ISSN 2602 – 7100 رقم
ص 93- 112

أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

jurisprudence provisions in Islamic jurisprudence and algerian legislation

مشراوي سهام [1] *، عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد سيد [2]

[1] جامعة عمار ثليجي الأغواط (الجزائر)، si.mechraoui@lagh-univ.dz

[2] جامعة جدة العالمية (السعودية)، abdelrazek.sayed@yahoo.com

تاريخ الإرسال: 29-09-2022 تاريخ القبول: 14-10-2022 تاريخ النشر: 29-10-2022

الملخص:

تناولت الشريعة الإسلامية مواضيع الأحوال الشخصية (كالزواج وانحلاله ونتائجهما والولاية والوصاية والميراث...) في أحكام عامة مثبتة في القرآن الكريم بالدرجة الأولى كمصدر أساسي من مصادر الفقه الإسلامي وتليه السنّة النبوية ،بالإضافة للأحكام والقواعد القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية التي تكاد تكون في معظمها ثابتة ومستقرة لتعلقها بحالة الإنسان ومتغيرة في بعض الأحيان تستلزم اجتهاد القاضي في التشريع الجزائري بما يتناسب مع الأوضاع الاجتماعية باختلاف الزمان والمكان.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي؛ الفقه الإسلامي؛ التشريع الجزائري .

* المؤلف المرسل

Abstract:

Islamic law deals with personal status issues (such as marriage, its dissolution and its consequences, and guardianship)) Guardianship and inheritance...) in general provisions established in the Holy Qur'an in the first place as a primary source of Islamic jurisprudence, followed by the Prophetic Sunnah, in addition to the legal provisions and rules related to personal status that are almost fixed and stable in most of them because they are related to the human condition and sometimes require diligence The judge in Algerian legislation in proportion to the social conditions in different times and the place.

Keywords: jurisprudence; Islamic jurisprudence; Algerian legislation.

مقدمة:

تتصدر اليوم قضايا الأسرة معظم الاهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة الوعي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية للتنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل خطرا على المجتمع، والخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير حقيقي وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالاستناد إلى أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي، فما هي أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ؟

وعليه فقد اعتمدنا للإجابة عن اشكالية بحثنا على المنهج الاستقرائي لتتبع وتقصي النصوص الفقهية والقانونية والقضائية والمنهج الوصفي في دراسة المفاهيم النظرية للاجتهاد القضائي والفقه الاسلامي وفي التشريع الجزائري .

1. الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

1.1 مفهوم الاجتهاد القضائي

أولا: تعريف الاجتهاد القضائي لغة:

قال صاحب تاج العروس: "الجهد بفتح الطاقة والوسع، ويضم .. والتجاهد : بذل الوسع والمجهود كالاجتهاد افتعال من الجهد والطاقة [1]، وقد تكرر لفظ الجهد وهو يعني المشقة، وقيل : المبالغة والغاية، وبالضم الوسع والطاقة، وقيل :هما لغتان في الوسع والطاقة، فأما المشقة والغاية فالفتح لا غير [2].

فالاجتهاد في اللغة : بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد للوصول إلى امر من الأمور .

ثانيا: تعريف الاجتهاد القضائي اصطلاحا:

ذكر العلماء تعريفات كثيرة للاجتهاد لا طائل من استقصائها، لأنها في جملتها لا تختلف إلا في العبارة، وإنما المراد من ذلك الوقوف على حقيقة الاجتهاد في الاصطلاح.

ويمكن تقسيم هذه التعريفات إلى مجموعات :

الأولى: تشمل الاجتهاد الفقهي وغيره، كما تشمل القطعي والظني من الأحكام.

قال الرازي [3]: هو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه [4]، وكتعريف البيضاوي بأنه استفراغ الجهد في درك الأحكام الشرعية .[5]

الثانية : وهي التي أخذ فيها قيد العلم في التعريف، و المراد به مطلق الإدراك الشامل للقطع والظن، قال الغزالي " صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصا ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة والاجتهاد التام أن يبذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط.

