جامعة مصطفى اسطمبولي – معسكر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

فلسفة القانون

مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى حقوق

من إعداد الدكتورة : دندان بختة

الموسم الجامعي: 2023/2022

مقدمة

إن دراسة فلسفة القانون تعد مطلبا أساسيا لفهم القانون. ذلك أن التفكير الفلسفي في مجال القانون من حيث تفسيره والبحث عن غاية وأساسه لازم الإنسان منذ القدم. منذ الحضارة اليونانية والرومانية مرورا بالعصر الوسيط ووصولا للعصر الحديث ومن خلال هذه الفترات التاريخية انصب البحث حول أصل القانون واكتسابه صفة الإلزام في الجماعة، والغاية التي يهدف إلى تحقيقها.

تعريف فلسفة القانون

الفلسفة في الاشتقاق اليوناني الأصلي تعني" حب المعرفة"، أو البحث عن الحكمة[1]، منذ القدم والإنسان يمارس هذا النشاط الفكري الذي يصعب تحديده، الفلسفة هي معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني، كما هي أيضا تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة.

فالفلسفة إذن هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية ومنها القانون، فمحاولة إدراك طبيعة القانون الوضعي هي عمل فلسفي، فماذا يعني "التفلسف" غير محاولة فهم الواقع عن طريق التفكير. وعليه فإن كل نظام قانوني يتضمن موقفا فلسفيا في الحقيقة يسلم به المشرع لا بل إن بعض الحلول القانونية داخل النظام القانوني يمكن أن تكون محل مواقف فكرية متباينة[2].

---

[1] – **إن أصل الفلسفة مأخوذ من (فلسف: الفلسفة: الحكمة، أعجمي، وهو الفيلسوف وقد تفلسف)**. انظر في تفصيل ذلك، ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، ط 3، بيروت، 1414 هـ، (فلسف): 273/9؛ وراجع أيضا: محمد حسين منصور، نظرية القانون: مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 67؛ فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 5.

[2] – للمزيد حول فلسفة القانون انظر، مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مجلة مركز بابل للدراسات الحضارية والتاريخية، جامعة بابل، العراق، مجلد 4،عدد2، 2014، ص 344–345

إن فلسفة القانون تشمل كل ما هو مشترك بين مختلف النظم القانونية، لأن القانون، في حقيقة الأمر، ظاهرة عالمية لازمت الإنسانية، حتى لو تعددت أشكاله، ومظاهره وتفاوتت معانيه ومضامينه حسب الأزمان والبلدان[3].

يقصد بفلسفة القانون ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية وشرح معانيها ومضامينها المختلفة. فالفلسفة تدرس عموميات الظاهرة القانونية في حين أن رجل القانون يهتم بالتفاصيل. **أي أن فلسفة القانون تنصب على دراسة موضوعين هما: أصل القانون وغايته.**

فأصل القانون يقصد به ماهيته وأساسه وما يتكون منه[4].

أما غاية القانون فهي الأهداف التي يتوخاها القانون أو التي يجب أن يتوخاها أو القيم التي يسعى إلى تحقيقها[5].

وتنقسم فلسفة القانون إلى عدد من المباحث هي الوجود القانوني والقيم القانونية والمعرفة القانونية ويضيف إليها البعض علم الاجتماع القانوني.

يبحث الوجود القانوني في تعريف القانون وأساس إلزامه، وهنا يجرى التمييز عادة بين النص القانوني الصادر عن المشرع LEX وبين القانون المجرد أو الموضوعي الذي يشير إلى معنى العدل الأسمى .JUS والقيم القانونية هي المبادئ والمثل الحاكمة للقانون هل هي العدل مثلا أم الأمن والاستقرار أم الحرية أم كلها معا. وما المقصود بكل منها[6].

---

[3] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 63

[4] – سليمان مرقس، فلسفة القانون دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، بدون بلد نشر، بدون تاريخ نشر، ص 9و10

[5] – للاستزادة حول غاية القانون انظر، أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون: دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001

[6] – سليمان مرقس، مرجع سابق ، ص 9و10 .

وباختصار فإن الوجود القانوني ينصب على دراسة المواضيع الآتية:

- البحث عن طبيعة القانون، وذلك بهدف تحديد جوهره، هل هو فكرة مثالية أم واقعية أم دينية أم روحية...
- البحث عن أساس صحة القانون. بمعنى البحث عن معيار بمقتضاه يمكن اعتبار هذا قانون وهذا لا يعد قانونا.أي البحث عن المرجع الأساسي للقانون. هل هو الدين، أو إرادة المشرع، أو القانون الطبيعي، أو الأخلاقي، أو العرف...
- البحث حول أساس فعالية القانون ويقصد به البحث في آثار القانون[7].

والقيم القانونية هي المبادئ والمثل الحاكمة للقانون. هل هي العدل مثلا أم الأمن والاستقرار أم الحرية أم كلها معا. وما المقصود بكل منها.

والمعرفة القانونية هي الوسائل التي يمكن بها التعرف على القانون: هل هي مجرد العقل أم التجربة والملاحظة، وما هي أدوات المعرفة القانونية[8].

أما علم الاجتماع القانوني فيبحث في العلاقة بين القانون والمجتمع[9]. ويقوم بدور هام في عملية ترشيد التشريع بتقديمه النتائج، والبيانات التي تسفر عنها البحوث الاجتماعية للقانون إلى المشرع للوصول إلى أفضل الصيغ التشريعية، وأكثرها ملاحة لضبط وتنظيم العلاقات الاجتماعية[10].

---

[7] - فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص20 و21

[8] - لاستزادة راجع، فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، مجلد 2010، عدد 2، يوليو 2010، ص ، 1368-1371

[9] - فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 21- 23.

[10] - فايز محمد حسين، فلسفة القانون، المرجع نفسه، ص 92.

ويستقر الفقه المعاصر على قيم ثلاث، كغاية مثالية للقانون، هي الأمن والعدالة والتقدم الاجتماعي، وهي قيم كفيلة بتحقيق التناسق والانسجام داخل النظام الاجتماعي. وتتوافق مع القاعدة القانونية في جوهرها ومظهرها الخارجي وهي في حقيقتها قيم متكاملة بعيدة عن التناقض[11].

المواضيع التي تدرسها فلسفة القانون

تتمثل المواضيع التي تدرسها فلسفة القانون في تبيان العلاقة بين القانون والقوة، القانون والمجتمع، القانون والحرية، والقانون والأخلاق، القانون والعدل والقانون والسيادة، القانون والأعراف. وفي هذا فهي تتناول القانون كحقيقة عالمية دون التقيد بقانون وطني معين أو بفرع معين أو بموضوع أو بمجموعة معينة من القواعد، فهي تنظر إلى القانون نظرة شمولية، لذا فإنها تستفيد كثيرا من القانون المقارن الذي يمدها بالتجارب الإنسانية الخصبة في مجال القانون، والتي يمكن أن نستخلص منها أصل القانون والغاية التي يسعى لتحقيقها[12].

هل القانون ضروري أم غير ضروري؟ للإجابة عن هذا السؤال هناك اتجاهان متناقضان:اتجاه يرى ضرورة وجود القانون، واتجاه آخر يرفض المفهوم القمعي لقوى القانون والنظام.

الاتجاه الأول: ضرورة وجود القانون

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القانون وسيلة لتحقيق الانسجام داخل المجتمع و أن أي تقدم اجتماعي لا يمكن تحقيقه دون قانون العقوبات ردعي. وانطلق البعض الآخر من

---

[11] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 20و21.

[12] – المرجع نفسه، ص 62.

فرضية أن الإنسان خير بطبعه ولكنه يسبب الخطيئة أو الفساد أو بعض نواحي الضعف الداخلي كالجشع. تشوهت طبيعته الحقيقية الأصلية، ولهذا أصبح من الضروري وجود نظام قانوني رادع لضبط هذه الطبيعة البشرية. وإلا فإن العالم سيتحول إلى ورشة للشيطان يسود فيها " منطق السمك " أي أن الكبير يأكل الصغير. وحسب الفقيه " هيوم " فإن المجتمع البشري لن يكون له وجود دون قانون والحكومة والقمع ومن هنا **فإن القانون ضرورة طبيعية للبشر**.

الاتجاه الثاني: عدم ضرورة القانون

يرى هذا الاتجاه أن الإنسان خير بطبعه سيظل كذلك فأصحاب هذا الاتجاه يرفضون المفهوم القمعي لقوى هذا القانون و النظام و يرون ان البيئة الاجتماعية هي أساس الشرور في الوضع البشري، وخاصة وجود نظام قانوني مفروض من الأعلى، ويرغب هؤلاء العودة إلى الحالة البدائية (العصر الذهبي الأول). فحسب الفيلسوف " أفلاطون " فإن المجتمع المثالي ليس محكوما بنظام قانوني مثالي بل على العكس من ذلك فهو مجتمع متحرر من القواعد القانونية يسود فيه الانسجام العقلاني كنتيجة للدوافع الاجتماعية و الإحساس الطيب لدى أعضائه.

واعتبر "كارل ماركس" القانون مجرد نظام قمعي للحفاظ على امتيازات طبقة الملاك، وأن الثورة ستؤدي إلى قيام مجتمع لا طبقي، وستلغى الدولة والقانون، لأن لن تكون هناك حاجة لدعم نظام قمعي ،لأن القانون وليد الملكية الخاصة التي أنتجت الصراع الطبقي، وهذا الصراع هو الذي استلزم وجود القانون، وأنه لا تلازم بين المجتمع والقانون، وبتحقق الشيوعية تختفي الدولة التي صنعت القانون، ومن أجل بلوغ هذه المرحلة فإنه تبقى الدولة ماسكة بزمام الأمور تمارس القمع بواسطة القانون كمرحلة انتقالية، وهذه هي مرحلة الاشتراكية.

ولكن النظرية الماركسية لم تصل إلى مجتمع مثالي بدون قانون.

النتيجة: القوانين ضرورية في أبسط أشكال المجتمع، ففي أي مجتمع بدائي كان أو متطور من الضروري وجود قواعد قانونية تضبط السلوك داخله[13]. **فلا قانون بلا مجتمع ولا مجتمع بلا قانون**[14].

وظيفة وأهمية فلسفة القانون

- تؤدي فلسفة القانون إلى تعميق الوعي القانوني لكل من يعمل في رحاب القانون. فتوضح لرجال القانون المضامين الأساسية للقانون وصلته بالحياة الاجتماعية، وأثره على حقوقهم وحرياتهم وواجباتهم[15].
- ترتقي فلسفة القانون بمستوى التفكير القانوني، وزيادة إحساس الأفراد، بالمشكلات الأساسية، والأسس الأولية للقانون[16].

دراسة فلسفة القانون في كليات الحقوق

شاع استخدام عبارة فلسفة القانون منذ بداية القرن التاسع عشر وبخاصة بعد صدور "مبادئ فلسفة القانون" للفيلسوف الألماني هيجل عام1821[17]. وقد استخدم هيجل الاصطلاح دون أن يجدد مضمونه ولا إطاره[18].

---

[13] – إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ثانية،2006، ص56

[14] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 16

[15] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مرجع سابق، ص 1372

[16] – للاستزادة حول وظيفة فلسفة القانون أنظر، فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 36-51

[17] – ميشيل تروبيرت، فلسفة القانون، منشورات بريس اونيفير سييتر دوفرانس، 2003، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار، لبنان، 2004، ص11

[18] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 204.وانظر أيضا

Benoit Frydman; Guy Haarscher, Philosophie Du Droit, Connaissance Du Droit, Dalloz, France,1998, P.3

وفي عام 1823 صدر مؤلف الفقيه الانجليزي أوستن: "محاضرات في علم القانون أو فلسفة القانون الوضعي." وخلال النصف الثاني من القرن التاسع عشر ظهر العديد من المؤلفات في "النظرية العامة للقانون" ثم تراكمت المؤلفات في "فلسفة القانون[19]."

وتحتل فلسفة القانون مكانا مرموقا في مناهج كبرى الجامعات الأوروبية في اسبانيا وايطاليا وألمانيا والنمسا وهولندا وفي انجلترا وتكون غالبا تحت اسم "علم القانون."[20]

وزاد الاهتمام بفلسفة القانون بشكل ظاهر بعد الحرب العالمية الثانية.

أما في فرنسا، فقد كان دور فلسفة القانون لفترة طويلة ضعيفا، الأمر الذي حدا بأحد كبار القانونيين وهو "الفونس بواتيل" أن يعلن في محاضراته في فلسفة القانون التي نشرها عام 1899، أن استبعاد هذه المادة من مناهج الجامعات أمر غير طبيعي بالنسبة للتعليم العالي .

إن دارس القانون لا يمكنه الاستغناء عن دراسة فلسفة القانون. فهي التي توصله إلى إدراك الأبعاد الحقيقية للقواعد القانونية التي يدرسها، أو يفسرها، أو يطبقها[21].

ولهذا أولت معظم مؤسسات التعليم العالي أهمية كبيرة لتدريس مادة فلسفة القانون، التي تهتم بالبحث عن أصل وأساس القانون الوضعي، لمعرفة تبرير وجود القانون واكتسابه صفة الإلزام في الجماعة، والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها. وذلك من خلال التعرض لموقف المذاهب الفلسفية.

---

19 – ميشيل تروبيرت،، مرجع سابق، ص 13

20 – وقد برز عدة فقهاء اهتموا بدراسة فلسفة القانون أمثال: جون بودن، سالي، هوريو، ديجي، سافيني، لامبير...

21 – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص 9-10

المذاهب الفلسفية

ظهرت ثلاث مذاهب فلسفية للبحث في أصل القانون وغايته وهي: المذاهب الموضوعية (المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية) التي تنظر في جوهر القاعدة القانونية، والتعرف على طبيعتها وكيفية نشأتها، وتكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوينها، والمذاهب الشكلية التي تقتصر على المظهر الخارجي للقاعدة القانونية. والمذاهب المختلطة التي وفقت بين المذهبين.أي تنظر للقاعدة القانونية من ناحية الشكل والمضمون.

وتأسيسا على يمكن تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور كالآتي:

المحور الأول: المذاهب الموضوعية

المحور الثاني: المذاهب الشكلية

المحور الثالث: المذاهب المختلطة

المحور الأول: المذاهب الموضوعية

Les doctrines réalistes

اتفق فلاسفة المذاهب الموضوعية في الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية إلا أنهم اختلفوا من حيث مضمونها، مما أدى إلى ظهور مدرستين في هذا الشأن: مدرسة مثالية ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله. ومدرسة واقعية ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة. ونتطرق في هذا المحور بشيء من التفصيل للمدرسة المثالية أولا ثم للمدرسة الواقعية ثانيا.

أولا: المدرسة المثالية

تنحصر المدرسة المثالية في مذهب القانون الطبيعي، والذي أخذ القسط الأوفر من أبحاث الفلاسفة منذ عهد الإغريق وحتى العصر الحديث. ولكن هذا المذهب تعرض لانتقادات كبيرة كادت أن تعصف به، ولم تبعث هذه الفكرة من جديد إلا بعد ظهور إحياء القانون الطبيعي، والتي تمثلت في مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ومذهب جمهور الفقهاء في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل. ونتعرض لهذه المذاهب تباعا في مبحثين: الأول بعنوان مذهب القانون الطبيعي والثاني: حركة إحياء القانون الطبيعي.

المبحث الأول: مذهب القانون الطبيعي

لقد عرف الإنسان منذ القدم أن هناك قانون أسمى من القوانين الوضعية وهذه الفكرة تعبر عن نزعة الإنسان إلى الكمال، وهي ليست من صنع الإنسان بل هي قواعد أبدية ثابتة أودعها الله في الكون ليستنبط الإنسان قواعده بحركات عقلية، لقد سمي هذا القانون بالقانون الطبيعي، مما جعل المفكرين يهتمون لهذا القانون ووضعوه مقياسا لمدى عدل وكمال القوانين الوضعية.

ويعرف شيشرون القانون الطبيعي بأنه: مجموعة القواعد السرمدية التي لا تتغير وتهدف للارتقاء بالقانون الوضعي باعتبارها المثل الأعلى الثابت المشترك بين جميع البشر.فهو قانون مطابق للعقل السليم متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع ثابت على وجه الدوام لا يتغير من روما إلى أثينا وأكثر شمولا من القواعد القانونية...

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نخصصه لتطور فكرة القانون الطبيعي عبر العصور، والثاني للانتقادات الموجهة إليه.

المطلب الأول: تطور فكرة القانون الطبيعي

لقد شهدت فكرة القانون الطبيعي تطورا مستمرا مع مرور الوقت، وذلك التطور لم يشمل مفهومها التقليدي فحسب بل مضمونها ومحتواها. ونتعرض فيما يلي لتطور فكرة القانون الطبيعي عبر حقب زمنية مختلفة: بداية مع اليونان ثم عند الرومان، مرورا بالعصور الوسطى ووصولا إلى العصر الحديث.

أولا: فكرة القانون الطبيعي عند اليونان

تعد الفلسفة اليونانية مهد الفكر البشري المنظم، ولعل الإطار القانوني كان هو الأهم والأشمل من بين تلك الأطر التي لجأ إليها اليونانيون، حيث عدو القانون هو الملاذ الأمن للإنسان. فهو وحده مناط العدالة، لأنه أسمى من أهواء البشر[22].

وقد تأمل فلاسفة الإغريق النظام الثابت الذي يسير عليه الكون، وقالوا بوجود قانون أعلى يحتوي على قواعد خالدة ليست مكتوبة، وليست من صنع الإنسان، بل يكتشفها العقل البشري، وهذه القواعد ثابتة للزمان والمكان، تحكم الظواهر الطبيعية والعلاقات بين الناس على حد سواء. ولهذا يجب على كل البشر أن يتقيدوا بأحكام القانون الطبيعي، لأن قواعده تحقق العدالة، ويعتبر القانون الوضعي عادلا متى كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي، ويعتبر ظالما إذا كان مخالفا لهذه المبادئ[23].

وعلى ذلك، فإن هؤلاء الفلاسفة نادوا إلى وجوب التقيد بقواعد القانون الطبيعي والتحرر من إرادة الدولة، لأن القانون الطبيعي أسمى من هذه الإرادة. فالفيلسوف سقراط قدس القانون واعتبره أهم ركائز الدولة، وثباته يدل على استقرار الدولة وثباتها[24]. وميز بين نوعين من القوانين، قوانين مكتوبة وهي ما تواضع عليه البشر، وقوانين غير مكتوبة وهي من صنع الآلهة[25].

---

[22] – محمد ممدوح عبد المجيد، فلسفة القانون بين سقراط وسوفسطائيين، كتاب جماعي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016، ص 41.

[23] - إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1992، ص 52؛ علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص126-128

[24] – محمد ممدوح عبد المجيد، مرجع سابق، ص 62و64

[25] – المرجع نفسه، ص 63

غير أن الفيلسوف سقراط أوجب الطاعة للقوانين الوضعية ولو كانت ظالمة، وذلك خشية أن يعصي الناس القوانين الوضعية بحجة عدم موافقتها لمبادئ القانون الطبيعي[26].

ويرى الفيلسوف أرسطو أن[27]:" القانون وحده هو الحاكم والسيد هذا القانون الذي يعبر منطوقة عن حكمة وبصيرة ومن ذا الذي يمكنه أن يمثل لنا المعيار الدقيق ويكون لنا بمثابة الدليل الهادي إلى الخير غير الإنسان الحكيم "[28]. كما أن العدل هو القانون الطبيعي الذي يجب أن توضع على أساسه القوانين الصادرة عن إرادة المشرع. وطاعة الدولة امرأ واجبا طالما كان نظامها غير ظالم بصفة مطلقة وغير مخالف للطبيعة، وتكون القوانين الصادرة عن نظام الدولة واجبة الطاعة ولو انطوت على بعض العيوب[29]. وكان أرسطو غير مقتنع بمعيار كون القانون يحكم جميع الناس على حد سواء استنادا إلى صفاتهم الإنسانية المشتركة، وهذا ما حدا به إلى اعتبار الرق قد خلقوا أرقاء بالطبيعة[30].

لقد ركز الفيلسوف أرسطو على القانون بحجة أنه الضمان الوحيد للحيلولة دون أطماع الأشخاص وأنه خير سبيل لضمان الحريات والمحافظة عليها، فالحكومة الدستورية تتماشى مع كرامة الرعية ومع عزتهم[31]. ولذا فقد فرق أرسطو بين القوانين الدستورية التي

---

[26] – إبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 53.

[27] - يعد الفيلسوف أرسطو(348-322 ق.م) أعظم مفكر في العصور القديمة وكانت مساهماته في فلسفة الفكر القانوني أكثر دقة وعمقا من أستاذه الفيلسوف أفلاطون، وقد كتب في شتى ضروب المعرفة الإنسانية حتى بلغت مؤلفاته حوالي أربعمائة مؤلف. كما يعد أيضا صاحب نظرية القانون الطبيعي ولهذا أطلق عليه لقب "أبو القانون الطبيعي". "ورائد فقه القانون الطبيعي". انظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص130، السيد عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص68 و71؛ محمد كامل ليلة، دار الفكر العربي، مصر، 1963، ص 270

[28] - مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مجلة مركز بابل للدراسات الحضارية والتاريخية، جامعة باب، العراق، مجلد 4،عدد2، 2014، ص 349

[29] – سمير عبد السيد تناغو، جوهر القانون، دراسة متعمقة في فلسفة القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 27 و31–32

[30] – فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص123.

