مجلة الدراسات القانونية المقارنة
المجلد 06 / العـــدد02 (2020)، ص.ص.486-511. ISSN:2478-0022 EISSN:2600-6154

الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري ومدى مكنة القاضي على الاجتهاد فيما لا نص فيه

Referral to the provisions of Islamic Law exercise of judgment for what is not in Family Code and the extent of the judge's ability in stipulated

عبد الجليل درارجة

Abdeldjalil Derardja

أستاذ محاضر ب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج

Lecturer Class B, Faculty of Law and Political Science- University of (M.B.I.B.B.A) – Algeria-

abdeldjalil.derardja@univ-bba.dz

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/10 تاريخ القبول: 2020/11/12 تاريخ النشر:2020/12/27

ملخص:

تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر المادي الذي استمد منه قانون الأسرة الجزائري. وفي سبيل تأكيد هذه المصدرية أحالت المادة 222 من هذا القانون على أحكام الشريعة الإسلامية بشأن ما لم يرد به نص في هذا القانون. وهو الأمر الذي يثير التساؤل عن قدرة قاضي شؤون الأسرة للتصدي لهذه المهمة بالنظر إلى تكوينه في المعارف المتعلقة بعلوم الشريعة الإسلامية التي تتطلب كفاءة خاصة في التعامل مع وفرة مصادرها وتنوعها.

وتهدف هذه الدراسة للوقوف على حقيقة اجتهاد القاضي في هذا النطاق بغية الوصول لتقرير جملة من المقتضيات الموضوعية التي نراها كفيلة بالتطبيق الحسن لنص المادة 222 سالفة الذكر. والتي تتمحور مجملة حول فكرة التخصص المرتبط بالتكوين القاعدي قبل مباشرة القضاء، فضلا عن التخصص فيه وظيفيا. مع ضرورة التكوين المستمر لرفع مستوى ملكة القاضي الشرعية والقانونية للقيام بمهمة فض المنازعات التي لم يرد بشأنها نص قانون الأسرة الجزائري على أحسن وجه.

كلمات مفتاحية:

أحكام الشريعة الإسلامية.، مبادئ الشريعة الإسلامية.،الاجتهاد.، قانون الأسرة الجزائري.، الفقه الإسلامي.

المؤلف المرسل: عبد الجليل درارجة Email: abdeldjalil.derardja@univ-bba.dz

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

Abstract:

Islamic law is the material source from which the Algerian Family Code is derived, in order to confirm this source, the article 222 of this law referred to the provisions of Islamic Sharia regarding what was not stipulated in this law. This raises the question about the ability of the Family Affairs Judge to deal with this task, given his knowledge of Islamic Law, which requires special competence in dealing with its abundance of sources.

This study aims to find out the truth about the judge's competence in this field in order to decide a set of substantive requirements which we see is sufficient for the proper implementation of the text of the mentioned article 222, which revolves around the idea of specialization related to the basic formation before starting the Judiciary as well as specializing in it functionally, with the necessity of continuous training to raise the Legal and Legitimate level of the judge, To undertake the task of resolving disputes that are not stipulated in the Algerian Family Code.

Keywords:

The provisions of Islamic Law; Principles of Islamic law keywords; The Algerian Family Code Islamic Jurisprudence; Exercise of judgment.

مقدمة:

تعتبر الشريعة الإسلامية من بين المصادر الرسمية التي يستقي منها التشريع الجزائري قواعده القانونية؛ إذ تشكل المصدر الاحتياطي الأول بالنسبة لكل فروع القانون الجزائري مثلما تقرر ذلك من خلال نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري.كما تعتبر المصدر المادّي البارز الذي استمد منه تقنين الأسرة الجزائري قواعده القانونية أسوة بجلّ تشريعات الأحوال الشخصية في العالم العربي التي اتخذت من الفقه الإسلامي مصدرا ماديا لتنظيم مسائل الأحوال الشخصية.

ولعلّ تقنين مسائل الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري أسهم في تحقيق الغاية المزدوجة التي تنشدها حركة تقنين الفقه الإسلامي؛ والتي ازدهرت في الوطن العربي في مطلع القرن العشرين وبصورة خاصة في نطاق الأحوال الشخصية؛ والمتمثلة أساسا في سدّ الفراغ التشريعي في هذه الدائرة ذات الأهمية البالغة سعيا لتحقيق انسجام الأحكام القضائية في المنازعات القضائية ذات الحيثيات والوقائع المتماثلة. هذا فضلا عن تيسير الأمر لكل المشتغلين بالقانون في هذا النطاق وعلى رأسهم القاضي للوصول إلى القواعد القانونية المتعلقة بالمسائل التي يعمل النظر فيها للوصول لإصدار أحكام قضائية مستمدة من الفقه الإسلامي متناغمة مع مقتضيات العدل والإنصاف.

ولقد أصبح من الميسور بعد هذا التقنين على القاضي الجزائري الذي ينبري للفصل في المنازعات المتعلقة بنظام الأسرة الرجوع إلى القانون المتعلق بها. ليجتهد في تحديد النص المتعلق بمحل النزاع المرفوع إليه. ويعمل النظر فيه لفهمه وتفسيره طلبا لحسن تطبيقه. وبذلك ينأى بنفسه عن عناء البحث في فقه المسألة المعروضة عليه في مصادر التشريع الإسلامي المتشعبة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إشكالية الدراسة:

بصدور قانون الأسرة الجزائري المستمد من الفقه الإسلامي أصبح التشريع المكتوب هو المصدر الرسمي الأول لمسائل الأحوال الشخصية ليرجع فيما لا نص فيه للشريعة الإسلامية طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة المحددة لمصادر القاعدة القانونية في القانون الجزائري التي أحصتها، ثم رتبتها المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري.

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري عند إصداره لقانون الأسرة الجزائري لم يكتف بالقواعد العامة التي جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول للقانون الجزائري. فعمد في سبيل تأكيده على مصدرية الشريعة الإسلامية في تنظيم مسائل الأسرة إلى الإحالة بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص في القانون نفسه.

يفهم من هذا الإحالة أن اجتهاد قاضي شؤون الأسرة لم يعد متعلقا بفهم النص القانوني والعمل على تطبيقه الحسن. وهي السمة الغالبة في اجتهاده. بل إنه لابد من ارتفاع في منسوب الاجتهاد في الحالة التي لا يسعف فيها النص القانوني المغفل لتنظيم المسألة محل النزاع المعروضة عليه، ليتحول الاجتهاد في تخريج المسألة من مصادر الشريعة الإسلامية، ومن ثم الاجتهاد في فقهها وتنزيلها على الواقعة محل النزاع.

هذا الوضع في قانون الأسرة الجزائري يسلمنا لإشكالية مركزية لهذه الدراسة تتمحور أساسا في البحث عن مدى قدرة القاضي الجزائري في الاجتهاد فيما لا نص فيه في هذا القانون نفسه بالنظر إلى تكوينه في العلوم المتعلقة بالشريعة الإسلامية سواء ما تعلق منه بتكوينه القاعدي الذي تلقاه في كليات الحقوق، أو ذلك التكوين المتعمّق الذي تلقاه في المدرسة العليا للقضاء؟ وذلك بغض النظر عن الشروط الواجب توافرها في المجتهد في أصول الشريعة الإسلامية في عصر باتت الحاجة ماسّة فيه لما أصطلح على تسميته بالاجتهاد المؤسساتي؟

أهمية الدراسة وحدودها:

جدير بالبيان أن هذه الدراسة لا تستهدف البحث في جدوى تطبيق الشريعة الإسلامية من عدمه لاتخاذ موقف مناسب نراه منسجما مع أهداف السياسة التشريعية وحاجاتها، ومعبرا في الوقت نفسه عن تطلعات الأمة وآمالها في ظل النقاش المحتدم بين المنافحين عن تطبيق الشريعة الإسلامية واعتبارها المصدر الرئيس للتشريع بدعوى إن فيه ترياق لكل مشاكل السياسة التشريعية، ومعارضيهم الذين يرون خلاف ذلك. فهذا مما يخرج عن نطاق الدراسة ولا ينسجم في الوقت نفسه مع إشكاليتها المركزية.

وإنما الهدف من هذه الدراسة محاولة تحديد مفهوم الاجتهاد الذي أشارت إليه بصورة ضمنية المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري – سالفة الذكر-. وكذا المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية التي أحالت عليها المادة نفسها بصورة صريحة. وكل ذلك في سبيل تقرير جملة المقتضيات الموضوعية لحسن تطبيقها خاصة في ظل الوضع الحالي للقاضي الجزائري؛ والذي يمكن أن يثار التساؤل عن إمكاناته الموضوعية التي تؤهله لأن ينهض بمثل هذا العبء الثقيل للاجتهاد فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري.

منهج الدراسة:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد اقتضت طبيعة الدراسة وأهدافها الاعتماد على منهج تحليل المضمون الذي اعتبر الدعامة الأساسية لانجاز هذه الدراسة. وذلك بتحليل مضمون المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تعد محور هذه الدراسة وقطب الرحى فيها للوقوف على الجوانب الإيجابية فيها، وما قد تثيره من قصور، ومحاولة الاستفادة من كل ذلك في تقرير جملة المقتضيات الموضوعية لحسن تطبيق المادة القانونية –سالفة الذكر– وهو ما تمّت معالجته تبعا للخطة الثنائية الآتي تفصيلها:

تطرق (**المبحث الأول**):إلى تأكيد مصدرية الشريعة الإسلامية في تقنين الأسرة الجزائري من خلال بيان سمّة تقنين نظام الأسرة بالجزائر ومزاياه (**المطلب الأول**)، ثم اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول لقانون الأسرة الجزائري (**المطلب الثاني**). بينما عالج (**المبحث الثاني**): اجتهاد قاضي شؤون الأسرة، ومقتضياته الموضوعية. من خلال الوقوف على حقيقة هذا الاجتهاد فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري (**المطلب الأول**). ثم محاولة تحديد أهم المقتضيات الموضوعية لهذا الاجتهاد (**المطلب الثاني**).

