

جامعة الجزائر 2
أبو القاسم سعد الله
كلية العلوم الإنسانية
قسم الفلسفة

علاقة المنطق بالتشريع قانون الأسرة الجزائري أنموذج

رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الفلسفة
تخصص: منطق وفلسفة العلوم

إشراف الأستاذ الدكتور
لخضر شريط

إعداد الطالب
محمد بوزيدة

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د عبد العزيز بن يوسف..... رئيسا
أ.د لخضر شريط..... مشرفا ومقررا
د.رشيدة عبّة..... عضوا
د.عمر خليل..... عضوا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر

نتوجه بخالص الشكر والتقدير للأستاذ المشرف " لخضر شريط " الذي رافقني ومد لي يد العون في كل مراحل إنجاز هذا البحث بفضل النصاح العلمية القيمة وملاحظاته التوجيهية الدقيقة التي مكنتنا من استدراك بعض أخطائنا المنهجية والمعرفية

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين

إلى أفراد عائلتي

إلى الأستاذة والاصدقاء

مَقْدَمَةٌ

التعريف بالموضوع :

لاشك أن الفكر البشري عرف المنطق منذ العصر اليوناني و بالخصوص مع أرسطو طاليس (322 ق م) الذي اعتبره أداة لخدمة المعرفة ،أو هو العلم الذي يبحث عن القوانين أو المبادئ العامة التي ينطوي عليها الفكر الإنساني بصرف النظر عن موضوع هذا الفكر ،إلا أنه مع تطور الفكر الإنساني و تعدد تخصصاته و مشاريعه ظهر في العصور المتأخرة شكل جديد من المنطق اصطلح على تسميته بالمنطق القانوني و لا شك أن من أسباب ظهور هذا النوع من المنطق ، هو تعدد العلاقات الإجتماعية و المؤسساتية داخل المجتمع الحديث الذي اكتظت مدته بالناس و المصانع و كثرت فيه العلاقات بينهم ، تجارية كانت أو عقدية أو مدنية فتداخلت المصالح بين الناس ، و نظرا لحرص رجل القانون على استقرار حياة الناس في المدن اهتم المشرع أكثر من أي زمن مضى بضبط سلوك الأفراد و الجماعات و المؤسسات بقواعد قانونية محكمة و كان أيضا من الأسباب التي حركت الكثير من الباحثين و الدارسين و علماء الإجتماع و المنطق و القانون من أجل ربط القانون بالمنطق و منه تأسيس القاعدة القانونية على مبادئ منطقية مع ربطها بالواقع و مسايرته .

في هذا السياق، بدأت الإشارات الأولى لهذا العلم ، المنطق القانوني مع شيوخاردوس (schickardus) سنة 1615 م في مؤلفه المنطق القانوني ثم بعد ذلك استعمله مجموعة من المفكرين أمثال رينيروس Regnerus (1638م) ، ثم ليبنتز Leibniz (1696 م) و بعده بيولا Piola (1895م) ، و بريلمان perlman (1976م) و أخيرا كالينوفسكي kalinowski (2000 م) .

إلا أن هذه الآراء الأولى حول هذا الموضوع لم تكن موحدة بدليل ظهور اتجاهات متناقضة بخصوص وجود للقواعد القانونية من عدم وجوده ، إذ نلتمس هذا الاختلاف في الموقف الذي يقول بعدم وجود منطق للقواعد القانونية و هذا المنطق تبناه المفكر هانس كلسن hanskelsen (قانوني نمساوي من مواليد (1881م) بيراغ توفي في (1973م) صاحب

النظرية الخالصة للقانون وهو صاحب نزعة وضعية) ، إذ يرى أن القاعدة القانونية لا تنفصل عن ذاتية من أطلقها لأنها تعبر عن إرادة الشخص الذي وضعها و من ثمة فإن العلاقات بين الوقائع ليست علاقات منطقية خاصة إذا عرفنا أن القاعدة القانونية تتضمن أمرا مجردا و عاما ، إذ بالنظر إلى القاعدة القانونية التي باعتبارها أمرا فإن الأمر لا يعتبر صادقا أو كاذبا لأنه يخرج عن نطاق الجمل الخبرية التنبؤ تحتمل الصدق و الكذب و منه فإنها تعتبر موضوعا للمنطق الذي يدرسها من حيث إن كانت صادقة أو كاذبة ، و يقدم لنا كيلسن مثلا على ذلك القاعدة القانونية التالية : " يجب أن يعاقب كل السارقين " فإن هذه القاعدة ليست لا صادقة و لا كاذبة لأنها عبارة عن أمر ، فهي تعبر عن إرادة واضعها أي المشرع لأن الأمر ليس جملة خبرية إلا أن هذا الموقف قد اعترض عليه فريق آخر من الباحثين الذين يقولون بوجود منطق يحكم القواعد القانونية و برروا موقفهم بما يلي :

القانون علم عقلي ينطوي على مجموعة من المبادئ المنسقة تنسيقا منطقيا .

-القانون عبارة عن عملية مزدوجة تتمثل في التحليل و التركيب

-القواعد القانونية ليست قواعد آلية أوامر فقط بل تحتمل الصدق و الكذب و تتضمن النقصان بدليل تغييرها و إعداد قواعد أخرى توضحها و تشرحها و من ثمة تطويرها .

بناء على هذا الاختلاف بين الآراء ، عرفت النظرة للمنطق القانوني تطورا ترتب عنه ظهور اتجاهات مختلفة النظر في فهم و تفسير طبيعة العلاقة بين المنطق و القانون .

و مع ظهور النزعة التي مثلت المنطق التقليدي مع شيخاردوس إذ اعتبر المنطق القانوني هو القواعد و المبادئ و طرق الحجاج عن طريق الإستنباط و تفسير القوانين ، في حين أن ليبنتز خصّ المنطق القانوني المنطقي بخصائص انطلاقا من أجزائه و مهامه التي تتمثل في تفسير القانون ، و منه فإن هذا المنطق هو مجموعة من قواعد تفسير القانون في مقابل ذلك ظهر اتجاهات رينسيان في المنطق القانوني في العصر الحديث الأول ينسب إلى

برلمان perelman يعتبر أيضا أحد زعماء مدرسة بروكسل الذي ركز على تفسير القانون في علاقته بالتطبيق القضائي له إذ توصل إلى نتيجة مفادها أن التفسير يكون مرتبط بالإنستدلالات و الواقع الإجتماعي و متطلبات الحياة العامة و يتعلق الأمر حسب بتحديد المنهجية التي من خلالها يتصل القاضي إلى الإنطلاق من مقدمات صحيحة ليصل إلى نتائج أو أحكام عادلة و مقبولة و عقلانية .

أما زعيم النزعة المعاصرة المفكر و الباحث البولوني جورج كالينوفسكي فقد أطلق على هذا العلم اسم " المنطق القانوني المنطقي " لأنه حسب نظره يبحث في التسلسل المنطقي للإنستدلالات القانونية و مدى تطابق نتائجها مع مقدماتها ، و مدى صحة الإستدلال الصوري البحث بمعنى أن القانون تحكمه الإستدلالات المنطقية الصورية الصارمة .

و مما سبق يمكننا أن نقرر بوضوح أن المنطق القانوني أمر واقع تبرهن عليها الأبحاث عبر مراحل تاريخ المنطق نفسه ، كما تبرهن عليه حاجة المشرع و حاجة القاضي و كل من يهتم بالقانون ، إذ كدنا لا نفرق في الحياة العملية بين حكم قضائي عادل و حكم منطقي ، إذ كثيرا ما جرت السنة الناس بقولهم هذا حكم منطقي أي حكم عادل و منصف أي نتائجه متناسقة مع مقدماته بمعنى أن الدلائل المتوصل إليها من خلال جمع الوقائع وفحصها بكل الطرق و الوسائل المتاحة للقاضي جاءت كافية ، كأن تكون كاميرات المراقبة قد أخذت صور للمجرم و أن المجرم وجدت بصماته على جسم الضحية المقتول و إقفال الأبواب ، الأمر الذي يجعل العلاقة بالمنطق و القانون كعلاقة الجوهر بالشكل فإذا كان القانون هو تلك القواعد القانونية الملزمة فإن المنطق هو طريق استنتاج الأحكام منها

وبناء على أهمية العلاقة بين المنطق و القانون و نظرا للحوار الساخن الذي تعيشه المحاكم عبر كل دول العالم ، من مرافعات علنية شفهييا أمام الجمهور و انتقادات وتحليلات كتابية للأحكام و القرارات في العرائض الموجهة للطعن سواء كان ذلك في الطرق العادية – الإستئناف – أو في الطرق الغير عادية – الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، خاصة أنه

في كثير من القضايا يجد المتقاضي ضالته في أنه يستأنف الحكم الذي لم ينصفه أمام هيئة المجلس التي تعطيه الفرصة مرة أخرى أن تراجع قضيته أمام ثلاثة قضاة بعد أن كانت أمام قاضي واحد أمام المحكمة الابتدائية ، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل في كثير من القضايا أيضا لا تنصف أصحابها على مستوى الدرجة الثانية أي على مستوى المجلس فيتجه أصحابها إلى الطعن في القرار الذي لم ينصفهم أمام المحكمة العليا وتكون المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون هي التي تفصل نهائيا في القضية ، إلا أنها لا تنظر في موضوع القضية بل تنظر في مدى التزام القضاة بالتطبيق السليم للقانون لذلك سميت المحكمة العليا لدى البعض بمحكمة القانون أو المنطق .

و من أجل كل هذا كان السبب في اختيارنا لهذا الموضوع الموسوم و المتمثل في : علاقة التشريع بالمنطق و أخذنا قانون الأسرة الجزائري أنموذجا .

فكان لاختيارنا دوافع ذاتية و أخرى موضوعية .

أما الدوافع الذاتية : فتتمثل في ميلنا الشخصي للمسائل القانونية و المنطقية في مختلف التخصصات و بالتحديد في قانون الأسرة الجزائري ، باعتباره قانونا يختص بضبط سلوكيات الأفراد و تنظيمها سواء كانت بين الأسرة الصغيرة ، أب أم و أولاد أو كانت بين أفراد العائلة الكبيرة جد و جدة أولاد و أحفاد ، كما أنه قانونا يحمي حقوقهم الميراثية ويهتم أيضا بانتمائهم الشخصي و الديني فكان قانونا شاملا للحياة العامة و الخاصة رغم قلة مواده .

كما كانت لنا دوافع موضوعية تمثلت في علاقة الناس بالقانون في الحياة اليومية لكل فرد و أنا حياتنا لا تكاد تتفصل عن القواعد القانونية التي تنظم حياتنا ، الأمر الذي دفعنا إلى الإنشغال بما تمليه القواعد القانونية علينا دائما .

أما عن الدراسات السابقة : فلقد تبين لنا أن تاريخ مشكل المنطق القانوني تاريخ يعود إلى القرن السادس عشر مع النماذج المذكورة سالفًا.

كما أنه يكشف استمرارية تناول هذا الموضوع بالدراسة الأكاديمية مع باحثين متخصصين عبر مراحل تاريخية متصلة ، إذ استوقفنا دراسات متنوعة كان أهمها دراسة المفكر الباحث البولوني جيورج كالينوفسكي الذي أبرز الطابع المنطقي للقانون ، و من الدراسات السابقة أيضا دراسات كيلسن و لينتزر و بريلمان و شيخاردس دون أن يفوتنا ذكر بعض الدراسات المنشورة بالعربية ، نذكر من بينها :

1-دراسة للدكتور حسن كيرة ، بعنوان مدخل الى القانون .

2-الدكتور صلاح الدين شروخ : دراسة بعنوان الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية .

3-الدكتور فايز محمد حسين في كتابه دور المنطق القانون في تكوين القانون و تطبيقه .

وقد شكلت هذه الدراسات الفكرية وغيرها منطلقا لنا لدراسة موضوع البحث في جوانبه المعرفية و المنهجية .

و بناء على معطيات موضوع بحثنا حددنا الإشكالية على النحو التالي : إذا كان التشريع هو عبارة عن قواعد قانونية عامة ومجردة و ملزمة ، فهل يعني هذا أنها منطقية ؟ و إذا كانت كذلك فما هي طبيعة العلاقة بين التشريع و المنطق و إلى أي مدى ينعكس أثرهما على قانون الأسرة الجزائري ؟

و يمكن أن نقدم بعد هذا المشكل المحوري بعض الأسئلة الفرعية التي تصب في السياق العام للموضوع ، على النحو التالي :

1-ما هو مفهوم التشريع ؟ و ما هي أهم محطاته التاريخية ؟

2-ما هو نظام الأسرة في الإسلام ؟

3-ما هي أهم مراحل تطور قانون الأسرة الجزائري ؟

4-ما هي طبيعة العلاقة بين المنطق و القاعدة القانونية ؟

5-ما مدى مسايرة القاعدة القانونية في تطبيق قانون الأسرة الجزائري على أرض الواقع ؟

7-و أخيرا ما هي الآثار الإيجابية و السلبية المترتبة على تطبيق قانون الأسرة الجزائري ؟ و عليه سطرنا أهدافا لبحثنا نسعى إلى تحقيقها وهي :

1-ضبط مدى خضوع القاعدة القانونية للمنطق .

2-مدى تشبع القواعد القانونية بالاستدلالات المنطقية .

3-الاستفادة من الفكر القانوني الغربي بغرض تأسيس و تطوير المنظومة القانونية ، الجزائرية وجعلها متفتحة و مسايرة لمتطلبات العصر دون المساس بالمبادئ المميزة للأسرة الجزائرية .

4-إثراء المكتبة العربية بهذا النوع من البحوث ، أما عن المناهج التي وظفت في هذا العمل فلقد اتبعنا في هذا البحث منهجا تحليليا نقديا و منهجا تاريخيا و ثالثا المنهج المقارن: و عن خطة البحث التي كانت محور نقاش مستمر مع الأستاذ المشرف فلقد حاولنا أن نقسمها الى فصول ثلاثة :

خصصنا الفصل الأول لمدخل عام للتشريع فتناولنا في المبحث الأول منه البحث عن المفاهيم اللغوية و الاصطلاحية و هذا ما فصلناه في المطلب الأول و الثاني راغبين من وراء ذلك تأسيس بحثنا على مفاهيم صحيحة و دقيقة ، كما تناولنا بعد ذلك في المبحث الثاني التشريع في سياقه التاريخي تطرقنا فيه إلى حضارة واد الرافدين و الحضارة المصرية و الحضارة اليونانية أيضا الحضارة الرومانية ، ثم ووصولنا إلى المبحث الثالث الذي خصصناه للتشريع الإسلامي و مفهومه و مصادره ، و تناولنا هذه المفاهيم بما يفيد الكفاية في ثلاثة مطالب ، و هنا ركزنا في المطلب الثالث على نظام الأسرة في الإسلام .

ثم في نفس سياق البحث كانت لنا خطوة هامة في الفصل الثاني الذي تناولنا فيه مدخل عام إلى قانون الأسرة الجزائري إذ بحثنا في مفهوم الأسرة و وظائفها في المبحث الأول الذي خصصنا له مطلبين تناولنا في الأول مفهوم الأسرة لغة و اصطلاحا و الثاني خصائص الأسرة و وظائفها .

و تناولنا في المبحث الثاني قانون الأسرة الجزائري ووظائفها و أتبعناه بأربعة مطالب موضحة ومفسرة و محللة كان المطلب الأول مخصصا للمفهوم و تناول المطلب الثاني الجانب التاريخي و النشأة و تناولنا في المطلب الثالث مصادره و مضمونه ، و أخيرا تناولنا في المبحث الثالث أهمية قانون الأسرة الجزائري بوجه عام .

و في الفصل الثالث درسنا علاقة المنطق بالقاعدة القانونية و آثارهما على واقع قانون الأسرة الجزائري ، وخصصنا لهذا الفصل ثلاث مباحث ، تطرقنا في المبحث الأول لمفهوم المنطق و أقسامه وذلك في ثلاث مطالب الأول ، تناولنا فيه المباحث اللغوية والاصطلاحية و الثاني لأقسام المنطق و تطوره ، و في المطلب الثالث درسنا المنطق القانوني .

أما المبحث الثاني فدرسنا فيه التأسيس المنطقي للقاعدة القانونية و ذلك في أربعة مطالب الأول مفهوم القاعدة القانونية و أساسها المنطقي ، و الثاني أنواع القاعدة القانونية و الثالث أنواع الصيغ القانونية و أخيرا القاعدة القانونية في صورتها المنطقية البحتة .

أما المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل فتطرقنا للآثار الإيجابية و السلبية المترتبة على قانون الأسرة الجزائري ، وذلك في مطلبين ، الأول استعرضنا فيه الآثار الإيجابية والثاني تطرقنا فيه إلى الآثار السلبية لهذا القانون .

وقد أنهينا البحث بخاتمة جمعنا فيه أهم النتائج المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع .

و في الأخير ، نشير إلى أنه أثناء اعدادنا لهذا البحث قد واجهتنا الكثير من الصعوبات والعقبات نذكر منها على سبيل الحصر : أن هذا الموضوع متشعب كثيرا لا يمكن تناوله بسهولة بل يجب على الباحث أن يكون متسلحا بالمعارف المنطقية و الفلسفية و القانونية وما يتعلق بها بفلسفة القانون و تاريخ القانون ، إذ هناك من سماه علم المنطق القانوني المنطقي و هناك من سماه علم القواعد القانونية ، أو المنطق القضائي و هذا التباين بين التسميات صعب علينا تحديد بدقة كيفية التركيز على نقاط البحث الذي خصصناه للتشريع و لقانون الأسرة الجزائري أنموذجا بالدراسة .

من جهة ثانية قلة الدراسات في هذا الموضوع ، إذ أن كثير من المراجع و المصادر لم يتسنى لنا الحصول عليها و منه فإننا لم نجد ما يكفينا منها و لعل هذا راجع إلى أن الإنتاج الفكري في هذا النوع من الأبحاث الفلسفية ذات العلاقة بالمنطق و القانون قليلة ، إضافة إلى عدم ترجمة أبرز المؤلفات الغربية المتخصصة إلى اللغة العربية ، غير أننا اجتهدنا قدر المستطاع لتذليل هذه الصعوبات و الوصول بالبحث إلى هذه الصورة النهائية

الفصل الأول مدخل عام للتشريع تعريفه و تاريخه

المبحث الأول : التشريع في اللغة و الاصطلاح

لا يخلو مجتمع من المجتمعات الإنسانية من نظام تشريعي ينظم حياة الأفراد والجماعات ومعاملاتهم و علاقاتهم ، لذلك نال موضوع التشريع في تعريفه و تاريخه والحكمة منه ، و التمييز فيه بين ما هو إلهي و ما هو وضعي ، قسطا و فيرا من الأبحاث و الدراسات على مرّ العصور التاريخية ، و عليه نرى أنه من الأجدر أولا أن نضبط مفهومه لغة و اصطلاحا قبل التعمق في تفاصيل هذا الموضوع .

المطلب الأول : الدلالة اللغوية للتشريع

تحيلنا الدلالة اللغوية لكلمة " التشريع " ¹ إلى معاجم اللغة و كتب المصطلحات ومختلف المصنفات الدينية و الفلسفية و السياسية و القانونية و غيرها ، ولهذا يتعين علينا ضبطه و تأصيله ، فتشير في بداية هذا التحليل إلى أن " التشريع " هو مصدر " شرع " ، و لهذا فإن الشرع في اللغة كما يقول الجرجاني في كتابه " التعريفات " " عبارة عن البيان و الإظهار : يقال شرع الله كذا أي جعله طريقا و مذهبا ، و منه " المشرعة " ، أما الشريعة هي الائتثار بالالتزام العبودية ، و قيل الشريعة هي : الطريق إلى الدين " ²

أما ابن منظور فيقول في لسان العرب ما نصه : " الشرع : شرع الواردُ يشرع شرعا و شروعا : تناول الماء بفيه و شرعتِ الدوابُ في الماء تشرع شُرُوعا و شروعا أي دخلت ، و دواب شُرُوع و شرع شرعت نحو الماء ، و الشريعة و الشرع والمشرعة المواضيع التي ينحدر إلى الماء منها ، قال الليث و بها سمي ما يشرع الله للعباد شريعة من الصوم و الصلاة و الحج و النكاح و غيره .. " ³

¹ دلالة التشريع في اللغة الفرنسية تعني : Législation و في اللاتينية Législatio و في الإنجليزية أيضا

Législation

² الجرجاني ، التعريفات ، تحقيق و تعليق ، نصر الدين تونسي ، القاهرة ، ط1 ، 2007م ، ص 210.

³ ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، د ، ت ، المجلد 8 ، ص 175.

و يرى أيضا أن الشريعة و الشرعة هي : " ما سنّ الله من الدين و أمر به كالصوم و الحج و الزكاة و سائر أعمال البرّ (...) كما أن الشرعة هي الدين والمنهاج و الطريق ، و قيل الشرعة و المنهاج جميعا الطريق ، و الطريق ههنا الدين " ¹

تعريف آخر ، ينبغي الإشارة إليه ، و المنسوب إلى " جميل صليبا " في معجمه الفلسفي ، الذي يرى أن الشرع يطلق أيضا على الدين و الملة ، إلا أن الشريعة و الملة تضافان إلى النبي و الأمة فقط ، في حين أن الدين يضاف إلى الله تعالى ، و الشرعي هو المنسوب إلى الشرع و يطلق على ما يوافق الشرع ، و تسمى الأحكام الموافقة للشرع بالأحكام الشرعية ، كما أن الشرعية *Légalité* هي صفة الأفعال المطابقة للقانون ، أو المقيدة بالقانون . ²

المطلب الثاني : المعنى الاصطلاحي للتشريع

لا نجد تعريفا اصطلاحيا واحدا لكلمة التشريع " بحكم السياق الفلسفي و العقائدي الذي ينتمي إليه هذا التعريف أو ذلك ، و عليه يمكننا أن نرصد بعض التعريفات :

1-معنى التشريع في سياق الفقه الإسلامي : هو سن الشرائع و بيان الأحكام ، و هو بهذا المعنى لم يكن إلا في حياة النبي صلى الله عليه وسلم إذ منه فقط تستمد الأحكام عن ذي العزة جلّ جلاله ، فلم يكن لغيره سلطة التشريع و بيان الأحكام ، فقد نزلت في عصر النبوة و خصصّ عامها و قيد مطلقها و بيّن مجملها و نسخ منها ما نسخ . ³

و هذا التشريع الإلهي يدل على مجموعة من الأوامر و النواهي و القواعد والإرشادات التي شرعها الله تعالى للناس و في مقابل هذا النمط من التشريع ، هناك التشريع الوضعي

¹ ابن منظور ، لسان العرب ، المرجع السابق ، ص 176.

² جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، ط1، 1978 م ، ص 200.

³ عبد الحميد عبد الحميد الأبييا في تاريخ الفقه الإسلامي ، دار الجماهيرية للنشر و التوزيع ، مصراته ، دار الأفق الجديدة ، دار البيضاء ، ط1 ، 1994م ، ص 12.

الذي يعبر عن الحاجة إلى نظام شامل لشؤون الحياة الإنسانية لتحقيق العدل و الأمن و الاستقرار و هو بذلك يدّل على مجموعة القواعد القانونية التي يضعها البشر و يتعاملون بمقتضاها .¹

2- أما في اللغة الأجنبية ، فإن لفظ التشريع أو législation تعني حسب لاروس :
 « Action par laquelle sont élaborées adoptées et édictées les lois d'un pays »
 « Ensemble des lois d'un pays , des dispositions législatives intéressant un domaine donné »

أما في كتاب آخر و هو :

« Dictionnaire Quillet de la langue française »

فيعني باختصار :

« Droit de faire des lois l'ensemble des lois sur une matière particulière /science , connaissance des lois (...) législatif (tive) : qui fait les lois »²

3- من هنا نفهم أن التشريع المصدر الرئيسي الأصلي الأول للقانون في المجتمعات الحديثة ، و يمكن التعريف به و إبراز بعض خصائصه و أنواعه قبل تحديد مصطلح " القانون " بغية إزالة كل غموض أو لبس بينهما .

و هكذا يطلق اصطلاح التشريع على معنيين ، معنى عام و معنى خاص .

¹ عبد المجيد عبد الحميد الأبيافي تاريخ الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 17.

² Dictionnaire quillet de la langue française , K.P librairie Arestide quillet , paris , 1975 , p 83.

1-المعنى العام : و يتمثل في أنه عملية قيام السلطة المختصة في الدولة (في الجزائر مثلا نجد المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة) بوضع قواعد قانونية جبرية مكتوبة لتنظيم العلاقات في المجتمع وذلك في حدود اختصاصها وفقا للإجراءات المقررة لذلك¹ وبصيغة أخرى ، فإن التشريع هو " عملية سن قواعد قانونية مكتوبة و اكتسابها قوة الإلزام من قبل سلطة مختصة يمنحها الدستور اختصاص إصدار قوانين ملزمة بخضع لها جميع الأشخاص في الدولة "

و على هذا فإن اصطلاح التشريع في مفهومه الواسع يستعمل مرة بمعنى مصدر القواعد القانونية المكتوبة و مرة أخرى بمعنى القواعد المستمدة من هذا المصدر² .

2-المعنى الخاص :

يتحدد هذا المعنى في مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها أو تضعها السلطة التشريعية Le pouvoir législatif في الدولة في حدود الاختصاص المخول لها دستوريا³ .

و قد يطلق لفظ التشريع على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر من السلطة المختصة لتنظيم أمر معين ، فيقال مثلا تشريع العمل و تشريع الضرائب و تشريع المخدرات ، و هو يعبر في حد ذاته عن القواعد المشتقة من المصدر الذي يمدنا بالقواعد القانونية⁴ .

مسألة أخرى يتعين الإشارة إليها و هي أن للتشريع خصائص يتميز بها و هي في رأي أحد الباحثين أنه يتضمن قاعدة قانونية ، و أن هذه القاعدة مكتوبة ، و أنه صادر عن سلطة عامة مختصة ، في هذا السياق يرى " علي أحمد صالح " في مؤلفه المدخل لدراسة

¹ محمد سعيد جعفر ، مدخل الى العلوم القانونية ، الجزء الأول ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة للطباعة والنشر ، الجزائر ، ط18 ، 2011 م ، ص 129 .

² غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للطباعة و النشر ، غمان ، ط3 ، 1999 م ، ص99 .

³ محمد سعيد جعفر ، مدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص 130 .

⁴ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار بلقيس ، دار البيضاء ، الجزائر ، ط1 ، 2016 م ، ص 81 .

العلوم القانونية أن التشريع ينبغي أن يتضمن أولاً قاعدة قانونية وهي قاعدة تقويمية لسلوك الفرد في الجماعة ، لأنه لا مجتمع من غير قاعدة قانونية تضبط سلوك أفراده .

أما الإنسان المنعزل عن غيره ، فليس في حاجة إلى قاعدة قانونية تنظم سلوكه¹ و عليه فإن هذه القاعدة إضافة إلى كونها قواعد لسلوك اجتماعي ، فهي مجردة و عامة وملزمة أي مصحوبة بجزاء قهري وفوري توقعه السلطة العامة المختصة في الدولة .

و ثانياً ينبغي أن يتضمن التشريع قاعدة مكتوبة بمعنى أن تصدر القاعدة القانونية في صيغة وثيقة مكتوبة ، لأن القاعدة التشريعية لا تكون ملزمة في الجماعة إلا إذا أفرغت في وثيقة مكتوبة و استكملت الإجراءات اللازمة لإصدارها و نشرها و نفاذها و هو ما يوفر الوضوح و الثبات والاستقرار .²

و أما العنصر الثالث فيتمثل في أن التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة يوضعه و هي السلطة التشريعية في الدولة ، و الدستور هو الذي يتولى بيان السلطة المختصة بسن التشريعات في الدولة .³

نستخلص من هذا أن هذه الخصائص تعطي للتشريع أهمية كبيرة لاسيما في عصرنا الراهن الذي يشهد بروز مفاهيم و وظائف جديدة للدولة من ناحية ، و من ناحية أخرى نمو ما يعرف بالمجتمع المدني الذي يعمل دون هوادة على مراقبة السلطة التنفيذية و إجبارها في بعض الأحيان على فرض احترام القواعد التشريعية السائدة أو استبدالها بقواعد أخرى .

ويمكننا بعد هذا أن نحلل باختصار أنواع التشريع في العالم ، حيث تختلف التشريعات بحسب السلطة التي تصدرها ، وهكذا فإن أعلى التشريعات هي الدستور أو ما

¹ علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ص 35.

² المرجع نفسه ، ص 82.

³ المرجع نفسه ، ص 83.

يُصطلح عليه بالتشريع الأساسي ، و هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة وتضع قواعد الحكم و تنظم السلطات العامة فيها و تقرر الحقوق الأساسية للأفراد والضمانات الواجبة لهم .¹

و يعتبر الدستور أعلى التشريعات درجة و هو نوعان عرفي أو مكتوب ، فالأول لا تكون قواعده مكتوبة بل مبنية على العرف الذي يثبت في أذهان الناس و يكتسب صفة الإلزام و أهم دستور عرفي هو الدستور البريطاني أما الثاني فهو الذي تفرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة ، و تعد الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة وضعت وثيقة مكتوبة سنة 1778 م وتبعتها فرنسا بعد نجاح ثورتها سنة 1791 م.²

أما أدنى درجة من أنواع التشريعات مقارنة بالدستور فهو ما يطلق عليه بالتشريع العادي ، و هو مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصاتها المحددة في الدستور .³

و يطلق عليه اسم القانون La loi بالمعنى الخاص ، و من أمثلة ذلك التشريع المتعلق بالجنسية و قانون العقوبات و قد يخرج التشريع العادي في صورة نصوص تنظم سائل محددة كالتشريع المنظم لمهنة المحاماة أو مهنة الطب أو التشريع المنظم للجامعات ، و قد يخرج في شكل وثيقة رسمية كالتقنين المدني و التجاري .⁴

و هناك نوع آخر هو التشريع الفرعي الذي تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص الأصلي المخول لها في الدستور في حالات معينة بهدف تسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية ، و يطلق على هذا النوع من التشريع اسم اللائحة ، و هو أدنى أنواع

¹ يحي قائم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، كوميت للتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 1997 م ، ص 88.

² علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص ص 88-89.

³ نبيل إبراهيم سعد ، محمد حسين منصور ، مبادئ القانون المدخل إلى القانون ، نظرية الإلتزامات ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط1 ، 1995 م ، ص 35.

⁴ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 91.

التشريع مرتبة الذي لا ينبغي أن يتعارض مع أحكام التشريع الأساسي و تنقسم إلى اللوائح التنظيمية و اللوائح التنفيذية و لوائح الضبط ، و تتحصر مختلف مراحل سنها بيد السلطة التنفيذية .¹

نستنتج من كل ما سبق ، أن للتشريع أهمية في العصر الحديث من حيث إنتاج القواعد القانونية ملائمة لظروف المجتمع ، غير أنه لإزالة الغموض بشأن العلاقة بين التشريع و القانون ، ينبغي أن نضبط مفهوم القانون و تحديد مدلولاته و يكون ذلك في العنصر الموالي من هذا الفصل .

المطلب الثاني : القانون لغة و اصطلاحا

1-الأصل اللغوي لكلمة القانون :

لقد ورد تعريف لفظ "القانون" في كثير من المعاجم و الموسوعات العربية والأجنبية إذ يذكر ابن منظور ، صاحب لسان العرب ، في تعريفه أنه " كل شيء طريقه و مقياسه"² ، و في المعجم الوسيط ورد أن القانون هو مقياس كل شيء و طريقه ، أما في مختار الصحاح ، فقد جاء في إظهار معنى القانون أن (القوانين الأصول ، و الواحد قانون و ليس بعربي³ ، أما في القاموس المحيط ، فقد ورد أن القانون مقياس كل شيء وجمعها قوانين .⁴ أما جميل صليبا في المعجم الفلسفي ، فيشير إلى أن القانون يراد به النظام و الشريعة والأصل و الناموس ، و من أجل ذلك له في اصطلاح الحكماء عدة معاني ، فهو مجموع القواعد العامة المفروضة على الإنسان من خارج ، و إذا كانت هذه القواعد واجبة عليه دون تشريع صريح سميت عرفا ، أو عادة ، أو تقليدا ، و إذا كانت مفروضة عليه بتشريع صريح

¹ على أحمد صالح، المرجع السابق ، ص ص 93-94.

² ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الخامس ، دار صادر للطباعة و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1997 م ، ص 345.

³ الزيات أحمد ومصطفى إبراهيم عبد القادر حامد ، المعجم الوسيط ، معجم اللغة العربية ، دار الدعوة ، القاهرة ، د ت .

⁴ الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الجزء الرابع ، دار الجبل ، بيروت ، د ت ، ص 263.

سميت بالقوانين الوضعية ، و إذا كانت معبرة عن إرادة الله و حكمته سميت بالقوانين الإلهية.¹

و قد قال أبو البقاء الحنفي الكفوي (المتوفي سنة 1094 و أن القانون هو كلمة سريانية بمضي المسطرة.²

غير أن تفسير آخر لأصل هذه الكلمة ، حيث ترجع هذه الكلمة إلى اللغة اليونانية أو إلى اللغة اللاتينية ، فهي كلمة " معربة أخذت من الكلمة اليونانية kanum أو من الكلمة اللاتينية Kanon و معناها العصا المستقيمة ، و لهذه الكلمة في هاتين اللغتين معنى مجازي يدل على القاعدة أو النظام أو المبدأ أو الاستقامة ، ولم تستعمل اللغات الغربية هذا اللفظ بل استعملت كلمات أخرى تدل على نفس المعنى ففي اللغة الفرنسية كلمة droit ، و في الإيطالية كلمة Dirito و في الألمانية كلمة Recht³

و يشرح أندريه لالاند هذه الكلمة في موسوعته ما نصه يعني هذا اللفظ بمعنى أوسع " حق ، قضاء ، عدل ، وهو قاعدة عامة و زجرية ، و أحيانا منظومة قواعد زجرية ، أمرية ، تشريع ، تسيير النشاط البشري ، أو هو ما يفرض عرفا بلا إعلان صريح ، عادة ، تقليد و ما تصوغه و تقره السلطة ذات السيادة في مجتمع ما ، بألفاظ صحيحة " ⁴

و يقدم لنا جميل صليبا أيضا تعريفا آخر مفاده أن القانون يطلق بوجه خاص على القاعدة الإلزامية التي تتجلى إما على قوانين العقل أي المبادئ الأساسية التي ينقيد بها العقل في التفكير المنطقي كمبدأ الهوية ، و مبدأ التناقض و مبدأ الثالث المرفوع ، و إما على قوانين

¹ جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، المرجع السابق ، ص 180.

² نقلا عن الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني : تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الستار أحمد فراج ، دار الهداية ، مطبعة حكومة ، الكويت ، ط1 ، 1965 م ، ص .

³ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص ص 12-13.

⁴ اندريه لالاند ، موسوعة لالاند الفلسفية ، المجلد 1 ، المرجع السابق ، ص 751.

الأخلاق من حيث أنها قوانين وجدانية مبنية على فكرة الخير، وإما على قوانين الأنواع الفنية في علم الجمال .¹

نفهم من هذا أن التعريفات اللغوية كثيرة ومتنوعة، ولهذا يمكن بعد هذا، أن نرصد التعريف اللغوي في اللسان الفرنسي إذ يعني :

Le mot loi est un terme générique pour designer une règle, une norme, une prescription ou une obligation générale et permanente .

Au sein figuré , la loi désigné d'autorité le pouvoir².

2-المعنى الاصطلاحي لكلمة القانون :

إن لمصطلح القانون معان كثيرة من الناحية الاصطلاحية إذ يعرفه الجرجاني بقوله : "هو كلي منه منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه، كقول النحاة : الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور"³.

وفي الفكر الغربي القديم، يرى أفلاطون (348 ق م) أن القانون هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق العدل، وهذا واضح من خلال تحليله لمفهوم العدالة في الكتاب الأول للجمهورية⁴ باعتبار أن القانون هو قاعدة كونية للعدالة أما في العصر الوسيط ، نجد توما الأكويني (1274م) يعرفه بأنه تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع يضعه و يصدره السلطان بقصد تحقيق الخير العام .⁵

¹ جميل صليبا ، المرجع السابق ، ص 181.

² voir , la toupie toupictionnaire : ledictionnaire de politique

³ الجرجاني، التعريفات ، المرجع السابق، ص 275.

⁴ أنظر الكتاب الأول من محاوره الجمهورية ، تحقيق فؤاد زكريا.

⁵ أندريه لالاند ، موسوعة لالاند الفلسفية ، المجلد 1 ، المرجع السابق ، ص 751.

" القانون جمع قوانين على أنها في الوسع معانيها : " هي العلاقات الضرورية المشتقة من طبيعة الأشياء ولجميع الموجودات قوانينها من هذه الناحية ، فالألوهية قوانينها و العالم المادي قوانينه ، ولأفهام التي هي أسس من الإنسان قوانينها وللحيوانات قوانينها ، ولإنسان قوانينه " ¹

بيد أن القانون يتخذ هنا معنى مزدوجا ، فالأول المعنى العام و الثاني المعنى الخاص فإذا أخذنا بالمعنى الأول ، فإنه يطلق على جملة من التعريفات من بينها أن :

" مجموعة القواعد المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع و التي تحملهم السلطة العامة فيه على احترامها و لو بالقوة عند الضرورة " ² ، أو هو " مجموعة القواعد التي تحكم سلوك الأفراد و تنظم علاقاتهم في المجتمع على نحو ملزم ، سواء أكانت هذه القواعد مكتوبة أم غير مكتوبة ، و ذلك دون اعتبار المصدر هذه القواعد حتى و لو كان سماويا " ³ أو هو مجموعة قواعد اجتماعية عامة ومجردة يجب احترامها بغرض الجزاء المناسب في حالة مخالفتها " ⁴

هذا يعني أن القانون بالمعنى العام هو الذي تعبر عنه بمصطلح " القانون الوضعي " أو علم القانون و المقصود به مجموعة القواعد القانونية السارية فعلا في بلد معين و في زمن محدد . ⁵

¹ مونسكو ، روح الشعائر ، ترجمة عادل زعيتر ، تقديم سعد عبد الرحمان ، الهيئة العامة لقصور الثقافة ، القاهرة ، ط1 ، 2010 م ، ص 11.

² يحي قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، نظرية القانون و نظرية الحق ، المرجع السابق ، ص 12.

³ محمد سعيد جعفر ، مدخل الى العلوم القانونية ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 13.

⁴ محمد الصغير بعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2006 م ، ص 09.

⁵ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 15.

أما إذا أخذنا بالمعنى الثاني للقانون ، فإنه يطلق للدلالة على معنى خاص كما يشير إلى ذلك أحد الباحثين ، حيث يستعمل في معنى التشريع و يراد به " مجموعة القواعد التي تنظم سلوك و علاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم .¹ ، أو هو " مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة " ²

و هنا يجدر بنا أن نشير إلى أن هذا المعنى الخاص يتمثل في مجال واحد من المجالات مثل قانون المحاماة أو قانون التوثيق أو قانون الصحة ، غير أن هذا الباحث يذهب إلى أنه من الأصوب أن نستعمل هنا لفظ التشريع بدل لفظ القانون و لذلك يجب أن يقال تشريع المحاماة ، أو التشريع المنظم للجامعات على أساس الفرق بين القانون و التشريع ، لأن كل تشريع يعتبر قانونا ، و لكن ليس كل قانون يعتبر تشريعا .³

لكن لا يلبث هذا الباحث أن يشير في الأخير إلى أن لفظ التشريع يستعمل في العربية بمعنى القانون ، فيقال قانون العمل ، و قانون الخدمة الوطنية ، بينما أقرت اللغة الفرنسية اصطلاحا مميزا لكل من القانون و التشريع ، فخصت الأول بكلمة DROIT و خصت الثاني بكلمة Loi، و هناك حالة أخرى تستعمل كلمة القانون في معنى التقنين Code أو على فرع من فروع القانون ، فيقال مثلا التقنين المدني code civil، و التقنين التجاري code commerciale و تقنين العقوبات Code pénal .⁴

نفهم من هذا أن ثمة اختلاف واضح بشأن تعريف القانون و العلاقة بينه وبين مصطلح التشريع بحسب اللغات و المرجعيات الثقافية المتعددة في العالم .

و يبقى لنا أن نشير في آخر هذا العنصر إلى أن لفظ " القانون " في اللغة الفرنسية يحيلنا إلى بعض التعريفات لعل من أهمها ما يلي :

¹ حبيب ابراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط10 ، ص 19.

² غالب علي الداودي ، دار وائل للطباعة و النشر ، ط6 ، 1999 م ، ص 10.

³ علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 15.

⁴ علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 16.

1-Expression des rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses j chacune des règles aux quelles sont assujettés les phénomènes de la nature .

2-La règle morale dans ce qu'elle a d'absolu la loi morale , la loi de la conscience la loi naturelle .

3-règle établie par les hommes , souverains ou législateurs , pour le maintien , et l'organisation de la société .

4-La loi est la règle de conduite , imposée par une autorité souveraine (les lois divines et humaines , les livres de la loi , la loi morale) ¹

هذا إذن أهم ما تطرقنا إليه بخصوص ضبط تصور كل من "التشريع" و "القانون" و نحاول بعد هذا أن نتطرق إلى تاريخ التشريع أو النظم القانونية بدأ من الحضارات القديمة إلى عهد الدولة الإسلامية .

1

Quillet, dictionnaire Ouillet de la langue française, libraire Aristide quillet , paris , 1975, p : 85.

المبحث الثاني : التشريع في سياقه التاريخي

لاشك أن دراسة تاريخ التشريع الإنساني أو النظم القانونية ضرورية بحكم أنها تكشف لنا عن مصادره و أسباب تطوره و الحكمة من وضعه سواء لدى الأمم القديمة أو الحديثة ، و تبعا لذلك يجدر بنا أن نتعرف على البيئة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الدينية و الثقافية التي نشأت فيها تلك القوانين من أجل فهم الأغراض التي قصد المشرع معالجتها و الأصول التي يقوم عليها هذا التشريع أو ذاك .

