

جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس: منهجية العلوم القانونية

السداسي الأول

# فلسفة القانون

موجهة لطلبة الحقوق: السنة الأولى ليسانس

المجموعة: د/ D

من إعداد الدكتورة: بلهول زكية

2024-2023

## برنامج المقياس

### المحور الأول: مدخل مفاهيمي



- (1) تعريف فلسفة القانون
- (2) تعريف أصول القانون وغايته
- (3) مقاصد تدريس فلسفة القانون

### المحور الثاني: مذاهب تفسير أصل القانون والغاية منه وأساس



#### إلزاميته

- (1) المذاهب الشكلية
- (2) المذاهب الموضوعية
- (3) المذاهب المختلطة

### المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية



- (1) تعريف السياسة التشريعية
- (2) معايير السياسة التشريعية الحديثة
- (3) معايير صناعة تشريع ذو جودة

### المحور الرابع: تفسير القانون



- (1) تعريف التفسير القانوني
- (2) أنواع التفسير القانوني
- (3) حالات التفسير القانوني

## المحور الأول: مدخل مفاهيمي

### مقدمة:

ظهر القانون قبل 3000 سنة م في مصر، في البداية أثير التساؤل والجدل حول ضرورة القانون من عدمه لتنظيم المجتمع، فظهر اتجاهان، هما:

**الاتجاه الأول:** يرى ضرورة وجود القانون، لأنه وسيلة لتحقيق الانسجام الاجتماعي عن طريق كبح مشاعر الشر لدى الإنسان، لهذا فلا بد من وجود نظام قانوني رادع لضبط هذه الطبيعة البشرية .

**أما الاتجاه الثاني:** فهو عكس الاتجاه الأول، إذ يرى أن الإنسان بفطرته يميل نحو الخير، فهو خير بطبيعته، فلا يحتاج إلى قواعد قانونية تنظمه، فأصحاب المال هم من يفرضون القانون لتبقى السيطرة في أيديهم.

ثم تم تجاوز الجدل والتساؤل حول الحاجة إلى وجود القانون من عدمها، لان الواقع والزمن أثبتا حاجة المجتمع والإنسان إلى قانون ينظمه ويضبطه، ولكن المشكلة الجديدة التي ظهرت تكمن في:

**من يضع القانون؟ ومن له شرعية الإلزام وفق القانون؟.** لتتحول بعد ذلك اهتمامات فلسفة القانون ومواضيعها بالبحث في موضوعين أساسيين هما: (1) أصل القانون و(2) غايته.

فالقانون، ينفرد دون باقي القواعد الاجتماعية والأخلاقية والدينية بخاصية معينة هي: **الإلزام الأفراد** بإتباع أوامر القانون ونواهيه. فما الذي يعطي للقاعدة القانونية خاصية **الإلزام** ويكسبها صفة **الشرعية** التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد؟

1- هل يرجع إلزام الأفراد بالقانون إلى **إرادة الحاكم كونه له السلطة العليا ولا يملك الأفراد مخالفته؟**

2- هل يرجع ذلك إلى أن **القانون يعبر عن إرادة الجماعة** ويجب الحفاظ على بقائها وأمنها؟

3- هل يرجع إلى انه خليط بينهما، **حيث يستمد جوهره من البيئة الاجتماعية ثم تتولى إرادة الحاكم أو من له السلطة العليا في المجتمع تشكيل قواعده وصياغتها؟**

...إن الإجابة على هذه التساؤلات الثلاث هو الهدف من دراسة فلسفة القانون...

**ظهور فلسفة القانون:** لم ينتبه فلاسفة القانون إلى أهمية دراسة فلسفة القانون إلا في وقت متأخر، حيث استعمل مصطلح فلسفة القانون أول مرة سنة **1821** **كعنوان لمؤلف لهيجل**، وتبعه فيما بعد مؤلفون

آخرون في فرنسا (مثل: بودان، هوريو، دي جي ولامبير)، إيطاليا (مثل: فيكو، بوليتي)، ألمانيا (مثل: صافيني، إهرينج)، وانجلترا (مثل: أوستن، لوك، هوبز)...

ثم توالت بشأنها النظريات والمباحث، وتناولها الفقهاء تحت عناوين ومصطلحات مختلفة، مثل: **طبيعة القانون**، **أساس القانون**، **أصل القانون**، وكلها تصب في **فلسفة القانون** التي تدرس: أصل القانون وغايته.

## تعريف فلسفة القانون

لتعريف فلسفة القانون يجب أن نتعرف على الفلسفة بصفة عامة أولاً، ثم نعرف فلسفة القانون.

أصل "الفلسفة" يوناني، وتعني: "حب المعرفة"، أو "محبة الحكمة"، كما تعني "معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني".

فهي تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة، وهي خلق المفهومات وتحليلها، وأيضاً هي: التفكير الدائم وعرض الأفكار على الآخرين المعارضين لأفكارنا بهدف إثارة الجدل.

فالمسألة، مرتبطة بفكر كل فيلسوف أو كاتب، وعمر عملها من عمر الإنسان، لها ارتباط بالنشاط الفكري الذي يصعب تحديده. واختلف بشأن أهدافها، فهناك من يرى أنها تبحث عن الحقيقة، وآخر عن الخير، وينظر آخر تبحث عن الجمال، وعن معنى الحياة والسعادة. فكان يطلق عليها بأمر العلوم.

**أما فلسفة القانون**، فيقصد بها "ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها ومضامينها المختلفة"، أي هي تدرس جانب فلسفي موجود في القانون.

وبمعنى آخر هي "البحث في الموضوعات الفلسفية الأكثر أهمية في مجال القانون، وهي مجال واسع، مثل: أساس الالتزام، العدل، الحرية، الأمن...". كما يمكن تعريفها بـ"حب شرح القانون بعمق"، وتهتم بدراسة عملية التشريع في العالم.

رغم أن **فلسفة القانون** تعنى بدراسة نطاق القانون، إلا أنه هناك اختلاف بينها وبين **علم القانون**، ومن بين هذه الاختلافات نذكر:

- ⇒ فلسفة القانون ليست فرعاً من فروع القانون، بل هي فرع من **فروع المعرفة** أو الفلسفة.
- ⇒ فلسفة القانون هي علم العموميات، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء.
- أما علم القانون فهو علم الفروع (قانون جنائي، مدني، اداري...).

- ☞ الفيلسوف القانوني يدرس عموميات الظاهرة القانونية ومبادئها الكلية والأساسية، في حين أن رجل القانون يهتم بتفاصيل الجزئيات.
- ☞ تعنى فلسفة القانون بالجوانب العالمية والنواحي العامة للقانون، فهي تمتد إلى ما هو مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة، ولكن علم القانون يقتصر على قانون وطني معين.
- ☞ فلسفة القانون غير محددة بزمان ولا مكان، في حين أن علم القانون يتحدد بزمان ومكان دولة معينة.
- ☞ -آراء الفيلسوف تعبر عن وجهة نظره ورأيه الشخصي، فهي ذات نزعة ذاتية، ويبحث فيها عن ما يجب أن يكون عليه القانون. أما رجل القانون، فعليه أن يتقيد بالنزعة الموضوعية، وهو يبحث فيما هو عليه القانون.

### تعريف أصل القانون وغايته

المقصود بأصل القانون: "ماهيته وأساسه"، والبحث عن أصل القانون هدفه هو:

- التعرف على طبيعة القانون وأصل نشأته وأساسه،
- تحليل جوهره لبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها .
- محاولة الكشف عما إذا كان القانون ينشأ من: ضمير الجماعة دون تدخل الإرادة الإنسانية في صنعه، أم أن الإرادة الإنسانية هي صانعة القانون، أم أنه من وحي الطبيعة والمثل العليا، أم من وحي البيئة الاجتماعية.

وأما غاية القانون، فيقصد بها "الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون ويسعى إلى تحقيقها". ورغم أن غالبية الفقهاء اتفقوا على أن هدف القانون هو تحقيق العدل، إلا أنهم اختلفوا حول مفهوم العدل ونوعه وطرق تحقيقه.

إنّ البحث في هذين الموضوعين (أصل القانون وغايته) تمخض عنه الأسس التالية:

- 1- **الأساس الوضعي للقانون**: ومعناه القانون مجموعة قواعد أمره يضعها الحكام القابضون على السلطة في المجتمع، وهي ما يطلق عليها **بالوضعية القانونية الإرادية**، شملتها **المذاهب الشكلية**.
- 2- **الأساس الطبيعي للقانون**: ومعناه القانون مجموعة مبادئ تتماشى مع طبيعة الأشياء ومع العقل، فهناك قانون يعلو على الحكام ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة إلزامها، عرف **بالقانون الطبيعي**، ويندرج ضمن **المدرسة المثالية**.

3- الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون: أي أن القانون وليد حاجة الجماعة، يولد تلقائيا في بيئة المجتمع، وعالجته المدرسة التاريخية والمدرسة الواقعية.

### الهدف من تدريس فلسفة القانون لطلبة الحقوق

- الإلمام بالمبادئ الأولى للقانون واستيعابها قبل دراسة القانون نفسه بكل تفاصيله، لان دراسة علم أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون وفروعه المختلفة،
- تحديد طبيعة القانون وتبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها.
- تبسيط المبادئ الفلسفية والعلمية التي تركز عليها دراسة القانون.
- إعداد الطالب إعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار المشوار العلمي.

### ملاحظة

لا بد من التأكيد على أن فلسفة القانون لعبت دورا هاما في **نشأة القانون وتطور قواعده**، فالفكر القانوني الفلسفي حين انصرف إلى دراسة المشاكل النظرية الكبرى مستخلصا مبادئها الحقيقية قد أثر في **التطور الوضعي للقانون وفي إقامته وتطبيقه** تأثيرا كبيرا وحصل على نتائج أكثر فعالية.

## المحور الأول

### مذاهب تفسير أصول القانون والغاية منه وأساس إلزاميته

اختلف الفقهاء والفلاسفة بشأن: ماهية القانون والعناصر التي يتكون منها، حتى تكتسب القواعد القانونية خاصية الإلزام وصفة الشرعية التي تجعل احترامها أمراً إلزامياً على الأفراد ومخالفتها ترتب الجزاء.

وقد أدى هذا الاختلاف إلى ظهور مذاهب ونظريات متعددة يمكن جمعها في ثلاثة مذاهب هي:

- المذاهب الشكلية
- المذاهب الموضوعية
- المذاهب المختلطة

### المطلب الأول: المذاهب الشكلية

#### -الأساس الوضعي الإرادي للقانون-

تهتم المذاهب الشكلية: بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي، فهي تبحث في المختص بوضع القاعدة القانونية، وكيف تكتسب قوة إلزامها. وقد اتفقت جميعها من حيث المبدأ، على أن القانون هو: من وضع الدولة أو الحاكم الذي له القوة والسلطة، أو من صنع المشرع، تصدر قواعده القانونية في صيغة الأمر والنهي يخضع لها الأفراد، مقترنة بجزاء.

فجعلت **مصدر** القانون هو: إرادة الحاكم الذي يمتلك السلطة المطلقة والقوة، **موجهاً**: إلى أفراد المجتمع الواجب عليهم تنفيذها، وعدم الخروج عنها وإلا تعرضوا لل**جزاء** الموقع من قبل السلطة المختصة (الحاكم).

ولأن هذه المذاهب أعطت للإرادة الإنسانية (ممثلة في الحاكم أو الدولة) دوراً واختصاصاً وضع القانون، فإنه أطلق عليها بال**الوضعية القانونية الإرادية** والتي تعني أن "القانون هو من وضع إرادة إنسانية أي أنها منحت للقانون أساساً وضعياً".

ومن أهم المذاهب الشكلية نجد: مذهب أوستن، مذهب هيغل، مذهب كلسن، أما مدرسة الشرح على المتن فقد وضعت أسلوبا وطريقة خاصة في تفسير القواعد القانونية.

## ((1)) مذهب أوستن 1790-1881

أوستن فيلسوف انجليزي، عمل أستاذا للقانون في النصف الأول من القرن 19 ، كان من مؤيدي فكرة القانون الوضعي أو ما أطلق عليه بالوضعية القانونية الإرادية، كونه يعتبر أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم أو الدولة تسري على الأفراد ولو جبرا.

والحقيقة أن هذه الفكرة ليست بجديدة، وإنما اقتبس أوستن من نظريات فلاسفة اليونان الذين كانوا يرون أن القانون من فعل القوة. كما أنه تأثر على وجه الخصوص بالفقيه الإنجليزي "توماس هوبز" القائل بأن "القانون ليس طلبا ولا نصيحة بل أمر صادر من شخص يمتلك السلطة والقوة إلى شخص آخر وجب عليه الطاعة والامتثال".

وعلى هذا كون أوستن ثلاث أسس لمنهجه نتجت عنه العديد من النتائج، كما وجهت إليه انتقادات.

### أولا: الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن

عرف أوستن القانون على أنه: "مجموعة قواعد قانونية آمرة ونهاية مقترنة بجزاء صادرة عن الحاكم

لما يتمتع هبه من سلطة سياسية، موجهة إلى الطبقة المحكومة التي يتعين عليها الخضوع والطاعة".

وبناء على هذا التعريف يتضح أن الأسس التي يقوم عليها مذهب هي ثلاثة أسس كالتالي:

### 1- لا وجود للقانون إلا في وجود مجتمع سياسي ومصدرها السلطة الحاكمة

في نظر أوستن المجتمع السياسي هو المجتمع المقسم إلى طبقتين: طبقة حاكمة وطبقة محكومة، فإن المجتمع السياسي يستمد في تنظيمه إلى وجود هيئة عليا حاكمة تمتلك السيادة السياسية المطلقة. ولا يهمه إن كان نظام الحكم فيها ديمقراطيا أو استبداديا، جمهوريا أو ملكيا. كل ما يهم هو أن الحكام القابضون على السلطة يختصون بوضع القواعد القانونية، وأن يكون سلطانهم مطلقا، غير مقيد ولا محدود.



أما الطبقة المحكومة، فيتوجب عليها تنفيذ وإتباع ما صدر عن الطبقة الحاكمة، أي عليها الطاعة والامتثال والخضوع للأوامر والنواهي الصادرة عن الحاكم دون أن يكون لها حق التعبير عن رأيها ولا رفضها.

## 2- صدور القاعدة القانونية في صيغة الأمر والنهي

يعتبر أوستن أن القانون ليس طلبا ولا نصيحة وإنما مجموعة قواعد قانونية أمرية، ناهية موجهة إلى الأفراد المحكومين ليست لديهم حرية عدم التنفيذ والامتثال، وإنما هي واجبة الطاعة. مع الإشارة إلى أن الأمر والنهي قد يكون بصيغة صريحة وواضحة، كما قد يصدر بصيغة ضمنية، المهم أنه على الأفراد المحكومين إتباعها وعدم الخروج عنها.

## 3- اقتران القاعدة القانونية بجزاء

يرى أوستن أن صدور القاعدة القانونية بصيغة الأمر أو النهي لا يكفي، إذ لا بد أن يتبعها جزاء، حتى يردع كل من يخالفها.

## ثانيا: النتائج المترتبة على مذهب أوستن

ترتب عن الأسس المبينة أعلاه النتائج التالية:

### 1- حصر مصادر القانون في التشريع فقط:

يعتبر أوستن التشريع مصدرا أساسيا ووحيدا للقانون، وألغى بقية المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف. وذلك لكون التشريع المصدر الأمثل الذي يعبر عن إرادة الحاكم ويجعلها واجبة التنفيذ. فهذه النتيجة تتماشى وتعكس الأسس التي يقوم عليها مذهبه.

### 2- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري:

لأن قواعد القانون الدستوري تنظم علاقة الدولة بالأفراد، وتبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها، وسلطاتها واختصاصاتها وحدودها. كما أنها تتضمن حقوق وحرقات الأفراد، فإنها بذلك تكون موجهة إلى الحاكم. ولأن هذا الأخير منحت له السلطة المطلقة في وضع القاعدة القانونية دون قيد ولا شرط، فإنه يمكنه مخالفتها كيفما ووقتما يشاء، كما لا يتصور معها أن يوقع الجزاء على نفسه.

ولهذه الأسباب لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية، بل كيفها على أنها قواعد ذات قيمة إرشادية تطلق عليها بقواعد الأخلاق الوضعية.

