جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

مناهج الاجتهاد القضائي وضوابطه

مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر،

– تخصص : قانون الأسرة –

السداسي الأول

إعداد الدكتور: فؤاد غجاتي

أستاذ محاضر " ب "

السنة الجامعية 2021/2020

الفصل الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

مدخل عام:

يعتبر الاجتهاد من الأهمية بمكان في زمننا الحاضر، بحيث يعطي للتشريعات خصوصيتها، كما أنه يمثل حاجة أكاديمية خاصة، وحاجة ثقافية عامة. كما يعتبر الاجتهاد روح التشريعات وماء الحياة بالنسبة لها واستمرارية لحركة التشريع في مجالات شتى.

وإذا جئنا إلى حاجة القضاة للاجتهاد، فإنها ملحّة، خصوصا في ظلّ عدم وجود النصوص القانونية أو أن النصوص الموجودة لكنها تحمل أكثر من تأويل أو تفسير. لأن القاضي ملزم في الأخير بإصدار حكمه في القضايا المعروضة عليه سواء وجد ضالته في القوانين والتشريعات أم لم يجد. وهنا يضطر دوما إلى الاجتهاد سواء في فهم النصوص وتفسيرها، أم بإبداء رأيه في موضوع الدعاوى المطروحة لديه إذا لم يرد فيها نص.

والإشكالية التي تفرض نفسها في هذا الصدد هي: محدودية النصوص التشريعية ولا نهائية الوقائع والأحداث. وهو ما يفرض دور الاجتهاد لحل المشاكل المستجدة في حياة الناس والمطروحة على أبواب القضاء خاصة في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

منهج الدراسة: ستتم دراسة موضوعات الاجتهاد القضائي وفقا لمنهج مقارن بين الفقه والتشريع الإسلامي والقانون الوضعي مع التركيز على التشريع الجزائري من خلال القانون المدني كونه الشريعة العامة، وقانون الأسرة الذي يتفرع عنه بصفة خاصة، وذلك لعدة اعتبارات منها: لكون الأحكام التفصيلية للشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا أصليا لقانون الأسرة الجزائري وفقا لما أشارت إليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[1]،

---

[1]- أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن **قانون الأسرة**، ج.ر.ع 15 مؤرخة في27 فبراير 2005.

الأمر الذي ينبغي للقاضي أن يعلمه حول أصول الاجتهاد في التشريع الإسلامي ومضانّه، أما الاعتبار الثاني فيكمن في أن الاجتهاد يدرس أصلا ضمن أبواب أصول الفقه الإسلامي، مما ينبغي الاطلاع عليه من طرف رجال القانون ضمن تكوينهم العلمي سواء كانوا طلابا أو أساتذة أو قضاة أو غيرهم. كما نسعى لإجراء مقاربة حول مكانة اجتهاد القاضي في التشريع الجزائري وفي المنظومات التشريعية الأخرى اللاتينية والأنجلوسكسونية.

المبحث الأول: ماهية الاجتهاد القضائي وأهميته في النظام التشريعي الاسلامي والوضعي:

يجد الاجتهاد في ظل الشريعة الإسلامية أفقا واسعا، وهذا لكون الشريعة الإسلامية هي خاتمة الشرائع التي تحمل الهداية الإلهية للبشر، وقد خصها الله بالعموم والخلود والشمول فهي رحمة الله للعالمين من كل الأجناس وفي كل البيئات، وكل الأعصار إلى أن تقوم الساعة، وفي كل مجالات الحياة المتنوعة، لهذا أودع الله فيها من الأصول والأحكام ما يجعلها قادرة على الوفاء بحاجات الإنسانية المتجددة على امتداد الزمان واتساع المكان وتطور الإنسان. وإنما كانت كذلك بما جعل الله فيها من عوامل السعة والمرونة وما شرع لعلمائنا من حق الاجتهاد فيما ليس فيه دليل قطعي من الأحكام. فما كان فيه دليل ظني في ثبوته أو دلالته أو فيهما معا، أو ما ليس فيه نص ولا دليل، فهو المجال الرحب للاجتهاد. يقول الله تعالى: (مَّا فَرَّطۡنَا فِي ٱلۡكِتَٰبِ مِن شَيۡءٖ)[1].

وبهذا تتسع الشريعة الإسلامية لمواجهة كل مستحدث، وتملك القدرة على توجيه كل تطور إلى ما هو أقوم ومعالجة كل داء جديد بدواء من صيدلية الإسلام نفسه، لا بالتسول من الشرق والغرب لإيجاد حلول غريبة عن مجتمعاتنا.

فالاجتهاد من الموضوعات التي تدرّس في علم "أصول الفقه " ولا يخلو كتاب أصولي من تناوله، فهو من اللواحق المهمة للعلم.

---

[1]- **سورة الأنعام، جزء من الآية 38.**

وجوهر الصلة بين الدارسين للعلوم القانونية والشرعية أن كلا منهما يتعامل مع النصوص والتشريعات(بغض النظر عن اختلاف مصادرها)، ولهذا فإن مسألة الاجتهاد مطروحة لدى كليهما كون النصوص برغم اختلاف مصادرها بين الشرعي والوضعي منها، إلا أن التعامل مع النصوص يتطلب مهارة أو فنّا يجب أن يدركه من يتصدى لهذه المهمة، كما أنه يكون ممن توافرت فيه شروطها وأهليتها.

وتتجلى دراسة الاجتهاد القضائي لطلبة الماستر تخصص قانون الأسرة بشكل بالغ الأهمية، ذلك أن قانون الأسرة الجزائري بكونه يستمد روحه من مصدر واحد، وهو أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وما جاء به الفقهاء من مفاهيم تتفق في الأصول وتختلف في الفروع لهذه النصوص الشرعية،واستقر عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري وفي بعض تعديلاته الأخيرة لسنة 2005.

كما أن المشرع قد اختص قانون الأسرة باللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص ضمن هذا القانون، وبالتالي يلاحظ الطالب والباحث من خلال اجتهادات المحكمة العليا خاصة؛ كيفية تعامل القضاة مع النصوص القانونية وتفسيرها في شؤون الأسرة من زواج وطلاق وآثارهما وعقود التبرعات ...إلخ، وكيف يتم اللجوء إلى الأحكام التفصيلية في الشريعة الإسلامية حسب ما جاءت به المادة 222 قانون الاسرة التي تؤكد هذا المسعى بنصها: **((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية)).**

وبهذا يستطيع الطالب أن يتبع عمل القاضي، ويناقش مدى توفيقه من عدمه في تفسير هذه النصوص القانونية، خصوصا الغامض منها خلال عملية ما يسمى ب"التكييف القانوني" في عرف القانونيين و " فقه التنزيل " في عرف فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي عملية تحتاج لمهارة وتقنيات خاصة.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في أصول الفقه الإسلامي

لمعرفة مدلول الاجتهاد القضائي ينبغي تناوله تعريف مفرداته من خلال بيان مصطلح الاجتهاد لدى أهل اللغة و أصول الفقه ورجال القانون، وبيان علاقته الوثيقة بالقضاء كمهمة نبيلة.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد

أولا- الاجتهاد لغة: مشتق من مادة (ج، ه، د) بمعنى: بذل الجُهد (بالضم) وهو الوُسْع والطاقة، أو تحمل الجَهد(بالفتح) وهو المشقّة والغاية. والاجتهاد والتجاهد: بذل الوسع والمجهود، وفي حديث معاذ: "أجتهدُ رأيَ الاجتهادِ" بذل الوسع في طلب الأمر، وهو افتعال من الجهد الطاقة، والمراد به رد القضية التي تعرض للحاكم من طريق القياس إلى الكتاب والسنة، ولم يرِد الرأي الذي رآه من قبل نفسه من غير حمل على كتابٍ أو سنّةٍ[1].

وصيغة(الافتعال)تدل على المبالغة في الفعل ، ولهذا كانت صيغة (اكتسب) أدل على المبالغة من صيغة (كسب).فالاجتهاد في اللغة هو: "استفراغ الوسع في أيّ فعل كان، ولا يُستعمل إلا فيما فيه كُلفة وجَهدٌ، فيقال: اجتهد في حمل حجر الرّحا، ولا يقال اجتهد في حمل خردلةٍ"[2].

ثانيا- الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين

عرفه عبد الكريم زيدان بأنه: " بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط"[3]. وعرفه الشوكاني في إرشاد الفحول هو: ((بذلُ الوُسْع في

---

[1]- ابن منظور، محمد بن مكرم:" لسان العرب"طبعة دار صادر، بيروت، دت، مادة : جهد،ج3(خ-ذ)، ص 135.

[2]- الغزالي، أبو حامد:"المتصفى من علم الأصول "تحقيق: أحمد زكي حماد،دار الميمان، السعودية، دط-دت، ج2، ص 640.

[3]- زيدان، عبد الكريم: " الوجيز في أصول الفقه" مؤسسة قرطبة، مصر، ط6، 1976، ص: 401

نـيْـلِ حُكمٍ شرعيٍّ عملي بطريق الاستنباط))[1].

وأدقّ تعريف له: "الاجتهاد بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني"[2].

شرح التعريف: ومن هذا التعريف الاصطلاحي للاجتهاد يتبين ما يلي[3]:

أولا: "بذلُ الوُسْع": أن يبذل المجتهد وسعه أي يستفرغ غاية جهده بحيث يحس من نفسه العجز عن المزيد.

ثانيا: " المجتهد ": أن يكون الباذل جهده مجتهدا، أما غيره فلا عبرة بما يبذله من جهد، لأنه ليس من أهل الاجتهاد، والاجتهاد إنما يكون مقبولا إذا صدر من أهله.

ثالثا: "حُكمٍ شرعيٍّ عمليٍّ "وأن يكون هذا الجهد لغرض التعرف على الأحكام الشرعية العملية دون غيرها، فلا يكون الجهد المبذول للتعرف على الأحكام اللغوية أو العقلية أو الحسية ولا العلمية (أي مسائل الاعتقاد عند المسلمين) من قبيل الاجتهاد، و ليست من نوع الاجتهاد الإصلاحي عند الأصوليين (الذي هو مقصودنا في التعريف).

وعليه؛ فإن الأحكام الشرعية العملية يقتصر أمر الاجتهاد فيها فقط على **أحكام العبادات** من طهارة وصلاة وصوم، وزكاة وحج وذبائح ونذور وغيرها، وكذا **أحكام المعاملات** سواء كانت أحكاما جنائية، أو سياسة شرعية، أو أحكام أهل الذمة، أو معاملات **مالية:** من بيوع و رهن وغيرها، أم كانت **معاملات شخصية:** -والتي هي محور دراستنا- حيث تدخل ضمنها التبرعات من أوقاف وحبوس وهبات ووصايا،

---

[1]- الشوكاني، محمد بن علي: "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" تحقيق: أبوحفص سامي بن العربي، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط1، سنة 2000، ص 1025-1026.

[2]- البهاري، محب الله بن عبد الشكور الهندي: "مسلم الثبوت" طبعة المطبعة الحسينية المصرية، القاهرة، 1326هـ_1908م، ج2، 318.

[3]_الشوكاني: "إرشاد الفحول" المصدر نفسه، ص 1026. وينظر زيدان:" الوجيز في أصول الفقه" ، المرجع نفسه، ص: 401-402. والقرضاوي ، يوسف:"الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر"، دار القلم، الكويت، ط1، سنة1996، ص12.

وأحكام الأسرة من خطبة وعقود الزواج وآثارها من نفقة وسكنى و غيرها من الحقوق الزوجية، والطلاق وآثاره من حضانة وولاية على النفس وغيرها، بالإضافة أحكام المواريث...إلخ.

رابعا: ويشترط في التعرف على الأحكام الشرعية أن يكون بطريق الاستنباط، أي نيلها واستفادتها من أدلتها بالنظر والبحث فيها. فيخرج بهذا القيد حفظ المسائل، أو استعلامها من المفتي أو إدراكها من كتب العلم، فلا يسمى شيء من ذلك اجتهادًا في الاصطلاح.

وزاد بعض الأصوليين[1] في هذا الحد لفظ ((الفقيه)) فقال:" بذل الفقيه الوسع.....الخ ". فغيرُ الفقيه بذلُه للوسْع لا يسمى اجتهادا، وكذلك لا يستطيع نيل الحكم بطريق الاستنباط إلا الفقيه المدرك لقواعد الاجتهاد في أصول الفقه الإسلامي.

والفقيه: "هو المتهيّء للفقه الممارس له"، وعبّروا عنه بأنه من أتقن مبادئ الفقه بحيث يقدر على استخراجه من القول إلى الفعل. وليس المراد به من يحفظ الفروع الفقهية فقط على ما شاع الآن، لأن بذل وسعه ليس باجتهادٍ اصطلاحا، وهو قيدٌ للمشتغلين بالعلوم الاسلامية الأخرى (علم الكلام، التصوف، اللغة...). فلا يحق لهم الاجتهاد ولا الفتوى[2].

---

[1]- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله_الشافعي: "البحر المحيط في أصول الفقه" طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج6، ط2 ، 1992، ص:197-198. و ينظر: الشوكاني : "إرشاد الفحول" مصدر سابق، ص: 1026.

[2]- القرضاوي:"الاجتهاد في الشريعة الاسلامية"، مرجع سابق، ص 12. وينظر أيضا حمادو، نذير:"الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي :دراسة تأصيلية في فهم النصوص الشرعية و تطبيقها بنظرة مقاصدية"، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، 2009 ، ص60.

الفرع الثاني: تعريف المجتهد

من تعريف الاجتهاد يعرف المقصود بالمجتهد: " فهو من قامت فيه مَلَكَةُ الاجتهاد"[1]؛ أي القدرة على استنباط الأحكام الشرعية العمليّة من أدلتها التفصيلية، وهو" **الفقيه** " عند الأصوليين، فلا يعتبر الشخص مجتهدا ولا فقيها إذا عرف الأحكام الشرعية بطريقة الحفظ والتلقين، أوبتلقّيها من الكتب أو من أفواه العلماء بلا بحث ولا نظر ولا استنباط[2].

الفرع الثالث: تعريف القضاء

أولا- لغة: القضاء بمعنى: "الانتهاء من الشيء والحكم في الشيء" وله معنى "الأداء"[3].

ثانيا- معنى القضاء في اصطلاح الفقهاء:

القضاء وظيفة واجبة وهامة جدا في الدولة كما يقول ابن خلدون وهو من أسباب نشأتها وتنظيمها، وهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة، لأنه منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع[4].

أ- **المالكية:** عرف بعض علماء المالكية كابن رشد الحفيد وتبعه ابن فرحون بأن القضاء هو: "الإخبار بحكم شرعي على سبيل الإلزام"[5].

1- زيدان:" الوجيز في أصول الفقه"المرجع السابق ، ص 402. والقرضاوي: "الاجتهاد"المرجع السابق، ص 12-13.

2- المراجع والصفحات نفسها.

3- ابن منظور:"لسان العرب" طبعة دار المعارف، القاهرة، دت ، مادة "قضى"،المجلد 5 ،ج41، ص3665.

4- ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمان بن محمد:"مقدمة ابن خلدون" تح: عبد الله محمد الدرويش،دار يعرب، دمشق، ط1، 2004 ،ج1، 402

5- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي-مالكي:"مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"، تح: زكرياء عميرات، طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت،2007، باب الأقضية، ج8 ص 64.

ب-<u>الحنفية</u>: عرفوا القضاء بأنه: " فصل الخصومات وقطع النزاعات على وجه خاص" يراد بذلك وجه الإلزام، وعرفه العلامة قاسم أنه: " إنشاء إلزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الإجماع، وما ليس بحادثة، و ما كان من العبادات"، وعرفه ابن الغرس من الحنفية بأنه: "الإلزام[أي التقرير التام] في الظاهر على صيغة مختصة بأمرٍ ظنّ لزومه في الواقع شرعا"[1].

ج-<u>الشافعية</u>: القضاء عرفه الرمليّ: "هو إلزام من له الإلزام بحكم الشّرع" فخرج بذلك الإفتاء[2]، وعرفه الخطيب الشربيني بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"[3].

د-<u>الحنابلة</u>: عرفوا القضاء بأنه: "التبيين والإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات"، والحكم :" إنشاء لذلك الإلزام إن كان فيه إلزام أوللإباحة والإطلاق إن كان الحكم في الإباحة"[4].

الفرع الرابع: المعنى الشرعي للاجتهاد القضائي

ورد مدلول الاجتهاد القضائي بعدة صيغ منها كونه: "**استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين**

1- ينظر: ابن عابدين،محمد أمين-حنفي:"رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار" كتاب القضاء، تح:عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب ،الرياض،طبعة خاصة2003، ج8 ص 20

2- الرمليّ، شمس الدين محمد بن أبي العباس-شافعي:"نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه"كتاب القضاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 سنة 2003، ج8 ، ص235.

3- الشربيني، محمد بن أحمد-شافعي: "الإقناع في حلّ ألفاظ أبي الشجاع" كتاب الأقضية والشهادات، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط2004،3، ج2، ص602.

4- البَهُوتيّ، منصور بن يونس بن إدريس-حنبلي:"كشاف القناع عن متن الإقناع" كتاب القضاء والفتيا، عالم الكتب، بيروت، دط ،1983، ج6 ، ص 285

المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"[1].

وتم تعريف القضاء الشرعي بأنه: " **القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء"**[2].

ذلك أن القضاء الشرعي يشمل الحكم في القطعيات والتي لا مجال للاجتهاد فيها بأية حال، كما يشمل الحكم في المسائل التي قامت عليها أدلة ظنية[3]، وهذا الأخير هو المقصود بالدراسة والبحث.

