

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

محاضرات موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق المجموعة ب

مقياس منهجية البحث العلمي

فلسفة القانون

ألقيت من طرف د/ناصر مريم

السنة الجامعية 2023-2024

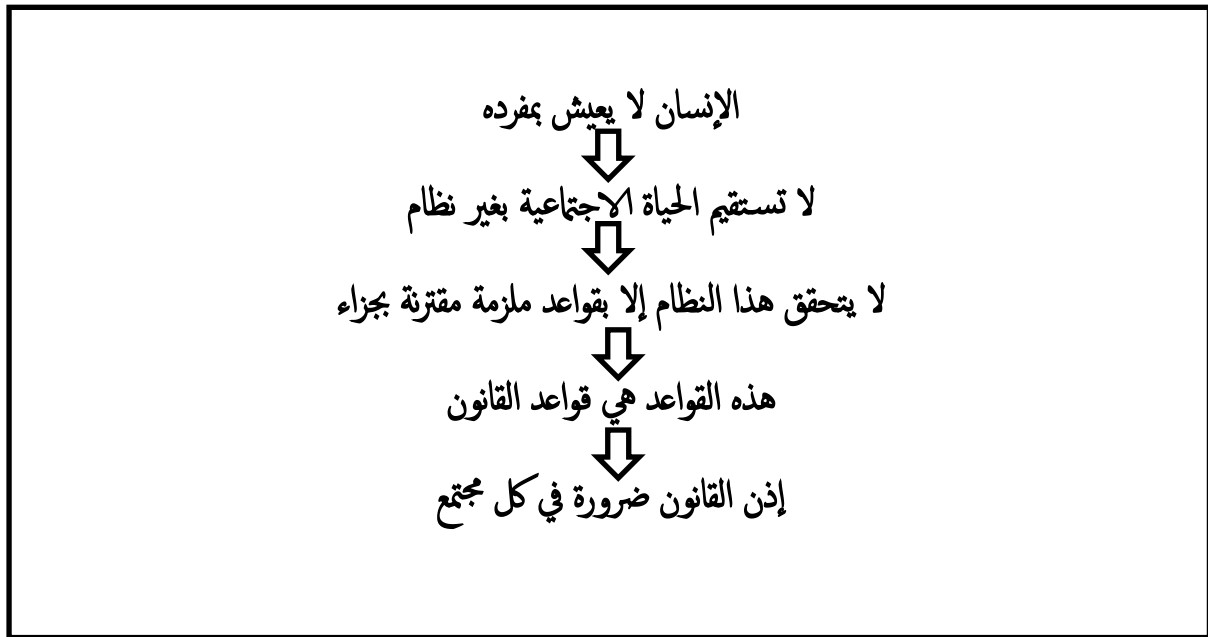
المحور الأول: حول فلسفة القانون

يشمل مصطلح "فلسفة القانون" كلمتان هما: كلمة "فلسفة" وكلمة "قانون"، سنحاول شرح كل مصطلح على حدة لنتوصل في الأخير لمعنى كليهما معا.

أولاً: بالنسبة لمصطلح القانون

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش منعزلاً عن بقية أفراد الجماعة، وليس هذا بالقول الجديد بل هو ما جاء به الفلاسفة منذ قديم الزمان، فالإنسان المنعزل الذي يعيش بمفرده هو إنسان من وحي خيال المؤلفين والرواة ولا وجود له إلا في عالم الأساطير لذلك تعتبر عقوبة العزل من أقسى أنواع العقوبات التي يمكن أن تطبق على الإنسان.

وينشأ بين الأفراد في الجماعة علاقات كثيرة ومتنوعة لا بد من تنظيمها وضبط سلوك الأفراد داخل هذه الجماعة، وقد وجدت هذه القواعد لتحديد حقوق وواجبات كل فرد مع ضرورة الشعور بالزامية هذه القواعد واحترامها خوفاً من الجزاء الذي يوقع عليه في حالة مخالفته وبذلك:



1/ تعريف القانون والقاعدة القانونية: يمكن تعريف القانون بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع كما أنها قواعد عامة ومجردة ويكفل الجزاء الذي توقعه السلطة العامة احترامها"، أما القاعدة القانونية فتعرف بأنها: "خطاب موجه إلى الأشخاص (طبيعي - معنوي) في صيغة عامة ومجردة ولها قوة الإلزام، ويتضمن هذا الخطاب: أمراً بعمل أو نهياً عن عمل، وإلا يترتب على الإخلال بها جزاء توقعه السلطة العامة."

2/ خصائص القاعدة القانونية: من خلال ما سبق يمكن أن نستخلص خصائص القاعدة القانونية والتي من

أهمها: قاعدة سلوك اجتماعي، قاعدة عامة ومجردة و قاعدة ملزمة مقترنة بجزاء توقعه السلطة العامة.

أ/ قاعدة سلوك اجتماعي: هي قاعدة موجهة إلى الأشخاص أي (الأفراد والجماعات) الذين يتمتعون بالشخصية القانونية، وبذلك فهي لا تخاطب الحيوان أو الجماد لأنها قاعدة تحكم السلوك الاجتماعي للأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع بما يكفل (يضمن) حرية الأفراد ويضمن تحقيق النظام العام داخل المجتمع، فالقاعدة القانونية لا توجد في العدم بل توجد في المجتمع.

كما أن القاعدة القانونية تسري على السلوك الاجتماعي الظاهري ولا تنطبق على السلوك الداخلي أو ما يسمى بالنوايا والمشاعر الداخلية والأحاسيس الكامنة في نفسية الشخص، لأن هذه الأمور تدخل في مجال الأخلاق والدين ولا علاقة لها بالقانون، غير أن القاعدة القانونية يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار النية في بعض المجالات كجرائم القتل.

ب/ القاعدة القانونية عامة ومجردة (العمومية والتجريد): يقصد بالعمومية في القاعدة القانونية أنها لا توجه إلى شخص معين بذاته (زيد أو عمر...)، وإنما توجه بصيغة التعميم فلا يذكر شخص معين بالاسم ولا واقعة معينة بالذات، بل يذكر الأشخاص المقصودين بهذا الخطاب بصفاتهم لا بذواتهم، مثال: قانون الانتخابات يحدد شروط الناخب، فكل من توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانونا يمكنه أن ينتخب (بلوغ 18 سنة والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية)، قوانين الجامعة التي تحكم تصرفات الطلبة تطبق على كل من له صفة الطالب بشرط ألا توجه إلى طالب معين بذاته.

والعمومية ليس لها معيار عددي بضرورة مخاطبة عدد كبير من الأشخاص، فقد يكون الخطاب موجها إلى فئة معينة من الأشخاص كالموظفين أو المحامين، الأطباء، الطلبة...، مع ذلك يتصف هذا الخطاب بالعمومية والتجريد، كما يمكن أن توجه القاعدة القانونية إلى شخص واحد، ومع ذلك تبقى عامة ومجردة طالما أنها لم توجه إلى شخص بذاته، لأنها تخاطب الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم ومثال ذلك: رئيس الجمهورية.

ج/ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ومقترنة بجزاء تطبقه السلطة العامة: القاعدة القانونية مقترنة بجزاء يجعلها واجبة الاتباع ويجبر الأشخاص على احترامها، فالجزاء هو الأثر القانوني الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية، فهو ركن جوهري لوجودها، ولو تركت القاعدة القانونية دون جزاء فلا يوجد ما يجعل الأشخاص يتبعونها في علاقاتهم بدرجة كافية لحفظ النظام الذي قصدت القاعدة القانونية تحقيقه، فالجزاء هو أساس الإلزام وهو أيضا ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الدين والأخلاق والمجاملات.

ويتميز الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية بأنه جزاء حال وديني ، مادي وملموس وتطبقه السلطة العامة.

والجزاء ثلاثة أنواع رئيسية:

* **الجزاءات الجنائية:** كالإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت (لعدد محدد من السنوات)، الحبس، الغرامة، العقوبات التكميلية كالمصادرة وتدابير الأمن كالحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية.

* **الجزاءات المدنية:** كالإبطال والإبطال والفسخ والتعويض وغيرها.

* **الجزاءات الإدارية:** كالإلغاء والتعويض والعقوبات التأديبية وهي عقوبات تسلط على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية كالتنبيه، الإنذار، التوبيخ ، النقل الإجباري، عقوبة التنزيل في الرتبة والفصل من الوظيفة.

ثانيا: الفلسفة

كلمة فلسفة هي كلمة يونانية الأصل متكونة من شقين: " فيلو " وتعني محبة و" صوفي " وتعني الحكمة، ليكون معناه بذلك محبة الحكمة، وقد عرفها الفيلسوف أرسطو بأنها (علم الوجود بما هو موجود وكذلك علم العموميات)، أما التعريف المنتقى المختار فهو: (مجموع الدراسات أو التأملات ذات الطابع العام التي تسعى إلى رد نظام أو جزء من المعرفة أو المعرفة كلها إلى عدد صغير من المبادئ الموجهة)، فالفلسفة تبحث في أسباب الوقائع التي يقوم عليها بناء العلوم الوضعية من خلال البحث في أصل المعارف. وبذلك فالفلسفة هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية كالقانون، فمحاولة إدراك طبيعة القانون الوضعي وغايته هي عمل فلسفي.

ثالثا/ فلسفة القانون

استخدمت عبارة "فلسفة القانون" لأول مرة في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر مع صدور كتاب للفيلسوف الألماني هيغل عام 1821 والذي كان بعنوان "مبادئ فلسفة القانون"، ويعتبر هذا الكتاب هو أول استعمال أكاديمي ونظري لعبارة "فلسفة القانون" لأن هذه الأخيرة كانت موجودة منذ القدم وهذا ما هو ثابت عند الإغريق: أرسطو، سقراط، أفلاطون.

لم يحدد الفيلسوف هيغل مضمون مصطلح "فلسفة القانون" وأورد مرادفا له هو "العلم الفلسفي للقانون" أي العلم الذي يعالج فكرة القانون، فلم يحدد الأسس الجوهرية لفلسفة القانون لكنه عالج بعض مشاكلها.

وتعَرَّف فلسفة القانون اصطلاحاً كما يلي: هي المادة العلمية التي تختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية، فتشرح معانيها العميقة ومضامينها المختلفة.

وتعَرَّف أيضاً بأنها الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من القانون.

1/ وظيفة فلسفة القانون: لفلسفة القانون عدة وظائف نذكر منها:

- تعميق الوعي الفكري والارتقاء بمستوى الفكر القانوني من خلال: توضيح المفاهيم الأساسية للقانون وربطه بالحياة الاجتماعية.

- تساعد على حل مشاكل المجتمع وتزوده بإمكانية إيجاد الحلول، فمن خلالها يستطيع رجل القانون الكشف عن معاناة المجتمع وفهم الأفكار السلبية السائدة فيه، ومن ثم البحث عن اقتراحات وحلول لها، وهذا بتطوير النظرية القانونية السائدة في المجتمع.

- محاولة فهم بعض المصطلحات الغامضة وتحديد مدلولها مثل: مصطلح العدالة والقانون، فتدرس فكرة نشأة القانون والعلاقة بين النظام القانوني والنظام الاجتماعي.

- تعمل فلسفة القانون كمرشد للمشرع بإعطائه المواد الأولية للسياسة التشريعية.

2/ موضوع فلسفة القانون:

تشمل دراسة فلسفة القانون موضوعين أساسيين هما: "أصل القانون" و "غاية القانون".

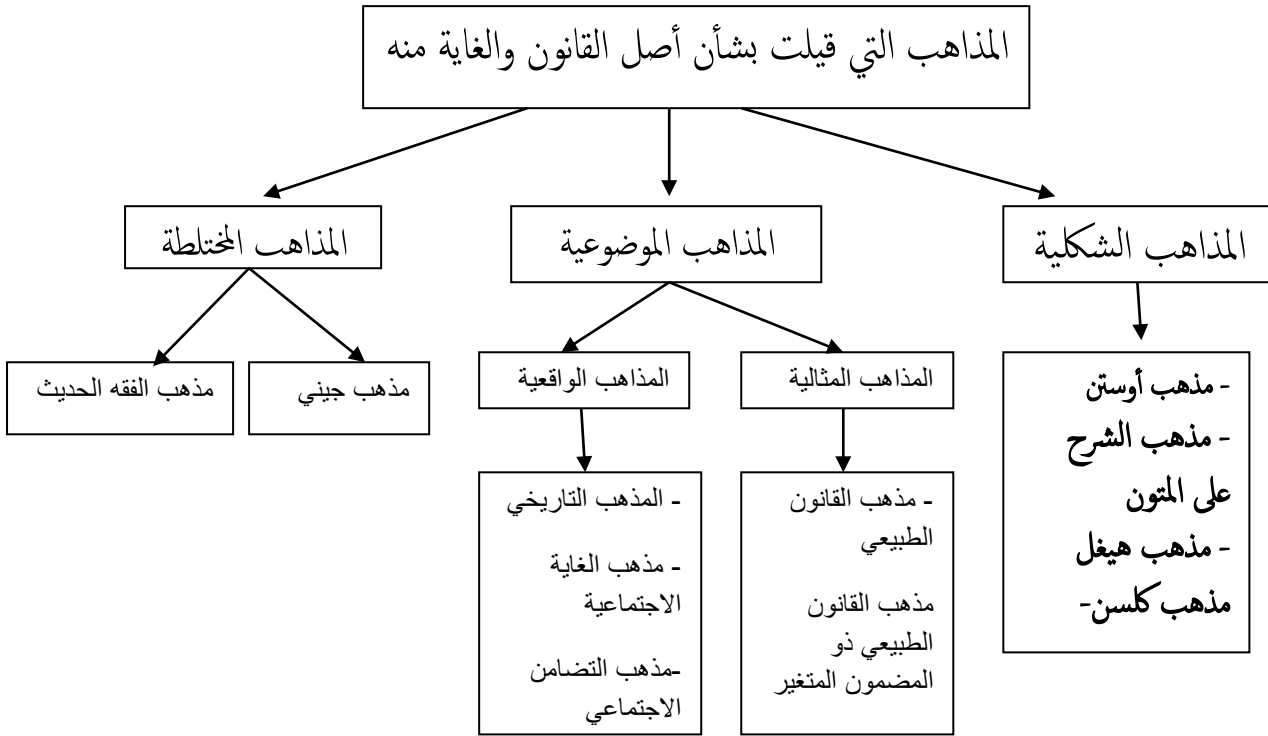
أ/ أصل القانون: ويقصد به ماهية القانون وأساسه وأصل نشأته، فهل ينشأ من ضمير الجماعة بطريقة طبيعية تلقائية لا دخل لإرادة الإنسان فيها؟ أم أن إرادة الإنسان تلعب دوراً فعالاً في إنشائه؟ هل ينشأ القانون من تفاعل عناصر مثالية؟ أم من تفاعل عناصر واقعية؟ أو ينشأ منها معا؟

