

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/342053425>

## دروس في فلسفة القانون أُلقيت على طلبة السنة أولى ل م د في مقياس منهجية العلوم القانونية

Research · June 2020

CITATIONS

0

READS

174

1 author:



Aissa Aboukacem

Université de Ghardaia

5 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



11982 المنطقية الدولية لفاع البحار والمحيطات ومواردها في اتفاقية قانون البحار لعام 1982 [View project](#)



سلوك الثوار الجزائريين والاحتلال الفرنسي في ميزان اتفاقيات جنيف الأربعة [View project](#)

تتناول هذه المحاضرات أهم موضوعات مقرر فلسفة القانون فهي دروس أقيمت على طلبة السنة أولى ل.م.د. جدد مشترك في مقياس المنهجية للسداس الأول من تكوينهم الجامعي في التدرج فقد اشتملت هذه الدروس على التعريف بفلسفة القانون وموضوعها الذي يبحث في أصل القانون وبداياته والتقصي عن مكنون نشأته إن كان قد نشأ في ضمير الجماعة أم أن سبب نشأته وانطلاقه هو الواقع الاجتماعي أم هما الأمرين معا، ويبحث كذلك في الغاية التي يهدف إلى تحقيقها وهو ما دأبت المذاهب والمدارس الفقهية على بحثه والكشف عنه، إذ ظهرت مذاهب فقهية وفلسفية لتحليل هذه الظاهرة والتأسيس لهذا الموضوع، وهو ما تم التطرق إليه بالتفصيل من حيث تقسيم هذه الدروس إلى ثلاثة أبواب خصصناها لدراسة هذه المذاهب، فالباب الأول خصص للمذاهب الشكلية التي تهتم بالشكل الخارجي للقاعدة القانونية دون مضمونها إذ ترجع تكوين القاعدة القانونية إلى السلطة التي أكسبتها صفة وقوة الإلزام في الواقع العملي وهي مذاهب ثلاثة : مذهب الفقيه جون أوستين، مذهب الفقيه هيجل ومذهب الفقيه كلسن.

أما الباب الثاني فكان عن المذاهب الموضوعية التي تهتم بجوهر القاعدة القانونية إذ تنظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية فهي تربط بين القانون والمجتمع، وقد تمثلت هذه المذاهب أولا في المذاهب المثالية التي ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل وتمثل في مذهب القانون الطبيعي ومذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير، وثانيا في المذاهب الواقعية التي ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تبديه الملاحظة وتؤكدته التجربة. وتمثلت المذاهب الواقعية في المذهب التاريخي ومذهب الغاية الاجتماعية ومذهب التضامن الاجتماعي.

كما خصص الباب الثالث لتناول المذاهب المختلطة التي جمعت بين محاسن المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية وذلك بعد الانتقادات الموجهة للمذاهب السابقة فحاولت تجنب النقص والعيوب التي سجلت عليها، إذ تنظر المذاهب المختلطة المتمثلة في المذهب المختلط الذي ينسب للفقيه الفرنسي فرنسوا جيني إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وتجمع من حيث الجوهر بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية. إذ ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي تحكمها، وتأتي إرادة الحاكم لتصوغ هذا الجوهر في شكله الخارجي.

وقد تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني فرد هو الآخر جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين أساسيين هما العنصر المثالي والعنصر الواقعي، وهو ما تطرقنا إليه في الفصل الثاني من هذا الباب الثالث والأخير.

## ماهية فلسفة القانون:

يمكن وصف فلسفة القانون بأنها تلك المعرفة العلمية التي تنصب على دراسة الظاهرة القانونية من منظور الفلسفة بغية الوقوف على معانيها العميقة ومضامينها المختلفة.

إن فلسفة القانون تتولى دراسة الأبعاد الفلسفية للظاهرة القانونية وبسط مفاهيمها ومضامينها.<sup>1</sup>

أصل كلمة فلسفة يعود إلى اللغة اليونانية وهو لفض مركب من مقطعين هما: فيلو Philo وتعني محبة وصوفيا Sophia وتعني حكمة، ومعنى اللفظ مركبا هو محبة الحكمة.

استخدم لفظ فلسفة منذ القرن السابع قبل الميلاد، وكان يعني الرغبة في التأمل للوصول إلى الحكمة، وكان الفيلسوف يعرف على أنه المحب للحكمة.<sup>2</sup>

بدأت المؤلفات تصدر منذ بداية القرن التاسع عشر في موضوع فلسفة القانون وخاصة في أوروبا إذ صدر عام 1823م مؤلف للفقير الإنجليزي "أوستن" تحت مسمى "محاضرات في علم القانون أو فلسفة القانون الوضعي"، تم توالى في النصف الثاني من نفس القرن المؤلفات في الظهور والانتشار بخصوص " النظرية العامة للقانون" و "فلسفة القانون"

إن دراسة فلسفة القانون تنصب على موضوعين أساسيين هما: أصل القانون وغايته.

أ- أصل القانون: ويقصد بأصل القانون أساسه وأصل نشأته، إذ تكشف فلسفة القانون عن ما إذا كان القانون ينشأ من ضمير الجماعة دون تدخل لإرادة الانسان في تكوينه أم أن لهذه الأخيرة دور أساسي في نشأته وتكوينه، فهي تبحث هل القانون ينشأ من تفاعل عناصر مثالية، أم من تفاعل عناصر واقعية أم هو نتاج تفاعل كل تلك العناصر المثالية والواقعية.

ب- غاية القانون: ويراد بغاية القانون الأهداف والقيم التي يسعى القانون إلى تجسيدها، وغاية القانون باتفاق أغلب الفقهاء هي تحقيق العدل، مع اختلافهم حول العناصر التي يتحقق بها هذا العدل.

<sup>1</sup> - أحمد حروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ص73.

<sup>2</sup> - سعيد بوعللي، فلسفة القانون، دار بلقيس، ص5.

ولإبراز أصل القانون وغايته ظهرت مذاهب ثلاثة تمثلت في المذاهب الشكلية، المذاهب الموضوعية والمذاهب المختلطة وهو ما ستعالجه هذه الدروس بشيء من التفصيل في ثلاثة أبواب.

## الباب الأول

### المذاهب الشكلية

المذاهب الشكلية هي تلك المذاهب التي تهتم بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي الذي تبدو فيه في صورة ملزمة، وهي ترى أن تكوين القاعدة القانونية يرجع إلى السلطة التي أكسبتها قوة الالتزام في الحياة العملية.

إن القانون يصدر من السلطة العليا الحاكمة التي تكفل تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء وهو ما يفسر طبيعة هذه القاعدة وأصلها وكذا تقييد الأفراد بأحكامها. فالقانون وفقا للمذاهب الشكلية مجرد أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين ذلك أن المجتمعات تنقسم إلى فئتين الأولى فئة حاكمة لها مهمة سن التشريعات والقوانين والثانية فئة محكومة تخضع لهذه القوانين والتشريعات الموجهة إليها.

وعليه فالقانون وفقا للمذاهب الشكلية هو تعبير عن إرادة الدولة والتي تعد المظهر الخارجي للقاعدة القانونية وهي المعيار المادي الملموس الذي به يتم التعرف على طبيعة القانون. فالمذاهب الشكلية إذا ترجع القانون إلى إرادة الحاكم ومشيئته.

أهم أنصار المذاهب الشكلية الذين اتفقوا على أن القانون هو ارادة ومشية الحاكم هم أربع:

1- الفقيه الانجليزي أوستن

2- فقهاء الشرح على المتون الفرنسيون

3- الفقيه الألماني هيغل

4- الفقيه النمساوي كلسن.

## الفصل الأول: مذهب أوستن:

نتطرق في هذا الفصل إلى مضمون مذهب أوستن والنتائج المترتبة على الأخذ به تم الانتقادات التي وجهت إليه في مباحث ثلاثة:

### المبحث الأول: مضمون مذهب أوستن:

كان العالم أوستن أستاذ للقانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر وقد شرح نظريته ومذهبه في مؤلفه "محاضرات في القانون" جاء فيه: "إن موضوع القانون هو القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون من أجل طائفة محكومة سياسيا...".<sup>1</sup>

إن مضمون نظرية أوستن والفكرة التي تقوم عليها هي أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم أو الدولة تسري على الأفراد ولو جبرا عند الاقتضاء، وهذه الفكرة ليست جديدة بل هي قديمة إذ استمدها أوستن من نظريات الفلاسفة اليونان الذين كانوا يرون أن القانون من فعل القوة،<sup>2</sup> كما تأثر بأفكار الفقيه الإنجليزي توماس هوبر 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".<sup>3</sup>

إن الفضل يرجع لأوستن إذ صاغ هذه الفكرة في شكل نظرية مفصلة واضحة المعالم، فالقانون بالنسبة لأوستن هو: "قاعدة وضعت لأن تحكم كائنا عاقلا من قبل كائن عاقل يملك سلطة عليه".<sup>4</sup> وبذلك يعرف أوستن القانون بأنه: "أمر أو نهي يصدره الحاكم استنادا إلى سلطته السياسية ويوجهه إلى المحكومين ويتبعه بجزاء".<sup>5</sup>

يظهر من خلال تعريف أوستن أن القانون كي يوجد ينبغي توفر ثلاث عناصر أساسية نبينها فيما يلي:

### المطلب الأول: وجود حاكم سياسي:

لابد من وجود حاكم سياسي يخضع له الناس في المجتمع السياسي حيث يتمتع هذا الحاكم ازاءهم بالسيادة السياسية، فالقانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي يستند في تنظيمه إلى وجود هيئة عليا حاكمة لها السيادة السياسية

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية، 2006. ص 74.

<sup>2</sup> - ابراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر. ص 9.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق. ص 74.

- انظر: منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009، ص 46.

<sup>4</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 46.

<sup>5</sup> - ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 10.

في المجتمع، وهيئة أخرى محكومة يتوجب عليها طاعة ما تصدره الهيئة الحاكمة من أوامر ونواهي.<sup>1</sup> ويستوي أن تكون الهيئة ممثلة في شخص واحد (رئيس، إمبراطور، ملك أو برلمان)، كما يستوي أن يكون الحكم ديمقراطيا أو استبداديا،<sup>2</sup> فالحكام القابضون على السلطة يضعون إذن القواعد القانونية أي أن القانون يجد أساسه في إرادة الحكام أصحاب السلطة.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: وجود أمر أو نهى:

يرى أستن أن القانون كي يوجد لا بد من أن يصدر من الحاكم السياسي أمر أو نهى يوجهه إلى المحكومين الذين يتوجب عليهم الخضوع والطاعة لهذا الأمر أو النهي. فالقانون ليس مجرد نصيحة توجه إلى الأفراد تم تترك لهم حرية الطاعة أو عدم الامتثال وفق إرادتهم، ولكن ليس من الضروري أيضا أن يصدر القانون في صيغة الأمر أو النهي، بل يكفي أن يصدر على سبيل الأمر والنهي، أي لا يلزم أن يكون الأمر أو النهي صريحا، بل يكفي أن يكون ضمنيا، كما هو الحال في كثير من القواعد القانونية. وبالتالي تكتفي ببيان الحكم الواجب التطبيق عند توافر شروط معينة.

ومثالها نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".<sup>4</sup>

فالقانون إذا هو أمر موجه من قبل صاحب السلطة إلى أعضاء الفئة الاجتماعية الآخرين، وفي هذا الصدد يقول أستن: "كل قانون وضعي أو كل قانون بكل بساطة ودقة، مقام من قبل صاحب السلطة أو من قبل هيئة من الأشخاص تملك السلطة على واحد أو عدة أعضاء في المجتمع السياسي".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> انظر، سليمان شريقي، المنهجية في العلوم القانونية، منشورات جريس كوم، الطبعة الأولى، 2008، دون بلد النشر، ص77.

- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص10.

<sup>2</sup> علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص124.

<sup>3</sup> مندر الشاوي، المرجع السابق، ص46.

<sup>4</sup> انظر: ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص11-12.

- سليمان شريقي، المرجع السابق، ص78-79.

<sup>5</sup> مندر الشاوي، المرجع السابق، ص46.

## المطلب الثالث: توقيع الجزاء عند مخالفة القانون:

لكي يوجد القانون وفقا لمذهب أوستن يجب أن يقتصر الأمر أو النهي بجزاء يوقعه الحاكم على من يخالف الأمر أو النهي، ويعد هذا الجزاء فكرة أساسية في القاعدة القانونية غيرها لا وجود لهذه القاعدة القانونية التي تبقى مجرد قواعد أخلاقية أو أدبية أو مجاملات.<sup>1</sup>

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...".<sup>2</sup>

## المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب أوستن:

يترتب على مذهب أوستن النتائج التالية:

### 1- انكار صفة القانون على القانون الدولي العام:

ينكر أوستن على القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول المتساوية في الحقوق والسيادة صفته كقانون ويعتبر قواعده مجرد 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.<sup>3</sup>

### 2- انكار صفة القانون على القانون الدستوري:

كذلك أنكر أوستن صفة القانون على قواعد القانون الدستوري التي لا تعتبر في نظره قواعد قانونية، لأن قواعد القانون الدستوري هي التي تنظم علاقة الدولة بالأفراد وتبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها وحدود السلطات والعلاقات بينها وحقوق الأفراد وحررياتهم، وبذلك تكون قواعده موجهة إلى الحاكم وليس إلى المحكومين، فالحاكم

<sup>1</sup> - ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص12.

<sup>2</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص47.

<sup>3</sup> - انظر:

- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص13.

- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص83.

- علي مراح، المرجع السابق، ص125.



صاحب السلطة العليا في الدولة هو 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 بجزء يوقع في حالة مخالفتها، ذلك أن الحاكم هو الذي يملك سلطة توقيع الجزاء، فلا يتصور أن يوقع الجزاء على نفسه.

وعليه يرى أوستن أن قواعد القانون الدستوري ليست إلا مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه، فهي لا تعدو أن تكون قواعد ذات قيمة إرشادية لا يترتب على مخالفتها أي جزاء، ويطلق أوستن على هذه القواعد أو القيود قواعد الأخلاق الوضعية.<sup>1</sup>

### 3- التشريع هو المصدر الوحيد للقانون:

يؤدي مذهب أوستن إلى اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية ذلك أن التشريع يتضمن أمرا أو نهيًا يصدره الحاكم موجهًا إلى المحكومين، وما عداه من المصادر فلا يعتد بها أوستن ولا يعتبرها مصدرا للقانون وفي مقدمتها العرف، ويرى أن تواتر سلوك الأفراد على نحو معين زمنا طويلا لا يمكن أن ينشئ قواعد قانونية إلا في الحدود التي يسمح بها المشرع.<sup>2</sup> إذ يتحول العرف إلى قانون وضعي وذلك في حالتين: الأولى: إذا أصدره المشرع في قانون، والثانية: إذا قامت المحاكم بتطبيقه، لأن سكوت السلطة السياسية عن ذلك يعد بمثابة أمر ضمني للمحاكم بتطبيقه.<sup>3</sup>

### 4- وجوب التقيد في تفسير القواعد القانونية بإرادة المشرع وقت وضع هذه 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 إرادته التي أراد أن يضمنها نصوص القانون وقت وضعها ولا عبارة بتغير الظروف التي وضعت فيها هذه النصوص بمرور الوقت.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ابراهيم ابو النجا، المرجع السابق، ص14.

<sup>2</sup> - انظر: ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص15.

- سعيد بوعلوي، فلسفة القانون، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017. ص12.

<sup>3</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 126.

<sup>4</sup> - ابراهيم أبو النجا، نفس المرجع.

## المبحث الثالث: نقد مذهب أوستن:

يمتاز مذهب أوستن بالبساطة والوضوح غير أن التصور الذي طرحه عن أساس القانون وما توصل إليه من نتائج لا يوافق الحقيقة والواقع.

