

الفصل الثالث: مجال الاجتهاد الفقهي ومناهجه في الفقه الإسلامي والقضاء

تعتبر عملية الاجتهاد الفقهي من أصعب المهام التي تنطوي بمن توافرت فيهم شروط الاجتهاد، لما فيها من التوقيع عن رب العالمين في استنباط الأحكام الشرعية من مختلف الأدلة النقلية والعقلية، وتزداد العملية صعوبة وأهمية عندما ندرك أننا أمام مجالين لا ثالث لهما للعملية الاجتهادية، الأولى يضيق فيها الاجتهاد بشكل يكاد يكون منعماً إلا فيما تعلق بالوسائل، أما الثانية فيظهر فيها الاجتهاد بشكل كبير في دائرة النصوص الظنية (المتغيرة) ويزداد اتساعاً عند انعدام النصوص في الواقعة.

هذا من جهة نظر الفقه الإسلامي، أما من جهة الاجتهاد القضائي فالأمر سواء، ولا اختلاف بينهما إلا من حيث المصادر التي يعتمد عليها كلا المجتهدين. لهذا، فإن البحث عن موضوع نطاق العملية الاجتهادية يشكل الحلقة الأساسية لضبط الاجتهاد السليم.

المبحث الأول: النطاق العام للعملية الاجتهادية

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

المطلب الأول: مفهوم المجتهد فيه وحكمته

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

الفرع الأول: تعريف المجتهد فيه

عرفه الإمام الزركشي بأنه: «كل حكم شرعي عملي أو علمي يقصد به العلم ليس فيه دليل قطعي» والمراد بها ما يلي:

العمل: ما هو كسب للمكلف إقداماً وإحجاماً.

العلمي: ما تضمنه علم الأصول من المظنونيات التي يستند إليها، «وخرج بما ليس فيه دليل قاطع احترازاً عما وجد فيه ذلك من الأحكام، فإذا ظفر المجتهد بالدليل حرم عليه الرجوع إلى الظن»، ومثاله المجاز، والنص الذي يحتمل التأويل... إلخ.

الفرع الثاني: حكمة المجتهد فيه شرعا

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

المطلب الثاني: نطاق المجتهد فيه وحدوده ضمن الفقه الإسلامي

لا شك أن للعقل عملاً في استنباط الأحكام النقلية (أي المنقولة إلينا بالوحي) من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وقد تعددت ميادين الاجتهاد بالعقل في فهم النصوص الشرعية واستنباط الأحكام الشرعية منها، وقد حددها الإمام محمد أبو زهرة بثلاثة أمور:

- التعرف على معاني النصوص من ألفاظها واستخراج الأحكام منها، لأنه ليس كل مسلم قادراً على استخراج الأحكام من النصوص، فإن لذلك قواعد ثابتة يدركها الأولون بالفطرة، ويدركها غيرهم بالاكْتِسَاب، فيستخرج الضابط الذي يصح أن يطبق بمقتضاه الحكم في كل موضع يشبهه.
- ثم يقوم المجتهد موظفاً فكره في العمل والتعرف على مرامي ومقاصد النصوص التشريعية في جملتها، ومعرفة الحكمة التي جاء بها الحكم في كل نص شرعي.

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

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

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

فإذا كانت النصوص القانونية من حيث الصياغة تتسم بالوضوح في العبارة والفكرة لا تثير إشكالا، إذ يسهل تطبيقها على الوقائع، غير أن هناك نصوصا غامضة أو مبهمة وهي لا تساعد على التعامل بها، ففي هذه الحال يتعين على القاضي الاجتهاد ليتوصل إلى التطبيق السليم والأنجع للنص القانوني على واقع الدعوى.

وينحصر الاجتهاد القضائي عموما في ثلاث حالات:

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

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

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

المبحث الثاني: مجال الاجتهاد في الفقه الإسلامي مقارنا مع الفقه الوضعي

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

المطلب الأول: مجال الاجتهاد في الفقه الإسلامي

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

الفرع الأول: ما لا يجوز فيه الاجتهاد في الفقه الإسلامي

لقد اتفق علماء أصول الفقه على عدم جواز الاجتهاد فيما فيه نص قاطع، وهو المراد بقولهم (لا اجتهاد مع النص) وهي كما يلي:

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

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

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

وهذا النوع من الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة يختص بأمرين هما:

- أن من أنكر أو جحد من المسلمين حكما من هذه الأحكام تسري عليه أحكام الم رتد عن دين الإسلام.
- أن هذا النوع لا مجال في للاجتهاد لمعلومية أحكامه.

