جامعة الشهيد حمه لخضر –الوادي-
معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

محاضرات في الاجتهاد المقاصدي والقضائي

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر
تخصص شريعة وقانون
السداسي الثالث

جمع وتنسيق: د. حياة عبيد

السنة الجامعية 2021/2020م

مفردات المادة

عنوان الماستر: شريعة وقانون. السداسي: الثالث
إسم الوحدة: الأساسية، المادة: الاجتهاد المقاصدي والقضائي
الرصيد: 04 المعامل: 02

محتوى المادة:

1. مفهوم الاجتهاد المقاصدي والمفاهيم القريبة منه
2. نشأة الاجتهاد المقاصدي
3. مجالات الاجتهاد المقاصدي
4. ضوابط الاجتهاد المقاصدي
5. نماذج من الاجتهاد المقاصدي في قضايا الأسرة
6. نماذج من الاجتهاد المقاصدي في قضايا حقوق الإنسان
7. نماذج من الاجتهاد المقاصدي في قضايا المال والأعمال
    1. مفهوم الاجتهاد القضائي والمفاهيم القريبة منه
    2. نشأة الاجتهاد القضائي
    3. مجالات الاجتهاد القضائي
    4. ضوابط الاجتهاد القضائي
    5. نماذج من الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة
    6. نماذج من الاجتهاد القضائي في قضايا حقوق الإنسان
    7. نماذج من الاجتهاد القضائي في قضايا المال والأعمال

طريقة التقييم: امتحان + متواصل.

المراجع: (*كتب ومطبوعات ، مواقع انترنت*، إلخ ..)

- الموافقات للشاطبي
- مقاصد الشريعة الإسلامية: محمد الطاهر بن عاشور
- الاجتهاد المقاصدي للخادمي
- فقه التديّن فهما وتنزيلا للنجار
- النظام القضائي الإسلامي: مجاهد الإسلامي القاسمي.
- نظام القضاء في الشريعة الإسلامية: عبد الكريم زيدان.

بسم الله الرحمن الرحيم

حاجة العصر
للاجتهاد المقاصدي

إعداد:

الأستاذ الدكتور: مازن إسماعيل هنية
أستاذ الفقه وأصوله بكلية الشريعة والقانون
رئيس لجنة الإفتاء بالجامعة الإسلامية . غزة

الأستاذ: خالد عبد الجابر الصليبي
المحاضر بكلية الشريعة والقانون
الجامعة الإسلامية . غزة

1432هـ / 2011م

المُقَدِّمَـةُ : الحمد لله، والصّلاة والسّلام على رسول الله، محمّد بن عبد الله، خاتم الأنبِياء والمرسلين، وبعد،،،

مما لا شك فيه أن القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة هما المصدران الأساسيان للتشريع الإسلامي، قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾[1]، وأن نصوصهما تستغرق أصول الأحكام الفقهية بلا نقص ولا قصور، ولكن إدراك هذه الأحكام واستنباطها، أو تطبيقها، أصولاً كانت أو فروعاً يحتاج إلى اجتهاد أهل العلم في ذلك، وذلك يتطلب استفراغ جهدهم، وبذل وسعهم لتحقيقه، ولا يحصل ذلك، إلا باستخدام كافة وسائل الاجتهاد، وسلوك جميع سبله، والتي يعتبر النظر في مقاصد الشريعة، وعلل أحكامها واحداً من أهم هذه الوسائل والسبل، فكان الاجتهاد المقاصدي على رأس كل اجتهاد، والحاجة إليه ملحة سواء تعلق هذا الاجتهاد باستنباط الأحكام من النصوص للتأكيد على مناسبة هذه الأحكام المستنبطة لتكون مقصودة للشارع، ومن ثم إسقاط هذه الأحكام على ما شابهها من مستجدات تشترك معها في هذه المقاصد، والعلل بعد تحقيقها، وتنقيحها وتخريجها عبر مسالك العلة، وكذلك تظهر الحاجة للاجتهاد المقاصدي فيما يتعلق في تطبيق الأحكام على المكلفين، فيُحتاج إليه لمعرفة أحوالهم، وملابسات النوازل والمستجدات التي ألمت بهم، ومراعاة خصوصياتهم الشخصية، والموضوعية، والزمانية، والمكانية، وما يحيط بهم من ظروف، ومراعاة تحقيق مقاصد الشارع الحكيم من خلال النظر في مآلات تطبيق هذه الأحكام.

طبيعة الموضوع: إن موضوع البحث هو موضوع أصولي، يناقش أحد أشكال الاجتهاد، وهو "الاجتهاد المقاصدي"، وهو اجتهاد يستقرئ، ويستنبط مقاصد الشارع الحكيم عند إقرار الأحكام المنصوص عليها، بتحقيق المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم في دنياهم وآخرتهم، وبذلك يتمكن المجتهد من إدراك الأحكام الشرعية في المسائل والنوازل والأحداث المستجدة، محققاً المصالح المقصودة للشارع، ومتجنباً الوقوع في مفاسد قصد الشارع تجنيبها عبادَهُ.

أهداف البحث: يسعى البحث إلى تحقيق عدد من الأهداف، هي:

- الوقوف على ماهية الاجتهاد المقاصدي، وتحديد تعريف واضح له.
- إظهار مدى أهمية الاجتهاد المقاصدي في العصر الحديث.
- بيان المجالات التي يُردُّ فيها الاجتهاد المقاصدي، وتلك التي يقبل فيها.
- تسليط الضوء على الدور المنشود للاجتهاد المقاصدي في العصر الحديث.
- توضيح الضوابط الشرعية التي يجب أن لا يتجاوزها الاجتهاد المقاصدي.
- عرض صور من المستجدات والنوازل في العصر الحديث التي كان للاجتهاد

خطة البحث: لقد وقع البحث في المقدمة السابقة وثلاثة مباحث، وخاتمة.

المبحث الأوّل: مفهوم الاجتهاد المقاصدي، وأهمِّيته، وما يردُّ منه، وما يقبل

المبحث الثّاني: دور الاجتهاد المقاصدي في حلّ مشكلات العصر، وضوابطه الشّرعية.

المبحث الثّالث الصور المعاصرة للاجتهاد المقاصدي.

ثّم اختتم البحث بخاتمة اشتملت على أهمّ النّتائج والتّوصيات

ملخص البحث

يعالج هذا البحث موضوع الاجتهاد المقاصدي، وهو نوع من أنواع الاجتهاد يأخذ في الاعتبار مقاصد الشارع الحكيم في إقرار الأحكام، وقدم البحث في المبحث الأول تعريفاً لكل من الاجتهاد والمقاصد ليتوصل إلى التعريف بماهية الاجتهاد المقاصدي كفن مستقل، ثم بين مدى أهميته في العصر الحديث، ضمن قواعد القبول والرد لهذا النوع من الاجتهاد، وناقش المبحث الثاني دور الاجتهاد المقاصدي في العصر الحاضر، في معالجة شتى القضايا والنوازل، مبيناً أهم الضوابط الشرعية له، واستعرض المبحث الثالث صوراً لهذا الاجتهاد في مجالات متعددة من نواحي الحياة المعاصرة.

Abstract

This paper tackles the personal reasoning "Ijteihad" in legislative intent, that is a type of reasoning in which allah's doctrines of approving any law are considered. The researchers define both: " Ijteihad " and "legislative intent" as an independent art. Then they discuss its importance in the modern life, based on the rules of acceptance and refusal. The researchers, after that, move to discuss the role of this kind of reasoning in solving usual and accident events, as regard to the Islamic guidelines.

المبحث الأوّل

مفهوم الاجتهاد المقاصدي، وأهمّيته، وما يردُّ منه، وما يقبل

أولا: مفهوم الاجتهاد المقاصدي:

1. تعريف الاجتهاد المقاصدي كمركّب إضافي:

أ . تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحا:

. **الاجتهاد لغة:** هو بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر، وهو افتعال من الجَهْدُ والجُهْدُ: وهما بمعنى الطّاقة، وقيل: إنّ الجَهْدُ يختص بالمشقّة، والجُهْد يختص بالطّاقة. وفي حديث أمّ معبد: "شَاةٌ خَلَّفَهَا الجَهْدُ عَنِ الْغَنَمِ"[2]، أي: المشّقة وفي التّنزيل العزيز: ﴿وَالَّذِينَ لاَ يَجِدُونَ إِلاّ جُهْدَهُمْ﴾[3]، قال الفرّاء: الجهد في هذه الآية: الطَّاقَةُ[4].

ومن هذه المعاني اللّغوية يمكن أن يتحقّق معنى الاجْتِهَاد الاصطلاحي الذي سنتكلّم عنه.

. **الاجتهاد اصطلاحا:** لقد عرّف العلماء الاجتهاد بتعريفات كثيرة تدور كلّها حول معنى واحد، وهو استفراغ الجهد والوسع إلاّ أنّه كان لكلّ واحد منهم شيء من التّوضيحات الّتي تعكس في بعضها مذهبه، فهذا ابن حزم يعرّف الاجتهاد بأنّه: "اسْتِنْفَاذ الطَّاقَة في طَلَبِ حُكْم النَّازِلَة حَيْثُ يُوجَدُ ذَلِكَ الحُكْمُ"[5]، وبهذا التّعريف يبدو مذهبه الظّاهري جليّا في هذا التّعريف، فنحن نلاحظ أنّه يقصر في تعريفه عمل المجتهد في السطحي للكشف عن الحكم فقط، مخرجا بهذا القيد القياس كأداة من أدوات الاجتهاد.

ومنهم من اشترط للمجتهد أن: "يُحِسَّ مِنْ نَفْسِهِ بِالْعَجْزِ عَنْ مَزِيدِ طَلَبٍ"[6]، فهو بذلك فتح الباب للمجتهدين لكي يسلكوا كلّ طريق يشعرون في أنفسهم حاجة له، أو أنّ فيه فائدة تعين على الوصول لمطلوبهم، وهذا الشّرط يجعل المجتهد مواظبا على طلب المزيد من العلم والنّظر.

ونجد آخر قيّد الاجتهاد في تعريفه فحصره "فِيْمَا لاَ يَلْحَقُهُ فِيْهِ لَومٌ" وفسَّر ذلك القيد بأنّه اقتصار الاجتهاد على مسائل الفروع، دون الأصول[7]، ليؤكد على امتناع المساس بأصول العقيدة والدين، أو العبث بالقطعيات من الأحكام.

أمّا البيضاويّ فعرّف الاجتهاد بأنّه: "اسْتِفْرَاغُ الجُهْدَ في دَرْكِ الأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ"[8].

وقد عرّفه الجرجاني بتعريف يستوعب كلّ المعاني السابقة وهو: "**اسْتِفْرَاغُ الفَقِيْهُ الوُسْعَ لَيَحْصُلَ لَهُ ظَنٌّ بِحُكْمٍ**"[9].

ب . تعريف المقاصد لغة واصطلاحا:

. **المقاصد لغة:** جمع مقصد، وهو مصدر ميمي من الفعل (قصد)، ، وللقصد معان عدّة ذكرها علماء اللغة منها[10]:

. القصد: الاعتماد والأمّ. وهو قصدك وقصدك أي تجاهك.

. والقصد: استقامة الطّريق. وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ﴾[11]؛ أي على الله تبيين الطّريق المستقيم.

. والقصد: العدل، والتّوسط، وعدم الإفراط. قال ﷺ: "القَصْدَ القَصْدَ تَبْلُغُوا"[12]؛ أي عليكم بالقصد من الأمور في القول والفعل، وهو الوسط بين الطّرفين، وقال عليه السلام: "عليكم هديا قاصدا"[13]؛ أي طريقا معتدلا. يقال: فلان مقتصد في النّفقة وقد اقتصد. واقتصد فلان في أمره أي استقام. وقوله: ﴿فَمِنْهُمْ ظَالِمٌ لِنَفْسِهِ وَمِنْهُمْ مُقْتَصِدٌ وَمِنْهُمْ سَابِقٌ بِالْخَيْرَاتِ﴾[14]؛ أي: بين الظّالم والسّابق بالخيرات.

وممّا سبق يتبيّن أنّ المعنى الأول هو الأقرب إلى التّعريف الاصطلاحي الذي نحن بصدده.

. **المقاصد اصطلاحا:** إنّ المطّلع على كتب المتقدمين من الأصوليين، لن يجد فيها تعريفا محدّدا للمقاصد، ذلك بأنّهم انصرفوا إلى العمل بها اجتهادا، وتطبيقا، واستعملوا في ذلك اصطلاحات دالة على معنى المقاصد؛ كـ (الحكمة المقصودة، والمصلحة، والعدل، ونفي الضرر ودفع المشقّة، والعلل، والغرض، والمغزى)[15]، وعبّر عنها ابن العربي بـ: عدم تعلق الأحكام بالألفاظ في قوله: "وَلاَ تَتَعَلَّقُ الأَحْكَامُ بِالأَلْفَاظِ، إلاَ أَنْ تُرَدَّ عَلَى مَوْضُوعَاتِهَا الأَصْلِيَّةِ فِي مَقَاصِدِهَا الْمَطْلُوبَةِ، فَإِنْ ظَهَرَتْ فِي غَيْرِ مَقْصِدِهَا لَمْ تُعَلَّقْ عَلَيْهَا مَقَاصِدُهَا"[16].

وقد علل د/ أحمد الرّيسوني خلو كتاب (الموافقات) للشّاطبي من تعريفٍ للمقاصد . رغم اعتباره المنظّر الأهم لنظرية المقاصد . بأنّه اعتبره أمراً واضحاً لمن يقرأ كتابه،

كونه كتبه للرّاسخين في علوم الشّريعة[17].

أمّا المتأخرون من الأصوليين في العصر الحديث، فقد حرصوا على تعريف المقاصد، ليتمكّنوا بعد ذلك من وضع تصوراتهم وأفكارهم بناءا على هذا التّعريف.

ولعلّ رائدهم في ذلك العلاّمة التونسي الشّيخ/ الطّاهر بن عاشور، والّذي قسّم المقاصد الشّرعية إلى عامة وخاصّة، فعرّف العامّة بأنّها: "المعاني والحكم الملحوظة للشّارع في جميع أحوال التّشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشّريعة"[18]. وعرّف المقاصد الخاصّة بـ: "الكَيْفِيَاتِ المَقْصُوْدَةِ لِلشَّارِعِ لِتَحْقِيْقِ مَقَاصِدِ النَّاسِ النَّافِعَةِ، أَوْ لِحِفْظِ مَصَالِحِهِم العَامَةِ في تَصَرُفَاتِهِم الخَاصَّةِ"[19].

أمّا العلاّمة علاّل الفاسي فقد وضع تعريفا جامعا لمقاصد الشّريعة بمعنييها العام والخاص فقال: "المراد بمقاصد الشّريعة: الغاية منها والأسرار الّتي وضعها الشّارع عند كل حكم من أحكامها"[20].

وقد وضع الدكتور نور الدّين الخادمي تعريفا للمقاصد ساير فيه ابن عاشور بوصفه المقاصد بالمعاني[21] فقال: "المَقَاصِدَ هِيِ المَعَانِي المَلْحُوظَةَ في الأَحْكَامِ الشَّرْعِيَةِ، وَالمُتَرَتِبَةِ عَلَيْهَا، سَوَاءَ كَانَتْ تِلْكَ المَعَانِي حِكَماً جُزْئِيَةً، أَوْ مَصَالِح كُلِّيَة، أَوْ سِمَات إِجْمَالِيَة، وهِيَ تَتَجَمَّعُ ضِمْنَ هَدَفٍ وَاحِدٍ هُوَ تَقْرِير عُبُودِيَّة الله وَمَصْلَحَة الإِنْسَان فِي الدَّارَيْن"[22].

وقد وافق أحمد الريسوني الفاسي في تعريفه مقاصد الشّريعة بأنّها: "الغَايَات الَّتِي وُضِعَتْ الشَّرِيْعَةُ لأَجْلِ تَحْقِيْقِهَا لِمَصْلَحَةِ العِبَاد"[23].

ويمكن إجمال تعريف المقاصد بما عرّفها به د/ عبيد في أطروحته بأنّها: "**المَعَانِي والعِلَل والحِكَم والأَهْدَاف والغَايَات الوَاضِحَة الَّتِي وَضَعَهَا أَوْ رَاعَاهَا الشَّارِع الحَكِيْم، أَوْ تَرَجِع إِلَيْهِ، اسْتِنَادَاً إلى عُمُومِ تَشْرِيْعَه، أَوْ مَا يَخْتَص بِبَعْضِ أَبْوَابَهُ، أَوْ إلى أَحْكَامِه الجُزْئِيَّة، المُوْصِلَة إلى تَحْقِيقِ سَعَادَةَ الإِنْسَانِ الحَقِيْقِيَة، في العَاجِلِ والآجِل، بِجَلْبِ المَصَالِح، ودَرْءِ المَفَاسِد**"[24].

2. تعريف (الاجتهاد المقاصدي) باعتباره علما على فنّ معيّن :

لم أعثر فيما وقفت عليه من مراجع على تعريف واضح لدى الأقدمين، أو المحدثين من الباحثين لمفهوم (الاجتهاد المقاصدي) كفن مستقل من فنون الاجتهاد، إلاّ ما ذكره الخادميّ في كتابه الاجتهاد المقاصدي وهو: "العَمَلُ بِمَقَاصِد الشَّرِيْعَةِ، والالْتِفَاتِ إلَيْهَا، والاعْتِدَادِ بِهَا في عَمَلِيَّةِ الاجْتِهَادِ الفِقْهِي"[25].

وقد علّق الباحث فؤاد عبيد على هذا التّعريف بالقول: "بأنّه مفتقر إلى وضوح الاجتهاد، ووضوح المقاصد؛ إذ يفهم هذا التّعريف من كان له تصوّر مسبق للاجتهاد، وللمقاصد، لكنّه بهذه الصورة متضمّن للدّور؛ إذ نحن بصدد تعريف الاجتهاد المقاصدي، فإذا بنا نعرّفه بـ (العمل بمقاصد ... في عمليّة الاجتهاد)"[26].

ثمّ بعد ذلك اقترح تعريفا لهذا الفن استخلصه من التّعريفات الاصطلاحية لكل من الاجتهاد، والمقاصد، فعرّف الاجتهاد المقاصديّ بأنّه: "**اسْتِفْرَاغُ الفَقِيْهِ لِوُسْعِهِ لامْتِلاَكِ القُدْرَةَ عَلَى اسْتِنْبَاطِ الأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ العَمَلِيَّةَ عَنْ طَرِيقِ اعْتِبَارِ، ومُرَاعَاةِ المَعَانِي، وَالعِلَلَ، وَالمصَالِحَ، وَالحِكَمَ، والأَهْدَافَ، وَالغَايَاتِ الشَّرْعِيَةَ الوَاضِحَةِ**"[27].

وبذلك يكون قد جَمَعَ بَيْنَ مُصْطَلَحَي الاجْتِهَادَ وَالمَقَاصِد.

ثانياً: أَهَمِّيَةَ الاجْتِهَادِ المَقَاصِدِي:

لقد ظهرت الحاجة للاجتهاد في إدراك وتقرير الأحكام الشرعية من بداية التشريع الإسلامي، فقد كان من خصائص هذه الشريعة أنها أُقِرَّت من الشارع منجمة على مراحل لتساير الأحداث والنوازل، فتضع لها من الأحكام ما ينظمها، ويبين الواجب والمحرم والمباح منها، وهذه الخاصية أعطت الفرصة للصحابة ﷺ ليتمرسوا في الاجتهاد لتقرير ما يناسب هذه النوازل مع وجود الوحي، ليكون له الكلمة الأخيرة في تصويب اجتهادهم، وتوجيههم نحو الوجهة الصحيحة التي ينبغي عليهم أن يسلكوها في إقرار الأحكام والتشريعات[28].

فنجد الصحابةً ﷺ يوم بدر اجتهدوا في أمر الأسرى بناءً على طلبٍ من النبي ﷺ، ومشورته لهم في الأمر، وكان رأي عمر ﷺ أن يقتلوا جميعاً، وكان رأي أبي بكر الفداء،

ومال النبي ﷺ إليه[29]، وإننا لو محصنا النظر في توجيه المولى ﷻ لهم بعد هذه الحادثة، لوجدنا أنه ﷻ لم يعب عليهم اجتهادهم، ولكنه عاب عليهم مسلكهم في الاجتهاد فقال تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الآخِرَةَ﴾[30]، فوجههم نحو ضرورة الأخذ في اعتبار المصالح والمفاسد الناتجة عن الحكم في المسألة، وضرورة مراعاة الأهداف والغايات والمقاصد العليا لاختيار الأنسب من الأحكام، فالهدف الأساس والمقصد الأعظم للمسلمين هو التمكين لدين الله ﷻ في الأرض (حَتَّى يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ)، وإزالة العقبات التي تحول بين الناس ودين الله، وأيُّ عقبة أعظم من وجود صناديد الكفر هؤلاء.