الثالثة: وهي التي جعلت الظن قيدا كتعريف الآمدي [6]، بأنه استفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد عليه .[7]

ثالثا: تعريف القضاء لغة .

أتي على وجوه عدة مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم، أو ختم وأدى اداء، أو واجب أو علم أو أنفذ، أو أمضى فقد قضي.[8]

رابعا: تعريف القضاء اصطلاحا .

تعددت آراء فقهاء المذاهب في تعريف القضاء، و ترجع كلها غلى معنى واحد، ومن هذه التعريفات :

أ- **تعريف الحنفية** :حيث عرفوه بتعاريف متعددة منها :

- **أن القضاء هو** :" إلزام على الغير ببينة او إقرار " [9]، وهو تعريف غير جامع ولا مانع، إذ يدخل فيه التحكيم والصلح، ولا يشمل كذلك القضاء بغير الشهادة والاقرار مما يكشف الحق ويظهره، لأن البينة يراد بها الشهادة والاقرار فقط دون بقية وسائل الإثبات الشرعية.

ب- تعريف المالكية : عرفه ابن رشد الحفيد [10]، بأنه " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام ونقل هذا التعريف ابن فرحون .

وعرفه ابن عرفة بقوله : " القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، فخرج بذلك التحكيم وولاية الشرطة والإمامة " [11] .

ج- تعريف الشافعية : عرفه ابن عبد السلام بقوله : " الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، هو إظهار حكم الشرع في الواقعة، فيمن يجب عليه امضاؤه فيه وهذا التعريف غير مانع إذ يدخل فيه الصلح والافتاء لخلوهما عن قيد الإلزام ".[12]

د- تعريف الحنابلة : عرفوه بقولهم :" هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات[13]،

و هذا التعريف قريب مما عرفه به الشافعية .

من خلال ما سبق 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، ومنه فغن التعريفات السابقة تدور حول :

- أن هدف القضاء هو فصل الخصومات والمنازعات .
- هو الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام .
- هو الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله .
- ان القضاء لا يكون إلا بعد الدعوى والترافع .

2.1 مشروعية الاجتهاد

الاجتهاد مشروع في الإسلام، وهو أصل من أصوله التي تثبت حيويته، وقدرته على ايجاد الحلول المناسبة فيما استجد في الحياة من وقائع [14]، دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1- **من الكتاب : قوله تعالى** " إنّا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما " [15]، فإنه يتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس .[16]

و **قوله تعالى** :" يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول واولي المر منكم فغن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير

واحسن تأويلا " .[17]

2- **من السنة** :ما ورد في حديث معاذ رضي الله عنه – لما بعثه النبي عليه الصلاة والسلام إلى اليمن قاضيا وفيه : " بم تحكم يا معاذ ؟ قال : اجتهد رأيي ولا آلو، فضرب النبي صلى الله عليه و سلم صدره، وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله " .[18]

فالحديث يبين وجوب الاجتهاد إن لم يوجد في الكتاب والسنة، وذلك برد القضية إلى القياس، فهو صريح الدلالة على مشروعية الاجتهاد .

و كذلك ما روي عن عمر بن العاص أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول : " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد [19]، ففيه دلالة صريحة على مشروعية الاجتهاد [20]، وأن القاضي الذي يحكم بين الناس، ويمضي حكمه هو الذي لديه الاجتهاد [21]، فإن أفتى وهو غير مجتهد ووافق الحق فهو آثم .[22]

3- **من الاجماع** : أجمع الصحابة وعموم الامة بكل مذاهبها على مشروعية الاجتهاد، يقول الغزالي : " يستدل باجماع الصحابة على الحكم بالرأي، الاجتهاد في كل واقعة وقعت لهم ولم يجدوا فيها نصا، وهذا ما تواتر إلينا تواترا لا شك فيه .

4- **أما المعقول** : فإن نصوص الشريعة وقواعدها جاء معظمها كليا من غير تفصيل، مع انها متناهية، ولا سبيل إلى التعرف على أحكام الحوادث والمستجدات إلا بالاجتهاد [23]، وذلك بإعمال القياس في نظيراتها، أو توجيهها إلى تحقيق المصالح التي ترمي إليها الشريعة، ومن المقطوع به أن الشريعة محيطة بأفعال المكلفين، ولا يكون ذلك إلا بالاجتهاد .