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

الفرع الثاني: ما يجوز فيه الاجتهاد في الفقه الإسلامي

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

أولاً: طبيعة الاجتهاد بالرأي فيما يجوز فيه الاجتهاد

وتتحدد طبيعة الاجتهاد بالرأي بما يلي:

1. من خلال نصوص يمثل كل منها إرادة المشرع وغرضه منه، كما تمثل بمجموعها روح التشريع العامة ومقاصده الأساسية.
2. ملكة مقتدرة ومتخصصة تبذل أقصى وسعها في تفهم النص معنى وروحا، واستثمار طاقاته في الدلالة على معانيه وأحكامه، وتحديد مراد الشارع وغرضه من كل منها.
3. دراسة للوقائع المتجددة دراسة علمية، للتعرف على عناصرها الكونية وخصائصها، وما يحتف بها من ظروف وملابسات.
4. تطبيق الأحكام على الوقائع التي تقتضيها على نحو يحقق المصلحة المقصودة شرعاً، من حيث المآل (أي ما تؤوول إليه مستقبلاً) لأن المصلحة هي مقصد الشرع، وهي التي تجسد معنى العدل الإلهي.

ثانيا: الاجتهاد بالرأي فيما لا نص فيه

ويكون بأحد الأمرين، أولهما القياس، وثانيهما الاستدلال، ويسمى هذا النوع عند البعض بـ «منطقة الفراغ التشريعي» أو «منطقة العفو» وهي تلك المنطقة التي تركتها النصوص الشرعية - قصداً - لاجتهاد أولى الأمر والرأي وأهل الحل العقد في الأمة بما يحقق المصلحة العامة ويرعى المقاصد الشرعية وتحري العدل والعمل بمقتضاه.

ويكون الاجتهاد بالرأي على النحو الآتي:

أولهما: الاجتهاد بالقياس: على ما ه منصوص عليه إن وجدت العلة الجامعة بينهما، فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم هو الأمارات وطرق الاستنباط، وهذا يختلف باختلاف عقول المجتهدين وما يحيط بهم من ملابسات وأحوال. وليس أدل على هذا من أن القياس هو أول طرق هذا الاستنباط الذي أساسه تعليل حكم النص، ومدار تعليله هو إدراك المصلحة التي شرع الحكم لأجلها والوصف الذي بني عليه باعتباره منطقة هذه المصلحة، وتقدير ذلك مما تتفاوت فيه فهوم المجتهدين.

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

ثالثا: الاجتهاد في فهم النص عند وجوده

ويتجلى في ثلاثة أمور:

1. في ثبوت النص إن كان ظني الثبوت: فيبحث المجتهد في سند الحديث وطريق الوصول إليه ودرجته من حيث العدالة والصدق والضبط والثقة، وهو ما يختلف فيه المجتهدون في كثير من الأحكام العملية.
2. في دلالة النص إن كان ظني الدلالة: فيبحث المجتهد في المعنى المراد من الدليل ووجه دلالاته على معناه، فقد يكون عاما وقد يكون مطلقا ويكون على صيغة الأمر أو

النهي، فالمجتهد يصل باجتهاده إلى معرفة الظاهر على ظاهره أو هو مؤول، وأن العام باق على عمومه أو هو مخصص، وكذلك المطلق على إطلاقه أو هو مقيد، والأمر بالإيجاب أو لغيره، والنهي للتحريم أو لغيره، إلى غير ذلك من دلالات الألفاظ.

3. في تحقيق مناط النص: تحقيق المناط هو النظر في وجود علة الحكم المعلومة بطريق من طرقها في غير محل الحكم المنصوص عليه أو المجمع عليه، كقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾ فدل على أن علة اجتناب النساء في المحيض هو (الأذى) وهو موجود في النفاس، فيتعدى الحكم وهو وجوب اعتزال النساء في النفاس، وكذلك الأمر بالنسبة لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ فإنه يحتاج إلى تحقيق مناط الحكم فيه ليتنزل عليه إما بالنفي أو بالإثبات كتحقيق صفة العدالة في الشهود.