ولما بعث النبي ﷺ معاذاً وأبا موسى إلى اليمن وأقَرَّهُمَا عَلَى الأخذ بالاجتهاد بقوله: "الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ"[31]، نجده بعد ذلك حينما استفتاه أبو موسى قائلاً: "إِنَّ شَرَابًا يُصْنَعُ بِأَرْضِنَا مِنَ الْعَسَلِ يُقَالَ لَهُ الْبَتْعُ وَمِنَ الشَّعِيرِ يُقَالُ لَهُ الْمِزْرُ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ"[32]، لم يجبه على سؤاله، وإنما وجهه إلى الطريق الصحيح لإدراك الأحكام، وهو النظر في مقاصدها وعللها، فكأن النبي ﷺ قال لمعاذ ﷺ إن الله ﷻ إنما حرم الخمر لعلة الإسكار فيها، ونلاحظ أنه سبق استفتاء أبي موسى قول النبي ﷺ في نفس الحديث: "ادْعُوَا النَّاسَ، وَبَشِّرَا وَلا تُنَفِّرَا، وَيَسِّرَا وَلا تُعَسِّرَا"، فكأن أبا موسى حينما سمع ذلك من النبي ﷺ أراد أن يستطلع منه حدود التيسير والتعسير فكان في رده ﷺ جواباً له على سؤاله من ناحية، وبياناً لما أراده من وراء هذا السؤال من الناحية الأخرى، فأخبره بأن ضابط اليسر والعسر هو مقاصد الشريعة وما تراعيه من مصالح، وليس هوى الناس، وما يرونه هم من مصالح، كل ذلك في عبارة وجيزة، وهذا من معجزاته ﷺ.

ولما انقطع الوحيُ وزادت حاجة المسلمين إلى الاجتهاد، لم يجد الصحابة ﷺ عنتاً شديداً في الاجتهاد فيما جدّ لهم من مسائل، وما وقع لهم من نوازل، وذلك لما حصلوا عليه من توجيه وتدريب وإرشاد من الله ﷻ، ومن نبيه ﷺ، فاجتهدوا في هذه المستجدات والحوادث سالكين الطريق الصحيح؛ من تتبع الآثار والنصوص، والقياس

عليها، والتشاور فيما بينهم، والاجتهاد بشكل جماعي، واضعين نصب أعينهم في كل ذلك مقاصد الشريعة العليا، وما تراعيه من جلب المصالح، ودرء المفاسد.

ولما امتد الزمان، وانتهى عهد الصحابة، وكثرت الحوادث والنوازل، ووقع من المستجدات ما لم يوجد له شبيه أو نظير من الأحكام المنصوص عليها فيقاس عليه، أو يلحق به، زادت الحاجة لاعتبار المقاصد، فزاد المجتهدون من التابعين اهتمامهم بها، متأثرين في هذا المنهج بما اكتسبوه من ملازمتهم للصحابة ﷺ ومما فهموه من تعليلاتهم المقاصدية والمصلحية، مما ساعدهم في مواكبة عصرهم وبيان أحكامه المختلفة، وفي هذا العصر بدأ المجتهدون بالنص على ضرورة اعتبار المقاصد في الاجتهاد، فقد روي عن إبراهيم النخعي قوله: "إن أحكام الله تعالى لها غايات، هي حكم ومصالح راجعة إلينا"[33].

وظل المجتهدون في كل عصر وزمان يؤكدون على أهمية اعتبار المقاصد، والأخذ بها في عملية الاجتهاد بدءاً من أئمة المذاهب، وفي مقدمتهم الإمام مالك، مروراً، بالأصوليين أمثال الجويني، والغزالي، والعز بن عبد السلام، وابن تيمية وغيرهم، إلى أن استقر الأمر عند إمام المقاصد ورائدها الإمام الشاطبي[34].

ومن هنا ظهرت بوضوح أهمية المقاصد في حياة الأمة من كافة الطبقات والمستويات، من العامة، والدعاة، والمجتهدين.

1. أهمية المقاصد بالنسبة للعامة:

ويقصد هنا بأهميتها للعامة، أنها تهم كافة المسلمين من أفراد عاديين، ومتعلمين، ومثقفين، ودعاة، وفقهاء، ومجتهدين، ولكن يكفي للمسلم العادي أن يقف عليها، أما غيره من دعاة ومجتهدين فيلزمهم ما هو أكثر من ذلك، وتتلخص أهمية المقاصد بالنسبة لعامة المسلمين في الأمور التالية:

- تؤدي إلى زيادة الإيمان بالله، وترسيخ العقيدة الإسلامية في القلوب، لتكون عندهم القناعة الكافية في دينهم وشريعتهم، ويسعون جاهدين للالتزام بأحكامها، والحذر من مخالفتها.

- تعطيهم مناعة ضد الغزو الفكري والعقدي، والتيارات المستوردة، التي يتستر أصحابها وراء دعايات كاذبة، تشوه ملامح الشريعة الإسلامية، وتفتري عليها بشبه وأباطيل لا تنطلي إلا على البسطاء، وأنصاف المتعلمين.
- معرفة مقاصد الشريعة، تجعلهم يُوَفِّقُونَ مقاصدهم تبعاً لمقاصد الشارع، ويحكمونها بها، فلا يتهربون منها، أو يتحايلون عليها.
- تحقيق العبودية لله، وهي المقصد الأعظم للشريعة الإسلامية، قال تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاّ لِيَعْبُدُونِ﴾[35][36].
- تكمن أهمية فهم العامة للمقاصد في أن العلماء المجتهدين لا يقدرون على توجيه الأمة نحو ما اعتبروه صلاحا لها، واجتهدوا في عَدِّهِ واجبا أكيداً في نوازل العصر إلا إذا تهيأت العقول العامة لذلك، وتصححت المفاهيم والتصورات، وانتظمت الأفكار والرؤى وفق منهجية تراعي الأولى والأهم والأصلح والأكثر فائدة[37].

2. أهمية المقاصد بالنسبة للدعاة:

- تضبط أفكارهم وتفكيرهم فيما يقولون ويختارون من الأقوال، ويرجحون من الآراء والفتاوى، وما يرشدون الناس إليه، مما يحقق جلب المنافع لهم، ودرأ المفاسد عنهم.
- تساعدهم على إدراك مآلات الأفعال، فلا يكونون ظاهريين حَرْفِيين لا همَّ لهم إلا نقل الأقوال، من غَيرِ إدراك للواقع المعيش، ولا الظروف المحيطة، ولا الملابسات المتشابكة. وتجعلهم . المقاصد . يتخيرون من الأقوال أنسبها، وينزلونها في خير محالها، على أحسن أحوالها.
- تساعدهم على الفهم السليم الذي يحفظ من الزلل، ويصون من الاعوجاج والعلل، فتُحفظ الأعراض والأموال والأنفس؛ لأن النفس تستقيم إذا استقام فكرها، وتنحرف إذا اعوج، وتهلك إذا ضل.
- إدراك المقاصد يعين الدعاة على ردِّ الشبهات التي تثار حول الإسلام؛ ببيان منهجه الأصيل، وإدراك مراميه وأهدافه، وقراءة الفروع والجزئيات في إطار قضاياها الكلية، ورد المتشابه إلى المحكم، والفروع إلى الأصول، فتبين صورة

الإسلام واضحة جلية.

- كما أنها تساعدهم على تحقيق أهدافهم، وترشيد مسيرتهم، فلا ينشغلون بالمظاهر دون الجواهر، ولا ينصرفون عن الأمور الكلية انشغالا بالأمور الفرعية؛ فهي تجعل طريقهم واضح المعالم، بيّن الآثار، فترشِّد كثيرًا من الجهد المنفق في غير محله، إلى إصابة الهدف بأقصر طريق، وأقل جهد مبذول، حتى يتفرغوا لتحقيق أهداف أخرى في مسيرة دعوتهم[38].
- وتظهر أهمية المقاصد بالنسبة للداعية، أيضاً، في ترتيب سلم أولويات دعوته، فيقدم الضروريات على الحاجيات والتحسينيات، ويقدم الأصل على الفرع، ويقدم المصلحة العامة على الخاصة، ويحذر الناس من الضرر الأكثر خطورة قبل تحذيرهم من الأقل خطورة، ويخاطب الناس على قدر عقولهم ومستوياتهم من الفهم، فالمقاصد بالنسبة له كالدواء بالنسبة للطبيب يجب أن يعرف الوقت المناسب والظرف المناسب لتقديمه، وهو ما يسمى بفقه الواقع[39].

3. أهمية المقاصد للمجتهد:

لقد تنبه علماء الأمة مبكراً إلى أهمية المقاصد بالنسبة للمجتهد، ونصوا على ذلك في رسائلهم ومؤلفاتهم وآرائهم ذاكرين أسباب ذلك كلٌ حسب وجهته وطريقته[40]:

فهذا الإمام الجويني ينقل عن الإمام الشافعي أنه قدم اعتبار كليات الشريعة ومصالحها العامة على القياس في تحصيل الأحكام الشرعية إذا عُدِمَ النص الدال عليها، وذكر مثلاً لذلك قوله بالقصاص في القتل بالمثقل، مراعاة لمقصد الشريعة من القصاص وهو الزجر. وقد وافق الجويني الإمام الشافعي في ذلك الترتيب واصفاً إياه بأنه ترتيب حسن[41].

أما الإمام الغزالي فقد نبه على أهمية المقاصد بأن جعل تحقيق المصلحة متعلق بالمحافظة على مقاصد الشريعة[42].

وأشار سلطان العلماء العز بن عبد السلام إلى أهمية المقاصد بقوله: "ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح، ودرء المفاسد، حصل له من مجموع ذلك اعتقاد

وعرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك"[43]، فهو بذلك قرر أنه لا يمكن أن يحصل للمجتهد قدرة على تمييز المصالح والمفاسد المعتبرة شرعاً من غير المعتبرة إلا بتتبعه وإطلاعه على مقاصد الشرع، وقد دلل على موقفه هذا بأن مثل له بـ "من عاشر إنسانا من الفضلاء الحكماء العقلاء وفهم ما يؤثره ويكرهه في كل ورد وصدر، ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها، فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته، وإلفه، من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة، ويكره تلك المفسدة[44].

وجاء الشاطبي ليؤكد على أهمية المقاصد للمجتهد، فجعل فهمه لها، والقدرة على الاستنباط بناءً على هذا الفهم، وصفان أساسيان يجب أن يتصف بهما الفقيه ليصل إلى الدرجة العليا في سلَّم الاجتهاد[45].

كما يؤكد الشاطبي على ضرورة المقاصد للمجتهد إذا تعلق اجتهاده بالمعاني من المصالح والمفاسد، فحينها لا يلزمه العلم بالعربية، وإنما العلم بمقاصد الشرع من الشريعة جملة وتفصيلا[46].

وتابع العلماء في العصر الحديث اهتمامهم بالمقاصد، والتأكيد على ذلك حيث يعتبر الطاهر بن عاشور من رواد الاهتمام بالمقاصد في العصر الحديث وقد أكد على أهمية المقاصد فقال مبيناً سبب تصنيفه لكتابه المقاصد: "هذا كتاب قصدت منه إلى إملاء مباحث جليلة من مقاصد الشريعة الإسلامية، والتمثيل لها والاحتجاج لإثباتها لتكون نبراساً للمتفقهين في الدين ومرجعاً بينهم عند اختلاف الأنظار، وتبدل الأعصار..."[47].

ومما سبق يمكن جمع أهمية الاجتهاد المقاصدي في النقاط التالية[48]:

أ . الاجتهاد المقاصدي كفيل بتوجيه الرؤية الكونية للإنسان.

ب . الاجتهاد المقاصدي هو الإطار المرجعي الدائم الذي يضمن صلاحية الشريعة الإسلامية واستمرارها وخلودها.

ت . عدم تصور وجود مجتهد يَنْسِبُ اجتهاده إلى الشرع، دون أن يكون مستوعباً

للمقاصد، لحاجته إليها في فهم مدلولات النصوص، ومعالجة التعارض بين الأدلة، وفي فهم القياس، وفي النوازل والمستجدات.

ث . الاجتهاد المقاصدي يعين المجتهد على ترتيب الأولويات في تطبيق وترجيح الأحكام الشرعية.

ج . الاجتهاد المقاصدي هو الوسيلة الناجحة في تحقيق الكفاءات التي تدير الحوار المثمر مع الأديان والثقافات والحضارات الأخرى.

ح . الاجتهاد المقاصدي يرشد نظرتنا الشرعية إلى مختلف الوسائل وخاصة الوسائل التكنولوجية الحديثة، التي ذللت العقبات في شتى المجالات العلمية، والصحية، والاجتماعية، والاقتصادية...

ثالثاً: ما يُرَدُّ مِنَ الاجتهاد المقاصدي، ومَا يُقْبَلُ منه:

بالرغم من أهمية الاجتهاد المقاصدي، وثبوت الحاجة إليه، إلا أنه لا يفهم من ذلك أن كل أمور الشريعة الإسلامية قابلة لإعماله فيها، فهناك ثوابت لا تصلح لأن تكون مجالاً لإعمال المقاصد، وهناك متغيرات، هي مدار للبحث المقاصدي على مر العصور؛ وهو بذلك لا يخرج عن الثوب العام للاجتهاد، وعليه يمكن تقسيم الاجتهاد المقاصدي من هذه الناحية إلى قسمين:

الأول . ما يُرَدُّ الاجْتِهَادُ المَقَاصِدِيُ فِيْه ويشمل:

أ . **مسائل العقيدة:** إن مسلمات العقيدة وقواعدها قطعية وثابتة، ولا يجوز المساس بها بدعوى النظر المقاصدي والمصلحي، وذلك لأن المصلحة الإنسانية الكبرى، وهي الفلاح في الدنيا والفوزالآخرة لا تتحقق إلا إذا انتظمت أحوالها وفقاً لهذه القواعد، فأي مقصد وأي مصلحة تتعارض مع هذه المصلحة هي باطلة حتماً.

ب . **العبادات:** وهي مقصودة للشارع لذاتها، وبكيفيتها، لِحِكْمَةٍ لا يعلمها إلا هو، فيجب الامتثال بها كما أمر، ولا يجوز العبث بها تغييراً أو تعديلاً أو زيادة أو نقصاناً بدعوى المصلحة والتيسير، ورفع الحرج، ودفع المشقة، أو تحصيل زيادة أجر وثواب، ومن ذلك: البدع، والتنطع في العبادات، أو التحلل من بعضها، ويلحق بالعبادات ما هو

في معناه مثل مسائل الميراث، والعدة، والحدود، والكفارات.

ت . **أصول المعاملات:** وهي مبادئ التعامل الكبرى، وقواعد الأخلاق العامة مثل قيم العدل والشورى والأمانة، والوفاء بالوعد، والصلح، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وغيرها من الفضائل، فهذه القضايا لا يجوز استخدام الاجتهاد المقاصدي فيها[49].

2. مَا يُقْبَلُ فِيْهِ الإِجْتِهَادُ المَقَاصِدِي:

أ . **الوسائل الخادمة للعقيدة:** وتتمثل في كيفية الدعوة إلى الله، وطبيعة الخطاب الموجه للبشرية، ووسائل تعليم وتوضيح التصورات العقائدية الإسلامية، وسبل الجدال مع المخالفين، ومن ذلك استعمال العلوم المعاصرة، والمكتشفات الطبية والكونية والوسائل الحديثة السمعية، والبصرية، والفنية، والإعلامية لترسيخ مفاهيم العقيدة الإسلامية، وتجذيرها في النفوس، وهو من الأمور التي يحتملها الاجتهاد المعاصر. وإن ترك الاستفادة من هذه الوسائل هو ضرر محقق، لأن هذه الوسائل إذا لم تستمر في الخير، فسوف تستغل في الشر وما يصرف البشرية عن مستقبلها وحضارتها، ويشغلهم بالإثارة والإغراء، والاستفزازات، والمغالطات، والتحريفات، وغير ذلك من المفاسد.

ب . **الوسائل الخادمة للعبادات:** وذلك من قبيل استخدام مكبرات الصوت في الأذان والصلوات، وتنظيم أمور الحج مثل تحديد عدد الحجاج، وتيسير وسائل أدائه والتفويض في الذبح، ووضع المتكآت في المساجد، وكثير من هذه الوسائل التي تعين على أداء العبادات دون أن تخرجها عن حقيقتها وجوهرها، أما إن مس حقيقتها كدعوى نقل صلاة الجمعة إلى يوم الأحد في بلاد الغرب لتمكين أكبر عدد من المسلمين من حضورها، وأداء الصلاة على الكراسي، بحجة تحقيق أداء أحسن، وخشوع أكبر، فهذه المصالح لا يجوز اعتبارها لأنها مصالح موهومة تعارضت مع أصل العبادة التي أرادها الشارع.

ت . **كيفيات المعاملات وتفاصيلها:** إذا كانت أصول المعاملات مضبوطة بقواعد لا

يجوز المساس بها، فإن تفاصيل هذه المعاملات يمكن أن تكون محل نظر واجتهاد بشرط ألا يؤدي هذا النظر إلى إبطال الأصل، فالشورى مثلاً أصلٌ لا يمكن المساس به، أو تركه، ولكنه يمكن الاجتهاد واعتبار المقاصد والمصالح في وسائل الشورى، وطريقة اختيار أهلها، وعزلهم، وتحديد مدةً لهم وغيرها من التفاصيل، وتحقيق العدل أمر ثابت، ولكن وسائله متغيرة، فيمكن الاجتهاد في إجراءات التقاضي، ورفع الدعاوى، والترافع، والاستئناف، والتنفيذ.

ث . **التصرفات السياسية:** وهي كل ما أَوْكَلَهُ الشَّارِعُ لِوُلاَة الأمور، من الساسة، والحكام، والعلماء، كي يحددونها وفقاً للمصالح الشرعية، من إدارة البلاد، والتخطيط لمستقبل الأمة، ووضع الهياكل الإدارية والمالية والقضائية، وضمان الأمن، وزجر البغاة، تحصين الثغور، وإقامة الجيوش وصد المعتدين، وإعلان الحرب، وإبرام المصالحات والمهادنات. ويدخل في اختصاص ولاة الأمور تقييد وضبط بعض المباحات، والحد من بعض الحريات الخاصة والعامة، وفرض التعازير والإلزامات المالية الإضافية، على أن يكون كل ذلك وفق ضوابط الدين، وشروط الاجتهاد، وقواعد الاستصلاح المعتبرة شرعاً، وليس لمجرد التشهي وباعث الهوى، ومن غير الاستئثار بالسلطان والمال دون الأمة.

ج . **النوازل الاضطرارية:** وهي ما يلجأ إليه المسلمون من نوائب الدهر فرادى وجماعات، تحملهم على ارتكاب بعض المحظورات لدرء مفسدة الوقوع في الهلاك البَيّن والمشقة غير المعتادة، وهي أحكام الرخص والضرورات، بشرط تحقق الضرورة، والتأكد من أن ضررها أخف من ضرر الوقوع في المحظور، وأن تكون مستندة إلى القطع أو الظن الغالب، ولا يقبل منها ما بنى على الشك أو الوهم، كاعتبار الضرورة في الحصول على القروض الربوية بحجة الحاجة إلى السكن، أو التجارة[50].

المبحث الثّاني
دور الاجتهاد المقاصدي في حلِّ مشكلات العصر
وضوابطه الشَّرعيَّة

أوّلا: دور الاجتهاد المقاصدي في حلِّ مشكلات العصر:

رغم أهمية الاجتهاد المقاصدي على مدى العصور ودوره البارز في بيان ومعرفة الأحكام الشرعية، إلا أن الحاجة له في العصر الحديث آكد، والضرورة لتطبيقه أكثر إلحاحاً، وذلك بسبب التطور الهائل على كافة الأصعدة، وتسارع الاكتشافات العلمية، واستحداث وسائل لا حصر لها من سبل العلاقات الاجتماعية والسياسية، والمعاملات المالية والاقتصادية؛ والتي تولد عنها نوازل لا حصر لها، وتساؤلات لا تتوقف، وقضايا وممارسات لا نجد معالجة لها في الأدلة التفصيلية والجزئية، بل تفتقر إلى منطق التشريع الأعظم، والمشكاة التي خرج منها التشريع فشكلت مقاصده، وهذا يؤكد على ضرورة تفعيل الاجتهاد المقاصدي، وتوظيفه في حل كافة هذه الإشكالات، ووضع الإجابات الشافية عن التساؤلات المطروحة، وبيان الحكم الشرعي في كل ما يستجد من نوازل وحوادث، "ومعرفة ما هو متفق مع مراد الشارع ومقصوده، وما هو بعيد عن ذلك"[51] من أجل تحقيق سعادة البشرية في عاجلها وآجلها.

