القاعدة الأساسية عند هانس كلسن: بين التأسيس الوضعي والتأويل الترنسندنتالي

Kelsen's Basic Norm :Between positive foundation and transcendental interpretation

د. عبد العزيز ركح♦
جامعة محمد الأمين دباغين. سطيف2/ الجزائر
rekahabdelaziz@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/05/02 تاريخ القبول: 2021/08/14 تاريخ النشر: 2021/12/28

الملخص

تعتبر القاعدة الأساسية الجوهر الحقيقي لنظرية الحقوقي النمساوي هانس كلسن القانونية الموسومة بالنظرية الخالصة في القانون، لقد سعى هذا الأخير إلى إقامة علم للقانون وضعي ومتحرر من جميع ترسبات المذاهب الطبيعية من خلال تحديد موضوع القانون وتمييزه عن المباحث الاجتماعية الأخرى كالسوسيولوجيا والفلسفة. ولتحقيق هذا الهدف أرسى كلسن إجراء صلاحية منظومته المعيارية على مفهوم القاعدة الأساسية التي تعتبر بمعنى ما النظير القانوني للشرط الترنسندنتالي الذي وضعه كانط كمبدأ ضروري لإمكان المعرفة الامبريقية. يعتبر هذا مفهوم بالمقابل إشكاليا جدا، إذ يُنظر إليه باعتباره مصدر أصالة النظرية و اتساقها المنطقي، وفي الوقت نفسه الحلقة الأضعف في المنظومة القانونية الكلسنية، ويرجع ذلك إلى كونه ينطوي من جهة على تناقض داخلي يثبت ما وضع لنفيه، ومن جهة أخرى على مغالطة منطقية تجعل من مجمل البناء مجرد تحصيل لحاصل.

الكلمات المفتاحية: القانون. النظرية الخالصة.، القاعدة الأساسية.، هانس كلسن.، الشرط المنطقي /الترنسندنتالي.

Summary

Of all the various doctrines of Kelsen's legal philosophy it is his theory of the basic norm that has attracted most attention and captured the imagination. It has acquired enthusiastic devotees as well as confirmed opponents. As the ultimate source of law the basic norm gives fundamental validity to the plurality of norms of the legal system. Similar to the Kantian transcendental conditions of empirical knowledge, the basic norm is the guarantor of binding power and the mode of existence and unity of law.

♦المؤلف المرسل

However, this concept is subject of many critics for its tautological and meta legal characters.

Keywords: Law; Pure theory; Basic norm; Hans Kelsen; Transcendental conditions.

مقدمة

غالبا ما يصنف مذهب الوضعوية القانونية (le positivisme juridique) في فلسفة القانون المعاصرة كنقيض لمذاهب القانون الطبيعي (Jusnaturalisme)، ذلك أن تشكل المذهب وصياغته الفلسفية جاءت في الأصل كرد فعل ضد التوجه الميتافيزيقي لمدارس القانون الطبيعي المختلفة، فكغيره من المباحث العلمية الأخرى لم يتخلف مبحث القانون عن مسايرة عجلة التحديث المنبثقة عن مسار فك السحر (désenchantement du monde) الذي صاحب عصر الأنوار انطلاقا من نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، والذي كان في الأصل عبارة عن رد فعل ضد تغلغل الاعتقادات الدينية والميتافيزيقية في تلك المباحث والعلوم. بذلك تصدى كثير من الفلاسفة وفقهاء القانون لسيطرة وانتشار النماذج الدينية والميتافيزيقية في دراسة القانون، ولعل من أبرز المحاولات التي عكست هذا المسعى العلمي الوضعوي محاولة الحقوقي النمساوي هانس كلسن*، فقد حاول هذا الأخير في كتابه الضخم "النظرية الخالصة في القانون"[1] أن يبيّن موضوع مبحث القانون وأن يميزه عن غيره من المباحث الأخرى، وأن يعرض المنهج الذي يجب إتباعه لتخليص هذا المبحث من أية صبغة ذاتية وإيلائه المكانة العلمية التي يجب أن تكون له.

تعتبر محاولة كلسن إضفاء الصبغة العلمية على مجال القانون من بين أبرز المحاولات، ذلك أنها تتطلع بحق إلى تحقيق مقتضى الموضوعية والدقة وتحرص في الوقت نفسه على إبراز خصوصية موضوع القانون ومعقوليته. إن المنظورية الابستمولوجية ظاهرة في هذا المشروع، إذ يتعين على نظرية القانون في نظر كلسن أن تسمو إلى مصاف العلم الفعلي الذي يتناول معارف دقيقة ومعمقة خاصة بالقانون بطريقة نقدية ومنهجية، وبذلك فقط يمكنها التطلع لان تكون نظرية في المعرفة القانونية. في هذا الإطار يصبح هدف المشروع الابستمولوجي هو تأسيس علم قائم بذاته متميز في آن واحد عن العلوم الطبيعية وعن العلوم الاجتماعية التي تتقاسم معه موضوع الدراسة كالسوسيولوجيا وعلم السياسية، وذلك من خلال تخصيص موضوع القانون ومنهجه وضبطها ضبطا محكما.

بناء عليه فإن التحديد الأول الذي يجب القيام به هو تمييز علم القانون عن موضوعه أي القانون، إذ أن هدف علم القانون هو وصف القانون وذلك بالاستعانة " بالعبارات القانونية" حسب تعبير كلسن، أما القانون فهو جملة من القواعد والأوامر والإملاءات التي وظيفتها ضبط سلوك الفرد وتوجيه، وذلك من حيث أن القواعد

* ولد هانس كلسن (Hans Kelsen) سنة 1881 في مدينة براغ عاصمة جمهورية التشيك. انتقل مع والديه إلى فيينا وهناك درس الحقوق وتحصل على شهادة الدكتوراه. اشتغل كلسن أستاذا للقانون العام وفقه القانون بجامعة فيينا وعميدا لكية الحقوق بها وقاضيا بالمحكمة الدستورية العليا. بعد سيطرة الحزب النازي على الحكم في ألمانيا وضمه للنمسا، هاجر إلى الولايات المتحدة أين شغل منصب أستاذ القانون الدولي وعميد كلية الحقوق بجامعة كاليفورنيا، وبقي في هذا المنصب حتى استقالته سنة 1957. توفي كلسن سنة 1973.

[1]- Kelsen Hans, Théorie pure du droit, Trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris,1962,

القاعدة الأساسية عند هانس كلسن

القانونية إملاءات موجهة إلى السلوك الإنساني بصيغ المنع، السماح أو التأهيل. وفق هذا المعنى قام كلسن باختزال ابستمولوجي أساسي وذلك من حيث أن النظرية الخالصة في القانون لا تتناول بالدراسة إلا البنية المعيارية للقانون، والحال أن العبارات القانونية تشكل بنية منطقية يصوغها العلم انطلاقا من القواعد. وعليه يختزل القانون في القاعدة القانونية الوضعية وحدها لغرض إرساء شروط إمكان المعرفة القانونية.

يمكن النظر إلى هذا الاختزال الابستمولوجي باعتباره رد فعل ضد المذاهب القانونية غير المستقلة (Heteronome)، أي تلك التي تدمج في حقل القانون عناصر ومناهج علوم الأخرى، ولذلك قام كلسن بحمل هذا الاختزال الابستمولوجي إلى أقصى مداه لإضفاء الطابع الخالص (la pureté) على علم القانون وضمان استقلاليته. تؤدي هذه المقاربة العلمية المتطرفة بالمقابل إلى مَنهَجَة هذا الجانب من البحث وذلك من خلال المناداة بضرورة الالتزام بحياد أكسيولوجي فعلي، ففي سياق نظرية ماكس فيبر السوسيولوجية[1] يؤكد كلسن أنه يتعين على الدراسة العلمية للقواعد أن تتم دون السعي إلى تقييم محتواها، إذ أن التقييم والتقدير يحملان معنى أحكام القيمة التي هي بالطبيعة ذاتية وشخصية. وفوق ذلك يحقق مطلب الحياد الأكسيولوجي الطابع الكوني لنظرية المعرفة الخاصة بالقانون، هذه الكونية هي الشرط الأساسي لتناسق النظرية وإمكان تطبيقها.

ينبني المشروع الابستمولوجي عند كلسن من حيث هو بحث صارم عن أساس صلاحية المنظومة القانونية على مفهوم رئيسي هو القاعدة الأساسية، فهذه الأخيرة تعتبر بحق العمود الفقري للنظرية الخالصة في القانون كونها تشكل المعيار الوحيد لتحقيق مقتضى التبرير المنطقي لمجمل البناء القانوني وبالنتيجة شرطا للاتساق المعرفي للنظرية. وتتموضع القاعدة الأساسية على رأس البناء الهرمي للمنظومة القانونية وهي مدار التأويل المعياري للقواعد القانونية، وبالرجوع إليها تفسر وتبنى صلاحية جميع القواعد الأخرى المنتمية إلى تلك المنظومة. بذلك تكتسي هذه القاعدة أهمية كبيرة لدى أنصار وخصوم كلسن على حد سواء كونها تعكس مصدر قوة وأصالة النظرية وفي الوقت نفسه النقطة الأكثر إثارة للجدل والنقد، إذ أنها قاعدة تؤسس في النهاية للصلاحية الوضعية دون أن تتأسس صلاحيتها هي على أي عنصر وضعي، بمعنى آخر إن البناء الوضعي الذي تؤسس له القاعدة الأساسية قائم على أساس لا وضعي، ما يجعل مجمل البناء منطويا على مفارقة إن لم نقل على تناقض ظاهر، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: **كيف يؤسس كلسن صلاحية البناء القانوني الوضعي على مبدأ ترنسندنتالي لا وضعي؟**

سنحاول في الإجابة على هذا السؤال إبراز الشروط الضرورية لإمكان قيام نظرية خالصة في القانون، وهو العنصر **(الأول)** الذي نبرز فيه معنى القانون و استقلاليته إزاء العلوم الأخرى كالأخلاق، السوسيولوجيا والايديولوجيا من وجهة نظر هانس كلسن، ثم نعرض في **العنصر الثاني** لمفهوم القاعدة الأساسية وأساس صلاحيتها باعتبارها شرطا ترنسندنتاليا قبل أن نعرض في في **العنصر الثالث** إلى المفارقة المنطقية التي يطرحها المفهوم وأبرز الانتقادات التي وجهت له.