### 3- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي:

يقوم القانون الدولي العام والذي ينظم العلاقات فيما بين الدول على مبدأ: "جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة." وعلى هذا، لا توجد سلطة عليا فوق الدول تهيمن عليها، أ، تفرض عليها أوامر ونواهي ولا أن توقع عليها جزاء حال مخالفتها للقواعد. ولأن هذا المفهوم لا ينطبق مع الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن، فإنه ألغى صفة القانون على القانون الدولي العام، معتبرا أن قواعد هذا الأخير هي قواعد معاملات ومجاملات تراعيها الدول فيما بينها، ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء.

### 4- تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه:

لأن أوستن جعل القانون معبرا عن إرادة الحاكم الواجبة التنفيذ، فقد أخذ بوجود التقيد في تفسير القاعدة القانونية بإرادة المشرع وقت وضع النص. وذلك حتى يتجه التفسير إلى الكشف عن إرادة الحاكم التي تضمنتها القواعد القانونية. دون تفسيره وقت تطبيقه لأن ذلك يستدعي الأخذ بعين الاعتبار الظروف المستجدة والتي تتغير مع مرور الوقت، والتفسير في هذه الحالة قد يخرج عما أراده الحاكم ولا يعبر عن نيته.

### ثالثا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب أوستن

رغم أن مذهب أوستن تميز ببساطته و وضوح أفكاره، إلا أن ذلك لم يمنع من توجيه له عدة انتقادات للأخطاء التي وقع فيها، وتكريسه مبدأ القوة والسلطان المطلق للحاكم دون اعتبار للأفراد، نوجز هذه الانتقادات فيما يلي:

#### 1- أخط بين القانون والدولة: ذهب أوستن إلى اعتبار لا وجود لقانون إلا في وجود مجتمع

سياسي، متجاهلا بذلك الحقائق التاريخية والواقعية والتي تثبت أن القانون ظاهرة اجتماعية، وقد نشأ في الأزمنة القديمة مع نشأة المجتمع في صورته البدائية قبل أن يكون مجتمعا سياسيا، بمعنى آخر لا يشترط أن يكون المجتمع سياسيا حتى نتحدث عن وجود القانون من عدمه.

#### 2- أخط بين القانون والقوة: جعل أوستن القانون معبرا عن إرادة الحاكم، الذي منح له صلاحيات

وسلطات مطلقة، غير محدودة ولا مقيدة، فافرضا بذلك الجزاء على المحكومين دونه، وهذا من شأنه أن يدفع بالحاكم إلى الاستبداد والطغيان، كون القانون وسيلة لتنفيذ إرادته. وهكذا سخر القانون لخدمة الحاكم، عوضا أن يكون الحاكم في خدمة القانون.

3-يؤخذ عليه أنه جعل التشريع مصدرا وحيدا للقانون وأغفل بقية المصادر الأخرى، ففي ظل الدول الحديثة يعتبر التشريع مصدرا أساسيا للقانون، ولكنه ليس بالمصدر الوحيد، إذ أخذت بتنوع المصادر وتعددتها. وهذه المصادر من شأنها أن تسد الفراغ الذي قد يعتري التشريع.

فالسبب الرئيسي الذي دفع إلى اعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون، يكمن في رغبته في أن يكون هذا القانون معبرا عن إرادة الحاكم، لضمان طاعتها والامتثال لها وطمس رغبة المحكومين الذين يقع عليهم واجب الخضوع. وهذا يتماشى مع أسسه، مغفلا بذلك الدور الهام قد تلعبه بقية المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف، خاصة وأنه فيلسوف إنجليزي، وإنجلترا تعتد بمبادئ العرف، في نشأة القاعدة القانونية وتطورها.

4-كذلك يؤخذ عليه إلغاءه الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري بحجة أنه لا وجود لسلطة عليا تلو سلطة الحاكم فتضمن احترامه للقانون، وأن الحاكم يتمتع بالسلطة المطلقة تجعله فوق القانون، وتمكنه من التحلل من توقيع الجزاء عليه.

إلا أن هذا الموقف لم يلق قبولا، كون أن الدستور يعتبر أسمى القوانين، وقواعده ملزمة متضمنة قيود وشروط مفروضة على الحاكم، كما أن سلطة الأمة من شأنها أن تلعب دورا هاما في الإطاحة بالحاكم واستبداله وتوقيع الجزاء عليه.

5-انتقاد آخر يضاف إلى جملة الانتقادات المذكورة، يخص إنكار أوستن للصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام لعدم وجود سلطة عليا داخل المجتمع الدولي تنظم العلاقات بين الدول وتكفل احترام هذه الأخيرة لقواعده، وتوقع الجزاء على الدولة التي تخالفها.

ومرة أخرى هذه الحجة تم ردها بداعي أن قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية بالمعنى الصحيح، لتوافر عنصر الإلزام، وذلك من خلال تواجد هيئات في المجتمع الدولي تعمل على كفالة قواعد القانون الدولي العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى تملك توقيع الجزاء.

6-إن التقيد بتفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه من شأنه أن يؤدي إلى عجز القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات المستجدة.

## ((2)) مدرسة الشرح على المتن

ظهرت مدرسة الشرح على المتن في مطلع القرن 19 حوالي سنة 1808 ، وقد كان الباعث على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وصدور القانون المدني الفرنسي المعروف بتقنين

نابليون بشكل خاص .والذي كان يعتبر بين معاصريه بمثابة كتاب مقدس أخرج للناس لتحقيق العدالة بينهم.

وتعتبر هذه المدرسة ثمرة آراء عدة رجال قانون تعاقبوا عليها، فأنت بطريقة جديدة أو أسلوبا جديدا في تفسير النص، أطلق عليها طريقة التقيد بالنص، أو طريقة الشرح على المتن، لأنهم كانوا يفسرون النص متنا متنا، أي نصا نصا حسب الترتيب الذي وردت عليه.

ولهذا لم تعالج هذه المدرسة شكل القاعدة القانونية لكونها ظهرت عقب صدور تقنين نابليون، فكان هدفها هو تفسير هذا التقنين، أي أنها وضعت طريقة لشرح وتفسير القانون المدني الفرنسي، فعرفت بالمدرسة التقليدية في تفسير النص .ولقد لاقت رواجاً وانتشاراً كبيرين، واستحساناً من قبل شراح القانون حتى أن القضاة كانوا يلتزمون بأسلوبها بطريقة آلية إلى أن ظهرت نقائصها ما جعلهم يدخلون عليها نوعاً من المرونة.

### أولا :الأسس التي تقوم عليها مدرسة الشرح على المتن

للمدرسة هذه، أساسين رئيسيين وهما:

#### 1-تفديس النصوص القانونية في تقنين نابليون

تتبع مدرسة الشرح على المتن على أسلوب تفسير النصوص القانونية نصا نصا، ومعنى تفديسها أي احترامها وعدم المساس بها أو الخروج عنها ،مشبهة إياها بالكتاب المقدس.

والحقيقة أن سبب مناداة فقهاء المدرسة بتفديس النصوص القانونية راجع إلى انبهارهم بتقنين نابليون أو ما يعرف بالقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 فبعد أن كان إقليم فرنسا يخضع شماله لنظام قانوني مستمد أساسا من قواعد العرف، ويخضع جنوبه لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني . تم توحيد التراب الفرنسي شماله وجنوبه بإخضاعها معها إلى نظام قانوني موحد في عهد نابليون أطلق عليه بتقنين نابليون، والذي كان له صدى كبير في عالم القانون داخل فرنسا وخارجها.

فاعتبره شراح القانون نتاجا عظيما لثمرة العقل البشري، وتقنينا كاملا ينبغي تفديسه واعتباره مصدرا وحيدا للقانون.

#### 2-التشريع مصدر وحيد للقانون

اتفق أنصار المدرسة على جعل التشريع مصدرا وحيدا للقانون، وذلك لاعتزازهم وافتخارهم بتقنين نابليون، واعتبارهم له أنه تقنين كامل، عالج كل كبيرة وصغيرة وتضمن جميع الحلول للمشكلات. ولهذا لا حاجة إلى اللجوء إلى مصادر أخرى بل الاكتفاء بالتشريع وعدم الخروج عن نصوصه.

فما جاء عن الفقيه "ديمولومب" قوله: "إن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء، وتبنى الفقيه" بونيه "في هذا الإطار وقال: إنني لا أعرف الحقوق المدنية وإنما أدرس قانون نابليون."

### ثانيا: النتائج المترتبة عن مدرسة الشرح على المتن

يترتب على تقديس النصوص التشريعية، واعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون النتائج التالية:

#### 1- احترام النصوص القانونية وعدم الخروج عنها:

تعتبر النصوص القانونية مقدسة لا يمكن المساس بها أو الخروج عن أحكامها، ويعتبرها فقهاء المدرسة متضمنة لجميع الحلول، ولهذا يتعين عند تفسير النصوص القانونية التقيد بالنص وإيراد المشرع. كما يترتب عن هذا القول وجوب تقيد القاضي وتطبيقه للنصوص القانونية كما وردت، وأن يبحث عن الحل داخل التشريع دون الاعتماد على تفسيره أو على المصادر الأخرى. وفي حالة عجزه عن إيجاد الحل، فإن العيب والقصور ليس في التشريع وإنما على القاضي إعادة البحث من جديد للخروج بحل من داخل النصوص.

#### 2- الوقوف عند النية الحقيقية والمفترضة للمشرع دون الاعتداد بالنية الاحتمالية:

ذهبت المدرسة إلى ضرورة تفسير النص وفق نية المشرع، لأن التشريع يعبر عن إرادته. وللوقوف عند نية المشرع يجب أولاً: البحث عن نيته الحقيقية، وهذه الأخيرة تستنتج وتتضح من خلال عبارات النص الواضحة الصريحة، التي لا إبهام ولا غموض ولا نقص فيها. فإن لم توجد يمكن تفسير النص بالوقوف عند نية المشرع المفترضة، وهي تلك التي يكون المشرع قد قصدتها وقت وضع النص. ويمكن الكشف عنها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة، أو عن طريق استخدام القياس أو بمفهوم المخالفة، أو من الروح العامة للتشريع، أو بالرجوع إلى المصادر التاريخية لتبيّن استمدت منها النصوص.

أما النية الاحتمالية، فإن المدرسة لا تعتد بها، أي أنها لا تأخذها بعين الاعتبار ولا تلجأ إليها عند تفسير النص، وذلك لأن الأخذ بالنية الاحتمالية يستدعي تفسير النص وقت تطبيقه، وهنا نكون أمام نية

أجنبية عن المشرع، لأنها تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أعاد وضع النص من جديد في ظل الظروف المستجدة وما كان يمكن أن تتجه إليه إرادته وقت تطبيق النص.

ولأن مدرسة الشرح على المتن تجعل القانون خاضعا لإرادة المشرع ومعبرا عنها، فإنها تأخذ بتفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه. ولكي يفسر القانون وقت وضعه يجب الكشف عن نية المشرع الحقيقية وإلا البحث عن نيته المفترضة، فهما تمثلان إرادة المشرع وما قصده وقت وضع النص.

**أما تفسير القانون وقت تطبيقه، فلا تتبعه المدرسة،** ولهذا استبعدت البحث عن النية الاحتمالية للمشرع، كون أن هذه الأخيرة تتضح بتفسير النص وقت تطبيقه، وبأخذ بعين الاعتبار تغير الظروف، فيحتمل أن يكون ذلك ما قد يتجه إليه المشرع لو كان في نفس الزمن والوقت، كما يحتمل أن تكون نية أجنبية عنه، أي لا يقصده المشرع. وهذا لا يتماشى مع الأسس التي تقوم عليها المدرسة.

### ثالثا: الانتقادات الموجهة إلى مدرسة الشرح على المتن

سبقت الإشارة إلى أن مدرسة الشرح على المتن وضعت أسلوبا أو طريقة توضح من خلالها كيفية تفسير النصوص القانونية، وهي تنتمي إلى الوضعية الإرادية، لأنها جعلت القانون معبرا عن إرادة الحاكم وهو من صنعه. وهي الأخرى لم تسلم من الانتقادات أهمها:

**1- يعاب عليها أنها حصرت مصادر القانون في التشريع وحده** وقد سبق وأن كان هذا الانتقاد موجها إلى كل من مذهب أوستن وهيجل، وثم توضيح أن اعتبار التشريع مصدرا وحيدا لا يكفي، وذلك لما لعبته المصادر الأخرى من دور في تفسير القانون وفي سد الفراغ الذي قد يعتريه.

**2- يعاب عليها أنها اعتبرت التشريع كاملا،** لا يشوبه عيب أو نقص. وأرجعت القصور في شرح القانون والقضاة في حال عجزهم عن إيجاد الحل الذي يكمن في نظرها داخل التشريع. وهذا خطأ كبير، لأن من وضع التشريع إرادة إنسانية ومن شأن هذه الأخيرة أن تخطئ، فالتشريع أيضا قد يتخلله نقص أو غموض أو إبهام.

**3- تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه من شأنه أن يؤدي إلى عجز القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات.**

**4- المغالاة في تقديس النصوص القانونية،** وجعل القانون معبرا عن إرادة الحاكم الواجبة التطبيق، وعدم المساس بها أو الخروج عنها، من شأنه أن يؤدي إلى طغيان الحاكم واستبداده.

**((3)) مذهب هيغل 1770-1881**

**هيغل** فيلسوف ألماني، عمل كأستاذ في جامعة برلين، وهو أول من استعمل مصطلح فلسفة القانون ضمن كتاب "فلسفة القانون" سنة 1821 وقد تأثر بشكل كبير ببيئته الاجتماعية ونزعتة الذاتية والتي جاءت واضحة من خلال الأسس التي وضعها لمذهبه والذي تناول من خلاله شكل القاعدة القانونية، وذلك رغم مناداته بإعمال العقل والمنطق وضرورة التقيد بالفكر الموضوعي.

**أولا: الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل**

وضع هيغل أساسين لمذهبه، أحدهما تناول من خلاله علاقة الدولة بأفراد مجتمعهم، والثاني تضمن علاقة الدول فيما بينها، فجاء على النحو التالي:

**1- الدولة سيدها نفسها في الداخل**

يعتبر هيغل أن الدولة حقيقة واقعية موجودة، وكل ما هو موجود فهو معقول، ولهذا اعتبر أن القانون يستمد قوته وشرعيته من صدره عن الدولة، معبرا عن إرادتها فالدولة هي صاحبة السلطة والامتياز في وضع القانون.

ومعنى أنها سيدها نفسها في الداخل أي البحث عن علاقتها مع أفرادها داخل إقليمها **الداخلي**، إذ يرى هيغل أنه على المستوى الداخلي يجب أن يخضع للدولة كل من يدخل في تكوينها أي يتواجد داخلها، فسيادة الدولة واحدة لا تتجزأ، ويجب أن تذوب في وحدها جميع الاعتبارات ووجهات النظر المختلفة، وأن تتجسد هذه السيادة في شخص واحد يمتلك القوة والسلطة، فتمكنا من التعبير بإرادته عن الإرادة العامة.

ونظرا لأن الدولة **(ممثلة بشخص الحاكم)** هي صاحبة السلطة والسيادة وهي **صانعة القانون**، فإن إرادته هي واجبة النفاذ، وعلى الأفراد الالتزام والخضوع لها. حيث أن المجتمع لا يصل إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع أفرادها أن ثمة مصلحة مشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها. أو بتعبير آخر إذا أراد الأفراد أن تتحقق حقوقهم وأن يتمتعوا بحرياتهم، فما عليهم إلا الذوبان داخل المجتمع والانصياع للدولة ضمن ما يسمى "وحدة الإرادات الفردية".

