أحكام الإجتهاد القضائي بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

د:شكيرين ديلمي[1]،

[1] جامعة خميس مليانة (الجزائر) ، d.chekirine@univ-dbkm.dz

تاريخ الاستلام: 2023/03/27تاريخ القبول: 2023/03/29 تاريخ النشر: 2023/03/31

ملخص:

يشهد العالم الإسلامي تطورا سياسيا واجتماعيا متلاحقا خاصة بعد تفشي ظاهرة العولمة واحتكاك الشعوب ببعضها البعض، وهذا قد يؤدي إلى تأثر المجتمعات الإسلامية تأثرا سلبيا بباقي المجتمعات، نرى يتوجب على الدول الإسلامية فتح مجال الاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية في إطار الضوابط الإسلامية. فالاجتهاد القضائي يعمل على مواكبة التطور وضرورة الاستعانة بالعلوم الأخرى كالطب، وفتح مجال الاجتهاد في مسائل غير القطعية وهذا للاستفادة من الكفاءات العلمية والشرعية لدى المفكرين لاستنباط الأحكام الجديدة في المسائل الحديثة.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي، الأسرة، الفقه، قانون الأسرة.

Abstract

The Islamic world is witnessing successive political and social development, especially after the spread of the phenomenon of globalization and the friction of peoples with each other, and this may lead to the negative influence of Islamic societies on the rest of societies. We believe that

---

[1]شكيرين ديلمي

Islamic countries should open the field of jurisprudence in the field of personal status within the framework of Islamic controls. Judicial jurisprudence works to keep pace with development and the need to seek the help of other sciences such as medicine, and to open the field of jurisprudence in non-definitive matters, and this is to benefit from the scientific and legal competencies of thinkers to devise new rulings in modern issues.

Keywords: *Jurisprudence, family, jurisprudence, family law.*

1. مقدمة :

منذ أن وجد الإنسان فوق الأرض وهو في نزاع في شتى المجالات، إما حول الحقوق وثبوتها أو في المجال الجزائري وتقدير العقوبات أو التعويض ومجال الأحوال الشخصية واحد من هذه المجالات التي تشهد خصومات وكذا خلافات دائمة متحددة وغير منتهية ومتشبعة كذلك، فهي تحكم علاقة الفرد بالجماعة، من زواج وطلاق وحضانة، وإلحاق نسب وما قد يعتريه من نزاع، ومسائل الميراث وما فيها من خصومات.

وقد عرفت المجتمعات الإسلامية تطورات سياسية واجتماعية، ولم تعد تلك المجتمعات التقليدية القديمة، وهذا ما أدى إلى ظهور مسائل جديدة لم يتطرق إليها الفقه والقضاء من قبل، الأمر الذي يفتح الباب واسعا أمام الاجتهاد القضائي

لاستنباط الأحكام الجديدة وفقا لمنظور فكري جديد معاصر وفي إطار الضوابط الإسلامية.

ما مفهوم الاجتهاد القضائي وما هي مجالاته في قانون الأسرة الجزائري؟

2. المبحث الأول: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

يعد الاجتهاد القضائي الوسيلة التي يدرك من خلالها الفقهاء أحكام الدين وفقه المعاملات في كل الميادين، وكل عصر بحاجة إلى مجتهدين ومجددين لأحكام الشريعة الإسلامية بما يوافق التطورات المتسارعة في المجتمع.

1.2. المطلب الأول: النظام القضائي في الفقه الإسلامي

لقد وضع النظام الإسلامي أسس القضاء في الإسلام، فكان يختار القضاة من بين الفقهاء البارزين، وكان لا يفرق بين القاضي والفقيه، وقد أرسى هؤلاء القواعد القانونية من بين القواعد الفقهية المستنبطة من الكتاب والسنة.

أولا: التعريف اللغوي: يمكن تعريف القضاء لغة على أنه تمام الشيء وانقضاؤه، وكل عمل تم إحكامه أو إتمامه بإحكام، وكل شيء تم ختمه أو تمت تأديته، أو أوجب أو أعلم، أو تم إنفاذه، أو أمضي فقد قضي. وأهم معاني القضاء هي تلك الواردة في القرآن الكريم:

يقول الله تعالى: " وما تفرقوا إلى من بعد جاءهم العلم بغيا بينهم ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي بينهم وإن الذين أورثوا الكتاب من بعدهم لفى شك منه مريب". (سورة الشورى، الآية 14)

فقد جاء في الآية الكريمة معنى القضاء بمعنى الحكم النهائي، أي أن الله تعالى أجل الحكم إلى يوم القيامة.

