



جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# فلسفة القانون

محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الأولى قسم الحقوق  
المجموعة الثانية

السنة الجامعية 2023 – 2024

## المحور الأول: أصل القانون ومقاصده

### تمهيد:

أصل كلمة "قانون" يوناني، وتعني باليونانية العصا المستقيمة، واستخدامها في اللغة اليونانية كان بمعنى "القاعدة أو المبدأ والدلالة على الاستقامة"، وهو ما تعبر عنه القواعد والمبادئ القانونية. كلمة قانون لها معنى عام ومعنى خاص.

فالمعنى العام لكلمة قانون يعبر عن: "مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم فيما بينهم في المجتمع على وجه ملزم، سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أو غير مكتوبة، وذلك دون اعتبار لمصدر هذه القواعد." <sup>3</sup> ويندرج تحت هذا المعنى توظيفه في تعابير ومصطلحات مثل: علم القانون، القانون الوضعي.

وقد ينصرف استعمال كلمة قانون إلى غير هذا المعنى العام، فيطلق للدلالة على معنى خاص في إحدى الحالتين: فقد يراد بكلمة القانون "التشريع". وهو المعنى الفني لكلمة قانون، ويقصد بالتشريع: "مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تسنها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين، <sup>4</sup> دون غيرها من القواعد التي تنشئها السلطة التنفيذية أو غيرها." ومثال ذلك: قانون الاستثمار، قانون المحروقات، قانون العقوبات، قانون الأسرة، قانون مكافحة الفساد... الخ وبهذا المعنى "كل تشريع يعتبر قانونا ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعا".

وقد يراد بكلمة القانون "التقنين". و يقصد بالتقنين: "مجموعة النصوص القانونية التي تنظم فرعا من فروع القانون والتي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها وتنظيمها في مواد محددة، مثل: القانون المدني، القانون التجاري، قانون الأسرة ... الخ مع أن الأصح هو استعمال لفظ التقنين فنقول: التقنين المدني، التقنين التجاري، تقنين العقوبات، تقنين الأسرة ... الخ." <sup>5</sup>

وبهذا المعنى "كل تقنين يعتبر قانونا ولكن ليس كل قانون يعتبر تقنينا".

فالقانون المشمول بالدراسات الفلسفية والفكرية، كان بمعناه الواسع أي (مجموعة القواعد العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع، والتي يكفل احترامها الجزاء الذي توقعه السلطة العامة في المجتمع على المخالف عند الاقتضاء، بما تملكه من قوة الجبر والإلزام).

فللقانون ثلاث خصائص تتمثل في:

- القانون مجموعة قواعد تنظم السلوك الاجتماعي.
- القانون مجموعة قواعد عامة ومجردة.
- القانون مجموعة قواعد ملزمة مقترنة بجزاء، توقعه السلطة العامة على المخالف.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 14، دار هومة، الجزائر، سنة 2007، ص 15.

<sup>4</sup> - سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 16.

<sup>5</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 16.

## أولاً: تعريف فلسفة القانون

يقصد بفلسفة القانون (المادة العلمية التي تختص أو تهتم بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية، وشرح معانيها العميقة ومضامينها المختلفة).

بحيث يتولى مهمة دراستها المنشغلون بالقانون، فما نحتاجه لدراسة فلسفة القانون، هو رجل قانوني فيلسوف، وليس فيلسوفا قانونيا، فالأول أدري وأكثر تأهيلا لمعالجة مواضيعه من الثاني، الذي هو طارئ على القانون وبالتالي على فلسفته.<sup>6</sup>

يقصد بفلسفة القانون ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها و مضامينها المختلفة. لقد عالج كل مفكر فلسفة القانون وفقا لمذهبه، فالفلسفة تدرس عموميات الظاهرة القانونية في حين أن رجل القانون يهتم بتفاصيل الجزئيات.

ومصطلح "فلسفة القانون" ابتكره الفلاسفة ورجال الفكر، واستعمله كل من الفيلسوف "إهرنس" والفيلسوف "هيجل" عنوانا لمؤلفين لهما.<sup>7</sup>

يذهب الكثير من الدارسين إلى أن "هيجل" هو من استخدم للمرة الأولى هذه العبارة "فلسفة القانون" في مؤلفه الشهير "فلسفة القانون". والمقصود هنا الاستخدام الأكاديمي والنظري للعبارة، أو الوضعي، لأن فلسفة القانون بالمعنى الواسع غابرة القدم. يمكن القول إنها منذ أن نشأت الفلسفة كان هناك فلسفة قانون، وهو ما أثبتته كتب الإغريق في فلسفة سقراط وأرسطو وأفلاطون.

ومنذ بداية القرن التاسع عشر بدأ بشكل بارز ظهور كتب ومؤلفات خاصة بفلسفة القانون، فصدر عام 1823 كتب للفقيه الانجليزي "أوستن" عنوانه "محاضرات في علم القانون أو فلسفة القانون الوضعي"، وخلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر ظهر العديد من المؤلفات في النظرية العامة للقانون، وفلسفة القانون.

وتحتل دراسة فلسفة القانون مكانة هامة في مناهج كبرى الجامعات الأوروبية، والعالمية لما لها من أهمية كبرى في تكوين طلبة القانون وتوجيههم للبحث والدراسة في النظريات العامة للقانون، ومعرفة أصل القانون وجوهره وغاياته.

## ثانياً: أهمية فلسفة القانون

لفلسفة القانون أهمية علمية وتعليمية كبيرة، فمن المفيد للطلاب والباحث في القانون أن تشمل دراسته التأمل في المشاكل الكبرى للقانون، من أجل تكوين نظرة شاملة وعميقة عن القانون، كما أن فلسفة القانون تفرضها طبيعة الأشياء؛ فمهما كان تعامل رجل القانون مع المشاكل القانونية، فإن هناك حالات لا بد أن يحدد موقفا منها، وأن يكون قادرا على تبرير قناعاته. وفي هذا الصدد يروي الأستاذ "بريمو" أن شابا من المختصين بالقانون الإداري قال له: "أنا أنتظر أن تثبتوا لي فائدة فلسفة القانون حتى أؤمن بها." فكان جوابه: "أن فائدة فلسفة القانون موجودة في كل صفحات كتب القانون الإداري التي يستخدمها. فهل يستطيع القانوني الجدير بهذا الاسم أن يجهل أن القانون الإداري الفرنسي، قد

<sup>6</sup> - سعيد بوعلى، فلسفة القانون، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2016، ص 05.

<sup>7</sup> - أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، مدخل تمهيدي لطلبة السنة الأولى ليسانس حقوق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004، ص 73.

حدده بكامله نظريات الموضوعية للعميد "ديجي" ومذهبه، وأن المفاهيم القانونية التي يستخدمها يوميا أساتذة القانون الإداري لا يمكن أن تُبرر إلا بفضل مذهب العميد "ديجي" عن القانون والدولة.<sup>8</sup>

فدراسة فلسفة القانون تهتم بالأصول وتوضح أثرها على الفروع، فالأصل هو فلسفة القانون، والفرع هو علم القانون. فالبحث القانوني لكي يصير علما يجب أن يعالج القانون في علاقته بالمجتمع وارتباطه بالإيديولوجيا، فيدرس الجزئيات في ضوء الكليات، ويشرح القواعد على هدي المبادئ.<sup>9</sup>

### ثالثا: موضوع فلسفة القانون

تشمل دراسة فلسفة القانون موضوعين أساسيين هما: أصل القانون، وغاية القانون.

1- **أصل القانون:** يقصد به ماهية القانون وأساس القانون وأصل نشأته. أي هل أن القانون ينشأ من ضمير

الجماعة بطريقة طبيعية وتلقائية لا دخل لإرادة الإنسان فيه؟ أم أن إرادة الإنسان تلعب دورا فعالا في إنشاء القانون؟ أم أن القانون ينشأ من تفاعل عناصر مثالية؟ أو ينشأ من تفاعل عناصر واقعية؟ أم ينشأ منهما معا؟<sup>10</sup>

2- **غاية القانون:** يقصد به تلك الأهداف أو القيم التي يراعيها القانون ويسعى إلى تحقيقها، وحتى وإن اتفق فقهاء

القانون والفلاسفة على أن غاية القانون هي تحقيق العدل، لكنهم اختلفوا حول العناصر التي يتكون منها حتى يكتسب هذا القانون الصفة الشرعية ويكون ملزما لجميع الأفراد. فبعضهم يرى أن العدل الذي يسعى القانون إلى تحقيقه هو العدل التبادلي أو التعاوني الذي يعني إشراك الجميع في تحقيقه، بينما يرى البعض الآخر أنه العدل التوزيعي، أي التوزيع العادل للمنافع، في حين يرى البعض أن القانون يرمي إلى تحقيق العدل الاجتماعي.<sup>11</sup>

**رابعا: وظائف فلسفة القانون:** تشمل دراسة فلسفة القانون تحقيق الوظائف التالية:<sup>12</sup>

1. إحداث توافق بين الفكرة القانونية والتغيير الاجتماعي.
2. إيجاد تفسير للأنظمة السياسية والقانونية.
3. تعميق الوعي القانوني.
4. الارتقاء بمستوى التفكير القانوني.
5. تحديد الإيديولوجية السياسية والقانونية للمجتمع.
6. تطوير علم القانون وفهم القانون.

<sup>8</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 06.

<sup>9</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2007، ص 124.

<sup>10</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 07.

<sup>11</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 125.

<sup>12</sup> - انظر لمزيد من الإيضاح والشرح: - فايز محمد حسين محمد، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، سنة 2010، ص ص 1372-1378.

## المحور الثاني: النظريات والمذاهب التي قبلت بشأن القانون

يقصد بمذاهب الفلاسفة في مجال علم القانون، تلك الأفكار التي طرأت في زمن معين ومكان محدد باعتبارها آراء خاصة بكل منهم، فعبروا عنها وناقشوها في حوار جاد مثمر أدى إلى إثرائها والافتناع بها. وقد تحولت هذه الآراء إلى نظريات علمية، ونتج عن تطبيقها في عدة مناطق وأماكن وفي أزمنة مختلفة ومتباعدة أن أصبحت مذهباً فلسفياً قابلاً للتطبيق في مجتمعات أخرى. ونتيجة لاستمرارية التفكير الإنساني قد يقوم هناك مذهب آخر يعارض المذهب السابق أو يعدله أو يضيف له مبادئ جديدة.

لقد طرح الفلاسفة والمفكرون جملة من الأسئلة وبحثوا في الإجابة عنها لذا تعددت آراؤهم ومذاهبهم، ومن أبرز هذه الأسئلة: هل التزام الأفراد بالقانون تأتي من إرادة السلطة بما لها من قوة وجبر، أو من إرادة الأفراد التلقائية؟ هل الأفراد مجبرون أو مخيرون؟ هل تغيير القانون يرجع إلى إرادة الحاكم أو إرادة المحكومين؟ ما موقع العرف والقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية من القانون؟ هل للتغييرات الاجتماعية والاقتصادية أثر على تعديل القانون أو تطبيقه، أم أن ذلك مرتبط بإرادة الحاكم والمشرع؟ من أين تأتي الصفة الشرعية التي تجعل القانون واحترامه أمراً مفروضاً على الأفراد؟ ... وغيرها من الأسئلة

لقد أدى الخلاف في الإجابة على هذه التساؤلات إلى ظهور مذاهب ونظريات يمكن حصرها في ثلاث مجموعات: أولاً المذاهب الشكلية، ثانياً المذاهب الموضوعية، ثالثاً المذاهب المختلطة.

### أولاً: المذاهب الشكلية Les Doctrines Formalistes

يقصد بالمذاهب الشكلية، تلك المذاهب التي تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت عليه القواعد القانونية، بحيث تنظر إلى القانون من خلال الشكل الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع. فالقانون حسب هذه المذاهب هو "مشيئة السلطة العليا في المجتمع تصدره في أي شكل وعلى أي صورة مادام يعتبر ملزماً للأفراد بطاعته واحترامه، وقد تستخدم في ذلك القوة إن لزم الأمر". فالقانون وفق هذه المذاهب "مجرد أمر ونهي صادر من الحاكم إلى المحكومين"، ولا يهم مصدر القانون مادام يرتضيه الحاكم ويعبر عن إرادته، فقد يكون أصله تشريعاً أو عرفاً أو ديناً. من أنصار هذا المذهب، الفقيه "أوستن"، الفقيه "هيجل"، الفقيه "كلسن" وفقهاء الشرح على المتون.

#### 1- مذهب الفقيه "جون أوستن" (1790 - 1859)

باعتباره أستاذاً في جامعة لندن صاغ هذا الفقيه نظريته في فلسفة القانون في كتابه "محاضرات في الفقه" وقد تأثر "أوستن" بنظريات وآراء الإغريق وأفكار "توماس هوبز" و "جرمي بنتام" في أن "القانون ليس طلباً أو نصيحة، وإنما هو أمر صادر من إرادة الحاكم الذي له الحق في إصدار القانون وإقرار الجزاء لمن يخالفه".<sup>13</sup> فالقانون في نظر أوستن هو "القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون يملكون السلطة على المحكومين في المجتمع السياسي".

