

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

منهجية العلوم القانونية – فلسفة القانون –

موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس

إعداد : د. سلامي أمال

أستاذة محاضرة ب

السنة الجامعية 2024/2023

## مقدمة

لمعرفة أصل نشأة القانون ظهرت اتجاهات ومدارس فلسفية كثيرة حاولت أن تبين الأسس الحقيقية التي أدت إلى وجود القانون وتفسر غايته، وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بفلسفة القانون.

لقد قيل أن كل محاولة لتعريف فلسفة القانون لا جدوى منها ووقت ضائع، لأنه في إطار هذه التسمية تعددت الدراسات واختلفت مضامينها كلما زاد التعمق فيها، فالفلسفة هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية ومنها القانون، وحين تنصب هذه الدراسة المتعمقة على القانون يكون من المنطقي أن يقوم بها القانونيين، فهي من ميدان الدراسات القانونية، ففي محاولة دراسة أساس القانون وطبيعته لا يمكن الانطلاق من نظام فلسفي معين، بل من استقراء الواقع القانوني، ففلسفة القانون لا يمكن أن تكون في الحقيقة غير فلسفة علم القانون، أي محاولة الوصول واعطاء صورة كاملة للقانون انطلاقاً من معطيات القانون الوضعي، وخير من يقوم بهذه المهمة هم القانونيين، وبذلك فلسفة القانون هي من نطاق القانون لا الفلسفة، فهي كما وصفها البعض القانون الوضعي حين يكون محلاً للفكر التأملي.

وإذا كانت الفلسفة في الواقع تفكيراً في الإنسان ومصيره، فإن القانوني لا يمكن له أن يتجاهلها، لذا فإن كل نظام قانوني يتضمن موقفاً فلسفياً يسلم به المشرع، حتى أن بعض الحلول القانونية داخل النظام القانوني الواحد يمكن أن تكون محل مواقف فكرية متباينة، لذا فإن ما نحتاجه في دراسة فلسفة القانون هو قانوني فيلسوف وليس فيلسوفاً قانونياً، لأن القانوني الفيلسوف هو الأدرى والمؤهل لدراسة الموضوع.

وبهذا، تتناول هذه المطبوعة أهم موضوعات فلسفة القانون، وهي عبارة عن محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ليسانس، في مقياس منهجية العلوم القانونية، والمتمثل في دراسة فلسفة القانون في السداسي الأول، إذ يعتبر مقياس فلسفة القانون حسب وجهة نظر العديد مدخلاً ثانياً إلى العلوم القانونية مكملًا بذلك مقياس المدخل للعلوم القانونية، ومختلفاً عنه في غلبة الطابع الفلسفي عليه، ومن هنا تأتي أهميته الخاصة، حيث يمكن للطلاب من معرفة أصل علم القانون وعلاقته بالمجتمع وبالعلوم الانسانية الاخرى، من خلال دراسة مختلف المدارس الفلسفية التي تكلمت في أصل القانون وفي تطوره وفي صياغة قواعده ، وتفسيرها وتطبيقها.

حيث تضمنت هذه المحاضرات مجموعة من المواضيع، تمت دراستها في أربعة محاور أساسية، انطلاقاً من ماهية القانون بما تتضمنه من التعريف بفلسفة القانون ومواضيعها، المتمثلة في موضوعي أصول القانون وغايته، وفي هذا الإطار يتم التطرق إلى القاعدة القانونية من حيث خصائصها وتقسيمتها ومصادرها، هو ما يتناوله المحور الأول.

أما **المحور الثاني** فخصص لدراسة المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة، وهي المذاهب تلك المذاهب التي قيلت بشأن تحديد أصل وأساس وغاية القانون، وذلك بالبحث عن أصل وأساس القانون الوضعي معرفة تبرير وجود القانون واكتسابه صفة الالتزام في الجماعة، أما الغاية التي يسعى القانون إلى تحقيقها فهي الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون ويسعى إلى تحقيقها.

كما تناول **المحور الثالث** الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية، باعتبار السياسة التشريعية الخطوات التي تنتهجها الدولة في مجال التشريع، لأن التشريع عبارة عن سياسة تشريعية وصياغة قانونية.

و**المحور الرابع** بعنوان تفسير القانون، لأن لتفسير القواعد القانونية أهمية كبرى، فتبعا للطريقة المتبعة في تفسير النص القانوني يمكن توسيع أو تضيق نطاق تطبيقه، إذ تتحكم عملية التفسير في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها، كما أنه يتعدى تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض.

وبالتالي، دراسة مقياس فلسفة القانون ستكون بالاعتماد على المحاور الآتية:

**المحور الأول: أصول القانون ومقاصده**

**المحور الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة**

**المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية**

**المحور الرابع: تفسير القانون.**

## ماهية فلسفة القانون

نحاول ضمن هذا العنصر الوصول إلى تحديد مفهوم فلسفة القانون، بالإضافة إلى أهميتها ومختلف مواضيعها.

### أولاً- مفهوم فلسفة القانون

إن التطرق إلى مفهوم فلسفة القانون يقتضي منا أولاً التطرق إلى مفهوم كلا من القانون والفلسفة على حداء، ثم مفهوم المصطلح ككل.

#### 1- تعريف الفلسفة:

لفظ الفلسفة philosophie مأخوذ من الكلمة اليونانية مركبة من مقطعين هما philo وتعني محبة، أما المقطع الثاني هو sophia وتعني حكمة، ويجمع المقطعين نصل إلى أن الفلسفة تعني محبة الحكمة أو حب المعرفة.

#### 2- تعريف القانون:

القانون لغة: هو كل قاعدة مطردة على وجه مستمر، أو مستقر ومنظم.

أما اصطلاحاً: هو مجموعة القواعد السلوكية الملزمة للأفراد، كما يعرف بأنه مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك الأفراد في المجتمع، ويتعين الخضوع لها بالقوة عند الاقتضاء<sup>1</sup>.

#### 3- تعريف فلسفة القانون: فلسفة القانون هي ذلك الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف

الفلسفة من الظاهرة القانونية، وشرح معانيها ومضامينها المختلفة، والفلسفة تدرس عموميات الظاهرة القانونية، فهي كما وصفها أرسطو علم العموميات ومعرفة الأصول الأولى والعلل التي تؤدي إلى الأشياء.

كما تعرف فلسفة القانون بأنها البحث في الموضوعات الأشد عمومية في مجال القانون وفي مجال واسع البحث، مثل البحث في أساس الالتزام.

#### ثانياً- أهمية فلسفة القانون وموضوعاتها

وهنا نحاول الاجابة على التساؤل التالي: لماذا فلسفة القانون؟.

---

<sup>1</sup> أحمد الزعيم الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، كلية الحقوق جامعة المنصورة، بدون سنة النشر، ص ص 10، 11.

- لفلسفة القانون أهمية تعليمية وعلمية كبيرة، وهذا بسبب أن فلسفة القانون تهتم شأن كل فلسفة بالجوانب العالمية والنواحي العامة للقانون، وبهذا فهي تساعد الطالب والباحث في القانون في دراسته وفي بحوثه بتكوين نظرة شمولية عن القانون.

- كما تبرز أهمية فلسفة القانون في أنه مهما كان التعامل القانوني مع الأمور القانونية فهناك حالات لا بد أن يحدد موقفا منها، وأن يكون قادرا على تبرير قناعاته، هل نخضع أو لا نخضع للقانون؟. وهو سؤال في النفس يثير مشكلة قيمة القانون وحتمية معالجة أساس وطبيعة القانون<sup>1</sup>.

انطلاقا مما سبق، يمكن القول أن فلسفة القانون تشتمل على موضوعين أساسيين:

الموضوع الأول: أصل القانون.

الموضوع الثاني: غاية القانون.

---

<sup>1</sup> منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان 2011، ص 31.

## المحور الأول

### أصول القانون ومقاصده

القانون ضرورة تفرضها الحياة في المجتمع، وبدونه لا يوجد نظام ولا أمن، فيوجد القانون حيثما وجد المجتمع لأنه أساس النظام فيه.

حيث يعتبر القانون وليد الحاجة الاجتماعية ونتيجة طبيعية لعيش الانسان ضمن الجماعة، يؤثر فيها ويتأثر بها، فعندما انتقل الانسان من الحالة الطبيعية إلى الحالة الاجتماعية كان لابد من وضع قواعد سلوكية تؤمن للأفراد الانتظام في حياتهم والتعايش السلمي فيما بينهم، ومع مرور الزمن تطورت هذه القواعد من جهة الشكل والمضمون لتأخذ صورة قانون ملازم لحياة الفرد.

فيقصد بأصل القانون ماهيته وأساسه ومما يتكون منه، وذلك بهدف التعرف على طبيعة القانون، وأصل نشأته وأساسه، وتحليل جوهره لبيان ماهيته والعناصر التي يتكون منها، وذلك لمحاولة الكشف عما اذا كان القانون ينشأ من ضمير الجماعة دون تدخل الإرادة الانسانية في صنعه، أم أن الإرادة الانسانية هي صانعة القانون، أم أنه من وحي الطبيعة أو من البيئة الاجتماعية.

أما غاية القانون فهي الأهداف والقيم التي يجب أن يتوخاها القانون، ويسعى إلى تحقيقها، ورغم أن غالبية الفقهاء اتفقوا على أن هدف القانون هو تحقيق العدل، إلا أن هم اختلفوا حول مفهوم العدل ونوعه وطرق تحقيقه<sup>1</sup>، ومنهم من يضيف إلى ذلك قيما أخرى كالحرية والتنسيق بين المصالح المختلفة في المجتمع، والأمن الجماعي والتقدم الحضاري.

والذين يتفقون على أن غاية القانون هي العدل فقط منقسمون في تصورهم لفكرة العدل، فيرى بعضهم أن غاية القانون هي تحقيق العدل التبادلي، وبعضهم يرى أنها تشمل العدل التوزيعي أيضا، وآخرون يرونه العدل الاجتماعي (كما سوف نبين ذلك في المحور الثاني).

وحتى نتمكن من معرفة أصول القانون ومقاصده لابد من التطرق إلى القاعدة القانونية من حيث مفهومها وتقسيماتها(المبحث الأول)، لنعرج بعده إلى مصادر القاعدة القانونية (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> أ. خدام، محاضرات في مقياس فلسفة القانون، الجزء الأول، أقيت على طلبة سنة أولى ليسانس، السداسي الأول، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص02، متوفرة على وقع الأنترنت: <https://elerrn.univ-telemcen.dz>

## المبحث الأول: مفهوم القاعدة القانونية وتقسيماتها

نتناول في هذا المطلب مفهوم القاعدة القانونية، وكذا تقسيماتها.

### المطلب الأول: مفهوم القاعدة القانونية

نحاول في هذا المطلب ولو بطريقة مختصرة التعرض إلى تعريف القاعدة القانونية وخصائصها.

### الفرع الأول: تعريف القاعدة القانونية

تعرف القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوكية، تنظم نشاط الأفراد في المجتمع، وفي علاقاتهم فيما بينهم، أو بينهم وبين الجماعة أو المجتمع، يترتب على مخالفة هذه القاعدة توقيع الجزاء أو العقوبة على مخالفيها من قبل السلطات العامة في الدولة، سواء من تلقاء نفسها أو بطلب من أحد المعنيين بها أو المتضررين منها، هذا الجزاء الذي يكسب القاعدة القانونية الاحترام وضمان التطبيق.

وتتكون القاعدة القانونية من عنصرين:

- عنصر يسمى الفرض: ويمثل الواقعة أو شروط تطبيق القاعدة القانونية، ويقصد به توفر حالة معينة يفرضها القانون إذا تحققت يترتب عليها أثر قانوني محدد مسبقاً هو الحكم.
- والثاني يسمى الحكم أو الجزاء الذي تقرره<sup>1</sup>: وهو حكم النص القانوني الواجب التطبيق في الواقعة التي حصلت والتي شكلت موضوعاً للنزاع، ومثال ذلك: كل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض، الفرض هو إصابة شخص بضرر نتيجة لخطأ شخص آخر، والحكم هو التزام المخطئ بتعويض المتضرر<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص القاعدة القانونية

تتميز القاعدة القانونية بالخصائص التالية:

---

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية القانون ونظرية الحق، دار العلوم، غابرة، ص 10.

<sup>2</sup> عناصر القاعدة القانونية، منشور بتاريخ 13 ديسمبر 2021، على موقع الأنترنت: mawdoo3.com ومثال ذلك أيضاً، ما نصت عليه المادة 65 من قانون العقوبات الجزائري، التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من يجمع معلومات أو أشياء أو وثائق أو تصميمات بغرض تسليمها إلى دولة أجنبية والذي يؤدي جمعها واستغلالها إلى الأضرار بمصالح الدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني".

الفرض هو جمع معلومات أو أشياء أو وثائق أو تصميمات بغرض تسليمها إلى دولة أجنبية والذي يؤدي جمعها واستغلالها إلى الأضرار بمصالح الدفاع الوطني أو الاقتصاد الوطني. والحكم هو العقاب بالسجن المؤبد.

أولاً- القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي: فهي خطاب موجه للأشخاص، هدفها تقويم وتنظيم سلوكهم داخل المجتمع بصورة معينة وخاصة، ويقتصر اهتمام القاعدة القانونية على تنظيم السلوك الخارجي للإنسان دون الاهتمام بالمشاعر والأحاسيس الداخلية.

ثانياً- القاعدة القانونية مجموعة قواعد عامة ومجردة: بمعنى أنهى توجه إلى الأشخاص أو الوقائع عامة، فلا توجه إلى شخص معين أو واقعة معينة، ولكنها تنطبق إذا توافرت في الشخص أو الواقعة صفات أو شروط معينة.

وبعبارة أخرى، القاعدة القانونية لا تخاطب شخصا معينا بالذات ولا تتعلق بواقعة بعينها، بل تخاطب الأشخاص والوقائع بناية على صفات وشروط اذا توافرت انطبق الحكم الوارد في القاعدة القانونية.

فلا يعتبر قاعدة قانونية القرار الصادر بتعيين موظف معين، أو ذلك الصادر بإغلاق محل تجاري معين.

وفي المقابل، تعتبر قاعدة قانونية تلك القاعدة التي تنظم شروط تولي منصب رئيس الجمهورية، حتى ولو كان فردا واحدا، فهي تطبق على كل من توافرت فيه الشروط اللازمة حسب ما نظمتها المادة 87 من الدستور الجزائري.

ثالثاً- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة: والمقصود بذلك أن تكون مقترنة بجزاء مادي<sup>1</sup> توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفها، لأن القاعدة القانونية تهدف إلى تحقيق واقامة النظام العام في المجتمع، وكفالة الأمن والاستقرار فيه<sup>2</sup>، والجزاء هو الذي يكفل احترامها في المجتمع، وبدونه تنتشر الفوضى وعدم الاستقرار.

لتكون بذلك القاعدة القانونية ليست نصائح وارشادات بل قواعد ملزمة لأنها مقترنة بجزاء.

### المطلب الثاني: تقسيمات القاعدة القانونية

هناك عدة تقسيمات للقاعدة القانونية انطلاقا من المعيار المعتمد في التصنيف، حيث تقسم وفقا لمعيار الالتزامية الى قواعد آمرة وقواعد مكملة، ومن حيث العلاقة التي تنظمها إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، كما تنقسم إلى قواعد شكلية وأخرى موضوعية.

<sup>1</sup> الجزء المادي هو الجزاء الذي يصيب الإنسان في شخصه، كالغرامة، السجن، الاعدام.

<sup>2</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص 28-33.



## الفرع الأول: تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الالتزام

نشير أولا إلى أن قواعد القانون كلها ملزمة ولكنها تختلف من حيث درجة الالتزام ومدى ذلك.

**أولا- القواعد الأمرة:** وهي القواعد التي لا يجوز مخالفتها، وكل اتفاق على خلاف ذلك يكون باطلا.

ومثال ذلك: القاعدة القانونية التي تحرم القتل، فهي قاعدة أمرية يجب الانصياع لحكمها بصفة دائمة ومطلقة، فاذا وقع اتفاق بين شخصين على أن يقوم أحدهما بقتل الآخر فهو اتفاق باطل، ولا يحول دون توقيع العقوبة، ونفس الأمر ينطبق على السرقة والضرب وخيانة الأمانة وغيرها.

**ثانيا- القواعد المكلمة:** وهي القواعد التي يجوز الاتفاق على مخالفتها، فهي تتضمن حكما معيناً لكنها تجيز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها.

مثال ذلك: القاعدة القانونية التي تنص على أن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يمكن إذا اتفق الطرفان على أن تكون النفقات على حساب المشتري وليس البائع، وهو اتفاق صريح<sup>1</sup>.

وتكون القاعدة مكلمة عندما تستخدم ألفاظ الإباحة والجواز مثل: يجوز، يباح، لا يمنع، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

## الفرع الثاني: تقسيم القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها

وتنقسم إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص.

**أولا- قواعد القانون العام:** وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصلحة العامة، فهو ينظم مجموعة العلاقات التي تكون أطرافها الأشخاص المعنوية العامة، مثل: البلدية، الولاية، المستشفى.....<sup>2</sup>.  
تتمثل فروع القانون العام في:

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص 19، 20.

ويمكن أن نعرف القانون العام أيضا: بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفاً فيها، وتتصرف الدولة باعتبارها صاحبة سيادة.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 23.

**1- القانون الدستوري:** وهو مجموعة القواعد الأساسية التي تنظم الدولة (تبين شكل الدولة، وأسسها ونظام الحكم فيها من حيث نوعه وطبيعته) ، وتبين السلطات العامة فيها (السلطات العامة في الدولة)<sup>1</sup>، كما تحمي حقوق الأفراد وحررياتهم.

**2- القانون الإداري:** هو القانون الذي يهتم بالإرادة العامة في عدة جوانب، تتمثل أساسا في تنظيم الجهاز الإداري للدولة (الإدارة المركزية، الإدارة المحلية)، وأيضا تنظيم مهام الإدارة ونشاطها ووسائلها ومنازعاتها، وكذا كيفية تسييرها للمرافق العامة.

**3- القانون الدولي العام:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول فيما بينها، وتحدد حقوقها وواجباتها في حالة الحرب والسلام، فتبين الشروط اللازم توفيرها لقيام الدولة وحقوقها باعتبارها صاحبة سيادة، وتنظيم سلوك الدولة ونشاطها الخارجي مع غيرها من الدول والمنظمات الدولية<sup>2</sup>.

وينصرف هذا التنظيم على عدة أمور أهمها:

- تحديد معيار اكتساب الدول للشخصية الدولية القانونية.
- مدى اعتبار الدول كاملة السيادة أو ناقصة السيادة.
- تحديد حقوق الدولة وواجباتها في السلم والحرب.
- إبرام المعاهدات الدولية وأساليب فض النزاعات بينها الطرق السلمية.

**4- القانون المالي:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالإيرادات والنفقات العامة وكيفية اعداد وتنفيذ ميزانيات الإدارات والهيئات العمومية ومراقبتها.

كما يعرف بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم مالية الدولة من حيث الإيرادات العامة والمصروفات والانفاق العام<sup>3</sup>، وبعبارة أخرى القانون المالي هو مجموعة القواعد التي تحكم ميزانية الدولة وتتكون من الإيرادات التي تحصل عليها الدولة من الضرائب والرسوم ومقابل الخدمات التي

---

<sup>1</sup> المقصود بشكل الدولة هو تركيبها، أي ما إذا كانت الدولة بسيطة أو مركبة، ويحدده دستور الدولة، بسيطة مثل الجزائر، ومركبة مثل الولايات المتحدة الأمريكية والامرات العربية المتحدة، للتفصيل أكثر ارجع إلى القانون الدستوري.

والسلطات العامة هي السلطات التي ينظمها دستور الدولة.

<sup>2</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 28.

تقدمها للدولة والقروض، أما المصروفات فهي ما تنفقه الدولة على مختلف القطاعات كالدفاع والأمن والصحة والتعليم.....<sup>1</sup>.

**5- القانون الجنائي:** هو مجموعة القواعد التي تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها، وينقسم إلى قسمين:

- **قانون العقوبات:** ويبين أنواع الجرائم إن كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة، وكذا أركان الجريمة، والعقوبات المقررة لها.

- **قانون الإجراءات الجزائية:** ويبين الاجراءات التي تتبع في ضبط الجرائم والتحقيق فيها، واصدار الأحكام، كما تبين طرق الطعن في هه الأحكام وطرق تنفيذ العقوبات، وبذلك قانون الاجراءات الجزائية يتضمن الاجراءات التي تتبع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقوبة على الجاني.

#### ثانيا- قواعد القانون الخاص:

يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد المنظمة للعلاقات بين الأفراد فيما بينهم، أو بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا وليست صاحبة سيادة.

ويتفرع عن القانون الخاص عدة فروع أهمها:

**1- القانون المدني:** يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص، الشريعة العامة لتنظيم العلاقات الخاصة للأفراد لأنه يشتمل على الأسس العامة للقانون، وهو أصل القانون الخاص وتفرعت عنه القوانين الأخرى، كقانون الأسرة، القانون التجاري، قانون الملكية الفكرية.

**2- القانون التجاري:** هو القانون الذي ينظم مجموعة من الأعمال تسمى بالأعمال التجارية، ومجموعة من الأشخاص هم التجار.

**3- قانون العمل:** هو مجموعة القانونية تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص يسمى العامل بالعمل لحساب شخص آخر يسمى صاحب العمل، مقابل أجر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص ص 92-108.

4- قانون الإجراءات المدنية: يحدد القواعد التي يجب ايقاعها أمام المحاكم لحماية الحقوق الموضوعية الناشئة عن تطبيق القانون، كما ينظم طرق سير المحاكم واختصاصها النوعي والمحلي، وطرق رفع الدعوى واصدار الحكم فيها وتنفيذها<sup>1</sup>.

5- القانون البحري: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة بين الأفراد والهيئات الخاصة بمجال الملاحة.

### الفرع الثالث: تقسيم القواعد القانونية من حيث مضمونها

وتنقسم إلى قواعد موضوعية وقواعد اجرائية.

أولاً- القواعد الموضوعية: يقصد بالقواعد الموضوعية كل قاعدة تفرض حقا أو تقرر واجبا، ومثل ذلك ما تنص عليه المادة 351 من القانون المدني الجزائري "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فهذه القاعدة موضوعية لأنها تقرر للمشتري وهو ملكية الشيء إليه، وتفرض على البائع واجب وهو نقل الملكية للمشتري، وفي نفس الوقت تقرر حقا للبائع وهو المقابل النقدي أي ثمن الشيء وتفرض على المشتري واجب دفع الثمن للبائع.

وأیضا ما تنص عليه المادة 386 من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب بالحبس من ... كل من انتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلصة عن طريق التدليس"، فهذه قاعدة موضوعية أيضا، حيث تفرض احترام ملكية الغير، تسلط عقوبة الحبس و الغرامة كجزاء على من يتعدى على حق الملكية المقرر لصاحب العقار.