و لاشك أن نشأة النظم التشريعية تتأثر بشكل أو بآخر لدى المجتمعات القديمة بعوامل ثلاث :

1-العامل العقائدي :

ويتمثل في تعدد المعبودات ، إذ عبد الإنسان الأول الشمس و القمر و النجوم والنبات و الحيوان والنار ، كما آله البشر و الحجر و الشجر ، وشيدت لها معابد وعين لها الكهان بغية سن القوانين لحماية امتيازاتها .

2-العامل الاقتصادي :

يعلم كل واحد منا أن لكل مجتمع ظروفه الاقتصادية ، و هو الأمر الذي يؤدي إلى تأثر التشريع بالتطور الاقتصادي ، فمثلا نلاحظ انتقال الإنسان من مرحلة البحث عن الطعام و التقاطه من الطبيعة إلى الصيد و الرعي ثم مرحلة الزراعة و التي كان لها تأثير في جانب إصدار التشريعات القانونية المختلفة .

3-العامل الاجتماعي :

كل قاعدة قانونية تستند إلى قاعدة اجتماعية سواءا أكانت القبيلة أم العشيرة أم

الأسرة.¹

¹ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، ط1 ، 2001 م ، ص ص 13-

نفهم من هذا أن أي تشريع في أي مرحلة تاريخية إنما هو محصلة لعوامل متعددة لا يمكن إنكارها أو تجاهل دورها ووظيفتها في بسط القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص في المجتمع و عليه يمكننا بعد هذا استعراض تاريخ التشريع الإنساني في سياق أهم الحضارات القديمة .

المطلب الأول : حضارة بلاد الرافدين :

احتلت بلاد ما بين النهرين أي دجلة و الفرات أو بلاد العراق قديماً موقعا قانونيا متقدما فلقد تميز الإنسان الرافدي بوعي اجتماعي متطور مما حمله على اعتبار القانون الأداة المثلى التي تحقق الانسجام و العدالة في المجتمع .

و يمكن في هذا السياق أن نرصد أهم النظم القانونية أو التشريعات التي عرفتها هذه الحضارة .

أولاً : النظم السومارية - الأكادية :

وهي أقدم مجموعة قانونية تنسب إلى الملك السوماري "أونامو" حوالي عام 2050 ق، م ، و لا نعرف عنها سوى ما أشار إليه بعض العلماء من مسائل تتعلق بالزراعة و نظام الرق و البيع و الشراء و الإيجار و الوديعة و القرض و بعض العقوبات لبعض الجرائم دون تقديم تفاصيل حولها ، وكذلك ثمة مجموعة أخرى أصدرها الملك " لبيست عشرت " حوالي 1870 ق م تتناول نظام الأسرة و نظام الملكية و نظام الرق ، و تعد نصوصها غير كاملة ، و عليه فإن هذه النظم المعروفة في هذا العصر ، لم تحقق الغرض منها بسبب ما كان سائداً من اضطرابات سياسية و ثورات متعددة على أنظمة الحكم .¹

ثانياً : النظم البابلية (شريعة حمورابي) :

يعود البابليون إلى أصل سام من سوريا ، استقروا بمدينة بابل العراقية في مطلع القرن 19 ق ، م فتشكلت أول أسرة بابلية و أقامت دولة عظيمة حققت فيها الوحدة بين السوماريين والساميين حيث ظهر فيها أشهر ملك فيها بقانونه المعروف باسمه ، و هو

¹ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ص 15-16.

الملك حمورابي ، و برأي أحد الدارسين ، فإن هذا الملك " قد استوحى قوانينه من مثال الشمس الذي كان مؤلها عندهم حيث يعلن أنه ملك القانون و يطالب الناس باحترام قانونه و يعد من يطيعه مثوبة الإلهة ، و يتوعد المخالفين بعذاب عظيم " .¹

و يلاحظ هنا أن حمورابي قد حكم البلاد في الفترة الممتدة ما بين 1750-1791 ق م ، وهو الذي قام بوضع قوانين تعتبر أقدم ما وصل إلينا .²

بهذا يمكن أن نقول أن شريعة حمورابي قد نظمت في دقة و إحكام القانون المدني في بابل وشمّل الملكية و العقود و التجارة و الزراعة و أعمال المصارف و الزواج و التبني و الإرث والقضاء ، مما يظهر بجلاء المكانة التي كانت بابل قد وصلت إليها بين الدول الأخرى .

ولقد عبّر قانون حمورابي عن التشكيلة الإجتماعية للبابليين والمنطوية كما يقول أحد الباحثين على تقسيم طبقي ثلاثي هي النبلاء ، الطبقة الوسطى ، الأرقاء و لعبيد ، ووضع لكل طبقة ميزات القانونية إضافة إلى حقوقها و عقوباتها ، و علاقة كل ذلك بالطبقات الأخرى من الناحية الجزائية .³

معنى هذا أنه يراعي الفوارق السائدة في المجتمع و بمقتضاها تحصل الفوارق الجزائية ، مما يدل على أن حمورابي نقل العقوبات القانونية من الكهنة و رجال الدين عموماً إلى قبضة الحكام ورجال القانون الوضعي الدنيوي.

وعليه يمكننا باختصار بعد هذا، إبراز أهم مواد التشريعات التي وضعها حمورابي والخاصة بالنظام الأسري، والتي يمكننا تلخيصها في العناصر التالية:

¹ جيمس هنري برسند ، انتصار الحضارة ، تاريخ الشرف القديم ، ترجمة أحمد فخري ، مكتبة الأنجلو مصرية ، القاهرة ، ط1، 1969 ، ص 192.

² هورست كلينكل ، حمورابي البابلي و عصره ، تعريب محمد وحيد حياطه ، دار المنارة للدراسات ، سورية ، ط1، د ، ت ، ص 13.

³ محمد سليمان حسن ، تيارات الفلسفة الشرقية ، منشورات دار علاء الدين ، دمشق ، ط1، 1999 م ، ص ص 106-107.

1- انعقاد الزواج: تشترط المادة 128 لصحة الزواج " أن يكون العقد محررا في سند خطي يتضمن اسم الزوجين بالكامل"¹، ويتم ذلك العقد بين الزوج ووالد الزوجة بحضور شهود يضعون ختمهم على العقد المكتوب.²

2- ويحرر العقد أيضا " باسم أقرباء المرأة الذين يزوجونها وباسم السيد بالنسبة للأمة، على أن يحرر تاريخ انعقاد الزواج."³

غير أن الباحث صالح فركوس في كتابه " تاريخ النظم القانونية والإسلامية " يذهب إلى أن هذا العقد يتضمن شروط مادية وهي:

أولاً: النيرهااتو وهي هبة مالية ذات قيمة معينة تسلم إلى أسرة الزوجة قبل الزواج وهي بمثابة دليل على انعقاد الزواج، وتستهدف تقييد المرأة وجعلها ملكا للرجل، وثانيا البيبليو وهو يقتضي أن يقدم الخطيب لخطيبته قبل انعقاد الزواج هدايا تتمثل في أشياء منقولة وفي حالة عدم انعقاده تصبح حقا مكتسبا للمرأة، وثالثا الشريكو الذي يقتضي أن يقدم أب الخطيبة لابنته أموالا وعقارات منقولة، وأخيرا النودوتو وهي هبة يقدمها الزوج لزوجته إبان الزواج.⁴

3- انحلال الزواج: يؤكد حمورابي حسب ما يذهب إليه هذا الباحث أيضا، أن الطلاق يتم من طرف الزوج بمجرد تسليم رسالة يضع عليها ختمه، وفي هذه الحالة تنص المادة 141 على طلاق الزوجة العاقر والخائنة والمهملة لبيتها التي يمكن للزوج أن ينزلها منزلة العبيد، على أنه يمنع طرد أو طلاق الزوجة المريضة، مع إباحته له بالزواج بأخرى بيد أن حمورابي يقدم لنا في المادة 143 نصا، يحرم من خلاله على

¹ شفيق الجراح ، دراسات في تاريخ الحقوق و المؤسسات الحقوقية في بابل ، المطبعة الجديدة ، دمشق ، ط1 ، 1977 م ، ص 65.

² دليلة فركوس ، تاريخ النظم القديمة ، أطلس النشر ، الجزائر ، 1993م ، ص 64.

³ شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص 67.

⁴ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ص 17-18.

الزوجة التخلي عن زوجها، أو تركه، وإلا فإنها تعاقب بالإعدام غرقاً أو تلقى من أعالي الحصون.¹

ومن المواد الأخرى لحمورابي، نجد أنه يبيح في المادة 133 لزوجاً أسير حرب التي لا تملك قوتها أن تتزوج بشخص آخر، على أنها تعود إليه في حالة إطلاق سراحه، وعلى العكس من ذلك، فإن التي تملك قوتها، فلا يمكن لها حل الرابطة الزوجية وإذا فعلت ذلك تعدم غرقاً، وفي المادة 136 يبيح حمورابي للزوجة التي تخلى عنها زوجها وهاجرهما إلى بلاد أخرى، يمكنها الزواج بغيره.²

يبدو أن هذه القوانين تتراوح بين اللين والتفهم من جهة، وبين الشدة والتعنيف والشدد من جهة أخرى.

4- نظام الإرث: يقر حمورابي بتشريعات تتطوي على ظلم واضح للمرأة، في هذا السياق، يذهب أحد الباحثين إلى أن الإرث محصور في الأبناء الشرعيين، فإذا توفي شخص فإن تركته تؤول إلى أبنائه دون تمييز بين الكبير والصغير، أما الإناث، فلم يرد بشأنهن حكم في قانون حمورابي، وفي حالة عدم وجود فرع وارث بين الذكور، فإن التركة تؤول إلى إخوة المتوفي، أما الزوجة الأرملة فإنها لا تحصل على أي شيء من التركة ما عدا احتفاظها بالسكن، وفي حالة ما قررت الزوجة الزواج مرة أخرى بعد وفاة زوجها، فإنها تحرم من البقاء في المسكن والاستفادة من التركة.³

غير أن حمورابي يقر بإعطاء المرأة المطلقة التي لها أولاد شيئاً من التركة كي تستطيع رعاية أطفالها.⁴

¹ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 18.

² المرجع نفسه ، ص 19.

³ العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة ، كنوز الحكمة ، الجزائر ، ط1، 2013م ، ص52.

⁴ عبد الحكيم الدنون ، التشريعات البابلية ، دار علاء الدين ، دمشق ، ط1، 2000 م ، ص 60.

نفهم من هذا، أن قانون حمورابي لم ينصف المرأة ولم يعطي لها حقوقا تحفظ كرامتها ضد سيطرة الرجل وهيمنته عليها في كافة المجالات.

مسألة أخرى، يمكن الإشارة إليها وهي أن قانون حمورابي أخذ بقاعدة عامة تلزم بالزواج الفردي ولم يسمح بتعدد الزوجات إلا في حالة عقم الزوجة وفي حالة سوء سلوكها وإهمالها في بيتها.¹

5-نظام الجرائم: يمتاز عند حمورابي بالقسوة الشديدة والظلم الصارح وقد قسمها إلى صنفين:

أ- **الجرائم ضد الأشخاص:** ويزيد حمورابي على ما سبق ذكره، تأكيده على أن عقوبة الإعدام تقع غالبا بموجب أمر من القضاء، ولا يخص كبائر الجرائم كالقتل فقط، بل يشمل بعض الجرح كالسرقة وقطع الطريق والتطفيف في الكيل والميزان (من المادة 32 إلى المادة 109 من قانون حمورابي)

ولا يتوقف الإعدام على الجاني، بل قد يشمل أقاربه، كما شهدت أيضا عقوبة القطع التي تشمل قطع اليد أو اللسان، فمثلا تقطع يد الطبيب الذي يؤدي إهماله إلى وفاة المريض أو إتلاف عضوه، ويد الحلاق الذي يزيل علامة الوشم التي يحملها الرقيق.² ويشير حمورابي في مواد أخرى، إلى أن جريمة القتل إن كانت عمدية، فإن الحر يقتل بالحر، وإذا كانت غير ذلك، فالدية هي التي تحل محل القصاص، أما عن الجرح العمدي فيعاقب الفاعل بالغرامة وغير العمدي، فيكتفي فيه بدفع نفقات العلاج.

وفي حالة ضرب المرأة الحامل، فإن إسقاط حملها يؤدي إلى غرامة مادية، وإذا أدى بها إلى الوفاة فيعاقب الضارب بقتل ابنته، ويضيف أيضا أنه إذا ضرب الابن أباه، فعلى

¹ العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص35.

² عصام طوالي ، الثعالبي ، مدخل عام إلى تاريخ القانون ، النظم القانونية القديمة ، دار هومة ، الجزائر ، ط1 ،

القضاء أن يقطع يده، وفي حالة سقوط البناء على صاحب المنزل ويتسبب في موته، يعدم البناء، وإذا سقط على أبناء صاحب البيت، يقتل ابن البناء أو ابنته.¹

ب- **الجرائم ضد الأموال:** يذهب حمورابي في المادتين 32 و 109 من قانونه، إلى ضرورة معاقبة المتلبسين بجريمة السرقة وقاطع الطريق و المطفف في الكيل والميزان.²

نستنتج من كل ما سبق، أن قانون حمورابي وإن تضمن بعض معالم الإصلاح الاجتماعي والتشريعي إلا أنه كان في بعض مواده في منتهى الظلم والتعسف، حيث ذهب الكثير من الأبرياء جراء مواد غريبة لا تعير الاهتمام للحق الطبيعي للإنسان وإلا ما معنى أن يقتل ابن البناء عند وفاة صاحب البيت مثلا، وهو ما ينبئ عن تسرع في إصدار مثل هذه الأحكام الغريبة.

المطلب الثاني : حضارة مصر القديمة

هي من أهم الحضارات في العالم بإجماع المؤرخين من حيث نظام الحكم وما يتبع ذلك من تشريعات قانونية، ولقد كان الحكم الفرعوني مؤسسا على أساس فكرة ما يسمى " بالحق الإلهي" فهو صاحب السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية، وصاحب الأمر في السلم والحرب، وهو المالك الوحيد للأرض، مما جعل نظام الحكم مطلق يستلزم طبقة عريضة من الكهنة والأشراف لتثبيت القبوس والقوانين ونشر تعاليم فرعون وأحكامه.³

غير أن الذي يهتما في هذا المجال، هو معرفة أبرز القوانين الفرعونية عبر مسار تاريخها والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

1- قانون جوكوريس الذي صدر في عهد الملك بوكوريس مؤسس الأسرة الرابعة والعشرين، وقد بدأ حكمه سنة 720 ق.م إلى 715 ق.م وقد تأثر بقانون حمورابي

¹ صالح فركوس ، المرجع السابق ، ص ص 20-21.

² دليلة فركوس ، تاريخ النظم ، النظم القديمة ، المرجع السابق ، ص 77.

³ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع نفسه ، ص ص 22-23.

خاصة فيما يتعلق بالأحوال الزوجية، حيث اتخذ الزواج شكلا آخر عليه المعروف سابقا باسم الزواج الفردي، وهو نظام الزواج الإلهي الذي منح للملوك صفة الألوهية فيتزوجون بأخواتهم وأحيانا بناتهم لهدف الاحتفاظ بالدم الملكي، وقد اشترط أن تكون العصمة بيد المرأة، وأن يلتزم زوجها برفع غرامة مالية فوق مهرها، إذا طلقها وأعطى لها الحرية كي يحتفظ ببعض مالها أو به كله لنفسها.

2- قانون أمازيس ويدعى أحمس الثاني الذي عين مالكا عام 507 ق.م وضع مجموعة قانونية حملت إسمه غير أنها كانت معظم نصوصها مستمدة من مجموعة بوكوريس ما عدا إدخال بعض التعديلات البسيطة عليه.¹

3- مجموعة حرب حب: وهو آخر فراغة الأسرة الثامنة عشر، وتحتوي على عقوبات مقررة على بعض الجرائم، مثل عقوبة القاضي الذي يصدر حكما فاسدا تتمثل في جذع الأنف وقطع الأذنين وعقوبة من يمتنع عن إنقاذ شخص من خطر محذف به الجلد والصوم ثلاثة أيام، أما الأب الذي يقتل ابنه فيجبر على احتضان جثة ابنه ثلاثة أيام أمام الناس، إلى غير ذلك من القوانين السائدة في ذلك العصر.

وهكذا يتبين لنا أن نظم مصر القانونية كانت قائمة على أساس حمل الناس على الإيمان بقوانين غريبة تخدم تعليمات ملوكهم المنسجمة مع معتقداتهم الدينية.

أما عن نظام الأسرة الفرعونية بشكل عام، فإنه على الرغم من قيام الأسرة المصرية القديمة على نظام السلطة الأبوية، إلا أن الأصل سيادة نظام الزوجة الواحدة، مع اعتبار الزوجين متساويين في الحقوق والواجبات، ومنح كل من الزوجة والأولاد أهلية كاملة وذمة مالية مستقلة، غير أن سلطة الأب تقوت بعد ذلك بفضل انتشار الإقطاع بدءا من 2200 ق.م وهنا شاع تعدد الزوجات، فأخذ مركز المرأة يتدنى حتى فقدت ولايتها على أولادها وغير قادرة على مباشرة وإدارة أموال زوجها أثناء حياته وابنها الأكبر بعد وفاته، أما بالنسبة إلى

¹ صالح فركوس ، المرجع نفسه ، ص ص 24-25.

الزواج، فلقد كانت مراسم الزواج تتم في المعيد بحضور أقارب الزوجين ويقوم الزوج بدفع المهر لزوجته قبل تسجيل العقد كتابيا، بيد أن حق الطلاق محصور لدى الزوج وحده رغم أنه لم يكن يقع إلا في بعض حالات العقم والخيانة الزوجية، والزوجة يمكنها طلب الطلاق لكن شريطة إرجاع نصف المهر الذي استلمته.¹

أما عن نظام الإرث، فإن المصريين القدامى قد اتجهوا حسب أحد الباحثين إلى أن " يحل أرشد فرد في الأسرة محل المتوفي في فلاحه الأرض والانتفاع بإنتاجها دون ملكيتها، وقبل أنهم كانوا لا يفرقون بين الذكر والأنثى في ذلك، كما قيل إن نصيب الأنثى في الميراث كان أقل من نصيب الذكر وذلك باختيارهما".²

ويقدم لنا هذا الباحث دليلا على صحة رأيه، وهو أنه من يرجع إلى الوثائق يعود تاريخها إلى عهد الأسرة الرابعة، يجد أن نظام الإرث قام فعلا على عدم التمييز بين الذكور والإناث وكنوا يورثون الزوجة والأم والإخوة والأخوات والأعمام والعمات والخالات، غير أنه في عصر الإقطاع فقد صاحبه تطور في نظام الإرث إذ لوحظ تميز الذكور عن الإناث وتميز الابن الأكبر عن سائر إخوته الصغار من الذكور³، والجدير بالذكر هنا أن نظام الإرث في هذه الحضارة تختلف باختلاف المراحل التي مرت بها، وهو ما يظهر أن نظام الإرث لم يكن ثابتا، بل كان يخضع للمتغيرات السياسية والاقتصادية والدينية وغيرها.

ويبقى لنا أن نشير إلى أن نظام الجرائم والعقوبات في نظام مصر الفرعونية يتميز بطابعه الديني المحض وارتباطه الجوهري بالحياة الأخروية، ومن هنا فإن الطابع العقائدي يطغى على قانون العقوبات المصري من خلال تشديده مثلا في ردع الجرائم الماسة بالديانة كانتهاك حرمة القبور و الاعتداء على المعابد ، و يعاقب عليها بالإعدام ، كما تقترن

¹ عصام طوالي الثعالبي ، مدخل عام الى تاريخ القانون ، النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص ص 63-64.

² العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص 68.

³ المرجع نفسه ، ص 69.

العقوبات الجسدية غالبا بعقوبات دينية كالحرمان من مناسك تحنيط الجثة وصلوات الميت و الدفن في المقابر علاوة عن معاقبة الخيانة الزوجية و ذلك بالإعدام وكذلك قطع لسان الجاسوس و أيدي المزور و تشويه وجه الموظف أو القاضي بسبب جرم الرشوة ، أو إلقاء شاهد الزور إلى التمساح ، مع إلزام الجاني في حالة القتل الخطأ بدفع الدية لأسرة الضحية و المعتدي بالضرب و الجرح بالسجن و الأشغال الشاقة .¹

أما عن الجرائم الخاصة بالأموال ، فلقد تميز المصريون القدامى بالتسامح خلافا للقوانين المشددة التي رأيناها لدى حمورابي في حضارة بابل، من ذلك مثلا أن السارق في مصر يلزم بدفع ضعفي أو ثلاثة أضعاف الشيء المسروق وفي حالات أخرى، ضرب السارق بيد السيف مائة ضربة على مشهد من الناس.²

نفهم من هذا كله ، أن النظم القانونية في مصر الفرعونية، وبالنظر إلى ما هو متاح من مصادر مباشرة وهي قليلة جدا، ومصادر غير مباشرة . تظهر لنا عن مدى سيطرة حكم الفراعنة بشكل مطلق من جهة تأليه الملك، فهو اله يعبد وتؤدي إليه الشعائر وتخصص المعابد وتجمع الأموال، وهو ما نفهم منه ارتباط نظام الحكم بالمعتقدات الدينية، كما هو الحال بالنسبة لأكثر الحضارات القديمة، وقد نتج عن هذا اصطباغ القانون أو التشريعات المختلفة للدولة بهذه الصيغة الدينية البحتة.

المطلب الثالث : الحضارة اليونانية

يشكل الفكر القانوني اليوناني القديم مكانة هامة لدى الباحثين في مجال التشريعات القانونية لا على اعتبار أنه كشف عن بعض المفاهيم القانونية والسياسية مما أثرى الفكر البشري بمعارف لا تزال مصدر الهام إلى عصرنا الراهن، ودون أن تتعمق في تفاصيل هنا

¹ عصام طواليبى الثعالبي ، مدخل عام إلى تاريخ القانون ، النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص ص 61-62.

² صوفي حسن ابر طالب، تاريخ النظر الاجتماعية والقانونية، القاهرة، 2007م، ص 367.

الموضوع- نحاول أن نتطرق إلى جملة من القوانين التي ميزت هذه الحضارة وهو ما سنوضحه غالى العناصر التالية :

01-قانون ليكر حبس (lycurgus) : وقد ظهر في مدينة اسبرطة ينسب إلى المشروع ليكرجس بعد اشتداد الصراع السياسي بها منذ عام 900 ق.م وذلك بين ملكين كانا يتنازعا على حكم هذه المدينة، وكان الهدف منه تحديد اختصاصات أجهزة الحكم داخل السبرطة ومن هنا فإن دستور أسبرطة في هذه المرحلة التاريخية ، قام على نظام أساسه التربية العسكرية ، حيث يلغى تماما كيان الفرد و يخضعه لاحتياجات الدولة .

02-قانون " دراكون " : و ينسب لأحد الأشراف و يدعى "دراكون الذي تولى الحكم بعد اشتداد الصراع بين الأغنياء و الفقراء في اليونان نتيجة سوء توزيع الثروات وقد وضع قانونا يحمل اسمه عام 260 ق م بغرض التخفيف على كاهل الطبقة العامة المقهورة و قام بتنظيم و إدخال عقوبات شديدة و قاسية ، و خاصة القانون الجبائي ، حتى أصبحت كلمة دراكون كلمة تطلق على الأفعال الشديدة و اللاعادلة .¹

03-قانون " صولون " : لقد ظهر صولون" حوالي سنة 590 ق م كسياسي بارز في أثينا ، و قد قسم المجتمع الأثيني على أساس مادي ، مستتبطا من إيمانه بمبادئ القانون الطبيعي .

و من أجل أن يتمتع المواطن الأثيني بحق المواطنة يضع صولون شروط من أهمها أن يكون أثينيا بالغا سن الرشد ، و أن يكون ذكرا لأن المرأة مجردة من حق المواطنة ، وأخيرا لأن يكون إينا شرعيا .

و من جهة الأجانب ، فإن صولون يقصي هذه الفئة من الحقوق السياسية و في كثير من الحقوق المدنية ، فلا يسمح لهم بعقد زواج شرعي أو إبرام عقد ملكية عقارية .

¹ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع السابق ، ص ص 27-28.

أما عن العبيد ، فإن قانون " صولون " يقصي هذه الفئة من الزواج أو امتلاك عقارات أو أموال .

وأخيرا فإن نظام الأسرة خاضعا لنظام الزوجة الواحدة و كان مقبولا عنده اتخاذ زوجات غير شرعيات ، حيث لم تكن للمرأة أية وضعية قانونية .¹

4-القضاء الأثيني :

هذا ، و لقد أسس " صولون " محكمة المحلفين ، وهي محكمة شعبية تتكون من 6000 مواطن يختارون عن طريق القرعة و للمحلفين صلاحيات قضائية خاصة منها المتعلقة بأمن الدولة ، وبإمكان هذا المجلس الشعبي ، الذي يشكله المحلفون التصويت على حكم الإعدام أو النفي، مع الإشارة إلى أن هذا المجلس و غيره يرتبط بتقديم القرابين و توجيه اللعنة للمواطنين الغير صالحين فكل عمل سياسي أو قضائي تسبقه عبادة أو تقديم قربان .²

هذه إذن ، بعض ملامح النظم القانونية التي ظهرت في بلاد اليونان في مختلف مراحل تاريخها ، بيد أنه يمكن بعد هذا أن نتطرق إلى بعض الأحكام التي طرحها كل من أفلاطون (348 ق م) وأرسطو (322 م) ، و هكذا نجد مثلا أن أفلاطون قد تطرق في محاورته الجمهورية إلى مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة و حق المرأة في التعليم و الإطلاع بمختلف الوظائف مما أدى بهذه الآراء التي أطلقها إلى سخرية و تهكم من قبل مفكري أثينا و شعرائها و فلاسفتها .³

و في هذا السياق يقول أفلاطون : " و على ذلك فليس في إدارة الدولة ، أيها الصديق ، من عمل يختص به النساء وحدهن من حيث هن نساء و لا الرجال وحدهم من حيث هم رجال ،

¹ صالح فركوس ، المرجع نفسه ، ص ص 29-30.

² المرجع نفسه ، ص ص 30-31.

³ العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص 78.

ولكن لما كانت الملكات قد انقسمت بين الجنسين ، فإن المرأة قادرة بطبيعتها على كل الوظائف ، وكذلك الرجل ، و إن تكن المرأة في كل شيء أدنى قدرة من الرجل " ¹

أما أرسطو فقد اعتبر عكس أستاذه أفلاطون أن المرأة لا تملك استعداد عقلي يعتد به ولذلك يجب أن تقتصر تربية النساء على شؤون المنزل والحضانة و الأمومة فقط ، وفي هذا الصدد يقول في كتابه السياسية : "هناك ضرورة بينة أن يكون يكلها فضائل ، لكن فضائل متباينة كما تكون أنواع الكائنات التي قدر الطبع عليها الطاعة ...ففيها جعل الطبع جزئين متميزين ، أحدهما ليأمر و الآخر ليطيع و خصائصهما بينة الاختلاف : أحدهما بما هو موصوف بالعقل و الآخر بما هو محروم إياه " ²

هذه إذن ، أهم معالم الفكر التشريعي في الحضارة اليونانية القديمة في مختلف اتجاهاته ومظاهره .

¹ أفلاطون، الجمهورية ، ترجمة ودراسة فؤاد زكريا، المؤسسة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة، ط1، 1985م، ص 340.

² أرسطو طاليس ، السياسة ، ترجمة وحقه باركلي سانتيلير ، قام بتعريبه أحمد لطفي السيد ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ط1 ، 2008م ، ص 123.

المطلب الرابع : الحضارة الرومانية

تعد نظم الرومان القانونية من أبرز ما يمثل الحضارة الرومانية التي أشار أحد الباحثين إلى أن " روما فتحت العالم ثلاث مرات المرة الأولى بجيشها ، والثانية بدينها والثالثة بقانونها ¹"

ومهما اختلفت الروايات في نشأة هذه الحضارة فإن المؤرخين يتفقون أن التاريخ الروماني ينقسم إلى ثلاث مراحل :

1-العصر الملكي (754-509 ق م)

2-العصر الجمهوري (509-27 ق م)

3-العصر الإمبراطوري (27 ق م -565 م)

و نحاول أن نتعرف من خلال هذه العصور الثلاث باختصار عن أشكال النظم القانونية .

أولا : القانون الروماني في العهد الملكي

تميز هذا العهد بوجود قانون عرفي مكون من مجموعة أعراف منسوبة للقدامي وآداب عائلية و أحكام دينية منسوبة لمؤسسي روما رومولوس ، وخلفائه .²

هذا يعني أن الاتجاه العام للفكر القانوني قد اتخذ منحى دينيا ، حيث أن الملوك والكهنة يعطون للعادات و التقاليد صفة إلزامية ويصيغونها بصيغة عقائدية ، ويحملون الناس على طاعتهم بتقديس تلك العادات التي رسمت أو حفرت كتاباتها على جدران المعابد .³

¹ أحمد أبو الوفا ، تاريخ النظم القانونية و تطورها ، بيروت ، 1984 م ، ص 104.

² عصام طواليبي الثعالبي ، مدخل عام إلى تاريخ القانون ، النظم القانونية القديمة ، المرجع السابق ، ص 120.

³ أحمد أبو الوفا ، تاريخ النظم القانونية ، المرجع السابق ، ص 47.

ثانيا : القانون الروماني في العهد الجمهوري

وتتميز هذا العهد بتطور القانون الروماني نحو قانون مدون مستقل عن الديانة و قد بدأ هذا الأمر منذ سنة 451 ق م مع قانون " الألواح الإثني عشر " الذي كان لصدوره عدة عوامل من أهمها الصراع الطبقي ما بين الإشراف والعامّة واحتكار الكهنة معرفة القانون و تأويله و حرمان العامّة من تولي المناصب في الحكم وحتى ممارسة عبادة وطقوس الأشراف ، ولهذا فإن ثورة العامّة سنة 464 ق م أدى إلى ظهور قانون الألواح ونشرها في ساحة المدينة روما ، و قد شملت الإجراءات الشكلية و الأحوال الشخصية والملكية العقارية ونظام الجرائم والعقوبات وقد ضمنت أيضا بعض الحقوق الفردية ، وما جاء في هذا القانون حسب أحد الباحثين هو فقط ظهور هذا القانون الذي كان الكهنة يحتكرون معرفته .¹

ولا شك أن قانون الألواح الإثني عشر يمثل لحظة مهمة في التاريخ الروماني، إذ ينقله القانون من أعراف غامضة يحتكرها الإشراف إلى قانون مدّون ملزم للجميع اكتسب احترام الرومان .²

ثالثا : القانون الروماني في العهد الإمبراطوري

نشير باختصار إلى أن القانون في عصر الإمبراطورية العليا (27 ق م -264م) تتميز باستئثار مجلس الشيوخ بسلطة التشريع دون المجالس الشعبية واعتبار الإمبراطور هو القاضي الأعلى ورئيس القضاة ، أما في الإمبراطورية السفلى (284م -565م) فقد زال مجلس الشيوخ و لم تعد القوانين سارية المفعول إلا الأوامر التي يصدرها الإمبراطور، فلا يجوز عصيانه و تجاوز ما يشرعه من قوانين مختلفة .³

¹ أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص 47.

² عصام طواليبي الثعالبي ، المرجع السابق ، ص 121.

³ صالح فركوس ،تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 35.

ودون الخوض في التفاصيل التي لا تهمنا في موضوع هذا البحث ، نشير إلى بعض مظاهر النظم القانونية الرومانية فيما يخص نظام الأسرة ونظام الجرائم .

1-نظام الأسرة :

يتفق أغلب الباحثين على أن النظام السائل عند قدامى الرومان فيما يخص بالزواج، هو نظام الزوجة الواحدة، ينعقد القران بتبادل صيغة التراضي رغم كونه عقداً من أولياء الزوجين أكثر منه عقداً بين الزوجين ، وأيضاً فقد عرف القانون الروماني ثلاثة أنواع من الزواج : الزواج الديني الذي ينتشر وسط فئة الإشراف بحضور الكاهن ، والزواج المدني أو بالشراء الشائع بين العامة، وأخيراً الزواج بالمعاشرة بعد سكن الزوجين معا في منزل واحد لمدة سنة كاملة، وبمجرد انعقاد الزواج، ودفع المهر، تنتقل الزوجة إلى بيت زوجها لتخضع له خضوعاً كلياً ،وتزول الرابطة الزوجية إلا بوفاة أحد الزوجين أو ارتكاب الزوجة خطأ فاضحاً على اعتبار أن القانون الروماني لم يمنع وقوع الطلاق غير أن المسيحية ألغت هذا الحق جاعلة من الزواج عقداً أبدياً مدى الحياة .

وأخيراً، فإنه بمجرد وفاة رب الأسرة ، توزع تركته على أهل بيته ، أي الخاضعين لسلطته من زوجة وأبناء شرعيين أو بالتبني ، وفي حالة عدم وجود ورثة ينتقل الميراث إلى العصية الأقرب فالأقرب دون غيرهم ¹.

2-نظام الجرائم :

يتميز نظام الجرائم العقوبات الروماني بين الجرائم العامة والخاصة، ويشمل الصنف الأول خيانة الدولة والحريق المتعمد والقتل وشهادة الزور والفرار من واجب الجندية والاعتداء على الديانة وأماكن العبادة، وهنا يمكن لأي مواطن رفع شكوى لتفرض العقوبة من طرف الدولة،

¹ عصام طواليبي الثعالبي ، مدخل عام إلى تاريخ القانون ، المرجع السابق، ص 141-142.

أما بالنسبة للجرائم الخاصة، فإن القانون الروماني يميز بين الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال .

أ-الجرائم ضد الأشخاص :

بنص هذا القانون أن كل اعتداء باستثناء القتل يفرض القصاص أو الاتفاق على مبلغ من المال يدفعه الجاني للضحية .

ب-الجرائم ضد الأموال :

يراعي القانون الروماني مركز المعتدي والظروف المشددة والمخففة للعقوبة "ففي حالة التلبس بالسرقة ليلا مثلا يجوز للضحية الانتقام بقتل الجاني دون تدخل القضاء، أما إذا وقعت نهاراً يستعبد السارق إن كان حراً ، ويجلد إن كان قاصراً ، ويقتل أن كان عبداً، أما إذا وقع الاعتداء على مال الغير دون تلبس، يلزم السارق بدفع غرامة مالية تعادل ضعف الشيء المسروق إن تعلق الأمر بسرقة، أو أربعة أضعاف إن صاحبها عنف".¹

هذه إذن، بعض الأمثلة التي تبين لنا نظام الأسرة ونظام العقوبات في الحضارة الرومانية والتي تدل على تطور في سن التشريعات مقارنة مع الحضارات السابقة .

نستخلص من كل ما سبق، أن التشريعات في الحضارات القديمة متعددة ومتنوعة بحسب المرجعيات الفكرية والدينية والاجتماعية التي ترجع إليها من ناحية، ومن ناحية أخرى، بحسب ما تقتضيه طبيعة النظام السياسي السائد آنذاك، والمهم من كل هذا، أن ظهور الديانات السماوية قد أدى إلى دخول عامل مهم في بسط التشريعات وهو العامل الديني .

وهو ما سنتعرف عليه في بحثنا الموالي حول التشريع في الحضارة الإسلامية .

¹ عصام طواليبى الثعالبي ، المرجع السابق ، ص 139-140.

المبحث الثالث : التشريع الإسلامي : مفهومه ومصادره

المطلب الأول : مفهومه

لم يكن للعرب في عهد الجاهلية تشريع ولا نظام قضاء يحدد الأطر القانونية لسير المجتمع، وإنما كان النزوع إلى القوة والسيطرة هو الغالب آنذاك وذلك بسبب انتشار العصبية وظاهرة الأخذ بالثأر والانتقام، مما جعل الظروف مواتية للصراعات والحروب والاعتداءات، غير أن الحلول التي كانت في ذلك العهد. وحسب ما ورد في كتب التاريخ تمثلت في الاحتكام إلى زعماء بني سعد فيما يقع بينهم من الخصومات أو إلى الكهان والعرافين، وأيضاً كان هناك ما يسمى بـ "حلف الفضول" أو التعاهد على دفع الظلم، حيث شهدته رسول الله صلى الله عليه وسلم، قبل بعثته، حيث ينص على العموم على التحالف على رد المظالم بمكة واتصاف كل مظلوم، وهو الأمر الذي يبين الحاجة إلى الأمن والاستقرار¹.

غير أن قيام الدولة الإسلامية إثر بعثة النبي صلى الله عليه وسلم قد أدى من جهة إلى التخلص من ما كان سائداً من ما يمكن أن نطلق عليه "فوضى تشريعية، إلى بناء نظم تشريعية جديدة ذات أسس جديدة قوامها العقيدة الدينية وكل ما يتعلق بها من قيم اجتماعية وأخلاقية وسياسية وغيرها، وتنطوي على أهداف ومقاصد تجمع بين الدنيا والآخرة، وبين النظر والعمل، من هنا، نشير إلى أن التشريع الإسلامي لم يظهر دفعة واحدة، وإنما تجسد في البداية على حد رأي الباحث صالح فركوس في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وذلك وفق أساسين اثنين وهما :

1-الأساس الأول : بيعة العقبة الأولى التي وقعت في موسم الحج سنة 12 من النبوة (حوالي 621م) حيث قدم اثنا عشر رجلاً من أهل يثرب إلى مكة المكرمة التقى بهم الرسول في مكان يدعى "العقبة" وعقد معهم بيعة أطلق عليها "بيعة العقبة الأولى، أو الصغرى .

¹ -صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص 40.

الأساس الثاني : بيعة العقبة الثانية، وتعرف بيعة العقبة الكبرى حدثت في موسم الحج في السنة 13 من النبوة (حوالي 622م) وتم التعاقد فيها بين الرسول وبين إحدى وسبعين رجلاً وامرأتين من أهل يثرب، ولقد كانت الهجرة النبوية إحدى أهم النتائج التي ترتبت عليها، وكانت الدعامة الأساسية لتأسيس الدولة الإسلامية ، وفي ظل هذا الوضع الجديد، شكلت الهجرة النبوية دعائم الدولة الجديدة التي اتسمت في أول الأمر ببناء المسجد وثانياً الإقرار بمبدأ الإخوة بين الأنصار والمهاجرين، وثالثاً، الصحيفة التي يعتبرها المؤرخون أول دستور في الإسلام، إذ تطرقت إلى وحدة الأمة، المواطنة، الأمن، التشريع، القضاء والدفاع¹.

نفهم من هذا، أن اكتمال عناصر قيام الدولة الإسلامية قد أدى بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم، وتأسيس الدولة الخلافة الراشدة، والدول التي تلتها من بعد، الى ظروف جديدة لعل من أبرزها الفتوحات الإسلامية التي عملت على توسيع الرقعة الجغرافية شرقاً غرباً ، مما أفرز قضايا جديدة طائفة لم يرد فيها نص قطعي من كتاب أو سنة، ولم يكن فيها إجماع، فاضطر جمهور الفقهاء، لأجل حلها إلى العمل على استنباط الأحكام من النصوص بالفهم والقياس عليها فيما لم يرد به نص، معنى هذا كما يقول احد الباحثين ، أن تاريخ التشريع الإسلامي أو الفقه إنما يطلق على ما كان في عصر الرسالة -من أحكام ثم توسع هذا المفهوم حتى شمل ما طرأ ويطراً على الفقه الإسلامي من أحكام في كل العصور، وعليه ، فإن التشريع هو العلم الذي يبحث عن الفقه والفقهاء، وما كان لهم من أثر علمي من عصر الرسالة وما يعود من العصور من حيث تعيين الأزمنة التي شرعت فيها تلك الأحكام أو بيان ما طرأ عليها من نسخ أو تخصيص أو تفريع واجتهاد² .

نفهم من هذا أن أهم العوامل التي ساعدت على نمو الفقه الإسلامي، اتساع الفتوحات واختلاط العرب بغيرهم من الأجناس الأخرى، وظهور عادات وتقاليد غريبة عن محيط

¹ -صالح فركوس ، المرجع السابق ، ص ص 42-43.

² -عبد المجيد عبد الحميد الأبيافي، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 12-13.

الجزيرة العربية مما حدا بالفقهاء في ذلك العصر إلى العمل على تطوير حركة التشريع وتدوين الآراء الفقهية في مصنفات علمية لقبت رواجاً كبيراً في مختلف العصور التاريخية والبلدان.

غير أن ما يهمنا هنا، هو الحديث عن مصادر التشريع الإسلامي على العموم.

المطلب الثاني : مصادر التشريع الإسلامي

تتمثل هذه المصادر في العناصر التالية :

1- القرآن الكريم : هو المصدر الأول للتشريع الإسلامي، ولا خلاف ذلك عند جميع أئمة المذاهب الإسلامية، وإن كان من خلاف ، ففي تغيير بعض نصوصه، فهو كما يقول الإمام الغزالي "روح الإسلام ومادته، وفي آياته المحكمة شرع دستوره وبسطت دعوته"¹.

وقد تكفل الله بحفظه من تحريف أو تبديل ، فهو "قانون الإسلام والسنة هي تطبيقه ، والمسلم مكلف باحترام هذا التطبيق تكليفه باحترام القانون نفسه"².

أما فيما يخص دلالة القرآن الكريم على الأحكام، فإن أسلوبه ينتوع إلى أسلوب القطع أو الظن، ومن ثم قد تكون الدلالة قطعية وقد تكون ظنية، فالألفاظ المحددة للمعاني دلالتها قطعية كأحكام الحدود وأحكام الأسرة من زواج وطلاق ومواريث، أما الألفاظ غير الواضحة المحتملة لأكثر من معنى دلالتها ظنية كلفظ (القرء) على الطهر والحيض فالحكم يعود إلى دليل الترجيح بين معاني تلك الألفاظ اللغوية³.

ومن هنا، كان هذا التنوع مدخلا لاختلاف الفقهاء وتفاوتهم في فهم نصوص القرآن الكريم

¹ -الإمام محمد الغزالي، فقه السيرة ، دار الشهاب، بانتة، ص 36.

² -عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بغداد، ط5، 1976م، ص 189.

³ -عبد المجيد عبد الحميد الابيافي ، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 42.

وأما الأحكام التي اشتمل عليها القرآن الكريم فهي أولاً أحكام متفاوتة المتعلقة بالتوحيد وصفات الله وأسمائه الحسنى وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره .

وثانياً ، أحكام خلقية المتعلقة بما ينبغي أن يتحلى به المسلم من أخلاق فاضلة، لأن غاية الدين الإسلامي هي استكمال مكرم الأخلاق.

ثالثاً : أحكام العبادات العملية وتشمل على الصلاة والصوم والزكاة والحج وشكر الله وابتغاء ثوابه ورضاه¹.

رابعاً : أحكام المعاملات وهي تتعلق بأعمال الناس تجاه بعضهم من عقود وتصرفات مدنية وتجارية وغيرها وهي التي يمكن أن نسميها بـ "الأحكام القانونية"² .

وفي رأي الباحث صالح فركوس فإن موضوعات الفقه الإسلامي في المعاملات اشتملت على فروع القوانين الوضعية من ذلك مثلاً الوحدة الإنسانية التي اعتبرتها الشريعة الإسلامية ركناً أساسياً باعتبار أن الناس جميعاً أمة واحدة تجمعها وحدة الأصل الإنساني .

وأيضاً التعاون التي حثت عليه في مجال البر ونهت عنه إذا هدف إلى الإثم والعدوان، كما دعت الشريعة إلى التسامح غير الذليل مع الأفراد والجماعات وإلى رفع العداوة والتي هي أحسن . كما ركزت على حرية العقيدة وحرية تقرير المصير، وفق مبدأ أساسي "لا إكراه في الدين، كما قامت على مبدأ الحرية وتقرير المصير، فألزمت المجاهدين بأن يدعوا أعداهم إلى الإسلام فإن أبو فالجزية فإن رفضوا قاتلوهم. ولم تجز القتال (ابتداءً ، وقد نادى أيضاً الشريعة بإقرار العدل والحكم به في حالات السلم والحرية، والمعاملة بالمثل عند مواجهة الذين يخشى منهم نقض العهود بعد إعلامهم بذلك³ .

¹ - صالح فركوس، المرجع السابق، ص 44.

² - دليلة فركوس، تاريخ النظم، النظم الإسلامية، الجزء 2، المرجع السابق، ص 26.

³ - المرجع نفسه، ص ص 45-46.

كما وردت في القرآن الكريم أحكام تخص الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وميراث، وكذا القواعد الخاصة بعلاقات الأفراد المالية كالبيع والإيجار والشركة وغير ذلك، لكن هناك أحكام أخرى متعلقة بالجرائم وما تقابلها من عقوبات وعرضها فقط حياة الناس وأموالهم .

2- السنة النبوية : هي المصدر الثاني بعد القرآن الكريم وهي التي جاءت مفسرة له ومتممة لمجمل أحكامه، وهي كل ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، ولذلك فإن "حجتها في التشريع أنها مفتاح القرآن الذي يهتدي به إلى كشف حقائقه، والوقوف على أسراره ودقائقه، فالقران مصدر الشريعة الأول والسنة هي البيان" ¹، ولهذا يقول الله تعالى ﴿ **من يطع الرسول فقد أطاع الله** ﴾ ²، و"وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا" ³ لذلك كانت السنة واجبة الإلتباع .

ولهذا فإن السنة من حيث درجة التشريع، هي المصدر الثاني بعد القرآن الكريم، لأن الأحكام الواردة في القرآن الكريم يد ورد اغلبها مجملا لا مفصلا لذلك فإن المجتهد ينبغي له الرجوع في المبينة والشارحة لذلك الإجمال بما تتناوله من إيضاح وتفصيل ⁴.

والخلاصة من كل هذا أن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية هي المصادر الثقيلة ولا يكون الاجتهاد بغيرها .

وأحكام السنة النبوية الشريفة يمكن تقسيمها إلى أربعة أنواع :

1- أحكام مفسرة لما جاء في القرآن مجملاً مثل الأحاديث التي فصلت أحكام ، الصلاة والصيام والزكاة والحج، وعقود البيع والربا وغيرها .

2- أحكام مؤكدة لأحكام القرآن ، مثل النهي عن شهادة الزور وقتل النفس، بغير حق.

¹ - عبد المجيد عبد الحميد الابيافي ، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 47.

² - قرآن كريم، سورة النساء، الآية 49.

³ - قرآن كريم، سورة الحشر، الآية 7.

⁴ - عبد المجيد عبد الحميد الابيافي ، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 48.

3- أحكام مقيدة ومخصصة ، مثال ذلك قوله تعالى في التحريم " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ " ¹ ،

فالتحريم هنا مطلق وعام، ولكن السنة النبوية استثنت ميتة البحر، حيث يقول صلى الله عليه وسلم " هو الظهور ماؤه الحل ميتته" ².

4- أحكام منشئة لحكم سكت عنه القرآن : أبى لم ينفه ولم يوجبه ، مثال ذلك الحديث الذي اثبت ارث الجدة في الميراث ، كذلك الحكم بشاهد واحد ويمين إذا لم تكن للمدعي بينه سوى شاهد واحد ³.

هذه إذن أنواع الأحكام الخاصة بالسنة النبوية، والتي تدل على ثراء الفقه الإسلامي وسعته وتسامحه .

3- الإجماع : ومن هذين الأصلين (القرآن والسنة) تفرع أصلان أقران : هما الإجماع والقياس ، وهنا ، قبل بهما جمهور الفقهاء، ورفضها أو تشدد في قبولهما الآخرون .

نبدأ بالإجماع ونشير أن المقصود منه، اتفاق جميع المجتهدين بن المسلمين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي في واقعة، ولا ينعقد الإجماع من الناحية الشرعية إلا بتحقيق أربعة أركان :

وهي أولاً أن يوجد في عصر وقوع الحادثة عدد من المجتهدين وأن يتم ثانياً الاتفاق على الحكم الشرعي في الواقعة جميع المجتهدين من المسلمين في وقت وقوعها، وأن يكون اتفاقهم

¹ -قرآن كريم، سورة المائدة، الآية 3.

² -حديث شريف، رواه مالك في الموطأ 41/10 اعتنى به محمود بن جميل ، دار الإمام مالك للكتاب ، ط1 ، 2013 م ، ص 27.

³ -صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص 48-49.

ثالثاً صريحاً وأخيراً لا ينبغي وجود اختلاف في مسألة هذا الاتفاق لأن هذا يعني احتمال الصواب في جانب والخطأ في جانب¹.

4-القياس : في اللغة هو عبارة عن التقدير، يقال : فست النعل بالنعل ، إذ قدرته وسويته وهو عبارة عن ردّ الشيء إلى نظيره، وفي الشريعة عبارة عن المعنى المستنبط من النص، لتغذية الحكم من المنصوص عليه إلى غيره، وهو الجمع بين الأصل والفرع في الحكم².

وبرأي محمد على أبو ريان في مؤلفه " تاريخ الفكر الفلسفي في الإسلام " فإن القياس تستعمل في الفقه على النحو التالي : " أما باستنباط حكم الشيء من حكم شبيهه (استدلال مباشر) أو باستنباط حكم القليل من حكم الكثير وهذا يشبه طريقة الاستقراء في المنطق الحديث، وأما باستخراج علة أحكام مشتركة بين جزئيات مختلفة ، فيمكن إثبات الحكم لأحدهما لوجود العلة التي تشترك فيها جميعها، وهذا قريب الشبه بالقياس المنطقي ، والعلة المشتركة هنا هي الحد الأوسط في القياس الأرسطي³.

ويمكننا بعد هذا توضيح هذا لمصدر بمثال شرب الخمر باعتباره واقعة ثبت بالنص حكمها من خلال قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾⁴. وعلة التحريم هنا هي الإسكار ولهذا لكل نبيد فيه هذه العلة يستوي بالخمر في حكمه ويحرم شربه⁵.

أما عن أركان القياس فهي أربعة :

1- الأصل وهو ما ورد بحكمه نص .

1- عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه الزهراء للنشر، الجزائر، ط1، 1990م، ص 45-46.

2- الجرجاني، التعريفات ، المرجع السابق، ص 290.

3- محمد يحي أبو ريان، تاريخ الفكر الفلسفي في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1973، ص 57.

4- قرآن كريم، سورة المائدة، آية 90.

5- صالح فركوس، المرجع السابق، ص 50.

- 2- الفرع وهو لم يرد بحكمه نص ويراد تسويته بالأصل في حكمه¹ .
- 3- حكم الأصل : وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص في الأصل ويراد به أن يكون حكما للفرع .
- 4- العلة، وهي الوصف الذي ينبي عليه حكم الأصل وبناء على وجوده في الفرع سيدي بالأصل في حكمه .
- 5- الاستحسان : يرى الجرجاني في التعريفات أن الاستحسان في اللغة "هو عد الشيء واعتقاده حسنا واصطلاحا هو اسم لدليل من الأدلة الأربعة، يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى منه سموه بذلك، لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي، فيكون قياسا مستحسنا"².
- ومثال ذلك ما أشارت إليه الحنفية على أن الواقف إذا وقف أرض زراعية يدخل المسيل وحق الشرب وحق المرور في الوقت تبعا بدون ذكرها استحسانا ، لان المقصود هو انتفاع الموقوف عليهم³ .
- 6- المصلحة المرسلّة : وهي التي لم يشرع الشارع حكما لتحقيقها ولم يدل بدليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها ، ومثالها المصلحة التي شرع لأجلها الصحابة السجون أو ضرب النقود ، أو إبقاء الأرض الزراعية التي فتحوها في أيدي أهلها ووضع الخراج عليها أو غير ذلك من المصالح التي تطلبتها الضرورات أو الحاجات أو التحسينات ولم تشرع لها أحكام⁴ .

1 - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، المرجع السابق، ص 60.

2 - الجرجاني ، التعريفات ، المرجع السابق، ص 37.

3 - عبد الوهاب خلاف، علم اصول الفقه، المرجع السابق، ص 83.

4 - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص 88.

7- **العرف** : يرى الجرجاني أن العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول ، وهو حجة أيضا لأنه أسرع إلى الفهم وكذا العادة ، هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى¹.

معنى هذا أن العرف هو ما تعارف عليه الناس، ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا، كتعارف الناس تقسيم المهر إلى تقدم ومؤخر ، ومنه ما هو فاسد، كتعارف الناس أكل الربا وعقود المقامرة.²

8- **الاستصحاب** : وهو الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير كتلك الحال ، ولهذا فهو آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ما عرض له³ . ولهذا قال الأصوليين أنه آخر مدار الفتوى وهو الحكم على الشيء ، كما كان ثابتا له مادام لم يقم دليل بغيره⁴ .

هذه إذن، مصادر التشريع الإسلامي ، ذكرناها باختصار ، لنبين أولا أنها تعبر عن تطور علم الفقه وتوسعه نتيجة الظروف المستجدة للأمم المختلفة الأجناس والتقاليد والعادات، من جهة، ومن جهة أخرى، تفاوت منهج الاجتهاد العلوم ، بين من يأخذ بالمصدر الشريفين الرئيسيين وهما الكتاب والسنة، وبين من اخذ بالاجتهاد والرأي أو العرف القائم بالبلاء المفتوحة .

وعليه ، فإن التشريع الإسلامي مر بمراحل الأولى عصر النبوة الذي إبان عن اختلافه في مكة المكرمة عن المدينة المنورة، فاعتنى في الأولى بإصلاح العقيدة ورد العرب عن الشرك وعبادة الأوثان، والحث عن التوحيد والدعوى إليه، والثانية تميز أسلوب التشريع بنزول

1 - الجرجاني، التعريفات، المرجع السابق، ص 244.

2 - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 91.

3 - صالح فركوس، المرجع السابق، ص 52.

4 - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 92.

الأحكام المنظمة لشؤون الحياة الدينية والمدنية من عبادات ومعاملات وأحكام الجهاد والجنايات والمواريث والوصايا ونظام الأسرة وغير ذلك¹ .

وعلى العموم، فإن سلطة التشريع في العصر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم لأنه لم يكن هناك مجال للاختلاف في حكم من الأحكام .

أما عصر الخلفاء الراشدين أو العصر الثاني، فقد تميز منهج التشريع فيه بالالتزام بالمصدرين الرئيسيين وهما الكتاب والسنة أولاً، وتبعهم في ذلك من بعدهم من الصحابة ، فإن لم يجدوا فيها ما يهتدون به، اجتهد ورأيهم في استنباط أحكام أخذين بالاجتهاد، والرأي أو العرف القائم بالبلاد المفتوحة حيث لا يتعارض الحكم مع النصوص ومقاصد الشرع² .

أما في العصر الثالث الذي يشمل عصر الدولة الأموية من سنة 40 هـ إلى سنة 132 هـ فقد تميز بالتفرق السياسي مما أدى إلى الاضطراب في الحركة التشريعية والعلمية، وأيضاً تفرق العلماء في الأمصار وضعف مبدأ الشورى واختلاف المشارب السياسية بيد أن ظهور الفرق الإسلامية في هذا العصر من خوارج وشيعة مرجئة وغيرهم كان له أثره أيضاً على الحركة التشريعية لعلّ من أهم مظاهرها ، ظهور المدارس الفقهية إحداهما طائفة تقف عند النصوص ويسمون بأهل الحديث أو أهل الحجاز .

ثانيهما طائفة تستضيء بالنصوص على تعرف أحكام أخرى عن طريق القياس ويسمون بأهل الرأي أو أهل العراق .

وقد اشتهر أهل الحجاز بأهل الحديث لأنهم أقرب الناس إلى أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم أنهم عاشوا بالقرب منه، أما أهل العراق فقد اشتهروا بأهل الرأي وذلك لبعد الشقة بينهم وبين السماع من الصحابة والتابعين وقلة ما لديهم من الحديث، وكانت هذه

¹ - عبد المجيد عبد الحميد الأبيافي، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 24-25.

² - عبد المجيد عبد الحميد الأبيافي ، المرجع السابق ، ص 86.

الخصائص بين المدرستين مثار اختلاف ومبعث جدل حول الفروع الفقهية في هذا العصر بين الفقهاء أفراداً أو جماعات ، دون تجاهل عامل آخر، يعد مهما وهو ظهور الفرق الإسلامية المختلفة.¹

أما في العصر العباسي، فإن ما يتميز به من ناحية التشريع أنه كان أكثر نشاط وأكثر عدداً من الفقهاء المجتهدين ، فاستعمل الرأي إلى غاية مداه، كما لا تتعرض لمن ضيق على نفسه فالتزام لنص وحده ، ولم تلتزم الحكومة قانوناً بعينه تفرضه ولا مذهبا معيناً، بل تركت للقضاة الحرية في الأحكام على حسب اجتهادهم ولهذا، الفقهاء فكما كثر الفقهاء والمشرعون وكثر اجتهادهم ، كثرت المسائل القانونية ، وفرعت الفروع وفرضت الفروض ووضع لها الأحكام، وعرضت كل العادات والتقاليد والعرف في الأمصار المختلفة وواجهها الفقهاء وشرعوا لها الأحكام وترتب عن هذا أن أصبح العرف أساساً من ساس التشريع واشتروا على المجتهد معرفة عادات الناس لاختلاف الأحكام باختلاف الزمان لتغير العرف.²

غير أن هذا الباحث ينتهي به القول في الأخير إلى هذا التطور في التشريع في ظل الدولة العباسية سرعان ما أدى إلى غلبة أهل الحديث على أهل الرأي، والسبب في ذلك على ما يظهر أن قوة المحدثين كانت أكبر وجمهور المسلمين كان لهم انصر وان حركة الاعتزال وحركة الفلسفة كانتا حركتين ارسنقراطيتين يعتنقها في الغالب ارسنقراطية الشعب لا جمهور ، لهذا كله ضاقت دائرة الرأي والقياس واتسعت دائرة الحديث إضافة إلى قوة المحدثين في هذا العصر لجمعهم الأحاديث المتفرقة في الأمصار المختلفة وأضحت الفروق بين المدارس قليلة حتى ظن الكثير أن منحى التشريع عند الجميع واحد.³

¹ -المرجع نفسه، ص ص 106-107.

² -أحمد أمين ، ضحى الإسلام، الجزء 2 ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1935م ، ص 237-238.

³ -عبد المجيد عبد الحميد الأبيافي ، المرجع السابق ، ص 242.

هذه إذن أهم مراحل التشريع الإسلامي ، دون أن نذكر تفاصيلها الكثيرة إلا أن ما نلاحظه هو أن أهم خاصية له هو مسعى المذاهب الفقهية إلى التوسيع من دائرة الاجتهاد على الرغم من تفاوت النظرة إليه بين مدرسة الحديث ومدرسة الرأي على حد سواء، غير أن عصر التقليد قد غلب عليه طابع التقليد المذهبي على الاجتهاد ، فتبدل الحال بالنسبة للتشريع من القوة ضعاف من النشاط فتور " حتى قعد عن الاجتهاد كثيرون وعجزوا عن اخذ الأحكام من الكتب والسنة استقلالاً دون تقليد أحد الأئمة المجتهدين ما عدا عدد قليل من العلماء " ¹.

هذا، وتنتهي في آخر هذا التحليل، بالحديث باختصار عن التشريع في العصر الحديث الذي يتميز بتقنين الشريعة في مواد قانونية ويستمر حتى العصر الحاضر، ويشمل هذا العصر الاتجاهات المختلفة في العالم الإسلامي في إحلال الشريعة ، بدلا عن القوانين الوضعية أو تصحيحها بما يتماشى مع أحكام الشريعة والاقْتباس من المذاهب الإسلامية المختلفة في التقنين ، في شكل موسوعات فقهية من اجل مساعدة القضاة والمفتين في استخراج الأحكام والفتاوى على ضوء مدارس الفقه الإسلامي الواسعة ².

وبعد أن انهينا الحديث عن تطور التشريع في العصور التاريخية المختلفة، نحاول أن ندرس باختصار مفهوم الحكمة من التشريع وهو ما يعرف بمقاصد الشريعة الإسلامية .

المطلب الثالث : مقاصد التشريع الإسلامي

من المعروف أن الله تعالى ما شرع حكماً إلا لمصلحة إما جلب نفع أو دفع ضرر، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة، وبهذا فإن مقاصد التشريع كما يوضحها الشيخ محمد الطاهر بن عاشور أن أحكام الشريعة الإسلامية منوطة بحكم و علل راجعة

¹ - عبد المجيد عبد الحميد الابياني ، تاريخ الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 315.

² - المرجع نفسه، ص 322.

للمصالح العام للمجتمع¹ وبصيغة أخرى ، فإن المقاصد هي " الحكم المقصودة للشارع في جميع أحوال التشريع ، انطلاقا من أن الشارع وهو الله عز وجل لا تصدر أعماله من العبث"² .

ومن هنا اتجهت جهود الباحثين في هذا العلم إلى استقراء المصالح فقسموها إلى أصناف ثلاثة وهي المصالح الضرورية، والمصالح الحاجية ، والمصالح التحسينية، ويمثل في هذا السياق ، أبو اسحق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي (ولد سنة 730 هـ ، توفي 790 هـ) أول من اهتم بعلم المقاصد وافرد له كتابا أطلق عليه اسم الموافقات تناول منها علماء الأصول ، فكان يبين ارتباطها بمقاصد الشريعة ، من تحقيق المصالح ودرء المفسد³ ، الأمر الذي جعله يؤسس لهذا العلم ويعده علما مستقلا وتأسيسا مستحدثا لأسرار الشريعة وغايتها .

1-المصالح الضرورية.

وهي المعروفة بالكليات الخمس و التي هي : حفظ الدين و النفس و العقل و النسل و المال و لا يمكن أن توجد حياة إنسانية لها معنى إلا بالمحافظة على بقاء هذه الكليات ، و لذلك كان المقصد الأول للشريعة إقامتها و دوامها ، و كاف القرآن الكريم ، و الشاهد لها .⁴ ، ثم إنها من ناحية أخرى ليست على مرتبة واحدة ، نبعثها يؤكد من بعض من ذلك أن حفظ الدين يقدم على حفظ النفس ، و أن حفظ النفس يقدم على حفظ المال و هكذا وفي هذا

¹ -محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الحبيب بن الخوجة ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر ، ط1 ، ج3 ، 2004 م ، ص 51.

² -حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة ، منشورات كلية الدعوى الاسلامية، طرابلس، ط1، 1992، ص 119.

³ -حمادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص 105.

⁴ الشاطبي (أبو اسحق) ، الموافقات ، الجزء الأول ، تحقيق محمد عبد الله دوار ، ط1 ، المكتبة التجارية الكبرى ، د ت ، ص 13.

السياق يقول الشاطبي " فإنها - وإن كانت مقدمة على ما عداها من أنواع المقاصد الأخرى كالحاجيات و التحسينات ، إلا أنها فيها بينها متفاضلة .¹

كما يحدد الشاطبي منزلتها فيذكر أنها " أصول الدين و قواعد الشريعة ، و كليات الملة² لأنه إذا حدث فساد في بعضها ، يؤدي الى هدم الدين كله ، لهذا فإن الأصول الخمسة تتحقق في أحكام الشريعة من عقيدة ومعاملة و أخلاق وعبادة ، فقواعد الإيمان و أركان الإسلام شرعت لحفظ الدين ، و أحكام الدية و القصاص و الدماء و الجروح شرعت لحفظ النفس ، و تحريم اللهو و المسكرات لحفظ النقل ، و أحكام الأسرة شرعت للمحافظة على النسل ، و حرمت السرقة و الغضب و الاعتداء للمحافظة على المال .³

و عليه يؤكد الشاطبي أن كل أمر هو في حقيقته عملاً يرمي الشارع من ورائه إلى تثبيت تلك الأصول ، و كل نهى كان مقصوداً به حمايتها من الإبطال .⁴

و لهذا فإن كل حكم شرعي مرتبط بتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة .

2-المصالح الخارجية :

و هي التي تأتي في المرتبة الثانية بعد المصالح الضرورية كتشريع أحكام البيع و الإجارة و النكاح و سائر ضروب المعاملات ، و في هذا السياق يؤكد الشاطبي على أن هذه الحاجيات تشتمل على الرخص ، و كل ما فيه تيسر و توسعة ، وذلك من أجل تمكين المكلف من القيام بواجباته دون مشقة ، ولذلك أبيع له التيمم عند تعذر الطهارة بالماء ، وأبيع له قصر الصلاة و فطر رمضان في السفر ليحافظ على أركان الدين في حدود استطاعته .

¹ الشاطبي ، الإعتصام ، الجزء 2 ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1982 م .

² الشاطبي (ابو اسحق) ، الموافقات ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 25.

³ حمايدي العبيدي ، الشاطبي و مقاصد الشريعة ، منشورات كلية الدعوة الإسلامية ، طرابلس ، ط1 ، 1992 م ، ص

.121

⁴ الشاطبي ، الموافقات ، المرجع السابق ، ص 47 ، 1992 م بتصرف .

3-المصالح التحسينية :

وهي كل ما يعود إلى العادات الحسنة و الأخلاق الفاضلة و المظهر الكريم و الذوق السليم و يندرج هذا النوع من المصالح البعد عن الإسراف و البخل و الحرص على أداب الطعام و أداب المعاشرة و الطهر من النجاسة و الابتعاد عن الخبائث إلى غير ذلك ، و كل هذه الخصائص التي ذكرناها ترجع إلى أصل من الأصول الخمسة ، فعلى سبيل المثال حسن معاشررة الزوج للزوجة يرجع إلى الأصل الثالث الذي هو المحافظة على النسل و ستر العورة مثلا يرجع إلى أصل المحافظة على الدين و هكذا .¹

نفهم من كل هذا ، أن هذه المقاصد الشرعية كلها بأنواعها الثلاثة من ضروريات و حاجيات و تحسينات لها دور مهم في التشريع و من هنا ، فإن طابع التشريع كما يوضح الشاطبي ينصرف إلى وضع الكليات العامة للإسلام و كان ذلك بمكة ، أما في المدينة ، فقد توجه إلى الوقائع الجزئية المندرجة في تلك القواعد العامة ، يقول في هذا الإطار : " و إنما كانت الجزئيات المشروعة بمكة قليلة و الأصول الكلية كانت في النزول أكثر ، ثم لما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة و اتسعت خطة الإسلام ، كملت هنالك الأصول (الكلية على التدرج كل صلاح ذات البين و الوفاء بالعهود (...)) و ما أشبه ذلك كله تكميل للأصول الكلية²

بعد هذا البيان لدور المقاصد في التشريع الإسلامي يمكننا أن نتطرق إلى مسألة ذات أهمية كبيرة ، و التي تتعلق بنظام الأسرة في الإسلام .

المطلب الرابع : نظام الأسرة في الإسلام**أولا : نظام الزواج**

¹ الشاطبي ، الموافقات ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص 32 (بتصرف)

² الشاطبي ، الموافقات ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 103 (بتصرف)

لقد أعطى الإسلام أهمية كبيرة للأسرة وحدد لها قواعد متينة لا يجوز الاستهانة بها، ومن يتأمل أحكام هذا الدين، يجد أنه يحرص على بناء هذه الخلية بناءً سليماً وقوياً بحيث تستجيب لحاجات المجتمع ومتطلبات العصر، ولهذا، فإن أساس تكوين هذه الأسرة هو الزواج باعتباره يمثل نظاماً اجتماعياً، تبدأ به الأسرة الصالحة القوية المتماسكة، وهذا من أجل صيانة الغريزة وحماية النسل من الضياع، وعدم ترك الإنسان فريسة لغرائزه دون ضوابط أو أركان، لهذا هدم الإسلام أنواعاً من الأنكحة كانت سائدة في عصر الجاهلية كنجاح الاستصناع (المقصود الحمل فقط بعد الاتصال برجل آخر) والمتعة والبدل وغيرها¹.

وإن الذي يسبق أركان الزواج أو بالأحرى مقدماته هي الخطبة التي هي تقدم أحد الرجال إلى امرأة بعينها، والمقصود بها بطلب الزواج بالمرأة المرغوب فيها من نفسها، أو من وليها، وتبدأ العملية بالرؤية من الطرفين ليكون الرضا جدياً وقائماً على الحقيقة ومنبعاً من نية وشعور بالرغبة فيه².

وأيضاً، فإنه لا تباح خطبة امرأة إلا إذا كانت خالية من الموانع الشرعية كأن تكون محرمة عليه بسبب من أسباب التحريم المؤبدة أو المؤقتة، كما لا يحل للمسلم أن يخطب على خطبة أخيه المسلم³. بعد هذا، يمكن عرض باختصار أركان الزواج وهي :

أولاً : الولي

وهو أبو الزوجة أو الوحي أو الأقرب فالأقرب من عصبتها أو ذو الرأي من أهلها أو السلطان، لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلى بولي"⁴، وهنا ينبغي أن يراعي الولي أحكام هامة وهي أن يكون أهلاً للولاية وأن يستأذن وليته في إنكاحها .

¹ صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص 76.

² العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، المرجع السابق، ص 167.

³ صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص 75.

⁴ حديث شريف، أخرجه أبو داود والترمذي وأبو حنيفة وغيرهم بإسناد صحيح، وقد صححه الأمام البخاري .

ثانيا : الشهود

ينبغي حضور العقد شاهدان فأكثر من الرجال العدول المسلمين، ويشترط في الشهود، الإسلام-العقل-البلوغ-الحرية والعدل¹.

ثالثا : صيغة العقد (الإيجاب والقبول)

يقوم الزواج على التراضي وله صيغة تصلح للتعبير عن إرادة العقد، وهي قول الزوج أو وكيله في العقد: زوجتي ابنتك فلانة لأبي فلان، وقول الولي، لقد زوجتك ابنتي فلانة، وهو ما يعرف بصيغة الإيجاب والقبول².

رابعا : المهر والصداق

وهو حق من حقوق الزوجة كرمز للمودة وعنصراً مادياً ومعنوياً من عناصر تكوين الأسرة لا ينبغي إهماله وإبطاله ، كما لا يجوز المغالاة فيه مما يؤدي إلى انتفاء الغرض المقصود من الزواج . وهو يمثل تقديراً للمرأة وإكراماً لها وتعبيراً عن مكانة الزواج³.

ونشير من ناحية أخرى إلى الحقوق الزوجية ، فللزوجة حقوق على زوجها، كالنفقة والعشرة بالمعروف وللزوج حقوق على زوجته مثل الطاعة، في غير معصية الله، وحفظ ماله وعرضه، وهنا، يحرص الإسلام على عنصر الكفاءة في الزواج، والمقصود بها أن يكون الزوج كفوفاً لزوجته أي مساوياً لها في المنزلة، ونظيراً لها في المركز الاجتماعي، والمستوى

¹ صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص 77.

² العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام والتشريع والنظم القانونية القديمة ، المرجع السابق، ص 197.

³ صالح فركوس، المرجع السابق، ص 192.

الخلقي والمالي، لكن هناك من الفقهاء من اجمع على معايير أخرى للكفاءة الزوجية وهي الدين والخلق الطيب والاستقامة والصلاح¹.

ثانيا : الطلاق

وهو انحلال رابطة الزواج بسبب أن العلاقة الزوجية تتعرض لعوامل متعددة تؤثر في انسجام الزوجين وتفاهمها ، وقد تؤدي إلى انفصالها عن بعضها، ومن هذه الأسباب ما يعود إلى التكوين النفسي أو السلوكي لأحدهما أو هما معا، ومنها ما يعود إلى الضغوط والأمراض الاجتماعية والتقاليد وغير ذلك².

أما حكم الطلاق فهو مباح لرفع الضرر عن أحد الزوجين أو واجب إذا كان الوسيلة الأخيرة لقطع الشقاق، وقد يكون محرّماً من غير حاجة إليه ضرر بالزوج وزوجته وإعدام للمصلحة الحاصلة هما من غير حاجة إليه، ومن أركانه الزوج المكلف، فليس لغير الزوج أن يوقع طلاقاً وإن يكون مختاراً غير مكره، وأيضا الزوجة التي تربطها بالزوج المطلق رابطة الزواج حقيقة، بأن تكون في عصمته، وأخيراً اللفظ الدال على الطلاق صريحاً كان أو كتابة لأن النية وجدت ليست كافية³ ، مسألة أخرى ينبغي الإشارة إليها، وهي العدة وهي مدة تنربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، حيث يجب عليها الانتظار فيها بدون زواج حتى تنتقضي المدة، وهي واجبة على كل مفارقة لزوجها بحياة أو وفاة إلا المطلقة قبل الدخول بها، فإنها لا عدة عليها، والحكمة من ذلك براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب وإعطاء فرصة للرجل إن كان الطلاق رجعياً وتقديراً لقيمة الزوج بعد الوفاة⁴.

ثالثا : الخلع

¹ المرجع نفسه، ص 78-79.

² العربي بختي، المرجع السابق، ص 220.

³ صالح فركوس، المرجع السابق، ص 83.

⁴ المرجع نفسه، ص 89.

يقصد به في اللغة أنه مأخوذ من كلمة خلع الثوب إذا أزاله، واصطلاحاً هو "افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفع إليه يتخلى عنها"¹ ، وحكمه أن لا تطالب الزوجة بالخلع حتى تبلغ درجة من الضرر تخاف معها، أن تقيم حدود الله في نفسها أو في حقوق زوجها ويستحب أن لا يأخذ منها أكثر مما مهرها به ، ولا يملك المخالغ مراجعتها في العدة إذا الخلع بينهما منه "².

رابعاً : الحضانة

تدل الحضانة في الإصلاح على تربية الولد لمن له حق الحضانة، لأن إهمالها يعرض الطفل للهلاك والضياع، ولهذا حرص التشريع الإسلامي على جعل حكمها واجبا على الأبوين "فإن فقدوا فعلا الأقرب وانعدمت القرابة فعلى الدولة أو جماعة المسلمين ، غير أن هذه الحضانة تكون من ناحية الأولوية لأمة ما لم تتزوج ، فإن لم تكن فالجدة ، فإن لم تكن فالخالدة، فإن لم تكن فأم الأب أي الجدة، فإن لم تكن فالأخت فإن لم تكن فالعمة، إلى غير ذلك من المقربين للأب. غير أنها تسقط عن الأم إذا تزوجت أو كانت مريضة أو معتوهة أو عاجزة عن حياة الطفل، أما عن مدتها، فإن اتفاق الفقهاء يذهب إلى أنها تبدأ من ولادة الطفل إلى سن التمييز، ودون أن نذكر تفاصيل هذا الموضوع، فإن الحكمة من ذلك كله هو أن الطفل المحضون أمانة فالواجب المحافظة عليها تربية ورعاية من كل الجوانب الروحية والعقلية والجسدية"³.

خامساً : النفقات

¹ صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية ، المرجع السابق، ص 86.

² أبو بكر جابر الجزائري، منهاج السلم، دار المصفاة الشريف، الجزائر، ط2، 2000، ص 427.

³ صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، المرجع السابق، ص ص 90-91.

النفقة من الإنفاق وهو الإخراج، وجمعها نفقات، والإنفاق قد يكون في المال أو في غيره، وقد يكون واجبا وتطوعا، والنفقة اسم لما ينفق¹.

وقد أجمع الفقهاء على أنها ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده سيد ملا يلزم من حاجات ضرورية لأزمة لحياتهم وتشمل الطعام الذي يطعم منه الزوج والملبس الكافي²، وتستحق الزوجة النفقة ما دام الزواج صحيحا وكانت صالحة للمباشرة، وهي مقدمة على النفقة على الأولاد والوالدين والأقارب، وبذلك انعقد الإجماع على وجوب الإنفاق على الزوجة³.

في هذا السياق: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أوصوا بالنساء خيراً ، لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁴.

أما الأصناف المستحقة للنفقة ، فتمثل في ما يلي :

1-الزوجة على زوجها سواء كانت في عصمته أو مطلقة، طلاقاً رجعيّاً قبل انقضاء عدتها أو كانت حاملاً ومطلقة طلاقاً بائناً حتى تضع حملها⁵.

2-نفقة الوالدين وأخذهما من مال ابنهما نفقة الوالدين المعسرين واجبة على الولد متى كان واجدا لها .

3-وجوب النفقة على الوالد لولده المعسر، وكما تجب النفقة على الولد الموسر لوالده المعسر، فإنها تجب للولد المعسر على والده الموسر لقوله صلى الله عليه وسلم لهند : "خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف."

¹ صالح فركوس، المرجع نفسه ، ص 92.

² العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، المرجع السابق، ص 280.

³ المرجع نفسه، ص 281.

⁴ حديث شريف، رواه البخاري، صحيح البخاري، ج7، ص 34.

⁵ السيد سابق، فقه السنة، المجلد 3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1971، ص ص 561-563.

4- النفقة للأقرباء : أما النفقة للأقرباء المعسرين على أقربائهم الموسرين ، فقد اختلف فيها الفقهاء، فمنهم من قال بعدم وجوبها إلا من باب البر وصلة الرحم، ولذلك لعدم ورود دليل يخص ذلك، ومنهم من قال بوجوبها مثل الحنابلة الذين جعلوها واجبة على القريب الموسر.

5- الخادم على سيده لقوله صلى الله عليه وسلم : "للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف، ولا يكلف من العمل من لا يطيقه"¹.

6- أسمائهم على مالکها : يجب على الشخص أن ينفق على بهائم وحيوانه ويقدم لها ما يقيم حياتها من طعام وشراب ، فإنهم يفعل اجبره الحاكم على النفقة عليها أو على بيعها أو على ذبحها، فإن لم يفعل تصرف الحاكم بما هو أصلح².

أما عن مقدار النفقة الواجبة، فإنها على الأغلب تقدر بالكفاية ، وبحسب يسار المنفق وإعساره وحال المنفق عليه، لذا كان من المناسب هنا، ترك هنا الأمر للقضاء، ولكن هذه النفقة تسقط في الحالات التالية : تسقط على الزوجة في حالة نشوزها، وعلى المطلقة طلاقاً رجعيًا في حالة انقضاء عدتها، وعلى المطلقة الحامل، وفي حال إرضاعها ولدها فإنها تجب لها أجره الرضاع، كما تسقط النفقة على الأبوين إذا افتقر ولدها، كما تستيقظ على الأبناء إذا بلغ الذكر وتزوجت البنت ولا تسقط في حالة إذا كان احدهما مجنوناً³.

سادسا : المواريث

يقر التشريع الإسلامي المواريث لقوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ﴾⁴.

¹ حديث شريف رواه مالك في الموطأ رقم الحديث 1789/41 ، المصدر السابق ، ص 542.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص 564.

³ المرجع السابق، ص 192.

⁴ قرآن كريم، سورة النساء، الآية 11.

وبما أن هذا الموضوع شائك ، وينطوي على كثير من التفاصيل ، فيمكن تلخيص عناصره في ما يلي :

1-أركان الإرث وهي ثلاثة :

أ-المورث : وهو الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه ما خلفه بعد الموت .

ب-الوارث : وهو الذي يستحق الإرث .

ج-الموروث : الشيء الذي يتركه الميت من مال أو عقار وغيره .

2-إثبات الإرث ويكون بالقرابة، وبمقتضى عقد صحيح على الزوجة، وفي الولاء وهو أن يعتق امرؤ رقيقاً عبداً ، فإذا مات العتيق ولم يترك وارثاً ورثه من اعتقه ، ثم أن التشريع الإسلامي قد أفاض في شرح موانع الإرث ومن جملة ذلك،

أ-أن لا يرث القريب المسلم الكافر ولا الكافر قريب المسلم .

ب-لا يرث القاتل من قتله عقوبة له إن كان القتل عمداً .

ج-كذلك الرق فلا يرث ولا يورث .

د-إبن الزنا لا يرث ولا يورث .

موت المورث بحكم قضائي أنه مفقود وثيقاً لذلك أنه ميت، لأن الحي لا يورث إجماعاً¹.

مسألة أخرى تبدو لنا في غاية الأهمية، كونها تتدرج في سياق السجال والاختلافات بشأنها ، خاصة في العصور المتأخرة، وهي تتمثل في الوارثون من الذكور ، والوارثات من النساء، وكذا الفروض المقدرة ، حسب ما نص عليه ذلك في القرآن الكريم وتحديداً في سورة

¹ صالح فركوس، المرجع السابق، ص 93.

النساء، وأيضا ما يطلق عليه العصية أو قرابة الرجل لأبيه، أي هو كل وارث ليس له سهم مقدر صريح في الكتاب والسنة¹.

كما أشار التشريع الإسلامي إلى الحجب وهو منع الوارث من الإرث كلا أو بعض لوجود من هو أولى منه بالإرث ، وأيضا ما يعرف بالعول وهو زيادة في مجموع السهام المفروضة ونقص في أنصبة الورثة وذلك عند تراحم الفروض وكثرتها .

وأخيراً الرد وهو عكس العول تماما وهو تنص في أصل المسألة والزيادة في مقادير السهام المفروضة، على أن الورثة الذين لا يرد عليها فهما الزوجان فقط (الزوج والزوجة)².

نفهم من هذا الإذن، أن أحكام الموارث مهمة جداً لاستقرار الأسرة والمحافظة على كيانها، ولهذا، فمن ملاحظة هذه الأحكام يتبين لنا أن التشريع الإسلامي قد فاضل في الإرث بين الورثة تارة، وسوى بينهم فيه بينهم تارة أخرى، كما أنه أعطى بعضهم وحرّم منه بعضهم الآخر، فأعطى الذكور أحيانا وحرّم الإناث أحيانا أخرى، وأعطى النساء وحرّم الرجال، وأعطى الإناث أكثر من الرجال ، كما أعطى الرجال أكثر من النساء، وكان في توزيعه منطلق من أسباب منطقية موضوعية لا تتعلق بجنس الوارث ولا بسنه³.

نستنتج من كل ما سبق، أن نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، مرتبط بنصوص شرعية واضحة، وذلك لحماية الأسرة من الظلم والتعسف، والاستغلال، وتوفير أسباب التربية الصحيحة والسعادة والمساهمة في الترقية والتطور، غير أن الاستجابة لحاجات المجتمع ومتطلبات العصر ومواجهة المشاكل المستجدة أدت إلى ضرورة الاجتهاد وإضافة أحكام جديدة فيما يخص بنود القانون الخاص بالأسرة .

¹ صالح فركوس، المرجع نفسه، ص ص 95-96.

² المرجع نفسه، ص 97-99.

³ العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، المرجع السابق، ص 310.

وكما نظمت الشريعة الإسلامية الأسرة بما قررت من أحكام تحدثنا عنها فيما سبق فإنها أيضا أقرت نظام العقوبات والجرائم وكذا نظام المعاملات المالية، وحيث أن الحديث عن هذين الموضوعين، سيبعدنا عن موضوع بحثنا وهو الأسرة وقانونها الخاص، فإنه من المناسب أن نكتفي بأمرين اثنين وهما :

أولا : أقرت الشريعة الإسلامية مبدأ القصاص على العقوبة بالمثل فيما يخص الجنايات أو جرائم القصاص، وشرعت أيضا عقوبات لحدود الله تعالى منها حد الخمر، وحد القذف وحد الزنا وحد السرقة وغير ذلك، كما شددت على أحكام التعازير وهي عقوبة تأديبية على ذنب، لم يعين لها الشرع عقوبة ومن هنا، يتبين لنا الحكمة من هذا التشريع هو حماية الناس في أرواحهم وأبدانهم وتوفير سبل الأمن والاستقرار في المجتمع .

ثانيا : أقر التشريع الإسلامي ضوابط لنظام المعاملات المالية، وإن كانت في واقع الأمر تحتاج إلى مزيد من البحوث والاجتماعات لمواكبة مستجدات العصر، يتعلق الأمر بعقد البيع وأركانه وشروطه وأنواعه وإبراز الجوانب المحرمة أو المحظورة من ذلك الربا والرشوة والاحتكار. كما تطرق التشريع الإسلامي إلى الشركة ومشروعيتها وأركانها وأنواعها وكذا القروض والشفعة والوصية والوقف والهبة، إلى غير ذلك من المسائل الاقتصادية المهمة في المجتمع ومن هنا يتبين لنا أن الحكمة من ذلك كله هو جعل المعاملات المالية قائمة على أسس أخلاقية رضية تجمع بين المادة والروح، وتسعى إلى نشر الفضيلة والتسامح والتضامن والتعاون بين أفراد المجتمع الواحد .

