

الاجتهاد القضائي وأثره في تطوير منظومة القوانين الليبية

إعداد: أ. محمد مسعود سعد أبوزيد

كلية القانون/ جامعة صبراتة

Abozaid90m@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي جعل الاجتهاد سبيلا إلى معرفة الأحكام، وسوّج الاختلاف بين الناس وجعل أسبابه مركوزة في طبيعة البشر والحياة والتكاليف، فاحتاج الناس للأئمة والقضاة؛ لتبيين الحكم والفصل في الخصام، والصلاة والسلام على سيد الخلق محمد بن عبد الله القدوة الإمام، الذي ضمن الأجر للمجتهد مصيبا أو مخطئا بقوله في خير الهدى وأفضل الكلام: " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر (1) صلى الله عليه وعلى آله الأطهار وصحابته الأعلام، وبعد

فإن للاجتهاد أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي منذ عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - وصحابته والتابعين إلى عصرنا هذا، فهو الميراث الرحب للمستنبطين للأحكام، وذوي الفكر الاجتهادي، وهو مناط الأحكام وأصل الفقه وعمدة الإجماع والمنبع الثري للفقيه؛ إذ به تعرف أدلة التشريع وتدرّك أسرار الشريعة ودقائقها.

وتزداد الحاجة إلى الاجتهاد والنظر كلما تطورت العصور وتغيرت الأحوال وكثرت النوازل، حتى تتأكد الصلاحية المطلقة للشريعة في كل زمان ومكان فقها وقضاء، وإلى هذا المعنى يشير الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: " وتضاعفت الحاجة إلى الاجتهاد في العصر الحاضر بسبب تعقد المعاملات، وانعزال الدين عن المجتمع، وطرو أنظمة جديدة للحياة لم تكن موجودة، وحدث انقلاب تام في الأوضاع أصبحت معها المسائل الفقهاء المدونة قليلة الشبه في الحياة الواقعية، وتغيرت التطورات الاجتماعية للنظام القانوني والجنائي وغيرهما"(2).

ولما كان القضاء من المناصب المختصة بالنظر في أقضية الناس التي لا تنتهي، لاسيما في الأمور المستجدة والحوادث النازلة وجب على القاضي أن يكون مؤهلا لاستنباط الأحكام الشرعية لها، ووجب أن يكون ذا قدرة على النظر والاجتهاد، كما ذكر الماوردي(3): إن من شروط ولاية القضاء: " العلم بالأحكام الشرعية"(4)

وإن النهوض بالاجتهاد القضائي المعاصر يحتاج إلى صياغة رؤية إصلاحية محكمة شاملة لمناحي القصور ومستوفية لأغراض العلاج، بغية تحقيق القوة في الفعل والفاعلية في الإنجاز.

¹ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، حديث رقم: 6919، 2676/6.

² الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص: 175، 176.

³ هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، ولد سنة: 364هـ وتوفي سنة: 450هـ، كان أقضى قضاة عصره، من العلماء الباحثين، من مؤلفاته: أدب الدنيا والدين، النكت والعيون، الزركلي، الأعلام، 327/4.

⁴ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، ص: 112.

لتحقيق غاية البحث وإظهاره في المنهج العلمي تم تقسيمها إلى:

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي الفقهي والاجتهاد الفقهي العام والفرق بينهما.

المطلب الثاني: ضرورة الاجتهاد في العصر الحديث.

المبحث الثاني: حقيقة الاجتهاد القضائي في القوانين الوضعية.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا ومصادره.

المطلب الثاني: اجتهاد القاضي في العصر الحديث ومدى حريته في الاجتهاد.

ثم ختمته بخاتمة وذيلته بقائمة للمصادر والمراجع والله أسأل التوفيق والسداد.

إشكالية البحث:

على كثرة نصوص الشريعة الإسلامية ووفرته إلا أنها لم تأت مفصلة لجميع الأحكام، ما جعل السبيل مفتوحا للاجتهاد القضائي الشرعي بقصد استنباط الأحكام التي تلائم النوازل المستجدة، وهذا يجعل القضاء متسما بالمرونة وأنه صالح لكل الأزمنة وما يحدث فيها.

وعلى ذلك جاءت إشكالية البحث التي قامت على بعض الأسئلة وهي:

ما هي حقيقة الاجتهاد القضائي؟ وما مدى ضرورته والحاجة إليه في هذا العصر؟

ما هي أصول الاجتهاد القضائي ومصادره؟ وما الفرق بينه وبين الاجتهاد الفقهي؟ وفي أي شيء يكون الاجتهاد القضائي؟ وما مدى حرية القاضي في الاجتهاد القضائي؟

الكلمات المفتاحية:

الاجتهاد، والقضاء، القاضي، المشرع، الفقهي.

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي:

يعتبر الاجتهاد مصدرا من المصادر الحيوية الكبرى للشرعية الإسلامية، مما يجعل أحكامها صالحة لكل عصر، متماشية مع متطلباته، وهذا لا يكون إلا بتحقيق ضوابطه وتوفر شروطه، ضمن المساحة التي سمحت بها الشريعة الإسلامية، ويجب ألا يخلو عصر من الاجتهاد إذا كان الاجتهاد واجبا.

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي الفقهي والاجتهاد الفقهي العام والفرق بينهما:

لا سبيل لبسط تعريف الاجتهاد باعتباره مفردا، فيكفي بيان مفهومه باعتباره متلازما ومنعوتا بالقضاء؛ إذ المقام لا يسمح بذلك والذي يهنا هو تعريفه باعتباره لقبا مركبا.

الإجتهاد القضائي باعتباره اللقبية هو: "استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق العامة" (5)

أو هو القضاء الشرعي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء كان ذلك عند عدم ورود أو ورود النص الظني الدلالة أو الثبوت. والذي يعنينا ومحل دراستنا هو الاجتهاد خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالاتها، والقضاء الشرعي يشمل الحكم في القطعيات التي لا مجال للاجتهاد فيها أيضا.

ومن جانبه يميز الفقه الإسلامي بين الاجتهاد الاستنباطي الذي هو العملية التي تبنى على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية في الشريعة الإسلامية (6)، وبين الاجتهاد التنزيلي الذي ينتج عن احتكاك الأحكام بالواقع، وخلق قواعد جديدة من خلال تخصيص القواعد العامة لتتلاءم مع وقائع النزاع، وهو ما يطلق عليه بـ (فقه النوازل) كنوع من الاجتهاد كان له دور كبير في إكساب علم الأصول تجديدا ومقدرة على مسايرة المستجدات (7).

⁵ الريسوني، الريسوني، الاجتهاد القضائي المعاصر (ضرورته ووسائل النهوض به)، ص: 11.

