



جامعة ابن خلدون - تيارت -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام



محاضرات في المنهجية

فلسفة القانون

مطبوعة مقدمة لطلبة السنة الأولى حقوق

من اعداد : د. عيسى علي

السنة الجامعية : 2024/2023

مقدمة :

تتناول الفلسفة ثلاثة موضوعات رئيسية هي الوجود Letre و المعرفة le connaitre والعمل lagire و دراسة الموضوعين الأولين تكون ما يسمى بالفلسفة النظرية وتشمل فلسفة الأديان و فلسفة التاريخ و نظرية المعرفة و المنطق و علم النفس ودراسة الموضوع الثالث تكون الفلسفة العملية و تشمل فلسفة الاخلاق و فلسفة القانون

ومن ثم فان فلسفة القانون فرع من فروع الفلسفة العامة تعنى بدراسة القانون بوجه خاص ، وبناء على التقسيم الفلسفي للموضوعات التي تشملها الفلسفة عموما فان فلسفة القانون تعتبر نوعا من الفلسفة العملية او فلسفة السلوك بالمعنى الواسع وهي صنو لفلسفة الأخلاق بالمعنى الضيق ، الامر الذي يفسر تناول قدامى الفلاسفة لفلسفة القانون ضمن فلسفة الأخلاق

و تكتسي فلسفة القانون اهمية بالغة في مجال الدراسات القانونية سواء من جهة فهم عملية خلق القواعد القانونية او من جهة تطبيق هذه القواعد في المجال العملي ،

فاذا كانت الفلسفة تعني : "حب المعرفة، أو محبة الحكمة"، وتعني: "معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني". فهي تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة، أو هي خلق المفهومات وتحليلها.

فالمسألة مرتبطة بفكر كل فيلسوف أو كاتب، و ترتبط ايضا بالنشاط الفكري الذي يصعب تحديده. واختلف بشأن أهدافها، فهناك من يرى أنها تبحث عن الحقيقة، وآخر عن الخير، وبنظر آخر انها تبحث عن الجمال وعن معنى الحياة والسعادة. فكان يطلق عليها بأمر العلوم لأنها كانت تمثل في آن واحد العلوم الدقيقة والعلوم الإنسانية.

وأما فلسفة القانون، فيقصد بها: "ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها ومضامينها المختلفة". وبمعنى آخر: "البحث في الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون، وهي مجال واسع لبحث الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون"¹.

فلسفة القانون، وتسمى أيضاً الفقه، وهي فرع من الفلسفة التي تبحث في طبيعة القانون، لا سيما في علاقته بالقيم الإنسانية والمواقف والممارسات والمجتمعات السياسية. تقليدياً، تتقدم فلسفة القانون من خلال توضيح والدفاع عن الافتراضات حول القانون العامة والتجريدية - أي التي لا تنطبق على نظام قانوني معين في وقت معين ولكن لجميع الأنظمة القانونية في حاضرها أو ربما جميع القوانين في جميع الأوقات.

و تهدف فلسفة القانون إلى تمييز القانون عن أنظمة القواعد الأخرى، مثل الأخلاق أو الأعراف الاجتماعية الأخرى. و تعتمد الآراء حول طبيعة القانون على إجابات لبعض الأسئلة الفلسفية الأساسية، وساهمت فيها أحياناً، على سبيل المثال، فيما يتعلق بأسس الأخلاق والعدالة والحقوق؛ طبيعة عمل الإنسان والنية؛ العلاقات بين الممارسات والقيم الاجتماعية؛ طبيعة المعرفة والحقيقة. وتبرير الحكم السياسي. لذلك فإن فلسفة القانون هي جزء لا يتجزأ من الفلسفة بشكل عام.

و اذا اعتبرنا ان فلسفة القانون تلك المادة العلمية التي تختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية من حيث تحديد مفهوم القانون و تحليل الفكر القانوني لاصول نشأة القاعدة القانونية و جوهرها وفق مناهج علمية تتناغم مع طبيعة الفكر القانوني ، فان الامر يستدعي استحضار النظريات و الاسس الفلسفية التي بنيت عليها نظرية القانون انطلاقاً من الفلسفة اليونانية وفقاً لمختلف المذاهب الفكرية

¹ ميشال تروبير ، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعد ، دار الأنوار للنشر ، الجامعة اللبنانية ، ط 1 ، 2004 ، ص 13 .

جاء هذا المقرر الدراسي لطلبة السنة الأولى حقوق لتسليط الضوء على اصول القانون و نشأته من

خلال التوقف عند المحاور التالية :

المحور الأول : فلسفة القانون و أصوله

المحور الثاني : المذاهب الشكلية للبحث عن اساس القاعدة القانونية

المحور الثالث : المذاهب الموضوعية للبحث عن اساس القاعدة القانونية

المحور الرابع : المذاهب المختلطة **Les doctrines mixtes**

المحور الخامس : تفسير القانون

المحور الأول : فلسفة القانون وأصوله

فلسفة القانون فرع من فروع الفلسفة العامة تهتم بدراسة نشأة القانون و تأصيله ، و لم كان لها ارتباط تاريخي بفلسفة الاخلاق فهي تبحث في العمق التاريخي و الاجتماعي من حيث استنادها الى مجموعة من العلوم القانونية الاخرى كالقانون المقارن و علم الاجتماع القانوني و تاريخ النظم القانونية و تتقاسم الخطوط العريضة مع نظرية القانون من حيث بحثها في اصل و اساس القاعدة القانونية ونشأتها و من ثم تحديد طبيعة القانون و اهميته للبحث عن غايته و مقاصده في مفهوم فلسفة القانون و بناء عليه فان هذا المحور سنتناوله من خلال مباحث ثلاث

- المبحث الأول : ماهية فلسفة القانون
- المبحث الثاني : تعريف القانون و خصائصه
- المبحث الثالث : علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

المبحث الأول : ماهية فلسفة القانون

ان الحديث عن فلسفة القانون عموما يهدف الى اطلاق عملية تفكر و تدبر reflexion منهجية تدور حول تحديد القانون ، علاقته بالعدل و بعلم القانون ، وتبحث في بيئة المنظومة القانونية و نمط التحليل القانوني الممكن اتباعه ،

فلسفة القانون يمكن ان تقدم في اشكال عديدة و المؤلفات التي تحمل عنوان فلسفة القانون لا يجمع بينها الا كونها تقدم جميعها رأيا عاما في القانون ، فلعضها يعرض النظريات و البعض الآخر يعرض المسائل المعالجة و مقارنتها ، فتبرز تماسك الافكار حول جملة من المسائل ، ونحن هنا لا يمكننا سوى التطرق الى المسائل الأكثر أهمية لدارس القانون ، انطلاقا من تعريف فلسفة القانون و موضوعها علم القانون و بنية المنظومة القانونية و تطورها و نمط التحليل القانوني

معني الفلسفة وأصلها يوناني: "حب المعرفة، أو محبة الحكمة"، وتعني: "معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني". فهي تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة، أو هي خلق المفاهيم وتحليلها. وهي التفكير الدائم وعرض الأفكار على الآخرين المعارضين لأفكارنا بهدف إثارة الجدل.

فالمسألة مرتبطة بفكر كل فيلسوف أو كاتب، وعمر عملها من عمر الإنسان، إذ لها ارتباط بالنشاط الفكري الذي يصعب تحديده. واختلف بشأن أهدافها، فهناك من يرى أنها تبحث عن الحقيقة،

وآخر عن الخير، وينظر آخر تبحث عن الجمال، وعن معنى الحياة والسعادة. فكان يطلق عليها بأم العلوم لأنها كانت تمثل في آن العلوم الصحيحة والعلوم الإنسانية.

وأما فلسفة القانون، فيقصد بها: "ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها ومضامينها المختلفة". وبمعنى آخر: "البحث في الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون، وهي مجال واسع لبحث الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون".

لم يكن اطلاق النقاش و اختلاف الافكار حول القانون وليد العصر الحديث انما هو سجل قديم قدم القانون نفسه ، غير ان انتشار استخدام عبارة فلسفة القانون كانت مع بدايات القرن التاسع عشر ، وبصورة خاصة بعد صدور كتاب (مبادئ فلسفة القانون) للفيلسوف الكبير هيغل 1731 ، ومن ثم اطلق العنان للمفكرين و الفلسفة في تناول موضع القانون و فلسفته فاختلقت الأراء و تنوعت المحتويات التي جاءت بها المؤلفات التي تحمل هذا العنوان (فلسفة القانون) من حيث الجوانب النظرية المطروحة او من حيث موضوع القانون ، و لا في معرفة اذا كلنت فلسفة القانون جزءا من الفلسفة او جزءا من علم القانون ، / بل انه هناك اختلاف حتى في استخدام العبارة الدقيقة لوصفها فالبعض يفضل استخدام (النظرية العامة للقانون) و البعض الاخر يصير على (فلسفة القانون) وهو ما يكشف الاختلاف الابستمولوجي بين فلسفة قانون القانونيين و فلسفة قانون الفلاسفة أو بين اتباع مدرسة القانون الطبيعي و اتباع مدرسة القانون الوضعي (الوضعية)

حيث لاقت النظرية العامة للقانون انتشارا واسعا جدا في النصف الأول من القرن العشرين و بخاصة بفعل تأثير الفيلسوف كلسن هانس 1881-1973 الذي عرض نظريته في القانون الوضعي تحت اسن النظرية الخالصة للقانون theore pure de droit و اسس رفقة الفقيه الفرنسي دوجي المجلة الدولية لنظرية القانون ، وفي اعقاب الحرب العالمية الثانية عرفت نظرية القانون الطبيعي اهتماما مجددا لتعود معها استخدامات فلسفة القانون و على اثر ذلك يستمر اليوم تقديم فلسفة

القانون و النظرية العامة للقانون كاختصاصين مختلفين² ن فلسفة القانون هي اختصاص نظري و قاعدي يشمل على :

- انطولوجيا قانونية تبحث عن جوهر القانون و بعض المفاهيم كالديمقراطية و الدولة و الشخص
- ابستمولوجيا قانونية تهدف الى فحص امكانيات الوصول معرفة جوهر القانون
- غائية قانون تهدف الى تحديد الغايات من القانون
- منطق قانوني يحلل المحاجة القانونية

في حين تبقى النظرية العامة للقانون تبحث في توصيف و تحليل القانون كما هو ، باتباع منهج علمي بعيدا عن اي حكم مسبق و تحمل وقعا وضعانيا اي تهتم بالقانون الوضعي كما هو ، غير انه هناك بعض المؤلفات التي تنتهج الاسلوب التنظيري وان تنتهج منهج انصار القانون الطبيعي و هو ما يمكن ان نجده في مؤلفات فلسفة القانون حيث يميل الى النظرية الوضعانية او اي يهتم بالاسس التي يقوم عليها القانون الوضعي ومن ثم يمكن القول ان كلا من فلسفة القانون و النظرية العامة للقانون جرى استخدامهما في المؤلفات و المطبوعات البيداغوجية في كثير من الاحيان كمترادفتين لنفس المعنى ، لكن تطور المناهج التعليمية ادى الى الفصل بينهما من خلال المواضيع التي يتناولها كل مؤلف كما اشرنا اليه سابقا .

فلسفة القانون، كما يدل عليها اسمها، فرع من فروع الفلسفة العامة يعنى بالقانون بوجه خاص. ولأن الفلسفة العامة هي علم الأصول والكليات المتلمقة بالكون بأكمله، فإن فلسفة القانون هي علم الكليات المتعلقة بالقانون، أي علم أصول القانون وأسسها العامة، أو علم الأصول المشتركة بين جميع النظم القانونية.

ولتحديد موضع فلسفة القانون من الفلسفة العامة، يلاحظ أن الفلسفة تتناول ثلاثة موضوعات رئيسية هي : الوجود، être او المعرفة، le connaitre او العمل، agir او ان د ارسه الموضوعين الأولين تكون ما يسمى بالفلسفة النظرية، وهي تشمل على الأخص فلسفة الأديان وفلسفة التاريخ ونظرية

² ميشيل تروبير ، فلسفة القانون ، منشورات بريس اونيفرسييتير 2003 ، ترجمة جورج سعد ، الطبعو الأولى 2004 دار الانوار للطباعة و النشر ، بيروت لبنان . ص 13 .

المعرفة والمنطق وعلم النفس، وان د ارسه الموضوع الثالث تكون الفلسفة العلمية، وهي تشمل
فلسفة الأخلاق وفلسفة القانون.

يتبين من ذلك أن فلسفة القانون هي نوع من الفلسفة العلمية أو فلسفة السلوك بالمعنى الواسع،
وهي صنو لفلسفة الأخلاق éthique بالمعنى الضيق.

وبهذه القرابة بينيا وبين فلسفة الأخلاق تفسر امتزاجها بها في نشأتها، فسئرى أن قدامى الفلاسفة
لم يتناولوا فلسفة القانون إلا ضمن نظرياتهم الخاصة بفلسفة الأخلاق، وأن فلسفة القانون لم
يبرز لها كيان مستقل إلا في العصر الحديث³.

ورغم أن فلسفة القانون تعنى بدراسة نطاق القانون، إلا أنه هناك اختلاف بينها وبين علم
القانون، ومن بين هذه الاختلافات نذكر: ⁴

- فلسفة القانون ليست فرعاً من فروع القانون، بل هي فرع من فروع المعرفة.

- فلسفة القانون هي علم العموميات، ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء. أما علم
القانون فهو علم الفروع.

- فالفيلسوف يدرس عموميات الظاهرة القانونية، مبادئها الكلية والأساسية. في حين أن رجل القانون
يهتم بتفاصيل الجزئيات.

- تعنى فلسفة القانون بالجوانب العالمية والنواحي العامة للقانون، فهي تمتد إلى ما هو مشترك بين
الأنظمة القانونية المختلفة. بيد أن علم القانون يقتصر على قانون وطني معين.

³ سليمان مرفس المرجع السابق ، ص 05

⁴ سليمان مرفس ، فلسفة القانون دراسة مقارنة ، المنشورات الحقوقية صادر ، مصر د س ن ، مصر ، ص 21

- 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 فيما عن ما يجب أن يكون عليه القانون. أما رجل القانون، فعليه أن يتقيد بالنزعة الموضوعية، وهو يبحث فيما هو عليه القانون.

في البداية أثير التساؤل والجدل حول ضرورة القانون من عدمه لتنظيم المجتمع، فظهر اتجاهان، الأول: يرى ضرورة القانون، فهو وسيلة لتحقيق الانسجام الاجتماعي عن طريق كبح مشاعر الشر لدى الإنسان، لهذا فلا بد من وجود نظام قانوني رادع لضبط هذه الطبيعة البشرية. أما الرأي الثاني:

فهو عكس الاتجاه الأول إذ يرى أن الإنسان بفطرته ينهج نحو الخير (فهو خير بطبيعته)، فلا يحتاج إلى قواعد قانونية تنظمه، فأصحاب المال والطبقية هم من يفرضون القانون لتبقى السيطرة في أيديهم، ثم تجاوز الجدل والتساؤل حول الحاجة إلى القانون من عدمها، فلا شك أن الواقع والزمن أثبتا حاجة المجتمع والإنسان إلى قانون ينظمه ويضبطه، ولكن المشكلة تكمن في من يضع القانون، ومن له شرعية الإلزام وفق القانون؟⁵

لتتحول بعد ذلك اهتمامات فلسفة القانون ومواضيعها بالبحث في أصل القانون وغاياته والمقصود بأصل القانون، ماهيته وأساسه. وذلك بهدف التعرف على طبيعة القانون وأصل نشأته وأساسه، وتحليل جوهره لبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها. وذلك في محاولة للكشف عما إذا كان القانون ينشأ من ضمير الجماعة دون تدخل الإرادة الإنسانية في صنعه، أم أن الإرادة الإنسانية هي صانعة القانون، أم أنه من وحي الطبيعة والمثل العليا، أم من وحي البيئة الاجتماعية.⁶

⁵ فاضلي ادريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص 49
⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 09.

وأما غاية القانون، فيقصد بها الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون ويسعى إلى تحقيقها. ورغم أن غالبية الفقهاء اتفقوا على أن هدف القانون هو تحقيق العدل، إلا أنهم اختلفوا حول مفهوم العدل ونوعه وطرق تحقيقه.⁷

وإنّ البحث في هذين الموضوعين تمخض عنه الأسس التالية:⁸

- 1- الأساس الوضعي للقانون: ومعناه القانون مجموعة قواعد أمره يضعها الحكام القابضون على السلطة في المجتمع، وهي ما يطلق عليها بالوضعية القانونية الإرادية، شملت 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.
- وهناك من ارتأى تقسيم فلسفة القانون إلى عدة مباحث هي:
- الوجود القانوني: يهدف إلى تعريف القانون والبحث في أساس إلزامه وأصله.
 - القيم القانونية: هي المبادئ والمثل التي تحكم القانون هل هي العدل أم الحرية أم الأمن والاستقرار.
 - المعرفة القانونية: هي الوسائل التي يمكن التعرف على القانون هل بالعقل أم بالملاحظة أم التجربة أم أداة أخرى.
 - علم الاجتماع القانوني: علاقة القانون بالمجتمع.

⁷ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابوسنتيت ، اصل القانون او النظرية العامة للقانون ، ، ص 05 .
⁸ كريم كريمة ، محاضرات في فلسفة القانون ، المركز العربي الديمقراطي ألمانيا ، 2021 ، ص 13 .

المبحث الثاني : تعريف القانون وخصائصه

تتفاوت الصياغات التي تناولت تعريف القانون ، بين ماورد عند اهل اللغة وما جاء به فقهاء القانون وغير انهما يلتقيان في بحثهما الهادف الى وضع مفهوم واضح لفكرة القانون و تحديد معنى القواعد القانونية

المطلب الأول : القانون لغة

ورد تعريف القانون في كثير من المعاجم العربية ، إذ يذكر الشريف الجرجاني في تعريف القانون ((القانون: كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه، كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور⁹ وقال السيوطي: ((القانون: أمر كلي منطبق على جزئيات يتعرف أحكامها منه)

اما في المعجم الوسيط فقد جاء تعريف القانون على انه مقياس كل شيء وطريقه) ، و في الاصطلاح أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته ، التي تعرف احكامها منه و الاصل ، ويقصد بالقانون أيضا الأصل أو مقياس الأشياء إذ جاء في مختار الصحاح في بيان معنى كلمة القانون إن القوانين الأصول ، والواحد قانون وليس بعربي¹⁰. وجاء في القاموس المحيط إن القانون مقياس كل شئ وجمعها قوانين

المطلب الثاني :- القانون اصطلاحاً

لمصطلح القانون معان كثيرة ، فهو تارة مجموعة القواعد الضابطة للسلوك والعلاقات بين البشر في المجتمع التي تؤدي مخالفتها إلى تسليط الجزاء أو فرض احترامها بالقوة عند الحاجة ، وتارة

⁹ مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، فلسفة القانون عند ارسطو ، مجلة مرز بابل للدراسات الانسانية ، مجلد 4 عدد2 ، بغداد العراق ، ص 342

¹⁰ نفس المرجع ، ص 343

أخرى هو علم من العلوم التي تلقن في كليات الحقوق وفي الوقت نفسه يدل على معرفة هذه القواعد ، وطورا يحمل معنى فلسفيا كالحق والعدل¹¹

غير ان التساؤل يبقى قائما حول ذلك الشئ الذي نسميه القانون، فهل يمكن اعتباره سلسلة من الضوابط الكونية المرتبطة بالطبيعة أم هو ببساطة مجموعة من الأوامر الموضوعة من قبل الإنسان ؟

وهل يسعى القانون الى تحقيق هدف معين مثل الحماية الشخصية والعدالة والمساواة الاقتصادية والسياسية

فالقوانين في عمومها اتسمت في مراحلها الأولى بالصفة الدينية فكانت عبارة عن أوامر إلهية يبلغها الحاكم أو الكهنة إلى الناس ولكنها ما لبثت إن فقدت جوهرها وامتزجت مع القواعد التي يضعها رجال الدين والحكام بأنفسهم وينسبونها إلى الإلهة المزيفة التي اخذوا يعبدونها¹²

فقد عرف القانون بعض الفلاسفة القدماء:

حيث كان يرى سقراط أن القانون:(هو عبارة عن حقيقة مطلقة واجب الطاعة وان مصدره الهى فهو رمز للعقل لذا يجب إن يسود لتنظيم الفوضى في المجتمعات الإنسانية وبما أن القانون أصله الهى فهو لا يتبدل ولا يتغير¹³

إما أفلاطون فقد عرف القانون : بأنه هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى تحقيق العدل وتطورت القوانين في مرحلة لاحقة فظهرت في صورة أعراف وتقاليد تختلف باختلاف الزمان والمكان وفي مرحلة أخيرة دونت في مجموعات خاصة عقب اكتشاف الكتابة ونشأة الدولة بمفهومها الحديث

أرست تلك المبادئ القانونية العامة للمجتمعات الإنسانية عبر تاريخها الطويل¹⁴

وعرف القديس (توما الأكويني) القانون : على انه تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع يضعه ويصدره السلطان بقصد تحقيق الخير العام . ويرى انه لا غرابة في إن يكون هذا القانون نظاما عقليا ما

¹¹ عوايدي ، عمار: مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992 ، ص10 .

¹² مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، المرجع السابق ، ص 345 .

¹³ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 121 .

¹⁴ أفلاطون : الجمهورية ، ترجمة : فؤاد زكريا ، الكتاب الأول ، الهيئة العامة للكتاب ، 1975 ، ص189 ، وما يليها .

دامت السلطة هي العقل الجماعي ، كذلك فانه من الطبيعي أن يحقق القانون الخير المشترك أي السلام والعدل إذ إن المجتمع لا يسيره غير هدف مشترك¹⁵

اما توماس هوبس Thomas Hobbes فقد عرف القانون بأنه مجموعة القواعد التي أمرت بها الدولة كل فرد ، بواسطة الأقوال أو خطياً ، أو بواسطة إشارة أخرى كافية صادرة عن الإرادة ، بغية استخدامها بهدف تمييز القانون عن الضرر¹⁶

أما مونتسكيو فانه عرف القانون على انه هو الموجب البشري ما سيطر على أمم الأرض ، ولا ينبغي للقوانين السياسية والمدنية في كل امة إن تكون غير الأحوال الخاصة التي يطبق عليها هذا الموجب البشري

فالقانون إذن بوجه عام هو قاعدة يعمل بها ويسار عليها ومصدرها العرف والمجتمع أو الشرع وأوامر الله : وتسمى الأولى وضعية والثانية إلهية لأنها عن إرادة الله أو طبيعية لأنها لاتعارض الطبيعة بل تعززها . ولا بد للقوانين جميعها إن تكون ملزمة سواء أصدرت عن إرادة الشعب أو فرضها الغالب ، أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم احد جوانب الحياة الاجتماعية مثلا ، القانون المدني ، القانون الجنائي ، قانون العمل ، وهي نصوص قانونية ترد بأرقام متسلسلة ومصنفة ومقننة ، وصادرة عن السلطة المختصة . أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الافراد في المجتمع .

المطلب الثاني: خصائص القانون

في تعريف القانون تبين انه مجموعة من القواعد و تلك القواعد تنظم مجموعة من العلاقات تنشأ بين الافراد فيما بينهم أو بين الأفراد و الدولة ، فهي تعكس تنظيم المجتمع و نشاط الافراد داخبا هذا المجتمع ، بحيث ان تلك القواعد تكون عامة و تسري على كل فرد من المجتمع و تكون جديرة بالاحترام من قبل الافراد الذين يصبحون ملزمون بتنفيذها و الخضوع لها ، و احترام

¹⁵ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 132

¹⁶ مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، المرجع السابق ، ص 346 .

الحدود التي ترسمها و في حال مخالفتها يقع الفرد تحت طائلة الجزاء الذي تقره هذه القواعد و تطبقه القوة العامة التي تعود للدولة¹⁷ و عليه فان خصائص القانون هي :

1- القانون مجموعة قواعد اجتماعية

يقصد بالمجتمع او البيئة الاجتماعية المجتمع السياسي المنظم الذي يخضع افراده لسيادة سلطة عامة تمتلك عليه حق الجبر و القهر و التي تتشكل اليوم في صورة الدولة وبدأ القانون مع بداية تنظيم المجتمعات اذ ظهر مع القبيلة وعصر الاقطاعيين ثم الدولة بالمفهوم المعاصر¹⁸ ، و القانون مجموعة من القواعد السلوكية التي تنظم سلوك الاشخاص في الجماعة السياسية ، و يستوى ان يكون مصدر هذه القواعد هو التشريع او اي مصدر آخر معترف به ، ويستوي في ان تكون القواعد القانونية منظمة لسلوك الافراد في اي موضوع قد يكون تجاريا او مدنيا او جنائيا فالافراد يبيعون و يشترون ، يتزوجون و يطلقون ، يسرقون و يقتلون ، فكل سلوك لا بد له من قواعد قانونية تنظمه و تحكمه ولذلك يقال القانون التجاري ، و القانون المدني ، و القانون الجنائي ، فكل مجموعة من القواعد تنظم نوعا معينا من سلوك البشر في ناحية اجتماعية معينة و في جانب معين من جوانب الحياة الاجتماعية و لذلك نقوا ان القانون هو مجموعة من القواعد الاجتماعية

19

2- القانون مجموعة قواعد عامة ومجردة

من خلال تعريف القانون اتضح انه مجموعة من القواعد ، و للقاعدة ميزتان : العموم و التجريد فالقاعدة عامة باعتبار انها تنطبق على جميع من توجه اليهم خطابها ، فهي لا توضع لعمل واحد او لشخص معين بالذات و الا كانت أمرا ، كالأمر الاداري بتعيين موظف او اغلاق مصنع او كالحكم القضائي بالظام شخص بشيء معين ، و انما هي من الشمول بحيث تنظم كل الأعمال التي تحكمها

¹⁷ اسحاق ابراهيم منصور ، نظريتنا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001 ، الجزائر ، ص 31

¹⁸ فاضلي ادريس ، الوجيز في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2003 الجزائر ، ص 24 .

¹⁹ اسحاق ابراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 32 .

و الاشخاص الذي تحكمهم²⁰ ، و ليس معنى ذلك ان خاصية العموم تنصرف الى ان القاعدة تطبق على كل من تقلهم ارض الدولة او على سائر الأعمال التي تصدر منهم و انما تنصر الى تصرفات معينة و الى فئات معينة و ثال ذلك القواعد القانونية التي تنظم و تحكم حوادث العمل مثلا او الاعمال التجارية ، و قد تنصرف الى طائفة بعينها كطلبة الجامعة مثلا او الموظفون العموميون دون ان تفقد القاعدة لعموميتها ذلك ان المقصود بالعموم هو توجيه الخطاب الى فئة من الناس لا يحصر عددها يتحدد افرادها بصفاتهم لا بذواتهم ، و لا تفقد صفة العموم حتى وان خاطبت فردا واحدا بصفته تبقى القاعدة القانونية عامة و مثال ذلك رئيس الجمهورية فالقواعد الدستورية تحدد كيفية اختياره و تحدد مهامه و صلاحياته و لكنها تنطبق على كل من يتولى منصب رئيس الجمهورية و ليست خاصة بشخص معين بذاته²¹

و التجريد في القاعدة القانونية يقصد به ان القاعدة القانونية تنشأ منذ وجودها مركزا او وضعيا لا ينظر فيه الى شخص معين او الى واقعة معينة و لذا فان احكامها تنطبق على كل شخص أو واقعة تتوافر فيه أو فيها شروطها²² و مؤدى ذلك ان القاعدة القانونية وضعت مجردة من تحديد شخص بذاته اي دون التنبأ مسبقا بمن تنطبق عليه²³

فالقاعدة الخاصة بالدخول الى سلك القضاء مثلا وضعت دون التنبؤ بمن سيكون مترشحا لتلك الوظيفة و الامر نفسه بالنسبة للقاعدة الخاصة بالترشح لمنصب رئيس الجمهورية و مدة العهدة التي يتولاها وضعت دون العلم المسبق بمن سيكون رئيسا للجمهورية فتنطبق عليه و لذلك جرى الفقه القانوني على القول بان القواعد القانونية عامة و مجردة

3. القانون مجموعة قواعد ملزمة

²⁰ عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر 1950 ، القاهرة ، ص 14 .

²¹ اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 32

²² عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو ستيت ، نفس المرجع ، ص 14 .

²³ اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 33 .

معنى الالتزام هو واجب احترام القاعدة القانونية وكفالة التنفيذ من كل مخاطب بها ووجه الالتزام يظهر من خلال الجزاء الذي تحدده القاعدة القانونية في حال مخالفتها وعدم الالتزام بأحكامها ، و المقصود بالجزاء هو رد فعل القانون او العقاب الذي يقره او هو طريقة الاجبار على الالتزام بنص القانون و احترامه²⁴

و من ثم يكون اقتران القاعدة القانونية بجزاء هو الأمر الجوهري الذي يميز قواعد القانون عن قواعد الدين و الاخلاق ، فالجزاء هو الوسيلة التي تمتلكها الدولة او السلطة العامة لضمان احترام القانون²⁵ ولو استدعى الأمر استعمال القوة العمومية من شرطة و درك و غيرها ...

و الجزاء بالمفهوم الحديث اما ان يكون جزاء جنائيا ، أو ان يكون جزاء مدنيا و اما ان يكون اداريا
أ. الجزاءات الجنائية :

يقصد بالجزاء الجنائي الزجر²⁶ ، و يقصد به ايضا العقوبات و تدابير الأمن²⁷ ويقع فيما عدا الغرامات الجزائية على جسم المخالف و يتدرج من الغرامة الى الحبس المؤقت الى السجن المؤبد وصولا الى الاعدام .

فالعقوبات او الجزاءات الجنائية تلحق بمرتكبي الجرائم وتحدد وفقا لخطورة السلوك المجرم وقد تكون مصحوبة بعقوبات او جزاءات تكميلية او تبعية بالاضافة الى تدابير الأمن

ب. الجزاءات المدنية :

و يقصد بالجزاء المدني الجبر فعندما يجبر المدين على تنفيذ حق للدائن قبله يستوى في ذلك ان يكون التنفيذ عينيا اي تنفيذ ذات الالتزام او تنفيذ بمقابل اي عن طريق التعويض²⁸ ، و يكون الجزاء المدني في صورة البطلان و ابطال التصرف من عقد او اتفاق جاء مخالفا للقانون او

²⁴ اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 33 .

²⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق ، ص 16

²⁶ نفس المرجع ، ص 16

²⁷ اسحاق ابراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 34 .

²⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو ستيت، المرجع السابق ، ص 16

للقواعد الملزمة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها فيكون البطلان مطلقا اذا لم يسمح القانون بتصحيحه و يكون نيبيا اذا اجاز القانون تصحيحه²⁹

ت. الجزاءات الإدارية :

وهي نوع خاص من الجزاءات تختص بها الهيئات الادارية تنفيذا و تطبيقا فتكون الادارة ملزمة بالغاء القرارات التي اصدرتها اذا ما صدر فيها حكم قاض بالغاء قرار اداري متى ما كان هذا القرار الاداري مشوبا بعيب قانوني أو غير مشروع ، كما تتمثل في توقيع الجزاءات التأديبية على الموظفين الاداريين الذين يخلون بواجباتهم المهنية و يخالفون القانون المنظم لوظائفهم . فيأخذ صورة لفت النظر او اللوم او الحرمان من كل أو بعض مزايا المهنة أو الوظيفة او الخصم من الراتب او الوقف عن العمل أو الفصل من الوظيفة³⁰

المطلب الثالث : ضرورة القانون :

يسعى الانسان وفقا لغريزته الى ان يحافظ على حياته ، فجهوده تصب في رغبته في العيش و ان يحسن وسائل العيش من خلال اخضاع الطبيعة التي يعيش فيها ، غير ان هذا لا يمكن للانسان ان يفعله منفردا و وحيدا و انما في جماعات وهذا معروف عن الانسان منذ الازل و عبر العصور فلقد عاش الانسان في جماعات مدفوعا بطبيعته عبر مختلف الازمان ، و داخل كل جماعة لا يمكن القول بوجود فرد واحد فقط يريد ان يعيش و ينمو بمفرده انما حوله افراد آخرون يريدون في الوقت ذاته وفي الظروف ذاتها ان يقوموا بنفس الشيء و بنفس الاساليب التي يتبعها و من هنا تظهر المنافسة على الحياة بين الافراد وهذه المنافسة تستتبعها منازعات و خصومات و الحال هذه لا يمكن ان يتصور معها استمرار العيش او الحياة وهي الفوضى بعينها ، ولما كان الانسان مدفوعا بطبيعته الى البحث عن وسائل و كفاءات ضمان البقاء و العيش في المجتمع كان لزوما عليه البحث عن وسيلة يضمن بها وضع حد للمنازعة و الفوضى و اسكبار القوي على الضعيف ، وهو ما اهتدى اليه بعد

²⁹ اسحاق ابراهيم منصور ، نفس المرجع ، ص 34 .
³⁰ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 31 .

تجارب مريرة و قاسية فهم من خلالها ان الفرد اذا اراد البقاء فعليه ان يحدد حاجياته و يتنازل عن سيء من حريته المطلقة ان اراد العيش في جماعة و بهذا يمكنه ان يتمتع بحريته في نفس الوقت يسمح للاخرين ان يتمتعوا بحرياتهم في نفس الظروف و بنفس الشروط وهذا التحديد يفرغ في شكل قواعد يجب على كل فرد من الجماعة ان يتبعها في علاقاته مع الآخرين فلا يعتدي على حياة غيره ، ولا يسرق مالا مملوكا لغيره ، و لا يعتدي على عرض غيره ومن هنا كانت لبنة تكوين القواعد التي يتكون منها القانون³¹

مما سبق يتضح ان القانون يوجد في المجتمع البشري لتنظيم الروابط الاجتماعية ، و لما كان وجود المجتمع ضروريا فلا بد من وجود روابط اجتماعية ومتى وجدت هذه الروابط و العلاقات كان لزاما تنظيمها بمجموعة من القواعد ، وهذه القواعد هي القانون ، فوجود القانون في المجتمع حقيقة لا يمكن نكرانها ذلك ان القانون وان كان قد نشأ على شكل بدائي من خلال الاعراف التي تحترمها الجماعة او القبيلة ، ليرتقي بعد ان اهتدى الانسان الى فكرة السلطة الحاكمة او الدولة و يصبح تشريعا وضعيا تضعه السلطة العامة و تقوم على تنفيذ احكامه³²

فالجابة عن ضرورة القانون من عدمه تعتبر عملية تقويمية باعتبار ان ثمة افتراض ضمني عن هدف الانسان و غايته و ما يحتاج الوصول اليه من اهداف او تحديد ماهو خير له او شر ، فهناك من يرون ان الانسان شرير بطبعه وهناك من يرى انه مزيج بين الدوافع الخيرة و الدوافع الشريرة التي هي في صراع مستمر فالقانون يبقى هو الرادع الذي لا غنى عنه لكبح جماح قوى الشر وان الفوضى و غياب القانون هو الخطا الاكبر الذي يجب تفاديه ، اما اذا كان الانسان خيرا بطبعه وفقا لانصار هذه الرؤيا فان البحث عن العيب الجوهرى في البيئة التي يعيش فيها هذا الانسان باعتبارها مصدرا للشور التي يعاني منها³³

³¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو سنيت، المرجع السابق ، ص 16

³² عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو سنيت، المرجع السابق ، ص 17 .

³³ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 31 .

➤ علاقة القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى

الانسان يحيا في بيئة اجتماعية معينة وبناء عليه ترتبط نمطية حياته بمختلف عاداتها و اخلاقها بالظروف الاجتماعية المحيطة بتلك البيئة ، ومن ثم فان البحوث العلمية تتطلب معالجة شاملة للظواهر بغية الاحاطة بجميع نواحي الموضوع المطروح للبحث من خلال الربط بين مختلف فروع العلم ، واذا كانت العلوم القانونية تتصل اتصالا وثيقا بظروف المجتمع و البيئة التي تعيش فيها الاشخاص المخاطبين بقواعد القانون ، فانه من لوازم الامام بمعنى القانون و اصله الكشف عن تلك العلاقات القائمة بين القانون ومختلف العلوم التي تعنى بدراسة الجوانب الاقتصادية و الاجتماعية التي نشأ فيها القانون ذلك ان القانون مرتبط بمختلف العلوم و بصورة خاصة العلوم الاجتماعية

1- علاقة القانون بعلم الاجتماع :

ترتبط القواعد الاجتماعية بالقوة اعد القانونية ارتباطا وثيقا ، فاذا كان علم الاجتماع يعنى بدراسة الظواهر الاجتماعية الكثيرة و المتنوعة مثل ظاهرة الهجرة ، و التسرب المدرسي، و ظاهرة العنوسة او الطلاق وما تنتجه هذه الظواهر من مشاكل اجتماعية خطيرة تؤثر على نوعية الحياة و رقيها ، فان علم القانون و صناع القاعدة القانونية يعكفون على وضع الضوابط التي يمكن من خلالها معالجة الظواهر التي يدرسها علم الاجتماع كواقع اجتماعي ، ومن ثم يتبين سبب اختلاف النظم القانونية باختلاف المجتمعات و الظواهر الاجتماعية فيها ، ففي كل مجتمع توجد قواعد قانونية تحمي الحقوق و المصالح بحسب النمط الذي يصطبغ به المجتمع ، ففي المجتمعات الرأسمالية توجد قواعد تحمي التوجه الفردي و راس المال و امتيازات الملكية الخاصة ، في الوقت الذي تتميز المجتمعات الاشتراكية بقواعد قانونية تهدف الى حماية ملكية المجموعة الوطنية و

رفاهية الجماهير و الملكية العامة ، ومن ثم فان القواعد القانونية تتماشى مع الظروف المادية و السياسية و الاجتماعية التي تظهر فيها .

2- علاقة القانون بالعلوم السياسية

اذا كانت العلوم السياسية تعنى بدراسة النظريات التي بنيت عليها فلسفة نشأة الدولة و أهدافها و طرق رسم السياسات العامة للحكومات من خلال المؤسسات التي تساهم في تحقيق اهداف الدولة ، فان علم السياسة يتولى بالدراسة المشكل السياسي بمختلف جوانبه ، انطلاقا من الديمقراطية الى ممارسة الحريات و البنية الحديثة لادوات الحكم و نمطية العلاقات التي تربط بين مختلف الاجهزة داخل الدولة و بين الدولة و الشعب ، و بين الدولة و الدول الأخرى و من ثم فان حل المشكل السياسي مرتبط بتطبيق احدى النظريات التي تعتمد اما على مبدأ الفصل بين السلطات وهي روح الديمقراطية وفقا للفقهاء مونتسكيو ، او بناء على تجميع السلطات لدى هيئة واحدة وفقا لما رآه كارل ماركس و انصار النظرية الماركسية او ما يعرف بالبروليتاريا ، وهنا تظهر علاقة القانون بعلم السياسة اذ يلتقيان من اجل حل المشكل السياسي و حماية الحقوق و الحريات و تحقيق الرفاه للأفراد ، فتكون علاقة العلوم القانونية بالعلوم السياسية مباشرة لدرجة انها ترتبط ببعضها في مختلف جامعات العالم من خلال كليات الحقوق و العلوم السياسية ، فحل المشكل السياسي مرتبط بقواعد القانون الدستوري الذي يحدد من خلاله نمط الحكم والياتة وعلاقة السلطة الحاكمة بالمحكومين .

3- علاقة القانون بالعلوم الاقتصادية

اذا كانت العلوم الاقتصادية تعكف على دراسة المشكلة الاقتصادية بتفرعاتها من خلال التوقف عند الانتاج و التوزيع و رصد الاحتياجات و العرض و الطلب و التوقف عند اسباب و دواعي الندرة

و ما تخلفه ، و اثار الملكية و تجلياتها على الاستثمار وعلى نمطية الحياة داخل المجتمع ، فان علاقة القانون بالعلوم الاقتصادية تكمن في الهندسة القانونية للحلول المقترحة لتجاوز المشكل الاقتصادي ، فالقانون هو الذي يحدد طبيعة الملكية و انواعها من ملكية فردية مطلقة أو مقيدة ، ملكية خاصة او عامة ، وطرق التعامل مع طبيعتها ، و يحدد القانون ايضا اسباب الاستثمار واستغلال الملكيات الخاصة و العامة في الاطار الذي يخدم التوجه الاقتصادي المتبنى من قبل الدولة

فاذا كانت العلوم الاقتصادية تضع النماذج المثالية للانتاج و التوزيع و سد الحاجيات و مواجه الندرة ، فان القانون ينضم هذه النماذج في مختلف القطاعات و الانشطة الاقتصادية ، فالقانون التجاري ينظم العمليات التجارية و يحمي حوق التجار و المتعاملين الاقتصاديين ، و قانون الصناعة يؤطر العملية الصناعية من البداية الى تسليم المنتج للمستهلك الأخير ، و قانون الاستثمار يحدد المجالات المختلفة للاستثمار و يضع القواعد العامة لمباشرة اي عملية استثمارية حفظا للحقوق و تحديدات للواجبات المقررة ، كما يحمي القانون النظم الاقتصادية للدولة من خلال القواعد التي تحدد الجرائم الاقتصادية و تحارب كل من ينتهك مبادئ النموذج الاقتصادي المقرر داخل المجتمع

4- علاقة القانون بالدين

الدين ، religion ومعناه لغة الجزاء و الطاعة كما يعني احساس بوجود قوة غالبية مسيطرة عليه³⁴ ، و نشأت فكرة الدين لدى الانسان حتى قبل نزول الرسالات السماوية لدى المجتمعات القديمة من خلال دعامتين اساسيتين الاولى الايمان بوجود قوة خارقة للطبيعة ، و الثانية وجود عقيدة راسخة في هيمنة قوة مجهولة على مصائر البشر ، فكان الصراع الدائم بين الانسان و

الظواهر الطبيعية التي لا يفهمها كالبرق ، و الرعد ، و الرياح ، و الزلازل و غيرها ، ويقف عاجزا امام تفسير تغيرات المجرى الطبيعي و العادي للاشياء كتحول الليل الى نهار و تغير مسار الاجرام السماوية و حركة النجوم ، فكان الاعتقاد بان يملك القوة لفعل ذلك له القوة للتحكم في مصائر البشر الى ان جاءت الشرائع الربانية من خلال الرسل و الانبياء ، انطلاقا من شريعة بني اسرائيل التي وضعت لبني اسرائيل من خلال التوراة مجموعة من الاحكام والقواعد التي يجب على الحكام و المحكومين احترامها و تنفيذ احكامها تحت طائلة العقاب الرباني وهو نفس المسار الذي جاءت به الديانة المسيحية و التي نشأت في امكنة مزدحمة بالشرائع انطلاقا من شريعة مةسى عليه السلام الى شريعة الرومان ومجموعة جوستينيان فكانت رسالة عيسى عليه السلام وجهده محصور في تثبيت قواعد الاخلاق وتقويم النفوس وفصل بين الدين و الدولة و بين الدولة و القانون وهو ما يستشف من مقولته (ما لله و ما لقيصر لقيصر)

وكان خاتم الانبياء والمرسلين سيدنا محمد عليه الصلاة و السلام النبي الذي انزل عليه القرآن الذي جمع احكام العبادات و قواعد المعاملات فجمع بين اسس وقوام الدين و اسس وقوام بناء الدولة فنظم القرآن بالاضافة الى قواعد الدين منى صلاة و زكاة و صوم ... الى قواعد المعاملات من زواج و طلاق و بيع و شراء و اثبات و اجازة ... وغيرها وهو ما كان له اثر كبير في القانون الوضعي بمفهومه الحديث ذلك ان الدولة الاسلامية في عصر الخلافة الاسلامية نظمت مختلف مناحي الحياة من ديوان للمظالم وهو مرفق القضاء حاليا و جهاز للشرطة و الحسبة و غيرها من المرافق التي كانت تدون كل شيء في سجلات ، و هي اساس القانون المدني الفرنسي الذي دونه نابليون بعد فتحه للاسكندرية .

المطلب الرابع : اساس القانون من منظور فلسفة القانون

تداخلت المفاهيم في بدايات الاهتمام بدراسة القانون الوضعي بين اساس القانون و غايته خاصة لدى انصار نظرية القانون الطبيعي و بعد اكتمال نضوج علم القانون و استقلاله فاصبحت مختلف التعاريف التي وضعت للقانون تعكس التوجه الفلسفي لصاحب التعريف ، فيقصد بأصل القانون ماهيته و أساسه و الفكرة العامة الاساسية في تصور القانون ، ولذلك تتجلى اهمية البحث في اساس القانون و البحث عن اجابة للتساؤلات المختلفة لماذا القانون و ما أساسه ؟ هل يرتكز القانون على مبادئ و قيم عليا ؟ هل يرتبط القانون بالدولة ام انه يعتبر حدثا اجتماعيا ؟ فالقانوني الفيلسوف يتساءل عن سبب الالتزام بنص القانون ومصدر هذا الالتزام ؟ و كيف يمكننا تمييز القواعد القانونية عن غيرها من القواعد ؟.

هذه التساؤلات و أخرى جعلت من المتهمين بدراسة علم القانون الى البحث عن اجابات واضحة و مقنعة فظهرت ثلاث اتجاهات في معرض البحث عن اساس القانون كل اتجاه يدعم نظرية معينة و يناصر توجهات اصحابها .

1- انصار نظرية الأساس الطبيعي للقانون والاتجاه المثالي للقانون :

انصار نظرية المثالية يقرون بوجود قواعد نابعة من مبادئ تتماشى و طبيعة الاشياء و تتناسق مع حياته ، و عندهم ليس القانون ما يفرضه الحكام على المحكومين ، بل ان تلك القواعد النابعة من المبادئ الطبيعية التي تعتمد على العقل تفرض على الحكام كما المحكومين ، و عند وضع قواعد قانونية من قبل السلطة او الحكام فيجب على تلك القواعد ان تتماشى مع القواعد و المبادئ الطبيعية حتى تحضى بالقبول و الالتزام عند الافراد ، لذلك يقر انصار المذهب الطبيعي بوجود قواعد اعلى و انسق من القانون الوضعي وهي مجموعة قواعد خالدة و ثابتة تصح لكل زمان و مكان ، وهي قواعد القانون الطبيعي تستقل تماما عن

القانون الوضعي وتعلو عليه ، و تتميز ايضا بأنها لا تخضع لارادة المشرع و اصلها الالهي او طبيعي ، ولا تختلف مع ما يتقبله العقل البشري ومن ثم يكون القانون عند انصار المذهب الطبيعي و انصار المثالية هو ما يفرضه سلطان العقل و تحكمه المثل العليا

2- انصار نظرية الاساس الوضعي للقانون

من بين ابرز الفلاسفة المناصرين لفكرة الاساس الوضعي للقانون نجد كل من الفقيه هانس كلسن و اهرينج ، دافع هانس كلسن عن فكرة الوضعانية في القانون معتبرا ان القانون يبتعد عن المرجعيات و الايديولوجيات التي تحيل الى العلوم الطبيعية ، فهو من انصار الشكلية المفرطة ، ومن ثم فان القاعدة القانونية من وجهة نظر كلسن تتميز بالصحة و الفاعلية اي انها تكتسب صحتها من قواعد اسى و اعلى منها و يقصد بها هنا القواعد الدستورية التي تكسبها القوة الالزامية ، وتندرج القاعدة القانونية ضمن نظام قانوني عام يتميز بالاكراه الذي تفرضه الدولة باعتبارها تنفرد بامتلاك حق انشاء القواعد القانونية و الخضوع لها.³⁵

و في ذات السياق يرى اهرنج ان القانون ماهو الا مجموعة الضوابط التي بواسطتها يمارس الاكراه في الدولة ، فل لايجاد مصدر وجوده في الدولة و قد نشأ عن ذلك ضرورة خضوع الدولة للقانون.³⁶ مما سبق يتضح ان انصار الوضعانية يميلون الى فكرة ان اساس القانون مستمد من ارادة الحاكم و لا يجد اساسه الا فيها ، فيكون بذلك مجموعة القواعد الملزمة التي تفرضها السلطة في المجتمع لتنظيم سلوك الافراد ، و بذلك يكون القانون الوضعي هو القانون الموجود في بلد معين و في وقت معين اي القانون النافذ او ساري المفعول.³⁷

3- انصار نظرية الأساس الاجتماعي للقانون

يتقدم انصار نظرية الأساس الاجتماعي للقانون كل من الفقيه ليون دوجي ، و شارل سافيني ، اذ يعتبر سافيني ان القانون هو نتيجة لجوهر الأمة و تاريخها و لا يمكن حبسه في تقنين معين ،

³⁵ علي مراح ، دروس في منهجية العلوم القانونية ، مطبوعة بيداغوجية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2021 ، ص 03 .

³⁶ سليمان مرقس المرجع السابق ، ص 07

³⁷ نفيس المرجع ، ص 07

واهم مثال لذلك ما تبنته الاشتراكية الألمانية³⁸ ، وعلى نفس المنحى قام دوجي بتطوير النظرية الاجتماعية للقانون في فرنسا اذ يعتبر دوجي ان القاعدة القانونية تتكون في ذهن المجتمع كقاعدة اقتصادية أو اخلاقية لتصبح قانونا حتى قبل تدخل الدولة ، كونها موجودة دون ربطها بمبدأ أعلى ، و يأتي دور الدولة لاحقا لمنح الصفة القانونية في جانبها الشكلي فقط، و بناء على هذه التوجهات فان القانون ليس ما يفرضه الحاكم او الدولة و لا هو ما يتطابق و يتماشى مع العقل و طبيعة الأمور بل هو نتاج عن حياة الجماعة تفرضه ضرورات العيش على اعضاء المجتمع ، فيكون لكل مجتمع قواعد قانونية تحكمه و تسير علاقاته الاجتماعية الاقتصادية و الأخلاقية .

انطلاقا من هذا الاختلاف في البحث عن اساس القانون ظهرت مجموعة من المذاهب قسمت لدى رجال القانون الى ثلاث كل بحسب الزاوية التي يبحث من خلالها عن جوهر القانون و اساس اكتسابه للقوة الالزامية و التي يكن اجمالها في مذاهب ثلاث

مذاهب شكلية اهتمت بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية و هي المذاهب الشكلية ، و مذاهب موضوعية لا تعير الاهتمام للمظهر الخارجي للقاعدة القانونية و تبحث عن أساسها في جوهر القاعدة القانونية و لها وهي المذاهب الموضوعية ، لتظهر بعد ذلك توجهات توفيقية بين انصار المذاهب الشكلية و المذاهب الموضوعية وهي ما يعرف بالمذاهب المختلطة و التي تبحث في الجوانب الشكلية و الموضوعية لاساس وجود القاعدة القانونية و قوتها الالزامية .

³⁸ منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، ص 18 .

المحور الثاني: المذاهب الشكلية للبحث عن اساس القاعدة القانونية

المبحث الأول: المذاهب المقدسة للنصوص التشريعية

اهتم جانب من الفلاسفة بدراسة القانون كما هو و انصبت تحاليلهم و تفسيراتهم لاساس القوة الالزامية وللقانون على المظهر الخارجي للقانون ، اي ان الدراسة تنصب على القاعدة القانونية كما هي كائنة لا كما يجب ان تكون واضحة بذلك معيارا واضحا للتمييز بين قواعد القانون و قواعد الاخلاق أو قواعد السلوك الاجتماعي

وهذا تشكلت المذاهب الشكلية التي تعنى بدراسة شكلية formalism القاعدة القانونية كونها حدد نطاق دراستها و ابحاثها على دراسة الشكل الخارجي الذي تخرج به القاعدة القانونية للوجود في صورة ملزمة بصرف النظر عن قيمة مضمونها الاجتماعي والاقتصادي أو إلى هدفها الأخلاقي أو بعدها التاريخي (لأن هذا يختص به علم آخر) The science of législation. يسمى علم التشريع³⁹

وقد تزعم هذا الاتجاه الفيلسوف جون اوستين⁴⁰ الذي يعتبر من رواد المدرسة الوضعانية و أحد قادة المذاهب الشكلية كما سار في فلكه الفقيه النمساوي هانس كلسن⁴¹ و الفقيه الالماني هيغل⁴²

³⁹ علي مراح
⁴⁰ جون أوستين (بالإنجليزية) (John Austin) : و 1859 – 1790 م. (هو محامي، وفيلسوف من مملكة بريطانيا العظمى، و المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وأيرلندا، توفي عن عمر يناهز 69 عاماً)
⁴¹ هانس كيلسن (11 أكتوبر 1881 – 19 أبريل 1973) كان فقيهاً قانونياً نمساوياً وفيلسوفاً في القانون والسياسة. وهو واضع الدستور النمساوي لعام 1920، الذي يعتبر صالحاً بدرجة كبيرة حتى يومنا هذا. غادر كيلسن إلى ألمانيا في عام 1930 بسبب تصاعد الشمولية في النمسا (وتعديل دستوري جرى في عام 1929)، لكنه أجبر على ترك منصبه الجامعي بعد استيلاء هتلر على السلطة في عام 1933 بسبب أصوله اليهودية. وفي هذا العام، غادر إلى جنيف ولاحقاً في عام 1940 غادر إلى الولايات المتحدة. في عام 1934، أشاد روسكو باوند بكيلسن لكونه «فقيه زمانه الرائد دون شك». حين كان في فيينا، قابل كيلسن سيجموند فرويد ودائرته، وكتب عن موضوعي علم النفس الاجتماعي وعلم الاجتماع.
⁴² جورج فيلهلم فريدريش هيغل (بالألمانية) (Georg Wilhelm Friedrich Hegel)؛ ولد 27 أغسطس 14 — 1770 نوفمبر 1831) فيلسوف ألماني ولد في شتوتغارت في المنطقة الجنوبية الغربية من ألمانيا. يعتبر هيغل أحد أهم الفلاسفة الألمان، حيث يعتبر أهم مؤسسي المثالية الألمانية في الفلسفة في أواخر القرن الثامن عشر الميلادي. طور المنهج الجدلي الذي أثبت من خلاله أن سير التاريخ والأفكار يتم بوجود الأطروحة ثم نقيضها ثم التوليف بينهما. كان هيغل آخر بناء «المشاريع الفلسفية الكبرى» في العصر الحديث. كان لفلسفته أثر عميق على معظم الفلسفات المعاصرة.

و مؤدى القانون عند انصار هذا الاتجاه ينحصر في مجموعة الأوامر و النواهي الصادرة عن سلطة عليا تتحكم في المجتمع (الحكام) موجهة خطابها الى أفراد المجتمع (المحكومين) ، فوجود كل مجتمع مرتبط بوجود هيئة حاكمة تسن القوانين و التشريعات، وهيئة محكومة تخضع لأحكام هذه القوانين، و السلطة الحاكمة تمتلك القوة التي تمكنها من كفالة تنفيذ القانون تحت طائلة توقيع الجزاء للمخالفين لهذه القواعد القانونية وهو عند انصار المذاهب الشكلية مناط تفسير اساس القانون و طبيعة قواعده التي تفرض التزام الأفراد بأحكامه⁴³، فالقانون من منظور انصار هذا الاتجاه هو تعبير عن إرادة الدولة التي تكسبه قوة الإلزام في الحياة العملية. ومعنى ذلك أن انصار الوضعانية و المذاهب الشكلية تجعل من الوضعية القانونية مرده إلى إرادة الحاكم أو من له السلطة العليا في المجتمع أي تربط القانون بالسلطة السياسية في المجتمع.

تأسيسا على ما سبق سنحاول التوقف عند اهم النظريات المشكلة للمدارس الشكلية من خلال
المباحث الموالية

المطلب الأول : مذهب جون أوستين (المدرسة التحليلية)

لقد وضع كانط جدارا فاصلا بين الاخلاق و القانون عموما عندما ابتكر فكرة: الاخلاق العملية العممية، وهذي الاخلاق كما هي كائنة في الواقع العملي و الاخلاق العليا و التصورية ، وهي ما يجب أن تكون عليه ، ولأن القانون علم تجريبي في الأساس، فإن توافقه مع الأخلاق يكون على اساس التطابق مع ما هو كائن فعلا ، ولا يمكن ان يتطابق مع ما يجب ان يكون .
التقط جون اوستن الفكرة التي راقته له و نقلها الى مجال علم القانون مع اضافة بعض التعديلات ، من حيث انه كان من رواد المدرسة الوضعية فعند جون اوستن القانون الوضعي القائم يعبر عما هو كائن ، اما القانون المثالي و المتطابق مع الأخلاق وفقا للتصور الذي يراه كل

شخص هو ما يجب أن يكون ، ويؤكد أوستن في معرض شرحه لاساس القانون و اصله و تبين الاسس التي يقوم عليها مذهبه على وجوب الفصل بين القانون كما هو كائن و القانون كما يجب أن يكون و الذي يمثل المضمون الأخلاقي لذا كان احترام القانون الوضعي اهم غاياته⁴⁴

اتبع جون اوستن منهجا خاصا في وضع نظريته التي بحث من خلالها على اصل القانون و قوته الملزمة من خلال اتباع مجموعة من الأسس و التي ترتبت عليها مجموعة من النتائج الهامة نتطرق اليها من خلال المطلبين المواليين

نظرية اوستن في البحث عن اصل القانون:

انطلاقا من القناعة التي تكونت لدى اوستن و اختياره للمنهج الذي يبحث من خلاله في علم القانون متأثرا ببعض من سبقوه او عاصروه وهو يدرس في جامعة لندن استهل كتابه محاضرات في القانون بقوله (ان موضوع القانون هو القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون من اجل طائفة محكومة سياسيا) وما يستشف من هذا التعريف ان اوستن يتجه الى القول بأنم القانون هو مشيئة الدولة متأثرا في ذلك بالفقيه الانجليزي توماس هوبز الذي قال ((ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر وهو ليس امر من أي شخص بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة الى شخص آخر عليه بالطاعة و الخضوع ، وانطلاق مما سبق فان جون اوستن يرى بضرورة وضع نظرية عامة للقانون General jurisprudence ، لا تتطرق الى دراسة مضمون القانون من خلالا مختلف التشريعات و انما ينصب البحث من خلالها في المبادئ و المفاهيم و التصنيفات المشتركة بين النظم القانونية الوضعية المختلفة و التي لا غنى عنها في كل نظام قانوني ، فهو بذلك يستبعد كل التصورات أو الافتراضات القانونية التي لجأ اليها انصار مذهب القانون الطبيعي او المدرسة الاجتماعية والافكار الفلسفية

⁴⁴ سليمان مرقس ، فلسفة القانون دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 225

الآخري التي زحر بها عصره ، واقتصر بحثه على الواقع القانوني الأكيد ، وذلك من خلال تناوله بالتحليل و التمحيص التي يتكون منها القانون من مبادئ اساسية و مفاهيم رئيسية و تعاريف و تصانيف و يستعمل في ذلك اساليب المنطق يستخرج منها مفاهيم قانونية آخري ليخرج من ذلك كله بتعريف للقانون على انه أمر يصدره الحاكم بصفته رئيسا سياسيا الى أشخاص خاضعين لسلطته و يتعين عليهم اطاعته⁴⁵

يرى أوستين أن القانون في وضعه و تنفيذه يعتمد على سلطة الدولة التي تضع هذا القانون و تلزم أفراد المجتمع بطاعته و الخضوع له، وهذا يعني أن سلطة الدولة ذات سيادة مصدر القانون لا تخضع لأية سلطة أعلى منها. وقد اجتذب انتباهه نموذج علم الرياضيات الذي يقوم على المنهج الاستدلالي و التجريد حيث يبدأ ببديهيات و مقدمات مسلم بها لا تقبل المناقشة وكذلك الحال بالنسبة للقانون الوضعي باعتباره المقدمة والبديهية الأولى التي لا تقبل البحث فيما وراءها⁴⁶.

ومن خلال ذلك فان خلاصة مذهب اوستن هي :

- القانون لا يقوم الى في مجتمع سياسي منظم
- القانون يصدر في شكل أوامر أو تكاليف ،
- أن يقترن الأمر أو التكليف بتوقيع الجزاء عند مخالفته

الفرع الأول : العناصر الأساسية لوجود القانون عند أوستن

ويمكن تحديد العناصر الأساسية التي وضعها أوستن لكي يكتسب الأمر العام صفة القانون الوضعي هي⁴⁷:

- 1- وجود هيئة سياسية معينة تتمتع بالسيادة في المجتمع، وتستوي أن تكون الهيئة ممثلة في شخص واحد (رئيس، إمبراطور ، ملك أو برلمان)، ويستوي أن يكون الحكم ديمقراطيا أو استبداديا، فالقانون هو تعبير عن إرادة السلطة الحاكمة في المجتمع⁴⁸.

⁴⁵ نفس المرجع ، ص ص 226-227 .

⁴⁶ علي مراح ، محاضرات في منهجية العلوم القانونية ، كلية الحقوق 2021 جامعة الجزائر 1 ، ص 09

⁴⁷ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 227 .

⁴⁸ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 75 .