بهذا، إذن، نصل إلى إتمام هذا الفصل الذي خصصناه للتشريع ، حيث حاولنا أن نضبط مفهومه لغة واصطلاحا، وتطرقنا إلى معناه حسب المسار التاريخي للشرائع والنظم القانونية القديمة، ثم أسهبنا في الحديث عن التشريع الإسلامي بالتركيز على نظام الأسرة، على أننا سندرس في الفصل الثاني من هذا البحث مدخل عام لقانون الأسرة الجزائري بوصفه تمهيدا لما سنتحدث عنه بخصوص علاقته بالمنطق.

الفصل الثاني
مدخل عام لقانون
الأسرة الجزائري

المبحث الأول : مفهوم الأسرة ووظائفها

يكاد ينعقد الإجماع لدى الباحثين في مجال دراسة العلاقات الأسرية على أهمية الأسرة فهي كما يقول أحد الباحثين و هو محمود حسن : " نظام اجتماعي له تقاليده الخاصة به و له نفعه بالنسبة للمجتمع الكلي وبالنسبة للفرد ، وذلك لأن الفرد في الأسرة له حاجاته الخاصة مثل التعبير عن نفسه وذاته ، فالأسرة كجماعة وظيفية تزود أعضائها بكثير من الاشباعات الأساسية من بينها توفير مسالك الحب بين الزوجين وبين الآباء والأبناء " ¹

و لهذا فإن هذه العلاقات الأسرية قد حفلت بالكثير من اهتمام الباحثين و الدارسين قديما و حديثا ، وقد أصبحت فرعا هاما من فروع علم النفس و علم الاجتماع بيد ، أنه من الضروري أن نعرف الأسرة من حيث أولا دلالتها اللغوية ، و ثانيا من حيث معناها الإصطلاحي حتى نتضح لنا خصائصها ووظائفها ودورها.

المطلب الأول : مفهوم الأسرة لغة و اصطلاحا

1-الدلالة اللغوية للأسرية:

جاء في لسان العرب لابن منظور مادة "أسمر " مايلي : " أسرة الرجل عشيرته و رهطه الأدنون ، لأنه يتقوى بهم (...).الأسرة عشيرة الرجل و أهل بيته (...)" ²

و من هنا يؤكد ابن منظور أيضا ،على أن الأسرة تشتق من "الأسر " حيث يقال : أسره أسرا أي قيده و أخذه أسيرا " ³ و بهذا ينطوي معنى الأسر في اللغة على التماسك والقوة.

¹ محمود حسن ، الأسرة و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1981 ، ص 02 (بتصرف) .

² ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الرابع ، دار صادر ، بيروت ، ط1 ، ص 20 .

³ المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

كما تطلق كلمة الأسر كما يقول : جميل صليبا " على الجماعة التي يربطها رابط مشترك.¹ و تكاد أغلب التعريفات اللغوية تذهب في هذا المنحى الإشتقائي لهذا اللفظ .
لقد تعددت التعاريف الإصطلاحية للأسرة بحسب التوجهات أو الخلفيات الفكرية والإيديولوجية ، لكن غالبا ما تم الإتفاق على أنها اللبنة الأساسية لتكوين المجتمع و من هنا يمكن ذكر أهمها كما يلي :

1- يذكر جميل صليبا في المعجم الفلسفي : " أن الأسرة تطلق في اصطلاحنا على المعاني التالية :

- الجماعة المؤلفة من الأقارب و ذوي الرحم و الحلف و الولاء

- الجماعة المؤلف من الأقارب و ذوي الأرحام في وقت معين .

- الجماعة المؤلفة من الأقارب الذين يعيشون معا في بيت واحد .

- الجماعة المؤلفة من الوالدين و الأولاد²

و قد يطلق لفظ الأسرة أيضا بحسب صليبا مجازا على أفراد الجماعة المتراسة الذين يشعرون بأنهم كتلة واحدة ، مثل أسرة المدرسة الواحدة أو أسرة النوع الإنساني .³
أما زكي بدوي فيعرفها بأنها : " الوحدة الإجتماعية الأولى التي تهدف الى المحافظة على النوع الإنساني ، و تقوم على المقتضيات التي يرتضيها العقل الجمعي و القواعد والمجتمعات المختلفة " ⁴

¹ جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، المجلد الأول ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، ط1 ، 1978 ، ص 77.

² جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، المرجع السابق ، ص 77.

³ المرجع نفسه ، ص 78.

⁴ عاطف غيث ، علم اجتماع النظم ، دار المعارف ، بيروت ، 1967 ، ص 06.

و يعرفها إحسان محمد الحسن بأنها : " عبارة عن منظمة اجتماعية تتكون من أفراد يرتبطون ببعضهم بروابط اجتماعية و أخلاقية ودموية و روحية ، و هذه الروابط هي التي جعلت العائلة البشرية تتميز عن العائلة الحيوانية .¹

وهي أيضا : " الخلية الأولى في جسم المجتمع و النقطة الأولى التي بدأ منها التطور ويمكن مقارنتها في طبيعتها و جوهر وجودها بالخلية الحية في التركيب البيولوجي للكائن الحي ، و هي بذلك أول وسط طبيعي اجتماعي نشأ فيه الفرد ، و تلقى فيه المكونات الأولى لثقافته و لغته و تراثه الاجتماعي " ²

و ينقل لنا الباحث في علم النفس الأسري أحمد محمد مبارك الكندري جملة من التعريفات ، من بينها أن بوجاردوس Bogardus يعرفها بأنها جماعة اجتماعية صغيرة تتكون عادة من الأب و الأم و واحد أو أكثر من الأطفال ، يتبادلون الحب و يتقاسمون المسؤولية ، و تقوم بتربية الأطفال حتى تمكنهم من القيام بتوجيههم و ضبطهم ليصبحوا أشخاصا يتصرفون بطريقة اجتماعية .

ويرى نيميكوف (Niw koff) أن الأسرة تتكون من الزوج و الزوجة و الأطفال أو من غير الأطفال وقد تتمتع بصفة الديمومة و البقاء ، و تتكون من الزوج و الأطفال أو الزوجة و الأطفال ، و ذلك في حالة الوفاة أو الطلاق .

ويقدم أوجبرن (Ogburan) تصور آخر مفاده أنها علاقة مستمرة و دائمة بين الزوج والزوجة بغض النظر عن وجود أولادهم .³

¹ إحسان محمد الحسن ، المدخل الى علم الاجتماع ، دار الطليعة ، للطباعة و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1988 ، ص 118.

² مصطفى الخشاب ، دراسات في علم الاجتماع العائلي ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1985 ، ص 32.

³ أحمد محمد مبارك الكندري ، علم النفس الأسري ، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، الكويت ، ط2 ، 1412 هـ / 1992 ، ص 23 ، 24.

المطلب الثاني : خصائص الأسرة ووظائفها

من هذه التعاريف و غيرها ، يتبين لنا أن الأسرة نظام اجتماعي ، له أهمية كبيرة في رسم شخصية الطفل ، وقد عرفت عبر التاريخ الإنساني تطورا كبيرا من حيث اتساعها من الأسرة الكبيرة التي كانت تضم الكثير إلى الأسرة الصغيرة المتكونة من الزوجين والأولاد ، و من حيث خصائصها و من حيث وظائفها و مهامها . و لهذا لما كانت الأسرة ضرورة حتمية لاستمرار النوع البشري ، فإن لها خصائص يمكن ذكرها على سبيل الإيجاز وهي كما حددها أحد الباحثين في ما يلي :

- 1- الأسرة جماعة اجتماعية دائمة تتكون من أشخاص لهم روابط تاريخية و تربطهم ببعض صلة الزواج و الدم و التبني (أو الوالدين و الأبناء)
 - 2- أن أفراد الأسرة عادة يقيمون في مسكن واحد .
 - 3- تمثل المؤسسة الأولى التي تقوم بوظيفة التنشئة الاجتماعية للطفل .
 - 4- الأسرة نظام اقتصادي خاص من حيث الاستهلاك و إنتاج الأفراد .
 - 5- هي الحجر الأساسي في استقرار الحياة الاجتماعية .
 - 6- تمثل وحدة التفاعل الاجتماعي المتبادل بين أفراد الأسرة ، وهي ذلك تتأثر و تؤثر بالمعايير و القيم و العادات الاجتماعية و الثقافية داخل المجتمع .¹
- و يمكن أن نضيف خصائص أخرى ، مثل أن الأسرة تمثل الإطار العام الذي يحدد تصرفات أفرادها ، فهي كما يقول محمود حسن تقوم بعملية التنشئة الاجتماعية " إذ تعتبر الهيئة الأساسية التي تقوم بمهمة التطبيع الاجتماعي للجيل الجديد ، أي أنها تنقل إلى الطفل خلال مراحل نموه ، جوهر الثقافة لمجتمع معين ، إذ يقوم الأبوان و من يمثلها بغرس

¹ أحمد محمد مبارك الكندري ، علم النفس الأسري ، المرجع السابق ، ص 25.

العادات و التقاليد و المهارات و القيم الأخلاقية في نفس الطفل و كلها ضرورية لمساعدة العضو الجديد في القيام بدوره الاجتماعي و المساهمة في حياة المجتمع " .¹

و أيضا ، فإن الأسرة من خصائصها المهمة أنها الوسط الذي يتم فيه إشباع غرائز الإنسان و دوافعه الطبيعية الذي يتم فيه إشباع غرائز الإنسان و دوافعه الطبيعية والاجتماعية و هي بذلك تعمل على تنظيم علاقات الوصال الإنساني بين أفراد المجتمع من خلال الاعتراف بأنماط مختلفة من الزواج وصلات القربى ومسائل التنشئة الاجتماعية و الثقافية .²

و هكذا نجد أن للأسرة خصائص مهمة ، مما يعني أنها تؤهلها للقيام بوظائف و مهام لمدى أهميتها في المجتمع ، و من هنا يمكن تحديد بعض الوظائف التي تقوم بها الأسرة كما يلي:

أولا : اشباكات الفرد

يرى محمود حسن في مؤلفه ، الأسرة و مشكلاتها " أن الأسرة لا تزال هي الطريق المفضل بتوفير كثير من الإشباكات التقليدية المفضل بتوفير كثير من الإشباكات التقليدية فهي تميل الى التعبير عن نمط الإشباكات الحميمية و الدائمة للعلاقات الشخصية المتبادلة ، و في مقابل الإشباكات الجزئية التي تحققها العلاقات الشخصية المتبادلة خارج نطاق الأسرة ، إلا محيطها يظل مهما ، إذ يزداد وينمو إتجاه الأشخاص نحو العلاقات الدولية التي تتميز بالود و العمق و الشمول في محيط الأسرة .³

ثانيا : تحقيق انجازات المجتمع

يؤكد هذا الباحث أيضا على أن للأسرة وظيفة المحافظة على أعضاء المجتمع و تعدهم للعمل و التفاعل الاجتماعي ، فهي تغذي شعور الفرد بالانتماء و تمكنه من بذل مشاركته

¹ محمود حسن ، الأسرة و مشكلاتها ، المرجع السابق ، ص 1.

² محمد صفوح الأخرص ، علم اجتماع العائلة ، جامعة دمشق ، ط1 ، 1990 ، ص 3.

³ محمود حسن ، الأسرة و مشكلاتها ، المرجع السابق ، ص 9-10.

الاجتماعية ، كما أن لها وظيفة أخرى هي المحافظة على السكان ، إذ عن طريقها يدفع كل مجتمع الناس على إنجاب الأطفال و تربيتهم .
و هي أيضا تعمل على تنمية العواطف الاجتماعية في الصغار و المحافظة عليها في الراشدين ، و عن طريقها يكتسب الفرد أولى خبراته في المشاركة الاجتماعية و من ثم فهي تمارس وظيفة الإدماج في المجتمع و تساعد في وضع الأفراد في مراكزهم المختلفة التي تحكم تفاعلهم مع الآخرين .و تعتبر أيضا من أدوات الضبط الاجتماعي الهامة التي تحقق التجانس .¹

ثالثا : الوظيفة الاقتصادية

تعد الوظيفة الاقتصادية للأسرة مهمة جدا ، و لما كانت الأسرة في القديم ، خاصة في الريف تمارس كثيرا من جوانب هذه الوظيفة ، فإن التصور الصناعي الكبير قد حول الأسرة إلى وحدات استهلاكية خالصة ، و هو ما جعل منها كما يقول أحد الباحثين وحدة متكاملة بين الرجل و المرأة و هي درجة كبيرة من الكفاءة ، فالرجل بقوته الجسمية يستطيع أن يقوم بصورة أفضل بالأعمال التي تتطلب بعض القوة ، و كذلك المرأة تقوم بالوظائف الاقتصادية التي تتناسب مع طبيعتها الفيزيولوجية ، و التعاون الاقتصادي يؤدي إلى تقوية العلاقات الاجتماعية بين أفراد الأسرة .²

نفهم من هنا أن الوظيفة الاقتصادية في الأسرة لا يحتكرها الرجل فحسب كما كان حاصلًا في ذلك في الماضي ، و إنما للمرأة دور أيضا بحكم أنها أيضا تشتغل و تساعد الرجل في شؤون الأسرة

¹ محمود حسن ، المرجع السابق ، ص 11-12.

² عاطف وصفي ، الأنثروبولوجيا الاجتماعية ، دار المعارف للطباعة و النشر ، القاهرة ، 1 ، 1997 ، ص 94.

رابعاً : الوظيفة البيولوجية

تحافظ الأسرة على استمرار النوع و تحفظ المجتمع من الانقراض ، فهي تنظم السلوك الجنسي و الإنجاب و تكرر الزواج بوصفه اتفاق تعاقدى يقوم على الثبات و الاستمرار مما يؤدي إلى تكوين و تقوية العلاقات الاجتماعية التي تتضمنها الأسرة ، وهي بذلك تعمل على نقاء السلالة و عدم انتقال الملكية خارج إطار الأسرة و هو ما يجعل من الزواج وسيلة مثلى لتقوية الروابط بين وحدات الأسر و تصون الروابط الاجتماعية والاقتصادية .¹

و هكذا ، فإن الأسرة هي التي تهئ الطفل استعداداً البيولوجي و النفسي ليغدو لينة صالحة للتنشئة الاجتماعية .

خامساً : الوظيفة النفسية

يؤكد محمود حسن على أهمية الوظيفة النفسية للأسرة ، إذ تلعب الوحدة الأسرية دوراً بارزاً في نمو الذات و تحافظ على قوتها ، إذ توفر بن محددات الذات و من ثمة تسمح لها بإدراك الواقع و التنبؤ بالسلوك في المواقف المختلفة ، و عليه فإن الفرد ليس مجرد ذاته : فحسب بل هو أيضاً جزء من كل يرتبط معه بروابط متينة يحصل منه على قوة متزايدة و تبعاً لذلك ، يضيف هذا الباحث ، فإن تفكك الأسرة يؤدي بعض المواقف إلى شقاء للذات . ويمكن أن نتصور أهمية الجو النفسي للأسرة ، عند اعتراض و مقاومة عند إثارة موضوع الانفصال أو الطلاق ، فالعوامل العصابية تؤدي إلى استمرار كثير من الزوجات .²

كذلك تقوم الوحدة الأسرية بتزويد الطفل بمصدر دائم للشعور بالأمن و توفر الخبرات التي يمتد بها الطفل ، و كذلك تلعب الأسرة دوراً كبيراً في حسم صراعات الطفل مع مشاعره

¹ محمود حسن ، الأسرة و مشكلاتها ، المرجع السابق ، ص 15-16.

² محمود حسن ، المرجع نفسه ، ص 23 ، 24.

المتناقضة نحو موضوعات الحد الأولية و على العموم تلعب الأسرة دورا كبيرا في النضج النفسي و منح المزيد من الثقة و الأمن الاطمئنان .¹

نفهم من هذا أن للأسرة دور نفسي لا يستهان به و هو تحقيق التكامل الانفعالي لأفراد الأسرة و تهيئتها للتفاعل الإيجابي مع المحيط الاجتماعي .

سادسا : الوظيفة التربوية

تعتبر الوظيفة التربوية للأسرة من أهم الوظائف ذلك أنها المؤسسة التربوية الأولى ، إذ تتعهد الطفل جسدا ونفسا ، و تنقل إليه خبرتها و معارفها و مهارتها ، فهي تزود الطفل بمختلف الخبرات أثناء سنواته التكوينية ، أما المؤسسات الاجتماعية الأخرى كالمدرسة فيبدأ دورها في مرحلة لاحقة و تتوقف اتجاهات الطفل نحوها بدرجة كبيرة على العلاقات الاجتماعية داخل الأسرة .²

و هكذا نتضح لنا أهمية الأسرة و خطر دورها في تشكيل شخصية الطفل بقدر ما تكون هذه الوظائف متكاملة فيما بينها ، بقدر ما تحقق أهدافها في فضاء المجتمع .

نلاحظ أيضا في سياق تحليل هذا الموضوع ، أن الأسرة في تطورها الحديث لم تعد اتحادا مرتكزا على القوة وسيادة الرجل و سياسة الضغط و الإملاء كما كانت من قبل ، بل أضحت كما يشير إلى ذلك أحد الباحثين اتحادا قائما على التعاون المقصود و التفكير التقديري و الفهم الصحيح لاتجاهات الحياة الاجتماعية الحديثة .³ و من هنا كان لهذا الواقع أثره في تطور وظائفها و يبدو أنه يرجع إلى جملة من الاعتبارات من أهمها :

¹ المرجع نفسه ، ص 25-26.

² المرجع نفسه ، ص 21.

³ مصطفى الخشاب ، دراسات في علم الاجتماع العائلي ، المرجع السابق، ص 62.

1-العامل المورفولوجي :

الذي يظهر في نشأة المدن و هجرة الأفراد إليها ، و إلغاء الرق و تحذر الأفراد من سلطة رب الأسرة و كذلك تقدم وسائل المواصلات و تعددها و زيادة سرعتها مما أدى إلى الاحتكاك و التداخل الاجتماعي بين مختلف الأشكال و النماذج الاجتماعية ، و انعكست هذه الأمور في حياة مختلف الأسر .¹

2-العامل الاقتصادي :

ويبدو أثره في تطور نظم الإنتاج و الحياة الاقتصادية و تحرر الفلاحين ، و كذلك ظهور المرأة بوصفها عنصرا منتجا و مساهمتها الرجل في مختلف العمليات الاقتصادية ، هذا إلى جانب الثورة الصناعية و ما أحدثته من مشاكل عالمية ظهر أثرها بوضوح في الحياة الأسرية .²

3-العامل الثقافي و الحضاري :

وقد ظهر ذلك في انتشار الثقافات و الحضارات و تفاعلها مما أدى إلى تطور نظم الأسرة و مظاهر الحياة فيها ، فقد تغيرت التقاليد و العادات وقواعد الصرف و مظاهر السلوك وسأيرت التطور الثقافي و الحضاري الذي خضعت له كل أجزاء العالم المتمدن مما انعكس عن فهم جديد وراق للقيم الاجتماعية و الوظائف المعنوية و الروحية .

4-انتشار النظرية الديمقراطية و حصول المرأة على حقوقها السياسية ، أدى إلى انتشار الوعي الثقافي و السياسي .و ارتقاء أساليب التفكير و العمل و زوال بعض التقاليد البالية و الأعراف القديمة ، فأصبحت الأسرة ندوة علمية ، و الصراحة الشخصية هي العوامل تركز عليها العلاقات المتبادلة بين عناصر الأسرة .

¹ مصطفى الخشاب ، المرجع السابق ، ص 63-64.

² المرجع نفسه ، ص 64.

5-آلية الحياة المنزلية :

من نتيجة التقدم الصناعي المهام غزو الآلات مما انعكس إيجابا على الأسرة ، و أدى إلى تخفيف أعباء الحياة المنزلية و الاقتصاد في الوقت و الجهد و النفقات مما أتاح العناصر الأسرة مزيدا من الوقت للاستغلال في العمل و الكسب و النزوع في بعض الأحيان إلى حياة الترف و التمتع بثمرات الحضارة و الفن .¹

و النتيجة التي نقررها في آخر هذا التحليل هي أن وظائف الأسرة خاصة الحديثة منها تؤدي أدواراً هامة جدا على الرغم من مشكلاتها المختلفة مما أدى إلى ضرورة وضع قوانين صارمة لضبطها ومسايرة التغيرات الحاصلة في الوسط الاجتماعي. من ذلك قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية، وهما ما نتطرق إليه في المبحث القادم من هذا الفصل.

¹ مصطفى الخشاب ، ص 65-66 بتصرف .

المبحث الثاني : قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول : مفهومه

لقد فضل المشرع الجزائري هذه التسمية قانون الأسرة الجزائري على مصطلح الأحوال الشخصية الشائع في كثير من الدول العربية و الإسلامية و لهذا ينبغي أولاً أن نعرفه ، حيث تكاد التعاريف تتفق على أن الأحوال الشخصية هي : " الأمور التي تتعلق بالشخص ذاته ، بمعنى المركز القانوني للأشخاص وهي المسائل التي يحكمها القانون الشخصي " ¹ تعريف آخر يمكننا الإشارة إليه ، و هو أن قانون الأحوال الشخصية يعني : " مجموعة الأحكام الفقهية النازمة لإنشاء الأسرة و ما يتعلق بالشخص في حدود أسرته من أحكام وآثار لعقد الزواج أدبية كانت أو مادية ، تبيين إنشاء هذا العقد و إنهاءه و ثمراته ، أي ما يترتب عليه من حقوق الزوجين ، و حقوق الأولاد من نسب و نفقة و حضانة ، و ولاية و وصاية ، ثم ما يترتب على هذه العلاقة الأسرية بعد وفاة أحد أفراد الأسرة من مواريث " ² . تعريف آخر ، هو " الأوضاع التي تكون بين الإنسان و أسرته و ما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية و التزامات أدبية أو مادية . " ³ غير أن أحد الباحثين يرى أن هذه التعاريف مستمدة من الأنظمة الغربية التي تطلق هذا المصطلح بهذه الصورة ، في مقابلة الأحوال المدنية التي تنظم علاقات الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته و عليه فإن هذه التسمية لم يعرفها الفقه الإسلامي إلا حديثاً و

¹ محمد الحسن مصطفى ، البغا ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، 1428 هـ / 2007 م ، ص 35.

² محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار القلم ، دمشق ، الدار الشامية ، بيروت ، ط 1 ، 1416 هـ / 1995 م ، ص 25.

³ مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق و عمان ، ط 7 ، 1417 هـ / 1997 م ، ج 01 ، ص 11.

الذي استعملها مع نهاية القرن التاسع عشر ميلادي حسب رأيه هو الفقيه المصري محمد قذري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية .¹ أما مصطلح قانون الأسرة أو أحكام الأسرة فقد عرفه الفقهاء قديما و حديثا ، حيث كانوا يدرسونه من خلال أبواب الفقه المختلفة و لو أن التسمية الاصطلاحية أيضا حديثة فيما يبدو و هي ترجع في واقع الأمر إلى أقسام ثلاثة و هي أحكام الزواج و أحكام الأهلية والحجر ، و أحكام المواريث ، و بهذا فقد فضل المشرع الجزائري مصطلح قانون الأسرة بدل الأحوال الشخصية ، و لكنه ألحق به أحكام المفقود و الغائب و الحجر و التقديم والكفالة و الهبة و الوقف و كلها قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في الأسرة و هي مرتبطة أكثر بالأحوال الشخصية منها بالأسرة .²

كما أننا نجد باحثا آخر يعرّف مصطلح قانون الأسرة ، بأنه " مجموعة القواعد التي تنظم حال الشخص و علاقاته المالية وغير المالية مع أسرته و مجتمعه " ³ مسألة هامة يمكن الإشارة إليها في إطار هذا الموضوع ، و هو أنه يمكن التمييز بين مرحلتين من مراحل تطور الأحوال الشخصية حسب أحد الباحثين : المرحلة الأولى تبدأ من عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى منتصف القرن 19 م و الذي تميز باجتهد القاضي و عدم تقيده بأي مذهب و اعتماده فقط على الكتاب والسنة ، غير أنه شيئا فشيئا بدأت القيود المذهبية تؤثر فيه .

المرحلة الثانية : و تبدأ من منتصف القرن 19 م إلى يومنا هذا حيث تميز بانحصار التشريع الإسلامي تدريجيا و تم ذلك بقوى استعمارية خارجية و ما فرضته من قوانين و

¹ سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الأصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، ط1 ، 2012 م ، ص 05.

² المرجع نفسه ، ص 05-06.

³ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط2 ، 2002 ، م ، ج 1 ، ص 14.

أنظمة أجنبية¹ ، غير أنه لوحظ بعد التخلّص من قيود هذا الاستعمار الأجنبي ، بدأ بعصر جديد لنهضة فقهية ، تم من خلاله ، صدور سلسلة من القوانين العربية ، من ذلك مثلا قانون الأسرة في لبنان سنة 1937 م ، و قانون حقوق العائلة الأردني سنة 1951 م ، و قانون الأحوال الشخصية السوري سنة 1953 م و مجلة الأحوال الشخصية التونسية سنة 1956 م و مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1957 م و قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة 1959 م و قانون المحاكم الشرعية السودانية سنة 1967 م وقانون الأسرة الجزائري سنة 1984 م ، و الذي عدل و تم بالأمر رقم 02/05 سنة 2005 م .²

نستنتج مما سبق ، أن هذه التعاريف و غيرها ، هي التي تعطي لنا صورة واضحة عن تطور الحركة التشريعية الخاصة بالأسرة ، و التي تحكّمها في غالب الأحيان رؤى اجتهادية و أهداف إيديولوجية لا تخفى على أحد في هذا المجتمع أو ذاك غير أن الذي يهمننا هنا هو دراسة قانون الأسرة الجزائري من خلال العناصر التالية :

المطلب الثاني : نشأة قانون الأسرة الجزائري و تطوره التاريخي

كانت الأسرة الجزائرية قبل الاستعمار الفرنسي تخضع لقواعد و أحكام الفقه الإسلامي المستنبطة من الشريعة الإسلامية ، و أيضا للمعاملات و الأعراف المحلية .³ و لكن بعد بسط السلطة الاستعمارية سلطتها سنة 1830 م ، حاولت جاهدة القضاء على تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية و إحلال قواعد القانون المدني محلها ، و لكن دون فائدة بسبب تحفظ الجزائريين و عدم انسياقهم وراء هذه المخططات الفرنسية ، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتدخل في الأحكام الشرعية الخاصة بالأسرة بالعديد من القوانين من بينها :

¹ سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 7-8.

² المرجع نفسه ، ص 8-9.

³ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 18.

- 1- قانون 02 ماي 1930 م المتعلق بالخطبة و سن الزواج .
- 2- مرسوم 19 ماي 1931 م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية
- 3- الأمر الصادر في 23/11/1944م المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي .
- 4- الأمر رقم (59-274) المؤرخ في 04 فبراير 1959م ، و المرسوم المطبق له رقم 59-1082 المؤرخ في 17-09-1959م) و غيرها من القوانين والمراسيم الهادفة لزعة ارتباط الجزائريين بهويتهم الدينية .¹
- و بعد أن أعلن عن استقلال الجزائر سنة 1962 م واجهت البلاد فراغا تشريعيا و قانونيا هائلا فيما يخص الأسرة ، و هنا لجأت إلى تطبيق القانون رقم 1957/62م الصادر في 31/12/1962م و الذي ينص على ضرورة استمرار العمل بالقانون الفرنسي عدا مواده الاستعمارية و العنصرية أو المخالفة للحقوق و الحريات العامة .²
- و في هذا السياق ، يؤكد أحد الباحثين على أن الجزائر بدأت عملية جزارة التشريع تتوالى شيئا فشيئا ، فقد صدر قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج و إثبات العلاقة الزوجية ، و الأوامر الصادرة في 23 جوان 1966م ، و 16 سبتمبر 1969م و 22 سبتمبر 1971 الخاصة بكيفية إثبات الزواج .³
- و تدريجيا ، بدأ الوعي الاجتماعي و السياسي يتبلور بخصوص موضوع قانون الأسرة ، إلى أن رأى النور في 09 جوان 1984 تحت رقم : 11/84 و قد قنن أحكام الأسرة في مجموعة واحدة تتضمن الزواج و الطلاق و الأهلية و الميراث و الوصية و الوقف ، واعتمد على الفقه المقارن دون أن يقتصر على المذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في الجزائر و

¹ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2007 م ، ص 101-102.

² بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 19.

³ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 02.

مذهب الفتوى ، و لم يكتف بهذا فحسب ، بل أحال بشأن كل ما لم يرد حوله نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية للنهل منها .¹

إلا أن هذا القانون قد عدّل في مطلع سنة 2005م فيما يخص النيابة العامة، وتعدد الزوجات، وتوفير مسكن المطلقة لممارسة الحضانة وغيرها من التعديلات، وعلى الرغم من كل الملاحظات المسجلة، إلا أنه من الواجب الاعتراف بأنه ساهم في توحيد الأحكام المطبقة على الأسرة اجتهاداً وفقها.²

المطلب الثالث : مصادره

يتفق أغلب الباحثين في مجال قانون الأسرة الجزائري، أن المشرع الجزائري اعتمد في الغالب على مذهب الإمام مالك بن أنس باعتباره مذهب أهل المغرب العربي، كما أنه رجع إلى المذاهب الثلاثة الأخرى كالأحناف والشافعية والحنابلة ، وإلى مذهب الظاهرية، كما أنه لا ينبغي إهمال قيمة ودور الأعراف والعادات القانونية والاجتماعية في التشريع، فضلا على أنه انفتح على بعض القوانين العربية التي كان لها فضل سبق مثل مصر وسوريا وتونس وغيرها .

ولا يمكن إنكار أثر المرجعية الفرنسية في بعض التعديلات والمواد إلا أن الشريعة الإسلامية تظل المصدر الأصلي والرسمي لمسائل الأسرة الجزائرية³ بحكم المادة 222 من القانون رقم 11/84: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، و المادة 223 من ذات القانون : " تلغي جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون " ⁴

¹ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 23.

² بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 103

³ سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 11-12 بتصرف .

⁴ قانون الأسرة الجزائري ، المادة 223.

و من جهة أخرى ، من يريد المحافظة على هذا القانون بحكم أنه معبر عن الانتماء الحضاري للمجتمع الجزائري

المطلب الرابع : مضمونه

نشير أولا إلى أن قانون الأسرة : " يعد فرعا بذاته من فروع القانون الخاص ، له ذاتية مستقلة و ذو طبيعة خاصة و متميزة عن باقي القوانين الأخرى " ¹

و أما عن مضمونه ، فيلاحظ أن القانون 11/84 قبل تعديله بالأمر 02/05 كان يحتوي على 224 مادة ، و بعد تعديله بالأمر 02/05 أصبح يتكون من 226 مادة على اعتبار أن ثمة موادا أضيفت و أخرى عدلت و أخرى ألغيت ، ويمكن بعد هذا ،ذكر التفاصيل حسب ما أشار إليه الباحث سليمان ولد خسال في مؤلفه " الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري". -يحتوي القانون 11/89 على 224 مادة مقسمة إلى مقدمة " أحكام عامة " و أربعة كتب وهي :

*الأحكام العامة من المادة 01 إلى المادة 03 :

الكتاب الأول : الزواج و انحلاله من المادة 04 إلى المادة 80.

الكتاب الثاني : النيابة الشرعية من المادة 81 إلى المادة 125.

الكتاب الثالث : الميراث من المادة 126 إلى المادة 183

الكتاب الرابع : التبرعات من المادة 184 إلى المادة 224.

وقد أضيفت مواد أخرى في التعديل الأخير 02/05 وهي على التوالي:

المادة 03 مكرر المتعلقة بالنيابة العامة

المادة 07 مكرر و المادة 08 مكرر و المادة مكرر 01 و كلها تتعلق بتعدد الزوجات .

المادة 09 مكرر المتعلقة بشروط الزواج .

المادة 45 مكرر المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي

¹ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 28.

المادة 53 مكرر المتعلقة بالتعويض في حال التطليق

المادة 57 مكرر المتعلقة بالقضاء الإستعجالي

و أما المواد التي عدلت فهي على سبيل المثال : المواد 04 و 05 و 06 و 07 المتعلقة بأحكام الخطبة والزواج.

المادة 08 و المتعلقة بتعدد الزوجات .

المادة 09 و المتعلقة بركن الرضا في الزواج .

المواد 48 و 49 و 52 و 53 و هي مواد تتعلق بانحلال الرابطة الزوجية .

المادة 54 و المادة 57 و هما مادتان تتعلقان بالخلع و الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق و الخلع .

المواد 64 و 67 و 87 و هي مواد تتعلق بالحضانة و المواد التي ألغيت هي :

المواد 12 و 20 و 38 و 39 و 63 و التي تنص على :

المادة 12 : التي كانت تجيز للأب منع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة .

المادة 20 و تتعلق بالوكالة في عقد الزواج .

المادة 38 و 39 و تتعلقان ببعض حقوق الزوج كالطاعة .

المادة 63 و تتعلق بالحضانة .¹

هذه إذن، محتويات قانون الأسرة الجزائري باختصار، والتي تظهر لنا ثراء مواده وتنوعها . وقبل أن نختم هذا المبحث ، يمكن أن نبرز علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى، على اعتبار أن الكثير من الباحثين في مجال القانون ، قد أشاروا إلى وجود علاقات وثيقة بينهما من ذلك مثلا علاقته بالقانون المدني ، مثال ذلك ما يشير إليه بلحاج العربي بخصوص

¹ سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 12-14 بتصرف، يمكن الاطلاع على تفاصيل المواد بالرجوع إلى القانون رقم (84-11) المؤرخ في 09/06/1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27/02/2005م الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005.

المادة 31 من القانون المدني الجزائري التي تشير إلى المفقود والغائب، والمادة 775 التي تناولت موضوع الوصية¹.

وأیضا، تظهر علاقته أيضا بقانون الحالة المدنية و الإدارية و ذلك في بيانات عقد الزواج و تقييد عقد الزواج و شهود عقد الزواج².

أما عن علاقته بقانون الإجراءات المدنية ، فواضح أن ذلك يتجلى في إجراءات رفع الدعوى و التنفيذ و طرق الطعن ، و هذا في الفصل الأول الخاص " بقسم شؤون الأسرة من المادة 423 إلى المادة 499³.

كما تبرز العلاقة الوطيدة بينه و بين قانون العقوبات و ذلك في الحماية القانونية التي يكفلها قانون العقوبات للمنظومة الأسرية فمثلا المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري تعاقب على جريمة إهمال هجر الأسرة ، و المادة 363 من نفس القانون أيضا تعاقب كل من استولى بطريقة الغش على كامل الإرث أو جزء منه قبل القسمة⁴.

و أخيرا فإن علاقته بقانون الإجراءات الجزائية تتمثل في المواد القانونية المتعلقة بالأحداث و كيفية معاملتهم و محاكمتهم و غير ذلك .

و أيضا لهذا القانون علاقة بالقوانين المنظمة لإثبات و تسجيل عقد الزواج في زواج الأجانب و موظفي الأمن الوطني و أفراد الجيش الوطني الشعبي ، و هذا ما يجعل قانون الأسرة له علاقة و طيدة مع القوانين الأخرى⁵.

¹ العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 24.

² سليمان ولد خسال ، المرجع السابق ، ص 14.

³ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، منشورات ببيرتي، ط 2010 ، 2011

⁴ أحسن بوسقيعة ، قانون العقوبات ، طبعة 2005-2006 ، ص 142 و ص 162.

⁵ سليمان خساني ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 15-16 .

المطلب الثالث : أهمية قانون الأسرة الجزائري

ارتبطت أهمية قانون الأسرة، بأهمية الأسرة في حد ذاتها، باعتباره هو القانون (القواعد) التي تنظم العلاقة بين أفراد الأسرة، زوج، زوجة، أولاد، خاصة أنها هي الخلية الأولى التي يبني عليها المجتمع ومن هنا انكب كثير من الباحثين الاجتماعيين على دراستها والبحث عن الحلول الاجتماعية، الاقتصادية ، النفسية التي تعترضها ، و تضعفها لأن ضعفها يؤدي بالضرورة إلى ضعف المجتمع، وقوتها تؤدي إلى قوة المجتمع.

ولقد سعى المشرع منذ زمن بعيد، إلى سن قوانين تحكم السلوك، داخل الأسرة ، كما اعتنى المشرع الجزائري بالأسرة منذ الاستقلال ونظم العلاقات الأسرية، وشرع لها منظومة قانونية في كامل التخصصات، إذ تنوعت النصوص القانونية التي وجدت لحماية الأسرة بتنوع علاقات الأسرة المختلفة، إذ أوجد المشرع الجزائري في كل الدساتير التي عرفتها الجزائر المستقلة قوانين تحمي الأسرة وترعاها في علاقتها مع أفراد الأسرة الواحدة (أ ب، أم ، أولاد) في علاقاتها مع المجتمع ومؤسساته، المرافق الصحية الصحة الجوارية ، المدرسة الحضانة، كما وفر لها حماية أخرى يخلق خلايا اجتماعية تعمل على توجيه الأسر، وتوعيتها بغرض ترفيتها. وهذا ما سنتطرق إلى شرحه بالتفاصيل لاحقا وهكذا يجدر بنا في البداية أن نتطرق إلى نظرة الميثاق الدولية إلى الأسرة عامة .

نظرة الميثاق الدولية إلى الأسرة :

لقد اهتمت الميثاق الدولية بالأسرة بمفهومها العام العالمي دون تحديدها بالجغرافيا التي توجد بها، ودينها، أو انتمائها الإيديولوجي وحرصت في توجيهاتها على وجوب الاهتمام بها من قبل الدول عبر العالم، وهذا ما نستشفه من خلال ما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان Déclaration universelles des (D.L) الذي صادقت الدولة الجزائرية عليه - والمؤرخ في 10 كانون الأول -ديسمبر 1948.

إذ جاء في المادة 16 منه نص المادة : " للرجل والمرأة ، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج، وتكوين أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله" .

أهم قراءة لهذا الشرط من المادة ، نجدها بحث على نشر ثقافة عالمية في ربط العلاقات الزوجية، وهي تؤكد على ذلك في الحرية التي منحها للرجل والمرأة في إبرام عقد زواجهما دون أي قيد كان، سواء الجنس أو الدين، وهنا نكتشف الأهمية التي كان يرمي إليه المشرع في مراعاة حقوق الإنسان بصورة جلية و صارمة .

كما نلتمس الأهمية التي منحتها هذا المادة -16- في فقرتها التي نصت على ما يلي : "الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

ولعل هذه القوانين العالمية هي نتاج طبيعي لتطور الفكر الإنساني في مجالاته الفلسفية والسياسة والنفسية، خاصة أننا شهدنا أن كثير من الفلاسفة والمؤرخين وعلماء الاجتماع ألفوا كثيرا من البحوث في هذا المجال أمثال ج ج رسو الفرنسي -الحرية- دور كهايم وابن خلدون .. وغيرهم.

كما أن الفكر الإسلامي المعاصر الذي تأثر بالفكر الغربي بعد الحرب العالمية الثانية وخاصة بمشاهد الدمار الذي خلفته الحروب من قتل وتشريد الأسر واليتم والمأساة الإنسانية على كل صعيد، قد سعى إلى تقليد ما جاء في المواثيق الدولية ، وهذا ما جاءت به مواد البيان العالمي عن حقوق الإنسان في الإسلام الذي اعتمد من قبل المجلس الإسلامي في العالم بتاريخ في : 1281/09/19 في العاصمة الفرنسية باريس إذ نصت المادة 19 على حق بناء الأسرة كالتالي "الزواج بإطاره الإسلامي -حق لكل إنسان ، وهو الطريق الشرعي لبناء الأسرة وإنجاب الذرية، وإعفاف النفس ..".

و نصت أيضا "كل من الزوجين - قبل الآخر - حق احترامه وتقدير مشاعره ، وظروفه في إطار من التواد والتراحم.." وهذا من أجل إظهار الحقوق التي منحها الإسلام للزوجين وللأسرة وعرضها بالصورة التي يلتقي فيها المسلم مع غيره خارج إطار الدين .

كما حثت المادة الخاصة باتفاقيات حقوق الطفل في المرفق التاسع في التعليق العام رقم (1): (2001) من المادة 29 (1) الخاصة بأهداف التعليم على تنمية شخصية الطفل ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكاناتها .

ب- تنمية واحترام ذوي الطفل وهويته الثقافية ولغته الخاصة والقيم الوطنية للبلد الذي يعيش فيه الطفل والبلد الذي نشأ فيه في الأصل والحضارات المختلفة عن حضارته.

-إعداد الطفل لحياة تستشعر المسؤولية في مجتمع حر يتمتع بروح من التفاهم والسلم والتسامح والمساواة بين الجنسين والصداقة بين جميع الشعوب والجماعات الاثنيين والوطنية والدينية والأشخاص الذين ينتمون إلى السكان الأصليين " .

إن الهول الذي شاهده نتائج الحرب العالمية من تهديم المدن وتدمير المجتمعات، وقتل النفوس، وقبر حريات المفكرين وتهجيرهم كان من بين الأسباب الرئيسية التي خلقت في الضمير الإنساني الرغبة في الحياة والخوف من الموت والمغامرة بالسلم الذي وصلت إليه دول العالم بعد 1945م .

وأن هذه المواثيق الدولية التي ركزت على الأسرة لم تكن بصورة عشوائية بقدر ما كانت رغبة في بعث مجتمع إنساني ينطلق من أسرة مستقرة تتجذب تنشئ الطفل المتسامح المتفق الهادئ القابل للحوار وبالنتيجة النافع والصالح في وطنه وفي أوطان الغير .

الأسرة في القوانين والدساتير الجزائرية :

لا شك أن مكانة الجزائر كدولة ذات سيادة تتميز بموقعها الجغرافي الاستراتيجي بين أوروبا وإفريقيا، كانت سبابة لتأثر بالمواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان ما يلي :

أ-دستور 1996 في المادة 58 ما يلي : "تحضى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع " .¹

ب-كما جاء في قانون الأسرة في المادة 02 منه "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة".

حيث يتبين من هذه المادة أن أساس المجتمع هو الأسرة ، كما وضح المشرع نوع الأشخاص الذين يكونون الأسرة، بأنهم الزوج والزوجة وأكثر من ذلك روابط القرابة بعد إنجاب الأولاد إلا أننا نجد المشرع أيضا حث على الاستقلالية المالية واحد من الزوجين، فكل واحد ذمته المالية الخاصة به (المادة 37).

