



جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2



كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس

منهجية العلوم القانونية

السداسي الأول: فلسفة القانون

موجهة إلى طلبة السنة الأولى حقوق

المجموعة (ب)

الأستاذ/

د. بن ستيرة اليمين

2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إلهي لا تطيب لحظات الدنيا إلا بذكرك... ولا تطيب الجنة إلا برويتك...

اللهم جلّ جلالك فسبحانك اللهم وبحمدك

نشهد أن لا إله إلا أنت نستغفرك ونتوب إليك

وصلّ اللهم وسلّم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

الفلسفة ...

أن نفهم أنفسنا وأن نفهم الآخرين... بأن تهيمن معايير القرآن على حياتنا في كل شيء ... الفلسفة والمنهجية ليستا مجرد مقياس يُدرّس، ولكن يجب أن تصبحا دليلا في تعليمنا لفن الحياة ... وفهم الآخر والتعامل معه.

قبل أن تكون منهجية بحث علمي هي منهجية لفلسفة حياة آمنة لمن أراد الحياة...، وقبل أن تكون مناهج بحث علمي هي مناهج في فلسفة الحياة لمن أراد الحياة الطيبة، وأراد الحياء... لها أصول وقواعد في التعامل بالتي هي أحسن... ولكن للأسف في كثير من مواقف الحياة ما تطبق بشكل خاطيء.

أ/ بن ستيرة اليمين

أيّ مستقبل للجزائر دون فلسفة؟... فالمستقبل الذي تحلم به المجتمعات لن يكون إلا بتوجيه وترشيد وتطوير وتنوير وبيان لما ينبغي أن تكون عليه جوانب الحياة من اقتصاد وسياسة وتربية وثقافة، في ظل قيم الحق والخير والجمال والعدالة والحرية، وهذه ماهية الفلسفة منهاجا وموضوعا وغاية، ومن ثمّ فلا مستقبل راق دون فلسفة راقية.

رجاء

أتمنى أن يعاد التفكير في ترتيب برنامج مقياس المنهجية عبر السنوات ومختلف الأطوار من الليسانس إلى الماستر إلى الدكتوراه، وذلك على النحو الآتي:

1- **منهجية كتابة بحث علمي** (أو كيف تكتب بحثا بطريقة علمية؟) (السنة الأولى وليس السنة الثانية).

2- **منهجية علم المناهج**، لأنه تَبَعُ للأول (السنة الثانية وليس السنة الأولى).

3- **منهجية التعليق** بمختلف تفرعاتها(نص فقهي، نص قانوني، نص قضائي، مذكرة إستخلاصية، إستشارة، تحرير)، ذلك أن الطالب هنا ناقد وليس مجرد متلقي أو منجز لبحث (السنة الثالثة لسداسيين، لا يكفي سداسي).

4- **منهجية فلسفة القانون**، أو أسس التشريع الحديث (السنة الثالثة فما فوق، ماستر، دكتوراه، دورة للبرلمانيين الجدد).

هذا المقياس يجب أن يُدرّس أيضا للبرلمانيين الجدد (تكوين) لأنها فلسفة القانون أو قل: فلسفة التشريع الجيد (أو كيف تكون مشرعا ناجحا؟).

وهذا هو الترتيب المنطقي الذي أراه أنسب، والمسألة للنقاش. مع تجنب تداخل وتكرار المحتوى كما هو حاصل اليوم، لذا من الضروري إصلاح البرنامج المقرر في المرحلة الجامعية بإشراك الخبراء والأساتذة الجامعيين في إطار تصوّر شمولي.

مقرّر مقياس منهجية العلوم القانونية السنة الأولى حقوق

السداسي الأول بعنوان: "فلسفة القانون"

المحور التمهيدي: مقدمة حول أصول القانون ومقاصده.

المحور الأول: المذاهب الشّكلية والموضوعية والمختلطة لتفسير أصل القانون والغاية منه وأساس إلزاميته.

المحور الثاني: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية.

المحور الثالث: تفسير القانون.

المحاضرة رقم 01:

محور تمهيدي: مقدمة حول أصل القانون ومقاصده.

أولا- أهمية تدريس الفلسفة بوجه عام:

الفلسفة مؤثرة وخطيرة لأنها تدفع إلى التساؤل وتتطلب الوضوح في كل شيء، والتساؤل يدفع إلى الحوار، والحوار يدفع إلى طرح الموضوعي للقضايا والمشاكل، والطرح الموضوعي لها يدفع إلى مواجهتها بأسلوب منهجي، والمنهجية أعمق ثورة عرفتتها الإنسانية إلى اليوم، فالنهضة الأوروبية لم تقم على الوجه الفعال الذي قامت عليه إلا لأنها اتكأت على ثورة منهجية قادها فلاسفة كبار كديكارت وبيكون وغيرهما، وعليه يمكن الجزم بأنه لا يمكننا تجاوز الكثير من الإشكاليات الخطيرة المطروحة في مجتمعنا إلا عبر مواجهتها بالمنهجية الفلسفية التي تلائمها، فتكون الفلسفة إذن حاجة ضرورية كما الحاجات الضرورية الأخرى للفرد والمجتمع، والاستمرار في استبعاد الفلسفة أو تهميشها لن يزيد وضعنا إلا تعقيدا وتأزما، إن الهدف من تدريس الفلسفة ومن التعليم الجامعي بصورة عامة هو تحقيق فعالية الطالب وإنماء قدرته على النقد والتجاوز والإبداع والتجديد ليس في الجامعة فحسب وإنما في حياته ومجتمعه.¹

في الواقع، إن هناك العديد من العقبات التي نعتقد أنها تمنع بلوغ أهداف الدرس الفلسفي، والعديد من هذه العوائق ما هو إلا نتيجة لسبب أبعد من السياق الجامعي ككل...، يضاف إلى هذا العامل عامل آخر لا يقل أهمية ونقصد به تأخر سن تدريس الفلسفة، فالتلميذ يتعرف على مختلف مجالات المعرفة وفروعها تدريجيا منذ المراحل الأولى للتعليم من لغات ورياضيات وفيزياء وبيولوجيا، إلا مادة الفلسفة التي لا يتعرف عليها إلا في نهاية التعليم الثانوي... ونحن نعلم الحالة النفسية للتلميذ في هذه الفترة والتي تجعله لا يستسيغ في الغالب مادة جديدة، خصوصا حينما يكتشف أنها مادة متميزة تماما عن المواد التي ألفها منذ صغره من حيث

¹ أنظر: فارح مسرحي، الفلسفة في الجزائر: الدرس والنص، منشورات الوطن، سطيف، 2017.

المفاهيم والمضامين التي يضمها البرنامج... وهذا يعني أن الفلسفة لم تترك أي أثر على طريقة تفكير الدارسين وبالتالي على تصوراتهم لأنفسهم ولما يحيط بهم مع أن المفترض أن يكون هناك أثر ولو بسيط على دارس الفلسفة يتميز به عن غيره من دارسي الشعب أو التخصصات الأخرى.¹

خلاصة القول أنّ هناك ضرورة ملحة لمناقشة راهن الدرس الفلسفي في الجزائر وما يرتبط به من عوائق وإشكاليات للبحث عن الآليات التي بها يمكن تجاوز هذه العوائق والارتقاء بتدريس الفلسفة ليحقق أهدافه ومن ثم إمكانية تفعيل دور الفلسفة في الجزائر سواء داخل المؤسسة التعليمية أو في المجتمع بصورة عامة.²

¹ المرجع نفسه، ص ص. 21 - 28.

² من أجمل الكتب التي يجب أن ترمج للطلبة كتاب : نديم الجسر، قصة الإيمان بين الفلسفة والعلم والقرآن، ط.3، مطابع المكتب الإسلامي، بيروت، 1996.

" وراحمته لكم يا شباب هذا الجيل ... أنتم المخضرمون بين مدرسة الإيمان من طريق النقل، و مدرسة الإدراك من طريق العقل. تلوكون قشوراً من الدين، و قشوراً من الفلسفة، فيقوم في عقولكم، أن الإيمان و الفلسفة لا يجتمعان، و أن العقل و الدين لا يأتلّفان، و أن الفلسفة سبيل الإلحاد ... و ما هي كذلك يا ولدي، بل هي سبيل للإيمان بالله، من طريق العقل، الذي بُنى عليه الإيمان كله. و لكن الفلسفة يا بني بحر على خلاف البحور يجد راكمه الخطر و الزيف في سواحله و شطآنه والأمان والإيمان في لججه و أعماقه ... ما...؟ ومن...؟ وممّ...؟ وكيف...؟ وأين...؟ ومتى...؟ ولماذا...؟"، أنظر: المرجع نفسه، ص ص. 20-21. ينصح أيضا بكتاب: سيد حسين نصر، الحاجة إلى علم مقدس، ترجمة حمادة أحمد علي، عمر نور الدين، ط.1، نيو بوك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017؛ ص ص. 1-240؛ صلاح سلطان، سورة الكهف: منهجيات في الإصلاح والتغيير: دراسة تأصيلية تطبيقية، القاهرة: دار سلطان للنشر، 2008؛ عبد الكريم بكار، عصرنا والعيش في زمانه الصعب، الدار الشامية، بيروت، 2004، ص ص. 1-382؛ طه عبد الرحمن، سؤال العنف بين الإلتمائية والحوارية، المؤسسة العربية للفكر والإبداع، ط.1، بيروت، 2017، ص ص. 1-215؛ جودت سعيد، حتى يغيروا ما بأنفسهم، ط.1، المطبعة العربية، غرداية، 1990، ص ص. 1-224؛ إدغار موران، تعليم الحياة: بيان لتغيير التربية، ترجمة: الطاهر بن يحي، الملحقة الثقافية السعودية في فرنسا، منشورات ضفاف، بيروت، 2016، ص ص. 1-168. كلها كتب ذات فكر فلسفي عال، تصنع فكرا راق، وترتقي بالأمة من التخلف إلى الريادة.

ثانيا- أهمية فلسفة القانون متخصص :

تعدّ فلسفة القانون فرعاً من فروع الفلسفة العامة تعنى بالقانون بوجه خاص، ولأن الفلسفة العامة هي علم الأصول أو الكليات المتعلقة بالكون بأكمله فإن فلسفة القانون هي علم الكليات المتعلقة بالقانون أي علم أصول القانون وعلله الأولى. الفلسفة هي علم الإصول الأولى والعلل المؤدية إلى الأشياء¹.

إذا نظرنا إلى هذا الأمر بعمق لوجدنا أن الفلسفة ليست غائبة إطلاقاً عن مقارنة العاملين للقانون (فقهاء، قضاة، محامين...)، سواء تمّ التعبير عن ذلك صراحة أم لا، فالفلسفة هي الحاضر دوماً في أي نص قانوني وفي أي مجال اختصاصي: قانون مدني، جزائي، تجاري... لكن الإشكال أنها غائبة في التكوين الجامعي بالقدر والكيفية اللازمة في مختلف مراحل التكوين الجامعي. ويتمحور دراسة فلسفة القانون حسب البرنامج المقرر حول فكرة رئيسية² وهي "أصل القانون والغاية منه"³، لذلك نتناول هذين المصطلحين تباعاً:

¹ فاضلي إدريس، *مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون*، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014، ص 123.

² وأفكار تكميلية لها وهي: "السياسة التشريعية الحديثة، وتفسير القانون".

³ ينظر في "التفلسف" من خمسة أوجه: فقد ينظر إليه من جهة "مبدئه" أو "الدافع إليه" سعي ناظر مستشكّل وفاحص، وقد ينظر في "التفلسف" من جهة "مواضيعه" سعي ناظر بين المفاهيم منسق بينها، وقد ينظر في التفلسف من جهة "غاياته" و"وظيفته" سعي ناظر متروّ في مختلف الآراء ناظر مريد للمعرفة ومحِب لها يبحث عن الحقيقة أينما وجدت، وقد ينظر في التفلسف من جهة "هيئته" أو "صورته" سعي ناظر قاريء وجامع لتفلسف غيره" أو "سعي ناظر منشيء ومحمر لتفلسفه الخاص" أو "سعي ناظر يحاور ويتداول بتفلسفه الخاص لتفلسف غيره"، وقد ينظر في التفلسف من جهة "أدواته" و"وسائله" سعي ناظر يؤدي تفلسفه بالتوسل بالإستدلال وبالإنقذار سعي ناظر محاجج". أنظر : *حمو النقاري، روح التفلسف، المؤسسة العربية للفكر والإبداع*، ط.1، بيروت، 2017 . أنظر أيضاً كتب فلسفة القانون باللغة الأجنبية أيضاً:

؛ Batiffol (H) : **la philosophie du droit** (Que sais-je ? No. 857), PARIS, P.U.F. 1960, pp.11-15 .

؛ Batiffol (H) : **PROBLEMES de base de la philosophie du droit**, PARIS, L.G.D.J. 1979, p. 3 .

Brimo (A) : **les grands courants de la philosophie du droit et de L'ETAT**, 2e èd 1968 3e èd 1978, p.9 . ؛ PARIS, Pedone؛ CASTBERG (G) : **la philosophie du droit**. PARIS : Pedone,

1970 , p. ؛ Del V ecchio (G) : **philosophie du droit**. PARIS, Dalloz, 1953,p p.1-25 . ؛ VILLEY

(M) : **philosophie du droit**. 4e èd. PARIS, Dalloz, 1986؛ Aubert, **philosophie du droit**.

PARIS, 1988, p.1-30 .

1- أصل القانون: ويقصد بأصل القانون ماهيته وأساسه، وبحث هذا الموضوع يتناول الفكرة العامة الأساسية في تصور القانون، وما إذا كان القانون ينشأ من ضمير المجتمع بطريقة طبيعية تلقائية لا دخل لإرادة الانسان فيها، أم أن لهذه الإرادة الإنسانية أثرا فعالا في إنشاء القانون، وما إذا كان القانون ينشأ من تفاعل عناصر مثالية أو ينشأ من تفاعل عناصر واقعية أو ينشأ منهما معا. ويمكن إدماج كل ذلك تحت عنوان أصل القانون. غير أن القواعد القانونية تتفرد دون سائر القواعد الاجتماعية الأخرى بخاصية معينة هي إلزام الأفراد باتباع أوامر القانون ونواهيه، فما الذي يعطي للقواعد القانونية خاصية الإلزام ولكسبها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد: هل يرجع التزام الأفراد باتباع أوامر القانون ونواهيه إلى أن القانون هو مشيئة أو إرادة الحاكم أو من له السلطة العليا في المجتمع بحيث لا يملك الأفراد مخالفته؟ أو يرجع ذلك إلى أن القانون ينتج من تفاعل مختلف الظروف المحيطة بالبيئة ويعبر عن إرادة الجماعة بحيث لا يجوز للأفراد الخروج عليه حفاظا على بقاء الجماعة وأمنها وتقدمها؟ أم أنه يرجع إلى ان القانون خليط بن هذا وذلك حيث يستمد جوهره من البيئة الاجتماعية ثم تتولى إرادة الحاكم أو من له السلطة العليا في المجتمع تشكيل قواعد وصياغتها؟

2 - مقاصد القانون (الغاية منه)¹:

غاية القانون هي الأهداف التي يتوخاها القانون أو بعبارة أدق الأهداف التي يجب أن يتوخاها أو القيم التي يسعى إلى تحقيقها، وإذا كان غالبية الفلاسفة متفقون على أن الغاية من القانون هي تحقيق العدل، فإن منهم من يضيف إلى ذلك قيما أخرى كالحرية والتنسيق بين المصالح المختلفة في المجتمع، والأمن الجماعي والتقدم الحضاري، بل أن من يتفقون على أن غاية القانون العدل فحسب منقسمون في تصورهم لفكرة العدل فبينما يرى بعضهم أن غاية القانون هي تحقيق العدل التبادلي *la justice commutative* ، يذهب آخرون إلى أن غاية القانون تشمل العدل التوزيعي *la justice distributive* ، ومرجع هذا الخلاف عندهم نظرهم إلى القانون نظرة فردية أو جماعية فالفرديون يقتنعون بالعدالة التبادلية والاشتراكيون ينشدون العدالة التوزيعية . وأضاف البعض الآخر من الفلاسفة إلى ذلك صورة ثالثة من صورة العدل هي العدل الاجتماعي *la justice sociale* . وهي دراسة فلسفية أثارت خلافا كبيرا بين الفقهاء وتعددت بشأنها النظريات والمذاهب، ويتناولها الفقهاء عادة تحت عناوين مختلفة مثل "طبيعة، أصل، أساس: القانون" "الغاية، مقاصد: القانون" وتدخل جميعها في نطاق دراسة فلسفة القانون، ذلك أن فلسفة القانون تنصبّ أساسا على موضوع رئيسي هو أصل القانون وغايته. وقد أدى هذا الخلاف إلى ظهور مذاهب ونظريات متعدّدة يمكن جمعها في ثلاث مجموعات: المجموعة الأولى هي المذاهب الشكلية، والمجموعة الثانية هي المذاهب الموضوعية (المثالية والواقعية)، والمجموعة الثالثة هي المذاهب المختلطة. لذا على

¹ إذا كانت فلسفة القانون تتميز بأمر معين فهو أنها تبحث عن غاية للقانون وكتابات أيهيرينغ *IHERING* معروفة في هذا المجال، وهذه الغايات تتغير تبعا لكل مدرسة: الغاية هل هي الفرد أم الجماعة؟ الخير العام أم المصالح الخاصة؟ قوة الأمة أم تقدم الإنسانية؟ الثبات أم الحركة؟ الأمن أم العدالة؟ وماهي صور المثل الأعلى للعدل؟ نستنتي من هذا البحث المدرسة الشكلية *FORMALISTE* التي ينتهي البحث لديها عند القانون ذاته، أي أنها لا تهتم بالبحث في غاية معينة بل تحصر اهتمامها بالنص الذي أمامها وبضرورة تطبيق هذا النص. أنظر: فتحة حزام، فلسفة ومناهج العلوم القانونية، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019، ص.10.

الباحث أن يتعرّض لآراء من سبقوه في هذا الشأن وأن يمحصّها تمحيصاً كي يبدأ من حيث انتهوا، فيوفّر بذلك على نفسه جهداً...، ثمّ يبيّن صحتها أو فسادها من خلال مناقشة الدليل بالدليل الأقوى منه، ويستطيع بذلك أن يخطو خطوة صحيحة نحو الحقيقة.

عناصر مقدمة المقياس:

1- **الإشكالية الرئيسية:** ما هو أصل القانون في علله الأولى، وقيمه العليا؟

2- **الأسئلة الفرعية:**

أ- السؤال الفرعي الأول (المدرسة الموضوعية الواقعية):

هل القانون هو تعبير عن الإحتياجات الواقعية للمجتمع؟

ب- السؤال الفرعي الثاني (المدرسة الموضوعية المثالية):

هل القانون هو تعبير عن القيم والمثل العليا للمجتمع؟

ج- السؤال الفرعي الثالث (المدرسة الشكلية):

هل القانون هو تعبير عن إرادة الحاكم فقط؟ والدول الكبرى؟

3- **الفرضيات الفرعية:**

أ- الفرضية الأولى (المدرسة الواقعية) :

القانون هو تعبير عن الإحتياجات الواقعية للمجتمع (إجتماعية، سياسية، إقتصادية، ...) فقط.

ب- الفرضية الثانية (المدرسة المثالية):

القانون هو تعبير عن القيم والمثل العليا للمجتمع (العقيدة والدين، الأخلاق، العدل، المساواة، حقوق الانسان وحرياته، الكرامة الإنسانية...) فقط.

ج- الفرضية الثالثة (المدرسة الشكلية):

القانون هو تعبير عن إرادة الحاكم فقط.

4- الإطار المفاهيمي: يقتضي فهم المقياس تحديد مفهوم المصطلحات الرئيسية الآتية:

- مدرسة المذاهب الشكلية: ترى هذه المدرسة أنّ القانون هو تعبير عن إرادة الحاكم لأنه يملك القوة لفرضه، فالقانون تصنعه القوة، لذا يمكن القول بأنّ الحاكم- حسب هذه المدرسة- ليس معبرا عمّن انتخبوه بل عن نفسه ومصالحته الشخصية فقط.

- مدرسة المذاهب الموضوعية: يقصد بالمذاهب الموضوعية تلك المذاهب التي تهتم فقط بالمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية، فتكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوين وتطور القواعد القانونية، وهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع. وبعبارة أخرى فإنّ: "إحتياجات المجتمع الموضوعية سواء في واقعه الذي يعيشه (الظروف الاجتماعية الإقتصادية والسياسية...) أو في مثله التي يؤمن بها (العقيدة، الدين، الأخلاق، قيم المجتمع العليا...) هي التي تفرض وضع قانون على نحو معين".

- مدرسة المذاهب الواقعية: ترى هذه المدرسة أنّ الظروف الواقعية التي يعيشها المجتمع: السياسية والإقتصادية والإجتماعية للمجتمع... هي التي تفرض وضع قانون (تشريع) على نحو معين".

- مدرسة المذاهب المثالية: ترى هذه المدرسة أنّ القيم والمثل العليا للمجتمع هي التي تفرض وضع تشريع على نحو معين".¹

- السياسة التشريعية الحديثة: هي السياسة التي تأخذ بعين الإعتبار ماتوصّل إليه الفقه الحديث حول أصل القانون والغاية منه والذي ملخصه أن التشريع يجب أن يأتي معبرا عن إحتياجات المجتمع الموضوعية في شقيها الواقعي (الظروف الاجتماعية الإقتصادية والسياسية لكل مجتمع...) والمثالي أي المثل والقيم التي يؤمن به كل مجتمع (العقيدة، الدين، الأخلاق، قيم المجتمع العليا...) فهي التي تفرض وضع قانون على نحو معين، وأيضا لا بدّ أن يتم التعبير عن هذا الموضوع والجوهر بمراعاة العنصر الشكلي في شقيه وهما: مراعاة قواعد

¹ القيم ضابط وقيد على الواقع.

الصياغة التشريعية الجيدة، ومراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليها دستورا وقانونا وهذا حتى يأتي الشكل معبرا بحق عن الجوهر، لا أن يكون الشكل أداة بيد الحاكم ضد شعبه.

إنه من شأن "تشريعات الحكم الجيد" أن تساعد على تعظيم الفرص المتاحة، لإحداث النقلة "النوعية" في العملية التشريعية، من كونها مجرد إصدار قوانين لإضفاء الشرعية المؤسسية على سياسات الحاكم، إلى كونها "صانعة السياسات العامة"، أي ننتقل من مستوى "التشريعات السياسية" إلى طبقة "السياسة التشريعية".

تفسير القانون:

5- الإطار المنهجي: نظرا للتجاذبات والنقاشات الموجودة حول أصل القانون من وجهة نظر فلسفية أي العلل الأولى له والغاية منه إرتأينا أنه من الأفضل توظيف المنهج الجدلي كمنهج أساسي، من خلال تصنيف هذه الآراء في شكل مجموعتين كبيرتين (الشكلية والموضوعية) تندرج تحتها مجموعات أصغر، حتى نعكس وننظم جلسة جدال حسن، على مستوى الأفكار الرئيسية الكبيرة، دون إهمال الفروقات داخل المدرسة الواحدة، وبذلك نضمن تحديد الأفكار المشتركة والأفكار الفرعية داخل كل مدرسة، حيث تقدم كل مدرسة مضمونها وأدلتها ونتائجها وتستمع بإنصات إلى النقد الموجه لها في حوار هادئ هادف (الرأي الأول وأدلته، الرأي الثاني وأدلته)، وفي الأخير نقوم بعملية التركيب بين المدرستين (من خلال المدرسة المختلطة) خاصة أصل القانون في الفقه الحديث كخلاصة جامعة لكل ماسبق. أمّا الوصف والتحليل فيتم توظيفهما كعمليات ضمن المنهج المذكور أعلاه.¹

¹ المنهج يتكون من عدة عمليات، لكنه يأخذ اسمه من العملية الأساسية فيه دون أن يستغني عن العمليات الأخرى المكونة له، فالوصف والتحليل عمليتان لا يمكن أن يستغني عنهما أي منهج، لذا يجب التفريق بين المنهج والعمليات المكونة له، فهناك المنهج المقارن، وهناك عملية المقارنة التي لاترقى إلى منهج لوحدها، وهناك المنهج الوصفي والتحليلي، لكن الوصف والتحليل كعمليتان لا يخلو منهما منهج، وهكذا...

6- تقسيم البحث (وفق المنهج الجدلي):

المبحث الأول: أصل القانون والغاية منه حسب مذاهب المدرسة الشكلية (الرأي الأول).

المطلب الأول: المذاهب الفلسفية للمدرسة الشكلية "أساءت للشكل وأعطته مفهوما سلبيا".

(أوستن، هيجل، كلسن، الشرح على المتون).

المطلب الثاني: نقد المدرسة الشكلية.

المبحث الثاني: أصل القانون والغاية منه حسب مذاهب المدرسة الموضوعية (الرأي الثاني).

المطلب الأول: أصل القانون والغاية منه حسب المدرسة الواقعية.

(المذهب التاريخي، مذهب الغاية الإجتماعية، مذهب التضامن الإجتماعي).

المطلب الثاني: أصل القانون والغاية منه حسب المدرسة المثالية.

(مذهب القانون الطبيعي، مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير).

المبحث الثالث: أصل القانون والغاية منه حسب مذاهب المدرسة المختلطة (التركيب).

المطلب الأول: أصل القانون والغاية منه عند جيني.

المطلب الثاني: أصل القانون والغاية منه عند الفقه الحديث.

خاتمة المقياس.

المحور الأول:

المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة لتفسير أصل القانون والغاية منه وأساس إلزاميته.

نتناول المذاهب الفلسفية للمدرسة الشكلية (المبحث الأول)، ثم المذاهب الفلسفية للمدرسة الموضوعية بشقيها (المبحث الثاني)، ثم المذاهب الفلسفية للمدرسة المختلطة التي حاولت التوفيق بينهما (المبحث الثالث).

المبحث الأول: المذاهب الفلسفية للمدرسة الشكلية.

"الربط بين القانون والقوة التي بيد الحاكم"¹

المذاهب الشكلية LES DOCTRINES FORMALISTES هي التي تكتفي بالنظر إلى شكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي، فالقانون وفقا لهذه المذاهب هو مجرد أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين، وبذلك ظهر مذهب أوستن AUSTIN في إنجلترا، ومذهب هيجل HEGEL في ألمانيا، ومذهب كلسن KELSEN في النمسا، ومذهب الشرح على المتون L'ÉCOLE DE L'EXÉGÈSE في فرنسا²، وندرس هذه المذاهب تباعا فيما يأتي:

¹ أصل القانون والغاية منه حسب المذاهب الشكلية هو إرادة الحاكم، وبذلك مفهوم الشكل مفهوم سلبي لديها.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص.129.

المحاضرة رقم 02:

الفكرة الفرعية الأولى: تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب أوستن.¹

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن والنتائج المترتبة عنها:

الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن وهي أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم ينفذها جبراً على الأفراد عند الاقتضاء ليست فكرة جديدة ابتكرها أوستن بل إنها فكرة قديمة قال بها فلاسفة اليونان منذ القدم حيث كانوا يرون أن القانون من فعل القوة، وأن القانون هو إرادة الحاكم المطلقة على الناس. ولذلك يعرف أوستن القانون بأنه: "أمر أو نهي يصدره الحاكم استناداً إلى سلطته السياسية ويوجهه إلى المحكومين ويتبعه بجزء".² لكي يوجد القانون في نظر أوستن لا بد من توافر ثلاثة شروط: الشرط الأول هو وجود حاكم سياسي، الشرط الثاني هو وجود أمر أو نهي. الشرط الثالث هو وجود جزاء ينفذه الحاكم بالقوة التي لديه. ويرتب على مذهب أوستن النتائج الآتية:

¹ - ولد جون أوستن *JOHN AUSTIN* في 03/03/1790 في لندن. ولازم الفيلسوف الإنكليزي جرمي بنتام *JEREMY BENTHAM* وعالم الاقتصاد جون ستيورد ميل *JOHN STUART MILL* وقد شكلت نظريتهما النفعية الأساس للنظرية القانونية لاوستين. وفي عام 1829 أصبح أول أستاذ للقانون في جامعة لندن التي أنشئت حديثاً بعد أن قضى سنتين من الدراسة في بون في ألمانيا، استطاع أثناءها أن يدرس علم القانون الألماني التقليدي والفلسفة الألمانية، ويحتك بأساتذة القانون والفلسفة الألمان أمثال إيهرنج وسافيني، ... تم نعت مذهب أوستن بالمدرسة التحليلية في علم القانون لأنه استبعد من دراسته كل التصورات والإفتراضات القانونية والأفكار الفلسفية، وقصر بحثه على دراسة الواقع القانوني الأكيد دراسة تحليلية. فتناول بالتحليل العناصر القانونية التي يتكون منها من مبادئ أساسية ومفاهيم رئيسية وتصانيف مختلفة وتعريف متباينة، مستعينا بعلم المنطق ليستخرج منها مفاهيم قانونية. ولأنه تقسيماته فصلت القانون عن الأخلاق، ولأن تعريفه للقانون لم يتضمن عناصر أخلاقية اعتبر بحق الأب الحقيقي للمذهب الوضعي. لا بد من لفت النظر إلى أن الأستاذ جون أوستن هذا هو غير الأستاذ جون لانكشاو أوستن *JOHN LANGSHOW AUSTIN* (1911-1960)، أستاذ الفلسفة الأخلاقية في جامعة أكسفورد من عام 1952 حتى 1960. أنظر: روبرت ألكسي، *فلسفة القانون: مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون*، ط.1، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013، ص. 185-187.

² إبراهيم أبو النجا، *محاضرات في فلسفة القانون*، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 10.

1- يؤدّي مذهب أوستن إلى جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية وعدم الاعتراف بالمصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف. ويرى أن تواتر سلوك الأفراد على نحو معين زمنا طويلا لا يمكن أن ينشئ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع. كما يرى أوستن أنّ القانون هو مجرد تعبير عن إرادة الحاكم ومن ثم يجب أن يتجه التفسير إلى الكشف عن إرادة الحاكم التي أراد أن يضمنها نصوص القانون وقت وضعها ولا عبرة بتغير الظروف التي وضعت فيها هذه النصوص بمرور الوقت، ولذلك فمذهب أوستن يخلط بين الدولة والقانون والقوة.¹

2- ينكر أوستن على قواعد القانون الدستوري صفتها القانونية، ويرى أنها ليست إلا مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بمحض اختياره لينظم علاقته بالأفراد لم تلزمه بها سلطة أعلى منه ومن ثم فهي لا تعدو أن تكون قواعد ذات قيمة إرشادية فحسب، مما يجعل خروجه عليها ومخالفتها واستبدالها بغيرها أمرا لا يترتب عليه أي جزاء، ويطلق أوستن على هذه القواعد أو القيود قواعد الأخلاق الوضعية. كذلك ينكر أوستن على القانون الدولي العام صفته كقانون ويعتبر قواعده مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول فيما بينها لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تهيمن عليها وتملك توقيع الجزاء على الدولة التي تخالف هذه القواعد. فجميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة.²

ثانيا- نقد مذهب أوستن:

1- يؤخذ على مذهب أوستن أنّه مذهب شكلي سطحي يكتفي بالأخذ بالمظهر أو الشكل دون أن ينفذ إلى جوهر القواعد القانونية ليتبين طبيعتها ونشأتها وتطورها والعوامل التي أثّرت في تكوينها وتطورها، حيث يكتفي بما يظهر في الواقع من قيام الدولة أو الحاكم بوضع التشريع واستنثارها بتوقيع الجزاء معتقدا أن الدولة هي التي تخلق القانون وتصنعه، وهذا غير

¹ تومي آكلي، مناهج البحث العلمي في فلسفة القانون، برتي للنشر، الجزائر، 2016، ص ص. 150 - 152.

فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006؛ ص ص 82 - 83؛ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص. 13 - 14.

صحيح لأن القانون في أصله وجوهه وليد الظروف والعوامل الاجتماعية التي تحيط بالجماعة، وأن ما يظهر في الواقع من قيام الدولة بوضع التشريع إنما هو مجرد صياغة لهذا الجوهر لكي يصبح صالحا للتطبيق في الحياة العملية. فالحاكم في خدمة المحكوم والشكل في خدمة الجوهر...؟!، وهذا ما يجب أن يكون.

2- يخلط مذهب أوستن بين القانون والقوة، فهو عندما يجعل إرادة الحاكم هي القانون إنما يجعل القانون في خدمة القوة ويؤدي للاستبداد بل يهدم القانون من أساسه، ويجرد القانون من الفكرة الأساسية فيه وهي فكرة العدالة وتوحي الخير العام.¹

3- حسب أوستن فإن التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية ويغفل بقية المصادر الأخرى...، فالتشريع وإن أصبح في الدول الحديثة المصدر الأساسي والرئيسي للقانون إلا أنه ليس المصدر الوحيد حيث توجد إلى جانبه مصادر أخرى أهمها العرف الذي كان فيما مضى المصدر الأساسي للقانون والذي ما زال يلعب دورا هاما في إنشاء بعض القواعد القانونية خاصة في نطاق القانون التجاري، بل إن إنجلترا وهي البلد الذي عاش فيه أوستن يقوم النظام القانوني فيها أساسا على مبادئ العرف. كما يؤخذ على مذهب أوستن ما انتهى إليه من وجوب التقيد في تفسير نصوص القانون بما اتجهت إليه إرادة الحاكم أو المشرع وقت وضع هذه النصوص دون نظر إلى تغير الظروف التي وضعت فيها النصوص لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى جمود القانون وعدم تطوره تبعا لتغير الظروف الاجتماعية وحاجات المجتمع في الظروف الجديدة.²

4- عدم اتفاق مذهب أوستن مع مقتضيات النظام والاستقرار سواء في علاقات الدولة بالأفراد أو في علاقاتها بالدول الأخرى: إذ يؤخذ عليه إنكاره للقانون الدستوري وتجريده من صفته

¹ كما يخلط مذهب أوستن بين القانون والدولة. فهو يرى أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم تملك زمام الحكم فيه سلطة عليا لها السيادة السياسية في المجتمع، وهذا يتعارض مع الحقائق التاريخية الثابتة التي تدل على أن القانون هو ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية فقد نشأت قواعد العرف، وهي قواعد ثابتة، مع الجماعة منذ القدم قبل أن تصبح مجتمعا سياسيا منظما. أنظر: فتحة حزام، المرجع السابق، ص. 16.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 17 ، 20.

القانونية لعدم صدوره من سلطة أعلى من السلطة الحاكمة في الدولة؛ تلزم الحاكم باحترام قواعد القانون؛ ذلك أن هذا القول من جانب أوستن غير صحيح، فالقانون الدستوري هو قانون بالمعنى الصحيح ملزم للجميع حاكما ومحكوما، فهو القانون الأعلى للدولة، حيث أصبح من المسلم به في العصر الحديث أن الأمة هي مصدر كل السلطات، فالأمة تعتبر سلطة أعلى من سلطة الحاكم داخل الدولة، وهي التي نصبته حاكما ومن ثم تملك حق توقيع الجزاء عليه إذا خالف أحكام وقواعد القانون الدستوري، وذلك بالثورة ضده والعمل على تنحيته والاطاحة به. كما يؤخذ على مذهب أوستن كذلك إنكاره للقانون الدولي العام وتجريده من صفته القانونية لعدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تلزم الدول باحترام قواعد القانون الدولي العام وتوقع الجزاء على من يخالف هذه القواعد من الدول تحتاج إلى تدقيق، فالأمم المتحدة كسلطة عليا في المجتمع الدولي لم تكتمل لها فعاليتها من الناحية العملية حقا، ويرجع ذلك إلى اعتبارات تتعلق بتوازن القوى بين الدول المختلفة في المجتمع الدولي وليس إلى تخلف صفة القانون لقواعد القانون الدولي العام (نميز بين وجود القانون ومدى فعاليته). هذا فضلا عن أن إنكار صفة القانون على القانون الدولي العام من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاستقرار في العلاقات الدولية وعدم التقيد بالالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية مما تنعكس آثاره السيئة على المجتمع الدولي.¹

¹ المرجع نفسه، ص ص. 18 - 20.

المحاضرة رقم 03:

الفكرة الفرعية الثانية: تفسير أصل القانون حسب مذهب هيجل.

هيجل هو فيلسوف ألماني عمل أستاذا في بعض جامعات ألمانيا، وله مؤلفات في بعض فروع الفلسفة ومنها فلسفة القانون التي أصدر بشأنها كتابه مبادئ فلسفة القانون سنة 1821، كرس هيجل نظرية الدولة، وممن تأثر بهم ميكيافيلي...¹

أولا- الفكرة التي يقوم عليها مذهب هيجل والنتائج المترتبة عنها:

ينادي هيجل بسلطان الدولة سلطانا مطلقا وأن سيادة الدولة واحدة لا تتجزأ، ويرى أن هذا السلطان المطلق يشمل علاقات الدولة بالأفراد في المجتمع الداخلي، كما يشمل أيضا علاقاتها بالدول الأخرى في المجتمع الدولي، إذ يرى هيجل - في داخل الدولة- أن المجتمع لا يرقى إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع الأفراد في المجتمع أن ثمة صالحا عاما مشتركا يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقه، لذا يجب أن تنوب في وحدتها جميع إرادات الأفراد ووجهات النظر المختلفة، وهذا يتطلب أن تتجسد هذه السيادة في شخص واحد يملك التعبير بإرادته وحدها عن الإرادة العامة التي يقوم عليها كيان الدولة وسلطانها، ومن ثم يكون هذا الشخص هو صاحب السلطان الأعلى في الدولة وتكون إرادته قانونا واجب النفاذ، لأنه يملك القوة اللازمة لفرض احترام هذه الإرادة.²

كما يرى هيجل - في خارج الدولة - أنه لا توجد إرادة أعلى من إرادة الدولة بحيث تلزمها بسلوك معين في علاقاتها مع الدول الأخرى وتجبرها على احترام هذا السلوك، ذلك أن الدولة سيدة نفسها ولا توجد سلطة أعلى منها، وأن جميع الدول متساوية في هذه السيادة، حيث لا

¹ مولود ديدان، فلسفة القانون، دار بلقيس، الجزائر، 2017، ص.23؛ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص.31.

² فالدولة كما يرى جورج ويلهلم فريدريش هيجل هي تجسيد لإرادة الانسان وحرية التي لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة...!!! الدولة تمثل في نظر هيجل أسمى معاني الحرية لا يكون بعدها أو فوقها إلا المطلق سمو الدولة، إرادتها سيدة نفسها، يخضع لها كل من يدخل في تكوين الدولة. ففي المجتمع الداخلي، كما يقول هيجل، تلقى الشعوب المصير الذي تستحقه ويولى عليها الحكام الذين تكون جديرة بهم...!! أنظر: إبراهيم أبو النجا، ص.34؛ فتيحة حزام، المرجع السابق، ص.13 - 14؛ فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص.137-138.

توجد سلطة بشرية تختص بتنظيم العلاقات بين الدول أو تختص بحل ما ينشأ بينها من منازعات، ولذلك فإنّ الحرب هي وسيلة الدولة لتنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي ولحل ما ينشأ بينها وبين هذه الدول من منازعات...!! وتنتهي الحرب دائما بحل النزاع لصالح الدولة الأقوى التي تستطيع فرض وجهة نظرها بالقوة، وفي المجتمع الدولي لا محل لوصف الحرب بأنها غير عادلة أو غير مشروعة فكل حرب تكون دائما عادلة ومشروعة وتنتهي دائما لصالح الطرف الأقوى الذي يكون جديرا بالنص...!!، ويؤدي ذلك إلى أن الدولة الأقوى هي التي تسود العالم وتهيمن على العلاقات الدولية إلى أن تتوافر لدولة غيرها قوة أكبر من قوتها فتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية.¹

خلاصة القول أنّه يترتب على مذهب هيجل نتائج تشبه إلى حد كبير النتائج التي تترتب على مذهب أوستن، حيث ينتمي كل منهما إلى طائفة أو مجموعة من المذاهب الشكلية، ويعمل كل منهما على تبرير الحكم الاستبدادي المطلق في الداخل. كما يدعم فكر هيجل الإستعمار من الخارج. وكلا الأمرين (الحكم الاستبدادي المطلق في الداخل، الإستعمار من الخارج) خطر كبير على حقوق الإنسان وحرياته وحقوق الشعوب.

ثانيا- نقد مذهب هيجل:

وُجّهت إلى مذهب هيجل نفس الانتقادات التي وجهت إلى مذهب أوستن، لكن بحدّة أكبر:²

1- مذهب هيجل مذهب شكلي شأنه في ذلك شأن المذاهب الشكلية الأخرى، إذ يكتفى من القاعدة القانونية بمظهرها الخارجي، دون البحث في جوهر القواعد القانونية ليتبين طبيعتها

¹ تقديس مذهب هيجل للواقع والقوة وجعلهما أساسا للحق والقانون، فأخلط بذلك بين الإرادة المعززة بالقوة (الواقع) وبين القانون (فكر). أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص. 34-35.

² ولكن بشكل أخطر.

ونشأتها وتطورها والعوامل التي أثرت في تكوينها وتطورها، بل إنّه إضافة إلى دعمه للإستبداد فهو يدعم الإستعمار... !!! فهو من أكثرها تطرفا...

2- خلط كبير في المفاهيم: يخلط هيجل بين القانون والقوة على المستويين الداخلي والخارجي ويوحد بينهما، ويخلط بين القانون والدولة. كما يخلط بين الحرية والإستبداد... !! ولا يعترف إلا بالقوة وحدها؛ فهي في نظره السبيل إلى تنفيذ رغبات الحاكم داخل الدولة دون مراعاة لأية قيود بل ويقدم مبررات لذلك¹، وهي السبيل أيضا إلى تنفيذ ما يريده الحاكم في علاقة الدولة بالدول الأخرى من خلال خلطه بين القانون الدولي العام وبين الإستعمار... !! بل يجعل الحرب هي الوسيلة الوحيدة للسيطرة على العالم، ويجعل النصر والغلبة للدولة التي تملك القوة ولو لم تكن على حق في اعتدائها وغزوها للدول الأخرى، ولا شك أن هذا يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرار المجتمع الدولي.²

3- يعتبر مذهب هيجل - مثله مثل بقية المذاهب الشكلية الأخرى- أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وهذا خطأ إذ لا صحة للدّعاء باقتصار مصادر القانون على مصدر وحيد هو التشريع، حيث توجد إلى جانبه مصادر أخرى في مقدمتها العرف.³

4- يؤخذ على مذهب هيجل إنكاره للقانون الدستوري وتجريده من صفته القانونية، كما يؤخذ على مذهب هيجل كذلك إنكاره للقانون الدولي العام وتجريده من صفته القانونية كذلك: فإذا كان أوستن يعتبر قواعد القانون الدستوري هي مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بمحض

¹ التناقض الذي يسود فلسفة هيجل القانونية والإسراف في تطبيق منهجه الجدلي، فهو يتّفق مع كانط وفيفتي في نقطة البداية وهي أن النظام القانوني يجب أن يقوم على أساس العقل وأن يهدف لتحقيق الحرية إلى أقصى حد ممكن وهذا بلا شك اتجاه فردي مثالي. لكنه سرعان ما يبتعد عن هذا الاتجاه بنظريته القائلة بأن الفرد يكتشف أن حريته الحقيقية لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة فتؤدي نظريته إلى تدويب الفرد في الدولة ثم إلى تقديس الدولة على حساب حرية الأفراد... !!! إنقاف عجيب على حقوق الإنسان وحرياته. أنظر: فتحة حزام، المرجع السابق، ص.13.

² أنظر: مولود ديدان، المرجع السابق، ص. 27.

³ طالما أنّ إرادة الحاكم وفقا لمذهب هيجل هي القانون الواجب النفاذ فإنه يترتب على هذا أن تنحصر مصادر القانون في مصدر وحيد، هو التشريع (المعبر عن إرادة الحاكم)، وإهمال المصادر الرسمية الاحتياطية الأخرى كالعرف مثلا.

اختياره، ويعتبر قواعد القانون الدولي العام هي مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول فيما بينها، فإن هيجل لا يرى لهذه القواعد وجود أصلاً، فهو لا يعترف إلا بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة، كما لا يعترف إلا بهذه الإرادة المطلقة في علاقات الدولة بغيرها من الدول، لقد أراد هيجل بفلسفته التي نادى بها تدعيم الحكم الاستبدادي المطلق الذي كان قائماً في عهده... فأى فلسفة هذه...!!، واستعمار الدول وإثبات حق الشعب الألماني في السيطرة على العالم.¹ لم تكن الأفكار حرة عبر التاريخ في الغالب الأعم بل كانت تبعا للقوى السائدة ولو كانت ظالمة إلا من طرف الأحرار الذين لا يقبلون الضيم حتى لو قدموا أنفسهم من أجلها في سبيل الله عزوجل.

أ. بن ستيرة

¹ أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص 34-35.

المحاضرة رقم 04:

الفكرة الفرعية الثالثة : تفسير أصل القانون حسب مذهب كلسن.

كلسن فيلسوف نمساوي عمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917، كَوّن بتعاليمه ومبادئه مذهباً عرف باسم مذهب القانون البحت أو الصافي *DROIT PURE*...؟! هاجم مذهب القانون الطبيعي بشدة، ودعا إلى ضرورة التمييز بين القانون والأخلاق... ولد هانز كلسن *HANS KELSEN* في براغ النمسا في 1881/10/11 من والدين يهوديين...¹

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب كلسن والنتائج المترتبة عنها:

يقوم مذهب كلسن على الأسس الآتية:

1- يرى هانز كلسن أن القانون البحت يجب أن يقتصر على التّعرف على القانون وضوابطه² كما حدّته السلطة المختصة والبحث عن صحة صدوره من الشخص أو الهيئة صاحبة الاختصاص في التعبير عنه، والتحقق من اتباعه كما حدّته السلطة المختصة أو عدم اتباعه فقط، وذلك باعتبارها أوامر صادرة من إرادة تملك قوة الاجبار والمجازاة، هي إرادة الدولة التي تجعل الأمر واجب الطاعة وترجع إليها جميع مصادر القانون، أي دون التصدي لتقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها، ذلك أن الاهتمام بمضمون أو بأسباب نشأة هذه الضوابط القانونية- حسب- هو من اختصاص علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة، وليس من اختصاص رجل القانون³، لذا يمكن القول أن الأساس الأول لمذهب كلسن هو استبعاد

¹ روبرت ألكسي، المرجع السابق، ص 228-232؛ فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص 139.

² غير أن كلسن إذا كان يقصر القانون على الضوابط القانونية وحدها إلا أنه يعطي للضوابط القانونية معنى واسعا يشمل كل عمل قانوني سواء كان قاعدة قانونية عامة، أم كان قاعدة فردية كالأوامر الإدارية والعقود والحكام القضائية وغيرها، لذا يؤخذ على مذهب كلسن القول بوجود قواعد قانونية فردية، فمن المسلّم به أن القواعد القانونية تتميز بالعمومية والتجريد، ومن ثمّ فلا صحة للقول بوجود قواعد قانونية فردية يوجه الخطاب فيها إلى شخص معين بذاته أو إلى واقعة محددة بذاتها.

³ أي بقطع النظر عما إذا كان مضمون القانون متفقاً مع مصلحة المجتمع وظروفه أو منافيا لها (لا يهيمه العنصر الواقعي بمختلف مجالاته) من جهة، وبقطع النظر عن كونه عادلاً أو غير عادل، متفقاً أو غير متفق مع الأخلاق والدين والعقيدة أو ما يلحق بها من المثل والقيم العليا ومن مبادئ القانون الطبيعي من جهة أخرى (أي لا يهيم العنصر المثالي أيضاً).

جميع العناصر الموضوعية لأنها حسب غير قانونية من نطاق القانون، كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والمفاهيم السياسية والمبادئ المثالية والأخلاقية والعقائد.¹ ويرتب كل من على ما سبق وحدة القانون ورفض تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص وبأنه لا حاجة إلى التمييز بين القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة والقواعد التي تحكم العلاقات التي لا تكون الدولة طرفاً فيها بهذه الصفة، حيث يرى أن علم القانون البحث ليس في حاجة إلى إخفاء مثل هذا الأثر، ولا فائدة منه.²

2- وحدة القانون والدولة واعتبارهما شيئاً واحداً، إذ لا يكفي كل من برد القانون إلى إرادة الدولة، فالدولة - حسب - ليست صانعة القانون وإنما هي نفسها القانون، فالقانون هو الدولة والدولة هي القانون، حيث يذهب كل من إلى أن الدولة ليست شخصاً معنوياً وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض درجات تشبه هرمها تبدأ قاعدته بالأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية وتنتهي قمته بالدستور، الذي هو القاعدة القانونية الكبرى (القاعدة الأساسية أو القاعدة المعيارية العليا) التي تلو جميع درجات القواعد القانونية وتهيمن عليها وتعتبر مصدراً لجميع القواعد الأخرى بحيث تستمد كل درجة شرعيتها الدولة - كما يذهب هو إليه وبقية المذاهب الشكلية الأخرى - وبين مبدأ ضرورة تقييد الدولة بسلطان القانون، لأن عدم تقييد الدولة بالقانون يقتضي أن تكون الدولة مستقلة عن القانون، في حين أنّ الدولة والقانون - حسب - ليسا سوى شيء واحد³...!! (إصلاح الخطأ بخطأ أكبر منه، وبدلاً من الإعتراف بالخطأ يزداد تورطاً، وكذلك حال الكثيرين...).

¹ لاحظنا خطورة المذاهب الشكلية تزداد من مذهب إلى آخر: من تكريس للاستبداد عند أوستن إلى المناوأة بالإستعمار عند هيجل إلى عزل المجتمع عن قيمه العليا عند كل من (علمانية مقبلة وخطورة!!)

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 42-43.

³ فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص. 140-141.

تعرضت نظرية الأستاذ كلسن لانتقادات كثيرة ولا سيما فيما يتعلق بالقاعدة الأساسية:

1- يؤخذ على مذهب كلسن تجريده القانون من كافة العناصر والعوامل الموضوعية التي يراها غير قانونية وأنها من اختصاص علوم أخرى كالعوامل الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الأخلاقية، المثالية التي تؤثر في نشأة القانون وتطوره، وقد استبعدتها بشكل صريح حتى سماه القانون البحت أو الصافي (أي بحت هذا !! وأي صفاء فيه !! بل علمانية مقبلة)، ولذلك فهذه مغالطة كبيرة ذلك أن القانون ظاهرة اجتماعية تتأثر في نشأتها وتطورها بحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا، ومن ثم يجب عند دراسة أساس القانون أن تؤخذ في الاعتبار الحقائق المادية والفكرية السائدة في المجتمع، وبغير ذلك تكون الدراسة قاصرة في منهجها معيبة في نتائجها.¹ نسجل هنا خطورة هذا المذهب على المجتمع سواء في واقعه أو في قيمه لذا يُعدّ من أخطر المذاهب الشكلية، فهو يدعم الإستبداد ويُمهّد للإستعباد ويجرد المجتمع من قيمه ومصالحه فماذا بقي له... !!

2- يُؤخذ على مذهب كلسن أنه لا يجعل مكانا للعرف في التدرج الهرمي للقواعد القانونية الذي يبنى عليه هذا المذهب، بالرغم من أن العرف مصدر من مصادر القانون لا يمكن تجاهله في إنشاء القواعد القانونية. وقد حاول أنصاره دفع هذا النقد بالقول بأن قوة العرف مستمدة من إجازة الدستور له. لكن الحقيقة أن الدساتير تقتصر على تنظيم التشريع دون أن تتصدى للنص على قوة العرف، ذلك أن العرف يتكون تلقائيا في المجتمع دون أن يتوقف أو يعتمد على إجازة المشرع له.²

3- يُؤخذ على مذهب كلسن قوله بوحدة الدولة والقانون وهو قول يخالف الواقع، فالدولة لها كيان مستقل عن القانون بدليل توقع الدستور نفسه احتمال مخالفة الدولة للقانون باعتدائها على المراكز الشخصية التي يضمنها القانون، حيث أصبح من المسلم به أن تنص الدساتير على

¹ المرجع نفسه ، ص 145.

² المرجع نفسه ، ص 145.

تقييد سلطة الدولة وإلزامها باحترام المؤسسات والأنظمة والحقوق والحريات القائمة في المجتمع.¹

4- يُؤخذ على مذهب كلسن أنه لا يوضح أساس القانون، ذلك أن التدرج الهرمي للقواعد القانونية - عند كلسن- يقف عند القاعدة القانونية الكبرى وهي الدستور دون أن يتمكن من إسنادها إلى قاعدة أعلى تستمد منها شرعيتها وفقا لتدرج القواعد القانونية، ولذلك اضطر إلى القول بأن هذه القاعدة العليا التي يستمد منه الدستور شرعيته قد تتمثل في قاعدة عليا تاريخية صادرة إما عن ثورة أو عن مغتصب للسلطة، وهذا من شأنه أن يجعل هذا الضابط يعطي للدستور صفته الشرعية وقوته الملزمة أيا كان مضمونه، أي حتى ولو أخذ هذا الدستور بالاستبداد السياسي وكبت الحريات. فإذا لم يكن لهذا الضابط الأعلى وجود حقيقي فإنه يجب التسليم بوجوده على سبيل الافتراض... !! بحيث يعتبر جزءا من النظام القانوني الوضعي.²

5- أغفل مذهب كلسن قواعد القانون الدولي العام التي تنظم العلاقات بين الدول، ولم يجعل لها مكانا في الهرم القانوني الذي يقوم عليه هذا المذهب، ذلك أن كلسن أرجع النظام القانوني لكل دولة إلى دستورها فقط حيث جعل القواعد القانونية تتدرج تحت الدستور وتستمد قوتها منه، وهو ما يصلح أن يكون سندا للقواعد القانونية التي تحكم العلاقات داخل الدولة دون القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول. أي أن النظام القانوني الداخلي لا ينظم ولا يحكم العلاقات بين الدول.³

6- الخلط بين مفهوم القانون ومفهوم القرار الإداري ومفهوم الحكم القضائي: ذلك أن القانون عند كلسن يتكون من قواعد عامة (القواعد التشريعية)، وأيضا من قواعد فردية (مثل العقود الإدارية، الأوامر والقرارات الإدارية، الأحكام والقرارات القضائية) وهذا خطأ جسيم، ذلك أن هذه الأخيرة تفتقر لخاصية التجريد والعمومية، وبالتالي فهي ليست قانونا، بل هي إستناد وتطبيق للقانون.

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص.44- 46.

² المرجع نفسه.

³ مولود ديدان، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص ص.24 - 27.

المحاضرة رقم 05:

الفكرة الفرعية الرابعة: تفسير أصل القانون حسب مذهب الشرح على المتون.

يُعدّ مذهب الشرح على المتون¹ مذهباً من المذاهب الشكلية، لكنّه لم يكن ثمرة رأي لفقهاء واحد، بل إنّ هذا المذهب كان ثمرة لآراء مجموعة من الفقهاء الفرنسيين² على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة هي تقنين نابليون *CODE NAPOLEON* سنة 1804.³

¹ أطلقوا عليه اسم مذهب أو نظرية الشرح على المتون نظراً للطريقة التي جرى عليها هؤلاء الفقهاء في شرح تقنين نابليون متناً، أي نصاً تلو الآخر بنفس الترتيب الذي وردت به هذه النصوص في التقنين. والتزام معناها الحرفي ومراعاة ترتيبها الذي وردت به في التقنينات. أنظر: فاضلي إدريس، *مدخل...*، المرجع السابق، ص 132.

² ومن أشهر هؤلاء الفقهاء أوبري *Aubry* ورو *Rau* وديمولومب *Demolombe* وبودري لاكننتري *Baudry lacontenerie* والفقهاء البلجيكي لوران *Laurent*

أنظر: فاضلي إدريس، *مدخل...*، المرجع السابق، ص 132.

³ لقد كان الجزء الشمالي من فرنسا يخضع لنظام قانوني مستمد أساساً من قواعد العرف والتقاليد، بينما كان الجزء الجنوبي منها يخضع لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني، وقد كان توحيد القانون في مختلف أجزاء فرنسا أمنية ينشدها رجال الثورة الفرنسية، لذا ظهرت الحاجة إلى بلورة تقنين جديد شامل ولقد بادرت اللجان الثورية مهمة تحضير هذا القانون، فكان على رأسها الفقيه "جان ماري بورتاليس"، حيث كلفت لجنة كان على رأسها مهمة إعداد تقنين موحد أين قام بإعداده بالتوفيق بين القانون الروماني والجرماني وأنجب القانون المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة 1804 الذي كان له أثر كبير داخل فرنسا بل وخارجها. متأثراً بتعاليم المذهب الفردي ونظريات القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي، ولقد عرفت فكرة العقد الاجتماعي رواجاً كبيراً في أواخر القرن 16م مع ضمان حرية الإرادة وسيادة الشعب واعتبار القوانين تعبيراً عن الإرادة العامة. أنظر: فاضلي إدريس، *مدخل...*، المرجع السابق، ص 133؛ أنظر أيضاً: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 23.

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتن والناتج المترتبة عنها:

1- تقديس النصوص التشريعية:¹ تتفق المذاهب الشكلية في اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، ولكن مذهب الشرح على المتن يقوم على أساس احترام نصوص التشريع وتقديسها. ويكون التقديس من خلال ما يلي:

أ- يجب على القاضي أن يطبق النصوص التشريعية وأن يلتزم بأحكامها وليس به أن يدعي وجود عيب أو قصور في الحلول التي تقضي بها هذه النصوص، لأنها اشتملت على كافة الحلول لجميع المشكلات الاجتماعية، وما على القاضي- عند الضرورة - إلا أن يفسرها ليصل إلى الحل المناسب للمشكلة المطروحة أمامه، إذ يجب أن يقتصر عمله² على البحث داخل النصوص التشريعية للوصول إلى القواعد اللازمة، بحيث إذا عجز عن استخلاص قاعدة ما من نصوص التشريع فإن اللوم يقع عليه هو وليس على المشرع.

ب- ضرورة التزام إرادة المشرع وقت وضع النص وليس وقت تطبيقها: نظرا لأن النصوص التشريعية تعبر عن إرادة المشرع وقت وضعها، فإن فقهاء الشرح على المتن يرون أن العبرة في تفسير هذه النصوص التشريعية بإرادة المشرع أو نيته وقت وضع النصوص وليس وقت تطبيقها، فلا يجوز للشارح أو المفسر ان يفسر النصوص التشريعية وفقا لما يراه ملائما للظروف الاجتماعية الجديدة التي توجد وقت تطبيق هذه النصوص، لأن ذلك يعني أنه قد خرج عن إرادة أو نية المشرع التي أرادها وقت وضع النصوص ونسب إليه نية لم يتجه إليها ولم يقصدها. وعلى ذلك فإنه وفقا لهذا المذهب يعتد في تفسير النصوص بنية المشرع التي صاحبت وضعها سواء أكانت نية حقيقية أم مفترضة، ولا يعتد بنيته الاحتمالية وقت تطبيق النصوص.³

¹ إذ لا يكفي اعتباره علامة مادية وشكلا رسميا يجب الوقوف عنده للتعرف على القانون، بل لا بد من اعتناق أسلوب خاص في تفسير وشرح نصوص التشريع، على أساس تقديس التشريع واحترامه واعتباره تقنيا شاملا، فلا يبحثون عن شيء من القانون خارج النصوص وما يستنبط منها من أحكام ، فهو في نظرهم قانون كامل كالكتاب المقدس. أنظر: فاضلي إدريس، **مدخل...**، المرجع السابق، ص ص 132-135.

² أي عمل الشارح أو المفسر سواء أكان فقيها أم قاضيا ...

³ ويقصد بنية المشرع الحقيقية النية التي يمكن استخلاصها بوضوح من نصوص القانون... بينما تختلف النية الاحتمالية عن النية المفترضة في أن النية الاحتمالية تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد في الظروف

2- إعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون:

يذهب مذهب الشرح على المتون - مثله مثل بقية المذاهب الشكلية الأخرى- إلى أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يصدرها المشرع، ذلك أن هذه النصوص تتضمن جميع الحكام القانونية وتضع الحلول اللازمة لجميع الحالات، وبذلك يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، بحيث لا يوجد أي مصدر آخر للقواعد القانونية غير التشريع حسب هذا المذهب وكذا حسب بقية المذاهب الشكلية الأخرى.¹

ثانيا- نقد مذهب الشرح على المتون:

1- أهمل مذهب الشرح على المتون الجوهر وركّز على الشكل فقط: فهو مذهب شكلي - كبقية المذاهب الشكلية الأخرى- لأنه يكتفي بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون أن يبحث في جوهرها للتعرف على العوامل الموضوعية التي أثرت في تكوين التشريع (سواء أكانت واقعية كالعوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية... أم كانت مثالية كالدين والعقيدة والأخلاق والمقيم العليا التي يؤمن بها مجتمع ما)، صحيح أن التشريع أصبحت له مكانة كبيرة في الدول الحديثة ومظهر من مظاهر سيادة الدولة لكن الدول الديمقراطية تركز على جوهر التشريع وتعتبره مظهرا معبرا عن ديمقراطيتها، بل تسمح بعض الدول حتى بمشاركة الجمهور باقتراحاتهم وملاحظاتهم في مبادرات بعض القوانين.²

الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص، بينما النية المفترضة فإنها تمثل ما يقصده المشرع في الظروف القائمة وقت وضع النص. أنظر: فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص ص 134- 135.

¹ المرجع نفسه، ص 134.

² تعتبر استراليا مهذاً لفكرة مساهمة الجمهور في عملية ترسيم الدوائر الانتخابية، (أنظر الملحق المرفق رقم 03)، وفي عام 1983 جرى تغيير العملية لتعطي العامة فرصتين لتقديم التعليقات على المخططات المقترحة لإعادة توزيع الدوائر الانتخابية، إذ تتلقى "لجنة إعادة التقسيم" الأسترالية "redistribution committee" (المكونة من أربعة أعضاء: المفوض الانتخابي، مسؤول الانتخابات الرئيس في الولاية، مسؤولان من ذوي المناصب العالية في حكومة الولاية المعنية) اقتراحات من الجمهور، والأحزاب السياسية، والمرشحين، وأعضاء البرلمان ونشطاء سياسيون، وغيرهم من المواطنين المهتمين، وذلك قبل بداية إعداد مسودة الخطة، وما إن تنتهي لجنة إعادة توزيع الدوائر من إعداد الخطة، حتى تصغي "لجنة إنتخابية موسّعة" augmented

2- يجعل مذهب الشرح على المتن من التشريع المصدر الوحيد للقانون ويغفل المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف الذي يعتبر مصدراً هاماً من مصادر القانون يعبر عن رغبات الجماعة وحاجاتها الاجتماعية تعبيراً مباشراً. كما ينتقد هذا المذهب من حيث أنه يكتفي عند تفسير النصوص التشريعية بإرادة المشرع وقت وضع النصوص - ولو كانت قديمة جداً بالنسبة للنزاع - مما يؤدي إلى جمود القانون ويحول دون تطوره.