الملاحظ هنا : أن أوستن وهيجل يشتركان في النتيجة، ويختلفان في الأسلوب، بمعنى أنهما يقران للدولة ممثلة في شخص الحاكم بالصلاحيات والسلطان المطلق غير المقيد ولا المحدود، وبمنحها امتياز وضع القانون، غير أن الاختلاف يكمن في أن أوستن جاء أسلوبه صارما، مباشرة وحادا لا نقاش فيه يراجع أسس أوستن . أما هيجل فخطب الأفراد بالأسلوب المرن لحملهم على تنفيذ إرادة الدولة وذلك من خلال اعتباره أن الدولة تجسد إرادة الفرد وحرية، وحقوق هذا الأخير وحرياته لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة **وخضوعه لها خضوعا تاما، لتغليب الصالح العام.**

## 2- الدولة سيدها نفسها في الخارج

إذا كان مفهوم الدولة سيدها نفسها في الداخل تعني علاقة الدولة بالأفراد، فإن مفهوم سيدها نفسها في الخارج يقصد به المستوى الدولي أو علاقات الدولة في الخارج، أو علاقات الدول فيما بينها.

ولأن المجتمع الدولي يقوم على مبدأ " **جميع الدول متساوية في السيادة**"، فإنه لا توجد سلطة أو إرادة فوق الدول، ولا توجد دولة واحدة تمنح لها صلاحية تنظيم العلاقات بين الدول، أو تختص بحل ما ينشأ بينها من منازعات، ولا حق لها في توقيع الجزاء. ولأن جميع الدول متساوية وفي نفس المركز، يثار التساؤل كيف يمكن للدولة أن تكون سيدها بالخارج؟

من وجهة نظر هيجل، اعتبر أن **الحرب هي الوسيلة الوحيدة والأمثل لتحديد من الدولة صاحب السيادة** والسلطان على بقية الدول الأخرى، وبالتالي تمكن الحرب الدولة من تنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي، فتعتبر الدولة الأقوى.

## ثانيا :النتائج المترتبة عن مذهب هيجل

ترتب عن مذهب هيجل جملة من النتائج منها ما تفرع عن الأساس الأول، والآخر نتج عن الأساس الثاني، نذكرها فيما يلي:

1- **اعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون**: يرى هيجل أن القانون يصدر معبرا عن إرادة الحاكم في الدولة، وتكون إرادته وواجبة النفاذ، حصر مصادر القانون في التشريع وألغى بقية المصادر الأخرى على رأسها العرف .وهي نفس النتيجة التي ترتبت عن مذهب أوستن.

2- **إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري**: لأن هيجل يعترف بالسلطان والسيادة المطلقة غير المقيدة ولا المشروطة للحاكم، وأن إرادته هي العليا وواجبة النفاذ، فقد رفض الاعتراف بقواعد القانون الدستوري، لا بل وأنكرها إنكارا مطلقا.



يشارك أوستن وهيجل حول نقطة **إنكار الصفة القانونية على القانون الدستوري**، فكلاهما لا يعتبران قواعد قواعده قانونية، الاختلاف البسيط بينهما يكمن في أن أوستن اعتبر قواعد القانون الدستوري قواعد **وضعية أخلاقية**، إرشادية. أما هيجل، فقد أنكرها تماما ولا يعتبرها لا قواعد قانونية ولا قواعد أخلاق أو توجيه. (تراجع التفاصيل في محاضرة أوستن)

3- **تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه** (نفس الشيء وضع في محاضرة أوستن يرجع إليه)

4- **إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام**: أراد هيجل أن تهيمن دولة واحدة على بقية الدول الأخرى حتى تكون إرادتها هي واجبة النفاذ على المستوى الدولي، فنقوم بتنظيم العلاقات بين الدول وحل النزاعات الناتجة بينها. لهذا، فإن مبدأ المساواة بين الدول في السيادة لا يتماشى مع أساسه الثاني، ما دفعه إلى إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام طالما أن الحرب وسيلة لتحديد الدولة الأقوى، وهذا على خلاف أوستن الذي كيفها على أنها قواعد معاملات ومجاملات تراعيها الدول فيما بينها. (ارجع للمحاضرة)

5- **بالنسبة لهيجل الحرب عادلة ومشروعة**، وتنتهي دائما لصالح الطرف الأقوى، فالدولة الأقوى والمتصدرة جديرة بالسيطرة على العلاقات الدولية، وإذا ما أرادت دولة أخرى أن تنتزع السيطرة والسيادة وتهيمن على المستوى الخارجي، فما عليها إلا إعلان الحرب والانتصار. وحال تعادل دولتين وخروجهما منتصرتين في الحرب ومتعادلتين من حيث القوة، فلا بد من صراعهما وإعلانهما الحرب بينهما لترجيح الكفة للدولة المنتصرة. إذ لا بد أن تحدد دولة واحدة فقط تكون سيادة في الخارج.

هذا ويعتبر أن النتيجة التي تنتهي إليها الحرب نوعا من القضاء الإلهي أو ما يشبه حكما من محكمة التاريخ، وأن الشعوب تلقت مصيرها.

### ثالثا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب هيجل

على غرار مذهب أوستن، وجهت لمذهب هيجل عدة انتقادات نذكرها فيما يلي:

1- **يعاب على هيجل أنه حصر القانون في التشريع دون سواه**، وهذا أمر خاطئ لما تلعبه المصادر الأخرى من دور وأهمية، مع الإشارة إلى أن هذا الحصر جاء ليتلاءم ويتماشى مع أسسه ونظرته لشكل القاعدة القانونية، إذ أن الأجدر الأخذ بتنوع المصادر وتعددتها). لمزيد من التفاصيل يراجع محاضرة أوستن. وقد أخذ المشرع الجزائري بتنوع المصادر وذلك ما حدده ضمن المادة 01 من القانون المدني.

2- **أُخِط بين القانون والقوة:** منح هيجل السلطان المطلق للحاكم دون قيود ولا شروط، فجعله فوق القانون، إذ عوض أن يكون الحاكم في خدمة القانون، جعل القانون والقوة في خدمة الحاكم، وهذا ما يؤدي إلى استبداد الحاكم داخل الدولة وتحقيق مصالحه الشخصية على حساب المصلحة العامة. خاصة في ظل الأخذ بفكرة "وحدة الإرادات الفردية"، وتذويب الأفراد داخلها، وكذلك أمام إنكار الصفة القانونية للقانون الدستوري وإلغاء مصادر القانون. فهذا كله من شأنه أن يعزز طغيان الحاكم، وبالمقابل ضياع حقوق الأفراد وسلب حرياتهم.

3- **حول إنكاره للقانون الدستوري (يراجع محاضرة أوستن)** نفس الشرح (مع الأخذ بعين الاعتبار أن هيجل لم يعترف بها مطلقا كما سبق ذكره، أما أوستن، فاعتبرها قواعد أخلاق.

4- **يعاب عليه أنه اقتصر على تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه.** نفس شرح محاضرة أوستن)

5- **حول إنكار صفة القانون الدولي العام** كذلك نفس الشرح المكتوب في محاضرة أوستن، مع مراعاة أن أوستن اعتبر قواعده قواعد معاملات ومجاملات، أما هيجل، فلا يعترف بها مطلقا لأنه أعطى القوة والسيطرة لدولة واحدة ألا وهي المنتصرة في الحرب.

6- **إن الاعتراف بمشروعية الحرب أمر غير منطقي ولا مقبول ولا معقول،** لما يترتب عنه من خسائر مادية وأخرى بشرية وهو ما لا يخدم العلاقات الدولية بل يؤدي إلى اضطرابها وعدم استقرارها.

7- **رغم أن هيجل له عديد المؤلفات التي تقوم على العقل والمنطق والموضوعية،** إلا أنه عندما تطرق لشكل القاعدة القانونية طغت عليه نزعة الذاتية ما أوقعه في تناقض. فجاء تأثره واضحا ببيئته كونه ألماني، ويظهر ذلك خصوصا عندما عالج فكرة سيادة الدولة في الخارج وإقراره بمشروعية الحرب، تمجيذا منه للعرق الألماني وفي سيطرة ألمانيا على العالم.

#### **((4)) مذهب كلسن 1881-1973**

**كلسن فيلسوف نمساوي،** عمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917، كما عرف مذهب **القانون البحث أو القانون الصافي**، ذلك أنه حاول أن يعطي مفهوما جديدا للقانون مفاده أن: "علم القانون يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الإنساني من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط التي تدخل في العلوم الأخرى والتي لا يختص بدراستها رجل القانون".

وعلى هذا جاءت أسس مذهب كلسن كالتالي:

### أولا: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

أسس كلسن مذهبه على أساسين، وهما:

#### 1- استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون:

يرى كلسن وجوب استبعاد كافة العناصر غير القانونية من نطاق القانون، ومنها العوامل: الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمبادئ المثالية والأخلاقية والدينية. فالقانون الصافي يجب أن يقتصر فقط على **الضوابط القانونية**.

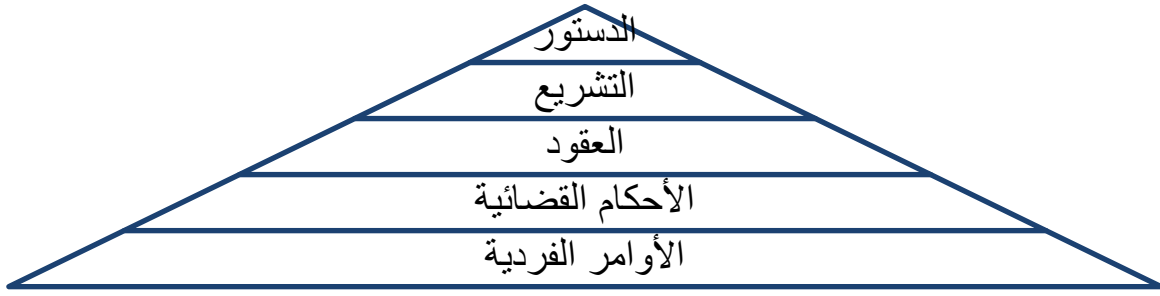
وذهب إلى القول، أن رجل القانون عليه أن يقتصر على "التعرف على القانون كما هو، والبحث عن صفة صدوره من الشخص صاحب الاختصاص، وأن القاعدة القانونية ملزمة ومقتربة بجزء ومتبعة من كل الأفراد، وذلك دون أن يتصدى إلى تقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها، ولا أن يبحث فيما إذا كان مضمون القانون عادلا أم غير عادل، متفقا مع المصلحة العامة أم لا. ولا تهمه بقية العوامل الأخرى لأنها لا تدخل في اختصاصه، فكل عامل منها رجاله المتخصصون.

#### 2- وحدة القانون والدولة

على خلاف أوستن وهيجل اللذين يردان القانون إلى إرادة الدولة ومشيتها، بحيث تعتبر الأخيرة صانعة القانون، فإن كلسن أخط بينهما (الدولة والقانون) **خلطا تاما، إذ أنه وحد** بين القانون والدولة وأدمجها معا، معتبرا القانون هو الدولة، والدولة هي القانون.

فبحسبه، يتكون القانون من عدة إرادات متسلسلة الدرجات في شكل هرمي، كل درجة أدنى تستمد شرعيتها وصلاحياتها وإلزاميتها من الدرجة التي تعلوها، وصولا إلى قمة الهرم.

فالدولة عنده، **ليست شخصا معنويا وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية**، حددها على سبيل الحصر، شبيهة بالهرم التدرجي، تبتدى قاعدته: بالأوامر الفردية، فالأحكام القضائية، فالعقود، فالتشريع، وصولا إلى قمة الهرم ممثلا بالدستور، وما يخرج عن الهرم وجب استبعاده.



## ثانياً: النتائج المترتبة على مذهب كلسن

ترتب عن مذهب كلسن نتيجتين، وهما:

### 1- عدم الوقوع في التناقض عند الأخذ بفكرة "وحدة القانون والدولة"

يعتبر كلسن أن القول بأن الدولة هي صانعة القانون، أو أن القانون يعبر عن إرادة الدولة **يتناقض** تماماً مع القول بوجود تقيد الدولة بأحكام القانون وخضوعها لهم. غير أنه عند القول بأن **الدولة هي النظام القانوني نفسه** من شأنه أن يزيل هذا التناقض.

### 2- رفض تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص:

القانون العام، هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة. أما القانون الخاص، فهو القانون الذي يحكم العلاقات بين الأفراد أو العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها ولكن ليس بصفتها صاحبة السيادة.

فكلسن يعتبر أن التفرقة بين القانون العام والخاص لا يرجع أصلها إلى القانون الوضعي، بل يرجع إلى الرغبة في إعطاء الحكومة نوعاً من الحرية إزاء التشريع، وإظهار علاقات القانون الخاص وكأنها بعيدة عن التيارات السياسية التي تسود علاقات القانون العام.

وفي ظل نظرية القانون الصافي ليست هناك أي حاجة ولا فائدة من هذا التقسيم طالما أنها تقتصر على الضوابط القانونية فقط وتستبعد منه جميع العناصر الأخرى بما فيها العوامل السياسية.

## ثالثاً: الانتقادات الموجهة إلى مذهب كلسن

وجهت إلى مذهب كلسن العديد من الانتقادات، نوجز منها على وجه الخصوص:

1- انتقد مذهب كلسن بسبب التدرج الهرمي، حيث أنه جعل كل درجة دنيا تستمد شرعيتها وقواعدها من الدرجة التي تعلوها وصولاً إلى قمة الهرم ممثلاً في الدستور، والمشكل يكمن هنا، من أين يستمد الدستور شرعيته؟

حاول كلسن نقادي هذا الانتقاد بالقول أن الضابط الأعلى الذي يستمد منه الدستور شرعيته يتمثل في قاعدة عليا تاريخية صادرة عن ثورة أو عن انقلاب. فإذا لم يكن لهذا الضابط الأعلى وجود حقيقي، فإنه يجب التسليم بوجوده على سبيل الافتراض، لأنه لا يتعدى أن يكون ضابطاً شكلياً. ومع ذلك ردت إجابته ولم يسلم منها.

2- يعاب عليه أنه وحد بين القانون والدولة واعتبرها نفس الشيء، وهذا أمراً لا يمكن تقبله أو أخذه بعين الاعتبار لمخالفته للواقع، فالدولة لها كيان مستقل ومن شأنها أن تكون صانعة للقانون، والذي بدوره يقيدها ويلزمها على احترام المؤسسات والحقوق والحريات داخل المجتمع.

3- كذلك يؤخذ عليه أنه حدد الضوابط القانونية على سبيل الحصر، فلم يجعل ضمن التدرج الهرمي العرف رغم أهميته كمصدر من مصادر القانون، ودوره في إنشاء القاعدة القانونية. حاول هنا كلسن دفع هذا النقد بالقول أن "قوة العرف مستمدة من إجازة الدستور له".

ولكنه لم ينجح، فقولته هذا يخالف الواقع، ذلك أن الدستور لا ينص على قوة العرف، بل أن هذا الأخير ينشئ تلقائياً في المجتمع وينبع من الضمير الجماعي دون حاجة إلى إجازة المشرع له.

4- يؤخذ على كلسن أنه اعتبر الأوامر الفردية ضابطاً قانونياً تضمنه الهرم، في حين أن القاعدة القانونية تتميز بكونها عامة ومجردة تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم.

5- يعاب عليه أنه استبعد جميع العناصر غير القانونية من نطاق القانون، كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمثل العليا، والقواعد الأخلاقية. في حين أن هذه الأخيرة تؤثر في نشأة القانون وتطوره.

6- تضمن الهرم الضوابط القانونية التي تحكم النظام الداخلي للدولة، في حين أغفل الحديث عن القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول، فلم يتطرق مطلقاً للقانون الدولي العام.

## المطلب الثاني: المذاهب الموضوعية

على عكس المذاهب الشكلية، لا تهتم المذاهب الموضوعية بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية وإنما تبحث في أصل ونشأة القانون. أي أنها تهتم بمعرفة كيف تكونت القاعدة القانونية وما هو أساسها، فهل هي من وحي المثل العليا؟ أم أنها من نبع البيئة الاجتماعية والواقع الملموس؟

فهي تنظر إلى جوهر القانون ومضمونه أو موضوعه، والمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية. ولئن اهتم أنصار المذاهب الموضوعية بجوهر القاعدة القانونية، إلا أنهم اختلفوا بشأن مضمون هذا الجوهر أو أساسها، وعلى إثر هذا الاختلاف ظهرت مدرستين كبيرتين وعريقتين، متناقضتين ألا وهما: المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية.