[1] - Weber Max, Economie et société, T2, Trad. Julien Freund & al., Plon, Paris, 1995, p 11.

لقد فرض علينا موضوع الدراسة الاعتماد على **المنهجين التحليلي والمقارن**، إذ لا غنى عن المنهج الأول في تقصي- مفهوم القاعدة الأساسية وتحليله وإبراز مختلف أسس تبريره، كما لا يمكن وضع هذا المفهوم من جهة أخرى في إطاره الفلسفي أي بإزاء الفلسفة الألمانية المعاصرة والكانطية منها على وجه الخصوص إلا بتبني وجهة النظر المقارنة التي تسمح بكشف مرجعية الطرح الكلسني من جهة وأصالته وجدته النظرية من جهة أخرى.

إننا نهدف من خلال هذا المقال إلى إبراز وجاهة الطرح الكلسني من خلال الدفاع عن نظرية القاعدة الاساسية كأرضية منطقية مسوغة للبناء القانوني. **وعليه يكون منطلق الدراسة وغايتها الدفاع عن الفرضية القائلة بأن كل نظرية علمية تنبني على جانب من اللاعلم وقد يكون هذا المنطلق كله فرضيا يعوزه التبرير المنطقي والتحقيق التجريبي، وليس من شك في أن ذلك سيكون مأخذا جادا على بنيتها الابستمولوجية إلا أن هذا المأخذ يمكن تداركه من خلال تحقيق شرط توافق الأوليات الفرضية مع النتائج النظرية لتغطية العجز المنطقي وهو ما يبدو جليا في نظرية كلسن القانونية.**

1- شروط إمكان علم القانون

يمكن النظر إلى وضعوية هانس كلسن القانونية على أنها محاولة لتفعيل الطابع المعياري في النظرية القانونية مع الحرص على إبعاد أوليات نظريات القانون الطبيعي. تعتبر النزعة المعيارية في مجال القانون تعبيرا عن رفض القانون الطبيعي وفي الوقت نفسه محاولة لتأسيس علم قانون وضعي محض. إن تبنّي كلسن للمذهب الوضعي نابع من رغبته في تحديد موضوع القانون وفق المنظور الوضعي لا غير، إذ من المعلوم أن مذهب الوضعوية القانونية يجعل من القانون الوضعي الموضوع الرئيسي- لعلم القانون، ذلك أنه الوحيد القابل للوصف العلمي ولا وجود لقانون آخر غير القانون الوضعي. يمكن لعلم القانون بهذا المعنى أن يعرَّف على أنه ممارسة معرفية تهدف إلى إرساء تَمثُل للظاهرة القانونية متطابق مع الفرضيات المنهجية المعتمدة. إن النظرية الخالصة في القانون فضلا عن كونها لا تهتم بمنظومة قانونية بعينها بل بالقانون الوضعي في مجمله، هي نظرية لا طبيعية، لا واقعية ولا ذاتية، وهذا ما يجعلها تكتسي الطابع النموذجي للنظرية الوضعوية في القانون[1]. والحال أنها لا تقطع فحسب مع أوليات نظريات القانون الطبيعي بل إنها تسعى لنقد وتجاوز النظريات الوضعوية الكلاسيكية في علم القانون، فكثير من تلك النظريات تدّعي الوضعية لكنها لا توصف بكونها خالصة في نظر كلسن، لأن القانون الوضعي في نظرها مستنتج، بمعنى أن سلطته الفعلية مستمدة من إرادة إلهية أو طبيعية أو إنسانية*، ولهذا السبب فقط ينظر إليه على أنه صائب وعادل، وعليه يرجع تأهيل عملية خلق القانون في هذه المذاهب الوضعية غير الخالصة إلى سلطة طبيعية أو أقله ميتاقانونية[2].

[1]- Bobbio Norberto, Kelsen et les sources du droit, Revue internationale de philosophie, Vol 35, N° 138 (4), 1981, p 474

* يفهم وضع القواعد من الإنسان في هذا الإطار وفق معنيين معنى ميتافيزيقي يعتبر القواعد القانونية إنسانية إلا أن وضعها يأخذ شكل الإملاء المتعالي النابع من تصور عقلي مجرد ومطلق للعدل أو الخير أو غيرهما من القيم المثالية الأخرى، وهذا المعنى مرفوض عند كلسن إذ يقتنع الإنسان هنا على غرار الدين والطبيعة بنفس الوضع الابستمولوجي. في مقابل ذلك يجب أن يفهم وضع القواعد القانونية من طرف الإنسان وفق المعنى الإجرائي المتحقق واقعيا، وبهذا المعنى فقط توصف القاعدة القانونية بأنها وضعية.

[2] - Kelsen Hans, Théorie pure du droit, pp 1-2.

إن التوقف عند هذه المرجعيات (الإلهية، الطبيعية والإنسانية) واعتبارها مصدرا للمنظومة المعيارية يعني تبني وجهة نظر ميتافيزيقية لم يعد لها في السياق ما بعد الميتافيزيقي المعاصر أثر على أي تصور علمي سواء كان للقانون أو لغيره من المباحث الأخرى. بناء عليه يؤكد كلسن أن صلاحية القانون الوضعي التي تنادي بها النظرية الخالصة في القانون متأتية من كونها سلطة بشرية أهلتها قاعدة قانونية للقيام بذلك، وأنه ليس من مكان لمفاهيم الخير والعدل في القانون، فهذا الأخير يكون فقط صالحا أو غير صالح بالنظر إلى الإجراء المتبع في وضعه. إن المعيار الوحيد الذي يمنح للقانون قانونيته لا يتعلق لا بالسلطة ولا بالعدالة بل بالطريقة التي يوضع ويطبق بها، ومنه ليس هناك من بد في البحث عن مصدر لصلاحية القانون الوضعي خارج القانون ذاته. يجب فقط الالتزام بتحليل البنية النظامية للقانون وفهم كيفية انتظام القواعد، ولتحقيق ذلك يجب تمييز علم القانون من حيث هو بحث فيما يجب أن يكون عن المباحث الأكسيولوجية (الأخلاق والعدالة) وأيضا عن المباحث الإنسانية (السوسيولوجيا، الايديولوجيا).

1-1- القانون والأخلاق

سعى كلسن بعد ضبطه القانون باعتباره ممارسة اجتماعية تبحث القواعد التي يجب أن تكون إلى تمييز هذا الأخير عن الأخلاق، ولما كان هذان المبحثان منظومتان وضعيتان فإن كلسن يفصل بينهما بصورة شكلية محضة. يتمثل هذا الفصل في "الشكل" أو الصورة التي "يسمح أو ينظّم بها هذان المبحثان الأفعال الإنسانية[1]"، فالأخلاق منظومة لا تقوم على الإكراه من حيث أن القواعد فيها موجهة إلى الضمير وحده، وليس هناك هيئة مخولة بالسهر على تطبيق القاعدة على خلاف القانون الذي يقوم أساسا على عنصر الإكراه المتمثل في العقاب المترتب عن عدم الامتثال للقاعدة. وعليه يكون الإكراه العنصر الجوهري المميز للمنظومة القانونية[2].

يضاف إلى ذلك أن الأخلاق كما العدالة منظومة نسبية، فليس هناك بالنسبة لكلسن قيمة أخلاقية مطلقة، هناك فقط جملة من القيم الأخلاقية[3]، كما أن تصورات العدالة متعددة وليس على القانون أن يكون متوافقا مع قيم أخلاقية مطلقة أو مع تصور معين للعدالة، ذلك أن هذه الأخيرة غايتها السعادة الاجتماعية ومنه فهي تعتبر مثلا أعلى لاعقلاني. إن للقانون قيمته الخاصة المتمثلة في القيمة القانونية التي تقتضي التأكيد على أن القانون عبارة عن قاعدة. ينم رفض كلسن مماهاة القانون مع الأخلاق عن موضعه من وجهة نظر المعرفة العلمية للقانون الوضعي، ذلك أنه يلحّ على أنه ليس من شأن علم القانون إطلاق أحكام قيمة أخلاقية بل فقط وصف موضوع القانون. إن أحكام القيمة هي تعبير عن العاطفة والرغبة وهي بهذا المعنى لا تصف الواقع الامبريقي تماما، إنها أحكام شخصية تختلف باختلاف تصور المثل الأعلى للحياة الحسنة أو الدين أو الفلسفة التي يتبناها الفرد. إن المبدأ الذي يحكم هذه التقديرات الفردية هو مدى تطابق الفعل مع أفكار ورغبات الفرد، ولذلك يتصف نظام الرأي هذا بطابع الذاتية المناقض لمبادئ المعرفة العلمية.

---

[1] - Ibid, p 85.

[2] - Simone Goyard-Fabre, L'inspiration kantienne de Hans Kelsen, Revue de Métaphysique et de Morale, 83e Année, No. 2, Avril-Juin 1978, p 216.

[3]- Kelsen Hans, Théorie pure, p 91.

يرفض كلسن الأطروحة القائلة بأنه يتعين على علم القانون أن يكون في اتفاق مع القيم الأخلاقية وذلك لسبب بسيط وهو تعدد المذاهب الأخلاقية وتعارض قيمها، إذ يفترض لتقبل تلك الأطروحة أن توجد أولا أرضية مشتركة بين المذاهب الأخلاقية المختلفة يمكن أن تكون العنصر المتقاسم لتبرير النظام القانوني وإضفاء صفة العدالة عليه، ويؤكد كلسن فضلا عن ذلك أنه "ليس من مهام علم القانون شرعنة القانون، فليس من اختصاصه إطلاقا تبرير المنظومة القانونية سواء بالرجوع إلى أخلاق مطلقة أو نسبية، بل يتعين عليه فقط معرفة القانون ووصفه."[1]

ينظر علم القانون إلى السلوك الإنساني من حيث أنه منظم بقواعد، فهو يصف القواعد القانونية التي هي في الوقت نفسه موضوعة من طرف الإنسان وموجّهة لضبط سلوكه، وبناء عليه فمهمته الرئيسية هي وصف العلاقات التي تؤسسها هذه القواعد القانونية بين الوقائع التي تحمل عليها[2]." إنها علاقة بين الشروط والنتائج المختلفة للقانون الطبيعي المسير بمنطق السبب والنتيجة. تتعلق العبارة القانونية بالمعيارية (أي بالرابطة إذا كان "أ" يجب أن يكون "ب"، التي تعكس ما يجب أن يكون)، لا بالسببية (أي الرابطة إذا كان "أ" إذن "ب" التي تعبر عن الكينونة). إن مبدأ الإسناد (imputation) هو المبدأ المنظم للحياة الإنسانية[3]، وهو يصف الارتباط بين "أ" و"ب" بالقاعدة التي تضعها السلطة القانونية.

تقتضي رابطة الإسناد تماما مثل الرابطة العلية ربط واقعتين برابط اقتضاء، بمعنى رابط يمكن التعبير عنه بعبارة من الشكل "إذا كان "أ" فإن "ب". لكن تختلف بالمقابل طبيعة النتيجة "ب" بالنظر إلى كون الرابطة هي رابطة علة أو رابطة إسناد، ففي الحالة الأولى يكون "ب" أثرا تتحكم قوانين العالم الفيزيائي في حدوثه أو عدم حدوثه، في حين يكون "ب" في حالة الإسناد فعلا يتمتع بالمعنى الموضوعي لما يجب أن يكون بالنظر إلى قاعدة. مثال ذلك إذا أردنا أن نمنح لفعل معين وليكن فعل القتل، معنى قانونيا فمن الضروري ربطه من خلال إجراء الإسناد، بصيغة "ما يجب أن يكون" تنص عليها قاعدة فعلية، وبذلك فقط يمكننا وصف ذلك الفعل وصفا قانونيا، فيتخذ فعل القتل إذاك صفة الجريمة إذا كان مخالفا للقاعدة القانونية، أو يتخذ شكل الحد إذا كان تنفيذا لحكم قاعدة قانونية. إن رابطة الإسناد هي إذن ما يسمح بربط القواعد فيما بينها ربطا منطقيا، ذلك أن كل قاعدة تعكس معنى فعل إرادة يرسي لما يجب أن يكون، إلا أن فعل الإرادة هذا هو فعل وضعي ينتمي إلى عالم الكائن (sein) وهو بالتالي لا يحمل في ذاته أي معنى، ولا يمكن له أن يكتسي معنى إلا بعد إجراء الإسناد انطلاقا من قاعدة موجودة مسبقا[4]. يسمح هذا التمييز بين رابطة العلة ورابطة الإسناد لكلسن بالفصل الابستمولوجي التام بين العلوم الطبيعية والعلوم المعيارية من جهة، وبين القانون الطبيعي والقانون الوضعي من جهة أخرى.

---

[1]- Ibid, p 94.
[2]- Ibid, p 97.
[3]- Kelsen Hans, Théorie pure, pp 143-144.
[4]- Lamballais Marc, La norme fondamentale dans la pensée de Kelsen. Un examen critique. Article paru dans le blog du Village de la justice le 30/10/2018.
https://www.village-justice.com/articles/norme-fondamentale-dans-pensee-kelsen-examen-critique,29835.html#vote

2-1- القانون والسوسيولوجيا

لطالما اعتبر القانون ظاهرة اجتماعية يجب دراستها في إطار العلم الاجتماعي، وقد كان ذلك سببا في عدم التمييز الذي ساد لفترة طويلة من الزمن بين العلوم القانونية والسوسيولوجيا، الأمر الذي دفع بكثير من علماء الاجتماع إلى النظر إلى علم القانون كفرع من فروع السوسيولوجيا أو مبحثا من مباحثها الكبرى، يقول السوسيولوجي أويجن إهرليخ: "لما كان القانون ظاهرة اجتماعية فان كل شكل من العلم القانوني يجب أن يكون علما اجتماعيا، إلا أن علم القانون بالمعنى الدقيق للفظ هو جزء من العلم النظري للمجتمع أو هو بمعنى آخر، جزء من السوسيولوجيا، فسوسيولوجيا القانون هي النظرية العلمية للقانون[1]."

يدرك كلسن الطبيعة الاجتماعية لعلم القانون، ويقر أن هذا العلم هو أحد العلوم الاجتماعية التي تتوقف عند دراسة القانون فحسب، إلا أنه يؤكد على ضرورة عدم تداخل علم القانون مع العلم الاجتماعي، فمن الضروري استنادا إلى التمييز الذي وضع بين "الكائن" و"ما يجب أن يكون" من جهة، وبين السببية والإسناد من جهة أخرى، أن يتم إبعاد أي عنصر ليس من طبيعة قانونية أو متوقف عند الوقائع فحسب، إذ أن الوقائع ليست من مواضيع علم القانون، بمعنى أنه ليس من مهام هذا العلم الحرص على التطبيق الفعلي للقواعد في الواقع، كما لا يشكل هذا الأخير أية مرجعية في الدراسة القانونية. لذلك لا يتوانى كلسن في نقد فرضيات المدارس الاجتماعية فيما يخص القانون، يقول كلسن "إن ميزة مدارس ومذاهب سوسيولوجيا القانون هي أنها تتوجه في البحث نحو الوقائع، وبالتالي فهي تنيط بعلم القانون كهدف له معرفة وقائع السلوك الإنساني وأفعاله الفعلية في الحياة الاجتماعية، أي أنها تحدد كهدف له المعطيات القابلة للملاحظة أو المدركة بالحواس بصورة مباشرة[2]." على خلاف علم القانون الخالص الذي ليس همه البحث في الأسباب الكامنة وراء القواعد القانونية، تهتم السوسيولوجيا إذن بالوقائع الفعلية وتسعى من خلال تحليل نتائج تلك الوقائع إلى الوصول إلى ضبط انتظامها المطرد.

يفتح التمييز الذي أقامه كلسن بين ما هو كائن وما يجب أن يكون الطريق نحو الاستقلالية العلمية لحقل القانون، وفي هذا الإطار نجده يقترب من موقف ماكس فيبر الذي ميز علم القانون عن الدراسة السوسيولوجية، على اعتبار أن علم القانون يعالج القواعد والمعنى المنطقي السليم الذي يجب أن يعطى لتأويلاتها اللغوية، وهنا يستلهم كلسن كثيرا من أفكار فيبر في الموضوع خصوصا عندما يؤكد هذا الأخير في كتابه "الاقتصاد والمجتمع" أنه يجب علينا عند تناول "القانون والمنظومة القانونية وقاعدة القانون الالتزام الصارم بالتمييز بين وجهة النظر القانونية ووجهة النظر السوسيولوجية. يبحث علم القانون عن القواعد القانونية الصالحة مثاليا، أي (...) عن المعنى المعياري الذي يجب أن ننسبه لعبارة ما تتطلع لان تكون قاعدة قانونية[3]." بهذا تتحدد مهمة

[1] - Ehrlich Eugen, Fundamental Principles of the Sociology of Law, Harvard University Press, Cambridge, 1936. p 25

[2]- Eisenmann Charles, Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, Textes réunis par Charles Leben, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2002, p. 398.

[3]- Kelsen Hans, General theory of law and state, Harvard university press, Cambridge, 1949. p 175

سوسيولوجيا القانون بدراسة السلوكات، بمعنى الفعل الإنساني مقارنة بالقواعد والتمثلات التي يكوّنها الإنسان عن هذه الأخيرة.

إن السوسيولوجيا "تسعى لمعرفة ما يحدث فعليا في الجماعة لأن هناك احتمالا بإيمان أفرادها بصلاحية النظام وهم يوجهون سلوكاتهم نحو ذلك النظام". انطلاقا من هذا التحديد يؤكد كلسن أن "موضوع سوسيولوجيا القانون هو السلوك البشري الذي يوجهه الفرد الفاعل نحو نظام يعتقد في صلاحيته، وهذا يعني أن الفرد الذي تشكّل سلوكاته موضوع سوسيولوجيا القانون ينظر إلى النظام بنفس الطريقة التي ينظر بها فقه القانون المعياري إلى القانون[1]". إن مهمة علم القانون هي إذن البحث عن المثل الأعلى لما يجب أن يكون، فيما يتوقف البحث في سوسيولوجيا القانون عند الكائن والوقائع المادية والسيرورة الواقعية، أي أن السوسيولوجيا تتوقف في بحثها عند التفسير العلّي لأشكال السلوك الواقعي. والحال أنه إذا كان القانون عند كلسن علم معياري يقوم على قاعدة فرضيات تُحمل على الصلاحية في إطار ما يجب أن يكون، فإن عمل السوسيولوجيا متوقف بالمقابل على الفعل الناتج عن التمثلات التي يكوّنها الأشخاص عن المعنى المنسوب تقليديا للقانون وكذا لممارستهم القانونية الخاصة. يتعلق الأمر بمعرفة ما الذي يحدث فعلا في إطار الجماعة على اعتبار أن الأفراد المنتمين إليها يعتبرون بشكل ذاتي بعض المنظومات على أنها صالحة ويوجهون سلوكاتهم في إطارها. وفق هذا المعنى نجد أن سوسيولوجيا القانون تفترض القانون ويقع على العلم المعياري تحديد هذا المفهوم.

1-3- القانون والإيديولوجيا

يعتقد كلسن أن الأسئلة التي تطرح حول أصل القانون و طريقة تشكله هي أسئلة لا تمت بصلة إلى علم القانون بل تنتمي إلى الايديولوجيا السياسية، فهذه الأخيرة تحجب الواقع أو تشوهه من أجل إبراز واقع آخر يخدم مصالحها الخاصة[2]. ولأن الموضوعية عنصر أساسي لكل علم فمن واجب أي مبحث يتطلع إلى الصفة العلمية أن يصف موضوعه كما هو في الواقع، وأن يمتنع عن إملاء ما يجب أن يكون أو لا يكون استنادا إلى أحاكم قيمية، بالنتيجة لا يمكن لعلم القانون أن يحكم على هذه المنظومة أو على تلك القاعدة بأنها عادلة أو ظالمة لأن مثل هذا الحكم سيكون معبّرا عن حكم قيمة ذاتي لا موضوعي.