ب/ غاية القانون: فيقصد منها تلك الأهداف والقيم التي يراعيها القانون ويسعى إلى تحقيقها، فحتى ولو اتفق الفقهاء والفلاسفة على أن غاية القانون هو تحقيق العدل لكنهم اختلفوا حول فكرة العدل في حد ذاتها، وتساءلوا عن سبب إلزامية القانون لجميع الأشخاص، فبعضهم يرى أن العدل الذي يسعى إليه القانون هو عدل تبادلي يشترك الجميع في تحقيقه، بينما يرى آخرون أنه عدل توزيعي أي التوزيع العادل للمنافع، ويرى جانب ثالث أن القانون غايته تحقيق العدل الاجتماعي.

وسنحاول دراسة كل هذه الإشكالات والإجابة عنها في أوانها وموضعها من خلال دراسة المذاهب

والنظريات التي تبحث عن أصل القانون والغاية منه.

المحور الثاني: المذاهب التي قيلت بشأن أصل القانون وغايته



اختلفت آراء الفقهاء والفلاسفة حول ماهية القانون والعناصر التي يتكون منها كي تكتسب قواعده صفة الإلزام التي تجعل الأشخاص يمثلون لها ويحترمونها، مما أدى إلى ظهور مذاهب ونظريات فلسفية متعددة، يمكن جمعها في ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: المذاهب الشكلية.

المجموعة الثانية: المذاهب الموضوعية.

المجموعة الثالثة: المذاهب المختلطة.

- المجموعة الأولى تنظر فقط إلى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية إلى الوجود في صورة ملزمة، فترجع إنشاء القاعدة القانونية إلى السلطة الحاكمة التي أكتسبت القاعدة القانونية قوة الإلزام.

- المجموعة الثانية تنظر فقط إلى الجوهر لا الشكل، حيث تهتم بموضوع القانون ومادته الأولية التي يتكون منها ومن ثم تمر إلى طبيعته فتحللها تحليلًا فلسفيًا اجتماعيًا.

- المجموعة الثالثة تعتبر مزيجًا بين المجموعتين السابقتين فهتم بشكل القاعدة القانونية وجوهرها معًا.

وسنتكلم فيما يلي عن كل هذه المذاهب بشيء من التفصيل.

أولاً: المذاهب الشكلية

بحسب تسميتها نجد أنها تلك المذاهب التي تكتفي بالنظر إلى شكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي دون النظر إلى موضوعها وجوهرها، فالقانون وفقاً لهذه المذاهب (هو مجرد أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين وتكفل الدولة تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء)، ففي كل مجتمع توجد هيئة عليا حاكمة وهيئة أخرى محكومة، الأولى تسن القوانين والثانية تخضع لأحكام هذه القوانين.

فأصل القانون طبقاً للمذاهب الشكلية هو إرادة من يملك السلطان في المجتمع، وقد لا يكون هذا المالك بشراً أو هيئة بشرية بل قد يكون الحاكم الأعلى وهو الله سبحانه وتعالى، أو هيئة روحية أخرى، وهذا هو الشأن بالنسبة للقوانين الدينية كالشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الدينية كاليهودية والمسيحية. وقد نادى بهذه المذاهب الشكلية كثير من الفقهاء والفلاسفة اتفقوا جميعاً من حيث المبدأ (النظر إلى الشكل دون الجوهر)، وهو رد القانون إلى إرادة الحاكم أو السلطان واختلفوا باختلافات طفيفة في بعض الجزئيات التي لا تنتقص من اتفاقهم على المبدأ.

وقد ظهر أنصار المذاهب الشكلية في أماكن مختلفة من القارة الأوروبية ويأتي على رأسهم "مذهب أوستن" في إنجلترا و "مذهب الشرح على المتون" في فرنسا و "مذهب هيجل" في ألمانيا و "مذهب كلسن" في النمسا، وسنقوم بدراسة كل مذهب منها تباعاً فيما يلي:

1/ مذهب أوستن:

ينسب هذا المذهب لصاحبه الفقيه الإنجليزي "جون أوستن" والذي كان أستاذاً للقانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر، وعرض مذهبه في كتاب أسماه (محاضرات في القانون) استهله بعبارة "إن موضوع القانون هو القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون من أجل طائفة محكومة سياسياً"، ويبدو من خلاله تأثيره بأفكار ونظريات الفلاسفة اليونان منذ القدم الذين يرون أن القانون من فعل القوة، كما تأثر بأفكار الفقيه الإنجليزي "توماس هوبز" الذي قال: "ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى شخص آخر عليه الطاعة والخضوع"، ويطلق بعض الفقهاء على مذهب أوستن "المذهب الاستبدادي" وعلى ذلك يرجع الفضل في صياغة كل الأفكار التي اقتبسها أوستن من سابقه على شكل نظرية أو مذهب محدد المعالم.

وسنقوم فيما يلي بتحديد مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن، ومن ثم النتائج التي تترتب على هذه الفكرة لنتمكن من حصر الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، حسب التفصيل الآتي بيانه.

1/ مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن:

يقوم مذهب أوستن على فكرة أساسية هي أن القانون هو إرادة ومشئئة الحاكم ينفذه جبرا على الأشخاص عند الاقتضاء فيعرف القانون بأنه: "هو أمر أو نهى يصدره الحاكم استنادا الى سلطته السياسية ويوجهه الى المحكومين ويتبعه بالجزاء". يتبين من هذا التعريف أنه لا بد من توافر ثلاث شروط لكي يوجد القانون:

✓ الشرط الأول: وجود حاكم سياسي يحكم المحكومين.

✓ الشرط الثاني: وجود أمر أو نهى.

✓ الشرط الثالث: الجزاء.

1-1/ الشرط الأول: وجود حاكم سياسي

لكي نكون بصدد قانون يجب أن يوجد حاكم سياسي يخضع له الجميع ويتمتع في مواجعتهم بالسيادة السياسية، ويمكن أن يكون الحاكم السياسي شخصا واحدا (ملك أو رئيس دولة أو إمبراطور أو سلطان) كما يمكن أن يكون هيئة (رئيس دولة وبجانبه برلمان)، كما يستوي أن يكون أساس الحكم استبداديا أو ديمقراطيا المهم هو وجود حاكم سياسي بيده زمام الحكم ويدين له الجميع بالطاعة والولاء، وبذلك يخرج من دائرة القانون الأعمال الصادرة عن الهيئات التي لا تملك السيادة كالنقابات والجمعيات والأحزاب السياسية.

2-1/ الشرط الثاني: وجود أمر أو نهى

لكي يوجد قانون وفقا لمذهب أوستن يجب أن يصدر الحاكم السياسي أمرا أو نهيا يوجهه إلى المحكومين الذين عليهم الخضوع والطاعة والامتثال لهذا الأمر أو النهي، فالقانون ليس مجرد نصيحة توجه للأشخاص لهم الحرية في طاعتها أو الخروج عليها وفقا لإرادتهم، ولا يشترط أن يكون الأمر أو النهي صريحا ولكن يكفي أن يستتشف ضمينا من خلال صياغة القاعدة القانونية.

فمثلا قواعد قانون العقوبات تحدد عقوبة معينة توقع على مرتكب جريمة معينة وهي لا تصدر في صيغة أمر أو نهى ولكنها تفيد ضمينا أنها تأمر بعدم ارتكاب جريمة أو تنهي عن ارتكابها، وكذلك الحال في القانون المدني فمثلا المادة 124 تنص على " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " هذه المادة تأمر الشخص الذي يسبب ضررا للغير بخطئه أن يعرض المتضرر.

أ-3/ الشرط الثالث: وجود جزاء يوقع عند مخالفة القانون

اشتراط الفقيه أوستن وجود جزاء يقتزن بالأمر أو النهي يوقعه الحاكم على من يخالف القانون، وبذلك يكفل أو يضمن الجزاء احترام القانون عن طريق احتكار أو إنفراد توقيعه من طرف الحاكم على المخالفين والعصاة خدمة للعدل، كما يرى أنه لا وجود للقانون مالم يقتزن الأمر أو النهي بجزاء يكفل احترامه، ولا ينحصر هذا الأخير في العقاب الجزائي بل يمكن أن يكون الجزاء مدنيا أو إداريا أو تأديبيا بحسب طبيعة القاعدة القانونية التي وقعت مخالفتها.

ب/ النتائج المترتبة على مذهب أوستن :

من خلال التمعن في الأساس الذي يقوم عليه هذا المذهب والشروط التي يقوم عليها القانون في نظره، يمكن أن تترتب النتائج التالية:

ب-1/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدولي العام:

لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية، ويمكن أن نعرف هذا الفرع القانوني كما يلي: " القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية". وتعتبر في نظر أوستن جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة ولا توجد على المستوى الدولي سلطة عليا تفوق الدول وتعتبر بمثابة هيئة حاكمة تصدر أوامر ونواهي مقترنة بجزاء في مواجهة باقي الدول الأخرى التي تعتبر بمثابة محكومين بالنسبة لها.

لذلك لا يعتبر أوستن القانون الدولي العام قانونا بل يعتبره مجرد قواعد مجاملات (غير مقترنة بجزاء) أو واجبات أدبية تراعيها أو تحترمها الدول في علاقاتها مع غيرها ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء، وذلك بسبب غياب سلطة عليا تفوق الدول وتفرض سيطرتها وهيمتها عليها وتملك حق توقيع الجزاء على الدولة المخالفة.

ب-2/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدستوري

لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية بمعنى الكلمة، ويمكن أن نعرف هذا الفرع القانوني كما يلي " قواعد القانون الدستوري تهتم بتنظيم شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، السلطات داخل الدولة واختصاصاتها وعلاقتها ببعضها البعض، كما يبين حقوق الأفراد وحررياتهم وواجباتهم والمقومات الأساسية للمجتمع"، وبذلك فالحاطب بقواعد هذا القانون هو الحاكم وليس المحكومين.

- الحاكم أو السلطان أو الهيئة الحاكمة هي التي تصدر هاته القواعد بمحض إرادتها ومنه يمكن مخالفتها من طرف الحاكم لسببين:

- 1- لأنها لم تصدر من سلطة أعلى منه،
 2- لأنها غير مقترنة بجزء يوقع على الحاكم في حالة مخالفته لها، فهو الذي يوقع الجزء ولا يمكن أن نتصور أن يوقعه على نفسه.

وبذلك يرى أوستن أن قواعد القانون الدستوري مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بمحض اختياره، لينظم علاقته بالأفراد ولم تلزمه بها سلطة أعلى منه، فهي لا تتعدى كونها قواعد إرشادية يمكن للحاكم الخروج عنها ومخالفتها واستبدالها بغيرها دون أن يترتب عن ذلك أي جزء، ويسميا أوستن قواعد الأخلاق الوضعية.

ب-3/ جعل التشريع المصدر الوحيد للقاعدة القانونية

لا يعترف أوستن ببقية مصادر القانون لا سيما العرف، إذ أن القانون في نظره هو مشيئة وإرادة الحاكم الموجهة للمحكومين، والتشريع هو الذي يتضمن الأمر أو النهي الصادر عن هذا الحاكم، عكس العرف الذي ينشأ من تواتر سلوك الأفراد على نحو معين وإتباعه زمنا طويلا مع شعورهم بضرورة احترامه واعتقادهم بالزاميته، لذلك لا يعتبر العرف مصدرا للقانون مهما طال زمن إتباعه.

ب-4/ وجوب التقيد في تفسير القانون بإرادة المشرع وقت وضعه:

بما أن القانون هو إرادة الحاكم لذلك يجب أن يكون التفسير مقيدا لهذه الإرادة التي أراد الحاكم أن يُضمّنَها في نصوص القانون وقت (زمن) وضعها، ولا عبء بتغيير الظروف التي طرأت منذ وضع القواعد القانونية بمرور الزمن.

ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن

رغم البساطة والوضوح الذي يميز مذهب أوستن وتوافقه مع الوضع السياسي القائم في المجتمعات الحديثة، حيث تملك الدولة سلطة التشريع كظهر من مظاهر سيادتها وتتولى سنّ السلطة التشريعية، وبعد المصدر الأساسي للقانون، غير أن تصور أوستن لأساس القانون والنتائج المتوصل لها أدى لتعرضه للكثير من الانتقادات، نذكر منها:

ج-1/ **الخلط بين القانون والدولة:** يرى أوستن أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم تملك زمام الحكم فيه سلطة عليا لها السيادة السياسية في المجتمع، وهو ما يتعارض ويخالف الحقائق التاريخية الثابتة التي تبين أن القانون هو ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية سياسية، حيث نشأ القانون مع نشأة المجتمع وقبل أن توجد الدولة ككيان سياسي منظم.

ج-2/ الخلط بين القانون والقوة: جعل إرادة الحاكم هي القانون، والقوة المتمثلة في عنصر الجزاء هي الأساس الوحيد للقانون، لذلك يعتبر القانون والقوة بيد الحاكم، فأصبح الحكم للقوة التي تجعل الحاكم يقرر ما يشاء استناداً لإرادته، مما يؤدي إلى هيمنة القوة على القانون، بدلا من أن يكون الحاكم في خدمة القانون يتقيد بأحكامه ويعمل على كفالة احترامه بالقوة إن لزم الأمر، وعدم تقيد الحاكم بالقانون يؤدي إلى الاستبداد المطلق وهو ما يتعارض مع مبادئ الدول المتحضرة التي تقوم على أساس وجوب احترام الحاكم للقانون لضمان الاستقرار والنظام في المجتمع الحديث.

ج-3/ حصر مصادر القانون في التشريع وإغفال بقية المصادر الأخرى: جعل هذا المذهب التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأهم ما عداه (غيره) من المصادر وهو ما يخالف الواقع، فرغم أن التشريع هو المصدر الأول والأساسي في الدول الحديثة لكنه ليس المصدر الوحيد بل توجد إلى جانبه مصادر أخرى أهمها العرف الذي كان فيما مضى المصدر الأساسي لكنه تراجع، ومع ذلك لا يزال يلعب دورا هاما في إنشاء بعض القواعد القانونية خاصة في نطاق القانون التجاري بل أن إنجلترا بلد أوستن نفسه يقوم نظامها القانوني أساسا على العرف.

ومن أجل التوفيق بين مذهبه وحقيقة أهمية العرف في إنشاء القاعدة القانونية قال أوستن: "إن ما يقرره السلطان فكأنه قد أمر به"، بمعنى أنه إذا لم يعترض الحاكم على تطبيق المحاكم للعرف فإن ذلك يدل على أنه يجيز هذا العرف ويقره، وكأنه يأمر المحاكم بتطبيقه، ولكن في الواقع فإن القاضي يطبق العرف شأنه شأن تطبيق التشريع باعتبار أن كلا منهما مصدرا للقانون.

ج-4/ إنكاره لصفة القانون لقواعد القانون الدولي العام: بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تلزم الدول باحترام قواعد هذا القانون وتوقع الجزاء على الدول المخالفة لقواعده، أنكر أوستن وجود هذا القانون، وهذا الادعاء لا أساس له من الصحة، إذ يقر أغلب الفقهاء بأن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح ويتوفر له عنصر الإلزام لكنه ذو طبيعة خاصة تتلاءم مع طبيعة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ويمكن اعتبار منظمة الأمم المتحدة (بمختك أجهزتها: كالجمعية العامة أو مجلس الأمن أو محكمة العدل الدولية) بمثابة سلطة عليا تعمل على كفالة احترام قواعد هذا القانون وتوقيع الجزاء على المخالفين لأحكامه، وقد تدخلت هاته الهيئة فعلا في حالات معينة من أجل فرض احترام قواعد القانون الدولي العام، كما أن إنكار صفة القانون على هذا الفرع القانوني يؤدي إلى عدم استقرار العلاقات الدولية وعدم التقيد بالالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية.

ج-15/ إنكاره لصفة القانون لقواعد القانون الدستوري: جرد أوستن القانون الدستوري من صفة القانون لعدم صدوره من سلطة أعلى من السلطة الحاكمة تلزم الحاكم باحترامه وتعاقبه في حالة خروجه عن هذه القواعد الدستورية، وهذا قول غير صائب من جانب أوستن، لأن القانون الدستوري هو القانون الأساسي والأساسي في الدولة ويتوفر له عنصر الإلزام، حيث أصبح من المسلم به أن الشعب هو مصدر كل السلطات وسلطته أسمى من سلطة الحاكم داخل الدولة فهو من نصّب الحاكم، ومن ثم يمكن أن يوقع عليه الجزاء إذا خالف قواعد القانون الدستوري، وذلك بالثورة ضده والعمل على تنحيته والإطاحة بنظامه، وبذلك فقواعده قانونية بصفة كاملة ويتوافر لها عنصر الإلزام والجزاء وإن كان من نوع خاص.

ج-16/ القول بضرورة تفسير القانون وفقا لما اتجهت إليه إرادة الحاكم وقت وضع هذه النصوص دون الاهتمام بالظروف التي تغيرت: يؤدي إلى جهاد القانون وعدم تطوره ومواكبته لتغير الظروف الإجتماعية مما يجعله لا يتفق مع حاجات المجتمع في الظروف الجديدة.

*** خلاصة القول:**

يعتبر مذهب أوستن مذهباً سطحياً يكفي بالنظر إلى المظهر أو الشكل دون النفاذ إلى جوهر القاعدة القانونية ليتبين طبيعتها وتطورها، حيث يرد القاعدة القانونية لإرادة الحاكم وانفراده بتوقيع الجزاء معتقداً أن الدولة هي التي تخلق القانون وتصنعه وهذا غير صحيح، فالقانون وليد الظروف الإجتماعية المحيطة بالجماعة وقيام الدولة بوضع التشريع هو مجرد صياغة لهذا الجوهر كي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية.

2/ مذهب الشرح على المتون

يسمى أيضاً هذا المذهب "تفسير النصوص" وينتمي إلى المذاهب الشكلية التي ترجع أصل القانون إلى إرادة الحاكم من خلال التشريع الذي تضعه هذه الإرادة، والجدير بالذكر أن هذا المذهب لا ينسب إلى فقيه معين بل تكونت أفكاره خلال فترات زمنية متعاقبة، كما أنه ثمة آراء فقهاء فرنسيين متعددين أمثال أوبري - رو - بودري - دومولومب وأخيراً البلجيكي لوغون.

وقد جاء هذا المذهب إثر تجميع القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها "تقنين نابليون"، حيث يقصد بهذا الأخير:

*** تقنين نابليون:** هو عبارة عن مجموعة من القواعد التشريعية الصادرة سنة 1804 وجاءت في نصوص صيغت على شكل مواد متتابعة ومتسلسلة تحكم العلاقات المدنية في فرنسا (أحوال عينية وشخصية)، بعد نفاذه (سريان مفعوله) في 1 جانفي 1805 كان يسمى القانون المدني للفرنسيين، وفي 1807 سُمي قانون نابليون،

ويعتبر أول حدث قانوني من هذا النوع، وجاء متأثراً بالقانون الروماني السائد آنذاك في فرنسا، كما جاء متأثراً بأحكام الشريعة الإسلامية بسبب حملة نابليون على مصر، وقد أعجب به رجال القانون الفرنسي لدرجة التقديس فسموه "إنجيل الثورة" واعتبروه قانوناً كاملاً أحاط بكل شيء علماً، واحتوى حلولاً لكل المشكلات، وسمى الفقهاء العرب تفسيره بالشرح على المتون متأثرين في ذلك بتفسير القرآن الكريم على هوامش المتون التي تتضمن آياته الكريمة، ولا يزال هذا التقنين سارياً لحد اليوم بعد قرنين من الزمن. وسنقوم فيما يلي بتحديد مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون، ومن ثم النتائج التي تترتب على هذه الفكرة لنتمكن من حصر الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، حسب التفصيل الآتي بيانه.

أ. الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون

يتفق هذا المذهب مع مذهب أوستن في جعله التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لكنه يقدر نصوص التشريع لذلك يقوم هذا المذهب على أساسين هما: تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

أ-1/ تقديس النصوص التشريعية

اعتبر فقهاء الشرح على المتون قانون نابليون قانوناً مقدساً يجب احترامه لأنه:

- يتضمن كل الأحكام القانونية،
- قيامه بتحقيق أمنية رجال الثورة الفرنسية المتمثلة في توحيد القانون في فرنسا، خاصة وأن النظام القانوني كان يتمثل في الأعراف والتقاليد في شمالها والقانون الروماني في جنوبها،
- هو القانون الأول من نوعه في العالم الذي تم تجميع نصوصه في مجموعات وتقنيات،
- تشبيهه بالكتاب المقدس الذي عاج كل الأمور وتضمن كل أحكام القانون المدني، لذلك قاموا بشرحه بنفس طريقة شرح الكتب الدينية المقدسة وهي الشرح نصاً بعد نص بنفس الترتيب الذي جاءت به في التقنين.

أ-2/ اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون

حصر فقهاء هذا المذهب مصدر القانون في التشريع باعتباره نصاً مكتوباً يصدره المشرع ويتضمن جميع الأحكام القانونية ويضع الحلول لجميع الحالات، فالمشرع وحده ينشئ القاعدة القانونية ولا يوجد أي مصدر آخر غيره.

ب. النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون

يترتب على جعل التشريع المصدر الوحيد للقانون وتقديسه النتائج التالية:

- يجب على القاضي تطبيق النصوص التشريعية والالتزام بأحكامها وليس له حق الادعاء بوجود عيب أو قصور بأحكامها، كما لا يجوز له أن يخرج عن النصوص عند تفسيرها لإيجاد حل للمشكلة الاجتماعية المطروحة أمامه، لأن مهمة القاضي هي الحكم بمقتضى القانون وليس الحكم على القانون.
- يحتوي التشريع على جميع المبادئ والأحكام الملائمة لجميع الحالات وعلى المفسر (القاضي مثلا) الإلتزام بالنص التشريعي، فإن لم يستطع هذا الأخير إيجاد حكم فإن اللوم يقع عليه هو وليس على المشرع.
- التقييد عند التفسير بإرادة المشرع أو نيته التي أراد أن يعبر عنها وقت وضع النصوص، ومعنى ذلك عدم التقييد بحرفية النص إنما البحث عن الأحكام التي اتجهت إليها إرادة المشرع ونيته وقت وضع النصوص وليس وقت تطبيقها حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية، ويعتد في شرح النصوص بالنية الحقيقية والنية المفترضة وقت وضع النص دون النية الاحتمالية وقت تطبيق النص، حيث أنه:
- يقصد بالنية الحقيقية تلك النية التي يمكن استنتاجها بوضوح من نصوص القانون من خلال ألفاظه وعباراته ومعانيه، وكذلك بالرجوع للمذكرات الإيضاحية التي تشرح القانون.
- النية المفترضة هي تلك النية التي من المفترض أن يكون المشرع قد قصدتها وقت وضع النص، ويمكن اكتشافها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المتشابهة، ومن روح القانون (المعاني البعيدة) والمبادئ الأساسية والمصادر التاريخية لها.
- النية الاحتمالية: هي ما يمكن أن يكون المشرع قد قصدته لو أنه أعاد صياغة النص في الظروف التي استجدت عند تطبيق النص.
- مثال:** أخذ عقد الزواج في القانون الفرنسي بنظام خاص تقدم فيه الزوجة لزوجها أموالا (منقولات وعقارات) لضمان بقاء واستمرارية هذا الزواج، وقد نص القانون على ما يلي: "عدم جواز التصرف في هذه الأموال بالنسبة للعقار" مع العلم أن العقار هو كل ما لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، وهو عكس المنقول، فإذا حاولنا معرفة النوايا الثلاث للمشرع من نص هذه المادة فإننا نجد أنه:
- بالنسبة للنية الحقيقية: لا يجوز التصرف في العقار.
- بالنسبة للنية المفترضة: جواز التصرف في المنقول.
- النية الاحتمالية: بما أن قيمة المنقول قد زادت فمن المحتمل أن يتم حظر التصرف في المنقول ذو القيمة العالية في ظل الظروف الجديدة، ولا يجوز للقاضي أن يأخذ بالنية الاحتمالية- حسب هذا المذهب - لأن القاضي ليس مشرعا.

ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون:

يتميز هذا المذهب بالبساطة والوضوح في تعريف القانون ونشأته، لأنه ينظر لشكل القاعدة القانونية من حيث كونها صادرة عن حاكم سياسي في المجتمع في صيغة تشريع، يعتبر المصدر الوحيد للقانون، لكن المبالغة في الاهتمام بالشكل والمظهر للقاعدة القانونية يعد خطأ لإهماله جوهرها، ومن ثم التعرف على العوامل التي أدت إلى تكوينها.

- يقال على مذهب الشرح على المتون نفس ما قيل على مذهب أوستن من حيث إغفاله المصادر الأخرى للقانون، وجعل التشريع المصدر الوحيد له، رغم أهمية العرف مثلا والذي ينبع من حاجات المجتمع ويعبر عن رغبات الجماعة.

- يكتفي القاضي عند تفسير النصوص بإرادة المشرع وقت وضعها مما يؤدي إلى جمود القانون ويجول دون تطوره، كما أن تقديس نصوص التشريع يؤدي إلى تقديس إرادة الحاكم وإهمال رغبات المجتمع مما يؤدي إلى الاستبداد.