المطلب الثاني: مفهوم الاجتهاد القضائي لدى شراح القانون

تعتبر ولاية القضاء هي الأساس في منشأ السلطة التي يتمتع بها القاضي في تطبيق القانون، فالقاضي في كل الحالات يقوم بإعطاء الفعالية للقاعدة القانونية التي اعترضها عارض عن أداء وظيفتها في حل النزاع، وذلك من خلال النشاط الذي يقوم به القاضي من خلال اجتهاده لإزالة الغموض الذي أحاط بالقاعدة القانونية، ويعدّ اجتهاد القاضي أمرا أساسيا لكونه يسهم في الاستقرار العادل[4].

---

[1] – الريسوني، قطب:"الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به" دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان، ط1، 2007، ص11.

[2]– بن صغير، محفوظ:"الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص:فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، نوقشت في السنة الجامعية 2008-2009، ص 79.

[3]– المرجع والصفحة نفسها.

[4]– بن ملحة، غوتي:"أفكار حول الاجتهاد القضائي" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،جامعة الجزائر، عدد رقم 3، سنة 1998، ص 623.

الفرع الأول : تعريف القضاء عند شراح القانون

لقد تعددت المدلولات المستعملة لمصطلح القضاء بين أحد المعنيين:

أولهما: أن "القضاء يطلق للدلالة على السلطة القضائية؛ أي الجهاز الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها"[1]، وهو معنى ينساق إلى النظام القضائي في الدولة من حيث الهيكلة والتنظيم كأحد السلطات الرئيسية في الدولة.

ثانيهما: القضاء كمصدر تفسيري للقانون هو "اطراد أحكام المحاكم على نسق واحد في أنواعٍ معينة من الأقضية"[2]. أو هو :"مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها عند تطبيقها للقانون"[3].

وهذا المعنى الأخير هو الأقرب لمحور هذه الدراسة والبحث.

الفرع الثاني: معنى الأحكام القضائية

أما **الأحكام أو القرارات القضائية**[4] فهي:" تطبيق القانون بصفة رسمية استنادا على الواقع العملي المعيش، وهي إطارٌ تنازعيٌّ لحل إشكاليّة قائمة تتمثل في وجود مصلحتين

---

[1]- جعفور، محمد سعيد: "مدخل إلى العلوم القانونية_الوجيز في نظرية القانون" دار هومة، الجزائر، ط 20 ، سنة 2014 ، ج1، ص 210.

[2]- منصور، علي علي:"المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي_مقارنات بين الشريعة والقانون_"، دار الفتح، بيروت،ط2، 1971، ص 132.

[3]- جعفور، المرجع نفسه، ج1، ص 211.

[4]- **الحكم Jugement:**"هو ما يصدر من محكمة الدرجة الأولى"، أما **القرار Arret:** "فهو ما يصدر عن المجلس القضائي والمحكمة العليا". وهذه المفاهيم شكلية ولها قيمة قانونية، **أما من الناحية الفقهية** "فالحكم" له مفهوم واسع؛ فيشكل كل ما يصدر عن الجهات القضائية المختلفة مهما كانت تسميتها ودرجتها. ينظر: مراح، علي:"الوجيز في منهجية البحث القانوني_مدعمة بنماذج للتدرب على مهارات التفكير_" مطبوعة جامعية معتمدة، مقدمة لطلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2014-2015، ص 50، في الهامش 1.

أو أكثر متنازعتين تبرزان في أغلب الأحيان في شكل رأيين (تفسيرين) قانونين متعارضين، ثم في النهاية حل قانوني (حكم أو قرار) لهذه الإشكالية"[1].

الفرع الثالث: مدلول الاجتهاد القضائي في التشريع الوضعي

ينبغي لرجال القانون ككل أن يكون لهم دراية واطلاع على الاجتهاد القضائي، وذلك لأنه لا يتم لديهم الإدراك والمعرفة التامة بالقانون الوضعي أو بالقاعدة القانونية التي تطبق على واقعة ما، دون الإلمام التام بالاجتهاد القضائي في تلك المسائل[2].

ويسمى اجتهاد القاضي في القانون الوضعي بالسوابق القضائية La Jurispridence

وهي بالرغم من أهميتها تحوز مكانة متأخرة كمصدر تفسيري في ظل منظومة القانون المدني والأنظمة التشريعية اللاتينية كما هو الحال في فرنسا والدول التي نقلت عنها تشريعاتها الوضعية . أما في بلاد القوانين الأنجلوسكسونية ، وأهمها إنجلترا فالقضاء هو أهم المصادر الرسمية للقواعد القانونية، والتشريع فيها مصدر استثنائي[3].

ففي هذا الصدد يعنى بمصطلح "**الاجتهاد**" عامة لدى شراح القانون: "**بذل الجهد في استنباط الأحكام من أدلّتها بالنّظر المؤدي إليها**"، أما الاجتهاد في عرف القضاء فيطلق على" **المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء ما تعلق منها بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النّص**"[4].

ويطلق شراح القانون على "**الاجتهاد القضائي" بشكل عام** على أنه: "**مجموع الأحكام الصادرة عن المحاكم**"[5]**، وبالمعنى الضيق** يطلق **الاجتهاد القضائي** على:" **بعض الأحكام التي تتعلق بمسألة قانونية ما، أو هو المسلك الذي ينهجُه القاضي في حكمه،**

1- مراح: "الوجيز في منهجية البحث القانوني" المرجع السابق نفسه، ص 50.

2- بن ملحة: "أفكار حول الاجتهاد القضائي" مرجع سابق، ص 619.

3 - منصور:"المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص 133

4- بن ملحة: المرجع والصفحة نفسها.

5- المرجع والصفحة نفسها.

بما يتعلّق ذلك بنصوص القانون، وكذا ما يتصل باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النّص"[1].

وتم تعريفه بشكل مقارب لهذا المعنى على أنه: "**الحل الذي تتخذه الجهات القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق، أو غموضه، أو عدم كفايته**"[2].

فالنصوص القانونية تكون مقتضبة عادة، ومهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته، فلا يلبث العمل في المحاكم أن يبين إما غموض بعض النصوص، أو نقصها عن مواجهة كل الأقضية، فعلى القاضي في ظل التشريع الجزائري في مثل هذه الحالات أن يلجأ للمصادر الرسمية الاحتياطية من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ، والقانون الطبيعي وقواعد العدالة، كما أنه للقاضي أن يلجأ في سبيل فهم النص الغامض إلى أحكام المحاكم الأخرى يستلهم التفسير منها[3].

وحتى لا تتناقض الأحكام القضائية تعمل المحكمة العليا على توحيد أحكام القضاء وتلافي ذلك بالرقابة على أحكام المحاكم من الناحية القانونية، فتنقض الأحكام المخالفة للتطبيق الصحيح للقانون من جهة، وترفض محكمة النقض الطعن إذا كان استخلاص قضاة الموضوع من النص التشريعي قد جاء عن تفسير صحيح وتطبيق سليم، وفي هذه الحالة فقط يجب من الناحية القانونية على قضاة المحكمة الدنيا احترام المبدأ أو التفسير القانوني الذي قررته محكمة النقض في تلك القضية[4].

---

[1]- بن ملحة: "أفكار حول الاجتهاد القضائي" المرجع السابق، ص 619 و622.

[2]- بوبشير، محند أمقران:"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد02، سنة 2004، ص154.

[3] - منصور:"المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي" مرجع سابق، ص 132.

[4] - المرجع نفسه،ص 133.

المطلب الثالث: التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي

ليتضح معنى الاجتهاد القضائي أكثر ينبغي التمييز بينه وبين مختلف المصطلحات التي لها علاقتها به:

الفرع الأول: علاقة الاجتهاد بالإفتاء والاستشارة القانونية

أولا: ميزة الاجتهاد: يتميز الاجتهاد عموما بأنه استنباط الأحكام للمسائل سواء أكان السؤال في موضوعها أم لم يكن، فيشمل الاجتهاد في الوقائع النازلة والمسائل الافتراضية أو المحتملة المتوقع حدوثها في المستقبل[1].

ثانيا: الإفتاء: هو" تبيين الحكم الشرعي عن دليل لمن سأل عنه، وهذا يشمل السؤال في الوقائع وغيرها"[2] .

والفرق بين الإفتاء والاجتهاد، أن الإفتاء يكون فيما عُلِمَ قطعًا وظنًّا، أما الاجتهاد فلا يكون في القطعي، وأن الاجتهاد يتم بمجرد تحصيل الفقيه الحكم في نفسه، ولا يتم الإفتاء إلا بتبليغ الحكم للسائل[3].

كما أن الإفتاء أخص من الاجتهاد، إذ يعتبر الجواب واقعة حدثت للمجتهد فرض عين عليه في حق نفسه، كما أن الجواب عن سؤال الغير حول حادثة فرض كفاية في حق المجتهدين وبصفة أخص من طرح عليه السؤال، فإذا أجاب أحدهم سقط عن الباقين الفرض، أو كان السؤال لقاضيين مشتركين فرض الاجتهاد على كليهما الإجابة عنه. أما الاجتهاد المندوب إليه عموما فيكون قبل نزول الحادثة، أو حين يستفتى قبل نزول الحادثة[4].

---

[1]- الزحيلي، وهبة وآخرون:"الموسوعة العربية" –مادة: اجتهاد– نشر هيئة الموسوعة العربية، سوريا، 1998، مجلد1، ص 396–397.

[2]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية:"الموسوعة الفقهية"– مادة: فتوى– طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1983، ج 32، ، ص 20.

[3]- المصدر نفسه،ج32، ص 21.

[4]- البخاري،عبد العزيز:"كشف الأسرار شرح أصول البزدوي" دار الكتاب الإسلامي، القاهرة دط– دت، ج4، ص 14– 15.

والمفتي: في الأصل هو المجتهد أو الفقيه الذي يكون أهلاً للاستدلال والاستنباط أو الترجيح أو التخريج. والمراد بأن المفتي هو المجتهد لبيان أن غير المجتهد لا يكون مفتيا حقيقة، وأن المفتي لا يكون إلا مجتهدا، غير أن الإفتاء والاجتهاد لا يستويان من حيث المفهوم[1].

إلا أن لفظ المفتي أصبح في عصرنا يطلق على المتفقهين في المذاهب الذين يقتصر أمرهم على مجرد نقل النصوص كتب الفقه الإسلامي وتطبيقها على الوقائع المستفتى عنها، وهذا الإطلاق من باب المجاز أو الحقيقة العرفية فقط، تلك الموافقة لعرف الاصطلاح الحكومي والعوام، فالمقلد ناقل للفتوى وليس بمفتي كما تقرر لدى العلماء[2].

و يقابل الإفتاء الشرعي ما يُعرف في الفقه القانوني **بالإستشارة القانونية**، والتي هي عبارة عن" **رأي قانوني يعطيه رجل القانون بناء على طلب شخص يرغب في الوقوف على وضع قانونيّ معين، فيعرض للمستشار القانوني العناصر الواقعية طالبا تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، فيُسعِفه المستشار بالرأي الذي يبيّن له الوضع القانونيّ من جميع جوانبه**"[3].

ويمكن أن تطلب الاستشارة القانونية بمناسبة نزاع معين، كما قد تطلب قبل نشوء النّزاع، وهي تهدف في الحالتين لتحديد الوضع القانوني من الجوانب التي يرغب طالب الاستشارة الوقوف عليها[4].

---

[1] –وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية :"الموسوعة الفقهية"،المصدر نفسه،ج32، ص 21–22.

[2] – للتفصيل أكثر ينظر لدى: القاسمي، محمد جمال الدين:"الفتوى في الإسلام"تح:محمد عبد الحليم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1986، ص 70 وما بعدها وفي الهوامش أيضا. وينظر: الزحيلي، وهبة: "أصول الفقه الإسلامي" دار الفكر، دمشق، ط1998،2، ج2، ص1147 وما بعدها. و ينظر: التهانوي، ظفر أحمد العثماني"مقدمة إعلاء السنن، قواعد في علوم الحديث"تح:محمد العزازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج20، ص 26.

[3] – مراح:"الوجيز في منهجية البحث القانوني" مرجع سابق، ص 63.

[4] – المرجع والصفحة نفسها.

ويظهر من خلال تعريف الاستشارة القانونية أنها عبارة عن رأي قانوني يتضمن جوابا على مسألة قانونية مطروحة بشأن ترتيب وضعٍ قانونيٍّ، أو وضع حلٍّ لنزاع قانونيّ معيّنٍ.

الفرع الثاني – علاقة الحكم القضائي بالاجتهاد والإفتاء :

يتميز حكم القضاء عن اجتهاد الفقهاء والإفتاء، فهما ليس لهما صفة الإلزام أو الجبر من قبل الدولة، وإنما يجب ديانة على المقلد أو المستفتي الذي ليس أهلا للاجتهاد العمل بفتوى المجتهد أو الفقيه وإتباع قوله في المسألة المستفتى فيها، لأن العمل بالظن الغالب واجب شرعا فلا سبيل إلى معرفة أحكام الشّرع من غير طريق المجتهد[1].

ويتشابه اجتهاد القضاء مع اجتهاد الفقهاء والفتوى، من خلال حالات الغموض والتعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة لاجتهاد القاضي، لأن تعدد احتمالات الفهم يقابل بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات. وتزيد قيمة الاجتهاد حال سكوت النص القانوني أو قصوره بحيث يسعى القاضي من خلال الاجتهاد لإعادة بعث القاعدة القانونية حينما يواجه صمت القانون في مسألة ما تعين عليه الفصل فيها[2].

غير أن هناك فروقا بين اجتهاد القضاة واجتهاد الفقهاء من خلال الفتوى؛ منها: أن القضاء إنشاء للحكم بين المتخاصمين، في حين أن الفتوى إخبار عن الحكم الشرعي، كما أنها غير ملزمة للمستفتي بينما حكم القاضي فيه إجبار للمتخاصمين كما ذكرنا، والمفتي يفتي بالديانة– أي على باطن الأمر ويديّن المستفتي، في جين أن القاضي يحكم على الظاهر. وحجية حكم القاضي لا تتعدى إلى غير المحكوم عليه، أما فتوى المفتي شريعة عامة وحكم كلّي يتعلق بالمستفتي وغيره، كما أن القضاء لا يكون إلا بلفظ المنطوق، وتكون الفتيا بالكتابة والفعل والإشارة[3].

---

[1] – الزحيلي، وهبة وآخرون:"الموسوعة العربية" مصدر سابق، مجلد 1، ص 397.

[2] – فريجة حسين:"الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه–المجتهد معناه وشروطه–" مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع،جامعة محمد خيضر ن بسكرة، العدد1، ص 15.

[3] –وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية:"الموسوعة الفقهية"، المصدر السابق،مادة فتوى،ج32،ص 20

الفرع الثالث– العلاقة بين الاجتهاد والقياس:

الاجتهاد أوسع وأعم من القياس على الراجح، فليس كل اجتهاد بالضرورة قياس وكل قياس هو اجتهاد، فإذا كان الاجتهاد هو بذل المجهود في طلب الحكم ، فإنه يدخل فيه حمل المطلق على المقيد، وترتيب العام على الخاص ، وجميع الوجوه التي يطلب منها الحكم، وشيء من ذلك ليس بقياسٍ، فلا معنى لتحديد القياس به[1]. كما يدخل ضمن الاجتهاد طرق الاستنباط الأخرى غير القياس من استحسان ومصالح مرسلة، وعرف وعمل أهل المدينة،...إلخ .

المبحث الثاني: مقومات الاجتهاد القضائي

يرتكز الاجتهاد القضائي على أساس قوي في التشريع الإسلامي، فهو أحد أعمدته، وقد حظي بمكانة كبيرة من حيث الأدلة التي تحث عليه، والآليات والشروط التي وضعها علماء أصول الفقه لممارسته. كما أنه يجد مبرراته المشروعة في ظل المنظومات التشريعية الوضعية، والتي يفرضها الواقع بتغيراته المتتالية، يقابله عدم كفاية النصوص القانونية لحل المسائل القانونية المستجدة، والتي تطرح عادة أمام المحاكم للبت فيها، مما يعزز من مكانة الاجتهاد القضائي لحل الغموض أو النقص الذي يكتنف القوانين.

المطلب الأول- مشروعية وأحكام الاجتهاد في الشريعة الإسلامية:

لقد نصت على مشروعية الاجتهاد عدة أدلة قوية في التشريع الإسلامي، وذلك لأن طبيعة وخصوصية هذا التشريع عالمية الخطاب زمانا ومكانا للمكلفين بأحكامه، فمن شأن نصوص الشريعة الغراء أن تجعل من باب الاجتهاد مشروعا ومفتوحا إلى يوم القيامة. كما أن الاجتهاد تعتريه أحكام الحكم التكليفي لمن هو أهل للقيام به، مثل أي تكليف آخر بأحكام الشرع الحنيف، حتى لا يتوقف أهل الاجتهاد عن القيام بهذه المهمة الجليلة في حل المسائل المستجدة.

الفرع الأول : أدلة مشروعية الاجتهاد

[1] – الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي: "اللُّمَّع في أصول الفقه " دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،2003 ، ص 96.

الاجتهاد أصل من أصول الشريعة. وهو مشروع بدلالة القرآن والسنة وفعل الصحابة.

أولا _ مشروعية الاجتهاد من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: (**إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ**)[1] ، فإنه يتضمن إقرار الاجتهاد بطريق القياس. كما طالب القران الكريم بالتفكير و التدبير في أحكام الشرع و غيرها. فقال تعالى: (**إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ**)[2]، وقوله:(**إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَعۡقِلُونَ**)[3]. وقوله عز وجل (**أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلۡقُرۡءَانَ أَمۡ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقۡفَالُهَآ**)[4].

ثانيا– مشروعية الاجتهاد من السنة النبوية:

قال النبي صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه الجماعة عن عمر بن العاص وغيره: " **إذا حَكَمَ الحاكِمُ فاجْتَهَدَ ثُمَّ أصابَ فَلَهُ أجْرانِ، وإذا حَكَمَ فاجْتَهَدَ ثُمَّ أخْطَأَ فَلَهُ أجْرٌ**"[5]. كما جاء في حديث معاذ بن جبل: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذًا إلى اليمن، قال: " **كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟" قال: أقضي بكتاب الله، قال:" فإن لم تجد في كتاب الله ؟" قال: فبسنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال:" فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؟" قال: اجتهد رأيي ولا آلو [أي لا أقصّر] فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدره وقال: "الحمد لله الذي وفق رسول**

---

[1] – سورة النساء، من الآية 105.

