المحور الثاني : المذاهب الشكلية و الموضوعية و المختلطة لتحديد أصل القانون و غاياته

يقصد بالبحث عن أصل و أساس القانون الوضعي معرفة و تبرير وجود القانون و اكتسابه صفة الإلزام في الجماعة، أما الغاية التي يتوخاها القانون و يسعى إلى تحقيقها و التي اتفق عليها أغلب الفقهاء فهي العدل ، غير أن فكرة العدل و مفهومها كانت محل اختلاف بين الفقهاء.

فبعضهم يرى أن العدل الذي يسعى القانون إلى تحقيقه هو العدل التبادلي أو التعاوني الذي يعني إشراك الكل في تحقيقه، بينما يرى البعض الآخر أن صورة العدل التي يرمي القانون إلى تحقيقها هي العدل الإجتماعي ، في حين ذهب جنب آخر من الفقه إلى اعتبار العدل الذي يرمي القانون إلى تحقيقه هو العدل التوزيعي أو التوزيع العادل للمنافع بين أفراد المجتمع .

و قد تعددت و تباينت الأسئلة التي أثارها الفقهاء عند تحديدهم لأصل و أساس و غايات القانون و من أمثلتها: هل إلتزام الأفراد بالقالنون ناجم عن إرادة السلطة بما لها من قوة مادية للقهر و الردع؟ أم من إرادة الأفراد التلقائية؟

من أين تتكون القواعد القانونية؟

و قد أدى اختلاف الفقهاء و الفلاسفة حول القانون و العناصر المكونة له و التي تكسب القواعد القانونية الإلزام إلى ظهور عدة مذاهب و نظريات يمكن تقسيمها إلى :

* المذاهب الشكلية

* المذاهب الموضوعية

* المذاهب المختلطة .

*** المذاهب الشكلية**

يقصد بالمذاهب الشكلية تلك المذاهب التي تعنى بالجانب الشكلي للقاعدة القانونية أي بالشكل الخارجي الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة أفراد المجتمع، فصدور القانون من سلطة عليا حاكمة تكفل تنفيذه بالقوة عند الإقتضاء هو الذي يفسر طبيعة هذه القاعدة و أصلها و يفسر إلتزام الفرد بطاعة أحكامها و ضوابطها حين يعيش في أمن و طمأنينة .

إن الصفة الوضعية عند فقهاء المذاهب الشكلية و المتمثلة في سلطة تأمر و تنهى و تملك جبر الأفراد على طاعة قواعد القانون هي التي تنشأ قواعده، فالقانون في هذه الحالة هو مشيئة الدولة أو من له السلطة و السيادة في المجتمع فهو أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين، فالدولة هي من تضع و تنشىء القانون و تلزم الأفراد باتباعه عن طريق استعمال القوة عند الإقتضاء .

فالقانون في هذه الحالة ما هو إلا مجرد تعبير عن إرادة الدولة أو الحاكم تقر له الدولة جزاء توقعه على كل من يخالفه باعتباره عاملا من عوامل المحافظة على النظام، فالقاعدة القانونية شيء ظاهر في المجتمع و يعتبر هذا المظهر الخارجي لها، و قد اتفق أغلب أنصار المذهب الشكلي على اعتبار القانون من إرادة الحاكم أو السلطان .

و من أهم المذاهب الشكلية مدرسة الفقيه الإنجليزي أوستن و مدرسة الشرح على المتون، مدرسة الفقيه هيجل و مدرسة الفقيه كلسن .

أولا : مذهب الفيلسوف الإنجليزي جون أوستن(AUSTIN)

ينسب هذا المذهب إلى الفيلسوف أوستن الذي كان أستاذ القانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن 19 ،فأوستن يرى أن الدولة تقوم بوضع القانون و تعمل على كفالة احترامه جبرا على الأفراد باعتباره صاحبة السيادة و السلطة، فالقانون لا يقوم إلا في ظل مجتمع سياسي و هو يصدر في شكل أوامر أو تكاليف و هو مقترن بتوقيع الجزاء عند مخالفته .

