جامعة محمد لمين دباغين –سطيف 2–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات في مقياس المنهجية –فلسفة القانون–

لطلبة السنة الأولى للسداسي الاول، المجموعة(س)، والمجموعة(د)

من اعداد الأستاذة: شفيقة بن كسيرة

السنةالجامعية2020–2021

محاور المقياس

المحور الاول: أصول القانون ومقاصده

المحور الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

المحور الرابع: تفسير القانون

- تعريف التفسير
- أنواع التفسير
- وسائل التفسير (طرق التفسير)

قائمة المراجع

* ابراهيم ابو النجا: **محاضرات في فلسفة القانون**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

* بوضياف عمار، **المدخل الى العلوم القانونية. النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري**، دار ريحانة، الجزائر، 2000.

*فايز محمد حسين، **فلسفة القانون**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية2007.

*خليل أحمد حسن قدادة، **شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري**، ط5، د.م.ج، الجزائر 2010.

* أنور سلطان، **المبادئ القانونية العامة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2005.

* فاضلي ادريس: **الوجيز في الفلسفة القانون**، د.م.ج، الجزائر 2006.

*منذر الشادي، **مدخل في فلسفة القانون**، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان 2011.

*فاضلي ادريس، **المدخل الى القانون- نظرية القانون، نظرية الحق-**، ط 2، د.م.ج، الجزائر2016.

المحور الاول: أصول القانون ومقاصده

سنتناول في هذا المحور المقصود بأصول القانون ومقاصد دراسته.

1-المقصود بأصول القانون:

إن لكلمة أصول القانون في العلوم القانونية معاني مختلفة

فعلم أصول القانون: هو عبارة عن دراسات تبحث في القانون، في نشأته وتطوره، في طبيعته ومصادره وأقسامه وعلاقته بالعلوم الأخرى، ونطاق تطبيقه.

فالأصول هنا المقصود منها المبادئ العامة أو القواعد العامة للقانون، وهذا المصطلح مشرقي يرادفه: علم القانون، المدخل للدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون... المدخل الى نظرية القانون والحق...

يقابلها باللغات الاجنبية:

Science of law

Science de droit

Introduction à l'étude de droit

Théorie du droit

وقد عنيت الامم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة وضعفا. والفكرة التي يلتقي عندها الجميع هي محاولة رسم حدود واضحة لنظرية علمية في القانون. ولما كان القانون يختلف باختلاف البيئة وباختلاف الجيل أو العصر، فقد اصطبغت هذه النظرية العامة بصبغات مختلفة وغلبت عليها انواع ثلاثة:

أ-**الناحية التحليلية:** وهي تبحث القانون كما هو في الوقت الحاضر وتحلل عناصره، متأثرة بقانون البيئة والجيل.

ب-**الناحية المقارنة:** وهي لا تقف عند قانون معين، ولا بيئة خاصة، بل تقارن القوانين ببعضها البعض، وتستخلص من هذه القوانين المقارنة قواعد تمشي على كل القوانين.

ج-**الناحية التاريخية:** وهي تتعقب القانون في مراحل تطوره، وتتبعه في تنقله من جيل إلى جيل، فتسجل قواعد نشأته ونموه وتطوره

على أنه ليس من السهل على الباحث أن يقتصر على ناحية من هذه النواحي، بل في كثير من الاحيان يستخدمها جميعا.

فمن الصعب أن يرسم حدا فاصلا دقيقا بين علم أصول القانون وعلم القانون المقارن وتاريخ القانون. فالمبادئ العلمية تستخلص من هذه الدراسات وتتظافر جميعا في رسم حدود واضحة لنظرية عامة للقانون.

والمدخل لدراسة علم القانون موجودة في كليات الحقوق كافة، وهو أمر عرفته الشرائع القديمة. كما هو الحال بالنسبة للرومان الذين اهتموا بدراسة المدخل للقانون، كما اشتهروا بدقة المصطلحات القانونية المستخدمة. كما اهتم الفقهاء المسلمون بهذا الأمر، ووضعوا علما قريبا لعلم أصول القانون، أطلقوا عليه تسمية علم أصول الفقه، بحثوا فيه مصادر الشريعة الاسلامية الغراء، وكيفية استنباط الأحكام منها.

والمدخل لعلم القانون لا يرتبط بفرع معين من فروع القانون العام والخاص، وانما يتصل بها جميعا، ويمهد لدراسة تفصيلاتها وعلاقتها بالعلوم الاجتماعية الاخرى كالدين والاخلاق.[1] وهي مادة ضرورية لكل طلاب الحقوق أو العلوم القانونية، ولا يستقيم تكوين دونها.

[1] -صاحب عبيد الفتلاوي، **مدخل لدراسة علم القانون-السهل في شرح القانون المدني-**، الجزء الاول، دار وائل للنشر، عمان، 2011، ص13.

أما **المعنى الثاني** لعبارة أصول القانون فتأخذنا الى أساس القانون وجذوره. والجواب على هذه الأسئلة يدرس في مقياس فلسفة القانون والتي تعد فرعا مهما في النظرية العامة للقانون، فالعلاقة هنا بين المعنى الثاني والاول هي علاقة الجزء بالكل. وتم إفراد مقياس لها لأهميتها، واستلزامها كما من الوقت ليس بالقليل قد يؤدي بالإخلال في دراسة مادة علم أصول القانون أو النظرية العامة للقانون (لأسباب موضوعية وليست علمية). فما المقصود بفلسفة القانون؟

عرف أرسطو الفلسفة بأنها علم العموميات، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي الى الأشياء. وفلسفة القانون، شأن كل فلسفة، تعني بالجوانب العلمية، والنواحي العامة للقانون، ومن ثم لا تقتصر على مميزات قانون وطني معين، بل يمتد الى ما هو مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة.

ذلك أن القانون ليس مجرد ظاهرة انسانية، لازم الانسان مثل الظل، ولم تكن فلسفة القانون في يوم من الأيام معبدا مغلقا على رجال القانون بل على العكس ظلت على مر القرون ساحة رحبة لأقطاب الفلسفة، كانت فلسفة القانون منذ أفلاطون الى جون ديوي تتدرج في الفلسفة العامة[1].

لقد عالج كل مفكر فلسفة القانون في الإطار العام لمذهبه الفكري، باعتبارها جزءا من مشاكل الانسان وفلسفة الحياة.

إن **فلسفة القانون** هي مجموعة من الأبحاث والدراسات التي تبحث في أصل وغاية القانون، بمعنى أصل وأساس القانون الوضعي وجوهره ومحاولة تبرير هذا القانون واكتسابه صفة الالزام في الجماعة.

[1] - ادريس فاضلي، **مدخل الى المنهجية وفلسفة القانون**، ط3ن، د.م.ج، الجزائر، ص123.

فإذا كان أغلب الفقهاء يتفقون أن غاية القانون هي تحقيق العدل –رغم اختلافهم حول فكرة العدل– إلا أنهم اختلفوا حول أصل القانون(جذوره) وأساسه.

ومن أين تأتي صفة الشرعية التي تجعل القانون واحترامه أمرا مفروضا على الأفراد؟

–هل التزام الأفراد بتكاليف ونواهي القانون تأتي من ارادة السلطة، ومالها من قوة مادية تقهر؟ أو من ارادة لأفراد؟

من أين تتكون القواعد القانونية؟

إن الإجابة على هذه الأسئلة تستلزم دراسة طبيعية للقانون وأساسه وجوهره، والعناصر التي يتكون منها.

إن الاختلاف حول الاجابة أدى الى ظهور عدة مدارس أو مذاهب وهذا ما سيتم التطرق اليه في هذه الدراسة.

2–تطور علم فلسفة القانون:

لم ينتبه رجال القانون الى أهمية دراسة فلسفة القانون سوى في وقت متأخر، وقد استعمل مصطلح فلسفة القانون كعنوان لمؤلف "هيغل" سنة1821، وتبعه فيما بعد مؤلفون أخرون.

لم يعن الفرنسيون بدراسة أصول القانون إلا منذ عهد قريب، فقد كانوا طوال القرن 19 قانعين بتقنياتهم يشرحونها على طريقة "مدرسة الشرح على المتون" التي سيأتي ذكرها فيما يلي، ولم تكن دراسة القانون في الجامعات الفرنسية مشبعة بروح علمية فلسفية بل لم تكن هناك دراسة لأصول القانون، نزولا عند ارادة "بونابرت" فقد كان يكره أن يدرس القانون بروح فلسفية وسيتم هذه الدراسة بالخيال احتقارا، ويعتقد أن دراسة تقنياته بطريقة علمية كافية لدراسة القانون، وجرت تقاليد الدراسة الجامعية من بعده.