كما تميزت نظريته بالتناقض والسطحية وتعرضت لصعوبات كثيرة، إذ فشل أوستن في صياغة نظرية عامة تأخذ بعين الاعتبار ظاهرة القانون في كافة المجتمعات وعبء العصور<sup>1</sup> وانتقد الانتقادات التالية:

### 1- يؤخذ عليه الخلط بين القانون والدولة:

تذهب نظرية أوستن إلى أنه لا وجود للقانون إلا في ظل الدولة، بل إن إرادة الحاكم هي القانون. وهذا في الحقيقة يتعارض مع الحقائق التاريخية الثابتة التي تدل على أن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية سياسية. فقد نشأ القانون مع نشأة المجتمع في صورته البدائية وقبل أن يصبح المجتمع مجتمعاً سياسياً.<sup>2</sup>

### 2- يؤخذ عليه أيضاً الخلط بين القانون والقوة:

يرى مذهب أوستن أن إرادة الحاكم هي القانون ويجعل القوة المتمثلة في عنصر الجزاء الذي يوقعه الحاكم هي الأساس الوحيد للقانون، وبذلك يكون الحكم للقوة التي تجعل الحاكم يفرض ما يشاء على الأفراد استناداً إلى أن إرادته هي القانون. وهذا من شأنه أن يجعل القانون في خدمة القوة أي في خدمة الحاكم، 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.<sup>3</sup>

### 3- جعل أوستن من التشريع المصدر الوحيد للقواعد القانونية:

<sup>1</sup>- علي مزاح، المرجع السابق، ص 127.

<sup>2</sup>- انظر:

- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 16.

- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 85.

- سعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص 13.

- سليمان شريقي، المرجع السابق، ص 83.

<sup>3</sup>- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 17.

مذهب أوستن جعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون دون غيره وغفل عن المصادر الأخرى، وهذا يخالف الواقع، ذلك أن التشريع وإن كان المصدر الرئيسي للقانون في الدول الحديثة إلا أنه ليس المصدر الوحيد إذ توجد بجانبه مصادر أخرى أهمها العرف الذي كان ولا يزال يلعب دورا هاما في إنشاء القواعد القانونية سيما في مجال القانون التجاري. فإجلترا وهي البلد الذي عاش فيه أوستن يقوم النظام القانوني فيها أساسا على مبادئ العرف. ويبدو أن أوستن قد شعر بهذه الحقيقة وحاول التوفيق بين مذهبه وبين الاعتراف للعرف بقوة إنشاء القواعد القانونية إذ قال: " أن ما يقره السلطان كأنه قد أمر به " أي أن أوستن يعتبر العرف قانونا لأن القاضي يطبقه وعدم اعتراض الحاكم على هذا التطبيق يعتبر إقرارا له وأمرًا بتطبيقه. غير أن هذا القول من جاني أوستن ينطوي على مغالطة فالقاضي يطبق العرف لأنه قانون في حين أوستن يجعل تطبيق القاضي للعرف هو الذي يضفي عليه صفة القانون.<sup>1</sup>

#### 4- إنكار القانون الدولي العام وتجريده من صفته القانونية:

يؤخذ على مذهب أوستن إنكاره للقانون الدولي العام وتجريده من صفته القانونية 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، ذلك أن غالبية الفقهاء يرون أن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح يتوافر له عنصر الالتزام، إذ توجد في المجتمع الدولي هيئات تملك توقيع الجزاء وتعمل على كفالة احترام قواعد القانون الدولي العام هي هيئة الأمم المتحدة بأجهزتها ومنظمتها المختلفة.<sup>2</sup>

#### 5- إنكار القانون الدستوري وتجريده من صفته القانونية:

كذلك أنكر أوستن الصفة القانونية للقانون الدستوري وتجريده من صفته الالتزامية لعدم صدوره من سلطة تعلق السلطة الحاكمة في الدولة والتي تتدخل لإلزام الحاكم احترام قواعد القانون الدستوري وتوقيع الجزاء عليه عند مخالفته هذه القواعد. إلا أن حجته هذه مردودة ذلك أن القانون الدستوري يصدق عليه وصف القانون بل هو أعلى قانون في الدولة ويتصف بالإلزام. حيث أصبح من المسلم به في القرن الواحد والعشرين أن الشعب هو مصدر كل

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 18.

<sup>2</sup> - سليمان شريقي، المرجع السابق، ص 85-86.

- انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 85.

- سعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص 14.

السلطات، ويعتبر سلطة أعلى من سلطة الحاكم داخل الدولة، ومن تم يملك حق توقيع الجزاء على الحاكم الذي نصبه أو منحه الحكم وذلك عند مخالفته لأحكام وقواعد القانون الدستوري بالوسائل الشرعية المتاحة.<sup>1</sup>

## 6- مذهب أوستن لا يساير الظروف المستجدة:

انتهى مذهب أوستن إلى وجوب الاعتداد والتقييد في تفسير النصوص القانونية بما ذهبت إليه إرادة المشرع وقت وضع هذه النصوص دون الأخذ في الاعتبار تغير الظروف هذا من شأنه أن يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسابرة للتطور وللتغيرات الاجتماعية، مما يجعل هذه النصوص لا تستجيب لحاجات المجتمع في ظروفه الجديدة والمستجدة.<sup>2</sup>

## 7- مذهب أوستن مذهب سطحي وشكلي:

أخير يؤخذ على مذهب أوستن بأنه مذهب اكتفي بمظهر وشكل القاعدة القانونية ولم ينفذ إلى جوهرها وطبيعتها والظروف المحيطة بنشأتها. وهذا غير كاف لأن القانون في أصله وجوهره ناشئ من الظروف والعوامل الاجتماعية التي تحيط بالجماعة البشرية، وما يظهر للعيان من قيام الدولة بوضع التشريع إنما هو صياغة لهذا الجوهر حتى يمكن تجسيده وتطبيقه في الحياة الاجتماعية.<sup>3</sup>

## الفصل الثاني: مذهب الشرح على المتون:

تعتبر مدرسة الشرح على المتون من المذاهب الشكلية التي ظهرت في فرنسا وكان هذا المذهب ثمرة لآراء مجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابوليون Code Napoléon.<sup>4</sup> ومن أشهر هؤلاء الفقهاء أبري Aubry و رو Rau و ديمولومب Demolombe وبودري لاكتري Baudry-Lacontinerie والفقهاء البلجيكي

<sup>1</sup> - سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص 15.

- انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 86.

- سليمان شريقي، المرجع السابق، ص 87-88.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 88.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 20.

<sup>4</sup> - إن التقنين الفرنسي لم يكن أول تقنين ظهر إلى الوجود، فقد سبقه التقنين البروسي الذي صاغه الفقيه الألماني "سامويل كوكبوس" بتكليف من الإمبراطور الألماني "فريدريك جيوم" في سنة 1794. أما تقنين نابوليون فقد أكد الدستور الفرنسي لعام 1791 على ضرورة توحيد قوانين البلاد، فشكلت لجنة لهذا الغرض عين على رأسها الفقيه "جان ماري بورتاليس" كلفت بإعداد تقنين موحد وشامل، يقال أنه استمد من القانون الروماني والجرماني، وهناك من قال أنه استمد في معظمه من مجلة الأحكام العدلية للدولة العثمانية، وتتضمن حوالي 1500 مادة، وهو التقنين الذي أطلق عليه تسمية "تقنين نابوليون" لأنه تم في عهده وبتكليف منه. سليمان شريقي، المرجع السابق، ص 89.

لوران Laurant. وقد سميت المدرسة التي تكونت من فقهاء الشرح على المتون بمدرسة التزام النصوص أو مدرسة تفسير النصوص، نظرا للطريقة التي اعتمدها هؤلاء الفقهاء في شرح تقنين نابوليون، حيث حرصوا في اجتهادهم ومؤلفاتهم على تفسير نصوصه دون التعرض لنقدها، باعتبارها نصوص تشريعية مقدسة، وباعتبار أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأن هذه النصوص تضمنت كل الأحكام القانونية، فانكبوا على ترجمتها وتفسيرها، متنا أي نصا بعد نص وبنفس الترتيب الذي وردت به نصوص هذا التقنين، وهي الطريقة المتبعة في تفسير الكتب المقدسة.

ندرس مذهب الشرح على المتون في ثلاث مباحث يخصص المبحث الأول لدراسة الأسس التي يقوم عليها، ويتناول الثاني النتائج المترتبة على الأخذ به، أما المبحث الثالث فيتعلق بالانتقادات التي وجهت إليه.

## المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها المذهب:

يقوم مذهب الشرح على المتون على أساسين هما: تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

### 1- تقديس النصوص التشريعية:

انتهج فقهاء الشرح على المتون أسلوبا خاصا في تفسير وشرح نصوص القانون يقوم على أساس تقديس النصوص واحترامها باعتبارها مضمنة لكل لأحكام القانونية<sup>1</sup> وباعتبار التشريع كاملا كالكتاب المقدس (قد أحاط بكل شيء علما) وهذا ما جعلهم يتبعون في شرح التقنين المدني نفس الطريقة التي تتبع في شرح الكتب المقدسة أي نصا نصا<sup>2</sup> وبنفس الترتيب الذي وردت به في التقنين. ويرجع السبب في تقديس فقهاء مدرسة الشرح على المتون للنصوص التشريعية إلى حالة التشتت التشريعي الذي كانت تعيشه فرنسا قبل إصدار التقنين المدني، إذ أن النظام القانوني الذي كان سائدا في فرنسا يختلف في شمالها عن جنوبها.

فقد كان الجزء الشمالي من فرنسا يخضع لنظام قانوني مستمد أساسا من قواعد العرف والتقاليد، بينما الجزء الجنوبي من فرنسا كان يخضع لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني. وقد كان توحيد القانون في إقليم فرنسا أمية

<sup>1</sup>- في هذا المعنى يقول ديمولومب Demolombe: "إن شعاري والعقيدة التي أؤمن بها هي أن النصوص قبل كل شيء". إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص89.

<sup>2</sup>- إن النص هو بوصلة الشارح إذ يقول ماركديه: "أن طريقة الشرح على المتون تقتضي اتباع النص خطوة خطوة، فيجري شرح كل مادة لتطبيقها جملة جملة، وكلمة كلمة، ويتم الربط بين ما سبق وما يلي بحيث يتحدد معنى كل عبارة وكل اصطلاح، ويبرز ما بما من دقة أو غموض، وما تحويه من فائدة أو نفاهة، ثم بعد أن يتحقق من فهم المادة في ذاتها يعمد الفقيه إلى دراسة انسجامها أو تعارضها مع المواد الأخرى المتصلة بها، يستنتج النتائج ويوضح الثغرات". المرجع نفسه.

ينشدها رجال الثورة الفرنسية، غير أن هذه الأمنية لم تتحقق إلا في عهد نابوليون بصدور التقنين الذي عرف باسمه وكان الأول من نوعه في العالم والذي كان له أثر كبير في عالم القانون داخل وخارج فرنسا وكان موضع إعجاب واعتزاز الفرنسيين. وشعور رجال القانون بعاطفة قوية تدفعهم نحو احترام وتقديس هذا التقنين واعتباره المصدر الوحيد للأحكام القانونية.<sup>1</sup>

## 2- اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون:

يرى فقهاء هذا المذهب أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يصدرها المشرع حيث أن هذه النصوص تتضمن الحلول لجميع الحالات وبذلك يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، إذ المشرع وحده الذي ينشئ القواعد القانونية بحيث لا يوجد مصدر آخر لها غير التشريع الذي يعتبر مجرد تعبير عن إرادة المشرع.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني: نتائج الأخذ بمذهب الشرح على المتون:

يترتب على احترام النصوص وتقديسها وجعل التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية كما ذهب إليه فقهاء المدرسة النتائج التالية:

### 1- يجب على القاضي تطبيق النصوص القانونية:

على القاضي تطبيق النصوص القانونية وليس له أن يدعي القصور في الحلول التي تقضي بها، فهي شاملة على الحلول لكل المشاكل الاجتماعية، إذ لا يجوز له الخروج على النصوص التي يعتبرها فقهاء الشرح على المتون نصوصاً مقدسة لا يمكن المساس بها أو الخروج على أحكامها، فمهمة القاضي هي الحكم بما يقضي به القانون وليس الحكم على القانون. 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

<sup>1</sup> - انظر: سليمان شريقي، المرجع السابق، ص 91.

- ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - انظر: ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 24.

- سليمان شريقي، مرجع سابق، ص 90-91.

التشريع بعد الآن من قبلهم، فبصنعهم القانون سينتزع الفقهاء والقضاة دون وجه حق السلطة من أولئك الذين أولتهم الأمة صاحبة السيادة هذه المهمة".<sup>1</sup>

## 2- تفسير وشرح النصوص يكون من داخل هذه النصوص أو سياقها:

على الشارح أو المفسر للنصوص التشريعية أن يبحث داخل هذه النصوص للوصول إلى القواعد اللازمة إذ التشريع يحتوي على جميع المبادئ والأحكام اللازمة لجميع الحالات، فعدم قدرة الفقيه أو القاضي على الشرح أو الاهتمام إلى استخلاص القاعدة من نصوص التشريع يعد عجزاً وقصوراً منه (الفقيه أو القاضي) ولا يرجع ذلك إلى عيب في التشريع الذي حوى جميع القواعد القانونية.

## 3- البحث عند تفسير النصوص القانونية عن نية وإرادة المشرع:

يجب البحث عند تفسير النصوص القانونية عن نية وإرادة المشرع التي أراد أن يعبر عنها بهذه النصوص، فالنصوص التشريعية ليست إلا مجرد تعبير عن إرادة المشرع، وعليه لا يجوز للشارح أو المفسر أن يفسر النصوص التشريعية وفقاً لما يراه ملائماً للظروف الاجتماعية الجديدة التي توجد وقت تطبيق النصوص، لأن ذلك يعني أنه قد خرج عن إرادة أو نية المشرع التي أرادها وقت وضع النصوص، ونسب إليه إرادة أو نية لم يتجه إليها ولم يقصدها.

لذلك يعتد بنية المشرع الحقيقية التي صاحبت وضع النصوص سواء كانت نية حقيقية أو مفترضة ولا يعتد بالنية الاحتمالية وقت تطبيق النصوص.<sup>2</sup>

يقصد بنية المشرع الحقيقية النية التي يمكن استخلاصها بوضوح من نصوص القانون وعباراته وألفاظه أو بالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون، فإذا لم تكن هذه النية الحقيقية واضحة فإنه يعتد بنية المشرع المفترضة.

ويقصد بنية المشرع المفترضة تلك التي يكون المشرع قد قصدها وقت وضع النص لو أنه أراد أن يضع حلاً للمشكلة القائمة، ويمكن التعرف على هذه النية المفترضة له عن طريق مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة، ومن الروح العامة للتشريع، ومن المبادئ الأساسية للقانون ومن المصادر التاريخية التي استمدت منها النصوص.

أما النية الاحتمالية للمشرع فيقصد بها النية التي يحتمل أن المشرع كان يقصدها لو أنه كان يضع النص في الوقت الذي يطبق فيه على ضوء الظروف الاجتماعية الحاصلة وقت التطبيق.

1- مندر الشاوي، مرجع سابق، ص45.

2- انظر سعيد بوعلي، مرجع سابق، ص20.

فالنية الاحتمالية تختلف إذن عن النية المفترضة في أن النية الاحتمالية تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد في الظروف الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص، بينما النية المفترضة فإنها تمثل ما يقصده المشرع في الظروف القائمة وقت وضع النص.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث: نقد مذهب الشرح على المتون:

يتشابه مذهب الشرح على المتون مع مذهب أوستن في أن كل منهما يتعرف على القانون بمعيار مادي شكلي هو صدوره من الحاكم السياسي في المجتمع أو الدولة، وكلاهما يعتبران التشريع المصدر الوحيد للقانون. لذلك تصدق الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن على مذهب الشرح على المتون ومن الانتقادات الموجهة إليه:

1- يمتاز مذهب الشرح على المتون بالبساطة والوضوح لاكتفائه بشكل القاعدة القانونية الصادرة كتعبير عن إرادة المشرع في صورة نصوص تشريعية. واكتفائه بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون التعمق في جوهرها للتعرف على العوامل التي ساهمت في بلورتها.