بمعنى عام هي القواعد القانونية التي تتضمن بيان بالحقوق التي يتمتع بها الأفراد والواجبات المفروضة عليهم مثل: قواعد القانون المدني وقواعد قانون العقوبات، وهي تشمل على نوعين من الأحكام:

- الأحكام التي تترتب على التصرفات الإدارية للشخص كالعقد و الهبة والوصية.
- الأحكام التي يقررها المشرع ابتداء دون الرجوع إلى إرادة الشخص وتشخيص في الجزاءات التي يتضمنها القانون.

<sup>1</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص ص 106-110.

**ثانيا- القواعد الإجرائية:** وهي القواعد القانونية التي تبين الوسائل التي يمكن بها اقتضاء الحق المقرر، أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بالواجب، ومن أمثلة القواعد الإجرائية معظم قواعد قانون الإجراءات المدنية التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى المدنية، ومن أمثلتها أيضا: أغلب قواعد قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> التي تنظم كيفية مباشرة الدعوى العمومية واختصاصات الجهات القضائية الجنائية، وكيفية تشكيل المحاكم وطرق الطعن في أحكامها.

ومن جهة أخرى، هي القواعد التي تحدد الأشكال و الضوابط التي يجب مراعاتها عند اقتضاء حق أو أداء التزام فهي إجرائية لا تقرر حقا ولا تفرض جزاء.

---

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 22.

## المبحث الثاني: مصادر القاعدة القانونية

المصدر لغة هو السبب المنشئ أو المنبع.

اصطلاحاً هي الوسائل التي بواسطتها يتم تحويل المادة الأولية للقانون لقواعد قانونية لها صفة الإلزام بحيث يتعين على القاضي تطبيقها على المنازعات التي تعرض عليه.

وتختلف هذه المصادر من حيث تدرجها وقوة إلزامها حسب نظام القانون السائد في المجتمع، هذه المصادر التي تطورت بتطور المجتمع البشري، فكان العرف هو المصدر الرسمي للقانون قديماً، وبظهور الديانات السماوية أخذت القواعد الدينية مكاناً بارزاً كمصدر للقانون وحلت محل الكثير من القواعد العرفية، ومع تطور المجتمعات حل التشريع محل كلا من العرف والدين في تنظيم العلاقات الاجتماعية، وأصبح كلا من العرف والدين مصادر مادية يستلهم منها المشرع القواعد الموضوعية للتشريع، واقتصر دور القضاء والفقهاء على تفسير القواعد التشريعية<sup>1</sup>.

بالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني الجزائري نجده تنص على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يتضح من خلال هذا النص أن المصادر الرسمية للقانون هي كل من: التشريع، مبادئ الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

حيث تنقسم مصادر القانون إلى قسمين: المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية.

### المطلب الأول: المصادر الرسمية

تنقسم المصادر الرسمية للقانون إلى قسمين:

- مصدر رسمي أصلي: يتمثل في التشريع، تتعدد أنواع التشريعات و تتفاوت تبعاً لأهمية ما تتناوله من مسائل، فالتشريع على أربع درجات تدرج في القوة، أعلاها هو التشريع الأساسي أو الدستور، وأوسطها هو كل من التشريع العضوي والتشريع العادي، وأدناها هو التشريع الفرعي أو اللوائح.

<sup>1</sup> مصادر القاعدة القانونية، موقع الأنترنت: <https://www.droitarabic.com/2020/09/blog-post.html>

- مصدر رسمي احتياطي : مبادئ الشريعة الاسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

### الفرع الأول: المصادر الرسمية الأصلية

أولاً- الدستور(التشريع الأساسي): يحتل الدستور أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية في الدولة، وهو من يحدد شكل الدولة(موحدة أو فيدرالية)، وتوزيع السلطات فيها(سلطة تنفيذية، تشريعية، قضائية)، والأسس التي تقوم عليها، وهو من يضمن الحريات العامة للأفراد وحقوقهم<sup>1</sup> (النص على الحقوق والحريات الأساسية ووسائل حمايتها)<sup>2</sup>، لتكون بذلك كل القواعد التي يتضمنها الدستور تأتي في المرتبة الأولى بالنسبة لباقي المصادر، وكل القوانين الصادرة في الدولة تخضع لأحكامه وتحترم تدابيرها، وإلا كانت لاغية من خلال الطعن في عدم دستوريته<sup>3</sup>.

ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة 44 من الدستور الجزائري المعدل سنة 2020، التي تنص على أنه: "لا ادانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، فتحدد هذه المادة قاعدة من القواعد السياسة التشريعية في مجال قانون العقوبات.

وأيضاً ما نصت عليه المادة 66 من الدستور، التي تقضي بأنه: "العمل حق وواجب، كل عمل يقابله أجر..."، وهذه قاعدة من قواعد قانون العمل.

كما نصت المادة 71 على أنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة - حقوق الطفل محمية من طرف الدولة"، تتضمن قاعدة من قواعد قانون الأسرة.

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> مثال ذلك: ما نصت اعليه المادة 55 من الدستور الجزائري، دستور 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج ر 76، المعدل بالقانون 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002، ج ر 25، والقانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر 63، والقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر 14، والمرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر 82.

التي تنص على أنه: "يتمتع كل مواطن بالحق في الوصول إلى المعلومات والوثائق والإحصائيات، والحصول عليه. لا يمكن أن تمس ممارسة هذا الحق بالحياة الخاصة للغير وبحقوقهم، وبالمصالح المشروعة للمؤسسات، وبمقتضى الأمن الوطني".

<sup>3</sup> سلطان عمار، محاضرات في فلسفة القانون، مفاة على طلبة سنة أولى ليسانس، السداسي الأول، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، سنة 2020، ص 05.

ثانيا- المعاهدات الدولية: تعتبر المعاهدات الدولية أهم وسيلة لتنظيم العلاقات بين الدول<sup>1</sup>، ونظرا لأهميتها تولي الدول اهتمامها في تحديد مركز المعاهدات الدولية بين مصادر القاعدة القانونية، وكذلك الأحكام الدستورية الواجب مراعاتها للانضمام إلى المعاهدات الدولية.

وفي هذا الشأن نصت المادة 154 من الدستور الجزائري على أنه: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، فيجعل هذا النص من المعاهدات الدولية مصدرا من مصادر القاعدة القانونية الوطنية ويجعلها في مرتبة أعلى من القانون.

فتصبح المعاهدة الدولية مصدرا من مصادر القاعدة القانون عندما يوجد نص صريح في القانون الداخلي للدولة يعطي الشرعية لهذه المعاهدات.

### ثالثا- التشريع: للتشريع معنى واسع ومعنى ضيق:

- **المعنى الضيق للتشريع:** هو القواعد القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة التشريعية في شكل قانون، والسلطة التي لديها صلاحية التشريع في الدولة هي السلطة التشريعية(البرلمان).

- **المعنى الواسع للتشريع:** القواعد القانونية العامة التي تشمل إلى جانب القوانين الصادرة عن البرلمان مختلف الأنظمة واللوائح الصادرة عن السلطة التنفيذية، في شكل مراسيم وقرارات... الخ<sup>2</sup>.

كل ما سبق، يوصلنا للقول أن التشريع هو سن قواعد قانونية في صيغة مكتوبة من قبل السلطة المختصة في الدولة، حسب النظام الدستوري لهذه الدولة، مع السهر على تطبيقها، مما يعطيها قوة الالتزام في العمل بها.

### الفرع الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية

أولا- **الشرعية الإسلامية:** تنص المادة 2 من الدستور الجزائري على أن الإسلام دين الدولة، وبهذا تخضع السلطة وقوانينها لأحكام الشرعية الإسلامية، أو على الأقل لا تتعارض معها، وهي مصدر ثان رسمي بعد التشريع بمعناه الواسع حسب المادة الأولى من ق م ج.

تعتبر الشرعية الإسلامية المصدر الثاني للقانون الجزائري بعد التشريع والمصدر الاحتياطي الأول قبل العرف، عكس بعض الدول التي تسبق العرف عن الشرعية.

<sup>1</sup> سلطان عمار، مرجع سابق، ص 05.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 36.



فعلى القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية و يقوم باستخلاصها من الكتاب و السنة و الإجماع و القياس و ذلك باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني بعد التشريع.

**ثانياً- العرف:** بديه نشير إلى أن العرف غير مكتوب بعكس التشريع، فلا توجد وثيقة مكتوب ومدون فيها القواعد العرفية، ويعرف العرف بأنه اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة على اعتباره سلوكاً ملزماً يترتب على مخالفته توقيع الجزاء.

كما يعرف بأنه اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزماً لهم<sup>1</sup>.

انطلاقاً من هذا التعريف، يمكن القول أن العرف يقوم على عنصرين أساسيين هما الاعتياد والشعور بالإنذار، هذه العناصر التي تمثل أركان العرف، وذلك كما يلي:

**1- الركن المادي للعرف:** الركن المادي للعرف هو تكرار الناس لسلوك معين في مسألة معينة واعتيادهم عليهم دون انقطاع، وشروطه القدم، الثبات، العموم.

**2- الركن المعنوي للعرف:** الركن المعنوي هو اعتقاد الناس بالإنذارية السلوك الذي اعتادوا على اتباعه.

والعرف يلعب دوره الأساسي في حالة غياب نص تشريعي وشرعي (في الشريعة الإسلامية)، فيصبح إلزامياً على القاضي الاعتماد على العرف كمصدر ثالث بعد التشريع والشريعة الإسلامية وإذا أنكر العرف فإنه يصبح أمام جريمة إنكار العدالة.

يقوم العرف بجانب التشريع بدورين متميزين: مكمل للتشريع ومساعد له.

- يكون العرف مكملاً للتشريع لأن القاضي يلجأ إليه إذا أعوزه نص في التشريع، أو بعد أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي احتياطي ذي أولوية على العرف، فإذا وجد نقص في التشريع، ولم تسد مبادئ الشريعة الإسلامية هذا النقص، تعين على القاضي أن يكمل هذا النقص مستعيناً بالعرف.

- ويكون العرف مساعداً للتشريع حيث لا يوجد نقص في التشريع، إنما تحيل نصوص التشريع صراحة بخصوص مسألة معينة إلى العرف، ويكون ذلك إما لتحديد مضمون قاعدة تشريعية، أو للتعرف

<sup>1</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص 286.

على نية المتعاقدين، أو لسد ما يوجد من نقص في إرادة المتعاقدين<sup>1</sup>، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 488 من القانون المدني الجزائري، التي جاءت كما يلي : "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا لكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها"، فحتى يعرف القاضي ما يجوز التسامح فيه وما لا يجوز فإنه يستعين بالعرف.

**ثالثا- القانون الطبيعي وقواعد العدالة:** يعتبر مصدرا احتياطيا في الجزائر، فمبادئ القانون الطبيعي هي تلك المبادئ التي يكشفها العقل، وتهتبر سبيلا لإعطاء كل ذي حق حقه.

فيقصد بمبادئ القانون الطبيعي مجموعة القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، وفقا للمجرى العادي للأمر، وهي تمثل العدل غير المكتوب، إذ عندما لا يوجد حل في القانون الوضعي أو كان الحل غامضا تتداخل الأخلاق مع القانون فيصبح مصدر القاعدة القانونية مبادئ القانون الطبيعي والمبادئ الأخلاقية.

ومما سبق، يمكن القول أن القانون الطبيعي يتمثل في مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الانساني بضرورتها في تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع.

أما قواعد العدالة فهي ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة، فالعدالة هي المساواة في الحكم على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة، مع الاعتداد دائما بالجانب الانساني، وكذلك الظروف الشخصية المحيطة بالفرد في كل حالة<sup>2</sup>.

والملاحظ أن نص المادة الأولى من القانون المدني والمتمثل في إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، ليس له ما يبره ذلك أن هذه المادة تعد الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الرسمي الأول بعد التشريع و مبادئها هي الأدق والأكثر انضباطا.

### **المطلب الثاني: المصادر التفسيرية**

المقصود بالتفسير إيضاح معنى القاعدة القانونية إذا شابها الغموض، ويقصد بالمصادر التفسيرية المراجع التي يلاد بها لتجلية ما قد يكتنف القاعدة القانونية من غموض و كشف ما قد يشوبها من لبس

<sup>1</sup> مصادر القانون، موقع الأنترنت: [https://www.elmizaine.com/2021/02/blog-post\\_93.html](https://www.elmizaine.com/2021/02/blog-post_93.html)

<sup>2</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص ص 315- 318.

أو يعترئها من إبهام أو ما يحيط بها من تناقض، فالمصادر التفسيرية هي ما به يستتير القاضي في سبيل الوقوف على حقيقة القواعد التي تمده بها مصادرها الرسمية<sup>1</sup>.

والمصادر التفسيرية في أغلب القوانين الحديثة هي الفقه والقضاء.

### الفرع الأول: القضاء

القضاء هو الهيئات والجهات القضائية في إطار السلطة القضائية، والمتمثلة في المحاكم، المجالس القضائية، المحكمة العليا، مجلس الدولة، والتي تختص بالفصل في النزاعات بموجب ما يصدر عنها من أحكام<sup>2</sup>.

يقصد بالاجتهاد القضائي مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم للفصل في النزاعات المعروضة عليها، والحلول التي تضعها، إذ أن القاضي ملزم بالفصل في النزاعات المعروضة عليه حتى ولو لم يجد نصا قانونيا يطبقه، فيضطر أحيانا إلى أن يجتهد ويبدع حلولا تصبح مع مرور الوقت قواعد مستحسنة يطبقها قضاة آخرون<sup>3</sup>.

ومن ثم يكون الاجتهاد القضائي مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، وتظهر أهميته أكثر في الدول التي تعطي الصدارة للقانون العرفي<sup>4</sup> بخلاف الدول التي تفضل القانون المكتوب.

---

<sup>1</sup> مصادر القاعدة القانونية، موقع الأنترنت: <https://www.droit-arabic.com/2020/09/blog-post.html>

<sup>2</sup> محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 62.

<sup>3</sup> وهو ما نظمته المادة 179 من الدستور الجزائري التي تنص على أنه: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال

المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري...".

<sup>4</sup> سلطان عمار، مرجع سابق، ص 07.

## الفرع الثاني: الفقه

يقصد بالفقه مجموع كتابات رجال الفكر القانوني في شرح وتفسير القواعد القانونية، واستنباط المبادئ القانونية من مصادرها المختلفة، التي تستعين بها المحاكم وتستهدى بما تتضمنه من تفسير للقانون، بل أن المشرع كثيرا ما يأخذ بآراء الفقهاء في تعديل التشريع أو عند اصدار تشريع جديد<sup>1</sup>.

كما يعرف بأنه مجموعة الآراء التي يقول بها علماء القانون و هم يشرحون أو ينتقدون قواعد القانون في مؤلفاتهم و يستنبطون الحلول على ضوء شرحهم لتلك القواعد أو يعلقون على أحكام القضاء، بهذا فهو يتجسد في أعمال ذات طبيعة وأشكال مختلفة صادرة عن اساتذة القانون الجامعيين وعن القضاة والمحامين والموثقين<sup>2</sup>، لذا الفقه هو عبارة عن الآراء المنشورة لرجال القانون.

وآراء الفقه لا تلزم أحدا ومع ذلك له دورا مها في استخلاص المبادئ القانونية التي يستعين بها القضاء في أحكامه، كما أنه يرشد المشرع في العديد من الحالات إلى العيوب التي تعترى التشريع، كما يرشده في اقتراح نصوص قانونية يراها الفقه قادرة على مواجهة مستجدات المجتمع<sup>3</sup>.

### أسئلة تقييمية للمحور الأول:

- 1- هل القاعدة القانونية المكملة قاعدة ملزمة؟.
- 2- هل مصادر القاعدة القانونية التي ذكرتها المادة 01 من القانون المدني الجزائري مصادر رسمية أو تفسيرية؟.
- 3- ما هو رأيك في ترتيب المصادر الواردة في المادة 01 من القانون المدني الجزائري؟.

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق،، ص 65.

<sup>2</sup> مصادر القاعدة القانونية، موقع الأنترنت السابق.

<sup>3</sup> أحمد الزعيم الزقرد، مرجع سابق، ص 321.

## المحور الثاني

### المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

وهي تلك المذاهب التي قبلت بشأن تحديد أصل وأساس وغاية القانون، فيقصد بالبحث عن أصل وأساس القانون الوضعي معرفة تبرير وجود القانون واكتسابه صفة الالتزام في الجماعة.

أما الغاية التي يتوخاها القانون، والتي يسعى إلى تحقيقها والتي اتفق أغلب الفقهاء عليها وهي العدل، وذلك على الاختلاف بينهم في مفهوم فكرة العدل، فبعضهم يرى العدل بأنه العدل التبادلي أو التعاوني الذي يعني اشراك الجميع في تحقيقه، بينما يرى البعض الآخر بأنه العدل التوزيع أو التوزيع العادل للمنافع، في حين يرى آخرون بأنه العدل الاجتماعي<sup>1</sup> (وهو ما سنتطرق إليه بالتفصل لاحقاً).

إنّ البحث في هذين الموضوعين تمخض عنه الأسس التالية:

- **الأساس الوضعي للقانون:** ومعناه القانون مجموعة قواعد أمر، التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، يضعها الحكام القابضون على السلطة في المجتمع، لذا فإن القانون يجد أساسه في إرادة الحاكم، وهي ما يطلق عليها بالوضعية القانونية الإرادية، شملتها المذاهب الشكلية.

- **الأساس الطبيعي للقانون:** ومعناه القانون مجموعة مبادئ تتماشى مع طبيعة الأشياء ، وبالتالي مع العقل، فهناك قانون يعلو على الحكام ويفرض عليهم، بحيث يجب أن تتماشى معها قوانينهم ومنه تستمد القوانين الوضعية صفة إلزامها، وهو ما يعرف بالأساس الطبيعي للقانون، ويندرج ضمن المدرسة المثالية<sup>2</sup>.

- **الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون:** فالقانون هنا ليس ما يفرضه الحكام ، ولا هو ما يتمشى مع الطبيعة والعقل، بل أن القانون وليد حياة الجماعة، يولد تلقائياً في بيئة لمجتمع، فالقانون يكون هنا ذا أساس اجتماعي لا يدين بوجوده إلا لحياة الجماعة وضرورتها، ولا يفرضه سلطان، وهو ما عالجتَه المدرسة التاريخية والمدرسة الواقعية<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2006، ص 127.

<sup>2</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 02.

<sup>3</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ص 34، 35.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن فلسفة القانون لعبت دورا هاما في نشأة القانون وتطور قواعده، فالفكر القانوني الفلسفي حين انصرف إلى دراسة المشاكل النظرية الكبرى مستخلصا مبادئها الحقيقية قد أثر في التطور الوضعي للقانون وفي إقامته وتطبيقه تأثيرا كبيرا وحصل على نتائج أكثر فعالية<sup>1</sup>.

وبذلك، فإننا من خلال هذا المحور سنحاول الاجابة على الأسئلة التالية:

- هل التزام الأفراد بالقانون تأتي من ارادة السلطة وبما لديها من قوة مادية أو قهر؟، أو من ارادة الأفراد التلقائية؟.

- ومن أين تأتي الصفة الشرعية التي تجعل القانون واحترامه أمرا مفروضا على الأفراد؟.

- ومن أين تتكون القاعدة القانونية؟.

الإجابة على هذه الأسئلة تستلزم دراسة طبيعة القانون وأساسه وجوهره، وكذا العناصر التي يتكون منها، وهو ما نلخصه في عبارة واحدة وهي هل القانون منشأ أو معطى؟.

اختلفت الاجابة على هذا التساؤل، هذا الاختلاف أدى إلى ظهور مذاهب ونظريات يمكن جمعها

في:

- المذاهب الشكلية (المبحث الأول).

- المذاهب الموضوعية (المبحث الثاني).

- المذاهب المختلطة (المبحث الثالث).

**المبحث الأول: المذاهب الشكلية(الأساس الوضعي للقانون)**

وهي تلك المذاهب التي تهتم بالجانب الشكلي الذي ظهرت عليه القواعد القانونية، حيث تنظر إلى الجهة التي أصدرت القانون وأضفت عليه القوة الالزامية<sup>2</sup>.

حيث أن هذه المذاهب تبحث عن المختص بوضع القواعد القانونية، ومن أين اكتسبت القوة الالزامية، وحسبهم القانون هو مشيئة السلطة العليا في المجتمع، تصدره في أي شكل وفي أي صورة طالما يعتبر ملزما للأفراد، فصدور القانون من سلطة عليا حاكمة تكفل تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء هو

<sup>1</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 03.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 44.

الذي يفسر طبيعة هذه القواعد وأصلها ويفسر التزام الأفراد بطاعة واحترام أحكامها وضوابطها حتى يعيشوا في أمن وارتقاء<sup>1</sup>.

اذن، الصفة الوضعية للقانون لدى فقهاء المذهب الشكلي والمتمثلة في وجود سلطة تأمر وتنهاي وتملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون هي التي تنشئ قواعد، فالقانون في هذه الحالة هو مشيئة الدولة أو من له السلطة والسيادة في المجتمع، فهو أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين، فمن وجهة نظر فقهاء المذهب الشكلي الدولة هي التي تضع القانون وتلزم الأفراد باتباعه، وان لزم الأمر عن طريق القوة، ليكون القانون هنا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أو الحاكم، تكفل الدولة توقيع الجزاء على كل من يخالفه.

من أنصار المذهب الشكلي الفقيه الانجليزي أوستن، والفقيه الألماني هيجل، والفقيه النمساوي كلسن، فقهاء الشرح على المتون الفرنسيون، هؤلاء الفقهاء الذين اتفقوا من حيث المبدأ أن القانون مصدره إرادة الحاكم، لكنهم اختلفوا في بعض الجزئيات، كما سيتضح ذلك فيما يلي:

### المطلب الأول: مذهب أوستن

جون أوستن هو فقيه انجليزي، ولد سنة 1790، وكان أستاذا في كلية لندن سنة 1926، سافر بعد ذلك إلى ألمانيا، وهناك تلقى تعليمه على يد الأستاذ جوستاف هيجو، الذي تأثر بفكره ونقله في كتابه الذي أصدره سنة 1883.

القانون عند أوستن هو: "قاعدة وضعت لأن تحكم كائنا عاقلا من قبل كائن عاقل يملك سلطة عليه"، فحسب أوستن القاعدة القانونية لا تكون أمرا إلا إذا اقترنت بجزاء يوقعه القابضون على السلطة على من يمتنع عن تنفيذها، وهو ما عبر عنه أوستن بـ: "القوانين بالمعنى الدقيق هي نوع من الأوامر، لكن بما أنه أمر فكل قانون بالمعنى الدقيق يصدر عن مصدر محدد... وكل مرة يعبر فيها عن أمر أو يوجه مثل هذا الأمر من قبل طرف يعني الرغبة في تنفيذه من قبل الطرف الآخر أو امتناعه عن تنفيذه ويتعرض الطرف الثاني لأذى... يوقعه عليه الطرف الأول في حالة عدم أخذ رغبته بعين الاعتبار"<sup>2</sup>.