- رغم أنه مذهب وجد عقب الثورة الفرنسية التي قامت ضد الاستبداد لكن تقديسه لنصوص قانون نابليون ترتب عليه اعتبار القوة هي كل شيء في القانون مما أدى في الأخير إلى التزعة الاستبدادية.

3- مذهب هيغل

ينسب هذا المذهب للفيلسوف الألماني هيغل وهو أستاذ ببعض الجامعات الألمانية في القرن 19 وأصدر عدة مؤلفات أهمها "مبادئ فلسفة القانون" سنة 1821، سنقوم فيما يلي بتحديد الأسس التي يقوم عليها مذهبه، ومن ثم النتائج المتوصل لها، لتتعرف على الانتقادات الموجهة لمذهبه.

أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل

أساس القانون هو إرادة الحاكم في الدولة، سواء عبر هذا القانون عن إرادة الحاكم في الداخل من خلال علاقته مع الأفراد أو عبر القانون عن إرادة الحاكم في الخارج من خلال علاقة الدولة مع غيرها من الدول، فالدولة سيادة نفسها ويجب أن يخضع لها كل من يدخل في تكوينها، أما هي فلا تخضع لإرادة أحد سواء في الداخل أو الخارج فسلطاتها مطلقة.

- فعلى المستوى الداخلي الدولة هي تجسيد لاتحاد إرادات أفرادها من أجل تحقيق الصالح العام المشترك، حيث تبنى (تزول) إرادة الإنسان لاندماجها في إرادة الدولة ويتلاشى الأفراد بخضوعهم لها خضوعا تاما، ويقوم كيان الدولة وسلطاتها على إرادتهم العامة.

كما يرى أن سيادة الدولة واحدة ولا تقبل التجزئة وتدوب وتنصهر منعها جميع الاعتبارات ووجهات النظر المختلفة لتتجسد سيادة الدولة في شخص واحد يملك التعبير بإرادته وحدها عن الإرادة العامة وهذا الشخص هو صاحب السلطان الأعلى في الدولة ويملك القوة لفرض احترام هذه الإرادة.

- أما على المستوى الخارجي أو الدولي فيرى أن الدول جميعها متساوية السيادة ولا توجد سلطة أعلى منها تختص بتنظيم العلاقات بين الدول وفض النزاعات التي تنشأ بينها، لذلك فأهم طرق حل هذه النزاعات هي الحرب والتي ستنتهي حتما لصالح الأقوى والتاريخ أثبت ذلك.

ب/ النتائج المترتبة عن مذهب هيغل

ينتمي مذهب هيغل إلى المذاهب الشكلية وبذلك يمكننا القول أنه توصل -تقريبا- لنفس النتائج التي توصل إليها أوستن خاصة فيما يتعلق بتبرير الحكم الاستبدادي المطلق، ويمكن حصر هذه النتائج فيما يلي:

- جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لأن القانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الحاكم.

- الإنكار المطلق لقواعد القانون الدستوري والقانون الدولي العام (اعتبرهما أوستن قيودا وقواعد مجاملات على الترتيب)، لأنه لا يعترف إلا بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة وخارجها، فالقوة هي الوسيلة والطريقة الأنجع (الأفضل) لتنفيذ إرادة الحاكم، فعلى المستوى الداخلي تتحد الإرادات الفردية لتشكيل إرادة الدولة ويخضع الجميع لها خضوعا تاما، وبعدها يلقي الشعب المصير الذي يستحقه بعد أن يولي الحاكم الذي يرى أنه جدير بذلك، وعلى المستوى الخارجي لا محل لوصف الحرب بأنها غير عادلة أو غير مشروعة، فكل حرب تعتبر عادلة ومشروعة وتنتهي لصالح الأقوى، فتسيطر الدولة الأقوى على العالم إلى أن تأتي دولة أقوى منها وتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية، وإذا تعادلت دولتان في القوة فإنهما يتنازعان على السلطة وتحدث اضطرابات وتوترات في العالم لا تنتهي إلا إذا انتصرت إحدهما على الأخرى.

ج/ الانتقادات الموجهة للمذهب هيغل

تلقي هذا المذهب نفس الانتقادات التي وجهت لمذهب أوستن ومن بينها:

- لا يمكن حصر مصادر القانون في التشريع فقط لأنه توجد مصادر أخرى بجانبه في مقدمتها العرف.

- يخلط هذا المذهب بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون، مما يؤدي إلى الاستبداد المطلق داخل الدولة، فيعمل على سلب حرية الأفراد وإراداتهم ودمجها في الدولة وبعد ذلك تقديس إرادة الحاكم مما يؤدي إلى قيام الأنظمة الاستبدادية.

- اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرار المجتمع الدولي بسبب جعله من الحرب الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات الدولية والسيطرة على العالم، فالغلبة للدولة الأقوى حتى ولو كان اعتدائها على غيرها من الدول غير مشروع.

- أكتفى بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون البحث عن محتواها وجوهرها، كما أهمل الظروف الاجتماعية التي تؤثر على تكوين وتطوير القاعدة القانونية.

- تعبر فلسفة هيجل عن النزعة المتطرفة التي تنادي بحق الشعب الألماني في السيطرة على العالم وتدعيم الحكم الاستبدادي المطلق الذي كان قائماً في عهده من خلال "النظام النازي المستبد".

4/مذهب كلسن:

يسمى أيضاً مذهب القانون الخالص أو البحث، وينسب هذا المذهب للفقيه كلسن وهو فيلسوف نمساوي، كان أستاذاً لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917 ويسمى مذهبه كذلك بمذهب القانون الخالص أو الصافي أو البحث، ودرس القانون على أساس الشكل وحده مجرداً من بقية العلوم الأخرى كعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة، حيث اعتبره علماً قائماً بذاته، على الباحث أن يقيمه منعزلاً عن الظروف الواقعية والاجتماعية للحياة، حيث أن القانون لا صلة له بها، وسنتناول فيما يلي الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب ومن ثم النتائج المترتبة عليه وأخيراً الانتقادات الموجهة له.

أ. الأسس التي يقوم عليها مذهب الكلن

يقوم مذهب كلسن على أساسين هما: استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون ووحدة القانون والدولة، وبيان ذلك كما يلي:

أ-1/ استبعاد العناصر غير القانونية:

يرى كلسن أن القانون البحث يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي باعتبارها أوامر صادرة عن إرادة تملك قوة الإيجاب والمجازاة، لذلك لا بد من استبعاد كل العوامل غير القانونية من نطاق القانون (العوامل الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم السياسية والمثل العليا والأخلاق والعقائد الدينية وغيرها)، وهذه الإرادة هي إرادة الدولة التي تجعل القانون واجب الطاعة وترجع إليها جميع مصادر القانون.

فالأهتمام بأسباب وجود القانون ومضمونه هو من اختصاص علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة وليس من اختصاص رجل القانون الذي عليه الاكتفاء بالتعرف على القانون كما هو، مع إمكانية البحث عن

مدى اختصاص الشخص أو الهيئة المصدرة له والتأكد من احترامه من طرف المخاطبين به، دون البحث عن كونه عادلا أو ظلما، ودون البحث عن مدى ملاءمته لمصلحة المجتمع، والقانون وفقا لكلسن يشمل كل فروع القانون وكذا القواعد الفردية كالقرارات والعقود الإدارية وحتى الأحكام القضائية (قواعد قانونية عامة وفردية).

أ-2/ وحدة القانون والدولة:

يرى هذا الفقيه أن الدولة هي القانون، والقانون هو الدولة، فالدولة ليست منشئة للقانون بل هي نفسها القانون، فالدولة -حسب رأيه- ليست شخصا معنويا وإنما " هي مجموعة من القواعد القانونية التي يتدرج بعضها فوق بعض في درجات تشبه الهرم، قاعدته هي الأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية، وقمتها هي الدستور الذي يعتبر مصدرا لجميع القواعد الأدنى منه، وتستمد كل قاعدة قوتها وشرعيتها من القاعدة الأعلى منها."، ويعتبر هذا الهرم نظاما قانونيا كاملا وهو نفسه الدولة، ويضيف كلسن أنه لا يمكن أن نعتبر القانون دولة إلا إذا وجدت هيئات مركزية تختص بالتعبير عن القواعد القانونية وتفرض تطبيق القانون بالقوة والإجبار.

ب/ النتائج المترتبة عن مذهب كلسن

استنتج كلسن من مذهبه نتيجتين هما:

ب-1/ رفع أو إزالة التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بالقانون: يرى كلسن أن هناك تناقض يعتري المذاهب الشكلية في عمومها يتمثل في القول من جهة بأن القانون هو إرادة الدولة، ومن جهة ثانية بضرورة تقييد الدولة بأحكامه، حيث يرى أن الدولة إذا خالفت القانون لا يعتبر ذلك سوى إرادة جديدة وليس مخالفة للقانون، حيث عدلت القانون الموجود وبذلك يستحيل أن تتقيد الدولة بقانون من وضعها، واستنتج أن الدولة هي نفسها النظام القانوني في مختلف درجاته.

ب-2/ وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص: المعيار الراجح والمعتمد عليه لتقسيم القانون إلى عام وخاص هو اعتبار القانون عاما إذا وجدت الدولة كطرف في العلاقة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة، لكن كلسن يرى أن إعطاء صفة القانون العام لهذا النوع من القواعد هو عمل سياسي وليس قانوني (الرغبة في إعطاء الحكومة والجهاز الإداري التابع لها نوعا من الحرية اتجاه التشريع)، وبذلك لا حاجة لتقسيم القانون إلى عام وخاص، فالقانون البحث أو الخالص يقتصر على الضوابط القانونية التي تحكم سلوك الأفراد ويستبعد كل العناصر الأخرى التي تدخل ضمن علوم أخرى خاصة المفاهيم السياسية، فقواعد القانون تتدرج

فوق بعضها البعض في شكل هرم تحكم كل درجة منها العلاقات التي تدخل في نطاقها، وفي الحدود المقررة لهذه الدرجة، دون حاجة لتقسيم القانون إلى عام وخاص.

ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب كلسن:

وجهت لهذا المذهب عدة انتقادات نوجزها فيما يلي:

- لا يجد هذا المذهب حلاً لمشكلة أساس القانون: ذلك أن التدرج الهرمي للقواعد القانونية الذي تستمد فيه كل درجة شرعيتها ووجودها من الدرجة التي تعلوها يقف عند القاعدة القانونية الأسمى وهي الدستور الموجود في قمة الهرم، حيث لم يستمد شرعيته من قاعدة أعلى منه وفقاً لتدرج القواعد القانونية.
- أخطأ كلسن لما اعتبر الدولة هي القانون: لأن الدولة كيان مستقل عن القانون، والدستور في حد ذاته ينص على تقييد حرية الدولة وسلطاتها، والزمها باحترام مؤسساتها وتضمن الحقوق والحريات القائمة في المجتمع.
- لم يعترف بالعرف ضمن التدرج الهرمي للقواعد القانونية رغم أهميته.
- أغفل قواعد القانون الدولي العام التي تنظم العلاقات بين الدول، ولم يجعل لها مكاناً في الهرم القانوني: وذلك بسبب أنه جعل الدستور في قمة الهرم القانوني لكل دولة على حدة، وبالتالي هذه القواعد القانونية تحكم العلاقات داخل الدولة ولم يتطرق لكيفية تنظيم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول.
- أخطأ كلسن لما اعتبر الأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية قواعد قانونية: لأن من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة وهذه الأوامر وغيرها تخاطب الأشخاص بذواتهم وليس بصفاتهم.
- أخطأ كلسن عندما جرد القانون من كل العناصر غير القانونية كالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقيم الأخلاقية والمثل العليا لأنها تؤثر في نشأته وتطوره، فالقانون ظاهرة اجتماعية يتأثر بما يدور في المجتمع وإلا كان قاصراً عن مواكبة تطورات الحياة.
- وأخيراً يقال على مذهب كلسن ما قيل على سابقه من المذاهب الشكلية (بأنها مذاهب سطحية رغم وضوحها)، بل وقد زاد الأمر شكلياً أكثر، حيث حصر القانون في الضوابط القانونية وأبعده كل البعد عن واقع الحياة وكل ما يتفاعل بداخلها من عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية ومثل عليا وعقائد دينية وغيرها.

ثانيا/ المذاهب الموضوعية

لا تهتم المذاهب الموضوعية بالشكل والمظهر الخارجي للقاعدة القانونية، وإنما تهتم بجوهر القاعدة فقط والمادة الأولية التي تتكون منها، فتعتبر القانون ظاهرة اجتماعية وتدرس العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوينه وهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع.

وقد اجتمع أنصار المذاهب الموضوعية على الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية، إلا أنهم اختلفوا من حيث مضمون هذا الجوهر، مما أدى إلى ظهور مدرستين هما: **مدرسة المثالية** والتي ترى أن أساس القانون هو المثل العليا والعدالة الإنسانية، و**مدرسة الواقعية** والتي ترى أن جوهر وأساس القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته الملاحظة (المشاهدة) وتؤيده التجربة.

والمثال الذي يوضح الفرق بين المدرستين هو تأصيل تجريم القتل الذي تجرمه جميع التشريعات، فالمدرسة المثالية ترجع تجريم القتل إلى مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل حيث يأبى العقل أن يقتل الإنسان غيره من بني الإنسان، أما المدرسة الواقعية فتري أن تجريم القتل ناتج عن الواقع فالقتل يؤدي إلى الفوضى في المجتمع وينتج عنه فناء الجماعة.

وستقوم فيما يلي بدراسة كل مدرسة على حدة.