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

المطلب الثاني: مجال الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي

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

الفرع الأول: مجال الاجتهاد القضائي عند وجود النص القانوني

الأصل في سلطة القاضي في ظل منظمة القانون المدني ذات البعد اللاتيني تقييده بنص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد في حالتين أساسيتين:

أولهما: عند غموض النص أو إبهامه من جهة

ثانيهما: عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل (الشغور أو الثغرة القانونية)

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

أما المعنى الثاني: (نقص النص) فيقع عندما يعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يتبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعيناً في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة.

كما أن القاضي لا يقف في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محدداً معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها.

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

ولهذا، فنصوص التشريع الأصلية أو المعدلة غالباً ما تمثل آخر ما توصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، بل قد تتغير في المثل

والمبادئ فتصبح النصوص التشريعية -إذا لم تعدل- متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجياته. ويحرص القضاة في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة فيتجاوز -كما ترى المدرسة التاريخية في التفسير- إرادة المشرع الذي وضع تلك النصوص ويعطي النصوص معاني جديدة تختلف عن معانيها الأصلية وأحكام مغايرة لما أراده واضعوه كي تصبح أكثر من ملائمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

الفرع الثاني: مجال الاجتهاد القضائي فيما ليس في نص قانوني

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

أولا: اللجوء للمصادر الاحتياطية للتشريع عامة

وقد حددتها المادة 1فقرة 2 من القانون المدني، المصادر الاحتياطية: «إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

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

ثانيا: اللجوء إلى الأحكام التفصيلية للشريعة الإسلامية في قضاء شؤون الأسرة خاصة

لقد جاء قانون الأسرة الجزائري بمنهج خاص يتبعه قاضي شؤون الأسرة في حال لم يجد نصا صريحا في قانون الأسرة للمسائل المتنازع حولها، حيث نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».

وبناء على ذكرته هذه المادة، فإن خصوص قانون الأسرة يقيد العموم الوارد في القانون المدني، وتعتبر الأحكام التفصيلية من المذاهب الفقهية الإسلامية المختلفة مصدرا أصليا بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة، بحيث ينقل منها ما يترجح لديه ويحقق مقاصد الشرع والعدالة.

المبحث الثالث: منهج الاجتهاد في الفقه الإسلامي والقضاء

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

المطلب الأول: منهج الاجتهاد لدى الفقهاء المسلمين

لقد اعترفت الشريعة الإسلامية أصالة بالاجتهاد للفقهاء والقاضي في استنباط الأحكام من النصوص، بل جعلته واجبا حينما يتحتم ذلك عليهما. ومن ثم ظهر فيها علم لا مثيل لدقته في الشرائع الأخرى وهو علم أصول الفقه، حيث يعنى قبل كل شيء آخر بمد القاضي بالوسائل

الفنية الكفيلة بتيسير عمله في هذا الصدد، أو بعبارة أخرى بطرق التفكير التي أرشد إليها الشرع.

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

المطلب الثاني: منهج الاجتهاد القضائي في التشريع الوضعي

يعنى بالمنهج القانوني: « مجموعة الوسائل التي يتوصل بها القاضي إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المطروحة عليه والمعروضة أمامه ».

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

ولما كانت أحكام القضاء ملزمة للمتخاصمين، فإنه يتوجب على القاضي إطلاعهم عليها، ويتعين الاجتهاد عليه في الحالين، سواء حال التكليف القانوني للنصوص على الوقائع، أو حال استنباط الحكم الواجب تطبيقه بطريق اجتهاد الرأي حال عدم وجود النص القانوني أو غموضه، أو أنه يحكم فيها بما يشابه من الأحكام القضائية السابقة معملاً في ذل القياس. ويطراً ذلك خصوصاً بالنسبة للقضايا المستجدة في القضاء أو الفقه.

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

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

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

غير أن فقهاء نظام القانوني المدني بدأوا يسلّمون بأن فروضا معينة قد تتطلب من القضاء اجتهاد الرأي، وأظهر بعضهم اهتماما كبيرا بضرورة تيسير عملية البحث التي يقوم بها القاضي في هذا الصدد، وأهم من أسهم في ذلك الفقيه الفرنسي **F.Géney** في كتابه (طريقة تفسير ومصادر القانون الوضعي الخاص)، حيث أفادنا من خلاله بالمنهج والطريقة التي يسلكها القاضي في البحث عن قاعدة جديدة، كونها تشبه الطريقة التي اتبعها المشرع في تشريعه، فيما عدا الفارق الهام الذي ينبع من أن المشرع يصدر قواعد عامة ومجردة، في حين أن القاضي يرتبط تفكيره بخصائص النزاع القائم أمامه، غير أنه ينبغي عليه أن يجعل حكمه خاضعا للاعتبارات والأهداف نفسها التي يخضع لها المشرع إذا تعرض لمثل هذا الموقف، وأن يعزل القاضي نفسه عن أي تأثير شخصي ويراعي فقط اعتبارات علمية وموضوعية. ونلاحظ بأن هذا المنهج مقارب لمنهج تخريج الفروع على الأصول في المذاهب الفقه الإسلامي.

