



كلية الحقوق و العلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's and Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي- تبسة
Echahid Cheikh Larbi Tebessi University- Tebessa
كلية الحقوق و العلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences



جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي- تبسة

مطبوعة في مقياس

منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)

موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك حقوق

إعداد الدكتور: كمال معيفي

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة

يعتبر مقياس منهجية العلوم القانونية ركيزة أساسية لا بد منها لكل الطلبة، ولطلبة السنة أولى في الحقوق والعلوم القانونية على وجه الخصوص، بل لا يمكن الاستغناء عنه في أي مرحلة من مراحل البحث العلمي. فهذا المقياس الذي يتناول "فلسفة القانون"، يمثل انطلاقة أولية لدراسة الأفكار النظرية الأساسية في فلسفة القانون، فمن خلاله يمكن التعرف على طبيعة القانون أو أصله أو أساسه، وتحليل جوهره، وبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها، وهي دراسة أثارت خلافا كبيرا بين الفقهاء كونها دراسة عميقة فلسفية، فدراسة أصول القانون تعد دراسة تمهيدية ضرورية لدراسة القانون في مختلف فروعها.

انطلاقا مما سبق، سيتم في هذه المطبوعة العلمية التعرف أكثر على مقياس فلسفة القانون، حتى نبسط المبادئ الفلسفية والعلمية التي يركز عليها دارس القانون، وحتى نعد الطالب الجديد إعدادا علميا فلسفيا قبل أن يخوض غمار الاختصاصات العملية في مجال القانون. فعلم القانون هو جزء من الفلسفة، حيث تتمثل مهام فلسفة القانون نظريا في البحث عن غاية القانون وجوهره، أما عمليا، فهي مرتكز يدعم حجج المشتغلين في القانون من فقهاء ومحامين وقضاة.

من هذا المنطلق، وبغرض الاحاطة بالمقرر الدراسي لمقياس منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)، سنقسم هذه المطبوعة الى أربعة مباحث كما يلي:

المبحث الأول: أصول القانون ومقاصده

المبحث الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

المبحث الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

المبحث الرابع: تفسير القانون

المبحث الأول: أصول القانون ومقاصده

إن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، إذ كان مضطرا منذ القدم العيش مع الجماعة أيا كان حجم هذه الجماعة أو شكلها فوجودها أمر حتمي، ولأن حياة الجماعة لا بد ان تقوم على نظام يوجه نشاط الأفراد ويوفق بين مصالحهم المختلفة، فإن القواعد التي تحكم النظام في الجماعة هي القانون، فهو مجموعة قواعد منظمة للروابط الاجتماعية، حيث تلتزم السلطة العامة في المجتمع الأفراد على احترامها ولو بالقوة عند الضرورة، هذه القواعد هي التي تبين لكل فرد ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ذلك أن كل حق يقابله واجب سواء خاصا أو عاما.

وتجدر الإشارة أن القانون له صلة وثيقة بمختلف العلوم الأخرى، فكل تطور يطال بقية العلوم الأخرى من طب وهندسة وكيمياء وفلسفة وغيرها، وهو ما سيتم تبيانها في الجزئيات المطالب التالية كما يلي:

المطلب الأول: ماهية فلسفة القانون

إن منهج الدراسة يتطلب البحث أولا في أصل نشأة كلمة القانون (الفرع الأول)، ثم تعريف مفهوم فلسفة القانون وأهميتها (الفرع الثاني) وموضوعها (الفرع الثالث)، حيث أنه لا يمكن الحديث عن مفهوم فلسفة القانون قبل شرح هذه الجزئيات بشيء من التفصيل، كما يلي:

الفرع الأول: أصل كلمة القانون

بداية وجب القول، أن لكلمة أصول القانون في العلوم القانونية معاني مختلفة، فلم أصول القانون هو عبارة عن دراسات تبحث في القانون، في نشأته وتطوره، في طبيعته ومصادره، وأقسامه وعلاقته بالعلوم الأخرى، ونطاق تطبيقه.

فالأصول هنا المقصود منها المبادئ العامة أو القواعد العامة للقانون، وهذا المصطلح مشرقى يرادفه: علم القانون، المدخل للدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون... إلخ.¹

وقد عنيت الأمم المختلفة بهذه الدراسات بقدر يختلف قوة وضعفا، والفكرة التي يلتقي عندها الجميع هي محاولة رسم حدود واضحة لنظرية علمية في القانون، فمدخل لعلم القانون لا يرتبط بفرع

¹ شفيقة بن كسيرة، محاضرات في مقياس المنهجية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2021/2020، ص: 01.

معين من فروع القانون العام والخاص، وإنما يتصل بها جميعاً، ويمهد لدراسة تفصيلاتها وعلاقتها بالعلوم الاجتماعية الأخرى كالدين والأخلاق والفلسفة.

أما المعنى الثاني لعبارة أصول القانون فتأخذنا إلى أساس القانون وجذوره،¹ وهو ما يهتم بقياس فلسفة القانون بتدريسه، والتي تعد فرعاً مهماً في النظرية العامة للقانون، فالعلاقة هنا بين المعنيين هي علاقة الجزء بالكل.

وأصل كلمة "قانون" هي كلمة يونانية الأصل معناها "العصا المستقيمة"،² وتستخدم مجازاً بمعنى القاعدة والقدرة والمبدأ،³ وفي اللغة العربية تعني كلمة قانون: "مقياس كل شيء"، وتقيد كلمة قانون معنى "الصراط المستقيم" في القرآن الكريم.⁴

وكلمة القانون على إطلاقها تفيد النظام والاستقرار والعلاقة الثابتة والدائمة بين الظواهر، فيقال في علم الطبيعة الجاذبية الأرضية، وقانون العرض والطلب في علم الاقتصاد، كذلك في علم الهندسة والطب التي تدل على قواعد ثابتة ومستقرة.⁵

الفرع الثاني: مفهوم فلسفة القانون وأهميتها

إن دراسة مفهوم فلسفة القانون⁶ يقودنا التطرق أولاً لتعريف مصطلح الفلسفة، ثم تبيان ثانياً مفهوم القانون، حتى نقف أخيراً على مفهوم فلسفة القانون، وذلك وفقاً لما يلي:

¹ شفيقة بن كسيرة، المرجع السابق، ص: 02.

² وسام حسين غياض، المنهجية في علم القانون، الطبعة الأولى، دار المواسم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007، ص: 15.

³ مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون (نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص: 139.

⁴ وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 15.

⁵ مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المرجع السابق، ص: 139.

⁶ يذهب الفقهاء إلى أن "هيجل" هو أول من استخدم للمرة الأولى هذه العبارة "فلسفة القانون" في مؤلفه الشهير "غروندلينا فلسفة القانون"، والمقصود بها هنا الاستخدام الأكاديمي والنظري للعبارة. للتفصيل بشأن ذلك راجع: عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، عمان، 1996، ص: 10-14.

أولاً: تعريف الفلسفة

أصل كلمة فلسفة يعود إلى اللغة اليونانية، وهو لفظ مركب من مقطعين هما: Philo وتعني محبة، وصوفيا Sophia وتعني حكمة، ومعنى اللفظ مركبا هو محبة الحكمة.¹ وعرفها الخوارزمي، بأنها: "محبة الحكمة، ومعناها علم الحقائق الأشياء والعمل بما هو أصلح، وهي إما نظرية، وإما عملية، وهي النظر في الوجود من حيث وجود قصد معرفته".² ولقد أستخدم لفظ فلسفة منذ القرن السابع قبل الميلاد، وكان يعني الرغبة في التأمل للوصول إلى الحكمة، وكان الفيلسوف يعرف على أنه المحب للحكمة.³

ثانياً: تعريف القانون

لتعريف مصطلح القانون،⁴ سيتم التطرق أولاً إلى المدلول اللغوي لهذه الكلمة، ثم ثانياً إلى المدلول الاصطلاحي، وذلك كما يلي:

1- المدلول اللغوي لكلمة القانون

القانون لغة، هو مقياس كل شيء وطريقه، فهو يفيد النظام والترتيب والانتظام والاطراد، فإذا تكرر أمر معين على وتيرة واحدة يعتبر خاضعا لنظام ثابت قيل انه يخضع لقانون معين.⁵

2- المدلول الاصطلاحي لكلمة القانون

يستعمل مصطلح القانون في معنيين، المعنى العام، والمعنى الخاص:

¹ سعيد بوعلي، فلسفة القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017، ص: 05.

² صلاح الدين شروخ، منهجية البحث العلمي، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003، ص: 12.

³ سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص: 05.

⁴ إن مسألة تعريف القانون تمثل مشكلة أساسية، مرادها أن كل تعريف ينطلق من خلفية نظرية تهتم تصور غاية القانون، وقد برزت مدارس فقهية بهذا الشأن حيث يركز الكل على جانب من جوانب الظاهرة القانونية، وإهمال بعض الأبعاد الأخرى، ويمكن تصنيف هذه المدارس في ثلاثة مجموعات: المثالية، الوضعية والواقعية. للتفصيل راجع: بلقاسم بوزراع، مدخل إلى مناهج القانون والبحث العلمي (دروس، أسئلة ونصوص)، الطبعة الثانية، دار أقطاب الفكر، قسنطينة، 2015، ص: 69-71.

⁵ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (المدخل للعلوم القانونية)، الطبعة السادسة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1987، ص: 05 و 06.

أ- **المعنى العام:** إن القانون في معناه العام هو مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على نحو ملزم، ويقصد بذلك كافة القواعد القانونية أي كان مصدرها، وهذا المعنى هو الأقرب لمعنى القانون.¹

ب- **المعنى الخاص:** ويراد به مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية في صورة مكتوبة، دون غيرها من القواعد التي تنشأ من المصادر الأخرى، فيقال لهذا المعنى قانون المحاماة، قانون الخدمة الوطنية.

كما يراد به أيضا في معناه الخاص للدلالة على مجموعة من القواعد التي تنظم نوعا من الروابط في فرع من فروع القانون، مثلا: القانون المدني، القانون التجاري...وهي قواعد تحكم سلوك الأفراد في مجال معين، مثل مجال المعاملات المالية أو التجارية.²

ثالثا: تعريف فلسفة القانون وأهميتها

فلسفة القانون والتي تسمى أيضا فلسفة التشريع، وهي فرع من الفلسفة، ويقصد بها ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلاسفة من الظاهرة القانونية،³ وشرح معانيها ومضامينها المختلفة.⁴ ولقد عالج كل مفكر فلسفة القانون وفقا لمذهبه، والفلسفة تدرس عموميات الظاهرة القانونية في حين أن رجل القانون يهتم بتفاصيل الجزئيات.

¹ للتفصيل راجع: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981، ص: 15.

² للتفصيل راجع: محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص: 14.

³ فهي عبارة عن مجموعة من الأبحاث والدراسات التي تبحث في أصل وغاية القانون، بمعنى أصل وأساس القانون الوضعي وجوهره، ومحاولة تبرير هذا القانون واكتسابه صفة الإلزام في الجماعة.

⁴ فإذا كان أغلب الفقهاء يتفقون أن غاية القانون هي تحقيق العدل -رغم اختلافهم حول فكرة العدل- إلا أنهم اختلفوا حول أصل القانون (جنوره) وأساسه، وما الذي يعطي للقواعد القانونية خاصية الإلزام، ويكسبها صفة الشرعية التي تجعل احترامها أمرا مفروضا على الأفراد؟.

- هل التزام الأفراد بتكاليف ونواهي القانون تأتي من مشيئة أو إرادة الحاكم أو إرادة السلطة، لما لها من قوة مادية تقهر؟ أو من إرادة الأفراد؟، أم يرجع ذلك إلى أن القانون ينتج من تفاعل مختلف الظروف المحيطة بالبيئة، ويعبر عن إرادة الجماعة بحيث لا يجوز للأفراد الخروج عليه حفاظا على بقاء الجماعة وأمنها وتقدمها؟.=

إن فلسفة القانون تتولى دراسة الأبعاد الفلسفية للظاهرة القانونية وبسط مفاهيمها ومضامينها.¹ ومصطلح "فلسفة القانون" ابتكره الفلاسفة ورجال الفكر، واستعمله كل من الفيلسوف "إهرنس" والفيلسوف "هيجل" عنواناً لمؤلفين لهما.

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، ويمكن القول إنها منذ أن نشأت الفلسفة كان هناك فلسفة القانون، وهو ما أثبتته كتب الإغريق عند سقراط وأرسطو وأفلاطون. ومنذ بداية القرن التاسع عشر بدأ بشكل بارز ظهور كتب ومؤلفات خاصة بفلسفة القانون، فصدر عام 1823 كتب للفقيه الإنجليزي "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، لما لها من أهمية كبرى في تكوين طلبة القانون وتوجيههم للبحث والدراسة في النظرية العامة للقانون، ومعرفة أصل القانون وجوهره وغايته.² ولقد شكك البعض في جدوى فلسفة القانون وتساءلوا: لماذا فلسفة القانون؟ أولاً، لأن لها أهمية تعليمية وعلمية حيث أنه من المفيد جداً أن يختم الطالب والباحث في القانون دراسته وبحوثه في تأمل المشاكل الكبرى للقانون لتكوين نظرة شمولية وعميقة عن القانون وفلسفة القانون تقرضها، ثانياً، "طبيعة الأشياء". فمهما كان تعامل القانوني مع المشاكل القانونية، فأن هناك حالات لا بد من أن يحدد موقفاً منها وان يكون قادراً على تبرير قناعاته. أن نخضع أولاً نخضع الى القانون: سؤال يثير في النفس، بدون شك، مشكلة قيمة القانون وحتمية مواجهة أساس وطبيعة القانون.

- = من أين تتكون القواعد القانونية؟.

- إن الإجابة على هذه الأسئلة تستلزم دراسة طبيعية للقانون وأساسه وجوهره، والعناصر التي يتكون منها، كما أن الاختلاف حول الإجابة أدى إلى ظهور عدة مدارس أو مذاهب، وهو ما سيتم تفصيله في المحور الثاني، والمعنون بالمذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة. راجع: إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص: 02.

¹ أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص: 73.

² للتفصيل أكثر بشأن تطور علم فلسفة القانون، راجع: شفيقة بن كسيرة، المرجع السابق، ص: 08 و 09.

ويروي الأستاذ "بريموان" أن شابا المعيا من المختصين بالقانون الاداري قال له: "انا انتظر أن تثبتوا لي فائدة فلسفة القانون حتى أومن بها". فكان جوابه أن فائدة فلسفة القانون موجودة في كل صفحات كتب القانون الاداري التي يستخدمها فهل يستطيع القانوني الجدير بهذا الاسم أن يجهل أن القانون الاداري الفرنسي قد جددته بكامله النظريات الموضوعية للعميد "دوجي"، وأن المفاهيم القانونية التي يستخدمها يوميا أساتذة القانون الاداري لا يمكن أن تبرر إلا بفضل مذهب العميد "دوجي" عن القانون والدولة.¹

الفرع الثالث: موضوع فلسفة القانون

تشمل دراسة فلسفة القانون موضوعين أساسيين هما: أصل القانون، وغاية القانون. فإن كان الأول يقصد به ماهية القانون وأساسه وأصل نشأته، هل ينشأ من ضمير الجماعة بطريقة طبيعية وتلقائية لا دخل لإرادة الإنسان فيه؟ أم أن إرادة الإنسان تلعب دورا فعلا في إنشاء القانون؟ أم أن القانون ينشأ من تفاعل عناصر مثالية؟ أو ينشأ من تفاعل عناصر واقعية؟ أم ينشأ منهما معا؟²

أما 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.³

المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية وتصنيفها

بناء على ما سبق، وبعد الموضوعات التي أثارها إشكالية فلسفة القانون، كان ولا بد من تخصيص هذه الجزئية للتكلم عن تصنيفات القاعدة القانونية التي تتكون من فرضيات معينة وحكم لهذه الفرضيات⁴ (الفرع الأول)، ثم التطرق لتصنيفاتها (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي:

¹ منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009، ص: 31 و32.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 03.

³ المرجع نفسه، ص: 03 و04.

⁴ الفرضيات هي عبارة عن الحالات الواقعية التي تتطوي عليها القاعدة القانونية، أما الحكم فهو الأثر القانوني الذي تقرره القاعدة القانونية للحالات الواقعية المشمولة بها، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 124 من القانون المدني =

الفرع الأول: خصائص القاعدة القانونية

تتصف القاعدة القانونية بخصائص يمكن من خلالها التفريق بينها وغيرها، وقد اكتسبت القاعدة القانونية خصائصها من كونها تخاطب الشعب بكل طوائفه وفئاته، لتنظيم سلوك أفراد داخل المجتمع على نحو يوجب على الجميع الخضوع لها والامتثال لأحكامها، لما لها من قوة تلزم المخاطبين بها على الانصياع لها رضاء أو جبرا حتى تحقق الغرض منها، وعلى ذلك فإن من أهم خصائص القاعدة القانونية أنها:

أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي

القانون ظاهرة اجتماعية فلا قانون بلا مجتمع إذ هو تلك المجموعة من القواعد السلوكية التي تنشأ لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع ليفض ما قد ينشأ بينهم من تضارب ويحل ما عسى أن يثور بينهم من خلافات، بحيث أنه إذا لم يوجد في المجتمع فلا تقوم الحاجة إلى القانون، ويستوي أن يكون مصدر هذه القواعد هو التشريع أو مصدر قانوني نعترف به.

وهذا القانون الموجه إلى الأشخاص إما أن يتضمن أمرا لهم بالقيام بفعل معين، أو نهيا عن القيام به، أو مجرد إباحة هذا الفعل دون أمر به أو نهى عنه،¹ ويقتصر اهتمام القاعدة القانونية على تنظيم السلوك الخارجي للإنسان دون الاهتمام بالمشاعر والأحاسيس الداخلية إلا إذا تجاوزت مرحلة النية والتفكير ودخلت حيز التنفيذ.²

ثانياً: القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة

طالما الهدف من القاعدة القانونية هو تطبيقها على جميع الناس وعلى مختلف الحالات الواقعية التي تشملها، فمن البديهي القول بانها تتصف بالعمومية والتجريد.

والقاعدة القانونية تصاغ وتوجه إلى الأشخاص أو الوقائع بصيغة عامة، فلا توجه إلى شخص معين بذاته أو إلى واقعة معينة بذاتها، بل تذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بتلك القاعدة، والشروط التي تعين الواقعة التي تنطبق عليها. فكل شخص اجتمعت فيه هذه

=بقولها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".
الفرض، هو ارتكاب شخص لفعل يوصف بأنه خطأ، ويسبب ضررا للغير، أما الحكم، فهو إلزام المتسبب في هذا الفعل بتعويض المتضرر. للتفصيل بشأن ذلك راجع: وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 16-19.

¹ حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص: 21.

² حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، الأردن، 2014، ص: 17.

الأوصاف، وكل واقعة توافرت فيها تلك الشروط، تنطبق بشأنه أو بشأنها القاعدة القانونية،¹ فالقاعدة القانونية مجردة عند نشأتها وعامة عند تطبيقها.²

ثالثا: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

لا قيمة للقاعدة القانونية إن لم تكن إلزامية يقابلها جزاء واجبة الإلتباع ويجبر الأفراد على احترامها، ويقصد بالجزاء ذلك الأثر الزاجر المحسوس الذي توقعه السلطة العامة ضد كل من يخالف أحكام القاعدة القانونية.³

ويتميز الجزاء القانوني بالخصائص التالية:

- الجزاء القانوني جزاء مادي ومحسوس، حيث يمس من يخالف القاعدة القانونية في جسمه أو ماله أو يتمثل في إزالة المخالفة ذاتها.
- الجزاء القانوني جزاء حال، حيث يوقع عند مخالفة القاعدة القانونية حال حياة المخالف، فهو ليس بجزاء آجل، مثل الجزاء الديني الذي قد يكون دنيويا أو آخرويا.
- الجزاء القانوني توقعه السلطة العامة، حيث تملك السلطة العامة تنفيذه جبرا على المخالف، إذ تمارسه باسم المجتمع وتوقعه عن طريق القوة التي تملك وسائلها، ولا يجوز للأفراد أن يوقعوا الجزاء بأنفسهم.⁴

الفرع الثاني: تصنيف القاعدة القانونية

هناك معايير مختلفة يمكن اللجوء إليها لتصنيف القواعد القانونية، ولكننا سنقتصر في دراستنا على أهم المعايير المعتمدة من قبل الفقه في هذا المجال، حيث تصنف القاعدة القانونية من حيث درجة إلزاميتها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة، ومن حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، كما وتصنف إلى قواعد تتعلق بالشكل وقواعد تتعلق بالموضوع، كما يلي:

¹ وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 20 و 21.

² عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، دار الخلدونية، الجزائر، (د.س.ن)، ص: 91.

³ حسن حرب اللصاصمة، المرجع السابق، ص: 21.

⁴ عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص: 96.

أولاً: قواعد قانونية آمرة وقواعد قانونية مكملة

قواعد القانون كلها ودون أي استثناء ملزمة، فكل قاعدة تتضمن أمراً ينطوي عليه عنصر الإلزام هي قاعدة قانونية، علماً أن درجة الإلزام متباينة بحيث تختلف من قاعدة لأخرى، وعلى هذا الأساس تم تقسيم القاعدة القانونية من حيث درجة إلزاميتها إلى قواعد آمرة وقواعد مكملة.¹

1- **القاعدة الأمرة (الناهية):** هي القاعدة التي لا يستطيع المخاطبين بها الاتفاق على مخالفة حكمها، فالعلاقة بين هذه القواعد وبين إرادة المخاطبين بحكمها هي علاقة الخضوع المطلق، لذلك تسمى هذه القواعد بالأمرة أو الناهية، علماً معظم القواعد القانونية من هذا النوع. فلو اتفق شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر فالاتفاق هنا باطل لا يعتد به أمام القانون، ولا يحول من توقيع العقاب على القاتل.²

2- **القاعدة المكملة (المفسرة):** هي التي يستطيع المخاطبين بها الاتفاق على مخالفة حكمها، إذ يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد أي قاعدة منها، والأخذ بحكم آخر مخالف لما تقضي به ذلك حسبما يرتضونه لأنفسهم، فمثلاً الثمن في البيع يستحق معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم.³

ثانياً: قواعد قانونية تنتمي إلى فئة القانون العام وقواعد قانونية تنتمي إلى فئة القانون الخاص

وتقسم القاعدة القانونية من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها إلى قواعد تنتمي إلى فئة القانون العام وقواعد تنتمي إلى فئة القانون الخاص، ويرجع هذا التقسيم إلى القانون الروماني، ثم انتقل منه إلى القوانين الحديثة ذات النزعة اللاتينية الجرمانية.⁴

1- **قواعد قانونية تنتمي إلى فئة القانون العام:** يمكن تعريف القانون العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول، أو بين الدولة أو أحد فروعها وأشخاص أخرى، وتتصرف الدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة.