⁶ الزرقا، مصطفى أحمد، الاجتهاد ودوره في حل المشكلات، ص: 53.

⁷ ينظر: حب الله، علي، دراسات في فلسفة أصول الفقه والشرعية ونظرية المقاصد، ص: 686، 687.

ولتأكيد هذا المفهوم نعرض لبيان الفرق بين الاجتهاد الفقهي العام والاجتهاد القضائي في الآتي:

- الفرق بين الاجتهاد الفقهي العام والاجتهاد القضائي:

يمكننا التفريق أو التمييز بين الاجتهاد الفقهي والقضائي بشكل يسير، وهو أن ما يقوم به الفقيه يكون اجتهادا فقهيا، وما يقوم به القاضي عند نظره في النزاع المعروض عليه فيكون اجتهادا قضائيا، وهذا التفريق لا يعدو أن يكون تمييزا وظيفيا، ولكي نتبين لنا أهم الفروق الجوهرية بين الاجتهاد الفقهي والقضائي، علينا أن نتطرق إلى بيان معنى المصطلحات التي يتألف منها النوعان والعلاقة بينهما في الآتي:

الفرق بين الإفتاء والاجتهاد، والمجتهد والمفتي:

أ- الفرق بين الفتوى والاجتهاد:

الفرق بين علم الفتيا وفقه الفتيا فرق بين الأخص والأعم؛ ففقه الفتيا هو العلم بالأحكام الكلية، وعلم الفتيا هو العلم بتلك الأحكام مع تنزيلها على النوازل⁽⁸⁾، فالإفتاء هو إخبار بثمرة الاجتهاد، فيكون بذلك أخص من الاجتهاد؛ لأن الاجتهاد هو استنباط الأحكام سواء كان سؤالا في الموضوع أم لا، كما أن الإفتاء لا يكون إلا اذا حصلت وحدثت واقعة فيتعرف الفقيه على حكمها الشرعي، ويكون الإفتاء أعم من الاجتهاد من وجه آخر؛ لأن الفتوى تعم القطعيات والظنيات بخلاف الاجتهاد، والإفتاء السليم هو الذي يكون من مفتٍ يقتضي مع شروط الإفتاء درايةً ومعرفةً بالواقعة المُستفتى فيها، ودراسة نفسية المستفتي ومدى أثر الفتوى سلبا أو إيجابا حتى لا يتخذ الدين الإسلامي هزوا ولعبا⁽⁹⁾.

ب- الفرق بين المجتهد والمفتي:

حتى نتوصل لمعرفة الفرق بين المجتهد والمفتي لابد من بيان هذين المصطلحين: **المجتهد، المفتي.**

المجتهد: هو الفقيه الذي توفرت فيه شروط الاجتهاد، وقامت فيه ملكةٌ يقتدر بها على استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، وهو الفقيه عند الأصوليين⁽¹⁰⁾.

المفتي: هو المتصف بصفة الاجتهاد مطلقا، أو في مذهب أحد الأئمة، بأن يكون عارفا بمدارك إمامه، قادرا على تقرير قواعده، مؤهلا لمعرفة الفرق والجمع ونحوه، وقد يعين رسمياً من قبل الدولة في وظيفة الإفتاء⁽¹¹⁾.

⁸ ينظر: الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، 78/10.

⁹ ينظر: أبو زهرة، محمد أحمد، أصول الفقه، ص: 376.

¹⁰ ينظر: زيدان، عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص: 402، والزحيلي، محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، 275/2.

¹¹ ينظر: الأمدي، سيف الدين علي بن محمد، منتهى السؤل في علم الأصول، ص: 256، الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سبق ذكره، 379/2.

وذهب جمع من الأصوليين أنه لا فرق بين المفتي والمجتهد، وأن المجتهد هو المفتي، قال الآمدي - رحمه الله -: "وأما المفتي فلا بد أن يكون من أهل الاجتهاد" (12)، وقال في موضع آخر: "وأما المجتهد: فكل من اتصف بصفة الاجتهاد" (13)، ويقول الشوكاني - رحمه الله -: "وأما المفتي فهو المجتهد.

وقول من قال: أن المفتي هو الفقيه؛ لأن المراد المجتهد في مصطلح أهل الأصول" (14)، وقال في موضع آخر: "المجتهد هو الفقيه المستفرغ لوسعه" (15).

فالمفتي لا يكون إلا مجتهدا والمجتهد لا يكون إلا فقيها (16).

فمن هذه النقول يتبين لنا أنه لا فرق بين المجتهد والمفتي، وأن المفتي هو المجتهد، وهو الرأي الذي قال به الجويني (17) - رحمه الله - عندما تحدث عن اشتغال الزمان على مفتين ومجتهدين بقوله: "الرتبة الأولى: في اشتغال الزمان على المفتين والمجتهدين، وفي موضع آخر في قوله: من هو المفتي؟ قال: حملة الشريعة والمستقلون بها هم المفتون المستجمعون لشرائط الاجتهاد من العلوم.." (18).

وهذا بحسب عرف الأصوليين، إلا أنه ثمت فرق جوهري بين المجتهد والمفتي وهو أن كل مجتهد مفت، وليس كل مفت مجتهدا اجتهدا مطلقا، فالمفتي يكشف عن الحكم وأما المجتهد فيستتبط الحكم ويقعده.

الفرق بين الاجتهاد (الفتوى) والقضاء :

أحيانا يشتهر قضاء القاضي بفتوى المفتي، ولكن توجد فروق بين الفتوى والقضاء؛ فمنها ما يرجع إلى فروق حقيقية بينهما، ومنها ما يعدّ توابع لكل منهما، ومنها ما يقع في مجالاتهما.

فثمت جملة من الفروق بين الفتوى الصادرة من المفتي، وبين الحكم الصادر من القاضي، وقد عني جمع من الأئمة الأعلام بالتفريق، ولضيق المقام نذكر إجمالاً أهم الفروق التي ذكرها الأئمة؛ فأما الفروق التي في حقيقة كل منهما فهي (19):

¹² الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، 270/4.

¹³ الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، المصدر السابق، 198/4.

¹⁴ الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول، 1082/2.

¹⁵ الشوكاني، إرشاد الفحول، المصدر السابق، 1027/2.

¹⁶ ينظر: السيوطي، جلال الدين، شرح الكوكب الساطع، 392/2.

¹⁷ هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني الشافعي (إمام الحرمين)، ولد سنة 419هـ، وتوفي سنة 478هـ، من مؤلفاته: النهاية في الفقه، ينظر: ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، 3/357، 359.

¹⁸ عبد الملك الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، ص: 285.

