

## اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية

أ.د / محفوظ بن صغير

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

### ملخص

يتناول هذا المقال مفهوم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مجال الأحوال الشخصية المستمدة أحكامها أساسا من نصوص الشريعة الإسلامية، أو من اجتهادات الفقهاء القدامى والمعاصرين، وبالنظر إلى عدم اختصاص قاضي الأحوال الشخصية وتضلعه في علوم الشريعة الإسلامية في العصر الحديث، وعدم بلوغه درجة الاجتهاد التي تؤهله لاستنباط الأحكام الشرعية المناسبة لحلول مشاكل الأسرة المعاصرة، بات من الضروري الاتجاه نحو التقنين الذي يساعد على التطبيق القضائي لأحكام الأسرة. غير أن الإشكال يبقى قائما في عدم إسناد مهمة التقنين والتعديل لأهل التخصص العلمي وفي مختلف المجالات المتعلقة بحفظ الأسرة وجودا وعدما، مما يجعل المشرع يتجه إلى الأخذ بالأراء الضعيفة أحيانا أو يعتمد إلى التلفيق أحيانا أخرى وفق ما تتطلبه ظروف معينة. وعلى هذا فإن مفهوم اجتهاد القاضي في التشريعات الوضعية - بمعنى مراقبة المحكمة العليا للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأدنى درجة منها - يختلف عنه في الفقه الإسلامي الذي يمثل فيه الاجتهاد إضافة فقهية جديدة.

الكلمات المفتاحية: اجتهاد القاضي، العصر الحديث، الأحوال الشخصية.

## Abstract

This article deals with the jurisprudence of the Supreme Court in the field of personal status and its relation to the Islamic law, or from the jurisprudence of the old and modern jurists. Because of the lack of competence of the personal status judge and his involvement in the sciences of Islamic law in modern times and the lack of diligence that qualifies him to devise The legal provisions appropriate to solutions to the problems of the contemporary family, it is necessary to move towards codification, which helps the judicial application of the provisions of the family. However, the problem persists in not assigning the task of codification and amendment to the people of scientific specialization and in various fields related to the preservation of the family presence and infallibility, which leads the legislator to adopt weak opinions or sometimes to fabricate other times as required by certain circumstances. Thus, the jurisprudence of the judge in the case law - in the sense of observing the Supreme Court of the judicial decisions issued by the lower courts - is different in Islamic jurisprudence.

**Key words:** Judge, jurisprudence, modern times, personal status.

## مقدمة:

يُشترط فيمن يُوَلَّى القضاء في الفقه الإسلامي أن تكون له أهلية الاجتهاد فيما قد يعترضه من قضايا ومسائل لا يجد لها حكما في الكتاب والسنة والإجماع، فيعمد إلى استنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة - محل النزاع - عن طريق القياس المعبر وأوجه الاستدلال المختلفة، ولا يتأتى ذلك لمجموع القضاة الشرعيين خصوصا في عصرنا هذا الذي يتعين فيه الاقتصر على اشتراط كون من يريد منصب القضاء أن يكون عالما بالأحكام الشرعية من الفقه وأصوله والتفسير وعلوم الحديث وما إلى ذلك حتى يتمكن من انتقاء الحكم الراجح المناسب للمسألة. وهذا ينطبق على القاضي الشرعي - في مجال الأحوال الشخصية - في العصر الحديث.

وبالنظر إلى عدم تخصيص قضاة شرعيين في مجال الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري، فإن مفهوم الاجتهاد القضائي في مجال شؤون الأسرة يختلف عن مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي بوجه عام، ولبيان ذلك ينبغي الوقوف عند العناصر الآتية:

### أولاً: تعريف الاجتهاد القضائي شرعا

" استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة"<sup>(1)</sup>.

أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالاتها؛ 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.

كما يمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد، بأنه: " بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية".

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو: " 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 اتّباعها<sup>(2)</sup>.

على أن مصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية والذي يقضي به.

ويقصد به: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة<sup>(3)</sup>؛ أي رأي المحاكم واجتهادها في المسائل القانونية المعروضة

عليها، وعلى هذا يقال: اجتهادات المحاكم؛ بمعنى الآراء التي أخذت بها هذه المحاكم في أحكامها.

ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء؛ وكلمة القضاء تفيد في أحد معانيها: الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما. والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة<sup>(4)</sup>.

كما يقصد به: استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين، وبهذا المعنى يقال مثلا: استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين<sup>(5)</sup>. ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب.

ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحدا معروفا<sup>(6)</sup>.

وعلى هذا فالاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي يعني استفراغ القاضي جهده لتتزيل الحكم الشرعي على القضية المطروحة أمامه عند عدم وجود النص الذي يستند إليه من الكتاب أو السنة، وذلك بالاستدلال له بالقياس أو بأحد الأدلة الاجتهادية الأخرى، كما يكون عند وجود النص الظني في الثبوت أو الدلالة، فيجتهد القاضي في فهم مراد النص وتحقيق مناطه.

وتختلف درجة الاجتهاد باختلاف أهلية القاضي فيه، فقد يكون القاضي مجتهدا مطلقا فيكون بذلك اجتهاده إنشائيا، أو منتسبا لمذهب معين في أصوله مع قدرته على التخريج والاستنباط والحاق الفروع بالأصول التي قررها إمامه، فيكون اجتهاده انتقائيا؛ وقد يكون مقلدا لمذهب معين في أصوله وفروعه فيعتبر ناقلا للفتوى؛ وقد ينطبق هذا على اجتهاد المحاكم الشرعية -كما هو الحال في بعض الدول العربية- في مجال القضاء الشرعي بالنسبة للأحوال الشخصية، فلا تخرج 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، الذي يكون القاضي فيه هو الفقيه المجتهد على رأي الجمهور، أما في التشريع الأسري الجزائري فالقاضي مقلد غايته تصحيح الحكم بنقضه أو تأكيده، وذلك بالرجوع إلى آراء وأقوال الفقهاء في القضية -محل النزاع- والترجيح بينها للأخذ بما يراه مناسباً لها. وهو بذلك لا يخرج عن تقليد مذهب معين، ولا يعدو أن يكون ناقلا للفتوى. فإن لم يجد في أقوال الفقهاء القدامى رجع إلى الفقه الإسلامي المعاصر، وقد يجمع بين آراء القدامى والمحدثين، وقد يرجح الأخذ برأي المعاصرين إذا وجد فيه ما يناسب القضية محل النزاع. وعلى هذا يكمن الفرق بين الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية -في مجال الأسرة- في مصدر العملية الاجتهادية؛ فمصادر الاجتهاد بالنسبة للقاضي الشرعي هي الكتاب والسنة والقياس وباقي أدلة الأحكام الاجتهادية. أما مصدر اجتهاد المحكمة العليا عند انعدام النص القانوني -في مجال الأسرة- فهو الأخذ بما أقره الفقهاء قديما أو حديثا في مسألة معينة، ومن هنا يتعين الفرق.

ومنه فلا يعتبر الاجتهاد القضائي في التشريع الجزائري -في قانون الأسرة- اجتهادا إلا تجوزا تمييزا له عن باقي القرارات الصادرة عن المحاكم الأخرى لما يتمتع به من الحجية المطلقة. فلا يعدو أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية والمجالس القضائية عند التعارض بينهما بالنقض أو بالتأكيد، كما لا يعدو أن يكون تفسيراً 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، لكونه يرجع في تصحيح الحكم إلى ما نص عليه الفقهاء قديما أو حديثا.

### ثانيا: مدى حرية القاضي في الاجتهاد في القانون الوضعي

إذا كان القاضي في صدر الإسلام ولعدة قرون متتالية كان مجتهدا حقا، وقام الاجتهاد القضائي بدور رئيسي في تكوين الفقه الإسلامي، فإنه لا يمكن القول الآن بعدم جواز تقنين الفقه الإسلامي لأسباب منها الحجر على اجتهاد القاضي، وذلك لأن القاضي الآن لا يملك في الجملة وسائل الاجتهاد، ومن أهمها الوقت الكافي للبحث والاستقصاء مع كثرة عدد القضايا التي يجب عليه الفصل فيها، وعليه فإن القاضي مقيد في التفسير بلفظ النص وبإرادة المشرع، ثم بالرجوع إلى المصادر الاحتياطية.

