية، كما أنه يتميز بقوة إزامية من الناحية التطبيقية، بالرغم من عدم إزاميته من الناحية النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها.

وسبب هذه القوة الإلزامية هو الحرص على الإلتزام بنفس الاجتهاد في القضايا المماثلة بما يحفظ إستقرار الأحكام القضائية، تطبيقاً للمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 التي صرحت بما يلي: «تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في جميع حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري.

يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، وسيورها واختصاصاتها»¹.

ولكن هذا لا يعني أن الاجتهاد القضائي لا يمكن تغييره، وإنما يمكن ذلك للمصلحة والضرورة، بشرط إجتماع غرف المحكمة العليا، حيث نصت المادة 18/1 من القانون العضوي للمحكمة العليا على ما يلي: "زيادة على الحالة المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 17

أعلاه، تفصل المحكمة العليا بغرفها مجتمعة، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر من إحدى غرفها تغيير إجتهد قضائي².

وبما أن قضايا شؤون الأسرة من المواضيع المتجددة في فروعها والتي تتصل بنظام المجتمع المتطور الذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة، كان لا بد من تسليط الضوء على دور الإجتهد القضائي في قضايا الأسرة ومعالجتها.

والإشكالية التي يمكن طرحها بهذا الصدد تتمثل في الآتي: بما أن الإجتهد القضائي يقوم على أسس وضوابط تتماشى ومقاصد الشريعة الإسلامية، ولما كان له دور في أحكام الأسرة، فما مدى فعاليته في معالجة قضايا الأسرة؟

للإجابة على هذه الإشكالية إرتأينا تقسيم هذه الورقة البحثية كمايلي:

المحور الأول: أسس وضوابط الإجتهد القضائي ودوره في أحكام الأسرة

أولاً: أسس وضوابط الإجتهد في شؤون الأسرة

ثانياً: أهمية الإجتهد القضائي في قضايا الأسرة

المحور الثاني: إسهامات الإجتهد القضائي في معالجة قضايا الأسرة

أولاً: فعالية الإجتهد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العملية

ثانياً: توثيق الصلة بين الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية والواقع الأسري

1. أسس وضوابط الإجتهد القضائي ودوره في أحكام الأسرة

إن مساهمة القضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية لما تتطلبه الأوضاع المختلفة للمجتمع في مختلف مراحل تطوره، إنما يدل على مرونة التشريع الإسلامي بوجه عام وصلاحيته لاستيعاب ما يجد من قضايا ناتجة عن التطور العلمي الذي يشهده هذا العصر، أو ناتجة عن الظروف السياسية والاجتماعية، كذا الأوضاع الثقافية التي إستحكمت في بعض الدول العربية، مما جعل الدور مناطاً بالمحاكم الشرعية للنهوض بالإجتهد في مجال قضاء الأحوال الشخصية، الأمر الذي أسهم في المحافظة على إبقاء الشريعة الإسلامية مصدراً لأحكام الأسرة.³

وإنّ الإقرار بوجود حاجة ماسة للإجتهد القضائي فيما يخص شؤون الأسرة، يستدعي وضع أسس وضوابط له، لكونه وفق الضوابط الشرعية، وفيه نماء للفقہ الإسلامي، ومواكبة لتطورات الحياة ومستجداتها.

1.1 أسس وضوابط الإجتهد في شؤون الأسرة

يستند الإجتهد في قضايا الأسرة إلى الدواعي الآتية:

- الحاجة التي تقتضيها حياة الناس، وتجدد أعرافهم وعاداتهم وتقاليدهم، فإذا دعت الحاجة إلى إجراء تعديل على نص سابق، إستند على عرف أو أدى تطبيقه إلى مناقضة الغاية التي شرع الحكم من أجلها، جاز لولي الأمر إعادة الأمر إلى نصابه، بوضع التدابير والنصوص التي تحقق غايات الشرع من أحكامه معتمداً على أسس شرعية.

