

مقدمة

مقياس المنهجية للعلوم القانونية، هو مقياس موجه لطلبة السنة أولى ليسانس حقوق، بهدف تمكينهم من التعرف على مناهج القانون و البحث العلمي المستخدمة في مجال البحوث القانونية، على اعتبار أن هذا المقياس هو ركيزة أساسية لكل الطلبة، و لا يمكن الاستغناء عنه في أي مرحلة من مراحل البحث العلمي.

انطلاقاً مما سبق سيتم في هذه المطبوعة العلمية التعرف أكثر على مقياس فلسفة القانون، بتبسيط المبادئ العلمية التي يعتمد عليها طالب القانون، تتلخص مهام فلسفة القانون في البحث في أصل القانون و غايته، بالاستناد على حجج الفقهاء و نظرياتهم على تعددها.

و عليه وفقاً للمقرر الدراسي لمقياس فلسفة القانون، سنتناول هذه الدراسة وفق الخطة التالية:

المحور الأول: أصول القانون و مقاصده.

المحور الثاني: المذاهب الشكلية و الموضوعية و المختلطة.

المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية.

المحور الرابع: تفسير القانون.

المحور الأول : أصول القانون و مقاصده.

يعتبر الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته، يميل إلى إنشاء علاقات اجتماعية، فهو لا يستطيع العيش منعزلاً عن غيره، بل لابد أن يعيش مع جماعة من البشر.

غير أن غريزة البقاء و بغية إشباع الحاجات قد يؤدي إلى تعارض المصالح، و هنا تظهر الحاجة إلى تنظيم الروابط و العلاقات الاجتماعية للتوفيق بين المصالح المتعارضة حتى لا تعم الفوضى، هذا التنظيم تتكفل يد مجموعة من القواعد مثل قواعد الدين و الأخلاق و كذا قواعد التقاليد و المعاملات، و كذلك القواعد القانونية.

غير أن القواعد القانونية تتفرد عن غيرها من القواعد الاجتماعية بالإلزام أي إجبار الأفراد على إتباع أوامرها و نواهيها.

كلمة قانون ليست كلمة عربية الأصل، بل هي كلمة يونانية kanun ، وتعني العصا المستقيمة، أو الشيء المستقيم مثل العصا، و يستخدم هذه الكلمة بالمعنى المجازي للدلالة على القاعدة أو النظام أو المبدأ أو الاستقامة في القاعدة القانونية¹.

هذا بالنسبة للتعريف اللغوي لكلمة قانون أما اصطلاحاً فلها استعمالات كثيرة في مختلف العلوم، كالعلوم الطبيعية و الفيزيائية (قانون الجاذبية)، في الاقتصاد (قانون العرض و الطلب)²، و مع ذلك فإن كلمة قانون تستخدم بشكل كبير في مجال العلوم القانونية.

أما اصطلاحاً لم يتفق على تعريف موحد للقانون، فهناك من يعرفه على أساس الغاية منه و المتمثلة في تحقيق العدالة بأنه: "مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيمًا عادلاً يكفل حريات الأفراد و يحقق الخير العام"³، و هناك فريق آخر يذهب إلى تعريف القانون على أساس الجزاء بأنه: "القانون هو مجموعة القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة و تنظيم سلوك

¹ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، الطبعة السادسة عشر، 2008، ص13.

أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010، ص12.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص17.

الأشخاص الخاضعين لهذه الدولة أو الداخلين في تكوينها"⁴، و التعريف الأكثر استخداما هو الذي يعرف القانون بالنظر إلى الخصائص المميزة لقواعده.

و عليه يعرف القانون من الناحية الشكلية، بأنه مجموعة من القواعد السلوكية العامة و المجردة التي تنظم و تضبط العلاقات الإنسانية في مجتمع ما، و هي تعبر عن إرادة الدولة التي تضمن احترامها عن طريق الجزاء.

و من حيث المضمون فإن القواعد القانونية تعبر عن علاقة قوى بين مختلف مكونات و قوى المجتمع الذي تسود فيه في فترة زمنية معينة، الشيء الذي يتجلى من خلال إرادة الدولة، أي السلطة الحاكمة فيها. سيتم تناول هذا المحور في النقاط التالية:

أولاً: خصائص القاعدة القانونية.

ثانياً: تقسيمات القانون.

ثالثاً: مصادر القانون.

أولاً: خصائص القاعدة القانونية:

إن المغزى من تحديد خصائص القاعدة القانونية هو البحث في مفهومها و تمييزها عن غيرها من القواعد الاجتماعية الأخرى.

و يمكن حصر خصائص القاعدة القانونية فيما يلي:

- ✓ القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي.
- ✓ القاعدة القانونية قاعدة عامة و مجردة.
- ✓ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مرتبطة بالجزاء.

1- القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي:

⁴ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص18.

إن القاعدة القانونية قاعدة سلوك تنظم سلوكيات الأفراد داخل المجتمع، و علاقاتهم مع الآخرين، و هي مجموع الأوامر و النواهي على الأفراد احترامها و إتباعها حفاظا على الاستقرار و النظام داخل الجماعة، كما أن القانون مجموع قواعد متطورة و متغيرة بتماسها مع البيئة الاجتماعية فهي تتأثر بها و تتطور بتطورها، فالقانون مرتبط أساسا بالمكان و الزمان، أي أنه وليد مجتمع معين و وضع معين يهدف أساسا إلى نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع و علاقاتهم على وجه الإلزام و ليس التخيير بين إتباعها أو تركها.

2- القاعدة القانونية قاعدة مجردة و عامة:

يقصد بعمومية القاعدة القانونية و تجريدتها أنها لا تخص واقعة محددة بعينها و لا شخصا معيناً بالذات، بل هي تبين الشروط اللازم توافرها في الواقعة التي تنطبق عليها و الأوصاف التي يتعين بها الشخص الذي تخاطبه، بحيث تنطبق هذه القاعدة على كل شخص توافرت فيه هذه الأوصاف أو على كل واقعة استجمعت هذه الشروط⁵.

و بعبارة أخرى أن القاعدة القانونية تكليف تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، و تتناول الوقائع بشروطها لا بذواتها، و هذا التكليف لا يقتصر على الحين بل يمتد إلى المستقبل.

و ينتج عن صفة العمومية و التجريد للقواعد القانونية ما يلي:

- صلاحية هذه القواعد القانونية و قابليتها للتطبيق المتجدد على كل الأشخاص و الوقائع التي تتوافر فيها الشروط المطلوبة، و يبقى العمل بهذه القواعد ما دامت لم تلغ أو تعدل⁶.
- قدرتها على تحقيق العدل justice، أي أن القاعدة العامة و المجردة تظهر في شكل نموذج عام تسقط عليه كل واقعة أو شخص تتفق ظروفه مع أحكامها، فهي لا تضع في الاعتبار الظروف الخاصة بكل شخص على حدة أو حالة.

فوضع القاعدة القانونية شكل مسبق بصورة عامة و مجردة يراعي فيها تحقيق العدل.

3- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة مقترنة بالجزاء:

⁵ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص13.

⁶ أحمد سي علي، المرجع السابق، ص35.

القاعدة القانونية ملزمة أي أنها لا تتوجه لمخاطبيها بالدعوة إلى سلوك معين على سبيل النصح كما هو الحال بالنسبة لقواعد الأخلاق و إنما تخاطبهم بصيغة الأمر و النهي و إلزامهم بنظام معين عليهم الانصياع له.

و لما كان الهدف من وضع القانون هو إقامة النظام في المجتمع عن طريق قواعد ملزمة، فالمقصود بالإلزام هو أن تكون القاعدة القانونية مقترنة الجزاء.

أ-تعريف الجزاء :

يمكن تعريف الجزاء بأنه : "القصاص من المخالف لحكم القانون كي يكون عبرة لمن تسول له نفسه سلوك مسلكه"⁷، فالجزاء ضروري باعتباره وسيلة فعالة تضمن احترام الناس للقانون و الإلزام بالسلوك المقرر وفقا لقواعده، و عليه فالالتزام بالقاعدة القانونية و الأصل و الجزاء هو الاستثناء يقرر على سبيل الاحتياط لضمان الخضوع لحكم هذه القواعد⁸.

ب-خصائص الجزاء :

كل شخص يخالف القاعدة القانونية يوقع عليه جزاء،فهذا الأخير له خصائص نوجزها فيما يلي:

- ذو طابع مادي و ملموس، يمس الشخص في جسده و ماله.
- هو حال التنفيذ فهو غير مؤجل بل يطبق في الحين.
- يعتبر الجزاء نوع من الإجبار العام توقعه السلطة العامة المختصة وفق أسلوب محدد مسبقا.

ج-صور الجزاء :

تتنوع صور الجزاء بتنوع طبيعة القواعد القانونية التي تمت مخالفتها،ففي قانون العقوبات الجزاءات تتنوع حسب تنوع أنواع الجرائم من أصغرها إلى أكبرها،فقد تكون جزاءات بدنية أقصاها الإعدام و السجن المؤبد و قد تكون الحبس، أو غرامة مالية أو مصادرة.

أما في القانون المدني فالجزاء له صور مغايرة قد تكون تعويض مالي أو بطلان العقد، و الجزاءات كثيرة و متنوعة حسب طبيعة القانون سواء كان قانون عام أو قانون خاص.

⁷ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق،ص27.

⁸ أحمد سي علي، المرجع السابق،ص39.

ثانياً: تقسيمات القانون:

للفظ القانون معنى واسع الدلالة على القانون الوضعي أي النظام القانوني الذي يشتمل على مجموعة قوانين الدولة⁹.

ينقسم القانون إلى قانون عام و قانون خاص، و تنقسم القاعدة القانونية بالنظر إلى الحقوق التي تنظمها إلى قواعد قانونية موضوعية و شكلية، أما القواعد الموضوعية فيقصد بها كل قاعدة تقرر حقا و تفرض واجبا، أما القواعد الشكلية، فهي كل قاعدة تبين الكيفيات و الوسائل التي يمكن إتباعها لاقتضاء حق مقرر أو تقرير كيفية الالتزام بالقيام بواجب.

كما تنقسم القاعدة القانونية بالنظر إلى قوتها القانونية إلى قواعد أمر و قواعد مكملة.

1/ القانون العام و الخاص

توجد قواعد تنظم مؤسسات الدولة، وشؤون المجتمع بشكل عام و ليس للأفراد علاقة بها، فهي قواعد تنظيمية عامة، يطلق عليها القواعد العامة أو القانون العام، بينما توجد قواعد تنظم سلوك الأفراد و يطلق عليها بالقواعد الخاصة، أو القانون الخاص، و سوف نتناول هذه النقطة في الآتي:

أ/ التمييز بين القانون العام و القانون الخاص.

ب/ آثار التمييز بين القانون العام و القانون الخاص.

ج/ فروع القانون العام.

د/ فروع القانون الخاص.

أ/ التمييز بين القانون العام و القانون الخاص:

⁹ فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية و فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص114.

لا يوجد قانون اسمه قانون عام و قانون اسمه قانون خاص، بل هذين المصطلحين يطلقان على مجموعتين من القوانين تتمتع بصفات متقاربة، و بعبارة أدق تقسم القوانين إلى قسمين قوانين عامة و قوانين خاصة.

كما أن تقسيم القانون إلى مجموعتين لا يعني أن كل منهما يعمل في دائرة بعيدة عن الأخرى، إنما هي قواعد قانونية متجاورة و متقاربة، بل أن القانون الواحد قد يتضمن قواعد عامة و قواعد خاصة.

إن من الصعوبة بما كان وضع حدود فاصلة بين مجموعة القوانين الداخلة في نطاق القانون العام و الأخرى الداخلة في نطاق القانون الخاص، و مع ذلك فإن الفقهاء وضعوا معايير مختلفة لمحاولة التمييز بينها.

المعيار الموضوعي:

يقوم المعيار الموضوعي على أساس طبيعة الحق الذي تنظمه القاعدة القانونية، و انقسم أتباع هذه النظرية إلى رأيين:

-الرأي الأول يرى أن التفرقة على أساس طبيعة المصلحة التي يحميها القانون إذا كانت المصلحة عامة فالقانون العام هو الذي يحميها و إذا كانت مصلحة خاصة فالقانون الخاص هو الذي يحميها.