- 2-وجود أمر أو نهي صادر عن هذه الهيئة وخضوع أفراد المجتمع لذلك.
- 3-وجود جزاء توقعه السلطة على المخالفين للقانون لكفالة احترامه، لأن السلطة السياسية تملك القوة التي تمكنها من فرض الجزاء وضمان تطبيق القانون.
- فإذا لم تتوافر هذه العناصر في مجتمع ما فهو (في نظر أوستن) ليس مجتمعا سياسيا، فهو إما مجتمع في حالة الطبيعة society on state of nature أو مجتمع في Society on state of nature.
- decaying طريقه للانقسام أو الاضمحلال⁴⁹

أولا: الحاكم السياسي (political superior) عند أوستن

المجتمع السياسي المنظم في العصور القديمة عرف عند الفلاسفة الاغريق و اليونانيين باسم المدينة اما في العصر الحديث فالمجتمع السياسي المنظم يأخذ شكل الدولة ، ويتميز المجتمع السياسي الحديث بوجود سلطة سياسية تسيطر عليه و تقيم النظام فيه و يطلق على هذا المجتمع احيانا بالمجتمع المدني ، فوجود القانون عند اوستن مقترن بوجود هذا المجتمع ، وفي حال وجود جماعات بدون سلطة تحكمه فان هذه الجماعات لا يمكن وصفها بالمجتمع السياسي فهي غير خاضعة في سلوكها لاي ضوابط قانونية في ما عدا خضوعها لبعض الاعراف و التقاليد و العادات الاجتماعية المتناقلة من جيل الى جيل

ان ظهور الدولة مقترن بظهور القانون ومن الصعوبة بما كان تصور وجود القانون قبل وجود الدولة ، فالدولة او المجتمع السياسي كما يذكر ارسطو هي أول شيء اقترحته الطبيعة (فالكل بالضرورة يسبق الجزء وما مجتمعات المدينة و الافراد الا الاجزاء المكونة للمدينة و هذه الاجزاء تتعلق بالجسم كله وتتميز بقوتها ووظائفها الخاصة و تصبح عديمة الفائدة اذا كانت مفرقة عن

⁴⁹ علي مراح ، نفس المرج ، ص 9

بعضها البعض كما الايدي و الارجل اذا انفصلت عن الجسم اصبحت لا تحمل الا الاسم و المظهر
دون حقيقة)⁵⁰

فالمجتمع السياسي يستند الى وجود طبقتين في وجوده ، الطبقة الاولى او الفئة الاولى هي تلك الفئة
التي تتقلد مقاليد الحكم و تمتلك السلطة التي تمكنها من حق الامر و النهي بغض النظر عن كون
الحاكم فردا ، هيئة ، او نظاما ، و يستوى في ذلك ان تكون طبيعة الحكم ديموقراطيا ، او
استبداديا ، ملكيا او جمهوريا ، مطلقا او مقيدا .

فوجود هذه الفئة او الطبقة الحاكمة التي تتولى وحدها تنظيم العلاقات الاجتماعية بواسطة
القواعد القانونية التي تصدرها ، وتخاطب من خلالها الطبقة المحكومة التي يجب على افرادها
تطبيق الأوامر و النواهي التي تصدر عن الحاكم الذي يتولى ايضا تطبيق الجزاء في حال عدم
الامتثال لهذه القواعد القانونية بالنظر للقوة التي تمتلكها و القدرة على تنفيذ الجزاء.⁵¹

ان نظرية اوستن تقوم على اساس ان القانون يجب ان يصدر بأمر من اداة الحكم او من الهيئة
الحاكمة واي امر خارج عن ارادة الحاكم و سلطانه لا يمثل امرا قانونيا او قاعدة قانونية فالامر
مرتبط بارادة الحاكم و تنفي صفة الامر الملزم عن كل تكليف يصدر عن غير الدولة ، فالدولة عند
اوستن هي الاله الوضعي للبشر تأمرهم بالطاعة فيجب عليهم الامتثال ، فسيادة الدولة تعني الامر
بالخضوع و لا تتخلى عن الخضوع لها لاية سلطة اخرى اي ان كل القوى داخل الدولة تدين لها
بالخضوع⁵²

فعند اوستن غياب سلطة عليا داخل الدولة لا يعني سوى الفوضى و الاضطراب الذي هو نقيض
الشرعية أو القانون .

⁵⁰ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 76
⁵¹ السنهوري وحشمت ابوسنتيت ، المرجع السابق ، ص 32 .
⁵² فاضلي ادريس ، نفس المرجع ، ص 78 .

ثانيا: الاوامر والتكاليف القانونية عند أوستن

ان ارادة و مشيئة الهيئة الحاكمة تترجمها مجموعة الأوامر و النواهي الصادرة عنها ، فمشيئة السلطة الحاكمة تكون امرا أو نهيا فالقانون ليس مجرد نصيحة تدغي الناس الى اتباعها بل هو امر أو نهى يجب السير على مقتضاه⁵³

ان نظرية القانون الأمر الناهي الموضوعية من طرف اوستن ليست مرتبطة بمفهوم القواعد الأمرة و المكملة بالضرورة⁵⁴، حيث يعترض جانب من الفقه على مؤدى نظرية اوستن القول بان القانون هو مجموعة اوامر ونواهي اذ هنالك الكثير من القواعد القانونية لا تأمر و لا تنهى و انما هي مجرد رخص تبيح للشخص اعمالا معينة كالعقود و الاجارة و غيرها ... فالقانون لا يلزم شخصا ان يبيع او أن يؤجر و انما ينظم المعاملات في الوقت الذي يقدم الافراد عليها و الامر ذاته بالنسبة للقواعد الاجرائية التي تنظم سير المحاكمات.⁵⁵

ان كلمة الأمر و النهي بمعناها الدقيق و ان كانت لا تنطبق على جميع القواعد القانونية كما اشرنا الا ان فكرة الاجبار متوافرة في كل الأحوال فالقاعدة القانونية التي تبيح للشخص البيع أو الاجارة تلزم الجميع باحترامه اذاتم و تنهاهم عن انتهاك حرمة ، فضلا عن الزامها لمن قام بالتصرف فعقد البيع يلزم البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته الى المشتري و يلزم المشتري بدفع ثمن المبيع ، وعلى

⁵³ السنهوري و حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص 33

⁵⁴ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 79

⁵⁵ السنهوري و حشمت ابو ستيت نفس المرجع ، ص 33

الغير احترام هذا العقد ، و اما القواعد الاجرائية فهيقواعد اجبارية تلزم المتقاضين و تلزم القاضي
على حد السواء⁵⁶

ثالثا : اقتران القواعد القانونية بجزاء دنيوي

لايكفي ان تصدر الهيئة الحاكمة امرا أو نهيا بل يستلزم القول بوجود القاعدة القانونية اقتران
الأوامر و النواهي بجزاء دنيوي توزعه السلطة الحاكمة على من يخالف الأمر أو النهي ، وتنفرد
السلطة الحاكمة بحق توقيع الجزاء مستندة في ذلك على القوة التي تمتلكها ، و يترتب على ذلك ان
قواعد الأخلاق و المجاملات الاجتماعية ليست قانونا فقد تكون اوامر و نواهي يجب على
الاشخاص اتباعها غير انها ليست مقترنة بجزاء دنيوي توقعه الدولة على من يخالفها.⁵⁷

ومن ثم فان اوستن يري ان فكرة الجزاء هي فكرة اساسية في القاعدة القانونية بغيرها لا توجد
القاعدة القانونية فالحاكم السياسي يملك بين يديه زمام الامور في المجتمع ولديه السلطة والقوى
التي تمكنه من فرض ارادته على المحكومين عن طريق توقيع الجزاء في حالة مخالفة ما يصدره من
اوامر ونواهي ، بحيث لايقوم القانون ولا توجد القاعدة القانونية ما لم يقترن الامر او النهي بالجزاء
الذي يكفل احترامه⁵⁸

الفرع الثاني : اهم النتائج المترتبة على مذهب اوستن :

⁵⁶ نفس المرجع ، ص33

⁵⁷ السنهوري و حشمت ابو ستيت نفس المرجع ، ص 34 .

⁵⁸ فاضلي ادريس المرجع السابق ، ص 81

ان الفكرة التي انطلق منها اوستن في تحليله للظاهرة القانونية و استناده على المنهج الرياضي العلمي و اخذ القانون كما هو في وضعيته اسست لنظريته التي افضت الى نتائج مهمة يمكن التوقف عليها من خلال

أولاً: إنكار صفة القانون على القانون الدولي العام :

يؤدي تطبيق نظرية أوستن إلى نتائج خطيرة في أنها عجزت عن تفسير الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، اذ وفي نظره ليست قواعد قانونية حيث يدعم رأيه بأن الدول ذات السيادة متساوية و بذلك لا توجد هيئة حاكمة تعلو فوق سيادة الدول و تمتلك القوة و السلطة التي تمكنها من فرض رأيها على الدول او أن توقع الجزاء على من يخالف تلك الاوامر المعبرة عن رأيها⁵⁹ ،

و استنادا الى ذلك فان قواعد القانون الدولي العام ماهي إلا مجموعة قواعد مجاملات و احترام متبادل بين الدول لا تقترن بجزاء فلا يمكن تصنيفها ضمن القواعد القانونية وفق مفهوم أوستن.⁶⁰

ثانياً: إنكار صفة القانون على القانون الدستوري :

القانون الدستوري هو الذي يحدد شكل الدولة و طبيعة الحكم فيها و ينظم العلاقة بين الأفراد و الدولة ، ويحمي الحريات و الحقوق ويحفظ مقومات الأمة الأساسية . أي انه ضابط للحاكم يرى أوستن أن هذه الفكرة غيره معقولة لأن الحاكم هو الذي يضع القواعد القانونية في الدولة و من ثم يمكنه مخالفتها ضف الى ذلك ينعدم الجزاء في القانون

⁵⁹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 228

⁶⁰ كريم كريمة ، محاضرات في فلسفة القانون ، المركز العربي الديموقراطي ، ألمانيا ، الطبعة 01 ، ص 84

الدستوري⁶¹، فمن منظور أوستن إذ لا يتصور أن يوقع الحاكم الجزاء على نفسه و يطلق على القانون الدستوري صفة (الأخلاق الوضعية)⁶²،

ثالثاً: اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون

يعتبر أوستن التشريع المصدر الوحيد للقواعد القانونية لأنه هو الذي يتضمن الأمر او النهي الصادر عن الحاكم الموجه إلى المحكومين أما العرف لا يصدر من الحاكم وإنما هو ينشأ من استمرارية سلوك الأفراد على نحو معين و إتباعهم لقاعدة معينة زمناً طويلاً مع شعورهم بضرورة احترامها بالزامها لذلك فلا يعتد أوستن بالعرف كمصدر من مصادر القانون و يرى أن تواتر سلوك الأفراد على نحو معين وإتباعهم لقاعدة معينة زمناً طويلاً مع شعورهم بضرورة احترامها و اعتقادهم بالزامها و يرى أن تواتر سلوك الأفراد على نحو معين زمناً طويلاً لا يمكن أن ينشأ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع⁶³.

الفرع الثالث : تقييم نظرية أوستن

ادت نظرية أوستن الى نتائج مهمة تنعكس على تفسير اصل نشأة القاعدة القانونية و اكتسابها القوة الالزامية ، غير انه يسجل عليها الافراط في اعتماد القوة كاساس للقانون من جانب ، و الاكتفاء بشكل القاعدة القانونية دون الاخذ بفحواها في جانب آخر

لقد توصل أوستن استناداً على أسس نظريته والمنهج الرياضي الذي اعتمده إلى نتيجة مفادها أن السلطة السياسية مصدر القانون لا تخضع لسلطة أعلى منها، وأن جماهير الناس تعتاد الخضوع لهذه السلطة السياسية التي تتمتع بالسيادة العليا في المجتمع، وإذا لم يتوفر ذلك في (المجتمع)

⁶¹ عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابوسنتيت ، المرجع السابق ، ص 35

⁶² علي مزاح ، المرجع السابق ، ص 11 .

⁶³ عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابوسنتيت ، المرجع السابق ، ص 31

فهو ليس مجتمعا سياسيا.

وهكذا يبدو واضحا أن أوستين حاول إقامة نظرية شكلية تخدم متطلبات مجتمعة. لكنها تعرضت لعدة صعوبات من جراء النتائج التي أدت إليها، فلقيت بذلك معارضة شديدة من الفقه القانوني. حيث يمكن تسجيل الملاحظات التالية :

أولا : - نظرية أوستين اخلطت بين مفهوم الدولة والقانون : ان القول بان القانون هو مشيئة الدولة فيه مبالغة من أوستين و نكران لإمكانية وجود قانون مع المجتمع قبل أن تظهر الدولة أي أن القانون ليس مقترن بالدولة في وجوده⁶⁴.

-ثانيا : نظرية أوستين فيها مزج بين القانون والقوة : أعطى الحق للحاكم في فرض هيمنته ضد المجتمع و جعل أساس القانون هو القوة أي جعل القانون في خدمة الحاكم في الوقت الذي يفترض فيه وجود القانون لتحقيق مثل اعلى هو العدل⁶⁵

ثالثا : نظرية أوستين جعلت من التشريع هو المصدر الوحيد للقانون : و هنا نجد أن أوستين قد اغفل المصادر الأخرى مثل العرف. الذي يلعب دورا هاما في إنشاء بعض القواعد القانونية مثل القانون التجاري و تجدر الإشارة أن أوستين هو انجليزي و عاش في انجلترا و هو البلد الذي يعد العرف مصدرا رئيسيا فيه⁶⁶.

رابعا : نظرية أوستين انكرت فكرة القانون الدولي العام: إذ أن أوستين اعتبر لا وجود لسلطة عليا فوق الدول و هو قول مردود عليه إذ أن هناك عنصر إلزام في القانون الدولي و هناك هيئة عليا تسهر لتطبيقه (الأمم المتحدة , محكمة العدل الدولية) و التاريخ يشهد بتدخل الأمم المتحدة في عدة نزاعات و تسويتها و محاكمة بعض المسؤولين الموضوعيين بأنهم مجرمون حرب مثل محاكمة الزعيم الصربي : سلادوفان ميلوزوفيتش .

⁶⁴ على مراح ، نفس المرجع ، ص 12
⁶⁵ كريم كريمة ، المرجع السابق ، ص 86
⁶⁶ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 83

و يعاب أوستن على إنكاره عن القانون الدستوري: حيث نجد أن الحاكم ملزم بإتباع إحكام القانون الدستوري حيث نرى في العصر الحديث أن الأمة هي مصدر السلطة و بالتالي تكون أعلى من الحاكم . و بالتالي فإنها تثور ضده في حالة مخالفته للأحكام الدستورية⁶⁷.

كما يعاب عليه الأخذ بالمظهر الخارجي للقواعد القانونية: أي انه يرى ضرورة النظر إلى إرادة الحاكم للقواعد دون أن يهتم بالظروف و العوامل الاجتماعية التي تحيط بالمجتمع⁶⁸

المطلب الثاني : مدرسة الشرح على المتن *ecole de l'exegese*

تأسست و تكونت هه المدرسة في مطلع القرن 19 في فرنسا عقب وضع تقنيناتها التي عاصرت الثورة الفرنسية وجاءت ثمرة للفكر القانوني في النصف الثاني من القرن الثامن عشر ، وقال بورتاليس وهو من اهم المشرعين الذين اشتركوا في وضع التقنين المدني الفرنسي ان القوانين هي ارادات ، *les lois sont des volontes*

و مرد الارادات الى المشرع الذي وضع تلك النصوص و بالنظر للاثر الذي تركته تقنينات تلك الحقبة اخذ شراح تلك النصوص ينظرون اليها على انها أعظم ثمرة للعقل الانساني وخير تجسيد لعبقرية امة فاحيطت النصوص القانونية بهالة من التقديس وراوا فيها نظاما قانونيا كاملا احتوى القانون بكامله⁶⁹.

من بين اهم رواد هذه المدرسة برودون ، و تولييه ، ديلفانكرو ليحمل لوائهم فيما بعد كبار الشراح مثل ديرانتون ، اوبري ، و روو ، ديمولوب ، ماركاديه ، لوران من بلجيكا ، و بودري و لا كانتينري⁷⁰

⁶⁷ نفس المرجع ، ص 84

⁶⁸ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص 36 .

⁶⁹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 133 .

⁷⁰ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 233 ، انظر ايضا فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 87 .

ابتدعت المدرسة طريقة جديدة أو أسلوبا جديدا في تفسير النص، أطلق عليها طريقة التقيد بالنص، أو طريقة الشرح على المتن، لأن رواد هذه المدرسة كانوا يفسرون النص متنا متنا، أي نصا نصا حسب الترتيب الذي وردت عليه.

ولهذا لم تعالج هذه المدرسة شكل القاعدة القانونية لكونها ظهرت عقب صدور تقنين نابليون، فكان هدفها هو تفسير هذا التقنين، أي أنها وضعت طريقة لشرح وتفسير القانون المدني الفرنسي، فعرفت بالمدرسة التقليدية في تفسير النص. ولقد لاقت رواجاً وانتشاراً كبيرين، واستحساناً من قبل شراح القانون حيث لم يقف هؤلاء الشراح عند شرح النصوص فقط ومفرداتها بل عمدوا إلى التقريب بين النصوص المختلفة لبيان أوجه الشبه و أوجه الخلاف بينهما و استنباط المبادئ منها التي تبرز تناسق التشريع و تكشف عن منطق المشرع ، مما يسهل عرض الحلول القانونية و استيعابها ، بل منهم من ارتقى من المبادئ إلى وضع نظام شامل و صياغة نظرية عامة للقانون المدني ، لكنها نظرية مبنية على أساس النصوص التشريعية و من طريق المنطق وحده و دون نظر إلى ظروف الحياة العملية أو الاعتبارات الخلقية و السياسية و الاجتماعية⁷¹

أولاً: الأسس التي تقوم عليها مدرسة الشرح على المتن

تقوم مدرسة الشرح على المتن على أساسين رئيسيين وهما:

1- تقديس النصوص

تتبع مدرسة الشرح على المتن على أسلوب تفسير النصوص القانونية نصا نصا، ومعنى تقديسها أي احترامها وعدم المساس بها أو الخروج عنها، مشبهة إياها بالكتاب المقدس، والحقيقة أن سبب مناداة فقهاء المدرسة بتقديس النصوص القانونية راجع إلى انبهارهم 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، ويخضع جنوبه لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني. تم توحيد التراب الفرنسي شماله وجنوبه بإخضاعهما معها إلى نظام قانوني موحد في عهد

⁷¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 234 .

نابليون أطلق عليه بتقنين نابليون، والذي كان له صدى كبير في عالم القانون داخل فرنسا وخارجها

فاعتبره شراح القانون نتاجا عظيما لثمرة العقل البشري، وتقنيننا كاملا ينبغي تقديسه واعتباره مصدرا وحيدا للقانون⁷².

- التزام ارادة المشرع :

لم يكتف انصار المدرسة بتقديس النص بل لم يسمحوا لانفسهم عند تفسير القانون باستعراض جميع المعاني التي يحتملها لتختار منها في كل حالة ما يلائمها ويحقق العدالة خصوصا في الظروف المستحدثة المتطورة ، وذلك لانهم قدسو النص و راو فيه التعبير عن ارادة المشرع أو ارادة السلطان على حد تعبير أوستن ، فتقيدوا في التفسير بضرورة الكشف من خلاله عن نية المشرع الحقيقية وقت وضعه و استعانوا في ذلك بالاعمال التحضيرية الى أقصى حد ، فاذا تعذر عليهم الاهتداء الى النية الحقيقة التي قصدتها المشرع من النص ، لجأوا الى المصادر التاريخية و لا سيما أقوال الفقهاء الذين سبقوا وضع التقنينات واهمهم بوتيه و دوما ليستخلصوا منها ما يمكن أن يفترض ان المشرع قد قصده فهم في تقديسهم لارادة المشرع يعز عليهم أن لا يستبينوا ارادته الحقيقية فيضعون مكانها ارادة يفترضونها له⁷³.

2-التشريع مصدروحيدا للقانون

اتفق أنصار المدرسة على جعل التشريع مصدرا وحيدا للقانون، وذلك لاعتزازهم وافتخارهم بتقنين نابليون، واعتبارهم له أنه تقنين كامل، عالج كل كبيرة وصغيرة وتضمن جميع الحلول للمشكلات. ولهذا لا حاجة إلى اللجوء إلى مصادر أخرى بل الاكتفاء بالتشريع وعدم الخروج عن نصوصه. فما جاء عن الفقيه "ديمولومب" قوله: "إن شعاري وعقيدتي هي النصوص قبل كل شيء". وتبنى الفقيه "بونيه" في هذا الإطار: "إنني لا أعرف الحقوق المدنية وإنما أدرس قانون نابليون"⁷⁴.

⁷² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 89 ، كريم كريمة ، المرجع السابق ، ص 87

⁷³ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 236 .

⁷⁴ هجيرة خدام ، المرجع السابق ، ص 18 .

ثانيا: النتائج المترتبة عن مدرسة الشرح على المتن

النصوص الواضحة الصريحة، التي لا إبهام ولا غموض ولا نقص فيها. فإن لم توجد يمكن تفسير النص بالوقوف عند نية المشرع المفترضة، وهي تلك التي يكون المشرع قد قصدها وقت وضع النص. ويمكن

الكشف عنها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة، أو عن طريق استخدام القياس أو بمفهوم المخالفة، أو من الروح العامة للتشريع، أو بالرجوع إلى المصادر التاريخية لتي استمدت منها النصوص.

أما النية الاحتمالية، فإن المدرسة لا تعتد بها، أي أنها لا تأخذها بعين الاعتبار ولا تلجأ إليها عند تفسير النص، وذلك لأن الأخذ بالنية الاحتمالية يستدعي تفسير النص وقت تطبيقه، وهنا نكون أمام نية أجنبية عن المشرع، لأنها تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أعاد وضع النص من جديد في ظل الظروف المستجدة وما كان يمكن أن تتجه إليه إرادته وقت تطبيق النص.

ولأن مدرسة الشرح على المتن تجعل القانون خاضعا لإرادة المشرع ومعبرا عنها، فإنها تأخذ بتفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه. ولكي يفسر القانون وقت وضعه يجب الكشف عن نية المشرع الحقيقية وإلا البحث عن نيته المفترضة، فهما تمثلان إرادة المشرع وما قصده وقت وضع النص⁷⁵.

أما تفسير القانون وقت تطبيقه، فلا تتبعه المدرسة، ولهذا استبعدت البحث عن النية الاحتمالية للمشرع، كون أن هذه الأخيرة تتضح بتفسير النص وقت تطبيقه، وبأخذ بعين الاعتبار تغير الظروف، فيحتمل أن يكون ذلك ما قد يتجه إليه المشرع لو كان في نفس الزمن والوقت، كما يحتمل أن تكون نية أجنبية عنه، أي لا يقصده المشرع. وهذا لا يتماشى مع الأسس التي تقوم عليها المدرسة⁷⁶.

ثالثا: الانتقادات الموجهة إلى مدرسة الشرح على المتن

⁷⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 236 وما يليها
⁷⁶ كريم كريمة، المرجع السابق، ص 87.

سبقت الإشارة إلى أن مدرسة الشرح على المتن وضعت أسلوباً أو طريقة توضح من خلالها كيفية تفسير النصوص القانونية، وهي تنتمي إلى الوضعية الإرادية، لأنها جعلت القانون معبراً 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 موجهاً إلى كل من مذهب أوستن وهيغل،

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

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

4- المغالاة في تقديس النصوص القانونية، وجعل القانون معبراً عن إرادة الحاكم الواجبة التطبيق، وعدم المساس بها أو الخروج عنها، من شأنه أن يؤدي إلى طغيان الحاكم واستبداده.⁷⁷

⁷⁷ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 99 .

المبحث الثاني : المذاهب المؤيدة لفكرة السيادة و النظام القانوني للدولة

المطلب الاول : مذهب هيغل

جورج فردتس هيغل 1770-1831 من بين ابرز فلاسفة القرن التاسع عشر و اكثرهم تأثيرا في الفكر المعاصر تفرعت عن افكاره و مذهبه المدارس الكبرى للماركسية و الوجودية و البرجماتية و الهيكلية الجديدة⁷⁸

درس هيغل في الجامعة الألمانية و على رأسها جامعة برلين له مجموعة من المؤلفات الفلسفية اهمها "فلسفة القانون" سنة 1821، وهو أول من استعمل مصطلح فلسفة القانون ضمن هذا الكتاب ، 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 التقييد بالفكر الموضوعي⁷⁹

الفرع الأول : الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل

تنشأ الدولة وفقا للمفهوم الذي قدمه هيغل عندما تظهر الى الوجود سلطة عامة حقيقية و معترف بها تحتل مكانة و منزلة اعلى من المجتمع المدني ، تمتلك القدرة على توجيه الأمة في تحقيق مهمتها التاريخية لبلوغ ذروة التطور السياسي اعلى من المجتمع المدني ، حيث ينطلق من ان هنالك

⁷⁸ امام عبد الفتاح امام ، أصول فلسفة الحق عند هيغل الجزء الأول ، مكتبة مدبولي ، ميدان طلعت حرب ، القاهرة ، مصر العربية ، 1996 ، ص04
⁷⁹ ادريس فاضلي ، المرجع السابق ، ص 100 .

مستوى اعلى من تحقيق الذات وهو شكل المجتمع الذي يرقى فيه الإنسان العادي الى منزلة عالية جديدة من الحرية يعاد فيه ترتيب و تركيب المصالح باعتباره انسانا و مواطنا اذ يعتبر هيجل الدولة القومية صورة جديدة للروح العالمية فالقانون في نظر هيجل يستمد اساسه و شرعيته و قوته الالزامية انطلاقا من صدوره عن حاكم او سلطة في الدولة و الدولة سيدة نفسها و لا سلطة تعلوا سلطانها في الداخل او في الخارج⁸⁰ و بناء عليه فان الاسس التي وضعها هيجل لمذهبه تناولت علاقة الدولة بأفراد المجتمع من جانب ، و من جانب آخر علاقة الدول فيما بينها

-أولا: الدولة سيدة نفسها في الداخل-

يعتبر هيجل أن الدولة حقيقة واقعية موجودة، وكل ما هو موجود فهو معقول، ولهذا اعتبر أن القانون يستمد قوته وشرعيته من صدوره عن الدولة، معبرا عن إرادتها فالدولة هي صاحبة السلطة والامتياز في وضع القانون⁸¹.

ومعنى أنها سيدة نفسها في الداخل أي البحث عن علاقتها مع أفرادها داخل إقليمها إذ يرى هيجل أنه على المستوى الداخلي يجب أن يخضع للدولة كل من يدخل في تكوينها ، 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، فتمكناؤه من التعبير بإرادته عن الإرادة العامة.

ونظرا لأن الدولة ممثلة بشخص الحاكم فهي صاحبة السلطة والسيادة وهي صانعة القانون، فإرادتها 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.

⁸⁰ نفس المرجع ص 101 .
⁸¹ خدام هجيرة ،محاضرات في مقياس فلسفة القانون ،مطبوعة دروس ، جامعة تلمسان ، ص09.

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 الفردية⁸². وانطلاق مما سبق نجد ان هيجل يشترك مع أوستن في النتيجة رغم اختلافهما في الأسلوب المنتهج، وذلك باقرارهما للدولة ممثلة في شخص الحاكم بالصلاحيات والسلطان المطلق غير المقيد ولا المحدود، ويمنحانها امتياز وضع القانون، غير أن الاختلاف يكمن في أن أوستن جاء أسلوبه صارما، مباشرا وحادا لا نقاش فيه أما هيجل فخاطب الأفراد بالأسلوب المرن لحملهم على تنفيذ إرادة الدولة وذلك من خلال اعتباره أن الدولة تجسد إرادة الفرد وحريته، وحقوق هذا الأخير وحرياته لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة وخضوعه لها خضوعا تاما، لتغليب الصالح العام⁸³.

-ثانيا : الدولة سيدها نفسها في الخارج

عند هيجل الدولة سلطانها هو الاعلى و لا ارادة تعلوا على ارادتها و سلطانها و من ثم فليس هناك ما يمكنه ان يلزم الحاكم او الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى ذلك ان الدولة سيدها نفسها وان جميع الدول متساوية في السيادة ومن ثم لا وجود لسلطة يعاز اليها تنظيم العلاقات بين الدول او ان تحل النزاعات التي يمكن ان تنشأ بينها⁸⁴

فاذا كان المجتمع الدولي يقوم على مبدأ: "جميع الدول متساوية في السيادة"، فإنه لا توجد سلطة أو إرادة فوق الدول، ولا توجد دولة واحدة تمنح لها صلاحية تنظيم العلاقات بين الدول، أو تختص بحل ما ينشأ بينها من منازعات، ولا حق لها في توقيع الجزاء. ولأن جميع الدول متساوية وفي نفس المركز، يثار التساؤل كيف يمكن للدولة أن تكون سيدها بالخارج؟ يرى هيجل، أن الحرب هي الوسيلة الوحيدة والأمثل لتحديد من الدولة صاحبة

⁸² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 102 .

⁸³ خدام هجيرة ، المرجع السابق ، ص 9

⁸⁴ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 103.

السيادة والسلطان على بقية الدول الأخرى، وبالتالي تمكن الحرب الدولة من تنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي، فتعتبر الدولة الأقوى⁸⁵.

بناء على الاسس التي بنى عليها هيجل نظريته فاننا نكون امام مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي :

الفرع الثاني : النتائج المترتبة عن مذهب هيجل

انطلاقا من الاساسين الذان بنى عليهما هيجل فلسفته في البحث عن أصل نشأة القاعدة القانونية و اكتسابها القوة الالزامية تظهر لنا جملة من العناصر التي نعتبرها نتيجة حتمية للاسس السالفة الذكر

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

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

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

ثالثا : تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه: وهو ذات التوجه الذي تبناه اوستن في مذهبه .

⁸⁵ خدام هجيرة ، المرجع السابق ، ص 9

رابعاً : إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام: في تفسيره للعلاقات القائمة بين

الدول ، اشارة الى ان استعمال القوة هو الحل الوحيد لفرض منطلق دولة على أخرى طالما انها متساوية في السيادة و لا سلطان يعلو سلطان الدولة ، ما عدا فرض اي دولة ما على دولة أخرى باستعمال ما تملك من قوة ، ومن ثم فان الحرب وحدها هي التي تكفل حل النزاعات الدولية ، و من ثم فان الحرب تعتبر وسيلة مشروعة في نظر هيجل ، هذا التوجه نتيجته الحتمية هي انكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام ، وعلى خلاف ذلك كيف أوستن قواعد القانون الدولي على انها قواعد معاملات ومجاملات تراعيها الدول فيما بينها.⁸⁶

الفرع الثالث : الانتقادات الموجهة إلى مذهب هيجل

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

- الاكتفاء بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية و اهمال الظروف الاجتماعية و العوامل المختلفة الأخرى التي تساهم في تكوين و تطوير القاعدة القانونية
- النزعة المتطرفة التي تبناها هيجل و الداعية الى حق الشعب الألماني بالسيطرة على العالم و التي تعتبر المجال الحيوي للحركة النازية التي ظهرت فيما بعد
- الخلط بين قوة ارادة الحاكم و القانون الامر الذي يفضي الى الاستبداد المطلق الذي تذوب معه ارادات الافراد في الدولة ، وهو ما يؤدي الى ظهور الانظمة الاستبدادية
- اعتبر هيجل اسلوب الحرب وسيلة وحيدة لفض النزاعات فيما بينها الامر الذي يؤدي الى انتشار الفوضى و اضطراب في العلاقات الدولية.⁸⁷

⁸⁶ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص102

⁸⁷ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 104

المطلب الثاني : مذهب كلسن (النظرية الصافية للقانون أو القانون البحث)

كلسن فيلسوف نمساوي (1881-1973)، نال لقب الدكتوراه عام 1906 و الاستاذية في الحقوق عام 1911 عمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917 ، ساهم في وضع مشروع قانون لجمهورية النمسا الجديدة لعام 1920 واصبح قاضيا للمحكمة الدستورية العليا في النمسا وواحد من ابرز رموز الفكر القانوني و السياسي و الاكاديمي في النمسا ، هاجر الى أمريكا سنة 1940 وقام بالتدريس في جامعتي هارفرد و كاليفورنيا⁸⁸

يقول الاستاذ هانس كلسن أن (النظرية المحضة للقانون هي نظرة للقانون الوضعي .. بصورة عامة و ليست لقانون معين ، فهذه نظرة عامة للقانون و ليست تفسيراً لهذا النظام القانوني أو ذاك ... تهدف الى تحديد ماهو القانون و كيف يتكون دون التساؤل عن ماذا يجب أن يكون و كيف يجب أن يتكون فهي النظرية المحضة التي تشير في مقصدها الى تكوين علم القانون هو موضوعه الوحيد و تتجاهل كل ما لا يستجيب بالضبط لتعريفه و المبدأ الأساس لطريقتها هو استبعاد كل العناصر الغريبة على علم القانون)⁸⁹

ينطلق كلسن من تمييز اساسي في الفلسفة الكانتية بين عالم الطبيعة أو عالم ما هو كائن و عالم الأزام عالم ما يجب أن يكون ، فعالم الطبيعة يحكمه مبدأ السببية حيث ان الطبيعة مجموعة ظواهر يرتبط بعضها ببعض الأخر ارتباط السبب بالنتيجة ، فالمعدن الذي ينصهر تحت درجة حرارة معينة يقيم في الواقع علاقة سببية بين الحرارة و انصهار المعدن ، اما عالم ما يجب أن يكون فيحكمه مبدأ العزو szurechnung أو imputation فالعلاقات الاجتماعية بين الأفراد تنظمها سنن قانونية أمر ، و بناء عليه فالقاعدة القانونية كالقانون الذي يحكم الطبيعة تقيم علاقة بين واقعيتين ، الا أن هذه العلاقة بين الواقعتين هي في قوانيني الطبيعة تحكمها علاقة السببية بينما

⁸⁸ روبرت ألكسي ، فلسفة القانون - مفهوم القانون وسريانه - ، ترجمة كامل فريد السالك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2013 ، لبنان ، ص 225 .