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

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

المبحث الرابع: تطبيقات الاجتهاد الفقهي في بعض قضايا الأسرة

إن مجالات تطبيق الاجتهاد الفقهي لا تحصر في جانب دون جانب آخر، سواء في مواضيع العبادات أو المعاملات، إلا أن جانب المعاملات أوسع من جانب العبادات. ومما نلمسه في جوانب المعاملات لا يحد منذ ظهور الاجتهاد الفقهي إلى غاية اليوم وإلى أن تزول الدنيا، وتستوقفنا بعض القضايا لمعرفة عملية الاجتهاد الفقهي نحصرها كأمثلة في قضايا الأسرة، وإن كانت كثيرة في باقي القضايا الأخرى، لاسيما في المعاملات المالية.

المطلب الأول: التعويض عن الضرر المادي والأدبي بسبب العدول عن الخطبة

أولا: في الفقه الإسلامي القديم

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة ولا عند فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول، ولعل ذلك راجع لأسباب متعددة منها:

1- أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحو من البساطة واليسر؛ لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة، ولم يكن أحد الطرفين قد تكلف في معظم الأحوال ما يستحق التعويض من مال أو غيره، كما أن التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن لتفسح المجال لطلب التعويض القضائي.

2- ثم إن كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن حق العدول مقرر له شرعاً فكان لزاماً عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر في أي وقت، فلا يعتبر وقوعه مفاجأة له وليس اعتداء على حق أحد، وإذا كان الأمر كذلك فينبغي أن يترتب حتى تتبين له حقيقة الأمر ولا يتسرع في شراء جهاز البيت أو الاستقالة من الوظيفة بالنسبة للمرأة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبيت في أمر العقد.

3- كما أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل من كل من الرجل والمرأة، فلو لزم الحكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع رغبته عنها، وهذا لا يجوز في العقود مطلقاً، فكيف في عقد الزواج؟

4- كما أن الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم يكن من شأنها أن تترك مجالاً للإضرار بالمخطوبة عند العدول، فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته بحضور المحارم، ولا يتصور في مجتمع يقوم على الآداب الإسلامية أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا بحضور أحد محارمها.

أما الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من إضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك ما لا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام، ولكن لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وقلدوا الأجانب فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدهما ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمخطوبة عند عدول الخاطب.

لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافاً لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين، نظراً لتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما لا ضرر ولا أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض، تطبيقاً لقوله ضرار وعملان بنظرية التعسف في استعمال الحق، فما هو رأي الفقه المعاصر في ذلك؟

ثانيا: في الفقه الإسلامي الحديث

اختلف الفقهاء حديثا في هذا الموضوع، وبانت اتجاهاتهم بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقا، واتجاه ثالث ذهب إلى القول بالتفصيل، ولكل وجهة نظره فيما ذهب إليه، وفيما يأتي بيان ذلك:

الاتجاه الأول: عدم التعويض

يؤيد أصحاب هذا الاتجاه مبدأ عدم التعويض عند العدول عن الخطبة. وممن ذهب إلى هذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي من كبار علماء الأزهر -حيث يقول في فتواه لأحد السائلين: ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض؛ لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء"

وبناء على هذا الاتجاه ليس لقاض أن يحكم بالتعويض؛ لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا، ولأن المقرر فقها وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لا غتراره، ولم يغرر به أحد، والضمنان عند التغرير، لا عند الاغترار؛ ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم كان في ذلك بعض الإكراه على الزواج، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية.

كما أنه من المقرر في الفقه الإسلامي "أن الجواز ينافي الضمان"؛ أي أن من يمارس حقا مشروعا له لا يكون مسؤولا عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول.