[2] – سورة الرعد ، من الآية 03.

[3] – سورة الرعد ، من الآية 04.

[4] – سورة محمد، الآية 24.

[5] – أخرجه البخاري، محمد بن إسماعيل ، عن عمر بن العاص :"صحيح البخاري"، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ ، الحديث رقم7352: دار ابن كثير، دمشق–بيروت، ط1، 2002 ، ص 1814.

رسول الله لما يَرضَى رسولُ الله"[1].

ثالثا- من إجماع الصحابة الكرام:

أجمع الصحابة على الاجتهاد، فكانوا إذا حدث لهم حادثة شرعية من حلال أو حرام اجتهدوا إن لم يجدوا نصا أو خبرا في كتاب الله أو في السنة المطهرة[2].

الفرع الثاني- أركان الاجتهاد

قسّم الإمام أبو حامد الغزالي أركان العملية الاجتهادية إلى ثلاثة: المجتهِد، المجتهَدُ فيه(النصوص الظنية)، وبذل الاجتهاد (آلة الاجتهاد)[3]، وهي ما نحن بصدد تناوله.

الفرع الثالث: الحكم الشرعي للاجتهاد

تتنوع أحكام الاجتهاد في التشريع الإسلامي حسب مؤهلات المجتهد، وكذا مدى لزوم إيجاد حل للمسائل والحوادث الواقعة. وهنا تثور مسألة المقلد خاصة إذا كان قاضيا يفتقد لمؤهلات القيام بالاجتهاد وفقا للمفهوم الشرعي له.

أولا: اختلاف أحكام الاجتهاد في الشرع

أما حكم الاجتهاد فتعتريه عدة أحكام من الحكم التكليفي فقد يكون[4]:

1 – فرض عين: على المجتهد في حق نفسه فيما طرأ له من حوادث، أو إذا سُئل عن حادثة وقعت، وخاف فوتها على غير وجهها الشرعي ولم يوجد غيره لأن عدم الاجتهاد يقضي بتأخير البيان عن وقت الحاجة وهو ممنوع شرعا.

---

1 – أخرجه أبو داود،سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني:"سنن أبي داود" كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، الحديث رقم:3592، تح: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي ،دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة، سنة 2009 ج5، ص 443-444.

2 – الزحيلي:"أصول الفقه الإسلامي" مرجع سابق، ج2، ص 1068.

3 – الغزالي، أبو حامد :"المستصفى من علم أصول الفقه" مصدر سابق ، ج2، ص 640.

4 – الخضري بك، محمد:"أصول الفقه" المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط6 ، 1969، ص 367. وينظر لدى : الزحيلي، وهبة وآخرون:"الموسوعة العربية" مصدر سابق، مجلد1، ص 397.

2 – فرض كفايـة: إذا لـم يخـف فوت الحادثة علـى نحـو شرعي ووجـد غيره من المجتهدين، فيجب على أحدهم الاجتهاد فإذا اجتهد أحد المجتهدين سقط الطلب عن الباقين وإن تركه الجميع أثموا جميعا.

3 – وإما منـدوبٌ: وهو الاجتهاد بافتراض المسائل قبل حدوثها واستنباط حكمها استعدادا لمواجهة الأحداث والاحتياط للنوازل سواء سُئل عنها المجتهد أم لم يُسأل.

4– وإما حرام:وهو وقوع الاجتهاد في مقابلة نص قاطع الدلالة والثبوت من الكتاب والسنة أو في المقابل الإجماع وفيما عداه يكون جائزا.كما يكون حراما إذا كان صادرا ممن ليس أهلا للاجتهاد أو كان نتيجة الأهواء والشهوات والأغراض.

ثانيا– حكم القاضي المقلد:

إذا تعذّر وجود المجتهد لتوليه منصب القضاء أجاز علماء الحنفية والمتأخرون من الحنابلة والشافعية تولية القاضي المقلّد **للضرورة** ونفذ قضاؤه. وعلى هذا نص هؤلاء الفقهاء وعللوا ذلك **بالضرورة**، أي في حال عدم وجود المجتهد لتوليته القضاء. وقالوا إن عليه أن يحكم بالمشهور من مذهبه. كما يجوز لولي الأمر أن يختار مذهبًا معيّنا ويُلزم القضاة باتباعه في قضائهم، وذلك تقتضيه المصلحة العامة المشروعة، واستقرار الأحكام ووحدتها في الدولة، وإبعاد القضاة عن مواطن الاتهام بالميل إلى أحد الخصوم وللناس[1].

وهو ما قامت به الدولة العثمانية باعتمادها للمذهب الحنفي رسميا لها وقننت بعض أحكام هذا المذهب في مسائل المعاملات وجعلت هذا التقنين قانونها المدني والذي سمته **((مجلـة الأحكـام العدليـة))**[2]، وألزمت القضاة بإتباعها، وكذا اعتماد المشرع

---

[1] – الغزالي، أبو حامد :"الوسيط في المذهب " تحقيق: أبو عمر الحسيني، دار الكتب العلمية،بيروت، ط1، 2014، ج4، ص 297. وينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية:"الموسوعة الفقهية"، مصدر سابق، مادة : تقليد ،ج13،ص166. وينظر: ابن فرحون،محمد–مالكي: "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"تح:جمال مرعشلي، دارعالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003، ج1، ص 21.

[2] – **مجلة الأحكام العدلية:** هي أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، وهي مجموعة من التشريعات مكونة من ستة عشر كتاب أولها كتاب البيوع وآخرها كتاب القضاء، صدر آخر أعدادها في فترة الخلافة العثمانية في شعبان سنة 1293 هجرية 1882 ميلادية، وإلى جانب التقنين الفقهي الإسلامي جرى تقنين لما يخص قضاء الأحوال المدنية في شؤون جميع الأديان والمذاهب في الدولة العثمانية ، وهي عبارة عن قانون مدني مستمد من الفقه على المذهب الحنفي،

الجزائري للفقه المالكي في بعض مسائل قانون الأسرة والتقاضي فيها.

المطلب الثاني: موجبات الاجتهاد القضائي ومبرراته في التشريع الجزائري

إنه وبالرغم أن منظومتنا التشريعية تم تدوينها، وتعتبر القوانين المدونة أساسا لها، غير أن الاجتهاد القضائي يجد أساسه القانوني في ظل هذه المنظومة ضمن الدستور والقانون المدني كمصدر تفسيري للعمل القضائي. كما أن هناك جزاءات تترتب عن التخلي عن الاجتهاد وعدم الفصل في القضايا المطروحة أمام القضاء.

الفرع الأول: الأساس القانوني للاجتهاد القضائي

من المؤكد ضمن منظومتنا التشريعية أنه في الأصل لا يجوز للقاضي أن يلجأ للاجتهاد حين وجود نص واضح[1]، وهو ما أشارت له المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى:"**يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها**"[2].

غير أن من موجبات الاجتهاد القضائي وفقا للمعنى المذكور سلفا أن القاضي يعتبر مجبرا على الفصل في كل قضية ترفع لديه، ولا يجوز له حتى أن يسهو عن الفصل في أحد الطلبات الأساسية في حال تعددها ضمن القضية الواحدة، حتى ولو كان النص القانوني غامضا أو منعدما، ففي الحالة الأولى يتولى القاضي تفسيره ، أما في الحالة الثانية، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أو العرف أو بموجب مبادئ القانون

=

وتشتمل على مجموعة من أحكام المعاملات والدعاوى والبيّنات، وضعتها لجنة علمية مؤلفة من ديوان العدلية بالأستانة ورئاسة ناظر الديوان سنة1286 هـ، وصاغت الأحكام التي اشتملت عليها في مواد ذات أرقام متسلسلة على نمط القوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها، وجاء مجموعها في 1851 مادة، ورتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعروفة. المصدر: موسوعة ويكيبيديا:

https://ar.wikipedia.org

[1] – بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل،نادي الصنوبر أيام 23و24و25 فيفري 1991، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1993، ص 157.

[2] – أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية،ع78، مؤرخة في30 سبتمبر **1975**. معدل ومتمم

الطبيعي وقواعد العدالة ، تحت طائلة اعتباره منكرا للعدالة إذا لم يقم بذلك[1].

وهذا ما أشارت إليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري خاصة في فقرتها الثانية بنصها:"... **وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضة مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**".

وأوجبت المادة 505 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على القاضي أن يبتّ في الخصومة في أقرب الآجال[2].

هذا ويعتبر من ضمن موجبات تنظيم الاجتهاد القضائي أن الدور الأساس الموكل للمحكمة العليا ومجلس الدولة في الجزائر هو توحيد الاجتهاد القضائي، حيث خولتهما الدساتير المتعاقبة للقيام بهذه المهمة الجليلة، وهو ما نص عليه دستور 1996[3] ضمن المادة 152فقرة 3 وكذا التعديلات المتعاقبة عليه بنصها:"**تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في أنحاء البلاد...**"[4]. ويقصد بها الحلول القانونية الواحدة للمسائل القانونية نفسها التي تعرض في المحاكم المختلفة[5].

الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن تخلي القاضي عن الاجتهاد

كما أن إنكار العدالة يؤدي إلى مساءلة القاضي جزائيا، حيث نصت المادة 136 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يجوز محاكمة كل قاضٍ أو موظف إداري يمتنع

---

[1] – بوبشير:"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المرجع السابق، ص 155–156.

[2] – قانون رقم 08–09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية ،ع 21 مؤرخة في 24 ابريل 2008.

[3] –مرسوم رئاسي رقم 96–438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417هـ الموافق 7 ديسمبر سنة1996، والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور. جريدة رسمية ع76 ، ل 08 ديسمبر 1996، ص6.

[4] – المادة 152 من دستور 1996، تقابلها المادة 171 من الدستور المعدل 2016، والمادة 179 من الدستور المعدل سنة 2020.

[5] – بوبشير: "تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المرجع السابق، ص 157.

بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن بكون قد طلب إليه ذلك ويصرّ على امتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه، ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 دينار، وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة "[1].

أما المساءلة التأديبية فتكون أمام المجلس الأعلى للقضاء طبقا لأحكام القانون الأساسي للقضاء.

المطلب الثالث – منهج الاجتهاد في الفقه والقضاء(طريقة الاجتهاد):

لقد أحالت المصادر التشريعية على الطريق الذي يسلكه المجتهد للوصول إلى ضالته والحلول الممكنة للمسائل التي يجتهد لحلها، وهذا يستند أساسا إلى القوة التشريعية وحجية كل مصدر من مصادر التشريع الإسلامي أو الوضعي، وهو ما يحتم على المجتهد في الفقه أو القضاء أن يراعي في منهجه ترتيب المصادر التشريعية التي يلجأ إليها أولا بأول حسب منزلتها في التشريع. ففي التشريع الإسلامي هناك مصادر متفق حولها وأخرى مختلف في حجيتها بين الفقهاء المسلمين، وعلى هذا الأساس اتفقوا حول المصادر الأصلية، و اختلفت مناهجهم في ترجيح مصدر تبعي عن آخر. أما في التشريع الوضعي فقد اختلفت المناهج حسب اختلاف المصادر التشريعية بين المنظومات التشريعية المدونة، وتلك التي تجعل من الاجتهاد القضائي مصدرا أصليا لها، وفي كل الأحوال القاضي يقوم بعمليات ذهنية معقدة للوصول إلى الحلول المناسبة للقضية المعروضة لديه.

الفرع الأول: منهج الاجتهاد لدى الفقهاء المسلمين

لقد اعترفت الشريعة الإسلامية أصالة بالاجتهاد للفقيه و القاضي في استنباط

---

[1]- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية 49 مؤرخة في 11-06-1966، معدل ومتمم.

الأحكام من النصوص، بل جعلته واجبا حينما يتحتم ذلك عليهما. ومن ثمّ ظهر فيها علم لا مثيل لدقّته في الشرائع الأخرى وهو علم أصول الفقه، حيث يعنى قبل كل شيء آخر بمدّ القاضي بالوسائل الفنية الكفيلة بتيسير عمله في هذا الصدد، أو بعبارة أخرى "بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع"[1].

فإذا وقعت حادثة وأراد المسلم معرفة الحكم الشرعي في المسألة: أن ينظر العالم المجتهد المتمكن من البحث والنظر أولا في النصوص الشرعية من كتاب الله وسنة رسوله، سواء في دلالة النص أو ظواهر النصوص بمنطوقها ومفهومها مقدما القرآن عن السنة ثم ينظر في إجماع العلماء ثم في القياس ويلاحظ القواعد الكلية أولا ويقدمها على الجزئيات، ثم يأخذ بالمصادر الاجتهادية الأخرى: كالاستحسان والاستصلاح (المصالح المرسلة) والعرف، وسد الذرائع، وعمل أهل المدينة ،ومذهب الصحابي، والاستصحاب، وشرع من قبلنا...إلخ[2].

الفرع الثاني: منهج الاجتهاد القضائي في التشريع الوضعي

يعنى بالمنهج القانوني: "مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المطروحة عليه والمعروضة أمامه"[3].

ويطلق منهج الاجتهاد في محاكم القضاء اليوم على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بتطبيق منصوص القانون، أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص بالاستناد إلى المصادر الاحتياطية. ومجاله ضعيف في بلادنا التي لها قوانين مدونة، و يكثر الاعتماد عليه في الدول التي ليس لها قانون مدون جامع مثل انجلترا، حيث هذا هو العرف العام، فيتقيد القاضي فقط باجتهاد المحاكم العليا[4].

ولما كانت أحكام القضاء مُلزِمة للمتخاصمين. فإنه يتوجب على القاضي إطلاعهم عليها، و يتعين الاجتهاد عليه في الحالتين: سواء حال التكييف القانوني للنصوص على

[1] - عبد الله، عز الدين: "في اجتهاد القاضي–نظرة مقارنة–" مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مطبعة الجامعة، القاهرة، العدد 2، يوليو 1962، ص430.

[2] – الزحيلي، وهبة وآخرون:"الموسوعة العربية" مصدر سابق، مجلد 1، ص 396

[3] – بن ملحة، غوتي:"أفكار حول الاجتهاد القضائي"، مرجع سابق ، ص 624–625.

[4] – الزحيلي، المصدر نفسه، مجلد 1، ص 396

الوقائع، أو حال استنباط الحكم الواجب تطبيقه بطريق اجتهاد الرأي حال عدم وجود النص القانوني أو غموضه، أو أنه يحكم فيها بما يشابه من الأحكام القضائية السابقة معملا في ذلك القياس. ويطرأ ذلك خصوصا بالنسبة للقضايا المستجدة في القضاء أو الفقه.

ولا شك أن القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون وإنزاله على الوقائع المطروحة عليه، فهو يقوم بتطبيق عملية **التكييف القانوني**، وهذه العملية هي عبارة عن:"**مجموع العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بقصد مقارنة الوقائع المعروضة عليه بقاعدة قانونية يراها صالحة من وجهة نظره لحسم النزاع**"[1].

وعليه؛ فالمنهجية التي يسلكها القاضي في إطار الاجتهاد القضائي يضع من خلالها تصورا وإدراكا للوقائع لكي يبحث عن معطيات القضية المعروضة لديه وما تثيره من مسلمات وبديهيات، ومدى ارتباطها بالنتائج، ويقوم بتكييف مبدئي للنزاع مع التحقق من عدم مناقضته لحكم سابق في قضية مشابهة ، ليصل أخيرا إلى مرحلة بناء حكمه بعد تكوين اقتناع القاضي الشخصي بكل معطيات القضية من وقائع وقانون، بحيث يضع حكمه حدا للنزاع، ويكون عنوانا للحقيقة بما يتضمنه من تحديد للعدالة والقانون[2].

فإن كان الأصل [**في ظل المنظومة المدونة للقانون المدني**] أن العمل الذي يقوم به القاضي في مجال تطبيق القانون ليس عملا منشئا، فهو لا ينشئ قاعدة قانونية بقدر ما يبحث عن حلّ للنزاع القانوني من خلال قاعدة قانونية تصلح للتطبيق[3].

غير أن فقهاء نظام القانون المدني بدأوا يسلمون بأن فروضا معينة قد تتطلب من القضاء اجتهاد الرأي، وأظهر بعضهم اهتماما كبيرا بضرورة تيسير عملية البحث التي يقوم بها القاضي في هذا الصّدد، وأهم من أسهم في ذلك الفقيه الفرنسي: فرونسوا جيني F.Géney في كتابه القيم:"طريقة تفسير ومصادر القانون الوضعي الخاص"، حيث

1– F.Terre:L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications ; Thése; Paris ;1956 – 629، نقلا عن بن ملحة:"أفكار حول الاجتهاد القضائي" مرجع سابق،ص

2 – بن ملحة ، المرجع نفسه ، ص 638.

3 – المرجع نفسه ، ص 630.

أفادنا من خلاله بالمنهج والطريقة التي يسلكها القاضي في البحث عن قاعدة جديدة، كونها تشبه الطريقة التي يتبعها المشرع في تشريعه، فيما عدا الفارق الهام الذي ينبع من أن المشرع يصدر قواعد عامة ومجردة، في حين أن القاضي يرتبط تفكيره بخصائص النزاع القائم أمامه، غير أنه ينبغي عليه أن يجعل حكمه خاضعا للاعتبارات والأهداف نفسها التي يخضع لها المشرع إذا تعرض لمثل هذا الموقف، وأن يعزل القاضي نفسه عن أي تأثير شخصي ويراعي فقط اعتبارات علمية وموضوعية[1]. ونلاحظ أن هذا المنهج مقارب لمنهج تخريج الفروع على الأصول في مذاهب الفقه الإسلامي.