¹⁹ ينظر: الزبياري، عامر سعيد، مباحث في أحكام الفتوى، ص: 33، 34، والأشقر، محمد سليمان، الفتيا ومناهج الإفتاء، ص: 15، 18.

- إن القضاء لا يكون إلا عن منطوق، أما الفتوى فتكون بالقول أو بالفعل أو بالإشارة أو بالكتابة، وقد مثّل القرافي⁽²⁰⁾ لذلك بقوله: " مثال الحاكم والمفتي مع الله تعالى - والله المثل الأعلى - مثال قاضي القضاة يولي شخصين، أحدهما نائبه في الحكم والآخر ترجمان بينه وبين الأعاجم، قال: فالترجمان عليه اتباع تلك الحروف والكلمات الصادرة عن الحكم فيخبر بمقتضاها من غير زيادة ولا نقص، فهذا هو المفتي، يجب عليه اتباع الأدلة بعد استقراءها ويخبر الخلق بما ظهر له منها، ونائب الحاكم في الحكم ينشئ من إلزام الناس وإبطال الإلزام عنهم مالم يقرره مستنبيه الذي هو القاضي الأصل بل فوض ذلك لنائبه فامتثل، فهذا مثال الحاكم مع الله فليس له أن ينشئ حكما بالهوى والشهوات" ⁽²¹⁾.

وأما الفروق التي في توابع كل منهما فهي:

- حكم القاضي ملزم للمحكوم عليه ويجب عليه قبوله والعمل به سواء كان خطأ أم صوابا، بخلاف فتوى المفتي فهي خلاف ذلك، حيث لا يلزم المستفتي قبولها أو العمل بها مالم يتيقن صحتها وشرعيتها.

- حكم الحاكم في أمر مجتهد فيه يرفع الخلاف، فمتى حكم القاضي بحكم ولو بغير مذهب الخصوم وجبت الطاعة ولزم الخصوم في القضية محل النظر المحكوم به، بخلاف الفتوى فإنها لا ترفع خلافا وللمستفتي أن يتركها إلى ما يوافق مذهبه الذي يميل إليه مالم يكن في الترك مناقضة لأدلة الشرع.

وأما الفروق التي في مجال كل منهما فهي:

- المجال القضائي يختص بالمعاملات دون مجال العبادات والأخلاق والآداب ويكون في الأمور الواجبة أو المباحة أو المحرمة دون الأمور المكروهة والمستحبة، بخلاف الفتوى فإنها تكون في تلك الأمور وغيرها.

وثمة فروق أخرى لا بأس من ذكر شيء منها:

- يشترط في القاضي الحرية والذكورة والسمع دون المفتي فلا يشترط فيه ذلك.

- إن فتوى المفتي أعظم خطرا من حكم القاضي؛ لأن الفتوى تعتبر شريعة عامة تتعلق بالمستفتي وغيره، أما حكم القاضي فهو خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه. ⁽²²⁾

ومن هنا يتبين لنا الفرق بين القاضي والمفتي، فالمفتي يبين الحكم الشرعي للمتازعين لكن بلا إجراءات، ويكون الحكم الشرعي الذي يبينه غير ملزم، وللخصوم تنفيذه باختيارهما، وإلا اضطررا للرجوع إلى القضاء - بخلاف القاضي - وعليه

²⁰ هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي، من علماء المالكية، مصري المولد والمنشأ والوفاة، توفي سنة 684هـ، من مؤلفاته الذخيرة والفروق. خير الدين الزركلي، الأعلام، 95، 94/1.

²¹ القرافي، شهاب الدين، الأحكام في تمييز الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص: 19.

²² قال ابن القيم في ذلك: " وأما الحاكم فحكمه جزئي خاص لا يتعدى إلى غير المحكوم عليه وله، فالمفتي يفتي حكما عاما كليا، أن من فعل كذا ترتب عليه كذا، ومن قال كذا ألزمه كذا، والقاضي يقضي قضاء معينا على شخص معين، فقضاؤه ملزم، وفتوى العالم عامة غير ملزمة.."، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 30، 31/1.

يكون دور المفتي بارزا في بيان الأحكام الشرعية وإنهاء الخلافات بين المتنازعين مما يخفف العبء عن القاضي؛ لأن الوازع الديني في المسلم يدفعه بمجرد معرفة الحكم للالتزام به ذاتيا طوعا واختيارا.

وبالتميز بين الجانب المدني والجانب الديني، نجد أن السلطة الإسلامية خاصة في العصور المتأخرة ميزت بين وظيفة القاضي الذي يعتمد على الاعتبار القضائي للأحكام والأعمال، وبين وظيفة المفتي الذي يعتمد على الاعتبار الديني.

الفرق بين فقه القضاء وعلم القضاء :

إن الفرق بين علم القضاء وفقهه فرق بين الأخص والأعم، ففقه القضاء أعم؛ لأنه العلم بالأحكام الكلية، وعلم القضاء هو إعمال النظر في الجزئية، وكيفية الفصل في النزاع والخصومات، باستعمال تلك الأحكام الكلية وتنزيلها وتطبيقها على تلك الجزئيات⁽²³⁾.

والقضاء علم يحتاج إلى فطنة وذكاء وحنكة ومراس، فالقاضي هو الخبير العارف بالكيفية التي تطبق فيها الأحكام الكلية على الوقائع الجزئية التي تعرض عليه، وقد نبه إلى ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - بقوله: "أقضاكم علي وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل"⁽²⁴⁾ فبين صلى الله عليه وسلم أن سيدنا عليا - رضي الله عنه - متميز عن الصحابة في علم القضاء وأعرفهم بأحكامه وفصل الخصومات، وأخبرهم بمناورات الخصوم، وأقدرهم على استنباط الأحكام للحوادث الجزئية التي تعرض عليه، وأما معاذ - رضي الله عنه - فتميز في الفقه فهو أفقه الصحاب لمعرفته بالحلال والحرام⁽²⁵⁾.

يقول ابن العربي⁽²⁶⁾ في شرحه لهذا الحديث: "قد يكون الرجل بصيرا بأحكام الأفعال عارفا بالحلال والحرام، ولا يقوم بفصل الخطاب فيها، وقد يكون الرجل يأتي القضاء من وجهه باختصار من لفظه وإيجاز في طريقه بحذف التطويل، وإصابة المقصود"⁽²⁷⁾.

فالقضاء علم وإن كان من أحد أنواع علم الفقه ولكنه يتميز بأمور لا يحسنها جميع الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفا بفصل الخصام وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه، وفي ذلك يقول الإمام مالك - رضي الله عنه - " وليس علم القضاء كغيره من العلم"⁽²⁸⁾.

²³ الوثنريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، مصدر سبق ذكره، 78/10.