الاتجاه الثاني: وجوب التعويض مطلقا

أصحاب هذا الاتجاه يقولون بوجوب التعويض مطلقا، وممن تبني هذا المبدأ الشيخ محمود شلتوت، إذا نال أحد الطرفين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر؛ لأنه من المقرر في الشريعة أنه "لا ضرر ولا ضرار" كما ورد في الحديث الصحيح، والضرر يزال وطريقة إزالته هو التعويض. ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه، فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير، ولا تعارض عند

صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر؛ لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب، فالأحوال التي أحاطت بالعدول وللخاطب العادل دخل فيها، هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض، فليس التعويض لأنه استعمل حقا، ولكن لأنه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره.

وقد سار على هذا النهج الاجتهادي الأستاذ مصطفى السباعي حيث يقرر أن مبدأ التعويض مبدأ عادل تفره مبادئ

الشريعة في أصليين شرعيين:

الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق، وهو مبدأ مستلم به في الفقه الإسلامي، وقد أصبح مسلما به اليوم في قوانين معظم البلاد العربية وفي أكثر قوانين العالم، ومن المعترف به في تاريخ هذه النظرية أن فقهاء الإسلام سبقوا إلى القول بها فقهاء الغرب حديثا بقرون.

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، الذي يرى في بعض أقواله لزوم الوعد إذا ترتبت عليه آثار، وعليه فإن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد، هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية.

الاتجاه الثالث: التعويض عن الضرر مع التفصيل فيه، ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى التفصيل في التعويض عن الضرر، ويمثل هذا الرأي الوسط الشيخ أبو زهرة من خلال قوله: "أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض؛ لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول.

وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، إذ الأول كان فيه تغرير والتغرير يوجب الضمان، والثاني لم يكن فيه تغرير، بل اغترار ممن وقع الضرر عليه والاغترار لا يوجب الضمان،

ولم يفرق هنا بين نوعي الضرر المادي والأدبي، يظهر هذا واضحا في اعتبار أن رأيه هذا مشابه للقرار الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية عام 1939 م، والتي تعتبر أنه "إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا بحكم أن مجرد وعد بالزواج فعدول عنه، وتكون هذه الأفعال موجبة للتضمنين على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة في ذاتها لا نتيجة عن العدول.

وقد عدل أبو زهرة عن هذا الرأي وقصر التعويض على الضرر المادي دون الأدبي حين العدول عن الخطبة، حيث قال: "إن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية؛ لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء، ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي.

أما عبد الرحمن الصابوني فيرى عدم التفريق بين الضرر المادي والمعنوي، لأن المرء كما يتضرر ماديا يتضرر معنويا، كما يرى أيضا أن الإغواء الذي يوجب التعويض هو الذي يرافقه الغش والخديعة، فإذا كان يعلم المخطوبة وأقاربها فلا تعويض، ومن ثم فالتعويض عن العدول يلزمه ثلاثة شروط مجتمعة لتقريره:

أولا: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

ثانيا: أن العدول قد أضر بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي.

ثالثا: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج.

المطلب الثاني: أركان الزواج في المذاهب الفقهية

أ- أركان الزواج عند جمهور الفقهاء، عدد الجمهور من المالكية والشافعية وبعض الحنابلة أركان الزواج على اختلاف ظاهري فيما بينهم.

فذهب بعض المالكية إلى أن أركان عقد الزواج هي الولي، والصداق، والمحل والصيغة، ولم يعدو الشهود من الأركان؛ لأن ماهية العقد لا تتوقف عليهم ويعللون هذا الرأي بأن العقد لا يتصور من دون عاقلين وهما شرعا الولي والزوج ومن معقود عليه وهو الزوجة، والعوض فلا بد من وجوده وإن لم يجب ذكره، ولا يتصور العقد إلا بصيغة وإذا كان بعض فقهاء المالكية يعدون أركان الزواج خمسة العاقدان -زوج وزوجة- الولي، الصداق، الصيغة، فإن بعضهم يعدونها ثلاثة كما ذهب إلى ذلك العلامة أحمد الدردير، فإنه قد صرح بأن أركان النكاح ثلاثة هي: المحل والولي والصيغة، وإن

كان قد اعتبر الزوج والزوجة ركنا واحدا وعبر عنهما بالمحل، فهي في الحقيقة تعتبر أربعة وقد عُلِّل انحصار الأركان فيما ذكره من الولي والمحل والصيغة بأن العقد لا يحصل إلا من اثنين على حل شيء بما يدل عليه، ولم يعتبر المهر ركنا كما اعتبره بعض علماء المذهب، حيث يقول: وأما الصداق فلا يتوقف عليه العقد، بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع، وإن كان لا بد منه فيكون شرطاً في صحته، وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد.