- التيسير ورفع الحرج عن الناس، فإذا ثبت وقوع الناس في الضيق والحرج باتباع رأي فقهيما، وكان في الفقہ الإسلامي بديل آخر للرأي المتبع دون مخالفته النصوص الشرعية، جاز العدول عن المادة القانونية المؤدية إلى الحرج إلى مادة أخرى مكانها مستمدة من أيسر المذاهب الفقهية، ما لم يؤدي تطبيقها إلى مفسد أكبر منها⁴.

الإطلاق من أنّ الإجتهد هو إجتهد في تطبيق النصوص الشرعية إذا وجدت محالها ومواردها، وليس هو نسخ للنصوص أو إهمالها، أما إذا لم توجد محالها فلا أثر له على بقاء أحكام هذه النصوص ولا يجوز النص على مخالفتها، قال ابن تيمية: "وإنما يزول الحكم بزوال علته في محالها وموارده، وأما زوال نفس الحكم الذي هو النسخ فلا يزول إلا بالشرع، وفرق بين ارتفاع المحل المحكوم فيه مع بقاء الحكم، وبين زوال نفس الحكم، ومن سلك هذا المسلك أزال ما شرعه الله برأيه، وأثبت ما لم يشرعه الله برأيه وهذا هو تبديل الشرائع"⁵.

كما أنّ أي إجتهد ينبغي أن يقوم على ضوابط منها:

- الالتزام بالنصوص الشرعية الواردة في نظام الأسرة، والأخذ بها في كل أمر أو تشريع، والتقييد بقواعد تفسير النصوص الشرعية، والتي عليها التعويل في الجمع والترجيح بين النصوص المتعارضة والمختلفة.
- الاستفادة من التراث الفقهي وإستيعابه والتمكن من فهمه، وفهم القواعد التي قام عليها، والإنطلاق لبناء إجتهد فقهي جديد.
- أن يكون القائمون على الإجتهد فيما يخص قانون الأسرة من العلماء المختصين، خاصة في علوم الشريعة، ولا بأس من الإستئناس بباقي العلوم الأخرى التي لها صلة بموضوع الأسرة. مراعاة قيم الأمة وهويتها وأعرافها وتقاليدها، ذلك لأن غاية القوانين هي إصلاح المجتمعات، وقد يكون بعضها مناسبا للحضارة الغربية وغير مناسب لهوية مجتمعاتنا.

2.1 أهمية الإجتهد القضائي في قضايا الأسرة

إن أغلب القضايا المتعلقة بالحياة الأسرية وغيرها، تطرح في الوقت الراهن قضايا فرعية أفرزتها التطورات والتحولات الإجتماعية، ويتعين على الفقهاء الإهتمام بها ودراستها ومحاولة إيجاد الحلول الناجعة لها، دون مخالفة أحكام الشريعة ومقاصدها⁶.

إن الإجتهد القضائي له دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه، يخلق لحظة إنسجام بين النصوص القانونية والواقع الإجتماعي المطروح أمام القاضي.

الإجتهد القضائي في قضاء الأحوال الشخصية يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الإجتهد الفقهي وكونه مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية، يعطي حلولاً للقضايا، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية.

إن الإجتهد يحقق المقاصد الشرعية التي من أجلها شرعت الأحكام في موضوع الأحوال الشخصية، ذلك لأن الغاية من الإجتهد إنما هو تحقيق مقاصد الشريعة من تشريع الأحكام⁷.

إنَّ الإجتهد هو رد فعلي على المشككين في مرونة أحكام الشريعة وصلاحياتها لكل زمان ومكان، وقدرتها على معالجة المشاكل الطارئة، وإعطاء الحلول لكل ما يستجد من أمور.

إنَّ الإجتهد يحمي الفقه الإسلامي في قضايا الأحوال الشخصية من اللجوء إلى الحيلولة استخدام المخارج غير المشروعة، فوجود الإجتهد يحل المشاكل التي تظهر نتيجة التطبيق، وبناء الأحكام الشرعية المناسبة لها.

تحريك الطاقات الفاعلة لدى الفقهاء وفتح باب الإجتهد لإعادة الدور الريادي للفقهاء الإسلامي في مجال القضاء⁸.