و قد انتقد هذا الرأي بأن حماية المصلحة العامة تعود على الأفراد و بأن حماية المصلحة الخاصة تعود بالنفع العام فالمصلحة العامة متداخلة مع المصلحة الخاصة¹⁰.

-الرأي الثاني اعتمد على أساس الطبيعة المالية، فالقانون العام يحمي المصالح غير المالية، و القانون الخاص يحمي المصالح المالية، و ينتقد هذا الرأي على أساس أن هناك العديد من القوانين التي يحميها القانون الخاص، كالحق في الاسم و الحق المعنوي للمؤلف¹¹ كما أن القانون العام يحمي مصالح ذات طبيعة مالية كالضرائب، نزع الملكية للمصلحة العامة، و القيود الواردة على الملكية، كما أن القانون العام يحمي الأموال الخاصة و الملكية الخاصة¹²

المعيار الشكلي:

¹⁰ سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009، طبعة ثانية، ص195.

¹¹ المرجع نفسه.

¹² المرجع نفسه، ص196.

يقوم المعيار الشكلي على أساس اختلاف طبيعة القواعد القانونية لكل من القانونين، فالقانون العام قواعد أمرة (مطلقة)، و القانون الخاص قواعد مكملة (نسبية).

و ينتقد هذا الرأي على أساس أن ليس كل قواعد القانون الخاص مكملة بل البعض فقط.

المعيار الشخصي:

يقوم هذا المعيار على الأشخاص الذين يتوجه إليهم القانون و يوجد فيه رأيين.

الرأي الأول يرى بأن القانون العام هو قانون الدولة و الهيئات العامة الأخرى، و أن القانون الخاص هو قانون الأفراد و قد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن الدولة تطبق القانون الخاص عندما تمارس نشاطا ماليا أو تجاريا.

الرأي الثاني ركز على الصفة فإذا دخلت الدولة نشاط بصفتها صاحبة السلطة العامة، فإننا نكون بصدد قانون عام، و إذا دخلت بصفة تتساوى فيها مع مصالح الأفراد فإننا نكون أمام قانون خاص، و ينتقد هذا الرأي أيضا كون الدولة و مهما تنازلت عن صفتها فإنها تحمي نشاطها بقواعد خاصة بها لا يتمتع بها الأفراد، فمثلا الديون المترتبة على للدولة على الأفراد فإن للدولة حق امتياز على الدائنين العاديين و تتقدم عليهم في استيفاء ديونها من الأفراد، أما إذا كانت الدولة مدينة فليس للدائن حق الحجز على أموال الدولة و بيعها و استيفاء الدين منها كما يطبق على الأفراد¹³

و في الخلاصة نقول أنه من الصعوبة وضع معيار جامع مانع للتمييز بين القانون العام و القانون الخاص بالنظر للتداخل الكبير بينهما، و أن القانون الواحد قد يتضمن قواعد قانونية من القانونين العام و الخاص.

ب/ آثار التمييز بين القانون العام و القانون الخاص.

بالرغم من صعوبة التمييز بين القانون العام و القانون الخاص إلى أن هناك بعض الآثار العملية يتميز بها القانون العام عن القانون الخاص و المتمثلة في الآتي:

¹³ سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص197.

-امتيازات السلطة العامة: يقصد بها مجموعة من الصلاحيات تعطى للسلطة العامة في مواجهة الأفراد يمكنها من خلالها إصدار قرارات تؤثر في مراكزهم القانونية، مثل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

-حق السيادة: استنادا للقانون العام للدولة حق السيادة بمفهومه الداخلي، و ذلك تحقيقا للمصالح العام، مثل فرض الضريبة، التنفيذ المباشر دون اللجوء للقضاء.....إلى غير ذلك.

-حماية الأموال العامة: تتمتع أموال الدولة بحماية خاصة، فلا يجوز التصرف فيها، أو حجز عليها، و تسقط بالتقادم، و لا تملك بمرور الزمن أو بالشفعة.

-عقود الإذعان: و هي عقود تبرمها الإدارة و تكون لها امتيازات في مواجهة الخواص المتعاقدين معها مثل توقيع الجزاءات، تغيير شروط التعاقد كل ذلك تحقيقا للمصلحة العامة.

-الاختصاص القضائي: يختلف الاختصاص القضائي باختلاف موضوع العلاقة و كذلك أطراف الخصومة، فالمنازعات الإدارية تخضع لاختصاص القضاء الإداري في حين منازعات الخواص ينظر فيها القضاء العادي.

-حق التقدم: لديون الدولة حق امتياز على ديون الأفراد بغض النظر عن تاريخ الاستحقاق.

-الالتزام بالقانون العام: قواعد القانون العام جميعها ملزمة للأفراد و لا يجوز لهم مخالفتها، في حين قواعد القانون الخاص يجوز للأفراد مخالفة القواعد المكملة منها إذا كانت لهم مصلحة في ذلك.

ج/فروع القانون العام:

يتعلق القانون العام بدراسة الدولة، و تنظيم الحكم فيها و تسييرها و ضبط علاقاتها مع غيرها، و بالرغم من أن تقسيم القانون العام و القانون الخاص لم يعد واضحا و دقيقا، بالنظر إلى أن هناك قوانين مختلطة تعتبر مزيج بين القانون العام لا جدال فيها و هي كالاتي:

-القانون الدولي العام: يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص القانونية الدولية في وقت السلم و الحرب.

-القانون الدستوري: مجموع القواعد القانونية التي تنظم الدولة و نظام الحكم فيها و السلطات السياسية العليا و صلاحياتها و العلاقة بينها، و كذا الممارسات السياسية العامة في الدولة كالانتخابات.

القانون الإداري:مجموع القواعد القانونية التي تنظم الإدارة و كيفية توليها لأعمالها و نشاطاتها تحقيقا للمصلحة العامة.

القانون المالي:مجموع القواعد القانونية التي تنظم نفقات و إيرادات الهيئات العامة و ميزانية الدولة.

د/فروع القانون الخاص:

مجموع القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأفراد، سواء كانت هذه العلاقات اجتماعية، أو مالية أو تصرفات قانونية، و قد يتضمن القانون الخاص قواعد آمرة، و أخرى تكميلية و من أهم فروع القانون الخاص.

-**القانون المدني:** و هو قانون الشريعة العامة، ففي حال غياب نص خاص في القوانين الخاصة يطبق القانون المدني، فهو يتضمن الموضوعات المهمة في العلاقات بين الخواص مثل مصادر الالتزام و التقادم، الأهلية، الشخص الاعتباري، الأموال و الحقوق و تقسيماتها، و يمكن في حال وجود نص خاص يطبق و يستبعد القانون المدني، لأن الخاص يقيد العام.

-**القانون التجاري:**يحدد القانون التجاري الشروط المطلوبة بالشخص، يكتسب صفة التاجر، و الأعمال التجارية الموضوعية و هي الأعمال التجارية المنفردة كالشراء من أجل البيع و أعمال الصرف و البنوك و الأوراق التجارية، و المشروعات التجارية و الأعمال التجارية بالتبعية و بيع البضائع و الأعمال الخاصة بالشركات التجارية و أنواعها من شركات تضامن و شركات التوصية البسيطة و شركات الأموال و غيرها.

-**القانون البحري:**ينظم القانون البحري العلاقات الخاصة، بتسجيل السفن و استغلالها في الملاحة البحرية، و عقود النقل البحري و البيوع البحرية و التصادم البحري و التأمين على السفن و البضائع، و الملاحة البحرية بأنواعها المتعددة مثل الملاحة البحرية، و ملاحة الصيد، ملاحة النزهة و ملاحة التجارب العلمية¹⁴.

¹⁴ سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص227.

-قانون الأحوال الشخصية: ينظم قانون الأسرة، أحكام الخطبة و عقد الزواج و موانعه و قواعد الميراث و النفقة و الوصية.

ه/القوانين المختلطة:

و هي قوانين قواعدها مزيج بين القانونين العام و الخاص و من أمثلتها:

-قانون العمل: و هو تشريع يبين ساعات العمل، و الأجور المناسبة و نظام التعويض عن إصابات العمل و كذلك قانون الضمان الاجتماعي ينظم حقوق العامل الناشئة عن إصابات العمل، الشيخوخة، خطر المرض، الأمومة، الوفاة و كفيات التعويض.

-قانون العقوبات: القانون الذي يبين السلوك الإنساني الذي يعتبر جريمة و يقرر العقوبة المناسبة لهذا الفعل، و قانون العقوبات هو قانون مختلط عام و خاص، خاص لأنه يقتطع حق المتضرر من الجريمة الواقعة في حقه، و عام لأنه يهدف حماية المصالح المشتركة سواء كانت مادية أو معنوية، عن طريق توفير الأمن و الاستقرار و بث الطمأنينية في المجتمع و تحقيق العدالة.

2/القاعدة القانونية الآمرة و المكملة:

✓ القواعد الآمرة هي قواعد تأمر الفرد بسلوك معين أو تنهي عنه بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره، و كل اتفاق على خلاف الحكم لا يعتد به و يعد باطلا، فهذه القواعد تمثل قيودا ضرورية لإقامة نظام عام داخل المجتمع، و تفرض تحقيقا للمصالح العام و لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف حكم القاعدة الآمرة.

✓ أما القواعد المكملة فهي قواعد تنظم سلوك الأفراد على نحو معين، لكن يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف حكمها، هذه القواعد لا تتعلق أساسا بالمصلحة العامة للمجتمع و إنما تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد.

✓ يمكن التفريق بين القاعدة الآمرة و المكملة بالاعتماد على أحد المعيارين أو كلاهما، و هما المعيار الشكلي و المعيار الموضوعي.

✓ أما المعيار الشكلي فهو اللفظي بمعنى النظر إلى ألفاظ النص القانوني.

✓ أما المعيار الموضوعي فهو المعيار الذي ينظر فيها إلى مضمون القاعدة القانونية و هو معيار يبحث في مدى اتصال القاعدة القانونية بالنظام العام و الآداب العامة.

ثالثاً: مصادر القاعدة القانونية

تقسم مصادر القانون إلى قسمين: المصادر الأصلية (الفرع الأول) و المصادر الاحتياطية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : المصادر الأصلية

تنص المادة 1 من القانون المدني على أن القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً يحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة..

أولاً: التشريع:

القواعد القانونية ليست فقط تلك التي يطبقها القاضي بل توجد قواعد أخرى ذات طبيعة دستورية و أخرى ذات طبيعة دولية تضبط علاقة الدولة بغيرها من الدول، و على العموم تتعدد المصادر الأصلية للقانون بتعدد الجهات التي تملك حق إصدار قواعد عامة و مجردة و ملزمة، و يتم الرجوع إلى هذه المصادر أولاً قبل اللجوء إلى أية مصادر أخرى.

1 الدستور:

يحتل الدستور أعلى مرتبة في سلم القواعد القانونية في الدولة، و هو من يحدد شكل الدولة و توزيع السلطات فيها و الأسس التي تقوم عليها و هو من يضمن الحريات العامة للأفراد و حقوق الإنسان، و كل القواعد التي يتضمنها الدستور تأتي في المرتبة الأولى بالنسبة لبقية مصادر القاعدة القانونية، و كل القوانين السارية في الدولة تخضع لأحكامه و تحترم تدابيرها و إلا كانت لاغية من خلال الطعن في عدم دستورتيتها.

2 المعاهدات الدولية:

أصبحت المعاهدات الدولية أهم وسيلة في العصر الحديث لتنظيم العلاقات بين الدول، كما أصبحت النزاعات التي يطرح فيها تطبيق قاعدة قانونية مستمدة من أحكام معاهدة دولية أكثر من أن تحصى، و مثال ذلك المنازعات حول الإعفاءات الضريبية و الجنسية بالنسبة لرعايا الدول الموقعة على المعاهدة. و تحرص الأنظمة القانونية في الدول على تحديد مركز المعاهدات الدولية بين مصادر القاعدة القانونية، و كذلك الأحكام الدستورية الواجب مراعاتها للانضمام إلى المعاهدات الدولية. و على العموم تصبح المعاهدات الدولية مصدراً من مصادر القانون عندما يوجد نص صريح في القانون الداخلي للدولة يعطي الشرعية لهذه المعاهدات.