والمصلحة تقتضي والحال هذه أن يكون أمام القاضي قانون مكتوب يسهل تطبيقه على القضايا المعروضة عليه، كما أن القضاة في

جميع البلاد الإسلامية قد تعودوا على تطبيق نصوص قانونية واضحة وسهلة الفهم. وبالتالي فمن البديهي أن عملية التفسير والاجتهاد لا تتم إلا إذا كانت القاعدة المراد تفسيرها موضوعة وموجودة عند عرض الحالة على القاضي حتى يتمكن من استنباط الحكم الملائم منها، إلا أنه قد يحدث أن تعرض على القاضي حالة لم ينص المشرع على حكم لها، فما مدى حرية القاضي في الاجتهاد القضائي هنا؟.

كما أنه من المعروف أن القاضي يقوم في اجتهاده بتفسير النص القانوني بإزالة الغموض الذي قد يشوبه، وذلك بالرجوع إلى النص في حد ذاته، أي إلى ألفاظه وعباراته وتراكيبه، وكذلك مراد الشرع من وضعه، ومن هنا تبرز مكانة وأهمية اللفظ من جهة، وإرادة المشرع من جهة أخرى في تفسير القاضي للقوانين الوضعية.

#### أ - تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع

أولى العديد من الفقهاء أهمية قصوى للنص وإرادة المشرع، واعتبروها الأساس الذي يرتكز عليه التفسير، ويعرف هؤلاء الفقهاء باسم "الشراح على المتن"، 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<sup>(7)</sup>.

وعليه فإذا كان النص غامضا وغير واضح فإنه يتأكد على القاضي تفسيره والرجوع إلى اللفظ في مفهومه وتركيبه اللغوي والنحوي، كما يتعين عليه في حالة الالتباس الرجوع إلى إرادة المشرع حتى يهتدي إلى معنى النص الصحيح. فيلزم القاضي بالرجوع إلى اللفظ كأول وسيلة للتفسير، إذ يتعين عليه أن يحلل ألفاظ النص ومنطوق العبارة مستندا في ذلك إلى المعاني اللغوية للكلمات وما جرى عليه عرف الاستعمال، وعند تمكنه من

التوصل إلى تفسير النص عن طريق تفسير اللفظ يقيد القاضي بالرجوع إلى إرادة المشرع.

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 وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها"<sup>(8)</sup>.

وعند انعدام النص وسكوت المشرع بحيث لا يمكن للقاضي أن يتقيد بلفظ أو عبارة، فإن عليه الرجوع إلى مصادر خارجة عن النص وهي المصادر الاحتياطية.

### ب - تقييد القاضي بالمصادر الاحتياطية

تنص المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"<sup>(9)</sup>.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد نص على القيود التي يجب على القاضي الالتزام بها في حالة عدم وجد نص، وذلك بذكر المصادر التي يتحتم على القاضي الرجوع إليها بحسب ترتيبيها، 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 أولاً وبالعرف ثانياً وبمبادئ القانون الطبيعي ثالثاً وبقواعد العدالة رابعاً.

وقد قصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعدها العامة مثل مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها، لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل يجعل منها مصدراً أساسياً لا مصدراً احتياطياً.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن الأمر مختلف في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، ومصدراً أساسياً بالنسبة لقانون الأسرة الذي ينص في المادة 222 على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"<sup>(10)</sup>.

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

### ج- مدى حرية القاضي في تفسير الوقائع وتقديرها

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

وإذا كان يفترض في القاضي أن يكون ملماً بالقوانين التي يطبقها، إلا أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتقدم في العلوم في مختلف المجالات، جعل من الصعب على القاضي أن يكون ملماً بكل ميادين المعرفة، لذلك فهو يحاول أولاً أن يقدر والوقائع ويفسرها بنفسه، مما أدى

إلى تطور دور القاضي الأصل في تقدير الوقائع مع التوسع في الحرية التي يحظى بها في هذا المجال بناء على تقدير المصلحة أو الضرورة في تحديد الحل الملائم للنزاع المعروض عليه، وفقا لما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 110 على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"<sup>(11)</sup>.