2- يكتفي مذهب الشرح على المتون بالتشريع كمصدر وحيد للقانون ويغفل المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف الذي يعتبر مصدرا هاما للقانون يعبر عن رغبات الجماعة وحاجاتها الاجتماعية تعبيراً مباشراً.<sup>2</sup>

3- كذلك يكتفي مذهب الشرح على المتون عند تفسير النصوص التشريعية بإرادة المشرع وقت وضع النصوص، مما يؤدي إلى جمود القانون ويجول دون تطوره. ومما ترتب عليه الاضطرار إلى الأخذ بالإرادة المفترضة أحيانا.<sup>3</sup>

5- تقديس هذا المذهب للنصوص التشريعية أدى إلى تقديس إرادة المشرع وربط القانون بمحض إرادة المشرع وإهمال الظروف الاجتماعية المحيطة بالجماعة، أدى إلى النزعة الاستبدادية من خلال هذا التقديس للنصوص واعتبار القوة والسلطان هي كل شيء في القانون.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 26-27.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 29.

<sup>3</sup> - انظر: إدريس فاضلي، مرجع سابق، ص 99.

<sup>4</sup> - نفس المرجع.



## الفصل الثالث: مذهب هيغل

هيغل فيلسوف ألماني كان يعمل أستاذا في بعض جامعات ألمانيا في مطلع القرن التاسع عشر مثل جامعة هايدلبرج سنة 1816، وجامعة برلين سنة 1818، له مؤلفات في بعض فروع الفلسفة ومنها فلسفة القانون التي أصدر بشأنها كتابه "مبادئ فلسفة القانون" سنة 1821.<sup>1</sup>

نتاول مذهب هيغل في ثلاث مباحث هي الفلسفة التي يقوم عليها مذهبه والنتائج المترتبة عنه ثم الانتقادات الموجهة إليه.

### المبحث الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب هيغل:

يقوم مذهب هيغل على اعتبار أن القانون يستمد قوته وشرعيته من صدوره عن الدولة معبرا عن إرادتها حيث لا نكون أمام القانون إلا إذا صدر معبرا عن إرادة السلطة السياسية في الدولة.<sup>2</sup>

فالقانون هو تعبير عن إرادة الدولة داخل إقليمها في علاقاتها بأفراد الشعب أو الأمة، وهو إرادتها خارج إقليمها في الحياة الدولية بالنسبة لعلاقاتها بغيرها من الدول وأشخاص القانون الدولي، ذلك أن الدولة هي سيادة نفسها ويجب أن يخضع لها كل من يدخل في تكوينها داخل الدولة، وهي لا تخضع لأحد سواء داخل الدولة أو خارجها، حيث ينادي هيغل بسلطان الدولة ويرى أن سلطانها مطلقا يشمل علاقات الدولة في الداخل وفي الخارج.<sup>3</sup>

يخضع للدولة على المستوى الداخلي كل من يدخل في تكوينها وأن المجتمع لا يصل إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع الأفراد في المجتمع أن ثمة مصلحة مشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها، فتتحد إرادتهم وحررياتهم بهذه المصلحة فتتجلى فيها، وهذا ما يطلق عليه وحدة الإرادات الفردية، فالدولة في مفهوم هيغل تجسد إرادة الإنسان

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص31.

- احدث هيغل بفلسفته تأثيرا هائلا على مجرى الأحداث وعلى حياة القانون الوضعي في الكثير من الدول، من مؤلفاته: علم المنطق، علم الجمال،... تعرف فلسفة هيغل باسم فلسفة الفكرة أو العقل المطلق أو كما تسمى أيضا: الإرادة العالمية في حد ذاتها أو روح العالم... ويعتبر هيغل نفسه من أنصار المذهب الطبيعي والقانون العقلي بل ينادي بين ما هو واقع، وما هو معقول، فكل ما هو عقلي هو حقيقي وكل ما هو حقيقي عقلي وبالتالي فالدولة تعتبر شيئا معقولا في ذاته. فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص100.

<sup>2</sup> - انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص101.

<sup>3</sup> - انظر: إبراهيم أبو النجا، نفس المرجع السابق.

وحرية الانسان الحقيقية لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة، وهذا يقتضى أن يخضع الأفراد خضوعاً تاماً للدولة التي يتحقق كيانها على إرادات الأفراد العامة.<sup>1</sup>

ويذهب هيجل إلى أن سيادة الدولة واحدة لا تتجزأ ويجب أن تدوب في وحدتها جميع الاعتبارات ووجهات النظر المختلفة، وأن تتجسد هذه السيادة في شخص واحد يملك التعبير بإرادته وحدها عن الإرادة العامة التي يقوم عليها كيان الدولة وسلطانها، وتكون إرادته قانوناً واجبة النفاذ، لأنه يملك القوة اللازمة لفرضها.

أما في خارج الدولة على المستوى الدولي فيرى هيجل أنه لا توجد سلطة أو إرادة أعلى من سلطة أو إرادة الدولة بحيث تلزمها بسلوك معين في علاقاتها مع الدول الأخرى وتجبرها على احترام هذا السلوك. وأن جميع الدول متساوية في السيادة، ومن ثم فإنه لا توجد سلطة 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 وحل المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين هذه الدول، هذه الحرب التي تنتهي بحل النزاع لصالح الدولة الأقوى، وتعتبر النتيجة التي تنتهي إليها الحرب في نظر هيجل نوعاً من القضاء الإلهي أو ما يشبه حكماً من محكمة التاريخ، حيث يبين التاريخ على مر العصور أن الانتصار في الحروب يكون دائماً للطرف الأقوى الذي يحق له النصر. وبذلك تكون الغلبة للدولة التي تستطيع فرض إرادتها بالقوة على الدول الأخرى.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب هيجل:

يترتب على مذهب هيجل جملة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي:

### 1- انحصار مصادر القانون في التشريع:

بما أن هيجل يرى أن القانون لا يوجد إلا إذا صدر معبراً عن إرادة الحاكم في الدولة فإنه يترتب على ذلك اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون دون غيره من المصادر.

### 2- إنكار صفة القانون على القانون الدستوري والقانون الدولي العام:

لا يعترف هيجل بقواعد القانون الدستوري وقواعد القانون الدولي ولا يرى لها وجوداً، فهو لا يعترف إلا بالقوة وبالإرادة المطلقة للحاكم في الدولة، وبهذه الإرادة المطلقة للدولة في علاقاتها الدولية.

<sup>1</sup>- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص102.

<sup>2</sup>- ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص33.

إذ يرى هيجل أنه في المجتمع الداخلي تلقى الشعوب المصير الذي تستحقه ويولى عليها الحكام الذين تكون جدية بهم. وفي المجتمع الدولي لا محل لوصف الحرب بأنها عادلة أو غير عادلة، فكل حرب تكون دائما عادلة ومشروعة وتنتهي دائما لصالح الطرف الأقوى الذي يكون جديرا بالنصر. وهذا يؤدي إلى أن الدولة الأقوى هي التي تسود العالم وتهيمن على العلاقات الدولية إلى أن تتوافر لدولة غيرها قوة أكبر فتنتقل إليها السيطرة في العلاقات الدولية. وإذا تعادلت دولتان أو أكثر في القوة وأخذت تتنازع السيطرة فيما بينها فإن العالم لن يهدأ إلا إذا انتهى هذا التنارع بحرب تنتصر فيها إحدى الدول المتنازعة فتصبح لها السيطرة والهيمنة على العلاقات الدولية في العالم.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث: نقد مذهب هيجل:

وجهت لمذهب هيجل عدة انتقادات مثله مثل مذهب أوستن نلخصها فيما يلي:

- 1- اقتصار مصادر القانون على مصدر وحيد هو التشريع ادعاء غير صحيح اذ مصادر القانون متعددة يتقدمها العرف.
- 2- يوحد هيجل بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون وهذا ما يؤدي إلى الاستبداد المطلق للحاكم داخل الدولة من خلال سلب حريات الأفراد وتذويهم تماما في الدولة، والعمل على تقديس إرادة الحاكم في الدولة على حساب حرية الأفراد.
- 3- الأخذ بمذهب هيجل يؤدي إلى استبداد الدولة في علاقاتها على المستوى الدولي مع الدول الأخرى مما يجعل الحرب هي الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات بين الدول، وإلى السيطرة على العالم حيث يعترف هيجل بالقوة ويجعل النصر والغلبة للدولة التي تملكها ولو لم تكن على حق في اعتدائها وغزوها لغيرها من الدول، وهذا يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرارها.<sup>2</sup>
- 4- اكتفى هيجل بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية شأنه شأن المذاهب الشكلية التي يندرج تحتها دون البحث عن محتواها وجوهرها، كما أهمل دور الظروف الاجتماعية وباقي العوامل الأخرى في تكوين وتطوير القاعدة القانونية.<sup>3</sup>
- 5- وأخيرا يؤخذ على مذهب هيجل أنه أراد بفلسفته التي نادى بها تدعيم الحكم الاستبدادي المطلق الذي كان قائما في عهده وإثبات حق الشعب الألماني في السيطرة على العالم.

<sup>1</sup> - ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص. 34-35.

<sup>2</sup> - انظر: ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص. 35.

<sup>3</sup> - انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 104.

## الفصل الرابع: مذهب كلسن:

كان الفيلسوف النمساوي هانز كلسن يعمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917،<sup>1</sup> وقد وضع نظريته المعروفة باسم النظرية الخالصة للقانون أو الصافية للقانون La théorie pure de droit وهي تدرس القانون كعلم خالص وذلك باستبعاد كل العوامل والمؤثرات المحيطة به كالأخلاق والدين والاقتصاد والسياسة وغيرها من الضوابط التي تدخل في علوم أخرى لا يختص بدراستها القانوني، وإنما من اختصاص علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة وغيرهم، فهي نظرية تقوم على أساس استبعاد جميع العناصر غير القانونية من نطاق القانون وأيضا وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي يتطابق فيه القانون والدولة.<sup>2</sup>

ندرس في مذهب كلسن الأسس التي يقوم عليها والنتائج المترتبة عنه تم الانتقادات الموجهة إليه في ثلاث

مباحث متتالية:

### المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن:

يقوم مذهب كلسن على أساسين هما: استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون ووحدة القانون والدولة أو تطابق القانون والدولة في نظام قانوني واحد.

#### 1- استبعاد جميع العناصر غير القانونية:

يرى كلسن وجوب استبعاد كافة العناصر والعوامل الاجتماعية الأخرى من نطاق القانون والمتمثلة في العوامل الاقتصادية والمؤثرات السياسية والمبادئ والمثل الأخلاقية والعقائدية والمفاهيم السياسية وغيرها، فالقانون الخالص يجب أن يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي باعتبارها تعبير عن إرادة الدولة، وكما هي كائنة عادلة أو غير عادلة لأن ذلك ليس من اختصاص القانوني وإنما من اختصاص علماء آخرين كعلماء الاقتصاد والسياسة والاجتماع وغيرهم كل حسب اختصاصه.<sup>3</sup>

غير أن كلسن إذا كان يقصر القانون على الضوابط القانونية وحدها إلا أنه يعطي للضوابط القانونية معنى

واسعا يشمل كل عمل قانوني سواء كان قاعدة قانونية عامة كالقواعد القانونية التي يتكون منها القانون بفروعه

<sup>1</sup> - ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> - علي مراح، مرجع سابق، ص 130-131.

<sup>3</sup> - علي مراح، مرجع سابق، ص 131-132.

المختلفة، أم كان قاعدة فردية كالأوامر الادارية والعقود والأحكام القضائية وغيرها، وعلى ذلك يتكون القانون وفقا لمذهب كلسن، من قواعد قانونية عامة وفردية.<sup>1</sup>

## 2- وحدة القانون والدولة: (الدولة هي تشخيص للنظام القانوني القائم):

يخلط كلسن بين القانون والدولة خلطا تاما حيث يرى أن الدولة ليست صانعة القانون وإنما هي نفسها القانون وعلى ذلك يوحد كلسن بين القانون والدولة ويدمجهما معا ويعتبر القانون هو الدولة والدولة هي القانون.

يذهب كلسن إلى أن الدولة ليست شخصا معنويا وإنما هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض درجات تشبه هرمها تبدأ قاعدته بالأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية وتنتهي قمته بالدستور الذي يعتبر القاعدة القانونية الكبرى التي تملأ جميع درجات القواعد القانونية في الهرم وتعد مصدرا لجميع القواعد الاخرى الدنيا منها في الدرجة بحيث تستمد كل درجة شرعيتها وصفتها القانونية من الدرجة التي تعلوها، وهكذا حتى الدرجة العليا وهي الدستور. ويعتبر الدستور وما يتفرع عنه من قوانين وقرارات وأوامر فردية وأحكام قضائية نظاما قانونيا كاملا هو الدولة. غير أن هذا النظام لا يعتبر كذلك إلا بوجود هيئات مركزية مختصة بالتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها هذا النظام.<sup>2</sup>

## المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب كلسن:

يترتب عن الأخذ بمذهب كلسن نتيجتين هما:

### 1- رفع التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بسلطان القانون:

يرى كلسن أن القول بأن القانون هو إرادة الدولة - وهو نفس ما تقول به المذاهب الشكلية الأخرى - يتناقض مع القول بوجود تقييد الدولة بأحكام القانون. فطالما أن القانون هو إرادة الدولة فإن أي مخالفة للقانون من جانب الدولة تكون إرادة جديدة منها، أي قانونا جديدا يعدل القانون الذي خالفته الدولة، وبذلك يستحيل أن تقييد الدولة بالقانون. إذ القول بأن الدولة هي القانون لا يمكن معه تصور عدم تقييد الدولة بالقانون لأن عدم تقييدها

<sup>1</sup> - ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص38.

<sup>2</sup> - انظر: - نفس المرجع، ص39.

- علي مراح، المرجع السابق، ص133-134.

به يقضي أن تكون الدولة مستقلة عن القانون وذلك بأن تكون هي والقانون شيئين متميزين كل منهما عن الآخر، إذ الأمر ليس كذلك فالدولة والقانون ليسا سوى شيء واحد.<sup>1</sup>

يرى كلسن بأنه بهذه الوحدة فقد رفع التناقض بين اعتبار القانون هو تعبير عن إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بسلطان القانون، طالما أن القانون يتطابق مع الدولة، فهما وجهان لشيء واحد هو النظام القانوني.<sup>2</sup>

## 2- وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص:

يترتب على الأخذ بمذهب كلسن عدم جواز تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص كما هو عليه الحال في التقسيم التقليدي للقانون. لأن هذا يعزو لمعايير سياسية يجب على القانوني أن يتحاشاها حتى لا يتورط في متاهات سياسية نتيجة لاتباعه الفكري.<sup>3</sup>

وعليه وفقا لمذهب كلسن لا مجال لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص حيث يتكون القانون من مجموعة من القواعد القانونية العامة والفردية تتدرج بعضها فوق بعض في شكل هرمي، تحكم كل درجة منها العلاقات التي تدخل في نطاقها في الحدود المقررة بهذه الدرجة دون حاجة إلى التمييز بين القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة والقواعد التي تحكم العلاقات التي لا تكون فيها الدولة طرفا بهذه الصفة بل بصفتها فردا عاديا شئنا شأن باقي الأفراد.<sup>4</sup>

## المبحث الثالث: نقد مذهب كلسن:

رغم تقدير فضل نظرية كلسن وبيان أهميتها من خلال دفاع بعض النقاد عنها باعتبار فضلها في حل بعض التناقضات ومنها التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين وجوب التزام الدولة بأحكام القانون والتقييد به، فإنها لم تنج من الانتقادات منها:

1- أخذ عليها أنها تخفي مشكلة أساس القانون ولا تضع حلا لها: ذلك أن التدرج الهرمي للقواعد القانونية يقف عند القاعدة القانونية الكبرى وهي الدستور في قمة الهرم دون أن تتمكن نظرية كلسن من إسنادها إلى قاعدة أعلى تستمد منها شرعيتها وفقا لتدرج القواعد القانونية. ولذلك اضطر كلسن إلى القول بوجود قاعدة عليا يستمد منها

<sup>1</sup> - راجع: ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص42.

<sup>2</sup> - انظر: علي مراح، المرجع السابق، ص134.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص135.

<sup>4</sup> - ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص43.

