

المركز الديمقراطي العربي
بن ليدن - ألمانيا



المركز الديمقراطي العربي
بن ليدن - ألمانيا



محاضرات في فلسفة القانون



2021



Democratic Arab Center
Berlin - Germany

Cours de philosophie du droit

:By
Dr. Karima KRIM



VR . 3383 – 6525 B

DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str. 112

<http://democraticac.de>

TEL: 0049-CODE

030-89005468/030-898999419/030-57348845

MOBILTELEFON: 0049174274278717

تأليف :
د. كريم كريمة

النـاشـر:

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية
ألمانيا / برلين

Democratic Arab Center
For Strategic, Political & Economic Studies
Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه
في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن مسبق خطي من الناشر.
جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in
any form or by any means, without the prior written permission of the publisher.

المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

Tel: 0049-code Germany

030-54884375

030-91499898

030-86450098

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de





المركز الديمقراطي العربي
للدراستات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arab Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الكتاب : محاضرات في فلسفة القانون

اعداد : د. كريم كريمة

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 – 6525. B

الطبعة الأولى

أيار / مايو 2021 م

الآراء الواردة أدناه تعبر عن رأي الكاتب ولا تعكس بالضرورة وجهة نظر المركز الديمقراطي العربي



محاظرات في فلسفة القانون

Cours de philosophie du droit

الدكتورة كريم كريمة
Dr. Karima KRIM

أستاذة محاضرة قسم-أ-
كلية الحقوق والعلوم السياسية-19 مارس 1962
جامعة جيلالي لياس-الجزائر-

إلى الوالدة الغالية، حفظها الله ورعاها

إلى الوالد رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى روح الأخت الدكتورة فاطمة الظنحاني التي وافتها المنية وقت اعداد هذا الكتاب

إلى كل طالب علم

تقديم الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

بعون الله وتوفيقه، اكتملت كتابة محتوى كتاب " محاضرات في فلسفة القانون"، والذي هو موجه خصوصا لطلبة الحقوق ليسانس (ل م د)، كما يمكن أن يستفيد منه كل مهتم بالدراسات القانونية باعتباره يحدد مفهوم القانون وأهم الاتجاهات الفقهية في ذلك، مع تحديد الغاية من وضع القانون وهي فكرة عرفت تطورا تاريخيا ملحوظا. أما جوهر القانون أو المصدر المادي للقانون، فقد ظهرت في تحديده عدة اتجاهات فقهية، ما زالت آثار الأخذ بها في التشريعات الحالية، وكل تلك المفاهيم والأفكار تسهل عملية تفسير القانون كلما كانت هناك ضرورة لذلك.

سيدي بلعباس-الجزائر-28-05-2021

المقدمة:

لقد كان الإنسان على الدوام محور الفكر الفلسفي والفكر الإصلاحي والتنظيمي، موازاة مع ما ظهر من تفكير لدى الجماعات الأولى بالنسبة للعلاقات الأولى بالنسبة للعلاقة مع الآلهة، أو ما ظهر فيما بعد في شكل رسالات دينية، فهو في علاقة دائمة مع أفراد مجتمعه: اقتصادية، عائلية، سياسية...، وغالبا ما تكون متعارضة مما يتطلب معه التدخل لتنظيم تلك العلاقات منعا للفوضى وحرصا على استمرار المجتمع وهو الذي يقوم به السلطان أو الدولة. وهو مرتبط دائما بالجماعة السياسية التي تحقق احتياجاته، ومثل هذا الترابط بينهما يستدعي وجود تنظيم يوفر الاستقرار والأمان داخل تلك الجماعة، وهو مطلب سعت الدولة لتحقيقه منذ القدم.

وقد كان للفلاسفة (الإغريق، الرومان، المسلمين، العصر الحديث...) الدور الفعال في ترشيد العقل لتنظيم شؤون حياة الأفراد، وعلاقاتهم مع الحاكم بواسطة قوانين تسعى لتحقيق التوازن والعدالة، لذلك فإن القانون كان محور اهتمام الفلاسفة¹. فاهتموا بأصل القانون ونشأته وتطوره، وغاياته وأسبابه، وقاموا بالتفكير فيها ودراستها عبر مر الزمن والعصور، كل فيلسوف حسب معتقداته وطريقة تفكيره، فالبعض يعتمد أصلا على القانون الطبيعي في تنظيم حياة الإنسان لما يقوم عليه من قيم ومثل، أما البعض الآخر فيبتعد عن هذه الفكرة ويأخذ بالواقعية أو القانون الوضعي. لتكون بذلك دراسة فلسفة القانون مهمة لفهم عملية خلق القواعد القانونية وتطبيقها على يد المشتغلين في القانون، لتجعل تلك الأفكار، رجل القانون ملزم بالقيام بما يلي:²

- **تحديد القانون:** وذلك بالتفكير في موضوع طبيعة القانون أو جوهره، للتأكد من أن القاعدة المراد تطبيقها هي قاعدة قانونية، بطرح التساؤل التالي: **كيف يمكن التعرف إذا كانت القواعد التي تحدد ما هو قانوني هي بذاتها قواعد قانونية وبالتالي هي جزء من القانون أم شيء آخر؟** وهو سؤال فلسفي، يساعد رجل القانون على التأثر بأفكار فلسفية، تاريخية تبحث عما إذا كان مجتمع معين يخضع لمنظومة قانونية أم لا، فالقاضي عندما يعرض عليه نزاع ما سيستدعي تطبيق قواعد معينة: فهو سيحكم وفقا للمفهوم الذي يتكون لديه عن طبيعة القانون: - إما باعتباره مجموعة قواعد قانونية

¹ - يراجع في ذلك: إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2003، ص ص. 6، 5.

² - يراجع في ذلك: ميشال تروبير، "فلسفة القانون"، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2004، ص ص. 6-7.

صادرة عن السلطة السياسية، - أو مجموعة قواعد قانونية التي لا تخالف العدالة، وذلك اعتمادا على خياراته الفلسفية.

مثلا: القانون النازي، أحكامه مخالفة للعدالة وتهين كرامة الإنسان في غالب الأحيان، فإذا أخذ القاضي بالطبيعة الأولى (قواعد صادرة عن سلطة سياسية) سيطبق القانون تردد، أما إذا اختار المفهوم الثاني (قواعد لا تخالف العدالة) سيبتعد تطبيقه ويحكم بما يحقق العدل.

- ملزم بتحديد المفاهيم الجوهرية المستخدمة في صياغة القواعد أو مضمون تلك القواعد التي تعبر عن ميول أصحابها، إما متمسكين بوجود قانون طبيعي يحقق مبادئ العدل، أو مبتعدين عن تلك الفكرة ولكن ملزمون بالتفكير في المفاهيم التي يستخدمها المشرع إما متعلقة بالشكل أو بالمضمون.

لذلك، لا بد من التأكد على وجود قاعدة قانونية بتحديد مسبق للقانون والمفاهيم القانونية، باتباع العلم قصد الوصول إلى معرفة تلك القواعد. فالكلام عن فلسفة القانون يؤدي إلى عملية تفكير منهجية حول تحديد القانون، وعلاقته بالعدل وبعلم القانون¹.

لتعتبر فلسفة القانون = اتباع طريق منظم قصد الوصول إلى تحديد النتائج والغايات من القانون + باستعمال منهجية البحث العلمي، مصطلحات يمكن تحديدها:

- فالبحث العلمي²، هو تمرة التفكير العلمي، لو يقوم على جمع المعلومات الموجودة في المراجع والمصادر فقط، بل يركز أساسا على توظيف تلك المعلومات بفحصها وترتيبها عن طريق تحليلها ونقدها - إن أمكن ذلك-، وهو ما يعكس براعة وكفاءة الباحث أو الدارس للمواضيع القانونية رغم توحيد القواعد العلمية للمنهجية.

¹-يراجع في ذلك، علي مزاح، "منهجية التفكير القانوني نظريا وعلميا"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 5.

²-يراجع في ذلك، علي مزاح، المرجع السابق، ص 5؛ عبد العزيز قاسم محارب، "كيف تكتب بحثا، رسالة ماجستير، دكتوراه المهارات العلمية في صياغة البحوث العلمية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.ص 33-36.

- أما المنهجية¹: فهي تزود الباحث والدارس بالأساليب والأدوات التي تساعده في جمع المادة العلمية وتنظيم أعماله دون تجاهل مؤهلاته وقدراته العلمية والفكرية. بمعنى آخر، تعلم الدارس كيف يفكر ويبحث ويرتب ويعرض وينافس المعلومات التي قام بجمعها وتحليلها وصولاً لنتائج معينة.
- أما فلسفة القانون: فهي تنتمي مداركه القانونية ليتكون لديه تفكير قانون علمي، كما تمكنه من دراسة القانون دراسة عقلية في مكان وزمان معينين.

جعل بعض الفقه، مناهج البحث القانوني من المواضيع التي تدخل في نطاق دراسة فلسفة القانون²، وفيه من يحرص فلسفة القانون في سؤال جوهرية: هل تستطيع المجتمعات البشرية بسلطة العقل التي تمتلكها إرساء آليات مجتمع عادل يسمح بالتعايش السلمي والمثابرة على الحفاظ عليه؟ لتكون بذلك مرتبطة بالفلسفة العامة، التي كانت وراء قيام النظرية الكلية للقانون الطبيعي، التي نادى أصحابها بضرورة قيام الدولة التي يقع على عاتقها وضع القوانين، كما أن التقنين قد نادى به فقهاء القانون الطبيعي بأن أبرزوا الحاجة إلى بلورة ووضع تقنين جديد جامع ومانع، وكنتيجة له ظهر قانون نابليون 1807 (القانون المدني). فقد أثبت التاريخ أنه كان الفلسفة القانون دور هام في أعظم التغيرات القانونية والسياسية: الثورة الفرنسية 1789³، والتي تولدت عنها فكرة دولة القانون، الديمقراطية، مبدأ الفصل بين السلطات.

فإذا كان دور المشرع هو القيام بعملية وصفية بوضع القانون قصد تحقيق ما هو كائن، فإن فلسفة القانون تسعى لتحقيق ما ينبغي عليه القانون بالسعي نحو أن يكون القانون بأفضل صورة، وهي تساعد القانون على التطور. فعلم القانون يتطور بإحدى الطريقتين:

- 1- التقدم إلى الأمام في خط مستقيم باستخدام المبادئ القانونية العامة والوسائل الفنية الخاصة بكل علم من العلوم القانونية المتفرعة.
- 2- الرجوع إلى الوراء حتى تقاطع الطرق الكبرى ليبدأ السباق من الاتجاه الصحيح باتباع فلسفة القانون⁴، بالبحث عن غاية وأسس وضع تلك القواعد ومحاولة أفلمتها مع الواقع.

1- يراجع في ذلك، علي مراح، المرجع السابق، ص. 40؛ عبد العزيز قاسم محارب، المرجع السابق، ص. 73.

2- يراجع في ذلك، حسن أحمد إبراهيم، "غاية القانون"، دراسة في فلسفة القانون، الدار الجامعية 2000، ص 6 إلى 17 ما يليها؛ وراجع في التمييز بين الفلسفة والمنهجية، علي مراح، المرجع السابق، ص 6، 7.

3- يراجع في ذلك، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 15.

4- يراجع في ذلك: ميشال تروبير، المرجع السابق، ص. 12.

أما الاهتمام بتدريس مقياس فلسفة القانون، حتى وقت قريب كان مرتبط باختلاف في الدول والتقاليد القومية السائدة فيها، فقد حظيت دراستها مكانة مرموقة في الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، إيطاليا، إسبانيا، النمسا¹، وعرف تطورا كبيرا في ألمانيا وإيطاليا بسبب قوة الفلسفة العامة وانتشار الأفكار حول بناء ودور الدولة.

أما في فرنسا، فالأمر مختلف جذريا، فلم يتم الاهتمام بها كمقياس ضروري لتدريسه، بسبب أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون (كل القرارات التي تتخذها السلطات الإدارية أو القضاة يكون في إطارها، من دون البحث خارج القانون عن الحلول، لكن لم يبق الأمر على ذلك المنوال، بل قد تطور بسبب تطور الاتصالات، إضافة إلى أن التغيرات السياسية والاقتصادية والتكنولوجية التي مست العالم كان لها تأثير مضاد ومعاكس على فلسفة القانون، فقد أدى إلى: -خلق قوانين جديدة تميل نحو التقنية *Technicité*، للمهن القانونية، -وإلى ظهور مجالات جديدة للتساؤل حول ركائزها، والبحث عن التلاؤم بين المفاهيم القانونية التقليدية مع الظروف الجديدة. لتصبح فلسفة القانون المعاصرة ذات التوجه الوضعي، لا تهتم بإعمال الرقابة على ما إذا كانت الحلول متماثلة مع المبادئ المطروحة بل لكشف الافتراضات الفلسفية للحلول الجوهرية التي تؤدي لتغير المفاهيم المادية².

و حتى دراسة هذا المقياس في الدول العربية كمصر، كان يعتبر من الدراسات الهامشية إلى حد كبير، وهذا التهميش انعكس بدوره على المشتغلين بالقانون الذين يتعدون عن الفلسفة ويركزون دراساتهم على علم القانون الوضعي فقط، وهو ما يؤدي إلى تكوين وتخريج عقليات قانونية مهنية تبتعد عن جانب التنظيم القانوني وراء جانب التطبيق³. لكن التطور الحالي، سيلتزم معه أن فقيه الغد سيكون بحاجة إلى نظرية فلسفية جديدة للقانون، وذلك لضمان الاستقرار العام وتحقيقا للعدالة، بالتوازن بين القانون السائد مع ما كان سائد فيما مضى، وبالتالي عدم الاكتفاء بتحسين ما هو موجود بل ضرورة البناء ليتجسد بذلك تأقلم النظام القانوني مع تلك المستجدات والتطورات⁴.

وهو ما يعكس اهتمام وزارة التعليم العالي الجزائرية بتدريس هذا المقياس خلال السنوات الأولى لتكوين طلبة الليسانس (النظام الجديد نظام ل م د)، واعتباره أول موضوع في المنهجية للتعليم القاعدي المشترك.

1- يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، "فلسفة القانون"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص. 9.

2- يراجع حول فلسفة القانون كفرع أكاديمي، ميشل تروبير، ترجمة جورج خليل سعد، المرجع السابق، ص 24 إلى 28.

3- يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 30 إلى 31.

4- يراجع في ذلك روسكو باوند، ترجمة صلاح دباغ، مراجعة أحمد مسلم، مدخل إلى فلسفة القانون، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص ص. 36-37.

فالهدف من تدريسها (فلسفة القانون)، ليس تخريج طالب صاحب حرفة بأن يكتسب دارس القانون - رجل القانون مستقبلا - الأدوات المهنية (المعلومات والطرق والمناهج) التي تضمن نجاحه في حياته العملية، بل تخريج طالب مزود بالثقافة القانونية، بأن يؤدي تراكم المعارف النظرية والمعلومات المكتسبة المكونة للملكة القانونية¹، بمعنى اكتساب الطالب منهجا للتفكير في المعطيات القانونية والتعامل معها، لمساعدته في أداء مهامه وإدراك وفهم الظواهر القانونية المستحدثة ويتأتى ذلك عن طريق التدريب أو الممارسة التطبيقية، بتطبيق معلوماته النظرية التي تشكل قواعد كلية عامة على ظواهر جزئية مستحدثة.

لتعتبر فلسفة القانون تلك المادة العلمية التي تختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية: من حيث مفهوم القانون، تحليل الفكر القانوني مناهج البحث القانوني، فهي تقوم على تحكيم العقل في دراسة القانون، أو سلطة العقل لإرساء آليات مجتمع بشري عادي يسمح بالتعايش السلمي مع المثابرة للحفاظ عليها. نتيجة لذلك، فيما تتمثل أصول القانون ومقاصده أو غاياته؟ وما هي المذاهب الفقهية التي اهتمت بتحديد جوهر القانون؟ وتلك الاتجاهات المعتمدة لتفسير القانون؟

ستتم الإجابة على تلك التساؤلات ودراسة موضوع فلسفة القانون باعتماد النقاط المحددة ضمن البرنامج المحدد من وزارة التعليم العالي، بالتعرف على النقاط التالية:

- دراسة أسس القانون وغاياته من وجهة نظر فلسفة القانون (الفصل الأول)،
- والتعرف على المذاهب الفقهية المهمة بتحديد جوهر القانون (الفصل الثاني)؛
- بعد ذلك تحديد الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية (الفصل الثالث)
- وأخيرا التعرف على عملية تفسير القانون (الفصل الرابع)؛
- كل ذلك بعد دراسة تمهيدية مفاهيمية حول فلسفة القانون (الفصل التمهيدي).

¹ - يراجع في ذلك، علي مزاح، المرجع السابق، ص. 14.

الفصل التمهيدي: دراسة مفاهيمية حول فلسفة القانون

فلسفة القانون هي نوع من الفلسفة العملية أو فلسفة السلوك¹، تشمل فلسفة الأخلاق وفلسفة القانون (فلسفة علمية)، فقد ارتبطت فلسفة القانون في نشأتها مع فلسفة الأخلاق. ونتيجة ارتباطها بالقانون فقد تتداخل مع بعض المفاهيم كعلم أو نظرية القانون، ولكن هي دائما بحاجة لعلوم قانونية أخرى: كالقانون المقارن، علم القانون، تاريخ، القانون، علم الاجتماع القانوني، ليكون بذلك أول موضوع تهتم به هو أصل أو أساس أو طبيعة القانون ثم تحديد غايته أو مقاصده كل ذلك من ناحية فلسفة القانون.

لذلك ستم دراسة هذا الفصل في النقاط التالية:

- المبحث الأول: مفهوم فلسفة القانون.

- المبحث الثاني: التطور التاريخي لفلسفة القانون.

المبحث الأول: مفهوم فلسفة القانون

"فلسفة القانون" عبارة استخدمت مع نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن 19، خاصة بعد صدور كتاب هيغل: "مبادئ فلسفة القانون" سنة 1821، ارتبطت بالفلسفة عامة، أما البحث في القانون فهو قديم قدم القانون نفسه. لكن لا يوجد اتفاق حول تحديد المقصود منها، ومواضيعها وحول ما إذا كانت جزءا من الفلسفة أو جزء من العلم القانوني، بل يذهب البعض إلى إنكار وجودها، كما أنه يوجد اختلاف بين فلسفة القانون عند القانونيين، وعند الفلاسفة وبين أنصار مدرسة القانون الطبيعي والقانون الوضعي². وعليه ستم محاولة تحديد المقصود من فلسفة القانون مع تحديد أهميتها ووظيفتها.

¹ - تهتم الفلسفة العامة بمواضيع ثلاث: الوجود L'ETRE، المعرفة LE CONNAITRE، العمل L'agir، الوجود والمعرفة بدراستها فالاهتمام يكون بالفلسفة النظرية: فلسفة الأديان، التاريخ...، أما بدراسة العمل فالأمر يتعلق بالفلسفة العلمية، يراجع في تصنيف فلسفة القانون ضمن الفلسفة العملية، سليمان مرقس، " فلسفة القانون-دراسة مقارنة-"، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ..دون سنة نشر، ص5.

² - يراجع في ذلك، ميشل تروبير ترجمة جورج خليل سعد، المرجع السابق، ص 14.

المطلب الأول: تعريف فلسفة القانون.

كلمة فلسفة philosophi كلمة من أصل يوناني متكونة من شقين، Philo محبة، Sophie الحكمة، لتعني بذلك "محبة الحكمة"، وقد شاع استعمال المصطلح في القرن 7 قبل الميلاد، وكانت تعني الرغبة في التأمل للوصول إلى الحكمة"، رغم ذلك لم يتقف المفكرون حول تعريف الفلسفة: فقد عرفها أرسطو على أنها "علم الوجود بما هو موجود"، كما اهتمت الفلسفة أساساً على محاولة التوفيق بين العقل والوحي خاصة الفلاسفة الأوربيون والإسلاميون، أما في العصر الحديث، أنشأ الفلاسفة والمفكرون فلسفة جديدة تتأسس على نظرية المعرفة (البعض أسسها على العقل، أو الملاحظة والتجربة، المنطق والتحليل...)، ولكن يمكن وضع تعريف لها: "مجموع الدراسات أو التأملات ذات الطابع العام التي تسعى إلى رد نظام من المعرفة أو المعرفة كلها إلى عدد صغير من المبادئ الموجهة". فهي تسعى للغوص في أسباب الوقائع التي يقوم عليها بناء العلوم الوضعية بالبحث في أصل المعارف¹.

الفلسفة معرفة شاملة تطمح إلى تقديم تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني، فهي خلق المفهومات وتحليلها. والفلاسفة لا يحبون القانون ولا العاملين فيه لأنهم مثاليون يتطلعون إلى مدينة فاضلة لا نزاعات فيها ولا محاكم، يسعون إلى بناء منظومة نظرية ومثال اجتماعي يعفي البشر من اللجوء إلى التقنيات القانونية. ورغم الانتماء الوضعي للقانونين إلا أن الفلسفة حاضرة دوماً في أي نص قانوني مدني، تجاري، عقوبات... إما في صياغة القاعدة القانونية أو الأحكام القضائية، مادام أن العدل هو غاية القانون وهو هدف من القانون الطبيعي. ومع ذلك قد تظهر صعوبة في تحديد تعريف فلسفة القانون (الفرع الأول)، وكذا يختلف تعريف فلسفة القانون بين رجل القانون والفيلسوف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صعوبة تحديد تعريف فلسفة القانون

انتقلت الصعوبة أيضاً لتعريف فلسفة القانون، الذي هو مصطلح حديث نسبياً يرجع إلى القرن 18 وبداية القرن 19، عند استعمالها من طرف هيغل. مركبة من مصطلحين مترادفين: فلسفة، قانون. يصعب تحديد مفهومها ومجال موضوعها، لغموض المصطلحين، واختلاف المفكرين في تعريفها اعتماداً على اختلاف وجهات نظرهم وتكوينهم الشخصي. انقسمت الاتجاهات الفقهية التي تحاول تعريفها إلى اتجاهين²:

¹ - ظهر تعارض بين الفقه حول أصل نشأة الفلسفة هل هو غربي أو شرقي، يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 7-8.

² - يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 10-13.

1- اتجاه ينادي بخصوصية تعريف اصطلاح فلسفة القانون، فالبعض سمهاها: "انعكاسات فلسفية على القانون وعلى العلوم القانونية"، "دراسة للمشاكل الأساسية للقانون والمذاهب المختلفة في حلها وهذه المشاكل تدور حول: أساس وغاية ومحتوى القانون".¹

2- اتجاه يقترح استعمال اصطلاح بديل لفلسفة القانون، وبذلك ينكر وجود فلسفة القانون، بل توجد فقط "نظرية عامة للقانون"، والبعض الآخر استعمل مصطلح فلسفة علم القانون، لتفادي المشاكل التي تعرفها فلسفة القانون.

هذه الصعوبة انعكست على مجال البحث في موضوع فلسفة القانون² وذلك لصعوبة الموضوع لارتباطه بالفلسفة العامة، وضرورة الإلمام بها بتاريخ المذاهب الفلسفية والتحويلات التي عرفتها. كما أن هذه الدراسة تقوم على قدرة الباحث على التحليل الدقيق للفكرة محل البحث ليتمكن من استنباط النتائج، ولا يكون ذلك إلا من خلال استعمال المنطق في دراسة فلسفة القانون، كما لا بد من إلمام الباحث بشكل واعي بالقانون وتقسيماته وعلاقته بالضوابط الأخرى كعلم الاجتماع القانوني. بمعنى، الإلمام بتاريخ المذاهب الفلسفية، القدرة على التحليل، استعمال المنطق، الإلمام بالقانون وتقسيماته.

الفرع الثاني: الاختلاف في تعريف فلسفة القانون بين رجل القانون والفيلسوف

يختلف مفهوم فلسفة القانون باختلاف الدارس والمهتم به إذا كان فيلسوفاً أو قانونياً لاختلاف طريقة تفكيرهم وتكوينهم³:

1- فلسفة القانون عند الفلاسفة: هي فلسفة تطبيقية، تهتم بنقل المعتقدات والأفكار الفلسفية الكبرى إلى ساحة مشاكل القانون والعدل. وفلسفة القانون بذلك لا يمكنها الابتعاد عن البحث في القانون الطبيعي، مهمتها إيجاد شبيه للطبيعة الإنسانية القديمة لتأكيد العالمية التي تتطلبها مفهوم حقوق الإنسان. بالتالي يتم البحث عن الحلول القانونية في مؤلفات الفلاسفة وليس في التجربة القانونية، فهي تهتم بالتفكير النظري، وتحاول تحديد جوهر القانون، كما أنها تنطلق من مفهوم طبيعة الإنسان لاستنتاج قواعد صحيحة وعادلة تحقّقها للعدالة.

¹ - اتجاه يقترح استعمال اصطلاح بديل لفلسفة القانون، وبذلك ينكر وجود فلسفة القانون، بل توجد فقط "نظرية عامة للقانون"، والبعض الآخر استعمل مصطلح فلسفة علم القانون، لتفادي المشاكل التي تعرفها فلسفة القانون.

² - يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 24-26، وذلك لصعوبة الموضوع لارتباطه بالفلسفة العامة وضرورات المجتمع وقيمه.

³ - يراجع تلك التفرقة ميشل تروبير ترجمة جورج خليل سعد، المرجع السابق، ص 14-17.

2- فلسفة القانون عند القانونيين: (وهي وجهة نظر أنصار القانون الوضعي): فهي تختلف عن الأولى في

كونها تمنح الأولوية للتحليل وتنطلق من التجربة القانونية وتهتم بمفهوم القانون، وبنظرية العدل، ونظرية العلم

القانوني، فتنتقل من الظواهر القانونية. فهي تبحث عن القيم التي يحميها فعليا القانون.

في الأخير، التعارض بين الفيلسوفين تعارض نسبي، رغم ذلك فإن فلسفة القانون عند القانونيين لا تخلوا من أي

تفكير، بل تتطلب استخدام مفاهيم مرتبطة بتوجيهات فلسفية عامة، فوجود منظومة قواعد قانونية لا يبتعد عن

تواجد تحديدات لتلك القواعد، مثلا: اعتبار قاعدة مخالفة للأخلاق قاعدة قانونية إلزامية أولية أو ليست كذلك

مرتبط بالأفكار الفلسفية حول غياب قيم أخلاق موضوعية.

المطلب الثاني: أهميته فلسفة القانون ووظيفتها

تعتبر الفلسفة دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية منها القانون، فمحاولة إدراك طبيعة القانون الوضعي

هي عمل فلسفي، فالفيلسوف هو فهم الواقع عن طريق التفكير. فهي فلسفة علم القانون تحاول بلوغ الصورة الشاملة

للقانون انطلاقا من معطيات القانون الوضعي، فكل نظام قانوني يتضمن موقفا فلسفيا يسلم به المشرع، بل قد تكون

بعض الحلول القانونية داخل النظام القانوني الواحد محل مواقف فكرية متباينة مثلا: الحلول القانونية المتعلقة بالتبني،

الإجهاض، الطلاق في النظام القانون الفرنسي. بل وحتى المتهمون بالعلوم الطبيعية أو الرياضية يمكنهم أن يتفلسفوا

دون أن يقال عنهم خرجوا من نطاق عملهم. لأن الحقيقة تقضي أن تعالج فلسفة القانون انطلاقا من القانون وليس

من الفلسفة، فيعالجها المشتغلون بالقانون لا الفلاسفة، فالأمر لا يحتاج لفيلسوف قانوني، بل قانوني فيلسوف يكون

أدرى وأكثر تأهيلا لمعالجة المواضيع القانونية¹.

لفلسفة القانون أهمية خاصة تستشف من خلال عوامل ظهورها والوظيفة التي تقوم بها.

الفرع الأول: عوامل ظهور فلسفة القانون

ظهور فلسفة القانون يرجع للعدة عوامل منها خصوصا²:

¹-يراجع في ذلك مندر الشاوي، "فلسفة القانون"، طبعة أولى، علم الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص ص. 29-31..

²- يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص 14-18.

1- الارتباط بظهور الإنسان متمتعاً بملكة العقل الواعى المفكر، الذي أمره الله تعالى بالتأمل والتدبر في الآيات الكونية ليستخلص منها العلل والأسباب. فالتدبر والتأمل نوع من الفلسفة، بحيث يتوقف شكل التدبر على طبيعة الأمر محل التفكير، فإذا كان محل التفكير هو القانون، فالأمر يتعلق بفلسفة قانونية. بمعنى أن ملكة البحث الفلسفي في القانون ولدت مرتبطة بملكة العقل.

2- حياة الإنسان داخل الجماعة لم تكن بعيدة عن الأزمات والمشاكل، وهي التي كانت دافعا له للتفكير الفلسفي، لتكون بذلك المشكلة الكبرى التي أدت لظهور البحث الفلسفي في القانون، وذلك قصد إحداث الملاءمة بين مقتضيات الثبات والتغير (الفكرة القانونية، والتغيير الاجتماعي)، فالبحث عن تفسير مناسب وحل موضوعي لهذه المشكلة كان هو السبب في ظهور مذاهب فلسفة القانون.

3- ليكون بذلك الهدف الذي تسعى لتحقيقه فلسفة القانون هو إعطاء صورة كاملة لضبط المجتمع وتنظيمه، مع وضع وثيقة أخلاقية وقانونية وسياسية تصلح لكل زمان، فرجال فلسفة القانون آمنوا بإمكان الفلسفة إيجاد الحقيقة القانونية الخالدة وبالتالي وضع قانون كامل أيدي لتنظيم العلاقات الإنسانية، ومثل ذلك الرغبة هي التي خلقت فلسفة القانون.

سعى الفلاسفة لوضع نظريات للقانون ونظريات للتشريع مع التوفيق بينها، فعمل الفلاسفة على حل معادلة ثبات القانون، واستقراره، مع ضرورة تعديله المستمر ليتلاءم مع المتغيرات وذلك بدراسة مواد الأنظمة القانونية القائمة في زمانهم، أو تلك السابقة والتي بني عليها النظام القانوني السائد. لتكون فلسفة القانون محاولات لدراسة القانون دراسة عقلية في مكان وزمان معينين، أو محاولات لصياغة نظرية عامة للنظام القانوني للوفاء بحاجات فترة معينة. وبالرجوع إلى فلسفة الماضي سيساعد على فهم القانون السائد ومتطلبات مرحلة التطور القانوني التي وضع فيها، وبالتالي يمكن استعمال تلك النتائج في الوقت الحاضر¹.

الفرع الثاني: وظيفة فلسفة القانون

تختلف وظيفة فلسفة القانون باختلاف العصور واختلاف العوامل المؤثرة فيها، التي تتراوح حسب النظام السياسي السائد، الفلسفة، أهداف المجتمع، شكل القانون ونظمه²، فكانت وظيفتها تمس الفكر، والقانون من خلال ما يلي:

¹ - يراجع في ذلك، روسكو باوند، المدخل إلى فلسفة القانون، صلاح دباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص ص. 15-16.

² - يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص. 36-39.

1- تعميق الوعي الفكري والارتقاء بمستوى الفكر القانوني: لها دور كبير على مستوى الثقافة القانونية للمشتغلين بالقانون أو الدارسين، فهي تثير في الإنسان رغبة الفكر والبحث في أفكار وأسس القانون، وذلك بتوضيح المضامين الأساسية للقانون وصلته بالحياة الاجتماعية، إيماء الرغبة في إدراك ماهية القانون ودوره في الحياة: وذلك بالتأثر بالفلاسفة ورجال القانون: مثلاً: الفقيه السنهوري هو رائد الفكر القانوني كان له أثر كبير في صياغة النظريات الأساسية في القانون، فتحت تأثير خلفيته الدينية الإسلامية وخلفيته الغربية للدراسة القانونية أدخل أفكاراً إسلامية مندججة بالفكر القانوني الغربي، وتأثرت به كل الكتابات العربية. باعتماد الفلسفة على التفكير العقلي التحليلي للأسس الأولية للقانون ومشاكله المختلفة، فهي تؤدي إلى الارتقاء بمستوى التفكير، وتخلق روح النقد المنظم اتجاه النظم والقواعد ولهذا فإن دراسة التحليلات والنظريات التي قدمها كبار فلاسفة القانون: كأفلاطون، أرسطو، كانط، هوبز... أعطتنا رؤية واضحة عن الفكرة الحقيقية للقانون وما يجب أن تكون عليه، وتوسع مدارك رجل القانوني فهم حدود وقواعد الظاهرة القانونية.

2- تساعد على حل مشاكل المجتمع أو تزوده بإمكانية التفكير لإيجاد الحلول¹. تساعد رجل القانون على كشف المشاكل الأساسية، وتقدم له اقتراحاً أو رؤية لحلها، عن طريق تحديد الإيديولوجيات السائدة في المجتمع، وفهم مزاياها وعيوبها لتطوير النظرية القانونية السائدة في المجتمع.

3- تساعد في فهم بعض الأفكار الأساسية ومشكلات المجتمع الدولي: كحقوق الإنسان والسعي نحو حل مشكلة لتوحيد الدولي للقوانين وذلك بتحديد الأسس التي كونت اختلاف الأنظمة بين الدول.

4- العمل على تطوير نظرية القانون²: بتطوير النظم القانون وفهم القانون، وإنشاء نظم جديدة، وذلك بتقييم النظام القانوني وإظهار مدى صحة الأسس التي تقوم عليها.

5- فهم القانون: فهي تساعد على تحديد مضمون بعض المصطلحات اللغوية "كالعدالة" القانون، تحديد الظاهرة القانونية ومدخلاتها الأساسية، فهي تدرس بالتحليل نشأة فكرة القانون والعلاقة بين النظامين القانوني والاجتماعي، وتساعد على تنظيم المعارف عن القانون.

6- تطوير القانون: فهي تراجع الأسس والمبادئ التي تركز عليها القانون في كل مجتمع، فقد كان للآراء الفكرية لكبار الفلاسفة أثر كبير في تغيير مجرى التاريخ وتطوير القانون منها أفكار مونتاسكيو Montesquieu و سيادة

¹ - يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص. 39-44.

² راجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص. 45-55.

مبدأ الفصل بين السلطات؛ كما أثرت أفكار جيني Gény على نظم القانون الخاص، بإدخال منهج التفسير الحر بدل مدرسة الشرح على المتن.

7- تساعد على تحليل أسس القانون وفهمها اعتمادا على فلسفة معينة تتجسد بتعديل القوانين لتناسب معها (مثلا: العهد الاشتراكي، وتضمن الدستور لمبادئه قبل التحولات الاقتصادية بعد حوادث أكتوبر 1988)

8- تعمل كمرشد للمشرع، بإعطائه المواد الأولية والأساسية للسياسة التشريعية. مثلا: تحولات النظام القانوني الجزائري في مراحلها المختلفة ليست إلا مجرد تعبير صادق للفلسفة السائدة في المجتمع الجزائري عبر عدة فترات زمنية: الاستعمار، الرأسمالية، التبعية القانونية، الاشتراكية، اقتصاد حر.

اذن، فلسفة القانون ودراساتها هي المرآة الحقيقية التي تعكس وتفسر النظم القانونية وتحولاتها.

الفرع الثالث: أهمية فلسفة القانون

لفلسفة القانون أهمية تعليمية وعلمية¹:

- فهي تساعد على تأمل المشاكل الكبرى للقانون لتكوين نظرة شمولية وعميقة عن القانون، فتعامل القانوني مع المشاكل القانونية يتطلب تحديد موقف منها مع تبرير موقفه وأفكاره.
- يؤثر الفكر القانوني الفلسفي، بحيث ينصرف إلى دراسة المشاكل النظرية الكبرى لاستخلاص مبادئها الحقيقية في التطور الوضعي للقانون وفي إقامته وتطبيقه تأثيرا كبيرا، تترتب عن ذلك نتائج أكثر فعالية من تلك التي تنسب إلى الذين تمسكوا بالتكنيك القانوني أو ما يعرف بالتقنية القانونية فقط (الاهتمام بالشكل دون المضمون والجوهر).
- تحتل فلسفة القانون مكانا مرموقا في مناهج الجامعات الكبرى الأوروبية في إسبانيا، إيطاليا، ألمانيا، النمسا، هولندا، إنجلترا، وكانت تدرس غالبا تحت تسمية علم القانون، وزاد الاهتمام بفلسفة القانون بشكل ظاهر بعد الحرب العالمية الثانية. أما في فرنسا، فإن القانونيين لم يهتموا لفترة طويلة بفلسفة القانون، بل تناولوها بشكل عارض، ولكن الوضع قد تغير في الوقت الحالي، ويرجع الفقيه BATIFFOL هذا التغيير إلى التحولات القانونية في أواخر القرن 19 التي أدت إلى إثارة مسألة المنهج في البحث القانوني، وأيضا النتائج التي ظهرت بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية.

¹ - يراجع في ذلك، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 31-34.

المبحث الثاني: التطور التاريخي لفلسفة القانون

على الرغم أن مصطلح فلسفة القانون لم يعرف إلا في القرن التاسع عشر (19) عند هيغل، لكن نبث بدوره في ثنايا الفلسفة الإغريقية، وعرفت أيضا في العصور الوسطى متأثرة بالدين، ليأتي عصر النهضة الذي ظهر فيه هذا المصطلح وتطورت أفكار فلسفة القانون في العصر الحديث لتطور البحث عن غاية القانون¹.

المطلب الأول: فلسفة القانون عند الإغريق

جذور فلسفة القانون ترجع إلى الفلسفة الإغريقية، فقد بدأت في اليونان لظروف خاصة بالمجتمع اليوناني القديم، وعرفت أئنا الديمقراطية المباشرة، واتسع فيها النشاط الفلسفي والقضائي للأفراد، على النحو التالي:

- في البداية كانت اهتم بها الأدباء من خلال كتاباتهم التراجيدية، وأيضا اهتم بها الفلاسفة خاصة مدرسة فيثاغورس التي ينتمي إليها أرسطو، فقد كانت فلسفتهم القانونية تدخل ضمن دراسة القانون الطبيعي باعتباره أصل للقانون. فقد كانت كتاباتهم الأدبية تعتبر زيوس Zeus هو إله العدالة واندجت معه أيضا فكرة القانون والتشريعات، واختلف الأدباء والشعراء في تحديد المقصود بالعدالة وربطها بالطبقة الأرستقراطية، أو بالطابع الديني. فكان للفلسفة بعد مثالي لأنها نبث عند الأدبيين.

- القرن 07 قبل الميلاد حتى القرن 05 قبل الميلاد: حيث استولى التجار على السلطة، وانتشرت الأعراف وظهر الخلاف بين الشعب حول حكم الطبقة الأرستقراطية وذلك لأن القوانين ليست من وضع الإله بل من الملوك، أدى ذلك لظهور القوانين الوضعية وبالتالي رفضت جماعة المفكرين المجتهدين (الفسطائيين) مثالية الفلسفة القانونية لتصبح الامور نسبية، مع ربط الاشياء بالإنسان. أدى ذلك لإنتاج فلسفة قانونية تحمل في طياتها بدور المذهب الوضعي (الوضعية القانونية التي تطورت في القرن 18 ميلادي)، والتي تظهر فيما يلي:

- القانون نسبي، لا جوهر عالمي له.
- هو قابل للتغيير فهو ليس قانون أزلي، لذلك لا بد على الشعب أن يثوروا عليه وعلى الحكام.
- الفصل بين الطبيعة والقانون.
- فصل القانون عن الدين، ولا يعد القانون صادر من الآلهة بل من وضع البشر.
- فكان القانون والعدالة منفصلان عن الدين والطبيعة.

¹-يراجع تفاصيل ذلك، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص95؛ اوسكو باوند، المرجع السابق، ص 16 ومايلها.

– موقف سقراط وتأسيس المذهب العقلي المثالي: فقط جعل الإنسان والأخلاق والفضيلة أساسا للقانون، مع إلزامية احترام القانون حتى لو كان ظالما، مع ربط القانون الطبيعي بالدين. خلال هذه الفترة ظهرت فكرة أن القانون الطبيعي يسمو على القانون الوضعي.

المطلب الثاني: فلسفة القانون عند أفلاطون وأرسطو

كانت لأفلاطون وأرسطو إسهامات كبيرة في وضع الأسس الأولية لفلسفة القانون، وهي مازالت مقبولة حتى في الأنظمة القانونية الحالية، وذلك بالاهتمام أصلا بالعدالة، وفكرة الدولة.

الفرع الأول: فلسفة القانون عند افلاطون

من أهم الأفكار التي سيطرت على موقف أفلاطون من فلسفة القانون:

- سعيه واهتمامه بالمدينة الفاضلة؛
- القانون بالنسبة له هو من صنع العقل ونتيجة للعلم، ولهذا فهو كل ما يهدف إلى تحقيق العدل، ورجل السياسة يقاس بالتزامه بالقانون وعنايته بالعدل، لتعتبر العدالة بالنسبة له هي أساس الطبيعة والمجتمع.
- مثالية أفلاطون المفرطة، أدت إلى وقوعه في أزمة عند تفسيره العدالة، وهو الأمر الذي جعله ينادي بضرورة وجود قانون وضعي،
- وهو يعرف القانون اعتمادا على غايته المتمثلة في العدل والخير العام، وتسهر الدولة على وجود قانون وضعي صحيح، يستند إلى العناصر التالية: تصدر القوانين من الفلاسفة الحكماء الذين تتوافر لديهم العدالة والكفاءة، حتى لا تكون قوانين ظالمة؛ لا تصاغ القوانين بناء على الأهواء، بل اعتمادا على عالم ما وراء الطبيعة للوصول إلى العدالة الأزلية (عالم المثل).
- فالغاية الأولى للتشريع، هي تحقيق التوازن الاجتماعي، كما أن التشريع يهدف إلى تحقيق الثبات والنظام، وهو ما تعتمد عليه المدرسة الوضعية، ومثل هذه الأفكار أدت إلى نشر الديكتاتورية في العالم (هتلر، موسوليني).

الفرع الثاني: فلسفة القانون عند أرسطو

اعتمد أرسطو في دراسته القانون على ملاحظة الواقع وتحليل الأحداث (منهج واقعي)، باعتباره مؤسس المذهب الواقعي. كما كان له دور مهم في فلسفة القانون لاهتمامه بمجال نظرية العدالة باعتبارها أساس القانون، كما اهتم بالعدالة التوزيعية، والتبادلية:

- **العدالة التوزيعية:** تهتم بالعلاقة بين الأفراد والدولة، الدولة توزع الخيرات والاعباء على الأفراد بالتساوي بغض النظر عن صفاتهم، ولا تقوم على المساواة الحسابية التامة، فالتوزيع يعتمد على مزايا كل شخص وإمكانته، وهي تعتبر أساس المذهب الاجتماعي (هذه العدالة تندرج ضمن مواضيع القانون العام).
- **أما العدالة التبادلية:** أقدم في الظهور من التوزيعية، عرفها الإنسان البدائي قبل ظهور الدولة، تهتم بالعلاقة القانونية بين الأفراد، تساوي أداء كل فرد في الجماعة مع حقوقه وواجباته، تقوم على المساواة الحسابية المطلقة، يأخذ كل واحد بقدر ما يعطيه (تندرج ضمن مواضيع القانون الخاص). من تطبيقاتها العلاقات التعاقدية (إذا أخذ أحد شيئاً معيناً من الآخر يلزم بأن يرد له شيئاً مقابلاً يعادل قيمته-تعتبر أساساً لنظرية الإثراء بلا سبب، التعويض، دفع غير المستحق، الثمن العادل-) وغير التعاقدية (تناسب الجريمة مع العقاب، جبر الضرر برد ما يعادل الخسارة ليصبح الطرفين في مركز واحد. وهي أساس المذهب الفردي).

المطلب الثاني: فلسفة القانون في العصور الوسطى

ظهور الفقه المسيحي، والإسلامي كان له أثر كبير على فلسفة القانون، بحيث اتسع البحث الفلسفي في القانون اتساعاً كبيراً مع ربطه بالدين. ولكن لم يظهر في هذه المرحلة اصطلاح فلسفة القانون رغم ازدهار التفكير الفلسفي في القانون. فالقانون في هذه المرحلة كان له تفسير ديني.

الفرع الأول: المسيحية وفلسفة القانون

المسيحية ديانة تحوي تعاليم أخلاقية لا تمت بصله إلى عالم القانون والسياسية، لكنها أثرت على فقه السياسة والقانون، فقد أوجدت تقارباً بين القانون والطبيعة الإنسانية، فلا يعد القانون ناتجاً من طبيعة الأشياء بل يعتبر الإنسان أساسه ومنتهاه. هذه الأفكار ساهمت في تطوير عدة أنظمة قانونية: مبدأ سلطان الإرادة، التقليل من الشكلية، الاعتداد

بحسن النية. كما أن الدولة ملتزمة في سلوكها مع الكنيسة لأنها وسيلة لتحقيق الأهداف الدينية، وبالنتيجة يلتزم الفرد بطاعتها واحترامها.

الفرع الثاني: الإسلام وفلسفة القانون

يعتبر الإسلام حدا فاصلا بين عهدين مختلفين: عهد الفطرة الذي يمتاز بعدم وجود قانون شامل، وبين عهد النظام الذي يخضع فيه الجميع إلى شريعة عامة واحدة. وقد أدى ذلك إلى تغيير ملامح فكرة القانون، وذلك بطرح عدة تساؤلات: هل القانون عادل؟ ما هي علاقة الدولة بالفرد؟ ما هي شروط القانون الموضوعية والشكلية؟ سبب ذلك هو أن القانون أصبح فكرة دينية إلهية مصدرها الوحي الإلهي (القرآن والسنة) والدولة والفرد وسيلتان لتطبيقه، لتصبح العدالة المنشودة هي العدالة الإلهية المتجسدة في النص الإلهي المتمثل في القانون.

اهتم المفكرون المسلمون بدراسة فلسفة القانون منهم: الفارابي، ابن خلدون، ولكن من دون أن يكون وجود واستعمال لمصطلح فلسفة القانون، لكنهم بحثوا في أمور تتعلق بفلسفة القانون. مما سبق يمكن تحديد النتائج التالية:

- سيطرة الفكرة الدينية للقانون، فيكون النظام القانوني صحيحا إذا توافقت مع التعاليم الدينية؛
- لا وجود لفكرة القانون الطبيعي، لتناقضها مع العقيدة الإسلامية القائمة على أن الله إله واحد وهو المشرع الوحيد جل شأنه، لأن هذه الفكرة تجعل الطبيعة فوق الله، أو أن الله يتجسد في الطبيعة؛
- العدالة واسعة تحيط بكافة مظاهر الحياة الإنسانية؛
- انفصال الدولة عن القانون، فهي جهاز لتطبيق القانون الإلهي، وهي تطبق أحكام قانونية تلائم الواقع والأحداث المتجددة، وذلك عن طريق السلطة التشريعية.

المطلب الثالث: تحولات فلسفة القانون منذ عصر النهضة

فلسفة القانون منذ نهاية العصور الوسطى اتجهت نحو العلمانية، فلم يبق موضوعها فكرة القانون الطبيعي، بل بدأ الانحراف بنظرية القانون الطبيعي إلى الطابع الوضعي، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: التوجه نحو الطابع الوضعي والابتعاد عن الطابع الديني

يتضح الابتعاد عن الطابع الديني والتوجه نحو العقلانية والموضوعية، كنتيجة حتمية لظهور حركات الإصلاح الديني في ألمانيا وسقوط سلطة الكنيسة، وذلك من خلال:

- نفي الطابع الديني لفكرة القانون الطبيعي، والابتعاد عن المثالية؛ الاتجاه في البحث في فلسفة القانون نحو الواقع الاجتماعي والتاريخي؛ كل ذلك يعكس غزو الفكر الفردي القانوني للفكر القانوني ككل؛
- هذه التحولات كانت نتيجة لعصر النهضة: فقد ظهرت حركات الإصلاح الديني في ألمانيا مع سقوط سلطة الكنيسة، فتم فصل الدين عن الدولة وحياء التراث اليوناني والروماني مع ترجيح سلطان العقل. انخيار النظام الاقطاعي، مع خلق ثورة صناعية واقتصادية وفكرية أدت للتوسع الاستعماري وزيادة رؤوس الأموال ونشأة الطبقة الرأسمالية.

الفرع الثاني: ظهور مصطلح فلسفة القانون على يد هيجل - القرن 19-

ظهر مصطلح فلسفة القانون بصدور مؤلف الفيلسوف الألماني هيجل مبادئ فلسفة القانون 1821، حيث استخدم المصطلح (فلسفة القانون) دون تحديد مضمونه، وكان يسميه أيضا العلم الفلسفي للقانون " العلم الذي يعالج فكرة القانون، مفهوم القانون وتطبيقه"، كما أنه لم يحاول تحديد الأسس الجوهرية لإطار فلسفة القانون، لكنه عالج بعض مشاكلها مع خلطه بين فلسفة القانون والفلسفة العامة.

واهتم أيضا بمفهوم الدولة، الدولة والأفراد، فكرة القانون¹ على النحو التالي:

- **مفهوم الدولة:** لا تقوم على عقد اجتماعي لأن هدف العقد محدد ومؤقت، لكن الدولة حقيقتها دائمة سابقة على قيام المجتمع المدني وإرادة الأفراد.
- **الدولة والأفراد:** الدولة لا تدين بوجودها إلى الإدارة لفردية، بل الفرد يدين بتحقيق ذاته وحرياته للدولة، فلا يمكن الإدعاء بأن للفرد حقوق على الدولة.
- **فكرة القانون:** أساس القانون هي الحرية التي ترتبط بالدولة، والدولة هي وسيلة تحقيق القانون.

ونتيجة لتلك المفاهيم، إرادة الدولة هي المصدر الوحيد للقانون، والقوانين تختلف بحسب الشعوب والدول فما يصح لشعب لا يصلح لآخر (التقارب مع المدرسة التاريخية)، مع ارتباط القانون بالحرية، الفرد الحر هو من يطبع القانون لأنه عضو في الدولة، مما يعني نفي وجود للقانون الطبيعي.