لذا رأت أغلب القوانين الوضعية أنه يتعين عليها أن تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة وكبيرة وحرية كفيلة بتحقيق القاضي في النزاع المدني، وهو قاضي الوقائع،وله أن يتخذ كل التدابير والإجراءات اللازمة في التحقيق القضائي وفق ما تنص عليه المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية. كالاستعانة بالخبراء وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية في المادة 126 على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، والمادة 125 من نفس القانون: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة عادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"<sup>(12)</sup>.

فلا يقبل العقل بعد ذلك أن تلغى هذه القوانين الوضعية ذات الأصل الأجنبي، ويكلف القضاة بالفصل في الدعاوى طبقا للأحكام الشرعية في الفقه الإسلامي ومن هذا المذهب أو ذاك وصعوبة البحث في كتب الفقه القديمة لا تخفى على أحد<sup>(13)</sup>.

ولكل بلد إسلامي أن يقنن في إطار المذهب السائد فيه، حيث ائتمفه أهله وأنسوا به، كما فعلت الدولة العثمانية في تقنين المجلة من المذهب الحنفي، وله أيضا أن يختار أحكام المجموعة الفقهية القضائية من

مختلف المذاهب المعتمدة بحسب ما يراه أكثر ملاءمة لحاجة البلد وتطورها في كل عصر.

فالمهم إنما هو توحيد الحكم القضائي من بين الآراء الفقهية المتعددة بصورة إلزامية للقضاة والمتقاضين في الدولة الواحدة، وتحقيق علنيته بأحسن الوسائل وأوثقها كما توجبه أصول التشريع، وذلك للقضاء على فوضى القضاء<sup>(14)</sup>.

### ثالثاً: التقنين في مجال الأحوال الشخصية

المسألة الأساسية التي تثار بصدد التقنين هي موقع القاضي بين حرية الاجتهاد والالتزام بالتقنين، وعليه لا بد من معرفة معنى التقنين وضرورته في مجال القضاء الأسري.

أ - المراد بالتقنين لغة واصطلاحاً

- في اللغة:

التقنين: مصدر قَنَّن، وهي كلمة مولدة؛ تعني وضع القوانين. قال ابن منظور: "وقانون كل شيء طريقه ومقياسه"<sup>(15)</sup>، ويصطلح استخدامها على الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته التي تعرف أحكامه منه، كما يطلق بمعنى الأصل<sup>(16)</sup>.

- في الاصطلاح الفقهي العام:

يعني صياغة الأحكام الفقهية ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس، بعبارة أمرية يميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبطة ترتيباً منطقياً، بعيداً عن التكرار والاضطراب"<sup>(17)</sup>.

وعلى هذا فالتقنين هو: "جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في شكل كتاب أو مدونة أو مجموعة واحدة، وتبويبها بحسب

الموضوعات التي تنظمها، والمجموعة تظهر في شكل مواد، وتشمل مختلف النصوص الخاصة بالأحكام القانونية المتصلة بفرع من فروع القانون»<sup>(18)</sup>.

ويكون التقنين بأحد السبيلين:

**أولهما:** التزام مذهب واحد، وإذا تعددت الآراء فيه فيلتزم رأي إمامه، أو أرجح الأقوال فيه أو المفتى به.

**ثانيهما:** الأخذ عن مذهب بما يصح منه، إذ الصحيح ليس محصورا في مذهب معين.

والسبيل الأوسط في التقنين هو الأخذ في بلد ما بالمذهب السائد فيه أصلا، والخروج عليه إلى غيره استثناء عندما تدعو المصلحة إلى ذلك، فيكون الأصل معروفا والاستثناء بيّنا بحيث يتبين الطريق إلى التفسير عند لزومه<sup>(19)</sup>.

ففي الجزائر مثلا؛ يؤخذ بالمذهب المالكي أساسا مع الخروج عليه، والانتقال إلى مذهب آخر إذا دعت المصلحة، كما في مسألة عدم تأكيد اشتراط الولي مثلا في عقد الزواج، فقد تدعو المصلحة إلى الأخذ فيها بالمذهب الحنفي أو غيره من الآراء الفقهية.