بذلك، يتلخص مذهب أوستن في أن أصل القانون هو إرادة الحاكم وحده، الذي يقوم بوضعه، فهو مشيئة الدولة التي تقوم بوضع القانون وتعمل على كفالة احترامه جبرا على الأفراد، باعتبارها صاحبة

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط2، بن عكنون، الجزائر 2006، ص 74.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ص 46، 47.

السلطة والسيادة، وهذا ما يفيد بأن القانون لا يقوم إلا في ظل مجتمع سياسي، حيث يصدر في شكل أوامر وتكاليف تقترن بتوقيع الجزاء عند المخالفة.

### الفرع الأول: أسس مذهب أوستن

يقوم مذهب أوسن على الأسس التالية:

1- القانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي: يتكون هذا المجتمع من طبقتين، طبقة حاكمة لها حق الأمر والنهي والتي تكون فردا أو هيئة، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما تصدره الهيئة الحاكمة.

2- وجود أوامر وتكاليف: جوهر القانون طبقا لمذهب أوستن هو وجود أمر توجهه الهيئة الحاكمة إلى الحكومة، وتتبعه بجزاء عند مخالفة أمور قواعده<sup>1</sup>، لأن القانون ليس مجرد نصيحة توجه إلى أفراد يملكون حرية الاختيار في الامتثال أو الرفض.

3- توقيع الجزاء عند المخالفة: أي عند مخالفة الأمر أو النهي يوقع الحاكم الجزاء على من يخالف ذلك، استنادا إلى ما يتمتع به من سلطة القوة والجبر عند الخروج أو مخالفة القانون، فعند أوستن القواعد التي لا ترتب جزاء لا تعتبر قواعد قانونية، وإنما هي قواعد أخلاق أو دين أو مجاملات<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نتائج مذهب أوستن

تتمثل نتائج هذا المذهب فيما يلي:

- انكار صفة القانون على قواعد القانون الدستوري<sup>3</sup>، فهو عند أوستن مجرد قيود فرضتها الدولة على نفسها، ولا يمكن أن تتضمن التزام تلتزم به الدولة وينطبق عليها الجزاء عند المخالفة، وبذلك قواعد القانون الدستوري تظل بدون جزاء، وهو ما يفقده صفة القانون، لأن الحاكم اذا خالف الدستور لا يعقل أن يوقع الجزاء على نفسه.

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 47.

<sup>2</sup> ابراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان الجامعية، دون سنة نشر، ص 12.

<sup>3</sup> كامل فريد السالك، فلسفة القانون - مفهوم القانون وسريانه-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، 2013، ص



- كما ينكر صفة القانون على قواعد القانون الدولي العام، حيث يعتبر قواعده مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول في سلوكها فيما بينها، حيث لا توجد في المجتمع الدولي سلطة عليا تفوق سلطة الدول، فيكون لها من السلطان ما تستطيع به فرض ما تصدره من تكاليف وأوامر باعتبار أن جميع الدول متساوية في السيادة والحقوق<sup>1</sup>.

- ينكر أوستن العرف كمصدر للقانون، وأن التشريع هو مصدر القانون الوحيد.

### الفرع الثالث: نقد مذهب أوستن

- لم يفرق أوستن بين القانون والدولة: فقد اعتبر أن القانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي منظم، وهذا غير صحيح، وهو مثبت تاريخياً، كما أن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن تكون ظاهرة سياسية أو وضعية<sup>2</sup>.

- يخلط أوستن بين القانون والقوة: حيث يجعل القانون والقوة بإرادة الحاكم، وهو ما يخالف ما هو مفترض، من اعتبار القانون ملزم للجميع دون فرق، فيجب أن يكون الحاكم في خدمة القانون ويخضع له مثل بقية الأفراد، لأن القانون يسمو على الجميع حكماً أو محكومين.

- لم يعتبر أوستن القانون الدستوري قانوناً، بسبب تخلف عنصر الجزاء، والواقع غير ذلك، فالمسلم به حالياً أن الأمة هي التي تختار الحاكم، وبالتالي لها حق توقيع الجزاء عليه إذا خالف الدستور.

- لم يعتبر أوستن القانون الدولي العام قانوناً بسبب عدم وجود سلطة تفرض احترام قواعده على كل الدول، ولكن غالبية الفقهاء اعتبروه قانوناً لأنه يشتمل على عنصر الإلزام الذي تملكه الأمم المتحدة بمنظماتها المختلفة، وجمعيتها العامة ومجلس الأمن الدولي، بالإضافة إلى أن المعاهدات الدولية التي تبرمها الدول فيما بينها يمكن أن تحقق الاستقرار الدولي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص 125.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 85.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 85.

- جعل التشريع المصدر الوحيد للقانون وأغفل المصادر الأخرى، وهو أمر غير صحيح، فحتى وان اعتبر التشريع المصدر الرئيسي للقواعد القانونية، إلا أن العرف أثبت مكانته قديما وحاضرا في انشاء القواعد القانونية.

### المطلب الثاني: مذهب الشرح على المتون

أهم ما يميز هذا المذهب أنه لا ينسب إلى فقيه معين، حتى أن فقهاء كان نتيجة فترات تاريخية متعاقبة، وهو نتيجة آراء فقهاء متعددين، فمعظم فقهاء هذه المدرسة من فقهاء القانون المدني. مثل أوبري، ورو، ديمولومب، لوران البلجيكي وآخرون.

تعتبر مدرسة الشرح على المتون من المذاهب الشكلية التي ظهرت في فرنسا، وكان هذا المذهب ثمرة آراء مجموعة من الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن الـ19 على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي.

يتمثل هذا المذهب في طريقة أو أسلوب في التفسير وشرح القانون اتبعه هؤلاء الفقهاء في مؤلفاتهم في شرح تفنين نابليون، وذلك على إثر تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة، أطلق عليها قانون نابليون، باعتبارها مجموعة متكاملة، فكان هؤلاء الفقهاء يحرصون على تفسير نصوصها حسب الترتيب الذي وردت فيه بشكلها الرسمي، دون التعرض إلى نقدها لأنها تخلو من العيوب، وإذا عجز الفقيه عن تفسير نص فهذا عيب فيه وليس عيبا في التشريع<sup>1</sup>.

فمن أقوال أحد فقهاء المدرسة: "إن شعاري والعقيدة التي أومن بها هي أن النصوص قبل كل شيء"<sup>2</sup>.

حيث ترى هذه المدرسة أن النصوص التشريعية هي المصدر الوحيد للقانون، بذلك يقوم هذا المذهب على الأسس التالية:

### الفرع الأول: أسس مذهب الشرح على المتون

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

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، الوجيز في فلسفة القانون، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 45.

**1- تقديس النصوص التشريعية:** اتبع فقهاء هذه المدرسة أسلوب خاص هو تقديس النصوص التشريعية باعتبارها متضمنة لكل الأحكام القانونية، حيث تتبع أسلوب تفسير النصوص القانونية نصا، ويقصد بتقديس النصوص التشريعية احترامها وعدم المساس بها والخروج عنها، مشبهة إياها بالكتاب المقدس.

سبب هذا التقديس هو ابهار فقهاء هذه المدرسة واعتزازهم بتقنين نابليون أو ما يعرف بالقانون المدني الفرنسي لسنة 1804، كانت فرنسا تعيش حالة تشتت تشريعي، فبعد أن كان إقليم فرنسا يخضع شماله لنظام قانوني مستمد أساسا من قواعد العرف، ويخضع جنوبه لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني، تم توحيد التراب الفرنسي شماله وجنوبه بإخضاعها معا إلى نظام قانوني موحد في عهد نابليون، أطلق عليه تقنين نابليون، والذي كان له صدى كبير في عالم القانون، داخل فرنسا وخارجها لأنه الأول من نوعه، فاعتبره الشراح نتاجا عظيما لثمرة العقل البشري، وتقنينا كاملا ينبغي تقديسه واعتباره مصدرا وحيدا للقانون<sup>1</sup>.

**2- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون:** اتفق أنصار المدرسة على جعل التشريع مصدرا وحيدا للقانون، حيث أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة، وذلك لاعتزازهم بتقنين نابليون واعتباره تقنينا كاملا، عالج كل كنية وصغيرة، وتضمن جميع الحلول للمشكلات، ولهذا لا حاجة إلى اللجوء إلى مصادر أخرى بل الاكتفاء بالتشريع، فلا يوجد مصدرا آخر للقواعد القانونية خارج ما ينشئه المشرع، وأكبر دليل على ذلك قول أحد فقهاء المدرسة ديمولومب: "إن شعري والعقيدة التي أومن بها هي أن النصوص قبل كل شيء"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> قانون نابليون عبارة عن مجموعة القوانين التي تحكم القانون المدني الفرنسي تمييزا عن القانون الجنائي، وينسب إلى الإمبراطور الفرنسي نابليون بونابارت، تم اعتماد هذا القانون في شهر مارس 1804، بدأ في النفاذ في أول جانفي 1805، لم يكن عنده اسم هذا القانون عند صوره، كان يسمى القانون المدني الفرنسي، وفي سبتمبر 1807 سمي بقانون نابليون تمجيذا وتعظيما للرجل الذي كان له الفضل في إصداره.

منقول عن: قانون نابليون، منشور بتاريخ 22 مارس 2021، موقع الأنترنيت: m.youm7.com

<sup>2</sup> كما قال فقيه آخر: "أنني لا أعرف الحقوق المدنية وإنما أدرس قانون نابليون"، وهو ما يبرز اعتبارهم أن قانون نابليون مجموعة متكاملة.

## الفرع الثاني: نتائج مذهب الشرح على المتون

يترتب على تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون النتائج التالية:

1- احترام النصوص القانونية وعدم الخروج عنها: لأنهم يعتبرونها مقدسة لا يمكن المساس بها، أو الخروج عن أحكامها، ويعتبرونها متضمنة لجميع الحلول، ويترتب عن ذلك وجوب تقيد القاضي بتطبيق النصوص القانونية كما ورد ، وأن يبحث عن الحل داخل التشريع دون الاعتماد على تفسيره أو على المصادر الأخرى، وليس له أن يدعي بوجود قصور في القانون، ففي حالة عجزه عن إيجاد الحل فإن العيب والقصور ليس في التشريع وإنما يرجع إلى فشل الشارح أو المفسر لهذه النصوص.

2- الوقوف عند النية الحقيقية والمفترضة للمشرع دون الاعتداد بالنية الاحتمالية: إذ ذهبت هذه المدرسة إلى ضرورة تفسير النص وفق نية المشرع لأن التشريع يعبر عن إرادته<sup>1</sup>. وللوقوف عند نية المشرع يجب البحث أولاً في نية المشرع الحقيقية، والتي تتضح وتستنتج من خلال عبارات النص الواضحة والصريحة، فإذا لم يوجد يمكن تفسير النص بالوقوف عند نية المشرع المفترضة، وهي تلك التي يكون المشرع قد قصدتها وقت وضع النص، ويمكن الكشف عنها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة، أما النية الاحتمالية فهي ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد في الظروف الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص، فلا تعتد هذه المدرسة بالنية الاحتمالية، وذلك لأن الأخذ بالنية الاحتمالية يستدعي تفسير النص وقت تطبيقه، لأنها تنسب إلى إرادة المشرع إرادة لم يقصدها.

## الفرع الثالث: نقد مذهب الشرح على المتون

ينتقد مذهب الشرح على المتون من حيث:

1- يعاب عليه أنه حصر مصادر القانون في التشريع وحده، واعتبار التشريع مصدراً وحيداً للقانون لا يكفي، وذلك لما لعبته المصادر الأخرى في تفسير القانون وسد الفراغ الذي يعتريه.

2- يعاب عليه أنه اعتبر التشريع كاملاً لا يشوبه أي نقص، وأرجع النقص في شرح القانون والقضاة في حال عجزهم عن إيجاد الحل داخل التشريع، وهذا خطأ لأن من وضع التشريع إرادة إنسانية ومن شأنها أن تخطئ فالتشريع يمكن أن يكون ناقصاً أو غامضاً.

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 45.

3- يعاب عليه تقديس النصوص التشريعية وجعل القانون معبرا عن ارادة الحاكم الواجبة التطبيق، وعدم المساس بها أو الخروج عنها من شأنه أن يؤدي إلى طغيان الحاكم واستبداده.

### المطلب الثالث: مذهب هيجل

هيجل فيلسوف ألماني، عمل أستاذا في عدد من جامعات ألمانيا، له مؤلفات في بعض فروع الفلسفة، ومنها فلسفة القانون التي أصدر بشأنها سنة 1821 كتابه المعنون ب: مبادئ فلسفة القانون<sup>1</sup>، وقد تأثر بشكل كبير ببيئته الاجتماعية ونزعته الذاتية والتي جاءت واضحة من خلال الأسس التي وضعها لمذهبه والذي تناول من خلاله شكل القاعدة القانونية، وذلك رغم مناداته بإعمال العقل والمنطق وضرورة التقيد بالفكر الموضوعي.

القانون عند هيجل هو تعبير عن إرادة الدولة داخل اقليمها في علاقتها بأفرادها، وهو ارادتها خارج اقليمها في الحياة الدولية بالنسبة لعلاقتها بغيرها من الدول وأشخاص القانون الدولي، وذلك أن الدولة هي سيدة نفسها داخليا وخارجيا، حيث ينادي هيجل بسلطان الدولة، ويرى أن سلطان الدولة سلطانا مطلقا ليشمل علاقات الدولة داخليا وخارجيا.

### الفرع الأول: أسس مذهب هيجل

وضع هيجل أساسين لمذهبه، تناول الأول علاقة الدولة بأفراد مجتمعها وهو أن الدولة سيدة نفسها في الداخل، أما الثاني فيتعلق بعلاقة الدولة مع غيرها من الدول، وهو أن الدولة سيدة نفسها في الخارج، وذلك كما يلي:

1- الدولة سيدة نفسها في الداخل: يعتبر هيجل أن الدولة حقيقة واقعية موجودة، وكل ما هو موجود فهو معقول، لذا فإن القانون يستمد شرعيته وقوته من صوره عن الدولة، معبرا عن ارادتها، فالدولة هي صاحبة السلطة والامتياز في وضع القانون.

ويقصد بالدولة سيدة نفسها في الداخل أنه على المستوى الداخلي يجب أن يخضع للدولة كل من يدخل في تكوينها، وأن سيادة الدولة واحدة لا تتجزأ تذوب فيها كل الاعتبارات ووجهات النظر، وهذه السيادة تتجسد في شخص واحد يملك حق التعبير بإرادته عن الارادات العامة التي يبنى عليها كيان

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 136.

الدولة، ومن ثمة يكون هذا الشخص صاحب السلطة العليا في الدولة، وتكون إرادته هي الواجبة التطبيق، لأنه يملك القوة الضرورية لفرض تلك الإرادة<sup>1</sup>.

وذلك لأن الدولة ممثلة في شخص الحاكم هي صاحبة السلطة والسيادة، وهي صانعة القانون، لذلك تكون إرادتها واجبة النفاذ، وعلى الأفراد الالتزام والخضوع لها.

يتضح جليا مما سبق، أن أوستن وهيجل يشتركان في النتيجة، ويختلفان في الأسلوب، أي أنهما يقران للدولة ممثلة في شخص الحاكم بالصلاحيات والسلطان المطلق غير المقيد ولا المحدود، ويمنحانها امتياز وضع القانون، غير أن الاختلاف يكمن في أن أوستن جاء أسلوبه صارما، مباشرة لا نقاش فيه (راجع أسس أوستن). أما هيجل فخاطب الأفراد بالأسلوب المرن لحملهم على تنفيذ إرادة الدولة، وذلك من خلال اعتباره أن الدولة تجسد إرادة الفرد وحرية، وحقوق هذا الأخير وحرياته لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة وخضوعه لها خضوعا تاما، لتغليب الصالح العام.

**2- الدولة سيدها نفسها في الخارج:** ويقصد به علاقة الدولة في الخارج، وبعبارة أدق علاقات الدول فيما بينها.

انطلاقا من أن المجتمع يقوم على مبدأ " جميع الدول متساوية في السيادة"، فإنه لا توجد سلطة أو إرادة فوق الدول، ولا توجد دولة واحدة تمنح لها صلاحية تنظيم العلاقات بين الدول أو تختص بحل ما ينشأ بينها من منازعات، ولا يحق توقيع الجزاء.

فيرى هيجل أن الحرب هي الوسيلة الوحيدة لتحديد من هي الدولة صاحبة السيادة والسلطان على بقية الدول الأخرى، فالدولة القوية هي التي تسيطر على العلاقات الدولية، وتبقى كذلك حتى تقوم دولة أقوى فتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نتائج مذهب هيجل

ترتب عن مذهب هيجل النتائج التالية:

**1- اعتبار التشريع مصدرا وحيدا للقانون، لأن القانون يصدر معبرا عن إرادة الحاكم في الدولة، وتكون إرادته واجبة النفاذ (نفس مذهب أوستن).**

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 137.

<sup>2</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 10.

2- انكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدستوري، لأن هيجل يعترف بالسلطان المطلق للحاكم، فأنكرها انكارا مطلقا، فهو لا يعتبرها لا قواعد قانونية ولا قواعد أخلاق أو توجيه.

3- انكار الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، فعند هيجل يجب أن تهيمن دولة واحدة على بقية الدول الأخرى حتى تكون إرادتها واجبة النفاذ على المستوى الدولي، لذا فإن مبدأ المساواة بين الدول في السيادة لا يتماشى مع أساسه الثاني، ما دفعه إلى انكار الصفة القانونية على قواعد القانون الدولي العام.

4- الحرب عند هيجل عادلة ومشروعة، وتنتهي لصالح الطرف الأقوى التي يكون لها السيطرة على العلاقات الدولية، وإذا أرادت دولة أن تسيطر على المستوى الخارجي يكون لها اعلان الحرب والانتصار، وهو ما يعتبر نوعا من القضاء الالهي وأن الشعوب تلقت مصيرها.

### الفرع الثالث: نقد مذهب هيجل

1- يعاب عليه أنه حصر مصدر القانون في التشريع دون سواه، وهذا غير صحيح، ذلك أن المصادر الأخرى لها أهمية كبيرة.

2- أخطأ بين القانون والقوة، حيث منح الحاكم السلطان المطلق دون قيود ولا حتى شروط، فجعله فوق القانون، إذ عوض أن يكون الحاكم في خدمة القانون، جعل القانون والقوة في خدمة الحاكم، وهو أمر يؤدي لا محالة إلى استبداد الحاكم وتحقيق مصالحه الشخصية على حساب المصلحة العامة.

3- أنكر هيجل الصفة القانونية لقواعد القانون الدستوري (نفس أوستن)، ونشير هنا إلى أن هيجل لم يعترف بها مطلقا كما سبق ذكره، أما أوستن، فاعتبرها قواعد أخلاق.

4- أنكر الصفة القانونية لقواعد القانون الدولي العام، إذ لا يعترف بها مطلقا لا قواعد معاملات ومجاملات لأنه أعطى القوة والسيطرة لدولة واحدة وهي المنتصرة في الحرب.

5- ينكر حل المنازعات بالطرق السلمية.

6- الاعتراف بمشروعية الحرب أمر غير مقبول وغير منطقي، لم له من آثار على الدول، كما أنه يؤدي إلى اضطراب وعدم استقرار العلاقات الدولية، فالحرب هي الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات بين

الدول، وإلى السيطرة على العالم، حيث يعترف هيجل بالقوة ويجعل النصر والغلبة للدولة التي تملكها ولو لم تكن على حق في اعتدائها على الدول، وهذا يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرارها<sup>1</sup>.

7- وكنتيجة الاعتراف بالحرب فإن مذهب هيجل يؤدي إلى تكريس الدكتاتورية.

### المطلب الرابع: مذهب كلسن

كلسن فيلسوف نمساوي، عمل أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيانا سنة 1917، عرف مذهبه بمذهب البحث أو القانون الصافي<sup>2</sup>، لأنه وضع نظريته المعروفة باسم النظرية الخالصة للقانون أو الصافية للقانون، وتتمثل في دراسة القانون كعلم خالص، باستبعاد كل العوامل والمؤثرات المحيطة به، كالأخلاق والدين والاقتصاد والسياسة وغيرها من الضوابط التي تدخل في علوم أخرى تختص بدراستها، ولا يختص بدراستها القانوني<sup>3</sup>.

وعلى هذا جاءت أسس مذهب كلسن كما يلي:

### الفرع الأول: أسس مذهب كلسن

تتمثل أسس مذهب كلسن في استبعاد العناصر غير القانونية ووحدة القانون والدولة.

1- استبعاد العناصر غير القانونية: يرى كلسن وجوب استبعاد كافة العناصر غير القانونية من نطاق القانون، ومنها العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، والمبادئ المثالية والأخلاقية والدينية، فالقانون الصافي يجب أن يقتصر فقط على الضوابط الموضوعية<sup>4</sup>.

يطلق القانون الصافي على الضوابط القانونية في مظهرها الشكلي، باعتبارها أوامر صادرة عن إرادة تملك قوة الاجبار وتوقيع الجزاء، وهي الدولة واجبة الطاعة باعتبارها مصدر القانون.

فذهب كلسن إلى القول بأن رجل القانون عليه أن يقتصر على التعرف على القانون كما هو، وليس البحث عن كيفية نشأته وأسبابه ومحتواه، إن كان عادلا أو غير ذلك، فذلك ليس من اختصاص رجل

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

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 37.

<sup>3</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص ص 130، 131.

<sup>4</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 14.



القانون، الذي يقع عليه التأكد من صحة صدور القانون من الشخص أو الهيئة صاحبة الاختصاص، ثم التحقق من احترامه والخضوع له<sup>1</sup>.

إذ يعطي كلسن للضوابط القانونية معنى واسعاً، يشمل كل عمل قانوني، فتضم قواعد القانون العام بمختلف فروعه، وكذا القواعد الفردية كالأوامر الإدارية.

وانطلاقاً مما سبق، القانون عند كلسن يتكون من قواعد عامة أو فردية، وهو تعبير عن إرادة الدولة.

**2- وحدة القانون والدولة:** يرى كلسن أن القانون هو الدولة، والدولة هي القانون، فهو يدمج الدولة والقانون دمجا تاماً، ولا يكفي بأن الدولة صانعة القانون فحسب، بل هي القانون نفسه، وبهذا يخلط بين القانون والدولة خلطاً تاماً.

فعند كلسن الدولة ليست شخصاً معنوياً، وإنما هي مجموعة القواعد القانونية بعضها فوق بعض، تشبه هرمًا، على قمته الدستور، وهو القاعدة الأساسية التي تعتمد عليها كل القواعد القانونية الأخرى، ثم يأتي التشريع، ثم العقود، والأحكام القضائية والأوامر الفردية.