أ- الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستن

أسس أوستن مدرسته على مجموعة من الإعتبارات أهمها :

1- لا وجود للقانون إلا في مجتمع سياسي : إن مفهوم المجتمع السياسي يراد به حاليا الدولة و يتم تقسيم و تنظيم المجتمع السياسي وفقا لتصور أوستن من طبقتين، طبقة حاكمة بيدها السلطة و لها حق الأمر و النهي و قد تكون السلطة محصورة في يد الحاكم فردا أو في يد هيئة أو نظام سياسي .

و تتولى هذه الهيئة تنظيم العلاقات الإجتماعية من خلال قوانين تصدرها أما الطبقة الثانية فهي الطبقة المحكومة التي يقتصر دورها على تطبيق الأوامر و النواهي الصادرة عن الهيئة الحاكمة .

و مصطلح السيادة في نظر اوستن كان عبارة عن تحديد و تعيين لمصدر السلطة العليا في الدولة، فالسيادة عنده بمعنى السلطة العليا التي تأمر بالخضوع فكل مجتمع يملك نظاما قانونيا متطور يجب أن يكون فيه سلطة سيادة يُؤدى لها الولاء المطلق في المجتمع و لا تخضع لأي سلطة أخرى سواء داخل هذا المجتمع أو خارجه .

2- القانون يأخذ شكل أوامر و نواهي

إن الهيئة الحاكمة تصدر أوامر و نواهي للمحكومين و الذين يجب عليهم طاعتها، فالقانون لا يأخذ شكل نصيحة تقدم للأفراد و لهد حرية الإلتزام بها، فأوستن اعتبر القانون عبارة عن أوامر و نواهي و ضعتها الهيئة الحاكمة لتكون مطاعا مع توقيع جزاءات على المخالفين للقواعد القانونية .

3 – توقيع الجزاءات على مخالفي القواعد القانونية

يضمن الجزاء احترام القانون فإذا لم يتم التقيد بالقانون طوعا يتم اللجوء إلى الردع من أجل جبر الأفراد على طاعة القانون و تنفرد بتوقيع الجزاء سلطة عامة مختصة في الجماعة و لا يتخذ الجزاء صورة واحدة فقد يكون الجزاء مدنيا محله أموال المدعى عليه أو المدين مثل التنفيذ على أموال المدين عن طريق الحجز و البيع بالمزاد العلني لاستيفاء الدين .

ب – النتائج المترتبة على نظرية أوستن

نتج على نظرية أوستن عدة نتائج أهمها :

1- حصر مصادر القانون في التشريع

فالتشريع هو المعبر الوحيد عن إرادة الحاكم فقد أنكر أوستن دور العرف كمصدر للقانون معتبرا التشريع المصدر الوحيد للقواعد القانونية في حين اعتبر أوستن العرف مجرد بديل بدائي قديم للقانون .

2- إنكار صفة القانون عن القانون الدستوري

يعتبر أوستن أنه لا وجود للقانون الدستوري فوفقا لتصوره أن الدستور يضع قيودا على سلطة الحاكم و أن الحاكم لا يمكن أن يخضع لسلطة أعلى ، فهو إذا ما خضع لبعض القيود عند ممارسة إختصاصاته فإنه يفعل ذلك طوعا و عليه فإن قواعد القانون الدستوري تضل بدون جزاء لأن الحاكم الذي يوقع الجزاء لا يعق أن يطبقة على نفسه .

و يهتم القانون الدستوري بتنظيم عدة مجالات مثل تحديد شكل الدولة و السلطات الأساسية فيها و وظائفها و تبيان الحقوق و الحريات الأساسية و طالما أن الحاكم هو من يصدر مثل هذه القواعد فإنه يستطيع تعديلها فهي ليست قواعد إلزامية بالنسبة للحاكم لذلك اعتبر أوستن قواعد القانون الدستوري بمثابة**" قواعد أخلاق وضعية "**

3 – إنكار صفة القانون عن قواعد القانون الدولي العام .