1/ المدرسة المثالية

تنحصر المدرسة المثالية في مذهب القانون الطبيعي ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.

أ/ مذهب القانون الطبيعي:

عرف الفقهاء والفلاسفة القانون الطبيعي منذ القدم، حيث قرروا أن هناك قانونا أسمى من القوانين الوضعية ويعتبر أساسا لها ومثلا أعلى يجب الاهتداء به، من خصائصه: أنه خالد وثابت لا يتغير بمرور الزمن، ولا يختلف من مكان لآخر، لأنه ليس من صنع الإنسان وإنما أودعه الله في الكون، ويكتشفه الإنسان بعقله، وكلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كلما أدى ذلك إلى سموه واقترابه من الكمال، وسوف نقوم فيما يلي بدراسة التطور التاريخي للقانون الطبيعي ومن ثم تقييم مذهب القانون الطبيعي.

أ-1/ التطور التاريخي للقانون الطبيعي

لم تحتفظ فكرة القانون الطبيعي بمفهوم ثابت على مر العصور بل مرّت بمراحل مختلفة تغير فيها مضمونها، فقد بدأت كفكرة فلسفية لدى اليونان وتحولت لفكرة قانونية لدى الرومان ثم أصبحت في العصور الوسطى فكرة دينية لدى رجال الكنيسة وأخيرا فكرة سياسية في العصر الحديث.

أ-1-1/ القانون الطبيعي لدى اليونان:

عرفت فكرة القانون الطبيعي لأول مرة لدى الفلاسفة اليونان، وكانت فكرة فلسفية، أساسها التأمل في الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عن طبيعتها، ولاحظ هؤلاء الفلاسفة وجود نظام ثابت يسير عليه الكون وتخضع الظاهرة الطبيعية والكائنات الحية له، وحتى علاقات الناس ومعاملاتهم تسير على نمط واحد وفق أنظمة متشابهة لدى مختلف الشعوب، مما أدى بهم للقول بوجود قانون أعلى هو القانون الطبيعي يحتوي على قواعد خالدة ليست مكتوبة وليست من صنع الإنسان وهي قواعد تحقق العدل على أكمل وجه، لذلك لا بد أن يكون القانون الطبيعي هو المثل الأعلى الذي يسعى القانون الوضعي لتحقيقه ويعتبر القانون الوضعي عادلا كلما كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي ويعتبر ظلما إذا كان مخالفا لهذه المبادئ.

ويرى سقراط وجوب الخضوع والطاعة للقوانين الوضعية حتى ولو كانت ظالمة ومتناقضة مع القانون الطبيعي خشية الفوضى والعصيان.

أ-1-2/ القانون الطبيعية لدى الرومان

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى الرومان وأخذوا به، واعتبروه أيضا قواعد ثابتة دائمة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، توجد في الطبيعة ويدركها الإنسان بعقله، وقد أجمع الفقهاء والفلاسفة الرومان أمثال: شيشرون و جايوس و ايليان و جوستينيان وبول، على أن فكرة القانون الطبيعي هي فكرة قانونية واعتبروه مصدرا للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب ويشمل مبادئ نشأت من الطبيعة واكتشفها العقل البشري.

وبسبب تأثر الرومان بفكرة القانون الطبيعي فقد ميزوا بين ثلاث أنواع من القوانين: القانون المدني ويطبق على المواطنين الرومان وحدهم، قانون الشعوب ويطبق على الأجانب فيما بينهم وفيما بينهم وبين الرومان، والقانون الطبيعي الذي يحكم الظواهر الطبيعية والاجتماعية المختلفة ويعد مصدرا للقانون الوضعي.

أ-1-3/ القانون الطبيعي لدى الكنسيين في القرون الوسطى:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى رجال الكنيسة في القرون الوسطى وتحولت إلى فكرة دينية تحت تأثير الديانة المسيحية وسيطرة الكنيسة في أوروبا في ذلك الوقت، واعتبر الفقهاء الكنسيون القانون الطبيعي قانونا إلهيا أبديا وخالدا، يسمو على القانون الوضعي لأنه من صنع الله باعتباره خالق الطبيعة.

وهدفهم من تحويل فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة وفرض نفوذها وإخضاع الملوك لسلطة البابا، لأنهم قرروا أنه لا طاعة لقانون وضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي ويختلط ببعض أحكامه.

وفي منتصف القرن الثالث عشر (العصور الوسطى) ظهر أساس هام في فلسفة الكنيسة يتمثل في الاعتماد على العقل البشري من أجل إدراك القانون الطبيعي الذي خلقه الله، ورائد هذا الأساس هو القديس توماس الإكويني، وقد بين أن هناك ثلاث درجات من القانون بعضها فوق بعض فوق بعض، أعلاها القانون الإلهي وأوسطها القانون الطبيعي وأدناها القانون الوضعي.

فالقانون الإلهي يمثل مشيئة الله ويصل الناس عن طريق الشعور والوحي، وهو مسألة إيمان واعتقاد وليس مسألة عقل واستدلال، أما القانون الطبيعي فيشمل القواعد التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها، بينما القانون الوضعي من صنع الإنسان وهدفه تحقيق الصالح العام ويضعه المسؤول عن رعاية الجماعة.

كما عالج توماس الإكويني مسألة مخالفة هاته القوانين لبعضها البعض حيث يرى أنه: إذا خالف القانون الوضعي القانون الطبيعي صار القانون الوضعي قانونا غير عادل ولكن يجب طاعته لأن النفع العائد من الطاعة أكبر من الضرر الناتج عن العصيان، أما إذا خالف القانون الوضعي القانون الإلهي فلا تجب طاعته، لذلك انتهى القديس توماس الإكويني بإخضاع السلطان المدني للسلطان الديني فيختص البابا بتعيين الملوك والأمراء وعزلهم حسب مدى التزامهم بتعاليم الكنيسة.

أ-1-4/ القانون الطبيعي في العصر الحديث

اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن 16 وهذا بظهور فكرة سيادة الدولة، حيث أنه بظهور الدولة الحديثة والإطاحة بسيادة الكنيسة وسلطتها وسقوط النظام الإقطاعي عرفت فكرة القانون الطبيعي مرحلتين هامتين: الأولى هي مرحلة اختفائه والثانية هي مرحلة عودة فكرة القانون الطبيعي.

المرحلة الأولى: المرحلة التي اختفى فيها القانون الطبيعي: كان ذلك بسبب رغبة الكثير من الفقهاء في الإشادة بفكرة الوطنية والاستقلال ضد ما كان سائدا من إقطاع وإخضاع للدولة لسلطة الكنيسة، ومن أهم الفقهاء المناهضين لفكرة القانون الطبيعي نجد الكاتب والفيلسوف الإيطالي ميكافيلي والفيلسوف الفرنسي بودان.

حيث يرى الفقيه ميكافيلي في كتابه "الأمير" أنه لا بد ممنح كل السلطات والصلاحيات للحاكم من أجل تدعيم سلطانه بكل وسيلة بما في ذلك القوة أو الحيلة أو الخداع وفقا للمبدأ الذي صاغه "الغاية تبرر"

الوسيلة"، واعتبر القوة عادلة مادامت ضرورية، وبذلك يكون قد ألغى المثل العليا التي يتضمنها القانون الطبيعي وأنهى دوره في وضع القواعد القانونية.

أما بودان فمن خلال مؤلفاته عن الجمهورية فقد دعا إلى السيادة المطلقة، فالسيادة عنده هي سلطة عليا يتدخل من خلالها الحاكم بسنّ قوانين يفرضها على الرعايا، أما هو فيكون فوق القانون باعتباره مُصدرا له، ولم يعد للقانون الطبيعي أي دور في وضع القانون في الدولة.

نتيجة لهذه المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن 16 وسيطرت الدولة على حقوق الأفراد وحرّياتهم في الداخل، وسادت القوة في تنظيم العلاقات الدولية في الخارج، لذلك دعا الفقهاء إلى ضرورة وضع أسس عادلة لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد وبالذول الأخرى، مما أدى إلى ظهور الحاجة مرة أخرى للقانون الطبيعي في القرنين 17 و 18.

المرحلة الثانية: المرحلة التي عاد فيها القانون الطبيعي للظهور مرة أخرى: تم الاعتراف للفرد بحقوق وحرّيات طبيعية لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها، وبالتالي أصبح القانون الطبيعي أساسا للقانون الدستوري في علاقة الحاكم بالمحكومين، كما تم الاستناد لقواعده لتنظيم المجتمع الدولي وجعله أساسا للقانون الدولي العام، وبذلك نجحت فكرة القانون الطبيعي في هذه الفترة واتخذت طابعا سياسيا ووسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، كما تم تنظيم الدولة على أسس ديمقراطية تقوم على الحرية والمساواة.

✓ القانون الطبيعي كأساس للقانون الدولي العام:

يعتبر الفقيه الهولندي قروسيوس أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث ووضعها في شكل مذهب واضح المعالم في النصف الأول من القرن 17، حيث عرّف قروسيوس القانون الطبيعي في كتابه "قانون الحرب والسلام" سنة 1625 كما يلي: " القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظلما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل".

وقد نادى قروسيوس بضرورة إقامة العلاقات الدولية على أساس القانون الطبيعي في وقت السلم وفي وقت الحرب على السواء، وهو ما يؤدي إلى وجوب احترام المعاهدات والمواثيق الدولية ووجوب تنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة.

✓ القانون الطبيعية كأساس لقواعد القانون الدستوري:

بسبب فكرة السيادة المطلقة للدولة التي سادت في القرن 16 وما تبعها من استبداد للحكام واعتداء على الحقوق والحرّيات، أدى ذلك إلى معاودة بروز فكرة القانون الطبيعي من طرف الكثير من الفقهاء والفلاسفة من أجل وضع أساس لتنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد والبحث في أساس لتبرير سيادة الدولة.

وقد وجد بعض المفكرين أن أساس تنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد يمكن أن يرتكز على فكرة العقد الاجتماعي ومن أبرزهم: الفقيهان الانجليزيان هوبز و جون لوك والفقيه الفرنسي جون جاك روسو. حيث يتلخص مضمون فكرة العقد الاجتماعي في أن الأفراد يولدون متمتعين بحقوق وحرريات طبيعية وأن حياتهم في الأصل بدائية فطرية، يتمتعون فيها بهذه الحقوق بصورة مطلقة، لكن الأناية وحب التسلط أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار واستعمال القوة من أجل البقاء، لذلك تنازل هؤلاء الأفراد عن حرياتهم بالقدر اللازم لقيام جماعة منظمة يعيشون في ظلها وذلك بوضع السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر والنهي تعمل على التوفيق بين المصالح المتضاربة، هذا الاتفاق بين الأفراد والهيئة الحاكمة هو العقد الاجتماعي، وغرضه الانتقال من حالة الفوضى أو الحالة الفطرية إلى حالة النظام (التمتع بقدر من الحقوق والحريات المدنية)، وقد اتفق هؤلاء الفقهاء بشأن العقد الاجتماعي إلا أنهم اختلفوا نسبياً حول أطرافه وأساسه والآثار المترتبة عليه.

نظرية العقد الاجتماعي عند هوبز، لوك وروسو

روسو	لوك	هوبز	
الشعب مع الشعب ولا سلطان غير الشعب	الشعب من جهة والحاكم من جهة أخرى	الناس مع بعضهم في غياب السلطان	أطراف العقد الاجتماعي
تنازل الشعب عن حرياته للشعب نفسه واحتفظوا فقط بالحريات المدنية حيث يتم تعيين وكيل من أفراد الشعب هو الحاكم يمارس السلطة عليهم ويعمل باسم الشعب	تنازل الشعب للحاكم عن جزء من حقوقه وحرياته الطبيعية بالقدر اللازم لإقامة الأمن والنظام لتحقيق الصالح العام في المجتمع، واحتفظوا بالجزء الآخر من الحقوق كقيد على حرية الحاكم.	هو تنازل الشعب عن كامل حريته ووضعها في يد السلطان	الأساس
يمكن للشعب أن يعزل الوكيل (الحاكم) إذا أحل بواجباته المنصوص عليها في العقد، مما يؤدي للقضاء على الحكومات المستبدة	العقد هو وسيلة لمقاومة الاستبداد المطلق حيث يمكن للشعب الثورة ضد الحاكم المستبد الذي يخل بالالتزام المترتب على العقد (فسخ العقود وعزل الحاكم في حالة عدم الالتزام بالعقد)	على الأفراد أن يحترموا إرادة السلطان وإن كان مستبداً لذلك أصبح العقد الاجتماعي وسيلة لتبرير الاستبداد المطلق للحكام.	الآثار المترتبة

✓ انتصار مذهب القانون الطبيعي في أواخر القرن 18 (موقف الثورة الفرنسية من القانون الطبيعي)

اعتنقت الثورة الفرنسية في أواخر القرن 18 فكرة جون جاك روسو المتضمنة في كتابه "العقد الاجتماعي" المتمثلة في حصر السيادة في يد الشعب وحده وتم اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيد لسلطة الشعب وتم إصدار "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" سنة 1789. حيث نصبت مادته الأولى على "يولد الناس أحرارا ويستمررون متساوين في الحقوق"، ونصت مادته الثانية على "الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان وهذه الحقوق هي: الحرية، الملكية، الأمن، ومقاومة الطغيان...".

وعلى هذا يكون مذهب القانون الطبيعي قد بلغ أوجه في أواخر القرن 18، فبعد أن كان مجرد فكره ينادي بها الفلاسفة أصبح مذهباً رسمياً تضمنه إعلان رسمي، كما انعكست مضامينه على الدساتير الفرنسية اللاحقة ومنظومتها القانونية.