²⁴ ابن ماجه، أبو عبد الله محمد، سنن بن ماجه، كتاب السنة، فضائل خباب، حديث رقم: 154، 102/1، اختلف في تصحيحه بهذا اللفظ، ورواه البخاري وابن الإمام أحمد عن ابن عباس بلفظ: " قال عمر بن الخطاب علي أقضانا وأبي أقرؤنا، وصححه الحاكم عن ابن مسعود بلفظ: كنا نتحدث أن أقصى المدينة علي، ينظر: إسماعيل بن محمد العجلوني، كشف الخفاء ومزيل الالتباس، 184/1،

²⁵ ينظر: البكر، محمد عبد الرحمن، السلطة القضائية وشخصية القاضي، ص: 111.

²⁶ هو محمد بن عبد الله بن أحمد، المعروف بابن العربي الأندلسي، القاضي الحافظ المشهور، ولد سنة 486هـ، وتوفي سنة 543هـ، من مؤلفاته

أحكام القرآن، حمد بن علي بن أحمد الداودي المالكي، طبقات المفسرين، 167/2.

²⁷ ابن العربي، أحكام القرآن، 1627/4.

²⁸ الوثنريسي، المعيار المعرب 79/10 مصدر سبق ذكره.

ويقول ابن العربي أيضا: " فأما علم القضاء فلعمر أبيك أنه لنوع من أنواع العلم مجرد، وفصل منه مؤكد غير معرفة الأحكام والبصر بالحلال والحرام".²⁹

وخلاصة القول: أن الفصل في الشريعة الإسلامية بين الاجتهاد الفقهي بمدلوله العام وبين الاجتهاد القضائي يصعب، فالفقيه كان قاضيا والقاضي كان فقيها، حيث كان القاضي يستعين بفتوى الفقيه في قضائه كما كان يسترشد بقضاء أسلافه، وكان الفقيه يستعين في إصدار فتاواه بما يعرض أمام القضاء من مشاكل وما ينتهون إليه من آراء وأحكام، وبالنظر لقلة النصوص والأحكام الواردة في الأدلة النقلية ازداد الاعتماد على الاجتهاد في استنباط الحكم المناسب سواء كان المجتهد قاضيا أم فقيها، ما دام كان الاجتهاد مندرجا تحت دليل من الأدلة الشرعية المعروفة، كما أصبح الاجتهاد مصدرا رسميا بشروط معينة سواء في ذلك اجتهاد الفقيه أم القاضي، وسواء في عصر حرية الاجتهاد أم بعد غلق بابه الذي أصبح الفقه مصدرا رسميا فيه وملزما للقاضي والفقيه دون تفريق.

فقبل أن يغلق باب الاجتهاد -حيث كانت حرية الاجتهاد سائدة- كان المسلم به أن ما يتوصل إليه الفقيه من حكم للحالة محل بحثه لا يصبح قطعيا، ومن ثم لا يكون بذاته ملزما؛ لأنه يحتمل الخطأ، كما يحتمل الصواب وله أجره في الحالين كما دل عليه النص: " إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر واحد"⁽³⁰⁾.

ويمكن القول أيضا أن الرأي الذي انتهى إليه المجتهد سواء كان قاضيا أم فقيها لا يلزم غيره، وتطبيقا لمبدأ حرية الاجتهاد يستطيع المجتهد أن يغير رأيه إذا تبين له فيما بعد أن رأيه الأول جانب الصواب⁽³¹⁾.

وبناء على ما سبق يمكننا استخلاص الفرق الذي لا يخص الاجتهاد في ذاته بين الفقيه والقاضي وإنما يتعلق بنتيجة تغير الرأي والاجتهاد تبعا لما إذا كان المجتهد فقيها أو قاضيا، فإن كان قاضيا فإنه يبقى لحكم الأول حجيته وآثاره، ولا يطبق اجتهاده الجديد إلا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول، وإذا كان فقيها وجب عليه أن يعمل باجتهاده الجديد. وعليه فإن الحكم القضائي المبني على الاجتهاد يلزم طرفي النزاع ويرقى اجتهاد القاضي إلى مرتبة المصدر الرسمي في الخصومة التي نظر فيها.

²⁹ ابن العربي، أحكام القرآن 1627/4 مصدر سبق ذكره.

³⁰ النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، 91/11.

³¹ ينظر: صوفي حسن، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، ص: 140.

المطلب الثاني: ضرورة الاجتهاد في العصر الحديث

لا يكاد يخلو عصر من المجتهدين، وإن باب الاجتهاد مفتوح لمن تأهل له، وإن إغلاق باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع عشر لظروف وقتية، وأوضاع معينة، خشية أن يلج هذا الباب من ليس أهلاً له، وظهور بعض القرائن الدالة على إرادة نقض الإسلام من الداخل، وتضييع الثروة الفقهية التي أبدعها أئمة الاجتهاد العظام، ولا يوجد دليل على إغلاق باب الاجتهاد وسدّه، وإنما الدليل على عكس ذلك، وهو بقاء مشروعية الاجتهاد حتى تظل هذه الشريعة قائمة صالحة لكل زمان ومكان⁽³²⁾.

أولاً: ضرورة الاجتهاد:

تكمن ضرورة الاجتهاد في ناحيتين أساسيتين تتعلق إحدهما بإيجاد الحلول المناسبة التي تتطلبها المسائل المستجدة وهو ما يسمى بالثمرة، أما الأخرى فتتعلق ببعض الوظائف التي تتطلب بلوغ درجة الاجتهاد للمرشح والمنتصب لها.

فأما الناحية الأولى وهي ضرورة العلمية الاجتهادية التي تتعلق بمنطلقات الاجتهاد ودواعيه المختلفة التي توجهه، وذلك بالنظر إلى أحكام الشريعة الإسلامية من كونها متناهية أو غير متناهية الوقائع بسبب تغير الأحوال والأعراف والعادات والأزمان، وما تتطلبه المصلحة والضرورة ومستجدات كل عصر، من هنا تظهر أهمية الاجتهاد وضرورته لتنزيل الأحكام المناسبة على الوقائع، وفق مبادئ الشريعة الإسلامية الكلية.

ولا يمكن لأي تشريع سماوي أو وضعي أن يبقى معمولاً به، صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، إلا بالاجتهاد الذي تمليه ضرورات الواقع وتطورات الحياة، وما يحدث من قضايا تتطلب حلولاً مناسبة تتجاوب مع مقتضيات، وتواكب الحياة وتطورها، لذا كان الاجتهاد ضرورة تشريعية وفرضاً كفائياً لمن تأهل له، وأحياناً يتعين إذا خيف فوات الحادثة على غير وجهها وحكمها الشرعي.