3.1 حكم الاجتهاد

المراد بحكم الاجتهاد هو الصفة الشرعية له، والمراد بهذه الصفة الأحكام التي تعتريه من وجوب وحرمة وإباحة وندب، فلا خلاف بأن الاجتهاد حكم شرعي، ولكن الذي يرد فيه السؤال هو ما حكم الاجتهاد؟

لقد تشبعت آراء العلماء في ذلك واختلفت، ولكنهم أجمعوا على أن ذا الأهلية إذا اجتهد وغلب على ظنه حكم، فلابد له أن يلتزم ذلك، ولا يقلده غيره، لأن ظنّه أقوى من ظن غيره، وأن تقليده لغيره إنما هو اتباع لظن ذلك الغير [24].

و نلخص ما ذكره علماء الأصول أن الاجتهاد تعتريه الاحكام الثلاثة الآتية[25] :

أولا : فرض عين، وذلك في حالتين :

أ – اجتهاد المجتهد في حق نفسه فيما نزل به، إذ لا يسوغ للمجتهد تقليد غيره .

ب – اجتهاده في حق غيره، و ذلك إذا لم يوجد معه غيره وضاق الوقت، إذ يتعين عليه في هذه الحالة الاجتهاد على الفور .

ثانيا : فرض كفاية وذلك فيما إذا عرضت حادثة على عدد من المجتهدين ففي هذه الحالة إذا امتنعوا أثموا جميعا، وإذا تصدى للإجابة أحدهم سقط الفرض عن باقيهم .

ثالثا : ويكون مندوبا فيما إذا تصدى للنظر في حادثة لم تحصل سواء سئل عنها المجتهد أم لم يسأل.[26]

4.1 شروط الاجتهاد

من أهم الشروط التي يتحقق منها الغرض، والتي ينبغي توافرها في المجتهد لتتحقق له رتبة الاجتهاد ويصح منه النظر في الأدلة هي بإيجاز مايلي :

منها **الشروط العامة** : كالإسلام والبلوغ والعقل .

و**الشروط التأهيلية** التي تتمثل في : معرفة آيات الأحكام المذكورة في القرآن الكريم، ومعرفة الأحاديث المتعلقة بالأحكام، معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة ومعرفة مسائل الاجماع ومعرفة اللسان العربي .

بالإضافة إلى **الشروط التكميلية** وتشمل معرفة علم أصول الفقه وفهم مقاصد الشريعة الإسلامية ومعرفة البراءة الأصلية والعدالة وشؤون العصر ومعرفة مبادئ العلوم الانسانية المعاصرة .

2. الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري

من المعلوم أنه يشترط فيمن يتولى القضاء في الفقه الإسلامي أن تكون له اهلية الاجتهاد فيما قد يعترضه قضايا ومسائل لا يجد لها حكما في الكتاب والسنة والاجماع، فيعمد إلى استنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة محل النزاع عن طريق القياس المعتبر واوجه الاستدلال المختلفة، ولا يتأتى

ذلك لمجموع القضاة الشرعيين خصوصا في عصرنا هذا الذي يتعين فيه الاقتصار على اشتراط كون من يريد منصب القضاء أن يكون عالما بالأحكام الشرعية من الفقه واصوله والتفسير وعلوم الحديث وما إلى ذلك، حتى يتمكن من انتقاء الحكم الراجح المناسب للمسألة .

وهذا ينطبق على القاضي الشرعي، أما في مجال الأحوال الشخصية في العصر الحديث وبالنظر إلى عدم تخصيص قضاة شرعيين في مجال الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، فإن مفهوم الاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة يختلف عن مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي بوجه عام .