المبحث الأول: تقنين الأسرة الجزائري تأكيد على مصدرية الشريعة الإسلامية.

يعتبر البعض تبني المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع وفاء منه بحقّ الشريعة الإسلامية التي ظلت طيلة قرون عديدة شريعة البلاد الأولى.[1] وتظهر هذه العناية من خلال تقنين مسائل الأسرة الذي نسعى لإبراز سمته البارزة ومزاياه ابتداءا، (**المطلب الأول**). هذا فضلا عن اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول لقانون الأسرة الجزائري فيما لا نص في هذا القانون، (**المطلب الثاني**).[2]

المطلب الأول: سمة تقنين نظام الأسرة بالجزائر ومزاياه.

يعتبر قانون الأسرة الجزائري الصادر من خلال القانون 84–11 بتاريخ 09 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم من بين أهم الإسهامات المتعلقة بتقنين الفقه الإسلامي، وتتجلى السمة البارزة لهذا التقنين وأهم مزاياه فيما يأتي بيانه:

الفرع الأول: سمة تقنين نظام الأسرة بالجزائر.

في المنتصف الثاني من القرن التاسع عشر قامت الدولة العثمانية بتشكيل لجنة من العلماء لتقنين أحكام المعاملات اعتمادا على الفقه الحنفي. وقد توجت هذه اللجنة العام 1876م عملها بإصدار أول تقنين للفقه الإسلامي في العصر الحديث، وسمي ذلك التقنين بمجلة الأحكام العدلية، ثم أصدرت الدولة العثمانية قانون العائلة سنة 1917م، ثم صدرت عدة تشريعات بعد ذلك تقنينا للفقه الإسلامي.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بوجه عام من فقه الإمام أبي حنيفة بالاستناد إلى كتاب ظاهر الرواية، ولم تستطع الخروج عن مذهبه؛ ففي الحالة التي يختلف فيها القول بين الإمام أبي حنيفة وأصحابه كان منهج المجلة الأخذ بالقول الذي تراه موافقا لحاجات العصر وللمصلحة العامة كما في الحجر على السفيه عندما أخذت برأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد، أو كما أخذت برأي أبي يوسف في عقد الاستصناع.[3]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وخلافا لهذا الموقف المتعصب للمذهب الفقهي والمضيق لمصادر الاجتهاد يبدو حسن صنيع المشرع الجزائري بانفتاحه على مذاهب الفقه الإسلامي.عندما تفادى إلزام قاضي شؤون الأسرة بمذهب فقهي معين تماشيا مع منهجه في وضع لقانون الأسرة الذي لم يلتزم فيه بمذهب الإمام مالك الذي يعدّ المذهب الرسمي المعتمد بالجزائر بل استفاد من ثراء المذاهب الأخرى.

ويمكن التأصيل لبيان انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة من خلال تبنيه مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تقتضي بذل الجهد لدرك الحكم الشرعي الموافق لوجه الحق في مسألة معينة والذي لا يكون منحصرا في مذهب فقهي معين كالمذهب المالكي كونه المذهب المعمول به في الجزائر. ويفتح باب الاجتهاد في الفقه الإسلامي في أصوله وفروعه القديم منه والحديث بمختلف مذاهبه. وذلك خلافا لما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية مثلما هو الشأن مع المشرع المغربي الذي جعل كمرجع في صورة وجود نقص في مسطرة الأحوال الشخصية الشائع من مذهب الإمام مالك.[4]

ويكفي لبيان انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة تبنيه لنظام التنزيل في الميراث.[5] وهي مسألة لم ترد في المذاهب الفقهية المعروفة أو غير المعروفة كونها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب مختلفة قام المشرع الجزائري بالاجتهاد فيها.[6] أسوة بما ذهبت إليه بعض تقنينات الأحوال الشخصية الحديثة تحت مسمى الوصية الواجبة علاجا لمشكلة الحفدة الذين يموت آباؤهم قبل أجدادهم الذين يحجبون بمقتضى قواعد نظام العصبات وقاعدة إرث الفرع.[7] وهي المشكلة التي تضرر منها أبناء شهداء الثورة الجزائرية الذين اجتمع عليهم فقدان الأب الذي قضى نحبه في سبيل الله، وحرمانهم من نصيبهم من الميراث.[8]

الفرع الثاني:مزايا تقنين نظام الأسرة بالجزائر.

يميل الاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي المعاصر لتقنين الفقه الإسلامي، وذلك لظهور حاجة ماسة إلى ضرورة صياغته الفقه الإسلامي في مواد قانونية واضحة ومحدّدة. ولعلّ من أهم مزايا تقنين مسائل الأحوال الشخصية بالجزائر:

1- سدّ فراغا كبيرا في عالم القضاء كونه يعاون القاضي والفقيه وكل مشتغل بالقانون على الاهتداء إلى القاعدة القانونية في يسر وسهولة. وبالتالي استطاع أن يجنب القاضي عناء البحث في المسائل المبعثرة في كتب الفقه الإسلامي العديدة التي تتميز بتعدّد الفتاوى والأقوال في الموضوع الواحد. فأصبحت الأحكام واضحة لا يحتاج القاضي عناء كبيرا لفهمها وتطبيقها.[9]

2-سهّل هذا التقنين توحيد القضاء أحد أهم معالم العدل في الدولة الحديثة كونه يقطع دابر احتمال التضارب في الأحكام القضائية.فرغم ما أثاره تقنين الأسرة الجزائري من ردود فعل وانتقادات فإن له ناحية إيجابية جد مهمة؛ بحيث أن مجرد صدوره أسهم في وضع حد لفراغ تشريعي مؤسف، ولتضارب الأحكام القضائية وتذبذبها كون المحاكم بقيت دون قانون مكتوب تهتدي بها، واكتفت بالاعتماد على اجتهادها.[10]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3-شكّل انفتاح المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري على مذاهب الفقه الإسلامي ميزة حسنة كونه يندرج ضمن المنهجية المعاصرة التي ينصح بها لتقنين الفقه الإسلامي لضمان قدر من السعة والمرونة لإيجاد حلول صالحة للمشكلات العارضة باختلاف الظروف، وفتح المجال لاختيار الحلول الأفضل كلمت دعت الحاجة وأظهر التطبيق العملي بعض المشكلات. وذلك بالاستفادة من الاختلاف الفقهي الذي يعد مصدرا لثراء الفقه الإسلامي.[11]

4-عمل هذا التقنين على تطوير القانون من خلال تعديله بغية تجاوز ما به من قصور قد يظهره التطبيق العملي؛ إذ لا يخفى من أن إبعاد أي ثروة تشريعية عن إدارة مناحي الحياة تقعدها عن مواكبة التطورات الحاصلة في دنيا الناس.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الثاني: أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول لقانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية" فما الغاية التي استهدفها المشرع الجزائري من هذه الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المادة، وما المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل كان هذا الصنيع في قانون الأسرة الجزائري مرتكزا على مقتضيات موضوعية، وأهداف عملية؟

الفرع الأول: مدلول الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري.

رغم تدخل قانون الأسرة الجزائري لتنظيم المسائل المتعلقة بالأسرة فإن ذلك لم ينزع عن هذا المسائل طابعها الشرعي الذي يعني أن أساس أحكامها ومصدريتها هو الشريعة الإسلامية، وهو الأمر المصرح به مثلا في تعريف عقد الزواج؛ الذي يعتبر أهم نظام قانوني مستهدف بالتنظيم في هذا التقنين؛ والذي اعتبر عقدا رضائيا يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.[12]

ولا يمكن الجزم بأن تأكيد الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري ورد بناء على مقتضى منهجي، وهدف موضوعي يربو لتحقيقه هذا القانون. إلا أن هذا القول لا يمنع من التخمين بأن المشرع الجزائري تعمّد فعل ذلك عملا على درء مسألة التنازع بين أحكام القانون المدني وأحكام قانون الأسرة الجزائري التي لم يرد بشأنها نص في هذا الأخير.

وقد يجد هذا التخمين سنده في كون المبادئ العامة التي قررتها المادة الأولى من القانون المدني الجزائري لا تسمح للقاضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول للقانون إلا في ظل الافتقار إلى التشريع المكتوب. مما قد يحمل على القول بأن الرجوع إلى أحكام القانون المدني ونصوصه فيما لم يرد به نص في قانون الأسرة يسبق الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. باعتبار أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تجد لها مكانة في تنظيم المسائل القانونية في ظل وجود القانون المكتوب استنادا إلى ما نص عليه القانون المدني الجزائري نفسه بقوله:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها".[13]

ويبدو لنا أن هذا من حسن صنيع قانون الأسرة الجزائري عندما أكد على الطابع الشرعي لهذا القانون من خلال نص المادة 222 من القانون نفسه التي قررت القاعدة العامة التي يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص بشأنه في هذا القانون. وذلك درءا لإشكالية التنازع بين القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكافة فروع القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية.

و لا بأس من الإشارة بأن مثل هذه الإشكالية برزت في نطاق تحديد مصادر القانون التجاري؛ والذي أثيرت فيه إشكالية أولوية العرف التجاري عن القانون المدني. فضلا عن إشكالية التنازع بين مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف كأول مصدر احتياطي للقانون التجاري الجزائري. لقد أقرّت بعض الدارسات الموضوعية صعوبة تحديد مصادر القانون التجاري وترتيبها خاصة بعد التعديلات المقحمة على القانون التجاري، وبعض القوانين المكملة له كقانون السجل التجاري؛ والمتعلقة بتحديد مصادر القانون التجاري. وهي إشكالية نبهت إليها هذه الدراسات وحاولت التصدي لمعالجتها.[14]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويبدو لنا استقامة مسلك قانون الأسرة الجزائري من خلال هذه الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية. وأنه تعمّد ذلك بغية التأكيد على الطابع الشرعي لهذا القانون لدرء أي ترتيب آخر لمصادر القانون في نطاق مسائل الأسرة؛ قد تحتمله النصوص القانونية المبينة لمصادر القانون في التشريع الجزائري.