### ب - في الاصطلاح القانوني

يعني جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض أو غموض في مدونة واحدة، ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التشريعية بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون. فهو يقوم على:

**أولا:** تقسيم القانون بمعناه العام إلى فروع مثل القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية.

**ثانيا:** جمع القواعد القانونية الخاصة بكل فرع وتبويبها وترتيبها والتنسيق بينها، برفع ما قد يتبين من تناقض بين بعضها البعض، وإزالة ما قد يكون فيها من غموض وصياغتها في عبارات موجزة.

**ثالثا:** إصدارها في شكل قانون من السلطة التشريعية في الدولة لتطبيقها المحاكم، ويلزم بها الكافة من أفراد وهيئات وسلطات.

فالتقنين أو المدونة القانونية تشريع كغيره من التشريعات، ولا يختلف عنها إلا في ضخامته وخطورة شأنه التي تعود إلى أنه ينظم بوجه عام فرعا من فروع العلاقات القانونية وما يقتضيه هذا التنظيم الشامل لهذا الفرع من تجميع القواعد القانونية الخاصة به وتبويبها وترتيبها ورفع التناقض بينها وإزالة الغموض<sup>(20)</sup>.

### ج- محاسن ومساوئ التقنين

يرى جمهور الفقهاء المعاصرين أن مزايا التقنين وموجباته تفوق كثيرا ما يراه البعض من محاذيره، ويحسن في هذا المقام ذكر بعض محاسنه وفق وجهة نظر المجيزين له ومساوئه وفق وجهة نظر المانعين، وذلك وفق الآتي:

#### 1- محاسن التقنين

ويمكن ذكر أهمها فيما يلي<sup>(21)</sup>:

- سهولة الرجوع إلى أحكام التقنين: بحيث أنه يسهل للأفراد وللقضاة التعرف على حكم القانون وتطبيقه، إذ يجمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون في مجموعة واحدة يسهل الرجوع إليها. وعليه فإذا ما قننت أحكام الفقه بعبارة سهلة مألوفة صار ميسورا على القاضي والمحامي والشخص المسلم العادي معرفة أحكام الشريعة في دائرة العقود والمعاملات، بدلا من التخبط والتعقيد في التراث الفقهي المتشعب.

كما أن تقنين الأحكام يجعلها معروفة من الناس الذين تطبق عليهم، إذ أن معرفة القانون شرط أساسي لنفاذه، وهذا ما يعبر عنه حديثاً بنشر القوانين في الجريدة الرسمية وإعلانها بمختلف طرق الإعلام الأخرى، وحينئذ يحق تطبيق قاعدة "لا يعذر أحد بجهله بالقانون".

- **ضبط الأحكام الشرعية وبيان الراجح:** إذ أنه يضبط الأحكام الشرعية وبيّن الراجح منها والمعتمد، وذلك لأن أكثر القضاة المعاصرين لا يتيسر لهم فهم أو معرفة الحكم الشرعي الواجب تطبيقه لكثرة الخلافات بين المذاهب الفقهية، وحتى في المذهب الواحد لمعرفة الراجح أو الرأي المُفتى به، كما أن وقت المحاكم يضيق عن النظر لاستخلاص الحكم، وأن الاجتهاد المطلوب هو سلامة تطبيق الحكم الشرعي على الوقائع المعقدة والشائكة.

فضلا عما في إطلاق حرية القاضي من خطر، إذ لا تؤمن كفاءة القاضي أو نزاهته ويصبح تحكمه المطلق في تبين القاعدة القانونية أو وضعها (في حالة الاجتهاد الجديد) مصدر خطر على العدالة. وأن ترك الحرية للقضاة يقتضي توافر شروط الاجتهاد فيهم، وهذا متعذر نظرا للحاجة إلى جهاز كبير يضم عشرات الآلاف من القضاة المجتهدين في العالم الإسلامي<sup>(22)</sup>.

- **وحدة أحكام القضاء:** كما يؤدي إلى التوحيد القانوني والقضائي داخل الدولة الواحدة، ولذلك فهو من أهم وسائل التوحيد السياسي والاجتماعي. فإذا لم يكن الحكم موحداً أو ترك أمر التطبيق لاجتهاد القضاة في أرجاء البلاد المختلفة، والأخذ بما يرونه مناسباً أصبحت أحكام القضاء في الدولة الواحدة متعارضة مما يحدث بلبلة واضطراباً يهدر الثقة بالمحاكم بصفة عامة<sup>(23)</sup>.

