

المحاضرة الخامسة : الاجتهاد القضائي

أولاً : تعريف الاجتهاد القضائي .

قبل التطرق لتحديد معنى الاجتهاد القضائي سنحاول تحديد مدلول كل لفظ من الألفاظ المكونة له ثم بعدها تحديد المفهوم المركب .

1- تعريف الاجتهاد : وقد سبق التطرق إليه في محاضرة سابقة وباختصار هو

استفراغ المجتهد طاقته في استنباط الأحكام الشرعية وإدراكها من خلال النظر في أدلتها التفصيلية.

2- تعريف القضاء.

أ- لغة :

القضاء في اللغة من قَضَى يَقْضِي قَضَاءً وَقَضِيَّةً أي حكم. وَقَضَى إليه عهداً معناه الوصية، ومنه قوله تعالى: (وَقَضِينَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسَدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا) الإسراء 4 .

وانقَضَى الشيء وتَقَضَّى أي فني وذهب ، والقضاء إحكام الأمر وإتقانه وإنفاذه لجهته ، قال تعالى : (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ) فصلت 12.

جاء في لسان العرب :القضاء الحُكم وأصله من قضائيّ لأنه من قضيت ، وهو القاطع للأمور المحكم لها، وقضاء الشيء إحكامه وإمضاؤه والفراغ منه ، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أداء أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد قُضِي، والقضايا هي الأحكام ، سمي القاضي قاضياً لأنه يُحكم الأحكام وينفذها .

ب - اصطلاحاً :

ذكر فقهاء الشريعة عدة تعريفات للقضاء نذكر منها :

- عند الحنفية:

عرفه فقهاء الحنفية بأنه: " فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص"

- عند المالكية:

وعرفه فقهاء المالكية بأنه: "الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام"

- عند الشافعية:

وعرفه بعض فقهاء الشافعية بأنه: "فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى".

- عند الحنابلة:

وعرفه بعض فقهاء الحنابلة بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات".

ومن تعريفات الفقهاء المعاصرين نذكر:

"هو سلطة الفصل بين المتخاصمين ، وحماية الحقوق العامة بالأحكام الشرعية".

الملاحظ على تعريفات الفقهاء للقضاء أن مستنده هو أحكام الشرع، وأن أي فصل في الخصومة لا يكون مبنياً على أحكام الشرع لا يعد قضاء، ومنه يمكننا القول أن القضاء هو قطع النزاع وفصل الخصومة استناداً إلى أحكام الشرع على نحو ملزم .

3- تعريف الاجتهاد القضائي :

تطرقنا إلى تحديد مدلول الاجتهاد ثم إلى تحديد مدلول القضاء، والآن سنحاول تحديد مدلول المصطلح المركب الاجتهاد القضائي.

إن مفهوم الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي يختلف عنه في القانون الوضعي وسنحاول توضيح كل منهما :

أ- في الفقه الإسلامي :

يصعب الفصل في الشريعة الإسلامية بين الاجتهاد بمعناه العام والاجتهاد القضائي، فالفقيه كان قاضياً والقاضي كان فقيهاً؛ حيث يستعين القاضي بفتوى الفقيه في قضائه، ويستعين الفقيه في إصدار فتاواه بما يطرح أمام القضاء من مشاكل، وما ينتهون إليه من آراء وأحكام، غير أن هذا لم يمنع وجود تعريفات للاجتهاد القضائي من بينها :

- "هو استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية، وتنزيلها على الواقع تنزيلاً محكماً يفضي إلى الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة".

- "هو القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودالاتها أي فيما فيه مجال للاجتهاد".

ب - في القانون الوضعي :

عرف الاجتهاد القضائي من وجهة نظر القانون بأنه: " المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص".

- أو هو: بذل القاضي وسعه للوصول إلى حكم في الواقعة المتنازع عليها.

- أو هو: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة.