ويمكن تلخيص دور الاجتهاد المقاصدي في العصر الحديث في يلى:

1. العمل على وضع وتحديد زمرة من المقاصد القطعية اليقينية، التي يعود إليها العلماء والمجتهدون في حسم الخلاف، وتحديد حكم معين في قضية معينة لم يُنَصُ أو يُجْمَعُ عليها[52]، وقد ألمح ابن عاشور إلى هذا الدور عند بيان قصده من إملاء مباحث كتابه مقاصد الشريعة: "لتكون نبراسا للمتفقهين في الدين ومرجعا بينهم عند اختلاف الأنظار، وتبدل الأعصار، وتوسلا إلى إقلال الاختلاف بين فقهاء الأمصار، ودُرْبَةً لأتباعهم على الإنصاف..."[53].

2. العمل على اختيار أو ترجيح بعض أقوال السابقين، في القضايا الفقهية المعاصرة وذلك بانتقاء ما يحقق مقاصد الشريعة منها، وقد أكد على هذا الدور

الدكتور القرضاوي بقوله: "هناك اجتهاد آخر أسميه الاجتهاد الانتقائي، وهو اختيار أرجح الأقوال من تراثنا الفقهي العظيم، مما نراه أقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع ومصالح الخلق، وأليق بظروف العصر"[54].

ومن أمثله ذلك: زكاة العمارات والمصانع والسفن والفنادق والرواتب العالية كالمحاماة والطب والهندسة، وغيرها من الأصناف المالية المستفادة بطرق غير الطرق المنصوص عليها، إلا أنها تأخذ حكم الوجوب عملا بالمقاصد الشرعية في الزكاة، من تطهير المال وتزكية المزكي ومواساة الفقير، وتقليل الفوارق بين الأغنياء والفقراء، وتحقيق العدل بين أفراد المجتمع فلا يكون من العدل الذي أقره الإسلام كمقصد معتبر قطعي أن يؤمر صاحب القطيع من الأغنام بالزكاة ويترك صاحب الدخل القوي الذي يكسب في اليوم الواحد ما يكسبه صاحب القطيع في السنة كلها[55].

3. العمل على تأكيد الثوابت الإسلامية، وجعلها غير قابلة للتغيير والتعديل تحت ضغوط الواقع المعاصر، وبموجب تغيراته وتقلباته[56].

4. الجمع بين الكليات والجزئيات، وعدم تغليب أحدهما على الآخر، فدراسة ما يستجد من أوضاع العصر ينبغي أن تكون واقعة ضمن دائرة شمولية، وكلية وعامة، تأخذ بعين الاعتبار جملة الكليات والجزئيات الشرعية، حتى يكون الحكم المتوصل إليه متطابقا مع المقصود الشرعي أو قريبا منه[57].

5. مراعاة الأولويات عند معالجة القضايا المعاصرة "فالعلوم الإسلامية كلها مرتكزة على نظام فيه تمييز، وفيه أولويات، وفيه فروع، وفيه الأعلى وفيه الأدنى"[58].

6. تخليص الفقه الإسلامي من نزعة التشدد والتعصب المذهبي في الفروع، وتقليل الاعتماد على الكم المتراكم من الاجتهادات الفقهية الفرعية، لأن كل اجتهاد فقهي خاص بزمانه، ولا ينبغي أن يبقى منه سوى المنهجية التي اعتمدها الفقهاء،[59]، لذلك كان لابد من معرفة المقاصد التي اعتبرها السابقون في اجتهاداتهم في الفروع الفقهية، ومراعاة هذه المقاصد في إخراج أحكام ملائمة لتطور الحياة مستخلصة من الدليل والنص الشرعي[60]، وقد يختلف الحكم في المسألة بتغير الزمان والمكان والحال، لكن

هذه الأحكام المختلفة تحقق ذات المقصد.

8. مساعدة الأجيال الطالعة على التدين، وتيسير سبله لهم، وذلك بتقديم الحلول لمشاكلهم المعاصرة، مما يؤدي إلى إعادة بناء فقه التدين، ليجعل منه فقهاً معاصراً سليماً؛ بحيث يستطيع الإنسان أن يكون متديناً دون أن ينفصل عن عصره وواقعه، ومعاصراً دون أن ينفصل عن عقيدته أو يتجاوز ثوابت شريعته[61].

9. تفعيل دور الاجتهاد الجماعي، فوجود الظواهر المعقدة والأوضاع العامة وضخامة حجم الهيمنة الأجنبية التي تركت آثارها في بعض أنماط التفكير والسلوك لدى شعوب الإسلام وأمته، أوجدت الحاجة إلى اعتماد الاجتهاد الجماعي، القائم على عمل الخبراء واستنباط الفقهاء، ودور المؤسسات العلمية والجامعية والشرعية، والاستئناس بالعلوم والمعارف العصرية، فالغرض من الاجتهاد المعاصر ليس هو بيان أحكام بعض النوازل الخاصة والجزئية بقدر ما هو بحث في طبائع العصر وظواهره المعقدة وخصائصه العامة، وتداخل علاقاته، وتشابك مصالحه، التي لها تأثير ما بالنوازل والأوضاع المعروضة للاجتهاد[62].

ثانياً: ضوابط الاجتهاد المقاصِدِي:

لكي يتمكن المجتهدون من تحقيق الأهداف المرجوة من الاجتهاد المقاصدي ويتمكنوا من القيام بالدور المنوط بهم في هذا العصر، عليهم أن يسلكوا الطريق الصحيح في اعتبارهم للمقاصد عند ممارستهم للاجتهاد، ويحتكموا لقواعد الشريعة ونصوصها الثابتة، وأحكامها القطعية، ومرتكزاتها الأساسية، دون أن يكون للهوى حظ في ذلك، فلا يقررون مصلحة موهومة أو مقصداً باطلاً.

ولبلوغ ذلك فقد وضع العلماء العديد من الضوابط التي يجب على المجتهد مراعاتها إذا أراد أن يسلك مسلكاً مقاصدياً في اجتهاده، ويمكن جمع أهم الضوابط التي يجب على المجتهد المقاصدي أن يلتزم بها فيما يلي:

1. مراعاة انسجام الاجتهاد المقاصدي مع اليقينيات العقائدية، والأصول الشرعية، وذلك لتوافق مصالح الشريعة مع هذه اليقينيات والأصول، ولا يتسبب في تعكير

هذا التوافق باعتبار مصلحة تتنافر معها، ومن هذه اليقينيات والأصول كمال العبودية لله، والربط بين الدنيا والآخرة وعدم التفريق بين ما هو مادي وروحي لأن "المصالح المجتلبة شرعا والمفاسد المستدفعة شرعا إنما تعتبر من حيث تقام الحياة الدنيا للحياة الآخرة لا من حيث أهواء النفوس في جلب المصالح العادية أو درء المفاسد العادية"[63]، وتأكيد الحاكمية لله تعالى لقوله ﷻ: ﴿إِنْ الْحُكْمُ إِلاّ لِلَّهِ أَمَرَ أَلاّ تَعْبُدُوا إِلاّ إِيَّاهُ﴾[64][65].

2. عدم معارضة الاجتهاد المقاصدي المبني على مصلحة، لمصلحة أهم منها أو مساوية لها، فإذا تعارضت المصالح المتعلقة بمحل واحد فإن الترجيح بينها يتم أولاً باعتبار الكلية التي تتبعها هذه المصلحة، فيقدم حفظ الدين على حفظ النفس، وحفظ النفس على حفظ العقل، وهكذا، ثم باعتبار ضرورته، فيقدم الضروري على الحاجي ثم على التحسيني، كما ويقدم العام على الخاص، ثم المصلحة القطعية على الظنية[66]...

3. أن تكون المصالح المعتمد عليها في الاجتهاد المقاصدي متسمة بالشمولية، والواقعية، والعقلانية، والأخلاقية، وذلك مستمد من شمولية وواقعية، وعقلانية وأخلاقية الشريعة الإسلامية، فهي ليست مقتصرة على ناحية دون ناحية، بل هي مبثوثة في سائر الأحكام والوقائع الشرعية، وواقعية الشريعة مكنتها من الثبات خلال أربعة عشر قرنا، ومنحتها القدرة على التطبيق في العصر الحالي في مواطن شتى من المعمورة، وفي ذلك دليل على أن المقاصد لم تصلح لزمن ماض فقط، ولم تناسب أمة دون أمة، فهي مسايرة للواقع الإنساني في مسيرته التاريخية، وأخلاقية الشريعة الإسلامية تمكن في نفوس أصحابها مبادئ العدل والحرية والمساواة والتسامح والأمانة والمحبة والتعاون، واستهجان مظاهر الظلم والخيانة والغدر والاستغلال، وعقلانية المقاصد الشرعية تؤدي إلى تلقي عقول العامة والخاصة لها بالقبول والتأييد، لما فيها من مسايرة الفطرة، ومطابقة الأعراف، ومناسبة المعقول[67].

4. عدم معارضة الاجتهاد المقاصدي للنصوص قطعية الثبوت والدلالة، وذلك لاستحالة تعارض هذه النصوص مع المصلحة، لأن الشريعة إنما جاءت لرعاية

المصالح، كما بين ذلك الشيخ/ محمد أبو زهرة رحمه الله بأنه لا يمكن أن تكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبة، تعارض نصاً قاطعاً[68]، فالاجتهاد المقاصدي مبني على المصلحة الظنية التي لا تسمو إلى درجة القطعي لتعارضه[69].

5. عدم معارضته للإجماع القولي القطعي، مثل تحريم الجمع بين المرأة وخالتها وتحريم شحم الخنزير وتحريم الجدة كالأم، أما ما كان منه ظنياً مبنياً على أحكام متغيرة بتغير الزمان والمكان والحال أو على مصلحة ظرفية، فإنه يمكن تعديله وتغييره بموجب المصلحة كشهادة القريب على قريبه والزوج على زوجته فقد كانت جائزة في عصر السلف الصالح ومنعها الفقهاء بعد ذلك حفاظا على مصلحة ضمان حقوق الناس[70].

6. عدم معارضته للقياس الذي نص الشارع على علته تصريحا، وذلك لاستحالة أن يَعْتَبِرَ الشارعُ علةً متعارضةً مع مصلحةٍ مقررة عنده، لأن في ذلك تناقض، وهو محال وقوعه من الشارع، وعليه تكون المصلحة المعارضة لهذه العلة المصرح بها من الشارع هي مصلحة موهومة[71].

المبحث الثَّالث

تطبيقات الاجتهاد المقاصدي المعاصر

لقد ساهم المجتهدون في العصر الحديث في معالجة مشكلات هذا العصر، واجتهدوا في بيان أحكام الشريعة الإسلامية فيما استجد فيه من حوادث ونوازل، سواء أكان ذلك بجهود فردية أم جماعية، وقد كان لاعتبار المقاصد أثر واضح في كثير من هذه الاجتهادات، فمن هذه الحوادث ما انطوى على مقاصدٍ حقيقية معتبرة شرعاً، ومنها ما يُتَوَهَّمُ وجود مقاصدَ فيها، ولكنها غير معتبرة شرعاً، وقد شملت هذه الاجتهادات كافة مناحي الحياة، التعبدية، والعلمية، والمالية، والسياسية، ولتسليط الضوء على هذه الجهود والإسهامات نعرض عدداً منها بغرض إظهار أثر المقاصد في هذه الاجتهادات والأحكام، بعيداً عن ذكر خلافات أصحابها في كيفية توظيف المقاصد، ومدى اعتبارهم لها، فذلك

مذكور بالتفصيل في الكتب الفقهية المعاصرة، والمجلات العلمية، والموسوعات الصادرة عن المجامع الفقهية، كما أنه لا يمكن عرض كافة هذه الاجتهادات في هذا المقام، ولكن نكتفي بذكر بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر:

أولاً: الاجتهاد المقاصدي في العبادات:

على الرغم من كون العبادات ليست مجالاً للاجتهاد المقاصدي في أي عصر من العصور؛ وذلك لأن أحكامها توقيفية لا مجال للعقل فيها، إلا أنه لا يخفى وجود أثر للمقاصد في الوسائل الخادمة لهذه العبادات، بشرط عدم مساسها بجوهرها.

ومن القضايا المعاصرة المتعلقة بالعبادات والتي كان للمقاصد أثر معتبر في أحكامها:

- **مكبرات الصوت في العبادة:** فالمقصد من استخدامها، يخدم المقاصد الشرعية من هذه العبادات، كالأذان، وإيصال صوت الإمام للمأمومين في الصلاة وخطبة الجمعة والعيدين وعرفة، وغيرها، والتي يعتبر إيصال المعلومة فيها مقصداً أساسياً لفَرْضِ هذه العبادات، وهو ما تحققه مضخمات الصوت، لذلك كانت الفتوى، والحكم من أهل العلم، جواز استخدام هذه الوسائل[72].

هذا مثال على القضايا المتعلقة بالعبادات، ووسائلها، والتي كان اعتبار المقاصد فيها صحيحاً، وموافقاً للشريعة الإسلامية، وهي كثيرة جداً، إلا أن هناك من القضايا التي توهم البعض اشتمالها لمصالح ومقاصد يمكن مراعاتها في إصدار الحكم، إلا أنها مخالفة لمقاصد الشريعة الصحيحة.

ومن القضايا المعاصرة التي تنافى مقاصدها مقاصد الشريعة:

- **الصلاة على الكراسي في الصلوات الجماعية (للقادرين على الوقوف)، وكذلك نقل صلاة الجمعة إلى يوم الأحد:** والمقصد من ذلك . في زعمهم . هو ضمان الخشوع والتأمل وتكميل مظاهر الوحدة والسكينة، ولإحضار أكبر عدد ممكن من المصلين ولتعميم الفائدة. ولكن هذه المقاصد موهومة لتعارضها مع أصل التعبد والامتثال، ذلك أن أداء الصلاة في الوقت المحدد، وبالكيفية المحددة من قيام، واستواء في الصفوف، وركوع، وسجود، وجلوس، وغيرها، هي من الأمور المطلوبة بالكيفية

التي حددها الشارع، قال تعالى: ﴿إِنَّ الصَّلاَةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَابًا مَوْقُوتًا﴾[73]، وقال ﷺ: "صَلُوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِي"[74]، فهي لا تقبل الاجتهاد بالتغيير أو التنقيح أو التعديل، لأنها من القواطع اليقينية الدائمة إلى يوم الدين، والشارع لا يعبد إلا بما شرع[75].

ثانياً: الاجتهاد المقاصدي في المستجدات العلمية والطبية:

إن العصر الحديث هو عصر الثورة في الاكتشافات والبحوث العلمية، والتي نتجت عنها كماً هائلاً من المستجدات والإشكالات، فكان لزاماً على فقهاء هذا العصر أن يقدموا الحل الأمثل لها، وقد كان قصد أصحاب هذه المكتشفات . في أغلبها . هو تقديم مصلحة لبني البشر، وتوفير حياة أفضل وأيسر لهم، وهذا المقصد في حد ذاته متوافق مع الشريعة الإسلامية، ما لم يوجد معارض له، ولم يتسبب تحصيله في تفويت مصلحة أعظم منه، أو الوقوع في مفسدة، وبشرط أن تكون المصلحة المرجوة منه حقيقية، ثابتة قطعاً، أو ظناً، ولا تكون موهومة،أومشكوكاً فيها.

وإن الشريعة الإسلامية لا تتعارض بشكل من الأشكال، مع الحقائق العلمية الثابتة، ولكن تعارضُها إنما يكون مع تفسير هذه الحقائق، أو التوظيف الخاطئ لها.

ونظراً لأن السواد الأعظم من هذه المستجدات العلمية والطبية، تم إنجازها على أيدي غير مسلمة، وبسبب تفلت الحضارة الحديثة من عقال الدين، وعدم التفات أهلها لتعاليمه في حياتهم، وامتناعهم عن تحكيمه في ما يُنتجون. بناءً على ذلك فقد تراوحت المقاصد في نتائج توظيف هذه الاكتشافات بين ثلاثة أقسام:

الأول: المصالح فيه ثابتة متفق على اعتبارها، **والثاني:** المفاسد فيه ثابتة، ومصالحه موهومة متفق على إلغائها، وهذان القسمان قليلان للأسف الشديد، وسبب ذلك ما ذكر من أن هذه النوازل استحدثها غير المسلمين، مما يستلزم جهداً، وسعة اطلاع لإثبات المصلحة أو المفسدة فيها ، أو نفيها عنها، بالإضافة إلى أن الكثير من هذه النوازل ما زال قيد التجربة والبحث، والذي من شأنه أن يقوي احتمال ظهور مصالح أو مفاسد مستقبلية فيها.

ولا نقلل من أهمية تأثير حالة الضعف والتراجع والانقسام التي يمر بها المسلمون

في هذا العصر، والتي تسببت في ظهور توجهات متناقضة بشأن اعتماد المقاصد، فمنهم من توسع في الأخذ بها، ولو على حساب ثوابت الشريعة، ومنهم من دفعه التوجس والاحتياط إلي الأخذ بها في أضيق الحدود، وربما ترك الأخذ بها بالكلية، ومنهم من سلك الطريق القويم، وأخذ بالمنهج الوسطي المستقيم[76].

أما القسم الثالث: وهو المختلف في اعتبار مصالحها أو إلغائها، وهو ما يستلزم من المسلمين المزيد من البحث والتحري في اتجاهين: الأول: علمي؛ بأن يتم تشجيع علماء وأطباء مسلمين ثقات في دراسة هذه النوازل، وإعطاء كلمة الفصل فيها من الناحية العلمية، مما يتطلب تقديم كل ما يلزم من وسائل ضرورية لذلك من مراكز أبحاث وما شابه ذلك والإنفاق عليها. والاتجاه الثاني: فقهي؛ وذلك بمزيد بحث متجرد عن المواقف المسبقة، أو المتوجسة من كل ما هو قادم من الغرب، بل يتم إعمال الدليل فيها فما غلب فيه جانب المصلحة قُبل، وما رجحت معارضته لأصول الشريعة ومقاصدها أُلْغِيَ.

وفيما يلي أمثلة على كل قسم من هذه الأقسام من المستجدات والاكتشافات:

1. **المستجدات المتفق على اعتبار المقاصد فيها:**

- **الاستنساخ النباتي والحيواني:** نظر العلماء إلى الاستنساخ في دائرة النبات والحيوان على أنه ذو فوائد ومنافع مختلفة، على نحو الإكثار من المنتوج، وتحسين النوعية بأيسر الجهود وأقل التكاليف، وتحسين الأدوية كماً ونوعاً، وكل ذلك مقصود شرعاً، مما يبيح العمل به، والأخذ بنتائجه، ولكن مع التأكيد على ضرورة أخذ الحيطة والحذر، والتريث في الحكم عليه وعلى آثاره ونتائجه، حتى يتم التحقق من عدم انطوائه على مفاسد ومضار مستقبلية قد لا تظهر آثارها فوراً، وإذا ثبت بالتجربة، وجود أي أضرار على الإنسان، أو تفويت مصالح مؤكدة له بسبب استخدام أي شكل من أشكال هذه التقنية فيجب التوقف عن استخدامه فوراً[77].

2. **المستجدات المتفق على إلغاء المقاصد فيها:**

- **الاستنساخ البشري:** أجمعت كل الآراء والمواقف الفكرية والسياسية والقانونية

على منع الاستنساخ البشري، وعلى اعتباره من أخطر الكوارث العلمية وأفزع منتجات الحضارة والتقدم والنماء المعرفي التكنولوجي، وذلك لما سيؤول إليه من نتائج مروعة وعواقب وخيمة على مستوى النظام الكوني ومنظومة الأخلاق والقوانين والأعراف الإنسانية العامة والخاصة.