<sup>13</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 10.

بمعنى آخر "أن الدولة تقوم بوضع القانون وتعمل على كفالة احترامه جبرا على الأفراد باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة، وأن يصدر في شكل أوامر وتكاليف، وأن يقتزن بتوقيع الجزاء عند مخالفتها." <sup>14</sup>

النتائج المترتبة على مذهب "أوستن":

1. القانون لا يقوم إلا في ظل مجتمع سياسي منظم مكون من طبقة حكام وطبقة محكومين. (أي في ظل الدولة بالمفهوم الحديث).
2. التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية عند أوستن.
3. إنكار أوستن للعرف كمصدر للقانون، فحسب أوستن العرف لا ينشئ قواعد قانونية إلا إذا أصدره المشرع في شكل قانون وقامت المحاكم بتطبيقه. <sup>15</sup>
4. جوهر القاعدة القانونية عند أوستن وجود أمر توجهه الهيئة الحاكمة إلى المحكومين متبوعة بجزاء. فلا قاعدة قانونية عند أوستن إلا إذا كانت مكفولة الاحترام بالجزاء.
5. إنكار أوستن للقانون الدستوري فلا وجود لسلطة أعلى من سلطة الحاكم يمكنها أن تفرض هذه القواعد جبرا عليه، فالحاكم لا يمكنه توقيع الجزاء على نفسه، وله أن يخالف هذه القواعد وبالتالي تفقد هذه القواعد صفتها كقواعد قانونية، فهي لا تعدو أن تكون ذات قيمة إرشادية.
6. إنكار أوستن للقانون الدولي العام لغياب الجزاء في العلاقات الدولية، فهو يعتبر قواعد القانون الدولي مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول في سلوكها فيما بينها، حيث لا توجد في المجتمع الدولي سلطة عليا تفوق الدول وتفرض سلطتها وإرادتها عليها، باعتبار أن جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة.

تقدير مذهب "أوستن":

1. مذهب سطحي وشكلي لا ينظر إلى جوهر القاعدة القانونية ليعين طبيعة نشأتها والعوامل التي ساهمت وأثرت في تكوينها.
2. الخلط بين القانون والدولة، حيث يقول "أوستن" أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم، غير أن الحقائق التاريخية تبين عكس ذلك، حيث يعتبر القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن تكون ظاهرة سياسية أو وضعية، فقد نشأ المجتمع في صورته البدائية في صورة أعراف قبل أن يصبح المجتمع مجتمعا سياسيا.
3. الخلط بين القانون والقوة، حيث يجعل "أوستن" القانون والقوة رهنا بإرادة الحاكم، وتصيح إرادة الحاكم هي القانون، ويكون الحكم للقوة، والحاكم يفرض ما يشاء على الأفراد استنادا إلى إرادته. والمفروض أن الحاكم يكون في خدمة القانون و التقيد بنصوصه، وكفالة احترامه بالقوة إن لزم الأمر.
4. الفقيه "أوستن" جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فلا نكون أمام قاعدة قانونية إلا إذا كانت صادرة من الحاكم، إلا أن الواقع يثبت وجود مصادر أخرى للقانون مثل العرف الذي مازال مصدرا للقانون، بل هو الأساس في بعض الأنظمة، فهو مازال مصدرا للقانون التجاري، كما أنه مصدر للقانون الدستوري في انكلترا.

<sup>14</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 130.

<sup>15</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 12.

5. أنكر "أوستن" صفة القانون على القانون الدولي العام، على أساس عدم وجود سلطة في المجتمع الدولي تفرض احترام قواعد هذا القانون، إلا أن ذلك ينقصه الكثير من الواقعية، فغالبية الفقه يرى أن القانون الدولي هو قانون بالمعنى الصحيح للكلمة، ويتوفر له عنصر الإلزام الذي تملكه "الأمم المتحدة" بمنظوماتها المختلفة، وجمعيتها العامة، ومجلس الأمن الدولي، ومحكمة العدل الدولية، والواقع أثبت أن الأمم المتحدة قد حلت في الكثير من النزاعات المسلحة، وفرضت إرادتها في القضايا الدولية، كما أن المعاهدات الدولية التي تبرمها الدول تكفل الاستقرار الدولي.
6. يرى "أوستن" أن القانون الدستوري لا يعتبر قانوناً بالمعنى الحقيقي للكلمة، وذلك لتخلف عنصر الجزاء في قواعده، غير أن الواقع يثبت غير ذلك، فكثير من الدساتير تتضمن نظام عزل الرئيس كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، أو محاكمة الرئيس عند ارتكابه لبعض الجرائم كالخيانة العظمى في دساتير أخرى، كما أن الشعوب هي التي تختار حكامها، ولها حق توقيع الجزاء عليهم إذا خالفوا الدستور. بأن تعزلهم أو ترفض تجديد عهده حكمهم.
7. الأخذ بمذهب الفقيه "أوستن" يؤدي إلى الاستبداد والدكتاتورية واعتبارهما مصدراً للقاعدة القانونية، وهو ما يتعارض مع الغاية التي يصبو إليها القانون.

## 2- مذهب الفقيه "جورج هيغل" (1770 - 1831)

"جورج ويلهلم فريدريش هيغل" أستاذ جامعي وفيلسوف ألماني له عدة مؤلفات أهمها "المبادئ العامة لفلسفة الحق" سنة 1821، "محاضرات في فلسفة القانون".

يتلخص مذهب "هيغل" في أن القانون يستمد أساسه وشرعيته وقوته من صدوره عن الحاكم أو السلطة في الدولة، فالقانون عنده هو "إرادة الدولة في الدولة بالنسبة لعلاقتها مع الأفراد، وهو إرادتها في الخارج بالنسبة لعلاقتها مع غيرها من الدول فالدولة سيدها نفسها ولا سلطان يعلو سلطانها".<sup>16</sup>

في داخل حدود الدولة يرى "هيغل" ضرورة أن تتحد إرادة وحرية الأفراد بإرادة الدولة وتحقيق المصلحة العامة المشتركة، فحرية الإنسان لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة وخضوعه لها خضوعاً تاماً. وتملك الدولة وحدها السيادة التي لا تتجزأ، ولذلك تملك وحدها حق التعبير عن الإرادة العامة في الدولة والتي تتمثل في القانون الواجب التطبيق بما لها من قوة تفرض بها تلك الإرادة.

في خارج حدود الدولة يرى "هيغل" أنه لا توجد سلطة أو إرادة أعلى من سلطة الدولة، باعتبار أن الدولة سيدها نفسها وأن جميع الدول متساوية في السيادة، وبانتفاء وجود سلطة أعلى من سلطة الدولة تقوم بتنظيم العلاقات الدولية، يرى "هيغل" أن الحرب هي الوسيلة التي يمكن بواسطتها للدولة أن تفرض إرادتها على باقي الدول ولحل النزاعات الدولية، والغلبة للدولة الأقوى التي تسيطر على العلاقات الدولية.

النتائج المترتبة على مذهب "هيغل":

1. يرى "هيغل" أن القانون يعبر عن إرادة ومشئنة الحاكم (الدولة)، وبالتالي فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون.
2. إنكار الصفة القانونية عن القانون الدستوري والقانون الدولي العام.
3. يعتبر "هيغل" أن الحرب بين الدول نوع من القضاء الإلهي، وهي عادلة ومشروعة لتسوية النزاعات الدولية.

<sup>16</sup> - سعيد بوعلى، المرجع السابق، ص 24.

4. مذهب "هيجل" يدعم ويبرر الحكم الاستبدادي المطلق، باعتبار القانون هو إرادة الحاكم ومشئته الواجبة النفاذ.
5. أفكار "هيجل" حول فلسفة القانون كانت مرجعا مهما للدولة النازية والدولة الفاشية فيما بعد.

### تقدير مذهب "هيجل":

1. حصر مصادر القانون في التشريع لا أساس له من الصحة، حيث توجد مصادر أخرى إلى جانبه وأهمه العرف والقواعد الدينية.
2. مذهب "هيجل" متطرف ويدعو إلى الاستبداد حيث أنه يوحد بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون.
3. مذهب هيجل أراد بنزعتة المتطرفة أن يعطي الشرعية للأنظمة المستبدة وفي مقدمتها نظام الحكم في عهده.
4. مذهب "هيجل" بدعوته لفض النزاعات عن طريق الحرب من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرارها وتهديد السلم العالمي،<sup>17</sup> وإنكاره معالجة الخلافات الدولية بالطرق السلمية والدبلوماسية يخالف الواقع الدولي الحالي.

### 3- مذهب الفقيه "هانز كلسن" (1881-1973)

"هانز كلسن" أستاذ جامعي وفيلسوف نمساوي صاحب "مذهب القانون الصافي" أو "النظرية الخالصة للقانون" والتي تقوم على استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون، فعلم القانون الصافي يقتصر على الضوابط القانونية وحدها دون غيرها. كما ينادي كلسن وفق مذهبه بوحدة الدولة والقانون.<sup>18</sup>

فالقانون عند "كلسن" هو "الدولة، والدولة هي القانون، فالدولة ليست شخصا معنويا، وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض على شكل يشبه الهرم، على قمته الدستور وهو أساس كل القواعد القانونية وتستمد شرعيتها منه، ثم يأتي التشريع... وكل قاعدة قانونية تستمد صحتها وشرعيتها وبالتالي قانونيتها ومن ثم قوة إلزامها من القاعدة التي تعلوها".

فالقانون حسب "كلسن" ( أوامر صادرة من إرادة تملك قوة الإيجاب وتوقيع الجزاء، هي الدولة الواجبة الطاعة باعتبارها مصدر القانون).<sup>19</sup>

والنظام القانوني لا يعتبر دولة إلا بوجود هيئات مركزية مختصة بالتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام وتطبيقها إن لزم الأمر عن طريق استعمال القوة العمومية.

### النتائج المترتبة على مذهب "كلسن":

1. مبدأ "كلسن" هو وحدة الدولة والقانون، فلا فرق بين الدولة والقانون.
2. استبعد "كلسن" جميع العناصر غير القانونية من نطاق القانون، ويقصد بها تلك العناصر المرتبطة بعلوم أخرى كالاقتصاد والاجتماع والسياسة... الخ

<sup>17</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 27.

<sup>18</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 139.

<sup>19</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 139.



3. هرم "كلسن" يضع ترابعية للقواعد القانونية في أعلى قمته القواعد الدستورية، وتستمد كل قاعدة وجودها وشرعيتها وقانونيتها من القاعدة الأعلى منها.

4. حسب "كلسن" القانون يعبر عن إرادة الدولة باعتبارها مصدره (ويقصد بها إرادة من يملك السلطة)، وهي الواجبة النفاذ.

تقدير مذهب "كلسن":

1. مقولة "كلسن" بوحدة القانون والدولة لا تستند إلى أساس واقعي، فالصحيح أن الدولة مستقلة عن القانون، ولها أن تخالفه بمشيتها، والقانون يقيد سلطتها ويفرض عليها بعض القيود كاحترام الحقوق الفردية والجماعية.

2. تجريد القانون من كافة العناصر غير القانونية غير منطقي، كاستبعاد العناصر والعوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأخلاقية التي تؤثر في نشأة القانون وتطوره، باعتبار القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يرتبط بوجود الدولة من عدمه.<sup>20</sup>

3. هرم "كلسن" في ترابعية القواعد القانونية وإن كان قد حل كثيرا من المسائل المتعلقة بشرعية القواعد القانونية، لكنه في قمته لم يقدم إجابة عن شرعية القواعد الدستورية وفق نفس مبادئ نظرية كلسن باستبعاد العناصر غير القانونية عن نطاق القانون.

4. أغفل "كلسن" قواعد القانون الدولي العام التي تنظم العلاقات بين الدول ولم يجعل لها مكانا في الهرم القانوني.

5. مذهب "كلسن" يبقى مذهبا شكليا لم يأخذ بجوهر القاعدة القانونية.

6. "مذهب القانون الصافي" للفييه "كلسن" ينشأ عنه تبرير أي نظام سواء صدر القانون من برلمان منتخب أو حاكم مستبد.

#### 4- مذهب فقهاء الشرح على المتون ( مدرسة تفسير النصوص): L'Ecole de L'Exégèse

بتجميع القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها "تقنين نابليون" والذي كان ثمرة حملته الشهيرة على مصر، قام الكثير من الفقهاء خلال القرن التاسع عشر (19) بتفسيره متنه ومواده وشرحها بنفس الترتيب الذي وردت به هذه النصوص في التقنين، وأطلق عليهم من جاء بعدهم فقهاء الشرح على المتون، أو "مدرسة التزام النصوص" واستخلصوا الأسس التي قامت عليها هذه المدرسة التي قدست هذا التقنين باعتباره في نظرهم قانون شامل قد أحاط بكل المسائل.