من خلال هذه التعريفات يمكننا القول أن الاجتهاد القضائي عملية ذهنية تنصب حول استقراغ القاضي وسعه في درك أحكام القضايا المعروضة عليه من نصوصها القانونية وإيجاد الحلول لها، وقد ذكر الدكتور محفوظ بن الصغير أن الاجتهاد القضائي الوضعي لا يرادف الاجتهاد القضائي الشرعي وإنما يقابله قاعدة ما جرى به العمل عند الفقهاء.

ثانيا : أهمية الاجتهاد القضائي .

يكتسي الاجتهاد القضائي أهمية بالغة لا تقل عن أهمية التشريع أو القانون نفسه؛ ذلك أنه يضيف على هذا الأخير طابعه العملي الحي فهو يبيث الحركة في النصوص القانونية، حيث يتمحور دور القاضي حول تنزيل النصوص القانونية العامة على وقائع خاصة ،و نقلها من وضعيتها المجردة إلى اختصاصها بقضايا محددة ،وفيما يلي سنحاول معرفة الأدوار الهامة التي يضطلع بها الاجتهاد القضائي :

أ/ دور الاجتهاد القضائي في وضع القواعد القانونية:

يشكل الاجتهاد القضائي مصدرا يغذي النظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون، فالاجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون المتحرك الحقيقي.

فقد تولى القضاء مهمة وضع القواعد القانونية ولا يزال ،خاصة في الدول التي تتبنى وتطبق النظم القانونية الأنجلوسكسونية كإنجلترا التي تعتبر القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون، حيث للاجتهاد هناك أهمية كبيرة لأنه لا يوجد قانون مدون جامع يتقيد به القاضي، وإنما الأحكام القضائية تمثل مرجعا بحيث القاضي الانجليزي يتقيد باجتهاد المحاكم العليا، وتعتبر أحكام المحاكم كمصدر للقوانين حيث تكون ملزمة للقضاء ويطلق على مجموعات الأحكام عبارة "التشريعات القضائية".

أما في النظم اللاتينية ومنها تأثر المشرع الجزائري فلا يتولى القضاء وضع قواعد عامة وملزمة، فالاجتهاد القضائي في هذه النظم ليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها، وإنما يرجع إليه على سبيل الاستئناس، لذا يعد الاجتهاد القضائي في هذه النظم من المصادر غير الرسمية للقانون، أي لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا فلا يجوز للقاضي إصدار قواعد عامة وملزمة، ولعل الذي حمل هذه الدول على ذلك هو الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، فكما أن السلطة التشريعية لا يمكنها أن تتولى مهمة الفصل في الوقائع كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تضع القواعد القانونية العامة ولكل من السلطتين حدود، الأولى تضع القواعد القانونية اللازمة والثانية ليس لها إلا تطبيقها فإذا وجدت غموضا عند التطبيق لجأت إلى تفسيرها وتوضيحها.

إن مبدأ الفصل بين السلطات ينكر اختصاص القضاء بإنشاء القانون، إلا أن هذا المبدأ غير مطلق إذ أن النصوص القانونية التي تضعها السلطة التشريعية مهما كانت دقيقة ومتنوعة فإنه قد يشوبها النقص؛ بحيث ليس بإمكانها أن تنتبأ بكل ما يطرأ على حياة المجتمع.

وإذا كان الاجتهاد القضائي لا يستطيع من الوجهة النظرية إنشاء قواعد قانونية لأنه يختص بالأحكام التي صدر بشأنها، فإن باستطاعته من خلال تطبيقه لهذه القواعد إيجاد ثروة قانونية غزيرة، فالقاضي عند تفسيره للنصوص الغامضة أو سدّه نقصا في القانون أو عند فصله في المسائل الجديدة إنما يوسع في مضمون القاعدة القانونية.

إن محدودية التشريع وصعوبة إحاطة نصوصه بما سيحدث من وقائع ونوازل تجعله في حاجة دائمة لمصدر آخر من مصادر القانون يكمله ويبعث الروح فيه، وهذه هي وظيفة القضاء لأنه يحتك بالواقع ويتفاعل بسرعة مع سيرورة الزمن، فالقاعدة القانونية بالنسبة للقاضي ليست إرثا من الماضي يطبقها حرفيا على الحاضر، وإنما هي آلية يتولى بعث الحياة فيها لتستمر في المستقبل.