أما في إنجلترا وأمريكا؛واعترافا منهم بقصور **قواعد القانون العام Commen low**، ومحاولة منهم لإكمال هذا النقص وتيسير الحلول لمن لا تسعفهم قواعد القانون العام، بدأ يتطور لديهم نظام موازي له يسمى بنظام **الإنصاف أو نظام العدالة Equity** ، والذي يركن أساسا إلى **قواعد العدالة**. فقد حاول الفقهاء وضع الضوابط التي تحكم قيام القاضي بالدور الإنشائي، كتلك التي تطلب من القاضي أن يستوحي مبادئ خالصة من الشوائب الشخصية، وأن يجعل تقديره مرتبطا بالتقاليد المستقرة، خاضعا لمنطق القياس، منسجما وفق نظام موحّدٍ، معترفا بالضرورة الأولية للنظام في الحياة الاجتماعية، حيث يستند القاضي إلى ما تمليه اعتبارات الفهم الصحيح للأمور، وما يراه أكثر حقًّا وعدلاً [2].

ويكمن اختصاصات القاضي ضمن نظام الإنصاف والعدالة على إقرار حقوق لم تكن معروفة للقانون العام، كما تعداه إلى سد النقص في أحكام نظام القانون العام من عدة جوانب كانت الحاجة فيها ماسة بارتقاء المجتمع، مثل إقرارها بالتدخل لإنصاف المظلوم قبل وقوع الضرر الفعلي بأمر مانع لذلك، وإلزام المدعى عليه بتنفيذ التزاماته تجاه المدعي بدلا عن تلقي التعويض فقط كما هو الحال في القانون العام، و يقوم نظام محاكم الإنصاف كذلك بإقرار الحق في المنازعات المتعددة الأطراف كالشركات والإفلاس أو عقود الضمانة ... لجميع المتقاضين في الدعوى نفسها، بخلاف نظام القانون العام

[1] - عبد الله، عز الدين: "في اجتهاد القاضي–نظرة مقارنة–" ، المرجع السابق، ص 430.
[2] – المرجع نفسه، ص 421 و ص 431.

الذي لا يجيز التداعي إلا بين خصمين اثنين فقط في كل دعوى[1].

الفصل الثاني: شروط الاجتهاد القضائي

تمهيد:

يعتبر منصب الاجتهاد في التشريع الإسلامي من أسمى المناصب، فالمجتهد قائم مقام النبي صلى الله عليه وسلم، ولهذا لابد له من شروط تتحقق فيه ليكون أهلا لهذا المنصب.

كما أن طبيعة الاجتهاد هي التي تحدد شروط المجتهد، فقد فرّق العلماء بين المجتهد العام الذي يفتي في كل أبواب الفقه والمجتهد الخاص الذي يجتهد في باب معين.

كما أن شروط الاجتهاد تختلف باختلاف المجتهَد فيه، إذ يحتاج المجتهد في تعرفه على معاني النصوص إلى اللغة العربية. لكنه في تعرفه على المعاني والمقاصد من النصوص يحتاج إلى العلم بمقاصد الشريعة الإسلامية ، أما في اجتهاده فيما يستجدّ من المسائل فهو يحتاج إلى معرفة العلل ومسالكها، وإلى التعرف على مناط العلة وتحقيقه في الصور والجزئيات المختلفة، مما يُحتاج فيه إلى علم أصول الفقه.

فمن طبيعة الاجتهاد أنه يتطلب لكل حكم الإمكانيات التي تؤدي إلى استنباطه، فمرة يعتمد الحكم على اللّغة، ومرة على القياس، ومرة على غيره، وخاصة مقاصد الشريعة الإسلامية ، وإلى هذا أشار الامام الشاطبي رحمه الله[2].

وتنقسم هذه الشروط إلى قسمين: شروط العامة للمجتهد، وهناك شروطا خاصة كمعرفة مقاصد التشريع، يدخل ضمنها شروط تكميلية تزيد من أهلية المجتهد للقيام بهذه

---

[1] -ملكا،أدموند سلمون:"شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء"مطبعة مصر، القاهرة، ط1، 1954،ص22-24

[2] – الشاطبي، أبو إسحاق: "الموافقات في أصول الشريعة"تحقيق: عبد الله درازوآخرون، دار الكتب العلمية،بيروت، ط1 ،2004، ص784.

المهمة الجليلة، وبيان ذلك يكون وفقا للآتي[1]:

المبحث الأول: الشروط العامة للإجتهاد

هناك عدة شروط عامة ينبغي أن تتوفر في المجتهد، ويدخل ضمنها شروط التكليف العامة كالإسلام والبلوغ والعقل ، والشروط المكتسبة، أي التأهيلية التي يجب على المجتهد معرفتها والإحاطة بها ليتمكن من استنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية.

المطلب الأول: شروط التكليف العامة

الفرع الأول– الاسلام:

فلا يجوز للكافر أن يكون مجتهدا في الشريعة الإسلامية لما يلزم عليه من التضليل في فتواه أو حكمه، حتى ولو كانت له القدرة على ذلك فإنه لا ثمرة له في ذلك، ولأنه لا يجوز للمسلم تقليد الكافر لعدم الثقة فيه وعدم إيمانه بما يستنبطه، لذا الكافر لا يكون مجتهدا في الشريعة الإسلامية، كما أنه غير مدرك لمقاصد التشريع.

الفرع الثاني– البلوغ والعقل:

أما البلوغ فلا بد منه لأن غيره لا تمييز له به ولهذا وضع التكليف عن المجنون والصغير والنائم. ولا يكف مجرد البلوغ الطبيعي والعقل الذي يتعلق به التكليف بالأحكام الشرعية.فيشترط النضج العقلي والقدرة على النظر في الأمور، فلا بد من العقل حتى يكون الاجتهاد سليما ومعتبرا عند العلماء، لأنه الملَكة التي يستطيع صاحبها إدراك ما من شأنه أن يُدرَك به من المعارف والمدارك العقلية.

المطلب الثاني: الشروط التأهيلية المكتسبة

الفرع الأول: معرفة آيات الأحكام وأسباب النزول المذكورة في القرآن الكريم:

إن من أهم الشروط الواجب توافرها في المجتهد معرفة كتاب الله الذي لا يأتيه

---

[1] – ينظر أكثر تفصيلا حول شروط المجتهد: زيدان: "الوجيز في أصول الفقه" مرجع سابق، ص 402 وما بعدها– والزحيلي: "أصول الفقه الإسلامي" مرجع سابق، ج2، ص1071 وما بعدها. بن صغير:"الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" مرجع سابق، ص 90 وما بعدها. و القرضاوي:"الاجتهاد في الشريعة الاسلامية"، مرجع سابق، ص17 وما بعدها.

الباطل من بين يديه ولا من خلفه، فهو عمدة الأحكام و أصل الأصول ومرجع كل دليل والمصدر الرئيسي للاجتهاد، ولذلك لا بد من معرفة آيات أحكامه اللغوية والشرعية والعلل التي نيطت بها هذه الأحكام والغايات التي قصد الشارع الحكيم تحقيقها من جلب مصلحة ودرء مفسدة ولم يُعرَف خلاف بين العلماء في ذلك.

ولا يشترط للمجتهد حفظها بل يكفيه أن يكون عالما بها يستطيع الرجوع إليها متى شاء وقد قدّرها بعض العلماء بخمس مائة آية (500)[1]. والحق أن آيات الآحكام غير محصورة بهذا العدد إذ يمكن بالنظر الدقيق والتأمل العميق والإدراك الجيد استنباط الأحكام من الآيات الأخرى حتى ولو كانت في القصص والأمثال (مثاله من سورة الكهف قصة موسى مع الخضر وأصحاب السفينة) استنبطت منها قاعدة: يُتحمّل الضرر الأخف من أجل اجتناب الضرر الأعم.

وهناك من العلماء من كان له قدم السبق في جمع آيات الأحكام وتفسيرها وأهم هذه الكتب التي ظهرت للناس:" أحكام القرآن" للشافعي وأحكام القرآن للجصاص الحنفي، و"أحكام القرآن "لابن العربي القرطبي المالكي وغيرهم، وكذا التفاسير التي نذكر منها "الجامع لأحكام القرآن " للقرطبي وغيرهم.

كما ينبغي أن يكون ملمّا بالعلوم المتعلقة بالقرآن الكريم كمعرفة أسباب نزول آيات الأحكام كونها تعينه كثيرا على فهم المراد من الآية.

الفرع الثاني: معرفة الأحاديث المتعلقة بالأحكام:

وذلك بمعرفة نطاقها متناً وسندًا، ولا يشترط حفظا بل لابد من معرفة حال الرداءة ومدى عدالتهم وضبطهم ورعهم وفقههم ويعرف متواتر السنة من مشهورها وآحادها وأن يفهم معنى الأحاديث وأسباب ورودها، ويعرف درجات الأحاديث في الصحة والقوة وقواعد الترجيح فيما بينها والناسخ والمنسوخ منها وتمييز الصحيح عن الفاسد والمقبول من المردود.

ولا يشترط أن يعرف كافة الأحاديث بل أحاديث الأحكام منها فقط.

كما يكفيه أن تكون عنده كتب الجرح والتعديل لأئمة الحديث حتى يعرف حال الرواة

---

[1] – زيدان: "الوجيز في أصول الفقه"، مرجع سابق، ص 402

وهذا لتسيير مهمته في الاجتهاد.

ومن الكتب التي تعالج أحاديث الأحكام " نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار " للشيخ محمد بن علي الشوكاني، فضلا عن كتب السنة الصحيحة وشروحها التي تقتصر على أحاديث الأحكام.

الفرع الثالث: معرفة الناسخ والمنسوخ من القرآن والسنة

وهذا النوع إن كان قليلا إلا أن معرفته لازمة للمجتهد. ومن الكتب المؤلفة في هذا الباب "الناسخ والمنسوخ " للنحاس، و"الناسخ والمنسوخ" لأبي بكر بن العربي المالكي. وكذلك "الناسخ والمنسوخ" للإمام السيوطي. وعلى هذا فيقدم الناسخ على المنسوخ دوما.

الفرع الرابع: معرفة مسائل الإجماع:

أي المسائل المجمع عليها والمختلف فيها حتى لا يفتي بخلاف ما أجمعت عليه الأمة فيكون قد خرق الإجماع باجتهاده، وليس المراد حفظه لجميع المسائل التي وقع عليها الإجماع. ومن الكتب التي ألفت حول الإجماع كتاب "الإجماع" لابن المنذر الحنبلي، وكتاب :"موسوعة الإجماع لشيخ الإسلام ابن تيمية" قام بجمعها وترتيبها عبد الله بن المبارك البوصي. وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لمجموعة من المؤلفين.

الفرع الخامس: معرفة اللسان العربي (اللغة العربية):

على المجتهد أن يعرف اللغة العربية على نحو يتمكن به من فهم خطاب العرب ومعاني مفردات كلامهم وأساليب في التعبير، إما بالسليقة أو بالتعلم من لغة، ونحو، وصرف، ومعان وبيان ليستطيع استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة. قال الغزالي أبو حامد " أعني القدر الذي يفهم به خطاب العرب وعاداتهم في الاستعمال إلى حدٍّ يميز به بين صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامّه وخاصه..."، ولا يشترط حفظ قواعدها عن ظهر قلب بل يكفيه أن يكون متمكنا من استخراجها من مظانّها.

ومنه؛ فإنه يتعذر على المجتهد فهم القواعد الأصولية الاجتهادية ما لم يكن ملمّا ومتقنا لعلوم اللغة العربية، كمباحث المفهوم والمنطوق والأمر والنهي والحقيقة والمجاز والتقييد والإطلاق والعموم والخصوص وغيرها..،لأن جل القواعد الأصولية مشتقة من

قواعد اللغة العربية ما يجعله قادرا على فهم منصوص الوحي واستنباط الأحكام منها،لأنه لا إتقان صحيحا للأصول ما لم يسبقه إتقان محكم لمبادئ اللغة العربية لا سيما وأن نصوص الكتاب والسنة وردت غاية في البلاغة والفصاحة والبيان.

والحاصل: أنه لابد للمجتهد أن يكون محيطا بأدلة الشرع في غالب الأمر متمكنا من اقتباس الأحكام منها عارفا بحقائقها ورتبها عالما بتقدم ما يتقدم منها وتأخيرها يتأخر منها وليس من شرط المجتهد أن يكون عالما بكل مسألة ترِد عليه.

المبحث الثاني: الشرو ط الخاصة للاجتهاد

هناك شروط خاصة وأهمها هو معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية، وأخرى تكميلية ينبغي أن تتوفر في المجتهد، وهو ما سيتم بيانه كالآتي:

المطلب الأول- معرفة علم أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية

تحظى معرفة أصول الفقه الإسلامي ومقاصد الشريعة الإسلامية باهتمام بالغ لدى العلماء،وذلك من شأنه تقويم العملية الاجتهادية، وجنوحها عن الزلل إلى الحكم الصحيح:

الفرع الأول : ضرورة علم أصول الفقه للمجتهد

علم أصول الفقه ضروري لكل مجتهد وفقيه، إذ بهذا العلم يعرف المجتهد أدلة الشرع وترتيبها في الرجوع إليها، وطرق استنباط الأحكام منها، وأجه دلالات الألفاظ على معانيها، وقوة هذه الدلالات، وما يقدم منها وما يؤخر، وقواعد الترجيح بين الدلالة، إلى غير ذلك مما يبحث علم أصول الفقه. وقد ألّف العلماء قديما وحديثا المصنفات الكثيرة في هذا العلم مما يجعل من الميسور على العلماء ورجال القانون الوقوف على أبحاثه وقواعده. وأول كتاب ألف في علم أصول الفقه كتاب "الرّسالة" للإمام محمد بن إدريس الشافعي رحمه الله.

الفرع الثاني– معرفة مقاصد الشريعة الإسلامية

والمراد بذلك أن يكون مدركا لأسرارها ومراجعها خبيرا بمصالح الناس وأعرافهم وعلل الأحكام حتى يكون اجتهاده ملائما لمقاصد الشرع بجلب المصالح ودرء المفاسد واستنباط الأحكام التي لم تنص عليها الشريعة بطريق القياس أو بناءا على المصلحة وعادات

الناس التي ألفوها في معاملاتهم وتحقق لهم مصالحهم.

* فالمعرفة المقاصدية تتمثل في تمكن المتصدي للنظر الاجتهادي في هذا العصر من حسن إدراك لجملة المعاني والغايات والحِكم والأهداف الثابتة العامة والخاصة وكذا المتغيرة والتي لاحظها الشارع أحوال تشريعات المتعلقة بالفرد والمجتمع سواء كانت تلك التشريعات عقدية أم خلقية أم عملية.

*لأن المعرفة المقاصدية من شأنها أن تسدد الفهم كونها تشتمل على كليات ومبادئ بحيث تضمن حسن تنزيل الأحكام على الوقائع والالتفات إلى مآلات الافعال.

*لذا فقد بنى الامام أبو إسحاق الشاطبي في كتابه "الموافقات" الاجتهاد على أصلين هما[1]:

فهم مقاصد الشريعة الاسلامية، والتمكن من الاستنباط بمعرفة اللغة العربية ومعرفة القرآن والسنة والإجماع وخلاف الفقهاء وأوجه القياس.

وقد اعتبر الشاطبي الأصل الثاني خادما للأصل الأول الذي هو مقاصد الشريعة الإسلامية، فكان من اللازم معرفة مقاصد الشريعة للمجتهد حتى يتمكن من استنباط الحكم من الدليل في ظل المقاصد التشريعية للشريعة الإسلامية.

وقد غدت الحاجة ملحة في هذا العصر إلى إبراز الأهداف والأسرار التي تحتويها الشريعة الإسلامية، والتي تدل على صلاحيتها لكل زمان ومكان، وتبرهن على مرونتها وقدرتها على تسيير وتنظيم حياة البشر كل عصر ومصر. ذلك أن المقاصد ليست أداة لإنضاج الاجتهاد وتقويمه فقط؛ بل هي أيضا أداة لتوسيع الاجتهاد عن طريق المزيد من الاستقراء لأحكام الشريعة والاستنباط لعللها، وتمكينه من استيعاب الحياة بكل تقلباتها وتشعباتها، كما يقول الدكتور أحمد الريسوني في كتابه " نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي"[2].

---

[1] – الشاطبي:"الموافقات" مصدر سابق، ص 784.

[2] – الريسوني، أحمد : " نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي"، دار الكلمة، القاهرة، ط1، 1997، ص 306.

المطلب الثاني: المؤهلات التكميلية للمجتهد

ليزيد المجتهد من ملكته العلمية في الاجتهاد، هناك مؤهلات تكميلية ينبغي أن يحصلها ويتمكن منها:

الفرع الأول–**الاستعداد الفطري للإجتهاد:**

ينبغي أن تكون للمجتهد عقلية فقهية مع لطافة الإدراك وصفاء الذهن، ونفاذ البصيرة وحسن الفهم وحدة الذكاء.

الفرع الثاني–**معرفة البراءة الأصلية:**

هذا الشرط قد اشترطه بعض الأصوليين، والمراد منه أن يعرف العالم المجتهد أن لا حكم إلا بالشرع، وأن ليس على الإنسان أن يأتي بعمل ما أو يمتنع عنه امتثالا لحكم الشرع من غير أن يرد دليل من لدنه بوجوده في الكتاب أو السنة.

الفرع الثالث–العدالة:

وهي مشترطة في قبول ما يخبر به المجتهد، أما الاجتهاد فلا يشترط فيه أن يكون المجتهد عدلا ، لكون الاستفتاء ثقة بين المستفتي والمفتي، فمن لم يغلب الظن على أنه ثقة لا يؤخذ بقوله في أمور الدين.

الفرع الرابع– معرفة شؤون العصر:

يتطلب الاجتهاد من صاحبه معرفة واقعة الاستفتاء، ودراسة نفسية المستفتي والمجتمع الذي يعيش فيه، ليكون القضاء أو الفتوى جديا ويعالج الواقع القائم، ولا يتوفر ذلك بغير فهم لظروف الحياة، وممارسة للتجربة الحية المتفاعلة مع أوضاع العصر والمحققة لمصلحة الناس.