حيث راعى المشرع هنا المشاكل التي يمكن أن تكون سببا لتفكيك الأسرة من جراء سيطرة أحد الزوجين على مال الآخر، ولكنه ترك الاختيار للزوجين في الفقرة الثانية من نفس المادة (37) ق. أ إذ نصت على ما يلي " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتجديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما" .

وهذا يوضح مدى اهتمام المشرع بحرية التصرف في المال الموروث أو المكتسب من راتب شهري أو من تجارة مشتركة... الخ وهذا يوحي بأن المشرع نظر إلى الزوجة نظرة معاصرة متحضرة واعتبرها عنصراً فعالاً في المجتمع ، إذ تمكنت المرأة من خلال مرونة القوانين المعاصرة من فرض مكانتها في كل الميادين في المجتمع أن لها نفس المركز القانوني مع الزوج، يقرر ويعقد العقود اللاحقة للزوج التي تحفظ وتصون مصالحه في مختلف مجالات الحياة، كما لم يغفل المشرع في وضعه لقانون الأسرة الجزائري ، خاصة

¹ دستور الجزائر، سنة 1996 ، المادة 58.

بعد بداية الحياة وإنجاب الأولاد، وكيفية نسبهم إذ نظم هذه العلاقة في المواد من 40 إلى المادة 46 التي خصصها للنسب إذ حثت المادة 40 على تثبيت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم نسخه، وأعطت المادة 40 السلطة للقاضي حين يصعب عليه في القضايا الخاصة المطروحة أمامه بغرض إثبات النسب ، سواء سبب الإنكار أو بسبب الشك وهذا بإمكانه اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب وهذا ورد في قرار المحكمة العليا في الملف رقم 0617374 المؤرخ في 2011/05/12 م ، إذ دار النزاع بين الزوج والزوجة حول نسب البنت فأقام الزوج دعوى أمام محكمة غريس طالبا إسقاط نسب البنت عنه وإلحاقها بوالدتها كونها ولدت قبل الدخول، وبعد إبرام عقد الزواج بشهر، فيما أجابت المدعى عليها طالبة إجراء تحقيق مؤكدة أن المدعي هو من قام بتسجيل البنت باسمه والتمست من هيئة المحكمة رفض الدعوى واحتياطيا إجراء التحاليل، حيث صدر عن هذا النزاع حكما قضى بإسقاط نسب البنت (م.ن) عن المدعي باعتبارها ولدت بعد شهر من إبرام الزوج.

وبعد استئناف المدعى عليها وتأكيدا على أنها تعرضت لاغتصاب من طرف المدعى الذي أبرم عقد الزواج من أجل التهرب من المسؤولية الجزائية، وهو القرار الذي نقض بعد الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا مع إحالة القضية والأطراف على نفس المجلس -معسكر- بتاريخ 2011/05/12 مشكلا بتشكيلة أخرى للنظر في القضية من جديد¹.

نستنتج من هذا القرار مدى اهتمام المشرع الجزائري بتوفير فرص التقاضي، إذ أعطى للأسرة الحق في الاستئناف أمام المجلس والطعن أمام المحكمة العليا، وهذا ما يبينه هذا القرار الذي قبل طعن الزوجة، ونقص القرار

المؤيد الصادر عن مجلس قضاء معسكر وإحالة القضية والأطراف إلى نفس الجهة القضائية مشكلا بتشكيلة أخرى لتحقيق النزاهة والحياد في الحكم .

¹ قرار المحكمة العليا في الملف رقم : 617374 المؤرخ في 2011/01/12.

وما يبين حرص المشرع الجزائري أكثر على حل المشاكل الأسرية حلا عادلا، اوجد نصوصا قانونية تلزم عند الضرورة الاستعانة بالخبرات العلمية خاصة منها فيما يتعلق بالنزاعات المطروحة أمام العدالة الخاصة بإثبات أو إسقاط النسب، وهذا ما وضحه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/03/21م بخصوص ملف رقم 414233 الخاصة بقضية (ق.س) قيد مجهول، الذي ناقض غرفة الاتهام لمجلس قضاء سطيف وإحالة القضية والأطراف على نفس الجهة القضائية مشكلا بتشكيلا أخرى للفصل فيها وفقا للقانون وقد اوجب القرار ما يلي :

"يتعين على جهتي التحقيق اللجوء إلى خبرة التحليل النووي (ADN) عندما يكون ضرورياً"¹.

كما حرص المشرع على حماية الأسرة بالتنسيق مع الاختصاصات الأخرى للقوانين، إذ اوجد نصوصا قانونية لحماية الأسرة من الاعتداء و الإهمال، خاصة بعد فك الرابطة الزوجية بسبب عدم تفاهم الزوجين، خاصة منها المتعلقة بالنفقة الغذائية والمسكن والعلاج .

إذا اوجد المشرع في قانون العقوبات مثلا : في المادة " 331 عقوبات جزائية لكل من لا ينفق على أسرته لمدة : 60 يوماً خاصة إذ أكان هذا الامتناع بعد فك الرابطة الزوجية، إذ منح الحاضنة الحق في اللجوء إلى العدالة من اجل الحصول على مبالغ النفقة باستدعاء مباشر أمام السيد وكيل الجمهورية خاصة إذا كانت حائزة على سند قضائي (حكم أو قرار) ممهور بالصيغة التنفيذية إذ جاء في نص هذه المادة ما يلي : يعاقب بالحبس من (06) أشهر إلى ثلاثة (3) سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.00دج لكل من امتنع عمداً ، ولمدة تتجاوز الشهرية عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لأعماله أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم .."²

¹ مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 01، 2007م، ص 567 وما يليها .

² قانون العقوبات دار الجزيرة للنشر والتوزيع طبعة جديدة 2010، ص 120.

كما وضع المشرع مواداً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية سهلت الحصول على الحقوق المترتبة عن فك الرابطة الزوجية في هذا السياق نصت المادة 425 من ق.إ.م.إ على منح قاضي شؤون الأسرة كل الصلاحيات التي منحت لقاضي الاستعجال خاصة في مسائل التحقيق، تعيين مساعدين اجتماعيين أو خبراء أو اللجوء إلى مصالح مختصة على الموضوع مثل الأمر بنفقة استعجالية.

كما أن المشرع وضع مواداً تعاقب الزوج والزوجة على الإهمال العائلي وهذا ما نصت عليه المادة 330 ق.ع (قانون رقم 2306 المؤرخ في 20/12/2006 على ما يلي :

" يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج.¹

أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدى تتجاوز شهرين (02) يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المالية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية".

أهم ما يلاحظ في نص هذه المادة هو المدة الزمنية المجددة المقر بـ شهرين (2) غياب عن الأسرة وهي نفس المدة في الامتناع عن تسديد مبالغ النفقة التي سبق النظر إليها في المثال الأول الدائم بالاهتمام بالأسر وتحمل مسؤولياتها تجاهها ونظرا للتحذير الوارد في نص المادتين السابقتين الذي قد تصل عقوبته إلى الحبس النافذ.

وساهم هذا القانون في صنع وفاء الأسرة وهيبتها بفضل المواد القانونية يحمي مصالحها.²

كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يفعل تنبيه القاضي النظر بعين الاعتبار مع قضايا الطلاق عندما يكون بتعسف من الزوج نزولا عند نص المادة 52 من قانون الأسرة : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق الزوج

¹ قانون العقوبات المرجع السابق، ص 119.

² قانون الأسرة المرجع السابق، ص 19.

في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق" نفهم من نص هذه المادة حفظ حق المطلقة في التعويض المعنوي والمادي الذي قد يصيبها من جراء الطلاق التعسفي .
وفي المقابل وضع المشرع المادة 53 مكرر التي تحمي حقوق المرأة (الزوجة) حتى عند لجوئها إلى التظليق لكسب من الأسباب الواردة في نص المادة 53 إذا نصت المادة 53 مكرر "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتظليق إن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

يتضح لنا من خلال نص المادة مدى الاهتمام الذي منحه المشرع في قانون الأسرة للمطلقة حين فكثر عليها الضغوط التي لا تطاق ولا تجد سبيلا إلا اللجوء إلى العدالة من أجل فك الرابطة الزوجية بالتظليق أو الخلع فإن القانون حفظ لها حقوقها كاملة سواء تعلق الأمر بالتعويضات المادية أو المعنوية، حتى تبقى المطلقة بكرامتها وعزتها¹.

لم تقتصر أهمية قانون الأسرة فقط في حل النزاعات الناتجة عن الخلاف المادي المتمثل في التعويض عن الطلاق أو الخلع.. بل توسع تفكير المشرع مع مستجدات التطورات العلمية المعاصرة بحيث أجاز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي من أجل الإنجاب، عندما يكون الزوجين أو أحدهما مصابا بمرض يمنع الاتصال المباشر (الطبيعي) غير أنه وحفاظا على الأنساب وضع عدة ضوابط لهذه العملية في إطارها الشرعي استنادا إلى ما ورد في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أن التلقيح الاصطناعي يخضع لشروط التالية :

- أن يكون الزواج شرعيا .
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتها .

¹ قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص 19

ومن بين هذه الأسباب : عدم الاتفاق، الهجر في المضجع، الغير مع مرؤوسيه، ارتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين

- أن يتم بمعنى الزوج وتوجيه رحم الزوجة دون غيرها¹.
- لا يجوز التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة².

يتبين لنا ثراء الفكر التشريعي الجزائري من خلال تفتحته على المنجزات العلمية المعاصرة وفي الوقت نفسه لم يأخذ بما سمحت به التشريعات الغربية في النقاط المخالفة لروح الشريعة الإسلامية والدليل على ذلك انه منع التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة مثلها يحدث ذلك في المجتمع الفرنسي خاصة بالولايات المتحدة الأمريكية .

نستنتج من كل ما سبق أن لقانون الأسرة الجزائري أهمية بالغة إذ أنه غطى بمواده القانونية أغلب جوانب الحياة الأسرية ، سواء تعلق الأمر بعلاقة الزوج بالزوجة الروحية والأخلاقية أو المادية أو العقدية . وتعلق الأمر بعلاقة الوالدين بأبنائها، ومدى مسؤولية كل واحد منهما عنهم ، أو تعلق الأمر تجاه المجتمع ، كما أنه اتصف بالمرونة وظهر ذلك في تأثر ببعض التشريعات الأجنبية خاصة منها بعض الاتفاقيات والبروتوكولات وإعانات دولية من أهمها :³.

- 1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.
- 2- تقرير مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان لسنة 2014، منع ممارسة لتزويج الأطفال والزواج المبكر والزواج القصري والقضاء على هذه الممارسة "وتكييف تشريعه بما يتماشى والمستجدات العلمية خاصة منها، التلقيح الاصطناعي ومشكلة إثبات أو إسقاط النسب عن طريق الخبرة العلمية المتمثلة في الحمض النووي (ADN) ودون شك كان لهذا القانون آثاره على المجتمع الجزائري والتي يمكن تلخيصها في الفصل الثالث من هذا البحث.

¹ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 09/08 المؤرخ في 2008/09/25 منشورات بيرتي الجزائر 2010، ص 88.

² الحسين بن شيخ آث ملويا المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر ط1، 2014، ص 109.

³ قانون الأسرة المرجع الأسرة ص 17.

نستنتج من كل ما سبق أن هذه الأهمية التي منحت لقانون الأسرة الجزائري ستشكل حافزا لإثرائه و تعديله ، واستعانة المشرع بأهل الخبرة و التخصص ، و التفتح على تجارب الدول الأخرى ، بعيدا عن الخلفيات الإيديولوجية المغلقة . من حيث أن التعمق في الدراسة المنطقية له سيؤدي بطبيعة الحال إلى تطويره و تحسينه باستمرار .

الفصل الثالث
علاقة المنطق بالقاعدة
القانونية و آثارهما على
واقع الأسرة الجزائري

المبحث الأول : مفهوم المنطق و أقسامه**المطلب الأول : تعريف المنطق لغة و اصطلاحا**

للتفكير قواعد وضوابط يهتدي إليها بفضل علم المنطق، وقد كان للفيلسوف اليوناني أرسطو طالبيس (Aristote 322ق.م) الفضل في وضع قواعده وإرساء أسسه، واعتباره الأداة المثلى لتحصيل المعرفة السليمة، غير أنه قبل التفصيل في هذا الموضوع، نحاول أن نضبط لفظ المنطق لغة واصطلاحا

أولا : المنطق لغة

تشير الدلالة اللغوية إلى أن أصل كلمة المنطق مشتقة من النطق أو الكلام، يقول ابن فارس (ت 395 هـ)، "النون والطاء والقاف: أصلان صحيحان إحداهما : كلام أو ما أشبهه ، والآخر : جنس من اللباس ، الأول: المنطق .. والآخر : النطاق"¹ .

ويذهب الفارابي إلى شرح هذا المصطلح لغويا بقوله : "... صناعة المنطق واسمها مشتق من النطق .وهذه اللفظة تقال عند القدماء على ثلاث معان : أحدهما القول الخارج بالصوت وهو الذي به تكون عبارة اللسان عما في الضمير .

والثاني : القول المركوز في النفس ، وهو المعقولات التي تدل عليه الألفاظ .

والثالث : القوة النفسانية المفطورة في الإنسان التي بها يميز التمييز الخاص بالإنسان دون سواه من الحيوان وهي التي بها يحصل للإنسان المعقولات والعلوم والصنائع، وبها تكون الرؤية.." ²

¹ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، الجزء الخامس، تحقيق عبد السلام محمد هارون ، دار الفكر ، بيروت ، ط1، 1979 م ص 440.

² الفارابي : كتاب إحصاء العلوم ، تقديم علي بوملحم، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط1، 1996م، ص 36.

ويعطي الفارابي من ناحية أخرى لسبب تسمية هذا العلم بالمنطق فيقول :

"فهذا العلم، لما كان يعطي قوانين في النطق الخارج، وقوانين في النطق الداخل، ويقيم بما يعطيه من القوانين في الأمرين النطق الثالث الذي هو في الإنسان بالفطرة، ويسدده حتى لا يفعل فعله في الأمرين إلا على أصوات من يكون وأتمه وأفضله، سمي بإسم مشتق من النطق"¹.

أما أبو سعيد السيرافي (ت 368هـ) في مناظراته الشهيرة مع أبي بشر متى بن يونس المنطقي (ت 328هـ) وفيها قوله : " ... وأنت إذا قلت لإنسان (كن منطقياً) فإنما تريد : كن عقلياً، أو عاقلاً، أو أعقل ما تقول ، لأن أصحابك يزعمون أن النطق هو العقل وهو قول مدخول ، لأن النطق على وجوه أنتم عنها في سهو"².

ويشير بعض المؤرخين المعاصرين إلى أن كلمة المنطق لم تكن تتضمن في العربية معنى التفكير أو الاستدلال، بل كانت تدل على الكلام فقط .

وبقي هذا المعنى الأخير -الكلام- شائعاً حتى بعد أن اصطلح على تسمية علم الفكر بالمنطق³، ويقول أيضاً أحد الباحثين في هذا السياق أن : "الاشتقاق الأصلي لكلمة المنطق logic هو من كلمة لوجيخة logich أي الكلام، وهي بدورها مشتقة من الكلمة اليونانية "لوجوس logs" التي يقصد بها لب الفكر وروحه وجوهه"⁴.

¹ الفارابي : كتاب إحصاء العلوم، المرجع السابق، ص 37.

² أبو حيان التوحيدي، الامتاع والموانسة، الجزء الأول، مراجعة هيثم خليفة الطعيمي، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 2003 م، ص 124.

³ علي النشار، المنطق الصوري منذ أرسطو حتى عصرنا الحاضر، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ط1، 2000، ص 4-5.

⁴ محمد فتحي الشنيطي، أسس المنطق والمنهج العلمي، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، 1970م، ص 14-15.

واضح من هذا أن لفظ المنطق يعود إلى اللسان العربي بمعنى النطق، بينما يشاع لدى بعض الباحثين أنه ترجمة حرفية لكلمة logic أو (لوجوس) اليونانية، والتي تعني حرفياً العلم .

وهو الأمر الذي أدى إلى وقوع الإشكال على الضبط اللغوي لكلمة المنطق في الثقافة العربية الإسلامية.

ثانياً : المنطق اصطلاحاً

يجمع أغلب الباحثين والدارسين على أن أصول نشأة علم المنطق ترجع إلى الفيلسوف اليوناني أرسطو وذلك منذ القرن الرابع قبل الميلاد حيث يعد أول من دَوّن قواعد المنطق، وقد عرفه باستخدام كلمة "التحليلات" بدل "منطق" وهو عنده اورغانون أو آلة العلم وموضوعه الخاص هو العلم نفسه، إذن فهو صورة العلم .

ولقد عرفه الفارابي بقوله : "صناعة المنطق تعطي جملة القوانين التي شأنها أن تقوم العقل وتسدد الإنسان نحو طريق الصواب، ونحو الحق في كل ما يمكن أن يغلط من المعقولات" ¹ .

ويضيف بأن هذه الصناعة "تناسب صناعة النحو، وذلك أن نسبة صناعة المنطق إلى العقل والمعقولات كنسبة صناعة النحو إلى اللسان والألفاظ" ² .

أما أبو حيان التوحيدي (ت 414هـ) ، فيرى أن المنطق هو : " صناعة أدوية تميز بما بين الصدق والكذب في الأقوال والحق والباطل في الاعتقادات، والخير والشر في الأحوال" ³ .

¹ الفارابي: كتاب إحصاء العلوم، المرجع السابق، ص 7.

² المرجع نفسه، ص 28.

³ أبو حيان التوحيدي، المقابسات ، تحقيق حسن السندوبي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ص 314.

ولا يبتعد ابن سينا عن هذا التصور، فهو يعرف المنطق بأنه : " علم يتعلم فيه ظروف الانتقالات من أمور حاصلة في ذهن الإنسان إلى أمور مستحصلة"¹ ، وهو أيضا : أن يكون عند الإنسان آلة قانونية تعصمه مراعاته عن أن يظل في فكرة "² . ويعرفه أيضا بأنه "الصناعة النظرية التي تعرف أنه من أي الصور والمواد يكون الحد الصحيح، والقياس الصحيح"³ .

أما الإمام أبو حامد الغزالي (505هـ) فله تعاريف حول المنطق، لعل من أهمها أنه : "الآلة التي بها يقتنص العلوم والمعارف كلها" وهو أيضا : "القانون الذي به يميز صحيح الحد والقياس عن فاسدهما "⁴ وقد ربط أيضا المنطق بالعلم، حيث يورد عبارة اشتهر بها ، وهي : " من لا معرفة له بالمنطق لا يوثق بعلمه "⁵ .

ويعرفه ابن خلدون بقوله : "علم المنطق وهو قوانين يعرف بها الصحيح من الفاسد في الحدود المعرفة للماهيات والحجج المفيدة بالتصديقات "⁶ . من خلال التتبع التاريخي للتعريفات المتداولة لعلم المنطق، إنها تدور حول ألفاظ رئيسية ثلاث وهي آلة ، وصناعة ، وقانون أو قوانين، وهو ما يفهم منه أنه البحث عن مواطن الزلل والخطأ في الاستدلال والاستنباط .

¹ ابن سينا ، الإشارات والتنبيهات ، تحقيق سليمان دنيا ، دار المعارف ، ط3 ، 1985. الجزء الأول، ص 127.
² الغزالي ، مقاصد الفلاسفة ، تحقيق و تعليق ، أحمد فريد المزيري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2002 م ، ص 13.

³ ابن سينا، النجاة في المنطق والإلهيات، تحقيق عبد الرحمن عميرة، دار الجيل ، بيروت، ط1، 1412هـ، ص 30
⁴ المرجع نفسه، ص31 .

⁵ الغزالي ، مقاصد الفلاسفة، تحقيق سليمان دنيا، دار المعارف ، القاهرة، ط2، ص 87.

⁶ ابن خلدون ، المقدمة ، دار القلم ، بيروت ، ط9 ، 1989 م ، ص 489.

وينقل لنا الدكتور محمود يعقوبي عن جول تريكو في سياق ترجمته لكتاب هذا الأخير "المنطق الصوري" ، جملة من التعريفات منها أولاً أن الرواقين يعرفون المنطق بأنه أداة بل علم حقيقي، على اعتبار أنه جزء لا يتجزأ من الفلسفة، موضوعه الاستدلالات ويشتمل على الخطابة والجدل" أما القديس توما الاكوييني (1274 م) فيعرفه بأنه "الصناعة التي توجه عمل العقل ذاته والتي بفضلها يسير الإنسان في عمله العقلي بشكل منظم وسهل وبلا خطأ.¹

ويذهب بورروبال إلى أن المنطق هو الصناعة التي يحسن بها الإنسان قيادة عقله في معرفة الأشياء عند التعلم أو التعليم" أما راببي Rabier فيؤكد على أن المنطق هو "علم العمليات والطرق التي يتأسس بواسطتها للعلم" .

وهناك من عبّر عن دور المنطق بالنزعة المينافزيقية وهو ما نجده لدى جيفونز jevons الذي عرفه بأنه "علم قوانين الفكر وهو ما يدل على أنها المبادئ العامة الدالة على الاتساق والاطراد في التفكير الإنساني² .

وينقل لنا عبد الرحمن بدوي في مؤلفه المنطق الصوري والرياضي تعريف كينز keynes وهو أن المنطق هو العلم الذي يبحث في المبادئ العامة للتفكير الصحيح، وموضوع بحثه خواص الحكم لا من حيث دلالتها على معارفنا ومعتقداتنا ، هذا يعني أنه يقصد بالمنطق علم معياري يقيم ميزان الحق، أما هاملتون فيذهب في الاتجاه لنفسه على وجه التقريب إلى أن المنطق هو علم قوانين الفكر من حيث هو كذلك³ .

¹ جول تريكو، المنطق الصوري، ترجمة محمود يعقوبي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ت ، ص 21-22.

² محمد فتحي الشنيطي، أسس المنطق والمنهج العلمي، المرجع السابق، ص 16.

³ عبد الرحمن بدوي، المنطق الصوري والرياضي، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط1 ، 1997 م ص 03.

نستنتج إذن على أن تعريفات المنطق عبر التاريخ تتراوح بين النظرة العملية التي يجعله آلة (أورغانون) أو فن (صناعة) ، وبين اعتباره علما وفنا في آن واحد، وبين القول أنه علم التفكير الصحيح الذي يبحث ويدرس المبادئ العامة للتفكير الصحيح.

ومهما يكن من أمر، فإن ثمة صعوبة تعريف المنطق، لأن كل واحد يرى له تعريفاً أو وظيفة على غير ما يرى الآخر¹.

ويمكننا بعد هذا، أن نستخلص وظيفتان أساسيتان للمنطق وهما :

الأولى : إبراز القوانين التي ينبغي للعقل أن يعمل بهديها لتمييز صحيح الفكر من فاسده .

الثانية : أن يكشف عن الخطأ في التفكير وأنواعه وأسبابه.²

من هذا، كله تظهر لنا أهمية المنطق ووجه الحاجة إليه في نقد الفكر، لأن التدرّب على قواعده، يؤدي إلى استقامة المعيار الصحيح لتمييز الصواب من الخطأ .

والخلاصة أن المنطق والذي هو مرادف للعقل والتفكير هو ذلك "العلم الذي يبحث عن القوانين أو المبادئ العامة التي ينطوي عليها الفكر الإنساني بهدف النظر عن موضوع هذا الفكر، أو هو العلم الذي يضع القواعد العامة التي لو راعاها الإنسان لعصم ذهنه من الوقوع في الخطأ³.

فالمنطق على وجه العموم، بهذا التعريف الذي توصلنا إليه، نحتاج إليه في حياتنا اليومية، فلو تأملنا قليلا فيما يحدث لنا، لوجدنا أنفسنا نمارس تفكيراً منطقياً ، خاصة في مجال الدراسات القانونية، وهذا ما نلاحظه مثلا في قانون الأسرة الجزائري -موضوع بحثنا-

¹ مهدي فضل الله، مدخل إلى علم المنطق (المنطق التقليدي)، دار الطليعة بيروت، ط1، د.ت ، ص 17.

² المرجع نفسه، ص 21.

³ محمد مهران، علم المنطق، دار المعارف القاهرة، ط1، د.ت ، ص 17.

الذي بتوجب النظر فيه بكثير من الدقة العقلية والنشاط الذهني والمتفتح وباع كبير من المنطق .

المطلب الثاني : موضوعه و أقسامه

قبل أن نتحدث عن أقسام المنطق، يتعين علينا أن نحدد موضوعه، فهو يبحث في الفكر من ناحية صحته وفساده ويبحث في القوانين العقلية العامة، التي يسير العقل وفقها في تفكيره، وبذلك فإن موضوعه هو الاستدلال، أي أنه يبحث في طرق الاستدلال الصحيحة للفكر، وعليه فإنه في وسعنا أن نعرف المنطق بأنه دراسة الاستدلال¹.

وعليه فإن المنطق "لا يختص بعلم دون آخر، ولا مجال دون مجال، بل هو بقواعده التي يضعها لا بد أن يكون عاما لجميع العلوم والمعارف، لأن القواعد المنطقية هي بمثابة الشروط العامة لصحة التفكير"².

إذن، يكاد الاتفاق على أن الاستدلال هو الموضوع الأساسي للمنطق الذي نبدأ فيه من مقدمات نسلم بها لتنتهي إلى النتائج اللازمة عنها، ومنه فهو علم استدلالي كما يذهب إلى ذلك معظم المناطق على أساس أنه يبدأ فيه من مقدمات نسلم بفتحها تنتهي منها إلى النتائج التي تلزم عنها³.

ولما كان الاستدلال هو قلب النظرية المنطقية، فإنه يعتمد اعتماداً أساساً على مبادئ رئيسية منظمة في كل تفكير عقلي والتي تعرف باسم قوانين الفكر الثلاث ، وهي :

1- قانون الهوية التي يعبر عنه بأن الشيء هو نفسه، أي أن الشيء ذاتية خاصة يحتفظ بها دون تغيير ، فالشيء دائما هو هو .

¹ -محمد فتحي الشنيطي، أسس المنطق والمنهج العلمي، المرجع السابق، ص 21.

² المرجع نفسه، ص 16.

³ -محمد مهران، مدخل إلى المنطق السوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، ط1، 1994م، ص 18.

2- قانون التناقض أو قانون عدم التناقض ، ويضاح ألا يمكن أن يكون ب ولا ب معاً، ولا يمكن أن يكون أموجوداً، أو غير موجود في نفس الوقت، فهو إذن ينكر إمكان الجمع بين الشيء ونقضيه .

3- قانون الثالث المرفوع : ومن أهم صيغته أما أن تكون ب او لا ب، أي أن المتناقضان لا يكذبان في نفس الوقت.

وقد عرف أرسطو هذه القوانين ونظراً إليها على أنها الأمثلة الأساسية للمبادئ المطلقة التي ينبغي أن تبدأ منها جميع البراهين¹.

اتضح لنا مما سبق أن موضوع المنطق هو الاستدلال يمكن تعريفه في الدلالة اللغوية أنه "طلب الدليل، وهو النظر في الدليل عند الأصوليين والمتكلمين، بل هو ما يمكن بصحيح النظر فيه إلى حكم شرعي عملي على سبيل القطع أو النطق"².

أما اصطلاحاً فهو : "تسلسل أحكام مرتبة بعضها على بعض بحيث يكون الأخير منها متوقفاً على الأول اضطراراً ، معنى هذا انه عمل ذهني مؤلف من أحكام متتابعة إذا وضعت لزم عنها بذاتها حكم آخر غيرها، ويمكن ذكر بعض تعاريفه على سبيل المثال .

يقول الجرجاني : "تقرير الدليل لإثبات المدلول سواء كان ذلك من الأثر إلى المؤثر، فيسمى استدلالاً أنياً أو بالعكس"³.

ويعرفه مهدي فضل الله بأنه "استنتاج أو استكشاف للأسباب عن طريق الربط بين العلل والمعلولات، أو بمعنى آخر، استكشاف العلاقات القائمة بين الأشياء .."⁴

¹ -محمد مهران، المرجع السابق، ص 44-45.

² -جميل صالبيبا، المعجم الفلسفي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 67.

³ -الجرجاني، التعريفات ، القاهرة، ط1، 2007م، ص 40.

⁴ -مهدي فضل الله، مدخل إلى علم المنطق التقليدي، المرجع السابق، ص 22.

أما على سامي النشار فيعرفه أيضا بأنه البرهنة وهي لسير العقل من المعلوم إلى المجهول، وسواء في هذا ارتفع العقل من الخاص إلى العام (الاستقراء) أو نزل من العام إلى الخاص ومن المبدأ إلى النتيجة (أي الاستنباط)¹.

وفي رأي اندريه لالاند فإن الاستدلال هو "عملية إجرائية عقلية يستفاد خلالها وبها أن قضية أو عدة قضايا (مقدمات) تتضمن الحقيقة، الأرجحية أو البطلان بالنسبة إلى قضية أخرى (لزوم -استنتاج)، ويؤكد أيضا على أن الاستدلال والاستنباط يدلان جوهريا على الشيء عينه ، لكن في الاستعمال يكاد يذكر الاستدلال دوما بفكرة بناء معقد، ولا تسمى الاستنباطات المباشرة استدلالات إلا من باب التعميم².

وإذا كان هذا هو مفهوم الاستدلال لغة واصطلاحا فإن صورته لا تتعدى صورتين أساسيتين هما :

1- الاستدلال المباشر .

2- الاستدلال غير المباشر .

1-الاستدلال المباشر : هو استدلال قضية من قضية أخرى موضوعة دون اللجوء إلى واسطة ما، أي أننا لسنا في حاجة إلى قضية ثالثة، لكي نصل إلى نتيجة من مقدمة موضوعة، وهنا يندم الحد الأوسط الذي سنراه هو الأساس في نظرية الاستدلال غير المباشر أو القياس³.

¹ - علي سامي النشار، المنطق الصوري منذ أرسطو حتى عصورنا الحاضرة، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2000م، ص 324.

² - أندريه لالاند ، موسوعة لالاند الفلسفية تقريب خليل احمد خليل، المجلد 1، منشورات عويدات ، لبنان، باريس، ص 1170.

³ -علي سامي النشار، المرجع السابق، ص 324.

ويتضمن الاستدلال المباشر صوراً متعددة لكن أقسامها الرئيسية هي الاستدلال بواسطة التقابل والاستدلال بواسطة العكس.

وتعني أولاً بتقابل القضايا ، أن لفظين من القضايا أنهما متقابلتان أو بنهما تقابل، إذا كانت مع اشتراكها في الموضوع والمحمول مختلفين إما كما وإما كيفاً وإما كما وكيفاً معاً، فينتج لنا أربعة أنواع هي (التناقض ، التضاد، التداخل ، الدخول تحت التضاد).¹

وعليه ، فإن هذا التقابل هو عملية من عمليات الاستدلال (المباشر، بواسطتها يتم استنتاج صدق قضية أو كذبها من صدق أو كذب قضية أخرى مقابلة لها.

أما العكس المستوي ، فهو أيضاً عملية استدلالية مباشرة ، يحتوي على تغيير وضع حدود قضية من القضايا بدون تغيير في كيف القضية بحيث يصبح المحمول موضوعاً والموضوع محمولاً ، وأول من تطرق إلى هذا النمط من الاستدلال هو أرسطو وذلك في مؤلفه التحليلات الأولى، وللعكس قاعدتان، الأولى اتفاق القضية الأصل والقضية العكس في الكيف ، والثانية ألا يستغرق حد في العكس ما لم يكن مستغرقاً في الأصل.

فيكون مثلاً عكس الكلية الموجبة جزئية موجبة ، وعكس الكلية السالبة تكون كلية سالبة، والجزئية الموجبة تعكس إلى جزئية موجبة، أما الجزئية السالبة فإنها لا تعكس.

هذا إذن كل ما ذكرناه باختصار عن حقيقة الاستدلال المباشر بوجه عام.

وستعرض في العنصر الموالي، على الاستدلال غير المباشر وصورة وأقسامه

الرئيسية.

¹ -المرجع نفسه، ص 327.

2- الاستدلال غير المباشر :

وهو استخلاص قضية من قضيتين أو أكثر لأن الانتقال فيه يكون من المعلوم إلى المجهول بواسطة معينة، إذ لا بد من حد ثالث يربط بين حدين حتى يمكن الوصول إلى نتيجة معينة، وهذا على عكس ما رأيناه في أنواع الاستدلال المباشر .

ولقد ذهب أحد الباحثين إلى أن الأقدمين اعتبروا المنطق صوريا بحثا، ولهذا كانت الطرق التي توصل إلى المعرفة على تفاوت في درجات اليقين هي القياس ، والاستقراء والتمثيل بينما أنصار المنطق الاستقرائي الحديث يذهبون إلى أن المنطق مادي يختص بمادة الفكر ومضمونه¹. وبهذا يمكننا أن نحلل الأنواع الثلاثة للاستدلال غير المباشر على النحو التالي :

1-القياس : يعد القياس أهم طريق استدلال من طرق المنطق، بل لقد أطلق على المنطق القديم المنطق القياسي، وقد نقل إلينا أحد الباحثين تعريف أرسطو بقوله : " إنه قول مؤلف من أقوال إذا سلمت لزم عنها بذاتها قول آخر اضطراراً"، إن هذا التعريف حسب ما هو موجود في أغلب الكتب المنطقية العربية² وينقل لنا أيضا عبد الرحمن بدوي في "منطق أرسطو" هذا التعريف لأرسطو للقياس: "فأما القياس فهو قول إذا وضعت فيه أشياء أكثر من واحد لزم شيء ما آخر من الاضطرار لوجود تلك الأشياء الموضوعة بذاتها³.

والقياس في تصور أرسطو هو الاستدلال الأمثل فيه يتجلى العلم، ويتألف من ثلاث قضايا (الكبرى الصغرى، وتسمى هاتان القضيتان الاوليان : المقدمتين، والنتيجة التي تجمع بين الطرفين.

¹ -علي سامي النشار، المنطق الصوري ، المرجع السابق، ص 374.

² -المرجع نفسه، ص 377.

³ -أرسطو ، التحليلات الأولى، المقالة الأولى أ.24. ب.20 ضمن منطق أرسطو ، نقلا عن جول تريكو، المنطق الصوري ، ترجمة محمود يعقوبي ، ص 229..

وتحتوي المقدمتان على ثلاثة حدود : الحد الأكبر والحد الأصغر، والحد الأوسط ويلعب الحد الأوسط دور الوسيط والرباط بل هو في ذاته علة النتيجة، وعلى وجه الخصوص العلة الصورية، فهو بهذا المعنى علة الاستدلال¹.

وقد دأب ابن سينا على شرح تعريف أرسطو بقوله : "قول ما إذا وضعت فيه أشياء أكثر من واحد لزم عن تلك الأشياء الموضوعية بذاتها لا بالعرض شيء آخر غيرها من الاضطرار"².

ويعرف الساوي عمر بن سهلان (450 هـ) القياس بقوله أنه "قول مؤلف من قضايا إذا سلمت لزم لذاته قول آخر"³.

يعلق احد الباحثين على هذين التعريفين، بأنهما لا يحددان عدد هذه القضايا التي تسلم بها، إذ لا يجب أن تزيد عن ثلاثة حدود في مقدمتين أو قضيتين⁴:

وللقياس عدد أنواع تختلف باختلاف نوع القضايا المؤلفة له، وبذلك يكون لدينا ثلاثة أنواع من الاقيسة الخالصة ، القياس الحملية، والقياس الشرطي المتصل، والقياس الشرطي المنفصل⁵

ولا ريب في أن القياس الحملية أهم هذه الأنواع وهو المقصود بالذات باسم القياس ودون أن نذكر تفاصيل هذه الأنواع، يمكن رصد أمثلة على هذه الأنواع بالنسبة إلى القياس

¹ -جول تريكو، المرجع السابق، ص 230-231.

² -ابن سينا ، الشفاء -جزء المنطق ، تحقيق سعيد زايد، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والترجمة والطباعة والنشر، القاهرة، 1964م، ص 54.

³ -الساوي ، البصائر النصرية، تحقيق الشيخ محمد عبده، المطبعة الاميرية (ابن سهلان) القاهرة، ص 79.

⁴ -محمد مهران، مدخل إلى المنطق الصوري، المرجع السابق، ص 204.

⁵ -المرجع نفسه، ص 209.

الحملي، فإنه قياس بسيط يتألف من ثلاثة أقوال من مقدمتين محليتين ونتيجة، عملية تلزم عنهما بالضرورة .

مثال : كل مجتهد ناجح

محمد مجتهد

محمد ناجح

مثال آخر، كل الجنود أبطال

بعض الرجال ليسوا جنوداً

بعض الرجال ليسوا أبطالاً.

للإشارة، فإن أشكال القياس الحملي تعني الصور الحاصلة من وضع الحد الأوسط في كلتا مقدمتي القياس من حيث كونه موضوعاً أو محمولاً.

أما القياس الشرطي المتصل فيتألف من مقدمتين شرطيتين متصلتين ونتيجة شرطية متصلة

مثال : إذا كان الأسنان حرا فهو مسؤول عن أفعاله لكنه حر .

إذن فهو مسؤول عن أفعاله .

أما القياس الشرطي المنفصل فيتألف من مقدمتين شرطيتين منفصلتين ونتيجة شرطية منفصلة ، مثال :

أما أن يكون الجو صحواً أو ممطراً لكنه صحواً : فهو ليس ممطراً .

وعلى العموم، فإن القياس الشرطي المتصل يفيد اللزوم، والقياس الشرطي المنفصل يفيد التضاد.

وهكذا، فإن القياس هو قلب المنطق السوري، فهو كما يقول مهدي فضل الله استخلاص الجزئيات من الكلّيات (الاستدلال بالعام على الخاص، على أن النتيجة الحاصلة في هذا القياس، إنما هي من قبيل المصادرة على المطلوب ، لأنها متضمنة (موجودة بالفعل في المقدمة الكبرى من القياس¹).

2- الاستقراء :

الاستقراء في اللغة التتبع من استقرأ الأمر، إذا تتبعه لمعرفة أحواله²، واصطلاحاً بقصد به استدلال غير مباشر، نصل به إلى الحكم الكلي من الجزئيات، وهو الانتقال من الجزئي إلى الكلي، وإدراك العقل للماهية العامة في الممكن، يقول أرسطو: " لا يمكننا أن نعلم الكلي إلا بالاستقراء". وعليه ، يمكن تعريفه بأنه "الارتقاء من الجزئيات المحصاة بالفرد الكلي إلى الكلي"³.

ويعرفه ابن سينا بقوله : " هو الحكم على كلي لوجود ذلك الحكم في جزئيات ذلك الكلي، أما كلها وهو الاستقراء التام، وأما أكثرها وهو الاستقراء المشهور"⁴.

ويعرفه مهدي فضل الله بأنه عبارة عن استنتاج قضية عامة من أكثر من قضيتين ، وكلما كثر عدد المقدمات في الاستقراء زاد احتمال صدق النتيجة، ويكون الاستقراء بأن ينطلق التفكير من التخصيص إلى التعميم⁵.

¹ -مهدي فضل الله، مدخل إلى علم المنطق التقليدي ، المرجع السابق، ص 24.

² -جميل صليبا، المعجم الفلسفي ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 71.

³ -جول تريكو، المنطق السوري، ترجمة محمود يعقوبي ، المرجع السابق، ص 367.

⁴ -ابن سينا، المرجع السابق ، ص 90.

⁵ -مهدي فضل الله، المرجع السابق، ص 24.

وتذهب أغلب الآراء إلى أن أرسطو هو أول من استخدم كلمة استقراء وقصد به أن إقامة قضية عامة يكون بالالتجاء إلى الأمثلة الجزئية التي يكمن فيها صدق تلك القضية العامة، وبهذا فقد كان يتصوره بمعنيين مختلفين وهما الاستقراء التام وما يمكن أن يسمى الاستقراء الحدسي¹.

ويرى اندريه لالاند أن الاستقراء "عملية فكرية قوامها الانتقال من عدة قضايا معينة، عموما فريدة أو خاصة، إلى قضية أو عدد اصغر من قضايا أعم .."²

ونلاحظ أن الاستقراء لما يقوم على تفحص كل الحالات وليس على بعض الحالات، يسمى استقراء تاما، ويمكن أن نقدم مثلا على ذلك : الذهب، الفضة، الحديد، النحاس، الزنك، الخ .. كلها تتمدد بتأثير الحرارة .

الذهب والفضة والحديد والنحاس والزنك .. هي كل أنواع المعادن .

إذن، كل المعادن تتمدد تحت تأثير الحرارة (نتيجة).

هذا هو الاستقراء اليقيني الذي يقوم على إحصاء كل الجزئيات التي ندرسها، في حين أن الاستقراء الناقص فهو غير يقيني ، لأنه يقوم على إحصاءات ناقصة، مثال ذلك : إذا علمت أن نباتا ما لون أوراقه خضراء لا يمكن الحكم على أن كل النباتات خضراء، لأن هناك نباتات لا تخضع لهذه الخاصية، بهذا فإن هذا النوع من الاستقراء هو أساس التجربة العلمية³.

¹ -محمود زيدان ، الاستقراء والمنهج العلمي، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، د.ت، ص 27.

² -أندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، المرجع السابق، ص 666-667.

³ -مهدي فضل الله، مدخل إلى علم المنطق التقليدي ، المرجع السابق، ص 24-25.

غير أن هذا النوع من الاستقراء في رأي محمود يعقوبي لا يعني نقصا في الاستقراء، بل تعني عدم استيفاء التتبع والإحاطة بجميع الأفراد ، لأن التتبع قد يكون ناقصا ويكون مع ذلك كافيا، ومتى بلغ الاستقراء والتتبع (حد الكفاية) أصبح بذلك سليما وصوريا¹.

هذا، ولقد شاع بين الناس تسمية الاستقراء التام (الاستقراء الأرسطي) وتسمية الاستقراء والناقص بـ (الاستقراء البيكوني) وهذا يعني أن أرسطو طاليس وأتباعه لم يعرفوا إلا الاستقراء التام، وأن الإستقراء الناقص لم يكتشفه إلا فرانسيس بيكون (1626م) وجون ستورت مل (1873م) ، وهنا يؤكد محمود يعقوبي على أن هذا غير صحيح ، بدليل أن فكرة أرسطو عن الاستقراء الناقص لم تكن أضيق من فكرتنا عنه، بل كانت على العكس من ذلك أوسع وأشمل ، فقد علجها في "التحليلات الأولى" وفي "الجدل" وأيضا في "التحليلات الثانية"².