¹ - يراجع في ذلك: عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، دار الشروق الطبعة الاولى ، 1996، ص.14 ومايلها

الفرع الثالث: تأثير فقه القانون الألماني وأيضاً الفرنسي بنهج هيغل

تأثر فقهاء القانون الألمان بأفكار هيغل، ولكن سرعان ما ظهرت تطورات أثرت على هذا الفقه، خلال النصف الثاني من القرن 19، تراجعت المثالية في الفلسفة الألمانية ليعوضها الفكر الوضعي، فبدأ الاقتصار على الاهتمام بالمفهوم الشكلي للقانون..، وأصبح التوجه نحو مشكلة القيم. أما في فرنسا، فقد تأثرت بأفكار هيغل والمثالية الألمانية في الفلسفة العامة الفرنسية، ظهرت عدة دراسات اهتمت بفلسفة القانون.

ونتيجة لهذا التوسع والانتشار والاهتمام بفلسفة القانون، فقد ظهر اتجاهان فقهيان يمثلان ردة فعل قوية في مواجهة مدرسة القانون الطبيعي، وهما اتجاه الوضعية القانونية، واتجاه المدرسة التاريخية، رغم تعارضهما إلا أنهما يتفقان على رفض فكرة القانون الطبيعي.

الفرع الرابع: في العصر الحديث

رغم سيادة الاتجاهات الوضعية والتاريخية ونظرية القانون الطبيعي، إلا أن فلسفة القانون، عرفت تطوراً وتحولاً وذلك بظهور ما يعرف بالغاوية القانونية، نتيجة لتبلور وتطور نظرية المنهج القانوني. فما يميز العصر الحديث الابتعاد عن الشكلية، والاتجاه نحو تفسير القانون بالنظر إلى هدفه وغاياته، لأن القانون وسيلة للوصول إلى غاية معينة. مثل هذا الأفكار كان أول ظهور لها في ألمانيا (مدرسة فقه المصالح)، ثم انتقلت إلى فرنسا عن طريق مدرسة البحث القانوني الحر، ثم انتشرت بعدها في الدول الأنجلو أمريكية.

المبحث الثالث: فلسفة القانون والعلوم المتصلة بها

لا يمكن فصل فلسفة القانون عن غيرها من العلوم المتصلة أساساً بالقانون، من علم القانون، النظرية العامة للقانون، علم الاجتماع القانوني، فلسفة السياسة، وهذا ما سيتم التعرف عليه ضمن المطالب التالية.

المطلب الأول: فلسفة القانون والقانون

يقصد بالقانون الدراسات التي اعتبرته علم، مع النظرية العامة. لذلك سيتم المقارنة بين فلسفة القانون وعلم القانون (الفرع الأول)، ثم المقارنة بين الفلسفة والنظرية العامة للقانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فلسفة القانون وعلم القانون.

يوجد من يرى أنه لا يمكن التمييز بين فلسفة القانون وعلم القانون، لأن التاريخ قد أثبت عدم وجود فرق بينهما: فالفقه الروماني كان يدعى أن فلسفة القانون هي نفسها علم القانون في العصور الوسطى (المفهوم الديني للفلسفة مع إخضاع القانون لها). لكن رغم ذلك يوجد فرق بينهما، وهذا لا يمنع من تكاملهما. فلا يمكن لرجل القانون أن يستغني عن فلسفة القانون فبدونها يظل عاجزاً عن الوصول إلى الأبعاد الحقيقية للقواعد التي يدرسها ويفسرها ويطبقها، والعكس صحيح فلا بد من الإلمام بالجزيئات واستخلاص أسسها، فعلم القانون يقدم معطيات فلسفة القانون¹.

1- العلاقة بين فلسفة القانون وعلم القانون من حيث إطارها العام: فلسفة القانون: تدرس القانون كحقيقة أو ظاهرة مجردة في صورته الكلية العامة (القانون كفكرة من الوجه الدولية) لينتهي صياغة مذهب فلسفي يتضمن رأيه الشخصي في تفسيره للقانون. أما علم القانون: فهو جزئي، يدرس القانون الوضعي لدولة معينة في فترة معينة، لذلك فظهوره كان لاحقاً لظهور فلسفة القانون.

2- العلاقة بين فلسفة القانون وعلم القانون من حيث الهدف: فلسفة القانون: تبحث عن الأسس البعيدة للقانون وتفسيراتها المختلفة، لذلك تبحث عن العلل الأولية للقانون والعوامل المؤثرة فيه وأبعاده الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والفيلسوف يدرس الظواهر القانونية وعموميتها (علم ما يجب أن يكون science déontologique). أما علم القانون: موضوعه جزئي القانون الوضعي لدولة، فعالم القانون يهدف لإيضاح هذا القانون وبيان قواعد تطبيقه، ويعمل على تفصيل وإيضاح قواعد هذا القانون (علم ما هو كائن science ontologique).

3- العلاقة بين فلسفة القانون وعلم القانون من حيث دور الشخص المهتم بها: فدور عالم القانون هو إيضاح مضمون التشريع والأحكام المستمدة منه، ويصدر أحكام قيمة بعيداً عن الذاتية، يكون حكمه موضوعي، ينظر للتشريع كما صاغه المشرع على أنه قانون ويقوم بالتحليل والتفسير، مع توحيد وجهات النظر ليكون تفسير واحد لفكرة موضوعية. أما الفيلسوف فدوره إيضاح الجوانب الأخلاقية والفلسفية للقانون وإذا كان القانون عادلاً أو غير عادلاً، متأثراً بشخصيته ومكوناتها، فهي أفكار ذات طابع ذاتي (منذ المثالية عند البعض، إلى العلمية مع المذهب التجريبي والوضعية)

¹ - يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص. 57-59.

الفرع الثاني: فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون

النظرية العامة للقانون، مصطلح ظهر إثر ظهور الوضعية القانونية الجديدة، بعد نظرية كلسن عام 1926 "نظرية القانون البحتة la théorie pure du droit، لتتوالى بعد ذلك الإصدارات¹. لتكون بذلك فلسفة القانون أقدم من النظرية العامة للقانون، توجد علاقة وثيقة تربطهما رغم التفاوت والاختلاف في المجالات، ليكون الاهتمام بأصول القانون أو النظرية العامة للقانون هو مجال المبتدئين في دراسة القانون، وتصبح الدراسة أكثر تعمقا باستعمال فلسفة القانون².

1- وحدة الموضوع واختلاف المنهج بين فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون

كلاهما يهتمان بدراسة القانون، بتحليل القانون وبيان أقسامه وعلاقته بالأفكار والأنظمة المماثلة له، ولكن مختلفان في المنهج: فالنظرية العامة للقانون هي دراسة شكلية تحليلية لفكرة القانون، والمنهج المعتمد تحليلي شكلي. أما فلسفة القانون فتعالج القانون من وجهة نظر فلسفية بتحديد قيمة القانون، أبعاده الأولية، علاقة القانون بالخلق، كما أنها تبحث فيما ينبغي أن يكون عليه القانون، والمنهج المعتمد هو المنهج التأصيلي التأملي.

2- اختلاف الهدف بين النظرية العامة للقانون وفلسفة القانون:

تهدف النظرية العامة للقانون لتنظيم وتنسيق المفاهيم الأساسية للقانون عن طريق تركيز كل الظاهرة القانونية في مجرد قاعدة وضعية يتناولها علم القانون بالتحليل الوافي. أما فلسفة القانون فتهدف إلى دراسة المبادئ الأولية غير القانونية وغير الوضعية التي يجب أن تتأسس عليها فكرة القانون، لأن هدفها دراسة المشاكل الأساسية المتمثلة في أساس وغاية القانون ومحتواه، والمذاهب الأساسية للقانون.

3- الفكر القانوني الأنجلو-أمريكي لا يميز بين المصطلحين

يغلب على العقلية الأنجلو-أمريكية الطابع العملي لذلك هو يتجاهل التفرقة بين فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون، وذلك لسيادة المذهب الوضعي التحليلي (أفكار هوبز Hobbes، وجون أوستين Austin)، رغم ذلك الخلط فهو لا يجهل تماما فلسفة القانون.

¹-يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص60.

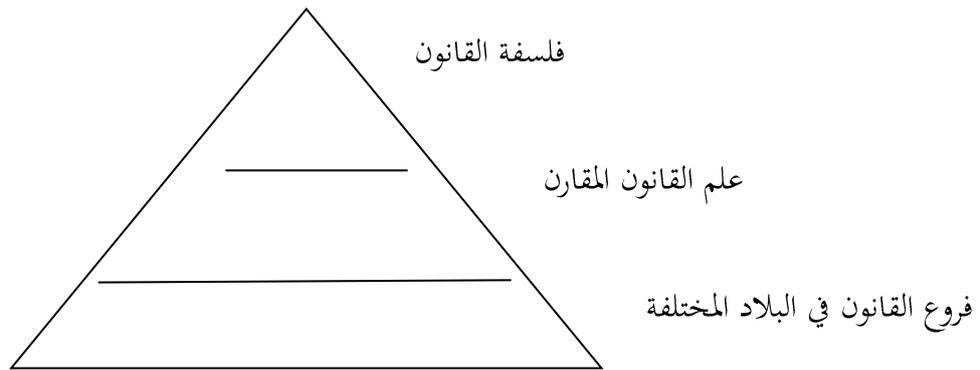
² - يراجع، محمد حسين، المرجع السابق، ص65-67، 63-64.

نتيجة تحديد تلك الأفكار، فإنه يمكن القول أنه: لا يمكن دراسة القانون إلا بالاهتمام بموضوعات فلسفة القانون، كما أنه يوجد ارتباط عضوي وثيق بين فلسفة القانون التي تدرس جوهر القانون والنظرية العامة للقانون التي تتناول شكل القانون.

الفرع الثالث: فلسفة القانون والقانون المقارن وفلسفة السياسة

1- علاقة الفلسفة بالقانون المقارن

-القانون المقارن قانون حديث لم يتجاوز مائة عام، لذلك ثارت خلافات حول تحديد تعريف له، ولم ينعقد إجماعهم. ويمكن ترتيب المصطلحات: فلسفة القانون، " الدراسة المقارنة للقانون" أو القانون المقارن، بتجسيده في شكل هرم على النحو التالي:



مادامت الفلسفة تدرس القانون كحقيقة عالمية، للوصول إلى تحليل طبيعة القانون وتحدد نطاقه ووظيفته، فإنه يجب الاعتماد على الدراسة المقارنة للشرائع المختلفة في ماضيها، وحاضرها. ولكن يوجد اشتراك بين فلسفة القانون والقانون المقارن في الهدف المتمثل في الوصول إلى قانون عالمي تتحقق معه العدالة للإنسانية جميعاً. كما أن الهدف هو دراسة القانون كفكرة، والقاعدة القانونية وليدة ظروف معينة.

2- أما عن تحديد العلاقة بين فلسفة القانون وفلسفة السياسة¹

فانه يمكن توضيح بداية ارتباط مفهوم السياسية بالمدينة، وهي تعني مجموعة الأصول التنظيمية التي تهدف لإقامة أجواء صالحة في المجتمع وتضع من القواعد ما يكفل لها صفات الاستقرار والنظام، والتقدم. كما يقصد منها مجموعة الغايات المشتركة التي يستهدفها شعب ما، مع الوسائل التي يعدها ذلك الشعب للوصول لتلك الغايات. وجود

¹ - يراجع في ذلك: فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص. 71-76.

علاقة تبعية متبادلة بين فلسفة القانون وفلسفة السياسة، فالقول بأن القانون هو السياسة التي تم تحويلها إلى قواعد ونظم قانونية، ولكنهما في تعارض مستمر:

- فلسفة السياسة تحاول جاهدة تغيير القانون وإهداره، أما القانون فيسعى إلى تغيير السياسة وأفكارها.
- يعبر القانون عن نظام سياسي معين، كما أن نموذج حكم معين يقتضي وجود نظام قانوني مناسب يبين كيفية إسناد الحكم وتسييره، وهو الأداة الفعالة التي تملكها الحكومات لتحقيق أهدافها وسياستها.
- الفلسفة السياسية: هي بحث تأملي في المبادئ الأساسية الأولية التي يبنى عليها النشاط السياسي العملي، فهي تعامل فعال مع الواقع السياسي.
- وعن بدايات فلسفة القانون وبالرجوع إلى التطور التاريخي، فهي قد ظهرت مع الفلاسفة في نظم الحكم والسياسة، وتطورها يرتبط بتطور الفلسفة السياسية (لأنها صادرة من الحاكم الفيلسوف إلى رجل الدين، إلى التمييز بين السلطة والدين والتوجه نحو العلمانية وفصل الدين عن السياسة وصولاً لتكريس سلطات الدولة)

النتيجة من ذلك: كل نظرية من نظريات فلسفة القانون تعكس وجهة نظر صاحبها السياسية، ورغم الارتباط بينهما، فإنه يوجد تعارض، فدائماً الفلسفة السياسية تسود وتنتصر على فلسفة القانون. كما أن الفلسفة السياسية تساعد على اقتراب الفيلسوف القانوني من الواقع لتكون أفكاره أكثر تقارباً وقبولاً مع الواقع الاجتماعي.

الفرع الرابع : فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني

علم الاجتماع القانوني أوثق صلة بفلسفة القانون، لبحثهما عن القانون الأكثر قبولاً في المجتمع. وهو علم يتصل بالاجتماع والقانون، وهو العلم الذي يربط بين الظواهر الاجتماعية والسلوك القانوني ويبحث في أسباب ونتائج تطورها. يمكن اظهار أوجه التقارب والتباعد وما يميز بين فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني على النحو التالي¹:

1- **التقارب بين فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني**: يظهر التقارب بين فلسفة القانون وعلم

الاجتماع القانوني، من عدة أوجه:

¹ - يراجع في ذلك فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.77.

- يوجد من يعتبر علم الاجتماع القانوني جزء من فلسفة القانون يهتم بدراسة: " التكييف التفكيرى بين الأفراد في المجتمع عن طريق وسائل الضبط بالإكراه؛" أو هو "العلم الذي يدرس الظواهر القانونية دراسة سوسيولوجية "
- لهما أصل تاريخي واحد (أصل فكري واحد): فالمساهمون في نشأة فلسفة القانون هم امن ساهموا أيضا في نشأة علم الاجتماع القانوني، لتكون نقطة الالتقاء بينهما تتمثل في: البحث عن الجوهر الاجتماعي للقانون وهي فكرة لم تتبلور إلا مع دراسات مونتسيكو Montesquieu، وابن خلدون.
- 2- التباعد بين فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني: تظهر ملامح ذلك في:
- يدرس القانون القاعدة القانونية دراسة عضوية كقاعدة من الداخل، أما علم الاجتماع القانوني فيدرس القانون كظاهرة اجتماعية متصلة بغيرها من الظواهر.
- منهج البحث في علم القانون هو منهج تحليلي خالص يقوم على توضيح وتفسير النصوص، أما منهج البحث في علم الإجماع القانوني يتم بتحليل ورصد النتائج، بدراسة الأسباب الاجتماعية لخلق القاعدة وآثارها الاجتماعية.
- 3- دور فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني في رسم السياسة التشريعية¹: سيتم تحديد دور فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني في رسم السياسة التشريعية بتحديد مهام كل مختص فيهما، على النحو التالي²:
- يهدف الفيلسوف لإيجاد قانون تتحقق بمقتضاه العدالة والمساواة والسعادة ويحفظ توازن المجتمع الإنساني، لتتدخل دور السياسة التشريعية للأخذ بإحدى الأفكار وترك الباقي.
- أما عالم الاجتماع دوره أكثر عمقا، لمنهجه العملي الواقعي يقوم: بدراسة الخلفيات الاجتماعية والاقتصادية لمجموعة العلاقات التي يحكمها القانون، يساعد على التقليل من التعديلات وعند تقديمه لنتائج أبحاثه، يساعد المشرع للوصول إلى أفضل الصيغ التشريعية وأكثرها ملائمة لضبط وتنظيم العلاقات الاجتماعية. ويقوم بدراسة تأثير النصوص من الناحية الاجتماعية وقياس الآثار الاجتماعية للتشريعات والأحكام القضائية للمساعدة على التعرف عن نواحي القصور للتغلب عليها مستقبلا.

1 - يراجع في ذلك فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.91-94.

2 - يراجع في ذلك فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص.91-94.

أما الفرق بينهما، فيكمن في أن فلسفة القانون تحت تأثير الوضعية القانونية تهتم بدراسة القانون كقاعدة وضعية قائمة بذاتها وتدرس في إطارها الخارجي، ولكن علم الاجتماع يدرس الجوهر الاجتماعي للقاعدة القانونية.

الفصل الأول: طبيعة القانون وغايته من وجهة نظر فلسفة القانون.

كانت طبيعة القانون هي ساحة الصراع الأساسية لعلم القانون منذ تجادل الفلاسفة الإغريق حول أساس سلطة القانون، أما غاية القانون فقد نوقشت في علم السياسة أكثر من علم القانون¹، وكانت محل اهتمام فلاسفة القانون، حيث ظهرت عدة اجتهادات فقهية وكلها تعكس وجهة نظر مذهب فقهي معين تأثرت به أفكارهم. سيتم التفصيل في ذلك بدراسة المقصود من أساس القانون وغايته (المبحث الأول)، ثم البحث في غاية القانون أو مقاصده الفنية (المبحث الثاني)، ثم الأمن والاستقرار القانوني كغاية للقانون (المبحث الثالث)، وأخيرا العدل كمقصد وغاية للقانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المقصود من طبيعة القانون وغايته من وجهة نظر فلسفة القانون

المشكلة الأساسية في الجدل حول مفهوم القانون (طبيعته وغايته) تكمن في علاقة القانون بالأخلاق، حيث ظهر موقفان أساسيان متقابلان: موقف المذهب الطبيعي، والمذهب الوضعي، وذلك حسب التطور التاريخي الذي عرفته الأفكار الفلسفية لدراسة الظاهرة القانونية....

المطلب الأول: طبيعة القانون وأساسه من وجهة نظر فلسفة القانون

فلسفة القانون تهتم بالبحث في القانون ككل مع ترك دراسة جزئياته فيما بعد عند دراسة فروع القانون، وذلك بإعطاء الأفكار والمبادئ الأساسية التي تساعد على فهم القانون وأقسامه التي ستدرس في المدخل للقانون، لتكون فلسفة القانون امتداد لعلم القانون، ولا يمكن القول أنها تبدأ من حيث ينتهي علم القانون الوضعي².

¹ - يراجع في ذلك: روسكو باوند، المرجع السابق، ص 39.

² - يراجع في ذلك: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 32-33، ص 9، 10.

الفرع الأول: طبيعة القانون أو مفهومه

ظهر جدل فقهي حول طبيعة القانون وغايته، وبشكل عام حول تحديد مفهوم القانون¹، وهذا ما يظهر من موقف كل من أنصار المذهب الوضعي وأنصار المذهب الطبيعي.

أولاً: أنصار المذهب الوضعي (الاتجاه الأول)

يؤكدون على انفصال القانون عن الأخلاق وبالتالي عدم وجود ارتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق، أو بمعنى أدق، بين ما يفرضه القانون وبين ما تتطلبه العدالة، بين القانون كما هو كائن وبين القانون كما يجب أن يكون، ومن أنصار هذا الموقف الفقيه هانس كلسن.

فمفهوم القانون وفقاً لهذا المذهب يقوم على عنصرين هما عنصر الشرعية الشكلية بالإضافة إلى عنصر التأثير الاجتماعي أو الفاعلية، ليعتبر القانون بالنسبة لهم هو: "ما يجوز الشرعية الشكلية ويجوز التأثير الاجتماعي" (كل ما يسن ويوضع ويكون فعالاً).

ثانياً: أنصار المذهب الطبيعي (الاتجاه الثاني)

تقوم أفكارهم على الارتباط بين القانون والأخلاق، فبالإضافة إلى عنصري الشرعية الشكلية والتأثير الاجتماعي لا بد من وجود عناصر أخلاقية. وقد ظهرت الحاجة للبحث عن مفهوم القانون في ألمانيا خاصة، لكثرة التطبيقات القضائية التي دفعت القضاة لتطبيق أفكارهم الفلسفية لأن القوانين كانت تخالف العدالة أو بعيدة عن الأخلاق². ففي الأمور الاعتيادية التي يعالجها القانون، لا يكون القاضي ملزماً بالبحث عن مفهومه، لكن في الحالات غير الاعتيادية يطرح مشكل مفهوم القانون، ويمكن شرح ذلك من خلال قرارات قضائية للمحكمة الدستورية الاتحادية في ألمانيا:

1- حالة النص القانوني الجائر - الظلم القانوني - 1968 - فالمادة 2 من اللائحة رقم 11 للقانون المدني لإمبراطورية ألمانيا بتاريخ 25-11-1941 كانت تنص على حرمان اليهودي الجنسية الألمانية إذا كانت إقامته المعتادة في بلد أجنبي عند بداية العمل بهذه اللائحة، أو بمجرد اتخاذه مكان إقامة معتاد عند انتقاله في البلد الأجنبي. وقد

¹- للتوسع تراجع في ذلك، روبييت ألسكي، فلسفة القانون، ترجمة كامل فريد السالك، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013 ص 21-23.

²- تراجع في ذلك: روبرت ألسكي، المرجع السابق، ص 21-23.

حدث أن هاجر محامي يهودي إلى هولندا قبل الحرب العالمية الثانية بفترة وجيزة في عام 1942، ولم يعرف مصيره فيما بعد (يتوقع وفاته في تلك الأثناء)، وقصد الفصل في النزاع المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على تركته، كان لا بد من تحديد جنسيته هل يبقى ألماني، أم يفقد جنسيته. فقضت المحكمة: " أن المحامي لم يفقد جنسيته الألمانية إطلاقاً لأن اللائحة رقم 11 للقانون المدني تعتبر في الأساس معدومة، يرجع سبب ذلك، هو إمكانية تجريد أحكام النصوص القانونية للنظام القومي الاجتماعي (الحكم النازي) من السريان لمنافاتها المبادئ الجوهرية للعدالة، وإذا طبقها القاضي وأقر بآثارها القانونية، سوف يقضي بالباطل بدلاً من أن يحق الحق: " فالنص القانوني الظالم الذي يخرق المبادئ الأساسية للحق لا يصبح قانوناً بمجرد أنه طبق واتباع". وهذه هي الحجة التي اعتمدها أنصار المذهب الطبيعي باعتبارهم أن: " القاعدة القانونية الموضوعية طبقاً للقانون، وحازت الفاعلية والتأثير الاجتماعي عند تطبيقها تفقد الطابع القانوني لخرقها القانون الطبيعي".

2- حالة مخالفة منطوق النص - تكميل القانون- القرار القضائي يدور حول الحكم بما يخالف النص القانوني بمعنى حول مشروعية مخالفة منطوق النص القانوني، وهو حكم المادة 253 قانون مديني ألماني، حيث لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية (المعنوية) إلا في حالات ضيقة محددة قانوناً منها: حكم المحكمة الاتحادية للأميرة ثريا بتعويض قدره 15 أف مارك ألماني لقاء الأضرار المعنوية التي لحقت بها من إجراء مقابلة مبتدعة نشرتها مجلة أسبوعية تمس الشؤون الخاصة لمطلقة شاه إيران السابق- الأميرة ثريا- خلافاً للمادة 253. معتمدة في منطوق الحكم على أن " الحق لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة"، فعلى الرغم من أن هذا الحكم يعد مخالفاً لمنطوق النص وهو غير مسموح به في النظام القانوني الألماني (المادة 1/100 من الدستور الاتحادي)، إلا أن هذا الحكم يعكس أفكار المذهب الطبيعي "فالحق لا يتحدد عندهم من خلال القانون المكتوب، بل من خلال العدل عندما لا يحدده القانون".

ثالثاً: محاولة الجمع بين الوضعية والطبيعة (الاتجاه الثالث)

فقد حاول الجمع بين الشرعية الشكلية، والتأثير الاجتماعي مع وجود البعد المثالي لتطبيق القانون، وذلك بتحديد المفهوم التالي¹: " هو نظام من القواعد يقر مبدأ مراعاة العدالة، يتكون من مجموعة قواعد تنتظم في الدستور، وقواعد موضوعية طبقاً للدستور، والتي تنطوي على حد أدنى من التأثير الاجتماعي أو الفاعلية أو إمكانية التأثير الاجتماعي والتي لا تحافي العدالة بشكل مطلق، بالإضافة إلى مجموعة مبادئ تستند/أو/ويجب ان تستند عليها أصول تطبيق

¹-يراجع في ذلك، روبرت ألكسي، المرجع السابق، ص 189، وشرح التعريف في الصفحات اللاحقة إلى غاية ص 193.

القانون لتحقيق مطلب مراعاة العدالة". فلا بد أن يراعي القانون العدالة، وإلا نزعته عنه صفة القانون أو يكون معينا قانونا وهي قيمة مثالية تؤخذ بعين الاعتبار في تطبيق القانون، ليجمع التعريف بين البعد المثالي والبعد الواقعي لتطبيق القانون.

يقوم هذا التعريف على وجود علاقة بين عناصر التعريف التقليدية للقانون: الشرعية الشكلية والتأثير الاجتماعي (البعض يربطه بالفاعلية أو العدالة)؛ فيتم وضع القوانين بناء على تدرج هرمي يكون الدستور على رأسه¹، أما عن مفهوم التأثير الاجتماعي فهو سمة كل القوانين، فضرورة اتباع قواعد القانون يكون مقترنا بالمعاقبة من طرق الدولة على عدم اتباعها، بأن يفرض نظام الدولة وجوده على أنظمة القانون المتنافسة معه حتى يكون له تأثير اجتماعي، ليكون بذلك السريان القانوني لنظام قانوني ككل متوقف على السريان الاجتماعي.

الفرع الثاني: تحديد أساس القانون من وجهة نظر فلسفة القانون

في المراحل الأولى للاهتمام بالقانون خاصة القانون الطبيعي، تداخل مفهومه أو أساسه مع غاية القانون، أما بعد نزوح القانون كعلم مستقل قائم بذاته يبتعد عن غاية القانون، لذلك فأغلب التعاريف التي وضعت للقانون تعكس الموقف الفلسفي لصاحبهما. ويقصد من أصل القانون ماهيته وأساسه وما يتكون منه (Le « Nature and basis of law », « fondement et la formation du droit »)، والبحث فيه يتناول الفكرة العامة الأساسية في تصور القانون، وما إذا كان القانون ينبثق من ضمير المجتمع بطريقة طبيعية لا شعورية أم أن لإرادة الإنسان أثرا فعالا في إنشائه، وما إذا كان نشوؤه ينتج عن تفاعل عناصر مثالية أم يخضع لأثر القوة المادية، وما هي العناصر الهامة المشتركة بين جميع الأنظمة القانونية، يدرج كل ذلك ضمن عنوان أصل القانون². وقد تم التساؤل منذ العصور القديمة حول أساس القانون، فلا يمكن فهم عميلة صنع القانون دون التساؤل حول لماذا القانون أو أساسه؟، هل يفصل عن الدولة أم يرتكز على مبادئ أبدية أم يقوم على قيم عليا أم يعد حدثا اجتماعيا؟، فلسفة القانون تجعل القانوني يتساءل عن سبب إلزام الأفراد بالقواعد وما هو مصدر إلزامها؟ وكيف

¹ - لقد ثار خلاف حول مصدر قواعد الدستور أو القواعد الأساسية التي تعد قواعد تعلق القانون الوضعي، فقد اعتبرها كلسن قواعد مفترضة وهي موجودة وصحيحة مما يجعل ذلك الافتراض يقترب من مفهومنا لقانون الطبيعي لأنه يكون بعيدا عن القانون الوضعي، للتفصيل أكثر يراجع في ذلك، ميشل تروبير، المرجع السابق، ص 49-53.

² - يراجع في ذلك: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 49، 53.

يمكن تمييزها عن باقي القواعد الاجتماعية؟ للإجابة على هذه التساؤلات ظهرت اتجاهات ثلاث تحاول تحديد أساس القانون ووجوده¹:

الاتجاه الأول: الأساس الطبيعي للقانون أو الاتجاه المثالي للقانون

فالقانون ليس ما يفرضه أو يصنعه الحكام القابضون على السلطة، بل هو مجموعة مبادئ تتماشى مع طبيعة الأشياء، وبالتالي تعتمد على العقل ومن ثم تفرض على الحكام، يجب أن تتناسب معها قوانينهم، وإلا أصبح المحكومون لا يطيعون الحكام، وذلك لوجود قانون يعلو على الحكام وقوانينهم، ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة إلزامها. بناء على ذلك، توجد قواعد قانونية أنسق وأعلى من القانون الوضعي، وهي خالدة وثابتة وتصح زمانا ومكانا، وما يميز القانوني الطبيعي هو خاصية الثنائية والموضوعية: خاصية الثنائية: وجود قانون طبيعي مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه، أما خاصية الموضوعية: فوجود القانون الطبيعي لا يرتبط بإرادة المشرع، بل الأصل إلهي أو طبيعي. فالقانون إذن يفرضه سلطان العقل فقط، تحكمه المثل العليا.

الاتجاه الثاني: الأساس الوضعي للقانون

يجمع البعض ضمن الأساس الوضعي للقانون الوضعية القانونية والوضعية الاجتماعية²، ولكن للتفصيل أكثر سيتم الفصل بينهما في الدراسة. بناء على هذا الاتجاه يجد القانون أساسه في إرادة الحكام، فهو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم سلوك الأفراد التي تفرضها السلطة في المجتمع، أو مجموعة قواعد أمره تضعها السلطة الحاكمة (الحاكم) ليكون أساس القانون الوضعي. ويقصد بالقانون الوضعي³ هو القانون الموجود في بلد معين وفي وقت معين، بمعنى الساري المفعول في المجتمع، مع الأخذ بعين الاعتبار تفسير القانون من طرف المحاكم (يصبح يتكون من تشريعات واجتهاد قضائي يقوم بتفسيرها لتطبيقها. يمتاز هذا الاتجاه بتقديسه الجانب الشكلي، مع ربطه القانون بالدولة بمعنى اعتبار الدولة هي المصدر الوحيد للقانون.

¹ - للتفصيل في ذلك يراجع في ذلك، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 35-36؛ ديبس لويد، "فكرة القانون"، تعريب سليم الصويص، مراجعة سليم بسيمو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، نوفمبر 1981، ص 76؛ ميشال بونشير، "مدخل للقانون" ترجمة محمد أرزقي نسيب، المرجع السابق، ص 27-29.

² - وهو اما يعرف أيضا بالاتجاه الوضعي، يراجع في ذلك ميشال بونشير، المرجع السابق، ص 23-24.

³ - يراجع في ذلك ميشال بونشير، المرجع السابق، ص 27.

وذلك ما أكده الفقيه إهرنج. IHERING¹ في كتابه *la lutte pour le droit* الذي اعتبر أن القانون هو "مجموعة الضوابط التي بواسطتها يمارس الإكراه في الدولة، فلا يجد مصدر وجوده إلا في الدولة"، وقد نشأ عن ذلك ضرورة خضوع الدولة للقانون تحقيقاً لفكرة دولة القانون.

أما بالنسبة لهانس كلسن H- Kelsen² فقد دافع عن الوضعية القانونية، معتبراً أن القانون يبتعد عن الإيديولوجيات والمرجعيات التي تحيل للعلوم الطبيعية، فهو يميل في فكره إلى الشكلية المفرطة، والقاعدة القانونية بناء على وجهة نظره تتمتع بخاصيتين³: **الصحة** التي تأتي من صحة قواعد أخرى تعلوها تستمد منها قوتها الإلزامية (يستمد القانون صحته من الدستور)؛ **الفاعلية أو الفعالية**: تأتي من كون القاعدة القانونية مصاغة ومندرجة ضمن النظام القانوني العام المتميز بالإكراه، فالدولة هي التي لها حق انشاء القواعد والخضوع لها. ولكن يعاب على فكره اعتماده على خاصية أن القاعدة الأساسية مفروضة.

وما يمكن ملاحظته، أن التقدم العلمي والتكنولوجي في القرنين 19 و20 لعب دوراً أساسياً في ظهور المذهب الوضعي ورفض القانون الطبيعي، لكن الآثار السلبية لذلك التطور من ظهور الثورات والحروب أدى إلى إحياء فكرة القانون الطبيعي بشكل جديد⁴.

الاتجاه الثالث: الأساس الاجتماعي للقانون

فالقانون ليس ما يفرضه أو يضعه الحكام (الدولة)، ولا هو ما يتماشى مع الطبيعة والعقل بل هو وليد حياة الجماعة، بحيث يولد تلقائياً من المجتمع وضرورات العيش التي تفرضه على أعضاء الفئة الاجتماعية، فيكون لكل فئة اجتماعية قواعد قانونية تفرض على أعضاء المجتمع حكماً ومحكوماً. ومن زعماء هذه النظرية الاجتماعية للقانون: الفقيه سافيني⁵ CHARLES SAVIGNY من أهم منتقدي التقنين المدني الفرنسي، وهو يعتبر القانون "نتيجة لجوهر الأمة وتاريخها"، ولا يمكن حبسه في تقنين وهو ما أخذت به الاشتراكية الألمانية. وأيضا الفقيه

1- استمرت حياته من 1812- إلى 1892.

2- رجل قانون نمساوي طرد من طرق النازيين من أوروبا، استمرت حياته من 1881 إلى 1973.

3- للتعرف بشكل مفصل حول الخاصيتين، يراجع في ذلك: ميشال يونشير، المرجع السابق، ص 28-29.

4- يراجع في ذلك، دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب المحامي سليم الصوص مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، سلسلة كتب ثقافية شهرية يصدرها المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد 1990، 47، ص 76، وهو ما سيتم التفصيل فيه عند الحديث عن وضعية القانون الطبيعي في العصر الحديث عند دراسة جوهر القانون عند المدارس الفلسفية.

5- وهو أستاذ بجامعة هيدل بيرغ HEIDELBERG استمرت حياته من 1779 إلى 1861.

ليون دوقى¹ LEON DUGUIT الذي قام بتطوير النظرية الاجتماعية للقانون في فرنسا، فالقاعدة بالنسبة له " تتكون في ذهن المجتمع كقاعدة اقتصادية او أخلاقية لتصبح قانونا دون تدخل الدولة، لأنها موجودة وتنشأ دون ربطها بأي مبدأ علوي، أما دور الدولة فيكون بالتدخل لاحقا دون أن يكون هذا التدخل هو الذي يمنح الصفة القانونية، فالدولة تنشئ القانون الشكلي فقط دون محتواه".

وعلى هذا الأساس يعتبر هذا الاتجاه تجسيد للواقعية، ولكن في الوقت الحالي معظم الدول تأخذ بالمذهب المختلط كأساس للقانون وذلك بالجمع بين عناصر الواقع باختلاف أنواعها مع عنصر المثل العليا للعدل.

تطبيق عملي للنظريات السابقة لغاية القانون

غالبية الأفكار التي تناولت غاية القانون تتضمنها الأفكار التي تبحث عن ماهية القانون، يظهر من المفيد استعراض تلك الأفكار التي تبحث في طبيعة القانون للوصول أخيرا لتحديد الغاية منه، والتي يمكن جمعها فيما لا يقل عن اثني عشر مفهوما لطبيعة القانون². يرجى من الطلبة قراءة المفاهيم المحددة أدناه، ثم تحديد الاتجاه الفقهي المعتمد عليه قصد فهم أسس كل اتجاه مقارنة بالاتجاه الآخر. (بكتابة الاتجاه الفقهي المناسب من الاتجاهات المحددة سابقا بجانب كل فكرة مما يلي):

- 1- طبيعة القانون: " قواعد تحكم النشاط البشري وتستمد سلطتها من الله"
- 2- القانون: " تراث من العادات القديمة التي فبلت بها الآلهة"
- 3- القانون " الحكمة المسلحة للحكماء القدامى الذي تعلموا المسلك السليم للتصرفات البشرية، أو المسلك الذي تقره الآلهة"
- 4- القانون "نظام من المبادئ التي يتوصل إليها الفقهاء بطريق التأمل الفلسفي والتي تعبر عن طبيعة الأشياء"- نظرة الفقيه الروماني لطبيعة القانون.
- 5- القانون " مجموعة من التأكيدات والإثباتات لقانون خلقي خالد لا يتغير ولا يتبدل"
- 6- القانون " مجموعة من الاتفاقات بين البشر التي تنظم علاقات بعضهم مع بعض في مجتمع منظم سياسيا"(المفهوم هو القالب الديمقراطي لتطابق القانون مع القواعد القانونية وبالتالي مع التشريعات والمقررات التي تتخذها المدينة (الدولة)"

¹ - استمرت حياته من 1859 الى 1928..

² - يراجع في ذلك: روسكو باوند، المرجع السابق، ص 39-40.

- 7- القانون " انعكاس للعقل الإلهي الذي يحكم الكون" انعكاس لما ينبغي أن يقوم به الإنسان كمخلوق خلقي وفق أوامر العقل الإلهي بالمقارنة لما يجب أن يقوم به سائر المخلوقات (توماس الإكويني - القرن 17)
- 8- القانون " مجموعة الأوامر الصادرة من السلطة ذات السيادة في مجتمع منظم سياسيا تتعلق بتصرفات البشر في هذا المجتمع" (أخذ به الفرنسيون لتدعيم السلطة الملكية المركزية 16-17 وظهر سيادة البرلمان في بريطانيا 1688).
- 9- القانون "نظام من التعاليم التي يتوصل إليها الإنسان ويكتشفها بطريق التجربة"-المدرسة التاريخية ' قرن 19 القانون يوجد في زمان معين ولشعب معين.
- 10- القانون نظام من المبادئ التي يتوصل إليها الإنسان عن طريق التأمل الفلسفي ثم يطورها ويهتم بتفاصيلها من خلال كتابات الفقهاء وقضاء المحاكم.
- 11- القانون " مجموعة أو نظام من القواعد والأحكام التي تفرضها الطبقة المتسلطة على أفراد المجتمع وذلك بغية ترويض مصالحها الخاصة بصورة واعية أو غير واعية (تفسير اقتصادي للقانون).
- 12- القانون مؤلف من الأحكام التي تفرضها القوانين الاقتصادية والاجتماعية المتعلقة بسلوك الناس في المجتمع، قرن 19

المطلب الثاني: مفهوم مقاصد القانون أو الغاية منه

المقاصد هي الروح العامة التي تسري في كيان الأحكام التشريعية والمنطق الذي يحكمها ويبرز خصوصيتها، وينبئ عن تمييز أسلوبها، وتفرد طريقتها، وارتباطها بأسسها ومطلقاتها¹، وهو مصطلح كثير الاستعمال في دراسة الشريعة الإسلامية والذي يقصد به علم المقاصد². والمقاصد هي قصد الشارع من وضع الشريعة ابتداءً ومن وضعها للإفهام ووضعها للتكليف بها، ووضعها لتحويل المكلف تحت حكمها، فالمقاصد إذن هي الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد³، وتنشأ المقاصد الشرعية من أفكار ثلاث: **التعليل**: اعتباره أداة لضبط الحكم وربطه بالمعاني؛ **المصالح**: باعتبارها غاية للحكم بما تعرف مواردها ومصادرها؛ **ومآلات الأفعال** باعتبارها القاعدة

¹-، يراجع في ذلك: خليفة بابكر الحسن، " فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي"، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة 1، 2000، ص.6.

²-من أهم رواد هذا العلم تجد كتاب: الموافقات في أصول الشريعة-الشاطبي، والمقاصد لغة جمع مقصد، اسم مكان من قصد ومعناه التوجه إلى الشيء وإثباته، ومنه قوله تعالى " وأقصد في مشيك" (لقمان الآية 19)، والمقصد هو موضع القصد، اصطلاحاً: هي المعاني والأهداف والحكم الملحوظ للشارع في تشريعه للأحكام أو معظمها أو الاسرار التي أودعتها تلك الأحكام، يراجع في ذلك، وهبة الزحيلي، " أصول الفقه الإسلامي"، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة 1، 1999، ص.2، ص..1017.

³-يراجع في ذلك: خليفة بابكر الحسن، المرجع السابق، ص 28، وما يليها.

الرئيسية في فقه التنزيل، ولم توضع الشرائع إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، ويعد العدل هو روح الشريعة عند المسلمين، عكس القانون أين تعد العدالة غايته ومقصده¹.

وتحديد الغاية ومعرفتها يؤدي إلى حسن فهم القانون وإدراكه وإلى دقة تفسيره وملاءمة تطبيقه، ويمكن أن يكون للقانون غاية أو هدف فوري يسعى لتحقيقه وهو الهدف الفني Le bute technique²، وله هدف نهائي Le bute idéal final. و تحديد الغاية من القانون عرف تضاربا فقهيا كبيرا، لأنه بدراسة هذا الموضوع تتجلى نسبية القانون La relativisme du droit في أعلى درجاتها ويكون التصادم أكثر شراسة من أي موضوع آخر³.

تعد غاية القانون مثلا للتفكير الفلسفي، الذي سبق فيه الفقه المشرع، فهي فكرة قديمة قدم الفلسفة ذاتها، ويعد القانون وسيلة لتحقيقها، وذلك سيتضح من خلال التعرف على التطور التاريخي لتحديد غاية القانون (الفرع الأول) ثم العلاقة بين وظيفة القانون والغاية منه (فرع ثاني).

الفرع الأول: التطور التاريخي لمفهوم مقاصد القانون أو غايته.

شغلت فكرة الغاية فلاسفة الإغريق، وهيمنت على أعمال أرسطو، وأفلاطون مرورا بفلاسفة العصور الوسطى، واحتلت الصدارة لدى فلاسفة ورجال القانون في العصور الحديثة:

- **مرحلة القوانين القديمة:** الغاية الأساسية هي المحافظة على السكينة والسلام الاجتماعي لتكون القوانين تمتاز بالقساوة لصعوبة ضبط سلوك الإنسان البدائي وجعله ملتزما بالقوانين والأعراف.
- **في العصر الروماني:** وبتأثير من الفلسفة اليونانية أضيفت غاية أخرى للقانون هي تحقيق العدل، وقام أرسطو بالتمييز بين العدل والعدالة.
- **في القرون الوسطى:** سيطرة الكنيسة ورجال الإقطاع على الدولة جعلت غاية القانون القديمة تعود وهي تحقيق الأمن الاجتماعي والحفاظ على الوضع القائم.

¹-يراجع، محمد كمال الدين إمام، "مقاصد الشريعة والقانون المقارن"، المقالة رقم 1 من الفصل الثالث من كتاب الفقه والقانون، الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية، مجلس الشورى الإسلامي، ص. 283. الرابط الإلكتروني <http://cmir1.ir/ar/images/book/maqasedalshariiakamalimam.pdf>

²- Henri BATIFFOL, "la philosophie du droit", presses universitaire de France, collection que sais-je ?. Septième édition revues, 1987, Paris, pp, 104-105 .

³- يراجع في ذلك، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص. 8-13.

- في عصر النهضة: سيطرة الحرية والمساواة، التي جعلت غاية القانون تتمثل في تأكيد ذات الفرد وإثبات حريته وإقامة المساواة الطبيعية والعدل بين الأفراد ورفع القيود، بحيث لا ينبغي التوسع في نطاق القانون وحصره في أضيق مجال، فكان القانون شر لا بد منه¹.

- في مطلع القرن العشرين: تنامي الحركات الاجتماعية، تم الاعتراف بتحقيق التقدم الاجتماعي كغاية القانون.

لذلك يمكن جمع غايات القانون في مجموعتين من القيم: قيمة اجتماعية: أمن المجتمع واستقرار المعاملات (السكينة الاجتماعية) مع تحقيق التقدم الاجتماعي؛ وقيمة مثالية: تحقيق العدل في المجتمع. الأخذ بهما في مجموعتين أو تفضيل أحدها عن الأخرى يختلف باختلاف القوانين المعاصرة والتي يمكن التفصيل فيها لاحقاً. لتعد بذلك مقاصد القانون هي غاية القانون (Le but du droit) (The end of Law). ويقصد به: الأهداف التي يتوخاها القانون، أو يجب أن يتوخاها أو القيم Les valeurs.. التي يسعى لتحقيقها، وإن كان أغلب الفلاسفة متفقون على أن غاية القانون هي تحقيق العدل، فإنه يوجد من يضيف الحرية، التنسيق بين المصالح المختلفة في المجتمع، الأمن الجماعي، التقدم الحضاري²، فليست الغاية المباشرة للقانون العمل على إسعاد الناس وتحقيق الأمان والأمني لهم ودفعهم للتقدم، كما لا يسعى إلى الحقيقة، بل إن الغايات تتعدد بحسب الفكر الذي وضعها وتبناها.

الفرع الثاني: وظيفة القانون وعلاقتها بغاية القانون.

ليس القانون غاية بحد ذاته، بل وسيلة لتحقيق غاية يسعى إليها، فهو (علم القانون) من العلوم المعيارية Science normative التي تحاول وضع أفضل القواعد على أساس حكم تقويمي مبني على تقدير الغاية المبتغاة، يعني أنه علم غائي بمثابة هندسة اجتماعية للعلاقات داخل المجامع موضوعه أفعال الناس وتصرفاتهم وله غاية معينة³، بالإضافة إلى أنه علم تفسيري، وبداية هو علم إنساني⁴.

¹- فقد تم العودة إلى بعض الأفكار اليونانية.

²- يراجع في ذلك، سيمان مرقس، فلسفة القانون، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.10.

³ - يراجع، مبارك المصري النظيف محمد، "غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، مجلة حوليات كلية الشريعة، العدد الخامس 1437هـ/ 2016م، على الموقع الإلكتروني

⁴- في ذلك يشترك علم القانون مع علم الاخلاق والجمال، وعلم المنطق لأنها علوم انسانية تجعل من تفكير الإنسان السليم وتنمية تذوقه للمجال وضبط سلوكه وحماية غاية لها.

فهو بذلك، يختلف عن العلوم الطبيعية التي هي علوم سببية بمعنى متى توافرت الشروط والأسباب تحققت النتائج، وعدم تحقق نتيجة معينة مرتبط بتدخل أسباب أخرى منعتها مثلا السقوط من مرتفع دون الإصابة بكسور، أو الدخول في بيت فيه حريق دون الإصابة بأية أضرار..، فهي لا تحتاج لمعيار بل النتيجة تتحقق لوجود السبب. **فغاية القانون:** تحقيق العدل، ضبط السلوك، ربط ذلك بأمن واستقرار ومصالحة الجماعة، وتعد القاعدة القانونية معياره سواء كانت وضعية أو عرفية مهما كان مصدرها كعلم إنساني معياري.

أما العلوم الطبيعية تبحث فيما هو كائن فهي علم تقريرى وصفى، تكشف قوانين الطبيعة. أما القانون يبحث فيما يجب أن يكون عليه الإنسان، يحكمه قانون الإسناد لا قانون السببية، بمعنى علاقة بين قاعدة اجتماعية وجزاء ينبغي أن يوقع عند مخالفتها، وقد تكون الغاية عامة لا تختلف باختلاف الدول والأمكنة والأزمنة والقوانين، وقد تكون خاصة متعددة تعكس أفكار المجتمع في زمان ومكان محدد¹.

ليكون القانون وسيلة لتنظيم المجتمع، وبالتالي يمكن تحديد وظيفته بالارتباط إلى العوامل التي تحكم العلاقات الاجتماعية المتمثلة في: المشاهدة بمعنى وجود علاقة بين أفراد بصفات مشتركة، قرابة اجتماعية: مثلا التشابه بين الصينيين، المهاجرين..... يجعلهم التشابه يرتبطون بعلاقات اجتماعية- وفي التنوع: بمعنى الفروقات الجسمية، وما يترتب عن ذلك من تأثير على السلوك (المرأة، الرجل) وفي الشخصية، والصفات، فذلك التنوع يؤدي إلى الصراع بين المصالح مما يتطلب معه التدخل لتنظيم تلك العلاقات لإبعاد الفوضى.

فوظيفة القانون إذن؛ وضع قواعد تعتبر معايير تحدد ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع ليكون القانون علما اجتماعيا معياريا. لذلك فالقانون يضبط السلوك داخل المجتمع اعتمادا على أساس معين وأفكار مذهبية معينة (شكلي، واقعي، اجتماعي، مثالي..)، فهو مرآة البيئة ووسيلة لارتقاء المجتمع، وتحقق وظيفته باستعمال وسائل معينة للوصول إلى أغراض معينة²:

- فالوسيلة هي التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم المتعارضة حفاظا على كيان المجتمع وضمأن تقدمه، على أساس الحرية والمساواة، ووجود القيود التشريعية توضع للمصلحة العليا للمجتمع مع مراعاة ظروف وعادات ومعتقدات مجتمع معين (القانون يستجيب لتلك المتغيرات).

¹- سيتم تحديدها لاحقا، بدراسة المذهبين الفردي والجماعي.

²- للتعرف على وظيفة القانون، يراجع في ذلك، عبد المنعم فرج الصدة، "أصول القانون"، شركة مكتبة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، سوريا، 1965، ص 12-13، فقرة 6.

- أما الغرض: حماية الحريات والمصالح وحفظ كيان المجتمع وتقدمه، فغاية القانون نفعية بإقامة النظام واستقراره في المجتمع ولو تم تفضيل المصلحة الخاصة عن العامة.

المبحث الثاني: المقاصد الفنية القريبة للقانون.