الدستور شرعيته، هذه القاعدة يجب التسليم بوجودها مسبقا بحكم الواقع دون أن يقيم عليها دليل علمي. هذه القاعدة العليا أو الضابط الأعلى الذي يستمد منه الدستور شرعيته قد يتمثل في قاعدة عليا تاريخية صادرة عن ثورة أو عن معتصب للسلطة. فإذا لم يكن لهذا الضابط الأعلى وجود حقيقي فإنه يجب التسليم بوجوده على سبيل الافتراض، فهو مجرد ضابط شكلي يمنح الاختصاص إلى أول جهة تقوم بوضع الدستور وتقف مهمته عند هذا الحد بحيث لا يعتبر جزءا من النظام القانوني الوضعي.

غير أن القول بهذا من جانب كل من يؤدي في النهاية إلى إسناد الدستور إما إلى القوة وإما إلى القضاء وهو ما لا يمكن التسليم به كأساس للقانون.<sup>1</sup>

2- أنها تجرد القانون من كافة العناصر والعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية وغيرها التي تؤثر في نشأة القانون وتطوره، فالقانون ظاهرة اجتماعية تتأثر في تكوينها وتطورها بحقائق الحياة الاجتماعية وقيمها العليا، ومن ثم يجب أن تؤخذ في الاعتبار لأن استبعادها يجعل الدراسة قاصرة ومعيبة.<sup>2</sup>

3- في محاولته في نظريته أو مذهبه لرفع التناقض بين اعتبار القانون هو إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بالقانون قد أدمج الدولة في القانون وقال بوحدة الدولة والقانون وهو قول يخالف الواقع. إذ الدولة كيانها مستقل عن القانون، وهذا من المسلم به إذ أصبحت الدساتير تنص على تقييد سلطة الدولة والزامها باحترام المؤسسات والأنظمة والحقوق والحريات الفردية والجماعية القائمة في المجتمع.<sup>3</sup>

4- أخذ على كل من أيضا أنه لا مكان في نظريته للعرف في التدرج الهرمي للقواعد القانونية الذي بنى عليه مذهبه على الرغم من كونه مصدر هام من مصادر القانون لا يمكن إغفال دوره في إنشاء القواعد القانونية، وقد حاول أنصار المذهب الرد بالقول بأن قوة العرف مستمدة من إجازة الدستور له غير أن هذا القول مجرد افتراض يخالف الواقع، إذ الدساتير تقتصر على تنظيم التشريع دون أن تتصدى للنص على قوة العرف.<sup>4</sup>

5- أنها تهتم بشكل القانون دون جوهره، حيث تقصر القانون على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي بعيدا عن واقع الحياة العملية والاجتماعية وما يتفاعل فيها من عوامل سياسية واقتصادية وأخلاقية وغيرها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 44-45.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 135.

<sup>3</sup> - ابراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 45.

<sup>4</sup> - نفس المرجع، ص 46.

<sup>5</sup> - علي مراح، نفس المرجع.

6- أغفل كلسن في نظريته قواعد القانون الدولي العام التي تنظم العلاقات بين الدول إذ لا وجود ولا مكان لها في الهرم القانوني الذي أتى به ، إذ أرجع النظام القانوني لكل دولة إلى دستورها وهذا لا يصلح لحكم علاقات الدولة مع غيرها من الدول.

7- يؤخذ على كلسن القول بوجود قواعد قانونية فردية: إذ من المسلم به أن القواعد القانونية تتميز بخاصية العمومية والتجريد أي موجهة في خطابها إلى العامة أي إلى الأشخاص والوقائع بصيغة عامة لا ينظر فيها إلى شخص أو أشخاص بذواتهم أو معينين بالاسم ولا إلى واقعة أو وقائع محددة بالذات. وبالتالي لا وجود لقواعد قانونية فردية فهذه لا يصدق عليها وصف القواعد القانونية لانتفاء خصائص القاعدة القانونية فيها.



## الباب الثاني

### المذاهب الموضوعية

المذاهب الموضوعية هي تلك المذاهب التي لا تهتم بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية أو الشكل التي تظهر به في الحياة العملية، بل تهتم فقط بجوهر القاعدة القانونية أو المادة الأولية التي تتكون منها، فتنظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية وتكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوين وتطور القواعد القانونية، وهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع.

يتفق أنصار المذاهب الموضوعية فيما بينهم من حيث الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية، لكنهم يختلفون في مضمون هذا الجوهر مما أدى إلى ظهور مدرستين في هذا الشأن:

مدرسة مثالية *Ecole idéaliste* ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله.

مدرسة واقعية *Ecole positiviste* ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة.

كانت المدرسة المثالية هي السائدة حتى بداية القرن التاسع عشر حيث ظهرت فلسفة جديدة تناقض الفلسفة التي تعتمد عليها المدرسة المثالية، هي الفلسفة التي تقوم على حقائق الحياة الواقعية الملموسة التي أدت إلى قيام المذاهب الواقعية التي تتكون منها المدرسة الواقعية، ولا زالت المدرستان تتنازعان طبيعة القانون وأساسه حتى وقتنا الحاضر وإن كان قد ظهرت إلى جانبهما مذاهب أخرى حاولت الجمع بين الفلسفتين هي المذاهب المختلطة التي سندرسها لاحقاً.

نتطرق في هذا الباب إلى دراسة المذاهب المثالية في فصل أول ثم المذاهب الواقعية في فصل ثاني.

## الفصل الأول: المذاهب المثالية

تنحصر المذاهب المثالية في مذهبين هما مذهب القانون الطبيعي ومذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير وهذا ما سندرسه في مبحثين تباعا.

### المبحث الأول: مذهب القانون الطبيعي:

إن فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي، خالدة وثابتة، وتصح في الزمان والمكان.<sup>1</sup>

يمكن القول أن القانون الطبيعي يتضمن تلك المثل العليا الأزلية والخالدة في الزمان والمكان والتي تهيمن على نظام الكون كله، وهذا القانون ليس من صنع البشر وإنما يقتصر العقل البشري على الكشف عن قيم قواعده، فهو قانون عالمي يلزم جميع الناس لأنه يقوم على وحدة الطبيعة الانسانية ولذلك يحقق العدالة المنشودة على أكمل وجه.

وقد فرق البعض بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي، فالأول هو الذي تعمل به الجماعة فعلا وتسير وفقا له في الحياة العملية، أما الثاني (القانون الطبيعي) فهو المثل الأعلى الذي يمثل الكمال ويكشف عنه العقل البشري ليصوغ القانون الوضعي على نهجه، فيستوحي المشرع من تلك المثل العليا قواعد قانونية لتنظيم الجماعة، ومن ثم يعتبر القانون عادلا إذا كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي، ويعتبر ظلما إذا كان مخالفا لها.<sup>2</sup>

لم تحتفظ فكرة القانون الطبيعي بمضمون ثابت على مر العصور، رغم احتفاظها بمفهومها التقليدي كأساس لها في مراحل تطورها المختلفة باعتبارها قواعد خالدة أبدية تسمو على قواعد القانون الوضعي وتعتبر مثلا أعلى لها. ذلك أن فكرة القانون الطبيعي قد مرت بمراحل مختلفة تغير مضمونها فيها تبعا لاختلاف الغايات والأهداف التي اتخذت فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لتحقيقها، فقد بدأت لدى الفلاسفة اليونان كفكرة فلسفية، ثم صارت لدى فقهاء الرومان فكرة قانونية، ثم أصبحت لدى رجال الكنيسة في العصور الوسطى فكرة دينية، ثم تحولت لدى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية،<sup>3</sup> وهذا ما سيتم التطرق إليه في أربع مطالب:

<sup>1</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص76.

<sup>2</sup> - على مراح، المرجع السابق، ص140.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص51.

## المطلب الأول: القانون الطبيعي عند اليونان:

عرفت فكرة القانون الطبيعي لأول مرة لدى فلاسفة اليونان وكانت فكرة فلسفية أساسها التأمل في مظاهر الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عن طبيعتها. فقد فكروا بتأمل في ذلك النظام المطرد الذي يسير عليه الكون ويخضع له كل ما يوجد في هذا الكون من ظواهر طبيعية ومخلوقات، ولاحظوا وجود قواعد ثابتة تخضع لها الظواهر الطبيعية سواء تعلقت بالفلك أو الماء أو الهواء.<sup>1</sup>

وقد نادى الكتاب المسرحيون بوجود قوانين إلهية ثابتة وغير مكتوبة في مقابل القانون الوضعي، قانون المدينة. فهذا سوفكليس جعل بطله مسرحية "انتيون" (القرن الخامس قبل الميلاد)، التي دفنت جثمان أخيها، رغم منع الملك ريون، تقول له: "لا، لا، ما كان يجب أن اعتقد أن تكون لأوامرك القوة الكافية ضد قوانين الآلهات غير المكتوبة، قوانين ثابتة، لتضعك، انت الفاني، فوقها.

إنها ليست بنات اليوم ولا الأمس، هذه القوانين! آه

لقد وجدت وستوجد دائما ولا أحد يستطيع القول متى بدأت (في الوجود)."<sup>2</sup>

كما أبان أرسطو (384-322 ق.م)<sup>3</sup> القوة الآمرة للقانون الذي ينحدر من الطبيعة والذي يحس به بنوع من التوقع.<sup>4</sup> كذلك الرواقيون الذين سلموا بفكرة "قانون الطبيعة" "Loi de la nature" إذ يرى الأستاذ كاستبيرك أن المدرسة الرواقية، كانت من أهم المدارس في تاريخ تطور فكرة القانون الطبيعي. وما يميز المذهب الرواقي هو مناداته

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص52.

<sup>2</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص77.

<sup>3</sup> - ولد أرسطو أو أرسطو طاليس سنة 384 ق.م بمدينة ستاجيرا التي كانت مستعمرة إغريقية على شاطئ مقدونيا وبالتالي فهو ليس أثينا، وكان والده طبيبا في قصر أمتيستاس الثاني والد الملك فيليب حاكم مقدونيا، الشيء الذي أثر في تكوين أرسطو حيث اهتم بالبحوث البيولوجية. رحل أرسطو إلى أثينا وعمره 17 سنة، مما ساعده في تعمق دراسة علم الأحياء وفهم مناهج البحث العلمي، واحتكاكه بالفكر مختلف العلوم. علماء وإثراء فكره بأفكار ومعارف إضافية.

التحق أرسطو بأكاديمية أفلاطون لأنها أصلح مكان في بلاد الإغريق لمواصلة الدراسات العليا المتقدمة، وكان عضوا بما طيلة حياة أفلاطون أي حوالي 20 سنة، فتأثر أرسطو بتعاليم أفلاطون، وكان أرسطو يقول أحب أفلاطون وأحب الحق وأؤثر الحق على أفلاطون. عرف مذهب أرسطو بالمشائية لأنه كان يعلم ماشيا، له العديد من المؤلفات من أهمها " الأخلاق والسياسة". راجع نور الدين حاروش، تاريخ الفكر السياسي، دار الأمة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2012، ص77 وما يليها.

<sup>4</sup> - مفهوم القانون الطبيعي عند أرسطو هو "العدل في ذاته المتمثل في المثل الأعلى الذي يهدف إلى الكمال، والذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الوضعية (الصادرة عن إرادة المشرع) لأن العدل هو الأساس الذي تستمد منه هذه القوانين قوتها الملزمة للأفراد". على مراح، مرجع سابق، ص143.

بوجود علاقة بين قوانين الطبيعة والقوانين العامة التي تحكم حياة الأفراد. وقد كان له تأثير في العديد من رجال الدولة والفلاسفة في روما وخاصة في شيشرون ومذهبه في القانون الطبيعي.<sup>1</sup>

رأى فلاسفة اليونان أن قواعد القانون الطبيعي تحقق العدالة على أكمل وجه، لذلك وجب أن يكون هذا القانون هو المثل الأعلى إذ على القانون الوضعي السعي إلى تحقيقه. حيث يكون هذا الأخير عادلا في نظرهم متى كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي، ويعتبر ظلما إذا ما خالف مبادئه.

### المطلب الثاني: القانون الطبيعي عند الرومان:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى روما، حيث تأثر الرومان بالفلسفة اليونانية وأخذوا عنها فكرة القانون الطبيعي واعتبروه القانون المثالي الذي يتكون من مجموعة قواعد ثابتة دائمة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وتوجد في الطبيعة ويدركها الانسان بعقله، فهو ينطبق على كل الشعوب لأنه أعلى من القوانين الوضعية وسابق على وجودها، وهو ليس من عمل الانسان بل إن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه.<sup>2</sup>

يقول شيشرون في كتابه الجمهورية: "إن هناك قانونا حقيقيا هو العقل القويم، مطابق للطبيعة، موجود فينا، ثابت، خالد... هو ذو أساس إلهي ولا يمكن اقتراح إلغاء هذا القانون، وليس من الممكن مخالفته ولا يمكن إلغائه كلية... وهو ليس غيره في روما أو أثينا وليس هو غيره اليوم وغدا، لكنه قانون واحد خالد وثابت بالنسبة لكل الشعوب ولكل الأزمان، فهو كآلة واحد وعالمي، سيد وقائد كل الأشياء: إن الله هو صانع هذا القانون، وهو الذي قدره وأعلنه...".<sup>3</sup>

أما الفقيه الروماني ايلبيان Ulpian فقد أعطى للقانون الطبيعي مدلولاً أكثر شمولا حيث قرر أنه القانون الذي يهيمن على نشاط الكائنات الحية جميعا من انسان وحيوان... وأن قواعده تصدر عن الطبيعة ذاتها سواء تمثلت في دوافع الحيوان أو دوافع الانسان، ولكنها عند الانسان أكثر تطورا.

وقال عنه الفقيه الروماني جايوس Gaius أنه قانون ثابت وسابق على القوانين الوضعية، غير قابل للتغيير وليس من صنع الانسان، بل تفرضه الطبيعة ذاتها ويمليه العقل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - انظر: نفس المرجع، ص 77-78.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 51.

<sup>3</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 78.

<sup>4</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 54.

وقال أيضا: "إن كل الشعوب التي تحكمها القوانين والأعراف تستعين بجزء من قانونها وجزء من قانون يشملهم كما يشمل كل البشر: لأن القانون الذي كونه كل شعب بنفسه يصبح خاصا به ونطلق عليه القانون المدني بالضبط لأنه خاص بالمدينة، بالعكس ، فإن القانون الذي أقامه العقل الطبيعي عند كل البشر هو أيضا متبع عند كل الشعوب ويدعى قانون الشعوب Jus gentium بالضبط لأن كل الشعوب تلجأ إليه".<sup>1</sup>

وعلى هذا النحو فإن فكرة القانون الطبيعي انتقلت من فلاسفة اليونان إلى فقهاء وفلاسفة الرومان، الذين جعلوا منها فكرة قانونية حيث اعتبروا القانون الطبيعي مصدرا للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب، باعتبار أنه يتضمن مجموعة من المبادئ التي تنشأ مع الطبيعة ويكشفها الإنسان بعقله، ومن ثم تكون مطابقة للعقل ومقبولة لدى جميع الأمم والشعوب. وهو الأساس الذي استند إليه فقهاء الرومان للتمييز بين القانون المدني الذي كان يطبق على الرومان الأصليين وحدهم، وقانون الشعوب الذي كان يطبق على الأجانب، سواء في علاقاتهم ببعضهم أم في علاقاتهم بالرومان.

ولعل هذا هو الأساس الذي استند إليه فقهاء الرومان للتمييز بين القانون المدني وقانون الشعوب، وقد كان القانون المدني الروماني قانونا شكليا يهتم بالاجراءات الشكلية ويرتب على عدم مراعاتها ضياع الحقوق على أصحابها، حيث كان هذا القانون مستمدا من العادات والتقاليد الرومانية القديمة، غير أن فكرة القانون الطبيعي قد أثرت في القانون المدني، وظهر هذا التأثير في تحرير هذا القانون من كثير من الشكليات التي تميز بها، وفي الحد من الحالات التي تتنافى مع مبادئ القانون الطبيعي والتي كان تطبيق القانون المدني فيها مع ما يتطلبه من اجراءات شكلية، يفضي إلى حلول غير عادلة.