- **الإعانة على دراسة القانون المقارن:** إذ بعد أن يدون القانون في مجموعة بينة الحدود والمعالم، تسهل مقارنته بالقانون في الدول الأخرى، وهذه المقارنة تظهر مزايا وعيوب كل قانون<sup>(24)</sup>.

## 2- مساوئ التقنين

ويمكن الإشارة إلى أهمها:

- **إيقاف حركة الاجتهاد:** ذلك أن القاضي أو الفقيه يكون عادة أمام النص القانوني الموحد مقيدا، فلا مساع للاجتهاد في مورد النص، وحينئذ يتوقف النشاط الفكري والإبداع التشريعي لتلبية مطالب الحياة المتغيرة، ومواجهة الأنظمة والأعراف والمعاملات المتجددة. يضاف إلى ذلك أن الواقع العملي لم يستطع الاستغناء عن حرية القاضي وسلطته في التقدير.

- **الإلزام برأي واحد:** حيث تكون القوانين عادة ملزمة للمواطنين والقضاة بتطبيق رأي واحد ونظام واحد لا مجال للحياد عنه، وذلك في دائرة الأحكام التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، فإذا لم يحدث مثل هذا الاتفاق فيطبق النص القانوني الذي ارتآه منظمو القانون.

فالتقنين يضع القاعدة القانونية في قوالب محددة، بينما الحالات العملية التي تطبق عليها هذه القاعدة ليست متماثلة، مما يجعل القاعدة مناسبة لبعض الحالات التي تصورها المشرع عند التقنين وغير مناسبة للحالات الأخرى إلا بشيء من التجاوز، بخلاف الحال عند عدم وجود تقنين إذ يكون أمام القاضي حرية معالجة كل حالة بما يناسبها.

- **الجمود على النصوص المقتنة:** فمن المعروف أن الحياة تتطور وتتطور معها الأنظمة، فإذا قننت أحكام التعامل أصيب القانون بالجمود، ولم يعد يتفاعل مع مسيرة التطور والتغير، وهذا أمر ملموس في واقع تطور الحياة الإنسانية وبخاصة في هذا العصر.

فالتقنين لا يحدد القاعدة القانونية فحسب، وإنما يجمدها أيضاً، إذ أن التطور الاجتماعي المستمر تقف أمامه القاعدة القانونية جامدة، حتى يتبين للأجهزة التشريعية تخلفها عن مسايرة هذا التطور فتعتمد إلى تعديلها، بينما القاضي يستطيع مسايرة هذا التطور في حالة عدم وجود تقنين دون انتظار مضي وقت طويل وما يصحبه من وقوع مظالم نتيجة عدم ملاءمة القاعدة الجامدة للتطور المستمر<sup>(25)</sup>.

ومن ناحية أخرى يُعاب على التقنين أنه يستعمل مصطلحات دون تحديد معناها مثل عبارات "الحق"، "الأحوال الشخصية"، "حسن النية"، "الأحوال العينية"، وقصوره عن استيعاب كل الأحكام القانونية وشمولها<sup>(26)</sup>. يقول الأستاذ علي جريشة: "ومحاولة صياغة مبادئ القرآن وآياته في نصوص جافة غير قابلة للتعديل محاولة فاشلة وإغلاق لباب الاجتهاد الذي أذن به الله تعالى للراسخين في العلم الاستنباط من آيات الله وأحاديث رسوله صلى الله عليه وسلم-. ونحن نفضل في تطبيق القرآن الأسلوب الأنجلوسكسوني، وفيه للقاضي حرية واسعة في الاجتهاد والتقدير، فإن الاجتهاد في نصوص القرآن أخرى أن يثري الفقه الإسلامي بثروة ضخمة كما أثارها من قبل، فأدى العلماء في مجال الحكم والقضاء والفقه دورهم، وخلد لهم التاريخ جهدهم واجتهادهم"<sup>(27)</sup>.