يعمل المشرع عند وضعه تشريع معين، على تحقيق هدف فوري قريب: مثلاً تجنب خط معين (التأمين)، الوفاء بحاجة ملحة للمجتمع (مكافحة الفساد)،... و تحقيق مثل تلك الأهداف يعد وسيلة أو سبيلاً إلى بلوغ هدف أسمى أو مثالي، ولتحديد المقصود من الغاية أو المقصد أو الهدف الفني القريب للقانون، قد تضاربت الآراء والنقاشات حولها والتي دارت حولها هذه العناصر: حماية أشخاص القانون، الوفاء بالحاجات الاجتماعية الأساسية¹.

فغاية القانون نفعية بإقامة النظام واستقراره في المجتمع حتى ولو تم تفضيل المصلحة الخاصة عن المصلحة العامة (المطلب الأول)، والوفاء بالحاجات الأساسية للشخص القانوني (المطلب الثاني)، مع تحقيق الخير العام (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حماية أشخاص القانون:

يعتبر الفقه المعاصر أن غاية القانون من الناحية الفنية هي " حماية أشخاصه أو المخاطبين به"، ولتحديد المقصود من الأشخاص، ظهر جدل فقهي حول تعريف الشخص: فقد تم تفريقه وتمييزه عن الفرد L'individu فليس كل فرد شخص قانوني وذلك اعتماداً على التطور التاريخي لمفهوم الشخص عند الحضارات القديمة²، وعلى كل فإن الأنظمة القانونية لكل دولة هي التي تحدد الشروط الواجب توافرها لاعتبار الفرد شخصاً قانونياً. يكون بذلك حماية المخاطب بالقانون تؤدي بطريقة حتمية لحماية حقوق هؤلاء الأشخاص، ليظهر الترادف بين "الشخص"، "صاحب الحق"، ولكن كيف يحدد الشخص محل الحماية هل اعتماداً على إرادته أم اعتماداً على مصلحته المادية، أم المصلحة الاجتماعية؟ الإجابة تظهر من خلال دراسة الاتجاهات التالية.

¹- للتفصيل حول الهدف الفني القريب للقانون، يراجع، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 8-13.

²- مثلاً عند الرومان، لم يكن الأجنبي شخصاً بل يعامل معاملة العبيد، ولو يعامل معاملة الرومان إلى أن تغيرت الأمور فيما بعد.

الفرع الأول: اتجاه يجعل الموضوع الوحيد للحماية هي الإرادة

رائد هذا الاتجاه هو الفقيه سافيني SAVIGNY، يركز هذا الاتجاه على أن الإرادة باعتبارها القدرة على المشيئة Le pouvoir de vouloir، فهي الأساس الوحيد الذي تستند عليه فكرة الشخصية القانونية، لتعتبر نتيجة لذلك الشخصية المعنوية مجرد حيلة لا تملك إرادة يتم إبعادها، وأيضا تستبعد هذه النظرية الأشخاص عدمي الإرادة أو ناقصيها: المجنون، صغير السن، المعتوه... وهي نتيجة خاطئة، فالقانون يحمي الجنين حتى قبل ميلاده. وقد عمل بعض أنصار هذه النظرية لتفادي النقد الموجه بتعديل في المفاهيم، فالإرادة هي مناط الشخصية القانونية، كما أنه لعدم الإرادة شخصية شبه افتراضية، والشخص الاعتباري هو مجرد افتراض لا وجود حقيقي له، مما يترتب عنه عدم وجود مفهوم موحد لفكرة الشخص المخاطب بالقانون.

الفرع الثاني: اتجاه يجعل موضوع الحماية هي المصالح أو القيم وليست الإرادة

اعتمادا على هذا الاتجاه، فإن مناط الشخصية لا يتحدد بالإرادة المدركة الواعية بل بالمصلحة¹، وهو ما يؤدي إلى توسع دائرة الحماية القانونية، فالشخص هو صاحب المصلحة مهما كان، إنسان، حيوان، جماد... ولكن اتجاه آخر جعل المصلحة محل الحماية هي المصلحة الاجتماعية وليست الاقتصادية، فالقانون يهدف في المقام الأول إلى إقامة نظام اجتماعي عادل، وذلك بتمكين الكائنات المتميزة (الإنسان) التي تمثل قيمة اجتماعية معينة، من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومن ثم تحظى بحماية القانون.

اعتمادا على هذه النظرية: فالحقائق الاجتماعية تفرض دائما اعتبار الإنسان يتمتع بمثل هذه القيمة (قيمة اجتماعية)، وتلك الصلاحيات بصرف النظر عن الوعي والإدراك (الإرادة)، كما أن مصالحه تقضي بعدم قصر تلك الحماية عليه فقط بل تشمل كائنات جماعية أخرى متميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح إنسانية لعدد كبير من الأفراد. فغاية القانون هي حماية الأشخاص المخاطبين بأحكامه (الشخص القانوني)، وذلك بحمايتهم من الاعتداء وتنظيم سلوكياتهم في المجتمع وحماية حقوق الإنسان².

¹ - من أنصار هذا الاتجاه الفقيه الألماني Ihering.

² - للتعرف أكثر على غاية القانون في حماية حقوق الإنسان، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 31-38.

المطلب الثاني: الوفاء بالحاجيات الأساسية للشخص القانوني

يكاد يجمع الفقه المعاصر على أن الغاية القريبة أو الفنية للقانون: "هي حماية حقوق الأشخاص المخاطبين به"، وتلك الغاية ما هي إلا الحاجة الاجتماعية الأساسية التي يسعى الناس لتحقيقها عن طريق القانون، ليكون تنظيم السلوك أو التصرف البشري في المجتمع المنظم سياسيا من أهم الحاجات الاجتماعية التي بوضع القانون للوفاء بها¹. وقد اختلفت تلك الحاجات عبر العصور حسب تطور المجتمعات:

- المجتمع البدائي: الغاية القريبة كانت المحافظة على النظام والأمن في جميع الظروف مهما كان المقابل (الاستقرار والأمن).

- عند الإغريق: بهدف النظام القانوني إلى الحفاظ على الوضع الاجتماعي القائم، وقد تأثر بذلك الرومان. في القرون الوسطى: بعد انتشار القوانين الجرمانية، فقد تم التضحية بأغلب الحاجات الاجتماعية والإبقاء والحفاظ على النظام والأمن في جميع الظروف.

- عند الفكر الإسلامي: تم الاهتمام بالوفاء بالحاجات الاجتماعية عن طريق التركيز على أن غاية الدولة والقانون هي تحقيق السعادة والخير للمواطنين.

اعتماد البعض على المفهوم الفقهي بمعنى تحقيق المنفعة *L'utilité*، والمتمثلة في تحقيق الخير للأفراد ودفع المضار عنهم، وقد تم تفضيل هذه الغاية على العدل على أن تكون أيضا الحقوق الفردية والعدالة تحت رحمة وحكم النظام السياسي².

المطلب الثالث: الخير العام أو الصالح العام كمقصد أو غاية للقانون

دور الدولة هو فرض القانون، والذي عن طريقه تضمن تحقيق الخير العام، ليكون بالنتيجة القانون مطالب بتحقيق خير المخاطبين بأحكامه، والخير العام هو المحصلة النهائية لتحقيق قيمتي الاستقرار والعدالة. ومادام القانون مرتبط بالمجتمع فهل القانون مرتبط بالصالح العام؟ لذلك تم البحث عن دور المصلحة الاجتماعية في نشأة وتكوين وتطور القاعدة القانونية، لتكون بذلك غاية أساسية يحافظ عليها القانون تحقيقا للخير العام للجماعة، فهذا المقصد أو الغاية مرتبط بالمجتمع ككل.

¹ يقصد بذلك الحاجات الاجتماعية الأساسية، للتفصيل في تلك الغاية، يراجع حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 38 وما يليها.

² -انتشار هذا الفكر في الفكر القانوني الأنجلو أمريكي، أدى إلى الإيمان بالرفاهية الاجتماعية واعتبارها السمة الغالبة التي تميز النشاط التشريعي في هذه البرلمانات.

سيتم البحث في مظاهر الخير العام أو الصالح العام (الفرع الأول)، تأثير النظامين الليبرالي والموجه على مفهوم الخير العام أو الصالح العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مظاهر الخير العام أو الصالح العام

ويتخذ تحقيق هذا المقصد (الخير العام أو الصالح العام) مظهرين شكلي وآخر موضوعي¹، على النحو التالي:

1- الإطار الشكلي للخير العام: يتمثل في مجموعة الوسائل التي تؤكد دور المجتمع السياسي لتحقيق الخير العام الإنساني، على أن تكون تلك الوسائل كافية شكليا لحفظ النظام والسلامة والامن في المجتمع، وتتولى الدولة ذلك عن طريق أجهزتها الإدارية وسلطتها التشريعية بما تضعه من تنظيمات ونصوص تضمن ذلك. وتظهر غالبا من خلال نصوص آمرة تكون مقترنة بجزاء عند مخالفتها، والتي تتسم بالتنفيذ الجبري أو المباشر. فللدولة الدور الأساسي في تحقيق الخير العام عن طريق سن القوانين اللازمة لحسن تنظيم المجتمع الإنساني.

2- أما الإطار الموضوعي للخير العام: فهو مجموعة العناصر الموضوعية المكونة للخير العام: بمعنى كل ما يمكنه أن يحقق الخير والسعادة للإنسان داخل المجتمع بانتشار السلام والأخلاق والأمن...، وهي أمور لازمة لازدهار المجتمع الإنساني.

نتيجة لذلك، فإن الصالح العام يتكون من مجموعة القيم والمنافع الضرورية للحياة الإنسانية التي تختلف باختلاف المصلحة المرعية: اقتصادية تمس النشاط الاقتصادي (صالح عام اقتصادي)، الصالح العام الأخلاقي، المرتبط بالثقافة والعلم، الصحة، السياسة وبكل ما له علاقة بأمن الدولة وتنظيمها...، بالتالي فهي تمس كل مجالات القانون وفروعه عام، خاص، دولي، داخلي...

وتلك المصالح والأسس ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام التي يقصد منها: "مجموعة الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها"²، أو "مجموعة النظم والقواعد التي يقصد بها المحافظة على حسب سير المصالح العامة للدولة وإلى ضمان الأمن والأخلاق في المعاملات بين الأفراد، بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في اتفاقاتهم"، أو "الأسس، الاقتصادية، الاجتماعية،

¹-يراجع في ذلك، حسن احمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 205 وما يليها.

²-يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 91؛ حسن كيرة، المدخل للقانون، منشأة المعارف، 1998، ص 48.

الأخلاقية التي تقوم عليها نظام المجتمع¹. فالمصلحة العامة إذن هي معيار النظام العام، الذي تمس قواعده جميع جوانب الحياة السياسية، الاقتصادية، الأخلاقية، اجتماعية...².

الفرع الثاني: تأثير النظام الليبرالي والموجه على مفهوم الخير العام أو الصالح العام

ومفهوم الخير أو الصالح العام بمظهره تلك، يتغير بحسب نوع النظام السياسي أو الاقتصادي السائد، وبناء عليه يتغير دور الدولة في تحقيق ذلك بإتخاذ قدر من الإختيار القانوني بين النظام الليبرالي والاقتصاد الموجه³:

- 1- في النظام الليبرالي تدخل الدولة يكون ضئيلا لوضع الوسائل اللازمة لفرض مقتضيات الخير العام، لأن هذا النظام يقوم على ترك الحرية للفرد لتحقيق مصالحه، أما تدخل الدولة يكون في الحالات الاستثنائية، لأن دور القانون والدولة في هذا النظام هو حماية الحقوق الفردية الطبيعية، لتكون دائرة النظام العام ضيقة تشمل النواهي والممنوعات التي تضعها الدولة، لأن الحقوق والحرية الفردية من النظام العام أو ما يعرف بالمصلحة الخاصة.
- 2- في نظام الاقتصاد الموجه يكون تدخل الدولة أساسيا، نتيجة الملكية وهيمنة الدولة على الأنشطة الاقتصادية في المجتمع، فإن الخير العام يتحدد مركزيا من قبل الدولة وبوسائلها دون أن يكون لنشاط الفرد نصيب في ذلك، ليتم التضحية بالمصلحة الفردية متى تعارضت مع الخير العام للمجتمع ككل، فهنا تتسع دائرة النظام العام.
- 3- بالنسبة للشريعة الإسلامية، فهي تصون حقوق وحرية الفرد دون أن تحمل أو تححف في حقوق الجماعة على الفرد باعتباره جزءا منها، مما يجعلها تأخذ بفكرة الوسطية. فقد اعتبر البعض⁴ أن رجل القانون المسلم ليس بحاجة إلى فكرة النظام العام لقبول القانون الأجنبي أو رفضه، لأن مقاصده الكلية تقرر أنه حيث توجد المصلحة فتم شرع الله، وربط الحلول الجزئية بأسبابها وموجباتها هي من مزايا قواعد الشرع الإسلامي.

¹ - يراجع في ذلك: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 91.

² - يراجع حول مفهوم النظام العام وارتباطه بالمصلحة العامة، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 106-107.

³ - يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 212-214؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 107-109.

⁴ - يراجع في ذلك: محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 284.

المبحث الثالث: المقاصد المثالية أو النهائية للقانون:

إذا تم طرح سؤال ما هو السبب الذي من أجله يحمي القانون الوضعي حقوق المخاطبين به؟ فالإجابة عنه ستحدد الغاية البعيدة والنهائية للقانون¹ وهي الغاية المثالية، ولقد حاول المذهبين الفردي والاجتماعي تحديد تلك الغاية:

- اعتبر المذهب الفردي² الغاية المثالية للقانون هي حماية الفرد وحرية، فكل القوانين تعتبر شخصية الفرد كغاية أسمى، لأن الإنسان سابق في وجوده على المجتمع وهو الذي أوجد المجتمع لمصلحته وليس العكس، يقوم على العدالة التبادلية (المساواة).

- أما المذهب الاجتماعي³ اعتبر الغاية المثالية هي تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها، يعرف القانون: "مجموعة من الوسائل التي يحمي بمقتضاه المجتمع نفسه ضد الاضطرابات التي تناوئ عوامل تقدمه"، وهو يقوم على العدالة التوزيعية القائمة على المساواة النسبية الواقعية يعكس النظام القانون المعطيات الواقعية الاجتماعية وليس العقد الذي ينظم العلاقات كما هو بالنسبة للمذهب الفردي.

- لوجود ذلك التضارب بين حماية الفرد والمجتمع ظهر اتجاه آخر يعتمد على البحث عن القيم التي نستهدفها النظم القانونية، والقيمة⁴ ذات مفهوم مرن يعبر عن الرابطة بين الواقع والقانون: فالقانون لا يعمل على إصدار أحكام للوجود قائمة على مبدأ السببية، ولكن أحكام للقيم مبنية على فكرة الغاية"

رغم اختلاف موقف تلك المذاهب، إلا أن القيم أو المثل العليا لما يجب أن تكون عليه الحياة متعددة، وهي معايير يقاس بها ما هو كائن للارتقاء به إلى ما يجب أن يكون أي المثل العليا، وهي أساس الالتزام في القاعدة القانونية. ويمكن حصر القيم التي تم الأخذ بها لإبعاد التناقض بين المذهبين: الخير العام، العدالة، الأمن. وهي قيم كفيلة بتحقيق التناغم والتناغم داخل النظام الاجتماعي، ليست بنفس درجة الأهمية لأنه يمكن تفضيل بين احداها عن الآخر، كما أنها تتوافق من ناحية أخرى مع القاعدة القانونية، ويظهر ذلك من خلال أن: المظهر الخارجي

¹-يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 59-104.

²-لقد ساد هذا المذهب في المجتمعات المعاصرة خاصة الأوروبية، ومنذ عصر النهضة أين سيطرة كراهية التقديس ورفض سيطرة الفكر الكهنوتي الذي يدعو إلى الفضيلة ويشر بالجنة الموعودة ويجعل منها غاية القانون، لتكون مهمة رجل القانون ليس تطبيق ما ورد في الكتب المقدسة بل خدمة رفاة الإنسان.

³-ظهر هذا المذهب كردة فعل عن النتائج الظلمة التي ترتبت على الأخذ بالمذهب الفردي، وهو يقوم على أساس واقعي، فالقانون لا يهتم بالإنسان كفرد منعزل ولكن يهتم به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ويعيش معهم في جماعة.

⁴- يرجع مصطلح القيم إلى أبحاث الاقتصاد السياسي، ثم انتقل إلى مجال الدراسات الفلسفية ومنها إلى دراسات فلسفة القانون.

للقاعدة: يفرض الأمن كغاية وما يترتب عنه من آثار: سلام، نظام..؛ أما جوهر القاعدة القانونية: فيجعل دارس القانون أمام العدالة والخير العام.

و هذه القيم لم تظهر دفعة واحدة بل بشكل متتالي حسب المراحل التاريخية: أقدمها تحقيق الأمن والاستقرار داخل المجتمع، ثم العدالة، ثم تحقيق المصالح العليا للمجتمع بتحقيق الخير العام، والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين: قيم أولية تطلب لذاتها وبذاتها فقط وتعتبر كفاية في حد ذاتها متمثلة في العدالة؛ وقيم نسبية: تختلف من نظام لآخر ومن مكان لآخر، للدولة سلطة الأخذ بها من عدمه حسب ظروفه: الصالح العام والخير العام، الأمن والاستقرار القانوني، يمكن التضحية بها لتحقيق القيمة الأولية، لكن العكس غير صحيح¹. واعتمادا على القيم التي يؤمن بها المجتمع والذي يجعل إحداها هو الأرقى فإن القانون سيطبق بعض القيم ويعدل فوق تلك القيمة². ستم دراسة الأمن والاستقرار القانوني كغاية للقانون (المطلب الأول)، ثم العدل كمقصد أو غاية للقانون (المطلب الثاني)، أما الخير العام فقد سبقت دراسته في المبحث الأول.

المطلب الأول: الأمن والاستقرار القانوني كغاية القانون

الاستقرار القانوني أو ما كان يعرف بالسكينة الاجتماعية، أقدم مقصد أو غاية للقانون، فقد رأت البشرية منذ نشأتها أن الأمن الاجتماعي هو الهدف الأولي من وضع القانوني والذي يتحقق بتوافر العناصر التالية: وجود حاكم ذو سيادة³، مع قوانين صارمة تفرض المحاكم الجزاء على مخالفيها (كان الهدف من الجزاء ابتداء الانتقام من الجاني أما في الوقت الحالي أصبح الهدف منه تأهيل الجاني وتحقيق الردع العام). وأخذت المدارس الشكلية الحالية بهذه الغاية تحت مسمى توفير الأمن الاجتماعي، فسلطة الحاكم هي أساس كل خير وتقدم للمجتمع، وهو ما أخذت به مدرسة الشرح على المتون وأيضا المدرسة الوضعية القانونية⁴، فهم يعتبرون القاعدة القانونية هي أمر يصدر من صاحب سلطة إلى من يخضع لهذه السلطة مقترن بجزاء لمن يخالفه، وهي قاعدة منفصلة عن الأخلاق والعدالة بمجرد سنها، فإذا لم يكن عمل الفرد ممنوع بسنة قانونية فعمله مسموح به قانونا بصورة غير مباشرة.

¹ - يراجع في ذلك حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 105 وما يليها، وأيضا ص ص. 130-131.

² - يراجع في ذلك دينيس لويد، المرجع السابق، ص 109.

³ - مصدر تلك السيادة كان في البداية يرجع إلى طبيعة الحاكم الإلهية، ثم أصبح هو المرشح للحكم من قبل الالهة، ليصبح منتخبا في الأنظمة الديمقراطية الحالية.

⁴ - والتي يتزعمها الفقيه كلسن، فقيه نمساوي، صاحب النظرية المحضة القانون يراجع في ذلك، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص. 38.

سيتم التعرف على مفهوم الأمن والاستقرار القانوني (الفرع الأول)، ثم تحديد أهم مقوماته وركائزه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد المقصود من الأمن والاستقرار القانوني اعتماداً على أهميته

لتحديد المقصود من الأمن والاستقرار القانوني كغاية للقانون، فإنه سيتم بداية إظهار أهميته، والمتمثلة في العناصر التالية¹:

- تحقيق التوازن في المراكز القانونية والاجتماعية داخل المجتمع.
- يضمن الحرية الفردية، ليعتبر بذلك من ركائز النشاط الاقتصادي والاجتماعي في الدولة.
- من دعائم المجتمعات الحديثة المتسمة بالسرعة والتطور: فمفهومها مرن يتطور حسب الظروف، والدولة هي التي تنفرد في تحقيق هذا المقصد، كما أن الاعتماد على كفاية القاعدة القانونية سيحقق ذلك التطور والسرعة، ليتم تجنب الأحكام غير المتوقعة.
- فتطبيق العقوبة على المخالف للقانون الهدف منه هو أن يستتب الأمن مع حماية الأموال والمصالح المشروعة.
- غاية السكينة تفرض ضرورة التوفيق بين المصالح المتعارضة مع الإبقاء على أكبر مجال لحرية الفرد، ويمكن تفضيل إحدى المصالح الخاصة كحماية المصلحة العامة.
- ضمان مراعاة تنظيم المصالح المتعارضة من طرف واضح القانون، جعل البعض أن المصلحة العامة هي معيار لتحقيق ذلك التنظيم، بتقديم المصلحة الفردية التي تكون أقرب من المصلحة العامة، وهو معيار مرن وغامض². لكن البعض الآخر³ يضع معياراً عملياً عاماً، يتمثل في وجوب أن يشتمل الحل على أكبر قدر من المصالح بأقل تضحية ممكنة، وأهم حق يتمتع به الفرد ويجفزه للمشاركة في النشاطات الاجتماعية هو الحق في الاستقرار والأمان من العدوان الداخلي والخارجي، مع حماية الصحة والأسرة والمؤسسات العامة والآداب العامة والاهتمام بعيش لائق للإنسان.

يترتب عن ذلك، أن عملية وضع القانون تتطلب دراسة الواقع الاجتماعي والقيم والأولويات التي يقدرها عموماً أبناء المجتمع وهي متغيرة زماناً ومكاناً، فالأفكار العظيمة لا تكفي بل لابد من وسائل ملائمة لتنفيذها

¹ - يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 181-182،

² - لكن معيار المصلحة العامة في الدول الديمقراطية يظهر أكثر انضباطاً لسببين: شيوع الفكر الفردي والقانون صادر عن هيئة منتخبة (البرلمان)

³ - وهو موقف الفقيه روسكو باوند، المرجع السابق، ص. 45.

ولا تعارض المجتمع مما يؤدي لانهيار قيمة. وهو فعلا ما أكدته الشريعة الإسلامية فقد كان تحريم الخمر بالتدريج، كما أن الانتقال من الجاهلية إلى التوحيد ما كان ليتحقق دفعة واحدة. كما أنه قد تتحقق النصوص الأمن الاجتماعي يتم تقديمه كمقصد على اعتبارات العدالة، وذلك اعتمادا على النص القانوني الذي يكون مجافي للعدالة صراحة: والأمثلة عن ذلك متعددة: تحديد مدد الطعن القضائي، أو الطعن الإداري وما يترتب عن عدم احترام المواعيد من تحصن للقرار الإداري، التقادم المسقط للالتزامات، والمكسب للحقوق نتيجة الحيازة .

فالمشرع عندما يجسد في النصوص الخروج الواضح والصريح على قواعد العدالة، معتمدا على الأوضاع الظاهرة المجسدة للحقيقة القانونية التي قد تتطابق مع الحقيقة أو الواقع أولا تتطابق، فهي حقيقة قانونية لأن القانون اعترف بها ابتداء ما لم يقيم الدليل على خلافها، وهي حالات تجسد وتحفظ السكينة والأمن للمجتمع واستقراره، وهو ما أخذت به كل التشريعات والأنظمة القانونية الحديثة. ليقصد بالأخير من فكرة الأمن والاستقرار القانوني: "أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، فهو يؤدي إلى إمكانية توقع الأفراد لنتائج أفعالهم سلفا"، ومن هنا يمكن تحديد مقومات وآليات هذا المقصد (الأمن والاستقرار القانوني)

الفرع الثاني: مقومات الأمن والاستقرار القانوني كمقصد للقانون

تحقيق الأمن والاستقرار القانوني كغاية، مرتبط أساسا بالتشريع كمصدر لقانون¹، ومقوماته مرتبطة بتفديس النص التشريعي وهي تشكل في نفس الوقت آليات مرتبطة بتكوين القانون. يتضح ذلك من خلال ما يلي:

أولا: وضوح الآلية التشريعية المنظمة لعلاقات الأفراد داخل المجتمع

يعد التشريع المصدر الرسمي الأول للقانون، وهو الوسيلة الأولى لتحقيق الأمن والاستقرار القانوني، لأنه وثيقة رسمية يمتاز باليقين ولا يظهر الشك حول مضمونه، أو تاريخ نشأته وبدء سريانه. فكتابة القاعدة القانونية تمكن الأفراد مستقبلا من معرفة الحدود التي يستطيعون التحرك منه بنشاطاتهم، فضلا عن معرفة ما يرتبه القانون على الإخلال بها من جزاء²: فالقانون يمتاز بالتحديد والدقة؛ وتوافر عنصر الجزاء يؤكد هذا المقصد، والجزاء الاجتماعي طبقا لأنصار المذهب الشكلي هو سبب الإلزام، والنظام القانوني لا قيمة له إلا عن طريق الإلزام؛ وعند وضوح

¹ - يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم المرجع السابق، ص 183-185.

² - يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 194-183.

النصوص يجعل الاستقرار القانوني يتحقق في إطار المشروعية بمعنى الالتزام الإدارة والقضاء بالنصوص والقانون، ويترتب عن ذلك¹:

- **سلطات القاضي محصورة في أضيق الحدود**، بمعنى حصر السلطة التقديرية للقاضي في أضيق الحدود، فلا يمكن للقاضي الابتعاد عن تطبيق النصوص القانونية سارية المفعول بحجة أنها لا تطبق في الواقع، ووجود تغيرات قانونية لا يقصد منه حالة عدم الاستقرار فإن كان مسموحاً للقاضي في الدول الأنجلوسكسونية كالقانون المدني السويسري، إمكانية وضع نصوص قانونية لسد النقص في التشريع باعتبار القضاء مصدراً للقانون، فإن التشريعات اللاتينية المقدسة للتشريع لا تأخذ بذلك، ولكن بالمقابل فإن القانون قد وضع حلاً لمشكلة النقص في التشريع باعتبار "مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة" مصدراً احتياطياً لتحقيق الاستقرار.

وفي مجالات أخرى، قد تخالف النصوص القانونية متطلبات العدالة التي تعارض متطلبات الأمن والسكينة الاجتماعية، فإنه يتم تفضيل هذا المقصد الأخير عن الأول، والأمثلة متعددة منها: التقادم المكسب، والحيازة: فحماية القانون للحيازة² تستند إلى غاية القانون في تحقيق الاستقرار ومنع الاعتداء على الأوضاع القائمة ولو كان المعتدي هو صاحب الحق، وهي حماية مؤقتة يمكن لصاحب الحق استرداد الحق إذا تعلق الأمر بالعقار، أما بالنسبة للمنقول فإنها تكون منذ البداية نهائية دائمة تطبيقاً لقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية مادام وجود حسن النية". على العكس من ذلك، فإنه يمكن للقاضي الإداري فقط خلق القاعدة القانونية، باعتبار القانون الإداري هو من أصل ونشأة قضائية.

- **وحتى سلطات الإدارة تكون مقيدة بمبدأ المشروعية** الذي يحكم كل نشاطها وإلا كان محلاً للمطالبة بإلغائه، أو التعويض عما يترتب عنه من أضرار أمام القضاء³، فمبدأ المشروعية هو إذن ضامن لمبدأ الاستقرار القانوني ومقيد للقضاء والإدارة.

¹ - يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 184-185.

² - الحيازة سلطة واقعية يمارسها من وضع يده على شيء بحيث يظهر بمظهر صاحب حق عيني عليها كالمالك، وهي تقوم على عنصر مادي: مجموعة الاعمال المادية التي يباشرها الحائز وتظهره بمظهر صاحب الحق كالمالك، مثلاً زراعة الأرض، أو القيام بالبناء من دون أن يكون له حق عليها (التعدي) والمعنوي بأن تتوافر لدى الحائز نية استعمال الشيء الذي يجوزته كالمالك

³ - يراجع في ذلك: محمد الصغير بعلي، "الوجيز في المنازعات الادارية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة 2005، ص. 8 وما يليها.

ثانيا: استخدام منهج الصياغة الجامدة واتساع نطاق القواعد الآمرة

-الصياغة الجامدة: هي عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد قانونية صالحة للتطبيق في العمل"¹، وهي صياغة تجعل محتوى القاعدة لا يتغير بتغير الظروف الفردية، وهي تقيد سلطة القاضي في تفسير الوقائع، لأنها سهلة التطبيق، من أمثلة ذلك القواعد التي تحدد السن القانونية للأهلية(المادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم)، والقواعد التي تحدد سن الإحالة على التقاعد، والعقوبات المحددة في النصوص العقابية، فهي صياغة جامدة تحدد المضمون بشكل صارم يتضمن حلا واحدا لا يتغير مهما كانت الظروف، ليقوم القاضي بتطبيق النص بشكل آلي²، فهي تحقق المساواة المطلقة واستقرار المعاملات دون العدالة³.

-أما الصياغة الآمرة: فهي تخص الأنشطة القانونية التي لا يمكن للإرادة الفردية الاتفاق على مخالفتها عكس الصياغة المكتملة⁴. والقواعد الآمرة هي وثيقة الصلة بحياة المجتمع تعمل على استقراره وتضبط نظام الحكم والأمن داخله. ويمكن التعرف عليها من العبارات المستعملة، تقتزن غالبا بعقوبة أو تقضي بطلان التصرف المخالف لأحكامها، يمكن تحديد عددها في القانون المدني: 130 مادة من أصل 1003 مادة، بما يقارب نسبة 12.96%⁵، فهذه القواعد تقيد إرادة الأطراف.

ثالثا: افتراض العلم بالقانون وسريانه نحو المستقبل

بعد صدور التشريع ونشره بالجريدة الرسمية، ومضي المدة القانونية المحددة لنفاذه، تقوم قرينة قانونية قاطعة مفادها علم الأفراد به، فلا يمكن لأحدهم الإدعاء بجهله بالقانون ويكون سريانه نحو المستقبل⁶. الغاية منه غلق الباب أمام التحايل والتهرب من سريان حكم القانون، تطبيقا للمادة 78 من دستور 2020⁷ التي تنص على أنه " لا يعذر بجهل القانون". فدخول القانون حيز التنفيذ يكون نحو المستقبل، بمعنى عدم سريان القانون على الماضي وهو يؤكد

1- يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 196.

2-، يراجع في ذلك "علي فيلاي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، الجزائر، وحدة الرغبة، 2010 ص 189-190 "

3- من عيوبها انعدام العدالة لأنها لا تأخذ في الحسبان عند التطبيق القانون الظروف الشخصية وملابسات كل حالة.

4- التمييز بين الصياغة الآمرة والمكتملة. يراجع في ذلك: سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2000، ص 45.

5- للتفصيل حول ذلك يراجع في ذلك، عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية الجزء 1 نظرية القانون، برقي للنشر، 2009، ص 223.

6- يراجع في ذلك: حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 198.

7 - الدستور الجزائري المعدل بعد استفتاء نوفمبر 2020، المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل 30

ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82، ونفس الحكم

تضمنته المادة 60 من دستور 1996.

الأمن والاستقرار القانوني داخل المجتمع بإنشائه الطمأنينة بين الناس، كقاعدة مع تواجد حالات استثنائية، وهو ما يعرف بعدم رجعية القوانين تطبيقاً للمادة 43 من الدستور المعدل في 2020: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، وأيضاً المادة 82 من الدستور "لا يجوز إحداث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه"، بالإضافة إلى الحالات الاستثنائية التي عالجتها المواد من 6 إلى 8 قانون مدني¹، و المادة 2 قانون عقوبات² التي تنص على أنه: "لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"، فالمادة تحدد الأصل والاستثناء معاً.

الفرع الثالث: الآليات أو النظم القانونية التي تجسد الأمن القانوني

أخذت القوانين الوضعية بمجموعة من النظم التي يعد تحقيق الأمن والاستقرار كأساس لها، والتي تقوم على أساس الأوضاع الظاهرة التي تجسد الحقيقة القانونية، والتي يمكن تحديدها فيما يلي³:

أولاً: التقادم

أساس التقادم المسقط هو فكرة الأمن القانوني واستقرار المعاملات، وذلك باحترام الأوضاع المستقرة طيلة مدة معينة محددة قانوناً، فبعد مضيها لا يستطيع الدائن المطالبة بحقه (المادة 308 من القانون المدني المعدل والمتمم وما يليها..)، وحتى التقادم المكسب يحقق هذه الغاية لأنه يثبت الأوضاع المستقرة وينشر الطمأنينة في نفوس المتعاملين على أساس ما يظهر أمامهم النتائج عن الحياة.

ثانياً: الشكلية

هي المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة، إما للتنبيه إلى خطورة التصرف، أو تيسير إثباتها فيما بعد أو الاحتجاج بها على الغير، وهناك شكلية مباشرة وغير مباشرة⁴. ومن أهم مظاهر الشكلية: الكتابة الرسمية: كحالة الرهن الرسمي، الذي يحقق اليقين والاستقرار القانوني في المراكز وبالتالي

1 - الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

2 - الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

3- يراجع في ذلك، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص. 199-204.

4- يراجع في ذلك: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 190.

يمكن للدائن حق التقدم والتبعية ويدخل ضمن الشكلية القواعد الإجرائية من قيد في السجل التجاري¹ أو الشهر العقاري، وأيضا القواعد الإجرائية والشكلية في النظام القضائي²، والغاية منها عرض الخصومة والنظر فيها والفصل فيها: وهي كلها تحقق النظام والثقة والطمأنينة.

ثالثا: نظرية الوضع الظاهر

كأصل عام، لا يحمي القانون إلا الأوضاع التي تتفق مع أحكامه، فهو لا يحمي الأوضاع غير القانونية. لكن توجد حالات الضرورة أين يعترف القانون بالأوضاع المبنية على الظاهر تحقيقا لغاية الاستقرار: مثلا صحة تصرفات الوكيل الظاهر (تطبيقا للمادتين 75 و76 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم)، تحميل التاجر الظاهر التزامات التجار حتى لو لم تتوافر فيه شروط المادة الأولى من القانون التجاري.

رابعا: مبدأ حجية الأمر المقضي الأمر المقضي به

تؤكد هذه القاعدة أن الحقيقة التي قررها الحكم هي الحقيقة الواقعية كسائر القواعد الموضوعية، فهي تتعلق بموضوع الحق ولا تعد من قواعد إثبات الحق³. وهذا المبدأ يفترض أن الحكم مطابق للحقيقة، وهو افتراض كرسته الضرورات العملية (كما هو الشأن بالنسبة لعلم الكافة بالقانون بعد نشره). وهو ما نظمتها المادة 338 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب. ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا."

يظهر من ذلك، أن المشرع الجزائري عامل حجية الشيء المقضي به كالحجية القانونية القاطعة رغم أنها لا تعد من النظام العام، وهذه الحجية تثبت لكل حكم قطعي ولو صدر غيابا أو ابتدائيا حكم في الموضوع وليس حكم

¹- الذي يفرضه المشرع على النجار اشخاص طبيعيين او اشخاص معنويون، بموجب القانون التجاري المعدل والمتمم خاصة المواد. من 19 إلى 28.
²- المحددة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ وأيضا قانون الإجراءات الجزائية. الصادر بالامر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية.
³- يراجع في ذلك عبد الله علي فهد العجمي " دور القرائن في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2011، ص 50.

قبل الفصل في الموضوع¹، وصادر من محكمة وطنية، أو هيئة قضائية مختصة وظيفيا، كما يشترط أن يكون قد فصل في موضوع خصومة معينة، باستبعاد القرارات التمهيديّة والتحضيرية، والقرارات الوقئية²، أو عدم قبول الدعوى شكلا. وهي قاعدة مرتبطة بالفصل في الدعوى بمعنى قصد منح الحق وليس إثباته، بالنتيجة ستبدأ آثار الحكم (التعويض، فوائد التأخير) في السريان من تاريخ صدور الحكم، عكس قوة الشيء المقضي فيه التي تثبت أن الحكم النهائي غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية.

فالغاية من الحكم هي حسم النزاع وليس تجسيد الحقيقة الواقعية، لذلك فإن الحقيقة القضائية نسبية، أما الدلالة القطعية للأحكام القضائية تختمها ضرورة استقرار الأوضاع ومنع انتشار الفوضى والشغب، وبدون هذه الحجية لا تكون فيه فائدة من اللجوء إلى القضاء. إضافة إلى أن القاضي المدني يرتبط بالحكم الجنائي³، لما للحكم الجنائي من حجية مطلقة في مواجهة الجميع (المضروب، المسؤول المدني...)، كما أن فكرة النظام العام تزول إذا وجد تناقض بين المحكمتين (المدني والجزائي) لما في ذلك من فقد الثقة في العدالة⁴.

خامسا: القرائن القانونية

القرينة هي استنباط المشرع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم، أو لواقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة استنادا إلى الغالب من الأحوال، لذلك فهي تقوم على وجود واقعتين:

- واقعة مجهولة (غير ثابتة): المراد الكشف عنها أو إثباتها.

- واقعة معلومة (ثابتة): يتم الاستنباط منها لإثبات الأولى.

فأهمية القرينة ونتائجها، تختلف باختلاف الجهة التي قامت باستنباطها: القاضي أو المشرع.

1- المقصود بالقرينة القانونية:

يستنبطها المشرع وقد تكون قاطعة لا يجوز إثبات عكسها أو بسيطة يمكن إثبات عكسها، وهي دليل سلبي بمعنى تعفي من تقديم الدليل، وهي ملزمة للقاضي، وغالبا ما تستعمل في حالات يصعب فيها الإثبات، وهي تعد دليل

¹- بناء على المادة 296 من قانون الإجراءات والمدنية: "الحكم في الموضوع هو الحكم الفاصل كليا أو جزئيا في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو في أي طلب عارض. ويكون هذا الحكم بمجرد النطق به، حائزا لحجية الشيء المقضي فيه في النزاع المفصول فيه".

²- بناء على المادة 2/298 من قانون الإجراءات والمدنية: "الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع بإجراء تحقيق أو تدبر مؤقت أحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه".

³- هو ما نصت عليه المادة 339 من القانون المدني المعدل والمتمم: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".

⁴- يراجع في ذلك: عبد الله علي فهد العجمي، المرجع السابق، ص 50-51.

كامل، يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا¹. فالقرينة القانونية تعفي من قررت لمصلحته إذا ما احتج بها من عبء الإثبات، تطبيقاً للمادة 337 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، والتي تنص على أن: "القرينة القانونية تعفي من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، غير أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". وذلك حرصاً على استقرار الأوضاع أو لاعتبارات اجتماعية أو لحماية فئة معينة أو لترجيح الغالب المألوف، فهي: تحقق مصلحة قضائية بإقامة الدليل أما القضاء؛ وتحقق مصلحة اجتماعية بالمحافظة على الحقوق واستقرار المعاملات.

يكثر العمل بها في الوقت الحالي، بسبب التقدم العلمي والتكنولوجي الذي أدى للكشف عن الكثير من القرائن العلمية التي أصبحت الوسيلة الأكثر اعتماداً في القضاء². تعد من آليات تحقيق الأمن والاستقرار القانوني، لأنها من طرق الصياغة المعنوية للقاعدة القانونية³: فهي افتراض قانوني يجعل من الشيء المحتمل أمراً مؤكداً، استناداً إلى ما هو مألوف في الحياة والراجح في العمل وفقاً لما يرجحه العقل، فهي عمل ذهني لتحويل الشك إلى يقين بطريقة تتفق مع الواقع والألوف في الحياة، أو استخلاص أمره مجهول من أمر معلوم لأن تحقق الثاني مرتبط في الغالب بوجود الأول. توجد عدة مجالات تستعمل فيها القرائن: إما في الإثبات أو القواعد القانونية الموضوعية.

2- استعمال القرائن في الإثبات: تستعمل في الأوضاع التي يصعب إثباتها بدليل مادي حاسم، يفترض القانون تحقق أمر معين متى تحققت أوضاع أخرى باعتباره الوضع الغالب والمألوف⁴، مثلاً: قرينة الزوجية على ثبوت نسب المولود من زوج الوالدة؛ المسؤولية عن حراسة الأشياء، فالحارس مسؤول عن حيز الضرر إما لتهدم البناء، أو الآلة الميكانيكية، لوجود قرينة الخطأ في الحراسة، وهي قرينة قاطعة لأن القانون يفترض خطأه بطريقة لا تقبل العكس فلا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات عدم وقوع خطأ في الحراسة (المادة 138 والمادة 139 من القانون المدني الجزائري)

1- علي خلاف القرينة القضائية التي تعد وسيلة إثبات إيجابية، بمعنى دليل يثبت الدعوى وهي غير قاطعة يمكن إثبات عكسها، لا يلتزم القاضي بها بل ينفرد قاضي الموضوع بتطبيقها من دون مراقبة المحكمة العليا، وهي تبقى دليلاً ناقصاً تكمل باليمين، كما هو الحال بالنسبة للإثبات بالدفاتر التجارية بموجب المادة 330 من القانون المدني الجزائري.

2- يراجع في ذلك، العضيلة سالم حمود أحمد، "القرائن وحجبتها في الإثبات أمام قضاء محكمة العدل العليا الأردنية"، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، عما الأردن، 2002، ص. 23.

3- الصياغة المعنوية هي العمل الذهني الذي يلجأ إليه المشرع لإخراج القاعدة القانونية إخراجاً عملياً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، كالقرائن، الحيل القانونية، التقسيمات، يراجع في ذلك محمد حسين منصور، "نظرية القانون: مفهوم وفلسفة وجوهر القانون طبيعة وخصائص القاعدة القانونية مصادر القانون وتطبيقه"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص. 285.

4- يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 286-287.

3- استعمال القرائن في مجال القواعد الموضوعية: بحيث تكون القرينة هي الدافع إلى خلق القاعدة أو لتقرير حكمها، ويبقى حكمها قائما حتى بعد اختفاء مبرراتها مثلا: كمال الأهلية، فعند بلوغ سن معينة فان القاعدة قائمة على قرينة أن بلوغ هذا السن دليل النضج والكمال العقلي، وبوضع القاعدة ينتهي دور القرينة، فيطبق الحكم القانوني على الجميع حتى مع وجود حالات شاذة يكتمل فيها النضج قبل تلك السن المحددة. وأيضا قاعدة حجية الأمر المقضي: تقوم على قرينة ان الحكم يعتبر عنوان للحقيقة فيما قضي به، فبمجرد صدور القاعدة القانونية تخفي القرينة، ليطبق حكمها على جميع الحالات حتى لو كان الحكم مخالف للحقيقة¹.

المطلب الثاني: العدل كمقصد أو غاية للقانون

و فكرة العدل من أقدم الفضائل الإنسانية والمثل العليا للمجتمع، اهتم بها الفلاسفة وتكونت اسسها على يد فلاسفة اليونان،² واعتمد عليها أرسطو لتحديد غاية القانون وقسمها إلى قسمين، واهتم بها أيضا فلاسفة القرون الوسطى³. كما يعد العدل روح الشريعة عند المسلمين، وهو ليس مفهوما فلسفيا مجردا بل مجسد في المصلحة التي يبتغيها الحكم الشرعي العملي في قواعده العامة أو جزئياته، وتلك المصلحة هي المحافظة على مقاصد الشرع (حفظ الدين، النفس، العقل، النسل، المال)⁴.

قصد التعرف على فكرة العدل كغاية للقانون، فإنه سيتم تمييزه عن العدالة (الفرع الأول)، مع تحديد الأسس (الفرع الثاني)، والأنواع التي يعرفها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تمييز العدل عن العدالة

نتيجة للتداخل الذي يحدث بين المصطلحين "العدل" و"العدالة"، فإنه يجب التمييز بينهما لتوضيح فكرة العدل كغاية للقانون. ويرجع تاريخ مثل هذا التمييز إلى فلاسفة اليونان خاصة أرسطو، كما يأخذ الفقه الحديث بهذا التمييز.

¹-يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 287.

²-فقد رأى أفلاطون أن المجتمع العادل هو المجتمع المثالي كما يجب أن يكون، وأن لكل شخص أو شيء محيطه الخاص به والعدل معناه التلاؤم مع هذا المحيط الذي يعتبره أفلاطون عادلا، فحسبه كل شخص مهياً بالغيرة والغيرة لوظيفة خاصة وعند تخلية عنها فهو ظالم، وهي أفكار يصعب قبولها في الفكر الحديث، يراجع في ذلك: دينيس لويد، المرجع السابق، ص ص 110-112.

³-فقد اعتبرها توماس الإكويني ترتبط ارتباطا كاملا بأسلوب وتفكير الإنسان عبر العصور.

⁴-يراجع في ذلك: محمد كمال الدين إمام، "مقاصد الشريعة والقانون المقارن"، المرجع السابق، ص ص 283-284.

أولاً: العدل: La justice أو كما يسميه البعض العدل الشكلي

العدل هو الغاية الأكثر عمومية التي يهدف القانون إلى تحقيقها أو يجب أن يهدف إلى تحقيقها في كل مكان، وهو قيمة خلقية يسعى إليها الإنسان لتكون حياته هنيئة، هو فكرة نسبية مجردة تختلف مكانا وزمانا، ولا يعد من خصائص القانون بل فضيلة وسلوك الإنسان في علاقته الاجتماعية، لأنه إعطاء كل ذي حق حقه بما يفيد المساواة بين الناس بل هو المساواة بمعناها العام¹.

يقصد منه المساواة، بحيث يطبق القانون على وجه المساواة على جميع الأشخاص والحالات التي يتناولها في مركز قانوني معين، لذلك فتحقيقه مرتبط بوجود قواعد قانونية عامة مجردة تطبق على الجميع بنزاهة ودون محاباة. والعدل هنا لا يأخذ بالظروف الشخصية بل يعتمد بالوضع الغالب الظاهر دون الوضع الداخلي للمخاطبين بحكم القانون، ليعتبر إذن أسلوب الحكم المنظم، يقوم على وضع الأمور في مواضعها بتطبيق القوانين واحترام النظم الموضوعة من السلطة (الطرف القوي)، كما يقصد منه (العدل) مجمل أعمال السلطة القضائية الناتجة عن الفصل في الخصومات وقد يفهم منه تطبيق القانون أو الاجتهاد².

ثانياً: العدالة أو العدل الجوهرى أو الانصاف. L'Équity

بالرجوع إلى مفهوم مصطلح "Equity" بالغة الفرنسية فهو يعني التساوي، ومنها Equitable بمعنى متساوي، و"Acquittement". بمعنى البراءة من دين أو جرم³. و العدالة تعني الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس يوحي به الضمير النقي ويكشف عنه العقل السليم، يستلهم منه مجموعة من القواعد تعرف بقواعد العدالة مرجعها مثل عليا تهدف إلى خير الإنسانية⁴، وهي تصور انساني فرضته معطيات المجتمع⁵. كما أنها تعني

¹ - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص142؛ وأحسن تعريف للعدل ما وضعه الإمبراطور الروماني جستنيان "العدل هو حمل النفس على إبتاء كل ذي حق حقه والتزام ذلك على وجه الدوام والاستمرار"، يراجع، حسن علي الذنون، "فلسفة القانون"، طبعة 1، 1975، ص.163.

² -Atias.C, "Epistimologie juridique", PUF, 1985, p.267.

³ -يراجع في ذلك، عجة جيلالي، المرجع السابق، ص346.

⁴ -لقد اعتبر بعض الفقه أن مبادئ القانون الطبيعي هي مرادف لقواعد العدالة، واتجاه آخر يرى باختلافهما لقيام القانون الطبيعي على منهج فلسفي نظري، اما قواعد العدالة فتقوم على منهج علمي تجريبي، وموقف ثالث يجعلهما متكاملان فالقانون الطبيعي يوفر المادة الأولية لتحقيق العدالة، وهو موقف عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، الشركة، القرض، الدخل الدائم، الصلح"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص.348.

⁵ -، يراجع في ذلك: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص.285.

التوصل إلى الحقيقة المطلقة من حيث توزيع الحقوق والواجبات على أساس المساواة والحياد وإعطاء كل ذي حق حقه على سبيل المطلق، لذلك فإن العدل من مهام البشر، أما العدالة فهي مهمة ربانية فالله عز وجل يكفل تحقيق العدالة، لذلك نجد الشريعة الإسلامية تسند إلى فكرة العدالة التي تعد ركنا وهدفا لها وهي تتخذ مضمونا معيناً يقوم على أساس ديني يتطلب الإيمان والعقيدة الصحيحة مع عدم فصل الشريعة الإسلامية القانون عن الأخلاق¹. فالعدالة إذن، مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة، فهي عدالة الملائمة، والخروج من عموم القانون بالنسبة للحالات الشاذة ليتلاءم مع مقتضيات الحياة، عكس العدل الذي يقوم على تطبيق القانون كاملاً دون تمييز². فالعدالة تنتج من تطبيق منطوق العدل، وهي تقوم على مثل عليا توضع على أساسها القوانين، لها مفهوم عام مطلق لا يتغير باختلاف المكان والزمان، ومفهوم نسبي يختلف من مجتمع لآخر، بل من طائفة لأخرى داخل المجتمع، تسعى الدولة لتحقيقها، وهي عدالة منظور إليها في المجتمع وهو المفهوم الغالب في الواقع³.