3 التشريع:

التشريع هو القانون الصادر عن السلطة المخولة بالتشريع في الدولة، و الدستور هو من يحدد هذه السلطة التشريعية (البرلمان) و في الجزائر يطلق مصطلح القانون على النص الصادر عن البرلمان حتى لو كان بمبادرة من الحكومة متى وافق عليه البرلمان بالأغلبية، أما التشريع فيمتد علاوة على القانون إلى أوامر رئيس الجمهورية .

و يعتبر التشريع المصدر الرسمي الأساسي للقواعد القانونية و هو يخضع إلى رقابة الدستورية للتأكد من مدى احترامه لأحكام الدستور و هي المهمة التي تقوم بها في الجزائر المحكمة الدستورية . و يمكن للدستور أن يفوض السلطة التنفيذية حق التشريع في بعض المجالات و في بعض الحالات الخاصة، و قيمة الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية توازي قيمة التشريع و هي تخضع أيضا لرقابة الدستورية.

ثانيا: الشريعة الإسلامية:

تنص المادة 2 من الدستور الجزائري على أن الإسلام دين الدولة، و عليه يفترض أن تكون كل نشاطات السلطة و قوانينها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية أو على الأقل لا تتعارض معها فمثلا قانون الأسرة و المنازعات المتعلقة به تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، فلا تزال الشريعة مصدرا هاما من مصادر القواعد القانونية و هي ثاني مصدر رسمي بعد التشريع بمعناه الواسع حسب المادة 1 من القانون المدني.

يقصد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله سبحانه و تعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله محمد صلى الله عليه و سلم ، سواء أكان بالقرآن نفسه أو بسنة الرسول من قول أو فعل أو تقرير .

و تجدر الإشارة إلى أن المقصود بالشريعة الإسلامية طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني ليس الدين الإسلامي كله و إنما شق المعاملات فقط، أي علاقات الفرد بغيره من الناس سواء أحوال شخصية (و هو ما يتعلق بتكوين الأسرة و نظامها من زواج و طلاق و نفقة و حضانة و نسب و غيرها)، أو أحوال عينية (الأحكام المتعلقة بالأموال و التصرف فيها من بيع و إيجار و رهن).

إن القاضي مطالب باستكمال أحكام التقنين المدني على اعتبار أنه الشريعة العامة، فإذا لم يجد نصا قانونيا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

في الواقع إن الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية أمر نادر وقوعه، ذلك أن التشريع بجزارته و سرعة سنه هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون، فلم يعد يترك مجالا كبيرا للجوء إلى الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني : المصادر الاحتياطية

المصادر الاحتياطية هي المصادر التي يلجأ إليها القاضي إذا لم يجد نصا رسميا يستند عليه لحل النزاع المطروح عليه، و عادة يتم تحديدها بنص صريح .و تتمثل عموما في العرف و قواعد العدالة و الاجتهاد القضائي و الفقه، مع اختلاف بين الدول في ترتيبها و في الأخذ ببعضها دون البعض الآخر .

أولا: العرف:

العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين و تكراره لزمان طويل حتى يترسخ في العقول و يسود الاعتقاد بالزاميته، و للعرف ركن مادي (السلوك المتواتر) و ركن معنوي (الاحساس بوجوده .) و لا شك أن الكثير من قواعد القانون الوضعي جاءت مكرسة لأعراف سائدة قبل صدور النص القانوني الذي اعتمدها، و في هذه الحالة تكون القاعدة القانونية ارتقت من مرتبة العرف إلى مرتبة النص المكتوب (القانون .) و

بعض النظم جعلت من العرف مصدرا أليا و أصيلا عند غياب النص التشريعي، فيما نظم أخرى جعلت منه مصدرا احتياطيا ثانوي .

ثانيا: القانون الطبيعي و قواعد العدالة:

القانون الطبيعي هو قواعد عامة أبدية ثابتة صالحة لكل زمان و مكان، و هي تصدر إما عن طبيعة الأشياء أو أن الإنسان يكشف عنها بعقله، و هو مجموع القواعد الأزلية الكفيلة بتحقيق العدالة بين الأفراد المجتمع و عليه ففكرة العدالة مقترنة بفكرة القانون الطبيعي.

العدالة هي التي تجعل المشرع يستخلص من هذه المبادئ حلولا تراعي فيها ظروف كل حالة على حدة، ذلك أن فكرة العدالة فكرة مرنة فمضمونها و كيفية تحقيقها رهن بظروف الحياة في أي مجتمع و تصوره لفكرة العدل، و هو شيء خالد في ضمير الإنسان.

و من أمثلة الحلول العادلة التي يستوحىها القاضي من مبادئ القانون الطبيعي:

✓ المساواة في الحكم على الوقائع المتساوية و على العلاقات المتماثلة فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة.

✓ عند وجود حلول متعددة لحالة واحدة يجب الأخذ بأقربها إلى الاعتبارات الإنسانية.

✓ عند الحكم على حالة معينة، ينبغي مراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

ثالثا: الإجتهد القضائي:

يقصد بالاجتهاد القضائي مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم للفصل في النزاعات المعروضة عليها و الحلول التي تضعها، إذ أن القاضي ملزم بالفصل في الملفات المعروضة عليه حتى و لو لم يجد نصا قانونيا يطبقه فيضطر أحيانا إلى أن يجتهد و يبدع حلولا تصبح مع الوقت قواعد مستحسنة يطبقها قضاة آخرون، و من ثم يسمي الاجتهاد القضائي مصدرا من مصادر القاعدة القانونية، فهو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها و الحكم بها عند تطبيقها للقانون.

و تظهر أهمية الاجتهاد القضائي في الدول التي تعطي الصدارة للقانون العرفي كبريطانيا و الدول الأنجلوساكسونية بخلاف الدول التي تفضل النص القانوني المكتوب مثل فرنسا و مصر والجزائر .

ربعا: الفقه

يقصد بالفقه مجموع الدراسات و الأبحاث العلمية المتخصصة، فهو مجموع 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 .

و في بعض الأحيان يلعب الفقه دورا مهما في توجيه المشرع لوضع قواعد معينة في مجال قانوني ما يعاني من نقص أو تأخر تشريعي و هذا من خلال الشرح و التحليل الذي يقدمه، فإذا تبنى المشرع رأي الفقه يصبح الأخير مصدرا من مصادر القاعدة القانونية.

و تكمن أهمية الدراسات الفقهية في شرح معاني الأحكام القانونية و بيان أوجه تطبيقها لأنها موضوعة بصيغة عامة و مجردة .

كما تلجأ المحاكم أحيانا إلى الاستشهاد برأي الفقه ليس كمصدر للقاعدة القانونية و إنما لتأييد وجهة تستخلصها المحكمة و ترجحها على غيرها.

أسئلة تقييمية للمحور الأول:

1/تعرف القاعدة القانونية من خلال خصائصها، على ضوء دراستك ما مدى صحة ذلك؟

2/هل تكتسي مصادر القانون نفس الأهمية؟ علل إجابتك.

المحور الثاني: المذاهب الشكلية و الموضوعية و المختلطة:

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على طبيعة القانون و أصله و أساسه و تحليل جوهره لبيان ماهيته و العناصر التي يتكون منها، و هي دراسة فلسفية أثارت خلافا كبيرا بين الفقهاء، تعددت بشأنها النظريات و المذاهب، و يتناولها الفقهاء عادة تحت عناوين مختلفة مثل: طبيعة القانون، أو أصل القانون، أو أساس القانون و تدخل جميعها في نطاق دراسة فلسفة القانون تنصب أساسا على موضوعين رئيسيين هما أصل القانون و غايته.

يقصد بالبحث عن أصل القانون الوضعي و أساسه معرفة تبرير وجود القانون و اكتسابه صفة الإلزام في الجماعة، أما الغاية التي يتوخاها القانون و التي يسعى إلى تحقيقها و التي اتفق عليها أغلب الفقهاء هي "العدل"، و ذلك على الاختلاف فيما بينهم على مفهوم فكرة العدل، إن اختلاف الفقهاء حول أصل القانون و مقاصده قد أدى إلى ظهور الكثير من النظريات نوجزها في ثلاث مذاهب:

أولاً: المذاهب الشكلية.

ثانياً: المذاهب الموضوعية.

ثالثاً: المذاهب المختلطة.

أولاً: المذاهب الشكلية: *des doctrines formalistes*

المذاهب الشكلية هي التي تكتفي بالنظر إلى شكل القاعدة و مظهرها الخارجي، فالقانون وفقاً لهذه المذاهب هو مجرد أمر أو نهي صادر من الحكام إلى المحكومين، ففي كل مجتمع توجد هيئتان، هيئة حاكمة تبين القوانين و التشريعات و هيئة المحكومين هي التي تخضع لأحكام هذه القوانين و التشريعات¹⁵.

المذاهب الشكلية ترى بأن القانون يصدر عن إرادة و مشيئة الحاكم أو الدولة ثم تجبر الأفراد على إتباعه و السير على مقتضاه، و قد نادى بالمذاهب الشكلية الكثير من الفلاسفة و الفقهاء الذين اتفقوا على المبدأ

¹⁵ إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1992، الجزائر، ص7.

العام الذي ينادي بأن القانون نتاج إرادة الحاكم مع وجود خلافات بينهم و من هؤلاء الفقهاء الفيلسوف الإنجليزي أوستن Austin، و فقهاء الشرح على المتون الفرنسيون، و الفيلسوف الألماني هيجل Hegel، و الفقيه النمساوي كلسن Kelsen.

1-مذهب أوستن:

إن دراسة هذا المذهب تقتضي التعرف على الفكرة التي يقوم عليها هذا المذهب و النتائج التي تترتب عليه، و الانتقادات التي وجهت إليه.

أ-الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن:

الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن، هي أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم يطبقها جبرا على الأفراد عند الاقتضاء و هي ليست فكرة جديدة ابتكرها أوستن، بل إنها فكرة قديمة قال بها فلاسفة اليونان منذ القدم حيث كانوا يرون أن القانون من فعل القوة، ثم بعثت هذه الفكرة من جديد على يد بعض الفلاسفة الذين قالوا بأن القانون هو إرادة الحاكم أو السلطان الذي له السيطرة المطلقة على المحكومين و قد تأثر أوستن بهذا الفكر و صاغها في شكل نظرية و بذلك عرف أوستن القانون بأنه "أمر أو نهي يصدره الحاكم استنادا إلى سلطته السياسية و يوجهه إلى المحكومين و يتبعه الجزاء"¹⁶. انطلاقا من هذا التعريف ففي نظر أوستن لكي يوجد القانون يجب توافر ثلاث شروط:

الشرط الأول: وجود حاكم سياسي (مجتمع سياسي):

و عليه حتى تكون بصدد قانون و جب وجود حاكم سياسي يتمتع بالسيادة السياسية و محكومين يخضعون لهذا الحاكم السياسي و يطيعون أوامره و نواهيه. و يستوي أن يكون الحاكم فردا أو جماعة، كما يستوي أن يكون أساس حكمه ديموقراطيا أو إستبداديا، و عليه فالقرارات الصادرة على تكتلات أخرى ليس لها سيادة سياسية لا يسمى قانون كما هو الحال بالنسبة للجمعيات و الأحزاب و النقابات، لأن القانون هو تعبير عن الإرادة السياسية للهيئة الحاكمة.

الشرط الثاني:وجود أمر و نهي

¹⁶ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص10.

القانون حسب كل من ليس مجرد نصيحة موجهة للأفراد و يفتح باب الاختيار بين اتباعه أو تركه حسب مشيئتهم ،بل هو مجموع الأوامر و النواهي التي يوجهها الحاكم السياسي إلى المحكومين الذين يجب عليهم اتباعها و السير بمقتضاها .

