

جامعة محمد لمين دباغين – سطيف 2-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

فلسفة القانون

محاضرات السداسي الأول في منهجية العلوم القانونية

موجهة لطلبة الحقوق: السنة الأولى ليسانس

المجموعة: د/ D

من إعداد الدكتورة: بلهول زكية

2023-2022م

2024---2023م

برنامج المقياس

❖ المحور الأول: مدخل مفاهيمي

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

❖ المحور الثاني: مذاهب تفسير أصل القانون والغاية منه وأساس إلزاميته

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

❖ المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

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

❖ المحور الرابع: تفسير القانون

- (1) مفهوم التفسير القانوني
- (2) حالات التفسير القانوني
- (3) مدارس التفسير القانوني

المحور الأول: مدخل مفاهيمي

Conceptual introduction

إن التصورات الفلسفية لا تنفصل عن مدونة الأحكام القانونية، بل ينبغي أن تكون فلسفة القانون¹ هي المرجعية الحاكمة لنظام القوانين . فلا أحد ينكر ما لفلسفة القانون من مكانة متميزة وهامة في ميدان الفكر القانوني، لهذا أعطوها مكانة مرموقة في الجامعات الغربية القانونية، ولحد الساعة مازالت محل بحث ودراسة من حيث النشأة والتطور والوظائف.

لقد اعتاد الفقهاء والشرح على تطعيم دراساتهم القانونية الوضعية بتحليلات فلسفة قانونية، حتى يضيفوا عليها التأصيل العلمي والتمحيص الفلسفي الدقيق، حيث تبدأ من معطيات القانون الوضعي لتصل إلى صورة شاملة للقانون في ذاته، هدفها الأساسي وضع حدود واضحة لنظرية عامة للقانون، ولما كان القانون يختلف باختلاف البيئة وباختلاف الجيل، فقد اصطبغت هذه النظرية بصبغات مختلفة، وهذا ما تم التطرق له في هذه المطبوعة.

إن دراسة فلسفة القانون، تعتبر مدخلا ومقدمة لدراسة القانون في فروعها المختلفة، لهذا تم تدريسها لطلبة الحقوق سنة أولى، ولفهمها وتحديد معالمها جيدا تم التطرق لعدة مفاهيم في هذه المطبوعة، وهذا ما سنراه في الآتي.

أولاً: مفهوم القانون Concept of law

1) ضرورة القانون في الدولة والمجتمع

ظهر القانون قبل 3000 سنة من الميلاد في مصر، حيث في البداية أثير التساؤل والجدل حول ضرورة القانون من عدمه لتنظيم المجتمع والعلاقات التي فيه (مثل: العلاقات الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، العائلية، ... وغيرها) ومنعه للفوضى والاضطراب ، فظهر اتجاهان في ذلك، هما:

¹ فلسفة القانون بالفرنسية تسمى: **La philosophie de droit** وبالانجليزية هي: **Legal philosophy** وتسمى فلسفة القانون عند الانجليز والأمريكيون ب "علم القانون" "**Jurisprudence**" أو **Science of Law** وتعني العلم بالقانون. كما تسمى "نظرية القانون" **Theory of Law**. وتسمى أيضا "طبيعة القانون" **Nature of law**

الاتجاه الأول: يرى ضرورة وجود القانون في المجتمع ، لأنه وسيلة لتحقيق الانسجام الاجتماعي والاستقرار عن طريق كبح مشاعر الشرلدى الإنسان والفوضى، لهذا فلا بد من وجود نظام قانوني رادع لضبط هذه الطبيعة البشرية وتنظيم الروابط الاجتماعية والقضاء على الفوضى والظلم لتحقيق العدل، خاصة وأن الإنسان لا يستطيع العيش دون مجتمع لأنه اجتماعي بطبعه ويحتاج إلى غيره من الناس لتأمين ضروراته وحاجاته.

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

بعدها تم تجاوز هذا الجدل والتساؤل حول الحاجة إلى وجود القانون من عدمها، لأن الواقع والزمن أثبتا حاجة المجتمع والإنسان إلى قانون ينظمها ويضبطها بطريقة منسجمة دون خلل، والفرد في المجتمع لا يتمتع بحرية مطلقة. ولكن المشكلة الجديدة التي ظهرت لدى فلاسفة القانون تكمن في:

على أي أساس يقوم القانون؟ من يضع القانون؟ ومن له شرعية الإلزام وفق القانون؟، لتتحول بعد ذلك اهتمامات فلسفة القانون ومواضيعها بالبحث في موضوعين أساسيين هما: أصل القانون وغايته.

2) تعريف القانون Definition of law

من تعاريف القانون أنه "هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تجبر الدولة الناس على إتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء".

3) خصائص القانون Characteristics of the law

من التعريف المتقدم ندرك أن للقانون ثلاثة خصائص هي: (1) القانون هو قاعدة، (2) القانون هو تنظيم للعلاقات الاجتماعية، (3) القانون ملزم يتبعه جزاء توقعه الدولة.

(أ) القانون قاعدة عامة ومجردة

القاعدة عموماً لها ميزتان هما العمومية والتجريد، فالقانون عام ومجرد بطبيعته أي لا يوضع لعمل واحد محدد ولا لشخص واحد بذاته، بل يطبق القانون على كل الأعمال والأشخاص

المتماثلة التي ينظمها. أما القانون منظم بوظيفته، فإنه يخلق نظاما متناسقا لا يختل كونه يطبق على الحوادث المتكررة والأشخاص المتماثلة، ويطبق كل مرة على النحو الذي طبق به من قبل تكرارا.

(ب) القانون قاعدة تنظم العلاقات الاجتماعية

يوجد القانون أين توجد الجماعة البشرية فقط، ولا يمكن تصور وجود القانون دون مجتمع، لأنه ينظم الروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع وهو وليد المجتمع، فالإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا فيه كونه اجتماعي بطبعه.

(ج) القانون يقترن به جزاء دنيوي توقعه الدولة

قد يكون العقاب الذي توقعه الدولة على من يخالف القواعد القانونية وينتهكها جزاء جنائيا أو مدنيا... الخ، ولا يكون جزاء أخلاقيا أو أخرويا.¹

4) نطاق القانون Scope of law

تتكفل مجموعة من القواعد الاجتماعية المختلفة بتنظيم العلاقات الموجودة في المجتمع والتي تنشأ بين أفرادها، ومن بينها القواعد القانونية التي يتكون منها، مثل: القانون، قواعد الأخلاق، الدين، العادات والتقاليد، قواعد السلوك والمجاملات...، فالقانون ليس وحده الذي يتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع.²

ولكن نجد دائرة الأخلاق أوسع نطاقا من دائرة القانون، فدائرة الأخلاق تشمل واجب الإنسان نحو الله وواجبه نحو الآخر في المجتمع وواجبه نحو نفسه، والجزاء فيها دنيوي يوقعه الرأي العام وهو "سخط المجتمع وذمه"، أما دائرة القانون فلا تشمل إلا واجب الإنسان الفرد نحو غيره فقط، بشرط يكون هذا الواجب له جزاء وجزاء مناسب.³

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري بك، علم أصل القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده، مصر، 1936، ص 4-5.

² فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 118-119.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري بك، مرجع سابق، ص 7.

أما قواعد الدين فتتميز عن قواعد القانون بان الجزاء فيها أخروي، أي يوقع في الحياة الآخرة، ولكن لا ننسى علاقة القانون بهذه القواعد، لأن قواعد القانون تقوم على قواعد أخلاقية ودينية.... الخ، ورغم ذلك نجد نطاق الأخلاق اكبر من نطاق القانون خاصة أن الأخلاق غايتها اخذ الإنسان للمثل العليا أما القانون فهدفه ضبط المجتمع واستقراره وتحقيق العدل.

5) أساس الزامية القانون

القانون ينفرد دون باقي القواعد الاجتماعية والأخلاقية والدينية ، ويختلف عنها بخاصية مميزة هي: إلزام الأفراد بإتباع أوامرهنونواهيته، فما الذي يعطي للقاعدة القانونية خاصية الإلزام ويكسيها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الأفراد؟

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

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

3- هل يرجع إلى انه خليط بينهما، حيث يستمد جوهره من البيئة الاجتماعية ثم تتولى إرادة الحاكم أو من له السلطة العليا في المجتمع تشكيل قواعده وصياغتها¹؟

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

ثانيا: مفهوم فلسفة القانون

1) ظهور فلسفة القانون

لقد عالج كل مفكر فلسفة القانون في الإطار العام لمذهبه الفكري، باعتبارها جزءا من مشاكل الإنسان وفلسفة الحياة، فبينما اشتغل رجال القانون بتفاصيل قواعده، تفرغ فلاسفة القانون لعموميات ظواهره.

ولم ينتبه فلاسفة القانون إلى أهمية دراسة فلسفة القانون إلا في وقت متأخر، حيث استعمل مصطلح فلسفة القانون لأول مرة سنة 1821 كعنوان مؤلف لهيجل "فلسفة

¹ إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 1999، ص 2.

القانون، و اتبعه فيما بعد مؤلفون آخرون في فرنسا (مثل: بودان، هوريو، دوجي ولامبير)، ايطاليا (مثل: فيكو، بوليتي)، ألمانيا (مثل: صافيني، إهرينج)، وانجلترا (مثل: أوستن، لوك، هوبن)... ثم توالت بشأنها النظريات والمباحث، وتناولها الفقهاء تحت عناوين ومصطلحات مختلفة، مثل: طبيعة القانون، أساس القانون، أصل القانون، وكلها تصب في فلسفة القانون التي تدرس: أصل القانون وغايته.

2) تعريف فلسفة القانون

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

تعريف الفلسفة:

أصل "الفلسفة" يوناني Philosophie، (Philo تعني محبة) و (sophie تعني الحكمة)، وتعني كلها: "حب المعرفة"، أو "محبة الحكمة".

كما تعني الفلسفة ب "معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني"، وقد عرفها أرسطو بأنها "علم العموميات، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء"¹.

والفلسفة هي أيضا "تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة"، وهي "خلق المفاهيم وتحليلها"، وهي كذلك "التفكير الدائم وعرض الأفكار على الآخرين المعارضين لأفكارنا بهدف إثارة الجدل".

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

¹ - إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

تعريف فلسفة القانون:

حين نتكلم عن "أساس القانون" فإن هذا يعني البحث عن وجود القانون (L'ontologie juridique)، أي عن مسند القانون. فالقانون بلا مسند لا وجود له، لذا كان أساس القانون هو المسألة الأولى التي يثيرها التعمق في دراسة أو معرفة القانون ونقول "فلسفة القانون"¹.

فلسفة القانون يقصد بها "ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها ومضامينها المختلفة دراسة نقدية"، أي هي تدرس جانب فلسفي موجود في القانون دراسة نقدية عميقة من طرف فلاسفة القانون.

وبمعنى آخر هي "البحث عن أصول الشرائع القانونية، ودراسة المبادئ التي تسودها مثل: أساس الالتزام، العدل، الحرية، الأمن..."، كما عرفها الفقيه هارت بـ"فرع من العلوم القانونية، تتناول بالدراسة 3 عناصر: مشاكل تعريف القانون وتحليله، مشكلة الاستدلال القانوني ومشاكل التقسيمات القانونية"².

نستنتج مما سبق، أن فلسفة القانون تهتم بدراسة الجوانب العالمية والنواحي العامة في القانون، وتمتد إلى ما هو مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة في العالم، ولا تقتصر على مميزات قانون وطني معين، ذلك أن القانون ليس ظاهرة وطنية بل هو قبل كل شيء ظاهرة إنسانية لازمت الإنسان مثل الظل في كل أرجاء العالم.³

كما أن، فلسفة القانون تدرس القانون كفكرة وليس كمفهوم، فهي ترتفع بدراسة القانون إلى مرحلة البحث في أسسه الأولى ومبادئه العليا، حتى تصل إلى تحديد أساس لجوهره وموضوعه. أي الوجود القانوني يدرس: طبيعة القانون وهدفه، كما يهتم بوضع تعريف للقانون من طرف فلاسفة القانون، وكل تعريف يعكس وجهة نظر كل فيلسوف إلى طبيعة القانون وأساسه. أي تعريف القانون مبني على "تفسير طبيعته وأساسه ومبادئه"⁴.

¹ - منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 17.

² - فايز محمد حسين محمد، "فلسفة القانون ونظرية العدالة"، مجلة البحوث للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2010، ص 1367.

³ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 11.

⁴ - فايز محمد حسين محمد، مرجع سابق، ص 1369.

3) تعريف طبيعة القانون وغايته

المقصود بطبيعة القانون هو "ماهيته وأساسه"، أي على أي أساس يقوم القانون؟ وما هي العناصر التي يحتوي عليها إذا حللناه إلى عوامله الأولى؟، هذه هي المسائل التي اختلف فيها الفقهاء بشدة، حيث تتباين الآراء وتتفرق المذاهب، وهي المسألة التي تتلخص فيها فلسفة القانون.¹

بصيغة أخرى طبيعة القانون هي البحث عن أساس صحة القانون **The validity** ، أو البحث عن المبدأ الذي يستمد القانون منه صحته، والبحث عن معيار لتصنيف قاعدة ما أنها قانونية أو لا، أو البحث عن مرجع القانون الأساسي أو أصله: هل هو الدين أو الأخلاق أو المشرع (مذهب شكلي) أو القانون الطبيعي أو العرف أي الواقع الاجتماعي وهم أنصار المذهب الاجتماعي.²

وهدف البحث عن أصل القانون وأساس صحته، هو:

✚ التعرف على طبيعة القانون وأصل نشأته وأساسه،

✚ تحليل جوهره لبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها،

✚ محاولة الكشف عما إذا كان القانون فكرة تنشأ من: ضمير الجماعة دون تدخل الإرادة

الإنسانية في صنعه، أم أن الإرادة الإنسانية هي صانعة القانون، أم أنه من وحي الطبيعة

والمثل العليا أو الدين، أم من وحي البيئة الاجتماعية.³

أما غاية القانون (purposes of Law) فيقصد بها "أساس فاعلية القانون"، أي "دراسة آثار القانون" أو "الغائية القانونية"، كما يقصد بها "الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون ويسعى إلى تحقيقها"، ورغم أن غالبية الفقهاء اتفقوا على أن هدف القانون هو تحقيق العدل، إلا أنهم اختلفوا حول مفهوم العدل ونوعه وطرق تحقيقه.⁴

إنّ البحث في هذين الموضوعين "أصل القانون وغايته" تمخضت عنه الأسس التالية:

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 3.

² - مرجع سابق، ص 1369.

³ - مرجع سابق، ص 1369.

⁴ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 3.

1- الأساس الوضعي للقانون: ومعناه القانون مجموعة قواعد أمره يضعها الحكام القابضون على السلطة في المجتمع، وهي ما يطلق عليها بالوضعية القانونية الإدارية، شملتها المذاهب الشكلية.

2- الأساس الطبيعي للقانون: ومعناه القانون مجموعة مبادئ تتماشى مع طبيعة الأشياء ومع العقل، فهناك قانون يعلو على الحكام ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة إلزامها، عرف بالقانون الطبيعي، ويندرج ضمن المدرسة المثالية.

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

4) الفرق بين فلسفة القانون وعلم القانون

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

- ☞ فلسفة القانون ليست فرعاً من فروع القانون، بل هي فرع من فروع المعرفة أو الفلسفة.
- ☞ فلسفة القانون هي علم العموميات، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء. أما علم القانون فهو علم الفروع (قانون: جنائي، مدني، إداري...).
- ☞ الفيلسوف القانوني يدرس عموميات الظاهرة القانونية ومبادئها الكلية والأساسية، في حين أن رجل القانون يهتم بتفاصيل الجزئيات في القانون.
- ☞ تعنى فلسفة القانون بالجوانب العالمية والنواحي العامة للقانون، فهي تمتد إلى ما هو مشترك بين الأنظمة القانونية المختلفة، ولكن علم القانون يقتصر على قانون وطني معين.
- ☞ فلسفة القانون غير محددة بزمان ولا مكان، في حين أنّ علم القانون يتحدد بزمان ومكان دولة معينة.
- ☞ آراء الفيلسوف تعبر عن وجهة نظره ورأيه الشخصي، فهي ذات نزعة ذاتية، ويبحث فيها عن ما يجب أن يكون عليه القانون. أما رجل القانون، فعليه أن يتقيد بالنزعة الموضوعية، وهو يبحث فيما هو عليه القانون.

ثالثا: الهدف من تدريس فلسفة القانون لطلبة الحقوق

تهدف فلسفة القانون إلى التأصيل الصحيح للقانون وتفسيره المنطقي، وتعميق الوعي القانوني، والارتقاء بالفكر القانوني، والأهم من ذلك رسم حدود واضحة لنظرية عامة للقانون. لذلك تدريس فلسفة القانون لطلبة الحقوق لها أبعاد مختلفة، مفاهيمية وتطبيقية عملية، منها:

- 1) الإلمام بالمبادئ الأولى للقانون واستيعابها قبل دراسة القانون نفسه وبكل تفاصيله، لأن دراسة علم أصول القانون تعد دراسة تمهيدية لدراسة القانون وفروعه المختلفة،
- 2) تحديد طبيعة القانون وتبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها ومصادره، والتعرف على غايته في المجتمع وضرورته، ورسم نطاقه واتصاله بالعلوم الأخرى.
- 3) تبسيط المبادئ الفلسفية والعلمية التي ترتكز عليها دراسة القانون
- 4) معرفة كيفية وضعه أو تشريعه في الدول، بهدف إعداد الطالب الناشئ إعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار المشوار العملي، وإعداده عمليا إذا ما كان يريد أن يصبح مشرعا في المستقبل.

ملاحظة

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

المحور الثاني

مذاهب تفسير أصول القانون والغاية منه وأساس إلزاميته

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

لقد أدى هذا الاختلاف إلى ظهور مذاهب ونظريات متعددة يمكن جمعها في ثلاثة مذاهب ، وهي: المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية والمذاهب المختلطة.



المبحث الأول: المذاهب الشكلية

-الأساس الوضعي الإرادي للقانون-

Formalist doctrines

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

فجعلت مصدر القانون هو "إرادة الحاكم الذي يمتلك السلطة العليا المطلقة والقوة"، موجها إلى "أفراد المجتمع" الواجب عليهم طاعته وتنفيذه، وعدم الخروج عنه وإلا تعرضوا للجزاء الموقع من قبل السلطة المختصة بوضع القانون (الحاكم).¹

ولأن هذه المذاهب أعطت للإرادة الإنسانية (ممثلة في الحاكم أو الدولة) دور واختصاص وضع القانون، فإنه أطلق عليها بالوضعية القانونية الإرادية والتي تعني أن "القانون هو من وضع إرادة إنسانية"، أي أنها منحت للقانون أساسا وضعيا،² أو معيارا ماديا تعرف به القانون من شكله أو مصدره الرسمي وتقف عند هذا الحد فلا تنفذ إلى طبيعة القانون ولا إلى مصادره الحقيقية، لهذا تصلح هذه المذاهب للرجل القانوني الذي يريد أن يعرف متى تعتبر القاعدة قانونا تصلح للتطبيق في العمل.³

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 7.

² -المرجع نفسه، ص 3.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري بك، مرجع سابق، ص 10.