2. إسهامات الإجتهد القضائي في معالجة قضايا الأسرة

إنَّ إسهام الإجتهد القضائي في توحيد الحلول القانونية على كافة التراب الوطني، كونه يمثل من الناحية العملية تطبيقاً للقرارات المعروضة عليه تطبيقاً سليماً يتماشى مع مقتضيات القانون، حيث أنَّ حماية الأسرة قضائياً تتطلب حمايتها من طرف القضاء من خلال فعاليات الإجتهد القضائي في هذا المجال التشريعي.

ولا مناص من القول أنَّ التقنين في مجال الأسرة ينبغي أن يقوم على الإجتهد الشرعي الذي يوافق الدليل الشرعي، ذلك أنَّ العبرة في مجال تقنين أحكام الأسرة تكمن في موافقة الدليل الشرعي، لأنَّه من المعلوم أنَّ أحكام الأسرة مستمدة أساساً من كليات الشريعة الإسلامية ومقاصدها⁹، فلا يجوز المساس فيها بنظام التعاقد الشرعي¹⁰، ولا خلاف في أنَّ العبرة في الإسلام هي الدليل الشرعي، أي بمدى إتفاق الرأي الإجتهد أو الحكم القضائي مع أحكام القرآن والسنة ومقاصد الشريعة، سواء صدرت هذه الأحكام من أولي الأمر أم من المجتهدين¹¹.

فكان للإجتهد إسهاماً في بيان تفوق النظام الإسلامي بكل جوانبه على ما لدى الآخرين من أنظمة، فما أعطته الأحكام الشرعية للمرأة يفوق ما أعطته القوانين والأنظمة في دول الغرب، وهذا ما صرح به الكثير منهم¹².

1.2 فعالية الإجتهد القضائي في قانون الأسرة من الوجهة العملية

كان للتطبيق العملي لأحكام الأسرة في البلاد العربية — ومنها الجزائر — الأثر الكبير على الإجتهد القضائي، فحينما توجد مشكلة لم يتناولها القانون المعمول به يقترح ما يغطي هذه المشكلة عن طريق الإجتهد، وعندما تظهر صعوبة في تطبيق مادة ما، أو في حال تعدد الأفهام حولها، يأتي التعديلا الجديد عن طريق الإجتهد ليوضح حدًا للاختلاف، وينقل القانون إلى صياغة أمثل تساعد في ضبط التطبيق نحو الأفضل، ومن أمثلة ذلك ما يلي¹³:

- ليس للمرأة حق طلب التطلق بسبب فقد زوجها أو غيابه عنها بالسجن أو السفر، وفقًا للمذهب الحنفي المطبق في كثير من الأقطار الإسلامية، حيث جاء التعديل ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي المرأة حق طلب التفريق لهذه الأسباب، وذلك رفعًا للضرر عنها، وهو ما نصت عليه المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري¹⁴.

- ليس للمرأة الحق في طلب فسخ عقد الزواج بسبب الإعسار بالنفقة اعتمادًا على المذهب الحنفي الذي لا يجيز ذلك، فجاء التعديل (الإجتهد) ليأخذ برأي الجمهور الذي يعطي للمرأة حق طلب الفسخ لهذا السبب، وهو ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري¹⁵.

- وبخصوص كثرة دعاوى الزوجات بعدم الإنفاق عليهن لمدة طويلة سابقة على رفع الدعوى يصعب إثباتها أحيانًا، جاء التعديل ليعطي المرأة حقها في النفقة المستحقة سابقًا إذا ثبت ذلك بالبينّة، وهو ما نصت عليه المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري¹⁶.

ومن هنا تتضح فعالية الإجتهد القضائي عملياً من خلال المساهمة الناجعة في حل ما أشكل من قضايا تخص نظام الأسرة والمجتمع، غير أنه لا يرتقي في مفهومه إلى معنى الإجتهد القضائي الشرعي.