[31] – مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مرجع سابق، ص 349

تصنع القواعد الأساس للمدينة والقواعد العادية التي تتبع الأولى وتخضع لها. وهذا ما زال قائما في مجال القانون الدستوري، وفي تحديد مدى خضوع الدولة لإحكام القانون. كما يربط القوانين بالدساتير، فالقوانين الصالحة تكون في الدساتير الصالحة، والقوانين الفاسدة تكون في الدساتير الفاسدة[32].

ويرى أرسطو أن السلطة للقانون وليس للحاكم، لأنه مهما اتصف الحاكم بالحكمة والعقل فإنه ليس إلها منزها عن الخطأ، وإنما هو بشر فلا يمكن له الاستغناء عن القوانين، لأن القانون يمثل العقل المجرد عن الهوى[33]. فالسلطة تنبع من الجماعة، وسيادة القانون ليست مجرد ضرورة؛ بل هي شرط لصلاحية النظام[34]؛ ويتحقق مبدأ سيادة القانون عن طريق صياغة القانون في قواعد عامة مجردة[35].

كما أعطى أرسطو لفكرة العدل اهتماما خاصا باعتباره الأساس الذي تقوم عليه القوانين وتستمد منه قوتها الملزمة[36]. وقسم أرسطو العدل إلى ثلاثة أقسام هي: العدل ألتوزيعي، العدل التبادلي والعدل التصحيحي.

العدل التوزيعي: أي توزيع الأعباء والغنائم في الدولة وفقا لقدراتهم العقلية والعملية. ويقوم على المساواة التناسبية[37]. فالعدل ألتوزيعي لا يأبى أن توجد هناك مساواة وكذلك عدم مساواة بين مواطن ومواطن[38].

---

[32] – مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مرجع سابق، ص 349 و350

[33] – المرجع نفسه، ص 349

[34] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون وسيادة القانون في الدولة الحديثة، مجلة التفاهم، عمان، ص 176

[35] – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص40

[36] – يقول الفيلسوف أرسطو أن:" العدل هو الذي يدفعنا لاحترام القوانين ". فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مرجع سابق، ص 1385

[37] – حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1993، ص141؛ علي فيلالي، مرجع سابق، ص 160

[38] – سمير عبد السيد تناغو، جوهر القانون، مرجع سابق، ص 38 .

العدل التبادلي: يتساوى قدر الأداء الذي يقدمه الفرد مع قدر الأداء الذي يحصل عليه.ويقوم على المساواة الحسابية[39].

واخيرا **العدل التصحيحي** أو العدل التعويضي لأنه يقوم بتصحيح الوضع بين الظالم والمظلوم، سواء في المعاملات الإرادية كالبيع والشراء أو في الأحكام غير الإرادية كالسرقة والاعتداء، وهنا يدعو الفيلسوف أرسطو القاضي أن يكون منصفا ولا يتمسك بحرفية النصوص بل عليه أن يراعي الظروف وأن يأخذ بروح القانون[40].

اثر العدل ألتوزيعي والعدل التبادلي على القانون

تتعلق فكرة العدل ألتوزيعي بما يجب أن تكون عليه العلاقة بين الأفراد والدولة، إذ تطالب الدولة بان تراعي توزيع الخيرات والأعباء على الأفراد بالتساوي بغض النظر عن ذواتهم أوصفاتهم.أما فكرة العدل التبادلي فهي في نهاية الأمر تعني عدالة العلاقات القانونية فيما بين الأفراد، بمعنى تساوي أداء كل فرد في الجماعة مع حقوقه وواجباته[41].

وقد كان لفكرة العدل التبادلي دور كبير في نشأة العديد من النظريات القانونية مثل: نظرية العقد، نظرية الإثراء بلا سبب، نظرية التعويض، نظرية الدفع غير المستحق.. [42]. وتجدر الإشارة، إلى أن العدل التبادلي أقدم في الوجود من العدل ألتوزيعي، لأن الإنسان البدائي عرفه حتى قبل ظهور الدولة[43].

---

[39] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص126-128؛

[40] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص91 ؛ محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص271؛ سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص151-153

[41] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص128

[42] – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص143

[43] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص128

فالعدل التبادلي مكمل للعدل ألتوزيعي ولا تظهر الفائدة منه إلا بعد أن يكون العدل التوزيعي قد تحقق بالفعل، كما أن الفائدة من العدل ألتوزيعي لا تستمر إلا عن طريق العدل التبادلي[44]. وحتى يكون المشرع قادرا على الاضطلاع بهذه المهمة ينبغي أن يكون مستوحيا العدل في عمله، وألا يكون صادرا في تفكيره عن مصلحة طبقة معينة. وإلا فان العدل ألتوزيعي مستحيل التحقيق، وبالتالي فإن التشريع يكون قد اتجه إلى الظلم حيث كان يجب عليه أن يحقق العدل[45].

كان أرسطو ينظر إلى القانون على أنه حقيقة مطلقة واجبة الطاعة فهو قانون لا يتبدل ولا يتغير، لأنه يأتي عن طريق إرادة الله وليس عن طريق إرادة البشر، ولهذا كان يسمى بالقانون الطبيعي أو القانون الإلهي[46].

ورغم مناداته بالعدالة إلا أنه كان له موقف خاص من الرق حيث اعتبر قاعدة الرق قاعدة طبيعية، فالسيد هو الكائن الذي يأمر بالطبيعة، والذي يكون قادرا على التوقع بواسطة الفكر، أما العبد هو بفعل الطبيعة الكائن القادر على أن ينفذ بالطبيعة المهمات التي يتصورها السيد. فهو يبيح نظام الرق ويبرره بأن الطبيعة لم تسو بين الناس[47].

وتحت عنوان سمو القانون خصص أرسطو فصلا في كتاب السياسة للدفاع عن مبدأ سيادة القانون وسموه على إرادة الأفراد، بما في ذلك إرادة الحكام أنفسهم، فهو ينزع السلطة من الأشخاص ويعطيها لنصوص القانون[48].

---

44 – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص142

45 – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص142

46 – مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مرجع سابق، ص 355

47 – محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص270؛ السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 69-70

48 – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص149

ثانيا: فكرة القانون الطبيعي عند الرومان

تأثر الرومان بفكرة القانون الطبيعي كفكرة قانونية بعدما كانت فلسفية عند اليونان فالقانون الطبيعي عندهم ينطبق على كافة الشعوب لأنه أعلى من القوانين الوضعية وسابق على وجودها[49].

فنجد (شيشرون) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية، وبوجود قانون ثابت خالد مرافق للطبيعة وللعقل القويم ينطبق على الناس كافة وثابت على وجه الدوام، ويعتبره القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغد. ولا يستطيع أي فرد أن يخالفه وإلا تعرض للعقاب[50]. وقد أعطى الفقيه البيان Ulpien مدلولا أكثر شمولا للقانون الطبيعي حيث قرر انه القانون الذي يهيمن على نشاط الكائنات الحية جميعا من إنسان وحيوان... وان قواعده تصدر عن الطبيعة ذاتها سواء تمثلت في دوافع الحيوان أو دوافع الإنسان، ولكنها عند الإنسان أكثر تطورا[51].

وقد فرق الفقهاء الرومانيون بين ثلاث أنواع من القوانين وهي: القانون الطبيعي، القانون المدني وقانون الشعوب.

القانون المدني: الوضعي هو ما يتفق حوله المجتمع من قواعد وأحكام بغرض خدمة الصالح العام. وهو مجموعة القواعد الوضعية التي تنظم علاقات المواطنين الرومان فيما بينهم. مصدرها الأعراف والتقاليد. وتم تطوريها من قبل القضاة استنادا إلى قواعد القانون الطبيعي.

---

49 – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 122.

50 – إبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 53.

51 – إبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 54.

القانون الطبيعي: فهو مجموعة المبادئ والقواعد التي تحدد معنى الإنصاف والعدل. ولا يجوز القانون المدني الوضعي مخالفة قواعد القانون الطبيعي، لأن ذلك يكون مخالفة النظام العام[52].

قانون الشعوب: يتضمن مجموعة من القواعد التي تطبق على الأجانب أو بين الأجانب والرومانيين، ثم أنشئ في روما بريتور الأجانب للفصل في المنازعات التي تثور بين الرومان والأجانب. يستمد قواعده من القانون المدني وقانون الشعوب، وبعض القواعد القانونية الأجنبية. ولكن اعتبروا القانون الطبيعي هو المثل الأعلى الذي تستمد منه قواعد الشعوب [53].

ثالثا: فكرة القانون الطبيعي في العصور الوسطى

أصبحت فكرة القانون الطبيعي في القرون الوسطى فكرة دينية فهو ذلك القانون الإلهي الذي يسمو على القانون الوضعي أي اصطبغت بصبغة دينية في كنف الكنيسة المسيحية ورجالها، فعززوا موقف الكنيسة في الدولة ويرون ضرورة إخضاع الدولة للكنيسة (لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي) [54].

وقد نادى القديس اغسطينوس بخصوص العلاقة التي تربط المجتمع البشري المدينة الأرضية إلى المدينة السماوية أي الكنيسة. فوجود المدينة الأرضية وسيلة لتحقيق هدف الكنيسة والمتمثل في خلاص النفوس والوصول إلى المدينة السماوية بحيث يكون الملك لله وحده.وقد عرف القديس توماس أكويني القانون بأنه:" تنظيم عقلي لعلاقات في المجتمع، يضعه ويصدره السلطان، بقصد تحقيق الخير العام. وعليه فيجب أن يحقق

---

[52] – أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 3، 2005، ص81.

[53] – سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 94-96

[54] – إبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 56و57.

جوهر القانون المتطلبات الأساسية التالية:1) تنظيم يفرضه العقل،2) يعلن ويصدر وفقا للأصول، 3) عن السلطة الشرعية،4) يهدف لتحقيق الخير العام"[55].

أما فيما يتعلق بالقانون الطبيعي فهو القانون الذي وضعه الخالق ليحكم العلاقات بين البشر منذ الأزل[56]. وقد فرق القديس توماس الإكويني بين ثلاثة أنواع من القوانين بعضها فوق بعض: يعلوها القانون الإلهي ويليه القانون الطبيعي ثم القانون الوضعي. فالأول يمثل مشيئة الله ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، والقانون الطبيعي يشمل القواعد التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها. وهو ما يتفق مع طبيعة الخليقة، وهذا بدوره يقسم إلى قسمين أحدهما يشمل المبادئ الأولية الواضحة التي يستطيع عقل كل إنسان إدراكها، وثانيهما يشمل المبادئ التي تتفرع عن الأولية، ولا يتسنى إدراكها إلا لنخبة ممن استقامت أخلاقهم وارتقت أفهامهم، ويسمى الأول القانون الطبيعي الأولي Droit Naturel Primaire والثاني القانون الطبيعي التفصيلي Droit Naturel Secondaire[57].

ويوجد في الرتبة الثالثة القانون الوضعي فهو من صنع الإنسان[58]، ويرى القديس توماس بأن القانون الوضعي لا يكون عادلا إذا ما تعارض مع قواعد القانون الطبيعي، ومع ذلك فإنه يوجب طاعته تغليبا للمصلحة العامة، غير أنه إذا خالف القانون الوضعي قواعد القانون الإلهي فإن طاعته لا تجب، ولا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي[59].

---

[55] – روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، علي مولا، طبعة 2، 2013، ص206–207

[56] – علي فيلالي، مرجع سابق، ص130

[57] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص207؛ حسن كيرة، مرجع سابق، ص103

[58] - لمزيد من التفصيلات انظر؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 125؛ روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص207؛ منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، العراق، الطبعة الأولى، 2011، ص 47 و48

[59] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص207–208

وبذلك جعل القديس توما أكويني القانون الطبيعي يمثل انعكاساً للقانون الإلهي والأساس الوحيد للقانون الوضعي، وخاصة من حيث شرعيته وقوته الملزمة.

والملاحظ هنا أن إخضاع السلطان المدني للسلطان الديني كان يقصد به تدعيم وتقوية سلطة الكنيسة[60].

وقد تعرضت أفكار القديس توما أكويني إلى الانتقادات ومنها: أن القانون الطبيعي لا يمكن أن يبنى على العقل، إنما على الإرادة. فإرادة الله هي التي أنشأت القانون الإلهي، وإرادة البشرية هي التي كونت القانون الوضعي، وبالتالي لا محل للقول بوجود قانون طبيعي أزلي تقتضيه طبيعة الخليقة وكنه الأشياء، فالقانون الطبيعي لا بد أن يكون وضعيا، لأنه وليد إرادة تنشئه[61].

ولكن المسيحية – كما فهمها أنصارها– لا تقيم علاقة مباشرة بين الإنسان وخالقه، وإنما جعلت الكنيسة هي التي لها الاتصال بالسماء فقط، وكل فرد مؤمن لا يمكنه الاتصال بعالم السماء إلا عن طريقها[62].

وبعد تطوير القديس توما أكويني للقانون الطبيعي[63]، وإرساء مبدأ سيادة القانون، والفصل بين الدين والدولة، والذي تأكد بما قاله السيد المسيح عليه السلام:" **أعط ما**

---

60 – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 57.

61 – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص208

62 – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 140

63 – يعد القديس توما أكويني(1225–1274) أعظم الفلاسفة المسيحيين، وهو الفيلسوف الذي أحدث الصلح بين الفكر المسيحي والفكر الأرسطي. انظر فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص133.

لقيصر وما لله لله"[64]. كانت الفترة من 14 إلى 16 قرون فترة انتقالية من العصور الوسطى إلى العصر الحديث.

رابعا: فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين

أدى ظهور الإسلام وانتشاره إلى تحول كبير في فكرة القانون الطبيعي وكان له أثره البارز على فلسفة القانون. حيث حسم قضية القانون، فجعله فكرة دينية إلهية مصدرها الوحي الإلهي، سواء أكان قرآنا أم سنة. والدولة والفرد ما هما إلا وسيلتان لتطبيق القانون، وهكذا– فمسالة العدالة ارتفعت من مصاف العدالة الإنسانية إلى دائرة العدالة الإلهية التي تتجسد في النص الإلهي الذي يجسد فكرة القانون. ومن ثم لا وجود للقانون الطبيعي في فلسفة القانون الإسلامي[65]. لأنه مجرد فكرة فلسفية نادى بها الفلاسفة، بل القانون الإسلامي مصدره وأساس وجوده هو الله[66]. ولكن لا يمكننا الادعاء، بأن اصطلاح فلسفة القانون قد عرفه الفكر القانوني الإسلامي، ولكن يمكن القول بأنهم مارسوا وبحثوا أمورا في فلسفة القانون وتحت مسميات أخرى[67].

وقد ظهر عدد من فقهاء الإسلام ومنهم: الأشاعرة والمعتزلة والغزالي وابن خلدون... والقانون حسب الفيلسوف ابن خلدون هو ظاهرة حتمية أيضا لأنها ضرورية وملازمة للاجتماع الإنساني[68]، فالإنسان مدني بطبعه إلا أن ميوله عدوانية تتطلب أداة فعالة لضبط سلوكه، وبالتالي يعد القانون وسيلة للضبط الاجتماعي من الظواهر اللازمة الحتمية في المجتمع، ما لم يكن الحاكم الوازع(القانون) أفضى ذلك إلى الهرج المؤذن

---

[64] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون وسيادة القانون في الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص 179–180

[65] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 140

[66] - مؤيد زيدان، علم الاجتماع القانوني، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 63

[67] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 141

[68] – جمال الدين قوعيش، فلسفة القانون وثقافة المجتمع: الفكر الخلدوني أنموذجا، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مجلد 5، عدد 1، 2016، ص 77

بهلاك البشر... والوازع إنما يكون بشرع من الله تسلم له الكافة[69]. كما اهتم ابن خلدون بالقانون من حيث نشأته الاجتماعية بوساطة العوامل الاجتماعية المختلفة من الدين والأعراف والعادات والتقاليد الاجتماعية[70].

والدولة ما هي إلا جهاز لتطبيق القوانين الإلهية، وليست مصدرا للقانون. وإذا كان للدولة في الإسلام سلطة تشريعية فمهمتها تتجسد فقط في إضافة أحكام قانونية لتتلاءم مع الوقائع المستجدة في نطاق الأحكام غير القطعية عن طريق الاجتهاد بشرط عدم الخروج عن الإطار العام للشريعة الإسلامية[71]. وفي هذا يقول عز وجل: ﴿ وَأَنَّ هَٰذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ ۚ ذَٰلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[72].

إطار فلسفة القانون الفكر الإسلامي

يتمثل إطار فلسفة القانون في الفكر الإسلامي كالآتي:

الخلط بين القاعدة القانونية ومصدرها الديني، فلا يوجد أي انفصال بين القانون والدين. وترتب على الانصهار بين القانون والدين في إطار الشريعة الإسلامية الامتزاج بين مفهومي القانون والأخلاق، ولهذا تعد الشريعة الإسلامية، من أبرز القوانين التي لا تقيم حدودا فاصلة بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية[73].

---

[69] – من كتاب المقدمة للعلامة ابن خلدون، ص 240–245، ذكره مؤيد زيدان، علم الاجتماع القانوني، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018 ، ص 16–17

[70] – مؤيد زيدان، مرجع سابق، ص 17

[71] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 142و143

[72] – سورة الأنعام، الآية 153.

[73] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 141

معيار صحة النظام القانوني يتمثل في اتفاقه مع الأسس العامة للديانة الإسلامية كما صاغها القرآن الكريم والسنة والإجماع.

العقل في الإسلام ليس حاكما، أي لا تستمد منه الأحكام الشرعية، وإنما يكلف باستنباط الأحكام من مصادرها الشرعية[74].

تمثل العدالة أساسا أوليا لكافة النظم القانونية، فالعدالة ركن أساسي في القاعدة القانونية، وذلك راجع إلى الأصل الديني للشريعة، فوجب أن تكون قواعدها عادلة. وفكرة العدالة في الشريعة الإسلامية أوسع مدى من نظيرتها في الأنظمة الوضعية. فالعدالة تحيط بكافة مظاهر الحياة الإنسانية، إذ نادى الإسلام بعدالة الإنسان نحو نفسه، ونحو غيره حتى ولو كان من الأعداء[75].

الحاكم في الإسلام ليست بيده سلطة التشريع بل هو ملزم بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يتعداها[76]. يقول الله عز وجل في محكم كتابه﴿ إن الحكم إلا لله﴾[77]. وما البشر إلا لخلافة الأرض وتطبيق أحكامه حسب ما ورد في سورة النور ﴿إني جاعل في الأرض خليفة﴾ [78].

انفصال الدولة عن القانون، فلا يمكن القول أن الدولة هي مصدر القانون في الفكر الإسلامي. وإنما هي جهاز لتطبيق القانون الإلهي[79].

---

[74] – مؤيد زيدان، مرجع سابق، ص 63

[75] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 141و 142

[76] – مؤيد زيدان، مرجع سابق، ص 68

[77] – سورة يوسف، الآية 40

[78] – سورة النور، الآية 51

[79] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 142

تقييد الخليفة– باعتباره رئيسا للدولة الإسلامية– بقواعد الشريعة الإسلامية، سواء من ناحية قواعد اختياره وعند ممارسته لسلطانه، وله مسؤولية مزدوجة أمام الله عزل وجل وأمام الأمة الإسلامية[80].

فمشكلة فكرة القانون الطبيعي هي مشكلة التعارض بين الإيمان بقدرة الله وبنظمه، التي ساقها عز وجل في كتبه السماوية، وبين الاعتقاد بأن العقل الإنساني يمكنه الاسترشاد إلى قواعد الخير والنظام من استقراء الطبيعة، حتى ولو لم توجد القوانين الإلهية... ولكن ما يفرق بين الطبيعيين والدينيين يتمثل في أن هذا الجوهر أو النظام الذي يوجد فيما وراء العالم المادي، في نظر الطبيعيين، هو الطبيعة ذاتها. أما في نظر الدينيين، فالله عز وجل هو الجوهر الوحيد في الكون، وهو القادر على كل شيء[81].

خامسا: فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث

1: عودة فكرة القانون الطبيعي في القرنين 17 و 18 بعد اختفاءها في القرن 16

وظهورمبدأ سيادة الدولة وإنكار القانون الطبيعي

بعد أن انقضت العصور الوسطى وزال عهد الإقطاع، وبدأت تتكون الدول الحديثة، ظهر مبدأ سيادة الدولة الذي أطاح بسيادة الكنيسة. وقد قام فريق من الكتاب والفلاسفة في القرن16 بالدعوة لهذا المبدأ ومناصرته ومن أشهرهم: ميكيافيلي Machiavel في إيطاليا، وبودان budin في فرنسا.