المذاهب الشكلية أو القانونية لم تحلل في طبيعة القانون سوى انه من وضع مشيئة مشرع واحد وحسب إرادته المنفردة، فكل مجتمع حسب هذه المدرسة مكون من هيئتين، هيئة حاكمة¹ (الدولة أو المشرع) وهيئة محكومة (الأفراد)، الأولى تضع القانون والثانية تخضع له.²

ومن أهم المذاهب الشكلية نجد: مذهب أوستن، مذهب هيغل، مذهب كلسن، ومدرسة الشرح على المتن التي وضعت أسلوباً وطريقة خاصة بها في تفسير القواعد القانونية. وهذا ما يوضحه الشكل الآتي:



¹ قد تكون الهيئة الحاكمة قوة غير مرئية خفية، وفي هذه الحالة تسمى الله عزوجل في الديانة الإسلامية أو الديانة اليهودية، أو أية سلطة روحية أخرى، وقانونهم هو وحي يوحى كالقران الكريم الذي أنزله الله على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم للعالمين.

² عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 10.

المطلب الأول: مذهب جون أوستن في إنجلترا 1790-1881

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

والحقيقة أن هذه الفكرة ليست بجديدة، وإنما اقتبسها أوستن من نظريات فلاسفة اليونان الذين كانوا يرون أن القانون من فعل القوة، كما أنه تأثر على وجه الخصوص بالفقيه الإنجليزي توماس هوبز القائل بأن " القانون ليس طلبا ولا نصيحة بل أمر صادر من شخص يمتلك السلطة والقوة إلى شخص آخر وجب عليه الطاعة والامتثال."¹

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

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن

عرف أوستن القانون على أنه " مجموعة قواعد قانونية أمرة وناهية مقترنة بجزاء، صادرة عن الحاكم لما يتمتع هبه من سلطة سياسية، موجهة إلى الطبقة المحكومة التي يتعين عليها الخضوع والطاعة."²

وبناء على هذا التعريف يتضح أن الأسس التي يقوم عليها مذهبه هي ثلاثة أسس وهي شروط ضرورية لوجود القانون من عدمه³، وهي كالتالي:

1- لا وجود للقانون إلا بوجود مجتمع سياسي وحاكم سياسي

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 10-11.

² إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 10.

³ ينتقد الفقيه هارت هذا التعريف ويرى بأنه لا يخدم القانون العرفي Common law ولا بعض قواعد القانون الخاص أو العام التي عبارة عن صلاحيات أو واجبات لا غير، كما ينكر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي، لذلك لا تصلح أن تكون فكرة عامة لمفهوم القانون، وهو من فقهاء المدرسة الشكلية ويرفض ربط الأخلاق بالقانون ومنه رفض وجود القانون الطبيعي. أنظر: روبرت أليكسي، مرجع سابق، ص 241.

في نظر أوستن المجتمع السياسي هو المجتمع المقسم إلى طبقتين: طبقة حاكمة يمثلها حاكم سياسي وطبقة محكومة يمثلها الأفراد، لأن المجتمع السياسي يستمد تنظيمه من وجود هيئة عليا حاكمة سياسية تمتلك السيادة السياسية المطلقة، ولا يهيمه إن كان نظام الحكم فيها ديمقراطيا أو استبداديا، جمهوريا أو ملكيا، كل ما يهيم هو أن الحكام القابضون على السلطة يختصون بوضع القواعد القانونية، وأن يكون سلطانهم مطلقا وغير مقيد ولا محدود.

ولكن يستوي أن يكون الحاكم السياسي شخصا واحدا أو هيئة كرئيس دولة وبجانبه برلمان، كما يستوي أن يكون أساس الحكم استبداديا أو ديمقراطيا. فالمهم هو وجود حاكم سياسي له السلطة السياسية وبيده زمام الحكم ويسيطر على كل القوى داخل الجماعة ويدين له الجميع بالطاعة والولاء.¹

وعليه لا يعتبر قانونا ما يصدر من قرارات أو أوامر من هيئات ليست لها السيادة السياسية، كالنقابات والجمعيات والأحزاب.

أما الطبقة المحكومة المتمثلة في مجموع أفراد المجتمع، فيتوجب عليها تنفيذ وإتباع ما يصدر عن الطبقة الحاكمة، أي عليها الطاعة والامتثال والخضوع للأوامر والنواهي الصادرة عن الحاكم دون أن يكون لها حق التعبير عن رأيها ولا رفضها للقوانين وعدم الالتزام بها.

2- صدور القاعدة القانونية في صيغة الأمر أو النهي

يعتبر أوستن أن القانون ليس طلبا ولا نصيحة، وإنما هو مجموعة من القواعد القانونية أمرة أو ناهية، موجهة إلى الأفراد المحكومين الذين ليست لديهم حرية عدم التنفيذ والامتثال، وإنما هي واجبة الطاعة. مع الإشارة إلى أن الأمر والنهي قد يكون بصيغة صريحة وواضحة، كما قد يصدر بصيغة ضمنية، المهم أنه على الأفراد المحكومين إتباعها وعدم الخروج عنها ولو لم تصدر بصيغة الأمر والنهي.²

3- اقتران القاعدة القانونية بجزاء

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 11.

² قانون العقوبات يقتصر على تحديد العقوبة على من يرتكب جريمة معينة، وهي بذلك لا تصدر في صيغة أمر أو نهي ولكنها تفيد ضمنا أن قواعد قانون العقوبات تأمر بعدم ارتكاب الجرائم أو النهي عن ارتكابها. وكذلك الحال في القانون المدني، فمعظم قواعده لا تصدر في صيغة أمر أو نهي، ومع ذلك فإنها تفيد ضمنا بالأمر والنهي وعدم مخالفتها، مثل قاعدة من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير يلتزم بالتعويض عن الضرر.

يرى أوستن أن صدور القاعدة القانونية بصيغة الأمر أو النهي لا يكفي، إذ لا بد من أن يتبعها جزاء، حتى يردع كل من يخالفها، يوقعه الحاكم على من يخالف أمره أو نهيه.¹ ففكرة الجزاء فكرة أساسية في القاعدة القانونية، بدونها لا توجد قاعدة قانونية، وبه الحاكم يفرض إرادته في المجتمع ويكفل احترام القانون.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مذهب أوستن

ترتب عن الأسس المبينة أعلاه النتائج التالية:

1- حصر مصادر القانون في التشريع فقط:

يعتبر أوستن التشريع مصدرا أساسيا ووحيدا للقانون، وألغى بقية المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف. وذلك لكون التشريع المصدر الأمثل الذي يعبر عن إرادة الحاكم ويجعلها واجبة التنفيذ على الطبقة المحكومة، أما العرف كقانون بدائي عند أوستن فلا يصدر من الحاكم الذي يتولى رسميا وضع القوانين -المشروع-، وإنما ينشأ من استمرار سلوك الأفراد على نحو معين وإتباعهم لقاعدة معينة زمنا طويلا مع شعورهم بضرورة احترامها واعتقادهم بإلزاميتها، وهذا لا ينشئ قاعدة قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشروع، فهذه النتيجة تتماشى وتعكس الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن.²

2- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري:

لأن قواعد القانون الدستوري تبين شكل الدولة وتنظم علاقة الدولة بالأفراد ونظام الحكم فيها، وسلطاتها العامة واختصاصاتها وحدودها فيما بينها، كما أنها تتضمن حقوق وحرريات الأفراد، فإنها بذلك تكون موجهة إلى الحاكم. ولأن هذا الأخير منحت له السلطة المطلقة في وضع القاعدة القانونية دون قيد ولا شرط، فإنه يمكنه مخالفتها كيفما ووقتما يشاء لأنها لبست صادرة عن سلطة أعلى منه، كما لا يتصور معها أن يوقع الجزاء على نفسه لأنه صاحب سلطة توقيع الجزاء.³

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 12.

² فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 84.

³ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 15-16.

ولهذه الأسباب لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية، بل كيفها على أنها قواعد ذات قيمة إرشادية تطلق عليها بقواعد الأخلاق الوضعية، وهي أيضا مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بمحض إرادته ولم تلزمه بها سلطة أعلى منه . وهذا يجعل أمر تعديلها واستبدالها بغيرها والخروج عليها أمر لا يرتب عليه الجزاء.¹

3-إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي:

يقوم القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات فيما بين الدول على مبدأ "جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة"، وعلى هذا الأساس لا توجد سلطة عليا فوق الدول تعتبر بمثابة هيئة حاكمة تهيمن عليها، أو تفرض عليها أوامر ونواهي، ولا أن توقع عليها الجزاء حال مخالفتها للقواعد القانونية الدولية. ولأن هذا المفهوم لا ينطبق مع الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن، فإنه ألغ صفة القانون على قواعد القانون الدولي العام، معتبرا أن قواعد هذا الأخير هي قواعد معاملات ومجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول في سلوكها فيما بينها، ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء على الدولة المخالفة لها.²

4-تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه:

لأن أوستن جعل القانون معبرا عن إرادة الحاكم الواجبة التنفيذ، فقد أخذ بوجوب التقيد في تفسير القاعدة القانونية بإرادة المشرع وقت وضع النص لا وقت تطبيقه. وذلك حتى يتجه التفسير إلى الكشف عن إرادة الحاكم التي تضمنتها القواعد القانونية، دون تفسيره وقت تطبيقه، لأن ذلك يستدعي الأخذ بعين الاعتبار الظروف المستجدة والتي تتغير مع مرور الوقت، والتفسير في هذه الحالة قد يخرج عما أراده الحاكم ولا يعبر عن نيته الحقيقية.³

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب أوستن

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

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 15.

² المرجع نفسه، ص 13.

³ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 12-13.

1-أخلط بين القانون والدولة: ذهب أوستن إلى اعتبار لا وجود لقانون إلا في وجود مجتمع سياسي، متجاهلا بذلك الحقائق التاريخية والواقعية والتي تثبت أن القانون ظاهرة اجتماعية، وقد نشأ في الأزمنة القديمة مع نشأة المجتمع في صورته البدائية قبل أن يكون مجتمعا سياسيا، بمعنى آخر لا يشترط أن يكون المجتمع سياسيا حتى نتحدث عن وجود القانون من عدمه. فقد نشأت قواعد العرف، وهي قواعد ثابتة مع الجماعة منذ القدم، قبل أن تصبح مجتمعا سياسيا منظما.

2-أخلط بين القانون والقوة: حيث جعل أوستن القانون معبرا عن إرادة الحاكم، الذي منح له صلاحيات وسلطات مطلقة، غير محدودة ولا مقيدة، فافرض بذلك الجزاء على المحكومين دونه، وهذا من شأنه أن يدفع بالحاكم إلى الاستبداد والطغيان، كون القانون وسيلة لتنفيذ إرادته، وهكذا سخر القانون لخدمة الحاكم، عوضا أن يكون الحاكم في خدمة القانون وضمان حمايته واحترامه بالقوة عند اقتضاء الأمر، فسيهي هذا مذهب أوستن مذهب الاستبداد.¹

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

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

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

¹ فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 86.

إلا أن هذا الموقف لم يلق قبولا، كون أن الدستور يعتبر أسى القوانين، وقواعده ملزمة متضمنة قيود وشروط مفروضة على الحاكم، كما أن سلطة الأمة من شأنها أن تلعب دورا هاما في الإطاحة بالحاكم واستبداله وتوقيع الجزاء عليه¹.

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

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

6-إن التقيد بتفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه من شأنه أن يؤدي إلى عجز القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات المستجدة.²

رغم كل هذه الانتقادات يبقى مذهب أوستن يتفق إلى حد كبير مع الوضع السياسي القائم في المجتمعات الحديثة، حيث تملك الدولة سلطة التشريع كمظهر من مظاهر سيادتها وتعهده بسننه وإصداره إلى إحدى السلطات فيها وهي السلطة التشريعية بعد أن أصبح القانون هو المصدر الأساسي والرئيسي للقانون الوضعي.³

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 16.

² عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص >16-15

³ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 16.

المطلب الثاني: مدرسة الشرح على المتن

School of exegesis

ظهرت مدرسة الشرح على المتن في مطلع القرن 19 للميلاد حوالي سنة 1808، وقد كان الباعث على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وصدور القانون المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون بشكل خاص، والذي كان يعتبر بين معاصريه بمثابة كتاب مقدس أخرج للناس لتحقيق العدالة بينهم.

تعتبر هذه المدرسة ثمرة آراء عدة رجال قانون فرنسيين¹ تعاقبوا عليها، فأدت بطريقة جديدة أو أسلوباً جديداً في تفسير النص، أطلق عليها طريقة التقييد بالنص، أو طريقة الشرح على المتن، لأن فقهاء كانوا يفسرون النص متناً متناً، أي نصاً نصاً حسب الترتيب الذي وردت عليه في قانون نابليون.

لهذا لم تعالج هذه المدرسة شكل القاعدة القانونية، لكونها ظهرت عقب صدور تقنين نابليون، فكان هدفها هو تفسير هذا التقنين فقط، أي أنها وضعت طريقة لشرح وتفسير القانون المدني الفرنسي، فعرفت بالمدرسة التقليدية في تفسير النص. ولقد لاقت رواجاً وانتشاراً كبيرين، واستحساناً من قبل شراح القانون، حتى أن القضاة كانوا يلتزمون بأسلوبها بطريقة آلية إلى أن ظهرت نقائصها ما جعلهم يدخلون عليها نوعاً من المرونة.²

الفرع الأول: الأسس التي تقوم عليها مدرسة الشرح على المتن

تتفق هذه المدرسة مع مذهب أوستن في أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لها أساسين رئيسيين، وهما:

1- تقديس النصوص التشريعية في تقنين نابليون

¹ من أبرزهم: أوبري Aubry، رو Rau، من جامعة إيستراسبورغ، وأمير المدرسة ديمولومب Demolombe الفقيه البلجيكي لوران Laurent. وأحدثهم بودري Baudry Lacontinerie. كل هؤلاء الفقهاء كتبوا كتباً قيمة حول القانون المدني وشرحه ومازالت تعتمد في الجامعات الفرنسية كمصادر قيمة.

² عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 17.

الحقيقة أن سبب مناداة فقهاء هذه المدرسة بتقديس النصوص القانونية راجع إلى انهيارهم واعتزازهم بتقنين نابليون أو ما يعرف بالقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 فبعد أن كان إقليم فرنسا يخضع شماله لنظام قانوني مستمد أساسا من قواعد العرف والتقاليد، ويخضع جنوبه لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني، تم توحيد التراب الفرنسي شماله وجنوبه بإخضاعهما معا إلى نظام قانوني موحد في عهد نابليون أطلق عليه اسم تقنين نابليون، والذي كان الأول من نوعه في العالم وله صدى كبير في عالم القانون داخل فرنسا وخارجها.

اعتبر شرح القانون قانون نابليون نتاجا عظيما لثمرة العقل البشري، وتقينا كاملا ينبغي تقديسه واعتباره مصدرا وحيدا للقانون. حيث تتبع مدرسة الشرح على المتن أسلوب تفسير النصوص القانونية المدنية نصا نصا، وتقديسها واحترامها وعدم المساس بها أو الخروج عنها، مشبهة إياها بالكتاب المقدس والكمال الذي يتضمن كل الأحكام القانونية¹.

2- اعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون

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

فما جاء عن الفقيه "ديمولومب" أمير هذه المدرسة في مقولة مشهورة له هي: "إن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء"، وتبنى الفقيه "بينييه Bugnet" هذا الوأي وقال: "إنني لا أعرف القانون المدني وإنما أدرس قانون نابليون."²

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مدرسة الشرح على المتن

ترتب على تقديس النصوص التشريعية، واعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون في مدرسة الشرح على المتن النتائج التالية:

1- التقيد بالنصوص القانونية وعدم الخروج عنها:

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 24-25.

² عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 17-18.

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

2-الوقوف عند النية الحقيقية أو المفروضة للمشرع وقت التشريع دون الاعتداد بالنية الاحتمالية:

ذهبت هذه المدرسة إلى ضرورة تفسير النص وفق نية المشرع، لأن التشريع يعبر عن إرادته، وللوقوف عند نية المشرع الحقيقية يجب أولاً: البحث عن نيته الحقيقية وقت وضع التشريع، وهذه الأخيرة تستنتج وتوضح من خلال عبارات النص الواضحة الصريحة، التي لا إبهام ولا غموض ولا نقص فيها، فإن لم توجد يمكن تفسير النص بالوقوف عند نية المشرع المفروضة، وهي تلك التي يكون المشرع قد قصدها وقت وضع النص، حيث يمكن الكشف عنها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة، أو عن طريق استخدام القياس أو بمفهوم المخالفة، أو من الروح العامة للتشريع، أو بالرجوع إلى المصادر التاريخية التي استمدت منها النصوص، أي تستخلص من روح التشريع ومن تقاليد القانون.¹

أما النية الاحتمالية فهي التي تكون وقت تطبيق التشريع لا وقت وضعه وهذه المدرسة لا تعتد بها، أي أنها لا تأخذها بعين الاعتبار ولا تلجأ إليها عند تفسير النص، وذلك لأن الأخذ بالنية الاحتمالية يستدعي تفسير النص وقت تطبيقه، وهنا نكون أمام نية أجنبية عن نية المشرع، لأنها تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أعاد وضع النص من جديد في ظل الظروف المستجدة، وما كان يمكن أن تتجه إليه إرادته وقت تطبيق النص، لهذا يجب على القاضي أن يكون أميناً على نية المشرع الحقيقية وقت وضع التشريع فقط.²

فتفسير القانون وقت تطبيقه لا تتبعه هذه المدرسة، ولهذا استبعدت البحث عن النية الاحتمالية للمشرع، كون أن هذه الأخيرة تتضح بتفسير النص وقت تطبيقه، ويأخذ بعين

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 18.

² المرجع نفسه، ص 10.

الاعتبار تغير الظروف، فيحتمل أن يكون ذلك ما قد يتجه إليه المشرع لو كان في نفس الزمن والوقت، كما يحتمل أن تكون نية أجنبية عنه، أي لا يقصدها المشرع، وهذا لا يتماشى مع الأسس التي تقوم عليها المدرسة لأنه من شأنه أن يجعل القاضي مشرعا.¹

مدرسة الشرح على المتن تجعل القانون خاضعا لإرادة المشرع ومعبرا عنها، لذا تأخذ بتفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه، ولكي يفسر القانون وقت وضعه يجب الكشف عن نية المشرع الحقيقية وإلا البحث عن نيته المفترضة، فهما تمثلان إرادة المشرع وما قصده وقت وضع النص ومؤشرا على احترام التشريع وتقديسه، لأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون لا الفقه والاجتهادات القضائية.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مدرسة الشرح على المتن

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

1- يعاب عليها أنها حصرت مصادر القانون في التشريع وحده، وقد سبق وأن كان هذا الانتقاد موجهًا إلى كل من مذهب أوستن وهيغل، وكان جيني من أهم مهاجميه في فكرة مصادر القانون ويتم توضيح أن اعتبار التشريع مصدرا وحيدا لا يكفي، وذلك لما لعبته المصادر الأخرى من دور في تفسير القانون وفي سد الفراغ الذي قد يعتريه، ثم اثبت جيني تعدد مصادر القانون فلم يعد هناك مصدر وحيد للقانون بل هناك مصادر أخرى مثل العرف.