2.2 توثيق الصلة بين الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية والواقع

الأسري

إنّ توثيق الصلة بين الإجتهد القضائي في الشريعة الإسلامية والواقع الأسري خصوصاً، مسلك إجتهد محمود، يضمن حسن تنزيل الأحكام على المستجدات التي تفرزها التطورات العلمية الحديثة، ذلك أن فقه النص ليس بكاف وحده في تسديد العملية الإجتهدية وتفعيل الحياة معها، ما لم يلتحم بفقه الواقع في تطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع والحوادث.

ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق أمرين¹⁷:

أولاً: فهم الواقع الاجتماعي بتركيباته المعقدة وسماته المتداخلة، وذلك عن طريق الإحاطة بالأعراف الشائعة والعادات المستحكمة لفهم البنية الفكرية لأبناء المجتمع، ولهذا إشتراط بعض الفقهاء فيمن ينتصب للقضاء أن يكون محيطاً بعادات الناس وأعراف البلد، حتى يتسنى له الحكم على أساس البينة والبرهان.

ثانياً: الإمام بمبادئ العلوم الإنسانية المعاصرة، بوصفها مفاتيح لتحقيق المناط الخاص في المسائل المستجدة، وأدوات لسبر فقه الواقع على نحو يتيح الفهم العميق للحقائق الواقعة، والتفسير المعقول للظواهر الاجتماعية والإقتصادية والعلمية، فيلزم على هذا إستيعاب كل جديد وافد، وتأصيله علماً بمستوى الشرعي تأصيلاً سديداً تتوثق فيه الصلة بين فقه النص والواقع الأسري.

ولعل من أهم المسائل الفقهية المعاصرة التي تتطلب الاستعانة بما توصل إليه العلم الحديث مسألة إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية والتي مجالها العلوم الطبية والمخبرية¹⁸، ويتحدد من خلالها نسب الولد بصفة قطعية، فإنه لا ينهض من الشرع مانع من استثمار هذه التقنية في إثبات النسب، ومنه يمكن للقاضي الرجوع في مسائل إثبات النسب إلى ما تفره الخبرة الطبية نفيا وإثباتا.

وما يمكن قوله في هذا الصدد أنه لا سبيل إلى النهوض بالاجتهاد القضائي وتفعيل دوره في صياغة الواقع وفق منظور شرعي، إلا بامتلاك الآليات التي تساعد على فهم الواقع الأسري وإحتواء القضايا المستجدة، وبالتالي تتأكد مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحياتها لاستيعاب الوقائع والحوادث وإيجاد الحلول المناسبة لها.

الخاتمة :

إنّ الاجتهاد القضائي الشرعي يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام في الشريعة الإسلامية، ويترتب على ذلك أنه يخضع في أصوله وضوابطه وقواعده وشروطه لنفس ما يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام، فهو وثيق الصلة بالاجتهاد العام الذي يمثل مصدر التجديد الفقهي ودعامته، وذلك ببيان الحكم الفقهي الذي ينبنى عليه الحكم القضائي المناسب لكل ما يستجد من وقائع، أو بتجديد النظرة في الاجتهادات السابقة نتيجة طروء معطيات مستحدثة تقتضي إعادة النظر، ويتحقق بذلك للشريعة خلودها وثبوت صلاحيتها لكل زمان ومكان.

يقوم الاجتهاد القضائي الشرعي على فهم المراد الإلهي من الوحي - أحكاما ومقاصد وغايات- ثم تطبيق هذا الفهم وتزيله على الواقع، ومن ثم فإنّ اجتهاد القاضي الشرعي يعتبر ثنائي المقصد والاتجاه (فقه النص وفقه الواقع)، دون مجاوزة لحدود النصوص ومفاهيمها الحقيقية.

يكتسب الاجتهاد القضائي أهميته من حيث ضرورته لتأكيد صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وبالتالي عالمية وشمولية هذه الشريعة، وأنها تصلح لحكم الإنسانية في جميع مجالات

الحياة المختلفة، ولا يتمكن علماء الأمة من تفويت الفرصة على المنادين باستيراد تشريعات وأنظمة علمانية غريبة.