[80] – فايز محمد حسين، فلسفة القانون وسيادة القانون في الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص 184

[81] – فايز محمد حسن، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 108

فميكيافلي من خلال كتابه الأمير أعطى للحاكم كل الوسائل لدعم سلطته (الغاية تبرر الوسيلة). وجعله فوق الأخلاق وفوق كل مثل أعلى[82]. وفي هذا يقول:" إن الأمير في هذا الشأن يجب أن يكون ثعلبا وأسدا في نفس الوقت. لأنه إن لم يكن إلا أسدا فلن يبصر الشراك، وان لم يكن إلا ثعلبا فلن يحمي نفسه من الذئاب.فهو بحاجة إلى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك، وأسدا لإخافة الذئاب"[83].

أما الفيلسوف بودان فكان يدعو إلى سيادة الدولة سيادة مطلقة. وفي سبيل ذلك أحل لصاحب السلطان أن يتحلل من القوانين التي يفرضها على رعاياه، فالحاكم فوق القانون لأنه هو مصدر القانون، ولذلك فهو لا يخضع للقانون[84].

لقد نتج عن المغالاة في فكرة سيادة الدولة، تواري فكرة القانون الطبيعي خلال القرن 16، وطغت سلطة الدولة على حقوق الأفراد وحرياتهم في الداخل، وسادت القوة في تنظيم علاقاتها مع الدول الأخرى في الخارج[85].

وهذا ما أدى إلى الحاجة مرة أخرى إلى فكرة القانون الطبيعي. وقد ازدهر هذا الأخير في القرنين 17-18 بسبب تحرر الدول الأوربية من هيمنة الكنيسة. ودعا الفقهاء آنذاك إلى وضع قوانين تصون حقوق الأفراد وحرياتهم بعيدا عن استبداد الحكام، وكذا إخضاع المجتمع الدولي لقواعد أساسها العدل والمساواة.

أ): اتخاذ فكرة القانون الطبيعي في القرنين 17 و 18

كاساس لقواعد القنون الدولي العام

---

82 – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 104.

83 – أنظر، جمال الدين قوعيش، مرجع سابق، ص 83 و84، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 60.

84 – أنظر إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 60

85 – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 104.

وكان الرائد آنذاك الفقيه الهولندي هيكو جروسيوس Grotius (1583-1645)[86]، الذي كان له الفضل في إبراء القانون الطبيعي مما أسبغته عليه الكنيسة في القرون الوسطى من صبغة دينية، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين. فالقانون الطبيعي عنده قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الأشياء[87]. وقد عرف القانون الطبيعي في كتابه قانون الحرب والسلام الذي أصدره سنة 1625بأنه:" تلك القواعد التي يوحي بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم، بأن عملا ما يعتبر ظالما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل، وهو وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منها صفة الوحدة والثبات والخلود ، فلا يتغير بتغير الزمان أو المكان (والله نفسه لا يملك بذلك تغييره) لأن القانون الطبيعي قانون مستخلص من الطبيعة، ومن العقل، ليسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ومن ثمة فالعقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالإنسان تولد معه، فهذه الحقوق هي مبدأ أساسي من مبادئ القانون الطبيعي لا تستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله»[88].

وقد نادى الفقيه بضرورة إقامة علاقات دولية على أساس القانون الطبيعي في وقت السلم والحرب وهو ما يقتضي وجوب احترام المعاهدات والمواثيق الدولية وبذلك وضع مبادئ القانون الدولي العام بمعناه الحديث.

ومع ذلك لم يتحرر هذا الفقيه تماما من تأثير عصره، حينما أقر الفتح والغزو ونظام الرق من تأثير عصره، وبرر ذلك بأن الحرية في رأيه وإن كانت من أهم الحقوق الطبيعية، إلا أنه يمكن النزول عنها بموجب معاهدة أو عقد، كما يمكن فقدانها نتيجة

---

[86] – أخذت فلسفته القانونية إطارها النهائي في مؤلفه الأساسي" قانون الحب والسلم"الذي كتبه اثناء لجوئه إلى فرنسا ونشره عام 1625 وأهداه إلى الملك لويس الثالث عشر . لمزيد انظر منذر الشاوي، مرجع سابق، ص48و49.

[87] – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 105.

[88] – أنظر إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 62.

الهزيمة في الحرب أو الوقوع في الأسر. وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذي وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعي[89].

ولكن أنصار القانون الطبيعي لم يقروا الأنظمة الظالمة التي أقرها الفقيه جروسيوس كالفتح والغزو ونظام الرق بل اعتبروها مخالفة لمبادئ القانون الطبيعي ونادوا بإلغائها[90].

ب): اتخاذ فكرة القانون الطبيعي في القرنين 17 و 18

كاساس لقواعد القانون الدستوري

كان من أثار المغالاة في فكرة سيادة الدولة على الأفراد، وطغيان الحكام وتسلطهم، قيام الشعوب بالدفاع عن هذه الحقوق والحريات المسلوبة، فابتدع الفلاسفة فكرة العقد الاجتماعي لتبرير شرعية الحكم وبهذا أصبحت فكرة القانون الطبيعي أساس لتنظيم سلطان الدولة قبل الأفراد في القرنين 17 و 18.

2: القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي

أ: ظهور فكرة العقد الاجتماعي

ظهرت فكرة العقد الاجتماعي خلال القرنين 17-18 وبمقتضاها أن كل الناس بعدما عانوا من الفوضى نتيجة الأهواء والغرائز الفردية، فكروا في وضع السلطة في يد شخص أو هيئة تقوم بتنظيم الأمور الداخلية والخارجية للمجتمع. فانتقلوا بذلك من جهة الفطرة إلى عهد المجتمع المنظم، وأعتبر الفقهاء والمفكرون أن العقد الاجتماعي هو أساس قيام الدولة التي نادى بها على الخصوص كل من الفلاسفة : الإنجليزيان (هوبز) و(لوك)

89 – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 106.

90 – أنظر إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 64.

والفرنسي (جون جاك روسو)[91]، فكان الأفراد يسيرون وفقا لغرائزهم وأهوائهم هذا الشيء الذي أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار وسيطرة الأنانية وتحكم القوة، ومن أجل البقاء والدفاع عن النفس اتفق الناس فيما بينهم على التنازل عن حرياتهم بالقدر اللازم لقيام جماعة منظمة يعيشون في ظلها، فهؤلاء الفلاسفة يجمعون على أن العقد هو أساس نشأة الدولة وأساس وجود المجتمع السياسي، إلا أن تحديد الأطراف والآثار المترتبة عليه كانت محل خلاف. وهو ما نوضحه كالآتي.

❖ الفيلسوف توماس هوبز(1588-1679)

يرى الفيلسوف توماس هوبز أن العقد تم بين الناس جميعا، وأن الحاكم ليس طرفا في العقد، فالأطرف تنازلوا عن حقوقهم وحرياتهم إلى الحاكم حتى يحقق لهم الأمن والنظام، من خلال السلطة المطلقة التي يتمتع بها، وهو تنازل كامل غير مشروط لا رجعة فيه[92]. كما يرى بأن القانون الطبيعي يلزم الأفراد بطاعة الحاكم سواء كان عادلا أو مستبدا، لان استبداده أفضل لهم من الرجوع للفوضى. واستنادا إلى هذا الاتفاق نشأت السلطة السياسية والدولة. وحسب عبارات الفيلسوف هوبز فانه:"ليس القانون بنصيحة، ولكنه أمر، وهو ليس أمرا من أي رجل لرجل آخر، ولكنه أمر صادر ممن يدان له بالطاعة، وموجه إلى من تب له عليه الطاعة"[93].

---

[91] – ولكن أصل فكرة العقد الاجتماعي تعود إلى الفكر الإغريقي حيث ذكرها أفلاطون في كتابه الجمهورية قائلا:" عندما يتصرف الناس بمحض نزواتهم فيعتدي واحد منهم على الآخر، ويذوق الجميع مرارة الظلم والقهر، يتفطن الكل بأن الطريقة الوحيدة لحسم النزاعات القائمة وضمان الآمن والسلامة للجميع تكمن في عقد اتفاق جماعي يميز بين الأفعال الإجرامية فيمنعها والأعمال الخيرية فينشرها". انظر، احمد خروع، مرجع سابق، ص 98. وانظر ايضا

Benoit Frydman; Guy Haarscher,op,.cit, , P. 100-101

[92] – أنظر إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 65.

[93] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 10-11.

نقد: الفيلسوف "هوبز"يؤيد النظام الملكي الذي كان يحكم إنجلترا. وما يؤخذ عليه هو إطلاقه لسلطة الملك من جهة، مما يؤدي إلى الاستبداد المطلق للحاكم والخلط بين الدولة والحكومة من جهة أخرى، لأنه يطالب بمنح السيادة للحاكم ، وهذا يعني أن السلطة في يد الحاكم وليست في يد الدولة التي تفوضها له، وبالتالي فإن تغير الحاكم يؤدي إلى زوال الدولة.

❖ الفيلسوف جون مارك لوك(1632-1704)

استخدم الفيلسوف جون مارك لوك فكرة العقد الاجتماعي كوسيلة لمقاومة استبداد الملوك. ورفض الملكية المطلقة لأنها تكبل الحريات. وان الشعب له حق اختيار الحاكم وعزله[94]. ويقول:" إن الحالة الطبيعية التي يوجد عليها البشر هي حرية كاملة طبقا لقواعد القانون الطبيعي، وهي حالة المساواة بين الجميع، فكل فرد فيها يتمتع بنفس الحقوق. ولكن هذا الوضع الطبيعي الذي يكون فيه الناس حكام وخصوم في نفس الوقت، لا يدوم ولا يضمن الاستقرار والأمن بصفة دائمة.والحكم المدني هو أفضل علاج لمثل هذا الوضع، وعليه يتعين على كل فرد التنازل عن سلطته الطبيعية لصالح الجماعة التي تتكفل بتنظيم الحياة الاجتماعية وسن القوانين الضرورية للمحافظة على امن وسلامة الجميع"[95].

ويرى الفيلسوف جون لوك أن الأفراد كانوا يعيشون حالة الفطرة وانتقلوا إلى حالة النظام وأن العقد تم بين الناس والحاكم، فالأطرف تنازلوا عن جزء من حقوقهم وحرياتهم إلى الحاكم بالقدر الذي يحقق لهم الأمن والنظام، واحتفظوا بالجزء الباقي كقيد يرد على حرية

---

[94] – اصدر كتابه شرح الحكومة المدنية سنة 1690، آسارى فلاح حسن، الفكر السياسي والفلسفة السياسي لدى جون جاك لوك، مجلة الآداب، جامعة بغداد، العراق، مجلد1،ع 20، مارس 2017، ص 336.

[95] – ذكره احمد خروع، مرجع سابق، ص 101 و102.

الحاكم فهو طرف في العقد يلتزم بالمحافظة على حرياتهم وإذا اخل بالعقد جاز للشعب فسخه وعزل السلطان ومن ثم الثورة ضد مشروعه إذا حاول مقاومة إرادة الشعب التي تمثل السلطة العليا في الدولة[96]. والأفراد لا يتنازلون عن حقوقهم الطبيعية للملك أو الحاكم أو السلطان بل يتنازلون عن حقوقهم للمجتمع ومن ثم يكون المجتمع هو صاحب الكلمة الأولى والأخيرة[97].

وهذا ما حصل في عصر الفيلسوف جون لوك حيث ثار الانجليز ضد الملك. وعاش في عصر مضطرب مزقت المجتمع فيه المنازعات الداخلية في منتصف القرن السابع عشر[98].

❖ الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو(1712-1778)

يؤكد الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو في" كتابه العقد الاجتماعي" وكتابه"أصل عدم المساواة بين الناس")، بأنه لا سلطان إلا للشعب[99]. ولذلك أستخدم العقد الاجتماعي كأداة لإنكار حق الملوك في السيادة وإنكار حكم الفرد وبمقتضى العقد الاجتماعي الذي أبرم بين أطراف الشعب حيث يتنازلون فيه عن حرياتهم الطبيعية المطلقة مقابل حريات مدنية محدودة. والحاكم مجرد وكيل عن الشعب وإذا اخل بالعقد جاز للشعب فسخه وعزل

---

[96] – آسارى فلاح حسن، مرجع سابق ، ص 336؛ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص70-71

[97] – آسارى فلاح حسن، مرجع سابق، ص 341 .

[98] – صالح طاليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد نشر، طبعة1، 2010، ص24.

[99] - Jean-Jacques Rousseau, le contrat social, sned, Alger, 1980, p 20

السلطان. ذلك أن الحرية المطلقة مفسدة. وبذلك يستمد النظام السياسي شرعيته ووجوده من إرادة الشعب صاحب السلطة والسيادة[100].

اتخذ فكرة العقد الاجتماعي وسيلة يمليها العقل الإنساني للمحافظة على الحريات والحقوق الطبيعية، وليس وسيلة للنزول عن هذه الحريات والحقوق أو الحد منها[101].

ب: الانتقادات الموجهة لفكرة العقد الاجتماعي

1_ هذه النظرية قائمة على الخيال، تفترض أن الأفراد كانوا يعيشون على الفطرة البدائية قبل تنظيمهم في حياة الجماعة.

2_ تاريخيا لم يثبت بأنه وقع اجتماع بين الناس، أبرموا أثناءه عقدا فيما بينهم لإقامة مجتمع سياسي، ولم يثبت وجود هذا العقد.

3_ إن إبرام العقد لإقامة نظام معيّن، يتطلب وجود جماعة منظمة لأن العقد لا ينتج آثاره إلا إذا كانت هناك نصوص تحدد حقوق وواجبات الطرفين.

4_ إنّ العقد يفتقد للطابع القانوني، إلا إذا كان هناك نظام سابق عليه.

5_ على فرض وجود هذا العقد فلا يمكن التسليم بان الإنسانية على مر العصور تتقيد بأحكامه فهذا مستحيل.

أن فكرة العقد الاجتماعي لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعي، فلم تكن تعني دائما عند الكثير من الكتاب حدا لسيادة أصحاب السلطان في الجماعة ولا قيدا يرد على حرية المشرع بالتزام مثل أعلى من العدل، ولكنها عند الكثيرين وعلى الأخص عند روسو

---

[100] - Ibid. , pp23-29

[101] – أنظر إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 68؛ أحمد إبراهيم حسن، مرجع سابق، ص 71

التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الأكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم الأوتوقراطي، وفي غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد وإقامة سلطان الشعب، ضاعت صيحة العدل– وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعي– عند أنصار العقد الاجتماعي، مشيئة الشعب أو إرادة الأغلبية عندهم هي العدل، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو إرادة مستبدة[102].

بالرغم من هذه الانتقادات كان لفكرة العقد الاجتماعي الفضل في القضاء على الحكومات الاستبدادية، وإبراز سيادة الشعب، وإعلان الحرية والمساواة للجميع ولذلك قيل **عنها أنها اكبر أكذوبة سياسية ناجحة**[103]**، أدت إلى انتصار** نظرية القانون الطبيعي حيث بلغت أوج مجدها في أواخر القرن 18 وبداية القرن 19. فقامت الثورة الفرنسية تحت شعار (الدفاع عن الحريات والحقوق الطبيعية للإنسان) وبذلك أصبح القانون الطبيعي مذهبا رسميا تضمنه إعلان رسمي هو إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789. تنص المادة 2 منه أن:"غاية كل إنسان هي المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول وهي الحرية، الملكية ومقاومة والظلم". وقضت المادة 6 على أنه:"لا دستور لمجتمع يكون ضمان هذه الحقوق فيه غير مكفول".

ويتضح لنا أن تطور القانون الطبيعي قد مرّ بثلاث مراحل يمكن تقسيمها كالتالي:

المرحلة الأولى: هي مرحلة الفلسفة، حيث نشأت فلسفة القانون الطبيعي ورُسمت أول علاماتها على يد الفلاسفة اليونان مثل أفلاطون وأرسطو والرواقيون.

---

[102] – أنظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص 112–113

[103] – للاستزادة انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 68 و69

المرحلة الثانية: هي مرحلة ربط القانون الطبيعي بالدين عن طريق تمثيل القانون الطبيعي أنه استخلاص للقانون الإلهي وكان للقديس توما الأكويني دور كبير في ذلك، وإن كانت لفلسفته تلك دور مؤثرة في البلدان التي لا يزال للكنيسة الكاثوليكية فيها دور سلطوي.

أما المرحلة الثالثة: المرحلة الاجتماعية عن القانون الطبيعي تتبنى معالجة أكثر واقعية، حيث اهتمت أكثر بتطبيق القانون الطبيعي بشكل عملي، وتجلى ذلك في نظرية العقد الاجتماعي.

وعلى مر تاريخ تطور القانون الطبيعي فقد وضع الفقهاء من أنصار هذه المدرسة سمات للقانون الطبيعي تميزه عن القوانين الوضعية، ويمكن تقسيم تلك السمات كالتالي:

- ✓ العقلانية: إن للعقل البشري دوراً كبيراً في إنتاج القانون الطبيعي، وكلما قرب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كان أقرب إلى الكمال.
- ✓ الموضوعية: إن من سمات القانون الطبيعي أن يكون موضوعياً، وهو يكون كذلك حينما يحكم الناس على وجه سواء، دون النظر إلى آرائهم الخاصة ومصالحهم الذاتية[104].
- ✓ الخضوع: إن القانون الطبيعي يقتضي من الأفراد طاعة القانون الوضعي ولو كان مخالفاً لبعض مقتضيات القانون الطبيعي، وبهذا المعنى يقول أرسطو إن الخضوع للقوانين هو الأمر الأولى بالإتباع، وكذلك فكان رأي هوبز «أن نزول الأفراد عن حقوقهم الطبيعية للحاكم هو نزول كامل غير مشروط ولا رجوع فيه، والحاكم لا

[104] – ضياء عبد الله عبود تركي؛ نزار عبد الأمير، فلسفة القانون في الفكر اليوناني القديم، كتاب جماعي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016، ص 82 و83

يلتزم في مواجهة الأفراد إلا بالتزام وحيد وهو الالتزام بممارسة الحكم والمحافظة على النظام»[105].

- ✓ الإطلاقية والتعميم: إن من أهم خصائص القانون الطبيعي أن قواعده تتميز بالتجريد والعمومية، ومن هنا جاءت تسمية القانون الطبيعي بـ"المطلق"، فهي تسري على الكل وتخلو من الشروط أو الصفات الخاصة التي قد تؤدي إلى تطبيقه على طرف أو شيء معين بذاته أو على واقعة محددة بذاتها.
- ✓ المثالية: يقصد بالمثالية الأفكار التي تؤمن بأن هناك مبادئ وأصولاً تسمو على القانون المطبق في جماعة معينة، وتشكل نموذجاً للعدل ينبغي السير على نهجه في كافة القوانين الوضعية.

وكما أشرنا سابقاً إلى أن القرن التاسع عشر كان بداية انحدار نظرية القانون الطبيعي وانحسارها من الاستخدام، فكان هناك أيضاً العديد من الانتقادات الموجهة للقانون الطبيعي. نستعرضها كالآتي:

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي

تعرض مذهب القانون الطبيعي إلى مهاجمة عنيفة طوال القرن19، شككت من صحته، ويأتي في مقدمة مهاجميه المذهب التاريخي، الذي استند في حججه على الواقعية. ومن هذه الانتقادات ما يلي:

[105] – المرجع نفسه، ص 83و84

إن القول بفكرة الخلود والثبات التي يتميز بها القانون الطبيعي في منطق أنصاره، هو قول غير صحيح يكذبه الواقع وينفيه التاريخ، فالقانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وهي متغيرة في الزمان والمكان فمن غير المعقول أن يثبت القانون على حال واحدة.

أما القول بأن العقل البشري هو الذي يكشف عن قواعد القانون الطبيعي، فإن ما يترتب عليه هو اختلاف هذه القواعد باختلاف الأشخاص الذين يستخلصونها بعقولهم ومن ثمة تختلف قاعدة القانون الطبيعي من شخص إلى أخر في مسألة واحدة.

أما بالنسبة للنزعة الفردية التي ألزمت مذهب القانون الطبيعي طوال القرنين (17-18) والتي تأكدت في عهد الثورة الفرنسية، ووجدت طريقها إلى معظم نصوص (تقنين نابليون)، وكذا إعلان حقوق الإنسان التي أبرزت ودعمت هذه النزعة التي ترى بأن المجتمع يعمل على كفالة يتمتع بها دون أن ينقص منها أو يقيدها.

المبحث الثاني: حركة إحياء القانون الطبيعي

أدت الانتقادات الموجهة إلى مذهب القانون الطبيعي إلى إضعافه وكادت أن تهجر هذه فكرة طوال القرن 19، ولم تبعث من جديد إلا بعد بداية القرن 20، ونهاية القرن 19، وفي سبيل إحياء القانون الطبيعي ظهر اتجاهان: الأول: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، بزعامة الفقيه الألماني ستاملر، والثاني: مذهب جمهور الفقهاء في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل ونستعرض هذين الاتجاهين كالآتي.

المطلب الأول: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

Le droit naturel à contenu variable

لقد سقطت فكرة القانون الطبيعي القائمة على قواعد أبدية خالدة صالحة لكل زمان ومكان تحت تأثير هجوم أنصار المذهب التاريخي. فكان لابد من تخليص القانون

الطبيعي من الانتقادات والتناقض الموجه إلى قواعده. أن وهو ما قام به الفقيه ستاملر Stammler [106]. حيث جمع بين الخلود والتطور في فكرة القانون الطبيعي في ما سماه القانون الطبيعي بالمضمون المتغير[107]. ومضمون هذه الفكرة أن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد ومتغير في نفس الوقت، فهو خالد في فكرته ومتغير في مضمونه. ويقع على المشرع مهمة استنباطه واستلهامه[108]. وذو وجود مستقل عن القانون الوضعي[109].