3- الرجوع نحو النزعة الاستبدادية: أدى مذهب الشرح على المتن بتقديسه النصوص التشريعية إلى تقديس إرادة المشرع وربط القانون بمحض إرادة المشرع وإهمال الظروف الاجتماعية المحيطة بالجماعة وعدم الاعتداد بإرادة الأمة ورغباتها وحاجاتها الاجتماعية، مما يؤدي إلى الاستبداد. غير أنه يلاحظ أن مذهب الشرح على المتن لم يبدأ بالنزعة الاستبدادية

"*electoral commission*" مشكلة من أعضاء اللجنة السابقة ومستكملة برئيس لجنة الانتخابات الأسترالية وعضو اللجنة من خارج الهيئة القضائية إلى اعتراضات الأحزاب السياسية، والمنظمات، والجمهور للخطة المقترحة، فتقوم هذه اللجنة بدراساتها، وتصدر قراراتها التي تعتبر نهائية، وبذلك يتم إنتاج الخريطة النهائية. إن الطريقة الوحيدة للمشرعين في أستراليا للتعليق على الخطة الفيدرالية لإعادة توزيع الدوائر هي من خلال عملية جلسات الاستماع العلنية... وعندما جرى وضع القواعد لإعادة تعديل حدود الانتخابات الفدرالية في كندا عام 1964، أدرك أعضاء البرلمان أنه من أجل أن تكون العملية منصفة تماماً، كان من الواجب ليس فقط أن تكون حرة من أي رابطة سياسية، وإنما يجب أن توفر أيضاً الفرص للناخبين للتعبير عن آرائهم، لذا تقوم كل لجنة بنشر خرائط في الصحف وتدعو العامة لجلسات استماع، يتم عقدها في عدة مواقع مختلفة يتم اختيارها من أجل تشجيع مشاركة القدر الأكبر من الأفراد. ويطلب من الجمهور تقديم إجازات مكتوبة أو عروض شفوية في جلسات الاستماع العلنية التي تعدها اللجنة، وفي جميع الحالات فإن القرار النهائي عن موقع ترسيم الحدود النهائي يبقى بين أيدي المفوضيات. لكن عقد جلسات الاستفسارات العامة في المملكة المتحدة يحدث فقط في حالة اعتراض السلطات المحلية أو مائة من الناخبين على الأقل على الخريطة المقترحة. ومن المزايا الرئيسية لتقنين مساهمة الجمهور في عملية ترسيم الدوائر الانتخابية نجد ما يلي:- يؤدي ذلك إلى معاينة العملية الانتخابية والمشاركة فيها من طرف المواطنين أنفسهم، إذا ما ساد وعي بأنها متاحة للجميع، وفي الدول التي تعتمد النظم الانتخابية التعددية أو الأغلبية، قد يكون منح الجمهور فرصة المساهمة في العملية أمراً ذو أهمية خاصة، لما يعكسه من نتائج انتخابية. - قد تتعارض أحيانا معايير إعادة تقسيم الدوائر الانتخابية، وعندئذ يثور التساؤل عن المعيار الأولي بالتطبيق، ولذلك فإن الجلسات العلنية مهمة في هذه العملية، فيتم مثلا تبني خطة إعادة تقسيم مبنية على حدود المجموعات الإثنية المجتمعة في مكان واحد بشكل أولى إذا أكد أعضاء الجمهور أن حدود المجموعات الإثنية أهم بالنسبة لهم من الحدود الإدارية. أنظر: بن ستيرة اليمين، ضمان الحقوق الانتخابية في مرحلة ما قبل الاقتراع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019، ص ص. 112- 114 .

كمذهب أوستن بل إنه تدرج إليها، فقد تأسس هذا المذهب في ظل النظم التي أنشأتها الثورة الفرنسية التي قامت ضد الاستبداد، وقد بدأت بالإيمان بالقانون الطبيعي وهو كفيل بتقييد الاستبداد ولكن تقديس النصوص ترتب عليه تقديس إرادة المشرع واعتبار القوة والسلطان هي كل شيء في القانون¹، مما يؤدي في النهاية إلى الرجوع إلى النزعة الاستبدادية.

تطبيق:

على ضوء دراستك للمدرسة الشكلية. أجب عمّا يلي:

- ماهي الفكرة الأساسية المشتركة لمذاهب المدرسة الشكلية؟
- استخرج الفكرة الفرعية لكل مذهب من مذاهب المدرسة الشكلية والتي شرح بها الفكرة الأساسية المشتركة؟

¹ وأن العبرة بالنصوص التي تضمنته بغض النظر عن مطابقتها من عدمها للقانون الطبيعي.

المبحث الثاني: أصل القانون والغاية منه حسب المدرسة الموضوعية:

" الربط بين القانون واحتياجات المجتمع "

يقصد بالمذاهب الموضوعية LES DOCTRINES RÉALISTES تلك المذاهب التي ترى أنّ إحتياجات المجتمع الموضوعية سواء في واقعه الذي يعيشه أو في مثله التي يؤمن بها هي التي تفرض وضع قانون على نحو معين"، فهي مذاهب لا تهتم بالشكل الذي تظهر به هذه القاعدة في الحياة العملية في صورة ملزمة، بل تهتم فقط بجوهر القاعدة القانونية أو المادة الأولية التي تتكون منها هذه القاعدة، فتتظر إلى القانون كظاهرة إجتماعية وتكشف عن العوامل الاجتماعية التي تُؤثر في تكوين وتطور القواعد القانونية، وهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع. غير أن أنصار هذه المذاهب الموضوعية وإن كانوا قد اتفقوا فيما بينهم من حيث الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية، إلا أنّهم قد اختلفوا من حيث مضمون هذا الجوهر، مما أدى إلى ظهور مدرستين في هذا الشأن: مدرسة واقعية *école positiviste* ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة، و مدرسة مثالية *école idéaliste* ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الانسان بعقله.¹

¹ وقد كانت المدرسة المثالية هي السائدة حتى بداية القرن التاسع عشر، حيث ظهرت فلسفة جديدة تتناقض الفلسفة التي تعتمد عليها المدرسة المثالية، هي الفلسفة التي تقوم على حقائق الحياة الواقعية الملموسة التي أدت إلى قيام المذاهب الواقعية التي تتكون منها المدرسة الواقعية.

المطلب الأول:

تفسير أصل القانون والغاية منه حسب المذاهب الواقعية.

"الربط بين القانون وواقع المجتمع"

المذاهب الواقعية هي التي لم تبصر من جوهر القانون إلا الواقع الملموس من حقائق الحياة الاجتماعية¹، وهي تشمل المذهب التاريخي، ومذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي.

¹ لذا يطلق عليها أيضا إسم "المدرسة العلمية"، فهي تنظر للقانون بأنه علم اجتماع واقعي يقوم على الملاحظة والتجربة كما هو الحال في العلوم الأخرى، لا تؤمن المذاهب الواقعية إلا بالواقع المحسوس، ولقد أسسها الفقيه "جيريمي بانتام"، لذا فقد اجتاحت أفكارها فلسفة القانون مما نتج عنه بروز عدة مذاهب.

المحاضرة رقم 06

الفكرة الفرعية الأولى: تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب التضامن الاجتماعي

LA DOCTRINE DE LA SOLIDARITE SOCIALE

يقوم هذا المذهب على المشاهدة والتجربة، إذ تبنى ديغي DUGUIT نفس منهج العلوم الطبيعية في دراسته للعوامل التي تؤدي إلى نشوء القواعد القانونية وتطورها وهو منهج البحث الواقعي الذي يقوم على ملاحظة الظواهر الملموسة ليستخلص منها حقائق علمية ملموسة، لذلك فهو لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية التي تقوم على المعرفة العلمية الصحيحة ثمرة التجربة العلمية من خلال لتحقق منها بالمشاهدة والتجربة على وجه اليقين، أما ما عدا هذه الحقائق الواقعية الملموسة فيعتبر نوعا من الخيال لا يعتد به.¹

أولا- الفكرة التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي والنتائج المترتبة عنها:

يقوم مذهب التضامن الاجتماعي عند ديغي على حقائق واقعية ملموسة وهي:²

1- وجود مجتمع يعيش فيه الانسان مع غيره من الناس، فهذا المجتمع حقيقة واقعية ملموسة (الانسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع).

2- الشعور بالتضامن الاجتماعي كأساس للقاعدة القانونية عند ديغي: وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع- حسب ديغي- حقيقة واقعية ملموسة، ذلك أن الانسان لا يستطيع أن يفي كل حاجاته بنفسه بمعزل عن باقي أفراد المجتمع. وكلما تقدمت المدنية تعددت حاجات الانسان

¹ وترتبط على ذلك فإن ديغي DUGUIT ينكر كثيرا من الأسس والنظريات أو الأفكار التي يقوم عليها القانون، كفكرة الحق، حيث ينكر وجود حقوق متصلة بشخص الانسان يهدف القانون إلى حمايتها، وفكرة الشخصية القانونية، وفكرة السيادة، وفكرة القانون الطبيعي، وفكرة المثل العليا التي يستمد منها القانون الطبيعي، ذلك أن ديغي يرى أن هذه الأفكار لا يقوم على صحتها دليل من الواقع الملموس، وبالتالي لا يمكن الاستناد إليها لبناء نظرية علمية للقانون، فالمعرفة العلمية الصحيحة التي يجب توافرها لبناء مقل هذه النظرية تحتم عدم الاعتداد أو التسليم إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة، فالقانون علم من علوم الاجتماع التي يجب أن يقتصر البحث فيها على المشاهدة والتجربة والاستنتاج للوصول إلى الحقائق العلمية الواقعية. أنظر: حسين فريجة، تطور مناهج العلوم القانونية عبر العصور، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص. 121؛ وانظر أيضا: أنظر: منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

² فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص. 174-177.

التي يتعدّر بل يستحيل عليه اشباعها بنفسه، فهي حاجات مشتركة بين الأفراد لا يمكنهم تحقيقها إلا بالحياة المشتركة. وتحقيق التضامن بنوعية¹ يستلزم وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع من خلال تنمية هذا التضامن والامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال به². وهذه القواعد الاجتماعية قد تكون مجرد قواعد اقتصادية تحكم نشاط الأفراد المتعلق بنتاج الثروات وتداولها واستهلاكها، ويكون الجزاء على مخالفتها هو الخسارة المحققة في الثروة. وقد تكون مجرد قواعد أخلاقية تبين طريقة سلوك الأفراد بما يتفق والآداب العامة في المجتمع، ويكون الجزاء في مخالفتها هو استنكار الناس. غير أن هذه القواعد الاقتصادية والأخلاقية قد ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية ويتخذ الجزاء على مخالفتها صورة الاجبار، أي الجزاء المنظم الذي تستخدمه الدولة لكفالة احترام القواعد القانونية. ولكن ديجي لا يسلم بأن القواعد الاقتصادية والأخلاقية ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية لمجرد وجود الجزاء المنظم أو الاجبار الاجتماعي عند مخالفتها، لأن ذلك يؤدي إلى أن تكون الدولة وهي التي تتولى توقيع هذا الجزاء وتحنكر سلطة الاجبار في المجتمع هي التي تخلق القانون مما يجعل القوة هي أساس القانون، وهو ما لا يسلم به ديجي¹، وبذلك يكون أساس القاعدة القانونية عند ديجي هو شعور الأفراد بالتضامن

¹ نوعي التضامن عند ديجي - التضامن بالاشتراك (التشابك): *Solidarité par similitude* الذي ينشأ عند تشابك حاجات أو رغبات الأفراد اختلاف الأفراد في ميولهم واستعداداتهم ومقدرتهم وكفايتهم الإنتاجية، وهو ما يجعل كلا منهم يواجه جهده ونشاطه نحو عمل معين أو خدمة معينة ثم يتبادل مع غيره ثمرة مجهوده ونتاج عمله وخدماته، ويزداد هذا النوع من التضامن بتقديم المدنية وتعقد سبل الحياة، حيث يميل الناس إلى التخصص في عمل معين. ويتطلب عندئذ تحقيقها تضامن الأفراد فيما بينهم. وقد يكون تضامنا بتقسيم العمل *Solidarité par division du travail* الذي ينشأ عند اختلاف الأفراد في ميولهم ورغباتهم وهذا ما جعل 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 المجتمع. أنظر: المرجع نفسه، ص. 175-177؛ وأنظر: حسين فريجة، المرجع السابق، ص.122.

² قد نشأ منها ما يسمى بالأصل أو الحد الاجتماعي *norme sociale* الذي يعني الحد الفاصل بين الأعمال التي يجب القيام بها والأعمال التي يجب الامتناع عنها تحقيقا للتضامن الاجتماعي، ويتفرع عن هذا الحد أو الأصل الاجتماعي كل القواعد الاجتماعية التي تحكم سلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع. أنظر: فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص. 176 .

sentiment de la solidarité الذي يجب المحافظة عليه عن طريق استخدام القوة المنظمة في الجماعة.

3- الشعور بالعدل الواقعي لدى الأفراد كأساس إضافي للقاعدة القانونية عند ديجي... !! (وليس العدل المثالي كفكرة مهيمنة ومثل أعلى للجميع): تبين لديجي فيما بعد عدم كفاية الشعور بالتضامن الاجتماعي وحده كأساس للقاعدة القانونية ولذلك أضاف إليه أساسا آخر يعززه، هو الشعور بالعدل sentiment de la justice، وبذلك يكون أساس الالتزام في القاعدة أساسا مزدوجا، هو الشعور بالتضامن والشعور بالعدل وهو أساس واقعي - حسبه- مستمد من المشاهدة والتجربة. لكن أعطاه مدلولاً بعيداً كل البعد عن معناه الحقيقي (أنظر الشرح أسفله)²... !!

ثانياً - نقد مذهب التضامن الاجتماعي:

يمتاز مذهب التضامن الاجتماعي بأنه أظهر أهمية الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانونية، كما أعطى بعداً علمياً مبنياً على أساس الملاحظة والتجربة في القانون، فهي حقائق لا يجوز إغفالها عند البحث في أساس القانون وفيما عدا هذه الميزة، فقد انتقد هذا المذهب كما يأتي:

1- إن تطبيق المناهج العلمية التجريبية على الظاهرة الاجتماعية للقانون صعب ويستحيل في بعض الحالات، وهذا لأن العلوم الاجتماعية تخضع لمبدأ الغائية أي أن لكل ظاهرة هدف وغاية يحققها القانون. لقد أراد ديجي أن يخضع القانون للمناهج العلمية الواقعية التجريبية لكن

¹ حيث يرى أن القانون ليس من خلق الدولة، بل من خلق المجتمع استجابة لمقتضى التضامن الاجتماعي بين الأفراد في هذا المجتمع. ويقرر ديجي أن القواعد الاقتصادية والأخلاقية لا ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية إلا إذا شعر الأفراد في المجتمع بأن هذه القواعد ضرورية لحفظ التضامن الاجتماعي وأن كفالة احترامها يستلزم استخدام قوة الإكراه الاجتماعي. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 103 - 104.

² ولكن الشعور بالعدل لا يقصد به عند ديجي المثل الأعلى للعدل أو فكرة العدل ذاتها، لأن ذلك لا يعتبر من قبيل الحقائق الواقعية الملموسة، وبالتالي لا يتفق مع مذهبه، بل يقصد به الشعور بالعدل القائم فعلاً لدى الأفراد في المجتمع بما هو عدل وبما هو ليس بالعدل. ذلك أن صفة الإنسان الاجتماعية لا تنفي صفته الفردية فالإنسان كائن اجتماعي لا يعيش إلا في مجتمع، إلا أنه في نفس الوقت كائن فردي له كيان مستقل عن سائر أفراد المجتمع الذي يعيش فيه، وله أشياء يختص بها وحده دون الآخرين، وهذه الصفة الفردية تولد لدى الإنسان شعوراً بالعدل يتمثل في ضرورة احترام كيان وممتلكات الآخرين، لكي يحترم الآخرون كيانه وممتلكاته، فالإنسان إذن يشعر بالتضامن مع غيره لأنه كائن اجتماعي، ويشعر بالعدل لأنه كائن فردي. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص. 106 - 110.

المنهاج العلمي التجريبي وإن كان يصح الأخذ به بالنسبة للعلوم الطبيعية فإنه لا يصح الأخذ به بالنسبة للعلوم الاجتماعية ومنها القانون. ذلك أن الظواهر الطبيعية ترتبط بفكرة السببية بحيث تتحقق النتيجة كلما وجد السبب في حين أن الظواهر الإرادية التي تتناولها العلوم الاجتماعية فنتجه نحو تحقيق غاية معينة ولا بد من تدخل الإرادة لتحقيق هذه الغاية. وأيضا فإن القانون - على خلاف العلوم الطبيعية - لا يكتفي بالواقع أي بما هو كائن، بل ينتقل من الواقع إلى الواجب أي إلى ما يجب أن يكون، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة إلى دائرة العقل والتفكير، ومن ثم فإن إخضاع القانون للمنهاج العلمي الواقعي التجريبي يُعد إغفالا لطبيعة القانون وإنكارا لوظيفته.¹

2- إحتواء فكرة ديجي تناقض من خلال إعماده على التضامن بين الأفراد كأساس للقاعدة القانونية وإغفاله للتنازع بين الأفراد، فاعتمد بذلك النزعة المثالية. دون إعتبرها من أسس القاعدة القانونية لم يلتزم ديجي بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه مذهبه بل خرج عن هذا الأساس مناقضا نفسه، فمن جهة أغفل ديجي حقيقة التنافس والتنازع واقتصر على اختيار حقيقة التضامن باعتبار أنها حقيقة واقعية كأساس للقاعدة القانونية، وبهذا خرج من المنهاج الواقعي الذي أقام عليه ديجي مذهبه، أي أن إختيار ديجي لحقيقة التضامن من دون حقيقة التنافس والتنازع كأساس للقانون، لا يكون إلاّ على أساس المثالية التي تتعارض مع منهجه العلمي الواقعي. ومن جهة أخرى فإن حقيقة التضامن لا تقتصر على التضامن في الخير بل تشمل أيضا التضامن في الشر، فالتضامن في الشر أيضا هو حقيقة واقعية في المجتمع تثبت بالمشاهدة والتجربة، وواضح أن ديجي يقتصر على الأخذ بحقيقة التضامن في الخير كأساس للقاعدة القانونية دون التضامن في الشر، وفي ذلك خروج عن المنهاج الواقعي التجريبي وعلى ذلك فإن التضامن كحقيقة واقعية لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية إلا بإعطائه قيمة مثالية بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل، وهو ما يثبت استحالة اتخاذ الواقع بمفرده أساسا

¹ فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص ص. 177-178.

للقانون. كذلك فإن مذهب دوجي كثيرا ما ينزلق إلى مجاوزة حدود الواقع التجريبي إلى ما وراء المحسوس فيدخل بذلك في تناقض مع نفسه ومنهجه العلمي.¹

3- أخذ دوجي بالفكرة الواقعية للعدل وترك البعد المثالي له، إذ كان يجب على ديجي عند أخذه بالعدل كأساس للقانون أن يعتد بحقيقة العدل ذاتها كما يفرضها العقل وليس بما يتمثله الأفراد للعدل أو يشعرون به، فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذي يخضع للأفراد بحيث يكون رهنا بارادتهم واعتقادهم وأهوائهم الشخصية، والقول بغير ذلك على النحو الذي ذهب إليه ديجي، يؤدي إلى اعتبار بعض النظم، كنظام الرق الذي كان موجودا لدى الجماعات القديمة، ونظام التفرقة العنصرية الذي ما زال موجودا عند بعض الجماعات الحديثة، نظما عادلة لمجرد شعور الأفراد في هذه الجماعات واعتقادهم بأنها نظم عادلة، وهو ما لا يمكن التسليم به. لذلك فالقانون يجب أن يستند إلى الحقائق الموضوعية دون النزعات والأهواء الشخصية حتى لا يؤدي إلى الفوضى والتحكم.

وأخيرا فإنه رغم ما وُجه إلى مذهب ديجي من انتقادات إلا أنه يبقى له الفضل في زعزعة الإعتقاد الذي كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلي بحت، بل سلط الأضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الإجتماعية وأثرها الكبير في تكوين القانون.²

¹ فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص 177-179؛ حسين فريجة، المرجع السابق، ص. 125.

² المرجع نفسه، ص. 180.

المحاضرة رقم 07:

الفكرة الفرعية الثانية: تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب التطور التاريخي.

ظهرت بوادر هذا المذهب في فرنسا¹، حيث بدأ بعض الفلاسفة في إظهار أثر الظروف المحيطة في القوانين، واكتمل في ألمانيا على يد الفقيه الألماني سافيني *SAVIGNY* مذهب محدد الأسس واضح المعالم هو مذهب التطور التاريخي (أو إختصارا المذهب التاريخي):

أولا- الفكرة التي يقوم عليها مذهب سافيني والنتائج المترتبة عنها:

يقوم المذهب التاريخي على الأسس الآتية:

1- تكوّن القانون وتطوره آليا!! حسب هذا المذهب فإن المشرع لا يخلق القانون الذي يصدره لأن القانون يخلق نفسه ويتكون تلقائيا (من صنع الزمن) دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في تكوينه ولا من وحي مثل أعلى، فهو ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة ويقتصر دور المشرع على مراقبة تطور القانون في ضمير

¹ من الفقهاء الذين مهدوا بأفكارهم للمذهب التاريخي الفقيه الفرنسي "بورتاليس" *PORTALIS* ، أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في القرن 19، فقد دافع عن فكرة أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية، حيث يقول: "تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن، فهي في الحقيقة لا تصنع ... ؟ !! لكن من أهم الفلاسفة الذين أظهروا أثر البيئة في اختلاف القوانين الفيلسوف "مونتيسكيو" *MONTESQUIEU* (1689-1755)، و هو ناقد إجتماعي ومفكر سياسي أدرك ما في بيئته من نقائص فعمل على التنبيه إليها، نشر رسائل فارسية 1721 م تخيل فيها إثنين من أبناء فارس يزوران فرنسا ويبعثان بخواطرهما إلى أصدقائهما في وطنهما، وهذه الخواطر عبارة عن نقد المجتمع الفرنسي في عاداته وأخلاقه وحكومته وديانته في تهكم تارة وفي جد تارة أخرى. ثم وضع كتابه الشهير "روح القوانين" *ESPRIT DES LOIS* « 1748، بعد أن درس القوانين في إيطاليا والنمسا وسويسرا وهولندا وإنجلترا وجنيف، أبرز فيه دور العوامل المختلفة في البيئة والتي تشكل روح القوانين، حيث قرر أن قوانين كل بلد يجب أن تتلاءم مع طبيعة الشعب الذي صدرت من أجله، وأن تتفق مع طبيعة هذا البلد ...، ويعتبر من قبيل الصدفة أن توافق قوانين أمة معينة أمة أخرى، لكنه يضيف فيقول: "أن القانون يولد ويتطور في ضمير المجتمع، فهو نتاج التاريخ" ...؟! !! وقبله نشر كتابا بعنوان: "إعتبرات في أسباب عظمة الرومان وانحطاطهم" سنة 1734 م . ساهم بأفكاره في تهيئة الجو للثورة الفرنسية، يرى أن الحاكم المستبد يحكم من أجل مصلحته الخاصة ويضحي في سبيلها بمصلحة الشعب، فمثلته مثل المتوحش الذي يقطع الشجرة ليقطف الثمرة، مع كسله وميله للذة، يولي وزيراً يقوم عنه بكل المهام ويتحمل عنه التبعات.. من الأفكار التي نادى بها أيضا " مبدأ الفصل بين السلطات" على أساس من الرقابة المتبادلة بين أجهزتها وأعضائها لإرساء حكومة متوازنة تهدف إلى إرساء الأوضاع والنظم التي تكفل التوازن في الدولة. " أنظر كلا من: حسين فريجة، المرجع السابق، ص ص 118-121؛ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص 82 - 83.

الجماعة ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس...!. غير أنه يجب على المشرع متابعة كل تطور جديد وتعديل نصوص القانون بما يتفق مع هذا التطور، ولعل هذا هو السبب في عدائه للتشريع حيث يخشى أنصاره - حسبه- أن يؤدي إلى تثبيت قواعد القانون في نصوص جامدة تمنعه من الاستجابة للتطور الحتمي للمجتمع.¹

2- **إختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع:** يرى هذا المذهب أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها يتأثر بظروفها الجغرافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية وغيرها حسب ظروف كل مجتمع المختلفة مكانا وزمانا، ولذلك فإن قانون كل دولة يختلف عن قانون غيرها من الدول بل يختلف في الدولة الواحدة من زمان إلى آخر تبعا لتغير الظروف. لذا يعتبر العرف مصدر القانون الأمثل لديه.²

3- **محاربة فكرة تجميع القوانين وفكرة القانون الطبيعي**³ كان هدفه الذي تأسس من أجله: العبرة في القانون- حسب سافيني- بالقواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتؤيدها التجربة في مجتمع معين، وقد دلت التجربة على أن القانون ليس ثابتا ولكنه يتغير في الزمان والمكان ويتطور بتطور البيئة الاجتماعية مما يجعل تقنينه في مجموعات ثابتة عملا ضارا، لأن هذا التقنين أو التجميع من شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين وعدم تطورها، بسبب - حسبه- أن

¹ وليس من الضروري أن تكون هذه الجماعة أمة واحدة، بل يجوز أن تشترك عدة أمم في جماعة واحدة وأن يتكون في ضميرها الجماعي قانون مشترك بينها كالقانون الدولي العام. أنظر: مولود ديدان، المرجع السابق، ص 61-68

² المرجع نفسه.

³ عبر سافيني *SAVIGNY* عن ذلك في مقال نشره سنة 1814 بعنوان "اتجاه العصر نحو التشريع والقضاء" بين فيه مضار التقنين وعيوبه وهاجم مذهب القانون الطبيعي الذي تجد فيه فكرة تجميع القوانين سندا لها ، حيث وضح فيه سافيني الأسس والمبادئ التي أقام عليها المذهب التاريخي، حيث تبعه كثير من الفقهاء والمفكرين منهم هوجو ، بيتشا، سالي. وقد نادى سافيني بمذهبه لكي يحارب الدعوة التي ظهرت في ألمانيا من أجل تقنين القانون المدني الألماني أسوة بالتقنين المدني الفرنسي، إذ وجدت حركة تجميع القوانين تأييدا كبيرا من جانب كثير من الفقهاء في الدول المختلفة (من بينهم بعض الفقهاء في ألمانيا يتقدمهم الفقيه الألماني "تیبو" *THIBAUT*) لأنها كانت تتفق مع مبادئ القانون الطبيعي التي كانت سائدة في ذلك الوقت إذ أن المشرع عند تجميع القوانين لم يفعل شيئا أكثر من أنه استمد هذه القوانين من قواعد القانون الطبيعي الأبدية الثابتة التي تصلح لكل زمان ومكان، ثم دونها في تقنيات، و كان العيب الذي يؤخذ على تجميع القوانين - حسب سافيني- هو خشية أن يؤدي ذلك إلى جمود هذه القوانين وعدم تطورها. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 83-84 .

التقنيات ينظر إليها عادة على أنها عمل خالد . ولذلك يدعو أيضا إلى إنكار وجود القانون الطبيعي حيث يرى سافيني أنه لا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل (القانون الطبيعي) ويتم من خلالها التقنين والتشريع، بل القانون نتاج الزمن والتاريخ.

4- وفقا للمذهب التاريخي يجب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع ألا يتجه البحث عن نية المشرع وقت وضع هذه النصوص لأن هذه النية كانت وليدة الظروف التي أحاطت بها، بل يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص التشريعية ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها. وبعبارة أخرى فإن المذهب التاريخي يأخذ في تفسير القانون بالنية الاحتمالية للمشرع، وهي النية التي يحتمل أن يقصدها المشرع لو أنه كان يضع النصوص التشريعية في الوقت المراد تطبيقها فيها.¹

ثانيا- نقد مذهب التطور التاريخي: وُجّهت انتقادات إلى المذهب التاريخي من أهمّها:

1- يمتاز المذهب التاريخي بأنه أوضح أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون، بعد أن أغفلته المذاهب الأخرى وأنكرت دوره في إنشاء القواعد القانونية لكنه بالغ في اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون، وأنه أفضل من التشريع لأن العرف - حسبه- هو تعبير مباشر وتلقائي عن الضمير الجماعي ويكفل تطور القواعد القانونية بطريقة طبيعية، بينما التشريع يقتصر على التعبير غير المباشر عن هذا الضمير الجماعي. صحيح أن العرف كانت له الأولوية على غيره من مصادر القانون في العصور الأولى من حياة الانسان عندما كانت الحياة تتميز بالبساطة أما في العصر الحديث فتعقدت الحياة وهذا يتطلب قدرا كبيرا من التنظيم والسرعة وأصبح تدخل إرادة الانسان أمرا ضروريا، وأصبح التشريع هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون ولم يعد العرف إلا مصدرا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود نص تشريعي.²

¹ فاضلي إدريس، الوجيز...، المرجع السابق، ص ص. 177 - 179 .

² المرجع نفسه.

2- يمتاز المذهب التاريخي بأنه يرجع إليه الفضل في بيان أن القانون ليس تعبيراً عن إرادة الحاكم، كما يمتاز بأنه كشف عن الارتباط بين القانون والبيئة التي ينشأ فيها والجماعة التي يتوجه إلى تنظيم الأمر فيها، فهو لا يتكون من قواعد جامدة بل يتكون من قواعد متطورة تلائم ظروف المجتمع وتستجيب لحاجات الجماعة ورغباتها فهو نتيجة تفاعل الظروف والعوامل الاجتماعية المختلفة المحيطة بالجماعة ولذلك فإن المشرع لا يستطيع أن يفرض على الجماعة قانوناً لا يتفق مع حاجاتها ورغباتها ولا يساير تطورها التاريخي. لكن المذهب التاريخي تغافل عن دور الإنسان في تطوير القانون فنتيجة كفاح الشعوب تم إلغاء قانون الرق والاعتراف بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وبالغ في اعتبار تطور القانون تطوراً آلياً وهذه بدعة كبرى...!! ولهذا يؤخذ عليه إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القانون وتوجيه تطوره، حيث قرر هذا المذهب أن القانون ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة تطوراً آلياً دون دخل لإرادة الإنسان، وهذا غير صحيح، فإذا كانت الجماعة ورغباتها تؤثر في تكوين القواعد القانونية إلا أن هذا لا يمكن أن يحجب الدور الإيجابي الهام الذي يقوم به العقل الإنساني في إنشاء وتكوين القواعد القانونية وتطويرها، فالإنسان هو الذي بين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها، ثم يوجه القانون نحو تحقيق هذه الغاية، وهو الذي يعمل على ملاءمة القانون للظروف والعوامل الاجتماعية المختلفة التي تحيط بالبيئة والجماعة. ذلك أن المذهب التاريخي قد أهمل دور المشرع في اختيار أنسب القوانين التي تصلح للشعب وتتفق مع حاجاته.¹

3- معارضة المذهب التاريخي لحركة جميع القوانين في تقنينات واعتبارها عمل ضار يؤدي إلى جمود القوانين وعدم مسايرتها للتطور في المجتمع لا تقوم على أساس صحيح. إذ للتقنين

¹ فمثلاً شعرت الأمم في السنوات الأخيرة بحاجاتها إلى حماية العمال بعدة وسائل كتقرير حق العامل في التعويض عن كل ما يصيبه من أضرار أثناء العمل حتى ولو لم يقع أي خطأ من جانب رب العمل وفرض نظام التأمين الاجتماعي... ومن ناحية أخرى فإن المذهب التاريخي قد أهمل دور الأفراد وكفاحهم ضد القوانين الظالمة التي يفرضها الحكام الطغاة، وكننتيجة لكفاح الشعوب ومقاومتها للقوانين الظالمة تم إلغاء القوانين التي تنظم الرق والسخرة، وتم إلغاء أو تعديل القوانين التي تمكن أصحاب الأعمال من الاستبداد بالعمال، كما تم تحرير الشعوب من حكمها الظالمين. وعلى ذلك فإن للطبقة المحكومة المخاطبة بأحكام القانون دور هام في توجيه تطور هذا القانون، وهو ما ينكره المذهب التاريخي الذي يجعل الأفراد يقفون مكتوفي الأيدي منتظراً للتطور الذي يجود به الزمن ببطء شديد...!!! أنظر: فاضلي إدريس، مدخل...، المرجع السابق، ص 171-173. وانظر أيضاً: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 96-99.

مزيا كثيرة أهمها أنه يعتبر وسيلة لتوحيد القانون في مختلف أجزاء الدولة في كتاب واحد بشكل واضح ومحدد على هيئة مواد مسلسلة ، فضلا عن أنه يوفر للمشتغلين بالقانون الوقت والجهد، هذه المزايا أدت إلى انتشار حركة التقنين في كثير من الدول ومنها ألمانيا ، حيث ظهر التقنين المدني الألماني سنة 1900 موحدا للقانون في جميع أنحاء ألمانيا، وعليه ليس صحيحا أن عملية التقنين تضي على نصوص التقنين من المهابة والقدسية ما يجعل المشرع يتردد في تعديلها بما يلائم التطور في المجتمع. بل يبادر إلى تعديلها كلما دعت الحاجة إلى ذلك.¹

4- أن ما ذهب إليه المذهب التاريخي من أن القانون هو وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع ينطوي على شيء من المبالغة ولا يتفق مع الواقع. بعض الدول قد نقلت قوانينها بصفة كلية أو جزئية عن قوانين دول أخرى، ومع ذلك بقيت هذه القوانين صالحة في بيئة تختلف في ظروفها عن البيئة التي نقلت منها اختلافا كبيرا، فمثلا نقلت مصر بعض قوانينها عن القوانين الفرنسية، ونقلت تركيا قانونها المدني عن القانون المدني السويسري، وأخذ القانون الهندي والقانون الأمريكي بعض أحكامه عن القانون الإنجليزي، كذلك كانت فرنسا قبل صدور تقنين نابليون يخضع الجزء الشمالي منها لقانون مستمد من العرف، ويخضع الجزء الجنوبي منها لقانون مستمد من مبادئ القانون الروماني، ومع ذلك نجح التقنين فيها نجاحا عظيما.²

¹ المرجع نفسه.

² كما اتحدت شعوب كثيرة وتركت قوانينها وطبقت قانونا موحدا كما حدث في ألمانيا وسويسرا وغيرها من الدول التي تتكون من عدة ولايات أو مقاطعات تختلف فيما بينها من حيث الظروف المحيطة بالبيئة، ومع ذلك تخضع لحكم قانون موحدا. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص. 90-92.

المحاضرة رقم 08:

الفكرة الفرعية الثالثة: تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب الغاية الاجتماعية

LA DOCTRINE DU BUT SOCIAL

مذهب الغاية الاجتماعية هو مذهب من المذاهب الواقعية نادى به الفقيه الألماني أهرنج IHERING (1818-1892) الذي كان أستاذا للقانون في جامعة "كيل" و"فيينا"، ولقد نشأ في أحضان المدرسة التاريخية ثم تحول عنها، بسبب التغييرات الاقتصادية الهائلة التي حدثت في أواخر القرن الماضي والتي أظهرت قصور القانون عن إيجاد الحلول ، فتحول "إهرنج" عن المدرسة التاريخية ولم يستق منها إلا فكرتها الأساسية وهي أن القانون كائن حي يولد في ضمير المجتمع وينمو ويتطور بتطوره ، ولكنه خالفها في كيفية نشوء القانون في المجتمع وفي العوامل المؤثرة في تكوينه، إذ أنه لا يتطور بشكل آلي لادور للإنسان فيه، فذهب إلى أن القانون ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح، الغاية هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه، والكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية.¹

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية والنتائج المترتبة عنها:²

1- تخضع الظواهر الطبيعية لقانون العلية (السببية) أما الظواهر الاجتماعية والأدبية فتخضع لقانون الغاية، ولذلك فالقانون كظاهرة إجتماعية يخضع لقانون الغاية وغاية القانون هي حفظ المجتمع والمصلحة العامة: يقوم مذهب الغاية الاجتماعية على أساس أن " القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، وقد يتطلب تحقيق هذه الغاية شيئاً من الكفاح من جانب الانسان. وبعبارة أخرى فإن أهرنج يرى أن القانون في تطور مستمر ولكنه ليس تطوراً تلقائياً كما يدعي أنصار المذهب التاريخي بل هو تطور يخضع إلى حد كبير لإرادة الانسان، فالقانون ظاهرة اجتماعية والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية، كتعاقب الليل والنهار بسبب الجاذبية، تحدث كلما توافرت

¹ ولذلك فإن هذا المذهب يسمى أيضا بمذهب الغاية والكفاح أو مذهب الكفاح.

² أنظر: فاضلي إدريس، الوجيز...، ص ص. 180-182.

أسبابها دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في حدوثها 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.

2- من الخطأ القول بأن القانون يتبع في تطوره طريقا حتميا كالظواهر الخاضعة لقانون السببية والصحيح أنه يسعى في تطوره نحو غاية معينة، فتطوره تطور مبصر لا أعمى يهتدي فيه بنور العقل. ولذلك لا يقتصر الإنسان على النظر في تطور القانون بعين المتفرج بل يوجهه بإرادته وعقله نحو غايته ويؤثر فيه وبكيفية بل أنه يتعين عليه في أغلب الأحوال الكفاح نحو غايته. وتلعب إرادة الانسان دورا كبيرا وإيجابيا في نشأته وتطوره - باعتباره القانون ظاهرة اجتماعية- وقد يصل هذا الدور إلى درجة الكفاح واستخدام القوة والعنف لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة، 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.

ثانيا- نقد مذهب الغاية الاجتماعية:

رغم واقعية هذا المذهب كونه يبرز دور الإرادة الإنسانية في نشأة القانون وتطوره إلا أنه يعاب عليه ما يأتي:¹

1- جعل غاية القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل: يمتاز مذهب الغاية الاجتماعية بأنه بين أهمية الدور الذي تلعبه " إرادة الانسان " في نشأة القانون وتطوره، وأوضح خطأ المذهب التاريخي من حيث أنه يجعل نشأة القانون وتطوره يتم بطريقة آلية تدعو الانسان إلى التواكل والتهاون والوقوف موقف المتفرج من تطور القانون الذي لا يتجه نحو غاية معلومة،

¹ أنظر: مولود ديدان، المرجع السابق، ص ص. 68 - 69.

ولذلك للفقهاء "أهرنج" الفضل في التنبيه إلى أخطاء مذهب التطور التاريخي، غير أنه أخذ على هذا المذهب أنه يجعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل في هذا المجتمع.

2- جعل هذا المذهب الكفاح أساس تطور القانون وهذا تبرير لمنطق القوة وتبرير لمذهب الغاية تبرر الوسيلة: أخذ على مذهب " الغاية الإجتماعية" أنه يبني القانون على الكفاح والصراع، ويربط تطوره بنتيجة هذا الكفاح والصراع الذي تكون الغلبة فيه للقوة حتى ولو لم تكن على حق.

3- إفراط هذا المذهب في جعل القواعد القانونية كلها رهنا لإرادة الإنسان وهذا يتنافى والأعراف التي هي من مصادر القانون: أخذ عليه المغالاة في جعل تطور القواعد القانونية كلها متوقفا على إرادة الإنسان، ففي الحقيقة والواقع أن إرادة الإنسان ليست وحدها الأساس الذي تقوم عليه نشأة القانون وتطوره حيث توجد قواعد قانونية تتكون بطريقة لا تظهر فيها إرادة الإنسان بشكل ملموس كالقواعد القانونية التي مصدرها العرف.

المطلب الثاني:

تفسير أصل القانون والغاية منه حسب المذاهب المثالية.

"الربط بين القانون ومثل المجتمع"

تنحصر المذاهب المثالية في مذهبين هما: مذهب القانون الطبيعي، ومذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، وندرسهما تباعاً:

المحاضرة رقم 09 :

الفكرة الفرعية الأولى: أصل القانون والغاية منه حسب مذهب القانون الطبيعي.

بدأت فكرة القانون الطبيعي لدى فلاسفة اليونان فكرة فلسفية، ثم صارت لدى فقهاء الرومان فكرة قانونية، ثم أصبحت لدى رجال الكنيسة في العصور الوسطى فكرة دينية، ثم تحولت لدى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية.

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب القانون الطبيعي والنتائج المترتبة عنها:

لقد كانت فكرة القانون الطبيعي لدى فلاسفة اليونان فكرة فلسفية أساسها التأمل في مظاهر الحياة الاجتماعية. فقد فكر هؤلاء الفلاسفة بتأمل في ذلك النظام الثابت المطرد الذي يسير عليه الكون. القول بوجود قانون أعلى يحتوي على قواعد خالدة أبدية ثابتة في الزمان والمكان تهيمن على نظام الكون كله، وهي قواعد لم تكتب ولا سبيل لمحوها لأنها ليست من صنع البشر وإنما يقتصر العقل البشري على الكشف عنها، وتلزم جميع البشر باعتبارها قائمة على وحدة الطبيعة الإنسانية. وقد رأى فلاسفة اليونان أن قواعد القانون الطبيعي تحقق العدالة على أكمل وجه. ثم انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى روما فقد رأى فلاسفة الرومان أن القانون الطبيعي هو قانون خالد لا يتبدل مستمد من الطبيعة لأنه أعلى من القوانين الوضعية وسابق على وجودها، فهو ليس من عمل الانسان بل إن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه¹، غير أن هؤلاء الفقهاء الرومان قد جعلوا منها فكرة قانونية حيث اعتبروا القانون الطبيعي مصدراً للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب.² أمّا بالنسبة للكنيسة فبعد أن كانت في عهد

¹ حيث قرر الفيلسوف الروماني شيشرون *CÉCÉRON* عن القانون الطبيعي أنه "قانون مطابق للعقل السليم متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام، ويعتبر القانون الحقيقي الذي لا يتغير من أثينا إلى روما ولا من اليوم إلى الغد"، كما قال عنه "أنه لا يستطيع البرلمان أو الشعب الخروج عليه، كما لا يستطيع أي فرد أن يخالفه وإلا تعرض لأسوأ العقاب... وأن من لم يطعه فإنه يهرب من نفسه ويستشعر - لإنكاره طبيعة الانسان- العذاب الأكبر، حتى ولو أقلت مما يعتبر عقوبات في عرف الناس". وقال عنه الفقيه الروماني جايوس *GAIUS* أنه قانون مشترك بين جميع الناس لملا له من صفة عقلية طبيعية لأنه من وحي الطبيعة والعقل، فهو قانون عالمي... أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص 53- 54.

² العجيب أن الرومان يميزون بين القانون المدني الذي كان يطبق على الرومان الأصليين وحدهم، وقانون الشعوب الذي كان يطبق على الأجانب سواء في علاقاتهم بعضهم ببعض أم في علاقاتهم بالرومان. والواقع أن قانون الشعوب هو قانون

المسيحية الأولى تفصل فصلا تاما بين السلطان الديني والسلطان المدني أصبحت الكنيسة في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني حيث قرر رجال الكنيسة بأنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي¹ وكان هدفهم من تحويل فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة وإخضاع الملوك لسلطان البابا.²

متميز ومستقل عن القانون الطبيعي، ذلك أن قانون الشعوب هو فكرة رومانية بينما القانون الطبيعي هو فكرة مصدرها الفلسفة اليونانية، بل إن قانون الشعوب كان يتضمن بعض الأحكام التي تتعارض مع مبادئ القانون الطبيعي، فمثلا كان قانون الشعوب يجيز الرق في حين أن القانون الطبيعي لا يجيز الرق لأنه يتنافى مع مبادئ القانون الطبيعي التي تقضي بالمساواة بين الناس والاعتراف لكل منهم بحرية كاملة، حيث يولد الناس جميعا أحرارا ومن ثم لا يجوز استعبادهم. أنظر: المرجع نفسه، ص ص 55-56 .

¹ ولذلك فقد فرق القديس توما الاكويني *SAINT THOMAS D'AQUIN* في منتصف القرن الثالث عشر بين ثلاثة أنواع من القوانين تتدرج حسب أهميتها، هي القانون الإلهي ويليها القانون الطبيعي ثم أخيرا القانون الوضعي. فالقانون الإلهي هو أعلاها مقاما، ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، والقانون الطبيعي ويشمل القواعد التي تمثل منتهى ما يستطيع الانسان أن يدركه بعقله من أصول القانون الإلهي. أما القانون الوضعي، وهو أقل هذه القوانين أهمية فإنه من صنع الانسان الذي يجب أن يستلهم فيه مبادئ القانون الطبيعي. أنظر: المرجع نفسه، ص ص 57-58 .

² ويرى القديس توما أن القانون الوضعي يستمد شرعيته من تطابق قواعده مع مبادئ القانون الطبيعي، بحيث إذا خالف القانون الوضعي أحكام القانون الطبيعي يعد قانون غير عادل، ومع ذلك فإنه يجب على الأفراد طاعة هذا القانون الوضعي لأن النفع العام الذي يعود على المجتمع من طاعة القانون الوضعي وهو الاستقرار وحفظ الأمن والنظام في المجتمع أكبر من النفع الخاص الذي يعود على الأفراد من عصيان هذا القانون، وهو ما تقضي به قواعد القانون الطبيعي، ومن ثم تكون طاعة القانون الوضعي غير العادل ليست واجبة لهذا القانون في ذاته، بل تكون واجبة طبقا لقاعدة أسمى من قواعد القانون الطبيعي تقضي بالتضحية بالمصلحة الخاصة من أجل المصلحة العامة. أما إذا خالف القانون الوضعي أحكام القانون الإلهي فلا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص ص 51-74 .

عودة فكرة القانون الطبيعي في القرنين 17، 18 بعد اختفائها في القرن: 16¹ بعد أن انقضت
العصور الوسطى وزال عهد الاقطاع بدأت تتكون الدول الحديثة وظهر مبدأ سيادة الدولة الذي
أطاح بسيادة الكنيسة وقد قام فريق من الكتاب والفلاسفة بالدعوة لهذا المبدأ ومناصرته.² لكن
نتيجة المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن السادس
عشر، وطغت الدولة على حقوق الأفراد، وسادت القوة في العلاقات الدولية، فدعا الفقهاء
والفلاسفة إلى ضرورة وضع أساس عادل... وبذلك صار القانون الطبيعي أساسا للقانون الدولي
العام³ كما صار أساسا للقانون الدستوري فبسبب المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة وما
ترتب عليه من استبداد قامت الشعوب تدافع عن حقوقها وحرّياتها، فبدأ الفقهاء في البحث عن
أساس لتبرير شرعية سيادة الدولة ورأوا أن هذا الأساس يمكن أن يركز على فكرة "العقد
الاجتماعي" وكان من أبرز القائلين بهذه الفكرة الفيلسوفان الانجليزيان هوبز⁴ Hobbes ولوك¹

1

² كان مكيايلي يرى أن للحاكم الحق في تدعيم سلطانه بكل وسيلة سواء بالقوة أو الحيلة أو الخداع وأن الغاية تبرر الوسيلة
وأن القوة عادلة ما دامت ضرورية، ومن أقواله في هذا الشأن "أن الأمير يجب أن يكون ثعلبا وأسدا في نفس الوقت، فهو
بحاجة إلى أن يكون ثعلبا ليعرف الشراك، وأسدا لإخافة الذئاب". أما يودان فكان يدعو إلى السيادة المطلقة للدولة حيث كان
يجيز للحاكم أن يتحلل من القوانين التي يفرضها على رعاياه، فالحاكم فوق القانون لأنه هو مصدر القانون . أنظر: المرجع
نفسه.

³ أصدر الفقيه الهولندي جروسيوس *GROTIUS* سنة 1625 كتابا عن الحرب والسلام بعنوان "قانون الحرب والسلام" عرف فيه
القانون الطبيعي بأنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظلما أو عادلا تبعا
لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل"، وقرر أن هذه القواعد وليدة الطبيعة والعقل، ومن ثم فإنها تكتسب صفة الوحدة والثبات
والخلود، فلا تتغير ولا تتبدل وتسري على كل الأمم وأن الله لا يغير هذه القواعد لأنه ليس بالذي يغير المعقول أو الطبيعي. لذا
نادى بضرورة إقامة العلاقات الدولية على أساس القانون الطبيعي في وقت السلم وفي وقت الحرب على السواء، وهو ما
يقتضي وجوب احترام المعاهدات الدولية ، غير أن جروسيوس وإن كان هو أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر
الحديث إلا أنه لم يستطع أن يتحرر تماما من تأثير عصره ولذلك فإنه قد أقر الفتح والغزو كما أقر نظام الرق وبرر ذلك بأن
الحرية وإن كانت من أهم الحقوق الطبيعية إلا أنه يمكن النزول عنها بمعاهدة تعدها الدولة أو بعقد يبرمه الانسان، كما أن
هذه الحرية يمكن أن تزول نتيجة للهزيمة في الحرب أو الوقوع في الأسر، لكن أنصار القانون الطبيعي اعتبروها أنظمة ظالمة
مخالفة لمبادئ القانون الطبيعي . أنظر: المرجع نفسه.

⁴ فقد رأى الفيلسوف الإنجليزي هوبز *HOBBS* أن العقد الاجتماعي تم بين الناس جميعا دون أن يكون الحاكم طرفا فيه،
وبمقتضى هذا العقد تنازل الأفراد عن كامل حرياتهم ووضعوها بين يديه كي يعمل على إقامة النظام بينهم، وهو تنازل كامل

Locke والفيلسوف الفرنسي روسو² Rousseau الذي مهد للثورة الفرنسية بكتابه المشهور "العقد الاجتماعي"³. وبذلك يستمد النظام السياسي في الدولة والقوانين الوضعية فيها شرعيته من إرادة الشعب صاحب السيادة. وهكذا تم انتصار مذهب القانون الطبيعي في أواخر القرن الثامن عشر و مهدت آراء الفيلسوف الفرنسي لقيام الثورة الفرنسية، تحت شعار الدفاع عن الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان، وقد أصدرت الثورة الفرنسية سنة 1789 وثيقتها الشهيرة المعروفة باسم "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*

غير مشروط ولا رجعة فيه. هذا هو رأي هوبز الذي يؤدي إلى الاستبداد المطلق، والواقع أن هوبز هدفه تبرير السلطة الاستبدادية للحكام، فقد كان من أنصار النظام الملكي المطلق المستبد الذي كان يسيطر على إنجلترا في ذلك الوقت. أنظر: المرجع نفسه.

¹ الفيلسوف الإنجليزي لوك *LOCKE* فقد أصدر كتابا سنة 1690 بعنوان "شرح الحكومة المدنية"، وقرر فيه أن العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب من جهة والسلطان من جهة أخرى، وبمقتضى هذا العقد لم يتنازل الأفراد للسلطان عن كافة حرياتهم الطبيعية، بل تنازلوا له عن جزء منها فقط بالقدر اللازم لتحقيق الصالح العام، واحتفظوا بالقدر الباقي من حرياتهم الطبيعية كقيد يرد على حرية الحاكم باعتباره طرفا في العقد الاجتماعي يلتزم بالمحافظة على ما بقي للأفراد من حريات وفي نفس الوقت يعمل على تحقيق الصالح العام، فإذا أخل الحاكم بهذا الالتزام جاز للشعب أن يفسخ هذا العقد وأن يعزله، ومن ثم تصبح الثورة ضده ثورة مشروعة. هذا هو رأي لوك الذي عاش عهد ثار فيه الشعب الإنجليزي على ملوكه المستبدين. أنظر: المرجع نفسه.

² أما الفيلسوف الفرنسي روسو *ROUSSEAU* فقد أصدر سنة 1762 كتابا بعنوان "العقد الاجتماعي" قرر فيه أنه لا سلطان إلا للشعب، فالعقد الاجتماعي أبرم بين أفراد الشعب جميعا، وبمقتضى هذا العقد تنازل الأفراد عن حرياتهم الطبيعية الفطرية غير المحدودة للشعب نفسه، على أن يتمتعوا بحريات مدنية منظمة بدلا من حرياتهم الفطرية المطلقة. وعلى هذا النحو فإن الشعب يكون هو صاحب السلطة والسيادة في المجتمع، ولكن نظرا لأنه من غير الممكن أن يمارس هذه السلطة جميع أفراد الشعب معا، فإن أفراد الشعب قد أنابوا عنهم وكيلا يمارس هذه السلطة ويشرف على تنظيم الحريات ويعمل على ضمان تمتع الأفراد بها، هذا الوكيل هو الحاكم أو السلطان لا يملك السلطة والسيادة، بل تظل هذه السلطة والسيادة للشعب ويكون الحاكم أو السلطان مجرد وكيل يعمل باسم الشعب ويعبر عن إرادة هذا الشعب، ولذلك يستطيع الشعب دائما وفي أي وقت أن يعزل الحاكم أو السلطان إذا اخل بواجبات الوكالة. أنظر: مولود ديدان، المرجع السابق، ص 47 - 57.

³ غير أن هذه الفكرة قد أخذ عليها أنها تقوم على مجرد افتراض حيث تفترض تفترض وجود اتفاق بينهم على عقد اجتماعي ينقلهم من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة المنظمة وهو ما لم يؤيده التاريخ، لكن على الرغم من هذه الانتقاد فإن فكرة العقد الاجتماعي كانت لها مزايا هامة للمجتمع الإنساني حيث يرجع إليها الفضل في القضاء على الحكومات الاستبدادية وإبراز سيادة الشعب وإعلاء كلمته، وتقرير الحقوق والحريات العامة، ولذلك قيل عنها أنها أكبر أكذوبة سياسية ناجحة. أنظر: المرجع نفسه.

وحرص ممثلو الشعب الفرنسي أعضاء الجمعية الوطنية على تصدير هذا الإعلان بأنه "اعتباراً منهم بأن جهل حقوق الانسان أو نسيانها أو احتقارها هي الأسباب الوحيدة للبؤس العام وفساد الحكام، قد عقدوا العزم على ان يسجلوا في إعلان رسمي حقوق الانسان الطبيعية المقدسة التي يتمتع التنازل عنها، حتى يذكر هذا الإعلان دائماً أفراد الهيئة الاجتماعية بحقوقهم وواجباتهم، وحتى تكون تصرفات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية أكثر احتراماً نتيجة لمقارنتها في كل لحظة بالغاية من كل نظام سياسي".¹

أما مدرسة القانون الطبيعي المعاصر فترى أن هذه الحقوق يمكن اكتشافها بواسطة العقل بمجرد تحليل طبيعة الإنسان، فالسلطة السياسية لا تنشأ هذه الحقوق وواجبها تكريسها وبإمكان البشر فرض احترام هذه الحقوق على السلطة السياسية، هكذا فإن القانون الطبيعي المعاصر هو أساس نظرية حقوق الإنسان.²

ثانياً- الانتقادات التي وُجِّهت إلى مذهب القانون الطبيعي:

بعد أن وصل مذهب القانون الطبيعي قمة مجده في أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر ظهرت في القرن التاسع عشر مذهب آخرى في مقدمتها المذهب التاريخي الذي قام أنصاره بمهاجمة مذهب القانون الطبيعي ووجهوا له الانتقادات التالية:³

1- القول بأن العقل هو الذي يكشف عن قواعد القانون الطبيعي يؤدي حتماً إلى تغيير واختلاف هذه القواعد تبعاً لاختلاف الأشخاص الذين يستخلصونها بعقولهم لأن الأشخاص

¹ وقد نصت المادة الأولى من إعلان حقوق الانسان والمواطن على أن: " الناس يولدون أحراراً ويستمررون متساوين في الحقوق"، ونصت المادة الثانية منه على أن " الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان، وعلى هذا النحو بلغ مذهب القانون الطبيعي قمة مجده وازدهاره في أواخر القرن الثامن عشر، إذ أصبح مذهباً رسمياً يتضمنه إعلان رسمي هو إعلان حقوق الانسان والمواطن. وقد عظم شأن هذا المذهب بحيث لم يعد يقتصر أثره على العلاقات الدولية والدستورية، بل إمتدَّ أثره ليشمل أيضاً علاقات القانون الخاص، مثل التقنين النمساوي الصادر سنة 1811، حيث أحالت هذه التقنينات بنصوص صريحة فيها على أحكام القانون الطبيعي في كل ما لم يرد بشأنه حكم في القانون الوضعي. أنظر: المرجع نفسه.

² فتيحة حزام، المرجع السابق، ص. 20- 23.

³ المرجع نفسه.

مختلفون من حيث التفكير والعواطف والمعتقدات وظروف البيئة ومن ثم تتغير القواعد بالنسبة للمسألة الواحدة وبذلك لا تكون قواعد القانون الطبيعي ثابتة لا في الزمان ولا في المكان.

2- الواقع أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وهي متغيرة ومتطورة في الزمان والمكان وتبعاً لذلك تكون القواعد القانونية متغيرة في الزمان والمكان، كما أن التاريخ يدل على أن حياة الأمم والشعوب تثبت أن القواعد القانونية كانت وما زالت تختلف من بلد إلى آخر وتختلف في البلد الواحد من زمان إلى آخر.

3- لا يوجد ما يكفل لقواعد القانون الطبيعي الفعالية القانونية في الحياة العملية ذلك أنه لا يوجد ما يفرض على الدولة احترام قواعد القانون الطبيعي والزامها بعدم إصدار قوانين وضعية تتعارض مع هذه القواعد.

ولذلك فإن أهم انتقاد وُجّه لمدرسة القانون الطبيعي هو عدم مسايرتها للواقع، لا سيما من حيث أنه قانون ثابت صالح لكل الشعوب لا يتأثر بالزمان والمكان. أي دون إعتباره يحتوي على مبادئ كبرى هي بمثابة محددات وموجهات للتشريع في ضوءها.

إنتقاد مهم: القانون الطبيعي: رد كل شيء إلى الطبيعة والكون ونسيان الخالق ... !!
ماذا يراد ...؟ وماذا يراد بالشكل في منظور المذاهب الشكلية إلا مفهوم سلبي يكرس الإستهناد والإستعمار ... !!

المحاضرة رقم 10:

الفكرة الفرعية الثانية: أصل القانون في مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.¹

أولاً- الفكرة التي يقوم عليها مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير والنتائج المترتبة عنها:

يتفق مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير مع المذهب التقليدي للقانون الطبيعي في أمر واحد هو أن القانون الطبيعي يستخلصه الانسان بعقله، ولكنهما فيما عدا ذلك يختلفان فالقانون الطبيعي طبقاً للمذهب التقليدي هو مجموعة قواعد ثابتة دائمة لا تتغير في الزمان أو المكان، في حين أن هذا القانون طبقاً لمذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير هو مجرد مثل أعلى للعدل يتغير مضمونه بتغير الزمان والمكان. أيضاً يفرض القانون الطبيعي في صورته التقليدية على المشرع القواعد التي يصدرها باعتباره قانوناً مفصلاً ثابتاً أبدياً ينظم كافة الروابط الاجتماعية في كل المجتمعات² في حين أن القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير يسلم بأن أساس القواعد الوضعية التي يضعها المشرع هي حاجات المجتمع وظروفه الاجتماعية والاقتصادية ومن ثم لا يملى هذا القانون على المشرع في كل دولة القواعد الوضعية التي تنظم الروابط الاجتماعية³ ولكنه يضع أمام المشرع مثلاً أعلى للعدل يستلهمه ويستتير به عند وضع هذه القواعد.

¹ أدت الانتقادات التي وجهت إلى مذهب القانون الطبيعي إلى إضعافه وكادت تقضي عليه وتفقد ما كان يتمتع به من نفوذ وانتشار في مطلع القرن التاسع عشر. فقد سلم بعض الفقهاء من أنصار القانون الطبيعي بهذه الانتقادات وسايروا أنصار المذهب التاريخي في أن قواعد القانون الطبيعي ليست قواعد أبدية خالدة تصلح لكل زمان ومكان بل إنها قواعد متغيرة تختلف باختلاف الظروف المحيطة بكل مجتمع، فلكل أمة قانونها الذي يتلاءم مع حاجاتها وظروفها الاجتماعية والاقتصادية، غير أن هؤلاء الفقهاء قد قرروا أن المشرع وهو يضع القواعد القانونية لا بد له من مثل أعلى للعدل يستلهمه ويهتدي به، هذا المثل الأعلى للعدل هو القانون الطبيعي الذي يدركه الانسان بعقله، ومن ثم فهو يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية التي تحيط بالإنسان. وعلى هذا النحو اقتصر الخلود والثبات على فكرة العدل ذاتها دون مضمونها فيما عرف بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير الذي نادى به الفقيه الألماني "ستاملر" *STAMMLER* وأخذ عنه الفقيه الفرنسي "سالي" *SALLEILES*. أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 75 - 80.

² لقيامه على أساس وحدة الطبيعة الإنسانية.

³ على أساس أن هذه القواعد تختلف باختلاف حاجات المجتمع والظروف التي تحيط به.

وعلى ذلك فإنّه طبقا لمذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير تبقى فكرة العدل ذاتها ثابتة مع تغير مضمونها بتغير الزمان والمكان، حيث يرى أنصار هذا المذهب أن اختلاف وتغير مضمون فكرة العدل لا ينفي وجود فكرة العدل ذاتها وخلودها لدى كل الجماعات والأمم في مختلف العصور. لقد أراد ستاملر أن يخلص القانون الطبيعي من أثر الانتقادات التي وجهت إليه فحاول الجمع بين الخلود والتطور معا، فقال بأن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد ومتغير في نفس الوقت، فهو خالد في فكرته¹ متغير في مضمونه، وبذلك تكون فكرة العدل ذاتها هي الإطار الثابت الدائم للقانون الطبيعي، وهو إطار ثابت لا يتغير بتغير الزمان أو المكان، أما الذي يتغير ويختلف باختلاف الزمان والمكان فهو محتوى هذا الإطار أي مضمون فكرة العدل وطريقة تحقيقها، إذ - حسبه - فإن لكل جماعة تصورها الخاص لفكرة العدل وفقا لظروفها الاجتماعية التي تختلف من مكان إلى آخر كما تختلف من زمان إلى آخر.²

ثانيا- النقد الموجه إلى مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير:³

لم تلق فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير قبولا لدى كثير من فقهاء العصر الحديث وفي مقدمتهم بلانيول *PLANIOL* وجوسران *JOSSERAND* ، لأنهم رأوا أنها تؤدي إلى إنكار فكرة القانون الطبيعي ذاتها، ذلك أن الفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي هي أن المثل الأعلى للعدل ثابت بطبيعته لا يتغير ولا يتبدل في الزمان أو المكان، وعليه:

1- القول بأن مضمون فكرة العدل يتغير تبعا بتغير الزمان والمكان يعني هدم الفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي، ويجعل من العدل مثلا أعلى خاصا بكل جماعة وفقا لتصويرها لفكرة

¹ ففكرة العدل في ذاتها خالدة أبدية ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم وإقامة القواعد القانونية على أساس من العدل هي من الأمور التي وجدت في ضمير الانسان على مر العصور وستظل موجودة إلى الأبد، فوجود العدل الذي يجب تحقيقه هو أمر دائم لا يتغير إلى الأبد، أنظر: المرجع نفسه.