الفرع الخامس – **معرفة مبادئ العلوم الإنسانية المعاصرة:**

ويقصد بها تلك المعارف التي تعنى بالبحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، من مختلف الجوانب النفسية والتربوية والسياسية والاقتصادية والتاريخية والقانونية...إلخ، بحيث يستطيع من خلالها تقديم تفسير مقبول ومعقول لسائر الظواهر المؤثرة في توجهات الإنسان وتطلعاته ورغباته ومشاكله. وكل ذلك ليكون الاجتهاد صحيحا واقعا في محلّه.

المطلب الثالث: معالم القاضي المجتهد في التشريع الوضعي

القاضي المجتهد هو من يكون متمكنا من استنباط الأحكام من أدلتها، وله بطبيعة الحال ملكة تؤهله لذلك. ولهذا تختلف مراتب القضاة المجتهدين بين مجتهد مطلق ومجتهد في الحكم أو في بعض الأحكام الخاصة. فالأول هو الذي يكون عالما بالنصوص القانونية العامة والخاصة منها، والتي قررتها التشريعات أو التقنينات، وأن يعرف القواعد المجمع عليها والمختلف فيها، وأن يعرف عللها ومسالكها وطرق استفادتها من الأدلة، ووجوه دلالة الألفاظ على المعاني، وكذا على المجتهد المطلق أن يكون متمكنا من اللغة القانونية بالقدر الذي يمكّنه من فهم النصوص فهمًا صحيحًا. والمجتهد في المواد الخاصة هو الذي يشترط فيه العلم بكل ما يتعلق بالمادة التي تخصص فيها دون ضرورة معرفة جميع النصوص[1].

الفصل الثالث: مجال الاجتهاد القضائي ـ المُجتهَدُ فيه

المبحث الأول: النطاق العام للعملية الاجتهادية

إن طبيعة النصوص الواردة هو الذي يحدد مدى سماحها بالاجتهاد من عدمه ضمن ما يسمى بالثابت الذي لا ينبغي الخروج عنه من قطعيات، والمتغير الذي يعتبر نطاقا رحبا للعملية الاجتهادية.

المطلب الأول : مفهوم المجتهَدُ فيه وحكمته

يتحدد النطاق العام للاجتهاد القضائي من خلال معرفة المجتهد فيه، وبيان الحكمة من وجوده.

الفرع الأول: تعريف المجتهد فيه:

عرفه الزركشي بأنه : ((كلّ حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه

---

[1] –بن ملحة :"أفكار حول الاجتهاد القضائي" ، مرجع سابق، ص 622–623.

دليل قطعي)) والمراد بها ما يلي:

• **العمل:** ما هو كسب للمكلف إقداما وإحجاما.

• **العلمي:** ما تضمنه علم الأصول من المظنونات التي يستند إليها "وخرج بما ليس فيه دليل قاطع احترازا عما وجد فيه ذلك من الأحكام. فإذا ظفر المجتهد بالدليل حرّم عليه الرجوع إلى الظن"[1]، ومثاله المجاز ، والنص الذي يحتمل التأويل ...إلخ.

الفرع الثاني: حكمة المجتهد فيه شرعا:

مما يعرف بين جمهور المسلمين هو أن الله تعالى لم يترك الناس سدى، وأنه تعالى له حكم في كل ما يحدث للمسلمين من الوقائع. غير أنه تعالى لحكمة لم ينص على كل أحكامه بل نص على أحكام بعض الوقائع بنصوص في القرآن أو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم. والواقعة التي دلّ على حكمها نصٌّ قطعيٌّ في اللفظ والدّلالة فمثلها لا يكون للعقل اجتهاد فيها. أما الواقعة التي دل على حكمها نص ظني الدلالة، بمعنى أن النص يحتمل الدلالة على حكمها أو أكثر، فللعقل فيها مجال لأن يدرك منه أي حكمة. أما الواقعة التي ما دلّ على حكمها نصٌّ أصلا واتفق المجتهدون على حكم فيها في عصر من العصور لا مجال فيها للاجتهاد لأن فيها إجماع. أما تلك الواقعة التي ما دلّ على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع هي مجال للاجتهاد بالرأي[2].

المطلب الثاني: نطاق المجتهد فيه وحدوده ضمن التشريع الاسلامي:

لاشك أن للعقل عملا في استنباط الأحكام النقلية (أي المنقولة إلينا بالوحي) من كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، وقد تعددت ميادين الاجتهاد بالعقل في فهم النصوص الشرعية واستنباط الأحكام الشرعية منها، **وقد حددها الإمام محمد أبو زهرة**

[1] – الزركشي: "البحر المحيط" ، مصدر سابق، ج 6، ص 227 .

[2] – حمادو :"الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي"، مرجع سابق، ص320.

بثلاثة أمور[1]:

• التعرف على معاني النصوص من ألفاظها واستخراج الأحكام منها، لأنه ليس كل مسلم قادراً على استخراج الأحكام من النصوص، فإن لذلك قواعد ثابتة يدركها الأولون بالفطرة، ويدركها غيرهم بالاكتساب، فيستخرج الضابط الذي يصح أن يطبق بمقتضاه الحكم في كل موضع يشبهه.

• ثم يقوم المجتهد موظفا فكره في العمل والتعرف على مرامي ومقاصد النصوص التشريعية في جملتها ومعرفة الحكمة التي جاء بها الحكم في كل نص شرعي.

• الاستنباط مما وراء النصوص فيما لم يوجد فيه نص لأن الحوادث غير متناهية والنصوص متناهية، فكان لابد من استخراج أحكام ما لا نص فيه في ضوء ماورد النص فيه.

المطلب الثالث: نطاق ما يجتهد فيه القاضي وحدوده في التشريع الوضعي

النصوص القانونية لا يكون لها مفعول من الناحية العملية إلا من خلال تفسيرها، ولهذا فكثيرا ما نجد الأحكام التي يأتي بها النص القانوني غير قاطع في الدلالة على الحكم، ولهذا يعمل القاضي على الاجتهاد في تفسيره و الاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص دون الخروج عليها، فإذا كان المشرع قد حدّد الإطار العام لمسألة ما، غير أنه لم يكن يتصور عند إصداره للقانون النّزاعات والمشاكل التي قد تثور عند تطبيق القانون، و هو ما يجعل الاجتهاد القضائي يبحث عن الحلّ المناسب[2].

فإذا كانت النصوص القانونية من حيث الصياغة تتّسم بالوضوح في العبارة والفكرة لا تثير إشكالا، إذ يسهل تطبيقها على الوقائع، غير أن هناك نصوصا غامضة أو مبهمة وهي لا تساعد على التعامل معها، ففي هذه الحالة يتعيّن على القاضي الاجتهاد ليتوصل إلى التطبيق السليم والأنجع للنّص القانوني على وقائع الدعوى[3].

1 – أبو زهرة، محمد: "تاريخ المذاهب الإسلامية"دار الفكر العربي،القاهرة، دط– دت،ص225–226.
2 – بن ملحة، غوتي:"أفكار حول الاجتهاد القضائي" مرجع سابق، ص 620.
3 – المرجع والصفحة نفسها.

وينحصر الاجتهاد القضائي عموما في ثلاث حالات[1]:

أولها: اجتهاد في دائرة النص الظنّي لترجيح بعض مفاهيمه دون الخروج عن دائرة مفاد النّص.

ثانيها: اجتهاد للتوصل إلى الحكم الصحيح بتطبيق القواعد الكلية فيما يمكن أخذه من القواعد الكلية إذا لم يكن فيه نصٌّ خاص أو أظهره اجتهاد سابق ولا يمكن أخذه بطريق القياس.

ثالثها: اجتهاد بالبحث على الوسائل التي وضعها المشرع للدلالة على حكمه، وهذا يكون بالنسبة لما لم يرد فيه نص، ولا يؤخذ من القواعد الكلية، ولم يصدر بشأنه اجتهاد سابق.

المبحث الثاني: مجال الاجتهاد في التشريعين الإسلامي والوضعي

إذا كان الاجتهاد جائز ومشروع كونه ضرورة، بالرغم من اختلاف مكانته التشريعية في النظام التشريعي الإسلامي الذي تعتبر فيه مكانة و مجال الاجتهاد رحبا، إلا أنه يبقى محكوما بطبيعة النصوص التي تسمح به وفي حالات وصور محددة. أو بالنسبة للمنظومات الوضعية المختلفة بين من يضيق من مجال الاجتهاد ويجعله استثناء، وتلك التي تعطيه مكانة وحيزا واسعا في نظامها التشريعي والقضائي يصل فيه القاضي حدّ الاجتهاد الإنشائي للمبادئ والقواعد القانونية.

المطلب الأول: مجال الاجتهاد في التشريع الإسلامي

الاجتهاد المعتبر شرعا هو المقيد بكونه واقعا في مجاله المسموح به لا غير. فالنصوص الآمرة والناهية لا مجال للاجتهاد فيها لأنها ثوابت ولاسيما في العقائد والعبادات في أصولها وكيفياتها أما في فروعها وجزئياتها وتطبيقاتها المعتمدة فقها ففيها مجال للاجتهاد.

الفرع الأول: ما لايجوز فيه الاجتهاد في التشريع الإسلامي:

لقد اتفق علماء أصول الفقه على عدم جواز الاجتهاد فيما فيه نص قاطع، وهو

---

[1] – المرجع نفسه، ص 620– 621.

المراد بقولهم "**لا اجتهاد مع نص**"، وهي كما يلي[1]:

أولا– أصول العقيدة: كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ونحو ذلك من أمور العقيدة الثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة.

ثانيا –المعلوم من الدين بالضرورة: كوجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج ونحوها فهذه ثابتة بالأدلة قطعية الثبوت والدلالة أيضا.

ثالثا– المقدّرات الشرعية: التي نص الشارع على تحديدها كالحدود الشرعية والكفارات ومقادير الزكاة وأنصباء الورثة ونحو ذلك من المقدرات الشرعية التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان ولا مجال للاجتهاد فيها.

• وهذا النوع من الاحكام المعلومة من الدين بالضرورة يختص بأمرين هما:

• أن من أنكر أو جحد من المسلمين حكما من هذه الأحكام يكفّر ويرتد عن دين الإسلام.

• أن هذا النوع لا مجال فيه للإجتهاد لمعلوميّة أحكامه.

رابعا– أحكام شرعية مجمع عليها: فلا مجال للإجتهاد في الأحكام الشرعية المجمع عليها واختص بالعلم بها الخاصة دون العامة، ومن أمثلتها استحقاق بنت الابن السدس مع البنت، فلا يجوز لمجتهد أن يأتي بما يعدّ خرقا للإجماع فيها. إلا أن العلماء لم يتفقوا على تكفير المنكر لحكم من هذا النوع.

الفرع الثاني : ما يجوز فيه الاجتهاد في التشريع الإسلامي[2]:

ينصب الاجتهاد على الأحكام ظنية الدلالة من خلال الكشف على المراد منها، سواء بالتعرف على قوة دلالة اللفظ على المعنى ، أو بترجيح دلالة على أخرى، والفقهاء يختلفون في هذه الأمور ، وإن كانوا يتفقون على الموازين العامة والقواعد الضابطة

[1] – زيدان، عبد الكريم: "الوجيز في أصول الفقه" مرجع سابق، ص 406. والزحيلي:"أصول الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ج2، ص 1080 وما بعدها.

[2] – زيدان، عبد الكريم: "الوجيز في أصول الفقه" مرجع سابق، ص 406. والزحيلي:"أصول الفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ج2، ص 1080 وما بعدها. وينظر : الدريني: فتحي:"المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي" مؤسسة الرسالة، دمشق، ط3 ، 2013، ص 24.

لدلالات الألفاظ وترجيح بعضها على بعض.

أولا: طبيعة الاجتهاد بالرأي فيما يجوز فيه الاجتهاد

وتتحدد طبيعة الاجتهاد بالرأي بما يأتي[1]:

أولا: من خلال نصوص يمثل كل منها إرادة المشرع، وغرضه منه، كما تمثل بمجموعها روح التشريع العامة، ومقاصده الأساسية.

ثانيا: مَلَكَةٌ مقتدرة ومتخصصة تبذل أقصى وسعها في تفهم النص معنىً وروحاً، واستثمار طاقاته في الدلالة على معانيه وأحكامه، وتحديد مراد الشارع وغرضه من كل منها.

ثالثا: دراسة للواقائع المتجددة دراسة علمية تحليلية، للتعرف على عناصرها التكوينية، وخصائصها، وما يحتفّ بها من ظروف وملابسات.

رابعا: تطبيق الأحكام على الوقائع التي تقتضيها على نحو يحقق المصلحة المقصودة شرعا، من حيث المآل(أي ما تؤول إليه مستقبلا)؛ لأن المصلحة هي مقصد الشرع، وهي التي تجسد معنى العدل الإلهي.

ثانيا/ الاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه[2]: ويكون بأحد الأمرين؛ أولهما **القياس**، وثانيهما **الاستدلال**، ويسمى هذا النوع عند البعض ب: "**منطقة الفراغ التشريعي** "أو "**منطقة العفو**" وهي تلك المنطقة التي تركتها النصوص الشرعية – قصدا – لاجتهاد أولي الأمر والرأي وأهل الحل والعقد في الأمة بما يحقق المصلحة العامة ويرعى المقاصد الشرعية و تحري العدل والعمل بمقتضاه.

ويكون الاجتهاد بالرأي على النحو الآتي:

أوّلهما: الاجتهاد بالقياس: على ما هو منصوص عليه إن وجدت العلة الجامعة بينهما، فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم هو الأمارات وطرق الاستنباط وهذا يختلف

---

[1] – الدريني، المرجع نفسه، ص 35-36.

[2] – بن صغير:" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" مرجع سابق، ص 108.

باختلاف عقول المجتهدين وما يحيط بهم من ملابسات وأحوال. وليس أدل على هذا من أن القياس هو أول طرق هذا الاسنباط الذي أساسه تعليل حكم النص. ومدار تعليله هو إدراك المصلحة التي شرع الحكم لأجلها والوصف الذي بني عليه باعتباره مظنة هذه المصلحة، وتقدير ذلك مما تتفاوت فيه فهوم المجتهدين.

ثانيهما: الاجتهاد بالاستدلال للحكم: ويكون بأحد الأدلة الاجتهادية المقررة عند أئمة الاجتهاد، كالاستحسان والاستصحاب، والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والعرف وشرع من قبلنا...إلخ.

ثالثا – الاجتهاد في فهم النص عند وجوده[1]: ويتجلى في ثلاثة أمور:

1- في ثبوت النص إن كان ظني الثبوت: فيبحث المجتهد في سند الحديث وطريق الوصول إليه ودرجته من حيث العدالة والصدق والضبط والثقة وهو ما اختلف فيه المجتهدون في كثير من الأحكام العملية.

2- في دلالة النص إن كان ضني الدلالة: فيبحث المجتهد في المعنى المراد من الدليل ووجه دلالته على معناه فقد يكون عاما وقد يكون مطلقا وقد يكون على صيغة الأمر أو النّهي فالمجتهد يصل باجتهاده إلى معرفة أن الظاهر على ظاهره أو هو مؤوّل، وأن العام باق على عمومه أو هو مخصص، وكذلك المطلق على إطلاقه أو هو مقيد، والأمر بالإيجاب أو لغيره، والنهي للتحريم أو لغيره، إلى غير ذلك من دلالات الألفاظ.

3- في تحقيق مناط النص: تحقيق المناط هو النظر في وجود علّة الحكم المعلومة بطريقٍ من طرقها في غير محل الحكم المنصوص عليه أو المجمع عليه. كقوله تعالى:(**وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ)** [2]. فدلّ على أن علة اجتناب النساء في المحيض هو " الأذى " وهو موجود في النفاس، فيتعدى الحكم وهو وجوب اعتزال النساء في النفاس. وكذلك الأمر بالنسبة لقوله تعالى: **(وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)**[3]فإنه يحتاج إلى تحقيق مناط الحكم فيه لينزل

---

[1] – المرجع والصفحة نفسها.

[2] – سورة البقرة ، الآية 222 .

[3] – سورة الطلاق، جزء من الآية 2.

عليه إما بالنفي أو الإثبات كتحقيق صفة العدالة في الشهود.

وكذلك الأمر في الاجتهاد الاستصلاحي حين يبنى الحكم على المصلحة مثل استقراء المجتهد للجزئيات وتصفحها ليشكل منها حكما كليا عاما ((كالمحافظة على النفس)) التي تضم جزئيات تقتضي مثلا: قتل الجماعة بالواحد وجواز تناول مقدار من الحرام حال الضرورة وغيرها.

المطلب الثاني:مجال الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي:

إن مجال الاجتهاد القضائي يختلف تبعا للوقائع المعروضة على القضاء فيما إذا ورد فيها نص تشريعي أو لم يرد فيها نص تشريعي.

الفرع الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص القانوني:

الأصل في سلطة القاضي في ظل منظومة القانون المدني ذات البعد اللاتيني تقييده بنص قانوني صريح. وعليه فقد يجتهد في حالتين أساسيتين[1]:

- **أولهما : عند غموض النص أو إبهامه من جهة.**
- **ثانيهما: عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل.**"الشغور أو الثغرة القانونية".

ومعنى الأول (غموض النص): أن النص ليس له معنى واضح محدد يحتمل أكثر من تأويل، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمن النص، ولذا اختلفت الاجتهادات القضائية تبعا لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها، وتسعى المحكمة العليا كمحكمة نقض لتوحيد هذه الاجتهادات نحو تفسير موحد في في القضايا المشابهة.

أما معنى الثاني: (نقص النص) فيقع عندما يعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبيّن أحكامها. ويحاول

[1] – بن صغير:" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" مرجع سابق، ص 233 وما بعدها.

القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له ولا سيما طرائق الاستنتاج المختلفة.