أما قانون الشعوب فكان يمتاز بالبساطة والبعد عن الشكليات، وكان يستمد قواعده من مبادئ العدالة التي يقرها العقل وتقبلها جميع الشعوب.<sup>2</sup>

يشرح الأستاذ السنهوري والأستاذ حشمت أبو سبيت معنى قانون الشعوب في كتاب لهما (أصول القانون) إذ قالوا: "أما قانون الشعوب فهو ذلك القانون المشترك بين جميع الشعوب، وكان الرومان يستمدون من مبادئه القانون

<sup>1</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص79.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص55.

الذي يطبق على الأجانب، وهذا هو القانون الطبيعي بالمعنى المقصود، أما القانون الطبيعي في لغة الرومان فقد كان القانون الذي تخضع له الكائنات الحية من إنسان وحيوان".<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: القانون الطبيعي عند الكنسيين:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي في العصور الوسطى إلى رجال الكنيسة، وتحوّلت إلى فكرة دينية تحت تأثير الديانة المسيحية ونفوذ الكنيسة الذي كان سائدا في أوروبا في ذلك الوقت. حيث قرر الفقهاء والفلاسفة الكنسيون أن القانون الطبيعي هو قانون إلهي أبدي خالد يسمو على القانون الوضعي، لأنه من صنع الله تعالى باعتباره خالق الطبيعة، وكان هدفهم من تحويله إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة وتدعيم سيطرتها وإخضاع الملوك لسلطان البابا، إذ قرروا أن لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي ويختلط ببعض أحكامه.<sup>2</sup>

غير أن القانون الطبيعي وإن كانت تغلب عليه الصبغة الدينية في عهد الكنسيين، إلا أن ذلك لم يترتب عليه زوال واختفاء الطابع العقلي الذي كان يتصف به القانون الطبيعي في عهد اليونان ثم الرومان، فالقانون الطبيعي وإن كان لدى فلاسفة وفقهاء الكنيسة هو القانون الذي يلهمه الله باعتباره خالق الطبيعة، إلا أن هذا القانون لا يدركه الإنسان إلا بعقله.

ولذلك فرق القديس توما الاكوييني<sup>3</sup> Saint Thomas d' Aquin في منتصف القرن الثالث عشر بين ثلاثة أنواع من القوانين تتدرج حسب أهميتها، هي القانون الإلهي ويليها القانون الطبيعي ثم أخيرا القانون الوضعي.

<sup>1</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 79.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 57.

<sup>3</sup> - ولد القديس توما الاكوييني في عائلة غنية بالقرب من مدينة نابولي في إيطاليا، ودخل سلك الرهبنة حوالي السنة الرابعة أو الخامسة عشر من عمره، على الرغم من معارضة عائلته.

واصل دراسته في اللاهوت في ألمانيا وفرنسا بعد أن درس في جامعة نابولي. وأصبح أستاذا في اللاهوت في 15 آب 1257. وعاد إلى إيطاليا عام 1259 وبقي فيها تسع سنين قام خلالها بالتدريس. ثم عاد إلى باريس بين عامي 1268-1269 فأرغم على قطع محاضراته بسبب الاضطرابات التي حدثت آنذاك في الجامعة، فرجع ثانية، عام 1272 للتدريس في نابولي. منحت له القداسة في 14 تموز عام 1323 من قبل البابا يوحنا الثاني والعشرين.

كان القديس توما الاكوييني واسع الاطلاع، فعرف الفلسفة الاغريقية (وتأثر بأرسطو خاصة) والفلسفة العربية (ابن سينا وابن رشد) ودرس الفلاسفة المدرسين وآباء الكنيسة. وتعتبر مؤلفاته (التي قاربت السبعين) من أسس علم اللاهوت في الكنيسة الكاثوليكية. له أتباع كثيرون داخل الكنيسة الكاثوليكية وخارجها، وقد كتب الشيء الكثير عن مذهبه. انظر: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 84.

فتوما الاكوييني أعظم الفلاسفة المسيحيين، عاد إلى تأكيد مذهب أرسطو في أن القانون الطبيعي هو القانون العقلي، حيث يشرح ذلك بقوله: " إن تعريف الفضيلة الأخلاقية يكون بواسطة العقل السليم ويترب على ذلك أن كل ما يمليه العقل على الانسان فهو طبيعي بمعنى أنه معقول".

وأن الله لا يأمر بشيء إلا لأنه حسن بحسب العقل، ولا ينهى عن شيء إلا لأنه قبيح في نظر العقل. (والخلاصة التي ينتهي إليها أنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الالهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي).<sup>1</sup>

### المطلب الرابع القانون الطبيعي في العصر الحديث:

يقصد بالعصر الحديث تلك الفترة التي تلت عصر الاقطاع وسيادة الكنيسة، وكذا ظهور السيادة التي تمثل أحد المفاهيم الرئيسية في فكرة القانون العصرية، التي أطاحت بمبدأ سيادة الكنيسة وسلطانها.<sup>2</sup> قام فريق من الكتاب والفلاسفة في القرن السادس عشر بالدعوة لهذا المبدأ ومناصرتة، من أشهرهم مكيافيلي Machiavel في إيطاليا، وبودان Bodin في فرنسا.

غير أن هذين الكاتبين قد بالغا في تصوير فكرة سيادة الدولة، ولعل ذلك كان يرجع إلى رغبته في التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال كرد فعل عكسي لما كان سائدا من اقطاع وإخضاع الدولة لسلطان الكنيسة. فكان مكيافيلي يرى أن الغاية تبرر الوسيلة وأن القوة تكون عادلة ما دامت ضرورية. ومن أقواله: "أن الأمير يجب أن يكون ثعلبا وأسدا في نفس الوقت، لأنه إن لم يكن إلا أسدا فلن يبصر الشراك، وإن لم يكن إلا ثعلبا فلن يحمي نفسه من الذئاب".

أما بودان فكان يدعو إلى سيادة الدولة سيادة مطلقة حيث كان يجيز للحاكم أو السلطان أن يتحلل من القوانين التي يفرضها على رعاياه، فالحاكم فوق القانون لأنه هو مصدر القانون، ولذلك فهو لا يخضع له وليس ثمة ما يلزمه قبل الأفراد سوى مجرد واجبات أخلاقية لا تعطي للأفراد الحق في مطالبته باحترام ما يفرضه عليهم من قوانين.<sup>3</sup>

نتيجة للمغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن السادس عشر وطغت الدولة على حقوق الأفراد وحررياتهم، كما سادت القوة في العلاقات الدولية، وهو ما جعل الفقهاء والفلاسفة يدعون

<sup>1</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص148.

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص133.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص61.

إلى ضرورة وضع أسس عادلة لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد من جهة، و تنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول من جهة أخرى، مما أدى إلى ظهور الحاجة مرة أخرى إلى لفكرة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر.<sup>1</sup>

هكذا نجحت فكرة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر نجاحا عظيما، واتخذت طابعا سياسيا، فقد اتخذها الفقهاء والفلاسفة وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، باعتبارها حقوق تولد مع الانسان ولا غنى عنها لمباشرة نشاطه. واستندوا عليها للمطالبة بتنظيم الدولة على أسس ديمقراطية تقوم على الحرية والمساواة، كما استندوا عليها للمطالبة بتنظيم المجتمع الدولي على أساس قانوني أبرز إلى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث.<sup>2</sup> وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: القانون الطبيعي كأساس للقانون الدولي العام:

كان الفقيه الهولندي جروسيوس Gratus أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث، حيث يرجع إليه الفضل في ظهور هذه الفكرة على شكل مذهب واضح الحدود والمعالم في النصف الأول من القرن السابع عشر.

وقد أصدر كتابا سنة 1625 عن الحرب والسلام بعنوان "قانون الحرب والسلام" عرف فيه القانون الطبيعي بأنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظلما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا للعقل".<sup>3</sup>

كتب جروسيوس مؤلفه الأساسي في قانون الحرب والسلام De jure belli ac Pacis وهو يمثل أول عرض حقيقي منهجي للقانون الدولي.

وقبل أن يدخل في قانون الحرب في مؤلفه يطرح جروسيوس مفهومه العام للقانون الدولي فهو يسلم بسيادة الدولة ويعرف هذه السيادة بأنها "تلك التي تكون أعمالها مستقلة عن كل سلطة عليا ولا يمكن أن تلغى من قبل أية إرادة بشرية".

<sup>1</sup> - انظر: سعيد بوعلوي، المرجع السابق، ص45.

- سليمان شريقي، المرجع السابق، ص121.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجاء، المرجع السابق، ص61-62.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص62.



إلا أن الدول ذات السيادة يجب أن لا تتجاهل بعضها، فعليها أن تقبل فكرة وجود مجتمع يحكمه القانون بالضرورة، فالسيادة يجب أن تقيد بقوة القانون فقط لافتقاد الهيئات التي تعلقو على الدول، وهذا القانون هو القانون الطبيعي، وانطلاقاً من فكرة القانون الطبيعي يعرف جروسويس القواعد المتعلقة بالحرب، فهو يعترف بشرعية الحرب، فليس هناك سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفظ نزاعاتها، لكن بشرط أن تكون هذه الحرب عادلة، وتكون الحرب عادلة إذا كانت رداً 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 الدولية.<sup>1</sup>

### ثانياً: القانون الطبيعي كأساس للقانون الدستوري:

اتخذ الفقهاء خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر من فكرة القانون الطبيعي أساساً لتنظيم سلطان الدولة تجاه الأفراد، ذلك أنه نتيجة للمغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة على الأفراد وما ترتب عليه من استبداد الملوك وطغيانهم على حقوق وحرريات الأفراد، فإن الشعوب قامت تدافع عن هذه الحقوق والحرريات، وبدأ الفقهاء والمفكرون في البحث عن أساس لتبرير شرعية سيادة الدولة، ورأوا أن هذا الأساس يمكن أن يتركز على فكرة العقد الاجتماعي Contrat social، وكان من أبرز القائلين بهذه الفكرة الفيلسوفان الإنجليزيان هوبز Hobbes ولوك Loche والفيلسوف الفرنسي روسو Rousseau.<sup>2</sup>

مؤدى نظرية العقد الاجتماعي أن المجتمع السياسي هو المجتمع الذي يفقد فيه الفرد حريته ويصبح خاضعاً لقوانين هذا المجتمع وذلك بمقتضى اتفاق بين الأفراد أنفسهم وبين فريق منهم ليصبح فريقاً حاكماً يخول له وضع القوانين وتنظيم المجتمع.

وبمقتضى هذا الاتفاق فإن كل فرد يتنازل عن جزء من حريته مقابل أن يحافظ له الحاكم على الجزء الباقي من حريته.

وبذلك كان العقد (أو الاتفاق) هو أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي وبالتالي خضوع الأفراد لحكم القانون، وأن أنصار هذا المفهوم قد استعملوا العقد الاجتماعي كوسيلة للتعبير عن القانون الطبيعي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 64.

<sup>3</sup> - نذر الشاوي، المرجع السابق، ص 148-149.

تلك هي الفكرة العامة للعقد الاجتماعي، غير أن الفقهاء الذين نادوا بهذه الفكرة وإن كانوا قد اتفقوا بشأن أساس العقد الاجتماعي، إلا أنهم قد اختلفوا في تحديد طرفي هذا العقد ومضمونه والآثار المترتبة عليه، وذلك تبعاً لاختلافهم في تحديد مدى سيادة الحاكم أو السلطان في المجتمع. ذلك أن فكرة العقد الاجتماعي اتخذها أنصار الحرية وأنصار الاستبداد على السواء، سندا لتبرير آراءهم المتعارضة.<sup>1</sup>

ولبيان ذلك نعرض أقوال هؤلاء الفلاسفة: هوبز، لوك، وروسو.

### 1 - العقد الاجتماعي عند هوبز:

يرى هوبز أن العقد الاجتماعي تم بين أفراد المجتمع دون أن يكون الحاكم أو السلطان طرفاً فيه، وبمقتضى هذا العقد تنازل الأفراد عن كل حرياتهم للسلطان لكي يعمل على إقامة النظام وحفظ الأمن بينهم، وهذا التنازل كامل غير مشروط ولا رجعة فيه لأن السلطان (الحاكم) ليس طرفاً في العقد وأن الأفراد بتنازلهم عن حرياتهم له قد قبلوا مسبقاً أن يعتبروا أن العدل هم ما يأمر به السلطان، والظلم هو ما ينهى عنه، ومن تم يجب عليهم احترام ما يشرعه لهم مهما كان متعسفاً أو مستبداً لأن استبداد الحاكم أفضل من الرجوع إلى عهد الفوضى والأناية وسيادة منطق القوة ( قانون الغاب).<sup>2</sup>

هذا هو رأي هوبز الذي يؤدي إلى الاستبداد المطلق، والواقع أن هوبز قد اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي وسيلة لتبرير السلطة الاستبدادية للحكام، ذلك أنه كان من أنصار النظام الملكي المطلق المستبد الذي كان يسيطر على إنجلترا في ذلك الوقت.<sup>3</sup>

### 2 - العقد الاجتماعي عند لوك:

يرى جون لوك أن العقد الاجتماعي قد أبرم بين الشعب والسلطان وبمقتضاه لم يتنازل الأفراد للسلطان عن كافة حرياتهم الطبيعية، وإنما تنازلوا عن جزء منها فقط بالقدر، اللازم لإقامة النظام والأمن وتحقيق الصالح العام في المجتمع، كما يلتزم السلطان بالمحافظة على ما بقي للأفراد من حريات، وفي حالة إخلال السلطان بهذه الالتزامات جاز للشعب أن يفسخ العقد وأن يعزل السلطان وتصبح الثورة ضده مشروعاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 150.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 66.

<sup>4</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 150-151.

هذا هو رأي لوا الذي عاش في إنجلترا في عهد ثار فيه الشعب الانجليزي على ملوكه المستبدين، وكان لوك من أنصار الملكية المقيدة، ولذلك فقد اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي وسيلة لمقاومة استبداد الملوك والحد من سلطاتهم، والدفاع عن الثورة ضد الملوك والحكام الطغاة المستبدين.<sup>1</sup>

### 3- 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 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 التي تظل للشعب ولذلك يستطيع الشعب دائما أن يعزل هذا الحاكم إذا أحل بالتزاماته.<sup>2</sup>

هذا هو رأي روسو الذي اتخذ من فكرة العقد الاجتماعي في القرن الثامن عشر وسيلة يملئها العقل الانساني للمحافظة على الحريات والحقوق الطبيعية وليس وسيلة للنزول عن هذه الحريات والحقوق أو الحد منها، وأداة لا نكار حق الملوك والحكام في السيادة، وجعل هذه السيادة للشعب، وبذلك يستمد النظام السياسي في الدولة والقوانين الوضعية فيها شرعيتها من إرادة الشعب صاحب السلطة والسيادة.<sup>3</sup>

### تقييم فكرة العقد الاجتماعي:

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

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 67.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 68.

لكن على الرغم من هذه الانتقادات فإن فكرة العقد الاجتماعي كانت لها مزايا هامة للمجتمع الانساني حيث يرجع لها الفضل في القضاء على الحكومات الاستبدادية وإبراز سيادة الشعب وإعلاء كلمته، وتقرير الحقوق والحريات العامة، وإعلان الحرية والمساواة للجميع. وكان من نتائج ذلك الثورة الفرنسية وآثارها على أوروبا والعالم.

ولذلك قيل بأن فكرة العقد الاجتماعي أكبر أكلوبة سياسية ناجحة.<sup>1</sup>

### الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر:

ظهرت في القرن التاسع عشر مذهب آخرى في مقدمتها المذهب التاريخي - الذي ندرسه فيما بع - قام أنصاره بمهاجمة مذهب القانون الطبيعي ووجهوا له الانتقادات التالية:

1- 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 وهو انعكاس لعبقريته الخاصة.<sup>2</sup>

2- 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 تغير القواعد بالنسبة للمسألة الواحدة وبذلك لا تكون قواعد القانون الطبيعي ثابتة لا في الزمان ولا في المكان.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني: القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير:

أدت الانتقادات التي وجهت إلى مذهب القانون الطبيعي إلى إضعافه وكادت أن تقضي عليه. إذ سلم بعض الفقهاء من أنصار القانون الطبيعي بهذه الانتقادات وسايروا أنصار المذهب التاريخي في أن قواعد القانون

<sup>1</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص152.