اعتبر أوستن قواعد القانون الدولي العام عبارة عن قواعد أخلاق و مجاملات تراعيها الدول في معاملاتها و لا يترتب على مخالفتها أي جزاء و هذا نظرا لعدم وجود سلطة عليا تنظم و تحكم المجتمع الدولي فجميع الدول متساوية في الحقوق و السيادة ، بالإضافة إلى عدم وجود سلطة تشريعية مهمتها سن قواعد القانون الدولي العام و فرض أوامر و نواهي على الدول و جبرها عن طريق الجزاء على تنفيذ هذه القوانين .

4- وجوب تفسير نصوص القانون وفقا لإرادة المشرع وقت وضع النصوص و عدم الإعتداد بالظروف الجديدة .

ج : نقد نظرية أوستن

وجهت لنظرية أوستن عدة إنتقادات يمكن إجمالها في

1- الخلط بين القانون و الدولة، إذ أخلط أوستن بين القانون و الدولة عندما اعتبر أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي في حين أن القانون يعتبر ظاهرة إجتماعية قبل أن يكون ظاهرة سياسية .

2 – الخلط بين القوة و القانون، إذ جعل أوستن القانون و القوة رهنا لإرادة الحاكم و من ثم تصبح إرادة الحاكم هي القانون و يترتب على هذا الخلط أن يصبح القانون في خدمة القوة و المفروض أن الحاكم يكون في خدمة القانون و التقيد بنصوصه و كفالة احترامه بالقوة إن لزم الأمر .

3 – التشريع ليس المصدر الوحيد للقانون فإلى جانب التشريع هناك مصادر أخرى للقانون على غرار العرف الذي كان فيما مضى المصدر الأساسي للقانون و الذي مزال النظام القانوني فيها يقوم على أساس مبادئ العرف.
4- إنكار صفة القانون عن قواعد القانون الدولي العام بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تفرض احترام قواعده ، ففي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن القانون الدولي العام قانون بمعنى الكلمة و تملك هيئة الأمم المتحدة بمنظماتها و مجلس الأمن و محكمة العدل الدولية سلطة التدخل في العديد من القضايا و الحالات و هي بذلك تعتبر سلطة عامة في المجتمع الدولي .

5- إنكار صفة القانون عن قواعد القانون الدستوري في غير محله ففي العصر الحديث تعتبر الأمة مصدر كل السلطات و هي تعتبر سلطة أعلى من سلطة الحاكم داخل الدولة و بالتالي لها حق توقيع الجزاء عليه إذا ما خالف قواعد القانون الدستوري .

6- إن التقيد في تفسيير النصوص القانونية بما اتجهت إليه إرادة الحاكم وقت وضع النص دون النظر إلى وقت تطبيقها يؤدي إلى جمود القانون و عدم تطوره تبعا لتغير الظروف الإجتماعية .

7 - و مما يؤخذ على هذا المدهب أيضا أنه يؤدي إلى الإعتراف بالديكتاتورية و الإستبداد لأنه يستند فى سن القواعد القانونية إلى مصدر غير موضوعي ألا و هو الحاكم كما أنه يقسم المجتمع إلى الحاكم السيد و المحكومين التابعين و السماح بردع كل معترض .

ثانيا : مذهب الفيلسوف الألماني هيجل

هيجل فيلسوف ألماني عمل أستاذ في العديد من الجامعات الألمانية و له عدة مؤلفات من بينها دروس في فلسفة القانون لسنة 1821، و وفقا لتصور هيجل فإن القانون يستمد أساسه و شرعيته و قوته من صدوره عن الحاكم أو السلطة في الدولة، فالدولة سيدة نفسها و لا سلطة تعلو سلطانها في الداخل أو الخارج .

أ : الأسس التي يقوم عليها مذهب هيجل

تقوم مدرسة الفيلسوف هيجل على مجموعة من الأسس أهمها :

1- أساس القانون و شرعيته هو إرادة الدولة ، فأساس القانون و شرعيته مستمد من الدولة نفسها فالقانون عند هيجل هو إرادة الدولة .

2 – الدولة صاحبة السلطة و السيادة في الداخل، بمعنى أن الأفراد داخل الدولة يخضعون خضوعا تاما للدولة، فالدولة في تصور هيجل تجسد إرادة الإنسان و حرية الإنسان لا تتجسد إلا باندماجه في الدولة ،فالسيادة واحدة لا تتجزأ و تذوب فيها كل الإعتبارات و تتجسد في شخص واحد يملك حق التعبير بإداته عن جميع الإرادات العامة التي يبنى عليها كيان الدولة و من ثم يكون هذا الشخص صاحب السلطة في الدولة و تكون إرادته هي القانون الواجب التطبيق .