• كما أن القاضي لا يقف في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محددا معانيها أو مستخلصا منها أحكاما جديدة؛ بل قد يتخذ من التفسير أحيانا وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها.

فالقاضي حينما ينشئ حلاّ عادلا للنزاع، فإنه يخلق حلا فرديا والحكم الذي يصدره لا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا النزاع، لكن حكمه قد يسهم في إنشاء القواعد القانونية إذا أخذت محاكم أخرى بنفس الحل الذي أخذ به في الحكم الأول في المنازعات المشابهة ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادرا عن حكم فردي، بل يظل صادرا عن القضاء، ويجب دائما التفرقة بين حكم القاضي ، وبين القضاء ، فالأول يستطيع فقط خلق الحلول الخاصة، أما الثاني فهو مصدر من مصادر القاعدة القانونية[1].

• ولهذا فنصوص التشريع الأصلية أو المعدلة غالبا ما تمثل آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف و أوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة؛ بل قد تتغير فيه المثُل والمبادئ، فتصبح النصوص التشريعية إذا لم تعدّل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجياته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة فيتجاوز كما ترى – المدرسة التاريخية في التفسير – إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية وأحكام مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر من ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

---

[1] – الماحي ، عز الدين:"مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية" مجلة القصر، المغرب، عدد 7، يناير سنة 2004، ص 75– 89.

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي فيما ليس فيه نص قانوني:

إذا لم يجد القاضي نصا قانونيا حول الواقعة المعروضة لديه في النزاع، فإن هناك حالتان في هذا الصدد :

أولا: اللجوء للمصادر الاحتياطية للتشريع عامة:

وقد حددتها المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني، المصادر الاحتياطية " **إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى المبادئ القانون الطبيعي وقوعد العدالة** ".

وعليه؛ فإذا لم يجد القاضي في المواد المدنية نصا قانونيا يقضي بموجبه كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى. وأهم هذه المصادر في التشريع الجزائري: مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. ومن المصادر الرسمية التي أحال عليها كل من القانون الجزائري المصري والسوري وعيرها من القوانين العربية: " مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ". وهذه القواعد ليست مدونة في مرجع معين، فإذا احتاج القاضي الرجوع إليها كان عليه تحديد ما يراه موافقا منها. لذا فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد منها: إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وإنكار العدالة (المادة 136 ق عقوبات).

ثانيا:اللجوء إلى الأحكام التفصيلية للشريعة الإسلامية في قضاء شؤون الأسرة خاصة: لقد جاء قانون الأسرة الجزائري بمنهج خاص يتبعه قاضي شؤون الأسرة، في حال لم يجد نصا صريحا في قانون الأسرة للمسائل المتنازع حولها، حيث نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

وبناء على ما ذكرته هذه المادة؛ فإن خصوص قانون الأسرة يقيد العموم الوارد في القانون المدني، وتعتبر الأحكام التفصيلية من المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة مصدرا

أصليا بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة، بحيث ينقل منها ما يترجح لديه ويحقق مقاصد الشرع والعدالة.

المطلب الثالث: مقارنة بين مجال الاجتهاد في التشريعين الإسلامي والوضعي

يتكون الاجتهاد القضائي في التشريع الوضعي من مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعه، ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو النص القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحدا أو معروفا للجميع.

ومنه فإن ما تصدره المحاكم العليا من قرارات توفيقية بين المحاكم الدنيا لا ترقى إلى درجة الاجتهاد في الفقه الإسلامي الذي هو إستفراغ الجهد في استنباط الأحكام، وإنما جاءت على إثر التناقض الحاصل في بعض الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية بسبب غموض النص أو سكوت المشرع أو الاختلاف في تكييف المسائل فأصبحت بذلك ما تصدره المحكمة العليا بهذا الشأن بمثابة مبادئ وسوابق قضائية ترجع إليها المحاكم في القضايا المشابهة لها، إلا أنها لا تتخذ صفة الإلزام في بعض القوانين الوضعية لكون الاجتهاد القضائي فيها مصدر تفسيري يؤخذ به على سبيل الاستئناس فقط مثل وفرنسا ومصر و الجزائر. ونجد عكس ذلك في القضاء الأنجلوسكسوني كونه ملزم " بأحكام السوابق القضائية " الذي يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا فيه.

والملاحظ أن **الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي أشمل من معناه في القانون الوضعي في مجال شؤون الأسرة المستمدة أحكامها من الشريعة الاسلامية.** كون الاجتهاد القضائي مصدر ثانوي وتفسيري وتكميلي فقط في الجزائر ومعظم الدول التي

قوانينهـا مدونـة. أي أن المحكمـة العليـا تعمـل غالبـا علـى تفسـير النصـوص القانونيـة الموجودة سلفا فهي محكمة نقض أو قانون وليست محكمة وقائع أي أنها تنتظر هل فهم القانون أو طبقت تطبيقا سليما أم لا.فإذا كان الأمر عكسي أي أخطأ القاضـي في الحكم أو عدم فهمه للنص التشريعي فإن المحكمة تنقض الحكم الصادر من القاضـي ولا تحكم فيه بل ترجعه إلى الهيئة مصدرة الحكم مع تشكيل هيئة أخرى لتحكم في المسألة.

الفصل الرابع: مصادر الاجتهاد القضائي

تتنوع المصادر التي يلجأ إليها القاضي حال الاجتهاد سواء في النظام التشريعي الإسلامي أو في الأنظمة الوضعية

المبحث الأوّل: مصادر الاجتهاد القضائي في التشريع الإسلامي

انطلاقا من حجية الحكم القضائي واستقلاليته والذي يمنح فيه القاضي من المصادر التي يستقي منها حكمه مستقلا بالرأي بعيدا عن تأثير الجهة التي عينته، وغير خاضع في أداء مهامه لغير النص، فقد أجملت نصوص القرآن الكريم في التشريع الإسلامي القواعد العامة للفصل في المنازعات، وجاءت السنة النبوية لتفصل بعضها وتوضح البعض الآخر. ومع هذا التفصيل ترك للقاضي مجال الاجتهاد فيما لم يرد به نص وعلى ذلك فان المصادر التي يرجع اليها القاضي في إصدار أحكامه تتنوع بين مصادر نقلية وأخرى اجتهادية عقلية تستند إلى المصادر النقلية وهي كالآتي:

المطلب الأول: مصادر الأحكام الاجتهادية النقلية:

إنه مما ينبغي للمجتهد أن يعلمه في اجتهاده ويعتمد عليه عند استنباطه الحكم، فعليه أولا أن ينظر في نصوص الكتاب والسنة، فان وجد فيهما قدمه على غيره فإذا لم يجد اخذ بالظاهر منهما وما يستفاد بمنطوقها ومفهومهما، فان لم يجد نظر في أفعال النبي صلى الله عليه وسلم، ثم تقريراته لبعض أمته، ثم الإجماع اذا كان يقول بحجيته، ثم في القياس على ما يقتضيه اجتهاده من العمل بمسالك العلة كلاً أو بعضا، ويلاحظ القواعد الكلية ويقدمها على الجزئيات. وإذا أعوزه ذلك كله تمسك بالبراءة الأصلية وعليه عند التعارض بين الأدلة أن يقدم طريق الجمع على وجه مقبول، فإن أعوزه ذلك رجع إلى الترجيح بالمرجحات.

والمصادر النقلية الأصلية هي الأدلة الشرعية المتفق عليها عند جمهور الفقهاء: وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس[1].

[1] – الزركشي : "البحر المحيط"، مصدر سابق، ج6، ص229.

المطلب الثاني: مصادر الأحكام الاجتهادية العقلية[1]:

سواء كان الاجتهاد فرديا أم جماعيا فإن مرجعه واحد من أمرين:

أولهما: قياس الأشباه على أشباهها فإذا عرضت على القاضي مسألة لم ينص على حكمها، ولكن ورد في الكتاب أو في السنة حكم في حادثة تشبهها فإن عليه أن يقيس ما عرض له على ما نص.

ثانيا: رعاية مصالح الخلق وتقرير ما يجلب لهم الخير والنفع ويدفع عنهم الأذى والشر، وذلك حين لا يكون للحادثة الطارئة نظير ورد في الكتاب أو في السنة وهذا أوسع مجالا من القياس المشهور عند الأصوليين ويسمى **بمقياس المصلحة.**

وتتحدد المصادر الاجتهادية العقلية إلى مايلي:

1 – القياس: وهو الحاق مسألة لا نص على حكمها بمسألة ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي المسألتين في علّة الحكم.

2–**المصلحة المرسلة**: وهي تشريع الحكم في واقعة لا نص فيما ولا إجماع بناء على مراعاة مصلحة مرسلة.

والاستصلاح: هو استنباط للحكم في واقعة لا نص فيها ولا اجماع بناء على مصلحة لا دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها.

ومثالها: كاشتراط سن معينة للزوجين توثيقا لعقد الزواج بينهما، وذلك لأن وجه المصلحة فيها أنّ بناء الحكم عليها مظنة دفع ضرر أو جلب نفع. وأما وجه الإرسال فيها فلأنه لا يوجد من نصوص الشّارع الحكيم ما يدلّ على اعتبارها أو الغائها.

3 – الاستحسان: وهو العدول عن موجب القياس إلى قياس أقوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

4–**سد الذرائع**: الذرائع جمع ذريعة وهي لغة: الوسيلة التي يتوصل بها إلى شيئ آخر مطلقا.وفي الاصطلاح الشرعي: هي ما تكون وسيلة وطريقاً إلى الشيء الممنوع

[1]– لأكثر تفصيل ينظر : بن صغير:" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" مرجع سابق، ص126 وما بعدها.

شرعا، وهذا هو الغالب المشهور في استعمالها. وسدّها:يعني منعُها بالنهي عنها.

5-**العرف:** وهو ما استقرت عليه النفوس بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجةٌ، ومن الفقهاء من يسميه العادة.

6- **شرع من قبلنا:** وهي الأحكام التي شرعها الله تعالى لمن سبقنا من الأمم وأنزلها على أنبيائه ورسله لتبليغها إلى تلك الأمم.وهناك قاعدة تقول: "شرع من قبلنا شرعٌ لنا إذا لم يأت في شرعنا ما يعارضه".

7- **مذهب الصحابي:** وهو قول الصحابي المجتهد سواء كان إماما أو قاضيا أو فقهيا، وهو ليس بحجة على صحابي آخر مطلقا.

الخلاصة: وخلاصة القول في مصادر الأحكام الاجتهادية في التشريع الإسلامي أن الوقائع التي وردت فيها أحكامها نصوص من القرآن والسنة تطبق فيها أحكام القرآن والسنة، وأن الوقائع التي لم ترد نصوص بشأنها واتفق أهل العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها، وإلا فطريق معرفة حكمها هو الاستباط بالقياس أو بتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومبادئها الكلية بما يجلب المصالح ويدرأ المفاسد دون مخالفة نص شرعي أو مبدأ عام شرعي. وهذا إن دلّ على شئ فإنما يدل على تميز التشريع الاسلامي بالمرونة في احتواء الحكم والواقعة حيث لا توجد قضية إلا ولها حكم في شرع الله تعالى.

المبحث الثاني:مصادر الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي

لقد حدّد المشرع الجزائري المصادر التي يلجأ إليها القاضي في عمله القضائي، والذي ينحصر أساسا في النصوص التشريعية كمصدر رسمي أصلي، حيث يقوم بتطبيقها أو تأويلها وتحري روحها، وإلا فإنه يستند إلى المصادر الرسمية الاحتياطية إذا لم يجد ضالته في النص القانوني الصريح، وهو ما سنتناوله كالآتي:

المطلب الأول: تقييد القاضي بلفظ النص إذا وجد وإرادة المشرع

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

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى عدم تقييد القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص ولا بإرادة المشرع بل ترك له بعض المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي.

فالقاضي الجزائري يفسر النص في لفظه وفحواه، فيتوقف عند اللفظ بحسب الأصل، وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص ومعناه وهو ما نصت عليه المادة 01 /ف1 من القانون المدني " **يسري القانون على جميع المسائل التي يتناولها نصوص في لفظها وفحوها** ".

المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية التي يتقيد بها القاضي في الاجتهاد

تنص المادة الأولى 2/1 من قانون مدني جزائري 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** ".

يتضح من نص هذه المادة ان المشرع الجزائري قد نص على القيود التي يجب على القاضي الإلتزام بها في حالة عدم وجود النص وذلك بذكر المصادر التي يتحتم على القاضي الرجوع اليها 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.

وقد قصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعدها العامة مثل: مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة، والمصلحة وغيرها... لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل أي في

المبادئ والأحكام التفصيلية معا يجعل منها مصدرا أساسيا لا مصدرا احتياطيا.

غير أن الأمر يختلف بين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، بينما الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التفصيلية في قانون الأسرة يجعل منها مصدرا أساسيا بالنسبة لهذا القانون، والذي ينص في مادته: **222 على أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".**

فقد اكتفى المشرع الجزائري في القانون المدني بمجرد مبادئ الشريعة التي تمثل قواعدها وكلياتها العامة، بخلاف أحكام الشريعة الإسلامية التي تمثل جزئيا وكلياتها مصدرا أساسيا يرجع إليه القاضي حال عدم وجود النص في قانون الأسرة وهذا ما نصت عليه المادة 222 ق.أسرة.

المطلب الثالث: وظيفة قضاة المحكمة العليا في العملية الاجتهادية

يسهر قضاة المحاكم العليا بالرغم من اختلاف درجتها بين الأنظمة القضائية الوضعية رأسا لتحقيق العدالة من خلال توحيد الاجتهادات القضائية للمحاكم الدنيا، وإعادة النظر فيها سواء بنقضها أو بتأكيدها، ليتحقق الاستقرار في تطبيق القانون وتفسيره وفقا لسياق واحد في كافة البلاد، وعلى كافة الحالات المتشابهة بين بعضها البعض.

الفرع الأول: السعي لإقرار الاجتهاد القضائي وتوحيده

حرصت كثيرا من الدول على أن توجد على رأس الجهات القضائية محكمة عليا تسهر على تفسير القانون وتطبيقه، وتعمل على توحيد هذا التطبيق وذلك التفسير بين المحاكم، وهو ما نص عليه الدستور الجزائري لسنة 1996(المادة 152 فقرة 3) والتعديلات المتعاقبة عليه كتعديل سنة 2016 (م171)[1]، و مشروع تعديل سنة 2020 (م179)[2].

فالتوحيد الذي تؤدي إليه أحكام المحكمة العليا هو توحيد يتحقق من الناحية العملية أو الفعلية، فليس قضاء المحكمة العليا ملزما لأي محكمة أدنى إلزاما قانونيا فيما عدا المسألة التي عرضت لديها وقامت بنقضها أو بقبول موضوع الطعن فيها من طرف جهة قضائية معينة.

---

[1] - الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 14المؤرخة في07مارس سنة 2016.

[2] - المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الجزائري،ج ر عدد 54، 16 /09/ 2020. تم الاستفتاء عليه بتاريخ 01 نوفمبر2020.

ولكن المحاكم تحرص على تحري اتجاهات المحكمة العليا في كل مسألة تعرض عليها واتباع ما قضت به، ذلك أنها تعلم أنها إذا خالفت قضاء المحكمة العليا، فإن الحكم الذي تصدره سيكون مصيره في النهاية إلى أن يعرض على محكمة النقض فتنقضه، وإذا يتحقق نوع من التوحيد والاستقرار في تفسير القانون وتطبيقه بواسطة المحاكم، وتقتصر وظيفة المحكمة العليا على رقابة القاضي في تطبيقها لقانون، فلا يدخل في وظيفتها مراجعة قاضي الموضوع في تقديره للوقائع حسب ما استخلصه منها،

فإذا نظرت المحكمة العليا في مسألة معينة وجب عليها أن تسلم بالوقائع كما ثبتت لدى قاضي الموضوع وكما حصله منها، وهي تقتصر على مراقبته في تطبيق القانون على هذه الوقائع، فإن طبقه تطبيقا سليما رفضت الطعن، وإن تبين لها أن القاضي قد أخطأ في هذا التطبيق نقضت الحكم وبينت وجه هذا الخطأ.

وهنا تثور أمام المحكمة العليا مسألة من أدق المسائل وأهمها؛ وهي التمييز بين ما يعتبر من الوقائع وما يعتبر من القانون.

والمقصود بالقانون في هذا الخصوص: كل ما يعتبر قاعدة قانونية أيا كان مصدرها سواء أكان هو التشريع، أم العرف، أم مبادئ الشريعة الإسلامية، أم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؛ فكل خروج من القاضي على حكم قاعدة قانونية أو خطأ في تفسيرها أو تأويلها يعرض حكمه للنقض . أما فهمه للوقائع المعروضة عليه وهي مرحلة سابقة على تطبيق القانون فهو أمر يستقل به القاضي دون رقيب عليه. ذلك أن وظيفة المحكمة العليا هي وظيفة قانونية محضة، فهي محكمة قانون لا واقع أي أن دورها يقتصر على الفصل في قانونية الأحكام المطعون فيها أمامها دون الفصل في المنازعات التي صدرت بمناسبتها هذه الأحكام، وبعبارة أخرى فإن المحكمة العليا تفصل في الحكم وليس في الخصومة، وهي لا تفصل في موضوع الدعوى لأنّها لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، فالقاعدة السائدة في الجزائر هي قاعدة التقاضي على درجتين. ولكن وظيفة المحكمة العليا في بعض الدول قد تتجاوز ذلك، ولا يقتصر دورها على مجرد مخاصمة الحكم النهائي المطعون فيه أمامها، بل تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع.

وعليه فإنه من حيث وظيفتها يمكن رد الأنظمة القضائية بشأن الوضع القانوني للمحكمة العليا إلى نظامين أساسيين:

النظام الأول: مقتضاه لا تعتبر المحكمة العليا درجة ثالثة من درجات التقاضي، وينحصر اختصاصها في مراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه للقانون دون بحث في مسائل الواقع التي تعتبر من إطلاقات قاضي الموضوع، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام فرنسا ومصر والجزائر.