1.2 مدى حرية القاضي في الاجتهاد في القانون الوضعي

كان القاضي في صدر الاسلام ولعدة قرون متتالية مجتهدا حقا، حيث قام بدور رئيسي في تكوين الفقه الإسلامي، إذ لا يمكن القول الآن بعدم جواز تقنين الفقه الاسلامي لأسباب منها الحجر على اجتهاد القاضي، لأن هذا الاخير الآن لا يملك في الجملة وسائل الاجتهاد، من أهمها الوقت الكافي للبحث والإستقصاء مع كثرة عدد القضايا التي يجب عليه الفصل فيها، وعليه فغن القاضي مقيد في التفسير بلفظ النص وبإرادة المشرع، ثم بالرجوع إلى المصادر الاحتياطية .

والمصلحة تقتضي والحال هذه أن يكون أمام القاضي قانون مكتوب يسهل تطبيقه على القضايا المعروضة عليه، كما أن القضاة في جميع البلاد الإسلامية قد تعودوا على تطبيق نصوص قانونية واضحة وسهلة الفهم، وبالتالي فمن البديهي أن عملية التفسير والاجتهاد لا تتم إلا إذا كانت القاعدة المراد تفسيرها موضوعة وموجودة عند عرض الحالة على القاضي حتى يتمكن من استنباط الحكم الملائم منها إلا أنه قد يحدث أن تعرض على القاضي حالة لم ينص المشرع على حكم لها، فما مدى حرية القاضي في الاجتهاد القضائي فيها؟

خاصة وأن المعروف أن القاضي يقوم في اجتهاده بتفسير بتفسير النص القانوني بازالة الغموض الذي قد يشوبه، وذلك بالرجوع إلى النص في حد ذاته، أي إلى ألفاظه وعباراته وتراكيبه، وكذلك

مراد الشرع من وضعه، ومن هنا تبرز مكانة وأهمية اللفظ من جهة وإرادة المشرع من جهة اخرى في تفسير القاضي للقوانين الوضعية، حيث إن المشرع الجزائري لم يقيد القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص، بل ترك له المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي لكون القاضي الجزائري يفسر النص في لفظه ويتوقف عنده، فإذا اقتضت الحاجة يتعداه إلى فحواه، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري [27] (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها) .

وعند انعدام النص أو سكوت المشرع، لا يمكن للقاضي التقيد باللفظ أو العبارة، بل عليه الرجوع إلى مصادر خارجة عن النص وهي المصادر الاحتياطية .

2.2 تقييد القاضي بلفظ النص وبإرادة المشرع

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

ففي حالة غموض النص أو عدم وضوحه فيتأكد على القاضي تفسيره والرجوع للّفظ في مفهومه وتركيبه اللغوي والنحوي، كما يتعين عليه في حالة الالتباس الرجوع للمشرع حتى يهتدي لمعنى النص الصحيح، فيلزم القاضي بالرجوع إلى اللفظ كأول وسيلة التفسير، إذ يتعين عليه أن يحلل ألفاظ النص ومنطوق العبارة مستندا في ذلك إلى المعاني اللغوية للكلمات وما جرى عليه العرف الاستعمال، وعند تمكنه من التوصل إلى تفسير النص عن طريق تفسير اللفظ يقيد القاضي بالرجوعّ إلى إرادة المشرع .

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى عدم تقييد القاضي القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص ولا بارادة المشرع، وترك له بعض المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي، فالقاضي الجزائري يفسر

النص في لفظه وفحواه، فيتوقف عند اللفظ وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني كما ذكرنا سابقا .

3.2 تقييد القاضي بالمصادر الاحتياطية

تنص المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فمقتضى العرف، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة [28].

حيث يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري قد نص على القيود التي يجب على القاضي الالتزام بها في حالة عدم وجود نص، مع ذكر المصادر التي تحتم على القاضي الرجوع إليها بحسب ترتيبها، فلا يمكن للقاضي أن يرجع إلى مصدر من المصادر المنصوص عليها إلا بعد التحقق من أنه لم يجد 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 .

حيث قصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعدها العامة مثل مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها، لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل يجعل منها مصدرا أساسيا لا احتياطيا.

وتجدر الاشارة إلى أن الأمر مختلف في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، ومصدرا أساسيا بالنسبة لقانون الاسرة الذي ينص في المادة 222 منه على أنه :

(كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) [29] .