و يمكن أن يكون الأمر و النهي مباشر و يمكن أن يكون ضمني فتكتفي القاعدة القانونية ببيان الحكم الواجب تطبيقه بتوافر شروط معينة ، و على الأفراد التزام بها.

الشرط الثالث:وجود جزاء :

يرى أوستن أن فكرة الجزاء هي فكرة أساسية في القاعدة القانونية ،فلكي يوجد القانون يجب أن يقترن الأمر أو النهي بجزاء يوقعه الحاكم على كل مخالف.

ب-النتائج المترتبة على مذهب أوستن:

يرتب أوستن على مذهبه النتائج الآتية:

-إنكار صفة القانون على القانون الدولي العام:

في نظر أوستن قواعد القانون الدولي العام لا تعتبر قواعد قانونية لأنها تنظم العلاقات بين الدول،و أن الدول متساوية في الحقوق و السيادة و لا توجد سلطة عليا في المجتمع الدولي تفرض أوامرها و نواهيها على جميع الدول.

و عليه قواعد القانون الدولي العام هي مجرد قواعد مجاملة تراعيها الدول في سلوكياتها و علاقاتها مع بعض و هي غير مرتبطة بالجزاء .

-إنكار صفة القانون على القانون الدستوري:

إن قواعد القانون الدستوري تنظم شكل الدولة و نظام الحكم و السلطات في الدولة و علاقاتها و إختصاصاتها و كذا حقوق الأفراد و حرياتهم، و عليه فإن هذه القواعد موجهة للحاكم و ليس المحكومين.

فحسب أوستن فقواعد القانون الدستوري ليست قانون لأنها مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه لينظم علاقته بالأفراد دون الإلزام من سلطة اعلى و دون ترتيب جزاء، و عليه فيعتبرها ذات قيمة إرشادية فقط و يطلق عليها قواعد الأخلاق الوضعية.

-العرف ليس مصدرا من مصادر القانون:

يرى أوستن أن التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية، و ينكر ذلك على العرف لأنه ليس موضوع من طرف الحاكم و إنما هو سلوك يقوم به الأفراد بشكل متواتر حتى الشعور بضرورة و إلزامية.

-وجوب التقيد في تفسير القانون بإرادة المشرع (الحاكم) و عدم الإعتداد لما يطرأ من تغيرات، و عليه الإعتداد عبرة من تغير الظروف مع مرور الوقت.

ج-نقد مذهب أوستن:

-الخلط بين القانون و الدولة: يخلط أوستن بين القانون و الدولة عندما يقول أن القانون لا يوجد إلى في مجتمع سياسي منظم فبالرجوع للحقائق التاريخية يعتبر القانون ظاهرة إجتماعية قبل أن يكون ظاهرة سياسية أو وضعية.

-الخلط بين القانون و القوة:

تتمثل القوة في الجزاء الذي يوقعه الحاكم و هي الأساس الوحيد للقانون، أي أن القانون و القوة (الجزاء) في يد الحاكم يفرض ما يشاء على الأفراد إستنادا لإرادتهم، فيظهر أن القانون في خدمة القوة و الفروض أن الحاكم يكون في خدمة القانون و يكفل إحترامه بالقوة إن لزم الأمر.

-التشريع المصدر الوحيد للقواعد القانونية:

هناك مصادر أخرى للقانون ماعدا التشريع للعرف و لا يمكن بأي احال إنكار دورها و أهميتها، و مازال يؤخذ بها حتى في إنجلترا نفسها بلد أوستن. (ما يقره السلطان فكأنه قد أمر به و غالط نفسه)¹⁷.

-بالنسبة لصفة إنكار القانون عن القانون الدولي العام:

بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي، و هذا مردود عليه بالنظر لعنصر الإلزام الذي تملكه هيئة الأمم المتحدة بمنظماتها المختلفة (الجمعية العامة، مجلس الأمن، محكمة العدل الدولية) و قد تدخلها في مناسبات كثيرة و إن كانت سلطتها من الناحية العملية غير فعالة أحيانا بالنظر لتوازن القوى

¹⁷إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق،ص17.

بين الدول، كما أن الأخذ برأي أوستن قد يؤدي إلى إختلال الإستقرار الدولي إذا لم تلتزم الدول باتفاقياتها و المعاهدات الدولية.

-إنكار صفة القانون عن القانون الدستوري:

إن المسلم به أن الأمة هي مصدر كل السلطات في الدولة وهي أعلى من سلطة الحاكم نفسه، إن القانون نتاج الظروف الراهنة في المجتمع، و بالتالي عدم تماشيه مع المتغيرات قد يؤدي إلى صمود القانون، فالقانون في جوهره هو صياغة للواقع و تطوراته.

2-مذهب الشرح على المتون أو مدرسة تفسير النصوص: L'école de l'exégèse

هذا المذهب ليس رأي فقيه واحد و إنما كان ثمرة لآراء مجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابليون .

كما أن مذهب الشرح على المتون يتمثل في طريقة أو أسلوب لشرح القانون و تفسيره ،و قد سميت نظرية الشرح على المتون بالنظر للطريقة التي جرى عليها هؤلاء الفقهاء في شرح تقنين نابليون متنا متنا، أي نص تلو الآخر بنفس الترتيب الذي وردت به هذه النصوص في التقنين¹⁸.

أ-الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون :

يتشابه مذهب الشرح على المتون مع مذهب أوستن في أنه يعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون في حين يختلف معه في أنه يقوم على تقديس النصوص التشريعية.

تقديس النصوص التشريعية:

كان النظام القانوني السائد في فرنسا ،يختلف في شمالها عن جنوبها ،ففي حين كان الجزء الشمالي في فرنسا يخضع لنظام قانوني مستمد من قواعد العرف و التقاليد ،كان الجزء الجنوبي يخضع لنظام مستمد من القانون الروماني.

¹⁸إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق،صص 21-22

حتى عهد نابليون صدر تقنين نابليون الذي وحد النظام القانوني في فرنسا، هذا الأخير قام بتجميع القوانين في مجموعات أو تقنينات و كان الأول من نوعه في العالم الأمر الذي جعله محل فخر و اعتزاز للفرنسيين، الأمر الذي دفع رجال القانون نحو احترام و تقديس هذا التقنين و اعتباره المصدر الوحيد للأحكام القانونية، فهو في نظرهم قانون كامل كالكتاب المقدس قد أحاط بكل مبادئ أحكام القانون المدني.

فهؤلاء الفقهاء عند شرح هذا التقنين اتبعوا شرح نصوصه بنفس الترتيب نسا بعد نص كما يفعل الشراح و المفسرون في تفسير الكتب المقدسة.

اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون:

لقد اكتفى فقهاء الشرح على المتون بالنصوص التشريعية المكتوبة و اعتبروها المصدر الوحيد للقانون و لا يوجد حسبهم مصدر آخر للقواعد القانونية.

ب-النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون:

-يجب على القاضي أن يطبق النصوص التشريعية و يلتزم بها، و لا يجب عليه أن يدعي بعبث أو قصور فهي نصوص شاملة تتضمن كل الحلول لجميع المشاكل المطروحة، فمهمة القاضي هي الحكم بمقتضى القانون و ليس الحكم على القانون¹⁹.

-إن المجموعة المدنية الصادرة في 1804 (تقنين نابليون) صدرت تحت ضغط الرأسمالية الناشئة للمحافظة على مصالحها الاقتصادية و من أهم المبادئ التي أكد عليها هذا التقنين: الملكية حق مطلق، العقد شريعة المتعاقدين، لا مسؤولية بدون خطأ.

ج-الانتقاد الموجه لمذهب الشرح على المتون:

-هذا المذهب كسابقه يعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون، و لكن في الحقيقة القانون له مصادر متعددة و التشريع أحدها.

-إن إغفال الظروف الاجتماعية و الاقتصادية المحيطة بالمجتمع و تقديس إرادة المشرع هو إهمال لإرادة الأمة و هذا الأمر يؤدي للدكتاتورية و الاستبداد.

¹⁹إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص25.

-إغفال الواقع و التطبيق الأعمى للقانون من طرف القضاة يفقدهم الرؤية السليمة،و يدفعهم للمغالاة في الحفاظ على استقرار المعاملات إلى ما يسمى بإخضاع الأحياء إلى الأموات²⁰.

3مذهب هيجل:

يتلخص هذا المذهب في أن القانون يستمد أساسه و شرعيته و قوته الإلزامية من صدوره عن الدولة، و عليه فالقانون هو إرادة الدولة في الداخل بمناسبة علاقاتها بالأفراد و هو كذلك إرادتها في الخارج بالنسبة لعلاقاتها مع غيرها من الدول.

فالدولة لها سلطة مطلقة يخضع لها كل من يدخل في تكوينها، و هي تخضع لإرادة أحد سواء في داخلها أو في الخارج.

ففي الداخل لا وجود لإرادة الأفراد و حرياتهم فكلها تذوب في هذا المجتمع الذي يهدف لتحقيق الصالح العام، و بالتالي فالدولة واحدة لا تقبل التجزئة.

أما في الخارج فالدولة سيدة نفسها و هي غير تابعة لأي سلطة أخرى و بالتالي فالدول متساوية في هذه السيادة، و أنه في حال نشوء نزاع معين فالحل هو الحرب فيحل النزاع لصالح الدولة الأقوى التي تفرض وجهة نظرها بالقوة.

أ-النتائج المترتبة على مذهب هيجل :

-يترتب على مذهب هيجل نتائج تشبه إلى حد كبير مذهب أوستن، فكل منهما يقوم على تبرير الحكم الاستبدادي المطلق.

-تتحصر مصادر القانون في التشريع الذي يعبر عن إرادة الدولة (الحاكم).

-بينما يعتبر أوستن أن قواعد القانون الدستوري هي قيود يفرضها الحاكم عن نفسه ،و أن قواعد القانون الدولي العام هي قواعد أدبيات و مجاملة بين الدول، فإن مذهب هيجل لا يرى لهذه القواعد أي وجود.

²⁰فاضلي إدريس، الوجيز في فلسفة القانون، المرجع السابق، ص99

-هذا الأخير يعترف بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة، أما في الخارج فإن السيطرة تكون للدولة الأقوى و أن منطق القوة و الهيمنة هو الذي يحكم العلاقات الدولية.

ب-نقد مذهب هيجل:

-توجه لمذهب هيجل نفس الانتقادات التي وجهت لسابقه المتمثلة في عدم صحة اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون .

-تقوم فلسفة هيجل على تدعيم الحكم الاستبدادي المطلق الذي كان قائما في عهده، و إثبات حق الشعب الألماني في السيطرة على العالم،الذي يقوم على سلب حريات الأفراد و تقديس إرادة الحاكم على حساب الأفراد في الدولة، كما يعتبر الحرب هي الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات بين الدول، و أن السيطرة في العالم تكون للدولة التي تملك القوة و هذا من شأنه أن يؤدي إلى اضطراب العلاقات الدولية و عدم استقرار المجتمع الدولي.

4-مذهب كلسن:

يعرف هذا المذهب أيضا مذهب القانون البحث ، ذلك أن كلسن يرى أن علم القانون البحث يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الإنساني من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط التي تدخل في علوم أخرى ، يختص رجل القانون البحث بدراستها ،و إنما يختص بها علماء كل في مجاله،ف نجد علماء الاجتماع،الاقتصاد،السياسة و غيرها حسب طبيعة هذه الضوابط.

أ-الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن:

-استبعاد جميع العناصر غير القانونية:

القانون البحث يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي باعتبارها أوامر صادرة عن الدولة ،دون التصدي لمضمونها أو أسباب نشأتها ،و التي هي من اختصاص علماء الاجتماع ،الاقتصاد و السياسة.

-وحدة القانون و الدولة:

لا يكتفي كلسن برد القانون لإرادة الدولة، بل يعتبر الدولة هي نفسها القانون (خلط بين القانون و الدولة)، فيذهب كلسن إلى أن الدولة ليست شخصا معنويا و إنما هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض في درجات تشبه الهرم، تبدأ قاعدته بالأوامر الفردية و العقود و الأحكام القضائية ، و تنتهي قمته بالدستور ،فالدستور هو القاعدة القانونية الكبرى التي تعلق جميع القواعد الأخرى ،حيث تستمد كل درجة شرعيتها و صفتها القانونية من الدرجة التي تعلوها.