<sup>2</sup> - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص152.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص73.

الطبيعي ليست قواعد أبدية خالدة تصلح لكل زمان ومكان، بل أنها قواعد متغيرة تختلف باختلاف الظروف المحيطة بكل مجتمع. غير أن هؤلاء الفقهاء قرروا أن المشرع وهو يضع القواعد القانونية، لا بد له من مثل أعلى للعدل يستلهمه ويهتدي به. هذا المثل الأعلى للعدل هو القانون الطبيعي الذي يدركه الإنسان بعقله، ومن تم فهو يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية التي تحيط بالإنسان.

وعلى هذا النحو اقتصر الخلود والثبات على فكرة العدل ذاتها دون مضمونها فيما عرف بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير الذي نادى به الفقيه الألماني "ستاملر" Stammler وأخذ عنه الفقيه الفرنسي "سالي" Salleiles . إذ حاول ستاملر الجمع بين الخلود والتطور فقال بأن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد في فكرته ومتغير في مضمونه.<sup>1</sup>

يخلص مما تقدم أن مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير يتفق مع المذهب التقليدي للقانون الطبيعي في أمر واحد هو أن القانون الطبيعي يستخلصه الإنسان بعقله،<sup>2</sup> ولكنهما فيما عدا ذلك يختلفان اختلافا كبيرا.

#### الاتجاه الحديث نحو الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي:

نادى فقهاء العصر الحديث بالعودة إلى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي، مع تضيق نطاقه، حيث يرى هؤلاء الفقهاء وفي مقدمتهم بلانيول Planiol وجوسران Josserand أن القانون الطبيعي لا يتضمن مجموعة كاملة من القواعد، تضع الحلول اللازمة لجميع مشاكل الحياة الاجتماعية، وإنما يقتصر نطاقه على مجموعة قليلة من القواعد أو المبادئ المثالية الثابتة المبنية على العدالة، كمبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ، ومبدأ إعطاء كل ذي حق حقه، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع، وهي مبادئ عامة مشتركة بين جميع الأمم، لا تصلح بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، ولكنها تعبر عن الموجهات المثالية للعدل وتعتبر أساسا ومثلا أعلا للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل زمان ومكان.<sup>3</sup>

فالمثل الأعلى الذي انتهت إليه فكرة القانون الطبيعي في صورته الحديثة إذن هم أمر ضروري لتوجيه المشرع عند وضع القواعد القانونية، وهو أمر ضروري كذلك لتوجيه القاضي عندما لا تسعفه هذه القواعد القانونية، وبذلك يعتبر القانون الطبيعي أساسا للقوانين الوضعية سواء في تكوينها وإنشائها أم في تكملتها ما قد يظهر عند تطبيقها من

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص75-76.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص77.

<sup>3</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص154-155..

نقص أو قصور. وقد تنبعت كثير من الدول إلى هذا الدور للقانون الطبيعي في توجيه القاضي عند غياب نص تشريعي يحكم به، فجعلته يستلهم من المثل الأعلى ونصت على ذلك في تشريعاتها، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى مثلا من القانون المدني الجزائري بقولها: "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 توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".<sup>1</sup>

## الفصل الثاني: المذاهب الواقعية:

تتكون المدرسة الواقعية من مذاهب يرى فقهاؤها أن جوهر القانون يتمثل في الواقع الملموس للحياة الاجتماعية باعتبار القانون ظاهرة اجتماعية، مع اختلافهم في تفسير مفهوم الواقع الاجتماعي، وتمثل مذاهب هذه المدرسة في:

المذهب التاريخي La Doctrine Historique

مذهب الغاية الاجتماعية La Doctrine DU But Social

ومذهب التضامن الاجتماعي La Doctrine De La Solidarité Social

## المبحث الأول: المذهب التاريخي:

يربط المذهب التاريخي القانون بالتطور التاريخي للجماعة، أي أن القانون نتاج التاريخ، يولد وينمو في ضمير الجماعة، ويتطور معها ويساير مستجداتها، يتبلور في طبقات أعرفها وتجسده التقاليد والعادات.<sup>2</sup>

نادى بهذا المذهب في أوائل القرن التاسع عشر الفقيه الألماني سافيني Savigny لمعارضة مذهب القانون الطبيعي ومحاربة فكرة تجميع القوانين التي ظهرت في أوروبا في القرن التاسع عشر والتي كانت تعتمد على اعتناق الداعين لها لمذهب القانون الطبيعي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 80.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 160.

<sup>3</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 81.

يتم تناول هذا المذهب في النقاط التالية:

1- كيفية ظهور هذا المذهب

2- الأسس التي قام عليها

3- النتائج المترتبة عليه

4- النقد الموجه إليه

### المطلب الأول: كيفية ظهور المذهب التاريخي:

ظهرت بوادر هذا المذهب في فرنسا، حيث أبرز بعض الفقهاء أثر البيئة والظروف المحيطة بها في تكوين القوانين وبينوا ضرورة تناسب القوانين لطبيعة البلاد التي تصدر فيها، وتلائم الشعوب التي تنظم روابطهم وعلاقاتهم، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى اختلاف القوانين باختلاف البلدان والشعوب وفقا لظروف كل منها.

من أهم هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي منتسكيو Montesquieu في كتابه روح القوانين (الشرائع) « Esprit des lois » الذي أصدره سنة 1748.

هذه البوادر التي ظهرت في فرنسا انطلق منها الفقيه سافيني ليبرزها كمذهب واضح المعالم، وبذلك أصبح سافيني هو صاحب المذهب التاريخي والمعروف أيضا باسم مذهب التطور التاريخي.<sup>1</sup>

نادى سافيني بمذهبه لكي يحارب الدعوة التي ظهرت في ألمانيا، إلى تقنين القانون المدني الألماني أسوة بالقانون المدني الفرنسي، ذلك أنه بعد أن جمع نابوليون القوانين في مجموعات سميت تقنينات: مثل التقنين المدني والتقنين التجاري وغيرها، وجدت حركة تجميع القوانين تأييدا كبيرا من جانب كثير من الفقهاء في الدول المختلفة، لأنها كانت تتفق مع مبادئ القانون الطبيعي التي كانت سائدة في ذلك الوقت. وهؤلاء يتقدمهم الفقيه الألماني "تيبو" Thibaut. الذين طالبوا بضرورة تجميع القوانين الألمانية في تقنينات.

فقام سافيني بحركة مضادة عارض فيها فكرة التجميع، وحارب مذهب القانون الطبيعي وما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر لها دليل من الواقع المادي الملموس، وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة ونؤيدها التجربة في مجتمع معين.

<sup>1</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 160-161.

وقد عبر سافيني عن ذلك في مقال نشره سنة 1814 بعنوان " اتجاه العصر نحو التشريع والقضاء " بين فيه مضار التقنين وعيوبه، وهاجم القانون الطبيعي، وكان لنشر هذا المقال صدى كبير في الأوساط القانونية حيث وضع فيه سافيني الأسس والمبادئ التي أقام عليها المذهب التاريخي، بل المدرسة التاريخية التي أصبح هو زعيما لها، وتبعه كثير من الفقهاء منهم هوجو Higo وبوشتا Puchta وسالي Salleiles.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي:

يقوم المذهب التاريخي على الأسس التالية:

أولاً: إنكار وجود القانون الطبيعي:

ينكر المذهب التاريخي وجود القانون الطبيعي، حيث يرى سافيني أنه لا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل، لأن القول بذلك يؤدي حتماً إلى قواعد مختلفة باختلاف تفكير الأشخاص وتأثرهم بالظروف التي تحيط بهم، وبآرائهم وميولهم الشخصية ومعتقداتهم الدينية وغيرها.<sup>2</sup>

ثانياً: اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع:

يرى المذهب التاريخي أن القانون ليس وليد إرادة إنسانية عاقلة بصيرة، ولا هو من وحي مثل أعلى يوجه إلى إدراك غاية معينة، ولكنه من صنع الزمن ونتائج التاريخ إذ هو وليد حاجة الجماعة وما يتفاعل مع وجدانها من عوامل، ومن ثمة فإنه يتطور حسب ظروف كل مجتمع، وهو يختلف من دولة إلى أخرى، بل ويتغير في الدولة نفسها من جيل إلى آخر حسب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وأن الجماعة لا يحددها زمن معين أو جيل معين بل هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الأجيال وتتعاقد على مر الزمن فيرتبط فيها الحاضر بالماضي، ويمهد الحاضر للمستقبل ومن ثمة فليس القانون ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة، وإنما ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 84-85.

- انظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 161.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 162.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 176.



ثالثا: تكون القانون وتطوره آليا:

يرى المذهب التاريخي أن القانون ليس من انشاء إرادة إنسانية، ولا من وحي مثل أعلى، ولكنه من صنع الزمن ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة، فهو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة حيث يتكون ذاتيا بطريقة آلية دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في تكوينه، كما أنه ينمو ويتطور بشكل تلقائي.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: النتائج التي تترتب على المذهب التاريخي:

يؤدي الأخذ بمنطق المذهب التاريخي إلى النتائج التالية:

1- تجميع القواعد القانونية في تقنيات ثابتة يعد عملا ضارا لأن هذا التقنين من شأنه أن يؤدي إلى جمود 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.<sup>2</sup>

2- القانون الذي يصدره المشرع، ليس من وضعه لأن القانون يوجد نفسه ويتكون تلقائيا بطريقة آلية، 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.

غير أنه على المشرع متابعة كل تطور جديد وتعديل نصوص القانون بما يتفق مع هذا التطور، ولعل هذا هو السبب في عدا المذهب التاريخي للتشريع بصفة عامة والتقنين بصفة خاصة، إذ يخشى أنصار المذهب أن يحول التشريع أو التقنين دون التطور التلقائي للقانون بتثبيته في نصوص جامدة تجعل القانون حبيس النصوص التشريعية وتمنعه من الاستجابة للتطور الحتمي للمجتمع.<sup>3</sup>

3- يعتبر العرف هو المصدر الأساسي للقانون لأن العرف لا يدون ولكنه ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور معها، ويعبر تعبيرا صادقا عن رغبات الجماعة وحاجاتها ومصالحها وظروفها الاجتماعية، ولذلك فإن العرف في منطق

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 163.

<sup>3</sup> - انظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 88.

المذهب التاريخي أفضل من التشريع، لأن العرف تعبير مباشر وتلقائي عن الضمير الجماعي، ويكفل تطور القواعد القانونية بطريقة طبيعية، بينما التشريع يقتصر على التعبير غير المباشر عن هذا الضمير الجماعي.<sup>1</sup>

4- يجب عند تفسير النصوص التشريعية التي وضعها المشرع، أل يتجه البحث عن نية المشرع وقت وضع هذه النصوص، لأن هذه النية كانت وليدة الظروف التي أحاطت بها، بل يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى أنه يجب البحث عما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص التشريعية ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها. أي أن المذهب التاريخي يأخذ في تفسير القانون بالنية الاحتمالية للمشرع.<sup>2</sup>

### المطلب الرابع: نقد المذهب التاريخي:

إلى جانب الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي، سجلت له بعض المزايا، وهو ما سيتم توضيحه في الآتي:

أولاً: المزايا:

- 1- يمتاز المذهب التاريخي بأنه بين الارتباط بين القانون والبيئة التي ينشأ فيها، وظروف الجماعة التي ينظمها، ويرجع له الفضل في الكشف عن العوامل الطبيعية والتاريخية والاجتماعية والاقتصادية التي تساهم في تكوين القانون، فالقانون لا يتكون من قواعد جامدة، وإنما يتكون من قواعد متطورة تلائم ظروف المجتمع وتساير حاجاته المستجدة.<sup>3</sup>
- 2- كما يمتاز هذا المذهب بأن له الفضل في بيان فساد الفكرة التي نادى بها أنصار المذهب التقليدي للقانون الطبيعي والتي مفادها أن القانون الطبيعي يتضمن مجموعة كاملة من القواعد العامة الأبدية التي تصلح لكل زمان ومكان وتملي على المشرع الوضعي ما يضعه من قوانين.<sup>4</sup>
- 3- له الفضل في تبيان أن القانون ليس هو تعبير عن إرادة الحاكم بل هو نتيجة تفاعل الظروف والعوامل الاجتماعية المختلفة المحيطة بالجماعة. ولذلك فإن المشرع لا يستطيع أن يفرض على الجماعة قانوناً لا يتفق مع ظروفها ولا يساير تطورها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص163.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص88-89.

<sup>3</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص164.

<sup>4</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص89.

<sup>5</sup> - علي مراح، نفس المرجع.

4- أخيرا يمتاز المذهب التاريخي بأنه أوضح أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون، بعد أن أغفلته المذاهب الأخرى وأنكرت دوره في إنشاء القواعد القانونية.<sup>1</sup>

ثانيا: أهم انتقادات المذهب التاريخي:

تتمثل أهم الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي في:

1- المبالغة في ربط القانون بالبيئة والمجتمع مبالغة أدت به إلى إنكار دور العقل والارادة في إنشاء القانون وتوجيهه وتطوره، حين قرر أن القانون يتطور آليا في ضمير الجماعة، دون دخل لإرادة الانسان، وهذا غير صحيح. حيث أهمل المذهب التاريخي دور المشرع في اختيار أنسب القوانين التي تصلح للشعب، وأهمل دور الأفراد وكفاحهم ضد القوانين الظالمة التي يفرضها الحكام الطغاة، إذ يقال القوانين الحسنة كالانتصارات لا تأتي وحدها.

2- إن معارضة المذهب التاريخي لحركة تجميع القوانين في تقنينات موحدة بحجة أنها تؤدي إلى جمود القوانين وعدم مسيرتها للتطور في المجتمع، لا تقوم على أساس صحيح، إذ للتقنين مزايا كبيرة، هذه المزايا أدت إلى انتشار حركة التقنين رغم هذه المعارضة التي لم ينتج عنها سوى تأخير ظهور التقنين المدني الألماني إلى سنة 1900، كما أن الخوف من أن يؤدي تجميع القوانين إلى جمودها وعدم تطورها ليس له ما يبرره، إذ ليس صحيحا أن عملية التقنين تضيي على نصوص التقنين القدسية التي تجعل المشرع يتردد في تعديلها بما يلائم التطور في المجتمع، فقد دلت التجارب أن المشرع لا يحجم عن تعديل التقنين كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

3- أن ما ذهب إليه المذهب التاريخي من أن القانون هو وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع فيه مبالغة ولا يتفق مع الواقع، فقد اتحدت شعوب كثيرة وتركت قوانينها وطبقت قانونا موحدا كما حدث في ألمانيا وسويسرا وغيرها. كما أن بعض الدول قد نقلت قوانينها بصفة كلية أو جزئية عن قوانين دول أخرى، ومع ذلك بقيت هذه القوانين صالحة في بيئة تختلف في ظروفها عن البيئة التي نقلت منها اختلافا كبيرا.

4- بالغ المذهب التاريخي في اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون بسبب نشأته وتطوره في ضمير الجماعة، ذلك أن العرف كانت له الأولوية في العصور الأولى من حياة الانسان، أما في العصر الحديث مع تعقد سبل الحياة أصبح تدخل إرادة الانسان لتنظيم الحياة في المجتمعات الحديثة أمرا ضروريا، مما أدى إلى ضرورة تدخل المشرع ووضع نصوص

<sup>1</sup> - أنظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص90.

تشريعية تتكفل بهذا التنظيم وبذلك أصبح التشريع يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون ولم يعد العرف إلا مصدرا احتياطيا لا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود نص تشريعي.<sup>1</sup>

### المبحث الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية:

مذهب الغاية الاجتماعية من المذاهب الواقعية، نادى به الفقيه الألماني "فون إهرنج" Ihering لمهاجمة المذهب التاريخي بسبب النتائج التي وصل إليها.