وبعد هذا العرض الموجز لتجاذب الرأيين في مسألة التقنين، لا بأس من إيراد رأي للدكتور جمال الدين عطية بخصوص محاولته التوفيق بين الرأيين المتقابلين بقوله: "ولذلك نميل إلى اختيار حلّ وسط يجمع بين مزايا الرأيين ويتلخص في قيام مؤسسة الاجتهاد بوضع تقنيات إسلامية تقتصر على الكليات دون التفاصيل، وعلى المعايير المرنة دون القواعد الجامدة كي يسمح للقضاء بالمرونة اللازمة لتطوير الأحكام بسهولة بما يقابل حاجات

الحياة المتجددة، ولتنويع وتفريد العقاب في مجال التعزير بما يلائم كل حالة، والاهتمام في نفس الوقت بإعداد القضاة إعدادا يؤهلهم لمهمة الاجتهاد في إطار وظيفة القضاء"<sup>(28)</sup>.

#### رابعاً: ضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية

الواقع أن قاضي الأحوال الشخصية في النظام القضائي في الجزائر، و طبقاً لمؤهلاته العلمية وبحكم تخصصه في القانون أساساً لا يملك أهلية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية واستقاء الأحكام منها عند عدم وجود النص القانوني، وذلك راجع إلى ضعف تكوينه العلمي وتخصصه في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم قضايا الأسرة. كما أن نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري جاءت مطلقة، فلم تحدد مذهباً معيناً، ولا كيفية محددة، ولا لمن تعود الأهلية في ذلك، هل للمشرع نفسه، أم إلى اجتهاد المحكمة العليا، أم إلى اجتهاد القاضي، والأمر لا يستقيم في كل ذلك، فكان على المشرع أن يستوعب جميع القضايا الأساسية والفرعية المتعلقة بنظام الأسرة حتى لا يترك مجالاً للفراغ التشريعي. لذلك كان من الضروري إعداد قضاة متخصصين في الشريعة والقانون مؤهلين للقضاء الشرعي في مجال الأحوال الشخصية.

لذا كان التقنين في مجال الأسرة ضرورة وحتمية بالنظر إلى بعض الاعتبارات السابقة الذكر، ومنها نقص التأهيل للنظر والاجتهاد بالنسبة للهيئة القضائية، وكذا كثرة التفريعات الفقهية في المذهب الواحد وحتى في المسألة الواحدة، فينبغي إيجاد مؤسسة منظمة تباشر الاجتهاد الجماعي الشرعي بما يضي عليها طابع الوظيفة التشريعية حيث تعتمد في الفتوى والقضاء وذلك في أمرين أساسيين:

- في المسائل التي سبق بحثها من قبل الفقهاء السابقين فيما يخص قضايا الأسرة، حيث تقوم مؤسسة الاجتهاد بالاختيار بين الآراء المتعددة للرأي الذي تراه مناسباً لمقتضيات العصر ومتطلباته.
- في المسائل المستجدة والتي لم تبحث من قبل، فتقوم مؤسسة الاجتهاد بالتوصل إلى الحكم الشرعي لها بالمنهج الشرعي للاجتهاد<sup>(29)</sup>.

### الخاتمة:

مما سبق يمكن الوصول إلى نتيجة مفادها أنّ التقنين في مجال الأسرة ينبغي أن يقوم على الاجتهاد الشرعي الذي يوافق الدليل الشرعي. ذلك أنّ العبرة في مجال تقنين أحكام الأسرة تكمن في موافقة الدليل الشرعي، لأنه من المعلوم أنّ أحكام الأسرة مستمدة أساساً من كليات الشريعة الإسلامية ومقاصدها، فلا يجوز المساس فيها بنظام التعاقد الشرعي<sup>(30)</sup>، ولا خلاف في أن العبرة في الإسلام هي الدليل الشرعي، أي بمدى اتفاق الرأي الاجتهادي أو الحكم القضائي مع أحكام القرآن والسنة ومقاصد الشريعة، سواء صدرت هذه الأحكام من أولي الأمر أم من المجتهدين.