² ذلك أن كيفية التمييز بين العدل والظلم هي أمر يرتبط بظروف الحياة في كل مجتمع ويتوقف على مدى تصور هذا المجتمع لفكرة العدل، فما يعتبر عدلا في مجتمع قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، بل إن ما يعتبر عدلا في مجتمع قد يصبح في ذات المجتمع مع تقدم الزمن ظلما لا يتفق مع تطور الظروف الاجتماعية في هذا المجتمع وأوضح مثل هو نظام الرق. أنظر: المرجع نفسه.

³ يعبر عنها بالاتجاه الحديث بالعودة نحو الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي " القانون الطبيعي كموجه للقانون الوضعي".

العدل بحيث يصبح الأمر الواحد عدلا في مكان معين أو في زمان معين وظلما في مكان آخر أو في زمان آخر وهو ما لا يمكنك التسليم به¹، فنظام الرق مثلا إذا كانت قد أجازته بعض الجماعات وفقا لتصورها لفكرة العدل، فإن ذلك لا يعني أن الرق نظام عادل، فالرق في حكم حقيقة العدل في ذاته هو نظام ظالم أينما وجد في أي زمان أو مكان.

2- ولذلك نادى فقهاء العصر الحديث في مطلع القرن العشرين بالعودة إلى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي لكن مع التضييق من نطاقها²، من خلال حصر نطاق القانون الطبيعي على مجموعة قليلة العدد من القواعد أو المبادئ المثالية الثابتة الخالدة المبنية على العدالة، كمبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ ومبدأ إعطاء كل ذي حق حقه ومبدأ عدم الاضرار على حساب الغير دون سبب مشروع، وهي مبادئ عامة مشتركة بين جميع الأمم لا تصلح بذاتها للتطبيق في الحياة العملية ولكنها تعبر عن الموجهات المثالية للعدل وتعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل زمان ومكان. وعلى هذا النحو فإن القانون الطبيعي لا يضع الحلول لمشاكل الحياة الاجتماعية، بل يقتصر على التوجيه والالهام نظرا لم يتضمنه من أصول ومبادئ عامة وموجهات مثالية يستلهمها المشرع عند وضع القوانين الوضعية كما يستلهمها القاضي عندما لا يجد في قواعد القانون الوضعي الحل الذي ينشده لكي يقيم العدل بين الناس، فالمثل الأعلى الذي انتهت إليه فكرة القانون الطبيعي في صورته الحديثة إذن هو أمر ضروري لتوجيه المشرع عند وضع القواعد القانونية، وهو أمر ضروري كذلك لتوجيه القاضي عندما لا تسعفه هذه القواعد وبذلك يعتبر القانون الطبيعي أساسا للقوانين الوضعية سواء في تكوينها وإنشائها أم في تكملة ما قد يظهر عند تطبيقها من نقص أو قصور.³

¹ فالعدل ليس فكرة شخصية وإنما هو حقيقة في ذاته لها كيان موضوعي لا يختلف من مجتمع لآخر مهما تغير الزمان أو المكان.

² أي دون الرجوع إلى القانون الطبيعي في صورته التقليدية الذي يقضي بأن القانون الطبيعي يتضمن مجموعة كاملة من القواعد تضع الحلول اللازمة لجميع مشاكل الحياة الاجتماعية.

³ تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "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 توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

3- موقف الشريعة الإسلامية من فكرة القانون الطبيعي (التقليدية أو ذي المضمون المتغير)
المطلوب: بحث هذا الموضوع. خاصة من حيث إسناد القانون الطبيعي الأمور إلى الطبيعة
والكون وليس إلى الله عزوجل..؟! !!

هل كورونا مجرد قانون طبيعي أم هي آية من آيات الله عزوجل ونذير من عند الله
عزوجل... !!! الفرق كبير جدا بين المعتقدين، بين الإلحاد والإيمان.

لأصحاب الفطر السوية فقط: عن النَّوَّاسِ بْنِ سَمْعَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
قَالَ: "الْبِرُّ حُسْنُ الْخُلُقِ، وَالْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي نَفْسِكَ وَكَمِهَتْ أَنْ يَطَّلَعَ عَلَيْهِ النَّاسُ"؛ رواه مسلم. وعن
وَابِصَةَ بْنِ مَعْبَدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: "جِئْتَ تَسْأَلُ عَنِ الْبِرِّ نَعْمَ،
فَقَالَ: "اسْتَفْتِ قَلْبَكَ، الْبِرُّ مَا أَطْمَأْنَنْتَ إِلَيْهِ النَّفْسُ وَأَطْمَأَنَّ إِلَيْهِ الْقَلْبُ، وَالْإِثْمُ مَا حَاكَ فِي النَّفْسِ وَتَرَدَّدَ فِي
الصَّدْرِ، وَإِنْ أَفْتَاكَ النَّاسُ وَأَفْتَوْكَ؛ حَدِيثٌ حَسَنٌ رُوِيَ عَنْهُ فِي مُسْنَدِي الْإِمَامَيْنِ: أَحْمَدَ ابْنَ حَنْبَلٍ، وَالدَّارِمِيَّ
بِإِسْنَادٍ حَسَنٍ

المثالية المادية...كيف نتطور بها ... مستحيل.

سر نجاح المسلم يكمن في الله عزوجل...، والطبيعة والكون أخ لنا في الإسلام نعبد وإياه الله
عزوجل عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " أَحَدُ جَبَلٍ يُحِبُّنَا وَنُحِبُّهُ".

المبحث الثالث:

أصل القانون والغاية منه لدى المدرسة المختلطة

" الربط بين القانون وواقع وقيم المجتمع من جهة ودور السلطة في التعبير عن ذلك من جهة أخرى".

عرفنا سابقا أن المدرسة المثالية لا تعتد إلا بالمثل العليا متجاهلة تماما للواقع أو الحقائق التي يعيشها الأفراد، كما عرفنا أن المدرسة الواقعية تقتصر بدورها على جانب واحد ألا وهو الواقع الملموس الذي يتميز به المجتمع وأغفلت المثل العليا، أما المدرسة الشكلية فلا تعتد إلا بما يصدره الحاكم بغض النظر عن محتواه، فكانت الانتقادات الموجهة لهذه المدارس حافزا على ظهور مدرسة جديدة أطلقت على نفسها المدرسة المختلطة، حيث سعت للحد من الغلو والتطرف بالنسبة للمدرستين الموضوعية (بشقيها الواقعية والمثالية)، والشكلية (بمضمونها السلبي) ومددت من نظرتها للقاعدة القانونية على أنها "جوهر وشكل معا". وتتمثل المدرسة المختلطة في مذهبين هما: مذهب جيني، والفقهاء الحديث، وندرسهما تباعا:

المحاضرة رقم 11:

الفكرة الفرعية الأولى: تفسير أصل القانون حسب مذهب جيني

كان جيني *FRANÇOIS GÉNY* للقانون بجامعة نانس بفرنسا، ومن أشهر مؤلفاته كتابه الذي أصدره في أربعة أجزاء بين سنتي 1914 و 1924 بعنوان " العلم والصيغة في القانون الخاص الوضعي " *Science et technique en droit privé positif* وعرض فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته، ولذلك فإن مذهب جيني يسمى أيضا بمذهب أو نظرية العلم والصيغة.

أولا- الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني:

يعترف جيني أنه لم يبتكر مذهباً جديداً وإنما اقتصر على تحليل المذاهب الأخرى الموضوعية والشكلية وحاول التوفيق بينها، ولذلك أقام جيني مذهبه على أسس تأثر في تقريرها بالمذاهب الموضوعية والشكلية. فقد تأثر بالمذاهب الموضوعية بشقيها الواقعية والمثالية، حيث قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة والتجربة مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل. كما تأثر أيضا بالمذاهب الشكلية حيث قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة أو الهيئة التي تعطي لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة مجردة. وقد فضل جيني تسمية الجوهر بالعلم *la science* وتسمية الشكل بالصيغة *la technique* وعلى هذا النحو يرى جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: عنصر العلم وعنصر الصيغة.

حاول جيني شرح إشكالية أصل القانون: ما هو أصل القانون في علله الأولى؟ من خلال بحث إشكالية أصل قانون الأسرة: ما هو أصل تقنين الأسرة في علله الأولى؟ أو لماذا نحن بحاجة إلى قانون أسرة؟ وجواباً عن هذه الإشكالية اعتبر جيني أنّ العلل الأولى لتقنين الأسرة هي:¹

¹ أنظر: حيدر أدهم عبد الهادي، المرجع السابق، ص ص. 43 - 60؛ حسين فريجة، المرجع السابق، ص ص. 126 - 133؛ إبراهيم أبو النجا، ص ص. 113 - 118.

1- الأساس الأول: عنصر العلم (العنصر الواقعي):

جمع جيني بين الفلسفة الواقعية، إذ أخذ عن المذهب التاريخي تسليمه "بتطور القانون"، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية "تقريره بمثل أعلى كغاية يجب أن يرمي القانون إلى تحقيقها"، وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي "اعتداده بأهمية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون" وبين الفلسفة المثالية، إذ أخذ عن مذهب القانون الطبيعي "اعترافه بدور العقل في الكشف عن المبادئ الأساسية في تكوين القانون" وعلى ضوء ذلك قرّر جيني أنّ جوهر وموضوع القاعدة القانونية (عنصر العلم حسب جيني)، يتكون من أربعة أنواع من الحقائق هي: ¹

أ- وجود جنسين مختلفين (ذكر وأنثى) في التكوين العضوي والصفات النفسية والعاطفية، يعطي الإطار العام لتقنين الأسرة كذلك فإنّ اختلاف الرجل والمرأة في تكوينهما العضوي والنفسي يؤدّي إلى اختلاف المركز القانوني بين الزوج والزوجة في هذا الارتباط، وتعمل الظروف الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية على توسيع هذا الاختلاف في المركز القانوني بين الزوجين أو تضيقه. (الحقائق الواقعية الطبيعية)²

ب- ثبت تاريخياً أنّ الزواج إذا كان في صورة نظام محكم، واضح الشروط، محدّد الآثار، ويخضع لإشراف السلطة العامّة في المجتمع يكون خير على المجتمع، كما ثبت تاريخياً أنّ

¹ تغليب الحقائق عند جيني: فالحقائق الواقعية والحقائق التاريخية لا يحتاج تقريرها لأي جهد أو نشاط ذهني فهي لا تتطلب أكثر من مجرد تسجيلها بالمشاهدة والتجربة. والحقائق المثالية تسمو وتتقدم نحو الكمال بالقواعد التي يفرضها العقل على هدى الحقائق الواقعية والتاريخية وبذلك يكون العقل هو صاحب الدور الرئيسي في تكوين القواعد القانونية وتطويرها، ومن ثم تكون الحقائق العقلية عند جيني هي العنصر الأساسي لجوهر القاعدة القانونية، باعتبار أن القاعدة القانونية تقوم أساساً على عمل عقلي. وعلى هذا النحو يعطي جيني الأفضلية والغلبة للحقائق العقلية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.

² الحقائق الواقعية أو الطبيعية *données réelles ou naturelles* هي الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع التي تحيط بالناس في المجتمع، سواء كانت ظروفًا مادية تتعلق بالطبيعة كالظروف الجغرافية مثل المناخ وتكوين التربة، أو تتعلق بالإنسان كالظروف الخاصة بالتكوين العضوي للإنسان، أم كانت ظروفًا أدبية أو معنوية كالحالة النفسية أو الأخلاقية أو الدينية للإنسان، أم كانت ظروفًا اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية.

العلاقة بين الرجل والمرأة خارج الزواج يرتب آثارا وخيمة. (وهذا ما يسمّى بالحقائق التاريخية¹).

ج- العقل السليم عند الأسوياء يرى وجوب أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة قائمة على الإستقرار ولن يكون ذلك إلا في إطار الزواج. ويسمى هذا العنصر ب (وهذا ما يسمّى بالحقائق العقلية²)، فمثلا في نطاق الزواج يظهر العقل أن طبيعة الانسان تُحتم أن يكون ارتباط الرجل والمرأة قائما على أساس الثبات والاستقرار وناشئا عن الرضا والاتفاق وأن يكون الهدف منه هو تكوين أسرة، لأن ذلك يعمل على تحقيق مصلحة المجتمع ورعايته، فالأسرة هي أساس المجتمع، فهي الخلية الأولى التي يتكون منها هذا المجتمع.

د- المثل والقيم العليا للمجتمع تقضي بديمومة الزواج ويسمى هذا العنصر ب (وهذا ما يسمّى بالحقائق المثالية³) فمثلا في نطاق الزواج تُقرّر النزعة المثالية نحو الكمال

¹ يقصد جيني بالحقائق التاريخية *données historiques* القواعد والنظم التي تكونت عبر الزمن لتنظيم حياة الأفراد وسلوكهم في المجتمع، فهي نظم قانونية كاملة تعاقبت على مر الزمن، وتعتبر من الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، لأنها تقوم على المشاهدة والتجربة ويمكن معرفتها من استقراء التاريخ في العصور المختلفة. والحقائق التاريخية لها دور هام في تكوين القواعد القانونية وتطورها لأنها تستند إلى تجارب وخبرة الأجيال السابقة مما يجعل أخذها في الاعتبار عند إنشاء القواعد القانونية أو تعديلها أمرا يؤدي إلى عدم التهور والاندفاع ويكفل لهذه القواعد القانونية نوعا من الاستقرار.

² الحقائق العقلية *données rationnelles* عند جيني هي الحقائق التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية ثم يقوم بصقلها وتحريرها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها، ومن ثم يكون للحقائق العقلية دورها إلهام في تكوين القواعد القانونية. ولكن جيني يرى أن الحقائق العقلية التي يستخلصها العقل من الواقع والتاريخ لا تتضمن مبادئ أو قواعد ذات نزعات مثالية يملئها العقل كمثل عليا، بل انها تتضمن فقط المبادئ أو القواعد التي يظهر العقل أن طبيعة الانسان تتطلبها حتما.

³ الحقائق المثالية *données idéales* هي حقائق تعبر عن الرغبة في تقدم القانون وسموه وكماله، فهي حقائق تتضمن بعض الاتجاهات أو النزعات المثالية أو الكمالية للنظام القانوني. غير أن جيني يلاحظ من ناحية أن الحقائق المثالية تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأن لكل جماعة من الجماعات حقائقها المثالية الخاصة بها، فما يعتبر مثاليا عند بعض الجماعات قد لا يعتبر مثاليا عند البعض الآخر، ويتضح ذلك في نطاق الزواج بالنسبة لتعدد أو عدم تعدد الزوجات، وبالنسبة لقابلية أو عدم قابلية الرابطة الزوجية للانفصام بالطلاق. فمثلا في نطاق المسؤولية المدنية نجد أن العقل يقضي بعدم الحكم بالتعويض للمضروب إلا إذا أثبت وقوع خطأ من جانب الشخص الذي تسبب في إحداث الضرر، غير أنه بعد أن انتشرت الصناعة واستخدمت الآلات في كثير من نواحي النشاط الإنساني، كثرت إصابات العمال أثناء العمل، وقد تبين أن تطلب إثبات الخطأ يؤدي في كثير من الحالات إلى نتائج ظالمة، حيث يترتب على عدم إمكان إثبات الخطأ في جانب أصحاب المصانع عدم

بالاكتفاء بزوجة واحدة كما تقرّر عدم انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، تلك هي النزعة المثالية أو الكمالية للتنظيم القانوني للزواج، وإن كان العقل لا ينفى فكرة تعدّد الزوجات أو فكرة انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

مما سبق يتّضح أنّ جيني قد بنى الأساس الذي تقوم عليه القاعدة القانونية على مجموعة من العوامل هي حقائق تاريخية (من المذهب التاريخي)، وحقائق واقعية (من مذهب التضامن الاجتماعي)، وحقائق عقلية يكشف عنها العقل البشري (من مذهب القانون الطبيعي) وأخيرا حقائق مثالية (من مذهب الغاية الاجتماعية).

2- الأساس الثاني: عنصر الصياغة (ويقصد به جيني ما يعرف بالعنصر الشكلي):

إذ لا بدّ من صبّ الموضوع في الشكل (الفن والصياغة التشريعية الجيدة¹)، حتّى يكون القانون قابلا للتطبيق يرى جيني أنّ الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم في القاعدة القانونية لا تقدم للقانون الوضعي سوى توجيهات عامة لا تكفي بذاتها للتطبيق في الحياة العملية فهي تقدم له المادة الأولية التي يتكون منها، ولكنها لا تقدم له قواعد يمكن تطبيقها، ذلك أن قابلية القواعد للتطبيق العملي لا تتوافر إلا بالالتجاء إلى عنصر الصياغة، فهو الذي يكمل التوجيهات العامة التي يقومها عنصر العلم ويعطيها الشكل أو الصورة التي تجعلها قابلة للتطبيق العملي، فعنصر الصياغة إذن يتعلق بالفن التشريعي، أي بتحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون، إلى قواعد عامة مجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية.

ثانيا- نقد مذهب جيني:

يمتاز مذهب جيني بأنّه أفلح في تفادي التطرف الذي وقعت في المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية، حيث أن جيني قد إهتم بالجواهر والشكل معا، مما جعل مذهبه أكثر إقناعا للباحثين في أساس القانون لأنه أكثر اقترابا من الحقيقة التي لم يحالف التوفيق المذاهب

حصول العمال على تعويض ما يصيبهم من أضرار بسبب إصابات العمل، لذلك تدخلت النزعة المثالية لكي تضمن للعمال الحصول على التعويض دون أن تتطلب منهم إثبات الخطأ في جانب أصحاب الأعمال.

¹ من طرف السلطة المختصة وفق مراحل سن ونفاذ التشريع.

الأخرى في الوصول إليها. ورغم ذلك فلم يسلم مذهب جيني من النقد، وتتلخص أهم الانتقادات التي وجهت إليه- وهي قليلة جدا- فيما يلي:¹

1- أخذ على مذهب جيني أن الحقائق الأربعة التي يتكون منها عنصر العلم (جوهر القاعدة القانونية) لا تُعدُّ جميعها حقائق علمية بالمعنى الصحيح، حيث لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والحقائق المثالية من قبيل الحقائق العلمية لأنها لا تتولد عن واقع ملموس يثبت بالمشاهدة والتجربة، ومن ثم لا يمكن أن يتصف بالصفة العلمية من الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم عند جيني سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، ذلك أن هذين النوعين من الحقائق يمكن تسجيلهما بالمشاهدة وإثباتهما بالتجربة مما يجوز معه وصفهما بالصفة العلمية.

2- أخذ أيضا على مذهب جيني أنه من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية. فالحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية. ما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية تبعا لنمو نزعة الكمال والتقدم، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية.

لذلك اتجه الفقه الحديث بعد النقد الموجه إلى مذهب جيني إلى جمع الحقائق التي يتكوّن منها موضوع وجوهر القاعدة القانونية في نوعين من الحقائق هي: حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة (عنصر واقعي)، حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل (عنصر مثالي). وعلى ذلك يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين: عنصر موضوعي يتكون من شقين هما: عنصر واقعي (حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة) وعنصر مثالي (حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل)، وعنصر شكلي يتكون أيضا من شقين هما: مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون، ومراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليها دستورا وقانونا.

¹ أنظر: فاضلي إدريس، الوجيز...، ص 212.

المحاضرة رقم 12:

الفكرة الفرعية الثانية: تفسير أصل القانون في الفقه الحديث.

يتكوّن جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين هما: عنصر موضوعي (بشقين: واقعي ومثالي)، وعنصر شكلي (بشقين هما: مراعاة قواعد الصياغة والفن التشريعي في أية مبادرة بقانون، وأيضا مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليها دستورا وقانونا)، ونشرح ذلك تباعا:

أولا- العنصر الموضوعي (جوهر القاعدة القانونية):

يتكون العنصر الموضوعي لدى الفقه الحديث من شقين هما:¹ عنصر واقعي وعنصر مثالي.

1- العنصر الواقعي: (حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة)

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية الحقائق العلمية، أي الحقائق التي يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة ولذلك تسمى بالوقائع العلمية التجريبية، وهي من الحقائق الهامة في تكوين وتطور القواعد القانونية لذلك ينبغي أخذها بعين الاعتبار عند وضع القواعد القانونية، ولا يجوز إنكار ما تقوم به من دور هام في إنشاء وتوجيه تطور القواعد القانونية، وهي:

أ- حقائق طبيعية.² ب- حقائق اقتصادية.³ ج- حقائق سياسية واجتماعية. د- حقائق دينية وأخلاقية.¹ هـ- حقائق تاريخية.

¹أخذ على مذهب جيني أن الحقائق الأربعة التي يتكون منها عنصر العلم (جوهر القاعدة القانونية) لا تعد جميعها حقائق علمية بالمعنى الصحيح، حيث لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والحقائق المثالية من قبيل الحقائق العلمية ... لذلك اتجه الفقه الحديث بعد النقد الموجه إلى مذهب جيني إلى جمع الحقائق التي يتكون منها موضوع وجوهر القاعدة القانونية في نوعين من الحقائق هي: حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة (عنصر واقعي)، حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل (عنصر مثالي).

² فمثلا يتوقف تحديد كثير من القواعد القانونية على طبيعة المناخ ومدى تأثيره في النضج الجسمي والجنسي والعقلي للإنسان، كالقواعد المتعلقة بتحديد سن الزواج أو سن الرشد، كما أن ظاهرة التناسل تؤثر إلى حد كبير في القواعد القانونية التي تنظم الجنسية، حيث تتشدد الدولة أو تتساهل في منح جنسيتها للأجانب تبعا لقلة أو لزيادة النسل فيها.

³ فمثلاً أدى نمو النشاط الاقتصادي إلى الاهتمام بوضع القواعد القانونية التي تنظم الشركات، التأمين وتنظم عقد النقل.

1 - العنصر المثالي: (حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل).

تتكون القاعدة القانونية من واقع يجب تقويمه بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل. لذا قيل أنّ القانون "علم وفن"². وعليه لا يكفي العنصر الواقعي بما يتضمنه من حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية بل يجب تقويم هذه الحقائق بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل، هذا المثل الأعلى هو العدل الذي يجب أن تقوم على أساسه الحقائق الواقعية حتى تصلح لتكوين القاعدة القانونية. وقد أعطى الفقهاء وفلاسفة القانون له ثلاثة صور هي:³

أ- **العدل التبادلي**: ويقصد بالعدل التبادلي العدل الذي يجب للأفراد بعضهم على بعض يقوم على أساس المساواة التامة التي لا يعتد فيها بصفات الأفراد أو باختلاف قدراتهم وكفاءاتهم. فالأفراد يتساوون في طبيعتهم الإنسانية، ومن ثم يجب أن تقوم العلاقات بينهم على قدم المساواة ويكون من العدل أن يحترم كل منهم الآخر، في وجوده و كيانه وماله من حقوق.⁴

ب- **العدل التوزيعي**: يقصد به العدل الذي يجب على الجماعة للأفراد المكونين لها والذي مقتضاه المساواة بين الأفراد المتساوين في القدرة أو الحاجة أو الكفاءة، أو الذين تتوافر فيهم نفس الصفات أو الشروط اللازمة للاستفادة بالمنافع أو تولى الوظائف العامة أو تحمل الأعباء العامة. فمثلا يتساوى الأفراد الحاصلين على ليسانس الحقوق متى توافر بينهم شروط معينة في حق تولي

¹ مثل القواعد القانونية التي تنظم الميراث أو الوصية أو الزواج أو النفقة، كما كان للحقائق الدينية والأخلاقية أثر بارز في تحريم أو إباحة الطلاق.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 213.

³ حيدر أدهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط.1، دار الحامد، عمان، 2009، ص ص 58-60.

⁴ فليس من العدل أن يعتدي إنسان على آخر سواء وقع هذا الاعتداء على جسمه بالقتل أو الضرب، أم وقع على سمعته بالسب أو القذف، أو وقع على حريته بالاستعباد أو الاسترقاق. كذلك ليس من العدل أن يعتدي إنسان على حقوق غيره سواء بسلبه ماله أو إتلافه، أو بعدم الوفاء له بما تعهد به، أو بعدم تعويضه عما سببه له من ضرر. وعلى هذا النحو لم يعد العدل التبادلي مقصورا على العلاقات التعاقدية كما كان في الماضي، بل أصبح يشمل جميع العلاقات بين الأفراد أيا كان مصدرها، لأن ذلك هو ما تقضي به المساواة التامة المتبادلة بين الأفراد.

وظائف القضاء، بينما يتساوى غير الحاصلين على ليسانس الحقوق في الحرمان من تولي وظائف القضاء، وعلى ذلك تكون المساواة تناسبية وهي التي تقوم عليها فكرة العدل التوزيعي.¹

ج- **العدل الاجتماعي:** العدل الاجتماعي هو العدل الذي يجب على الأفراد للجماعة تحقيقا لصالح الجماعة وخيرها، مثل مطالبة الأفراد بأداء الخدمة العسكرية والتضحية بأرواحهم دفاعا عن الجماعة والوطن، وهو أساس مطالبة الأفراد بدفع الضرائب التي تساهم في تدعيم كيان الجماعة وتعمل على تقدمها ورفع شأنها. وأن يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لخدمة الجماعة وتحقيق صالحها العام.²

ثانيا- العنصر الشكلي (شكل القاعدة القانونية):

يتكوّن العنصر الشكلي من شقين هما:

أ- مراعاة قواعد الفن التشريعي وأصول الصياغة التشريعية الجيدة في أية مبادرة بقانون.

ب- مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليها دستورا وقانونا.

¹ وعلى هذا النحو يكون العدل التوزيعي أساس كثير من النظم في العصر الحديث، مثل منح الدولة للموظفين والعمال إعانات عائلية بقدر عدد الأولاد أو إعفاء مبلغ معين من الدخل من الضريبة بقدر يتناسب مع الحالة الاجتماعية للممول الخاضع لهذه الضريبة، أو فرض الضرائب التصاعدية التي تزيد نسبتها بزيادة وعاء الضريبة، وغير ذلك من النظم والإجراءات التي تختلف فيها معاملة الأفراد باختلاف قدراتهم ومراكزهم المالية والقانونية، هذا الاختلاف في المعاملة هو الذي يحقق المساواة الحقيقية الفعلية بين الأفراد المتساوين في كل الظروف، فمن العدل المساواة بين هؤلاء الأفراد دون غيرهم، وبذلك يتناسب العدل مع قدرات الأفراد والظروف المتماثلة التي يوجدون فيها، وهذا هو العدل التوزيعي.

² والعدل الاجتماعي هو الذي يبرر معاقبة السارق على الرغم من قيامه برد الشيء المسروق إلى صاحبه، ذلك ان السرقة تخل بنظام وأمن الجماعة مما يستلزم عقاب السارق على ما اقترفه في حق الجماعة من عبث وإخلال بأمنها، لأن رد الشيء المسروق إلى صاحبه يحقق العدل التبادلي بأمنها، لأن رد الشيء المسروق إلى صاحبه يحقق العدل التبادلي بين الأفراد بإعادة المساواة التي أخلت بها السرقة، ولكنه لا يحقق العدل الاجتماعي الذي يقتضي إعادة الثقة في أمن الجماعة ونظامها، وهو لا يكون إلا بتكفير السارق عن جريمته زجرا وردعا له وعبرة لغيره، وهذا هو العدل الاجتماعي.

مقتطف: نص أولي للقراءة وتوسيع الفكرة

المرجع: فتيحة حزام، فلسفة ومناهج العلوم القانونية، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019. (مرجع رئيسي)

المطلوب من الطلبة: قراءة النص كمنطلق للنقاش وتوسيع الفكرة وتحليل بحث.

"إن مفهوم العدل لم يصبح مفهوما شائعا في عصرنا الحاضر إلا بعد الثورات الكبرى التي أريقت فيها الدماء وأزهقت فيها الأرواح وعانت البشرية منها ويلات الجوع والتشرد والدمار،...

أ- تطوّر فكرة العدل في الفكر الغربي:¹

" لقد رأى أنصار التفاوت في الفكر الغربي لفكرة العدل أنها تتأسس على احترام التفاوت الموجود ويوردون في ذلك حججا تتعلق بالفوارق الطبيعية والفوارق الاجتماعية وحجج أخرى تبرر هذه الفوارق المختلفة،... فلو وقّرنا له ضروريات الحياة لكان... يزعم "الفيلسوف أرسطو" ومن ماثله أنّ التفاوت قانون الطبيعة، ولذلك يسترق البعض البعض الآخر باعتباره ضرورة طبيعية، وأنه مادام الناس مختلفين من حيث الخصائص العقلية والفيزيولوجية فلا بد من توسيع شقة الاختلاف بينهم!! وكما يقول "كاريل اليكس" العالم الفيزيولوجي والجراح الفرنسي: " بدلا من أن نحاول تحقيق المساواة بين اللامساواة العقلية والعضوية فإنه يجب أن نوسع دائرة هذه الاختلافات وننشئ رجالا عظاما".

زعم اليهود أنهم شعب الله المختار...! قسّمت الحركة النازية الجنس البشري إلى طبقات أسماها الجنس الآري..! وقد علّل أنصار التفاوت الاجتماعي والطبيعي بأنه حافز يدفع الأفراد إلى السعي والنشاط، ذلك أنّ الإنسان بطبعه مفطور على السعي لتحقيق آماله الواسعة في الرفاهية والعيش في النعيم ويعطيهم رغبة أقوى في العمل قصد الوصول إلى مستواهم..! وهذا التفاوت لا يعني عدم مساواتهم أمام العدالة لأن ذلك يتحول إلى ظلم..! إنّ هذه الظروف تشبه إلى حد ما المبادئ التي انطلق منها توسع الاستعمار الحديث بدعوى أنّ القوة لها الحق بل ومن العدل أن يحتل الأقوياء الضعفاء ويسيّرون شؤونهم المختلفة.

في المقابل هناك أنصار المساواة في الغرب، حيث يقول القائد "شيشرون" مخاطبا شعبه الروماني: "النّاس سواء... جميعا لنا عقل ولنا حواس وإن اختلفنا في العلم فنحن متساوون في القدرة على التعلّم".

¹ فتيحة حزام، المرجع السابق، ص 37 - 38.

ب- فكرة العدل في الفكر الإسلامي: ¹

يعتبر العدل أحد المبادئ الأساسية لنظام الحكم وغايته المقصودة، العدل في الإسلام مطلب شرعي لتأسيس مجتمع مسلم متوازن قائم على احترام الإنسان وإشاعة الحرّيات، حفاظا على كيان المجتمع البشري. العدل أساس الخلافة في الأرض، وهدف التشريع الذي من أجله بعث الرّسل والأنبياء، قال تعالى: "لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ"²، كما يعتبر العدل معيارا لصلاح الفرد والمجتمع، ولقد حذّر الله من الظلم الذي هو نذير الهلاك والفناء. للعدل في الإسلام منزلة لم يتبوأها في الديانات التي سبقتة ذلك أن الإسلام آخر الأديان وأشملها لمناحي الحياة، فوجب أن يكون العدل مرتكزا على جميع هذه المناحي. والعدل في الإسلام هو عدل إلهي يستند إلى مبدأي الثواب والعقاب في الدنيا والآخرة³، حيث مثقال الذرة له اعتباره، فلا إفلات من العقاب، ولا نسيان في الثواب⁴.

ولقد ورد العدل ومرادفاته في القرآن الكريم في مواضع عدّة قد لا يتّسع المقام لذكرها كلها، منها قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ"⁵. وقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا"⁶.

¹ المرجع نفسه، ص ص 38 - 41.

² الآية 25 من سورة الحديد.

³ دولة الحق والقانون في الإسلام أساسها العدل، وهي تستند في ذلك إلى قول الله عزوجل: " قَالَ أَمَا مَنْ ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِ فَيُعَذِّبُهُ عَذَابًا نُكَرًا، وَأَمَا مَنْ آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءُ الْحُسْنَىٰ وَسَنَقُولُ لَهُ مِنْ أَمْرِنَا يُسْرًا ". الآيات 77- 78 من سورة الكهف. وإذا ما أعملنا ما ترشد إليه هذه الآيتين على مستوى النص القانوني وعلى مستوى التطبيق العملي، فإنّ بلدنا الجزائر الحبيبة ترتقي إلى السيادة والريادة، وهذا يقتضي إرادة سياسية حقيقية تقدّر قيمة الوطن، وتسدن فيها المسؤولية على أساس الكفاءة والأمانة فقط.

⁴ بينما يُركّز العدل الوضعي على مبدأ العقاب فقط، وحتى هذا الأخير يخضع للنقص الذي يعتري العقل البشري والأدلة.

⁵ الآية 8 من سورة المائدة.

⁶ الآية 58 من سورة النساء .

المحاضرة رقم 13:

خاتمة المحور الأول:

أصل القانون والغاية منه؟ أو لماذا التشريع؟

1. وجوب الإستناد إلى الواقع عند إنشاء القاعدة القانونية،

وبذلك فقط تكون القاعدة القانونية " ديمقراطية الصنع لمراعاتها واقع المجتمع"، لكن بضابطين هما:

2. وجوب مراعاة القيم التي يؤمن بها المجتمع، فالغاية (الحاجة) لا تبرر الوسيلة

وبذلك فقط تكون القاعدة القانونية " ديمقراطية الصنع لمراعاتها قيم ومثل المجتمع ".

3. وجوب مراعاة الشكل عند وضع القانون: بذلك فقط تكون القاعدة القانونية "

ديمقراطية الأسلوب" لمراعاتها أصول الصياغة التشريعية (الفن التشريعي) + احترام الإجراءات الصحيحة في سنه = حتى يكون معبرا بحق عن المضمون، وحتى يؤدي التشريع الغرض الذي وضع من أجله على أحسن وجه.

وهذه الثلاثية هي المعادلة الذهبية لفلسفة القانون،

بل هي المعادلة الذهبية للحياة وكيف يجب أن نحيا؟¹

¹ إبحث عنها، أنظر في الطعام والشراب والزواج وفي كل شيء تجدها...

المحور الثاني: السياسة التشريعية الحديثة.

الوعي بأصل القانون أساساً للسياسة التشريعية الحديثة.¹

كيف تكون مشرّعاً جيداً؟

المراجع الأساسية:

1- مقتطفات من وثيقة بعنوان: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3-6 شباط / فبراير 2003 مجلس النواب، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي- برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت، 3-6 فبراير 2003.

متوفر على الموقع: https://www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1424119980_.pdf (02-05-2017).

2- المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية NDI، تحليل التشريع: كيفية قراءة مشاريع القوانين بطريقة نقدية، 2004، متوفر على الموقع:

(تاريخ الإطلاع 05-09-2017). https://www.ndi.org/sites/default/files/analyzingleg_010104_ar.pdf

¹ الحق في التشريع تكفله الشريعة الإسلامية (خارج دائرة الثوابت وهي قليلة جداً)، فالشريعة الإسلامية من خصائصها أنها صالحة لكل زمان ومكان (خاصية المرونة) : إذ أنها لم تفصل إلا في بعض الأمور التي لا تتغير في الزمان والمكان وهي قليلة جداً مثل: المواريث وبعض الحدود ، وأنت بمقاصد كبرى وكليات مثل: الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان، العدل ومنع الظلم والمساواة، التيسير ورفع الحرج، الأمن، وما على المسؤولين في المجتمع إلا العمل على تحقيقها ولهم الحرية في إختيار الآليات المناسبة ووضع التشريعات ... ما أجمل المصالح المرسله والاستصحاب ...

المحاضرة رقم 14:

مفهوم الصياغة التشريعية وآليات صناعة التشريع الجيد

المرجع: مقتطفات من وثيقة بعنوان: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3-6 شباط /فبراير 2003 مجلس النواب، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي- برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت، 3-6 فبراير 2003 متوفر على النت.

المطلوب من الطلبة: قراءتها، تحليلها، ثم كتابة خلاصة عنها.

1- هل الصياغة التشريعية هي السياسة التشريعية؟ النظرية، هنا، أن التشريع سياسة وصياغة. السياسة التشريعية المقصودة هنا هي الفلسفة التي تحكم عملية التشريع، بداية من اتخاذ قرار التصدي لموضوع أو قضية عن طريق التشريع أصلاً، ومروراً بتحليل الموضوع وتحديد أولويات المجتمع بشأنها وقدراته ومصالحه إزائها، ثم ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة. أما الصياغة التشريعية فهي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة، موجزة وسليمة، كي تكون قابلة للتنفيذ. ولهذا، يجب الحذر عند الخلط، ولو غير المتعمد، بين الصائغ (Drafter) والمشرع (Legislator)، فالأول مصمم فني، والأخير هو صانع القرار، المسئول أمام الناخبين عن السياسة التشريعية، بل وكذلك عن صياغة النص القانوني ذاته. ولكن، من ناحية أخرى، فسوف تتأثر السياسة التشريعية -بالطبع- بالمعطيات السياسية القائمة،... لا تتيح دوراً كبيراً للمجالس النيابية وإنما يكون الدور الأكبر للسلطة التنفيذية (الحاكم)، وفي بعض الأحيان يكون الحاكم لابسا لثوب مؤسسي خارجي مثل سلطة الحزب الواحد أو الوحيد وبالتالي يكون لدينا برلمانا تابعا، وفي مثل هذا الوضع يكون دور هذا البرلمان مجرد عملية تشريع لتصرفات السلطة التنفيذية أي إدخال ما تراه مناسبا في إطار قانوني. أما في ظل الأنظمة الديمقراطية ووجود تعددية سياسية وأحزاب سياسية مستقلة ومنظمات مدنية مستقرة فإن السياسة التشريعية تكون محصلة لتفاعل هذه الأطراف الاجتماعية والقوى السياسية

على نحو ما، قد تزداد فيه كفة طرف معين على أخرى، ولكنها جميعا تبقى في دائرة التأثير. وتتمثل العلاقة بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية في عدة أمور، منها:

أولاً، المنهجية التي تتم بها عملية الصياغة، فالتوجه السلطوي يفرز صياغة سلطوية تميل إلى الصرامة والثبات، ... ثانياً، تتأثر تقاليد الصياغة القانونية بنوعية السياسة التشريعية وما إذا كانت هناك "سياسة" عامة للتشريع أم يقتصر الأمر على معالجات تشريعية لقضايا متفرقة، ... فعلى سبيل المثال، تبرز تساعد مظاهر وقنوات الشفافية في برلمانات الحكم الجيد على تطوير وتنقيح النصوص المقترحة وذلك من خلال طرح مشروعات القوانين للرأي العام ومؤسسات المجتمع المدني والفئات المعنية (ضراً أو نفعاً) بأحكام القانون و آثار تطبيقه والاستفادة من الجدل حوله، وتوسيع قاعدة شعبيته ومظلة شرعيته أيضاً، فتخرج القوانين أقرب إلى التطبيق وأسهل للفهم وأيسر في التعامل عما إذا كانت تصدر دون معرفة عامة بها ودون مناقشة حقيقية لمحتوياتها ودون اختبار احتمالات تطبيقها بكفاءة وفعالية من خلال طرحها على بساط النقاش العام. ففكرة التشريع لا تأتي من فراغ وإنما يجب أن يستدعي المجتمع إنشائها أو يفرض رغبته في إصدارها، طبقاً لمطالبه وحاجاته. وعادة ما تبدأ الفكرة من المجتمع ويكون التشريع الاجتماعي متوافقاً مع مصلحة أو مطالب عامة أو لفئة معينة، ثم يأتي دور الصانع بعلمه بالقواعد اللغوية والفنية ليجسدها في "مشروع تشريع". ولهذا، نجد في النظام المصري، مثلاً، أن الحكومة ملزمة بعرض مشروع القانون على قسم التشريع بمجلس الدولة لمراجعته دستورياً وفنياً، قبل عرضه على البرلمان. كما نجد المجلس الدستوري في فرنسا يقوم بمراجعة التشريعات قبل إصدارها، ويراقبها بعد صدورها أيضاً. ورغم أن دور المجلسين ليس مجرد مراجعة الصياغة الفنية وإنما التدقيق في توافق التشريعات مع الإطار الدستوري، فإن أياً من كليهما لا يبادر باقتراح التشريعات، وإنما البرلمان هو الذي يفعل ذلك (أو البرلمان والحكومة معاً) كما يصوغها أو يقر صياغتها، تحت رقابة الدستورية. ثالثاً، المحددات الاجتماعية والسياسية للصانع وهو يقوم بترجمة السياسة التشريعية إلى نصوص قانونية. فصياغة التشريع تحتاج إلى مهارة وخبرة بالعلوم القانونية من ناحية، كما تتطلب دراسة واستيعاب أولويات

السياسية التشريعية من ناحية أخرى. فالقاعدة القانونية مكونة من عنصرين، الأول هو المادة أو المضمون أو الجوهر، والثاني هو الشكل، الذي يتم العنصر الأول ويجسده، ومن خلالهما تحول المضمون إلى نص قانوني، ليكون صالحا للتطبيق العملي عند إصداره. فالغاية المراد إدراكها من التشريع يتم بلورتها وضبط مضمونها من خلال شكل له أسسه ومبادئه، وهو ما يسمى بالصياغة القانونية أو التشريعية ويقدر ما تكون هذه الصياغة سليمة وصحيحة بقدر ما تزداد فرص نجاح القاعدة القانونية في الواقع العملي. من هنا يمكن تعريف الصياغة التشريعية بأنها عملية تحويل القيم إلى قواعد صالحة، دون لبس.

التشريع من منظور الحكم الجيد: قلنا أن التشريع سياسة وصياغة، والآن نقول: السياسة قبل الصياغة. بعبارة أخرى: هل الصياغة الجيدة هي تلك التي تبدو محكمة ومتماسكة فنيا، أم هي التي يتم وضعها بطريقة ديمقراطية ثم نقوم بصياغتها على أسس علمية/فنية؟ سوف نتناول هذه الدلالات التي يحملها مفهوم الحكم الجيد في العملية التشريعية، على مستويين: الأول هو صناعة التشريع، والثاني هو صياغة التشريع. وبرغم الطرافة والعمق في تشابك الدلالة اللغوية والمنطقية "لصياغة" و"الصناعة"، بمعنى أن الصياغة في ذاتها صناعة وأن الصناعة تنتج في النهاية صياغة، فإن ما نقصده في هذا السياق هو أن صناعة التشريع تعني تحديد مبرره وأغراضه وملامحه، وهي عمل برلماني نيابي، بينما نقصد بالصياغة فنون ومهارات بناء النصوص وتحرير القوانين.¹ ولأن النائب هو المشرع فإنه قد يكون صائغا أو لا يكون، ولكن الصائغ ليس مشرعا، حتى وإن أخذ المشرع بخبرته. أمّا مفهوم الحكم الجيد فهو الذي يبشر بنظام حكم وأسلوب لصنع السياسة يتميز بعدة أمور أساسية، أهمها درجة كبيرة من احترام سيادة القانون، والشفافية في صنع القرار، وتشجيع المشاركة في الحياة العامة. وبنظرة مدققة نجد أن المحك العملي لقياس الحكم الجيد، من خلال مؤشرات عملية وإجرائية محددة، ينطلق من البناء التشريعي للدولة، أي عملية صنع السياسة التشريعية فكما كانت صناعة التشريع

¹ لهذا سوف لا يبدو غريبا ترجمة *DRAFTER* على أنها محرر /صائغ التشريع.

تشاركية، وتتحدى بالشفافية، وتتيح للقانون مقومات التطبيق السليم كلما كانت داعمة لمنظومة الحكم الجيد.

2- آليات صناعة التشريع الجيد:¹

يمكن القول أن مظاهر الحكم الجيد هي في ذاتها مقومات التشريع الجيد، فالحديث عن المشاركة هو مقدمة الحديث عن عملية تشريعية جيدة، تمكن النواب من صنع التشريعات، وتمكن المواطنين ابتداء من الوصول إلى النواب والتأثير فيهم. كذلك، فإن حكم القانون يتطلب منطقياً وسياسياً أن تمكن النواب من التشريع ووضع القواعد، فلا يكون برلماناً كياناً امتنع عن رسم سياسة التشريع أو حرم منها. كما أن الشفافية هي الصفة الأصيلة للعمل البرلماني، وإلا تحول إلى غير ذلك وفقد مبرر وجوده. لهذا، نتحدث اليوم عن تعزيز المبادرة التشريعية ومشاركة النواب في عملية التشريع، وعن دعم القدرات التشريعية للبرلمانات، وعن محاسبة البرلمانات عن أدائها التشريعي ودرجة شفافية أعمالها. من هنا، يمكن تحديد ثلاثة آليات جوهرية لصناعة التشريع الجيد، وهي:

1- المشاركة: أ- تعزيز مشاركة النواب في الصياغة التشريعية: من المهم مناقشة ثلاثة أمور في هذا الصدد، أولها كفاية الوقت المتاح للنائب لدراسة القضايا موضوع التشريع وصياغته، سواء بمعنى المدة الزمنية التي يمر بها التشريع وحجم التشريعات التي يصدرها البرلمان أو بمعنى استطاعة النائب القيام بهذا كله في ظل التزاماته الحياتية، وأعبائه

¹ المرجع: مقتطفات من وثيقة بعنوان: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت 3-6 شباط / فبراير 2003 مجلس النواب، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت، 3-6 فبراير 2003 .

المجتمعية، ورعاية مصالح دائرته، وقدرته النفسية والصحية. والأمر الثاني يتعلق بدرجة ونوعية وملاءمة وتوقيت توافر الخدمات المعلوماتية اللازمة للتشريع، سواء من خلال المؤسسة البرلمانية أو الحكومة أو عن طريق التفاعل مع هيئات المجتمع المدني. أما الأمر الثالث فهو مستوى المهارات والقدرات الفنية للنائب في مجال صناعة التشريع، ومدى إلمامه بأفضل الممارسات (Best practices) في النظم التشريعية المعاصرة. ب- تمكين مشاركة القوى الاجتماعية في صناعة التشريع: بمعنى درجة وكفاءة تواصل البرلمان مع هيئات وقوى المجتمع (كالأحزاب وجماعات المصالح وهيئات المجتمع المدني...) من ناحية وتمكين مشاركة الأفراد من ناحية أخرى في التعبير والتأثير على عملية إعداد وصياغة التشريعات.

2- حكم / سيادة القانون: القاعدة المفترضة أن التشريعات هي ذاتها التعبير العملي عن حكم القانون، لكن مفهوم الحكم الجيد يتطلب التأكد من أنها محايدة ومتوازنة (كما نذكر خصوصا التشريعات المالية، كالموازنة)، وضمان تطبيق القوانين عموما من ناحية أخرى.

3- الشفافية والمحاسبة: تثير الشفافية والمحاسبة عدة تساؤلات إجرائية في صناعة التشريع الجيد، منها: * ما الذي وضع موضوعا على أجندة البرلمان؟ ولماذا يلجأ البرلمان إلى حل تشريعي بشأنها؟ وكيف توصل إلى هذا الحل، وما هي ملامحه؟ * كيف يتعرف البرلمان على من يؤيد المقترح التشريعي ومن يعارضه، وكيف يتعامل معهم؟ * ما هي مواقف النواب من التشريع؟ (هل توجد سجلات علنية ودقيقة التصويت مثلا؟) * ما هي التكلفة المالية للتشريع، في إعداده وعند تطبيقه؟ وكيف يتم حسابها؟ * هل يستطيع المجتمع مراقبة نزاهة العملية التشريعية وتوافقها مع مصالحه (وأساسه الدستوري)؟ وتحفل الأدبيات البرلمانية بمؤشرات لقياس الشفافية في أعمال المؤسسة التشريعية أبرزها: انفتاح المجلس وعلنية الجلسات: فالبرلمانات الحديثة تتجه لعقد جلسات برلمانية علنية ويتم ضمان ذلك في الدستور، ولا يجوز إغلاق الجلسات إلا بأغلبية برلمانية غالبا (عادية أو خاصة)، وفي بعض الأحيان يقتصر على مسائل معينة تكون محل مناقشة مثل الأمن القومي. والمسألة ليست مجرد الإقرار بعلنية الجلسات البرلمانية، فعلى الرغم من توافرها في اللوائح الداخلية للمجالس العربية فإنه من الصعب في كثير من تلك الدول الحصول على مضابط

الجلسات، أو حضور الجمهور العادي هذه الجلسات، بما فيهم ممثلي المنظمات الأهلية فأغلب هذه الدول تتطلب حصول المواطنين على دعوات خاصة من الأعضاء أو العاملين بالبرلمان لدخول قاعة الجلسة أو حتى لدخول البرلمان، وفي معظمها، يمكن ذلك فقط للصحفيين الحاصلين على ترخيص حضور الجلسات العامة، وفي بعضها يتم نقل هذه الجلسات عبر التلفزيون، ولكن مع الرقابة الحكومية. - نشر المحاضر البرلمانية: في أغلب البرلمانات الديمقراطية يتم نشر المحاضر الرسمية وغير الرسمية بعد أيام من انعقاد الجلسات، أو في نفس اليوم، وفي بعض الدول التي لا تنشر إلا المحاضر الرسمية يمكن لوسائل الإعلام الاطلاع على المحاضر غير الرسمية - حرية الاطلاع على التشريعات والقوانين: أي الاطلاع على المبادرات التشريعية قبل طرحها على جدول أعمال المجالس البرلمانية، وكذلك فيما يتعلق بتداول المقترحات التشريعية من الأعضاء. فقد يكون هناك مكتب رسمي يختص بإتاحة مشروعات القوانين، وفي بعض الدول الأخرى يتم إتاحة هذه الوثائق لوسائل الإعلام فقط. تسجيل نتائج التصويت والاتجاه في البرلمانات الحديثة هو استخدام التصويت الإلكتروني التحقيق قدر أكبر من الشفافية. شفافية عمل اللجان: يعد انفتاح اللجان من أبرز عناصر الشفافية البرلمانية، ففي أغلب البرلمانات الديمقراطية تكون اجتماعات اللجان مفتوحة للجمهور، بينما قد تسمح بعض الدول لوسائل الإعلام بالاطلاع على تلك الاجتماعات أو نشر محاضرها أو ملخص اجتماعاتها.

المحاضرة رقم 15:

الصياغة... (عوامل صياغة التشريع الجيد):¹

الصياغة التشريعية علم وفن. فهي الوسيلة الفنية التي تستخدم في إنشاء القواعد القانونية والتشريعية، وبها يصنع المشرع القواعد القانونية من المعطيات الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية للمجتمع. وتكون مهمة المشرع والصانع هي تحويل هذه المعطيات إلى قواعد قانونية ميسورة الفهم سهلة التطبيق في أرض الواقع. ومن العوامل التي تعزز من جودة الصياغة القانونية وتجعلها داعمة للحكم الجيد، أهمها:

أ- ديمقراطية الصنع... تدعم الاستقرار التشريعي أي وجوب مراعاة العنصر الموضوعي

بشقيه الواقعي والمثالي عند وضع أي قانون: الصياغة التشريعية الجيدة هي التي لا تأتي مبتورة، أو غير واضحة، بل تكون مؤدية للغرض الذي جاءت،... ومعبرة عن الواقع الاجتماعي. لهذا، فإن الصياغة الجيدة تميل إلى الاستقرار، أما الصياغة الرديئة فلا تتسم بهذا الاستقرار. فاستقرار التشريعات يتأتى عندما تكون صياغة القاعدة القانونية متفقة مع الأفكار والتصورات والأغراض التي سعت القاعدة القانونية إلى تحقيقها، وأن تتسم بالوضوح والقابلية للفهم من المخاطبين بأحكامها، ولا تثير المشاكل عند التطبيق. أي أن الصياغة المستقرة يفهمها الأمي والعالم، أو أي فئات اجتماعية متباينة في مهاراتها العلمية أو اللغوية أو الثقافية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. ومن ثم فإنها صياغة "صالحة" للقاعدة القانونية، فتعيش فترة زمنية طويلة، وإذا تغيرت الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية المحيطة بالقاعدة القانونية فقد يتدخل المشرع فيها بإجراء بعض التعديلات التي تستوجبها هذه التغيرات دون أن يمس صلب الصياغة المستقرة، أو قد يبقى على الجزء الأكبر من هذه الصياغة كما هو. وعلى نقيض ذلك تكون الصياغة غير المستقرة. فهي في الغالب لا تعبر عن فكر الجماعة

¹ "نقلا عن : الصياغة التشريعية للحكم الجيد ؟ " المرجع السابق، ص ص. 1 - 21.

وإنما تمثل رأي محدد دون التعبير عن رأي المجموع. فالفكرة القانونية إذا كان مصدرها الجماعة فإنها تساعد على تطوير المجتمع، خاصة إذا كان المجتمع ديمقراطيا، أما في النظم الشمولية والسلطوية فإن القاعدة القانونية تعبر عنها الحاكم أو قد تكون انعكاسا لفكرة السلطة الأعلى وعلى المجتمع أن يرضخ لها حتى وإن جاءت غير متفقة مع إرادته. - **كذلك متطورة.. تعزز القدرة التنافسية للتشريع:** فالتشريع الجيد له قدرة تنافسية في مواجهة العالم المعاصر، الأمر الذي يتطلب القيام بدراسة وافية ولفترة كافية له. وعند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم (والذي يفرض نفسه على الجميع، بطريقة أو بأخرى)، لاسيما إذا كان الموضوع التشريعي المقترح جذور أو امتدادات في اتفاقيات دولية. فعلى سبيل المثال: سيكون من الصعب وضع قانون وطني لحماية البيئة دون دراسة مصطلحات وأحكام الاتفاقيات الدولية في شأن حماية البيئة، وغير ذلك في التشريعات الاقتصادية (مكافحة الإغراق، حرية التجارة والاستثمار...)، والجنائية، وحقوق الإنسان...

ب- ديمقراطية الأسلوب.. تدعم الشفافية أي مراعاة العنصر الشكلي بشقيه الصياغة والفن

التشريعي من جهة، ومراعاة إجراءات سن ونفاذ التشريع من جهة أخرى: من المهم أن يكون القانون مصوغا بلغة بسيطة قريبة ومألوفة من لغة تخاطب الرجل العادي، غير المتخصص في القانون. لهذا، من الأولى بالمشرع والصائغ توضيح فكرة التشريع والتعبير عنها بأبسط الطرق، بما يمكن المواطن من متابعة مدى احترام سيادة وحكم القانون، ومن مراقبة أداء الدولة، تشريعا وليس فقط تطبيقا. كذلك متوازنة.. وصديقة للقضاء: الصياغة الجيدة ليست تلك التي تبدو بسيطة ومنطقية فقط، وإنما هي تلك التي تساعد على إنزال أحكام التشريع بعدالة وموضوعية والقضاء هو الذي يحكم بين الخصوم في المنازعات، على أساس القانون، فإذا كانت صياغة القانون متوازنة، تتصف بالوضوح والحسم وفي نفس الوقت تتحلى بالمرونة، فإنها تعين القاضي على إنزال أحكامها بعدالة أكبر. وفي الحقيقة، كلما كانت الصياغة مدروسة ومحصنة عن طريق البحث والتشاور مع المحامين وفقهاء ودارسي القانون كلما وفر ذلك عمقا أكبر لها، وجعلها أقرب إلى التطبيق على النحو المبتغى لدى المشرع. فالصياغة "الجامدة" تحقق التحديد

الكامل للحكم القانوني أو ما يخضع له الأشخاص أو الوقائع، على نحو لا يترك مجالاً للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون أو القضاء، وتهدف بالتالي إلى حرمان القاضي من إمكانية تقدير تطبيق القاعدة وإنزال دون أي تمييز بين حالة وأخرى، من حيث الظروف أو الملابسات،... أما الصياغة "المرنة"، فهي تمكن القاعدة من الاستجابة لمتغيرات الظروف وتفريد الحالات، وتتيح بالتالي للقاضي حرية التقدير وإمكانية المواءمة، فهي تقتصر على وضع الفكرة تاركة ما يدخل فيها لتقدير من يقوم على تطبيق القاعدة القانونية فمثلاً القاعدة القانونية التي تترك للقاضي الحكم بإحدى عقوبتين أو بكليتهما معاً، هي قاعدة مرنة تترك للقاضي حرية التقرير حسب الظروف والوقائع والملابسات التي تحيط بالحالة محل الموضوع. إلا أن هذا الأسلوب قد يعيبه أنه يترك للقاضي إمكانية تحكم أعلى في التقدير (وربما تؤدي إلى الفساد المهني للقضاء). وتلافياً لعيوب كلا الأسلوبين في الصياغة يرى البعض الأخذ بأسلوب مركب، يميل إلى تحديد حدود الحكم بدقة أكبر، ولكنه لا يزال يتسم بالمرونة فيما بين الحدين (مثلاً: عقوبة لا تقل عن كذا ولا تزيد عن كذا لمن فعل كذا).

المحاضرة رقم 16:

قواعد الصياغة التشريعية الجيدة:

المرجع: مقتطفات من وثيقة بعنوان: " الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3- 6 شباط / فبراير 2003 مجلس النواب، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي- برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت، 3- 6 فبراير 2003 (مرجع رئيسي) متوفر على الموقع الآنف ذكره.

المطلوب من الطلبة: قراءتها، تحليلها، ثم كتابة خلاصة.

هناك قاعدتان لتوفير جودة أعلى للصياغة التشريعية، الأولى هي المنطق العلمي، والثانية هي الجانب الفني:

القاعدة الأولى: المنطق العلمي: "مراعاة العنصر الموضوعي بشقيه الواقعي والمثالي"

يتمثل المنطق العلمي في الصياغة التشريعية الجيدة المرور بخطوتين متتاليتين في عملية التشريع، الأولى هي الإجابة على سؤال: هل نحتاج إلى حل تدخل تشريعي أصلاً لمواجهة الموضوع المطروح علينا؟ فإذا كانت الإجابة بنعم، نأتي إلى السؤال التالي: ما هي الخطوات المنطقية التي تضمن السير في عملية التشريع بطريقة علمية وكفاءة أعلى؟

أ- فما من شك في أن الإجابة على السؤال الأول تعين على تجنب ظاهرتين كلاهما أخطر من الأخرى في التشريعات العربية، وهما الإسراف التشريعي، وتضارب القوانين. فالقانون "الذكي" هو الذي يأتي كثمرة لدراسة علمية لدواعيه والآثار التي تترتب عليه، وحتى لا تأتي أحكامه متعارضة مع أحكام أخرى. أي أن دوافع إعداد القانون لا بد أن تستقي من واقع يملئها، وبالتالي لا بد من الرجوع للأسلوب العلمي ودعوة أهل الرأي والمتخصصين للإدلاء بأرائهم في مشروع القانون. فعلى سبيل المثال إذا أراد المجلس إصدار قانون الضمان الاجتماعي لجميع المواطنين، وفي نفس الوقت يريد مشروع قانون آخر يفرض ضريبة على المواطنين العاملين بالخارج، إذن فهذا الضمان الاجتماعي سيتم تمويله بواسطة المواطنين المقيمين في الخارج، ولن يكون القانونان عادلين إلا إذا كانت الضريبة المفروضة في الداخل متنسقة مع الضريبة في

الخارج، وستحقق هذه القوانين الهدف منها إذا كانت متسقة مع بعضها البعض ولا تجور على حقوق المواطنين والفرص المتكافئة بينهم، ذلك أن الثغرات القانونية تؤدي إلى ذبوع الفساد، وخاصة عند تطبيق القوانين. لهذا، لابد من دراسة كل القوانين جيدا، حتى لا يكون هناك مناطق تشابه بين القوانين تؤدي لحدوث ثغرات، ولكي تكون القوانين واضحة ومحددة وصريحة. وإذا ما قرر المشرع حاجة المجتمع للتدخل التشريعي، فإنه وبشكل مبسط، يحتاج الى: * النظر إلى دستورية المشروع وتنقيته من شبهة عدم الدستورية * النظر لتشابه مشروع القانون مع القوانين الأخرى السارية * التأكد من الوضوح في كل نص وعدم تكراره * دراسة الآثار علميا حول القانون، حيث أن القانون لا يوضع بناء على انطباعات، كما أن الوقائع الفردية لا تشكل ظاهرة هامة تستدعي وضع قانون.

ب- عندما يبدأ المشرع في معالجة موضوع ما، فمن الأولى أن يحدّد: * السياسة التشريعية التي يدافع عنها، وينترجم أهدافها لنصوص قانونية في ظلها * الأهداف التي ينوي تحقيقها * الحق الذي يحتاج إلى الحماية أو الرعاية القانونية ذلك أن القاعدة القانونية محصلة تفاعل عوامل ومعطيات رئيسية، أبرزها:

- **المعطيات الطبيعية:** أي الظروف التي يوجد فيها الإنسان والتي يعيش في ظلها سواء كانت ظروفًا مادية مثل (المناخ، التربة، الموقع الجغرافي، التكوين الجسماني) أم ظروفًا معنوية كالحالة النفسية والخلقية والدينية، أو تكون معطيات اقتصادية واجتماعية، وهذه الحقائق وإن كانت غير كافية لإنشاء القاعدة القانونية إلا أنها تعد المادة الخام الأولية التي يجب أن يقف عليها المشرع عند البدء في التفكير في إنشاء قاعدة قانونية أو محاولة رسم حدود أو نطاق المسائل القانونية التي يستهدف تنظيمها. - **المعطيات التاريخية،** أي التراث الذي خلفته الأجيال السابقة من البشرية في مجال ينظم علاقاتها الاجتماعية من عرف وعادات وتقاليد، والتصورات التي مر بها هذا التراث...، ولكن تلك الحقائق لا تتصف بالجمود كالحقائق الطبيعية فيجوز التدخل في تشكيلها بما يتواءم والظروف العصرية للمجتمع. - **المعطيات العقلية،** أي الحقائق العقلية التي يمكن أن يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والتاريخية، فيقوم بالكشف عنها وتجسيدها. - **المعطيات المثالية،** أي آمال الجماعة وأمانيتها وطموحاتها المستمرة نحو النهوض بالقوانين وتطويرها، وبهذا تكون المعطيات المثالية قادرة على التأثير في المعطيات الثلاثة السابقة.

والمشرّع في حاجة إلى استحضار هذه المعطيات وتفعيلها معا، لتحديد أهداف وملامح التشريع المرجو، ثم لصياغته بالطريقة الملائمة. وقد يبدو هذا الأمر مرهقا وربما يراه البعض تنظيريا أكثر من اللازم والمحتمل، لكنه في الحقيقة تجسيد لمنطق بسيط وهو العقلانية والنظرة الشمولية في التعامل مع قضايا الصياغة التشريعية، وقد اعتاد عليه النواب ومارسته البرلمانات طويلا، وكلما كانت ممارسة هذا النهج مستقرة وعامة كلما كانت جودة التشريعات أعلى، وتوافقها مع مبادئ الديمقراطية والحكم الجيد أقرب. فعلى سبيل المثال: قد يتطلب الأمر من البرلمان إصدار تشريعات بشأن ظاهرة التضخم بهدف الحد منها بمجموعة من القوانين الاقتصادية، وبإعمال النهج السابق يمكن تصور الخطوات التالية.