3- الدولة صاحبة السيادة في الخارج، إذ يرى هيجل أنه لا وجود لسلطة عليا تعلو سلطة و إرادة الدولة يمكن أن تلومها بسلوك معين في علاقتها مع الدول الأخرى و هذا نظرا لأن جميع الدول متساوية في السيادة كما اعتبر هيجل الحرب الوسيلة الوحيدة التي تستعملها الدول لتنفيذ إراتها و حل نواعاتها الدولية و غالبا ما تنتهي بفرض الطرف الأقوى لإرادته و اعتبر هيجل الحرب عادلة و مشروعة و تنتهي لطالح الدولة القوية و التي تسيطر بعدها على العلاقات الدولية .

ب : النتائج المترتبة على مذهب هيجل

1- تبرير الحكم الإستبدادي المطلق .

2 – حصر مصادر القانون في التشريع باعتباره المعبر عنى إرادة الحاكم .

3- لا وجود للقانون الدستوري لأنه يعترف بالإرادة المطلقة للحاكم .

4- لا يعترف بقواعد القانون الدولي .

5- القوة وحدها هي السبيل لتنفيذ إرادة الحاكم في علاقاته بباقي الدول .

6 – الحرب دائما عادلة و مشروعة و تنتهي لصالح الأقوى .

7 – لا يعترف هذا المذهب بالديموقراطية لأنها حسبهم تسمح لشخص غير كفؤ بالإختيار .

ج : نقد مذهب هيجل

1- توحيد إرادة الحاكم المعززة بالقوة و بين القانون الأمر الذي ينجم عنه الإستبداد المطلق .

2 – فلسفة هيجل نظرة متطرفة تدعو الشعب الألماني للسيطرة على العالم .

3 – انتهاج الحرب كوسيلة وحيدة لحل النزاعات يؤدي الى عدم استقرار العلاقات الدولية .

4 – اهتم هيجل بالشكل الخارجي للقاعدة القانونية مهملا باقي العوامل،كالعوامل المساعدة على تكوينها و تطويرها .

ثالثا : مدرسة الشرح على المتون

تأسست مدرسة الشرح على المتون بفرنسا على يد "ديلفانكرو" سنة 1808 و تعتبر هذه المدرسة من المدارس الشكلية التي تربط القانون بإرادة الدولة باعتبارها أداة حكم، و هذه المدرسة هي نتاج آراء عدة فقهاء مثل ديموليه ، أوبري ، بلوندو ، لوران...إلخ .

و نظرا لتزايد أهمية التشريع في فرنسا فقد تم تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في أوائل القرن 19 في مجموعة واحدة أطلق عليها إسم "قانون نابوليون" لسنة 1804 ، و مذهب الشرح على المتون يعتبر مجرد طريقة أو أسلوب لشرح القانون اعتمد فقهاء هذا المذهب على تفسير النصوص القانونية باعتبارها نصوص نصوص مقدسة و باعتبار أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون .

أ: الأسس التي تقوم عليها مدرسة الشرح على المتون

يمكن ايجاز أهم الأسس التي تقوم عليها هذه المدرسة في مايلي :

التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، فالقانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة الصادرة عن المشرع و بذلك فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون فالمشرع هو من ينشأ القانون و لا يوجد مصدر آخر للقانون .

و القاضي ملوم بتطبيق النصوص القانونية و التقيد بأحكامها و عدم اللجوء إلى مصادر أخرى لأنها لا ترقى إلى قيمة التشريع الصادر عن الحاكم، و من التعاليم التي تبناها فقهاء مدرسة الشرح على المتون و الواردة أيضا ضمن قانون نابوليون لسنة 1804 : الملكية حق مطلق ، العقد شريعة المتعاقدين ، لا مسؤولية بدون خطأ .