¹ يعود هذا التقسيم إلى عهد الرومان، وهذا ما ظهر في كتاباتهم فقسّموا القواعد القانونية إلى نوعين من حيث الإلزام نوع لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ونوع ثاني يجوز الاتفاق على مخالفته.

² مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المرجع السابق، ص: 180.

³ المرجع نفسه، 181.

⁴ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون)، دار هومة، الجزائر، 2008، ص: 34.

ويتفرع عن القانون العام عدة قوانين أهمها: القانون الدولي العام، القانون الدستوري، القانون الإداري، القانون الجنائي، القانون المالي.¹

2- قواعد قانونية تنتمي إلى فئة القانون الخاص: فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصلحة الخاصة، فهو يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو فيما بينهم والدولة أو أحد فروعها، باعتبارها شخصا معنويا عاديا، وليس باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة.²

ويتفرع القانون الخاص إلى عدة فروع منها: القانون المدني، القانون التجاري، القانون البحري، القانون الجوي، قانون العمل، القانون الدولي الخاص.³

ثالثا: قواعد قانونية تتعلق بالأساس وقواعد تتعلق بالشكل

يمكن تصنيف القواعد القانونية إلى قواعد شكلية وأخرى موضوعية، ولتوضيح ذلك نتناولها بشيء من الإيجاز فيما يلي:

1- قواعد قانونية تتعلق بالأساس: وهي مجموعة القواعد القانونية التي تحدد حقوق وواجبات الأفراد إزاء بعضهم البعض، واتجاه الدولة، وكذا القواعد المتعلقة بحفض الصالح العام، مثل: القانون المدني، القانون التجاري، القانون الإداري، قانون العمل.

2- قواعد قانونية تتعلق بالشكل: وهي مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات والوسائل الواجب إتباعها من أجل اقتضاء الحقوق التي أقرها القانون الموضوعي (القواعد القانونية التي تتعلق بالأساس)، فهي قواعد إجرائية، ويضمها القانون الإجرائي والشكلي بمختلف فروعها، ومنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية.⁴

المطلب الثالث: مصادر القاعدة القانونية

يقصد بمصادر القانون الأسباب المنشأة للقانون وتتكون القاعدة القانونية من نوعين من المصادر هما: المصادر المادية أو الموضوعية والمصادر الشكلية أو الرسمية، فالمصادر المادية هي التي تنشأ منها القاعدة القانونية من حيث مضمونها ومحتواها وتتكون من العوامل الاقتصادية

¹ للتفصيل بشأن هذه التقسيمات، راجع: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 76-89.

² محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص: 23.

³ للتفصيل بشأن هذه التقسيمات، راجع: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 89-106.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 22.

والاجتماعية والحضارية للمجتمع كالدين والعادات والتقاليد والبيئة الاجتماعية، وأما المصادر الشكلية، فهي الإجراءات والوسائل التي تخرج القاعدة القانونية لحيز الوجود والنفوذ.¹

وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني الجزائري،² فإنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة فإذا لم يوجد فمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". على أن للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى الأحكام القضائية والفقهاء لحل النزاعات، وهي المصادر التفسيرية، وفيما يلي يتم تبيانها بشيء من التفصيل:

الفرع الأول: المصادر الرسمية

يعتبر التشريع من أهم المصادر الرسمية للقانون، ويقصد به سن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة من طرف السلطة المختصة في الدولة حسب النظام الدستوري لهذه الدولة مع السهر على تطبيقها مما يعطيها قوة إلزام في العمل بها.³ وهذه المصادر كما يلي:

أولاً: المصادر الرسمية الأصلية

والتي نتناولها بالدراسة بشيء من التفصيل في النقاط التالية:

1- الدستور: يحتل الدستور أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية في الدولة، لأنه يحدد النظام العام للدولة والمبادئ الأساسية التي تقوم عليها وشكل الحكم وتنظيم السلطة العامة فيها، كما ويبين الحقوق والحريات العامة.⁴

وعملاً بمبدأ تسلسل القواعد القانونية إذا ما تعارضت قاعدة قانونية من قواعد الدستور مع قاعدة قانونية في القوانين العادية، فإنه يفضل في مجال التطبيق الأولى على الثانية لأن قواعد القانون الدستوري تأتي في قمة الهرم القانوني، وبالتالي يتوجب على سائر القواعد القانونية الأخرى أن لا تخالفها أو تعارض أحكامها.⁵

¹ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص: 61.

² الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص: 61.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 33.

⁵ وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 43.

2- **المعاهدات الدولية:** تعرف المعاهدة "بالقانون الاتفاقي" لأنها عبارة عن اتفاق يعقد بين دولتين أو أكثر بهدف إنشاء أو تعديل أو تنظيم علاقة دولية معينة فيما بينها، بحيث أنه يعتبر هذا الاتفاق بمثابة قانون يتضمن قواعد تلزم الدول الموقعة عليه.¹

وتعتبر المعاهدة ملزمة للدولة ولأفرادها، فهي تعد جزءا من التشريع، وهي تسمو على القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 154 من دستور سنة 2020،² على أن: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

3- **التشريع:** يقصد بالتشريع القواعد القانونية المكتوبة التي تضعها السلطة التشريعية (البرلمان) الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور،³ ويطلق عليها اسم "القانون" تمييزا له عن غيره من التشريعات، كما وتوجد عدة حالات يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع فيها بموجب إصدار أوامر.⁴

كما وخول الدستور للسلطة التنفيذية سلطة إصدار القواعد القانونية أو النصوص القانونية في الحدود التي حولها إياها الدستور ممثلة في كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة اللذين تثبت لهما سلطة تنظيمية عامة، وكذا تتمثل في الوزراء الذين تثبت لهم سلطة تنظيمية محصورة في مجال اختصاص كل منهم، ويضاف إلى هؤلاء سلطات إدارية أخرى (الولاة، رؤساء البلديات، رؤساء المصالح) خولت لها سلطة تنظيمية محددة.⁵

ثانيا: المصادر الرسمية الاحتياطية

والمصادر الرسمية الاحتياطية للقانون الجزائري طبقا للمادة الأولى من التقنين المدني هي بحسب أولويتها وأهميتها كل من مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والتي سيتم دراستها فيما يلي:

¹ وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 44.

² المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 82، المؤرخة 30 ديسمبر 2020.

³ المادتين: 139 و140 من

⁴ للتفصيل راجع: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 45 و46.

⁵ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 160.

1- مبادئ الشريعة الإسلامية: تقرر المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بان مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الاحتياطي الأول لقواعد القانون، فإذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا (المصدر الرسمي الأصلي) يحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مجموعة الأحكام والقواعد التي تجد مصدرها في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وتحتل الشريعة مصدرا رسميا وهاما لبعض القواعد القانونية، مثل قانون الاحوال الشخصية كالخطبة والزواج والطلاق وثبوت النسب. ومن ثم في حالة عدم وجود نص تشريعي يتعين اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.¹

2- العرف: وهو أقدم مصدر من مصادر القاعدة القانونية، كما ويعتبر المصدر الاحتياطي الثاني للقانون بعد الشريعة الإسلامية، ويعرف بأنه مجموعة القواعد التي تكونت على مر الزمن وتوارثتها الأجيال، من خلال حاجاتها المتطورة، واعتقد الناس وجوب إتباعها والتعرض للجزاء عند مخالفتها.

ويتكون العرف من ركنين أساسيين: **ركن مادي**، ويتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين في حياتهم الاجتماعية لفترة زمنية طويلة، وهذا ما يعرف بالعادة، و**ركن معنوي**، وهو يتمثل بشعور الناس أو العامة أن هذا السلوك هو ملزم لهم وبالتالي يترتب على مخالفته توقيع الجزاء عليهم.²

3- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: رغم أن هذا المفهوم يبدو غاما إلا انه يعني نوع من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة على الحياة الاجتماعية، مما يضمن سيادة مبدأ سامي للعدالة، ومن ثم فإن فكرة القانون الطبيعي تقتزن بفكرة العدالة، ومن أمثلتها: إيتاء كل ذي حق حقه، عدم الإضرار بالغير... إلخ.

لذلك لا بد على القاضي من إيجاد الحل من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يجد نصا في المصادر السابقة، إذ أن القاضي ليس له الامتناع عن الحكم بحجة عدم وجود نص قانوني وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.³

¹ للتفصيل راجع: حسن كيرة المرجع السابق، ص: 272، محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 52.

² وسام حسين غياض، المرجع السابق، ص: 59 و60.

³ للتفصيل راجع: محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 199-204.

الفرع الثاني: المصادر التفسيرية

يراد بالتفسير إيضاح معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، ويقصد بها أيضا المراجع التي يلاذ بها لتجلية ما قد يكتنف القاعدة القانونية من غمو، وكشف ما قد يشوبها من لبس، أو يعتريها من إبهام، أو ما يحيط بها من تناقض، والمصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة، هي: الفقه والقضاء.

أولاً: الفقه

يقصد بالفقه مجموع الآراء التي يقول بها الفقهاء ويقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية، مع مناقشة هذه الأحكام، وذلك بقصد إظهار ما في القانون من نقص أو عيب. كما يقصد به أيضا ما يصدر عن رجال الفكر القانوني من شروحات وتفسيرات وانتقادات للنصوص القانونية، وتعليقات على الأحكام القضائية.¹

ولقد كان له دور كبير في ابتداع القواعد القانونية، حيث كان له دور ملزم في الأحكام القضائية في عصر الدولة الرومانية، أما في العصر الحديث فقد تضاعف دور الفقه نظرا للاستقرار في الأوضاع القانونية في كصير من النظم القانونية في العالم، إلا أن ذلك لا يعني إنتفاء قيمة ودور الفقه.²

ثانياً: القضاء

يطلق هذا اللفظ للدلالة على السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.

وقد يطلق هذا اللفظ للدلالة عن مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار الاحكام المحاكم على أتباعها والحكم بها عند تطبيق القانون.³

أسئلة تقييمية

- 1- ما هي المواضيع التي تتناولها فلسفة القانون بدراستها؟.
- 2- ما الفرق بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة؟.
- 3- القاعدة المكملة قاعدة غير ملزمة. ما رأيك، مع التعليل؟.

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 205.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 65.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 208.

4- أجب بصحيح أو خطأ عن الأسئلة التالية، مع التعليل في الحالتين.

- القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد.
- يعتد القانون بالسلوك الداخلي للأفراد.
- نظرا للسلطة التقديرية للقاضي فإنه يجوز له أن يحكم بالقواعد العرفية بدلا من القواعد التشريعية.
- يمكن للعرف أن يخالف القواعد القانونية الأمرة.

5- اختر الإجابة الصحيحة، فيما يلي:

- القواعد المكملة، هي القواعد:
 - * القواعد المطلقة.
 - * القواعد المفسرة.
 - * القواعد الناهية.

المبحث الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

اختلف الفقهاء والفلاسفة بشأن ماهية القانون والعناصر التي يتكون منها حتى تكتب القواعد القانونية صفة الشرعية وخاصة الإلزام التي تجعل احترامها في ذاتها أمراً إلزامياً على الأفراد، وقد أدى هذا الخلاف إلى ظهور مذاهب ونظريات متعددة، اختلفت باختلاف الفلسفة التي تقوم عليها. حيث نكتفي بالإشارة إلى أهم المذاهب الخاصة بفلسفة القانون، والتي ردها بعض الفقهاء إلى المذاهب الشكلية، والتي تقوم على مفهوم الأمن القانوني عند تمسكها بالشكل أو بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية. المذاهب الموضوعية، وانقسمت إلى نزعتين أساسيتين: ألا وهي النزعة المثالية، والتي تركز على مفهوم العدل والعدالة، وتجعل من النظام القانوني نظام أخلاقي، والنزعة الواقعية، والتي تركز على فكرة ضرورة التقدم الاجتماعي، وأخيراً المذاهب المختلطة، والتي جمعت بين المذهبين السابقين.

انطلاقاً مما سبق، سيتم تبيان المذاهب السابقة بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: المذاهب الشكلية

إن المذاهب الشكلية، هي التي تهتم بالجانب الشكلي للقاعدة القانونية، أي الشكل الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في موجهته أفراد المجتمع حتى لا يضل الناس طريقهم ولا يضرّبون في الأرض فساداً.

يرى أنصار هذا المذهب أن القانون ما هو إلا مجرد أمر أو نهي صادر من الحكام إلى المحكومين. وإن في كل مجتمع توجد هيئتان "هيئة حاكمة تسن القوانين" و"هيئة محكومة" تخضع لأحكام القانون، إذن فإن المذاهب الشكلية ترد القانون إلى إرادة أو مشيئة الحاكم. وقد نادى بهذا المذهب الكثير من الفقهاء وفي بلدان مختلفة، اتفقوا جميعاً من حيث المبدأ وهو رد القانون إلى إرادة الحاكم أو السلطان، مع خلافاً يسيرة في بعض الجزئيات لا تخل ولا تنتقص من اتفاقهم على المبدأ.¹

من هؤلاء الفقهاء والفلاسفة، مذهب أوستن، مذهب هيغل، مذهب الشرح على المتون، ومذهب كلسن، وهو ما سيتم تفصيله في الفروع التالية، فيما يلي:

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 05.

الفرع الأول: مذهب أوستن

ارجع هذا المذهب إلى الفقيه الإنجليزي أوستن 1790-1851، وتقوم فكرته على أن: "القانون هو إرادة ومشئنة الحاكم الذي ينفذها جبرا على الأفراد عند الاقتضاء مع العلم بأن هذه الفكرة ليست جديدة. حيث قال بها فلاسفة اليونان عندما اعتبروا بأن القانون هو إرادة الحاكم الذي يتمتع بالسلطة المطلقة على الأفراد،¹ كما تأثر بأفكار الفقيه الإنجليزي "توماس هوبز" الذي قال: "ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر وهو ليس أمر من أي شخص بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى شخص آخر عليه بالطاعة والخضوع".²

ولذلك يعرف الفقيه أوستن القانون، بأنه: "أمر أو نهي يصدره الحاكم استنادا إلى سلطته السياسية ويوجهه إلى المحكومين ويتبعه بجزء". ومن هذا التعريف يتبين بأنه لكي يوجد القانون في نظر أوستن لابد أن تتوفر ثلاثة شروط، وهي العناصر التي يقوم عليها مذهبه (أولا)، ثم من خلالها نتعرض للنتائج المترتبة عليه (ثانيا)، وأخيرا الانتقادات الموجهة إليه (ثالثا)، وذلك فيما يلي:

أولا: الأسس التي يقوم عليها مذهب الفقيه أوستن

من التعريف السابق بشأن مفهوم القانون، يتبين أن مذهب الفقيه أوستن يقوم على العناصر التالية:

1- وجود حاكم سياسي: في نظر أوستن لكي نكون بصدد قانون لا بد من وجود حاكم سياسي، فالقانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي، وهو المجتمع المقسم إلى طبقتين: طبقة حاكمة، وطبقة محكومة، فالمجتمع السياسي يستمد في تنظيمه إلى وجود هيئة عليا حاكمة تمتلك السيادة السياسية المطلقة، ولا يهمله إن كان نظام الحكم فيها ديمقراطيا أو استبداديا، جمهوريا أو ملكيا، كل ما يهم هو أن الحكام القابضون على السلطة يختصون بوضع القواعد القانونية، وأن يكون سلطانهم مطلقا، غير مقيد ولا محدود، أما الطبقة المحكومة، فيتوجب عليها تنفيذ واتباع ما صدر عن الطبقة الحاكمة، أي عليها الطاعة والامتثال والخضوع للأوامر والنواهي الصادرة عن الحاكم دون أن يكون لها حق التعبير عن رأيها ولا رفضها.³

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 90.

² إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص: 74.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 10.

2- وجود أمر أو نهى: القانون ليس مجرد طلبا أو نصيحة توجهه الهيئة الحاكمة إلى أفراد يملكون حرية الاختيار، وإنما هو مجموعة قواعد قانونية أمرة أو ناهية توجهه الهيئة الحاكمة إلى الأفراد المحكومين، ويقع عليهم واجب الطاعة والامتثال. ولا يلزم أن يكون الأمر أو النهي قد يصدر بصيغة صريحة وواضحة، أو بصيغة ضمنية، المهم أنه على الأفراد المحكومين إتباعها وعدم الخروج عنها حتى يردع كل من يخالفها.¹

فالقواعد التي تنظم البيع والإيجار والوكالة وغيرها من روابط القانون المدني، فإنها لا تأمر بإجراء عقد من هذه العقود أو تنهي عنه، ولكنها مه ذلك تفيد ضمنا باحترام أحكامها حين يقدم الأفراد على إبرام عقد منها.

3- وجود جزاء: عند مخالفة الأمر أو النهي يوقع الحاكم الجزاء على من يخالف الأمر أو النهي من المحكومين، وذلك بما لديه من سلطة القهر والجبر متى كان خروج عن الطاعة أو عن القانون، وبذلك لا توجد قاعدة قانونية ما لم تكون مكفولة باحترامها جبرا، وأن القواعد التي لا تقر جزاء ليست بقا وعد قانونية بل قد تكون أخلاقية أو دينية.²

في هذا المعنى يقول أوستن: "القوانين بالمعنى الدقيق هي نوع من الأوامر لكن بما أنه أمر، فكل قانون بالمعنى الدقيق يصدر عن مصدر محدد... وكل مرة يعبر فيها عن أمر أو يوجه مثل هذا الأمر من قبل طرف يعني الرغبة في تنفيذه من قبل الطرف الآخر أو امتناعه عن تنفيذه ويتعرض الطرف الثاني لأذى... يوقعه عليه الطرف الأول في حالة عدم أخذ رغبته بعين الاعتبار...".³

ثانيا: النتائج المترتبة على مذهب أوستن

يترتب على مذهب الفقيه أوستن النتائج التالية:

1- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري: قواعد القانون الدستوري لا تعتبر في نظر أوستن قواعد قانونية، لأن قواعد القانون الدستوري هي التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وحدود السلطات والعلاقات بينها وحقوق الأفراد السياسية وحررياتهم، وبذلك تكون قواعده موجهة إلى الحاكم وليس إلى المحكومين. فالحاكم صاحب السلطة العليا في الدولة هو

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 91.

² المرجع نفسه، ص: 91.

³ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 47.

الذي يصدر هذه القواعد بمحض إرادته لتنظيم سلطات الدولة وعلاقتها مع الأشخاص الخاضعين لها، هذه القواعد التي يصدرها بمحض إرادته يستطيع دوما مخالفتها لأنها ليست صادرة من سلطة أعلى منه، وهي غير مقترنة بجزاء يوقع في حالة مخالفتها، ذلك أن الحاكم هو الذي يملك سلطة توقيع الجزاء، فلا يتصور أن يوقع الجزاء على نفسه، فقواعد القانون الدستوري هي قواعد ذات قيمة إرشادية له.¹

2- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي: ينكر أوستن الصفة القانونية على القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول المتساوية في الحقوق والسيادة، واعتبر قواعده مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول في تعاملاتها، ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء، والسبب في ذلك عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تهيمن عليها، وتملك توقيع الجزاء على الدولة التي تخالف هذه القواعد كونها صاحبة سيادة لا يحدها القانون.²

3- التشريع هو المصدر الوحيد للقانون: يؤدي مذهب أوستن إلى جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية وعدم الاعتراف بالمصادر الأخرى، ذلك أن التشريع يتضمن أمراً أو نهياً يصدره الحاكم موجهاً إلى المحكومين، حيث يعتبر أوستن العرف بأنه مجرد تواتر سلوك الأفراد على نحو معين زمناً طويلاً، فهو لا يمكن أن ينشئ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع.

4- وجوب التقيد في تفسير القواعد القانونية بإرادة المشرع وقت وضع النصوص: يؤدي مذهب أوستن إلى وجوب التقيد في تفسير نصوص القانون بإرادة المشرع وقت وضع هذه النصوص وعدم الاعتداد بما يطرأ بعد ذلك من ظروف جديدة، ذلك أن أوستن يرى أن القانون مجرد تعبير عن إرادة الحاكم، ومن ثم يجب أن يتجه التفسير إلى الكشف عن إرادة الحاكم التي أراد أن يضمها نصوص القانون وقت وضعها، ولا عبرة بتغير الظروف التي وضعت فيها هذه النصوص بمرور الوقت.³

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 14.

² إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 83.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 15.

ثالثاً: الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن

بالرغم من تميز مذهب أوستن بالبساطة والوضوح، فالقانون وفقاً لهذا المذهب هو إرادة الحاكم التي يلزم الأفراد باحترامها، إلا أن تصوره لأساس القانون والنتائج التي انتهى إليها لا تستقيم مع الحقيقة والواقع، ولذلك وجهت إليه الانتقادات التالية:

1- **الخط بين القانون والدولة:** يرى الفقيه أوستن في نظريته إلى أنه لا وجود للقانون إلا في ظل مجتمع سياسي. وهذا في الحقيقة يتعارض مع الحقائق التاريخية الثابتة التي تدل على أن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية سياسية، حيث نشأ القانون مع نشأة المجتمع في صورته البدائية وقبل حتى أن يوجد المجتمع السياسي.

2- **الخط بين القانون والقوة:** يرى الفقيه أوستن أن إرادة الحاكم هي القانون، ويجعل القوة المتمثلة في عنصر الجزء الذي يوقعه الحاكم هي الأساس الوحيد للقانون، وبذلك يجعل أوستن القانون والقوة رهنا بإرادة الحاكم، حيث يفرض الأخير ما يشاء على الأفراد استناداً إلى أن إرادته هي القانون. وبذلك يكون الحكم للقوة التي تجعل الحاكم يقرر ما يشاء، بدلاً من أن يكون الحاكم في خدمة القانون يتقيد بأحكامه ويعمل على كفالة احترامه بالقوة عند الاقتضاء، فعدم تقيد الحاكم بالقانون يؤدي إلى الاستبداد، ولذلك فإن مذهب أوستن من هذه الناحية يؤدي إلى الاستبداد والحكم المطلق، ومن ثم أطلق عليه المذهب الاستبدادي.¹

3- **التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية:** يؤخذ على مذهب أوستن أنه جعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون دون غيره وأهم بقية المصادر الأخرى، وهذا يخالف الواقع، ذلك أن التشريع وإن كان المصدر الرئيسي والأساسي للقانون في الدول الحديثة إلا أنه ليس المصدر الوحيد، حيث توجد إلى جانبه مصادر أخرى أهمها العرف الذي كان ولا يزال يلعب دوراً هاماً في إنشاء القواعد القانونية لا سيما في مجال القانون التجاري، فإنجلترا وهي البلد الذي عاش فيه أوستن يقوم النظام القانوني فيها أساساً على مبادئ العرف.²

ويبدو أن أوستن قد شعر بهذه الحقيقة وحاول التوفيق بين مذهبه وبين الاعتراف للعرف بقوة إنشاء القواعد القانونية بأن قال: "أن ما يقره السلطان كأنه قد أمر به"، بمعنى أنه عندما

¹ راجع في هذا الشأن: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 85.

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

تطبق المحاكم العرف دون اعتراض السلطان فإن ذلك يدل على أن الأخير يجيزه ويقر المحاكم على تطبيقه.

غير أن هذا القول من جانب أوستن ينطوي على مغالطة، فالقاضي يطبق العرف لأنه قانون في حين أوستن يجعل تطبيق القاضي للعرف هو الذي يضفي عليه صفة القانون¹.

4- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري: يؤخذ على أوستن أنه أنكر القانونية للقانون الدستوري وتجريده من صفته الإلزامية لعدم صدوره من سلطة تعلو السلطة الحاكمة في الدولة، والتي تلزم الحاكم احترام قواعد القانون الدستوري وتوقيع الجزاء عليه عند مخالفته هذه القواعد، وهذا غير صحيح فالقانون الدستوري هو القانون الأعلى في الدولة والذي يأتي في قمة الهرم القانوني ويتصف بالإلزام. حيث أصبح من المسلم به حالياً أن الشعب هو مصدر كل السلطات، وأعلى حتى من سلطة الحاكم داخل الدولة، ومن ثم يملك حق توقيع الجزاء على الحاكم عند مخالفته لأحكام وقواعد القانون الدستوري بالوسائل الشرعية للمتاحة، فقواعد القانون الدستوري قواعد قانونية كاملة.

5- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام: يؤخذ على مذهب أوستن إنكاره الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام لعدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تكفل احترام قواعده وتوقيع الجزاء على من يخالف هذه القواعد من الدول. إلا أن هذا القول لا أساس له من الصحة، فغالبية الفقهاء يرون أن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح يتوافر له عنصر الإلزام، حيث توجد في المجتمع الدولي هيئات تملك توقيع الجزاء وتعمل على كفالة احترام قواعد القانون الدولي العام، كهيئة الأمم المتحدة بمنظماتها المختلفة، والأجهزة التابعة لها كالجمعية العامة، ومجلس الأمن، ومحكمة العدل الدولية².

6- عدم مسايرة الظروف المستجدة: مما لا شك فيه أن تفسير القواعد القانونية وقت وضعها لا وقت تطبيقها يؤدي جمودها وعدم مسايرة الظروف المستجدة، وهو ما سيؤدي حتماً إلى عدم تطورها تبعاً لتغير الظروف الاجتماعية وفقاً لحاجات المجتمع³.

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 18.

² المرجع نفسه، ص: 18 و19.

³ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 87.

الفرع الثاني: مذهب الشرح على المتون

إن مذهب الشرح على المتون هو من المذاهب الشكلية، وقد جاء كثرة لمجهود مجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا من 1804 إلى 1830م، مثل: أبري ورورو، ديمولمب، ولوران البلجيكي وغيرهم بعد إصدار مدونة القانون المدني الفرنسي التي أطلق عليها اسم تقنين نابليون. ويمثل هذا المذهب مجرد طريقة أو أسلوب في تفسير وشرح القانون أتبعه هؤلاء الفقهاء في مؤلفاتهم في شرح القانون المدن الفرنسي.

وإن المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه هذه المدرسة هو أن النص القانوني يمثل القانون، وإن الشغل الشاغل للحقوقي يتمثل في تفسير القانون الوضعي الذي ينتهي عند التشريع. وحسب ما يقول الفقيه البلجيكي "لورون" أن المدونات لا تترك شيء للمفسر وإن مهمة هذا الأخير لا تتمثل في صنع القانون لأن القانون لا يحتوي غموضاً أو إبهاماً مما يجب على القضاة أن يتقبلوا مهمتهم الجديدة مثل ما هي، وإن عملية التشريع ليست من اختصاصهم بل تتطلع بها الهيئة التشريعية، كما سميت هذه المدرسة بمدرسة التزام النص نظراً لالتزام هؤلاء الفقهاء بالنصوص في شرحهم وتفسيرهم لتقنين نابليون باعتبار أن هذا التقنين يتضمن كل الأحكام القانونية.¹

أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون

إن الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون، تتمثل فيما يلي:

1- تقديس النصوص التشريعية: يعتمد هذا المذهب في شرحه للتقنين نفس الطريقة التي تتبع في شرح الكتاب المقدس، وهي شرح نصوصه نص بعد نص وبنفس الترتيب، ولذا سميت بمدرسة الشرح على المتون، بحيث يجب على القاضي أن يطبق النصوص التشريعية ويلتزم بأحكامها وليس له أن يدعي وجود قصور أو عيب فيها.² وما عليه إلا أن يقوم بتفسيرها ليصل إلى الحل المناسب للمشكلة المطروحة أمامه، ولا يجوز له الخروج على النص وفق المبدأ القائل "لا اجتهاد مع صراحة النص". وإن التقيد بالنصوص التشريعية لا يعني التقيد بحرفياتها بل العبر التي اتجهت إليها نية المشرع وقت وضع النصوص سواء كانت هذه النية حقيقية أو مفترضة، ويكون استخلاص النية الحقيقية للمشرع من عبارات وألفاظ القانون، أما النية المفترضة، تستخلص من البحث على كيفية حل المشكلة المطروحة على القاضي لو كان في

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 88 و89.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 22.

وقت وضع التشريع أو النصوص التي تحكم حالات متشابهة، أو بالرجوع للمبادئ العامة للقانون والمصادر التاريخية للنص.¹

وتجدر الإشارة، أن عمل المفسر يجب أن يقتصر على البحث داخل النصوص للوصول إلى الحل القانوني لأن التشريع يتضمن كل القواعد والمبادئ القانونية اللازمة لجميع الحالات، وإذا عجز المفسر فإن اللوم يقع عليه وليس على التشريع.²

2- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: إن هذه المدرسة تتميز بتقديس التشريع معتبرة بأنه يتضمن كل القواعد القانونية، والسبب في ذلك يرجع إلى ضرورة توحيد القانون الفرنسي كوسيلة لتوحيد الدولة والإقليم.³

ثانياً: النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون

يترتب على مذهب الشرح على المتون النتائج التالية:

1- التزام القاضي بتطبيق النصوص القانونية وعدم الخروج عليها: يجب على القاضي الالتزام بتطبيق النصوص القانونية، وليس له أن يدعي القصور في الحلول التي تقضي بها، لأنها شاملة على كافة الحلول لكل المشاكل الاجتماعية، وما على القاضي إلا أن يفسرها ليصل إلى الحل المناسب للمشكلة المطروحة أمامه، ولا يجوز له الخروج على النصوص التي يعتبرها فقهاء الشرح على للمتون نصوصاً مقدسة لا يجوز المساس بها أو الخروج على أحكامها، فمهمة القاضي هي الحكم بما بمقتضى القانون وليس الحكم على القانون.⁴ وهذا ما عبر عنه الفقيه البلجيكي "لورا" بقوله: "إن التقنيات لم تدع شيئاً لتحكم المفسر، وهذا الأخير ليس مهمته بعد الآن أن يصنع القانون، فإن القانون قد صنع، فلا تردد بعد اليوم، فإن القانون قد دون في نصوص رسمية، لكن لكي تقدم التقنيات هذه المزية، يجب على الفقهاء والقضاة أن يقبلوا وضعهم الجديد... فلن يتم التشريع بعد الآن من قبلهم، فبصنعهم القانون سينتزع

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 23.

² بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 89 و 90.

³ المرجع نفسه، ص: 89.

⁴ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 25.

الفقهاء والقضاة دون وجه حق السلطة من أولئك الذين أولتهم الأمة صاحبة السيادة هذه المهمة¹.

2- الاكتفاء بالنصوص للوصول إلى القواعد اللازمة: أنه يجب أن يقتصر عمل الشارح أو المفسر على البحث داخل النصوص التشريعية للوصول إلى القواعد اللازمة، لأن التشريع يحتوى على جميع القواعد والمبادئ والأحكام اللازمة لجميع الحالات، بحيث إذا عجز الشارح أو المفسر، ففيها كان أم قاضيا، عن استخلاص من نصوص التشريع فإن اللوم يقع عليه هو وليس على المشرع، لأن ذلك العجز لا يرجع إلى عيب في التشريع الذي احتوى جميع القواعد القانونية، وإنما يرجع إلى قصور الشارح أو المفسر في استخلاص القواعد القانونية من النصوص، فهو الذي لم يحسن التفسير ولم يوفق في الوصول إلى القواعد الموجودة في النصوص².

3- البحث عند تفسير النصوص عن نية وإرادة المشرع الحقيقية دون الاعتداد بالنية الاحتمالية: ذهبت المدرسة إلى ضرورة تفسير النص وفق نية المشرع، لأن التشريع يعبر عن إرادته. وللوقوف عند نية المشرع يجب أولا البحث عن نيته الحقيقية، وهذه الأخيرة تستنتج وتتضح من خلال عبارات النص 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 قصدتها 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 التي 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

¹ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 45.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 25.

لو أعاد وضع النص من جديد في ظل الظروف المستجدة، وما كان يمكن أن تتجه إليه إرادته وقت تطبيق النص.¹

ثالثا: الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون

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

1- يعاب عليها أنها حصرت مصادر القانون في التشريع وحده، وإغفال بقية المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف الذي يعتبر مصدرا هاما للقانون، حيث يعبر عن رغبات الجماعة وحاجاتها الاجتماعية تعبيراً مباشراً.

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.

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.²

الفرع الثالث: مذهب هيجل

هيجل هو فيلسوف ألماني كان يعمل استاذاً في بعض جامعات ألمانيا في مطلع القرن التاسع عشر مثل جامعة هايدلبرغ سنة 1816 ، وجامعة برلين سنة 1818 ، وله مؤلفات في بعض فروع

¹ خدام (دون اسم)، محاضرات في مقياس منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022/2021، ص: 19.

² المرجع نفسه، ص: 20، وراجع أيضاً: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 99، إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 29 و30.

الفلسفة ومنها فلسفة القانون التي أصدر بشأنها كتاب مبادئ فلسفة القانون، ومنتاول مذهب هيجل في الجزئيات التالية:

أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب هيجل

يتلخص مذهب هيجل في أن القانون يستمد أساسه وشرعيته وقوته الملزمة من صدوره عن الدولة، بحيث لا يوجد القانون إلا إذا صدر معبراً عن إرادة الحاكم في الدولة. ويقوم مذهبه على الأسس التالية:

1- الدولة سيدها نفسها في الداخل: فالقانون وفقاً لمذهب هيجل هو إرادة الدولة في الداخل بالنسبة لعلاقتها بالأفراد، وهو إرادتها في الخارج بالنسبة لعلاقتها بغيرها من الدول، ذلك أن الدولة سيدها نفسها ويجب أن يخضع لها كل من يدخل في تكوينها، وهي لا تخضع لإرادة أحد سواء داخل الدولة أو خارجها، حيث ينادي هيجل بسلطان الدولة سلطاناً مطلقاً، ويرى أن هذا السلطان المطلق يشمل علاقات الدولة بالأفراد في المجتمع الداخلي، وحتى علاقاتها بالمجتمع الدولي.

فعلى على المستوى الداخلي يرى هيجل أن المجتمع لا يرقى إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع الأفراد في المجتمع أن ثمة مصلحة عامة ومشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها، فتتحد إرادتهم وحياتهم بهذه المصلحة،¹ أو بتعبير آخر إذا أراد الأفراد أن تتحقق حقوقهم وأن يتمتعوا بحرياتهم، فما عليهم إلا الذوبان داخل المجتمع والانصياع للدولة ضمن ما يسمى "وحدة الإيرادات الفردية".² فسيادة الدولة وحدة واحدة لا تتجزأ، ويجب أن تذوب في وحدتها جميع الاعتبارات ووجهات النظر المختلفة، وأن تتجسد هذه السيادة في شخص واحد يمتلك القوة والسلطة، فتمكنه من التعبير بإرادته عن الإرادة العامة.³

2- الدولة سيدها نفسها في الخارج: يرى الفقيه هيجل على المستوى الدولي أنه لا توجد سلطة أو إرادة أعلى من سلطة أو إرادة الدولة بحيث تلزمها بسلوك معين في علاقاتها مع الدول الأخرى

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 32.

² خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 09.

³ المرجع نفسه، ص: 09، وراجع أيضاً: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 102.

وتجبرها على احترام هذا السلوك، ذلك أن الدولة سيدة نفسها ولا توجد سلطة أعلى منها، وأن جميع الدول متساوية في السيادة، ومن ثم فإنه لا توجد سلطة بشرية فوق الدول تختص بتنظيم العلاقات بين هذه الدول أو تختص بحل ما ينشأ بينها من منازعات، ولذلك تكون الحرب هي وسيلة الدولة لتنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي بشأن علاقاتها مع غيرها من الدول، ولحل المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين هذه الدول، وتنتهي الحرب دائما بحل النزاع لصالح الدولة الأقوى، وتعتبر النتيجة التي تنتهي إليها الحرب في نظر هيجل نوعا من القضاء الإلهي أو ما يشبه حكما من محكمة التاريخ، حيث يبين التاريخ على مر العصور أن الانتصار في الحروب يكون دائما للطرف الأقوى الذي يحق له النصر. وبذلك تكون الغلبة للدولة التي تستطيع فرض إرادتها بالقوة على الدول الأخرى¹.

ثانيا: النتائج المترتبة على مذهب هيجل

يمكن إبراز النتائج المتوصل إليها من الأسس التي يقوم عليها مذهب هيجل في النقاط التالية:

1- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: على اعتبار أن القانون في نظر الفقيه هيجل يصدر معبرا عن إرادة الحاكم، فإنه يترتب على ذلك اعترافه بالتشريع المصدر الوحيد والأساسي للقانون.

2- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري: أنكر الفقيه هيجل تماما قواعد القانون الدستوري، فهو لا يعترف إلا بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة، الأمر الذي يجعل القوة وحدها هي السبيل إلى تنفيذ رغبات الحاكم داخل الدولة دون مراعاة لأية قيود.

3- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام: أنكر الفقيه هيجل الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام، حيث يرى أن القوة هي السبيل الوحيد إلى تنفيذ ما يريده الحاكم في علاقة الدولة مع غيرها من الدول، دون مراعاة لأية مجاملات أو واجبات أدبية، فالدولة القوية هي التي تفرض سلطتها على بقية أعضاء المجتمع الدولي، من حيث توليها تنظيم العلاقات الدولية فيما بينهم، وحتى حل النزاعات المترتبة عن هذه العلاقات الدولية.²

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 33.

² المرجع نفسه، ص: 34.

- 4- إقرار مشروعية الحرب: أقر هيجل مشروعية الحرب، فهو يرى أنه في المجتمع الدولي لا محل لوصف الحرب بأنها غير عادلة أو غير مشروعة، فكل حرب تكون دائماً عادلة ومشروعة وتنتهي دائماً لصالح الطرف الأقوى الذي يكون جديراً بالنصر، ويؤدي ذلك إلى أن الدولة الأقوى هي التي تسود العالم وتهيمن على العلاقات الدولية إلى أن تتوافر لدولة غيرها قوة أكبر من قوتها فتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية، وبذلك ينقسم التاريخ إلى مراحل تتميز كل منها بسيطرة إحدى الدول الكبرى، وإذا تعادلت دولتان أو أكثر في القوة وأخذت تتنازع السيطرة فيما بينها فإن العالم لن يهدأ أو يستريح إلا إذا انتهى هذا التنازع بحرب تنتصر فيها إحدى الدول المتنازعة فتصبح لها السيطرة والهيمنة على العلاقات الدولية في العالم.¹
- 5- تفسير القانون وقت وضعه لا وقت تطبيقه.

ثالثاً: الانتقادات الموجهة لمذهب هيجل

- على غرار المذاهب السابقة، وجهت لمذهب هيجل عدة انتقادات يمكن إجمالها فيما يلي:
- 1- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون: حسب مذهب الفقيه هيجل فإن القانون هو المصدر الوحيد للقانون، مع إهماله بقية المصادر الأخرى، وفي مقدمتها العرف.
 - 2- الخلط بين القانون والقوة: حيث يؤخذ عليه أنه يوحد بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون، مما يؤدي إلى الاستبداد المطلق داخل الدولة، كما ينادي هيجل على سلب حريات الأفراد وتذويبهم تماماً في الدولة، ثم يعمل على تقديس إرادة الحاكم في الدولة على حساب حريات الأفراد، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى قيام الأنظمة الاستبدادية.²
 - 3- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري.
 - 4- إنكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام.
 - 5- إقرار مشروعية الحرب: أقر الفقيه هيجل في مذهبه مشروعية الحرب، وجعلها الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات بين الدول، بل وإلى السيطرة على العالم، حيث يجعل هيجل النصر والغلبة

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 34 و35.

² المرجع نفسه، ص: 35.

للدولة التي تملك القوة ولو لم تكن على حق في اعتداءها وغزوها للدول الأخرى، ولا شك أن هذا يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرار المجتمع الدولي.¹

6- يعاب على مذهب هيجل أنه اكتفى من القاعدة القانونية بمظهرها الخارجي، شأنه في ذلك شأن المذاهب الشكلية التي يندرج تحتها، دون البحث فيما وراء هذا المظهر الخارجي للكشف عن العوامل التي تؤثر في تكوين وتطوير القاعدة القانونية.²

الفرع الرابع: مذهب كلسن

كلسن هو فيلسوف نمساوي كان يعمل استاذاً لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917، كون بتعاليمه ومبادئه مذهباً عرف باسمه، كما عرف باسم مذهب القانون البحث، ذلك لأن كلسن يرى أن علم القانون البحث يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الانساني من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط التي تدخل في علوم أخرى لا يختص بدراستها رجل القانون البحث، وإنما يختص بدراستها علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة أو غيرهم حسب نوعية هذه الضوابط.

وفيما يلي يتم تبيان الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن، ثم نتأجه، ثم الانتقادات الموجهة له.

أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

يقوم مذهب الفقيه كلسن على الأساسين التاليين:

1- استبعاد العناصر غير القانونية: يرى "كلسن" وجوب استبعاد كافة العوامل غير القانونية من نطاق القانون، كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والمبادئ المثالية والأخلاقية والعقائد والمفاهيم السياسية وغيرها. فالقانون البحث يجب أن يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي باعتبارها أوامر صادرة من ارادة تملك قوة الاجبار، هي ارادة الدولة التي تجمل الأمر واجب الطاعة وترجع اليها مصادر القانون، ولكن دون التصدي لتقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها، ذلك أن الاهتمام بمضمون أو بأسباب نشأة هذه الضوابط

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 36.

² إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 104.

القانونية هو من اختصاص علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة، وليس من اختصاص رجل القانون البحث الذي يجب أن يقتصر على التعرف على القانون كما هو، والبحث عن صحة صدوره من الشخص أو الهيئة صاحبة الاختصاص في التعبير عنه والتحقق من اتباعه كما حددت السلطة المختصة أو عدم اتباعه دون أن يبحث فيما إذا كان مضمون القانون عادلا أو غير عادل، متقفا مع مصلحة المجتمع أو مخالفا لها.¹

2- وحدة القانون والدولة: على خلاف أوستن وهيجل اللذين يردان القانون إلى إرادة الدولة ومشيئتها بحيث تعتبر الأخيرة صانعة القانون، فإن كلسن أخطأ بينهما (الدولة والقانون) خلطا تاما، إذ أنه وحد بين القانون والدولة وأدمجها معا، معتبرا القانون هو الدولة، والدولة هي القانون.²

فبحسبه، يتكون القانون من عدة إرادات متسلسلة الدرجات في شكل هرمي، كل درجة أدنى تستمد شرعيتها وصلاحياتها وإلزاميتها من الدرجة التي تعلوها، وصولا إلى قمة الهرم. فالدولة عنده ليست شخصا معنويا وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية، حددها على سبيل الحصر، شبيهة بالهرم التدريجي تبتدأ قاعدته بالأوامر الفردية، فالأحكام القضائية، فالعقود، فالتشريع، وصولا إلى قمة الهرم ممثلا بالدستور، وما يخرج عن الهرم وجب استبعاده.³

ثانيا: النتائج المترتبة على مذهب كلسن

انطلاقا من الأساسيين السابقين، يمكن إجمال النتائج المترتبة على مذهب الفقيه كلسن، فيما يلي:

1- عدم الوقوع في التناقض عند الأخذ بفكرة وحدة القانون والدولة: يرى كلسن أن القول بأن القانون هو إرادة الدولة، وهو نفس ما تقول به المذاهب الشكلية الأخرى يتناقض مع القول بوجود تقيد الدولة بأحكام القانون، إذ كيف يمكن القول بأن إرادة الدولة هي القانون ثم يقال بعد ذلك أنه يجب على الدولة أن تتقيد بأحكام القانون، فطالما أن القانون هو إرادة الدولة فإن

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 38.

² خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 14.

³ المرجع نفسه، ص: 15.

أي مخالفة للقانون من جانب الدولة تكون إرادة جديدة منها، أي قانونا جديدا يعدل القانون الذي خالفته الدولة، وبذلك يستحيل أن تنقيد الدولة بالقانون.

إذ القول بأن الدولة هي القانون لا يمكن معه تصور عدم تقيد الدولة بالقانون لأن عدم تقيدها به يقضي أن تكون الدولة مستقلة عن القانون، وذلك بأن تكون الدولة والقانون شيئين متميزين كل منهما عن الآخر، في حين أن كليهما ليسا سوى شيء واحد.¹

2- وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص: القانون العام، هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين طرفين يكون أحدهما أو كلاهما صاحب سلطة وسيادة، أما القانون الخاص، فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين طرفين باعتبارهما شخص عادي،² يرى كلسن أن التفرقة بين القانون العام والخاص لا يرجع أصلها إلى القانون الوضعي، بل يرجع إلى الرغبة في إعطاء الحكومة نوعا من الحرية إزاء التشريع، وإظهار علاقات القانون الخاص كأنها بعيدة عن التيارات السياسية.

إن العلم القانوني البحت ليس في حاجة إلى إخفاء مثل هذا الأمر وبالتالي ليس في حاجة إلى الإبقاء على تفرقة لا فائدة منها، ذلك أن علم القانون البحت يقتصر على الضوابط القانونية التي تحكم سلوك الإنسان وتستبعد منه جميع العناصر الأخرى التي تدخل في علوم أخرى، وبصفة خاصة العقائد في السياسية، ومنه فإنه لا مجال لتقسيم القانون إلى عام وخاص، فالقانون في نظر كلسن هو مجموعة من القواعد القانونية العامة أو الفردية التي تتدرج بعضها فوق بعض في شكل هرمي.³

ثالثا: الانتقادات الموجهة لمذهب كلسن

يؤخذ على مذهب الفقيه كلسن جملة من الانتقادات، والتي يمكن تفصيلها فيما يلي بشيء من الإيجاز:

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 41.

² تجدر الإشارة في هذا الصدد أن التقسيم التقليدي للقانون إلى قانون عام وقانون خاص أصبح أمرا مسلما به في الفقه اللاتيني الحديث، نظرا للأهمية التي يكتنفها. للتفصيل راجع: حسن كيرة، المرجع السابق، ص: 59.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 42.

1- إخفاء مشكلة أساس القانون، فهو لم يضع حلا لها ذلك أن التدرج الهرمي للقواعد القانونية يقف عند الدستور دون أن يتمكن كل من إسنادها إلى قاعدة أعلى تستمد منها شرعيتها وفقا لتدرج القواعد القانونية، ولذلك اضطر إلى القول بوجود هذه القاعدة العليا وجودا مسبقا يجب التسليم به بحكم الواقع حيث يرى أن هذه القاعدة العليا قد تكون ناتجة عن ثورة أو مغتصب للسلطة فإذا لم يكن لهذا الضابط الأعلى وجود حقيقي فإنه يجب التسلي بوجوده على سبيل الافتراض.

2- أدمج كل من الدولة في القانون، وقال بوحدهما معا وهو قول يخالف الواقع فالدولة لها كيان مستقل عن القانون، حيث أصبح من المسلم به أن تنص الدساتير على تقييد سلطة الدولة باحترام المؤسسات والحقوق والحريات القائمة في المجتمع.

3- عدم الاعتراف بالعرف في التدرج الهرمي للقواعد القانونية، رغم أهميته كمصدر من مصادر القانون، ودوره في إنشاء القواعد القانونية.

4- إغفال قواعد القانون الدولي العام ولم يجعل لها مكانا في الهرم القانوني، حيث أرجعها إلى النظام القانوني لكل دولة في دستورها، وهو ما يصلح أن يكون سندا للقواعد القانونية التي تحكم العلاقات داخل الدولة دون القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدول.

5- إن القول بوجود قواعد قانونية فردية، يتنافى مع أهم خاصية للقواعد القانونية، وهي تميزها بصفتي العمومية والتجريد، ومن ثم فلا صحة للقول بوجود قواعد قانونية فردية يوجه الخطاب فيها إلى شخص معين أو واقعة محددة بذاتها.

6- يؤخذ على مذهب كل من تجريد القانون من كافة العوامل غير القانونية، كالعوامل الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية أو الأخلاقية التي تؤثر في نشأة القانون، فالقانون ظاهرة اجتماعية تتأثر بحقائق الحياة الاجتماعية ومثلها العليا.¹

المطلب الثاني: المذاهب الموضوعية

إن هذه المذاهب تعتبر بأن جوهر القانون لا يتمثل إلا في الواقع الملموس المشكل من الحقائق الاجتماعية، حيث تحاول الكشف عن هذه الحقائق ودورها في تكوين القاعدة القانونية، فهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع، غير أن أنصار هذه المذاهب الموضوعية وإن كانوا قد انفقوا فيما بينهم من

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 47.

حيث الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية إلا أنهم قد اختلفوا من حيث مضمون هذا الجوهر،¹ مما أدى إلى ظهور مدرستين: المدرسة المثالية التي ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله، أما المدرسة الواقعية فترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة.

وفيما يلي سيتم تبيان تفصيل المبادئ التي تقوم عليها كل من المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية، فيما يلي:

الفرع الأول: المدرسة المثالية

اعتقد الإنسان منذ القدم بوجود قانون أعلى من القوانين الوضعية في شكل قواعد أبدية ثابتة، وتصح في الزمان والمكان، فهي قواعد أودعها الله في الكون يجب على المشرع الارتكاز عليها عند وضع التشريع، هذا هو جوهر فكرة القانون الطبيعي.² فهي لا تدين بوجودها لإرادة إنسانية، أطلق عليه بالقانون الطبيعي، وجعلوه أسمى من القانون الوضعي، واعتبروه مقياساً لمدى عدل وكمال القوانين الوضعية.

ولقد عرف الأساس الطبيعي للقانون تطوراً عبر الأزمنة، وفيما يلي سيتم دراسة مبادئه والأسس التي تقوم عليها هذه المدرسة في الجزئيتين التاليتين:

أولاً: مذهب القانون الطبيعي

تم الاحتفاظ بفكرة القانون الطبيعي القائمة حول وجود قواعد خالدة وثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان لعدة فترات زمنية، إلا أنها شهدت من خلالها عدة تقلبات بين بؤادر الظهور عند (اليونان والانتشار (عند الرومان، والتراجع عند الكنسيين)، والاختفاء (في القرن 16)، ثم العودة والصعود (القرنين 17 و18، فالتراجع (القرن 19 وظهور المذهب التاريخي).³ وهو ما سيتم دراسته فيما يلي:

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 91.

² عمار سلطان، محاضرات في مقياس المنهجية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2021/2020، ص: 11، وراجع أيضاً: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 76.

³ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 23.

1- القانون الطبيعي في العصر اليوناني: لقد لاحظ قديما فلاسفة اليونان النظام الثابت الذي يسير عليه الكون ويخضع له كل كائن، كما لاحظوا أن علاقات الناس ومعاملاتهم تجري على نمط واحد لدى مختلف الشعوب، ومنه استنتجوا أن هناك قانون أعلى بقواعد خالدة ليست مكتوبة وليست من صنع الإنسان، وهي تحقق العدل لذا لا بد أن تؤخذ كمثل أعلى بالنسبة للقانون الوضعي.

2- القانون الطبيعي في العصر الروماني: برزت أيضا فكرة القانون الطبيعي عند الرومان أيضا، وأنه قانون مشترك بين جميع الشعوب، حيث نشأت قواعده من الطبيعة واكتشفها الإنسان بعقله، وهو قانون عالمي لذلك سمي بقانون الشعوب إذ ينادي بالحرية والمساواة بين كل الناس، حيث اعتبر الرومان القانون الطبيعي في هذه الفترة فكرة قانونية بعدما كانت فلسفية عند اليونان، فالقانون الطبيعي عندهم ينطبق على كافة الشعوب لأنه أعلى من القوانين الوضعية و سابق على وجودها.

ولقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى الرومان الذين خلصوها من الطابع الفلسفي، وأضفوا عليها النزعة القانونية، بحيث أصبحت قواعده مصدرا للقانون، تطبق على كافة الشعوب. من أبرز فقهاء الرومان نذكر: "شيشرون" القائل: "بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية، وبوجود قانون ثابت خالد مرافق للطبيعة وللعقل القويم، ينطبق على كافة الناس. واعتبره القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغد". وعبر عنه "جوستينيان" قائلا: "القانون الطبيعي هو السنن التي ألهمتها الطبيعة لجميع الكائنات الحية وأنه ليس مقصورا على الجنس البشري بل سائر على جميع الأحياء مما يحوم في الهواء أو يدب في الأرض أو يسبح في الماء".¹

3- القانون الطبيعي عند الكنسيين في العصور الوسطى: اصطبغت فكرة القانون الطبيعي بصبغة دينية في كنف الكنيسة المسيحية ورجالها، فتم إخضاع السلطان المدني للسلطان الديني وذلك بقصد تدعيم وتقوية سلطة الكنيسة، وانطلق رجالها من مبدأ أن قواعد القانون الطبيعي كامنة في الطبيعة، وأن هذه الأخيرة هي من صنع وخلق الله، وبالتالي ما يوجد فيها عبارة عن رسائل موجهة من الله لا يفهمها ولا يكتشفها إلا رجال الدين.²

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 54.

² المرجع نفسه، ص: 54 و 55.

كما اشتهرت هذه الفترة بتقسيم القديس "توماس الإكويني" القوانين إلى ثلاثة أنواع، بعضها فوق بعض، يعلوها القانون الإلهي والذي يمثل مشيئة الله ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، ولا يفهمه إلا رجال الدين، فهو مسألة إيمان واعتقاد لا مسألة عقل، يليه القانون الطبيعي ويشمل قواعد كامنة، والتي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها، يحدوه في ذلك الرغبة إلى الوصول إلى الكمال، وفي المرتبة الأخيرة القانون الوضعي والذي يضعه الإنسان.¹

4- القانون الطبيعي في العصر الحديث: بعد أن انقضت العصور الوسطى وزال عهد الإقطاع، بدأت تتكون الدول الحديثة شيئاً فشيئاً فظهر مبدأ سيادة الدولة الذي أطاح بسيادة الكنيسة، وهكذا نجحت فكرة القانون الطبيعي في القرنين 17 و18 عشر نجاحاً عظيماً، واتخذت طابعاً سياسياً. فقد اتخذ الفقهاء والفلاسفة من فكرة القانون الطبيعي وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، فهي حقوق تولد مع الإنسان ولا غنى عنها لمباشرة نشاطه، واستند هؤلاء الفقهاء والفلاسفة إلى قواعد القانون الطبيعي للمطالبة بتنظيم الدولة على أسس ديموقراطية تقوم على الحرية والمساواة، ذلك أن قواعد القانون الطبيعي تعترف للأفراد بحقوق وحرريات طبيعية لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها إلا بالقدر الذي يكفل لجميع الأفراد ممارسة حقوقهم وحررياتهم، كما استندوا لقواعد القانون الطبيعي للمطالبة بتنظيم المجتمع الدولي على أساس قانوني أبرز إلى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناها الحديث. وهو ما سيتم تبيانه فيما يلي بشيء من الإيجاز:

أ- القانون الطبيعي أساس للقانون الدولي العام: هو أن تراعى قواعده ومبادئه في تنظيم العلاقات بين الدول، ويرجع الفضل في إبراز فكرة القانون الطبيعي وجعلها أساساً للقانون الدولي العام إلى الفقيه الهولندي "جروسيوس" صاحب كتاب "قانون الحرب والسلام". ومن ضمن ما تضمنه هذا الأخير، تعريفاً للقانون الطبيعي على أنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملاً ما يعتبر ظالماً أو عادلاً تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً لمنطق العقل".

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

¹ فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص: 129.

² خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 26.

هناك سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفظ نزاعاتها، لكن بشرط أن تكون هذه الحرب عادلة. وتكون الحرب عادلة إذا كانت ردا على عدم العدالة التي يحدد القانون الطبيعي حالاتها، وهذه الحالات تظهر حين يكون هناك اعتداء على "الحقوق الأساسية" التي يعترف بها القانون الطبيعي للدول ذات السيادة، وهي الحق في المساواة، الحق في الاستقلال، الحق في الحفاظ على النفس، الحق في الاحترام والحق في التجارة الدولية¹.

ب- **القانون الطبيعي أساس للقانون الدستوري:** نتيجة المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة على الأفراد، اتجه الفلاسفة في تبريرها على أساس فكرة العقد الاجتماعي، غير أنهم اختلفوا في تحديد طرفي هذا العقد ومضمونه والآثار المترتبة عليه، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي:

- **العقد الاجتماعي عند هوبز:** يرى هوبز أن العقد قديم بين أفراد المجتمع ولم يكن السلطان طرفا فيه، وبمقتضى هذا العقد تنازل الأفراد عن كل حرياتهم للسلطان لكي يعمل على إقامة النظام وحفظ الأمن بينهم،² وهذا التنازل كامل غير مشروط ولا رجعة فيه لأن السلطان (الحاكم) ليس طرفا في العقد وأن الأفراد بتنازلهم عن حرياتهم له قد قبلوا مسبقا أن يعتبروا أن العدل هم ما يأمر به السلطان والظلم هو ما ينهى عنه، ومن تم يجب عليهم احترام ما يشرعه لهم مهما كان متعسفا أو مستبدا لأن استبداد الحاكم أفضل من الرجوع إلى عهد الفوضى والأناثية وسيادة.³

وعلى هذا الأساس فإن "هوبز" اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي وسيلة لتبرير السلطة الاستبدادية للحكام، ذلك أنه من أنصار النظام الملكي المطلق المستبد الذي كان يسيطر على إنجلترا في ذلك الوقت⁴.

¹ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 89.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، 1354 هـ-1936م، ص: 28.

³ علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص: 150.

⁴ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 66.

- **العقد الاجتماعي عند لوك:** ورأى لوك، وكان من أنصار الملكية المقيدة والذي دافع عن الثورة الإنجليزية التي قامت سنة 1966، أن العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان، على أن يتنازل أفراد الشعب عن جزء من حرياتهم الطبيعية ليتمتعوا بالجزء الباقي، فإذا أخل السلطان بتعهده من تمكين الناس من التمتع بالجزء الممكن من حرياتهم الطبيعية، جاز للشعب أن يفسخ العقد الذي أبرمه مع السلطان، وأن ينتفض عليه، وتكون الثورة في هذه الحالة مشروعة.¹

وعلى هذا الأساس فإن لوك من أنصار الملكية المقيدة، ولذلك فقد اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي وسيلة لمقاومة استبداد الملوك والحد من سلطانهم، والدفاع عن الثورة ضد الملوك والحكام الطغاة المستبدين.²

- **العقد الاجتماعي عند روسو:** أصدر جون جاك روسو سنة 1762 كتابا بعنوان "العقد الاجتماعي" قرر فيه أنه لا سلطان إلا للشعب، فالعقد الاجتماعي أبرم بين أفراد الشعب جميع وبمقتضاه تنازل الأفراد عن حرياتهم الطبيعية الفطرية غير المحدودة للشعب نفسه، على أن يتمتعوا بحريات مدنية منظمة بدلا من تلك الحريات الفطرية المطلقة، وعلى هذا النحو فإن الشعب يكون هو صاحب السلطة والسيادة في المجتمع، ولكن من غير الممكن أن يمارس هذه السلطة جميع أفراد الشعب معا، فإنهم أنابوا عنهم وكيلا يقوم بها (أي الحاكم أو السلطان ويشرف على تنظيم الحريات ويعمل على ضمانها، وهذا الوكيل هو الحاكم أو السلطان، غير أن هذا الحاكم لا يملك السلطة والسيادة فهو مجرد وكيل يعمل باسم الشعب، ولذلك يستطيع الشعب دائما أن يعزل هذا الحاكم إذا أخل بواجباته.³

* **تقييم فكرة العقد الاجتماعي:** أخذ على فكرة العقد الاجتماعي بأنها تقوم على مجرد الافتراض، فهي تفترض وجود اتفاق بين الأفراد بمقتضاه تم الانتقال حياة من الفطرة البدائية إلى حياة الجماعة المنظمة، وهو ما لم يؤيده التاريخ أو يثبتته الواقع، كما أنه لا يمكن أن يظل هذا الاتفاق ينتج آثاره على مر العصور وعبر الأجيال، بحيث تتقيد به الإنسانية منذ نشوء

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 28، علي مراح، المرجع السابق، ص: 150.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 67.

³ المرجع نفسه، ص: 68.

الجماعة إلى الأبد¹. فالضعف الحقيقي لهذه النظريات يرجع إلى القول بأن الناس عاشوا قبلا في عهد الفطرة فلم تنظمهم جمعية بشرية، والواقع من الأمر أن الجمعية البشرية وجدت منذ وجود الإنسان، ولم يعيش الإنسان ولا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع².

* الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي

يمكن إجمال أهم الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي فيما يلي:

- القول بوجود قواعد خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان هو قول غير صحيح يكذبه الواقع وينفيه التاريخ، فالقانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وهي متغيرة ومتطورة في الزمان والمكان فمن غير المعقول أن يثبت القانون على حال واحدة فهو يختلف من بلد لآخر، بل وفي البلد الواحد يختلف من زمن إلى زمن فهو متطور في الزمن.

- القول الذي يذهب إليه أنصار القانون الطبيعي من أن العقل هو الذي يكشف عن قواعد القانون الطبيعي، هو قول يؤدي حتما إلى تغير واختلاف هذه القواعد تبعا لاختلاف الأشخاص الذين يستخلصونه بعقولهم، لأن الأشخاص مختلفين من حيث التفكير والعواطف والمعتقدات الدينية والسياسية ودرجة الثقافة وظروف البيئة، مما يجعل كل منهم يستخلص بصدد مسألة معينة قاعدة من قواعد القانون الطبيعي تختلف عن القاعدة التي يستخلصها غيره، ومن تم تتغير القواعد بالنسبة للمسألة الواحدة، وبذلك لا تكون قواعد القانون الطبيعي ثابتة لا في الزمان ولا في المكان³.

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

أدت الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي إلى إعادة إحياءه من جديد مع نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، وتبلور ذلك في اتجاهين اثنين، هما كالتالي

¹ علي مراح، المرجع السابق، ص: 152.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 29.

³ للتفصيل بشأن ذلك راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 72-74، علي مراح، المرجع السابق، ص:

152، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص: 152.

1- القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

ذهب الفقيه "ستاملر" نتيجة الانتقادات السابقة، إلى القول بأن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد ومتغير في نفس الوقت، فهو خالد في فكرته متغير في مضمونه.¹ فلكل أمة قانونا يتلاءم مع حاجاتها الخاصة، وهو وليد التطور عميلات الاجتماعي وخلق البيئة، فالقوانين المتغيرة تتجمع كلها حول مبادئ أساسية ثابتة، وهذه المبادئ الأساسية هي القانون الطبيعي الذي لا يتغير في المكان ولا في الزمان. فالقانون الطبيعي إذا ثابتا لا يتغير، وإنما يكون ذلك في مبادئه الأساسية التي تسود مشتملاته التفصيلية، وهذه المشتملات التفصيلية تتغير من أمة إلى أمة ومن جيل إلى جيل، وتتطور متأثرة بالعوامل الاجتماعية المختلفة. فهناك اذن قانون طبيعي ثابت في أساسه، متغير في تفصيلاته، وهو القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة (Droit naturel à contenu variable)، وهو ما نادى به الفقيه "ستاملر". ولقد استمد أنصار مذهب القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة هذه المرونة من مذهب المدرسة التاريخية، التي اعترفت بتطور القانون، وفقا لظروف المكان والزمان، تطورا يغير من تفصيلاته دون أن يمس الأساس.²

2- الاتجاه الحديث نحو الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي

يرى أنصار هذا المذهب وعلى رأسهم الفقيه "بلانيول" والفقيه "جوسران"، أن الواقع والمنطق يكذبان فكرة وجود قانون مثالي، يتضمن قواعد تضع حلولاً عملية لكل المشاكل الحياتية، ومع ذلك يتميز بكونه ثابتا خالدا، لا يتغير، في حين أن مشاكل الحياة الاجتماعية لا تعرض بنفس الشكل في كل الجماعات وفي كل الأزمنة 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

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 76.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 33 و 34.

المثالية للقانون الطبيعي، الخالدة الثابتة التي لا تتغير بتغير الزمان والمكان، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل.¹

وبهذا، وبعدما كان يعتبر القانون الطبيعي أسمى 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 ومن أمثلة مبادئ القانون الطبيعي تذكر: الحق في الحياة، عدم الإضرار بالغير، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم التعسف في استعمال الحق.

إن هذا المذهب الأخير لاقى قبولاً وإجماعاً لكونه حافظ على أصل القانون الطبيعي وما يتميز به من كونه عبارة عن مجموعة قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، هي من وحي الطبيعة 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 العدل.

إذن، يمكن القول أن القانون الطبيعي أضحي 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 تكملته وسد ما يظهر عند تطبيقها من نقص أو قصور، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري يجعلها مبادئ القانون الطبيعي مصدراً للقانون حيث ورد فيها بأن: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".²

¹ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 30.

² المرجع نفسه، ص: 31، وراجع أيضاً: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 35.

الفرع الثاني: المدرسة الواقعية

إن هذه المذاهب تعتبر بأن جوهر القانون لا يتمثل إلا في الواقع الملموس المشكل من الحقائق الاجتماعية. وتشمل كل من المذاهب التاريخي، مذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي. لأن أصحاب هذه المذاهب مدخل إلى مناهج القانون والبحث العلمي رفضوا كلهم الأخذ بالأفكار المثالية التي جاءت بها نزعة القانون الطبيعي، غير أنهم اختلفوا فيما بينهم حول ما يمثل جوهر القانون بالنسبة لكل منهم¹.

وفيما يلي نتناول المذاهب السابقة بشيء من الإيجاز:

أولاً: المذهب التاريخي

المذهب التاريخي أو مذهب التطور التاريخي، يترجمه الفقيه "سافيني"، والذي جاء لمعارضة مذهب القانون الطبيعي. ودراسة هذا المذهب تقتضي التعرف على الأسس أو المبادئ التي يقوم عليها، ثم تبيان النتائج التي تترتب عليه، وأخير الانتقادات الموجهة إليه، وذلك كما يلي:

1- الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي

يقوم المذهب التاريخي على الأسس أو المبادئ التالية:

أ- إنكار فكرة وجود القانون الطبيعي: حيث يرى "سافيني" أنه لا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل، لأن القول بأن العقل هو الذى يكشف عن قواعد القانون الطبيعي، يؤدي حتما إلى قواعد مختلفة تختلف باختلاف تفكير الأشخاص وتؤثر كل واحد منهم بالظروف التي تحيط به، و بآرائه وميوله الشخصية وعواطفه ومعتقداته الدينية وغيرها².

ب- اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع: يرى "سافيني" أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، فهو حدث اجتماعي ينشأ الجماعة ويتأثر بظروفها الجغرافية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية وغيرها. فالقانون ينشأ ويتطور مع كل مجتمع حسب ظروفه المختلفة، ولذلك فإن قانون كل دولة يختلف عن قانون غيرها من الدول، بل إن القانون

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 91 و92.

² إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 85 و86.

يختلف ويتغير في الدولة الواحدة من زمان الى اخر تبعا لتغير الأحوال والظروف السياسية أو الاقتصادية أو غيرها.¹

ج- **تكون القانون وتطوره آليا:** إن القانون ليس من خلق وإنشاء الإرادة الانسانية، ولا من وحى مثل أعلى، ولكنه من صنع الزمن، ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة على مر الزمن، فهو ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة حيث يتكون ذاتيا بطريقة آلية دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في تكوينه. كما أنه ينمو ويتطور بشكل تلقائي ليست من وراءه إرادة بشرية تدفعه وتؤثر فيه.²

2- النتائج المترتبة على المذهب التاريخي

يمكن إيجاز النتائج المترتبة على المذهب التاريخي، فيما يلي:

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

ب- **حصر دور المشرع:** القانون الذي يصدره المشرع ليس من وضعه، لأن القانون يوجد نفسه ويتكون تلقائيا بطريقة آلية كلما تغيرت الظروف وتطورت إذ يقتصر دور المشرع على مراقبة تطور هذا القانون في ضمير الجماعة، ثم تسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس، وبذلك تصبح وظيفته سلبية قاصرة على تسجيل مضمون الضمير الجماعي وتطوره على مر الزمن (دوره لا يكمن في تكوين وإنشاء القاعدة القانونية ووضعها، وإنما ينحصر في تسجيل ما يخرج من الضمير الجماعي، فالقانون هو من وحي البيئة الاجتماعية).³

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 86.

² المرجع نفسه، ص: 87.

³ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 34.

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

د- تفسير القانون وقت تطبيقه لا وقت وضعه: يجب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع أن لا يتحجج البحث عن نية المشرع وقت وضع هذه النصوص، لأن هذه النية كانت وليدة الظروف التي أحاطت بها وتؤدي إلى جمود القاعدة القانونية وعدم مواكبتها للتطورات. بل يجب أن يتحجج البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يحتمل أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص التشريعية ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها¹.

3- الانتقادات المترتبة على المذهب التاريخي

يمكن إجمال أهم الانتقادات المترتبة على المذهب التاريخي، فيما يلي:

- ربط القانون بالضمير الجماعي، فأغفل بذلك دور الإرادة الإنسانية وأنكر دور العقل في تطور القانون.

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

- المبالغة في اعتبار القانون وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع.

- اعتبار العرف مصدراً وحيداً للقانون وإهمال بقية المصادر الأخرى التي لا يمكن إنكارها وإغفالها.²

¹ خدام (دون اسم) المرجع السابق، ص: 35.

² المرجع نفسه، ص: 36، وللتفصيل بشأن ذلك راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 87 و88.

- القول برفض التقنين واعتباره عملا ضارا بالقاعدة القانونية مبالغ فيه، فلقد أظهر التشريع فعاليته ونجاعته في مواكبة التطورات من خلال تعديل القواعد القانونية، أو إلغاء بعضها، أو إدراج وإضافة أخرى تستجيب للظروف المستجدة.¹

ثانيا: مذهب الغاية الاجتماعية

وهو من المذاهب التي تعتبر بأن غاية القانون لا تتمثل في البحث عن ما هو عادل بل عن ما هو نافع وتتشكل هذه التركة من كل من الإنجليزي "جيريمي بنظام"، والألماني "رودولف إهرنج" اللذان تأثر الفقيه "إيهرنج" بأعمال الفلاسفة الإنجليز الآخذين بالترعة البراقماتية "هوبس" و"لوك" المعتمدين لفكرة اللذة أو المنفعة كأساس لتصورهم للقانون، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، بفكرة تطور الأجناس لـ"تشارلس داروين" حيث يرى بأن النفعية لا تدل على اللذة بل على إرادة وكفاح الإنسان من أجل ملاءمته مع الوسط الاجتماعي.²

1- الفلسفة أو الفكرة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية

يرى "إيهرنج" أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، وقد يتطلب تحقيق هذه الغاية شيئا من الكفاح واستخدام القوة والعنف من جانب الإنسان لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة، فالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الإنسانية في عصورها المختلفة كانت تقوم دائما دفاعا عن مبادئ قانونية، وكفاحا من أجل تعديل أوضاع قانونية لم تكن تتفق مع الظروف الاجتماعية القائمة، فتحرير الرق من السادة، وتحرير العمال من أصحاب العمل...لم يتحقق إلا بعد كفاح طويل وتضحيات كبيرة لتعديل وتغيير أوضاع قانونية كانت سائدة.

وعلى ذلك الأساس فإنه وفقا لمذهب "إيهرنج"، فإن الغاية هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه، والكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية.³ فالقانون، وهو ينظم الروابط الاجتماعية، ليس إلا وسيلة لتحقيق غاية

¹ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 35 و36، وللتفصيل راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 89-95.

² بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 91 و92.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 97 و98.

المجموع من وراء تحقيق الغايات الشخصية للأفراد بعد التوفيق بين هذه الغايات الشخصية وغاية المجموع، من طريق الثواب والعقاب.¹

2- الانتقادات الموجهة لمذهب الغاية الاجتماعية

بداية نذكر مزايا مذهب الغاية الاجتماعية، من مزايا الغاية الاجتماعية أنه بجانب ما وقع فيه مذهب التطور التاريخي من المبالغة في تصوير القانون تطورا يقع من تلقاء نفسه، وينتزع من "ضمير الأمة" وهو تطور أعمى لا قصد له ولا غاية، فنظرية "أهرنج" تجعل للقانون غاية يحققها هي حفظ المجموع، فإذا كانت هناك قاعدة قانونية أصبحت غير صالحة لتحقيق هذه الغاية وجب أن تتغير، ولو اقتضى تغييرها كفاحا ونضالا، فالنظرية إذن تستفز العزيمة وتبعث على العمل، وتنفض غبار الانكال الذي يتراكم في مذهب التطور التاريخي، وهو المذهب الذي يدع الانسان يكثف يديه مكتفيا بأن ينظر القانون يتطور.

والواقع من الأمر أن القانون من عمل الانسان، يريد ويكافح في سبيل تحقيق ما يريد . وما الحركات الكبرى التي خطت بالإنسانية الى الأمام إلا حركات قامت على كفاح عنيف، ثم خرجت فائزة من هذا الكفاح، هكذا قامت حركات التحرير، تحرير الرقيق، وتحرير المرأة ، وتحرير الشعوب وتحرير العمال.²

أما عن الانتقادات الموجهة لمذهب الغاية الاجتماعية، فيمكن إجمال أهمها فيما يلي:

- أخذ عليه أنه يجعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل في هذا المجتمع.
- يبني القانون على الكفاح والصراع، ويربط تطوره بنتيجة هذا الكفاح والصراع الذي تكون الغلبة فيه للقوة حتى ولو لم تكن على حق.
- أخذ عليه المغالاة في جعل تطور القواعد القانونية كلها متوقفة على إرادة الأنسان.
- إنكاره للعرف بالرغم من أهميته في مصادر القاعدة القانونية.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 37.

² المرجع نفسه، ص: 38.

ثالثاً: مذهب التضامن الاجتماعي

يعتبر ديجيه (Duguit) زعيم القائلين بمذهب التضامن الاجتماعي من رجال مت القانون، وقد بسط مذهبه في مؤلفات له كثيرة، وهو يبسطه على أنه مذهب علمي واقعي (Positive) يعيد كل البعد عن التأثير بالميتافيزيك (Métaphysique) والميتافيزيكا تختلف عن العلم في أنها تبحث في الأصل الأول للأشياء، فلا تقف عند الشكل والصورة، بل تتجاوز ذلك إلى الجوهر، وهذا الأصل الأول هو المجهول الواجب الوجود، ولا وسيلة لإدراكه غير العقل، أما العلم فتقتصر دائرته على الواقع المحسوس، ولا شأن له بالمجهول الذي لا يقع تحت الحس ولا يخضع للتجارب، فالتجارب والعقل هما الوسيلتان للبحث العلمي.¹

1- الأسس التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي

- وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان مع غيره من الناس فهو حقيقة ملموسة، لأن الإنسان لا يستطيع أن يعيش إلا في المجتمع لعدم قدرته على توفير حاجاته إلا في ظل حياة مشتركة مع الآخرين ضمن مجتمع، ومن هذا المنطلق يرتبط بأفراد المجتمع ارتباطاً تضامنياً.

- وجود تضامن بين أفراد المجتمع لأن الإنسان لا يستطيع أن يفي كل حاجاته بنفسه معزلاً عن باقي أفراد المجتمع، ولذلك فهو يتضامن مع غيره من أفراد المجتمع لإشباع هذه الحاجات المشتركة والمصالح المتبادلة.

والتضامن، نوعان: تضامن بالاشتراك أو بالمشابهة، والذي يقصد به اشتراك الناس في الشعور بحاجات أو رغبات متشابهة يتطلب تحقيقها تضامن الأفراد فيما بينهم، وتضامن بتقسيم العمل، والذي يعني توجيه الجهد والنشاط نحو عمل معين أو خدمة معينة ثم يتبادل مع غيره ثمرة مجهوده ونتائج عمله وخدماته. وإن هذا التضامن يقتضي تحقيقه وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد، عن طريق تبيان الأعمال التي يجب القيام بها، والأعمال التي يجب الامتناع عنها تحقيقاً للتضامن الاجتماعي، وتوقيع الجزاء في حال مخالفتها، وهو ما يعرف بالشعور بالعدل.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 39.

² للتفصيل بشأن ذلك، راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 100-105.

2- الانتقادات الموجهة لمذهب التضامن الاجتماعي

لقد وجهت لمذهب التضامن الاجتماعي جملة من الانتقادات تمثلت في:

- إن تطبيق المنهج العلمي التجريبي على الظاهرة الاجتماعية بما فيها القانون صعب ويستحيل في بعض الحالات، وهذا لأن الظواهر الاجتماعية هي ظواهر إرادية تخضع لقانون الغاية، فهي تتجه نحو تحقيق غاية معينة، ولا بد من تدخل الإرادة الإنسانية لتحقيقها عكس الظواهر الطبيعية التي تخضع لمبدأ السببية، فيمكن إدراك النتيجة بالمشاهدة والتجربة كلما توافرت

الأسباب اللازمة، وبالتالي يسهل تطبيق المنهج التجريبي الواقعي عليها.

- كما أن العلوم الاجتماعية تهدف إلى معرفة ما هو كائن وما يجب أن يكون، وهنا، فهي تخضع لمبدأ التنبؤ والتطلع والذي يخرج عن دائرة الملاحظة والتجريب. كما أن الظاهرة الاجتماعية تمتاز بالتشابه والتغيير المستمر هذا ما يجعل تطبيق المنهج التجريبي عليها شيء صعب وعسير. ومن ثمة، ففكرة "دوجي" فيما يخص تطبيق الملاحظة والتجربة على الظاهرة الاجتماعية لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها¹.

- لقد حملت فكرة دوجي نوعاً من التناقض بسبب خروجه عن الأساس الواقعي التجريبي وذلك من خلال اعتماده على التضامن بين الأفراد كأساس للقاعدة القانونية وإغفاله للتنافس والتنازع بين الأفراد والذي يعتبر حقيقة واقعية ملموسة، ومن هنا فقد خرج "دوجي" عن نزعته الواقعية باعتماده على النزعة المثالية وهذا من خلال ارتكازه على مثل أعلى تمثل في حقيقة التضامن بين الأفراد وترك حقيقة التنافس والتنازع.

- كما أن التضامن بين الأفراد يكون في الخير ويكون أيضاً في الشر، إلا أن "دوجي" اكتفى بالتضامن في الخير دون التضامن في الشر، فأعطى للتضامن قيمة مثالية، وفي هذا تعارض واضح مع منهجه الذي لا يقوم إلا على أساس علمي واقعي ويستبعد كل ما هو مثالي².

- جعل "دوجي" شعور الأفراد بالعدل أساس القاعدة القانونية، وهذا معناه تحكيم الأهواء الشخصية، والنزعة الذاتية والنزاعات الفردية (وهنا أيضاً تناقض مع مبادئه وأفكاره كونه ينادي إلى ضرورة إعمال العقل والتقييد بالموضوعية، ومن ثم جعل أساس القانون خاضعاً للنزعة الذاتية ألا وهي الشعور النابع من الأفراد بما هو عدل)، في حين أن القانون يجب أن يستند

¹ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 40 و41.

² المرجع نفسه، ص: 40 و41.

إلى الحقائق الموضوعية، والعدل كحقيقة ثابتة كما يفرضها العقل وليس كما يشعر به الأفراد، فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذي يخضع للأفراد.

- رغم أن مذهب دوجي قد حمل مجموعة من الجوانب السلبية، إلا أنه أظهر أهمية الحقائق الواقعية الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القاعدة القانونية، كما أعطى بعدا علميا مبنيًا على أساس الملاحظة والتجربة في القانون المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القاعدة القانونية، كما أعطى بعدا علميا مبنيًا على أساس الملاحظة والتجربة في القانون.¹

المطلب الثالث: المذاهب المختلطة

تجمع المذاهب المختلطة بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية، حيث تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وفي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، ومن أبرز الفقهاء الذين قالوا بالمذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي "جيني"، كما تأثر الفقه الحديث بمذهب الفقيه "جيني"، حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين، عنصر مثالي، وعنصر واقعي.

وفيما يلي سندرس مذهب الفقيه "جيني" (الفرع الأول)، ثم جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مذهب الفقيه "جيني"

كان "جيني" استاذا للقانون بجامعة نانس بفرنسا، ومن أشهر مؤلفاته كتابه الذي أصدره في أربعة أجزاء بين سنتي 1924، 1914 بعنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي"، وعرض فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته. ولذلك فإن مذهب "جيني" يسمى أيضا بمذهب أو نظرية "العلم والصياغة".²

¹ خدام (دون اسم)، المرجع السابق، ص: 40 و41، وراجع أيضا: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 106-110، علي مراح، المرجع السابق، ص: 171-173، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص: 190 و191، بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 94-97.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 45.

وفيما يلي سيتم تبیان الأسس التي يقوم عليها مذهب الفقيه "جيني" أولاً، ثم تبیان الانتقادات الموجهة لمذهبه ثانياً.

أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب "جيني"

يعترف "جيني" أنه لم يبتكر مذهباً جديداً أو نظرية جديدة، وإنما اقتصر على تحليل المذاهب الأخرى الموضوعية والشكلية وحاول التوفيق بينهما، ولذلك أقام "جيني" مذهباً على أسس تأثر في تقريرها التوفيق بينها بالمذاهب الموضوعية والشكلية.¹

فقد تأثر بالمذاهب الموضوعية، المثالية والواقعية، حيث قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة والتجربة، مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل.

كما تأثر أيضاً بالمذاهب الشكلية، حيث قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية صالحاً للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة لكي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة مجردة.² وفيما يلي نبين الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب:

1- عنصر العلم

العلم، بالمعنى الواسع الذي يريده "جيني"، هو المادة التي يستخلصها العقل من طبيعة الروابط الاجتماعية المتطورة، مستهدياً بمثل أعلى ينور طريقه،³ فالعلم إذن هو المادة والجوهر لم يقصد "جيني" بعنصر العلم المعرفة القائمة على المشاهدة والتجربة فقط، بل يقصد به أيضاً كل معرفة تقوم على التأمل والتفكير العقلي. ومن ثم فإن جوهر القاعدة القانونية أو عنصر العلم، يتكون من أربعة أنواع من الحقائق، هي:

أ- الحقائق الواقعية أو الطبيعية: وتشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به، من واقع جغرافي وبيئي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية وغيرها.

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 111.

² المرجع نفسه، ص: 112.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 45.

ب- **الحقائق التاريخية:** ويقصد بها القواعد والنظم التي تكونت عبر الزمن لتنظيم حياة الأفراد وسلوكهم على مر الزمن.¹

ج- **الحقائق العقلية:** وتشمل القواعد التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية، فيصقل العقل هذه الحقائق ويحورها بحيث تصبح منقحة مع الغاية التي وجد من أجلها القانون.²

د- **الحقائق المثالية:** ويشمل المثل العليا التي تساهم في تقدم القانون وسموه وكماله، فهي حقائق تتضمن بعض الاتجاهات أو النزعات المثالية أو الكمالية للنظام القانوني.³

وعلى هذا النحو يعطي "جيني" الأفضلية والغلبة للحقائق العقلية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.⁴

2- عنصر الصياغة: لا تكفي الحقائق السابقة في القاعدة القانونية، فهي لا تقدم للقانون الوضعي سوى توجيهات هامة لا تكفي للتطبيق في الحياة العملية، فهي تقدم له المادة الأولية التي تتكون منها،⁵ وبالتالي فإن للقواعد القانونية تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية، وهذا يتمثل في عنصر الصياغة التي تجعلها عامة ومجردة وملزمة ولها جزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية، وهذا يعرف "جيني" الصياغة بأنها "فن التشريع"، فهي تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبذلك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تمييز بما فيهم واضعها، وهكذا يتحقق مبدأ سيادة القانون.⁶

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 116.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 47.

³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 118.

⁴ المرجع نفسه، ص: 120.

⁵ المرجع نفسه، ص: 120.

⁶ علي مراح، المرجع السابق، ص: 176.

ثانياً: الانتقادات الموجهة لمذهب "جيني"

يمكن إجمال الانتقادات الموجهة لمذهب الفقيه "جيني"، فيما يلي:

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

- كذلك أخذ على مذهب "جيني" أنه من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية.¹

فالحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الاجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية. كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجياً من الحقائق العقلية تبعاً لنمو نزعة الكمال والتقدم، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية، ولذلك فإن الفقه الحديث يتجه الى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية تحت طائفتين من الحقائق هما الحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية.²

الفرع الثاني: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

نتطرق فيما يلي، إلى جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث، والتي تتكون من العنصرين

التاليين:

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 123.

² المرجع نفسه، ص: 123.

أولاً: العنصر الواقعي

ويتمثل العنصر الواقعي الذي تتكون منه جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من الحقائق التالية:

- 1- **الحقائق الطبيعية أو البيئية:** ولها دور كبير في تكوين القواعد القانونية، سواء تعلقت هذه الحقائق بطبيعة الإنسان أو بطبيعة البيئة التي يعيش فيها الإنسان.¹
- 2- **الحقائق الاقتصادية:** هي الأخرى تسهم بدور كبير وفعال في تكوين وتطوير القواعد القانونية، الأمر الذي يتعين معه أخذ هذه الحقائق في الاعتبار عند وضع القواعد القانونية.²
- 3- **الحقائق السياسية والاجتماعية:** وهي تلك الأفكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع، والتي تدخل ضمن حقائق الحياة في الجماعة.³
- 4- **الحقائق الدينية والأخلاقية:** وهي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقد واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة في تكوين وتطوير القواعد القانونية التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع القواعد القانونية.⁴
- 5- **الحقائق التاريخية:** والحقائق التاريخية، باعتبارها النظم القانونية التي مرت بها الجماعة عبر الزمن، وتعتبر من الحقائق الهامة التي تدخل في تكوين القواعد القانونية، ولا يجوز إنكار ما تقوم به من دور هام في إنشاء وتوجيه وتطوير القواعد القانونية.⁵

ثانياً: العنصر المثالي

لا تكفي العوامل السابقة لتكوين القاعدة القانونية عند جيني بل لا بد أن تلحقها قيمة معينة تبرز وجوبها و تقاس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل، ويقصد بمفهوم العدل إعطاء كل ذي حق حقه و المساواة بمفهومها العام. و للعدل ثلاثة صور تختلف باختلاف الأطراف، وهي كالتالي:

¹ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 125.

² فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص: 213.

³ المرجع نفسه، ص: 127.

⁴ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 128.

⁵ المرجع نفسه، ص: 128.

- 1- **العدل التبادلي:** كان مقصورا على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع قبل أن يتوسع نطاقه إلى كل علاقات الأفراد، و هو يقوم على تساوي الأفراد بما يعني احترام كل منهم لحق الآخر بإعطائه إياه أو الامتناع عن الاعتداء عليه، ويستوي أن يكون حق الفرد ابتداء أي كل ما يتعلق بوجوده وكيانه المادي والنفسي أو اكتسابا أي كل ما اكتسبه الفرد، ويكون العدل بإقرار كل فرد على ما اكتسبه بطريق مشروع.
- 2- **العدل التوزيعي:** ويتحقق العدل التوزيعي ضمن نطاق الجماعة في توزيع المنافع والوظائف العامة والأعباء، مثل: الضرائب والتي تكون بشكل تصاعدي يتناسب مع الأجور أو المداخل، بحيث لا تكون المساواة بين الأفراد مطلقة بل تراعي حاجاتهم ومقدراتهم.¹
- 3- **العدل الاجتماعي:** هو العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالجمتمع وما يقتضيه وجوب اشتراك كل الأفراد في خدمة الجماعة وتحقيق المصلحة العامة، مثل: وجوب الدفاع عن الوطن وتقديم الرسوم والضرائب والمحافظة على النظام العام وطاعة الحكام واحترام القوانين².

أسئلة تقييمية

- 1- لخص بإيجاز الأسس التي يقوم عليها المذهب الشكلي؟.
- 2- حدد بدقة وجه الاختلاف بين نظرية القانون الطبيعي، ونظرية القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير؟.
- 3- جميع أنصار مذاهب المدرسة الواقعية يتفقون أن جوهر القانون لا يتمثل إلا في الواقع الملموس المشكل من الحقائق الاجتماعية. ما رأيك، مع التعليل؟.
- 4- مذهب الفقيه جيني هو مذهب جديد ومبتكر، يقوم على أن القانون مستمد من حقائق الحياة في الجماعة. ما رأيك؟.
- 5- الحقائق العلمية، هي الحقائق التي يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة. أذكر المذهب الذي يستدل به أصحابه على هذا الأساس.

¹ عمار سلطان، المرجع السابق، ص: 17.

² المرجع نفسه، ص: 134، وللتفصيل بشأن ذلك، راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص: 128-134.

المبحث الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

يهدف القانون الوضعي الى تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية أو في العلاقات الاجتماعية أي أنه يحقق الأمن والمساواة "القانونية" بين الافراد فبوجوده المسبق يستطيع الأفراد، بكل أمان، أن يتصرفوا وفقا له وبمعرفة تامة لما يريده القانون الذي ينظم هذه التصرفات. فلا مجال، اذن للمفاجآت، فالقانون الوضعي بثباته ودقته يدخل الامن في العلاقات في المراحل التي تزداد فيها هذه العلاقات بين الأفراد. ولذلك قيل إن تطور القانون الوضعي أو ازدهاره قد ارتبط بتطور الرأسمالية في القرن الثامن عشر الأوربي.¹

انطلاقا مما سبق، سيتم تبيان ماهية السياسة التشريعية (المطلب الأول)، والصياغة التشريعية (المطلب الثاني)، ثم تبيان عوامل جودة الصياغة التشريعية من منظور الحكم الجديد (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية السياسة التشريعية

مما لا شك فيه، أن السياسة التشريعية تنصب على تحليل الواقع الاجتماعي لتحديد الحاجات البشرية وفقا لمتطلبات العلاقات الاجتماعية، ومن ثمة يتوجب على المشرع إقامة القواعد القانونية أو القانون المناسب أو الملائم ليعالج هذه الحاجات بالشكل الأمثل بغية تحقيق الهدف المطلوب. وفيما يلي سيتم دراسة مفهوم السياسة التشريعية (الفرع الأول)، وموضوعها (الفرع الثاني)، وأخيرا تبيان مصادرها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم السياسة التشريعية وأهدافها

طالما أن القانون الوضعي أداة أو وسيلة لتحقيق هدف أو غاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية (أو هذا وذاك من الأهداف)، فهذا يتطلب أن يكون لدى المشرع، واضع القانون أو القاعدة القانونية تصور مسبق عن هذا الهدف أو هذه الغاية المراد تحقيقها. فالقانون هو اختيار أو موقف

¹ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 200.

القابض على السلطة، من الأمور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع بغية تنظيمها أو تغييرها.

والقانون الوضعي في الحقيقة، هو اختيار سياسي، لأن السياسة بمعناها الأصلي هي كل ما تعلق بحياة المدينة أو الدولة، والقانون هو تنظيم حياة المجتمع والمدينة أو الدولة من خلال تنظيم علاقات ونشاطات الأفراد المكونين لها. فبهذا المعنى يمكن القول أنه يكمن وراء كل قانون وضعي اختيار أو موقف سياسي للقابضين على السلطة أي للمشرع. ولذلك يجب أن يكون لكل مشرع أو عبارة أدق لكل دولة سياسة في مجال إقامة أو وضع القانون تحدد الأهداف أو الغايات المختلفة التي يجب أن يحققها القانون الوضعي. ولذلك يطلق على هذه السياسة اسم "السياسة التشريعية" أو "السياسة القانونية". وعليه فإن السياسة التشريعية أو القانونية هي مكنة وفن تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون¹.

أما عن أهداف السياسة التشريعية، ففي الحقيقة لها هدفين أو وجهين: هدفا ينصب على تحليل الواقع الاجتماعي بمساعدة العديد من العلوم لتحديد الحاجات البشرية التي يراد طمأننتها لأن القانون يوضع وفقا لحاجات الحياة الاجتماعية أي وفقا لمتطلبات العلاقات الاجتماعية.

والهدف أو الوجه الآخر للسياسة التشريعية، هو إقامة القاعدة القانونية أو القانون الذي يحقق القاعدة الهدف المطلوب. لذا كان العمل التشريعي دقيقا حيث أن القانون يجب أن يقام وفقا للحاجات الاجتماعية، ومن ثم يتوجب على المشرع معرفة هذه الحاجات بالدقة اللازمة ليضع القانونية أو القانون المناسب أو الملائم ليضمن أو يعالج هذه الحاجات بالشكل الأمثل. لذلك نرى اليوم، في معظم أنحاء العالم، حيث تتعدد الحاجات وتتشابك المصالح، أن أغلبية مشاريع القوانين تعدها "الحكومة" بعد دراسة مستفيضة، فالمجالس النيابية، نظرا لعددتها ونوعية أعضائها، عاجزة، إلى حد كبير، عن القيام بذلك².

¹ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 202.

² المرجع نفسه، ص: 204.

الفرع الثاني: أبعاد السياسة التشريعية

قد يكون لصاحب مشروع القانون غالباً ما تكون (الحكومة) موقف أو فكرة محددة من قضية محددة قد لا يرقى إلى مرتبة سياسية تشريعية، ومثال ذلك فرض التأمين الإجباري على السيارات أو أن يتم الطلاق أمام قاضي الأحوال الشخصية. وقد تنصب السياسة التشريعية على قطاع بأكمله اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي فيراد إصلاح شامل لواقع المجتمع، وعندها توضع استراتيجية متكاملة لإصلاح مرافق المجتمع كافة فتكون بصدد تصور أو نظرة شاملة لوضع القانون ذات أهداف شاملة، تلك هي السياسة التشريعية.

وتتطلب السياسة التشريعية في مجتمع معقد تتشابك فيه المصالح من المشرع أن يوفق بين المصالح المتضاربة وأن يأخذ بعين الاعتبار المعتقدات والأعراف السائدة، والتي لا يمكن تغييرها بسهولة، وحينها تكون السياسة التشريعية سياسة ملاءمة وتبصر وحذر ولا يختلف الأمر بالنسبة للتشريعات ذات البعد الدولي الناتجة عن معاهدات واتفاقيات ثنائية أو جماعية، بحيث تتولى وزارة الخارجية التفاوض مع الأطراف المتعاقدة معها، وهي أطراف ذات نوايا خفية تتاور وتتلاعب من أجل مصالحها الخاصة، مما يتطلب من الطرف الوطني الحذر والتبصر ومراعاة الاعتبارات الداخلية والوعي بمدى ملاءمة المعاهدة للسياسة التشريعية الوطنية، وهو الأمر الذي يتأكد منه نواب الشعب من خلال المناقشة والمصادقة على الاتفاقات الدولية¹.

الفرع الثالث: مصادر الإلهام التشريعي

السياسة بمعناها الأصلي هي كل ما يتعلق بحياة المدينة (الدولة)، والقانون هو تنظيم لهذه الحياة، لذلك يكمن وراء كل قانون اختيار سياسي وكل قاعدة قانونية تجسد فكرة و من ثم فإن مصادر الإلهام التشريعي تخرجنا من ميدان القانون إلى ميدان السياسة. وإذا كان المشرع يأخذ بعين الاعتبار الواقع السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي للمجتمع فهل تكون له الكلمة الأخيرة حين يبلور ذلك فيما يضعه من قواعد قانونية أم أن هذه القواعد تكون نتيجة لعوامل أخرى تفرض عليه؟²

¹ عمار سلطان، المرجع السابق، ص: 19.

² المرجع نفسه، ص: 20، وللتفصيل بشأن ذلك، راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 204-206.

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من النزول إلى الواقع السياسي والاجتماعي لمعرفة مدى تأثير العديد من القوى في صياغة القانون الوضعي، فلا يكفي أن نقول أن المشرع يضع القاعدة القانونية بل لا بد من التساؤل عن المصادر الملهمة للمشرع، و بدون ذلك لا يمكن إدراك أو فهم الإنتاج التشريعي، وعندها سنجد الحلقة المفقودة بين السياسة والقانون وبصفة عامة يمكن تحديد أساسية للإلهام التشريعي هي برامج الأحزاب السياسية وتأثير المصالح ودور الحكومة وكلها تسبح في فلك الرأي العام، إذ لا توجد بين هذه المصادر حواجز مهمة، بل هي عوامل متداخلة ومتفاعلة، وفي الواقع القانون الوضعي لا يكون نتيجة لواحد من هذه المصادر فحسب بقدر ما هو نتيجة لمواجهتها جميعا ومنافستها أو تحالفها والملاحظ أن هذا التمييز بين المصادر الملهمة للمشرع أملتته اعتبارات منهجية تمكنا من تشخيص القوى الفاعلة في تحديد محتوى النصوص القانونية¹.

أولا: برامج الأحزاب السياسية

عادة ما تصاغ العناصر العرضية في برامج الأحزاب كمبادرات تشريعية: هذه العناصر تفرزها المناسبات الانتخابية فهي خاضعة للمتغيرات مما يجعل البرامج تتميز بواقعيته ومرونتها دون أن تقطع صلتها نهائيا بإيديولوجية الحزب، ومن ثم تكون هذه العناوين العرضية المتغيرة لبرامج الأحزاب مصدرا مهما للإلهام التشريعي والبرنامج المرن المتغير يتماشى بشكل جيد مع توجهات الرأي العام، ولذلك فإن الوصول إلى الجماهير الواسعة من الناخبين يتطلب أن تكون الحملات الدعائية بمستوى ما يشغل الناخبين وما يلبي احتياجاتهم².

ثانيا: تأثير المصالح

لا شك أن تأثير المصالح يحتل موقعا مهما بين مصادر الإلهام التشريعي، لكن التقدير الدقيق لهذه الأهمية يثير عدة صعوبات، أولها، الصفة الخفية التي تتميز بها الجماعات الضاغطة من أصحاب المصالح، وثانيها، صعوبة التمييز بين الوسائل غير المشروعة للضغط والوسائل المشروعة التي تبيحها الديمقراطية لبيان وجهة النظر في قضايا الشأن العام. وقد اعتبر بعض الفقه المصالح أوضاعا مادية تتعارض مع المصلحة العامة، والبعض الآخر اعتبرها منافع اقتصادية يراد ضمانها

¹ عمار سلطان، المرجع السابق، ص: 20.

² المرجع نفسه، ص: 20، وللتفصيل بشأن ذلك، راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 206 و 207.

لطائفة من الأفراد بواسطة القانون الوضعي، لكن في بعض الأحيان تكون هذه المصالح مشروعة مما يصعب معه تحديد وحصر معناها وماهيتها.

ثالثاً: دور الحكومة

لا يعتبر دور الحكومة في الإلهام التشريعي تلقائياً بل يعتمد إلى حد ما على برامج الأحزاب وضغط جماعات المصالح وتوجهات الرأي العام، كان هذا في الماضي، أما في الوقت الحالي فإن الاقتراح التشريعي أصبح من اختصاص الحكومة فهي في الواقع من تهيمن على المبادرة بمشاريع القوانين لتنفيذ برنامجها. لذلك يمكن التساؤل عن دور الحكومة في الإلهام التشريعي.¹

في ظل النظام الديمقراطي تملك كل القوى الاجتماعية والاتجاهات السياسية التعبير عن نفسها، ودور الحكومة هو مراعاة المصلحة العامة لذلك فهي لا تبتدع بل تختار وتكون حكماً ويرجح ويفاضل بين الخيارات المطروحة في الساحة، وعليه فإن دور الحكومة في الإلهام التشريعي مرتبط إلى حد بعيد بالأطراف الأخرى لكنه متماهي اطراداً مع تعاضد دورها التشريعي وقوة الحكومة تتناقص مع سعة قاعدتها، فكلما كانت تركيبتها واسعة ومتعددة كلما كان البرنامج التشريعي معرضاً للشلل، وحين تمتد نصوص القانون إلى قطاعات واسعة من المجتمع فإنها ستمس مصالح أكثر وتخبب الكثير من الطموحات والرغبات وعندها يبرز التناقض الداخلي للديمقراطية، فكلما كثرت مطالبها من القانون كلما تعددت العوائق أمام المشرع.²

المطلب الثاني: الصياغة التشريعية

سنتطرق في هذه الجزئية بيان مفهوم الصياغة التشريعية، من حيث تعريفها اللغوي والاصطلاحي، والقانوني باعتبارها اللسان الناطق بجوهر النص القانوني (الفرع الأول)، ثم التطرق للجانب العلمي والفني لها (الفرع الثاني)، وأخيراً لأنواعها بالنظر إلى تأثيرها على مضمون القيم التي تعبر عنها القاعدة القانونية (الفرع الثالث)، وذلك ما يلي:

¹ عمار سلطان، المرجع السابق، ص: 21.

² للتفصيل بشأن ذلك، راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص: 208 و209.

الفرع الأول: مفهوم الصياغة التشريعية

نبين فيما يلي التعريف اللغوي للصياغة التشريعية (أولاً)، ثم التعريف الاصطلاحي (ثانياً)، وأخيراً التعريف القانوني (ثالثاً)، كما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي للصياغة التشريعية

تعرف الصياغة لغة بأنها تهيئة الشيء وبنائه، فكلمة الصياغة في اللغة مصدرها صاغ،¹ وصاغ الشيء بمعنى "هياً" و"رتب"²، وصاغ الكلمة بمعنى "بناها من كلمة أخرى على هيئة مخصوصة". والصيغة هي النوع أو الأصل ويقال "صيغة الأمر" أي هيأته التي بني عليها، ويقال "كلام حسن الصياغة" بمعنى جيد ومحكم، ويقال "صيغ الكلام"، بمعنى تراكيبه وعباراته. وفي الإنجليزية يعبر عن كلمة "صاغ" بـ «Draft»، ويقصد بها "شكل وهيا"، ويقصد بكلمة Draftman محرر أو صائغ الوثائق، أي الشخص الذي يصوغ الوثائق القانونية وغيرها من المحررات الرسمية.³

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للصياغة التشريعية

يمكن أن تعرف الصياغة التشريعية، بأنها: "الوسيلة التي بمقتضاها يتم نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى العالم الخارجي، أي الأداة التي من خلالها يتم التعبير عن فكرة كامنة لتصبح بفضل عنصر الصياغة حقيقة اجتماعية يتم التعامل على أساسها"⁴. حيث يتم إفراغ هذا التعبير باستخدام الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون هذه المادة الأولية، وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق كقاعدة قانونية عامة ومجردة سهلة الفهم تطبق على الجميع على قدم المساواة، وتراعي معايير وأسس الصياغة السليمة. فللتشريع جوهر ومظهر يتمثل الجوهر في المادة

¹ ليث كمال نصرأوين، "متطلبات الصياغة التشريعية وأثرها على الإصلاح القانوني"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون، الجزء الأول، العدد 02، الكويت، 2017، ص: 385.

² سماعيل بن حفاف، "الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع"، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحيى النشرسي، المجلد 04، العدد 02، تيسمبيلت، 2013، ص: 109.

³ ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص: 385.

⁴ سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص: 109.

الأولية التي يملئها المثل الأعلى للعدل في شأن من شؤون المجتمع، في حين ينصرف المظهر إلى الشكل الذي يظهر فيه الجوهر بحيث يكون قاعدة قانونية صالحة للتطبيق في الحياة¹.

ثالثاً: التعريف القانوني للصياغة التشريعية

تعرف الصياغة التشريعية، بأنها: "آلية لإفراغ قصد وإرادة المشرع في ألفاظ النص القانوني (المواد القانونية)، وفق نسق منهجي ولغة سلسلة وواضحة وغير مثيرة للالتباس، ولا تدع أي مجال للتأويل، مما يخرج النص عن قصد المشرع"².

كما تعرف الصياغة التشريعية بأنها تهيئة القواعد القانونية وبنائها على هيئة مخصوصة وفقاً لقواعد مضبوطة وذلك تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم.

ومن التعريفات الأخرى للصياغة التشريعية أنها مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة تسهم في تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية. وهي أيضاً عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل من خلال الإجراء الدستوري أو الرسمي الذي يهدف إلى سن القوانين حسب قواعد محددة ومعروفة تطبق داخل السلطة المختصة. وقد عرفها الفقيه "ديكرسون"، بأنها: القانون الوقائي Preventive Law على اعتبار أن مهمة الصانع القانوني صياغة الوثائق التي تحول دون التقاضي وتمنع حدوث المشكلات عن طريق التنبؤ بها.³

وبشكل عام، فإن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين رئيسيين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة، حيث يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه، وهو ما يمكن التعبير عنه بالمادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية، وبالعوامل التي تدخل في مضمونها ويستخلصها القانونيون من حقائق الحياة الاجتماعية بالتجربة والعقل.

¹ ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص: 385.

² سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص: 110.

³ ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص: 386.

أما عنصر الصياغة، فيتمثل في إخراج مضمون المادة الأولية إلى حيز العمل وذلك من خلال الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القاعدة القانونية والتعبير عنها، وتسمى بأساليب صناعة أو صياغة التشريع وعلى هذا، فإن جوهر الصياغة التشريعية هو تحويل المادة الأولية التي يتكون منها التشريع إلى قواعد قانونية عامة ومجردة صالحة للتطبيق الفعلي على الأشخاص المخاطبين فيها، وعلى قدم المساواة فيما بينهم، فلا مناص إذن من ظهور الجوهر في أثواب القانون وأزيائه، ولا مفر من إظهار المعاني والأفكار التشريعية في عبارات وجمل تناسب القانون وتترين بزيه، وهذا هو عمل الصائغ القانوني إذ عليه أن يفهم مقصد المشرع أو من يقترح التشريع، ثم يصنع لذلك المقصد جسدا من اللغة، نافخا فيه من روح القانون، ومسبغا عليه من سمته ما يناسب موقعه بين ما جاوره من تشريعات مراعى في ذلك كله الدقة والوضوح.¹

الفرع الثاني: الصياغة التشريعية علم وفن

بداية نتطرق لتحديد معنى الصائغ في السياسة التشريعية (أولا)، ثم نتناول الصياغة التشريعية من منظور آخر من خلال إبراز الجانب الفني والعلمي فيها (ثانيا)، وذلك بشيء من الإيجاز كما يلي:

أولا: تحديد معنى الصائغ

يشمل مصطلح الصائغ ثلاثة أنواع من الأشخاص الذين يرتبطون ارتباطا وثيقا بإجراءات وضع مشاريع النصوص القانونية:

- 1- لجان التشريع والشؤون القانونية على مستوى البرلمانات.
- 2- المسؤولون الوزاريين ذوو الخبرة في الجانب الموضوعي لمشروع القانون: حيث يشرف المسؤولون في الوزارة المعنية عادة على مهمة صياغة برنامج تفصيلي لتنفيذ سياسية السلطات في القطاع الوزاري.
- 3- المسؤولون المدربون تدريباً منهجياً على أساليب الصياغة: هم الذين يتولون مهمة وضع البرنامج السابق في الشكل المحدد لمشروع القانون.²

¹ ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص: 387 و388.

² سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص: 110.

ثانيا: الجانب العلمي والفني للصياغة التشريعية

قبل أن تكون الصياغة عملية تقنية تتسم بنوع من التعقيد والتركيب، ولا يستطيع القيام بما سوى أهل الاختصاص من رجال القانون، فهي علم وفن.