ثم بدأت الدراسات التاريخية والاقتصادية والفلسفية والاجتماعية تغمر دراسة القانون الجامعية في أواخر القرن التاسع عشر، حتى تأصلت وصار لها أساس ثابت، ومن أعلام الفقهاء الفرنسيين الذين كتبوا في فلسفة القانون أو في بعض مسائلها "بودان Beudant "، و "سالي Saleilles"، "هوريو Hauriau"، "ديجي Deguit" ولامبير.

ولا يقل الفقهاء الألمان انتاجا في أصول القانون وفلسفته من الفقهاء الفرنسيين والإنجليز، بل سبقوا هؤلاء، وعنهم أخذ الإنجليز(ومنهم أوستن) والفقهاء الإيطاليين، وتأثر بعض الفرنسيين بمذاهبهم الفلسفية، ويكفي للدلالة على علو كعبهم في فلسفة القانون أنه يكاد يوجد عندهم لكل مذهب فلسفي في القانون زعيم،(فسافيني) زعيم المدرسة التاريخية، (اهرنج) زعيم مذهب الغاية الاجتماعية، (هيغل) وكذا (كانط) و (كاترين) و (ستاملر).

والفقهاء الألمان مشهورون بالدقة والتعمق في شيء من الغموض، وهم يتقدمون العالم بفقيهين بارزين من فقهاء القانون في العالم في القرن 19 وهما (سافيني Savigny) و (اهرنج Ihering).

وساهم الايطاليون بنصيب كبير في الحركة العلمية لفلسفة القانون، بعد ترجمة المؤلفات الألمانية وتأثروا ب(كانط وهيغل) ثم استقلوا في أبحاثهم العلمية، ومن أهم الفقهاء الايطاليين (فيكو Vico)، و(جيوبرتي Gioberti)، (بوليتي Bolitti)، و(أرديجو Ardigot)[1].

3-مقاصد دراسة أصل القانون:

الغرض من دراسة أصول القانون قبل دراسة القانون نفسه بكل تفصيلاته، هو استيعاب المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون قبل الدخول في دراسة التفصيلات، ولكل علم مقدمة هي المدخل الذي يوطئ السبيل الى دراسته، فدراسة علم أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون في فروعه المختلفة.

[1] -عبد الرزاق السنهوري، أحمد حشمت ابو شتيت، المرجع السابق، ص ص5-8.

والهدف من ذلك:

أولا: الالمام بالمبادئ الأولى للقانون، وتحديد طبيعته وتبيان مصادره وتفصيل فروعه.

ثانيا: تبسيط المبادئ الفلسفية والعلمية التي ترتكز عليها دراسة القانون.

ثالثا: إعداد الناشئ إعداد علميا فلسفيا، قبل أن يخوض غمار الحياة العلمية، ذلك أنه اذا فاته الإعداد العلمي لا يعوضه في ذلك التمرين العملي، ويصعب عليه في ما بعد أن يستدرك ما فات.[1]

[1] -لا يزال الانجليز يتبعون هذه الطريقة "قذف الناس في بحر الحياة العلمية الى جانب التعليم الجامعي". أنظر المرجع السابق.

المحور الثاني: المذاهب والنظريات المختلفة بشأن أصل القانون، أساس إلزاميته وغايته.

مقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، يميل بغريزته الى العيش مع غيره من الناس، فهو لا يستطيع أن يعيش بمفرده منعزلا عن باقي أفراد المجتمع.

فهو من ناحية عاطفي يدفعه ذلك الى الى الالتقاء بغيره من بني الانسان يبادلهم العاطفة والاحساس تحقيقا للسعادة.

وهو من ناحية أخرى مادي يحاول استخدام عناصر البيئة والطبيعة من حوله لإشباع حاجاته اليومية، فيسعى للتعاون مع غيره، نظرا لتعدد الحاجات الطعام، الملبس، السكن، الأمن، الثقافة، الترفيه

لابد من روابط اجتماعية مع بقية أفراد المجتمع بغية اشباع هذه الحاجات

يجب تنظيم هذه الروابط والعلاقات الاجتماعية للتوفيق بين المصالح المتعارضة

قواعد التقاليد والمجاملات قواعد الأخلاق قواعد الدين

القانون

القانون أو القواعد القانونية تنفرد دون سائر القواعد الاجتماعية الاخرى بخاصية معينة هي إلزام الأفراد باتباع أوامر القانون ونواهيه

لأنها

ويعد الأهم ⟸

س1 : فماهي طبيعة القانون وأساسه؟

هل القانون ينشأ من ضمير الجماعة بطريقة طبيعية تلقائية لا دخل لإرادة الانسان فيها؟

أم أن الإرادة الانسانية لها أثر فعال في إنشاء القانون؟

هل القانون ينشأ من عناصر مثالية؟

أم ينشأ من عناصر واقعية؟

أم ينشأ منهما معا؟

س2: ما الذي يعطي القواعد القانونية خاصية الالزام ويكسبها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد؟

هل يرجع التزام الافراد باتباع أوامر القانون ونواهيه الى أن القانون هو مشيئة الحاكم، أم له السلطة العليا في المجتمع بحيث لا يملك الأفراد مخالفته؟

أم يرجع ذلك الى أن القانون ينتج من تفاعل مختلف الظروف المحيطة بالبيئة ويعبر عن ارادة الجماعة بحيث لا يجوز للأفراد الخروج عليه حفاظا على بقاء الجماعة وأمنها وتقدمها؟

أم أنه يرجع الى أن القانون خليط بين هذا وذاك بحيث يستمد جوهره من البيئة الاجتماعية ثم تتولى ارادة الحاكم أو من له السلطة في المجتمع تشكيل قواعده وصياغتها؟

س3: ما غاية القانون؟ أي ماهي الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون ويسعى الى تحقيقها؟

اتفق غالبية الفقهاء والفلاسفة على أن غاية القانون في تحقيق العدل إلا أنهم اختلفوا حول تصور فكرة العدل

- العدل التبادلي
- العدل التوزيعي
- العدل الاجتماعي

لقد اختلف الفقهاء والفلاسفة في شأن ماهية القانون والعناصر التي يتكون منها حتى تكتسب القواعد القانونية صفة الشرعية وخاصية الالزام التي تجعل احترامها في ذاتها أمرا إلزاميا على الأفراد.

وقد أدى هذا الخلاف الى ظهور مذاهب ونظريات متعددة يمكن جمعها في ثلاث مجموعات

المجموعة الاولى	المجموعة الثانية	المجوعة الثالثة
المذاهب الشكلية	**المذاهب الموضوعية**	**المذاهب المختلطة**
هي المذاهب التي تكتفي بالمظهر الخارجي للقواعد القانونية، فلا تنظر إلا في الشكل الذي تخرج به هذه القواعد الى الوجود في صورة ملزمة.	لا تهتم بالشكل بل الجوهر فتنظر الى المادة الأولية التي تتكون منها القواعد القانونية و تحللها تحليلا فلسفيا اجتماعيا.	تهتم بالشكل والجوهر معا فترى أن القواعد القانونية مستمدة من واقع الحياة الاجتماعية لكن ارادة الحاكم تصوغه في شكل خارجي معين.

القواعد القانونية= الجوهر + الشكل

المذاهب الشكلية

Les Doctrines Formalistes

المذاهب الشكلية هي التي تكتفي بالنظر الى شكل القواعد القانونية ومظهرها الخارجي

القواعد القانونية في المذاهب الشكلية ⬅ مجرد أمر أو نهي صادر من الحاكم الى المحكومين.

هيئة حاكمة هي التي تسن القوانين و التشريعات.

كل مجتمع (فيه هيئتين) ← هيئة محكومة هي التي تخضع لهذه القوانين والتشريعات.

صدور القواعد القانونية ← من سلطة ← تكفل تنفيذها بالقوة عند الاقتضاء.

⬅ هذا الذي يفسر طبيعة القواعد القانونية، وأصلها والتزام الأفراد بها.

الدولة ⬅ هي التي تضع القوانين ⬅ ثم تجبر الأفراد على اتباعه والسير على مقتضاه.

⬌ تقوم القوانين وتوجد = بمجرد وجود ارادة الحاكم الذي له سلطة الأمر والنهي.

⬌ القوانين = ارادة الحاكم ومشيئته.

⬇

هذه المذاهب تفسر القوانين في الأنظمة الاستبدادية

⬅ منها الدول العربية

نادى بهذه المبادئ كثير من الفقهاء

⬇ الفيلسوف الانجليزي ⬇ فقهاء الشرح على المتون ⬇ الفيلسوف الألماني ⬇ الفيلسوف النمساوي

أوستن — الفرنسيون — هيجل — كلسون

(Austin) (Hegel) (Kelsen)

مذهب أوستن

الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن

القانون هو ارادة ومشيئة الحاكم ينفذها جبرا على الأفراد.

هي فكرة قديمة: فلاسفة اليونان يرون أن القانون من فعل القوة ← بعثها حيث له الفضل في صياغتها كشكل نظرية.

فحسب أوستن: القانون هو "أمر أو نهي يصدره الحاكم استنادا الى سلطته السياسية ويوجهه الى المحكومين ويتبعه جزاء".