أوضح إهرنج الفلسفة التي أقام عليها مذهبه في كتابين قام بنشرهما هما " الغاية من القانون " Le But de Droit وكتابه "الكفاح من أجل القانون" La lutte pour le Droit . وندرس هذا المذهب في مطلبين عن الفلسفة التي قم عليها مذهبه ثم الانتقادات الموجهة إليه:

#### المطلب الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية:

مذهب الغاية الاجتماعية على أساس أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، وقد يتطلب تحقيق هذه الغاية شيئا من الكفاح من جانب الانسان، ذلك أن القانون عند إهرنج في تطور مستمر لكنه ليس تلقائي كما يرى المذهب التاريخي بل يخضع لإرادة الانسان، فهو ظاهرة اجتماعية والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية من حيث خضوعها لقانون الغاية دون قانون السببية الذي تخضع له الظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار بسبب دوران الأرض، فالظواهر الاجتماعية لا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية التي تدفعها نحو تحقيق غاية معينة، ومن ثم فهي تخضع لقانون الغاية. وهذا الدور الذي تلعبه الإرادة البشرية قد يصل إلى درجة الكفاح واستخدام القوة والعنف لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة. فحرير الرقيق من السادة مثلا، والعمال من أصحاب الأعمال لم يتحقق إلا بعد كفاح طويل وتضحيات مريرة لتعديل وتغيير الأنظمة القانونية التي كانت سائدة.

وعلى هذا الأساس فإن القانون في طبيعته وجوهره، وفقا لمذهب إهرنج، ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح. الغاية هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه، والكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية، لذلك فإن هذا المذهب يسمى أيضا مذهب الغاية أو مذهب الكفاح.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - انظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 94-95.

- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 177-178.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 97-98.

## المطلب الثاني: نقد مذهب الغاية الاجتماعية:

بين إهرنج دور الإرادة والعقل في تكوين القانون وتطويره، فصحح بذلك خطأ زميله الفقيه سافيني الذي رأى أن القانون ينشأ ويتطور آليا في خبايا وعادات وتقاليد الجماعة وما ينبض به ضميرها الجماعي.

لكن إهرنج بالغ في جعل الإرادة هي أساس القانون، وهذا يكون نتيجة الصراع لتحقيق غاية معينة، مما قد يؤدي إليه ذلك من إسناد القانون إلى القوة وإهدار الحقوق، وطغيان قانون القوة.<sup>1</sup>

أخذ على مذهب إهرنج أنه يجعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس إقامة العدل في هذا المجتمع.

كما أخذ عليه أنه يبني القانون على الكفاح والصراع، ويربط تطوره بنتيجة هذا الكفاح والصراع الذي تكون الغلبة فيه للقوة حتى ولو لم تكن على حق.<sup>2</sup>

## المبحث الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي:

مذهب التضامن الاجتماعي من المذاهب الواقعية ينسب إلى الفقيه العميد ليون ديجي Léon Duguit (1859-1928)<sup>3</sup> الذي نادى به في أواخر القرن التاسع عشر، له عدة مؤلفات بين فيها الأساس الذي أقام عليه مذهبه من أهمها "المطول في القانون الدستوري".

- انظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 166.

- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 180-181.

<sup>1</sup>- علي مراح، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup>- إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 99.

<sup>3</sup>- العميد ديجي أحد فقهاء القانون العام في فرنسا كان عميدا لكلية الحقوق في (بورجو). اهتم بدراسة الفقه القانوني ومن خلاله بين وجهة نظره حول علم الاجتماع القانوني. ومن أهم مؤلفاته: Traité de droit constitutionnel (المطول في القانون الدستوري) في خمسة أجزاء والمؤلفات المتصلة بمسائل علم الاجتماع القانوني.

L'Etat 1901 -

Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, 1911 - (Law and modern state).

Les transformations du droit public, 1921. -

Souveraineté et liberté, 1922. - انظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 167.

عن العميد ديجي يول الأستاذ جيز: "إن المجد الذي ناله باستحقاق بفضل عبقريته ومتابعته المستمرة، وهيمنته المعترف بها عالميا، لم تصبه بالغرور ولا لحظة. فقد بقي طوال حياته، العالم المستقيم والمتواضع، محتسرا من نفسه، ومستعدا دائما لتعديل نتائج أعماله وفق ما يستجد من بحوثه وبحوث القانونيين من مختلف المشارب. هيأه الوحيد كان الحقيقة".

اجتاز "امتحان الأستاذية في القانون عام 1882 وتولى التدريس في كلية القانون بجامعة بورجو عام 1886، ثم أصبح عميدا لهذه الكلية وبقي في هذا المنصب حتى وفاته.

يتم دراسة المذهب التاريخي في مطلبين الأول يتعلف بالفلسفة التي يقوم عليها هذا المذهب والثاني الانتقادات الموجهة إليه.

### المطلب الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي:

سعى ديجي إلى ربط القانون بالتضامن الاجتماعي، وأقصر دراسته على المجتمع الحديث المتحضر، وكانت نظريته هذه محل انتقاد عنيف من فقهاء القانون المحافظين بسبب نظرتها الجديدة للقانون القائمة على أسس غير مألوفة ومختلفة والتي تخالف النظريات المسلم بها والمتفق عليها، وهي نظرية علمية تستمد من الملاحظة والتجربة. أما فحوى نظريته عن التضامن الاجتماعي فهو: "أن الإنسان قد عاش في الماضي كما يعيش الآن مع غيره في حياة اجتماعية، والمجتمع بالنسبة إليه يعتبر حقيقة واقعية". فالإنسان هو من جهة عضو في جماعة انسانية، وهو من جهة أخرى له كيان شخصي مستقل عن المجتمع له حاجاته الشخصية وميوله الخاص الذي لا يمكن إشباعه إلا في ظل مجتمع، ومن هذا المنطق يرتبط الإنسان بأفراد المجتمع ارتباط تضامن، فالتضامن عند ديجي حقيقة علمية واقعية، ليست مثلاً أعلى ميتافيزيقي، كما يجد هذا التضامن توسعه وتشعبه كلما تقدمت المجتمعات البشرية.<sup>1</sup>

فقد ظهر التضامن في كل مراحل التاريخ، فكان أفراد القبائل الرحل يجتمعون للدفاع عن كيانهم وظروف حياتهم، كما كان التضامن أكثر وضوحاً بين الأسر لعوامل القرابة والدين.

ثم ظهر التضامن الاجتماعي في المدن حيث اجتمعت الأسر ذات الأصول والتقاليد والأعراف المتحدة، وهكذا تجسد التضامن الاجتماعي بكل مقوماته أخيراً في الدولة باعتبارها تمثل الشكل الحديث لتطور الجماعة المتحضرة نتيجة تفاعل وانصهار عدة عوامل وعناصر كالتاريخ المشترك والمصير المحدد، وتشابه الظروف الثقافية والاقتصادية وغيرها.<sup>2</sup>

لذلك فإن ديجي في دراسته للعوامل التي تؤدي إلى نشوء القواعد القانونية وتطورها قد تبنى منهج البحث الواقعي الذي يقوم على ملاحظة الظواهر الاجتماعية الملموسة ليستخلص منها بعض الحقائق العلمية الملموسة، هذه الحقائق هي التي أقام عليها مذهبه عن التضامن الاجتماعي، فهو لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية التي يمكن مشاهدتها

---

وقد وضع ديجي موضع الشك الأسس التي استقرت عليها النظرية العامة للقانون حتى مطلع القرن العشرين. وفي ميدان نظرية الدولة أنكر ديجي سيادة الدولة وشخصيتها وحاول جاهداً أن يقيد الدولة بالقانون". راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 119.

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 186.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 167.

والتحقق منها على وجه اليقين، أما ما عدا هذه الحقائق الواقعية الملموسة فيعتبر نوعا من الخيال يقوم على مجرد الافتراض ولا يستند إلى دليل واقعي ملموس يقطع بصحته.

وترتبا على ذلك فإن ديجي ينكر كثيرا من الأسس والنظريات والأفكار التي يقوم عليها القانون، كفكرة الحق، وفكرة الشخصية القانونية، وفكرة السيادة، وفكرة القانون الطبيعي، وفكرة المثل العليا التي يستمد منها القانون الطبيعي.<sup>1</sup>

بين العميد ديجي الحقائق العلمية الملموسة التي اتخذها أساسا لمذهبه، إذ تتمثل في:

1- وجود مجتمع يعيش فيه الانسان مع غيره من الناس فهو حقيقة ملموسة، لأن الانسان لا يستطيع أن يعيش إلا في المجتمع لعدم مقدرته على توفير حاجاته إلا في ظل حياة مشتركة مع الآخرين ضمن مجتمع، ومن هذا المنطلق يرتبط بأفراد المجتمع ارتباطا تضامنيا.

2- وجود تضامن بين أفراد المجتمع لأن الانسان لا يستطيع أن يفي كل حاجاته بنفسه بمعزل عن باقي أفراد المجتمع، ولذلك فهو يتضامن مع غيره من أفراد المجتمع لإشباع هذه الحاجات المشتركة والمصالح المتبادلة.<sup>2</sup>

والتضامن الاجتماعي برّزه ووصفه بدقة العالم الاجتماعي دركام في كتابه الشهير "تقسيم العمل الاجتماعي"، وقد حاول ديجي عرض التضامن الاجتماعي من زاوية تختلف بعض الشيء عن دركام في كتابه "الدولة، القانون الموضوعي والقانون الوضعي" وفي الطبعة الأولى من "المطول في القانون الدستوري"، إذ يقول ديجي: "لقد اجتمع الأفراد في مجتمع وبيقون مجتمعين، لأن لهم حاجات مشتركة وحاجات مختلفة ولهم في نفس الوقت إمكانات مختلفة، وحاجات الأفراد المشتركة لا يمكن أن تشبع إلا بالحياة المشتركة، فالأفراد يتعاونون لتحقيق حاجاتهم المشتركة وذلك بوضع إمكاناتهم المتشابهة بصورة مشتركة. وهذا ما يكون العنصر الأول للحياة الاجتماعية ويسمى 'التضامن بالتشابه'. لكن الأفراد يملكون قدرات مختلفة وحاجات متنوعة. وهم يشبعون هذه الحاجات بتبادل الخدمات، بحيث أن كل واحد يقدم قدراته ليشبع حاجات الآخرين، وفي مقابل ذلك يأخذ منهم ما يحتاجه من خدمات. وهكذا يحدث في المجتمعات البشرية تقسيم عمل واسع يكوّن ما يسمى 'التضامن بتقسيم العمل'."

<sup>1</sup> - أبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص101.

<sup>2</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص168.

واقعة التضامن الاجتماعي لا يمكن أن تنكر ولا يمكن أن تكون موضوع جدل، لكن قد تكون الغلبة لهذا المظهر من التضامن الاجتماعي أو ذاك حسب درجة تطور المجتمعات، ففي المجتمعات الحديثة يظهر بالدرجة الأولى التضامن بتقسيم العمل، بالعكس فإن التضامن بالتشابه هو المهيمن في المجتمعات التي هي في المراحل الأولى للحضارة.<sup>1</sup>

وتحقيق التضامن بنوعيه يستلزم وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على أساس هذا التضامن أو الارتباط بين الأفراد.

ويرى ديجي أن هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة من وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان، وأن هذا المجتمع يرتبط فيه الأفراد برابطة تضامن، وأن هذا التضامن يقتضي تحقيقه وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، قد نشأ عنها ما يسمى بالأصل أو الحد الاجتماعي **Norme sociale** الذي يوجب العمل على تحقيق التضامن الاجتماعي وتنميته والامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بهذا التضامن، فالحد أو الأصل الاجتماعي يعني الحد الفاصل بين الأعمال التي يجب القيام بها والأعمال التي يجب الامتناع عنها تحقيقاً للتضامن الاجتماعي، ويتفرع عن هذا الحد أو الأصل الاجتماعي كل القواعد الاجتماعية التي تحكم سلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع.<sup>2</sup>

إن القواعد الاجتماعية هي إما أن تكون قواعد اقتصادية أو أخلاقية أو قانونية، فالقاعدة الاقتصادية "...تحكم كل أعمال الإنسان المتعلقة بإنتاج الثروات وانتقالها واستهلاكها... وخرق القاعدة الاقتصادية يحدث رد فعل اجتماعي لا يتعلق إلا بإنتاج الثروة واستخدامها.

أما القواعد الأخلاقية فهي كما يقول ديجي: "...تلك التي تطبق على كل إنسان يعيش في بلد معين وفي فترة معينة والتي تفرض عليه سلوكاً معيناً... فيما يتعلق بملابسه، سكنه، علاقاته الاجتماعية وكذلك ممارساته الدينية. وبكلمة أقصد بالقواعد الأخلاقية تلك التي تلزم كل إنسان بأن يتمشى في حياته مع مجموعة الممارسات التي نطلق عليها آداب المجتمع. وإذا لم يتمشى معها، فإنه يلاقي رد فعل اجتماعي يحدث تلقائياً... ومن هنا يكون لهذه القواعد صفة ملزمة".

وأخيراً فإن القاعدة القانونية هي إما قاعدة أخلاقية أو اقتصادية. لكن ليس كل قاعدة أخلاقية واقتصادية هي بالضرورة قاعدة قانونية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 103.

<sup>3</sup> - منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 124-125.



يقرر ديجي أن القواعد الاقتصادية والقواعد الأخلاقية لا ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية إلا إذا شعر الأفراد في المجتمع بأن هذه القواعد ضرورية لحفظ التضامن الاجتماعي، وأن كفالة احترامها يستلزم استخدام قوة الاجبار الاجتماعي. وبذلك يكون أساس القاعدة القانونية عند ديجي هو شعور الأفراد بالتضامن (Sentiment de solidarité) الذي يجب المحافظة عليه عن طريق استخدام القوة المنظمة في الجماعة.

غير أن ديجي قد تبين فيما بعد عدم كفاية الشعور بالتضامن الاجتماعي وحده كأساس للقاعدة القانونية، لذلك أضاف إليه أساساً آخر يعززه، هو الشعور بالعدل (Sentiment de la justice). ولكن الشعور بالعدل لا يقصد به ديجي المثل الأعلى للعدل أو فكرة العدل ذاتها، لأن ذلك ليس من قبيل الحقائق الواقعية الملموسة، بل يقصد به الشعور القائم فعلاً لدى الأفراد في المجتمع بما هو عدل وما هو ليس بعدل.

من هنا يتبين أن القاعدة القانونية عند ديجي، ليست هي القاعدة التي تقوم على إجبار الدولة لكفالة احترامها كما تدعي المذاهب الشكلية التي ترجع القانون إلى مشيئة الدولة، ولا هي القاعدة التي توضع وفقاً لمثل أعلى كما يدعي مذهب القانون الطبيعي، ولكنها القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع بأنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعي وأن من العدل تسخير قوة الاجبار في الجماعة لكفالة احترامها.<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: نقد مذهب التضامن الاجتماعي:

أظهر مذهب التضامن الاجتماعي أهمية الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون، باعتبارها حقائق لا ينبغي إغفالها عند البحث في أساس القانون، وهي ميزة تسجل لهذا المذهب،<sup>2</sup> لكن عدا ذلك فإنه تلقى عدة انتقادات وجهت إليه وهي:

1- أراد ديجي أن يخضع القانون للمنهج العلمي الواقعي التحريبي الذي تخضع له العلوم الطبيعية، على الرغم من أن العلوم الطبيعية تختلف عن العلوم الاجتماعية ومنها القانون ويظهر هذا الاختلاف من ناحيتين:

أولاً: الظواهر الطبيعية تتحقق آلياً إذا توافرت أسبابها أي ترتبط بفكرة السببية، في حين أن الظواهر الإرادية التي تتناولها العلوم الاجتماعية ومنها التي يحكمها القانون، فتتجه نحو تحقيق غاية معينة، ولا بد من تدخل الإرادة لتحقيق هذه الغاية، أي أنها ترتبط بفكرة الغاية بحيث يمكن تصور تخلف الإرادة عن تحقيق الغاية المرسومة، ولذلك فإن المنهج

<sup>1</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 104-105.

<sup>2</sup> - انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 191.