فقد اكتفى المشرع الجزائري في هذا القانون المدني بمجرد مبادئ الشريعة التي تمثل قواعدها وكلياتها العامة، بخلاف أحكام الشريعة التي تمثل جزئياتها وكلياتها، وهذا ما نص عليها قانون الأسرة في المادة 222. [30]

4.2 مدى حرية القاضي في تفسير الوقائع وتقديرها

ينحصر دور القضاء في حل أي مشكلة على مستوى الوقائع والقانون [31]، فعلى القاضي أن يبحث ويتحقق من وجود الوقائع، ثم يبحث بعد ذلك عن القاعدة القانونية الملائمة، وهذا يتطلب تسلسلا منطقيا وتداخلا في كل فترات العمل الفكري من ملاحظة وبرهان وتعليل وتقدير .

وإذا افترض في القاضي أن يكون لاملما بالقوانين التي يطبقها، إلا تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتقدم في العلوم في مختلف المجالات، جعل من الصعب على القاضي أن يكون ملما بكل ميادين المعرفة، لذلك فهو يحاول أولا أن يقدر والوقائع ويفسرها بنفسه، مما أدى إلى تطور القاضي، والأصل في تقدير الوقائع مع التوسع في الحرية التي يحظى بها في هذا المجال بناء على تقدير المصلحة أو الضرورة في تحديد الحل الملائم للنزاع المعروض عليه، وفقا لما نص عليه القانون المدني الجزائري في نص المادة 110 على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .[32]

وقد رأت أغلب القوانين الوضعية أنه يتعين عليها أن تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة وكبيرة وحرية كفيلة بتحقيق القاضي في النزاع المدني، وهو قاضي الوقائع [33]، وله أن يتخذ كل التدابير والاجراءات اللازمة في التحقيق القضائي [34]، وفق ماتنص عليه المادة 28 من قانون الاجراءات المدنية [35]، كالاستعانة بالخبراء وفقا لما نص عليه قانون الاجراءات المدنية في المادة 126 على أنه : " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصص مختلفة "، والمادة 125 من نفس القانون : " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة عادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " .[36]

فلا يقبل العقل بعد ذلك أن تلغى هذه القوانين الوضعية ذات الأصل الأجنبي، ويكلف القضاة بالفصل في الدعاوى طبقا للأحكام الشرعية في الفقه الاسلامي، ومن هذا المذهب أو ذاك وصعوبة البحث في كتب الفقه القديمة لا تخفى على أحد .

ولكل بلد اسلامي أن يقنن في اطار المذهب السائد فيه، حيث ائتلفه أهله وأنسوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي، وله أيضا أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من مختلف المذاهب المعتبرة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر

فالمهم إنما هو توحيد الحكم القضائي من بين الآراء الفقهية المتعددة بصورة إلزامية للقضاة والمتقاضين في الدولة الواحدة، وتحقيق علنيته بأحسن الوسائل وأوثقها كما توجيه أصول التشريع، وذلك للقضاء على فوضى القضاء .

خاتمة :

خلاصة القول أو الوقائع التي وردت في أحكامها نصوصا من القرآن والسنة تطبق فيها أحكام هذه النصوص، وان الوقائع التي لم ترد نصوص بشأنها واتفق أهل العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها، وإلا فطريق معرفة حكمها هو الاستنباط بالقياس أو بتطبيق قواعد الشريعة ومبادئها الكلية، بما يجلب المصالح ويدرأ المفاسد دون مخالفة نص شرعي أو مبدأ عام شرعي .

وهذا ما يدل على تميز التشريع الإسلامي بالمرونة في احتواء الحكم والواقعة، حيث لا توجد قضية إلا ولها حكم في شرع الله تعالى .

كما يمكن القول بأن المشرع الجزائري بنى موقفه من خلال التعديل الذي جاء به الأمر 02/05 وفق ما يخدم أغراضه السياسية والاجتماعية إلى حد لم يوفق فيه بين المصلحة ومتطلبات العصر من جهة والنص من جهة أخرى مما يضطر أحيانا للأخذ بالآراء الفقهية عند التعارض سعيا منه لعدم الخروج عما هو مقرر في الفقه الاسلامي بصفة عامة .