غير أن كلسن يرى أن النظام القانوني لا يعتبر دولة إلا بوجود هيئات مركزية مختصة للتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها هذا النظام القانوني و تطبيقها عن طريق الإيجابار.

ب-النتائج التي تترتب على مذهب كلسن:

-رفع التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة و بين ضرورة تقييد الدولة بسلطان القانون:

يقول كلسن أن الدولة هي النظام القانوني نفسه و ليس لها وجود إلا من خلال هذا النظام، و من ثم فلا يتصور استقلال الدولة عن القانون، و التالي عدم تقييدها به.

-وحدة القانون و عدم جواز تقسيمه إلى قانون عام و قانون خاص:

القانون العام هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها و عليه فقواعد القانون العام هو القوة و السيطرة، بخلاف قواعد القانون الخاص فإن أساسها هو المساواة بين طرفي العلاقة.

يرى كلسن أن هذه التفرقة ترجع إلى الرغبة في إعطاء الحكومة نوعا من الحرية في العلاقات القانون الخاص و إبعادها عن التيارات السياسية التي تسود القانون العام.

و أن هذه التفرقة لا فائدة منها لأن علم القانون البحث يقتصر على الضوابط القانونية و يستبعد كل العناصر الأخرى و بشكل خاص المفاهيم السياسية.

ج-نقد مذهب كلسن:

-يؤخذ على مذهب كلسن تجريد القانون من كافة العوامل غير القانونية (الاجتماعية،الاقتصادية، السياسية و الأخلاقية) و التي تؤثر على نشأة القانون و تطوره.

-يؤخذ على مذهب كلسن القول بوجود قواعد قانونية فردية، فالمسلم به أن القواعد القانونية تتسم بالعمومية والتجريد.

-كما أن مذهب كلسن قد أغفل وجود قواعد القانون الدولي العام(تنظم العلاقات بين الدول).

-كما أن مذهب كلسن لا يجعل مكانا للعرف في التدرج الهرمي للقواعد القانونية.

-إن الدولة هي كيان مستقل عن القانون بدليل أن الدستور نفسه ينص على تقييد سلطة الدولة و إلزامها باحترام الحقوق و الحريات في المجتمع ،فالقول بوجود كيان مستقل للدولة عن القانون هو قول يستند إلى أساس واقعي و ملموس من أحكام قانونية تنص عليها الدساتير .

-يؤخذ على مذهب كلسن أنه أغفل أساس الدستور، فإن كانت كل القواعد القانونية تستمد شرعيتها من الدستور، فمن أين يستمد الدستور نفسه شرعيته.

ثانيا:المذاهب الموضوعية:

و هي المذاهب التي تهتم بجوهر القاعدة القانونية ، فتنظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية و تكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوين و تطور القواعد القانونية ،و هي بذلك تربط بين القانون و المجتمع .

إن أنصار هذا المذهب و إن اتفقوا فيما بينهم على الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية إلى أنهم اختلفوا من حيث مضمون هذا الجوهر ،مما أدى إلى ظهور مدرستين :

- ❖ المدرسة المثالية و التي كانت سائدة حتى بداية القرن التاسع عشر²¹، و التي ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله.
- ❖ ثم ظهرت فلسفة جديدة تناقضها تتمثل في المدرسة الواقعية و التي ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة و تؤيده التجربة.

1-المذاهب المثالية:

و التي بدورها تنحصر فيمايلي:

²¹إبراهيم أبو النجا،المرجع السابق،ص49.

أ-مذهب القانون الطبيعي:

و يقصد به مجموعة قواعد عامة و أبدية ثابتة لا تختلف و لا تتغير باختلاف الزمان أو المكان، و هي ليست من صنع الإنسان، و لكن الله هو الذي أودعها في الكون و الإنسان يكشف عليها بعقله.

فهي قواعد أبدية خالدة تسمو على قواعد القانون الوضعي و تعتبر مثلاً أعلى لها.

و قد بدأت هذه الفكرة -فكرة القانون الطبيعي- لدى فلاسفة اليونان كفكرة فلسفية، ثم صارت لدى فقهاء الرومان فكرة قانونية، حيث اعتبروا القانون الطبيعي مصدراً للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب، باعتبار أنه يتضمن مجموعة من المبادئ التي تنشأ من الطبيعة و يكتشفها الإنسان بعقله و من ثم تكون مطابقة للعقل و مقبولة لدى جميع الأمم و الشعوب.

انتقلت فكرة القانون الطبيعي في العصور الوسطى إلى رجال الكنيسة، و تحولت إلى فكرة دينية، حيث قرروا أنه قانون إلهي أبدي خالد يسمو على القانون الوضعي، لأنه من صنع الله تعالى باعتباره خالق الطبيعة، و كان هدفهم من تحويل فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة و تدعيم سيطرتها و إخضاع الملوك لسلطان البابا، ذلك أن هؤلاء الفقهاء و الفلاسفة قد قرروا بأنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي و يختلط ببعض أحكامه.

ثم تحولت إلى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية، فقد اتخذ الفقهاء و الفلاسفة من فكرة القانون الطبيعي وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، فهي حقوق تولد مع الإنسان و لا غنى عنها لمباشرة نشاطه، و استند هؤلاء الفقهاء على قواعد القانون الطبيعي للمطالبة بتنظيم الدولة على أسس ديمقراطية تقوم على الحرية و المساواة، ذلك أن قواعد القانون الطبيعي تعترف للأفراد بحقوق و حريات طبيعية لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها إلا بالقدر الذي يكفل لجميع الأفراد ممارسة حقوقهم و حرياتهم كما استندوا لقواعد القانون الطبيعي للمطالبة بتنظيم المجتمع الدولي على أساس قانوني أبرز إلى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناها الحديث.

وعليه فأصبح القانون الطبيعي أساساً للقانون الدولي العام، و كذا القانون الدستوري (نظرية العقد الاجتماعي)، لقد قامت الثورة الفرنسية تحت شعار الدفاع عن الحقوق و الحريات الطبيعية للإنسان، بحيث لا يجوز للحاكم المساس بها أو الإنتقاص منها، و قد أصدرت الثورة الفرنسية سنة 1789 وثقتها

الشهيرة المعروفة باسم إعلان حقوق الإنسان و المواطن ،و عليه أصبح هذا المذهب مذهباً رسمياً تبناه هذا الإعلان.

الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي:

لقد ظهرت مذاهب أخرى في نهاية القرن الثامن عشر و مطلع القرن التاسع عشر قام أنصارها بمهاجمة هذا المذهب و قد وجهوا له الانتقادات التالية:

-إن القول بأن القانون الطبيعي لا يتغير بتغير الزمان و المكان .

-إن القول بأن قواعد القانون الطبيعي يكشفه العقل تناقض نفسها فالأشخاص مختلفون بتفكيرهم و عواطفهم و معتقداتهم و بيئتهم و ثقافتهم،و عليه فهذه القواعد متغيرة بالضرورة ،فالقانون هو تعبير عن روح الشعب و انعكاس لعبقريته الخاصة.

-أن قواعد القانون الطبيعي ليس لها فائدة عملية كونه لا يوجد ما يفرض على الدولة وضع قواعد قانونية متعارضة معه.

-أن هذا المذهب ينطلق من النزعة الفردية، بتقرير حقوق الإنسان الطبيعية و حرياتهم، وهذا ما يتعارض مع الفكر الاشتراكي القائم على تغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية أو الخاصة.

ب-مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير:

أدت الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي إلى إضعافه، غير أن الفقهاء قد قرروا أن المشرع و هو يضع القواعد القانونية ،لابد له من مثل أعلى للعدل يستلهمه و يهتدي به ، هذا الأخير هو القانون الطبيعي الذي يدركه الإنسان بعقله، و من ثم فهو يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية التي يحيط بالإنسان.

انطلاقاً مما سبق فقد اقتصر الخلود و الثبات على فكرة العدل ذاتها دون مضمونها فيما بالقانون الطبيعي ذو المضمون المتغير،و قد نادى به الفقيه الألماني ستاملر و الفقيه الفرنسي سالي،و قد أراد ستاملر الجمع بين الخلود و التطور معا ،فقال بأن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد و متغير في نفس الوقت فهو خالد في فكرته متغير في مضمونه.

فكرة العدل تتوقف على مدى تصور كل مجتمع لها كما أنها مرتبطة بظروف الحياة في كل مجتمع.

فما يعتبر عدلا في مجتمع ما قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر ،بل و أن هذه الفكرة متغيرة في نفس المجتمع مع تغير الزمن و تطور الظروف الاجتماعية في هذا المجتمع (كفكرة الرق مثلا).

ج-النتيجة:الإتجاه الحديث نحو الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي:

لم تلق فكرة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير قبولا لدى الكثير من فقهاء العصر الحديث أمثال بلانيول و جوسران،لأنهم رأوا أنها تؤدي إلى إنكار فكرة القانون الطبيعي ذاتها.فالعدل ليس فكرة

شخصية تختلف من مجتمع لآخر و إنما هو حقيقة في ذاته لها كيان موضوعي ثابت.

فقد رأى هؤلاء الفقهاء أن القانون الطبيعي يشتمل قواعد أبدية ثابتة لا تتغير في الزمان والمكان تسمو على القوانين الوضعية، ولكنهم لم يذهبوا إلى المنظور التقليدي الذي يرى بأن القانون الطبيعي مجموعه من القواعد تضع الحلول لكل المشاكل الاجتماعية، بل ضيقوا نطاق القانون الطبيعي الى مجموعة قليلة من المبادئ المثالية الثابتة والمبنية على العدالة كمبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ، مبدأ إعطاء كل ذي حق حقه، مبدأ عدم الأثراء على حساب الغير دون سبب مشروع.

وعليه فالقانون الطبيعي بمفهومه الحديث يقتصر على التوجيه والالهام نظرا لما تضمن من مبادئ مثالية وما على المشرع إلا أن يستلهمها عند وضع القوانين الوضعية، ونفس الشيء بالنسبة للقاضي عندما لا يجد الحل في القانون.

وقد تبنت الكثير من الدول في تشريعاتها توجيه القاضي إلى البحث عن الحل في مبادئ العدالة، لكن يقدم العدل بين الناس ومن بينها القانون المدني في الجزائر في الماد الأولى منه.

1- المذاهب الواقعية:

أ- المذهب التاريخي/ La doctrine historique

- جاء هذا المذهب لمعارضة القانون الطبيعي، معارضة تجميع القوانين في تقنيات في أوائل القرن 19م.

• ظهر هذا المذهب في البداية في فرنسا على يد مجموعة من الفقهاء ينادون بأن القانون مختلف من بلد لآخر حسب ظروف وبيئة كل مجتمع، من بينهن مونتيسكيو Montesquien، وبورتاليس Portalis.

• إنَّ الفضل في انطلاق هذا المذهب كمذهب كامل يعود للفقيد الألماني سافيني Savigny، وقد عارض هذا الفقيد تجميع القوانين في تقنينات خوفاً من جهودها وعدم تطورها، وقد نادى بأن القانون هو مجموع القواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتؤيدها التجربة في مجتمع ما.

الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب:

- إنكار وجود القانون الطبيعي: لأن نقوم بأن العقل هو الذي يكتشف قواعد القانون الطبيعي الثابت والأبدي غير ممكن لأي تفكير الأشخاص مختلف.
- اختلاف القانون الوصفي باختلاف المجتمع: حسب المذهب التاريخي فإن القانون وليد البيئة الاجتماعية فهو يتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية لكل جماعة فهو متغير من مجتمع لآخر، وقد يتغير داخل نفس المجتمع بتغير وتطور الظروف.
- تكوّن القانون وتطوره آلياً: يرى المذهب التاريخي أن القانون ليس من إنشاء الإرادة الانسانية ولا المثل الأعلى، وإنما يشكون ذاتياً بطريقة آلية وهو ثمرة التطور التاريخي لجماعة معينة.
- النتائج التي تترتب على المنهج التاريخي: أن تقنين القواعد القانونية يؤدي الى جهودها وعدم تطورها.
- ان القانون يتكون تلقائياً بطريقة آلية (دون المشرع تسجيل مضمون الضمير الجماعي في تشريعات ومتابعة كل تطور جديد).
- يعتبر العرف المصدر المثالي للقانون، لأنه غير مدون وكما أنه ينشأ في ضمير الجماعة ويتطور معها.
- عند تفسير النصوص القانونية لا تبحث عن نية المشرع وقت وضعها وإنما وقت تطبيق هذه النصوص (الظروف متغيرة).