كما يبدو لنا من وجه آخر أن قانون الأسرة الجزائري كان موفقا في هذه الإحالة. وذلك لخصوصية المسائل المتعلقة بالأسرة المرتبطة بالجانب الديني.[15] والتي تفتقر إليها مسائل القانون المدني، أو القانون التجاري. وهو ما يحمل استبعاد كلّ تعويل على نصوص القانون المدني وقواعده العامة لتنظيم المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري. لأنّ إضفاء الطابع المدني على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين كما هو الشأن في اعتبار عقد الزواج عقدا مدنيا عند بعض رجال القانون مثير لكثير من اللبس. كون السياق التاريخي لإطلاقه يتعلق بالزواج الذي يخضع في أحكامه لآثار القانون المدني في الدولة العلمانية التي يضم القانون المدني فيه المعاملات المالية فضلا عن الأحوال الشخصية تمييزا له عن الزواج الكنسي مثلما حدث عقب صدور قانون نابليون.[16]

الفرع الثاني: مدلول أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري وصلتها بالفقه الإسلامي.

ونحاول هنا تحديد مفهوم مصطلح الشريعة الإسلامية وبيان صلتها بالفقه الإسلامي أولا، ثم نتجه للتميز بين مبادئها وأحكامها ثانيا.

1-تعريف الشريعة الإسلامية:

الشرعة بالكسر: الدّين والشرع والشريعة مثله، وتطلق الأخيرة في لغة العرب في معان:منها الطريقة الظاهرة المستقيمة، ومنه قولة تعالى: ﴿ ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون﴾[17].

والآخر: مورد الماء الجاري الذي يقصد للاستقاء والشرب ومنه قول العرب: شرعت الإبل: إذا وردت شريعة الماء.

أما في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية فتطلق هذه الأخيرة على:" الأحكام التي سنها الله تعالى لعباده على لسان رسول من الرسل".[18]

وبناء عليه يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية هي:" ما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد – صلى الله عليه وسلم – ".[19]

وتقييد الشريعة بالإسلام مستنده قوله تعالى: ﴿ إن الدّين عند الله الإسلام﴾.[20] وقوله أيضا: ﴿ ومن يبتغي غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين﴾.[21]

وبناء عليه تشمل الشريعة الإسلامية الأحكام المقررة في الدين الإسلامي كلها؛ وهي الأحكام العقائدية، والأحكام الأخلاقية، والأحكام العملية.[22]

والأحكام العملية هي التي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم، وهي التي يستهدفها علم الفقه الإسلامي بالدراسة؛ وغالبا ما تقسم إلى أقسام أهمها العبادات، والمعاملات. هذا القسم الأخير بدوره يكون من أهمّ مشتملاته المعاملات المالية. والمعاملات المتعلقة بنظام الأسرة كالزواج والطلاق. ولا شك أن هذه الأخيرة هي المقصودة من نص المادة222 من قانون الأسرة الجزائري كون المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق درج الفقه الإسلامي على ردها لباب

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المعاملات.[23] وبهذا يتضح أن النظم القانونية هي وحدها المقصودة عند إطلاق مصطلح الشريعة الإسلامية في التقنينات المعاصرة أو الدراسات المتعلقة بفقهها وشرحها.[24]

2- علاقة الشريعة الإسلامية بالفقه الإسلامي.

إذا كانت الشريعة الإسلامية في هذا النطاق وغيره هي ما سنه الله تعالى لعباده من الأحكام على لسان رسوله محمد – صلى الله عليه وسلم – أو هي الدين المنزل من الله تعالى لعباده فإن تطبيقها يحتاج إلى فهم مراد الشارع الحكيم من وضعها، وهو الذي يسمى بالفقه الأمر الذي يحمل على تعريفه وبيان علاقته بالشريعة الإسلامية في سبيل محاولة الوقوف على دلالة المشرع من الإحالة بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون.

والفقه يقتضي في إطلاق اللغة العلم بالشيء وفهمه، أما في الاصطلاح فإن الفقه الإسلامي يطلق على:"العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية."[25] وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل.

ومما تقدم نصل إلى أن الشريعة الإسلامية هي الدين المنزل من عند الله تعالى أما الفقه الإسلامي فهو فهم العلماء المجتهدين لها فإن أصاب المجتهد الحق في فهمه لمسألة ما من مسائل الشريعة الإسلامية كان الفقه فيها موافقا لها من هذه الناحية، وإن أخطأ فهمه الحق المنزل لم يكن فهمه هذا من الشريعة الإسلامية غير أنه لا يخرج عن دائرة فقهها أو فهمها.[26]

وبناء على ما سبق يمكن التحفظ على ما أجازه البعض[27] وأخذت به التقنيات المعاصرة، وجرى عليه العمل في الجامعات مثل إطلاق اسم "كلية الشريعة الإسلامية"، وتخصص"شريعة وقانون" مجاراة للاستعمال المجازي المتعارف عليه لدّى المشتغلين بالقانون في القول بالترادف بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية،[28] وذلك للمبررات الآتية:

أ-كون الفقه الإسلامي في حقيقته اجتهاد بشري بغية فهم الشريعة الإسلامية التي هي وحي من السماء. وبالتالي عصمة المصدر المتمثل في الشريعة الإسلامية لا تعني بالضرورة عصمة الفقه والتنزيل المتمثل في الفقه الإسلامي.

ب-كون الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الإسلامي، وأن دائرة التلاقي بينهما تنحصر فقط في المسائل التي يصيب فيها المجتهد وجه الحق. فضلا على أن الفقه الإسلامي في اصطلاح المتأخرين يقتصر على أحكام العبادات والمعاملات وتخرج منه الأحكام المتعلقة بالعقائد والأحكام المتعلقة بالأخلاق. يقول عمر سليمان الأشقر: "الفقه في اصطلاح المتأخرين معناه علم القانون الإسلامي، فقد خصه المتأخرون بعد الصدر الأول بالعلم بالأحكام الشرعية العملية".[29]

ت-كون القصور الذي يعتري التقنين المستمد من الفقه الإسلامي والذي يقتضي التدارك عن طريق التعديل لا يمكن رده بأي حال من الأحوال إلى قصور في الشريعة الإسلامية بل إلى قصور في فهمها وحسن تطبيقها.

3- الفرق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها:

الملاحظ أن المشرع الجزائري عند اعتباره الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول لتقنين الأسرة اختار مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المرادف في اللغة الأجنبية لمصطلح(Disposition de la Chariàa). وتحاشي تأكيد مصطلح "مبادئ الشريعة الإسلامية" الذي عبر عنه في اللغة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الأجنبية بمصطلح (Principes du droit musulman)، الذي تقرر بموجب المادة الأولى من القانون المدني. وهو يعتبر بمثابة الشريعة العامة لسائر فروع القانون الخاص.

وعلى الرغم من غزارة التشريع المكتوب الذي يعتبر المصدر الرسمي للقانون، وسرعة سنه. والذي لم يعد يترك مجالا كبيرا للرجوع إلى الشريعة الإسلامية؛ والذي أصبح أمرا نادر الوقوع عمليا.[30] فأن هذا لا يمنع من التساؤل عن قصد المشرع الجزائري من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية،[31] ولم عدل عنها إلى مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة الجزائري.

أ-دلالة مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية:

لم تجتمع الكلمة حول دلالة مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري؛ وقد اعتبرت بعض المحاولات التي وقفت عليها مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية موافقا لما يأتي بيانه:

-الفقه الإسلامي:

يميل بعض الباحثين إلى اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، ومقتضى رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يعني البحث عن الحلّ في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر.[32] ويتبين من خلال هذا الرأي أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة هو المقصود بما يتم الالتجاء إليه للبحث فيه عن بغية المشرع عند إطلاق مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المدني الجزائري.

-الأدلة الشرعية المتفق عليها:

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية القواعد المستقاة من القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس وهذه هي الأدلة التي اتفق عليها جمهور علماء المسلمين بخلاف الأدلة الأخرى المختلف فيها.[33]

ومعلوم أن أدلة التشريع الإسلامي هي الأدلة الشرعية التي تستنبط منها الأحكام الشرعية العملية. والدليل الشرعي:"هو ما يتوصل بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو الظن".[34] وهي نوعان متفق عليها بين جمهور العلماء، ومختلف فيها.

-الأدلة الشرعية المتفق عليها والمختلف فيها:

اقترن التعديل الدستوري بمصر العام 1980 بمجموعة أعمال تحضيرية نبهت بالأصول التي ينبغي الرجوع إليها حين الخلاف حول المعطى الدلالي لكلمة " مبادئ الشريعة الإسلامية" باعتبارها المصدر الأساسي للتشريع. فقد أحالت هي أيضا إلى مصادر الشريعة الإسلامية التي ينبغي البحث فيها عن حكم صريح في المسألة، فإن لم يوجد حكم صريح فإن المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة، والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

واعتبرت الأعمال التحضيرية مصادر الشريعة الإسلامية هي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس. وهي المصادر المتفق عليها. وبجانبها أيضا توجد عدة مصادر يختلف الرأي بشأنها. وقد اعتبرت الأعمال التحضيرية العرف بشروطه الشرعية والمصالح المرسلة بشروطها الشرعية مصدران مهمان في الفقه الإسلامي.