أما ما نسميه "بالاستقراء التقليدي" كما تصوره فرانسيس بيكون عنها ننشر كتابه "الأورغانون الجديد عام 1620م، فإنه يعد لدى احد الباحثين ثورة على منطق أرسطو ترتب عنها نشوء المنطق الحديث³ .

3- التمثيل :

لغة هو التشبيه والتصوير أو تصور مثال الشيء ، واصطلاحا ، يعرفه علماء المنطق بأنه إثبات حكم في أمر لثبوته في أمر آخر لوجود علة مشتركة ، بينهما :

¹ -محمود يعقوبي ، دروس المنطق الصوري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2009م، ص 252.

² -المرجع نفسه، ص 254-255.

³ -مهدي فضل الله، المرجع السابق، ص 25.

يقول ابن سينا في النجاة : "قياس التمثيل هو الحكم على الشيء معين لوجود ذلك الحكم في شيء آخر معين، أو أشياء أخرى معينة، على أن ذلك الحكم على المعنى المشابه فيه" ¹ .

ويوضح جميل صالبيبا هذا المعنى ، فيذهب إلى أن التمثيل يقصد به إثبات حكم في أمر لثبوته في آخر لعلة مشتركة بينهما، مثال ذلك قولنا : أن الماس كالزيت لأنه يشبهه في القدرة على كسر الضوء، وكقولنا أيضا، المريخ كوكب أهل بالإحياء كالأرض لعلة مشتركة، بينهما وهي الجو، لهذا فإن قياس التمثيل ينقل الحكم من علاقة معلومة إلى علاقة متشابهة لها ² .

وفي رأي أحد الباحثين، فإن هذا الاستدلال يشبه أن يكون بداية استقراء أو استقراء غير مستوفي ، فهو يولأ أن يؤدي إلى الكلي الذي تكون الحالة الجزئية جزءاً منه، نجده يؤدي إلى حالة جزئية أخرى ³ .

والخلاصة التي نتوصل إليها، هي أن الاستدلال المنطقي بأقسامه وفروعه، له أهمية كبيرة، والأمر هنا يكون واضحا أكثر في العلوم الإنسانية عامة، وبالخصوص العلوم القانونية -مجال بحثنا- وبصفة أخص في مجال دراستنا لقانون الأسرة الجزائري، فإن الباحث من خلال فحصه للمواد القانونية، يحتاج إلى ضبط تفكيره حتى لا يصل إلى تناقض وذلك من خلال استخدامه للاستدلال المنطقي وأقسامه المختلفة .

أقسام المنطق و تطوره :

أما عن أقسام المنطق و تطوره ، فقد ذكرنا في السابق أن أرسطو كان أول من وضع المنطق على مستقلا له موضوعه وقوانينه ومبادئه واعتبره آلة للعلم، وقد أطلق شراح كتب أرسطو المنطقية اسم الأورجانون organum على هذا العلم أي الآلة أو الأداة أو

¹ -ابن سينا ، المرجع السابق ، ص 9.

² -جميل صالبيبا، المعجم الفلسفي، المرجع السابق، ص 343.

³ -محمد يعقوبي ، المرجع السابق، ص 258.

النص فيما يسميه العرب، وسموا العلم بالمنطق : "لوجيكا" وكان أرسطو سماه بالتحليلات "أنا لوطيقا" ، وجاء الرواقية فأضافوا إلى المنطق الأرسطي أبحاثا مثل الاقيسة الشرطية وجعلوه جزءاً من الفلسفة ، على اعتبار أن الفلسفة عندهم تتحل إلى علم طبيعي وجدل (منطق) وأخلاق .

وفي القرن الخامس والسادس ترجمت كتب أرسطو المنطقية إلى اللاتينية وسرعان ما احتلت مكانا بارزا في الكتب المدرسية في المدارس الأوروبية ، وتمسك بها مفكرو المسيحية حتى استبد بعقولهم واستقام لمنطق أرسطو هذا النفوذ زمنا طويلا، حتى تمرد على سلطانه رواد الفكر الحديث من الأوربيين ، من أمثال فرانسيس بيكون الذي اجتهد في وضع منطق الاستقراء، وديكارت 1650م الذي اجتهد هو الآخر في تحويل هذا القياس الأرسطي إلى استنباط عقلي، وغيرهم من رواد الفكر الحديث الذين رفضوا استبداد منطق أرسطو بالعقول وشل حرية التفكير¹.

ولا يفوتنا هنا، أن نذكر أن العرب والمسلمين قد أطلقوا على بحوث أرسطو في المنطق عن طريق الترجمة، واجتهدوا في ذلك مثل الفارابي وابن سينا وغيرهما، غير أنه كان لبعض مفكري الإسلام موقف إزاء هذا المنطق، يدل على هذا كتاب "نصيحة أهل الإيمان في الرد على منطق اليونان" لابن تيمية" (728 هـ) وكتاب "صون المنطق والكلام عن فن المنطق والكلام لجلال الدين السيوطي (911 هـ) حتى أفتى بعض العلماء بتحريم تعلمه وتعليمه، لأن طرق الفلسفة الأرسطية كانت عندهم خطراً على صحة العقائد الإيمانية².

¹ -توفيق الطويل، أسس الفلسفة، كلية الآداب ، جامعة القاهرة ، مكتبة النهضة المصرية ، ط3 ، 1958 م ص 407-

.408

² - توفيق الطويل، المرجع السابق، ص 411-413.

وقد أفتى ابن الصلاح (643هـ) بتحريم الفلسفة والمنطق بقوله " أن المنطق هو مدخل الفلسفة ومدخل الشر شر، وليس تعليمه وتعلمه مما أباحه الشرع ولا استباحه احد من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين والسلف الصالحين "¹.

على أن هذه الحملات لم تمنع من وجود أنصار المنطق كالغزالي مثلا الذي كان يصرح بأن من لا يعرف المنطق لا ثقة بعلمه، وأباح الاشتغال به، لأن حسبه "المنطقيات" لا يتعلق شيء منها بالدين نفيًا وإثباتًا"².

هذا يعني أن هذه الحملات على المنطق لم تمتنع من وجود مصنفات وتعليقات سبقت المحدثين من الغرب إلى انتقاد المنطق الأرسطي ، من ذلك ما قام به ابن تيمية الحراني من نقد للمنطق الأرسطي من خلال كتابه الرد على المنطقيين " وغيره .

أما في العصر الحديث، فلقد انصب الاهتمام على إصلاح المنطق الأرسطي لأنه في نظرهم عقيم لا يكتشف عن جديد، لأن النتائج فيه متضمنة في مقدماته وشرط الاستدلال أن يكشف عن علم جديد وإلا كان عبثا لا يجدي ولا يفيد، ومن هنا، انتهت محاولاتهم إلى مناهج أهمها وضع الاستقراء الذي يرقى إلى المقدمات الكلية بمشاهدة الجزئيات، وإضافة بحث جديد في المنطق بمناهج البحث العلمي أو منطق العلوم، وكذلك وضع منهج يربط بين الاستدلال القياسي والاستدلال الرياضي، وانتهت هذه النزعة بظهور المنطق الرياضي أو الرمزي ، واتجه هذا المنطق إلى التعبير عن النسب والروابط التي تقوم بين حدود القضايا برموز وإشارات توصل إلى الدقة التي تمتاز بها العلوم الرياضية³.

¹ -ابن صلاح .فتاوي و مسائل إلى الصلاح ، تحقيق عبد المعطي أمين قلنجي ،المجلد الأول ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1986 م ، ص 210 .

² -الغزالي المنقذ من الضلال ، نقلا عن مجموعة رسائل الإمام الغزالي ، دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت ، ط2 ، 2010، ص544.

³ -توفيق الطويل، أسس الفلسفة، المرجع السابق، ص 415-416.

من هنا ندرك أن الثورة ضد منطق أرسطو قد تبلورت كما اشرنا في اتجاهين أساسيين، اتجاه ينزعمه ديكرت الذي يرى أن اليقين الأرسطي أجوف وإلا يقين إلا في الرياضيات من خلال الوضوح والبداهة، بينما يعول فرانسيس بيكون على الملاحظ والتجربة والاستقراء ويرى أن العلم لم يعد يحتمل أن ينحصر في نطاق الكليات الخمس، ويزع ذلك التصنيف للمنطق القديم وهو الصوري يقتصر على صورة الفكر دون مادته، والحديث وهو ينصب على مادة الفكر، وفي رأي أحد الباحثين فإن سبب ذلك يعود إلى مسخ السمة التي اتمس بها منطق أرسطو من حيث عنائته بالجانب المادي بالإضافة إلى الجانب الصوري، وذلك من طرف شراح أرسطو الأقدمين، إلا أن هذا الباحث يفند هذا الاتجاه ، ويرى أن دعاة المنطق الرياضي المحدثون يرون أن أولئك الذين يولعون بمعارضة المنطق الصوري بالمنطق الرياضي إنما يسيئون فهم العلاقة بينهما، "فالمنطق الرياضي ليس جنسا آخر من المنطق مباين للمنطق الأرسطي، وإنما هو منطق صوري في ثوب جديد"¹، وهو ما يفهم منه حرص المناطق الرياضية على تأكيد الاتساق بين منطقهم والمنطق الأرسطي.

لقد اتضح لنا من خلال هذا العرض أن ثمة جانبيين للمنطق، الجانب الصوري والجانب المادي، بيد أن الاختلاف يكمن في نسبة العلاقة بينهما، وهذا ما حصل لدى الباحثين والدارسين والمناطق منذ القديم إلى يومنا هذا، ولهذا يمكن تقسيم المنطق لضرورة إجرائية منهجية إلى :

1- المنطق الصوري الذي يقوم على أساس التصورات لأنه يهتم بصورة الفكر وليس موضوعه، فهو كما يقول جول تريكو "يجد بصفته ناجما فقط من طبيعة الفكر عامة، ومنتجا بمقتضى الصورة بقطع النظر عن المضمون، فهو يدرس قوانين الفكر الضرورية أي القواعد

¹ -أنظر مقدمة المترجم، يان لوكا سيسفس، نظرية القياس الأرسطية من وجهة نظر المنطق الصوري الحديث، ترجمة عبد الحميد صبرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1461م، ص 1.

التي يجب على الفكر أن لا يتملص منها وإلا كون تصورات متناقضة، وأحكاما أو استدلالات غير حائزة¹.

ومن هنا، يكون القياس هو جوهر المنطق الصوري وأهم منهج يبحث في هذا المنطق، و"هو يقوم على اتساق الفكر مع نفسه، أي عدم تناقضه مع نفسه فتكون النتيجة المستتبطة صحيحة على فرض صحة المقدمات التي استتبط منها بعرف النظر عن صحة هذه المقدمات بالفعل في دينا الواقع"².

2- المنطق الحديث: الذي يقوم على أساس الاستقراء الذي يعتمد على الجزئيات للوصول إلى الحكم الكلي، فهذا المنطق يركز على مادة الفكر أو محتواه وليس صورة الفكر، على الرغم من أن أرسطو قد فطن لهذا المنطق الاستقرائي، إلا أن اهتمامه البالغ بالقياس جعله حسب أحد الباحثين بهمل موضوع الاستقراء³.

3- إلى جانب هذا، هناك المنطق الرياضي أو الرمزي الذي له خاصيتان أساسيتان وهما : استخدامه للرموز، وأنه نسق استنباطي فضلا على أن الضار المنطق الرمزي يعتقدون إلى اللغة في حد ذاتها لا تستطيع أن تعبر عن صدق المعاني، أو تعجز عن تحديدها بدقة، ولذا حاولوا استخدام الرموز المنطقية حتى يصبح هذا العلم في دقة وإحكام العلوم الرياضية⁴.

والخلاصة التي نصل إليها في آخر المطاف، أن الفائدة التي يحققها توظيف المنطق الصوري في الاستدلال القضائي وبالخصوص في قانون الأسرة، متضمنة في قوانين الفكر الضرورية المعروفة والتي تسمح لنا برصد الأخطاء والتناقضات في صياغة المواد القانونية وتعارض بعضها بعضا مع التفكير السليم، كما أن المنهج الاستقرائي بما أنه يعتمد على

¹ -جول تريكو، المنطق الصوري، ترجمة محمود يعقوبي، المرجع السابق، ص 24.

² -محمد مهران، المرجع السابق، ص 52.

³ -المرجع نفسه، ص 53

⁴ -محمد فهمي زيدان، المنطق الرمزي، نشأته وتطوره الإسكندرية، ط1، 1989، ص 21.

الملاحظة والتجربة، فهو يساعد على استقرار ظروف المجتمع ومتطلباته مما يؤدي إلى تعديل القواعد القانونية كلما لزم الأمر ذلك .

وعليه، فإن المنطق بكل أشكاله وأقسامه، نافذ في علم القانون، إذ التشريعات والاستدلالات القضائية تراعيها وهذا ما يؤكد الارتباط الوثيق بين المنطق والقانون .

المطلب الثالث : المنطق القانوني

لا أحد ينكر مدى أهمية هذا النوع من المنطق و دوره في تكوين القانون و تطبيقه وتفسيره ، غير أنه قبل أن نفصل في هذا الموضوع ، يجدر بنا أن نضبط بعض التعاريف حيث يعرفه أحد الباحثين بقوله أنه : " هو الذي يهتم بدراسة و تحليل العمليات الفكرية المتعلقة بالقانون التي تنصب على المفاهيم و المصطلحات القانونية كالإستدلالات " ¹

و يعرفه أيضا مؤسس ما يعرف بمدرسة بروكسل في المنطق القانوني " شايم بيرلمان chaim perelman (1912م-1984م) أنه :

« la logique juridique comporte l'étude de schémas argumentatifs non formels propres au études conçue comme une technique d'argumentation »²

و لدينا تعريف آخر لأحد الباحثين ، يذهب إلى أن هذا النوع من المنطق يمثل " المنهج الذي يؤدي إلى نشأة القاعدة القانونية و تطبيقه و تفسيره واستخلاص مادته من أحكامه³

¹ -فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون و تطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2011 م ، ص 49.

² - perelman (ch) , Raisonement juridique et logique juridique , A P D , 1966 , P03.

³ -محمود السقا ، المنطق القانوني و المنطق القضائي ، القاهرة ، ط1 ، 2001 م ، ص 10.

أما التعريف الرابع فينص على أن المنطق القانوني هو بمثابة " تطبيق مبادئ المنطق على المسائل القانونية ، أو هو الوسيلة التي يطبق بها المنهج القانوني على حالات معينة وكذلك هو الأسلوب الفكري الذي يمكن به محاكمة مسألة ما للوصول إلى حلها القانوني".¹

و أيضا يمكننا أن نشير إلى الباحث فايز محمد حسين الذي اعتبر المنطق القانوني هو ذلك العلم الذي يدرس الأسس العقلية للقانون من ناحية النشأة والتكوين و التطور و التطبيق ، و هو الأمر الذي يجعله مرتبطا بفلسفة القانون ارتباطا وثيقا ، لأن هذه الأخيرة بما أنها تدرس المسائل الفلسفية في إطار القانون ، فإن المنطق القانوني يجب عليه دراسة المشاكل التي يتناولها المنطق العام ، كدراسة المفاهيم القانونية و اللغة القانونية و المنهج القانوني.²

و يمكن القول بعد هذا ، أن المؤلفات و الأبحاث التي وضعت في المنطق القانوني قد شددت على البحث عن ماهيته و طبيعته و علاقاته بأنواع الدراسات المنطقية الأخرى وكذا دوره و تطبيقه في ميدان الواقع ، إلا أن مؤرخي هذا النوع من المنطق ، يؤكدون على أصوله التاريخية و ما أنجز عنه من نقاشات تنطوي على اتجاهات متباينة ، المهم من كل هذا ، أن أغلب من أرنّ لهذا المنطق ، يذهب إلى أنه يعود إلى عام 1615 م على يد م. شيخار دوس (M.schikhardus) في مؤلفه " المنطق القانوني " الذي اعتبره جملة من القواعد و المبادئ و طرق الحجاج عن طريق الإستنباط و تفسير ما وراء النصوص و التعاريف المعطاة من طرف المشرع ، و ما يعزز هذا الطرح هو ما أشار إليه جورج كالينوفسكي George kalinowski (1916م -2000م) في كتابه: « histoire de la logique juridique » من أن شيخار دوس يعد أول من أطلق هذا اللفظ على هذا النوع من المنطق حيث يقول:

¹ - السيد العربي حسن ، الإستدلال المنطقي الأول م في ضوء المتغيرات الإجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1999 م ، ص 13.

² -فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون و تطبيقه ، المرجع السابق ، ص 52-53.

« en 1615 parait logica juridica de schickarduset avec elle fait son entré pour la première fois à notre connaissance le terme « logique juridique ».

Depuis , des auteurs de plus en plus nombreux le reprennent , parmi les plus proches de schickhardus, Regnerus (1638) leibniz(1667) , Beier (1996) et Brunnemennus (1716) , parmi les plus proches de nous : Piola (1895) , Ehrlich(1918) , Garciamaynez(1951), Klug(1951) et perelman(1976).¹

نفهم من هذا النص ، أن كاليونفسكي حلل الأصل التاريخي للمنطق القانوني ، مما يدل على أنه قديم مرّ بالعديد من التطورات الفلسفية و العلمية و الإجتماعية و غيرها .

غير أنه في منتصف القرن العشرين على وجه التقريب برز اتجاهان في المنطق القانوني دار حولهما نقاش كبير في الأوساط الفلسفية المعاصرة والقانونية، و يمكننا أن نحلل هذا الموضوع في ما يلي :

أولاً : اتجاه مدرسة بروكسل و الذي يعد " شاييم بيرلمان chai perelman (1912 م - 1984م) مؤسسها لها .

لقد ركز مؤسس هذه المدرسة بيرلمان على تفسير القانون في علاقته بالتطبيق القضائي له ، إذ توصل إلى نتيجة مفادها أن التفسير يكون مرتبطا بالإستدلالات و الواقع الإجتماعي و متطلبات الحياة العامة ، و يتعلق الأمر حسبه بتحديد المنهجية التي من خلالها ينطلق القاضي من مقدمات صحيحة ليصل إلى نتائج أو أحكام عادلة و مقبولة و عقلانية كما يطلق على هذا الإتجاه ، إسم مدرسة المنطق الجدلي التي أعطت دفعا هائلا لتحريك وبعث

¹ – Goerges Kalimouski , la logique juridique et son histoire , p331-332.

حركة دراسة المنطق القانوني من حيث مفاهيمه و اتجاهاته ، لاسيما و أن بلجيكا هي البلد الذي احتضن لقاء فكريا بين زعماء هذه المدرسة سنة 1953.¹

و يذهب محمد فايز إلى أن هذه المدرسة تعتبر أن المنطق القانوني هو فرع من فروع المنطق ، يساعد رجل القانون و بالخصوص القاضي من استعماله في تقييم و تنظيم منهجيته و متابعة قضاياه و تسيير حوارهم مع الخصوم و مجادلتهم ، من أجل الوصول إلى نتيجة بصدد الخصومة أو النزاع المعروض أمامه .²

و لقد قامت هذه المدرسة على أسس و مبادئ يمكن تلخيصها في العناصر التالية :

أولا : الربط بين التجربة و المنطق القانوني

تتطلب من المدرسة من رفضها أن يكون المنطق القانوني منطقا صوريا ، و في هذا السياق يقول أحد الباحثين و هو « M.Bayart » :

« les membres du centre ont estime devoir rejeter tout préjugé méthodologique ou philosophique , ils ont décide de partie de la simple observation du raisonnement du juriste , tel que ce raisonnement se manifeste réellement dans la vie juridique »³ .

¹ -حسن عبد الحميد ، محمد مهران ، المنطق القانوني ، القاهرة ، 1966 م ، ص 106.

² -محمد فايز حسين ، المرجع السابق ، ص 81.

³ Bayet (M) : le centre nationale de recherche de logique , 1966 , p172.

ثانيا : علاقة الإستدلال القضائي بالواقع

اعتمدت هذه المدرسة على الواقع العملي من خلال الممارسة الفعلية للقضاء في حل المشاكل المطروحة عليهم ، و هذا بتحليل الإستدلالات القانونية و مرافعات الخصوم ، مما يعني أن الإستدلالات القانونية تقتصر على الإستدلالات القضائية في مجال تطبيق القانون ، و من هنا ، فإن المنطق القانوني ليس منطقيا شكليا¹

وهذا ما عبر عنه تقريبا بيرلمان في النص التالي :

« la logique juridique , et spécialement juridique ,que nous avons chercher à dégager par l'analyse du raisonnement des juristes et plus particulièrement des cours de cassation , se présente , en conclusion non dépend de la manière dont les législateurs et les juges conçoivent leur mission , et de l'idée qu'ils se font du droit et de son fonctionnement dans la société »²

ثالثا : دور البلاغة في الحجاج القانوني

ترى هذه المدرسة أن المنطق القانوني عبارة عن جدل بين الخصوم ، يساق في حوار برهاني يعتمد من جهة على الإستدلالات المنطقية ، ومن جهة ثانية على بلاغة ناتجة عن حسن اختيار المصطلحات و المفردات المناسبة الحوار من أجل إقناع الخصوم ، باعتبار أن المجال الواقعي الذي يدور فيه النقاش و الجدل هو القضاء (القضاة -المحاميين-المشرعين) ومنه ، فإن البلاغة هي درع الحجة ، وهي بمثابة تقنية خاصة و متميزة لدراسة المنطق التشريعي و القضائي على وجه التحديد .³

¹ -محمد فايز ، المرجع السابق ، ص 83.

² - Perelman (CH) : logiquement juridique , Nouvelle rhétorique , p 177.

³ -مستاري عادل ، المنطق القضائي و دوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، 2011 م ، ص 89.

وقد يكون هذا هو ما عبرت عنه المقولة اليونانية من أن " المرافعة هي مناجاة العقول والقلوب " ، إلا أن هذه النظرية جعلت الواقعة محكا للفكر ، باعتباره مقياسا للإستدلال القانوني ، متتكرة للصورية التي يتطلبها هذا النوع من الإستدلال ، و هذا ما عبر عنه أحد الباحثين بقوله : " ما يعيب هذه النظرية أنها لا تلتزم بالتأكد من صحة القروض والمقدمات ، بل تبحث في قوة الحجة و بلاغة الخصوم و بيان الرأي و التمسك به ، حيث أن من له قوة الحجة و الإقناع تكون له الغلبة دون تحديد لضوابط موضوعية لهذا الإقناع و لا يمكن لهذا المنهج أن يقوم به منطق قانوني سليم ، كما أن بيرلمان في عرضه هذا ، قد أخلط بين المنطق الصوري و المنطق العملي ، وسوى بين المنطق القانوني و المنهج القانوني على الرغم من الفارق الواضح بينهما ¹

نستنتج من كل ما سبق ، أن هذه النزعة كانت من خلال أبحاثها إلى إبراز عيوب وقصور المنطق الصوري في أن يكون أساسا للمنطق القانوني ، و هو ما جعلها تعتمد الواقع محكا لكل حقيقة ، إلا أنها كلما إزداد بعدها عن المنطق الصوري إزداد احتمال وقوعها في الخطأ .

ثانيا : مدرسة جورج كالينوفسكي Goerge kalinowski (1916 م -2000 م)

تمثل هذه المدرسة اتجاها جديدا في المنطق القانوني ، حيث تؤمن بطبيعته الصورية ، بمعنى أن القانون تحكمه الإستدلالات المنطقية الصورية الصارمة و بحسب الباحث فايز محمد حسين ، فإن اتجاه كالينوفسكي يطلق على هذا النوع من المنطق ، المنطق القانوني الصوري ، الذي يهتم بصورة الفكر دون مادته و أن المهمة الأساسية للمنطق هي دراسة قواعد الإستدلال ووسائله . ²

¹ -مستاري عادل ، المنطق الفضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم الجزائي ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، المرجع السابق ، ص 91 (بتصرف)

² -فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 73 ، 74.

و يمكن تلخيص موقف هذه النزعة ، أنها تعتمد على المنطق السوري ، لأنها تنظر إلى المنطق نظرة شكلية باعتباره هو العلم الذي يستقصي المبادئ العامة للفكر ، و منه هو علم ما يجب أن يكون عليه الفكر ، و هو آلية يستخدمها المنطق القانوني في استدلالاته التي تتطرق من قضايا يفترض صدقها إلى نتائج لازمة عنها بالضرورة .¹

و منه، فإن المنطق القانوني هو الذي يرشدنا إلى الحقيقة في مجال القانون ، لأن القاضي ينتقل من فرضيات إلى استدلالات منطقية ثم إلى نتائج لحل مشاكله المعروضة عليه .

و الجدير بالملاحظة هنا ، أن هذه المدرسة تنادي بوحدة علم المنطق ، بمعنى لا يوجد إلا المنطق العام ، و المقصود به المنطق السوري الذي يستخدم في كافة فروع المعرفة ، ولا يمكن أن يكون اختلاف مضامين القضايا تماما ، يمكن أن ينتج عنه منطق آخر .²

و يرجع أصحاب هذه النزعة أن سيادة المنطق الشكلي في القانون إلى أن الفكر الحديث يتجه إلى الشكلية أكثر من الجانب الموضوعي للقانون باعتبار أن الصورة (الشكلية) كانت دائما تتم في إطار منطق شكلي ، بمعنى أن المنهج القانوني الشكلي سابق في وجوده على المنهج الموضوعي و قد سادت هذه الفكرة حتى العصر الحديث و لا تزال إلى يومنا الحالي .³

و قد تبنى هذا الإتجاه كاليونفسكي في مؤلفاته و مقالاته و أهمها كتابه مقدمة في المنطق القانوني *introduction à la logique juridique* و تاريخه *la logique juridique et son histoire* و هل هناك منطق قانوني *ya t-il une logique juridique* وغير ذلك من المؤلفات العامة لهذا القانوني والفيلسوف والمنطقي والذي اشتهر

¹ - عبد الهادي الفضلي ، مذكرة في المنطق ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، ط1 ، 1409 هـ ، ص 17.

² - محمود السقا ، المرجع السابق ، ص 12 ، و أيضا عبد الوهاب الفضلي ، مذكرة في المنطق ، المرجع السابق ، ص

18 (بتصرف)

³ - فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 85-86.

كثيرا في السنوات الأخيرة ، و جدير بالذكر أن ثمة انتقادات وجهت نحو أنصار هذا الإتجاه منها أنه قد ثبتت عدم صلاحيته في مجال القانون ، حيث ابتعد القضاء عن التطبيق الآلي للقانون ، لأن القضاة اليوم يبحثون عن القانون الواجب التطبيق الذي يتم بطريق جدلي ، إضافة إلى أنه في حالات كثيرة يلجأ إلى البحث عن الحل القانوني الملائم في الوقائع ، التي لا يوجد بها نص و لهذا قيل الجدل هو جوهر المنطق .¹

و منه يؤكد أحد الباحثين أن المنطق الشكلي الذي جاء به كاليونفسكي ليس صالحا تماما في مجال القانون وذلك في نصه :

«La logique formelle classique ancienne , la moderne et la contemporain n'est pas l'instrument apte ni pour poser , ni pour résoudre , ni pour éclairer les problèmes humains pratiques , parmi eux les problèmes politiques et juridiques² .

نستنتج من كل ما سبق ، أن هذه النزعة تبنت المنطق الصوري بوصفه أساسا للمنطق القانوني و هو ما جعلها تعتمد على صورة الفكر القانوني دون مادته ، إلا أنها كلما زاد اهتمامها بهذه الصورية ، كلما تعالت الأصوات من قبل غالبية الباحثين من اتجاه برلمان و غيره على نقدها و معارضتها ، و الواقع أن السجلات بين أنصار هذين الإتجاهين لا تزال سائدة لحد الآن في مستوى الأبحاث الأكاديمية العالمية الجادة .

بعد أن تطرقنا إلى اتجاهات المنطق القانوني ، نحاول أن نحلل أهميته التي تبدوا لنا في بعض الأفكار التي طرحها الكثير من الباحثين ، فهذا المنطق له دور هام في تكوين القانون و تطبيقه ، وهو آلية فكرية تسهل الدراسة القانونية سواء على المستوى النظري أو التطبيقي

¹ -فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 76.

² - bayart (M) : le centre national de recherche de la logique, p 172.

للقوانين¹ ، إذ يستخدم المنطق في تقسيم النظم القانونية و فهم المصطلحات وتنظيمها و تصنيفها و تحليلها ، كما أنه يعني أيضا بالمشكلات التي تطرح في واقع تطبيق القانون حيث أوجدت هذه الدراسات قسما سمي بالمنطق القضائي .²

مما سبق يتضح لنا أن للمنطق القانوني أهمية بالغة في ربط خطوات التفكير القانوني وربط البنية القانونية من حيث مراحل الإستدلال القانوني الذي يشكل نواة و منطلق لحل رجل القانون و بالتالي فهو دعامة أساسية للنظام القانوني ككل ، حيث في حقيقة الأمر أنه تحليل منهجي منطقي لخطوات التفكير القانوني الذي يراقب مدى سلامة العلاقة بين المقدمات و النتائج أي بين التحليل القانوني للوقائع و الأحكام التي يصل إليها القضاة فيما يسمى بالمنطق القضائي .³

أيضا ، يتبين لنا من خلال أهمية المنطق القانوني ، أنه يشكل رابطة وثيقة بين المنهج التشريعي و القانون والمنطق ، إذ بالرجوع إلى أي نوع من أنواع التشريع لا يمكن أن يوصف بأنه تشريع سديد إلا إذا كان نتاج منطق سديد ، و أن القضاء العادل هو الذي يطبق فيه القانون تطبيقا منطقيًا ، تستخلص فيه الأحكام النهائية من المقدمات المنطقية السليمة ، و أن الإجتهاادات الفقهية يرتبط سموها وسلامة تطبيقها بمقدار ما تكون منطقية⁴

لهذا ، فإن الفكر القانوني الحديث ، فكر يخضع للمنطق و أن رجل القضاء اليوم ينظر له كرجل منطق *le juriste est souvent vu comme un logicien* إلا أن هذا الخضوع للمنطق يأخذ أشكالًا عدة ، لذلك فإن صحة الفكر القانوني هو ما اتصفت نتائجه بعدم تناقضها مع المقدمات التي انطلق منها ، كما أننا نلتمس أهمية أخرى للمنطق القانوني وهي

¹ -السعيد العربي حسن ، الإستدلال المنطقي من الأحكام في ضوء التغييرات الإجتماعية ، دراسة مقارنة بين النظامين الإسلامي و الأنجلو أمريكي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1999 م ، ص 10.

² -السعيد العربي حسن، المرجع نفسه ، ص 13.

³ -محمود السقا ، المنطق القانوني و المنطق القضائي ، المرجع السابق ، ص 02.

⁴ -المرجع نفسه ، ص 6 (بتصرف)

أن له دور في الدراسات و الأبحاث القانونية إذ لا تخلو دراسة قانونية دون مزجها بمراقبة منطقية تفكك مراحلها و إجراءاتها و أقسامها و تحليل مضامينها و تزن مدى الرابط المنطقي بين مراحل استدلالاتها ، و هو الأمر الذي يحول النظرية القانونية إلى علم ، فالمنطق هو الذي يضيف الخاصية النسقية للدراسة القانونية إذ تتحول النظرية القانونية إلى نظرية ذات خصائص منطقية ، و نظرا لهذه الأهمية يرى بعض الباحثين أن كل فروع الدراسات القانونية تقتضي منطق بها في ذلك الدراسات التاريخية القانونية .¹

و بالنتيجة ، فإن المنطق القانوني يعتبر وسيلة منهجية فكرية ضرورية للقاضي لممارسة مهمته بصورة عقلانية ليفصل في القضايا المطروحة عليه باعتبارها قضايا لا تحل إلا بالطرق القانونية العادلة التي لا تترك مجالاً للنقد و التشكيك .²

ويمكن أن يكون خير دليل على ذلك استخدام القياس كوسيلة الإستدلال على الأحكام مثال ذلك : (القانون التجاري الجزائري) . في هذا السياق، يمكننا طرح السؤال التالي :

كيف نستدل على أن هذا العمل تجاري و ليس مدني ؟

لقد حددت المادة 03 والمادة 04 من القانون التجاري الجزائري:

المادة 03 :

يعد عملا تجاريا بحسب شكله :

-التعامل بالسفينة بين كل الأشخاص

-الشركات التجارية

-وكالات ومكاتب الأعمال مهما كان هدفها .

¹ -حسن عبد المجيد ، محمد مهران ، المرجع السابق ، ص112.

² -Bellet (P) , la logique juridiction , colloque , 1969 , p716.

-العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية .

-كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية .

المادة 04 : يعد عملا تجاريا بالتبعية :

-الأعمال التي يقوم بها التاجر المتعلقة بممارسة تجارية أو حاجات منجزة .

-الإلتزامات بين التجار .¹

و هنا يظهر لنا أن المشرع سمح القاضي باستخدام القياس المنطقي لتحديد طبيعة الأعمال إن كانت مدنية أو تجارية ، و هذا يدل على حرصه على خلق الوسائل القانونية لكل الحالات التي تواجه القاضي و تشتت ثغرات التشريع ، الأمر الذي نستنتج منه أنه-أي المشرع أخذ بالمعيار المرن المبني على القياس في الصفات و الغايات ، و هذا يؤكد لنا أن المنطق القانوني أصبح أمرا واقعا ضروريا معترفا به من قبل المشرع نفسه ، عندما أسند إلى القاضي مهمة سد ثغرات التشريع في الممارسة القانونية في أرض الواقع ، وهذا ما ساعد على تطبيق القانون بالسهولة و المرونة و التكيف المطلب حسب زمان و مكان الوقائع المعالجة² و بهذا فإن أهمية المنطق القانوني ترتبط أيضا بصناعة القاعدة القانونية و استمرارها و استقرارها كنص أو كمادة أو كحكم في صياغة منطقية ثم يتولى القاضي الكشف عن الدور الإيجابي للمنطق القانوني في كل ممارساته لتطبيق القانون .

هذه إذن ، بعض الأفكار الخاصة بأهمية المنطق القانوني و التي تبين لنا مدى حاجة الدراسات و الأبحاث القانونية للإستدلالات المنطقية السليمة ، و يمكننا بعد هذا أن نتعرض إلى مسائل أخرى تخص القاعدة القانونية وذلك في المبحث القادم .

¹ -القانون التجاري في ضوء الممارسة القضائية ، النص الكامل للقانون و تعديلاته الى غاية 06 فبراير 2005 م ، مدعم بالإجتهاادات القضائية ، مطبعة برتي للنشر ، الجزائر ، 2011-2012 . ص

² -فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني ، المرجع السابق ، ص 62.

المبحث الثاني : التأسيس المنطقي للقاعدة القانونية

المطلب الأول : مفهوم القاعدة القانونية وأساسها المنطقي

يجدر بنا قبل تعريف القاعدة القانونية أن نوضح لفظ القاعدة لغة و اصطلاحا .

في اللغة ، نجد القواعد جمع قاعدة و هي الأساس وقواعد البيت أساسه¹

ورد في القرآن الكريم ، الآية : " **وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ** " ²

و في الاصطلاح تعرف القاعدة عند الجرجاني بأنها قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.³

و يرى جميل صليبا أنها قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئية تسمى فروعاً لها ، ويرادفها في العربية ، الأصل ، الأساس و القانون .⁴

من خلال التمهيد السابق ، يتبين لنا أن القاعدة القانونية هي الوحدة الأساسية في البناء القانوني ، تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة ، أو لجانب من هذه العلاقة .

" فقيام الأسرة على سبيل المثال ، يتطلب قيام زواج بين شخصين ، فمتى يعتبر هذا الزواج تاماً و ما هي آثاره و كيف ينقضي ؟

¹ -ابن منظور، لسان العرب، مادة "قصد" ، المرجع السابق، الجزء 4، ص 362.

² -قرآن كريم ، سورة البقرة ، الآية 127.

³ -الجرجاني ، التعريفات ، المرجع السابق ، ص 275.

⁴ -جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، المرجع السابق ، ص 178.

هنا ، يرد حكمه في القاعدة القانونية¹

و لا يفوتنا هنا أن نشير إلى تعريف باحث آخر ، الذي يرى أن القاعدة القانونية عبارة عن صياغة لغوية يعبر مضمونها عن أمر بأداء فعل ما أو عدم القيام به ، أو الإختيار بين الأمرين ، وهي موجهة للأشخاص بصفة عامة سواء كانوا أشخاص طبيعيين مثل محمد وعلي وزينب أو أشخاص معنوية مثل الإدارات و البلديات و الوزارات و السفارات الخ، و تتصف بأنها مجردة و عامة ، و هي بذلك تشكل الوحدة الأساسية و الحلقة الأولى التي يتكون منها القانون .²

كما أن باحث آخر ، يعتبر القاعدة القانونية تقويمية بمعنى أن غرضها " ليس كشف الواقع أي السلوك الموجود في المجتمع ، و إنما تحديد الواقع الذي ينبغي أن يكون ، أي السلوك الواجب إتباعه ، فالقاعدة العلمية هي قاعدة مقررة في حين أن القاعدة القانونية هي قاعدة مقومة ، فهي تتصرف إلى المستقبل و تحدد النموذج الذي يجب أن يتقيد به أفراد المجتمع إذن ، فمجالها هو تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع .³

و هكذا نفهم مما سبق ، أن القاعدة القانونية تتميز بأنها عامة و مجردة ، أي أنها صورية و تلزم جميع أفراد المجتمع على طاعتها ، و من ثم توجيه سلوكهم حسب مضمون نصها مهما كانت الظروف ، وعلى هذا ، فهي قواعد اجتماعية على العموم .

¹ -سمير عالية ، علم القانون و الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1991 م ، ص 42.

² -حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط3 ، 1993 م ، ص85 بتصرف .

³ -علي فيلاي ، مقدمة في القانون ، موفم للنشر ، الجزائر ، ط2 ، 2010 م ، ص 41-42.

هذا يعني أن القاعدة القانونية تتضمن خصائص هي أنها ذات طابع اجتماعي ، و تتميز بالعمومية و التجريد ، وهي إضافة إلى هذا قاعدة ملزمة مزودة بجزاء توقعه سلطة معينة في الدولة على من يخالف حكمها .¹ ويمكننا بعد هذا أن نشرح بالتفصيل هذه الخصائص .

1-القاعدة القانونية ذات طابع اجتماعي

تنظم القاعدة القانونية سلوك الأشخاص في المجتمع ، و تحكم علاقاتهم فيما بينهم ، لذا لا يمكن وجود قواعد قانونية دون حاضنة اجتماعية ، الأمر الذي جعل أحد الباحثين يعتبر هذه القاعدة أنها سوى قاعدة اجتماعية ، تتعدم الفائدة منها لدى الفرد المنعزل وحده في جهة ثانية ."²

و من ثم ، فإن هذه القاعدة ، هي قاعدة تقويمية لسلوك الفرد في الجماعة ،ذلك أن القانون يضع قواعد السلوك الواجب على الأفراد إتباعها و الإنصياع إليها ، و لا يتجه إليهم على سبيل النصح و الترغيب ، بل يفرضها عليهم فرضاً (...) و لا يترك لهم حرية مخالفتها ، و المجتمع الذي تتعدم في قواعده السلوكية صفة الإلزام ، لا يمكن إلا أن يكون مجتمعها فوضويا ، مما يترتب عليه في نهاية المطاف فناء المجتمع نفسه .³

2-القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

حيث أن هذه القاعدة هي دائما قاعدة سلوكية بمعنى أنها تهتم إلا بالسلوك الخارجي للأفراد فهي لا تعبأ بالإحساسات و المشاعر أو النوايا ، فقد يظمر شخص الحقد و الكراهية لغيره من الناس ، لكنها تظل كامنة بداخله دون تظهر خارجيا و هنا لا يتدخل القانون وعلى العكس من ذلك ، إذا تحدث شكل اعتداء أو الضرب أو الفشل ، فهنا يتدخل القانون ليعاقب

¹ -نبيل إبراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2005 م ، ص 23.

² -نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ، ص 24.

³ -علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة القانون ، المرجع السابق ، ص 35.

صاحب هذا السلوك ، بيد أن هذا لا يعني أن القاعدة القانونية لا تهتم مطلقا بالنوايا و البواعث الكامنة في النفس .¹

3-القاعدة القانونية عامة و مجردة :

يقصد بعمومية القاعدة القانونية أنها تسري على جميع الأشخاص المخاطبين بحكمها وعلى جميع الوقائع التي تدخل في مضمونها .

و لهذا ينصرف حكمها إلى طائفة من الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ، مثال ذلك القواعد القانونية الخاصة بالمحامين أو القضاة ، فهذه القواعد تعتبر قواعد عامة لأنها تنطبق على أشخاص محددين بصفاتهم لا بذواتهم .²

و لهذا ، فقد رأينا منذ القديم أن الفلاسفة و رجال الدين على العموم ، نادوا بضرورة أن يكون القانون عاما يعبر عن العقل المجرد من الشهوات دون اعتبار للمصالح الضيقة والأنايات المفرطة و بالتالي فإن القاعدة القانونية بوصفها عامة ، فهي عادلة تمنع التحيز لمصلحة شخص معين .³

و بحسب على فيلاي وهو أحد الباحثين في مجال القانون أن القاعدة القانونية عامة من حيث تطبيقها حيث أنها " تطبق على كل من تتوفر فيه الصفات أو الشروط و من ثمة فإن تطبيقها يتكرر بتكرار الحالات المماثلة .⁴

و إذا كانت هذه القاعدة القانونية تتصف بالعمومية ، باعتبارها قاعدة تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، فإن بحاجة إلى خاصية أخرى و هي التجريد ، و المقصود به " صياغة القاعدة

¹ -نبيل إبراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق ، ص 26.

² - نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق ،، ص 29.

³ -علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 37.

⁴ -علي فيلاي ، مقدمة في القانون ، المرجع السابق ، ص 43-44..

القانونية في شكل خطاب غير مقيد بشخص معين أو بواقعة محددة بالذات ، أي أنها غير مشخصة ، فهو يوجه إلى كل شخص أو إلى كل واقعة اجتمعت فيها صفات أو شروط هذا الخطاب ¹ .