كما جاء بمعنى الحكم والإلزام والفصل كذلك، وهذا في قوله الله تعالى: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجًا مما قضيت ويسلموا تسليما" (سورة النساء، الآية 65)

فكلمة قضاة في اللغة العربية لها عدة معاني وتعني:

الحكم النهائي، الفصل في الأمر، الإلزام بالشيء، البث في المسألة....

ثانيا: التعريف الاصطلاحي: لقد عرف فقهاء الأمة الإسلامية القضاة كما تعددت تلك التعريفات لكن معناها واحد على العموم.

1. تعريف المالكية: عرف الفقيه ابن رشد الحفيد القضاة بأنه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام". (مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، 1992، صفحة 82)

2. تعريف الشافعية: وقد عرفه الفقيه ابن عبد السلام بقوله: "الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب إمضاءه فيه، وهو تعريف يخلو من قيد الإلزام" (الشربيي، 1997، صفحة 614)

3. تعريف الحنابلة: عرفه فقهاء الحنابلة بقولهم "القضاء هو النظر بين المترافعين له للإلزام، وفصل الخصومات (إبن مفلح الخليلي، 1978، صفحة 497)، وهو تعريف يقارب تعريف فقهاء الشافعية، وقد عرفه الفقيه البهوتي بأنه:" تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات". (اليهودي، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، د س ن، صفحة 703)

4. تعريف الحنفية: لقد عرف الحنفية القضاة وكان لهم في ذلك عدة آراء منها: "القضاء إلزام على الغير ببيّنة أو إقرار" (قاسم القومي، 1985، صفحة 226)، كما عرفه الفقيه العيني بأنه: "الالتزام وفصل الخصومات، وقطع المنازعات، وسمي حكما لما فيه من منع الظالم عن المظلوم. (العيني، 1990، صفحة 8)

تتفق التعريفات الواردة على أن القضاء هو إظهار حكم الشرع في المسائل المطروحة عليه، والفصل في الخصومة، وهذا بناء على أحكام الشريعة الإسلامية. ولعل التعريف الذي جاء به ابن خلدون هو التعريف الذي يكاد يكون جامعًا، إذ أنه يجمع بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي إذ يقول: "الفصل بين الناس في الخصومات

حسم للتداعي وقطع للتنازع، بالأحكام الشرعية المستقاة من الكتاب والسنة". (ابن خلدون، 1986، صفحة 6)

2.2. المطلب الثاني: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا

كما هو معروف فإن الأنظمة القانونية متعددة، وهي أنظمة من وضع الإنسان، ومن خصوصيات الأنظمة القانونية في الدول الإسلامية أنها تتأثر بالشريعة الإسلامية، وهي عبارة عن هجين من الأنظمة في كثير من الأحيان.

أولا: الإجتهاد القضائي والعرف: كما هو معلوم في كل الأنظمة القانونية بإختلافها، فإن للعرف مكانة هامة، فهو الذي إن استقرت أركانه دل المشرع على القاعدة القانونية حيث يقوم بإستنباطها وتضمينها في مختلف التشريعات الوطنية. والحادثة محل النزاع في العرف القضائي لا تكون بحسب إبن القيم الجوزية إلاّ بنوعين من الفهم:

- فهم الواقع والفقه واستنباط علم حقيقة وقع بالقرائن والعلامات حتى تتم الإحاطة به علمًا.
- فهم الواجب في الواقع، بمعنى فهم حكم الشارع في الواقعة ثم يتم تطبيق أحدهما على الآخر. (ابن القيم الجوزية، صفحة 212)

إن كلا من فهم الواقع وفهم حكم الشرع فيه، قد يكون القضاء في الواقعة واضحًا جليا على لبس فيه، كما قد يتعرض الفهمان معًا أو أحدهما إلى نوع من الخفاء، فيتشبه فهم الواقع أو فهم النص الشرعي أو القانوني أو عدم فهمهما معًا والذي يرى تطبيقه على هذا الواقع الإختلاف فيه أو إجمال أو إشكال، فتدعو الحال إلى استنباط حكمها من بين تلك المشكلات، ما يبدو هنا في هذه الحالة ويتخذه أساسا لرفع الإشتباه أو ترجيح بعض الآراء أو العمل على إزالة الخفاء الذي يعتري الواقع أو فهم النص، ويترتب عن ذلك حكمه في الواقعة هو الذي سمي بالاجتهاد القضاء أو مبادئ القضاء. ويرجع إليه في مثلها من الوقائع ويقضي بها وبناء عليه تعرف القضية المجتهد فيها بأنها قضية أشتبه بها وجه القضاء فبني الحكم على توجيه يرفع الإشكال ويُزيل الخفاء. (محمد ضاحي، 1938، صفحة 15)