* الملكية حق مطلق : نصت المادة 455 من قانون نابوليون على " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بطريقة مطلقة "، إذ يكون للمالك الحق في إساءة استعمال الشيء المملوك له بل و له الحق في تركه يتلاشى .

و لأن الملكية حق مطلق فإن المالك له الحق في منع كافة الناس من استعمال ملكه و له أن يسترد أي جزء و لو ضئيل إستعمله أو استولى عليه الغير .

* العقد شريعة المتعاقدين : تجسيدا لحرية التعاقد و استقرار المعاملات لصالح أصحاب الأموال و بضغط من الرأسمالية تم خلال هذه المرحلة إعفاء الكثير من الأشخاص من العديد من المسؤوليات بدريعة العقد شريعة المتعاقدين .

* لا مسؤولية بدون خطأ : لقد تم إعمال هذه القاعدة في مجال علاقات العمل خاصة في إطار المسؤولية عن حوادث العمل ،إذ تنتفي مسؤولية صاحب العمل عن حوادث العمل ما لم يثبت خطأ من جانبه و قد تم تكريس هذه القاعدة في مجال علاقات العمل إلى غاية سنة 1898 و هو تاريخ صدور أول قانون عمل في فرنسا و الذي خرج

صراحة عن مبدأ لا مسؤولية بدون خطأ و بذلك فقدت الرأسمالية أحد مبادئها التي كانت تحمي مصالحها عند وضع تشريع نابوليون سنة 1804 .

ب : النتائج المترتبة على مدرسة الشرح على المتون

ترتب على استناد مدرسة الشرح على المتون على الأسس المذكورة أعلاه عدة نتائج أهمها :

1 – يلزم القاضي بتطبيق النصوص التشريعية التي تتضمن الحلول فمهمته الحكم بالقانون لا الحكم على القانون لأن التشريع وفقا لأنصار هذه المدرسة لا يكتنفه قصور .

2 – التقيد بالنصوص للوصول إلى القواعد .

3 – عند تفسير التشريع يجب التقيد بإرادة المشرع وقت وضع النصوص و ليس وقت تطبيقها، فالقاضي و هو يطبق أو يفسر النص ليس مقيدا بحرفية ذلك النص بل العبرة بنية و قصد المشرع لأن هذه النية هي الفيصل في معرفة ما إذا كان النص التشريعي يعبر عن إرادة صانعه أم لا و إذا ما اتضح أن حرفية النص تخالف نية أو قصد المشرع فوفقا لمدرسة الشرح على المتون يكون الأخذ بما تقضي به نية أو قصد المشرع أولى بالإعتبار من حرفية النص أما إذا لم يعثر القاضي أو يكتشف نية المشرع فعليه أن يبحث عن نيته المفترضة .

ج : النقد الموجه لمدرسة الشرح على المتون

وجهت لمدرسة الشرح على المتون عدة انتقادات يمكن ايجازها في :

1 – لا يعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون .

2 – مذهب الشرح على المتون يبحث عن أساس القانون في إرادة صانعه أي إرادة الحاكم .

3 – تقديس إرادة المشرع و إهمال إرادة الأمة يؤدي إلى الدكتاتورية .

4 – التطبيق الآلي للنصوص القانونية جعل القاضي رهين النص القانوني .

رابعا : مذهب الفيلسوف النمساوي كلسن

تميز الجو الفكري في النمسا في حقبة العشرينيات و الثلاثينيات بهيمنة الفكر الوضعي المنطقي و الذي يرتكز على استخدام المنطق و استبعاد الواقع و معالجة المظهر و إهمال الجوهر و قد انعكس هذا الوضع على علم القانون .

و قد عرف مذهب كلسن في بداية الأمر باسم النظرية البحتة للقانون، فنظرية القانون البحت تفصل بين الشكل و المضمون و تقتصر دراسة على الظواهر القانونية على الشكل فأصبح القانون كعلم الرياضيات ففي نظر كلسن دراسة القانون تتطلب الإمتناع عن التقييم و الإلتجاء للتجريد و بعبارة أخرى أن القانون في نظره قائم بذاته يجب على الباحث تجنب تقييم مضمونه و كذا تجنب النظر إلى الظروف الواقعية للحياة أو إلى ربط القانون بالسياسة فهذه العناصر حسب كلسن لا صلة لها بعلم القانون .