1- **الصياغة علم**، لأن لها نظرية قائمة بذاتها أخذت التطور تبعا لتطور المجتمعات وزيادة الحاجة للتشريع، كما أنها من العلوم التطبيقية إذ تعتمد على قواعد وأساليب لا تعنى فقط بالجانب الشكل والإجرائي للقواعد القانونية فقط، وإنما تهدف للوصول إلى سن تشريع متطور ومواكب لأهداف وأطر الاستراتيجية التنموية، وملبي لاحتياجات المجتمع على اختلاف صورها، في منتهى الوضوح والبيان، منسجم وغير متعارض مع التشريعات الأخرى، قابل للفهم والتطبيق من قبل الجميع.¹

2- **الصياغة فن**، من حيث أنها تتطلب مهارات وقدرات من الصائغ حتى يتجنب التعقيد في لغة النصوص التشريعية، فيختار بذلك المصطلحات والجمل الملائمة من أجل تجسيد الأفكار والبرامج السياسية للمسؤولين، وأن يبتعد عن الجمل المركبة والمعقدة، والتي تستعمل في الأعمال الأدبية والقصصية، كما يجب عليه أن يتقاضى قدر الإمكان الأخطاء مادية كانت أو قانونية من شأنها أن تؤثر في معنى النص أو تغييره، وأن يعتمد أسلوبا واضحا وسهلا ولغة بسيطة، يكون بهما القانون مفهوما لدى كافة الناس، ولدى الممارسين له من قضاة ومحامين وغيرهم، وبالتالي يتم تجنب تعدد التفسيرات وتعارض الأحكام القضائية وتضاربها، بسبب اختلاف وجهات النظر حول غايات المشرع عند وضعه للنصوص القانونية.²

الفرع الثالث: أنواع الصياغة التشريعية

هناك أنواع عدة من الصياغة التشريعية: صياغة جامدة وأخرى مرنة، وصياغة القواعد أمرية وأخرى لقواعد مكملة. وهو ما سيتم تبيانها فيما يلي:

¹ سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص: 110.

² المرجع نفسه، ص: 111.

1- **الصياغة الجامدة:** يستخدم فيها أسلوب جامد يتم بواسطته التعبير عن الالتزام القانوني بطريقة قاطعة ومحددة ولا تترك لمطبق القاعدة القانونية مجالاً للتقدير والتصرف، ومرد ذلك أن مضمون القاعدة ينصرف إلى واقعة أو فرضية معينة، تقتضي حلاً واحداً وثابتاً لا يتغير مهما كانت الظروف المحيطة بهذه الواقعة أو الفرضية، وتستعمل هذه الصياغة على سبيل المثال في تحديد مواعيد رفع الدعاوى، وكذلك مواعيد الطعون في الأحكام والقرارات.

2- **الصياغة المرنة:** تستعمل هذه الصياغة في الحالات التي لا يمكن تحديدها بصفة حصرية عند صياغة النص، فتتم صياغته بطريقة تسمح المطبقة باستعمال سلطته التقديرية، وذلك بحسب اختلاف ظروف وملابسات كل حالة. وتمتاز هذه الصياغة بأنها تحقق العدالة الواقعية (الفعلية)، لأنها تأخذ في الحسبان الخصوصيات الذاتية لكل حالة بما يحقق الاستقرار والثبات في المعاملات، فهي عكس الصياغة الجامدة التي تهدف لتحقيق العدل المجردة).¹

ومن أمثلة الصياغات المرنة نجد القواعد الجنائية التي تقرر حداً أدنى وحداً أقصى للعقوبة، فيبقى القاضي حراً في أن يشدد أو يخفف العقوبة بحسب الملابسات والظروف المحيطة بالجرعة. .

3- **صياغة القواعد الآمرة:** يستخدم هذا النوع من الصياغة عندما يتعلق الأمر بتحديد واجبات أو فرض التزامات، وعند حظر القيام بسلوكات معينة، أو عند المعاقبة على ارتكاب سلوكات معينة، وعند منح الحقوق والسلطات، ومعلوم أنه إذا استخدم المشرع الصيغ الآمرة في تنظيم علاقة ما، فإنه من غير الممكن لأطراف العلاقة الاتفاق على مخالفة الحكم القانوني المنظم لها.

4- **صياغة القواعد المكملة:** تستعمل هذه الصياغة في حال ما إذا أراد المشرع ترك المجال مفتوحاً لإرادة الأطراف لأن يتفقوا على خلاف ما ورد في النص، وعادة ما يكون محال هذه الصياغة القانون الخاص وفروعه.²

¹ سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص: 110.

² المرجع نفسه، ص: 112. وللتوضيح أكثر بشأن ذلك، راجع: الفرع الثاني المعنون بتصنيف القاعدة القانونية من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذه المطبوعة، ص: 10.

المطلب الثالث: عوامل جودة الصياغة التشريعية من منظور الحكم الجيد

الصياغة التشريعية هي جزء أساسي من مكونات الإدارة الراشدة، فهي تتطوي على أهمية كبيرة في تحسين النظام القانوني القائم في الدولة، فلقد شهدت العقود الأخيرة اتجاهات قانونية عالمية فرضت على دول العالم تطوير تشريعاتها حتى تتلاءم مع الاتجاهات الحديثة. وفيما يلي سنبين عوامل جودة الصياغة التشريعية من منظور الحكم الجديد في الجزئيات التالية:

الفرع الأول: ديمقراطية الصنع

يمكن القول أن مظاهر الحكم الجيد هي في ذاتها مقومات التشريع الجيد، فالحديث عن المشاركة هو مقدمة الحديث عن عملية تشريعية جيدة، تمكّن النواب من صنع التشريعات، وتمكّن المواطنين ابتداء من الوصول الى النواب والتأثير فيهم. كذلك، فإن حكم القانون يتطلب منطقياً وسياسياً أن تُمكنّ النواب من التشريع ووضع القواعد، فلا يكون برلماناً كيان امتنع عن رسم سياسة التشريع أو حرم منها، كما أن الشفافية هي الصفة الأصلية للعمل البرلماني، وإلا تحول الى غير ذلك وفقد مبرر وجوده .

وهكذا، فإن أول خطوة في الصياغة الجيدة للقاعدة القانونية تتجلى في ديمقراطية صنعها أو صياغتها، حيث أصبحت الديمقراطية في العصر الحديث شرطاً أساسياً لجودة الصياغة التشريعية، وفيما يلي سيتم شرح هذه الجزئية بشيء من التفصيل فيما يلي:

أولاً: تجسيد مبدأ المشاركة

حيث يتم تجسيد مبدأ الديمقراطية التشاركية للمواطن في الصياغة التشريعية، عن طريق تعزيز مشاركة النواب والقوى الاجتماعية في صياغة التشريع.¹ فالديمقراطية التشاركية، يقصد بها تقوية دور

¹ علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الراشد (ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الإنمائي -برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني)، بيروت، لبنان، 03- 06 فيفري 2003، ص: 08 و09.

المواطن من خلال إشراكه بشكل مباشر في تسيير الشؤون العامة، أي مشاركة المواطنين في صنع السياسة العامة واتخاذ القرارات التي لها تأثير عام على الشأن العام.¹

حيث يجب أن تسنح الفرصة للمواطنين كي يشاركوا بشكل مباشر في عملية صنع القرارات التشريعية، والتنفيذية، والادارية، وذلك بهدف اصلاح العلاقات المتردية بين المجتمع والدولة، ومن أجل زيادة الثقة في الحكومة وتعزيز شرعيتها، ولتحسين مستوى الامتثال العام للقانون.²

ثانيا: تجسيد مبدأ سيادة القانون

مبدأ سيادة القانون، هو أحد مبادئ الحوكمة، حيث يعتبر جميع الأشخاص، والمؤسسات، والكيانات العامة والخاصة، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام القوانين، التي تصدر علنا، وتطبق على أساس المساواة، وهذا التعريف يشتمل على العنصر الأساسي لسيادة القانون، ألا وهو مفهوم مسؤولية كافة الأطراف أمام القانون، وهذا التعريف أيضا "يتناول الكثير مما يتعلق بكيفية صياغة القوانين".³

ويتجسد تطبيق هذا المبدأ، أن القاعدة المفترضة أن التشريعات هي ذاتها التعبير العملي عن حكم القانون، لكن مفهوم الحكم الجيد يتطلب التأكد من أنها محايدة ومتوازنة (كما نذكر خصوصا التشريعات المالية، كالموازنة)، وضمان تطبيق القوانين عموما من ناحية أخرى.⁴

ثالثا: تجسيد مبدأ الشفافية والمحاسبة

والمقصود هنا مراقبة عمل السلطة التشريعية،⁵ حيث يجب أن يعرف كافة المواطنين الجهة الحكومية المسؤولة عن صياغة القوانين، ومتى سوف يتم نشر القوانين لتلقي التعليقات بخصوصها

¹ عبد المجيد برباج، "الديمقراطية التشاركية"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، المجلد 01، العدد 01، الجزائر، 2012، ص: 107.

² ليان مكاي وآخرون، نحو ثقافة سيادة القانون (استكشاف الاستجابات الفعالة للتحديات القائمة أمام تطبيق العدالة والأمن)، الطبعة الأولى، معهد الولايات المتحدة للسلام، الولايات المتحدة الأمريكية، 2015، ص: 13.

³ المرجع نفسه، ص: 12.

⁴ علي الصاوي، المرجع السابق، ص: 09.

⁵ وتحفل الأدبيات البرلمانية بمؤشرات لقياس الشفافية في أعمال المؤسسة التشريعية، أبرزها: علنية الجلسات البرلمانية، نشر محاضر البرلمانات، حرية الاطلاع على التشريعات وفي بعض الدول يسمح لوسائل الاعلام بالاطلاع عليها، =

قبل اصدارها، وكيف يتسنى لكل مواطن على حدة أن يكون له رأي في عملية اصلاح القوانين. وبعد اصدار القانون، يجب أن يتم نشره، ويتعين اخطار الجماهير بشأن القانون الجديد، وبما لهم من حقوق، وما عليهم من التزامات في إطاره.¹

الفرع الثاني: حرفية الصنع

تعتبر الصياغة التشريعية من الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القواعد القانونية، لذا كان ولا بد من اتقان صياغتها. وحرفية صنع القاعدة القانونية تتحقق بتوفر العناصر التالية، والتي سيتم شرحها بشيء من الإيجاز.

أولاً: تعزيز القدرة التنافسية

فالتشريع الجيد له قدرة تنافسية في مواجهة العالم المعاصر، الأمر الذي يتطلب القيام بدراسة وافية ولفترة كافية له. وعند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم (والذي يفرض نفسه على الجميع، بطريقة أو بأخرى)، لاسيما إذا كان لموضوع التشريع المقترح جذور أو امتدادات في اتفاقيات دولية. فعلى سبيل المثال، سيكون من الصعب وضع قانون وطني لحماية البيئة دون دراسة مصطلحات وأحكام الاتفاقيات الدولية في شأن حماية البيئة، وغير ذلك في التشريعات الاقتصادية (مكافحة الإغراق حرية التجارة والاستثمار..)، والجنائية، وحقوق الإنسان... الخ.²

ثانياً: أن تكون الصياغة متوازنة وصديقة للقضاء

الصياغة الجيدة ليست تلك التي تبدو بسيطة ومنطقية فقط، وإنما هي تلك التي تساعد على إنزال أحكام التشريع بعدالة وموضوعية. والقضاء هو الذي يحكم بين الخصوم في المنازعات، على أساس القانون، فإذا كانت صياغة القانون متوازنة، تتصف بالوضوح والحسم وفي نفس الوقت تتحلى بالمرونة، فإنها تعين القاضي على إنزال أحكامها بعدالة أكبر.

=تسجيل نتائج التصويت، شفافية عمل اللجان ونشر ملخصات اجتماعاتها ومحاضرها ففي أغلب البرلمانات الديمقراطية تكون اجتماعات اللجان مفتوحة للجمهور. المرجع نفسه، ص: 09-11.

¹ ليان مكاي وآخرون، المرجع السابق، ص: 13.

² علي الصاوي، المرجع السابق، ص: 11.

وفي الحقيقة، فإن مطلب التوازن في الصياغة لا ينصرف في هذا المقام الى مضمون القواعد القانونية أو توجهات المشرع، فهذه مسألة سياسية تحكمها اعتبارات ذاتية لدى الآلة التشريعية، ولكنه ينصرف الى المرونة في مظلة القاعدة بحيث تعيش مدة أطول، وتتنطبق على حالات أأثر، وتسفر عن تعقيدات ولبس أقل عند التطبيق.¹

كما أن محك اختبار مرونة وتوازن الصياغة يمثلته القضاء بأفضل ما يكون، ولكن بالإضافة الى ذلك هناك ما يسمى القضاء الواقف والفقهاء القانوني. فكلما كانت الصياغة مدروسة ومحصنة عن طريق البحث والتشاور مع المحامين وفقهاء ودارسو القانون كلما وقّر ذلك عمقا أكبر لها، وجعلها أقرب الى التطبيق على النحو المبتغى لدى المشرع.²

ثالثا: الصياغة المرنة

توجد عدة أنواع للصياغة التشريعية، إلا أن الصياغة المرنة للقاعدة القانونية تمكن من الاستجابة لمتغيرات الظروف وتفريد الحالات، وتتيح بالتالي للقاضي حرية التقدير وإمكانية المواءمة، فهي تقتصر على وضع الفكرة تاركة ما يدخل فيها لتقدير من يقوم على تطبيق القاعدة القانونية. فمثلا القاعدة القانونية التي تترك للقاضي الحكم بإحدى عقوبتين أو بكليتهما معا، هي قاعدة مرنة تترك للقاضي حرية التقرير حسب الظروف والوقائع والملابسات التي تحيط بالحالة محل الموضوع، إلا أن هذا الأسلوب قد يعيبه أنه يترك للقاضي إمكانية تحكم أعلى في التقدير (وربما تؤدي الى الفساد المهني للقضاء). وتلافيا لعيوب كلا الأسلوبين في الصياغة (الصياغة المرنة والصياغة الجامدة)³ يرى

¹ علي الصاوي، المرجع السابق، ص: 12.

² المرجع نفسه، ص: 12.

³ صحيح أن الصياغة "الجامدة" تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني أو ما يخضع له الأشخاص أو الوقائع، على نحو لا يترك مجالاً للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون أو القضاء، وتهدف بالتالي الى حرمان القاضي من إمكانية تقدير تطبيق القاعدة وإنزال دون أي تمييز بين حالة وأخرى، من حيث الظروف أو الملابسات، ومثال ذلك القاعدة القانونية التي تحدد سن الرشد ببلوغ الفرد سنا معينة لا تدخل بالاعتبار درجة النضوج العقلي، التي تختلف من شخص الى آخر، فتقرر أن كل من يبلغ الثامنة عشر مثلا ولم يحجر عليه يعتبر أهلا لممارسة حقوقه المدنية. ولهذا النوع من الصياغة مزايا وفوائد للعمل التشريعي، فهي تؤدي الى استقرار العلاقات وتسهيل الفصل في المنازعات وتمكن كل فرد من معرفة مركزه القانوني بوضوح وثبات، إلا أنه من شأن هذا الأسلوب في الصياغة أن يجرد الموقف من الظروف =

البعض الأخذ بأسلوب مركب، يميل الى تحديد حدود الحكم بدقة أكبر، ولكنه لا يزال يتسم بالمرونة فيما بين الحدين (مثلا: عقوبة لا تقل عن كذا ولا تزيد عن كذا لمن فعل كذا).¹

أسئلة تقييمية

- 1- ما الفرق بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية؟.
- 2- ما مدى تأثير نظام الحكم على السياسة التشريعية؟.
- 3- اضرب أمثلة عن الصياغة الجامدة والصياغة المرنة للقاعدة القانونية؟.
- 4- أذكر عيوب الصياغة التشريعية؟.
- 5- تعتبر الديمقراطية شرطا رئيسيا لكفاءة التشريع ورسوخه في البيئة الاجتماعية وتحقيق فعاليته. اشرح ذلك؟.

=الواقعية التي تحيط بالأشخاص أو الوقائع، وتعامل الجميع بمعيار واحد، الأمر الذي قد لا يستقيم مع متغيرات الواقع وطبيعة الحياة الاجتماعية. راجع في هذا الشأن: علي الصاوي، المرجع السابق، ص: 12.

¹ المرجع نفسه، ص: 12.

المبحث الرابع: تفسير القانون

يمكن تعريف تفسير القاعدة القانونية، بأنه التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه هذه القاعدة، بحيث تتضح من ألفاظها أو فحواها حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجل تنظيمها. وتجدر الإشارة إلى أن معنى التفسير ينصرف على القواعد التشريعية فقط، وبالتالي استبعاد تفسير القواعد الدينية وقواعد العرف، وأحكام القضاء.

وفيما يلي سيتم تبيان مشكلة تفسير القواعد القانونية من النواحي التالية: أنواع التفسير، حالاته، وأهم الطرق المتبعة في عملية التفسير.

المطلب الأول: أنواع التفسير

ينقسم التفسير بحسب الجهة التي تقوم به، إلى ثلاثة أنواع، هي: التفسير الفقهي، التفسير القضائي، والتفسير التشريعي، والتفسير الإداري، وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي بشيء من الإيجاز.

الفرع الأول: التفسير التشريعي

هو التفسير الذي يضعه المشرع لنصوص قانونية غامضة المدلول والمعنى، كلها لأي ضرورة لذلك، حيث إذا لم يستدل القضاء على المدلول الحقيقي للنص والمغزى منه، يصدر المشرع نصا قانونيا ثانيا مفسرا للنص القانوني الأول، وتعتبر النصوص التفسيرية لها نفس القوة الإلزامية للنصوص الأصلية، وعادة يكون هذا التفسير صادرا من الجهة التي أصدرته¹.

ويعتبر التفسير التشريعي جزءا متما للتشريع السابق المراد تفسيره، إذ لا يضيف إليه جديدا، لذا فهو يكون ملزما للقاضي الذي يتعين عليه تطبيقه في ذات المجال الزمني للتشريع السابق². ويلاحظ أن تدخل المشرع لإصدار تفسير تشريعي أصبح يعد امرا نادرا من الناحية العملية، نظرا لانتشار مبدأ الفصل بين السلطات واقتصار المشرع على سن التشريع تاركا إلى القضاء مهمة تفسير قواعده وتطبيقها على فروض العمل المختلفة³.

¹ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص: 390.

² حسن كيرة، المرجع السابق، ص: 399.

³ المرجع نفسه، ص: 398.

الفرع الثاني: التفسير القضائي

التفسير القضائي هو التفسير الذي يصدر عن القاضي حين يطبق قواعد القانون على الحالات الواقعية المعروضة عليه للفصل فيها بحكم وظيفته والتزامه بالحكم فيها.

يقوم القاضي بتفسير النصوص القانونية بمناسبة تطبيقها على النزاعات المطروحة عليه للفصل فيها، فهو لا يتطوع بالتفسير من تلقاء نفسه، بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه، ومن ثم كان تفسير القاضي وسيلة للفصل في النزاع المعروض عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن تفسير القاضي يكتسي طابعا عمليا، إذ هو يتصل بنزاع معين يعرض عليه، لذا فهو يأتي متأثرا بالظروف الواقعية المحيطة بهذا النزاع، ولذلك فإن القاضي لا يرى حرجا أن يحدد أحيانا عن قواعد المنطق، إذا وجد أن اتباع هذه القواعد يؤدي إلى نتائج عملية لا تتفق مع العدالة ولا يستريح إليها ضميره، وذلك على خلاف تفسير الفقيه الذي يتخذ طابعا نظريا، لأنه يصدر منه بمناسبة فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية كافية.¹

الفرع الثالث: التفسير الفقهي

وهو التفسير المعبر عن الجهد المبذول من المشتغلين بالعلوم القانونية في تفسير نصوص وأحكام القانون من خلال شرحها والتعليق عليها وانتقادها، يتكون هذا التفسير كحصيلة من الجهود المجتمعة التي تشكل ما يعرف بالاتجاهات والآراء الفقهية، والتي يستعين بها المشرع في مجال تعديل القانون وتطوره، كما يسترشد بها القاضي لتأكيد آراءه أو مراجعتها.²

الفرع الرابع: التفسير الإداري

حيث تتولى السلطة التنفيذية مهمة تنفيذ القوانين فتصدر الحكومة تعليمات ومنشورات إلى موظفيها العاملين في مختلف المرافق العمومية تتضمن تفسيرات الإدارة العامة وطريقة تطبيقها للقانون. والموظفون ملزمون بهذا التفسير باعتباره عملا داخليا للإدارة، أما القاضي والمشرع فهما غير ملزمين إطلاقا بتفسير الإدارة، والأول يمكنه اعتماد تفسير الغدارة إذا اقتنع به كما يمكن رفضه، أما الثاني فلا

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 285.

² حسن حرب اللصاصة، المرجع السابق، ص: 92.

علاقة له بالتفسير الإداري لأن هذا التفسير لا يملك أبداً حق تعديل القانون، بل يبين فقط طريقة تطبيقه.¹

المطلب الثاني: مدارس التفسير

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.

وقد تعددت الاتجاهات والمدارس في تفسير القانون، حيث يمكن أن نجملها في ثلاثة مذاهب رئيسية، مذهب الشرح على المتون (الفرع الأول)، المذهب التاريخي (الفرع الثاني)، المذهب العلمي (الفرع الثالث)، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: مذهب الشرح على المتون (التزام النص)

يرجع هذا المذهب إلى فرنسا حيث نشأ مع وضع تقنيات نابليون، حيث نظر رجال القانون إلى هذه التقنيات نظرة إجلال واحترام ورأوا أنها تضمنت كل الحلول التشريعية في كافة المسائل والحياة القانونية، بحيث أن شرح القانون وتفسيره لا يتم إلا من خلال هذه النصوص، وأن يكون بنفس الترتيب الذي ورد فيها، أي ضرورة الالتزام بالنص ولذا سميت مدرسة الشرح على المتون أي النصوص. وترى هذه المدرسة أن القوة الملزمة للقانون ما هي إلا إرادة السلطة العليا الملزمة في الدولة ولذلك لا تعترف بغير التشريع كمصدر للقواعد القانونية.²

الفرع الثاني: المذهب التاريخي

يقوم فكر المذهب التاريخي الذي ينسب للفقيه الألماني " سافيني"، على أن القانون وليد المجتمع. ويرى هذا المذهب أن النصوص القانونية تنفصل عن إرادة المشرع بعد وضعها ويكون لها كيان مستقل وذاتي، ولذلك يجب تفسيرها بحسب ظروف الزمان والمكان وحاجات المجتمع وقت تفسير النصوص.