و لهذا ، فإنه عندما يتم وضع القاعدة القانونية فيجب استبعاد الأمور أو الحقائق أو الإعتبارات التي تعني من جهة شخصا دون غيره أو واقعة دون غيرها ، وتسمح هذه الخصوصيات من جهة ثانية بالتعرف على شخص بذاته أو بواقعة محددة و تسمح مثل هذه الصياغة المجردة للقاعدة القانونية بتكرار تطبيقها على حالات مماثلة ² .

و هكذا نفهم أن المقصود بالعمومية و التجريد يجعلنا نستخلص أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين أساسيين هما الغرض و الحكم ، و لا شك أنهما يندرجان ضمن أسس منطقية واضحة .

و عليه ، فإن الباحث علي فيلالي يذهب إلى أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما الإفتراض *hypothèse* و الحكم *solution* و يقصد بالإفتراض أو الفرضية الحالة أو الوضع الذي تعالجه القاعدة القانونية ، أي الشروط التي يتعين توفرها لتطبيق القاعدة ، ويراد بالحكم أو الأثر أو الجزاء الذي يترتب عند تحقيق الإفتراض ، و ينتهي في الأخير إلى القول بأن القاعدة القانونية هي محددة من حيث أنها تعين الإفتراض أي في مرحلة إنشائها و عامة من حيث تطبيقها ³ .

بمعنى أن هذه القاعدة تكون مجردة عند نشوئها و عامة في تطبيقها ، و بعبارة أخرى ، يرى باحث آخر ، و هو أنور سلطان أن الفرض: هو الظاهرة المحتمل تحققها ، أي السلوك

¹ -علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 36.

² -علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 43.

³ -علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 41-42.

المفترض أن يحدث من شخص عاقل ما و يشكل واقعة لظاهرة ما ، حيث يتصف بالصورية ، لأنه فرض عقلي بحث لا يصدق على شخص مسمى .

أما الحكم : هو ما يجب أن يتحملة الشخص الذي صدر عنه السلوك المفترض أو التصرف أو الفعل من نتائج.¹

مثال القاعدة التالية : كل من سبب ضررا للغير فهو ملزم بتعويض المتضرر ولو نرزم إلى هذه القاعدة القانونية بالرمز المنطقي الدقيق فإننا نقول : كل (س — ص) فالمخاطب هنا غير محدد كفرد معين باسمه بل هو متضمن في عدد صوري مجرد في الذين يقع عليهم الحكم والذين ويرتكبون الخطأ الذي يترتب الالتزام بالتعويض .

وبالتالي فالتعميم هنا لا يستثني أحدا ، فالمثقف يصدق عليه الحكم وغير المثقف كذلك والشاب والكبير والبالغ . أما مضمون الحكم فهو إلزامه بالتعويض ، حيث في مثل هذه الحالة لجأ المشرع عند وضعه لهذه القاعدة القانونية إلى افتراض العقل في الشخص الفاعل الراشد ، لأنه كل من فعل وهو حر ، اختار فعله وقدر بعقله النتائج وعواقبها ، أي طرح السؤال : هل هذا الفعل يضر الغير أم لا يضر الغير ؟ .

وهي ميزة في كل عاقل مقبل على أداء فعل ما مهما كان نوع هذا الفعل .

لذلك فإن القاضي قبل إصداره الحكم ، فانه يتأكد أن الفاعل حقا لم يأخذ الحذر والحيطة واليقظة إلخ . ومنه فان القواعد القانونية تخاطب عقول الناس وليس عواطفهم .

وبالنتيجة فان العلاقة بين الفرض والحكم ، هي علاقة استلزام منطقي سبق أن أشرنا إليه في العلاقة الرمزية سابقا س — ص ، إذ كلما تحقق الفرض استلزم حتما أن يتحقق معه

¹ -أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الإسكندرية، ط1، 2005، ص 18.

الحكم . وللقاضي سلطة الرجوع والى الوثائق التشريعية والأعمال التحضيرية لتحديد المعنى الصحيح لألفاظ الحكم .

و إذا كان كل من الفرض و الحكم عنصران أساسيان في تكون القاعدة القانونية ، فإن المشرع هو الذي عمل على وضعهما ، بحيث لو حدث الفرض استلزم عنه الحكم بكل مضمونه ، ولا يملك الأفراد إلا الإنتقاص للحكم ، طالما تحقق الغرض دون أن يكون لهم الحق في تعديله أو الأشخاص منه شيئاً ، و لهذا فإن تقسيم بناء القواعد القانونية إلى فرض وحكم ، هو خير دليل على مدى ترابط المنطق مع القانون .¹

ومن خلال ما سبق يتضح انه لا يمكن لأي شخص أن يسعى إلى إلا تغيير الحكم أو بالإنتقاص منه أو الزيادة . بذلك نجد أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تتحقق بشق واحد فقط كما أنها تتصف بالقهر والإلزام باعتبارها تفرض بالقوة العمومية التي تحكم باسم الشعب جميعاً من اجل المحافظة على هدوء المجتمع واستمراره في البقاء واستمرار مؤسساته .

إن هذا التكامل بين الفرض والحكم يدل على ترابط المنطق وتداخله مع القانون لأن المنطق يكشف عن مدى شفافية القانون من غموضه أو تناقضه .

و هكذا فإن كثير ما يتداول القضاة والمشتغلين في القانون بصفة عامة ، قولهم أن هذا الحكم أو هذا القرار منطقي ، فهو حين يكتسب هذه التسمية - أي حكم منطقي - فإنه يثير في عقول الناس إعجاباً ومنه قبوله ويدخل في نفوسهم راحة وهدوء تزول معها مبررات الإحراج والرغبة في انتقاده.

¹ -فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 33 (بتصرف)

فالقاعدة القانونية إذن يتم تحليلها إلى عنصرين الغرض و الحكم ، فالغرض هو الظاهرة التي إذا تحققت وجب إعمال الظاهرة الثانية وهي الحكم الذي هو الأثر الذي يتعين وفق القانون إعماله إذا تحقق الفرض .¹

و هنا يمكن أن نأتي بمثال وهو نص مادة تقول أن كل خطأ يسبب ضررا بالغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، فهذا النص يحتوي على عنصر الغرض و يتمثل في الخطأ والضرر ، و أما الحكم فهو الأثر الذي يترتب على تحقيق الغرض و هو الإلتزام بالتعويض.²

وهنا يتضح لنا مما سبق أن القاعدة القانونية تتضمن أيضا علاقة شرطية ضرورية لتحقيقها ، بمعنى أن العلاقة بين الفرض و الحكم في القاعدة القانونية ، هي علاقة شرطية ، بمعنى أنه إذا تحقق الفرض وجب إعمال الحكم "³

مثال : إذا سبب زيد (س) ضرر ل عمر (ص) استلزم أن يعرض زيد عمر على الضرر الذي سببه له .

لكن زيد (س) فعلا سبب الضرر لعمر (ص) .

منه فان النتيجة : لزم أن يعرض زيد (س) عمر (ص) على الضرر الذي سببه له .

وبالتالي فان الروابط المنطقية بين المقدمات والنتائج لا تتعارض مع للقاعدة القانونية بل تؤكدتها وهي القاعدة التي يلتزم بها القاضي إذ ينطلق من الفرض في توفر الفعل المحتمل واقعة الضرر الناشئ عنه ، حين يكون بصدد التحقق من الواقعة المطروحة أمامه

¹ -أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 18.

² -فايز محمد ، المرجع السابق ، ص 32.

³ -حسام الأهواني ، أصول القانون ، القاهرة ، 1988 م ، ص 15.

من اجل إصدار الحكم، ومنه يكون حكم القاضي مؤسسا ، بمعنى يتضمن الأسس المنطقية والسببية الكافية لتبرير العلاقة بين الفاعل و والنتيجة التي ألحقت الضرر بالغير.¹

وهذا يكشف أيضا عن العمليات المنطقية التي في كثير من الأحيان لا يمكن فصلها عن أي تفكير قانوني إذ نلاحظ أن قوانين الفكر الأساسية جارية في تفكير أي قاض أو مشغل بالقانون أو بالفكر على العموم .

فهي -أي العمليات المنطقية - متضمنة في صميم كل حكم قضائي فلا يمكن أن نتصور قاض لا يراعي قانون عدم التناقض باعتبار أنه لا يوجد نص قانوني يجمع بين الشيء ونقيضه في نفس الوقت إذ لا يمكن أن نتصور في مثالنا السابق - الضرر والتعويض عنه أن القانون الذي قرر المسؤولية يلغي العقاب على الفاعل الذي سبب الضرر للغير .

نفهم من هذا ، أن تقسيم بناء القواعد القانونية إلى فرض و حكم ، يدل على مدى ترابط المنطق مع القانون .

4- القاعدة القانونية ملزمة

يقصد بإلزام القاعدة القانونية " أن هناك جزاء يناط بالسلطة العليا في المجتمع توقيعه على من يخالف حكمها ، فعلى الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية طاعتها و إلا أجبروا على ذلك عن طريق توقيع الجزاء " ² و لهذا نجد أن الجزاء يشكل عنصرا ضروريا في القاعدة و ملازما لها ، إذ لا يمكن احترامها دون وجوده ، و قد يصيب الشخص المخالف بأن تقيده حرته كوضعه في السجن ، أو في ماله عن طريق إلزامه بالتعويض أو أدائه

¹ -فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 34 (بتصرف)

² -نبيل ابراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ، المرجع السابق ، ص 33

للمغرامة ، وبهذا يتميز الجزاء القانوني عن أنواع الجزاءات الأخرى المستنبطة من قواعد الأخلاق و الدين¹

هذه إذن أهم خصائص القاعدة القانونية في سياقها العام .

المطلب الثاني : أنواع القاعدة القانونية:

بعد أن تعرضنا إلى خصائص القاعدة القانونية يجدر بنا أن نتطرق إلى فكرة أخرى هامة في تتمثل في أنواع القاعدة القانونية .

أولا : قواعد تهتم بالشكل : إذ تعتبر هذه القواعد ذات أهمية بالغة إذ أنها توضح الإجراءات الشكلية التي يجب إتباعها من طرف المتقاضي في تحديد أولا الجهة القضائية الواجب اللجوء إليها كما أنها تلزم المتقاضي بكل الواجبات التي يجب القيام تحت طائلة البطلان وكمثال على ذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية. وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن الفقرة الرابعة من المادة 15 منه "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم القبول شكلا البيانات التالية

1-الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

2 اسم ولقب المدعي وموطنه .3 اسم ولقب وموطن المدعى عليه .4الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي 5عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى 6الإشارة عند الاقتضاء إلى السندات والوثائق المؤيدة للدعوى.²

¹ -علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 38-39.

² -صالح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، قم 09/08 ، المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ ، المادة 15 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ص 49-50.

ومن ناحية أخرى، يتجلى البناء المنطقي للقانون في أن الأحكام تنحصر في طائفتين هما أحكام مقصودة لذاتها، وأحكام غير مقصودة لذاتها، فالطائفة الأولى توجب القيام بعمل كالقاعدة التي توجب على المؤجر أن يتعهد بالصيانة (567 مدني)، أما الأحكام غير المقصودة لذاتها، فهي التي يقصد بها تسيير التعبير عن قاعدة أخرى ومثالها المادة (2/45 مدني) التي تنص على أن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز¹.

وخلاصة الكلام في هذا الموضوع، أنه يوجد انسجام تام وترابط محكم بين المنطق والقانون، وأن القاعدة القانونية لا تقوم إلا وفق بناء منطقي صارم.

كما وضع المشرع قواعد خاصة بالشق الجزائي في الجانب الشكلية نتطرق الى الذكر منها المادة 500 من قانون الإجراءات الجزائية والتي تحدد الشروط التي يجب التقيد بها عند الطعن بالنقض في قرار جزائي أمام المحكمة العليا. والتي نصت على مايلي: لا يجوز أن يبنى الطعن بالنقض إلا على أحد الأوجه التالية: ²

نذكر من أهمها: 1- عدم الاختصاص 2- تجاوز السلطة 3- مخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات. 4- انعدام أو قصور لأسباب 05 إغفال الفصل في وجه الطلب أو في أحد طلبات النيابة العامة 06 تناقض القرارات الصادرة من جهات قضائية مختلفة في آخر درجة أو تناقض فيما قضى به الحكم نفسه أو القرار

كما أن المشرع وضع قواعد أخرى تهتم بالموضوع وهي القواعد التي تقرر حقوقاً لأطراف العقد مثلاً: في عقد البيع تقرر القاعدة للمشتري بالتزام البائع أن ينقل الشيء المبيع إلى المشتري مباشرة وتلزم بالمقابل المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع .

¹ -أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص 19.

² -نجيمي جمال ، قانون الإجراءات الجزائية ، صادر بموجب أمر رقم 155/86 المؤرخ في 8 صفر 1386 هـ، الموافق

لـ 8 يونيو 1966 م ، و المعدل في 25 جويلية 2015 م ، دار هومة ، الجزائر ، ط2 ، ج 2 ، 2016 ، ص 250.

وهذا و ورد على سبيل المثال في المادة 361 من القانون المدني الجزائري : إذ نصت على ما يلي : " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المستري وأن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا " .¹

هذه إذن بعض الأفكار حول النوع الأول القاعدة القانونية غير أنها تتنوع كذلك من حيث أنها أمره وأخرى متممة .

ثانيا :القواعد الآمرة والناهية: هي قاعدة التي يتجه نصها إلى مخاطبة الأفراد والمؤسسات باعتبارها هيئات معنوية في صيغة الإلزام بالتنفيذ لعمل معين أو الكف عن تنفيذ عمل معين أيضا ، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالمصلحة العليا للبلاد .وكمثال على ذلك : أن السيد قاضي التحقيق أو النيابة العامة لها الحق في لإصدار أمر بالإحضار للمتهم الذي لم يستجيب للاستدعاء إلى جلسات التحقيق أو لامتنال أمامه للنيابة العامة .

وأن هذه الأوامر وضعها المشرع في قانون الإجراءات الجزائية كما وضعها في قانون العقوبات ، أو في البيانات والأوامر التي تصدر عن السلطة التنفيذية ومن طرف السيد رئيس الجمهورية . مثل إعلان حالة الطوارئ.أو حت تلك الأوامر التي منحها المشرع للقاضي من أجل إيداع المتهم الحبس في جلسة المحاكمة ، كالمخلف عن دفع مبالغ النفقة لأولاده نزولا عند نص المادة 331 من قانون العقوبات .²

و برأي أحد الباحثين فإن القاعدة الآمرة هي التي لا تستطيع إرادة الأفراد أن تتفق على مخالفتها و لهذا فإن سلطان الإرادة هو العامل الرئيسي في تعريفها حيث تتميز بالإنعدام التام لدور الإرادة ، فلا يملك الأفراد إلا الخضوع لها ، فإرادتهم مقيدة كليا ، لأن المبادئ

¹ -يوسف دلاندة ، القانون المدني الجزائري ، رقم 05/07 ، دار هومة ، الجزائر ، ط1 ، 2013 ، م ، ص 175.

² -فاضلي ادريس ، المدخل الى القانون ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط1 ، 2014 ، م ،

الأساسية التي يقوم عليها المجتمع لا يجوز لأي سبب كان للأفراد أن يتفقوا على خلاف حكمها .¹

ولنعطي مثالا على ذلك وهو أنه لا يجوز الإتفاق على استبعاد حكم القاعدة التي تحرم القتل ، فاتفاق شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر ، باطل لا يعترف به القانون ولا يمنع مثل هذا الإتفاق من توقيع العقاب على القاتل ، وكذلك القواعد المحددة لشروط الزواج وآثاره .²

و عليه ، فإن القاعدة الآمرة أو الناهية هي التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يعارضها.

ثالثا : القواعد المتممة و تسمى أيضا المقررة : فهي التي تهدف إلى تنظيم علاقة قائمة على المصالح بين شخصين أو أكثر ، و سميت كذلك لأنه يجوز للأشخاص الإتفاق على عكسها نزولا عند القاعدة القانونية العامة وفق المبدأ القائل (العقد شريعة المتعاقدين) وبالتالي فهي تعبر عن إرادة الأشخاص المعنيين في العقد كالنظام الداخلي لشركة ما أو مجموعة من الفلاحين ، و هي أيضا توصف بأنها مكملة بسبب أنها تتم ما لم يتفق عليه الأفراد سابقا ، و هي أيضا مفسرة لأنها تزيل غموض العقد الأصلي إذ يتضح من خلالها أنها تكمل إرادة الأطراف المتعاقدة فيما ظهر لهم لاحقا و حفاظا على مصالحهم أن ينظم في عقد ، ورغم ذلك فهي تتصف بالعموم و الإلزام رغم أن للطرفين الحق في تحديد مدتها، بل و في مخالفتها .³

و هكذا ، فإن هذه القاعدة تسمح للأفراد من تنظيم علاقاتهم ، أو أن يحددوا سلوكا مخالفا لذلك الذي قرره فهي لا تمنع الأفراد من الإتفاق على حكم مخالف للحكم الذي تتضمنه القاعدة و أن هذا الترخيص التي تمنحه القاعدة المكملة للأطراف لوضع تنظيم آخر ، غير

¹ -علي فيلالي ، مقدمة في القانون ، المرجع السابق ، ص 94-95.

² -نبيل ابراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، المدخل الى القانون ، المرجع السابق ، ص 110-111.

³ -فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 101.

ذلك الذي قررت لا يعني أنه يمكن ترك حكم القاعدة من دون تنظيم على الإطلاق¹ ، مثال ذلك ما يورده أحد الباحثين حول القاعدة التي تنص على أنه يجب دفع ثمنه المبيع من مكان تسليم المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ، المادة 387 من القانون المدني أي أنه يجوز للبائع و المشتري الإتفاق على مخالفة حكم هذه القاعدة ، فيجوز الإتفاق مثلا على أن الثمن لا يدفع وقت التسليم و لكن يدفع بعد مدة معينة² .

نستنتج من كل ما سبق ، أن القواعد القانونية تأتي في صورة قواعد شكلية ، و قواعد أمرية أو ناهية ، و قواعد متممة أو مكملة ، وهي كلها مهمة في تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع .

المطلب الثالث : أنواع الصياغة القانونية

بعد أن تتكون القاعدة القانونية كمادة أولية بناء على ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية على مجتمع ما، وما يمثله المثل الأعلى للعدل، تتبلور الحاجة أو الغاية التي يهدف من أجلها المجتمع بغرض وضبط هذه الوقائع التي يتم وصفها بناءً على ما تتشكل في الواقع المادي المشاهد يصاغ بشأنها بأدوات وأساليب فنية عملية تصلح للتطبيق في الحياة الاجتماعية و منه فإن صياغة القاعدة القانونية أمر ضروري و بناء على ما سبق تكون الصناعة أو الصياغة القانونية *technique juridique* هي مجموعة الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي في صورة إلزام عام و مجرد .

و هكذا تكتسي صياغة القاعدة القانونية أهمية بالغة فهي ليست ضرورية للكشف عن جوهر القاعدة القانونية فحسب ، بل يتوقف عليها تحقيق الغرض الذي وضعت من أجله ، و لهذا

¹ - علي فيلاي ، المرجع السابق ، ص 97.

² - علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 47.

كلما كانت الصياغة دقيقة و معبرة عن مضمون التشريع ، كلما كان تطبيقه سهلا و تحقق مضمونه فعالا¹

نلاحظ بعد هذا أن للقاعدة القانونية صيغ مختلفة نذكر منها نوعان بحيث أنه عندما ينتفي أي دور للقاضي في تقدير الواقع ، نكون أمام صياغة جامدة ، أما إذا ترك للقاضي سلطة تقديرية ، فيجب أن تكون صياغة القاعدة صياغة مرنة .

أولا : الصياغة الجامدة :

كثيرا من الإجراءات القانونية سدت الباب أمام اجتهاد القاضي أو المتقاضي بحيث أنه في كثير من القواعد القانونية الخاصة بالقانون العام و الإجراءات الشكلية نجدها لا تقبل المناقشة أو التقدير الشخصي فهي قطيعة ثابتة و من هنا يكون القاضي أمام أوامر تلزمه بالتنفيذ الحرفي فعمله شبه إلى مقيد و بالتالي فإن حل المشاكل المطروحة أمامه يخضع لمضمون نص القاعدة القانونية فالقواعد التي تجدد مواعيد الطعن في الأحكام سواء بطريقة المعارضة أو الإستئناف أو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا فهي قواعد مقيدة لإرادة القاضي لذلك تسمى هذه القواعد بقواعد النظام العام .

و هكذا نفهم من خلال هذا العرض للصياغة الجامدة أنها تقيد القاضي و لا تترك له مجالا للسلطة التقديرية ، فهو أي القاضي يجد نفسه مضطرا لتطبيق الحل أو الحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية و صارمة ، و من الأمثلة على ذلك ، الصياغة الجامدة التي تحدد سن التمييز أو سن الرشد أو مختلف المواعيد لرفع الدعوى أو لإستئناف الأحكام أو الطعن في القرارات .² ففي هذه القواعد و غيرها لا يترك أي مجال للتقدير بيد أن هذه الطريقة " يؤخذ

¹ -علي فيلاي ، مقدمة في القانون ، المرجع السابق ، ص 186.

² -علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 100.

عليها عدم مرونتها و مجافاتها للعدالة الواقفية بما لا يسمح بمراعاة الفروق الفردية بين أفراد النموذج التشريعي " 1

نفهم من هذا ، أن هذه الصياغة تحقق بالمساواة المطلقة بين أفراد المجتمع ، لكنها لا تراعي عند تطبيق القاعدة القانونية ، الظروف الشخصية للناس ، لهذا وجهت انتقادات لهذه الصياغة و اعتبرت مقيدة لعمل القضاة لذا لجأ المشرع إلى صياغة أخرى .

ثانيا : الصياغة المرنة

هي القواعد التي تبقى الباب مفتوحا للسلطة التقديرية للقاضي لا تضع القاعدة القانونية حلا ثابتا لا يتغير بتغير الأحوال و الظروف و لكنها تقدم للقاضي مقياسا متوسطا للسلوك يستعمله معيارا يستهدي به في القضايا التي تعرض عليه و تكون متشابهة تمكنها ميكانزمات و معطيات عناصر القاعدة القانونية المصاغة في شكلها المرن و هنا يجد القاضي حرية التعامل مع المعطيات المعروضة عليه بحيث تتمثل هذه الحرية في ما سماه المشرع ، السلطة التقديرية للقاضي ، و مثال ذلك في الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه الجار بجاره من أضرار مادية على العقار أو في البستان ، أو في المسائل الجزائية في الضرر المادي و المعنوي الذي يلحقه المتخاصمان ببعضهما البعض إذ للقاضي السلطة التقديرية في حساب قيمة الضرر و تحديد مبلغه بناء على الظروف و الملابس الخاصة كطبيعة العقار و موقعه إذا كان ذلك في المسائل المدنية أما إذا كان ذلك في المسائل الجزائية فتقديره يكون بناء على ملابس الجريمة و الإصرار و التردد في ارتكابها إذ أن

¹ -همام محمد محمود زهران ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ط1 ، 2006 م ، ص 172.

للقاضي سلطة حتى في عدم أخذه بما جاء في تقرير الخبرة الطبية حرفيا بناء على تقديراته الخاصة .¹

أو حساب التعويض عن الطلاق التعسفي حين الطلاق إذ نصت المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري : " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ".²

و يمكن أن نعطي أمثلة على ذلك من قبيل الصياغة التي تقرر إبطال العقد بسبب غلط المتعاقد ، أو بسبب حالة الإستغلال أو القاعدة التي تمنع التعسف في استعمال الحق ، من هنا ندرك أهمية هذه الصياغة المرنة وقدرتها على تحقق العدالة أو العدل الواقعي ، فالقاضي نختار العقوبة المناسبة لظروف كل جريمة و حال كل مجرم .³

و بالنتيجة يمكننا القول أنه من الإستحالة إختيار الصياغة المرنة دون الجامدة ، بل إن القانون يحتاج إليهما معا نظرا لضرورة تطبيق القواعد القانونية على أرض الواقع ويتضح ذلك من خلال نظرة المشرع إلى استقرار و تطور المجتمع و في نفس الوقت تبقى دائما في حاجة إلى الصياغة المرنة لتجاوز الجمود التي تولده الصياغة الجامدة باعتبار أن الصياغة المرنة تؤهل القاعدة القانونية للتكيف مع الظروف الخاصة بالمجتمع ومسايرة ما يحيط به من تغيرات و تأثيرات قوانين المجتمعات المتحضرة التي تجازيه أو يعيش معها فوق هذا الكوكب الواحد .⁴

¹ همام محمد محمود زهران ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقانون ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ط1 ، 2006 م ، ص 172.

² الأستاذ مسعودان ، نور الدين و مراجعة الأستاذ زيتوني : الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 ، الموافق لـ 27 فبراير 2005 ، دار النشر و التوزيع ، ص 188.

³ -علي أحمد صالح ، المرجع السابق ، ص 101.

⁴ كتاب الدكتور حسين كبيرة ، المدخل إلى القانون ، المرجع السابق . ص 90.

هذه إذن ، أنواع الصياغة القانونية ، وهي مهمة جداً لتسيير عمل القاضي وأداء مهمته على أكمل وجه .

المطلب الرابع : القاعدة القانونية في صورتها المنطقية البحتة

تعريف القاعدة المنطقية :

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن تشكل القاعدة القانونية من عنصرين أساسيين هما : الفرض و الحكم

فالأول : الفرض: هو الظاهرة المحتمل تحققها ، أي السلوك المفترض أن يحدث من شخص ما و يشكل واقعة لظاهرة ما .

و الثاني : الحكم : هون ما يجب أن يتحملة الشخص الذي صدر عنه السلوك المفترض أو التصرف أو الفعل .

مثال : كل من سبب ضرراً للغير فهو ملزم بتعويض المتضرر -قاعدة قانونية - . ولو نرزم إلى هذه القاعدة القانونية بالرمز المنطقي الدقيق فإننا نقول : كل (س - ص)

فالمخاطب هنا غير محدد كفرد معين باسمه بل هو متضمن في عدد صوري مجرد في الذين يقع عليهم الحكم والذين ويرتكبون الخطأ الذي يترتب الالتزام بالتعويض .¹

وبالتالي فالعام هنا لا يستثني أحداً ، فالمثقف يصدق عليه الحكم وغير المثقف كذلك والشاب والكبير والبالغ . أما مضمون الحكم فهو إلزامه بالتعويض .

¹ ميشال تروبيه ، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سغد ، المنشورات الفرنسية ، ط1 ، 2004 ، ص 25.

حيث في مثل هذه الحالة لجأ المشرع عند وضعه لهذه القاعدة القانونية إلى افتراض العقل في الشخص الفاعل الراشد ، لأنه كل من فعل وهو حر ، اختار فعله وقدر بعقله النتائج وعواقبها ، أي طرح السؤال : هل هذا الفعل يضرُ العَيْرُ أم لا يضرُهُم؟ .

وهي ميزة في كل عاقل مقبل على أداء فعلٍ ما مهما كان نوع هذا الفعل .

لذلك فإن القاضي قبل إصداره الحُكْمَ ، فإنه يتأكد أن الفاعل حقا لم يأخذ الحذر والحيطة واليقظة الخ . ومنه فإن القواعد القانونية تخاطب عقول الناس وليس عواطفهم .

وبالنتيجة فإن العلاقة بين الفرض والحكم ، هي علاقة استلزام وسببية سبق أن أشرنا إليه في العلاقة الرمزية سابقا س - ص ، إذ كلما تحقق الفرض استلزم حتما أن يتحقق معه الحكم .

ومن خلال ما سبق يتضح أنه لا يمكن لأي شخص في تغيير الحكم أو بالإتقاص منه أو الزيادة . بذلك نجد أن القاعدة القانونية لا يمكن أن تتحقق بشق واحد فقط ، وأنها تتصف بالقهر والإلزام باعتبارها تفرض بالقوة العمومية التي تحكم باسم الشعب جميعا من أجل المحافظة على هدوء المجتمع واستمراره في البقاء واستمرار مؤسساته في أداء خدماتها .¹

وهذا التقسيم بين الفرض والحكم يدل على ترابط المنطق وتداخله مع القانون لأن المنطق يكشف عن مدى شفافية القانون من غموضه أو تناقضه .

إذ كثيرا ما يتداول القضاة والمشتغلين في القانون بصفة عامة ، قولهم أن هذا الحكم أو هذا القرار منطقي ، فهو حين يكتسب هذه التسمية - أي حكم منطقي - فإنه يثير في عقول الناس إعجابا ومنه قبوله ويُدخِلُ في نفوسهم راحة وهدوءا تزول معها مبررات الإحراج والرغبة في انتقاده .

¹ حمدي عبد الرحمان ، أصول القانون ، المرجع السابق ، ص 08.

إذ يتضح لنا مما سبق ان القاعدة القانونية تتضمن علاقة شرطية ضرورية لتحقيقها .

مثال : إذا سبب زيد (س) ضررا لعمر (ص) استلزم أن يعرض زيدَ عمراً على الضرر الذي سببه له .

لكن زيد (س) فعلا سبب الضرر لعمر (ص) .

منه فان النتيجة : لزم أن يعرض زيد (س) عمر (ص) على الضرر الذي سببه له .

وبالتالي فإن الروابط المنطقية بين المقدمات والنتائج لا تتعارض مع للقاعدة القانونية بل تؤكدُها وهي القاعدة التي يلتزم بها القاضي إذ ينطلق من الفرض في توفر الفعل المحتمل وواقعة الضرر الناشئ عنه ، حين يكون بصدد التحقق من الواقعة المطروحة أمامه من أجل إصدار الحكم، ومنه يكون حكم القاضي مؤسسا بمعنى يتضمن الأسس المنطقية والسببية الكافية لتبرير العلاقة بين الفاعل والنتيجة التي ألحقت الضرر بالغير.

وهذا يكشف أيضا عن العمليات المنطقية التي في كثير من الأحيان لا يمكن فصلها عن أي تفكير قانوني إذ نلاحظ أن قوانين الفكر الأساسية جارية في تفكير أي قاض أو مشغل بالقانون أو بالفكر على العموم .

فهي -أي العمليات المنطقية - متضمنة في صميم كل حكم قضائي فلا يمكن أن نتصور قاض لا يراعي قانون عدم التناقض باعتبار أنه لا يوجد نص قانوني يجمع بين الشيء ونقيضه في نفس الوقت إذ لا يمكن أن نتصور في مثالنا السابق - الضرر والتعويض عنه - أن القانون الذي قرر المسؤولية يلغي العقاب على الفاعل الذي سبب الضرر للغير.

ومنه نصل إلى أن عنصري القاعدة القانونية المتمثلان في الفرض والحكم يخضعان لمبادئ العقل - مبدأ الهوية ، مبدأ عدم التناقض ، مبدأ الثالث المرفوع .¹

إن المتتبع لتاريخ المنطق وتحليل مفاهيمه يجد ارتباطا وثيقا بين المنطق واللغة والقانون ، لذلك نجد أن الدراسات في هذا الميدان اهتمت كثيرا بتحليل اللغة القانونية ، ومن أهم مجالات هذه الدراسات ، اتجاه الشراح الذين ركزوا على الاهتمام بالتحليل المنطقي للغة التشريع على وجه التحديد لدى أنصار الوضعية القانونية . باعتبارها موقف يتبنى الاتجاه الشكلي في فهم القانون وتحليله الذي يتعارض دون شك مع النظرة المثالية والواقعية في تحليل وفهم القانون .

إن أقدم تحليلا شكليا للمفاهيم القانونية معتبرا مثلها H.N.Hofild إذا اعتبر المفكر هوفيلد مصل أن الدراسة الشكلية للألفاظ القانونية هي الوسيلة الأنجع لضمان الشكلية للعلاقة القانونية من جهة وللتفريق بينها وبين محتواها الواقعي من جهة ثانية . وتوصل إلى أن العلاقات بين المفاهيم القانونية تقوم على علاقات عكسية متبادلة مثال ذلك :

أولا : المتضادات القانونية :² وهي مفاهيم متناقضة مع بعضها إذ وجودها ينفي وجود الآخر مثال ذلك : مفهوم الحق وعدم وجوده . ومفهوم السلطة وعدم الأهلية أو عدم القدرة .³

أما النوع الثاني : فهو المتقابلات القانونية : وهي على العكس من الأولى إذ هي مفاهيم يقوم أساسها على وجود أحدها على وجود الآخر . مثلا : الحق والمقابل له ، الواجب .

مفهوم المسؤولية وما يقابلها السلطة .

¹ فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 34.

² محمد نور فرحات ، الفكر القانوني و الواقع الإجتماعي ، المرجع السابق ، ص 80.

³ المرجع نفسه ، ص 51.

إلا أن هذه النظرية وجهت لها عدة انتقادات لأنها نظرية اعتمدت على شكل المفاهيم القانونية فقط الأمر جعلها ناقصة .

نظرة جون راي Jean Ray . لقد توصل كثير من الدارسين وشرح القانون أن الدراسات المنطقية والقانونية توصلت إلى وجود علاقة وطيدة بين منطق الجهة عند أرسطو طاليس¹ ومن بين هذه الدراسات ما توصل إليه جون راي من أن اللغة التشريعية يتم صياغتها على نمط الجهة عند أرسو وهي أربعة معايير : (المباح - الواجب - الاختياري - المحرم) .
وقام جون راي Jean Ray بدراسة تطبيقية على القانون المدني الفرنسي فتوصل إلى ما يلي :

أولا : أن كل ما هو مباح قانونا يتوافق مع الممكن المنطقي

ثانيا: كل ما هو فعل اختياري يتوافق مع المحتمل المنطقي .

ثالثا : المحرم القانوني (الممنوع قانونا) يتوافق مع المستحيل القانوني ، بمعنى ان مقتزف الفعل في مثل هذه الحالة يعاقب حتما على فعله باعتبار أن العقل لا يقبل أي مبرر من أجل الإفلات أو تملص الفاعل من مسؤوليته عن فعله .

أولا : أن الواجب المنطقي يساوي الواجب القانوني ، المحرم المنطقي يساوي الممنوع قانونا والاختياري المنطقي يساوي الاختياري القانوني والمباح المنطقي يساوي المشروع قانونا .
ومنه نصل أيضا إلى العلاقات المنطقية التالية :

1- قد يتداخل الواجب القانوني مع المباح القانوني .

2- تتناقض الواجب القانوني مع الممنوع المنطقي لأنه لا يمكن الجمع بين الواجب القانوني و المحرم المنطقي .

¹ حسين عبد الحميد ، محمود مهران ، المنطق القانوني ، المرجع السابق ، ص121.

3 - الواجب القانوني (الواجب المنطقي) يضاد الممنوع قانونا (المجرم منطقيًا).

مثال على ذلك : إذا أصدرت قاعدة قانونية أمرا تفرض به واجبا قانونيا ما وفي نفس الوقت تعاقب من يقوم بهذا الواجب القانوني ،تكون قاعدة متناقضة .

4 - الواجب القانوني (الواجب المنطقي) يتداخل مع المشروع قانونا (المباح المنطقي)

مثال : أن الطالب الجامعي ملزم بالمرور بمراحل الامتحانات والنجاح فيها كشرط من أجل الانتقال من قسم إلى آخر ومن مرحلة إلى أخرى بهدوء وفي طمأنينة قانونية و معقولة منطقية يقبله الجميع .¹

5- تتناقض المشروع قانونا مع الممنوع قانونا إذ من الغير المعقول أن تصدر قاعدة قانونية تمنع وتبيح في نفس الوقت . لذلك فان الأحكام المتناقضة يكون دائما مصيرها الرفض -

ومنه نصل إلى أن عنصري القاعدة القانونية المتمثلان في الفرض والحكم يخضعان .

لمبادئ العقل - مبدأ الهوية ، مبدأ عدم التناقض ، مبدأ الثالث المرفوع .

لذلك فإن محكمة النقض هي محكمة منطق وقانون وليست محكمة موضوع ،باعتبارها الجهة العليا التي يرفع أمامها الطعون بالنقض في الأحكام والقرارات الصادر في الدرجة الأولى من التقاضي ، إذ يلجأ الطاعن إلى فحص القرار المراد الطعن فيه من حيث مدى صحة وسلامة تطبيق القانون من طرف الجهة التي أصدرته .

إذ أن الجهة المطعون أمامها هي محكمة قانون و منطق تنتظر في مدى تتبع القاضي للتسلسل المنطقي ومدى مطابقة تكييف القضايا مع وقائع القضية المحكوم فيها . كما تنتظر من جهة أخرى في مدى احترام القاضي للإجراءات القانونية الملزم بها شكلا قبول أو

¹ فايز محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 192-193.

رفض الدعوى في إجراءات استنتاج حكمه ، فكلما كان حكم القاضي حكما إستوفت فيه الإجراءات و رعيت فيه الجوانب الشكلية مراعاة سليمة لم ينقض حكمه أو قراره وكان الطعن فيه غير مؤسس وكلما لم يحترم هذه الإجراءات كان قرار المحكمة العليا فيه بالنقض وإحالته إلى نفس الجهة القضائية من اجل النظر فيه بتشكيلة جديدة وفقا للقانون . إذ أن التسلسل المنطقي لقاضي الحكم ينطلق من مقدمات ثم يصل إلى نتائج لازمة عنها لزوما منطقيا .

فالمحكمة العليا تنتظر أيضا من جهة أخرى إلى عريضة الطاعن إن كان قد احترم الجانب الشكلي في طعنه مثلا : هل احترم الشروط الشكلية المتمثلة في احترام الآجال المنصوص عليها وان طعنه جاء في الآجال ومنه فانه يكون طعنه مقبولا شكلا ؟.

ومن جهة أخرى ولتنظيم العلاقة بين محكمة المنطق والقانون ومحكمة الموضوع فان المشرع وضع أوجها حددتهم المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 505 من قانون الإجراءات الجزائية وهذا بغرض عدم التيه واللجوء إلى فتح عدة أوجه مخترعة من طرف الطاعن ومن هنا كانت عرائض الطعن بالنقض عرائض تقنية دقيقة تقف دقتها على رأس الإبرة .

لأن المحكمة العليا تنتظر إن كان القاضي إستعان بقواعد المنطق في تأسيس حكمه أم لا ؟ هل كان تكييفه للوقائع سليما ؟.

ومنه يتضح الدور الكبير الذي تلعبه محكمة النقض في تفعيل قواعد المنطق ،المتضمنة في سياق الحكم في اللغة القانونية لقراراتها . وهي من هذه الجهة توحد عمل القضاة على كل المستويات بناءا على القواعد القانونية الموحدة المتبعة في الإجراءات الشكلية وفي التحليل والتأسيس القانوني في استنتاج خلاصة الأحكام التي يصدرونها.

إذ أصبحت هذه القواعد المنطقية بمثابة عادات عقلية تحقق بفضلها استقرار القضاء الذي حقق بدوره نصرا عظيما في تطور المنظومة القانونية و الاستقرار القانوني . ومنه فان دور محكمة النقض باعتبارها محكمة قانون هو دور سيادي إذ تصبح كل القرارات التي تصدرها حجة أمام قضاة الدرجة الأولى وأمام المجالس القضائية في كل القضايا التي تشابه القضية التي صدر قرار المحكمة العليا فيه .

وعليه فان المحكمة العليا لا تطبق النص الحرفي للقانون بألفاظه بنفس لغة المشرع وإنما تتناوله بالشرح والتفسير العلمي والتأصيل المنطقي.

لذلك فهي قد حلت عدة خلافات كانت غامضة وسدت عدة فراغات قانونية ظلت لفترة زمنية طويلة نقطة قانونية مظلمة .

المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون تنظر في المسائل القانونية والمنطقية والإجرائية ولا تناقش موضوع القضية .

لكن الجدير بالملاحظة هو أن المشرع لم يكتف بوضع قواعد واحدة الكاملة أو الأمرة بل وضع قواعد قانونية أخرى تسمى بالقواعد المكملة باعتبار القواعد الأولى أي الكاملة لا يجوز الخلاف فيها لأنها تفرض أمرا وواجبا قانونيا بينما القواعد المكملة يجوز الاختلاف فيها لأنها تقترح اختيارا قانونيا : مثال ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي عدل: إذ التظلم في القانون القديم كان واجبا قونونا قبل اللجوء إلى رفع الدعوى أمام الجهات المختصة

بينما في القانون الجديد قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ عدل الإجراء في التظلم وفي مادته 830 نصت على ما يلي : " يجوز

للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلماً إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829.¹

¹ أنظر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المرجع السابق ، بتصرف .

المبحث الثالث : الآثار الإيجابية و السلبية المترتبة على قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول : الآثار الإيجابية

يمكن حصر الآثار الإيجابية المترتبة على قانون الأسرة الجزائري فيما يلي:

- 1- المرجعية الشرعية لقانون الأسرة [11]: وهي أولى إيجابياته، بحيث اعتمد المشرع الجزائري أساسا عند وضع القانون على الشرعية الإسلامية، وقد ورد في ديباجة المشروع التمهيدي ما يلي: "اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية:
 - 1- القرآن الكريم.
 - 2- السنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث.
 - 3 - الإجماع.
 - 4- القياس.
 - 5- الاجتهاد.
 - الفقهاء على المذاهب على المذاهب الأربعة .

2- مجارته لعرف المجتمع الجزائري: فهو لم يصطدم بما تعارف عليه أفراد المجتمع من أعراف وأحكام، فاستعماله مثلا: لكلمة "الفاحة" في المادة السادسة دليل على ذلك، إذا عرفنا أن المراد من استعمالها هو التعبير عن عقد الزواج الذي يتم طبقا للشرعية الإسلامية، إذ أُلّف الناس قراءة سورة الفاتحة بعد تمام العقد الشرعي، ثم أصبح يُعبّر عنه "بالفاتحة".

3- استيعابه لمعظم الأحكام الخاصة بالأسرة: وذلك بصياغة قانونية مقبولة للأحكام الشرعية يسهل تطبيقها من قبل القضاة، والعودة إليها من قبل رجال الشريعة والقانون على السواء.

4- الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم ورود النص [12] فقد نصت المادة 222 على ما يلي: ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة

الإسلامية))، فهذا النص يسمح للقاضي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية - دون تحديد لمذهب فقهي معين - إذا عُرِضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نص قانوني.