وتتمثل هذه الضرورة إما في الترجيح بين الأدلة التي ظاهرها التعارض، وإما بمعرفة حكم القضايا المستجدة التي لا يوجد نص أو اجتهاد سابق لها، وإما انتقاء رأي من بين آراء المذاهب الإسلامية المعتبرة يناسب ظروف العصر⁽³³⁾، والمحقق لمصالح الناس، سواء في مجال الإفتاء أو القضاء أو التقنين، ويسترشد المجتهد في ذلك بمقاصد الشريعة ومباني الأحكام الشرعية من علل وحكم تشريعية لاستنباط الحكم المناسب للواقعة، وقد كان الاجتهاد ضرورة دائمة، حيث اجتهد النبي - صلى الله عليه وسلم - والصحابه - رضي الله عنهم - واجتهد من جاء بعدهم من التابعين، ثم برز أئمة الاجتهاد من أصحاب المدارس الفقهية الذين وضعوا مناهج الاستدلال والاستنباط⁽³⁴⁾، واستمر ركب المجتهدين الذي لم ينقطع وإن قل

³² ينظر: وهبة الزحيلي، تجديد الفقه الإسلامي، ص: 195.

³³ وهو ما يسمى بالاجتهاد الانتقائي، ويقصد بهذا الاجتهاد: اختيار أحد الآراء المنقولة في تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به ترجيحاً له على غيره من الآراء، أو الأقوال الأخرى، ينظر: يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، ص: 115.

³⁴ اكتملت أصول الشريعة قبل وفاة النبي - صلى الله عليه وسلم - وبذلك انتقل الفقه الإسلامي من دور التأسيس إلى دور البناء والكمال، الذي كان مطبوعاً بطابع الاجتهاد في عصر الأئمة الأعلام، وإن انحصر هذا الاجتهاد فيما لم يرد فيه نص، أما فيما عدا ذلك فقد توسع الفقهاء والقضاة في

عدهم، فلم يثبت في تاريخ الأمة العلمي أن زمانا خلا من مجتهد، بل الثابت هو الوجود المستمر للاجتهاد رغم الضعف العام الذي أصاب الأمة، وضعف الحركة الفقهية وقلة عدد المجتهدين، وجنوح الفقهاء إلى تقليد الأئمة السابقين، وعدم الجرأة على الاستقلال بالرأي⁽³⁵⁾.

فالحاجة إلى الاجتهاد دائمة مستمرة، مادامت وقائع الحياة تتجدد وأحوال الناس تتغير وتتطور، ومادامت شريعة الإسلام صالحة ومصلحة بمرونتها لكل زمان ومكان، وحاكمة في كل أمر من أمور الإنسان، فكان هذا العصر أحوج إلى الاجتهاد من غيره، وذلك للتغير الهائل الذي دخل الحياة الاجتماعية بعد الانقلاب الصناعي، والتطور التكنولوجي، والتواصل المادي العالمي، وكذا ظهور أشكال وأعمال ومؤسسات جديدة في ميدان الاقتصاد والمال، كالشركات الحديثة بمختلف صورها المتعددة، والبنوك بأنواعها المختلفة، وفي المجال العلمي البحث بما قدمه من اكتشافات هائلة وتكنولوجيا متقدمة، خصوصا في مجال الطب الذي أثار المشكلات الكثيرة عن بحث حلول شرعية، تقتضي من المجتهد المعاصر بذل الجهد واستنراق الوسع في استنباط الحكم المناسب لها⁽³⁶⁾.

المبحث الثاني: حقيقة الاجتهاد القضائي في القوانين الوضعية

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا ومصادره:

أولا: مفهوم الاجتهاد القضائي قانونا:

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

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون يعتبر: مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها، والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في المسائل التي لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على اتباعها⁽³⁷⁾.

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

الاجتهاد سواء كان جماعيا أم فرديا، وقد أدى هذا التوسع في الاجتهاد في هذه الفترة إلى اتخاذ الاجتهاد بالرأي أشكالا عديدة كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلّة وسد الذرائع، وغيرها مما اعتبرت فيما بعد من المصادر التبعية للفقه الإسلامي. ينظر: عبد العظيم شرف الدين، تاريخ التشريع الإسلامي، ص: 143.

³⁵ ينظر: القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، مرجع سبق ذكره، ص: 85.

³⁶ ينظر: القرضاوي، المرجع السابق، ص: 102.

³⁷ ينظر: محمد، عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص: 163، 164.

ويقصد به أيضا: مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة⁽³⁸⁾، أي: آراء المحاكم واجتهاداتها في المسائل والقضايا القانونية المعروضة عليها.

ويطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء؛ وهذه الكلمة تفيد في أحد معانيها: الحكم الصادر عن القاضي في قضية ما، والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق النصوص التشريعية الصريحة الواضحة⁽³⁹⁾.

كما يقصد به: استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين، وبهذا المعنى يقال مثلا: استقر القضاء على الحكم بالتعويض حال حدوث ضرر نتيجة عمل معين⁽⁴⁰⁾.

ولذلك فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات تستوجب عليه الفصل فيها.

ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحدا معروفا⁽⁴¹⁾.

- الاجتهاد في العرف القضائي

النازلة أو الحادثة محل النزاع كما يقول ابن القيم: " لا يتمكن الحاكم فيها من الحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم، أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما، والثاني: فهم الواجب في الواقع أي فهم حكم الشارع في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر"⁽⁴²⁾، ولا شك أن كلا من فهم الواقع وفهم حكم الشرع فيه قد يكون جليا فيبدو وجه القضاء في الحادثة واضحا لا خفاء فيه.

وأحيانا يعترض هذين الفهمين أو أحدهما نوع من الخفاء فيشتبه فهم الواقع أو يشتبه فهم النص الشرعي أو القانوني الذي يرى القاضي تطبيقه على الواقع لاختلاف فيه، أو إجمال، أو إشكال، فتدعو الحال حينئذ إلى إعمال الرؤية والتفكير وتشتد الحاجة إلى البحث والسبر لالتماس تصور النازلة أو استنباط حكمها من بين تلك المشكلات، وما يتضح للباحث في هذا المقام ويتخذ أساسا لرفع الاشتباه أو ترجيح بعض الآراء أو إزالة الخفاء ويرتب عليه حكمه في النازلة هو الذي سمي بالاجتهاد القضائي، وإليه يرجع في المسائل المماثلة ويحتذى في نظائرها ويسمى هذا الاجتهاد بمبادئ القضاء.

³⁸ ينظر: البدرابي، عبد المنعم، مبادئ القانون، ص244.