أ-2/ الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي في القرن 19

تعرض مذهب القانون الطبيعي لمهاجمة عنيفة طوال القرن 19 ووجهت له الانتقادات التالية:

- القول بوجود قانون طبيعي كقواعد ثابتة خالدة لا تتغير بتغير الزمان والمكان قول غير صحيح ينفيه الواقع والتاريخ، فالقانون وليد المجتمع وهو متغير ومتطور في الزمان والمكان، كما أنه مختلف من بلد لآخر ومختلف داخل نفس البلد من زمن لآخر.
- القول بأن العقل البشري هو الذي يكشف القانون الطبيعي يؤدي إلى اختلاف قواعده باختلاف الأشخاص الذين يستخلصونها بعقولهم، ومنه تختلف قواعد القانون الطبيعي من شخص لآخر بصدد نفس المسألة.

ب/ مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

بسبب ما وُجه لمذهب القانون الطبيعي من انتقادات أدت لإضعافه ظهر مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، ومن أهم الفلاسفة الذين نادوا به الفقيه الألماني ستاملر والفقيه الفرنسي سالي، واعتبر هؤلاء الفقهاء أن قواعد القانون الطبيعي ليست قواعد أبدية وخالدة وتصلح لكل زمان ومكان بل هي قواعد تختلف باختلاف الظروف المحيطة بكل مجتمع وحاجاته الاجتماعية والاقتصادية، لذلك على المشرع عند وضع القواعد القانونية أن يهتدي بالمثل الأعلى للعدل وهو القانون الطبيعي الذي يدركه الإنسان بعقله وهو يختلف باختلاف البيئة المحيطة بالإنسان.

لذلك يرى ستاملار أن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد في فكرته متغير في مضمونه، ففكرة العدل تبقى خالدة وثابتة بالنسبة للإنسان أينما وجد لأنها موجودة في ضميره على مر العصور لكنها متغيرة في مدلولها ومحتواها وطريقة تحقيقها من زمان لآخر ومن مجتمع لآخر، ومثال ذلك: نظام الرق.

وبهذا يمكن أن نستخلص الاختلاف الموجود بين مذهب القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير كما يلي:

مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير	مذهب القانون الطبيعي
القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير فيسلم بأن أساس القانون الوضعي الذي يضعه المشرع هو حاجات المجتمع وظروفه الاجتماعية والاقتصادية، وهذه القواعد تختلف حسب كل مجتمع وحسب الظروف السائدة به، وعلى المشرع أن يستلهم العدل من المثل العليا للمجتمع.	القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي هو قانون ثابت ينظم كافة الروابط الاجتماعية في كل المجتمعات البشرية، حيث يتضمن قواعد تفرض على المشرع عند إصداره للقانون الوضعي.

تقدير مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

ينكر هذا المذهب فكرة القانون الطبيعي في حد ذاتها لأن أساس القانون الطبيعي هو المثل الأعلى للعدل وهي فكرة ثابتة بطبيعتها لا تتغير في الزمان والمكان، لكن القول بأن فكرة العدل تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر تعني هدم الفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي، ويجعل منه مثلاً أعلى خاص بكل مجتمع وفقاً لتصور لفكرة العدل، فيصبح نفس الأمر عدلاً في مكان وظلماً في مكان آخر، ونفس الأمر عدلاً في زمان وظلماً في زمان لاحق أو سابق، وهو ما لا يمكن التسليم به في الواقع لأن العدل فكرة موضوعية ثابتة لا تتغير.

بسبب هذه الانتقادات نادى بعض الفقهاء في بداية القرن 20 بالعودة لمذهب القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي مع التضييق في نطاقه، حيث يقتصر على مجموعة قليلة من القواعد والمبادئ المثالية الثابتة المبنية على العدل كمبدأ عام ومنها: عدم الإضرار بالغير، احترام شخص الإنسان، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم الإضرار على حساب الغير...إلخ، وهي مبادئ صالحة لكل زمان ومكان لأنها توجه المشرع للعدل عند وضعه للقانون الوضعي، كما يمكن أن يلجأ إليها القاضي باعتبارها مصدراً للقانون حسب ما نصت عليه المادة 01 من القانون المدني الجزائري.

2- المدرسة الواقعية

هي مدرسة تربط أصل القانون بجوهر ملموس مستمد من الحياة الاجتماعية وتتضمن ثلاث مذاهب أساسية هي: المذهب التاريخي - مذهب الغاية الاجتماعية ومذهب التضامن الاجتماعي، نتناولها تباعاً فيما يلي:

2-1/ المذهب التاريخي: رائده هو الفقيه الألماني سافيني، وقد ظهر في أوائل القرن 19 بسبب نظريته وأفكاره المضادة لفكره تجميع القوانين لأنها تؤدي إلى جمود القانون وعدم تطوره، كما حارب مذهب القانون الطبيعي بسبب استناده لمثل عليا لا تتوافر على دليل مادي ملموس.

حيث أقر سافيني أن أساس القانون هي القواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتؤديها التجربة في مجتمع معين، والتجارب دلت على أن القانون ليس ثابت بل متغير في الزمان والمكان، ويتطور بتطور البيئة الاجتماعية، حيث أن تقنيته يؤدي الى جموده وعدم تطوره، وسنتطرق فيما يلي للأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي ثم النتائج المترتبة عليه وأخيراً نقد المذهب التاريخي.

2-1/ الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي: أقام الفقيه سافيني مذهبه على عدة أسس نذكر منها:

✓ إنكار وجود القانون الطبيعي:

يرى سافيني أنه لا توجد قواعد ثابتة خالدة يكشف عنها العقل لأن ذلك سيؤدي إلى اختلاف القواعد باختلاف الزاوية التي ينظر منها الشخص، كما تختلف القواعد باختلاف الظروف الاجتماعية السائدة في المجتمع وآراء الشخص ومعتقداته الدينية.

✓ اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع

حيث أن القانون هو وليد البيئة الاجتماعية ينشأ من الجماعة ويتأثر بظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية، لذلك فهو متغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر حتى داخل نفس الدولة.

✓ نشأة القانون وتطوره آلياً:

يرى الفقيه سافيني أن القانون ليس من إنشاء وخلق الإرادة الانسانية كما يدعي أصحاب المذاهب الشكلية، ولا ينشأ من مثل عليا كما يدعي ذلك أصحاب مذهب القانون الطبيعي، ولكنه من صنع الزمن، فهو تراكمٌ لخبراتٍ عبر أجيال متعاقبة وهو ثمرة التطور التاريخي للجماعة، فيتكون ذاتياً بطريقة آلية.

2-1/ النتائج المترتبة على المذهب التاريخي: من خلال الأسس السالفة الذكر والتي قام عليها المذهب

التاريخي توصل الفقيه سافيني للنتائج التالية:

- تقنين وتجميع القواعد القانونية يعد عملاً يضر بتطور القانون، ويؤدي إلى جموده مما يصعب تعديله ليتماشى مع التطورات التي تحدث في الجماعة.
- خلق القانون ليس عمل المشرع إنما يخلق القانون بطريقة آلية، ولا يتعدى دور المشرع القيام بمراقبة مدى ملاءمة القانون لضيمير الجماعة.
- يعتبر العرف المصدر الأساسي للقانون لأنه لا يدون إنما ينشأ في ضمير الجماعة، وبذلك فهو أفضل من التشريع.
- عند تفسير النصوص التشريعية يجب البحث عن نية المشرع وقت تطبيق النص لا وقت وضعه، أي النية التي يُحتمل أن يقصدها المشرع لو أنه كان سيضع النصوص التشريعية في الوقت المراد تطبيقها فيه.

2-3/ نقد المذهب التاريخي: لهذا المذهب عدة مزايا وعيوب نذكرها كما يلي:**✓ المزايا**

- يتميز المذهب التاريخي بكونه كشف عن الارتباط الوثيق بين القانون والبيئة التي ينشأ ويتطور فيها، فالقانون حسب المذهب التاريخي لا يتكون من قواعد جامدة بل يتكون من قواعد متطورة تلائم ظروف المجتمع وتستجيب لرغبات الجماعة وحاجاتها.
- أثبت المذهب التاريخي عدم صلاحية أفكار مؤيدي مذهب القانون الطبيعي الذين ادّعوا وجود مجموعة من القواعد الثابتة الخالدة التي تصلح لكل زمان ومكان ويستلهم منها المشرع القانون الوضعي.
- يرجع الفضل لهذا المذهب في بيان أن القانون ليس مشيئة الحاكم بل هو نتيجة تفاعل الظروف والعوامل الاجتماعية المختلفة المحيطة بالجماعة، لهذا فالمشرع لا ينشئ القانون وإنما يتكون القانون آلياً.
- أوضح هذا المذهب أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون.

✓ العيوب

- بالغ المذهب التاريخي في ربط القانون بالبيئة والمجتمع إلى درجة إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القواعد القانونية وتطويرها، حيث أن الواقع يؤكد أنه إلى جانب دور الظروف والبيئة الاجتماعية هناك دور هام للعقل الإنساني في إنشاء وتكوين وتطوير القانون.

- إهمال دور التقنينات والتجميعات القانونية بحجة أنها عمل ضار يؤدي إلى جمود القوانين وعدم مساهمتها للتطور الاجتماعي وهذا قول لا أساس له من الصحة لأن للتقنين مزايا كثيرة من بينها:
*تسهيل مهمة رجال القانون من حيث توفير الجهد والوقت بحثا عن القوانين لأنها مجموعة في كتاب بشكل واضح،
* كما أن المشرع يُجري على القوانين تعديلات وتغييرات وحتى إلغائها بقوانين أخرى كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

- المبالغة باعتبار القانون وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع، حيث أثبت الواقع أن الكثير من الدول اتحدت فتركت قوانينها وطبقت قانونا موحدا، كما قامت دول أخرى بنقل قوانينها كليا أو جزئيا عن قوانين دول أخرى، ومع ذلك أصبحت القوانين المنقولة صالحة للتطبيق في بيئة تختلف عن البيئة الاجتماعية التي نشأت فيها، ومثال ذلك نقلت كل من الجزائر ومصر قوانينها من فرنسا، ونقلت تركيا قانونها المدني عن سويسرا ... وغيرها.

- المبالغة في اعتبار العرف هو المصدر المثالي للقانون وإهمال التشريع رغم أهميته الكبرى في نشأة القانون وتطويره لما يتميز به من مساهمة للتنظيم والسرعة.

2- ب / مذهب الغاية الاجتماعية بسبب الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي قام الفقيه الألماني إهرنج بتأسيس مذهبه على فكرة أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية إجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه وقد يتطلب تحقيق هذه الغاية نوعا من الكفاح والصراع من جانب الإنسان، لذلك سمي هذا المذهب أيضا مذهب الكفاح، وسنقوم فيما يلي بتحديد الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب والنقد الموجه له.

2-ب-1 / الأسس التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية أسس الفقيه إهرنج مذهبه على مجموعة من الأسس يمكن إجمالها فيما يلي:

- لا يقوم القانون ولا ينشأ ولا يتطور بطريقة آلية بل إن تطوره يكون بتدخل الإرادة البشرية: لأن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة طبيعية، والظواهر الاجتماعية لا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية لتحقيق غاية معينة (الظواهر الاجتماعية تخضع لقانون الغاية).

- يمكن أن ينشأ القانون ويتطور من طريق الكفاح واستخدام القوة والعنف من أجل توجيه القانون نحو تحقيق غاية معينة كأن يقوم بعض الأفراد ضد المستفيدين من بقاء نظام حاكم معين، فإذا تغلب أنصار التعديل ظهر قانون جديد وتطور، ومثال ذلك الثورة التي حدثت من أجل تحرير الرقيق من السادة وأيضا تحرير العمال من أصحاب العمل أو الفلاحين من الإقطاعيين.
- القانون في طبيعته وجوهره هو ثمرة الكفاح والثورة من أجل تحقيق غاية معينة هي حفظ المجتمع وأمنه وتقديمه.

2-ب-2 - النقد الموجه لمذهب الغاية الاجتماعية

- يمتاز هذا المذهب بكونه لم يهمل إرادة الإنسان في نشأة القانون وتطوره، كما بين خطأ المذهب التاريخي الذي جعل نشأة القانون تتم بطريقة آلية دون تدخل الإنسان الذي يبقى متهاونا من أجل تحقيق غايته، غير أنه يؤخذ عليه مايلي:
- جعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس تحقيق العدل فيه،
- بنى القانون على الصراع والكفاح وربط تطوره وتعديله وإلغاء هذا الكفاح الذي تكون الغلبة فيه للأقوى حتى ولو لم تكن أفكاره واتجاهاته على حق،
- المبالغة في جعل تطور القانون مرهون بإرادة الإنسان، إذ أن هذه الأخيرة ليست وحدها من تتدخل في إنشاء قانون وتطوره بل توجد قواعد قانونية تتكون آليا كتلك التي تجد مصدرها في العرف.