### الفرع الأول: المدرسة المثالية

#### -الأساس الطبيعي للقانون-

سميت كذلك لأنها تأخذ **بالمثل الأعلى المتمثل في "العدل"**، أساسا وجوها للقاعدة القانونية، وينتمي إليها مذهب **القانون الطبيعي**، الذي عرف عدة مراحل وتطورات، حيث أنه يضرب بجذوره من العصر اليوناني إلى غاية المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والتي حجز لنفسه من خلالها مكانة ضمن مصادر القانون.

فلقد عرف الإنسان منذ القدم أن هناك قانونا أسمى من القوانين الوضعية، يتمثل في مجموعة قواعد **أبدية، أزلية، خالدة**، لا تتغير بتغير الزمان والمكان، **أودعها الله في الطبيعة** ليستنبطها الإنسان بواسطة **العقل**، فهي لا تدين بوجودها لإرادة إنسانية، أطلق عليه **"القانون الطبيعي"**، جعلوه أسمى من القانون **الوضعي**، واعتبروه مقياسا لمدى عدل وكمال القوانين الوضعية.

هذا المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي عرف عدة مراحل وشهد عدة تطورات، ومع ذلك حافظ على مبدئه وفكرته الأساسية إلى أن وصل إلى مرحلة كاد فيها أن يختفي تماما، ما استدعى أنصاره إلى إعادة إحيائه من جديد وهو ما عرف تحت تسمية: **حركة إحياء القانون الطبيعي**، ثم جاء الأساس الحديث للقانون الطبيعي.

### أولا: مذهب القانون الطبيعي

هناك اتجاهين في هذا المذهب هما: أ) الأساس الكلاسيكي التقليدي للقانون الطبيعي و ب) الأساس الحديث العصري.

### ((أ)) الأساس التقليدي الكلاسيكي للقانون الطبيعي

عرّف القانون الطبيعي في البداية على أنه: "مجموعة القواعد الكامنة في الطبيعة، أبدية أزلية، خالدة، لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ولا تدين بوجودها لإرادة الإنسان، يكشف عنها العقل البشري، وهي تسمو على القانون الوضعي."

تم الاحتفاظ بهذه الفكرة حول القانون الطبيعي لعدة فترات زمنية شهدت من خلالها عدة تقلبات، بين بوادر الظهور (عند اليونان) والانتشار (عند الرومان)، والتراجع (عند الكنسيين)،.... الخ

#### 1- القانون الطبيعي في العصر اليوناني (له طابع فلسفي)

شكل العصر اليوناني اللبنة الأساسية والأولى لظهور فكرة القانون الطبيعي **فلسفياً**، إذ اعتمد فلاسفة اليونان على الملاحظة والتأمل، فتوصلوا إلى أن الكون يخضع ويسير وفقاً لنظام ثابت، الأمر الذي دفع بهم إلى الاعتقاد بوجود قانون أعلى يتضمن مجموعة قواعد خالدة ليست من صنع الإنسان وغير مكتوبة، ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهذه القواعد تحكم الظواهر الطبيعية والعلاقات بين الناس على حد سواء.

#### 2- القانون الطبيعي في العصر الروماني (له طابع قانوني)

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى الرومان، الذين خلصوها من الطابع الفلسفي، وأضافوا عليها **النزعة القانونية**، بحيث أصبحت قواعده مصدراً للقانون، تطبق على كافة الشعوب.

من أبرز فقهاء الرومان نذكر: "شيشرون" القائل: "بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية، وبوجود قانون ثابت خالد مرافق للطبيعة وللعقل القويم، ينطبق على كافة الناس. واعتبره القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغد."

وعبر عنه "جوستينيان" قائلاً: "القانون الطبيعي هو السنن التي ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية وأنه ليس مقصوراً على الجنس البشري بل هو سائر على جميع الأحياء مما يحوم في الهواء أو يدب في الأرض أو يسبح في الماء."

#### 3- القانون الطبيعي في العصور الوسطى - عهد الكنيسة (له طابع ديني)

اصطبغت فكرة القانون الطبيعي **بصبغة دينية** في كنف الكنيسة المسيحية ورجالها .فتم إخضاع السلطان المدني للسلطان الديني وذلك بقصد تدعيم وتقوية سلطة الكنيسة .فانطلق رجالها من مبدأ أن قواعد القانون الطبيعي كامنة في الطبيعة، وأن هذه الأخيرة هي **من صنع وخلق الله**، وبالتالي ما يوجد فيها عبارة عن رسائل موجهة من الله لا يفهمها ولا يكتشفها إلا رجال الدين.

كما اشتهرت هذه الفترة بتقسيم القديس " توماس الإكويني "القوانين إلى ثلاثة أنواع، بعضها فوق بعض .يعلوها :

- (1) **القانون الإلهي** والذي يمثل مشيئة الله ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، ولا يفهمه إلا رجال الدين، فهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل
- (2) يليه **القانون الطبيعي** ويشمل قواعد كامنة في الطبيعة التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها، يحده في ذلك الرغبة إلى الوصول إلى الكمال.
- (3) وفي المرتبة الأخيرة **القانون الوضعي** والذي يضعه الإنسان.

مضيفاً، أنه لا ينبغي للقواعد الطبيعية، ولا القواعد الوضعية أن تتعارض مع القانون الإلهي، وفي حالة ذلك لا تجب طاعتها وإنما يغلب القانون الإلهي، حتى لا يكون هناك تأثير مباشر على الإيمان . كما لا يجب أن تتعارض قواعد القانون الوضعي مع قواعد القانون الطبيعي حتى تكون عادلة، ولكن إذا ما وجد هذا التعارض تعد القاعدة الوضعية غير عادلة ومع ذلك ترجح وتكون واجبة الطاعة لكونها مقترنة بجزاء وتغليبا للمصلحة العامة.

#### 4-القانون الطبيعي في العصر الحديث

عرف القانون الطبيعي من القرن 16 إلى غاية القرن 19 عدة تطورات، وبقي خلال هذه المراحل محتفظاً بأساسه التقليدي.

#### أ - اختفاء القانون الطبيعي خلال القرن 16 بسبب ظهور فكرة سيادة الدولة

بعدها اصطبغ القانون الطبيعي بصبغة دينية، وسيطرت الكنيسة، كانت هناك محاولة التفكير للإطاحة بسيادة الكنيسة وفصل الأمور المدنية عن الأمور الدينية .ومع بدأ تكوين الدول الحديثة، ظهر مبدأ سيادة الدولة.

ومن أشهر من دعا إلى تمكين الدولة ومنحها السلطان المطلق لوضع القانون الوضعي خلال القرن 16 ، نجد كل من: **ميكياقلي الإيطالي** و**بودان الفرنسي**



**ميكيافلي** صاحب كتاب "الأمير"، منح الحاكم السلطان المطلق، وأقر له باستعمال كل الوسائل في سبيل تعزيز هذه السلطة، إعمالاً لمبدأ الغاية تبرر الوسيلة"، فهو من اشتهر بمقولته: "يجب على الحاكم أن يكون أسداً وثعلباً في نفس الوقت"، تعبيراً منه عن القوة والخداع .

وفي نفس المعنى اتجه **يودان** القائل أن الحاكم يتمتع بسلطان مطلق يسمح له بأن يتحلل من القوانين التي يفرضها على عامة الشعب، ليجعل بذلك الحاكم فوق القانون، والقانون في خدمته."

غير أن المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة للإطاحة بسيادة الكنيسة، نتج عنه اختفاء فكرة القانون الطبيعي، كما أدى إلى طغيان الحاكم واستبداده، لتضيع معه حقوق الأفراد وتسلب حرياتهم، فعمت الفوضى وعدم الاستقرار.

### ب - عودة القانون الطبيعي وانتشاره خلال القرنين 17 و 18

من أجل العمل على ضمان حقوق الأفراد وتمتعهم بحرياتهم، ولوضع حد لطغيان الحاكم وتقييد سلطانه، وكذلك لأجل تنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول بعدما سادت القوة في العلاقات الدولية . ظهرت الحاجة إلى العودة من جديد إلى فكرة القانون الطبيعي، فأصبح هذا الأخير: **أساساً للقانون الدولي العام، وأساساً للقانون الدستوري** . الأمر الذي أدى إلى انتشار القانون الطبيعي ونجاحه نجاحاً عظيماً خلال القرنين 17 و 18 .

#### 1) القانون الطبيعي أساساً للقانون الدولي العام:

معنى هذا أن تراعى قواعده ومبادئه في تنظيم العلاقات بين الدول، ويرجع الفضل في إبراز فكرة القانون الطبيعي وجعلها أساساً للقانون الدولي العام إلى الفقيه الهولندي "جروسيوس" صاحب كتاب "قانون الحرب والسلم". "ومن ضمن ما تضمنه هذا الأخير، تعريفاً للقانون الطبيعي على أنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملاً ما يعتبر ظالماً أو عادلاً تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً لمنطق العقل".

كما جاء فيه تعريف لسيادة الدولة بأنها "تلك التي تكون أعمالها مستقلة عن كل سلطة عليا ولا يمكن أن تلغى من قبل أية إرادة بشرية".

فجروسيوس نظم المجتمع الدولي سواء في فترة السلم أو فترة الحرب. فعن فترة السلم يرى أن كل دولة تتمتع بسيادة مستقلة، إلا أن الدول صاحبة السيادة يجب أن لا تتجاهل بعضها، إذ عليها أن تقبل بفكرة وجود مجتمع يحكمه قانون بالضرورة. وهذا القانون هو القانون الطبيعي.

وأما بشأن فترة الحرب، فهو يعترف بشرعية الحرب لعدم وجود سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفض نزاعاتها. على شرط أن تكون هذه الحرب عادلة، مع العلم أنها تكون كذلك (أي تعتبر حرباً عادلة) متى كانت رداً على عدم العدالة التي يحددها القانون الطبيعي. ويتعبير آخر متى كان هناك اعتداء على الحقوق الأساسية التي يعترف بها القانون الطبيعي للدولة ذات السيادة، يحق لهذه الأخيرة شنّ حرب لاسترجاع حقها، وتعتبر الحرب في هذه الحالة مشروعة. ومن أمثلة الحقوق الأساسية المعترف بها للدول من قبل القانون الطبيعي نذكر: الحق في المساواة، الحق في الاستقلال، الحق في تقرير المصير، الحق في التجارة الدولية.

رغم أن جروسيوس اعتبر أن القانون الطبيعي قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل، يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها. ومن ثمة فالعقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه، وهي مبدأ أساسياً من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله. إلا أنه تراجع في بعض مواقفه عن هذا الأساس، فمثلاً عندما اعتبر الحرية من أهم الحقوق للصيقة بالإنسان، ومع ذلك يمكن النزول عنها بموجب معاهدة أو عقد كما يمكن فقدانها نتيجة الهزيمة في الحرب أو الوقوع في الأسر.

## (2) القانون الطبيعي أساس القانون الدستوري

معنى القانون الطبيعي أساساً للقانون الدستوري، اعتبار القانون الطبيعي أساساً:

- (1) لتنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد،
- (2) وسيلة لردع الحكام وعدم طغيانهم واستبدادهم،
- (3) وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها أو تجاهلها.

فنتيجة لطغيان الحكام والمغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة خلال القرن 16، أصبح الأفراد يسبغون وفقاً لغرائزهم وأهوائهم، ما أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وسيطرة الأنانية، والغلبة للأقوى. ومن أجل إعادة التنظيم إلى حياتهم وضمان الأمن والاستقرار، اتفق الناس فيما بينهم على التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم الذي يضمن لهم حقوقهم وحياتهم وينظم معاملاتهم. وهو ما أطلق عليه "العقد الاجتماعي". فاعتبر هذا الأخير أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي.

ورغم الاتفاق حول الفكرة الأساسية للعقد الاجتماعي، ومفادها أن: "المجتمع السياسي هو المجتمع الذي يتنازل فيه الفرد عن جزء من حريته مقابل أن يحافظ له الحاكم على الجزء المتبقي من هذه الحرية، ضامانا لحقوقه وحفاظا على الأمن والاستقرار داخل المجتمع"، إلا أن مسألة تحديد أطراف العقد وما يترتب عنه من آثار كانت محل خلاف.

أ - الفيلسوف الإنجليزي "هوبز 1588-1979": يرى أن الحاكم ليس طرفا في العقد الاجتماعي، لأنه يتم بين أفراد المجتمع، وأن الأفراد يتنازلون عن حقوقهم وحياتهم بشكل كامل لصالح الحاكم الذي يتمتع بالسلطة المطلقة، وذلك ليضمن لهم حقوقهم، ويحقق لهم الأمن والنظام.

ولأن التنازل كان كاملا، غير مشروط ولا مقيد، فلا رجعة فيه. وبالتالي يجب على الأفراد طاعة ما يصدره الحاكم، ولا يحق لهم مساءلته ولا استبداله حتى وإن استبد. والملاحظ أنه اعتمد على فكرة العقد الاجتماعي لتبرير ومنح السلطان المطلق للحاكم، لا لتقرير حقوق الأفراد وضمان حرياتهم، وذلك لكونه من داعمي النظام الملكي السائد في إنجلترا.

ب) الفيلسوف "جون لوك" 1632-1704: اعتبر أن طرفي العقد الاجتماعي هما الحاكم من جهة، والأفراد من جهة أخرى. بموجبه يتنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم لصالح الحاكم، ويحتفظون بالجزء المتبقي، وهذا الأخير يسمح لهم بتتحية الحاكم واستبداله بأخر حال استبداده. ومع أن لوك انجليزي، إلا أنه نادى بتقييد سلطان الحاكم لتفادي طغيانه واستبداده.

ج) الفيلسوف الفرنسي "جون جاك روسو 1712-1778": يقول مؤلف كتاب "العقد الاجتماعي"، لا سلطان إلا للشعب، يتنازلون لبعضهم البعض عن حرياتهم الطبيعية المطلقة مقابل حريات مدنية محدودة، واعتبر الحاكم ممثلا باسم الشعب. بمعنى آخر أن الشعب هو صاحب السلطة والسيادة في المجتمع، ولأنه لا يمكن أن تمارس هذه السلطة من قبل جميع أفراد الشعب معا، فإنهم يقومون بتعيين حاكم وكيلا عنهم، يسعى إلى ضمان حقوقهم وحياتهم، والحفاظ على الأمن والاستقرار داخل المجتمع، دون أن يتمتع بالسيادة والسلطة، والتي تظل للشعب ويحتفظ بها لعزل الحاكم حال إخلاله بالتزاماته

فروسو جعل العقد الاجتماعي وسيلة لإنكار حق الملوك في السيادة المطلقة الذي كان سائدا في فرنسا.

وفي أواخر القرن 18 ، بلغت نظرية القانون الطبيعي أوج مجدها وأقصى نجاحها، وذلك بالتزامن مع قيام الثورة الفرنسية" تحت شعار الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية"، فأصبح القانون الطبيعي في كنفها مصدرا رسميا تضمن مبادئه الإعلان الرسمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789

### ت - تراجع القانون الطبيعي بسبب الانتقادات التي وجهت إليه خلال القرن 19

ببروز المدرسة الواقعية، تعرض مذهب القانون الطبيعي إلى هجوم عنيف خلال القرن 19 ، ما أدى إلى إضعافه وتراجعته، ومن بين الانتقادات التي وجهت إليه، وخاصة من قبل أنصار المذهب التاريخي، نذكر ما يلي:

1- يبنى القانون الطبيعي فكرته على أساس الخلود والثبات، وهذا القول عارضه وبشدة أنصار المذهب التاريخي، فبحسبهم القواعد القانونية تتغير بتغير الزمان والمكان، لأن القانون هو وليد البيئة الاجتماعية، وهذا ما يثبتته الواقع ويؤكدته التاريخ، فمن غير المعقول أن يثبت القانون على حال واحدة، فهو يختلف من بلد لآخر، بل وفي نفس البلد من زمن لآخر.

2- يذهب أنصار القانون الطبيعي إلى القول أن قواعده تستنبط من الطبيعة بواسطة العقل البشري، وحول هذه المسألة رد أنصار المذهب التاريخي بالقول أنه طالما أن قواعد القانون الطبيعي يكتشفها العقل البشري، فمن المفروض أن لا تكون ثابتة، وإنما تختلف من شخص إلى آخر طالما أن العقول البشرية مختلفة (لكل شخص تفكيره ودرجة ذكائه ووعيه الذي يتميز به عن الآخر).