تقوم هذه المدرسة على أساسين مهمين هما :

1- تقديس النصوص التشريعية، واقتصار القانون على المدونات التي يتم الإعلان عنها رسميا من طرف أجهزة الدولة. فالتشريع (القانون المكتوب أو التقنين) هو المصدر الوحيد للقانون، وإرادة المشرع هي الترجمان الوحيد لإرادة الدولة. ودور الفقيه يقتصر على تفسير نصوص التشريع، واستخلاص الأحكام منه.

<sup>20</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 34.

2- عند تطبيق النصوص القانونية يتعين البحث عن إرادة المشرع ونيته وقت وضعه للنصوص لا وقت تطبيقها حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية بعد ذلك، فالعبرة بإرادة المشرع وقت وضع النص سواء أكانت هذه الإرادة حقيقية أو مفترضة، فيستدل على هذه الإرادة من واقع النص ومعاني ألفاظه ومفرداته...

النتائج المترتبة على مذهب "فقهاء الشرح على المتن":<sup>21</sup>

1. تقديس التشريع واعتباره المصدر الوحيد للقانون، فيتعين أنه يتضمن جميع الحلول لشتى الحالات.
2. التشريع معبر عن إرادة المشرع دون اعتبار للعوامل المؤثرة في نشأة القواعد القانونية.
3. وجوب التزام القاضي بأحكام النصوص التشريعية ولا يجوز له الخروج عن إرادة المشرع ونيته، بل هو ملزم بالبحث عنها وقت وضع النص وليس وقت تطبيقه.
4. في حالة عجز الشارح أو المفسر، فقيها كان أم قاضيا، عن استخلاص قاعدة ما من نصوص التشريع فإن اللوم يقع عليه هو وليس على المشرع، لأن هذا العجز لا يرجع إلى عيب في التشريع الذي احتوى جميع القواعد القانونية.

تقدير مذهب "فقهاء الشرح على المتن":<sup>22</sup>

- 1- تقديس النصوص التشريعية يؤدي إلى جمود القانون.
- 2- إغفال التغيرات التي تطرأ نتيجة الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع، وجمود النصوص التشريعية، وإهمال إرادة الأمة سيؤدي حتما إلى الديكتاتورية والاستبداد.
- 3- التشريع الصادر عن الدولة في شكل تقنين مهما بدا أنه كامل، فإنه لا يستوعب الظاهرة القانونية، كما أن هذه المدرسة تتصف بالمبالغة والإفراط في الشكلية على حساب مضمون القاعدة القانونية.
- 4- اعتماد إرادة المشرع وقت وضع النص يؤدي إلى اصطناع إرادة للمشرع غير إرادته الحقيقية في كثير من الأحيان.
- 5- النزعة الشكلية لهذا المدرسة نزعة عقيمة تتعلق في فهمها للقانون بأوهام مجردة وخالية من كل عمق اجتماعي.

الاستنتاجات بخصوص المذاهب الشكلية: بمعرفتنا للمذاهب الشكلية والأسس التي بنيت عليها في تفسيرها وتحليلها لأصل القانون وغايته، نصل إلى عدة استنتاجات أهمها:

- 1- أجمعت هذه المذاهب على أن القانون هو أمر ونهي صادر من الحاكم إلى المحكومين (من أعلى إلى أسفل)، وبذلك قدست إرادة الحاكم وأهملت تماما إرادة المحكومين.
- 2- أن هذه المذاهب أعطت الأولوية للشكل الذي تظهر به القاعدة القانونية، وأهملت مضمونها وجوهرها، لكن رغم هذا الانتقاد فإنه لا يمكن إنكار أن العنصر الشكلي للقاعدة القانونية هو الذي يعطيها قوة الإلزام وصلاحيته التطبيقية.
- 3- تغاضت المذاهب الشكلية عن العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية والدينية التي تؤثر في نشأة القانون وتطوره، وبذلك قطعت الصلة بين القانون والجماعة مما يترتب عليه وقف حركة تطور القانون.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 22.

<sup>22</sup> - سعيد بوعلی، المرجع نفسه، ص 23.

<sup>23</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 145.

## ثانيا : المذاهب الموضوعية Les Doctrines Objectives

المذاهب الموضوعية لم تقف عند المظهر الخارجي للقاعدة القانونية كالمذاهب الشكلية، بل نظرت إلى جوهر القانون وموضوعه، وذهبت إلى تحليله فلسفيا واجتماعيا للتعرف على طبيعة وكيفية نشأته، فهي تهتم بجوهر القاعدة القانونية أو المادة الأولية التي تتكون منها هذه القاعدة، ثم تأتي المصادر الرسمية لتضفي على هذه القاعدة صفة الشرعية بما تعطي لها من شكل ملزم للناس.<sup>24</sup>

لقد انقسم أنصار المذاهب الموضوعية، فمنهم من بنى أساس رؤيته على المثل العليا والعدالة الإنسانية كأساس للقانون وهو الاتجاه الذي يسمى المدرسة المثالية، في حين اتجه بعض الفقهاء إلى الحقائق الواقعية الملموسة المؤثرة في نشأة القانون وتطوره والتي تسجلها الملاحظات والتجارب العلمية، وسي هذا الاتجاه بالمدرسة الواقعية. والمثال التقليدي الذي يوضح الفرق بين المدرستين هو تأصيل تجريم القتل في جميع التشريعات.

فتجريم القتل وفق المدرسة المثالية يرجع بدهاءة إلى العقل وفق المثل العليا التي تأبى أن يقتل الإنسان غيره من بني الإنسان. أما تجريم القتل وفق المدرسة الواقعية فناتج عن الواقع، ذلك أن القتل بين الناس يؤدي إلى الفوضى وفناء الجماعة.<sup>25</sup>

### 1. المدرسة المثالية: L'Ecole Idéaliste

تنحصر المدرسة المثالية في ثلاثة مذاهب هي: مذهب القانون الطبيعي، مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد (الموجه).

#### 1- مذهب القانون الطبيعي:

يتمثل القانون الطبيعي فيما ذهب إليه الفلاسفة والفقهاء منذ القدم، في وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي (الذي يضعه الإنسان)، خالدة وثابتة، لا تتغير بمرور الزمن ولا تختلف من مكان إلى آخر، فهي ليست من صنع الإنسان ولكن الله هو الذي أودعها في الكون، ليكشف عنها الإنسان ويهتدي بها في تنظيم سلوكه.<sup>26</sup>

#### أ- القانون الطبيعي عند الإغريق (اليونان):

أول معرفة بفكرة القانون الطبيعي كانت في فلسفة الإغريق، والتي تأسست على التأمل في الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عن طبيعتها، فلاحظ فلاسفة اليونان النظام الثابت الذي يسير عليه الكون، وخضوع الظاهر الطبيعية والكائنات الحية له، وحتى علاقات الناس ومعاملاتهم تجري على نمط واحد وفق أنظمة متشابهة لدى مختلف الشعوب، الأمر الذي دعاهم إلى القول بوجود قانون أعلى هو القانون الطبيعي، يحتوي على قواعد خالدة ليست مكتوبة وليست من صنع الإنسان، وهي قواعد تحقق العدل، يجب أن تؤخذ كمثال أعلى بالنسبة للقانون الوضعي.<sup>27</sup> فالقانون الوضعي يعتبر عادلا متى كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي، وظالما متى خالف تلك المبادئ.

<sup>24</sup> - حسن ملحم، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، سنة 1993، ص 154.

<sup>25</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 147.

<sup>26</sup> - سعيد بوعلى، المرجع السابق، ص 36.

<sup>27</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 150.

## ب- القانون الطبيعي عند الرومان :

تأثر الرومان بالفلسفة الإغريقية، وأخذوا عنهم فكرة القانون الطبيعي، فاعتبروه قانونا ثابتا وخالدا، لا يتغير ولا يتبدل، فهو مستمد من الطبيعة وينطبق على كافة الشعوب لأنه أسبق وأعلى من القوانين الوضعية.

فالقانون الطبيعي عند فقهاء الرومان كالفقيه "شيشرون" والفقيه "بول" و الفقيه "جايوس" والفقيه "جوستينيان" (فكرة قانونية اعتبروه مصدرا لأحكام قانونية تسري على كل الشعوب، يشتمل على مبادئ نشأت من الطبيعة واكتشفها الإنسان بعقله مطابقة له ومقبولة من كل الشعوب والأمم).<sup>28</sup>

نتيجة تأثر فلاسفة الرومان بفكرة القانون الطبيعي، فقد جعلوا منه مصدرا للأحكام القانونية، فظهرت نتيجة لذلك ثلاثة نماذج من القوانين وهي: "القانون المدني" وهو القانون الذي يحكم العلاقات بين المواطنين الرومان فقط. و"قانون الشعوب" ويسمى أيضا (قانون الأمم) وهو القانون الذي يحكم العلاقات بين الأجانب أو بين الرومان والأجانب. و"القانون الطبيعي" ويسمى (قانون الشعوب بمعناه الطبيعي) وهو الذي تُعلمه الطبيعة لكل الكائنات الحية من إنسان وحيوان، وهذا القانون ينكر التمييز العرقي الذي أقره الرومان، ويطالب بالحرية والمساواة بين جميع الناس.

## ت- القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى :

إن كانت الكنيسة في المسيحية الأولى تفصل فصلا تاما بين السلطان الديني، والسلطان المدني وفق قاعدة "ما لقيصر لقيصر ومالله لله"، غير أنها في القرون الوسطى أصبحت الكنيسة تخضع السلطان المدني للسلطان الديني.

في ظل هيمنة الكنيسة المسيحية على الحياة العامة في أوروبا في العصور الوسطى، تحولت فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية، فأصبح القانون الطبيعي ذلك القانون الإلهي الأبدي الخالد الذي يسمو على القانون الوضعي. وبهذا المفهوم استغلت الكنيسة تحويل فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية لبطس نفوذها وتعزيز سلطة البابا على الملوك والسلطين، وبذلك إخضاع الدولة لسلطان الكنيسة، ونتيجة لذلك إقرار أنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي ويختلط ببعض أحكامه.<sup>29</sup>

في منتصف القرن الثالث عشر في القرون الوسطى ظهر عنصر هام في الفلسفة الكنسية، تمثل في إحياء فكرة الطابع العقلي الذي يتصف به القانون الطبيعي عند الرومان واليونانيين، على أساس أن القانون الطبيعي إن كان الله خالقه فإن الإنسان لا يدركه إلا بعقله. وكان رائد هذا التصور الجديد القديس "توماس الإكويني"، وقد ميز بين ثلاث درجات من القانون بعضها فوق بعض: أعلاها القانون الإلهي ويليه القانون الطبيعي ثم القانون الوضعي.

"القانون الإلهي" حسب "توماس الإكويني" يمثل مشيئة الله ويصل الناس عن طريق الشعور والوحي وهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال. و"القانون الطبيعي" يشمل القواعد التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها يحدوه في ذلك الرغبة في الوصول إلى الكمال، أما "القانون الوضعي" فهو من صنع الإنسان، وهو نظام عقلي يهدف إلى تحقيق الصالح العام يضعه من يتولى رعاية الجماعة، فإذا خالف "القانون الوضعي" القانون الطبيعي صار قانونا غير عادل لكن يجب طاعته لأن النفع العائد من الطاعة أكبر من الضرر الناتج عن العصيان، أما إذا خالف

<sup>28</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 151.

<sup>29</sup> - سعيد بوعلى، المرجع السابق، ص 39.

القانون الإلهي فلا تجب طاعته. وبذلك قرر "توماس الإكويني" إخضاع السلطان المدني للسلطان الديني، وقرر أن من اختصاص "البابا" تولية الملوك والأمراء وعزلهم تبعاً لمدى التزامهم بتعاليم الكنيسة.<sup>30</sup>

### ث- اختفاء فكرة القانون الطبيعي بظهور فكرة سيادة الدولة في القرن 16 ميلادي :

في القرن 16 ميلادي ونتيجة ظهور الدولة القومية، ومبدأ سيادة الدولة والإطاحة بسيادة الكنيسة وسلطتها والنظام الإقطاعي عرفت فكرة القانون الطبيعي مرحلتين هامتين: مرحلة اختفاء فكرة القانون الطبيعي ومرحلة عودتها.

في هذه المرحلة اختفت فكرة القانون الطبيعي وذلك لرغبة كثير من الفقهاء في التمكين للفكرة الوطنية والاستقلال كرد فعل لما كان سائداً في فترة سيادة الكنيسة على كامل أوروبا. وكان من أهم المناهضين لفكرة القانون الطبيعي الفيلسوف الإيطالي "ميكيا فيلي" والفيلسوف الفرنسي "جان بودان"

الفيلسوف الإيطالي "دي برنال دو ميكيا فيلي" (1469-1527) في كتابه "الأمير": منح للحاكم كل السلطات والصلاحيات من أجل تدعيم سلطته بكل الوسائل بما فيها الحيلة والخداع والقوة، وفق المبدأ الذي صاغه "الغاية تبرر الوسيلة" وبذلك ألغى تماماً تلك المثل العليا التي يتضمنها القانون الطبيعي وأنهى دوره في وضع القواعد القانونية.