ومن هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي.

ب/ دور الاجتهاد القضائي في استقرار الأحكام القضائية:

تعد الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم والجهات القضائية بشكل عام ثروة حقوقية ، فالقانون بمواده عبارة عن مادة خام جامدة تصبح في حالتها النشطة عندما تتحول إلى أحكام قضائية ؛ فالأحكام المؤيدة من قبل المحكمة العليا، والتي يستقر عليها قضاؤها هي تعبير عن توجه القضاء وتوضيح للمنهج الذي يسير عليه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه. وتسمى الأحكام التي تستقر المحاكم العليا على الأخذ بها بالمبادئ القضائية.

وللمبادئ القضائية أهمية كبرى ، ذلك أن القوانين وإن كانت هي المرجع في تقرير الحقوق وترتيبها، إلا أن تلك القوانين -مهما تم الاجتهاد عند إعدادها ووضعها ومحاولة أن تكون شاملة- إلا أنها قد يعترى بعض موادها إما الغموض والإبهام، أو أن تكون قاصرة في بعض الحالات، بحيث يصبح هناك فراغ قانوني، وفي هذه الحالة فإن القاضي يستأنس بالرجوع للمبادئ والأحكام القضائية السابقة لحالات مشابهة.

إن الحكم الصادر في قضية معينة تكون حجته مقتصرة على أطراف النزاع وحدهم، فلا تمتد لغيرهم، فلو عرضت في المستقبل قضية مماثلة أمام نفس المحكمة فلا يوجد أي التزام قانوني على المحكمة أن تطبق حكمها السابق على وقائع القضية الجديدة، كما لا يجوز للخصوم أطراف النزاع الجديد المطالبة بإعمال الحكم السابق في مواجهتهم، ويترتب على ذلك أنه طالما كان الحكم لا يتمتع بالحجية إلا بصدد النزاع الذي فصل فيه، فلا يمكن إذاً أن تنشأ قاعدة عامة من أحكام المحاكم.

وتتمتع السوابق القضائية من الناحية العملية بقوة إلزامية لا تقل أهمية عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية للقانون، بالرغم من أنها غير ملزمة من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيها، ويعود السبب في هذه القوة الإلزامية التي يتمتع بها الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية إلى حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد وأن تتجنب تعديله بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار؛ وعلى هذا فإن الاجتهاد القضائي إذا استقر بالنسبة لموضوع من المواضيع وخاصة إذا كان الاجتهاد صادرا عن المحكمة العليا فإن المحاكم تحاول عمليا أن تتقيد به في أحكامها وتعتبر نفسها ملزمة بإتباعه في جميع القضايا التي تعرض عليها، وليس معنى هذا أن هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله أو الخروج عنه بل يمكن ذلك متى توفرت الضرورة التي تقتضيه.

ج/ دور الاجتهاد القضائي في نشر روح العدالة :

يلعب الاجتهاد القضائي دورا بارزا في نشر روح العدالة؛ ذلك أن المقصد الأسمى للقوانين تحقيق العدالة، فالمشرع يصدر القوانين والقاضي يطبقها وعلى ذلك فالسلطان التشريعية والقضائية متكاملتان لتحقيق روح العدالة.

إن المشرع يستوحي آراءه من المجتمع بعد تفكير وتقدير للأمر، والقاضي يعمل في مواجهة الواقع مستوحيا آراءه من ظروف كل قضية وملابساتها جزئياتها وكلياتها ومن ثم فهو مطالب بالحكم فيها طبقا لأحكام التشريع.

والقاضي ملزم بمتابعة التطور التشريعي باعتبار أن القاعدة القانونية تتغير وتتبدل، والقاضي هو أول من يلمس هذا التطور وهو أول من يحس بالحاجة إلى التغيير والتجديد، فإذا لاحظ القاضي في قضية ما أن النصوص الموجودة بين يديه لا تحقق العدل ولا تستجيب مع مقتضياتها وظروفها فإنه يتعين عليه الحكم بما يتوافق ومنطق العدالة، فإذا قلنا أن القاضي يجب عليه تطبيق النص بعلمه تأسيسا على أن من المحذور 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.