⁸⁹ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة أكرم الوترني ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، العراق ، 1986 ، ص 14 .

في القواعد القانونية يحكمها مبدأ العزو فحين تؤكد القاعدة القانونية (إذا ارتكب فرد جريمة يجب أن يعاقب) فلا يعني هذا ان الجريمة سبب للجزاء وأن الجزاء نتيجة للجريمة فالعلاقة التي توجد بين الواقعتين تنتج عن سنة تأمر أو تجيز سلوكا معيننا فالجزاء يتبع الفعل غير المشروع لان هناك سنة تأمر أو تجيز ايقاع العقاب في حال ارتكاب فعل غير مشروع .

و بعد ان بين كلسن التمييز بين ماهو كائن و ما يجب ان يكون اي بين عالم الوقائع و عالم القانون يطرح مشكلة وجود القاعدة القانونية و من ثم صحة هذه القاعدة ، فالنظرية المحضبة للقانون تعني السنن الأساسية التي تتوقف عليها صحة النظام القانوني⁹⁰

اعطى هانس كلسن مفهوما جديدا للقانون مفاده أن " : علم القانون يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الإنساني من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط التي تدخل في العلوم الأخرى والتي لا يختص بدراستها رجل القانون". وعلى هذا جاءت أسس مذهب كلسن كالتالي:

الفرع الأول : الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

أسس كلسن مذهبه على أساسين وهما :

أولا : استبعاد العناصر غير القانونية

يرى كلسن وجوب استبعاد كافة العناصر غير القانونية من نطاق القانون، ومنها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمبادئ المثالية والأخلاقية والدينية. فالقانون الصافي يجب أن يقتصر فقط على الضوابط القانونية⁹¹.

وذهب إلى القول أن رجل القانون عليه أن يقتصر على التعرف على القانون كما هو، والبحث عن صفة صدوره من الشخص صاحب الاختصاص، وأن القاعدة القانونية ملزمة ومقتربة بجزاء

⁹⁰ منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، العراق 1986 ، ص 73 .

⁹¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 239 .

ومتبعة من كل الأفراد، وذلك دون أن يتصدى إلى تقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها⁹²، ولا أن يبحث فيما إذا كان مضمون القانون عادلا أم غير عادل، متفقا مع المصلحة العامة أم لا. ولا يهيمه بقية العوامل الأخرى لأنها لا تدخل في اختصاصه،⁹³

ثانيا : وحدة القانون والدولة

على خلاف أوستن وهيكل اللذين يردان القانون إلى إرادة الدولة ومشيتها بحيث تعتبر الأخيرة صانعة القانون، فإن كلسن اخلط بين القانون و الدولة خلاطا تاما ، إذ أنه وحد بين القانون والدولة وأدمجهما معا، معتبرا الدولة نظاما قانونيا و ليس لها وجود الا من خلال هذا النظام القانوني الذي تستمد منه جميع وظائفها ووظائف اجهزتها ، ولا محل لتصور استقلال الدولة عن القانون أو عدم تقيدها به⁹⁴، فبحسبه، يتكون القانون من عدة إرادات متسلسلة الدرجات في شكل هرمي، كل درجة أدنى تستمد شرعيتها وصلاحيتها والزاميتها من الدرجة التي تعلوها، وصولا إلى قمة الهرم⁹⁵

فالدولة عنده ليست شخصا معنويا وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية، حددها على سبيل الحصر، شبيهة بالهرم التدريجي، تبتدء قاعدته بالأوامر الفردية، فالأحكام القضائية، فالعقود، فالتشريع، وصولا إلى قمة الهرم ممثلا بالدستور، وما يخرج عن الهرم وجب استبعاده⁹⁶.

الفرع الثاني : النتائج المترتبة على مذهب كلسن

كما الأسس، ترتب عن مذهب كلسن نتيجتين وهما:

-رفع التناقض بين اعتبار القانون هو تعبير عن ارادة الدولة و بين ضرورة تقييد الدولة بسلطان القانون ، طالما أن القانون تطابق مع الدولة فهما وجهان لشيء واحد هو النظام القانوني⁹⁷

⁹² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 106 .

⁹³ سليمان مرقس ، نفس المرجع ، ص 238 .

⁹⁴ نفس المرجع ص 241 . .

⁹⁵ فاضلي ادريس ص 106

⁹⁶ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 16 .

⁹⁷ نفس المرجع ، ص 16

-وحدة القانون وعدم تقسيمه الى قانون عام وقانون خاص ، لان هذا التقسيم يعزو لمعايير سياسية يجب على القانوني أن يتحاشاها حتى لا يتورط في متهات سياسية نتيجة لاتجاهه الفكري⁹⁸

الفرع الثالث : الانتقادات الموجهة إلى مذهب كلسن

وجهت إلى مذهب كلسن عديد من الانتقادات ،

أولاً: يعتبر اهم انتقاد لنظرية كلسن هو ان كلسن في فكرة التراتبية أو السننية اضطر الى الوقوف

عند قمة الهرم اي عند القاعدة العليا او كيفما سماها السنة الأسمى وهي الدستور ، دون أن يتمكن من اسنادها الى قاعدة اعلى منها تعتبر مصدرا لها طبقا لنظريته في التسلسل فاضطر الى التسليم بوجود هذه القاعدة وجودا مسبقا لا يقوم عليه دليل علمي و انما يجب التسليم به بحكم الواقع وهو ما يرده البعض الى العودة الى حظيرة الميتافيزيقيا⁹⁹

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 ضابطا شكليا ، ومع ذلك ردت إجابته ولم يسلم بها¹⁰⁰.

-ثانيا : يعاب عليه أنه وحد بين القانون والدولة واعتبرها نفس الشيء، وهذا أمرا لا يمكن تقبله

وأخذه بعين الاعتبار لمخالفته للواقع، فالدولة لها كيان مستقل ومن شأنها أن تكون صانعة

للقانون، الذي يقيدها ويلزمها على احترام المؤسسات والحقوق والحريات داخل المجتمع¹⁰¹

ثالثا : 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.

⁹⁸ سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 241 .

⁹⁹ نفس المرجع ، ص 242 .

¹⁰⁰ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 17

¹⁰¹ خدام هجيرة ، المرجع السابق ، ص 20

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 ينشؤ تلقائياً في المجتمع وينبع من الضمير الجماعي دون حاجة إلى إجازة المشرع له. -رابعا: يؤخذ على كلسن أنه أرجع النظام القانون كله الخاص بكل دولة الى دستورها فحسب ، وقد اغفلت علاقات الدول فيما بينها و لم تبين سنداً للقانون الدولي الذي يحكم هذه العلاقات ولا موضعه من الهرم القانون الذي شيده هذه النظرية

خامسا: - نظرية كلسن لا تقيم وزناً للعرف ولا تجعل له محلاً في الهرم الترتيبي للنظام القانوني الذي تبناه كلسن ، مع ان العرف كمصدر للقانون حقيقة ثابتة لا سبيل الى انكارها ، وحاول تبرير موقفه بالقول ان القاعدة العرفية تستمد قوتها من الدستور رغم ان الدساتير لا تنص ابدا على قوة العرف ، على عكس ما ثبته التاريخ ان العرف يتكون في المجتمعات دون اعتماد على اجازة المشرع له ¹⁰²

سادسا: 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 وتطوره¹⁰³.

¹⁰² سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 243 .
¹⁰³ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 21 .

المحور الثالث : المذاهب الموضوعية

لا تقف المذاهب الموضوعية او الاجتماعية كما اشار اليها الاستاذ عبد الرزاق السنهوري عند علامة الشكلية المادية لتعرف القانون على انه (يكون صادرا من المشرع) بل تجاوزت ذلك الى تعريف القانون في اصله و طبيعته و تنظر الى القانون باعتباره مظهرا اجتماعيا و بناء عليه كانت هذه المذاهب اجتماعية موضوعية¹⁰⁴

تبحث المذاهب الموضوعية في أصل ونشأة القانون. أي أنها تهتم بمعرفة كيف تكونت القاعدة القانونية وما هو أساسها،

فهل هي من وحي المثل العليا؟ أم أنها من نبع البيئة الاجتماعية والواقع الملموس؟

فهي تنظر إلى جوهر القانون ومضمونه ، والمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية. ولئن اهتم أنصار المذاهب الموضوعية بجوهر القاعدة القانونية، إلا أنهم اختلفوا بشأن مضمون هذا الجوهر أو أساسها، وعلى إثر هذا الاختلاف ظهرت مدرستين كبيرتين وعريقتين، متناقضتين ألا وهما: المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية¹⁰⁵

المبحث الأول : المدرسة المثالية الأساس الطبيعي للقانون

من الصعب ان نجد اساسا لفكرة القانون الطبيعي في الفكر الأغريقي ، اما عند الفلاسفة و الفقهاء اليونانيون و الرومان فان القانون الطبيعي و ان ورد ذكره فان هناك ترددا اكيدا حول تحديد معناه و محمله

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

¹⁰⁴ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابوستيت ، المرجع السابق ، ص 42 .

¹⁰⁵ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 117 .

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

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

المطلب الأول: الأساس التقليدي الكلاسيكي للقانون الطبيعي

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

وان كان القانون الطبيعي احتفظ بجوهر الفكرة (الأزلية و الأبدية و الثبات) إلا ان مضمون الفكرة لم يثبت على حالة واحدة بل مر بمراحل مختلفة وكثيرة

1 القانون الطبيعي في العصر اليوناني

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

والعلاقات بين الناس على حد السواء.وقد مرت فلسفة القانون عند اليونانيين بمرحلتين لا بد من التوقف عندهما

المرحلة الأولى :

ضمت هذه المرحلة كلا من فلسفة هرقليطس و فيثاغورث و برمنديس و انصار المدرسة الايلية انطلاقا من الاساطير اليونانية القديمة عصور زيوس zeus اله العدالة حيث تغنى هوميرومير بالعدالة وكان للقانون في شعره نصيب وافر ، وانطلاقا من القرن الثامن قبل الميلاد بدأت احوال اليونان تضطرب و ظهر تدمير الناس من حكم الطبقة الارستقراطية و تعسفها في استعمال السلطة ، انطلق الفلاسفة في البحث حول تبيان الفرق بين القانون الوضعي و العدل و ظهر ذلك في شعر هزيود و سولون (مشرع اثينا العظيم) وقد عبر عن ذلك ايضا سوفوكل في مسرحيته انتجون حيث وضع على لسان بطلة الرواية احتجاجا شديدا على قوانين كليون التي كان تطبيقها يؤدي الى حرمان جثة اخيها من أن تدفن في مدافن الأسرة

فقد ظهرت و تبلورت فكرة الاختلاف بين القانون و العدل بعد ان كانا يعتبران شيئا واحدا وكان ظهورها في عصر سادة الاستبداد و التحكم و خلصت اراء الفلاسفة في تصديهم لارادة السلطان ومحاولة الحد منها و مواجهة الطغيان الى القول بوجود فرق بين القانون الوضعي و العدل و بأن كل ما ينص عليه القانون ليس حتما يكون عادلا

المدرسة الايونية

نشأت هذه المدرسة في مدينة يونيا IONIA في الجانب الغربي من آسيا الصغرى تكون هذا الاقليم من 12 مدينة تحكم كل منه نفسها حكما مستقلا و لكنها ترتبط فيما بينها بالمصالح المشتركة و الشعائر الدينية و في القرن السابع قبل الميلاد كانت اغلب مدن يونيا مزدهرة فسمح ذلك لمفكرها الى التمعن في الظواهر التي تنشأ و تزدهر ثم تزول و التفكير في الظاهرة ادى الى التساؤل حول مصدر الاشياء و الى اين تذهب و ما هو مصيرها النهائي وكان من رواد المفكرين طاليس ، و انكسميس

و انكسمندر ، هؤلاء المفكرين الذين كان لهم باع في العلوم الرياضية و الطبيعية و مدوا بصرهم الى الظواهر المعنوية و سألوا عما اذا كان يوجد أصل واحد للقوانين التي تنظم المجتمع تصدر جميعها عنه و تؤدي جميعها اليه و ان كانت هه المدرسة لم تجد جوابا صحيحا لذلك فحسبها انها وضعت السؤال و فتحت الباب للبحث عن ذلك الجواب .¹⁰⁶

مدرسة فيثاغورث

قال الفيثاغورثيون ان سبيل معرفة الأشياء أوصافها و لكن اكثر الاوصاف ليست عامة في الأشياء بل ان كل وصف انما يتوافر في بعض الاشياء دون البعض الآخر فلا يمكن رد جميع الاشياء اليه و لا يوجد الا وصف واحد عام يتوافر في كل شيء هو العدد ، ولا يوجد شيء لا يتوافر فيه وصف العدد ، لان كل شيء اما واحدا او متعددا و في كلا الحالين يتصف بالعدد فالعدد هو جوهر الوجود و حقيقته منه يبدأ كل شيء و ايه ينتهي ، وكل ما يقع تحت الحس مركب من اعداد ، فالخط المستقيم مكون من عدد من النقاط ، و السطح عبارة عن عدد من الخطوط المتلاصقة و الحجم عدد من السطوح المتلاصقة و النغم عدد من الموجات الصوتية او الاهتزازات الوترية المتلاحقة ، فكل شيء مادي هو عبارة عن عدد من النقط او الخطوط او الأسطح او الموجات المتلاصقة اي ان كل شيء مكون من اعداد مرد هذه الأعداد الى الواحد المتكرر

و ما يهمننا من نظرية الأعداد للفيثاغورثيين تطبيقهم اياها على المعنويات ايضا و بخاصة على فكرة العدل ، حيث قالوا ان العدل هو علاقة حسابية أو مساواة بين الأعداد ، فالعدل هو أن ترد عددا من الوحدات مساويا لما أخذت ، و توقيع العقوبة على المجرم بقدر جرمه ، وكان فيثاغورث يوصي اتباعه بأن لا يملك منهم شيئا خاصا به قولا منه ان كل شيء يجب ان يكون مشتركا بين الأصدقاء ليس الأموال المادية فقط بل ايضا الملكات النفسية و حسن البصر بالأمور لان الصجاجة مساواة و لان جميع الناس اخوة و اصدقاء حيث (انهم جميعا من سلالة الله)¹⁰⁷

المدرسة الايلية

¹⁰⁶ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 45 .

¹⁰⁷ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 37 .

نشأت المدرسة الأيلية *ecole des Eleates* في مستعمرة يونانية جنوب إيطاليا كانت تسمه ايليا ، من ابرز فلاسفتها اكينوفينس و بار منديز و زينون الأيلي ، سارت هذه المدرسة في طريق التجريد و الميتافيزيقيا و لم يقتنع انصارها بفكرة الواحد التي توقف عندها فيثاغورث ، فكانت المدرسة الايلية من اولى المدارس التي اخذت بالمذهب العقلي المثالي *idealisme* فارتفعت من العالم الحسي الى العالم المعنوي سالكة في ذلك طريق الاستنباط و انته الى ان حقيقة الكون هي الوجود الواحد الثابت الذي لا يتجزأ و لا يتعدد و لا يتحرك و لا يتحول و ان العقل وحده هو الذي يمكنه ادراك هذه الحقيقة اما الحواس فلا يمكنها ادراك غيبؤ الأعراض المتغيرة ، ومن خلال مذهب انصار المدرسة الايلية فيما يتعلق بالقانون فانهم لا يعترفون بوجود حقيق للقواعد الموضوعية و الاعراف الجارية لانها ليست الا عرضا زائلا ، و الى التعويل على ما يكشفه نور العقل من الحقيقة الأبدية¹⁰⁸

هرقليطس :

هرقليطس من اسرة ارستقراطية ، تولى كثير من افرادها الحكم في المدينة حتى آل اليه هو الحكم و لكنه ما لبث ان اعتزله و لجأ الى الجبل يتخذ منه خلوة يتأمل فيها الكون وأصله ، فالحقيقة عند هرقليطس هي التحول و أما الوجود فليس الا وهما و خداع حواس و ذلك على نقيض ما ذهب اليه الايليون ، فبعد ان اعتبر جوهر الوجود التحول التمس في الطبيعة اقدر العناصر على التحول و اكثرها فاعلية فيه وهو النار و زعم ان النار اصل الكون وهي ابدية لا بداية لها و لا نهاية ، ولم تكن نظرة هرقليطس الى القانون و السياسية الا جزءا من فلسفته العامة انطبع بطابعه و بنشأته الارستقراطية و خيبة امله في مجتمعه و عزوفه عنه فذهب الى القول بان القوانين التي يضعها الحاكم انما تستمد قوتها من القانون الالهي و لذلك اعتبر هرقليطس من اول القائلين صراحة بفكرة القانون الطبيعي ليعزز بها قوة القانون الوضعي¹⁰⁹

المرحلة الثانية :

هذه المرحلة تجمع ما بين ما نادى به سقراط افلاطون ارسطو و الرواقيون

¹⁰⁸ نفس المرجع ، ص 40

¹⁰⁹ نفس المرجع ، ص 44

اتفق هؤلاء الفلاسفة على استبعاد التقاليد الوطنية التي وضعتها كل جماعة لنفسها و ميزوها عن القانون الطبيعي الذي توحى به الطبيعة السامية وهي الارادة الالهية العليا الى الناس ، فالقانون الطبيعي المبني على العدل يمتاز عن القانون الوضعي و التقاليد بانه اقدمه و ارفعه مقاما وهو عام يشمل افراد البشر و خالد على مر الزمان

القانون الطبيعي عند سقراط :

يرى سقراط ان الأخلاق مقاييس ثابتة تقاس بها أعمال الانسان ، و يمكن ادراكها بالعقل لا بالحواس كما قال السوفسطائيون ، و اوضح ان المقصود بالعقل هو القدر من العقل الذي يشترك فيه جميع الناس ، و الذي يجعل ادراك الناس للاشياء لا يختلف من شخص الى آخر و بالتالي يسمح بادراك حقائق موضوعية ثابتة و ذلك عن طريق الاستقراء¹¹⁰

وقد طبق سقراط ذلك في بحثه عن حقيقة القانون و العدل فاستنبط من استقراء القواعد القانونية الجزئية التي تحكم علاقات الناس في المجتمع أصلا عاما تصدر عنه تلك القواعد جميعها هو فكرة العدل الذي بمقتضى نظام الكون ان يلتزمه الناس في علاقاتهم فالعقل يملي على الناس التزام العدل في علاقاتهم سواء وجدت قواعد قانونية تقرر جزاء الحكم العادل او لم توجد لان عدالة الحكم ليست رهينة بوجود جزاء مادي له .و يجب على المرء ان يلتزم كل ما هو عادل ولو لم يفرضه القانون و يجب عليه ايضا ان يتبع ما تقضي القوانين الموضوعية لان مفروض فيها انها عادلة و لأن المواطن الصالح يجب عليه احترام القوانين و لو كانت سيئة حتى لا تشجع المواطن غير الصالح على عدم احترام القوانين الصالحة و من ذلك يظهر ان سقراط اتبع في

¹¹⁰ كشف عن تلك الأفكار الفيلسوف سقراط في حوار مع هيباس hippiasبقوله: "هل تعرف يا هيباس ان هناك قوانين غير مكتوبة ؟ بدون شك وهي القوانين التي تسود سائر بلاد العالم ، هل تستطيع القول بأن الناس هم الذي وضعوها ؟ كيف أجرؤ على مثل ذلك القول ؟ اذ من المستحيل ان يكونوا قد اجتمعوا كلهم في مكان واحد ، كما انه من المستحيل أن يتكلموا لغة واحدة ، اذن فمن الذي وضعها في رأيك ، انها الآلهة التي املتها على البشر ، وأول هذى القوانين يقضي بتبجيل الآلهة ، أليس هذا مبدأ عام يقضي باحترام الأباء ؟ بدون شك ، أليس من المحرم على الأمهات أن يتزوجن ابناءهم و على البنات ا، يتزوجن آباءهم ، بدون شك ، أليس هناك مبدأ عام يقضي بمكافأة فاعلي الخير اعترافا بحسن صنيعهم بدون شك . .صوفي حسن ابو طالب مبادئ تاريخ القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية1967 ص 332 .

القانون المذهب العقلي المثالي بل هو مبتدعه وقال بوجود قواعد للعدل مثالية يدركها الانسان بعقله و تكون واجبة الاحترام وقال بوجود احترام القوانين الوضعية و لو كانت سيئة اي غير عادلة حفظا للنظام العام في المجتمع و تعزيزا لهيبة السلطة و تدعيم سلطان الدولة¹¹¹ فالعدالة هي معرفة الشرائع ، و اما الشرائع في عرف سقراط فهي نوعان شرائع الدولة المكتوبة ، وشرائع الآلهة غير المكتوبة و التي يقصد بها القانون الطبيعي ومما كان يدعو اليه باعتقاد ان تصرفاته يجب ان تقود بها ليس فقط شرائع الدولة و بما لها من احترام في نفسه بل و ايضا شرائع الآلهة¹¹²

القانون الطبيعي عند افلاطون

يعتبر افلاطون مؤسس الفلسفة المثالية الموضوعية وهو يعد استكمالاً للمسيرة التي بدأها سقراط، وهو يدافع عن أفكار سقراط إلى أقصى حد في اتجاه البحث عن جوهر الأشياء والدفاع عن نظام المدينة وقوانينها لقد نادى أفلاطون بفكرة القانون الطبيعي الميتافيزيقي ، وكلمة الطبيعة عند أفلاطون تعني عالم المثل او عالم الأفكار أو عالم جوهر الأشياء و قد اعطى افلاطون للقانون أهمية كبرى بالنظر الى طبيعته و غايته ، و للمشاكل التي قد يثيرها وقد أكد ذلك في جميع مؤلفاته بالنسبة للمجتمع السياسي حتى يتمكن من الوجود و اعتبر التشريع عمل انساني و بالتالي ليس له قيمة الا اذا كان تأكيداً للنظام الطبيعي للعدل أو تقليدا للعدل ذاته و بالتالي فان نظرية افلاطون عن العدالة تسبق نظريته عن القانون¹¹³ و لما كان افلاطون قد وضع في كتابه (الجمهورية) وصفا لمدينة خيالية مثالية اناط تحقيق العدالة فيها للحكماء فقد اعطى افلاطون للفلسفة دور القيادة و الريادة في المدينة الفاضلة و نادى بنظرية الملك الفيلسوف وهو يرى ان العقل قادر بعد تعليم طويل وشاق على معرفة نظام العالم النظام

¹¹¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 50

¹¹² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 121

¹¹³ فايز محمد حسين محمد ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، مجلة الحقوة للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، العدد 02 ، 2010 ، (ص ص 1365-1397) ، ص 1382

الذي يحكم الكون و الذي هو نفسه نظام الانسان و نظام المجتمع الساسي ، فيجب ان يكون الحخاكم فيلسوفا حتى يستطيع معرفة المهمة الملقاة على عاتقه و يتمكن من اداؤها على أحسن وجه ، و بناء على ذلك اعطة افلاطون للحاكم حق التشريع وهذا الاخير يعود لمن هو قدرة على معرفة المباديء الأبدية للقانون الأسمى او قانون الطبيعة¹¹⁴

القانون الطبيعي عند ارسطو

يعتبر ارسطو من اعظم الفلاسفة وهو صاحب نظرية القانون الطبيعي التي لم يتخطاها الفكر الانساني حتى الآن ، فعند ارسطو المدينة ترجع الى طبيعة الأشياء و ان الانسان خلق من اجل المجتمع السياسي و يتميز المجتمع السياسي عن غيره بطابع الخضوع للقانون و العدل باعتباره ان الهدف من الدولة هو تحقيق الخير العام للجميع فيقول ارسطو (الانسان لا يوجد داخل الدولة لمجرد ان يعيش مع غيره ، بل ليعيش مع غيره بطريقة أفضل) و متى تصبح الفضيلة اساس تصرفات الافراد داخل الدولة فان ذلك يعني تحقيق الانسجام بين الخير العام للدولة و الخير الخاص للافراد و يعتبر العدل جامعا لكل الفضائل¹¹⁵.

فالفرد اذا كانت ارادته تخضع للقانون فان القانون نفسه ارادة انسانية ينبغي ان يكون معبرا على العدل و وسيلة المشرع للوصول الى العدل هو التفكير العقلي السليم المجرد من العواطف و المصالح و لما كان العقل هو وسيلة الانسان لاكتشاف العدل و مباديء القانون الطبيعي فقد امكن تسمية القانون الطبيعي بالقانون العقلي ، فارسطو يرى ان الدولة طالما كان نظامها غير ظالم و غير مخالف للطبيعة فان القوانين الصادرة عنها تكون واجبة الطاعة حتى و ان انطوت على بعض العيوب¹¹⁶ ، فالتزام الطاعة لاحكام القانون انما تفرضه الاخلاق و يقتضيه العدل فالدولة و نظامها القانوني ماهي الا تجسيد للمثل العليا باعتبارها تمثل الخير و سعادة افرادها¹¹⁷

¹¹⁴ صوفي حسن ابو طالب مباديء تاريخ القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية 1967 ص 336 .

¹¹⁵ مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، فلسفة القانون عند ارسطو ، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية ، النجلد 04 العدد 02 ديسمبر 2014 ، جامعة بابل للدراسات الحضريّة و التاريخيّة العراق (صص 342-364) ص 349 .

¹¹⁶ فايز محمد حسين محمد ، المرجع السابق ، ص 1383 .

¹¹⁷ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 123 .

فالقانون الطبيعي هو العدل في حد ذاته من وجهة نظر ارسطو وهو ثابت لا يتغير أما القانون الوضعي فهو العدل الذي يصطنعه المشرع ، و الذي يجب ان يتغير من وقت لآخر أو من دولة لأخرى فارسطو ينادي بمبدأ سيادة القانون ، وهذا المبدأ الذي يجعل العدل عاما بالنسبة لجميع الناس و يجعل خضوع الافراد لقواعد القانون و ليس لأهواء الحكام¹¹⁸

القانون الطبيعي والمدرسة الرواقية :

لم يحدد الرواقيون مضمونا واضحا لفكرة القانون الطبيعي ، فهو ذو طبيعة اخلاقية اكثر من كونه ذو طبيعة قانونية بحتة ، و مرد ذلك الى ان الرواقيين قد اقاموا نوعا من التفرقة بين الأخلاق و القانون ، فباعتبرون القانون الطبيعي قانون مثالي خيالي لا صلة له بالواقع ، و قد وضع ليحكم عالما خياليا ، فالجميع فيه متساوون ، و عالمهم المحكوم بالقانون الطبيعي خارج عن نطاق العالم الواقعي المحسوس ، و انطلاقا من هذا التوجه نادى المدرسة الرواقية بوجود خضوع القوانين الوضعية لمبادئ القانون الطبيعي القائم على اساس الأخلاق¹¹⁹

و كان مذهب الرواقيين اول من قال بوجود قانون طبيعي ازلي ثابت لا يتغير بتغير الزمان و لا المكان و لا يخرُج عن حكمه شيء في العالم و يهدف الى تحقيق الانسجام و التناسق في العالم ، و يقع وجوبا على المشرع كما على القاضي و الفقيه بل وعلى الانسان في حياته اليومية ان يسير على هدي مبادئ هذا القانون وهو يستطيع ان يكشف عنه بعقله و ضميره الذي يناديه بعمل ما يجب عمله و بالمتناع عما لا يجوز عمله و نادى بالغاء الرق و بالمساواة بين الطبقات و بالتضحية بالقانون الوضعي اذا تعارض مع مبادئ الاخلاق¹²⁰

¹¹⁸ صوفي حسن ابو طالب، نفس المرجع ، ص 336

¹¹⁹ صوفي حسن ابو طالب، المرجع السابق ، ص 334 .

¹²⁰ عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية و الواقعية ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ط 1 2004 ، ص 102 .