ثالثاً: نتيجة التمييز بين العدل والعدالة

نتيجة لهذا التمييز بين الفكرتين السابقتين (العدل والعدالة)، فإن الأنظمة القانونية أصبحت تفسر القانون من خلال روح العدالة وذلك قصد التقليل من صرامة القانون. فالقاضي يقوم بمعالجة الحالة الفردية الخاصة بروح العدالة يدل التركيز على حرفية النصوص متى شعر أن الظلم سيتحقق بعينه لو طبق القانون بحذافيره. فعلى الرغم من وجود علاقة بين القانون والعدالة، فإن القانون الوضعي المنظم للحياة في المجتمع لا يمكنه إلا أن يحقق العدالة التي تعتبر هنا عدالة وضعية، يكون تحقيقها في المجتمع مرتبط بمعطياته وتنظيماته التي تحكمها الاختيارات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة، وتلك الاختيارات تفرض تنظيماً قانونياً معيناً⁴.

فإذا كانت العدالة فكرة مثالية عليا، فالعدل هو الذي يمكن أن يعتبر كغاية للقانون، مادام أنه يحكم وينظم سلوك الأشخاص في المجتمع، ولكن هل تطبيق القانون يحقق دائماً العدالة؟ بمعنى هل يلزم القاضي بتطبيق القانون كما هو لأنه يعكس العدالة؟

إن القضاء لكي يحقق العدالة في تطبيقه للقانون، يجب أن يمنح له بعده الحقيقي الاجتماعي والاقتصادي أي بعده الإنساني، فالقانون الوضعي هو للإنسان ومن وضع الإنسان لا يمكنه أن يخرج عن هذا البعد عند تطبيقه،

¹- يراجع في ذلك: علي فيلاي، مقدمة في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص 157.

²- يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 399.

³- يراجع حول المفهوم المطلق والنسبي للعدالة، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 133.

⁴- يراجع في ذلك: مندر المنشاوي، المرجع السابق، ص 283-286.

فالقاضي ملزم بفهم جوهر القضية المعروضة عليه (إنسانيا، اجتماعيا، واقتصاديا..) ليستند بعدها على القانون حتى يكون حكمه عادل. وغالبا ما يحدد القانون الإطار العام للحياة في المجتمع دون التفاصيل، سيجد القاضي نفسه ملزما بالتدخل لتفسير القانون للتعرف على محتوى القاعدة القانونية ومدى (كيفية تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه. من كل ذلك، يظهر أن تطبيق القضاء للقانون لتحقيق العدالة لا يمكن أن يتحقق بمعزل عن النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي القائم الذي يؤثر في وضع تلك القواعد¹.

ويميل الفقه حاليا، إلى استخدام مصطلح العدالة الاجتماعية كفكرة واقعية يمكن صياغتها في نصوص قانونية، ومن أهم مقوماتها المساواة والحرية وتكافؤ الفرص²، بالإضافة إلى وجود عدالة تبادلية (سيتم تحديدها لاحقا).

الفرع الثاني: عناصر ومقومات العدل (العدالة الشكلية)

تقوم العدالة ككل على وجود عناصر ومقومات معينة³ ويقصد هنا العدالة الشكلية (العدل)، والمتمثلة في: **المساواة:** وهي التعبير الواقعي عن الفكرة المجردة للعدالة، فالمساواة هي جوهر العدالة في العصر الحاضر، يطبق القانون بالتساوي على جميع الحالات والأفراد دون تمييز، فتحقيق المساواة هو ما تعتبره الفلسفة القاعدة الأخلاقية الحديثة والوظيفة الحيوية للعدل، من دون الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل شخص، فتكون مساواة في المعاملة وفقا للتصنيف القانوني الذي لم يذكر طريقة التصنيف بمعنى تصنيف دون محتوى⁴.

العمومية: تتأتى من خلال وجود قواعد تحدد كيفية معاملة الناس في الحالات المطروحة، وأن تكون تلك القواعد عامة بطبيعتها تطبق على من تتوافر لديه الشروط والأوضاع القانونية المحددة، ل يتم في الأخير تطبيق تلك القواعد بنزاهة ودون تحيز وتميز. لذلك فإن العدل أو ما يقصد بالعدالة الشكلية، تشترك مع القانون في العناصر الثلاث للنظام القانوني: وجود قواعد، العمومية، التطبيق النزاهة. ولكن قصد الوصول إلى تحقيق العدالة الموضوعية: فلا بد من تطبيق القانون اعتمادا على روح العدالة، وذلك بتحقيق المساواة مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف كل فرد، ومثل هذا المبدأ (روح العدالة) يتيح التطبيق الحر العادل في مجال قانون العقوبات مع منح سلطات تقديرية للمحاكم والإدارات في التشريعات الحديثة، وهو ما يشكل نوعا من الإنصاف والعدالة⁵.

1- للتفصيل أكثر في دور القضاء في تحقيق العدالة، يراجع، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 287-290.

2- يراجع في ذلك: سمير تناغو، المرجع السابق، ص 149.

3- للتعرف على أركان العدالة أو عناصرها وللتفصيل فيها، يراجع، حسن أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 143.

4- للتفصيل، يراجع في ذلك، دنييس لويد، المرجع السابق، ص 112-113.

5- للتفصيل حول أسس العدل والعدالة بأنواعه الشكلية والموضوعية، يراجع، دنييس لويد، المرجع السابق، ص 112-117.

فمثلاً: يتم تطبيق المساواة اعتماداً على العدل الشكلي، على كل من سرق يعاقب بنفس العقوبة (كذلك حالة القتل دون الأخذ بعين الاعتبار العجز العقلي، أو صغر السن، فكل من يدخل ضمن هذا الصنف له نفس المعاملة. أما بتطبيق العدالة، فإنه تتدخل سلطة القاضي لمراعاة الفروق الفردية داخل الفئة المتماثلة تحقيقاً للإنصاف.

الفرع الثالث: الأنواع التي يعرفها العدل (العدالة الشكلية)

للعدل عدة أنواع، يمكن تقسيمات اعتماداً على الشكل¹، أو أطراف العلاقة

أولاً: التقسيم على أساس الشكل: يقصد هنا شكل المساواة أساساً، وهو عدل شكلي متغير، ثابت جوهرياً.

- **العدل الشكلي:** هو تجسيد لقاعدة المساواة الشكلية الصرفة، وهو لا يعقل أن يكون ظالماً وعناصره ثلاث: قاعدة قانونية، تتسم بالعموم، يتم تطبيقها دون تمييز، فهو يقوم على المساواة الشكلية، يطبق القانون دون تمييز على الجميع.

- **العدل الموضوعي:** هو تطبيق العدل ولكن بمنظور الرحمة، فهو إذن العدالة، يعرف أيضاً بالعدل الثابت أو الجوهري، بمعنى تكملة العدل الشكلي بأن تكون القواعد القانونية عادلة بحد ذاتها، ويتأتى ذلك عن طريق الاعتماد على روح العدالة " يجب إقامة العدل مع الرحمة"، فهنا يتم الأخذ بعين الاعتبار الفروقات بين الأشخاص، مع الاعتماد على السلطة التقديرية للقضاء أو الإدارة.

لذلك فقد يكون القانون عادلاً لكن لا يحقق العدالة، تحدث اللاعدالة عند تطبيق قاعدة مجردة كنتيجة حتمية لعموم القانون، فإذا كان من الصعب التوقع المسبق لمن سيستفيد أو يتضرر من القاعدة القانونية، فإن التعادل بين الضرر والاستفادة يمكن أن يتم مع ذلك، فالتقادم مثلاً: غير عادل حين يجرد صاحب الحق، وهو عادل حيث يحمي وضعا أقيم منذ مدة طويلة².

ثانياً: التقسيم على أساس أطراف العلاقة: و الذي يعرف عدة أنواع: عدل توزيعي، تبادلي وهو التقسيم الذي وضعه أرسطو، بالإضافة إلى العدل الاجتماعي³.

¹ - للتفصيل، يراجع في ذلك: دينيس لويدي، المرجع السابق، ص 112-117.

² - يراجع في ذلك، G-RIPERT، القوى الخلاقة للقانون، L.G.D.J، « les force créatrices du droit », Paris, 1955, pp.414-415 مشار إليه من طرف منذر الشاوي، المرجع السابق، ص.286.

³ - للتوسع في تلك الأنواع، عجة جيلالي، المرجع السابق، ص 346، علي فيلاي، نظرية القانون، المرجع السابق، ص.158، 162؛ منذر الشاوي، المرجع السابق، ص ص 145-152.

أ- **العدل التبادلي**: أولى صور العدل وأبسطها¹، يتصل بالعلاقات القانونية الفردية بين الأشخاص مهما كان نوعهم (شخص طبيعي أو شخص معنوي) و جنسيتهم (أو حتى من دون جنسية)، يقوم على أساس المساواة التامة فيعطي كل ذي حق حقه، بمعنى يأخذ كل ما يخصه وما يكتسبه بالتبادلات حقوقا مادية أو معنوية، كما يلزم الغير باحترام حقه. فهو يقوم على تساوي أداء كل فرد في الجماعة مع حقوقه وواجباته، والمساواة هنا هي حسابية مطلقة: يأخذ كل واحد بقدر ما يعطي، ومن أهم تطبيقات العدالة التبادلية أو التصحيحية في القانون المدني الجزائري في العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية:

● **تطبيقات العدل التبادلي في العلاقات التعاقدية**: إذا أخذ أحد شيئا من الآخر، فيلتزم أن يقدم

له مقابلا يعادله قيمة. فالعدل التبادلي هو:

- أساس إلزامية الثمن العادل وتجنب الغبن في البيع²، والتعادل بين التزامات الأطراف بالتمسك ببطان العقد لوجود استغلال أو طيش بين³، وبصفة عامة كل مواضيع نظرية الالتزام.
- وأساس مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير، وأساس نظرية الإثراء بلا سبب⁴، دفع غير المستحق⁵.
- وأساس نظرية إعادة التوازن المالي في العلاقات العقدية: اعتمادا على العدالة الشكلية أو طبقا لقانون التي يفرضها تحقيق الثبات والاستقرار في المراكز القانونية فإن المادة 106 من القانون المدني المعدل والمتمم: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بالاتفاق"، لكن قد يؤدي في بعض المرات تطبيق العقد إلى ظلم كبير بإخلال جسيم في التوازن المالي للأطراف، وتطبيق العدل التبادلي يمكن إعادة التوازن المالي بالخروج عن قاعدة المادة 106، مثال ذلك:
- **تطبيق نظرية الظروف الطارئة**⁶ وهي حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها أثناء تنفيذ العقد، تجعل تنفيذه مرهقا بدرجة كبيرة وإن لم يكن مستحيلا، تلزم الإدارة تحقيقا للتوازن تعويض المتعاقد بالقدر الذي يسمح له بالاستمرار في تنفيذ التزاماته

¹- فقد عرف الإنسان البدائي العدل التبادلي قبل ظهور الدولة.

²- تطبيقا للمادة 358 من القانون المدني المعدل والمتمم.

³- بناء على المادة 90 من قانون المدني المعدل والمتمم.

⁴- بناء على المادتين 141-142 من القانون المدني المعدل والمتمم.

⁵- بناء على المادتين 143-144 من القانون المدني المعدل والمتمم.

⁶- نظرية إعادة التوازن المالي اعتمادا على نظرية الظروف الطارئة تجد تطبيقا لها في العقود الإدارية. تطبيقا للمادة 107 من القانون المدني المعدل والمتمم.

- أو نظرية فعل الأمير: هي إجراءات تصدر من الإدارة المتعاقدة تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما تم الاتفاق عليه في العقد، مما يهدده بخسارة فادحة، فيجب على الإدارة أن تعوض هذا المتعاقد عما يلحقه من أضرار ناتجة عن تلك الإجراءات ليتحقق التوازن المالي للعقد.

● تطبيقات العدل التبادلي في العلاقات غير التعاقدية: نظرية المسؤولية التقصيرية التي تقوم على

تناسب الفعل مع العقاب، فعند وجود ضرر لا بد من رد ما يعادل الخسارة ليصبح الطرفين في مركز واحد، تطبيقاً للمادة 124 من القانون المدني المعدل والمتمم.

فالعدل التبادلي هو موضوع القانون الخاص، وأساس المذهب الفردي القائم على مبدأ سلطات الإرادة.

ب- العدل التوزيعي: ظهوره ارتبط بالمجتمع السياسي لارتكازه على العلاقة بين المجتمع والفرد باعتباره جزء من المجموع، فالمجتمع من خلال الدولة يقوم بتوزيع منافع وخدمات المرافق العامة والوظائف على الأفراد باعتبارهم أعضاء المجتمع، وهو يقوم على أساس المساواة التناسبية. فالدولة توزع الخيرات والأعباء على الأفراد بالتساوي بعيداً عن صفاتهم، فالتوزيع يقوم على مزايا كل شخص وإمكانياته (بمعنى حاجات الفرد ومقدرته)، فكل من يتوافر لديهم نفس الشروط يستفيدون من نفس المعاملة، من تطبيقاته: حالة توزيع الوظائف على قدم المساواة، وتوزيع المنح العائلية، كما يساهم كل فرد في المجتمع في ميزانية الدولة: دفع الضرائب¹، فمن هنا تتحقق المساواة التناسبية أو الفعلية بين الأفراد. فالعدل التوزيعي هو موضوع القانون العام، وأساس المذهب الاجتماعي.

ج- العدل الاجتماعي: (البعض يسميه العدل القانوني)

يقوم على فكرة المصلحة العامة (مجموعة الأعمال المكرسة لخدمة المجتمع ككل)، ويرتبط بعلاقة الجماعة بالفرد أحد أعضائها فيما يتعلق بالواجبات نحو المجتمع، من تلك الواجبات: تسديد الضرائب، الخدمة العسكرية، المساهمة في الوظائف العامة، طاعة واحترام السلطات والأوامر المشروعة، حماية المجتمع من الجريمة لمصلحة الجماعة، لذلك لا يمكن التنازل عن الحق في الردع العام².

فهذا النوع من العدل يقوم على مراعاة المصلحة العامة في سلوك الفرد الخاص، وجعل ماله الخاص في خدمة الصالح العام³، كحالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

1 - تحدد المادة 140 من قانون الضرائب المباشرة نسبة الضرائب التي يلزم المكلف بالضريبة بدفعها بطريقة حسابية ورقمية تتناسب مع دخل الشخص

2 - يراجع، علي فيلالي، "مقدمة في القانون"، المرجع السابق، ص 161-162.

3 - يراجع، حسن كيرة، المرجع السابق، ص 163.

الفصل الثاني: المذاهب الفقهية المختلفة لتحديد جوهر القانون.

جوهر القانون؛ المادة الأولية المستخلصة من حقائق الحياة الاجتماعية، وهو ما تسعى قواعد القانون إلى صياغته في نصوص وأحكام. فهو تلك العوامل المؤثرة في تكوين ووجود القانون، أو المصدر المادي الموضوعي الذي يستمد القانون منه مضمونه¹، أو مجموعة العوامل المختلفة التي يستمد منها القانون مادته الأولية (طبيعية، اقتصادية، سياسية، جغرافية، دينية...)، والتي يستلهمها المشرع في صياغة القانون، وتسمى أيضا المصدر الفعلي *La source réelle*، أو المصالح الغالبة المشروعة في المجتمع الذي تنطبق فيه، فمصالح الأشخاص هي المصدر المادي. وهذا المضمون أو الجوهر هو الذي يلزم الأفراد بطاعة القانون لأنه يظهر ضروري وعادل، أما إذا صدر القانون بمضمون يخالف الواقع والعدالة، فإنه لا يحظى بالاحترام والطاعة إلا من خلال الجبر والإكراه، وتدخل القضاء إما للحكم بعدم الدستورية أو تفسيره بطريقة تقربه من العدالة². ولتحديده طرح تساؤل هل القانون معطى أو منشأ؟

ظهر خلاف فقهي للإجابة على هذا التساؤل، ويمكن تقسيمه إلى اتجاهات ثلاث:

- 1- **مذاهب شكلية:** تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت فيه القواعد القانونية، فالشكل هو الذي يضمن على القانون قوة الالتزام في مواجهة أفراد المجتمع، وهو مشيئة الدولة (من له السلطة أو السيادة)، والمظهر الخارجي للقاعدة القانونية في المجتمع هو الذي يساعد في التعرف على طبيعة القانون³.
- 2- **مذاهب موضوعية:** تهتم بجوهر القانون وموضوعه، تقوم على تحليل القانون فلسفيا واجتماعيا للتعرف على طبيعة (كيفية نشأته، فيكون الاهتمام بداية بالمادة الأولية المكونة للقاعدة وبترتيب ثاني الاهتمام بالمصادر الرسمية لإضفاء الصفة الشرعية) مدرسة مثالية: قانون طبيعي؛ مدرسة واقعية: تاريخية/ غاية اجتماعية (تضامن)
- 3- **مذاهب مختلطة:** تعتبر موضوع القانون قائم على أساس مزدوج علمي وفلسفي. ظهرت هذه المذاهب لتجنب انتقادات المذاهب الأخرى، تهتم بالقاعدة القانونية على أساس أنها جوهر يقوم على الفلسفة

¹ - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 202، 200.

² - يراجع في ذلك: محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 146-147.

³ يراجع في ذلك - فضيل إدراش، المرجع السابق، ص 73.

المثالية والواقعية، وتهتم بالشكل: إرادة الحاكم هي التي تصور وتقوم بصياغة هذا الجوهر في شكله الخارجي.

والتي سيتم التعرف عليها اتباعا: المذهب المثالي (المبحث الأول)، ثم المذهب الوضعي (المبحث الثاني)، وأخيرا المذهب المختلط مع موقف المشرع الجزائري (المبحث الثالث).

المبحث الأول: المذهب المثالي لتحديد جوهر القانون

يقصد بالمثالية الأفكار التي تؤمن بأن هناك مبادئ وأصول تسمى على القانون المطبق في جماعة، وتشكل نموذجاً للعدل ينبغي السير على نهجه في كافة القوانين الوضعية. وفقا لهذا المذهب، فالقانون كما هو كائن يجب أن يطابق القانون كما ينبغي أن يكون. وتعتبر فكرة القانون الطبيعي من أقدم الأفكار القانونية ذات الطابع الفلسفي، وهي فكرة قديمة قدم القانون ذاته فانتشر المبدأ: "لا قانون بدون قانون طبيعي"، فلا بد من وجود قواعد عدل عليا تتقيد بها إرادة المشرع فيما يسنه من قوانين وضعية. ومن ذلك، فإن هذا المذهب يقوم على اعتبار القانون الطبيعي هو أساس القانون الوضعي، لذلك فهما مختلفان¹: باعتبار القانون الوضعي: مجموعة القواعد القانونية الناقدة، والتي تعمل بها في دولة معينة وزمن معلوم مهما كان مصدرها (التشريع، عرف، دين)، تختلف مكانا وزمانا، تمتاز بالوضوح والتحديد، ويمكن تبين حدود القانون الوضعي ومضمونه لأنه ملموس. أما القانون الطبيعي: فكرة مبهمة، مجموعة القواعد العامة الثابتة الأبدية الصالحة لكل مكان وزمان تصدر عن طبيعة الأشياء، يكشف عنها الإنسان بعقله وتفكيره، وهو المثل الأعلى والأساس للقانون الوضعي، يكون على المشرع التقرب منه.

وقصد تحديد المقصود من القانون الطبيعي، ظهرت عدة نظريات عرفت تطورا تاريخيا: فكان له مفهوم فلسفي في العصور القديمة (المطلب الأول)، ومفهوم ديني في القرون الوسطى وفكرة قانونية في العصر الحديث (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القانون الطبيعي في العصور القديمة

للتعرف على جوهر القانون الطبيعي في العصور القديمة، فإنه سيتم التمييز بين موقف اليونان (الفرع الأول) ثم الرومان من جوهر القانون (الفرع الثاني).

¹ - يراجع في ذلك: محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 117.

الفرع الأول: القانون الطبيعي عند اليونان

شد اهتمام اليونانيين النظام الثابت الذي تدير عليه أمور الكون، وحتى تنظيم الروابط الإنسانية في المجتمع يقوم على قوانين مشاهجة ثابتة، تكمن تلك القواعد في الطبيعة وبالذات في الطبيعة الإنسانية التي يكتشفها العقل، فأنت من ذلك فكرة القانون الطبيعي باعتباره "مجموعة القواعد التي أودعتها الطبيعة في الكون لتنظيم أعمال البشر والعقل هو وسيلة التعرف على قواعده"، فمن الفقه من اعتبر أن القانون الوضعي معبر عن القانون الطبيعي الأبدي؛ ومنهم من اعتبر أن القانون الوضعي يجب احترامه إذا وافقت أحكامه مع القانون الطبيعي أي مع العدل، وهذا ما سيتم التعرف عليه خلال التعرف على موقف كل فيلسوف يوناني¹ على حدة: سقراط، افلاطون، ثم ارسطو.

أولاً: القانون الطبيعي عند سقراط

يعتبر (سقراط)² أول من دافع عقلياً عن وجود حقيقة جوهرية وراء المظاهر الموجودة، كما دافع عن التشريع واعتبر القانون هو الذي يجعل الحياة ممكنة في المجتمع، لا يقتصر فقط على القوانين المكتوبة، الصادرة عن الدولة (قانون وضعي)، بل ينصرف أيضاً إلى القوانين الإلهية غير المكتوبة ذات السلطة العامة. والقانون الطبيعي عنده هو تلك "الشرائع الإلهية غير المكتوبة التي يستطيع أن يستخلصها العقل من الكون" هي أساس لكل القوانين، وهي مجرد مبادئ مثالية للعدل في حد ذاته أو للعدل المطلق، فهي توجه خطابها للمشروع عندما يقوم بسن القوانين الوضعية، وأيضاً توجه خطابها للقاضي عند تطبيق القانون في المسائل التي لم يرد فيها نص.

إذن فكرة القانون الطبيعي تقوم على العدل المطلق، وهو الأساس الذي يجب أن تصدر عنه جميع القوانين الوضعية، لأنه مشتق من نظام الكون، حيث يقول³ "إن الإنسان روح وعقل يسيطر على الجنس ويديره، وإن القوانين العادلة صادرة من العقل ومطابقة للطبيعة الحقة، هي صورة من قوانين غير مكتوبة نقشتها الآلهة على قلوب البشر"، نتيجة لذلك فإن احترام القوانين يعد احتراماً للعقل والنظام الإلهي في ذات الوقت.

¹ -يراجع في ذلك: محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 148-119.

² -يراجع في ذلك: السيد عبد الحميد قوده، جوهر القانون بين المثالية والواقعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 41-48.

³ -يراجع حول تلك المقولة لسقراط، أحمد محمد غنيم، تطور الفكر القانوني، دراسة تاريخية في فلسفة القانون، بدون سنة النشر، ص 10، مشار إليه، عبد الحميد قوده، المرجع السابق، ص 44.

ثانيا: القانون الطبيعي عند أفلاطون

يعتبر أفلاطون¹ مؤسس الفلسفة المثالية الموضوعية، أن القانون الطبيعي يفرض نفسه كنموذج مثالي على كل نظم القانون الوضعي. فمصدر القانون الوضعي هو العقل الأبدي، أو قانون الوجود الذي يعد النموذج أو المثال للتشريعات الوضعية. فقد اهتم بالطبيعة وما فيها من ظواهر، ولم يكتف فقط بالمدرجات العقلية. فالقانون الطبيعي هو المثل الذي لا وجود له في الواقع العملي بل في عالم ما وراء الطبيعة، فكلمة طبيعي يقصد منها: عالم المثل، والأفكار المثالية أي جوهر الأشياء، وينتمي لهذا العالم فكرة العدالة كفكرة أزلية يمكن إدراكها بالعقل الفلسفي.

اعتبر القانون مهم لكل مجتمع سياسي ليتحقق له الوجود، وهو عمل انساني ليست له قيمة إلا إذا كان تقليدا للنظام الطبيعي وللعدل، فالعدل يسبق التشريع الذي يعد واقعه المحسوس. بعبارة أخرى: التشريع هو انعكاس مشوه وناقص لفكرة العدل في حد ذاته. حق التشريع ممنوح للحاكم وهو الفيلسوف نتيجة ما يتمتع به من كفاءة (يوجد تلازم بين السلطة والمعرفة) حصل عليها بما اكتسبه من علم ومعرفة.

نتيجة لذلك، فإن الحاكم والقاضي لا يجب أن يتقيدا بقواعد قانونية صارمة موضوعة سلفا بل أن يفصلا في المنازعات مستلهمان روح العدل المثالي لخلق القواعد القانونية، فعقل الفيلسوف يحل محل حرفية القانون الصارمة، فالفيلسوف وحده القادر على التشريع.

ليعتبر القانون عند افلاطون نتاج تلقائي للحاكم الفيلسوف، الذي يستلهمه من عالم المثل. فأفلاطون إذن ليس من أنصار الوضعية القانونية، لأنه يعتبر القانون هو القانون المثالي الذي يوجد في عالم المثل، لكن سرعان ما رأى أن صورة المدينة التي رسمها في خياله لا تتلاءم مع أوضاع البشر فتراجع عن رأيه وهو ما تجسد في كتاب "القوانين"، حيث نادى بضرورة الخضوع للقانون من قبل الحاكم والمحكوم، وهو دليل على إيمانه بالحكومة القانونية وبخضوع جميع أجهزة الدولة للقانون الوضعي.

فالقانون الوضعي عنده مصدره العقل الأبدي أو قانون الوجود النموذج المثالي للتشريعات الوضعية في المدينة، والقانون الطبيعي يفرض نفسه على كل نظم القانون الوضعي².

¹، يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 49 وما يليها.

²، يراجع في ذلك عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 61-63.

ثالثاً: القانون الطبيعي عند أرسطو

يعد أرسطو المؤسس الحقيقي لعلم "فلسفة القانون" وصاحب نظرية القانون الطبيعي كما قدم نظرية جديدة لمعرفة جوهر القانون أو لمعرفة القانون الطبيعي¹. وهو يعتبر أن الإنسان حيوان سياسي، لا بد أن يعيش كل إنسان في مجتمع سياسي منظم، فالمجتمع السياسي المنظم هو الغاية التي يسعى إليها الإنسان. كما اهتم بضرورة البحث عن جوهر الأشياء وذلك بعرض اتجاه آخر لإثبات هذا الجوهر وهو "مبدأ وحدة الشكل والمادة"، فهو يؤمن بأن الأشياء لها حقائق (جوهر) والموضوع الذي تهتم به الفلسفة هو ضرورة اكتشاف هذه الحقائق (أو الجوهر)، كما يرى أن الطبيعة تتكون من مادة وشكل بمعنى الوجود، وما يجب أن يكون عليه هذا الوجود.

وطبيعة كل شيء هي غايته، فالطبيعة في نظره لا تعني الطبيعة المادية التي تخضع لقوانين السببية الآلية، وإنما الطبيعة هي توجه المادة نحو تحقيق الغاية من وجودها، فجوهر الشيء موجود فيه يمكن معرفته عن طريق البحث التجريبي. كما يعتبر أن دولة المدينة ككائن طبيعي تتكون من مادة أو جوهر (الأسر، والقرى..). ومن شكل أو هيئة (دستورها أو القانون الذي ينظم الحياة بين الأفراد ويضبطها وهو الذي يعطي للمادة شكلها)، أما العدل عنده فهو القانون الطبيعي: الذي تستمد منه القوانين قوتها الملزمة للأفراد، وهو ما دفعه لاعتبار القانون الوضعي تعبير عن القانون الطبيعي وهما يختلطان، أما العلاقة بين القانونين تتمثل في مسألتين²:

- 1- يقتضي القانون الطبيعي من الأفراد إطاعة القانون الوضعي مهما كان العدل الذي يحققه.
- 2- يلزم المشرع عند وضعه القوانين أن يحترم مبادئ القانون الطبيعي، الذي يستمد منه القانون الوضعي قوته الإلزامية.

وذلك لا يعد خلطاً، فالخضوع للقانون الوضعي يقتضيه القانون الطبيعي لأنه تعبير عنه، فالمشرع عند وضع النصوص لا يحقق مصالحه أو مصالح طبقة معينة، بل على أساس العقل الذي هو المعيار الصحيح للعدل والأخلاق.

¹ - يراجع في ذلك، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ص. 68-78.

² - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ص. 78-79.

القانون الطبيعي	القانون الوضعي
مصدره العقل الخالص - وهو غاية القانون الوضعي	مصدره إرادة الانسان - وهو الجسم المادي الذي يظهر منه التشريع
"مجموعة الضوابط المثالية في الحقيقة الموضوعية والتي يتم التعبير عنها بطرق متنوعة في القوانين الوضعية".	فهو وسيلة التعبير عن القانون الطبيعي اي الوجود المادي للقانون الطبيعي.
-فهو العدل في ذاته ثابت لا يتغير.	فهو العدل الذي يصطنعه المشرع يتغير من وقت لآخر ودولة لأخرى

إذا لم يوجد نص، بمعنى نقص في التشريع، يتدخل القاضي لإكمال النقص لحل النزاع لأن أرسطو يعطي للإنسان دوراً في تحقيق العدالة، وذلك تطبيقاً لمفهوم الإنصاف الذي يتطلب الرجوع إلى فكرة القانون الطبيعي¹.

الفرع الثاني: مذهب القانون الطبيعي عند الرومان

للقانون الطبيعي عند الرومان مفهوم من طبيعة قانونية، بعدما كان ذو طبيعة فلسفية. فأصبح ذلك القانون الثابت، السابق على القوانين الوضعية وليس من صنع الإنسان، بل تفرضه الطبيعة ذاتها، ويمليه العقل المستقيم المتفق مع نظام الأشياء. وفي هذا العصر عرف القانون المدني وهو القانون الوضعي الذي يطبق على الرومان وعلاقتهم ببعض، يمتاز بالشكلية المفرطة، عند عدم احترامها تضييع الحقوق، وعرف أيضاً قانون للشعوب: هو القانون المشترك بين جميع الشعوب، يعبر عن الحاجات الأولية المشتركة بين الناس التي تتصف بالعقلية والطبيعة، يطبق على الأجانب، وعلاقتهم مع الرومان، وهو يتسم بالبساطة والابتعاد عن الشكلية.

بعض الفقه اعتبر قانون الشعوب هو المعنى القانوني للقانون الطبيعي، لأنه ساعد في التخلص من شكلية القانون المدني. أما البعض الآخر اعتبر القانون الطبيعي له مفهوم واسع وهو القانون المهيمن على نشاط الكائنات جميعاً (إنسان، حيوان)². سيتم الحديث عن موقف بعض الفقهاء شيشرون، سينيكا، جستينيان³، وذلك على التوالي.

¹ - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 86.

² - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 119-120.

³ - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 110.

أولاً: القانون الطبيعي عند شبشرون

اعتنق يشرون الفلسفة الانتقائية، بحيث يقوم بتجميع العديد من الفلسفات واختيار أحسن ما فيها من عناصر، وقد آمن بأن أساس القانون الوضعي وجوهره هو القانون الطبيعي، فاعتبر أن القانون الطبيعي " القانون الصحيح، المطابق للطبيعة، يسري على جميع الناس، ثابت أبدي يتولى الإله حمايته وعقابه من يخالفه"، فهو قانون لا يدركه إلا قلة (هم الفلاسفة) ليقترب من مفهوم أفلاطون. لكنه لم يحدد كيفية استخلاص مضمون هذا القانون من الطبيعة، كما أنه توجد قاعدة عدل مطلق صالحة لكل مكان وزمان غرستها الطبيعة في الضمير يكشف عنها العقل. كما أنه يعتبر أن هذا القانون لا يختلط مع قانون الشعوب رغم وجود صلة وثيقة بينهما.

فالقانون الطبيعي يستمد أحكامه من الطبيعة، أما قانون الشعوب فيستمد الجانب الأكبر من أحكامه من القانون الطبيعي والجانب الآخر من ضرورات الحياة العملية. أما القانون الوضعي بالنسبة له، يعد جزءاً منه قانون الشعوب الذي يعد التجسيد المادي لمبادئ القانون الطبيعي والترجمة الواقعية له¹.

ثانياً: القانون الطبيعي عند سينيكا

ترتكز أفكاره على وجود قانون طبيعي مؤسس على العقل العالمي، وهو قانون غير قابل للتحويل وغير مصطنع. وقد ميز بين:

- القانون الطبيعي الأساسي: مجموعة المبادئ الكلية للقانون ذات التطبيق المطلق والصالحة لكل زمان ومكان والتي فطر الإنسان عليها.
- القانون الطبيعي الثانوي (الشعوب): مجموعة القواعد الضرورية عند كل الشعوب، والتي تفرضها الظروف المختلفة وذلك تطبيقاً لمبادئ القانون الطبيعي طبقاً لظروف الحال².

ثالثاً: القانون الطبيعي عند جستنيان

كان متأثراً بمن سبقه من آراء فقهية، فعرف القانون الطبيعي بانها السنن السارية في جميع الأمم على السواء والنابعة من الإرادة الإلهية، فهي تبقى ثابتة لا تتغير كالقوانين من أمة لأخرى، وهي متعلقة بجميع الكائنات، وعلى

¹ - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 121-122.

² - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 123-125.

المشرع(قانون وضعي) عدم إهدار الحقوق المستمدة من الطبيعة، وإذا وجد تنازع بين القانون الوضعي ومبادئ القانون الطبيعي فالاختبار يكون لصالح الأخير باعتباره القانون الأسمى للقوانين، وهو المصدر الأول للقانون الخاص، بعدها قانون الشعوب ثم القانون المدني.

المطلب الثالث: القانون الطبيعي في باقي العصور

سيتم التعرف من خلال هذا المطلب على مفهوم القانون الطبيعي في العصور الوسطى (الفرع الأول)، ثم في العصر الحديث (الفرع الثاني)، وأخيرا في الفكر المعاصر (الفرع الثالث).

الفرع الأول: القانون الطبيعي في العصر الوسيط(القرون الوسطى).

أصبح للقانون الطبيعي صبغة دينية، باعتباره القانون الإلهي الأزلي الذي وضعه الله تعالى ووضعه نظام الكون، يلزم قيام العلاقات الإنسانية وفقا لتلك القواعد التي تصل إلى الشعوب عن طريق الوحي والشعور وليس العقل. والأفكار السائدة في هذا العصر تقوم على وجود ثلاث (03) قوانين:

-قانون أبدي: يعكس مشيئة الله تعالى، يصل إليها عن طريق الوحي والشعور لا يدركه العقل، بل هو مسألة إيمانية.
-قانون طبيعي: ما يدركه الإنسان بعقله من القانون الإلهي.

-قانون وضعي: من صنع الإنسان يستنبطه من القانون الطبيعي، لا بد أن تتطابق معه ومع القانون الأبدي. وإذا تعارض مع القانون الطبيعي، يطبق القانون الوضعي لأنه يحقق النفع العام تغليباً للمصلحة العامة. أما إذا تعارض مع القانون الأبدي، يطبق القانون الإلهي، وذلك لأن للبابا سلطان على الملوك، ولا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يختلط معه القانون الطبيعي¹. فأباء الكنيسة استنتجوا من الوصايا العشر من الأنجيل المبادئ العليا للقانون الطبيعي، وأضافوا إليها بعض نظريات الرومان. سيتم التعرف على موقف بعض المهتمين بمفهوم القانون الطبيعي في هذه المرحلة(سان أوجستين، وسان توماس الإكويني)²، ثم تحديد موقف الشريعة الإسلامية.

¹راجع في ذلك:محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص120-121.

² - للتفصيل، يراجع، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.147-158.

أولاً: القانون الطبيعي عند القديس سان أوجيستين

اعتبر أن الاجتماع الإنساني والدولة ضرورة تقتضيها الطبيعة، ولها معنى ديني بأن تكون وثيقة الصلة بالكنيسة المسيحية، وحتى القانون له مفهوم ديني فهو القانون الديني العادل. معتبرا القانون الطبيعي، القانون الذي وضعه الخالق لعلاقات الإنسان منذ الأزل وقبل خطيئة سيدنا آدم، فهو التشريع الإلهي الموجود في الكتب المقدسة، يمثل أقصى درجات السمو والكمال. أما القانون الوضعي ينقصه السمو والكمال، ويختلف زمانا ومكانا، ولا بد أن يخضع للقانون الطبيعي بأن يستقي أحكامه من الكتب المقدسة أو على الأقل ألا يتضاد مع هذا القانون الإلهي.

ثانياً: القانون الطبيعي عند القديس سان توما الإكويني

اعتبر هذا القديس الدولة ضرورية، والسلطة مصدرها الله باعتباره خالق الطبيعة، فالدولة منظمة تهدف لتحقيق النظام الاجتماعي في إطار ديني، وهو يقسم القانون إلى 4 أقسام:

- 1- القانون الأزلي الخالد: المشيئة الإلهية التي تحكم العالم لو يستطيع العقل الإحاطة به كلية.
- 2- القانون الموحى به: جزء من القانون الأزلي، أصل كل القوانين، وجزء من القانون الطبيعي.
- 3- القانون الطبيعي: القانون الذي تم الكشف عنه عن طريق العقل والتي تتفق على طبيعة الخلق وتخضع له القوانين الوضعية.
- 4- القانون الوضعي: تنظيم عقلي للعلاقات في المجتمع، يضعه السلطان تحقيقاً للحيز العام وهو أدناها مرتبة، وهو متغير حسب الواقع الاجتماعي تحقيقاً للصالح العام معتمداً على مبادئ القانون الطبيعي.

ثالثاً: موقف الشريعة الإسلامية

بالاعتماد على المفهوم الديني للقانون، أو اعتبار القانون الطبيعي هو القانون الإلهي، فإن الشريعة الإسلامية تجسد مفهومها يمكن تطبيقه حتى في الوقت الحالي، والمتمثل في أن الحكم الشرعي (بمثابة القواعد القانونية) هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين طلباً أو تخييراً أو وضعاً، بالتالي فالله عز وجل هو مصدر كل الأحكام الواردة بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

فمصدر الحاكمية التي تعطي القانون شرعية هو الله عز وجل وحده، في الكتاب (القرآن الكريم)، إما المصادر الأخرى للشريعة الإسلامية: سنة، إجماع، قياس، كلها مستمدة ومستندة إلى القرآن الكريم¹، ولكن ما هي الوسيلة المعتمدة للتعرف على تلك الأحكام الشرعية؟ اختلفت الآراء إلى مذاهب ثلاث²:

1- مذهب الأشاعرة: يعتبرون أن التعرف على الأحكام يتم عن طريق الرسل والكتب السماوية، دون استعمال العقل الذي يختلف بين الناس ويتأثر بميولاتهم الشخصية.

2- مذهب المعتزلة: يعتمد على أن إدراك الأحكام يكون بواسطة العقل الذي يدرك الأفعال النافعة أو الضارة وحكم الشرع يكون اعتمادا على تلك النخبة.

3- مذهب وسيط: يأخذ موقفا وسطا: فيجعل العقل يدرك الأفعال الحسنة النافعة وتلك القبيحة الضارة، ولكن إدراك الحكم الشرعي لا يكون إلا عن طريق رسوله وكتابه.

لذلك فإن الشريعة الإسلامية صالحة لكل مكان وزمان، فالمبادئ الكلية من الثوابت التي لا تتغير زمانا ومكانا، أما الجزئيات والتفاصيل فهي مرتبطة بتغيرات وظروف المجتمع وتستنبط أحكامها من الكتاب والسنة.

الفرع الثاني: مفهوم القانون الطبيعي في العصر الحديث

امتياز هذا العصر بعدة متغيرات، سقوط الإمبراطورية الرومانية، الاهتمام الغربي بالعلوم والحضارة التي ازدهرت عند اليونان، النهضة الأوروبية بسبب الاكتشافات العلمية، اختراع الطباعة الحديثة، الجغرافية (القارة الأمريكية) ظهور طبقة الأثرياء، حركة الإصلاح الديني، التحرر الاقتصادي والاجتماعي، الفكري وحتى القانوني. فأصبح الاهتمام بالعلاقة بين الفرد والنظام السياسي (الحاكم والمحكوم)³. أدت كل تلك المتغيرات إلى ظهور سيادة الدولة بدل الكنيسة، وأهم ما ميز هذا العصر من ناحية تحديد مفهوم القانون الطبيعي وجود ثلاث أفكار أساسية:

¹ - يقصد بالسنة عند الأصوليين هو ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم عبر القرآن منقول أو فعل أو تقرير مما يخص الأحكام الشرعية، بخلاف ما هو جار عند المحدثين إذ لم يقتضوا السنة على إفادة الحكم الشرعي، بل توسعوا فيه: فيما مالاثر عن النبي ص من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خلقية أو خلقية أو سيرة، بينما السنة عند الفقهاء هي: كل ما يقترب به إلى الله تعالى من العبادات. أما الإجماع: هو اجتماع العلماء والمجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور واتفاقهم عليه بعد وفاة النبي ص في عصر من العصور. أما القياس: هو رد واقعة غير منصوص عليها إلى واقعة منصوص عليها لاتفاقها في العلة وبالتالي الحكم.

² - للتفصيل حول تلك المذاهب، يراجع في ذلك: علي فيلابي، المرجع السابق، ص 131-134.

³ - يراجع في ذلك: عبد الحميد قوده، ص 167-169.

أولاً: التذبذب في الاهتمام بالقانون الطبيعي

تمثلت ملامح التذبذب في الاهتمام بالقانون الطبيعي فيما يلي:¹

1- في البداية زوال فكرة القانون الطبيعي: وذلك للسيادة المطلقة للدولة، وهو مذهب ميكيافيل MACHIAVEL، وأيضا بودان BODIN، الذي وضع صاحب السلطات فوق الأخلاق والقانون، وبالتالي طغيان الدولة على حريات وحقوق الأفراد، والقوة تحكم وتنظم العلاقات بين الدول.

2- ثم إعادة إحياء القانون الطبيعي بظهور المذهب التقليدي للقانون الطبيعي: يعود الفضل في ذلك إلى الفقيه جروسيوس Grotius، يعتبر هذا المذهب القانون الطبيعي "مجموعة القواعد التي سيستخلصها العقل المستقيم من طبيعة الأشياء والروابط الإنسانية مادام الإنسان اجتماعي بالفطرة، ويقتصر دور السلطة العامة في إصدار تلك القواعد القانونية"، وهو بذلك المعنى واحد ثابت، لا يتغير زمانا ومكانا، يسبق القانون الوضعي ويعلو عليه، وعلى المشرع تحقيقه عند سن التشريعات، والقانون الوضعي يتكون من القواعد التي يكتشفها العقل من القواعد الطبيعية الإنسانية.

3- تطور فكرة القانون الطبيعي على يد فلاسفة المذاهب الفردية: أصبح لأفكار القانون الطبيعي طابعا سياسيا بظهور المذهب الفردي الذي بمجد الحرية الفردية ويدافع عنها، فالحقوق الطبيعية للإنسان من أهم مبادئ القانون الطبيعي، يجب على القوانين الوضعية إقرار هذه الحقوق، كفالتها للأفراد. ليعتبر بذلك مصدر القانون الطبيعي هي حالة العزلة السابقة على وجود المجتمع، يتم الكشف عنها عن طريق تحديد حقوق الإنسان الطبيعية التي يتمتع بها قبل الدخول في المجتمع.

ثانياً: القانون الطبيعي وفلسفة العقد الاجتماعي

يرى كل من هوبز، لوك، روسو، أن العقد الاجتماعي وسيلة للتعبير عن القانون الطبيعي، فالقانون هو الذي فرض إبرام هذا العقد وهو الذي حدد شروطه، لتكون بذلك نظرية العقد الاجتماعي تعبير جديد عن نظرية القانون الطبيعي، وتعبير مبسط لها، وهي نظرية تخضع الإرادة لحكم العقل والعدل ومبادئ القانون الطبيعي، ولكن ظهر اختلاف بينهم في تفسيره، كيفية تكوينه.

¹ - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، ص 122-123؛ عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص ص 170-178.

1- القانون الطبيعي عند توماس هوبز (إنجليزي)

اعتبر توماس هوبز فكرة العقد الاجتماعي تقوم على تنازل المحكومين عن حرياتهم للحاكم بموجب عقد يتضمن الخضوع والتسليم وواجب الاحترام، تزعم هذه الفلسفة التي تقوم على إهدار الحرية الغالبة على الإنسان، مع الاستناد إلى قانون الطبيعة في تأييد سلطات الحاكم واحتكاره السلطان المطلق في الجماعة. فموجب هذا العقد لا يمكن التنازل عن الحقوق الأساسية للإنسان وهي الحقوق الطبيعية التي تستمد وجودها من القانون الطبيعي. انتقد هذا الموقف، على أنه يؤدي للانحراف بالنظرية بما يبرر النظم الاستبدادية، فهو يطابق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي من حيث المصدر وهو العقل (الأول: العقل الخالص، الثاني هو عقل الدولة)، فالصحيح أن إرادة المشرع تخضع للقانون الطبيعي وهي ليست مصدرا له¹.

2- القانون الطبيعي عند جون لوك.

اما عند جون لوك يقوم العقد الاجتماعي كاتفاق بين أفراد تجمعوا من أجل استخدام قواهم الجماعية في تنفيذ القوانين الطبيعية بدلا من تنفيذها بقوتهم الذاتية، فالعقد يشمل النزول عن الجميع حقوق الأفراد للحاكم أما الحقوق الطبيعية فهي غير قابلة للتنازل، فهي تبقى للأفراد، وتحد من سلطات الحاكم التي يلزم باحترامها. فالعقد تم إبرامه بين أفراد المجتمع أو غالبيتهم وبين الشخص الذي اختاروه لتولي السلطة، فالإرادة الشعبية فوق إرادة صاحب السلطان، أما غاية السلطة فهي ضمان حقوق الأفراد. فالعقد الاجتماعي لا يستمد قوته الملزمة من إرادة أطرافه، بل من مطابقته للقانون الطبيعي، فهو عقد عقلي غير إرادي، والقانون الطبيعي هو الذي يفرض إبرام هذا العقد وهو محدد شروطه وقوته الإلزامية².

3- القانون الطبيعي عند جون جاك روسو

اما عند جون جاك روسو، فالعقد الاجتماعي هو العقد العادل أو العقلي وليس العقد الإرادي، فهو ذلك العقد المبني على العقل لضمان كفالة حقوق الإنسان الطبيعة والحرية والمساواة. ففكرته تتطابق مع تعاليم مدرسة القانون الطبيعي، لتمسكه بوجود قواعد قانونية منبثقة من الطبيعة ذاتها أو منشئة حقوق طبيعية، يلزم الفرد والدولة باحترام تلك القواعد أو الحقوق.

¹ - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة المرجع السابق، ص 180-181.

² - يراجع في ذلك د الحميد فودة، المرجع السابق، ص 180-181.

4- القانون الطبيعي عند إيمانويل كانط

قام إيمانويل بتصحيح وإيضاح تعاليم مدرسة القانون الطبيعي القديمة، وهو يفرق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي. فالقانون الطبيعي صفة عقلية يقوم على الأخلاق الطبيعية العالمية، مصدره العقل الخالص، ولا بد على إرادة المشرع من الخضوع لمبادئه عند وضعه للقانون الوضعي، ودور الدولة هو تمكين الأفراد من التمتع بحقوقهم دون التدخل في النشاط الفردي أو التعارض للمصالح الخاصة، لأن وظيفة الدولة حراسة المجتمع والقانون¹.

5- النتائج المستخلصة:

- وما يمكن استخلاصه في الأخير؛ نورده في النقاط التالية :
- أصبح للقانون الطبيعي نظرية قانونية، خلال قرن 18².
- انتصر مذهب القانون الطبيعي في نهاية القرن 18 متأثراً بنظرية روسو في تنازل أفراد الشعب عن حرياتهم الفطرية للشعب ذاته، والسلطان وكيل عنهم الإشراف على الحريات، وقد تم تدعيم ذلك بصدور إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1879 الذي نص في مادته 02: الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة التعسف.
- اعتبر القانون الطبيعي مذهباً رسمياً يتضمنه إعلان رسمي وحتى قانون نابليون (المدني) نص على وجود قانون لا تتغير هو العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل البشر وهو مصدر القوانين الوضعية.
- لقد ساند ذلك كانت KANT واعتبر الإنسان قيمة ذاتية مطلقة يضع القانون بعقله وباستعمال العقل الموحد بين الجميع سيستخلص قواعد عالمية ثابتة تحكم سلوكه بتقيد بها المشرع.

ثالثاً: النقد الموجه لنظرية القانون الطبيعي

خلال القرن 19، شككت المدرسة التاريخية من هذه النظرية وقللت من أساسها، فالتطورات التي مست جميع المجالات الاقتصادية، اجتماعية، سياسية، أدت إلى ظهور المذهب الوضعي الذي يناقض القانون الطبيعي. والنقد الذي وجهت لهذه المدرسة يعتمد على ما يلي:

¹ - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 192-191.

² راجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 124-126.

- 1- لا وجود لقواعد عامة ازلية صالحة لكل مكان وزمان، بل القانون متغير ومختلف من بيئة لأخرى، وحتى تفكير الإنسان يختلف من شخص لأخر لاختلافهم عاطفياً، ثقافياً، بيئياً.
- 2- لا يمكن تقديس الفرد بحقوقه الطبيعية، ويكون المجتمع والقانون في خدمته لتظهر بذلك المذاهب الاجتماعية التي تفضل حقوق الجماعة على حقوق الأفراد، والقانون وسيلة لحماية الجماعة ولو حساب المصلحة الفردية.

الفرع الثالث: القانون الطبيعي في الفكر المعاصر

عمل الفقه على محاولة تجنب النقد لإحياء الفكرة من جديد، فقد أصبح للقانون الطبيعي مضمون متغير بزعم الفقه الألماني شاملر صاحب كتاب القانون الطبيعي، وذلك بالتوفيق بين فكرة العموم والدوام وحقيقة التطور والتغيرات البيئية، ليصبح مفهوم القانون الطبيعي: "هو مثل أعلى ثابت في أساسه من حيث قيامه على فكرة العدل القانوني في ذاتها، ولكنه متغير في هيئته، يعكس تصور الجماعة للفكرة طبقاً لمقاصدها، لا يحوي قواعد تفصيلية بل يركز على مجرد العدل القانوني وبعض المبادئ كاحترام الغير، المساواة بين المخاطبين بالقانون، عدم الإضرار بالغير، ويستلهم القانون الوضعي تلك المبادئ عند صياغة نصوصه"¹، فالعدل فكرة ثابتة مضمونها متغير لخصوصية المجتمع كالحق في الميراث يمكن أن يعتبر ظلماً في المجتمع الغربي مثل حق الذكر والانثى². كما تم إحياء النظرية التقليدية للقانون الطبيعي في القرن 20 باعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل³.