الفيلسوف الفرنسي "جان بودان" (1530-1596): من خلال مؤلفاته عن الجمهورية دعا إلى السيادة المطلقة، فالسيادة عنده هي سلطة عليا على المواطنين لا يحد منها القانون، وأن الحاكم مصدر القانون، وهو فوق القانون ولا يخضع للقانون. وبهذه الأسس التي وضعها "بودان" أنهى أي دور للقانون الطبيعي في وضع القانون في الدولة.

### ج- عودة فكرة القانون الطبيعي في القرن 17 وبداية القرن 18 :

نتيجة المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة، اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن 16 وطغت الدولة على حقوق الأفراد وحرّياتهم وسادت القوة في تنظيم العلاقات الدولية، ما دعا الفقهاء والفلاسفة إلى ضرورة وضع أسس عادلة لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد وعلاقتها بالدول الأخرى. فاستندوا إلى قواعد القانون الطبيعي الذي يعترف للفرد بحقوق وحرّيات طبيعية لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها، وبالتالي جعله كأساس للقانون الدستوري في علاقة الحاكم بالمحكوم، كما استندوا إلى قواعده للمطالبة بتنظيم المجتمع الدولي وجعله كأساس للقانون الدولي العام.<sup>31</sup>

### • القانون الطبيعي أساس لقواعد القانون الدولي العام:

كان للقاضي الهولندي "هوجو جروتوس" (1583-1645) الدور الكبير في تحرير القانون الطبيعي من الطابع الديني واتجه به وجهة العدل، ونادى بإقامة العلاقات الدولية على أساسه في السلم والحرب. في كتابه "قانون الحرب" عرف "جروتوس" القانون الطبيعي أنه: (القواعد التي يوحى بها العقل القويم، والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملاً ما يعتبر ظلماً أو عادلاً تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً لمنطق العقل، وهو وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منها الوحدة والثبات والخلود، فلا يتغير بتغير الزمان أو المكان).<sup>32</sup>

<sup>30</sup>- إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 153.

<sup>31</sup>- سعيد بوعلى، المرجع السابق، ص 45.

<sup>32</sup>- إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 155.

وقد بدأت فكرة القانون الطبيعي في القرن 17 ميلادي وبداية القرن 18 تتحرر من طابعها الفلسفي الديني لتصبح فكرة قانونية، ينحصر دور المشرع في تحويل قواعده النموذجية إلى القوانين الوضعية، ويستهدى به القاضي في أحكامه إذا ظهر في القوانين الوضعية تفصي في معالجة بعض المسائل والعوارض.<sup>33</sup>

#### • القانون الطبيعي أساس لقواعد القانون الدستوري:

فكرة سيادة الدولة التي سادت في القرن 16 وما تبعها من استبداد الحكام واعتدائهم على حقوق وحرية الأفراد، مما أدى إلى ثورات الشعوب على حكامها، ما كان سائدا دفع الكثير من الفقهاء والفلاسفة إلى اللجوء إلى فكرة القانون الطبيعي لوضع أساس لتنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد، والبحث عن أساس لتبرير شرعية سيادة الدولة، ورأى بعضهم أن علاقة الأفراد بالدولة تركز على عقد بينهما سمي بـ "العقد الاجتماعي" وكان من أبرز الفلاسفة المناادين بهذه الفكرة الإنجليزي توماس هوبز (1588-1679) في كتابه "التنين"، الإنجليزي جون لوك (1632-1704) في كتابه "شرح الحكومة المدنية" والفرنسي جون جاك روسو (1712-1778) في كتابه "العقد الاجتماعي".

يتلخص مضمون فكرة العقد الاجتماعي أن الأفراد يولدون متمتعين بحقوق وحرية طبيعية غير محدودة، وأن حياتهم في الأصل بدائية فطرية يتمتعون فيها بهذه الحقوق بصفة مطلقة، حيث يسير كل منهم وفق غرائزه وأهوائه، لكن الأناية وحب التسلط والتحكم أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار، واستعمال القوة من أجل البقاء والدفاع عن النفس، مما دفع هؤلاء الأفراد إلى التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم لقيام جماعة منظمة يعيشون في ظلها، وذلك بوضع السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر والنهي تعمل على التوفيق بين المصالح المتعارضة، هذا الاتفاق هو عقد اجتماعي غرضه الانتقال من حالة الفوضى والحالة الفطرية، إلى حالة نظام يتمتعون فيها بحقوق وحرية مدنية محددة. غير أن هؤلاء الفقهاء وإن كانوا قد اتفقوا بشأن أساس العقد الاجتماعي، إلا أنهم قد اختلفوا في تحديد أطرافه والآثار المترتبة عليه، وبعبارة أخرى فقد وقع اختلاف في تحديد سيادة السلطان أو الحاكم وهي تلك الجهة أو الشخص الذي أسندت إليه السلطة.<sup>34</sup>

#### ح- موقف الثورة الفرنسية من القانون الطبيعي :

اعتنقت الثورة الفرنسية في أواخر القرن 18 فكرة "جون جاك روسو" التي ضمنها في كتابه العقد الاجتماعي، المتمثلة في حصر السيادة في يد الشعب وحده، واعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجّه ومقيد لسلطة الشعب، فأعلنت الثورة الفرنسية ما سمته حقوق الإنسان والطبيعة، وأصبح القانون الطبيعي مذهبا رسميا تضمنه "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" سنة 1789 ونصت مادته الأولى على أن (الناس يولدون أحرارا ويستتمرون متساوين في الحقوق). وجاء في مادته السادسة (لا دستور لمجتمع يكون فيه ضمان لكفالة هذه الحقوق).<sup>35</sup>

انعكست مضامين القانون الطبيعي ومثله العليا على الدساتير الفرنسية اللاحقة وعلى منظومتها القانونية، وكان للمبادئ التي تبنتها الثورة الفرنسية تأثير بالغ على كتابة الدساتير في العالم ومن بينها الدستور الأمريكي.

#### خ- تراجع القانون الطبيعي في القرن 19 ميلادي :

بعدما بلغ القانون الطبيعي قمة مجده وازدهاره في أواخر القرن 18 وبداية القرن 19، تعرض بعدها إلى مهاجمة

<sup>33</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 156.

<sup>34</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 48.

<sup>35</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 160، 161.

عنيفة طوال القرن 19 شككت في صحته، وكان أبرز مهاجميه أنصار المذهب التاريخي وتركزت حججهم على ما يلي:<sup>36</sup>

■ القول بفكرة خلود وثبات القانون الطبيعي غير صحيحة يكذبه الواقع وينفيه التاريخ، فالقانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وهي متغيرة في الزمان والمكان، فالقانون متطور ويختلف من بلد لآخر، وفي نفس البلد يختلف من زمن لآخر.

■ القول بأن العقل البشري هو الذي يكشف عن قواعد القانون الطبيعي، ويترتب عليه اختلاف هذه القواعد باختلاف الأشخاص الذين يستخلصونها بعقولهم، ومن ثمة تختلف قاعدة القانون الطبيعي من شخص لآخر في مسألة واحدة.

■ انتقاد النزعة الفردية التي لزمتم القانون الطبيعي في القرنين 17 و 18 ودعمتها القوانين الوضعية المختلفة في تلك الفترة، والتي مفادها (أن المجتمع له حقوقه الطبيعية التي يجب على القانون الوضعي أن يعمل على كفالة تمتعه بها دون أن ينقص منها أو يقيدها). فمهاجمة الفقهاء والفلاسفة للنزعة الفردية في القانون الوضعي أدى إلى مهاجمة فكرة القانون الطبيعي نفسها، لما رسخ في الأذهان من اقتران بين القانون الطبيعي والنزعة الفردية.

الانتقادات الموجهة إلى مذهب القانون الطبيعي أدت إلى إضعافه، ولم تبعث فكرته إلا نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، وظهر ما يعرف بـ "حركة إحياء المذهب الطبيعي"، وقد تصدر ذلك مذهبان هما: مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد (الموجه).

## 2- مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير:

حاول الفقيه الألماني "رودولف ستاملر" (1856-1938) تخليص القانون الطبيعي من آثار الانتقادات التي وجهت له، وأن يعطيه مفهوماً جديداً، وأيده في الفكرة الفقيه الفرنسي "ريموند سالي" (1815-1912) فاعتبر "ستاملر" أن القانون الطبيعي هو "القانون العادل" وهو مستقل عن القانون الوضعي، وأن جوهر القانون الطبيعي خالد في فكرته، لكنه متغير في مضمونه. ففكرة العدل تبقى ثابتة وخالدة بالنسبة للإنسان أينما وجد لأنها تعيش في ضميره على مدى العصور، لكنها متغيرة عبر الزمان والمكان، فما كان عادلاً بالأمس لا يمكن أن يكون كذلك اليوم. فمضمون العدل وطريقة تحقيقه مرهون بالظروف الاجتماعية التي تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان لآخر.<sup>37</sup>

فالتمييز بين العدل والظلم يتوقف على كل مجتمع وتصوره لمفهوم العدل، فما يكون عادلاً في مجتمع ما قد لا يكون في مجتمع آخر، بل ما كان عادلاً في مجتمع في زمن مضى قد يصبح غير عادل بمرور الزمن وتطور الظروف ويصير أمر غير مشروع يجب إزالته.

وبالتالي يتجلى دور القانون الطبيعي أو القانون العادل وفق هذا المذهب أنه يقوم بتقييم وتقدير عدالة القوانين الوضعية.

ويتجلى الاختلاف بين مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ومذهب القانون الطبيعي وفق النظرة التقليدية في:

<sup>36</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 163.

<sup>37</sup> - إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص 165.

- القانون الطبيعي بمفهومه التقليدي قواعده ثابتة في الزمان والمكان، لكنها في مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير هي مثل عليا يتغير مضمونها بتغير الزمان والمكان.
- قواعد القانون الطبيعي بمفهومه التقليدي تعتبر قانونا مفصلا ثابتا وأبديا، ينظم كافة الروابط الاجتماعية في كل المجتمعات البشرية وهي تفرض نفسها على كل مشرع، بينما يسلم مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير أن أساس القواعد الوضعية التي يسنها المشرع هي حاجات المجتمع وظروفه الاقتصادية والاجتماعية وهي تختلف من مجتمع لآخر، ועל كل مشرع أن يضع مثلا أعلى للعدل يستلهم منه ويستنير به عند وضع هذه القواعد.<sup>38</sup>

### تقدير مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير:

القول في مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير بأن مضمون فكرة العدل يتغير ويتبدل هو هدم للفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي من أساسها، ويجعل من العدل مثلا أعلى خاصا بكل جماعة وفق لتصويرها لفكرة العدل، فالعدل ليس فكرة شخصية وإنما حقيقة بذاتها. فمثلا نظام الرِّق قد أجازته مجتمعات سابقة وفقا لتصويرها لفكرة العدل، لكن ذلك لا يعني أن الرق نظام عادل، فحكمه في نظام العدل أنه نظام ظالم أينما وجد في أي زمان ومكان.<sup>39</sup>

### 3- مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد (الموجه):

قام بعض الفقهاء من أمثال الفقيه الفرنسي "مرسال بلانيول" (1853-1931) والفقيه الفرنسي "لويس جوسران" (1868-1941) بالاعتراض على الأسس التي قام عليها مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، وكما اعترضوا على مفهوم القانون الطبيعي الذي تبناه الفقهاء في القرن 18، وحصروا نطاق القانون الطبيعي في مجموعة من المبادئ والمثل العليا الثابتة والخالدة التي لا يمكن المساس بها، كمبدأ احترام شخص الإنسان، مبدأ عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع، مبدأ احترام الملكية، مبدأ احترام العائلة، مبدأ التعويض عن الضرر المسبب دون وجه حق.... وهي مبادئ مشتركة بين كل الشعوب وخالدة على مر الزمان.<sup>40</sup>

هذه المبادئ وغيرها حسب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد، تعتبر موجّهات مثالية للعدل تفرض نفسها على العقول السليمة. فيسترجع بفضلها القانون الطبيعي وفق هذا المنظور، وظيفته التقليدية ومهمته الخالدة التي تتضمن رقابته على القانون الوضعي.

فالقانون الطبيعي ذو المضمون المحدد لا يضع الحلول لجميع مشاكل الحياة الاجتماعية، وإنما يقتصر دوره على توجيه وإلهام المشرع والقاضي.