وباختصار ويرى الفقيه ستاملر انه من غير الممكن وجود قانون طبيعي ثابت ولكن من الممكن وجود قانون صحيح. ويكون القانون الوضعي صحيحا إذا كان عادلا[110].

وقد اعتنق هذه الفكرة الفقيه الفرنسي سالي Salleiles ويتمثل جوهر هذه النظرة الجديدة في أن فكرة العدل في ذاتها خالدة أبدية، وجدت في ضمير الإنسان على مر العصور وستضل إلى الأبد. وهو أمر لا يتغير، وبهذا تعتبر فكرة العدل الإطار الثابت والدائم للقانون الطبيعي.

أما مضمون العدل فهو الذي يمسه التغيير، وطريقة تحقيقه. فهو مرهون بظروف الحياة الاجتماعية التي تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى آخر...

---

[106] – ولد بألمانيا(1856–1932)، اصدر عدة كتب منها: كتاب فلسفة القانون عام 1922 وكتاب بعنوان محاضرات في بحوث فلسفة القانون عام 1925 وكان من اشد منتقدي المذهب التاريخي، انظر، روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 219– 220

[107] –Michel Villey, Les Philosophie Du Droit, Les Moyens Du Droit, T 2, 2eme Ed, Dalloz, France, 1984, P.92

[108] – انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 76؛ صالح طاليس، المرجع السابق، ص 282و283

[109] – منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 61.

[110] – روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 221؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 32و34

وفي هذا الإطار يتفق القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير مع المذهب التقليدي للقانون الطبيعي في أمر واحد هو أن القانون الطبيعي يستخلصه الإنسان بعقله.

انتقدت فكرة الفيلسوف ستاملر، في كونه قضى على المثل العليا. حينما سلم بأن مضمون فكرة العدل يتغير بتغير الزمان والمكان، فلا يعقل أن يكون الأمر الواحد عدلا في مكان وزمان معين وفي مكان وزمان آخرين، يعتبر ظلما في غيره من المجتمعات مثلا نظام الرق[111].

اعتبرت فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير فكرة متناقضة، إذ المثل الأعلى بطبيعته ثابت خالد، وهذه الفكرة تجعل منه مثلا خاصا بكل جماعة وفقا لتصورها الخاص لفكرة العدل. وهو ما يؤدي إلى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي أو موضوعي يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان[112].

المطلب الثاني: مذهب جمهور الفقهاء في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل

يأتي في مقدمة هؤلاء الفقهاء بلانيول Planiol وجوسران Josserand فاعترضوا على أنصار القانون الطبيعي في القرن 18 من اعتبار وجود قانون مثالي نموذجي يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية في جزئياتها... فمثل هذا القول يكذبه الواقع والمنطق، فمشاكل الحياة لا تعرض دائما بنفس الصورة في كل الجماعات.

---

111 – انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 76.

112 – أنظر أكثر، حسن كيرة، مرجع سابق، ص 117؛ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص36

فكان الرأي ابتداء من مطلع القرن الحالي، التضييق من نطاق فكرة القانون الطبيعي فقصروها على بضعة مبادئ مثالية ثابتة خالدة تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للعدل، كمبدأ عدم الإضرار بالغير عند الخطأ، مبدأ إعطاء كل ذي حق حقه، مبدأ عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب مشروع. فهذه مبادئ عامة تعبر عن الموجهات المثالية للعدل، وتعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانوني تستند إليه القوانين الوضعية في كل مكان وزمان، وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعي، الذي لا يضع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية، ولكنه يكتفي بالتوجيه إلى الحلول العملية التي تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية. فهي في جوهرها موافقة للقانون الطبيعي، خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، ثابتة مبنية على أساس الحالة. يستلهمها المشرع عند وضعه للقوانين كما يستلهمها القاضي عندما لا يجد نصا تشريعيا يحكم به في المنازعة المطروحة أمامه[113].

وهذا ما كرسه المشرع عندنا(في الجزائر)، في المادة الأولى من القانون المدني، عندما أجاز للقاضي في الحالة التي لا يوجد فيها نص تشريعي يحكم بمقتضاه حيث ورد فيها:" 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 يجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"[114].

وخلاصة القول، أن فكرة القانون الطبيعي احتفظت بمقوماتها فهي قواعد كامنة في الطبيعة أودعها الله فيها، ويقتصر دور الإنسان في الكشف عنها بعقله، والقانون الطبيعي

---

113 – للاستزادة انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 79و80.

114 – القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30-09- 1975.

واحد لا يتغير من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر ويقتصر فقط على مبادئ وأصول عامة محدودة ، لا تضع إلا حلولا جزئية لمشاكل الحياة الاجتماعية.

ثانيا: المدرسة الواقعية

أدت معارضة القانون الطبيعي خلال القرن 19 وانتشار الفلسفة الواقعية التي تناقض الفلسفة المثالية، وما تقوم عليه من تصور فكري لا يمت بأي صلة إلى منهج الأسلوب العلمي وما يستلزمه من ضوابط ويقين. وهذه المدرسة لا تبصر من جوهر القانون إلا الواقع الملموس المستمد من حقائق الحياة الاجتماعية. وقد تفرعت إلى مذاهب هي:المذهب التاريخي، الغاية مذهب الاجتماعية ومذهب التضامن الاجتماعي. ونستعرض هذه المذاهب بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: المذهب التاريخي

La Doctrine Historique

المطلب الأول: تعريف المذهب التاريخي والأسس التي يقوم عليها

أولا: تعريف المذهب التاريخي

ظهرت بوادر هذا المذهب منذ القرن 18 في فرنسا، إذ أظهر بعض الفقهاء والفلاسفة أثر البيئة والظروف المحيطة بها في القوانين، وقرروا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها.

ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة الفقيه منتسكيو Montesquieu في كتابه روح القوانين أو روح الشرائع Esprit des Lois الذي أصدره سنة 1748[115]، وكذلك الفقيه بورتاليسPortalis أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في القرن التاسع عشر الذي عبر عن مبدأ من مبادئ التي قام عليها هذا المذهب ومحتواه، والفقيه الألماني سافيني Savigny (1779-1861)، أصدر دراسة بعنوان:" رسالة عصرنا في التشريع والفقه" ومؤلف" تاريخ القانون الروماني في القرون الوسطى" سنة 1815[116].

ويرى الفقيه سافيني أن علم القانون هو علم تاريخي، ولهذا السبب نعت مذهب سافيني بالمذهب التاريخي[117].

---

[115] – علي فيلالي، مرجع سابق، ص140

[116] – أحمد خروع، مرجع سابق، ص 103. وراجع أيضا

-Michel Villey, op,cit, pp.102-103

[117] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 220

ثانيا: الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي

تتمثل الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي فيما يلي:

1):إنكار وجود القانون الطبيعي: وهو أن القانون ليس من وحي مثل عليا، حيث يرى الفقيه سافيني بأنه لا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل، بل القانون عنده من صنع الزمن ونتائج التاريخ[118]. فلا وجود لقانون طبيعي ثابت صالح لكل زمان ومكان، بل إن القوانين تتعدد وتختلف باختلاف الأمم وتتغير بحسب الزمان والمكان[119].

2): القانون وليد الحاجة للجماعة

يرى المذهب التاريخي أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها. وهو يتطور من ظروف المجتمع، ويختلف من دولة إلى أخرى، ومن جيل لآخر في نفس الدولة، حسب التغيرات الاقتصادية والاجتماعية. فليس القانون من خلق المشرع لان هذا الأخير في حقيقة الأمر دوره سلبي يقتصر على مراقبة تطور القانون، وترجمته في نصوص قانونية[120]. كما أن القانون ولا نتاج لجيل معين أو دولة معينة وإنما هو ثمرة التطور التاريخي. فهو حقيقية اجتماعية تاريخية[121].

3): القانون يتكون ويتطور آليا: ومعناه أن القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك ستهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة فهو ذو صفة قومية، يتطور في الضمير

---

[118] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 31؛ علي فيلالي، مرجع سابق، ص140-141

[119] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

[120] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 220

-Michel Villey, op.cit., pp.103-104

[121] – فايز محمد حسين ، مرجع سابق، ص 217.

الجماعي تطورا ذاتيا آليا دون تدخل الإرادة الإنسانية[122]. فالقانون لا تضعه الدولة حتى لا تستبد في وضعه[123]. وقد عبر عن ذلك الفقيه بورتاليس بأن:" تقنينات الشعوب تتكون مع الزمن، فهي في الحقيقة لا تصنع"[124]. ويعد العرف التعبير الأمثل كالقانون لكونه مرتبطا مباشرة مع الضمير الجماعي. فالقانون حسب الفقيه سافيني "نتاج الشعب، يتطور منه واليه، ينمو ويتقوى بنمو المجتمع ويتلاشى ويندثر عند انهياره"[125]. **أما التقنين فهو شر يجب دفعه، لأنه يقود إلى تجميد القانون وإعاقة تطوره**[126].

المطلب الثاني: نتائج المذهب التاريخي والانتقادات الموجهة له

أولا: نتائج المذهب التاريخي

- لقد أسهم هذا المذهب إلى تبيان الارتباط الحميم بين القانون والبيئة.
- كما أسهم في تبيان أن القانون ليس هو تعبير عن إرادة الحاكم بل هو نتاج المجتمع، وبالتالي المشرع لا يفرض على الجماعة قانونا لا يستحبب لحاجاتها ورغباتها وينبع من حقيقة مشاكلها.
- كما أسهم أيضا في تبيان دور العرف كمصدر من مصادر القانون، بعد أن أغفلت القوانين الأخرى إلا أن ذلك لا يمنعنا من تسجيل بعض الانتقادات التي وجهت إليه.

---

[122] – حسن كيرة، مرجع سابق، ص124؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 115.

[123] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 220

[124] – انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 83.

[125] – أحمد خروع، مرجع سابق، ص 103.

[126] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 220

ثانيا: الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي

1): بالغ في اعتبار أن القانون هو وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع في حين أن كثيرا من الدول قد اقتبست قوانينها كلها أو في جزء منها من قوانين دول أخرى كنقل قوانين أغلب الدول العربية عن القانون الفرنسي.

2): ربط القانون بالجماعة وجعل من القانون نتيجة للضمير الجماعي، وبذلك أنكر دور الإرادة والعقل الإنسانيين في تكوين القانون. كما أن التشريع أهم من التطور التاريخي إذ أن المشرع قد يصدر قوانين يتقيد بظروف المجتمع لكنها دافعة له. وبهذا يكون قد عجل في تطور القانون.

3):غلب العرف أكثر من التشريع حيث ليس صحيح أن العرف هو كل شيء حيث يساهم في وضع التاريخ حيث له محاسن والتشريع أيضا له محاسن فهو يسهل تعديل التشريع عكس العرف.

4): أغفل دور الإنسان في تطور القانون حيث ألغى دور المشرع في توجيه القانون واختيار أنسب القوانين. كذلك أهمل دور الأفراد، فنتيجة كفاح الشعوب تم إلغاء قانون الرق وتم الاعتراف بأهم الحقوق والحريات الأساسية. والكثير من القواعد احتاجت لكفاح مرير من جانب الأفراد المحكومين من اجل الوصول إليها، مثل قواعد قانون العمل، ونظم التأمين الاجتماعي.

5): معارضة المذهب التاريخي لحركة تجميع القوانين لا تلقى الإجماع، بالرغم من أن حركة التقنين انتشرت في أغلب الدول. فالتقنين له مزايا كبيرة، فهو وسيلة لتوحيد القانون في مختلف أجزاء الدولة، كما أنه يضفي على القواعد القانونية نوع من الثبات والاستقرار.

كما أن هناك بعض المبادئ الأساسية لا تختلف من بلد إلى آخر مثلا توحيد القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الدولية... [127].

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجد تأثره واضحا بالمذهب التاريخي حيث يعتمد القاضي على العرف بشكل جلي بالاستناد على نص المادة الأولى من القانون المدني، عندما أجاز له في الحالة التي لا يوجد فيها نص تشريعي يحكم بمقتضاه حيث ورد فيها:" 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 يجد فبمقتضى العرف، ..."[128]. وفي قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984 المعدل سنة 2005،[129] تنص المادة 78 على أنه:" تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

[127] – راجع الانتقادات: حسن كيرة، مرجع سابق، ص126و127؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116.

[128] – القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 ، المرجع السابق.

[129] - قانون الأسرة رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005

المبحث الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية

La Doctrine du but social

المطلب الأول: التعريف مذهب الغاية الاجتماعية والأسس التي يقوم عليها

أولا: التعريف مذهب الغاية الاجتماعية

هو مذهب من المذاهب الواقعية، نادى به الفقيه الألماني رودلف فون إهرينج (1818-1892) كرد فعل مباشر على المنهج التاريخي. أبرزه في مؤلفاته أهمها: «الكفاح من أجل القانون» و«الغاية من القانون».[130].

ثانيا: الأسس التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية

يقوم مذهب الغاية الاجتماعية على الأسس الآتية:

2): إرادة الإنسان هي التي تصنع القانون: يرى الفقيه إيرينج أن القانون في تطور مستمر ولكنه ليس تطورا تلقائيا، كما يزعم أنصار المذهب التاريخي بل هو تطور يخضع إلى حد كبير لإرادة الإنسان[131]. فلإرادة البشرية هي وحدها التي تراقب التطور وتتدخل فيه متى شاءت لتوجيهه الوجهة التي تراها مناسبة. إذا إرادة الإنسان هي التي تصنع القانون، ولا مكانة للتغيير التلقائي[132].

2): القانون ظاهرة اجتماعية: القانون ظاهرة اجتماعية والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية من حيث خضوعها لقانون الغاية دون قانون السببية، فالظواهر

---

[130] – أوضح الفقيه إيرينج آراءه في كتابين: الأول بعنوان الكفاح من أجل القانون la lutte pour le droit(1872)، والثاني الغاية في القانونle but du droit (1877-1882). انظر، صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد نشر، طبعة1، 2010، ص 246؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 23

[131] – ابراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 97.

[132] – فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 180.

الطبيعية كتعاقب الليل والنهار بسبب دوران الأرض، أو سقوط الأجسام من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية، تحدث كلما توافرت أسبابها دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثها أو دفعها نحو تحقيق غاية معينة، ومن ثم فهي تخضع لقانون السببية، أما الظواهر الاجتماعية فلا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية تدفعها نحو تحقيق غاية معينة، ومن ثم فهي تخضع لقانون الغاية[133]. وفي هذا يقول الفقيه إيرينج:" لا نتيجة دون سبب، لكن طبقا– لقانون الغاية– لا إرادة ولا فعل بدون هدف، أن السبب ينتمي إلى الماضي، والغاية إلى المستقبل... إن إتيان الأفعال معناه التحرك بقصد غاية... لا فعل بدون غاية، كما أنه لا نتيجة دون سبب"[134].

3): القانون ليس إلا وسيلة لتحقيق الغاية: القانون باعتباره ظاهرة اجتماعية، وكل ظاهرة اجتماعية تخضع لقانون الغاية، فالقانون ليس إلا وسيلة لتحقيق الغاية، ومادامت الغاية من القانون هي المحافظة على المجتمع عن طريق الثواب والعقاب، فمعنى ذلك أن القانون وسيلة لغاية واضحة ومحددة يراد تحقيقها. والإنسان بذلك يسير مهتديا بغايته، فهو يؤثر في القانون بفعله ويكيف تطوره، وهو في سبيل ذلك يقوم بكفاح حتى يتمكن من تغيير الاتجاه الذي يسير فيه القانون إذا ضل السبيل[135].

4): استخدام القوة والعنف لتوجيه القانون: تلعب إرادة الإنسان دورا كبيرا وايجابيا في نشأة القانون وتطوره، وقد يصل هذا الدور إلى درجة الكفاح، واستخدام القوة والعنف لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة. ذلك أن التطور قد يؤدي إلى تغيير بعض النظم القانونية القائمة في المجتمع، والتي يحرص المستفيدون منها على بقائها وعدم تغييرها، الأمر الذي يؤدي إلى قيام الصراع والكفاح بين هؤلاء المستفيدين وبين من

---

133 – ابراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 97.

134 – ذكره، فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ص 181.

135 – ذكره، فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ص180– 181.

يريدون تعديل هذه النظم، ويتوقف بقاء أو تغيير هذه النظم على نتيجة هذا الصراع والكفاح، بحيث إذا تغلب أنصار التعديل أو التغيير ظهرت نظم قانونية جديدة وأدى ذلك إلى تطور القانون، فالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الإنسانية في عصورها المختلفة كانت تقوم دائما دفاعا عن مبادئ قانونية، وكفاحا من أجل تعديل أوضاع قانونية لم تكن تتفق مع الظروف الاجتماعية القائمة، فمثلا تحرير الفلاحين من الإقطاعيين، لم يتحقق إلا بعد كفاح طويل وتضحيات مريرة لتعديل وتغيير الأنظمة القانونية التي كانت سائدة[136].

والنتيجة، فإن القانون في طبيعته وجوهره، وفقا لمذهب إهرينج ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح، الغاية هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه والكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية، ولذلك فإن هذا المذهب يسمى أيضا بمذهب الغاية والكفاح أو مذهب الكفاح[137]. وقد بلور آراءه في مقولة أن" القانون هو سياسة القوة"[138].

المطلب الثاني: نتائج مذهب الغاية الاجتماعية والانتقادات الموجهة له

أولا: نتائج مذهب الغاية الاجتماعية

- أبرز الفقيه إهرينج دور الإرادة الإنسانية في نشأة القانون وتطوره.

---

136 – ابراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 98.

137 - هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سموحي فوق العادة، دار منشورات عويدات، بيروت لبنان، طبعة اولى، 1972، ص 72

138 – انظر، صالح طليس، مرجع سابق، ص 246.

- بين خطأ المذهب التاريخي الذي ألبس القانون ثوب الآلية والتلقائية دون التوجيه الإنساني. مما يؤدي إلى تهاون الإنسان ووقوفه موقف المتفرج من تطور القانون الذي لا يتجه نحو غاية معلومة[139].

ثانيا: الانتقادات الموجهة مذهب الغاية الاجتماعية

رغم واقعية مذهب الغاية الاجتماعية إلا أنه تعرض لانتقادات منها:

- ✓ جعل غاية القانون هي حفظ المجتمع وأمنه وليس إقامة العدل فيه.
- ✓ أكد أن الكفاح أساس تطور القانون، وهذا تبرير لمنطق القوة، حتى ولو لم تكن على حق وتبرير لمنطق الغاية تبرر الوسيلة.
- ✓ أفرط في جعل تطور القواعد القانونية كلها رهنا على إرادة الإنسان، وهذا ينافي الأعراف التي هي من مصادر القانون، ولا تظهر فيه إرادة الإنسان بشكل جلي وواضح.
- ✓ كذلك المجتمع يجعل القانون وإذا ما طالب بحقوقه فإن مطالبه عادة ما تكون اجتماعية بحتة[140].

---

[139] – حسن كيرة، مرجع سابق، ص127؛ إبراهيم ابو النجا، مرجع سابق، ص 98 و99.

[140] – رجع عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 38

المبحث الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي

Le doctrine de la solidarité sociale

المطلب الأول: تعريف مذهب التضامن الاجتماعي والأسس التي يقوم عليها

أولا: تعريف مذهب التضامن الاجتماعي

يرى الفقيه ديجي(1859-1928) أن منهاجه هذا في البحث هو منهاج واقعي بحت، ووصفه بأنه المنهاج الوحيد الكفيل بتشييد نظرية علمية للقانون، يختفي فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس[141]. فالمعرفة العلمية الصحيحة التي ينبغي أن تتوافر للقانون تحتم عنده عدم الاعتداء والتسليم فيه إلا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة[142]. والحقيقة المادية الثابتة التي يؤكدها الفقيه ديجي هي أن الأفراد في المجتمع تربطهم رابطة تضامن، ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها إلا بالحياة المشتركة[143]. حيث يتعاون كل فرد بقدر إمكانياته من أجل إشباع الحاجات المختلفة لأفراد المجتمع[144]. ويقسم الفقيه ديجي التضامن الاجتماعي إلى قسمين هما:

تضامن التشابه أو الاشتراك أو التضامن الآلي: ومفاده وود حاجات مختلفة ورغبات لدى الأفراد ولا يمكن فرد ولا يمكن تحقيق هذه الحاجات والرغبات إلا بالحياة المشتركة داخل الجماعة.

---

[141] – السيد عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 265.

[142] – حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص 131.

[143] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 266.

[144] – حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص 132؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 68-72

التضامن بتقسيم العمل أو التضامن العضو: إن اختلاف قدرات الأفراد ومواهبهم، واستعداداتهم، يلزم كل فرد من الاستفادة من كفاءة الآخرين وتبادل الخدمات معهم[145].