2-ج/ مذهب التضامن الاجتماعي يعتبر من بين المذاهب الواقعية، نادى به الفقيه الفرنسي دوجي في أواخر القرن 19 في كتابه "المطول في القانون الدستوري"، وستقوم بدراسة أساسه والنقد الموجه له كما يلي:

2-ج-1/ أساس مذهب التضامن الاجتماعي

- يعتمد دوجي في دراسته لأصل القانون على المنهج العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة أو الملاحظة والتجربة والاستنتاج للوصول إلى الحقائق العلمية الواقعية، فهو لا يعترف إلا بما هو ملموس ويمكن مشاهدته والتحقق منه، أما ماعدا هذه الحقائق الواقعية الملموسة فهو نوع من الخيال القائم على الافتراض ولا دليل قطعي يثبت صحته، لذلك ينكر دوجي الكثير من الأسس التي قامت عليها نظريات القانون مثل:
- فكرة الحق (خاصة الحقوق المتصلة بشخص الإنسان والتي يهدف القانون لحمايتها).
- فكرة الشخصية القانونية (أهلية الشخص لاكتساب حقوق والتحمل بالالتزامات).

- فكرة السيادة.
- المثل العليا التي يقوم عليها مذهب القانون الطبيعي.
- فهذه الأفكار لا يقوم على صحتها دليل من الواقع الملموس ومنه لا يمكن بناء نظرية أو مذهب علمي للقانون على أساسها.
- والحقائق الواقعية** التي أسس عليها دوجي مذهبه والتي يمكن التحقق من صحتها بالمشاهدة والتجربة هي كلاً من:
 - حقائق اجتماعية: تتمثل في وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان مع غيره من الناس، فالمجتمع حقيقة واقعية ملموسة والإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع.
 - التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع: فالتضامن أيضاً حقيقة واقعية ملموسة معناها تضامن الإنسان مع غيره لإشباع الحاجات المشتركة فيما بينهم، فالتضامن الاجتماعي هو رابطة واقعية تجمع أفراد المجتمع الواحد وهو نوعان:
 - النوع الأول هو تضامن بالاشتراك أو التشابه: ويعني الشعور برغبات متشابهة تتطلب تضامناً من الأفراد لتحقيقها بضم الجهود (مثل الأمن).
 - النوع الثاني هو تضامن بتقسيم العمل حيث يوجه كل فرد جهده نحو عمل معين ثم يتبادل مع غيره نتائج عمله.
- وخلاصة القول** تتمثل في أن أساس القاعدة القانونية عند دوجي هو أساس مزدوج تتمثل في كل من:
 - الشعور بالتضامن الاجتماعي من جهة والشعور بالعدل من جهة ثانية (العدل المادي)، فيتولد التضامن بسبب كون الإنسان كائن اجتماعي، ويشعر بالعدل لأنه كائن فردي له أشياء يختص بها لوحده، يترتب عن ذلك شعور بالعدل يتمثل في ضرورة احترام كيان وممتلكات الآخرين لكي يحترم الآخرون كيانه وممتلكاته.
 - ويمكن تعريف القاعدة القانونية عند دوجي أنها " تلك القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع أنها ضرورية ولازمة لصيانة أو حفظ التضامن الاجتماعي، وأن من العدل تسخير قوة الإجماع ككفالة احترامها".

2-ج / النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي

واجه مذهب دوجي عدة انتقادات تتمثل في:

- يصلح المنهج العلمي الواقعي التجريبي الذي أسس عليه دوجي مذهبه لدراسة العلوم الطبيعية التي تخضع للسببية ولا يصلح لدراسة الظواهر الاجتماعية بما فيها القانون، كما تهدف دراسة العلوم الطبيعية إلى الكشف

عما هو كائن بينما تتعدى دراسة العلوم الاجتماعية ذلك لتدرس ما يجب أن يكون، حيث لا يكتفي القانون بدراسة القواعد القانونية السارية في المجتمع بل يدرس القواعد القانونية التي يجب أن تسود المجتمع مستقبلاً.

- لم يلتزم الفقيه دوجي- نفسه- بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه مذهبه، حيث أن الشعور بالتضامن بين الأفراد هو أساس مستمد من مثل أعلى للقانون الطبيعي، فلماذا استند دوجي لهذا الأساس الواقعي وأهمل أساساً يقابله وهو واقعي أيضاً هو التنافس والتنازع، كما أن التضامن في الخير يقابله التضامن في الشر وبذلك فالتضامن كحقيقة واقعية لا يصلح كأساس بمفرده.

- اعتبر دوجي العدل شعوراً شخصياً قائماً فعلاً لدى أفراد المجتمع، مما يؤدي إلى تحكيم الأهواء والعقائد والنزعات الفردية، وأبعد العدل عن كونه فكرة مثالية أو مثلاً أعلى حيث أن الأفراد هم الذين يحددون ما يعد عدلاً وما لا يعد كذلك حسب إرادتهم، فنظام الرق يمكن أن يكون عادلاً لمجرد شعور الأفراد بذلك، وهو ما لا يمكن التسليم به.

ثالثاً: المذاهب المختلطة

رأينا فيما سبق أن هناك بعض المذاهب تكتفي بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي وهي المذاهب الشكلية، وهناك مذاهب أخرى تكتفي بجوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية وهي المذاهب الموضوعية، ومن بين هذه الأخيرة ما يرجع أصل القانون إلى المثل العليا التي يكشف عنها العقل، ومنها ما يرى أن جوهر القاعدة القانونية هو واقع ملموس، ووجهت لها جميعاً الكثير من الانتقادات لاهتمامها بجانب دون آخر (إما الشكل وإما الجوهر) مما أدى إلى ظهور مذاهب جديدة توازن بين المذاهب الشكلية والموضوعية، فتهتم بجوهر القانون-المثالية والواقعية- وشكله على السواء، هذه المذاهب تدعى المذاهب المختلطة.

حيث تؤسس المذاهب المختلطة القانون على جوهر القواعد القانونية المستمد من حقائق الحياة في الجماعة والمثل العليا التي تهيم عليها من جهة ومن جهة أخرى ترى أن إرادة الحاكم هي التي تعبر عن هذا الجوهر وتصوغه في شكله الخارجي، ومن أبرز الفقهاء الذين نادوا بهذه المذاهب الفقيه جيني وأطلق عليها اسمه وبعدها تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني وسار على نهجه.

لذلك سندرس فيما يلي كلا من : مذهب جيني ثم مذهب الفقه الحديث.

1/ مذهب جيني:

سمي بمذهب جيني استنادا للفقير الفرنسي جيني الذي كان يعمل أستاذا بجامعة نانس بفرنسا، عرض مذهبه في كتابه الذي يحمل عنوان " العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي " وسنتطرق فيما يلي للأسس التي أقام عليها جيني مذهبه ثم النقد الموجه له.

1-1/ أسس مذهب جيني:

اعترف جيني أنه لم يبتكر مذهبا جديدا إنما أقام مذهبه على أساس تحليل المذاهب الموضوعية والشكلية السابقة وحاول أن يوفق بينها، حيث أخذ من المذاهب الموضوعية -سواء المثالية أو الواقعية- الأساس الأول المتمثل في حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة والتجربة مع الاسترشاد بالمثل العليا التي يكشف عنها العقل، وأخذ من المذاهب الشكلية الأساس الثاني المتمثل في الصورة أو الشكل الخارجي الذي يتم إضفاؤه على جوهر القاعدة القانونية لتصبح صالحة للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد قانونية عامة ومجردة.

فضل جيني تسمية الجوهر بالعلم وتسمية الشكل بالصياغة.

1-1-1/ بالنسبة لعنصر العلم:

يشمل العلم عند جيني المعرفة الحسية القائمة على المشاهدة والتجربة وكذلك المعرفة الفلسفية القائمة على التأمل والتفكير العقلي، وبذلك يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى كل من الفلسفة الواقعية والفلسفة المثالية ، فأخذ من المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون وأخذ من مذهب الغاية الإجتماعية تقريره لمثل أعلى كغاية يسعى القانون لتحقيقها، وأخذ من مذهب التضامن الاجتماعي استناده لأهمية الحقائق والوقائع الإجتماعية وأثرها في تكوين وتطوير القاعدة القانونية.

وعلى ضوء ما سبق قرر جيني أن جوهر القاعدة القانونية أو عنصر العلم فيها متكون من أربع أنواع من الحقائق هي: الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية.

* **الحقائق الواقعية (الطبيعية):** هي حقائق تتكون من ظروف الواقع التي تحيط بأفراد المجتمع سواء كانت ظروفًا مادية تتعلق بالبيئة والطبيعة والإنسان أو ظروفًا معنوية تتعلق بالحالة النفسية أو الأخلاقية أو الدينية للإنسان أو ظروفًا اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، فكل هذه الحقائق العلمية تساهم بطريقة غير مباشرة في نشأة القاعدة القانونية حيث أنها تمثل الوسط الذي تنشأ فيه هذه القواعد.

* **الحقائق التاريخية:** هي القواعد والنظم التي تكونت بمرور الزمن لتنظيم حياة الأفراد في المجتمع، وتعتبر من الحقائق العلمية فتقوم على المشاهدة والتجربة ويمكن معرفتها من خلال استقراء التاريخ في مختلف العصور،

ويكمن دور الحقائق التاريخية في إنشاء القواعد القانونية من خلال الأخذ بتجارب الماضي وخبرة الأجيال السابقة، وبالتالي يسترشد بها عند إنشاء وتعديل القاعدة القانونية مما يؤدي إلى التريث وعدم الاندفاع مما يكفل للقاعدة القانونية الاستقرار والثبات.

*** الحقائق العقلية:** هي حقائق يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية، حيث يقوم العقل بتحصيل الحقائق السابقة وهذا بتقدير مدى صلاحيتها وملائمتها لمقتضيات التنظيم القانوني والغاية التي وجد من أجلها.

*** الحقائق المثالية:** هي تلك المثل العليا التي يعتقدتها الإنسان في ضميره والهدف منها هو السير بالقانون نحو التقدم والكمال، لكن يرى جيني أنها تختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها.

والجدير بالذكر أن جيني يغلب الحقائق العلمية على بقية الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والمثالية، حيث أن الحقائق الواقعية والتاريخية لا يحتاج تقريرها لأي جهد أو نشاط ذهني، أما المثالية فيسعى واضعو القواعد القانونية إلى الوصول إليها عن طريق العقل، وبذلك يكون للعقل دور رئيسي في تكوين القاعدة القانونية.

1-2 - بالنسبة لعنصر للصياغة

تعتبر الحقائق العلمية السابقة بمثابة المادة الأولية للقانون، لذلك لا بد من اللجوء إلى عنصر الصياغة الذي يجعل تلك القواعد أو الحقائق قابلة للتطبيق العملي، ويقصد بعنصر الصياغة " الفن التشريعي " أي قيام المشرع بصياغة قواعد قانونية عامة ومجردة وصالحة للتطبيق في الحياة العملية، ويميز جيني بين نوعين من الصياغة هما: الصياغة المادية والصياغة المعنوية.

*** يقصد بالصياغة المادية للقاعدة القانونية** هو اعتماد المشرع على شكل حسابي صريح لا يدع مجالاً للشك أو التأويل، ومثال ذلك: تحديد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة المادة 40 من القانون المدني، وكذا المادة التي حددت سن الترشح لرئاسة الجمهورية بـ 40 سنة، والمادة التي حددت سن الانتخاب بـ 18 سنة، والمادة التي حددت قيمة الغبن الفاحش في بيع العقار بالخمس (5/1).

أما الصياغة المعنوية فتشتمل ما يسمى بالقرائن التي يضعها المشرع أخذاً بالغالب والشائع من الأمور عند الناس للمحافظة على استقرار المعاملات، ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة 835 من القانون المدني: "حيازة المنقول سند الملكية"، فمن يجوز منقولاً يفترض أنه مالك له، لأن تلك الحيازة قرينة على الملكية، حيث جرت العادة واتفق الناس على أن من يجوز منقولاً بحسن نية يعتبر هو المالك له: كمالك الهاتف مثلاً.

1-ب/ النقد الموجه لمذهب جيني

اهتم هذا المذهب بجوهر القاعدة القانونية وشكلها معا، مما جعل مذهبه الأكثر إقناعا للباحثين لأنه الأقرب للحقيقة، ومع ذلك تعرض لعدة انتقادات منها:

- أقام عنصر العلم على مجموعة من الحقائق ولكن لا تعد جميعها حقائق علمية بالمعنى الصحيح، حيث تخرج من دائرة الحقائق العلمية كل من الحقائق المثالية والحقائق العقلية، لأنها لا تنشأ عن واقع ملموس يثبت بالمشاهدة والتجربة وبالتالي لا تبقى في دائرة الحقائق العلمية سوى الحقائق الواقعية والتاريخية.
- من الصعوبة بمكان التفرقة والتمييز بين كل من الحقائق الواقعية الطبيعية والحقائق التاريخية هذا من جهة، كذلك الحقائق المثالية والعقلية من جهة أخرى، فالحقائق التاريخية اكتسبتها الجماعة على مر العصور والأجيال إلى أن أصبحت تعد ضمن الظروف الواقعية المحيطة بالإنسان وبالتالي تختلط بالحقائق الواقعية، كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية.

2/ جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

بسبب تلك الانتقادات الموجهة لمذهب جيني سعى الفقه الحديث إلى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية إلى طائفتين فقط هما: الحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية. حيث يتكون جوهر القاعدة القانونية من عنصرين: العنصر الواقعي والعنصر المثالي.

2-1/ العنصر الواقعي

- يمثل في الحقائق العلمية التجريبية التي تخضع للمشاهدة والتجربة والتي لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية ومن أهمها: عوامل (حقائق) طبيعية، اقتصادية، سياسية واجتماعية، دينية وأخلاقية وعوامل تاريخية.