تعد أحكام المحاكم حجة فقط في المسائل التي فصلت فيها، فالمحاكم ليست ملزمة بإتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، وعمليا فإن أي نزاع يعرض عليها لا يوجد فيه نص واضح يحكمه، أو يكون هذا النص محل خلاف في تطبيقه أمام الهيئات القضائية، فإن المحاكم تنحي كلها نفس المنحى، وإذا اختلفت فيما بينها تقوم المحكمة العليا بتوحيد المبدأ القانوني في المسألة المختلف فيها عندما تعرض عليها. (محمد عبد الجواد، 1991، صفحة 166)

ثانيا: مجالات الاجتهاد القضائي: من المعلوم أن القاضي وجد ليطبق النصوص القانونية، وإذا لم يجد نصوصا ثابتة وواضحة وقاطعة تخص المسألة المطروحة عليه كان لزامًا عليه البحث عن القاعدة القانونية خارج هذه النصوص. يلجأ القاضي إلى المصادر الرسمية للقانون ومن أهم هذه المصادر العرف (محمد سعيد جعفور، 2007، صفحة 102) الذي سبق التطرق إليه، والقاضي ليس طرفا في تكوين القاعدة العرفية أو في إكسابها القوة الإلزامية، فالعرف هو ما أعتاده الناس والفرد من أقوال وأفعال تكرر لفترة زمنية معينة حتى وقع في أنفسهم وأيقنوا من إلزاميته.

من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية في بعض الدول العربية لمصر وسوريا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهذه المبادئ ليست قواعد قانونية مدونة في تقنيات معينة، وإنما يلزم القاضي أن يجتهد حتى يستنبط القاعدة القانونية منها.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية على "إذا لم يجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. (الأمر رقم 78-58، 2007) ويرى جانب من الفقه أن القاضي يقوم بإنشاء القواعد ابتداء من غياب النص وهو في ذلك يشبه إنشاء القاعدة القانونية، فعمل القاضي يشبه عمل المشرع في إنشاء حق جديد، فهو يتحتم عليه إيجاد حل للنزاع

القائم أمامه في غياب النص، وهذا في صلبه عمل تشريعي (عبد الحكيم بررخان، 1994، صفحة 66).

3. المبحث الثاني: الاجتهاد القضائي وعلاقته بقانون الأسرة الجزائري

شهد عام 1984 ظهور أول قانون أسرة بالجزائر بعد أكثر من عقدين من الاستقلال وتم تعديله عام 2005، وقد أدى ذلك إلى استقرار ملحوظ في مسائل الأحوال الشخصية، فالأسرة هي الخلية الأساسية التي يبنى عليها المجتمع، واستقرار العلاقة بين أفرادها يعني استقرار المجتمع برتبته.

2.3. المطلب الأول: الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري

إن الاجتهاد القضائي هو التطبيق العملي للمصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ويستمد قوته الإلزامية من القوة الإلزامية لتلك المصادر تشريعا كانت أم عرفا أم الشريعة الإسلامية، أو مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة. (حمد السباعي، 1993، صفحة 61) كما يعد الاجتهاد القضائي ذلك الفن القضائي الذي يعطي الحياة لبعض العناصر المكونة للقاعدة القانونية ويعيد لها حيويتها، فاجتهاد المحكمة العليا ليس له طوابع إلزامي فالمحاكم يمكنها العمل بعكس ما تنطق به من قرارات واجتهادات هذا من الناحية النظرية لكن المحاكم أعلى منها، فهي تعد اجتهادات مستقرة درج القضاء على العمل بها وإيلائها الأهمية التي تستحقها، وأن كل حكم مخالف لهذه

الاجتهادات يكون مآله النقص لا محالة. (محفوظ بن الصغير، 2006، صفحة 260)