للنظرية السابقة التي تعتبر للقانون الطبيعي مضمون متغير أساس متناقض، المثل الأعلى ثابت فكيف يمكن أن يكون متغيراً، ليصبح الأمر الواحد عدلاً في مكان وظالماً في آخر؟ فتم الرجوع إلى صورة معتدلة لنظرية القانون الطبيعي، يمكن التوفيق بينها وبين الواقع وذلك كما يلي:

- وجود مبادئ عامة ثابتة مكاناً وزماناً لا تتغير؛

- تلك المبادئ أسمى من القانون الوضعي تتمثل في الطبيعة الإنسانية التي يكتشفها العقل.

- القانون الطبيعي يضع مبادئ عليا مجردة تقوم على احترام الشخصية الإنسانية، أما القانون الوضعي يتضمن التفاصيل التي تقوم على استلهاً تلك المبادئ حتى يكون نظام المجتمع عادلاً.

- يلجأ القاضي للقانون الطبيعي الذي يوجهه إلى المثل الأعلى للعدل عند وجود قصور في القانون الوضعي.

¹ - يراجع في ذلك، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 124-126.

² - للتفصيل، يراجع في ذلك عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 335.

³ - يراجع في ذلك: عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 207، 2010.

بالتالي تمت إعادة تكييف القانون الطبيعي من اعتباره مصدرا رسميا مفضلا للقانون إلى اعتباره قانونا توجيهيا أو القانون الإطار للقانون الوضعي، فهو يحدد له المبادئ الأولية الكبرى والتفاصيل متروكة للقانون الوضعي¹. فأصبح له مفهوما يتلاءم مع وظيفة القانون الطبيعي، لكن الانتقاد الموجه هو أن تغيره سيجعل منه قانون غير ملزم بل مجرد توصيات، إضافة إلى أن المثل العليا محل القانون الطبيعي هي غير ثابتة، فما يعد مثاليا عند الاشتراكيين يعد منبوذا لدى الرأسمالين².

وفي القرن العشرين ظهر القانون الدولي الإنساني الذي يتبنى مبادئ القانون الطبيعي كمبدأ العدل، الحرية، المساواة، وهو قانون يتكفل بحماية حقوق الإنسان كقواعد آمرة، ومن مبادئ القانون الطبيعي التي تم الاعتماد عليها في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية: تجريم الرق³، حظر التمييز العنصري⁴، ضمان الحريات العامة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁵، حماية حقوق الطفل⁶، مبدأ العدل والمساواة والحرية وتقرير المصير⁷. وحتى المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية تجعل مصادر تسوية النزاعات تتمثل بالترتيب في: الاتفاقيات الدولية، العرف، ثم مبادئ القانون الطبيعي التي يقصد بها المبادئ المعترف بها من طرف الأمم المتحدة، لكن ما مصير الدول حديثة الاستقلال؟ بصدر ميثاق الامم المتحدة في سنة 1949، تم تكريس معايير جديدة للقانون الطبيعي، بالتالي استعاد القانون الطبيعي مكانه كقانون شامل، خالد يقوم على العدل، المساواة، الحرية بين البشر.

المبحث الثاني: المذهب الوضعي لتحديد جوهر القانون

برزت فكرة الوضعية⁸ في عصر ساد فيه المنهج العلمي مع الاهتمام بتطور العلوم الاجتماعية واستفادتها بالمنهج البحث العلمي، واستخدمت كلمة الوضعية (positivisme) من الفيلسوف الفرنسي كونت Conte، مؤسس المدرسة الوضعية، التي تعتمد على التجارب الواقعية وصولا للمعرفة الحقيقية دون الاعتماد على مبادئ العدل، الأخلاق الطبيعية، القانون الطبيعي، وهي تقود للاعتراف بالقانون الوضعي لأنه موجود في الواقع في دولة معينة

¹- يتزعم هذا الاتجاه بلا نيول، جوسران.

²- يراجع في ذلك: عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 335.

³- اتفاقية تحريم الرق عام 1926

⁴- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع اشكال التمييز العنصري في ديسمبر 1965.

⁵- العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والاجتماعية والثقافية في ديسمبر 1966.

⁶- اتفاقية حقوق الطفل في 1989.

⁷- للمزيد من التفصيل حول هذه المبادئ الرجوع الى مفوضية الامم المتحدة السامية لحقوق الانسان، المعاهدات الدولية لحقوق الانسان، نيويورك جنيف، الامم المتحدة، 2006.

⁸- يراجع في ذلك إدريس فاصيلي، المرجع السابق، ص 160.

وزمان معين يتعرف عليه بالملاحظة. ولقد نشأت عن الوضعية الفلسفية الوضعية القانونية، التي تفرعت إلى اتجاهين مختلفين هما: **اتجاه واقعي** موضوعي يبحث عن القانون ليس فقط من التشريع ولكن في المجتمع. واتجاه **شكلي**: يربط بين القانون وبين التشريع.

يعتبر فلاسفة القانون الطبيعي هم من أنشأوا الوضعية القانونية، رغم تمسك البعض بضرورة حصر فكرة الوضعية في أنصار الوضعية دون القانون الطبيعي. كما أن فكرة الوضعية قد حررت العلوم الإنسانية من الخلفيات الفلسفية وارتقت بها إلى مستوى العلوم الدقيقة التي تخضع للمنهج العلمي. لذا سنبين كل اتجاه على حده للتعرف على جوهر القانون اعتماداً عليها.

المطلب الأول: الاتجاه الواقعي أو المدرسة أو المذاهب الواقعية

هي من المذاهب التي تنظر إلى جوهر القانون وموضوعه دون الاهتمام بالجانب الشكلي، وهي تهتم بالحقائق الواقعية الملموسة بعيد عن المثل العليا، فالقانون هو عبارة عن علم اجتماع واقعي يقوم على الملاحظة والتجربة، يطلق عليه مذاهب الوضعية الاجتماعية، فهو يبحث عن القانون في الواقع أي في المجتمع. ومن أهم الاتجاهات الواقعية: المذاهب التاريخية (الفرع الأول)، المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي أو الغاية الاجتماعية (الفرع الثاني)، ثم مذهب التضامن الاجتماعي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المذهب التاريخي

يرتكز أنصار هذا المذهب على الواقع التاريخي للبحث عن أصل القانون، ويسمى أيضاً مذهب التطور التاريخي. ظهرت بوادره منذ القرن 18 في فرنسا، من أنصاره مونتاسكيو بكتابة المشهور "روح القانون" الذي صدر في 1748، الذي سعى للقضاء على السلطة الفردية المطلقة بتجسيده لمبدأ الفصل بين السلطات، وذلك عن طريق توزيع السلطات بين ثلاث هيئات: تشريعية، تنفيذية، قضائية، وقد انعكس تفكير مونتاسكيو على تفسير أصل القانون، حيث يعتقد أن الظروف الاجتماعية لها تأثير في نشوء القواعد القانونية¹، فالقانون يتميز بالنسبية التي تخضع لطبيعة كل بلد ومناخها ومعتقداتها وعاداتها... بمقولته: "ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له، حتى أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد ومركزها واتساعها، ونوع الحياة التي تحبها الشعوب.. ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم"

¹ - يراجع في ذلك: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 174-175؛ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 244-245.

بالتالي ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي توضع له وفقا للظروف التاريخية المختلفة. كما أن الفقيه بورتاليس Portalis أحد واضعي التقنين المدني في مستهل القرن 19، حدد إحدى المبادئ التي يقوم عليها المذهب التاريخي والمثل في أن "القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية". كما كان الفضل للفقيه الألماني Savigny لوضع أسس هذا المذهب الذي تصدى به لوجود مذهب القانوني الطبيعي الذي كانت حركة التقنين في فرنسا في عهد نابليون متفقة تماما معه، والذي يقوم على أن العقل البشري يكشف القانون الطبيعي ويسجله في كتاب¹. فقد حارب فكرة تقنين القانون المدني الألماني، وذلك لأن القانون ليس واحد ثابت بل متغير زمانا ومكانا، ويتطور بشكل يساير تطور البيئة مما يستعصي معه تقنيته، بل هو من صنع الزمن ونتائج التاريخ ووليد حاجة الجماعة لكل ما يتفاعل في وجدانها من عوامل، بمعنى هو "ضمير الشعب القانوني ووجدانه".

فالقانون إذن ليس ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة وامتداد لماضيها. فهو كاللغة يتطور لمسايرة تطور الأمة، فلا مجال للمصادفات ولا لإرادة الأفراد. وعلى هذه الأسباب فإن العرف هو الشكل الأكمل والأصدق للقانون، فالقانون يخلق نفسه.

أولا: أسس المذهب التاريخي

تعدد الأسس²، ولكن يمكن حصرها فيما يلي:

1- لا وجود لقانون طبيعي ثابت: وذلك لأن القانون متغير يتطور لتلبية لحاجات كل أمة وظروفها، ويعتبر من المظاهر الاجتماعية للمجتمع ينمو ويتطور في شكل عادات، لذلك فلكل مجتمع قانون خاص به يتفق مع متطلباته وليس من وحي مثل عليا، وليس ثمرة التفكير والاستنباط.

2- القانون ليس وليد إرادة المشرع بل وليد الحاجة الجماعية: فهو ليس من صنع وخلق إرادة المشرع أو السلطان، لكن من صنع الزمن ونتاج التاريخ، فهو ثمرة الماضي البعيد لا يتدخل دور المشرع إلا بعد نشوئه لينحصر عمله في تسجيل قواعده، ومراقبة تطورها وتسجيل ذلك التطور في نصوص قانونية، لأن مصدر القانون الوضعي هي الأمة كوحدة معنوية يوجد بين أفرادها صلات اجتماعية، وتلك الأمة أو الجماعة لا يحددها زمن معين أو جيل معين بل

¹ - يراجع في ذلك، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 243-244-246.

² - يراجع في ذلك، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 250-251؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، 110-111؛ إدريس فاصلي، المرجع السابق، ص 176-177.

هي كالسلسلة تتعاقب داخلها الأجيال ويتصل فيها الماضي بالحاضر والمستقبل. وعند تفسير النصوص يجب البحث عن النية المحتملة للمشرع، أي ما يقصده المشرع لوضع النص في الظروف التي يراد فيها التفسير أو التطبيق.

3- ينشأ القانون في ضمير الجماعة وينمو بشكل ذاتي، لذلك فالعرف هو المصدر المثالي للقانون فالعرف هو التعبير المباشر والتلقائي عن ضمير الجماعة، فيمكنه أن يلغي ويعدل التشريع، وبالتالي ترفض فكرة التقنين والتجميع لتعارضها مع تطور وحركية القانون ولأنها تؤدي إلى تجميد القانون وإيقافه عن التطور وبالتالي لا يساير تطور المجتمع، وأهم سمة للقانون هي التطور والتكوين الذاتي والآلي. والعرف التعبير المباشر والآلي عن الضمير الجماعي الوطني، فالقانون يخلق نفسه.

ثانياً: نقد المذهب التاريخي

يرجع الفضل للمدرسة التاريخية في إبراز دور العوامل التاريخية والاقتصادية في تكوين القانون وتطوره، وإلى إبراز دور وأهمية ضمير الجماعة، وهو ما أغفله أنصار القانون الطبيعي الذين اعتبروا القانون عبارة عن قواعد جامدة وثابتة مستمدة من العقل، ومن دون نسيان وإنكار دور الواقع الاجتماعي والعامل التاريخي في ظهور القاعدة القانونية وتطورها، لكن عرفت هذه المدرسة عدة انتقادات منها¹:

- المغالاة في ربط القانون بالجماعة وإنكار دور الإرادة الإنسانية، فيمكن للمشرع أن يلعب دوراً هاماً في اختيار أو تعديل القواعد القانونية، كما أنه يمكن للأفراد بذل جهد ملحوظ لتغيير وإنشاء القانون كما هو الأمر بالنسبة لقواعد قانون العمل، ونظم التأمين الاجتماعي، فالإرادة الإنسان دور إيجابي في إنشاء وتطوير القاعدة القانونية، بما يحقق غاية الإنسان.
- أغفلت هذه المدرسة المعيار التقوي المثالي للقاعدة القانونية، فهي تجعل لقانون دوراً سلبياً يقتصر على ترجمة ضمير الجماعة وظروفها دون التسليم بأن المثل العليا تتطابق مع الواقع المادي، وبالتالي لا يمكن إنكار دور القانون الطبيعي في تحديد جوهر القانون، فمعظم الدول حالياً تشتمل على قواعد موحدة مستمدة من مبادئ مثالية يقتضها العقل البشري.

¹ - يراجع في ذلك، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 11-112؛ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 252-257؛ إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 177-178.

- أخضع أنصار المدرسة التاريخية القانون لقواعد البيئة التي تحكم الظواهر الطبيعية، لكن القانون من العلوم التقويمية التي تفرض غاية معينة تسعى إليها الإرادة الإنسانية لتقويم سلوك الأفراد، فالجوهر ليس ظروف الجماعة البيئة بل أيضا وعي الإنسان وعقله.

- المبالغة في اعتبار العرف هو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية، فإذا أمكن اعتبار ذلك صحيحا في العصور الانسانية الأولى، المجتمعات البدائية ذات الحاجات البسيطة، فإن العرف وحده لا يساير سرعة الحاجات المتطورة للمجتمعات الحديثة لأنه سيكون بعيدا عن تطور ظروف المجتمع، وهو أمر يتطلب تدخل الإرادة لتحديد الغاية من القانون، ولا يتحقق ذلك إلا بتدخل التشريع.

إن فكرة التقنين وتجميع القوانين لها دور كبير في النهوض بالقانون من خلال التدوين والقابلية للتعديل، كما أن العديد من الدول اقتبست من دول أخرى قوانينها ودول أخرى تطبق قانونا موحدًا رغم اختلاف الظروف البيئية، يرجع تفسير ذلك إلى أن جوهر القانون لا يتمثل في عوامل البيئة المحلية القومية فحسب، بل أيضا إلى نشاط الإرادة الانسانية البصيرة المحددة للغاية التي يجب على القانون تجسيدها من خلال ما يستخلصه العقل الإنساني من مثل عليا.

الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية

أدت الانتقادات السابقة لظهور مذهب الفقيه الألماني إهرنج IHERING الذي تمرد على المذهب التاريخي وأسس لمذهب آخر يعرف باسم مذهب الغاية "BUT" من خلال كتابة: "الغاية في القانون". والذي ربط جوهر القاعدة القانونية وخضوعها للتطور بالإرادة الإنسانية، معتبرا أن الظواهر الاجتماعية كالقانون تخضع "لقانون الغاية"، وغاية القانون هي حفظ المجتمع والخير العام (مثل عليا). فالقانون إذن ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا، ولكن وليد الإرادة الإنسانية يصدر ويتطور من وعي وإدراك، بالتالي قد بعث الحياة في جوهر القانون بالبحث عن غايته.

أولاً: نتائج الاهتمام بمذهب الغاية الاجتماعية

وقد ترتب على الاهتمام بالغاية الاجتماعية للقانون إلى ظهور نزعة فردية يسعى القانون تبعاً لها إلى تحقيق سعادة الفرد، ونزعة جماعية تسعى لحماية وإسعاد المجتمع بتحقيق الخير العام¹.

1- المذهب الفردي:

يقوم على أساس أن الفرد ولد حراً، له حقوق طبيعية سابقة على وجوده داخل الجماعة، وهو يركز على أن مصلحة الفرد هي الغاية والهدف من القانون، والجماعة مجرد نسيج صناعي يمارس كل فرد نشاطه، وبتحقيق مصلحة الفرد تحقق مصلحة الجماعة، كما يقوم على المساواة القانونية بين الأفراد، والتكافؤ والتساوي قائم على حرية الإرادة وكل ما يقضي به العقد هو العدل، فحماية الفرد وحرية هي الهدف من القانون. دعم هذا المذهب إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 وتبنته دساتير القرن 19، 20، وانضمام الفرد للجماعة كان بموجب عقد يكفل له حرية ممارسة حقوقه مقابل التنازل عن جزء من حرته، وبالتالي القانون هو نتاج عقد اجتماعي.

يعاب على هذا المذهب مغالاته في تقديس الفرد وتغليب مصلحته على مصلحة الجماعة، فأساس ذلك خاطئ، فلا وجود لحقوق للفرد سابقة على وجود الجماعة، فلا وجود للحق إلا بوجود الواجب. كما أنه أهمل الخاصية الاجتماعية للإنسان، مما يترتب معه بث الأنانية في النفوس وإهمال مصلحة الجماعة. والمساواة التي ينادي بها هذا المذهب هي خيالية لا وجود لها، نتيجة لتحكم وسيطرة أصحاب المراكز الاقتصادية المتميزة (الشركات الضخمة) في مواجهة الكثير من العمال والتجار الصغار.

2- المذهب الاجتماعي:

يعتبر المذهب الاجتماعي² الجماعة هي الغاية من الوجود وليست أداة لتحقيق غاية أخرى لذلك فالفرد مسخر لخدمتها تحقيقاً للصالح المشترك، ويتحقق مصالح الجماعة بتحقيق مصالح الفرد لأن الفرد جزء من الجماعة، وهذا المذهب يقوم على العدل التوزيعي القائم على المساواة بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقاً لمقتضيات الصالح العام، فالحرية إذن هي منحة للفرد من الجماعة وليست حقاً طبيعياً، يتقلص نتيجة لذلك مبدأ سلطان الإرادة وحرية

¹ - يراجع في ذلك، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 183.

² - يراجع في ذلك، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 185.

التعاقد، ليتوسع نطاق القاعدة القانونية، مع زيادة تدخل الدولة لإقامة مساواة حقيقة بين المتعاقدين لمنع تحكم أحد طرفي العقد.

ثانياً: نقد مذهب الغاية الاجتماعية

يعاب على هذا المذهب مبالغته في الاعتماد على الإرادة البشرية في صنع وإنشاء القواعد القانونية، وإهماله المصادر الأخرى المساهمة في خلق هذه القواعد، منها الدين، العرف وأيضاً القواعد الطبيعية التي تترجم المثل العليا التي تسود حياة الإنسان. وأيضاً المغالاة في تصوير أهمية الغاية المفروضة من الإرادة المنتصرة في الجماعة، وإهمال المبادئ المثالية المستمدة من طبيعة الإنسان ذاته، فلا يمكن جعل القانون نتيجة أسفرت عنها تصارع القوى، فالقانون لا يوجد إلا لتحقيق مثل أعلى للعدل. كما أن إرادة الإنسان وحدها غير كافية لصنع قانون عادل لضعفها وتعارض الخير والشر فيها، والقانون يجب أن يستند إلى مصادر مادية.

لكن مذهب إهرنج كان له الفضل رغم كل شيء في التنبيه إلى أخطاء المذهب التاريخي في رد نشأة القانون وتطوره ونموه إلى حركة آلية لا شعورية ومندفعاً في تطوره إلى غاية غير معلومة¹، وجعل لعقل الإنسان وإرادته أوفر نصيب في توجيه القانون.

الفرع الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي

سادت الفلسفة الواقعية القرن 19، التي تهتم بالظواهر الاجتماعية، وتبتعد عن البحث فيما وراء المادة، فهي تقف عند كل ما يمكن إدراكه بشكل مادي ملموس، سواء كانت الظواهر طبيعية أو إرادية²، وقد تأثر بهذه الفلسفة الفقيه الفرنسي ديجي "DUGUIT" الذي اعتمد على المنهج العلمي الواقعي القائم على المشاهدة والتجربة، فعمل على إخضاع القانون لهذا المنهج، ويبحث عن مصدره في الوسط الاجتماعي باعتبار القانون ظاهرة اجتماعية تترجم رغبة المجتمع في الحياة والتقدم، وأسس بذلك لمذهب التضامن الاجتماعي³. اعتماداً عليه، تبنى القاعدة

¹-يراجع في ذلك:حسن كبر، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2014، الطبعة 1، المجلد 1 ص 128.

²- يراجع في ذلك:، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 263.

³-للتعرف على أسس ومقومات مذهب التضامن الاجتماعي، عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 263-269؛ فاصلي إدريس، المرجع السابق، ص 186-190؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 113-115.

القانونية على أسس واقعية ملموسة، منكرًا بذلك العديد من الأفكار والأسس التي يقوم عليها القانون: كالقانون الطبيعي والمثل العليا، فكرة الحق، الشخصية القانونية وشخصية الدولة خصوصًا.

أولاً: أسس مذهب التضامن الاجتماعي

الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب، هي أسس واقعية تؤكد المشاهدة والتجربة صحتها، تتمثل في:

1- الإنسان كائن اجتماعي لا يمكن أن يعيش إلا في مجتمع، فالحياة المشتركة بين الناس في صورة مجتمع هي أمر حتمي في الماضي، الحاضر، المستقبل، ولا يستطيع الإنسان تحقيق مصالحه إلا بالتعاون مع الآخرين.

2- تربط الأفراد داخل المجتمع رابطة التضامن: وذلك لوجود حاجات مشتركة لا تحقق إلا بالحياة المشتركة، فهم مرتبطون بما يعرف "بالتضامن بالاشتراك" أو التشابه في الحاجات، وهذه الرابطة كنتيجة للحاجة إلى التعاون بين أفراد المجتمع، ولتأكيد هذا التضامن لابد من قواعد تنظم سلوك الأفراد وفقاً له. وشعور الأفراد بوجود تضامن بينهم هو أصل القانون وأساس قوة الالتزام به، وهو ما يعرف بفكرة الأصل أو الحد الاجتماعي، وهو الحد الفاصل بين الأعمال التي يجب القيام بها والأعمال التي يجب الامتناع عنها.

وهذا الأصل أو الحد الاجتماعي، قد يكون مجرد أصل اقتصادي يحكم نشاط الأفراد المتصل بالإنتاج والتداول والاستهلاك، وتعد خسارة الثروة هي جزاء مخالفته. كما قد يكون أصلاً أخلاقياً يحدد السلوك بما يتفق والآداب العامة ويعد استنكار الناس هو جزاء مخالفته. وقد يرتقي الأصل الاقتصادي أو الأخلاقي لمرتبة الأصل القانوني، يتخذ الجزاء على مخالفته صورة الإجبار الاجتماعي باستخدام القوة المنظمة التي تحتكرها الحكومة، اذن الأصل القانوني هو ضرورة حفظ التضامن الاجتماعي.

3- وأضاف إلى التضامن الاجتماعي أساس آخر هو الشعور بالعدل القائم فعلاً لدى الأفراد في المجتمع، وهو شعور خاص بالطبيعة الإنسانية، وليست فكرة عقلية مطلقة سيخلقها العقل. وعليه أساس الإلزام في القانون هو الشعور بالتضامن الاجتماعي والعدل.

تفترض هذه النظرية وجود تضامن اجتماعي سامي على كل الخلافات الموجودة بين الطبقات، والتضامن يظهر في الأسرة، يجتمع الأفراد يدافع الدين، القرابة ويدافعون عن كيانهم. والقاعدة القانونية وفقاً لنظرية التضامن، ليست القاعدة توضع وفق مثل أعلى (قانون طبيعي)، ولا تلك التي تكفل الدولة قيامها واحترامها (الشكلية)، بل

شعور جمهور الأفراد أنها ضرورية ولازمة لضمان التضامن الاجتماعية ومن العدل تسخير قوة الإجماع في الجماعة لكفالة احترامها.

ثانياً: النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي

وجهت لهذا المذهب عدة انتقادات، تركز على اغفال الجانب التقويمي للقانون واستبعاد فكرة المثل العليا¹، على النحو التالي²:

- المنهج العلمي التجريبي لديجي، لا يتناسب مع الظواهر الإرادية التي يحكمها القانون وتخضع لقانون الغاية، حيث لا بد من تدخل الارادة لتحقيق تلك الغاية، فلا يمكن للقانون إخضاع الفرد قسراً لفعل معين عكس الظواهر الطبيعية التي تعد مسيرة. فالقانون لا يقرر ما هو كائن، لكن يقوم ما هو كائن للوصول إلى ما ينبغي أن يكون، فيتجاوز دائرة العقل والتفكير.
- غالباً ما يتجاوز هذا المذهب أسسه، فقصد التضامن هو التضامن في الخير والعدل كأساس للقانون دون التضامن في الشر، وللوصول إلى ذلك لا بد من تقويم التضامن اعتماداً على مثل أعلى يستخلصه العقل، فهذا المذهب لا يعتمد على تقرير الواقع فقط بل يعطي للتضامن قيمة مثالية.
- فكرة العدل قائمة على شعور شخصي لدى الأفراد في المجتمع، وهو ما قد يؤدي إلى تحكيم الأهواء الشخصية، وهو يخالف الحقائق الموضوعية التي يجب أن يستند إليها القانون. فكان لديجي الفضل في إبعاد الفكرة السائدة: أن القانون هو مجرد عمل عقلي بحث، بل للحقائق الواقعية الاجتماعية أثر في تكوين القانون وتأسيسه وتأصيله.
- يرى البعض أن نظرية دييجي تتفق مع تطور الأفكار الحديثة وحاجة الجماعة البشرية للتطور، ودليلها في ذلك تحقيق العدالة الاجتماعية بين الأفراد، والخروج عن نطاق المبدأ الفردي. لكن البعض الآخر³: يرى أن دييجي ينسى وجود حقائق اجتماعية أخرى مؤثرة في المجتمع كالتنافس والصراع.

¹ - يراجع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص.146.

² - يراجع في ذلك، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 190-192؛ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص115-116 عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص.269-272.

³ - يراجع في ذلك، عبد الزراق السنهوري، المرجع السابق، ص70.

المطلب الثاني: الوضعية القانونية (المذاهب الشكلية)

يقصد بالوضعية القانونية *positivisme juridique* الربط بين القانون والدولة، والوضعية المستمدة من اصطلاح القانون الوضعي، نشأت عن الوضعية الفلسفية، لا تعترف بما وراء الطبيعة وهي تنكر ما يسمى بالقانون الطبيعي الخالد ولا تعترف إلا بالقانون الوضعي لأنه موجود في الواقع في دولة معينة في زمان محدد¹. فالصفة الوضعية للقانون عند فقهاء هذا المذهب، تتمثل في سلطة تأمر وتنهاي وتجبر الأفراد إلى طاعة قواعد القانون، وهي نفسها التي تنشأ قواعد القانون: أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين.

مشيئة الدولة أو السلطة داخل المجتمع في إنشاء القانون وإلزام الأفراد باتباعه ولو بالقوة. ولقانون: هو تعبير عن إرادة الدولة أو الحاكم وهو شيء ظاهر في المجتمع، المظهر الخارجي هو معيار مادي للتعرف على طبيعة القانون². أنصار هذا الاتجاه يتفقون على وجود قانون واحد هو القانون الوضعي، متمثلاً في التشريع الصادر من الدولة بصفتها صاحبة السلطة لما تتمتع به من سلطة إلزام الغير بأوامرها، ولكن تعددت الآراء والأفكار المرتبطة بهذا المذهب، سيتم التركيز على مذهب أوستن الانجليزي (الفرع الأول)، ومذهب كلسن النمساوي (الفرع الثاني)، أخيراً مذهب فقهاء المدرسة الفرنسية للشرح على المتون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مذهب أوستن

الفقيه أوستن هو استاذ للقانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن 19، يقوم موقفه على مقولته في محاضراته: "إن موضوع القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون من أجل طائفة محكومة سياسياً...". فهو يربط وجود القانون بالمجتمع السياسي ووجود الدولة، فالدولة هي التي تقوم بوضع القانون وتعمل على كفالة احترامه جبراً على الأفراد باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة، وهو مرتبط بوجود مجتمع سياسي ويصدر في شكل أوامر وتكاليف يقترن ذلك بتوقيع جزاء مخالفته، نتيجة لذلك فبحسب رأيه لا وجود للقانون إلا بتوافر شروط ثلاث، سيتم تحديدها ثم التعرف بعدها على النقد الموجه له.

¹راجع في ذلك، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 106.

²يراجع، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 73.

أولاً: أسس مذهب أوستن

تتمثل أسس مذهب أوستن في شروط ثلاث¹:

- وجود مجتمع منظم سياسي: الدولة: فظهور الدولة مقترن بظهور القانون ولا وجود للقانون قبل الدولة، وتوجد داخل ذلك المجتمع هيئة حاكمة تباشر سلطان الدولة على طبقة محكومة، وهذه الهيئة هي التي تتولى وحدها تنظيم العلاقات الاجتماعية من خلال قوانين تصدرها، أما الطبقة المحكومة فدورها تطبيق الأوامر والامتثال للنواهي .
- يصدر الحاكم أمراً بعمل الشيء أو الامتناع عنه: فالقانون يصدر في صورة أمر أو نهي، وليس مجرد نصيحة تقدم للناس.
- اقتزان الأمر بجزاء دنيوي يوقعه الحاكم على من يخالفه: وهو الجزاء القانوني الذي تختلف صورته باختلاف المكان والزمان، ويتنوع فروع القانون: قد يكون ديناً، جزائياً، بطلان العقود والتصرفات المخالفة للقانون، إعادة الحال إلى ما كانت عليه، كهدم الأبنية المقامة أو عقوبات جزائية، أو يجمع الجزاء بين المدني والجزائي، فحسب أوستن وظيفة السلطة هي توفير الشرعية القانونية.

ويترتب عن ذلك:

- إنكار صفة القانون على القانون الدستوري: لصدوره بمحض إرادة الحاكم، ولا يتقيد به إلا في حدود مشيئته، ولا يتصور توقيع الجزاء على نفسه، فقواعده ليست إلزامية للحاكم لتكون قيمتها إرشادية فقط، فسماه أوستن "قواعد الأخلاق الوضعية"؛
- إنكار صفة القانونية على القانون الدولي العام: وذلك لعدم وجود هيئة حاكمة في المجتمع الدولي تأمر الدول باتباع قاعدة معينة، وتتولى توقيع الجزاء على الدولة المخالفة، لأنه مجموع القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول التي تكون متساوية، ولا توجد سلطة تعلوه فلا يوجد إذن عنصري الأمر والنهي، والجزاء، فقواعده قواعد أخلاق ومعاملات تراعيها الدول في معاملتها؛

¹ - يراجع، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 74-؛ يراجع، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107-108.

- إنكار العرف كمصدر: لأن التشريع هو المصدر الوحيد دون باقي المصادر، فلا يعتد بالعرف كمصدر إلا بالقدر الذي يميزه الحاكم.

ثانيا: نقد مذهب أوستن

وجه لمذهب أوستن عدة انتقادات، تتمثل في¹:

- يخلط أوستن بين القانون والدولة عند قوله: لا وجود للقانون إلا في مجتمع سياسي منظم، وذلك لأن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن تكون ظاهرة سياسية.
- يخلط بين القانون والقوة المتمثلة في الجزاء: فهو سيجعل الحكم للقوة والحاكم يفرض ما يشاء في خدمة القوة والمفروض أن الحاكم يكون في خدمة القانون (كفالة احترامه، وما يؤخذ عليه أنه سيؤدي للاعتراف بالدكتاتورية والاستبداد).
- توجد مصادر أخرى بجانب التشريع كالعرف الذي كان فيما مضى المصدر الأساسي للقانون والذي مازال كذلك خاصة بالنسبة للقانون التجاري.
- انكار صفة القانون الدولي العام: أغلبية الفقه يرى أن القانون الدولي العام هو قانون يتوفر له عنصر الإلزام الذي تمتلكه هيئة الأمم المتحدة.
- القانون الدستوري قانون كغيره، ليتوفر له عنصر الإلزام، فالأمة مصدر كل السلطات، تعتبر سلطة أعلى من سلطة الحاكم داخل الدولة.
- إن القانون في أصله وليد الظروف التي تحيط بالمجتمع، وما تقوم به الدولة هو مجرد صياغه لهذا الواقع أو الجوهر.

الفرع الثاني: مذهب كلسن (بحث: الفصل بين الشكل والمضمون والتكيز على الشكل)

كلسن، فقيه نمساوي درس فلسفة القانون سنة 1917 بجامعة فينا، هو من أبرز مؤيدي الوضعية القانونية، فهو يرى أن القانون هو الدولة ذاتها، ولا وجود للقانون غير الذي ينتج عن إرادة الدولة، والدولة هي مجموعة من القواعد القانونية التي تتدرج حسب مرتبتها تدرج هرميا، مما يشكل وحدة لا يجوز تقسيمه، ويقتصر دور رجل القانون

¹-يراجع في ذلك، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 85-86.

في التعرف على القانون كما هو كائن، بغض النظر عن الضوابط الخلفية والمثل ومبادئ القانون الطبيعي لأنها ليست قانونية.

تعتبر نظرية كلسن النظرية البحثية في القانون¹، إذ قام بتفسير القانون بوصفه قاعدة مجردة من كافة المؤثرات (السياسية، الدينية، الاقتصادية، الجماعية)، واعتبر القانون وسيلة لتنظيم السلوك الإنساني، وهو يترتب في شكل هرمي قمته الدستور وفي القاعدة باقي القوانين حسب قوتها. ويعتبر أيضا مجرد قاعدة وضعية بحثية، منفصلة مطلقا عن الأخلاق والعدالة والقانون الطبيعي. تمثل نظريته أقصى درجات الشكلية والوضعية في نظرية القانون.

الفرع الثالث: مذهب الشرح على المتون (مدرسة تفسير النصوص)

تشابه مدرسة تفسير النصوص أو الشرح على المتون مع نظرية أوستن، فلا وجود للقانون بالنسبة لهما خارج النصوص، فالقانون يرتبط بإرادة الدولة (السلطة السياسية) وهي المصدر الوحيد للقانون بما تصدره من تشريعات. ظهورها ارتبط بصدور التقنيات الفرنسية في مطلع القرن 19، واعتبر الفقه أن هذه التقنيات هي القانون الكامل فقاموا بتقديس محتواها. ومن عوامل ازدهار هذه المدرسة اعتبار الشرح على المتون هو المنهج السائد في علم القانون منذ القرن 12، وفي القرن 19 انبهر الجميع بطريقة تركيب أحكام و نصوص قانون نابليون الذي كان وليد الثورة الفرنسية². فكان التشريع يعبر عن الإرادة العامة (موقف رسو)، ودور القضاء تطبيق التشريع فقط (موقف مونتسكيو).

يقصد بهذا المذهب: طريقة أو أسلوب في التفسير أو شرح القانون-قوانين نابليون-دون التعرض إلى نقد نصوص القانون المدني، باعتبارها نصوص تشريعية مقدسة، والتشريع هو المصدر الوحيد للقانون³. تمتاز بعدة سمات⁴ أهمها: تزامن مرحلة مدرسة الشرح على المتون ظهور التخصص في فلسفة القانون مع النزعة الأحادية؛ كما إزدهرت الوضعية القانونية وزالت نظرية القانون الطبيعي، كما قد عرفت هذه المرحلة ثلاث تطورات تمثلت في عصر البناء

1 - يراجع، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص 233-234.

2 - فكانت مدرسة الشرح على المتون كرد فعل عكسي على فلسفة القانون الطبيعي، واستعملتها الدولة كوسيلة لتحريم الفكر وإيقاف حركة تطوره حفاظا على قانونها. وضمانا لبقاء هيمنتها، وهو ما أدى إلى ازدهار المجتمع الرأسمالي واستقرار العلاقات الاجتماعية، فقد تم إدخال الشكلية في نظرية القانون لتحقيق ذلك وتم دمج القانون الطبيعي مع القانون الوضعي في وحدة واحدة هي التشريع. يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، فلسفة القانون المرجع السابق، ص ص 227-228.

3- يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 110، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص ص 87-88.

4- يراجع، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص ص 231-232.

والظهور (1803-1804)، ثم عصر الازدهار (1830-1880) فعصر الانهيار (1880-1900). وهذا ما يدفع للبحث في الأسس التي تقوم عليها هذه المدرسة، ثم الانتقادات التي وجهت إليها.

أولاً: أسس مذهب أو مدرسة الشرح على المتن

تقوم هذه المدرسة على تقديس التشريع واعتباره المصدر الوحيد للقانون، اقتناعاً منها أنه تعبير عن إرادة المشرع، كما حدد أنصارها مبادئ تقوم عليها هذه المدرسة، والمتمثلة في¹:

1- **تقديس النصوص**: يقصد به التشريع (مجموعة نابليون) الذي يعتبر المصدر الوحيد للقانون، سبب ذلك أنه احتوى على كل شيء لما هو موجود وما سوف يستجد، ولم يفرط في شيء، وبالتالي على الفقه تفسير نصوص نصاً نصاً، واتباع النص خطوة خطوة، فيتم شرح كل مادة تطبيقياً جملة جملة بكلمة كلمة، ويتم الربط بين ما سبق وما يلي لأن ذلك سيحدد معنى العبارات والمصطلحات المستعملة، ليتمكن الفقيه من وضع نظام شامل وصياغة نظرية عامة للقانون. نتيجة لذلك، تستبعد باقي المصادر، مما تم إبعاد مشكلة الاختلاف في المصادر بين المناطق الشمالية والجنوبية لفرنسا، فكانت الأولى تخضع لنظام قانوني مستمد من العرف، أما الثانية مستمدة من القانون الروماني، فكان لقانون نابليون الدور في توحيد القوانين الفرنسية. كما مست فكرة الشرح على المتن كل القوانين ولم تنحصر فقط في القانون المدني، أما دور القاضي فينحصر في الخضوع للنصوص والحكم بمقتضاها وليس الحكم عليها.

2- **حصر القانون في إرادة المشرع (التشريع هو المصدر الوحيد للقانون)**: فالقانون هو تلك النصوص المكتوبة التي يصدرها المشرع، فما يهم هي النصوص والقواعد والمبادئ وليس حاجات الحياة الخاصة كما يكشف عنها القضاء، بل يجب البحث عن علم القانون لا من خلال الأحكام القضائية بل عن طريق فحص التشريعات ذاتها، وتفسير التشريع هو عملية عقلية ذهنية لأن علم القانون علم عقلي يعتمد لفهمه على التحليل والتركيب، والقاضي لا يعتمد على مصادر أخرى لأنها ليست بمنزلة الأمر التشريعي، ولا يعتمد مثلاً على العرف إلا إذا أجاز المشرع و بالتالي يعترف به.

وإذا ما ظهر للقاضي أو الفقيه أنه يوجد حدث أو واقعة ليس لها حكم في التشريع، فذلك دليل على عجزه عن استنباط هذا الحكم من التشريع. وقد تضمنت المجموعة المدنية التي كانت تهدف إلى الحفاظ على المصالح الاقتصادية للرأسمالية على مجموعة من المبادئ خصوصاً الثلاثة الرئيسية منها²:

¹ - يراجع في ذلك، فايز محمد حسين، المرجع السابق، ص. 228-229؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 88-98.

² - يراجع في ذلك، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 93-98.

- الملكية حق مطلق: تمكن الشخص من حق التمتع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة. فهذا الحق يمنح لصاحبه اعتمادا على مدرسة الشرح على المتون "سلطة سيادة وتحكم كامل على الشيء"؛

- العقد شريعة المتعاقدين: تجسيدا لحرية التعاقد واستقرار المعاملات لصالح أصحاب الأموال؛

- تأكيد شروط الاعفاء من المسؤولية، والأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بما يحقق حماية مصالح الرأسمالية، ولكن التحولات الاقتصادية والاجتماعية دفعت بالقضاء بالخروج عن تلك المبادئ بإقرار التعويض دون قيام خطأ كما كانت تدعو له المسؤولية الخطئية.

3- العبرة بنية المشرع المفروضة أو الحقيقة: تفسير النص يركز على البحث عن نية المشرع وقت وضع التشريع وليست النية المحتملة وقت تطبيق التشريع، فالقاضي غير ملزم بحرفية النص قدر إلزامية بنية المشرع. ويقصد بالنية المحتملة ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد في الظروف الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص. مثلا كان القانون الفرنسي يمنع صراحة التصرف في العقار، فيفهم من النص أن المشرع لا يمانع من التصرف في المنقول وهي النية المفترضة. أما المحتملة: فنتيجة لما آلت إليه قيمة المنقولات التي أصبحت تفوق العقارات، فإنه كان بإمكان المشرع لو وضع نصوصا لتنظيم هذه الوضعية فكان من المحتمل أنه سيمنع التصرف في المنقول، ولكم هذه النية أجنبية على المشرع لا يلتزم بها القاضي.

أما إذا كانت نية المشرع غير واضحة، فإن فقهاء الشرح على المتون يعتمدون على مجموعة من الطرق لاستخلاص الإرادة المفترضة: إما من روح التشريع لأنها تبين المقصود من صياغة المشرع، مثلا المقصود من الليل كظرف متشدد للعقوبة في جريمة السرقة: اللغوي: الظلام، الفلكي: ما بين الغروب الشمس وشروقها، فالظلام هو الذي يشكل سرا وسهل ارتكاب السرقة، فهو قصد المشرع الحقيقي(.، أو من المصادر التاريخية أي التشريعات التي أقام عليها المشرع قانونه، أو من الأعمال التحضيرية وذلك بالرجوع للعدالة والمصلحة كوسيلة للتعرف على إرادة المشرع.

ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذه النظرية

من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية¹:

¹ - يراجع: محمد حسين منصور، المرجع السابق، 109-110؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 99، وراجع أيضا ملامح الخروج من سلبيات الشكلية التي تبني عليها مدرسة الشرح على المتون والتي تعد في الوقت نفسه انتقادات موجهة لهذه المدرسة، يراجع، فائز محمد حسين، المرجع السابق، ص. 251-252.

- 1- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون، وذلك لتعدد المصادر منها العرف.
 - 2- يتسم بالنزعة الاستبدادية، لإطلاق سلطة الدولة واعتبار القانون تعبير مطلق عن إرادتها، وذلك مقارنة بظهور المذهب الاجتماعي الذي يعتبر القانون غاية لتحقيق مصلحة الجماعة.
 - 3- اعقال الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع وتقديس إرادة المشرع مع إهمال إرادة الأمة، خاصة مع التغيرات الكبرى في الواقع الاجتماعي.
 - 4- استخدام القياس المنطقي واغفال الواقع في التطبيق الآلي للقانون.
- وقد أدت تلك الانتقادات إلى ظهور عدة مدارس منها: مدرسة فقه المصالح، ومدرسة البحث القانوني الحر باعتبارها معارض للوضعية القانونية والتفسير الشكلي للقانون وهي تركز أصلاً على المنهج القانون.

المبحث الثالث: الاتجاه الحالي لتحديد جوهر القانون (المذهب المختلط مع موقف المشرع الجزائري)

يحاول هذا المذهب تفادي الانتقادات الموجهة للمذاهب السابقة عن طريق جمع قدر المستطاع بالأحكام الصائبة في كل منها، لتكون القاعدة القانونية تجمع في جوهرها بين المثل العليا المستخلصة بالعقل، والحقائق المرتبطة بالحياة الواقعية المستخلصة بالملاحظة والتجربة، ليكون القانون يجمع بين العلوم والفلسفة بين ما هو واقعي ومثالي. وهو اتجاه حظي بتأييد غالبية الفقه ويتأسس هذا الاتجاه الفقيه Francois Gémy، الذي كان له الفضل في الإجابة على سؤال هل القانون هو معطى أم منشأ؟

سيتم التعرف على توجهات هذا المذهب من خلال سمات المذهب المختلط (المطلب الأول)، ثم موقف المشرع الجزائري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سمات المذهب المختلط

لقد ميز رائد هذا المذهب (الفقيه جيني) بصدد تكوين القاعدة القانونية بين الجوهر والشكل، بين:

- ما سماه Donn  المعطى أو الجوهر أو المادة الأولية، والتي يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقاً لمثل أعلى مهين والذي لا بد على القواعد القانونية أن تحصر على صياغته في النصوص، ونشاط الفقيه في هذه الحالة هو علم من العلوم science.
- وبين ما سماه construit المنشأ، المبنى، أو الشكل، وهو الصورة التي تعطى لذلك الجوهر ليصبح صالحاً للتطبيق في نطاق العمل، فيتم وضع تلك المعطيات في صورة أفكار قانونية أو ضوابط جامدة أو معايير مرنة وهو ما يعرف

بالمبنى أو الشكل وهو الذي أسماه الصياغة وهي فن من القانون، وهي لا تتأتى إلا بعد تعيين مضمون القاعدة، والصياغة (la technique) .

واعتبر القانون نتيجة ذلك علم وفن، سيفصل الفرعين التاليين هذا المفهوم.

الفرع الأول: يعتبر المذهب المختلط القانون علم (جوهر القانون)

فالعلم ليس بالمفهوم الضيق "المعرفة اليقينية المستندة إلى المشاهدة والتجربة"، بل مفهومه الواسع "كل معرفة منطقية منهجية تجريبية أو عقلية"، فهو يقوم على التفكير العقلي محور دراسة القانون الطبيعي، وهو الجوهر العميق للقانون. والمشرع عند وضعه قاعدة قانونية عليه أن يأخذ بعين الاعتبار عدة عوامل واقعية وأخرى مثالية، ليكون بذلك هذا المذهب قد أخذ عن كل المذاهب أسسها: فأخذ عن القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة، وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمثل **أعلى كغاية** يسعى القانون لتحقيقها، واخيرا عن التضامن الاجتماعي: الاعتماد على حقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون. فالقانون باعتباره علم فهو يركز على وجود عدة حقائق والتي تؤخذ بعين الاعتبار عند وضع القانون، تمثل فيما يلي¹:

1- الحقائق الواقعية الطبيعية التي يقوم عليها القانون

مجموعة الظروف التي تحيط بالناس في المجتمع من ظروف مادية، مناخية، طبيعية، تكوين جسماني، أو معنوية نفسية خلفية.. هي لا تخلق القاعدة القانونية لكن تمهد لها مثلاً: الزواج كنظام قانوني، قائم على وجود حقيقة واقعية طبيعية: الارتباط بين جنسين من الإنسان-الذكر والأنثى، وطريقة وشروط تنظيم تلك العلاقة تختلف حسب الظروف الطبيعية: مثلاً: تحديد السن القانوني للزواج. فالعوامل الطبيعية تحدد الفكرة الرئيسية للارتباط ليتدخل المشرع في بعد لتحديد قواعده.

أما المناطق الساحلية تزدهر فيها التجارة، ليكون الاهتمام أكبر بالقانون التجاري والبحري مقارنة بالمجتمع الزراعي الذي يهتم فيه أكثر بقواعد الملكية العقارية والقانون الفلاحي، وهذه الحقائق تخضع لطرق المعرفة الواقعية: المشاهدة والتجربة فهي حقائق علمية.

¹ - يراجع، علي فيلاي، المرجع السابق، ص 151-156.

2- الحقائق التاريخية التي يقوم عليها القانون

الحقائق التاريخية، هي التراث الذي خلقته الأجيال السابقة من تنظيم لعلاقاتهم الاجتماعية من عرف وعادات تقاليد مختلفة، وهي حقائق أعدتها المشاهدة والتجربة من خلال الاستقراء التاريخي، فالتجارب التاريخية تؤثر في نوع القاعدة القانونية: قد تكون تلك الحقائق: سياسية، اقتصادية، اجتماعية، سادت في مراحل معينة يجب على المشرع مراعاتها عند صياغة القاعدة القانونية.

وهي تتضمن قواعد قانونية إيجابية صالحة لتوجيه الناس في الجماعة، عكس الحقائق الواقعية التي تحوي مادة أولية سلبية لا تقوم لوحدها لتكوين القاعدة القانونية فالحقائق التاريخية هي حقائق جاهزة لتكوين القاعدة القانونية تكويناً علمياً، وهذه المعطيات تحقق عنده توازناً بين الاستقرار وضرورة التطوير. مثلاً حق الملكية كان له نظام تأسس عبر التاريخ ومعتمد عليه في الوقت الحالي.

3- الحقائق العقلية التي يقوم عليها القانون

الحقائق العقلية، هي كل ما يستخلصه العقل من طبيعة الإنسان والبيئة التي تكتنف حياته، فالعقل هو الذي يقدر صلاحية الحقائق الطبيعية والتاريخية لتحقيق الغرض الذي يهيمن على النظام القانوني، وهذه الحقائق العقلية هي قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان واتصاله بالناس في الجماعة، وهي توازن بين ما هو كائن وما يجب أن يكون عكس الحقائق المثالية التي ترسم الصورة المثلى للنظام القانوني دون الأخذ بعين الاعتبار إذا كان ضروري أو غير ضروري.

4- الحقائق المثالية التي يقوم عليها القانون

تهدف الحقائق أو القيم المثالية إلى السير بالقانون نحو الكمال، لا يتم استلهامها من التفكير، بل بالعاطفة من أمثلة ذلك: وحدة الزوجة، أبدية الزواج وامتناع انحلاله عن طريق الطلاق، فالعقل لا ينبغي فكرة التعدد، والطلاق، لكن التوجه نحو الكمال يعتمد على دوام الرابطة الزوجية والاكتفاء بزوجة واحدة..، وهي معطيات تختلف زماناً ومكاناً. إنها معطيات تساعد على تطوير القانون فهي تقرب الحياة الاجتماعية من العدل، مثلاً: إلزام مرتكب الخطأ بالتعويض على أساس حقائق عقلية لكن التعويض على أساس تحمل التبعية يبرز تأثير الفكر المثالي على الحقائق العقلية.

الفرع الثاني: يعتبر المذهب المختلط القانون فن (الصياغة القانونية)

بالإضافة إلى أن القانون علم بالنظر إليه من ناحية جوهره، فإن المذهب المختلط يعتبره أيضا فن يرتبط بالصياغة القانونية¹، ويقصد من الصياغة مجموعة الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية، الوجود العملي بشكل يحقق الغاية الموجودة من وضع الجوهر، فالصياغة.. بالفن التشريعي، بتحويل المادة الأولية المكونة للقانون إلى قواعد عامة ومجردة صالحة للتطبيق، وقد تكون مادية أو معنوية²:

1-الصياغة المادية: تعبير مادي مجسد في مظهر خارجي في شكل حسابي محدد وثابت لا يدع مجالاً للشك. مثلا: حالة الغبن الفاحش (تجاوز 1/5 الثمن³)، تحديد سن الرشد 19 سنة⁴ وأمثلة أخرى تتعلق بقيمة معينة للاثبات بالكتابة أو تحديد مبلغ معين كحد أدنى لرأس المال الشركة..، كل هذا لإحلال الكم محل الكيف، أو عن طريق اشتراط الشكلية في بعض المرات.

2-الصياغة المعنوية: العمل الذهني الذي يلجأ إليه المشرع لإخراج القاعدة القانونية إخراجا عمليا يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها بعدة طرق منها: القرائن القانونية، الحيل القانونية، الطوائف والتقسيمات...، كل هذا حفاظا على استقرار المعاملات، مثلا: حيازة المنقول قريبة على الملكية بحسن النية⁵.

الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة للمذهب المختلط

على الرغم من مميزات وسمات المذهب المختلط، إلا أنه وجهت له عدة انتقادات تتمثل فيما يلي⁶:

- انتقد هذا المذهب في الجانب المتعلق بعنصر العلم: لأن الحقائق العقلية والمثالية لا يمكن اعتبارها من قبل الحقائق العلمية، لا تثبت بالمشاهدة والتجربة عكس الحقائق الواقعية أو الطبيعية، التاريخية. وهو ما دفع بالفقه الحديث لجمع الحقائق وتقسيمها إلى حقائق علمية تجريبية، تكون العنصر الواقعي وكل ما يحيط بالإنسان في الجماعة من عوامل طبيعية، اقتصادية، اجتماعية، سياسية، دينية، تاريخية. وإلى حقائق عقلية

¹ - يراجع في ذلك، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 211.

² - يراجع في ذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 282.

³ - المحددة ضمن المادة 358 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁴ - تطبيقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁵ - تطبيقا للمادة 835 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

⁶ - يراجع في ذلك، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص. 212؛ السيد عبد الحميد فودة، المرجع السابق، ص 298-301

- تفكيرية أو مثالية تسمو على العنصر الواقعي والذي يعطيه صفة الواجب أو القانون، والمتمثل في العدل بإعطاء كل ذي حق حقه والمساواة بالمفهوم العام (عدل تبادلي-خاص-،عدل توزيعي-عام-)
- كما أنه يصعب التمييز بين الحقائق الواقعية والتاريخية لعدم وجود معيار يساعد على ذلك، والشيء نفسه بالنسبة للحقائق العقلية التي يعتبرها البعض حقائق مثالية حسب بعض المجتمعات.
- نشوء القانون لا يقوم فقط على توافر تلك الحقائق ليتم الصياغة الآلية، بل لا بد من وجود سياسية تشريعية بتدخل الجماعة لفرض النظام النابع من تلك الحقائق عن طريق سلطة الأمر.
- واضع القانون غير ملزم باتباع كل تلك المعطيات مجتمعة فقد يلتزم ببعض ويهمل الآخر.

المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من المذهب المختلط

يتجه الفقه الحديث نحو الأخذ بتلك الحقائق وتقسيمها إلى حقائق واقعية وأخرى مثالية¹، بمعنى الأخذ بالمذهب المختلط وهو بالفعل ما أخذت به التشريعات منها القانون الجزائري، فلجوهر القاعدة القانونية علاقة بالواقع المحسوس الملموس والمتمثلة في الحقائق الواقعية (الفرع الأول)، وله علاقة أيضا بالمثل العليا (الفرع الثاني)، مع وجود علاقة ترابط بين تلك الحقائق والقيم التي تكون وحدة يعكس وجودها مضمون القاعدة القانونية². سيتم تحديد تلك الحقائق مع ربطها ببعض الأمثلة من التشريع الجزائري.

الفرع الأول: الحقائق الواقعية كمصدر موضوعي للقاعدة القانونية

الحقائق الواقعية هي العناصر المحيطة بالإنسان داخل جماعة، تتمثل في مختلف الحاجات التي يسعى الإنسان إلى اشباعها، يمكن تحديدها علميا عن طريق المشاهدة والتجربة باعتبارها واقع³، فالقاعدة القانونية وجدت لتنظيم سلوك الافراد في المجتمع وتحقيق الأمن والسلام والتقدم والرقي، الوصول إلى ذلك مرهون بنجاحة القواعد القانونية وتوفيق المشرع في تحديد جوهرها، ولن يتحقق ذلك إلا إذا أخذ المشرع في الحسبان العوامل والحقائق المختلفة المحيطة بأفراد المجتمع التي تعد أساسا للقاعدة القانونية⁴. ومنها:

¹ - هو التقسيم الذي أخذ به محمد حسين منصور عند دراسة المذهب المختلط ولكن دون تمييز بين موقف الفقيه جيني Gény، وبين الفقه الحديث، يراجع مرجعه السابق، ص 131-141؛ فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 213-219.

² - يراجع، علي فيلاي، " مقدمة في القانون"، موفم للنشر 2005، الجزائر، ص 148-149.

³ - يراجع، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - يراجع علي فيلاي، " مقدمة في القانون"، موفم للنشر 2005، الجزائر، ص 150-151.

1-العوامل الطبيعية: المتصلة بالطبيعة الإنسانية باعتبار ينتمي إلى جنس البشر قد يكون ذكر أو أنثى فبسبب هذا الاختلاف وجد نظام الارتباط بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج، وهو ما يتضمنه قانون الاسرة الجزائري الذي يجعل اختلاف الجنس شرط بيولوجي للزواج¹، فهو يولد ويجيا ثم يموت وهي وقائع نظم المشرع آثارها القانونية كل واقعة على حده خاصة بموجب قانون الحالة المدنية، وأحكام الميراث ضمن قانون الأسرة. وقد تكون عوامل متصلة بالطبيعة بصفة عامة مناخ وبيئة، موقع جغرافي، تنوع عناصر الطبيعة...، والتي قد تتسبب في صياغة أحكام قانونية تختلف باختلاف تلك العناصر، فللمناخ مثلا دور في التأثير على النضج الجسمي والعقلي للإنسان وهي مرتبطة بالقواعد القانونية المنظمة لسن الرشد وحتى المساءلة المدنية والجزائية.

2-العوامل الاقتصادية: تساهم الحاجات الاقتصادية: إنتاج، استهلاك، توزيع... في تكوين القواعد القانونية المنظمة لنشاط اقتصادي دون الآخر، كذلك القواعد المنظمة لشروط ممارسة النشاط التجاري، أو المنظمة للحرفي أو النشاط الفلاحي..، كما تساهم في تطورها وهو ما يستشف من خلال جملة التعديلات التي مست القانون التجاري بعد تجسيد الدستور للتوجه الاقتصادي الحر بعد حوادث 1988، فتم اصدار عدة تشريعات تتعلق بالأسعار (قانون 89-12) وآخر متعلق بالعمل(قانون 90-11) وقوانين أخرى تتعلق بالتجارة الخارجية. كما تدخل الدستور لضمان حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مادامت تمارس في إطار القانون²، كما أدى كل ذلك إلى ظهور فروع جديدة للنشاط الاقتصادي، تترتب عليه ظهور أنظمة قانونية جديدة: التأمين، الضمان، الشركات العابرة للقارات، المجمعات، الخوصصة، الملكية الفكرية، التعاملات الالكترونية، وتشريعات أخرى تهتم بتأسيس المشاريع وتنظيمها.

3-العوامل السياسية والاجتماعية المؤثرة بشكل أساسي في ظهور بعض الأنظمة: كنظام الرق، نظام الإقطاع، نظام الحزب الواحد في ظل تقييد الحريات، أما بعد دستور سنة 1989 ثم تعديله سنة 1996 انتقلت الجزائر لمرحلة جديدة مرتكزة على حرية التعبير والتعددية الحزبية وهذا ما أدى لصدور تشريعات تتعلق بالأحزاب السياسية وأخرى تنظم الانتخابات..

4-العوامل الدينية والأخلاقية: لا يمكن للمشرع تجاهل العامل والحقائق الدينية لمجتمعه، وهو ما يجسده الدستور باعتباره الإسلام دين الدولة³، بالإضافة إلى اعتماد تشريعات الدول العربية على الشريعة الإسلامية لتنظيم الأحوال

1 - بموجب المادة 04 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة ، المعدل والمتمم، والتي تنص: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي،....."

2 - بموجب المادة 61 من الدستور الجزائري المعدل باستفتاء نوفمبر 2020.

3 - بموجب المادة 02 من الدستور الجزائري المعدل باستفتاء نوفمبر 2020.

الشخصية وهو ما جسده قانون الاسرة الجزائري في المادة 222 منه¹، بالإضافة إلى بعض أحكام القانون المدني التي تعكس التأثير بالشرعية الإسلامية (اعتبار الشريعة من مصادر القانون²، مرض الموت³ التي لها علاقة في الدول العربية بموضوع الأحوال الشخصية والميراث، الوقف، الزواج...، الأخلاق: منع عمل النساء في الليل.

5-العوامل التاريخية: فالنظام القانوني السائد داخل المجتمع هو وليد تطور تاريخي سابق، وهذا التطور يعطي صورة عامة لتفسير الظواهر من خلال الأسباب والعلل لوضع النظم القانونية الموجودة. فيمكن للمشرع الاستفادة من تجربة الماضي لتجنب الحلول التي أثبتت الواقع فشلها ويأخذ بالنجاحة منها، وتحليل العوامل التاريخية يساعد في اصلاح وتعديل القانون⁴.

الفرع الثاني: الحقائق المثالية العقلية

إذا بقيت القاعدة القانونية في نطاق الحقائق الواقعية والتاريخية (توافر الحقائق سابقة الذكر)، فهي ستكون مجرد واقع ولكي تصبح تكليف وواجب فإنه يجب أن تنتقل إلى دائرة الحقائق العقلية والمثالية، فلا يمكن تعيين الواجب إلا عن طريق تقويم الواقع⁵. معنى ذلك ضرورة تحديد مضمون القاعدة القانونية استنادا أيضا إلى مثل عليا أو قيم باعتبار القانون قائم على فكرة الغاية فالارتباط الموجود بين القاعدة وقيمتها هو الذي يجعل منها قاعدة قانونية منشئة للالتزامات⁶. وتلك القيم والمثل العليا متعددة تختلف باختلاف الفلسفة السائدة، وهي تتمثل في العدالة، الخير العام، النظام، التضامن، المساواة... وهي حقائق يمكن استخلاصها عن طريق العقل. من صور ذلك:

- يضمن الدستور مساواة الجميع أمام القانون وفي تقلد الوظائف وفي الأعباء العامة، والمساواة في الحقوق والواجبات مع إزالة العقبات لتسهيل مشاركة الجميع في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁷

1 - تنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

2 - بموجب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

3 - ينظم القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم مرض الموت في المادة 408.

4 - وهذا ما سيظهر أكثر عند التعرف على المصدر التاريخي للنص القانوني باعتباره من الآليات المعتمدة في التفسير.

5 - يراجع، توفيق حسن فرج، "المدخل للعلوم القانونية"، دار الجامعة، مصر، 1993، ص.133.

6 - يراجع، أحمد إبراهيم حسن، "غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون"، الدار الجامعية، 2000، ص.97.

7 - بموجب المادة 2/35 والمادة 37 والمادة 67 من الدستور المعدل خلال استفتاء نوفمبر 2020.

- المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية في الحقوق والالتزامات ومهما كانت طبيعتهم، وهو ما يعكس وجود العدل التبادلي، بأن جعل المشرع للقاضي التدخل لاعادة التوازن داخل العلاقة التعاقدية (اما في حالة الشروط التعسفية، الغبن، حوادث خارجية او ظروف طارئة¹؛
- تجسيد العدل التوزيعي عن طريق توزيع المنافع والخدمات المرفقية العامة والوظائف على الافراد باعتبارهم جزء من المجتمع، بناء على مساواة تناسبية غير مطلقة بالنظر لحاجات الافراد ومقدرتهم، بمعنى المساواة بين الأفراد الذين لهم نفس الحاجات والكفاءات والقدرات، كأن يساهم الشخص في ميزانية الدولة عن طريق الضرائب بحسب قدراته المالية وارباحه أو دخله، والاستفادة من المنح العائلية حسب حاجات وعدد الأولاد وسنهم ووضعيتهم...²
- العدل القانوني أو الاجتماعي، بأن يلتزم كل فرد باعتباره عضو في الجماعة بمراعاة المصلحة العامة في سلوكياته وتصرفاته ويجعل ماله الخاص في خدمة الصالح العام³، فهنا يكون الشخص ينفذ التزاماته الاجتماعية، وهي فكرة توسع مجالها ليشمل حتى الأشخاص المعنوية والشركات عن طريق ما يعرف بالمسؤولية الاجتماعية وأيضاً الحكمة.

1 - وذلك بموجب عدة نصوص منها المادة 90 والمادة 2/107 والمادة 110 والمادة 112 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

2 - للتفصيل أكثر، يراجع، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 159-161.

3 - يراجع، حسن كبيرة، المرجع السابق، ص. 163.

الفصل الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية.

أصبحت القاعدة القانونية بعد انتهاج ما أخذ به أنصار المذهب المختلط: "مزيج بين حقائق الحياة الاجتماعية التي تعكس كل الجوانب الحياة (اجتماعية، اقتصادية، سياسية، ثقافية، دينية..). ومن المثل العليا التي يستخلصها العقل¹. ولكن ما يميز العصر الحالي هو التطور المتسارع الذي عرفته حياة الإنسان بحيث زالت الحدود بين الدول، وأصبح دور الآلة والتكنولوجيا ككل فعالا وأساسيا في قيام الإنسان بمهامه وقضاء حاجاته، كما أصبحت العلاقات الإنسانية تتوجه نحو التجريد والافتراض لاستعمال الانترنت ومواقع التواصل الاجتماعي وتبتعد عن المادية والملموس، والمعاملات الاقتصادية هي الآخر أخذت نفس الاتجاه² بل حتى الإدارة والمصالح الحكومية أو المرافق العمومية والدولة ككل نتيجة نمو استعمال تكنولوجيا المعلوماتية في أداء مهامها³ والتي يعد وضع القوانين التي تعكس سيادتها على إقليم معين هي الأخرى تغيرت ملامحها والتي تعرف بالسياسة التشريعية.

لذلك سيتم بداية محاولة التعرف على المقصود من السياسة التشريعية (المبحث الأول)، لئتم فيما بعد تحديد إبراز الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية، أو الملامح أو الخصائص التي تمتاز بها السياسة التشريعية الحالية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد ماهية السياسة التشريعية.

تتداخل السياسة التشريعية مع عمليات أخرى مشابهة لها في أنها مرتبطة بالتشريع خاصة الصياغة التشريعية، ولكن لها موضوع وأبعاد وأهداف تميزها عن غيرها، كما تتعدد مصدرها وإن كانت غايتها في الوقت الراهن أو مقصدها لا يختلف عن المقاصد المعروفة ولكن ترتكز على مقصد جديد يرتبط بخصوصية العصر الحالي.

¹-يراجع في ذلك محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص132.

²-كنتيجة حتمية للتجارة الإلكترونية.

³-وذلك في شكل بوابات إلكترونية موجودة على الإنترنت تسهل قيامها بأعمالها، والأمثلة عديدة فكل وزارة لها بوابة حكومية تحدد مهامها، التشريعات التي ترتبط بالمجال الذي تعمل فيه هذه الوزارة، كيفية الاتصال بها...

المطلب الأول: مفهوم السياسة التشريعية.

السياسة التشريعية، أو السياسة القانونية *la politique juridique*، تربط بين المصطلحين: سياسية¹ التي يقصد منها عملية اتخاذ القرارات بالمفاضلة بين البدائل المتاحة والممكنة على ضوء أولويات الجماعة ومصالح المجتمع، فالسياسة بمعناها الأصلي هي كل ما تعلق بحياة المدينة أو الدولة، أما التشريع: فهو كل نص يعمل على تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فالقانون ما هو إلا تنظيم لحياة المجتمع والمدينة أو الدولة من خلال تنظيم علاقات ونشاطات الأفراد المكونين لها، يقوم بوضعه المشرع، ف وراء كل قانون وضعي اختبار أو موقف سياسي للمشرع أو الدولة²، بذلك تختلف السياسة عن الصياغة³.

إذن تعد السياسة التشريعية فن تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون⁴، ويقصد بها الفلسفة التي تحكم عملية التشريع بداية من اتخاذ قرار معالجة موضوع عن طريق التشريع أصلا مروراً بتحليله وتحديد أولويات المجتمع بشأنه، ثم ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة⁵. فالقانون إذن هو اختيار سياسي، يمثل موقف المشرع (صاحب السلطة) من كل الأمور الجنائية (اقتصادية، اجتماعية، سياسية..) في المجتمع لتنظيمها أو تغييرها، وسياسة كل دولة تحدد الأهداف التي يحققها القانون، فهو منفذ السياسة التشريعية.

فكل قاعدة قانونية تجسد فكرة سياسية هي التي ستترجم في شكل اقتراح مشروع وفقا للإجراءات الشكلية المحددة في الدستور لوضع القوانين⁶، وتلك الفكرة تعكس المجتمع ومتطلباته، وهي تستمد من: برنامج الأحزاب السياسية والذي يعد غالبا سلاح سياسي موجه لإسناد الحكومة أو لمعارضتها، وتأثير المصالح وهي المنافع التي يريدتها أو يبحث عنها البعض والتي قد تؤثر في وضع القوانين حتى ولو كانت لا تتماشى مع برامج الأحزاب الحاكمة، قد يكون أصحاب تلك المصالح الأحزاب السياسية أو الجماعات الضاغطة، فتتظيم المصالح يجعلها تمارس

¹ - للتعرف على مفهوم السياسة التشريعية، بأكثر التفاصيل، علي الصاوي، "الصياغة التشريعية للحكم الجيد؟ اطار مقترح للدول العربية، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، ورقة خلفية لحلقة النقاش التي ينط منها برنامج الأمم المتحدة الى يتماشى برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس التراب اللبناني، UNDP، بيروت فبراير 2003 ص5.

² - راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص202.

³ - وهو ما سيتم التفصيل فيه لاحقا.

⁴ - راجع: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص202.

⁵ - راجع: علي الصاوي، المرجع السابق، ص5.

⁶ - يراجع المواد 143 حتى 148 من الدستور الجزائري المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل 30 ديسمبر 2020 المتعلق باصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء او نوفمبر 2020، الجريدة الرسمية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 82-

ضغطا على الهيئات واللجان التي تمر عليها مشاريع القوانين، من دون نسيان دور المحكمة: الذي غالبا ما يعتمد ويتركز على برامج الأحزاب ومتطلبات الرأي العام وضغط مصالح. على كل فهي مؤهلة لأن ترعى المصلحة العامة وغالبا ما تتقاض قوة الحكومة مع سعة قاعدتها وتعدد تركيبتها وهو ما يؤدي إلى تعريض البرنامج التشريعي للحكومة للشلل والعجز¹.

فدراسة الواقع داخل المجتمع يؤدي إلى تحديد أهداف وغايات معينة تتدخل القوانين لتنظيمه عن طريق تحقيق الأهداف، لتكون بذلك السياسة التشريعية تتعلق بصلب وبموضوع القانون، فهي تحضر وتحدد مضمون القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: تعكس السياسة التشريعية الفلسفة التي تحكم عملية التشريع وهي تتميز عن الصياغة

فإن الصياغة التشريعية هي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة موجزة وسليمة كي تكون قابلة للتنفيذ، فلا بد من التمييز بين من يتولى الصياغة الذي هو مصمم فني، والمشرع الذي هو صانع القرار المسؤول أمام الناخبين عن السياسة التشريعية وصياغة النص القانوني ذاته².

و الصياغة التشريعية عدة أنواع: قد تكون جامدة، مرنة، تقنية، حدسية، افتراضية مادية ومعنوية، وأيضا السياسة التشريعية تختلف وتتأثر بالمعطيات والنظام السياسي القائم. فالنظام المتسلط لا يتيح السياسة التشريعية فيه دورا كبيرا للمجالس النيابية بل السلطة التنفيذية (الحاكم) لها الدور الأكبر³ أما في النظام الديمقراطي مع وجود التعددية الحزبية والسياسية، فإن السياسة التشريعية تكون نتيجة لتفاعل القوى السياسية والأطراف الاجتماعية (المجتمع المنظمات المدنية)⁴، قد تزداد كفة طرق على آخر كن كلاهما يؤثر خاصة وأن جوهر السياسة التشريعية مستمدة من تواجدهم، أحزاب، مجموعة المصالح، الحكومة. ولكن تبقى السياسة التشريعية في علاقة دائمة مع الصياغة التشريعية في عدة نواحي⁵:

1- نوع النظام السياسي السائد يؤثر في السياسة التشريعية والصياغة: فالنظام المتسلط: يجعل القانون يصنع في أروقة السلطة المركزية، لتتم صياغته بشكل سلطوي يميل للصرامة والثبات لا يجد معارضين له عند عرضه أمام البرلمان،

¹- للفصيل أكثر حول مصادر الإلهام التشريعي، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 204-209.

²-يراجع: علي الصاوي، المرجع السابق، ص 5.

³-قد يظهر ذلك من خلال سلطة الحزب الواحد أو الوحيد ليكون البرلمان تابعا، وهو ما كان سائدا في العهد الاشتراكي للدولة الجزائرية.

⁴-و هو السائد في الجزائر منذ دستور 1996، الذي سمح بالتعددية الحزبية، وما يترتب عنه من تعدد الأفكار السياسية، فتوجد احزاب مساندة للحكومة واخرى معارضة دائمة لسياساتها.

⁵-يراجع تفصيل ذلك، علي الصاوي، المرجع السابق، ص 5-6-7.

عكس النظام الديمقراطي القائم على برلمانات مستقلة تنتقد مشروع القانون المقدم من الحكومة ويكون لها دور في إعادة الصياغة.

2- كلما كانت السياسة التشريعية عامة كلما كانت الصياغة سليمة متوافقة مع الإطار الدستوري أو السياسي السائد، يتحقق ذلك غالبا إذا تم عرض فكرة التشريع في مجال معين على المجتمع لمعرفة رأيهم والاستفادة من الجدل حوله ليتدخل الصانع لوضع قانون يعكس تلك الأفكار وأقرب للتطبيق وأسهل فهما وتعاملا به فلغة الصائغ هي تجسيد مشروع تشريع، لكن إذا كانت السياسة التشريعية تقتصر على معالجات تشريعية لقضايا متفرقة طارئة، فغالبا ما يتباين أساليب الصياغة من تشريع لآخر لتظهر المشاكل تضارب التشريعات، تناقض النصوص، كثر منها، كإكالة الصياغة أحيانا .

و غالبا ما يلزم على المشروع القانون المقدم من الحكومة: مبادرة من الوزير الأول، يعرضه على المجلس الوزراء إلزاما عليه أخذ رأى مجلس الدولة، ثم يودع الوزير الأول المشروع أما مكتب المجلس الشعبي الوطني¹

3- إن الصياغة القانونية هي شكل القاعدة القانونية التي تترجم السياسة التشريعية إلى نصوص، فالمادة الاولية للقاعدة القانونية أو جوهرها يتحدد من الظروف الاجتماعية والسياسية، فهي القيم التي يسعى المشرع لتحقيقها. وفي الأخير إن الصياغة في ذاتها صناعة، وإن الصناعة تنتج في نهاية الصياغة: فصناعة التشريع تهتم بتحديد مبرره وأغراضه وملائحه وهي عمل برلماني وهي عمل المشرع الذي قد يكون صائغا أم لا، لكن الصياغة فنون ومهارات بناء النص وتحرير القانون، فالصائغ ليس مشرعا حتى لو أخذ المشرع خبرته. ليبقى القانون ترجمة لمشروع سياسي، بمعنى أكثر بساطة هو اختيار متصل بالإنسان في الدولة، في علاقات اجتماعية: كأسس حق الملكية، حق الإضراب، النظام الأسري...².

المطلب الثالث: أهداف وغاية السياسة التشريعية

تهتم السياسة التشريعية بتحديد هدف معين أو غاية معينة يراد تحقيقها من وضع القانون، لذلك فهدفها يتركز في وجهتين³:

1- تحليل الواقع بالاستعانة بالعديد من العلوم لتحديد الحاجات البشرية بشكل دقيق.

¹ حسب المادة 143 من تعديل دستور الجزائري لسنة 2020.

²-يراجع في ذلك ميشال بونشير، المرجع السابق، ص.22

³- يراجع في ذلك: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 202، ص204.

2- إقامة القاعدة القانونية التي تحقق الهدف المطلوب لمعالجة تلك الحاجات، لذلك فإن تشعب الحاجات والمصالح في الوقت الحالي تجعل أغلب مشاريع القوانين تكون من طرف الحكومة أمام عدم كفاءة أعضاء المجالس النيابية. و من بين تلك العلوم المساعدة¹ العلوم الاقتصادية: فقط أصبحت الحوادث الاقتصادية تفرض بعض التوجيهات التشريعية ليصبح القانون أداة ضرورية للسياسات الاقتصادية ليصبح تابعا للاقتصاد، علم الاجتماع القانوني: يسمح بفهم تكوين القانون وإمكانية تطبيقه والتأكد إذا كان القانون هو دائما عبارة عن نتيجة تسوية المصالح المتعارضة، إضافة إلى علم التاريخ، بالتالي فالتاريخ والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية تشكل قوى مادية منسئة للظاهرة القانونية، لكن القانون يتطلب وجود تسلسل للقيم ليتمتع بنوع من الاستقلالية مرتبطة بالمجتمع ومميزاته، قد تتعارض مع المفاهيم العالمية.

إذن فالسياسة التشريعية تحدد هدف وغاية معينة يراد تحقيقها: والتي تعد أهمها: غاية التقدم الاجتماعي وذلك يجعل القانون يلعب دورا جوهريا في سبيل خلق حضارة أفضل وأكثر تماشيا مع الطموحات الإنسانية، وهو ما تعكسه الحاجات في الوقت الحالي الذي تحكمه التكتلات، فالقانون هو الذي يهيئ الظروف التي تتيح للفرد مجالات الخلق والإبداع، فالإنسان يسعى إلى التفوق والتقدم وبه يتحقق نهضة المجتمع.

لذلك فإن التشريعات الحديثة تسعى إلى خلق أفضل الظروف لعمل العلماء والأدباء والفنانين، فإن الدولة المتطورة فقيرة من حيث الثروات، لكنها عملت إلى خلق أنظمة قانونية متميزة جعلتها السبابة في المجال العلمي والصناعي بخلقها نظام الشركات متعددة الجنسيات، أنظمة تجارية دولية، وأخرى مصرفية، وقوانين تمنح الجنسية للمبدعين لتجسيد تلك الأنظمة الأساس القانوني للتطور الهائل لتلك الدول.

وستظهر الوظيفة الغائية للقانون عند تحديد تأثير التقنية عليه².

¹- فالواقع جعل القانون يتعايش مع علوم تابعة له منها، العلوم الاقتصادية، علم الاجتماع، التاريخ يراجع في ذلك، ميشال بونشير، المرجع السابق، ص

26-23

²- وهو ما يتم التفصيل فيه عند دراسة التوجيه نحو تقنية القانون تحقيقا للتنمية التشريعية..

المبحث الثاني: تحديد الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

يظهر مما سبق أن الدولة هي صاحبة سلطة التشريع، وهو ما تجسده دساتيرها، وأمام تعدد الدول والأنظمة السياسية تعددت السياسات التشريعية، ولكن بداية ما أصبح يميز سياسة التشريع داخل الدولة هو تعدد القوانين¹ لأن القانون أصبح له مفهوم وظيفي² ويتضح ذلك من زاويتين:

—لم تعد الدولة المصدر الوحيد للقانون، بل حتى العادات المهنية، الضوابط الناتجة أو المفردة من قبل المجموعات تحت الدولتية، أصبح لها تأثير بحيث يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند فصله في النزاع، فيمكن للإرادة، العرف، الاجتهاد خلق القانون³.

—وحتى الضابط الدولي، يجعل من القانون في بعض المرات مكملا لإرادة الأفراد كعقد البيع مثلا أين يمكن للأطراف تقرير خلاف أحكام البيع، وفي مرات أخرى يكون القانون لا يحمل فكرة الإلزام مثلا: تحول الالتزام الطبيعي إلى التزام مدني قانوني.

ولكن الأمر لم يتوقف عند ذلك الحد، بل إن التطورات المعاصرة جعلت السياسة التشريعية تعرف اتجاهات حديثة متأثرة بتلك التطورات، لتصبح السياسة التشريعية تؤكد المفهوم الغائي للقانون. فقد أصبحت السياسات التشريعية الحالية تسير العولمة ونتائجها بسعيها نحو الوحدة والتجمع (المطلب الأول)، وهي تعمل لتحقيق الحكم الراشد أو الجيد (المطلب الثاني)، كل ذلك لتحقيق التنمية التشريعية ملائمة للتصورات المعاصرة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: اتجاه السياسة التشريعية نحو مسايرة العولمة.

تعتبر العولمة *globalisation, la mondialisation* أو الكونية، نظام عالمي جديد يقوم على الثورة المعلوماتية والتقنية لا تراعي أي اعتبار للأنظمة والحضارات والحدود الجغرافية، فكلمة *globalisation*، تتكون من *globe*: أي الكرة والمقصود الكرة الأرضية، وهي اصطلاح لاتيني يقصد به المشرع لمركزة العالم في حضارة واحدة، لان ذلك المصطلح تم ربطه بالثقافة العالمية *global culture* فهي تقوم على تآكل سلطة الدولة القومية

¹—من بين المطالبين بالتعددية القانونية Norbert Rouland الذي يعتبر القانون هو كل ما يعتبره المجتمع او جماعة معينة ضروريا لانسجامها ونتاجها.

²—للتفصيل حول المفهوم الوظيفي والتعددية القانونية، راجع، ميشال بونشير، المرجع السابق، ص 39-40-18.

³—للتفصيل حول ذلك، يراجع ميشال تروبير، ترجمة جورج خليل سعد، المرجع السابق، ص 85-98.

خاصة أمام انتشار الشركات متعددة الجنسيات¹. وقد أصبح هذا المفهوم مألوفا منذ ثمانينات القرن العشرين، والذي كان يقصد منه الحركة المعقدة لانفتاح الحدود الاقتصادية وليونة التشريعات تشجيعا للنشاطات الرأسمالية². تعرف بأنها "العملية التي يتم بمقتضاها إلغاء الحواجز بين الشعوب، حيث تنقلهم من حالة الفرقة والتجزؤ إلى حالة الاقتراب والتوحد، ومن حالة الصراع إلى حالة التوافق...، حيث تتشكل قيم عالمية موحدة ويتشكل وعي عالمي يقوم على موثيق إنسانية عامة"³، ويمكن تحديد ما يميز هذه العملية ب:

- الطابع العالمي للعلاقات التي تربط الدول، بالتالي إزالة الحدود خاصة أمام تكنولوجيا المعلوماتية.
- سيطرة الفلسفة الليبرالية، التي أدت إلى ضرورة بناء تصور موحد لحقوق الإنسان لا يعترف بالاختلافات والحدود، وجعل الديمقراطية نظام الحكم الوحيد من أجل تفعيل منطق دولة الحق والقانون وصولا لتحقيق فلسفة الحكم الراشد.
- العولمة عملية تحكُّم وسيطرة وضع القوانين، مع إزاحة الأسوار والحواجز المحددة بين الدول⁴.

ويمكن تحديد آثار العولمة على السياسة التشريعية في العناصر التالية: زوال سيادة الدولة في وضع القوانين، الاعتماد على حقوق الإنسان كأساس لتجسيد مشروعية آثار العولمة وتوجهها نحو وضع قانون يمتاز بالعالمية.

الفرع الأول: ظهور مصادر قانونية تنافس سلطة الدولة في التشريع

من أهم آثار العولمة زوال فكرة القومية، والحدود الجغرافية، لتعوضها فكرة العالمية والتدويل فقد زالت معها سيادة الدولة على إقليمها بوضعها القوانين التي تنظم سلوك الأفراد داخل إقليمها، وحتى القضاء سيصبح دوره ثانويا للفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة وذلك للاعتماد أصلا على التحكيم وهو ما أدى إلى انتشار مؤسسات التحكيم.

فقد أدت العولمة لزوال المظهر الداخلي⁵ للسيادة: سلطة فرض القوانين والالتزام بتطبيقاتها على شعبها داخل الإقليم الوطني، وتلك التشريعات الداخلية قسمان: الأول خاص بحياة الفرد اليومية من تنظيم للشؤون الاقتصادية، الاجتماعية، التي غالبا ما تعتمد فيه الدولة في وضعها على تجارب الدول الأخرى، أما الثاني: فهو يعبر عن الهوية

¹التعرف على مختلف مفاهيم العولمة راجع، بركات محمد مراد، ظاهرة العولمة-رؤية نقدية، بين رفض العرب والإسلاميون والترويج الغربي "منشور إلكتروني عند الموقع، www.kotoborabia.com، ص 92-96.

²للتعرف على التطور التاريخي للأخذ بالعولمة، راجع بركت محمد مراد، المرجع السابق، ص 97-119.

³يراجع غربي محمد، "تحديات العولمة وآثارها على العالم العربي"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد السادس، ص 20.

⁴للتفصيل أكثر حول (تعريف العولمة، وأهم خصائصها، غربي محمد، "المرجع السابق، ص 17 وما يليها خاصة ص ص 20-25.

⁵أما المظهر الخارجي: فهو صيانة الاستقلال الكامل والحيولة دون التدخل الخارجي، راجع في ذلك، زيدك الطاهر، العربي رزق الله بن مهدي، العولمة وتفويض مبدأ السيادة، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، العدد 2003، ص 34-35.

الوطنية وطريقة اجتياز النظام الحاكم حيث تتحفظ في نقل القواعد القانونية الأجنبية، لذلك فقد أدى زوال المظهر الداخلي لسيادة الدولة إلى تدويل القسم الأول من القوانين، وذلك اعتماداً على عدة طرق¹:

أولاً: دور المعاهدات والاتفاقيات الدولية في التشريع أو ما يعرف بالاتفاقيات الشارعة

فهي اتفاقيات تلزم الدول الموقعة والمصادقة عليها بتطبيقها بأن تعتمدها في تشريعاتها الداخلية (مثلاً: القانون الجزائري المادة 132 دستور الجزائري بعد المصادقة لها حجة على التشريع الداخلي). كما تلزم جميعها التشريع الوطني للدول الأطراف. ولا تقتصر تلك الاتفاقيات على المبادئ العامة بل تمتد إلى سائر الأحكام التفصيلية لتحقيق توحيد تشريعي دولي في مواضيع تلك الاتفاقيات: كاتفاقية منظمة التجارة العالمية وما يتصل بها من حماية حقوق الملكية الفكرية، الصكوك الدولية المعنية بمكافحة الإرهاب، والجريمة المنظمة العابرة للحدود، وهي تلزم الدول المصادقة ملائمة تشريعاتها الوطنية مع أحكام هذه الاتفاقيات الشارعة².

ثانياً: أصبحت التكتلات الاقتصادية الإقليمية تنافس الدول في المجال السياسي:

كالسوق الأوروبية المشتركة التي أدت إلى تحلي الدول الأوروبية الطوعي عن بعض مظاهر السيادة لصالح كيان إقليمي يتجه نحو الوحدة الاقتصادية والسياسية والتشريعية، يتضح ذلك من خلال مجموعة من التوجيهات الأوروبية التي تلزم الدول باحترامها في تشريعاتها ويلزم القاضي بتطبيقها³، وأيضاً صندوق النقد الدولي الذي يشرف على النظام المالي العالمي يفرض قراراته على كل الدول، ودون نسيان الشركات العابرة للحدود.

ثالثاً: الدور الأساسي للمنظمات المتخصصة: كالمنظمة العالمية للتجارة التي تأسست عام 1995، لتقوم بالإشراف على كامل النشاط التجاري العالمي، فأصبحت قراراتها تمس المجال التجاري الذي هو من اختصاص القوانين الداخلية، فما على الدول إلا أن تجعل قوانينها الداخلية تتلاءم مع تلك القرارات. وحتى المنظمات الدولية غير الحكومية لها

¹- للتعرف على فكرة تدويل القانون ونزع صفة القومية، والداخلية عنه، يراجع عبد السلام أحمد هاشم، دراسة في مفهوم التدويل واستخداماته في القانون الدولي العام، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلة تصدر عن الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، المجلد 38، العدد 2، 2011، ص 595-596؛ وللتفصيل حول دور التكتلات في منافسة الدول في مجال السياسي، يراجع: زيدك الطاهر، العربي رزق الله بن مهدي، المرجع السابق، ص 35-36.

²- يراجع-سري محمود صيام، التشريع في العالم العربي ومواجهة تحديات العولمة، ص 14-15، الموجود على الرابط الإلكتروني www.lwo.depaul.edu/centers_institutes_librili/publications/iraqi-constitutions-3/pdf/serry.pdf.

³- يراجع حول تأثير توجيهات الاتحاد الأوروبي، ميشال بونشير، المرجع السابق، ص 20.

تأثير في التدخل التشريعي كما هو الآن في المجال البيئي. كما أن الأعراف الدولية بدأت تتشكل كمصدر للتشريعات الوطنية خاصة مع تكنولوجيا المعلوماتية.

وعليه حق تنظيم السلوك وضبط حركة تعاملات الأفراد لم تعد حكراً على الدولة وحدها بل أصبحت تشاركها التكتلات الاقتصادية والمنظمات الدولية، مما يلزم على الدول العربية التعاون في مجال الاتفاقات الشارعة دفاعاً على الخصوصية الحضارية والثقافية، ذلك عن طريق توحيد التشريعات العربية منها: القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، للتسجيل العقاري، التنظيم القضائي، القانون المدني فمجموعة من القوانين¹.

الفرع الثاني: السعي نحو عالمية القانون اعتماداً على فكرة حقوق الإنسان.

نتيجة لتشابك العلاقات بين الدول أين أصرح العالم قرية صغيرة، اهتمت التكتلات والمنظمات الدولية، والدول المهيمنة عالمياً-و.م.أ، اهتمت بحقوق الإنسان كذريعة كأساس لمشروعية أعمالها، ويرجع سبب ذلك لعالمية تلك الحقوق، فقد أدت تلك المفاهيم إلى تغيير مفهوم القانون الطبيعي الذي يحقق هو الآخر فكرة العولمة لقابلية تطبيقه على كافة الشعوب بل ويشكل دعامة قانونية لتكريس ظاهرة العولمة، اعتماداً على مثاليته وسعيه نحو تحقيق العدل، المساواة، الحرية ليصبح مفهومه "حركة تحرر لرؤوس الأموال غير القابلة للحصر أو التوسط"، فتراجع بذلك تدخل الدولة والقانون الوضعي، فأصبح القانون الطبيعي يقوم على مبادئ ثلاث²:

- مبدأ عدم قابلية القانون للحصر بحدود سياسية، اقتصادية، اجتماعية، قانونية³.

- مبدأ عدم القابلية لتنظيم، بإزالة تدخل التشريع للتنظيم لأنه يضع القيود على المبادئ الأساسية.

- عدم القابلية للتوسط: فالمكلفين به يضعونه ويطبقونه دون تدخل المحكمة، لكن تلك المبادئ خطيرة على الدولة، وغيرت جذرياً مفهوم القانون الطبيعي الذي يعتبر تراثاً إنسانياً مشتركاً: فنفي السيادة يقضي على خاصية صدور القانون من سلطة ذات سيادة ويقضي على خصوصية كل مجتمع التي اعتمدها القانون الطبيعي عند تطوره، نفي الطابع المثالي للقانون الطبيعي، فقد أصبح مجرد أداة لخدمة واقع معين بهدف إلى بسط نفوذ التكتلات السياسية والاقتصادية على الكون⁴.

1 - يراجع في ذلك، سري محمود صيام، المرجع السابق، ص.ص 16-28-29.

2- يراجع حول المفهوم الحديث للقانون الطبيعي بعد تأثير العولمة، عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.ص 338-339.

3- للتفصيل حول ذلك، راجع، أحمد خروع، "العولمة والسيادة"، المجلة الجزائرية، ج 36 العدد الأول 1997، ص.ص 47-48.

4- يراجع في ذلك: عجة جيلالي، المرجع السابق، ص.ص 339.

المطلب الثاني: اتجاه السياسة التشريعية نحو تحقيق الحكم الراشد ودولة القانون

الحكم الجيد هو الذي يبشر بنظام حكم وأسلوب لصنع السياسة يتميز بعدة لأمر أساسية أهمها درجة كبيرة من احترام سيادة القانون، والشفافية في صنع القرار، وتشجيع المشاركة في الحياة العامة¹، ويعد المحك العملي لقياس الحكم الجيد ينطلق من البناء التشريعي للدولة أي عملية صنع السياسة التشريعية، فكلما كانت صناعة التشريع تشاركية، تتجلى بالشفافية تتيح للقانون مقومات التطبيق السليم كلما كانت داعمة للحكم الجيد².

يعتبر الحكم الجيد أو الراشد مجموعة من القواعد الموجهة لمساعدة المسيرين في الالتزام بالتسيير بطريقة شفافة، في إطار هدف المساءلة على أساس قاعدة واضحة وغير قابلة للتردد أو الانتقادات، بمساهمة الأطراف الفاعلة عبر نشاطاتها في مجال التسيير، يقصد به مجموعة القواعد والقوانين والإجراءات المنظمة للعمل داخل تنظيم معين، المسير والقائم بعملية سير عمل التنظيم.

ومن مقومات الحكم الراشد: المشاركة، حكم القانون، الشفافية، المحاسبة والمساءلة³، لذلك فالسياسة التشريعية الحالية تسعى لتحقيق السير الفعال لشؤون الدولة بتأكيد تلك المقومات خاصة تأكيد الديمقراطية (الفرع الأول) وتحقيق الشفافية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيام السياسة التشريعية على تعميم الديمقراطية

إن مظاهر الحكم الجيد هي في ذاتها مقومات التشريع الجيد، فالمشاركة كأهم مقوم للحكم الراشد هي مقدمة الوصول إلى تشريع جيد، فيتحقق ذلك من خلال المشاركة الفعالة للنواب في صنع التشريع، وتمكين المواطن من الوصول إليه قصد التأثير فيهم، فالبرلمان هو الذي يقوم برسم سياسة التشريع يتحقق ذلك من خلال⁴:

- منح أكبر وقت للنائب لدراسة القضايا موضوع التشريع.

¹- الحكم الجيد يسمى أيضا الحكم الراشد، وهو مرتبط بفكرة الحوكمة.

²-يراجع في ذلك: علي الصاوي، المرجع السابق، ص7.

³-للتفصيل أكثر حول عناصر الحكم الراشد، خلاف وليد دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي "مذكرة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص الديمقراطية والرشادة، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، 2009-2010، ص 28-34.

⁴-يراجع في ذلك، علي الصاوي، المرجع السابق، ص8-9، ص3-4.

- الاهتمام بالنائب والعمل على تنمية مهاراته باعتبار الإنسان هو رأس المال التنموية الحالية، ولن يأتي ذلك إلا من خلال التكوين في المجال القانوني مع الإمام بأفضل الممارسات في النظم التشريعية المعاصرة مع عدم ترك المجال للفنيين فقط.

- تفعيل دور النائب في المبادرة التشريعية، والتقليل من المشاريع الحكومية،¹ للتأكيد دور السلطة التشريعية وتدعيم استقلالية السلطات الثلاث. وحتى يتم تأكيد دور التمثيل النيابي للبرلمان، واستعمال تكنولوجيا المعلوماتية نساعدته في الحصول على المعلومات الضرورية لصنع التشريع، يساير الاتفاقات الشارعة من دون تجاهل عناصر الهوية القومية وخصوصية المجتمع.

- لا تكتمل عناصر المشاركة والديمقراطية إلا بتمكين المجتمع المدني² في المشاركة في صنع التشريع، إما أحزاب سياسية، جماعات المصالح أو الجماعات الضاغطة، وباقي هيئات المجتمع المدني خصوصا الجمعيات...، يتحقق ذلك من خلال تواصلهم مع النواب، وتعرفهم على سير النشاط التشريعي، وتدعيم حرية الرأي وتكوين الجمعيات السياسية، الأمر الذي أدى إلى تعدد الأحزاب السياسية.

فالتنسيق بين البرلمان والمجتمع المدني يؤدي إلى اقتراح تشريعات تحقق مصالح الأمة ليكون المواطن دور الصناعة التشريعية والتي سماها البعض بالمبادرة المدنية³. فالمشاركة هي حق الجميع في إبداء الرأي وبالتالي صنع القانون (السياسة التشريعية).

و حتى القانون اعتمادا على مبدأ الديمقراطية لم يعد صناعة يتكفل بها ممثلو الشعب بقدر ما هي صناعة يحترفها أهل الخبرة والتجربة لأنه أصبح دقيقا ومضبوطا ويقينيا، وهم محايدون يخدمون المجتمع كله والتي يقصد منها بقاء السلطة في الشعب الذي يعد صاحب السيادة.⁴

¹ - قد أصبحت السلطة التنفيذية تفوق الشريعة في المبادرة بمشاريع القوانين، حيث المبادرات النيابية محدودة، يراجع في ذلك، مسعود شيهوب "المبادئ العامة للمنازعات الإدارية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الجزائر، 1999، ص 83-84، ص 88.

² - فالمجتمع المدني، إضافة إلى القطاع الخاص، والدولة يعتبرون من أسس قيام الحكم الراشد الذي لا يتحقق إلا بتعاونهم جميعا، يراجع تفاصيل ذلك، خلاف وليد، المرجع السابق، ص 30-34.

³ - يراجع، سعيد مقدم، العلاقة بين المواطن والبرلمان، الواقع والتطلعات، مجلة الوسيط، عدد 2013/10، تصدر وزارة العلاقات مع البرلمان، ص 302-304.

⁴ - يراجع حول الإجراءات التشريعية غير العادية المرتبطة بالتحويلات المجتمعية الحالية-منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 295-296.

الفرع الثاني: قيام السياسة التشريعية على الشفافية والمحاسبة

يتجلى مبدأ الشفافية، من خلال فسح المجال أمام المواطن للحصول على المعلومات التي تهم شؤون حياته: كحقه في الإعلام، مساهمة في رقابة المجالس الشعبية، وتلك المعلومات هي التي تساعد المواطن في المشاركة لإبداء الرأي، وتمكنه فيما بعد محاسبة ومساءلة المنتخبين عن أداء مهامهم والنتائج المحصل عليها حماية للمال العام. و بالرجوع إلى تنظيم القانوني لعملية صنع التشريع فإن استعمال البرلمان بفرقتيه وسائل الإعلام وخاصة تكنولوجيا المعلوماتية، يساعد على تدعيم وتأكيد الشفافية للتمكين فيما بعد من إمكانية المحاسبة والمساءلة، ويظهر ذلك من خلال¹:

- علنية جلسات مناقشة التشريع أمام البرلمان وهو ما يؤكد الدستور الجزائري في مادته 136 من تعديل الدستور لسنة 2020، إلا استثناء حيث يكون غلق الجلسة حفاظا للأمن القومي، لكن يبقى حضور المواطن في تلك الجلسات أمرا صعبا.

- نشر المحاضر البرلمانية، وذلك في شكل دوري بعد كل مناقشة، وهو ما يتجسد في عمل البرلمان الجزائري عبر البوابة الإلكترونية التي تقوم بنشر كل أعمال البرلمان ومحاضر المناقشات حسب تسلسلها الزمني. فالرجوع للرأي العام واشتراكه في صناعة التشريع يجسد فكرة الديمقراطية الحاكمة²

- إمكانية الإطلاع على التشريعات قبل طرحها على جدول أعمال المجالس البرلمانية، بل وتتم السلطة بنشر القانون عبر حملات تحسيسية بمضمون القانون الجديد ليكون الشعب فعلا هو مستقبل المعلومة القانونية. إضافة إلى وجود مبادئ أخرى تقوم عليها صناعة التشريع والتي ترتبط كلها بتوجه القانون نحو التقنية³، وبالتالي تم استحداث مبادئ جديدة تركز كلها على الكفاءة والمهارة في صنع وتطبيق القانون. ويمكن قياس الكفاءة بنسبة المواد المخصصة لإصدار النص التشريعي أو ضمان تطبيقه، فكلما زادت النسبة زادت كفاءة المشرع، لأن القانون يحكمه مبدأ الكلية بمعنى أنه يعد كنظام عبارة عن مجموعة من الأجزاء المترابطة التي تعمل معا لتحقيق غرض معين⁴. عناصر مهارة أو كفاءة المشرع على إنشاء قواعد قانونية فعالية، تتمحور في ثلاث:

¹-يراجع علي الصاوي، المرجع السابق، ص9-10.

² - يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص534.

³-يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص534-539.

⁴ -يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، تجديد المرفق العمومي " ديوان المطبوعات الجامعية 2005، ص243.

- 1- مهارة فنية:** الإلمام بالجوانب الفنية لأساليب وإجراءات صياغة النص (هندسة النص)، حسب خطة منطقيّة في شكل مواد مرقمة تبدأ من الأحكام العامّة لتنتهي إلى الأحكام الختامية.
- 2- مهارة إنسانية:** القدرة على التعامل مع الاتجاهات لبناء مصلحة مشتركة أو عامة بخلق التضامن بين المخاطبين بالقاعدة القانونية، ويقوم بالملائمة باختيار المشاريع المحققة للمصلحة العامّة¹.
- 3- مهارة ذهنية:** القدرة على فهم مختلف المواد في النص التشريعي وأثرها على بعضها، واعتبارها عمل مكمل للآخر.