وفي ظل هذا التضامن نشأ القانون لينظم سلوك الأفراد في المجتمع، بقصد المحافظة على النظام وعلى المصالح المشتركة، بمعنى أن القانون يجد أساسه في التضامن الاجتماعي[146].

ثانيا: أسس مذهب التضامن الاجتماعي

يقوم هذا المذهب على الحقائق الواقعية التي يمكن مشاهدتها والتحقق منها. وعليه فالإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكن العيش إلا في جماعة. والأفراد لهم حاجيات مختلفة ومتنوعة ولا يمكن للفرد تحقيقها إلا بالتضامن مع بقية أفراد المجتمع. فمثلا البدو الرحل كانوا يتضامنون فيما بينهم للدفاع عن مصالحهم.

ويرى الفقيه أن الشعور بالتضامن الاجتماعي لا يصلح أن يكون وحده أساسا لقاعدة القانونية، فأضاف أساسا آخر هو الشعور بالعدل[147].

والشعور بالعدل يختلف عن الشعور بالتضامن، إذ أن الشعور بالعدل ذاتي، يحس الإنسان بمقتضاه بكيانه المستقل عن غيره، وبحقوقه التي يستأثر بها وحده، مما يوجب عليه ضرورة احترام الكيان الذاتي للآخرين وحقوقهم الخاصة. أما الشعور بالتضامن الاجتماعي، فانه ينبع من إحساس الإنسان بكونه عضو في الجماعة، مما يفرض عليه العمل على تحقيق التضامن الاجتماعي[148].

---

[145] −Léon Duguit, Traité du doit constitutionnel, T 1, 3éme , Ed ; 1937, pp.65-66

[146] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 266و267.

[147] −Léon Duguit, op.cit. , p.119

[148] −Léon Duguit, op.cit. , p.p. 120-121.

وتأسيسا على ذلك، فإن أساس القاعدة القانونية وفق نظرة الفقيه ديجي تقوم على عنصرين: الأول هو شعور الاجتماعية أو شعور التضامن، والثاني هو الشعور بالعدل[149]. فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية وفردية في نفس الوقت. فهي اجتماعية في طبيعتها وأساسها لأنها لم تنشأ إلا من أجل تنظيم العلاقات والروابط الاجتماعية في المجتمع. وهي فردية لأنها تحتوي على ضمائر الأفراد جميعا، ولأنها لا تطبق ولا يمكن أن تطبق إلا عليهم أي هي قاعدة لا يمكن أن يخضع لها إلا كائن له إرادة وضمير وهو الإنسان[150].

المطلب الثاني: نتائج مذهب التضامن الاجتماعي والانتقادات الموجهة له

أولا: نتائج مذهب التضامن الاجتماعي

- القانون اجتماعي في نشأته يستمد قوته الملزمة من ضرورته في الحياة الاجتماعية.
- القانون من صنع المجتمع والدولة لا تصنع القانون بل توقع الجزاء فقط.
- القاعدة القانونية تتضمن أساسا واقعيا يستمد من المشاهدة والتجربة، بدلا من الأساس التقليدي الذي يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية[151].

[149] −Léon Duguit, op.cit. , p.p. 124-125.

[150] – فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ص187 و188

[151] – حسن كيرة، المدخل للقانون، مرجع سابق، ص 134.

ثانيا: الانتقادات الموجهة مذهب التضامن الاجتماعي

وجهت لهذا المذهب سهام النقد من قبل كثير من الفقهاء كالآتي:

- رفض فكرة القانون الطبيعي إلا أن مبدأ التضامن لاجتماعي الذي بني عليه نظريته هو جزء أساسي للقانون الطبيعي.
- ألغى سيادة الدولة، ولم يحدد الجهة المسئولة التي تكفل احترام مبدأ التضامن الاجتماعي.
- اخلط بين الغاية والوسيلة فقد عرف التضامن الاجتماعي بأنه غاية في حد ذاته بالرغم من انه وسيلة لإحقاق القانون والعدل في المجتمع.
- التضامن فيه الصالح والطالح ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية أيا كان أو التضامن الطالح[152].
- الاعتماد الكلي والمطلق على الروح الاجتماعية كأساس للقانون وإهماله العوامل الأخرى[153].

ورغم هذه الانتقادات، فإن الفضل يرجع لهذا المذهب في زعزعة الاعتقاد السائد بأن القانون مجرد عمل عقلي بحت، وإبراز دور الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية في مجال نشأة وتطور القاعدة القانونية[154]. ولم يعد الأمر يقتصر على المبادئ المثالية التي يكتشفها العقل كما كان يرى أصحاب فكرة القانون الطبيعي[155].

---

[152] – حسن كيرة، مرجع سابق، ص 136–138؛ السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 270–273؛ علي فيلالي، مرجع سابق، ص146–147؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 80–84

[153] – هنري باتيفول، مرجع سابق، ص 35

[154] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

[155] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 270

المحور الثاني: المذاهب الشكلية

Les doctrines formalistes

هي المذاهب التي تكتفي بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية، فلا تنظر إلا إلى الشكل الذي تخرج به هذه القاعدة إلى الوجود في صورة ملزمة، ولذلك فهي ترجع تكوين القاعدة القانونية إلى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الإلزام في الحياة العملية إذن فهي تربط بين القانون والسلطة التي تكسبه قوة الإلزام في العمل.

وقد نادى بهذه المذاهب الشكلية كثير من الفقهاء والفلاسفة اتفقوا جميعا من حيث المبدأ، وهو رد القانون إلى إدارة الحاكم أو السلطان، مع خلافات يسيرة في بعض الجزيئات لا تحل ولا تنقص من اتفاقهم على المبدأ. ومن هؤلاء الفلاسفة والفقهاء الفيلسوف الإنجليزي أوستن، فقهاء مذهب الشرح على المتون، مذهب الفقيه هيجل ومذهب الفقيه النمساوي كلسن. ونتعرض في هذا المحور لهذه المذاهب بالتفصيل الآتي.

المبحث الأول: مذهب أوستن

المطلب الأول: تعريف مذهب أوستن والأسس التي يقوم عليها

أولا: تعريف مذهب أوستن

الفيلسوف الإنجليزي أوستن (1859/1790) شغل منصب أستاذ في فلسفة القانون في جامعة لندن في النصف الأول من القرن 19، واصدر كتابين الأول سنة 1832 بعنوان" مال علم القانون المحدد" والثاني نشر سنة 1861 بعد وفاته من قبل زوجته سارة بعنوان محاضرات في علم القانون أو فلسفة القانون الوضعي"[156].

استمد مذهبه من نظريات الفلاسفة اليونان منذ القدم إذ كانوا يرون أن القانون مبدأ للقوة كما تأثر بما جاء به الفقيه الإنجليزي "توماس هوين" من أن القانون ليس طلبا ولا نصيحة وإنما هو أمر صادر عن حاكم، بل القانون هو إرادة الحاكم أو السلطان الذي له السيطرة المطلقة. إلا أن له الفضل في صياغة هذه الأفكار بشكل نظري.

ثانيا: الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن

عرف الفقيه أوستن القانون بأنه أمر أو نهي يصدره الحاكم إسنادا إلى سلطة السياسية ويوجه إلى المحكومين ويتبعه الجزاء[157]. ومن هذا التعريف يتبين أنه لكي يوجد قانون لابد من توفر ثلاث شروط هي:

1): وجود هيئة سياسية: فالقانون في نظر الفقيه أوستن لا يقوم إلا في مجتمع سياسي يستند في تنظيمه إلى وجود هيئة عليا حاكمة لها السيادة السياسية في المجتمع وهيئة

---

[156] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص215–216

[157] – صالح طليس، مرجع سابق، ص 227.

أخرى خاضعة لما تصدره الهيئة الحاكمة من أوامر ونواهي[158]. وهذه الهيئة السياسية قد تكون في الدول الاستبدادية في يد فرد واحد هو الملك أو الإمبراطور، وفي الدول الديمقراطية قد تكون في يد هيئة أو أكثر مجلس النواب ومجلس الشيوخ مثلا والى جانبه يقف رئيس الدولة، ملكا كان أو إمبراطور أو رئيس جمهورية أو غير ذلك[159].

2): وجود أمر أو نهي: يقول الفقيه أوستن بأن:" كل قانون أو قاعدة قانونية هو أمر"[160]. بمعنى: أن القانون ليس مجرد نصيحة أو إرشاد للأفراد إن شأوا التزموا به أو خالفوه بل هو أمر ونهي لا يجوز مخالفة، وقد يكون صريحا أو ضمنيا. وكذلك بالنسبة لقواعد قانون العقوبات أحيانا تقتصر على تحديد العقوبة التي توقع على من يرتكب جريمة معينة، وهي بذلك لا تصدر في صيغة أمر أو نهي ولكنها ضمنيا تأمر بعدم ارتكاب الجرائم أو تنهي عنها. ولكن ليس كل أمر هو قانون ولكن أوامر الهيئة السياسية العليا فقط هي القوانين، لأن"القوانين والقواعد توضع بواسطة الإنسان للإنسان، فبعضها يفرضه القائد السياسي وبعضها الملك وبعضها المرؤوس– أي من قبل أشخاص تنفيذا لإرادة السلطة العليا أو الحكومة الخاضعة لها– في الأمم المستقلة وفي المجتمعات السياسية المستقلة. لتشكل مجموع القواعد أو بعض المجموع المكون لجزء من هذا المجموع، ويستخدم لفظ القانون عبارة بسيطة ودقيقة على سبيل الحصر"[161].

3): وجود الجزاء : فكرة الجزاء لدى أوستن هي فكرة جوهرية في القاعدة القانونية بغيرها لا توجد القاعدة القانونية. فالحاكم السياسي له من القوة والسلطة ما يمكنه من فرض إرادته على المحكومين عن طريق الجزاء على من يخالفه. ويفرق أوستن الأمر عن

---

[158] – في هذا يقول الفقيه أوستن:" إن ما يقرره السلطان فهو يأمر به". انظر، السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 12.

[159] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص11و12

[160] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص43

[161] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص43 –44

الصيغ الأخرى للطلب ليس بالقالب الذي يصاغ فيه، بل بقدرة وتصميم الطرف الآمر على إنزال الألم والعقاب في حالة عدم مراعاة الأمر"[162].

المطلب الثاني: نتائج مذهب أوستن والانتقادات الموجه

أولا: النتائج المترتبة عن مذهب أوستن

يترتب على مذهب الفيلسوف أوستن عدة نتائج منها:

1): إنكار صفة القانون على القانون الدولي العام

يرى الفيلسوف أوستن بأن جميع الدول متساوية في السيادة ولا توجد في المجتمع الدولي سلطة عليا فوق سلطة الدول توقع الجزاء على الدول التي تخالف القواعد القانونية وعلى هذا الأساس يعتبر أوستن أن قواعد القانون الدولي ما هي إلا مجرد مجاملات تراعيها الدول في سلوكها فيما بينها.

2): إنكار صفة القانون على القانون الدستوري

قواعد القانون الدستوري هي التي تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها والسلطات العامة داخل الدولة وعلاقتها بعضها ببعض كما تبين حقوق الأفراد السياسية وحرياتهم والمقومات الأساسية للمجتمع وعليه فإن قواعد القانون الدستوري هي قواعد بمحض اختيار الحاكم، وبما أنه هو الذي يصدر هذه القواعد فهو يستطيع دائما مخالفتها لأنها من ناحية ليست صادرة من سلطة أعلى منه ومن ناحية أخرى غير مقترنة بجزاء يوقع في حالة مخالفته[163]. لأنه لا يعقل أن يوقع الحاكم الجزاء على نفسه على هذا الأساس يرى أوستن

[162] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 44

[163] – صالح طليس، مرجع سابق، ص 228.

أن قواعد القانون الدستوري ما هي إلا مجرد قيود أو قواعد الأخلاق الوضعية على حد تعبيره تنظم علاقة الحاكم بالأفراد لم تلزمه بها سلطة أعلى منه[164].

3): جعل التشريع هو المصدر الوحيد لقواعد القانونية

باعتباره يتضمن أمرا أو نهيا يصدره الحاكم إلى المحكومين وعدم الاعتراف بالمصادر الأخرى[165]، كالعرف مثلا لأنه لا يصدر من الحاكم إلى المحكومين، وإنما ينشأ من إتباع الناس سلوك معين زمنا طويلا مع شعورهم بإلزاميته.

4): وجوب التقيد في تفسير نصوص القانون بإدارة المشرع

يوجب الفقيه أوستن التقيد في تفسير نصوص القانون بإدارة المشرع وقت وضع هذه النصوص وعدم الأخذ بما يطرأ بعد ذلك من ظروف جديدة، لأن العبرة بإرادة الحاكم وقت وضع النص ولا عبره بتغير الظروف التي وضعت فيها هذه النصوص بمرور الوقت[166].

ثانيا: الانتقادات الموجه لمذهب أوستن

وجهت لمذهب أوستن عدة انتقادات كالآتي:

- ❖ يخلط بين القانون والدولة وكذلك بين القانون والقوة.
- ❖ يؤخذ عنه أن التشريع المصدر الوحيد.
- ❖ إنكاره للقانون الدولي العام.
- ❖ إنكاره للقانون الدستوري.
- ❖ إغفال عامل الأمة وانقيادها للقانون بمحض إرادتها[167].

---

[164] – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 14.

[165] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 15

[166] – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 15.

[167] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 15

❖ يؤخذ عليه التعبير بإدارة المشرع وقت وضع النصوص[168].

والخلاصة: الفيلسوف أوستن يعطي الأولوية للشرعية الشكلية، ولكنه لا يهمل عنصر التأثير الاجتماعي أو الفاعلية[169].

[168] – للاستزادة حول هذه الانتقادات انظر، روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 218 ؛ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 15–20.

[169] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 44

المبحث الثاني: مذهب الشرح على المتون

المطلب الأول: تعريف مذهب الشرح على المتون والأسس التي يقوم عليها

أولا: تعريف مذهب الشرح على المتون

ينسب مذهب الشرح على المتون لمجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا خلال القرن 19 على فكرة تجميع أحكام المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها " تقنين نابليون"[170].

ويختلف مذهب الشرح على المتون عن مذهب أوستن في أنه لم يكن نتاج رأي فقيه واحد وإنما كان ثمرة لأراء مجموعة من الفقهاء. كذلك يختلف مذهب الشرح على المتون عن مذهب أوستن في أن فقهاء مذهب الشرح على المتون ليسوا هم الذين نادوا بهذا المذهب. ذلك أن هذا الأخير، ما هو إلا مجرد طريقة تفسير وشرح القانون أستخلص منها الفقهاء في أوائل القرن 20 المبادئ والأسس التي قام عليها هذا الأسلوب بالشرح والتفسير، وساقوا منها مذهبا له مميزاته الخاصة، وحددوا أسماء الفقهاء الذين ساروا على هذا الأسلوب، وأطلقوا عليه اسم مذهب أو نظرية الشرح على المتون نظرا لطريقة التي سار عليها هؤلاء الفقهاء في شرح تقنين نابليون متنا متنا وبنفس الترتيب الذي وردت به هذه النصوص في التقنين وقد سميت المدرسة التي تكونت من فقهاء الشرح على المتون " بمدرسة التزام النصوص"[171].

---

[170] – أوبري ، رو، ديمولومب، ماركدييه، تروبلونج، بودري لاكونتينري، لوران البلجيكي وغيرهم ... انظر، عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 19و20؛ صالح طليس، مرجع سابق، ص233.

[171] – للمزيد انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص21و22 ؛ صالح طليس، مرجع سابق، ص 105؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 112.

ثانيا: الأسس التي تقوم عليها مذهب الشرح على المتون

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

1): تقديس النصوص التشريعية

لقد أحدثت تقنيات نابليون جوا من الإبهار والإعجاب، دفعت برجال القانون إلى قصر مفهوم القانون على المدونات التي يتم الإعلان عنها رسميا من طرف أجهزة الدولة. فالتقنين أصبح هو الوجه المعبر للقانون وإدارة المشرع هي الترجمان الوحيد لإدارة الدولة.

ولعل السبب في تقديس فقهاء الشرح على المتون للنصوص القانونية يرجع إلى أن النظام القانوني السائد في فرنسا– قبل صدور التقنين المدني الفرنسي الذي عرف باسم تقنين نابليون– يختلف من الشمال إلى الجنوب فقد الجزء الشمالي يخضع لنظام قانوني أساسه قواعد العرف والتقاليد، بينما الجزء الجنوبي يخضع لنظام قانون مستمد من القانون الروماني. وقد كان توحيد القانون بلورة تقنين جديد شامل جامع ومانع أمل رجال الثورة الفرنسية غير أن هذا الأمل لم يتحقق إلا في عهد نابليون بصدور تقنية المعروف باسمه وقد قال في تقنينه " إن القانون الوضعي مهما بلغ من التطور والدقة لا يمكنه حل محل العقل الطبيعي" مشيرا بذلك إلى محدودية التقنين وقصوره عن الاستيعاب الكامل للظواهر القانونية.

ونظرا للمزايا الكبيرة التي حققها هذا التقنين بتوحيده لنظام القانوني في فرنسا فقد شعر رجال القانون بعاطفة قوية تدفعهم إلى احترام وتقديس هذا التقنين باعتباره المصدر الوحيد للقانون. فهو بنظرهم قانون شامل كالكتاب المقدس، قد أحاط بكل

شيء. مما جعلهم يتبعون في شرح هذا التقنين الطريقة التي تتبع في شرح الكتب المقدسة، وهي شرح نصوصه نصا بعد نص[172].

2): اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون

ذلك أن النصوص القانونية في منظور فقهاء مذهب الشرح على المتون تتضمن جميع الأحكام القانونية وتضع جميع الحلول لشتى الحالات. وبذلك يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون باعتباره المعبر عن إدارة المشرع[173].

المطلب الثاني: نتائج مذهب الشرح على المتون والانتقادات الموجه له

أولا: النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون

تتمثل النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون كالآتي:

- التزام القاضي بأحكام النصوص التشريعية إذ لا يجوز له الخروج عنها أو المسار بها نظرا لقدسيتها فمهمته تتمثل في الحكم بمقتضى القانون وليس الحكم على القانون. وبعبارة أخرى فإنها تمنع تحكم القاضي، وكفالة استمرار التشريع وثباته[174].
- إذا عجز الشارع عن استخلاص قاعدة ما من النصوص التشريعية فإن اللوم والعيب في المشرع ذلك لأن التشريع يحوي جميع القواعد والمبادئ اللازمة في جميع الحالات.

[172] – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص23و24.

[173] – فايز محمد حسين، مرجع سابق، ص230.

[174] – صالح طليس، مرجع سابق، ص 106.

- وجب الخضوع إلى نية وإرادة المشرع وقت وضع النصوص وهذا عند تفسير وشرح النصوص التشريعية[175].

ثانيا: الانتقادات الموجه لمدرسة الشرح على المتون

تعرضت مدرسة الشرح على المتون لعدة انتقادات نستعرضها كالآتي:

- ✓ أنه يعتمد على التشريع كمصدر وحيد للقانون.
- ✓ الاكتفاء بإدارة المشرع وقت وضع النصوص .
- ✓ تقديس النصوص يؤدي إلى النزعة الاستبدادية.
- ✓ يؤدي إلى جمود التشريع وعرقلة تطوره، وحصره في نطاق إرادة المشرع، مع أن الظروف قد تتغير كثيرا بين وقت وضع النص ووقت تطبيقيه[176].
- ✓ إن النزعة الشكلية التي تتميز بها مدرسة الشرح على المتون نزعة عقيمة تتعلق في فهمها للقانون بأوهام مجردة وخالية من كل عمق اجتماعي[177].

---

[175] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 19و 20

[176] – انظر الانتقادات، عكاشة عبد العال؛ سامي منصور، المنهجية في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة1، 2005، ص51و52.

[177] – أحمد خروع، مرجع سابق، ص 107.

المبحث الثالث: مذهب هيجل

المطلب الأول: التعريف بمذهب هيجل والأسس التي تقوم عليها

أولا:التعريف بمذهب هيجل

جورج هيجل G.Hegel فيلسوف ألماني (1831/1770) وأستاذ له عدة مؤلفات منها كتابه الذي صدر سنة 1821 م بعنوان" مبادئ فلسفة القانون"[178].

ثانيا: الأسس التي تقوم عليها مذهب هيجل

1): الدولة هي تجسيد للفكرة والإرادة العالمية

يرى الفيلسوف هيجل أن الدولة هي تجسيد للفكرة والإرادة العالمية أي تجسيد لله[179]. فالدولة الحقيقية الواقعية هي التي توفق في حسم التناقض الأساسي بين الوجدان الفردي والمصلحة العامة. فهي تجسيد لإرادة الإنسان وحريته، فلا أساس ولا شرعية للقانون إلا إذا كان صادرا عن الدولة، فالقانون هو إرادة الدولة سواء في الداخل أو الخارج.

ففي الداخل لا يمكن للمجتمع أن يرقى في مصاف الدولة، إلا إذا اندمج الأفراد في كيان الدولة فتذوب إرادتهم وحريتهم داخل الكيان من أجل تحقيق صالح عام، ينبغي أن يكون قاسما مشتركا بين الأفراد. وهذا يقتضي خضوع الأفراد المطلق للدولة. ويقتضي أن تكون سيادة الدولة واحدة لا تتجزأ تتجسد في شخص واحد له السلطان المطلق وقراره واجب النفاذ باعتباره معبر عن الإدارة العامة التي تذوب في وحدتها جميع الاختلافات.