والمتأمل في هذا الرأي يري بأنه نسب أدلة التشريع الإسلامي المتفق عليها إلى الشريعة الإسلامية بينما نسب الأدلة المختلف فيها إلى الفقه الإسلامي.[35]

-القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية:

بينما يذهب فريق آخر لاعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي فيما لا نص فيه هي المبادئ الكلية لهذه الشريعة الإسلامية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية، والتي تتفاوت الآراء بشأنها باختلاف المذاهب وتباين آراء الفقهاء نظرا لتغير ظروف كل مجتمع وظروفه.[36]

إن الملاحظ على ما تم استقراؤه من محاولات لبيان مدلول "مبادئ الشريعة الإسلامية: أن الخلاف متسع في دلالة هذا المصطلح. فضلا على أن بعض الباحثين أنفسهم لم يستقر رأيه على دلالة واحدة لمصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية واضطرب قوله فيها.[37]

وباعتبار أن: "القاعدة التشريعية بناء قانوني مكتمل التكوين، محدد الإطار قابل للتطبيق بحاله. بينما المبدأ التشريعي إطار عام يحتوي بنيته على مادة القاعدة التشريعية على حالتها الأولى قبل إفراغها في الوعاء القاعدي".[38] فإنه يمكن من وجهة نظرنا توسيع دلالة مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية الذي ورد في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري ليشمل فضلا عن الأدلة الشرعية بنوعيها القواعد الكلية في الفقه الإسلامي؛ سواء كانت مقاصدية كما هو الشأن لقاعدة جلب المصالح ودفع المضار، أم فقهية كقاعدة: المشقة تجلب التيسير، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار. ولا شك في أن هذه الكليات في الفقه الإسلامي تعتبر كذلك من قبيل المبادئ التي تبنتها المذاهب الاجتهادية في تفريع الأحكام الشرعية، وتنزيل الحوادث عليها، وتخريج الحلول الشرعية للوقائع سواء في نطاق العبادات أو المعاملات بأقسامها كالجنايات، والأحوال الشخصية، والقضاء، ووسائل الإثبات.[39] ولا شك أن في هذا من السعة ما قد يفي بمبتغى المشرع الجزائري الذي اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا أولا للقانون.

ب-دلالة مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية:

يعتبر الحكم الشرعي المنظم للحقوق والواجبات في الشريعة الإسلامية. وقد عمد علم أصول الفقه الإسلامي إلى الاعتماد على الأحكام الشرعية لتقسيم الأفعال الإنسانية وفق تدرج من السلبي إلى الإيجابي إلى خمس فئات رئيسية هي:

الواجب:وهو المتعلق بطلب فعل على سبيل الجزم. ثم،

المندوب: وهو المتعلق بطلب الفعل ولكن على غير سبيل الجزم. ثم،

الحرام: وهو المتعلق بطلب الكف عن الفعل بصورة جازمة.ثم،

المكروه: وهو المتعلق بطلب الكف عن الفعل، ولكن على غير سبيل الجزم.

المباح: وهو المتعلق بالفعل على وجه التخير بأن يستوي فيه طلب الفعل أو تركه.[40]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ويذهب البعض إلى أنه عندما يطلق مصطلح "الأحكام الشرعية" أو "الحكم الشرعي" في سياق معاصر يثير صعوبة في معرفة دلالته. غير أنه يرى بأنه في حالة استخدامه في مشروع تقنين للفقه الإسلامي كما هو الشأن في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يحيد عن معناه المعهود في أصول الفقه الإسلامي. ويصبح له معنى القاعدة القانونية كما تستخدم صيغة الجمع " أحكام " للدلالة على أحكام القانون.[41]

وعليه يعتبر مثلا من قبيل القواعد القانونية الواردة في القرءان الكريم الأحكام المتعلقة أساسا بتنظيم الأسرة والمواريث، وقد تضمنت سورة البقرة وحدها كثيرا من الأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج والطلاق وعدّة المرأة، والعلاقات الجنسية، واستخدام أموال اليتامى. وهي من أكثر السور وفرة وتنوعا في نطاق الأحكام الشرعية المتعلقة بالأسرة.[42]

المبحث الثاني: حقيقة اجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص فيه، ومقتضياته الموضوعية.

نحاول في هذا المبحث الوقوف على حقيقة اجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص فيه(**المطلب الأول**)، ومن ثمّ البحث على بعض المقتضيات الموضوعية التي نراها لازمة لحسن تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: حقيقة اجتهاد قاضي شؤون الأسرة الجزائري فيما لا نص فيه.

كون النص القانوني –سالف الذكر–أحال قاضي شؤون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية إذا لم تسعفه النصوص القانونية للفصل في المنازعة التي ينظر فيها للبحث عن الحكم الشرعي المناسب لها. وذلك من خلال مصادرها فإنه يتعين الوقوف على حقيقة الاجتهاد الشرعي ومتطلباته ابتداءا، قبل البحث في مقصود المشرّع الجزائري من دفع قاضي شؤون الأسرة إلى مصادر الشريعة الإسلامية للفصل في المنازعة التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري، ومدى توافر الشروط الموضوعية لقيامه بذلك؟

الفرع الأول:حقيقة الاجتهاد في الشريعة الإسلامية.

يكتسي الاجتهاد أهمية بالغة، ومنزلة عظيمة في الشريعة الإسلامية كونه أداة معرفة أحكامها، وتنزيلها في واقع الناس. وهو الأمر الذي جعله محطّ عناية بالغة في علم أصول الفقه الإسلامي. وقد ذكرت تعريفات عديدة للاجتهاد في اصطلاح الأصوليين.[43] ويعتبر تعريف الإمام ابن الحاجب أقربها إلى التعريف الجامع المانع كما انتهت إلى ذلك دراسات متخصصة في الاجتهاد حيث عرّفه بأنه:" استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظنّ بحكم شرعي ".[44]

ومجال الاجتهاد في الفقه الإسلامي لا يتعلق بما ورد في شأنه دليل صريح قطعي الثبوت والدلالة كما هو الشأن مثلا في عدة المتوفى زوجها، وأنصبة الميراث المقرّرة والمقدّرة شرعا بموجب نصوص وردت في المصدر الأساسي للتشريع الإسلامي؛ –المتمثل في القرءان الكريم– تتسم بأنها نصوص قطعية الثبوت، وقطعية الدلالة. وإنما يتعلق الاجتهاد بالواقعة التي يراد معرفة حكمها فيما لا نص فيه أصلا، أو فيما فيه نص غير قطعي من حيث الثبوت أو من حيث الدلالة.[45]

وللمجتهد في الإسلام منزلة رفيعة فهو قائم مقام النبوة بوصفه وارثا للنبي – صلى الله عليه وسلم– كما دل على ذلك الحديث الشريف:" أن العلماء ورثة الأنبياء، وإن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، وإنما ورثوا العلم".[46]

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وبناء على هذه المكانة السامية للاجتهاد يحتاط الفقه الإسلامي في الشروط الواجب توافرها لتحقق الأهلية للاجتهاد في المسائل الشرعية. ويمكن رد جميع هذه الشروط إلى ما ذكره الإمام الشاطبي مجملا في الموافقات في المسألة الثانية من كتاب الاجتهاد: بقوله " أنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين؛ أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها. والثاني: التمكن من الاستنباط بناءا على فهمه فيها."[47] وبناءا عليه لا تتحقق أهلية الاجتهاد في هذا الإطار لمن لا تتوافر فيه الشروط المجملة الآتية:

1-معرفة مصادر الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

2- فهم أساليب اللغة العربية.

3- كون المجتهد على درجة من الصلاح تجعله يتحرى في اجتهاده، ويحرص على مطابقة شرع الله وتقديمه على هواه.[48]

كما ذكر العلماء شروطا لقبول الاجتهاد تتمثل في الإسلام، والتكليف، والعدالة فمن تصدى للاجتهاد وتأخر فيه شرط مما سلف ذكره لم يقبل منه اجتهاده وإن كان قادرا على الفهم والاستنباط.

أما عن تفصيل شروط صحة الاجتهاد فتتمثل في توافر مجموعة من العوامل تكوّن الملكة الفقهية لدى صاحبها، وتجعله قادرا على الاستنباط بطرقه الصحيحة نكتفي بذكر ما تكاد تتفق الأبحاث الحديثة بشأنها فيما يأتي ذكره مجملا:[49]

1-العلم بالقرآن الكريم.

2-العلم بالسنة النبوية الشريفة.

3-العلم باللغة العربية.

4-العلم بأصول الفقه.

5-العلم بمقاصد الشريعة الإسلامية.

6-العلم بمواقع الإجماع.

7-العلم بأحوال العصر.

الفرع الثاني:تكوين القاضي الجزائري وحقيقة الاجتهاد في أحكام الشريعة الإسلامية.

الاجتهاد في لغة العرب من "الجهد" ومعناه الطاقة والمشقة، وهو مصدر من جهد في الأمر جهدا بمعنى إذا طلب حتى بلغ غايته في الطلب.[50] وتبعا لهذا المفهوم اللغوي يطلق الاجتهاد: على بذل الجهد والطاقة وصيغة الافتعال تدل على المبالغة في بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر الذي يستلزم كلفة ومشقة فلا يستعمل الاجتهاد فيما ليس فيه جهد.[51]

ويلاحظ أن هذا المعنى اللغوي وطيد الصلة بالمعنى الاصطلاحي الذي سبق بيانه؛ كون المجتهد يبذل ما في وسعه وطاقته العقلية والجسدية لبلوغ هدف مرجو وغاية منشودة، ومن ثم صحّ إطلاقه على الخبير في المخبر، والطبيب في المستشفى، وليس القاضي في المحكمة بعيدا عن هذا الإطلاق، وهلمّ جرا.[52]

وبناء على هذه المقاربة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي لمفردة " الاجتهاد" يتبيّن لنا حقيقة الاجتهاد الذي أشارت إليه بصورة ضمنية المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. فهذا الأخير عندما كلّف القاضي بالرجوع فيما لا نص فيه

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لأحكام الشريعة الإسلامية لم تتجه إرادته لتكليفه باجتهاد منشئ لحكم في مسألة، يتميز بالأصالة والإبداع تبعا للمفهوم الاصطلاحي للاجتهاد الشرعي أو الأصولي.