كما يذهب بعض الفقهاء وهم غالبية الشافعية إضافة إلى الأركان المذكورة إلى اعتبار الشاهدين ركناً من أركان عقد الزواج، ويعتبرونهما ركناً واحداً لركنين كما فعلوا بالنسبة للزوجين، إذ عدوا الزوج ركناً مستقلاً والزوجة كذلك ركناً مستقلاً. إما لأنهم نظروا إلى أن أحد الشاهدين لا يختص بشروط دون الشاهد الآخر، وإما لأن عقد الزواج يتعلق بالشاهدين معاً، ولا يتعلق بواحد منهما فحسب. فعدوا أركان الزواج خمسة وهي: الصيغة والزوجة والشاهدان والزوج والولي، وأما الصداق فقد جعلوه حكماً من أحكام الزواج، ويرى بعض من الشافعية أن حضور الشاهدين شرط ولكن تساهل العلماء في تسمية الشاهدين ركناً، ولعلمهم في هذا نظروا إلى أن الشاهدين وإن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج، فإن لهما مع هذا زيادة تعلق واعتبار في عقد الزواج، بحيث صاراً بمتزلة الجزء فاعتبروهما ركناً نظراً إلى هذا المعنى.

وذهب بعض الحنابلة إلى عد الأركان ثلاثة وهي: الزوجان والإيجاب والقبول، وهو رأي الحنفية. ب- أركان عقد الزواج عند الحنفية: يرى الأحناف أن ركن الزواج هو الإيجاب والقبول فقط، وبه قال بعض الحنابلة، وقولهم أن ركن النكاح هو الإيجاب والقبول يتضمن في الواقع كون الأركان أربعة هي: العاقدان والصيغة والمعقود عليه وهو الزوجة، وذلك لأن وجود الصيغة التي هي الإيجاب والقبول يقتضي وجود من صدر عنه الإيجاب ووجود من صدر عنه القبول، والصيغة لا بد أن تكون مبينة للمعقود عليه.

وسبب هذا الاجتهاد الفقهي بين الفقهاء في أركان عقد الزواج يرجع إلى:

أولاً: اختلافهم في الأمور التي لا بد منها في عقد النكاح، ولذلك اعتبر المالكية والشافعية والحنابلة الولي مما لا بد منه في النكاح بجانب كونه مما تتوقف عليه حقيقته فعدوه ركناً من أركان النكاح، بخلاف الحنفية فإنهم لا يعدون الولي مما لا بد منه في النكاح فلم يعتبروه ركناً فيه.

ثانياً: كذلك فإن الفقهاء مع اتفاقهم في أمر من الأمور على اعتباره مما لا بد منه في النكاح فإنهم قد يختلفون في المراد بالركن هنا، فلعل بعضهم قد أراد بالركن حقيقته اللغوية، وهي جانب الشيء الذي يستند إليه ويقوم به، وعلى هذا يمكن أن يحمل قول بعض المالكية أن الزوج والزوجة ركنان؛ لأن حقيقة النكاح إنما توجد بهما والولي والصيغة شرطان لخروجهما عن ذات النكاح، قال الزرقاني: وأما الصداق والشهود فلا ينبغي عدهما من الأركان ولا من الشروط لوجود النكاح بدونهما، لأن المضر إسقاط الصداق والدخول بلا شهود.

وبعض العلماء أراد بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به، ولهذا فإن بعضاً آخر من المالكية يعدون الزوجة والزوج والولي والصيغة والصداق أركاناً في النكاح.

ثالثاً: التجوز في لفظ الركن من باب زيادة التعلق والاعتبار في الشيء بحيث صار بمنزلة الجزء، كما ذكر الدسوقي المالكي في حاشيته أن الصداق ركن، وكما جاء في مغني المحتاج أن الشهادة ركن عند الشافعية بخلاف الحنفية الذين يعتبرون الشهادة من الشروط.

ومن ثم فقد اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركنان للعقد، على أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف ظاهري في الألفاظ لا حقيقي في المعاني.