لذلك من المهمّ حالياً أن تتولى مهمة صناعة القانون وصياغته عربياً هيئة موحدة تضم خبراء على مستوى قانوني رفيع، مع الاستعانة بالخبراء التقنيين في موضوع معين مع التأكيد على الشريعة الإسلامية كمرجعية خاصة عند الاعتماد على التجارب الأجنبية، مع ضرورة استعمال مصطلحات قانونية موحدة وأن يكون القانون ملائماً لظروف المجتمع العربي وخصائصه، مع الاهتمام بالتأهيل التشريعي ووضع مواقع قانونية إلكترونية لتلك الهيئة الموحدة والبرلمانات العربية لتحديد التشريعات النافذة وسهولة الوصول إليها لدراساتها، مع تأهيل النائب أو صانع التشريع لاستخدام الوسائل التقنية للاتصال².

المطلب الثالث: اتجاه السياسة التشريعية نحو التقنية (وتحقيق التنمية التشريعية)

إن العمل على تحقيق أسس الحكم الراشد بتقريب المواطن من الإدارة، تدعيم الديمقراطية والمشاركة وحرية الرأي..، كل ذلك تحقيقاً للتنمية، ولا بد أن يعمل القانون على فهم الواقع لتطويره وليس فقط تقييمه، وذلك التطوير يجعل من القانون يساير مع التقنية بمعنى التوجه نحو تحديث العملية التشريعية أو تنميتها، الأمر الذي لا يمكنه أن يتحقق إلا بالدعم التشريعي القائم على الخبرة والآليات لوضع القانون، وخلق وكيل برلماني ماهر الذي يقدم الخدمات الفنية وأن يتولى هو تطوير التشريع خاصة وأن هذا العصر هو عصر البرلمانات لأنها قاعدة البناء الديمقراطي الحر³.

فالعصر الحالي هو عصر الحرية، الديمقراطية، الشفافية، والمحاسبة، وعصر التخصص لسيطرة التكنولوجيا على كل مجالات الحياة، بل وأصبحت من ضروريات المعيشة، الأمر الذي دفع بضرورة أن تتناسب السياسة التشريعية مع

¹- فالأمر يفترض مسبقاً وجود عدد من المشاريع تبادرها جهات متعددة: حكومة، برلمان، مجتمع مدني.

²- للتفصيل أكثر راجع، سري محمود صيام، المرجع السابق، ص 17-20.

³- راجع علي الصاوي، المرجع السابق، ص 18-21.

هذا التطور وهو ما أدى ظهور فكرة أو النزعة التقنية للقانون، التي كانت بوادرها قديمة لكن ارتكزت واستقرت كاتجاه أو نزعة في الوقت الحالي¹، لتكون النزعة التقنية للقانون كبديل الاتجاه المختلط، لأن القانون بمفهومه الحديث أصبح أكثر شمولية مقارنة بمفهومه التقليدي.

الفرع الأول: النزعة التقنية للقانون كبديل للاتجاه المختلط

اعتبر المذهب المختلط، الاتجاه الفلسفي لتحديد جوهر القانون نتيجة لعجز الاتجاهات السابقة (مثالي، اجتماعي، شكلي) منفردة في تحديد مصدر إلزام الأفراد باحترام القانون، وهو الاتجاه الذي نادى به الفقيه جيني Geny الذي أرسى دعائمه في مؤلفة الشهير "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي"، بأن اعتبر القانون يقوم على عنصرين هما: العلم وعنصر الصياغة، بأن يقوم العلم بجمع كل العناصر المحيطة بالإنسان طبيعية، اقتصادية، تاريخية، مثالية، دينية، أخلاقية، اجتماعية، أما الصياغة فهي إفراغ تلك الحقائق المتعددة العناصر في قالب نص تشريعي²، لكن هذا المفهوم عرف عدة انتقادات كانت سببا لتأكيد فعالية النزعة التقنية في تحديد جوهر القانون.

أولاً: النقد الموجه للاتجاه المختلط لتحديد جوهر القانون.

على الرغم أن الاتجاه المختلط وضع حلاً وسطاً يجمع بين الاتجاهات الفلسفية المختلفة إلا أنه عرف عدة انتقادات أهمها³:

- أنه أراد جمع كل عناصر نظرية القانون، وهو ما قد يؤدي إلى فقدان كل شيء. فمن أراد جمع كل عناصر النظريات السابقة لتجنب الانتقادات الموجهة كل نظرية أو مذهب على حده، فذلك لا يعد اتجاه جديد بل عناصره أصلاً منتقده.

- يعد هذا الاتجاه قد تبني موقفاً محايداً، الأمر الذي يجعل منه موقفاً غامضاً لا يجعل منه اتجاهاً مثالياً.
- حصر فكرة العلم على العناصر الواقعية والمثالية للقانون، مما قد يفهم منه صفة العلم لا يمكن أن تلحق بالصياغة، وهو منافي لما هو موجود حالياً من ظهور علم التشريع الذي يجسد الصيغة العلمية لعنصر الصياغة.

¹-يراجع حول تطور النزعة التقنية للقانون تاريخياً، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص528-531.

²-يراجع في ذلك: فاضلي إدريس، المرجع السابق ص156-181.

³-يراجع في ذلك، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص516.

-هو اتجاه يقوم على نظرية غير متوازنة العناصر لطغيان العنصر الواقعي وتهميش العنصر المثالي، مما قد يؤدي للاعتقاد بأنها تجسيد لنظرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير¹، هذا من جهة ومن جهة أخرى أدخل عناصر لا تعتمد على الملاحظة العلمية واعتبرها من العلم بل تدخل ضمن عملية الصياغة والتفكيك²

ثانيا: اعتبار التقنية مصدرا للقانون صناعة وصياغة.

تقوم النزعة التقنية على الاهتمام بتفسير الواقع القانوني بمعناه التقني، والذي يقصد منه الطرق والإجراءات المتقنة للوصول إلى النتيجة الموجودة والتي قد تعكس واقعا سياسيا اقتصاديا أو اجتماعيا أو تقنيا صرفا، فالأمر هنا يتعلق بالقانون كتقنية أو وسيلة تمنح لتلك الأهداف شكلها الخارجي بالصياغة القانونية (une technique)³، بل أصبحت تهتم هذه النظرية بالقانون وعلاقته بالتقنية، ليصبح القانون: "مجرد تقنية تتطلب استعمال طرق وإجراءات للوصول إلى النتيجة الموجودة"⁴، فهذه النظرية لا تهتم بما وضعه الفقهاء لفكرة القانون. بالتالي أصبحت النزعة التقنية كبديل للأطروحات الخاصة بتحديد جوهر القانون وتفسيره: الشكل، الموضوع. المختلطة التي أثبتت قصورها فالقانون إذن هو "تقنية تتطلب استعمال طرق وإجراءات للوصول إلى النتيجة الموجودة". فمفهوم التقنية يعرف عدة صور⁵: لغويا: الطريقة أو الوسيلة التي تتحكم في الشيء، وآلية توجه الشيء⁶؛ فلسفيا: هي تنظيم عقلائي للعلاقات التي تربط الظواهر التي لم يعد ممكنا التعامل معها بنفس الشكل الذي كان يتعامل به التنظيم السابق للعلاقات. أما عند علماء الرياضيات: أدوات لقياس الشيء قياسا دقيقا لتجسيد مجرد إلى علاقة واقعية.

¹ -و هو تجسيد للعنصر الواقعي بتعبير الفقيه جيني، يراجع في ذلك فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص176.

² - يراجع في ذلك: نذر الشاوي، المرجع السابق، ص.214-215.

³ -للتفصيل أكثر حول التقنية القانونية أو التكتيك القانوني، راجع، منذر الشاوي، المرجع السابق، ص210-216.

⁴ -Voir, Mousseron Jean-Marc, «Aspects juridique du Know-how», Cahier des Entreprises, Paris, 1972, n°.1,p.14.

⁵ - يراجع في ذلك، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص519.

⁶ - تقنية: مشتقة من فعل أتقن بمعنى: طور وحسن الشيء، اشتقت منه كلمة تقنية بمعنى: المهارة في صنع الشيء بابتكار الأساليب والمناهج لاجتياز أفضل استعمال للشيء يراجع في ذلك،

Tchouar Khair-Eddine, " la technologie Comme facteur actuel d'évolution de l'organisation », Revue Algérienne des sciences Juridiques et politiques, Volume 38, Numero3, 2003, pages 91.

أما المفهوم الاصطلاحي لتقنية القانون: القانون يصبح مجرد وسيلة عمل يوفر حكمها تقنين التقنية في حد ذاتها من حيث كونها وقائع نافعة أو ضارة أو تصرفات قانونية معينة¹. تعد بذلك التقنية مصدرا للقانون صناعة وصياغة

1- اعتبار التقنية مصدر موضوعي للقانون:

في الأنظمة القانونية المعاصرة، أصبحت التقنية المصدر المادي للقانون، لان القانون يجد ذاته اصبح كحدث تقني جديد له بعض السمات واصبح هذا المصدر المادي يتكون من جانبين²:

1- جانب تقني اختياري: لتكون التجارب والخبرات مصدر القاعدة القانونية الوحيد، وصدق تلك القواعد مرتبط بالواقع وتبدلاته، لتبقى بذلك المبادئ المثالية خارج نطاق القانون ولو تعد قواعد قانونية، لأن القانون أصبح يبحث في المشاكل اليومية المستمدة وإصدار نص قانوني أو إلغائه مرهون نتائجه في الميدان، مبتعدا عن البحث في المثل³. لتعد بذلك التقنية هي مطابقة السلوك للقوانين زمانا ومكانا، والسلوكيات أصبحت ظواهر يمكن أن تصاغ في قواعد قانونية ليصبح القانون استجابة لوجود تقنية مثلا: ما أنتجته التقنية من كتابة وتوقيع وجريمة إلكترونية التي أصبحت مصادر رمادية للقانون.

وحتى مبادئ القانون الأساسية تأثرت بالتقنية فأصبح العدل تقنيا: الملفات، والخدمات العدلية إلكترونية، ومستقبلا ستصبح الآلة هي التي تفصل في النزاع، ليتحول العدل من سلطة تقديرية للقاضي إلى سلطة تقديرية للآلة والعقل الإلكتروني. والمساواة تقنية: خاضعة لعقلية الرياضية بأنظمة الخوارزميات من ذلك تأمين المساواة في التوجه الجامعي، الاستفادة من حقوق مالية كبطاقة الشفاء، لتجسد الآلة المساواة أمام القانون. فضلا عن الحرية تصاغ في قواعد تقنية: تحولت من طابعها الإنساني إلى طابعها الآلي: حرية التنقل مرتبطة بأنظمة إلكترونية، حرية العمل أصبحت ترتبط بالعلوم الطبيعية الجديدة كعلم الوراثة للكشف عن الأمراض الوراثية للعامل، بل ومست حتى الحقوق الشخصية لوجود الاستنساخ وزرع الأعضاء تشكل كلها تعدي على الحق في الحفاظ على الشخصية مستقلة.

¹Voir, -J- Paillusseau, "le droit de la personnalité morale", revue droit civil, parais 1993, p705.

²- يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 525-526.

³- Voir, Brand Ph, «Sociologie juridique» , PUF, 1990, p67.

ولا يقصد منها صياغة القانون كتقنية: بالانتقال من عالم الفكر إلى عالم الواقع، بل عملية تبسيط أوجه الحياة الصعبة في صياغة ثابتة، على أن يعهد صياغة النصوص إلى المختصين¹.

ب- جانب تاريخي استعراضي²:

رغم التقدم، مازالت النظرية الحديثة متصلة بالمفاهيم التقليدية للقانون، التي كانت تعتبر القانون يحدد قواعد وسلوك الواقع الإنساني مكانا وزمانا وتأثيرها في بعضها البعض. وهي نظرية اعتبرت القانون قواعد ثابتة وبقينية لكنها انعكاس للتقنية ويتضح ذلك من خلال التطور التاريخي الذي عرفته البشرية على النحو التالي:

- فقيما اعتمدت النار كتقنية لوضع القاعدة القانونية، ثم اعتبر الهنود تجمع الحيوانات كتقنية لتكريس قاعدة افضلية الجماعة على الفرد.

- وفي اليونان والرومان: كان لهم الفضل في استعمال التقنية لخدمة الفلسفة والقانون، باعتبارها وسيلة لبلوغ غاية القانون الأبدي والخالد.

- أما فقهاء الشريعة الإسلامية: مبرزا بين المجال الساكن للشريعة الإسلامية وطابعها المتحرك الذي يطغى عليه الطابع التقني، لكن المجتهدين كابن تيمية وسع من مجال التقنية لفهم الشريعة، وعدة فقهاء منهم كابن خلدون الذي تبنى فكرة تأثير التقنية على القانون: فاختراع الأسلحة دفع المشرع لإصدار قوانين تنظمها.

- وفي عصر النهضة: ساد الاعتقاد في أوروبا بأولوية التقنية، عكس ما كان في المجال الكنسي الذي كان يعتبر ما هو تقني هو محاباة لا بد من محاربتها. وفي الثورة الصناعية أحدثت ثورة في فلسفة القانون، فاعتبر الأصل في القانون الحركة وليس السكون فالتقنية تبرر وجود القانون، فتطورت النزعة التقنية مع الرأسمالية والاختراعات، لتظهر جليا، في القرن 20 مرتبطة بظاهرة الطبقة التي تؤدي لاختلاف التقنيات: فالمزارع، الصانع، التاجر، المتواجد على الساحل، لكل واحد منهم تقنيته المستعملة، وهذه الطبقة أدت لظهور طبقة نخبة من الأشخاص المتمتعون بكفاءة تقنية ما يميزهم حيادهم، ونتيجة لقدرة التقنية هيمنوا على صناعة القانون³ ليصبح حاليا مصدر القاعدة القانون، لأن القانون الوضعي أصبح غير ملائما مع المشاكل التي تطرحها المجتمعات بعد التصنيع لتكون وسائل الإسهام الشعبي (التمثيل السياسي) بعد الثورة العلمية دون فعالية لدراسة قرارات المستقبل⁴.

1 - يراجع في ذلك: منذر الشاوي، المرجع السابق، ص. 292.

2 - يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، تحديد المرفق العمومي، المرجع السابق، ص 128-130.

3 - يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 522.

4 - يراجع منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 294-295.

2- تعتبر التقنية مساعد للمصدر الشكلي للقانون

فقد أصبح القانون يفرع التقنية في قالب قانوني يتلاءم ومحتواها إما من طرف السلطة التشريعية، أو التنفيذية بموجب نصوص تنظيمية، من أمثلة ذلك: صياغة القاعدة القانونية في قالب تقني: في مجال التعمير أو العمران أو التهيئة العمرانية، النقد والقرض، التأمين...، وغالبا ما يتخلى المشرع عن اختصاصه في التنظيم لصالح سلطة مجلسين النقد والقرض، مجلس المنافسة... بالتالي فقد تدخل الخبراء محل الفقيه لتفسير القانون، وتدخلهم حتى في وضع النصوص¹.

3- دور التقنية في تغير مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية:

فدور القانون القديم هو حفظ أرواح وأموال الناس، وتمكينهم من تنفيذ، التزاماتهم للاعتقاد أنها ستنفذ بقوة القانون عند الضرورة، لكن حاليا نتيجة لتغلغل التنظيم القانوني في معظم مظاهر شؤون الحياة (الاقتصاد، الاجتماعية..). ليصبح للقانون أصول حديثة تمتاز بأهمار رفيعة وتقنية تتطلب قدرا من الخبرة القانونية والكفاءة². لم تبق الدولة هي مصدر القانون، بل النخبة التي تتحكم في التقنية هي المسيطرة، وهو ما أدى للمطالبة بحكومات إلكترونية، ليصبح النظام الإلكتروني المصدر الوحيد للقانون ويغيب البعد الإنساني للحكومة ويعامل المخاطب بالقانون كأشياء، لانتقال من حكم البشر إلى حكم الآلة³، فالنزعة التقنية تستمد من عمل الحيز التقني إلى المشرع الذي تحول إلى تقني، فما هو إذن مفهوم القانون الجديد؟

ثالثا: القاعدة القانونية أصبحت وسيلة للتنظيم القانوني

فيشمل اعتمادا على ذلك، التشريعات بنود العقود والاتفاقيات، لتصبح الدولة جزء من التجمعات والاتفاقيات تضع القانون، أما القانون أصبح علما للتنظيم⁴. موضوع القانون: هي الأنشطة، التجمعات، المنظمات، العلاقات، العمليات، الظواهر.. المراد تنظيمها، فلم تبق القاعدة القانونية تخاطب وتتهم بالأشخاص أنفسهم بل بالوضعيات التي يوجدون فيها⁵ لتكون ردود أفعالهم من المؤثرات المحيطة بهم شخصية كانت أو تقنية (وسائل الإعلام، الإنترنت...).

¹ - مثلا: تنظيم بعض الأمور المرتبطة بالممارسات التقنية التي يستخدمها أرباب الصناعة ونقابات العمال تعد غير بناء إذا لم تؤخذ بعين الاعتبار

أبحاث علماء الاقتصاد والاجتماع، أو ما يعرف بتقارير أصحاب الخبرة، يراجع في ذلك: دينيس لويد، المرجع السابق، ص. 311

² - يراجع في ذلك: دينيس لويد، المرجع السابق، ص. 309.

³ - يراجع في ذلك: عجة جيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص. 524.

⁴ - Voir, Michel Bonnechere, « Introduction au droit. » CASBAH, Alger, 1999, p.46.

⁵ - Voir, J.PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation », rev, soc, 1996.

من العوامل المؤثر في إنشاء القاعدة القانونية، فوضع القانون لمعالجة موضوع معين: يكون بوضع الأسس والقواعد التي تلائمها-التصميم المناسب- بمراعاة احتياجاته وما يحقق المصالح المختلفة المتصلة به، ليصبح رجل القانون منظم أو مهندس قانوني¹. قد أثر ذلك المفهوم على الخصائص القاعدة القانونية²:

-الانتقال من عمومية القاعدة القانونية إلى خصوصيتها: لأنها أصبحت محكمة بطرف تقني أفرزه المجتمع، من دون تجاهل الأثر السلبي للقاعدة القانونية التي لا تكون منتجة إلا في مواجهة المعنيين بها.

-الانتقال من التجريد إلى التقنية: فالقاعدة القانونية تقوم بتشخيص وقائع أفرزها الواقع، وتحوي مفاهيم يظهر نفعها أثناء تطبيقها، فهي قواعد ملائمة تتكيف مع المحيط وما يحدث في الواقع.

-الانتقال من خاصة الإلزام إلى الخاصة القضائية: لأن النزعة التقنية ليست تحكمية، فالإلزام ليس مصدره قهر الدولة بل تابع من شعور المخاطبين بضرورة الالتزام بالقانون لوجود سلطة قضائية مستقلة تحمي الحقوق (: مصدر الإلزام بالقانون)

في الأخير؛ لا بد على الدراسات القانونية أن لا تبقى مجالها منغلقة، بل مفتوحة للاكتشافات، لتداخل الدراسات القانونية مع العلوم الأخرى، وتعد الجامعة المجال المجسد لذلك التداخل، بإنشاء خاصة بميدان دراسي معين، لتصبح فكرة القانون مستقبلا لا يقوم على استقلال القانون بل على أساس وظيفته كأداة للتماسك والتقدم في المجتمع. ليكون رجل القانون الذي لا يعلم إلا القانون، لا يعرف القانون³. فوضع القانون أصبح يتأثر بالاقتصاد والتقنية فعلى رجل القانون التدخل ليؤكد بقاء دور القانون⁴.

¹-يراجع في ذلك، مراد منير فهم، "نحو قانون واحد للشركات، دراسة في التشريع الراهن للشركات في القانون المصري والفرنسي"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 2016، فقرة 233..

²- يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 524-525.

³-J-PAILLUDDEAV ,art .prec, n°.114-115.

⁴- Voir ,Recha RORY, « l'avenir du droit optimisme malgré tous», dans « l'avenir du droit »,Mélange en hommage à François TERRE,p835.

الفصل الرابع : عملية تفسير النصوص القانوني

إن عملية تحليل النصوص القانونية تقوم على فكرة التعليق على أساس سليم، وهو بدوره عبارة عن محاولة لتفسير وتوضيح النص بقدر من الحرية وبأسلوب شخصي إلى حد معين¹. فالقاضي عند تطبيقه للنص القانوني، أو الفقيه عند اعتماده على القاعدة القانونية، قد يجد نفسه ملزماً بداية إلى تفسيره، فعملية التفسير تسبق التطبيق، وهي عملية ترتبط أساساً بالنصوص القانونية المكتوبة الواضحة أو الغامضة..

قصد الامام بعملية التفسير، سيتم تبيان مفهوم التفسير من خلال تحديد موضوعه وأنواعه (المبحث الأول)، ثم بعدها كيف تتم عملية التفسير النصوص القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم عملية تفسير النصوص القانونية

لعملية التفسير أهمية بالغة للتعرف على مضمون النص القانوني والأفكار التي يحويها وذلك قصد تطبيق النص أو التدريب على كيفية تحليله أو التعليق عليه. يتطلب الأمر تعريفاً للتفسير (المطلب الأول)، مع تحديد المدارس الفقهية المهمة به (المطلب الثاني)، لتسهيل بعدها المقارنة بين مختلف الأنواع التي يعرفها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف عملية التفسير

القيام بعملية التفسير يكون من أجل معرفة المعنى الذي يتضمنه النص، ونقل القاعدة من عمومها وتجزئتها إلى الحالة المنفردة والمخصصة، فالتفسير تحديد مضمون القاعدة القانونية والتعرف على عناصرها وأوضاعها، حتى يمكن بذلك تحديد نطاقها من حيث الموضوع والتحقق بالتالي من مدى انطباقها على الحالات المختلفة، فالتفسير كالتحليل عملية سابقة والزامية². يجب تعريفه بداية (الفرع الأول)، ثم التعرف على موضوعه (الفرع الثاني).

¹-يراجع، شروخ صالح الدين، منهجية البحث العلمي، دار العلوم للنشر والتوزيع، دون مكان، 2003، ص.186.

² - يراجع، الشريف الغيوي، ادريس جردان، " منهجية تحليل النصوص القانونية والتعليق على القرارات والاحكام القضائية"، الطبعة الأولى 2005-

2006، المجلة الالكترونية للدراسات والأبحاث القانونية، ص.7، على الموقع الالكتروني، www.droitplus.net

الفرع الأول: تحديد المقصود من عملية التفسير

يعتبر التفسير عمل أولي وأساسي لتطبيق أحكام القانون المتضمنة في النصوص القانونية، وهو لا يهم القائم بالتفسير فقط، بل يهم أيضا المشاركين في وضع النصوص لئتم بموجبه تدارك النقائص وتصحيح الأخطاء التي يتضمنها، قصد إخراج النص القانوني بشكل يسهل تحديد الهدف الحقيقي من وجوده.

يقصد بالتفسير لغة: كشف الغطاء أو التوضيح أو التأويل؛ أما اصطلاحا فاختلقت الآراء الفقهية اعتمادا على رؤية كل واحد إلى موضوع التفسير إما رؤية موضوعية أو غائية أو لغوية: يقصد به "توضيح ما أجه من ألفاظ، وتكميل ما اقتضب من نصوص، وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"، أو هو "بيان مضمون القواعد القانونية بيانا واضحا، يتحدد المعنى الحقيقي لمضمونها بالتركيز على المعنى اللغوي"، أو "البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة القانونية لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية بالاستدلال من واقع الألفاظ التي عبر فيها المشرع"¹.

فالتفسير هو بيان معنى التشريع من خلال مضمون معناه، وألفاظ نصوصه، فهي عملية ذهنية، المقصد منها تحديد معنى القاعدة القانونية، ليكون دور التفسير إزالة العيوب وتوضيحها، التفسير يساعد على الكشف عن مضمون القاعدة القانونية، من أجل تحديد نطاق سريانها في الزمان والمكان والأشخاص: "التفسير هو عملية محلها نص القاعدة القانونية، غايته تحديد بيان مضمونها، والكشف عن إرادة المشرع من سننها وتوضيح ما يشوبها من نقص وغموض في مقصدها لاستكمال أحكامها". والمبادئ التي يقوم عليها التفسير:

- لا محل للاجتهاد في مورد النص الواضح للقاعدة القانونية، لأن الأصل في النص التكامل لفظا ومعنى فلا يجوز محاولة تأويلها لمدلول آخر بغير مفهومها الواضح.
- التفسير لا يرد إلا على التشريع، أما العرف فيتم التثبيت من وجوده فقط (مسألة إثبات).
- يتم الاعتماد في التفسير للقانون على الأعمال التحضيرية، ومحاضر المناقشات.

¹-يراجع في تلك التعاريف، عثمانية خميسي، "التفسير في المادة الجزائية وأثر حركة التشريع، مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة، فيفري 2005، العدد السابع.

الفرع الثاني: موضوع عملية التفسير

النص موضوع التفسير هو النص المكتوب فقط وهو التشريع لأنه يكون بالمعنى واللفظ، أما النصوص غير المكتوبة المستمدة من مصادر غير مكتوبة كالعرف وقواعد العدالة فهي عبارة عن معاني مستقرة في الأذهان لا يقيدتها لفظ معين فلا تحتاج لتفسير.

والنص محل التفسير يتكون من: **المتن** عبارة عن مجموعة كلمات وألفاظ مدونة ومكتوبة وهو الهيكل أو المبنى، وأغراض ومقاصد تَكُونُ المعنى، وهو لا يمكن أن يكون إلا مكتوباً. وغالبا ما يلحق التفسير النص الغامض، المتناقض، أو المتعارض الذي لم يوفق المشرع في صياغته، أما النص الواضح السليم فيكون المشرع قد وفق في صياغته مبنى ومعنى.

ظهرت عدة نظريات لتحديد موضوع التفسير لاختلافه¹، ويمكن التمييز بين نظرية تقليدية وأخرى موضوعية²:

1- النظرية التقليدية لتحديد موضوع عملية التفسير: موضوع التفسير اعتمادا على هذه النظرية، هو البحث عن إرادة المشرع عند وضع النص حتى يتم تحديد المعاني الحقيقية للنصوص. لأن صياغة النص هي تعبير عن إرادة معينة لا بد من التعرف عليها وقت وضع النص، ويجب الاعتماد في ذلك على الأعمال التحضيرية السابقة لوضع النص (المشاريع أو المبادرات الخاصة بالقانون) لأنها توضح الغرض الذي وضع النص من أجله، فهذه النظرية تسعى لتحديد إرادة المشرع الواضحة.

2- النظرية الموضوعية لتحديد موضوع عملية التفسير: على عكس النظرية السابقة، فإن هذه النظرية تعتبر أن التشريع يشترك في وضعه وصياغته عدد كبير من الأشخاص، وللتعرف على إرادة المشرع لا بد من البحث عن الإرادة الجماعية للأفراد المكونين لهذا التشريع (وهو أمر غير حقيقي). فأصحاب هذا الاتجاه ينظرون إلى القاعدة القانونية باعتبارها موضوعا للتفسير وليست إرادة المشرع، لأن التشريع بعد صدوره مستقل عن واضعيه وينطوي على إرادة خاصة به، لذلك لا بد من البحث عن المعنى الحالي وهي إرادة القانون أو مقصده والذي يختلف عن نية واضعيه. يتم تحديد ذلك المعنى الذاتي للقانون من ربط النصوص بعضها ببعض والنظر إلى الغاية المطلوب تحقيقها

¹-يراجع في ذلك، محمد صبري سعدى، تفسير النصوص في القانون والشريعة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1974، ص21.

²-يراجع بالتفصيل حول النظريتين: عثمانية خميسي، التفسير في المادة الجزائية وأثره في حركة التشريع"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، فيفري، 2005، ص.122.

من النص، مع الوقوف على الظروف الاجتماعية والاقتصادية المعاصرة لتطبيق النص على الحالة المعروضة. تعتمد هذه النظرية على البحث عن المضمون الموضوعي للقاعدة القانونية منظورا إليها في ذاتها.

و لكن يعتبر الفقه أن موضوع التفسير، ليست هي القاعدة القانونية بل النص القانوني كله أو جزء منه¹، لأن القاعدة هي المعنى الذي يحويه النص، والتفسير هو الذي سيحدد القاعدة التي يعبر عنها محتوى النص القانوني) يمكن شرح ذلك بالمعادلة التالية: القاعدة أو المعنى = النص + التفسير). فقد يكون موضوع التفسير تحديد محتوى النص ووضعيته بمعنى التعرف على قيمته (كحالة الإعلان الخاص بحقوق الإنسان)، أو تحديد الوقائع كحالة توقيع عقوبة على جريمة معينة فإنه يجب تحديد الوقائع التي تعتبر جريمة. فيكون بذلك موضوع التفسير هو تحديد التكييف القانوني بإدخال واقعة معينة في فئة معينة، فالتكييف القانوني هو تفسير للواقعة يشبه تفسير النص.

المطلب الثاني: المدارس الفقهية المهمة بتفسير النصوص القانونية

اختلفت الآراء والنظريات الفقهية حول تحديد الطريقة المعتمدة قصد الوصول إلى تفسير القانون بسبب اختلاف النظرة إلى أصل القانون وأساسه، والتي يمكن جمعها في ثلاث مدارس فقهية: مدرسة الشرح على المتن، المدرسة التاريخية، ومدرسة البحث العلمي وهي أكثر انتشارا، أو تقسيمها إلى ثلاث مذاهب: مذهب شكلي، ومذهب موضوعي، ومذهب مختلط².

وباعتبار التفسير: "عملية شرح القانون والتعليق عليه وبيان محاسنه ونقد مساوئه، ومن جهة أخرى هي البحث عن أصل وأساس القانون وتبرير صفة الإلزام فيه والغاية التي يتوخاها"³، فإن مهمة تفسير القانون في الواقع مهمة فقهية أصالة وليس بالتبعية، يعتمد الفقيه وحتى القاضي على تلك المدارس والمذاهب للقيام بذلك، والتي سيتم دراستها على التوالي من خلال فروع ثلاث، ثم تحديد موقف المشرع الجزائري منها ضمن الفرع الرابع.

¹-يراجع في ذلك، ميشيل تروبير، المرجع السابق، ص 106-107.

²- يراجع في ذلك، عجة الجليلي، حول مفهوم المقاربة القضائية والفقهية لتفسير القانون، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 498-501.

³- يراجع، عجة الجليلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 501.

الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتون

مدرسة الشرح على المتون¹ هي المدرسة التي تعمل على تقديس النصوص القانونية باعتبارها المصدر الوحيد للقانون (متمثلة في القانون المدني الفرنسي)، تمتاز بعدم ابتعادها عن نص القانون وتركيزها على البحث عن إرادة المشرع الحقيقية من محتوى النص، وإلا يتم البحث عن الإرادة المفترضة لدى المشرع في حالة عدم وجود النص أو كان موجود ولكن غامض. فتفسير النص يكون اعتماداً على إرادة المشرع وقت صياغة النص ووضعها، وليست إرادة المفسر وقت التفسير. فعند وجود النص يقتصر دور الفقيه على الاستدلال بمحتواه ومعاني ألفاظه وعباراته لفهمه، وكأن دوره يقتصر على التطبيق الآلي للنص تجسيدا لقاعدة "لا اجتهاد مع نص". أما عند عدم وجود النص، يجب على الفقيه البحث عن الإرادة المفترضة وقت وضع التشريع، لو أنه أراد وضع قاعدة للمسألة المعروضة.

ورغم أن هذه المدرسة تؤكد على استقرار التشريع، لكنها تعرضت إلى الانتقاد لأنها تؤدي إلى جموده وعرقلة تطور القانون بحد ذاته. فما الفائدة إذن من وراء البحث عن إرادة المشرع التي تم تجاوزها بفعل تطور الواقع الاجتماعي، ما دام القاضي ملزم بما تضمنه النص لاحتوائه كل ما يحتاجه، فهو سيستنبط نية المشرع من خلال عبارات النص وقت صدور التشريع.

الفرع الثاني: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا، تبناها الفقيه "سافيني"، واعتنق مبادئها بعض الفرنسيين كالفقيه "سالي". تعتمد في تفسير القانون على أساس نظرتها لأصل القانون، والذي تعتبره نتاج حاجات الوسط الاجتماعي، فأساس القاعدة القانونية بالنسبة لها ليست إرادة المشرع بل الظروف التاريخية المتزامنة مع صياغتها. ليرتبط التفسير بالحاجة الآنية للمجتمع، وذلك بالبحث عن الإرادة المحتملة للمشرع (إرادة المشرع لو قام بوضع النص في الظروف الحالية)، فالنص مستقل عن إرادة واضعه، وهو مرن يتطور بحسب المجتمع. فهذه المدرسة تجعل عملية التفسير تتم اعتماداً على الظروف الاجتماعية والعوامل المؤثرة بالمفسر وقت التفسير لا وقت وضع النص.

¹ - للتعرف على مدرسة الشرح على المتون، يراجع، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 51-52؛ الشريف الغيوي، المرجع السابق، ص 8؛ عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 501-503؛ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 193.

ولقد انتقدت المدرسة لأنها تجعل من التفسير تعديلاً أو إلغاءً لنصوص التشريع، وخلقاً لقواعد قانونية جديدة، ونتيجة لعدم ثبات التشريع فهي تفسح المجال واسعاً لتحكم القضاء، كما أنها لا تضع ضوابط دقيقة للتفسير مما يجعل المجال واسعاً للاجتهاد الشخصي للقضاة¹.

الفرع الثالث: المدرسة العلمية أو المذهب المختلط

من رواد هذه المدرسة الفقيه الفرنسي **Geny** (جيني)، وهي تقوم على التوفيق بين المدرستين السابقتين اعتماداً على مبادئ البحث العلمي الحر، فعلى المفسر وفقاً لهذه النظرية الوقوف أولاً عند الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع فيما يتعلق بالمسائل التي عاجلها المشرع بنصوص صريحة، وأمام عدم وجود نص، يلجأ إلى البحث عن حلول للمشكلة المعروضة اعتماداً على المصادر الرسمية الأخرى، دون البحث عن الإرادة المفترضة أو الاحتمالية للمشرع. بل على المفسر إيجاد الحل بإنشاء القاعدة القانونية اعتماداً على البحث العلمي الحر بالرجوع إلى جوهر القانون بمحقاته الواقعية والمثالية، أما القاضي فهو لا يخلق القاعدة القانونية بل يخلق حلاً فردياً للنزاع بمراعاة نفس الاعتبارات التي كان المشرع سيراعيها لو أراد الفصل في النزاع بالارتكاز على ضرورات التنظيم الاقتصادي والاجتماعي وفكرة العدالة، ومقتضيات المنطق والعقل².

فالنمط العلمي الذي اعتمده هذه المدرسة يقوم على: تطبيق التشريع على الحالات المعروضة اعتماداً على إرادة المشرع، أما في الحالة التي لم يتعرض التشريع لتنظيمها فإنه يتم البحث عن الحل اعتماداً على المصادر الأخرى للقانون.

¹-يراجع في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 52-53.

²- يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 513-517؛ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 53-

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير.

اعتمادا على المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، فإن المشرع يكون قد اعتمد المذهب المختلط (المدرسة العلمية)¹، وذلك استنادا على ما يلي²:

- بالرجوع للفقرة الأولى من المادة والتي تنص على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها"، يظهر أن المشرع اعتمد على مدرسة الشرح على المتون المقدسة لألفاظ التشريع، وأخذ بمبادئ المذهب الموضوعي عند استعمال مصطلح "أو في فحواها"، وذلك بالبحث عن نية المشرع.

- أما بالرجوع لباقي فقرات المادة والتي تنص على أنه "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، فإنه يترتب عن ذلك الاعتراف بوجود مصادر أخرى غير التشريع، وتلك المصادر ذكرت على سبيل التدرج، وهو دليل على الجمع بين المذهب الشكلي (تقديس النصوص) والمذهب الموضوعي.

- بالإضافة إلى أن اعتبار مبادئ القانون الطبيعي من مصادر القانون، يظهر معه التأثير بمذهب القانون الطبيعي وهو المذهب الموضوعي؛ أما اعتبار الشريعة الإسلامية من المصادر فهو تأكيد على الأخذ بالمدرسة التاريخية (مذهب موضوعي).

ولكن، نتيجة لتأثر القانون ضمن مختلف فروعه بالتطورات التكنولوجية مع التوجه نحو استعمال التقنية في كل مجالات الحياة، فإن ذلك سيجعل تدخل الخبراء يحل محل الفقه في تفسير القانون، كالنصوص المتعلقة بالجرائم المعلوماتية التي ترد على بطاقة الائتمان، التي تتطلب تدخل خبير لشرح الركن المادي الذي هو فعل تقني، ليتمكن القاضي فيما بعد من شرح القاعدة وتطبيق العقوبة المناسبة، كما أن هذا الخبير يتدخل ليس في التفسير بل حتى في مرحلة التكوين، فيشارك المشرع في إعداد القانون³.

¹- وهو نفس موقف معظم التشريعات المعاصرة، منها القانون، اللبناني اعتمادا على المادة 04 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني: "...عند غموض النص يفسره القاضي بالمعنى الذي يحدث معه أثرا يكون متوافقا مع الغرض منه ومؤمنا التناسق بينه وبين النصوص الأخرى، وعند انتفاء النص يعتمد القاضي المبادئ العامة والعرف والأنصاف".، يعتمد القاضي على التشريع وعند وود نص يعتمد على المصادر الأخرى لأنه ملزم بخلق حل للنزاع".

²-يراجع في ذلك عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.454-545.

³يراجع في ذلك: عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص.533.

المطلب الثالث: أنواع التفسير

للتفسير عدة أنواع قد يكون رسمي أصيل أو تفسير فقهي (الفرع الأول)، وللتعرف على جميع الأنواع التي يعرفها التفسير فانه سيتم التمييز بينها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمييز بين التفسير الرسمي والتفسير الفقهي

ان التفسير الرسمي يختلف عن التفسير الفقهي، من حيث تحديد الوظيفة المعرفية والإرادية للتفسير¹:

1-التفسير الأصلي أو التفسير الرسمي: عمل معرفي وهو المفهوم التقليدي للتفسير، يسمى رسمي أو أصلي لأنه صادر من سلطة مفوضة رسميا لذلك أو يقر القانون بفعالية أعمالها². يرتكز هذا التفسير على بيانات النصوص والعبارات التي لها معنى، فهو تفسير واحد بفعل العلاقة الضرورية بين الكلمات ومعانيها، والصياغة ليست تفسيرا حقيقيا بل لا بد من اللجوء للتفسير عندما يكون المعنى محفيا بفعل غموض البيانات، أما إذا كان البيان واضحا فلا داعي للتفسير. إذا كان غامضا يتم البحث عن نية المشرع، ومثل هذا التفسير يتطلب كفاءة تقنية كافية، يقوم به المشرع أو القاضي والذي يؤدي إلى خلق القاعدة عن طريق التفسير³، ويمكن الاعتماد على المادة 3/152 من الدستور: تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون" في اعتبار دور القاضي في توحيد وجهات النظر بالتالي خلق قواعد تلتزم بها المحاكم.

2-التفسير الفقهي: وهو المفهوم الثاني للتفسير أو التفسير الواقعي، وهو عمل إرادي باعتبار التفسير وظيفة إرادية، يقوم على وجود نص يحمل عدة معان يجب الاختيار بينها، ويكون الاختيار ليس على أساس موضوعي بل أساس ذاتي للمفسر، ونتائج هذا التفسير لا يمكن القول أنها صحيحة أو خاطئة لعدم إلزاميتها، وقد اعتبره الفقيه كلسن تفسيرا علميا⁴.

القانون يمنح للتفسير الأصيل أو الرسمي قوة إلزامية، عكس الثاني هو عبارة عن توصيات لا تخلف النص القانوني

¹يراجع بالتفصيل حول الفرق بين الوظيفتين للتفسير، والفرق بين التفسير الرسمي أو الأصيل والتفسير الفقهي، ميشال تروبير، المرجع السابق، الصفحات 100،102،103 .

² - يراجع في ذلك: ميشال تروبير، المرجع السابق، ص 101.

³مع ضرورة التمييز بين دور القاضي في خلف القاعدة القانونية بين النظامين اللاتيني والأنجلواسكسوني، وللتفصيل أكثر راجع، علي فيلال، المرجع السابق، ص 221 إلى 229.

⁴ - يراجع في ذلك، ميشال تروبير، المرجع السابق، ص.101.

الفرع الثاني: التمييز بين مختلف الأنواع التي يعرفها التفسير.

يتخذ التفسير عدة أنواع اعتماداً على الجهة التي تقوم به، قد يكون تشريعياً أو قضائياً، فقهيًا، وحتى إدارياً¹، وستتم دراستها بتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها ضمن الجدول التالي:

التفسير التشريعي:	التفسير القضائي:	التفسير الفقهي:	التفسير الإداري:
- يصدر من المشرع تفسير القانون.	-يقوم به القاضي عند تطبيق القانون على الوقائع والنزاعات المعروضة.	-يقوم به رجل القانون في مؤلفاتهم.	- الدوريات والمناشير الصادرة من الادارة العليا لموظفيها لتفسير أحكام القانون.
- كل تلك العمليات نسعى إلى تفسير أحكام القانون.			
يصدر قانون تفسيري.	-التفسير وسيلة للوصول إلى تطبيق القانون على النزاع.	-التفسير غاية الفقيه دون البحث عن النتائج العملية.	-التفسير للتسهيل على الإدارة التطبيق(الموظفين).
-له قوة إلزامية لأنه تشريع وله أثر رجعي لأنه جزء من التشريع المفسر، وهو يصدر من الجهة المصدرة للقانون المفسر.	-ليست له قوة إلزامية على نفس المحكمة أو الجهات القضائية الأخرى إلا إذا وجد اجتهاد للمحكمة العليا لأن قراراتها لها حجية على الجهات القضائية.	-ليست له قوة إلزامية لكن يمكن أن يستعين به القاضي استثنائياً، ويمكن الاعتماد عليه من طرف المشرع.	-ليست له قوة إلزامية إلا على الموظفين المعنيين فهي مجرد أداء شخصية لا تلزم القاضي.
بسبب الانتباه لوجود غموض ...	-نتيجة لوجود نزاع حول الحكم الذي تملبه النصوص(و ليست دعوى للتفسير فهي غير مقبولة).	-عمل تلقائي لتحديد مضمون النص القانوني.	-لتسهيل التطبيق.
يبقى المشرع هو خير من يقوم بمهمة تحديد توضيح نطاق ومعنى القانون السابق، وإزالة الخلاف المشار حوله باعتباره مصدره.			
-الغرض: تفادي الاختلاف في التفسيرات وتضارب الأحكام بالنتيجة	-لتفادي نقص القانون وجعله متلائم ومستجدات المجتمع.	-قصد إثراء المكتبة القانونية ومحاولة فهم الفكر القانوني للمشرع.	- لسير عمل الإدارة وتطبيق القانون فيها.

¹-للتفصيل أكثر حول هذه الأنواع يراجع، الشريف الغوي، إدريس جردان، "منهجية تحليل النصوص القانونية والتطبيق على القرارات والأحكام القضائية"، الطبعة الأولى، 2005-2006، المجلة الإلكترونية للدراسات والأبحاث القانونية، على الموقع الإلكتروني، www.droitplus.net المرجع السابق، ص 5-7، ويراجع أيضاً عكاشة محمد عبد العال، سامي بديع منصور، "المنهجية القانونية"، منشورات الحلبي القانونية، 2009، لبنان، ص 46-50؛ يراجع أيضاً المراجع المتعلقة بالمدخل للقانون في الجانب المتعلق بتفسير القانون قصد تطبيقه، منها، علي فيلاي، "مقدمة في القانون"، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص. 276.

-يعتمد على الطابع العملي.	-يعتمد على الطابع النظري، ولكن يتجاهل العملي فيضطر لتعديل تفسيره.	-يعتمد على الطابع العملي، يساعده عمل الفقه.	-يعتمد على الطابع العملي.
يكون مباشرة بعد صدور القانون لأن الإدارة مكلفة بتطبيق القانون	-يكون هو السابق في عملية التفسير، لأنه لا ينتظر وجود نزاع بل يحلل ويفسر النص عند صدوره.	-يكون غالبا لا حقا على التفسير الفقهي، فرجل القانون هو الذي يثير وجود الغموض وعدم الوضوح.	-غالبا ما يكون صدور التشريع آخر خطوة في التفسير وبالتالي إزالة الخلاف والغموض في النص.

يمتاز التشريع المفسر بأنه تشريع متمم وشارح للنص الأصلي، إما لإبعاد غموض في النص، مثال ذلك ما عرفه مضمون المادة 124 القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني، الذي حدد طبيعة الفعل المنتج للمسؤولية التقصيرية بإضافة عبارة "بخطئه"، وهي عبارة فسرت طبيعة العمل فقط، أو للحد من الاختلاف في تطبيق القانون من طرف السلطة التنفيذية أو القضائية بإبراز النية الحقيقية للمشرع¹.

المبحث الثاني: عملية تفسير النصوص القانونية (الجوانب النظرية لتحليل النصوص).

الغاية من القيام بعملية التفسير هي معرفة المعنى الذي يتضمنه النص، ونقل القاعدة من عموميتها وتجزئتها إلى الحالة المنفردة والمخصصة، وباعتبار التفسير: تحديد لمضمون القاعدة القانونية والتعرف على عناصرها وأوصافها، قصد تحديد نطاقها من حيث الموضوع والتحقق بالتالي من مدى انطباقها على الحالات المختلفة، فهو كالتحليل عملية سابقة وإلزامية². للتعرف أكثر عليها سيتم التعرف على الطرق المعتمدة عليها للتفسير (المطلب الأول)، ثم حالات التفسير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطرق والوسائل المعتمدة في التفسير

قصد الوصول إلى وضع حل للمسألة المعروضة، يلزم القاضي بالتمسك بالنص عند وجوده، أما عند عدم وجوده أو عند غموضه وصعوبة فهمه يلزم عليه تفسيره باعتماد طرق ووسائل معينة تتناسب مع كل حالة. فطريقة فهم وتفسير النص القانوني السليم تختلف بالمقارنة مع طرق تفسير النص المعيب لخطأ، أو غموض، أو تعارض أو

¹-للتوسع أكثر حول التفسير التشريعي، أو المقاربة التشريعية للتفسير، عجة الخيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 496-497.

²-يراجع في ذلك، الشريف العيوي، إدريس جردان، المرجع السابق، ص 5.

لوجود نقص. لكن يمكن تحديدها في طرق داخلية وأخرى خارجية¹، أو كما يسميها البعض الأدوات العقلية والنقلية². والتي سيتم دراستها ضمن الفرعين التاليين: الطرق الداخلية (الفرع الأول)، والطرق الخارجية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطرق الداخلية للتفسير

تكون عملية التفسير بالطرق الداخلية بالاعتماد على ألفاظ ومحتوى النص ذاته، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، وتتم العملية في هذه الحالة على النحو التالي:

أولاً: استخراج المعنى المقصود بالنص من محتواه (العبارات أو الفحوى)

يكون استخراج المعنى المقصود بالنص من محتواه³ وذلك بالرجوع إلى عبارات وألفاظ النص أو ما يعرف بالنص الحرفي للقاعدة القانونية، وغالباً ما يتم الاعتماد على المعنى الاصطلاحي للألفاظ وليس المعنى اللغوي، أما الفحوى فهو ما يتناوله النص عن طريق إشارته أو دلالاته أو اقتضائه، ويكون إما بالتفسير الواسع في النصوص ذات الصفة العامة أو بالتفسير الضيق في الحالات الاستثنائية لأن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره، كما هو الأمر بالنسبة للقوانين الجنائية التي تفسر تفسيراً ضيقاً لأنها استثناء عن القاعدة العامة التي تجعل أن "الأصل في الأفعال الإباحة"، والوسائل المعتمدة للوصول إلى هذا المحتوى تتعدد منها:

- تفسير ضيق: فالنصوص الجزائية هي أمرة واستثنائية، يتم فقط الوقوف على العبارات التي تحويها.
- تفسير واسع: عدم الوقوف أمام العبارات والألفاظ، بل البحث عن المحتوى الذي سيتخلص عن طريق الإشارة، الدلالة، الاقتضاء.

¹-يراجع في ذلك عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص56-71؛ الشريف الغيوي، المرجع السابق، ص9-10.
²-و هو ما حدده عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص551.555، فأدوات التفسير العقلية تتمثل في تلك الأدوات التي يلجأ فيها القاضي إلى إعمال عقله وذمته، عن طريق التأمل والتفكير واستخدام قواعد المنطق، دون الاستعانة بأدوات خارج النص وتتمثل في: القياس(عادي، من باب أولى)، الاستنتاج بمفهوم المخالفة، أما الأدوات النقلية: تتمثل في اللجوء إلى المرجعيات التي ينبع منها النص وغالباً ما تكون هذه المراجع في شكل وثائق مدونة: الأعمال التحضيرية، الوثائق التاريخية للنص، الاستعانة بالنص.
³- يراجع في ذلك، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص57 إلى 64.

فالمعنى المستخلص من إشارة النص هو المعنى الذي يظهر كنتيجة لازمة وحتمية للمعنى المستفاد من العبارات التي يتضمنها النص، إذن المعنى يشار إليه دون التصريح به لأنه يعد من لوازمه.