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

3- تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه باستخدام القياس المنطقي والتطبيق الآلي للقانون من شأنه أن يؤدي إلى عجز القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات الاجتماعية، وجعل القاضي يفقد الرؤية السليمة في التطبيق.

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 18-19.

4-المغالاة في تقديس النصوص القانونية، وجعل القانون معبرا عن إرادة الحاكم وحدها الواجبة التطبيق، وعدم المساس بها أو الخروج عنها مع إغفال إرادة الأمة (العادات والتقاليد)، من شأنه أن يؤدي إلى طغيان الحاكم واستبداده.¹

المطلب الثالث: مذهب هيغل 1770-1881

هيغل فيلسوف ألماني، عمل كأستاذ في جامعة برلين، وهو أول من استعمل مصطلح فلسفة القانون ضمن كتاب "فلسفة القانون" سنة 1821 وقد تأثر بشكل كبير ببيئته الاجتماعية ونزعتة الذاتية والتي جاءت واضحة من خلال الأسس التي وضعها لمذهبه، والذي تناول من خلاله شكل القاعدة القانونية، وذلك رغم مناداته بإعمال العقل والمنطق وضرورة التقيد بالفكر الموضوعي.²

تعرف فلسفة هيغل باسم فلسفة الفكرة أو العقل المطلق أو كما تسمى بالإرادة العالمية في حد ذاتها أو روح العالم، كما بعد هيغل من أنصار المذهب الطبيعي والقانون العقلي فكل ما هو عقلي هو حقيقي والعكس صحيح والدولة تعتبر شيئا معقولا في ذاته لأنها هي تجسيد للفكرة والإرادة العالمية أي تجسيد لله وكل ما يصدر عنها جدير بالتقديس.

وحسب هيغل يستمد القانون شرعيته وإلزاميته من صدوره عن الدولة، فالقانون هو إرادة الدولة في الداخل بالنسبة لعلاقتها بالأفراد، وهو إرادتها في الخارج بالنسبة لعلاقتها بغيرها من الدول، فالدولة سيدها نفسها ولها سلطان مطلق داخليا وخارجيا وإرادتها واجبة النفاذ.³

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل

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

1-الدولة سيدها نفسها في الداخل

¹- إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 100.

²- المرجع نفسه، ص 99.

³- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 31-32.

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

ومعنى الدولة سيدة نفسها في الداخل أي البحث عن علاقتها مع أفرادها داخل إقليمها أو نظامها الداخلي، إذ يرى هيجل أنه على المستوى الداخلي يجب أن يخضع للدولة كل من يدخل في تكوينها أو يتواجد داخلها، فسيادة الدولة واحدة لا تتجزأ، ويجب أن تدوب في وحدتها جميع الاعترافات ووجهات النظر المختلفة، وأن تتجسد هذه السيادة في شخص واحد يمتلك القوة والسلطة، فتمكنا من التعبير بإرادته المنفردة عن الإرادة العامة.¹

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

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

2- الدولة سيدة نفسها في الخارج

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

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 102-103.

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

من وجهة نظر هيجل، اعتبر أن الحرب هي الوسيلة الوحيدة والأمثل لتحديد من الدولة صاحبة السيادة والسلطان على بقية الدول الأخرى، وبالتالي تمكن الحرب الدولة من تنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي، فتعتبر الدولة الأقوى¹.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مذهب هيجل

ترتب على مذهب هيجل جملة من النتائج تشبه النتائج التي ترتبت على مذهب أوستن، منها ما تفرع عن الأساس الأول، ومنها من نتج عن الأساس الثاني، تم ذكرها فيما يلي:

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

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

وهنا يشترطن أوستن وهيجل حول نقطة إنكار الصفة القانونية على القانون الدستوري، فكلاهما لا يعتبران قواعده قواعد قانونية، والاختلاف البسيط بينهما يكمن في أن أوستن اعتبر قواعد القانون الدستوري قواعد وضعية أخلاقية إرشادية. أما هيجل، فقد أنكرها تماما ولا يعتبرها لا قواعد قانونية ولا قواعد أخلاق أو توجيهية².

¹- إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 103.

²تراجع التفاصيل في محاضرة مذهب أوستن.

3- تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه¹

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

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

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

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب هيجل

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

1- يعاب على هيجل أنه حصر القانون في التشريع دون سواه، وهذا أمر خاطئ لما تلعبه المصادر الأخرى من دور وأهمية، مع الإشارة إلى أن هذا الحصر جاء ليتلاءم ويتماشى مع أسسه ونظرتيه لشكل القاعدة القانونية، إذ أن الأجدر الأخذ بتنوع المصادر وتعددتها².

2- أخلط بين القانون والقوة: منح هيجل السلطان المطلق للحاكم دون قيود ولا شروط، فجعله فوق القانون، إذ عوض أن يكون الحاكم في خدمة القانون، جعل القانون والقوة في

¹ نفس الشيء وضع في محاضرة مذهب أوستن يرجع إليه.

² - لقد أخذ المشرع الجزائري بتنوع المصادر وذلك ما حدده ضمن المادة 01 من القانون المدني الجزائري.

خدمة الحاكم، وهذا ما يؤدي إلى استبداد الحاكم داخل الدولة وتحقيق مصالحه الشخصية على حساب المصلحة العامة. خاصة في ظل الأخذ بفكرة "وحدة الإيرادات الفردية"، وتذويب الأفراد داخلها، وكذلك أمام إنكار الصفة القانونية للقانون الدستوري وإلغاء مصادر القانون. فهذا كله من شأنه أن يعزز طغيان الحاكم، وبالمقابل ضياع حقوق الأفراد وسلب حرياتهم.

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

4- يعاب عليه أنه اقتصر على تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه .

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

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

7- رغم أن هيجل له عديد المؤلفات التي تقوم على العقل والمنطق والموضوعية، إلا أنه عندما تطرق لشكل القاعدة القانونية طغت عليه نزعته الذاتية ما أوقعه في تناقض، فجاء تأثره واضحا ببيئته كونه ألماني، ويظهر ذلك خصوصا عندما عالج فكرة سيادة الدولة في الخارج وإقراره بمشروعية الحرب، تمجيذا منه للعرق الألماني وفي سيطرة ألمانيا على العالم.¹

المطلب الرابع: مذهب كلسن 1881-1973

كلسن هانز، فيلسوف نمساوي، عمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917، ولكن بدأ نشاطه الفكري منذ سنة 1911م، عرف مذهب بـ"مذهب القانون البحث أو القانون الصافي"، بعد إصداره لكتاب "علم القانون البحث" سنة 1934م، ذلك أنه حاول أن يعطي مفهوما جديدا للقانون مفاده أن "علم القانون يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الإنساني

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 104.

من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط التي تدخل في العلوم الأخرى والتي لا يختص بدراستها رجل القانون".¹

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

أسس كلسن مذهبه على أساسين مهمين، وهما:

1- استبعاد جميع العناصر غير القانونية من نطاق القانون

يرى كلسن وجوب استبعاد كافة العناصر غير القانونية من نطاق القانون وهي العناصر التي تدخل في علوم أخرى ، مثل العوامل: الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية ، وخاصة التي تتعلق بللمبادئ المثالية والأخلاقية ومبادئ القانون الطبيعي... وغيرها لأنها ليست عناصر قانونية. فالقانون الصافي يجب أن يقتصر فقط على الضوابط القانونية دون غيرها والتي يشترط لوجودها إصدارها من طرف الدولة وإرادتها المنفردة، لأنها تملك قوة الإيجاب والسلطة في الردع والمجازاة.²

وذهب كلسن إلى القول، أن رجل القانون عليه أن يقتصر عمله على التعرف على القانون كما هو، والبحث عن صحة صدوره من الشخص صاحب الاختصاص (معياري مادي)، وأن القاعدة القانونية ملزمة ومقتنة بجزء ومتبعة من كل الأفراد، وذلك دون أن يتصدى إلى تقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها، ولا أن يبحث فيما إذا كان مضمون القانون عادلاً أم غير عادل، متفقاً مع المصلحة العامة أم لا، ولا تهتمه بقية العوامل الأخرى لأنها لا تدخل في اختصاصه، فلكل عامل منها رجاله المتخصصون.³

فالقانون يستحيل أن يكون ظالماً ولو خالف مبادئ القانون الطبيعي أو أية مبادئ عليا أخرى، لأن النفع العائد عن الطاعة أكبر من الضرر الناتج عن العصيان، وموضوع القانون هو أوامر تجعل فعلاً ما مشروعاً أو غير مشروع، وهو نظام جبر يحمل الناس على إتباع سلوك معين ويتبعه بجزء عند مخالفته، لأن الأفراد لا يملكون حرية الاختيار بين الرضا والامتناع، والجزاء

¹- روبرت أليكسي، مرجع سابق، ص 226.

²- المرجع نفسه، ص 226.

³- إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 105-106.

والإجبار هو العنصر الأساسي المميز للقاعدة القانونية عن باقي القواعد الأخلاقية أو الدينية...¹ فالقاعدة القانونية تكون صحيحة أو باطلة ولا نقول صادقة أو خاطئة.

فالقاعدة القانونية الوضعية تتكون من عنصرين هما الشرعية الشكلية والتأثير الاجتماعي (الفعالية)، والقاعدة القانونية الفعالة اجتماعيا هي القاعدة التي تتبع في الواقع مهما كانت أسباب أتباعها، أو يعاقب على عدم إتباعها، فالتأثير الاجتماعي للقاعدة القانونية له أسباب هي: إما الإقناع بصحتها أخلاقيا، أو لمجرد توافقها أو ولاءمتها أو لمجرد الخوف من العقاب.² والمهم هنا هو أن تكون القاعدة لها الشكل القانوني وفعالة وليس محتواها صحيح موافق للأخلاق.

2-وحدة القانون والدولة

على خلاف أوستن وهيكل اللذين يردان القانون إلى إرادة الدولة ومشيتها، بحيث تعتبر الأخيرة صانعة القانون، فإن كلسن أخلط بينهما (الدولة والقانون) خلطا تاما، ووجد بين القانون والدولة وأدمجهما معا، معتبرا القانون هو الدولة، والدولة هي القانون وليست صانعته، ولبست شخصا معنويا بل هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض على شكل هرمي قمته الدستور.³

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

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

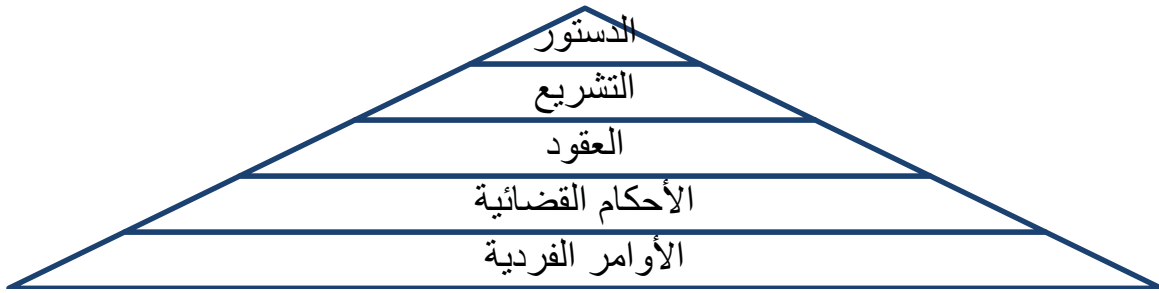
ويعتبر الدستور وما يتفرع عنه من قوانين وقرارات وأوامر فردية وأحكام قضائية نظاما قانونيا كاملا هو الدولة.⁴

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 106.

² - روبرت أليكسي، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، ترجمة كامل فريد السالك، طبعة 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 22.

³ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 108.

⁴ - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 39.



الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مذهب كلسن

ترتب عن مذهب كلسن نتيجتين، وهما:

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

يعتبر كلسن أن قول الدولة هي صانعة القانون، أو أن القانون يعبر عن إرادة الدولة يتناقض تماما مع القول بوجود تقييد الدولة بأحكام القانون وخضوعها له، غير أنه عند القول بأن الدولة هي النظام القانوني نفسه من شأنه أن يزيل هذا التناقض، ويمكنها مخالفة القانون ويعد هذا التجاوز أو المخالفة قانون جديد من طرف الدولة أو تعديل للقانون الذي خالفته، وبذلك يستحيل ان تتقيد الدولة بالقانون.

وعلى ذلك فان كلسن يرى وحدة القانون والدولة من شأنه أن يزيل التناقض بين اعتبار القانون هو إرادة الدولة وبين وجوب خضوع الدولة للقانون وتقييدها به.

2-رفض تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص:

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

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

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

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب كلسن

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

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

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

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

3- كذلك يؤخذ عليه أنه حدد الضوابط القانونية على سبيل الحصر، فلم يجعل ضمن التدرج الهرمي العرف رغم أهميته كمصدر من مصادر القانون، ودوره في إنشاء القاعدة القانونية. حاول هنا كلسن دفع هذا النقد بالقول أن "قوة العرف مستمدة من إجازة الدستور له." ولكنه لم ينجح، فقوله هذا يخالف الواقع، ذلك أن الدستور لا ينص على قوة العرف، بل أن هذا الأخير ينشئ تلقائياً في المجتمع وينبع من الضمير الجماعي دون حاجة إلى إجازة المشرع له.

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

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

6-تضمن الهرم الضوابط القانونية التي تحكم النظام الداخلي للدولة، في حين أغفل الحديث عن القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول، فلم يتطرق مطلقاً للقانون الدولي العام.¹

المبحث الثاني: المذاهب الموضوعية

Doctrines objectivistes

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

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

المطلب الأول: المدرسة المثالية

Idealist school

-الأساس الطبيعي للقانون-

سميت المدرسة المثالية "بالمثالية" لأنها تأخذ بالمثل الأعلى المتمثل في "العدل" أساساً وجوهراً للقاعدة القانونية، ينتمي إليها مذهب القانون الطبيعي، الذي عرف عدة مراحل وتطورات، حيث أنه يضرب بجذوره من العصر اليوناني إلى غاية المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والذي حجز لنفسه من خلالها مكانة ضمن مصادر القانون.

لقد عرف الإنسان منذ القدم أن هناك قانوناً أسمى من القوانين الوضعية، يتمثل في مجموعة قواعد أبدية، أزلية، خالدة، لا تتغير بتغير الزمان والمكان، أودعها الله في الطبيعة

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 110-111.

ليستنبطها الإنسان بواسطة العقل لا يضعها ، فهي لا تدين بوجودها لإرادة إنسانية، أطلق عليه اسم "القانون الطبيعي"، جعلوه أسمى من القانون الوضعي، واعتبروه مقياساً لمدى عدل وكمال القوانين الوضعية.

هذا المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي عرف عدة مراحل وشهد عدة تطورات، ومع ذلك حافظ على مبدئه وفكرته الأساسية إلى أن وصل إلى مرحلة كاد فيها أن يختفي تماماً، ما استدعى أنصاره إلى إعادة إحيائه من جديد وهو ما عرف تحت تسمية "حركة إحياء القانون الطبيعي"، ثم جاء الأساس الحديث للقانون الطبيعي.¹

فكرة القانون الطبيعي لم تحتفظ بمضمون ثابت على مر العصور، ذلك أن فكرة القانون الطبيعي قد مرت بمراحل مختلفة تغير فيها مضمونها، وهذا ما سندرسه هنا، حيث هناك اتجاهين في هذا المذهب هما: الأساس الكلاسيكي التقليدي للقانون الطبيعي والأساس الحديث العصري. هذه هي مذاهب المدرسة المثالية والتي سنشرحها في الآتي:

الفرع الأول: الأساس التقليدي الكلاسيكي للقانون الطبيعي

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

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

أولاً: القانون الطبيعي في العصر اليوناني (له طابع فلسفي)

شكل العصر اليوناني اللبنة الأساسية والأولى لظهور فكرة القانون الطبيعي فلسفياً، إذ اعتمد فلاسفة اليونان على الملاحظة والتأمل، فتوصلوا إلى أن الكون يخضع ويسير وفقاً لنظام ثابت، الأمر الذي دفع بهم إلى الاعتقاد بوجود قانون أعلى يتضمن مجموعة قواعد خالدة ليست

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 10.

من صنع الإنسان وغير مكتوبة، ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهذه القواعد تحكم الظواهر الطبيعية والعلاقات بين الناس على حد السواء.¹

لقد رأى فلاسفة اليونان أن قواعد القانون الطبيعي تحقق العدالة على أكمل وجه، لذلك يجب أن يكون القانون الطبيعي هو المثل الأعلى الذي يسعى القانون الوضعي إلى تحقيقه، ويعتبر القانون الوضعي عادلاً متى كان متفقاً مع القانون الوضعي، والعكس صحيح، لأن القانون الطبيعي هو أسمى من القانون الوضعي.

غير أن الفيلسوف سقراط قد أوجب الطاعة للقوانين الوضعية ولو كانت مخالفة للقانون الطبيعي وذلك خشية أن يعصي الناس القانون الوضعي وتعم الفوضى.²

ثانياً: القانون الطبيعي في العصر الروماني (له طابع قانوني)

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى الرومان، الذين خلصوه من الطابع الفلسفي وأضافوا عليه النزعة القانونية، بحيث أصبحت قواعده مصدراً للقانون، تطبق على كافة الشعوب لأنه أسمى القوانين الوضعية وسابق على وجودها.

من أبرز فقهاء الرومان نذكر *شيشرون* القائل "بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية، وبوجود قانون ثابت خالد مرافق للطبيعة وللعقل القويم، ينطبق على كافة الناس، واعتبره القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أننا ولا من اليوم إلى الغد"، ولا يمكن لأي أحد مخالفته وإلا تعرض للعقاب.

وعبر *جوستينيان* عن القانون الطبيعي قائلاً "القانون الطبيعي هو السنن التي ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية، وأنه ليس مقصوراً على الجنس البشري بل هو سائر على جميع الأحياء مما يحوم في الهواء أو يدب في الأرض أو يسبح في الماء"، والقانون على ثلاث أقسام: القانون الروماني أو المدني (*Jus civile*)³، قانون الشعوب¹ (*Jus gentium*)، والقانون الطبيعي² (*Jus naturale*).

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 22.

² - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 51-52.

³ - هو قانون الأضلاء يطبق على أهل مدينة روما فقط، وينحصر في الألواح الثني عشر والأحكام التي صدرت مكملتها لها، وهو قانون شكلي يهتم بالإجراءات الشكلية ويرتب على من لا يحترمها ضياع الحقوق، مستمد من

لقد استند الفلاسفة الرومان على مبادئ القانون الطبيعي في التمييز بين القانون الروماني الذي يطبق على طبقة الرومان الأصليين فقط، وقانون الشعوب الذي يطبق على الأجانب سواء في علاقاتهم ببعضهم أو في علاقاتهم بالرومان وهو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود.

نظر فقهاء الرومان للقانون نظرة عملية يفصله عن الأخلاق والدين، وأصبح على المواطن الروماني واجب الالتزام بالقانون لا لعدالته واتساقه مع مبادئ القانون الطبيعي بل لأنه صادر من السلطة السياسية العليا وليس سلطة اللاهية ومقترن بجزء.³

يكاد يكون إجماع بان الرومان قد بنو دعامة من الفهم الصحيح للقانون وروحه، وتمثل هذه الدعامة بالتفسير المرتبط بالظروف الاقتصادية والسياسية القائمة آنذاك، فرسموا قيما⁴ لصناعة القانون بهدف تحقيق العدالة في الحياة والتي يؤمن بها كثيرا الفقهاء الرومان.