لا يسوغ الاجتهاد في القضاء في مجال الأحوال الشخصية إلا لمن توافرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه، وأن يقع فيما دون القطعيات.

يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي عن مفهومه في التشريع الجزائري في أحكام الأسرة، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن إحدى درجات التقاضي والحكم عليها بالتطبيق الصحيح أو المخالف للقواعد الشرعية والقانونية، وذلك بالاستناد إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي -سلفاً- أو ما نص عليه الفقهاء المتأخرين في المذهب المالكي على الخصوص، وهذا يعد نقلاً للفتوى لا اجتهاداً بمفهومه اللغوي والشرعي.

يقوم الاجتهاد القضائي - في أغلب قراراته التي كانت السبب الموجد لبعض مواد قانون الأسرة الحالي- على الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل (قاعدة مشهورة في اصطلاح المالكية المتأخرين) والتي تعني العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها مراعاة للمصلحة وما تقتضيه الحالة الاجتماعية للأمة، وهذا ضرب من ضروب الاجتهاد المذهبي الذي تقتضيه جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة، فيكون إستثناء من قاعدة الاجتهاد القضائي وليس أصلاً في العملية الاجتهادية.

إطلاق إصطلاح المبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا أولى من إصطلاح الاجتهاد القضائي، وهذا خاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية لأن الاجتهاد فيها يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي، كون أحكامها مستمدة من أصول وفروع الشريعة الإسلامية، فلا يكون الاجتهاد فيها إلا وفق ضوابطه الشرعية، أما المبادئ فتعني ما إستقر عليه العمل القضائي، وهي الأحكام التوفيقية الصادرة عن المحكمة العليا في شكل قرارات نهائية بشأن البت في الأحكام الإستئنافية التي يرجع إليها في المسائل المشار لها، لا على سبيل الإلزام.

إنَّ الإجتهد القضائي من شأنه أن يعطي حلولاً - لقضايا مستجدة - تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي بوجه عام، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية الواردة بشأن القضية - محل التراع- فلا تظهر فيها سمة التجديد الفقهي، الأمر الذي جعل إسهامات المحكمة العليا ضئيلة في مجال تقنين أحكام الأسرة.

إنَّ الإجتهد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدراً تفسيرياً للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلاَّ في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

وبناء على ما سبق، يوصى بما يلي:

- لا بد من توكيل أمر تعديل قانون الأسرة إلى هيئة تضم أعلى الكفاءات من ذوي الخبرة والإختصاص في الشريعة والقانون وعلم الاجتماع والنفس مع الإستعانة بمختلف الهيئات التي لها علاقة بالموضوع سواء كانت من مؤسسات الدولة أو هيئات المجتمع المدني.

- ضرورة الإهتمام بالتكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.

- ضرورة إنشاء قضاء أسري مستقل.

- ضرورة سن قانون إجرائي أسري.

إنَّ الإجتهد القضائي الشرعي يتضمنه الإجتهد الفقهي العام في الشريعة الإسلامية، ويترتب على ذلك أنه يخضع في أصوله وضوابطه وقواعده وشروطه لنفس ما يتضمنه الإجتهد الفقهي العام، فهو وثيق الصلة بالإجتهد العام الذي يمثل مصدر التجديد الفقهي ودعامته، وذلك ببيان الحكم الفقهي الذي ينبنى عليه الحكم القضائي المناسب لكل ما يستجد من وقائع، أو بتجديد النظرة في الإجتهدات السابقة نتيجة طرؤ معطيات مستحدثة تقتضي إعادة النظر، ويتحقق بذلك للشريعة خلودها وثبتت صلاحيتها لكل زمان ومكان.

يقوم الاجتهاد القضائي الشرعي على فهم المراد الإلهي من الوحي - أحكاما ومقاصد وغايات - ثم تطبيق هذا الفهم وتزيله على الواقع، ومن ثم فإنّ إجتهد القاضي الشرعي يعتبر ثنائي المقصد والاتجاه (فقه النص وفقه الواقع)، دون مجاوزة لحدود النصوص ومفاهيمها الحقيقية.