وهذا الفكر مرّن يجعل للقانون نوع من التطور ومسايرة الظروف الاجتماعية. وتنتقد هذه المدرسة التاريخية أنها تهمل إرادة المشرع كلية بعد وضع التشريع، وجعل دوره مادي، وتوسع من

¹ عمار سلطان، المرجع السابق، ص: 26.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 69.

صلاحيات المفسرين مما قد يؤثر على التشريع وفقا لأهوائهم الشخصية مما يحولهم إلى مشرعين للقانون.¹

الفرع الثالث: المذهب العلمي

ينسب فكر هذا المذهب للفقهاء الفرنسي "جيني"، ويهتم بالمصدر المادي للقانون، إذ أن التشريع لا يمثل المصدر الوحيد للقواعد القانونية. ويتفق هذا المذهب مع المذهب التاريخي بأنه يجب لتفسير النص البحث وراء قصد المشرع الحقيقي وقت وضع التشريع، فإذا عرف هذا القصد وجب تطبيقه مهما كانت درجة ملاءمته مع الظروف الاجتماعية.

فإذا لم نتوصل إلى القصد الحقيقي للمشرع وجب البحث عن حكم القانون في المصادر الأخرى وأهمها العرف، فإذا لم يوجد يبحث في المصادر المادية أي الظروف والملابسات التي أوجدت النص، والمتمثلة في مختلف العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وللمفسر حرية استعمال وسائل البحث العلمي دون النظر للإرادة المفترضة التي تبحث عنها المدرسة التاريخية².

المطلب الثالث: حالات التفسير

يقصد بحالات التفسير الأسباب التي تجعل المفسر - فقيها كان أو قاضيا - يبحث عن التعرف على معنى النص المراد تفسيره، وتتمثل هذه الأسباب في بعض المشاكل التي تسم النصوص التشريعية التي تلحقها بسمة عدم الوضوح الذي يستدعي الوقوف على قصد واضعها منها. ومتى كانت صياغة النص المراد تفسيره واضحة وكان معناه جليا، بحيث يكفي التفسير اللغوي لألفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه، فإن دور القاضي حينئذ يقتصر على تطبيق النص دون تأويله إذ "لا اجتهاد مع وجود النص".

غير أنه باستثناء الحالات القليلة التي يكفي فيها وضوح عبارات النصوص التشريعية لتطبيقها، فإن القاضي غالبا ما يضطر، قبل تطبيق النص التشريعي، إلى استكشاف كنه هذا النص والإحاطة بمعناه، إذ قد يكون معيبا إما لوجود خطأ به، أو لغموض صياغته، أو لنقص في عبارته، أو لتعارض في أحكامه³. والتي نتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي:

¹ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 71.

² المرجع نفسه، ص: 72.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 297.

الفرع الأول: حالة الخطأ

الخطأ الذي يشوب نصاً تشريعياً قد يكون مادياً أو قانونياً، وحينئذ يجب تصحيح هذا الخطأ على هدي القواعد العامة في القانون وعلى هدي طرق التفسير، التي سنعرضها بعد حين حتى يستقيم معنى النص التشريعي.

أولاً: الخطأ المادي

الخطأ المادي هو الخطأ الذي لم يقصده المشرع، ويتحقق الخطأ المادي إما بإيراد لفظ غير مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إلا إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضفنا اللفظ الذي سقط، سهواً في الحالة الثانية. ومن أمثلة لحالة الخطأ المادي، إحلال لفظ في النص محل لفظ آخر، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 220 من تقنيننا المدني من أنه: "إذا برئت ذمة الدائن قبل أحد الدائنين المتضامنين لسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل الدائنين الآخرين إلا بقدر حصة الدائن التي برئت ذمته من أجله"، فهنا نجد أن الصحيح أن توضع كلمة المدين في بداية عبارة نص هذه المادة، لأن المدين هو الملزم بتنفيذ الالتزام، وبالتالي هو الذي تبرأ ذمته بأحد أسباب انقضاء الالتزام.¹

ثانياً: الخطأ القانوني

الخطأ القانوني هو الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه.² ومن أمثلة لحالة الخطأ القانوني، ما جاء بالمادة 576 من التقنين المذكور التي تنص على أنه: "يجب دائماً على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي"، ووجه الخطأ هنا أن هذا النص لم يميز بين ما إذا كانت الوكالة بأجر أم بغير أجر، إذ المسلّم به أن الوكالة إذا كانت بغير أجر يجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة؛ أما إذا كانت بأجر فيجب عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد.³

الفرع الثاني: حالة الغموض

قد يكون النص التشريعي غامضاً أو مبهماً أي عندما تكون عبارة تقبل تأويلات عديدة عندها يلتزم القاضي باختيار أحد هذه المعاني والمثال على ذلك القاعدة القائلة: "بيع ملك الغير يكون باطل". لهذه

¹ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 298.

² بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 106.

³ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 300.

العبرة معنيان: إما أن يكون البطلان مطلقا ويكون لكل ذي مصلحة أن يطعن في عقد البيع بالبطلان بل يكون للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإما البطلان النسبي ومعناه فلا يستطيع المطالبة به إلا الطرف الذي تقرر البطلان النسبي لمصلحته.¹

الفرع الثالث: حالة النقص

يكون النص ناقصا إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها. ففي هذه الحالة يتعين على تكملة النقص لتطبيق النص. ومن أمثلة ذلك، ما ورد بالمادة 124 من التقنين المدني الجزائري قبل التعديل، التي نصت على أن: "كل عمل أيا كان ارتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فالمعنى الحرفي لعبارة هذا النص يفيد إلزام مسبب الضرر بتعويض المضرور، يستوفي ذلك أن يكون فعل مسبب الضرر مشروعاً أو غير مشروع، والداعي إلى مثل هذا الفهم هو وجود نقص في النص يتمثل في خلو النص من ذكر كلمة "الخطأ"، في حين أن مقصود المشرع هو وجوب أن يكون الفعل الذي انجر عنه الضرر خاطئاً. لذا فإنه يجب حينئذ على القاضي - وهو يفسر هذا النص قصد تطبيقه - أن يكمل النقص الذي يعتريه حتى يستقيم معناه.²

الفرع الرابع: حالة التعارض

قد يمكن أن يتعارض نص تشريعي بنص آخر بحيث لا يمكن التوفيق بينهما نظرا للتعارض القائم بينهما وقد يقع هذا التعارض في تشريع واحد أو في تشريعات مختلفة. ويكون الحل كالتالي:

- فإذا وقع التعارض بين تشريعات متساوية في قواها ولكنها متفاوتة في الدرجة ففي هذه الحالة للتشريع الأقوى درجة.

- فإذا وقع التعارض في تشريعات متساوية في قولها، فإن التشريع الجديد يلغي التشريع القديم بشرط أن يكون التشريع الجديد خاصا يلغي يرجح العام طبقا للقاعدة اللاتينية القائلة بان الخاص يلغي العام.

- أما إذا كان القانون الجديد عاما فلا يلغي القانون السابق الخاص.³

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 106.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 302.

³ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 107.

- إذا وقع التعارض بين نصوص تشريع واحد أو بين نصين تشريعيين متساويين في القوة وصادرين في وقت واحد ففي هذه الحالة لابد من الرجوع إلى طرق التفسير الخارجية بقصد إنهاء هذا التعارض.¹

المطلب الرابع: طرق التفسير

طرق التفسير هي الأدوات أو الوسائل التي يستعين بها المفسر للتعرف على مغزى النص الذي يتصدى لتفسيره وأشرنا إلى أنه متى كانت صياغة النص واضحة وكان معناه جليا، بحيث يكفي التفسير اللغوي لألفاظه للإحاطة بقصد المشرع منه، فإن دور القاضي حينئذ يقتصر على تطبيق النص دون تأويله، إذ لا اجتهاد مع وضوح النص.²

وعليه فإن مسألة طرق التفسير تتصرف إلى النص المعيب المتمثل في إحدى حالات التفسير التي عرضناها فيما سبق، وتنقسم طرق التفسير إلى نوعين: طرق داخلية (أولا)، وطرق خارجية (ثانيا).

الفرع الأول: طرق التفسير الداخلية

يقصد بهذه الطرق الوسائل التي بها يستخلص القاضي من داخل النص ذاته مدلول هذا النص، وحكمه دون اللجوء إلى أية وسيلة خارجية عن ذات النص، ويعتبر تفسير النص التشريعي بالاستعانة بالاستنتاج من مفهوم الموافقة، ومن مفهوم المخالفة أهم طرق التفسير الداخلية التي يلجأ إليها القاضي في حالة نقص التشريع أو سكوت المشرع عن إيراد نص يحكم القضية المعروضة عليه.

أولا: استخلاص النص من خلال ألفاظه

قد يهتدي القاضي إلى معنى النص من خلال الألفاظ التي يحملها وهو ما أشار إليه الشرع في المادة الأولى بقوله: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها...". والمقصود بألفاظ النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله، أي المعنى الذي يتبادر فهمه إلى الذهن من خلال ما تضمنه من الفاظ، وهذا ما يطلق عليه بالمعنى الحرفي للنص أو منطوق النص ولا يشترط التقيد بألفاظ النص لفظا، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عباراته.³

¹ بلقاسم بوزراع، المرجع السابق، ص: 108.

² محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 304.

³ عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 1999، ص: 202.

ومن أمثلة ذلك من القانون الجزائري، ما نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة على أن: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية". وجاء في المادة 28 مدني: "ويجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده..". من مجموع هذه النصوص تستنتج أن إرادة المشرع واضحة من خلال الألفاظ المستعملة، غير أنه وفي حالات قد يستعمل المشرع عبارات لها معان مختلفة عند كان يستعمل عبارة العين فهي تدل على عين الإنسان وتدل أيضا على ينبوع أو المصدر، وتستعمل في القانون المدني للدلالة على المال سواء أكار منقولاً أو عقاراً، وإن كان للفظ معنيين وجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحي.¹

ثانياً: استخلاص معنى النص عن طريق الإشارة

قد لا يفهم المعنى الذي قصده المشرع صراحة من النص وذلك بسبب عدم التصريح به، ولكن قراءته باستفاضة وتمعن والاجتهاد في تفسيره يؤدي إلى استنباط روحه من خلال ما استعمله المشرع من ألفاظ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 398 مدني بقولها: "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري"، ففي النص إشارة أن الإقرار يصح بيع ملك الغير.²

ثالثاً: استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص

وفي هذه الحالة لا يظهر المعنى لا من منطوق النص ولا من عباراته ولا عن طريق الإشارة، وإنما عن طريق الاستنتاج، وسمي بالاستدلال بدلالة المفهوم قياساً على دلالة المنطوق التي أشرنا إليه. وتحتاج هذه الحالة جهداً ينبغي القيام به من قبل القاضي حتى يهتدي للاستدلال، ويستنبط روح النص بعد الربط بين مختلف الأحكام.

ويجدر التنبيه هنا أنه في حالات معينة يمنع التفسير الواسع كما هو الحال بالنسبة للمجال الجزائي، لأن الأصل في الأفعال الإباحة والتجريم بعد استثناء.³ ويكون استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص، وفق الطرق التالية:

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 202.

² المرجع نفسه، ص: 203.

³ المرجع نفسه، ص: 204.

1- القياس بمفهوم الموافقة

إعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعة أخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين، ويطلق على الاستنتاج بهذه الطريقة مصطلح القياس الذي يقوم على فكرة أن ما يتشابه من مسائل في خصائصه الأساسية يجب أن تحكمه قواعد واحدة. والقياس نوعان: قياس عادي وقياس من باب أولى.

أ- **القياس العادي:** وتتجلى صورته حين نكون أمام حالة صدر بشأنها نص وأخرى مماثلة لها سكت عنها المشرع، فطالما اتحدا في العلة وجب بالمقابل أن يتحدا في الحكم. ومثال هذه الحالة ما قضت به المادة 993 من القانون المدني الجزائري، وهي تصنف أصحاب حقوق الامتياز حيث ذكرت النفقة المستحقة للأقارب عن أشهر الأخيرة ولم تذكر نفقة الزوجة ويستخلص من النص بمفهوم الموافقة اعتبار نفقة الزوجة من الحقوق الممتازة.

ب- **القياس من باب أولى:** وفي هذا النوع من القياس نجد أن العلة في الحالة التي لم ينص عليها المشرع أوضح وأظهر منها في الحالة التي نص عليها، ومثال ذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 198 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري". وطالما حق الدائنين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري فمن باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد الفعلي خاصة وأن وضع المدين أسلم وأقوى، فلا يعقل أن تعترف للدائنين بحقهم في التمسك بعقد صوري، وتجمد عليهم التمسك بالعقد الرسمي، لذا وجب الربط بغرض الاهتداء لروح النص¹.

2- القياس بمفهوم المخالفة

يقصد بالاستنتاج من مفهوم المخالفة إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، وذلك إما لاختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن الحالة التي نص عليها المشرع تعتبر استثناء من الحالة المنصوص عليها. وبعبارة أخرى، فإن الاستدلال بمفهوم المخالفة صورة عكسية تماما للاستنتاج من مفهوم الموافقة، ويمكننا أن نعبر عن الاستنتاج من مفهوم المخالفة بالمقولة التالية: "كل ما ليس محظورا فهو مباح"².

¹ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 204 و205، محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 75 و76.

² محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص: 306.

ومثال اختلاف العلة بين الحالتين ما ورد في المادة 369 من القانون المدني الجزائري، والتي قضت بما يلي: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع"، إذ يستفاد من مفهوم المخالفة لهذا النص أن هلاك المبيع بعد تسليمه إلى المشتري لا يكون سببا لسقوط البيع ولا لاسترداد المشتري الثمن¹.

الفرع الثاني: طرق التفسير الخارجية

ويقصد بطرق التفسير الخارجية الوسائل الخارجة عن ذات النص التي يستعين بها القاضي للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية، بحيث لا تعتمد هذه الطرق على تحليل عبارات النص وألفاظه؛ بل على عناصر خارجية عنه.

وتتمثل طرق التفسير الخارجية، إلى كل من: حكمة التشريع (أولا)، الأعمال التحضيرية (ثانيا)، والمصادر التاريخية (ثالثا)، كما يلي:

أولا: حكمة التشريع

يراد بحكمة التشريع أو روح التشريع، الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع. ويتمثل هذا الباعث إما بالمصلحة التي يقصد المشرع تحقيقها أو بالمفسدة التي يرمي إلى دفعها، فعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص، ويغدو تطبيقه ميسورا تبعا لذلك².

ثانيا: الأعمال التحضيرية

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم المذكرات الإيضاحية وتقارير ومناقشات اللجان والهيئات التي قامت بإعداد التشريع. فهذه الأعمال تساعد المفسر كثيرا في الكشف عن مقصود المشرع³.

وتجدر ملاحظة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية يجب أن يقترن بشيء من الحيطة والحذر، وذلك لاعتبارين: الأول، إنها كثيرا ما تتضمن آراء تعتبر اجتهادات شخصية لواضعيها قد لا تعبر بالضرورة عن وجهة النظر التي يكون المشرع قد انحاز إليها بالفعل. الثاني، إنها قد تصبح غير معبرة عن معنى النصوص، وذلك بسبب ما يكون قد أدخل على هذه النصوص من تعديلات بعد وضعها.

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 306.

² المرجع نفسه، ص: 307.

³ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 75.

وهذان الاعتباران من شأنهما أن ينفيا اكتساب الأعمال التحضيرية صفة الإلزام، إذ هي ليست جزءاً من التشريع وهو ما يجعل المفسر -فقيهاً كان أو قاضياً- حراً في أن يأخذ بها أو يدعها ويرجع إلى أية طريقة أخرى من طرق التفسير.¹

أسئلة تقييمية

1- بين موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني؟.

2- ما مدى حرية القاضي في تفسير النصوص التشريعية؟.

3- يختلف التفسير الذي يقوم به القاضي المدني عن التفسير الذي يقوم به المشرع. ما رأيك؟.

4- أذكر الأسباب المؤدية للتفسير مع إيجاز معناها؟.

5- حدد بدقة الفرق بين القياس بمفهوم الموافقة عن القياس بمفهوم المخالفة؟.

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص: 308.

خاتمة

ختاماً نصل، أن مقياس منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)، يكتسي أهمية كبيرة في دراستنا القانونية، لأنه يعالج بعمق واضح المشاكل الكبرى للقانون أو مسائل "فلسفة القانون"، بناءً على ذلك خصص المبحث الأول من هذه المطبوعة البيداغوجية لدراسة أصول القانون ومقاصده، حتى يتكون للطالب نظرة شمولية وعميقة عن القانون. حيث يتم إعطاء الأفكار والمفاهيم والمبادئ الأساسية، ومختلف الوسائل التي تساعد على فهم أقسام وفروع القانون الأساسية.

أما المبحث الثاني، فتم فيه التطرق للمذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة، والقائمة أساساً حول فكرة الاختلاف بشأن الأساس الوضعي والطبيعي للقانون، حتى تكتسب القاعدة القانونية صفة الشرعية وخاصة الإلزام التي تجعل احترامها في ذاتها أمراً إلزامياً على الأفراد. أما المبحث الثالث، والمعنون بالاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية، ففيه تم تبيان مفهوم السياسة التشريعية وعناصرها، وتمييزها عن الصياغة التشريعية، حيث تعد الأولى تمهيداً للصياغة، فهي الفلسفة التي تحكم وتنظم عملية التشريع، أما الثانية، فهي جزء لا يتجزأ من الأولى، كونها تقوم على دراسة الحقائق وتحويلها إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في الواقع العملي.

لنصل أخيراً، إلى المبحث الرابع، والمتعلق بتفسير القانون أو تفسير القاعدة القانونية بعد صياغته، فالأخيرة أحياناً تكون بحاجة إلى تفسيرها وتوضيحها وتجليه ما بها من غموض بغية الوقوف عند المعنى الذي يتضمنه النص.

وهكذا، وانطلاقاً من المعطيات السابقة الذكر فإن مقياس منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)، يكون قد تضمن مستويات مختلفة من حيث التعمق في مسائل القانون، أي دراسة الأفكار والمبادئ والمفاهيم والنظريات القانونية التي تكونت عبر الزمن وعبر مواقف فكرية ومذهبية متعددة ساهمت بلا شك في معرفة القانون أكثر.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

- النصوص التشريعية

- المرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 82، المؤرخة 30 ديسمبر 2020.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانياً: قائمة المراجع

1- الكتب

- إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- بلقاسم بوزراع، مدخل إلى مناهج القانون والبحث العلمي (دروس، أسئلة ونصوص)، الطبعة الثانية، دار أقطاب الفكر، قسنطينة، 2015.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1981.
- حسن حرب اللصاصمة، دراسات في المدخل إلى العلوم القانونية، دار الخليج، عمان، الأردن، 2014.
- حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
- سعيد بوعلي، فلسفة القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (المدخل للعلوم القانونية)، الطبعة السادسة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1987.

- صلاح الدين شروخ، منهجية البحث العلمي، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2003.
- عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، عمان، 1996.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده، مصر، 1354 هـ-1936.
- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (نظرية القانون بين التقليد والحداثة)، دار هومة، الجزائر، 2008.
- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، دار الخلدونية، الجزائر، (د.س.ن).
- علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 1999.
- ليان مكاي وآخرون، نحو ثقافة سيادة القانون (استكشاف الاستجابات الفعالة للتحديات القائمة أمام تطبيق العدالة والأمن)، الطبعة الأولى، معهد الولايات المتحدة للسلام، الولايات المتحدة الأمريكية، 2015.
- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، الطبعة السادسة عشر، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009.
- مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون (نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق)، الطبعة الأولى، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- وسام حسين غياض، المنهجية في علم القانون، الطبعة الأولى، دار المواسم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2007.

2- المقالات

- سماعيل بن حفاف، "الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع"، مجلة المعيار، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، المجلد 04، العدد 02، تيسمسيلت، 2013.
- عبد المجيد براهيم، "الديمقراطية التشاركية"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة محمد بن أحمد وهران 2، المجلد 01، العدد 01، الجزائر، 2012.
- ليث كمال نصرأوين، "متطلبات الصياغة التشريعية وأثرها على الإصلاح القانوني"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون، الجزء الأول، العدد 02، الكويت، 2017.

3- المطبوعات العلمية

- خدام، محاضرات في مقياس منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021/2022.
- شفيقة بن كسيرة، محاضرات في مقياس المنهجية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2020/2021.
- عمار سلطان، محاضرات في مقياس المنهجية (فلسفة القانون)، قدمت لطلبة السنة أولى ليسانس، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2020/2021.

4- التقارير

- علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الراشد (ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الانمائي -برنامج ادارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس النواب اللبناني)، بيروت، لبنان، 03- 06 فيفري 2003.

الفهرس

01.....	مقدمة
02.....	المبحث الأول: أصول القانون ومقاصده
02.....	المطلب الأول: ماهية فلسفة القانون
08.....	المطلب الثاني: خصائص القاعدة القانونية وتصنيفها
12.....	المطلب الثالث: مصادر القاعدة القانونية
16.....	أسئلة تقييمية
18.....	المبحث الثاني: النظريات الشكلية والموضوعية والمختلطة
18.....	المطلب الأول: النظريات الشكلية
34.....	المطلب الثاني: النظريات الموضوعية
50.....	المطلب الثالث: النظريات المختلطة
55.....	أسئلة تقييمية
56.....	المبحث الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية
56.....	المطلب الأول: ماهية السياسة التشريعية
60.....	المطلب الثاني: الصياغة التشريعية
66.....	المطلب الثالث: عوامل جودة الصياغة التشريعية من منظور الحكم الجيد
70.....	أسئلة تقييمية
71.....	المبحث الرابع: تفسير القانون
71.....	المطلب الأول: أنواع التفسير
73.....	المطلب الثاني: مدارس التفسير

74.....	المطلب الثالث: حالات التفسير
77.....	المطلب الرابع: طرق التفسير
81.....	أسئلة تقييمية
82.....	خاتمة
83.....	قائمة المصادر والمراجع
86.....	الفهرس