---

178 – صالح طليس، مرجع سابق، ص 105.

179 – " فالدولة كما يقول هيجل هي مجيء الله على الأرض، ولذلك تجب عبادتها باعتبارها التجسيد الإلهي على الأرض". والملاحظ أن الفيلسوف هيجل لا يتكلم عن كل دولة، بل يقصد الدولة السائدة في عصرها، فهي وحدها التي تعتبر " تجسيدا للروح العالمي". أنظرا كثر، سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 187.

أما في الخارج فطالما أن جميع الدول متساوية في السيادة وطالما أنه لا توجد سلطة عليا تختص في الفصل في النزاعات التي تنشئ بين الدول إذ أن الحرب هي الوسيلة الوحيدة لتنفيذ إدارة الدولة في المجتمع الدولي، وحل النزاع يكون لصالح الدولة الأقوى، طبقا لمبدأ البقاء للأقوى[180].

2): القانون هو الفكرة المجردة والدولة هي وسيلة تحقيقها

فبفضل الدولة يصير القانون حقيقة ضرورية[181]. وفي هذا يقول هيجل:" إن القانون ليس إلا تعبيرا عن مشيئة الدولة التي تقوم بفرضه على الأفراد عنوة بما لها من ولاية عليهم، فلا يعتبر قانونا إلا ما تمنحه الدولة هذه الصفة، لان الدولة هي الأساس الوحيد للقواعد القانونية، وليس للإفراد حقوق إلا بمقتضى ما تضعه من قواعد قانونية، لان مصالحهم لا ترتفع إلى مستوى الحقوق إلا إذا تولت الدولة حمايتها"[182].

3): أساس القانون هو الحرية

فالحرية ترتبط بالدولة. ولكن لا تعني أن يفعل الفرد منا يشاء بل تقييد سلطة الأفراد بإرادة الدولة بمعنى قيامه بخدمة الدولة وأولوية الدولة على الأفراد[183].

المطلب الثاني: النتائج مذهب هيجل والانتقادات الموجهة له

أولا: نتائج مذهب هيجل

ترتب عن مذهب هيجل النتائج الآتية:

---

[180] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص11.

[181] – فايز محمد حسن، مرجع سابق، ص209.

[182] – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص11.

[183] – فايز محمد حسن، مرجع سابق، ص209.

- تدعيم وتبرير الحكم الاستبدادي المطلق، طالما أن إدارة الحاكم هي القانون الواجب النفاذ.
- اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون باعتباره هو المعبر عن إرادة الحاكم.
- لا مجال للاعتراف بقواعد القانون الدولي فالقوة وحدها هي السبيل الوحيد لتنفيذ رغبات الحاكم وفض النازعات. كذلك الشأن بالنسبة لقواعد القانون الدستوري فالحاكم له السلطان المطلق في علاقته مع الأفراد.
- القانون يرتبط بإرادة الدولة، فلا وجود لما يسمى بالقانون الطبيعي؛ فالقانون لا يشتق من الطبيعة بل من إرادة الدولة[184].

ثانيا: الانتقادات الموجه لمذهب هيجل

تتمثل الانتقادات الموجه لمذهب هيجل فيما يلي:

- الإدعاء بوجود مصدر وحيد للقانون هوالتشريع.
- التوحيد بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون يؤدي إلى الاستبداد المطلق لكونه ألماني يريد إعطاء الشرعية حتى يسيطر الشعب الألماني على العالم[185].
- لا يقر بالطرق السلمية لحل النزاعات الدولية.

من خلال ما سبق، فإن الفقيه هيجل أسس فلسفة سياسية وقانونية ترفع من مقام الدولة والقانون على الأفراد، وتجعل الفرد مجردا من كل شيئ. وعلى أساس هذه الفلسفة قامت الإيديولوجية النازية والإيديولوجية الماركسية[186].

---

[184] – فايز محمد حسن، مرجع سابق، ص211.

[185] – راجع أكثر، صالح طليس، مرجع سابق، ص 224و225

[186] – فايز محمد حسن، مرجع سابق، ص211.

المبحث الرابع: مذهب كلسن

المطلب الأول: التعريف بمذهب كلسن والأسس التي يقوم عليها

أولا: التعريف بمذهب كلسن

كلسن هانز Hans Kelsen فيلسوف نمساوي(1883- 1973) اشتغل منصب أستاذ في مادة فلسفة القانون بجامعة فينا سنة 1917 حيث كون مذهبا عرف بـ " النظرية الصافية للقانون" أو القانون البحتDroit pure[187]. أو"النظرية الخاصة للقانون" théorie pure du droit أو " القاعدية" أو(القواعدية normativisme ")[188].

ووفقا للفقيه كلسن يجب أن يقتصر علم القانون على دراسة السلوك الإنساني مجردا من الاعتبارات والضوابط الأخرى، التي هي من اختصاص علوم أخرى كعلم الاقتصاد والسياسة ...إلخ. بمعنى من أجل الوصول إلى علم قانوني حقيقي يجب استبعاد كل العناصر الأجنبية عن القانون بالمعنى الدقيق. ويقصد بالعناصر الأجنبية كل العوامل الاجتماعية والعقائدية والسياسية والمبادئ المثالية والأخلاقية. لأن دراسة تأثير هذه العوامل والمبادئ تكون من اختصاص علماء الاجتماع والاقتصاد والفلاسفة ولا تدخل في اختصاص رجل القانون.

فالنظرية الصافية للقانون تبحث في تحديد ما هو القانون وكيف يتكون، غير مبالية بما يجب أن يكون عليه، أي بقطع النظر عما إذا كان مضمون القانون عادلا أو غير عادل،

---

187 – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 44؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص29و30

188 – ميشيل تروبيرت،، مرجع سابق، ص 12

متفقا مع مصلحة المجتمع أو منافيا لها[189]. ويضيف الفقيه كلسن أن القانون ظاهرة ترتكز على أساسين:

أساس قار statique ويتمثل في مجموعة المعايير القارة التي تنظم المجتمع وتضبط سلوك أفراده. وأساس ديناميكي ينبعث من سنة تطور الحياة الاجتماعية ويبرر القانون على مجاراة هذا التطور والتكيف مع معطياته الجديدة[190]

ثانيا: الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

1): استبعاد جميع العناصر غير القانونية

يرى الفيلسوف كلسن وجوب استبعاد كافة العوامل الغير قانونية كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والمبادئ الأخلاقية والمثل العليا ومبادئ القانون الطبيعي والمفاهيم السياسية وغيرها... ، فالقانون البحت يجب أن يقتصر في دراسته على القانون كما هو، والبحث عن صحة صدوره من الهيئة أو الشخص صاحب الاختصاص، والتحقيق من مدى إتباعه كما حددته السلطة المختصة أو عدم إتباعه، دون البحث في مضمونه إذ كان عادلا أم لا متفق مع مصلحة الجماعة أم غير ذلك. إن البحث الذي يتضمن أسباب نشأة القواعد القانونية هو من اختصاص علماء الاجتماع والسياسة والتاريخ، فالقانون حسب كلسن هو مجموعة الضوابط القانونية ويتكون من قواعد قانونية عامة وفردية[191].

---

189 – صالح طليس، المرجع السابق، ص238؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص30

190 – أحمد خروع، مرجع سابق، ص 142.

191 – للمزيد انظر، محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 112.

2): وحدة القانون والدولة

القانون ليس تعبيرا عن إرادة الدولة، وليست الدولة صانعة للقانون، بل القانون هو الدولة والدولة هي القانون، والقانون هو مجموعة إرادات في شكل هرمي. إذن القانون هو نظام هرمي كل قاعدة أدنى تستمد شرعيتها وفعاليتها من القاعدة الأعلى منها، وصولا إلى نظام القانون هو الدولة، فالدولة ليست شخص معنوي بل هي مجموعة من القواعد القانونية وفق تدرج تسلسلي يبدأ من الأوامر الفردية أو القرارات وصولا إلى الدستور الذي هو النهاية الحتمية والسامية لهذه القواعد، أي الدستور وما يتفرع عنه من قواعد قانونية هي الدولة[192].

أن الفقيه كلسن لا يعتبر هذا النظام القانوني دولة إلا بوجود جهات مركزية مختصة بالتعبير عن القواعد القانونية، التي تكون منها هذا النظام القانوني وتطبقها عن طريق الإلزام. وعلى هذا النحو يدخل كلسن في هذا النظام القانوني الهرمي جميع الضوابط القانونية سواء كانت تتعلق بالنشاط الخاص بالأفراد أو النشاط الإداري أو باستعمال القوة الجبرية. مثل المحضر القضائي عمله تعبير عن إرادة الدولة إذ هو مكلف بتنفيذ حكم قضائي صادر من القاضي تطبيقا لقاعدة عامة وضعها المشرع[193].

3): وجود ضابط أسمى يضفي على القانون الوضعي الشرعية

يرى الفقيه كلسن أن النظام القانوني يكون هرميا يبدأ عند قاعدته الأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية.وعند القمة القواعد الدستورية. وهي قواعد أساسية تقيم وحدة بين مجموعة قواعد النظام المختلفة[194]، وتكون سببا لسريان كل القواعد التي تنتمي إلى

---

[192] – للمزيد انظر، روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 227 –228.وانظر ايضا
Benoit Frydman; Guy Haarscher,op,.cit, , P.53

[193] – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص38–41.

[194] – Benoit Frydman; Guy Haarscher,op,.cit, , P.53

هذا النظام[195]. وهنا يثور التساؤل من أين يستمد الدستور شرعيته؟. يجيبنا الفقيه كلسن بأن الدستور يستمد شرعيته من قاعدة عليا تاريخية صادرة عن ثورة أو مغتصب للسلطة وفي جميع الحالات لا بد التسليم بها كضابط أسمى على سبيل الافتراض. بمعنى إذا لم يكن لهذا الضابط وجود حقيقي فلا بد به كمسلمة وبديهية منطقية[196].

المطلب الثاني: نتائج مذهب كلسن والانتقادات الموجهة له

أولا: النتائج المترتبة على مذهب كلسن

يترتب على مذهب كلسن عدة نتائج كالآتي

- رفع التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقيد الدولة بسلطان القانون.
- وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وخاص.
- يضع الفقيه كلسن مفهوما واسعا للضابط القانوني بحيث يشمل كل عمل قانوني تمثل في قاعدة قانونية عامة كقواعد القانون الدستوري أو القانون العادي أو القرارات أو الأوامر والعقود والأحكام القضائية. وتتميز الضوابط القانونية عموما بخاصيتين هما: الشرعية والإجبار. ولكن ما هو المقصود الشرعية والإجبار؟

الشرعية: يرى الفقيه كلسن أن الضوابط القانونية تندرج في إطار قانوني هرمي بحيث يستمد الضابط الأدنى شرعيتها من الضابط الأعلى بحيث يعد الأول تحقيقا للثاني وإيضاحا للمعاني السابقة نورد المثال الآتي فالموظف العام حينما يصد قرارا فان هذا القرار استمد شرعيته من القانون وهذا الأخير استمد شرعيته من الدستور.

---

[195] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 164

[196] – انظر منذر الشاوي، مرجع سابق، ص32

الإجبار: يقصد به توفير الجزاء لضمان شرعية الضابط وكفالة احترامه. فكل من يخالف ضابط من تلك الضوابط القانونية يجب أن يوقع عليه جزاء[197].

ثانيا: الانتقادات الموجه لمذهب كلسن

وجهت لمذهب كلسن انتقادات كثيرة منها:

- ❖ يخفي مذهب كلسن مشكلة أساس القانون(لم يتمكن من إسناد الدستور إلى قاعدة أعلى منه). والقاعدة الدستورية هي مجرد قاعدة افتراضية [198]
- ❖ يضفي القوة الملزمة على القواعد الدستورية حتى ولو كانت استبدادية، صادرة عن ثورة أو مغتصب للسلطة.
- ❖ دمج الدولة في القانون (أغلب الدساتير تنص على وجوب تقييد سلطة الدولة).
- ❖ أخلط بين القانون والقوة مع أنه ليس في كل الحالات يستوجب القوة والإجبار.
- ❖ التشريع هو المصدر الوحيد. ولكن التشريع لا يمكنه مواجهة كل المشاكل التي تحدث في المجتمع، ولهذا يتدخل القاضي لإيجاد حل النزاع.
- ❖ أغفل قواعد القانون الدولي.
- ❖ القول بوجود قواعد قانونية فردية.
- ❖ تجريد القانون من كافة العناصر والعوامل غير القانونية[199].

---

[197] – انظر روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 228؛ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص32 –33

[198] – راجع أكثر، ميشيل تروبيرت، مرجع سابق، ص 50–52

[199] – للمزيد من الانتقادات انظر، منذر الشاوي، مرجع سابق، ص34–36

خلاصة

إن فقهاء المذاهب الشكلية يشتركون في اهتمامهم بشكل القاعدة القانونية ولا يغوصون في البحث عن مضمونها. بحيث تنظر إلى القانون من خلال الشكل الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع. وينتهي الأمر إلى أن يكون القانون في خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون النظر إلى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل، لا أن تكون الدولة في خدمة القانون تتقيد بأحكامه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده. بالقوة المادية إن اقتضى الأمر.

هي مذاهب سطحية تكتفي بما يظهر في الواقع من قيام الدولة بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء. فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون[200]. فالقانون عندهم هو مشيئة السلطة العليا في المجتمع تصدره في أي شكل، وعلى أية صورة، مادام يعتبر ملزما للأفراد بطاعته واحترامه، إن الدولة هي التي تصنع القانون وتنشئه وتلزم الآخرين بإتباعه والخضوع له، وقد تستخدم القوة إن لزم الأمر.

وباختصار فإن المذاهب الشكلية تتسم بالنزعة الاستبدادية، لأنها تطلق يد الدولة في وضع القوانين، وتكتفي بشكل القاعدة القانونية دون الغوص في جوهرها والاقتصار على مصدر وحيد لقانون مع أن القانون له عدة مصادر أخرى.

[200] – انظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص 92–93 ؛ عبد الحميد فودة، ص 12–14؛ علي فيلالي، مرجع سابق، ص118–119

المحور الثالث: المذاهب المختلطة

Les doctrines mixtes

بعد الانتقادات التي تعرضت لها المذاهب الموضوعية، التي اهتمت بجوهر القاعدة القانونية دون النظر إلى الشكل الذي تصدر فيه، والمذاهب الشكلية التي اكتفت بشكل القاعدة القانونية دون الغوص في جوهرها، والاقتصار على مصدر وحيد للقانون مع أن القانون له عدة مصادر أخرى. جاءت المذاهب المختلطة لتوفق بين المذهبين. أي النظر إلى القاعدة القانونية من حيث الشكل والمضمون، وهو ما نتعرض له من خلال مذهب العلم والصياغة للفقيه فرانسوا جيني والذي يرجع له الفضل في تفادي التطرف الذي وقعت فيه المذاهب الموضوعية والمذاهب الشكلية ومن ثم أصبح مذهبا أكثر إقناعا للباحثين وهو ما تأثر به الفقه الحديث.

المبحث الأول: مذهب جيني

La doctrine F.geny

أسس الفقيه فرانسوا جيني مذهبه في القرن العشرين وأصدر كتابا في أربعة أجزاء بين سنتي 1914و1924 بعنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي"[201]. حيث قامت نظريته على أنقاض المدرستين الشكلية والموضوعية ودمجهما في نظرية واحدة فأخذ عن المدرسة الشكلية فكرة تدوين القواعد القانون، وسماه بعنصر الصياغة، وأخذ عن المدرسة الموضوعية الحقائق الطبيعية والتاريخية وغيرها، وسماه بعنصر العلم وهو ما تأثر به الفقه الحديث.

ويرجع الفضل للفقيه فرانسوا جيني في التفرقة بصدد تكوين القاعدة القانونية بين الجوهر والشكل. لقد ميز بين ما سماه المعطىDonné والمنشأ أو المبنى:Construit. فمشاهدة الطبيعة الاجتماعية، وتفسيرها من خلال مقوماتها الذاتية أو وفقا لمثل عليا للوصول إلى قواعد السلوك هو الأمر المعطى، ويطلق عليه أيضا لفظ الجوهر أو المادة الأولية التي تستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية، وهو الذي يجب أن تحرص قواعد القانون على صياغته في نصوص وأحكام، ونشاط الفقيه في هذا المجال هو علم من العلوم. أما صقل المعطيات وشغلها في صورة أفكار قانونية أو ضوابط جامدة أو معايير مرنة فهذا

[201] – إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 112؛ السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 10؛ وانظر

François Gény, Science Et Technique en Droit Privé Positif , 1913 & later, Bibilio life, LLC, 2009

هو المنشأ أو المبنى أو الشكل، وهو الصياغة أي فن من الفنون Technique هو القالب الذي تصاغ فيه المادة القانونية[202].

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني

أولا: عنصر العلم: وهو مأخوذ من المدرسة الموضوعية وهي عبارة عن مجموعة من الوقائع أو الحقائق[203]:

1): عامل الحقائق الواقعية: الحقائق الواقعية وتشمل جميع الأحوال الطبيعية التي تحيط بالإنسان وتلحق به وهذه تتضمن الأحوال المادية كالتكوين الفيسيولوجي والوسط الجغرافي، والأحوال الأدبية والنفسية والحالة الخلقية والحالة الدينية، والأحوال الاقتصادية والأحوال السياسية، والأحوال الاجتماعية،هذه الحقائق الواقعية هي للقانون مادته الاولى وجوهره والبيئة التي ينشأ فيها. ومثل ذلك تنظيم عقد الزواج، فإنه ينبني على كثير من الحقائق الواقعية، منها حقائق الطبيعية كالتكوين الفسيولوجي للرجل والمرأة، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية للزوجين، ومنها أحوال اجتماعية كمركز الرجل والمرأة في المجتمع وهكذا[204].

مع العلم، أن هذه الحقائق لا تخلق القاعدة القانونية، بل ترسم للمشرع حدود هذه القاعدة، وتعطيه فكرة عن البيئة العامة اللازمة والضرورية لتكوين القانون[205]. مثلا: اختلاف الجنس بين الذكر والأنثى حقيقة طبيعية التي ينبثق منها نظام الزواج الطبيعي.

---

202 – أنظر، حسن كيرة، مرجع سابق، ص 141

203 - الحقائق الواقعية أخذت من مذهب التضامن الاجتماعي، والحقائق التاريخية أخذت من مذهب التطور التاريخي، والحقائق العقلية أخذت من مذهب القانون الطبيعي، والحقائق المثالية أخذت من مذهب الغاية أو نذهب الكفاح . انظرعبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 46

204 – المرجع نفسه، ص 46

205 – السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 283

ولكن هذه الحقيقة لا تضع لنا قواعد محددة تحكم علاقة الزواج، بل تحدد مبدئيا الفكرة الرئيسية لهذا النظام، وهي أن الزواج لا يتم بين شخصين من نفس الجنس[206].

2): عامل الوقائع التاريخية: وهي عبارة عن مجموعة الوقائع التي تكونت عبر التاريخ، وقدمت خدمات للإنسان وولدت له حقوق. وهذه الحقائق علمية تعرف عن طريق المشاهدة والتجربة، لان التاريخ مكسب لا يمكن إغفاله عند وضع القواعد القانونية. والحقائق التاريخية تكون قادرة على إعطاء القانون أساسا راسيا[207].

مثلا: نظام الزواج قد تم وضع شروطه عبر التاريخ وهذه الشروط تختلف من زمن إلى زمن ومن منطقة إلى أخرى ويخضع لرقابة السلطة الاجتماعية أو الدينية أو سياسية[208].

3): عامل الوقائع العقلية: وهي التي تقوم باستنباط الحقوق من الحقوق الطبيعية وكذلك من الوقائع التاريخية. فهي مجموعة من المبادئ المستخلصة من قبل العقل ومن طبيعة الإنسان ومن حقيقة احتكاكه مع العالم الذي يعيش فيه.مثلا: لكي تستمر الحياة يقتضي العقل أن يكون هناك زواج.

4): عامل الحقائق المثالية: وهي أسمى الحقائق التي يسعى الإنسان إلى الوصول إليها. بمعنى الوصول إلى درجة السمو القانوني. وتتمثل في جملة من الاعتبارات النفسية والدينية والسياسية، والمثل العليا التي يتطلع الناس إليها باعتبارها غايات يجب على القانون تحقيقها. يستلهمها الأفراد من العاطفة لا من العقل تفرض على المشرع إبلاءها أهمية لتقريب القاعدة القانونية إلى العدل الاسمي.ففي نطاق الزواج تقرر

---

206 مع الأسف هناك بعض المشرعين الغربيين قننوا الزواج المثلي وتجاهلوا الحقائق الطبيعية.

207 – أنظر، حسن كيرة، مرجع سابق، ص 143

208 – الزواج كان تقليديا أصبح يتم عبر وسائل التواصل الاجتماعي.

النزعة المثالية نحو الكمال، بالاكتفاء بزوجة واحدة، كما تقرر عدم انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق[209].