3- يرى أنصار المذهب التاريخي أن قواعد القانون الطبيعي يطغى عليها النزعة الفردية وهو ما لا يخدم الصالح العام.

4- يعتبر أنصار المذهب التاريخي أن لا فائدة عملية مرجوة من قواعد القانون الطبيعي، لكونها غير مقترنة بجزاء، وهو ما يجعل عدم احترامها والخروج عنها أمر لا شك فيه. نتيجة لهذه الانتقادات تراجع القانون الطبيعي بشكل ملحوظ إلى درجة أنه **كاد أن يختفي**، الأمر الذي دفع بأنصاره إلى البحث عن مضمون جديد لإعادة إرجاعه مرة أخرى، أطلق عليه بـ "حركة إحياء القانون الطبيعي".

**((ب)) الأساس الحديث للقانون الطبيعي (حركة إحياء القانون الطبيعي)**

أدت الانتقادات الموجهة إلى مذهب القانون الطبيعي إلى إضعافه، وكاد أن يختفي، إلى أن تم بعثه من جديد مع بداية القرن 19 وبداية القرن 20 ، وفي سبيل ذلك ظهر اتجاهان:

**1- القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير**

بسبب الانتقاد الموجه للقانون الطبيعي من قبل أنصار المذهب التاريخي، الراض لفكرة الثبات والخلود التي تميزها لعدة عصور، حاول الفقيه الألماني " ستاملر " أن يجمع بين الثابت والمتغير في فكرة القانون الطبيعي .وذلك من منطلق أن جوهر القانون هو مثل أعلى يتمثل في العدل، والعدل في حد ذاته ثابت ومتغير في آن واحد.. فهو **خالد في فكرته ومتغير في مضمونه**، ولهذا أطلق عليه " القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير."

وأيضاً تبنت هذه الفكرة الفقيه الفرنسي " سالي " الذي ذهب إلى القول أن العدل وهو جوهر القانون الطبيعي، فكرته في ذلك خالدة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وجدت في ضمير الإنسان بالفطرة، وعلى مر العصور وستظل كذلك إلى الأبد ثابتة.

فكرة **"العدل"** هي: الإطار الثابت للقانون الطبيعي.... أما الذي يتغير، فهو: مضمون هذا العدل وطريقة تحقيقه التي تختلف من مكان إلى مكان آخر، بل وفي نفس المكان من زمن إلى آخر، حسب الظروف المستجدة والمتغيرة وحسب الإمكانيات والوسائل المتوفرة.

وبهذا يكون أنصار القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير حاولوا اتخاذ موقف وسط، فمن جهة يحتفظون بأصل القانون الطبيعي القائم على أساس الثبات والخلود، ومن جهة أخرى، تقادي انتقاد أنصار المذهب التاريخي بالبحث عن التغيير.

وهو ما دفعهم إلى اعتبار العدل، بما أنه جوهر القانون الطبيعي، ثابت ومتغير في آن واحد، فهو ثابت في فكرته، متغير في مضمونه.

إلا أن هذه المحاولة لم تلق قبولا، فتعرض أنصاره إلى الانتقاد لكون فكرتهم تقضي على أساس القانون الطبيعي، فلا يمكن أن تجمع نفس الفكرة بين الثابت والمتغير معا، فإما أن تكون ثابتة أو متغيرة .

وأصل القانون الطبيعي قواعد ثابتة خالدة .كما أن فكرة العدل تختلف من مكان إلى مكان آخر وفي نفس المكان من زمن إلى آخر، فما يعتبر عادلا في بدلا معين قد يعتبر ظالما في بلد آخر.

## 2-مذهب جمهور الفقهاء المحدثين في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل

يرى أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم الفقيه " بلانيول " والفقيه " جوسران "، أن الواقع والمنطق يكذبان فكرة وجود قانون مثالي، يتضمن قواعد تضع حلولاً عملية لكل المشاكل الحياتية، ومع ذلك يتميز بكونه ثابتاً خالداً، لا يتغير، في حين أن مشاكل الحياة الاجتماعية لا تعرض بنفس الشكل في كل الجماعات وفي كل الأزمنة. ما يوقع أنصار الأساس التقليدي للقانون الطبيعي في تناقض ويعرضهم للانتقادات.

ولخلق التوازن وتخليص القانون الطبيعي من الانتقادات ذات الأدلة والحجج القاطعة والواقعية، عمد أنصار جمهور الفقهاء المحدثين إلى التضييق من نطاق القانون الطبيعي، بمعنى حصر المبادئ المثالية للقانون الطبيعي، الخالدة، الثابتة، التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، في أنها " تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل ".

وهكذا، وبعدمها كان يعتبر القانون الطبيعي أسمى القوانين وقواعده واجبة التطبيق لتحقيق العدل، تم تحديد وظيفته عن طريق جعل قواعده الثابتة الخالدة، موجهة مثالية للعدل. أي أن قواعد القانون الطبيعي لا تضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية (فهذه الحلول تضعها القوانين الوضعية)، بل إنها توجه المشرعين إلى هذه الحلول إذا ما أرادوا تحقيق العدل، فتعتبر أساساً ومثلاً أعلى للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل مكان وزمان

ومن أمثلة مبادئ القانون الطبيعي نذكر: الحق في الحياة، عدم الإضرار بالغير، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم التعسف في استعمال الحق.

هذا المذهب الأخير لاق قبولاً وإجماعاً، لكونه حافظ على أصل القانون الطبيعي وما يتميز به من كونه عبارة عن مجموعة قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، هي من وحي الطبيعة ويكتشفها العقل البشري، وتعتبر مثلاً أعلى للعدل. والجديد الذي انفردت به أنها جعلت قواعد ومبادئ القانون الطبيعي موجهة مثالي للعدل، أي أنها لا تضع حلولاً لمشاكل الحياة وإنما توجه المشرعين الوضعيين نحو صياغة قواعد قانونية تتغير بتغير الزمان والمكان، تتضمن حلولاً لهذه المشكلات وتحقق العدل.

إذن، يمكن القول أن القانون الطبيعي أضحى أساساً للقانون الوضعي سواء في نشأة قواعده وتكوينها (لأن المشرع الوضعي عند صياغته للقاعدة القانونية عليه أن يحترم مبادئ القانون الطبيعي التي توجهه نحو تحقيق العدل)، أو في تكملته وسد ما يظهر عند تطبيقها من نقص أو قصور

وهو ما نصت عليه المادة الأولى من التفتين المدني الجزائري بجعلها مبادئ القانون الطبيعي مصدرا للقانون حيث ورد فيها بأن: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

## الفرع الثاني: المدرسة الواقعية

### (الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون)

المدرسة الواقعية من أعرق المدارس التي اهتمت بمضمون القاعدة القانونية، وتفسير القانون، وجاءت كرد فعل في مواجهة المدرسة المثالية. سميت كذلك لأنها تؤمن بالدليل العلمي والحقائق العلمية التي تلامس الواقع، وتستند على ما تثبته الملاحظة وتؤيده التجربة. ينتمي إليها ثلاثة مذاهب يرى أنصارها أن القانون ظاهرة اجتماعية، ولذلك فأساسه اجتماعي واقعي. ولكنهم اختلفوا حول هذا الواقع الاجتماعي على النحو التالي:

- **المذهب التاريخي** الذي يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى البيئة الاجتماعية، حيث أظهر علاقة القانون بالبيئة الاجتماعية ومدى ارتباطه وتأثره بها.
- **مذهب الغاية الاجتماعية** والذي ظهر كرد فعل على المذهب التاريخي، ويرى أن أساس القانون غاية يسعى إلى تحقيقها بتدخل إرادية إنسانية واعية توجهه.
- **مذهب التضامن الاجتماعي** الذي تبنى المنهج التجريبي الواقعي محاولا تطبيقه على الظواهر الاجتماعية بما فيها القانون، فأرجع أساس وجوهر القاعدة القانونية إلى تضامن الأفراد فيما بينهم وشعورهم بما هو عدل.

### (1) المذهب التاريخي

ظهرت بوادر المذهب التاريخي منذ القرن الثامن عشر في فرنسا، إذ أظهر بعض الفقهاء والفلاسفة أثر البيئة والظروف المحيطة بها في اختلاف القوانين، إذ رأوا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها. ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة الاجتماعية الفقيه "منتيسكيو" في كتابه: "روح الشرائع". وكذلك الفقيه "بورتاليس" صاحب فكرة "القانون يوجد ويتطور أليا مع تقدم الزمن دون

تدخل من الإرادة الإنسانية"، والتي تحولت فيما بعد إلى أساس من أسس المذهب التاريخي. وأيضاً صاحب مقولة: "تتكون تقنيات الشعوب مع الزمن، فهي بحق لا تصنع."

غير أن هذه الأفكار تبلورت وخرجت في مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الألماني "سافيني"، أطلق عليه المذهب التاريخي، فجعل من مبادئه وأسسها بديلاً للاعتراض على فكرة تقنين القوانين في ألمانيا كما فعل تقنين نابوليون في فرنسا. إذ يعتبر سافيني أن القانون هو مجموعة القواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين، وأن التجارب قد دلت أن القانون ليس واحد ثابتاً ولكنه متغير في الزمان والمكان، يتأثر في ذلك بعوامل البيئة المختلفة والمتعددة ويساير تطورها واختلافها، مما يستبعد معه تثبيت نصوصه وقواعده في التقنين، لذلك يفضي إلى جموده وعدم مواكبته للتطور.

### أولاً: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي

يقوم المذهب التاريخي على ثلاثة أسس تتمثل في:

1- إنكار وجود القانون الطبيعي: في منطق أنصار المذهب التاريخي، القانون ليس من وحي مثل عليا، فلا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل، بل القانون من صنع الزمن ونتائج التاريخ، فهم لا يعترفون بوجود القانون الطبيعي وكانوا من أبرز منتقديه.

2- القانون وليد حاجة الجماعة: يرى أنصار المذهب التاريخي بأن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وأنه يتطور حسب ظروف كل مجتمع، لذا فهو يختلف من دولة إلى دولة أخرى، بل ويتغير في الدولة نفسها من جيل إلى جيل آخر، حسب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

وأن الجماعة لا يحدها زمن معين أو جيل معين بل هي كالسلسلة تتدرج في خلفياتها الأجيال وتتعاقب على مر الزمان، فيرتبط فيها الحاضر بالماضي، ويمهد الحاضر للمستقبل. ومن ثمة، فليس القانون ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة وإنما هو ثمرة التطور التاريخي.

3- القانون ينشأ ويتطور آلياً تلقائياً: في منظور المذهب التاريخي أن القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك تساهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة، فهو يتكون ويتطور في تفاعل مستمر في الضمير الجماعي لكل أمة، وهو بذلك يتكون تكويناً ذاتياً آلياً لا تخلقه ولا تضعه إرادة إنسانية أو تحوله عن الطريق المرسوم.



## ثانيا: النتائج المترتبة عن المذهب التاريخي

يؤدي الأخذ بأسس المذهب التاريخي إلى النتائج التالية:

- 1- **عدم تجميع القواعد القانونية في تقنين**: تجميع القواعد القانونية في تقنينات ثابتة يعد عملا ضارا بها، لأن هذا التقنين من شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين وعدم تطورها، حيث تضي عملية التقنين على القواعد القانونية نوعا من القدسية يجعل المشرع يتردد في تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة، وبمرور الزمن تصبح هذه التقنينات بعيدة عن الواقع وغير ملائمة للمجتمع، فلا تواكب تطوره وما يستجد من ظروف.
- 2- **حصر دور المشرع**: القانون الذي يصدره المشرع ليس من وضعه لأن القانون يوجد نفسه ويتكون تلقائيا بطريقة آلية، كلما تغيرت الظروف وتطورت، إذ يقتصر دور المشرع على مراقبة تطور هذا القانون في ضمير الجماعة، ثم تسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس، وبذلك تصبح وظيفته سلبية قاصرة على تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن. (دوره لا يكمن في تكوين وإنشاء القاعدة القانونية ووضعها، وإنما ينحصر في تسجيل ما يخ رج من الضمير الجماعي، فالقانون هو من وحي البيئة الاجتماعية).
- فعلى المشرع متابعة كل تطور جديد وتعديل نصوص القانون بما يتفق مع هذا التطور، ولعل هذا هو السبب في عداء المذهب التاريخي للتشريع بصفة عامة والتقنين بصفة خاصة، إذ يخشى أنصار المذهب أن يحول التشريع أو التقنين دون التطور التلقائي للقانون بنشئته في نصوص جامدة تجعل القانون حبيس النصوص التشريعية وتمنعه من الاستجابة للتطور الحتمي للمجتمع، كما يخشون عدم قدرة المشرع على مواكبة الوتيرة السريعة للتطور.
- 3- **اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون**: لأن العرف لا يدون وينشأ في ضمير الجماعة ويتطور معها تلقائيا، ويعبر تعبيراً صادقا ومباشرا عن رغبات الجماعة وحاجاتها ومصالحها وظروفها الاجتماعية، فإنه في نظر مؤيدي المذهب التاريخي أفضل من التشريع، فهو يكفل تطور القواعد القانونية بطريقة طبيعية، بينما التشريع يقتصر على التعبير غير المباشر عن الضمير الجماعي.
- 4- **تفسير القانون وقت تطبيقه لا وقت وضعه**: يجب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع أن لا يتجه البحث عن نية المشرع وقت وضع هذه النصوص، لأن هذه النية كانت وليدة الظروف التي أحاطت بها وتؤدي إلى جمود القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات. بل يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يحتمل أن يقصده

المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص التشريعية ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها . وبهذا- وعلى عكس المذاهب الشكلية، وعلى وجه الخصوص مدرسة الشرح على المتن -يعتد المذهب التاريخي بالأخذ بالنية الاحتمالية للمشرع دون النية الحقيقية والمفترضة.

### ثالثا: الانتقادات الموجهة إلى المذهب التاريخي

لقد أسهم المذهب التاريخي في الكشف عن وجود علاقة وارتباط بين القانون والبيئة الاجتماعية، كما أسهم في تبيان أن القانون ليس هو تعبير عن إرادة الحاكم بل هو نتاج المجتمع، وعلى المشرع أن لا يفرض على الجماعة قانونا لا يستجيب لحاجاتها ورغباتها وينبع من حقيقة مشاكلها . كما كان له دورا في إبراز أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون بعد أن أغفلته المذاهب الأخرى معتمدة فقط على التشريع.

إلا أن ذلك لا يمنع من تعداد بعض الأخطاء التي وقع فيها ومنها:

- ربط القانون بالضمير الجماعي، فأغفل بذلك دور الإرادة الإنسانية وأنكر دور العقل في تطور القانون، فالقانون يجب أن يسعى إلى تحقيق غاية، وهذه الأخيرة تحتاج إلى تدخل إرادية إنسانية لبلوغها . فللمشرع دور في توجيه القانون واختيار أنسب القوانين.

-بالغ المذهب التاريخي في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية، فأخضع القواعد القانونية لقانون السببية التي تصلح وتحكم الظواهر الطبيعية، متجاهلا بذلك أن القانون من العلوم التقويمية لكونه يسعى إلى تقويم سلوك الأفراد، ويفترض أن يسعى إلى تحقيق غاية معينة بتدخل من إرادة إنسانية واعية.

-معارضة المذهب التاريخي لحركة تجميع القوانين لا تلقى الإجماع، فللتقنين مزايا، فهو وسيلة لتوحيد القانون في مختلف أجزاء الدولة، كما أنه يضيف على القواعد القانونية نوع من الثبات والاستقرار .

-المبالغة في اعتبار القانون وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع، في حين أن الواقع أثبت أن هناك دولا اقتبست جل قوانينها أو جزءا منها من قوانين دول أخرى، رغم اختلاف بيئتها الاجتماعية.

-اعتبار العرف مصدرا وحيدا للقانون، فرغم أهميته ودوره إلا أن التشريع وبقية المصادر الأخرى لا يمكن إنكارها وإغفالها، فلا بد من فتح الباب أما تعدد المصادر واختلافها خاصة في ظل تفاقم المشاكل وكثرتها.