ثالثا- مجالات الاجتهاد القضائي :

ويقصد بمجال الاجتهاد القضائي الحالات التي يلجأ فيها القاضي إلى الاجتهاد من أجل الوصول إلى حكم في قضية معينة ويمكن إجمال هذه الحالات في :

1/ عند وجود النص :

كما هو معلوم أن وظيفة القاضي هي الحكم على الوقائع وفقا لما جاءت به النصوص القانونية، فإذا ورد في الواقعة نص قانوني فعلى القاضي أن يلتزم به ولا يجوز له الخروج عنه، غير أن القواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوماً وليست خالية من كل عيب أو نقص بل كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا إلى الاجتهاد في بيان مضمون النص التشريعي وتفسيره ليستخلص الحكم الواجب تطبيقه على الواقعة، وبناء على ذلك فالحالات التي يلجأ فيها القاضي إلى الاجتهاد هي الغموض والإبهام النقص أو السكوت التناقض أو التعارض فويما يأتي توضيح ذلك :

أ - عند غموض النص أو إبهامه :

والمقصود بذلك أن النص ليس له معنى واضح محدد، وعبارته غير واضحة بحيث تحتمل التفسير والتأويل ويمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد في فهم النص وتحديد المراد منه فيختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الأكثر صحة، والأقرب إلى الحق والصواب، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي يتضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعاً لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتفسيرها.

ب - عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل :

يقع النقص في النص عندما تكون عبارته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، أو قد يتعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة ويتناولها بالتنظيم ويغفل في الوقت نفسه مسائل أخرى فلا يبين أحكامها، وإذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج النصوص وذلك باللجوء إلى المصادر الرسمية الأخرى، 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، ولا يقف القاضي في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محددًا معانيها أو مستخلصاً منها أحكاماً جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحياناً وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل غالباً آخر ما وصل إليه في الوقت الذي وُضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة ويستمر المجتمع في تطوره فتنشأ فيه ظروف وأوضاع مادية واقتصادية واجتماعية جديدة، فتصبح هذه النصوص إذا لم تعدل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية حاجاته، ويحرص القضاء في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة فيتجاوز إرادة المشرع ويعطي للنصوص معانٍ جديدة تختلف عن معانيها الأصلية، وأحكاماً مغايرة لما أراده واضعوها كي تصبح أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع الذي تطبق فيه.

ج - التناقض أو التعارض :

يقع التعارض أو التناقض بين نصين إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماماً الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر، ومهمة القاضي في هذه الحالة أن يحاول التوفيق بين النصين فإذا تعذر ذلك رجح أحدهما على الآخر.

2- عند غياب النص :

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن هذه القاعدة خارج هذه النصوص وذلك باللجوء إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى ومن أهمها الشريعة الإسلامية ، فقد نص المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني على أنه:(يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

وجاء في المادة 222 من قانون الأسرة(كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) ، فقد نص المشرع الجزائري بناء على هذه المادة أن كل ما لم ينص عليه هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالمشرع أطلق العنان للقاضي للاجتهاد في كل ما لم ينص عليه صراحة ؛ ذلك أن جزئيات القضايا أو المسائل لا يمكن أن تعد أو تحصر بتشريع معين فكان لزاما من الاجتهاد في إطار الكليات العامة، وبهذا يضيف المشرع على القانون صفة المرونة وعدم الجمود .

كما أن المشرع لم يقيد القاضي بالرجوع فيما سكت عنه القانون إلى مذهب معين بل أطلق له التصرف ليجتهد في ظل أحكام الشريعة دون التقيد بمذهب معين ما يراه محققا للمصلحة .

وبهذا يكون التشريع الجزائري قد فتح باب الاجتهاد للقاضي من غير تقييد لحرية.