³⁹ ينظر: جعفر، محمد سعيد، المدخل إلى العلوم القانونية، ص:208 ومحمود نعمان، المدخل للقانون، ص:112.

⁴⁰ ينظر: يحيى، ياسين محمد، مبادئ العلوم القانونية، ص:141، 142.

⁴¹ ينظر: الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، 316/1.

⁴² ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص:4، وجامع الفقه لابن القيم، 121/7.

وبناء على ذلك تسمى القضية المجتهد فيها (القضية ذات المبدأ) بأنها قضية اشتبه بها وجه القضاء فبني الحكم فيها على توجيه يرفع الإشكال ويزيل الخفاء (43).

ومن المقرر أن أحكام المحاكم لا تكون حجة إلا في القضية التي فصلت فيها، وذلك يعني أن المحاكم لا تكون ملزمة باتباع المبادئ التي وضعتها من قبل، ولكن ما يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم خصومة لا يوجد نص قانوني يحكمها، أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف، فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الاتجاه، أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا - وهذا دورها الرئيس - بتوحيد المبدأ القانوني في هذه القضية عند العرض (44).

بناء على ما سبق يمكن القول إن الاجتهاد القضائي في القوانين الوضعية هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية.

ثانيا: مصادر:

يختلف مجال الاجتهاد القضائي تبعا للوقائع المعروضة على القضاء، بين التي ورد فيها نص تشريعي ولم يرد فيها نص، وذلك وفق الآتي:

- الاجتهاد القضائي عند وجود النص التشريعي:

الأصل في سلطة القاضي تقيده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعلى ذلك فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم تطبيقها، أو من خارج هذه النصوص، فعند تطبيق النصوص التشريعية يضطر القاضي إلى الاجتهاد في حالين رئيسيتين (45):

الأولى: عند غموض النص أو إبهامه من جهة.

الأخرى: عند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة أخرى.

ونعني بغموض النص: أن النص ليس له معنى واضح محدد، وإنما يحتمل أكثر من تأويل، وعلى القاضي في الحالة هذه الاجتهاد في فهم النص وتحديد معناه، وهو حين يفعل ذلك إنما يحدد الحكم الذي تضمنه هذا النص، ولذا قد تختلف الاجتهادات القضائية تبعا لاختلاف القضاة في فهم النصوص وتأويلها.

أما نقص النص: فيقع عند تعرض المشرع لبعض المسائل مباشرة وتناولها بالتنظيم، ويغفل في ذات الوقت عن مسائل أخرى فلا يتبين أحكامها، ويحاول القاضي في هذه الحالة أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للقضايا التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له، لاسيما وسائل الاستنتاج المختلفة.

⁴³ ينظر: ضاحي، محمد، الحياة القضائية، ص: 15، 16.

⁴⁴ ينظر: محمد، عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، مرجع سبق ذكره، ص: 164.

⁴⁵ ينظر: بوضياف، عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، ص: 181.

ولا يقف القاضي أيضا في اجتهاده عند تفسير النصوص التشريعية محددا معانيها أو مستنتجا منها أحكاما جديدة، بل قد يتخذ من التفسير أحيانا وسيلة لتغيير معاني هذه النصوص وتعديل أحكامها، فنصوص التشريع تمثل في الغالب آخر ما وصل إليه الاجتهاد القضائي في الوقت الذي وضعت فيه، ولكن هذه النصوص تبقى ثابتة، ويستمر المجتمع في تطوره فتتسأ فيه ظروف وتجد فيه أحداث وأوضاع مادية، واقتصادية، واجتماعية، وأحيانا تتغير المبادئ والمثل، فتصبح النصوص التشريعية إذا لم تعدل متخلفة عن مواكبة تطور المجتمع وتلبية لحاجاته، وعلى القضاء أن يحرص في مثل هذه الحالة على التوفيق بين نصوص التشريع الثابتة و أحوال المجتمع المتغيرة، فيعطي النص معنى جديدا يختلف عن معناه الأصلي، وحكما مغايرا لما أراده واضعه حتى تصبح النصوص أكثر ملاءمة لأوضاع المجتمع⁽⁴⁶⁾.

- مصادر الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه:

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها ويبني الحكم عليها فلا بد له من التنقيب عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية.

فمن أهم هذه المصادر: العرف؛ والقاضي لا يصنع العرف، كما أنه لا يكسبه قوته الإلزامية، لأن العرف ملزم بذاته قبل أن يطبقه القضاء، ولكن للقاضي مع ذلك دور مهم في الأخذ بالعرف لأنه هو الذي يتحقق من توافر شروطه ويثبت وجوده.

ومن المصادر الرسمية التي أحالت عليها القوانين العربية: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وهي مبادئ عامة يستخلص منها القاضي حسب اجتهاده مستلهما أفكار الجماعة ومعتقداتها عندما لا يجد نصا تشريعا ينطبق على النزاع المطروح أمامه⁽⁴⁷⁾.

وهذه المبادئ والقواعد ليست مدونة في مرجع معين، فإذا احتاج القاضي إلى الرجوع إليها كان عليه تحديد ما يراه موافقا منها، لذلك فإن إحالة القاضي على هذه المبادئ والقواعد القصد منها: إلزام القاضي بالاجتهاد حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء⁽⁴⁸⁾.

أما المشرع الليبي فقد نص في المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽⁴⁹⁾.

⁴⁶ ينظر: محمد، عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، مرجع سبق ذكره، ص165.

⁴⁷ ينظر: حسنين، محمد، الوجيز في نظرية القانون، ص:52.

⁴⁸ ينظر: سلطان، أنور، المبادئ القانونية العامة، ص: 82.

⁴⁹ القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016، 5/1.

المطلب الثاني: اجتهاد القاضي في العصر الحديث ومدى حريته في الاجتهاد:

يشترط فيمن يولّى القضاء في الفقه الإسلامي أن تكون له أهلية الاجتهاد فيما قد يعترضه من المسائل والقضايا التي لا يجد لها حكما في الكتاب والسنة والإجماع، فيعتمد إلى استنباط الحكم الشرعي المناسب للواقعة - محل النزاع - عن طريق القياس المعتمد وأوجه الاستدلال المختلفة، ولا يتأتى ذلك لمجموع القضاة الشرعيين خصوصا في عصرنا هذا الذي يتعين فيه الاختصار على اشتراط كون من يريد منصب القضاء أن يكون عالما بالأحكام الشرعية، حتى يتمكن من انتقاء الحكم الراجح المناسب للمسألة.