إذ من خلال هذه العناصر نجح المشرع في وضع الأركان الأساسية التي يتبعها في وضع القواعد القانونية التي تحكم التعامل في شؤون الأسرة الجزائرية على أسس إسلامية . محافظة مع تفتحها على القيم الإنسانية بعيداً عن الغلو والإسراف.

ومن جهة أخرى ساير المشرع ما يجري حوله من تطور إذ سنَّ بعض القواعد القانونية في الأمر رقم (05-02) المعدل والمتمم .خاصة بالتطليق : فاخترنا في هذا المطلب بعض المواد من قانون الأسرة ، المادة 53 التي منحت للمرأة الحماية الشرعية والقانونية التي تحافظ بها على كرامتها وإنسانيتها من أجل أن تعيش بكرامتها .إذ ونظرا أنه في كثير من الحالات حين تعكر صفاء العلاقة الزوجية والأسرية ويشد الخلاف بين الزوجين وتضيق الحياة بما رحبت داخل الأسرة ويكثر الشجار والعنف في مشهد علني أمام الأولاد وينكسر الاحترام العائلي . والذي تكون فيه الزوجة في أغلب الأحيان هي الضحية ففي هذه الحالة نصت المادة 53 على ما يلي : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :¹

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78 و 70 و 80 من هذا القانون . إذ يتبين لنا أن هذه المادة حمت الأولاد والزوجة من خطر الموت جوعا وهزت شعور المرأة بأولادها من أجل إلزام الأب بتوفير الغذاء لهم . وهنا على القارئ أن يتأمل جيدا نص الفقرة التالية : بعد صدور الحكم بوجوبه" بمعنى أن الزوجة تتجه أولا إلى قاضي شؤون الأسرة من أجل مطالبة الزوج بالإنفاق وتصدر حكما فإذا بقي الزوج على حالته لا ينفق ، فإنه لم يبق للزوجة إلا اللجوء إلى التطليق .

¹ المادة 53 من الأمر 02-05 المعدل و المتمم ، ص 19.

وهنا تظهر الوسائل التي سلّح بها المشرع الأم من أجل حماية أبناءها من الضياع والموت جوعاً نزولاً عند الفقرة الأولى من المادة 53 من الأمر 05-02 المعدل والمتمم .¹

كما وردة في الفقرة فقرات الأخرى من نفس المادة أي 53

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الزواج .

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

4-الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة ، فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية .

يلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع حرر الزوجة من البقاء رهينة العذاب في حالة ما إذا كان الزوج منحرف و سن لها المواد القانونية التي تحفظ بها شرفها .

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة

6- كل ضرر معتبر شرعاً ولاسيما إذا نجم عن مخالفته الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37).

7 -ارتكاب فاحشة مبينة .

وخلاصة ما نستنتجه من خلال هذه المادة هو حرص المشرع على إعطاء الزوجة الحق في التخلص من الزوج الغير مسؤول أو المنحرف ، أو الذي يهمل أسرته دون عذر .. ومنه فان هذا يمثل الجانب الإيجابي في المحافظة على تماسك الأسرة واستمرارها باعتبارها الخلية الولي للمجتمع .

¹ منصورى نورة ، التطبيق و الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، د ت ، ص 16-19 (بتصرف)

من المقرر شرعا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج ، وعملا بهذه القاعدة فعدم التفريق هو أخف الضررين .

"كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل وهو مقصود أصلي من الزواج ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي .¹

أما الطريقة الثانية التي وضعها المشرع كحق للمرأة من أجل فك الرابطة الزوجية هي الخلع : فما هو الخلع في اللغة : بفتح الخاء تعني الكلمة النزاع ومنها يقال خلع فلان ثوبه خلعاً.والخلع بضم الخاء هو المقصود هنا ويعني طلاق المرأة ببذل منها أو من غيرها .

أما اصطلاحاً يعني : "إزالة ملك النكاح بعوض"²

كما عرفته المالكية بأنه طلاق بعوض .

فقد ورد في المادة 54 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 . أن للمرأة الحق في أن تخالع زوجها بعوض أي بمقابل مالي إلا أن المشرع على سبيل المثال أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بزواج صحيح ، كانت العلاقة الزوجية فاسدة فلا يقع الخلع .

إذ نصت المادة 54 على ما يلي : " يجوز للمرأة أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."³

¹ محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية و قانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 1991 م ، ص 30.

² الفيروز أبادي ، محمد الدين بن يعقوب ، القاموس المحيط ، الجزء 3 ، دار الفكر ، 1995 ، ص 18.

³ نبيل صقر ، دليل الأسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، د ت ، ص 22.

ومما سبق يتضح كيف أن المشرع منح للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية وإزالة الغبن الذي تكون تعاني منه وهذا بالطرق القانونية المشرعة الأمر الذي يؤكد الجانب الإيجابي لهذه المواد على تماسك الحاضنة مع الأولاد .

المطلب الثاني : الآثار السلبية

يمكننا أن نرصد هنا بعض الآثار السلبية وهي :

تنص المادة 07 من قانون الأسرة على ما يلي : " ف/1 تكتمل أهلية الرجل و المرأة معا في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج .¹

ف/2 يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيمال يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

إن النظرة المنطقية و التحليلية لهذه المادة يكشف لنا أنها متناقضة في مضمونها بحيث أنها حددت سن الزواج بـ 19 سنة نزولا نص المادة 40 من القانون المدني الذي حدد سن الرشد بـ 19 سنة لدى الرجل و المرأة على حد سواء إذ تنص المادة 40 من القانون المدني على مايلي : " ف/1 كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه كان كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية "

ف/2 وسن الرشد 19 سنة كاملة

إلا أننا نقرأ ما بقي من المادة 07 في الفقرة الثانية : " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات "

¹ مسعودان نور الدين ، المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في

.2005/02/27

نجد أن هذه المادة تتضمن تناقضا صريحا بين نصها على اكتمال الأهلية الرجل و المرأة في الزواج بـ 19 سنة و من جهة أخرى فإنها حملت الزوج الذي لم يبلغ سن الرشد الزواج الذي كان لزوجاه ترخيصا من القاضي المختص ، المسؤولية الجزائية التي تنتج عن الطلاق بنفس النظرة إلى الرجل الذي بلغ سن الرشد عند الزواج 19 سنة .

و هنا يكون المشرع نظر إلى غير الراشد و الشخص الراشد في تحميلهما المسؤولية .

المادة 07 مكرر و التي نصت على ما يلي : " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤشر بذلك في عقد زواجهما " ¹

يؤخذ على هذه المادة أنها أقحمت المقبلين على الزواج في ربط زواجهما بالفحص الطبي إلا أنها لم تحدد ما هي هذه الفحوصات و من هو الطبيب المختص الذي يمكن أن يحررها و اكتفت بالقول وثيقة طبية ؟ إذ أن هذا التعميم و الضبابية تبعد المطبق للقانون عن الواقع.

أما المادة 07 مكرر فإنها نصت على وجوبا تقديم وثيقة طبية لا يتجاوز تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

يؤخذ على هذه المادة أنها أوجبت على المقبلين على الزواج وثيقة الفحص الطبي إلا أنها لم تحدد نوعية هذه الوثيقة و من أي اختصاص في الوقت نفسه فإن هذه الوثيقة يجب أن تثبت خلوهما مكن أي مرض بوثيقة واحدة ؟ إن الفحص الطبي الذي يثبت خلو الشخص من أي مرض دون شك لا يمكن التعبير عنه إلا بتحليل و عرض على الأشعة.... الخ وهذا قد يتطلب أشهرا إلا أننا في الواقع و عند طلب أحد الزوجين يمكن أن تكون الوثيقة الطبية

¹ مسعودان نور الدين ، المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 ، المرجع السابق ، ص 10.

مسلمة من أي طبيب عام ، الأمر الذي قد يرتب مشاكل بين الزوجين مع مرور الأيام و اكتشاف المرض إن وجد و أخفاه أحد الزوجين .

المادة 11 نصت من قانون الأسرة على ما يلي : تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون .

بالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تنظم مجلس العقد الذي يتم حسب قواعد الشريعة بزواج وزوجة و صداق وولي و شاهدي عدل و الإمام إلا ما يلاحظ هنا هو الحرية المطلقة التي منحها للمقبلة على الزواج في اختيار الولي و إذ نتكلم عن الحرية لا نقصر من حق المرأة في التمتع الكامل بها إلا أننا و نحن بصدد عقد قران منظم بمواد قانونية مأخوذة من مصدر الشريعة الإسلامية بالدرجة الأولى فإننا نتساءل في بعض الحالات ، من هو الولي الذي تختاره المقبلة على الزواج في حالة ضرورتها لذلك ؟ و لماذا لم يضع المشرع شروطا أخلاقية للشاهدين أو سيرة حسنة تبين نزاهتهم و مناسبتهم لمثل هذا المقام خاصة أن مثل هذا المجلس قد عنه أبناء إما نافعين للمجتمع و إما العكس ، ثم ألا يمكن أن تختار المقبلة على الزواج زميلها في الإنحراف و ليا لها ؟ إننا نرى أن المشرع لم يوجه أهدافه بدقة في وضعيه هذه القاعدة القانونية .

المادة 22 نصت على مايلي : ف/1 " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " ¹

ف/2 " يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

¹ مسعودان نور الدين ، المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 ، المرجع السابق ، ص 13.

حيث إذا اعتبرنا أن المادة 22 من قانون الأسرة ، قاعدة قانونية آمرة تتصف بالتعميم و التجريد ،فإنها تصدق على كل زواج غير مسجل باعتبار أن المشرع لم يذكر في نص المادة نوع الزواج .

و منه فإننا صغنا نص المادة 22 في القياس التالي :

-كل زواج لا يسجل في الحالة المدنية في وقته يثبت بحكم قضائي .

-الزواج العرفي لم يسجل في الحالة المدنية في وقته .

-الزواج العرفي يسجل في الحالة المدنية بحكم قضائي .

حيث بالرجوع إلى نتاج عقد الزواج نجد أن يرتب نسبا و منه إرثا و حقوقا ، بحث في كثير من الحالات تؤخذ حقوق الناس من هذه الثغرات القانونية ، إذ كيف يمكن تثبيت زواج بشاهدين لم يحضروا الزواج خاصة إذا كان المقصود إثبات زواجهما قد ماتا وعاشا في قرن لم يعيش فيه الشاهدان ؟

أما من ناحية أخرى فإن هذه المادة تتناقض مع نص المادة 08 من نفس القانون ، بحث نصت المادة 08 في الفقرة الثانية : " و يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها ، و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية " ¹

حيث " نلاحظ حين نقارن بين النصين نجد أن المشرع ترك فراغا قانونيا بين المادتين بحيث يستطيع الراغب في إعادة الزواج أن يلجأ إلى طريقة الزواج العرفي و يعقد وبعد يلجأ إلى تثبيت الزواج أمام المحكمة المختصة بحكم قضائي مبني على شهادة بشاهدين .

¹ المرجع نفسه ، ص 11.

خاصة إذا أصبح له أولاد من الزوجة الثانية إذ يصبح أمر تثبيت الزواج بحكم قضائي حق للزوجة الثانية تفرضه الواقعة على القانون و منه فإن نص المادة 08 لا يعود له أثر قانوني إذ يتضح أن المشرع لم يراع هذا التناقض و عدم التنسيق بين مضمون نص المواد .

حيث بالرجوع إلى المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري فإنها نصت على مايلي : في حالة الطلاق ، يجب على الأب أن يوفر للممارسة الحضانة سكنا ملائما للحضانة و إن تتعذر بدل الإيجار ، و تبقى الحاضنة في البيت الزوجي حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن "

ما يلاحظ على هاته المادة أنها لم تلزم الزوج من الخروج من البيت الزوجي بعد أن أصبح أجنبيا على طليقته و هي أجنبية عليه و هذا ترتبت عنه مشاكل إذ في كثير من الحالات وقعت علاقات غير شرعية ترتب عنها أبناء و لإخفاء السر أعاد الطرفين الزواج مرة أخرى بشود ثم سجلوه و من مجرد تسجيل المولود عادت الحالة مرة أخرى إلى الطلاق ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن كثيرا من الآباء يلجؤون إلى الطرق الإحتيالية من أجل كراء سقفا في مناطق بعيدة أو ريفية تفتقر لأدنى وسائل الحياة و كل هذا من أجل التهرب من دفع مبالغ بدل الإيجار المحكوم بها إذ في كثير من الأحيان يقدم الأب العرض على طليقته بمحضر قضائي ولما لا تلتحق بالمسكن يضيع حقها في بدل الإيجار و تنتشر الأسرة لتخرج إلى العراء و الشارع ودائما يكون الأولاد هم الضحايا .

و كشهادة على ذلك فإن السيد وزير العدل الجزائر يصرح أمام المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2017/12/08 على ما يلي : " ارتفعت معدلات الطلاق في الجزائر مقارنة بالسنوات الماضية و هو ما اعتبره مسؤولون و باحثون مؤشرا على تحول إجتماعي كبير في طبيعة الأسرة الجزائرية إذ كشف تقدير قدمه وزير العدل في البرلمان أن المحاكم الجزائرية سجلت أكثر من 68 ألف حالة طلاق خلال 2017 ، مقارنة بنحو 349 ألف حالة زواج

تتمثل حالة الطلاق نسبة 20 بالمائة من مجموع حالات الزواج المسجلة ووصف الوزير هذه الأرقام بأنها زلزال يهدد كيان الأسرة الجزائرية و يخلف آثارا سلبية في المجتمع و العائلة خصوصا على الأبناء " .

و جاء في تقرير الوزير أيضا أن المعدل السنوي للطلاق في الجزائر استقر خلال الفترة من 2012 إلى 2016 ، عند نحو 60 ألف حالة طلاق سنويا تتنوع بين الطلاق بالتراضي و الطلاق المطبق من طرف القاضي و الطلاق بالإرادة المنفردة . " و لقد توصل الملتقى الوطني الثاني حول الإتصال وجودة الحياة في الأسرة أيام 09-10 من أبريل 2013 أن من أهم العوامل التي تؤدي لإهمال لأسرة لأبنائها هي الفقر والتفكك الأسري (الطلاق) خاصة في مدينة تيبازة باعتبارها أكثر الولايات فقرا و في هذا المجال سجل الملتقى عن الإحصائيات التي سجلت نسبا مرتفعة للطلاق في الجزائر بلغت حسب نتائج الإحصاء العام للسكان و السكن لسنة 1998 .. 220890 شخص (82 بالمائة منهم نساء) .

كما سجل الملتقى أن النساء الحاضنات للأطفال في معظم الحالات تحرم من السكن الزوجي و لا تتكفل بهم أسرهن و يشتغلن بأجرة زهيدة غير دائمة و أن الأسرة الجزائرية قد أصيبت في كيانها و وحدتها من جراء هذه الأعباء .

الخصائمه

الخاتمة :

بعد انتهائنا من عرض مضامين الإجابات التي توصلنا إليها من خلال تحليلنا المتواضع لموضوع بحثنا ، كان لزاما أن نعرض جوابنا على الإشكال الذي طرحناه ، فمن خلال تتبعنا التحليلي لفصول هذا البحث ، تبين لنا أن موضوع قانون الأسرة الجزائري يطرح فعلا مشكلا فكريا منطقيًا قانونيا أصيلا متجذرا في أبعاد كل المراحل الحضارية ، و هو لا يزال لحد الآن مطروحا بشكل واضح بين أيدي الباحثين ، إلا أن عدم تناوله بالقدر الكافي من طرف الباحثين الأكاديميين المتخصصين جعله موضوعا مغيبا لزمّن طويل ، ولعل هذا التغييب يرجع في نظرنا الى أسباب ايدولوجية تندرج في سياق الصراع الحضاري خاصة و أن مثل هذه المواضيع الحساسة ، ظلت في متناول القواعد العرفية أو الدينية ، و لم تخضع لحوار اجتماعي حر و ديمقراطي ، إلا في بعض الدول العربية والإسلامية .

و منه يمكننا أن نسجل بعض النتائج التالية :

1. لقد تبين لنا من خلال هذا البحث : أنه من صلب الأبحاث المنطقية ، إذ و أثناء مراحل بحثنا تعرفنا على مذاهب مختلفة في فلسفة القانون تناولت هذا الموضوع برؤى مختلفة مثل النزعة الشكلية و النزعة الوضعية و النزعة التجريبية ، الأمر الذي أثبت لنا أنه من صلب الأبحاث المنطقية و القانونية معا و في هذا السياق اكتشفنا أنه موضوع ازدهر في البلدان الغربية بصورة واسعة ، خاصة في فرنسا في القرن الثامن عشر و التاسع عشر خاصة مع أبحاث جورج كالينوفسكي البولوني الذي عاش في فرنسا و تقلد فيها عدة مناصب في الجامعات الفرنسية ومراكز أبحاثها ، كما كان لهذا الموضوع أيضا باحثين في بريطانيا و ألمانيا .

و لهذا كان له أثر كبير في تطوير المنظومة القانونية في تلك البلدان ، خاصة أنه ظهر في عصر ازدهار العلوم و الصناعة فكانت آثاره ظاهرة في شتى مجالات الحياة العامة خاصة

في التجارة بفضل التشريع المرن للقواعد القانونية المسهلة لربط العلاقات و إبرام الصفقات وسهولة الحصول على حقوق المتقاضين أمام المحاكم .

2-تبين لنا مدى تغييب هذه الدراسة في البلاد العربية و الجزائر بالخصوص و لعل سبب ذلك أن المفكر في البلاد الإسلامية حين يفكر في وضع القواعد القانونية يجد نفسه أمام توجهين بمعنى أن هناك ضغوطا يعيشها المشرع في كل بلدان العالم تتدخل في تغيير القوانين و تتدخل في وضعها ، و هذه المنظمات هي على سبيل المثال : منظمة اليونسيف التي تعتنى بحماية الطفولة ، المنظمة العالمية لحقوق الإنسان ، منظمة الأمهات العازبات إلى غير ذلك .

و من جهة أخرى يجد المشرع أيضا نفسه ملزم بعدم الخروج عن متطلبات المجتمع المحلي الذي يشرع له من حيث مبادئه و أصوله الدينية و العرفية و هنا يكمن الإشكال الذي مازال يواجه المشرع العربي و الجزائري بالخصوص .

إلا أننا و نحن نتناول مواد قوانين الأسرة بالنقد و التحليل تبين لنا أن المشرع الجزائري تصرف مع هذه الإزدواجية بطريقة يرضي فيها الطرفين : أولا : الطرف الذي دعا الى تطبيق النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة و ثانيا : الطريقة العرفية ، إذ من الثابت قانونا أن الذي يريد أن يتزوج من ثانية -أي التعدد يعلم الزوجة الأولى و المرأة المقبل على الزواج بها زوجة ثانية ثم يقدم طلبا الى المحكمة و ينتظر موافقة القاضي .

و نظرا لأن هذه الطريقة تأخذ من الوقت الطويل و تعترضها عقبات قد يتسبب فيها رفض الزوجة الأولى ، أو من القاضي الذي له كل الصلاحيات في رفض الطلب بناء على عدم موافقة الزوجة الأولى أو تقدير القاضي فيما يخص القدرات المادية لطالب الزواج ثانية، و هنا لجأ المشرع الى حل هذا الإشكال بطريقة ذكية ، إذ أوجد في التشريع مواد تسمح بتسجيل الزواج بزوجة ثانية بل ورد في المادة تسجيل الزواج الغير مسجل و من هنا أصبح

من السهل على كل راغب في التعدد أن يتزوج عرفيا ثم يرفع دعوى تثبيت الزواج أمام المحكمة المختصة و منه يصبح الزواج رسميا بموافقة القاضي الذي لم يعرض عليه الطلب و بدون موافقة الزوجة الأولى التي لم تكن تدري أصلا بهذا الزواج من قبل و رغم التناقض القانوني الموجود في هذه العملية إلا أننا اكتشفنا أن المشرع حمى بها النسل و النسب و حل كثيرا من المشاكل التي قد تحدث تراكمات لمشاكل الهوية و الحالة المدنية التي قد تنفرع عنها مشاكل أخرى .

3-من خلال بحثنا أيضا تبين لنا أن في التشريع الخاص بقانون الأسرة هفوات قانونية و ثغرات ناتجة عن عدم متابعة دورية لجمع المعلومات الدقيقة الخاصة بعدد حالات الطلاق كل سنة ، و من ثمة الإطلاع على مضامين أحكامها و ملفات موضوعها التي قدمت لأمانة الضبط المحكمة و الخاصة بكل قضية و التي على أساسها إستنتج القاضي حكمه .

و من أهم المشاكل التي يمكن أن نقدمها في خاتمة بحثنا هو جلسات الصلح التي حددها المشرع الجزائري بثلاثة أشهر تحسب من تاريخ رفع الدعوى حيث تبين لنا من خلال المنطق الذي يفرضه الواقع استحالة قدرة القاضي على تطبيق هذه المادة ، إذ كيف يستطيع القاضي لوحده أن يجري صلحا مع خمسين زوجا في الجلسة الواحدة الذين يحبون 100 أثناء سماعهم معا في جلسات الصلح ؟ فما هي القدرات النفسية و العقلية و الصحية و البدنية التي تمكنه من النجاح في التقريب بين وجهات النظر بين المتخاصمين المعروضة أمامه .

في هذا الصدد تبين لنا أن القضاة في أقسام شؤون الأسرة يعانون ضغطا ناتجا عن كثرة الملفات بكل ما تحتويه من تناقضات في مضمونها إذ أنهم لا يقدرّون على أداء عملهم على أحسن ما يرام و منه يترتب الإخفاق في الوصول الى الهدف من جلسات الصلح المتمثل في إرجاع الأسرة الى الحياة العادية ، الأمر الذي حول الأحكام في هذا الإختصاص الى فك الرابطة الزوجية في أغلب القضايا .

و منه تبين لنا ضرورة الإسراع في إعادة النظر في مشكلة جلسات الصلح وقانونيا حسب ما يقتضيه المنطق و الواقع المتغير باستمرار و هذا دفعنا الى التفكير في ضرورة إيجاد دخل التي يمكن أن تحل هذه المعضلة القانونية إذ بدا لنا أنه من الضروري الإستعانة في جلسات الصلح بأخصائيين نفسانيين و اجتماعيين يكونان معينان لقاضي الحكم .

كما رأينا أن مهام الأخصائيين تبدأ قبل جلسة الأولى مع القاضي ، و أن يكون مكتبهما بالمحكمة ، و تنحصر مهامهما في سماع المتخاصمين و تلخيص ذلك في محاضر يعرضونها على القاضي ، و هذه المهمة توزع المهام على أصحاب الإختصاص ، إذ كيف يمكن للقاضي بصفته رجل قانون أن يعرف خبايا الأسرار النفسية و الإجتماعية للمتخاصمين ؟ و يكون لهذه المهام تقنين مشترك بين وزارة العدل و وزارة التضامن .

4- كما تبين لنا من خلال معالجتنا لهذا البحث مشكلة عويصة تتمثل في فراغ قانوني في تحديد مواصفات السكن الملائم للحاضنة و تحديد بعده عن البيت الزوجي و بيت الأهل . و ارتأينا أيضا أن نقترح لحل هذا المشكل من أجل سد الفراغ القانوني .

في حالة توفير المسكن الملائم يجب أن يخضع للشروط التالية :

أولا : إبرام العقد عند موثق معتمد ورجل وثيقة سكن ملائم صادرة عن المصالح البلدية شرطا ضروريا لإبرام العقد عوض الطريقة المعمول بها حاليا قبول العقد العرفي لدى الكاتب العمومي تفاديا للتزوير .

و خلاصة ما يمكن أن نشير اليه على العموم فإن المشرع الجزائري لم يراع التناسق المنطقي بين قانون الأسرة و بقية الإختصاصات خاصة منها القانون المدني وبالخصوص المادة 40 التي حددت سن الرشد بـ 19 بالنسبة للرجل و للمرأة في حين أن المادة 65 فرقت بينهما في السن الذي تنتهي فيه الحضانة إذ نصت المادة على مايلي : تتقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة

بالنسبة للذكر الى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية إذ لا يمكن لرجل المنطق أن يفهم هذا التناقض بين مادتين من نفس القانون .

و منه يتضح أن هذا البحث كشف عن جوانب تمثل مشكلات منطقية حقيقية في هذا البحث تستحق أن تكون موضوعا لدراسات هادفة من طرف المشتغلين بهذا النوع من الأبحاث .

قائمة المراجع و المصادر

أولاً : المراجع و المصادر :

- 1.ابتسام القوام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ،قصر الكتاب البلدية .
- 2.ابن الصلاح ، فتاوي ومسائل ابن الصلاح ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي المجلد الأول ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1986 م .
- 3.ابن خلدون ، المقدمة ،دار القلم ، بيروت ، ط9 ، 1989 م .
- 4.ابن سينا ، الإشارات و التنبيهات ، الجزء الأول ، تحقيق سليمان دنيا ،دار المعارف ، بيروت ، ط3 ، 1985م .
- 5.ابن سينا ، الشفاء ، تحقيق سعيد زايد ، المؤسسة المصرية العامة للتأليف و الترجمة و الطباعة و النشر ، القاهرة ، 1964 م .
- 6.ابن سينا ، النجاة في المنطق و الإلهيات ، تحقيق عبد الرحمان عميرة ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، 1412هـ .
- 7.أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، دار المصحف الشريف ، الجزائر ، ط2 ، 2000 م
- 8.أبو حيان التوحيدي ، الإمتاع و الموانسة ، مراجعة هيثم خليفة الطعيمي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ط1 ، 2003.
- 9.أبو حيان التوحيدي ، المقاييسات ، تحقيق حسن السندوبي ، دار الكتاب الإسلامي ، القاهرة ، ط2 ، دت .
- 10.إحسان محمد الحسن ، المدخل إلى علم الإجتماع ، دار الطليعة للطباعة و النشر ، ط1 ، 1988 م .

11. أحمد أبو الوفاء ، تاريخ النظم القانونية وتطورها ، بيروت ، ط1 ، 1984 م .
12. أحمد أمين ، ضحى الإسلام ، الجزء الثاني ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط1 ، 1935 م
13. أحمد محمد مبارك الكندي ، علم النفس الأسري ، مكتبة الفلاح للنشر و التوزيع ، الكويت ، ط2 ، 1992 م .
14. إمام الأئمة و عالم المدينة ، مالك بن أنس رضي الله عنه ، الموطأ ، تحقيق و دراسة أبو عبد الله محمود بن جميل ، دار الإمام مالك ، الجزائر .
15. اندريه لالاند ، موسوعة لالاند الفلسفية ، تعريب خليل أحمد خليل ، المجلد 1 ، منشورات عويدات ، لبنان ، باريس ، ط2 ، 2001 م .
16. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة ، دار الجامعة الإسكندرية ، ط1 ، 2005 م.
17. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط2 ، 2002 م .
18. بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، 2007 م.
19. توفيق الطويل ، أسس الفلسفة ، كلية الآداب ، جامعة القاهرة ، مكتبة النهضة المصرية ، ط3 ، 1958 م .
20. جول تريكو ، المنطق السوري ، ترجمة محمود يعقوبي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د ، ت

21. جيمس هنري برسند ، انتصار الحضارة ، تاريخ " الشرق القديم ، ترجمة احمد فخري ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، 1969 م
22. حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، د.ت .
23. حسام الأهواني ، أصول القانون ، القاهرة ، 1988 م .
24. حسين بن شيخ أملويا ، المرشد في قانون الأسرة ، دار هومة ، الجزائر ، د.ت .
25. حسين عبد الحميد ، محمود مهران ، المنطق القانوني ، القاهرة ، 1966 م .
26. حسين كيرة ، مدخل إلى القانون ، منشأة المعارف الإسكندرية ، د.ت ، 1993 م .
27. حمادي العبيدي ، الشاطبي و مقاصد الشريعة ، منشورات كلية الدعوى الإسلامية ، طرابلس ط1 ، 1992 م .
28. دليلة فركوس ، تاريخ النظم القديمة ، أطلس للنشر ، الجزائر ، 1993 م
29. الرازي ، محمد بن أبي بكر عبد القادر ، مختار الصحاح ، طبعة عيسى الحلبي ، د ، ت .
- 30.
31. الزلمي مصطفى ابراهيم ، فلسفة القانون، مطبعة ناراس ، منشورات منتدى الفكر الإسلامي ، أربيل ، 2010 م .
- 32.
33. الساوي ابن سهلان ، البصائر النصرية ، تحقيق الشيخ محمد عبده ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ، د.ت .

34. سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الأصالة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1 ، 2012 م .
35. سمير عالية ، علم القانون و الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1991 م
36. السيد العربي حسن ، الإستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الإجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط1 ، 1999 م .
37. السيد سابق ، فقه السيرة ، المجلد 3 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط1 ، 1971م
38. الشاطبي (أبو اسحاق) ، الإعتصام ، الجزء الثاني ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1982 م
39. الشاطبي (أبو إسحاق) بالموافقات ، الجزء الأول ، تحقيق محمد عبد الله دراز ، ط1 المكتبة التجارية الكبرى ، د ت .
40. شفيق الجراح ، دراسات في تاريخ الحقوق و المؤسسات الحقوقية في بابل المطبعة الجديدة دمشق ، ط1 ، 1978 م .
41. صالح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1929 هـ ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، د ت .
42. صالح فركوس ، تاريخ النظم القانونية و الإسلامية ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، 2001 م .
43. صلاح الدين شروخ ، الوجيز في المنهجية القانونية التطبيقية ، دار العلوم للنشر والتوزيع .

44. صوفي حسن أبو طالب ، تاريخ النظم الاجتماعية و القانونية ، القاهرة ، 2007 م .
45. عاطف غيث ، علم اجتماع النظم ، دار المعارف ، بيروت ، ج2 ، 1967 م .
46. عاطف وصفي ، الأنثروبولوجيا الإجتماعية ، دار المعارف للطباعة و النشر ، القاهرة ، ط1 ، 1997 م .
47. عبد الحكيم الدنون ، التشريعات البابلية ، دار نحلاء الدين ، دمشق ، ط1 ، 2000 م
48. عبد الرحمان بدوي ، المنطق السوري و الرياضي ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ط1 ، 1997 م .
50. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الخامس ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط3 ، 2011 م.
51. عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مؤسسة رسالة ، بغداد ، ط5 ، 1976 م .
52. عبد المجيد عبد الحميد الأبياني ، تاريخ الفقه الإسلامي ، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع ، مصراته ، دار الأفاق الجديدة ، دار البيضاء ، ط1 ، 1994 م
53. عبد الناصر توفيق العطار ، الوجيز في تاريخ القانون ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، 1970 م .
54. عبد الهادي الفضلي ، مذكرة في المنطق ، مؤسسة دار الكتاب الإسلامي ، ط1 ، 1409 هـ ، 1989 م .
55. عبد الوهاب خلاف ، علم أصول الفقه، الزهراء للنشر ، الجزائر ، ط1 ، 1990 م .

- 56.العربي بختي ، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة ، كنوز الحكمة ، الجزائر ، ط1 ، 2013 م
- 57.عصام طوالي الثعالبي ، مدخل عام إلى تاريخ القانون ، النظم القانونية القديمة ، دار هومة ، الجزائر ، ط1 ، 2016 م .
- 58.علي أحمد صالح ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، دار بلقيس ، دار البيضاء ، الجزائر ، ط1 ، 2016 م .
- 59.علي سامي النشار ، المنطق الصوري منذ أرسطو حتى عصورنا الحاضرة ، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية ، ط1 ، 2000 م .
- 60.علي فيلاي ، مقدمة في القانون ، موضع للنشر ، الجزائر، ط2 ، 2010 م .
- 61.غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل للطباعة و النشر ، عمان ، ط3 ، 1999 م .
- 62.الغزالي ، المنقذ من الضلال ، ضمن مجموعة رسائل الإمام الغزالي ، دار الفكر للطباعة و النشر ، بيروت ، ط1 ، 2010 م .
- 63.الغزالي ، محك النظر في المنطق ، تحقيق رفيق المعجم ، دار الفكر اللبناني ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1994 م ، ص 68.
- 64.الغزالي ، مقاصد الفلاسفة ، تحقيق و تعليق أحمد فريد المزيدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 2002 م .
- 65.الفارابي ، كتاب إحصاء العلوم ، تقديم علي بوملحم ، دار و مكتبة الهلال ، بيروت ، ط1 ، 1996 م .

- 66.فاضلي إدريس ، المدخل إلى القانون ، نظرية القانون ، نظرية الحق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2 ، 2014 م .
- 67.فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون و تطبيقه، دراسة في فلسفة القانون ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ط1 ، 2011م .
- 68.قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، القانون رقم 09/08 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، د ت .
- 69.قانون الأسرة الجزائري مع آخر التعديلات (2005) ، إعداد مسعودان نور الدين ومراجعة الأستاذ طاهر زيتوني ، دار النون للنشر و التوزيع .
- 70.القانون التجاري في ضوء الممارسات القضائية النص الكامل للقانون و تعديلاته إلى غاية 06 فبراير 2005 م مدعم بالإجتهادات القضائية ، مطبعة برتي للنشر ، الجزائر ، ط1 ، 2011 م -2012 م .
- 71.القانون المدني ، رقم 05/07 طبعة جديدة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2013 م .
- 72.محمد الحسن ، مصطفى البغا ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الشريعة ، 2007 م .
- 73.محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار العلم ، دمشق الدار الشامية ، بيروت ، ط1 ، 1995 م .
- 74.محمد الصغير يعلي ، المدخل للعلوم القانونية ، نظرية الحق ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2006 م

75. محمد الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، تحقيق محمد الحبيب بن خوجة ، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، قطر ، الجزء 3 ، ط1 ، 2004 م
76. محمد الغزالي ، فقه السيرة ، دار الشهاب ، باتنة . د ، ت .
77. محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، الجزء الأول ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، ط18 ، 2011 م .
78. محمد سليمان حسين ، تيارات الفلسفة الشرقية ، منشورات دار علاء الدين ، دمشق ، ط1 ، 1994 م .
79. محمد صفوح الأخص ، علم اجتماع العائلة ، جامعة دمشق ، دمشق ، ط1 ، 1990 م .
80. محمد علي أبو ريان ، تاريخ الفكر الفلسفي في الإسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط2 ، 1973 م .
81. محمد فتحي الشنيطي ، أسس المنطق و المنهج العلمي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط1 . 1970 م
82. محمد كمال إمام ، الطلاق عند المسلمين ، دار سنة فقهية و قانونية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 1991 م .
83. محمد مهرا ، مدخل إلى المنطق الصوري ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الإسكندرية ، ط1 ، 1994 م .
84. محمد نور فرحات ، الفكر القانوني و الواقع الاجتماعي ، دار الثقافة ، القاهرة ، ط1 ، 1981 م .

85. محمود السقا ، المنطق القانوني و المنطق القضائي ، القاهرة ، ط1 ، 2001 م .
86. محمود حسين ، الأسرة و مشكلاتها ، دار النهضة العربية ، ط1 ، 1981م .
87. محمود زيدان ، الاستقراء و المنهج العلمي ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، دت .
88. محمود فهمي زيدان ، المنطق الرمزي ، نشأته و تطوره ، الإسكندرية ، ط1 ، 1989 م
89. محمود يعقوبي ، دروس المنطق السوري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط1 ، 2009 م .
90. مراد كاملي ، حجية الحكم القضائي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، دت .
91. مصطفى الخشاب ، دراسات في علم الاجتماع العائلي ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، بيروت ، ط1 ، 1985م .
92. مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، دمشق ، عمان ، ط7 ، 1997 م .
93. منصور نورة ، التطبيق و الخلع ، دار هومة ، الجزائر ، دت .
94. مهدي فضل الله ، مدخل إلى علم المنطق (المنطق التقليدي) دار الطليعة ، بيروت ، ط1 ، دت .
95. مونستكيو ، روح الشرائع ، ترجمة عادل زعيتر ، تقديم سعد عبد الرحمان ، الهيئة العامة لقصور الثقافة ، القاهرة ، ط1 ، 2010 م .

96. ميشال تروبيه ، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعد ، المنشورات الفرنسية ، ط1 ، 2004 ،

م .

97. نبيل ابراهيم سعد ، محمد حسن قاسم ، المدخل إلى القانون ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط1 ، 2005 م .

98. نبيل ابراهيم سعد ، محمد حسين منصور ، مبادئ القانون ، المدخل إلى القانون ، نظرية الإلتزامات ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ط1 ، 1995 م .

99. نبيل صقر ، دليل الأسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، د ت .

100. نجيمي جمال ، قانون الإجراءات الجزائية صادر بموجب أمر رقم 155/86 المؤرخ في 8 صفر 1386 هـ الموافق لـ 1966/06/08 م و المعدل في 2015/07/25 ، دار هومة ، الجزائر ، ط2 ، 2016 م

101. هورست كلينكل ، حمورابي ، البابلي و عصره ، تمرير محمد وحيد حياطة ، دار المنارة للدراسات ، سورية ، د ت .

102. يان لوكاسيفتس ، نظرية القياس الأرسطية من وجهة نظر المنطق السوري الحديث ترجمة عبد الحميد صبرة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ط1 ، 1961 م .

103. يحي قائم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية كوميث للتوزيع ، القاهرة ، ط1 ، 1997 م

104. يوسف دلاندة ، القانون المدني الجزائري رقم 05/07 ، دار هومة ، الجزائر ، ط1 ، 2013 م

ثانيا : الموسوعات و المعاجم

1.ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، ط1، 1979.

2.ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، د ت .

3.الجرجاني ، التعريفات ، تحقيق و تعليق نصر الدين ، تونسي ، القاهرة ، ط1 ، 2007 م .

4.جميل صليبا ، المعجم الفلسفي ، دار الكتاب اللبناني ، بيروت ، دار الكتاب المصري ، القاهرة ، ط1 ، 1978 م .

5.الفيروز آبادي ، محمد الدين بن يعقوب ، القاموس المحيط ، الجزء 3 ، دار الفكر ، بيروت ، 1995 م .

6. الزيات أحمد و مصطفى إبراهيم عبد القادر حامد ، المعجم الوسيط ، معجم اللغة العربية ، دار الدعوة ، القاهرة ، د ت

7. الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس ، تحقيق عبد الستار أحمد قواج ، دار الهداية ، مطبعة حكومة الكويت ، ط1 ، 1961م .

ثالثا : قائمة الرسائل الجامعية

1-مستشاري عادل ، المنطق القضائي ودوره في ضمان سلامة الحكم ، الجزائر ، رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة محمد ، خيضر ، بسكرة ، الجزائر ، 2011 م .

رابعاً: المراجع باللغة الفرنسية :

1. Bayart (M), le centre nationale de recherche de logique , Paris ,1966.A.P.D , 1966.
2. Dictionnaire Quillet de la langue française , R P , librairie aristide quillet , paris , 1975.
3. Hans kelsan , théorie Pure du droit librairie L .G.D.J , Paris , 1999.
4. Henri Batiffol , La philosophie du droit , P.U.F , paris , 1960.
5. Kalinowski (G) , histoire de la logique juridique .Paris,1983.
6. kalinowski (G) , ya t-il une logique juridique , Paris n 1959.
7. Perelman (ch) , logique juridique , nouvelle rhétorique , Paris , Dolloz , 1979.
8. Villey (M) , histoire de la logique juridique , ini annales de la faculté de droit de Toulouse , 1959.
9. Parelman (ch), Raisonnement juridique et logique juridique. A.P.D, 1966.
10. Perlman (ch), le raisonnable et le déraisonnable en droit, Paris, 1984.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
1	مقدمة
09	الفصل الأول : مدخل عام للتشريع تعريفه و تاريخه
10	المبحث الأول : التشريع في اللغة و الإصطلاح
10	المطلب الأول : الدلالة اللغوية للتشريع
11	المطلب الثاني : المعنى الإصطلاحي للتشريع
16	المطلب الثاني : القانون لغة و اصطلاحا
22	المبحث الثاني : التشريع في سياقه التاريخي
23	المطلب الأول : حضارة بلاد الرافدين
28	المطلب الثاني : حضارة مصر القديمة
31	المطلب الثالث : الحضارة اليونانية
35	المطلب الرابع : الحضارة الرومانية
39	المبحث الثالث : التشريع الإسلامي : مفهومه ومصادره
39	المطلب الأول : مفهومه
41	المطلب الثاني : مصادر التشريع الإسلامي
50	المطلب الثالث : مقاصد التشريع الإسلامي
53	المطلب الرابع : نظام الأسرة في الإسلام
63	الفصل الثاني : مدخل عام لقانون الأسرة الجزائري
64	المبحث الأول : مفهوم الأسرة ووظائفها
64	المطلب الأول : مفهوم الأسرة لغة و اصطلاحا
67	المطلب الثاني : خصائص الأسرة ووظائفها
74	المبحث الثاني : قانون الأسرة الجزائري
74	المطلب الأول : مفهومه
76	المطلب الثاني : نشأة قانون الأسرة الجزائري و تطوره التاريخي

78	المطلب الثالث : مصادره
79	المطلب الرابع : مضمونه
82	المطلب الخامس :أهمية قانون الأسرة الجزائري
92	الفصل الثالث : علاقة المنطق بالقاعدة القانونية و آثارهما على واقع الأسرة الجزائري
93	المبحث الأول : مفهوم المنطق و أقسامه
93	المطلب الأول : تعريف المنطق لغة و اصطلاحا
99	المطلب الثاني : موضوعه و أقسامه
114	المطلب الثالث : المنطق القانوني
125	المبحث الثاني : التأسيس المنطقي للقاعدة القانونية
125	المطلب الأول : مفهوم القاعدة القانونية و أساسها المنطقي
134	المطلب الثاني : أنواع القاعدة القانونية
138	المطلب الثالث : الصيغ القانونية و أنواعها
142	المطلب الرابع : القاعدة القانونية في صورتها المنطقية البحتة
151	المبحث الثالث : الآثار الإيجابية و السلبية المترتبة على قانون الأسرة الجزائري
151	المطلب الأول : الآثار الإيجابية
155	المطلب الثاني : الآثار السلبية
162	الخاتمة
168	قائمة المراجع و المصادر
181	فهرس المحتويات