وهو معارض لأصول العقيدة الإسلامية؛ من حيث توهم القدرة على مضاهاة خلق الله تبارك اسمه، قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ﴾[78]. كما أنه معارض لمقصد حفظ النسب والعرض، ومميت للمؤسسة الزوجية وقاتل للمجتمع الإنساني.

والاستنساخ البشري مناف لقيمة التنوع الإنساني واختلاف الألوان والأشكال والألسنة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَاخْتِلاَفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِلْعَالِمِينَ﴾[79].

بالإضافة إلى أن الاستنساخ معارض لقيمة حقوق الإنسان وكرامته ومكانته بين سائر الكائنات والمخلوقات، بتحويله إلى كتلة من اللحم جامدة، ليس لها من الفعل والكدح والمجاهدة والتعبد والتحرر والتوجه نحو قيم الله الخالدة سوى ألقاب جوفاء وشعارات خاوية وفارغة[80].

كل هذه المعارضات لمقاصد الشريعة وغيرها الكثير، يثبت بما لا يدع مجالاً للشك إلغاء المقاصد والمصالح الموهومة التي يدعيها القائمون على هذه التقنية، فكان لزاماً على المسلمين، بل على الإنسانية جمعاء الوقوف في وجههم ومنعهم من المضي قدماً في هذا المجال بكل الوسائل الممكنة.

3. المستجدات المختلف في اعتبار مقاصدها أو إلغائها:

. **زرع الأعضاء:** اختلف الفقهاء في حكم التبرع بالعضو، والتوصية به قبل الموت، بقصد الانتفاع به، من خلال زرعه بدل عضو معطل، أو استخدامه لأغراض تعليمية، فمنهم من أجازه لما فيه من المصالح الشرعية المقررة، ومنافع الاستفادة من العضو تعلما أو استعمالا. ومنهم من منعه محافظة على حرمة الميت وكرامته، وبناء على أن الجسم ملك لله ﷻ، لا يجوز التصرف فيه بالبيع أو التبرع أو غير ذلك[81].

هذه القضايا وغيرها الكثير من المستجدات والوسائل والاكتشافات الحديثة، المتضمنة لمصالح ومفاسد، والمتفقة مع مقاصد الشريعة في نواحٍ، والمتعارضة معها من نواحٍ أخرى، وقد تناولها المجتهدون بالبحث، ولكن الخلاف فيها ما زال قائماً . وقد يبقى . إلاّ أنه "مبنيٌ في جزء كبير منه على مراعاة المقاصد والالتفات إليها والتعويل عليها في الجواز أو المنع"، وهو خلاف طبيعي نظراً لتفاوت الأفهام والعقول، ولاختلاف التصورات والمناهج، ولكنه يبقى في حدود المقبول ما لم يؤدِّ إلى وقوع الفرقة، واتهام كل طرف للآخر بالفسق أو الجمود، وما دام رأي كل فريق منهم قائم على دليل، وليس مبنياً على الهوى والتشهي.

ثالثاً: الاجتهاد المقاصدي في المعاملات المالية المعاصرة:

إن التطور الهائل في العصر الحديث في وسائل النقل، والمواصلات، والاتصالات، وانفتاح العالم، بالإضافة إلى استحداث العديد من النظريات الاقتصادية، وتطور الصناعات، كلُ ذلك أدى إلى ظهور العديد من المعاملات التجارية والاقتصادية، والمالية، وانقسمت هذه المعاملات بالنسبة إلى موقف المجتهدين منها، كما انقسمت المستجدات الطبية، إلى مقبولة، وملغاة، ومختلف فيها، ومن أمثلة ذلك:

1. المعاملات المالية المتفق على موافقتها لمقاصد الشريعة:

. **التأمين التعاوني:** وهو عقد بين جماعة كالتجار والمدرسين والجيران على دفع مقادير مالية، بقصد الاستفادة منها عند حدوث مصيبة أو ظرف معين، يحتاج فيه صاحبه إلى المساعدة، ويمكن تحقيق الربح منه أيضاً باستثمار الأموال المدفوعة في الأعمال المشروعة كالمضاربة والمزارعة، والتجارة[82].

وهذه المعاملة تحقق أغراضاً ومقاصد معتبرة شرعاً، وهي تحقيق المواساة، والتكافل بين أفراد المجتمع ، والعمل على تخفيف المصيبة ودفع آثارها امتثالاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾[83]، وتطبيقٌ معاصر لقوله ﷺ: "مَثَلُ الْمُؤْمِنِينَ فِي تَوَادِّهِمْ، وَتَرَاحُمِهِمْ، وَتَعَاطُفِهِمْ مَثَلُ الْجَسَدِ إِذَا اشْتَكَى مِنْهُ عُضْوٌ تَدَاعَى لَهُ سَائِرُ الْجَسَدِ بِالسَّهَرِ وَالْحُمَّى"[84]، كما أنها تحقق النماء والتطور للمجتمع بما توفره من ربح

للقائمين عليه، وما تساهم فيه من دعم الاقتصاد برفده بمصدر ضخم من مصادر التمويل للاستثمارات.

2. المعاملات المالية المتفق على مخالفتها لمقاصد الشريعة:

- **ربط الديون والقروض والمعاملات بمستوى الأسعار ابتداءً عند الاقتراض:** فقد اتفق الفقهاء على تحريم هذه المعاملة؛ لأنها تؤدى إلى الغرر الفاحش بمقدار الثمن، وبقلب الأوضاع، فتُقَوَّم النقود بالسلع بدلا من أن تُقَوَم السلع بالنقود، ولا يحقق العدالة، ولا يعالج مشكلة التضخم، ويعمق نفس علل الربا من الجهالة والنزاع والفحش الفادح بين المتعاملين، ويفضي إلى مزيد من الظلم والإجحاف، لأنه يحمي الدائنين على حساب المدينين، الذين ليسوا سببا في ارتفاع التضخم، والدائنون هم الأثرياء في الغالب، والمدينون هم الفقراء في الغالب كذلك[85].

3. المعاملات المالية المختلف في موافقتها أو مخالفتها لمقاصد الشريعة وضوابطها:

- **بيع المرابحة للآمر بالشراء:** وهي قيام جهة معينة تمتلك النقد بشراء سلعة نقداً بناءً على رغبة شخص آخر، ووعدٍ منه بالالتزام بشرائها منه على أن يتم دفع ثمنها تقسيطاً بزيادة في الثمن وهي معاملة مستحدثة، مبنية على عدد من المعاملات القديمة المباحة: وهي البيع لأجل، والبيع بربح معلوم بعد معرفة سعر الشراء.

فمن المجتهدين المعاصرين من أباح هذه المعاملة، معتبراً أنها متوافقة مع ضوابط الشريعة، كما أنها تتوافق مع مقاصد الشريعة، لما تحققه من مراعاة لقواعد التيسير والتخفيف على الناس، وما تقدمه من مصلحة في توفير المستلزمات والحاجيات بطريقة سهلة، كما أنها تساعد في تجنيب المسلمين التعامل مع البنوك الربوية، وتساهم في رقي الأمة وتطورها، بما توفره من فرص للاستثمار وتنمية الأموال.

ومن المجتهدين من رفض هذه المعاملة، على اعتبار أنها تتعارض مع قواعد الشريعة ومقاصدها، فهي تحقق الربح لجهة (النقد) دون توفر شروط الإسلام للربح والنماء فيه، ومن أهمها الضمان لقوله ﷺ: "الخَرَاجُ بِالضَّمَان"[86].

رابعاً: الاجتهاد المقاصدي في المستجدات السياسية:

إن ما حصل في العالم من انقلاب هائل في التركيبة السياسية والاجتماعية، والعلاقات بين الدول، وقيام المنظمات العالمية، ونشوء المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تعمل على تنظيم العلاقة بين المجتمعات الإنسانية، واستحداث نظريات سياسية، ووسائل حكم، وطرق انتقال للسلطة، كل ذلك يؤكد على ضرورة بيان موقف الإسلام من هذه القضايا، خصوصاً وأن هذه المستجدات كلها وجدت في ظل تغييب الإسلام عن الواقع، وإقصائه عن ممارسة دوره في قيادة البشرية لما فيه الخير، والصلاح.

ولبيان أثر المقاصد في القضايا السياسية نستعرض بعض الأمثلة لتوضيح ذلك:

- **تقسيم الدنيا إلى ثلاثة أقسام:** دارِ إسلام، ودارِ حرب، وبينهما دار عهد.

فالفقهاء المعاصرون اختلفوا في هذه التقسيمات، فمنهم من اعتبر هذا التقسيم نتاج واقع معين في زمن خاص، ويمكن العدول عنه تبعاً لمقصد نشر دعوة الإسلام، وإظهاره بالصورة الحسنة التي يقبلها المجتمع الإنساني، ويساعد على دخول الناس فيه. ومنهم من أكد على أن هذه التقسيمات إنما وضعت بناءً على أسس ومقاصد شرعية، تتمثل في ضرورة إظهار المفاصلة بين الإسلام والكفر، ويستند إلى أدلة من القرآن، والسنة، وأقوال الصحابة ﷺ، وعليه فإنها تبقى ثابتة على مر العصور[87].

- **التدرج في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية:** بعد الغياب القسري للشريعة الإسلامية عن الحكم في بلاد المسلمين، فإن الفقهاء مختلفون في السبيل الأفضل لإعادة تطبيق أحكام الإسلام هل يكون بتطبيقها جملة واحدة، لأن الدين قد تم وكمل، ولا سبيل لتجزئته، لقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا﴾[88]، وهذا يتطلب من كل مسلم العمل الجاد لإزالة كافة العقبات التي تعيق هذا التطبيق، وتوفير الشروط اللازمة لإقامة كل حد من الحدود وإنفاذ كل حكم من الأحكام، وفي حال توفر الظروف المناسبة لتطبيق أي منها . حداً أو حكماً .، يطبق فوراً دون انتظار لتحقيق شروط الحدود أو الأحكام الأخرى. وهناك من الفقهاء من يرى أن المقصد من التدرج الذي جاءت به الشريعة في الصدر الأول، وهو تمكين الناس من تطبيق هذه

الأحكام بيسر، متحقق اليوم، ونحن بأمس الحاجة لهذا التدرج، فهو يسهل الانصياع لأحكام الله ﷻ[89].

الخاتمة

وتتلخص في النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

1. التوصل إلى مفهوم الاجتهاد المقاصدي كفن مستقل بأنه: "اسْتِفْرَاغُ الفَقِيْهِ لوُسْعِهِ لامْتِلاَكِ القُدْرَةَ عَلَى اسْتِنْبَاطِ الأَحْكَامَ الشَّرْعِيَّةَ العَمَلِيَّةَ عَنْ طَرِيقِ اعْتِبَارِ، ومُرَاعَاةِ المَعَانِي، وَالعِلَلَ، وَالمصَالِحَ، وَالحِكَمَ، والأَهْدَافَ، وَالغَايَاتِ الشَّرْعِيَةَ الوَاضِحَةِ".
2. على الرغم من ثبوت أهمية المقاصد على مر العصور التي مر بها التشريع الإسلامي، إلا أنَّ أهميته في العصر الحديث هي أشد وأكثر إلحاحاً، بل يعتبر ضرورة شرعية، بسبب طرؤ المستجدات والنوزال، الناتجة عن التطور الهائل في شتى مجالات الحياة بشكل لم يسبق له مثيل.
3. إن أهمية فهم المقاصد في العصر الحديث لم تقتصر على المجتهدين فحسب، بل ظهرت أهمتيها بالنسبة للعامة والدعاة بالإضافة إلى الفقهاء المجتهدين.
4. إن الاجتهاد المقاصدي يجب أن لا يمس المسلمات العقائدية، والأمور التعبدية، وأصول المعاملات، وأن لا يتعارض مع النصوص قطعية الثبوت والدلالة.
5. يمكن إعمال الاجتهاد المقاصدي في الوسائل الخادمة للعقائد والعبادات، وفي فروع المعاملات، وفي كل المسائل المستجدة التي يوجد لها نظير في النصوص، فتقاس عليه باعتبار عللها، أو المسائل التي ليس لها نظير، وذلك بالنظر إلى مقاصد الشريعة العامة فيها.
6. دور الاجتهاد المقاصدي في العصر الحديث يتمثل في:
   - تحديد المقاصد القطعية لتكون مرجعاً عاماً للمجتهدين.
   - الترجيح بين أقوال السابقين في الصور المعاصرة للقضايا الفقهية.
   - تأكيد الثوابت الإسلامية، وعدم تعرضها لضغوط الواقع المعاصر.

- الجمع بين الكليات والجزئيات، وعدم تغليب أحدها على الأخر.
- مراعاة الأولويات في معالجة القضايا والمستجدات.
- التخفيف من حدة التعصب المذهبي.
- تيسير التدين، بتقديم الحلول للمشاكل المعاصرة.
- التأكيد على دور الاجتهاد الجماعي.

7. الاجتهاد المقاصدي يجب أن لا يتجاوز الضوابط الشرعية التي تحدد مجالاته، ووسائله.
8. من الصور التي أُعْمِلَ فيها الاجتهاد المقاصدي في العصر الحديث ما كانت المقاصد المعتبرة فيه صحيحة ومتفق على قبولها؛ فيؤخذ بها، ومنها ما كانت المقاصد فيه متفق على عدم اعتبارها؛ وهذه لا يجوز الأخذ بها، ومنها ما كان مختلفاً فيها، وتحتاج إلى مزيد بحث؛ ليترجح أحد الأمرين.
9. مراعاة الاعتدال في اعتبار مقاصد الشريعة، وعدم الإفراط أو التفريط فيها.

ثانياً: التوصيات:

- ضرورة اهتمام العلماء والباحثين بموضوع الاجتهاد المقاصدي، ومزيد العناية به تأصيلاً، وتطبيقاً؛ لإدراك الأحكام في كل المستجدات الحديثة التي لم يرد فيها نص قاطع.
- الأخذ بعين الاعتبار بمبادئ الاجتهاد المقاصدي عند تطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحاضر.

هوامش البحث

(1) من الآية 59 من سورة النساء.

(2) أخرجه الحاكم في: **المستدرك على الصحيحين**: أبو عبد الله، الحاكم، النيسابوري، ت405هـ، وعليه انتقادات الذهبي، ومذيل بما سكت عنه من أوهام الحاكم لأبي عبد الرحمن، مقبل بن هادي الوادعي، دار الحرمين، ط1، 1317هـ . 1997م، كتاب الهجرة (3: 11ح4333)، وقال عنه: حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في ذلك.

(3) من الآية 79 من سورة التوبة.

(4) **لسان العرب**: جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المصري، ت711هـ، تحقيق/

عبد الله على الكبير وزملائه، دار المعارف، القاهرة 1401هـ . 1981م، مادة (جهد) (2: 708-710).

(5) **الإحكام في أصول الأحكام**: أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الأندلسي، القرطبي، الظاهري، ت456هـ، تحقيق/ الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (8: 133).

(6) **المستصفى**: أبو حامد، محمد بن محمد الغزالي، الطوسي، ت505هـ، تحقيق/ حمزة بن زهير حامد، المدينة المنورة، 1413هـ،(4: 4)، **الإحكام في أصول الأحكام**: أبو الحسن، سيد الدين، علي بن أبي علي بن محمد بن سالم، الثعلبي، الآمدي ت631هـ، تحقيق/ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، ط1، المملكة العربية السعودية 1424هـ . 2003م، (4: 197).

(7) **المحصول**: فخر الدين، أبو عبدالله، محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي، الرازي، التيمي، القرشي، ت606هـ، دراسة وتحقيق/ الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ – 1997م، (6: 6).

(8) **الإبهاج في شرح المنهاج (منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي ت685هـ)**: تقي الدين، أبو الحسن، علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن حامد بن يحيى، السبكي، ت756هـ، وولده/ تاج الدين، أبو نصر، عبد الوهاب، ت771، دار الكتب العلمية . بيروت، 1416هـ . 1995م، (3: 246)، ونهاية السول: الإسنوي(4: 524).

(9) **التعريفات**: علي بن محمد بن علي الزين، الشريف، الجرجاني، ت 816هـ، ضبط وتصحيح/ جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت . لبنان، ط1، 1403هـ-1983م، (ص10).

(10) **لسان العرب**: ابن منظور (قصد) (5: 3642 . 3643).

(11) من الآية 9 من سورة النحل.

(12) أخرجه البخاري في: **الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه = صحيح البخاري**: أبو عبدالله، محمد بن إسماعيل، الجُعْفِيُّ، البخاري ت256، تحقيق/ محمد زهير بن ناصر الناصر، ومعه شرح وتعليق/ د. مصطفى ديب البغا، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الرقاق . باب القصد والمداومة على العمل (8: 98ح6463).

(13) أخرجه أحمد في: **مسند الإمام أحمد بن حنبل**: أبو عبد الله، أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد، الشيباني ت241هـ، حقَّقه وخرَّج أحاديثه وعلَّق عليه/ شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت 1421هـ . 2001م، تتمة مسند الأنصار . حديث بريدة الأسلمي (38: 61ح22963)، وقال عنه شعيب الأرنؤوط: إسناده صحيح، وأخرجه الحاكم في مستدركه . كتاب صلاة التطوع (1: 441ح1177)، وقال عنه حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(14) من الآية 32 من سورة فاطر.

(15) **الاجتهاد المقاصدي**: حجيته . ضوابطه . مجالاته، نور الدين بن مختار الخادمي (ضمن سلسلة كتاب الأمة)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية . قطر، ط1، الدوحة 1419هـ . 1998م، (1: 51-47).

(16) **أحكام القرآن:** القاضي محمد بن عبد الله، أبو بكر بن العربي، المعافري، الاشبيلي، المالكي ت543هـ، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه/ محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت . لبنان 1424هـ . 2003م، (3: 533).

(17) **نظرية المقاصد عند الشاطبي:** أحمد الريسوني، تقديم/ د. طه جابر العلواني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط4، فرجينيا . الولايات المتحدة الأمريكية 1416هـ . 1995م، (ص17).

(18) **مقاصد الشريعة:** الطاهر بن عاشور، مصنع الكتاب للشركة التونسية، 1979م، (ص51)، والمرجع السابق (ص18).

(19) المرجع السابق (ص146).

(20) **مقاصد الشريعة ومكارمها:** علال الفاسي، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م، (ص7).

(21) **الاجتهاد المقاصدي عند الإمام أبي الوليد الباجي، وتطبيقاته الفقهية من خلال كتابه المنتقى:** فؤاد عبيد (رسالة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر . باتنة، الجزائر 1430هـ . 2009م، (ص121.126).

(22) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (1: 52.53).

(23) **نظرية المقاصد عند الشاطبي:** الريسوني (ص19).

(24) **الاجتهاد المقاصدي عند الباجي:** عبيد (ص127).

(25) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (1: 39).

(26) **الاجتهاد المقاصدي عند الباجي:** عبيد (ص147).

(27) المصدر السابق (ص148).

(28) في المسألة خلاف الراجح فيه جواز اجتهاد الصحابة زمن النبيﷺ. انظر: **نهاية السول شرح منهاج الوصول إلي علم الأصول للقاضي البيضاوي ت685هـ:** جمال الدين، أبو محمد، عبد الرحيم بن الحسن بن علي، الإسنوي، الشافعيّ ت772هـ، علق عليه ووضع حواشيه/ الشيخ محمد بخيت المطيعي، عالم الكتب، القاهرة، ص (538 . 540)، **الاجتهاد (من كتاب التلخيص لإمام الحرمين):** أبو المعالي، ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الجويني، الملقب بإمام الحرمين ت478هـ، تحقيق/ د. عبد الحميد أبو زنيد، دار القلم، دارة العلوم الثقافية . دمشق ، بيروت، ط1، 1408هـ، (81 . 84).

(29) انظر في الحادثة: **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ = صحيح مسلم:** أبو الحسن، مسلم بن الحجاج، القشيري، النيسابوري ت261هـ، تحقيق/ محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الجهاد والسير، باب الإمداد بالملائكة في غزوة بدر (3: 1383ح 1763).

(30) من الآية 67 من سورة الأنفال.

(31) **أخرجه أحمد في مسنده** . تتمة مسند الأنصار . حديث معاذ بن جبل (36: 333ح22007)، وقال شعيب الأرنؤوط بأنه ضعيف الإسناد إلا أن عدداً من المحققين قالوا بصحته منهم: أبو بكر الرازي، وأبو بكر العربي، والخطيب البغدادي وابن القيم، وذلك بسبب تلقي أهل العلم

للحديث بالقبول واحتجاجهم به.