يسعى كلسن إلى إبعاد القانون عن الدوائر السياسية والايديولوجية، هذه الأخيرة التي يطبعها الوصف اللاموضوعي لموضوع المعرفة فضلا عن كونها واقعة تحت تأثير أحكام قيمة ذاتية. يجب أن يكون وصف القانون متحررا من كل ايديولوجيا كالتعلق بقانون مثالي أو عادل[3]، فمن خصائص العلم أنه مناقض للإيديولجيا، ولا ريب أن كل نظرية تتطلع إلى التأسيس العلمي يجب أن تكون محايدة أكسيولوجيا، أي متحررة من الايديولوجيا و مناهضة لها. إن العلم معرفة لا علاقة لها بإرادة الإنسان ولا يجدر بها من حيث هي كذلك أن تكون في خدمة نظام سياسي معين أو أن تسعى للتنظير لايديولوجيا بعينها كما هو الحال في الأنظمة الماركسية[4] التي تعتبر الدستور انعكاسا للمجتمع والقانون مجرد وسيلة لخدمة الدولة، السياسة والاقتصاد. إن الدولة في

[1]- Ibid. p 176
[2]- Kelsen Hans, General theory, p XXXVIII
[3] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 167
[4] - Ibid. p 142

القاعدة الأساسية عند هانس كلسن

نظر الماركسية من طبيعة طبقية وهي تؤسس للمجتمع الطبقي بل هي نتيجة الصراع الطبقي، لذلك يظهر القانون عند منظري هذه النظرية على أنه منظومة من العلاقات الاجتماعية للإنتاج، للتوزيع وللتبادل. وتخضع هذه المنظومة للقوة المنظمة للطبقة المسيطرة، وبذلك تختزل منظومة العلاقات الاجتماعية هذه، التي تعكس مصالح الطبقة المسيطرة، القانون في الاقتصاد.

إن البنية الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع مجال يختص بالايديولوجيا، والاستناد على هذا المجال في الدراسة القانونية يعد في نظر كلسن انتكاسا نحو الأطروحات الميتافيزيقية، ذلك أن الايديولوجيا لا تختلف عن مفاهيم العدالة والقانون الطبيعي، وهي لا تُنزل "ما يجب أن يكون" منزلة دنيا فحسب، بل تنفيه جملة وتفصيلا. لذلك يرفض كلسن نظرية القانون الماركسية التي تنعت "ما يجب أن يكون" بالخداع الايديولوجي. إن نفي "ما يجب أن يكون" يعني بالنتيجة رفض قيام علم معياري للقانون هدفه المعرفة الموضوعية للقواعد[1]، كما أن رفضه يلقي بعلم القانون في أحضان سوسيولوجيا القانون التي تخضع هي إلى التفسير العلّي كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ميزة النظرية الخالصة هي أنها واقعية، أو هي نظرية وضعية ترفض إصدار أحكام قيمة على الظاهرة القانونية، "إنها نظرية لا تنيط بذاتها باعتبارها علما، سوى تناول كُنه القانون الوضعي وفهمه من خلال تحليل بنيته. وهي ترفض بالأخص كل فكرة هدفها خدمة مصالح سياسية، فليس من مهامها التنظير لايديولوجيات تنزع لإضفاء الشرعية عن النظام الاجتماعي القائم[2]." يقتضي- طموح النظرية الخالصة في القانون إقصاء جميع العلوم والمناهج الأخرى من المجال العلمي للقانون، فهذا الأخير هو مسألة تقنية اجتماعية، ولا يجب أن يتأثر بعناصر تتعلق بالحكم الأخلاقي أو السياسي أو بدوافع عاطفية. لقد كان اهتمام كلسن الرئيسي- من طبيعة ابستمولوجية يعكسه السعي إلى السمو بالقانون إلى مصاف العلم الحقيقي، أي تحقيق أقصى حد من الموضوعية واليقين تماما كما هو الحال في الطبيعية[3].

2- نظرية القاعدة الأساسية

كان التحد الأول الذي وضعه كلسن لنفسه هو إعطاء تفسير لقانونية ومعيارية القانون دون أن يكون رغم ذلك في حاجة إلى اختزال فقه القانون في أي تخصص آخر. وفي هذا الإطار يؤكد كلسن أن القانون هو بالأساس خطاطة تأويل، وأن حقيقته أو موضوعيته تكمن في دائرة المعنى، فنحن مثلا نولي معنى قانونيا معياريا لبعض الأفعال والأحداث في العالم دون أخرى[4]. وعليه وجب التساؤل عن السبب الذي يجعل هذه الأفعال والأحداث تأخذ هذا المعنى القانوني.

يرى كلسن أن الإجابة عن هذا التساؤل بسيطة جدا، فكل فعل أو حدث يكتسي- معناه القانوني المعياري بالنظر إلى معيار قانوني آخر يمنحه هذا المعنى المعياري، إذ يمكن لفعل ما أن يكون مصدرا لوضع أو لتعديل قانون إذا ما تم وضعه تماشيا مع معيار قانوني آخر أسمى يستمد منه مسوغ وضعه بتلك الطريقة. على أن هذا المعيار الأسمى لا يكون هو ذاته صالحا إلا إذا تم وضعه في اتفاق مع قاعدة أسمى أخرى تسوغ بدورها أمر تبنيه

---

[1] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 143

[2]- Ibid, p 148

[3]- St. Hilaire Maxime, Les positivismes juridiques au XX siècle, Presses de l'Université Laval,Québec, 2020, p10.

[4]- Kelsen Hans, Théorie pure, pp 4-5

بتلك الطريقة. وبتتبع منحى الصلاحية التصاعدي هذا نصل إلى القاعدة المسوغة الأولى التي لا تعلوها قاعدة أخرى والتي يطلق عليها كلسن اسم القاعدة الأساسية، فما المقصود بهذا المفهوم؟

2-1- مفهوم القاعدة الأساسية

يعتبر كلسن فيما يخص القانون المعتبر كمنظومة قواعد، جميع المنظومات المعيارية تراتبية، لذلك نجده يقيم تمييزا صارما بين المنظومات المعيارية الساكنة والمنظومات المعيارية الديناميكية. ففي منظومة معيارية من النوع الأول تتوقف صلاحية القواعد على محتواها، وبهذه الطريقة يتم استخلاص القواعد من بعضها البعض أي الدنيا من العليا بنفس الطريقة التي يتم من خلالها استخلاص الخاص من العام. ومنه تكون القواعد الدنيا في المنظومة الساكنة متضمنة في القواعد العليا بمعنى أن محتوى الأولى متضمن في محتوى الثانية، ولذلك فمن السهل إذن استنتاج محتوى القواعد الدنيا عن طريق القياس المنطقي[1].

بالمقابل لا تكتسي القواعد صلاحيتها في المنظومة المعيارية ذات طابع الديناميكي من محتواها بل من واقع أنها وضعت بواسطة قواعد أخرى من خلال علاقة تفويض للسلطة من الأعلى إلى الأدنى.[2] وعليه يتم إبداع أو خلق قواعد المنظومة الديناميكية من طرف أفراد مؤهلين للقيام بذلك وفق قاعدة من مستوى أعلى[3]. في هذا السياق تعتبر قاعدة ما جزءا من منظومة ديناميكية إذا تم وضعها وفق قاعدة أخرى تنتمي إلى نفس هذه المنظومة وليس بالنظر إلى محتواها. وتتمتع أغلب منظومات القواعد التي تطرح كمنظومات قانونية بالنسبة لكلسن بطابع ديناميكي. ليست القاعدة القانونية صالحة لان تتمتع بمحتوى معين، بمعنى أن محتواها يمكن استنتاجه بصورة منطقية من قاعدة أساسية مفترضة، بل هي صالحة لأنه تم إبداعها أو خلقها بطريقة معينة، أي بطريقة محددة من قاعدة أساسية، ولهذا السبب فقط تعتبر جزءا من منظومة قانونية[4].

يمهّد هذا التمييز بين المنظومات الساكنة والمنظومات الديناميكية الطريق نحو بناء تصور للقاعدة الأساسية، حيث يحدد القانون على أنه منظومة ديناميكية تشكّل القواعد جزءا منها، وهو ما يقتضي صلاحيتها على اعتبار أنها وضعت وفق الصورة والسلطة المفترضة لقاعدة أخرى من المنظومة ذاتها. في نهاية البناء الهرمي تعتبر القاعدة التي تتأسس عليها صلاحية جميع قواعد المنظومة القانونية والتي لا تتأسس صلاحيتها هي على أية قاعدة أخرى القاعدة الأساسية. وتتمتع هذه الأخيرة بهذا الوضع الخاص لأنها ليست مملاة من سلطة معترف بها في المنظومة وليست مشتقة من قاعدة أخرى هذا من جهة ، ولأنها تؤسس من جهة أخرى صلاحية مجمل قواعد المنظومة القانونية. في هذا الإطار تشكّل كل القواعد التي تكتسي أساس صلاحيتها من نفس القاعدة الأساسية منظومة معيارية واحدة، وهذا ما يمنح القاعدة صفة الأساسية[5](Grundnorm).

تتضمن جميع المنظومات المعيارية ذات الطبيعة الديناميكية إذن قاعدة أساسية تفسّر صلاحية قواعد المنظومة، ففي قمة المنظومة القانونية نجد هذه القاعدة الأساسية التي تعلو على كل قاعدة وضعية مهما كانت أهميتها بما في

---

[1]- Kelsen Hans, Théorie pure, p 258

[2]- Bobbio Norberto, p 476.

[3] - Ibid. p 483.

[4]- Kelsen Hans, Théorie pure, p 261.

[5]- Amselek Paul, Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, Revue internationale de philosophie, Vol 35, N° 138 (4), 1981, p 468.

القاعدة الأساسية عند هانس كلسن

ذلك الدستور ذاته[1]. إن القاعدة الأساسية هي المحتوى المعياري للصلاحية القانونية للدستور في أي منظومة قانونية إذ لا مناص من افتراضها، وكل بديل آخر سيخل حسب كلسن بقانون دافيد هيوم[2] الذي يقر باستحالة استنتاج ما يجب أن يكون مما هو كائن، أو استحالة استنتاج إملاء انطلاقا من تقرير.

لقد بين كلسن في سياق هذا القانون، أن الأفعال والأحداث التي تشكل وضع قانون ما تنتمي إلى دائرة ما هو معطى كحال، أي أنها أفعال وحالات واقعية فعلا، بينما يرتبط القانون أو القاعدة القانونية بما يجب أن يكون. إن وظيفة هذه قواعد توجيه السلوك، وعليه فإنه لبلوغ نتائج من النوع "ما يجب أن يكون" يجب الانطلاق في البدء من مقدمات من نوع "ما يجب أن يكون"، أي مقدمات تمنح المعنى المعياري للنوع المناسب من الوجود. ولأن سلسلة الصلاحية الواقعية القانونية منتهية فإننا نصل حتما إلى نقطة يجب فيها افتراض ما يجب، وهذه الفرضية هي القاعدة الأساسية[3].