ولا شك أن هذا النوع من "الاجتهاد الإبداعي" ليس بمقدور القاضي تحصيله وليس باستطاعته دركه في عصر شحّ فيه الفقيه الموسوعي. وأصبحت الدعوات فيه تترا لتفعيل "اجتهاد المؤسسة" كبديل ناجع للاجتهاد الفردي. مثلما هو الأمر في بعض المسائل المعاصرة؛ كتأثير المستجدات الطبية المعاصرة على تقنينات الأحوال الشخصية؛ والتي أخذ بها قانون الأسرة الجزائري بناء على ما انتهت إليه مؤسسات الاجتهاد الجماعي من قرارات.[53] كما هو الشأن في تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج،[54] والتلقيح الاصطناعي.[55]

وتعريف الاجتهاد على الوجه السابق يصلح لأن يكون تعريفا لمؤسسة فبعض الشروط التي وردت في التعريف صعبة التحقيق، وهي تصلح على حد تعبير أحد المستشرقين: "لتحديد المهام المنوطة بمؤسسة للمساهمة في إنتاج معرفة تحدد هوية جماعة هي جماعة المسلمين".[56]

وبعد الوقوف على حقيقة الاجتهاد الأصولي، وشروطه وضوابطه، وما انتهى إليه من تطور في هذا العصر يصح القول بأن قانون الأسرة الجزائري عندما أحال قاضي شؤون الأسرة على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة الجزائري. إنما كلّفه باجتهاد " كاشف" يكتفي من خلاله بالكشف عن حكم المسألة محل النظر في مصادر التشريع الإسلامي فقط. وذلك لأن المشرع الجزائري على يقين بأنّ القاضي الجزائري مفتقر إلي شروط الاجتهاد الأصولي. فضلا عن أنه يدرك بأنه ليس بمقدوره إدراكها في زمان يندر فيه من تتوافر فيه أهلية الاجتهاد الشرعي التي يكتفي للتدليل عليها الإشارة إلى ظهور دعوات غلق باب الاجتهاد، وظهور محاولات لتفعيل بدائل له.[57]

وإذا تقرر من خلال بسط القول في حقيقة الاجتهاد الشرعي سلفا بأن صفة المجتهد لا تحصل إلا لمن تكون له ملكة يقتدر بها على استخراج الأحكام الشرعية من مصادرها، فإن من له دراية بالأحكام الشرعية من غير أن يكون له قدرة على استنباطها لا يمكن أن يسمى مجتهدا في علم أصول الفقه الإسلامي.[58]

وبناء عليه يبدو للباحث بأن إرادة المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري لم تتجه لتنصيب قاضي شؤون الأسرة مجتهدا شرعيا فيما لا نص فيه وإنما اتجهت إلى تكليفه بالكشف عن ما انتهى إليه الاجتهاد الشرعي في المسألة المعروضة عليه.[59]

المطلب الثاني:المقتضيات الموضوعية لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص فيه.

يقتضي أن يسبق البحث عن المقتضيات الموضوعية لتطبيقات المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحسن وجه تحليل هذا النص للوقوف على الواقع العملي لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص.

الفرع الأول: واقع اجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص فيه:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

على الرغم من أن غزارة التشريع المكتوب، وسرعة سنه- والذي يعتبر المصدر الرسمي للقانون- لم تعد تترك مجالا كبيرا للجوء إلى الشريعة الإسلامية؛ بحيث أصبحت من الأمور التي يقلّ وقوعها عمليا.[60] فإن هذا لا يمنع من البحث فيما قد يؤول إليه اجتهاد قاضي شؤون الأسرة -ولو نظريا- بناء على ما يتيحه النص القانوني.

ويبدو أن المشرع الجزائري عندما أحال القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة الجزائري للبحث عن حكم شرعي للفصل في المنازعة المعروضة عليه؛ والتي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري لم يدرك أنه كلّفه على ما يبدو بما يخرج عن استطاعته ومقدوره. وذلك بالنظر إلى تكوينه القاعدي في كليات الحقوق. وكذا المتخصص في المدرسة العليا للقضاء. فضلا عن الملكات المكتسبة خارج إطار تكوينه العلمي النظامي كما هو الشأن بالنسبة للقرآن الكريم والمعارف المتعلقة بعلوم الشريعة الإسلامية.

وإذا كان الواقع العملي يثبت أن اجتهاد قاضي شؤون الأسرة في تفسيره للنص القانوني وفهمه له عملا على حسن تطبيقه قد أدّى إلى تضارب بعض الأحكام القضائية[61] باعتبار أن التباين متحتم ولوكان النص مكتوبا؛ إذ من الطبيعي أن القضاة يختلفون في فهم النص الواحد وتفسيره[62] فإن الأمر لا شك يزداد اتساعا في نطاقه عندما يتعلق الأمر بما لم يرد بشأنه نص صريح في قانون الأسرة الجزائري. وذلك للاعتبارات الآتية:

1-انقطاع الصلة بمصادر المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية:

إن أول ما يمكن أن نلحظه من قصور قد يعيق التطبيق الحسن للمادة 222 سالفة الذكر يتعلق بشأن القاضي؛ الذي يمكن أن يكون مقطوع الصلة بمصادر المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية؛ وهي مصادر تعتبر ضرورية ولاغني عنها في ممارسة لمهنته. وعليه يثار التساؤل عن إمكانية نفاذ القاضي اليوم إلى هذه المصادر التقليدية، فمن الممكن أن يكون القاضي الذي أحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه لم يفتح في حياته كتابا واحدا متعلقا بفقه الشريعة الإسلامية. لقد أكدّ هذه الفرضية الكثير من رجال القانون أنفسهم، بل إن هذه المسألة قد وردت ضمن انشغالات القضاة أنفسهم. فحسب التقرير الذي عرض على المؤتمر الأول للقضاء الذي انعقد بالقاهرة في أفريل العام 1986، والذي جاء فيه أنه من "الحقائق الأخرى التي يتعين بحثها أن العالم القضائي يعيش منطويا على نفسه... فيما يتعلق بعلاقته بالشريعة الإسلامية، فالقاضي يجد صعوبة في الرجوع إلى كتب الفقه، وهي تعتبر ذخيرة علمية قيمة. وتعتبر أعمالا تحضيرية للتشريعات التي تستند إلى الشريعة الإسلامية". وقد كان من أهم التوصيات المهمة لمعالجة هذا الخلل: دعوة الأزهر الشريف وكل العاملين في هذا القطاع إلى إعداد المصادر في صورة مبسطة حتى يتمكن القراء استيعابها.[63]

2-اعتبار المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية معقدة وصعبة المنال:

تعتبر المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية معقدة وصعبة المنال في نظر المهنيين المشتغلين بالقانون أنفسهم.[64] لذلك يبحثون عن تبسيط في تقديمها يتوافق مع التكوين المتلقى. لقد أدرك الأزهر الشريف بمصر هذا المعوّق الموضوعي لطلبته المبتدئين في مرحلة الليسانس، فقام بتعديل منهجه التعليمي لإيجاد منفذ للمعرفة التراثية من خلال وساطة قوية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لقد وضعت بموجب هذه الوساطة تحت تصرف الطلبة المبتدئين ما يكفي من كتب التبسيط التي توفر لهم بسرعة العناصر اللازمة في سياق عملية تبسيط الفقه الإسلامي القديم وتركيزه لأن الطالب المبتدئ فيه يجد نفسه معزولا عن المصادر القديمة لهذه المعرفة. وهو أمر مختلف بالنسبة لطلبة الدراسات العليا وهيئة التدريس الذين لا غنى لهم عن الرجوع إلى المصادر القديمة لإعداد هذه الوسائط أو تحرير أطروحاتهم العلمية.[65]

3- الافتقار إلى منهجية التعامل مع المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية:

إذا سلمنا بأن القاضي أمكنه تجاوز عقبة النفاذ إلى المعرفة المتعلقة بالشريعة الإسلامية، وتخطى الحاجز النفسي الذي يقعده عن التعامل معها لخصوصيتها، إلا أن واقع الحال يسلم للقول بأن تكوينه لا يؤهله لتعامل منهجي معها ويظهر ذلك فيما يأتي التمثيل له:

أ-قد يكتفي القاضي بالرجوع إلى ما توافر لديه في مكتبته من مراجع متعلقة بالفقه الإسلامي، أو ما وقعت عليه يده للبحث عن حكم المسألة المعروضة لديه فيستند في ذلك لقول مرجوح أو مهجور، أو حتى شاذ للفصل فيها.هذا فضلا أن الأقوال في المسألة الواحدة قد تتضارب داخل المذهب الواحد والتي تحتاج مدارك واسعة بالفقه المقارن، وخبرة كبيرة بقواعد التعارض والترجيح في الفقه الإسلامي.

ب-كما يمكن للقاضي -بالنظر إلى تكوينه- أن يكون أسيرا لمذهب فقهي ما فيكتفي بالاستناد إليه لفض النزاع في المسألة المعروضة عليه من غير أن يقف على الآراء الأخرى التي يمكن الاستفادة منها، أو حتى الوقوف على التطور الحاصل في الاجتهاد داخل المذهب نفسه في المسألة ذاتها.[66]

ت- ويمكن التدليل من وجه آخر على أن قانون الأسرة كلف القاضي بما يخرج عن وسعه وطاقته في هذا السياق خاصة في ظل التطورات المتسارعة في زمن عولمة المعرفة الذي أصبحت المعلومة فيه متاحة في الوسائط الالكترونية، ويسهل الوصول إليها لنقل المبتغى وهو الحكم الشرعي في المسألة محل النزاع. وهنا يثار التساؤل عن فقه القاضي بالخلفية التاريخية للمصدر الذي استقى منه الحكم الشرعي للمسألة التي ينظر فيها؟ وهل يمكنه نسبته إلى مذهبه الفقهي؟ ومن ثم يعرف الأصول التي ينبني عليها الاجتهاد في هذا المذهب أو ذاك. وهل هو من ذوي الخبرة والدراية بتاريخ التشريع الإسلامي ومذاهبه وأصول الاجتهاد فيه؟

ولتقريب المسألة نفترض أن قاضيا ساقه تحرّيه في الوسائط الالكترونية عن مسألة لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة الجزائري إلى كتاب الكافي لأبي يعقوب الكليني، أو كتاب ما لا يحضره الفقيه لأبي جعفر محمد بن على القمّي.هل بإمكان هذا القاضي أن يحيط علما بأن هذه المؤلفات من أهم المصادر الأساسية للفقه الجعفري الشيعي؟ وهل يمتلك هذا القاضي خلفية علمية عن هذا المذهب تنبئه بأنه مذهب متأثر بالسياسة إلى حدّ بعيد؟ وأن أصول الاجتهاد فيه تختلف عن غيرها من أصول الاجتهاد في المذاهب الفقهية المشهورة؟ كيف يمكن لتكوين القاضي الجزائري أن يطلعه بأن لهذا المذهب آراء فقهية تخالف ما أجمع عليه المسلمون بسبب المعتقد الأساس الذي يرتكز عليه هذا المذهب بأن الأمام ملهم بالفقه؟ وبأنه لا يخطئ كونه معصوم. وهو أمر مخالف للمستقر بأن الفقه اجتهاد لا إلهام. هذا فضلا عن إنكار هذا المذهب الفقهي في أصول اجتهاده لجزء غير يسير من السنة النبوية كونه لا يعترف إلا بالأحاديث -مهما كانت

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

درجة صحتها- التي يرويها أئمة الشيعة بناء على أن أهل البيت هم أعلم الناس بحديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم-[67].