(32) **أخرجه البخاري في صحيحه** . كتاب المغازي . باب بعث أبي موسى (5: 161ح 4343)، ومسلم في صحيحه (3: 1586ح2001).

(33) المصدر السابق (1: 102.101).

(34) **مقاصد الشريعة عند ابن تيمية:** يوسف أحمد البدوي، دار النفائس، الأردن، ط1، 2000م، (ص95.67)، **والاجتهاد المقاصدي عند الباجي:** عبيد (ص 159.156).

(35) الآية 56 من سورة الذاريات.

(36) **مقاصد الشريعة عند ابن تيمية:** البدوي (ص 103).

(37) **العقل الإسلامي في العصر الحالي:** الأزهر بريكي ، المعهد النموذجي بالقيروان، (ص2).

(38) **فقه المقاصد:** مقال منشور على موقع المركز العالمي للوسطية.
http://wasatiaonline.net/news/details.php.

(39) **مقاصد الشريعة عند ابن تيمية:** البدوي (ص 105).

(40) المصدر السابق (ص 106- 108)، و**أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية، وآثارها في فهم النص واستنباط الحكم:** سميح عبد الوهاب الجندي، دار القمة، ودار الإيمان، الإسكندرية، 2003م، (ص 117. 119).

(41) **البرهان في أصول الفقه:** أبو المعالي، ركن الدين، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد، الجويني، الملقب بإمام الحرمين ت 478هـ، تحقيق: د. عبد العظيم الديب، دار الأنصار، بيروت . القاهرة، ط2، 1400هـ، (2: 1337. 1338).

(42) **مقاصد الشريعة وعلاقتها بالأدلة الشرعية:** محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي، دار الهجرة للنشر والتوزيع، ط1، الرياض . المملكة العربية السعودية 1418هـ . 1998م، (ص51).

(43) **قواعد الأحكام في مصالح الأنام:** أبو محمد، عز الدين، عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن، السلمي، الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء ت660هـ، راجعه وعلق عليه/ طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية . القاهرة، ط 1414 هـ . 1991م، (2: 189).

(44) المصدر السابق (2: 189).

(45) **الموافقات:** أبو إسحاق، إبراهيم بن موسى بن محمد، اللخمي، الغرناطي، الشاطبي ت790هـ، تحقيق/ أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، المملكة العربية السعودية 1417هـ . 1997م، (5: 41 وما بعدها).

(46) **الاجتهاد المقاصدي عند الباجي:** عبيد (5: 125.124).

(47) **الموافقات:** الشاطبي (ص 5).

(48) **الاجتهاد المقاصدي عند الباجي:** عبيد (ص 171) بتصرف.

(49) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 93 . 98).

(50) المصدر السابق (2: 98. 108)، **وأهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية:** الجندي (ص21 . 23).

(51) المصدر السابق (2: 143).

(52) المصدر السابق (2: 146).
(53) **مقاصد الشريعة الإسلامية:** ابن عاشور (ص 5).
(54) **الاجتهاد والتجديد:** القرضاوي، نقلاً عن: **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 147).
(55) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 147).
(56) المصدر السابق (2: 148.151).
(57) المصدر السابق (2: 153.154).
(58) **مقاصد الشريعة:** مجموعة مؤلفين، دار الفكر المعاصر، بيروت . لبنان، ودار الفكر، دمشق سوريا، ط1، 1422هـ . 2002م، (أحمد الريسوني ص 211).
(59) المصدر السابق (طه العلواني ص 125) ، و(أحمد الريسوني ص 208) و **ودور المقاصد في التشريعات المعاصرة:** محمد سليم العوا، مقال منشور على موقع المركز العالمي للوسطية.
http://www.wasatiaonline.net/news/details.php.
(60) **أهمية المقاصد في الشريعة الإسلامية، وآثارها في فهم النص واستنباط الحكم:** سميح عبد الوهاب الجندي، دار القمة، ودار الإيمان، الإسكندرية، 2003م (ص 70).
(61) **مقاصد الشريعة:** مجموعة مؤلفين (طه العلواني ص 122. 125).
(62) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 166.168).
(63) **الموافقات:** الشاطبي (2: 63).
(64) من الآية 40 من سورة يوسف.
(65) **مقاصد الشريعة عند الباجي:** عبيد (ص160)، والاجتهاد المقاصدي: الخادمي (2: 25. 27).
(66) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 46 . 51).
(67) **مقاصد الشريعة عند الباجي:** عبيد (ص161)، والاجتهاد المقاصدي: الخادمي (2: 28. 32).
(68) **أصول الفقه:** محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط 1377هـ . 1958م، (ص 287، 379).
(69) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 34 . 37).
(70) المصدر السابق (2: 40.42).
(71) المصدر السابق (2: 43.44).
(72) المصدر السابق (2: 115 . 116).
(73) من الآية 103 من سورة النساء.
(74) **أخرجه البخاري في صحيحه** .كتاب الآذان .باب من قال: لِيُؤَذِّنْ في السفر... (1: 128ح628).
(75) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 117 . 118).
(76) **دور المقاصد في التشريعات المعاصرة:** العوا، (مقال).
(77) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 125.126).
(78) الآية 96 من سورة الصافات.
(79) الآية 22 من سورة الروم.

(80) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 122 . 124).
(81) المصدر السابق (2: 129).
(82) المصدر السابق (2: 138).
(83) من الآية 10 من سورة الحجرات.
(84) **أخرجه مسلم في صحيحه** . كتاب البر والصلة والآداب . باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم (4: 1999ح 2586).
(85) **الاجتهاد المقاصدي:** الخادمي (2: 138.137).
(86) **أخرجه الحاكم في مستدركه** . كتاب البيوع (2: 18ح2230)، وقال عنه صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي في ذلك.
(87) **فقه السياسة الشرعية للأقليات المسلمة:** فلة زردومي (رسالة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر . باتنة، الجزائر، 2006.2005م، (ص87.82).
(88) من الآية 3 من سورة المائدة.
(89) **التدرج في تطبيق الأحكام الشرعية ومظاهره في قطاع غزة:** ماهر حامد الحولي (بحث محكم) منشور على صفحة المؤلف في موقع الجامعة الإسلامية . غزة، 1431هـ . 2010م، (ص 9).

الاجتهاد القضائـــي مفهومـــه وشروطـــه

"المجتهد معناه ومدلوله"

الدكتور: حسين فريجة

أستاذ مساعد مكلف بالدروس بكلية الحقوق

جامعة محمد بوضياف المسيلة

تعريف الاجتهاد :

الاجتهاد في اللغة معناه الجهد وهو المشقة والطاقة فيختص بما فيه مشقة ليخرج عنه ما لا مشقة فيه ، وهو في اللغة عبارة عن استفراغ الوسع في أي فعل كأن يقال استفرغ وسعه في حمل الثقيل ولا يقال استفرغ وسعه في حمل النواة .

و أما في عرف الفقهاء فهو استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه وهو سبيل مسائل الفروع ولهذا تسمى هذه المسائل مسائل الإجتهاد والناظر فيها مجتهدا **(1)**

وأما الاجتهاد في معنى القضاء فيطلق على المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص**(2)**.

أما في الجزائر فإن القوانين مدونة وبالتالي فان الاجتهاد يقل عن بلد مثل انجلترا بحيث الاجتهاد هناك له أهمية كبرى لأنه لا يوجد هناك قانون مدون جامع يتقيد به القاضي ، وإنما الأحكام القضائية تمثل مرجعا بحيث القاضي الانجليزي يتقيد باجتهاد المحاكم العليا. وتعتبر أحكام المحاكم كمصدر للقوانين حيث تكـــون هذه الأحكام ملزمة للقضاء ويطلق على مجموعات الأحكام عبارة((التشريعات القضائية)) **(3)**.

و في الجزائر وتطبيقا لنص المادة الاولى من القانون المدني الجزائري تعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

و يظهر لنا بان آراء الفقهاء وأحكام القضاء ليست مصدرا للقانون الجزائري ومعنى ذلك أن الفقه والقضاء (4) لا يعتد بهما كمصادر للقانون ولا يلتزم القاضي بأي منهما في إصدار أحكامه.

أنـــواع الاجتهـــاد :

إن الاجتهاد في القانون الوضعي وخاصة في القانون الجنائي يكون فيما لم يرد فيه نص .و خاصة إذا ما عرفـــنا انه من المبادئ الأساسية في العلوم القانونية أن النص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره باعتبار انه (لا اجتهاد مع النص).

و قد عرفت الشريعة الاسلامية الاجتهاد وخاصة عندما يكون النص غير قاطع في الدلالة ، وهنا يكون الاجتهاد بالرأي عند عدم وجود النص . وهذا ما قصده الصحابي

الجليل معاذ بن جبل رضي الله عنه بقوله للرسول صلى الله عليه وسلم وقد ولاه قضاء اليمن وسأله : كيف تقضي ؟ فقال : ((إن لم أجد في كتاب الله وسنة رسوله اجتهد رأيي)) وهو الذي عناه أبو بكر الصديق رضي الله عنه حينما سال عن الكلالة (5). فقال ((أقول فيها برأيي فإن كان صوابا فمن الله وأن كان خطأ فمني)) . وهو الذي عناه عمر رضي الله عنه والأئمة عند قولهم : (أقول برأيي)

و الاجتهاد ثلاثة أنواع :

1/ بذل الجهد للتوصل إلى الحكم ، ومجال الاجتهاد هنا يكون في حدود فهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهوما آخر دون خروج عن دائرة مفاد النص .

2/ بذل الجهد للتوصل الى حكم لم يرد فيه نص قطعي ولم يظهره إجماع التي وضعها المشرع للدلالة عليه كالقياس .

3/ بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعي لتطبيق القواعد الكلية ، وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون أن يكون فيه نص خاص(6).

شروط القاضي المجتهد :

القاضي المجتهد هو الذي توافرت فيه صفة الاجتهاد وذلك بأن يكون متمكنا من استنباط الاحكام القانونية .

ويجب أن تتوفر فيه شروط وهي :

أن يكون على معرفة قانونية واسعة وهذا لن يتأتى للقاضي إلا إذا اكتسب معارف نظرية وعملية والإطلاع على أسرار مهنة القضاة وذلك بالعمل والاستمرار والمواظبة .

ما يجب أن يتبعه القاضي الجزائي في المسائل التي لا يوجد فيها نص :

1/ في حالة عدم وجود تشريعي يلجأ القاضي الجزائي الى مجمل العبارات ومبادئها وروح النص العام وما يقصده المشرع.

2/ يفسر القاضي الألفاظ والمصطلحات القانونية وفقا لمقصد المشرع ويجب أن يجتهد رأيه لمقارنة ما بين يديه بالقضايا المماثلة أو المشابهة وبإمكانه اللجوء الى آراء الفقهاء للاستعانة بها دون أن يكون ملزما بها .

3/ الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في الجزائر أو الدول الأخرى فيما لا يعارض عادات وأخلاق المجتمع الجزائري.

4/ مراعاة العرف والمعاملات ومبادىء العدالة المطلقة. وبهذا يمكن للقاضي أن يفتح باب الاجتهاد والحكم في الوقائع والقضايا التي لا يوجد فيها نص صريح .

و باعتبار أنه طبقا للمادة **143** من دستور **23 فيفري 1989** تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لاعمال المجالس القضائية والمحاكم وأنها تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون .

الفرق بين الاجتهاد والقياس :

يلجأ القاضي للقياس في حالة نقص التشريع ، أي عندما تعرض عليه حالة لم يرد بشأنها نص خاص في التشريع فيطبق عليها نصا تشريعيا مقررا لحكم حالة أخرى إذا ما وجد أن الحالتين متشابهتان تماما وأنهما متحدتان في السبب أي العلة . ومثال ذلك الحديث النبوي الشريف الذي يقول : ((من يقتل مورثه لا يرثه)) وهو حكم شرعي ، قيست عليه حالة الموصي له الذي يقتل الموصي ليتعجل الحصول على الوصية . وحرم من حقه في الوصية كمبدأ عام في الشريعة الاسلامية ويجب الاشارة بأن القياس لا يجوز استعماله في النصوص الجزائية .

الاجتهاد القضائي وتحقيق العدالة :

المشرع يصدر القوانين والقاضي يطبقها ، وعلى ذلك فالسلطتان التشريعية والقضائية متكاملتان لتحقيق روح العدالة .

إن الشرع يستوحي آراءه من المجتمع بعد تفكير وتقدير للأمور والقاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحيا آراءه من ظروف كل قضية وملابـــساتها بجزئياتها وكلياتها ، ومن ثم فهو مدعو للقضاء طبقا لأحكام التشريع .

و القاضي ملزم بمتابعة التطور التشريعي باعتبار أن القاعدة القانونية كائن حي يتطور ، والقاضي هو أول من يلمس هذا التطور والتبدل وأول من يحس بالحاجة الى التغيير والتجديد . فإذا لاحظ القاضي في قضية ما ، أن النصوص الموجودة بين يديه لا تحقق العدل ولا تستجيب مع مقتضياتها وظروفها ، فهل يمسك عن القضاء فيها، أو يخضع لتطبيق تلك النصوص التي يراها غير موفية أم أنه يحكم بما يراه عدلا وإنصافا .

و من المعلوم أنه يحضر على القاضي أن يحكم بغير التشريع ، باعتبار أن القاضي يشكل مصدر العمل القضائي في تأويل النصوص وتحري روحها .

كما وأن إمساك الفصل في القضايا بعلة عدم وجود النص أو غموضه ، يعد في موقع منكر العدالة وحينئذ لا يبقى له إلا أن يحكم ولكن بماذا يحكم ؟

انطلاقا من أن القاضي يعمل لتحقيق هدف من أهم أهداف الدولة والمتمثل في تحقيق العدل والإنصاف . فإن هذا يدفعنا للقول أنه إذا لاحظ قصور النص القانوني الواجب التطبيق عن تحقيق العدل لما بين ذلك النص والعدل من البون الشاسع فإنه يتعين عليه الحكم بما يتوافق ومنطق العدالة . فإذا قلنا أن القاضي يطبق النص بعلاته تأسيسا على أنه من المحضور عليه الخروج عن منطق النصوص وبالتالي الدخول في مجال السلطة التشريعية فإننا بذلك نأمر القاضي بالعمل على نقيض ما قصده المشرع من تحقيق العدل والإنصاف ونلزمه بإهدار شخصيته والحكم بما يخالف ضميره ووجدانه ، وكل ذلك لا يقرره المنطق والذوق القانونيين السليمين .

من هنا يخول للقاضي في صورة عدم النص التشريعي أن يركن إلى البحث في مصادر القانون الأخرى (8).

الاجتهاد القضائي وأثره على التشريع :

إن حالات الغموض والتعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للاجتهاد ، لان تعدد احتمالات الفهم يقابل بتعدد احتمالات التصدي لمثل هذه الحالات .

كما وأن سكوت النص او قصوره تعد أنسب الحالات واعقدها لتدخل الاجتهاد القضائي بالمفهوم الذي يكاد يكون كاملا لبعث قاعدة قانونية لأن القاضي يواجه صمت القانون في مسألة ما ، تحتم عليه الفصل **(9)**.

و هكذا أخذ القضاء يعمل باسم التأويل والتفسير لمراد المشرع وتطبيق القواعد العامة للقانون ويبحث في بعض النصوص من المعاني والتفاسير السامية ولم يعد القاضي كرجل جامد بل أصبح يتصرف في النصوص ليجعلها تتماشى مع الحياة العملية .

و القاضي لا يتجاوز حدود القانون ويدخل حرم السلطة التشريعية ، وذلك بإصدار حكم تكون له الصبغة العامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالف القانون وإنما إذا أشكل عليه الأمر ورأى أن ما بسط لديه من الوقائع يستوجب حلا عادلا لا يتماشى مع ظاهر النصوص فإن الواجب يدعوه في مثل هذه الحالة لأن يتعمق في البحث والاستقصاء لفهم مراد المشرع ، وهذا ما يجب على القضاة في أحكامهم بالمحافظة على روح التشريع

والتعمق في فهمه وأن يثبتوا ويتأنوا في استعمال الفهم . وأن لا يركنوا إلى التفسير والتأويل إلا عندما يسمح لهم النص القانوني بذلك لغموض أو إجمال حتى لا يتجاوزوا اختصاصهم إلى منطقة التشريع وحتى لا يقعوا في الخطأ **(10)**.

<u>هل يمكن للقاضي أن يتمرد على المشرع</u> ؟:

لقد تمرد القاضي المدني في فرنسا في قضية الدكتور جّيريّ Giry (11) **وترجع وقائع قضية الدكتور جيري**Giry **في أن محافظ الشرطة استدعى الدكتور جيري طبقا للمواد** 44/43 **من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي إلى فندق حدث فيه اختناق بعض الأشخاص لمعاينة أسباب الوفاة ،**

و أثناء قيام الدكتور جيري بعمله وقع انفجار لم يعرف سببه ، فأصيب الدكتور جيري في هذا الانفجار ، وعلى ذلك تقدم بطلب تعويضات عن الأضرار التي لحقته أمام القضاء العادي ، وبالضبط أمام محكمة السين المدنية ، فذهبت هذه المحكمة إلى أن الدكتور جيري ساهم في سير المرفق العام للقضاء ، وأنه تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات تكون المحاكم القضائية العادية مختصة بالقضايا المتعلقة بسير المرفق العام للقضاء .

و ذهبت المحكمة في تسبيبها لحكمها بأنه يحق لها استلهام المبادىء العامة للقانون المتعلقة بالقانون العام والقانون المدني ، وأن دور القاضي غير محدد بتطبيق القانون المدني وحده . وعلى هذا يجب القول بأن الدكتور جيري لحقه ضررا وهو يساهم بطلب من مرفق القضاء العادي، ولا يوجد أي خطأ أو عدم حيطة من جانبه . ولهذا فإن قواعد العدالة كما ترى المحكمة تتطلب التعويض عن الضرر الذي أصاب شخصا أثناء عملية ضرورية نفذت للصالح العام ، يجب أن تتحمله الجماعة وليس المضرور وحده.

وقررت المحكمة طبقا لمبدأ مساواة المواطنين أمام الأعباء العامة إعطاء الحق في التعويض للدكتور جيري . وكان هذا الحكم موضع استئناف أمام مجلس قضاء باريس **(12)** . غير أن المجلس كان أقل جرأة من محكمة السين ، حيث أنه بعد اعترافه بأنه من الإنصاف القول أن الضرر الذي لحق شخصا أثناء عملية ضبطية قضائية نفذت للصالح العام ، يجب أن تتحمله الجماعة وليس الضحية وحدها . وأضاف المجلس بأن الإنصاف لا يسبب وحده القرار القضائي وأن الحكم القضائي يجب أن يستند إلى نص تشريعي ، والقاضي لا يمكنه أن يسد نقائص التشريع ، وتوصل المجلس في قراره بأن الضبطية

القضائية بعد وصولها إلى الأماكن أصبحت حارسة للعمارة والدولة باعتبارها حارسة تكون مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالدكتور جيري **(13)**.

وقد انتقد قرار مجلس باريس بشدة فبالنسبة للسيدّ **ESMEIN** فانه لمجلس قد ارتكب خطأ عندما أسس قراره على مفهوم الحراسة (14) ، كما ذهب أن الدولة مسؤولة عن حراسة الأشياء الخطرة وبالتالي تكون مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالأشخاص بسبب الانفجار ، والذين لا تربطهم أية علاقة بالمرفق ، غير أنه عبر عن فرحته لتعاون قواعد القانون المدني والقانون الإداري . كما قررت محكمة النقض أن الضرر الذي يصيب شخصا أثناء عملية ضرورية تنفذ لصالح مرفق عام كمرفق الضبط القضائي ، يجب أن تتحمله الجماعة التي اشتغل لصالحها المرفق العام للقضاء **(15)** ، وبهذا يكون القاضي في فرنسا بعد اجتهاده قد توصل إلى الحكم بمسؤولية الدولة رغم غياب النصوص التي يطبقها بهذا الشأن .

الاجتهـاد في المواد الجـزائية :

القاضي يجتهد في حالة غياب النص القانوني ، وإذا اختار القانون نصا معينا فلا مجال للاجتهاد.

ولكن إذا ترك القانون نصا قصدا أو نسيانا أو تناسيا أو كانت هناك حادثة جديدة لا نص فيها، هل القاضي يأخذ بالحكم المتروك والاجتهاد في الحادثة وفق ضوابط الاجتهاد المعروفة.