القاعدة الثانية: حرفية الصائغ (الجانب الفني):¹ أي وجوب مراعاة العنصر الشكلي

بشقيه الفني والإجرائي لنفاذه: تعتبر الصياغة التشريعية من الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القواعد القانونية ضمن أسس ومبادئ لا بد من معرفتها وإتقان فنونها كصناعة احترافية، تتكون موادها الأولية من معرفة مصادر القانون المختلفة، باعتبار أن هذه المصادر تشكل الأدوات العامة لكل البناء الفني، والتي بموجبها يتم التعبير عن قواعد القانون ومضامينه من خلال طرق عديدة أهمها المعرفة التامة والمصطلحات وخصائص القاعدة القانونية من قبل المشتغلين بالعمل التشريعي. فبعد أن يجمع "المشرع" المواد الخام يتم وضعها في قالب أو نماذج تشريعية، وهنا يأتي دور "الصائغ" الذي يتولى تحويل المواد الخام (المعطيات والأهداف...) إلى نصوص قانونية قابلة للفهم والتطبيق. أي أننا إزاء عملية من مستويين، متداخلين باستمرار، الأول هو تحديد السياسة التشريعية والأهداف المرسومة للتشريع المقترح، والثاني وضعها في أطر مقننة. لهذا، يفرق البعض بين "الصياغة القانونية" (فن احترافي) و"طريقة وضع النصوص القانونية" (عمل برلماني سياسي)، وكلاهما يتطلب الإلمام بفن استخدام الوسائل القانونية لتحقيق الغرض التشريعي. وفيما يلي قدر من التفصيل:

أ- وضع النصوص القانونية (عمل برلماني سياسي): ومن الشائع استخدام طريقتين، الأولى، هي الحلول التفصيلية، حيث يلجأ المشرع إلى صياغة النصوص التشريعية لتعالج كل ما يدور في خياله من حالات خاصة وما يمكن أن يتصوره من حوادث، فيقرر لكل حالة أو حادثة مما توقعها الحل القانوني الذي يراه حسب طبيعة ومقتضيات تلك الحالة (وهذا هو التدخل

¹ أنظر: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ ، المرجع السابق، ص ص 22 - 23 ؛ وانظر أيضا لمزيد من الشرح

التطبيقي: المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية NDI، تحليل التشريع: كيفية قراءة مشاريع

القوانين بطريقة نقدية، 2004، ترجمة مي الأحمر، بيروت، ص ص 1 - 18، متوفر على الموقع:

(تاريخ الإطلاع 05-09-2017) https://www.ndi.org/sites/default/files/analyzingleg_010104_ar.pdf

التفصيلي "الإيجابي"، ومثاله: جداول الضرائب حسب شرائح الممولين). كما قد يترك المشرع للقاضي مهمة بحث كل حالة على حدة ووضع الحل المناسب لها في ضوء ما يكتنفها من ظروف موضوعية (التدخل التفصيلي "السليبي"، ومثاله: الحدود القصوى والدنيا للعقوبة). أما الطريقة الثانية في وضع النصوص القانونية فهي الحلول العامة، حيث يضع المشرع حولا عامة مجردة (مثال: قواعد النظام العام، أو مبدأ عدم تسويء مركز المتهم حال تشديد العقوبة).

ولعل أخطر ظاهرة سلبية قد تنتاب المشرع في عملية وضع النصوص القانونية هي "حشد" القوانين والنصوص والأحكام...، ومن المستقر فقها وقانونا، على سبيل المثال، أن تعديل أو إنشاء أكثر من قانون عمل غير جائز تشريعا، فلا يجوز تعديل قانون إلا بقانون خاص به، لأن التعديل كالإنشاء، كما أنه لا يجوز أن يصدر قانون يتضمن أكثر من موضوع واحد ولا تعديل أكثر من قانون بقانون واحد. فالقانون كالكائن الحي، له ذاتيته واستقلاله وكيانه وشهادته ميلاده، كل ذلك على سبيل الأفراد ولا سبيل للجمع فيه. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا صدر قانون جديد يلغى كل نص يخالف أحكامه، حيث يمتد هذا الحكم إلى عديد من القوانين في ذات اللحظة، وعندئذ يكون سريان القانون الجديد (ولو أنه لم يشر إلى الأحكام التي يلغىها في القوانين الأخرى) بمثابة صك الإلغاء للأحكام المخالفة له في القوانين السارية القديمة. ويلاحظ المرء أن المشرع العربي قد يلجأ إلى هذا الاستثناء بنوع من الإفراط أحيانا، حيث تتضمن العديد من التشريعات نصا عادة في أواخر القانون يقضي بإلغاء كل نص يخالف أحكامه، في حين أن التوسع في هذا الاستثناء يفقده معناه. فمن ناحية أولى، قد لا يحتاج المشرع إلى إيراد هذا النص في كل القوانين الجديدة، وذلك إعمالا لقاعدة "اللاحق ينسخ السابق"، وهي قاعدة مستقرة لا تحتاج إلى توكيد في نص خاص (مثال: زيادة أسعار الرسوم...). ومن ناحية أخرى، قد لا يكون هناك نصوص أخرى سارية تتضارب أحكامها مع أحكام القانون الجديد، أو تكون قليلة ومعروفة جدا، وبالتالي فإن تنقية التشريعات وتبسيطها وتقليل أعدادها يتطلب القيام بدراسة دقيقة وشاملة للقوانين السارية، وتحديد ما إذا كان الأمر جديرا بتعديل بعض أحكامها مباشرة دون الإسراف في اللجوء إلى منهج "الأسهل في الأحوط". فهذا الإسراف سوف يعني عند تطبيق

القانون أن المواطن والمحامي والقاضي ورجل النيابة العامة ورجال الأمن وغير ذلك من الجهات التنفيذية سوف يضعون كافة القوانين المتعلقة بالقانون الجديد أمامهم ودراستها وتنسيق علاقاتها ببعضها البعض قبل تطبيق أحكامها،

ب- الصياغة القانونية (فن احترافي): يقوم الصائغ بترجمة ما يعرض عليه إلى قواعد محددة مبوبة وهو يسمى "النصوص القانونية"، والصياغة الجيدة هي التي تعين على تحويل الأفكار والأهداف إلى نصوص قانونية، تؤدي فقط ما هو مطلوب دون أن تتضمن ما لا يراد. كما أن إجادة القواعد اللغوية عامل حاسم في الصياغة الجيدة، حيث يدقق الصائغ في اختيار الألفاظ على ضوء إدراكه لأهداف واضع التشريع، حتى يتحقق الغرض المطلوب من القانون.

المحاضرة رقم 17:

عيوب الصياغة والتعامل التشريعي معها (قواعد تفسير النص التشريعي)؟

من أبرز عيوب الصياغة ما يلي: ¹

1- الخطأ المادي، فقد تقع أخطاء مادية أثناء الطباعة إما بسبب وجودها في أصل النص أو مسودته، وفي أحيان كثيرة تؤدي إلى التأثير في المعنى، وأحيانا إلى تغييره أو تغيير ما أراده المشرع. 2- الخطأ القانوني، وعادة يكون غير مقصود، بحيث يستوجب التصحيح. كما قد يكون الخطأ من نوع النقص، حين يأتي إغفال لفظ في النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم بدون، فيجب تداركه. 3- النقص: ويراد به إغفال لفظ في النص القانوني بحيث لا يستقيم الحكم دون، 4- الغموض (الخفي، المشكل، المجمل)، وهو نص غير واضح الدلالة، إذا لا يدل على ما فيه بالصيغة التي وضع فيها، ويحتاج لفهمه أن يستكمل من خارج عبارته مما يضطر المشرع أو الحكومة في هذه الحالة إلى إصدار "تفسيرات" لإزالة الغموض. 5- التعارض، فقد يصطدم نص مع نص آخر بحيث لا يمكن الجمع بينهما على الرغم من فهم مضمونه كل على حدة، مثال ذلك تعريفات العامل والفلاح في قوانين العمل ومباشرة الحقوق السياسية والنقابات العمالية في مصر، فتارة يأخذ المشرع بمعيار "شهادة التعليم"، كما في حالة النقابات، وأخرى يأخذ بمعيار "المهنة" كما في حالة الترشيح للانتخابات البرلمانية. 6- التزيد والتكرار في القانون ذاته أو في قانونين مستقلين، وهذا من شأنه إحداث إرباك وإرهاق لا مبرر لهما، كما أنه يقود إلى إفراز ثغرات أكبر في القانون.

هذه بعض العيوب التي قد تطل النصوص التشريعية والتي تحتاج من أجل تلافيتها إلى الدقة والمعرفة باللغة العربية ومفرداتها، والتدقيق في النصوص التشريعية ومراجعتها

¹ أنظر: رافد خلف هاشم البهادي، عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص ص. 65- 69.؛ وانظر أيضا: حيدر أدهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط.1، دار الحامد، عمان، 2009، ص ص. 96 - 105.

وتمحيصها، حتى نتمكن من سن قوانين واضحة ومحددة تساعد في الحياة العملية، إذا ما تمت مراعاة الفن القانوني ضمن معايير وأسسه. ومن أبرز هذه المعايير: أولاً الإيجاز، حيث أن النص القانوني ينظم حالة أو ظاهرة تنظيمياً دقيقاً بكلمات محددة، لذا يجب أن يقدم المعنى بأقل الألفاظ، لأن الإطالة تفتح باب التفسيرات المتعارضة والعرض المحكم، ويكون بالتبويب السليم وجمع النصوص وربط أجزائها وكشف غايتها. * ضرورة إحكام الإشارات الكتابية كالفواصل والنقاط في مواضعها. * ضرورة احترام المشرع لمصطلحاته التشريعية من خلال توحيد المصطلحات التي تفيد المعنى نفسه. * تسمية القوانين، فيستحسن أن يأخذ المشرع بأسماء القوانين التي استقرت مسمياتها في العمل القانوني أصبحت بمثابة مبادئ عامة. * الإيجاز بالتعريفات في غايات محددة كأن يأتي التعريف لإيضاح معنى مغاير لمعنى متعارف عليه، أو لغاية حسم خلاف فقهي قائم، ذلك أن التعريف المبالغ فيه قد يؤدي إلى تقييد القاضي وسلب حرية حركته في التقدير، كما قد يكون تطور الحياة قد تجاوزه. * مراعاة أسس الهيكل المعماري لصياغة جسم القانون، كوجود مقدمة تعرف بالموضوع محل التشريع وتحدد اسم القانون، ثم يأتي متن القانون وهو جوهر التشريع من حيث الأحكام المتعلقة بالوقائع المادية والقانونية، إضافة إلى الخاتمة، التي غالباً ما تلغي التشريع السابق وتلزم الجهات المختصة بالتنفيذ، وتحدد فيما إذا كان بالإمكان إصدار أنظمة أو لوائح أو تعليمات ستصدر لتطبيقه، وربما ترفق به مذكرة إيضاحية، تعتبر جزءاً لا يتجزأ من التشريع، إذ أنها تكشف فلسفة المشرع من وراء إصداره والأسباب الداعية لسنه وبيان روح التشريع الذي يكمن خلف النصوص. نحن نحتاج إلى "تحيب" و"ترغيب" النواب في التطوير التشريعي، وإلى إيضاح أن عصرنا هو عصر البرلمانات...، وأن الدول قوية بمؤسساتها، وأن البرلمان قاعدة البناء الديمقراطي الحر، وأن البرلمان بنوابه...، وأن معايير النائب الناجح اليوم قد تعدت المحلية وصارت عالمية...، وحتى مسألة قضاء حوائج الناس (الناخبين والدوائر) تعتبر عملية مشروعة، ولكن لها أصولها...¹

¹ مقتطفات من وثيقة بعنوان: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ المرجع السابق، ص ص. 16-17.

موضوع للبحث:

الإتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية:¹

من المعلوم أن فلسفة القانون تتولى دراسة المسائل المتعلقة بوجود القانون وتطبيقه، ومن ثم فهي لا تتميز بمجال محدد تختص بدراسته، وإنما يتسع مجال استعمالها ليشمل الفلسفة القانونية بمختلف فروعها، من الجريمة والعقاب إلى الخطأ والذنب والمسؤولية، إلى الفلسفة السياسية التي تبحث في أساليب تسيير وإدارة المجتمعات إلى الأخلاق وما يجب أن يكون عليه الحال:

¹ فتيحة حزام، المرجع السابق، ص ص. 41 - 46 .

أولاً- علاقة السلطة التشريعية بالسياسة العامة: تقوم السلطة التشريعية على توافر مجموعة الوظائف الأساسية في إطار النظام السياسي، ومن أهم تلك الوظائف هي (سن التشريع، وضع الدستور وتعديله، الوظيفة الانتخابية، الوظيفة المالية، الوظيفة التنفيذية، الوظيفة القضائية، وظيفة التحقيق، ونشر وكشف عن المعلومات). وتبرز العلاقة بين السياسة العامة والسلطة التشريعية كون الأخيرة تقوم بوضع التشريعات والقوانين والخطط في رسم سياسة معينة أو مواجهة مشكلة معينة، فالسلطة التشريعية تقوم بالدور المركزي لتشريع القوانين وصنع السياسات في النظام السياسي، وهذه السمة تضي على السلطة التشريعية ليس لكونها مخولة بذلك دستوريا فحسب، وإنما يستلزم الأمر الممارسة الفعلية لذلك.

ثانياً- ربط الاتجاهات التشريعية الحديثة القانون بعلم السياسة: على سبيل المثال يتضح أنه في حقل القانون الدستوري وعلم السياسة فإنهما يهتمان بدراسة السلطة من حيث تنظيمها وممارستها وعلاقة الحاكمين بالمحكومين إلى آخره، ولكن ذلك لا يفضي أبداً إلى تطابق أو تماثل أو وحدة الحقلين. إن النظام السياسي في أي دولة إنما يتضمن الحقوق والحريات العامة بصورة دقيقة وبدون قيود عليها، وعلى رأسها: حقوق المواطنة، والمساواة وتكافؤ الفرص، والتعبير، والعقيدة والاعتقاد، وبناء دور العبادة، وانتقاد العمل العام والقائمين به، وحرية التجمع والانضمام إلى الجمعيات والاتحادات المختلفة وحرية الاجتماع التي هي قاعدة التنظيم الانتخابي وحرية تكوين الجمعيات والنقابات، والحق في المحاكمة المنصفة العادلة ... فالتشريعات في الدول المتقدمة قد تجاوزت مرحلة النص في صلبها أو في مقدماتها على الحقوق والحريات العامة، فذلك مرجعه أن هذه الدول رسخ في ضميرها ومقدراتها الحقوق والحريات العامة فأصبحت جزءاً من أسلوب حياتها تجمعها القوانين العادية، وفي ظل سيادة القانون الذي تقوم عليه الدولة القانونية، ومن ثم أصبحت هذه الدول الديمقراطية تؤكد وبكل يقين أنه بدون ديمقراطية فلا شرعية، وبدون شرعية فلا مشروعية، وبدون مشروعية فلا كلام عن الدولة القانونية أو وجود دستور.

ثالثا- آثار السياسة التشريعية الحديثة على القانون:

في ظل السياسة التشريعية الحديثة فإن مصطلح القانون أصبح ينطوي على ثلاثة معان مختلفة:¹

1- القانون كمؤسسة إجتماعية: نفهم هذا كلنا عندما نتحدث عما يميز الدول الحديثة من مؤسسات وأجهزة قانونية بالمقارنة مع المجتمعات البدائية، ولتوضيح هذا المعنى نبحت عن موقف المواطنين من هذه الأجهزة والمؤسسات. فبالنسبة للفقهاء "بننام" و "أوستن" وأتباعهم، فإن القانون يتوفر بهذا المعنى لدى كل شعب أو مجتمع تعود على الخضوع لأحكام صادرة من شخص أو فئة لا تخضع بدورها لسلطة أحد.. انتقد هذا المفهوم، وقيل أن القانون لا يعد قائما إلا إذا كان مصدره قواعد قانونية شرعية، ولقد عجز هذا الاتجاه عن تبيان ما يميز عادة الخضوع للأوامر عن ضرورة دستورية القواعد القانونية، فمفهومهم للقانون لا يميز بين النظام العنصري والنظام الديمقراطي من حيث أن كلاهما يتوفر على مؤسسة قانونية وشرعية دستورية. فالقانون كما هو معروف يهدف لتقويم سلوك لفراد في المجتمع وتنظيمه لذا فهو يشكل بحد ذاته مؤسسة اجتماعية.

2- القانون كنظام معياري: إن هذا المعنى يرتبط بالمعنى السابق وينتج عنه بحيث لا يمكن تصور قواعد قانونية لا يكون مصدرها أجهزة أو مؤسسات اجتماعية. فيرى البعض أن النظام القانوني تجسيد للقواعد القانونية على شكل أمر يتلقاه المواطنون ويتعودون الخضوع إليها، فهناك من يرى أن القواعد القانونية أصنافا منطقية مختلفة تتميز بطابع قانوني ووظائف اجتماعية، فهناك القواعد الأولية وهي التي تتولى تبيان سلوك الأفراد والأشخاص القانونية، وهناك القواعد الثانوية وهي التي تتولى تعريف القواعد وتحدد طرق لإصدارها.

3- القانون كمصدر للحقوق والواجبات: يتحدّد هذا المعنى عندما نقصد بالقانون مجموع الصيغ والاقتراحات التي تنظم العلاقات بين الأفراد، وتبين حقوقهم وواجباتهم، كالقول مثلا أنه يحق لكل من تضرر من تصرف الغير أن يحصل على تعويض، هذا الاقتراح القانوني تتحدد

¹ فتيحة حزام، المرجع السابق، المرجع نفسه، ص ص 46 - 47 .

صحته وفقا للظروف التي يعمل فيها ويخضع في تطبيقه للسلطة التقديرية التي هي من حق القاضي، وحسب هذا المنظور الوضعي، فإن مثل هذا الاقتراح لا يكون صحيحا إلا إذا تجسد تطبيقيا بقاعدة قانونية، فكل اقتراح يخفق في التحول لقاعدة قانونية ليس له أية فعالية.

خاتمة المحور الثاني:¹

" السياسة التشريعية الحديثة:"

من شأن "تشريعات الحكم الجيد" أن تساعد على تعظيم الفرص المتاحة،

لإحداث النقلة " النوعية" في العملية التشريعية،

من كونها مجرد إصدار قوانين لإضفاء الشرعية المؤسسية على سياسات الحاكم"،

إلى كونها "صانعة السياسات العامة"،

أي ننتقل من مستوى "التشريعات السياسية" إلى طبقة "السياسة التشريعية".

عالمية فكرة "الحكم الجيد":	ديمقراطية نظام الحكم الجيد:
* حكم القانون	* لتقليل الفقر
* الشفافية والمحاسبة	* لمكافحة الفساد
* المشاركة	* لتوازن النوع

¹ أنظر: الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ ، المرجع السابق، ص ص 22 - 23 .

المحور الثالث:

تفسير القانون

- المرجع: مقطع مقتطف من : فتحة حزام، فلسفة ومناهج العلوم القانونية، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019.
- المطلوب من الطلبة:** قراءة النص كمنطلق للنقاش وتوسيع الفكرة من خلال مرجعين آخرين موسعين هما:
- تومي آلي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، برتي للنشر، الجزائر، د.ت. ن.
 - تومي آلي، مناهج البحث العلمي في فلسفة القانون، برتي للنشر، الجزائر، 2016.

المحاضرة رقم 18 :

الإطار المفاهيمي لتفسير القانون

أولاً- أهداف التفسير:

- تحديد واكتشاف المعنى الحقيقي والسليم للقاعدة القانونية أو التصرف القانوني وذلك بكافة وسائل التفسير والمناهج المعتمدة في عملية التفسير.
- تدعيم وتكميل النص القانوني إذا ما شابه الإيجاز والاقتضاب.
- رفع التناقض القائم على أحكام القاعدة القانونية وبين التصرف القانوني وذلك بترجيح حكم على آخر إذا لزم ذلك.
- تكييف وملائمة القاعدة والتصرفات القانونية مع ظروف الحال والواقع بعناصره وجزئياته المتغيرة، وتخصيص وتجسيد القاعدة القانونية وتقريرها لتصبح قابلة للتنفيذ.

ثانياً- أنواع التفسير:

- التفسير التشريعي... - التفسير القضائي... - التفسير الفقهي...- التفسير الإداري (أخطر أنواع التفسير حسب الأستاذ) ...

ثالثاً- وسائل التفسير:

طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني، تلزم القاضي أولاً بالرجوع للتشريع ثم مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف، فمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أنه وبالرجوع للتشريع قد يجد القاضي نفسه أمام نص واضح سليم، وقد يكون أمام نص غامض يحمل دلالات مختلفة ومعان كثيرة، وقد يجد نصوصها متعارضة بين تشريع وآخر.

1- الوسائل الداخلية:¹

أ- استخلاص معنى النص من خلال ألفاظه: قد يهتدي القاضي إلى معنى النص من خلال الألفاظ التي يحملها وهو ما أشار إليه المشرع ضمن المادة الأولى من التقنين المدني السالفة الذكر، والمقصود بألفاظ النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله، أي المعنى الذي يتبادر فهمه إلى الذهن من خلال ما تضمنه من ألفاظ وهذا ما يطلق عليه بالمعنى الحرفي للنص أو منطوق النص، ولا يشترط التقييد بألفاظ النص لفظاً، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عباراته.

ب- استخلاص معنى النص عن طريق الإشارة: قد لا يفهم المعنى الذي قصده المشرع صراحة من النص، وذلك بسبب عدم التصريح به ولكن قراءته بتمعن والاجتهاد في تفسيره يؤدي إلى استنباط روحه من خلال ما استعمله المشرع من ألفاظ مثال ذلك في حالة بيع ملك الغير حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 398 مدني: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله وصار ناجزاً في حق المشتري". ففي هذا النص إشارة إلى أن الإقرار يصحح بيع ملك الغير.

ج- استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص: في هذه الحالة لا يظهر المعنى لا من منطوق النص ولا من عباراته ولا عن طريق الإشارة، وإنما عن طريق الاستنتاج وسمي بالاستدلال بدلالة المفهوم قياساً على دلالة المنطوق، وتحتاج هذه الحالة جهداً ينبغي القيام به من قبل القاضي حتى يهتدي للاستدلال ويستنبط روح النص بعد الربط بين مختلف أحكامه ويجري عملية القياس.

هـ- الاستنتاج بمفهوم الموافقة: وفي هذه الحالة يصطدم القاضي بنص معين ينطبق على حالة معينة، لكن روحه تفيده وتدل على انطباقه على حالات لم يرد ذكرها في ذلك النص لاشتراكهما في العلة، أي أننا نكون أمام وضع مماثل وعلاقات متشابهة.

¹ أنظر: فتحة حزام، المرجع السابق، ص ص. 55-57.

غير أن المشرّع عالج وضعاً ونظم علاقته وسكت عن أخرى، فهذا السكوت يدفعنا للاستنتاج فنقابل العلل ببعضها البعض حتى نستنبط روح النص.

و- الاستنتاج بمفهوم المخالفة: هو إعطاء حالة ينص عليها المشرّع نفس الحكم الذي صرح به في حالة أخرى مشابهة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 369 مدني: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع."

فالمفهوم المخالف للنص، هو هلاك المبيع بعد تسليمه وحكمه عكس حكم منطوق النص المذكور، أي عدم فسخ العقد وعدم رد الثمن.

2- الوسائل الخارجية:¹

أ- القياس: سبق وأن تعرضنا في مفهوم الموافقة أن سبب اعتبارنا له كونه من الطرق الداخلية التي يستنبط منها حكم النص، وأن الحكم يمكن فهمه بسهولة ويسر وذلك لإمكان إدراك توافر العلة في المنصوص عليه والسكوت عنه من مجرد قراءة لغة النص ولذلك فلا يمكن أن يتصور وقوع الخلاف بين المفسرين في كيفية الاستنباط من مفهوم المخالفة.

أما بالنسبة للقياس فالوضع يختلف، فالقياس هو إلحاق ما لا نص فيه بحكم المنصوص عليه لاشتراكهما في علة هذا الحكم، وترجع أهمية الأخذ بالقياس إلى أن أي تشريع مهما علت منزلته لا يمكن أن يتعرض لجميع الحالات والأوضاع التي تنشأ عن العلاقات بين الناس، فهو طريقة عادية لتحميل القانون ويجري الحكم بمقتضاه في حالات لم ينص عليها المشرّع قياساً على الحالات التي نصت عليها وأعطى حكمه لها

ب- نية المشرّع: لا بد لو وضع القانون أن يرسم أهداف وغايات معينة هي التي تفصل فيما يراه من تحقيق مصالح الناس وعندما يضع هذه النصوص، فإنه يعتقد جازماً ما أن أحكامها هي التي تحقق وتلبي تلك الأهداف والغايات.

¹ المرجع نفسه، ص ص . 57 - 58 .

فيجب على القاضي في إطار تطبيقه للنصوص النظر إلى مغزى النصوص والغايات التي قصدتها المشرع فيبحث عن الحكمة من التشريع.

ج- الأعمال التحضيرية: هي مجموعة الوثائق المتعلقة بالنص والصادرة عن الجهات التي أعدته من مشروع الحكومة ومناقشات البرلمان.

د- روح التشريع: لكل تشريع من التشريعات منطلق عام يتمثل في الروح التي تسيطر عليه والتي تقوم في أساسها على الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع، الذي يستخلص من إشارة النص أو مفهومه فلا نقف عند المعنى الحرفي ولكن نستخلص روح النص من المعنى الذي يتضمنه حتما هذا النص.

هـ- المصدر التاريخي: إذا كان النص موضع التفسير غامضا وكان قد أخذ من قانون سابق، فإن الرجوع إلى نفس النص الموجود في هذا القانون ربما يساعد القاضي أو المفسر على فهم المراد من النص الغامض موقع التفسير، فالمصدر التاريخي معناه الرجوع إلى المصدر الذي أخذ من النص، كالشريعة الإسلامية تعد المصدر التاريخي لقانون الأسرة الجزائري، أو القوانين الأجنبية كالقانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان بالنسبة للمبادئ العامة للقانون المدني الجزائري،... " انتهى.

المحاضرة رقم 19 :

أدوات للتفسير.¹

المطلوب من الطلبة: إنجاز بحث بإعطاء أمثلة عن كل عنصر من العناصر الآتية:

أولاً- القواعد اللفظية اللغوية

1- الخاص 2- العام 3- المشترك 4- المؤول

ثانيا: دلالة الألفاظ على المعنى الإستعمالي

1- الحقيقة 2- المجاز 3- الكناية

ثالثا: تقسيم اللفظ باعتبار وضوح أو خفاء دلالاته على معناه

1- واضح الدلالة (الظاهر، النص، المفسر، المحكم)

2- خفي الدلالة (الخفي، المشكل، المجمل، المتشابه)

3- التأويل

رابعا- طرق التفسير

1- عبارة النص

2- إشارة النص

3- دلالة النص

4- دلالة الاقتضاء

5- مفهوم المخالفة

6- ترتيب طرق الدلالات

خامسا- المبادئ العامة للقانون كقواعد لتفسير النصوص والبحث والدراسة.

تومي آكلي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، برتي للنشر، الجزائر، د.ت. ن،
ص 1.

محاضرة 20: خلاصة المقياس (أصل القانون والغاية منه)

الإشكالية الرئيسية لفلسفة القانون: ما هو أصل القانون في علة الأولى، وقيمه العليا؟ أو لماذا، وكيف نشرع؟ كيف نتعامل قبل وبعد وجود النص التشريعي؟

الخاتمة: جوابا عن الإشكالية (الأستاذ): يجب أن يراعى عند وضع أي قانون (التشريع) ما يأتي (أسس التشريع الحديث):

1- وجوب مراعاة العنصر الموضوعي عند وضع أي قانون (المجتمع): (ما يسمى بالمصادر المادية للقانون والتي يستمد منها مادته) وهذا يساعد على (جودة النص من الناحية الموضوعية) = ديمقراطية الصنع. ويقتضي العنصر الموضوعي مراعاة شقين هما = **أ- العنصر الواقعي:** (الإحتياجات الواقعية للمجتمع في مختلف المجالات أي العوامل الإقتصادية والإجتماعية والسياسية و...)

ب- العنصر المثالي: (الإحتياجات القيمة للمجتمع مثل: الدين الإسلامي ومقتضياته، العقيدة الإسلامية، الشريعة الإسلامية، المعاملات الإسلامية، الأخلاق الإسلامية، قيم المجتمع، المثل العليا العدل، المساواة، حقوق الانسان وحرياته، الكرامة الإنسانية...¹).

2- وجوب مراعاة العنصر الشكلي (السلطة المختصة والإجراءات الصحيحة): وهذا يساعد على (جودة النص من الناحية الشكلية) = ديمقراطية الأسلوب. يتكون العنصر الشكلي من شقين هما:

أ- مراعاة قواعد الفن التشريعي وأصول الصياغة التشريعية الجيدة في أية مبادرة بقانون.
ب- مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليها دستورا وقانونا.²

ثم يأتي موضوع: التفسير ... فكلما كانت العناصر المذكورة أعلاه منجزة بدقة كلما قلت عيوب التشريع وضائق دائرة التفسير.

¹ " إن كل ما يخالف الشريعة محرّم ، ولو أمرت به أو أباحتها السلطة الحاكمة أيا كانت، لأن حق الهيئة الحاكمة في التشريع مقيد بأن يكون التشريع موافقا لنصوص الشريعة، متفقا مع مبادئها العامة، وروحها التشريعية... " عبد القادر عودة، الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه، طبع ونشر الرئاسة الامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، 1404 هـ ، ص ص. 42 - 43.

² أنظر كتب المدخل إلى العلوم القانونية أو إلى المواد في الدستور التي تتحدث عن هذا الموضوع.

- هذا المقياس يجب أن يدرّس للبرلمانيين (تكوين) لأنها فلسفة القانون أو قل: فلسفة التشريع الجيد. وأسس السياسة التشريعية الحديثة. نحن بحاجة إلى ورشات حقيقية لمختصين يعملون بعلم وبكل حرية.
- إتضح لنا أن **علل التشريع في الفقه الحديث ثلاثة عناصر**: موضوعي بشقين (واقعي+ مثالي) وشكلي بشقين(فن الصياغة + إجراءات السن والنفاذ). وبها مجتمعة فقط يمكن فحص مدى ديمقراطية التشريع ومدى ديمقراطية نظام الحكم. ولذلك التّأرجح يبقى قائما بين هذين العنصرين(الموضوعي بشقيه والشكلي بشقيه) حسب درجة الديمقراطية والاستبداد.
- **التعليق على المذاهب الشكلية**: من حيث ماهو كائن (الواقع) ومن حيث ما يجب أن يكون (القانون)؟ هل المذاهب الشكلية أصل للقانون أم تبرير للاستبداد?... أفكار المذاهب الشكلية تبدو غريبة جدا وغير مقبولة من حيث ما يجب أن يكون، لكنها أحيانا تبدو صحيحة من حيث أنها تعبر عما هو كائن بالنسبة لأنظمة الحكم الاستبدادية. خذ مثلا سوريا،
- **المذاهب الشكلية في مفهومها السلبي** استبداد واستعمار، ولكن للشكل معنى إيجابي كرسه الفقه الحديث " الشكل في خدمة الموضوع وليس العكس"، وأساء إليه الفكر الفلسفي القديم (المدرسة الشكلية).
- **ديمقراطية القانون من خلال عموميته** (الديمقراطية التشاركية في صنع القانون): أنظر النموذج الأسترالي والكندي في هذا الشأن المشار إليهما سابقا.
- **القانون الطبيعي لم يستطع أن يصل بالخلق إلى الخالق بل فقط قدّس العقل، والطبيعة ، والمادة في النهاية ... !!! الفلسفة الحقّة هي الموصلة إلى الخالق عزوجل.**

- موقف الشريعة الإسلامية من فكرة القانون الطبيعي...بين الإيمان والإلحاد.
...الفلسفة الحقة هي الموصلة إلى الخالق سبحانه... جوهر العدل ومكانته في
الشريعة الإسلامية.