النتائج التي تترتب على مذهب أوستن

1-انكار صفة القانون على القانون الدولي

القانون الدولي ⇆ قانون ← لأن الدول متساوية السيادة+ لا توجد سلطة فوق الدول توقع الجزاء. أوستن ينكر القانون الدولي يعتبره قواعد مجاملات.

2-انكار صفة القانون على القانون الدستوري

القانون الدستوري=قواعد(شكل الدولة، نظام الحكم، سلطات اختصاصها، علاقاتها مع بعض...)

نقد مذهب أوستن

الايجابيات

1-يمتاز بالوضوح والبساطة القانون= ارادة الحاكم ومشيئته

2-يتفق مع الوضع السياسي القائم في الكثير من الدول حيث تملك الدولة سلطة التشريع كمظهر من مظاهر سيادتها.

السلبيات

1-مذهبه يخلط بين القانون والدولة. القانون: ظاهرة اجتماعية قبل ان تكون ظاهرة سياسية حيث سبق ظهور الدولة ← قواعد العرف مع جماعة.

2-يخلط بين القانون والقوة إرادة الحاكم = القانون

لابد من توفر ثلاث شروط

1-وجود حاكم سياسي: الق ← يوجد في

شخص

مجتمع سياسي .الحاكم ← هيئة ر.دولة

برلمان

قرارات ليس لها سيادة لاتعد قوانين مثل الأحزاب.

2-وجود أمر أو نهي: الق ≠ لا يعد نصيحة

أمر: بالتجنيد+ توافر شروط

نهي: عن ارتكاب جرائم/الق ليس نصيحة

3- وجود جزاء: لا يوجد قانون ← ما لم يقترن جزاء.

هذه القواعد موجهة للحاكم وليست للمحكومين هو من يصدرها، يمكنه مخالفتها، لأنها غير صادرة من سلطة أعلى منه- غير مقترنة بجزاء=ق.دستورية: هي قواعد ارشادية = "قواعد أخلاق وضعية".

3-التشريع هو المصدر الوحيد ← عدم الاعتراف بالمصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف هذا الأخير لا ينشئ قانون إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع

4-وجوب التقيد في تفسير نصوص القانون بإرادة المشرع وقت وضع النصوص: وعدم الاعتداد بما يطرأ من ظروف جديدة.

الجزاء = القوة

القانون+ القوة بيد الحاكم

حكم استبدادي+ مطلق

3-الواقع يؤكد وجود مصادر أخرى مثل العرف بل انجلترا تقوم أساسا على العرف.

4-انكاره للق.د+ الدس ← غير صحيح

قواعد ملزمة لها جزاء خاص

الأمة مصدر السلطات(م7د)

5-يؤدي الى جمود النص

6-مذهب سطحي لا ينظر الى جوهر القواعد القانونية.

مذهب هيغل

الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل

1-أساس وشرعية القانون وقوته الملزمة مستمدة من الدولة ← القانون= إرادة الدولة

في الداخل: بالنسبة لعلاقاتها مع الأفراد.

في الخارج: بالنسبة لعلاقاتها مع بقية الدول.

ا-في الخارج

لا توجد سلطة أو إرادة تعلو إرادة الدولة:

بحيث تلزمها بسلوك معين مع الدول الأخرى

-جميع الدول متساوون

-الحرب هي الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات

-الغلبة للأقوى

النتائج التي تترتب على مذهبه

*تقريبا نفس النتائج مع المذاهب الأخرى

1-تبرير الحكم الاستبدادي المطلق

2-تنحصر مصادر القانون في التشريع باعتباره المعبر عن ارادة الحاكم.

3-لاوجود للقانون الدستوري فهو يعترف بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة.

4-لا يعترف بقواعد القانون الدولي.

5-القوة وحدها هي السبيل لتنفيذ ارادة الحاكم في علاقاته مع الدول الأخرى.

6-تلقى الشعوب المصير الذي تستحقه والحكام الذين تكون

نقد مذهب هيغل

*نفس الانتقادات تقريبا

1-التشريع لا يعد المصدر الوحيد

2-توحيد ارادة الحاكم المعززة بالقوة والقانون يؤدي الى ← الاستبداد(ذوبان ارادة الأفراد في ارادة الدولة) أين هي حريات الأفراد.

3-نفس الفكرة على المستوى الدولي لماذا لا تذوب حريات الدول من أجل الدولة الأقوى لتكوين المجتمع الدولي...

4-لماذا لا يكون في الداخل... البقاء للأقوى

5- الدولة هي انعكاس للعقل الخالص.

-نتيجة الحرب نوع من القضاء الإلهي

ب-من الداخل: إن المجتمع لا يرتقي الى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع أفراده ثمة صالحا مشتركا عاما تذوب ارادتهم في الارادة العامة. تتجسد في شخص واحد يملك التعبير عن ذلك

الدولة= تجسيد لإرادة الانسان وحريته.

2-تأليه الدولة وتعظيم سلطاتها: كل ما هو عقلي واقعي عملي، وكل ما هو عملي واقعي هو عقلي. فإرادة الدولة يجب ان تسود ليحل النظام محل الفوضى

جديرة بهم.

7-الحرب دائما عادلة(لا توجد حرب غير مشروعة أو غير عادلة) تنتهي غالبا لصالح الأقوى أو من يكون جديرا بالنصر.

8-الأقوى هو الذي يستحق أن يسود العالم.

9-في حالة التعادل: النزاع لن يهدأ إلا إذا انتهى بحرب ينتصر فيها أحدهما.

10-لا يعترف بالديمقراطية لأنها تسمح لشخص غير كفوء بالاختيار.

مذهب الشرح على المتون

مقدمة: يختلف مذهب الشرح على المتون على مذهب أوستن.

أولا: في أنه لم يكن ثمرة رأي لفقيه واحد، بل هو ثمرة لآراء مجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا خلال القرن 19م على أثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسيين في مجموعة واحدة (تقنيين نابليون) Code Napoléon

أشهر الفقهاء: Raw – Demolombe – Baudry Lacontinerie

Auby – Laurent.

ثانيا: يختلف أيضا في أن فقهاء الشرح على المتون ليسوا هم الذين نادوا بهذا المذهب.

–فهو مجرد طريقة أو أسلوب في تفسير وشرح القانون

–اتبعه هؤلاء الفقهاء وظهر في مؤلفاتهم.

استخلص الفقهاء في أوائل القرن العشرين المبادئ و الأسس التي قام عليها هذا الأسلوب في الشرح والتفسير ⇦ وصاغوه مذهبا له مميزاته الخاصة.

مذهب الشرح على المتون

الأسس التي يقوم عليها المذهب

يتفق مع أوستن أن التشريع هو المصدر الوحيد لكن يختلف معه في أساس الاحترام.

يقوم هذا المذهب على أساسين:

- تقديس النصوص التشريعية ← أساس القانون هو التشريع ← يتضمن كل الأحكام الق ← أسباب التقديس تاريخية ← توحيد االق في فرنسا كان مصدر اعتزاز وتقديس لهذا
- اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون
  - تضمن جميع الأحكام القانونية اللازمة لجميع الحالات
  - تضع الحلول لذلك فهو المصدر الوحيد وهو مجرد تعبير عن ارادة المشرع.

النتائج المترتبة على هذا المذهب

1- على القاضي تطبيق النصوص التشريعية لأنها
- احتوت جميع الحلول
- ليس فيها قصور
- مهمة القاضي الحكم بالقانون لا على القانون.

2- الإكتفاء بالنصوص للوصول الى القواعد اللازمة ← العجز هو عجز للمفسر

3- عند التفسير يجب البحث عن ارادة المشرع

العبرة وقت وضع النصوص وليس وقت تطبيقها

- النية الحقيقية: النية التي يمكن استخلاصها
- النية المفترضة: النية التي يفترض ان المشرع يكون قد
- النية الاحتمالية: وهي ما يمكن أن يكون قد قصده لو

نقد المذهب

الايجابيات

- البساطة والوضوح
- التشريع المصدر الوحيد للقانون.
- يتفق مع الوضع السياسي في الدول الحديثة التي تعتبر التشريع مظهر من مظاهر السيادة.

السلبيات

- يؤخذ عليه أنه مذهب شكلي(مثل أوستن) يكتفي بالمظهر الخارجي للقانون.
- اغفال العرف
- الاكتفاء بالنية المفترضة(والحقيقة) أي ارادة المشرع وقت

التقنين فهو في نظرهم

كالكتاب المقدس ⬅

شرحه يكون بنفس الطريقة

للكتاب المقدس أي بالترتيب

الذي جاءت به هذه النصوص.

بوضوح من

النصوص القا

⬇

من عباراته و

ألفاظه.

قصدها وقت وضع

النص لو أنه أراد أن

يضع حلا للمشكلة.

⬇

الروح العامة للتشريع

أنه أعاد وضع النص

من جديد في الظروف

الجديدة.

وضع النصوص ⬅

جمود القانون.

–تقديس النصوص

واغفال الظروف

الاجتماعية يؤدي

الى الاستبداد خصوصا

مع اغفال ارادة الشعب

وعدم الاقتداء بإرادة

الأمة وحاجاتها.

⬇

رغم أن هذا المذهب

تأسس بعد الثورة الفرنسية

التي قامت ضد الاستبداد.

مثال

في فرنسا كان يسري فيها نظام الدوطة، حيث تقدم الزوجة لزوجها بعض الأموال ضمانا لبقاء الزوجية واستمرارها.

نص المشرع الفرنسي بموجبها على عدم جواز التصرف في العقار دون ان ينص على المنقول.

فالنية الحقيقية الواضحة من عبارات النص هي عدم جواز التصرف في العقار، اما النية المفترضة فسكوت المشرع تفترض جواز التصرف في المنقول.

لكن في الظروف الحالية أصبح للمنقول نفس أهمية العقار، فهنا نقول ان المشرع لو كان وضع النص في الظروف الجديدة لكان من المحتمل ان ينص على عدم جواز التصرف في المنقول أيضا وهذه هي النية المحتملة.

مثلما طرح في الشريعة الإسلامية مسالة تحريم المخدرات وتغير أنواعها بتغير الزمان والمكان، لوجود النص على تحريم الخمور فقط،

مذهب كلسن

الأسس التي يقوم عليها مذهبه

*يقوم المذهب على دراسته علم القانون دون غيره من العوامل التي تتحكم في سلوك الانسان عن طريق:

استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون مثل العوامل الإج، والإق و المبادئ الاخلاقية والعقائد .. وحتى المفاهيم السياسية

⇓

القانون البحت

⇓

ارادة الدولة

هي تجعل | ترجع اليها

وحدة القانون والدولة

القانون = الدولة

القانون: مجموع ارادات متسلسلة الدرجات في شكل هرمي يستمد كل منها صلاحيتها وفعاليتها من الدرجة الأعلى. وينطبق من هذه الارادات مجموعة من الق. الق أي نظام قانوني هو الدولة ذاتها.

النتائج المترتبة على مذهبه

1-رفع التناقض بين اعتبار الق ارادة الدولة وبين ضرورة تقيد الدولة بسلطان القانون: "اذا خالفته في ارادة جديدة ⇐ يستحيل أن تتقيد الدولة بالقانون.

أ-الدولة هي النظام القانوني نفسه: تستمد جميع وظائفها ووظائف عمالها من هذا النظام القانوني.

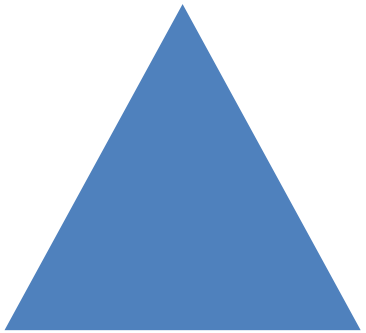
ب-لا محل لتصور الدولة مستقلة عن القانون ⇐ وبالتالي عدم تقيدها به لأنها ليست سوى شيئ واحد.

2-وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه الى عام وخاص: القانون: مجموعة من قواعد عامة أو فردية تندرج

نقد مذهبه

*دافع البعض عن فقه كلسن دفاعا مستميتا وبيان فضله في دفع التناقضات ، غير أنه لم يصمد طويلا:

*يؤخذ عليه أنه يخفي مشكلة القانون ولا يضع حلا لها. فهو يرى كل قاعدة تستمد شرعيتها ووجودها من القانون الأعلى ويقف عند الدستور ⇐ **رد:** بحكم الواقع يجب التسليم بالضابط الأعلى(ثورة، قاعدة عليا تاريخية...) ⇐ اذا لا نتجاهل الواقع.

الأمر واجب الطاعة.	جميع المصادر.	الدولة ليست شخص معنوي. الدولة= مجموعة من القواعد الق بعضها فوق بعض تشبه الهرم.  الدستور يشترط هيئات مركزية مختصة بالتعبير عن الق. الق.	فوق بعضها كهرم. اعلاها الدستور، قوانين، احكام وقرارات فردية....	*الدولة كيان مستقل، والدستور نفسه توقع مخالفة الدولة للقانون. *لا مكان للعرف في التدرج الهرمي. *لا مكان لقواعد القانون الدولي في الهرم...

المذاهب الموضوعية Les Doctrines Réalistes

مقدمة: المذاهب الموضوعية هي المذاهب التي لا تهتم بالمظهر الخارجي للقواعد القانونية أو الشكل الذي تظهر فيه هذه القاعدة للحياة العملية في صورة ملزمة، بل تهتم بجوهر القواعد القانونية أو المادة الأولية التي تتكون منها هذه القواعد ⟸ حيث تنظر اليها كظاهرة اجتماعية، أو تكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوين وتطور القواعد القانونية. فتربط بين القانون والمجتمع ولكن:

اتفق الفقهاء في هذه المذاهب من حيث الاهتمام بجوهر القواعد القانونية.

لكنهم اختلفوا حول مضمون هذه الجواهر.

مما أدى الى ظهور مدرستين:

المدرسة المثالية Ecole Idéaliste

جوهر القانون هو المثل الأعلى الذي يستخلصه الانسان بعقله

المدرسة الواقعية Ecole Positiviste

جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة.

المدرسة المثالية Ecole Idéaliste

مفهوم مذهب القانون الطبيعي:

عرف الفقهاء والفلاسفة منذ القدم فكرة الفلاسفة القانون الطبيعي: أي وجود قانون أسمى من القواني نين الوضعية يعتبر أساسا لهذه القوانين، مثلا أعلى يقتدى به.

القانون الطبيعي = مجموعة من القواعد القانونية أبدية ثابتة لا تختلف ولا تتغير بتغير الزمن والمكان. هي ليست من صنع الانسان، الله أودعها (موجودة في الطبيعة) في الكون، والانسان هو الذي يكتشفها بعقله. وبالتالي كلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كلما أدى الى سمو القانون الوضعي وقربه الى الكمال.

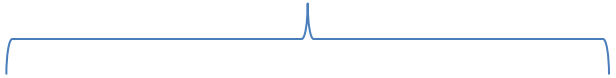
القانون الطبيعي: " مجموعة من القواعد القانونية العامة الثابتة الأبدية الصالحة لكل زمان ومكان لأنها تصدر عن طبيعة الأشياء كامنة في طبيعة الروابط، ويكشف عنها الانسان".

تطور فكرة القانون الطبيعي:

1-القانون الطبيعي عند اليونان (فكرة فلسفية): شد انتباه فلاسفة اليونان النظام الثابت الذي يسير عليه نظام الكون سواء في الظواهر الطبيعية أو المخلوقات من علاقات. القانون الطبيعي = مجموعة من القواعد أودعتها الطبيعة في الكون لتنظيم أعمال البشر.

ربط الفلاسفة القانون الطبيعي بالعقل الذي هو وسيلة للتعرف. وظهر اتجاهين: اتجاه لتدعيم القوانين الوضعية وآخر للحد من سلطان القوانين الوضعية.

2- القانون الطبيعي عند الرومان (فكرة قانونية): عرفه " شيشرون":" قانون مطابق للعقل السليم متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع ثابت على الدوام..."



في الامبراطورية الرومانية:

القانون الطبيعي القانون المدني قانون الشعوب

البعض رأى أن قانون الشعوب = القانون الطبيعي. – والرأي2: لا يطابقه بالضرورة لتطبيق نظام الرقّ

3–القانون الطبيعي عند الكنسيين (فكرة دينية): نتيجة نفوذ الكنيسة. القانون الإلهي يسمو على القانون الوضعي

فرق توما الأكويني

القانون الإلهي القانون الطبيعي القانون الوضعي

يصل عن طريق الوحي. ما يستطيع الانسان الوصول اليه بالعقل من أصول الق الإلهي. يستمد الشرعية من تطابقه مع الق الط.

4–القانون الطبيعي في العصر الحديث (فكرة سياسية): (القرن 16...18م) زوال الأقطاع + تكون الدولة الحديثة بداية القرن 16 . ودعوة الفلاسفة الى السيادة المطلقة للدولة.

*مغالاة في مبدأ سيادة الدولة: مكيافيلي + بودان. *ذبول فكرة القانون الطبيعي: السلطان فوق الأخلاق. *طغيان الدولة على الحريات.

تحكم القوة في تنظيم العلاقات.

ظهور الرغبة في استنشاق عبير العدل

عودة فكرة القانون الطبيعي على يد " قروسيوس " وأسس مع " بوفندورف " المذهب التقليدي.

-**المذهب التقليدي للقانون الطبيعي:** القانون الطبيعي هو مجموعة من القواعد التي يستخلصها العقل المستقيم من طبيعة الاشياء والروابط الإنسانية، هذه الاخيرة هي التي توحي بمضمون القواعد القانونية.

يكتشفها العقل ⟸ وظيفة السلطة العامة اصدارها. هذه الافكار أخذت طابعا سياسيا واجتماعيا ⟸ تضمنت نواة المذهب الفردي الذي يسعى الى تمجيد الفرد والدفاع عن حقوقه الاصلية وحرياته.

-كان قروسيوس أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث، ويعود له الفضل في ظهور الفكرة على شكل مذهب واضح الحدود والمعالم في ½ من القرن 17م.

-**القانون الطبيعي كأساس للقانون الدولي:** أصدر قروسيوس كتاب في عام 1625 بعنوان: "قانون الحرب والسلام" عرّف فيه القانون الطبيعي بانها: " القواعد التي يوحي بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظالما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل".

*حرر فكرة القانون الطبيعي من طابعها الديني. *اتخذها أساسا لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز المساس بها.

*نادى بوجود علاقات دولية على أساس القانون الطبيعي في الحرب والسلام. *كان قروسيوس هو مؤسس القانون الدولي إلا أنه أقر الفتح، الغزو،الرق.

مثال من يغتصب الأطفال ويقتلها فالعقل القويم يرى العقوبة القتل(الاعدام)، كما يرفض العقل القويم التحرش، السرقة، القتل، الابتزاز، الإجهاض.....

-**القانون الطبيعي كأساس للقانون الدستوري أواخر القرن18م:** 1789م وصدور اعلان حقوق الانسان والمواطن بفرنسا.

ظهور نظريات العقد الاجتماعي: إن الأفراد يولدون متمتعين بحقوق وحريات طبيعية، بصفة مطلقة غير محدودة ماقد يؤدي الى الفوضى حقوق فطرية غريزة البقاء

جعلت الافراد يتفقون فيما بينهم للحد من حرياتهم بالقدر الكافي.

هذا الاتفاق كان بين الافراد، لكن اختلف الفقهاء حول: تحديد طرفي العقد، مضمونه، والآثار المترتبة. (هوبس ، روسو، جون جاك لوك).

نص م2 من الاعلان: " أن الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التي لا تزول وهذه الحقوق هي: الحرية، الملكية، الأمن، ومقاومة التعسف...".

-لأول مرة أصبح القانون الطبيعي مذهبا رسميا.

مشروع التقنين المدني الفرنسي: "يوجد قانون لا يتغير هو مصدر القوانين الوضعية ليس سوى العقل الطبيعي...".

نقد القانون الطبيعي

*بعد أن وصل الى أوج مجده في أواخر القرن 18 و19م ظهرت مذاهب أخرى وفي مقدمتها المذهب التاريخي و ظهور الماركسية التي قامت بمهاجمته:

*القول بوجود قواعد خالدة لا تتغير بتغير الزمان و المكان←قول غير صحيح يكذبه الواقع: القانون وليد البيئة. تختلف من بلد لآخر ومن زمن لآخر

*القول بأن العقل هو الذي يكشف عنه قد يؤدي الى الاختلاف: لأن الاشخاص مختلفون من حيث التفكير و العواطف والمعتقدات←لا تكون ثابتة مثل تعدد الزوجات

الصور الجديدة للقانون الطبيعي بعد النقد

القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

أراد ستاملر أن يخلص الق الط من الانتقادات فحاول الجمع بين الخلود والتطور فقال أن جوهر الق هو مثل أعلى للعدل خالد ومتغير في نفس الوقت

- خالد في فكرته
- متغير في مضمونه

محتوى الإطار يتغير ز. م

- الجوهر يتغير بتغير الزمان والمكان
- العدل هو الإطار الثابت يتغير بتغير زمان ومكان

أي مضمون فكرة العدل وطريقة تحققها تتغير حسب ←جعل العدل مثلا أعلى خاصا بكل جماعة

الاتجاه الحديث نحو الفكرة التقليدية للق الطبيعي

"مبادئ القانون الطبيعي"

لم تعجب النظرية السابقة كثير من فقهاءالعصر الحديث وفي مقدمتهم بلانيول وجوسران، لأنهم رأوا أنها تؤدي الى انكار فكرة الق الط ذاتها.

فالقول أن مضمون فكرة العدل تتغير بتغير الزمان والمكان ←يعني تهديم الفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي.

وقضية المساواة بين الرجل والمرأة .

*لا فائدة عملية: لا يوجد ما يفرض على الدولة احترام الق الطبيعي بعدم اصدار قوانين وضعية تخالفها.

*الق الطبيعي اتخذ منطلقا للنزعة الفردية

*تعارض مع الفكر الاشتراكي والفكر السائد اليوم تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

كل جماعة وفقا لظروفها الاجتماعية. مثل الرق في الماضي كان مباح الآن لا.

" الفرق بينه وبين الق الط التقليدي"

*القانون الطبيعي المتغير: مجرد مثل أعلى للعدل يتغير مضمونه.– لا يملي قواعد خاصة بل هي قواعد وضعية حسب الظروف

*القانون الطبيعي تقليدي: مجموعة من القواعد القانونية ثابتة. – الق الط تقليدي يفرض قواعد ثابتة تفصيلية أبدية لكل الروابط.

وفقا لتصوره فكرة العدل

العدل الواحد

عدل في مكان ظلم في مكان اخر

مثل: زواج المثليين ، للذكر مثل حظ الأنثين

التعدد.

الرق: كان مباح لا يعني أنه عادل

التصويت: المرأة لا تصوت ← كائن ناقص

هذا الأمر لا يعني أن الأمر كان عادلا.

" تابع "للاتجاه الحديث نحو الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي"

"مبادئ القانون الطبيعي"

نادى فقهاء العصر الحديث في مطلع القرن العشرين بالعودة الى الفكرة التقليدية مع التضييق من نطاق هذا القانون ، فالقانون الطبيعي قواعد ابدية ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان تسمو على القوانين الوضعية ، لكنها لا تتضمن قواعد تفصيلية والحلول اللازمة لمشاكل الحياة.

بل يقتصر نطاق القانون الطبيعي على مجموعة من القواعد او المبادئ المثالية الثابتة الخالدة المبنية على العدالة

مثل:عدم الاثراء بلا سبب ، مبدا عدم الاضرار بالغير إعطاء كل ذي حق حقه ، عدم الاعتداء على أملاك الغير...فهي مبادئ عامة مشتركة بين جميع الأمم، وتعتبر أساسا ومثلا اعلى للتنظيم القانوني، تستند اليه القوانين الوضعية في كل زمان ومكان.

يقتصر القانون الطبيعي على التوجيه والالهام للمشرع وللقاضي لما يتضمنه من أصول ومبادئ عامة. وهذا ما نصت عليه عليه التشريعات والقانون المدني في المادة الأولى"...مقتضى مبادئ القانون الطبيعي..." فهو الملاذ الذي يلجا اليه القاضي ليستهدي منه الحل للنزاع المعروض عليه اذا لم يجد نص.

مثال: السرقة ⟵ جميع التشريعات تجرم فاعلها وتعاقبه.

المدرسة المثالية	المدرسة الواقعية
الأساس: العدل الذي يستخلصه العقل (كيف يعتدي على ملك الغير).	الأساس: الواقع والتجربة أثبتت أن انتشار الخوف والفوضى عند تفشي هذه الظاهرة.

المذاهب الواقعية (جوهر القواعد القانونية، الواقع الملموس)

المذهب التاريخي | مذهب الغاية الاجتماعية | مذهب التضامن الاجتماعي

1-المذهب التاريخي:La Doctrine Historique

تطور المذهب التاريخي:

*ظهرت بوادره في فرنسا، أظهر بعض الفلاسفة والفقهاء أثر البيئة والظروف المحيطة بها في القوانين، وقرروا أن القوانين يجب أن تتناسب مع طبيعة البلاد والشعوب التي تنظم روابطهم مما يؤدي الى اختلاف القوانين باختلاف البلاد والشعوب.

*أهم الدراسات كان كتاب "روح الشرائع " (l'esprit des lois) : " القانون يولد ويتطور في ضمير المجتمع فهو نتاج التاريخ".

*Portalis : " إن القانون يتطور آليا...".

*ثم أصبح " **سافيني**" هو صاحب المذهب.

حارب مذهب القانون الطبيعي وانكاره له. لا توجد قواعد ثابتة.	العبرة بالقواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة والتجربة.(القانون ليس ثابت، يتغير بتغير الزمن، متطور بتطور البيئة).	محاربة التقنين ↓ جمود القانون

الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي:

اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع

ينشأ مع الجماعة و يتأثر بظروفها الاجتماعية و الاقتصادية

السياسية والثقافية.

تكون القانون وتطوره آليا

القانون ليس من خلق الارادة الانسانية ولا من وحي مثل أعلى

⟸لكنه من صنع الزمن، هو ثمرة التطور التاريخي للجماعة

⟸يتكون آليا، يتغير آليا دون أن تكون للارادة دخل في تكوينه.