نقد المذهب التاريخي:

مزياه:

- له كشف الارتباط بين القانون والبيئة.
- له الفضل في بيان فساد فكرة القانون الطبيعي التقليدية.
- القانون ليس مشيئة الحاكم بل هو نتيجة الظروف الاجتماعية.
- أوضح قيمة العرف كمصدر من مصادر القانون.

الانتقادات:

- المبالغة بربط القانون بالبيئة والمجتمع لدرجة إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القانون، وهذا غير صحيح فلولا إرادة الشعوب لما وضعت القوانين.
- معارضته للتقنين كونه يؤدي إلى جمود وقدسية النصوص القانونية لا محل له من الصحة، بالإضافة إلى المزايا الكثيرة للتقنين (وسيلة لتوحيد القانون في أجزاء الدولة).
- المبالغة في اعتبار القانون وليد بيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع كونه التجربة أثبتت نقل بعض قوانين دول بشكل كلي أو جزئي إلى دول أخرى مختلفة عنها مختلفة.
- المبالغة في اعتبار العرف المصدر المثالي للقانون، فتطور وتعدد وتعقد سبل الحياة أصبحت تحتاج لحلول سريعة، وهذا ما يضمنه التشريع دون إهمال دور العرف كمكمل أو معدل أو مفسر له.

ب- مذهب الغاية الاجتماعية la doctrine du but social:

وهو مذهب من المذاهب الواقعية نادى به الفقيه الألماني اهرنج Ihring لمهاجمة المذهب التاريخي²²، يقوم هذا المذهب على أساس أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية وهي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، وقد يتطلب الوصول لهذه الغاية الكفاح من طرف الإنسان. يرى أهرنج أن القانون في تطور المستمر ولكن ليس بشكل آلي أو تلقائي كما ينادي أنصار المذهب التاريخي، وإنما يكون بناء على إرادة الانسان.

فالقانون ظاهرة اجتماعية مرتبطة بإرادة الانسان وليست كالظواهر الطبيعية التي تخضع لقانون الغاية تخضع لقانون السلبية ولا دخل لإرادة الانسان فيها كتعاقب الليل والنهار بسبب دورات الأرض مثلا²³.

²²إراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص96.

²³ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص97.

وعلى اعتبار أن الإرادة البشرية تلعب دوراً تصورياً في نشأة القانون وتقدمه قد تصل إلى حد الكفاح والصراع من أجل إرساء نظم قانونية أو تغيير نظم قانونية قائمة والأمثلة كثيرة عن الثورات الاجتماعية وحركات التحرير الكبرى (تحرير الرقيق من السادة، تحرير العمال من أرباب العمل، تحرير الفلاحين من الاقطاعيين).

وعلى هذا النحو، فحسب مذهب أهرنج، القانون هو ثمرة الغاية والكفاح، الغاية هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه والكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية.

نقد مذهب الغاية الاجتماعية:

بالرغم من الميزات الكثيرة لهذا المذهب وعلى رأسها إظهار أهميه إرادة الانسان والدور الذي تلعبه في نشأة القانون وتطوره، كما أوضح الخطأ الذي بني عليه المذهب التاريخي، والذي يجعل نشأة القانون بطريقه تلقائية ولا دخل للإنسان فيها، إلا أنه قد تعرض للكثير من الانتقادات يمكن تلخيصها فيما يلي:

- هذا المنصب يجعل الغاية من القانون حفظ المجتمع وليس إقامة العدل.
- أن القانون يقوم على الكفاح، وعليه فمن تكون له الغلبة هو الذي يضع القانون (بناء على الغلبة والقوة).
- جعل نشأة القوانين وتطورها متوقفاً على إرادة الانسان فقط، ولكن في الحقيقة ليست الأساس الوحيد لقيام القانون.

ج- مذهب التضامن الاجتماعي la doctrine de la solidarité sociale

يعتبر هذا المذهب أحد المذاهب الواقعية، والذي نادى به الفقيه الفرنسي ديجي Duguit في أواخر القرن 19 ، فديجي في دراسته للعوامل التي تؤدي إلى نشوء القواعد القانونية وتطورها تبني منهج البحث العلمي الواقعي الذي يقوم على ملاحظة الظواهر الاجتماعية الملموسة ليستخلص منها بعض الحقائق العلمية الملموسة، وعليه فهو لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية التي يمكن مشاهدتها والتحقق منها على وجه اليقين ما عدا ذلك فهو مجرد افتراض وينتج على هذا الطرح أن ديجي بكثير من الأسس التي يقوم عليها القانون على اعتبار أنها على اعتبار أنها لا تستند على دليل واقعي ملموس، مثل فكرة الحق، وفكرة الشخصية القانونية وفكرة السيادة، وفكرة القانون الطبيعي وفكرة المثل العليا التي يستمد منها القانون الطبيعي.²⁴

²⁴ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 101

وقد أخذ ديجي بمجموعة من الحقائق الواقعية واعتبرها أساسا لمذهبه، لأنه يمكن التحقق منها عن طريق المشاهدة والتجربة، وتمثل في:

- وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان مع غيره من الناس.
 - وجود تضامن بين أفراد المجتمع، وهذه حقيقة واقعية ملموسة لأن الإنسان لا يستطيع تلبية حاجاته بنفسه. بمعزل عن باقي أفراد المجتمع، وهي حاجات مشتركة بين الأفراد كما يمكنهم تحقيقها إلا بالحياة المشتركة، وهذا هو التضامن الاجتماعي الذي يعد حقيقة اجتماعية.
- والتضامن بين الأفراد في المجتمع قد يكون تضامنا بالاشتراك أو التشابه Solidarité par similitude، وقد يكون تضامنا بتقييم العمل Solidarité par division du travail.

أما التضامن بالاشتراك يقصد به اشتراك الناس في الشعور بحاجات متشابهة يتطلب تحقيقها تضامن جهود الأفراد فيما بينهم.

أما التضامن بتقسيم العمل فمرده اختلاف الأفراد في ميولاتهم ما يجعل كل منهم يوجه جهده ونشاطه نحو عمل أو خدمة معينة ثم يتبادل مع غيره.

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

و قد نشأ ما يسمى بالأصل أو الحد الاجتماعي norme social و هو الحد الفاصل بين الأعمال التي يجب القيام بها و الأعمال التي يجب الامتناع عنها تحقيقا للتضامن الاجتماعي، و يتفرع عنه كل القواعد الاجتماعية التي تحكم سلوك الأفراد و نشاطهم في المجتمع. هذه القواعد الاجتماعية قد تكون:

➤ قواعد اقتصادية: تحكم نشاط الأفراد المتعلق بإنتاج الثروات و تداولها و استهلاكها، و

يكون الجزاء على مخالفتها هو الخسارة المحققة في الثروة.

➤ قواعد أخلاقية: تبين طريقة سلوك الأفراد بما يتفق و الآداب العامة في المجتمع، و يكون

الجزاء على مخالفتها استنكار الناس.

يرى Duguet بأن القواعد الاقتصادية و الأخلاقية لا ترتفع لدرجة قواعد قانونية مجرد ارتباطها

بجزاء، فالدولة التي تحتكر السلطة الإجبار في المجتمع و توقيع جزاء ليست هي التي تخلق القانون فهذا

الأخير ليس من صنع الدولة و أساسه ليست القوة و إنما هو من خلق المجتمع استجابة لمقتضيات

التضامن الاجتماعي بين أفرادها.

و عليه فالقواعد الاقتصادية و الأخلاقية لا ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية إلا إذا شعر الأفراد بأنها ضرورية لحفظ التضامن الاجتماعي و لكفالة احترامها و جب استخدام قوة الإجبار الاجتماعي. انطلاقا مما سبق أساس القاعدة القانونية :

➤ شعور الأفراد بالتضامن *sentiment de la solidarité*

➤ الشعور العدل *sentiment de la justice* لا يقصد به المثل العليا للعدالة لأن ذلك لا

يعتبر من قبل الحقائق الواقعية الملموسة و هذا ما لا يتفق مع مذهبه.

فأساس القانون هو أساس مزدوج الشعور التضامن(الإنسان يشعر بالعدل لأنه كائن اجتماعي)، الشعور بالعدل(الإنسان يشعر بالعدل لأنه كائن فردي هذه الصفة الفردية تولد لدى الإنسان شعورا بالعدل يتمثل في ضرورة احترام كيان و ممتلكات الآخرين، لكي يحترم الآخرون كيانه و ممتلكاته)، هذا الأساس المزدوج واقعي مستمد من المشاهدة و التجربة.

و بالنتيجة القاعدة القانونية هي التي يشعر أفراد المجتمع بأنها ضرورية لازمة لصيانة التضامن الاجتماعي و أن من العدل تسخير قوة الإجبار في الجماعة لكفالة احترامها. نقد مذهب التضامن الاجتماعي:

يمتاز مذهب التضامن الاجتماعي بأنه أظهر أهمية الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية و أثرها في تكوين القانون، و هي حقائق لا يجوز إغفالها عن البحث في أساس القانون.

و مع ذلك فقد تعرض لمجموعة من الانتقادات يمكن إيجازها في الآتي:

❖ أراد ديجي أن يخضع القانون للمنهج العلمي الواقعي التجريبي الذي تخضع له

العلوم الطبيعية و هذا غير ممكن من جهتين :

✓ الظواهر الطبيعية مسيرة غير مخيرة تتحقق آليا إذا توافرت أسبابها، و

عليه فهي ترتبط بفكرة السببية تتحقق النتيجة كلما وجد السبب، أما

الظواهر في العلوم الاجتماعية مثل القانون ترتبط بفكرة تحقيق الغاية، و

لا بد من تدخل الإرادة لتحقيق هذه الغاية.

✓ العلوم الطبيعية تهدف لدراسة ما هو كائن، أما العلوم الاجتماعية تهدف

لمعرفة ما يجب أن يكون.

❖ أن دي جي ناقض نفسه في مجموعة من النقاط و هي:

- ✓ حقيقة التضامن هي حقيقة واقعية و ملموسة و لكنها ليست الوحيدة في المجتمع فإلى جانبها نجد حقيقة التنازع و التناقص.
- ✓ اقتصرت الدراسة على فكرة التضامن الخير فقط، و لكن هناك حقيقة واقعية أخرى يمكن إثباتها بالمشاهدة و التجربة و هي فكرة التضامن بالشر.
- ✓ جعل أساس القانون، الشعور الشخصي لدى الأفراد بالعدل، و لكن العدل هو فكرة مثالية مجردة، و هي قيم عليا قائمة بذاتها، فالأفراد هم من يخضعون للعدل و ليس العكس و إلا كانت فوضى و كان مفهوم العدل مبني على الأهواء الشخصية للأفراد، فبعض النظم المرفوضة تصبح عادلة بمجرد شعور الأفراد بذلك، كنظامي الرق و التمييز العنصري.

ثالثا: المذاهب المختلطة

عرضنا فيما تقدم المذاهب التي تبحث في أساس القانون العناصر المكونة له حتى يكتسب شرعيته و خاصيته الملزمة في مواجهة الأفراد. و ما لاحظناه خلال دراستنا لهذه المذاهب تطرف كل منها في ناحية من نواحي القانون دون الأخرى ما عرضها للانتقاد، فإذا كانت المذاهب الشكلية تركز على المظهر الخارجي للقاعدة القانونية فإن المذاهب الموضوعية اكتفت بجوهر القاعدة القانونية، بل و حتى في داخل هذه الأخيرة نجد المذاهب المثالية التي ترى بأن جوهر القاعدة القانونية ينحصر في المثل العليا التي يكتشفها الإنسان بعقله، في حين أن المذاهب الواقعية ترى أن جوهر القاعدة القانونية هو الواقع الملموس الذي تسجله المشاهدة و تؤيده التجربة.

لذلك ظهرت المذاهب المختلطة التي تنظر إلى القاعدة القانونية من الناحيتين الشكلية و الموضوعية و التي ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة في الجماعة و من المثل العليا التي تهيمن عليها كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الجوهر و تصوغه في شكله الخارجي²⁵

و من أبرز فقهاء المذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي جيني Gény

1/ مذهب جيني:

²⁵ إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص112.

تبنى جيني المذهب المختلط حتى أصبحت تسمى هذه الأخيرة بمذهب جيني، و يسمى كذلك بنظرية العلم و الصياغة.

أ/الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني:

يعترف جيني أنه لم يبتكر مذهباً جديداً أو نظرية جديدة و إنما اقتصر على تحليل المذاهب الأخرى الموضوعية و الشكلية و حاول التوفيق بينها.

فمن جهة تأثر بالمذاهب الموضوعية، المثالية و الواقعية حيث قرر جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة و التجربة مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل.

و من جهة أخرى تأثر بالمذاهب الشكلية، حيث قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة مجردة.

و قد فضل جيني تسمية الجوهر بالعلم و تسمية الشكل بالصياغة.

عنصر العلم:

حسب جيني فإن عنصر العلم يتكون من أربع أنواع من الحقائق:

الحقائق الواقعية أو الطبيعية *données réelles ou naturelles*

الحقائق العقلية *données historique*

الحقائق العقلية *données rationnelles*

الحقائق المثالية *données idéales*

الحقائق الواقعية أو الطبيعية:

الحقائق الواقعية أو الطبيعية هي الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع التي تحيط بالناس في المجتمع، غير أن هذه الحقائق لا تنشأ بذاتها القواعد القانونية مباشرة بل ترسم الإطار العام اللازم لنشأة هذه القواعد القانونية حيث تعتبر هذه الحقائق بمثابة البيئة التي تنشأ فيها القواعد القانونية.

الحقائق التاريخية:

يقصد جيني بالحقائق التاريخية القواعد و النظم التي تكونت عبر الزمن لتنظيم حياة الأفراد و سلوكهم في المجتمع، و هي تقوم على المشاهدة و التجربة و يمكن معرفتها من استقراء التاريخ في العصور المختلفة.

الحقائق العقلية:

هي الحقائق التي يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية أو الطبيعية و الحقائق التاريخية ثم يقوم بصقلها و تحويلها بحيث تصبح متفكرة مع الغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها.

الحقائق المثالية:

هي الحقائق التي تعبر عن الرغبة في تقدم القانون و سموه و كماله.

يعتبر جيني أن جوهر القاعدة القانونية يتكون من الحقائق الأربع المذكورة مع تغليب الحقائق العقلية لأن العقل له دور أساسي في تكوين القواعد القانونية و تطورها أما بقية الحقائق لا تحتاج في نشاط عقلي.

عنصر الصياغة:

الصياغة إذن يتعلق بالفن التشريعي، أي بتحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عامة مجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية.

و هناك نوعين من الصياغة صياغة مادية و صياغة معنوية، أما الصياغة المادية يقصد بها أن يضع المشرع المعنى الذي يريده في شكل حسابي لا يترك مجالاً للشك أو الخلاف، و يعتبر من قبيل الصياغة المعنوية القرائن التي يضعها المشرع أخذاً بالغالبا أو الشائع من الأمور رغبة منه استقرار المعاملات بين الناس.

ب/نقد مذهب جيني:

بالرغم من أن مذهب جيني قد تفادى الغلو في وقعت فيه النظريات السابق ذكرها و ذلك من خلال الجمع بين الجوهر و الشكل معا إلى أنه لم يسلم من الانتقاد على اعتبار صعوبة التفرقة بين الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية، انطلاقاً منه توجه الفقه الحديث إلى الجمع بين هذه الحقائق.

2/جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث:

يتكون جوهر القاعدة القانونية حسب الفقه الحديث على عنصرين عنصر واقعي و عنصر مثالي.

أ/العنصر الواقعي:

يشمل العنصر الواقعي للقاعدة القانونية الحقائق التي يمكن إخضاعها للمشاهدة و التجربة، و من أهمها: الحقائق الطبيعية: و المتعلقة أساساً بطبيعة الإنسان و بطبيعة البيئة التي يعيش فيها هذا الإنسان. الحقائق الاقتصادية: و المتعلقة أساساً بالنشاط الاقتصادي للإنسان سواء الصناعي أو التجاري أو الزراعي.

الحقائق السياسية و الاجتماعية: هي تلك الأفكار السياسية و الاجتماعية السائدة في المجتمع. الحقائق الدينية و الأخلاقية: هي كل ما يسود في المجتمع من تقاليد و معتقدات و اتجاهات دينية و أخلاقية.

الحقائق التاريخية: و هي النظم القانونية التي مرت بها الجماعة عبر الزمن.

ب/العنصر المثالي:

لا يكفي العنصر الواقعي لتكوين القاعدة القانونية، بل يجب تقويم هذه الحقائق بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل، هذه المثل الأعلى هي العدل.

و يفرق الفقهاء بين العدل الخاص و العدل العام، أما العدل الخاص هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، و يقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم ، و يسمى العدل التبادلي.

أما العدل العام هو الذي يسود العلاقات بين الجماعة و الأفراد المكونين لها، و يهدف لتحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة، و للعدل العام صورتان هما العدل التوزيعي و هو الذي يجب على الجماعة للأفراد، و العدل الاجتماعي و هو الذي يجب على الأفراد للجماعة.

العدل التبادلي:

كان مقصوداً على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع و المنافع قبل أن يتوسع نطاقه إلى كل علاقات الأفراد، و هو يقوم على تساوي الأفراد بما يعني احترام كل منهم لحق الآخر بإعطائه إياه أو الامتناع عن الاعتداء عليه، و يستوي أن يكون حق الفرد ابتداء أي كل ما يتعلق بوجوده و كيانه المادي و النفسي أو اكتساباً أي كل ما اكتسبه الفرد، و يكون العدل بإقرار كل فرد على ما اكتسبه بطريق مشروع.

العدل التوزيعي:

و يتحقق العدل التوزيعي ضمن نطاق الجماعة في توزيع المنافع و الوظائف العامة و الأعباء مثل الضرائب و التي تكون بشكل تصاعدي يتناسب مع الأجور أو المداخل، بحيث لا تكون المساواة بين الأفراد مطلقة بل نسبية تراعي حاجاتهم و مقدراتهم.

العدل الاجتماعي:

هو العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالمجتمع و ما يقتضيه وجوب اشتراك كل الأفراد في خدمة الجماعة و تحقيق المصلحة العامة مثل وجوب الدفاع عن الوطن و تقديم الرسوم و الضرائب و المحافظة على النظام العام و طاعة الحكام و احترام القوانين.

أسئلة تقييمية للمحور الثاني:

1 يعتبر أوستن أن القانون و جد قبل وجود الدولة .ما رأيك؟ و إذا اعتبرنا ذلك صحيحاً فهل يعتبر هذا المذهب شكلي أم موضوعي؟ برر أجابتك.

2 تقوم نظرية هيجل على السلم و التعاون بين الحكام و المحكومين و عليه فالقانون هو ما نتج عن اتفاق بينهما .إذا كان هذا خاطئاً فما أساس نظريته و ما يترتب عنها؟

3 القانون الطبيعي هو نتاج العقل و لا علاقة له بالأخلاق و الأديان و هو أحد مذاهب المدرسة الشكلية.

4 ما النقد الذي يمكن توجيهه إلى نظرية المذهب التاريخي و إلى مذهب التضامن الاجتماعي؟

5 من أهم المذاهب الموضوعية مذهب جيني (نظرية العلم و الصياغة) و أساسه أن القانون يقوم على الإحساس بالتضامن بين الأفراد.صحح ما هو خطأ.

6 لخص مضمون العنصر المثالي و العنصر الواقعي في مذهب جيني من أجل المقارنة بينهما.

المحور الثالث: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

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

ويعود تراجع المصادر الأخرى لأسباب عملية فرضتها تطورات الحياة و العلوم و ثورة التكنولوجيا والاتصالات و المعلومات، الأمر الذي ينبغي معه إيلاء التشريع أهمية خاصة فيما يتعلق بمبادئ و أسس الصياغة التشريعية، فالقاعدة القانونية العرفية تميزت بنكيفية و ملاءمتها لتطور الحياة و الإحساس بالأمان الناتج عن الاعتياد على تطبيق العرف، و لكنها بدأت تتدنثر مع ظهور المجلس النيابية، و أصبح القانون هو الأساس²⁶.

والتشريع هو سياسة تشريعية وصياغة قانونية، والسياسة التشريعية قبل الصياغة القانونية.

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

المبحث الأول: السياسة التشريعية

القانون أو وسيلة لتحقيق هدف أو غاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية وغيرها من الأهداف الأخرى، وهو ما يشترط أن يكون لدى المشرع واضح 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 مشرع أو بعبارة أدق لكل دولة سياسة في مجال إقامة أو وضع

²⁶ علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورشة عمل حول تطوير نموذج

للسياغة 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 الوضعي²⁷.

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 أوليات المجتمع بشأنها وقدراته ومصالحه اتجاهها، إلى غاية ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة²⁸.

فالساسة عموما، و بالمعنى الإجرائي، هي عملية اتخاذ القرارات، التي تتضمن المفاضلة فيما بين البدائل المتاحة و الممكنة، على ضوء أولويات الجماعة و مصالح المجتمع، و السياسة التشريعية المقصودة هنا هي الفلسفة التي تحكم عملية التشريع، بداية من اتخاذ قرار التصدي لموضوع أو قضية عن طريق التشريع أصلا، و مرورا بتحليل الموضوع و تحديد أولويات المجتمع بشأنها و قدراته ومصالحه إزائها، ثم ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية و إصدارها بالطرق المقررة²⁹.

وهذا معناه أن السياسة التشريعية هي إتباع 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 القانون³⁰.

الفرع الثاني: أهداف السياسة التشريعية

²⁷ منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان 2011، ص 202.

²⁹ علي الصاوي، مرجع سابق، ص 05.

³⁰ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 202.

للسياسة التشريعية هدفين:

1- 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.

2- أما الهدف الثاني للسياسة التشريعية فهو إقامة 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 المناسب³¹.

الفرع الثالث: مصادر الإلهام التشريعي

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

أولاً- برامج الأحزاب السياسية: تتضمن البرامج التشريعية للأحزاب الكبرى العناصر الدائمة التي تبلور إيديولوجية الحز ورؤاه 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 الإيديولوجية³² المحضة للأحزاب.

ثانياً- تأثير المصالح: قد اعتبر بعض الفقه المصالح أوضاع 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 وماهيتها³³.

³¹ مندر الشاوي، مرجع سابق، ص 203.

³³ مندر 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 منفرد 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 يتزواج مع المصادر الأخرى للإلهام التشريعي وخاصة 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.

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.

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 بها³⁴.

الفرع الرابع: تأثير نظام الحكم على السياسة التشريعية

³⁴ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 207.

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، و يتأثر بحسب نوعه نظاما سلطويا أو نظاما ديمقراطيا:

1- فالسياسة التشريعية في حالة النظام السلطوي لا تتيح دورا كبيرا للمجالس النيابية و إنما يكون الدور الأكبر للسلطة التنفيذية (الحاكم)، وفي بعض الأحيان يكون الحاكم لابسا لثوب مؤسسي خارجي مثل سلطة الحزب الواحد أو الوحيد و بالتالي يكون لدينا برلمانا تابعا، و في مثل هذا الوضع يكون دور هذا البرلمان مجرد عملية تشريع لتصرفات السلطة التنفيذية أي إدخال ما تراه مناسبا في إطار قانوني³⁵.