ملحق: نماذج إمتحانات

السؤال الأول: ¹

درست في المحاضرة مقطعا من مسرحية شهيرة هذا نصه:

- "شايوك" تاجر مُرابي حاقِد، أما "انطونيو" فهو تاجر يُقرض بلا فوائد ويتسبب في هبوط سعر الربا... يُقسِم التاجر اليهودي "شايوك" أن ينتقم من غريمه ويسعى إلى إشفاء غليله في أوّل فرصة تتاح له... يحتاج "باسانيو" نقوداً من أجل إتمام زواجه، فطلب من صديقه الحميم "انطونيو" إقراضه ثلاثة آلاف دقي... لكن نقود "انطونيو" كلّها في عرض البحر إذ أرسل سفنه للتجارة... فطلب "انطونيو" من "باسانيو" أن يقترض مالاً وهو سيكفله (يكون ضامنا للمال).

- يطلب "باسانيو" من اليهودي "شايوك" أن يقرضه ثلاثة آلاف دقي لمدة ثلاثة أشهر... لكن اليهودي طلب توقيع العقد من قبل "انطونيو"، وفي حال عدم الوفاء به فإن له أن يحصل على رطل من اللحم من جسم "انطونيو" يستقطعه في أيّ مكان شاء، ويتم قبول وتوقيع هذا الضمان الغريب...

- تغرق مراكب "انطونيو" في عرض البحر وتفلس تجارته، وتصل "باسانيو" في يوم عرسه رسالة من "انطونيو" يخبره فيها أنّ اليهودي يطلب حياته لانقضاء مهلة الثلاثة أشهر المنصوص عليها في عقد الضمان... ويتمكن "باسانيو" بعد جهد من جمع المال ويعرضه أمام المحكمة فيرفض اليهودي وبطالب بضمّانه. إنّها اللحظة التي كان ينتظرها لينتقم من "انطونيو" إنّّه يُفضّل الحصول على لحم "انطونيو" من أن يأخذ عشرين ضعفا للمبلغ المقترض.

¹ الأستاذ بن ستيرة اليمين، إمتحان مقياس المنهجية (فلسفة القانون) سنة أولى قسم الحقوق، ، السداسي الأول

23 - 01 - 2017 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف.

- يقتنع القاضي بخبث اليهودي، ويعرض عليه قبول العرض المتمثل في ثلاثة أضعاف المبلغ لكنه يرفض لأنه كما يقول: " إن هذا الرطل من اللحم قد حصل عليه غالبا بماله مثلما يشتري أثرياء البنديقية عبيدهم بالمال، فإذا لم يأخذ حقه تجرّدت قوانين البنديقية من كلّ فاعلية رغم أنها في أصلها من وضع سلطة عليا حاکمة تأمر وتنهي وتكفل تنفيذها بالقوة، وعلى المحكومين الخضوع لها قهرا "(1).

- يتدخل "القاضي" ويذكر شايлок: " أن الرحمة أساس العدالة، وأن القوانين يجب أن توضع وتفسّر في ضوء المثل الأعلى للعدل والقيم التي يؤمن بها المجتمع (2).

يَرُدُّ شايлок: « أليس العقد شريعة المتعاقدين؟! ألم يوقّع انطونيو على عقد الضمان؟! » فيعترف "القاضي" بصحة العقد ويخشي تعديله (3)، ويقضي لصالح اليهودي ويأمر "انطونيو" أن يُعَرِّي صدره لأن "شايлок" طلب أن يقطع رطل اللحم قريبا من القلب فعقد الضمان يعطيه الحق في اختيار مكان التنفيذ.

- وبينما يهّم اليهودي بغمد السكين في صدر الضحية يستمر "القاضي" محذرا "شايлок": " إنّ الضمان يعطيك الحق في رطل من اللحم تحديدا لا أكثر ولا أقل فأياك أن تنقص عنه أو تزيد ولو بمثقال ذرة، كما أنّ الضمان لا يعطيك الحق في أيّ نقطة من الدّم فهو ينص صراحة على رطل من اللحم... حذاري وأنت تقطع اللحم أن تسيل نقطة واحدة من دمّ غريمك وإلا صودرت أموالك وأراضيك لصالح الدولة... لقد طلبت العدل وستحصل عليه بأكثر مما رغبت ...".

- إذ ذاك يتراجع "شايлок" ويعدل عن رأيه ويطلب بثلاثة أضعاف المبلغ المقترض، ثمّ بالمبلغ المقترض فحسب، لكنّ "القاضي" يرفض، ويصرّح: "إمّا رطل اللحم ، أو لاشيء على الاطلاق" لأنّ المرابي اتّبع وسائل منحرفة، ويرتعد "شايлок" حينما يفهم أنّه سيخرج خاوي الوفاض.

- و يستطرد القاضي: "بما أنّ اليهودي وهو أجنبي قد شرع في الاعتداء على أحد المواطنين، فإنّ قوانين البنديقية في مثل هذه الحالة تقضي بالاستيلاء على نصف أمواله للخرينة العامّة، والنصف الآخر لصالح المعتدى عليه، وهو ما تمّ فعلا، أمّا حياة الجاني

فبيد الدوق، الذي له أن يعفو عنه، و يعفو الدوق عن "شايلوك"، ويغادر "شايلوك" المحكمة متخاذلاً مترنحاً لا يقوى على الوقوف بعدما خسر كل ما يملك.

الأسئلة:

أ/ تعبّر الجملة التي تحتها سطر في النص المرقمة ب (1) عن مدرسة فلسفية كبرى في أساس وجود و إلزامية القانون ماهي ؟

ب/ تعبّر الجملة التي تحتها سطر في النص المرقمة ب (2) عن مدرسة فلسفية كبرى في أساس وجود و إلزامية القانون ماهي ؟

ج/ من الأسانيد القانونية التي قدّمها شايلوك أمام المحكمة أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين" وأنّه مبدأ قانوني شهير، لو كنت قاضياً بما تحكم بشأن العقد المبرم بين شايلوك وانطونيو؟

د / ولماذا؟

السؤال الثاني:

باعتبارك شخصاً ذو كفاءة علمية متخصصة، ومعروفاً عنك حسنُ السيرة والأمانة، ترجّك بعضُ أصدقائك أن تترشّح للانتخابات التشريعية المسبقة 2022، فرددت عليهم بأنك زاهدٌ في تولّي هذه المسؤوليات، وأنك تخاف ثقل الأمانة والانحراف بها عن مقاصدها الشرعية والقانونية، ولكن بعد إلحاحٍ شديدٍ منهم، وإقناعهم لك بأنّ في ذلك مصلحةً وطنيةً معتبرةً، وطريقاً هاماً للإصلاح، وخدمة الوطن والمجتمع، فتمّ تقديمُ ترشيحك، ونجحتَ فعلاً في انتخابات المجلس الشعبي الوطني، وصرتَ عضواً فيه، ونائباً عن الأمة. على ضوء دراستك "الإشكالية فلسفة القانون"، والتي صيغت كمايلي: ماهي العلل الأولى لوضع قانون معين؟

أذكر- مع شرح مختصر- العناصر التي سوف تناقش من خلالها أيّ مبادرة بقانون؟

(سواء أكانت المبادرة: إقتراحاً بقانون أم كانت مشروع قانون)

الإجابة:

1- العنصر..... ويتألف من شقين هما:

- أ-.....
ب-.....

2- العنصر..... ويتألف من شقين هما:

- أ-.....
ب-.....

السؤال الثالث:

في ملتقى دولي¹ حضره فلاسفة القانون بعنوان: "أصل القانون والغاية منه"، والذي صيغت إشكاليته كما يلي: ماهو أصل وجود القانون في علله الأولى، وقيمه العليا؟

قال الفيلسوف الأول: "إنّ القانون الدستوري لا وجود له أصلاً،..."

ردّ عليه الفيلسوف الثاني قائلاً: "إنّ القانون الدستوري موجود، لكنه مجرد قواعد إرشادية، ليس لها الصفة القانونية..."

تدخل فيلسوف ثالث: "إنّ الدستور هو قمة هرم النظام القانوني، لكنه يستمد شرعيته من قاعدة معيارية عليا قد تكون تاريخية صادرة عن ثورة أو إغتصاب للسلطة... وأنه يؤمن بفكرة القانون البحت فقط..."

أما الفيلسوف الرابع: "إنّ فكرة العقد الإجتماعي والقانون الطبيعي هي التي يجب أن تتخذ كأساس للقانون الدستوري..."

ختم فيلسوف خامس قائلاً: "إنّ القانون الدستوري هو قانون بآتم معنى الكلمة، وله الصفة القانونية، لأنّ لكل فرع قانوني جزاءاته الخاصة التي ططططمض (مەىق مع طبيعة موضوعه و أطرافه..."

المطلوب: من هم هؤلاء الفلاسفة ؟

الفيلسوف الأول:

الفيلسوف الثاني:

الفيلسوف الثالث:

الفيلسوف الرابع:

الفيلسوف الخامس:

¹ ملتقى دولي إفتراضي، لكن يمكن تحويله إلى واقع.

السؤال الرابع:

"قانون متفقٍ مع الطبيعة، مطابق للعقل السليم، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام، فهو القانون الحقيقي الذي لا يتغير من أثينا إلى روما، ولا من اليوم إلى الغدّ، ولا يستطيع البرلمان أو الشعب أو الأفراد الخروج عليه، ومن لم يطعه فإنّه يهرب من نفسه..."

1- إسم الفيلسوف صاحب هذه المقولة هل هو: (ضع x أمام الجواب الصحيح)

شيشرون جيني الفرنسي هيقل الألماني
كلسن الإنجليزي ابن خلدون

2- إسم المذهب الفلسفي الذي ينتمي إليه صاحب هذه المقولة هل هو:

مذهب القانون الطبيعي مذهب الشرح على المتن
مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير مذهب كلسن

3- هل لهذا المذهب الفلسفي من أثر في النظام القانوني الجزائري؟

.....
.....

4- ماهو موقف الشريعة الإسلامية . وضّح؟

.....
.....

5- هل هذا المذهب الفلسفي يخدم فكرة "حقوق الانسان وعالميتها" أم لا. علّل؟

.....
.....

6- كيف تم تطويع وتفسير هذا المذهب عند اليونان، وعند الرومان، إلى يومنا هذا من أجل

الإلتفاف على فكرة حقوق الإنسان؟

.....
.....

السؤال الخامس:

1 - فيلسوف يرى: « أنّ السوابق القضائية، والأعراف غير المنصوص عليها في التشريع، والإحساس بالعدالة، وفكرة المنفعة العامّة، والمبادئ القانونية، بأنها مصادر كاذبة، كثيرًا ما يرادّ إحلالها محل إرادة المشرع» .

أ. من القائل؟

ب. ما رأيك في هذه المقولة ؟

2- فيلسوف يرى: « ضرورة استبعاد القيم والعقائد وجميع العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية عند وضع القانون» .

أ. ما اسم هذا المذهب؟

ب. ما رأيك في هذه المقولة الهدامة ؟

3- فيلسوف يرى: « أنّ قوانين كل بلد يجب أن تتلائم مع طبيعة الشعب الذي صدرت من أجله بحيث تتناسب مع عادات السكان وميولهم وأخلاقهم وعقائدهم» .

أ. من القائل ؟

ب. ما هو كتابه الشهير؟

السؤال السادس:

أنسب الأفكار (أو الكتب) الآتية إلى أصحابها من فلاسفة القانون :

- 1- فكرة القاعدة المعيارية العليا
- 2- كتاب العقد الإجتماعي
- 3- كتاب روح القوانين
- 4- كتاب العلم والصياغة
- 5- الحرب مشروعة دائماً
- 6- قواعد القانون الدستوري منعدمة
- 7- قواعد القانون الدستوري مجرد قواعد إرشادية للحاكم
- 8- قواعد القانون الدولي مجرد قواعد مجاملات
- 9- القانون الدستوري قانون بآتم معنى الكلمة

السؤال السابع:

" مراعاة الإنسجام الداخلي لكل نص " ثم مراعاة الإنسجام بين النصوص من العناصر المهمة الواجب مراعاتها عند وضع أي نص أو نصوص قانونية. بما في ذلك مسودة الدستور 2020، ثم القانون العضوي للانتخابات الجديد 2021.

1- أين تصنف هذا العنصر ضمن المحاور التي درستها في فلسفة القانون؟

.....
.....
.....

2- مبينا خطورته (أهميته) ؟

.....
.....
.....

السؤال الثامن:

1 - على ضوء دراستك للمحور التمهيدي:

ماهو تعريف القانون من منظور المدخل إلى العلوم القانونية؟ وماهو تعريف القانون من منظور فلسفة القانون؟ وبعبارة أخرى ماهي الزاوية التي يستند إليها كل من التعريفين؟
والمقصود بأصل القانون في كل منهما؟ وماالغاية منها؟

.....
.....

II - وعلى ضوء دراستك للمحور الرئيسي لفلسفة القانون " الغاية من القانون " : حدّد مايلي:

1- الإشكالية الرئيسية : ما هو أصل القانون في علله الأولى ؟ 2 نقاط

2- الفرضيات الفرعية:

أ- الفرضية الأولى (من المدرسة الواقعية): القانون هو تعبير عن:

ب- الفرضية الثانية (من المدرسة المثالية): القانون هو تعبير عن:

ج- الفرضية الثالثة (من المدرسة الشكلية) القانون هو تعبير عن:

3- الخاتمة: القانون من منظور فلسفة القانون (وليس من منظور المدخل إلى العلوم القانونية)

يجب أن يأتي معبرا عن العناصر الآتية:

1 / العنصر: أ- العنصر: ب- العنصر:

2 / العنصر: أ- العنصر: ب- العنصر:

السؤال التاسع:

III - على ضوء دراستك لمحور "السياسة التشريعية الحديثة" كمحور مكمل للمحور السابق:

أذكر أسس السياسة التشريعية الحديثة؟

والمقصود بـ: "ديمقراطية الصنع" و"ديمقراطية الأسلوب" وما علاقتهما بالمحور السابق؟

إشرح مقتضيات كل منهما في السياسة التشريعية الحديثة؟

.....

.....

.....

.....

السؤال العاشر:

IV - على ضوء دراستك لمحور "تفسير التشريع" كمحور ختامي، أجب عما يلي:

يدرّس موضوع "تفسير القانون" في مقياس المدخل للعلوم القانونية، كما يدرّس في مقياس

"فلسفة القانون" من أية زاوية يدرّس كلٌّ منهما؟ ما علاقة هذا المحور بالمحاور السابقة؟

ماهي العيوب التي يمكن أن يقع فيها الصائغ؟ وكيف يجب أن يتعامل معها رجل القانون -

خاصة القاضي- وبعبارة أخرى: ماهي أسس التفسير الصحيح حسب كلِّ حالة؟

.....

.....

.....

.....

السؤال الحادي عشر:

درست في المحاضرة قصة من قصص التاريخ الإسلامي في أصل وجود القانون والغاية منه هذا مقتطف منها:

"... بدأت المحاكمة... فقام الكاهن، وقال للقاضي: "قتيبة بن مسلم دخل بلادنا دون إنذار. كل البلاد أعطاهما إنذارا وخيارات: دعوة للإسلام أو الجزية أو الحرب...إلا نحن هجم علينا دون إنذار..."

- التفت القاضي إلى القائد الفاتح قتيبة بن مسلم: "... ما تقول؟ هذه شكوى عليك". فقال قتيبة: "أصلح الله شأن القاضي فالحرب خدعة... هذا بلد عظيم عقبة أمامنا، وكل الذين كانوا مثله كانوا يقاومون ولم يرضوا بالجزية... ولم يرضوا بالإسلام، وهؤلاء لو قاتلناهم بعد الإنذار سيقتلون فينا أكثر مما نقتل فيهم... وبحمد الله بهذه المفاجأة حمينا المسلمين من أذى عظيم والتاريخ يشهد تاريخ من قبلهم... ولما فتحنا بلادهم العظيمة فإن ما ورائهم سيكون أسهل... نعم فاجأناهم لكن أنقذناهم وأدخلناهم الإسلام..."

- فقال القاضي: "ياا قتيبة! هل دعوتهم للإسلام أو الجزية أو الحرب"، فرد قتيبة: "لا، فاجأناهم لما حدثتكم به من خطرهم..."

فقال القاضي: "يا قتيبة لقد أقررت... وإذا أقرر المدعى عليه انتهت المحاكمة... يا قتيبة ما نصر الله هذه الأمة إلا بالدين واجتناب الغدر وإقامة العدل، والله ما خرجنا من بيوتنا إلا جهادا في سبيل الله... ما خرجنا لنملك الأرض ونحتل البلاد ونعلو فيها بغير حق..."

- ثم أصدر "القاضي" حكمه الخالد هذا: "حكمت أن تخرج جيوش المسلمين جميعا من هذا البلد ويردوه إلى أهلهم، ويعطوهم الفرصة ليستعدوا للقتال ثم يُخيروهم بين الإسلام أو الجزية أو الحرب... فإن اختاروا الحرب كان القتال... وأن يخرج جميع المسلمين كافة من سمرقند خفافا كما دخلوها (أي بلا مكاسب) وتسلم المدينة لأهلها...".

- ضع عنوانا فلسفيا لهذه القصة في ضوء ما درست بخصوص أصل وجود القانون والغاية منه والقيم التي يجب أن يقوم عليها النظام القانوني؟ قوة القانون لا قانون القوة.

السؤال الثاني عشر:

أجب عن الأسئلة الآتية:

أ- « قانون متفق مع الطبيعة مطابق للعقل السليم، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام، فهو القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا، ولا من اليوم إلى الغد، ولا يستطيع البرلمان أو الشعب أو الأفراد الخروج عليه، ومن لم يطعه فإنه يهرب من نفسه...» من القائل؟ ماهو هذا القانون؟ ما رأيك فيه؟

ب - ألقى الأستاذ Blondeau عام 1841 محاضرة بعنوان " من أي مصدر تتبع اليوم القواعد القانونية؟ " أعلن فيها أن: « المصادر الكاذبة التي كثيرا ما يرادّ إحلالها محل إرادة المشرع، وهي السوابق القضائية، والأعراف غير المنصوص عليها في التشريع والإحساس بالعدالة، وفكرة المنفعة العامّة، والمبادئ القانونية... عبّر صاحب هذه المقولة عن مذهب فلسفي في أساس أصل القانون ماهو؟ ما رأيك في هذه المقولة؟

ج- يرى: « ضرورة إستبعاد جميع العناصر غير القانونية (01) عند محاولة تحديد مفهوم القانون، ومنها القيم والعقائد وجميع العوامل الإجتماعية والإقتصادية والسياسية». ما إسم هذا المذهب الهدّام؟

د- درست " الغاية من القانون وأصل وجوده"، ووجدنا أنّه لنجاح أي قانون عند وضعه من توافر شروط أساسية غير قابلة للإنفصال. أذكرها مع شرح مختصر.

السؤال الثالث عشر:

أولاً- أنسب هذه الأفكار الفلسفية - الخطيرة- الآتية إلى أصحابها من فلاسفة القانون:

أ- القانون على المستوى الدولي تصنعه القوة فهو إرادة الأقوى، والحرب مشروعة دائما وتنتهي لمصلحة

الأقوى (تمجيد الإستعمار)؟

ب- القانون على المستوى الداخلي هو إرادة الحاكم فقط، ويفرضه بالقوة، ولا يهم أي إعتبار آخر (تمجيد

الإستبداد والدكتاتورية)؟

ج- القانون ما يصدر عن الحاكم فقط، ويجب استبعاد القيم والعقائد وجميع العوامل الاجتماعية

والاقتصادية والسياسية عند وضع القانون (تمجيد العلمانية وسلخ المجتمع عن قيمه وواقعه)؟

د- التشريع الحديث يبني على عنصر موضوعي هو المجتمع في واقعه الذي يعيشه وقيمه التي

يؤمن بها، كما يبني على عنصر شكلي هو مراعاة الصياغة التشريعية الجيدة ومراعاة إجراءات سنه

ونفاذه المنصوص عليها دستورا وقانونا، وهذا حتى يعبر بحق عن العنصر الموضوعي بحق.

السؤال الرابع عشر:

أصل تقنين الأسرة عند الفيلسوف هو وجود جنسين مختلفين في التكوين

العضوي والصفات النفسية والعاطفية هما الذكر والأنثى(حقائق). أيضا ثبت

تاريخيا أنّ الزواج إذا كان صورة نظام محكم واضح الشروط محدّد الآثار ويخضع لاشراف

السلطة العامة في المجتمع يكون خير على المجتمع كما ثبت تاريخيا أنّ العلاقة

بين الرجل والمرأة خارج الزواج ترتب آثارا وخيمة (حقائق تاريخية) ، ثم إن العقل

السليم عند الأسوياء يرى وجوب أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة قائمة على الإستقرار

ولن يكون ذلك إلا في إطار الزواج (حقائق.....) كما أنّ المثل والقيم العليا للمجتمع

تقضي بديمومة الزواج (حقائق مثالية)، ولا بدّ من صبّ كل هذا الجوهر (الذي سماه

بعنصر.....) في الشكل (الذي سماه بعنصر.....)، وبهذا يكون القانون معبرا عن

المجتمع بصدق.

السؤال الخامس عشر 15/15:

أكمل المعادلات الرياضية القانونية الفلسفية الآتية (القانون قبل التكوين : العلل التي تؤدي إلى ولادته):

القانون (المدرسة الشكلية)=.....

القانون (المدرسة الموضوعية)=..... القانون (المدرسة الواقعية)=..... القانون (المدرسة المثالية)=.....

القانون (المختلطة) =.....

القانون (أوستن)=..... القانون (هيجل)=..... القانون (كلسن)=.....

القانون (الشرح على المتون: أوبري، رو، ديمولومب، بودري لاكتري، لوران...)=.....

القانون (مذهب التضامن الاجتماعي: دييجي)=.....

القانون (مذهب التطور التاريخي: سافيني، مونتيسكيو...)=.....

القانون (مذهب الغاية الاجتماعية: إهرنج)=.....

القانون (مذهب القانون الطبيعي)=.....

القانون (شيشرون)=.....

القانون (مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير: ستامبر، سالي...)=.....

القانون الدستوري: (هوزر)=..... (لوك)=..... (العقد الاجتماعي: جان جاك روسو)=.....

القانون الدستوري (وثيقة المدينة)=.....

القانون (جيني)=.....

القانون (الفقه الحديث: من منظور فلسفة القانون)=.....

القانون (الفقه الحديث: من منظور المدخل إلى العلوم القانونية : القانون بعد التكوين: خصائص القاعدة القانونية)=.....

القانون (لقبك وإسمك)=.....

إنتهى بالتوفيق

دعاء بظهر الغيب للأستاذ

من كل من إستفاد من هذه المطبوعة

قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية:

- 1- إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 2- أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. ت. ن.
- 3- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 4- تومي آكلي، مناهج البحث العلمي في فلسفة القانون، برتي للنشر، الجزائر، 2016.
- 5- تومي آكلي، مناهج البحث وتفسير النصوص في القانون الوضعي والتشريع الإسلامي، برتي للنشر، الجزائر، د. ت. ن.
- 6- حسين فريجة، تطور مناهج العلوم القانونية عبر العصور، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 7- حيدر أدهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط.1، دار الحامد، عمان، 2009.
- 8- دينيس لويد، فكرة القانون، ترجمة سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، في سلسلة عالم المعرفة، تصدر عن المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد47 (نوفمبر 1981).
- 9- رافد خلف هاشم البهادي، عثمان سلمان غيلان العبودي، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 10- روبرت ألكسي، فلسفة القانون مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- 11- فارح مسرحي، الفلسفة في الجزائر: الدرس والنص، منشورات الوطن، سطيف، 2017.
- 12- فايز إدريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ط.5، الجزائر، د.م.ج، 2014.

- 13- فايز محمد حسين، **فلسفة القانون**، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2009.
- 14- فتحة حزام، **فلسفة ومناهج العلوم القانونية**، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2019.
- 15- **الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ إطار مقترح للدول العربية**، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية بيروت 3-6 شباط / فبراير 2003 مجلس النواب، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي - برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني في بيروت، 3-6 فبراير 2003.
- 16- نديم الجسر، **قصة الإيمان بين الفلسفة والعلم والقرآن**، ط.3، مطابع المكتب الإسلامي، بيروت، 1996.
- 17- المعهد الديمقراطي الوطني للشؤون الدولية NDI، **تحليل التشريع: كيفية قراءة مشاريع القوانين بطريقة نقدية**.
- 18- فاضلي إدريس، **مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون**، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2014.
- 19- منذر الشاوي، **فلسفة القانون**، ط.2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 20- عبد القادر عودة، **الإسلام بين جهل أبنائه وعجز علمائه**، طبع ونشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، 1404 هـ.
- 21- **حمو النقاري، روح التفلسف**، المؤسسة العربية للفكر والإبداع، ط.1، بيروت، 2017.
- 22- **سيد حسين نصر، الحاجة إلى علم مقدس**، ترجمة حمادة أحمد علي، عمر نور الدين، ط.1، نيو بوك للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017.
- 23- **صلاح سلطان، سورة الكهف: منهجيات في الإصلاح والتغيير: دراسة تأصيلية تطبيقية**، القاهرة: دار سلطان للنشر، 2008.
- 24- **عبد الكريم بكار، عصرنا والعيش في زمانه الصعب**، الدار الشامية، بيروت، 2004.

25- طه عبد الرحمن، **سؤال العنف بين الإنتمانية والحوارية**، المؤسسة العربية للفكر والإبداع، ط.1، بيروت، 2017.

26- جودت سعيد، **حتى يغيروا ما بأنفسهم**، ط.1، المطبعة العربية، غرداية، 1990.

27- إدغار موران، **تعليم الحياة: بيان لتغيير التربية**، ترجمة: الطاهر بن يحيى، الملحقية الثقافية السعودية في فرنسا، منشورات ضفاف، بيروت، 2016.

28- بن ستيرة اليمين، **ضمان الحقوق الانتخابية في مرحلة ما قبل الإقتراع**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1- Batiffol (H) : **la philosophie du droit**. (Que sais-je ? No. 857). PARIS, P.U.F. 1960.
- 2- Batiffol (H) : **PROBLEMES de base de la philosophie du droit**. PARIS, L.G.D.J. 1979 .
- 3 - Brimo (A) : les grands courants de **la philosophie du droit et de L'ETAT**, 2e èd 1968 3e èd 1978. PARIS, Pedone.
- 4- CASTBERG (G) : **la philosophie du droit**. PARIS : Pedone, 1970.
- 5- Del V ecchio (G) : **philosophie du droit**. PARIS, Dalloz, 1953.
- 6- VILLEY (M) : **philosophie du droit**. 4e èd. PARIS, Dalloz, 1986.
- 7- Aubert, **philosophie du droit**. PARIS, 1988.

فهرس المطبوعة :

06	مقدمة حول أصل القانون ومقاصده. ومنها إلى تحديد عناصر مقدمة المقياس كما يجب أن تكون في أيّ بحث علمي.	المحاضرة رقم 01 (المحور التمهيدي)
15	المذاهب الفلسفية التي حاولت بحث أصل القانون والغاية منه.	المحور الأول:
15	المدرسة الشكلية	المبحث الأول:
16	تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب أوستن	المحاضرة رقم 02 (الفكرة الفرعية الأولى)
20	تفسير أصل القانون حسب مذهب هيجل.	المحاضرة رقم 03 (الفكرة الفرعية الثانية)
24	تفسير أصل القانون حسب مذهب كلسن.	المحاضرة رقم 04 (الفكرة الفرعية الثالثة)
28	تفسير أصل القانون حسب مذهب الشرح على المتون.	المحاضرة رقم 05 (الفكرة الفرعية الرابعة)
33	المدرسة الموضوعية	المبحث الثاني:
34	المدرسة الواقعية	المطلب الأول:
35	تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب التضامن الاجتماعي	المحاضرة رقم 06 (الفكرة الفرعية الأولى)
40	تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب التطور التاريخي.	المحاضرة رقم 07 (الفكرة الفرعية الثانية)
45	تفسير أصل القانون والغاية منه لدى مذهب الغاية الاجتماعي	المحاضرة رقم 08 (الفكرة الفرعية الثالثة)
48	المدرسة المثالية	المطلب الثاني:

49	أصل القانون والغاية منه حسب مذهب القانون الطبيعي.	المحاضرة رقم 09 (الفكرة الفرعية الأولى)
55	أصل القانون والغاية منه حسب مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير	المحاضرة رقم 10 (الفكرة الفرعية الثانية)
59	المدرسة المختلطة	المبحث الثالث:
60	تفسير أصل القانون حسب مذهب جيني	المحاضرة رقم 11 (الفكرة الفرعية الأولى)
65	تفسير أصل القانون في الفقه الحديث.	المحاضرة رقم 12 (الفكرة الفرعية الثانية)
70	خاتمة المحور الأساسي	المحاضرة رقم 13
71	السياسة التشريعية الحديثة	المحور الثاني
72	مفهوم الصياغة التشريعية وآليات صناعة التشريع الجيد	المحاضرة رقم 14
78	عوامل صياغة التشريع الجيد	المحاضرة رقم 15
81	قواعد الصياغة التشريعية الجيدة	المحاضرة رقم 16
87	عيوب الصياغة والتعامل التشريعي معها	المحاضرة رقم 17
93	تفسير القانون	المحور الثالث
94	الإطار المفاهيمي لتفسير القانون	المحاضرة رقم 18
98	أدوات التفسير	المحاضرة رقم 19
99	خاتمة المقياس	المحاضرة رقم 20
102	نماذج أسئلة إمتحانات خاصة بالأستاذ	ملحق:
117		قائمة المراجع والفهرس

بين فلسفة القانون وفلسفة الحياة (على ظهر المطبوعة)

- للقفوة دور مهم في السيطرة على الأفكار وتحويل مسارها عندما تكون بيد الإستبداد. لقد تمّ عبر التاريخ استخدام وُلّي الأفكار لخدمة الإستعباد بإعطاء تفسيرات مغلوبة للإلتفاف عن الأفكار العظيمة كما هو الحال بالنسبة لفكرة حقوق الإنسان وحرّياته، والعدل وازدواجية المعايير بشأنه، فقد تأثّر الفكر الفلسفي والفقهني بنظام الحكم السائد، وبالتالي معظم الأفكار لم تكن حرّة عبر التاريخ. إلّا ماكان من الأحرار الذين لا يرضون الضيم. فما أجمل أن يكون للحق قوة تحميه، وما أخطر أن تكون القوة بيد الباطل...!!!؟
- لذا فالجامعة يجب أن لا تكتفي بتلقين الفلسفة، ولكن بممارسة الفلسفة. فلسفة الفلسفة، هي فلسفة الحياة بفهم الجذور، والعلل الأولى، والقيم العليا للقانون وللحياة ككل، من خلال الأسئلة الوجودية الكبرى: ماهو؟ أين؟ وكيف؟ والأهم: لماذا؟ وتطوير المهارات العملية... وقبل أن تكون منهجية مقياس هي منهجية في الحياة لمن أراد الحياة... وقبل أن تكون مناهج بحث علمي هي مناهج في الحياة، لكن للأسف كثيرا ما تطبق بشكل خاطئ في أبحاثنا، والأكثر من ذلك في حياتنا اليومية.
- من وظائف الفلسفة تصحيح المفاهيم، وفهم الآخر، ومعالجة التطرف الفكري بكل أنواعه، وأن ينقل الطالب الفكر العلمي الجامعي إلى الحياة الإجتماعية المليئة بالتناقضات، وليس العكس، حتى يستفيد هو ويفيد أمتة.
- التعليم الصحيح هو الذي ينتج على الأقل: إنسانا سويا: عقيدة وفكرا ومنهجاً، وخبزا طريا !!؟

د. بن ستيرة اليمين

سبحانك اللهم وبحمدك نشهد أن لا إله إلا أنت نستغفرك ونتوب إليك