ثالثا: القانون الطبيعي في العصور الوسطى عهد الكنيسة (له طابع ديني).

اصطبغت فكرة القانون الطبيعي بصبغة دينية في كنف الكنيسة المسيحية ورجالها، فتم إخضاع السلطان المدني للسلطان الديني، وذلك بقصد تدعيم وتقوية سلطة الكنيسة. فانطلق رجالها من مبدأ أن قواعد القانون الطبيعي كامنة في الطبيعة، وأن هذه الأخيرة هي من صنع وخلق الله، وبالتالي ما يوجد فيها عبارة عن رسائل موجهة من الله لا يفهمها ولا يكتشفها إلا رجال الدين.⁵

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

العادات والتقاليد الرومانية القديمة. ولكن تم تحريره من هذه الشكليات التي تميزه بفضل القانون الطبيعي. وأصبح هذا القانون يهدف لحفظ الحقوق وتحقيق العدالة.

¹ - يخضع له كل إنسان حي مهما كان لأنه قانون عالني، يتسم بالبساطة والبعد عن الشكليات، استمد مبادئه من القانون الطبيعي أسى القوانين ومثل عليا، وبعض الفقهاء الرومان يعتبرونه هو نفسه قانون طبيعي.

² - قانون تخضع له كل الكائنات الحية في الطبيعة من إنسان وحيوان...

³ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 125.

⁴ - مثل: مبدأ المساواة أمام القانون، احترام التعهدات، تعظيم شأن النية في التعاقد، منحت المرأة المتزوجة مركزا قانونيا معادلا لمركز زوجها في الإشراف على ممتلكاتها وعلى أطفالها.

⁵ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 10.

- (1) القانون الإلهي: والذي يمثل مشيئة الله ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، ولا يفهمه إلا رجال الدين، فهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال.
- (2) القانون الطبيعي يلي القانون الإلهي من حيث الأهمية، ويشمل قواعد كامنة في الطبيعة التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها، بدافع الرغبة إلى الوصول إلى الكمال.
- (3) القانون الوضعي في المرتبة الأخيرة، الذي يضعه الإنسان، ويستلهم مبادئه من القانون الطبيعي، ومنه يستمد شرعيته، ويكون عادلا، هدفه هو تحقيق الأمن والنظام والاستقرار في المجتمع.

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

رابعاً: القانون الطبيعي في العصر الحديث

عرف القانون الطبيعي من القرن 16 إلى غاية القرن 19 عدة تطورات، وبقي خلال هذه المراحل محتفظاً بأساسه التقليدي، وهذا ما سندرسه في الآتي:

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

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

ومن أشهر من دعا إلى تمكين الدولة ومنحها السلطان المطلق لوضع القانون الوضعي خلال القرن 16، نجد كل من: ميكيافلي الإيطالي وجون بودان الفرنسي.

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

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

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

-ب- عودة القانون الطبيعي وانتشاره خلال القرنين 17 و18

من أجل العمل على ضمان حقوق الأفراد وتمتعهم بحرياتهم، ولوضع حد لطغيان الحاكم وتقييد سلطانه، وكذلك لأجل تنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول بعدما سادت القوة في العلاقات الدولية، ظهرت الحاجة إلى العودة من جديد إلى فكرة القانون الطبيعي، فأصبح هذا الأخير: أساسا للقانون الدولي العام وأساسا للقانون الدستوري، الأمر الذي أدى إلى انتشار القانون الطبيعي ونجاحه نجاحا عظيما خلال القرنين 17 و18.¹

1) القانون الطبيعي أساسا للقانون الدولي العام

معنى هذا، أن تراعى قواعد ومبادئ القانون الطبيعي في تنظيم العلاقات بين الدول، ويرجع الفضل في إبراز فكرة القانون الطبيعي وجعلها أساسا للقانون الدولي العام أول مرة إلى الفقيه الهولندي جروسيوس *Grotius* صاحب كتاب "قانون الحرب والسلام". ومن ضمن ما تضمنه هذا الأخير، تعريفا للقانون الطبيعي على أنه "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظالما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل".

كما جاء فيه تعريف لسيادة الدولة بأنها "تلك التي تكون أعمالها مستقلة عن كل سلطة عليا ولا يمكن أن تلغى من قبل أية إرادة بشرية".²

فجروسيوس نظم المجتمع الدولي سواء في فترة السلم أو فترة الحرب، فعن فترة السلم يرى أن كل دولة تتمتع بسيادة مستقلة، إلا أن الدول صاحبة السيادة يجب أن لا تتجاهل

¹ - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 62.

² - إدريس فاضلي، مرجع سابق، 139-141.

بعضها، إذ عليها أن تقبل بفكرة وجود مجتمع يحكمه قانون بالضرورة، وهذا القانون هو القانون الطبيعي.

وأما بشأن فترة الحرب، فهو يعترف بشرعية الحرب لعدم وجود سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفض نزاعاتها، على شرط أن تكون هذه الحرب عادلة، مع العلم أنها تكون كذلك (أي تعتبر حرباً عادلة) متى كانت رداً على عدم العدالة التي يحددها القانون الطبيعي. وبتعبير آخر، متى كان هناك اعتداء على الحقوق الأساسية التي يعترف بها القانون الطبيعي للدولة ذات السيادة، يحق لهذه الأخيرة شنّ حرب لاسترجاع حقها، وتعتبر الحرب في هذه الحالة مشروعة. ومن أمثلة الحقوق الأساسية المعترف بها للدول من قبل القانون الطبيعي نذكر: الحق في المساواة، الحق في الاستقلال، الحق في تقرير المصير، الحق في التجارة الدولية... الخ.¹

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

(2) القانون الطبيعي أساس القانون الدستوري

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

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

فنتيجة لطغيان الحكام والمغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة خلال القرن 16، أصبح الأفراد يسيرون وفقاً لغرائزهم وأهوائهم، ما أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وسيطرة الأنانية، والغلبة للأقوى. ومن أجل إعادة التنظيم إلى حياتهم وضمان الأمن والاستقرار،² اتفق الناس

¹ - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 62.

² - المرجع نفسه، ص 62.

فيما بينهم على التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم الذي يضمن لهم حقوقهم وحرياتهم وينظم معاملاتهم، وهو ما أطلق عليه "العقد الاجتماعي"، فاعتبر هذا الأخير أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي.

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

(أ) الفيلسوف الإنجليزي هوبز 1588-1979

يرى هوبز¹ Hobbes أن الحاكم ليس طرفا في العقد الاجتماعي الذي يستمد وجوده من القانون الطبيعي، لأن العقد يتم بين أفراد المجتمع وحدهم ويقوم على العدل التبادلي، وأن الأفراد يتنازلون عن حقوقهم وحرياتهم بشكل كامل لصالح الحاكم الذي يتمتع بالسلطة المطلقة، وذلك ليضمن لهم حقوقهم، ويحقق لهم الأمن والنظام.

ولأن التنازل كان كاملا، غير مشروط ولا مقيد، فلا رجعة فيه، وبالتالي يجب على الأفراد طاعة ما يصدره الحاكم من أوامر وقوانين طاعة تامة، ولا يحق لهم مساءلته ولا استبداله حتى وإن استبد. والملاحظ أن هوبز اعتمد على فكرة العقد الاجتماعي لتبرير الاستبداد ومنح السلطان المطلق للحاكم، لا لتقرير حقوق الأفراد وضمان حرياتهم، وذلك لكونه من داعمي النظام الملكي السائد في إنجلترا².

(ب) الفيلسوف "جون لوك: 1632-1704"

¹ - هو من أنصار القانون الطبيعي، ويرى بان البحث عن السلام والسعي إليه في المجتمع هو أول مبدأ في القانون الطبيعي وهو أول خطوة لتحقيق وبناء المجتمع السياسي والعقد الاجتماعي. ولكن انحرف بالقانون الطبيعي وانحرف عن مبادئه.

² - سمير تناغو، جوهر القانون: دراسة متعمقة في فلسفة القانون لطلبة معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، الطبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2014، ص 82.

اعتبر جون لوك¹ Locke أن طرفي العقد الاجتماعي هما الحاكم من جهة، والأفراد من جهة أخرى، وبموجبه يتنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم لصالح الحاكم، ويحتفظون بالجزء المتبقي لهم، وهذا الأخير يسمح لهم بتنحية الحاكم واستبداله بآخر في حال استبداده، ومع أن لوك انجليزي، إلا أنه ناد بتقييد سلطان الحاكم لتفادي طغيانه واستبداده.

فالعقد الاجتماعي أساسه الإرادة الخاصة للأفراد وليس القوة والعنف وهو وسيلة فنية ولازمة للمحافظة المشتركة على حياة وحريات الناس بالعدل، وأساس الدولة هو العقل الطبيعي، والإرادة خاضعة للعقل، والقانون الطبيعي هو قانون العقل والذي لا يمكن لأي شخص الخروج عنه.

ومهما كان العقد الاجتماعي لا يمكنه أن يمنع الناس من مقاومة الظلم والاستبداد، ولا يمكنه أن يقيم سلطة مطلقة استبدادية، لأنه يستمد قوته وشرعيته من القانون الطبيعي² قانون العقل.

ج) الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو 1712-1778

يقول مؤلف كتاب "العقد الاجتماعي" للفقيه Rousseau، لا سلطان إلا للشعب، يتنازلون لبعضهم البعض عن حرياتهم الطبيعية المطلقة مقابل حريات مدنية محدودة مدسرة في القانون، ويعتبر الحاكم ممثلاً باسم الشعب. بمعنى آخر، يعد الشعب هو صاحب السلطة والسيادة والوحيد في المجتمع، ولأنه لا يمكن أن تمارس هذه السلطة من قبل جميع أفراد الشعب معاً، فإنهم يقومون بتعيين حاكم وكيلا عنهم، يسعى إلى ضمان حقوقهم وحرياتهم، والحفاظ على الأمن والاستقرار داخل المجتمع، دون أن يتمتع بالسيادة والسلطة، والتي تظل للشعب ويحتفظ بها لعزل الحاكم حال إخلاله بالتزاماته واستبداده.

فروسو جعل العقد الاجتماعي وسيلة لإنكار حق الملوك في السيادة المطلقة الذي كان سائداً في فرنسا، فالعقد الاجتماعي عادل وهو عقد عقلي ضروري وليس عقد إرادي هدفه الحفاظ على استمرار المجتمعات في عدل . وفي أواخر القرن 18، بلغت نظرية القانون الطبيعي أوج مجدها وأقصى نجاحها، وذلك بالتزامن مع قيام الثورة الفرنسية تحت شعار الدفاع عن

¹- هو من أنصار القانون الطبيعي الصادقين، حيث احتج على أخطاء هوبز التي أدت إلى الطغيان والاستبداد.

²- سميرتناغو، مرجع سابق، ص 84-85.

الحقوق والحريات الأساسية، فأصبح القانون الطبيعي في كنفها مصدرا رسميا تضمن مبادئه الإعلان الرسمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789.¹

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

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

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

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

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

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

¹- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 146-147.

الفرع الثاني: الأساس الحديث للقانون الطبيعي

(حركة إحياء القانون الطبيعي)

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

أولاً: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

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

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

ففكرة العدل هي: الإطار الثابت للقانون الطبيعي.... أمّا الذي يتغير، فهو: مضمون هذا العدل وطريقة تحقيقه التي تختلف من مكان إلى مكان آخر، بل وفي نفس المكان من زمن إلى آخر، حسب الظروف المستجدة والمتغيرة وحسب الإمكانيات والوسائل المتوفرة¹.

بهذا يكون أنصار القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير حاولوا اتخاذ موقف وسط، فمن جهة يحتفظون بأصل القانون الطبيعي القائم على أساس الثبات والخلود، ومن جهة أخرى تفادي انتقاد أنصار المذهب التاريخي بالبحث عن التغيير. وهذا ما دفعهم إلى اعتبار العدل -بما أنه جوهر القانون الطبيعي- ثابت ومتغير في آن واحد، فهو ثابت في فكرته، متغير في مضمونه.

¹- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 75.

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

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

ثانيا: مذهب جمهور الفقهاء المحدثين في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل

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

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

وهكذا، وبعدما كان يعتبر القانون الطبيعي أسمى القوانين وقواعده واجبة التطبيق لتحقيق العدل، تم تحديد وظيفته عن طريق جعل قواعده الثابتة الخالدة، موجه مثالي للعدل. أي أن قواعد القانون الطبيعي لا تضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية، فهذه الحلول تضعها القوانين الوضعية، بل إنها توجه المشرعين إلى هذه الحلول إذا ما أرادوا تحقيق العدل، فتعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل مكان وزمان. ومن أمثلة مبادئ القانون الطبيعي نذكر: الحق في الحياة، عدم الإضرار بالغير، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم التعسف في استعمال الحق.

هذا المذهب الأخير لاق قبولا وإجماعا، كونه حافظ على أصل القانون الطبيعي وما يتميز به من كونه عبارة عن مجموعة قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، هي من وحي الطبيعة يكتشفها العقل البشري، وتعتبر مثالا أعلى للعدل . والجديد الذي انفردت به هو أنها

جعلت قواعد ومبادئ القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل، أي أنها لا تضع حلولاً لمشاكل الحياة وإنما توجه المشرعين الوضعيين نحو صياغة قواعد قانونية تتغير بتغير الزمان والمكان، تتضمن حلولاً لهذه المشكلات وتحقق العدل.

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

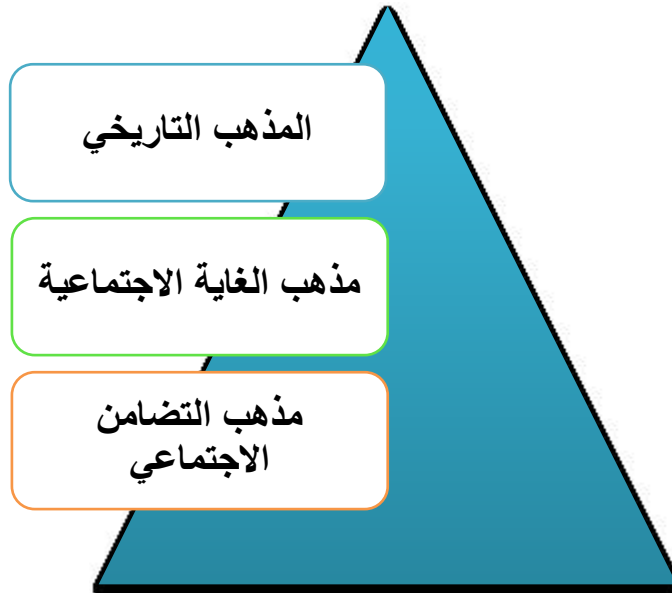
وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، حيث جعلت مبادئ القانون الطبيعي مصدراً للقانون، حيث ورد فيها "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

المطلب الثاني: المدرسة الواقعية

-الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون-

The realist school

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



- المذهب التاريخي: يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى البيئة الاجتماعية، حيث أظهر علاقة القانون بالبيئة الاجتماعية ومدى ارتباطه وتأثره بها.
- مذهب الغاية الاجتماعية: ظهر كرد فعل على المذهب التاريخي، يرى أن أساس القانون غاية يسعى إلى تحقيقها بتدخل إرادية إنسانية واعية توجهه.
- مذهب التضامن الاجتماعي: تبنى المنهج التجريبي الواقعي محاولاً تطبيقه على الظواهر الاجتماعية بما فيها القانون، فأرجع أساس وجوهر القاعدة القانونية إلى تضامن الأفراد فيما بينهم وشعورهم بما هو عدل¹.

¹ - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 81.

الفرع الأول: المذهب التاريخي

The historical doctrine

ظهرت بوادر المذهب التاريخي منذ القرن الثامن عشر في فرنسا، إذ أظهر بعض الفقهاء والفلاسفة أثر البيئة والظروف المحيطة بها في اختلاف القوانين، إذ رأوا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها. ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة الاجتماعية الفقيه منتيسكيو *Montesquieu* في كتابه "روح الشرائع"، وكذلك الفقيه بورتاليس *Portalis* صاحب فكرة "القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية"، والتي تحولت فيما بعد إلى أساس من أسس المذهب التاريخي، وأيضا صاحب مقولة "تتكون تقنيات الشعوب مع الزمن، فهي بحق لا تصنع."¹

غير أن هذه الأفكار تبلورت وخرجت في مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الألماني سافيني *Savigny*، أطلق عليه المذهب التاريخي، فجعل من مبادئه وأسسها بديلا للاعتراض على فكرة تقنين القوانين في ألمانيا كما فعل تقنين نابوليون في فرنسا؛ إذ يعتبر سافيني أن القانون هو "مجموعة القواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين، وأن التجارب قد دلت أن القانون ليس واحدا ثابتا ولكنه متغير في الزمان والمكان، يتأثر في ذلك بعوامل البيئة المختلفة والمتعددة ويساير تطورها واختلافها، مما يستبعد معه تثبيت نصوصه وقواعده في التقنين، فذلك يفضي إلى جموده وعدم مواكبته للتطور"².

أولا: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي

يقوم المذهب التاريخي على ثلاثة أسس، تتمثل في:

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

2- القانون وليد حاجة الجماعة: يرى أنصار المذهب التاريخي بأن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وأنه يتطور حسب ظروف كل مجتمع، لذا فهو يختلف من دولة إلى دولة

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 54-55.

² إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 82-83.

أخرى، بل ويتغير في الدولة نفسها من جيل إلى جيل آخر، حسب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

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

3- القانون ينشأ ويتطور ألبا تلقائيا في منظور المذهب التاريخي أن القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك تساهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة، فهو يتكون ويتطور في تفاعل مستمر في الضمير الجماعي لكل أمة، وهو بذلك يتكون تكويننا ذاتيا ألبا لا تخلقه ولا تضعه إرادة إنسانية أو تحوله عن الطريق المرسوم.¹

ثانيا: النتائج المترتبة عن المذهب التاريخي

يؤدي الأخذ بأسس المذهب التاريخي إلى النتائج التالية:

1- عدم تجميع القواعد القانونية في تقنين: تجميع القواعد القانونية في تقنينات ثابتة يعد عملا ضارا بها، لأن هذا التقنين من شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين وعدم تطورها، حيث تضي عملية التقنين على القواعد القانونية نوعا من القدسية يجعل المشرع يتردد في تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة، وبمرور الزمن تصبح هذه التقنينات بعيدة عن الواقع وغير ملائمة للمجتمع، فلا تواكب تطوره وما يستجد من ظروف.

2- حصر دور المشرع: القانون الذي يصدره المشرع ليس من وضعه لأن القانون يوجد نفسه ويتكون تلقائيا بطريقة آلية، كلما تغيرت الظروف وتطورت، إذ يقتصر دور المشرع على مراقبة تطور هذا القانون في ضمير الجماعة، ثم تسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس، وبذلك تصبح وظيفته سلبية قاصرة على تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن. (دوره لا يكمن في تكوين وإنشاء القاعدة القانونية ووضعها، وإنما ينحصر في تسجيل ما يخرج من الضمير الجماعي، فالقانون هو من وحي البيئة الاجتماعية).²

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 55-56.

² إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 87-88.

فعلى المشرع متابعة كل تطور جديد وتعديل نصوص القانون بما يتفق مع هذا التطور، ولعل هذا هو السبب في عدا المذهب التاريخي للتشريع بصفة عامة والتقنين بصفة خاصة، إذ يخشى أنصار المذهب أن يحول التشريع أو التقنين دون التطور التلقائي للقانون بثبوتيه في نصوص جامدة تجعل القانون حبيس النصوص التشريعية وتمنعه من الاستجابة للتطور الحتمي للمجتمع، كما يخشون عدم قدرة المشرع على مواكبة الوتيرة السريعة للتطور¹.

3- اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون: لأن العرف لا يدون وينشأ في ضمير الجماعة ويتطور معها تلقائياً، ويعبر تعبيراً صادقاً ومباشراً عن رغبات الجماعة وحاجاتها ومصالحها وظروفها الاجتماعية، فإنه في نظر مؤيدي المذهب التاريخي أفضل من التشريع، فهو يكفل تطور القواعد القانونية بطريقة طبيعية، بينما التشريع يقتصر على التعبير غير المباشر عن الضمير الجماعي.

4- تفسير القانون وقت تطبيقه لا وقت وضعه: يجب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع أن لا يتجه البحث عن نية المشرع وقت وضع هذه النصوص، لأن هذه النية كانت وليدة الظروف التي أحاطت بها وتؤدي إلى جمود القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات. بل يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يحتمل أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص التشريعية ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها. وبهذا- وعلى عكس المذاهب الشكلية، وعلى وجه الخصوص مدرسة الشرح على المتن- يعتد المذهب التاريخي بالأخذ بالنية الاحتمالية للمشرع دون النية الحقيقية والمفترضة².

ثالثاً: الانتقادات الموجهة إلى المذهب التاريخي

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

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 56-57.

² - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 175-176.

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

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

-بالغ المذهب التاريخي في ربط القانون بالبيئة الاجتماعية، فأخضع القواعد القانونية لقانون السببية التي تصلح وتحكم الظواهر الطبيعية، متجاهلا بذلك أن القانون من العلوم التقويمية لكونه يسعى إلى تقويم سلوك الأفراد، ويفترض أن يسعى إلى تحقيق غاية معينة بتدخل من إرادة إنسانية واعية¹.

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

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

-اعتبار العرف مصدرا وحيدا للقانون، فرغم أهميته ودوره إلا أن التشريع وبقيه المصادر الأخرى لا يمكن إنكارها وإغفالها، فلا بد من فتح الباب أما تعدد المصادر واختلافها خاصة في ظل تفاقم المشاكل وكثرتها².

-القول برفض التقنين واعتباره عملا ضارا بالقاعدة القانونية مبالغ فيه، فلقد أظهر التشريع فعاليته ونجاعته في مواكبة التطورات من خلال تعديل القواعد القانونية، أو إلغاء بعضها، أو إدراج وإضافة أخرى تستجيب للظروف المستجدة. وخاصة مع ارتفاع نسبة السكان واختلاف حاجاتهم ورغباتهم، لا بد من تقنين موحد يسري على الجميع ويضبط سلوكهم وينظم معاملاتهم³.

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 57-58.

² إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 90-91.

³ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 57-58.

الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية 1818-1892

The doctrine of social purpose

ينتهي مذهب الغاية الاجتماعية إلى المدرسة الواقعية، ناد به الفقيه الألماني إهرينج *Ihering* كرد فعل مباشر على المنهج التاريخي، وأبرزه في مؤلفاته أهمها "الكفاح من أجل القانون" و"الغاية من القانون".

لهذا نجد أن هذا المذهب لا يقوم على أسس، وإنما على فكرة كونه جاء مصححا للخطأ الذي وقع فيه أنصار المذهب التاريخي عندما ذهبوا إلى القول بـ"القانون" يتطور آليا تلقائيا دون تدخل إرادة إنسانية"، وهو ما رفضه إهرينج.¹

أولا: الفكرة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية

يرى إهرينج أن القانون في تطور مستمر ولكنه ليس تطورا تلقائيا كما يزعم أنصار المذهب التاريخي، بل هو تطور يخضع إلى حد كبير لإرادة الإنسان. فالقانون ظاهرة اجتماعية، والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية من حيث خضوعها لقانون الغاية دون قانون السببية.

فالظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار بسبب دوران الأرض، أو سقوط الأجسام من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية، تحدث كلما توافرت أسبابها دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثه أو دفعها نحو تحقيق غاية معينة. ومن ثم، فهي تخضع لقانون السببية.

أما الظواهر الاجتماعية، فلا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية تدفعها نحو تحقيق غاية معينة، ومن ثم فهي تخضع لقانون الغاية؛ والقانون باعتباره ظاهرة اجتماعية، تلعب إرادة الإنسان دورا كبيرا وإيجابيا في نشأته وتطوره، وقد يصل هذا الدور إلى درجة الكفاح واستخدام القوة والعنف، لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة منه.²

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

¹ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 96-97.

² فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 180.

المستفيدين وبين من يريدون تعديل هذه النظم، ويتوقف بقاء أو تغيير هذه النظم على نتيجة هذا الصراع والكفاح، بحيث إذا تغلب أنصار التعديل أو التغيير ظهرت نظم قانونية جديدة وأدى ذلك إلى تطور القانون.

فالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الإنسانية في عصورها المختلفة كانت تقوم دائما دفاعا عن مبادئ قانونية، وكفاحا من أجل تعديل أوضاع قانونية لم تكن تتفق مع الظروف الاجتماعية القائمة، فمثلا تحرير الفلاحين من الإقطاعيين، لم يتحقق إلا بعد كفاح طويل باستخدام القوة والعنف وتضحيات مريرة لتعديل وتغيير الأنظمة القانونية التي كانت سائدة نحو الغاية المرجوة.

وعلى هذا النحو، فإن القانون في طبيعته وجوهره وفقا لمذهب "إهرينج" ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح ومنه الإرادة الإنسانية، فالغاية هي حفظ المجتمع وأمنه واستقراره وتقديمه، والكفاح هو من أجل تحقيق هذه الغاية، ولذلك، فإن هذا المذهب يسمى بمذهب الغاية أو مذهب الكفاح¹.

ثانيا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب الغاية الاجتماعية

يمتاز مذهب الغاية الاجتماعية بأنه ابرز أهمية الإرادة الإنسانية في نشأة القانون وتطوره، ولكن رغم واقعيته في أن ابرز دور الإرادة الإنسانية في نشأة القانون وتطوره، كما ابرز خطأ المذهب التاريخي الذي ألبس القانون ثوب الآلية والتلقائية دون التوجيه الإنساني لم يسلم من الانتقادات، وقد وجهت له ما يلي:

- 👉 جعل غاية القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل فيه.
- 👉 جعل الكفاح والصراع أساس تطور القانون، وهذا تبرير لمنطق القوة حتى ولو لم تكن على حق، وتبرير لمنطق الغاية تبرر الوسيلة.
- 👉 أفرط في جعل تطور القواعد القانونية كلها رهنا على إرادة الإنسان، وهذا ينافي الأعراف التي هي من مصادر القانون ولا تظهر فيه إرادة الإنسان بشكل جلي وواضح، وكذلك المجتمع ينشئ القانون، وإذا ما طالب عن حقوقه، فإن مطالبه عادة ما تكون اجتماعية بحتة.

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 92-93.

الفرع الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي

The Doctrine of Social Solidarity

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

ومن هنا، أخذ دوجي هذه الفكرة في تحديد نشأة وتطور القاعدة القانونية ليخرج مجموعة من الحقائق العلمية الواقعية التي يرى بأنها أساس القاعدة القانونية، أما ما عدا هذه الحقائق الملموسة، كالحقائق المثالية مثلا، فإنها حسية واهية لا يمكن الأخذ بها.¹

ويستشهد دوجي بظاهرة التضامن عبر التاريخ كحقيقة وواقع ظاهر وموجود لا غبار عليه،

مثل:

- (1) عند القبائل الرحل: كان الناس يجتمعون للدفاع عن كيانهم وظروف حياتهم،
- (2) في الأسرة: يظهر التضامن بصورة أكمل حيث أن الدوافع المؤدية للتضامن أكثر مما سبق والمتمثلة في عوامل القرابة والدين.....
- (3) في المدن: التضامن قائم بين الأسر ذات التقاليد والعادات والأصول الموحدة والمتشابهة،
- (4) في الأمة: تمثل الأمة الشكل الحديث للجماعة المتحضرة والتي ترجع نشأتها إلى عدة عوامل، منها: وحدة القانون، السلطة، اللغة، الدين والعادات والتقاليد.²

أولا: الأسس التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي

تأثر " دوجي " بالنزعة الواقعية العلمية الملموسة، فلم يعترف إلا بالحقائق التي تقوم على دليل علمي، تثبتها المشاهدة وتعززها التجربة، واستنادا لذلك أسس مذهبه على الأسس التالية:

1- الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش إلا في المجتمع: الإنسان عاش في الماضي كما يعيش الآن مع غيره في حياة اجتماعية، والمجتمع بالنسبة إليه يعتبر حقيقة واقعية.

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 186.

² - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 187.

فالإنسان هو من جهة عضو في الجماعة بحيث لا يمكنه العيش بمفرده. ومن جهة أخرى، له كيان شخصي مستقل عن المجتمع، إذ له حاجاته الشخصية وميولاته واعتقاداته وأفكاره الخاصة التي تميزه عن الآخرين.

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

فالتضامن حقيقة علمية واقعية مسلم بها وليس مثلاً أعلى ميتافيزيقياً فلسفياً، والإنسان يرتبط بأفراد المجتمع ارتباطاً تضامناً وأساسه التماسك بينهم، ذلك أن الفرد لا يمكن أن يوفر كل حاجاته ومتطلباته بنفسه دون الحاجة إلى مساعدة من الآخرين.. وبالتالي التضامن أساس القانون.¹ لذا ميز "دوجي" بين نوعين من التضامن:

أ - التضامن بالاشتراك

ينشأ التضامن بالاشتراك عند اشتراك الناس في الشعور بحاجات أو رغبات متشابهة، ويتطلب تحقيقها تضامناً الأفراد فيما بينهم من خلال تكاتف الجهود، فالحاجات المتشابهة والمصالح المشتركة بين الناس لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تضامن وتعاضد واشتراك أفراد المجتمع.

ب - التضامن عن طريق تقسيم العمل

إن الناس متميزون ومتفاوتون في حاجاتهم وقدراتهم، ولكل فرد مواهبه الخاصة التي تسمح له بتبادل المنافع المختلفة مع غيره من أفراد المجتمع، فينشأ التضامن عن طريق تقسيم العمل عند اختلاف الأفراد في ميولهم واستعداداتهم، هذا ما يجعل كل فرد يتخصص في نشاط أو عمل معين يتضامن مع غيره من الأفراد من خلال تبادل الخدمات والسلع وبالتالي تبادل المنفعة، ويزداد هذا النوع من التضامن مع تطور البنيان الاجتماعي.²

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

¹ فاضلي إدريس مرجع سابق، ص 187.

² عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 65-66.

القانونية، لذلك عدّله إلى الشعور القائم عند الأفراد بما هو عدل وما هو غير عدل، ولكن هنا لا يقصد بالعدل كمثل أعلى أو فكرة العدل ذاتها، لأنها فكرة مثالية وليست واقعية بل يقصد الشعور بالعدل القائم فعلا لدى الأفراد في المجتمع . فمن خلال العدل، يميز الفرد ما بين الأفعال التي يجب القيام بها والأفعال التي يجب تركها والامتناع عنها، أي الحد الفاصل بين ما هو صالح وما هو طالح، ويتفرع على هذا الحد الاجتماعي قواعد اجتماعية تنظم الأفراد¹.

وعليه، فالقاعدة القانونية حسب "دوجي" ليست من صنع الدولة التي تعتمد على الإيجاب، لكفالة احترامها كما تنادي به المذاهب الشكلية، والتي ترجع أصل القانون إلى إرادة الدولة. ولا تلك القاعدة التي تخضع للممثل العليا كما يدعي أنصار القانون الطبيعي. بل هي القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع بئنها ضرورية للحفاظ على التضامن الاجتماعي وأنه من العدل استعمال قوة الجبر في الجماعة لكفالة احترامها والانصياع لها.²

فالقانون هو مجموع قواعد فردية واجتماعية تحكم سلوك ونشاط الأفراد في المجتمع، وهو قواعد ثابتة ومتغيرة في تطبيقها حسب التنوع البيئي الاجتماعي. أساس وجود القانون هو التضامن في المجتمع وليس الدولة، ويهدف هذا القانون في نفس الوقت إلى تحقيق التضامن في الدولة، لأن القواعد القانونية ليست امتيازات أو حقوقا شخصية يمتلكها الفرد باعتباره إنسانا، بل هي سلطات منحها القانون الوضعي للفرد كإنسان اجتماعي، وعليه واجبات يتحتم عليه القيام بها، وكفالة احترام هذه القواعد الاجتماعية هو الإيجاب الاجتماعي وليس إجبار الدولة.

ثانيا: الانتقادات الموجهة إلى مذهب التضامن الاجتماعي

لقد وجهت لمذهب التضامن الاجتماعي جملة من الانتقادات تمثلت في:

- إن تطبيق المنهج العلمي التجريبي على الظاهرة الاجتماعية بما فيها القانون صعب ويستحيل في بعض الحالات، وهذا لأن الظواهر الاجتماعية هي ظواهر إرادية تخضع لقانون الغاية، فهي تتجه نحو تحقيق غاية معينة، ولا بد من تدخل الإرادة الإنسانية لتحقيقها. عكس

¹- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 104-105.

²- إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 188.

الظواهر الطبيعية التي تخضع لمبدأ السببية، فيمكن إدراك النتيجة بالمشاهدة والتجربة كلما توافرت الأسباب اللازمة. وبالتالي يسهل تطبيق المنهج التجريبي الواقعي عليها¹.

- وقع دوجي في تناقض عند نقطتين، هما: ترك دوجي حقيقة تنافس تنازع الأفراد في المجتمع واخذ حقيقة التضامن كأساس للقاعدة القانونية، كما خرج عن المنهج الواقعي ودخل إلى ما وراء المحسوس بإدخال عنصر العدل فجاوز نطاق العلم إلى نطاق الفكر.²

¹- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 104.

²- إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 190-191.

المبحث الثالث: المذاهب المختلطة

Mixed doctrines

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

هذه المذاهب المختلطة هي التي وحدت الرؤى في فلسفة القانون وخلق ت نظرة جديدة فيها، تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وتجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، حيث ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من: حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي تهيمن عليها، كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الواقع وتصوغه في شكله الخارجي، حيث تقسم القاعدة القانونية إلى عنصرين: عنصر مثالي وعنصر واقعي. ومن أبرز فقهاء المذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي¹ F. Génys.

المطلب الأول: مذهب الفقيه جيني

(مذهب العلم والصياغة)

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

إذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (الواقعية والمثالية) وقرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة، مع الاستشهاد بدليل أعلى يكشف عنه العقل. كما تأثر بالمذاهب الشكلية عندما قرر أن شكل

¹ - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 111.

القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحا للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة.¹

الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني

يسمي الفقيه جيني الجوهر في مذهبه: بالعلم Science ويطلق على الشكل اسم: الصياغة The technique، حيث يقرر الفقيه جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: عنصر العلم، وعنصر الصياغة.

أولاً: عنصر العلم

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

- أخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة القانونية،
- وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون،
- وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره مثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون إلى تحقيقها،
- وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي، اعتداده بأبنية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون.²

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 71-72.

² - أبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 114-115. أنظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 71-72.

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

- 1) الحقائق الواقعية أو الطبيعية: تتمثل فيما يربط الجماعة من واقع جغرافي وبيئي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية، هي حقائق أولية تستخلص بالمشاهدة والتجربة لأنها حقائق علمية، تساعد في رسم الإطار العام الذي تنشأ فيه القاعدة القانونية (مثل التنظيم القانوني للزواج).
- 2) الحقائق التاريخية: وهي ما مرت به الجماعة من تطورات وأحداث تاريخية وثقافية .
- 3) الحقائق العقلية: هي عملية صقل وبلورة مختلف الحقائق لتشكيل عنصرا يصلح أن يكون أساسا ومادة أولية لقواعد قانونية، يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية حقائق معقولة وفقا لما تقرره ظروف الجماعة فتسمى حقائق عقلية تتغير بتغير الزمان والمكان لا مثلا عليا.
- 4) الحقائق المثالية: هي النزعات العقائدية والتيارات الفكرية والمثل العليا التي تسود الجماعة وتهدف عادة إلى الكمال¹.

ملاحظة:

جيني يفاضل بين الحقائق الأربعة، فهي ليست على قدم المساواة، إذ يغلب الحقائق العقلية على بقية الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والمثالية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية، يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يضعها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء².

ثانيا: عنصر الصياغة

يتمثل عنصر الصياغة في قالب الذي تأخذه القاعدة القانونية شكلا للعنصر العلمي. ويتمثل في الهيئة المنطقية الخالصة التي تتخذ لها بغض النظر عن مضمونها، والتي عادة ما

¹- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 213-215.

²- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 120.

تتألف من الفرض والحل. وهذه الصورة تكاد تكون ثابتة في كافة التشريعات والنظم القانونية عبر الزمان المكان.

فلا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وإنما تشكل الأرضية وتكون المادة الأولية للقواعد القانونية، وبهذا تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في الحياة العملية، وهذا يتمثل في الصياغة التي تجعلها قواعد قانونية عامة وملزمة ومقتزاة بجزء، وتضفي عليها الصفة الشرعية.¹

وهكذا يعرف جيني الصياغة بأنها "فن التشريع، تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبذلك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تمييز بما فهم واضعها، ومنه يتحقق مبدأ سيادة القانون"، وقد ميزين الصياغة المادية والمعنوية.²

الفرع الثاني: النقد الموجه إلى مذهب جيني

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

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

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

¹ عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 75-76.

² - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 211.

المطلب الثاني: جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث

بسبب الانتقادات التي وجهت لمذهب جيني اتجه الفقه الحديث إلى جمع الحقائق التي تكون جوهر القاعدة القانونية في طائفتين: الحقائق العلمية التجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة (عنصر واقعي)، الحقائق العقلية التفكيرية يستخلصها العقل (عنصر مثالي). وعلى ذلك يتكون جوهر القاعدة القانونية من عنصرين هما: عنصر موضوعي له شقين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي، وعنصر شكلي يتكون من شقين: مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون، مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليه دستوريا.

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

الفرع الأول: العنصر الموضوعي (جوهر القاعدة القانونية)

جوهر القاعدة القانونية له شقين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي.

(1) العنصر الواقعي

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

- الحقائق الطبيعية: سواء تعلقت بطبيعة الإنسان أو البيئة التي يعيش فيها والطبيعة الجغرافية، فهي تلعب دورا كبيرا في وضع نوع معين من القواعد القانونية .
- الحقائق الاقتصادية: تتمثل في الأنشطة المختلفة المتعلقة بمختلف نواحي نشاط الإنسان في الميدان الاقتصادي (الصناعي أو التجاري أو الزراعي) كلا منها يتطلب قواعد قانونية لتنظيمه مع طبيعة ونوع هذا النشاط، لا يجوز إغفال هذه الحقائق الاقتصادية عند إنشاء القواعد القانونية.