2- أما في ظل الأنظمة الديمقراطية و وجود تعددية سياسية و أحزاب سياسية مستقلة و منظمات مدنية مستقرة فإن السياسة التشريعية تكون محصلة لتفاعل هذه الأطراف الاجتماعية و القوى السياسية على نحو ما، قد تزداد فيه آفة طرف معين على أخرى، و لكنها 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 و عملية 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، و تراعي معايير و أسس الصياغة السليمة، فالتشريع جوهر و مظهر، يتمثل الجوهر في

³⁵ علي الصاوي، مرجع سابق، ص 05.

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 الحياة³⁶.

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 الذي اتبعته السياسة التشريعية، ولهذا تعرف الصياغة القانونية بأنها فن الوسائل القانونية التي تمكن من بلوغ الهدف التي تريده السياسة التشريعية³⁷.

كما تعرف الصياغة التشريعية أيضا هي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة، موجزة و سليمة، أي تكون قابلة للتنفيذ، ولهذا، يجب الحذر عند الخلط، و لو غير المتعمد، بين الصائغ (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:

أولاً- 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

³⁶ 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.

³⁷ منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ص 20، 21.

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.

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 هذا الصياغة دون أن تترك لهم مجالاً، لاحتوائها على أحكام ثابتة تختلف باختلافهم أو اختلاف ظروف للتقدير³⁸.

الفرع الثاني: الصياغة المرنة

ثانياً - تعريف الصياغة المرنة

الصياغة المرنة هي التعبير عن حكم القانون بألفاظ و عبارات واسعة المعنى تسمح بتغيير الحلول تبعاً للظروف والأحوال و لما 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 لجبرها³⁹.

ومن الأمثلة على الصياغة المرنة قواعد قانون العقوبات التي تحدد العقوبة من خلال وضع حد أقصى و حد أدنى مع ترك الحرية للقاضي الجزائي في تطبيق العقوبة المناسبة بين هذين الحدين طبقاً للظروف الخاصة بكل جريمة⁴⁰.

³⁸ خالد جمال حسن أحسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة

الخامسة - ماي 2017 ، ص ص 120 - 122.

³⁹ ليث كمال نصرأوين، مرجع سابق، ص 393.

⁴⁰ نفس المرجع، 394.

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

الجيد

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

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 و الثبات، 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، و هو 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 و تسعى إلى التغيير فيه و يكون لها دور أكبر في إعادة الصياغة.

الفرع الثاني: تتأثر تقاليد الصياغة القانونية بنوعية السياسة التشريعية و ما 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 و السياسية للصائغ و هو يقوم بترجمة السياسة التشريعية

إلى نصوص قانونية

فصياغة التشريع تحتاج المهارة و خبرة بالعلوم القانونية من ناحية، أما تتطلب دراسة و استيعاب أولويات السياسة التشريعية من ناحية أخرى .فالقاعدة القانونية مكونة من عنصرين،الأول هو المادة أو المضمون أو الجوهر، و الثاني 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، و هو ما يسمى بالصياغة القانونية أو التشريعية. ويقدر ما تكون هذه الصياغة سليمة و صحيحة بقدر ما تزداد فرص نجاح القاعدة القانونية في الواقع العملي من هنا يمكن تعريف الصياغة التشريعية بأنها عملية تحويل القيم التي تكون مادة القانون إلى قواعد صالحة، يمكن تطبيقها عمليا و عبر فترة ممتدة نسبيا دون لبس أو غموض⁴¹.

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

هل الصياغة الجيدة هي تلك التي تبدو محكمة و متماسكة 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، و الثاني هو صياغة التشريع. و برغم العمق في تشابك الدلالة اللغوية و المنطقية للصياغة "و"الصناعة"، بمعنى أن الصياغة في ذاتها صناعة و أن الصناعة تنتج في النهاية صياغة، فإنما نقصده في هذا السياق هو أن صناعة التشريع تعنى تحديد مبرر هو أغراضه وملامحه، وهي عمل برلماني/نيابي، بينما نقصد بالصياغة فنون و مهارات بناء النصوص و تحرير القوانين، و لأن النائب هو المشرع فإنه قد يكون صائغا أولا يكون، و لكن الصائغ ليس مشرعا، حتى و إن أخذ المشرع بخبرته.

المطلب الثاني: التشريع من منظور الحكم الجيد

الحكم الجيد فهو الذي يبشر بنظام حكم و أسلوب 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 إلى النواب و التأثير فيهم، كذلك فإن حكم القانون يتطلب منطقيا و سياسيا أن يتمكن النواب من التشريع و وضع القواعد، فلا يكون برلمانا كيان امتنع عن

⁴¹ علي الصاوي، مرجع سابق، ص ص 05، 06.

رسم سياسة التشريع أو حرم منها. أما أن الشفافية هي الصفة الأصلية للعمل البرلماني، و إلا تحول الى غير ذلك وقد مبرر وجوده.

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

أولاً-المشاركة: تتم المشاركة عن طريق:

1- تعزيز مشاركة النواب في الصياغة التشريعية

2- تمكين مشاركة القوى الاجتماعية في صناعة التشريع، بمعنى درجة و كفاءة تواصل البرلمان مع هيئات و قوى المجتمع) كالأحزاب وجماعات المصالح و هيئات المجتمع المدني (.من ناحية وتمكين مشاركة الأفراد من ناحية أخرى في التعبير والتأثير على عملية إعداد و صياغة 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)، وضمن تطبيق القوانين من ناحية أخرى.

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

الفرع الثاني: الصياغة (صياغة التشريع)

الصياغة التشريعية علم و فن، فهي الوسيلة الفنية التي تستخدم في إنشاء القواعد القانونية والتشريعية، و بها يصنع المشرع القواعد القانونية من المعطيات الطبيعية و التاريخية و العقلية و المثالية للمجتمع، و تكون مهمة المشرع و الصائغ هي تحويل هذه المعطيات إلى قواعد قانونية ميسورة الفهم سهلة التطبيق في أرض الواقع⁴².

و هنا كعوامل تعزز من جودة الصياغة القانونية و تجعلها داعمة للحكم الجيد، أهمها:

⁴² علي الصاوي، مرجع سابق، ص ص 09، 10.

أولاً- ديمقراطية الصنع تدعم الاستقرار التشريعي: الصياغة التشريعية الجيدة هي التي لا تأتي مبتورة، أو غير واضحة، بل تكون مؤدية للغرض الذي جاءت، و معبرة عن الواقع الاجتماعي، لهذا، فإن الصياغة الجيدة تميل إلى 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 إلى تحقيقها، وأن تتسم بالوضوح و القابلية للفهم من المخاطبين بأحكامها، و لا تثير المشاكل عند التطبيق، أي أن الصياغة المستقرة يفهمها الأمي و المتعلم، 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 المجموع⁴³.

ثانياً- 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 و الصانع توضيح فكرة التشريع و التعبير عنها بأبسط الطرق، بما يمكّن المواطن من متابعة مدى احترام سيادة و حكم القانون، و من مراقبة أداء الدولة، تشريعا وليس فقط تطبيقا.

ثالثاً- متطورة تعزز القدرة التنافسية للتشريع: فالتشريع الجيد له قدرة تنافسية في مواجهة العالم المعاصر، الأمر الذي يتطلب القيام بدراسة وافية ولفترة كافية له، و عند نظر مشروع قانون ما فلا ضرر من عمل دراسة مقارنة مع القوانين المحيطة بنا، للتعرف على التطور التشريعي الحادث في العالم و الذي يفرض نفسه على الجميع، بطريقة أو بأخرى، لا سيما 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 و أحكام الاتفاقيات الدولية في شأن حماية البيئة، و غير ذلك في التشريعات الاقتصادية مثل حرية التجارة والاستثمار، والجنائية، و حقوق الإنسان.

⁴³ علي الصاوي، مرجع سابق، ص 11.

رابعاً- متوازنة وصديقة للقضاء: هي تلك التي تساعد على إنزال أحكام التشريع بعدالة و موضوعية، و القضاء هو الذي يحكم بين الخصوم في المنازعات، على أساس القانون، فإذا كانت صياغة القانون متوازنة، تتصف بالوضوح والحسم وفي نفس الوقت تتحلى بالمرونة، فإنها تعين القاضي على إنزال أحكامها بعدالة أكبر.

و في الحقيقة، فإن مطلب التوازن في الصياغة لا ينصرف في هذا المقام إلى مضمون القواعد القانونية أو توجهات المشرع، فهذه مسألة سياسية تحكمها اعتبارات ذاتية لدى الآلة التشريعية، ولكنه ينصرف إلى المرونة في مظلة القاعدة بحيث تعيش مدة أطول، وتنطبق على حالات أكثر، وتسفر عن تعقيدات و لبس أقل عند التطبيق.

كما أن محك اختبار مرونة و توازن الصياغة يمثله القضاء بأفضل ما يكون، و لكن بالإضافة الى ذلك هناك ما يسمى القضاء الواقف و الفقه القانوني. فكلما كانت الصياغة مدروسة ومستخلصة عن طريق البحث والتشاور مع المحامين وفقهاء ودارسو القانون كلما وقر ذلك عمقا أكبر لها، وجعلها أقرب إلى التطبيق على النحو المبتغى لدى المشرع⁴⁴.

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 و تفريد 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.

⁴⁴ 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 بصدد 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 يقتصر على التفسير على التشريع⁴⁵.

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

⁴⁵ 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 ستحتوي 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 ينتد لتفسير قواعد العرف بل أحكام القضاء⁴⁶.

المطلب الثاني: أنواع التفسير

وتتمثل في التفسير التشريعي، القضائي و الفقهي.

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

والتفسير التشريعي إن كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة و يكشف 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 ينتزه أن يخطو هذه الخطوة تاركا المجال في ذلك للقضاء و الفقه من أجل رفع الغموض الذي يحوم حو لبعض القواعد التشريعية⁴⁷.

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

⁴⁷ عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 192.

الخصوم وقائع الدعوى ونجد أن التفسير القضائي يحصل دائما لأن القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون قبل تفسيره.

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 تفره 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 القضاء⁴⁸.

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.

⁴⁸ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 284.

ومثال ذلك: نص قانون العقوبات على انه 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 إحداها 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:⁴⁹

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 نصوصنا معنا.

الفرع الثاني: الأعمال التحضيرية

⁴⁹ محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، صصمن 66 إلى 74.

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 أنه ينبغي توخي الحذر في الاستعانة بها، لأنها كثيرا ما تتضمن آراء فردية ووجهات نظر خاص

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 البلاد⁵⁰.

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 البعض 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 المدني⁵¹.

⁵⁰ 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..."

خاتمة

ختاماً نقول إن مقياس منهجية العلوم القانونية يكتسي أهمية كبيرة في دراستنا القانونية، لأنه يعالج بعمق واضح المشاكل الكبرى للقانون أو مسائل فلسفة القانون التي قد تتبادر إلى ذهن طالب السنة أولى حقوق.

لأنه يتضمن مستويات مختلفة من التعمق في مسائل القانون و دراسة المبادئ و المفاهيم و النظريات القانونية التي تكونت شيئاً فشيئاً و ساهمت بشكل كبير في بلورة القانون و معرفته أكثر، فهذا المقياس كفيل برسم خارطة طريق للطالب الحقوقي حتى يكون فكرة واضحة حول أصول القانون و مقاصده.

قائمة المراجع

- ✓ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، الطبعة السادسة عشر، 2008.
- ✓ أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- ✓ فاضلي إدريس، مدخل إلى المنهجية و فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- ✓ سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، مكتبة الذاكرة، بغداد، 2009، طبعة ثانية.
- ✓ علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت، 3-6 فيفري 2003.
- ✓ منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان 2011.
- ✓ ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الاصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون .. أداة للإصلاح والتطوير)، العدد 2، الجزء الأول، ماي 2017.
- ✓ خالد جمال حسن أحسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة الخامسة - ماي 2017.
- ✓ عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، طبعة منقحة، 2000، دار ربحانة للكتاب، الجزائر.
- ✓ إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1992، الجزائر.

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق

مطبوعة بيداغوجية بعنوان

منهجية العلوم القانونية

(فلسفة القانون)