إن القاعدة الأساسية تضع حدا لسلسلة الصلاحية، فلما كانت صلاحية القواعد متوقفة من حيث التأسيس على صلاحية قواعد أخرى، ولما كان من غير المعقول التسلسل إلى ما نهاية فإنه يجب وضع حدا لهذا المسار التراجعي بافتراض قاعدة أولى تؤسس ولا تتأسس، تكون هي السبب الأخير لصلاحية المنظومة القانونية، بشكل يجعل كل تساؤل عن أساس صلاحيتها بلا معنى فقط لأنها قاعدة مفترضة، يقول كلسن:" إن البحث عن أساس صلاحية قاعدة ليس تسلسلا لا نهائيا (regressus ad infinitum) -على غرار البحث العلّي (سبب نتيجة) – بل هو بحث ينتهي بقاعدة أعلى، هي أساس الصلاحية النهائي داخل المنظومة المعيارية."[4]

إن الاختلاف الرئيسي بين القاعدة الأساسية والقواعد الأخرى من المنظومة يكمن في كونها غير موضوعة، وذلك راجع لعدم وجود قاعدة أعلى تحدد الإجراء أو الطريقة التي يمكن بها وضع هذه القاعدة، كما لا توجد سلطة قانونية أعلى تتمتع بهذه القدرة، لذلك يلحّ كلسن على طابعها الفرضي، يقول كلسن:" لا يتم خلق القاعدة الأساسية من طرف هيئة وظيفتها وضع القانون بناء على إجراء ما. إنها -على عكس القاعدة القانونية الوضعية- ليست صالحة لأنه تم خلقها بطريقة ما بفعل قانوني، بل هي صالحة لأنها مفترضة كذلك. وهي مفترضة الصلاحية لأنه بدون هذا الافتراض لا يمكن لأي فعل إنساني أن يؤول كفعل قانوني، فعل خالق للقانون على الخصوص[5]." ولما كانت صلاحية هذه القاعدة مفترضة فلا يمكن القول إنها موضوعة نتيجة فعل إرادي صادر عن سلطة تضع للقانون، وهذا يقتضي من جهة أنه لا يمكن أن تكون قاعدة نابعة من إرادة شخص معين لأنها لا تعكس المعنى الذاتي لفعل إرادة أيا كان، ومن جهة أخرى أنها ليست قاعدة مرادة من علم القانون لأن هذا الأخير ليس من وظائفه أن يكون سلطة معيارية، بل إن هدفه هو السعي لتحقيق معارف موضوعية عن القانون. وعليه فالقاعدة الأساسية ليست قاعدة وضعية، إنها قاعدة مفكرة من طرف علم القانون، بمعنى أن علم القانون يفترضها كشرط لتأويل المعنى الذاتي لأفعال المشرّع باعتباره معنى موضوعيا لقاعدة صالحة[6].

---

[1] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 270.
[2] - Hume David, Traité de la nature humaine, Livre III, Trad. Philippe Saltel, GF-Flammarion, Paris, 1993, p 65.
[3] - Kelsen Hans, General theory, p 111.
[4] - Ibid. p 111.
[5] - Ibid, p 116.
[6] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 272.

إن الطابع الافتراضي للقاعدة الأساسية هو نتيجة ضرورية لمسار خلق القواعد. رغم ذلك ليست القاعدة الأساسية في نظر كلسن سوى إحدى الخيارات الضرورية لتفسير صلاحية المنظومة القانونية. ورغم أن كلسن يقر بإمكانية تقديم نوع آخر من التفسير إلا أنه من الضروري في رأيه إن كنا نتطلع إلى إرساء تصور وضعوي لأساس صلاحية قواعد القانون بعيدا عن أي تفسير ميتافيزيقي، أن نفترض وجود قاعدة أساسية كشرط منطقي ترنسندنتالي للتأويل الموضوعي للقانون[1].

لقد بين كلسن بحق أن القواعد القانونية تتأتى ضرورة من المنظومات، فليس هناك قواعد قانونية عائمة، بمعنى أنه من الضروري في تفسير أي نص قانوني الرجوع إلى المنظومة القانونية التي شرّع فيها وهناك فقط يجد مسوغ مشروعيته. بالإضافة إلى ذلك فإن المنظومات القانونية تنتظم هي ذاتها وفق بنية تراتبية تنم عن تعقيد وعن وحدة منهجية. إن القواعد صالحة قانونيا داخل منظومة معينة وعليها أن تشكّل جزءا من نظام القواعد المعمول به في مكان وزمان معينين. وهذا ما يقودنا إلى التساؤل عن علاقة الصلاحية القانونية بما يسميه كلسن الفعالية.

2-2- تطبيق القواعد: الصلاحية والفعالية

يعتبر مفهوم الصلاحية أساسيا في النظرية الخالصة للقانون، ويحدده كلسن بالقول إنه "شكل الوجود الخاص للقواعد[2]"، بمعنى أنه الشكل الخاص الذي تعطى به القواعد، والذي يختلف عن وجود الوقائع الطبيعية (sein)، إذ أن القاعدة تعبر دائما عن "ما يجب" (sollen) لا عن "ما هو كائن"، ولذلك فمن الضروري أيضا تمييزها عن الفعل الذي وضعت للتعبير عنه، يقول كلسن " إن وجود قاعدة وضعية أي صلاحيتها أمر مختلف عن فعل الإرادة الذي تعكس معناه الموضوعي إذ يمكن أن تبقى القاعدة بعد غياب الفعل، بل يمكننا حتى القول أن القاعدة لا تكتسي صلاحيتها إلا عندما يتوقف فعل الإرادة عن الوجود."[3] وعليه فليس في الإمكان إذن القول أن القواعد موجودة كظاهرة واقعية قابلة للإدراك بالحس، بمعنى أنه يجب التمييز جيدا بين كينونة تلك القواعد وكينونة الوقائع الطبيعية. إن الكلام عن كينونة القاعدة لا يكون إلا من حيث كونها صالحة أو غير صالحة، كما أن صلاحيتها غير متوقفة على واقع تطابق السلوك المتوقع من هذه القاعدة مع السلوك الفعلي للاشخاص الذين وضعت القاعدة لأجلهم. إن القواعد صالحة قانونيا داخل نظام معين وعليها أن تشكل جزءا من نظام القواعد المعمول به في مكان و زمان معينين.

ولأن القواعد الصالحة تتعلق بما "يجب أن يكون" فإنه ليس هناك اختلاف بينها وبين القواعد الواجبة، أي أن الأفراد الذين توجه إليهم القاعدة الصالحة ملزمون بالالتزام بما تنص عليه، يقول كلسن:" فأن نقول عن قاعدة خاصة بالسلوك الإنساني أنها صالحة يعني التأكيد على أنها واجبة، وأنه يتعين على الأفراد الالتزام بما تنص عليه[4]." رغم ذلك يؤكد كلسن أن ضرورة الالتزام بالقواعد الصالحة لا يعني أن هذه الأخيرة فعالة إذ أن

[1]- Paulson Stanley. La normativité dans la Théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendantaux ? Droit et société, n°7, 1987. p 359.
[2]- Kelsen Hans, Théorie pure, p 13.
[3]- Ibid. p 14.
[4]- Kelsen Hans, Théorie pure, p 255.

"صلاحية القاعدة شيء مختلف عن فعاليتها"[1]، وهذا ما يقودنا إلى التساؤل عن علاقة الصلاحية القانونية بما يسميه كلسن الفعالية.

يقصد كلسن بالفعالية أو بالقاعدة الفعالة، تلك المتبعة فعليا على العموم من الشعب المعني بتطبيقها، وهذا يعني أن القاعدة الفعالة محددة بضرورة توقع النتائج المترتبة عن الالتزام بتحقيق السلوك الذي تأمر بتطبيقه أو تنهى عن تطبيقه، ما يعني أيضا أن القواعد التي لم تخرق قط أو تلك التي يتم خرقها باستمرار هي قواعد لم تعد تحمل معنى قانونيا. يمكن القول إذن أن "المنظومة القانونية تعتبر صالحة إذا كانت قواعدها فعالة، أي محترمة ومطبقة بشكل فعلي[2]"، أي في الواقع. وهذا ما يطرح بالمقابل العلاقة بين صلاحية القواعد وفعاليتها، فهذه الأخيرة شرط صلاحية القاعدة القانونية لكنها ليست سببا في تلك صلاحية[3]، إذ يمكن لقاعدة ما أن تكون صالحة قانونيا حتى وإن لم يتبعها أي شخص، والمثال على ذلك، القوانين حديثة الصدور التي لم يتم الامتثال لها بعد من طرف الشعب. رغم ذلك، لا يمكن لقاعدة أن تكون صالحة قانونيا إلا إذا كانت تابعة لمنظومة قانونية متبعة عادة من الشعب. وعليه ففكرة الصلاحية القانونية مرتبطة بشكل وثيق حسب كلسن بذلك الواقع الخاص بالتطبيق الاجتماعي.