فحسب كلسن أن النظام القانوني لا يعتبر دولة إلا بوجود هيئات مركزية مختصة بالتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام، وبتطبيقها ان لزم الأمر عن طريق استعمال القوة العمومية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: نتائج مذهب كلسن

يرتب مذهب كلسن عدة نتائج، أهمها:

**1- عدم الوقوع في التناقض عند الأخذ بفكرة وحدة القانون والدولة:** يرى كلسن أن القول بأن القانون هو إرادة الدولة، يتناقض مع القول بوجود تقييد الدولة بأحكام القانون، فطالما أن القانون هو إرادة الدولة فإن أي مخالفة للقانون من جانب الدولة تكون إرادة جديدة منها، وبذلك يستحيل أن تتقيد الدولة بالقانون، إذ أن القول بأن الدولة هي القانون لا يمكن معه تصور عدم تقييد الدولة بالقانون، لأن عدم تقييده به يقتضي أن تكون الدولة مستقلة عن القانون، والأمر ليس كذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 140.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 141.

<sup>3</sup> ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 42.

2- رفض تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص: يرى كلسن أن التفرقة بين القانون العام والخاص لا يرجع أصلها إلى القانون الوضعي، بل يرجع إلى الرغبة في اعطاء الحكومة نوعا من الحرية ازاء التشريعي، واطهار علاقات القانون الخاص وكأنها بعيدة عن التيارات السياسية التي تسود علاقات القانون العام<sup>1</sup>.

ولا فائدة من تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، حيث يتكون القانون من مجموعة القواعد العامة والفردية، تندرج بعضها فوق بعض في شكل هرمي، تحكم كل درجة منها العلاقات التي تدخل في نطاقها في الحدود المقررة بهذه الدرجة دون الحاجة إلى التمييز<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: نقد مذهب كلسن

رغم بيان أهمية نظرية كلسن من خلال دفاع بعض النقاد عنها، لفضلها في حل بعض التناقضات، منها التناقض بين اعتبار القانون ارادة الدولة، وبين وجوب التزام الدولة بأحكام القانون والتقييد به، فإنها لم تسلم من الانتقادات، والمتمثلة في:

1- انتقد كلسن بسبب التدرج الهرمي، حيث أنه جعل كل درجة دنيا تستمد شرعيتها وقوتها من الدرجة التي تعلوها وصولا إلى قمة الهرم ممثلا في الدستور، وهنا يطرح التساؤل: من أين يستمد الدستور شرعيته؟، هنا يمكن القول أن كلسن حاول تفادي هذا الانتقاد بالقول أن الضابط الأعلى الذي يستمد منه الدستور شرعيته يتمثل في قاعدة عليا تاريخية، صادرة عن ثورة أو انقلاب، فإذا لم يكن يسلم بوجوده على سبيل الافتراض، لأنه لا يتعدى أن يكون ضابطا شكليا، ومع ذلك ردت إجابته، وبهذا مذهب كلسن يخفي أساس القانون.

2- يعاب عليه أنه وحد بين القانون والدولة واعتبره نفس الشيء، وهذا أمر مخالف للواقع، لأن الدولة كيان.

3- يعاب عليه أنه حدد الضوابط القانونية على سبيل الحصر، فلم يجعل ضمن التدرج الهرمي العرف رغم أهميته، وقد حاول الرد بالقول بأن قوة العرف مستمدة من إجازة الدستور له، إلا أن هذا القول مخالف للواقع لأن تقتصر على تنظيم التشريع دون أن تتعرض للنص على قوة العرف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كامل فريد السالك، مرجع سابق، ص 228.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 142.

<sup>3</sup> ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 46.

4- يؤخذ عليه أنه اعتبر الأوامر الفردية ضابطا قانونيا تضمنه الهرم، إلا أن القاعدة القانونية عامة ومجردة.

5- يعاب عليه أنه استبعد جميع العناصر غير القانونية من نطاق القانون، كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، في حين أن لها أثرا كبيرا في نشأة القانون، لأن القانون ظاهرة اجتماعية تتأثر بجميع العوامل<sup>1</sup>.

6- لم يتطرق إلى القانون الدولي العام، إذ تضمن الهرم الضوابط القانونية التي تحكم النظام الداخلي فقط دون التطرق إلى علاقاتها مع غيرها من الدول.

---

<sup>1</sup> تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة سياسية.

## المبحث الثاني: المذاهب الموضوعية

تهتم المذاهب الموضوعية بجوهر القانون ومضمونه، حيث تذهب إلى تحليله فلسفياً واجتماعياً للتعرف على طبيعة وكيفية نشأته، فهي تذهب وتهتم بجوهر القاعدة القانونية أو المادة الأولية التي تتكون منها هذه القاعدة، لتأتي بعدها المصادر الرسمية لتضفي على هذه القاعدة صفة الشرعية، مما يعطي للقاعدة القانونية صفة الإلزام<sup>1</sup>.

فيتفق أنصار هذه المذاهب فيما بينهم من حيث اهتمامهم بجوهر القاعدة القانونية، لكنهم يختلفون في مضمون هذا الجوهر، وهو ما أدى إلى ظهور مدرستين:

- مدرسة مثالية: ترى أن جوهر القانون هو مثل عليا للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله.

- مدرسة واقعية: ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة وتؤيده التجربة.

حيث كانت المدرسة المثالية هي السائدة حتى بداية القرن 19، أين ظهرت فلسفة جديدة تناقض الفلسفة التي تعتمد عليها المدرسة المثالية، هي الفلسفة التي تقوم على حقائق الحياة الواقعية الملموسة التي أدت إلى قيام المذاهب الواقعية التي تتكون منها المدرسة الواقعية.

والمثال التقليدي والذي أخذه أغلبية الفقهاء الذي يوضح الفرق بين المدرستين في تأصيل القاعدة الموجودة في جميع التشريعات التي تقضي بتجريم القتل، فتكون كما يلي:

- أصل هذه القاعدة وفلسفتها لدى المدرسة المثالية هو مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل، حيث يرفض أن يقتل الإنسان غيره، لذلك تم تجريم القتل (المطلب الأول).

- أما لدى المدرسة الواقعية: التجريم ناتج عن الواقع واستخراج منه، فالقتل بين الناس يـ{جـي إلى الفوضى في المجتمع، ما ينتج عنه فناء المجتمع<sup>2</sup> (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: المذاهب المثالية.

تكاد تنحصر المذاهب المثالية في مذهب القانون الطبيعي، ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 147.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 148.

## الفرع الأول: مذهب القانون الطبيعي

إن فكرة القانون الطبيعي تعني وجود قواعد قانونية أسبق وأعلى من القانون الوضعي، خالدة وثابتة، تصح في الزمان والمكان، من هذا التعريف الأولي يمكن القول أن ما يميز القانون الطبيعي هو بالثنائية والموضوعية، فهو لا يدين بوجوده لإرادة المشرع(الموضوعية)، كما أنه قانون مستقل عن القانون الوضعي ويعلو عليه (الثنائية)<sup>1</sup>.

حيث يتمثل مذهب القانون الطبيعي فيما ذهب إليه الفلاسفة والفقهاء منذ القدم في وجود قانون أعلى من القوانين الوضعية، وهذه الفكرة تعبر عن نزعة الإنسان إلى الكمال، وهي ليست من وضع الإنسان، بل هي قواعد أبدية ثابتة أودعها الله في الكون، وأن المشرع مطالب بالافتداء بها عند وضع التشريع.

ويبرز الفرق بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي في أن:

أن القانون الوضعي هو الذي تعمل به الجماعة فعلا وتسير وفقا له في الحياة العملية، أما القانون الطبيعي فهو المثل العليا التي تمثل الكمال، ويكشف عنها العقل البشري ليصوغ القانون الوضعي على نهجه، فيستوحي المشرع من تلك المثل العليا قواعد قانونية لتنظيم الجماعة، ومن ثم يعتبر القانون عادلا إذا كان متفقا مع مبادئ القانون الطبيعي، ويعتبر ظالما إذا كان مخالف لها.

فلقد عرف الإنسان منذ القدم أن هناك قانونا أسمى من القوانين الوضعية، يتمثل في مجموعة قواعد أبدية ، أزلية، خالدة، لا تتغير بتغير المكان والزمان، أودعها الله في الطبيعة ليستخلصها الإنسان بواسطة العقل، فهي لا تدين بوجودها لإرادة انسانية، أطلق عليه القانون الطبيعي، وجعلوه أسمى من القانون الوضعي، واعتبروه مقياسا لمدى عدل وكمال القوانين الوضعية.

هذا المفهوم التقليدي للقانون الطبيعي عرف عدة مراحل ، وشهد عدة تطورات، تغير مضمونه فيها تبعا لاختلاف الغايات التي اتخذت فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لتحقيقها، فقد بدأت لدى فلاسفة اليونان كفكرة فلسفية، ثم صارت لدى الرومانيين فكرة قانونية، ثم أصبحت لدى الكنسيين في العصور الوسطى فكرة دينية، ثم تحولت لدى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية.

**أولا- القانون الطبيعي عند اليونان:** اعتمد فلاسفة اليونان على الملاحظة والتأمل، فتوصلوا إلى أن الكون يخضع ويسير وفقا لنظام ثابت، ما دفعهم إلى الاعتقاد بوجود قانون أعلى يتضمن مجموعة

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 76.

قواعد خالدة ، ليست من صنع الانسان، وغير مكتوبة، ثابتة لا تتغير بتغير المكان والزمان، وهذه القواعد تحكم الظواهر الطبيعية سواء متعلق بالفلك أو الماء أو الهواء، كما تحكم العلاقات بين الناس<sup>1</sup>.

ويرى الأستاذ "كاسبيرق" أن المدرسة الفلسفية الرواقية كانت من أهم المدارس في تأريخ تطور فكرة القانون الطبيعي، حيث نادى المذهب الرواقي بوجود علاقة بين قوانين الطبيعة والقوانين العامة التي تحكم الأفراد.

**ثانيا- القانون الطبيعي عند الرومان:** عندما انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى الرومانيين الذين خلصوها من الطابع الفلسفي، وأضافوا عليها النزعة القانونية، بحث أصبحت قواعد مصدرا للقانون تطبق على كافة الشعوب<sup>2</sup>.

ومن أبرز فقهاء العصر الروماني "شيشرون"، القائل: " بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، وبوجود قانون ثابت ، خالد مرافق للطبيعة والعقل القويم، ينطبق على كافة الناس، وأعتبره القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثنا ولا من اليوم إلى الغد".

**ثالثا- القانون الطبيعي في العصور الوسطى عند الكنسيين:** أصبحت فكرة القانون الطبيعي في العصور الوسطى ذلك القانون الالهي الذي يسمو على القانون الوضعي، أي اصطبغت بصبغة دينية، حيث اعتبرته الكنيسة المسيحية قانونا من صنع الآلهة لكونها خالقة الطبيعة، فعزز موقف الكنيسة في الدولة التي يجب أن تخضع لها تحت شعار لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الالهي.

اشتهرت هذه الفترة بتقسيم القديس "توماس الإكويني"<sup>3</sup> القوانين إلى ثلاثة أنواع، بعضها فوق بعض، يعلوها القانون الالهي والذي يمثل مشيئة الله ويصل إلى الناس عن طريق الوحي، ولا يفهمه إلا رجال الدين، فهو مسألة ايمان واعتقاد وليس مسألة عقل، يليه القانون الطبيعي، ويشمل قواعد موجودة في الطبيعة التي يمكن للعقل اكتشافها وادراكها، وفي الرتبة الأخيرة السفلى يأتي القانون الوضعي، والذي هو من صنع الانسان ويستمد مبادئه من القانون الطبيعي، وإذا خالف القانون الوضعي القانون الطبيعي

<sup>1</sup> ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 05.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ص 77، 78.

<sup>3</sup> تجدر الإشارة هنا إلى أن القديس توماس الإكويني كان واسع الاطلاع ، فعرف الفلسفة الاغريقية ، وتأثر بأرسطو خاصة، والفلسفة العربية (ابن سينا وابن رشد) ودرس الفلاسفة المدرسين وآباء الكنيسة، ومؤلفاته تعتبر من أسس علم اللاهوت في الكنيسة الكاثوليكية، منقول عن منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 84.

يعتبر غير عادل<sup>1</sup>، ومع ذلك يكون واجب الطاعة لكونه مقترن بجزاء وتغليبا للمصلحة العامة، أما اذا خالف القانون الوضعي القانون الإلهي فإن طاعته لا تجب فلا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي<sup>2</sup>.

وبهذا التطور الذي عرقتة الكنيسة في العصور الوسطى، أصبح السلطان المدني يخضع للسلطان الديني على عكس ما كانت عليه المسيحية الأولى.

رابعا- القانون الطبيعي في العصر الحديث: عرف القانون الطبيعي من القرن 16 إلى القرن ال 19 عدة تطورات، وبقي خلال هذه المراحل محتفظا بأساسه التقليدي.

**1- اختفاء القانون الطبيعي خلال القرن 16 بسبب ظهور فكرة سيادة الدولة:** بعدما اصطبغ القانون الطبيعي بصبغة دينية، وسيطرة الكنيسة، كانت هناك محاولة التفكير للإطاحة بسيادة الكنيسة وفصل الأمور المدنية عن الأمور الدينية، ومع بدأ تكوين الدولة الحديثة ظهر مبدأ سيادة الدولة. وفي هذا الشأن، نجد أن هناك كاتبان من الذين دعوا إلى منح السلطان المطلق للدولة في وضع القانون الوضعي، هما ميكيافيل الإيطالي وبودان الفرنسي.

ميكيافيل صاحب كتاب الأمير، منح الحاكم السلطان المطلق وأقر له باستعمال كل الوسائل في سبيل تعزيز هذه السلطة، عملا بمبدأ الغاية تبرر الوسيلة، ومقولته الشهيرة هي: " يجب على الحاكم أن يكون أسدا وثعلبا في نفس الوقت" ،<sup>3</sup> تعبيرا منه على القوة والخداع.

أما بودان، فكان يدعو إلى سيادة مطلقة فقد اتجه إلى القول بأن الحاكم يتمتع بسلطان مطلق يسمح له بالتدخل من القوانين التي يفرضها على الشعب، ليكون بذلك الحاكم فوق القانون، والقانون في خدمته. إلا أن المغالاة والبالغة في تصوير فكرة سيادة الدولة للإطاحة بسيادة الكنيسة، أدى إلى اختفاء فكرة القانون الطبيعي، واستتبعه طغيان الحاكم واستبداده، لتضيع معها حقوق الأفراد وتسلب حرياتهم، في ظل عد الاستقرار والفوضى، ما أدى إلى المناداة بوضع أساس عادل لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد من جهة، وتنظيم العلاقات الدولية وخضوعها إلى العدل لا القوة، وهو ما فرض ضرورة وجود القانون الطبيعي ليكون وسيلة للدفاع عن الحقوق.

<sup>1</sup> كامل فريد السالك، مرجع سابق، ص 207.

<sup>2</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 86.

<sup>3</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص ص 153، 154.

2- عودة القانون الطبيعي وانتشاره خلال القرنين 17 و18 (عرف القانون الطبيعي انتشارا ونجاحا خلال هذه الفترة): ضمانا لحقوق الأفراد وحررياتهم، ومن أجل الحد من طغيان الحاكم وكذا من أجل تنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول بعدما سادت القوة في العلاقات الدولية، ظهرت الحاجة إلى العودة من جديد إلى فكرة القانون الطبيعي، فأصبح هذا الأخير أساسا للقانون الدستوري والقانون الدولي.

أ- معنى القانون الطبيعي أساسا للقانون الدولي العام: هو مراعاة قواعده ومبادئه في تنظيم العلاقات بين الدول، ويعد الفقيه الهولندي جروسيوس في جعل القانون الطبيعي أساسا للقانون الدولي العام، وهو صاحب كتاب قانون الحرب والسلام، فنظم جروسيوس المجتمع الدولي في فترتي الحرب والسلام.

- في فترة السلم يرى بأن كل دولة تتمتع بسيادة مستقلة، إلا أن الدول صاحبة السيادة عليها أن تقبل فكرة وجود مجتمع يحكمه القانون، وهذا القانون هو القانون الطبيعي، حيث يعرف سيادة الدولة بأنها: "تلك التي تكون أعمالها مستقلة عن كل سلطة عليا، ولا يمكن أن تلغى من قبل أي ارادة بشرية".

- أما فترة الحرب فهو يعترف بشرعية الحرب لعدم وجود سلطة أعلى من الدول ذات السيادة لفض نزاعاتها، بشرط أن تكون عادلة، وتكون غير عادلة متى كانت هناك اعتداء على الحقوق الأساسية التي يعترف بها القانون الطبيعي للدولة ذات السيادة، ومن أمثلة الحقوق الأساسية الحق في تقرير المصير، الحق في التجارة الدولية، الحق في الاستقلال، الحق في الحفاظ على النفس، الحق في المساواة<sup>1</sup>.

ب- القانون الطبيعي كأساس للقانون الدستوري: أي اعتباره أساسا لتنظيم سلطات الدولة اتجاه الأفراد، ووسيلة لردع الحكام وعدم طغيانهم، وكذلك جعله وسيلة لتقرير حقوق للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها أو تجاهلها.

فنتيجة استبداد الحكام والمبالغة في تصوير فكرة سيادة الدولة أصبح الأفراد يسبغون وفقا لأهوائهم، ما أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار، والغلبة للأقوى، ومن أجل إعادة التنظيم اتفق الأفراد فيما بينهم عن التنازل عن حرياتهم وحقوقه بالقدر اللازم الذي يضمن لهم حقوقهم وحررياتهم الأساسية، وهو ما أطلق عليه بالعقد الإجتماعي، الذي اعتبر أساس نشأة الدولة ووجود المجتمع السياسي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 64.



العلاقة بين القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي هي أن العقد هو أساس نشأة الدولة ووجود المجتمع السياسي، وبالتالي خضوع الأفراد لحكم القانون، فيكون بذلك العقد وسيلة للتعبير عن القانون الطبيعي<sup>1</sup>.  
وبخصوص العقد الاجتماعي، هناك ثلاث نظريات قامت على أساس العقد الاجتماعي، اتفقت فيما بينها من حيث قيام الدولة على أساس التعاقد ولكن اختلفت فيما بينهم من حيث مضمون هذا التعاقد وأطرافه أهدافه.

- **العقد الاجتماعي عند توماس هوبز:** الفيلسوف الانجليزي هوبز يرى بأن الحاكم ليس طرف في العقد لأنه يتم بين أفراد المجتمع فيما بينهم، وأن الأفراد يتنازلون عن كل حقوقهم الطبيعية للحاكم الذي يتمتع بسلطة مطلقة، لأنه خارج عن دائرة التعاقد، وذلك ليضمن لهم حقوقهم، ولأن التنازل كان كاملا ، فيجب على الأفراد طاعة ما يصدره الحاكم ، ولا يحق لهم مساءلته حتى وان استبد، فهو بذلك من أنصار الحكم المطلق.

- **أما الفيلسوف الانجليزي جون لوك:** يرى أن الحاكم طرفا في التعاقد الذي يتم بين الأفراد والحاكم، بموجبه يتنازل الأفراد عن جزء من حرياتهم وحقوقهم الطبيعية لصالح الحاكم، ويحتفظون بالجزء الباقي ، وهو ما يسمح لهم بتتحية الحاكم واستبداله، ويكون حكمه مقيدا.

- **أما الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو:** فلا سلطان إلا للشعب ، حيث يتنازلون لبعضهم البعض عن حقوقهم وحرياتهم الطبيعية مقابل حقوق مدنية وسياسية، بمعنى أن الشعب هو صاحب السلطة والسيادة، ولأنه لا يمكن أن تمارس من قبل جميع أفراد المجتمع معا، فإنهم يقومون بتعيين وكيل عنهم، يسعى إلى ضمان حقوقهم وحرياتهم والحفاظ على الأمن والاستقرار دون أن يتمتع بالسيادة والسلطة التي تبقى للشعب يمكن له بها عزل الحاكم عند اخلاله بالتزامه، فهو من أنصار الحكم المقيد(السيادة للشعب)<sup>2</sup>.

وكتقييم لنظريات العقد الاجتماعي، يمكن القول أن هذه النظريات افتراضية، فلم يثبت الواقع قيام دولة عن طريق العقد، فحتى وان كان عقد فلا يمكن أن يبقى ينتج في آثاره على مر العصور.

<sup>1</sup> فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص ص 190-199.

مما تجدر الإشارة إليه أن نظريات العقد الاجتماعي عند توماس هوبز وجون لوك وجون جاك روسو بالإضافة إلى ما سبقته درسته فهي تختلف في طبيعة حياة الفطرة، لأن الأفراد قبل الانتقال إلى مجتمع سياسي منظم المتمثل في الدولة كان يعيش حياة فطرة.

<sup>2</sup> فايز محمد حسين، مرجع سابق، ص 191-198.

3- تراجع القانون الطبيعي بسبب الانتقادات التي وجهت له خلال القرن 19: بظهور المدرسة الواقعية، تعرض مذهب القانون الطبيعي إلى عدة انتقادات، شككت في صحته، وأهم مهاجميه المذهب التاريخي (وهو ما سوف نتطرق إليه عند دراسة المذهب التاريخي).

### الفرع الثاني: مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير

الانتقادات التي وجهت إلى مذهب القانون الطبيعي أدت إلى اضعافه، إلى أن تم بعثه من جديد مع نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، وفي ذلك ظهر اتجاهان:

أولاً- القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير: حاول الفقيه الألماني "ستالمر" أن يجمع بين الثابت والمتغير في فكرة القانون الطبيعي، وذلك انطلاقاً من فكرة أن جوهر القانون هو مثل أعلى يتمثل العدل، والعدل في حد ذاته ثابت ومتغير، فهو خالد في فكرته ومتغير في مضمونه، لذا أطلق عليه القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.

وأيضاً الفقيه الفرنسي "سالي" saleilles ، في أن فكرة العدل في حد ذاتها خالد وثابت وهو أمر لا يتغير، فتعتبر فكرة العدل الإطار الثابت والدائم للقانون الطبيعي، أما الذي يتغير فهو مضمون هذا العدل، وطريقة تعديله فهو مرهون بالظروف الاجتماعية التي تتغير من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر.

وبذلك، أنصار المذهب الطبيعي القائم على أساس الثبات والخلود، واعتبار العدل بما أنه جوهر القانون ثابت ومتغير في آن واحد، ثابت في فكرته ومتغير في مضمونه، إلا أن هذه المحاولة تعرضت للانتقاد، فلا يمكن أن تجمع نفس الفكرة بين الثابت والمتغير معاً، وأصل القانون الطبيعي قواعد ثابتة وخالدة، كما أن فكرة العدل تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر.

ونصل إلى القول أن مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير يتفق مع مذهب القانون الطبيعي في أمر واحد وه أن القانون الطبيعي يستخلصه الإنسان بواسطة العقل، ولكنهما فيما عدا ذلك يختلفان اختلاف كبيراً.