ثانيا: الاعتماد على القياس (Raisonnement par Analogie)

القياس هو إعطاء الحالات الجديدة التي لم يرد فيها نص نفس الحكم الذي أعطاه المشرع لحالات أخرى ورد بشأنها نص وذلك عند اتحادهم في العلة، والقياس أنواع:

- **القياس العادي:** يقوم على اتحاد العلة بين الحالات الجديدة وتلك المنظمة قانونا، مثال ذلك: قاعدة عدم توريث القاتل مال المورث المقتول وهي قاعدة تطبق أيضا على سبيل القياس على قاتل الموصي بجرمانه من الوصية. فهي عملية تتم بشكل بديهي، بل وأمر فطري يعتمد على الربط بين الأشياء المتماثلة إن توافرت أسبابها واتحدت الصفات، مثال آخر: يتعلق بتطبيق نص متعلق بالبيع على عقد المقايضة.

- **القياس من باب أولى (الاستنتاج من باب أولى):** لا يشترط اتحاد العلة في الواقعتين فحسب، بل تطبيق الحكم على الحالة غير المنظمة يعد من باب الأولوية. بمعنى تكون علة تطبيق الحكم متوافرة بقوة أشد وأكثر منها في الحالة المنظمة قانونا، مثال ذلك محتوى نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، الذي يستفاد معه من باب الأولى أن يكون محل الالتزام شيئا حاليا. والمادة 408 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم "إذا باع المريض مرض الموت لوارث، فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة"، فمن باب أولى إلحاق حكم هذا النص بحالة الهبة في مرض الموت. وأيضا محتوى المادة 311 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والذي يتضمن سقوط الضريبة بالتقادم بمرور أجل أربع سنوات دون الحقوق الجمركية، فمن باب أولى تمديد حكمها على الحقوق الجمركية لاشتراكها في العلة مع الضريبة لأنها مستحقة لصالح الدولة.

ثالثا: الاستنتاج بمفهوم المخالفة (المفهوم العكسي)

الاستنتاج بمفهوم المخالفة أو المفهوم العكسي¹، يكون بإعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها، أو إثبات نقيض حكم المنطوق المسكوت عنه، فالنص يدل منطوقه على الحكم المنصوص عليه

¹-يراجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص63، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص552-553.

ويدل بالمفهوم المخالف عكسه. من أمثلة ذلك: المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها"، وبمفهوم المخالفة إذا كانت العبارات غامضة، يجوز البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

و بهذه الطريقة قد تم تحديد الطرق المعتمدة حسب تدرج أثرها وقوتها في الدلالة¹، فالمعنى المستفاد من عبارة النص وألفاظه أقوى يكون في ترتيب أعلى، يليه المعنى المستفاد من الإشارة، ثم المعنى المستخلص من دلالة النص عن طريق القياس أو الاستنتاج، وإذا وجد تعارض فإنه يتم ترجيح المعنى الأول عن الثاني، والثاني عن الثالث، بهذا الترتيب.

الفرع الثاني: الطرق الخارجية للتفسير

الطرق الخارجية للتفسير، هي مجموع الوسائل والوثائق والحجج الخارجة عن النص أو القانون ذاته، والتي يلجأ إليها القاضي أو المفسر للوقوف على حقيقة معنى النص، تتمثل فيما يلي:

أولاً: المصادر التاريخية للنص

يقصد بالمصدر التاريخي للنص القانون أو التشريع المنبع الذي استقى منه المشرع التقنيين، يستعين به القاضي أو المفسر للكشف عن اللبس أو الغموض في النص التشريعي: كما هو الحال بالنسبة للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية فمصدرها التاريخي الشريعة الإسلامية، كما أنه وقصد فهم المشاكل والغموض الذي يعرفه القانون الإداري يتم اللجوء إلى الاجتهاد القضائي الفرنسي في المسائل الإدارية باعتباره مصدره التاريخي.

ثانياً: الأعمال التحضيرية

الأعمال التحضيرية، هي تلك الأعمال الرسمية السابقة على صدور القانون، والممهدة له: من مذكرات توضيحية، مناقشات النواب، تقارير اللجان، مشاريع أولية، فهذه الوثائق تساعد في الوقوف على المعنى الحقيقي للنص ومقاصده كما أراده واضعوه لتتم عملية التفسير على ضوءه، ووجود بوابة إلكترونية للبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) وأخرى خاصة بالحكومة يساعد في الحصول على هذه الوثائق.

¹-يراجع حول تدرج الدلالات في القوة، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 64.

فعلى الرغم من أهمية تلك الوثائق لكنها غير ملزمة ولا تعد جزءا من التشريع، وهي تبقى دائما كمصدر لتفسير النص القانوني، مع ضرورة الانتباه لكثرة التعديلات التي قد تعرفها، لذلك لا بد من ترتيب تلك الوثائق بحسب تاريخ وضعها قصد التمكن من تتبع الفكرة المراد تحديدها في جميع مراحل التشريع وصولا إلى النتيجة النهائية التي استقر عليها الرأي لتصبح بالتالي تعبيرا عنها¹.

ثالثا: الاستعانة بالنص الفرنسي

نتيجة للتكوين الفرنسي لواضعي النصوص التشريعية، فقد تم الاعتياد على وضع النصوص باللغة الفرنسية، بحيث تكون لغة النص القانوني ومحتواه صحيحا عكس الأخطاء التي قد يحويها النص العربي الذي هو في الغالب ترجمة للنص الفرنسي، وأمثلة ذلك متعددة منها ما يتضمنه النص العربي للمادة 220 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم "إذا برئت ذمة الدائن..."، أما النص الفرنسي: "Si le débiteur est libéré" فهو يتكلم عن المدين وليس الدائن.

فحتى وإن كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية في الجزائر² يتوجب معه ترجيح النص العربي عن النص الفرنسي حتى ولو كان خاطئا³، فإن تحقيق العدل يقتضى البحث عن نية المشرع مهما كانت اللغة المستعملة⁴.

رابعا: البحث عن حكمة التشريع وغايته

يكون البحث عن الحكمة أو الغاية من التشريع عن طريق البحث الباعث الذي يدفع المشرع إلى إصدار النص والذي قد يكون إما جلب مصلحة، أو درء مفسدة، وهي نفس الطريقة المعتمدة في الشريعة الإسلامية (المصالح المرسله):

- جلب المصلحة: حماية المصلحة العامة، حماية الحقوق والحريات ومبادئ النظام العام والآداب العامة،
- درء المفسدة: حماية المجتمع من المفساد، وهي حماية وقائية سابقة، ولاحقة بقمع ومعاقبة المفسدين.

¹-يراجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص68.

²-تطبيقا لأحكام المادة 03 من الدستور الجزائري المعدل بموجب استفتاء نوفمبر 2020.

³-وهو موقف، خليل أحسن قداد، "المدخل للقانون النظرية العامة للقانون"، ديوان المطبوعات الجامعية 1996، ص243.

⁴-يراجع في ذلك، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص554-555.

فالمفسر يستعين بحكمة التشريع (المصلحة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الخلقية، الدينية) التي قصد المشرع تحقيقها من وراء ذلك النص مثلا: مصطلح الليل، يفسر على أنه الجزء من اليوم الذي يجيم فيه الظلام، لأنه يعد ظرفا مشددا للعقوبة، خلال هذه الفترة من اليوم يسهل على المجرمين قيامهم بأعمالهم الإجرامية، والاستعانة بحكمة التشريع لا تكون إلا في حالة النص المعيب فقط، دون حالة النص السليم الواضح¹.

المطلب الثاني: حالات التفسير

باعتبار التفسير هو عملية إعطاء معنى للشيء الذي قد يكون موضوعا ماديا أو بيانيا لمضمون النص القانوني، لا يتعلق بالنص الغامض فقط بل يمس كل النصوص الواجبة التطبيق². فكل نص واجب التطبيق يخضع للتفسير، فبعد عملية التفسير سيتم تحديد إذا كان النص واضح أو غامض أو ناقص، فالنص الواضح لا يتطلب التأويل (الفرع الأول) عكس الغامض أو الناقص³ الذي يعتبر من حالات التفسير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النص الواضح الدلالة لفظا وروحا لا يكون محل للتأويل والتفسير

يكون النص واضح الدلالة لفظا عندما تكون ألفاظه وصيغته توضح المعنى المقصود اعتمادا على الألفاظ والعبارات، وهو المعنى الحرفي الصريح للنص. فهو لا يحتمل معنى آخر غير الذي تعبر عنه ألفاظه، فهنا سيعتمد على التفسير الرمزي (الارتكاز والتأسيس على اللغة). أما روح النص فهو الفحوى والمعنى المستخلص من إشارة النص، أو مفهومه الذي يتضمنه حتما هذا النص دون ان يعبر عنه المشرع، يستخلص هذا المحتوى عن طريق القياس أو بمفهوم المخالفة أو من باب أولى...

الفرع الثاني: النص الذي يتطلب التأويل والتفسير

أما النص الذي يتطلب التأويل، فهو الذي يحمل أكثر من دلالة لأنه غامض أو متناقض مع غيره، أو ناقص يتم تفسيره اعتمادا على الطرق المحددة سابقا والمتمثلة خصوصا في:

¹-يراجع في ذلك عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص69.

²- فحتى يتم وصف النص أنه واضح، لا بد من معرفة معناه مسبقا عن طريق التفسير المسبق، ومن ناحية أخرى القول بأن النص واضح ليس بحاجة لتفسير فتلك وسيلة لحصر سلطة التفسير في واضع النص فقط. يراجع في ذلك: ميشيل تروبير، المرجع السابق، ص102، 99.

³-يراجع عبد الناصر توفيق العطار، "مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية"، مطبعة السعادة، القاهرة، 1976، ص234.

- الأعمال التحضيرية: الصادرة عن الجهات المعدة للمشروع مناقشات البرلمان التي تنتشر في الجريدة الرسمية للبرلمان (يرتكز التفسير هنا على الإرادة الفعلية لصاحب النص، فيمكن إعادة بناء النص عبر تلك الأعمال التحضيرية)؛
- المصدر التاريخي: كالشريعة الإسلامية بالنسبة لقانون الأسرة، والقوانين الأجنبية: فرنسي، مصري بالنسبة لمبادئ القانون المدني، وهو ما يعرف بالتفسير المنطومي، بإيضاح جزء من النص عبر نص آخر؛
- كما قد يستند على حكمة التشريع أو غايته من النص (التفسير الوظيفي)¹.

غالبا ما يطرح النص القانوني مشاكل عند تطبيقه إذا كان غير واضح أو شابه عيب، يلتزم الأمر معه التدخل لإيضاحه لتسهيل فهم القاعدة الواردة فيه، خاصة عند الخطأ المادي، الغموض أو الإبهام، النقض أو السكوت، التناقض أو التعارض.

أولا: مدى إمكانية تفسير النص الذي يتضمن خطأ مادي أو قانوني

تشويه أو عيب يتمثل في خطأ مادي واضح في صياغة النص لا يستقيم الفهم إلا بتصحيحه، وهذا النوع من الخطأ لا يحتاج إلى تفسير بل تصحيح، مثال ذلك: عندما ينص قانون العقوبات على " المعاقبة بالسجن من 10 أيام إلى شهرين"، فالعقوبة لا تتناسب مع السجن الذي يتراوح بين 05 سنوات إلى 20 سنة، بعد التصحيح يصح النص " يعاقب بالحبس من 10 أيام إلى شهرين لفظ الحسب تجعل من النص مستقيم المعنى"².

وأحيانا يتضمن النص خطأ غير مقصود في ألفاظه، كأن يرد حرف أو لفظ زائد، أو تسقط كلمة سهوا بحيث لا يستقيم معناها إلا بإزالة ذلك الحرف أو إضافة الكلمة³، مثلا: سقوط لفظا خطأ من المادة 124 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها سنة 2005 والتي كانت تنص " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فلا تقوم المسؤولية التقصيرية دون خطأ، وهو لفظ كان وارد في النص الفرنسي حتى قبل التعديل وقد تدارك المشرع ذلك بموجب قانون 05-10⁴ وأصبحت المادة تنص " كل فعل أيا كان يرتكبه

1- للتعرف على أنواع التفسير، راجع، ميشال تروبير، المرجع السابق، ص 104-105.

2- راجع في ذلك: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 190.

3- راجع في تفصيل هذه الحالة المتعلقة بالأخطاء، عجة الجيلالي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص 546، 547؛ عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 64-66.

4 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج ر عدد 44 لسنة 2005، ص 23.

الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض". وتوجد عدة أمثلة توضح وجود الخطأ المادي كالمادة 54 من القانون المدني المعدل والمتمم والتي لم يذكر فيها المشرع الطرف المقابل للمتعاقد واكتفى فقط بذكر الطرف الأول.

وقد يكون الخطأ الذي يشوب النص القانوني خطأ قانوني غير مقصود، بإضافة عبارة زائدة لا قيمة لها في النص كما هو الأمر في المادة 1/92 من القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، فكلمة **محقق** اعتبرها الفقه زيادة في ومثال آخر كأن يكون محتوى النص "يقدر القاضي التعويض المناسب للخطأ"، والصواب هو أن يكون محتوى النص "يقدر القاضي التعويض الذي يتناسب وحجم الضرر"، لأن التعويض مقرر لجبر الضرر الناتج عن الخطأ. وإن كان الفقه يرى أن ورود الخطأ القانوني نادر الوقوع¹، ففي هذه الحالة يلزم المفسر بتصحيح الخطأ على هدي القواعد العامة في القانون دون تغيير القصد الحقيقي للمشرع، وغالبا ما يتدخل المشرع لإزالة ذلك الخطأ المادي، عن طريق إصدار نص استدراكي ينشر في الجريدة الرسمية أو يتم تفادي الخطأ عند تعديل النص.

ثانياً: مدى إمكانية تفسير النص المبهم أو الغامض

الغموض أو الإبهام: هو عدم وضوح النص أو أحد ألفاظه سيدعى التأويل لإبهامه، له عدة معاني، فدور المفسر اختيار المعنى الأكثر صحة والأقرب للصواب، **الغموض** في النص عندما يحتمل أكثر من تفسير بسبب العبارات المبهمة، فيعمل القاضي على استخلاص المعنى المقصود عبر التأمل في عبارات النص إلى تطبيقه. يتخذ النص الغامض حسب الفقه ثلاث صور: النص الخفي، المشكل، المجهل²، وعلى كل فإن أفضل مثال على الغموض عبارة "الليل" التي تتضمنها المادة 2/353 من قانون العقوبات المعدل والمتمم: "إذا ارتكبت السرقة ليلاً" واعتبره كظرف مشدد للعقوبة، دون أن يحدد مفهوم الليل، لذلك يستدعي الأمر تفسيرها إما بالأخذ بالمفهوم العام: الظلام، أو المفهوم اللغوي أو المعنى الفلكي: الفترة بين غروب وشروق الشمس، ولكن المدلول المتعارف عليه: هي الفترة التي يخيم فيها الظلام من اليوم، كما أن القاضي سيعتمد في تقديره للمصطلح على اختلاف الأوضاع والفصول والأماكن.

¹-يراجع في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص65.

²-يراجع تفصيل ذلك، عجة الجليلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص547-549.

ثالثاً: مدى إمكانية تفسير النص الناقص أو عند سكوت المشرع

يكون النقص أو السكوت عند تغافل أو سهو المشرع عن ذكر لفظ من النص لا يستقيم المعنى إلا به، مثلاً: تمديد حكم الضرر المادي إلى حكم الضرر المعنوي من طرف القاضي خاصة قبل وجود نص يمنح إمكانية التعويض عنه، لأن المشرع لم ينظم كافة الحالات التي تستوجب التعويض، فالمفسر هنا يكمل النقص اعتماداً على قصد المشرع. أو إسقاط ذكر حالات واجب ذكرها يساهم في تحديد المراد بالقاعدة القانونية، دور المفسر إكمال هذا النقص مسترشداً يقصد المشرع من المادة 124 من القانون المدني قبل التعديل: "كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه التعويض"، يفهم من النص أن الأفعال على عمومها مشروعة أو غير مشروعة المسببة للضرر تلزم التعويض، لكن المنطق يجعل الفعل غير المشروع هو الملزم للتعويض فقط، بالتالي يستقيم المعنى بإضافة عبارة يرتكبه الشخص بخطئه.

رابعاً: مدى إمكانية تفسير النص عند وجود تعارض أو تناقض

التناقض هو التعارض بين نصين قانونيين فيكون مدلول أحدهما يخالف مفهوم الآخر وحكمه في موضوع واحد، مثال ذلك حكم تصرفات ناقص الأهلية: فالقانون المدني يجعلها تصرفات قابلة للإبطال لمصلحته إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، بموجب المادة 101 من القانون المدني المعدل والمتمم والتي تجعل الحق في التمسك بالإبطال يسقط خلال 05 سنوات من اليوم الذي يزول فيه سبب نقص الأهلية، أما قانون الأسرة فقد فرق المشرع بين المميز وغير المميز الذي لم يبلغ 13 سنة (سن التمييز حددته المادة 42 من القانون المدني المعدل والمتمم) والذي اعتبر تصرفاته باطلة¹ أما المميز (الذي بلغ 13 سنة) تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء وكان ذلك بموجب المادة 83 قانون الأسرة. وأمام هذا التعارض، يوجد من الفقه الذي يعتبر أن قانون الأسرة هو النص الصحيح الواجب التطبيق لأنه الأحدث ويعد ناسخاً للنص في القانون المدني²، ولكن بالمقابل تبقى أحكام القانون المدني هي القاعدة العامة لتنظيم التصرفات المالية.

¹ - بموجب المادة 82 قانون الأسرة.

² - يراجع في ذلك: إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 187، حيث يضع مثلاً آخر خاص بالقانون السوري حول اعتبار تصرفات المجنون والمعته سارية نافذة في الفترة بين الإصابة بالمجنون، العته... إلى صدور الحكم بالحجز، أما قانون الأحوال الشخصية يترتب الحجز على المجنون والمعته من وقت الإصابة بالمرض.

ولحالة التناقض أو التعارض عدة صور:

- التناقض بين نصوص تشريعية من نفس الدرجة، يحاول القاضي التقريب بينها ليطبق أحدهما ويبعد الثاني وفي حالة تساوي النصوص وقت الإصدار وجب اللجوء إلى وسائل التفسير الخارجية.
- أما إذا كان التناقض بين نصوص مختلفة في الدرجة، فيتم تغليب النص الأعلى درجة.
- أما إذا كان التناقض بين نص عام وآخر خاص يتم تطبيق النص الخاص على الحالات التي وضع من أجلها أما العام يطبق على باقي الحالات.

مثلا فيما يتعلق بالإكراه البدني المنظم في المادة 599 من قانون الإجراءات الجزائية، فهو يتعارض مع المادة 11 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه "لا يجوز سجن بسبب عجز عن تنفيذ التزام تعاقدية"، وقد تجاوز المشرع مثل هذا التعارض الذي كان يتضمنه قانون الإجراءات المدنية في المواد من 407-412 وذلك بعد إلغائه بموجب القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية.

الخاتمة

تتلمذ فلسفة القانون بالإجابة على عدة أسئلة منها: ما هو القانون؟ ما هي ضوابط صنعه؟ ما هو جوهره وغايته؟ ماهية العدالة؟ وأسئلة أخرى..، الدافع للبحث فيها يرجع للحاجة إلى جعل القانون ينتقل من حالة الجمود أمام حال المجتمعات وما تعاني منه من أزمات متعددة الأبعاد والمجالات، ليتناسب مع فلسفة معينة سعياً لتحقيق العدالة والمساواة تستوحي منها القوانين روحها. لتتعدد أهمية دراسة هذا المقياس: فهي أهمية تعليمية للطالب والباحث أو رجل القانون لإدراك الفكرة الشمولية من وجود القانون والأسباب المؤدية لوضع التشريع، كما تساعد في التعرف على طبيعة الأشياء، دون نسيان دورها في تفسير القانون وهي عملية تتأثر بأفكار ايديولوجية المفسر. وهو ما دفع بالفقه لاعتبار العلاقة التي تربط القانون بالفلسفة هي علاقة نقدية وليست تكاملية: القانون ينطلق من وضع ما ليتوصل إلى شيء موجود يتقيد بحدوده، أما الفلسفة فتنتقل مما هو موجود للتوصل إلى معرفة القانون وأحياناً التشكيك بوجوده¹.

فمن خلال الدراسة، ظهر بأن الغاية من وضع القانون أو أسسه، تدرج ظهورها زمانياً بحسب الأفكار التي كانت تسيطر على المجتمعات وقتها، لتصل في الوقت الحالي مجتمعة. ف وراء كل قاعدة قانونية قيمة غائية معينة تتحكم في وضعها وموجهة لها، منها قيم مثالية كالعدل والمساواة، وقيم اجتماعية... وأخرى دينية.. وما يميز التوجهات التشريعية الحالية الأخذ بتلك القيم بشكل متفرق على أن تبقى العدالة والمساواة والأمن القانوني من أهم ركائز صياغة القوانين. فالقانون علم غائي بمثابة هندسة اجتماعية للعلاقات داخل المجتمع، موضوعه أفعال الإنسان وتصرفاته، غايته العامة

¹ يراجع، عقال- نضال يرقان، " متخصصون يناقشون علاقة الفلسفة بالقانون وأهميتها في تطور التشريعات والحياة العامة"، جريدة الدستور، الأردن،

الثلاثاء 25 أغسطس 2020، على الساعة 12 صباحاً، على موقع الجريدة عبر الانترنت، تاريخ الدخول للربط 23-05-2021

https://www.addustour.com/articles/1168154-%D9%85%D8%AA%D8%AE%D8%B5%D8%B5%D9%88%D9%86-%D9%8A%D9%86%D8%A7%D9%82%D8%B4%D9%88%D9%86-%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%84%D8%B3%D9%81%D8%A9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D9%88%D8%A3%D9%87%D9%85%D9%8A%D8%AA%D9%87%D8%A7-%D9%81%D9%8A-%D8%AA%D8%B7%D9%88%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85%D8%A9?fbclid=IwAR356Jd0rCG8-pniB_K_7HdVasEiwCQ4_5tZemZkIldy1lADXbrh8RdQNkc

إيجاد تنظيم لمختلف العلاقات القانونية بصفة دائمة ومستمرة بحفظ النظام وتحقيق العدل الاجتماعي والتقدم الإنساني في إطار احترام حقوق الانسان والحق في المساواة¹.

أما بالنسبة لجوهر القانون، فقد تعددت الآراء الفقهية في تحديده: بين الاعتماد على الأساس المثالي (مذهب القانون الطبيعي) الذي اعتبر القانون مخلوق كالإنسان، و آخر استند على الأساس الوضعي أو الوضعية القانونية ربط القانون بالدولة وحصر في نطاق التشريع (المذهب الشكلي)، وفريق ثالث اعتمد على الأساس المختلط وجمع بين العوامل الواقعية والعوامل المثالية (المذهب المختلط). ورغم ذلك الاختلاف، إلا أن المشرع لم يخرج عن تلك الدائرة بأن ربط جوهر القانون بوجود عدة حقائق وقيم في المجتمع قد تكون واقعية أو مثالية عقلية.

من دون تجاهل لدور السياسة التشريعية في الارتقاء بالتشريع الذي يعتبر الركيزة الأساسية لجودة القاعدة القانونية بما يحقق الأمن القانوني بأن يطبق القانون بين مجموع الأشخاص المخاطبين به بالتساوي، وكل ذلك سيساهم في بناء الدولة المعاصرة دولة القانون والحريات تهتم أكثر بالتنمية في جميع جوانبها. فآثار العولمة باتت تظهر للعيان من خلال التشريعات التي تصدرها الدول لتتلاءم مع ما ترتب عنها من تغييرات حتى في طريقة وضع وصياغة القوانين، وقصد الوصول لتطوير نظام قانوني شامل فإنه يمكن الاستعانة بالخبراء والمختصين خاصة في المجالات التكنولوجية والتقنية لتحليل الظواهر الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وحتى تلك المرتبطة باستعمال التكنولوجيا، لتفادي النقائص في التشريعات النافذة مع نقل أفضل التجارب التشريعية العالمية الناجحة لضبط وتنظيم تلك الظواهر المستجدة.

تظهر روح الفلسفة في القوانين قصد تحقيق العدالة والمساواة والمواطنة الحقة، ويكون ذلك يجعل النصوص القانونية تسير التحولات والتطورات المتسارعة التي يعرفها العصر الحالي خاصة في الجانب التكنولوجي الذي جعل القوانين بحاجة أكثر للتعديل والتطوير والمراجعة المستمرة أكثر من أي وقت آخر.

¹ - يراجع، مبارك المصري النظيف محمد، "غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، مجلة حوليات كلية الشريعة، العدد الخامس 1437هـ/ 2016م، http://mmacpanel.quran-unv.edu.sd/includes/magazines/pdf/6_5_8.pdf

قائمة المراجع

أولاً: الكتب .

1- باللغة العربية:

- 1- أحمد محمد غنيم، "تطور الفكر القانوني، دراسة تاريخية في فلسفة القانون"، بدون سنة النشر.
- 2- العضيلة سالم حمود أحمد، "القرائن وحجيتها في الإثبات أمام قضاء محكمة العدل العليا الأردنية"، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، عما الأردن، 2002.
- 3- السيد عبد الحميد قوده، جوهر القانون بين المثالية والواقعية"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 4- إدريس فاصلي، "الوجيز في فلسفة القانون"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- توفيق حسن فرج، " المدخل للعلوم القانونية"، دار الجامعة، مصر، 1993.
- 5- خليل أحسن قداد، "المدخل للقانون النظرية العامة للقانون"، ديوان المطبوعات الجامعية 1996.
- 6- حسن أحمد إبراهيم، "غاية القانون، دراسة في فلسفة القانون"، الدار الجامعية 2000.
- 7- حسن علي الذنون، "فلسفة القانون"، طبعة 1، 1975.
- 8- حسن كبيرة، "المدخل للقانون"، منشأة المعارف، 1998.
- 9- خليفة بابكر الحسن، "فلسفة مقاصد التشريع في الفقه الإسلامي"، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة 1، 2000
- 10- دينيس لويد، "فكرة القانون"، تعريب سليم الصويص، مراجعة سليم بسيو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والادب، الكويت، نوفمبر 1981.
- 11- روسكو باوند، "مدخل إلى فلسفة القانون"، ترجمة صلاح دباغ، مراجعة أحمد مسلم، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، 1967.
- 12- روبيت ألسكي، "فلسفة القانون"، ترجمة كامل فريد السالك، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2013.
- 13- سمير عبد السيد تناغو، "النظرية العامة للقانون"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
- 14- سليمان مرقس، "فلسفة القانون-دراسة مقارنة-"، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، دون سنة نشر.
- 15- ميشال تروبير، "فلسفة القانون"، ترجمة جورج سعد، دار الأنوار للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2004.
- 16- علي مراح، "منهجية التفكير القانوني نظريا وعلميا"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 17- عبد العزيز قاسم محارب، "كيف تكتب بحثا، رسالة، ماجستير، دكتوراه، المهارات العلمية في صياغة البحوث العلمية"، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015.
- 18- عبد الرحمان بدوي، "فلسفة القانون والسياسة عند هيجل"، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، دار الشروق الطبعة الأولى، 1996.
- 19- عبد المنعم فرج الصدة، "أصول القانون"، شركة مكتبة مصطفى الباجي الحلبي وأولاده، سوريا، 1965.
- 20- علي فيلاي:- "الالتزامات: النظرية العامة للعقد"، الجزائر، وحدة الرغبة، 2010.
- "مقدمة في القانون"، موفم للنشر، الجزائر، 2005.

- 21- عكاشة محمد عبد العال، سامي بديع منصور، "المنهجية القانونية"، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 2009.
- 22- عجة جيلالي: - "المدخل للعلوم القانونية"، الجزء الأول "نظرية القانون"، برتي للنشر، 2009.
- "تجديد المرفق العمومي" ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- 23- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، الشركة، القرض، الدخل الدائم، الصلح"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 24- فايز محمد حسين، "فلسفة القانون"، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2009.
- 25- محمد حسين منصور، "نظرية القانون.: مفهوم فلسفة وجوهر القانون، طبيعة وخصائص القاعدة القانونية، مصادر القانون وتطبيقه"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
- 26- محمد الصغير بعلي، "الوجيز في المنازعات الإدارية"، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة 2005.
- 27- مندر الشاوي، "فلسفة القانون"، طبعة أولى، علم الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- 28- ميشال بونشير، "مدخل للقانون"، ترجمة محمد أرزقي نسيب، دار القصبه للنشر، الجزائر، 2004.
- 29- مسعود شيهوب "المبادئ العامة للمنازعات الإدارية"، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 30- محمد صبري سعدى، "تفسير النصوص في القانون والشريعة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1974.
- 31- وهبة الزحيلي، "أصول الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1999.
- 32- مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان، "المعاهدات الدولية لحقوق الانسان"، الأمم المتحدة، نيويورك، 2006.
- 33- ورقة خلفية حلقة النقاش التي ينظمها برنامج الأمم المتحدة الى يتماشى برنامج إدارة الحكم في الدول العربية بالتعاون مع مجلس التراب اللبناني، UNDP، بيروت فبراير 2003

ب- باللغة الفرنسية

- Mousseron Jean-Marc, «Aspects juridique du Know-how», Cahier des Entreprises, Paris, 1972.
- Tchouar Khair-Eddine, " la technologie Comme facteur actuel d'évolution de l'organisation », Revue Algérienne des sciences Juridiques et politiques, Volume 38, Numero3, 2003, pages 91-107.
- J- Paillusseau, "le droit de la personnalité morale", revue droit civil, Paris, 1993.
- Brand Ph, « Sociologie juridique, PUF, 1990.
- Michel Bonnechere, « Introduction au droit. » CASBAH, Alger, 1999.
- J. PAILLUSSE, « Le droit est aussi une science d'organisation ", Rev, Soc, 1996.
- Recha RORY , « l'avenir du droit optimisme malgré tous dans l'avenir du droit ,Mélange en hommage à François TERRE.

ثانيا: المذكرات

- 1- خلاف وليد دور المؤسسات الدولية في ترشيد الحكم المحلي"، مذكرة ماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص الديمقراطية والرشادة، جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، 2009-2010.

2- عبد الله علي فهد العجمي " دور القرائن في الإثبات المدني، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2011.

ثالثا المقالات

- 1- أحمد فروع، "العولمة والسيادة"، المجلة الجزائرية، ج 36، العدد الأول، 1997
- 2- غربي محمد، "تحديات العولمة وآثارها على العالم العربي"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 6
- 3- زديك الطاهر، العربي رزق الله بن مهدي، "العولمة وتفويض مبدأ السيادة"، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، العدد 2 لسنة 2003.
- 4- سعيد مقدم، "العلاقة بين المواطن والبرلمان، الواقع والتطلعات"، مجلة الوسيط، عدد 10/2013، تصدر عن وزارة العلاقات مع البرلمان.
- 5- عبد السلام أحمد هماش، "دراسة في مفهوم التدويل واستخداماته في القانون الدولي العام"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلة تصدر عن الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، المجلد 38، العدد 2، 2011.
- 6- عثمانية خميسي، "التفسير في المادة الجزائرية وأثر حركة التشريع"، مجلة العلوم الإنسانية جامعة محمد خيضر بسكرة، فيفري 2005، العدد السابع.
- 7- عثمانية خميسي، "التفسير في المادة الجزائرية وأثره في حركة التشريع"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، فيفري، 2005.

رابعا المصادر التشريعية:

-الدستور الجزائري، المعدل سنة 2020 (المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق ل 30 ديسمبر سنة 2020 المتعلق بالتعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر سنة 2020، الجريدة الرسمية، العدد 82).

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية
- الامر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية؛

- المواقع الالكترونية

- 1- الشريف العيوي، إدريس جردان، "منهجية تحليل النصوص القانونية والتطبيق على القرارات والأحكام القضائية"، الطبعة الأولى، 2005-2006، المجلة الإلكترونية للدراسات والأبحاث القانونية، ص.5، على الموقع الإلكتروني، www.droitplus.net
- 2- بركات محمد مراد، ظاهرة العولمة-رؤية نقدية، بين رفض العرب والإسلاميون والترويج الغربي"، منشور إلكتروني عبر الموقع، www.kotoborabia.com
- 3- سري محمود صيام، "التشريع في العالم العربي ومواجهة تحديات العولمة، ص ص. 14-15، الموجود على الرابط الإلكتروني www.lwo.depaul.edu/centers_institutes_lihrili/publications/iraqi-constitutions-3/pdf/serry.pdf

4-عقال. نضال يرقان، "متخصصون يناقشون علاقة الفلسفة بالقانون وأهميتها في تطور التشريعات والحياة العامة"، جريدة الدستور، الأردن، الثلاثاء 25 أغسطس 2020، على الساعة 12 صباحاً، عبر الموقع الإلكتروني، تاريخ الدخول 23-05-2021

https://www.addustour.com/articles/1168154-%D9%85%D8%AA%D8%AE%D8%B5%D8%B5%D9%88%D9%86-%D9%8A%D9%86%D8%A7%D9%82%D8%B4%D9%88%D9%86-%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%82%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%81%D9%84%D8%B3%D9%81%D8%A9-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D9%88%D8%A3%D9%87%D9%85%D9%8A%D8%AA%D9%87%D8%A7-%D9%81%D9%8A-%D8%AA%D8%B7%D9%88%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B4%D8%B1%D9%8A%D8%B9%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D8%A7%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D9%85%D8%A9?fbclid=IwAR356Jd0rCG8-pniB_K_7HdVasEiwCQ4_5tZeMzklldy1IADXbrh8RdQNkc

5-مبارك المصري النظيف محمد، "غاية القانون والقيم الحضارية في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية"، مجلة حوليات كلية الشريعة، العدد الخامس 1437هـ/ 2016م، على الرابط الإلكتروني

http://mmacpanel.quran-unv.edu.sd/includes/magazines/pdf/6_5_8.pdf

6-محمد كمال الدين إمام، "مقاصد الشريعة والقانون المقارن"، المقالة رقم 1 من الفصل الثالث من كتاب الفقه والقانون، الصادر عن مركز الدراسات الإسلامية، مجلس الشورى الإسلامي، ص. 283. الرابط الإلكتروني <http://cmir1.ir/ar/images/book/maqasedalshariiakamalimam.pdf>

الفهرس

2	تقديم الكتاب
3	المقدمة:
8	الفصل التمهيدي: دراسة مفاهيمية حول فلسفة القانون
8	المبحث الأول: مفهوم فلسفة القانون
9	المطلب الأول: تعريف فلسفة القانون
9	الفرع الأول: صعوبة تحديد تعريف فلسفة القانون
10	الفرع الثاني: الاختلاف في تعريف فلسفة القانون بين رجل القانون والفيلسوف
11	المطلب الثاني: أهميته فلسفة القانون ووظيفتها
11	الفرع الأول: عوامل ظهور فلسفة القانون
12	الفرع الثاني: وظيفة فلسفة القانون
14	الفرع الثالث: أهمية فلسفة القانون
15	المبحث الثاني: التطور التاريخي لفلسفة القانون
15	المطلب الأول: فلسفة القانون عند الإغريق
16	المطلب الثاني: فلسفة القانون عند أفلاطون وأرسطو
16	الفرع الأول: فلسفة القانون عند افلاطون
17	الفرع الثاني: فلسفة القانون عند أرسطو
17	المطلب الثاني: فلسفة القانون في العصور الوسطى
17	الفرع الأول: المسيحية وفلسفة القانون
18	الفرع الثاني: الإسلام وفلسفة القانون
18	المطلب الثالث: تحولات فلسفة القانون منذ عصر النهضة
18	الفرع الأول: التوجه نحو الطابع الوضعي والابتعاد عن الطابع الديني
19	الفرع الثاني: ظهور مصطلح فلسفة القانون على يد هيجل -القرن 19-
20	الفرع الثالث: تأثر فقه القانون الألماني وأيضا الفرنسي بنهج هيجل
20	الفرع الرابع: في العصر الحديث
20	المبحث الثالث: فلسفة القانون والعلوم المتصلة بها
20	المطلب الأول: فلسفة القانون والقانون
21	الفرع الأول: فلسفة القانون وعلم القانون

- 22..... الفرع الثاني: فلسفة القانون والنظرية العامة للقانون.
- 23..... الفرع الثالث: فلسفة القانون والقانون المقارن وفلسفة السياسة.
- 24..... الفرع الرابع: فلسفة القانون وعلم الاجتماع القانوني.
- 27..... الفصل الأول: طبيعة القانون وغايته من وجهة نظر فلسفة القانون.
- 27..... المبحث الأول: المقصود من طبيعة القانون وغايته من وجهة نظر فلسفة القانون.
- 27..... المطلب الأول: طبيعة القانون وأساسه من وجهة نظر فلسفة القانون.
- 28..... الفرع الأول: طبيعة القانون أو مفهومه.....
- 28..... أولا: أنصار المذهب الوضعي (الاتجاه الأول).....
- 28..... ثانيا: أنصار المذهب الطبيعي (الاتجاه الثاني).....
- 29..... ثالثا: محاولة الجمع بين الوضعية والطبيعة (الاتجاه الثالث).....
- 30..... الفرع الثاني: تحديد أساس القانون من وجهة نظر فلسفة القانون.
- 31..... الاتجاه الأول: الأساس الطبيعي للقانون أو الاتجاه المثالي للقانون.
- 31..... الاتجاه الثاني: الأساس الوضعي للقانون.....
- 32..... الاتجاه الثالث: الأساس الاجتماعي للقانون.....
- 33..... تطبيق عملي للنظريات السابقة لغاية القانون.....
- 34..... المطلب الثاني: مفهوم مقاصد القانون أو الغاية منه.....
- 35..... الفرع الأول: التطور التاريخي لمفهوم مقاصد القانون أو غاياته.....
- 36..... الفرع الثاني: وظيفة القانون وعلاقتها بغاية القانون.....
- 38..... المبحث الثاني: المقاصد الفنية القريبة للقانون.....
- 38..... المطلب الأول: حماية أشخاص القانون:.....
- 39..... الفرع الأول: اتجاه يجعل الموضوع الوحيد للحماية هي الإرادة.....
- 39..... الفرع الثاني: اتجاه يجعل موضوع الحماية هي المصالح أو القيم وليست الإرادة.....
- 40..... المطلب الثاني: الوفاء بالواجبات الأساسية للشخص القانوني.....
- 40..... المطلب الثالث: الخير العام أو الصالح العام كمقصد أو غاية للقانون.....
- 41..... الفرع الأول: مظاهر الخير العام أو الصالح العام.....
- 41..... 1-الإطار الشكلي للخير العام.....
- 41..... 2-أما الإطار الموضوعي للخير العام.....
- 42..... الفرع الثاني: تأثير النظامين الليبرالي والموجه على مفهوم الخير العام أو الصالح العام.....
- 43..... المبحث الثالث: المقاصد المثالية أو النهائية للقانون:.....

- 44.....المطلب الأول: الأمن والاستقرار القانوني كغاية القانون.
- 45.....الفرع الأول: تحديد المقصود من الأمن والاستقرار القانوني اعتماداً على أهميته.
- 46.....الفرع الثاني: مقومات الأمن والاستقرار القانوني كمقصد للقانون.
- 46.....أولاً: وضوح الآلية التشريعية المنظمة لعلاقات الأفراد داخل المجتمع.
- 48.....ثانياً: استخدام منهج الصياغة الجامدة واتساع نطاق القواعد الآمرة.
- 48.....ثالثاً: افتراض العلم بالقانون وسريانه نحو المستقبل.
- 49.....الفرع الثالث: الآليات أو النظم القانونية التي تجسد الأمن القانوني.
- 49.....أولاً: التقادم.
- 49.....ثانياً: الشكلية.
- 50.....ثالثاً: نظرية الوضع الظاهر.
- 50.....رابعاً: مبدأ حجية الأمر المقضي به.
- 51.....خامساً: القرائن القانونية.
- 53.....المطلب الثاني: العدل كمقصد أو غاية للقانون.
- 53.....الفرع الأول: تمييز العدل عن العدالة.
- 54.....أولاً: العدل: *La justice* أو كما يسميه البعض العدل الشكلي.
- 54.....ثانياً: العدالة أو العدل الجوهرية أو الانصاف. *L'Équité*.
- 55.....ثالثاً: نتيجة التمييز بين العدل والعدالة.
- 56.....الفرع الثاني: عناصر ومقومات العدل (العدالة الشكلية).
- 56.....-المساواة:
- 56.....-العمومية:
- 57.....الفرع الثالث: الأنواع التي يعرفها العدل (العدالة الشكلية).
- 57.....أولاً: التقسيم على أساس الشكل:
- 57.....ثانياً: التقسيم على أساس أطراف العلاقة:
- 58.....أ-العدل التبادلي:
- 59.....ب-العدل التوزيعي:
- 59.....ج-العدل الاجتماعي:
- 60.....الفصل الثاني: المذاهب الفقهية المختلفة لتحديد جوهر القانون.
- 61.....المبحث الأول: المذهب المثالي لتحديد جوهر القانون.
- 61.....المطلب الأول: القانون الطبيعي في العصور القديمة.

62	الفرع الأول: القانون الطبيعي عند اليونان
62	أولا: القانون الطبيعي عند سقراط
63	ثانيا: القانون الطبيعي عند أفلاطون
64	ثالثا: القانون الطبيعي عند أرسطو
65	الفرع الثاني: مذهب القانون الطبيعي عند الرومان
66	أولا: القانون الطبيعي عند شيشرون
66	ثانيا: القانون الطبيعي عند سينيكا
66	ثالثا: القانون الطبيعي عند جستينيان
67	المطلب الثالث: القانون الطبيعي في باقي العصور
67	الفرع الأول: القانون الطبيعي في العصر الوسيط (القرون الوسطى)
68	أولا: القانون الطبيعي عند القديس سان أوجيستين
68	ثانيا: القانون الطبيعي عند القديس سان توما الإكويني
68	ثالثا: موقف الشريعة الإسلامية
69	الفرع الثاني: مفهوم القانون الطبيعي في العصر الحديث
70	أولا: التذبذب في الاهتمام بالقانون الطبيعي
70	ثانيا: القانون الطبيعي وفلسفة العقد الاجتماعي
71	1- القانون الطبيعي عند توماس هوبز (إنجليزي)
71	2- القانون الطبيعي عند جون لوك
71	3- القانون الطبيعي عند جون جاك روسو
72	4- القانون الطبيعي عند إيمانويل كانط
72	5- النتائج المستخلصة:
72	ثالثا: النقد الموجه لنظرية القانون الطبيعي
73	الفرع الثالث: القانون الطبيعي في الفكر المعاصر
74	المبحث الثاني: المذهب الوضعي لتحديد جوهر القانون
75	المطلب الأول: الاتجاه الواقعي أو المدرسة أو المذاهب الواقعية
75	الفرع الأول: المذهب التاريخي
76	أولا: أسس المذهب التاريخي
77	ثانيا: نقد المذهب التاريخي
78	الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية

- 79.....أولا: نتائج الاهتمام بمذهب الغاية الاجتماعية
- 79.....1-المذهب الفردي.....:
- 79.....2-المذهب الاجتماعي.....:
- 80.....ثانيا: نقد مذهب الغاية الاجتماعية.....
- 80.....الفرع الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي.....
- 81.....أولا: أسس مذهب التضامن الاجتماعي.....
- 82.....ثانيا: النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي.....
- 83.....المطلب الثاني: الوضعية القانونية (المذاهب الشكلية).....
- 83.....الفرع الأول: مذهب أوستن.....
- 84.....أولا: أسس مذهب أوستن.....
- 85.....ثانيا: نقد مذهب أوستن.....
- 85.....الفرع الثاني: مذهب كلسن (بحث: الفصل بين الشكل والمضمون والتركيز على الشكل).....
- 86.....الفرع الثالث: مذهب الشرح على المتون (مدرسة تفسير النصوص).....
- 87.....أولا: أسس مذهب أو مدرسة الشرح على المتون.....
- 88.....ثانيا: الانتقادات الموجهة لهذه النظرية.....
- 89.....المبحث الثالث: الاتجاه الحالي لتحديد جوهر القانون (المذهب المختلط مع موقف المشرع الجزائري).....
- 89.....المطلب الأول: سمات المذهب المختلط.....
- 90.....الفرع الأول: يعتبر المذهب المختلط القانون علم (جوهر القانون).....
- 90.....1-الحقائق الواقعية الطبيعية التي يقوم عليها القانون.....
- 91.....2-الحقائق التاريخية التي يقوم عليها القانون.....
- 91.....3-الحقائق العقلية التي يقوم عليها القانون.....
- 91.....4-الحقائق المثالية التي يقوم عليها القانون.....
- 92.....الفرع الثاني: يعتبر المذهب المختلط القانون فن (الصياغة القانونية).....
- 92.....الفرع الثالث: الانتقادات الموجهة للمذهب المختلط.....
- 93.....المطلب الثاني: موقف القانون الجزائري من المذهب المختلط.....
- 93.....الفرع الأول: الحقائق الواقعية كمصدر موضوعي للقاعدة القانونية.....
- 95.....الفرع الثاني: الحقائق المثالية العقلية.....
- 97.....الفصل الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية.....
- 97.....المبحث الأول: تحديد ماهية السياسة التشريعية.....

98	المطلب الأول: مفهوم السياسة التشريعية.
99	المطلب الثاني: تعكس السياسة التشريعية الفلسفة التي تحكم عملية التشريع وهي تتميز عن الصياغة.
100	المطلب الثالث: أهداف وغاية السياسة التشريعية.
102	المبحث الثاني: تحديد الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية.
102	المطلب الأول: اتجاه السياسة التشريعية نحو مسايرة العولمة.
103	الفرع الأول: ظهور مصادر قانونية تنافس سلطة الدولة في التشريع.
104	أولا: دور المعاهدات والاتفاقيات الدولية في التشريع أو ما يعرف بالاتفاقات الشارعة.
104	ثانيا: أصبحت التكتلات الاقتصادية الإقليمية تنافس الدول في المجال السياسي.
104	ثالثا: الدور الأساسي للمنظمات المتخصصة.
105	الفرع الثاني: السعي نحو عالمية القانون اعتمادا على فكرة حقوق الإنسان.
106	المطلب الثاني: اتجاه السياسة التشريعية نحو تحقيق الحكم الراشد ودولة القانون.
106	الفرع الأول: قيام السياسة التشريعية على تعميم الديمقراطية.
108	الفرع الثاني: قيام السياسة التشريعية على الشفافية والمحاسبة.
109	المطلب الثالث: اتجاه السياسة التشريعية نحو التقنية (وتحقيق التنمية التشريعية).
110	الفرع الأول: النزعة التقنية للقانون كبديل للاتجاه المختلط.
110	أولا: النقد الموجه للاتجاه المختلط لتحديد جوهر القانون.
111	ثانيا: اعتبار التقنية مصدرا للقانون صناعة وصياغة.
112	1- اعتبار التقنية مصدر موضوعي للقانون:
114	2- تعتبر التقنية مساعد للمصدر الشكلي للقانون.
114	3- دور التقنية في تغير مفهوم القانون وخصائص القاعدة القانونية:
114	ثالثا: القاعدة القانونية أصبحت وسيلة لتنظيم القانوني.
116	الفصل الرابع: عملية تفسير النصوص القانوني.
116	المبحث الأول: مفهوم عملية تفسير النصوص القانونية.
116	المطلب الأول: تعريف عملية التفسير.
117	الفرع الأول: تحديد المقصود من عملية التفسير.
118	الفرع الثاني: موضوع عملية التفسير.
118	1- النظرية التقليدية لتحديد موضوع عملية التفسير:
118	2- النظرية الموضوعية لتحديد موضوع عملية التفسير:
119	المطلب الثاني: المدارس الفقهية المهمة بتفسير النصوص القانونية.

120.....	الفرع الأول: مدرسة الشرح على المتن.
120.....	الفرع الثاني: المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.
121.....	الفرع الثالث: المدرسة العلمية أو المذهب المختلط.
122.....	الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من مدارس التفسير.
123.....	المطلب الثالث: أنواع التفسير.
123.....	الفرع الأول: التمييز بين التفسير الرسمي والتفسير الفقهي.
124.....	الفرع الثاني: التمييز بين مختلف الأنواع التي يعرفها التفسير.
125.....	المبحث الثاني: عملية تفسير النصوص القانونية (الجوانب النظرية لتحليل النصوص).
125.....	المطلب الأول: الطرق والوسائل المعتمدة في التفسير.
126.....	الفرع الأول: الطرق الداخلية للتفسير.
126.....	أولاً: استخلاص المعنى المقصود بالنص من محتواه (العبارات أو الفحوى).
127.....	ثانياً: الاعتماد على القياس.
127.....	ثالثاً: الاستنتاج بمفهوم المخالفة (المفهوم العكسي).
128.....	الفرع الثاني: الطرق الخارجية للتفسير.
128.....	أولاً: المصادر التاريخية للنص.
128.....	ثانياً: الأعمال التحضيرية.
129.....	ثالثاً: الاستعانة بالنص الفرنسي.
129.....	رابعاً: البحث عن حكمة التشريع وغايته.
130.....	المطلب الثاني: حالات التفسير.
130.....	الفرع الأول: النص الواضح الدلالة لفظاً وروحاً لا يكون محل للتأويل والتفسير.
130.....	الفرع الثاني: النص الذي يتطلب التأويل والتفسير.
131.....	أولاً: مدى إمكانية تفسير النص الذي يتضمن خطأ مادي أو قانوني.
132.....	ثانياً: مدى إمكانية تفسير النص المبهم أو الغامض.
133.....	ثالثاً: مدى إمكانية تفسير النص الناقص أو عند سكوت المشرع.
133.....	رابعاً: مدى إمكانية تفسير النص عند وجود تعارض أو تناقض.
135.....	الخاتمة.
137.....	قائمة المراجع.
141.....	الفهرس.

الدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية



D.A.C

المركز الديمقراطي العربي