انطلاقا من هذا التمييز بين الصلاحية و الفعالية الذي هو الوجه الآخر للتمييز بين ما هو كائن (sein) وما يجب أن يكون (sollen)، فإن الإجابة عن السؤال المحوري: لماذا تعتبر قاعدة ما صالحة؟ لا يمكن أن تكون إلا في قاعدة أخرى، بمعنى آخر إن ما هو كائن ليس سببا في ما يجب أن يكون والعكس صحيح، يقول كلسن:" في سؤال لماذا تعتبر قاعدة ما صالحة، أو لماذا يتوجب على الأشخاص توجيه سلوكهم بهذا الشكل أو ذاك، لا يمكننا الإجابة بتقرير واقع وضعي، واقعة كائنة (sein)، ومنه فإن أساس صلاحية قاعدة ما لا يمكن أن يوجد في واقعة مثل هذه. لا يمكن استخلاص ما يجب أن يكون مما هو كائن كما لا يمكننا استخلاص ما هو كائن مما يجب أن يكون. إن صلاحية القاعدة لا يمكن أن يكون لها من أساس آخر سوى صلاحية قاعدة أخرى. بمعنى آخر إننا نصف القاعدة التي تشكل أساس صلاحية قاعدة أخرى بالقاعدة الأعلى مقارنة بتلك القاعدة التي تبدو حينئذ أدنى منها."[4]

من الواضح إذن أن القواعد القانونية ليست أحكاما تتعلق بالواقع يمكن وصفها بالصدق أو الكذب، إنها تعكس بالأحرى المعنى الذي يحمله الفعل الإرادي الإنساني من حيث إن محتواها جملة من الإملاءات التي تنزع إلى توجيه سلوك الأفراد، بمعنى آخر هي جملة من الأوامر والنواهي الموجهة للأفراد ليس باعتبارها وقائع بل باعتبارها توقعا من الواجب تحقيقه. إن محتوى القاعدة ليس "الكائن" بل "ما يجب أن يكون"، وعليه لا توصف القواعد بالصدق و الكذب بل توصف بالصالحة أو غير الصالحة[5]، يقول كلسن:" عندما يعبّر شخص ما بفعل معين عن إرادته في أن يمتثل شخص آخر لسلوك معين، عندما يأمر أو يسمح بهذا السلوك، فإن ما

[1]- Ibid. p 14.
[2] - Ibid. p 287.
[3] - Kelsen Hans, General Theory, p 119.
[4]- Kelsen Hans, Théorie pure, pp 255-256.
[5] - Véronique Coq, Kantisme et empirisme chez Hans Kelsen, », Le Portique, 45-46, 2021, p 7
URL : http:// journals.openedition.org/leportique/3801

يجب تقريره ليس أن ذلك الشخص سيمتثل لهذا السلوك بل أن هذا الشخص يجب أن يمتثل لهذا السلوك. إن الذي يأمر أو يسمح "يريد" في حين "يتوجب (sollen) " على الذي يوجه إليه الأمر أو السماح."[1]

لكن إذا كان فعل الإرادة من حيث هو أمر ونهي تعبيرا عن قاعدة قانونية فما الذي يميز هذه الأخيرة عن أية قاعدة معيارية أخرى كالأخلاق مثلا أو العرف؟ يؤكد كلسن هنا على الطابع الإكراهي للقانون، فما يميز القواعد القانونية عن القواعد المعيارية الأخرى هو صفة الإكراه المحايثة للقانون، والتي تتخذ شكل الضرر الملحق بالشخص (سلب الحياة، الحرية، المال..الخ) في حال خرق القاعدة[2]، إذ يعتبر العقاب في هذا المنظور الفعل الإكراهي الذي يحرم الأفراد المعرضين للإكراه من بعض الحقوق والخيرات رغما عنهم، حتى لو تطلّب الأمر اللجوء إلى القوة.[3]

يقودنا هذا التحليل إلى التساؤل عن أساس صلاحية القاعدة الأساسية وفعاليتها من حيث كونها لا تتمتع بنفس الوضع الابستمولوجي لبقية القواعد الأخرى، فهذه الأخيرة تمنح كما سبق الذكر سلطة وضع أو خلق القانون من طرف المشرع الأول والمشرعين الذين ينضوون تحت سلطته، وبذلك تكتسي- جميع التشريعات الدنيا مبرر صلاحيتها من صلاحية تلك القاعدة الأولى في شكل قياس منطقي، وفي هذا السياق يؤكد كلسن أن أساس صلاحية القاعدة الأولى نابع من كونها فرضية منطقية/ترنسندنتالية[4]، فهي منطقية لأن القاعدة الأساسية فرضية ضرورية من الناحية الابستمولوجية لكي يكون في الإمكان النظر إلى جملة أفعال معينة على أنها تشكل منظومة قانونية وضعية. وهي ترنسندنتالية لأنه ليس في إمكان أي منظومة مغلقة أن تجد صلاحيتها في منطوق متضمن في هذه المنظومة ذاتها، بل فقط في منطوق خارج عنها من مستوى ميتالغوي.[5]

2-3- التاويل المنطقي/الترنسندنتالي للقاعدة الأساسية

يؤكد كلسن عند تفسيره لنظرية القاعدة الأساسية أنه من بين النظريات التي سمحت له بطرح هذه القاعدة نظرية الشروط المنطقية الترنسندنتالية* التي هي جزء لا يتجزأ من نظرية المعرفة عند كانط، فالترنسندنتالي عند هذا الأخير يخص "كل معرفة لا تتعلق في العموم بمواضيع بل بطريقة معرفتها من حيث إن ذلك ممكن بصورة قبلية[6]"، والمصطلح يشير إذن إلى الطريقة التفكرية التي تنعكس فيها المعرفة على ذاتها

---

[1] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 6.
[2] - Lamballais Marc, op.cit. p 3
[3] - Kelsen Hans, Théorie pure, p 46
[4]- Ibid. p 266.
[5]- Troper Michel, La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Chevalier-Marescq, Paris, 1978, numéro 6, p. 1533.

* يتناول كانط في القسم الثاني من كتاب "نقد العقل الخالص" المنطق الترنسندنتالي بالدراسة والتحليل إلا أنه لا يذكر صراحة الشروط المنطقية الترنسندنتالية، وعليه يمكن القول إن كلسن يكون قد استشفها من قراءته الضمنية لمقدمة الكتاب أين يميّز كانط بين المعرفة القبلية والمعرفة الامبريقية من جهة، وبين الأحكام التحليلية والأحكام التركيبية من جهة أخرى، ليجعل من المعرفة النظرية القبلية الشرط الأساسي لتفسير إمكان العلوم الأمبريقية فيما وراء واقعها المادي ذاته: "وحل المشكلة المذكورة –يقول كانط- ينطوي أيضا على إمكان الاستعمال العقلي المحض في تأسيس وتحقيق جميع العلوم التي تتضمن معرفة نظرية قبلية بالموضوعات، أي الإجابة عن هذين السؤالين: كيف يمكن للرياضة المحضة أن تكون؟ كيف يمكن للعلم الطبيعي المحض أن يكون؟" وهي الأسئلة التي يشير إليها كلسن في كتاب "النظرية الخالصة في القانون." ينظر: كانط امانوئيل. نقد العقل المحض. ترجمة موسى وهبة. مركز الإنماء القومي. بيروت. ص52

[6]- امانوئيل كانط. مرجع سابق. ص 54

لتتساءل عن شروط إمكانها. إن الواجب عند كانط من حيث هو فكرة ترنسندنتالية أي فكرة تتطلع إلى قيمة مطلقة، ليس متاحا للمعرفة التجريبية لأن القيم المطلقة توجد خارج حقل البحث العلمي، في حين أن الواجب كمقولة ترنسندنتالية سابق منطقيا عن كل معرفة تجريبية وهو الذي يجعل من هذه الأخيرة ممكنة وهو بالنتيجة الشرط المسبق لكل علم قانوني[1].

يستمد كلسن تمييزه بين الواقع والواجب من هذه النظرية، فالمادة التي تقدمها التجربة حسب كانط متلقاة في مقولاتها الترنسندنتالية ولا يمكن معرفة الواقع بغير هذا الطريق. تطبيقا لهذه النظرية يسطر كلسن الخطوط العريضة لعلم القانون إذ تصبح الإجابة عن سؤال إمكانية قيام هذا العلم قائمة على مقتضى- الترنسندنتالية، ذلك أنه لما كان من المتعذر استخلاص القاعدة من الواقع بصورة منطقية فإن ذلك يقتضي- أن القاعدة لا يمكن أن تستقي صلاحيتها إلا من قاعدة أخرى أعلى منها، وهذه الأخيرة من قاعدة أخرى أعلى كذلك. ولتفادي التراجع التسلسلي يجب التوقف عند فرضية القاعدة الأساسية الأولى التي تضمن صلاحية جميع قواعد المنظومة القانونية كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

إن طرح القاعدة الأساسية باعتبارها فرضية منطقية-ترنسندنتالية هو إضفاء بمعنى ما للصلاحية على جميع القواعد الأخرى، يقول كلسن "يمكننا القول إن القاعدة الأساسية التي يطرحها علم القانون هي – إن أمكننا بالقياس استعمال مفهوم من مفاهيم نظرية المعرفة عند كانط – الشرط المنطقي الترنسندنتالي لهذا التأويل. فبنفس الطريقة التي يتساءل بها كانط عن الطريقة التي يكون بها ممكنا تأويل معطيات الحواس بعيدا عن كل ميتافيزيقا وفي قوانين الطبيعة المصاغة من علوم الطبيعة، كذلك تتساءل النظرية الخالصة في القانون حول كيفية تأويل معنى بعض الوقائع من حيث هي منظومة قواعد قانونية صالحة بصورة موضوعية وقابلة للوصف في صيغ قانونية، كما أنها تسمح وحدها بتأويل يتجاوز المرجعيات الميتاقانونية كالدين أو الطبيعة.[2]" تجدر الإشارة رغم ذلك إلى أن القاعدة الأساسية وإن كانت شرطا ترنسندنتاليا إلا أنها لا تحمل أية صبغة متعالية (transcendante) يقول كلسن "إننا بطرحنا لهذه الفرضية فنحن لا نثبت أية قيمة متعالية للقانون الوضعي[3]"، إننا لا نقوم فقط بتقرير الشرط الترنسندنتالي لإمكان وجود منظومة قانونية وضعية.

إن القاعدة الأساسية ليست مجرد قاعدة بسيطة ولا مسلمة عملية تندرج في منظورية براغماتية قانونية، إنها ترسي علاقة معنى بين الافتراض الابستمولوجي وما يؤسسه، بمعنى آخر إنها تعبر عن مقتضى- الفكر الذي بدونه لا يكون ممكنا بناء أية منظومة قانونية. كما أن القاعدة الأساسية لا تحتاج إلى إثبات لأنها أساس إمكان القانون، ويمكن وصفها باستعمال مصطلحات كانط بأنها الشرط القبلي ذي التوجه المبدئي والكوني لكل منظومة قانونية. إن فرضية القاعدة الأساسية الترنسندنتالية هي الشرط المنطقي الضروري لفهم القانون، وهي لا تمثل لا براديغما ولا جوهرا انطولوجيا، إنها مبدأ من مبادئ التفكير القانوني، إنها تمنح باعتبارها أداة منهجية قبلية المسلك الضروري والكوني لربط كل المفاهيم القانونية، وهي بذلك حاجة العقل الضرورية منطقيا لتأسيس

[1]- ألكسي روبرت. فلسفة القانون. مفهوم القانون وسريانه. ترجمة كامل فريد السالك. منشورات الحلبي الحقوقية. ط 2. بيروت. 2013. ص 167

[2]- kelsen Hans, Théorie pure, p 267.