ثانياً- مذهب جمهور الفقهاء المحدثين في اعتبار القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل: نادى فقهاء العصر الحديث بالعودة إلى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي، مع توضيق نطاقه، حيث يرى هؤلاء الفقهاء وعلى رأسهم بلانيول planiol، وجوسران josserand ، أن القانون الطبيعي لا يتضمن مجموعة كاملة من القواعد تضع الحلول اللازمة لجميع مشاكل الحياة الاجتماعية، وإنما يقتصر على مجموعة

قليلة من القواعد والمبادئ المثالية الثابتة المبنية على العدالة<sup>1</sup>، كمبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ، ومبدأ اعطاء كل ذي حق حقه، وعدم التعسف في استعمال الحق والحق في الحياة، وهي مبادئ مشتركة بين جميع الأمم، تعتبر من الموجهات المثالية للعدل، وتعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانوني، تستند عليه القوانين الوضعية في كل زمان ومكان<sup>2</sup>.

حيث لاقى هذا المذهب قبولا، لكونه حافظ على أصل القانون الطبيعي وما يتميز به، من كونه عبارة عن مجموعة قواعد ثابتة أبدية لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وهي من وحي الطبيعة يكتشفها العقل البشري وتعتبر مثالا أعلى للعدل، ولكنها انفردت بأنها جعلت مبادئ وقواعد القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل، أي أنها لا تضع حلولاً لمشاكل الحياة، وإنما توجه المشرعين الوضعيين نحو صياغة قواعد قانونية تتغير بتغير المكان والزمان، تتضمن حلولاً لهذه المشكلات وتحقق العدل.

فالمثل الأعلى الذي انتهت إليه فكرة القانون الطبيعي في صورته الحديثة هي أمر ضروري لتوجيه المشرع عند وضع القواعد القانونية، وهي أمر ضروري لتوجيه القاضي عندما لا تسعفه هذه القواعد القانونية، وبذلك يعتبر القانون الطبيعي أساسا للقوانين الوضعية سواء في تكوينها أو انشائها أو في تكملة ما قد يضطر عند تطبيقها من نقص، وهو ما قضت به المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، التي سبقت دراستها عند التطرق إلى مصادر القاعدة القانونية في المحور الأول.

### المطلب الثاني: المذاهب الواقعية

لقد وجدت الفلسفة الواقعية - منذ القرن التاسع عشر - صدا واسعا وحاولت أن تخضع لنهجها كل معرفة إنسانية، فهي فلسفة لا تؤمن إلا بالواقع الملموس المحسوس الذي تسجله الملاحظة وتؤديه التجربة فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكد مشاهدته أو تجربته هي معرفة حدسية لا يقينية، وبهذا زعزعت الفلسفة المثالية التي كانت سائدة آنذاك، وحاولت فرض منهجها ونظرتها غير مقتصرة على مجال محدد بل كنهج فكري بديل ولقد تسللت أفكار هذه الفلسفة إلى القانون ونفذت إلى قلاعه وحصونه التي سيطرت عليها النظرة المثالية.

يرى فقهاء هذه المذاهب أن جوهر القانون يتمثل في الواقع الملموس للحياة الاجتماعية، باعتبار القانون ظاهرة اجتماعية، مع اختلافهم في تفسير الواقع الاجتماعي، وتتمثل مذاهب هذه المدرسة في:

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص ص 166، 167.

<sup>2</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص ص 154، 155.

- المذهب التاريخي
- مذهب الغاية الاجتماعية
- مذهب التضامن الاجتماعي

### الفرع الأول: المذهب التاريخي

يربط المذهب التاريخي القانون بالتطور التاريخي للجماعة، أي أن القانون نتاج التاريخ، يولد وينمو في ضمير الجماعة ويتطور معها، ويساير مستجداتها<sup>1</sup>.

يذهب هذا المذهب إلى القول بأن القانون يجب أن يتوافق وطبيعة البلد الذي صدر فيه، فالقانون ليس ما يكشفه العقل وإنما ما صنعه الزمان، وهو يتطور آلياً مع تقدم الزمن دون الحاجة لتدخل الإرادة الإنسانية.

هذه الأفكار تبلورت وخرجت في مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الألماني سافيني، أطلق عليه المذهب التاريخي، إذ يعتبر هذا الأخير أن القانون هو مجموعة القواعد السائدة التي تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة في مجتمع معين، وأن التجارب قد دلت على أن القانون ليس واحداً ثابتاً ولكنه متغير في الزمان والمكان، يتأثر في ذلك بعوامل البيئة المختلفة والمتعددة، ويساير تطوراتها واختلافها، مما يستبعد تثبيت نصوصه وقواعده في التقنين، فذلك يؤدي إلى جموده وعدم مواكبته للتطور<sup>2</sup>.

أولاً- أسس المذهب التاريخي: يقوم المذهب التاريخي على ثلاثة أسس، تتمثل في:

- 1- انكار وجود القانون الطبيعي: ينكر المذهب التاريخي وجود القانون الطبيعي، إذ يرى سافيني أنه لا توجد قواعد ثابتة أبدية يكشف عنها العقل، لأن هذا القول يؤدي إلى اختلاف الأشخاص، وتأثرهم بالظروف المحيطة بهم وكذا بأرائهم وميولهم الشخصي ومعتقداتهم وغيرها من المؤثرات<sup>3</sup>.
- 2- القانون وليد حاجة الجماعة: يرى أنصار هذا المذهب أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها، وأنه يتطور حسب ظروف كل مجتمع، وهو يختلف من دولة إلى أخرى، بل أنه يتغير في الدولة نفسها من جيل إلى آخر حسب تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية.

<sup>1</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص 160.

<sup>2</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 33.

<sup>3</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص 162.

وأن الجماعة لا يحدها زمن معين أو جيل معين، بل هي كالسلسلة تتدرج في خلفياتها الأجيال وتتعاقد على مر الزمان، فيرتبط الحاضر بالماضي، ويمهد الحاضر للمستقبل، ليكزن بذلك القانون ليس ثمرة جيل معين من أجيال الجماعة، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة<sup>1</sup>.

**3- القانون يتكون ويتطور آليا:** القانون وفقا لهذا المذهب ينبعث من جهد جماعي مشترك تساهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة، فهو ينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة، إذ أنه ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة، حيث يتكون ذاتيا بطريقة آلية دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في تكوينه، كما أنه ينمو ويتطور بشكل تلقائي<sup>2</sup>.

### ثانيا- نتائج المذهب التاريخي:

تتمثل نتائج هذا المذهب فيما يلي:

**1- عدم تجميع القواعد القانونية في تقنين:** لأن تجميع القواعد القانونية في تقنينات ثابتة يعد عملا ضارا بها، لأن هذا التقنين من شأنه أن يؤدي إلى جمود القوانين وعدم تطورها، حيث تضيي عملية التقنين على القواعد القانونية نوعا من القدسية، يجعل المشرع يتردد في تعديلها وتغييرها بما يلئم الحياة في الجماعة ، ومع مرور الزمن تصبح هذه التقنينات بعيدة عن الواقع وغير ملائمة مع المجتمع.

**2- حصر دور المشرع:** القانون الذي يصدره المشرع ليس من وضعه، لأن القانون يوجد نفسه ويتكون تلقائيا بطريقة آلية، إذ يقتصر دور المشرع على مراقبة تطور هذا القانون في ضمير الجماعة، ثم تسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس، وبذلك تصبح وظيفته سلبية قاصرة على تسجيل ما يخرج من الضمير الجماعي وتطوره عبر الزمن<sup>3</sup>.

### ثالثا: نقد المذهب التاريخي

**1-** لقد بالغ المذهب التاريخي في ربط القانون بالجماعة وجعل من القانون نتيجة للضمير الجماعي وبذلك أنكر دور الإرادة العقل الانسانيين في تكوين القانون كما أن التشريع اهم من

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 170.

<sup>2</sup> نفس المرجع، 171.

<sup>3</sup> أ. خدام، مرجع سابق، ص 34.

التطور القانوني اذ أن المشرع قد يصدر قوانين يتقيد بظروف المجتمع لكنها دافعة له، وبهذا يكون قد عجل في تطور القانون.

2- القانون من العلوم التقويمية التي تفترض غاية حيث تذهب بها للإرادة الانسانية عكس المذهب التاريخي الذي أنكر طبيعة القانون فأخضع القواعد القانونية للسببية التي تحكم الظاهرة الطبيعية في حين القانون من العلوم التقويمية وتستهدفها الإرادة الانسانية الواعية من أجل تقويم سلوك الأفراد.

3- ان المذهب التاريخي قد بالغ في اعتبار أن القانون هو وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع في حين أن كثيرا من الدول قد اقتبست قوانينها كلها أو في جزء منها من قوانين دول أخرى كمنقل قوانين أغلب الدول العربية عن القانون الفرنسي.

4- كما أنه لا يمكن أن تسلم بما أنت به هذه النظرية حيث هناك جوانب ليست صحيحة حيث ما يمكنه وصفه من العادات والتقاليد وتأثر المجتمع بالتاريخ وهذا الجانب الصحيح لهذه النظرية حيث أن المجتمع يساعد في تطوير القانون وذلك وفق تطور الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

5- أما لما تكلمت عن الأنظمة الاجتماعية حيث كانت القوى الداخلية هي أساس قيام القانون حيث لم يبين لنا القوى الداخلية الكاملة في المجتمع حيث يهمل ارادة الانسان وانما تأتي هذه القوى نتيجة الكفاح واستمرارية حيث نظام الرق السابق كان ينظم في بيع البشر وتغير هذا الكفاح ونضال الانسان وكذلك حقوق العمال لما نجحت الثورة الصناعية في أوروبا حيث انتشرت المصانع ونشأت طبقة جديدة وهم العمال فشعروا بالظلم وتكتلوا وتتشأ ما يسمى بالنفائيات العمال مما أدى بالدولة الاعتراف بها.

6- كما أن هذه النظرية غلبت عليها العرف أكثر من التشريع حيث ليس صحيح أن العرف هو كل شيء حيث يساهم في وضع التاريخ حيث له محاسن والتشريع أيضا له محاسن يغلب به عن العرف حيث يسهل تعديل التشريع عكس العرف.

### الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية

يعتبر مذهب الغاية الاجتماعية من المذاهب الواقعية، نادى له الفقيه الالمانى "إيهرينج" كرد فعل مباشر على المنهج التاريخي، أبرزه في مؤلفاته أهمها : « الكفاح من أجل القانون» و «الغاية من القانون

«، لا يقوم هذا المذهب على أسس معينة وإنما لديه فلسفة خاصة به، ذلك لأنه جاء ردا على مذهب التضامن الاجتماعي.

### أولا: الفلسفة التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية

يرى "إيهرينج" أن القانون في تطور مستمر ولكنه ليس تطورا تلقائيا كما يزعم أنصار المذهب التاريخي بل هو تطور يخضع الى حد كبير لإرادة الانسان والقانون ظاهرة اجتماعية، والظواهر الاجتماعية تختلف عن الظواهر الطبيعية من حيث خضوعها لقانون الغاية دون قانون السببية.

فالظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار بسبب دوران الارض، أو سقوط الاجسام من أعلى الى أسفل بسبب الجاذبية ، تحدث كلما توافرت أسبابها دون أن يكون لإرادة الانسان دخل في حدوثها أو دفعها نحو تحقيق غاية معينة، ومن ثم فهي تخضع لقانون السببية، أما الظواهر الاجتماعية فلا تتم الا بتدخل الإرادة البشرية تدفعها نحو تحقيق غاية معينة ومن ثم فهي تخضع لقانون الغاية، والقانون باعتباره ظاهرة اجتماعية، تلعب ارادة الانسان دورا كبيرا و ايجابيا ونشأته وتطوره، وقد يصل هذا الدور الى درجة الكفاح واستخدام القوة والعنف لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة، ذلك أن التطور قد يؤدي الى تغيير بعض النظم القانونية القائمة في المجتمع والتي يحرص المستفيدون منها على بقائها وعدم تغييرها، الأمر الذي يؤدي الى قيام الصراع والكفاح بين هؤلاء المستفيدين وبين من يريدون تعديل هذه النظم، ويتوقف بقاء أو تغيير هذه النظم على نتيجة هذا الصراع والكفاح ، بحيث إذا تغلب أنصار التعديل أو التغيير ظهرت نظم قانونية جديدة وأدى ذلك الى تطور القانون، فالثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى التي شهدتها الانسانية في عصورها المختلفة كانت تقوم دائما دفاعا عن مبادئ قانونية، وكفاحا من أجل تعديل أوضاع قانونية لم تكن تتفق مع الظروف الاجتماعية القائمة<sup>1</sup>، فمثلا تحرير الفلاحين من الاقطاعيين لم يتحقق الا بعد كفاح طويل وتضحيات مريرة لتعديل وتغيير الانظمة القانونية التي كانت سائدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أ. خدام ، مرجع سابق، ص 37.

<sup>2</sup> ومثال ذلك أيضا قانون العمل حسب مذهب الغاية الاجتماعية، الذي لم يتأتى إلا بعد نضال طويل من العمال للتحرر من أرباب العمل.

وبذلك فإن القانون في طبيعته وجوهره ، وفقا لمذاهب إبهرينج ليس الا ثمرة الغاية والكفاح، الغاية هي حفظ المجتمع و أمنه و تقدمه و الكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية، ولذلك فإن هذا المذهب يسمى أيضا بمذهب الغاية والكفاح<sup>1</sup> .

### ثانيا: نقد مذهب الغاية الاجتماعية

رغم واقعية هذا المذهب بإبرازه دور الارادة الانسانية نشأة القانون وتطوره كما أبرز خطأ المذهب التاريخي الذي ألبس القانون ثوب الآلية والتلقائية دون التوجيه الانساني إلا أن ما يعاب عليه:

1- جعل غاية القانون هي حفظ المجتمع و ليس إقامة العدل كذلك يؤخذ عليه أنه جعل الكفاح أساس تطور القانون وهذا تبرير لمنطق القوة حتى ولو لم تكن على حق وتبرير لمنطق الغاية تبرر الوسيلة، وهو ما يؤدي إلى إسناد القانون إلى القوة، وطغيان قانون القوة<sup>2</sup>.

2- كذلك يؤخذ عليه أنه أفرط في جعل تطور القواعد القانونية كلها رهنا على إرادة الانسان وهذا ينافي الأعراف التي هي من مصادر القانون ولا تظهر فيه إرادة الانسان بشكل جلي وواضح كذلك المجتمع يجعل القانون، وإذا ما طالب عن حقوقه فإن مطالبه عادة ما تكون اجتماعية بحتة.

### الفرع الثاني: مذهب التضامن الاجتماعي

لقد اهتم الفقيه "دوجي" عالم الفقه الفرنسي بمسائل علم الاجتماع القانوني<sup>3</sup>، وكتب مجموعة من الكتب في هذا الصدد منها كتاب الدولة 1901، القانون الإجتماعي 1911، السيادة والحرية 1922، وسعي ديجي إلى ربط القانون بالتضامن الإجتماعي.

أما مضمون نظرية "دوجي" في التضامن الإجتماعي فمحتواها أن الإنسان قد عاش في الماضي كما يعيش الآن مع غيره في حياة اجتماعية والمجتمع بالنسبة إليه يعتبر حقيقة واقعية، فالإنسان هو من جهة عضو في الجماعة ، ومن جهة أخرى له كيان شخصي مستقل عن المجتمع له حاجته الشخصية

<sup>1</sup> ابراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 96، 97.

<sup>2</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص 166.

<sup>3</sup> وفي هذا الشأن، قال الفقيه "جيز" عن الفقيه "دوجي": "إن المجد الذي ناله باستحقاق بفضل عبقرتيه ومتابعته المستمرة، وهيمنته المعترف بها عالميا، لم تصبه بالغرور ولا لحظة، فقد بقي طوال حياته العالم المستقيم والمتواضع، محترسا من نفسه، ومستعدا دائما لتعديل نتائج أعماله وفق ما يستجد من بحوثه وبحوث القانونيين من مختلف المشارب، هيامه الوحيد كان الحقيقة"، منقول عن منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 119.



ومبولا ته الخاصة التي لا يمكن إشباعها إلا في ظل مجتمع ، ومن هذا المنطلق يرتبط الإنسان بأفراد المجتمع ارتباط تضامن ، فالتضامن عند ديجي حقيقة علمية واقعية وليست مثلاً أعلى ميتافيزيقيا ، وهو الذي يعطي مضمونا ملموسا لفكرة القانون، فالدولة مجرد جهاز لإدارة المرافق العامة يتولى تحقيق التضامن الاجتماع.

ويستشهد دوجي بظاهرة التضامن عبر التاريخ كحقيقة وواقع ملموس، فعند القبائل الرحل كان الناس يجتمعون للدافع عن كيانهم و ظروف حياتهم.

وفي نطاق الأسرة نجد التضامن الإجتماعي بصورته الواضحة حيث أن الدوافع المؤدية إلى ذلك أكثر من مما سبق والمتمثلة في عوامل القرابة والدين وغيرها.

أما في المدن فالتضامن الإجتماعي قائم بين الأسر ذات التقاليد والأصول والأعراف المتحدة وفي الأمة التي تمثل الشكل الحديث للجماعة المتحضرة والتي ترجع إلى عوامل منها وحدة القانون والسلطة واللغة والدين .....الخ<sup>1</sup>.

#### أولاً: أسس مذهب التضامن الإجتماعي

لقد أسس الفقيه الفرنسي "دوجي" في أواخر القرن التاسع عشر مذهب التضامن الاجتماعي، ووضع القواعد التي يقوم عليها، إذ تجلّى من خلالها تأثيره بالنزعة العلمية التي تنطلق من الواقع وترتكز على الملاحظة والتجربة، وهذا التأثير جاء مع انتشار تطبيق المنهج التجريبي على العلوم الاجتماعية.

يقول الفقيه "دوجي": "أن التضامن الإجتماعي هو الذي يجب أن يصمد فوق شدة الأفياء وضعف الضعفاء ، وفوق الفوارق الاجتماعية ، إنه العامل الذي يجمع بين الطبقتين في ضل دولة واحدة".

ومن هنا، أخذ "دوجي" بهذه الفكرة في تحديد نشأة وتطور القاعدة القانونية ليخرج مجموعة من الحقائق العلمية الواقعية التي يرى بأنها أساس القاعدة القانونية، أما ما عدى هذه الحقائق الملموسة، كالحقائق المثالية مثلاً، فإنها حسية واهية لا يمكن الأخذ بها.

#### أولاً: الأسس التي يقوم عليها مذهب التضامن الاجتماعي

ينطلق "دوجي" في نظريته من المنهج العلمي الواقعي الذي يعتمد على المشاهدة والتجربة، فهو لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية التي يمكن ملاحظتها والتحقق منها أما ما عدا ذلك فيعتبر نوعاً من الخيال

<sup>1</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص 167.

يقوم على مجرد الافتراض وهذا ما أدى بالفقيه دوجي إلى القول بقيام القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي، وقد اعتمد على حقائق واقعية اتخذها كأساس لمذهبه، إذ تأثر "دوجي" بالنزعة الواقعية العلمية الملموسة، فلم يعترف إلا بالحقائق التي تقوم على دليل علمي، تثبتتها المشاهدة وتعززها التجربة.

ومن أقوال الفقيه "دوجي" والتي يمكن الاعتماد عليها في دراسة أسس هذا المذهب: "لقد اجتمع الأفراد في مجتمع وبيقون مجتمعين، لأن لهم حاجات مشتركة وحاجات مختلفة، ولهم في الوقت نفسه امكانيات مختلفة، وحاجات الأفراد المشتركة لا يمكن أن تشبع إلا بالحياة المشتركة، فالأفراد يتعاونون لتحقيق حاجاتهم المشتركة وذلك بتقسيم امكاناتهم المتشابهة بصورة مشتركة، وهذا ما يكون العنصر الأول للحياة الاجتماعية ويسمى "التضامن بالتشابه"، لكن لكل الأفراد يملكون قدرات مختلفة وحاجات متنوعة، وهم يشبعون هذه الحاجات بتبادل الخدمات، بحيث أن كل واحد يقدم قدراته ليشبع حاجات الآخرين، وفي مقابل ذلك يأخذ منهم ما يحتاجه من خدمات، وهكذا يحدث في المجتمعات البشرية تقسيم عمل واسع يكون ما يسمى "التضامن بتقسيم العمل".<sup>1</sup>

انطلاقاً مما سبق، أسس "دوجي" مذهبه على أساس التالية:

**1- تعايش الإنسان مع غيره من أفراد المجتمع:** الإنسان قد عاش في الماضي كما يعيش الآن مع غيره في حياة اجتماعية، والمجتمع بالنسبة إليه يعتبر حقيقة واقعية، فالإنسان هو من جهة عضو في الجماعة بحيث لا يمكنه العيش بمفرده<sup>2</sup>، ومن جهة أخرى، له كيان شخصي مستقل عن المجتمع، إذ له حاجاته الشخصية وميولاته واعتقاداته وأفكاره التي تميزه عن الآخرين.

**2- التضامن الذي ينشأ بين أفراد هذا المجتمع:** يرى "دوجي" أن التضامن الاجتماعي: "هو الذي يجب أن يصمد فوق شدة الأقوياء وضعف الضعفاء، وفوق الفوارق الاجتماعية، فإنه العامل الذي يجمع الطبقتين في ظل دولة واحدة".

فالتضامن حقيقة علمية واقعية وليس مثلاً أعلى ميتافيزيقياً، والإنسان يرتبط بأفراد المجتمع ارتباطاً تضامناً، ذلك أن الفرد لا يمكن أن يفي كل حاجاته ومتطلباته بنفسه دون الحاجة إلى مساعدة من الآخرين. ولقد ميز "دوجي" بين نوعين من التضامن:

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 124.

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 123.

أ- **التضامن بالاشتراك**: الذي ينشأ عند تشابه حاجات أو رغبات الأفراد ويتطلب عندئذ تحقيقها تضامن الأفراد فيما بينهم من خلال تكاثف الجهود، فالحاجات المتشابهة والمصالح المشتركة بين الناس لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تضامن وتعاضد واشتراك، وهو ما يطلق عليه بالتضامن بالتشابه أو التضامن بالاشتراك.

ب - **التضامن عن طريق تقسيم العمل**: إن الناس متميزون ومتفاوتون في حاجاتهم وقدراتهم، ولكل فرد مواهبه الخاصة التي تسمح له بتبادل المنافع المختلفة مع غيره من أفراد المجتمع. فينشأ التضامن عن طريق تقسيم العمل عند اختلاف الأفراد في ميولهم واستعداداتهم، هذا ما يجعل كل فرد يتخصص في نشاط أو عمل معين يتضامن مع غيره من الأفراد من خلال تبادل الخدمات والسلع وبالتالي تبادل المنفعة ويزداد هذا النوع من التضامن مع تطور البنيان الاجتماعي.

3- **شعور الأفراد بما هو عدل**: لقد عزز دوجي القاعدة القانونية بأساس آخر هو الشعور بالتضامن، غير أنه فيما بعد تبين له عدم كفاية الشعور بالتضامن الاجتماعي كأساس للقاعدة القانونية، لذلك عدّله إلى الشعور القائم عند الأفراد بما هو عدل وما هو غير عدل، ومن خلاله يميز ما بين الأفعال التي يجب القيام بها والأفعال التي يجب تركها والامتناع عنها، أي الحد الفاصل بين ما هو صالح وما هو طالح، ويتفرع على هذا الحد الاجتماعي قواعد اجتماعية تنظم الأفراد.

وعليه، فالقاعدة القانونية حسب "دوجي" ليست من صنع الدولة التي تعتمد على الإيجاب لكفالة احترامها كما تنادي به المذاهب الشكلية والتي ترجع القانون إلى إرادة الدولة، ولا تلك القاعدة التي تخضع للمثل الأعلى كما يدعي أنصار القانون الطبيعي، بل هي القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع أنها ضرورية للحفاظ على التضامن الاجتماعي وأنه من العدل استعمال قوة الجبر في الجماعة لكفالة احترامها والانصياع لها<sup>1</sup>.

### ثانياً: نقد مذهب التضامن الاجتماعي

لقد وجهت لمذهب التضامن الاجتماعي جملة من الانتقادات تمثلت في:

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

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 135.

لمبدأ السببية، فيمكن إدراك النتيجة بالمشاهدة والتجربة كلما توافرت الأسباب اللازمة. وبالتالي يسهل تطبيق المنهج التجريبي الواقعي عليها.

- كما أن العلوم الاجتماعية تهدف إلى معرفة ما هو كائن وما يجب أن يكون، وهنا فهي تخضع لمبدأ التنبؤ والتطلع والذي يخرج عن دائرة الملاحظة والتجريب، كما أن الظاهرة الاجتماعية تمتاز بالتشابه والتغيير المستمر هذا ما يجعل تطبيق المنهج التجريبي عليها شيء صعب وعسير، ومن ثمة، ففكرة "دوجي" فيما يخص تطبيق الملاحظة والتجربة على الظاهرة الاجتماعية لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها<sup>1</sup>.

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

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

- جعل "دوجي" شعور الأفراد بالعدل أساس القاعدة القانونية، وهذا معناه تحكيم الأهواء الشخصية، والنزعة الذاتية والنزاعات الفردية، وهو ما يتناقض مع مبادئه وأفكاره كونه ينادي إلى ضرورة إعمال العقل والتقييد بالموضوعية<sup>2</sup>، ومن تم جعل أساس القانون خاضعاً للنزعة الذاتية ألا وهي الشعور النابع من الأفراد بما هو عدل، في حين أن القانون يجب أن يستند إلى الحقائق الموضوعية، والعدل كحقيقة ثابتة كما يفرضها العقل وليس كما يشعر به الأفراد، فالأفراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذي يخضع للأفراد.

<sup>1</sup> بن كسيرة شفيقة، محاضرات في مقياس فلسفة القانون، لقاء على طلبة السنة أولى ليسانس السداسي الأول، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، للسنة الجامعية 2020-2021

<sup>2</sup> نفس المرجع، ص 40.

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

ومع ذلك فهناك من يرى أن نظرية دوجي تتفق تماما مع تطور الأفكار الحديثة وحاجة الجماعات البشرية في تطوراتها الحالية، فقد أخذت الدول الحديثة تهتم بتحقيق العدالة الاجتماعية بين الجماعات وتخرج عن نطاق المبدأ الفردي الذي كان سائدا لفترة من الزمن.

إن نظرية التضامن الاجتماعي تقرر حقيقة واقعية وترجع قيام النظام الاجتماعي كله على هذه الحقيقة وحدها، وهي بذلك تقصي الحقائق الأخرى التي يقوم عليها المجتمع فهناك التنافس والصراع.

### المبحث الثالث: المذاهب المختلفة

إن البحث على أساس القانون والعناصر التي يتكون منها دفع بالمذاهب الفقهية الى عدة تصورات منها المذاهب الشكلية التي تنظر الى شكل القاعدة القانونية والمذاهب الموضوعية التي تقف عند جوهر القاعدة القانونية والمادة التي تتكون منها هذه القاعدة وقد لوحظ على هذه المذاهب نوع من اللغو والتطرف فظهرت مذاهب جديدة تنظر الى الانسان ككائن روحي لا يخضع الا لما يمليه العقل وكائن اجتماعي له وجود محسوس وبهذا زاوجت هذه المذاهب الجديدة بين المذاهب الشكلية والموضوعية فنظرت الى القاعدة القانونية من حيث المظهر والجوهر وهو ما يطلق عليه بالمذاهب المختلفة أو المذاهب المختلفة ومن أبرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي " جيني".

وقد تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين: عنصر مثالي وعنصر واقعي<sup>1</sup>.

ولهذا سنتعرض بالدراسة إلى مذهب جيني في (المطلب الأول)، ثم جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مذهب جيني

جيني هو أستاذ للقانون بجامعة نانس بفرنسا، من أشهر مؤلفاته كتابه الذي أصدره بعنوان ( العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي) بين سنتي 1914-1924، وقد عرض هذا المرجع مذهبه في أساس القانون وطبيعته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بن كسيرة شفيقة، مرجع سابق، 41.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ص 182.

يعرف مذهب جيني أو نظريته باسم نظرية العلم والصياغة.

## الفرع الأول: أسس مذهب جيني

حاول جيني التوفيق بين المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية:

1- إذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (المثالية والواقعية): حين قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة، مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشفه العقل.

2- كما تأثر بالمذاهب الشكلية: عندما قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحا للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة<sup>1</sup>.

يسمي جيني الجوهر في مذهبه بـ"العلم"، ويطلق على الشكل اسم "الصياغة"، حيث يقرر جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: العلم والصياغة<sup>2</sup>.

بذلك، يقوم مذهب جيني على أساسين هما: الأساس الأول هو عنصر العلم ، أما الأساس الثاني فهو عنصر الصياغة.

### أولاً- عنصر العلم:

نشأ هذا العلم في القرن العشرين على يد جيني وهذا العلم عبارة عن جملة من الآراء الصحيحة من النظريات السابقة، فهو كل معرفة قائمة على التأمل والتفكير العقلي، ومعرفة الواقع الممكن ملاحظته والتحقق منه، فجمع بين الواقعية والمثالية.

ويرى جيني أن علم القانون علم معقد وأن فكرة تحليل هذا العلم يكون على أوجه رئيسية عنصر العلم من جهة وعنصر الصياغة من جهة أخرى، فعنصر العلم يقدم الحقائق التي يمكن أن تصبح أساسا لبناء قواعد قانونية ملائمة أما عنصر الصياغة فهو الذي يتيح لنا أن نصيغ هذه القواعد التي دلنا عليها العلم.

<sup>1</sup> بن كسيرة شقيقة، مرجع سابق، ص 41.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ص 183.

ويرى جيني أن عنصر العلم يتضمن أربعة أنواع من الحقائق، ويعتبر بمثابة عوامل التي تؤثر في تكوين القواعد القانونية وتؤثر على المشرع ليصوغ القاعدة القانونية وهذه الحقائق تتمثل في:

**1- الحقائق الواقعية أو الطبيعية:** وتتضمن جميع الظروف الطبيعية أو المادية أو المعنوية التي تحيط بالأفراد، مثل الأحوال الفيزيولوجية الاقتصادية الاجتماعية الدينية، ولكنها أمور يجب على المشرع أن يراعيها ويتبناها ويتأثر بها عند وضعه للقواعد القانونية، فمثلا الجزائر كانت تعمل على أساس الحزب الواحد والنظام الاشتراكي وبتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية تحولت الى التعددية الحزبية والنظام الرأسمالي وهذه العوامل تشكل القاعدة القانونية هنا كما أن هناك ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها للقانون السببية وقد تكون ظروفًا خاصة بالتكوين العضوي التي يمكن ردها على عوامل طبيعية.

**2- الحقائق التاريخية:** تتضمن التطورات المختلفة التي مرت بها الجماعة ، من أحداث تاريخية وثقافية، لأنها تستند إلى خبرة الأجيال السابقة، ما يؤدي إلى الأخذ بها عند إنشاء القواعد القانونية.

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

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

## ثانيا- عنصر الصياغة

عنصر الصياغة مكمل لعنصر الحقائق الاجتماعية والمثل الأعلى للعدل، فلا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وإنما تشكل الأرضية وتكون المادة الأولية للقواعد القانونية، إذ تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية، وهذا ما يتمثل في الصياغة التي تجعلها عامة ومجردة وملزمة ولها جزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية، ولهذا يعرف جيني الصياغة بأنها "فن التشريع"، فهي تتم وفق إجراءات شكلية معينة، أي تحويل المادة الأولية للقانون الى قواعد

<sup>1</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص ص 175، 176.

عامة مجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية، وبذلك تنطبق القواعد القانونية على الجميع بما فيهم واضعها، وبهذا يتحقق مبدأ سيادة القانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: نقد مذهب جيني

امتاز مذهب جيني بجمعه بين الجوهر والشكل معا في أساس القاعدة القانونية، ومع ذلك لم يسلم من الانتقادات حيث أخذ عليه ما يلي:

1- الحقائق التي ذكرها جيني في عنصر العلم ليست حقائق علمية بمفهومها الصحيح، إذ لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والحقائق المثالية من قبيل الحقائق العلمية، لأنها تخرج من الواقع الملموس الذي يثبت بالمشاهدة والتجربة، وبالتالي فلا يدخل في عنصر العلم من هذه الحقائق سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية التي يمكن مشاهدتها وإثباتها بالتجربة<sup>2</sup>.

2- من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة كذلك بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية، ذلك أن الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية، كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية تبعا لنمو نزعة الكمال والتقدم، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية.

### المطلب الثاني: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

اتجه الفقه الحديث إثر النقد الموجه إلى مذهب جيني، لهذا تم جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في نوعين: عنصر واقعي وعنصر مثالي.

### الفرع الأول: العنصر الواقعي

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية، الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، أي الحقائق التي يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة، ولذلك تسمى بالوقائع العلمية التجريبية، وتمثل هذه الحقائق فيما يلي:

<sup>1</sup> علي مراح، مرجع سابق، ص 176.

<sup>2</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 212.



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

**2- الحقائق الاقتصادية:** وتتمثل في الأنشطة المتعلقة بمختلف نشاطات الإنسان في المجال

الاقتصادي، بما يتضمنه من مجال صناعي وتجاري وزراعي، إذ يتطلب كلا منها قواعد قانونية لتنظيمه مع طبيعة ونوع هذا النشاط، فتساعد هذه الحقائق في إنشاء القواعد القانونية<sup>2</sup>.

إذ أن حاجات الأفراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك والعلاقات بين الناس في المجال الاقتصادي الذي يحتاج الى تنظيم قانوني معين لأن نمو وانشاء بعض الفروع الاقتصادية ومثال ذلك انتشار الصناعة والتي أدت الى نشوء طبقة العمال وبالتالي انشاء النقابات العمالية<sup>3</sup>.

**3- الحقائق السياسية والاجتماعية:** تعتبر العوامل والتطورات الاجتماعية عنصرا واقعا ساهم في خلق بعض النظم عبر العصور ففي القديم كانت الأفكار اجتماعية سائدة مما أدى الى خلق نظام الرق وانقسم المجتمع الى أحرار وعبيد و في القرون الوسطى أدت أفكار ذلك العصر الى خلق نظام الاقطاع وظهور الطبقة وفي أواخر القرن 18 م ظهرت مع الثورة الفرنسية معتقدات سياسية واجتماعية تمثلت في الحرية والاخاء والمساواة وهذه الحقائق والتطورات كان لها أثر كبير من تكوين القاعدة القانونية وهي حقائق علمية تقوم على التجربة والملاحظة لا غنى عنها في وضع القواعد القانونية.

**4- الحقائق الدينية والأخلاقية:** تعتبر من عوامل تكوين القاعدة القانونية فالعامل الديني يساهم بوضوح في وضع الأحوال الشخصية كالميراث، الوصية، الزواج وكذا الأعراف السائدة مثل تحريم الطلاق في أغلب الدول العربية ويختلف أثر هذه التقاليد من مجتمع لآخر.

**5- الحقائق التاريخية**

وهي الخبرة التي اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن وساهمت بشكل كبير من تكوين وانشاء القواعد القانونية.

<sup>1</sup> نفس المرجع، ص 183.

<sup>2</sup> علي مزاح، مرجع سابق، ص 177.

<sup>3</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص 184.

## الفرع الثاني: العنصر المثالي

تعتبر العوامل التي سبقت الإشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريبي وبعضها عقلي، وهي حقائق لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية حسب جيني، إذ لا بد أن تلحقها قيمة تبرز وجوبها وتقاس على مثل أعلى يفرضه العقل، يتمثل في العدل، ومن هذا المنطلق لا بد من إضافة عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي يعطيه صفة الواجب أو القانون<sup>1</sup>.

**أولاً- مفهوم العدل :** العدل لغة معناه المساواة والإنصاف ، ومفهومه البسيط هو إعطاء كل ذي حق حقه ، أما المفهوم العميق فهو يتمثل في مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل ويوحى بها الضمير ويرشده عليها النظر الصائب لهذه القواعد في روح العدل أو في الفطرة التي فطر الله الناس عليها.

**ثانياً- صور العدل :** يصنف الفقهاء العدل إلى نوعين : العدل الخاص والعدل العام.

**1- العدل الخاص :** هو الذي يحكم العلاقات بين الأفراد و يقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم وسمي بالعدل التبادلي.

**2- العدل العام :** هو الذي يقوم على أساس اعتبار الفرد جزء من المجتمع واعتبار المجتمع هو الكل ، فالعدل في هذه الحالة يرمي إلى تحقيق المصلحة العامة ، ويتم عن طريق إقامة تفاصيل بين القيم والأفراد من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ، ويشمل العدل التوزيعي والعدل الاجتماعي.

**أ- العدل التوزيعي :** يقصد به العدل الذي يجب على الجماعة اتجاء الأفراد المكونين لها في توزيع المنافع والأعباء عليه ، وهنا ينبغي مراعاة اختلاف الأفراد حسب حاجاتهم وقدراتهم وجدارتهم فيترتب على هذه المساواة النسبية ، فالأفراد لا يعاملون نفس المعاملة المتساوية ( أي يتساوون مساواة مطلقة في الحصول على الوظائف العامة من الدولة).

**ب - العدل الاجتماعي :** هو العدل الذي يسود علاقة الفرد اتجاه الجماعة من حيث واجباته نحو الجماعة أساس هذا العدل الاجتماعي يكمن في كون الفرد في الجماعة جزء من الجماعة، وهذا الجزء مسخر لخدمة الكل ، فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل

<sup>1</sup> فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، مرجع سابق، ص186.

مصلحة واحدة ، وهذا العدل مبرر لإخضاع الأفراد لسلطة الحاكم الذي له الحق الأمر وكذلك باسم الحق الاجتماعي يسخر الحاكم سلطته لتحقيق الصالح العام<sup>1</sup>.

نخلص مما سبق أن البحث عن أصل وأساس وغاية القانون الوضعي جعل المذاهب الفقهية المتعددة تتداخل فيما بينها وتتشابك لأجل الوصول الى الاجابة لهذا التساؤل ما أساس القانون وما غايته؟.

حيث تعتبر نظرية المذاهب المختلطة هي الأنسب في تغيير القانون ومعرفة وصوله لأنه أجمع بصواب المذهب الشكلي والمذهب الموضوعي وذلك لوضع حد للتطرف والنظر الى الانسان ككائن اجتماعي.

---

<sup>1</sup> بن كسيرة شفيقة، مرجع سابق، ص 44.

## المحور الثالث

### الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

التشريع عملية بمقتضاها يتم وضع أسس الجماعة ورفع قواعد البناء الاجتماعي، بهدف تنظيم وضبط الحياة والعلاقات بين المواطنين وإحداث قدر معين من التداخل والترابط وتيسير التعامل بينهم، وقد سادت التشريعات العرفية أغلب فترات المرحلة التكوينية للمجتمع الحديث فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا، لا تزال مصدرا هاما لتنظيم أوجه ومجالات المجتمع البشرى، ولكنها أصبحت الآن تالية لمصدر آخر هو التشريعات المقننة، أي القوانين، التي يضعها ممثلو المواطنين بطريقة منظمة وإرادية.

ويعود تراجع المصادر الأخرى لأسباب عملية فرضتها تطورات الحياة والعلوم وثورة التكنولوجيا والاتصالات والمعلومات، الأمر الذي ينبغي معه إيلاء التشريع أهمية خاصة فيما يتعلق بمبادئ وأسس الصياغة التشريعية، فالقاعدة القانونية العرفية تميزت بتكيفها وملاءمتها لتطور الحياة والإحساس بالأمان الناتج عن الاعتياد على تطبيق العرف، ولكنها بدأت تتدثر مع ظهور المجلس النيابية، وأصبح القانون هو الأساس<sup>1</sup>.

والتشريع هو سياسة تشريعية وصياغة قانونية.

ولهذا سوف نتطرق أولا إلى السياسة التشريعية في (المبحث الأول)، ثم الصياغة القانونية في (المبحث الثاني).

#### المبحث الأول: السياسة التشريعية

القانون هو وسيلة لتحقيق هدف أو غاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية وغيرها من الأهداف الأخرى، وهو ما يشترط أن يكون لدى المشرع واضع القانون أو القاعدة القانونية تصور مسبق عن هذا الهدف أو الغاية المراد تحقيقها، فالقانون هو اختيار أو موقف القابض على السلطة من الأمور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع، بغية تنظيمها أو تغييرها.

وبهذا، يمكن القول أنه وراء كل قانون وضعي اختيار أو موقف سياسي للقابضين على السلطة أي للمشرع، ولذلك يجب أن يكون لكل مشروع أو بعبارة أدق لكل دولة سياسة في مجال إقامة أو وضع

<sup>1</sup> علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت، 3-6 فيفري 2003، ص 03.

القانون، ولهذا يجب أن يكون لكل مشرع أو دولة سياسة في مجال وضع القانون تحدد الأهداف أو الغايات التي يجب أن يحققها القانون الوضعي<sup>1</sup>.

وهو ما يوصلنا لضرورة التطرق لمفهوم السياسة التشريعية.

### المطلب الأول: مفهوم السياسة التشريعية

نتناول في هذا المطلب تعريف السياسة التشريعية، أهميتها، وتأثير الحكم في السياسة التشريعية.

#### الفرع الأول: تعريف السياسة التشريعية

السياسة التشريعية هي الفلسفة التي تحكم عملية التشريع، بداية من اتخاذ قرار التصدي للموضوع أو قضية التشريع ومرورا بتحليل الموضوع وتحديد أولويات المجتمع بشأنها وقدراته ومصالحه اتجاهها، إلى غاية ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة<sup>2</sup>.

فالسياسة عموما، وبالمعنى الإجرائي، هي عملية اتخاذ القرارات، التي تتضمن المفاضلة فيما بين البدائل المتاحة والممكنة، على ضوء أولويات الجماعة ومصالح المجتمع، والسياسة التشريعية المقصودة هنا هي الفلسفة التي تحكم عملية التشريع، بداية من اتخاذ قرار التصدي لموضوع أو قضية عن طريق التشريع أصلا، ومرورا بتحليل الموضوع وتحديد أولويات المجتمع بشأنها وقدراته ومصالحه إزائها، ثم ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة<sup>3</sup>.

وهذا معناه أن السياسة التشريعية هي اتباع السلطة المختصة بإصدار القانون خطوات معينة تسمى السياسة التشريعية، لأن التشريع لا يأتي هكذا بل هو مبني على سياسة معينة، تتبع هذه السياسة سياسة الدولة، وبالتالي تحدد أولويات المجتمع، العادات والتقاليد، إلى غاية جعل هذه الأفكار في نصوص قانونية.

كما تعرف بأنها آلية وفن تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون<sup>4</sup>.

#### الفرع الثاني: أهداف السياسة التشريعية

للسياسة التشريعية هدفين:

<sup>1</sup> منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان 2011، ص 202.

<sup>2</sup> بن كسيرة شفيقة، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص 05.

<sup>4</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 202.

3- هدفا ينصب على تحليل الواقع الاجتماعي بمساعدة العديد من العلوم لتحديد الحاجات البشرية المستهدفة، لأن القانون يوضع وفقا لحاجات الحياة الاجتماعية، أي وفقا لمتطلبات العلاقات الاجتماعية، وذلك بالانطلاق مما هو كائن إلى ما يجب أن يكون بنظرة علمية هادفة تأخذ بعين الاعتبار الظروف الحالية والمستقبلية للدولة.

4- أما الهدف الثاني للسياسة التشريعية فهو اقامة القاعدة القانونية أو القانون الذي يحقق الهدف المطلوب، لذا كان العمل التشريعي دقيقا ، لأن القانون يجب أن يقوم انطلاقا من الحاجات الاجتماعية ومن ثم يتوجب على المشرع معرفة هذه الحاجات بدقة ليضع القاعدة القانونية المناسبة ليعالج هذه الحاجات بالشكل المناسب<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: مصادر الالهام التشريعي

لا يكفي القول أن المشرع يضع القواعد القانونية، بل لا بد من التساؤل عن المصادر الملهمة للمشرع، وهي القوى الفاعلة في تحديد محتوى الصوص القانونية، والتي تمثل في برامج الأحزاب السياسية، تأثير المصالح، الحكومة.

أولاً- برامج الأحزاب السياسية: تتضمن البرامج التشريعية للأحزاب الكبرى العناصر الدائمة التي تبلور ايدولوجية الحز ورواه المستقبلية للحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

ففي الأحزاب الاشتراكية مثلا فإن توسيع تدخل الدولة في الاقتصاد ومراقبة رأس المال تعتبر من العنوانين الدائمة لمناهجها، ومع ذلك قليلا ما نجد قانونا يعكس التصورات الايدولوجية<sup>2</sup> المحضة للأحزاب.

ثانيا- تأثير المصالح: قد اعتبر بعض الفقه المصالح أوضاعا مادية تتعارض مع المصلحة العامة، و البعض الآخر اعتبرها منافع اقتصادية يراد ضمانها لطائفة من الأفراد بواسطة القانون الوضعي، لكن في بعض الأحيان تكون هذه المصالح مشروعة مما يصعب معه تحديد و حصر معناها و ماهيتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 203.

<sup>2</sup> سلطان عمار، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 207.

فهل المصالح هي أوضاع مادية خاصة تتعارض مع المصلحة العامة أم هي منافع اقتصادية يراد ضمانها لطائفة من الأفراد بواسطة القانون الوضعي؟.

يرى الفقيه الفرنسي المشهور "بيردو" أن المصالح لا تصبح قوة أصيلة إلا من اللحظة التي تنزع فيها إلى إشباع مفرد أو لا يتناسب مع موقعها الحقيقي في الجماعة. إذن الخطورة في تأثير المصالح تكمن في تجمعها في تنظيم موجه، و مع هذا فإن تأثيرها لا تكون له النجاعة المطلوبة ما لم يتزاج مع المصادر الأخرى للإلهام التشريعي و خاصة مع الأحزاب السياسية، و هي تستعمل لذلك تقنيات تختلف وفقا لموضوعها و أهمية الموارد التي تملكها و المناخ السياسي العام في الدول، و في أغلب الأحيان تمارس هذه الجماعات المصلحية ضغوطا على أشخاص بعينهم نظرا لموقعهم المتميز من سلطة القرار، و في الجزائر مثلا يعتبر منصب الأمين العام للحكومة مهما جدا خاصة في عملية صناعة القانون، لذلك تسعى جماعات المصالح إلى كسب ولائه بكل الوسائل.

وفي الجزائر مثلا يعتبر منصب الأمين العام للحكومة مهما جدا خاصة في عملية صناعة القانون، لذلك تسعى جماعات المصالح إلى كسب ولائه بكل الوسائل.

**ثالثا- دور الحكومة:** لا يعتبر دور الحكومة في الإلهام التشريعي تلقائيا بل يعتمد إلى حد ما على برامج الأحزاب و ضغط جماعات المصالح و توجهات الرأي العام، ولكن هذا كان في الماضي، ففي الوقت الحالي فإن الاقتراح التشريعي أصبح من اختصاص الحكومة فهي في الواقع من تهيمن على المبادرة بمشاريع القوانين لتنفيذ برنامجه، لذلك يمكن التساؤل عن دور الحكومة في الإلهام التشريعي في ظل النظام الديمقراطي الذي يعطي مكانة كبيرة لكل القوى الاجتماعية أو الاتجاهات السياسية؟.

إن دور الحكومة ليس في أن تبدع بل في أن تختار أو تكون حكما، فالحكومة لا يمكن أن تمتلك قوى أخرى غير تلك التي تريد أن تمنحها لها الأحزاب والرأي العام أو المصالح، فالحال الذي تقترحه لا يملك إلا السلطة التي تقبل (هذه القوى) أن تعترف لها بها<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: تأثير نظام الحكم على السياسة التشريعية

طالما أن السياسة التشريعية تعبر عن سياسة الدولة فإن السياسة التشريعية تتأثر لا محالة بالمعطيات السياسية القائمة، فيكون هناك منهج تشريعي يختلف من نظام لآخر، ويتأثر بحسب نوعه نظاما سلطويا أو نظاما ديمقراطيا:

<sup>1</sup> مندر الشاوي، مرجع سابق، ص 207.

1- فالسياسة التشريعية في حالة النظام السلطوي لا تتيح دورا كبيرا للمجالس النيابية وإنما يكون الدور الأكبر للسلطة التنفيذية (الحاكم)، وفي بعض الأحيان يكون الحاكم لابسا لثوب مؤسسي خارجي مثل سلطة الحزب الواحد أو الوحيد وبالتالي يكون لدينا برلمانا تابعا، وفي مثل هذا الوضع يكون دور هذا البرلمان مجرد عملية تشريع لتصرفات السلطة التنفيذية أي إدخال ما تراه مناسبا في إطار قانوني<sup>1</sup>.

2- أما في ظل الأنظمة الديمقراطية ووجود تعددية سياسية وأحزاب سياسية مستقلة ومنظمات مدنية مستقرة فإن السياسة التشريعية تكون محصلة لتفاعل هذه الأطراف الاجتماعية والقوى السياسية على نحو ما، قد تزداد فيه آفة طرف معين على أخرى، ولكنها جميعا تبقى في دائرة التأثير.

### المبحث الثاني: الصياغة التشريعية

إن دراسة ما يجب أن يكون مضمون وهدف القاعدة القانونية يرجع إلى السياسة التشريعية، أما دراسة شكل القاعدة القانونية فإنه يعود إلى الصياغة القانونية.

#### المطلب الأول: مفهوم الصياغة التشريعية

نتطرق فيها إلى تعريف الصياغة وصورها.

#### الفرع الأول: تعريف الصياغة التشريعية

تعرف الصياغة بأنها أداة لتحويل المادة الأولية التي تتكون منها القاعدة القانونية إلى قواعد منضبطة محددة وعملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يتضمنها جوهرها، ويتم هذا التحويل باستخدام الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون هذه المادة الأولية، وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق كقاعدة قانونية عامة ومجردة سهلة الفهم تطبق على الجميع على قدم المساواة، وتراعي معايير وأسس الصياغة السليمة، فالتشريع جوهر ومظهر، يتمثل الجوهر في المادة الأولية التي يملئها المثل الأعلى للعدل في شأن من شؤون المجتمع، في حين ينصرف المظهر إلى الشكل الذي يظهر فيه الجوهر بحيث يكون قاعدة قانونية صالحة للتطبيق في الحياة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص 05.

<sup>2</sup> ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون.. أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، الجزء الأول، ماي 2017، ص 385.



لأن تعبير شكل القاعدة القانونية لا يؤخذ بمعناه الضيق الذي يفيد بوسائل التعبير عن القاعدة، لأن موضوع الصياغة القانونية أكثر سعة لأنه يتضمن دراسة مجموع الوسائل التي بواسطتها تترجم القاعدة الهدف لبذّي اتبعته السياسة التشريعية، ولهذا تعرف الصياغة القانونية بأنها فن الوسائل القانونية التي تمكن من بلوغ الهدف التي تريده السياسة التشريعية<sup>1</sup>.

كما تعرف الصياغة التشريعية أيضا هي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة، موجزة وسليمة، أي تكون قابلة للتنفيذ، ولهذا، يجب الحذر عند الخلط، ولو غير المتعمد، بين الصانع (Drafter)، والمشرع (Legislator)، فالأول مصمم فني، والأخير هو صانع القرار، المسؤول أمام الناخبين عن السياسة التشريعية، بل وكذلك عن صياغة النص القانوني ذاته.

### الفرع الثاني: صور الصياغة التشريعية

هناك طريقتين للصياغة القانونية: صياغة جامدة وصياغة مرنة.

تتنوع صور الصياغة التشريعية بالنظر إلى تأثيرها على مضمون أو جوهر القيم التي تعبر عنها بإضفاء طابع الجمود أو المرونة عليها، إلى صياغة جامدة وصياغة مرنة، كما تتنوع هذه الصور بالنظر إلى طبيعة الوسيلة المستعملة في الكشف عن جوهر هذه القيم إلى صياغة مادية وأخرى معنوية، وذلك كالتالي:

#### أولا- الصياغة الجامدة:

هي الصياغة التي تحصر جوهر أو مضمون النص القانوني في معنى ثابت لا يتغير بتغير الظروف أو الأشخاص على نحو مانع من التقدير، ففي هذه الصياغة يصب مضمون النص القانوني في معنى محدد لا يترك أي مجال أو فرصة للتقدير سواء بالنسبة للشخص المخاطب به حيث يظهر له بوضوح وبصورة جازمة خضوعه أو عدم خضوعه للحكم المثبت في هذا النص القانوني، أو بالنسبة للقاضي عند تطبيقه لهذا النص إذ يتضح له من خلال هذه الصياغة بصورة حصرية من يشمله هذا النص من الأشخاص أو الوقائع دون أن تترك له أي سلطة تقديرية حينما ينزل حكم القانون الذي يثبتته هذا النص على الشخص أو الواقعة.

<sup>1</sup> منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ص 20، 21.

حينما يحدد القانون سن الرشد بسن معينة، فإنه بموجب هذه المادة كل من يبلغ هذه السن بغض النظر عن جنسه أو درجة تعليمه أو ثقافته أو مستوى فكره يعد راشداً، وفي المقابل لا يعد راشداً كل من لم يبلغ هذه السن مهما عظمت درجة ثقافته عال مستوى فكره.

وتستهدف هذه الصياغة حمل الأشخاص المخاطبين بالنصوص القانونية على مضامين تلك النصوص المعبرة عنها في هذه الصياغة دون أن تترك لهم مجالاً، لاحتوائها على أحكام ثابتة تختلف باختلافهم أو اختلاف ظروف التقدير<sup>1</sup>.

الفرع الثاني: الصياغة المرنة

### ثانياً- تعريف الصياغة المرنة

الصياغة المرنة هي التعبير عن حكم القانون بألفاظ وعبارات واسعة المعنى تسمح بتغيير الحلول تبعاً للظروف والأحوال ولما يقدره القائم على تطبيق القانون، فهي التعبير عن التزام قانوني بعبارات مرنة تستخدم لتحديد صفات أو شروط أو عناصر للحق المعالج في القانون، بذلك، يختلف مدلول هذه الصياغة باختلاف ما يندرج تحتها، ويستخدم هذا النوع من الصياغة لمواجهة الصياغة حالات ووقائع لا يمكن تحديدها حصراً عند صياغة النص التشريعي، مثل تحديد الأضرار الواقعة على الآخرين ومقدار التعويض المستحق لجبرها<sup>2</sup>.

ومن الأمثلة على الصياغة المرنة قواعد قانون العقوبات التي تحدد العقوبة من خلال وضع حد أقصى وحد أدنى مع ترك الحرية للقاضي الجزائي في تطبيق العقوبة المناسبة بين هذين الحدين طبقاً للظروف الخاصة بكل جريمة<sup>3</sup>.

المبحث الثالث: علاقة السياسة التشريعية بالصياغة التشريعية والتشريع من منظور الحكم

### الجيد

قبل دراسة التشريع من منظور الحكم الجيد، وباعتبار التشريع سياسة وصياغة كمت سبق توضيح ذلك، لا بد أولاً من توضيح العلاقة بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية.

<sup>1</sup> خالد جمال حسن أحسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - ماي 2017، ص ص 120 - 122.

<sup>2</sup> ليث كمال نصرأوين، مرجع سابق، ص 393.

<sup>3</sup> نفس المرجع، 394.

## المطلب الأول: العلاقة بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية

تظهر العلاقة بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية فيما يلي:

### الفرع الأول: المنهجية التي تتم بها عملية الصياغة

فالتوجه السلطوي يفرز صياغة سلطوية، تميل إلى الصرامة والثبات، ذلك لأنها تكون قد صنعت في أروقة السلطة المركزية، وعندما تدفع بمشروع القانون إلى البرلمان لا تجد قوى فاعلة لتغييره، أو تكون قادرة على تمريره بحالته التي اقترحتها تقريبا، وهو ما لا يتوافر بسهولة في النظم الديمقراطية التي تركز على برلمانات مستقلة تستطيع انتقاد مشروع القانون الذي قدمته الحكومة) سواء مباشرة، أي عن طريق نواب الحزب الحاكم وتسعى إلى التغيير فيه ويكون لها دور أكبر في إعادة الصياغة.

### الفرع الثاني: تتأثر تقاليد الصياغة القانونية بنوعية السياسة التشريعية وما إذا كانت هناك

سياسة عامة للتشريع أم يقتصر الأمر على معالجات تشريعية لقضايا متفرقة، تثار لأسباب طارئة ففي الحالة الأولى تنعكس السياسة التشريعية على منظومة القوانين فتساعد على اتساقها معا من ناحية وسلامة توافقها مع الإطار الدستوري أو السياسي السائد من ناحية أخرى، أما في الحالة الثانية فالأرجح أن تتباين أساليب الصياغة من تشريع لآخر.

### الفرع الثالث: المحددات الاجتماعية والسياسية للصائغ وهو يقوم بترجمة السياسة التشريعية إلى

#### نصوص قانونية

فصياغة التشريع تحتاج إلى مهارة وخبرة بالعلوم القانونية من ناحية، أما تتطلب دراسة واستيعاب أولويات السياسة التشريعية من ناحية أخرى. فالقاعدة القانونية مكونة من عنصرين، الأول هو المادة أو المضمون أو الجوهر، والثاني هو الشكل، الذي يتم العنصر الأول ويجسده، ومن خلالهما تتحول المضمون إلى نص قانوني، ليكون صالحا للتطبيق العملي عند إصداره.

فالغاية المراد إدراكها من التشريع يتم بلورتها وضبط مضمونها من خلال شكل له أسسه ومبادئه، وهو ما يسمى بالصياغة القانونية أو التشريعية. وبقدر ما تكون هذه الصياغة سليمة وصحيحة بقدر ما تزداد فرص نجاح القاعدة القانونية في الواقع العملي من هنا يمكن تعريف الصياغة التشريعية بأنها عملية

تحويل القيم التي تكون مادة القانون الى قواعد صالحة، يمكن تطبيقها عمليا وعبر فترة ممتدة نسبيا دون لبس أو غموض<sup>1</sup>.

سبق القول أن التشريع عبارة عن سياسة وصياغة، وفي الترتيب تكون السياسة قبل الصياغ، وهو ما يوصلنا إلى طرح التساؤل التالي:

**هل الصياغة الجيدة هي تلك التي تبدو محكمة ومتماسكة فنيا، أم هي التي يتم وضعها بطريقة ديمقراطية ثم نقوم بصياغتها على أسس علمية/فنية؟.**

سوف نتناول هنا الدلالات التي يحملها مفهوم الحكم الجيد في العملية التشريعية، على مستويين: الأول هو صناعة التشريع، والثاني هو صياغة التشريع. وبرغم العمق في تشابك الدلالة اللغوية والمنطقية للصياغة "و"الصناعة"، بمعنى أن الصياغة في ذاتها صناعة وأن الصناعة تنتج في النهاية صياغة، فإن ما نقصده في هذا السياق هو أن صناعة التشريع تعنى تحديد مبرره وأغراضه وملامحه، وهي عمل برلماني/نيابي، بينما نقصد بالصياغة فنون ومهارات بناء النصوص وتحرير القوانين، ولأن النائب هو المشرع فإنه قد يكون صائغا أو لا يكون، ولكن الصائغ ليس مشرعا، حتى وإن أخذ المشرع بخبرته.

### **المطلب الثاني: التشريع من منظور الحكم الجيد**

الحكم الجيد فهو الذي يبشر بنظام حكم وأسلوب لصنع السياسة يتميز بعدة أمور أساسية، أهمها درجة كبيرة من احترام سيادة القانون، والشفافية في صنع القرار، وتشجيع المشاركة في الحياة العامة.

### **الفرع الأول: الصناعة(صناعة التشريع الجيد)**

مقومات التشريع الجيد تكمن في عدة أمور أبرزها المشاركة، هذه الأخيرة التي تمكن النواب من صنع التشريعات، وتمكن المواطنين من الوصول الى النواب والتأثير فيهم، كذلك فإن حكم القانون يتطلب منطقيا وسياسيا أن يتمكن النواب من التشريع ووضع القواعد، فلا يكون برلمانا كيان امتنع عن رسم سياسة التشريع أو حرم منها. أما أن الشفافية هي الصفة الأصيلة للعمل البرلماني، وإلا تحول الى غير ذلك وفقد مبرر وجوده.

وبذلك، فإن صناعة التشريع الجيد تكمن في المشاركة وسيادة القانون والشفافية والمحاسبة، كما سوف يتم دراستها فيما يلي:

<sup>1</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص ص 05، 06.

أولاً- المشاركة: تتم المشاركة عن طريق:

1- تعزيز مشاركة النواب في الصياغة التشريعية

2- تمكين مشاركة القوى الاجتماعية في صناعة التشريع، بمعنى درجة وكفاءة تواصل البرلمان مع هيئات وقوى المجتمع) كالأحزاب وجماعات المصالح وهيئات المجتمع المدني (..من ناحية وتمكين مشاركة الأفراد من ناحية أخرى في التعبير والتأثير على عملية إعداد وصياغة التشريعات.

ثانياً- سيادة القانون: القاعدة المفترضة أن التشريعات هي ذاتها التعبير العملي عن حكم القانون، لكن مفهوم الحكم الجيد يتطلب التأكد من أنها محايدة ومتوازنة خاصة التشريعات المالية، كالموازنة)، وضمان تطبيق القوانين من ناحية أخرى.

ثالثاً- الشفافية والمحاسبة: وذلك عن طريق قياس الشفافية في أعمال المؤسسة التشريعية انطلاقاً من وضع موضوع على البرلمان ، وإيجاد البرلمان لحل تشريعي بشأنه، وكيف توصل إلى هذا الحل، موقف النواب من التشريع، التصويت على البرلمان.

### الفرع الثاني: الصياغة (صياغة التشريع)

الصياغة التشريعية علم وفن، فهي الوسيلة الفنية التي تستخدم في إنشاء القواعد القانونية والتشريعية، وبها يصنع المشرع القواعد القانونية من المعطيات الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية للمجتمع، وتكون مهمة المشرع والصائغ هي تحويل هذه المعطيات الى قواعد قانونية ميسورة الفهم سهلة التطبيق في أرض الواقع<sup>1</sup>.

وهناك عوامل تعزز من جودة الصياغة القانونية وتجعلها داعمة للحكم الجيد، أهمها:

أولاً- ديمقراطية الصنع تدعم الاستقرار التشريعي: الصياغة التشريعية الجيدة هي التي لا تأتي مبتورة، أو غير واضحة، بل تكون مؤدية للغرض الذي جاءت، ومعبرة عن الواقع الاجتماعي، لهذا، فإن الصياغة الجيدة تميل الى الاستقرار، أما الصياغة الرديئة فلا تتسم بهذا الاستقرار.

فاستقرار التشريعات يتأتى عندما تكون صياغة القاعدة القانونية متفقة مع الأفكار والتصورات والأغراض التي سعت القاعدة القانونية الى تحقيقها، وأن تتسم بالوضوح والقبولية للفهم من المخاطبين

<sup>1</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص ص 09، 10.

بأحكامها، ولا تثير المشاكل عند التطبيق، أي أن الصياغة المستقرة يفهمها الأمي والمتعلم، أو أي فئات اجتماعية متباينة في مهاراتها العلمية أو اللغوية أو الثقافية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، ومن ثم فإنها صياغة صالحة للقاعدة القانونية.

وفي مقابل ذلك تكون الصياغة غير المستقرة إذا كانت لا تعبر عن فكر الجماعة وإنما تمثل رأى محدد دون التعبير عن رأى المجموع<sup>1</sup>.

**ثانيا - ديمقراطية الأسلوب تدعم الشفافية:** من المهم أن يكون القانون مصوغا بلغة بسيطة قريبة ومألوفة من لغة تخاطب الرجل العادي، غير المتخصص في القانون، لهذا، من الأولى بالمشرع والصائغ توضيح فكرة التشريع والتعبير عنها بأبسط الطرق، بما يمكّن المواطن من متابعة مدى احترام سيادة وحكم القانون، ومن مراقبة أداء الدولة، تشريعا وليس فقط تطبيقا.

**ثالثا - متطورة تعزز القدرة التنافسية للتشريع:** فالتشريع الجيد له قدرة تنافسية في مواجهة العالم المعاصر، الأمر الذى يتطلب القيام بدراسة وافية ولفترة كافية له، وعند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم والذى يفرض نفسه على الجميع، بطريقة أو بأخرى، لاسيما إذا كان لموضوع التشريع المقترح جذور أو امتدادات في اتفاقيات دولية.

فعلى سبيل المثال، سيكون من الصعب وضع قانون وطني لحماية البيئة دون دراسة مصطلحات وأحكام الاتفاقيات الدولية في شأن حماية البيئة، وغير ذلك في التشريعات الاقتصادية مثل حرية التجارة والاستثمار، والجنائية، وحقوق الإنسان.

**رابعا - متوازنة وصديقة للقضاء:** هي تلك التي تساعد على إنزال أحكام التشريع بعدالة وموضوعية، والقضاء هو الذى يحكم بين الخصوم في المنازعات، على أساس القانون، فإذا كانت صياغة القانون متوازنة، تتصف بالوضوح والحسم وفى نفس الوقت تتحلى بالمرونة، فإنها تعين القاضي على إنزال أحكامها بعدالة أكبر.

وفى الحقيقة، فإن مطلب التوازن فى الصياغة لا ينصرف فى هذا المقام الى مضمون القواعد القانونية أو توجهات المشرع، فهذه مسألة سياسية تحكمها اعتبارات ذاتية لدى الآلة التشريعية، ولكنه

<sup>1</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص 11.

ينصرف الى المرونة في مظلة القاعدة بحيث تعيش مدة أطول، وتطبق على حالات أأثر، وتسفر عن تعقيدات ولبس أقل عند التطبيق.

كما أن محك اختبار مرونة وتوازن الصياغة يمثله القضاء بأفضل ما يكون، ولكن بالإضافة الى ذلك هناك ما يسمى القضاء الواقف والفقهاء القانوني. فكلما كانت الصياغة مدروسة ومستخلصة عن طريق البحث والتشاور مع المحامين وفقهاء ودارسو القانون كلما وفر ذلك عمقا أكبر لها، وجعلها أقرب الى التطبيق على النحو المبتغى لدى المشرع<sup>1</sup>.

فالصياغة " الجامدة" تحقق التحديد الكامل للحكم القانوني أو ما يخضع له الأشخاص أو الوقائع، على نحو لا يترك مجالاً للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالقانون أو القضاء.

أما الصياغة " المرنة " فهي تمكن القاعدة من الاستجابة لمتغيرات الظروف وتفريد الحالات، وتتيح بالتالي للقاضي حرية التقدير وإمكانية المواءمة، فهي تقتصر على وضع الفكرة تاركة ما يدخل فيها لتقدير من يقوم على تطبيق القاعدة القانونية.

### أسئلة تقييمية للمحور الثالث:

- 1- على ضوء ما تمت دراسته أذكر أهم المراحل التي تمر بها عملية التشريع في الجزائر؟.
- 2- تركز السياسة التشريعية على عدة معايير، اشرح ذلك.

<sup>1</sup> علي الصاوي، مرجع سابق، ص ص 11، 12.

## المحور الرابع

### تفسير القانون

إن القاعدة القانونية توضع عامة ومجردة، وتطبيقاتها على الحالات الخاصة كثيرا ما تعترضها صعوبات مما يستوجب الوقوف على معناها الحقيقي حتى يعرف ما إذا كان من الممكن تطبيقها في شأن الحالات الخاصة، ويتم ذلك عن طريق التفسير ، والتفسير تقوم به المحاكم كما يقوم به الفقه.

ولتفسير القواعد القانونية أهمية كبرى فتبعا للطريقة المتبعة في تفسير النص القانوني يمكن توسيع أو تضيق نطاق تطبيقه، فعملية التفسير تتحكم في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها، كما أنه يتعذر تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض.

#### المبحث الأول: ماهية التفسير

نعالج في هذا العنصر مفهوم التفسير ومختلف أنواعه.

#### المطلب الأول: مفهوم التفسير وأهميته

#### الفرع الأول: مفهوم التفسير

يقصد بكلمة التفسير تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاقها وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة، وإذا كان المقصود بالتفسير هو الوقوف على معنى القاعدة القانونية حتى تطبق على الواقع فإن مجال ذلك من الناحية العملية لا يكون إلا في القواعد القانونية المكتوبة خاصة بالنسبة للقواعد القانونية التي تستمد مصدرها من التشريع لأن التشريع يرد عادة في المواد المختصرة مما يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على حكمه ولهذا أغلب الفقه يقتصرون التفسير على التشريع<sup>1</sup>.