ثانيا:عنصر الصياغة: لقد أخذ الفقيه جيني عن المدرسة الشكلية ضرورة أن تكون القواعد القانونية في قالب مدون، وعلى شكلية معينة، أي أن تحرر على شكل نصوص، تراعى فيها القواعد الإجرائية حتى يسهل توصيلها للأفراد. فالصياغة عبارة عن مجموعة من الوسائل والأدوات التي تخرج القاعدة القانونية من الإطار النظري إلى الإطار التطبيقي. أي إخراج عنصر العلم إلى الوجود[210].

وقد ميز الفقيه جيني بين نوعين من الصياغة القانونية وهما: الصياغة القانونية الجامدة والصياغة القانونية المرنة. فالأولى لا تترك سلطة تقديرية للقاضي أما الثانية فتفتح الباب أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية.

وتتم الصياغة القانونية بطريقتين هما: الصياغة القانونية المادية والصياغة القانونية المعنوية.

فالصياغة القانونية المادية تعبر عن مضمون القاعدة القانونية بطريقة مادية مجسمة في مظهر خارجي يمكن الوقوف عليه بسهولة، وقد أعطى الفقيه مثالا عن ذلك بإحلال الكم محل الكيف بمعنى أن جوهر القاعدة القانونية يتم تحديده عدديا لا يترك مجالا للخلاف.

أما الصياغة المعنوية فتعني أن يضع المشرع قاعدة قانونية منطقية بحتة من صنع العقل ويخرجها إخراجا علميا.

---

[209] – مع ملاحظة إن الفقيه جيني اتخذ مثال الزواج كمثال في كل الحقائق، للمزيد انظر، إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 114-118.

[210] – سنتعرض للصياغة بالتفصيل في جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث.

والنتيجة: إن تفاعل الحقائق الأربعة مع عنصر الصياغة يؤدي إلى إخراج قواعد قانونية تنظم السلوك داخل المجتمع.

المطلب الثاني: الانتقادات التي وجهت لنظرية الفقيه جيني

وجه الفقه لنظرية الفقيه جيني عدة انتقادات كالآتي:

- ينظر الفقيه جيني إلى الإنسان كأنه كائن مادي فقط في حين أن الإنسان كائن روحي يخضع لما يمليه عليه عقله.
- يعطي للحقائق الأربعة المكونة للقاعدة القانونية صبغة علمية في حين أن بعضها تفتقد لهذه الصفة كالحقائق التاريخية والواقعية.
- قد تكون هناك صعوبة في التفرقة بين الحقائق التاريخية والحقائق الواقعية، كما هو الشأن في صعوبة في التفريق بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية.فالتاريخ حقيقة واقعية اكتسبها الإنسان على مر الأجيال. والحقائق المثالية نفسها تكونت تدريجيا من الحقائق العقلية تبعا لرغبة الكمال والسمو بالقاعدة القانونية[211].
- إن الفقيه جيني يغلب الحقائق العقلية، فالحقائق الأربعة السابقة ليست على قدم المساواة في تكوين القاعدة القانونية. ويبرر ذلك بأن الحقائق التاريخية والواقعية لا تتطلب جهدا فكريا، أما الحقائق المثالية تتدخل في إعداد القانون لأجل السمو بالقاعدة القانونية التي يفرضها العقل المستنير، ولهذا فان العقل له دور رئيسي في استخلاص القواعد الخاصة بالحياة. ومن هنا اعتبر الفقيه جيني أن القانون الطبيعي هو المظهر الأساسي للحقائق العقلية،الذي يقترن بالعدالة التي تعتبر الفكرة الأساسية الكفيلة

[211] – فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 212؛ إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص122 و123 .

بإرساء دعائم النظام والأمن في المجتمع. ويؤيد أرسطو في تقسيم العدل إلى ثلاثة أقسام عدل توزيعي وعدل تبادلي وعدل اجتماعي[212].

- الحقائق العقلية والحقائق المثالية لا يمكن اعتبارها علم فهي حقائق غير ملموسة ولا يمكن إخضاعها للتجربة.

الخلاصة

وفق الفقيه فرانسوا جيني في تفادي التطرف الذي وقعت فيه المذاهب الموضوعية والشكلية، ولكن الفقه الحديث وإن اتفق معه في الحقائق المكونة للقاعدة القانونية، إلا أنه اختلف في معه في عنصر العلم. وهو ما نستعرضه في جوهر القاعدة القانونية الفقه الحديث.

[212] – أنظر، حسن كيرة، مرجع سابق، ص 143؛ السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 294-298

المبحث الثاني: مذهب الفقه الحديث

بعد الانتقادات التي وجهت لمذهب الفقيه جيني، خلص الفقه الحديث إلى أن جوهر القاعدة القانونية هو واقع يجب تقويمه على مثل عليا يستخلصها العقل. ولهذا فإن تكوين القاعدة القانونية يرجع إلى عنصرين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي. وتأتي الصياغة القانونية لإخراج القاعدة القانونية للوجود في قالب شكلي لتتحقق الغاية من القانون. وعليه نتعرض إلى تكوين القاعدة القانونية الفقه الحديث ثم غاية القانون.

المطلب الأول: تكوين القاعدة القانونية في الفقه الحديث

تتكون القاعدة القانونية الفقه الحديث من الجوهر والشكل، ونعرض لهذين العنصرين بشيء من التفصيل كالأتي:

أولا: جوهر القاعدة القانونية

يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي، وتبيان ذلك يكون على النحو الآتي:

1): العنصر الواقعي: يشمل العنصر الواقعي مجموعة من الحقائق المختلفة كالآتي:

- ✓ حقائق طبيعة اقتصادية واجتماعية: وهي مجموعة من المتغيرات داخل المجتمع التي تكون بتدخل الطبيعة والتغيرات الاقتصادية وكذلك ظروف المجتمع.
- ✓ حقائق تاريخية: وهي عبارة عن مختلف المتغيرات التاريخية التي تساهم في تكوين الجماعة وحقوقها ولا بد من قانون لينظم هذه الحقوق.

- ✓ حقائق سياسية: وهي عبارة عن مختلف المتغيرات السياسية وتغير أنظمة الحكم في المجتمعات مما يؤثر على المجتمع وحقوقه وبالتالي لابد من وجود قواعد قانونية لتنظم هذه التغيرات.
- ✓ حقائق دينية: وهي مجمل الحقائق المستخلصة من أحكام الدين والتي قد تساعد إظهار القواعد القانونية.

وهذه الحقائق هي حقائق علمية تجريبية. بمعنى يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة. ويجب على المشرع أن يوليها عناية ولا يمكنه إغفالها أو تجاهلها عند سن القواعد القانونية.

ولكن مع هذا، لا يكف العنصر الواقعي لتكوين القاعدة القانونية بل يجب تقويم هذه الحقائق المختلفة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل ألا وهو العدل.

2): العنصر المثالي: إن العوامل السابقة الذكر يجب قياسها على المثل العليا التي يستلهمها العقل وهي فكرة العدل. بمعنى أن العنصر المثالي يتضمن عنصر العدل الذي يسعى القانون إلى تحقيقه. وهذا العدل له صورتان:عدل خاص وعدل عام.

العدل الخاص: ويسمى العدل التبادلي، وهو العدل القائم على أساس تحقيق المساواة التامة بين الأفراد بوصفهم أفراد، لأن الأفراد متساوون في طبيعتهم الإنسانية مهما اختلفت صفاتهم أو شخصياتهم. مثلا لا يجوز أن يعتدي شخص على الآخر بالضرب أو القتل...

العدل العام: وهو العدل القائم على أساس السيطرة للجماعة على حساب مصالح الأفراد ومن ثم تحقيق العدالة الاجتماعية. والعدل العام له صورتان هما: العدل التوزيعي والعدل الاجتماعي.

العدل التوزيعي: يقصد به العدل الذي يجب على الجماعة للأفراد. يقوم على المساواة التناسبية بين الأفراد طبقا لاختلاف قدراتهم وكفاءاتهم. مثلا: تولي الوظائف، حق الانتحاب...

العدل الاجتماعي: وهو العدل الذي يجب على الأفراد للجماعة تحقيقا للصالح العام.بمعنى مطالبة كل فرد من الأفراد القيام بواجبه، مثلا الدفاع عن الوطن، دفع الضرائب، ... كما أن هذا العدل مبرر لإخضاع الأفراد لسلطة الحاكم في الدولة فيكون له حق الأمر والنهي، ويسخر سلطته لتحقيق المصلحة المشتركة للجماعة[213]. ويسمى العدل القانوني[214].

ثانيا: شكل القاعدة القانونية

لا يكف العنصر الواقعي والعنصر المثالي لتكوين القاعدة القانونية، بل لابد من إخراج مضمون القاعدة القانونية في قالب شكلي معين، أي صياغتها بطريقة تحقق الغرض من وجودها، وهو ما يعرف بعنصر الصياغة القانونية وفيما يأتي نتعرف على الصياغة القانونية وأنواعها وطرقها.

---

[213] – فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة ثانية، 2006، ص 218 .

[214] – أنظر، حسن كيرة، مرجع سابق، ص 163-164؛ السيد عبد الحميد فودة، مرجع سابق، ص 295-297

1) : تعريف الصياغة القانونية

الصياغة القانونية تمثل مرحلة التعبير عن الفكرة (جوهر القاعدة القانونية) في شكل قاعدة سهلة الفهم والتطبيق. أي يجب أن تكون القواعد القانونية محررة على شكل نصوص، تراعى فيها القواعد الإجرائية حتى يسهل توصيلها للأفراد. فالصياغة القانونية عبارة عن مجموعة من الوسائل والأدوات التي تخرج القاعدة القانونية من الإطار النظري إلى الإطار التطبيقي. بمعنى تحويل القيم والمبادئ العليا في المجتمع إلى قواعد قانونية قابلة للتطبيق في المجال العملي[215]. فالصيغة إذن هي" الشكل والصورة"[216].

2): أهمية الصياغة القانونية:

تتجلى أهمية الصياغة القانونية كالأتي:

- ✓ إخراج قاعدة قانونية هادفة متواكبة مع متطلبات المجتمع؛
- ✓ فهم إرادة المشرع والغرض المقصود من القاعدة القانونية[217]؛
- ✓ تسهيل العمل التشريعي؛
- ✓ تحسين النظام القانوني في الدولة وتنقيته من الشوائب التي قد تعلق به[218].

3): عناصر الصياغة القانونية: تتمثل عناصر الصياغة القانونية في الفاعل القانوني، الفعل القانوني، ووصف الحالة

---

[215] – ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة ملية القانون الكويتية، السنة الخامسة، مايو 2017، ص 388.

[216] – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 45 .

[217] – ليث كمال نصراوين، مرجع سابق، ص 391 .

[218] – ليث كمال نصراوين، مرجع سابق، ص 392 .

أ: الفاعل القانوني: الفاعل القانوني هو الشخص المخاطب بأحكام القانون، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، فيفرض عليه القانون التزاما ويحمله مسؤولية، وقد يقرر له حق أو سلطة أو امتياز ويفرض عليه واجبات.

ب: الفعل القانوني: يقصد بالفعل القانوني تحديد ماهية الأعمال والأفعال التي تخاطب الفاعل القانوني كقيامه بعمل آو امتناعه عن عمل آو تحديد ما يجوز وما لا يجوز فعله...ويشترط في أن يكون محدد بشكل دقيق وكامل.

ج: وصف الحالة: وصف الحالة هي الظروف التي ينطبق عليها حكم الفعل القانوني، والتي عند التعبير عناه بوضوح في المجلة تجعل التشريع أكثر وضوحا ودقة[219].

4): الطرق العملية للصياغة القانونية

يقصد بالطرق العملية للصياغة القانونية تحويل القاعدة القانونية من طابعها النظري أي من مجرد فكرة إلى واقع ملموس وتطبقيها في الواقع العملي. وذلك بطريقتين هما: الطرق المادية للصياغة القانونية والطرق المعنوية للصياغة القانونية

أ: الطرق المادية للصياغة القانونية

الطرق المادية للصياغة القانونية هي مجموع الوسائل والأساليب التي يعبر بها المشرع عن جوهر القاعدة القانونية في صورة مادية مجسمة في مظهر خارجي. فيستعين المشرع بالتعبير بعلامات مادية خارجية لا تحتاج في إدراكها إلى جهد يذكر وتهدف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن باستخدام الأرقام في النصوص القانونية كمدة السجن أو مقدار الغرامة أو

[219] – للمزيد حول عناصر القاعدة القانونية راجع، ليث كمال نصراوين، مرجع سابق، ص395–400 .

التعويض. تهدف إلى استقرار المعاملات حتى تكون القاعدة صالحة للتطبيق العملي[220]. مثلا يحدد المشرع سن البلوغ بـ 19 سنة[221]. واشتراط بلوغ المترشح للعضوية بالمحكمة الدستورية بلوغ سن 50 سنة[222]...

ب: الطرق المعنوية للصياغة القانونية

بمعنى يضع المشرع تصورا ذهنيا قد لا يتطابق مع الحقيقة بقصد الوصول إلى غاية معينة، ومنه القرائن القانونية والحيل القانونية (المجاز).

- **القرائن القانونية:** تعرف القرائن القانونية بأنها" افتراض قانوني يجعل الشيء المحتمل صحيحا، وفقا لما هو متعارف عليه في الحياة، أو وفقا لما يرجحه العقل"[223]. فهي الأدلة القانونية التي يقدمها الخصم. القرائن القانونية قسمان: قرائن قانونية بسيطة وقرائن قانونية قاطعة.

- **قرائن قانونية بسيطة:** تؤدي القرائن القانونية البسيطة إلى تخفيف عبء الإثبات، بنقل محله إلى الواقعة البديلة التي يسهل إثباتها، ولكنها لا تعفي من تقررت لمصلحته من الدخول في معركة تبادل الأدلة، إذا ما اثبت الخصم الأخر عكس ما يستفاد من هذه القرينة. والقرائن القانونية البسيطة نوعان:

قرائن قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس. مثال مسؤولية حارس الحيوان في المادة 139من القانون المدني الجزائري.

---

220 – عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 49.

221 – المادة 40 من القانون المدني

222 – المادة 187 من التعديل الدستوري لسنة 2020

223 – سمير تناغو، النظرة العامة للقانون، مرجع سابق، ص 387.

وقرائن قضائية يستنبطها القاضي من وقائع القضية وهي تترك للقاضي حرية واسعة في تقديرها. وهي كذلك تقبل إثبات العكس. مثال: كأن يستنبط القاضي من واقعة فقر المشتري أن عقد البيع عقدا صوريا[224].

- **قرائن قانونية قاطعة:** لا تقبل إثبات العكس أي لا يجوز للقانون نفيها وإقامة الدليل على ما يخالفها والهدف من ذلك استقرار المراكز القانونية.
  - **الحيل القانونية (المجاز):** يقوم الحيل القانونية (المجاز) على افتراض يخالف الحقيقة تماما. فالمشرع عن طريق الحيلة القانونية يفترض واقعة او مركز قانوني يخالف الحقيقة لكي يرتب على هذا الافتراض نتائج قانونية معينة مثلا: فكرة الشخص المعنوي أو الاعتباري رتبت نتائج هامة في مجال القانون ومنها أهلية التقاضي والذمة المالية المستقلة...

5): أنواع الصياغة القانونية: هناك نوعان من الصياغة القانونية: الصياغة القانونية الجامدة والصياغة القانونية المرنة.

أ: الصياغة القانونية الجامدة: يتم التعبير عن فكرة القاعدة القانونية أو مضمونها تعبيرا جامدا لا يقبل التبديل ولا يخضع عند تطبيقها في الواقع العملي. فهي تواجه فرضا معينا وتحدد له حكما واحدا لا يتغير بتغير الظروف. ويجب على القاضي أن يطبقها حرفيا كما هي: مثلا السن القانونية لتولي الوظائف أو مواعيد رفع الدعوى أو الطعن في الأحكام والقرارات القضائية . أو تحديد شكليات معينة[225]...

---

[224] – سمير تناغو، النظرة العامة للقانون، مرجع سابق، ص 395 .

[225] – تنص المادة 186 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه: " تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر 12 عضوا"

ب: الصياغة القانونية المرنة: يصوغ المشرع القاعدة القانونية بحيث يترك للقاضي إعمال سلطته التقديرية حسب الظروف لمحيطة بالقضية. فالمشرع لا يضع حكما باتا وإنما يترك القاضي يختار الحكم الأنسب. مثلا في جريمة السرقة يضع المشرع عقوبة ويقرنها بالظروف المخففة، فيتدخل القاضي بتخفيض العقوبة إذا توافرت للمتهم ظروف...

6: طرق وضع القواعد القانونية: ونميز هنا بين طريقة الحلول التفصيلية وطريقة الحلول العامة.

أ: طريقة الحلول التفصيلية:وقد تكون هذه الطريقة ايجابية كما قد تكون سلبية.

الطريقة ايجابية: في الطريقة الايجابية يحاول المشرع أن يضع تنظيم تفصيلي لكل ما يدور في خلده من حالات ووقائع خاصة يمكن أن تحدث في الواقع العملي ويخصص لكل حالة حكما معينا يتفق مع مقتضياتها.

ولكن هذه الطريقة تؤدي بالمشرع إلى وضع عدد كبير من القواعد القانونية وتتسم بالتعقيد وعدم الانسجام ولا تخلو من الثغرات القانونية فالنصوص كما هو معلوم محدودة مهما بلغت من الكثرة بينما وقائع الحياة غير محدودة وغير محصورة ومتغيرة وفي هذا يقول احد الفقهاء القانون:" **مهما بدا لنا أن القانون كاملا ما كاد ينتهي منه واضعه حتى تثور بشأنه ألاف المسائل في الحياة العملية. ذلك أن القوانين متى تم وضعها تبقى على ما وضعت عليه أما الأفراد فلا يكون على حالهم كما أن ظروف المجتمع تتغير ولا تظل على حالها أيضا بحيث كل يوم تأتي بجديد لم يتناوله التشريع**".

الطريقة السلبية: في هذه الصورة يتخذ المشرع موقفا سلبيا فيتفادى وضع حلول تفصيلية لكل الحالات ويترك لقاضي مهمة البحث في كل حالة على حدى إيجاد الحل المناسب وهو ما يعرف بالاجتهاد القضائي.

ب:طريقة الحلول العامة: تعتمد التشريعات الحديثة على طريقة الحلول العامة لوضع القواعد القانونية. بحيث يقوم المشرع بوضع حلول عامة ومجردة تنطوي على عناصر أساسية لكل حالة من الحالات المراد تنظيمها مع استعاد الجزئيات والعناصر التفصيلة. **مثل : تنص 254 المادة من قانون العقوبات الجزائري على أن:" القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا"** [226]. فالمشرع هنا عرف القتل ولكن لم يوضح بأي طريق تم باليد أم بالسلاح...

المطلب الثاني: غاية القانون في الفقه الحديث

تطورت فكرة الغاية من القانون بتطور الفكر الإنساني عبر مختلف العصور، فقد كانت الغاية الأساسية للقانون هي المحافظة على الأمن والسكينة والسلام الاجتماعي ولو باللجوء إلى استعمال القوة والردع والقهر... ثم أضيفت إلى غاية الأمن أن يحقق القانون العدل، أما في عصر النهضة حيث طغت الأفكار التي تنادي بالحرية والمساواة فكانت غاية القانون هي حماية الفرد وحرياته، وفي مطلع القرن العشرين أصبحت غاية القانون تحقيق التقدم الاجتماعي.

وعليه فإن القانون الوضعي برمته ومبنى فكرته الفلسفية يقوم على أساس استهداف ثلاث غايات كبرى هي حسب تسلسل الأهمية، تحقيق أمن المجتمع واستقرار المعاملات فيه، تحقيق العدل، دعم التقدم والتطور والإبداع في المجتمع [227].

---

[226] - الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم

[227] - فارس حامد عبد الكريم، غاية القانون وعوامل التقدم، بحث في فلسفة القانون، بغداد العراق، ص 2

اولا: **تحقيق أمن المجتمع:** إن تحقيق الأمن في المجتمع أو السكينة هو غاية أساسية للقانون ويكون ذلك بتوفير عدة شروط ومنها على الأخص الاستقرار القانوني، وتكريس مبدأ سيادة القانون في الدولة، وجود سلطة سيادية شرعية...

- **الاستقرار القانوني:** إن تحقيق الاستقرار القانوني أو ما يعرف بالأمن القانوني يكون بواسطة قواعد قانونية لا يقبل تطبيقها التقدير، ولا تتقادم ولا تنسخ إلا بتشريع لاحق[228]. وهذا يستلزم وضوح القاعدة القانونية. ولهذا يجب على المشرع سن قواعد قانونية واضحة حتى يتمكن المخاطب بها من فهمها بسهولة وفي هذا قضت المادة 34 التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه:«تلزم الأحكام الدستورية ذات الصلة بالحقوق الأساسية والحريات العامة وضماناتها، جميع السلطات والهيآت العمومية.

تحقيقا للأمن القانوني، تسهر الدولة، عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات، على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره».

- **سيادة القانون في الدولة:** يتكون مبدأ سيادة القانون في الدولة من شقين: شق موضوعي وشق شكلي.