- الحقائق السياسية والاجتماعية: تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع وتعتبر أيضا عنصرا واقعيا قائما على المشاهدة والتجربة، وقد ساهمت هذه العوامل كفكر في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا.
- الحقائق الدينية والأخلاقية: هي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق العلمية في تكوين وتطور القواعد القانونية التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع هذه القواعد.
- الحقائق التاريخية: تعتبر العوامل التاريخية خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن وخبرة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، وهي بهذا تعبر عن العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية والتي لا يجوز إنكارها.¹

(2) العنصر المثالي: العدل Justice

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

والعدل لغة هو "المساواة"، والعدل هو "إعطاء كل ذي حق حقه". أما اصطلاحا هو "مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل ويوحى إليها الضمير ويرشد إليها النظر الصائب، أو الفطرة التي فطر الله الناس عليها". ويفرق الفقهاء بين نوعين من العدل، هما: العدل الخاص والعدل العام.

أولا: العدل الخاص Private justice

العدل الخاص هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة والمتبادلة بينهم دون النظر إلى صفاتهم أو كفاءاتهم، ولذلك يسمى بالعدل التبادلي، والمساواة هنا تسمى المساواة الحسابية المطلقة التي لا يعتد فيها بصفات الأفراد واختلاف قدراتهم.

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 215-213.

وهو أيضا العدل الذي يجب للأفراد بعضهم على بعض، لأنهم متساوون في الطبيعة الإنسانية ومن العدل أن يحترم كل منهم الآخر سواء في وجوده أو كيانه أو حقوقه، العلاقات بينهم تقوم على المساواة، فليس من العدل أن يعتدي شخص على آخر أو على حقوقه في علاقاتهم مهما كان نوعها تعاقدية أو غير تعاقدية، لان هذا ما تفضي إليه المساواة التامة.

ثانيا: العدل العام Public justice

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

1. العدل التوزيعي Distributive justice: هو العدل الذي يجب على الجماعة للأفراد

المكونين لها، والذي مقتضاه المساواة بين الأفراد المتساوين في القدرة أو الحاجة أو الكفاءة، أو بين الأفراد الذين تتوافر فيهم نفس الصفات أو الشهادات أو الشروط اللازمة للاستفادة من المنافع أو تولي الوظائف مع مراعاة المساواة التناسبية بئهم في القدرات والكفاءة، مثل منح الدولة، الضرائب، تولي الوظائف، الخدمة العسكرية، التعليم....

2. العدل الاجتماعي Social justice: هو العدل الذي يجب على الأفراد للجماعة تحقيقا

للسالح العام، فالأفراد هم أعضاء في هذه الجماعة ولذلك يجب على كل منهم أن يسخر جهده لتحقيق الصالح العام المشترك للجماعة لاعتبارها وحدة مستقلة قائمة بذاتها. ويعاقب لئ فرد يخل بأمن الجماعة، كذلك يسخر الحاكم سلطانه لخدمة الجماعة. (مثل: الخدمة العسكرية، معاقبة السارق.....)¹.

3. فكرة العدل في الفكر الإسلامي :

إن العدل معناه "إزالة الفوارق المصطنعة والفروق الواسعة التي نشأت بين الأفراد والمجتمعات بطرق غير مشروعة، ولا بد من فتح الطريق أمام الجميع وتكافئ الفرص في جميع المجالات"، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا فضل لعربي على أعجميا إلا بالتقوى). يعتبر العدل أحد المبادئ الأساسية لنظام الحكم وغايته المقصودة ، وقد حرص الإسلام على تقريره حفاظا على كيان المجتمع البشري فقد جاء في قوله تعالى على لسان نبيه: (وأمرت لأعدل بينكم)

يقصد بالعدل في الإسلام بوجه عام "تنفيذ حكم"، بمعنى "الحكم بمقتضيات ما جاءت به الشريعة الإسلامية"، وهو واجب في علاقة الفرد بنفسه وعلاقته بغيره من الناس وعلاقة الحاكمين بالمحكومين، ومن شدة حرصه تعالى على العدل أنه لم يشدد على استعمال القوة مع

¹ - إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 216-217

مقترف أكبر الكبائر أي الشرك ، بينما شدد في استعمال القوة مع الباغي والمعتدي ومع الطرف الغير القائم بالعدل ، وإذا كان الله تعالى قد وجه الخطاب بالعدل للمؤمنين (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط) فلن المساواة في الإسلام لها أهمية كبيرة يقول تعالى: (يا أيها الناس إن خلقناكم من ذكروا نثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعرفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم) "5"، يتضح من هذه الآية أن الإسلام يقر مبدأ المساواة بين جميع الناس ويجعلها أحد أصوله التي تجد أساها في العقيدة التي جاءت لتكريم الإنسان باعتباره من أصل واحد وهو آدم فلا مجال للإدعاء بالانتساب إلى جنس أسى مما عداه من الأجناس أو إلى طبقة هي أرقى الطبقات.

فالإسلام لا يعترف إلا بمفاضلة قوامها الأعمال وليس الإنسان ، وللمساواة صور كثيرة في الفقه والتاريخ الإسلامي ، نذكر منها المساواة بين الأفراد جميعا في تطبيق القانون فالكل في مستوى واحد أما القانون ، فلا فرق بين الحاكم والخليفة أو من هم في مناصب السلطة العليا وبين عامة الناس ، وثبتت هذه المساواة كذلك أمام القضاء فلا وجود لمحاكم خاصة تختص بالنظر في خصومات طائفة معينة من المجتمع ومحاكم أخرى مختصة لعامة الناس.

قال تعالى: (لا إكراه في الدين قد تبين الرشد من الغي) ويقول: (ولو شاء ربك لا أمان من في الأرض كلهم أ فأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) وقد طبق هذا المبدأ على أرض الواقع وعلى أوسع نطاق فلا يخلو كتاب من كتب الرسول صلى الله عليه وسلم منها موجه للقبائل "ومن كان يهوديا او نصرانيا فانه لا يفتن عنها وعليه الجزية" ويقول عمر بن الخطاب ؓ في معاهدته مع أهل بيت المقدس عقب فتحها " هذا ما أعطى عمر أمير المؤمنين أهل إلبياء من الأمان أعطاهم أمان لأنفسهم ولكنائسهم وصلبانهم ... لا تسكن كنائسهم ولا تهدم ولا ينتقصه منها ولا من خيرها ولا من صلبيهم لا يكرهون على دينهم ولا يضار أحد منهم " .

إن الإسلام لم يعطي للإنسان مساواة مطلقة إلا في حدود الحقوق والواجبات فهناك تفاوت مكفول للإنسان بقول تعالى (ورفعنا بعضكم فوق بعض درجات) وكل إنسان مسير لما خلق له فلكل ذي حق حقه .

الفرع الثاني: العنصر الشكلي (صياغة القاعدة القانونية)

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

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

يتكون هذا العنصر من شقين هما:

1) مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون

هناك قواعد ومهارات وجب توفرها في صائغ القوانين، لان عملية الصياغة مهمة متعددة الأبعاد، تحتاج إلى مهارات متنوعة لدى من يقوم بها؛ أهمها:

- ✚ امتلاك قسط وافر من الدراية والمعرفة بعلم القانون بما يتضمنه من أصول القانون وتاريخه وتطوره وأقسامه، وأن يكون الصائغ على دراية متخصصة في دقائق الفرع القانوني الذي سيقوم بالصياغة في مجاله.
- ✚ أن يكون الصائغ على قدر معقول من العلم والدراية بقواعد اللغة العربية. ويكون المشرع موضوعي محايد ونزيه.¹
- ✚ أن يكون على دراية بالظروف المجتمعية من حيث طبيعة المكان والزمان وأحوال الأشخاص الذين سيخاطبون بأحكام القاعدة التشريعية المزمع صياغتها.
- ✚ أن يكون قادرا على فهم وتحليل جميع البيانات والمعلومات والوسائل المادية والعلمية التي تساعده على حسن التصور الذي يجعله قادرا على الصياغة بمهارة وإتقان وحرفية.

¹ سري محمود صيام، المعايير الحاكمة لجودة صناعة التشريع.

<https://www.lloc.gov.bh/QTopics/Q01T01.pdf>

وهناك الوسائل المساعدة لصائع التشريعات ، لذا يتعين توفير جميع الوسائل والبيانات التي تساعد على حسن الصياغة التشريعية وذلك من خلال:

- 1- ضمان سهولة الحصول على المعلومات التي يحتاج إليها الصائغون، سواء تلك المعلومات متعلقة بالمراجع القانونية، أو الأبحاث والدراسات العلمية في كل العلوم المرتبطة بالموضوع.
- 2- استخدام التطور التكنولوجي في تطوير الصياغة بما فيها عرض مشاريع القوانين واللوائح على الفئات المخاطبة بها إلكترونياً وتلقى المقترحات بشأنها.
- 3- توفير الكفاءات البشرية واللوجيستية القادرة واللازمة لجودة التشريع.
- 4- الاستعانة بالتجارب التشريعية للدول الأخرى، مع مراعاة الاختلافات المحلية.
- 5- مراعاة معطيات الواقع الذي اقتضى إصدار التشريع.
- 6- ضمان الوقت الكافي أمام الصائغين بما يكفل حسن الدراسة وجودة الصياغة.
- 7- أن تصاغ بحيادية وموضوعية لا تعرف التحيز.
- 8- الالتزام باستشارة الجهات المتخصصة في موضوع التشريع وعدم الاعتماد كلياً على الخبرة الخاصة، لا سيما في التشريعات التي تتناول موضوعات علمية.¹

(2) مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع المنصوص عليه دستورياً:

هناك مراحل لسن ونفاذ التشريع يحددها الدستور، وهي: مرحلة الاقتراح، مرحلة المناقشة والتصويت، مرحلة المصادقة، ومرحلة النفاذ تكون عبر الإصدار ثم النشر.

¹ وليد عبد الرحيم جاب الله، "مقومات الصياغة التشريعية"، مجلة السياسة الدولية، 25 ماي 2023.
<https://www.siyassa.org.eg/New>

المحور الثالث: السياسات التشريعية الحديثة

Modern legislative policies

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

المبحث الأول: مفهوم السياسة التشريعية

يمثل التشريع -عملية إصدار الأنظمة- أحد الأدوات الرئيسة لتطبيق السياسات العامة بمختلف مجالاتها من خلال السياسة التشريعية، والتي تمثل المنهجية والآلية لترجمة السياسات العامة إلى مجموعة من التشريعات تعكس صفة الإلزام والتنظيم. فالسياسة التشريعية لكل دولة تعتبر المدخل وحجر الأساس في رحلة الصناعة والصياغة التشريعية، يتم من خلالها إصدار الأنظمة واللوائح بما يتوافق مع السياسة العامة ويسعى لتحقيقها وخدمتها، ومن المعلوم أن التشريع لا يكون عشوائياً، وإنما يرتبط بالسياسات العامة والتشريعية للدولة، ويعكس توجهاتها التقويمية والتطويرية.¹

ولفهم السياسة التشريعية سندرس تعريفها وأهميتها في الأتي:

المطلب الأول: تعرف السياسة التشريعية

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

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

¹ - منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 109-110.

فالساسة التشريعية تفترض إذن إدراك الواقع الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيير أو تعديل أو تنظيم هذا الواقع . السياسة القانونية أو التشريعية تعني تحديد هدف معين أو غاية معينة يراد تحقيقها بعد دراسة الواقع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وتحديد ما يراد تبديله أو تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون .

فالقانون الوضعي سيكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود أو الأداة التنفيذية للسياسة القانونية. وعليه فالواقع المادي أو المعنوي المراد التعامل معه من قبل المشرع هو كالمادة الأولية التي يتعامل معها النحات، إن صح التعبير .فالنحات لديه تصور، خطة، سياسة لما يجب صنعه من المادة المعطاة .والمشرع نحات فيجب أن تكون لديه سياسة وهذه المرة تشريعية، وعليه فإن السياسة التشريعية تتعلق بموضوع أو صلب القانون،¹ إذ أنها تطرح مسألة مدى تحقق الاختيار أو الفكرة الموجهة من خلال القانون، فتحضير أو تحديد مضمون القاعدة القانونية هو موضوع السياسة التشريعية.

المطلب الثاني: أهمية السياسة التشريعية

إن الاهتمام بالسياسة التشريعية يؤدي إلى:

- سن تشريع متين ومتطور في منتهى الوضوح والدقة،
 - منسجم مع الدستور والأنظمة القانونية الأساسية، وغير متعارض مع الأنظمة العادية، ومساهم لتنفيذ الأنظمة الفرعية، مع مراعاة السياسة العامة المرسومة للدولة أو السياسة الجزئية للجهة الإدارية،
 - قابلية التطبيق ووحدة التنفيذ واتساق المشاريع وتوحيد الجهود وجودة المخرجات،
1. منع تعارض الخطط وتكرار الجهودات وتضارب التوجهات والتعارض مع القوانين الأخرى، ابتداءً من الرحلة التشريعية وانتهاءً بإقرار النظام أو حفظه².

¹ - منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 109-110.

² عبدالرحمن بن سعود العنقري، أهمية السياسة التشريعية، 30، اكتوبر 2022. <https://maaal.com/2022/10/السياسة-التشريعية->

الصياغة الجيدة تشكل المكنة الرئيسة التي يمكن من خلالها تحويل السياسات والأهداف العامة للدولة إلى قواعد قانونية متناسقة ومنسجمة مع بعضها البعض يسهل تطبيقها، ويمكن الأفراد من الاحتجاج بها في مواجهة السلطات العامة في الدولة من جهة، وفي مواجهة بعضهم البعض، ولا تكتسب القواعد القانونية هذه الصفة إلا إذا جاءت نتاجاً لمنهج واضح في التعبير عنها، وصياغتها بأسلوب يجعل أمر تحقيق الهدف من تشريعها سائغاً ومعقولاً.¹

المبحث الثاني: معايير السياسة التشريعية الحديثة

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

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

(1) وجود التشريع: يتمثل في صدوره شكلاً من السلطة المختصة ، أي يكون بإقرار من السلطة التشريعية ثم صياغته وإصداره وفقاً للقواعد والإجراءات المحددة ومن طرف السلطة المختصة .

(2) فعالية التشريع: فلا يكون قابل للتحقيق إلا بكفالة تغلغل أحكامه في المجتمع وعلاقات الأفراد، ولا سبيل لذلك إلا بإقناع الأفراد بعدالة التشريع واستقامة أحكامه وجدواه. وتطبيق أحكامه لازم لتنظيم حياتهم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والمدنية وحسن سيرها، وأهم سواسية أمام القانون دون تمييز، فلا يكفي العقاب والجبر والقوة والنفوذ لوحدها لفرض الالتزام بالتشريع.

ومن أهم معايير السياسات التشريعية التي يسترشد بها في التشريع، نجد:

¹ د. بلال عقل الصنديد، السياسة التشريعية والتشريع السياسي. متاح على الموقع:

<https://www.aljarida.com/article/18192>

المطلب الأول: الديمقراطية Democracy

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

- أن يكون المجلس التشريعي منتخبا بطريقة ديمقراطية، عن طريق انتخابات حرة نزيهة وشفافة.
- أن لا تكون السلطة التنفيذية وحدها المهيمنة على العمل التشريعي بل تشارك السلطة التشريعية في اقتراح القوانين.
- أن توفر السلطة التشريعية لأعضائها الأجهزة الفنية التي تعينهم على مباشرة حقهم في اقتراح التشريعات.
- أن تكون عملية وضع التشريع ومناقشته داخل المجلس بأسلوب ديمقراطي تشاركي، أي مشاركة الرأي العام والمتخصصين من كل القطاعات الحكومية والقطاع الخاص في صناعة التشريع وصياغة القوانين، ومساهماتهم في عملية تحضير مشاريع الأنظمة المقترحة، لضمان أن تكون الأنظمة مفهومة وواضحة، مع التركيز على التشاور والتنسيق والتواصل لمواجهة التحديات المشتركة التي يفرضها الترابط المتداخل للقطاعات المختلفة .
- الشفافية في الإجراءات التشريعية ، من شأنه وضع آليات وإنشاء وحدات تختص بالسهر على جودة وشفافية إجراءات السياسة التشريعية ومدى تحقيق أهدافها. وضع آليات وإنشاء مؤسسات قادرة على الرقابة الفاعلة على إجراءات السياسة التشريعية وأهدافها، وعلى دعم وتنفيذ السياسة التشريعية بما ينهض بجودة التنظيم.¹

¹ عبدالرحمن بن سعود العنقري، أهمية السياسة التشريعية، 30، اكتوبر 2022. السياسة-التشريعية-

[/https://maaal.com/2022/10](https://maaal.com/2022/10)

المطلب الثاني: ضمان الحقوق والحريات العامة

Public rights and freedoms

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

المطلب الثالث: تجسيد مبدأ سيادة القانون

The principle of the rule of law

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

المبحث الثالث: معايير صناعة تشريع ذو جودة

-الحوكمة التشريعية- Legislative governance

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

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

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

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

👉 التخطيط التشريعي الذي يسهم في التعرف على الحاجات المجتمعية، وكشف

الثغرات ومقاربة المشاكل ومحاولة اقتراح الحلول المناسبة لها.

👉 إجراء تقييم للمخاطر وإدارتها وإعداد استراتيجيات متعلقة بها بغرض إعداد

النصوص الملائمة وتنفيذها بفعالية وكفاءة.

👉 التنبيه إلى بعض الخصوصيات المجتمعية أو الفئوية واحترام ثوابتها وتقاليدها

الأساسية، بما في ذلك تطلعات الفئات الأكثر عزلة أو ضعفاً أو حاجة للتدخل التشريعي.

👉 النأي عن المصالح الخاصة والفئوية والحرص على عدم تضارب المصالح بغرض رفع مستوى الثقة بالعملية التشريعية وحيادية وتجرّد مخرجاتها.

👉 احترام مبدأ فصل السلطات وعدم تجاوز السلطة لأختصاصات الأخرى، مع الحرص على التعاون والتكامل التنسيقي بين مختلف السلطات والأجهزة التشريعية والتنفيذية، وذلك بغرض توحيد الاتجاهات وتفادي الازدواجية أو التضارب في الأنظمة والنصوص.

👉 احترام المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية الجماعية والثنائية، والالتزام بالتعاون التشريعي الدولي الذي يفرض مبادئ والتزامات عابرة للحدود.

👉 يتعين على عضو السلطة التشريعية عدم مناقشة أو الاقتصار على مشروعات القوانين التي تتعلق بالدائرة الانتخابية فقط، وإنما يجب الإسهام في دراسة كافة المشاريع.

👉 يجب على المشرّع مراعاة القواعد الأخلاقية والمبادئ الدينية والمعطيات الثقافية المستقرة في ضمير الجماعة واعتناق فلسفة واسعة في التشريع تستهدف الجميع لا مجرد مصالح جماعات فقط.

👉 يتعين على الدولة إنجاز قاعدة بيانات تشريعية للارتقاء لمستوى المعرفة القانونية وحتى لا يتزعزع الأساس الذي تقوم عليه المادة 60 من الدستور الجزائري لا يعذر بجهل القانون.

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

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

المحور الرابع: تفسير القواعد القانونية

Interpretation of legal rules

إن تطبيق القاعدة القانونية في الواقع العملي يستلزم القيام بتفسيرها، أي التعرف عليها وتحديد مضمونها والشروط التي تلزم لتطبيقها ، ومدى انطباقها على الحالة المعروضة أمام المحكمة . وللغوص أكثر في ثنايا التفسير سنطرق لمجموعة من المفاهيم تحدد معاملة في الآتي.

المبحث الأول: مفهوم التفسير القانوني

ينصب موضوع التفسير على التشريع لأن مجاله هو الغالب في النصوص القانونية دون غيرها من المصادر والذي يأتي باللفظ والمعنى معا ، ومن البديهي أن القواعد القانونية أيا كان نوعها، إذا كانت واضحة سليمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير، بل ولا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر غير مفهومها الواضح¹.

المطلب الأول: تعريف التفسير القانوني

يعرف التفسير² في الاصطلاح القانوني وبالمعنى الواسع العام بأنه " الاستلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية"³.

ويقصد بالتفسير القانوني للنصوص إطلاقا أيضا "تبيين معنى القاعدة القانونية، وتحديد المعنى الذي تتضمنه وتبيين نطاقها حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة". هذا النوع من التفسير يكون للتشريع والعرف ولأحكام الشريعة الإسلامية....

¹ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 235.

² يقصد بالتفسير في اللغة: مطلق التبيين، إذ يقال فسر الشيء، يفسره ويبينه.

³ - عمار بوضياف، المخيل إلى العلوم القانونية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص 190-

كما يعرف التفسير الضيق "تفسير التشريع" بأنه "توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما أوجز من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"¹، وهذا التفسير بالمفهوم الضيق الخاص ينصب على التشريع الغامض فقط.

المطلب الثاني: أهمية التفسير القانوني

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

- 1 تحديد معنى القاعدة القانونية التي ورد بها لفظ غامض .
- 2-التوفيق بين قاعدتين متناقضتين أو ترجيح إحداهما عن الأخرى.
- 3 يُعتبر تفسير النصوص أداة فعّالة لتقريب القانون إلى الواقع، ونقله من صورة مجردة إلى صورة ملموسة.
- 4 يعمل التفسير على تكييف القانون مع الحاجات المستجدة، والقضايا الملحة في ساحات القضاء، وتبرز هذه الأهمية بشكل جلي عندما تبتعد المسافة بين القاعدة القانونية، والوقائع الطارئة، أو عندما تستجد حاجات ومصالح جديدة لم تكن معروضة أو متصورة عند سن التشريع، فيلجأ القاضي إلى روح القانون وغايته.
- 5 يعمل حقل تفسير القانون على استكمال وظيفة المشرع الذي لا يمكن أن تُحيط نصوصه بكل الوقائع؛ فيضع صيغاً مرنة فضفاضة ملقياً بمهمة تفسيرها على القاضي، مثل التعسف في استعمال الحق، ومخالفة الآداب العامة، ومنع الغرر، والغبن، والاستغلال، كل هذه قضايا عامة، والقاضي هو من يثبتها في الوقائع المعروضة أمامه أو ينفها من خلال استقرار الواقع والاستعانة بفلسفة المجتمع ومعتقداته.²

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري بك، مرجع سابق، ص 235.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 190.

6- إن هناك تيارين متعارضين نلمحهما دائماً عند صناعة القوانين، الأول: التيار الداخلي الذي يفرض الثبات والاستقرار، ويعتقد دائماً أن النص قد حوى كل شيء، والثاني: التيار الخارجي الذي يسعى دوماً نحو التطوير نتيجة للضغوط الخارجية، والتغيرات الاجتماعية، وتأتي مناهج تفسير النصوص لتوازن بين التيارين، فتحافظ على النص وأطره، وتضع قواعد منضبطة لتفسيره بما يُحَقِّق مقاصد المجتمع دون ترك مجال لأهواء القضاة، أو فرض سياج سميك بين النص والواقع.

المطلب الثالث: أنواع التفسير

نادراً ما يقوم المشرع بالتفسير، والغالب أن القضاء والفقهاء هم من يتولى التفسير دائماً¹، لذلك وجد عدة أنواع من التفسير هي في ما يلي:

الفرع الأول: التفسير التشريعي

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

ويعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل، إذ يفترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنتفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص وهو ملزم لكافة مؤسسات الدولة ومواطنيها ورعاياها بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصاً تشريعياً.²

الفرع الثاني: التفسير القضائي

يسمى بالاجتهاد القضائي، وهو مجموع المبادئ العامة التي استقرت في المحاكم على الأخذ بها حتى يتمكن القاضي من تطبيق القانون على النزاع المعروض عليه، فإنه يقوم بتفسيره ليجسد حكم القانون على الوقائع التي بين يديه دون أن يطلب منه الخصوم ذلك، وما يصدر

¹ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 237.

² - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 192-193.

عنه في إحدى المحاكم، لا يكون ملزماً لذات القاضي في الدعاوى الأخرى، ولا لغيره من قضاة المحاكم الأخرى. ويأتي التفسير القضائي في المرتبة التالية للتفسير التشريعي وفي مرتبة أسى من التفسير الفقهي والتفسير الإداري كما له أهمية كبيرة¹.

الفرع الثالث: التفسير الفقهي

الفقه هو مجموع الآراء التي يقرها علماء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم من تأهيل التنظيم والشرح لاستنباط أحكام القانون، يوجه المشرع ويسترشد به القاضي ويساهم في ترقية القانون، حيث تقتصر مهمتهم على استخلاص حكم القانون انطلاقاً من قواعده المجردة دون معالجة الظروف الخاصة، أي أن تفسيرهم نظرياً بعكس التفسير القضائي الذي يكون عملياً، وهو غير ملزم للمحاكم لأنه مجرد رأي.²

المبحث الثاني: حالات التفسير

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

المطلب الأول: حالة النص السليم

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

الفرع الأول: التفسير اللفظي

إذا كان لبعض الألفاظ معنا لغويًا والآخر اصطلاحياً أخذ القاضي بالمعنى الاصطلاحي لألفاظ النص القانوني بغية الوقوف والكشف عن قصد الشارع الحقيقي. وألفاظ النص هي صيغته المكونة من الجمل والمفردات، وبها يهتدي القاضي إلى المعنى الحرفي للنص أو منطوق

¹ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 238.

² - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 239. أنظر كذلك: عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 197.

النص، ولا يشترط التقيد بألفاظ النص لفظا لفظا بل العبرة بالمعنى العام الذي يستفاد من مجموع ألفاظه.¹

الفرع الثاني: المعنى المستفاد من روح النص

أي الحالة التي لا يكتفي فيها القاضي بالمعنى الاصطلاحي، بل² يهدف التفسير إلى تقصي جميع المعاني، ويميز الفقهاء بين نوعين من التفسير هنا، هما:

(أ) التفسير الضيق: ويعتمد في النصوص القانونية ذات الصفة الاستثنائية، فلا ينبغي التوسع في تفسير القوانين الجزائية.³

(ب) التفسير الواسع: ويقصد به كيفية الوصول إلى روح النص، وهناك ثلاث طرق يعتمدها الفقهاء:

❖ #- المعنى المستخلص من إشارة النص: وهو المعنى الذي يأتي كنتيجة لازمة للمعنى المستفاد لعبارة النص.

❖ #- المعنى المستخلص من دلالة النص: ويقصد بهذا المعنى ما نفهمه من روحه ومقصده، ويمكن الاستدلال على هذا المعنى عن طريقين:

أ- الاستدلال عن طريق مفهوم الموافقة (القياس)

عند وجود نص يفهم من عباراته معنى معين ينطبق على حالة معينة مثلا: تحريم الخمر بعملية الإسكار مقياس كل لكل مسكر حرام. كما يعني بالقياس: إخضاع المراكز الواقعية

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 203.

² - المرجع نفسه، ص 202-203.

³ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 240.

المتشابهة لقاعدة قانونية واحدة لتوحد العلة، وهذا النوع من القياس فيه نوعين: قياس عادي، وقياس من باب أولى.¹

ب- الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة (المفهوم العكسي)

يقصد بذلك إعطاء حكم لحالة لم ينص عليها المشرع يكون عكس الحكم لحالة نص عليها المشرع، وذلك لاختلاف العلة في الحالتين. أو لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها. هذه الطريقة في الاستنتاج والتفسير خطيرة.²

المطلب الثاني: حالة النص المعيب (عدم الوضوح)

يرجع عدم وضوح النص لعيوب تشوبه، وهي متعددة، هذا ما تطرقنا له في الأتي.

الفرع الأول: حالات الإعاقة

تتمثل العيوب الممكنة التي تشوب النصوص القانونية في عدة أنواع، أهمها: الغموض، الخطأ، النقص، التعارض،

1) الأخطاء المادية والمعنوية

قد يكون الخطأ مادياً ويشمل الخطأ المطبعي خاصة في الحالات المستعجلة أو عدم التدقيق اللغوي، فقد يصدر التشريع متضمناً عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحاً فلا يستقيم النص إلا بتصحيح تلك العبارة أو إحدى كلماتها أو ألفاظها، وهذا النوع يكون بحاجة إلى التصحيح لا إلى التفسير، لأن الخطأ المادي أحياناً يغير المعنى في النص. كما قد يكون الخطأ قانونياً أو معنوياً مثل الخطأ في الترجمة، حيث يتعين على المفسر أن يصححها دون التغيير من قصد المشرع.³

¹ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 202-203.

² - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 247.

³ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 205.

- (2) النقص والسكوت: إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب ذكرها أو التعرض لها حتى يستقيم المعنى ، فإن النص التشريعي يعتبر ناقصا. ويجب على المفسر إكمال النقص الموجود في النص.
- (3) غموض أو إبهام النص: يكون الغموض بتحميل أحد ألفاظ النص أكثر من معنى واحد ، أو لفظ يقبل التأويل ، ويكون على القاضي أن يختار أحد المفاهيم الأقرب للصواب والتي قصدها المشرع،¹
- (4) التناقض والتعارض: التناقض هو تعارض بين نصين قانونيين بحيث يكون مدلول أحدهما وحكمه يخالف مفهوم الآخر وحكمه في ذات الموضوع، هنا يلجأ القاضي إما إلى اعتبار أحد النصين عاما ويطبقه وأن النص الآخر خاصا فقط ، أي يوفق بين النصين . أو أن يغلب احد النصين عن الآخر ، وأما أن يعتبر أحد النصين هو الأحدث ناسخا للأخر كان المشرع بالنص الحديث قد ألغى النص القديم المتعارض معه.²

الفرع الثاني: طرق تفسير النص المعيب (طرق تفسير خارجية)

وجب على المفسر أن يتبين إرادة المشرع الحقيقية من وراء النص المعيب، هذا هو التفسير، وله عدة طرق مختلفة، تم شرحها في الآتي.

- -أ- تقريب النصوص: ويقصد بذلك مقابلة بين النصوص القانونية التي تعرض وضعا متشابهها أو متناقضا، وربطها ببعضها البعض للوصول إلى المعنى الصحيح.
- -ب- الرجوع إلى النص الفرنسي: هناك فائدة كبيرة في الرجوع إلى النص الفرنسي، حيث يمكن الوصول إلى تحديد معنى النص الصحيح والكشف عن طبيعة الخطأ وسر الغموض. فكثيرا ما تكون الترجمة هي سبب الخطأ أو الغموض³. ولكن لا يعني

¹ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 238-239.

² - المرجع نفسه، ص 242-243.

³ - راجع نص المادة 310 من القانون المدني الجزائري، الفص العربي اغفل ذكر بعض العناصر وردت في النص الفرنسي.

هذا أن النص الفرنسي هو الصحيح دائما وفي كل الحالات، فقد يكون النص العربي هو الصحيح.¹

- ج- الاستعانة بالأعمال التحضيرية: ويقصد بها مجموع المناقشات التي دارت تحت قبة البرلمان والوثائق التي تبين مختلف مراحل التي مر بها النص القانوني محل التفسير، ومحاضر الجلسات وأعمال اللجان، ولكن يجب أخذها بحذر لأنها قد تمثل آراء فردية.²
- د- الرجوع إلى المصادر التاريخية: يقصد به المصدر التاريخي الذي اخذ منه المشرع النص، فقد يكون شريعة إسلامية أو نص أجنبي. فالنص المأخوذ من الشريعة الإسلامية³ يرجع فهم معناه إلى الفقه الإسلامي، والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسي يستعان بالقضاء والفقه الفرنسي، والنص المأخوذ من القانون المصري يرجع للفقه المصري.
- هـ- حكمة أو نية المشرع: وهي تحري الغاية النهائية التي يقصدها المشرع من وضع التشريع محل التفسير، حيث يستعين المفسر في فهم المقصود بالبحث العميق والمستفيض عن النية الحقيقية، من خلال المصلحة الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية التي يقصد المشرع تحقيقها.⁴

المطلب الثالث: حالة عدم وجود نص

الفرع الأول: في المواد الجزائية

¹ - مثل حالة النص المدني الأول من القانون الجزائري، حيث نص المادة الفرنسي خاطئ والنص العربي صحيح.

² - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 211.

³ - مثل: القانون الأسرة، أحكام بيع المريض مرض الموت، أحكام الشفعة، التزامات الجار..... الخ

⁴ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 192-193.

في هذه الحالة يحكم بالبراءة وفقاً لمبدأ شريعة الجرائم، لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي.

الفرع الثاني: في المواد المدنية

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

المبحث الثالث: مدارس التفسير القانوني للنصوص

يحسم القاضي نزاعاً بما يتخذه من قرارات يجدها في القانون الوضعي، ويجب أن يجد القاعدة القانونية التي بمقتضاها يحسم القضية المعروضة عليه. فأمام القاضي وقائع ونصوص من دراستها وتفسيرها يتوجب عليه حسم النزاع، بمعنى تحقيق العدالة عن طريق تطبيق القانون، الذي يدركه لتحقيق سيادة السلم والأمن بين البشر وفي مجتمع البشر.

إلا أن القاعدة القانونية بعموميتها وتجريدها وصياغتها، ليست دائماً بذلك الوضوح الذي يمكن القاضي من تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه لحسم النزاع وتحقيق العدالة. والقاضي لا يستطيع أن يرفض النظر فيما هو معروض عليه بحجة غموض النص أو عدم كفاية القانون، وإلا اعتبر منكراً للعدالة، فهناك دائماً قانون قابل للتطبيق، وهذا يتطلب في الغالب تحديد معنى ومجمل النص الواجب التطبيق على الوقائع والتصرفات المعروضة على القاضي.

فلا بد إذن من رؤيا للقانون الواجب التطبيق، أي لا بد من تفسيره كما يفهمه القاضي، إلا أن التطبيق التفسيري للقانون، هل يعني تطبيق القاعدة القانونية كما أرادها المشرع في نصوصه أم القاعدة كما أرادها القضاء في أحكامه؟

طرح هذا السؤال يفرضه البعد الذي أخذته مسألة تفسير القانون لا سيما بعد صدور كتاب العميد جني طرق التفسير عام 1899 في فرنسا. فقد نودي بعدم كفاية القانون الوضعي باعتباره مصدراً للقانون، وعليه فقد جرى البحث عن إيجاد مصادر أخرى للقانون في أحكام القضاء أو في العرف وحتى في الاثنين معاً، فلم يعد القضاء، في هذا التصور، مفسراً ومطبّقاً للقانون، بل مصدراً مستقلاً له.¹

¹ - منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 211-212.

لهذا وجدت عدة مدارس لتفسير النصوص القانونية، وكل مدرسة لها منظورها الخاص في التفسير، يمكن تلخيصها في ما يلي:

المطلب الأول: نظرية الالتزام بالنص (مدرسة الشرح على المتون)

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر، وقد كان الباعث على ظهورها صدور عدد من التشريعات الفرنسية بشكل عام، وصدور القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون بشكل خاص، والذي كان يعتبر بين معاصريه بمثابة كتاب مقدس أخرج للناس لتحقيق العدالة بينهم.

هذا الاعتقاد، كان كافياً بحد ذاته لأن ترى المحاكم والفقهاء أنفسهم مجبرين على الاعتماد على نصوص قانون نابليون بصورة مطلقة، بحيث كلما طرأت مستجدات بادر أصحاب الاختصاص إلى هذه النصوص لإيجاد الحكم المناسب لهذه المستجدات، فظهرت بذلك طريقة جديدة في التفسير أطلق عليها طريقة *التقيد بالنص أو الشرح على المتون*، لأن أنصار هذه الطريقة كانوا يقومون بشرح نصوص التشريع متناً متناً كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة.¹

من هنا بدأ المفسرون ينظرون إلى القوانين نظرة القداسة، حيث يعتبرونها كاملة مشتملة على كل القانون، وقصروا اهتمامهم على دراسة نصوصها متناً تلو الآخر، وتقيدوا في شرح القانون وعرض موضوعاته المختلفة بترتيب نصوص القانون وأرقام مواده.

فإذا كان النص واضحاً في صياغته ولا غموض في معناه يستدل على الإرادة الحقيقية من واقع النص ذاته ومعاني ألفاظه ومفرداته مع إعمال قواعد اللغة مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي للنص، إذ كما يقولون "لا اجتهاد في مورد النص".²

وإذا لم يوجد نص لحالة معينة، وجب البحث عن الإرادة الم افتراضية للشارع فيما يتعلق بهذه الحالة وقت وضع التشريع، أي إرادته التي نفترض أنه كان يقول بها وقت وضع التشريع لو أنه أراد وضع قاعدة للمسألة المعروضة والتي لم يوضع لها نص ينظمها.

¹ - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 200.

² - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 238-239.

تتمثل مزايا هذه المدرسة في أنه يمنع تحكم القضاة ويكفل استقرار معنى التشريع وثباته ، إلا أنه يعاب عليه أنه يؤدي إلى جمود القانون وعرقلة تطوره وحصره في نطاق إرادة الشارع وقت وضع النصوص فقط.

تعتمد هذه المدرسة في تفسيرها للنصوص على المبادئ الآتية:

- 1- التشريع هو المصدر الوحيد للقانون ، وعليه يتحتم على القاضي الأخذ به كما هو ، دون تعديل.
- 2- طالما أن النصوص التشريعية لا يمكن أن تتضمن الجزئيات كافة ، فلا مناص من اللجوء إلى تفسيرها ، وهنا تنحصر وظيفة المفسر في التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع النص التشريعي لا وقت تطبيقه.
- 3- إذا لم يستطع المفسر أن يتعرف على النية الحقيقية للمشرع عند وضع نصوص التشريع كان عليه أن يفترض هذه النية افتراضاً ، لأن نية المشرع سواءً أكانت حقيقية ، أم مفترضة أو ضمنية ، هي التي يتوجب على القاضي أن يتقيد بها عند لجوئه لتفسير النص التشريعي وعدم الخروج عن إرادة المشرع إطلاقاً ، وهذا باللجوء إلى اعتبارات العدالة والمصلحة التي وجهت إرادة المشرع لإصدار هذا التشريع أو القياس... الخ.