### تقدير مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد (الموجه):

إن النقد الموجه لمذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد يركز على إحصاء وتحديد عدد المبادئ العليا الثابتة والخالدة، بل إن أنصار هذا المذهب هم أنفسهم اختلفوا في ذلك، فصعوبة الاتفاق على عددها ومضمونها يضعف البناء الذي قام عليه هذا المذهب من أساسه .

<sup>38</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 165، 166.

<sup>39</sup> - سعيد بوعلی، المرجع السابق، ص 58.

<sup>40</sup> - إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص 166، 167.



## أخيراً: بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي:

لقد انتهت فكرة القانون الطبيعي إلى موجّهات مثالية للعدل، لها من الثبوت والخلود ما يجعلها أساساً للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان، وبهذا فالقانون الطبيعي يفرض نفسه على إرادة المشرع والدولة. فالدولة ليست حرة في وضع القواعد القانونية، بل هي تلتزم باحترام الموجه المثالي، لأنها ليست إلا خادمة لفكرة العدل، وما القانون في جوهره إلا المثل الأعلى للعدل ومن ثمّ وجب فرضه بالقوة، كما يعتبر القانون الطبيعي أمراً ضرورياً لتوجيه القاضي عندما لا تسعفه قواعد القانون الوضعي.<sup>41</sup>

### 1. المدرسة الواقعية: L'Ecole Réaliste

هي مدرسة ترى أن القانون هو علم اجتماع واقعي، يقوم على الملاحظة والتجربة كما هو الحال في العلوم الأخرى، وأنه لا يقوم على أساس الحدس والتخمين كما هو حال المدرسة المثالية. واتفق فقهاء المدرسة الواقعية أن جوهر القانون هو الواقع الملموس للحياة الاجتماعية على اعتبار أن القانون ظاهرة اجتماعية، لكنهم اختلفوا في تفسير مفهوم الواقع الاجتماعي، فظهر بذلك ثلاثة مذاهب هامة هي: المذهب التاريخي، مذهب الغاية الاجتماعية، مذهب التضامن الاجتماعي.

#### 1- المذهب التاريخي:

بدأت تتبلور أفكار المذهب التاريخي منذ القرن 18 على يد مجموعة من الفقهاء، من أبرزهم الفقيه الفرنسي "مونتيسكيو" (1689-1755) والفقيه "جون بورتايس" (1746-1807)، وأهم من وضع قواعد المذهب التاريخي وحدد مبادئه الفقيه الألماني "فريدريك سافيني" (1779-1861) باعتراضه على تقنين القانون الألماني، انطلاقاً من أن تجميع القوانين يؤدي إلى جمودها وعدم تطورها، وأن العبرة بالنسبة للقانون هي القواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين، وأن التجارب قد دلت أن القانون ليس واحداً وثابتاً، ولكنه متغير في الزمان والمكان، متأثراً في ذلك بعوامل البيئة المختلفة المتعددة ومسارها لتطورها واختلافها، مما يستبعد معه تثبيت نصوصه وقواعده في تقنين يؤدي إلى جموده وتوقفه عن حركة التطور.<sup>42</sup>

أ- أسس المذهب التاريخي: من خلال ما سبق تتجلى والأسس التي بنى عليها "سافيني" المذهب التاريخي وهي:<sup>43</sup>

1. إنكار وجود القانون الطبيعي: فالقانون حسب المذهب التاريخي ليس وليد مثل عليا ثابتة وخالدة يكشف عنها العقل بل القانون من صنع الزمن ونتائج التاريخ.
2. القانون وليد حاجة المجتمع: فالقانون وليد البيئة الاجتماعية ويتطور حسب ظروف كل مجتمع، ويختلف من دولة لأخرى ويتغير في الدولة نفسها من جيل لآخر حسب تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية أو غيرها.

<sup>41</sup>- إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 167.

المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

<sup>42</sup>- إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص 170.

<sup>43</sup>- إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص ص 170-171.

3. القانون يتكون ويتطور ألياً: القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك تساهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة، فهو يتكون ويتطور في تفاعل مستمر في الضمير الجماعي لكل أمة. ويعتبر العرف حسب المذهب التاريخي الشكل الأكمل والأصدق للقانون والمعبر المباشر عن الضمير الجماعي، ودور المشرع يقتصر على تسجيل ذلك وتطوره عبر الزمن.

#### ب- النتائج المترتبة عن المذهب التاريخي:

- 1- تجميع القواعد القانونية في تقنينات ثابتة يعد عملاً ضاراً ومن شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين وعدم تطورها.
  - 2- القانون لا ينشئه المشرع وإنما يتكون تلقائياً بطريقة آلية.
  - 3- العرف هو المصدر الأساسي للقانون.
  - 4- عند تفسير النصوص التشريعية يجب أن يتجه البحث عن نية المشرع وقت تطبيق النص لا وقت وضعه.
- ت- تقدير المذهب التاريخي:

- 1- أبرز المذهب التاريخي الصفة الاجتماعية للقانون وكشف ارتباطه بالبيئة التي ينشأ فيها والجماعة التي يتوجه لتنظيمها.
- 2- أثبت عدم صلاحية فكرة أنصار القانون الطبيعي الذين ادعوا بوجود قواعد ثابتة وخالدة تصلح لكل زمان ومكان.
- 3- إنكار المذهب التاريخي لدور العقل في تكوين القانون وتطويره، وبالتالي وإهمال دور المشرع في اختيار أنسب القوانين التي تصلح للجماعة وتتفق مع حاجاته ورغباته وتتلاءم مع ظروفه.
- 4- المبالغة في اعتبار القانون وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع، في حين أن الواقع أثبت أن الكثير من الدول اتحدت وتركت قوانينها وطبقت قانوناً موحداً، وكذلك أثبت الواقع نفعية قوانين نشأت في دول معينة وطبقتها دول أخرى، مثل نقل بعض القوانين من الدول الأوروبية وضمها للتشريعات بعض الدول العربية.
- 5- المبالغة في اعتبار العرف هو المصدر المثالي للقانون وإهمال التشريع رغم ماله من أهمية كبرى في نشأة القانون.
- 6- القول بأن تجميع القوانين في تقنينات يؤدي إلى جمود القانون وعدم تطوره هو قول لا يقوم على أساس، فرغم اعتماد الكثير من الدول على تقنينات معينة، إلا أنه يجري عليها التعديل والتبديل والتغيير وحتى الإلغاء وتعويضها بتقنينات أخرى، تماشياً لما تعرفه مجتمعات تلك الدول من تطور مرتبط ببيئتها الاجتماعية والظروف المحيطة بها.

#### 2- مذهب الغاية الاجتماعية:

نتيجة الانتقادات التي تعرض لها المذهب التاريخي قام الفقيه الألماني "ريدولف فون إهرنج" (1818-1892) بتأسيس مذهب الغاية الاجتماعية. والذي يقوم على أساس أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية، هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، حتى ولو تطلب تحقيق هذه الغاية شيئاً من الكفاح والصراع. فالقانون عند "إهرنج" لا يتطور بدون هدف، بل إن نشأته وتطوره يكون وفقاً لغاية محدودة ولإرادة البشرية دور هام وحاسم في تطويره.<sup>44</sup>

ف"إهرنج" خلع على تطور القانون في المجتمع الآلية والتلقائية. فحسب أقواله فإنه (لا فعل بدون غاية، ولا نتيجة بدون سبب).

<sup>44</sup> - سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 68.

تقدير مذهب الغاية الاجتماعية: يؤخذ على مذهب الغاية الاجتماعية ما يلي:<sup>45</sup>

- 1- مبالغة مذهب الغاية الاجتماعية في الاعتماد على الإرادة البشرية في صنع وإنشاء القواعد القانونية إهمال المصادر الأخرى كالعرف والدين...
- 2- إرادة الإنسان وحدها غير كافية في صنع قانون عادل، بسبب ما يشوبها من ضعف إنساني، والقانون العادل يتطلب مصادر أخرى موضوعية ومادية حتى يجد الحلول السليمة.
- 3- مذهب الغاية الاجتماعية جعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقديمه وليس إقامة العدل في المجتمع.
- 4- مذهب الغاية الاجتماعية يبني القانون على الكفاح والصراع، ويربط تطوره بنتيجة هذا الكفاح والصراع، والذي تكون الغلبة فيه للقوة حتى وإن لم تكن على صواب.

### 3- مذهب التضامن الاجتماعي:

هذا المذهب ينتهي إلى المدرسة الواقعية ونادى به الفقيه الفرنسي "ليون ديغي" (1859-1928) في كتابه "المطول في القانون الدستوري"

يعتمد "ديغي" في دراسة القاعدة القانونية على المنهج العلمي الواقعي الموضوعي، الذي يقوم على التجربة والمشاهدة، فأنكر بذلك الكثير من الأسس التي أسفرت عليها النظرية العامة للقانون كفكرة الحق وفكرة السيادة وفكرة القانون الطبيعي، فهذه الأفكار عنده لا يقوم على صحتها دليل من الواقع الملموس، وبالتالي لا يمكن الاستناد عليها لبناء نظرية علمية قانونية.

#### أ- أساس مذهب التضامن الاجتماعي عند "ديغي":

ينشأ القانون ويتكون حسب مذهب التضامن الاجتماعي على أساس الحقائق الاجتماعية، والتضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع.

● الحقائق الاجتماعية: يعيش الإنسان مع غيره من الناس، فالمجتمع حقيقة واقعية ملموسة، فالإنسان لا يستطيع أن يعيش منفرداً، فالقاعدة الاجتماعية هي التي تحدد السلوك الإيجابي والسلبي التي تظهر في شكل قانون ملازم للواقع الاجتماعي يسمح للجماعة والأفراد بالعيش والتطور. فخرق القانون حتماً يؤدي إلى رد فعل من المجتمع لتمسكها بالقانون الذي ينظم حياته.<sup>46</sup>

● التضامن الاجتماعي بين الأفراد: المجتمع يبقى متماسكاً لوجود رابطة تجمع أفراداً وهي رابطة التضامن الاجتماعي، وهي واقعة لا يمكن إنكارها ولا يمكن أن تكون موضوع جدل، فالتضامن واقعة مستمرة وهي العنصر المكون لكل فئة اجتماعية.<sup>47</sup>

#### ب- طبيعة القاعدة القانونية عند "ديغي":

45 - سعيد بوعللي، المرجع السابق، ص 69.

46 - سعيد بوعللي، المرجع نفسه، ص 73.

47 - سعيد بوعللي، المرجع نفسه، ص 74.

يتوفر للقاعدة القانونية في مفهوم "ديجي" الذي الأساس الواقعي المستمد من المشاهدة والتجربة، فالقاعدة القانونية ليست هي القاعدة التي توضع وفقا لمثل اعلكمما ذهب إليه فلاسفة القانون الطبيعي، ولا هي تلك القاعدة التي تكفل الدولة قيامها واحترامها كما تذهب إليه المذاهب الشكلية، بل هي قاعدة يشعر جمهور الأفراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي، ومن العدل تسخير قوة الإجماع في الجماعة لكفالتها.<sup>48</sup>

ت- تقدير مذهب التضامن الاجتماعي :<sup>49</sup>

1. المنهج التجريبي الواقعي الذي نادى به "ديجي" يصلح لدراسة الظواهر الطبيعية التي تخضع للسببية، لكن هذا المنهج لا يصلح في شأن الظواهر الإرادية التي تتناولها العلوم الاجتماعية.

2. لم يلتزم "ديجي" بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه نظريته، وكثيرا ما يعتمد في آرائه إلى ما وراء المحسوس مثل شعور الأفراد بالتضامن.

3. العدل عند "ديجي" ليس حقيقة ثابتة موضوعية وفكرة مثالية، بل اكتفى بالعدل كشعور شخصي قائم فعلا لدى أفراد المجتمع، قد يؤدي هذا الشعور إلى تحكيم الأهواء والعقائد والنزعات الفردية.<sup>50</sup>

في الأخير يبقى الفقيه "ديجي" له الفضل في زعزعة الاعتقاد الذي كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلي بحت، بل سلط الضوء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في نشأة وتكوين القانون.<sup>51</sup>

### ثالثا: المذاهب المختلطة Les Doctrines Mixtes

لقد بلغت المذاهب الشكلية حين اكتفت بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي، وكذلك المذاهب الموضوعية التي توقفت عند جوهر القاعدة القانونية والمادة الأولية التي نشأت منها وساهمت في تكوينها، من واقع ملموس تؤيده التجربة، أو ما تمثله من قيم ومثل عليا يكشف عنها العقل ويجعلها موجهة له عند وضع القانون، مما دفع ببعض الفقهاء للحد من تطرف وغلو المذاهب الشكلية والموضوعية، التي صورت أساس القانون بالأخذ بناحية دون أخرى، إلى المزوجة بين المذهبين والجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، وسمي هذا الاتجاه بالمذاهب المختلطة.

لقد كان الفيلسوف الفرنسي "جيني" أبرز من وضع قواعد المذاهب المختلطة وتبعه في ذلك الفقه الحديث، ومن أشهر مؤلفاته كتابه "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي".