[228] - علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس لاستقرار المعاملات المالية، ص 101-115

الشق الموضوعي: يتجلى الشق الموضوعي لمبدأ سيادة القانون في الدولة في وجوب تقييد المشرع بنوع من المثل العليا عند صياغته للقاعدة القانونية[229]. ووجوب أن تتقيد السلطات العامة في الدولة بأحكام القانون[230].

الشق الشكلي: يتمثل الشق الشكلي لمبدأ سيادة القانون في الدولة في ضرورة احترام مبدأ تدرج القواعد القانونية. بحيث أن القاعدة الأدنى يجب أن تكون متوافقة مع القاعدة الأعلى. فالقواعد القانونية يجب أن تحترم القواعد الدستورية وهو ما يعرف بمبدأ سمو الدستور[231]. وإنشاء المحاكم الدستورية يعد نتيجة منطقية لتراتيبية القواعد القانونية و تجسيد لمبدأ دولة القانون [232].

- **وجود سلطة سيادية شرعية:** أي أن تكون هناك سلطة تتمتع بالشرعية والحاكم لا تكون له هذه الشرعية إلا إذا رضي به الشعب عن طريق انتخابات وان يكون هذا الحاكم مسؤول عن ممارسة أعماله أمام الشعب الذي اختاره.

ثانيا: تحقيق العدل: غاية القانون تحقيق العدل وضبط سلوك الأفراد، وربط ذلك بأمن واستقرار ومصلحة الجماعة، ومعياره القاعدة القانونية سواء كانت وضعية أو عرفية وأيا كان مصدرها، التشريع أو العرف أو المبادئ العامة للقانون أو القانون الطبيعي أو قواعد

---

229 – **فايز، ص 169و 173**

230 – بالرجوع لليونان فإن الفيلسوف تحت عنوان سمو القانون خصص أرسطو فصلا في كتاب السياسة للدفاع عن مبدأ سيادة القانون وسموه على إرادة الأفراد، بما في ذلك إرادة الحكام أنفسهم، فهو ينزع السلطة من الأشخاص ويعطيها لنصوص القانون . للمزيد انظر، سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص149

231 – ورد في ديباجة دستور 1996 المعدل سنة 2020: " إن الدستور، فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويحمي مبدأ اختيار الشعب...

232 – راجع أكثر، ميشيل تروبيرت،، مرجع سابق، ص 27

العدالة أو أحكام القضاء أو أراء الفقهاء وحسب طبيعة فرع القانون من حيث المرونة أو الجمود [233] .

ولا يجب المزج بين القانون والعدالة، فالعدالة فكرة والقانون ثمرتها. العدالة قبل القانون وهي متفوقة عليه، العدالة مرتبطة بالأخلاق أما القانون فهو جملة قواعد قانونية[234]. والقانون يختلف عن العدالة، فالعدالة هي القانون الإلهي، أما القانون فهو من صنع البشر وقد ينسجم مع العدالة أو لا ينسجم معها[235]. والعدالة تعد قاعدة اجتماعية أساسية للاستمرار حياة البشر بعضهم ببعض، فالعدالة محور أساسي في الأخلاق وفي الحقوق وفي الفلسفة الاجتماعية[236].

ويعود التمييز بين العدل والعدالة إلى فلاسفة اليونان القدامى وخاصة ارسطو[237]، وكذلك يميز الفقه القانوني الحديث بين العدل(العدل الشكلي القانون) والعدالة (العدل الجوهري، الإنصاف) [238]. ويعبر عن ذلك بالمراكز القانونية، التي تقوم على التمييز بين المساواة القانونية والمساواة الفعلية فأمام الوظائف العامة لا يتساوى كل الأفراد .

ثالثا: التقدم الاجتماعي

يحتاج التقدم الاجتماعي إلى استقرار المجتمع، وهذا لن يتأتى إلا عن طريق التطور السلمي للمصالح السابق وجودها على وجود القانون الذي يضمن تحقيق الاستقرار، وعليه فكلما زاد لاستقرار زاد التقدم والتطور،أما إذا تمت المبالغة في المحافظة على الاستقرار

---

[233] – فارس حامد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 5

[234] – ضياء عبد الله عبود تركي؛ نزار عبد الأمير، فلسفة القانون في الفكر اليوناني القديم، مرجع سابق، ص 93

[235] – عامر عبد زيد الوائلي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى،ص12

[236] – عامر عبد زيد الوائلي، المرجع نفسه الصفحة نفسها.

[237] – وقد كان للفيلسوف أرسطو أن بين العدل وقسمه إلى أنواع راجع فكرة القانون الطبيعي عند اليونان...

[238] – فارس حامد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 13

بالحفاظ على المصالح الموجودة على ما هي عليه، دون الأخذ بالاعتبار ما يحصل لها من تطور يكفل لها التقدم،فان ذلك سيضر بالمجتمع على المدى الطويل ويؤدي إلى تخلفه عن التطور الحضاري.فغاية القانون لا تقف عند حد توفير الوجود أو البقاء للمجتمع، وإنما تذهب إلى السعي نحو تقدمه[239].

وفقا لغاية التقدم الاجتماعي يلعب القانون دورا جوهريا في سبيل خلق حضارة أفضل وأكثر تماشيا مع الطموحات الإنسانية[240]. إلا انه لا يمكن للقانون بمفرده أن يكون عاملا أساسيا في إنشاء الحضارات. فالقانون يهيئ الظروف التي تتيح للفرد مجالات الخلق والإبداع. إلا أن مدى فعالية النظام الاجتماعي هي التي توجه الغاية القانونية وجهته الصحيحة، فالنظام القانوني على سبيل المثل، يمكن أن يضع تشريعات خاصة بالتربية والتعليم تضمن إذا ما أحسن تطبيقها اكتشاف الموهوبين والمبدعين وتطوير وصقل قابليتهم[241]. ذلك أن التقدم الاجتماعي يستحيل بدون أفكار مبدعة وخلاقة وهذا يتطلب فسح المجال للإبداع والخلق والابتكار والاهتمام والاستثمار في الإنسان الموهوب الذي يحمل بذور الإبداع من أجل الرقي بالبحث العلمي ومن ثم تحقيق غاية القانون المتمثلة في التقدم الاجتماعي.

والتقدم الاجتماعي يتطلب أن تكون هناك قوانين متواكبة مع التطور في مختلف المجالات الاقتصادية والصناعية والتكنولوجية. والابتعاد عن الحساسيات الحزبية والمصالح الضيقة التي تعرقل تقدم المجتمع وتعيق تطوره.

---

[239] - علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس لاستقرار المعاملات المالية، ص 101-115، تمت زيارة الموقع https://almerja.com/reading.php?idm=151208 .2022 /01/12

[240] – فارس حامد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 18

[241] – فارس حامد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 19

الخاتمة

تعرضنا في هذه المحاضرات لموضوع فلسفة القانون، وهو موضوع في غاية الأهمية، ذلك أن التفكير الفلسفي في مجال القانون لازم الإنسان منذ القدم. ففلسفة القانون تختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية. بمعنى البحث عن أصل القانون وغايته وهو الموضوع الذي ثار حوله جدل كبير أدى إلى ظهور عدة مذاهب فلسفية وهي: المذاهب الموضوعية (المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية) والمذاهب الشكلية والمذاهب المختلطة.

فالمذاهب الموضوعية تنظر في جوهر القاعدة القانونية، والتعرف على طبيعتها وكيفية نشأتها، وتكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوينها، وقد انقسمت إلى مدرستين هما: المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية.

ترى المدرسة المثالية أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله. وهو ما أطلق عليه اصطلاح القانون الطبيعي وهو قانون أعلى يحتوي على قواعد خالدة ليست مكتوبة، وليست من صنع الإنسان، بل يكتشفها العقل البشري، وهذه القواعد ثابتة للزمان والمكان، تحكم الظواهر الطبيعية والعلاقات بين الناس على حد سواء. ولهذا يجب على كل البشر أن يتقيدوا بأحكام القانون الطبيعي، لأن قواعده تحقق العدالة. وقد تطورت فكرة القانون الطبيعي عبر حقب زمنية مختلفة: فبعدما كانت فلسفية عند اليونان أصبحت فكرة قانونية الرومان وتحولت إلى فكرة دينية لدى رجال الكنيسة. أما في الفلسفة الإسلامية فمسالة العدالة ارتفعت من مصاف العدالة الإنسانية إلى دائرة العدالة الإلهية التي تتجسد في النص الإلهي الذي يجسد فكرة القانون. ومن ثم لا وجود للقانون الطبيعي، بل القانون الإسلامي مصدره وأساس وجوده هو الله. والدولة والفرد ما هما إلا وسيلتان لتطبيق القانون. أما في العصر الحديث فتحولت فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة سياسية لدى فلاسفة العقد الاجتماعي القصد منها إحلال الحكم الديمقراطي محل الحكم

الأوتوقراطي، ومشيئة الشعب أو إرادة الأغلبية عندهم هي العدل، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو إرادة مستبدة.

ولكن هذا مذهب القانون الطبيعي تعرض لانتقادات كبيرة كادت أن تعصف به، ولم تبعث هذه الفكرة من جديد إلا بعد ظهور إحياء القانون الطبيعي، والتي تمثلت في مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ومذهب جمهور الفقهاء في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل. ويقتصر فقط على مبادئ وأصول عامة محدودة، لا تضع إلا حلولا جزئية لمشاكل الحياة الاجتماعية.

وعلى العكس من ذلك، فإن المدرسة واقعية ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة. وقد تفرعت إلى مذاهب هي: المذهب التاريخي، مذهب التضامن الاجتماعي والغاية مذهب الاجتماعية.

فالمذهب التاريخي أنكر فكرة القانون الطبيعي وأعطى أهمية كبيرة للعرف في إنشاء قواعد قانونية، ولكنه بالمقابل اغفل دور الإرادة في خلق القانون.

أما مذهب الغاية مذهب الاجتماعية يرى أن إرادة الإنسان هي التي تصنع القانون، ولا مكانة للتغيير التلقائي فالقانون في طبيعته وجوهره، ليس إلا ثمرة الغاية والكفاح، ورغم واقعية هذا المذهب إلا أنه يؤدي إلى تبرير منطق القوة، حتى ولو لم تكن على حق وتبرير لمنطق الغاية تبرر الوسيلة.

وأرجع مذهب التضامن الاجتماعي أساس القاعدة القانونية إلى الشعور بالتضامن، والشعور بالعدل فالقانون اجتماعي في نشأته يستمد قوته الملزمة من ضرورته في الحياة الاجتماعية. وهو من صنع المجتمع والدولة لا تصنع القانون بل توقع الجزاء فقط. ولكن

هذا المذهب ألغى سيادة الدولة، ولم يحدد الجهة المسئولة التي تكفل احترام مبدأ التضامن الاجتماعي.

والمذاهب الشكلية التي تقتصر على المظهر الخارجي للقاعدة القانونية. بحيث تنظر إلى القانون من خلال الشكل الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع.

ومن هؤلاء الفلاسفة والفقهاء الفيلسوف الإنجليزي أوستن، فقهاء مذهب الشرح على المتون، مذهب الفقيه هيجل ومذهب الفقيه النمساوي كلسن.

فالقانون في نظر الفقيه أوستن لا يقوم إلا في مجتمع سياسي يستند في تنظيمه إلى وجود هيئة عليا حاكمة لها السيادة السياسية في المجتمع وهيئة أخرى خاضعة لما تصدره الهيئة الحاكمة من أوامر ونواهي. ولكن الملاحظ أن الفقيه يخلط بين القانون والدولة وكذلك بين القانون والقوة.

ويقوم مذهب الشرح على المتون على أساسين هما: تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون. وهذا يؤدي إلى جمود التشريع وعرقلة تطوره، وحصره في نطاق إرادة المشرع، مع أن الظروف قد تتغير كثيرا بين وقت وضع النص ووقت تطبيقيه.

ويرى الفقيه هيجل أنه لا أساس ولا شرعية للقانون إلا إذا كان صادرا عن الدولة، فالقانون هو إرادة الدولة سواء في الداخل أو الخارج. ولكن التوحيد بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون يؤدي إلى الاستبداد المطلق.

ووفقا للفقيه كلسن فأن القانون هو الدولة والدولة هي القانون، والقانون هو مجموعة إرادات في شكل هرمي. وهذا يؤدي إلى الخلط بين القانون والقوة مع أنه ليس في كل الحالات يستوجب القوة والإجبار.

وباختصار فإن المذاهب الشكلية تتسم بالنزعة الاستبدادية، لأنها تطلق يد الدولة في وضع القوانين، وتكتفي بشكل القاعدة القانونية دون الغوص في جوهرها والاقتصار على مصدر وحيد لقانون مع أن القانون له عدة مصادر أخرى. وهي مذاهب سطحية تكتفي بما يظهر في الواقع من قيام الدولة بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء. فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون.

وأخيرا المذاهب المختلطة التي وفقت بين المذاهب الموضوعية والشكلية. فتنظر للقاعدة القانونية من ناحية الشكل والمضمون. فمذهب الفقيه فرانسوا جيني أخذ عن المدرسة الشكلية فكرة تدوين القواعد القانون، وسماه بعنصر الصياغة، وأخذ عن المدرسة الموضوعية الحقائق الطبيعية والتاريخية وغيرها، وسماه بعنصر العلم وبهذا وفق الفقيه جيني في تفادي التطرف الذي وقعت فيه المذاهب الموضوعية والشكلية.

ولكن الفقه الحديث وإن اتفق معه في الحقائق المكونة للقاعدة القانونية، إلا أنه اختلف في معه في عنصر العلم. وخلص إلى أن جوهر القاعدة القانونية هو واقع يجب تقويمه على مثل عليا يستخلصها العقل. ولهذا فإن تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع يرجع إلى عنصرين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي. وتأتي الصياغة القانونية لإخراج القاعدة القانونية للوجود في قالب شكلي لتتحقق الغاية من القانون.

وهي تحقيق أمن المجتمع واستقرار المعاملات فيه، تحقيق العدل، دعم التقدم والتطور والإبداع في المجتمع .

والخلاصة أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمذاهب الفلسفية، ويظهر ذلك في المادة الأولى من القانون المدني التي قضت بأنه:" 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 يجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

القرآن الكريم

المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- دستور 1996، المعدل سنة 2020، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 20 ديسمبر 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر 2020 .

1: القوانين

- قانون الأسرة رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الأمر رقم 05 رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في يونيو 2005.
- القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30-09- 1975.
- قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم

القواميس

- إبن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، ط 3، بيروت، 1414 هـ، (فلسف): 273/9.

ثانيا: المراجع

اولا باللغة العربية

1- الكتب

- فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1992.
- أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون: دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- أحمد خروع، المناهج العلمية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 3، 2005.
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، .1993.
- روبرت ألكسي، فلسفة القانون، مفهوم القانون وسريانه، ترجمة كامل فريد السالك، منشورات الحلبي الحقوقية، علي مولا، طبعة 2، 2013.
- سليمان مرقس: فلسفة القانون دراسة مقارنة،المنشورات الحقوقية صادر، بدون بلد نشر، بدون تاريخ نشر.
- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
- السيد عبد الحميد فودة، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

- سمير عبد السيد تناغو، جوهر القانون، دراسة متعمقة في فلسفة القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2014.
- صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، بدون بلد نشر، طبعة1، 2010.
- عبد الرزاق السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله وأولاده، مصر،1936.
- عكاشة عبد العال؛ سامي منصور، المنهجية في القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،طبعة1، 2005.
- علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موفم للنشر، الجزائر، 2005.
- فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.
- محمد حسين منصور، نظرية القانون: مفهوم وفلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.
- منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون، الذاكرة للنشر والتوزيع،بغداد، العراق، الطبعة الأولى، 2011.
- ميشيل تروبيرت، فلسفة القانون، منشورات بريس اونيفير سييتر دوفرانس، 2003، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار، لبنان، 2004.
- هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سموحي فوق العادة،دار منشورات عويدات، بيروت لبنان، طبعة اولى، 1972.

2- المقالات

- آسارى فلاح حسن، الفكر السياسي والفلسفة السياسي لدى جون جاك لوك، مجلة الآداب، جامعة بغداد، العراق،مجلد 1، ع 20، مارس 2017.

- جمال الدين قوعيش، فلسفة القانون وثقافة المجتمع: الفكر الخلدوني أنموذجا، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، مجلد 5، عدد 1، 2016.

- ضياء عبد الله عبود تركي؛ نزار عبد الأمير، فلسفة القانون في الفكر اليوناني القديم، كتاب جماعي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016.

- عامر عبد زيد الوائلي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، كتاب جماعي، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016.

- علي حميد كاظم الشكري، غاية القانون كأساس لاستقرار المعاملات المالية، تمت زيارة الموقع 12/01/ 2022. https://almerja.com/reading.php?idm=151208

- فارس حامد عبد الكريم، غاية القانون وعوامل التقدم، بحث في فلسفة القانون، بغداد العراق، 2004.

- فايز محمد حسين محمد، فلسفة القانون وسيادة القانون في الدولة الحديثة، مجلة التفاهم، عمان،بدون تاريخ نشر.

- فايز محمد حسين، فلسفة القانون ونظرية العدالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، مجلد 2010، عدد 2، يوليو 2010.

- ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة ملية القانون الكويتية، السنة الخامسة، مايو 2017.

- محمد ممدوح عبد المجيد، فلسفة القانون بين سقراط وسوفسطائيين، كتاب جماعي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016.

- مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون عند أرسطو، مجلة مركز بابل للدراسات الحضارية والتاريخية، جامعة باب، العراق، مجلد 4،عدد2، 2014.

- مصطفى فاضل كريم خفاجي، فلسفة القانون عند هيجل، كتاب جماعي، فلسفة القانون ورهانات العدالة، دار الروافد الثقافية، ابن النديم، بيروت لبنان، طبعة أولى، 2016.

- مؤيد زيدان، علم الاجتماع القانوني، الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018 .

ثانيا: باللغة الفرنسية

- Benoit Frydman; Guy Haarscher, Philosophie Du Droit, Connaissance Du Droit, Dalloz, France,1998

- Jean-Jacques Rousseau, le contrat social, sned, Alger, 1980

- Léon Duguit, Traité Du Doit Constitutionnel, T 1, 3eme , Ed ; 1937.

- Michel Villey, Les Philosophie Du Droit, Les Moyens Du Droit, T 2, 2eme Ed, Dalloz, France, 1984

الفهرس

مقدمة.....1

المحور الأول: المذاهب الموضوعية.....9

أولا: المدرسة المثالية 10

المبحث الأول: مذهب القانون الطبيعي 11

المطلب الأول: تطور فكرة القانون الطبيعي.....11

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي.....34

المبحث الثاني: حركة إحياء القانون الطبيعي.....35

المطلب الأول: القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.....35

المطلب الثاني: مذهب جمهور الفقهاء في اعتبار القانون.....37

الطبيعي موجه مثالي للعدل.....37

ثانيا: المدرسة الواقعية 40

المبحث الأول: المذهب التاريخي 41

المطلب الأول: تعريف المذهب التاريخي والأسس التي يقوم عليها 41

المطلب الثاني: نتائج المذهب التاريخي والانتقادات الموجهة له 43

المبحث الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية 46

المطلب الأول: التعريف مذهب الغاية الاجتماعية والأسس التي يقوم عليها 46

المطلب الثاني: نتائج مذهب الغاية الاجتماعية والانتقادات الموجهة له.....48

المبحث الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي 50

المطلب الأول: تعريف مذهب التضامن الاجتماعي والأسس التي يقوم عليها ... 50
المطلب الثاني: نتائج مذهب التضامن الاجتماعي والانتقادات الموجهة له 52
المحور الثاني: المذاهب الشكلية 54
المبحث الأول: مذهب أوستن..... 55
المطلب الأول: تعريف مذهب أوستن والأسس التي يقوم عليها 55
المطلب الثاني: نتائج مذهب أوستن والانتقادات الموجه 57
المبحث الثاني: مذهب الشرح على المتون..... 60
المطلب الأول: تعريف مذهب الشرح على المتون والأسس التي يقوم عليها 60
المطلب الثاني: نتائج مذهب الشرح على المتون والانتقادات الموجه له..... 62
المبحث الثالث: مذهب هيجل..... 64
المطلب الأول: التعريف بمذهب هيجل والأسس التي تقوم عليها 64
المطلب الثاني: النتائج مذهب هيجل والانتقادات الموجهة له 65
المبحث الرابع: مذهب كلسن..... 67
المطلب الأول: التعريف بمذهب كلسن والأسس التي يقوم عليها 67
المطلب الثاني: نتائج مذهب كلسن والانتقادات الموجهة له..... 70
المحور الثالث: المذاهب المختلطة..... 73
المبحث الأول: مذهب جيني..... 74
المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني..... 75
المطلب الثاني: الانتقادات التي وجهت لنظرية الفقيه جيني..... 78

المبحث الثاني: مذهب الفقه الحديث..... 80

المطلب الأول: تكوين القاعدة القانونية في الفقه الحديث 80

المطلب الثاني: غاية القانون في الفقه الحديث..... 88

الخاتمة 93

المصادر والمراجع 98

الفهرس 103