لقد كان للاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية الأمر البالغ، وواكب التطور الاجتماعي، وأرسى قواعد مستنبطة من صلب الفقه الإسلامي، ففي الجزائر يعد المذهب المالكي هو المرجعية الأولى للدولة، لكن الاجتهاد القضائي جعل من الأخذ برأي بعض المذهب الأخرى مجالاً لهذا الاجتهاد، فمثلا أخذ بآراء تجيز للمرآة طلب التطليق في حالة غياب الزوج أو فقدانه، وحالة الشقاق والإهمال، وكذا حيدة الزواج عن مقاصده الشرعية كانتقاء تحصين النفس جراء الإبلاء الممارس من طرف الزوج وهو الهجر في المجتمع لأكثر من أربعة أشهر.

وقد أقر المشرع الجزائري بحق المرآة في طلب فسخ عقد الزواج بسبب إعسار الزوج عن النفقة وهو ما جاء في نص المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري. (محمد سعيد جعفور، 2007، صفحة 208)

يعتمد القاضي بمناسبة قيامه بالاجتهاد القضائي على ضوابط وتوجيهات لحل ما يطرح عليه من نزاعات، وهي مجالات كثيرة في قانون الأسرة: قضايا الزواج والطلاق، الحضانة والنسب، والميراث والوصية، بما لحق هذه المجالات من تطور يستدعي العودة إلى إجتهادات فقهاء كل المذاهب النسبية المعتمدة عند أهل السنة

والجماعة، وتكون هذه الضوابط وفقا لحدود الشريعة الإسلامية. (فتحي الدريني، 1985، صفحة 151)

2.3. المطلب الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي في قانون الأسرة الجزائري

من المعلوم أن الاجتهاد هو مصدر مهم من مصادر التشريع في الشريعة الإسلامية بعد الكتاب والسنة والإجماع والقياس، فهو آلية تواكب تطور المجتمعات الإسلامية، وتعطى مجالاً واسعًا للقاضي لإستنباط الأحكام في القضايا المعروضة عليه والتي ليس فيها نصوص ثابتة وقطعية.

تستمد الشريعة الإسلامية أحكامها من الكتاب والسنة، وهي مبنية على القاعدتين الفقهتين: جلب المصالح ودرء المفاسد، وقد تفرعت من ذلك العلوم الشرعية لدى المسلمين بتعدد مذهبهم، فهم في أصول الدين سواء لا يختلفون لكن في فقه المعاملات والفروع والاجتهاد لهم آراء متعددة ومختلفة.

أولا: النصوص القطعية: في الكتاب والسنة نصوص قطعية لا تحتمل التأويل أو تعدد الآراء مثل: تحريم الزنا، والزواج بالمحارم، أو الإخلال بنظام المواريث، كما أن الطلاق يكون من حق الرجل واستثناء يكون بيد القاضي في مسائل محددة وبتوافر شروط وجوب التطليق، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وهو ما يعرف شرعًا بالتطليق للضرر. (فتحي الدريني، 1985، صفحة 221)

ومن الأمور الثابتة في الشريعة الإسلامية والتي لا تقبل الاجتهاد فيها أو إعادة النظر فيها عبر الزمن، والتي لا يستساغ التفكير فيها عند الفقهاء المسلمين هي مسألة زواج المسلمة بغير المسلم، فهذا الزواج يقع باطلا مشرعا وقانونا لوجود نص قاطع في الكتاب والإجماع، ورغم مخالفته من طرف المسلمات في الدول الغربية فهذا تصرف إنفرادي غير مبني على نص شرعي أو اجتهاد. وتجذر للمرآة طلب التطليق من القاضي لوجود الضرر أو الشقاق وهذا حق ثابت لها في الشريعة الإسلامية والقانون.

ثانيا: التعامل مع غياب النص القطعي: يستلزم غياب نص قطعي في الكتاب والسنة حول المسائل الطارئة، استخراج نصوص جديدة بواسطة الاجتهاد القضائي ويكون ذلك نتيجة وجود نوازل مستحدثة تستدعي أحكامًا شرعية جديدة لم يكن يوجد فيها نص صريح إن هذا يعد من قبيل الاجتهاد الذي يتلاءم مع الظروف الاجتماعية أو السياسية الجديدة، وبما أن هذا الاجتهاد يدخل في خانة الأحكام الشرعية المستنبطة، فإن من الفقهاء من يرى أن الأحكام الجديدة هذه ثابتة ومنهم من يرى أنها تأويل، وهذا ما جاء في مسألة تحريم الزواج بسبب الرضاع، فمن الفقهاء من يرى أن رضعة مشبعة واحدة في الحولين تكفي لتحريم الزواج، ومنهم من يشترط خمس رضعات مشبعات في الحولين ليقع التحريم. (سعد الدين قدري، 2000، صفحة 120)