لم ينص قانون العقوبات على عقوبة التعامل في الربا ولم يجعله من الجرائم المنصوص عليها في القانون ، هل هذا يعني إباحة الربا وجوازه ؟ أم هذا لا يعني إباحة الربا لأنه محرم في جميع الأديان السماوية ؟ . ولقد أجمع فقهاء المسلمين على تحريمه وتعزير من تعامل بالربا ، **فهل يجوز للقاضي الجزائي أن يجتهد طبقا لهذا المفهوم** ؟ .

حقيقة بامكان القاضي الجزائي أن يجتهد فمن المقرر قانونا أن الدعوى العمومية في مواد الجنح تتقادم بثلاث سنوات كاملة ويتبع في شأنها الأحكام الموضحة بالمادة 7 قانون الإجراءات الجزائية.

1/ إذا تعلق الأمر بجريمة مستمرة كحالة الاعتداء على الملكية العقارية فلا تتقادم إلا من تاريخ انتهاء الفعل الإجرامي **(16)**.

2/ كما أنه لا يجوز الطعن ضد الأحكام والقرارات القضائية إلا من كان طرفا فيها ولما ثبت أن الطاعنة بصفتها طرفا مدنيا لم تستأنف أمر السيد قاضي التحقيق القاضي بانتفاء وجه الدعوى ولما استأنفت النيابة العامة لوحدها الأمر لمراجعته أمام غرفة الإتهام ، فإن الطرف المدني بذلك لم يصبح طرفا أمام غرفة الاتهام ولا يجوز له بالتالي الطعن بالنقض في قرارها وهذا ما توصل إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا **(17)** .

3/ كما توصل الاجتهاد القضائي أن البحث في نية المتهم وقصده عند ارتكاب الجريمة ليس من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا ، إنما الأمر موكول فيها إلى قضاة الموضوع ، ويكفي لإثبات القصد الجنائي أن يكونوا بنو قضاءهم على صحة الواقعة ونسبيتها إلى المتهم وبما استنتجوه من ظروف الدعوى وملابساتها شرط أن يكون إليه سائغا منطقيا وقانونا وعلى هذا الأساس فالقصد الجنائي – من مسائل الموضوع – لا رقابة لقضاة المحكمة عليه **(18)**.

4/ توصل الاجتهاد القضائي أن حجة الاعتراف في حق المتهم المعترف أو في حق غيره من المتهمين الذين تناولهم هذا الاعتراف هي مسألة موضوعية نقدرها غرفة الاتهام لها أن تأخذ به إن اعتقدت صحته أو تستبعده إن شكت في صحته ، ومن المقرر أيضا أن إعادة تمثيل الجريمة من طرف قاضي التحقيق أمر جوازي متروك إليه وحسب مدى حاجة الدعوى إليه **(19)**.

5/ متى كان من المقرر قانونا وقضاءا أن الحكم المدني تابع للحكم الجنائي في أحكام محكمة الجنايات ، فإن نقض وإبطال الحكم الجنائي يستتبع حتما إبطال الحكم المدني ، ويستتبع بالتالي الفصل في الدعوتين العمومية والمدنية .

و لما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس الأعلى قرر نقض وإبطال الحكم الجنائي فان المحكمة المحالة عليها الدعوى الفاصلة في الدعوى العمومية فقط دون التطرق للدعوى المدنية يتوجب إحالة هذه الدعوى عليها للفصل فيها طبقا للقانون باعتبارها لا زالت قائمة أمامها ، ومتى كان كذلك استوجب إحالة الدعوى المدنية على نفس محكمة الجنايات التي لا زالت قائمة أمامها **(20)**.

6/ كما أنه يكفي النطق بمصادرة محل الجريمة أمام القاضي الجزائي في المواد الجمركية يغني عن النطق بها أمام القاضي المدني ، ولما كان الثابت أنه قد تم أمام

القاضي الجزائي التصريح بمصادرة محل الجريمة ، فإن القاضي المدني برفضه الاستجابة لطالب المصادرة يكون قد طبق القانون التطبيق الصحيح **(21)** .

7/ ولقد توصل اجتهاد قضاة المحكمة العليا على أنه اذا تبين لغرفة الاتهام أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا غير الوصف القانوني المعطى لها ، فانه يجب عليها اعطاء تلك الوقائع التكييف القانوني الصحيح ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

و لما كان الثابت أن قرار غرفة الاتهام القاضي بانتفاء وجه الدعوى ضد المتهم من أجل تحريض قاصرة على الفسق بالرغم من أن الوقائع تحمل وصفا قانونيا آخر معاقب عليها تكون قد أخطأت **(22)**.

8/ كما أنه من مبادئ الاجتهاد القضائي أن تكييف الوقائع مسألة موضوعية تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي ، طالما كان هذا التكييف مبرر بتعليل كاف وفقا للقانون **(23)**.

9/ كما أنه من المقرر قانونا وقضاءا أن تراقب غرفة الاتهام أعمال ضباط الشرطة القضائية والموظفين و الأعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي التي يمارسونها حسب الشروط المحددة في المواد 21 وما يليها من ق.إ. ج ولغرفة الاتهام أن تصدر قرارات إدارية أو تأديبية دون جواز الطعن فيها قانونا .

و لما كان الثابت أن غرفة الاتهام أصدرت قرارا تأديبيا يتضمن توقيف صفة الطاعن لمدة سنتين ابتداء من تاريخ صدور الحكم ، فإن هذا القرار على خلاف الأحكام الجزائية لا يجوز استعمال طريق الطعن فيه ، مما يتعين رفض الطعن الحالي لعدم جوازه قانونا **(24)**.

10/ كما توصل قضاة المحكمة العليا في اجتهادهم على أن يعاقب بالحبس والغرامة كل من أصدر بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم وقابل للصرف ، وكل من قبل شيكا غير قابل للصرف فورا ، وجعله كضمان .

و من المستقر عليه قضاء أن الركن المعنوي للجريمة لا يتمثل في قصد الأذى وإلحاق الضرر ولكن يستخلص من حالة غياب الرصيد أو عدم كفايته .

ومن ثم فإن اعتراف المتهمين : **الأول** باصدار شيك على بياض و**الثاني** : بقبوله ، تجعله كضمان ، لا يجعلهما ينجوان من المتابعة القضائية **(25)**.

11/ كما أنه من المستقر عليه قضاء، أنه يمكن للطرف المدني استئناف القرار الصادر بالبراءة للمطالبة فيما يخص المصالحة المدنية، لأن الحكم بالبراءة يبقى مكتسب بالنسبة للمتهم بعدم النطق بعقوبة جزائية في حقه. وليس في التعويضات المالية .

وعندما منح قضاة المجلس تعويضات مدنية للطرف المدني يكونوا قد أصابوا (26).

12/ من المبادئ المستقر عليها في القضاء الجنائي أن نقض الحكم أو القرار لا يمتد أثره لغير الطاعن طالما لم يكن الطعن مقدما من النيابة العامة ، وإذا طعن عدة متهمين فالوجه أو الأوجه الذي يقدم أحدهم وتقبله المحكمة العليا يستفيد منه الآخرين متى كان الوجه مشتركا بينهم وكان هناك اتصال بين حالة المتهمين ووجه الطعن ، وأن المحكمة العليا وحدها التي تعين في قرارها من الذي يمتد إليهم أثر الطعن بالنقض ، ومن ثم فان غرفة الاتهام التي مددت اثر النقض الى بقية المتهمين دون ان تقرر ذلك المحكمة العليا تكون قد خرقت الاختصاص وتجاوزت سلطتها **(27)**.

13/ وفي مادة الاجتهاد القضائي استقر القضاء على انه لا تجوز معارضة على معارضة أخرى . ولما كان الثابت إن الطاعن رفع معارضة جديدة ضد قرار غيابي مكرر. فان قضاة المجلس لما صرحوا بعدم قبول المعارضة المرفوعة يكونوا قد احسنوا تطبيق القانون **(28)**.

14/ من مبادئ الاجتهاد القضائي إن التناقض المفضي إلى النقض هو التناقض الموجود بين بيانات جوهرية في الإجراءات تؤثر على صحة الحكم ، أما مجرد الخطأ المادي فانه لا يعد سببا من أسباب النقض ومن ثم فان النص على الحكم المطعون فيه بوجود تناقض بين تاريخ ورقة الأسئلة وتاريخ الحكم المطعون فيه المثبت بمحضر المرافعات وورقة التكليف بالحضور يعد خطا ماديا لا يؤثر في صحة الحكم **(29)**.

15/ من المقرر قانونا إن يعاقب كل شخص دخل فجأة او خدعة او اقتحم

منزل مواطنا ومن ثم فان القانون لا يشترط في التعدي على المنازل ان تكون مسكونة ، بل يكفي أن يكون العقار معد للسكن وتحوزه الضحية بآي طرق الحيازة المشروعة **(30)**.

16/ من المستقر عليه قضاءا ان البحث في نية المتهم وقصده عند ارتكاب الجريمة ليس من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المجلس الأعلى ، إنما الآمر موكول فيه الى قضاة الموضوع ، ويكفي لاثبات القصد الجنائي ان يكونوا بنو قضاءهم على صحة

الواقعة ونسبتها الى المتهم ، وبما استنتجوه من الدعوى وملابساتها شرط ان يكون ما توصلوا إليه سائغا منطقيا وقانونا ، ولما كان الثابت في قضية الحال ان المتهم الطاعن وجد في حوزته الشيء المسروق وان غرفة الاتهام اشتقت أدلة الاتهام من واقع الأوراق الموجودة في الملف ، فان قرار الإحالة المطعون فيه القاضي بإحالة الطعن وآخرين على محكمة الجنايات كان مؤسسا تأسيسا قانونيا **(31)**.

من المتفق عليه قضاءا أن محبة الاعتراف في حق المتهم المعترف او في حق غيره من المتهمين الذين تناولهم هذا الاعتراف هي مسالة موضوعية تقدرها غرفة الاتهام لها ان تأخذ به ان اعتقدت صحته او تستبعده ان شكت في صحته ، ومن المقرر أيضا ان إعادة تمثيل الجريمة من طرف قاضي التحقيق آمر جوازي متروك إليه وحسب مدى حاجة الدعوى اليه ، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه ببطلان الاجراءات والقصور في التسبيب غير مؤسس يستوجب رفضه.

ولما كانت غرفة الاتهام في قضية الحال وان انعدام المؤيدات المادية والقانونية للاتهام واستبعادها لاعتراف المتهم في حق غيره من المتهمين بمشاركتهم في الجريمة وقضت بتأييد أمر قاضي التحقيق القاضي بانتفاء وجه الدعوى بالنسبة للمطعون ضدهم في حدود سلطتهم التقديرية متى كان هذا التقدير سائغا ، فان قرارها هذا لا يكون مشوبا بالقصور **(32)**.

17/ من المستقر عليه قضاءا ان الشكلية تعتبر جوهرية عندما تمس بحقوق من يتمسك بها ، ومن ثم فان الطاعن في قضية الحال لم يثبت ان خرق الإجراء المدعى به قد مس بحقوقه **(33)**.

18/ ان المحاضر الصادرة عن مصلحة إدارة الغابات من جملة المحاضر التي تمتاز بحجيتها ، وان قوة اثباتها تتعلق اساسا بالدفوع المتعلقة بالجريمة التي يكون محرروها قد رأوها وسمعوها بأنفسهم .

ولما كان الثابت في قضية الحال ان ادارة الغابات التي شرعت في متابعة الطاعن اتت بالدليل العكسي ، وشهدت كتابيا على نفسها انها ما عثرت وما شهدت وما عاينت المتهم في عين المكان ، وبهذا الطرح تكون ادارة الغابات قد عرضت محضرها الى التناقض واخلته من كافة شروط الإثبات **(34)**.

الاجتهاد القضائي والمحكمة العليا : (35)

انشأ المشرع الجزائري طرقا تسمح بتوحيد الاجتهاد في القانون المؤرخ في : **20 ديسمبر 1989** .

الطريقة الأولى : تتمثل في عرض القضايا التي تطرح اشكالات قانونية من شانها ان تؤدي الى تناقض في الاجتهاد القضائي على غرفة مختلطة مشكلة من غرفتين طبقا للمادة 20 من القانون المؤرخ في **20 ديسمبر 1989** .**(36)**

أما الطريقة الثانية : تتمثل في طرح القضايا التي يحتمل أن يؤدي الفصل فيها الى تغيير الاجتهاد القضائي على هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للمادة 22 الفقرة 5 ،**(37)** او المادة 23 .

اما الطريقة الثالثة : فتقتضي عرض القضايا على غرف مختلطة مشكلة من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة للفصل في الموضوع على اثر طعن ثان طبقا للمادة 21 فـ02.

غير انه يبدو ان الطرق التي وضعها المشرع لتفادي الاضطرابات في الاجتهاد القضائي تحتاج هي نفسها إلى تأويل وتعديلات . فإذا درسنا القرارات التي أصدرتها المحكمة العليا وإحالتها لقضاة الموضوع من جديد فان هؤلاء أحرار في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات عند عرضها وإحالتها عليهم للفصل فيها من جديد باستثناء نص المادة 254 الفقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية التي تلزم القضاة بالتقيد في النقطة القانونية التي قطع فيها قضاة المحكمة العليا .

إن المشرع لا زال غامضا فيما يتعلق بسلطة الاجتهاد القضائي التي منحها للقاضي فمثلا عبارة الفصل في الموضوع . هل معنى طرح كل قضية تكون محل طعن ثان على الغرفة المختلطة طبقا لنص المادة 21 من قانون المحكمة العليا ، وهذا يعني أن الغرفة المختلطة تفصل في الموضوع .

كما الحال عليه في مصر، أم تكتفي بالفصل في موضوع الطعن أما بالرفض أو بالنقض وفي هذه الحالة تحال القضية مرة ثانية للبت فيها مرة أخرى طبقا للقانون ؟

فإذا قلنا بان الغرفة المختلطة تفصل في موضوع القضية على اثر طعن ثان ، كان حكمنا مخالفا لقانون الإجراءات الجزائية وإذا قلنا بان الغرفة تكتفي بالفصل في الطعن الثاني تحيل القضية إلى قضاة الموضوع في حالة النقض ، فما الفائدة من التعديل ؟ **(38)**

الخاتمة:

من خلال استقرائنا للنصوص القانونية يظهر بان بلادنا تعرف تعديلات عديدة ومتكررة مما يستوجب تغيير الاجتهاد القضائي كما انه من خلال إطلاعنا على القوانين يظهر بان المشرع الجزائري أحاط مهمة الاجتهاد القضائي بقضاة المحكمة العليا دون غيرهم إذا ما اعتبرنا أن القضاة الأقل درجة ملزمين كما توصل إليه قضاة المحكمة العليا باعتبارها المقومة والموجهة لإعمال قضاة المجالس والمحاكم .

ولهذا فان القرارات التي تصدرها المحكمة العليا على مستوى الغرف المجتمعة لا يكون لها اثر فعال ومفيد في توحيد الاجتهاد القضائي إلا إذا كان إتباعها والامتثال إليها لزوميا بالنسبة لقضاة الموضوع وتجاوزت هذه الاجتهادات النطاق الداخلي للمحكمة العليا.

الهوامش

(1) الاجتهاد هو الطريق الموصل الى استنباط الاحكام .. والاجتهاد من الجهد وهو المشقة والطاقة وهو استفراغ الوسع في تحصيل المطلوب ولا يطلق في الحقيقة الا على ما فيه مشقة .

(2) محمد سلام مذكور. المدخل للفقه الاسلامي – تاريخه ومصادره ونظرياته العامة – دار الكتاب الحديث الطبعة الثانية ، القاهرة 1996 ص 289 .

(3) الدكتور اسحاق ابراهيم منصور ، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية – ديوان المطبوعات الجامعية – الطبعة الثانية 1990 ، الجزائر ص 163 .

(4) يقصد بالفقه ما يصدر عن الفقهاء من آراء باعتبارهم علماء في مادة القانون يستعرضون نصوصه بالشرح والتفسير في مؤلفاتهم وابداء آرائهم الخاصة بتفسير المبادىء والقواعد القانونية من الناحية النظرية .

أما التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يتعرضون بحكم وظائفهم لتطبيق القانون في المحاكم وتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط انطباقها على الاشخاص والوقائع التي تعرض عليهم في المنازعات القضائية . والتفسيرالقضائي الذي يصدر من القاضي في احدى المحاكم لا يكون ملزما له في الدعاوى الاخرى ، كما لا

يكون ملزما للقضاة في المحاكم الاخرى، غير ان التفسير اذا صدر عن المحكمة العليا فيعتبر ملزما للمحاكم الاقل درجة حتى تعدل عنه او تستبدله المحكمة العليا .

(5) الكلالة قرابة غير الولد والوالد .

(6) ينبغي ان يكون الاجتهاد بالراي قاصرا على الجماعة التشريعية الذي توافر في كل واحد منها ما يجعله أهلا للاجتهاد حتى نتجنب الفوضى التي ادت سابقا الى القول بسد باب الاجتهاد ، وحتى نأمن الشطط والزلل (مراجع محمد سلام مذكور المدخل للفقه الإسلامي ، مرجع سابق هامش 1 ص 291 .

(7) الدكتور اسحق ابراهيم منصور ، مرجع سابق ص 195 .

(8)ملتقى للندوة الوطنية للقضاء ، نادي الصنوبر 23 و24 و25 فيفري 1991.

(9) ملتقى الندوة الوطنية للقضاء ، نادي الصنوبر 23و 24و 25 فيفري 1991

(10) نشرة القضاة ، الصادرة عن وزارة العدل – الجزائر – 1976 العدد 7 ص 17 وما بعدها .

(11) Trib. Civ. Seine 1ere chambre 5. Dec . 1952 . J.C.P 1953 .2. 7371 note Vedel.

(12). 2.8619.note C.A. Paris. 1ere Chambre . 2 Fevrie 1955 . J.C.P Esmein ; Gazette du palais 1955 . N 1 .P. 169 . concl. Dupin

(13) أسس مجلس باريس قراره على أساس المادة 1384 من القانون المدني ، هذه المادة خلقت شبهة بمسؤولية حارس الشيء الجامد ، الذي ارتكب الضرر . وفي هذه القضية حراسة العمارة أثناء الحادث انتقلت إلى الضبطية القضائية .

(14) j.C.P.1955.2.8619 Note Emein cass.civ. 23nov1956. Tresor public c/docteur

(15) Giry.D.1957.34.concl.Lemoine;R.D.P.1958.P.298 note Waline j.c.p.1956.2.9681.note Esmein.

(16) قرار الغرفة الجنائية – المحكمة العليا بتاريخ 1993/04/13 قضية (وم)عند: (زز) والنيابة العامة مجلة قضائية –2–1994 ص 248.

(17) قرار الغرفة الجنائية – المحكمة العليا 1993/01/05 قضية (ع ن) ضد (ع م) والنيابة العامة ، المجلة القضائية العدد 2– 1994 ص251 .

(18) قرار الغرفة الجنائية المحكمة العليا 1987/11/24 قضية (ب ص) ضد النيابة العامة ، المجلة القضائية العدد 4 سنة 1990 ص 203 .

(19) قرار الغرفة الجنائية المحكمة العليا 1988/12/20 قضية النائب العام لدى مجلس قضاء جيجل ، ضد (س ع) المجلة القضائية العدد 4 ، 1990 ص 227 .

(20) قرار المجلس الاعلى – الغرفة الجنائية بتاريخ 1987/04/21 قضية (ش ط) و(ش أ) ضد : الديوان الوطني للتسويق والنيابة العامة ، المجلة القضائية العدد الُثالث 1991 ص 195 .

(21) قرار المجلس الاعلى الغرفة الجنائية بتاريخ 1990/06/05 قضية ادارة الجمارك ، ضد: (وع – ن ع) المجلة القضائية – 3 – 1991 ص 208 .

(22) قرار المحكمة العليا الغرفة الجنائية بتاريخ : 1990/01/08 قضية النائب العام لدى مجلس قضاء تيارت ضد : (م م) المجلة القضائية العدد 3– 1993 ص264

(23) قرار المحكمة العليا ، غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 1991/11/19 قضية (م ب) عند (ش ع) المجلة القضائية العدد 3– 1993– ص 309 .

(24) قرار المحكمة العليا الغرفة الجنائية بتاريخ 1993/01/05 قضية (ق ف) ضد : (ب ع) والنيابة العامة ، المجلة القضائية – العدد الاول 1994 ص 247 .