[3]- Ibid.

صلاحية القواعد الوضعية[1]. كما تتمتع بوضع المنظم لفكرة للعقل تنتمي إلى التشريع الخالص والقبلي للأرضية العقلانية الأصلية التي يتجذر فيها كل فعل وضعي، وتعمل على "مأسسة العنصر الأساسي لعمليات خلق القانون[2]".

تقوم القاعدة الأساسية باعتبارها شرطا منطقيا ترنسندنتاليا بوظيفتها من على قمة النظام القانوني، إلا أن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل هذا مبرر كافي لاعتبار النظرية الخالصة تأويلا قانونيا لفلسفة كانط؟ بمعنى آخر يتساءل كثير من الباحثين عن المغزى الذي دفع كلسن إلى الاعتماد على الجانب النظري من فلسفة كانط ممثلا بكتاب "نقد العقل الخالص" في تناول المحتوى القانوني عوض اللجوء مباشرة إلى الجانب العملي منها ممثلا بكتابه "ميتافيزيقا الأخلاق[3]" خصوصا في جزئه الأول الذي يتناول فيه بالتحليل مفهوم الحق عموما. يسمح هذا التساؤل بإعادة النظر في الأثر الذي يمكن أن تكون تركته فلسفة كانط على النظرية القانونية عند كلسن. وفي هذا الإطار يؤكد الباحث روبرت ألكسي (Alexy Robert)، أنه من الممكن أن نقف على التأثير المحتمل لكانط على كلسن إذا ما اتجهنا صوب كتاب "نظرية الحق"، وذلك من حيث أن كانط يقترح قاعدة قانون عقلانية أو طبيعية سابقة عن القوانين الوضعية ومؤسسة لكفاءة المشرع في سن القواعد القانونية[4]، وهي تلك التي يطلق عليها ألكسي "القاعدة الأساسية المعيارية[5]" مقارنة بـ"القاعدة الأساسية التحليلية" لدى كلسن.

إن كانط لم يتحدث حسب ألكسي عن قاعدة أساسية ولكنه يعبر عما يماثلها حين يقرر في معرض تمييزه بين أكراه القوانين الطبيعية والوضعية:" يمكننا أن نتصور إذن قانونا خارجيا لا يتضمن سوى القوانين الوضعية، لكن يجب أن يكون يسبق ذلك قانون طبيعي لتأسيس سلطة المشرع (أي ملكة إكراه الآخرين بإرادته فقط)[6]." يفترض كانط إذن وجود قاعدة أساسية سابقة عن القوانين الوضعية إلا أنه لا يعتبرها شرطا ترنسندنتاليا للمعرفة بل ينظر إليها على أنها قانون طبيعي، لأنها وضعت أصلا في سياق فلسفته الأخلاقية التي تنظر إلى طاعة القانون إجمالا على أنها واجب أخلاقي قبل كل شيء، ما يجعل من نظرية كانط في القانون امتدادا للمذاهب الطبيعية الحديثة. يرسي كانط من خلال تقسيمه الثنائي للقانون (قانون طبيعي، قانون وضعي) تراتبية تمنح القانون الطبيعي أولوية وأسبقية على القانون الوضعي بل وتجعل منه مؤسسا له، "ما يعني أن تفسير ضرورة القانون الوضعي تقود إلى أن القوانين الطبيعية التي يجب أن تضمن وجود القانون الوضعي تتجسد في كل الحالات في القاعدة الأساسية."[7]

على أن الاختلاف الجوهري بين هذه القاعدة الأساسية الكانطية وقاعدة كلسن يكمن في أن الأولى لا تهتم بمحتوى القانون الوضعي الذي تمنحه الفعالية بل فقط إلى ضرورة الالتزام بالقانون خصوصا عندما يؤكد أن

---

[1]- Goyard-Fabre Simone, Philosophie critique et raison juridique, PUF, Paris, 2004. p 204.

[2] - kelsen Hans, Théorie pure, p 263.

[3]- Kant Emmanuel, Métaphysique des mœurs, 1ere partie, Doctrine du droit, Trad., Alexis Philonenko. Vrin. Paris 1971.

[4]- ألكسي روبرت. مرجع سابق. ص177.

[5]- المرجع نفسه.

[6]- Kant Emmanuel, op.cit, p 99.

[7]- ألكسي روبرت. مرجع سابق. ص 179.

القاعدة الأساسية عند هانس كلسن

قاعدته عبارة عن مبدأ عقلي يقتضي إطاعة السلطة القائمة مهما كان مصدرها[1]. ومن هذا التمييز يخلص ألكسي- إلى القول أن تصور القاعدة الأساسية عند كانط ورغم طابعها الطبيعي القائم على الأخلاق، إلا أنها تعتبر أكثر قبولا من الشكل المعرفي المرتاب الذي قال به كلسن.[2]

3- المفارقة النظرية للقاعدة الأساسية

تنطوي نظرية كلسن القانونية رغم طابعها المتسق على مفارقات عدة حسب كثير من المعارضين، وتنشأ هذه المفارقات إجمالا في نظرهم من تأويلها الاعتباطي للفصل الانطولوجي بين الكائن وما يجب أن يكون من جهة، ومن جهة أخرى من تأويلها المنطقي/الترنسندنتالي لأساس صلاحية القاعدة الأساسية من حيث هي افتراض فكري، ما يجعل من مجمل النظرية شكلا من أشكال المذاهب الطبيعية لدى البعض ومجرد تحصيل لحاصل لدى البعض الآخر.

تتعلق النقطة الأولى إذن بتأويل العلاقة بين الكائن وما يجب أن يكون، والاعتراض لا يخص الهوة الموجودة بين المقولتين، وإنما يخص التوظيف الاعتباطي لتلك الهوة. من المعلوم أن هيوم أشار إلى استحالة استخلاص ما يجب أن يكون مما هو كائن بصورة منطقية. إلا أن تأكيده هذا يجب أن يتوقف عند هذا الحد فقط أي التأكيد على أن علم الطبيعة عاجز عن التوصل إلى قوانين علمية ضابطة للسلوك البشري. في الواقع يعتبر هذا التأكيد قانونا سلبيا أو نظرية استحالة لا يجوز اتخاذها أساسا وضعيا لنظرية تأويلية للقواعد. فليس من داعي في فكرة الهوة الأنطولوجية هذه بين الكائن وما يجب أن يكون يدفع إلى قبول فكرة أن ما يجب أن يكون لا يمكنه أن يتخذ قيمة موضوعية دون الارتباط منطقيا بمحتوى معياري سابق عنه. يوحي كلسن من خلال أطروحته الثنائية هذه بأن التبرير الوحيد الممكن لصلاحية قاعدة ما هو من طبيعة منطقية، لكن يبدو هذا الموقف جد تعسفيا إذ يتساءل المرء لماذا لا يكون الاعتراف بالطابع الأمري للمحتوى المعياري اجتماعيا مثلا، أي نتيجة توافق اجتماعي دون ربط هذا المحتوى بقواعد بطريقة منطقية؟[3] والحال أن هناك حججا كثيرة تبرز أن البحث عن أصل أمرية القواعد لا يكمن في العلاقات المنطقية التي تربط القواعد بقواعد أخرى سابقة عنها، ويبدو أن التحليل المتأني لدور التأويل الذي تقوم به الهيئات المخولة بتطبيق القانون في مسار الصياغة المعيارية من شأنه أن يظهر أن الثنائية التي تتبناها النظرية الخالصة بين الكائن وما يجب أن يكون إشكالية جدا. وقد بيّن ميشال تروبر في هذا الصدد أن الفحص المتأني لنظرية كلسن فيما يتعلق بالتأويل، يقود إلى هذه الفكرة[4].

إن الفكرة القائلة إن كل قاعدة قانونية هي بالضرورة قاعدة صالحة وضعت بالنظر إلى وفي تطابق مع قاعدة أعلى منها في المنظومة القانونية تتضمن حسب كثير من الفقهاء تناقضا داخليا من حيث كونها افتراضا ميتاقانونيا (meta-juridique) لمنظومة قانونية وضعية، فضلا عن مفارقتها المنطقية كونها إما تبريرا تسلسليا بلا نهاية أو حلقة مفرغة تفترض مسبقا ما جاءت لتأكيده.

---

[1]- المرجع نفسه. ص 180.

[2]- المرجع نفسه. ص ص 180-183.

[3]- Lamballais Marc. Op.cit.

[4]- Ibid.

في هذا الإطار ينظر كثير من فقهاء القانون إلى مشروع القاعدة الأساسية على أنه سعي حثيث إلى تأسيس مبدأ جوهري للعدالة تنبني عليه المنظومة، وهذا ما يجعل من هذا المشروع شكلا من أشكال المذاهب الطبيعية المعاصرة. ولعل من أبرز الفقهاء الذين تبنوا هذا الاعتراض الفقيه الدانماركي وتلميذ كلسن ألف روس (Alf Ross)، إذ يرى هذا الأخير أنه لما كانت القاعدة الأساسية مجرد افتراض خارج عن المنظومة القانونية أو سابق عنها فليس هناك فعليا أي فرق بين نظرية كلسن وأي مذهب طبيعي آخر[1]. إن القاعدة الأساسية لا تقدم أي معيار موضوعي لتحديد القانون بما هو كذلك، وبالتالي فلا يمكن فهمها إلا باعتبارها قاعدة أخلاقية تملي علينا الخضوع للنظام القانوني القائم[2].

ويلاحظ الحقوقي غراهام هيوغس في نفس السياق أن كلسن عندما يجد نفسه مجبرا على تفسير محتوى القاعدة الأساسية فإنه يؤكد دائما أنها تملي وجوب إضفاء الصلاحية على الدستور الأول الذي تم وضعه فعليا كقاعدة أساسية للمنظومة القانونية السائدة. إن مفهوم الفعالية الذي يؤكد عليه كلسن عند الحديث عن القاعدة الأساسية والدستور لا يظهر حسب غراهام هيوغس كشرط لصلاحية المنظومة القانونية فحسب، بل يتحول على العكس من ذلك إلى جزء من المحتوى الأمري للقاعدة الأساسية يساهم هو بدوره في فعالية الدستور[3]، وهذا إقحام في رأيه لعنصر ذي طابع أخلاقي يؤسس لوجوب الخضوع دائما إلى المنظومات القانونية السائدة من حيث هي على العموم فعالة، وهذا ما يعني أن نظرية القاعدة الأساسية تنحل في النهاية إلى كونها مجرد تبرير أعمى للمنظومة القانونية القائمة[4].