يكتسب الاجتهاد القضائي أهميته من حيث ضرورته لتأكيد صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان، وبالتالي عالمية وشمولية هذه الشريعة، وأنها تصلح لحكم الإنسانية في جميع مجالات الحياة المختلفة، ولا يتمكن علماء الأمة من تفويت الفرصة على المندادين باستيراد تشريعات وأنظمة علمانية غريبة.

لا يسوغ الاجتهاد في القضاء في مجال الأحوال الشخصية إلاّ لمن توافرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه، وأن يقع فيما دون القطعيات.

يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي عن مفهومه في التشريع الجزائي في أحكام الأسرة، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن إحدى درجات التقاضي والحكم عليها بالتطبيق الصحيح أو المخالف للقواعد الشرعية والقانونية، وذلك بالاستناد إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي -سلفاً- أو ما نص عليه الفقهاء المتأخرين في المذهب المالكي على الخصوص، وهذا يعد نقلاً للفتوى لا اجتهداً بمفهومه اللغوي والشرعي.

يقوم الاجتهاد القضائي - في أغلب قراراته التي كانت السبب الموجد لبعض مواد قانون الأسرة الحالي- على الأخذ بقاعدة ما جرى عليه العمل (قاعدة مشهورة في اصطلاح المالكية المتأخرين) والتي تعني العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها مراعاة للمصلحة وما تقتضيه الحالة الاجتماعية للأمة، وهذا ضرب من ضروب الاجتهاد المذهبي الذي تقتضيه جلب المصلحة ودفع المفسدة ومراعاة الضرورة، فيكون إستثناء من قاعدة الاجتهاد القضائي وليس أصلاً في العملية الاجتهادية.

إطلاق إصطلاح المبادئ القضائية أو قرارات المحكمة العليا أولى من إصطلاح الاجتهاد القضائي، وهذا خاص بمجال قضاء الأحوال الشخصية لأنّ الاجتهاد فيها يخضع في مفهومه لأحكام وقواعد الاجتهاد الفقهي، كون أحكامها مستمدة من أصول وفروع الشريعة الإسلامية، فلا يكون الاجتهاد فيها إلّا وفق ضوابطه الشرعية، أما المبادئ فتعني ما إستقر عليه العمل القضائي، وهي الأحكام التوفيقية الصادرة عن المحكمة العليا في شكل قرارات نهائية بشأن البت في الأحكام الإستثنائية التي يرجع إليها في المسائل المشار لها، لا على سبيل الإلزام.

إنّ الاجتهاد القضائي من شأنه أن يعطي حلولاً - لقضايا مستجدة - تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي بوجه عام، أما قرارات المحكمة العليا فلا تعدو أن تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية أو الفقهية الواردة بشأن القضية - محل التراع - فلا تظهر فيها سمة التجديد الفقهي، الأمر الذي جعل إسهامات المحكمة العليا ضئيلة في مجال تقنين أحكام الأسرة.

إنّ الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدراً تفسيريّاً للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلّا في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

وبناء على ما سبق، يوصى بما يلي:

- لا بد من توكيل أمر تعديل قانون الأسرة إلى هيئة تضم أعلى الكفاءات من ذوي الخبرة والإختصاص في الشريعة والقانون وعلم الاجتماع والنفس مع الإستعانة بمختلف الهيئات التي لها علاقة بالموضوع سواء كانت من مؤسسات الدولة أو هيئات المجتمع المدني.
- ضرورة الإهتمام بالتكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.
- ضرورة إنشاء قضاء أسري مستقل.
- ضرورة سن قانون إجرائي أسري.