(25) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح والمخالفات قرار 1990/03/20 قضية (ع ح) ، (ب ح) ضد النيابة العامة المجلة القضائية – العدد الاول 1994 ص 261

(26) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح بتارييخ 1993/01/17 قضية (س م .. ادارة الجمارك) ضد : (النيابة العامة) . المجلة القضائية العدد 1 –1993 ص 278 .

(27) قرار المحكمة العليا –الغرفة الجنائية بتاريخ1990/07/24 قضية (ن ع) ضد : (فريق ل ح) المجلة القضائية العدد 2 – 1993 ص 175 .

(28) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح والمخالفات 1990/03/20 قضية (ب– ب) ضد: (ن ع) المجلة القضائية العدد 2 –1993– ص 196 .

(29) قرار المحكمة العليا –الغرفة الجنائية بتاريخ 1988/07/12 قضية (ع س م) ، ضد : (م ع) المجلة القضائية – العدد 3– 1992 ص 181 .

(30) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح والمخالفات 1991/02/26 قضية (ب ف) ، ضد : (ع أ) ، المجلة القضائية ، العدد الاول 1996 ص 205 .

(31) قرار المحكمة العليا – الغرفة الجنائية بتاريخ : 1987/04/24 قضية (ب ص) ضد : النيابة العامة المجلة القضائية – العدد الرابع 1990 ص 203 .

(32) قرار المحكمة العليا –الغرفة الجنائية بتاريخ : 1988/12/20 ، قضية النائب العام لمجلس قضاء جيجل ضد: (س ع) المجلة القضائية –4– 1990 ص227.

(33) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح والمخالفات 1989/11/28 ، قضية (ب أ) ، ضد : (ب ع) المجلة القضائية العدد الثاني 1994 ص 263 .

(34) قرار المحكمة العليا – غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 1994/12/21 قضية (وث ش) ضد : النيابة العامة ، المجلة القضائية العدد –2 – 1994 ص 287

(35) القانون رقم 89 ــ 22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها .

(36) تنص المادة 20 من قانون المحكمة العليا على أنه تنعقد الغرفة المختلطة للبت في القضاء التي تطرح اشكالات قانونية التي من شأنها ان تؤدي الى تناقض في الاجتهاد القضائي .

(37) تنص المادة 5/22 من قانون المحكمة العليا على انه لا يجوز للغرفة المختلطة اذا ما ارتأت ان الاشكال القانوني يمكن ان يؤدي الى تغيير الاجتهاد القضائي ، ان تقرر احالة القضية على الغرفة المجتمعة .

(38) الاستاذ بغدادي جيلالي ، الاجتهاد القضائي ، الندوة الوطنية للقضاء الجزائر 25/24/23 فيفري 1991

سأل أحد اللصوص لصا آخر: كم ثمن هذه الساعة المعلقة على الواجهة؟

فأجابه: ثمنها ستة أشهر حبسا نافذة.

أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي

بقلم
د/ فاروق خلف (*)

الملخص

تعد الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى، وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ، خاصة إذا طالت أو إذا اقترنت بزيارات كثيرة بين الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك أحد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة. ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد تثور إشكالات في هذه المقدمة، خاصة في العدول عنها.

الكلمات المفتاحية: خطبة – عدول عن الخطبة – مفهوم قانوني – اجتهاد قضائي.

مقدمة

يعرف الإنسان بغريزته، ولقد اختلفت الديانات قديما في تنظيم هذا السلوك الذي يتملك الإنسان خاصة ببلوغه، وبمجيء الديانة الإسلامية فقد أنارت البشر بهذا الدين، نظرا لعظمته وعظمة ناشره، ألا وهو محمد رسول الله ﷺ أعظم البشر وسيد المرسلين. لقد بين للناس عامة مبادئ هذا الدين، وحث الأمة على اتباعه، ومما نزل عليه سيدنا محمد خاتم النبيين من قرآن كريم نظم وضبط سلوك البشر، من بينها تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة، ونظم حياة البشر

(*)أستاذ محاضر "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة الوادي - الجزائر.

عن طريق الارتباط بعقد زواج، وهذا العقد يعرف بالميثاق الغليظ نظرا لأهمية هذا العقد عن العقود الأخرى.

ولقد أظهرت الشريعة الإسلامية أهمية هذا العقد بوضعها مقدمات قبل انعقاد الزواج، وقد تعارفت الديانات الأخرى أيضا بهذه المقدمات التي تتمثل في الخطبة وفسرت أهمية هذه المقدمة لعقد الزواج.

ولقد أخذت معظم التشريعات الوضعية للدول العربية الإسلامية بالشريعة الإسلامية مع وجود بعض الاختلافات في المذاهب الفقهية. كما أن القانون الجزائري اعتمد في نصوصه على القرآن الكريم والسنة النبوية.

فالخطبة تعد مقدمة من مقدمات الزواج ولها أهمية بالغة جدا نظرا لاعتبارها التزام عائلة بالارتباط بعائلة أخرى وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، ويمكن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو كليهما وهنا قد يحصل فيه ضرر بليغ خاصة إذا طالت أو إذا اقترنت بزيارات كثيرة بن الخاطب والمخطوبة فسوف يتضرر من ذلك احد الأطراف وقد تتضرر بخاصة المخطوبة.

ونظرا لأهمية الخطبة كمقدمة للزواج، فقد تثور إشكالات في هذه المقدمة خاصة في العدول عنها:

ما هي الأحكام والأسس القانونية المكرسة والمستجدة المتعلقة بأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية، ومن الناحية الموضوعية ؟ وما موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق؟

ولقد تم اختيار هذا الموضوع نظرا لأهميته وخاصة في مجتمعاتنا المحافظة ونظرا إلى اختلاف رؤية المجتمع لطبيعة الخطبة، فقد أصبحت تقريبا تعد كالزواج نظرا للتطور الذي شهدته المجتمعات العربية فقد أصبح هناك تبادل للهدايا والزيارات التي لا تعد، واللقاءات في الخارج مما جعل من المجتمع يغير في رؤيته للخطبة، ونظرا لقلة الدراسات حول هذا الموضوع الذي يثير إشكالات تطرح أمام القضاء، يصعب حلها.

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة المنهجية التالية:

- المبحث الأول: أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية والموضوعية.
  - المطلب الأول: الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة.
  - المطلب الثاني: الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانونا.
- المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق.
  - المطلب الأول: موقف الاجتهاد القضائي قبل وبعد التعديل.
  - المطلب الثاني: الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها.

المبحث الأول

أسس وأحكام الخطبة والعدول عنها من الناحية الإجرائية والموضوعية

لقد تم ضبط الأسس والأحكام الإجرائية في قسم شؤون الأسرة وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية الإدارية (09/08) والمؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 [1].

حيث تناول في الكتاب الثاني من الباب الأول بالفصل الأول منه هذا الموضوع من جانبه الإجرائي.

أما من الناحية الموضوعية فنجد أن المادة (4)و (5) و (6) من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر(02/05) قد تناولت هذا الموضوع.

المطلب الأول

الجهات القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالخطبة

لقد وضح القانون (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية وفسر الجهات القضائية التي ترفع أمامها النزاعات المتعلقة بالخطبة واختصاص كل منها نوعيا وإقليميا.

ففي حالة نشوب نزاع بين الخاطبين، فأن الدعوى القضائية ترفع أمام الجهة المختصة

وهذا حسب نص المادة (13) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن اذا ما اشترطه القانون".[2]

ويتبين من خلال هذا النص القانوني، أنه يتعين على من يرغب في اللجوء للقضاء أن يتأكد من توافر شرطين في مباشرة ورفع دعواه.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

نصت المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أن "المحكمة في الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة.

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليميا.

تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع.

غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية.....".[3]

وعليه يتبين أن الاختصاص النوعي بالنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بالخطبة هو قسم شؤون الأسرة. وهو ما تضمنته المادة (423) من قانون شؤون الأسرة من أحكام ينصها "ونصها كالآتي: ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1/ الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية".

فهذا النص على ما هو عليه يبين صلاحيات قسم شؤون الأسرة أين تناولها على سبيل الحصر.

والملاحظ هنا أن النص تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة المطروح أمامها النزاع ما لم تكن مختصة بموجب هذا النص.

ومن ثم، فأي نزاع شملته هذه المادة، أو ما يكون منبثقا منه، يتعين طرحه أمام قسم شؤون الأسرة وليس لغيرها. [4]

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي

نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية عن الاختصاص الإقليمي، ودرست المادة (426) منه الاختصاص الإقليمي الخاص بشؤون الأسرة.

حيث تنص المادة (426) المذكورة على أنه "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه....."

نجد أن النص هنا يحدد الاختصاص المحلي أو الإقليمي لقسم شؤون الأسرة عموما، فحصرها كالآتي:

أ/ محكمة موطن المدعى عليه تنظر في القضايا الآتية:

- العدول عن الخطبة بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة[5] .

المطلب الثاني
الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة والعدول عنها المكرسة والمستجدة قانونا

قبل الخوض في الأسس والأحكام الموضوعية المتعلقة بالخطبة سوف نتطرق إلى مفهومها وطبيعتها.

الفرع الأول: تعريف الخطبة وطبيعتها

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي "طلب الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية".

ولقد عرفتها المادة (05) من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "وعد بالزواج ولكل من

الطرفين العدول عنها".

وتظهر مشروعية الخطبة بالكتاب والسنة والإجماع.

ويشترط في الخطبة وبصفة خاصة المخطوبة:

1/ أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع الزواج بها في الحال، بمعنى أنه لا يجوز خطبة المحرمة عليه تحريما مؤبدا كالبنت والأخت، والمحرمة مؤقتا كزوجة الغير والحكمة في ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلوم، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة إلى الحرام حرام.

أما المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى فيرى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضا ما دامت العدة باقية لبقاء آثار الزواج، غير أن المالكية والشافعية في قولهم والحنابلة والجعفرية يرون جواز خطبتها تعريضا لأن الطلاق البائن يقطع الزوج بزوجته.

وأما المعتدة من وفاة، فيجوز خطبتها تعريضا فقط.

والفرق بين التصريح هو أن التصريح يذكر فيه الخاطب لفظا لا يحمل سوى معنى الخطبة مثل " ارغب في الزواج منك".

أما التعريض، فهو أن يذكر لفظا يحتمل معنى الخطبة بشكل غير مباشر.

2/ ألا تكون للغير خطبة شرعية بهذه الصورة فهو اعتداء على حق الخاطب الأول وقد ورد النهي عن ذلك لقول رسول الله ﷺ "..... ولا يخطب على خطبة أخيه...." (رواه مسلم في صحيحه).

ومخطوبة الغير كما هو معلوم، إذا تقدم أحد لخطبتها، إما أن تكون موافقة على الخطبة وإما أن ترفض وإما تسكت. ففي حالة كانت موافقة، فلا تجوز خطبة الثاني، ولا يحق خطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة للغير، وأن رفضت الخطبة صراحة، جاز لأي خاطب أن يتقدم لخطبتها.

وأن سكتت، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشافعية خطبتها لأن سكوتها يعتبر رفضا ضمنيا، ويرى المالكية والحنفية أنه يجوز خطبتها لأن سكوتها لا يدل على الرفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول.

وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فأن مذهب الجمهور هو جواز العقد لأن المنع هو منع ديني وليس قضائيا، أي يكون الإثم على صاحبه.[6]

وعليه يتضح أن للخطبة شروطا واجبة شرعا كما تم ذكرها سابقا وشروطا مستحسنة في المخطوبة، وهي أن تكون من غير القريبات للخاطب، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا، وكذلك أن تكون المخطوبة بكرا ولودا.[7]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة وأحكام العدول عنها

لقد نصت المادة (05) من القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/19[8] على أن: "الخطبة وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها.

- إذا ترتب على العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض.
- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه أن كأن العدول منه.
- وأن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك"

أما المادة (6) من ذات القانون وكانت تنص على أنه "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة (5) أعلاه.

أما بعد التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب القانون (02/05) المؤرخ في 2005/05/04 [9] فنجدها عدلت كالتالي فنصت المادة (5) منه على أن "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه.

إذا رتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.

لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداه إن كأن العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

وتنص المادة (6) من نفس القانون على أنه "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقترأن الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر من هذا القانون"[10].

وبالرجوع إلى نص المادة (05) نجد أنها كيفت الخطبة على أساس أنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبرت هذا الواعد غير ملزم حيث أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

والملاحظ من خلال الفقرة استعمال لفظ الوعد من خلال الصياغة فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري حيث تنص " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"[11].

فنجد أن قانون الأسرة خالف هذه القاعدة من القانون المدني فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن تجديد وتوحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية لذا لابد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

قد يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص والموجود في القانون المدني هو نص عام باعتباره الشريعة العامة وبالتالي فأن النص الخاص يقيد العام فلا يُعترض على هذا المفهوم ولكن في نفس الوقت يُرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد لأن المصطلح كما قلت فيه خلاف فقهي وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح

المعنى وأما فيما يخص الفقرة (02) من المادة (05) من قانون شؤون الأسرة تنص على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

ومن خلال هذا النص يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه عما يترتب على العدول من نتائج، وأساس هذا العدول مبني على أنه مادام لم يوجد هناك عقد التزام فيه ولا يترتب شيء لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا[12].

ويؤاخذ على المشرع الجزائري في هاته المادة أنه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه رغم أنه من المعلوم أن المتسبب في الضرر يلزم بالتعويض حسب نص المادة (124) من القانون المدني "كل فعل أيا كأن يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كأن سببا في حدوثه بالتعويض".

ويلاحظ أن المشرع أغفل المتسبب في العدول"[13].

حيث يرى الدكتور "محمد مصطفى شلبي" ما يلي: "ينظر للضرر المترتب على العدول أن كأن للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج عدل عن الخطبة فأنه يلزم بالتعويض.

أما إذا فعل ككل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو عدم تريثه في الأمر فلا تعويض لأنه هو الذي جلب لنفسه الضرر"[14].

والحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة حالة العدول هي مسؤولية تقصيرية أي أن عبأ الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه المادة (03/05) قانون الأسرة ومن ثمة يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر

والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك[15]. أما الفقرة الرابعة من المادة (05) من قانون الأسرة:

أن النص القديم تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة، لأنه وإن كان الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري سابقا أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة فالآن بتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة صار في بعض الأحيان تبادل الطرفين الهدايا بمناسبة الخطبة وفي مراحل ما بعد الخطبة وقبل الزواج فنجد أن التعديل الجديد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة حيث تنص (الفقرة 5/4) من قانون الأسرة المذكورة "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها أن كان العدول منه على أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته".

فنجد أن التعديل الجديد في هذه الفقرة واضح لأنه زاد فيها عبارة "وعليه أن رد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته"[(16)].

حيث نجد أن المشرع في البداية بهذه الفقرة أخذ برأي المالكية ولكن في آخر الفقرة أخذ بالرأي الحنفي أي حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك لأن الأحناف يعتبرونه من موانع الرجوع إلى الهبة.

ومن المستحسن أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه لكونه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية إذا لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى وأن استهلكت.

أما فيما يخص التعديل الذي طرأ على الفقرة (5/من المادة 5) من قانون الأسرة نجد نصها كالآتي: "وأن كأن العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته".

نجده أن أضاف كلمة في هذه الفقرة وهي (قيمته) ويقصد بها قيمة الهدية حيث نجد في نصها القديم أنها كانت تنص برد الهدية ما لم تستهلك فقط.

حيث يتضح أن النص المعدل أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية زيادة على بقاء النص على هذه الصورة قد تؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية أو البيع الصوري ثم تعدل عن الخطبة فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت أي لم يعد لها وجود.

ولهذا السبب يستدعي الأمر ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة فأنه على العادل من المثليات أو قيمتها أن كانت من القيمات وبهذا نسد باب التحايل من كلا الخاطب والمخطوبة.

ثم أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول لأنه في بعض الأحيان يدفع أحد الطرفين للآخر لأن يطلب العدول عن الخطبة حتى يتملص من إرجاع الهدايا وفي نفس الوقت يطالب بإرجاع الهدايا لأن العدول لم يكن منه أو منها.

لذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة وهناك أمر آخر لم يتداركه المشرع ولم يقم بالإشارة إليه وهو حالة وفاة أحد الطرفين فأن عدم استرداد الهدايا بسبب الوفاة لا يد لإرادة الإنسان فيها هناك مسألة أخيرة لم يتحدث عنها المشرع وهي حالة عدول الطرفين عن الخطبة في حالة فسخ الخطوبة باتفاق الطرفين فيعتقد أن لكل واحد منهما الحق باسترجاع الهدايا[17].

أما فيما يخص المادة (6) من قانون الأسرة فقد كانت تنص قبل التعديل على أنه "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

يتضح أن المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليست زواجاً غير أن الحكم الذي كأن يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية "باعتباره مقتبسا من دول الشرق الأوسط ومنها بخاصة سوريا أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري

فأن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج، وتفاديا لهذا المشكل القانوني صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا قاضية بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غر محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا" (قرار 1992/04/14) وفي قرار آخر أقرت المحكمة العليا على أن "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة (قرار صادر بتاريخ 1995/04/04).

إلا أن المادة (6) من قانون الأسرة عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه " أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 6 مكرر من هذا القانون".[18] إلا أن نص المادة هذا أيضا لم يحل المشكل الذي وقع فيه القضاة فنجدهم أحيانا يكيفونها على أساس الخطبة وأحيانا على أساس زواج.

المبحث الثاني
موقف الاجتهاد القضائي ما بين الواقع والتطبيق

هناك قضايا يستعصى حلها فنجد أن القضاة يلجأون إلى مصادر القانون وأن لم يجدوا فيلجأون إلى الاجتهاد القضائي.

المطلب الأول
موقف الاجتهاد القضائي قبل التعديل وبعده

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30بالملف رقم (39065) (غير منشور)

من المقرر شرعا بأنه إذا كأن العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من الهدايا حيث أن القرار المطعون فيه يخالف هذا المبدأ لما أمر بأن الأشياء المقدمة في الخطبة لا

يمكن ردها عينا حسب رأيه لأنها أصبحت غير صالحة مقتنعا بما صرح له المستأنف وبدون أي تحقيق ففي ذلك رغم أن المخطوبة أكدت عكس ذلك لأنها بقيت محتفظة بها وعرضتها على المدعى عليه في الطعن حسب محضر محرر على يد المنفذ بتاريخ 1982/09/30 وأنه من جهة أخرى فأن قائمة الأشياء المقدمة أسعارها خيالية من طرف المدعى عليه في الطعن فمجموعها مغلظ بمبلغ كبير يدل على أن المجلس لم يدرس بإمعان الوثائق المقدمة في المرافعة.

حيث أن القضاء المستقر يوجب قضاة الموضوع أن ينظروا في جميع الأوجه التي يقدمها الطرفان لقبولها أو رفضها مما جعل القرار المطعون فيه قابلا وجديرا بالنقض والإبطال.

يتضح أن قضاة المحكمة العليا اجتهدوا في قرارهم لما تم قبول الطعن شكلا وموضوعا لأنهم تفطنوا إلى أن قضاة الموضوع على مستوى المجلس أغفلوا شيئا منهما ألا وهو أنهم اقتنعوا بتصريحات المستأنف دون النظر في طلبات باقي المستأنف عليها حيث قدمت في طلباتها وأشارت إلى أنها تمتلك محضر إثبات وأنها قد عرضت هذا على المستأنف.

زد أنهم تفطنوا إلى أن المدعى عليه في الطعن قد أراد التحصل على ثمن الأشياء المقدمة ذلك حين غلظ في المبلغ المراد التعويض له به.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1985/12/30بالملف رقم (39289) (غير منشور)

من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا فُسِخت الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسميا على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقة الجنسية.

حيث إن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها وذلك بدون شرط كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدم لزوجته شيئا سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كأن إلا إذا صدر فسخ عقد نكاحهما قبل البناء بها فيرد له ما بقي من تلك الهدايا[19].

حيث إنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد وإلى الحكم المؤيد من طرفه أن قضاة الموضوع قد أهملوا تطبيق هذه القواعد الشرعية حين أعطوا بحكمهم للمستأنف عليه كل ما طلبه من خصمه.