أ : الأسس التي يقوم عليها مذهب كلسن

ترتكز نظرية الفيلسوف كلسن على مجموعة من الأسس أهمها :

1 – استبعاد العناصر الغير قانونية

إن موضوع القانون عند كلسن هو أوامر تجعل فعلا ما مشروعا أو غير مشروع فالقانون نظام جبر يحمل الناس على اتباع سلوك معين و يتبعه بجزاء عند مخالفة أوامر قواعده، فالأفراد لا يملكون اتجاه القواعد القانونية حرية الإختيار في الإمتثال أو الرفض فالجزاء يميز القاعدة القانونية عن غيرها من مبادئ الأخلاق ،فعامل الإجبار هو عنصر أساسي في مفهوم القانون و القاعدة القانونية لا يمكن أن تكون صحيحة أو خاطئة بل يجوز فقط القول أنها صحيحة أو باطلة .

و القاعدة القانونية تكون صحيحة إذا استندت إلى قاعدة قانونية أعلى درجة، فقواعد القانون تشبه الهرم المكون من عدة درجات متماسكة فيما بينها و كل درجة تستند إلى درجة أعلى .

2- وحدة القانون و الدولة

في نظر كلسن القانون هو الدولة و الدولة هي القانون فهو يدمج بين القانون و الدولة، فالدولة عند كلسن ليست شخصا معنويا و إنما هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض على شكل يشبه الهرم قمته الدستور و هو أسمى قاعدة قانونية تعتمد عليها كل القواعد القانونية الأخرى و تستمد شرعيتها منه .

ب : النتائج المترتبة على نظرية كلسن

1- الدولة هي النظام القانوني نفسه، تستمد جميع وظائفها و صلاحيتها و صلاحيات عمالها و وظائفهم من هذا النظام القانوني .

2 – وحدة القانون و عدم جواز تقسيمه إلى قانون عام و قانون خاص، فالقانون مجموعة قواعد عامة فردية تتدرج بعضها فوق بعض كالهرم أعلاها الدستور ثم القوانين فالأحكام ثم القرارات الفردية .

3 – عدم الوقوع في التناقض عند تبني فكرة وحدة القانون و الدولة، إذ أن القول بأن الدولة هي صانعة القانون أو أن القانون يعبر عن إرادة الدولة يتناقض تماما مع فكرة وجوب تقييد الدولة بأحكام القانون .

ج : النقد الموجه لنظرية كلسن

1- إن الإتجاه إلى القول بوحدة الدولة و القانون غير صحيح لكون الدولة مستقلة عن القانون و هذا بنص الدساتير التي تعمل على فرض قيود على سلطات الدولة و إلزامها باحترام المؤسسات و الحقوق و الحريات .

2 – إن مذهب كلسن لم يعتد بتأثير العوامل الإقتصادية و الإجتماعية و السياسية في نشأة القانون و تطوره و يعتبر أن الدولة هي من تخلق القانون ، فهذا الطرح يؤدي إلى قطع الصلة بين القانون و المجتمع في حين أن القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية لا يمكن فصلها عن البيئة الإجتماعية .

3 – مذهب كلسن لم يعالج مشكلة القانون و لا يضع حلا لها لأنه يعتبر كل قاعدة قانونية تستمد شرعيتها و وجودها من القانون الأعلى و يقف عند الدستور و اعتبر أن القاعدة الأسمى هي الدستور و الذي يستمد شرعيته من الظابط الأعلى الذي قد يكون ثورة أو قاعد عليا تاريخية و حتى إذا لم يكن لهذا الظابط الأعلى وجود حقيقي فإنه يجب التسليم بوجوده على سبيل الإفتراض لأنه لا يعد سوى ظابطا شكليا .

4 – لا مكان للعرف في التدرج الهرمي الذي أورده كلسن .

5- يعاب على مذهب كلسن أنه اعتبر الأوامر الفردية ظابطا قانونيا تضمنه الهرم في حين أن القاعدة القانونية تتميز بكونها قاعدة عامة مجردة تخاطب الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم .