المحور الثاني: أساس و جوهر القانون

(المذاهب الشكلية و الموضوعية و المختلطة)

يستمد القانون جوهره وموضوعه من مصدرين أساسيين الأول واقعي ، والثاني مثالي فالقانون في العصر الحديث يعد تعبيرا عن الفلسفتين. حيث يستند الى الواقع والمثالية في نفس الوقت.وسوف نأتي على أهم المدارس التي تبنت هذه النظريات كما يلي، المطلب الاول: المدرسة الوضعية أو التاريخية أو الواقعية (l'ECOLE POSITIVE ou REALISTE)، المطلب الثاني: المدرسة المثالية (L' ECOLE IDEALISTE).

المطلب الأول: المذاهب الشكلية:

لا يمكن القبول بفكرة القانون إلا في إطار سلطة عليا تملك إصدار القانون و تنصاع إليها تبعا لذلك فئة المحكومين. تلك هي محور المذاهب الشكلية، رغم ما تفرع عن هذه المذاهب وفي تطور مستمر للقانون.

الفرع الأول: المدرسة الوضعية أو التاريخية أو الواقعية (l'ECOLE POSITIVE ou REALISTE):

و مجموع مذاهب المدرسة الواقعية لا تعترف بجوهر القانون إلا ما كان منه ملموسا من حقائق الحياة الاجتماعية، وتشمل على الخصوص المذهب التاريخي، مذهب الغاية الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، وأصحاب هذه المذاهب يرفضون الأفكار المثالية التي جاءت بها مدرسة القانون الطبيعي[1].

ولقد اختلف أصحاب هذه النظرية حول جوهر القانون من حيث طبيعته، ومنهم الفقيه الالماني سافيني SAVIGNY الذي رأى أن العبرة في القانون بالقواعد القانونية السائدة والتي

[1] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 75.

تسجلها المشاهدة وتؤديها التجربة، ومن أبرز الأفكار التي جاء بها الفقيه سافيني فكرة تكون القانون و تطوره آليا. اذ يرى أن القانون ليس من خلق أو انشاء الإرادة الإنسانية ولا من وحي مثل أعلى، ولكنه من صنع الزمن ينشأ في ضمير الجماعة عبر العصور كما أنه ليس ثمرة جيل معين، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي وهو ينمو ويتطور بشكل تلقائي[2].

وميزة هذا المذهب أنه كشف عن ارتباط القانون بالبيئة التي ينشأ فيها كالعوامل الطبيعية والاجتماعية والاقتصادية التي تساهم في تكوين القانون وأن القانون يتكون قواعد متطورة وأنه ليس إرادة أو مشيئة الحاكم[3]

.ترى المدرسة الواقعية في القانون تعبيرا عن مشاكل الحياة الإجتماعية أي ظروف الواقع المحيطة بالناس في الجماعة، كالظروف الجغرافية و الاقتصادية و السياسية والاجتماعية. أضف الى ذلك النزعات الأخلاقية والدينية والتراث التاريخي، وتختلف تلك العوامل وتتباين من بلد الى اخر وتؤدي إلى اختلاف النظم القانونية في كل منها. فالقانون ليس ثابتا أو واحدا بل هو متغير في الزمان و المكان يتطور بتطور البيئة وطبقا لعوامل متعددة. و نعرض لأهم هذه العوامل على النحو التالي:

<u>أولا: العوامل التاريخية:</u>

لا يمكن للنظام القانوني أن يتجاهل الحقائق التاريخية التي تتكون في المجتمع على مر العصور وتتوارث جيلا بعد جيل. فالقانون يأخذ تلك الحقائق في الحسبان و لكنه يعمل على تطويرها طبقا لمعطيات الحاضر. فالزواج يعتبر حقيقة تاريخية ثابتة يقوم القانون بتنظيمها من خلال تحديد شروطه وآثاره و السلطة المختصة بإبرامه وحله. وكذلك الحال بالنسبة لنظام ملكية الفردية الذي يجد سنده في التطور التاريخي الذي نشأ عليه الانسان.[4]

---

[2] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 75.
[3] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 75.
[4] - د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 54.

ثانيا: العوامل الدينيه والاخلاقية:

تؤثر العوامل الدينية والأخلاقية بدورها في تحديد ملامح النظام القانوني فالدين هو العامل الاول في تحديد مضمون قوانين، الاحوال الشخصية المتعلق بالأسرة والمواريث والوصية.

ثالثا: العوامل الاقتصادية:

تلعب العوامل الاقتصادية دورا بارزا في تشكيل القواعد القانونية فطرق الانتاج والعلاقات الناشئة عنها تحتاج الى تنظيم قانوني معين.[5] كما أن تطور الحياة الإقتصادية يؤدي و لا ريب إلى التأثير على مجلات و أحكام القواعد القانونية.

رابعا: العوامل السياسية والاجتماعية:

يعتبر القانون كذلك انعكاسا لكثير من الافكار السياسية والاجتماعية السائدة في الجماعة، حيث تؤثر تلك الافكار في نشأة و تطور النظم القانونية في أي مجتمع من المجتمعات.