والنظام الثاني: وفقا له تعتبر هذه المحكمة درجة أخيرة من درجات التقاضي، وهي تفصل في الواقع والقانون معا، ومن أمثلة الدول التي تأخذ بهذا النظام إنجلترا.

الفرع الثاني: تغيير المحكمة العليا لاجتهادها القضائي بين القانون والواقع العملي

لقد أنشا المشرع الجزائري سابقا طرقا عدّة كانت تسمح بتوحيد الاجتهاد القضائي في القانون رقم 89_22 المنظم للمحكمة العليا الصادر في 20 ديسمبر 1989 (ألغي لاحقا بالقانون العضوي رقم 11- 12) ، وهذه الطرق هي[1]:

الطريقة الأولى: كانت تتمثل في عرض القضايا التي تطرح إشكالات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي على غرفة مختلطة مشكلة من غرفتين طبقا للمادة 20 من قانون 89-22 (ملغى)[2].

أما الطريقة الثانية: فكانت تتمثل في طرح القضايا التي يحتمل أن يؤدي الفصل فيها إلى تغيير في الاجتهاد القضائي على هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للمادة 22 فقرة 5 ، والمادة 23 من القانون ذاته. وتجد الإشارة أن المشرع لم يكن يعتبر الإجراءات في هذه المادة من النظام العام، بدليل استعماله لعبارة تفيد الجواز وليس الإلزام في المادة22 :"يجوز للغرفة المختلطة إذا ما ارتأت أن الإشكال القانوني يمكن أن يؤدي إلى تغيير في

---

1 – فريجة حسين:"الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه–المجتهد معناه وشروطه–" مرجع سابق ص 22.

2 – القانون رقم 89-22 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989 متعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها، ملغى بالقانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق 26 يوليو سنة 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها.

الاجتهاد القضائي أن تقرر إحالة القضية أمام المحكمة العليا في هيئة الغرفة المجتمعة".

أما الطريقة الثالثة: فتقتضي عرض القضايا على غرف مختلطة مشكلة من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة للفصل في الموضوع على إثر طعن ثان طبقا للمادة 21 فقرة2

غير أن الطرق التي وضعها المشرع الجزائري لتفادي الاضطرابات في الاجتهاد القضائي كانت تحتاج هي ذاتها إلى تأويلات وتعديلات، بحكم أن قضاة الموضوع أحرار في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات عند عرضها وإحالتها عليهم للفصل فيها من جديد، باستثناء وجوب تقيدهم بالنقطة القانونية التي قطع فيها قضاة المحكمة العليا.

ولم يختلف الأمر **بصدور القانون العضوي رقم 11-12**، والذي يلغي القانون الأول، حيث نص على أن انعقاد الغرف مجتمعة يكون بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، إما بمبادرة منه أو بناء على اقتراح رئيس إحدى الغرف (المادة 18 فقرة 2)، ولم يخول غيرهم حق المطالبة بانعقادها[1].

وهنا تجدر الإشارة أن هناك فرقا بين إقرار الاجتهاد القضائي لأول مرة وبين تغيير الاجتهاد القضائي، هذا الأخير الذي يختلف عن الأول و يتطلب إجراءات اجتماع الغرف بالرغم أنه غير ملزم. حيث أن المشرع لم يقرر أي طريق للطعن في قرارات المحكمة العليا التي تتضمن تغييرا في الاجتهاد القضائي دون مراعاة الإجراءات المذكورة، حيث أن قرارات المحكمة العليا غير قابلة للمعارضة (المادة 379 ق إجراءات مدنية وإدارية) ولا التماس إعادة النظر (المادة 375 ق إ م إ) إلا في حالات استثنائية لا يدخل ضمنها موضوع الطعن حول التغيير في الاجتهاد القضائي.

وهو ما يدعونا للتساؤل: **هل توقفت اجتهادات المحكمة العليا طالما أنها لم تصدر وفقا للأشكال والإجراءات المطلوبة؛ أم أنها لا تزال مستمرة طالما أن المستجدات لا تزال كذلك ولا يمكن للاجتهاد القضائي التخلف عن حلّها طالما أن القاضي ملزم بذلك؟**

فمن الواقع العملي للمحكمة العليا يمكن الاستنتاج أن الإجراءات المنصوص عليها في القانون قصد إجراء تغيير في الاجتهاد القضائي تعتبر غير ملزمة ، ولا يلجأ إليها إلا

[1] – بوبشير:"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، مرجع سابق ،ص 160 ومابعدها.

حينما يقرر قضاتها ذلك، فهؤلاء أحرار من الناحية العملية في إقرار أي اجتهاد قضائي دون قيد ولا شرط ، طالما أن المحكمة العليا كثيرا ما تصدر قرارات تتضمن تحولا في الاجتهاد القضائي دون الحاجة إلى دعوة الغرفة المجتمعة، وأحسن مثال على ذلك ما لمسناه حول تغير الاجتهاد بخصوص الخلع بين الزوجين قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، حيث أقرت المحكمة العليا مبادئ تشترط موافقة الزوج ، ثم أصدرت مبادئ بعدم اشتراط ذلك دون المرور عبر إجراء الغرف مجتمعة، وهو ما يعتبر مخالفة صريحة للقانون المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها[1]. وهو ما يجعلنا نتساءل ثانية عن **مدى جدوى القوانين المنظمة لسير المحكمة العليا طالما أنه يمكن مخالفتها؟!**

الفرع الثالث: آفاق الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا

مما ينبغي الإشارة إليه أن وظيفة المحكمة العليا ينبغي أن تنحصر مهمتها في هدفين اثنين[2]:

أولهما وقائي؛ ويتمثل في البحث الجدّي لقضاة المحكمة العليا عن الحلّ القانوني بخصوص المشاكل القانونية التي تتضمنها عرائض الطعن بالنقض، أو الاستئناف بالتي تعرض عليهم، وإثارة الأوجه التي يمكن لهم استخلاصها من عناصر الملفات المعروضة عليهم.

وثانيهما: علاجي؛ ويتمثل في تدارك النقائص والعيوب التي تشوب الاجتهاد القضائي. وكل ذلك يكون لتحقيق الغرض الأصيل والمتمثل في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي وترقيته، واعتبار هذا الأخير ليس غرضا بحد ذاته بقدر ماهو وسيلة للتطبيق السليم للقانون وملء الفراغ الذي يعتريه، وتفسير الغموض الذي يشوبه، ولا يتحقق ذلك إلا بمواكبة التشريع للاجتهاد القضائي، وذلك لأن القضاة هم أول من يتلمس تغير الواقع من خلال القضايا المعروضة لديهم.

---

[1] – ينظر أيضا : : بوبشير:"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المرجع السابق المرجع ص160.

[2] – المرجع نفسه، ص 181– 182.

الفصل الخامس: ضوابط العملية الاجتهادية

هناك معايير وضوابط لابد من مراعتها في عملية الاجتهاد عامة سواء اجتهاد الفقهاء الذي يثبت للشريعة مرونتها وصلاحيتها في كل زمان ومكان.أو الاجتهاد الذي يقوم به القضاة، حتى يتحقق الغرض المنشود من الاجتهاد الذي يضع الحلول المناسبة للوقائع والمستجدات، وأهم هذه الضوابط مايلي[1]:

المبحث الأول:ضوابط خاصة بالمجتهد

إذا تقرر بأن الاجتهاد له مسوغات تجعل منه ضرورة ومشروعا؛ غير أن هناك عدة ضوابط ينبغي يتقيد بها من يقوم بالعملية الاجتهادية ولا يحيد عنها، حتى لا يخرج الاجتهاد عن المقاصد الكلية والعامة للتشريع من جهة، ومن جهة أخرى حتى يحقق الاجتهاد النتائج المرجوة منه بالوصول إلى الحكم الصائب ومراد التشريع في الشرع والقانون.

المطلب الأول: أن يصدر الاجتهاد عن أهله

ينبغي أن يصدر الاجتهاد عن أهله، وهم الفقهاء من أهل النظر والكفاءة العلمية والصلاح ممن تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاجتهاد، لأن الاجتهاد إنما هو استفراغ للوسع في تتبع الأدلة وإدراكها والبحث عنها في مظانّها، وبيان منزلتها والموازنة بينها إذا تعارضت بالاستفادة مما وضعه أهل الأصول من قواعد التعارض والترجيح ولا يأتي هذا إلا لمن توافرت لديه مؤهلات الاجتهاد. فلا يكون من الاجتهاد المعتبر شرعا ما يفتي به من لم يبلغ مرتبته ولم تتحقق فيه شرائطه.

جاء ضمن توصيات المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها على ضرورة قيام الدول الإسلامية بصيانة منصب الفتوى والمفتين بما يلي[2]:

---

[1] – ينظر أكثر تفصيل لدى : بن الشيخ، محمد الأمين ولد محمد سالم:"الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار " دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2003، ص65 وما بعدها – وكذلك : القرضاوي:"الاجتهاد في الشريعة الإسلامية" مرجع سابق، ص 178 وما بعدها. – و ينظر: بن صغير:" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" مرجع سابق، ص111 وما بعدها.

[2] - المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي:" توصيات المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها" منعقد بمكة في 17–20 جانفي2009، المصدر: الموقع الرسمي لجريدة المحجة بتاريخ 16 أبريل, 2009 في العدد 317. http://almahajjafes.net

أ . اتخاذ الوسائل الكفيلة بجعل المفتي الأهل المعين من قبل ولي الأمر مستقلاً في فتواه، بعيداً عن المؤثرات غير الشرعية.

ب . منع غير المؤهلين للفتوى والمتساهلين فيها، وأهل الأهواء والحيل الباطلة من ممارسة الفتوى ، حماية للدين والمجتمع.

ج. نشر وسائل الإعلام المختلفة لقرارات المجامع الفقهية وفتاوى مؤسسات الإفتاء المعتبرة، والتعريف بها، وعدم إتاحة المجال لغير المتخصصين في الشرع من التعرض لها والتشكيك فيها.

وتختلف درجة الاجتهاد باختلاف أهلية القاضي فيه، فقد يكون القاضي مجتهدا فيكون بذلك اجتهاده إنشائيا، أو منتسبا لمذهب معين في أصوله مع قدرته على التخريج والاستنباط وإلحاق الفروع بالأصول التي قررها إمامه فيكون اجتهاده انتقائيا. وقد يكون مقلّدا لمذهب معين في أصوله وفروعه فيعتبر ناقلا للفتوى.وقد ينطبق هذا على اجتهاد المحاكم الشرعية – كما هو الحال في بعض محاكم الدول العربية – في مجال القضاء الشرعي بالنسبة للأحوال الشخصية فلا يخرج أحكامها عما هو مقرر في الفقه الإسلامي بوجه عام حتى ولو كانت مقيدة في قضائها بمذهب معين.

غير أن الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري في مجال الأسرة يختلف مفهومه عن الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، فالقاضي مقلّد غايته تصحيح الحكم بنقضه أو تأكيده وذلك بالرجوع إلى أراء وأقوال الفقهاء في القضية محل النزاع والترجيح بينها للأخذ بما يراه مناسبا. وهو بذلك لا يخرج عن تقليد مذهب معين ولا يعدوا أن يكون ناقلا للفتوى، فإن لم يجد في أقوال الفقهاء القدامى رجع إلى الفقه الإسلامي المعاصر. وقد يجمع بين أراء القدامى والمحدثين، وقد يرجّح الأخذ برأي المعاصرين إذا وجد فيه ما يناسب القضية محل النزاع.

ومنه؛ فلا يعتبر الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري في قانون الأسرة اجتهادا إلا تجوزا، وهذا تمييزا له عن باقي القرارات الصادرة عن المحاكم الأخرى ، لما يتمتع به من الحجية الطلقة، فلا يعدوا أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجلس القضائية عند التعارض بينهما بالنقض أو التأكيد.

كما لا يعدوا أن يكون تفسيرا لبعض الأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن محكمة الموضوع أو المجلس القضائي، وذلك عند وجود غموض في النص، ويكون تفسيرها بالرجوع إلى أقوال الفقهاء وتفسيراتهم.

وأما في الفقه الإسلامي؛ فإن اجتهاد القاضي لا يخرج عن كونه اجتهادا إنشائيا أو انتقائيا ومن ثم لا يعتبر اجتهاد المحكمة العليا إضافة فقهية للقضاء الشرعي لأنه يرجح تصحيح الحكم إلى ما نص عليه الفقهاء، كما جاء مثلا في القرار الصدر بتاريخ 1984/09/24 " يقول أبو زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل "[1].

كما أن مصادر الاجتهاد بالنسبة للقاضي الشرعي هي الكتاب والسنة والقياس وباقي أدلة الأحكام الاجتهادية أما مصادر اجتهاد المحكمة العليا في قانون الأسرة عند انعدام النص القانوني فهو الأخذ بما أقرّه الفقهاء المسلمين قديما أو حديثا في مسألة معينة ومن هنا يتعين الفرق.

المطلب الثاني: الانتقال من الاجتهاد الفردي إلى الجماعي:

يراد بالاجتهاد الجماعي:" **اتفاق مجموعة من العلماء على حكم شرعي في بعض المسائل الظنية، بعد النظر والتأمل في البحوث المقدمة والآرء المعروضة في مؤسسة أو مجمّع، أو اتفاق أكثرية الحاضرين على رأي معين في ضوء مصادر الشريعة الإسلامية ومقاصدها وقواعدها ومبادئها، لاختيار ما يحقق المصلحة الزمنية**". أو هو: "**اتفاق أكثر من مجتهد على حكم شرعي بعد بذلهم غاية وسعهم في استنباطه من أدلته، وهو الغالب الآن في المجامع الفقهية**"[2].

والاجتهاد الجماعي في المسائل المستجدة والأحكام الشرعية المستمدة من أدلة ظنية الدلالة أو الثبوت بما يراعي حال المكلفين وظروفهم وفق ضوابط السياسة الشرعية، ولا يمنع ذلك من استمرار الاجتهاد الفردي الذي يعد ركيزة الاجتهاد الجماعي، ولكن الإلزام

---

[1] – قرار محكمة عليا، ملف رقم: 34438 ، مجلة قضائية ع 1، 1990 ، ص 64.

[2] - الزحيلي: مصطفى وهبة:"الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر" مؤتمر الفتوى وضوابطها، من تنظيم المجمع الفقهي الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة أيام 17– 20 جانفي 2009. ص 6 و7.

بثماره لا يتم إلا بعد الاتفاق بين المجتهدين على صلاحه وخيريته للأمة[1].

المبحث الثاني: ضوابط خاصة بالعملية الاجتهادية

هناك عدة ضوابط تخص العملية الاجتهادية في حد ذاتها ينبغي التقيد بها حتى لا يخرج الاجتهاد عن مبتغاه الذي شرع لأجله، وهي كالآتي:

المطلب الأول: أن يقع الاجتهاد في مجاله

أي أن يكون فيما يجوز فيه الاجتهاد في المتغيرات؛ أي الظنيات لا في الثوابت والقطعيات، فمجال الاجتهاد هو الأحكام ظنية الدليل، أما ما كان دليله قطعيا فلا سبيل إلى الاجتهاد فيه كونها أصبحت من المعلوم من الدين بالضرورة، وإنما تأتي ظنية الدليل من جهة ثبوته أو من جهة دلالته أو من جهتهما معا.

ومقتضى هذا الضابط أن لا يغلق الباب على المتلاعبين الذين يريدون تحويل محكمات النصوص إلى متشابهات، وقطعيات الأحكام إلى ظنيات قابلة للأخذ والرد والإرخاء والشد ، ومعها يختل المعيار الذي يقاس عليه غيره عند التنازع ، ولم يعد ثمة مرجع يعوّل عليه، ولا معيار يحتكم إليه، كما لا يجوز من جهة أخرى أن تجعل الظنيات قطعيات أو أن يتم الادعاء بالإجماع على مسائل ثبت أنه مختلف فيها[2].

المطلب الثاني: احترام فقه الأمة المتوارث

وذلك بالرجوع إلى التراث الفقهي والبحث فيه والاعتناء به، عن طريق تبسيطه وتنقيحه وتخريجه وتحقيقه في ثوبه الجديد وفق ملائمته لتحقيق الغرض من إيجاد أحكام لكثير من القضايا المعاصرة . فالفقه الإسلامي يحوي أحكاما وقواعد مقطوعًا بها، مجمعًا عليها، مستمدة من نصوص الكتاب والسنة، واستقراء ما جاء فيهما من جزئيات الأحكام، وهذا الجزء هو المقطوع به من الشريعة الإسلامية ، وهناك أحكام ظنية مختلف فيها وإن كان أصلها النص للاختلاف في ثبوتها أو في دلالتها أو فيهما معا، وهناك أحكام أخرى ليست نصيّة بل هي اجتهادية منبثقة عن الشريعة في جملتها ومجموعها لا في جميعها

---

[1] - القرضاوي : "الاجتهاد في الشريعة الإسلامية"، مرجع سابق، ص 182.

[2] - المرجع نفسه، ص 179-180.

وتفصيلاتها[1].

وهذا القسم الظني الاجتهادي المختلف فيه لايجوز إهماله ، لأنه ناشئ عن اجتهاد، وإنما يجب دراسته بطريقة الموازنة لتخيير أقرب الآراء فيه إلى مقاصد الشريعة الإسلامية ونصوصها وروحها، فيكون ما نختاره هو الشريعة الواجب اتباعها حقا، ولو تم إهمال كل الفقه لأنه فقه ، لترتب عنه إهمال الشريعة ذاتها لكونها لا توجد إلا داخله[2].

المطلب الثالث : عدم الغُلوّ في اعتبار المصلحة والواقع

ينبغي الحذر من الوقوع تحت ضغط الواقع القائم في مجتمعاتنا المعاصرة وهو واقع لم يصنعه الإسلام بعقيدته ولا شريعته وأخلاقه، كما لم يصنعه المسلمون بإرادتهم وعقولهم وأيديهم ، بل صنع لهم وفرض عليهم في زمن الغفلة والضعف والتفكك من طرف العدو المستعمر، ولهذا فليس معنى الاجتهاد أن نحاول تبرير هذا الواقع على ما به، وجرّ النصوص من تلابيبها لتأييده، وافتعال الفتاوى لإضفاء الشرعية على وجوده، والأدهى من ذلك محاولة تبرير هذا الواقع وتجويزه بأسانيد شرعية، وهو أمر غير مقبول[3].

يقول ابن القيم – رحمه الله – في ذلك: **"إن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدلٌ كلّها، ورحمةٌ كلّها، ومصالحٌ وحِكَمٌ كلّها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعلى الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أُدخِلَتْ فيها بتأويلٍ، فالشريعة عدل الله بين خلقه، وحمته بين عباده، وظله في أرضه، وحكمته الدالّة عليه وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها"**[4].

---

[1] - القرضاوي : "الاجتهاد في الشريعة الإسلامية"، مرجع سابق، ص 205.

[2] - المرجع ووالصفحة نفسها، ص205.

[3] - المرجع نفسه، ص 180-181.

[4] – ابن القيم ، الجوزية: "إعلام الموقعين عن رب العالمين " تح: محمد عبد السلام إبراهيم،طبعة دار الكتب العلمية، بيروت،1996 ، ج3، ص 11–12.

ومن شروط العمل بالمصلحة ألا تعارض نصًّا مُحكَما أو قاعدة قطعية وأن تكون ملائمة لمقاصد الشريعة وأن يكون في الأخذ بها رفع الحرج عن الناس.

المطلب الرابع: عدم الافراط في التيسير

إذا كان من خصائص التشريع الإسلامي أن الأصل فيه يسر كله، إلا أن ذلك لا يعني أن تكاليف الشريعة ليست فيها مشقة وتعب لا يستطيعها المكلف بأحكامها، ولكن المراد بيسر الشريعة أن تكاليفها دائما مناطة بقدرة المكلف وطاقته، فلا تكليف إلا بمقدور. وعليه فالنظرة إلى نصوص الشريعة ينبغي ألا تكون بتجزئة نصوصها، كونها جاءت بأحكام فيها تسيير وأحكام فيها مشقة وابتلاء في حدود طاقة المكلفين. والنظرة الشمولية لكل النصوص الشرعية هي التي تعطي للمكلف تصورا متوازنا عن تكاليف الشريعة، فلا يبالغ في وصفها باليسر الذي يلغي كل ما فيه مشقة أو مزيد تحمل، ولا يصفها بالعسر الذي يتحمل فيه المكلف ما لا يطيق[1]. وعلى هذا النهج ينبغي للعالم المجتهد أو القاضي المجتهد أن يسير في استنباطه للأحكام من الشريعة دون إفراط في التيسير ولا غلوّ في التعسير.

[1] – بن الشيخ:"الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار " مرجع سابق، ص 98– 99.

الخاتمة

يمكننا الاستنتاج أن العملية الاجتهادية ضرورة لا محالة عنها في كافة الأنظمة التشريعية، وإن اختلف مركزها ضمن مصادر التشريع بين الرسمي والتفسيري، وهذا بحكم تجدد الأحداث و تغيّر واقع الناس، الأمر الذي يتطلب إيجاد حلول مناسبة للمسائل التي تعذر أن تطرحها أو أن تتوقعها النصوص الشرعية والقانونية بسبب محدودية النص. كما أن الاجتهاد القضائي له شروط ينبغي أن تتوفر فيمن يتصدى لهذه المهمة النبيلة، حيث وضع علماء أصول الفقه وشراح القانون مؤهلات عدّة للمجتهد حتى لا يزيغ عن مقاصد التشريع ويكون اجتهاده صائبا. كما أن الاجتهاد يبقى محكوما بطبيعة النصوص الشرعية التي تسمح به وفي حالات وصور محددة، وبالنسبة للمنظومات الوضعية المختلفة بين من يضيق من مجال الاجتهاد ويجعله استثناء، ومن يعطيه مكانة وحيزا واسعا في نظامه التشريعي والقضائي يصل فيه القاضي حدّ الاجتهاد الإنشائي للمبادئ والقواعد القانونية. وقد جعلت كل من الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية مصادر يلجأ إليها القاضي المجتهد تِبَاعًا، وهناك ضوابط تحكمه حتى لا يخرج اجتهاده عن المقاصد الكلية والعامة للتشريع من جهة، ومن جهة أخرى حتى يحقق الاجتهاد النتائج المرجوة منه بالوصول إلى الحكم الصائب ومراد التشريع في الشرع والقانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر والمراجع باللغة العربية:

قائمة الكتب:

أ- **القرآن الكريم**، برواية حفص عن عاصم، خط النسخ الحاسوبي، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، النسخة رقم 08.

ب- كتب الحديث، والأثر والتراجم:

1. ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمان بن محمد:"مقدمة ابن خلدون" تح: عبد الله محمد الدرويش،دار يعرب، دمشق، ط1، 2004،ج1.
2. أبو داود،سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني:"سنن أبي داود" تح: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي ،دار الرسالة العالمية، دمشق، طبعة خاصة، سنة 2009 ج5.
3. البخاري، محمد بن إسماعيل:"صحيح البخاري" دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط1، 2002.
4. التهانوي، ظفر أحمد العثماني"مقدمة إعلاء السنن، قواعد في علوم الحديث"تح:محمد العزازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج20.

ت- **كتب المعاجم والقواميس والموسوعات:**

5. ابن منظور، محمد بن مكرم:" لسان العرب"طبعة دار صادر، بيروت، دت، مادة : جهد،ج3(خ-ذ) و كذلك طبعة: دار المعارف، القاهرة، دت، مادة "قضى"،المجلد5، ج41.
6. الزحيلي، مصطفى وهبة وآخرون:"الموسوعة العربية" -مادة: اجتهاد- نشر هيئة الموسوعة العربية، سوريا، 1998، مجلد1.
7. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية:"الموسوعة الفقهية"- مادة: فتوى- طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، 1983، ج 32.

ث- كتب مذاهب الفقه الإسلامي وأصوله

01-كتب الحنفية:

8. ابن عابدين ، محمد أمين-حنفي:"رد المحتار على الدّر المختار شرح تنوير الأبصار" كتاب القضاء، تح:عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب ،الرياض،طبعة خاصة2003، ج8 .

9. البخاري،عبد العزيز:"كشف الأسرار شرح أصول البزدوي" دار الكتاب الإسلامي، القاهرة دط- دت، ج4

10. البهاري، محب الله بن عبد الشكور الهندي: "مسلم الثبوت" طبعة المطبعة الحسينية المصرية، القاهرة، 1326هـ_1908م.

02 -كتب المالكية:

11. ابن فرحون،محمد-مالكي: "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"تح: جمال مرعشلي، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003، ج1.

12. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي-مالكي:"مواهب الجليل لشرح مختصر خليل"، تح: زكرياء عميرات، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت،2007، باب الأقضية، ج8.

13. الشاطبي، أبو إسحاق: "الموافقات في أصول الشريعة"تحقيق: عبد الله دراز وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،2004.

03- كتب الشافعية:

14. الرمليّ ، شمس الدين محمد بن أبي العباس-شافعي:"نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه"كتاب القضاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3 سنة 2003، ج8.

15. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله_الشافعي: "البحر المحيط في أصول الفقه" طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2 ، 1992 ج6.

16. الشربيني، محمد بن أحمد–شافعي: "الإقناع في حلّ ألفاظ أبي الشجاع" كتاب الأقضية والشهادات، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط2004،3، ج2.
17. الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي: "اللُّمَّع في أصول الفقه " دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003 .
18. الغزالي، أبو حامد :"الوسيط في المذهب " تحقيق: أبو عمر الحسيني، دار الكتب العلمية،بيروت، ط1، 2014، ج4،
19. الغزالي، أبو حامد:"المتصفى من علم الأصول "تحقيق: أحمد زكي حماد،دار الميمان، السعودية، دط–دت، ج2.

04– كتب الحنابلة:

20. ابن القيم ، الجوزية: "إعلام الموقعين عن رب العالمين " تح: محمد عبد السلام إبراهيم،طبعة دار الكتب العلمية، بيروت،1996، ج3.
21. البَهُوتيّ، منصور بن يونس بن إدريس–حنبلي:"كشاف القناع عن متن الإقناع" كتاب القضاء والفتيا، عالم الكتب، بيروت، دط ،1983، ج6 .

05– كتب الزيدية:

22. الشوكاني، محمد بن علي: "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" تحقيق: أبوحفص سامي بن العربي، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، ط1، سنة 2000.

ج– كتب الفقه العام والمقارن:

23. أبو زهرة، محمد :"تاريخ المذاهب الإسلامية" دار الفكر العربي، القاهرة، دط– دت.
24. بن الشيخ، محمد الأمين ولد محمد سالم: "الاجتهاد بين مسوغات الانقطاع وضوابط الاستمرار"، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2003.
25. حمادو، نذير:"الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي :دراسة تأصيلية في فهم النصوص الشرعية و تطبيقها بنظرة مقاصدية"، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، 2009 .

26. الخضري بك، محمد:"أصول الفقه" المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ط6 ، 1969.
27. الدريني: فتحي:"المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي" مؤسسة الرسالة، دمشق، ط3 ، 2013.
28. الريسوني، أحمد : " نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي"، دار الكلمة، القاهرة، ط1، 1997.
29. الزحيلي، مصطفى وهبة:"أصول الفقه الإسلامي"دار الفكر،دمشق، ط1998،2، ج2.
30. زيدان، عبد الكريم: " الوجيز في أصول الفقه" مؤسسة قرطبة، مصر، ط6، 1976.
31. القاسمي، محمد جمال الدين:"الفتوى في الإسلام"تح:محمد عبد الحليم القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1986.
32. القرضاوي ، يوسف:"الاجتهاد في الشريعة الاسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر"، دار القلم، الكويت، ط1، سنة1996.

ح- **كتب القانون:**

33. جعفور، محمد سعيد: "مدخل إلى العلوم القانونية_الوجيز في نظرية القانون" دار هومة، الجزائر، ط 20 ، سنة 2014، ج1.
34. الريسوني، قطب:"الاجتهاد القضائي المعاصر، ضرورته ووسائل النهوض به" دار ابن حزم ، بيروت ، لبنان، ط1، 2007.
35. ملكا، أدموند سلمون:"شرح القانون الإنجليزي في ثمانية أجزاء" مطبعة مصر، القاهرة، ط1، 1954
36. منصور، علي علي:"المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي_مقارنات بين الشريعة والقانون"، دار الفتح، بيروت،ط2، 1971.

خ-**الرسائل الجامعية:**

36. بن صغير، محفوظ:"الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص:فقه وأصوله، قسم

الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، نوقشت في السنة الجامعية 2008-2009 .

د- **المطبوعات الجامعية :**

37. مراح، علي:"الوجيز في منهجية البحث القانوني_مدعمة بنماذج للتدرب على مهارات التفكير_" مطبوعة جامعية معتمدة، مقدمة لطلبة كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2014-2015.

قائمة المقالات و المنشورات العلمية:

38. بغدادي، جيلالي، الاجتهاد القضائي، الندوة الوطنية الثانية للقضاء، وزارة العدل، نادي الصنوبر أيام 23و24و25 فيفري 1991، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 1993.

39. بن ملحة، غوتي:"أفكار حول الاجتهاد القضائي" المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية،جامعة الجزائر، عدد رقم 3، سنة 1998.

40. بوبشير، محند أمقران:"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد02، سنة 2004.

41. الزحيلي: مصطفى وهبة:"الاجتهاد الجماعي وأهميته في مواجهة مشكلات العصر" مؤتمر الفتوى وضوابطها، من تنظيم المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ، مكة المكرمة أيام 17- 20 جانفي 2009.

42. عبد الله، عز الدين: "في اجتهاد القاضي-نظرة مقارنة-" مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مطبعة الجامعة، القاهرة، العدد 2، يوليو 1962.

43. فريجة حسين:"الاجتهاد القضائي مفهومه وشروطه-المجتهد معناه وشروطه-" مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع،جامعة محمد خيضر ن بسكرة، العدد1.

44. الماحي، عز الدين:"مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية" مجلة القصر، المغرب، عدد 7، يناير سنة 2004.

النصوص القانونية والقرارات القضائية:

1. الدساتير:

45. الدستور الجزائري لسنة 1996، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

46. الدستور الجزائري المعدل سنة 2016، منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد 14المؤرخة في07مارس سنة 2016.

47. المشروع التمهيدي لتعديل الدستور الجزائري، منشور بالجريدة الرسمية 16 سبتمبر 2020، عدد 54، و تم الاستفتاء عليه بتاريخ 01 نوفمبر 2020.

2. القوانين والأوامر والمراسيم:

48. القانون العضوي رقم 11-12 مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق 26 يوليو سنة 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها

49. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن **قانون الإجراءات المدنية و الإدارية**، جريدة رسمية ،ع 21 مؤرخة في 24 ابريل 2008.

50. القانون رقم 89-22 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989 متعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها،(ملغى)

51. أمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في9 يونيو 1984، المتضمن **قانون الأسرة**، ج.ر.ع 15 مؤرخة في27 فبراير 2005.

52. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية 49 مؤرخة في 11-06-1966، معدل ومتمم.

53. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية،ع78، مؤرخة في30 سبتمبر **1975**. معدل ومتمم

54. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب عام 1417هـ الموافق 7 ديسمبر سنة1996، والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور. جريدة رسمية ع76 ، ل 08 ديسمبر 1996.

3. القرارات و الأحكام القضائية

55. قرار محكمة عليا، ملف رقم: 34438 ، مجلة قضائية ع 1، 1990.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية:

56. F.Terre:L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications ; Thése; Paris ;1956

ثالثا: مواقع الأنترنت:

57. مجلة الأحكام العدلية ، موسوعة ويكيبيديا: تاريخ الاطلاع يوم 15-10-2020 https://ar.wikipedia.org

58. المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي:" توصيات المؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها" منعقد بمكة في 17-20 جانفي2009، تاريخ الاطلاع 20 11 2020 **المصدر**:الموقع الرسمي لجريدة المحجة بتاريخ 16 أبريل،2009 في العدد 317: http://almahajjafes.net

فهرس المحتويات

الفصل الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي 2

مدخل عام: 2

المبحث الأول: ماهية الاجتهاد القضائي وأهميته في النظام التشريعي الاسلامي والوضعي: .. 3

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي في أصول الفقه الإسلامي 5

المطلب الثاني: مفهوم الاجتهاد القضائي لدى شراح القانون 10

المطلب الثالث: التمييز بين الاجتهاد القضائي والاجتهاد الفقهي 14

المبحث الثاني: مقومات الاجتهاد القضائي 17

المطلب الأول- مشروعية وأحكام الاجتهاد في الشريعة الإسلامية: 17

المطلب الثاني: موجبات الاجتهاد القضائي ومبرراته في التشريع الجزائري 21

المطلب الثالث – منهج الاجتهاد في الفقه والقضاء(طريقة الاجتهاد): 23

الفصل الثاني: شروط الاجتهاد القضائي 27

المبحث الأول: الشروط العامة للإجتهاد 28

المطلب الأول: شروط التكليف العامة 28

المطلب الثاني: الشروط التأهيلية المكتسبة 28

المبحث الثاني: الشرو ط الخاصة للاجتهاد 31

المطلب الأول- معرفة علم أصول الفقه ومقاصد الشريعة الإسلامية 31

المطلب الثاني: المؤهلات التكميلية للمجتهد 33

المطلب الثالث: معالم القاضي المجتهد في التشريع الوضعي 34

الفصل الثالث: مجال الاجتهاد القضائي - المُجتهَدُ فيه 34

المبحث الأول: النطاق العام للعملية الاجتهادية 34

المطلب الأول : مفهوم المجتهَدُ فيه وحكمته 34

المطلب الثاني: نطاق المجتهد فيه وحدوده ضمن التشريع الاسلامي: 35

المطلب الثالث: نطاق ما يجتهد فيه القاضي وحدوده في التشريع الوضعي 36

المبحث الثاني: مجال الاجتهاد في التشريعين الإسلامي والوضعي 37

المطلب الأول: مجال الاجتهاد في التشريع الإسلامي 37

المطلب الثاني:مجال الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي: 41

المطلب الثالث: مقارنة بين مجال الاجتهاد في التشريعين الإسلامي والوضعي 44

الفصل الرابع: مصادر الاجتهاد القضائي 46

المبحث الأوّل: مصادر الاجتهاد القضائي في التشريع الإسلامي 46

المطلب الأول: مصادر الأحكام الاجتهادية النقلية: 46

المطلب الثاني: مصادر الأحكام الاجتهادية العقلية: 47

المبحث الثاني:مصادر الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي 48
المطلب الأول: تقييد القاضي بلفظ النص إذا وجد وإرادة المشرع 49
المطلب الثاني: المصادر الاحتياطية التي يتقيد بها القاضي في الاجتهاد.....49
المطلب الثالث: وظيفة قضاة المحكمة العليا في العملية الاجتهادية 50
الفصل الخامس: ضوابط العملية الاجتهادية 55
المبحث الأول:ضوابط خاصة بالمجتهد 55
المطلب الأول: أن يصدر الاجتهاد عن أهله.....55
المطلب الثاني: الانتقال من الاجتهاد الفردي إلى الجماعي: 57
المبحث الثاني: ضوابط خاصة بالعملية الاجتهادية 58
المطلب الأول: أن يقع الاجتهاد في مجاله.....58
المطلب الثاني: احترام فقه الأمة المتوارث 58
المطلب الثالث : عدم الغُلوّ في اعتبار المصلحة والواقع 59
المطلب الرابع:عدم الافراط في التيسير 60
الخاتمة 61
قائمة المصادر والمراجع 62
فهرس المحتويات 69

_ تم بحمد الله _