القاضي ومدى حريته في الاجتهاد في القانون الوضعي:

كان القاضي في صدر الإسلام ولعدة قرون متتالية مجتهدا حقا، وقام الاجتهاد القضائي بدور رئيس في تكوين الفقه الإسلامي، فإنه لا يمكن القول الآن بعدم جواز تقنين الفقه الإسلامي لأسباب منها الحجر على اجتهاد القاضي، وذلك لأن القاضي الآن لا يملك وسائل الاجتهاد في الجملة، التي من أهمها الوقت الكافي للبحث والاستقصاء مع كثرة عدد القضايا التي يجب عليه الفصل فيها⁽⁵⁰⁾، وعليه فإن القاضي مقيد في التفسير بلفظ النص وبإرادة المشرع، ثم الرجوع إلى المصادر الاحتياطية.

وتقتضي المصلحة والحال هذه أن يكون أمام القاضي قانون مكتوب يسهل تطبيقه على القضايا المعروضة عليه، كما أن القضاة في جميع البلاد الإسلامية قد تعودوا على تطبيق نصوص قانونية واضحة وسهلة الفهم، وبالتالي فمن البديهي أن عملية التفسير والاجتهاد لا تتم إلا إذا كانت القاعدة المراد تفسيرها موضوعة وموجودة عند عرض الحالة على القاضي حتى يتمكن من استنباط الحكم الملائم منها، إلا أنه قد تعرض على القاضي حالة لم ينص المشرع على حكم لها، فما مدى حرية القاضي في الاجتهاد القضائي في هذه الحالة؟

ومن المعروف أيضا أن القاضي يقوم في اجتهاده بتفسير النص القانوني وذلك بإزالة الغموض الذي قد يعتريه، حيث يتم الرجوع إلى النص في حد ذاته، أي إلى ألفاظه وعباراته وتراكيبه، وإلى مراد المشرع من وضعه كذلك، ومن من هنا تبرز مكانة اللفظ وأهميته من جهة، وإرادة المشرع من جهة أخرى في تفسير القاضي للنصوص القانونية ويمثل هذا القول في الآتي:

(50) كان القاضي منذ صدر الإسلام إلى أواخر الخلافة العثمانية هو الفقيه المجتهد، وكان لا يعين إلا بعد أن يثبت أنه قد أصبح فقيها بل مجتهدا في بعض الأحيان، وخير مثال للقاضي الفقيه المجتهد هو أبو يوسف صاحب أبي حنيفة، ولذلك كانت أحكام القضاة وقدراتهم تضع بل تقرر مبادئ شرعية للتطبيق، كما يحدث الآن بالنسبة لأحكام المحاكم، ولذا يجب أن يعدّ القاضي إعدادا خاصا من حيث الدراسة القانونية والثقافية العامة، وأن يدقق في اختيار من يلي منصب القضاء. ينظر: محمد عبد الجواد محمد، تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشرعية الإسلامية، ص: 30، 31.

- تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع:

اهتم العديد من الفقهاء بالنص وإرادة المشرع أهمية قصوى، واعتبروا ذلك الأساس الذي يرتكز عليه التفسير الفقهي الذي يباشره الشراح في من خلال تناولهم لنصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها، ويعرف هؤلاء الفقهاء باسم (شراح المتون)، وقد كان لمدرستهم تأثير بالغ على القوانين الوضعية في العديد من النظم التي اعتمدت تقييد القاضي بلفظ النص وإرادة المشرع عند قيامه بتفسير النصوص التشريعية وتنزيلها على الواقعة⁽⁵¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان النص غامضاً وغير واضح فإنه يتوجب على القاضي تفسيره والرجوع إلى اللفظ في مفهومه وتركيبه اللغوي والنحوي، كما يتعين عليه في حال الالتباس الرجوع إلى إدارة المشرع حتى يهتدي إلى معنى النص الصحيح، فيلزم القاضي أن يرجع إلى اللفظ كأول وسيلة للتفسير، إذ يتعين عليه أن يحل ألفاظ النص ومنطوق العبارة مستندا في ذلك إلى المعاني اللغوية للكلمات وما جرى عليه عرف الاستعمال، وعندما يتمكن من التوصل إلى تفسير النص عن طريق تفسير اللفظ يقيد القاضي بالرجوع إلى إرادة المشرع.

وقد ذهب المشرع الليبي إلى عدم تقييد القاضي المفسر تقييدا مطلقا بالنص ولا بإرادة المشرع، بل ترك له بعض المجال لإعمال الرأي والاجتهاد والبحث العلمي، فالقاضي الليبي يفسر النص في لفظه وفحواه، فيتوقف عند اللفظ وإذا اقتضته الحاجة يتعداه إلى فحوى النص، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها"⁽⁵²⁾.

- تقييد القاضي بالمصادر الاحتياطية:

- نصت المادة الأولى في فقرتها الثانية من القانون المدني على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽⁵³⁾.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الليبي قد نص على القيود التي يجب على القاضي الالتزام بها في حالة عدم وجود النص، وذلك بذكر المصادر التي يتحتم على القاضي الرجوع إليها بحسب ترتيبها، فلا يمكن له أن يرجع إلى مصدر من المصادر المنصوص عليها إلا بعد التحقق من أنه لم يجد الحكم في المصدر الذي قبله.

(51) ينظر: السعيد، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ص 47.

(52) القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016، 5/1.

(53) القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016، 5/1.

وعليه فالقاضي في التشريع الليبي يتقيد في حالة انعدام النص التشريعي بمبادئ الشريعة الإسلامية أولاً وبالعرف ثانياً وبمبادئ القانون الطبيعي ثالثاً وبقواعد العدالة رابعاً.

وقصد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية قواعداً عامة مثل مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها من القواعد العامة، لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل يجعل منها مصدراً أساسياً لا مصدراً احتياطياً.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الأمر مختلف في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي بالنسبة للقانون المدني، ومصدراً أساسياً بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الذي ينص في المادة 72 فقرة (ب) على أنه: " فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" (54).

النتائج والتوصيات

جاءت خاتمة هذا البحث في نتائج وتوصيات وذلك فيما يلي:

- 1- الاجتهاد القضائي الشرعي يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام في الشريعة الإسلامية، ويترتب على ذلك أنه يخضع في أصوله وضوابطه وقواعده وشروطه لنفس ما يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام، فهو وثيق الصلة بالاجتهاد العام الذي يمثل مصدر التجديد الفقهي ودعامته، وذلك ببيان الحكم الفقهي الذي يبنى عليه الحكم القضائي المناسب لكل ما يستجد من وقائع.
- 2- يختلف الاجتهاد القضائي عن الاجتهاد الفقهي العام من حيث الوظيفة القضائية التي يتصف فيها الحكم القضائي بصفة الإلزام ويتمتع فيها الحكم بالحجية متى صدر صحيحاً من حيث الظاهر، بخلاف الاجتهاد الفقهي الذي يصدر في شكل فتوى لا تأخذ صفة الإلزام ولا تتمتع بالحجية، ما دام يجوز للمجتهد نقض اجتهاده.
- 3- الاجتهاد الفقهي يكون في جميع القضايا النازلة والمتوقعة، أما الاجتهاد القضائي فيكون في القضية محل النزاع.
- 4- لا يسوغ الاجتهاد في القضاء إلا لمن توفرت فيه شروط الاجتهاد العامة وضوابطه.
- 5- إن الاجتهاد القضائي من شأنه أن يعطي حلولاً - لقضايا مستجدة - تعتبر إضافة جديدة إلى رصيد الفقه الإسلامي بوجه عام.
- 6- إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدراً تفسيريّاً للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها.