#### 1. مذهب الفقيه "جيني":

تأثر الفقيه الفرنسي "فرانسوا جيني" (1861 – 1959) بالمذاهب الموضوعية مثالية وواقعية فقرر "جيني" أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة والتجربة، مع الاسترشاد بمثل عليا

<sup>48</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 177.

<sup>49</sup> - إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص 177-180.

<sup>50</sup> - سعيد بوعلى، المرجع السابق، ص 82.

<sup>51</sup> - إدريس فاضلي، المرجع نفسه، ص 180.

يكشف عنها العقل، كما تأثر "جيني" بالمذاهب الشكلية فقرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة أو الهيئة التي تُعطى لجوهر القاعدة القانونية حتى تصبح صالحة للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة.<sup>52</sup>

### أسس مذهب الفقيه "جيني":

استخلص الفقيه "جيني" أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هامين هما: عنصر العلم، وعنصر الصياغة.

### أولاً: عنصر العلم

لم يقصر "جيني" مفهوم العلم على الملاحظة والتجربة، بل قصد به كل معرفة تقوم على التأمل والتفكير العلمي، الذي تكون محور دراسته هو القانون الطبيعي الذي يكمن فيه جوهر القاعدة القانونية، لذا في تصور "جيني" لجوهر القاعدة القانونية أو كما سماه هو بـ "عنصر العلم" نجده قد جمع فيه بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، فقد أخذ بالمذهب التاريخي في تسليمه بتطور القانون، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون لتحقيقها، وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي في تقدير أهمية الحقائق والوقائع الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون.<sup>53</sup> وعلى ضوء ما سبق قرر "جيني" أن جوهر القاعدة القانونية أو عنصر العلم فيها متكون من أربعة أنواع من الحقائق هي:

#### 1- الحقائق الواقعية (الطبيعية):

هي مجموعة العوامل والظروف التي تحيط بأفراد المجتمع، سواء كانت هذه الظروف مادية أو معنوية، كظروف البيئة والمناخ والتربة والموقع الجغرافي والحالة النفسية، والعوامل السياسية والاقتصادية والدينية والخلقية. فهذه حقائق تقوم على المشاهدة والتجربة وهي لا تُكون القاعدة القانونية بطريقة مباشرة، ولكنها تساهم في تكوينها إلى حد كبير.

#### 2- الحقائق التاريخية:

هي القواعد والنظم التي تكونت في الماضي لتنظيم حياة الأفراد وسلوكهم في المجتمع، فهي نظم قانونية تكاملت وتعاقبت وثبتت على مر الزمان مما أكسبها صلابة وقوة واحتراماً، كونها تعتبر من الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، لأنها تقوم على المشاهدة والتجربة ويمكن معرفتها باستقراء التاريخ.

حسب "جيني" تجارب الماضي من شأنها أن تصقل أي نظام في الحاضر أو المستقبل، مما يجعل أخذها بعين الاعتبار عند إنشاء القواعد القانونية أو تعديلها أمر يؤدي إلى عدم التهور والاندفاع، ويكفل لهذه القواعد القانونية نوعاً من الاستقرار والثبات.<sup>54</sup>

#### 3- الحقائق العقلية:

الحقائق العقلية لها دور بارز في تكوين القاعدة القانونية، فعند "جيني" هي الحقائق التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، ثم يقوم بصقلها وتحويرها، بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها. وهي لا تتضمن مبادئ أو قواعد مثالية يملها العقل كمثال عليا.

<sup>52</sup>- سعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص 84.

<sup>53</sup>- سعيد بوعلوي، المرجع نفسه، ص 85.

<sup>54</sup>- سعيد بوعلوي، المرجع نفسه، ص 86.

فالحقائق العقلية توازن بين ما هو كائن وما يجب أن يكون، وتأخذ بعين الاعتبار مصالح الأفراد والمجتمع.<sup>55</sup>

#### 4- الحقائق المثالية: (المثل العليا للعدل)

يقصد "جيني" بالحقائق المثالية، تلك المثل العليا التي يعتقدها الإنسان في ضميره والتي تهدف إلى تقديم القانون وسموه وكماله، وهذه الحقائق مرتبطة بالحياة المدنية والاجتماعية، ومداهما يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى زمان، لأن لكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها، ومثال ذلك نظرتها إلى تعدد الزوجات، الطلاق... الخ<sup>56</sup>

#### ثانيا: عنصر الصياغة:

يرى "جيني" أن عنصر الصياغة يكمل جوهر القاعدة القانونية المتمثل في الحقائق الأربعة، وعنصر الصياغة يقصد به ما تعلق بالفن التشريعي أي بتحويل المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية إلى قواعد عامة ومجردة صالحة للتطبيق.

ويميز "جيني" بين نوعين من الصياغة هما: الصياغة المادية والصياغة القانونية.

1- الصياغة المادية: تعتبر الصياغة المادية تعبيراً مادياً مجسماً في مظهر خارجي وفي شكل حسابي محدد وثابت لا يدع مجالاً للشك أو الخلاف أو التأويل في مضمون القاعدة القانونية. مثل: تحديد سن الرشد ببلوغ 19 سنة كاملة المادة 40 ق المدني. تحديد أهلية الترشح لمنصب رئيس الجمهورية بـ 40 سنة كاملة. تحديد نسبة الغبن في بيع العقار بما يزيد عن خمس الثمن حسب المادة 358 ق المدني.<sup>57</sup>

2- الصياغة المعنوية: من قبيلها القرائن التي يضعها المشرع أخذاً بالغالب والشائع من الأمور عند الناس للمحافظة على استقرار المعاملات. مثل: من يحوز المنقول يعتبر مالكا له. فأخذ المشرع بهذه القرينة لما جرت عليه العادة واتفق عليه الناس وهو ما كرسه في المادة 835 ق المدني التي نصت على أن (حياسة المنقول سند الملكية).<sup>58</sup>

فعنصر الصياغة اعتراف من "جيني" بالمصادر الشكلية للقانون والتي تمثل قوى وسائل الصياغة في النظام القانوني، فهي وحدها التي تصنع القانون الوضعي.<sup>59</sup>

#### تقدير مذهب جيني:

1- يمتاز مذهب الفقيه "جيني" باهتمامه بجميع الحقائق وتجنب التطرف الذي وقعت فيه المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية، مما جعل مذهبه أكثر إقناعاً للباحثين في أساس نشأة القانون وغاياته. رغم ذلك فقد وحث لمذهبه عدة انتقادات أهمها:

<sup>55</sup> - سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 87.

<sup>56</sup> - سعيد بوعلي، المرجع نفسه، ص 88.

<sup>57</sup> - سعيد بوعلي، المرجع نفسه، ص 89.

<sup>58</sup> - سعيد بوعلي، المرجع نفسه، ص 90.

<sup>59</sup> - إدريس فاضلي، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، دار هومة، الجزائر، سنة 2002، ص 211.

- 2- اعتبار الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم كلها حقائق علمية ليس صحيحا، فالحقائق المثالية لا يمكن إثباتها بالمشاهدة والتجربة فهي تخرج من دائرة الحقائق العلمية، ولا يبقى في تلك الدائرة سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية، والحقائق العقلية، والحقائق التاريخية.
- 3- صعوبة التفرقة بين الحقائق الأربعة في مذهب "جيني"، فمثلا الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال فأصبحت بذلك ضمن الظروف الواقعية المحيطة بالمجتمع، ومن ثمة يمكن اعتبارها حقائق واقعية، وكذلك الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية فيما وراء المشاهد والمحسوس وتبعاً لنزعة السمو والكمال، ومن ثمة فهي تعتبر من الحقائق العقلية.<sup>60</sup>

### ثانياً: مذهب الفقه الحديث في تحديد أساس وجوه القاعدة القانونية

نتيجة الانتقادات التي وجهت لمذهب الفقيه "جيني" في أساس القاعدة القانونية اتجه الفقه الحديث إلى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في نوعين من الحقائق يمثلها: العنصر الواقعي والعنصر المثالي.

1- العنصر الواقعي: ويتمثل في الحقائق العلمية التجريبية التي تخضع للتجربة والمشاهدة. وهي تلك الحقائق والعوامل التي تحيط بالناس في الجماعة فتشمل مختلف الحاجات التي يسعى الإنسان إلى إشباعها. ومن أهم هذه العوامل: العوامل الطبيعية، العوامل الاقتصادية، العوامل السياسية والاجتماعية، العوامل الدينية والأخلاقية، والعوامل التاريخية.

• **العوامل الطبيعية**: وتتمثل في البيئة المحيطة بالإنسان، أو تلك المتعلقة بالإنسان نفسه، فالمناخ يؤثر في نضج الإنسان، فتراعي بعض التشريعات هذه العوامل عند تحديد سن الرشد، أو سن الزواج، أيضا الدول التي تتمتع بمساحة جغرافية كبيرة وعدد سكان قليل تراعي هذه العوامل في قوانين الهجرة والقواعد التي تنظم منح الجنسية.

• **العوامل الاقتصادية**: إن التطور الاقتصادي وما تبعه من تطور في سبل الإنتاج ووفرة السلع والانفتاح على الأسواق وتداول رؤوس الأموال، وما ارتبط بها من عوامل أخرى كإنشاء المؤسسات الاقتصادية والشركات المتعددة الجنسيات وتوسع التجارة الداخلية والخارجية، وتأثير ذلك على شروط العمل وحقوق العمال وواجباتهم.. الخ كل ذلك كان له تأثير كبير في وضع القواعد القانونية المرتبطة بهذه المسائل في جميع التشريعات في جميع المجتمعات.

• **العوامل السياسية والاجتماعية**: يقصد بها تلك الأفكار السائدة في المجتمع، والتي تدخل ضمن حقائق الحياة في الجماعة، وهي حقائق علمية تقوم على المشاهدة، ولها تأثير كبير في تكوين وإنشاء القواعد القانونية وتطويرها، بحيث لا يجوز إغفالها عند وضع القواعد القانونية.

فالأفكار الإيديولوجية التي تبنتها بعض الدول كالشيوعية أو الفاشية أو النازية أو الرأسمالية، نجد أن لها أكبر الأثر في وضع القواعد القانونية داخل هذه الدول.

<sup>60</sup>- إدريس فاضلي، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، المرجع السابق، ص 212.

- العوامل الدينية والأخلاقية: والمقصود بها ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع وتكوين القاعدة القانونية، فقد كان ومازال للحقائق الدينية أثرها الكبير في تكوين القواعد القانونية التي تنظم الأحوال الشخصية كنظام الزواج، النفقة، الميراث، الوصية... الخ، كما كان للحقائق الأخلاقية أثر بارز على الدول الغربية في تحريم الطلاق.<sup>61</sup>
  - العوامل التاريخية: وهي تعتبر خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن، وتجربة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، فهي تعتبر من العوامل التي تدخل في تكوين وتوجيه تطور القاعدة القانونية، والتي لا يجوز إنكارها.<sup>62</sup>
- تعتبر العوامل التي سبقت الإشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية، بعضها تجريبي وبعضها عقلي، وهي لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية، لذا وجب تقويمها بالقياس على مثال أعلى يفرضه العقل وهو "العدل".

2- العنصر المثالي: ويتمثل في الحقائق العلمية التفكيرية التي يستخلصها العقل. وقد أوجب الفقهاء عند وضع القواعد القانونية مقارنتها بقياسها على مثل أعلى هو العدل، وهذا العنصر المثالي الذي قصده يرمي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، أي تجسيد فكرة المساواة بمفهومها العام.

لقد ميز الفقهاء بين نوعين من العدل هما: العدل الخاص والعدل العام.

- أ- العدل الخاص: وهو الذي يسود العلاقات بين الأفراد ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم لذلك سمي بـ "العدل التبادلي"، ويقتضي هذا العدل احترام كل منهم لحق الآخر إما بإعطائه له أو بالامتناع عن الاعتداء عليه.<sup>63</sup> وعلى أساسه العدل التبادلي نشأت نظريات قانونية هامة مثل: نظرية عدم الإثراء بلا سبب.<sup>64</sup>
- ب- العدل العام: وهو العدل الذي يسود العلاقات بين الجماعة والفرد المكونين لها، ويهدف إلى تحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة، وله صورتان:

- العدل التوزيعي: وهو الذي يجب على الجماعة لصالح الأفراد. ويتحقق ذلك في توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء العامة على الأفراد.<sup>65</sup>
- العدل الاجتماعي: وهو الذي يجب على الأفراد لصالح الجماعة، وأساسه أن الفرد جزء من الجماعة، وأن الجزء يسخر لخدمة الكل، أي يكون الفرد في خدمة الصالح العام الذي يعود بالنفع على كل المجتمع.<sup>66</sup>

الدولة هي التي تتولى تحقيق العدالة التوزيعية، فهذه العدالة موضوع القانون العام، بينما يسري قانون آخر هو القانون الخاص على العلاقات بين الأفراد فيكون موضوعه العدالة التبادلية وهي تطبق في العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية.<sup>67</sup>

<sup>61</sup> - سعيد بوعلوي، ص 95.