المطلب الثاني : القانون الطبيعي في العصر الروماني

استعرض الرومان مذاهب الفلسفة اليونانية قديمها وحديثها وتخيروا منها ما يتفق وروحهم ، فكان لفلسفة ارسطو الاثر الكبير في التوجه نحو الأخذ لبالمناطق واما يشمله وبفلسفة الرواقيين التي وافقت مزاجهم كثيرا

اما فيما تعلق بالقانون فكان تالرومان قانونهم الخاص بهم الذي نشأ أصلا من العرف ، وقام على احترام تقاليد الأباء والأجداد واصطبغ بشكلية جامدة ذات جذور بعيدة ، فلم يكونوا في حاجة الى نقل قوانين اليونانيين ولا سيما اختلاف ظروف البلدين لم تكن تسمح بهذا النقل صار القانون الروماني في الاتجاه الفردي الذي التقى عنده المذهبان المتعارضان الابيقورية و الرواقية ، فلم يأخذ بالتعاليم السقراطية التي تهدف الى تغليب سلطان الدولة على مصالح الأفراد وتصل في ذلك الى الغاء الاسرة والملكية الخاصة ، بل اعتبر الفرد هو اساس المجتمع ، واتخذ من الاسرة والملكية الخاصة والتعاقد ركائز اساسية في تنظيم المجتمع ، واعتنق فكرة القانون الطبيعي التي نادى بها الرواقيين ، ولقد سطا نجم العديد من الفلاسفة وشرح القانون في العصر الروماني نقف عند اراء بعض هم

شيشرون وفلسفة القانون :

يعد من ابرز الفلاسفة الذي اشاعو الفلسفة اليونانية في روما فهو بمثابة همزة الوصل بين الفكر اليوناني واللاتيني حيث ترجم افطكار الفلاسفة و عرضها بأسلوب خاص ، حيث اخذ شيشرون بفكرة القانون الطبيعي الذي قالت به الرواقية و توسع في شرحها وقال بأن القانون الطبيعي انما يقوم على أساس حكم الله للعالم كله ، و القانون الطبيعي هو القانون الذي يرتكز على الطبيعة العقلية والاجتماعية للناس ، وهو القانون الذي لا يتغير ولا يتبدل ، وهو الذي يفرض احكامه على جميع البشر و الدول و لا يستطيع احد ان يجعل من الصواب خطأ أو من الخطأ صوابا اذ قال شيشرون : (هناك في الواقع القانون الأحق وهو قانون البداهة و التفكير اسليم ، وهو قانون خالد لا يتغير ينبغي على الناس بمقتضى احكامه ان يؤدوا ما عليهم من التزامات بما فيه من احكام

ناهية كما يحد من جنوح الناس الى ارتكاب الخطأ و تؤثر اوامر هذا القانون و نواهيه في اختيار الناس دون اشرارهم وهذا القانون الطبيعي هو مما لا يجوز خلقيا تعطيل احكامه بتشريعات وضعها البشر¹²¹

و قسم شيشرون القانون الى ثلاثة انواع او اقسام :

القانون الطبيعي jus naturele

القانون المدني jus civil

قانون الشعوب jus gentium

و المقصود بقانون الشعوب القانون الذي تتبعه كل الشعوب و يعد اساسا لعلاقتها المتبادلة و يعتبر جزءا من القانون الوضعي لذلك فالقانون الطبيعي يشكل اساسا للقانون الوضعي وقانون الشعوب هو تجسيد مادي لمبادئ القانون الطبيعي اي هو التعبير المحسوس و الترجمة الواقعية للقانون الطبيعي و القانون الطبيعي عند شيشرون قانون خلقي يامر بالقيام بالواجبات و تجنب الغش و الانسان الشريف يجب عليه اتباع تعليماته و نواهيه¹²²

فلسفة القانون عند جوستينيان :

على خطى شيشرون سار الفقيه جايوس الذي اعتبر القانون الطبيعي قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية و طبيعية ، فهو قانون عالمي ، و ابتداء من القرن الثالث للميلاد اتجهت كتابات الفقه الروماني الى التفرقة بين مدلول القانون الطبيعي و قانون الشعوب و ظهر ذلك عند الفقيه البين و في القرن السادس جاءت منظومة جوستينيان محتوية نماذج ثلاث من القانون المدني ، فانون الامم أو الشعوب ، القانون الطبيعي فاعتبر جوستينيان القانون المدني الروماني القانون الأهلي للدولة او قانون الأصدقاء و يطلق عليه ايضا قانون الرومان و ينحصر في قانون الألواخ الاثني عشر و يختص بأهل مدينة روما

¹²¹ عبد الحي عمر ، الفكر السياسي في العصور القديمة ، الاغريق ، الهلنستي ، الروماني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ط 01 ، 2001 ص 345 .
¹²² مصطفى سيد أحمد صفر ، المرجع السابق ، ص 99 .

اما قانون الشعوب فكان من عمل رجال القانون و الذي تنطبق احكامه على علاقات الاجانب بعضهم ببعض او بينهم و بين الأصلاء فهو القانون الذي انشأه في الدولة الرومانية البريتور و استخلصه من المبادئ العامة المتبعة لدى مختلف الشعوب التي بسطت عليها هيمنة الامبراطورية الرومانية

اما التمييز بين قانون الشعوب و القانون الطبيعي في منظومة جوستينيان هي ان قانون الشعوب يبيح الرق و يقبل به ، في حين ان القانون الطبيعي ينكر هذا التمييز بل يطالب بالحرية و المساواة لكل الناس ،

ويكاد يقع الاجماع على ان فلاسفة الرومان قد وضعوا دعامة اساسية لفهم القانون فهما صحيحا حيث يعود لهم الفضل في ربط التفسير بالظروف الاقتصادية و السياسية القائمة انذاك ، فرسموا قيما لصناعة القانون متأثرين بما بنبغى عليهم كرجال قانون من ناحية المثل العليا فرجل القانون هو كاهن العدالة المتمعن في ممارسة فلسفتها الحققة ، وقد اجمع مؤرخوا القانون على القول بأن الاساس الفلسفي للقانون الطبيعي قد اثر في المجموعة القانونية للقانون الروماني¹²³ ، و ادى تصور الفلاسفة الرومان الى تصور مبادئ قانونية سامية شملت :

- مبدأ المساواة أمام القانون
- احترام العقود و التعهدات
- التزام الصدق و العدل في المعاملات
- تعظيم شأن القصد (النية) في التعاقد
- المحافظة على مصالح التابعين
- ازالة الفوارق بين الأموال النفسية و غير النفسية
- ازالة الفوارق بين طرق نقل الملكية من اشهاد و تسليم
- تحطيم سلطة الاب المطلقة على مال ابناؤه و أشخاصهم

¹²³ فاضلي ادريس المرجع السابق ، ص ص ، 129

- منح المرأة المتزوجة مركزاً قانونياً معادلاً تماماً لمركز زوجها في الاشراف على ممتلكاتها و على اطفالها

- احاطة العبيد بضمانات قانونية هامة من بينها حمايتهم من القسوة ، تسهيل حقهم و تحريرهم .¹²⁴

- الفلسفة القانونية عند القديس توما الإكويني:

صبغة دينية لهذه الفلسفة، وتعتبر التعبير الأمثل للتيار الطبيعي العقلي في صيغته التقليدية إلى درجة أن الكنيسة الكاثوليكية اعترفت بفلسفته على أنها فلسفة أبدية دائمة، ونجاحها في الغرب المسيحي يرجع إلى الطبيعة التوفيقية لهذه الفلسفة بين الفمسة الإغريقية من جهة و المسيحية من جهة أخرى، والكاثوليكية نتيجة لهذا الانسجام ، وأصبحت مرجعية للفكر الغربي بصفة عامة والقانوني بصفة خاصة.

بالنسبة لتوما الاكويني القانون له بعد ديني و يجب معالجته في هذا الاطار ، اي على مستوى عال من التنظير ، الوحدة ، وحدة الكون و التي يشكل الانسان جزءا منها ، و للانسان طبيعة خاصة (الطبيعة البشرية) و غاية ، هذه الغاية محددة من طرف الطبيعة و تحديد هذه الطبيعة و الغاية الناتجة عنها هي الهدف الأساسي لفلسفة القانون عند توما الاكويني فالصالح العام عند توما لا يتحقق الا في طريق الدين و الايمان و الوحي ، و يتمثل ذلك في القانون الالاهي الذي تتضمنه الكتب السماوية المنزلة ، او المتضمنة من طرف القانون الطبيعي المستوحى منه .

فالاشكالية التي يطرحها توما الاكويني في بحثه عن اصل نشأة القانون و فلسفته هل القانون الطبيعي يستمد طاعته من الاوامر لانها حسنة أو عن طريق النواهي لانها سيئة ؟ و القانون الطبيعي عكس ذلك هل يستمد الطبيعة الحسنة من الوامر أو الطبيعة السيئة من الممنوع ؟

¹²⁴ فاضلي ادريس المرجع السابق ، ص ص ، 129 130 .

فاصل القانون عند توما الاكوييني هو امتداد لفكرة القانون الطبيعي الى ميدان القانون و العقل باعتبارهما الميدان الاساسي في كل تصور بشري ، و القانون هو القاعدة المستمدة من هذا العقل ، فالقانون ماهو الا امر من العقل ثم وفي مرحلة ثانية تمديد هذا الأصل الى القانون ككل ، تتدرج العقلانية من الدرجة الأعلى (القداسة) الى العقلانية البشرية نزولاً و التي انتجت نفس التدرج على مستوى القانون و اصبحت هذه الثلاثية هي الاساس لفكر توما هي القانون المقدي (الالهي) ، القانون الطبيعي ، ثم القانون البشري

فالقانون الازلي تنظيم العالم من طرف القوة الالهية و القانون الطبيعي استكشاف من طرف العقل مجرد توجيهات من القانون الأول الأبدي و ينقسم الى نوعين قانون أولي ثابت لا يتغير يتضمن مبدأ واحداً وهو عمل الخير و اجتناب الشر ، ثم قانون متغير متكون من اختلاف القواعد و التشريعات لمختلف الدول القانون البشري ، نتيجة التفكير البشري المتعلق بحياة الافراد و المجتمعات (القانون الوضعي) - فالقانون الطبيعي العالمي قانون نظامي شكلي عقلاني وهو الذي يملي المضمون

-مضمون القانون محدد من طرف الشكل فالقانون الطبيعي يجسد مبادئ و توجيهات الشكل ، من خلالها تحدد متطلبات الأشخاص المتعددة (المضمون) و القانون الوضعي يعبر عنها من خلال قواعد قانونية و الكل يهدف الى تحقيق العدالة .
مفهوم العدل : هو النموذج الأمثل و القانون الوضعي يجب أن يمتثل له أو يعكس ذلك فالعدل يتجسد في الفكرة وحدها أما القانون الوضعي فلا يجسد هذا المبدأ الا ظاهرياً لان العدل ليس مرحلة انتقالية فهو مبدأ دائم و أبدي وهو المثال الأعلى

و العدل القانوني ماهو الا مجموعة من المبادئ القانونية المستندة من القانون الطبيعي انطلاقا من فكرة الصالح الطبيعي الذي يقرر ما هو منطبق مع طبيعة الانسان و يسعى الى تحقيق الصالح العام و الخاص.¹²⁵

مفهوم الصالح العام : ارادة الانسان موجّهة نحو تحقيق ما هو صالح و الذي هو غايته ، الغاية مقيدة و محددة و ليست محل اختيار ، اما الانسان فله فقط حرية اختيار الوسائل الموصلة اليها ، فالصالح العام او الصالح الخاص يجب ان يخضع للارادة الالهية ، اما طبيعة الانسان فيمكن ان تتبلور في صفات اربع هي العقلية ، الاخلاق ، الانتشار ، الاجتماعية و انطلاقا من هذه الصفات يزوب الصالح الخاص داخل الصالح العام ليصبح الصالح العام معيار الالتزام القانوني و المبرر للوقوفة ضد الاستبداد.¹²⁶

المطلب الثالث : القانون الطبيعي في العصر الحديث

عرف القانون الطبيعي من القرن 16 إلى غاية القرن 19 عدة تطورات، و بقي خلال هذه المراحل محتفظا بأساسه التقليدي.

-أولا : القانون الطبيعي و فكرة سيادة الدولة أو الحكم المطلق

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

ومن أشهر من دعا إلى تمكين الدولة و منحها السلطان المطلق لوضع القانون الوضعي خلال القرن 16، نجد كل من ميكيافلي الإيطالي و بودان الفرنسي. فميكيافلي صاحب كتاب "الأمير"، منح الحاكم السلطان المطلق، و أقر له باستعمال كل الوسائل في سبيل تعزيز هذه السلطة، إعمالا لمبدأ "الغاية تبرر الوسيلة"، فهو من اشتهر بمقولته: "يجب على الحاكم أن يكون أسدا و ثعلبا في نفس الوقت"،

¹²⁵ منذر الشاوي ، المرجع السابق ، ص 19 .

¹²⁶ فاضلي ادريس ، المرجع السابق 132 .

تعبيراً منه عن القوة والخداع. وفي نفس المعنى اتجه بودان 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.

ثانياً: فلسفة الحكم المطلق عند ميكيا فيلي:

ميكيا فيلي 1469-1527 يعد من أخطر رجال السياسة في إيطاليا اشتهر بنظر ثاقب للأمر واقعياً صريحة ودقة ملاحظته للحوادث وفهمها على حقيقتها، اشتهر بمعرفته التامة لطبائع الناس فوضع لنفسه هدفاً سياسياً بإنشاء دولة إيطالية كبيرة وموحدة بدلاً من الدويلات والمدن المتفرقة والمنتشرة في أنحاء إيطاليا، ولما كان ميكيا فيلي رجلاً سياسياً قبل كل شيء يريد أن يبلغ هدفاً معيناً اعتبر أن كل وسيلة تقربه من تحقيق هدفه هي خير، وكل ما يقف أمام تحقيق هذا الهدف هو شر وانطلاقاً من هذه الفكرة كان ميوله واضحاً إلى فكرة السلطان المطلق الذي لا يعرف لارادته حدوداً ولا يرى أي مانع في اتخاذ أي وسيلة توصله إلى غرضه، غير أن ميكيا فيلي لم يستطع تحقيق هدفه فاعتزل السياسة ودون خلاصة تجاربه في أهم كتبه وهو (كتاب الأمير 1513) صاغه في شكل روايات وقصص ونصائح موجهة إلى الأمير الذي ينتظر توليه إيطاليا ويعمل على تحقيق وحدتها الأمر الذي يقتضي تدعيم السلطان باتخاذ كافة الوسائل المتاحة التي تؤدي إلى تحقيق الهدف العظيم (بناء الدولة الموحدة) بغض النظر عن أي تقييم أخلاقي لهذه الوسائل فالغاية تبرر الوسيلة والقوة وحدها هي سند القانون.¹²⁷

ففي باب التوجيهات التي جاء بها ميكيا فيلي للامير (ان الذي يرسم المناظر الطبيعية يأخذ مكانه في السهل ليتأمل الجبل والأماكن المرتفعة، ويصعد فوق قمم الجبال ليتفحص الأماكن المنخفضة،

¹²⁷ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 129

وعلى الأمير القيام بنفس الشيء فالذي يريد معرفة طبيعة الشعب جيدا عليه ان يكون أميرا و أن يكون من الشعب ليريد معرفة الأمراء) و من اقواله ايضا(ان الحرب عادلة دائما عندما تكون ضرورية ، ويكون السلاح مقدسا اذا لم يكن هناك أمل في غيره) ، ويقول ايضا (ان الأمير يجب أنم يحافظ على حياته و دولته ، ومتى حالفه النجاح فان كل الوسائل التي اتخذها الى ذلك سيحكم عليها الناس بانها شريعة محمودة اذن فالعاممة مأخوذة دائما بالمظهر ...) ¹²⁸

ثالثا: جون بودان وفلسفة الحكم المطلق

نشأ بودان في فرنسا 1530-1596 في الجيل الثاني لجيل ميكيافيلي و كان همه تأييد السلطان المطلق لملك فرنسا

ومن اراء بودان ان كل دولة يجب ان توجد فيها سلطة عليا واحدة و غير قابلة للتجزئة و ان من خصائص سيادة الدولة ان تكون مطلقة و دائمة و ان تكون لها سلطة التشريع كاملة و انه من الطبيعي ان من يملك التشريع يجب ان تكون ارادته هي العليا و لا ينبغي ان يخضع لاي ارادة أخرى و لا التشريع الذي يضعه هو ، أما المواطنون فيدينون له بالخضوع التام وتكون عليهم واجبات نحوه و ليست لهم حقوق ازاءه البتة ، وهكذا كان جون بودان من غلاة السلطان المطلق ¹²⁹، ومن بين ما يحسب لبودان انه نادى بالتسامح الديني للقضاء على النزاع الذي كان قائما في عصره بين الكاثوليك و البروتستانت ، و ان له الفضل في تنبيه المشرعين الى وجوب الموازنة بين ما يشرعونه من قوانين و بين ظروف البيئة التي يشرعون لها كالظروف الجوية مثلا... و يؤخذ عليه انه اهدر حقوق الأفراد و اخصعها للسلطان المطلق فيما تعلق بداخل الدولة ، و انه ترك العلاقات الدولية بين الدول صاحبة السيادة و المستقلة بعضها ببعض دون تنظيم .

¹²⁸ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 135 .

¹²⁹ سليمان مرقس ، نفس المرجع ، ص 129

رابعا : 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 و 18¹³⁰.

فمعنى القانون الطبيعي أساس للقانون الدولي العام، هو أن تراعى قواعده ومبادئه في تنظيم العلاقات بين الدول، ويرجع الفضل في إبراز فكرة القانون الطبيعي وجعلها أساسا للقانون الدولي العام إلى الفقيه الهولندي "جروسيوس" صاحب كتاب "قانون الحرب والسلام". ومن ضمن ما تضمنه هذا الأخير، تعريفا للقانون الطبيعي على أنه: "القواعد التي يوخها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظلما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل"¹³¹.

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

فجروسيوس نظم المجتمع الدولي سواء في فترة السلم أو فترة الحرب. فعن فترة السلم يرى أن كل دولة تتمتع بسيادة مستقلة، إلا أن الدول صاحبة السيادة يجب أن لا تتجاهل بعضها، إذ عليها أن تقبل بفكرة وجود مجتمع يحكمه قانون بالضرورة. وهذا القانون هو القانون الطبيعي. وأما بشأن فترة الحرب، فهو يعترف بشرعية الحرب لعدم وجود سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفض نزاعاتها ، على شرط أن تكون هذه الحرب عادلة، مع العلم أنها تكون كذلك (أي تعتبر حربا عادلة) متى كانت ردا على عدم العدالة التي يحددها القانون الطبيعي. وبتعبير آخر متى كان هناك اعتداء على الحقوق

¹³⁰ هجيرة خدام المرجع السابق ، ص 26 .

¹³¹ عبد الرزاق السنهوري ، حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 49 .

الأساسية التي يعترفها القانون الطبيعي للدولة ذات السيادة، يحق لهذه الأخيرة شن 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 الدولية¹³²

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 أساسيا من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله. إلا أنه تراجع في بعض مواقفه عن هذا الأساس، عندما اعتبر الحرية من أهم الحقوق للصيقة بالإنسان، ومع ذلك يمكن النزول عنها بموجب معاهدة أو عقد كما يمكن فقدانها نتيجة الهزيمة في الحرب أو الوقوع في الأسر¹³³

ومعنى القانون الطبيعي أساس للقانون الدستوري، اعتباره أساسا لتنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد، ووسيلة لردع الحكام وعدم طغيانهم واستبدادهم، وكذلك جعله 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 وفقا لغرائزهم وأهوائهم، ما أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وسيطرة الأنانية، والغلبة للأقوى. ومن أجل إعادة التنظيم إلى حياتهم وضمان الأمن والاستقرار، اتفق الناس فيما بينهم على التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم الذي يضمن لهم حقوقهم وحرياتهم وينظم معاملاتهم. وهو ما أطلق عليه "العقد الاجتماعي". فاعتبر هذا الأخير أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي¹³⁴.

¹³² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 134

¹³³ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 134

¹³⁴ خدام هجيرة، المرجع السابق ص 27

على الرغم من الاتفاق يكاد يكون بالاجماع على 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 تناول اطراف العقد و ما يترتب عليه من التزامات وحقوق كانت محل خلاف وهو ما سنتنوله من خلال فكرة العقد الاجتماعي و القانون الطبيعي

المطلب الرابع : القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

ذاعت فكرة العقد الاجتماعي طوال القرنين السابع عشر و الثامن عشر ومقتضاها ان الناس اتفقو فيما بينهم في وضع السلطة في يد شخص او هيئة يكون لها الحق في الامر و النهي في المجتمع المنظم من جل البقاء و الدفاع عن النفس اتفق الناس فيما بينهم على التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم لقيام هذه الجماعة المنظمة التي يعيشون في ظلها ، وهو المفهوم المتفق عليه بين رواد فكرة العقد الاجتماعي ، لكن الاختلاف يكمن في تحديد اطراف العقد وموجباته¹³⁵

فالفيلسوف الإنجليزي "هوبز" يرى أن الحاكم ليس طرفا في العقد الاجتماعي، لأنه يتم بين أفراد المجتمع، 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، ولا يحق لهم مساءلته ولا استبداله حتى وإن استبد. والملاحظ أنه اعتمد على فكرة العقد الاجتماعي لتبرير ومنح السلطان

المطلق للحاكم، لا لتقرير حقوق الأفراد وضمان حرياتهم، وذلك لكونه من داعمي النظام الملكي السائد في إنجلترا¹³⁶

¹³⁵ عبد الرزاق السنهوري ، حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 50 .
¹³⁶ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنيت المرجع السابق ، ص 50 ، و سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 138 .

وأما الفيلسوف "جون لوك" ، "فاعتبر أن طرفي العقد الاجتماعي هما الحاكم من جهة، والأفراد من جهة أخرى¹³⁷. بموجبه يتنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم لصالح الحاكم، مع التزام الحاكم من تمكين الناس من التمتع بالجرء المتبقي، ويجوز للشعب ان يفسخ العقد الذي ابرمه مع السلطان و تكون الثورة مشروعة في حال استبداد الحاكم . ومع أن لوك انجليزي، إلا أنه نادى بتقييد سلطان الحاكم لتفادي طغيانه واستبداده¹³⁸.

وينظر الفيلسوف الفرنسي "جون جاك روسو" وهو من انصار سلطان الشعب أن العقد الاجتماعي انما يبرم ما بين افراد الشعب جميعا على ان يتنازلوا عن حرياتهم الطبيعية للشعب نفسه اذ لا يوجد سلطان غير الشعب و يستعوضوا عن هذه الحريات الطبيعية بالحريات المدنية ، واعتبر الحاكم ممثلا باسم الشعب. بمعنى آخر أن الشعب هو صاحب السلطة والسيادة في المجتمع ، ولأنه لا يمكن أن تمارس هذه السلطة من قبل جميع أفراد الشعب معا، فإنهم يقومون بتعيين حاكم وكيلا عنهم، يسعى إلى ضمان حقوقهم وحرياتهم ، والحفاظ على الأمن والاستقرار داخل المجتمع ، دون أن يتمتع بالسيادة والسلطة، والتي تظل للشعب ويحتفظ بها لعزل الحاكم حال إخلاله بالتزاماته ف. روسو جعل العقد الاجتماعي وسيلة لإنكار حق الملوك في السيادة المطلقة الذي كان سائدا في فرنسا. و من اشهر مؤلفات روسو كتابه "العقد لاجتماعي"،

وفي أواخر القرن 18، بلغت نظرية القانون الطبيعي أوج مجدها وأقصى نجاحها، وذلك بالتزامن مع قيام الثورة الفرنسية "تحت شعار الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية"، فأصبح القانون الطبيعي في كنفها مصدرا رسميا تضمن مبادئه الإعلان الرسمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789¹³⁹.

¹³⁷ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 149 .

¹³⁸ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنيت المرجع السابق ، ص 51 .

¹³⁹ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 146.

المطلب الخامس : القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

أولاً : تراجع القانون الطبيعي بسبب الانتقادات التي وجهت إليه خلال القرن 19

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

1 - 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 ويؤكدته التاريخ، فمن غير المعقول أن يثبت القانون على حال واحدة، فهو يختلف من بلد لآخر، بل وفي نفس البلد من زمن لآخر.

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

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

4 - يعتبر أنصار المذهب التاريخي أن لا فائدة عملية مرجوة من قواعد القانون الطبيعي، لكونها غير مقترنة بجزاء، وهو ما يجعل عدم احترامها والخروج عنها أمر لا شك فيه.

نتيجة لهذه الانتقادات تراجع القانون الطبيعي بشكل ملحوظ إلى درجة أنه كاد أن يختفي، الأمر الذي دفع بأنصاره إلى البحث عن مضمون جديد لإعادة إرجاعه مرة أخرى أط ، لق عليه ب "حركة إحياء القانون الطبيعي".

ثانيا: الأساس الحديث للقانون الطبيعي (حركة إحياء القانون الطبيعي)

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

1- القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير بسبب الانتقاد الموجه للقانون الطبيعي من قبل أنصار المذهب التاريخي، الرافض لفكرة الثبات والخلود التي تميز بها لعدة عصور، حاول الفقيه الألماني "ستاملر" أن يجمع بين الثابت والمتغير في فكرة القانون الطبيعي. وذلك من منطلق أن جوهر القانون هو مثل أعلى يتمثل في العدل، والعدل في حد ذاته ثابت ومتغير في آن واحد، فهو خالد في فكرته ومتغير في مضمونه، ولهذا أطلق عليه "القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير".
وأيضاً تبني هذه الفكرة الفقيه الفرنسي "سالي" الذي ذهب إلى القول أن العدل وهو جوهر القانون الطبيعي، فكرته في ذاتها خالدة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وجدت في ضمير الإنسان بالفطرة، وعلى مر العصور وستظل كذلك إلى الأبد ثابتة¹⁴⁰، ففكرة العدل هي الإطار الثابت للقانون الطبيعي. أما الذي يتغير، فهو مضمون هذا العدل وطريقة تحقيقه التي تختلف من مكان إلى مكان آخر، بل وفي نفس المكان من زمن إلى آخر، حسب الظروف المستجدة والمتغيرة وحسب الإمكانيات والوسائل المتوفرة¹⁴¹.

وبهذا يكون أنصار القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير حاولوا اتخاذ موقف وسط، فمن جهة يحتفظون بأصل القانون الطبيعي القائم على أساس الثبات والخلود، ومن جهة أخرى، تفادي انتقاد أنصار المذهب التاريخي بالبحث عن التغيير. وهو ما دفعهم إلى اعتبار العدل، بما أنه جوهر القانون الطبيعي، ثابت ومتغير في آن واحد، فهو ثابت في فكرته، متغير في مضمونه¹⁴².

وقد قال بهذا المذهب / اوبري وروو، ثم تلاهم بودري لا كنتينري و هوك فوركاد، هذا الأخير يرى ان القانون الطبيعي ذو الحدود المتغيرة هذا الأخير يرى ان يسمي القانون الطبيعي ذو الحدود

¹⁴⁰ منذر الشاوي، مذاهب القانون، المرجع السابق، ص 37.
¹⁴¹ عبد الرزاق السنهوري، حشمت ابو سنيت، الردج السابق، ص 55.
¹⁴² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 282.

المتغيرة le droit naturel a contenu variable ، او القانون العدل le droit juste وهو المفهوم الذي اخذ به سايبى بعده و شارمون و جوسران الذي يقول : ((توجد في القانون الطبيعي مبادئ ثابتة لا تتغير كالوفاء بالوعد ، و القوة الملزمة للعقود ، و عدم رجعية القانون ، و التزام المرء بتعويض الضرر الذي سببه للغير دون وجه حق ، و الى جانب هذه المبادئ الثابتة يلاحظ في عصر معين و في كل البلاد التي هي في درجة معينة من الحضارة ، وجود ميول مشتركة و شعور قانوني عام تتجه كاهها الى تحقيق اصلاحات هي في الواقع في احساس الجيل ، فمثلا نلاحظ في هذه السنين الاخيرة ميلا عاما الى تقليل الفروق الاجتماعية و تشجيع الزواج و الاكثار من النسل و الاهتمام بشهر التصرفات القانونية و منع كل تعسف في استعمال الحقوق))¹⁴³

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 آخر¹⁴⁴.

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

يرى أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم الفقيه "بلانيول" والفقيه "جوسرا" ن ، أن الواقع والمنطق يكذبان فكرة وجود قانون مثالي، يتضمن قواعد تضع حلولا 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. 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

¹⁴³ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 280

¹⁴⁴ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 156 .

المثالية للقانون الطبيعي، الخالدة، الثابتة، التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل¹⁴⁵.

وبعد ما كان يعتبر القانون الطبيعي أسى القوانين وقواعده واجبة التطبيق لتحقيق العدل، تم تحديد وظيفته عن طريق جعل قواعده الثابتة الخالدة، موجهة مثالية للعدل. أي أن قواعد القانون الطبيعي لا تضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية (فهذه الحلول تضعها القوانين الوضعية)، بل إنها توجه المشرعين إلى هذه الحلول إذا ما أرادوا تحقيق العدل، فتعتبر أساساً ومثلاً أعلى للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل مكان وزمان و. من أمثلة مبادئ القانون الطبيعي نذكر: الحق في الحياة، عدم الإضرار بالغير، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم التعسف في استعمال الحق

إن هذا المذهب الأخير لاقى قبولاً وإجماعاً لكونه حافظاً على أصل القانون الطبيعي وما يتميز به من كونه عبارة عن مجموعة قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، هي من وحي الطبيعة ويكتشفها العقل البشري، وتعتبر مثلاً أعلى للعدل. والجديد الذي انفردت به أنها جعلت قواعد ومبادئ القانون الطبيعي موجهة مثالي للعدل، أي أنها لا تضع حلولاً لمشاكل الحياة وإنما توجه المشرعين الوضعيين نحو صياغة قواعد قانونية تتغير بتغير الزمان والمكان، تتضمن حلولاً لهذه المشكلات وتحقق العدل¹⁴⁶.

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

¹⁴⁵ فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص 155 و ما يليها
¹⁴⁶ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 154 و ما يليها

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"

المبحث الثاني المدرسة الواقعية (مذهب القانون الاجتماعي)

إذا كان القانون بالنسبة لانصار مذهب القانون الطبيعي يجد أساسه في مبادئ خالدة يكشفها العقل البشري أو يجدها في طبيعة الأشياء ، وإذا كان القانون يجد أساسه كل أساسه في إرادة المشرع (الدولة) عند انصار المدرسة الوضعية فإن انصار المدرسة الواقعية أو المذهب الاجتماعي يؤكد حقيقة أخرى وهي أن القانون يجد أساسه في المجتمع وعليه فالقواعد القانونية ليست مدينة بوجودها لإرادة المشرع ولا للعقل بل ينجبها المجتمع تلقائياً لمجرد أن هناك حياة جماعية مشتركة ذلك أن متطلبات الحياة الاجتماعية هي التي تنجب القواعد القانونية وتظهرها للعلن بحيث يكون لكل فئة اجتماعية قواعدها القانونية التي تفرض على أعضائها حكماً كانوا أو محكومين.¹⁴⁷

وتعتبر 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 يرى أنصارها أن القانون ظاهرة اجتماعية، ولذلك فأساسه اجتماعي واقعي. ولكنهم اختلفوا حول هذا الواقع الاجتماعي على النحو التالي:

-المذهب التاريخي الذي يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى البيئة الاجتماعية، حيث أظهر علاقة القانون بالبيئة الاجتماعية ومدى ارتباطه وتأثره بها .

¹⁴⁷ منذر الشاوي ، المرجع السابق ، ص 81 .

-مذهب الغاية الاجتماعية والذي ظهر كرد فعل على المذهب التاريخي، ويرى أن أساس القانون غاية يسعى إلى تحقيقها بتدخل إرادية إنسانية واعية توجهه.