يكون الاجتهاد في المسائل الشرعية مباحًا ومستساغا بل وواجبا في كل المسائل المستنجدة، والتي لم تكن معروفة في الأزمنة السابقة، فالمجتمع الإسلامي كباقي المجتمعات في العالم يشهد تطورًا متسارعًا ومتلاحقا يستوجب ظهور قضايا جديدة لم يتعرض إليها الفقهاء، ولم تشهدها المحاكم من قبل، لذا فالاجتهاد يعد ضرورة ملحة من أجل الحفاظ على خصوصية المجتمع الإسلامي والحفاظ عليه من التأثير السلبي نتيجة إحتكاكه بالمجتمعات الأخرى غير الإسلامية.

خاتمة:

عبر الأزمنة المتعاقبة، شهدت النصوص الشرعية غير القطعية كثيرًا من الاجتهاد الذي يخدم المجتمع وتطوره، فمجال الفقه الإسلامي واسع ومتشعب، ويفتح المجال للفكر واستنباط الأحكام المتلائمة مع المكان والزمان.

لقد عرف المشرع الجزائري في مجال قانون الأسرة تطورات ومازال الشراح والفقهاء ورجال القانون ينتقدون هذا القانون حتى بعد تعديل 2005 في مسائل عديدة منها: الحضانة وإثبات النسب، والولاية، وكذلك المادة الخاصة بضرورة خلو المتعاقدين مع الأمراض وطريقة إثبات ذلك.

وهذه ظاهرة صحية في المجتمع الجزائري شريطة التقيد بالضوابط الإسلامية وغلق الأبواب أمام دعاة الانسلاخ من الهوية الإسلامية.

4. قائمة المراجع:

1.5. المصادر:

القرآن الكريم:

سورة النساء، الآية 65.

سورة الشورى، الآية 14.

1.5. المراجع:

الكتب:

1. مرتضى الزبيري، تاج العروس، دون دار نشر،بيروت، 1999.
2. طه جابر فياض، المحصول في علم أصول الفقه، مؤسسة رسالة، بيروت، 1996.
3. البيضاوي، الإبهاج في شرح المناهج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
4. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، 1992.
5. الخطيب الشربيي، معني المحتاج إلى معرفة الألفاظ، دار المعرفة، بيروت، 1997.
6. إبن مفلح الخليلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، 1978.

7. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، الروض المريج في شرح زاد المستنقع، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س
8. قاسم القومي، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء، جدة، 1985.
9. العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، 1990.
10. ابن خلدون، مقدمة بن خلدون، دار القلم، بيروت، 1986.
11. محفوظ بن الصغير، الإجتهاد القضائي وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2006.
12. محمد عبد الجواد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشآة المعارف الإسكندرية، 1991.
13. عبد المنعم البدراوي، مبادئ القانون، مكتبة وهبة، القاهرة، 1972.
14. محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 2007.
15. ابن القيم الجوزية، جامع الفقه، جمع وتوثيق سيري السيد محمد مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.
16. محمد ضاحي، الحياة القضائية، مطبعة النصر، القاهرة، 1938.

17. عبد الحكيم بررخان، معايير تعريف العمل القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

18. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، بيروت، 1996.

19. أحمد السباعي، المؤامرة على المرأة المسلمة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1993.

20. [32] فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهادات الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، 1985.

21. فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهادات الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، 1985.

الرسالة العلمية:

1. محفوظ بن صغير، الاجتهادات القضائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها على قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة باتنة، 2009.

المجلات والدوريات:

1. موسى عبود، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي، مجلة المحاماة، الدار البيضاء، العدد3، 1969.

2. سعد الدين قدري، التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، دار الفكر، بيروت، 2000.

القوانين والمعاهدات:

1. الأمر رقم 78-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 31 المؤرخ في 2007.

المواقع الإلكترونية:

1. مجلة القانون والأعمال www.clroitentreprise.com بتاريخ 20.02.2023 على 15سا