<sup>62</sup> - إدريس فاضلي، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، المرجع السابق، ص 215.

<sup>63</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع السابق، ص 187.

<sup>64</sup> - فايز محمد حسين محمد، مرجع سابق، ص 1390.

<sup>65</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 188.

<sup>66</sup> - إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 188.

<sup>67</sup> - فايز محمد حسين محمد، المرجع نفسه، ص 1391.



## المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

إن صناعة التشريع في الدول الحديثة تبنى على الخلفيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل مجتمع، ولكنها في مجملها تركز على أسس ومعايير خاصة تحكمها، وذلك تبعا للمدرسة التي تستقي منها كل دولة طريقة وأسلوب صياغة منظومتها القانونية، فقد شكلت التطورات التشريعية خلال القرون الأخيرة في أوربا ظهور مدرستين تشريعتين عريقتين هما المدرسة الأنجلوساكسونية، والمدرسة اللاتينية. ولكل منهما خصائصها المميزة.

### أولا : المدرسة الأنجلوساكسونية

تسمى أيضا مدرسة القانون المشترك أو القانون العام Common Law. فالمدرسة الأنجلوساكسونية هي مدرسة قانونية تستمد جذورها من التراث القانوني الإنجليزي ومجموعة القوانين النابعة من هذه المدرسة، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع.

#### 1. أهم الدول التي تعتمد على مدرسة القانون المشترك:

بريطانيا (باستثناء اسكتلندا وهي تستعمل خليط بين القانون المشترك و القانون المدني على نموذجها الخاص)، الولايات المتحدة (باستثناء ولاية "لويزيانا" فهي تستعمل خليطاً بين القانون المشترك و القانون المدني على النموذج الفرنسي)، كندا (باستثناء مقاطعة "الكيبيك" التي تستعمل خليطاً بين القانون المشترك والقانون المدني على النموذج الفرنسي)، أستراليا، نيوزيلندا، وهناك عدة دول تستخدم القانون المشترك بشكل جزئي أو ممزوجاً مع تراث قانوني آخر، وهي في مجملها من البلاد التي خضعت في وقت من الأوقات للاستعمار البريطاني، مثل جنوب أفريقيا، الهند، ماليزيا، سنغافورة وهونغ كونغ.<sup>68</sup>

#### 2. مميزات المدرسة الأنجلوساكسونية :

تتميز المدرسة الأنجلوساكسونية أو مدرسة القانون المشترك بعدة خصائص أهمها:

أ. القدم والاستمرارية، فالقانون الانجليزي فريد من نوعه له تاريخ مستمر يعود بجذوره إلى القرن السادس ميلادي، فقواعده قديمة لم تفقد قوتها بمرور السنين.

ب. عدم التأثير بالقانون الروماني على خلاف معظم قوانين الدول الأوروبية، فالقانون الانجليزي لم يتأثر بالقانون الروماني، وبقي مستندا إلى مصادره الخاصة المبنية على العرف والسوابق القضائية.

ت. عدم التقنين: فالإنجليز بالتقنين كما حدث في دول مختلفة، فالطابع الغالب على القانون الإنجليزي أنه غير مقنن في مدونات قانونية تشمل المبادئ العامة والقواعد الجزئية.

ث. نظام القانون المشترك لا يفصل بين "القانون التجاري" و"القانون المدني"، وعلى هذا الأساس أخذ تسميته.

ج. نظام القانون المشترك ذو طابع قضائي، فتعتبر أحكام السوابق القضائية مصدرا أساسيا ورسميا لمبادئ القانون الإنجليزي، وذلك لأسباب تاريخية أهمها تأخر اعتماد التشريع كمصدر أساسي للقانون الإنجليزي حتى القرن التاسع عشر على خلاف باقي الدول مثل فرنسا وإيطاليا، وأيضا عدم تقنين القانون الإنكليزي، والاعتماد الكبير على السوابق

<sup>68</sup> - محمد سليمان الخوالدة، تعرف على القانون الأنجلوساكسوني، مقال منشور بتاريخ 17 ديسمبر 2016 على الموقع الإلكتروني لمحاماة

www.mohamah.net ، تاريخ الزيارة 25 سبتمبر 2020.

القضائية والتزام المحاكم الدنيا وتقيدها بأحكام المحاكم العليا. كما نشير أن الكثير من المواد القضائية في بلدان القانون المشترك غير مكتوبة على هيئة تشريعات، بل يجب استنباطها من قرارات القضاة، فالقضاة ملزمون بالسوابق القضائية تحت ضوابط معينة، ونتيجة لذلك فالقاضي في بلدان القانون المشترك له مكانة اجتماعية مرموقة أعلى من مكانتها في البلدان التي لا تأخذ بهذا النمط من التشريع.

ح. نظام القانون المشترك يتبنى وحدة القضاء، فلا يفصل بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية فكل أنواع القضايا ينظر فيها القضاء العادي، وعادة يكون القاضي في بلدان القانون المشترك غير مختص بنوع معين من القانون، فينظر نفس القاضي إلى القضايا التجارية والأسرية والجنائية والإدارية وغيرها. هذا لا يعني أنه لا توجد محاكم أو لجان تحكيمية مختصة (كمحاكم الإفلاس ومحاكم الضرائب)، ولكن أحكامها وقراراتها يمكن الاستئناف فيها أمام النظام القضائي العام للبلاد.<sup>69</sup>

خ. نظام القانون المشترك يقر استخدام هيئة محلفين في إصدار الأحكام القضائية، ويعتبر وجود هيئة المحلفين في الولايات المتحدة حقاً دستورياً للمدعى عليه في القضايا الجنائية.

د. وجود فرع من القانون يسمى "العدالة" (equity) " وقد كانت محاكم "العدالة" في إنجلترا منفصلة عن محاكم القانون المشترك، والهدف من وجودها هو تخفيف وطأة الأحكام الصادرة من محاكم القانون المشترك التي قد تكون قاسية أحياناً، وقد دمج النظامان فيما بعد وصارت مفاهيم "العدالة" داخلة ضمن القانون المشترك وبإمكان القاضي الاعتماد عليها إذا كان الالتزام بالقانون سيؤدي إلى نتيجة قاسية أو غير عادلة في نظره.<sup>70</sup>

## ثانياً : المدرسة اللاتينية

ويسود هذا النظام القانوني في الدول التي تسير على نمط النظام القانوني السائد في فرنسا أساساً، ولاسيما من حيث تأثرها بالتقنين المدني الذي صدر في عهد نابليون بونابرت سنة 1804م، والذي يعدّ أول تقنين ظهر في العصر الحديث، ومن أبرز سمات هذه المدرسة اعتماد التشريع كمصدر أساسي لسن القوانين.

## مميزات المدرسة اللاتينية:

تتميز المدرسة اللاتينية بخصائص عدة أهمها: التأثير بالقانون الروماني، التقنين، والإزدواج القضائي.

### 1. التأثير بالقانون الروماني:

ظل القانون الروماني ظل يحكم أوروبا الغربية دون منازع حتى سقوط الدولة الرومانية الغربية في أواخر القرن الخامس الميلادي، وخلال العصور الوسطى بدأ القانون الروماني يدخل في زاوية النسيان، غير أن بعث القانون الروماني. متمثلاً في دراسة مجموعات "جستينيان" في أوروبا الغربية منذ القرن الثاني عشر الميلادي قد أدى إلى العودة إلى تطبيق القانون الروماني، في أوروبا منذ القرن الثاني عشر الميلادي، وحتى صدور المجموعات القانونية الحديثة في فرنسا والبلاد التي أخذت عنها في أوروبا، وصدور هذه المجموعات لم يقض على تأثير القانون الروماني، فقد تبنت مجموعة نابليون شروحات وكتابات شراح القانون الروماني الذين سبقوا الثورة الفرنسية مباشرة، ومن أشهرهم الفقيهان

<sup>69</sup> - محمد سليمان الخوالدة، المرجع السابق.

<sup>70</sup> - محمد سليمان الخوالدة، المرجع نفسه.

الفرنسيان الشهيران "دوما" و"بواتيه"، وتحول القانون الروماني إلى مصدر تاريخي لقانون نابليون، ولقوانين الدول التي أخذت عن هذا الأخير.<sup>71</sup>

## 2. التقنين:

يقصد بالتقنين مجموعة القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون التي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد، بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما يكون فيها من تعارض وتضارب.<sup>72</sup>

ولقد نادى رجال الثورة الفرنسية بفكرة التقنين، لأنه حسبهم يقدم قواعد قانونية واضحة المعالم بإمكان كل فرد الاطلاع عليها، فلا تحتكر فئة دون أخرى معرفته والاطلاع عليه، ولأنه يسهل تطبيق القواعد الخاصة والقواعد القانونية ومعرفتها، ويحقق توحيد القانون في الدولة، كما حدث في فرنسا حين تحققت الوحدة القانونية بصدور التقنينات بعد أن كانت مبعثرة في العديد من القوانين، كما أن من شأنه أن يحقق المساواة بين الأفراد في المجتمع. وللتقنين أصول، حيث يجب أن يتجنب الخوض في التعريفات العلمية، كما يجب أن يترك الخوض في التفاصيل الجزئية، فيقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية تكون من المرونة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالاً لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية.

والتقنين من أساسيات المدرسة اللاتينية وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتشريع وبه تتميز عن المدرسة الأنجلوسكسونية.

## 3. الإزدواج القضائي:

في الدول التي تأخذ بالنظام القانوني للمدرسة اللاتينية جهتان قضائيتان متميزتان، فبالإضافة إلى القضاء العادي ينشأ قضاء إداري مستقل يفصل في المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها. وتقترب هذه التفرقة بين جهتي القضاء المذكورتين، بالتفسير الخاص الذي طرحه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات.

في الأخير إن صناعة القانون من ناحية بنائه في جميع دول العالم متأثر بأحد المدرستين سواء كانت الأنجلوسكسونية أو اللاتينية، لكن من ناحية مضمونه فإن صناعة القانون وصياغته متأثر بالاتجاه الديمقراطي الحديث الرامي إلى تجسيد مبدأ سيادة القانون، حرية النشاط الاقتصادي وضمان الحقوق والحريات العامة المتمثلة في:

1- الحريات المتعلقة بشخصية الإنسان (الأمن، وحرمة الحياة الخاصة... الخ).

2- والحريات المتعلقة بفكر الإنسان (حرية التعبير، حرية الاجتماع... الخ).

3- والحريات المتعلقة بنشاط الإنسان (حرية التملك، حرية العمل... الخ).

كذلك تبقى صناعة القانون تتأثر بما تتفق عليه الدول من أفكار ومشاريع تتبناها عن طريق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في إطار منظمة الأمم المتحدة وغيرها، بالحفاظ على الأمن والسلم العالميين، والسمو بالكرامة الإنسانية وحماية البيئة وتحقيق التنمية المستدامة.

<sup>71</sup> - محمد سليمان الخوالد، المرجع نفسه.

<sup>72</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 14.

## المحور الرابع: تفسير القانون

إذا كان المقصود من التفسير هو توضيح المعنى، أي قصد المشرع عند إصدار القاعدة القانونية، فإنه على القاضي أو الفقيه البحث عن نية وإرادة المشرع عند تفسير تشريع معين، فهذه الإرادة هي التي تحدد معنى التشريع.<sup>73</sup> فتفسيرا القاعدة القانونية يقصد به "التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه القاعدة بحيث تتضح من ألفاظها أو فحواها حدود الحالة الواقعية التي وضعت للقاعدة من أجل تنظيمها." ويتضح من هذا التعريف أن معنى التفسير واسع ينصرف إلى كافة القواعد القانونية، أيا كان مصدرها.<sup>74</sup>

### أولاً: مذاهب التفسير

تعددت الاتجاهات والمدارس في تفسير القانون، حيث يمكن أن نجملها في ثلاثة وهي: مذهب الشرح على المتون، المذهب التاريخي، والمذهب العلمي.