الهوامش:

1. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009، ص 611.
2. القانون العضوي رقم: 11 - 12، المؤرخ في: 26 يوليو 2011، المحدد والمنظم للمحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، عدد 42، سنة 2011، ص 07.
3. كان من آثار الاجتهاد القضائي التحرر من الالتزام المذهبي في قضايا الأحوال الشخصية، لذلك كانت وجهة الإصلاح العمل على تسطير قانون للأسرة يستنبط من المذاهب الأربعة المشهورة، ويختار منها ما يكون الأقرب لتلبية حاجات ومتطلبات العصر، شريطة عدم مصادمته للنصوص الشرعية. انظر، أبو زهرة: الأحوال الشخصية، ص 11.
4. احمد فاروق النبهان: المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، (دط، دت)، ص 365-366.
5. محمد بلبشير الحسني: دور الاجتهاد الفقهي في تدعيم الانتساب الحضاري للإسلام، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم 53، تنسيق: محمد الروكي، ط 1، 1996، ص ص 83-85.
6. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1970، ص ص 27-82.
7. إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، مجلد 1، منشأة المعارف، 2021، ص 200 وما بعدها.
8. أنظر: المواد: 18-21-22 من قانون الأسرة الجزائري

9. مع مراعاة ما تستقر عليه الحال في الأخذ بمذهب الإمام المختار من واقع المذاهب الأربعة وفقا للعرف والتقاليد الجارية في البلد، على أن يتم وضع هذا التقنين بحيث يصبح قانونا يدخل في نطاق السلطة التشريعية المتخصصة، والذي تختص بتطبيقه السلطة القضائية المتخصصة أيضا.
10. وهبة الزحيلي، جمال عطية: **تجديد الفقه الإسلامي**، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000، ص 175-177.
11. ابن عبد البر: **الاستذكار**، توثيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، ط1، 1993، 8/22.
12. سالم البهنساوي: **قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء**، دار القلم ، الكويت، 1984، ص ص 22-32.
13. إلا أنه وبالرغم من أن الاجتهاد القضائي جاء ليحل بعض المشكلات في عدد من نصوصه، فقد ساعد ذلك في خلق مشكلات أخرى، على نحو النصوص التي جاءت لتعالج الإضرار بأحد الزوجين، بما يسمى بقضايا الشقاق والنزع التي أوجدت حالة من كشف الأسرار الزوجية، كما أدى التعويض عن الطلاق التعسفي إلى اختلاق الزوج في زوجته ما ليس فيها للهروب من دفع هذا التعويض.
14. ونصها: "الزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53(معدلة) من هذا القانون".
15. ونصها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون". الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/2/72.
16. ونصها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أيحكم باستحقاقها بناء على بيئة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

17. قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 46 وما بعدها.
18. عمر سليمان الأشقر وآخرون: دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2002، (يتضمن هذا الكتاب بحث للدكتور عبد الناصر أبو البصل: الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي) 687/2.

المراجع

أولاً: النصوص القانونية

1. القانون العضوي رقم: 11 – 12، المؤرخ في: 26 يوليو 2011، المحدد والمنظم للمحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 42، سنة 2011، ص 07.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ 27 فبراير سنة 2005 المتضمن قانون الاسرة.

ثانياً: الكتب

1. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مايو 2007، ص 11.
2. أحمد فاروق النبهان، المدخل للتشريع الإسلامي، وكالة المطبوعات، الكويت، (دط، دت)، ص 365-366.
3. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، 1970، ص ص 27-82

4. محمد بلشير الحسني، دور الاجتهاد الفقهي في تدعيم الانتساب الحضاري للإسلام، منشورات كلية الآداب بجامعة محمد الخامس، الرباط، بعنوان: "الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد" سلسلة ندوات، رقم 53، تنسيق: محمد الروكي، ط1، 1996، ص ص 83-85
5. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مجلد1، منشأة المعارف، 2021، ص 200 وما بعدها.
6. وهبة الزحيلي، جمال عطية، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2000، ص 175-177.
7. ابن عبد البر، الاستدكار، توثيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق، ط1، 1993، 8/22.
8. سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم ، الكويت، 1984، ص ص 22-32.
9. قطب الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 46 وما بعدها.
10. عمر سليمان الأشقر وآخرون، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 2002.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

1. محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009.