ومن المعروف أن الاستنباط من القرآن والسنة محكوم بقواعد دقيقة مستقرة في علم أصول الفقه. فإذا تبين أن القانون أو نصاً منه مخالف للقرآن أو السنة كان مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وكان بالتالي غير دستوري ولا يحصنه من الحكم بعدم الدستورية أن يوافق عليه المجلس الإسلامي الأعلى أو أي هيئة دينية أو علمية أخرى، لأن الأدلة الشرعية معروفة ومحددة في أصول الفقه، وليس من بينها ذلك الرأي أو غيره، إنما هو مجرد اجتهاد يحتمل الخطأ والصواب.

كذلك لا يحصّن القانون من الحكم بعدم دستوريته إذا كان مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أن يوافق عليه البرلمان ولو بالإجماع، لأن الإجماع الذي يعتبر من مصادر الشريعة الإسلامية هو إجماع المجتهدين من علماء المسلمين، فليس لولي الأمر<sup>(31)</sup> أو لأي هيئة أخرى أن تحلّ ما حرّمه الله أو تحرم ما أحله الله، لأن ذلك يعتبر مخالفة لأحكام الشريعة. غير أنه يجوز لولي الأمر أن يتصرف في دائرة التخيير بما يتلاءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وعدم مصادرته لأصل الحق بإساءة استعمال الحق وما يترتب عليه من ضرر. فالواجب والمحرم ليس لأحد سلطة في أن يغير في وصفهما، فلا يحل حراماً ولا يبيح التحلل من واجب إلا بالطرق التي حددها الشارع الحكيم، وبين حدودها وشروطها كالضرورات والأعذار ودفع أعظم الضررين بأخفهما ونحو ذلك.

كما أن اتفاق الرأي مع الشريعة الإسلامية أو اختلافه عنها أمر لا يحسمه إلى الأبد حكم المحكمة العليا لأن أحكام المحاكم في جميع الدول تكون عرضة لتعليق الفقهاء وتحليل الباحثين ونقدهم.

### الهوامش:

- 1- قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2007، ص 11.
- 2- راجع، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص 163-164.
- 3- انظر، عبد المنعم البدرابي: مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1972، ص 244.
- 4- انظر: محمد سعيد جعفرور: المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط14، 2007، ص 208-211.

- 5- انظر، ياسين محمد يحي: مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 1987، ص 141-142.
- 6- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 2004، 316/1.
- 7- انظر:محمد صبري السعدي: تفسير النصوص في القانون والشرعية الإسلامية، ص 47 وما بعدها.
- 8- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 2007/31.
- 9- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية رقم 2007/31.
- 10- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 29 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/2/27 . الجريدة الرسمية، رقم 15، المؤرخة في 2005/2/27.
- 11- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني.
- 12- الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخة في 2008/4/23، ص 13.
- 13- محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص165.
- 14- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 316/1.
- 15- ابن منظور: لسان العرب، 349/13.
- 16- المعجم الوسيط: ص 763.
- 17- انظر، مصطفى الزرقا: المدخل الفقهي العام، 313/1.
- 18- محمد علي إمام: محاضرات في نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، (بط)، 1953، ص 234.
- 19- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط2، 1986، ص 80..
- 20- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 21-22.
- 21- انظر، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، دمشق، سورية، ط1، 1987، ص 27 وما بعدها.

- 22- انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للشرعية الإسلامية، ص 206-207.
- 23- انظر، وهبة الزحيلي: جهود تقنين الفقه الإسلامي، ص 26 وما بعدها.
- 24- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 25.
- 25- انظر، جمال الدين عطية: النظرية العامة للشرعية الإسلامية، ص 204-205.
- 26- انظر، محمد زكي عبد البر: تقنين الفقه الإسلامي، ص 28.
- 27- علي جريشة: المصادر الشرعية الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية، دار التراث العربي، مصر، ط2، 1987، ص 14-15.
- 28- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشرعية الإسلامية، ص 207.
- 29- جمال الدين عطية: النظرية العامة للشرعية الإسلامية، ص 195.
- 30- انظر، وهبة الزحيلي: تجديد الفقه الإسلامي، ص 175-177.
- 31- انظر، محمد بن عبد الله بن محمد المرزوقي: سلطة ولي الأمر في تقييد سلطة القاضي، ص 337-338.