-مذهب التضامن الاجتماعي الذي تبني المنهج التجريبي الواقعي محاولا تطبيقه على الظواهر الاجتماعية بما فيها القانون، فأرجع أساس وجوه القاعدة القانونية إلى تضامن الأفراد فيما بينهم وشعورهم بما هو عدل

المطلب الأول : المذهب التاريخي

على الرغم من ان الثورة الفرنسية دعمت مذهب القانون الطبيعي في عهد نابليون وقت وضع التقنين المدني الفرنسي فما دام هناك قانون طبيعي ثابت لا يتغير ، فان تقنين القانون الوضعي لا يتنافى مع طبيعة القانون اذ يمكن للعقل البشري ان يكشف القانون الطبيعي و يسجله في كتاب ، و بعد ان اتم الفرنسيون تقنينهم انتقلت العدوى الى ألمانيا حيث نادى نيبو بتقنين القانون الألماني ، فتصدى له الفقيه الألماني سافيني رعيم المدرسة التاريخية و الفقيه الألماني المشهور ، وقال ان التقنين مضاره اكثر من نفعه في رسالة مشهورة نشرت سنة 1814 و كان لها اثر كبير في عالم

القانون اطلقت مذهباً جديداً هو مذهب التطور التاريخي¹⁴⁸

و أظهر انصار المذهب التاريخي من الفقهاء والفلاسفة أثر البيئة والظروف المحيطة بها في اختلاف القوانين، إذ رأوا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها. ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة الاجتماعية الفقيه "منتيسكيو في" كتابه "روح الشرائع". وكذلك الفقيه "بورتاليس" صاحب فكرة "القانون يوجد ويتطور آلياً مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية"، والتي تحولت فيما بعد إلى أساس من أسس المذهب التاريخي و أيضاً صاحب مقولة: "تتكون تقنيات الشعوب مع الزمن، فهي بحق لا تصنع." ، غير أن هذه الأفكار تبلورت وخرجت في مذهب واضح المعالم على يد "هيجو" و "سافيني" ، أطلق عليه المذهب التاريخي فجعل

¹⁴⁸ عبد الرزاق السنهوري ، وحشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 55 .

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 واحد ثابتا ولكنه متغير في الزمان والمكان ، تأثر في ذلك بعوامل البيئة المختلفة والمتعددة ويساير تطورها واختلافها، مما يستبعد معه تثبيت نصوصه وقواعده في التقنين، فذلك يفضي إلى جموده وعدم مواكبته للتطور¹⁴⁹.

أولا: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي

يقوم المذهب التاريخي على ثلاثة أسس تتمثل في:

1- إنكار وجود القانون الطبيعي :

يذهب أنصار المذهب التاريخي إلى القول بأن 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. فلقد أثبت التاريخ أن القانون لا يمكن ان يكون ثمرة التفكير والاستنباط و إنما هو وليد البيئة الاجتماعية ، و اذا كان هناك شيء من الوحدة بين القوانين المختلفة المتغيرة بتغير الزمان و المكان ، فما هذه الوحدة الا اثر لوحدة العقل البشري ، و لكن لما كان القانون وليد البيئة و ثمرة التظافر غير المحسوس ، ولما كانت البيئة و التضافر لا يتوافران الا بين أمة معينة لها وحدتها لا بين الأمم جميعا ، لذلك كان لكل أمة قانون يختلف عن قوانين غيرها من الأمم¹⁵⁰

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

¹⁴⁹ نفس المرجع ، ص 56

¹⁵⁰ عبد الرزاق السنهوري و حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 56 .

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 التاريخي¹⁵¹.

3- القانون ينشؤ ويتطور آليا تلقائيا: في منظور المذهب التاريخي أن القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك است هم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة، فهو يتكون ويتطور في تفاعل مستمر في الضمير الجماعي لكل أمة، وهو بذلك يتكون تكويننا ذاتيا آليا لا تخلقه ولا تضعه إرادة إنسانية أو تحوله عن الطريق المرسوم¹⁵².

ثانيا: النتائج المترتبة عن المذهب التاريخي¹⁵³

انطلاقا من الاسس التي بني عليها المذهب التاريخي فان البحث في اصل و نشأة القانون ينتهي الى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي¹⁵⁴:

أ- أن تجميع القواعد القانونية في تقنينات ثابتة يعد عملا ضارا لأن هذا التقنين من شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين و عدم تطورها، حيث تضي عملية التقنين على القواعد القانونية نوعا من القدسية يجعل المشرع يتردد في تعديلها و تغييرها بما يلائم تطور الحياة في الجماعة، و بمرور الزمن تصبح هذه التقنينات بعيدة عن الواقع و غير ملائمة للمجتمع.

ب- أن المشرع لا ينشئ القانون الذي يصدره طالما أن القانون يتكون تلقائيا بطريقة آلية، فإن دور المشرع يقتصر على مراقبة تطور القانون في ضمير الجماعة، ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس، و بذلك تصبح وظيفة المشرع سلبية قاصرة على مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن.

غير انه يجب على المشرع متابعة كل تطور جديد و تعديل نصوص القانون بما يتفق مع هذا التطور.

¹⁵¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص 55
¹⁵² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 177 ، و علي مراح ، المرجع السابق ، ص 33،
¹⁵³ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ص 253 254 .
¹⁵⁴ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 33 .

ج- يعتبر العرف هو المصدر الأساسي للقانون لأن العرف لا يدون و لكنه ينشأ في ضمير الجماعة و يتطور معها، و يعبر تعبيراً صادقاً عن رغبات الجماعة و حاجاتها و مصالحها وظروفها الاجتماعية، ولذلك فإن العرف في منطق المذهب التاريخي أفضل من التشريع، لأن العرف تعبير مباشر و تلقائي عن الضمير الجماعي، و يكفل تطور القواعد القانونية بطريقة طبيعية، بينما التشريع يقتصر على التعبير غير المباشر عن هذا الضمير الجماعي.

د- وفقاً لهذا المذهب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها.

النقد الموجه للمذهب التاريخي :¹

ساهم المذهب التاريخي وبشكل فعال في كشف الارتباط بين القانون و البيئة التي ينشأ فيها، وظروف الجماعة التي ينظمها. من خلال التأكيد على العوامل الطبيعية والتاريخية و الاجتماعية و الاقتصادية التي تساهم في تكوين القانون²، ولا يمكن انكار الفضل الكبير لانصار المذهب التاريخي التاريخي في تبيان أن القانون ليس هو تعبير عن إرادة الحاكم بل هو نتيجة تفاعل الظروف و العوامل الاجتماعية المختلفة المحيطة بالجماعة. ولذلك فإن المشرع لا يستطيع أن يفرض على الجماعة قانوناً لا يتفق مع ظروفها ولا يساير تطورها، كما بين أهمية العرف كمصدر أساسي للقانون³.

و على الرغم مما اشرنا اليه من مزايا احتسبت لصالح انصار المذهب التاريخي الا انه وجهت له مجموعة من الانتقادات :

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 254 .

² عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابوستييت ، المرجع السابق ، ص 57 .

³ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 177

1.المبالغة في ربط القانون بالبيئة و المجتمع و اعتبار ان القانون هو وليد البيئة و الظروف الخاصة بكل مجتمع في الوقت الذي نجد فيه الكثير من الدول قد اقتبست قوانينها كلها او في جزء منها من قوانين دول أخرى تختلف عنها جغرافيا و اجتماعيا ومع ذلك ثبتت نفعية هذه القوانين¹.

2.إنكار دور العقل و الإرادة الانسانية في إنشاء القانون و توجيه تطوره، اذ من غير الممكن احجاب الدور الايجابي و الهام الذي يقوم به العقل و الإرادة في إنشاء و تكوين القواعد القانونية و تطويرها، لأن الإنسان هو الذي يبين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها.²

المطلب الثاني:مذهب الغاية الاجتماعية " La doctrine du but social " :

اسس الفقيه الألماني اهرينج (1818- 1892) مذهب الغاية الاجتماعي عمل كأستاذ للقانون في الجامعة وهو الذي نشأ في أحضان المذهب التاريخي ووضع منها ما انتهت اليه م، غير ان التغيرات الاقتصادية التي حدثت في اواخر القرن التاسع عشر و قلبت الموازين أظهرت قصور القانون عن مواجهة الأوضاع الجديدة و عجز الدوجماتية التاريخية عن ايجاد الحلول التي تتطلبها الاوضاع المستجدة و ضرورة اصدار تشريعات جديدة لسد الفراغ الذي اظهرته التقلبات الاقتصادية و الاجتماعية للمجتمع³

لم يأخذ اهرينج من المدرسة التاريخية الا فكرتها الأصلية وهي ان القانون كائن حي يولد في ضمير المجتمع و ينمو و يتطور بتطوره و خلفها في كيفية نشوء القاعدة القانونية و ذهب الى القول بأن القانون ينشأ أو يتغير نتيجة صراع بين مصالح مختلفة ومن ثم يتبلور دور الإرادة البشرية في تحقيق غاية اجتماعية معينة ، و لهذا تعمل الإرادة البشرية على توجيه و تطوير القانون لتحقيق الغاية الاجتماعية المحددة، و قد يقتضي ذلك نضالا و صراعا مستمرا من أجل توجيه القانون إلى الغاية المقصودة، و منثم فالارادة الأقوى هي التي تستطيع أن تغل هدفها وغايتها على الارادات الأضعف منها و هظذا يكون القانون تعبيراً عن ارادة قوية هادفة ، و قد بلور ذلك بقوله ان القانون

¹ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 178

² علي مزاح ، المرجع السابق ، ص 34 .

³ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 245 .

هو سياسة القوة.¹

فقد بين تطور العلم أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السببية، أما الظواهر الاجتماعية والإنسانية فتخضع لقانون الغاية و القصد، وفق تطور المجتمع، و القانون كظاهرة اجتماعية يخضع لقانون الغاية فهو ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية معينة. و لهذا نتطرق إلى أساس المذهب ثم تقيمه.

أولا- أسس ومبادئ مذهب الغاية الاجتماعية²:

إن القانون هو وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية و هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه و استقراره و تقدمه، و هذا يتطلب تدخل إرادة الإنسان لأن القانون في تطوره المستمر يخضع لإرادة الإنسان و لا يكون تلقائيا، فالقانون ظاهرة اجتماعية تتم بتدخل الإرادة البشرية التي تدفعها نحو تحقيق غاية معينة. وقد يقتضي تحقيق تلك الغاية استخدام القوة لتغيير بعض النظم القانونية القائمة في المجتمع. و الدليل على ذلك الثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الإنسانية في عصورها المختلفة قامت دفاعا عن مبادئ وتحقيق غايات، أو من أجل تعديل أوضاع قانونية سائدة لا تتفق مع الظروف والغايات الاجتماعية القائمة³.

و يمكن تلخيص اهم تعاليم واسس هذا المذهب فيما يلي :

- ان الظواهر الطبيعية تخضع لقانون العلة (السببية) أما الظواهر الاجتماعية فتخضع لقانون الغاية
- القانون ظاهرة اجتماعية يخضع لقانون الغاية و غاية القانون هي حفظ المجتمع و تحقيق الخير العام

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 245 .

² نفس المرجع ، ص 248 .

³ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 36

- من الخطأ القول بأن القانون يتبع في تطوره طريقا حتميا كالظواهر الخاضعة لقانون السببية و الصحيح انه يسعى في تطوره نحو تحقيق غاية معينة
- لا يقتصر الانسان على النظر الى تطور القانون بعين المتفرج بل يوجهه بارادته و عقله نحو غايته و يؤثر فيه و يكفيه بل انه يتعين عليه في أغلب الأحوال ان يكافح كفاحا مستمرا ضد الظروف لضمان توجيه تطور القانون نحو غايته
- ان الحقوق مصالح يكفل القانون حمايتها
- القانون هو مجموعة ضوابط الحياة في المجتمع يعززها سلطان الدولة بواسطة الجزاءات التي تفرضها
- الدولة هي القوة المنظمة و المصدر الوحيد للقانون تخضع لقوانينها ذاتها من اجل مصلحتها الشخصية حتى يثق فيها الآخرون و تتمكن من اداء وظيفتها كما ينبغي .

ثانيا- النقد الموجه لمذهب الغاية الاجتماعية

- قد بين امبرينج دور الإرادة و العقل في تكوين القانون و تطويره، مخالفا بذلك انصار المذهب التاريخي الذي يشير الى أن القانون ينشأ و يتطور آليا في خبايا عادات و تقاليد الجماعة و ما ينبض به ضميرها الجماعي¹.
- لكن امبرينج بالغ في جعل الإرادة هي أساس القانون، و هذا يكون نتيجة الصراع لتحقيق غاية معينة، مما قد يؤدي إليه ذلك من إسناد القانون إلى القوة و إهدار الحقوق، و طغيان قانون القوي.
- انخرط امبرينج في سلك انصار المدرسة الارادية الذين جعلو من القانون وليد ارادة السلطان او الحاكم ، غير انه يرى ان هذه الارادة يجب ان تتوخى المصلحة ، وأن القانون يجب أن يحقق

¹ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 36 .

نفعاً أو أن يحمي مصلحة لا لفرد بعينه بل لطبقة من الطبقات تثبت عن طريق الكفاح أن
مصلحتها جديرة بالحماية

و ما يعاب على هرينج ومذهبه بناء القانون على الكفاح و يعتبره غاية القانون حفظ المجتمع (الأمن) لا العدل و يجعل الغلبة للقوة لا للحق فهو من هذا الجانب يلحق بالمذاهب الاستبدادية.¹

المطلب الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي :

أسس هذا المذهب الفقيه العميد ديغي Léon Duguit 1859-1928²

من خلال مؤلفه الشهير المطول في القانون الدستوري يطرح لينال دوجي مجموعة من التساؤلات منطلقاً من التساؤل حول القانون : ((ما القانون ، هل هو قاعدة سلوك تفرض على الإنسان الذي يعيش في المجتمع ، أم سلطة تعود لبعض الأفراد و اذا كان القانون قاعدة سلوك فهل تفرض هذه القاعدة على كل الأفراد في الفئة الاجتماعية حكماً و محكومين))، ويختتم تساؤلاته بالقول ((تلك هي اسئلة طرحت منذ أن بدأ الانسان يفكر حول أمور الحياة الاجتماعية و التي لم نجد لها رغم ما بذل من مجهود هائل حلاً وضعياً ...))³

ليعود دوجي الى القول بأن تأثر القانونيين بمفاهيم ميتافيزيقية منعت من اعطاء حلاً وضعياً لمشكلة القانون ، ومن ثم فان الدراسة الواقعية لمشكلة القانون تؤدي الى الاقرار بالقانون الموضوعي فالانسان الذي يعيش في مجتمع معين بناء على ما توصل اليه ليونال دوجي يخضع الى قاعدة سلوك يؤدي خرقها الى رد فعل اجتماعي يمكن أن ينظم ، و قاعد السلوك هذه هي ما اسميها القانون الموضوعي⁴

أولاً- مفهوم التضامن الاجتماعي عند ديغي:

من خلال التساؤلات التي طرحها دوجي حول القاعدة القانونية توصل الى القول بأن الفراد المكونين

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 249 .

² Léon Duguit, né le 4 février 1859 à Libourne et mort le 18 décembre 1928, est un juriste français spécialiste de droit public. Il a recouru à la méthode du positivisme juridique.

³ منذر الشاوي ، المرجع السابق ، ص 88 .

⁴ نفس المرجع ، ص 88

لفئة اجتماعية معينة يخضعون لقانون هذه الفئة وهو قانون يحكم تكوينها و تطورها ويمكننا ان نسمي قانون الفئة الاجتماعية بالسنة لان الافراد في الفئة الاجتماعية يتصرفون بوعي وبالتالي نكون امام قانون مجتمع بشري ، وبالتالي فان السنة أو القاعدة الاجتماعية ليست شيئا آخر غير القانون الملازم للواقع الاجتماعي الذي يحدد السلوك الايجابي أو السلبي لاعضاء هذه الفئة او تلك حتى تستطيع ان تعيش و تتطور بحيث انه خرق هذا القانون يؤدي الى ردة فعل تتمثل في تمسك الفئة بالقانون الذي يحكم حياتها ، ويقول دوجي ان القواعد الاجتماعية اما أن تكون قواعد اقتصادية أو قواعد اخلاقية أو قانونية ، فالقاعدة الاقتصادية تتعلق بالافعال المرتبطة بانتاج الثروات و انتقالها و استهلاكها ، و القواعد الاجتماعية قواعد سلوك تتعلق بالملبس و السكن و العلاقات الاجتماعية و الممارسات الدينية ، ويقصد بها القواعد الاخلاقية و يطلق عليها آداب المجتمع ، و اذا ما حدث و خالف الافراد هذه القواعد او لم يتماشو معها يلقوا رد فعل اجتماعي تلقائي فتكتسب هذه القواعد صفة الالزامية، و بناء على ما سبق فان القاعدة القانونية هي اما قاعدة أخلاقية أو اقتصادية لكن ليس كل قاعدة اخلاقية أو اقتصادية هي بالضرورة قاعدة قانونية ، فالقاعدة الاقتصادية أو الاخلاقية تصبح قاعدة قانونية حين تنفذ في ضمير جمهور الأفراد المكونين لفئة اجتماعية معينة ، وحين يدرك و يسلم جمهور الأفراد المكونين لهذه الفئة بأن فعلا ضد خارقي القاعدة يمكن ان ينظم إجتماعيا ، وتصبح القاعدة قانونية في الوقت الذي يكون فيه الشعور الاجتماعي أو شبه الاجتماعي للفئة بأنم التضامنا الاجتماعي سيلحقه ضرر كبير اذا كان احترام هذه القاعدة القانونية غير مضمون باستخدام القوة الاجتماعية¹ ، يرى دييجي أن وظيفة القانون الإجتماعية هي تحقيق التضامن الإجتماعي، ذلك أن التضامن واقع دائم، وهو باستمرار مطابق لذاته، فهو العنصر المكون لكل جماعة اجتماعية، إنه حقيقة تاريخية.

فقد ظهر التضامن في كل مراحل التاريخ، فكان القبائل الرحل يجتمعون للدفاع عن كيانهم

¹ نفس المرجع ، ص ص 90-91 .

وظروف حياتهم، كما كان التضامن أكثر وضوحا بين الأسر لعوامل القرابة و الدين. ثم ظهر التضامن الاجتماعي في المدن حيث اجتمعت الأسر ذات الأصول و التقاليد و الأعراف المتحدة، وهكذا تجسد التضامن الاجتماعي بكل مقوماته أخيرا في الدولة باعتبارها تمثل الشكل الحديث لتطور الجماعة المتحضرة نتيجة تفاعل و انصهار عدة عوامل و عناصر كالتاريخ المشترك و المصير المحدد، و تشابه الظروف الثقافية و الاقتصادية و غيرها. ولهذا ينظر ديجي إلى التضامن الاجتماعي لا بوصفه قاعدة سلوك أو ضرورة، وإنما هو أساس واقعي جوهري في تعايش البشر.¹

ثالثا- أسس مذهب التضامن الإجتماعي :

يعتمد مذهب دوجي على المنهج العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة و التجربة و في دراسته للقاعدة القانونية لا يعترف الا بالحقائق الواقعية التي يمكن ملاحظتها و التأكد منها اما ما عدا ذلك فيعتبر نوعا من الخيال يقوم على مجرد الافتراض بين الفقيه ديجي الحقائق الملموسة التي اتخذها أساسا لمذهبه و هي: استبعاد كل فكرة مسبقة لا تقوم صحتها على دليل علمي² وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان مع غيره من الناس فهو حقيقة ملموسة، لان الإنسان لا يستطيع أن يعيش إلا في المجتمع لعدم مقدرته على توفير حاجاته إلا في ظل حياة مشتركة مع الآخرين ضمن مجتمع. ومن هذا المنطق يرتبط الإنسان بأفراد المجتمع ارتباطا تضامنيا³. وجود تضامن بين أفراد المجتمع لان الإنسان لا يستطيع أن يفي كل حاجاته بنفسه بمعزل عن باقي أفراد المجتمع، و لذلك فهو يتضامن مع غيره من أفراد المجتمع لإشباع هذه الحاجات المشتركة و المصالح المتبادلة⁴.

رابعا : العوامل التي يقوم عليها التضامن الاجتماعي:

¹ علي مراح ، المرجع السابق ، / ص 37 .

² سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 265 .

³ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 189 .

⁴ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 37 .

يقوم التضامن الاجتماعي على عدة عوامل أهمها¹:

أ) إن التضامن بين أفراد المجتمع يكون بالاشتراك أو بالتشابه *similarité solidarité par* ومردده شعور الناس بحاجات ورغبات متشابهة ومشاركة يتطلب تحقيقها تضامن الأفراد فيما بينهم في حياة مشتركة.

ب) التضامن بتقسيم العمل *solidarité par division du travail* ومردده اختلاف الأفراد وتمايزهم في ميولهم وإستعداداتهم ومقدراتهم وكفاءتهم الإنتاجية، وهذا ما يجعل كل واحد يواجه جهده ونشاطه نحو عمل معين، ثم يتبادل مع غيره ثمرة إنتاجه.

وهكذا يزداد التضامن مع تقدم المدنية و تعقد سبل الحياة، وهذا ما يؤكد دور كاييم بأن أساس الالتزام القانوني الذي يقيد إرادة الفرد داخل الدولة هو المجتمع أي الضمير الجماعي *la conscience collective* الذي هو مصدر الأخلاق و القانون. لأن الحياة الاجتماعية في مجتمع معين لها قيمة أخلاقية تصدر عنها القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في هذا المجتمع. كما يؤكد دور كاييم العدل الاجتماعي و يقسمه إلى عدل توزيعي و عدل تبادلي، وهذا الأخير هو الذي ينبغي أن يسود في المعاملات.

خامسا: النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي:

رغم ما يمتاز به هذا المذهب في إظهار أهمية حقائق الحياة الاجتماعية، وأثرها في تكوين القواعد القانونية. كما حاول ديجي أن يضع مذهباً يقوم على منهج علمي واقعي، خال من المكونات المثالية و الشوائب الغيبية، لكن لم ينج من الانتقادات التي وجهت له و التي نوجزها فيما يلي²،

اعتمد منهج دوجي الواقعية و التجربة في منهجه ، وهو منهج يصلح لدراسة الظواهر الطبيعية التي تخضع لقانون السببية ، في حين ان الظواهر الارادية التي تتناولها العلوم الاجتماعية و التي يحكمها

¹ نفس المرجع ، ص 38
² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 190

القانون تخضع لقانون الغاية فهي تتجه لتحقيق غاية معينة ولا بد من تدخل الارادة لتحقيق هذه الغاية

ينتقد منهج دوجي ايضا بانه يخرج من حدود الواقع التجريبي احيانا ليتجاوزه الى ما وراء المحسوس فيدخل بذلك في تناقض مع نفسه

- الأساس الواقعي الذي بنى عليه دييجي مذهبه يتمثل في فكرة فلسفية تقوم على ما يجب أن يكون، وهكذا ينتقل دييجي من نطاق الواقع إلى نطاق الواجب ومن نطاق العلم إلى نطاق الفلسفة، فقد لاحظ الفقيه Gèny أن قاعدة القانون التي اقترحها دييجي والتي تقوم على التضامن الاجتماعي بعيدة للغاية عن الوضعية القانونية الواقعية، فالنظرية في جوهرها فلسفية، ويمكن اعتبارها صورة للقانون الطبيعي في شكل اشتراكي. كما أن التضامن لا يقتصر على الخير فقد يكون على الشر، إلا إذا كان ذلك على أساس المثل العليا التي يستخلصها العقل وفقا لنظرية القانون الطبيعي¹.

أما فكرة الشعور بالعدل القائم لدى أفراد المجتمع فهي ذاتية و تختلف من شخص إلى آخر و تؤدي إلى تحكيم الأهواء و العقائد و الاتجاهات الفردية، و لكن القانون يجب أن يستند على حقائق اجتماعية موضوعية².

سادسا: تطوير مذهب التضامن الاجتماعي³:

يرى بعض الفقهاء أن مذهب دييجي يتفق مع تطور الأفكار الحديثة و حاجات الجماعات البشرية في تطوراتها الحالية و الدليل على ذلك اهتمام الدول الحديثة بتحقيق العدالة الاجتماعية بين الأفراد و الجماعات، فأصبحت وظيفة الدولة تحقيق الرفاهية. كما قام بعض تلامذة دييجي بتطوير مذهبه، حيث بين الفقيه " روجي بونار¹ أن معايير مقتضيات التضامن الاجتماعي هي التي تقود إلى

¹ علي مراح ، المرجع السابق ، ص 38 .
² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 191 .
³ علي مراح ، نفس المرجع ، ص 40

القاعدة القانونية، هذا المعيار يتمثل في "concept de valeur sociale objective" لفكرة القيمة

الاجتماعية الموضوعية

ويؤكد بونار على أنه ليس من الضروري إدخال تعديلات أساسية على مذهب دييجي، بل يكفي استكماله فقط، وذلك عن طريق التقصي و البحث عما يوجد وراء الواقع و الأوضاع الاجتماعية المختلفة، وهذا يحدد العنصر الأساسي للقاعدة الاجتماعية و هي فكرة القيمة التي ترتبط بالموجودات و الأفعال.

وهذه القيمة هي التي تولد للنشاط الإنساني القواعد القانونية اللازمة، وهي في نفس الوقت تفرق بين القواعد المختلفة، فتضفي على وقائع معينة قوة تجعلها تتحول إلى قواعد قانونية واجبة الإلتباع من جانب الإنسان، و هذه القيمة لا ينبغي النظر إليها نظرة ذاتية بل نظرة موضوعية ذلك لأن القيمة الذاتية لا تنبت إلا قاعدة ذاتية تعبر عن إرادة الشخص الذي يريد أن يحقق القاعدة الصادرة منه.

المحور الرابع: المذاهب المختلطة *Les doctrines mixtes*

في معرض بحثنا عن اجابة كافية ووافية عن صل نشأة القاعدة القانونية استعرضنا كل من المذاهب المنادية بالبحث في شكل القاعدة القانونية والتي عرفناها بالمدرسة الوضعانية أو الوضعية القانونية وفي ذات السياق توقفنا في المدرسة التي انكرت توجه انصار الوضعانية و بحث في مضمون القاعدة القانونية او مذاهب القانون الطبيعي وعرفت بالمذاهب الموضوعية ، غير انه وبناء على ما تقدم لاحظنا كيف امتد نفوذ مدرسة الشرح على المتون في فرنسا طوال القرن التاسع عشر ، وكيف قام المذهب التاريخي يناهض طريقة هذه المدرسة في تفسير النصوص وينادي بوجوب البحث وراء هذه النصوص عن النية المحتملة للمشروع التي تتفق مع الظروف المستجدة¹ ، الامر الذي دفع بفقهاء القانون و شراحه الى البحث عن سبل توفيقية بين الجوانب الشكلية و الموضوعية للقاعدة القانونية و ايجاد توليفة تجع من خلالها اثار و جهود التجاهين الشكلي و الموضوعي في البحث عن تفسير مقنع وواف للقاعدة القانونية ، وهو الامر الذي تبناه الفقيه فرانسوا جيني استاذ القانون بكلية نانسي وعميدها ، بخطوة جريئة تبناها في مؤلفه المشهور بعنوان (العلم و الصياغة في القانون الخاص الوضعي *science et technique en droit prive positif*

الذي عبر من خلاله عن رايه في القانوّة بقوله ان القانون شيء معقد في طبيعته يستوجب تحليله تحليلا دقيقا لتبيان ماهيته ، وان القانون يشمل عنصرين اساسيين العلم و الصياغة

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 288

فالعلم science بالمعنى الواسع الذي يريده هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة ، مستهديا بمثل أعلى ينير طريقه فالعلم اذن هو المادة والجوهر. والصياغة technique هي القالب الذي تصاغ فيه هذه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العملي ، فالصياغة اذن هي الشكل والصورة¹

المبحث الأول : مذهب جيني عنصري العلم والصياغة وجوهر القاعدة القانونية

انتقد جيني بشدة أنصار المدرسة الشكلية في ادعائهم بضرورة الالتزام بتطبيق النصوص القانونية وفقا لمنطق قانوني جاف، زاعمين شمولية النص القانوني واتساعه للمستجدات والوقائع غير المتناهية، مما يدفعهم إلى التكلف في استجداء معاني للنصوص لم يقصدها المشرع ،ومع ذلك، فإنه لا يرى الخروج عن النص والانطلاق

فورا إلى العناصر المركبة للقانون، بل يؤكد أن النص هو المنطلق للبحث عن الإجابة، قبل البحث فيما وراءه بمعنى أن ينطلق القاضي من النص أو المبدأ القانوني من أجل تدميره وتحريه من المعاني المغلقة بهدف المواءمة بين المصالح والغايات الاجتماعية المتعارضة²

اوضح جيني من خلال تصوره لمضمون القاعدة القانية و جوهرها من خلال تبنيه لعنصري العلم والصياغة في تفسير القاعدة القانونية ، و بين حدود سلطة القاضي في ايجاد الحلول القانونية للنزاعات التي تعرض عليه ، و قال بان القاضي مقيد بأصول فنية و علمية لان القانون يتكون من مادته الأولية le donne المعطى ، وهذا ما يكشف عنه العلم ، و صيغته leconstruit و هي التي تدخل في باب الفن التشريعي و سبقت الاشارة الى أن جيني خصص مؤلفا كاملا بعنوان العلم و

¹ عبد الرزاق السنهوري ، و حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ر، ص 71 .
² عبد اله عمر الخولي ، أثر فلسفة ما بعد الحداثة في المدارس القانونية الواقعية في الفقه الغربي: دراسة بينية استقرائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - إصدار دوري إضافي - السنة التاسعة - العدد 3 - العدد التسلسلي جوان 2021 (ص ص 377- 451)، ص 449 .

الصياغة في القانون الخاص الوضعي ، و انطلاقا من هنا جاءت تسمية مذهب جيني بمذهب العلم و الصياغة

الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني

يعترف جيني في مؤلفه انه لم يبتكر نظرية جديدة في فلسفة القانون ، ولكنه اعتمد على تحليل النظريات التي سبقته ، وحاول التوفيق بينها بالقدر الذي يراه صائبا في كل منها

فأخذ من مذهب القانون الطبيعي اعترافه بنصيب العقل في الكشف عن المبادئ الاساسية الثابتة وفي توجيه تطور القانون ، مع مراعاة العوامل الطبيعية والاجتماعية ، وأخذ من مذهب التضامن الاجتماعي تسليمه بما للوقائع الطبيعية التي ينبنى عليها التضامن الاجتماعي من أثر في تكوين القانون ، وتبني اهمية التطور التاريخي للنظم القانونية التي جاء بها المذهب التاريخي ، ولم يغفل ما خلص اليه اهرينج في فكرة المثل الأعلى الذي يرى فيه الأفراد الغاية التي يهدف القانون الى تحقيقها¹ ، فبنى فكرته على عاملين اساسيين العلم و الصياغة لتفسير القاعدة القانونية والبحث في منشأها و سراكنتساها قوتها الملزمة

المطلب الأول : عنصر العلم عند جيني

انطلاقا من البحث عن المادة الأولية للقانون والتي تكننا من فهم القاعدة وتحليل غايتها ينطلق جيني من فكرة ان الوصول الى المادة الاولية للقاعد القانونية يجب البحث عن العوامل التي شكلتها والمتمثلة في اربعة حقائق هي مبعث تكوين القاعدة القانونية

عامل الحقائق الواقعية او الطبيعية *donnees reelles ou naturelles*

عامل الحقائق التاريخية *donnees historique*

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 290 .

donnees rationnelles عامل الحقائق العقلية

donnees ideales عامل الحقائق المثالية

اولا: عامل الحقائق الواقعية أو الطبيعية :

يقصد فرانسوا جيني بالحقائق الواقعية جميع العوامل والظروف التي تحيط بأفراد المجتمع ، دادية كانت أو معنوية كظروف البيئة التي يعيش فيها الانسان ، والموقع الجغرافي ، و الحالة النفسية والخلقية والدينية¹ ، فالعوامل الواقعية تشمل اذن جميع الأحوال التي تحيط بالانسان وتلحق به ، والعوامل الاقتصادية والاجتماعية والدينية والسياسية تشكل المادة الأولية للقانون² ،

فحتى وان كانت لا تخلق القاعدة القانونية مباشرة الا انها تحدد معالم وحدود القاعدة القانونية وترسم نطاقها ذلك انها حقائق واقعية يقينية تخضع لمنهج المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ومن ثم فهي حقائق علمية تفرض على الارادة³.