ويتضح مما سبق أنه في بعض المسائل استقلال المشرع برأيه من دون الاستناد لدليل يقره شرعا، ليس عجزا منه للوصول للرأي الراجح في كل المسائل التي تناولها قانون الأسرة وانما جاء اختياره بناء على تبنيه لتوجه معين اقتضته التغيرات الحاصلة في المجتمع نتيجة الانفتاح على العالم الخارجي.

وعليه فإن أحكام الشريعة الإسلامية تستوعب ما يطرحه الفرد والأسرة والمجتمع المحلي والدولي، وأن أحكام الأسرة مصانة شرعا بما يكفل استقرارها وتماسكها، على خلاف التخبط والانحلال الذي تعرفه باقي التشريعات .

و بذلك فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نلخصها فيما يلي :

أولا النتائج :

- أن القاضي في الإسلام عليه الرجوع في أحكامه التي يصدرها إلى كتاب الله تعالى وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم، فإن لم يجد فإلى الأمور المجمع عليها، فإن لم يجد فإلى القياس.
- أن أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي إنما مرجعها للأصول والضوابط العامة للاجتهاد الفقهي في الشريعة الإسلامية .
- أن معنى الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي أشمل من معناه في القانون الوضعي، في مجال شؤون الأسرة المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية .
- يختلف الاجتهاد القضائي الشرعي 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 بالاستناد لما هو مقرر في الفقه الإسلامي .
- يكتسب الاجتهاد القضائي الشرعي على فهم المراد الإلهي من الوحي أحكاما ومقاصد وغايات ثم تطبيقه في الوقع ومن ثم اجتهاد القاضي الشرعي يعتبر ثنائي المقصد .
- لا يسوغ الاجتهاد في القضاء في مجال الأحوال الشخصية إلا لمن توافرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه .

- يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي عن مفهومه في التشريع الجزائري في احكام الأسرة، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن احدى درجات التقاضي والحكم عليها بالتطبيق الصحيح أو المخالف للقواعد الشرعية والقانونية وذلك بالإستناد إلى ما هو مقرر في الفقه الإسلامي .

- ان الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو ان يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضاية التي يصدر فيها ن على الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

ثانيا التوصيات :

- ضرورة الاعداد الفني والعلمي والتكوين المهني السليم الذي من شأنه أن يفرز قاضيا متخصصا مما يضمن له القدرة على الحكم طبقا للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية.

- ضرورة إعداد محامين متخصصين في علوم الشريعة والقانون مما يضمن لهم القدرة على النهوض بمسؤولية الدفاع التي تعتبر قرينة على تحقيق وإقامة العدل بين المتقاضين .

- إعادة الاعتبار للقضاء الشرعي وخاصة الأحوال الشخصية بإعادة العمل بنظام المحاكم الشرعية التي تختص بالنظر وحل قضايا الأحوال الشخصية .

- أن القانون برأينا مشوب بالقصور شكلا وموضوعا، مما يتطلب إعادة النظر والتعديل في بعض مواده بما يساير متطلبات الأوضاع الاجتماعية المتغيرة عبر الزمان والمكان .

قائمة المصادر والمراجع:

1- المصادر :

- القرآن الكريم .

- السنة النبوية .

2- المراجع :

الكتب :

- السيد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، دار صادر، بيروت لبنان، (دط، دت)2.

- ابن الأثير، غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، بيروت لبنان، (دط.دت) 320/1.

- القاضي زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق د، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ط1، 1997.

- أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت (دط، دت) 3 .

- الرازي، المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق د طه فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996، .

- البيضاوي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

- ابن كثير، البداية والنهاية، دار الفكر، بيروت، (دط، دت) .

- الآمدي، الإحكام في اصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع الرياض، السعودية، ط 1، 2003 .

- ابو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط 1، (دت)

- احمد الدردير، الشرح الصغير، مطبعة الحلبي، مصر .

- ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، (د ط).

- أبو داوود، كتاب الأقضية، باب إجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، سنن أبي داود، دار بن حزم، بيروت، ط1 .

- البخاري، الإعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم 7352.

- ابن القيم، جامع الفقه 144/7، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، 1067/2.

- ابو اسلام مصطفى ابن سلامة، التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الحرمين للعلوم النافعة، السعودية .

- الوافي المهدي، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية – نشأته وتطوره – دار الثقافة الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1984 .

- قاسم القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط 1.

- مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 .

- محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط 6.

- مصطفى ديب البغا، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب (المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي)، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط4، 1989 .

- مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط 1، 2000 .

- رضا المزغني وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني، دار النشر 2005.

- وهبة الزحلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2 .

3-الأوامر والقوانين

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 2007/31.

القانون رقم 11/84 المؤرخ 29يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 2005/02/27.

الهوامش:

[1] – السيد مرتضى الزبيدي : تاج العروس، دار صادر، بيروت لبنان، (دط، دت)2، ص 330، 329.

[2] – ابن الأثير، غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، بيروت لبنان، (دط.دت) 320/1، القاضي زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق د، مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ط1، 1997، ص72.

[3] – هو محمد بن عمر بن الحسين التيمي فخر الدين الرازي الشافعي، أصولي، متكلم ولد سنة 544 هـ وتوفي سنة 606 هـ، من مؤلفاته مفاتيح الغيب، الذهبي :العبر في خبر من غبر، تحقيق أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت (دط، دت) 3 ص 142.

[4] – الرازي : المحصول في علم أصول الفقه، تحقيق د طه فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1996، ص 6.

[5] – البيضاوي، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 246.

[6] –هو علي بن أبي محمدبن سالم التغلبي الملقب بسيف الدين الآمدي، نشأ حنبليا ثم تمذهب بمذهب الشافعي، (551 هـ – 631 هـ) ابن كثير، البداية والنهاية، دار الفكر، بيروت، (دط، دت)، ص 141، 140.

[7] – الآمدي، الإحكام في اصول الأحكام، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي للنشر والتوزيع الرياض، السعودية، ط 1، 2003، ص 197.

[8] – ابو منصور الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ط 1، (دت)، ص 211.

[9] –قاسم القونوي : أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحقيق أحمد الكبيسي، دار الوفاء للنشر والتوزيع، جدة، ط 1، ص 228.

[10] –هو محمد بن أحمد ابن رشد المالكي أبو الوليد الشهير بالحفيد، ولد سنة 520 هـ وتوفي سنة 595 هـ، من مؤلفاته :بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون بن محي الدين الجنان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، ص 379، 378 .

[11] – قال الحطاب تعقيبا على تعريف ابن عرفة :" وقول بن عرفة أن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه، فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها، وما معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين 3 .

[12] – احمد الدردير، الشرح الصغير، مطبعة الحلبي، مصر، ص 329.

[13] – ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، (د ط)، ص 310 .

[14] – لا خلاف بين العلماء في حجية الإجتهاد إذا كان متعلقا بالنصوص الشرعية من جهة ثبوتها وعمومها وخصوصها، أو الجزئيات من جهة دخولها في النص أو عدم دخولها فيه، أما إذا كان الإجتهاد لمعرفة حكم شرعي في حادثة لم ينص على حكمها فقد اختلففيه، فذهب الشيعة والنظام وجماعة من المعتزلة والظاهرية إلى أنه ليس بحجة، واستدلوا بمثل قوله تعالى :" ما فرطنا في الكتاب من شيء " الأنعام الآية 38، وذهب جمهور المسلمين إلى أنه جائز عقلا وشرعا، وعندما تدعو إليه الحاجة يكون واجبا على حسب الله : أصول التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة ط 6، ص 88.

[15] – سورة النساء الآية 105 .

[16] – وهبة الزحلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط2، ص 167.

[17] – سورة النساء الآية 59.