يمكن أن نضيف إلى هذه المآخذ، المغالطة المنطقية التي تطرحها النظرية من حيث كونها تحصيلا لحاصل. لقد اعتبر كثير من الحقوقيين أن مسار التبرير في نظرية كلسن يمكن تلخيصه على النحو الأتي: نفترض أن القواعد صالحة لأننا نخضع لها، ونحن نخضع لها لأننا نفترضها صالحة، أو بلغة أخرى إننا نخضع للقانون لأنه قانون[5]، ما يعني تحديد القانون بالقانون وهذا غير مقبول من الناحية العقلية، إذ سيفضي بنا الأمر حينئذ إلى الدوران في حلقة مفرغة غير منتجة. في هذا الإطار يختزل المنظر القانوني منطقيا إلى عدم اعتبار قواعد المنظومة على أنها إجبارية إلا شريطة افتراض ضرورة الخضوع للقانون[6]. يقتضي- مشروع كلسن تحديد شروط إمكان قيام علم القانون وعليه فإن القاعدة الأساسية لا توضع بل تفترض كشرط لهذا الإمكان، وهو ما يوقعها في مغالطة تحصيل الحاصل. وتبرز في هذا الإطار انتقادات الحقوقي الألماني كارل شميت الذي يركّز على هذه المغالطة حين يؤكد بأن رفض كلسن لكل تصور جوهري للعدالة قد قاده في النهاية إلى عدم القدرة على تأسيس صلاحية القانون سوى على واقع أنه قانون صالح فقط، يقول شميت: "لا وجود في منظومة كلسن سوى لقواعد وضعية، بمعنى آخر قواعد صالحة فعليا، وليست هذه القواعد معتبرة صالحة لأنها تكتسي طابع الواجب بل هي

---

[1] - Invernizzi Accetti Carlo, L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la Grundnorm. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen. Droit et société. 2016/1 N° 92 p190.

[2]- Doray Marc, Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé, Les annales de droit, n° 8, 2014. p 154.

[3]- Hughes Graham, Validity and the Basic Norm, California Law Review, 59 (3), 1971. p 701.

[4] - Hughes Graham, op.cit. p 702. & Bobbio Norberto. Op.cit. p 483.

[5] - Amselek Paul, op.cit. p 472.

[6] - Roy Louis. Pour une interprétation large de la norme fondamentale transcendantale de Hans Kelsen. Cahiers d'épistémologie. N°9708. 238ieme numéro. Université de Montréal. Québec.1997. pp 11-12.

صالحة لأنها وضعية دون اعتبار لخصائصها كالعقلانية، الإنصاف..الخ. هنا يتوقف فجأة ما يجب أن يكون وتنقطع المعيارية، ويظهر في مكانها تحصيل حاصل لواقع فض يقر بأن: أمرا ما يعد صالحا إذا كان مضفيا للصلاحية ولأنه مضفي للصلاحية."[1]

الخاتمة:

تبقى محاولة كلسن في بناء علم خالص للقانون رائدة رغم ما طالها من انتقادات من الأتباع والخصوم على حد سواء، فقد ساهمت بقدر غير يسير في إرساء مقاربة جديدة لموضوع القانون متحررة من أي تأثير ميتاقانوني سواء تمثل في الايديولوجيا، التيولوجيا أو السياسة. ورغم المآخذ العديدة المسجلة خصوصا حول ترسباتها الميتاقانونية والتي يعكسها التأويل الترنسندنتالي للقاعدة الأساسية، فإن ذلك لا يمس باتساق النظرية وصلابتها. إن رفض كلسن للمقاربة الطبيعية ظاهر وبيّن ولا يحتاج إلى تأكيد، ولا يجب النظر إلى مرجعيته الفلسفية الكانطية على أنها نقطة ضعف بنائه الوضعي باعتبارها انتكاسا نحو مذاهب القانون الطبيعي، فلطالما اعتبر كلسن نظرية القانون الكانطية نتاجا لتصور طبيعي وأكد رفضه القاطع لها كما وبيّن أن اعتماده على فلسفة ايمانويل كانط لا يعدو أن يكون لغرض منهجي ليس إلا.

إن أبرز ما استقاه كلسن من الفلسفة الكانطية هو الشروط العقلية الضرورية لقيام معرفة علمية في القانون، بمعنى آخر الأطر الابستمولوجية اللازمة لإمكان المعرفة القانونية لا مضمون المعرفة في حد ذاته، لذلك لا يجب النظر بأي حال إلى القاعدة الأساسية من حيث هي فرضية منطقية/الترنسندنتالية إلا من وجهة نظر ميتودولوجية، فليس محتوى القانون هو المبرر بالقاعدة الأساسية بل فقط خاصيته كقانون وضعي صالح من الناحية الوضعية.

إن القاعدة الأساسية هي كما يقول كلسن قاعدة مفترضة ضرورية، إلا أن هذه الضرورة تظهر فقط على المستوى الميتودولوجي. إنها بمعنى ما قاعدة إجرائية أو آلية فكرية ضرورية لإرساء قانونية القواعد، فهي لا تتعلق بأخلاق أو باتيقا، إنها قاعدة كفاءة أي أنها قاعدة أكسيوماتية معتبرة كشرط ضروري وكافي لإنتاج القواعد، وهي هنا تحيل مباشرة إلى البناء الاكسيومي الرياضي الذي وإن كان يسجل العجز نفسه على مستوى المنطلقات المعتبرة جزافا فرضية خصوصا في الأنساق المعاصرة، إلا أن ذلك لا يمس تماما بالاتساق المنطقي للأنساق الرياضية على اختلافها، بل إن ذلك هو أساس اتساقها المنطقي كما يقر بذلك كثير من فلاسفة العلم المعاصرين.

ليس من شك في أن محاولة بناء علم للقانون هي مهمة صعبة وقليل هم المفكرون قبل كلسن الذين حاولوا وضع مثل هذا المشروع، إذ يعتبر هذا الأخير من خلال تركيزه على إبراز الطابع الخالص للقانون واحدا من المشاريع الأكثر اكتمالا في القرن العشرين حتى وإن كان مصدرا لكثير من الجدل أيضا، وربما ذلك هو ما يصنع خصوصية هذا المشروع في النهاية. إن تأثير كلسن على الاتجاهات النظرية المعاصرة في فلسفة القانون جلّي وهو يتعدى

[1] - Schmitt Carl, Théorie de la Constitution, PUF, Paris,:1993, p 137.

بالتأكيد حدود التيار الوضعي فبإزاء النظرية الخالصة في القانون نمت وتطورت أغلب المذاهب القانونية المعاصرة كالقرارية (كارل شميت)، الواقعية (ألف روس)، الاجتماعية (هارت) وغيرها من المذاهب القانونية الأخرى.

قائمة المراجع

- ألكسي روبت، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت، 2013.

-كانط امانوئيل، نقد العقل المحض، ترجمة موسى وهبة، مركز الإنماء القومي، بيروت. د.ت

- Amselek Paul, Kelsen et les contradictions du positivisme juridique, Revue internationale de philosophie, Vol 35, N° 138 (4), 1981, pp 460-473

- Bobbio Norberto, Kelsen et les sources du droit, Revue internationale de philosophie, Vol 35, N° 138 (4), 1981, pp 474-486

- Coq Véronique, Kantisme et empirisme chez Hans Kelsen, », Le Portique, 45-46, 2021, p 7 URL : http:// journals.openedition.org/leportique/3801

- Doray Marc, Le (néo)normativisme, constructivisme inachevé, Les Annales de droit, n° 8, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014. pp 145-196

- Ehrlich Eugen, Fundamental Principles of the Sociology of Law, Harvard University Press, Cambridge, 1936.

- Eisenmann Charles, Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, Textes réunis par Charles Leben, éd., Panthéon-Assas, Paris, 2002.

- Goyard-Fabre Simone, L'inspiration kantienne de Hans Kelsen, Revue de Métaphysique et de Morale, 83e Année, No. 2 (Avril-Juin 1978), pp. 204-233p

- Goyard-Fabre Simone, Philosophie critique et raison juridique, PUF, Paris,2004.

- Hughes Graham, Validity and the Basic Norm, California Law Review, 59 (3), 1971. pp 695-714

- Hume David, Traité de la nature humaine, Livre III: de la morale, Trad, Philippe Saltel, GF-Flammarion, Paris, 1993.

- Invernizzi Accetti Carlo, L'idée d'ordre dynamique et la théorie de la Grundnorm. Une interprétation du fondement de la validité du droit chez Hans Kelsen, Droit et société, 2016/1, N° 92, pp 181-199

- Kant Emmanuel, Métaphysique des mœurs, 1ere partie, Doctrine du droit, Trad., Alexis Philonenko. Vrin. Paris. 1971.

- Kelsen Hans, General theory of law and state, Harvard university press, Cambridge, 1949.

- Kelsen Hans, Théorie pure du droit, Trad., Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962.

- Lamballais Marc, La norme fondamentale dans la pensée de Kelsen. Un examen critique, Article paru dans le blog du Village de la justice le 30/10/2018.URL :https://www.village-justice.com/articles/norme-fondamentale-dans-pensee-kelsen-examen-critique,29835.html#vote

- Paulson Stanley. La normativité dans la Théorie pure du droit peut-elle se prévaloir d'arguments transcendantaux ? Droit et société, n°7, 1987. pp 349-370

- Roy Louis, Pour une interprétation large de la norme fondamentale transcendantale de Hans Kelsen, Cahiers d'épistémologie, N°9708, 238ieme numéro, Université de Montréal, Québec, 1997.

- Schmitt Carl, Théorie de la Constitution, PUF, Paris,1993.

- St. Hilaire Maxime, Les positivismes juridiques au XX siècle, Presses de l'Université Laval, Québec, 2020.

- Troper Michel, La pyramide est toujours debout! Réponse à Paul Amselek, in Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, Chevalier-Marescq, 1978, numéro 6, pp1523-1536

- Weber Max, Economie et société, T2, Trad., Julien Freund & al., Plon, Paris,1995.