ثانيا عامل الحقائق التاريخية :

تتصل بالحقائق الواقعية حقائق تاريخية تتكون من النظم المتلاحقة و جدت لتنظيم العلاقات القانونية التي نشأت في اطار ظروف واقعية تطورت هذه النظم بفعل عنصر الزمن ، انطلاقا من هذا تعتبر الحقائق التاريخية من اهم العناصر التي تدخل في تكوين القانون ، فالملكية الخاصة بالرغم من الخلاف الشديد على أساسها من وجهة نظر العقل فهي تجد لها سندا قويا في أصلها التاريخي⁴

وتكمن اهمية الحقائق التاريخية في الاستفادة من تجربة الأجيال السابقة باعتبار أن الحاضر متصل بالماضي ويطل على المستقبل ، ومن ثم يكون التأثير ظاهرا في القاعدة القانونية من

¹ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 206 .

² عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنتيت ، المرجع السابق ، ص 72 .

³ فاضلي ادريس ، نفس المرجع ، ص 206 .

⁴ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 292 .

خلال التجارب التاريخية التي تتصل بالقاعدة القانونية التي تنشأ وفق منظور الأخذ بالإيجابيات وترك سلبيات التجارب السابقة سواء تعلق الأمر بالإنشاء أو التعديل.¹

ثالثا: عامل الحقائق العقلية :

ان الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية في نظر جيني لا تعد كافية لوحدها لايجاد قواعد توجه الارادة العاقلة لكل شخص يعيش في المجتمع ، لذلك كان لزاما تو افر حقائق عقلية والمقصود بها مبادئ اساسية ثابتة يستخلصها العقل من طبيعة الانسان واتصاله ببقية العالم وهي تشرف على تكوين القانون وتوجيهه²

ولما كانت هذه المبادئ الاساسية الثابتة قليلة العدد عامة التطبيق مبنية على العقل وهي اساس القانون الطبيعي³ ،

فالحقائق العقلية اذن توازن بين ما هو كائن وما يجب ان يكون تأخذ بعين الاعتبار مصالح الافراد والمجتمع ، اما الحقائق المثالية فتكتفي برسم الصورة المثلى للقانون دون الاخذ في عين الاعتبار اذا كان ضروريا ام غير ضروري عمليا او غير عملي ، ففي نظام الزواج مثلا تقتضي طبيعة الانسان بأن يكون الارتباط بين الرجل والمرأة ثابتا ومستمر ، وناشئا عن رضا و اتفاق ، بقصد الألفة وتكوين عائلة ورعاية وتربية الأولاد ، مما يضيف على هذا الارتباط بين الجنسين (ذكر وانثى) صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، اما الزواج المؤقت الظرفي فتختلف بشأنه الاحكام وليس فيه صفة منطق الطبيعة والعقل.⁴

رابعا ، عامل الحقائق المثالية :

¹ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 207 .

² سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 292 .

³ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنتيت ، المرجع السابق ، ص 73 .

⁴ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 208 .

تتمثل الحقائق المثالية في الاتجاه الكمالي للقانون ، فهي تلك المثل العليا التي يرسمها الانسان للنهوض بالقانون في مدارج الكمال ، ويستلهم ذلك من العاطفة وليس من التفكير ومن الايمان لا من العقل ،

ويعتبر جيني في مقدمة المثل العليا القانون الطبيعي وهذه المثل العليا بعيدة المدى ، ولكنها مرنة يتغير مضمونها بتغير الظروف ، ويضرب لنا جيني مثلا يوضح به نصيب كل نوع من هذه الحقائق فيقول ان التزاوج أساسه من الحقائق الواقعية اختلاف الجنس وما يترتب على ذلك اختلاف في الصفة النفسية والعاطفية فإن هذا الاختلاف ولو أنه لا يكفي لانشاء قواعد الزواج يكفي على الأقل ليحدد فكرة الزواج بين رجل وامرأة ، ثم تدلنا الحقائق التاريخية على ضرورة تنظيم الزواج ووضعه تحت اشراف سلطة اجتماعية او دينية او مدنية ، ويكشف العقل عن أهمية الزواج في تكوين الأسرة ، وعم أهمية الاسرة في تكوين المجتمع ، تقف الحقائق المثالية عند ضرورة احاطة الزواج بما يكفل تباته واستقراره فلا يعتبر الزواج صالحا لتأسيس اسرة معترف بها من الهيئة الاجتماعية الا اذا كان نتيجة اتفاق جدي حاصل تحت اشراف السلطة العامة بقصد احداث اثاره القانونية تميزا له بذلك عن العلاقات غير المشروعة¹.

فالحقائق المثالية عند جيني مرتبطة بالحياة المدنية والاجتماعية للجماعة اي مصدرها قوي ومتغلغل داخل المجتمع يختلف تأثيرها ومداها من مجتمع الى آخر ومن زمان الى آخرن و بالتالي يظهر دورها الأساسي المكمل لعوامل نشأة القاعدة القانونية فهي تهدف الى تقريب نظام العيش في مجتمع منظم من العدل الأسمى الذي تتوق اليه مطامح الانسان². وعلى الرغم من ان جيني وضع تحليلا علميا دقيقا للقاعدة القانونية وجمع العوامل والحقائق التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية الا انه لم يكتفي بهذا الحد وقال انه مهما بلغنا في استقصاء والتدقيق فان هذه الحقائق لوحده لا يمكنها مد القانون الوضعي بأكثر من

¹ سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 293 .

² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 209 .

توجهات عامة غير مكتملة الوضوح وتكون عاجزة عن مواجهة الواقع وانطباقها عليه ، ومن ثم كان لزاما وفقا لرأي -فرانسوا جيني – تكملة هذه التوجهات وجعلها ذات أثر فعال في الالتجاء الى فن الصياغة التي تصب هذه التوجهات في قالب عملي يجعلها قابلة للتطبيق¹

المطلب الثاني : عنصر الصياغة

خلص جيني الى أن عنصر الصياغة يكمل عنصر العلم الذي يمثل جوهر القاعدة القانونية ، المتمقل في جملة الحقائق التي توقفنا عندها ، فالصياغة عند جيني هي فن اخراج النص القانوني الى الواقع او ما يعرف بالفن التشريعي الذي يحول المادة الأولية اليت يتكون منها القانون الى قواعد عامة ومجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية ومن بين التعاريف التي جاءت في باب تحديد مفهوم الصياغة على انها طريقة التعبير عن مضمون القاعدة القانونية² ، كما عرفت على أنها: " عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل"³.

ويعرفها الاستاذ فاضلي ادريس على انها : "مجموعة الوسائل و القواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة تعاون على تطبيق القانون من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية"⁴

وفي معرض تناوله لعنصر الصياغة ميز جيني بين نوعين من الصياغة : صياغة مادية *procedes materiels* ، وصياغة معنوية *procedes intelctueles*

أولا : الصياغة المادية

¹ سليمان مرقيس ، المرجع السابق ، ص 292 .
² عبد القادر الشخلي، الصياغة القانونية، دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن 2014م، ص 57.
³ أنور سلطان، المبادئ العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية. 1999م، ص 43
⁴ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 211

تعتبر الصياغة المادية التعبير المادي المجسم في المظهر الخارجي الذي تأخذ القاعدة القانونية و لقد مثل جيني لطرق الصياغة المادية بمجموعة من الأمثلة يمكن أن نستعرض منها : الكم مكان الكيف ، الشكل ،

الكم مكان الكيف : معنى ذلك ان القانون يعدل عن وصف الشيء بكيفه و يتجه الى تقديره بكمه فبدلا ان يوصف الشيء و صفا يترك المجال عند تطبيقه الى اختلاف الأراء ، يحدد تحديدا عدديا يقف عند رقم معين لا يكون بعده قابلا للاختلاف في التطبيق بهدف تحقيق الاستقرار في التعامل و يثبت صلاحية القاعدة القانونية للتطبيق ، و مثاله تحديد المشرع لسن الرشد ب 19 سنة كاملة ، و كذلك في باب تحديد قيمة و قدر الغبن الفاحش بأنه المقدار الذي يزيد عن خمس قيمة الشيء ، و بهذا يحل التحديد العددي محل التحديد الوصفي¹

الشكل : الشكل طريقة من طرق الصياغة المادية فهناك معان يصوغ لها القانون اشكالا و أوضاعا و رسوما حتى تصبح محددة في الذهن و مثالها ما يأتي في باب تحديد بعض نماذج العقود التي يرى المشرع انها ذات ابعاد و اولية كبيرين ، حتى لا يخرج اطراف العقد عما هو مثبت و مبين فيها²، مثالها ما استقر عليه التشريع في تحدد عقود التأمين مثلا ، أو عقود البيع بالايجار ، و اجراءات الشهر و التسجيل في البيوع العقارية .

ثانيا : الصياغة المعنوية :

تتمثل في عمل ذهني يلجأ اليه المشرع ، آخذا بعين الاعتبار القرائن و ما تغلب عليه الأوضاع التي جرت عليها العادة بين الناس ، و رغبة في المحافظة على استقرار المعاملات و مثاله من يحوز منقولا فهو مالك له ، و من ثم اعتبرت الحيازة في المنقول قرينة على الملكية ، و يضرب جيني مجموعة من الأمثلة في تعرضه للصياغة المعنوية بالتوقف عند مجموعة من الأوضاع الفرضية و الأوضاع الصورية و الأوضاع التصويرية فالتمثال المتعلق بالحيازة في المنقول سند للملكية هي من باب الأوضاع الفرضية ، اما الأوضاع الصورية فيلجأ اليها المشرع عندما يريد أن يلحق في الحكم شيئا بشيء آخر

¹ عبد الرزاق السنهوري ، وحشمت ابو سنيت المرجع السابق ، ص 76 .

² نفس المرجع ، ص 76

مناقض له مثل العقار بالتخصيص كالماشية و الآلت الزراعة الملحقة بالأرض و المنقول بحسب المآل هو في حقيقته منقول ولكن القانون يجعله عقارا حكما اي عقارا بالتخصيص ، اما الأوضاع التصويرية فيلجأ اليها المشرع عندما يريد ان يمد حكم شيء معروف الى شيء غير معروف و ليس الشئان متناقضين كما في الأوضاع الصورية ، و مثال ذلك يصوغ القانون الملكية الادبية و الفنية و الصناعية على غرار الملكية المادية و يصوغ الشخصية المعنوية على غرار الشخصية الطبيعية.¹

ثالثا : تقييم مذهب جيني :

نجح جيني من خلال مذهبه في الامام بالحقيقة كاملة ، فلم يهتم بحقيقة على حساب الأخرى ، و لكنه أخذ بها جميعا كما اشرنا في تقديم المذهب ، الأمر الذي جعل من نظريته الاكثر اقناعا ، و قبولاً لدى الباحثين في اساس القانون ، حيث تفادى التطرف الذي اصطبغت به بقية المذاهب من حيث الرؤيا او الزاوية التي تنظر منها الى القاعدة القانونية ، سواء تعلق الأمر بالمذاهب الشكلية او المذاهب الموضوعية ، و على الرغم من أن جيني جمع في مذهبه مختلف الحقائق التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية و تكشف عن قوتها الالزامية الا انه تعرض لمجموعة من الانتقادات جاء ت منصة على عنصر العلم باعتبار ان الحقائق التي ذكرها جيني ليست كلها حقائق علمية بالمعنى الصحيح فلا يمكن اعتبار الحقائق العقلية و المثالية من قبيل الحقائق العلمية لانها تفلت من الواقع الملموس الذي يثبت بالمشاهدة و التجربة و بالتالي ما يدخل في الحقائق العلمية سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية و الحقائق التاريخية² ، لكن هذا الرأي مردود عليه ، ذلك ان الحقيقة الواقعية تثبت ان المثل الأعلى كان و لا يزال قائما في حياة البشر و العلوم الاجتماعية خرجت عن منطلق المشاهدة و التجربة الى اثبات الحقائق المثالية و العقلية انطلاقا من الفلسفة الاغريقية وصولا الى فلاسفة العصر الحديث ، و يمكن القول اجمالا عن مذهب جيني يبقى هو الرائد في مجال فلسفة القانون ، ذلك ان السياسيات التشريعية الحديثة تتبنى الحقائق المنوه عنها في نظرية جيني ضمن كلا عمل قانوني تقدم عليه ، و اذا ما اردنا ان نلقي نظرة في التشريع الجزائري

¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 79 .

² فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 212 .

مثلا فاننا نجد ان السياسة التشريعية الجزائرية و انطلاقا من المشرع الدستوري تبني صناعة النصوص القانونية من منطلق الحقائق الطبيعية و العقلية و العلمية و المثالية و لا تهمل اي حقيقة في صيغة نص قانوني .

المطلب الثالث اتجاهات الفقه الحديث و عنصري العلم و الصياغة

اتجه الفقه الحديث إلى أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين: واقعي و مثالي:

أ) **العنصر الواقعي**: ويشمل الحقائق العلمية التي لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، و باعتبار هذه الحقائق تتفاعل لتشكل واقع اجتماعي معين للجماعة، و أهمها:

1- الحقائق الطبيعية سواء تعلقت بطبيعة الإنسان أو البيئة التي يعيش فيها و الطبيعة الجغرافية.

2- الحقائق الاقتصادية و تتمثل في الأنشطة المختلفة (فقد يكون المجتمع صناعيا أو زراعيا أو تجاريا... الخ) فلا بد من أخذ بعين الاعتبار هذه الحقائق.

3- الحقائق السياسية و الاجتماعية وهي مجموعة الأفكار الاجتماعية و السياسية التي تسود في مجتمع معين، في زمن معين كالنظام السياسي و الفلسفة الاجتماعية التي يعتنقها المجتمع.

4- الحقائق الدينية و الأخلاقية و هي ما يسود في المجتمع من معتقدات دينية و مبادئ و تقاليد و مثل عليا.

5- الحقائق التاريخية و هي النظم و الأحداث التاريخية التي مرت بها الجماعة عبر الزمن.

ب) **العنصر المثالي**: و يتمثل فيما يقوم به العقل لتقويم الحقائق المختلفة و صقلها بما يتوافق مع

طبيعة الحياة في ذلك المجتمع، و هذا لتحقيق الهدف و الغاية من القانونو هي العدل ، و مفهوم

العدل في العنصر المثالي يقصد منه فكرة المساواة بمفهومها العام من خلال صور العدل التي

تختلف باختلاف الأطراف و هي صور ثلاث

أولا العدل التبادلي :

الأصل في العدل التبادلي أنه كان مقصوراً على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة باعتبار أن الأفراد لهم نفس الطبيعة وهي مساواة توصف بأنها مساواة حسابية مطلقة وقد قيل في هذا الشأن أن العقد تعبير عن العدل وأن من قال عقداً قال عدلاً فالمساواة في العدل هي تلك المساواة التي يرضاها كل متعاقد لنفسه فلا أحد يرضى لنفسه الظلم بآرائه، وامتد العدل التبادلي خارج نطاق العقد فأصبح يشمل كل ما ينشأ من علاقات أي كان مصدرها ويقوم على أساس تساوي الأفراد وهذا التساوي يقتضي من الأفراد احترام كل منهم الآخر أما بإعطائه له أو الامتناع عن الاعتداء عليه انطلاقاً من هذا المنطق فإن من تسبب بفعله أو امتناعه في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص فإن العدل التبادلي يقتضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو الاستفادة منه بأن يرد للمتضرر أو الطرف الآخر ما يعادل هذه الخسارة لإعادة التوازن للمراكز كيفما كانت عليه من قبل.¹

ثانياً العدل التوزيعي :

العدل التوزيعي ينصرف إلى توزيع الثروات والأعباء والمزايا المعنوية وكل ميزة متاحة في المجتمع، فهو يتمثل بعلاقات الأفراد بالمجتمع، وما ينبغي مراعاته في العدل التوزيعي اختلاف الأفراد في حاجاتهم وفي قدراتهم وجدارتهم ومن ثم فالمساواة التي يقيمها المجتمع بين أفرادها ليست مساواة حسابية مطلقة، بل إنها تبقي الفروق قائمة بين المواطنين في إطار معقول، وعلى أساس الاعتدال، وفي هذا السياق يقول أرسطو (أن بعض الأفراد متساوون في بعض الأشياء يضمنون أنهم متساوون في كمال شيء ويضمن الآخرون نزرًا لأنهم متميزون في بعض الأشياء أنهم متميزون في كل شيء، وأنهم بالتالي يستحقون كل الامتيازات...) ومن هنا يظهر دور المشرع الذي ينبغي عليه مراعاة الاعتدال في التوزيع، ولا يستجيب إلا للمتطلبات المعقولة وبعبارة لا يخضع التشريع

¹ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 217.

لسيطرة طبقة بعينها ، و من ثم يترتب عن العدل التوزيعي مساواة تناسبية تكون العبرة فيها بتساوي قيم الافراد و قيم حاجاتهم فالعدل التنوزيحي لا يجعل من المواطنين متساوون مساواة مطلقة في حصولهم على نفس النصيب في ما يوزعه المجتمع من وظائف عامة في الدولة فهي ليس حقا مباحا لكل راغب في شغلها بل هي ةقف على من هم اهلا لممارستها و بما يتوافر فيهم من شروط وكفاءة .

ثالثا العدل الاجتماعي :

يقصد بالعدل الاجتماعي العدل الذي يسود علاقة الافراد بالجماعة ومن حيث وجوبه على الافراد نحو الجماعة و يطلق على هذه الصثورة من العدل ايضا اسم العدل القانوني، و اساس العدل الاجتماعي يكمن في كون الفرد جزءا من المجتمع و ان الجزء يسخر لخدمة الجماعة و الصالح العام و صالح المجتمع يتحقق عن طريق الاشتراك بين الافراد في غاية واحدة ، و ان العدل الاجتماعي ايضا مبرر لاختضاع الافراد لسلطة الحاكم و هو ما يفسر الزام الافراد بتقديم وجوب التضحية نحو الوطن بالنفس و النفيس ، او باداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية ، و باسم العدل الاجتماعي يعاقب السارق حتى لو رد الشيء المسروق لصاحبه ، لان فعله يعد اخلالا بالنظام العام للمجتمع ،

و يمكن ان يكون العدل في صورتين عدل خاص و عدل عام ، فاما العدل الخاص فهو الذي يسود علاقات الافراد فيما بينهم ويقوم على اساس المساواة التامة وهو ما تعرضنا اليه في العدل التبادلي اما العدل العام فهو الذب يقوم على اساس اعتبار الفرد جزءا من الجماعة و يرمي الى تحقيق المصلحة العامة و يتم من خلال اعتماد تفاضل بين القيم و الافراد من حيث الحاجة و القدرة او الكفاءة وهو يجمع بين العدل التوزيعي و العدل الاجتماعي¹

¹ فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 219 .

المبحث الثاني : اتجاه فقه المصالح "Jurisprudence of interests"

المطلب الأول: أساس منهج فقه المصالح

تمثل في تحليل طبيعة دور القانون في تنظيم المجتمع، حيث يوجد في كل مجتمع مصالح متنوعة و متصارعة وأن هذه المصالح تختلف في مدى أهميتها و في قيمتها الاجتماعية إلى الحد الذي يمكن معه أن يقال بان بعضها مناهض للمجتمع. و في ظل هذا الصراع بين المصالح يبرز دور القانون بوصفه حكما غير متحيز يسعى إلى ربط النظم القانونية بالاحتياجات و المصالح الفعلية، و يهدف إلى تطوير النظم القانونية بحيث تسير تطور تلك المصالح، و هذه الغاية لا يمكن تحقيقها إلا إذا كان المسئولون عن السياسة التشريعية ملمين إلماما كاملا بالمجالات و الظواهر الاجتماعية المراد تنظيمها، بحيث يراعى في هذا التنظيم تحقيق التوفيق و التنسيق بين المصالح و إيجاد حلول موفقة تقضي على الصراع القائم بينها، (و يتطلب تحقيق ذلك أن يتمتع المشرع بحاسية قياس نبض المجتمع و التعرف على احتياجات الناس. هذا فيما يتعلق بالخلفية الاجتماعية.

ثانيا- محتوى اتجاه فقه المصالح :

أما المقصود بفقه المصالح فهو منهج يهدف إلى تحقيق الغايات العملية التي يسعى القانون إلى إقامتها في المجتمع. ومن ثم فان فقه المصالح لا يسعى إلى تقديم نظرية عامة في مجال فلسفة القانون، و إنما يهدف إلى دراسة الصراع القائم بين المصالح المختلفة في المجتمع، وأن يتعرف على اثر تطبيق القانون و الحلول التي يقدمها لمعالجة هذا الصراع، ذلك أن النص القانوني لا ينشأ في

فراغ، و إنما يتم تحديده من اجل القضاء أو لتنظيم صراع موجود بالفعل بين مصالح اجتماعية متعارضة. ولذلك كان لزاماً أن يتدخل المشرع لإصدار قانون أو قوانين تضع الحدود و الضوابط لذلك، و تكفل حماية تلك المصالح، فتصبح مصالح قانونية تحميها نصوص قانونية مكفولة بجزاء. ويشمل تدخل القانون مجالات متعددة و مختلفة بحسب طبيعة المجال المراد تنظيمه فقد يكون من اجل وضع تنظيم قانوني يلجأ إليه الأفراد و يحتكمون إليه لفض منازعاتهم الخاصة وأوضح مثال على ذلك أحكام الالتزامات في القانون المدني.

وقد يتدخل المشرع لتنظيم مصالح عامة بإصدار تنظيم يفرض على كافة الناس بنصوص أمره كضرورة توثيق عقود الزواج و قيد المواليد في الدفاتر العائلية، وغير ذلك من التنظيمات التي تستلزمها حياة الجماعة. و قد تنشأ منازعات بين المصالح العامة و المصالح الخاصة، و في هذه الحالة يتجه البحث نحو ملاءمة تغليب المصلحة العامة و التضحية بالمصلحة الخاصة، و ما من شك في أن ابرز مثال لهذا النوع من التنظيمات هو ما يتضمنه القانون الجنائي للتجريم. وينبغي التأكيد على أن كلا من القانون و الدولة يرتبط بفكرة المجتمع السياسي ذاتها، ومن هنا كانت غاية كل من القانون و الدولة هي الغاية من الجماعة نفسها، وهدف الجماعة هو الصالح المشترك العام، و الصالح المشترك هو صالح الجميع، سواء الجيل الحاضر أو الأجيال المقبلة. ينبغي في هذا المقام التطرق إلى جهد مساهمات الفقيه الأمريكي العميد روسكو باوند في تقريبه بين القانون و علم الاجتماع في هذا الصدد.

المحور الخامس : تفسير القانون

فهم النص القانوني وإدراك العلاقة بين المعنى والظاهر يحفظ لهذه العلاقة توازنها المطلوب وحفظ هذا التوازن لا يتم إلا بالوقوف على ما يبني عليه كل منهما, لذلك يستوجب الأمر معرفة الأحوال التي يمكن فيها الالتزام بظاهر اللفظ دون الالتفات إلى المعنى, وكذلك معرفة الأحوال التي يجب فيها الالتزام بالمعنى دون ظاهر اللفظ, لكون الالتزام المطلق بالظاهر دون الالتفات إلى المعنى يؤدي إلى الانحراف عن قصد المشرع من التشريع, أو مناقضته, أو الخطأ في الفهم والاستنباط, وغير ذلك من وجوه الانحراف, وهي معادلة صعبة إذا نظرنا إليها من جهة البناء على المعنى؛ لأن للظاهر مادته التي يمكن إدراكها من خلال اللغة وعلومها كالنحو, والصرف, والبيان, والبلاغة والعموم والخصوص, والإطلاق والتقييد, خلافا للمعنى الذي يلتمس في العلل والأسباب ومقاصد المتكلم, ووجوه المصالح والمفاسد, و انطلاقا من هذا البحث ن التوفيق بين ظاهر النص و معناه دون الخروج عن غاية المشرع من وضعه ظهرت مدارس اختلفت بشرح القانون و تفسيره سنقف عندها باختصار لتتوقف عن المفهوم الذي خلصت اليه في معنى التفسير و انواعه و مجالاته

المبحث الأول : مدارس التفسير

على الرغم من الاختلاف الواقع في تفسير القاعدة القانونية بين مختلف المناهج بسبب الاختلاف في تحديد اصل نشأة القانون, غير انه يتجه غالب الفقه القانوني الى تجميع هذه الآراء في ثلاثة مدارس فقهية, وهي مدرسة الشرح على المتن, المدرسة التاريخية, ومدرسة البحث العلمي, و انطلاقا من هذا التعدد في المدارس الفقهية جعل تبني المنهج المتبع في

التفسير فقد يتبنى المفسر مدرسة التقييد بالنص أو التفسير بما يتوافق والظروف الاجتماعية والاقتصادية في الوقت الذي تمت فيه عملية التفسير والالتزام بالإرادة الحقيقية للمشرع في حال وجودها والرجوع الى المصادر الرسمية والاحتياطية الاخرى التي تشارك التشريع في التعبير عن جوهر القانون

المطلب الأول : مدرسة "التزام النص" ¹

أولاً: التعريف بالمدرسة

تعتبر هذه المدرسة من المدارس الشكلية في تكوين النص القانوني، فهي تنظر للقانون على أنه أمر صادر من سلطة تملك قوة الإجبار على إطاعة هذا الأمر، ولذلك يعد القانون لدى هذه المدرسة هو مشيئة الدولة أو صاحب السلطان في المجتمع، فالدولة عندهم هي التي تخلق القانون، كما سبقت الإشارة إليه (راجع في ذلك ص 38 و ما يليها)

كان رواد هذه المدرسة يرون أن التشريع لم يترك مسألة إلا ونظماً صراحة أو ضمناً، وعليه فإن وظيفة المفسر تنحصر في الحالة التي توجد فيها نص على التعرف على الإرادة الحقيقية للسلطة التشريعية وقت وضع النص لا وقت تطبيقه، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية بين وقت وضع النص ووقت تطبيقه

فوظيفة المفسر لدى هذه المدرسة يجب ألا تتجاوز النص القانوني، إذ يلتزم فقط بالكشف عن نية المشرع ومقصده ساعة وضعه للنص وهو ما يستطيع الوصول إليه من خلال الألفاظ الواردة في النصوص القانونية

و تقوم هذه المدرسة على مجموعة من الاسس تتمثل في:

التقييد بالنص ،

البحث عن نية المشرع الحقيقية و المفترضة من النصوص ،

¹ اسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة و القانون ، مكتبة الفكر و الوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني ، السليمانية ، العراق 2010 ، ص 215 .

المطلب الثاني : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية¹

ظيرت هذه المدرسة في ألمانيا على يد الفقيه (سافيني)، وتقوم هذه المدرسة على فكرة مفادها أن القانون وليد حاجات الجماعة، بحيث يقتصر دور المشرع على الكشف عنه، فهي لا تعطي المشرع الاهتمام الا بالحد الذي يعبر فيه عن حاجات الجماعة المتطورة و من ثم فان عملية تفسير النص القانوني وفقا لهذه المدرسة لا بد ان تكون متفقة مع الظروف الاجتماعية و الاقتصادية في الوقت الذي ييم فيه عملية التفسير ، فلا عبرة عنهم بالارادة الحقيقية او المفترضة للمشرع وقت وضع النص انما يبحثون في الارادة الاحتمالية او المحتملة وهي الارادة التي كان يتجه اليها المشرع لو كان في نفس الظروف الحالية التي تحيط بالمفسر عند تفسيره للنص

وقد فتحت هذه المدرسة باب التفسير الواسع و الاجتهاد الحقيقي في مجال التفسير و جعلت منه وسيلة فعالة لتجديد حيوية النص القانوني و حافظت على تفاعله مع كافة الظروف التي تمر بالمجتمع و تركت هذه المدرسة اثرا بالغيا في القضاء حتى وصل الامر الى ابتداع النصوص القانونية

المطلب الثالث : مدرسة البحث العلمي الحر²

يعتبر فرانسوا جيني هو أول من نادى بتعاليم هذه المدرسة ، وتتفق هذه المدرسة مع مدرسة الشرح على المتن في أنه ينبغي أن تتم عملية التفسير وفقا لإرادة المشرع الحقيقية عند وضعه، إلا أنها تختلف معها بالنسبة للبحث عن النية المفترضة للمشرع فهي ترى أنه إذا لم توجد إرادة

¹ اسماعيل نامق حسين ، المرجع السابق ، ص 216

² نفس المرجع ، ص 217 .

حقيقية للمشرع فلا ينبغي البحث عن إرادته المفترضة، بمعنى أنه لا يجوز أن نفترض أمراً وننسبه إلى المشرع وإنما ينبغي أن نسلم بأن القانون لا يتضمن النصوص التي تطبق عليه، وأنه يجب البحث في المصادر الرسمية الأخرى في القانون من أهمها العرف.

أما إذا عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن إعطاء الحلول اللازمة فلا يبقى إلا أن يرجع المفسر إلى جوهر القانون بحقائقه المختلفة، بحيث يستلهم منها الحلول التي عجزت المصادر الرسمية للقانون عن إعطائها

كما وتتفق هذه المدرسة مع المدرسة التاريخية في عدم تقديسها للقانون، فإذا لم يوجد نص في القانون فإنه يجب الالتجاء إلى غيرها من المصادر وأهمها العرف كمصدر احتياطي يكمل نقص القانون، إلا أنه في حالة عدم وجود نص في القانون ولا عرف يمكن تطبيقه على النزاع فإنها لم تأخذ بمذهب المدرسة التاريخية، أي البحث عن النية المحتملة للمشرع، وإنما على المفسر أن يصل إلى الحل القانوني بإتباع منهج البحث العلمي الحر

المبحث الثاني : مفهوم التفسير وأنواعه

المطلب الأول : تعريف التفسير:

تفسير القانون هو توضيح ما بهم من الفاظه و تكميل ما اقتضب منه من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه و التوفيق بين اجزائه المتناقضة¹ ، و بناء عليه فان التفسير لا يمكن تصويره الا في التشريع ذلك ان التشريع يجمع بين المعنى و اللفظ معا وعلى بعض الكتب الدينية كالقرآن الكريم الذي يعتبر مصدرا للاحكام القانونية ، اما مصادر القانون الأخرى فليست بحاجة الى التفسير لانها عبارة عن معنى يستقر لا يقيدده لفظ خاص .