#### 1. مدرسة الشرح على المتون:

يرى أنصار هذه المدرسة القوة الملزمة للقانون ما هي إلا إرادة السلطة العليا الملزمة في الدولة، ولذلك لا تعترف بغير التشريع كمصدر للقواعد القانونية. وأن المقصود بإرادة المشرع هو "إرادة المشرع الحقيقية" وقت وضع التشريع لا وقت تطبيقه، حتى ولو تغيرت الظروف.<sup>75</sup>

أما إذا تعذر الوصول إلى الحكم عن طريق معرفة الإرادة الحقيقية، فيمكن الأخذ بـ "إرادة المشرع المفترضة"، وذلك بالنظر إلى وقت وضع التشريع، كمقارنة النصوص التي تحكم حالات مشابهة، والبحث عن الحكمة من التشريع والمبادئ الأساسية للقانون، والبحث عن النية التي يفترض أن المشرع قد قصدتها وقت وضع النص لو أنه أراد أن يضع حلاً للتراز القائم.<sup>76</sup>

#### 2. المدرسة التاريخية:

مؤسسها الفقيه "سافيني" ترى هذا المدرسة أن العبرة في التفسير لا تكمن في البحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة للمشرع وقت وضع النص، بل البحث عن "الإرادة الاحتمالية"، بمعنى ما يريد المشرع لو أنه كان في مكان القاضي في نفس الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة عن وقت وظروف وضع النص. وهذه النظرة للتفسير تجعل من النص المراد تفسيره مرناً، بحيث يمكن أن يأخذ تفسيرات مختلفة تبعاً لتطور المجتمع.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية - نظرية القانون ونظرية الحق -، دار العلوم، عنابة، سنة 2006، ص 69.

<sup>74</sup> - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 283.

<sup>75</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 71.

<sup>76</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 289.

<sup>77</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 293.

### 3. مدرسة البحث العلمي الحر (المذهب العلمي) :

مؤسسها الفقيه "جيني" الذي يرى أنه لتفسير النص القانوني، يجب البحث عن "قصد المشرع الحقيقي" وتطبيقه مهما كانت درجة ملاءمته مع الظروف الاجتماعية، فإذا لم نتوصل إلى القصد الحقيقي للمشرع وجب البحث عن حكم النص القانوني في المصادر الأخرى وأهمها العرف، فإذا لم يتوفر ذلك يجب البحث في المصادر المادية أي في الظروف والملابسات التي أوجدت النص، والمتتمثلة في مختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية... الخ.<sup>78</sup>

#### ثانياً: أنواع التفسير

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به إلى ثلاثة أنواع هي: التفسير التشريعي، التفسير القضائي، والتفسير الفقهي:

##### 1. التفسير التشريعي:

هو التفسير الذي يضعه المشرع ليبين حقيقة ما يقصده النص، إذا ظهر له أن المحاكم لن تهتدي إلى حقيقة النص. والأصل أن يصدر التفسير التشريعي من نفس السلطة التي أصدرت التشريع، كأن يقوم البرلمان نفسه بتفسير القانون الصادر عنه، أو تقوم السلطة التنفيذية بتفسير القانون (اللوائح والتنظيمات) الصادرة عنها. ويرى الفقه أن التفسير التشريعي ملزم للقاضي والمخاطبين بالنص، لأن المشرع يفصح بالتفسير عن قصده بوضوح، وبالتالي يعتبر عملاً تشريعياً يلتزم به الأفراد وتطبقه المحاكم.<sup>79</sup>

##### 2. التفسير القضائي:

ويعرف بأنه "تأويل القاضي للنص القانوني عند تطبيق أحكامه." ويتميز بعدة خصائص أهمها:<sup>80</sup>

- 1- أن تفسير القاضي للنص القانوني يكون بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء أو بغير مناسبة.
- 2- أنه تفسير القاضي للنص القانوني يتأثر بظروف الدعوى، فيأتي ملائماً لها من أجل تحقيق العدالة.
- 3- أن تفسير القاضي غير ملزم للمحاكم الأخرى، وللقاضي أن يخالف التفسير الذي أصدره في دعوى مماثلة. إلا أنه يوجد استثناء بخصوص هذه النقطة: فالمحكمة العليا مختصة بتفسير القانون وما يصدر عنها من قرارات تفسيرية يعتبر ملزماً للمحاكم التابعة للقضاء العادي، ومجلس الدولة مختص بالنظر في الدعاوى التفسيرية للقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية حسب المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتفسير مجلس الدولة ملزم للمحاكم الإدارية. ومجلس الدولة مختص أيضاً بتفسير التشريع الفرعي (اللوائح والتنظيمات) بحسب المادة 09 من القانون العضوي رقم 01-98 المتعلق بمجلس الدولة. كما أن المحاكم الإدارية مختصة بالنظر في الدعاوى التفسيرية للقرارات الصادرة عن الإدارة المحلية، حسب المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأحكامها في هذه الدعاوى قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة.

<sup>78</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 72.

<sup>79</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 67.

<sup>80</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع نفسه، ص 68-69.

### 3. التفسير الفقهي:

هو تفسير يغلب عليه الطابع النظري، وهو يعبر عن الجهد الذي يبذله الشراح والفقهاء في تفسير القواعد التشريعية وأحكام القضاء والتعليق عليها، هذا الجهد تتكون منه مجموعة من الاتجاهات الفقهية التي تكون خير معين للقاضي في تكوين آرائه أو مراجعتها، وخير معين للمشرع في تعديل القواعد التشريعية وتطويرها بشكل يتماشى مع الظروف المتجددة للمجتمع.<sup>81</sup>

### ثالثاً: طرق التفسير

المقصود بطرق التفسير الأدوات والوسائل التي يستعين بها المفسر للتعرف على مغزى النص الذي يتصدى لتفسيره. ومتى كانت صياغة النص واضحة كان معناه جلياً بحيث يكفي التفسير اللغوي لألفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه، ودور القاضي حينئذ يقتصر على تطبيق النص دون تأويله، فالاجتهاد مع وضوح النص. ومسألة طرق التفسير تنصرف إلى النص الذي يعييه وجود غموض في معناه، أو نقص في صياغته ومبناه، أو حالة وجود خطأ من قبيل: إدراج لفظ مكان لفظ آخر، أو سقوط كلمة سهواً، أو عدم استعمال المصطلح الدقيق، كما قد يشمل التفسير حالة التعارض بين نصين من تشريع واحد، أو بين نصين من تشريعين مختلفين.<sup>82</sup> وتنقسم طرق التفسير إلى نوعين: طرق تفسير داخلية، وطرق تفسير خارجية.

### 1. طرق التفسير الداخلية :

هي الاستناد إلى معاني الألفاظ في اللغة التي يستخدمها النص التشريعي، فيستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلول هذا النص وحكمه، دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص. فإذا اختلف المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي لنفس النص، فإن النص يحمل على معناه الاصطلاحي إذا تبين أن المشرع لم يقصد المعنى اللغوي.<sup>83</sup> ويلجأ القاضي إلى الاستدلال والاستنتاج للوصول إلى الغاية من النص ومعناه، وذلك بالاعتماد على الاستنتاج عن طريق القياس، أو الاستنتاج عن طريق المخالفة.

أ. الاستنتاج عن طريق القياس: للقياس في تفسير القانون وجهان هما القياس بمفهوم الموافقة، والقياس من باب أولى.

• القياس بمفهوم الموافقة : إذا افترضنا وجود واقعتين أحدهما نص على حكمها والأخرى لم ينص فيها على حكم، فتأخذ الواقعة الثانية حكم الواقعة الأولى لاتفاقهما في العلة، أي لاتفاقهما في السبب الذي قام عليه الحكم.

فإذا افترضنا أن قانون العقوبات نص على أنه لا تجوز محاكمة جرائم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع إلا بشكوى من المجني عليه، وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية؛ لكن نفس القانون لم ينص على نفس الحكم إذا وقعت

<sup>81</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 284.

<sup>82</sup> - لمزيد من التفاصيل ولمعرفة أمثلة عن هذه الحالات يمكن الرجوع إلى: - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 297-304.

<sup>83</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 73.

جريمة نصب بين الأصول والفروع. ففي هذه الحالة يجوز القياس على الجريمة الأولى وتطبيق ذات الحكم لاشتراكهما في العلة (السبب) وهو الحفاظ على الروابط الأسرية.

• القياس من باب أولى : في وجود واقعتين الأولى نص على حكمها لعلّة معينة والثانية لم ينص فيها على حكم، لكن علة الثانية تتضح بجلاء من الأولى ففي هذه الحالة تأخذ نفس الحكم.

فإذا افترضنا وجود نص تشريعي يمنع على عديم التمييز (أقل من 13 سنة) بيع أمواله، وانعدام نص على منعه من هبتها، ففي هذه الحالة يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله، لأن العلة من منع عديم التمييز من بيع أمواله هي الخوف عليه من الفقر، والهبة أيضا تصرف مقرر.<sup>84</sup>

ب. الاستنتاج عن طريق المخالفة: في وجود واقعتين أحدهما نص على حكمها والأخرى لم ينص فيها على حكم، لكن بتطبيق مفهوم المخالفة نصل إلى الحكم الثاني. فإذا نص القانون أن (يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة) فبمفهوم المخالفة فمن بلغ ثلاث عشر سنة يعد مميزا.<sup>85</sup>

## 2. طرق التفسير الخارجية:

يمكن تفسير النصوص القانونية بطرق ووسائل خارجة عن النص، منها حكمة التشريع، الأعمال التحضيرية، المصادر التاريخية، النص الأجنبي للتشريع، وتقريب النصوص.

أ. حكمة التشريع: يراد بها الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، ويتمثل في المصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها أو المفسدة التي يرمي إلى دفعها، فعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص.<sup>86</sup>

ب. الأعمال التحضيرية: يقصد بها مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم اقتراح أو مشروع القانون وما يرافقه من عرض الأسباب، وتقارير اللجان البرلمانية التي قامت بدراسة وتنقيح المشروع أو الاقتراح، ومناقشات وتدخلات أعضاء البرلمان في الجلسات العامة. وهي عادة تنشر في الجريدة الرسمية للمداولات لغرفتي البرلمان.

ت. المصادر التاريخية: كثيرا ما يلجأ المشرع عند إصدار قوانين جديدة إلى الاعتماد والاستئناس بالنصوص القديمة أو نصوص مماثلة في بلدان أخرى. فيتعين الرجوع إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية المنتشرة في الفقه وبالخصوص الفقه المالكي لتفسير نصوص قانون الأسرة الجزائري الذي يستمد أحكامه ومبادئه منها. كما يمكن الاستهداء بالقانون المدني المصري أو القانون المدني الفرنسي لتفسير نصوص القانون المدني الجزائري، ذلك أن المشرع الجزائري قد اعتمد عليهما في وضع مبادئ وأحكام هذا القانون.

د. النص الأجنبي للتشريع: بعض الدول تحرر تشريعاتها بلغتها الرسمية وقد تحررها بلغة أجنبية، مثل الجزائر تحرر نصوصها القانونية باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى العربية (وهو وضع غير طبيعي، لكن له ظروف خاصة).

<sup>84</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 305.

<sup>85</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 74

<sup>86</sup> - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 307.

فإذا كان النص الرسمي العربي غامضا، جاز للمفسر أن يرجع على النص الفرنسي لمعرفة قصد المشرع ومعنى النص لكن دون إلزام.<sup>87</sup>

د. تقريب النصوص: إذا كان النص غامضا، وهو ضمن مجموعة من النصوص، يجوز للمفسر أن يقرب النصوص لاستجلاء معنى التشريع عن طريق مقارنة النصوص ببعضها، لأن تجميعها قد يؤدي إلى تحديد الإرادة الحقيقية للمشرع.

فقد يحتاج المفسر في تفسير أحكام قانون البلدية، الرجوع إلى قانون الولاية أو القانون الدستوري. وقد يحتاج لتفسير قانون الأسرة الرجوع إلى القانون المدني.

## قائمة المراجع

- 1- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، مدخل تمهيدي لطلبة السنة الأولى ليسانس حقوق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004.
- 2- إدريس فاضلي، الوجيز في المنهجية والبحث العلمي، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.
- 3- إدريس فاضلي، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2007.
- 4- حسن ملحم، التفكير العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، سنة 1993.
- 5- سعيد بوعلى، فلسفة القانون، دار بلقيس، الجزائر، سنة 2016.
- 6- فايز محمد حسين محمد، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، سنة 2010.
- 7- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية – نظرية القانون ونظرية الحق -، دار العلوم، عنابة، سنة 2006.
- 8- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 14، دار هومة، الجزائر، سنة 2007.
- 9- محمد سليمان الخوالدة، تعرف على القانون الأنجلوسكسوني، مقال منشور بتاريخ 17 ديسمبر 2016 على الموقع الإلكتروني محاماة [www.mohamah.net](http://www.mohamah.net)، تاريخ الزيارة 25 سبتمبر 2020.
- 10- القرار الوزاري رقم 503 المؤرخ في 28 جويلية 2013 الذي يحدد برنامج التعليم القاعدي المشترك لشهادات الليسانس ميدان "حقوق وعلوم سياسية" فرع "حقوق"، المعدل بالقرار الوزاري رقم 582 المؤرخ في 23 جويلية 2014 الذي يحدد برنامج التعليم القاعدي المشترك لشهادات الليسانس ميدان "حقوق وعلوم سياسية" فرع "حقوق"
- 11- مطابقة عرض تكوين ل م د، ليسانس أكاديمي، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، فرع الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة المسيلة، لسنة الجامعية 2014-2015.

<sup>87</sup> - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 76.