النتائج المترتبة على المذهب التاريخي:

*التقنين وتجميع القوانين عملية ضارة ⟸ تؤدي الى جمود القانون.

*المشرع لا يخلق القانون الذي يصدره، بل القانون يخلق نفسه تلقائيا.

*دور المشرع تسجيل تطور القانون في نصوص(تسجسل مضمون الضمير الجماعي وتطوره عبر الزمن).

*العرف هو المصدر المثالي للقانون، تعبير تلقائي عن رغبات الجماعة.

*عند التفسير: ⟸ نبحث عن النية الاحتمالية للمشرع.

نقد المذهب التاريخي:

1-معارضة تقنين القوانين ← **لا تقوم على أساس صحيح.**

نظرا لان للتقنين مزايا كثيرة : توحيد القوانين في البلاد، توفير الجهد والوقت للعاملين بالقانون(القضاة، المحامين...).

سافيني أخر صدور القانون المدني الالماني 100عام حيث صدر في عام 1900م، القضاء على سلبياته عن طريق امكانية التعديل والإلغاء...

2-المبالغة في كون القانون وليد البيئة كونه يتغير باختلاف الزمان والمكان: التجربة والواقع أثبتت أن شعوب كثيرة طبقت قوانين صدرت عند دول أخرى مثل ألمانيا و سويسرا.

تركيا أخذت القانون المدني السويسري – القانون الهندي والأمريكي أخذ عن القانون الأنجليزي – القانون الجزائري أخذ عن القانون الفرنسي.

3-المبالغة في اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون:

في الماضي: كانت الحياة بسيطة كان العرف له الأولوية.

في الحاضر: الحياة معقدة، تتغير بسرعة، تتطور بسرعة مما يتطلب قدرا كبيرا من السرعة في التدخل لتقنين العلاقات.

4-انكار العقل والإرادة ودورها في اختيار الأنسب من القوانين مثل كفاح الافراد ضد القوانين الظالمة، وإرادة في حماية الفئات المستضعفة كالعمال والاطال واللاجئين...

ولكن يبقى الفضل لهذا المذهب في تبيان والكشف عن الارتباط بين القانون والبيئة ، وتوضيح أهمية العرف كمصدر للقانون.

2-مذهب الغاية الاجتماعية: La Doctrine De But Social

نادى به "اهرنج" لمهاجمة المذهب التاريخي بسبب النتائج التي توصل اليها، شرح فلسفته في عدة مؤلفات قام بنشرها أهمها:

كتاب الغاية من القانون (le but de droit)

كتاب الكفاح من أجل القانون (la lutte pour le droit)

الأسس التي يقوم عليها المذهب :

1- القانون ← وسيلة الارادة البشرية ←لتحقيق غاية. الغاية = حفظ للمجتمع ونحقيق أمنه وتقدمه.

2- القانون في تطور مستمر ←لكن ليس تطور تلقائيا بل تطور يخضع لارادة الأنسان.

3- القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية ← ارادة الانسان لها الدور في نشأته و في تطوره.

لوجود صراع بين ← المستفدين

ومن يريد تعديلها ⬅ بالكفاح... ولو وصل الامر الى استعمال العنف كالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى.

مثل: تحرير الرق: الحرب الأهلية الأمريكية ، تحرير العمال... الفلاحين... المرأة.

4-القانون في طبيعته وجوهره ← ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح.

جوهر القانون= الغاية + الكفاح.

نقد مذهب اهرنج:

مميزاته

*أوضح الدور الذي تلعبه الإرادة في نشأة القانون وتطوره

*أوضح خطأ المذهب التاريخي بجعل القانون ينشأ بطريقة آلية والوقوف موقف المتفرج من قانون لا يتجه نحو غاية.

سلبياته

*يرى الغاية حفظ المجتمع وليس العدل.

*بني القانون على الكفاح والصراع ← الغلبة للأقوى ← حتى لو لم تكن على حق(مثل قانون زواج المثليين)

*المغالاة في جعل تطور القانون متوقفة على ارادة الانسان ⇐ انكاره للعرف.

مذهب التظامن الاجتماعي La Doctrine De La Solidarité Social

نادى به " دوجي " " Duguit " في مؤلفه: "المطول في القانون الدستوري".

الأسس التي يقوم عليها:

1-استخدام المنهج التجريبي: في دراسة القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية ← مثل العلوم الطبيعية

ملاحظة الظواهر — التجربة — الاستنتاج

فالمعرفة العلمية الصحيحة تحتم عدم الاعتداء إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده بالتجربة. والحقائق العلمية التي استخلصها في المذهب هي:

-وجود مجتمع يعيش الانسان فيه مع غيره. – وجود تضامن بين الافراد في المجتمع.

الانسان لا يفي بكل حاجاته ←كلما تقدمت المدينة كلما تعددت الحاجات. تحقيق التضامن ⬅ يستلزم وجود قواعد تنظيم.

أساس القانون: هو شعور الأفراد بالتضامن. -الشعور بالتضامن الاجتماعي غير كاف لابد من شرط آخر هو الشعور بالعدل.

الإنسان كائن ⬅ اجتماعي ↓ شعوره بالتضامن

فردي ↓ شعوره بالعدل

*القواعد القانونية التي يشعر افراد المجتمع أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن وأن من لعدل تسخير قوة الإجبار في الجماعة لكفالة احترامها.

نتائج مذهب التضامن الاجتماعي:

1-لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية ←ما عداها يعد نوعا من الخيال. 2-انكار الحق / كفكرة الحقوق متصلة بشخص الانسان.

3-انكار فكرة الشخصية المعنوية. 4-انكار فكرة السيادة.

نقد مذهب التضامن الاجتماعي:

الايجابيات:

1-أظهر أهمية الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القواعد القانونية.

السلبيات:

1-العلوم الطبيعية ليست كالعلوم الاجتماعية والانسانية ⬅ المنهج التجريبي له خصوصياته:

أ-الظواهر مسيرة آليا اذا توافرت الأسباب . -الظواهر الاجتماعية ⬅للارادة دور في تسييرها.

ب-العلوم الطبيعيةتهدف لدراسة ما هو كائن، بينما العلوم الاجتماعية لمعرفة ما يجب أن يكون.

2-أن "ديجي" لم يلتزم بالأساس الواقعي التجريبي. – التضامن ليست الحقيقة الوحيدة التي نشاهدها.

حقيقة التضامن: تضامن على الخير / تضامن على الشر. *لماذا اختار التضمان على الخير⬅اختيار أساسه المثالية.

3-أخذ بفكرة الشعور بالعدل، وليست كفكرة مثالية مجردة أو كمثل أعلى قائم بذاته ⟸ إن الشعور يؤدي الى تحكيم الأهواء الشخصية والعقائد والنزعات مثل: نظام التميز العنصري كما هو في بعض الجماعات نظم عادلة.

المذاهب المختلطة: Les Doctrines Mixtes

هذه المذاهب تنظر للقواعد القانونية من ناحيتين: الشكل — الفلسفة الواقعية: القانون مستمد من حقائق الحياة في الجماعة.

الجوهر — الفلسفة المثالية: المثل العليا التي تهيمن عليها.

المذاهب المختلطة ترى القواعد القانونية: ارادة الحاكم التي تصور هذا الجوهر وتصوغه في شكله النهائي.

ســـــــــــــــندرس

مذهب جيني — جوهر القواعد القانونية في الفقه الحديث.

مذهب جيني (Geny) نظرية العلم والصياغة:

أصدر كتاب من أربع أجزاء (1914-1924) بعنوان: "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي"، يعترف فيه أنه لم يبتكر مذهبا جديدا وإنما اقتصر على تحليل المذاهب السابقة(الشكلية والموضوعية).

الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني: القواعد القانونية عبارة عن عنصرين: **العلم والصياغة**

1-عنصر العلم (الجوهر): القواعد القانونية تجمع في جوهرها بين

*المثل العليا التي يستخدمها العقل سماها: الحقائق العقلية والمثالية.

*وبين حقائق الحياة الواقعية التي تسجلها المشاهدة والتجربة سماها: الحقائق الواقعية.

الحقائق العقلية والمثالية: الحقائق العقلية لأن العقل هو صاحب القدرة على الكشف لمدى ملائمة الحقائق لاغايات الموجودة في القانون، وحقائق مثالية هي التي تعبر عن الرغبة في تقدم القانون وسموه وكماله أي قيامه على مثل عليا.

الحقائق الواقعية:* العوامل الطبيعية: – ظروف مادية "جغرافية". – ظروف خاصة بالتكوين العضوي. – ظروف خاصة بالتكوين النفسي.

*العوامل التاريخية: ما يكون على مر الزمن من قواعد قانونية لتنظيم الحياة في المجتمع.

2– عنصر الصياغة: (الشكل) : الصياغة تتعلق بالفن التشريعي، تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون الى قواعد عامة مجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية.