-القول برفض التقنين واعتباره عملا ضارا بالقاعدة القانونية مبالغ فيه، فلقد أظهر التشريع فعاليته ونجاعته في مواكبة التطورات من خلال تعديل القواعد القانونية، أو إلغائها بعضها، أو إدراج وإضافة أخرى

تستجيب للظروف المستجدة .وخاصة مع ارتفاع نسبة السكان واختلاف حاجاتهم ورغباتهم، لا بد من تقنين موحد يسري على الجميع ويضبط سلوكهم وينظم معاملاتهم.

## ((2)) مذهب الغاية الاجتماعية

ينتمي مذهب الغاية الاجتماعية إلى المدرسة الواقعية، نادى به الفقيه الألماني " إهرينج " كرد فعل مباشر على المنهج التاريخي، أبرزه في مؤلفاته أهمها: "الكفاح من أجل القانون" و"الغاية من القانون".

ولهذا نجد أن هذا المذهب لا يقوم على أسس وإنما على فكرة كونه جاء مصححا للخطأ الذي وقع فيه أنصار المذهب التاريخي عندما ذهبوا إلى القول أن القانون يتطور أليا تلقائيا، دون تدخل إرادة إنسانية، وهو ما رفضه " إهرينج".

### أولا: الفكرة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية

يرى " إهرينج " أن القانون في تطور مستمر ولكنه ليس تطورا تلقائيا كما يزعم أنصار المذهب التاريخي، بل هو تطور يخضع إلى حد كبير لإرادة الإنسان .فالقانون ظاهرة اجتماعية، والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية من حيث خضوعها لقانون الغاية دون قانون السببية، فالظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار بسبب دوران الأرض، أو سقوط الأجسام من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية ، تحدث كلما توافرت أسبابها دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثه أو دفعها نحو تحقيق غاية معينة .ومن ثم، فهي تخضع لقانون السببية.

أما الظواهر الاجتماعية، فلا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية تدفعها نحو تحقيق غاية معينة .ومن ثم، فهي تخضع لقانون الغاية .والقانون باعتباره ظاهرة اجتماعية، تلعب إرادة الإنسان دورا كبيرا وإيجابيا في نشأته وتطوره، وقد يصل هذا الدور إلى درجة الكفاح واستخدام القوة والعنف، لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة منه .

ذلك أن التطور قد يؤدي إلى تغيير بعض النظم القانونية القائمة في المجتمع والتي يحرص المستفيدون منها على بقائها وعدم تغييرها، الأمر الذي يؤدي إلى قيام الصراع والكفاح بين هؤلاء المستفيدين وبين من يريدون تعديل هذه النظم، ويتوقف بقاء أو تغيير هذه النظم على نتيجة هذا الصراع والكفاح، بحيث إذا تغلب أنصار التعديل أو التغيير ظهرت نظم قانونية جديدة وأدى ذلك إلى تطور القانون، فالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الإنسانية في عصورها المختلفة كانت تقوم دائما دفاعا عن مبادئ قانونية، وكفاحا من أجل تعديل أوضاع قانونية لم تكن تتفق مع الظروف

الاجتماعية القائمة، فمثلا تحرير الفلاحين من الإقطاعيين، لم يتحقق إلا بعد كفاح طويل وتضحيات مريرة لتعديل وتغيير الأنظمة القانونية التي كانت سائدة.

وعلى هذا النحو، فإن القانون في طبيعته وجوهره، وفقا لمذهب "إهرينج" ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح. فالغاية هي حفظ المجتمع وأمنه واستقراره وتقديمه، والكفاح هو من أجل تحقيق هذه الغاية. ولذلك، فإن هذا المذهب يسمى بمذهب الغاية أو مذهب الكفاح.

### ثانيا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب الغاية الاجتماعية

رغم واقعية هذا المذهب في أن ابرز دور الإرادة الإنسانية في نشأة القانون وتطوره، كما أبرز خطأ المذهب التاريخي الذي ألبس القانون ثوب الآلية والتلقائية دون التوجيه الإنساني. إلا أن ما يعاب عليه هو:

- جعل غاية القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل.

- جعل الكفاح أساس تطور القانون، وهذا تبرير لمنطق القوة حتى ولو لم تكن على حق، وتبرير لمنطق الغاية تبرر الوسيلة.

- أفرط في جعل تطور القواعد القانونية كلها رهنا على إرادة الإنسان وهذا ينافي الأعراف التي هي من مصادر القانون ولا تظهر فيه إرادة الإنسان بشكل جلي وواضح، وكذلك المجتمع ينشئ القانون، وإذا ما طالب عن حقوقه، فإن مطالبه عادة ما تكون اجتماعية بحتة.

### ((3)) مذهب التضامن الاجتماعي

لقد أسس الفقيه الفرنسي "دوجي" في أواخر القرن التاسع عشر مذهب التضامن الاجتماعي، ووضع القواعد التي يقوم عليها، إذ تجلّى من خلالها تأثيره بالنزعة العلمية التي تنطلق من الواقع وترتكز على الملاحظة والتجربة، وهذا التأثير جاء مع انتشار تطبيق المنهج التجريبي على العلوم الاجتماعية.

ومن هنا، أخذ دوجي هذه الفكرة في تحديد نشأة وتطور القاعدة القانونية ليخرج مجموعة من الحقائق العلمية الواقعية التي يرى بانها أساس القاعدة القانونية، أما ما عدى هذه الحقائق الملموسة، كالحقائق المثالية مثلا، فإنها حسية واهية لا يمكن الأخذ بها.

### أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي

تأثر "دوجي" بالنزعة الواقعية العلمية الملموسة، فلم يعترف إلا بالحقائق التي تقوم على دليل علمي، تثبتتها المشاهدة وتعززها التجربة. واستناداً لذلك أسس مذهبه على أساس التالية:

**1- تعايش الإنسان مع غيره من أفراد المجتمع:** الإنسان قد عاش في الماضي كما يعيش الآن مع غيره في حياة اجتماعية، و المجتمع بالنسبة إليه يعتبر حقيقة واقعية. فالإنسان هو من جهة عضو في الجماعة بحيث لا يمكنه العيش بمفرده. ومن جهة أخرى، له كيان شخصي مستقل عن المجتمع، إذ له حاجاته الشخصية وميولاته واعتقاداته وأفكاره التي تميزه عن الآخرين.

**2- التضامن الذي ينشأ بين أفراد هذا المجتمع:** يرى "دوجي" أن التضامن الاجتماعي: "هو الذي يجب أن يصمد فوق شدة الأقوياء وضعف الضعفاء، وفوق الفوارق الاجتماعية، فإنه العامل الذي يجمع الطبقتين في ظل دولة واحدة."

فالتضامن حقيقة علمية واقعية وليس مثلاً أعلى ميتافيزيقياً، والإنسان يرتبط بأفراد المجتمع ارتباطاً تضامناً، ذلك أن الفرد لا يمكن أن يفي كل حاجاته ومتطلباته بنفسه دون الحاجة إلى مساعدة من الآخرين.

ولقد ميز "دوجي" بين نوعين من التضامن:

**أ - التضامن بالاشتراك:** الذي ينشأ عند تشابه حاجات أو رغبات الأفراد ويتطلب عندئذ

تحقيقها تضامناً الأفراد فيما بينهم من خلال تكاتف الجهود. فالحاجات المتشابهة والمصالح المشتركة بين الناس لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تضامن وتعاضد واشتراك، وهو ما يطلق عليه بالتضامن بالتشابه أو التضامن بالاشتراك.

**ب - التضامن عن طريق تقسيم العمل:** إن الناس متميزون ومتفاوتون في حاجاتهم وقدراتهم، ولكل فرد مواهبه الخاصة التي تسمح له بتبادل المنافع المختلفة مع غيره من أفراد المجتمع، فينشئ التضامن عن طريق تقسيم العمل عند اختلاف الأفراد في ميولهم واستعداداتهم، هذا ما يجعل كل فرد يتخصص في نشاط أو عمل معين يتضامن مع غيره من الأفراد من خلال تبادل الخدمات والسلع وبالتالي تبادل المنفعة ويزداد هذا النوع من التضامن مع تطور البنيان الاجتماعي.

**3- شعور الأفراد بما هو عدل:** لقد عزز دوجي القاعدة القانونية كأساس آخر هو الشعور بالتضامن، غير أنه فيما بعد تبين له عدم كفاية الشعور بالتضامن الاجتماعي كأساس للقاعدة القانونية،

لذلك عدّله إلى الشعور القائم عند الأفراد بما هو عدل وما هو غير عدل .ومن خلاله يميز ما بين الأفعال التي يجب القيام بها والأفعال التي يجب تركها والامتناع عنها، أي الحد الفاصل بين ما هو صالح وما هو طالح، ويتفرع على هذا الحد الاجتماعي قواعد اجتماعية تنظم الأفراد.

وعليه، فالقاعدة القانونية حسب "دوجي" ليست من صنع الدولة التي تعتمد على الإيجار لكفالة احترامها كما تتادي به المذاهب الشكلية والتي ترجع القانون إلى إرادة الدولة .ولا تلك القاعدة التي تخضع للمثل الأعلى كما يدعي أنصار القانون الطبيعي .بل هي القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع أنها ضرورية للحفاظ على التضامن الاجتماعي وأنه من العدل استعمال قوة الجبر في الجماعة لكفالة احترامها والانصياع لها.

### ثانيا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب التضامن الاجتماعي

لقد وجهت لمذهب التضامن الاجتماعي جملة من الانتقادات تمثلت في:

-إن تطبيق المنهج العلمي التجريبي على الظاهرة الاجتماعية بما فيها القانون صعب ويستحيل في بعض الحالات، وهذا لأن الظواهر الاجتماعية هي ظواهر إرادية تخضع لقانون الغاية، فهي تتجه نحو تحقيق غاية معينة، ولا بد من تدخل الإرادة الإنسانية لتحقيقها .عكس الظواهر الطبيعية التي تخضع لمبدأ السببية، فيمكن إدراك النتيجة بالمشاهدة والتجربة كلما توافرت الأسباب اللازمة .وبالتالي يسهل تطبيق المنهج التجريبي الواقعي عليها.

### المطلب الثالث: المذاهب المختلفة

إن الآراء والنظريات التي ذهبت إليها المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية جعلها تتعرض للنقد الشديد نظرا لمغالاتها وتركيزها على جانب محدد من القاعدة القانونية دون للجوانب الأخرى، وبناء عليه ظهرت المذاهب الجديدة بدمجها مزايا المذاهب الشكلية والموضوعية وحاولت تجنب الانتقادات والعيوب التي جنت على المذاهب المذكورة، وذلك بالاعتماد على مناهج تسير تطورات الحياة الاجتماعية وتأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي تفرزها تغيرات الظروف المختلفة.

هذه المذاهب هي المختلطة التي وحدت الرؤى في فلسفة القانون وخلق نظرة جديدة فيها، تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وتجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، حيث ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من: حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي

تهيمن عليها، كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الواقع وتصوغه في شكله الخارجي، حيث تقسم القاعدة القانونية إلى عنصرين: عنصر مثالي وعنصر واقعي. ومن أبرز فقهاء المذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي جيني Gény .

## ((1)) مذهب الفقيه جيني

### (مذهب العلم والصياغة)

يمكن القول بأن الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني من أهم فقهاء الفلسفة الذرائعية ضمن تقاليد المدرسة اللاتينية. استقى جيني مذهبه من المذاهب الشكلية والموضوعية بعد دراستها، فهو لم يأت بنظرية جديدة، وإنما حاول التوفيق بين هذه المذاهب وأقام مذهبه على أساسها.

إذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (الواقعية والمثالية) وقرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة، مع الاستشهاد بدليل أعلى يكشف عنه العقل. كما تأثر بالمذاهب الشكلية عندما قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة.

### أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني.

يسمى جيني الجوهر في مذهبه: **بالعلم La science** ويطلق على الشكل اسم: **الصياغة La technique** . حيث يقرر جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: عنصر العلم وعنصر الصياغة.

### 1) عنصر العلم

لا ينصرف مفهوم العلم عند جيني إلى معناه الضيق الذي يقتصر على المشاهدة والتجربة، بل يشمل مفهوم العلم كل معرفة قائمة على التأمل والتفكير العقلي الذي تكون جوهر دراسته، وهو **القانون الطبيعي**، إذ فيه يكمن **الجوهر العميق للقانون**، يتعلق بالحقائق الكلية التي تشترك فيها كافة القواعد القانونية وتتألف هذه الكليات من مركب يشتمل على مجموع الحقائق: الواقعية (الطبيعية)، الحقائق التاريخية، والعقلية، والمثالية في المجتمع. وهو بهذه المنهجية يكون قد جمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية:

- أخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة القانونية،
- وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون،
- وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره مثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون إلى تحقيقها،
- وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي، اعتداده بأبنية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون.

على ضوء ذلك قرر جيني أن **عصر العلم** في القاعدة القانونية يتكون من أربعة حقائق هي:

- ❖ **الحقائق الواقعية أو الطبيعية** : تتمثل فيما يربط الجماعة من واقع جغرافي وبيئي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية، هي حقائق أولية تستخلص بالمشاهدة والتجربة لأنها حقائق علمية، تساعد في رسم الإطار العام الذي تنشأ فيه القاعدة القانونية (مثل التنظيم القانوني للزواج).
- ❖ **الحقائق التاريخية** : وهي ما مرت به الجماعة من تطورات وأحداث تاريخية وثقافية .
- ❖ **الحقائق العقلية** : هي عملية صقل وبلورة مختلف الحقائق لتشكيل عناصر يصلح أن يكون أساسا ومادة أولية لقواعد قانونية، يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية حقائق معقولة وفقا لما تقرره ظروف الجماعة فتسمى حقائق عقلية تتغير بتغير الزمان والمكان لا مثلا عليا.
- ❖ **الحقائق المثالية** : هي النزعات العقائدية والتيارات الفكرية والمثل العليا التي تسود الجماعة وتهدف عادة إلى الكمال.

**ملاحظة:** جيني يفاضل بين الحقائق الأربعة، فهي ليست على قدم المساواة، إذ يغلب الحقائق العقلية على بقية الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والمثالية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية، يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يضعها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.

## 2) عنصر الصياغة

يتمثل عنصر الصياغة في قالب الذي تأخذه القاعدة القانونية شكلا للعنصر العلمي. ويتمثل في الهيئة المنطقية الخالصة التي تتخذ لها بغض النظر عن مضمونها، والتي عادة ما تتألف من الفرض والحل. وهذه الصورة تكاد تكون ثابتة في كافة التشريعات والنظم القانونية عبر الزمان والمكان.



فلا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وإنما تشكل الأرضية وتكون المادة الأولية للقواعد القانونية، وبهذا تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في الحياة العملية، وهذا يتمثل في الصياغة التي تجعلها قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة ومقترنة بجزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية.

وهكذا يعرف جيني الصياغة بأنها " فن التشريع، تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبذلك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تمييز بما فيهم واضعها، ومنه يتحقق مبدأ سيادة القانون". وقد ميز بين الصياغة المادية والمعنوية.

### ثانيا: النقد الموجه إلى مذهب جيني

امتاز مذهب جيني بجمعه بين الجوهر والشكل في أساس القاعدة القانونية، مما جعله أكثر إقناعاً من الحقيقة، ومع ذلك لم يسلم من الانتقادات حيث أخذ عليه ما يلي:

- الحقائق التي ذكرها جيني في عنصر العلم ليست حقائق علمية بالمعنى الصحيح، إذ لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والحقائق المثالية من قبيل الحقائق العلمية، لأنها تفلت من الواقع الملموس الذي يثبت بالمشاهدة والتجربة، وبالتالي فلا يدخل في عنصر العلم من هذه الحقائق سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية اللتان يمكن تسجيلهما بالمشاهدة وإثباتهما بالتجربة.

- من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة كذلك بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية، ذلك أن الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية. كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجياً من الحقائق العقلية تبعاً لنزعة سمو الكمال، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية.

### ((2)) جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث.

بسبب الانتقادات التي وجهت لمذهب جيني اتجه الفقه الحديث إلى جمع الحقائق التي تكون جوهر القاعدة القانونية في طائفتين: الحقائق العلمية التجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة (عنصر واقعي)، الحقائق العقلية التفكيرية يستخلصها العقل (عنصر مثالي). وعلى ذلك يتكون جوهر القاعدة القانونية من عنصرين هما: عنصر موضوعي له شقين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي، وعنصر شكلي يتكون من

شقين: مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون، مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليه دستوريا.

يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين: عنصر واقعي وعنصر مثالي.

### (أ) العنصر الموضوعي (جوهر القاعدة القانونية)

له شقين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي.

#### 1) العنصر الواقعي:

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، أي الحقائق التي يمكن إخضاعها للملاحظة والتجربة. ولذلك تسمى بالوقائع العلمية التجريبية، وهذه الحقائق لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، وتتمثل أهم هذه الحقائق في:

• **الحقائق الطبيعية:** سواء تعلقت بطبيعة الإنسان أو البيئة التي يعيش فيها والطبيعة الجغرافية. فهي تلعب دورا كبيرا في وضع نوع معين من القواعد القانونية.

• **الحقائق الاقتصادية:** تتمثل في الأنشطة المختلفة المتعلقة بمختلف نواحي نشاط الإنسان في الميدان الاقتصادي (الصناعي أو التجاري أو الزراعي) كلا منها يتطلب قواعد قانونية لتنظيمه مع طبيعة ونوع هذا النشاط، لا يجوز إغفال هذه الحقائق الاقتصادية عند إنشاء القواعد القانونية.

• **الحقائق السياسية والاجتماعية:** تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع وتعتبر أيضا عنصرا واقعا قائما على الملاحظة والتجربة، وقد ساهمت هذه العوامل كفكر في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا.

• **الحقائق الدينية والأخلاقية:** هي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق العلمية في تكوين وتطور القواعد القانونية التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع هذه القواعد.

• **الحقائق التاريخية:** تعتبر العوامل التاريخية خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن وخبرة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، وهي بهذا تعبر عن العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية والتي لا يجوز إنكارها.

## (2) العنصر المثالي.

تعتبر العوامل التي سبقت الإشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية بعضها بعضها عقلي، وهي حقائق لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية حسب جيني، إذ لا بد أن تلحقها قيمة تبرز وجوبها وتقاس على مثل أعلى يفرضها العقل، يتمثل في العدل، ومن هذا المنطلق لا بد من إضافة عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي يعطيه صفة الواجب أو القانون .

يفرق الفقهاء بين نوعين من العدل هما: العدل الخاص والعدل العام.

● **العدل الخاص:** هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة والمتبادلة بينهم دون النظر إلى صفاتهم أو كفاءاتهم، ولذلك يسمى **بالعدل التبادلي**. العدل الذي يجب للأفراد بعضهم على بعض، لأنهم متساوون في الطبيعة الإنسانية ومن العدل أن يحترم كل منهم الآخر سواء في وجوده أو كيانه أو حقوقه.

● **العدل العام:** فهو الذي يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها، ويهدف لتحقيق الصالح العام . وللعدل العام صورتين هما:

☞ **العدل التوزيعي:** هو العدل الذي يجب على الجماعة للأفراد المكونين لها، والذي مقتضاه المساواة بين الأفراد المتساوين في القدرة أو الحاجة أو الكفاءة، أو بين الأفراد الذين تتوافر فيهم نفس الصفات أو الشروط اللازمة للاستفادة من المنافع أو تولي الوظائف مع مراعاة المساواة التناسبية بينهم، مثل منح الدولة، الضرائب.

☞ **العدل الاجتماعي:** هو العدل الذي يجب على الأفراد للجماعة تحقيقا للصالح العام، فالأفراد هم أعضاء في هذه الجماعة ولذلك يجب على كل منهم انب سخر جهده لتحقيق الصالح العام المشترك للجماعة لاعتبارها وحدة مستقلة قائمة بذاتها. ويعاقب كب فرد يخل بآمن الجماعة، كذلك يسخر الحاكم سلطانه لخدمة الجماعة. (مثل الخدمة العسكرية، معاقبة السارق)

## (ب) العنصر الشكلي (صياغة القاعدة القانونية)

الصياغة التشريعية هي " علم وفن "، تتكون من مجموعة من المعايير العامة المجردة (لغوية وموضوعية) تصوغ القاعدة القانونية بالشكل الذي ينسجم مع السياسة التشريعية التي تتبناها الدولة.

وهي أيضا " علم مستقل في ذاته، والوسيلة المباشرة التي يتم من خلالها إنشاء النصوص التشريعية وإظهارها إلى الحيز الخارجي؛ لتكون قابلة للتطبيق العملي من المخاطبين بحكمها، متراوحة بين اللين والحزم، والدقة والسعة، والثبات والمرونة؛ لأجل إحداث أثر في المراكز القانونية، ومواكبة التغيرات الآنية والمستقبلية، وصولاً لتحقيق الغايات التشريعية".

يتكون هذا العنصر من شقين هما:

### 1) مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون

- هناك قواعد ومهارات يجب توفرها في صائغ القوانين، لان عملية الصياغة مهمة متعددة الأبعاد، تحتاج إلى مهارات متنوعة لدى من يقوم بها؛ أهمها:
- 1- امتلاك قسط وافر من الدراية والمعرفة بعلم القانون بما يتضمنه من أصول القانون وتاريخه وتطوره وأقسامه، وأن يكون الصائغ على دراية متخصصة في دقائق الفرع القانوني الذي سيقوم بالصياغة في مجاله.
  - 2- أن يكون الصائغ على قدر معقول من العلم والدراية بقواعد اللغة العربية. ويكون المشرع موضوعي محايد ونزيه.<sup>1</sup>
  - 3- أن يكون على دراية بالظروف المجتمعية ( ) من حيث طبيعة المكان والزمان وأحوال الأشخاص الذين سيخاطبون بأحكام القاعدة التشريعية المزمع صياغتها.
  - 4- أن يكون قادرا على فهم وتحليل جميع البيانات والمعلومات والوسائل المادية والعلمية التي تساعده على حسن التصور الذي يجعله قادرا على الصياغة بمهارة وإتقان وحرفية.

### الوسائل المساعدة لصائغ التشريعات

يتعين توفير جميع الوسائل والبيانات التي تساعد على حسن الصياغة التشريعية وذلك من خلال:

- 1- ضمان سهولة الحصول على المعلومات التي يحتاج إليها الصائغون، سواء تلك المعلومات متعلقة بالمراجع القانونية، أو الأبحاث والدراسات العلمية في كل العلوم المرتبطة بالموضوع.
- 2- استخدام التطور التكنولوجي في تطوير الصياغة بما فيها عرض مشاريع القوانين واللوائح على الفئات المخاطبة بها إلكترونياً وتلقى المقترحات بشأنها.

<sup>1</sup> سري محمود صيام، المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع، <https://www.lloc.gov.bh/QTopics/Q01T01.pdf>

- 3- توفير الكفاءات البشرية واللوجستية القادرة واللازمة لجودة التشريع.
- 4- الاستعانة بالتجارب التشريعية للدول الأخرى، مع مراعاة الاختلافات المحلية.
- 5- مراعاة معطيات الواقع الذي اقتضى إصدار التشريع.
- 6- ضمان الوقت الكافي أمام الصائغين بما يكفل حسن الدراسة وجودة الصياغة.
- 7- أن تصاغ بحيادية وموضوعية لا تعرف التحيز.
- 8- الالتزام باستشارة الجهات المتخصصة في موضوع التشريع وعدم الاعتماد كلياً على الخبرة الخاصة، لا سيما في التشريعات التي تتناول موضوعات علمية.

## 2) مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليه دستورياً.

## المحور الثالث: السياسات التشريعية الحديثة

من المعلوم أن لكل دولة سياسة تشريعية خاصة بها تحدد ملامحها، وفقاً لظروفها، والتي تختلف من دولة لأخرى، كما تختلف هذه السياسة التشريعية داخل الدولة الواحدة من وقت لآخر، ومن مكان لآخر. يأتي التساؤل الآن ما هي السياسة التشريعية؟ وكيف نطبق السياسات العامة والتشريعية واقعاً وعملاً؟

### أولاً: تعريف السياسة التشريعية

تعرف السياسة التشريعية بأنها "المسلك أو الخطة المتبعة من الجهة المختصة بالتشريع، نحو تطبيق السياسة العامة العليا أو الجزئية في مجالاتها المتنوعة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية والمجتمعية والثقافية وغيرها".

وهي "الإطار العام لمسلك التشريع في الدولة، الذي يحدد الإستراتيجية التشريعية التي تختلف من دولة إلى أخرى حسب تفاوت ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية والدينية، وما ترتبط به من معاهدات واتفاقات دولية، وغير ذلك من الأمور التي تختلف من دولة إلى أخرى، كما تختلف زمنياً داخل الدولة الواحدة".

ويمثل التشريع -عملية إصدار الأنظمة- أحد الأدوات الرئيسية لتطبيق السياسات العامة بمختلف مجالاتها من خلال السياسة التشريعية، والتي تمثل المنهجية والآلية لترجمة السياسات العامة إلى مجموعة من التشريعات تعكس صفة الإلزام والتنظيم. فالسياسة التشريعية لكل دولة تعتبر المدخل وحجر الأساس في رحلة الصناعة والصياغة التشريعية، يتم من خلالها إصدار الأنظمة واللوائح بما يتوافق مع السياسة العامة ويسعى لتحقيقها وخدمتها، ومن المعلوم أن التشريع لا يكون عشوائياً، وإنما يرتبط بالسياسات العامة والتشريعية للدولة، ويعكس توجهاتها التقويمية والتطويرية.

وبالتالي فإن الاهتمام بالسياسة التشريعية يؤدي إلى:

- سن تشريع متين ومتطور في منتهى الوضوح والدقة،
- منسجم مع الدستور والأنظمة القانونية الأساسية، وغير متعارض مع الأنظمة العادية، ومساهم لتنفيذ الأنظمة الفرعية، مع مراعاة السياسة العامة المرسومة للدولة أو السياسة الجزئية للجهة الإدارية،
- قابلية التطبيق ووحدة التنفيذ واتساق المشاريع وتوحيد الجهود وجودة المخرجات،

- منع تعارض الخطط وتكرار الجهودات وتضارب التوجهات والتعارض مع القوانين الأخرى، ابتداءً من الرحلة التشريعية وانتهاءً بإقرار النظام أو حفظه.
- الصياغة الجيدة تشكل المكنة الرئيسة التي يمكن من خلالها تحويل السياسات والأهداف العامة للدولة إلى قواعد قانونية متناسقة ومنسجمة مع بعضها البعض يسهل تطبيقها، ويمكن الأفراد من الاحتجاج بها في مواجهة السلطات العامة في الدولة من جهة، وفي مواجهة بعضهم البعض، ولا تكتسب القواعد القانونية هذه الصفة إلا إذا جاءت نتاجاً لمنهج واضح في التعبير عنها، وصياغتها بأسلوب يجعل أمر تحقيق الهدف من تشريعها سائغاً ومعقولاً.

### ثانياً: معايير السياسة التشريعية الحديثة

نظراً للأهمية المتزايدة للسياسات التشريعات الحديثة في مواجهة التحديات التي تعصف بالدول كافة، فقد أصدرت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية توصيات ومبادئ توجه السياسات التشريعية لأجل مخرجات تشريعية متينة ومنهجية، ومؤشرات معيارية لقياس جودة التشريع وأثره بعد ذلك، وممكّنات تساهم وتساعد في اتخاذ قرارات تشريعية مبنية على الأدلة والبراهين؛ من أجل تحقيق المصلحة العامة.

حيث يميز علماء فلسفة القانون **بين وجود التشريع وفعاليتته**، ويقصد بهما:

- (1) **وجود التشريع**: يتمثل في صدوره **شكلاً من السلطة المختصة**، أي يكون بإقرار من السلطة التشريعية ثم صياغته وإصداره وفقاً للقواعد والإجراءات المحددة ومن طرف السلطة المختصة .
  - (2) **فعالية التشريع**: فلا يكون قابل للتحقيق إلا بكفالة تغلغل أحكامه في المجتمع وعلاقات الأفراد، ولا سبيل لذلك إلا بإقناع الأفراد بعدالة التشريع واستقامة أحكامه وجدواه. وتطبيق أحكامه لازم لتنظيم حياتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والمدنية وحسن سيرها، وأنهم سواسية أمام القانون دون تمييز، فلا يكفي العقاب والجبر والقوة والنفوذ لوحدها **لفرض الالتزام بالتشريع**.
- ومن أهم معايير السياسات التشريعية التي يسترشد بها في التشريع، نجد:

### أولاً: الديمقراطية

تعتبر الديمقراطية شرطاً رئيسياً لكفاءة التشريع ورسوخه في البيئة الاجتماعية وتحقيق فاعليته، لأنها تضمن ما يلي:

- أن يكون المجلس التشريعي منتخبا بطريقة ديمقراطية، عن طريق انتخابات حرة نزيهة وشفافة.

- أن لا تكون السلطة التنفيذية وحدها المهيمنة على العمل التشريعي بل تشارك السلطة التشريعية في اقتراح القوانين.
- أن توفر السلطة التشريعية لأعضائها الأجهزة الفنية التي تعينهم على مباشرة حقهم في اقتراح التشريعات.
- أن تكون عملية وضع التشريع ومناقشته داخل المجلس بأسلوب **ديمقراطي تشاركي**، أي مشاركة الرأي العام والمتخصصين من كل القطاعات الحكومية والقطاع الخاص في صناعة التشريع وصياغة القوانين، ومساهماتهم في عملية تحضير مشاريع الأنظمة المقترحة، لضمان أن تكون الأنظمة مفهومة وواضحة، مع التركيز على **التشاور والتنسيق والتواصل** لمواجهة التحديات المشتركة التي يفرضها الترابط المتداخل للقطاعات المختلفة .
- **الشفافية في الإجراءات التشريعية**، من شأنه وضع آليات وإنشاء وحدات تختص بالسهر على جودة وشفافية إجراءات السياسة التشريعية ومدى تحقيق أهدافها. وضع آليات وإنشاء مؤسسات قادرة على الرقابة الفاعلة على إجراءات السياسة التشريعية وأهدافها، وعلى دعم وتنفيذ السياسة التشريعية بما ينهض بجودة التنظيم.

### ثانيا: ضمان الحقوق والحريات العامة

تعد الوظيفة الحقة للقانون هي: حماية حقوق الأفراد وتوجيه السلوك الاجتماعي، تدعيم مسار التنمية وتحقيق العدل بين المواطنين، تعزيز السلم الاجتماعي، والتأسيس لحالة الرضا المجتمعي. لذا يجب احترام الحقوق والحريات عند وضع القانون وصياغته وإصداره والموازنة بين المصالح الخاصة والجماعية وصون كرامة الفرد في المجتمع، كما يجب أن يستقر في عقيدة المشرع أن التشريع لا ينبغي أن يكون مجرد أداة من أدوات القهر وسيلته القوة المجردة التي تعتمد على سلطة الدولة وحدها وتتسلح بنفوذها وهيبتها، ولكن هو الوسيلة الحتمية والرشيده لتحقيق المصلحة التي يشيع بها العدل وتضان الحقوق وترفع المظالم.

### ثالثا: تجسيد مبدأ سيادة القانون

ففي نظام سيادة القانون، يخضع الجميع للقانون ولا أحد يتخطاه. وتعني سيادة القانون "أن يخضع كل شخص إلى القانون، بما في ذلك المشرعون ومسؤولو إنفاذ القانون والقضاة". والإيمان بسيادة القانون لدى المشرع واحترامه بعدم إصدار قانون يخلف الدستور يضمن حرية الأفراد ومشروعية السلطة، والانسجام بين الدستور والتشريع ويحقق الاستقرار القانوني أو الأمن القانوني.



### ثالثاً: معايير صناعة تشريع ذو جودة (الحوكمة التشريعية).

تتطلب **الحوكمة التشريعية** وجود سياسة تشريعية واضحة ومتجانسة تستهدف إصدار سلسلة قوانين متكاملة في أحكامها ومتسقة في غاياتها ، مرنة متطورة ورشيده، يكون من شأن تطبيقها التصدي لمسألة أو عدة مسائل تقع في صلب اهتمامات ومصالح المجتمع من جانب اجتماعي أو مالي أو اقتصادي أو تنموي أو بيئي أو ديني وحتى دولي.