وعرف التفسير في الاصطلاح يقصد به بيان معنى الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص²

و من البداهة القول بأن القواعد القانونية ايا كان نوعها اذا كانت واضحة مستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة الى تفسير ، بل لا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر غير مفهومها الواضح فلا نلجأ للتفسير الا في حالات معينة عندما يكون النص غير واضح الدلالة أو شابه عيب³

فالتفسير يهدف إلى تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية وبيان نطاقها وتوضيح الغموض الذي قد يلابسها ومعرفة ما يشوبها من نقص ، أو قصور والسعي إلى حل التناقض بين مختلف النصوص القانونية وتصحيح الأخطاء المادية التي تعترضها ومن هذا المنطلق تبرز الأهمية التي تتمتع بها قضية تفسير النصوص لكون القاضي لا يعرف مدى انطباق حكم النص على الوقائع إلا بعد

¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 235 .

² صالح , محمد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة الطبعة الثالثة ، المكتب الاسلامي ، 1984 ، الجزء الأول ص 59 .

³ اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ، ص 187 .

تفسير النص القانوني وادراك معناه والقصد منه والحكمة من سنه وتشريعه والمصلحة التي يبتغيها أو المفسدة التي يرمى إلى دفعها.

والتفسير قد يكون تشريعياً أو قضائياً أو فقهيّاً أو إدارياً وذلك في حالات معينة كوقوع خطأ مادي أو غموض عبارات النص ، أو نقص التشريع أي سكوته عن إيراد حكم حالة معينة أو تعارض النصوص التشريعية مع بعضها أحياناً

المطلب الثاني : انواع التفسير:

قسم فقهاء القانون تفسير القانون الى عدة أقسام استناداً الى الجهة التي يناط لها تفسير القاعدة القانونية ، سواء كان المشرع ذاته أو القاضي أو فقهاء القانون و شراحه و عليه سنتعرض لكل نوع من انواع التفسير على النحو الموالي

التفسير التشريعي: interpretation legislative:

هو العملية التفسيرية للتشريع التي تصدر من قبل المشرع على نحو تفسير لقانون سبق صدوره ، لم تتمكن الجهات التنفيذية أو القضائية من تبيان قصده ، وقد أصبح هذا التفسير نادر الوقوع ، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي العصور الوسطى ، والاصل ان تقوم السلطة التشريعية الرئيسية بتفسير التشريع الذي ترغب في تحديد معناه ولكنها قد تفوض السلطة التنفيذية بتفسيره وما تصدره يعتبر تشريعاً تفسيرياً أيضاً¹ ،

ويعتبر القانون التفسيري أو التشريع التفسيري في نفس المنزلة مع التشريع من حيث الالتزام وواجب التطبيق لا من تاريخ صدوره فحسب بل يمتد الى تاريخ صدور القانون الذي تعلق به التفسير ، ويعتبر هذا النوع من التفسير اهم انواعه غير انه اصبح قليلاً ونادراً² .

التفسير القضائي : interpretation judiciaire :

¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو سنتيت ، المرجع السابق ، ص 237 .
² اسحاق ابراهيم منصور ، المرجع السابق ر ، ص 189 .

يقوم القضاء بتفسير التشريع عندما يطبق نصوصه على الأفضية التي ترفع امامه ، والمحاكم يناط بها تطبيق القانون و تفسيره بطريقة عملية ، اذ انها تنزل الى معترك الحياة لتفض الخصومات و تقرر الحقوق¹

و تعد مرحلة التفسير القضائي للنصوص القانونية من المراحل السابقة لتطبيقها على الوقائع محل النزاع بصورة صحيحة تتفق مع غرض المشرع من التشريع , فعلى القاضي أن يقوم بتكييف الوقائع المعروضة أمامه ثم يبحث عن القاعدة أو القواعد القانونية واجبة التطبيق بحسب ما توصل إليه من تكييف لإدخال هذه الوقائع في فرضيات إحدى هذه القواعد , وأثناء قيام القاضي بهذه العملية يقوم بتفسير القواعد القانونية, وهذا التفسير ذو طابع عملي لتأثره بظروف كل دعوى كالحاجات العملية أو السكوت في معرض الحاجة إلى البيان وطريقة التعامل بين المتعاقدين , أو العرف المتبع في بلد معين , أو بين أصحاب حرفة أو مهنة معينة وغير ذلك , وفي هذه الحالة قد يتجاوز القاضي الأخذ بحرفية النصوص القانونية إلى روح التشريع , بل عندما لا يجد القاضي ما يحكم الواقعة التي أمامه في نصوص القانون , أو العرف أو المبادئ العامة له أن يلجأ إلى استنباط قاعدة قانونية يكون مصدرها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والوجدان السليم² و يأتي التفسير القضائي بوجه عام في مرحلة تالية للتفسير التسريعي و هو في مرتبة اسقى من انواع التفسير الأخرى الفقهية و الادارية كما نه يكتسي أهمية كبيرة لذيوعه و انتشاره في الوقت الحالي³.

¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابو ستيت ، المرجع السابق ، ص 238 .

² محمد المدني صالح الشريف، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة -

العدد 27 يوليو 201، ص 17.

³ اسحاق منصور ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 189

التفسير الفقهي : interpretation doctrinale

يتميز التفسير الفقهي بأنه لا يتناول في تفسيره للنصوص حالات خاصة كما يفعل القضاء و إنما يستخلص قواعد عامة ، وقد أصبح الفقه الفرنسي بعد انفصال طويل يتعاون مع القضاء في تفسير القانون تعاوناً كان و لا يزال من اجدى الوسائل التي ساهمت في رقي القانون الفرنسي¹ و لا يعتبر التفسير الفقهي من قبل التفاسير الملزمة للقضاء فهو مجرد اراء و توضيحات يصدرها رجال القانون فان شاء القاضي استأنس بها اي اخذ بها و ان شاء اهمله² وعلى الرغم من أن التفسير الفقهي ذو طابع نظري خلافاً للتفسير القضائي ، إلا أن التفسير الفقهي قد اتجه أخيراً إلى وجهة تتسم بالطابع العملي إذ لم يعد يكتفي بالأبحاث النظرية وإنما أصبح يشمل دراسة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم ليكون على علم بالاعتبارات العملية التي تتأثر بها المحاكم عند تطبيقها للقانون في واقع الحياة.

التفسير الاداري : interpretation administrative

التفسير الاداري هو ما يصدر عن الجهات الادارية العامة المختصة من قرارات و تعليمات و بلاغات او منشورات و دوريات الى الموظفين الاداريين في المرافق العمومية بغرض تفسير التشريعات و كفاءات تطبيقها عملياً ، و التفسير الاداري يكون ملزماً للموظفين الاداريين دون غيرهم باعتباره امراً صادراً من رؤسائهم ولكنه غير ملزم للقضاة³ و بالنظر الى الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الاداري وظروف نشأته التاريخية وعدم تقنين كل قواعده في ابتداء قواعد قانونية وزيادة وتعدد مجالات النشاط الاداري أدى إلى أن يصبح للقضاء الاداري دوراً مميزاً في حالة عدم وجود نص يحكم واقعة محددة بالقدر الذي يفوق دور القضاء العادي في هذا المجال⁴

¹ عبد الرزاق السنهوري ، حشمت ابو سنيت ، المرجع السابق ، ص 238 .

² اسحاق منصور ابراهيم ، نفس المرجع ، ص 189

³ نفس المرجع ، ص 189 .

⁴ محمد المدني صالح الشريف ، المرجع نفسه ، ص 17 .

المطلب الثالث : اسباب التفسير وحالاته

لا محل للتفسير اذا كان النص القانوني يمتاز بالدقة والوضوح ، فاذا كانت الألفاظ المستعملة من قبل المشرع لا سبيل للاختلاف في معانيها وجب الأخذ بهذا المعنى و لا يجوز ترك معنى النص بدعوى ان الحكم القانوني غير عادل وأن هناك حكماً عدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء بل ان عليه ان يترك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف¹ و انما المقصود بحالات التفسير و اسبابه الاسباب التي تدعو القاضي للبحث عن تفسير للتشريع و بمفهوم آخر يمكننا القول انها المشاكل التي تلحق بالنص التشريعي فتجعل منه منقوص الوضوح او صعب التطبيق بحاجة الى تسهيل فهم النصوص و القواعد الواردة بهذا النص التشريعي و على العموم لا يمكن ان تخرج هذه الحالات عن الخطأ المادي أو الغموض و الابهام ، او النقص و السكوت ، او التناقض و التعارض و سوف نتطرق لكل منها على النحو الموالي :

أولاً الخطأ المادي :

يصدر التشريع احياناً متضمناً عبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لاحتوائها على لفظ يعتبر خطأ فادحاً بحيث لا يستقيم معنى النص الا بتصحيح تلك العبارة أو احدى كلماتها و ألفاظها ، وهذا النوع من الخطأ لا يكون في حاجة الى التفسير بل يكون في حاجة الى التصحيح فقط اي تصويب ذلك الخطأ المادي لكي يستقيم معنى النص التشريعي² ،

ثانياً الغموض :

معنى الغموض ان يحتمل اللفظ أكثر من معنى واحد ، و على المفسر اختيار المعنى الذي قصده المشرع ، و الاقرب للصواب

و مثال ذلك ان يقول النص ((بيع ملك الغير يكون باطلا)) فهذه العبارة تحمل مفهومين اما البطلان المطلق و مؤداه ان يكون لكل ذي مصلحة ان يطعن في عقد البيع بالبطلان بل و يكون

¹ عبد الرزاق السنهوري و حشمت ابوسنتيت ، المرجع السابق ، ص 240 .

² السحاق منصور ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 190 .

للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها ببطلانه ، و اما البطلان النسبي و مؤداه لن يكون العقد قابلا للابطال و لكن لا يستطيع المطالبة بابطاله الا أحد اطراف العقد الذي تقرر البطلان لمصلحته ، وهنا يكون على المفسر ان يختار مفهوما واحدا للنص لكي يطبقه و يترك الآخر وهذا يدخل ضمن التفسير القضائي¹

ثالثا النقص :

يعتبر النص القانوني ناقصا اذا كان مقتضيا لا يتضمن كل ما يجب ذكره² اذا سكت المشرع عن ايراد بعض الألفاظ أو اغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يجب أن يذكرها أو يتعرض لها لكي يستقيم النص ، مثال ذلك ان يقول النص ((كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلزم فاعله بتعويض الضرر)) فيكون مؤداه ان الأفعال سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة اذا سببت ضررا للغير يلتزم فاعلها بالتعويض و هذا الحكم لا يستقيم مع المبادئ العامة او المنطق لان الافعال الخاطئة أو الغير مشروعة هي التي يسأل عنها فاعلها بتعويض الضرر الذي ينتج عنها ، ولهذا كان يجب ان يكون النص ((كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر)) ، و الملاحظ ان هذا النص سكت عن ذكر عبارة غير مشروع اي انه كان منقوصا من هذه العبارة حتى يستقيم معناه فهمة في حاجة الى ذلك التغيير³

رابعا التناقض :

التناقض يكون اذا اصطدم نص مع آخر ، والمقصود بالتعارض ان يكون مدلول احد النصين وحكمه مخالفا لمفهوم النص الآخر وهما يتعلقان بموضوع واحد فيجب التوفيق بين النصين بقدر المستطاع ، والا وجب تغليب احد النصين على الآخر ، ويكون القاضي امام التناقض مجبر على اختيار احد الأمرين اما ان يعتبر احد النصين عاملا ويطبقه بوجه عام و يعتبر النص الثاني خاصا يطبقه في حالات خاصة تكون اقرب الى الصواب ، والامر الثاني ان

¹ اسحاق منصور ابراهيم ، المرجع السابق ، ص191
² عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو سنيت ، نفس المرجع ، ص 243
³ اسحاق منصور ابراهيم ، المرجع السابق ، ص191 .

يعتبر القاضي احدث النسخا للنص الاخر وكان المشرع بالنص الحديث قد
الغى النص القديم المتعارض معه.¹

المبحث الثاني : طرق التفسير

يقصد بطرق التفسير الكيفيات والمناهج التي يستخدمها القضاة والفقهاء للوصول إلى تحديد معنى
القاعدة القانونية، وهي:

- طرق داخلية: تعتمد على النصوص التشريعية المراد تفسيرها.
- طرق خارجية: تعتمد على غير النصوص في تفسيرها.

المطلب الأول : الطرق الداخلية للتفسير

يقصد بالوسائل او الطرق الداخلية للتفسير تلك الوسائل التي ينطوي عليها التشريع نفسه فلا
يلتمس المفسر هاديا من عنصر خارجي عن التشريع² يلجأ اليها المفسر في تفسير النص بحيث
يحلل النص تحليلا ذاتيا ومنطقيا و يستنتج من عباراته و ألفاظه الحكم الواجب التطبيق بصفة
مباشرة أي دون اللجوء الى وسيلة خارجية من ذات النص التشريعي، و تعتمد على استخلاص
معاني النصوص من خلال صيغ النص نفسه سواء كان تفسيراً للمصطلحات أو للجمل
كاملة ويعتمد التفسير على الأبحاث اللغوية وهو الناحية الشكلية، او فحوى النص من الناحية
الموضوعية. و من اهم الطرق الداخلية الاستنتاج بطريق القياس analogie و الاستنتاج من باب
أولى a fortiori و الاستنتاج من مفهوم المخالفة a contrario و تقريب النصوص المتعلقة
بموضوع واحد بعضها من بعض

القياس: وهو نوعان:

¹ نفس المرجع ، ص 192 .
² عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو سنيت ، نفس المرجع ، ص 244.

أولاً: القياس العادي أو مفهوم الموافقة: القياس هو إعطاء واقعة غير منصوص عليها بواقعة أخرى منصوص عليها حكماً ثابتاً بالنص لاشتراك الواقعتين في العلة من الحكم. ومعنى ذلك أن القياس يفترض واقعتين أحدهما نص على حكمها والأخرى لم ينص فيها على حكم فتأخذ حكم الواقعة الأولى لاتفاقها مع العلة أي السبب الذي قام عليه الحكم. ومثال ذلك: نص قانون العقوبات على أنه لا تجوز محاكمة جرائم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع إلا بناء على طلب من المجني عليه وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية. ولكن ما الحكم إذا كان الفرض وقوع جريمة نصب بين الأصول أو الفروع؟ في هذه الحالة يجوز القياس على الجريمة الأولى وتطبيق ذات الحكم لاشتراكهما في العلة وهي الحفاظ على الروابط الأسرية.

ثانياً: القياس الجلي أو من باب أولى: يفترض وجود واقعتين أحدهما نص المشرع على حكمها لعلّة معينة والثانية لم ينص على حكمها ولكن علة الأولى تتضح بجلاء في الثانية، وفي هذه الحالة تأخذ نفس الحكم.

و مثال ذلك الآية التي تأمر بحسن معاملة الوالدين ((ولا تقل لهما أف و لا تنهرهما ..)) نستطيع ان نستنتج منها أنها تحرم ضرب الأب أو الام من باب أولى لآب الاساءة بالضرب تكون اكبر¹

ثالثاً: مفهوم المخالفة: يلجأ القاضي او المفسر لهذه الطريقة بتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة بشأن حالة اخرى لم يرد النص على حكمها اذا كانت الحالة عكس الحال المنصوص عليها تماماً،².

مثال: نص القانون المدني في المادة 42 (فقرة الثانية) "يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، ومعنى ذلك ان من بلغ الثالثة عشر يعد مميزاً. وهذا الحكم عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة بالرغم من اختلاف الفرضين فيما يتعلق بمسألة السن.

¹ اسحاق منصور ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 195.
² نفس المرجع ، ص 195

المطلب الثاني الطرق الخارجية للتفسير :

مكن تفسير النصوص التشريعية عن طريق وسائل خارجية عن النص وهي¹:

أولاً: حكمة التشريع: حكمة أو نية المشرع ويقصد بها الغاية التي من أجلها سن المشرع القانون، لأنه

متى اتضحت الغاية، اهتدى المفسر للكشف عن الغموض الذي يكتنف نصا معيناً.²

ثانياً- الأعمال التحضيرية: ويقصد بها مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها

النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون، ورغم ما لهذه الوثائق من أهمية في الكشف عن أسرار

النصوص ومقاصدها، إلا أنه ينبغي توخي الحذر في الاستعانة بها، لأنها كثيراً ما تتضمن آراء فردية

ووجهات نظر خاصة.³

ثالثاً- المصادر التاريخية: عند إصدار القوانين الجديدة يستهدى المشرع بالقوانين القديمة، لأن

التشريع الحديث ما هو إلا تطوير للتشريع السابق، حيث يعدل من أحكامه سواء بالزيادة أو

الحذف.

وبناء على ذلك يمكن تفسير التشريعات الجزائرية الوضعية المستمدة من القوانين الفرنسية

بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي باعتباره مصدراً تاريخياً لتلك التشريعات (القانون

الاستعماري)، كذلك يتعين الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي لتفسير النصوص

المستمدة من هذه الأحكام، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة.⁴

رابعاً- النص الأجنبي للتشريع: لكل دولة لغتها الرسمية، وقد نص الدستور الجزائري على أن اللغة

العربية هي اللغة الوطنية والرسمية في البلاد ونظراً لاعتبارات معينة، فقد تحرر التشريعات –

بداءة – باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى اللغة العربية (وهو وضع غير طبيعي يجب العدول عنه)،

¹ محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون – نظرية الحق)، دار العلوم، الجزائر، السنة 2006، ص من 66 إلى 74.

² بعوش دليلة، محاضرات في مقياس المدخل إلى العلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة الأولى- جذع مشترك-، جامعة قسنطينة -1- الجزائر، السنة الجامعية

2014-2015، ص 31.

³ بعوش دليلة، المرجع السابق، ص 33.

⁴ اسحاق منصور ابراهيم، المرجع السابق، ص 197.

فإذا كان النص الرسمي غامضاً وهو النص العربي، جاز للمفسر أن يرجع إلى النص الفرنسي

(كنص أولي وأصلي) لمعرفة المشرع ومعنى النص ولكن دون إلزام.¹

خامساً- تقريب النصوص: إذا كان النص غامضاً، وهو ضمن مجموعة من النصوص، يجوز للمفسر أن يقرب النصوص لاستجلاء معنى التشريع عن طريق المقارنة للنصوص بعضها البعض الآخر، لأن تجميعها قد يؤدي على تحديد الإرادة الحقيقية للمشرع.

أمثلة:

- قد يحتاج تفسير القانون البلدي الرجوع إلى قانون الولاية أو القانون الدستوري.

- وقد يحتاج لتفسير قانون الأسرة الرجوع إلى القانون المدني.²

¹ بعوش دليلة ، نفس المرجع ، ص 34
² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص76-77.

خاتمة

أكدت الدراسات الاجتماعية و القانونية على غرار عبد الرحمن ابن خلدون ان الانسان اجتماعي و سياسي بطبعه وهو في حاجة الى ضبط سلوكه الاجتماعي، تنظيماً للعلاقات التي تربط بين الأفراد ولا يسود الظلم بينهم. ويجمع ابن خلدون الآليات و الوسائل التي تمكن من تفعيل الضبط الاجتماعي و تنظيم المجتمع في الدين والقانون والعرف والعادات والتقاليد.

والمقصود بالضبط والتنظيم الاجتماعي تلك الجهود التي يقوم بها الافراد لانجاز وتحقيق أهداف محددة، وإشباع حاجات بشرية ضرورية.

وتظهر القواعد المنظمة للحياة البشرية في صور وأشكال متعددة ومتنوعة، وفقاً لطبيعة الجماعة وظروفها، ولكنها تسعى في جوهرها إلى المحافظة على الجماعة بتحقيق استقرارها وتوافقها، باعتبارها وسائل وأدوات لتنظيم المجتمع، منذ بدأت الجماعات الأولى (البداية) حتى الدولة الحديثة. فقد تكون قوانين ودساتير وشرائع مدونة، أو معتقدات وطقوساً مقدسة، أو أحكاماً معينة، أو مجموعة من الأحكام يخضع لها الأفراد والجماعات في مختلف مظاهر النشاط الاجتماعي. ولذلك تعرف كل هذه الوسائل والأدوات باسم النظم الاجتماعية بما تحتويه من شرائع المجتمع الدينية، وكذلك قوانينه الوضعية التي تتولاها الهيئات التشريعية في المجتمع، وكذلك منها ما هو غير مكتوب كالعادات والتقاليد والأعراف، والرأي العام، والأخلاق المنظمة لشؤون الحياة الاجتماعية المختلفة. والملاحظ أن تلك الوسائل والأدوات كانت أسس التنظيم الاجتماعي الذي حقق الأمن والاستقرار لكل فرد من أفراد المجتمع، ولكل جماعة من جماعاته، ولعل بناء الشخصية في حد ذاته يعتبر نتيجة من نتائجه.

وتعتبر السلطة الملزمة الأمرة محورياً أساسياً للتنظيم الاجتماعي، إذ أن التنظيم يساعد على تكوين السلطة الأمرة الملزمة لأعضاء التنظيم، إذاً فمن حق القائم على السلطة إصدار الأوامر، ومن واجب الأعضاء الطاعة والامتثال.

ويتضح من ذلك، أن السلطة من مقومات المجتمع السياسي المنظم، وتعتبر مظهراً من مظاهره، ذلك أن التنظيم الاجتماعي يشتمل على مجموعة من الوظائف والأعمال التي تتضمن مراكز و أدواراً يشغلها الأعضاء. وهذا يستوجب وجود حكماً و محكومين، فالحكام يصدرون الأوامر التي

يخضع لها المحكومين ويطيعونها، من أجل تحقيق الاستقرار والتوازن الاجتماعي ، مما يؤدي إلى تحقيق المصالح العامة المشتركة، وينبغي في حقيقة الأمر، على كل مجتمع أن يعمل على تكوين وسيلة للحفاظ على النظام الاجتماعي ومساندته، وأن يسعى في ذات الوقت لتحقيق تجاوب الأفراد وولائهم وإخلاصهم للنظام الاجتماعي والثقة في حقيقة أهدافه، وبالإضافة إلى هذه العوامل النفسية التي تساعد على حفظ النظام،

وتعتبر الجزاءات من قبيل الضمان الذي يكفل النظام وصيانتته، بضبط السلوك الذي يخرج عن هذا التنظيم وينحرف عن مبادئه والركائز التي يقوم عليها.

هذه الاسس او المرتكزات التي لم يختلف على وجودها اثنان في تصور مجتمع سياسي منظم ، و الذي مر عبر تاريخ تطور المجتمعات بمحطات مختلفة خلصت الى تبني فكرة الدولة بمفهومها الحديث ، و التي يخضع فيها الحاكم كما المحكوم الى النظام القانوني الذي يحكم المجتمع ، و لقد بدى جليا من خلال المحطات التي توقفنا عندها ان القواعد القانونية الوضعية أو القانون الوضعي لم يكن ليجد ه الانسان بعيدا عن السلوك الاجتماعي داخل الجماعة التي تربط بينها علاقات انسانية تشمل الموروث الديني و الاجتماعي و الثقافي بما يحمل من عادات و اعراف و تقاليد ، تهدف كلها لتحقيق امن و استقرار الجماعة او ما يعرف بالامن العام و النظام العام الذي من خلال تصان الحقوق و الحريات بتحديد وظائف السلطة و حقوقها على الافراد و حقوق الافراد وواجباتهم تجاه الدولة ، و منع الظلم و الاستبداد واعلاء شأن سلطان القانون من خلال خضوع الدول للقانون و لا شيء غير القانون .

قائمة المصادر و المراجع :

الكتب :

- 1- عبد الرزاق أحمد السنهوري و أحمد حشمت ابو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، مطبعة لجنة التأليف و الترجمة و النشر 1950 ، القاهرة
- 2- منذر الشاوي ، مذاهب القانون ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، العراق 1986
- 3- صوفي حسن ابو طالب مبادئ تاريخ القانون ، القاهرة ، دار النهضة العربية 1967
- 4- أفلاطون : الجمهورية ، ترجمة : فؤاد زكريا ، الكتاب الأول ، الهيئة العامة للكتاب ، 1975
- 5- هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة أكرم الوتري ، مركز البحوث القانونية ، بغداد ، العراق ، 1986
- 6- ميشال تروبير ، فلسفة القانون ، ترجمة جورج سعد ، دار الأنوار للنشر ، الجامعة اللبنانية ، ط 1 ، 2004.
- 7- روبرت ألكسي ، فلسفة القانون – مفهوم القانون وسريانه - ، ترجمة كامل فريد السالك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2013 ، لبنان
- 8- سليمان مرقس ، فلسفة القانون دراسة مقارنة ، المنشورات الحقوقية صادر ، مصر دس ن ، مصر
- 9- عوابدي ، عمار: مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992
- 10- اسحاق ابراهيم منصور ، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001 ، الجزائر
- 11- امام عبد الفتاح امام ، أصول فلسفة الحق عند هيجل الجزء الأول ، مكتبة مدبولي ، ميدان طلعت حرب ، القاهرة ، مصر العربية ، 1996
- 12- أنور سلطان, المبادئ العامة للقانون, منشأة المعارف, الاسكندرية. 1999
- 13- اسماعيل نامق حسين ، العدالة بين الفلسفة و القانون ، مكتبة الفكر و الوعي في الاتحاد الوطني الكردستاني ، السليمانية ، العراق 2010

- 14- فاضلي ادريس ، الوجيز في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر
2003
- 15- عبد الحميد فودة ، جوهر القانون بين المثالية و الواقعية ، الاسكندرية ، دار الفكر
الجامعي ط 1 2004
- 16- عبد الحي عمر ، الفكر السياسي في العصور القديمة ، الاغريق ، الهلنستي ،
الروماني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، لبنان ط 01 ، 2001
- 17- عبد القادر الشخلي ، الصياغة القانونية ، دار الثقافة للنشر، عمان، الاردن 2014م
- 18- صالح , محمد أديب صالح ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة
لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة الطبعة الثالثة ، المكتب
الاسلامي ، 1984
- 19- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون – نظرية الحق)، دار
العلوم، الجزائر، السنة 2006
- 20- كريم كريمة ، محاضرات في فلسفة القانون ، المركز العربي الديمقراطي ألمانيا ،
2021
- ثانيا : المقالات
- 21- مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، فلسفة القانون عند ارسطو ، مجلة مرز بابل
للدراستات الانسانية ، مجلد 4 عدد2 ، بغداد العراق
- 22- فايز محمد حسين محمد ، فلسفة القانون ونظرية العدالة ، مجلة الحقوقة
للبحوث القانونية و الاقتصادية ، كلية الحقوق جاتمعة الاسكندرية ، العدد 02 2010 ، (ص ص 1365-1397)
- 23- مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، فلسفة القانون عند ارسطو ، مجلة مركز بابل
للدراستات الانسانية ، النمجلد 04 العدد02 ديسمبر 2014 ، جامعة بابل للدراستات
الحضرية و التاريخية العراق (صص 342-364)

- 24- عبد الاله عمر الخولي ، أثر فلسفة ما بعد الحداثة في المدارس القانونية الواقعية في
الفقه الغربي: دراسة بينية استقرائية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – إصدار دوري
إضافي - السنة التاسعة - العدد 3 – العدد التسلسلي جوان 2021 (ص ص 377-451)،
25- محمد المدني صالح الشريف، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد
القضائي السوداني، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة - العدد 27 يوليو 2021 ،

المطبوعات الجامعية :

- 1- علي مراح ، دروس في منهجية العلوم القانونية ، مطبوعة بيداغوجية ، كلية الحقوق ،
جامعة الجزائر 2021 ، .
- 2- خدام هجيرة ، محاضرات في مقياس فلسفة القانون ، مطبوعة دروس ، جامعة تلمسان ،
2020
- 3- بعوش دليلة، محاضرات في مقياس المدخل إلى العلوم القانونية، موجهة لطلبة السنة
الأولى- جذع مشترك-، جامعة قسنطينة -1- الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015

الصفحة	العنوان	الفهرس
04	مقدمة :	
05	المحور الأول : فلسفة القانون وأصوله	
07	المبحث الأول : ماهية فلسفة القانون	
12	المبحث الثاني : تعريف القانون وخصائصه	
12	المطلب الأول : القانون لغة	
14	المطلب الثاني : خصائص القانون	
18	لمطلب الثالث : ضرورة القانون	
24	المطلب الرابع : اساس القانون من منظور فلسفة القانون	
27	المحور الثاني : المذاهب الشكلية للمبحث عن اساس القاعدة القانونية	
27	المبحث الأول : المذاهب المقدسة للنصوص التشريعية	
28	المطلب الأول : مذهب جون أوستين (المدرسة التحليلية)	
38	المطلب الرابع : مدرسة الشرح على المتن <i>ecole de l'exegese</i>	
43	المبحث الثاني : المذاهب المؤيدة لفكرة السيادة و النظام القانوني للدولة	
43	المطلب الأول : مذهب هيجل	
48	المطلب الثاني : مذهب كلسن (النظرية الصافية للقانون أو القانون البحث)	
47	المحور الثالث : المذاهب الموضوعية	
53	المبحث الأول : المدرسة المثالية الأساس الطبيعي للقانون	

54	المطلب الأول : الأساس التقليدي الكلاسيكي للقانون الطبيعي
64	المطلب الثاني : القانون الطبيعي في العصر الروماني
67	المطلب الثالث : القانون الطبيعي في العصر الحديث
72	المطلب الرابع : القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي
74	المطلب الخامس : القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير
78	المبحث الثاني المدرسة الواقعية (مذهب القانون الاجتماعي)
79	المطلب الأول : المذهب التاريخي
83	المطلب الثاني :مذهب الغاية الاجتماعية " La doctrine du but social "
85	المطلب الثالث :مذهب التضامن الاجتماعي :
92	المحور الرابع : المذاهب المختلطة Les doctrines mixtes
93	المبحث الأول : مذهب جيني عنصري العلم والصياغة وجوهر القاعدة القانونية
94	المطلب الأول : عنصر العلم عند جيني
98	المطلب الثاني : عنصر الصياغة
101	المطلب الثالث اتجاهات الفقه الحديث وعنصري العلم والصياغة
104	المبحث الثاني : اتجاه فقه المصالح "Jurisprudence of interests"
104	المطلب الأول: أساس منهج فقه المصالح
106	ثانيا- محتوى اتجاه فقه المصالح :
107	المحور الخامس : تفسير القانون
107	المبحث الأول : مدارس التفسير
108	المطلب الأول : مدرسة "التزام النص"

109	المطلب الثاني : المدرسة التاريخية أو الاجتماعية
109	المطلب الثالث : مدرسة البحث العلمي الحر
110	المبحث الثاني : مفهوم التفسير و أنواعه
110	المطلب الأول : تعريف التفسير :
111	المطلب الثاني : انواع التفسير
114	المطلب الثالث : اسباب التفسير وحالاته
116	المبحث الثاني طرق التفسير
116	المطلب الأول : الطرق الداخلية للتفسير
118	المطلب الثاني الطرق الخارجية للتفسير :
122	قائمة المراجع
125	الفهرس