***الصياغة المادية:** تضع المعنى في شكل حسابي مثل دع الغبن 5/1 الثمن.

***الصياغة المعنوية:** (القرائن) أي بما تجرى به الأمور عادة لاستقرار المعاملات. مثل: حيازة العقار + حسن النية هو المالك عادة أي يتفق مع حقيقة الواقع.

نـــــــقد مذهب جـــــيني:

المميزات: –تفادى التطرف الذي وقعت فيه المذاهب الشكلية والموضوعية. –اهتم بالشكل والموضوع فهو أقرب للحقيقة.

السلبيات: –الحقائق العقلية والمثالية لا تتولد عن واقع ملموس ولا يمكن ادراجها في عنصر العلم. –من الصعب التفرقة بين الحقائق العقلية والمثالية وبين الحقائق الطبيعية والتاريخية لأن: الحقائق المثالية تستخلص من العقل تدريجيا. والحقائق الطبيعية تكسب الجماعة حقائق تاريخية على مر الأجيال.

جوهر القاعدة القانونية وأساس الزاميتها في الفقه الحديث

اتجه الفقه الحديث بعد النقد الذي وجه الى "جيني" من أن الحقائق الأربع لا يصدق عليها وصف العلم جميعا، فاتجهوا الى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القواعد القانونية.

جوهر القواعد القانونية= الحقائق العلمية التجريبية(العنصر الواقعي) + الحقائق العقلية التفكيرية.

جوهر الحقائق القانونية= واقع يجب تقويمه بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل.

= عنصر واقعي + عنصر مثالي

1-العنصر الواقعي: الحقائق العلمية التجريبية:إن الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح هي التي يمكن اخضاعها للمشاهدة والتجربة: وهذه الحقائق يجب عدم اغفالها عند وضع القواعد القانونية. ⟵ الحقائق الطبيعية.

⟵ الحقائق الاقتصادية

⟵ الحقائق السياسية الاجتماعية

⟵ الحقائق الدينية

⟵ الحقائق الأخلاقية

⟵ الحقائق التاريخية (النظم التي مرت عليها عبر الزمن كالأعراف).

2-العنصر المثالي: يجب تقويم هذه الحقائق السابقة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل: وهو العدل.وصوره ثلاث

ا-العدل الخاص (التبادلي): العدل الذي يجب للأفراد على بعض- ويقوم على أساس المساواة التامة، ولا يعتمد بصفات الأفراد وقدراتهم. مثل: المساواة في العقاب، المساواة في العقود، العلاقات بين الأفراد تقوم على المساواة المتبادلة.

العدل العام: هو العدل الذي يسود بين الجماعة الأفراد المكونين لها بهدف تحقيق الصالح العام، وينقسم الى :

ب-العدل التوزيعي: هو الذي يجب على الجماعة للأفراد: مقتضاه المساواة بين الأفراد المتساوين في القدرة أو الحاجة أو الكفاءة مثل:

أ-تولي الوضاءف العامة. ب- المساواة في تحمل الأعباء العامة. ج- المساواة في فرض الضريبة(حسب الوعاء الضريبي).

د- تقديم المنح العائلية.

ملاحظة: دعم السكر والزيت والدقيق لاتوجد مساواة توزيعية لأنه يستفيد منه الكل رغم أن نظام الدعم معمول للفقراء. ⇔ بمعنى العدل التوزيعي = مراعاة المساواة التناسبية وليس المساواة التامة.

ج-العدل الاجتماعي: هو العدل الذي يجب على الأفراد للجماعة تحقيقا للصالح العام(تسخير الجهد لتحقيق الصالح العام).

*هو أساس مطالبة الأفراد: - بآداء الخدمة العسكرية. - التضحية لحماية الوطن. - دفع الضرائب.

*هو أساس قيام سلطة الحاكم(تسخير سلطاته لخدمة الجماعة): هو الذي يبرر معاقبة السارق على الرغم من رد الشيء المسروق: لأن السرقة تخل بالنظام العام وأمن الجماعة.

الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

أولا: مفهوم السياسة التشريعية

إن التشريع = سياسة + صياغة

= العنصر الواقعي + العنصر الشكلي

1/ تعريف السياسة التشريعية: هي عملية اتخاذ القرارات التي تتضمن المفاضلة بين البدائل المتاحة والممكنة، على ضوء أولويات الجماعة ومصالح المجتمع.

" هي الفلسفة التي تحكم عملية التشريع بداية من اتخاذ قرار التصدي للموضوع أو قضية عن طريق التشريع أصلا، ومرورا بتحليل الموضوع وتحديد أولويات المجتمع بشأنها وقدراته ومصالحه ازاءها، ثم ترجمة مبادئ السياسة الى نصوص قانونية، واصدارها بالطرق المقررة.

2/ تأثير الحكم (النظام السياسي) على السياسة التشريعية:

-اذا كان نظاما سلطويا ⬅ لا مجال للمجالس النيابية ⬅ الدور الأكبر للحاكم.

-اذا كان نظاما ديموقراطيا ⬅ سياسة تشريعية تكون مصلحة لتفاعل كل الأطراف الاجتماعية والقوى السياسية .

3/الفرق بين السياسة التشريعية و الصياغة التشريعية: يجب أن نفرق بين:

الصائغ (Drafter) ⬅ مصمم فني

المشرع(Legislateur) ⬅ صانع القرار ، المسؤول أمام الناخبين عن السياسة التشريعية وكذلك عن صياغة النص ذاته.

فماهي الصياغة التشريعية؟

الصياغة التشريعيةهي:" عملية تحويل القيم(ضبط الأفكار) التي تكون مادة القانون الى قواعد صالحة، يمكن تطبيقها عمليا، عبر فترة ممتدة نسبيا دون لبس أو غموض".

صياغة التشريع: هي فن ومهارة بناء النصوص وتحرير القوانين.

وماهي طرق صياغة التشريعات؟

توجد طريقتين لصياغة التشريعات:

طريقة مكتبية: نعتمد فيها على المهارات الخاصة بالتكتيك القانوني والذي يهتم بصياغة النصوص وترابطها المنطقي. (كالمصطلحات، التدرج، الدستورية، مراقبة مجلس الدولة...)

طريقة علمية: نعتمد فيها على المعطيات الواقعية المجموعة بطريقة علمية عن الواقع الذي يراد تنظيمه، ويستعان فيها أيضا بالخبرات العلمية في العلوم المختلفة. مثل: الطب، علوم الاجتماع، علوم الاجرام والعقاب... كي يقوم التشريع على أسس سليمة.

ثانيا : التشريع من منظور الحكم الجديد

1/ ديمقراطية الصنع:

ا/المشاركة: تعزيز مشاركة النواب، وتعزيز مشاركة القوى الاجتماعية في صياغة التشريع.

ب/حكم سيادة القانون: هل كانت محايدة ⬅ خصوصا التشريعيات المالية.

ج/الشفافية والمحاسبة: كيف تم وضع التشريع أمام البرلمان، كيفية المناقشة، مراقبة النزاهة، قياس الشفافية عن طريق الابيات البرلمانية، شفافية عمل اللجان.

2/حرفية الصنع:

ا/تعزيز القدرة التنافسية للتشريع: في مواجهة العالم المعاصر، دراسة وافية، مقارنة المصادر التاريخية، دراسة المصطلحات وأحكام الاتفاقيات.

ب/الصياغة أن تكون متوازنة وصديقة للقضاء ⬅ بمعنى الصياغة مدروسة مع متخصصين ⬅ كانت أقرب للتطبيق.

ج/الصياغة المرنة: يمكن للقواعد القانونية الاستجابة لمتغيرات الظروف مثل: صياغة المادة 53 من القانون العام، الخيار بين عقوبتين.

ثالثا: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

السياسة التشريعية الجديدة ترتكز على ثلاث معايير:

المعيار الأول: ضمان حقوق الانسان والحريات العامة.

المعيار الثاني: تجسيد مبدأ سيادة القانون.

المعيار الثالث: مبدأ الحرية في النشاط الاقتصادي مع مراعاة البعد الاقتصادي والاجتماعي والثقافي.

أمثلة عن السياسة التشريعية

السياسة التشريعية الجنائية: (مصطلح استخدم لأول مرة 1803) وعرفه بـ: "مجموع الوسائل أو التدابير الجزائية (القمعية) التي تواجه بها الدولة الجريمة".

وتعني التدابير التي تتخذ في بلد ما وفي وقت معين بغرض مكافحة الإجرام فيه.

المقصود بمكافحة الجريمة:

-رد فعل ضد الجريمة بعد وقوعها عن طريق العقوبة.

-يشمل أيضا منع الجريمة والوقاية منها قبل وقوعها.

*تدخل كلاهما في بذل الدفاع الاجتماعي.

السياسة الجزائية: هي التي تحدد النشاط الذي يجب أن تبذله الدولة لتحقيق الدفاع الاجتماعي.