بالمقابل، يمكن تعريف التشريع السياسي بأنه " النشاط التشريعي الذي يستهدف التأثير على الشأن العام من منطلقات سياسية قد تنحرف أحياناً عن مسار المصلحة العامة، ويترافق ذلك عادة مع مجموعة من الضغوط والتدخلات والمناكفات وردات الفعل والتعامل مع الشؤون العامة بمنظور فنوي أو حزبي أو ذاتي ضيق".

والتشريع لأغراض سياسية لا قانونية يهز ركائز الديمقراطية ويشكل خللاً في المنظومة الدستورية والنظام السياسي ويهدد الحقوق والحريات العامة، كما أنه لا يستجيب بشكل موضوعي وحقيقي لمطالب الشعوب وتطلعات الأجيال، في حين أن السياسة التشريعية تؤدي- في حال ضببطت شروط تحقيقها وتتاسق أداء العاملين عليها- إلى تحقيق الأمن القانوني واستقرار المراكز القانونية.

**فجودة التشريع ونجاحه في التطبيق والالتزام الجيد به وتحقيق أهدافه** يتطلب توفر معايير حاكمة لعملية التشريع والصياغة، وعليه فإن التكامل بين السياسة والتشريع يقتضي احترام بعض الضوابط التي نذكر منها دون ترتيب في الأولوية والأهمية:

- التخطيط التشريعي الذي يسهم في التعرف على الحاجات المجتمعية، وكشف الثغرات ومقاربة المشاكل ومحاولة اقتراح الحلول المناسبة لها.
- إجراء تقييم للمخاطر وإدارتها وإعداد استراتيجيات متعلقة بها بغرض إعداد النصوص الملائمة وتنفيذها بفعالية وكفاءة.
- التنبه إلى بعض الخصوصيات المجتمعية أو الفئوية واحترام ثوابتها وتقاليدها الأساسية، بما في ذلك تطلعات الفئات الأكثر عزلة أو ضعفاً أو حاجة للتدخل التشريعي.
- النأي عن المصالح الخاصة والفئوية والحرص على عدم تضارب المصالح بغرض رفع مستوى الثقة بالعملية التشريعية وحيادية وتجرد مخرجاتها.
- احترام مبدأ فصل السلطات وعدم تجاوز السلطة لاختصاصات الأخرى، مع الحرص على التعاون والتكامل التنسيقي بين مختلف السلطات والأجهزة التشريعية والتنفيذية، وذلك بغرض توحيد الاتجاهات وتفادي الازدواجية أو التضارب في الأنظمة والنصوص.

- احترام الموائيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية، والالتزام بالتعاون التشريعي الدولي الذي يفرض مبادئ والتزامات عابرة للحدود.
- يتعين على عضو السلطة التشريعية عدم مناقشة أو الاقتصار على مشروعات القوانين التي تتعلق بالدائرة الانتخابية فقط، وإنما يجب الإسهام في دراسة كافة المشاريع.
- يجب على المشرع مراعاة القواعد الأخلاقية والمبادئ الدينية والمعطيات الثقافية المستقرة في ضمير الجماعة واعتناق فلسفة واسعة في التشريع تستهدف الجميع لا مجرد مصالح جماعات فقط.
- يتعين على الدولة إنجاز قاعدة بيانات تشريعية للارتقاء لمستوى المعرفة القانونية وحتى لا يتزعزع الأساس الذي تقوم عليه المادة 60 من الدستور الجزائري لا يعذر بجهل القانون.

فالسياسة التشريعية الرشيدة تهدف إلى: خروج العملية التشريعية بنصوص متينة، متناسقة، مبنية على الأدلة والبراهين وتلبي المصلحة الوطنية العامة، حيث يقوم التشريع الجيد وتقاس فاعليته وكفاءته استناداً إلى آلية الموازنة بين المنافع والتكاليف بكل أشكالها المالية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية، بما يحقق الرخاء والمساواة والعدل وخلق الفرص والرفاهية للجميع.

وقد يكون من الاقتراحات الفعالة بهذا الخصوص: إنشاء منصة الكترونية خاصة بالتشريعات، تشرف عليها هيئة التشريع وتتيح للجهات الحكومية إعداد ومراجعة وصياغة مسودات التشريعات بكافة أنواعها من الناحية القانونية، بما يشمل التأكد من الجوانب الشكلية والجوانب الموضوعية؛ ضماناً للتكامل التشريعي وعدم التعارض مع كافة التشريعات والاتفاقيات الثنائية والدولية الحالية.

## المحور الرابع: تفسير القواعد القانونية

إن تطبيق القاعدة القانونية في الواقع العملي يستلزم القيام بتفسيرها، أي التعرف عليها وتحديد مضمونها والشروط التي تلزم لتطبيقها ومدى انطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة .

### أولاً: تعريف التفسير القانوني

يعرف التفسير<sup>2</sup> في الاصطلاح القانوني بأنه "تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية بالكشف عن مختلف التطبيقات التي تنسحب عليها أحكامها وإيضاح ما غمض من هذه الأحكام واستكمال النقص فيها ورفع ما قد يبدو في الظاهر من التناقض بين أجزائها أو يلوح من التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية" .

كما يعرف التفسير بأنه: " توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع و تكميل ما أوجز من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة . " ويقصد بالتفسير القانوني للنصوص أيضاً "تبيين معنى القاعدة القانونية المتضمنة في نص مكتوب، وتحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتبيين نطاقها حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة".

يمكن القول بأن التفسير هو عملية كشف وبيان لمقاصد الشارع من سن القاعدة القانونية واستكمال ما شابها من نقص وعيب والتوفيق بين ما تعارض من أحكامها وبين هذه الأخيرة وأحكام النصوص الأخرى.

وينصب موضوع التفسير على التشريع لأن مجاله هو الغالب في النصوص القانونية دون غيرها من المصادر، ومن البديهي أن القواعد القانونية أياً كان نوعها إذا كانت واضحة سليمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير ، بل ولا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر غير مفهومها الواضح .

لعل أهمية حقل التفسير تنبع أولاً من الأسباب التي دعت إليه، وهي بصورة إجمالية: غموض النص، وتعارض النصوص مع بعضها، ونقصها أو عجزها عن مسايرة الحياة أحياناً. ويمكن بسط الأهمية في النقاط الآتية:

- 1 - تحديد معنى القاعدة القانونية التي ورد بها لفظ غامض .
- 2 - التوفيق بين قاعدتين متناقضتين أو ترجيح إحداها عن الأخرى.

<sup>2</sup> يقصد بالتفسير في اللغة مطلق التبيين، إذ يقال فسر الشيء، يفسره ويبينه.

- 3 يُعتبر تفسير النصوص أداة فعّالة لتقريب القانون إلى الواقع، ونقله من صورة مجردة إلى صورة ملموسة.
- 4 يجعل التفسير على تكييف القانون مع الحاجات المستجدة، والقضايا الملحة في ساحات القضاء، وتبرز هذه الأهمية بشكل جلي عندما تبتعد المسافة بين القاعدة القانونية، والوقائع الطارئة، أو عندما تستجد حاجات ومصالح جديدة لم تكن معروضة أو متصورة عند سن التشريع، فيلجأ القاضي إلى روح القانون وغايته.
- 5 يجعل حقل تفسير القانون على استكمال وظيفة المشرّع الذي لا يمكن أن تُحيط نصوصه بكل الوقائع؛ فيضع صيغاً مرنة فضفاضة ملقياً بمهمة تفسيرها على القاضي، مثل التعسف في استعمال الحق، ومخالفة الآداب العامة، ومنع الغرر، والغبن، والاستغلال، كل هذه قضايا عامة، والقاضي هو من يثبتها في الوقائع المعروضة أمامه أو ينفىها من خلال استقراء الواقع والاستعانة بفلسفة المجتمع ومعتقداته.
- 6 إن هناك تيارين متعارضين نلمحهما دائماً عند صناعة القوانين، الأول: التيار الداخلي الذي يفرض الثبات والاستقرار، ويعتقد دائماً أن النص قد حوى كل شيء، والثاني: التيار الخارجي الذي يسعى دوماً نحو التطوير نتيجة للضغوط الخارجية، والتغيرات الاجتماعية، وتأتي مناهج تفسير النصوص لتوازن بين التيارين، فتحافظ على النص وأطره، وتضع قواعد منضبطة لتفسيره بما يُحقّق مقاصد المجتمع دون ترك مجال لأهواء القضاة، أو فرض سياج سميكة بين النص والواقع.

## ثانياً: أنواع التفسير

### 1- التفسير التشريعي

يعد المشرع هو صاحب الحق الأول في تفسير التشريع الذي أصدره، حيث يصدر المشرع ما يسمى بالتشريع التفسيري بقانون عادي، يكون على شكل نص لاحق لإزالة غموض أو سد نقص في قانون اختلف في تفسيره وأثير التناقض في أمر تطبيقه، ويسري بأثر رجعي على الوقائع القائمة في ظل القانون المفسر والتي لم تصدر بشأنها الأحكام، على ألا يتضمن أحكاماً جديدة لم يتضمنها القانون المفسر، فإن تضمنها فإنها تسري للمستقبل فقط .

ويعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل، إذ يفترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنتفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص وهو ملزم لكافة مؤسسات الدولة ومواطنيها ورعاياها بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصا تشريعيا.

## 2- التفسير القضائي

يسمى بالاجتهاد القضائي، وهو مجموع المبادئ العامة التي استقرت في المحاكم على الأخذ بها حتى يتمكن القاضي من تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه، فإنه يقوم بتفسيره ليجسد حكم القانون على الوقائع التي بين يديه دون أن يطلب منه الخصوم ذلك، وما يصدر عنه في إحدى المحاكم، لا يكون ملزما لذات القاضي في الدعاوى الأخرى، ولا لغيره من قضاة المحاكم الأخرى . و يأتي التفسير القضائي في المرتبة التالية للتفسير التشريعي وفي مرتبة أسمى من التفسير الفقهي والتفسير الإداري كما له أهمية كبيرة.

## 3-التفسير الفقهي

الفقه هو مجموع الآراء التي يقرها علماء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم من تأهيل التنظيم والشرح لاستنباط أحكام القانون بوجه المشرع ويسترشد به القاضي. وتقتصر مهمتهم على استخلاص حكم القانون انطلاقا من قواعده المجردة دون معالجة الظروف الخاصة، أي أن تفسيرهم نظريا بعكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا، و هو غير ملزم للمحاكم لأنه مجرد رأي.

## 4- التفسير الإداري

مهمة تنفيذ ما تصدره السلطة التشريعية تتولاها السلطة التنفيذية، وتقوم الحكومة بتلك المهام عن طريق العاملين في المرافق المختلفة، وتصدر إليهم منشورات تتضمن تعليمات وتفسيرات الجهة الإدارية للنصوص القانونية ولا تتمتع بأي قوة إلزامية، فهي فقط تكون ملزمة للموظف باعتبارها أعمال داخلية للإدارة التي لا تملك إطلاقا تعديل القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

## ثالثا: حالات التفسير

يجد القاضي نفسه أمام ثلاث حالات عندما يعرض عليه نزاع ما: (1) حالة وجود نص سليم، (2) حالة وجود نص فيه عيب، (3) حالة غياب نص قانوني أصلا.

### حالة النص السليم

المبدأ في هذه الحالة هو لا اجتهاد مع النص السليم، فيحصر دور القاضي في استخلاص المعنى من النص أو المعنى التفسيري لعبارة النص السليم، ويكون هذا بواسطة:

- 1) **التفسير اللفظي:** إذا كان لبعض الألفاظ معنا لغويا والآخر اصطلاحيا يعمل بالمعنى الاصطلاحي لألفاظ النص القانوني بغية الوقوف والكشف عن قصد الشارع الحقيقي.
- 2) **المعنى المستفاد من روح النص :** أي الحالة التي لا يكفي فيها بالمعنى الاصطلاحي بل يهدف التفسير إلى تقصي جميع المعاني، ويميز الفقهاء بين نوعين من التفسير هما:
- أ) **التفسير الضيق:** ويعتمد في النصوص القانونية ذات الصفة الاستثنائية، فلا ينبغي التوسع في تفسير القوانين الجزائية.
- ب) **التفسير الواسع:** ويقصد به كيفية الوصول إلى روح النص، وهناك ثلاث طرق يعتمدها الفقهاء:
- #-**المعنى المستخلص من إشارة النص :** وهو المعنى الذي يأتي كنتيجة لازمة للمعنى المستفاد لعبارة النص.
- #-**المعنى المستخلص من دلالة النص:** ويقصد بهذا المعنى ما نفهمه من روحه ومقصده، ويمكن الاستدلال على هذا المعنى عن طريقين:
- أ-**الاستقلال عن طريق مفهوم الموافقة (القياس)**
- عند وجود نص يفهم من عباراته معنى معين ينطبق على حالة معينة مثلا: تحريم الخمر بعملية الإسكار مقياسا كل لكل مسكر حرام . ويعني بالقياس: إخضاع المراكز الواقعية المتشابهة لقاعدة قانونية واحدة.
- ب-**الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة (المفهوم العكسي)**
- يقصد بذلك إعطاء حكم لحالة لم ينص عليها المشرع ، وذلك باختلاف العلة في الحالتين.
- 3-**المعنى المستخلص من اقتضاء النص المراد بدلالة اقتضاء النص المعني** الذي لا يستقيم إلا بتقديره مثلا: قال الله تعالى : " حرمت عليكم الميتة" يفهم مقتضى النص حرم عليكم أكل الميتة .

### حالة النص المعيب

تتمثل حالات الإعاية الممكنة التي تشوب النصوص القانونية، في:

- 1) الأخطاء المادية أو المعنوية

- (2) قد يكون الخطأ ماديا ويشمل الخطأ الطبيعي خاصة في الحالات المستعجلة أو عدم التدقيق اللغوي، ف قد يصدر التشريع متضمنا عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحا فلا يستقيم النص إلا بتصحيح تلك العبارة أو إحدى كلماتها أو ألفاظها، وهذا النوع يكون بحاجة إلى التصحيح لا إلى التفسير . كما قد يكون الخطأ في الترجمة، حيث يتعين على المفسر أن يصححها دون التغيير من قصد المشرع.
- (3) **النقص والسكوت** : إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب ذكرها أو التعرض لها حتى يستقيم المعنى فإن النص التشريعي يعتبر ناقصا.
- (4) **غموض أو إبهام النص** : يكون الغموض بتحميل أحد ألفاظ النص أكثر من معنى واحد أو تقبل التأويل ويكون على القاضي أن يختار أحد المفاهيم الأقرب للصواب ..
- (5) **التناقض والتعارض** : إذا كان هناك تعارض بين نصين قانونيين بحيث يكون مدلول أحدهما وحكمه يخالف مفهوم الآخر وحكمه في ذات الموضوع، وهنا يلجأ القاضي إما إلى اعتبار أحد النصين عاما ويطبقه وأن النص الآخر خاصا ويطبقه فقط. وفي حالات خاصة تكون أقرب إلى الصواب، وأما أن يعتبر أحد النصين هو الأحدث ناسخا للأخر كان المشرع بالنص الحديث قد ألغى النص القديم المتعارض معه.

### طرق تفسير النص المعيب

- أ- **تقريب النصوص** : وذلك بربط النصوص ببعضها البعض.
- ب- **الرجوع إلى النص الفرنسي**.
- ج- **الاستعانة بالأعمال التحضيرية** : ويقصد بها المناقشات التي دارت تحت قبة البرلمان.
- د- **الرجوع إلى المصادر التاريخية** : فالنص المأخوذ من الشريعة الإسلامية يرجع فهم معناه إلى الفقه الإسلامي والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسي يستعان بالقضاء والفقه الفرنسي.
- هـ- **حكمة التشريع** : وهي تحري الغاية النهائية التي يقصدها المشرع من وضع التشريع يستعين المفسر في فهم المقصود بنص حكمة التشريع أي المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية التي يقصد المشرع تحقيقها.

### حالة عدم وجود نص

- أ- **في المواد الجزائية** : في هذه الحالة يحكم بالبراءة وفقا لمبدأ شريعة الجرائم، لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي.

ب-المواد المدنية :

القاعدة أنه لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستكف عن إحقاق الحق " أن بمنتهى الحكم بحجة انقضاء النص" . لذا عليه أن يجتهد باللجوء إلى استنباط القواعد القانونية.