التوصيات:

- 1- ضرورة الإعداد الفني والعلمي والتكوين المهني السليم الذي من شأنه أن يخرج قاضيا متخصصا مما يضمن له القدرة على الحكم والاجتهاد، وذلك في إطار الحيطة والتجرد بما يكفل الثقة بالقضاء وحسن سير العدالة وانتظامها، ومقتضى ذلك ولزامه أن تقتصر ممارسة العمل القضائي في الدوائر الشرعية على فئة مؤهلة تأهيلا فنيا خاصا بالعلم القانوني والشرعي الوافر والمتعمق والمعرفة الواسعة والثقافة العالية، وتخصص القاضي بهذا المفهوم يعد ضمانا للمتقاضين بما يوفره من قدرة على أداء وظيفته في حيطة وتجرد وفهم واستنباط دون أن يخضع في ذلك كله لغير حكم القانون، وتكون له القدرة بذلك على التطبيق الصحيح والسليم للقانون.
- 2- إعادة الاعتبار للقضاء الشرعي، وذلك بإعادة العمل بنظام المحاكم الشرعية التي تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والتي من شأنها الإسراع في حل قضايا الزواج ومشكلات وآثار الطلاق على وجه الاستعجال، مع ضمان التطبيق الصحيح للقانون الخاص بذلك.
- 3- نوصي بدراسة تطبيقية للاجتهاد في مسائل الزواج والطلاق وآثارهما.

المصادر والمراجع

1. ابن العربي: أحكام القرآن، دار الفكر، لبنان، لا: ط، لا: ت.
2. ابن العماد: عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الكتب العلمية، لبنان، لا: ط، لا: ت.
3. ابن القيم: محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، لبنان، لا: ط، لا: ت.
4. ابن القيم: محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1953.
5. ابن القيم: محمد بن أبي بكر، جامع الفقه، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، مصر، ط: 1، 2000.
6. أبو زهرة: محمد أحمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، لا: ط، لا: ت.
7. الأشقر: محمد سليمان، الفتيا ومناهج الإفتاء، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، لا: ت.
8. الأمدي: سيف الدين علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، السعودية، ط: 1، 2003.
9. الأمدي: سيف الدين علي بن محمد، منتهى السؤل في علم الأصول، دار الكتب العلمية، لبنان، ط: 1، 2003.
10. البخاري: محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، المطبعة السلفية، القاهرة، ط: 1، 1979.
11. البدرائي: عبد المنعم، مبادئ القانون، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، لا: ط، 1972.
12. البكر: محمد عبد الرحمن، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، مصر، ط: 1، 1988.
13. بوضياف: عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، ط: 3، 2007.
14. جعفرور: محمد سعيد، المدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة الجزائر، ط: 4، 2002.
15. الجويني: عبد الملك بن عبد الله، غياث الأمم في التياث الظلم، دار الدعوة، الإسكندرية، ط: 1، 1979.
16. حب الله: علي، دراسات في فلسفة أصول الفقه والشريعة ونظرية المقاصد، دار الهادي، لبنان، ط: 1، 2005.
17. حسن: صوفي، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية،
18. حسنين: محمد، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، لا: ط، 1986.

19. الداودي: حمد بن علي بن أحمد الداودي المالكي، طبقات المفسرين، دار الكتب العلمية، بيروت، لا: ط، لا: ت
20. الريسوني: قطب، الاجتهاد القضائي المعاصر (ضرورته ووسائل النهوض به)، دار بن حزم، لبنان، ط: 1، 2007.
21. الزحيلي: محمد مصطفى، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، سورية، ط: 2، 2006.
22. الزحيلي: وهبة، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، ط: 4، 1984.
23. الزحيلي: وهبة، تجديد الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط: 1، 2000.
24. الزرقا: مصطفى أحمد، الاجتهاد ودوره في حل المشكلات، الدراسات الإسلامية، ط: 1، 1985.
25. الزرقا: مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار القلم، سورية، ط: 2، 2004.
26. الزركلي: خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، لا: ط، لا: ت.
27. الزبياري: عامر سعيد، مباحث في أحكام الفتوى، دار ابن حزم، لا: ط، لا: ت.
28. زيدان: عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 4، 1994.
29. السعيد: محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، لا: ط، 1979.
30. سلطان: أنور، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت، لا: ط، 1974.
31. السيوطي: جلال الدين، شرح الكوكب الساطع، مكتبة الإيمان، المنصورة، مصر، 2000.
32. شرف الدين: عبد العظيم، تاريخ التشريع الإسلامي، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط: 4، 1993.
33. الشوكاني: إرشاد الفحول، دار الفضيلة، السعودية، ط: 1، 2000.
34. ضاحي: محمد، الحياة القضائية، مطبعة النصر، مصر، ط: 1، 1938.
35. العجلوني: إسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس، دار إحياء التراث العربي، لا: ط، لا: ت.
36. القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016
37. القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016

38. القانون المدني وملحق بشأن تعديل بعض أحكامه وفقا للقانون رقم 6 لسنة 2016
www.aladel.gov.ly
39. القرافي: شهاب الدين، الإحكام في تمييز الفتاوى والأحكام وتصرفات القاضي والإمام، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، 2005
40. القرضاوي: يوسف، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط: 2، 2003.
41. الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة، لا: ط، لا: ت.
42. محمد: محمد عبد الجواد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف الإسكندرية، لا: ط، 1991.
43. محمد: محمد عبد الجواد، تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، معهد الدراسات الإضافية، جامعة الخرطوم، لا: ط، 1966.
44. نعمان: محمود، المدخل للقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لا: ط، 1975.
45. النووي: أبو زكريا محيي الدين، شرح صحيح مسلم، المطبعة المصرية، ط: 1، 2001
46. الونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب، وزارة الأوقاف بالمملكة المغربية، 1981.
47. يحي: ياسين محمد، مبادئ العلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 6، 1987.