السياسة الجزائية:

السياسة التشريعية الجزائية	**السياسة القضائية**	**السياسة التنفيذية**
تحديد الجزاءات والتدابير	اجراءات الخصومة	سلطة الادارة العقابية

*الرأي الذي يأخذه المشرع يختلف باختلاف الافكار والقيم السائدة: فهي سياسة متجددة.

تشريع الأحداث:(س: هل نعاقب الحدث أم نقوم سلوكه ونصححه؟)

القوانين المطبقة: إذا كان ضحية تشديد العقوبة نظرا للضرر النفسي وليس للضرر الجسدي.

قوانين الوقاية من الانحراف، ..... الوقاية من التشرد.

- **من حيث الهيئات القضائية:** التشكيلية: حضور الولي، جلسة سرية، حضر النشر.
- **الاجراءات التنفيذية:** الهدف ليس عقوبة الحدث ← إنما الاصلاح والتقويم ← الوضع في مراكز التأهيل.

المحور الرابع: تفسير القانون

عند تطبيق القواعد القانونية(عامة مجردة) على الحالات الواقعية ⬅ الكشف عما تحتويه من أحكام هو مايعرف بعملية التفسير.

مفهوم التفسير **طرق التفسير**

أولا: مفهوم التفسير

1-تعريف التفسير: "هو عملية ذهنية منطقية تؤدى باتباع قواعد علمية عملية الى تحقيق غرض القواعد القانونية، وذلك لاستنباط حكمها لتطبيقها على الحالة الواقعية". يقابله في الشريعة الإسلامية الاجتهاد وهو "عملية استنباط الاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وفق قواعد وأصول حددها الأصوليون".

2-أسباب التفسير:- الخطأ المادي أو المعنوي. - الغموض والإبهام. - النقص والسكوت - التناقض والتعارض.

مثال في فرنسا: صعوبة التوفيق بين حق الملكية- التأميم ، الحجاب باعتباره حرية دينية والعلمانية وتحريم الرموز الدينية كمبدأ بين دستور في الجزائر الأهلية بين القانون المدني وقانون الأسرة.

3-أنواع التفسير:

-**التفسير التشريعي:** يصدر من المشرع نفسه أو من هيئة مفوضة.

-**التفسير القضائي:** التفسير هو من صميم عمل القضاء.

*لا يمكن تطبيق القوانين قبل تفسيرها.

*تأثره بالضرورات والحاجات العملية.

*اذا لم يجد حل يخلق القاضي الحل بالرجوع الى مبادئ القانون الطبيعي.

*هذا الحل يكون حلا وضعيا من صنع القاضي⬅ قد يؤدي الى تواتر أحكام القضاء بمثله في المنازعات المشابهة، وهو ما يعرف بنظام السوابق.

-**التفسير الفقهي:** هي أقوال الفقهاء في فهمهم للنصوص والقوانين المختلفة من خلال مؤلفاتهم وهو مصدر استثنائي غير ملزم.

مدى إلزامية تفسير الهيئات القضائية:

ا-**بين المحاكم والهيئات الدنيا:** إن الاختصاص بتفسير القواعد القانونية مخول لكافة الهيئات القضائية بمختلف درجاتها لأجل تطبيقها على المنازعات المعروضة أمامها، وهنا الحكم ملزم فقط لطرفي النزاع ⬅غير ملزم لمحكمة أخرى ولو كانت أدنى منها. بل غير ملزم للمحكمة نفسها في قضية أخرى مماثلة.⬅مدى صحة التفسير ومسألة توحيده من اختصاص الهيئات العليا للقضاء.

ب-تفسير الهيئات القضائية العليا(المحكمة العلياام.ع +مجلس الدولةم.د):

1-رجوعا للمادة 179 من دستور 2020" تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم".

2-يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الادارية.

3-"تضمن م.ع + م.د توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون".

* **فمدى إلزامية تفسيرهذه الهيئات؟** نفرق فيها بين :

<u>الأنظمة الانجلوساكسونية</u>: إن تفسير القواعد القانونية(سواء تشريعية أو عرفية...) بواسطة القاضي هو أمر ملزم لأي قاض في نفس الدرجة أو في درجة أدنى، لأن تفسيره يشكل القواعد القانونية واجبة الاتباع تسمى بالسابقة القضائية وهي المصدر الرسمي الأول للقضاء-في هذه الدول-.

<u>الأنظمة اللاتينية</u>: والدول التي تبنتها مثل الجزائر، تفسير الجهات غير ملزم، حيث يمكن للمحكمة العليا ان تتراجع عن تفسيرها فهو مصدر تفسيري وليس ملزم.

ما تصدره الهيئات العليا: *- م. ع : نشرة القضاء ⬅ وزارة العدل. *- المجلة القضائية ⬅م. ع.

*- م. د : مجلة مجلس الأمة.

متى تكون ملزمة: 1- نقض: حالة المحكمة التي نقض حكمها. 2- صدور قرار من الغرفة المجتمعة.

رأي أ/بوضياف: أن النص الدستوري يوحي بإلزامية التفسير تفاديا لتعدد الحلول القضائية الموضوع الواحد.

ثانيا: طرق التفسير

طرق التفسير الداخلية **طرق التفسير الخارجية**

1-طرق التفسير الداخلية:

ا-**التفسيراللفظي:** استخلاص معنى النص من خلال الالفاظ أي المعنى المتبادر الى الذهن من خلال ما تضمنه من ألفاظ- منطوق النص-

مثال عبارة العين: عين الانسان / الينبوع / تستعمل في القانون للدلالة على المال(منقول + عقار). فتأخذ بالمعنى الاصطلاحي.

ب-المعنى المستفاد من روح النص وألفاظه" علم الدلالات": دلالة روح النص:

-المعنى المستخلص من :- **اشارة النص.**

-عبارة النص.

- **المعنى المستخلص من دلالة النص**(الاستنتاج).

القياس عن طريق مفهوم الاستنتاج عن طريق

الموافقة. المخالفة.

القياس العادي. القياس من باب أولي.

***المعنى المستخلص:** – **من إشارة النص(دلالة الإشارة).** – **من عبارة النص(دلالة العبارة).**

هو ما لم يسق الكلام لأجله. ما سيق الكلام لأجله.

الآية الكريمة: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ".

دلالة الإشارة: (له): من له غنم النسب له غرم الإنفاق. **دلالة العبارة:** وجوب النفقة على المرضعات.

–للأب ولاية تملك نفس الولد ⟸ ولاية النفس+ولاية المال.

***المعنى المستخلص من دلالة النص:** (الاستنتاج عن طريق الموافقة والاستنتاج عن طريق المخالفة):

–القياس عن طريق مفهوم الموافقة:

القياس العادي: هو عبارة عن إعطاء واقعة لا نص على حكمها حكم واقعة أخرى ورد نص بها لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم.

مثال: في الشريعة الاسلامية: القاتل لا يرث ← قياس، الموصى له ← لم يرد بشأنه نص ← يأخذ نفس الحكم لا وصية للقاتل الموصى له. لاتحاد العلة: الاستعجال.

القياس من باب أولي: نفس التعريف لكن علة الحكم أكثر توافرا في الواقعة التي لم يرد بها نص. مثال: ق ع: من فاجأ زوجته بالزنا متلبسة ... وقتلها في الحال هي ومن يزني بها ← عذر معفي من العقاب. فاذا أحدث لها عاهة مستديمة فهي أولى بالتخفيف.

القياس العادي والقياس من باب أولى ← عدم جواز القياس: – في حالة القوانين الجنائية " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ".

–في حالة الحكم الوارد في النص حكما استثنائيا خرج فيه الشارع عن القواعد العامة.

–**الاستنتاج عن طريق المخالفة:** ويقصد بها إعطاء حالة لم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يقترح به في حالة أخرى وذلك:

–لاختلاف العلة في الحالتين. – لأن الحالة التي صرح بها المشرع بحكمها تعتبر إستثناء من الحالة التي لم يتفق عليها.

–أو لانتفاء شرط من الشروط المعتبرة في الحكم . مثال: اذا هلك المبيع قبل التسليم يقوم المشتري باسترداد الثمن.

بمفهوم المخالفة ← اذا هلك المبيع بعدالتسليم لا يمكن للمشتري استرداد الثمن.

2–طرق التفسير الخارجية:

ا–**غاية وحكمة التشريع:** مثل : دعم الاقتصاد، رعاية الفئات الضعيفة، منفعة قطاع معين، حماية الأقليات...

ب-الأعمال التحضيرية: وهي مجموعة المذكرات التفسيرية ومناقشات المجالس التشريعية، ومحاضر جلسات هذه المجالس.

ج-المصادر التاريخية: قد يكون: دولة أجنبية، قضاء دولة أجنبية، فقه دولة أجنبية، أو شريعة دينية مثل الشريعة الإسلامية(الشفعة، الميراث، الزواج...).

تمت بحمد الله