الفرع الثاني:مأمول اجتهاد قاضي شؤون الأسرة فيما لا نص فيه.

إذا أمكن القول بأن قاضي شؤون الأسرة يفتقر إلى أدنى الشروط الواجب توافرها للتصدي لفض النزاع المعروض عليه فيما لا نص فيه. فإن هذا يسلمنا للبحث في أهم المقتضيات الموضوعية التي يجب توافرها في القاضي لتطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحسن وجه. وقد يقتضي هذا المفاضلة بين فكرة تقييد القاضي بمذهب فقهي معين وفكرة القضاء المتخصص عند إحالة القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه. بصورة مجملة نرى بأن تقييد القاضي بمذهب فقهي معين يمكن أن يكون علاجا مرحليا لمشكلة أهلية قاضي شؤون الأسرة، لكنها لا تغني عن التوجه لأصل المشكلة وعلاجه من خلال فكرة التأسيس لقضاء متخصص في شؤون الأسرة كما يأتي تفصيله على النحو الآتي:

1-قصر اجتهاد قاضي شؤون الأسرة على مذهب فقهي علاج مرحلي لأهلية اجتهاده.

لا تسليم بالرأي القائل بأن الحل الحاسم لمشكلة أهلية قاضي شؤون الأسرة للاجتهاد فيما لا نص فيه بغية تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أحسن وجه يقتضي تقييد القاضي بمذهب فقهي معين، أو إحالته رأسا على أهم مصادره. والذي غالبا ما يكون المذهب الرسمي المعمول فيه في البلد كما هو شأن مذهب الإمام مالك بالجزائر.

قد يبدو لنا أنه يمكن أن يؤخذ بهذا الحلّ، ويعتمد عليه باعتباره ترياق مرحلي، وعلاج جزئي في خطة متكاملة ترمي للوصول إلى علاج حاسم لمشكلة أهلية قاضي شؤون الأسرة الجزائري التي تقتضي التوجه إلى أصل المشكلة لحسمها نهائيا، وذلك للمبررات الآتية:

أ-رغم السبق الذي حققته مجلة الأحكام العدلية في نطاق تقنين الفقه لإسلامي فإنها لم تسلم من النقد خاصة فيما تعلق بالقصور المرتبط بتنوع المصادر المادية التي استمدت منها، وانطوائها على المذهب الرسمي للدولة العثمانية المتمثل في الفقه الحنفي. لقد اعتبر بعض المعاصرين هذا المسلك من أهم المثالب التي انتقدت بها مجلة الأحكام العدلية. وهو المسلك الذي ضيق واسعا باعتبار أن المذهب الواحد مهما اتسع لا يمكن أن يفي بجميع الحاجات الزمنية والمصالح المتطورة؛ والتي قد يفقد علاجها التشريعي في ذلك المذهب ويوجد في غيره من الاجتهادات الأخرى مما يسهم في تفويت فرصة إثراء التقنين.[68]

ب-كما لم تسلم بعض التقنيات الحديثة من النقد، والتي ألزمت القاضي بمذهب فقهي معين كما هو الشأن بالنسبة لبعض جهود تقنين الفقه الإسلامي؛ والذي غالبا ما يكون المذهب الرسمي المعتمد من طرف الدولة، وقد تذهب أبعد من ذلك بإلزامها القاضي بكتاب معين داخل المذهب نفسه ككتاب زاد المقنع في بعض الدول التي تتبنى المذهب الحنبلي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ت-إذا كان حمل الناس على مذهب فقهي معين أمرا محمودا في نطاق العبادات لخلق انسجام في المظاهر العامة للتدين في المجتمع الواحد فإنه قد يكون خلاف ذلك في نطاق الأحوال الشخصية لما قد يفوته من مزايا في إثراء قانون الأسرة بالحلول المناسبة خارج المذهب الفقهي الرسمي للدولة على ما يبدو لنا.[69]

ث-كون هذا المسلك غير متناغم مع منهج تقنين الأسرة الجزائري نفسه؛ الذي اتسم بالانفتاح على مختلف مذاهب الفقه الإسلامي ضمن المنهجية المعاصرة التي ينصح بها حاملو لواء تقنين الفقه الإسلامي _كما سلف بيانه- ضمانا لقدر من السعة والمرونة في الاستجابة للتطورات المتلاحقة.

2- تأسيس نظام قضائي خاص بشؤون الأسرة علاج حاسم لأهلية اجتهاد القاضي:

ونرى في سياق محاولة علاج الخلل بينما يبتغيه نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري من جهة، ومكنة القاضي في تحقيق هذه الغاية من جهة أخرى: أنه لابدّ من الاعتماد على فكرة تخصص قاضي شؤون الأسرة لرفع ملكته الفقهية المتعلقة بعلوم الشريعة الإسلامية وكذا القانونية والذي يجب في تصورنا أن تكون شديدة الصلة بالشروط الموضوعية الآتية ضمن المراحل الأساسية لتكوين القاضي المختص في شؤون الأسرة تمهيدا لإقرار نظام قضائي خاص بشؤون الأسرة، ومستقل عن القضاء العادي، يأخذ بعين الحسبان ما يأتي ذكره:[70]

أ- الاعتداد بالمعارف السابقة لمرحلة التكوين الجامعي:

تعتبر المعارف المكتسبة في علوم الشريعة الإسلامية السابقة عن مرحلة التكوين الجامعي، والتي قد تستخدم في النشاط المهني للقاضي، من أهم المقتضيات الموضوعية التي نرى ضرورة أخذها بالحسبان في تجسيد فكرة تخصص قاضي شؤون الأسرة عمليا.

فالقرآن الكريم بالتأكيد هو أول هذه المصادر والمفروض ابتداءا أن يكون المرشح لمنصب قضاء شؤون الأسرة على دراية بالقرآن الكريم ودراسة كافية بتفسيراته الأساسية حتى قبل أن يبدأ دراسته الجامعية وهو الأمر الذي كانت تأخذ به مؤسسات التعليم العالي المتخصصة في علوم الشريعة الإسلامية. فقد كان الأزهر الشريف بمصر يخضع المرشحين للالتحاق بكلية الشريعة والقانون لمسابقة عسيرة أدّت فيما بعد لنوع من التسامح فيها لوقف عزوف الطلبة عن هذه الكلية وتوجههم نحو كليات الحقوق.[71]

إن الواقع العملي في الجزائر يثبت منذ تاريخ جمعية العلماء المسلمين الجزائريين إلى اليوم أن المدارس الدينية الحرة كالزوايا كان لها فضل صقل كفاءات بارزة في علوم الشريعة الإسلامية تبوأت مناصب ذات صلة بعلومها بالغة الشأن كعضوية المجلس الإسلامي الأعلى، وعضوية لجان الفتوى الوطنية والمحلية.[72]

ب- الاهتمام بالتكوين الأساسي للقاضي قبل الالتحاق بوظيفة القضاء:

فضلا عن تكوين قاعدي في مجال علوم الشريعة الإسلامية والقانون لا بد للقاضي الذي يترشح لمنصب قضاء شؤون الأسرة أن ينال حظا وافرا من تكوين متخصص في العلوم المسهمة في تكوين الملكة الفقهية وقدرته على الاجتهاد كما هو الشأن مثلا بالنسبة للمعارف المتعلقة بالاجتهاد نفسه وصوره المعاصرة من اجتهاد جماعي،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومقاصدي، وتنزيلي، وكذا الفقه المقارن، وقواعد التعارض والترجيح، والدراسات المقارنة، ومقاصد الشريعة الإسلامية، ولا بأس بالاستئناس في هذا السياق بعلوم الاجتماع والنفس وغيرها والاستفادة من مناهج البحث والتوثيق والتفسير والتخريج والإحصاء في سبيل صياغة العقل القادر على البحث، والاستقراء، والاجتهاد.[73]

ت- **الاهتمام بالتكوين المهني للقاضي بعد الالتحاق بوظيفة القضاء:**

ويتعلق الأمر بالحرص على تطوير كفاءة القاضي باكتساب المهارات وتطويرها أثناء أداء وظيفته. ولا شك أن تخصص القاضي في نطاق قضاء شؤون الأسرة طيلة مساره المهني، وعدم الانصراف للاشتغال بغيره يسهم في رفع مستواه العلمي والمهني ويشكل بصورة طردية رصيدا متناميا في نطاقها.

هذا فضلا عن إحاطته بفرص التكوين المستمر وتحفيزه عليه من خلال الدورات التدريبية والملتقيات العلمية وغيرها من الآليات الحديثة المتعلقة بالتكوين المستمر الملازم لمسار الموظف.