[18] –أبو داوود، كتاب الأقضية، باب إجتهاد الرأي في القضاء، حديث رقم 3592، سنن أبي داود، دار بن حزم، بيروت، ط1، ص 607.

[19] – البخاري، الإعتصام بالكتاب والسنة، باب أجرالحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم 7352.

[20] – ابن القيم، جامع الفقه 144/7، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، 1067/2.

[21] – مصطفى ديب البغا، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب (المشهور بمتن أبي شجاع في الفقه الشافعي)، دار ابنى كثير، دمشق، بيروت، ط4، 1989، ص 261.

[22] – ابو اسلام مصطفى ابن سلامة، التأسيس في أصول الفقه على ضوء الكتاب والسنة، مكتبة الحرمين للعلوم النافعة، السعودية، ص 490.

[23] – وهذا مايسمى بالاجتهاد الابداعي، وهو بذل المؤهل للاجتهاد وسعه في استنباط حكم جديد في مسألة من المسائل التي لم يقل بها أحد من السابقين، سواء كانت المسألة قديمة أم جديدة، قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص 28.

[24] – انظر الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 247/4.

[25] – محمد الخضري بك، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط 6، ص 367.

[26] – الوافي المهدي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية – نشأته وتطوره – دار الثقافة الدار البيضاء، المغرب، ط1، 1984، ص 337، 338.

[27] - أنظر المادة 01 من القانون المدني الجزائري .

[28] – انظر الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 2007/31.

[29] – أنظر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 29يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 2005/02/27 .

[30] – والواقع أن قاضي الأحوال الشخصية في النظام القضائي في الجزائر، وطبقا لمؤهلاته العلمية وبحكم تخصصه في القانون أساسا لا يملك أهلية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستقاء الأحكام منها عند عدم وجود النص القانوني، وذلك راجع إلى ضعف تكوينه العلمي وتخصصه في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم قضايا الاسرة، كما نصت المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري جاءت مطلقة، فلم تحدد مذهبا معينا، ولا كيفية محددة، ولا لمن تعود الاهلية في ذلك، هل للمشرع نفسه، أم إلى اجتهاد المحكمة العليا، أم إلى اجتهاد القاضي والامر لا يستقيم في كل ذلك، فكان على المشرع أن يستوعب جميع القضايا الاساسية والفرعية المتعلقة بنظام الاسرة حتى لا يترك مجالا للفراغ التشريعي، لذلك كان من الضروري إعداد قضاة متخصصين في الشريعة والقانون مؤهلين للقضاء الشرعي في مجال الاحوال الشخصية .

[31] – جاءت تشريعات عديدة بالتفرقة بين الوقائع والقانون، وذلك فيما يتعلق بموضوع اختصاص المحاكم، فالوقائع هي من اختصاص المحاكم، ولا تتدخل المحكمة العليا في الوقائع، وإنما تنحصر رقابتها في النظر في تطبيق القانون، و يبقى للقاضي حرية تقدير الوقائع وتفسيرها، أنظر رضا المزغني، التفسير القضائي في القانون المدني، ص 226.

[32] – أنظر الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني .

[33] – يعد من مظاهر حرية قاضي الأصل عدم تدخل المحكمة العليا وعدم مراقبتها فيما يتعلق بالوقائع، إلا أنه يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بتكييف هذه الوقائع، وبتحديد القاعدة القانونية المطبقة عليها، لأن القاعدة القانونية عامة ومجردة، أما الوقائع فهي خاصة بالحالة المعروضة على القاضي لفصل النزاع فيها، أنظر رضا المزغني وعبد المجيد عبودة، التفسير القضائي في القانون المدني، ص 232، 229 .

[34] – غير أنه لا ينبغي أن تؤدي حرية القاضي في اتخاذ هذه الاجراءات إلى المساس بالمبدأ الأساسي في التقاضي الذي يتمثل في الحياد والنزاهة والمساواة وعدم القضاء بعلمه .

[35] – حيث نصت على أنه (يجوز للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي اجراءات التحقيق الجائزة قانونا)، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23، ص 6.

[36] – نفس المرجع، ص 13.