حيث إن القرار المطعون فيه جاء حينئذ معيبا فقها وقضاء والأمر يستوجب معه نقضه فيما يخص مسألة الصداق ومسالة الهدايا.

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1989/12/25بالملف رقم (56097)

القرار القضائي حجة على المقر، خطوبة، عدول عنها، تلزم تعويض المتضرر (المادتان 341، 342 من القانون المدني) (المادة 5 من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أنه يترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كأن من الثابت في قضية الحال أن المجلس القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى المتضمنة طلب تعويض الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونون قد خالفوا القانون.

ومتى كأن ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

يفهم أن قضاة المحكمة الابتدائية كأن حكمهم صائبا ولكن قضاة المجلس قد ألغوا الحكم المستأنف وقضوا بعدم التعويض بالرغم من إقرار المخطوبة أنها هي من عدلت عن الخطوبة وعليه بوجود عدول من طرف المخطوبة وبوجود دليل وهو إقرار المخطوبة أن العدول كأن منها اعتبر قضاة المجلس قد خالفوا القانون.[20]

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81129) المؤرخ بتاريخ 1992/03/17.

الزواج الصحيح، التفريق بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، تعريف الفاتحة (المادة5 و9 من قانون الأسرة)

من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لابد من توفر جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين، الصداق ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم للوليمة أو فاتحة الخطبة واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس قراراهم – القاضي بصحة الزواج- على ذلك علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد.

لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ويتعين نقضه" [21].

قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم (81877) المؤرخ بتاريخ 1992/04/14

لاقتران الخطبة الفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع الأركان (المواد 05 و06 و09 من قانون الأسرة).

من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبيقها بمدة غير محدودة أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا ومتى تبين – في قضية الحال- أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

أن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله

فأنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كأن كذلك استوجب رفض الطعن".

يتضح من هنا تضارب القرارين السابقين فالأول اعتبر الفاتحة من باب التبرك في الخطبة ولا تعدو أن تكون زواجا والقرار الثاني اعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة وتوفر أركان الزوج بزواج.

وهنا يظهر تضارب الاجتهادات وهذا راجع لغموض نص المادة (06)، أن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة وعلى العقد وهنا لابد من حذفها من النص أو ممكن أن تصاغ المادة 6 كالآتي: يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محدودة وفي حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة. (22)

المطلب الثاني

الضوابط والأسس التي يستلزم على القاضي التقيد بها

من المعلوم أنه لا اجتهاد مع وجود النص بل على القضاة تطبيق النص على القضية المطروحة أمامهم ولكن الغموض يكمن في حالة أن المشرع ترك ثغرة في نص معين سهوا أو لأسباب أخرى نجد دور فعلى القضاة الاجتهاد في حل مثل هذه المسائل أو بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وهي تعتبر أهم المصادر لقانون الأسرة وبخاصة ما نصت عليه المادة (222) من قانون الأسرة الجديد بأن "ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

من ثمة العرف والاجتهاد القضائي ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

فمثلا نجد أن القانون المغربي في المدونة المغربية للأسرة تنص في مادتها الخامسة " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ودخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة من تبادل للهدايا".

كما أن نص المادة السادسة من المدونة اعتبرت الطرفان في الفترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.

نجد أن المدونة المغربية استعملت لفظ الوعد مثله مثل المشرع الجزائري ونجده أيضا أنه تحدث عن وسيلة الإيجاب والقبول وجعلها مطلقة باستعماله للفظ بأي وسيلة.

أما قانون الأحوال السوري فقد نص في مادته الثانية بأن "الخطبة هو وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

والمادة الثالثة نصت على أنه " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

أما مجلة الأحوال التونسية في الفصل الأول نصت على ما يلي "كل من الواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به".

نلاحظ استعمال لفظ الواعد كل من القانون السوري والتونسي وأغلب القوانين الوضعية لبلدان المغرب العربي والمشرق استعملوا لفظ الوعد ونلاحظ أيضا أنهم يجيزون العدول عن الخطبة وتبادل الهدايا.

أما من ناحية العدول عن الخطبة نجد أن كل القوانين الوضعية للدول العربية حملت العادل عن الخطبة وبعضها المتسبب في العدول إلى تحمل المسؤولية إلزام الطرف الآخر بالتعويض. (23)

فنجد مثلا أن محكمة النقض المصرية في الحكم المؤرخ بتاريخ 14 سبتمبر 1939 نصت على ما يلي "أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما في الزواج من خطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كأن أحد الطرفين مهددا بالتعويض.

ولكن إذا كأن الواعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما – مجرد وعد وعدول- قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة منهما استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد ألحقت أضرارا مادية

أو أدبية بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوحية التضمين على من وقعت منه ذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها – بغض النظر على العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتعويض".

نلاحظ من هذا القرار أن محكمة النقض المصرية قد أوجبت للطرف المتضرر عن العدول وقد منحت هذا الحق للطرف المتضرر منهما العدول بالرجوع إلى من المتسبب في هذا العدول وليس تحميل التعويض مباشرة بل يجب النظر في من كأن السبب في العدول.

نجد أيضا في المدونة المغربية الجديدة في نص المادة (07) على ما يلي: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل يسبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة عنه ولو حصل فيه ضرر " وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

في حين أن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.

أما فيما يخص الهدايا فنجد أن المدونة المغربية قد أخذت برأي المالكية في المادة (08) التي تنص على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها".

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الأول من الفقرة الثانية على أنه "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرطا خاصا ".

أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة (05) منه على أنه "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:

- فأن كأن العدول بغير مقتض لم يسترد شيئا مما أداه إلى الآخر.

- وأن كأن العدول بمقتضى استرداد شيء مما أداه أن كأن قائما أو قيمته يوم القبض أن كأن هالكا أو مستهلكا.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي أخذ برأي المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية".

أما المادة (06) من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين فأن كأن السبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة (ب) من المادة السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهداه وأن كأن قائما.

وإذا انتهت بالوفاة أو بعرض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا".

أما المادة (07) فقد نصت على ما يلي: في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها".

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهبا واحدا في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية.

أما فيما يخص المهر فقد أغفل المشرع الجزائري هذا الشيء أو قد يعتمد عدم التطرق إليه لخلفية ما.

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في مادته الرابعة (04) الفقرة الأولى والثانية على التوالي:

"إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز".

"إذا عدلت المرأة فعليها مثل المهر أو قيمته".

نجد أن قانون المدونة المغربية لم تعتبر اقتران الفاتحة على أنها ليست عقدا.

أما القانون السوري في المادة الثانية نص على أنه " الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة

وقبض المهر وقبول الهدية ولا تكون زواجا".

واضح أن القانون السوري أشار وبشكل صريح إلى قراءة سورة الفاتحة والتي يعتبرها زواجا. (24)

الخاتمة

يستخلص أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين (05) و(06) من قانون الأسرة الجزائري، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني حيث نجد أن المشرع الجزائري أساء استعمال المصطلحات القانونية ونجده أيضا حتى في تعديل نص المادتين أنه تدارك بعض النقص فقط ولم يقم بتداركه كاملا وهذا راجع إلى عدم تحكم المشرع في الألفاظ والمصطلحات القانونية وهذا يعتبر خطرا على الأسرة الجزائرية فهناك أفعال كأن يجب على المشرع ترتيب جزاءٍ عليها وهو التعويض ثم نجده أيضا أنه لم يوضح مسألة التعويض كثيرا على خلاف المشرع الكويتي ونجد أيضا في مسألة قراءة الفاتحة كنا ننظر من التعديل تدارك الغموض في المادة ولكن يتضح من التعديل أنه لم يتدارك هذا الغموض، وفي نص المادة (06) كأن يجب على المشرع توضيح صيغة المادة حتى لا تؤول إلى تأويلين مثل ما فعل المشرع السوري.

وعليه نقول أنه رغم التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة إلا في جوانب ومن بينها الخطبة أنه ما يزال يحتاج إلى دراسة كبيرة نظرا لأهمية هذا القانون في المجتمع لأنه قانون ينظم حياة أفراد الأسرة فيما بينهم وعلاقة الأسرة مع الأسر الأخرى في المجتمع خاصة في من جانب التعاملات والتعويضات والآثار.

الهوامش:

(1) القانون (09/08) المؤرخ في2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجديدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

(2) سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء 01، دار الهدى الجزائر، 2011،

ص64،45 ،47.

(3) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، 2009، ص315.

(4) سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص89 وما بعدها.

(5) المرجع نفسه، ص583.

(6) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص27، 26، 28.

(7) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص46.

(8) القانون (11/84) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية رقم (24) الصادرة بتاريخ 1984/06/12.

(9)الأمر (02/05) المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن تعديل قانون الأسرة، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005.

(10) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص30.

(11) سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة الجزائر، 2011، ص18.

(12) بيابي باديس، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص45.

(13) صقر نبيل، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص36.

(14) كاملي مراد، مذكرة الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، السنة الجامعية 2009-2010، ص10.

(15) صقر نبيل، المرجع السابق، ص38.

(16) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص44، 45.

(17) بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في تحاكم الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص42.

(18) بلحاج العربي، قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2006، ص28، 29.

(19) دلاندة يوسف، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص7، 8.

(20) المرجع نفسه، ص9.

(21) دلاندة يوسف، المرجع السابق، ص09.

(22) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص52.

(23) المرجع نفسه، ص53.

(24) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص54.

الاجتهاد القضائي في المسائل الجمركية

أ.د. محمد لخضر مالكي
أستاذ التعليم العالي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

يتسم الاجتهاد القضائي في المادة الجمركية بسمات خاصة تميزه عن غيره من فروع الاجتهاد الأخرى، نظرا للتشعب الكبير الذي قد يعتري الخصومة القضائية الجمركية ولاحتوائها على عناصر مركبة يجعل الاجتهاد القضائي في مجالها أمرا شائكا إلى حد كبير، عكس ماهو سائد في مجالات الاجتهاد الأخرى. إذ من المعروف أن الدعوى القضائية القائمة على المسائل الجمركية إنما تحوي شقا جزائيا وآخر مدنيا وثالثا إداريا، ورابعا جبائيا، مما يستوجب على القاضي المجتهد الحيطة بقواعد وضوابط الاجتهاد في كل تلك المجالات، والحرص على عدم الوقوع في التناقض جراء ذلك التشعب المتداخل.

فهو يفصل في صلاحيات الهيئة الجمركية بمراعاة قواعد اختصاص هذا الجهاز، كما يراقب مدى شرعية الإجراءات المتخذة من قبله، ومدى انطباق القانون الجمركي على الوقائع المحالة عليه، غير مغفل جبر الأضرار التي قد تسببها المخالفة الجمركية لذوي الصفة والمصلحة في ذلك، وأخيرا الالتزام بقواعد فرض الجباية الجمركية استنادا إلى كل من قانون الجمارك وقانون المالية الذي تتغير بنوده ومعطياته سنويا بتحديد مجالات الاستيراد والتصدير وبمراعاة الإعفاءات الجمركية التي قد تكون مقررة وفق المعاهدات الدولية كمعاهدات الإعفاء الضريبي، ومعاهدات التعريفة الجمركية، والمعاهدات المشجعة للاستثمار وما ينجم عن ذلك من إعفاءات متباينة، وهو ما يجعل الأمر شائكا وعسيرا إلى حد بعيد.

ولعل الجانب الأكثر بروزا في مجال الاجتهاد القضائي في المادة الجمركية إنما ينصب على الجانب الجزائي، والذي لاحظناه بأن القضاء الجزائري بدأ ينحو في مجالاته خطا متتابعا ومتكاملا، ويشيد فيه يوما بعد يوم صرحا من الاستقلالية والتميز عما سواه من الفروع المتداخلة معه، وخاصة منه القانون الجنائي، خاصة إذا ما علمنا بأن الاجتهاد القضائي في المادة الجمركية هو الابن الطبيعي للاجتهاد القضائي الجزائي، نظرا لأن الدعويين: العمومية والدعوى الجبائية كانتا وإلى عهد قريب متلازمتين، وكان ينظر إلى الدعوى الجبائية كدعوى مدنية بالتبعية للدعوى العمومية.

هذا التميز في الاجتهاد القضائي في المسائل الجمركية إنما تمليه الطبيعة المتميزة للمنازعة الجمركية، والتي جعلت الجزاءات الجمركية تفوق كثيرا الجزاء الجنائي

المفروض على المخالفة الجمركية ذاتها، وذلك مثل مصادرة الأشياء المهربة والتي قيمتها بملايير الدينارات، أو دفع غرامة جبائية بقدر ضعف قيمة البضاعة المهربة، مما قد يشكل إثراء للخزينة العامة من مصادر المعاملات الجمركية القانونية، وغير القانونية التي تكون أكثر نفعا للخزينة من التعامل القانوني، وذلك في شكل جزاء جبائي مالي، ولذلك فقد ساد منطق متميز للاجتهاد القضائي في المسائل الجمركية، نحاول من خلال هذه المداخلة أن نبين بعضا من جوانب الاجتهاد القضائي الجزائري في بعض جوانبه:

1- الدعوى الجبائية دعوى مستقلة عن الدعوى العمومية:

قررت المحكمة العليا الجزائرية بأن الدعوى الجبائية دعوى مستقلة تماما عن الدعوى الجنائية العمومية: " أن القول بأن الدعوى الجبائية هي دعوى تبعية للدعوى العمومية قول خاطئ أن الجريمة الجمركية تتولد عنها دعويان: دعوى عمومية مناطة بالنيابة العامة تحركها وتباشرها، وهي مستقلة تماما عن الدعوى العمومية، وعليه فلا يجوز ربط الدعوى الجبائية بالدعوى العمومية" (قرار 232576 بتاريخ: 2001/05/28).

2- لا سلطة تقديرية للقضاء في تقدير الغرامة الجبائية:

وقررت المحكمة العليا بأنه ليس لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقييم الغرامة الجبائية، وإنما دورهم ينحصر في مدى تقيد إدارة الجمارك بنصوص القانون من عدمه بقولها،" أن تقييم الغرامة الجبائية يعود لإدارة الجمارك، وليس للقضاة سلطة تقديرية بشأنه" (قرار 233981 بتاريخ: 29/ 2001/01).

3- الاشتراك في الجريمة الجمركية له معنى خاص وقواعد متميزة:

على الرغم من قواعد المساهمة والاشتراك منظمة في قانون العقوبات إلا أن المحكمة العليا الجزائرية قررت بأن الاشتراك في الجريمة الجمركية لا يخضع لذات القواعد التي تحكمه على مستوى القواعد العامة، وفي ذلك تقول:" إن الاشتراك في الجريمة الجمركية يكتسي مفهوما خاصا، ويخرج عن نطاق القواعد العامة، فالمادة 287 من قانون الجمارك لا تلزم إدارة الجمارك بمتابعة مالك البضاعة، وأن المواد 303- 306- 310 تسمح بمتابعة الوكيل القانوني الذي ارتكب الفعل الجنحي أي التصريح

المزيف للقوة الضريبية للعربة بهدف الاستفادة من امتيازات". قرار 217321 بتاريخ 2001/03/13.

وفي سياق هذا المبدأ فقد انتهت فيه المحكمة العليا إلى قاعدة خاصة في الاشتراك على المستوى الجمركي كقولها:" الناقل مسؤول عن خطئه الشخصي بالإضافة إلى مساهمته في تصرفات مكنت الغير كليا أو جزئيا من التهرب الجمركي" قرار 236342 بتاريخ 2001./03/25

4- جريمة التهريب الجمركي تشمل التهريب من وإلى الجزائر:

أوضحت المحكمة العليا بأن جريمة التهريب الجمركي تتحقق كلما كانت السلعة أو البضاعة المهربة قد تم اجتيازها للحدود الجزائرية بشكل غير قانوني سواء أكانت متجهة إلى الداخل أو موجهة نحو الخارج بقولها:" جريمة التهريب الجمركي لا تكون من الداخل فقط وإنما تشمل أيضا التهريب من الخارج إلى الداخل..." قرار 232586 بتاريخ 2005./05/28

5- جريمة التهريب لا يشترط فيها التلبس بالجريمة:

خلافا لما قد يعتقد البعض بأن جريمة التهريب الجمركي هي من جرائم التلبس فقد قررت المحكمة العليا بأنها ليست كذلك بقولها:" جريمة التهريب لا يشترط فيها التلبس بل يكفي أنه موجودة ولم يثبت دخوله بشكل قانوني إلى السوق الوطنية حتى ولو كانت واسعة الانتشار..." قرار 243831 بتاريخ 2001./10/22

6- البضاعة الجمركية لا يشترط أن تكون قانونية:

أكدت المحكمة العليا بأن البضاعة المهربة في الجرائم الجمركية هي كل ما له قيمة وتقبل التداول والتملك بغض النظر عن مشروعيتها بقوله:" وفقا للمادة 05 من قانون الجمارك تعتبر بضاعة كل المنتجات والأشياء التجارية وغير التجارية القابلة للتداول والتملك وهي ذات قيمة تجارية حتى وإن كانت غير قانونية" قرار 210122 بتاريخ 2000/01/24، وفي ذات السياق تؤكد:" المخدرات بضاعة ولها سعر وهو ثمنها في السوق الداخلية وهي تصلح بأن تكون محل متاجرة" قرار 221541 بتاريخ 2000/07/03.

7- الحيازة ترتب المسؤولية الجزائية والجمركية في آن واحد:

المعروف قانونا أن الحائز للمنقول المباح لا يكون مسؤولا عما في حوزته إلا إذا علم مصدره غير المشروع، ولكن المحكمة العليا قررت قاعدة خاصة في المسائل الجمركية تقضي بكون الحائز مسؤولا عما في حوزته سواء علم مصدرها أو لم يعلم بقولها:" الحائز على السيارة المزورة يعتبر مسؤولا عما في حوزته استنادا للمادة 303 من قانون الجمارك" قرار 199991 بتاريخ 1999/09/27.

وفي اجتهاد صريح تقول:" يعتبر مسؤولا من ضبطت لديه السيارة محل التزوير بغض النظر عمن قام بالتزوير" قرار 183970 بتاريخ 1999./11/22

8- الحيازة قرينة على التهريب:

تؤكد المحكمة العليا بأن حيازة سلعة أو بضاعة أجنبية تعد قرينة كافية على لإثبات التهريب الجمركي بقولها:" إن حيازة سلع أجنبية بصفة غير قانونية تعد قرينة على التهريب إذا لم يثبت منشؤها" قرار 226829 بتاريخ 2001./05/28

9- حسن النية لا يعفي من المسؤولية في الجرائم الجمركية:

قررت المحكمة العليا بأن المتهم في الجرائم الجمركية لا يمكنه التذرع بحسن النية وأن ذلك لا يعفيه من المسؤولية الجنائية بقولها:" حسن النية لا يعفي من المسؤولية في الجرائم الجمركية".

10- المحاضر الجمركية تتمتع بالحجية القانونية إلى أن يثبت تزويرها:

على عكس أغلب المحاضر التي تتمتع بقوة استدلالية، فإن المحاضر الجمركية تتمتع بحجية قانونية في الإثبات إلى أن يثبت تزويرها فقررت المحكمة العليا ذلك بقولها:" المحاضر الجمركية الخاصة بالمعاينة تتمتع بحجية قانونية إلى أن يطعن فيها بالتزوير، إلا إذا تعلق الأمر بمسألة فنية فإنه لابد من اللجوء إلى ذوي الاختصاص..." قرار 173804 بتاريخ 1998/11/23.

كما قررت بأن محاضر الشرطة القضائية لا تتمتع بذات الحجية القانونية في المسائل الجمركية بقولها:" محاضر الدرك الوطني في الجرائم الجمركية لا تتمتع بالحجية بل تأخذ على سبيل الاستدلال فهي تخضع لتقدير القاضي... وأن حراس الحدود غير مؤهلين لمعاينة الجرائم الجمركية" قرار 191877 بتاريخ 1999/03/22.

هذه مجموعة من المسائل التي شملها اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية كنمـــوذج عن استقلالية منطق الاجتهاد في المادة الجمركية، وهي مشكورة على تلك القواعد التـــي تحاول إرساءها بتمييز المنازعة الجمركية عما سواها من المنازعات المتداخلة معها، وقد أوردناه بشيء من التصرف وفقا لما يقتضيه الموقف، وسعيا إلى تقريب روح الاجتهـــاد إلى أذهان الباحثين في مجال الاجتهاد القضائي في مادة الجمارك.