- علي مراح، المرجع السابق، ص 171.

العلمي التجريبي وإن كان يصح بالنسبة للعلوم الطبيعية، فإنه لا يمكن الأخذ به بالنسبة للعلوم الاجتماعية ومنها القانون.

ثانيا: العلوم الطبيعية تهدف إلى الكشف عن ما هو كائن، بينما العلوم الاجتماعية لا تكتفي بما هو كائن بل تهدف إلى معرفة ما يجب أن يكون، فالقانون لا يكتفي بالواقع أي بما هو كائن، بل ينتقل من الواقع إلى الواجب، أي إلى ما يجب أن يكون، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة إلى دائرة العقل والتفكير، ومن ثم فإن إخضاع القانون للمنهج العلمي الواقعي التجريبي يعد إغفالا لطبيعة القانون وإنكارا لوظيفته.<sup>1</sup>

2- لم يلتزم ديجي بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه مذهبه بل خرج عليه مناقضا نفسه ويظهر ذلك في:

أولا: يعتبر الشعور بالتضامن بين الأفراد في المجتمع أحد شقي الأساس المزدوج للقاعدة القانونية باعتبار أنها حقيقة واقعية، غير أن هذه الحقيقة ليست الوحيدة التي تثبت بالمشاهدة والتجربة في المجتمع إذ توجد بجانبها حقيقة التنافس والتنازع بين الأفراد في المجتمع، كان يجب على ديجي عدم إغفال هذه الحقيقة تمثيا مع منهجه العلمي الواقعي، فإفال هذه الحقيقة والاكتفاء بحقيقة التضامن كأساس للقاعدة القانونية، هو اختيار بين الحقيقتين ولا يكون إلا بقياس كل منهما على مثل أعلى يفرضه العقل بحيث يؤدي ذلك إلى اختيار حقيقة التضامن وترك حقيقة التنافس والتنازع، وفي هذا خروج على منهجه العلمي الواقعي.

ثانيا: إن التضامن لا يقتصر على الخير بل يشما أيضا التضامن في الشر التي تعد هي أيضا حقيقة واقعية في المجتمع تثبت بالمشاهدة والتجربة. وديجي اقتصر على الأخذ بحقيقة التضامن في الخير كأساس للقاعدة القانونية دون التضامن في الشر، وفي ذلك أيضا خروج على منهجه الواقعي التجريبي، الذي يوجب عليه أن يأخذ في الاعتبار التضامن

في الخير وفي الشر على السواء، إذ هذا الاختيار لا يكون إلا بتقويم التضامن بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يستخلصه العقل، بحيث يؤدي إلى اختيار التضامن في الخير وترك التضامن في الشر.<sup>2</sup>

3- اعتبر ديجي الشعور بالعدل أحد شقي الأساس المزدوج للقاعدة القانونية، لكنه لم يأخذ بفكرة العدل في حد ذاتها كفكرة مثالية أو كمثل أعلى، بل اكتفى بالأخذ بالعدل كشعور قائم فعلا لدى الأفراد في المجتمع، وهذا يعني عنده أن العدل ليس حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل، بل مجرد شعور وجعل أساس القانون مجرد شعور

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 107.

<sup>2</sup> - انظر: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 107-108.

- علي مراح، المرجع السابق، ص 172.

شخصي لدى الأفراد يؤدي إلى تحكيم الأهواء الشخصية والعقائد والنزعات الفردية، في حين يجب أن يستند القانون إلى الحقائق الموضوعية حتى لا يؤدي إلى الفوضى والتحكم.

وعلى ذلك فإن التضامن كحقيقة واقعية لا يصلح أساساً للقاعدة القانونية إلا بإعطائه قيمة مثالية بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل، وهو ما يثبت استحالة اتخاذ الواقع بمفرده أساساً للقانون.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - راجع: إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 109.  
- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 191.

## الباب الثالث

### المذاهب المختلطة

إن لآراء والنظريات التي ذهبت إليها المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية جعلها تتعرض للنقد الشديد نظرا لمغالطاتها وتركيزها على جانب محدد من القاعدة القانونية وإهمالها للجوانب الأخرى، وبناء عليه ظهرت مذاهب جديدة تجمع بين مزايا المذاهب الشكلية والموضوعية وحاولت تجنب الانتقادات والعيوب التي جلت على المذاهب المذكورة، وذلك بالاعتماد على مناهج تساهل تطورات الحياة الاجتماعية وتأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي تفرزها تغيرات الظروف المختلفة، هذه المذاهب هي المذاهب المختلطة التي تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وفي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، حيث ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي تهيم عليها، كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الجوهر وتصوغه في شكله الخارجي، ومن أبرز الفقهاء المذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي جيني Gény إذ انحصرت المذاهب المختلطة في مذهبه.

وقد تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين : عنصر مثالي وعنصر واقعي، وهذا ما سندرسه في فصلين نخصص الأول لمذهب جيني والثاني لجوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث.

### الفصل الأول: مذهب جيني.

كان جيني أستاذا للقانون بجامعة نانس بفرنسا، من أشهر أعماله كتابه الموسوم بـ "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" Science et technique en droit privé positif الذي ألفه في أربعة أجزاء أصدره بين سنتي 1914 و1924 بيّن فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته، ويعرف مذهبه أو نظريته أيضا باسم نظرية العلم والصياغة.

ندرس هذا المذهب في مبحثين عن أسس المذهب والنقد الموجه إليه.

## المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني.

استقى جيني مذهبه من المذاهب الشكلية والموضوعية بعد دراستها فهو لم يأتي بنظرية جديدة، وإنما حاول التوفيق بين هذه المذاهب وأقام مذهبه على أساسها.

إذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (المثالية والواقعية) حين قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة، مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل. كما تأثر بالمذاهب الشكلية عندما قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحا للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة مجردة.

يسمي جيني الجوهر في مذهبه **بالعلم La science** ويطلق على الشكل اسم **الصياغة La technique**. حيث يقرر جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة.

### المطلب الأول: عنصر العلم:

لا ينصرف مفهوم العلم عند جيني إلى معناه الضيق الذي يقتصر على المشاهدة والتجربة، بل يشمل مفهوم العلم كل معرفة قائمة على التأمل والتفكير العقلي الذي تكون محور دراسته هو القانون الطبيعي، إذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون، وهو بهذه المنهجية يكون قد جمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، فأخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة القانونية، وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون إلى تحقيقها، وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي، اعتداده بأهمية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون.<sup>1</sup>

على ضوء ذلك قرر جيني أن عنصر العلم في القاعدة القانونية يتكون من أربعة حقائق هي: الحقائق الواقعية أو الطبيعية، الحقائق التاريخية، الحقائق العقلية، والحقائق المثالية.

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 205.

1- الحقائق الواقعية أو الطبيعية: وتتمثل فيما يحيط بالجماعة من واقع جغرافي وبيئي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية وغيرها.

2- الحقائق التاريخية: وهي ما مرت به الجماعة من تطورات وأحداث تاريخية وثقافية.

3- الحقائق العقلية: وهي عملية صقل وبلورة مختلف الحقائق لتشكيل عنصرا يصلح أن يكون أساسا ومادة أولية لقواعد قانونية، فيستخلص العقل من الحقائق السابقة حقائق معقولة وفقا لما تقرره ظروف الجماعة فتسمى حقائق عقلية.

4- الحقائق المثالية: وهي الاتجاهات والنزعات العقائدية والتيارات الفكرية التي تسود الجماعة وتهدف عادة إلى الكمال.<sup>1</sup>

تجدر الإشارة أن جيني يفاضل بين الحقائق الأربعة فهي ليست على قدم المساواة، إذ يغلب الحقائق العقلية على بقية الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والمثالية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني: عنصر الصياغة:

لا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وإنما تشكل الأرضية وتكون المادة الأولية للقواعد القانونية إذ تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية وهذا يتمثل في الصياغة التي تجعلها عامة ومجردة وملزمة ولها جزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية، ولهذا يعرف جيني الصياغة بأنها "فن التشريع"، فهي تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبدالك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تمييز بما فيهم واضعها، وهكذا يتحقق مبدأ سيادة القانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 175-176.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 120.

<sup>3</sup> - علي مراح، المرجع السابق، ص 176.

## المبحث الثاني: النقد الموجه إلى مذهب جيني:

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

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

2- من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة كلك بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية، ذلك أن الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية.

كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجياً من الحقائق العقلية تبعا لنمو نزعة الكمال والتقدم، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية.

تلکم هي أهم الانتقادات التي وجهت إلى مذهب جيني، وعليه فإن الفقه الحديث يتجه إلى حصر الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في حقيقتين هما الحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية، وهو ما سيتبن لنا في الفصل الآتي.

<sup>1</sup> - انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص212.

## الفصل الثاني: جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث.

يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين: عنصر واقعي وعنصر مثالي، نتطرق إليهما في مبحثين ندرس في المبحث الأول العنصر الواقعي ونخصص المبحث الثاني للعنصر المثالي.

### المبحث الأول: العنصر الواقعي

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

**1- الحقائق الطبيعية:** سواء تعلقت بطبيعة الانسان أو البيئة التي يعيش فيها والطبيعة الجغرافية. فهي تلعب دورا كبيرا في وضع نوع معين من القواعد القانونية.<sup>1</sup>

**2- الحقائق الاقتصادية:** وتتمثل في الأنشطة المختلفة المتعلقة بمختلف نواحي نشاط الانسان في الميدان الاقتصادي (الصناعي أو التجاري أو الزراعي) كلا منها يتطلب قواعد قانونية لتنظيمه مع طبيعة ونوع هذا النشاط، مما لا يجوز معه إهمال هذه الحقائق الاقتصادية عند إنشاء القواعد القانونية.<sup>2</sup>

**3- الحقائق السياسية والاجتماعية:** تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع وتعتبر أيضا عنصرا واقعا قائما على المشاهدة والتجربة وقد ساهمت هذه العوامل كفكر في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا.

**قديما:** الأفكار الاجتماعية والسياسية التي كانت سائدة آنذاك أوجدت نظام الرق، ونتج عن ذلك قيام طبقتين في المجتمع طبقة الأحرار وامتيازاتها، وطبقة العبيد وواجباتها

وفي القرون الوسطى، أدت الأفكار السياسية والاجتماعية القائمة آنذاك إلى ظهور نظام الاقطاع وترتب عن المعتقدات الطبقية قبل العصر الحاضر ظهور تنظيم طبقة الأشراف الذي يضمن لها تميزها ويحصنها من كل دخيل عليها، فأوجدت لنفسها قواعد قانونية تحصر الارث في الابن الأكبر للأسرة وتحرم البنات من الارث، وتقيّد عقد

<sup>1</sup> - انظر: فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 213.

<sup>2</sup> - انظر: علي مراح، المرجع السابق، ص 177.



الزواج من أجل ضمان عدم الاختلاط بالتزاوج، فكان الزواج يخضع في كثير من الحالات إلى ترخيص من الوالدين حتى لمن تجاوز سن الرشد من الأولاد.

**حديثاً:** في أواخر القرن الثامن عشر ظهرت مع الثورة الفرنسية معتقدات سياسية، واجتماعية تمثلت في الحرية، الاخاء والمساواة، وقد أسهمت هذه المعتقدات في بناء النظام القانوني الفرنسي.

وفي الاتحاد السوفيتي بعد انتصار الثورة الشيوعية سنة 1917م، ظهرت معتقدات سيادة الطبقة العاملة وإلغاء باقي الطبقات وعلى أساسها قام نظام الحكم السوفيتي الذي ساد إلى أواخر الثمانينات من القرن الماضي.<sup>1</sup>

**4- الحقائق الدينية والأخلاقية:** هي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة في تكوين وتطور القواعد القانونية التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع هذه القواعد.<sup>2</sup>

**5- الحقائق التاريخية:** تعتبر العوامل التاريخية خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن وتجربة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، وهي بهذا تعبر عن العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية والتي لا يجوز إنكارها.<sup>3</sup>

### المبحث الثاني: العنصر المثالي.

تعتبر العوامل التي سبقت الإشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريبي وبعضها عقلي وهي حقائق لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية حسب جيني، إذ لا بد أن تلحقها قيمة تبرز وجوبها وتقاس على مثل أعلى يفرضه العقل، يتمثل في العدل، ومن هذا المنطلق لا بد من إضافة عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي يعطيه صفة الواجب أو القانون.<sup>4</sup>

يفرق الفقهاء بين نوعين من العدل هما العدل الخاص والعدل العام.

**والعدل الخاص** هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم، ولذلك يسمى **بالعدل التبادلي**.

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 214-215.

<sup>2</sup> - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 128.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 215.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 216.

أما **العدل العام** فهو الذي يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها، ويهدف لتحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة. وللعدل العام صورتين هما **العدل التوزيعي** وهو الذي يجب على الجماعة للأفراد، و**العدل الاجتماعي** وهو الذي يجب على الأفراد للجماعة.

وعلى هذا النحو يكون للعدل ثلاث صور هي: العدل التبادلي والعدل التوزيعي والعدل الاجتماعي.

## الفهرس

01	مقدمة
02	ماهية فلسفة القانون
04	الباب الأول: المذاهب الشكلية
05	الفصل الأول: مذهب أوستن
05	المبحث الأول: مضمون مذهب أوستن
05	المطلب الأول: وجود حاكم سياسي
06	المطلب الثاني: وجود أمر أو نهي
06	المطلب الثالث: توقيع الجزاء عند مخالفة القانون
07	المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب أوستن
08	المبحث الثالث: نقد مذهب أوستن
11	الفصل الثاني: مذهب الشرح على المتون
12	المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها المذهب
13	المبحث الثاني: نتائج الأخذ بمذهب الشرح على المتون
15	المبحث الثالث: نقد مذهب الشرح على المتون
16	الفصل الثالث: مذهب هيغل
16	المبحث الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب هيغل
17	المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب هيغل
18	المبحث الثالث: نقد مذهب هيغل
19	الفصل الرابع: مذهب كلسن
19	المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن
20	المبحث الثاني: النتائج التي تترتب على مذهب كلسن
21	المبحث الثالث: نقد مذهب كلسن
24	الباب الثاني: المذاهب الموضوعية
25	الفصل الأول: المذاهب المثالية

25	المبحث الأول: مذهب القانون الطبيعي
26	المطلب الأول: القانون الطبيعي عند اليونان
27	المطلب الثاني: القانون الطبيعي عند الرومان
29	المطلب الثالث: القانون الطبيعي عند الكنسيين
30	المطلب الرابع: القانون الطبيعي في العصر الحديث
35	المبحث الثاني: القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير
37	الفصل الثاني: المذاهب الواقعية
37	المبحث الأول: المذهب التاريخي
38	المطلب الأول: كيفية ظهور المذهب التاريخي
39	المطلب الثاني: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي
40	المطلب الثالث: النتائج التي تترتب على المذهب التاريخي
41	المطلب الرابع: نقد المذهب التاريخي
43	المبحث الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية
43	المطلب الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية
44	المطلب الثاني: نقد مذهب الغاية الاجتماعية
44	المبحث الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي
45	المطلب الأول: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي
48	المطلب الثاني: نقد مذهب التضامن الاجتماعي
51	الباب الثالث: المذاهب المختلطة
51	الفصل الأول: مذهب جيني
52	المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني
52	المطلب الأول: عنصر العلم
53	المطلب الثاني: عنصر الصياغة
54	المبحث الثاني: النقد الموجه إلى مذهب جيني
55	الفصل الثاني: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

55	المبحث الأول: العنصر الواقعي
56	المبحث الثاني: العنصر المثالي
58	الفهرس
61	المراجع

## المراجع:

- 1- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون.
- 2- سعيد بوعلي، فلسفة القانون، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2017.
- 3- سليمان شريفني، المنهجية في العلوم القانونية، منشورات جريس كوم، الطبعة الأولى، 2008.
- 4- علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هوامة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 5- فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
- 6- منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2009.
- 7- نور الدين حاروش، تاريخ الفكر السياسي، دار الأمة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2012.