فالافكار الحديثة المتعلق بحرية الانسان والمساواة أدت الى الغاء الرق وتزايد القوانين التي تكفل حقوق الانسان وحرياته الفردية والاجتماعية. وذلك كالحقوق السياسية والنقابية و الشخصية.[6]

الفرع الثاني: مذهب أوستن:

وهو فيلسوف انجليزي يرى انه لا وجود للقانون الا من خلال عناصر ثلاثة: **وجود** مجتمع منظم توجد فيه هيئة حاكمة تباشر سلطان الدولة على طبقة محكومة. **يصدر** الحكام

---

[5] -

[6] - د. محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 52.

أمرا بعمل شيء أو الامتناع عنه أي أن القانون يصدر في صورة أمر أو نهي و ليس مجرد نصيحة. **يقترن** هذا الامر بالجزاء الدنيوي يوقعه الحاكم على من يخالفه [7]

الفرع الثالث: مذهب كلسن :

هو فقيه نمساوي من أبرز المؤيدين للوضعية القانونية، و يرى ان القانون هو الدولة ذاتها، فهو ليس تعبيرا عن إرادة الدولة، بل أن هذه هي نفسها القانون. ولا يوجد قانون غير الذي ينتج عن إرادة الدولة. و الدولة ليست سوى التعبير عن وحدة النظام القانوني القائم في بلد معين، فهي مجموعة من القواعد القانونية التي تتدرج حسب مرتبتها تدرجا هرميا في شكل هرم مقلوب.[8]

الفرع الرابع: مدرسة الشرح على المتون:

إذا كان محور اهتمام الوضعية القانونية هو التشريع أو القانون الوضعي فليس غريبا أن نرى هذه المدرسة نشأت في فرنسا بعد عام 1804 وهي الفترة الغنية بالتقنيات وعلى رأسها القانون المدني المعروف مدونة نابوليون. واذا كان الأمر كذلك، فليس من قبيل المصادفة أيضا أن يكون معظم انصار هذه المدرسة من فقهاء القانون المدني.

فبالنسبة لهذه المدرسة ان النصوص التشريعية تتضمن كل القانون، بل ان القانون لا وجود له و أن ما يوجد بالتالي يكون موضوع عناية واهتمام و دراسة القانوني، هو التشريع فقط. وليس أبلغ في التعبير عن هذا من قول " بنيه " : " أنا لا أعرف القانون المدني انا لا ادرس الا مدونة نابليون".[9]

فالنصوص القانونية هي الظواهر الوحيدة الملموسة والتي على القانوني التمسك و التقيد بها ومن ثم فإن طريقته يجب ان تتماشى مع هذا المنطق: " النص قبل كل شيء "

---

[7] د. محمدحسين منصور، مرجع سابق، ص 111.
[8] - د. محمدحسين منصور، نفس المرجع، ص 111.
[9] - د.منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 45.

كما يقول العميد " دمولومب " (1804 – 1887) في محاضراته عن مدونة النابليون.[10] كما سلك هذا الاتجاه الفقيه البلجيكي " لورا " حين يقول إن التقنينات لم تدع شيئا لتحكم المفسر وهذا الاخير ليس مهمته بعد الآن ان يصنع القانون فان القانون قد صنع فعلا، و لا مفر بعد ذلك أن يتقبل الفقهاء والقضاة الوضع الجديد القائم بعد وضع النصوص التشريعية. فلا يحق لهم بعد اليوم وضع أي تشريع و إن حدث ذلك، عد ذلك من قبيل انتزاع الفقهاء والقضاة حق السلطة و دون وجه حق من أولئك الذين أولتهم الأمة صاحبة السيادة هذه المهمة.

الفرع الخامس: نقد المذاهب الشكلية:

تعرضت المذاهب الشكلية للعديد من الانتقادات أهمها:

اولا: تقتصر على الجانب الشكلي دون البحث عن مضمون وجوهر القانون فهي لا تنفذ إلى صميم القاعدة للتعرف على طبيعتها وتطورها وكيفية نشأتها.

ثانيا: تتسم بالنزعة الاستبدادية، حيث تؤدي الى اطلاق سلطة الدولة. فالقانون هو التعبير المطلق عن إرادتها التي لا حدود لها، ولا يجوز البحث عن مدى عدالتها أو تحقيقها للصالح العام. فالقوة هي القانون و القانون يكون في خدمة القوة.

ثالثا : النظرة الضيقة إلى القانون وربطه بالدولة وحصر مصدره في التشريع.[11]

رابعا: إن أهم انتقاد وجه لمدرسة الشرح على المتون أنها قصرت وجود القانون في مجتمع تحكمه سلطة و يضعه القابضون على هذه السلطة، ذلك ان النص المكتوب لا يمكنه وحده ان يعطي حلول لكل المسائل التي تطرح على بالمشتغلين بالقانون نظرا لتعدد العوامل المختلفه التي تحيط به من عوامل اجتماعيه واقتصاد وما يصاحب من تطور حتمي.

---

[10] - د.منذر الشاوي، مرجع سابق، ص 45.
[11] - د. محمدحسين منصور، نفس المرجع، ص 112.

المطلب الثاني: المذهب (المدرسة) المثالية: (L' ECOLE IDEALISTE):

وتعتمد هذه المدرسة أساسا على تعاليم القانون الطبيعي و هو ذلك القانون ذو القواعد العامة الأبدية والتي يكشف عنها الإنسان بعقله وهذه القواعد هي المثل الأعلى للعدل.[12]

و لقد عرفت فكرة القانون الطبيعي تطورا مرت من خلاله بمراحل مختلفة، و لقد عرفت فكرة القانون الطبيعي عند فلاسفة اليونان الذين استرعى اهتمامهم وجود نظام ثابت يسير عليه الكون، من حركة الكواكب و وجود انقضاء أو زوال المخلوقات بما فيها الانسان، فظهرت بذلك فكرة قانون أسمى يهيمن عن نظام الكون. وأوجد هؤلاء الفلاسفة علاقة بين القانون الطبيعي و العقل البشري الذي يكون قادرا على اكتشاف القواعد **وقالوا بوجوب التزام القانون الوضعي بهذه القيم حتى يكون أقرب إلى العدل.**[13]

تعتبر العوامل الواقعية السابقة كلها من قبيل الحقائق التجريبية التي تدخل في تشكيل جوهر القانون يضاف الى تلك الحقائق نوع آخر ألا وهو الحقائق الفكرية التي تشمل الحقائق العقلية و الحقائق المثالية وهذا هو موضوع المدرسة المثالية.[14]

فالحقائق العقلية تتمثل في الأصول الضرورية التي يستخلصها العقل من طبيعة الانسان و اتصاله بالمجتمع لذا فهي ثابتة وخالدة و تعتبر من قبيل المسلمات، وذلك كقيام الزواج عن الإرتباط الشرعي بين الرجل والمرأة.

أما الحقائق المثالية فتتمثل في الآمال والمطامح الإنسانية في التقدم والرقي، أي تتضمن الاتجاهات والنزعات المثالية بهدف الوصول إلى التنظيم المجهول للعلاقات

---

[12] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، موجز المدخل للقانون ،نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في التشريع الجزائري، مطبعة دحلب، 1992، ص 74.

[13] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 74.

[14] - د. محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 55.

الاجتماعية كالرغبة في وضع التنظيم القانوني للأسرة على نحو يضفي عليها الاستقرار والسعادة.

و يتم التعبير عن الحقائق العقلية والمثالية من خلال فكره القانون الطبيعي أو العدل.[15]

المطلب الثالث: المذاهب (المدرسة) المختلطة:

ظهرت مذاهب جديدة تعمل على الحد من تطرف هذه المذاهب الشكلية أو الموضوعية فنظرت إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وفي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية.

ومن أبرز الفقهاء الذين قالوا بالمذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي جيني GENY وقد تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين، عنصر مثالي و عنصر واقعي.[16]

ويعترف جيني أنه لم يبتكر مذهبا جديدا أو نظرية جديدة و إنما اقتصر على تحليل المذاهب الأخرى الموضوعية و الشكلية و حاول التوفيق بينهما. ولذلك أقام جيني مذهبه على أسس تأثر فيها بالمذاهب الموضوعية و الشكلية، فقد تأثر بالمذاهب الموضوعية، المثالية و الواقعية، حيث قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة و التجربة مع الاعتماد على مثل أعلى يكشف عنها العقل.[17]

---

[15] - د. محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 55.
[16] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 77.
[17] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 77.

كما تأثر بالمذاهب الشكلية، حيث قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة أو الهيئة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي تصبح صالحة للتطبيق في الحياه العملية في صورة قواعد عامة ومجردة .[18]

وقد فضل جيني تسمية الجوهر بالعلم وتسمية الشكل بالصياغة وعلى هذا النحو يرى ان القاعدة القانونية، تتكون من عنصرين، عنصر العلم وعنصر الصياغة. أما عنصر العلم فيرى فيه أن جوهر القاعدة القانونية يتكون من أربعة أنواع من الحقائق، **الحقائق الواقعية** أو الطبيعية التي تتعلق بالطبيعة و بالإنسان و بالظروف، و الحقائق التاريخية، و الحقائق العقلية والحقائق المثالية أو الأعلى للعدل.

أما عنصر الصياغة فيرى فيه جيني أن الحقائق التي يتكون منها عنصر العلم في القاعدة القانونية لا تقدم للقانون الوضعي سوى توجيهات عامة لا تكفي بذاتها للتطبيق في الحياة العملية[19]

[18] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 78.
[19] - د. دنوني بن الشيخ الحسين هجيرة، مرجع سابق، ص 78.