- **العوامل الطبيعية:** تتمثل في البيئة المحيطة بالإنسان أو تلك العوامل المتعلقة بالإنسان نفسه، فالمناخ يؤثر في نضج الإنسان لذلك تأخذها بعض التشريعات في الاعتبار عند تحديد سن الرشد أو سن الزواج، أيضا الدول التي تمتلك مساحة جغرافية كبيرة وعددا قليلا من السكان تراعي هذه العوامل في قوانين الهجرة التي تنظم منح الجنسية.

- **العوامل الاقتصادية:** إن التطور الاقتصادي وما نجم عنه من تطور في طرق الإنتاج ووفرة السلع والانفتاح على الأسواق وإنشاء مؤسسات اقتصادية والشركات متعددة الجنسيات والتوسع في التجارة الداخلية والخارجية كل ذلك كان له تأثير كبير في خلق قواعد قانونية مرتبطة بهذه المسائل، حيث يتأثر قانون العمل

من حيث حقوق العمال وواجباتهم وشروط العمل، كما يتأثر القانون التجاري وقانون الاستثمار وقانون المنافسة والأسعار وغيرها.

- **العوامل السياسية والاجتماعية:** يقصد بها الأفكار السائدة في المجتمع ولها تأثير كبير في إنشاء القواعد القانونية وتطورها، كالأفكار الإيديولوجية التي تبنتها بعض الدول في بعض الفترات الزمنية كالشيوعية والنازية والفاشية والرأسمالية وغيرها.

- **العوامل الدينية والأخلاقية:** المقصود بها مايسود المجتمع من تقاليد وعادات واتجاهات دينية وأخلاقية وهي حقائق هامة لا ينبغي إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، ومثالها القواعد الدينية التي لها أثر كبير في تنظيم الأحوال الشخصية كنظام الزواج، والنفقة والميراث والوصية وغيرها، كما أن للأخلاق أثر بارز في الدول الغربية في مسألة تحريم الطلاق.

- **عوامل تاريخية:** تعتبر خبرة هامة تكتسبها المجتمعات عبر الزمن لتستفيد من التجارب الماضية لذلك يكون لها تأثير قوي في إنشاء وتطوير القواعد القانونية.

تعتبر كل هذه العوامل المذكورة حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريدي وبعضها عقلي لكنها لا تكفي لوحدها لخلق قاعدة قانونية لذلك وجب تدعيمها بمثل أعلى يفرضه العقل وهو العدل.

2- ب/ العنصر المثالي

ويتمثل في الحقائق العلمية التفكيرية التي يستخلصها العقل، وقد أوجب الفقهاء عند وضع القواعد القانونية ضرورة تقريبها وقياسها على مثل أعلى هو العدل ودوره إعطاء كل ذي حق حقه، وميز الفقهاء بين نوعين من العدل هما: العدل الخاص والعدل العام.

- **العدل الخاص:** هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، وأساسه المساواة المتبادلة بينهم، لذلك سمي "بالعدل التبادلي"، ويقضي هذا العدل احترام كل منهم لحق الآخر، إما يعطائه له أو الامتناع عن الاعتداء عليه.

- **العدل العام:** هو العدل الذين يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها وهدفه تحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة وله صورتان: "العدل التوزيعي" و "العدل الاجتماعي".

- **العدل التوزيعي:** هو الواجب على الجماعة لصالح الأفراد (حقوق الأفراد) وذلك من خلال توزيع المنافع والوظائف العامة وغيرها.

- **العدل الاجتماعي:** هو الذي يجب على الأفراد لصالح الجماعة (واجبات الأفراد) ويقوم على أساس أن الفرد ينتمي لهذه الجماعة فيُسخر لخدمتها، أي يشارك في تحقيق المصلحة العامة التي تعود بالمنفعة على الجميع.

المحور الثالث: تفسير القانون

يقصد بالتفسير لغة توضيح المعنى وإزالة الغموض، أما اصطلاحاً فهي معرفة قصد ونية المشرع عند إصدار القاعدة القانونية، حيث يقع على الفقيه أو القاضي البحث عن نية وإرادة المشرع عند القيام بتفسير تشريع معين.

فتفسير القاعدة القانونية يقصد به " التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه القاعدة، بحيث يتضح من ألفاظها أو فحواها (روحها أو معناها) حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجل تنظيمها"، وبذلك إذا كانت القاعدة القانونية واضحة ومستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير، بل لا يجوز محاولة تأويلها بدلول آخر غير مفهومها الواضح، أما إذا شابها خطأ مادي أو غموض أو نقص أو تناقض فهي بحاجة إلى تفسير.

وسنتطرق فيما يلي إلى: أنواع التفسير - مدارس التفسير وطرق التفسير.

أولاً: أنواع التفسير

التفسير بحسب مصدره أو الجهة التي تقوم به ثلاث أنواع هي: التفسير التشريعي، التفسير القضائي والتفسير الفقهي.

1- التفسير التشريعي: هو التفسير الصادر عن السلطة التشريعية التي سنت القواعد القانونية، فإذا تبين للمشرع أن الجهات القضائية لم تهتد لحقيقة النص تقوم بإصدار تفسير تشريعي من نفس السلطة التي أصدرت التشريع، كأن يقوم البرلمان نفسه بتفسير القانون الصادر عنه أو تقوم السلطة التنفيذية بتفسير اللوائح والتنظيمات الصادرة عنها، ويكون هذا التفسير ملزماً للقاضي والمحاطين بالنص القانوني، كما أنه يسري بأثر رجعي من تاريخ صدور النص الأصلي بالنسبة للأحكام غير النهائية.

2- التفسير القضائي: هو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يقومون بحكم وظيفتهم بتطبيق القانون ويصادفون نصاً يحتاج إلى تفسير وتوضيح معنى القاعدة القانونية، فيجتهدون في إزالة الغموض عن القاعدة. وتفسيرهم هذا غير ملزم للمحاكم الأخرى، كما يمكن للقاضي نفسه أن يخالف التفسير الذي أصدره في دعوى مماثلة، إلا أنه يوجد استثناء بخصوص هذه النقطة، حيث يصبح التفسير القضائي ملزماً في حالة صدوره عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة عن غرفتها المجمعة حيث يكون في شكل اجتهاد قضائي ملزم.

3- التفسير الفقهي: هو التفسير الصادر عن الفقهاء الذين يدرسون القانون، ويغلب عليه الطابع النظري عكس التفسير القضائي الذي يكون عملياً، غير أن بعض الفقهاء مؤخراً يمزجون بين التفسير النظري

والعملي، ويبقى هذا النوع من التفسير غير ملزم للمحاكم على الإطلاق، لأنه مجرد رأي فقهي يمكن للقاضي أن يأخذ به على سبيل الاستئناس لا غير، كما لا يمكن إهمال دوره في تعديل القواعد التشريعية وتطويرها بما يتماشى والظروف المستجدة للمجتمع.

ثانياً: مدارس التفسير

تعددت الاتجاهات والمدارس في تفسير القانون، وهي ثلاث اتجاهات أساسية سبق وتطرقتنا إليها في المحور الثاني من هذا المقياس بالتفصيل لذلك نكتفي بذكرها، وهي كالاتي::

1- مدرسة الشرح على المتون (المدرسة التقليدية).

2- المدرسة التاريخية.

3- المدرسة العلمية (الفقيه جيني).

ثالثاً: طرق التفسير

المقصود بطرق التفسير تلك الآليات التي تقوم على أدوات ووسائل يستعين بها المفسر للتعرف على معنى النص المفسر الذي يشوبه عيب أو غموض في معناه أو نقص في صياغته أو خطأ مادي كإدراج لفظ مكان لفظ آخر أو سقوط كلمة سهواً أو عدم استعمال المصطلح الدقيق الصحيح، كما قد يشمل التفسير حالة التعارض بين نصين من تشريع واحد أو بين نصين من تشريعين مختلفين، وعلى كل تنقسم طرق التفسير إلى نوعين هما: طرق التفسير الداخلية وطرق التفسير الخارجية.

1- **طرق التفسير الداخلية:** هي الاستناد إلى معاني الألفاظ في اللغة التي يستخدمها النص التشريعي، فيعرف رجل القانون مدلول النص وحكمة من داخل النص نفسه، دون اللجوء إلى أية وسيلة أخرى خارجية عن ذات النص، فإذا اختلف المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي لنفس النص فإنه يعتد بمعناه الاصطلاحي إذا تبين أن المشرع لم يقصد المعنى اللغوي استناداً إلى القاعدة الفقهية القائلة: " العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، ويلجأ القاضي إلى الاستدلال والاستنتاج للوصول إلى الغاية من النص ومعناه وذلك بالاعتماد على ثلاث طرق هي: الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب أولى والاستنتاج بمفهوم المخالفة.

أ/ **الاستنتاج بطريقة القياس:** (القياس بمفهوم الموافقة) يلجأ إليه القاضي - عادة- في حالة نقص التشريع، أي في الحالة التي لم يرد بشأنها نص خاص يطبق عليها، لكن يوجد نص تشريعي آخر يقرر حكماً لحالة أخرى تشبهها تماماً فتكون الواقعة متشابهتان ومشتركتان في السبب أو العلة، فتأخذ الواقعة الثانية حكم الواقعة الأولى لاشتراكها في العلة، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 135 من قانون الأسرة على القاتل الذي يقتل

مورثه من أجل أن يسرع في ميراثه لا يرث، يمكن أن نقيس على هذه الحالة حالة الموصى له الذي يقتل الموصي ليتعجل الحصول على الوصية، فإنه لا يحصل على الوصية ويحرم منه كذلك، وذلك للتشابه بين حالة الميراث (المنصوص عليها قانوناً) وحالة الوصية (التي لم يرد نصاً بشأنها) لاتحادهما في العلة: استناداً للقاعدة الفقهية: "من تعجل الأمر قبل أوامه عوقب بجرمانه".

ب/ الاستنتاج من باب أولى: يلجأ إليه القاضي حيث يطلق حكمها وارداً بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص قانوني، لأن العلة في الحالة الأخيرة أكثر توافراً منها في الحالة الأولى الوارد بشأنها نص، ومثال ذلك: يوجد نص تشريعي يمنع على عديم التمييز (أقل من 13 سنة) بيع أموالك، ولا يوجد نص تشريعي يمنعه من هبتها، لكن في هذه الحالة الأخيرة (الهبة) يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله، لأن العلة من منع عديم التمييز من بيع أمواله هي الخوف عليه من الفقر والهبة تصرف يمكن أن يصيبه بفقر أشد.

ج/ الاستنتاج بمفهوم المخالفة: يقوم القاضي في هذه الحالة بتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص تشريعي، ومثال ذلك: ما تنص عليه المادة 369 قانون مدني " إذا هلك المبيع قبل التسليم يترتب على ذلك الفسخ ويسترد المشتري ثمن الشيء المبيع"، وبتطبيق الاستنتاج بمفهوم المخالفة نجد أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم فلا يترتب الفسخ ولا يسترد المشتري الثمن بل إنه هو من يتحمل تبعه الهلاك.

2- طرق التفسير الخارجية: هي تفسير النص الغامض أو الناقص استناداً لطرق ووسائل خارجة عن النص، ومنها: حكمة التشريع، الأعمال التحضيرية، المصادر التاريخية (المادية)، النص الأجنبي للتشريع وتقريب النصوص.

أ- حكمة التشريع: يعني لجوء القاضي إلى البحث عن الغاية التي يهدف إليها المشرع من وضع تلك القاعدة القانونية وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ومن ثم يسهل تطبيقه.

ب- الأعمال التحضيرية للتشريع: يرجع المفسر إلى مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم اقتراح القانون أو مشروع القانون وما يرافقه من عرض الأسباب، تقارير اللجان البرلمانية التي قامت بدراسة الاقتراح أو المشروع وتنقيحه، مناقشات أعضاء البرلمان وتدخلاتهم بصدده، وكل الأعمال السابقة للقانون لغاية نفاذه.

ج- المصادر التاريخية: يلجأ المشرع في الكثير من الأحيان عند إصداره لقانون جديد إلى الاعتماد على نصوص قديمة أو نصوص مماثلة في بلدان أخرى ومثال ذلك: قوانين الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية لذلك يمكن العودة عند تفسيرها لأحكامها باعتبارها المصدر التاريخي والمادي لها.

كما يمكن الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي عند تفسير نصوص القانون المدني الجزائري لأن المشرع الجزائري قد اعتمد عليها كثيراً في وضع مبادئه وأحكامه.

د-النص الأجنبي للتشريع: كان المشرع الجزائري فيما مضى يحرر نصوصه التشريعية باللغة الفرنسية ومن ثم يترجمها إلى العربية (وهو وضع غير طبيعي لكن له ظروف خاصة) لذا عند تفسير النص بسبب غموضه يجوز الرجوع الى النص الفرنسي لمعرفة قصد المشرع.

هـ- تقريب النصوص: إذا كان النص غامضاً وهو ضمن مجموعة من النصوص، يمكن للمفسر أن يضعه ضمن السياق الذي ورد فيه لاستجلاء قصد المشرع من ورائه، فوضع النصوص وتجميعها لجانب بعضها البعض يؤدي إلى تحديد الإرادة الحقيقية للمشرع، ومثال ذلك: لتفسير أحكام قانون الأسرة يمكن الرجوع الى أحكام القانون المدني، ولتفسير أحكام قانون البلدية يرجع إلى قانون الولاية وقانون المالية والقانون الدستوري.