إن مفهوم التفسير بدوره ينقسم إلى قسمين، مفهوم عام واسع ومفهوم خاص ضيق.

#### أولاً- المفهوم الواسع للتفسير

هو الاستبدال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية فينصرف مفهوم التفسير هنا لكل قاعدة قانونية أيا كان

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، طبعة منقحة، 2000، دار ربحانة للكتاب، الجزائر، ص 190، 191.



مصدرها سواء التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف وتبعاً لذلك يتسع مجاله فيشمل جميع القواعد القانونية.

### ثانياً: المفهوم الضيق أو المحدود للتفسير

هو تفسير التشريع، وهو استخلاص الحكم القانوني من النصوص التشريعية المعمول بها، وعليه يقتصر التفسير وفق هذا المفهوم على تفسير التشريع دون غيره اعتباراً لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية.

### الفرع الثاني: أهمية التفسير

إن عملية تطبيق القاعدة القانونية على الحالات الخاصة أمر تعترضه صعوبات كثيرة، إذا ينبغي قبل تطبيق النص الوقوف على المعنى الحقيقي له، أي الكشف عن مضمونه ومقصد المشرع من خلاله، وتبرز أهمية التفسير خاصة من النواحي التالية:

1- أن التفسير عمل يسبق التطبيق وعليه يتعذر تطبيق القاعد القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض من الصعب الاهتداء إليه

2- تتحكم عملية التفسير في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها، فإذا فسرت بمفهوم واسع مثلاً فإنها ستحوي بين ثناياها وقائع كثيرة، وخلاف ذلك إذا تم تفسيرها تفسيراً ضيقاً محدوداً فإنها ستقتصر على وقائع دون أخرى. وهذا طبعاً يكون حسب الألفاظ التي يستعملها المشرع .

3- إن التفسير وإن كان بحسب وجهة نظر كثير من رجال الفقه يقتصر على التشريع انطلاقاً من فكرة أن القواعد التشريعية عادة ما تأتي بأسلوب مختصر قد يؤثر على المعنى المقصود، إلا أنه أيضاً يندد لتفسير قواعد العرف بل أحكام القضاء<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع التفسير

وتتمثل في التفسير التشريعي، القضائي والفقهية.

### الفرع الأول: التفسير التشريعي.

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه أي الجهة التي سنت القاعدة القانونية أو جهة أخرى مفوضة من قبلها للقيام بهذا الأمر، وعادة يصدر التفسير التشريعي لحسم الخلاف الذي قد

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 180.

يثور بين المحاكم بخصوص تطبيق نص معين، فإزالة لهذا الغموض يتدخل المشرع ليكشف عن مضمون القاعدة لذلك استقر الأمر لدى المجتمعات القديمة أن التفسير عمل معقود للمشرع وليس للقاضي ويذكر المؤرخون في هذا المجال " أن الإمبراطور جستنيان عندما وضع تقنياته أعلن أن تشريعاته كاملة ويجب على القضاء تطبيقاتها بطريقة شبه آلية."

والتفسير التشريعي إن كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة ويكشف عن خفاياها لأنه صادر عن نفس الجهة التي أصدرت النص، إلا أن الظاهرة التي تشهدها المجتمعات اليوم، أن المشرع قلما يتدخل لتفسير تشريع معين فهو يتنزه أن يخطو هذه الخطوة تاركا المجال في ذلك للقضاء والفقهاء من أجل رفع الغموض الذي يحوم حول بعض القواعد التشريعية<sup>1</sup>.

والتفسير التشريعي له صورتان:

**1- الصورة الأولى:** وتتمثل في حالة صدور القاعدة المفسرة مع نفس النص الأصلي وفي نفس الوقت.

**2- الصورة الثانية:** في حالة ما إذا وقع خلاف في التطبيق بين الفقه والقضاء لمعرفة قصد المشرع، يتدخل هذا الأخير بنفسه - في وقت لاحق - ويضع نصا تفسيري.

والأصل أن يصدر التفسير التشريعي من نفس السلطة التي أصدرت التشريع، كأن يقوم البرلمان نفسه بتفسير القوانين الصادرة عنه.

ويرى الفقه في التفسير التشريعي أنه ملزم للقاضي لأن المشرع يفضح بالتفسير عن قصده بوضوح وبالتالي يعتبر عملا تشريعيًا يلتزم به الأفراد وتطبقه المحاكم.

### **الفرع الثاني: التفسير القضائي**

هو التفسير الذي يقوم به القضاء نظرا لدعاوي التي ترفع إليه حتى يتوصل بذلك إلى معرفة حكم القانون ويجسده على الوقائع التي بين أيديه ويعد تفسير القضاء للقانون من صميم عمله ويقومون بذلك من تلقاء أنفسهم حتى ولو لم يطلب منهم الخصوم لأن مهمته بيان حكم القانون إذا ما عرض عليه الخصوم وقائع الدعوى ونجد أن التفسير القضائي يحصل دائما لأن القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون قبل تفسيره.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 192.

والتفسير القضائي يمتاز بصيغته العملية لأن القاضي هو الذي يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع خاصة وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيما تفرقه قواعد القانون أما من حيث مدى قوة التفسير القضائي في الإلزام فإنه من الناحية القانونية غير ملزم بالنسبة للمحكمة نفسها الذي صدر منها التفسير في مناسبة معينة، لذلك نجد المادة 179 من الدستور الجزائري تنص على أنه: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري...".

ويتضح من هذه المادة أن الدستور اعترف صراحة للمحكمة العليا ومجلس الدولة بالدور الريادي في توحيد الاجتهاد القضائي، والسهر على احترام القانون كما يقترح تبني نظام ازدواجية القانون حيث فصل بين القضاء العادي ( مدني، تجاري، بحري، أحوال شخصية، جنائي ) والقضاء الإداري.

### الفرع الثالث: التفسير الفقهي

إن التفسير الفقهي يعبر عن الجهد الذي يبذله شراح القانون والفقهاء في تفسير القواعد التشريعية وأحكام القضاء، والتعليق عليها وانتقادها ويستعين في تفسيرهم بقواعد المنطق السليم واعتماد ما يؤدي إليه دون النظر إلى النتائج العملية التي يؤدي إليها تطبيق التشريع على الحالات الواقعية، لأن مهمة الفقه لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها فالتفسير الفقهي يعتبر غاية في ذاته وليس وسيلة ولذلك، فهو يغلب عليه الطابع النظري وإن كان يلاحظ أن الفقه الحديث يراعي بقدر الإمكان أن يصوغ تفسيره بشكل لا يبتعد عن واقع الحياة الاجتماعية سواء كان يشهدا بنفسه أو كما يستخلصها من أحكام القضاء، وذلك بعد أن أدرك حقيقة ألا جدوى من صياغة أفكار لا تحتويها نصوص التشريع ولا يستجيب لها القضاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، الوجيز في النظرية القانون، دون طبعة، دار هومة، 2004، الجزائر، ص

## المبحث الثاني: وسائل التفسير

يقصد بوسائل التفسير الكيفيات والمناهج التي يستخدمها القضاة والفقهاء للوصول إلى تحديد معنى القاعدة القانونية، وهي:

- طرق داخلية: تعتمد على النصوص التشريعية المراد تفسيرها.

- طرق خارجية: تعتمد على غير النصوص في تفسيرها.

### المطلب الأول: الطرق الداخلية للتفسير

تعتمد على استخلاص معاني النصوص من خلال صيغ النص نفسه سواء كان تفسيراً للمصطلحات أو للجملة كاملة.

ويعتمد التفسير على الأبحاث اللغوية وهو الناحية الشكلية، أو فحوى النص من الناحية الموضوعية.

وقد يحدث أن يكون للنص معنيان أحدهما لغوي والآخر اصطلاحى أي جرى العمل على استعماله فيه وإن لم يتفق مع المعنى اللغوي، وفي هذه الحالة يحمل النص بمعناه الاصطلاحى إذا تبين أن المشرع لم يقصد المعنى اللغوي.

ويعتمد التفسير في استخلاص معنى النص من فحواه أو روحه عن طريق ما يلي:

### الفرع الأول: القياس

وهو نوعان:

1- القياس العادي: القياس هو إعطاء واقعة غير منصوص عليها بواقعة أخرى منصوص عليها حكماً ثابتاً بالنص لاشتراك الواقعتين في العلة من الحكم.

ومعنى ذلك أن القياس يفترض واقعتين أحدهما نص على حكمها والأخرى لم ينص فيها على حكم فتأخذ حكم الواقعة الأولى لاتفاقها مع العلة أي السبب الذي قام عليه الحكم.

ومثال ذلك: نص قانون العقوبات على أنه لا تجوز محاكمة جرائم السرقة التي تقع بين الأصول والفروع إلا بناء على طلب من المجني عليه وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية.

ولكن ما الحكم إذا كان الفرض وقوع جريمة نصب بين الأصول أو الفروع؟

في هذه الحالة يجوز القياس على الجريمة الأولى وتطبيق ذات الحكم لاشتراكهما في العلة وهي الحفاظ على الروابط الأسرية.

2- **القياس الجلي أو من باب أولى:** يفترض وجود واقعتين أحدهما نص المشرع على حكمها لعلة معينة والثانية لم ينص على حكمها، ولكن علة الأولى تتضح بجلاء في الثانية، وفي هذه الحالة تأخذ نفس الحكم.

### **الفرع الثاني: مفهوم المخالفة**

يفترض قيام واقعتين إحداهما نص على حكمها والثانية لم ينص على الحكم، ولكن بتطبيق مفهوم المخالفة نصل إلى الحكم الثاني.

**مثال:** نص القانون المدني في المادة 42 (فقرة الثانية) "يعتبر غير مميز لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"، ومعنى ذلك ان من بلغ الثالثة عشر يعد مميزا.

وهذا الحكم عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة بالرغم من اختلاف الفرضين فيما يتعلق بمسألة السن.

### **المطلب الثاني: الطرق الخارجية للتفسير**

- يمكن تفسير النصوص التشريعية عن طريق وسائل خارجية عن النص وهي:<sup>1</sup>

#### **الفرع الأول: حكمة التشريع**

حكمة أو نية المشرع ويقصد بها الغاية التي من أجلها سن المشرع القانون، لأنه متى اتضحت الغاية، اهتدى المفسر للكشف عن الغموض الذي يكتنف نصوصا معينة.

#### **الفرع الثاني: الأعمال التحضيرية**

ويقصد بها مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون، ورغم ما لهذه الوثائق من أهمية في الكشف عن أسرار النصوص ومقاصدها، إلا انه ينبغي توخي الحذر في الاستعانة بها، لأنها كثيرا ما تتضمن آراء فردية ووجهات نظر خاصة.

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص من 66 إلى 74.

### الفرع الثالث: المصادر التاريخية

عند إصدار القوانين الجديدة يستهدى المشرع بالقوانين القديمة، لأن التشريع الحديث ما هو إلا تطوير للتشريع السابق، حيث يعدل من أحكامه سواء بالزيادة أو الحذف.

وبناء على ذلك يمكن تفسير التشريعات الجزائرية الوضعية المستمدة من القوانين الفرنسية بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي باعتباره مصدرا تاريخيا لتلك التشريعات (القانون الاستعماري)، كذلك يتعين الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي لتفسير النصوص المستمدة من هذه الأحكام، كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة.

### الفرع الرابع: النص الأجنبي للتشريع

لكل دولة لغتها الرسمية، وقد نص الدستور الجزائري على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية في البلاد<sup>1</sup>.

ونظرا لاعتبارات معينة، فقد تحرر التشريعات - براءة - باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى اللغة العربية (وهو وضع غير طبيعي يجب العدول عنه)، فإذا كان النص الرسمي غامضا وهو النص العربي، جاز للمفسر أن يرجع إلى النص الفرنسي (كنص أولي وأصلي) لمعرفة المشرع ومعنى النص ولكن دون إلزام.

### الفرع الخامس: تقريب النصوص

إذا كان النص غامضا، وهو ضمن مجموعة من النصوص، يجوز للمفسر أن يقرب النصوص لاستجلاء معنى التشريع عن طريق المقارنة للنصوص بعضها ببعض الآخر، لأن تجميعها قد يؤدي على تحديد الإرادة الحقيقية للمشرع.

### أمثلة:

- قد يحتاج تفسير القانون البلدي الرجوع إلى قانون الولاية أو القانون الدستوري.

- وقد يحتاج لتفسير قانون الأسرة الرجوع إلى القانون المدني<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وفي هذا الشأن نجد المادة 03 من الدستور الجزائري تنص على أنه: "اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية

تظل اللغة العربية هي اللغة الرسمية للدولة..."

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 76-77.

## أسئلة تقييمية للمحور الرابع:

1- ماهي الأسباب المؤدية للتوجه لتفسير النص القانوني؟.

2- هل الأولوية في تفسير القانون تكون للوسائل الداخلية أم الخارجية؟

### الخاتمة

بعد التعرض بالدراسة لمختلف محاور مادة فلسفة القانون، يمكن القول أنه بدراسة مادة فلسفة القانون سيتمكن الطالب من تكوين فكرة عامة عن أصل علم القانون وعلاقته بالمجتمع و بالعلوم الإنسانية الأخرى، وذلك من خلال دراسة مختلف المدارس أو المذاهب الفلسفية التي تكلمت في أصل القانون وغايته وفي صياغة قواعده ، تفسيرها وتطبيقها، مما لاشك فيه أن طالب سنة أولى حقوق لا تكون لديه أية فكرة عن مفهوم القاعدة القانونية ولا عن مصادرها وخلفياتها الفلسفية وتفسيراتها.

حيث سيتمكن الطالب من خلال هذه المادة من فهم معنى القاعدة القانونية والتمييز بين مختلف أنواعها، وكذا معرفة مصادر القاعدة القانونية، ومختلف العوامل المؤثرة في صناعة القاعدة القانونية، وفهم معاني وطرق السياسة التشريعية، الصياغة القانونية، تفسير القواعد القانونية.

## قائمة المراجع:

### أولاً- الكتب

- 1- إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان الجامعية، دون سنة نشر.
- 2- أحمد الزعيم الزقرد، المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، كلية الحقوق جامعة المنصورة، بدون سنة النشر.
- 3- علي مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011.
- 4- عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، طبعة منقحة، دار ربحانة للكتاب، الجزائر 2000.
- 5- فاضلي ادريس، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط2، بن عكنون، الجزائر 2006.
- 6- فاضلي ادريس، مدخل إلى المنهجية وفلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2006.
- 7- فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- 8- كامل فريد السالك، فلسفة القانون- مفهوم القانون وسريانه، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، 2013.
- 9- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة 2006.
- 10- محمد سعيد جعفرور، المدخل للعلوم القانونية، الوجيز في النظرية القانون، دون طبعة، دار هومة، الجزائر 2004.
- 11- منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان 2011.
- 12- عبد الرحمان بدوي، فلسفة القانون والسياسة عند هيجل، دار الشروق، ط1، القاهرة 1996.



## ثانيا- المقالات

- 1- خالد جمال حسن أحسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - ماي 2017.
- 2- علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت، 3-6 فيفري 2003.
- 3- ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الاصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع ( القانون.. أداة للإصلاح والتطوير)، العدد02، الجزء الأول ، ماي 2017.

## ثالثا- المحاضرات

- 1- بن كسيرة شفيقة، محاضرات في مقياس فلسفة القانون، ملقاة على طلبة السنة أولى ليسانس، السداسي الأول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين ، سطيف 2، للسنة الجامعية 2020- 2021.
- 2- سلطان عمار، محاضرات في مقياس فلسفة القانون، ملقاة على طلبة سنة أولى ليسانس، السداسي الأول كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، سنة 2020.
- 3- أ. خدام، محاضرات في مقياس فلسفة القانون، الجزء الأول، ألقيت على طلبة سنة أولى ليسانس، السداسي الأول، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، متوفرة على وقع الأنترنت:  
<https://elern.univ-telemcen.dz>

## رابعا- النصوص القانونية

- 1- الدستور الجزائري، دستور 28 نوفمبر 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، ج ر 76، المعدل بالقانون 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر 25، والقانون 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر 63، والقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر 14، والمرسوم الرئاسي رقم 442/20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، ج ر 82.

- 2- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر 78، المعدل والمتمم، آخر تعديل كان بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر 44.
- 3- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، آخر تعديل كان بموجب القانون 06/20 المؤرخ في 28 أبريل 2020، ج ر 25.

#### رابعاً- مواقع الأنترنت

1- مصادر القاعدة القانونية، موقع الأنترنت:

<https://www.droitarabic.com/2020/09/blog-post.html>

2- مصادر القانون، موقع الأنترنت:

[https://www.elmizaine.com/2021/02/blog-post\\_93.html](https://www.elmizaine.com/2021/02/blog-post_93.html)

3- عناصر القاعدة القانونية، منشور بتاريخ 13 ديسمبر 2021، على موقع الأنترنت:

[mawdoo3.com](http://mawdoo3.com)

4- المذاهب الفقهية في تفسير القانون، موقع الأنترنت:

[Boubidu.blogspot.com](http://Boubidu.blogspot.com)

5- المذاهب الشكلية، موقع الأنترنت: [fadaok.ahlamontada.com](http://fadaok.ahlamontada.com)

الصفحة	العنوان
01	.....مقدمة
03	..... ماهية فلسفة القانون
	<b>المحور الأول</b>
05	..... أصول القانون ومقاصده
06	.....المبحث الأول: مفهوم القاعدة القانونية وتقسيماتها
06	.....المطلب الأول: مفهوم القاعدة القانونية
06	.....الفرع الأول: تعريف القاعدة القانونية
06	.....الفرع الثاني: خصائص القاعدة القانونية
07	.....المطلب الثاني: تقسيمات القاعدة القانونية
08	.....الفرع الأول: تقسيم القواعد القانونية من حيث درجة الالزام
08	.....الفرع الثاني: تقسيم القواعد القانونية من حيث طبيعة العلاقة التي تنظمها
11	.....الفرع الثالث: تقسيم القواعد القانونية من حيث مضمونها
13	.....المبحث الثاني: مصادر القاعدة القانونية
13	.....المطلب الأول: المصادر الرسمية
14	.....الفرع الأول: المصادر الرسمية الأصلية
15	.....الفرع الثاني: المصادر الرسمية الاحتياطية
17	.....المطلب الثاني: المصادر التفسيرية
18	.....الفرع الأول: القضاء
19	.....الفرع الثاني: الفقه

## المحور الثاني

20	المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة....
21	المبحث الأول: (المذاهب الشكلية الأساس الوضعي للقانون) .....
22	المطلب الأول: مذهب أوستن .....
23	الفرع الأول: أسس مذهب أوستن .....
23	الفرع الثاني: نتائج مذهب أوستن .....
24	الفرع الثالث: نقد مذهب أوستن .....
25	المطلب الثاني: مذهب الشرح على المتون .....
25	الفرع الأول: أسس مذهب الشرح على المتون .....
27	الفرع الثاني : نتائج الشرح على المتون .....
27	الفرع الثالث: نقد مذهب الشرح على المتون .....
28	المطلب الثالث: مذهب هيغل .....
28	الفرع الأول: أسس مذهب هيغل .....
29	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن مذهب هيغل .....
30	الفرع الثالث : نقد مذهب هيغل .....
31	المطلب الرابع: مذهب كلسن .....
31	الفرع الأول: أسس مذهب كلسن .....
32	الفرع الثاني: نتائج مذهب كلسن .....
33	الفرع الثالث: نقد مذهب كلسن .....
35	المبحث الثاني : المذاهب الموضوعية .....
35	المطلب الأول: المذاهب المثالية (الأساس الطبيعي للقانون) .....
36	الفرع الأول: مذهب القانون الطبيعي .....

41	الفرع الثاني: مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير.....
42	المطلب الثاني: المذاهب الواقعية (الأساس الاجتماعي والواقعي للقانون).....
43	الفرع الأول: المذهب التاريخي.....
45	الفرع الثاني: مذهب الغاية الاجتماعية.....
45	الفرع الثالث: مذهب التضامن الاجتماعي.....
52	المبحث الثالث: المذاهب المختلطة.....
52	المطلب الأول: مذهب جيني.....
53	الفرع الأول: أسس مذهب جيني.....
55	الفرع الثاني: نقد مذهب جيني.....
55	المطلب الثاني: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث.....
55	الفرع الأول: العنصر الواقعي.....
57	الفرع الثاني: العنصر المثالي.....
<b>المحور الثالث</b>	
59	الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية.....
59	المبحث الأول: السياسة التشريعية.....
60	المطلب الأول: مفهوم السياسة التشريعية.....
60	الفرع الأول: تعريف السياسة التشريعية.....
61	الفرع الثاني: أهداف السياسة التشريعية.....
61	الفرع الثالث: مصادر الالهام التشريعي.....
62	الفرع الرابع: تأثير نظام الحكم على السياسة التشريعية.....
63	المبحث الثاني: الصياغة التشريعية.....
63	المطلب الأول: مفهوم الصياغة التشريعية.....

63	الفرع الأول: تعريف الصياغة التشريعية.....
64	الفرع الثاني: صور الصياغة التشريعية.....
65	المبحث الثالث: علاقة السياسة التشريعية بالصياغة التشريعية والتشريع من منظور الحكم الجيد.....
66	المطلب الأول: العلاقة بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية.....
66	الفرع الأول: المنهجية التي تتم بها عملية الصياغة.....
66	الفرع الثاني: تتأثر تقاليد الصياغة القانونية بنوعية السياسة التشريعية.....
66	الفرع الثالث: المحددات الاجتماعية والسياسية للصائغ وهو يقوم بترجمة السياسة التشريعية إلى نصوص قانونية.....
67	المطلب الثاني: التشريع من منظور الحكم الجيد.....
67	الفرع الأول: الصناعة(صناعة التشريع الجيد).....
68	الفرع الثاني: الصياغة (صياغة التشريع).....
<b>المحور الرابع</b>	
71	تفسير القانون.....
71	المبحث الأول: ماهية التفسير وأنواعه.....
71	المطلب الأول: مفهوم التفسير وأهميته.....
71	الفرع الأول: مفهوم التفسير.....
72	الفرع الثاني: أهمية التفسير.....
72	المطلب الثاني: أنواع التفسير.....
72	الفرع الأول: التفسير التشريعي.....
73	الفرع الثاني: التفسير القضائي.....
74	الفرع الثالث: التفسير الفقهي.....

75	..... المبحث الثاني: وسائل التفسير
75	..... المطلب الأول: الطرق الداخلية للتفسير
75	..... الفرع الأول: القياس
76	..... الفرع الثاني: مفهوم المخالفة
76	..... المطلب الثاني: الطرق الخارجية للتفسير
76	..... الفرع الأول: حكمة التشريع
76	..... الفرع الثاني: الأعمال التحضيرية
77	..... الفرع الثالث: المصادر التاريخية
77	..... الفرع الرابع: النص الأجنبي للتشريع
77	..... الفرع الخامس: تقريب النصوص
78	..... الخاتمة
79	..... قائمة المراجع
82	..... فهرس المحتويات