ث- **الاستئناس بالموسوعات الفقهية القانونية المقارنة:**

يعتبر العمل على تأليف الموسوعات القانونية منذ القديم أحد أهم وسائل تيسير العلم بالقانون للمشتغلين به منذ عهد جوستنيان، الذي حاول أن يحقق أضخم تجميع عرفه القانون الروماني والذي يعدّ في نظر المختصين آخر خطوة في تطور القانون الروماني القديم، والمنهل القانوني الذي استقى منه العالم الغربي تقنيناته الحديثة.[74]

وفي سبيل توثيق الصلة بين مصادر الفقه الإسلامي وتيسيرها لطلبة الأزهر الشريف اعترف هذا الأخير بموسوعتين فقهيتين: إحداهما تتضمن مجملا للحلول التي أخذت بها المذاهب السنية في الفقه التقليدي، وهي موسوعة "الفقه على المذاهب الأربعة".[75] والتي تعتبر موسوعة سهلة التناول تتكون من خمسة مجلدات في العبادات، والمعاملات، الأحوال الشخصية، والحدود. والموسوعة الأخرى: هي موسوعة للفقه حملت اسم الرئيس المصري السابق "جمال عبد الناصر"؛ بحيث بدأ إصدارها على عهده وبتوجيه منه غير أنه لم يكتب لها أن تكتمل.[76]

ولا يوجد ما يمنع من تحقيق مثل هذا المشروع المتعلق بإصدار موسوعة تتعلق بالأحوال الشخصية في الجزائر؛ ولا بأس أن يتم وفق منهج مقارن على مستوى الفقه الإسلامي ومختلف تقنينات الأحوال الشخصية. إذ نراه من المقتضيات الموضوعية لتطبيق المادة 222 سالفة الذكر. وهو مشروع يمكن أن تتبناه وزارة العدل، وتنسق بشأنه مع وزارتي التعليم العالي والبحث العلمي، والشؤون الدينية والأوقاف. وتحفز عليه وتدعو مخابر البحث في الجامعة الجزائرية للإسهام فيه.فتكون هذه الموسوعة إن -قدر لها أن ترى النور- بمثابة المنهل الذي يرجع إليه القاضي فيما أشكل عليه سواء ما تعلق بفهمه لنصوص قانون الأسرة الجزائري وتفسيرها، أو فيما لم يرد بشأنه نص في القانون نفسه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

خاتمة:

بصورة مجملة تتلخص محاولة الإجابة عن السؤال الذي انطلقت منه هذه الدراسة بأن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كلفت القاضي بما يخرج عن وسعه، ولا يسعه دركه عندما أحالته على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في هذا القانون. وذلك بالنظر إلى تكوينه القاعدي في كليات الحقوق، وكذا المتخصص المتعلق بالتكوين الذي يسبق الالتحاق بوظيفة القضاء. هذا فضلا عن الملكات الأولية المكتسبة خارج إطار تكوينه العلمي النظامي كما هو الشأن بالنسبة للقرآن الكريم والمعارف المتعلقة بعلوم الشريعة الإسلامية.

و توصي هذه الدراسة بغية وضع حلّ حاسم للتطبيق الحسن لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بضرورة توجيه البحث نحو إقرار نظام قضائي خاص بمسائل الأحوال الشخصية يحاول الأخذ بعين الحسبان خصوصية مسائله. ولا مانع في هذا السياق من الاستفادة عند تأطيره القانوني من تجارب الدول التي نتقاسم معها الموروث الحضاري نفسه؛ والتي تأخذ بنظام القضاء الشرعي المتخصص المستقل عن القضاء العادي.

أما تفصيلا فإن هذه الدراسة خلصت إلى جملة من النتائج والتوصيات الجزئية قد تسهم بعلاج الوضع ولو بصورة مرحلية، نورد أهمها وفقا للتفصيل الآتي:

نتائج الدراسة:

انتهت هذه الدراسة لجملة من النتائج الجزئية من أهمها:

1. المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية في نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري هي الأحكام الشرعية الجزئية المستمدة من الفقه الإسلامي. فالإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية يقصد به أحكام الفقه الإسلامي من دون تقييد القاضي بمذهب فقهي بعينه تبعا للرأي الغالب لدى شراح قانون الأسرة الجزائري.
2. يمكن التحفظ على ما أجازه البعض وأخذت به التقنينات المعاصرة بما فيها قانون الأسرة الجزائري، وجرى عليه العمل من مجارة للاستعمال المجازي المتعارف عليه لدّى المشتغلين بالقانون في القول بالترادف بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية.
3. يبدو أن إرادة المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري لم تتجه لتنصيب قاضي شؤون الأسرة مجتهدا شرعيا فيما لا نص فيه، وإنما اتجهت إلى تكليفه بالكشف عن ما انتهى إليه الاجتهاد الشرعي في المسألة المعروضة عليه. (الاجتهاد الكاشف).
4. رغم أن الاجتهاد الكاشف يحتاج إلى تكوين رصين ومتخصص في علوم الشريعة الإسلامية فإنه لا يشترط فيه توافر شروط الاجتهاد الشرعي وضوابطه(الاجتهاد الإبداعي) في زمن قد ولى فيه عصر الاجتهاد الفردي وعلماء الموسوعات، وحلّ محله اجتهاد المؤسسات والمجامع الفقهية.

توصيات الدراسة:

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

لعل من أهم توصيات هذه الدراسة بغية علاج الخلل بينما يبتغيه نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري من جهة؛ ومكنة القاضي في تحقيق هذه الغاية من جهة أخرى ما يأتي ذكره:

1. ضرورة تعديل نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري بتوجيه الإحالة على أحكام الفقه الإسلامي بدل أحكام الشريعة الإسلامية ولا بأس بجعل المذهب المعتمد في البلاد المتمثل في المذهب المالكي هو الأصل العام الذي يرجع إليه القاضي.
2. عدم إغفال مزية الانفتاح على مذاهب الفقه الإسلامي الأخرى انسجاما مع المقتضيات المنهجية المعاصرة التي ينصح بها لتقنين الفقه الإسلامي لضمان قدر من السعة والمرونة لإيجاد حلول صالحة للمشكلات العارضة باختلاف الظروف، وفتح المجال لاختيار الحلول الأفضل كلمت دعت الحاجة وأظهر التطبيق العملي بعض المشكلات وذلك بالاستفادة من الاختلاف الفقهي الذي يعد مصدرا لثراء الفقه الإسلامي.
3. تعتبر المعارف المكتسبة في علوم الشريعة الإسلامية السابقة عن مرحلة التكوين الجامعي، والتي قد تستخدم في النشاط المهني للقاضي، من أهم المقتضيات الموضوعية التي نرى ضرورة أخذها بالحسبان في تجسيد فكرة تخصص القاضي عمليا. والمفروض ابتداءا أن يكون المرشح لمنصب قضاء شؤون الأسرة على دراية واسعة بهذه المعارف حتى قبل أن يبدأ تكوينه القاعدي أو المتخصص للالتحاق بوظيفة القضاء المتعلق بشؤون الأسرة.
4. لابدّ من الاعتماد على فكرة تخصص قاضي شؤون الأسرة، التي تعتد أساسا بالمعارف المتعلقة بالشريعة الإسلامية، وتطوير كفاءته في التعامل مع مصادرها المختلفة والمتنوعة. هذا فضلا عن قصر مساره المهني على منازعات شؤون الأسرة وإفادته من التكوين المستمر تطويرا لخبرته برفع مستوى ملكته الشرعية والقانونية لقيامه بمهمة فض المنازعات التي لم يرد بشأنها نص قانون الأسرة الجزائري على أحسن وجه.

قائمة المصادر والمراجع:

أوّلا: المصادر:

1) القرآن الكريم، رواية حفص عن عاصم، دار القدس للنشر والتوزيع، جمهورية مصر العربية، 2012م.

2) أبو عيسى محمد بن عيسى السلمّي الترمذي، الجامع المختصر من السنن، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر.

ثانيا: المراجع:

I. النصوص القانونية.

1) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في26سبتمبر1975.

2) قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24 لعام 1984.

3) الأمر رقم 05-02 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 15 لعام 2005.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

II. الكتب:

1– أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر.

2– أحمد بن محمد بن على الفيومي، المصباح المنير، ج01، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر.

3– أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ط: 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981م.

4– برنار بوتيقو، الشريعة الإسلامية والقانون في المجتمعات العربية، ترجمة فؤاد الدهان، سينا للنشر، جمهورية مصر العربية، 1997م.

5– بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي، منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد93،2003م.

6– جبار صلاح الدين جبار، المختصر في تاريخ النظم (النظم القديمة + النظم الاسلامية+ النظم الجزائرية)،ط: 02، دار مدني، الجزائر، 2007م.

7– الخادمي، نور الدين بن مختار، الاجتهاد المقاصدي، منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد66، 1998م.

8– رشاد سلام، تطبيق الشريعة بين القبول والرفض، ط:01، سينا للنشر، جمهورية مصر العربية، 1997م.

9– ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012م.

10– سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، ط: 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2010م.

11– عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ط: 01، دار الغد الجديد، جمهورية مصر العربية، 2005م.

12– عبد العزيز هندي، تقنين الشريعة الإسلامية, ج: 01– الجريمة والعقاب في الشريعة الإسلامية– دار الهداية، جمهورية مصر العربية, 1987م.

13– عبد المجيد السوسو الشرفي،الاجتهاد الجماعي في القفه الإسلامي، منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد62، 1998م.

14– عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،ط:01 ، مؤسسة الزهراء، الجزائر، 1990م.

15– العربي بلحاج، أحكام المواريث، ط: 02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008م.

16– المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992م.

17– علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، ط: 02 ، موفم للنشر، الجزائر، 2005م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

18– عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية– النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري–، ط:02، دار ريحانة، الجزائرن 2000م.

19– عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، الجزائر، 1990م.

20– محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية –الوجيز في نظرية القانون، ط: 13، دار هومة، الجزائر،2006م.

21– محمد عيد الغريب، أثر تخصص المحاكم في الأحكام، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2005م.

22– محمد محده، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية ج: 01– الخطبة والزواج – دار الشهاب،الجزائر، دون سنة نشر.

23– محمد مقبول حسين، محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م.

24– مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية،ط: 01، دار الغرب الإسلامي،لبنان، 1983م.

25– المدخل الفقهي العام، ط: 02، دار القلم، 2004م.

26– مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري بينهما، ط: 01، دار القلم، سوريا، 1996م.

27– نذير حمادو، الوجيز في أدلة التشريع الإسلامي،ط: 01، مؤسسة ابن سينا، الجزائر، 2000م.

28– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، 1996م.

29– يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ط:01، مؤسسة الرسالة، لبنان،2001م.

III. المقالات:

1– عبد الجليل درارجة، ترشيد الدراسات الشرعية القانونية المقارنة ودوره في إثراء الفقه الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، العدد التجريبي، فيفري، 2016م.

[1] محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية –الوجيز في نظرية القانون، ط:13، دار هومة، الجزائر، 2006م، ص.166

[2] ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2012م، ص.107

[3] يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ط:01، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001م، ص.53، ومصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج01، ط:02، دار القلم، سوريا،2004م، ص.260

[4] ساسي بن حليمة، مرجع سابق،ص.107

[5] المواد 169–172 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالقانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 جوان 1984، والمعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 15فبراير2005

[6] العربي بلحاج، أحكام المواريث، ط:02، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر،2008م،ص.284

[7] مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري بينهما، ط: 01، دار القلم، سوريا، 1996م، ص.400

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[8] وذلك في المؤتمر المنعقد بعمان الأردنية في أواخر الثمانينات لدراسة توحيد مشروع قانون الأحوال الشخصية الموصي به في مؤتمر الرباط لوزراء العدل العرب سنة 1977 من خلال اللجنة التي شكلت لهذا الغرض. لقد تحفظت عديد دول الخليج العربي على رأسها المملكة العربية السعودية بسبب إدخال الوصية الواجبة في المشروع وبعض الأحكام الأخرى المخالفة للمذهب السائد فيها ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، ص.267

[9] يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص.51

[10] ساسي بن حليمة، مرجع سابق،،ص.104

[11] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، ص.269

[12] المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم

[13] المادة01/01 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975

[14] علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، ط:02، موفم للنشر، الجزائر، 2005م، ص. ص.81-88

[15] يتجلى ذلك بالأخذ بمبدأ شخصية القاعدة القانونية واحترام التشريعات الاستعمارية لهذه الخصوصية.ينظر ساسي بن حليمة، مرجع سابق، ص.108

[16] محمد محده، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية ج:01– الخطبة والزواج – دار الشهاب،الجزائر، دون سنة نشر،ص.57

[17] سورة الجاثية، الآية: 18

[18] محمد مقبول حسين، محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994م، ص.7

[19] عبد العزيز هندي، تقنين الشريعة الإسلامية,ج:01- الجريمة والعقاب في الشريعة الإسلامية- دار الهداية، جمهورية مصر العربية، 1987م، ص.21

[20] سورة آل عمران، الآية19

[21] سورة آل عمران، الآية85

[22] عبد العزيز هندي، مرجع سابق ص.24

[23] محمد مقبول حسين، مرجع سابق، ص.8

[24] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، ص.4

[25] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج01، ص.50 وهو تعريف الإمام الشافعي كما عزاه الآمدي في كتاب الإحكام في أصول الأحكام.عمر سليمان الأشقر، تاريخ الفقه الإسلامي، قصر الكتاب، الجزائر،1990م، ص. 11

[26] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص.ص.16.13.ومحمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.166

[27] محمد مقبول حسين، مرجع سابق، ص.8

[28] سمير عاليه، القانون الوضعي المقارن بفقه الشريعة، ط:01،المؤسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان،2010م، ص.44

[29] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص. 11

[30] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.169

[31] عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري-، ط:02،دار ريحانة، الجزائر، 2000م، ص.139،ومحمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.168

[32] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص.139

[33] أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ط:02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1981م، ص.36

[34] نذير حمادو، الوجيز في أدلة التشريع الإسلامي،ط:01، مؤسسة ابن سينا، الجزائر، 2000م،ص.13

[35] رشاد سلام، تطبيق الشريعة بين القبول والرفض، ط:01، سينا للنشر، جمهورية مصر العربية، 1997م، ص.81

[36] العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992م،ص.11 ومحمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.168، وعمار بوضياف، مرجع سابق، 139.وقد عزت هذه المراجع هذا القول إلى ما ذهب إليه علي على سليمان، في بحث له بعنوان:" الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري"، مجلة الفكر القانونين العدد:01،نوفمبر 1984.

[37] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.168،

[38] رشاد سلام، مرجع سابق، ص.79

[39] مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية،ط:01، دار الغرب الإسلامي،لبنان،1983م، ص.5

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[40] وهبة الزحيلي،أصول الفقه الإسلامي، ج:01، دار الفكر، سوريا،1996م، ص.ص.45.44.

[41] برنار بوتيقو، الشريعة الإسلامية والقانون في المجتمعات العربية، ترجمة فؤاد الدهان، سينا للنشر، جمهورية مصر العربية،1997م، ص.61

[42] المرجع نفسه نفسه،ص.49

[43] ينظر في تفصيل ذلك:دراسة متخصصة في الاجتهاد، بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي، منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد93،2003م، ص.27، ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،ص. ص.1037-1039.

[44]عبد المجيد السوسو الشرفي،الاجتهاد الجماعي في القفه الإسلامي، منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد62، 1998م، ص44.

[45] عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،ط:01، مؤسسة الزهراء، الجزائر، 1990م، ص. 216

[46] الحديث أخرجه الترمذي في كتاب العلم، باب ما جاء في فضل العلم على العبادة، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمّي الترمذي، الجامع المختصر من السنن، ج05، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.48

[47]أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز،ج:03، دار الكتب العلمية،لبنان، دون سنة نشر ص.76

[48] عبد المجيد السوسو الشرفي، مرجع سابق، ص. 60

[49] ينظر في تفصيل هذه الشروط: عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص.ص.217 -220. وعبد المجيد السوسو الشرفي، مرجع سابق، ص.ص. 60-72.

[50]أحمد بن محمد بن على الفيومي، المصباح المنير، ج01، دار الكتب العلمية، لبنان، دون سنة نشر، ص.53

[51] فيقال اجتهد في حمل حجر الرحاء ولا يقال اجتهد في حمل حصاء. عبد المجيد السوسو الشرفي، مرجع سابق، ص.43

[52] بشير بن مولود جحيش، مرجع سابق، ص.29

[53] ينظر المجمع الفقهي كآلية للاجتهاد الجماعي، عبد المجيد السوسو الشرفي، ص.ص.115-142

[54] المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري الصادرة بالأمر 05-02 المؤرخ في 15فبراير2005

[55] المادة 45 مكرر من القانون نفسه.

[56] برنار بوتيقو، مرجع سابق، ص.70

[57]عبد المجيد السوسو، الشرفي، مرجع سابق، ص. 40

[58]المرجع نفسه، ص 59.

[59] ينظر في مسألة التقليد والاجتهاد، الشاطبي، ج:01، مرجع سابق، ص.81

[60] محمد سعيد جعفور، مرجع سابق، ص.169

[61] ينظر مثلا التضارب في الأحكام مثلا اجتهاد المحكمة العليا فيمن يجب له التنزيل بين تنزيل أبناء الابن وأبناء البنت، العربي بلحاج، مرجع سابق،ص.286

[62] ساسي بن حليمة، مرجع سابق،ص.108

[63] برنار بوتيقو، مرجع سابق ص.58

[64] مقابلة مع الموثق المتربص: الأستاذ سليمان بوسعيد تحدث فيها عن الصعوبات الجمّة التي تعترض الموثقين في تحرير الفرائض خاصة تلك المتعلقة بالمناسخات والتنزيل. حيث استغرب أنه على مستوى الولاية التي أجرى فيها التربص يوجد مكتب واحد للتوثيق يعتبر مختصا بتحرير الوثائق المتعلقة بالتنزيل يوجه إليه معظم الذين يريدون تحرير فرائض على هذا المنوال.وأن الموثق الذي أجرى عنده التربص اعترف له صراحة بأن يتحاشى تحرير فرائض على هذه الشاكلة لصعوبتها بعدما سمح له بتحريرها. المقابلة تمت بتاريخ 2020/10/08.

[65] برنار بوتيقو، مرجع سابق، ص.57

[66] ينظر مثلا مذهب الإمام مالك في بيع العربون وموقف القضاء الجزائري من المسألة قبل إدراجه المادة 72مكرر من القانون المدني الجزائري والاجتهاد الفقهي المعاصر بشأن التعاقد بالعربون. عبد الجليل درارجة، ترشيد الدراسات الشرعية القانونية المقارنة ودوره في إثراء الفقه الإسلامي، مجلة الباحث للدراسات القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، العدد التحريبي، فيفري، 2016، ص.126

[67] محمد مقبول حسين، مرجع سابق،ص.176

[68] يوسف القرضاوي، مرجع سابق،ص.50

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[69] في أثر التعصب الفقهي على حركة تقنين الفقه الإسلامي ينظر: عبد الجليل درارجة، مرجع سابق، ص.126

[70] محمد عيد الغريب، أثر تخصص المحاكم في الأحكام، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2005، ص.56

[71] برنار بوتيقو، مرجع سابق، ص.45

[72] وهذا تشخيص لوضع وقفت عليه بنفسي طيلة تواجدي بالجنوب الكبير من خلال انتمائي لهيئة التدريس بقسم العلوم الإسلامية بجامعة أدرار. بحيث يزواج فيها معظم الطلبة بين التعليم الحر في الزوايا والتعليم الأكاديمي في الجامعة. والذين كان جلّهم على درجة عالية من العلم و ضبط المتون، وهو الأمر الذي بوّأ بعضهم أعلى الرتب العلمية في الجامعة، والمناصب المهنية بجدارة واستحقاق.

[73] الخادمي، نور الدين بن مختار، الاجتهاد المقاصدي، ج:02،منشورات كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، العدد66، ص.163

[74] جبار صلاح الدين جبار، المختصر في تاريخ النظم (النظم القديمة + النظم الاسلامية+ النظم الجزائرية)،ط: 02، دار مدني، الجزائر،2007م، ص.ص. 68-67.

[75] صاحب موسوعة" الفقه على المذاهب الأربعة" هو: عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، المتوفى عام 1360 هـ، ينظر: ط: 01، دار الغد الجديد، جمهورية مصر العربية، 2005م

[76] برنار بوتيقو، مرجع سابق،ص.58.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com