لقد سارت المحاكم على هذا المذهب حتى نهاية القرن التاسع عشر لما يحققه من مزايا تلتصق عادة بالقانون المكتوب ، ألا وهي ضمان الاستقرار في المعاملات القانونية. لكن لا يمكن تلافي العديد من الانتقادات التي وجهت إلى مدرسة الشرح على المتون وخاصة أنها تعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون ، مع أنه بات من المسلمات اليوم أن هناك مصادر أخرى للقانون إلى جانب التشريع ، هذا من جهة ، وألزم القاضي بالبحث عن النية الظاهرة ثم المفترضة.¹

من جهة أخرى ، يعاب على هذه المدرسة إسرافها في التمسك بحرفية النص مع ما قد يؤدي إليه ذلك من جمود ، فظروف الحياة عرضة للتغيير والتطور بحيث أن كل فترة تظهر وقائع وحالات جديدة لم يلحظها المشرع عند وضعه للنص التشريعي ، وبالتالي لا يمكن أن تترك هذه الوقائع والحالات دون حكم قانوني مناسب.

¹ - عمار بوضياف ، مدخل للعلوم القانونية ، ص 199-200.

وفي هذا الإطار فقد وصف الفقيه جيني طريقة المدرسة التقليدية في التفسير بأنها طريقة تعوق تقدم القانون وتطوره وتقضي عليه بالبقاء حيث هو ، مع أنه من المقرر أن القانون علم كسائر العلوم الاجتماعية الأخرى مبناه التطور والتغيير والمرونة.

ويلاحظ أن معظم طرق المدرسة التقليدية في تفسير التشريع ما زالت متبعة حتى الوقت الحاضر في شرح النصوص التشريعية ، ولذلك لا يمكن القول إن مدرسة الشرح على المتون قد انتهى وجودها تماماً ، بل هي لا زالت موجودة في بعض جوانبها الصحيحة في تفسير نصوص التشريع.¹

المطلب الثاني: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في كل من ألمانيا على يد الفقيه سافيني ، وفي فرنسا على يد الفقيه سالي، ثم بدأ صيتها ينتشر في بقية أنحاء العالم بدرجات مختلفة . يعتمد مذهب هذه المدرسة في مجال التفسير بحتمية عدم التقيد بحرفية وجمود النصوص القانونية ، بل لابد من تفسير القانون في المحيط الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والتاريخي العام لوقت سن ووضع التشريعات القانونية ، فالشارع قد يتأثر ويتبادل ويتفاعل حتماً بمعطيات وحوادث الواقع الاجتماعي.²

لذا يجب الأخذ بالنية المحتملة وقت تطبيق النص القانوني، ولا يأخذ بالنية الحقيقية والمفترضة للمشروع وقت وضع النص القانوني، أي على القاضي أن يكيف النص مع الظروف والتطورات الحاصلة في المجتمع.

يمتاز هذا المذهب بالواقعية والمنهجية العلمية والموضوعية والدقة في التفسير السليم والحقيقي للقانون، ولكن يعاب على هذه المدرسة أنها تفتح مجالاً واسعاً للقاضي أو الفقيه للخروج عن إرادة الشارع الحقيقية تحت حجة تفسير القانون وفقاً لمعطيات اجتماعية جديدة، وكان مصيرها مثل مصير الإرادة المفترضة التي نادى بها أصحاب مدرسة الشرح على المتون.³

¹ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 199-200.

² - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 238-239.

³ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 200.

المطلب الثالث: المدرسة العلمية (البحث العلمي)

حاولت هذه المدرسة أن توفق بين الأسس التي تقوم عليها كل من المدرسة التقليدية والمدرسة التاريخية، بالاستناد إلى مبادئ البحث العلمي الحر ، ويعتبر الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني المؤسس الحقيقي لهذه المدرسة، ومن أهم المبادئ التي تقوم عليها هذه المدرسة، نجد:

(1) إتباع المشرع في الأحوال التي تظهر فيها إرادته واضحة جلية ، ومؤدى ذلك أنه على القاضي أن يتمسك أولاً بالنصوص وأن يفسرها وفقاً لإرادة المشرع الحقيقية وقت وضعها، وهذا المبدأ يتفق مع ما ذهب إليه المدرسة التقليدية.

(2) إذا لم يؤد تفسير القاضي للنص على هذا الأساس إلى تطبيق القاعدة القانونية على النزاع المعروض، فإن على القاضي المفسر لكي يصل إلى الحل المناسب أن يبحث عنه في مصادر القانون الأخرى ، وهنا يختلف جيني مع المدرسة التقليدية التي ترى ضرورة البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع¹.

(3) أما في الأحوال الأخرى عندما لا يجد القاضي قاعدة قانونية يمكن تطبيقها على النزاع المعروض أمامه في أي مصدر من مصادر القانون المختلفة ، فإن على القاضي المفسر أن يتبع ما أسماه جيني " البحث العلمي الحر " ، ويقصد به رجوع القاضي إلى جوهر التشريع بحقائقه المتعددة الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والعقلية والمثالية في كل مسألة جديدة ، وبالتالي يمكن الوصول إلى تحقيق العدالة بالارتكاز إلى أسس ووسائل علمية لا وسائل افتراضية .

ويعود للفقيه جيني الفضل الأكبر في تحطيم القيود الشكلية البحتة التي رسمتها المدرسة التقليدية، ولا سيما أن هناك من أيد هذا المبدأ من منطلق أن القانون لا يمكن أن يكون منطقياً بحتاً ، لأن حياة الجماعة ليست بسيطة ومنطقية ، بل على العكس هي مركبة مليئة بالمتناقضات .

ويعترف فقه هذه المدرسة هو الفقه السائد حالياً لما يتميز به من منطق سليم ، لكن يؤخذ على هذه المدرسة ما سبق وذكرناه بصدد المدرسة التاريخية ، من أنها تؤدي أيضاً للقضاء على مزايا النص المكتوب، ولا سيما عند عدم وجود قاعدة قانونية في أحد مصادر القانون واللجوء

¹ - عمار بوضياف، مدخل للعلوم القانونية، ص 199-200.

إلى طريقة البحث العلمي الحر، إذ في هذه الحالة تمنح القاضي سلطات واسعة في انتقاء الحلول من خلال تقدير العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والمثالية التي تحيط بكل مسألة على حدة.¹

تقوم هذه المدرسة على أنه متى كانت إرادة الشارع واضحة لم يصح تأويل القانون أو تحويره، أما إذا وجدت مشاكل لم يعالجها الشارع لسد فراغ تشريعي أو غموض فيجب البحث عن أفضل حل بانتهاج طريق علمي حر ، ويلزم في سبيل ذلك التقصي عن التفسير في مصادر القانون، فإن عدمت هي أيضا وجب أن يتقلد المفسر دور الشارع ويصوغ القاعدة التي تتطلبها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية.

خلاصة القول: تتجلى في اعتقادنا أن الوسائل السلمية التي يتوجب على القاضي المفسر اعتمادها يجب أن تجمع بين مجموع الأسس التي تقوم عليها هذه النظريات ، إذ لا يستطيع أحد أن ينكر أن إرادة المشرع تعتبر أصدق تعبير عن ضمير الجماعة وقت صدورها، لكن بنفس الوقت نقر بأن فكرة العدالة ليست فكرة جامدة بل تتغير بتغير الظروف التي تحيط بالمجتمعات. فإذا كان الثبات والاستقرار في المعاملات القانونية ضرورياً لحسن سير الأعمال فهذا لا ينفي أن يتغير القانون بالقدر الذي يجعله متوافقاً مع الوسط الذي يعيش فيه .

رأي المشرع الجزائري في نظريات التفسير

حسب المادة الأولى من القانون المدني، المشرع الجزائري يتبع مدرسة الشرح على المتون في التفسير القانوني، لأنها ألزمت القاضي بتفسير النص تفسيراً لفظياً من مصطلحات هـ، وان لم يستطع يبحث على فحوى النص أو روحه، وهذا يعني أخذ بالنية الصريحة الحقيقية ولم يأخذ بالنية المفترضة، هذا ما يتضح من الفقرة الأولى.

أما في الفقرة الثانية والثالثة والأخيرة فيظهر أنه تأثر بالمدرسة البحث العلمي الحر، حيث اعترف بإمكانية قصور التشريع في بعض الأحيان وعلى القاضي هنا اللجوء لمصادر احتياطية .

¹ - عبد الرزاق السنهوري بك، مرجع سابق، ص 238-239.

خاتمة:

إن العلاقة بين القانون والإرادة واضحة، فالقانون في أية دولة هو من صنع المشرع أو القضاء أو العرف، أي هو عمل إرادي من صنع الإنسان، فلا يوجد غير القانون الوضعي في كل الدول، فهو قانون إرادي ويخضع له الأفراد والسلطات والحكام ويسمو عليهم جميعاً. وإرادة المشرع في كل دولة، هي إرادة وضعية واقعية، تتأثر بكل ما يجري في هذه الدولة من تيارات، وما يوجد فيها من ظروف وحقائق مختلفة، وهي كلها تشكل مجموعة من الحقائق التاريخية والعلمية والأخلاقية والسياسية والاقتصادية... الخ

ولكن القانون الإرادي الذي وضعته إرادة إنسانية، بمجرد صدوره ونفاذه يصبح قانون يسمو على إرادات الجميع، سلطات وأفراد المجتمع وحكام، ويسمو حتى على الإرادة التي وضعته، أي لا توجد حرية مطلقة لأية إرادة في القانون يسمو عليها، ولكن هذا لا يمنع وجود من يخترقه رغم الزاميته واقترانته بجزء.

ضرورة خضوع الإرادة للقانون هو ما يفرضه القانون ويقرره العقل، وحسب العقل السليم لا توجد حرية مطلقة في التصرف بل تخضع الحرية لمقتضيات القانون الطبيعي والعدل والعقل، سواء حرية الحاكم أو المحكوم، لتحقيق الحماية العادلة لكل حرية إرادية في الدولة، وضمان حرية حقيقية.

لقد تطورت المناقشات بشأن طبيعة القانون على نحو متزايد في الأعوام الأخيرة. حيث توجد مناقشة هامة في إطار الموقف القانوني بشأن إمكانية الفصل بين القانون والأخلاق، وتجادل المؤهلات القانونية أن السلامة القانونية لقاعدة ما لا تتوقف أبداً على سلامتها الأخلاقية، تجادل المؤهلات القانونية الشاملة أن الاعتبارات الأخلاقية قد تحدد الصحة القانونية لقاعدة ما، ولكنه ليس من الضروري أن يكون الأمر كذلك.

فوضع القانون يحتاج سياسات تشريعية جيدة لضمان وجود قانون ذو جودة عادلة لا يحتاج إلى تفسير وتعديل باستمرار عند تطبيقه، وهذا لا يتحقق إلا بحوكمة السياسات التشريعية والمؤسسات التشريعية. بالمقابل انتشار ظاهرة التفسير القانوني للنصوص ليس دليل عافية في التشريع، بل دليل على افتقار النصوص القانونية للشمولية والإحاطة بحاجة المواطن المتطورة نتيجة التطورات المجتمعية في أي بلد من البلدان. ومتى انتشر التفسير والشرح انتشرت مدافع الفقهاء في كل المجالات وحل الظلم والمصلحة الخاصة والفساد محل العدل والمصلحة العامة.

قائمة المراجع:

- 1) عبد الرزاق أحمد السنهوري بك، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري وأولاده بمصر، 1936.
- 2) عبد الرزاق احمد السنهوري باشا، أمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والنشر والترجمة، القاهرة-مصر، 1950.
- 3) إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون -الجزائر، 1999.
- 4) إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2006.
- 5) فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون-الجزائر، 2014.
- 6) عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، ط1، دار الشروق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، 1996م.
- 7) منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 8) فايز محمد حسين محمد، "فلسفة القانون ونظرية العدالة"، مجلة البحوث للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، 2010،
- 9) روبرت ألكسي، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، 2013م.
- 10) عمار بوضياف، المخل إلى العلوم القانونية، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م،
- 11) سمير تناغو، جوهر القانون: دراسة متعمقة في فلسفة القانون لطلبة معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية، الطبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2014

الفهرس

الصفحة	العنوان
ص 3	المحور الأول: مدخل مفاهيمي
ص 3	أولاً: مفهوم القانون
ص 4	أ) تعريف القانون
ص 4	ب) خصائص القانون
ص 5	ج) نطاق القانون
ص 6	د) أساس إلزامية القانون
ص 6	ثانياً: مفهوم فلسفة القانون
ص 6	أ) ظهور فلسفة القانون
ص 7-8	ب) تعريف فلسفة القانون
ص 09	ج) الفرق بين فلسفة القانون وعلم القانون
ص 10	د) تعريف طبيعة القانون وغايته
ص 11	ثالثاً: الهدف من تدريس فلسفة القانون لطلبة الحقوق
ص 12	المحور الثاني مذاهب تفسير أصول القانون والغاية منه وأساس إلزاميته
ص 12-13	المبحث الأول: المذاهب الشكلية -الأساس الوضعي الإرادي للقانون-
ص 15	المطلب الأول: مذهب أوستن في انجليترا
ص 15	الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن
ص 17	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مذهب أوستن
ص 18	الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب أوستن
ص 21	المطلب الثاني: مدرسة الشرح على المتون
ص 22	الفرع الأول: الأسس التي تقوم عليها مدرسة الشرح على المتن
ص 24	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مدرسة الشرح على المتن

ص 25	الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مدرسة الشرح على المتن
ص 25	المطلب الثالث: مذهب هيغل 1770-1881
ص 27	الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل
ص 28	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مذهب هيغل
ص 29	الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب هيغل
ص 30	المطلب الرابع: مذهب كلسن 1881-1973
ص 32	الفرع الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن
ص 32	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على مذهب كلسن
ص 33	الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة إلى مذهب كلسن
ص 35	المبحث الثاني: المذاهب الموضوعية
ص 35	المطلب الأول: المدرسة المثالية
ص 36	الفرع الأول: الأساس التقليدي الكلاسيكي للقانون الطبيعي
ص 36	أولا: القانون الطبيعي في العصر اليوناني (له طابع فلسفي)
ص 37	ثانيا: القانون الطبيعي في العصر الروماني (له طابع قانوني)
ص 38	ثالثا: القانون الطبيعي في العصور الوسطى الكنسية (له طابع ديني)
ص 39	رابعا: القانون الطبيعي في العصر الحديث
ص 40	أ- اختفاء القانون الطبيعي في القرن 16 بسبب فكرة سيادة الدولة
ص 40	ب- عودة القانون الطبيعي وانتشاره خلال القرنين 17 و18
ص 41	1) القانون الطبيعي أساسا للقانون الدولي العام
ص 41	2) القانون الطبيعي أساس القانون الدستوري
ص 42	2- (أ) الفيلسوف الإنجليزي هوبز 1588-1979
ص 42	2- (ب) الفيلسوف جون لوك 1632-1704
ص 43	2- (ج) الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو 1712-1778
ص 44	ت- تراجع القانون الطبيعي في القرن 19
ص 45	الفرع الثاني: الأساس الحديث للقانون الطبيعي (حركة إحياء القانون الطبيعي)
ص 47	أولا: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير
ص 48	ثانيا: مذهب جمهور الفقهاء المحدثين

ص 49	المطلب الثاني: المدرسة الواقعية -الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون-
ص 50	الفرع الأول: المذهب التاريخي
ص 51	أولا:الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي
ص 52	ثالثا:الانتقادات الموجهة إلى المذهب التاريخي
ص 54	الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية
ص 55	أولا:الفكرة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية
ص 56	ثانيا:الانتقادات الموجهة إلى مذهب الغاية الاجتماعية
ص 56	الفرع الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي
ص 58	أولا:الأسس التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي
ص 59	ثانيا:الانتقادات الموجهة إلى مذهب التضامن الاجتماعي
ص 60	المبحث الثالث: المذاهب المختلفة
ص 60	المطلب الأول: مذهب الفقيه جيني (مذهب العلم والصياغة)
ص 61	الفرع الأول:الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني
ص 61	أولا: عنصر العلم
ص 62	ثانيا: عنصر الصياغة
ص 63	الفرع الثاني: النقد الموجه إلى مذهب جيني
ص 64	المطلب الثاني: جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث
ص 64	الفرع الأول:العنصر الموضوعي (جوهر القاعدة القانونية)
ص 65	(1) العنصر الواقعي
ص 65	(2) العنصر المثالي
ص 65	أولا: العدل الخاص
ص 66	ثانيا: العدل العام
ص 66	-العدل التوزيعي-
ص 66	-العدل الاجتماعي-
ص 67	فكرة العدل في الفكر الإسلامي
ص 68	الفرع الثاني: العنصر الشكلي (صياغة القاعدة القانونية)
ص 68	(1) مراعاة قواعد الفن التشريعي في أية مبادرة بقانون

ص 69	مراعاة مراحل سن ونفاذ التشريع (2)
ص 70	المحور الثالث: السياسات التشريعية الحديثة
ص 70	المبحث الأول: مفهوم السياسة التشريعية
ص 70	المطلب الأول: تعرف السياسة التشريعية
ص 71	المطلب الثاني: أهمية السياسة التشريعية
ص 72	المبحث الثاني: معايير السياسة التشريعية الحديثة
ص 72	المطلب الأول: الديمقراطية
ص 73	المطلب الثاني: ضمان الحقوق والحريات العامة
ص 74	المطلب الثالث: تجسيد مبدأ سيادة القانون
ص 74	المبحث الثالث: معايير صناعة تشريع ذو جودة (الحوكمة التشريعية).
ص 77	المحور الرابع: تفسير القواعد القانونية
ص 77	المبحث الأول: مفهوم التفسير القانوني
ص 77	المطلب الأول: تعريف التفسير القانوني
ص 78	المطلب الثاني: أهمية التفسير القانوني
ص 79	المطلب الثالث: أنواع التفسير
ص 79	الفرع الأول: التفسير التشريعي
ص 79	الفرع الثاني: التفسير القضائي
ص 80	الفرع الثالث: التفسير الفقهي
ص 80	المبحث الثاني: حالات التفسير
ص 81	المطلب الأول: حالة النص السليم
ص 81	الفرع الأول: التفسير اللفظي
ص 81	الفرع الثاني: المعنى المستفاد من روح النص
ص 82	أ-الاستدلال عن طريق مفهوم الموافقة (القياس)
ص 82	ب-الاستدلال عن طريق مفهوم المخالفة (المفهوم العكسي)
ص 83	المطلب الثاني: حالة النص المعيب(عدم الوضوح)
ص 83	الفرع الأول: حالات الإعابة

83 ص	(1) الأخطاء المادية والمعنوية
83 ص	(2) النقص والسكوت
83 ص	(3) غموض أو إبهام النص:
83 ص	(4) التناقض والتعارض
83 ص	الفرع الثاني: طرق تفسير النص المعيب (طرق تفسير خارجية)
83 ص	أ- تقريب النصوص:.
83 ص	ب- الرجوع إلى النص الفرنسي:
84 ص	ج- الاستعانة بالأعمال التحضيرية:
84 ص	د- الرجوع إلى المصادر التاريخية:
84 ص	هـ- حكمة أو نية المشرع:
84 ص	المطلب الثالث: حالة عدم وجود نص
84 ص	الفرع الأول: في المواد الجزائية :
85 ص	الفرع الثاني: في المواد المدنية:
86 ص	المبحث الثالث: مدارس التفسير القانوني للنصوص
87 ص	المطلب الأول: نظرية الالتزام بالنص أو مدرسة الشرح على المتون
89 ص	المطلب الثاني: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية
90 ص	المطلب الثالث: المدرسة العلمية أو البحث العلمي
91 ص	خاتمة
92 ص	قائمة المراجع
93-95 ص	الفهرس