الأستاذ: حمدوني علي

السنة الأولى ليسانس (حقوق)

المقياس: منهجية العلوم القانونية (فلسفة القانون)

المجموعة "ب"، السداسي الأول

المحور الثالث: المذاهب المختلطة

عنوان المحاضرة: مذهب "جيني" + جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

تمهيد

تتميز المذاهب السابقة سواء الشكلية أو الموضوعية في الغلو من ناحية دون ناحية أخرى، بحيث اكتفى المذهب الشكلي بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية والقوة الإلزامية التي تنبثق (صدورها) من السلطة العليا، في حين المذاهب الموضوعية تقف عند جوهر القاعدة القانونية والمادة الأولية التي تتكون منها كالقيم والمثل العليا التي يكشفها العقل أو حقائق ووقائع ملموسة تؤيدها التجربة.

في حين الراجح كان الأخذ بعين الاعتبار الناحيتين معا، لذلك ظهر المذهب الثالث الذي يجمع بين أسس المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية، ويدمجهما في مذهب واحد عرف بالمذهب المختلط الذي أسسه الفقيه "**فرانسو جيني**"، حيث أخذ من الشكلية عنصر أساسي فيها وهو تدوين النصوص القانونية التي تصدر خاصة من المشرع (عنصر الصياغة)، أما في المذاهب الموضوعية فأخذ منها الحقائق الواقعية (الطبيعية)، التاريخية، المثالية، العقلية، التي تدخل في تكوين القانون (عنصر العلم).[1]

وعليه، سندرس مذهب "**جيني**" (أولا)، ثم جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث (ثانيا).

أولا: مذهب "جيني"

كان "**جيني**" أستاذ للقانون بجامعة نانس بفرنسا، من أشهر أعماله كتابه الموسوم **ب"العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي science et technique en droit privé positif** "، والذي ألفه في أربعة أجزاء أصدره بين سنتي 1914و1924 بين فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته، ويعرف مذهبه أيضا بنظرية العلم والصياغة.[2]

---

[1]- الأستاذة عياد، محاضرات في مقياس منهجية البحث في العلوم القانونية "فلسفة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية- 2019-2020، ص 22.

[2]-أبو القاسم عيسى، المرجع السابق، ص51.

ندرس هذا المذهب من ناحيتين عن أسسه والانتقادات الموجهة اليه:

1-الأسس التي يقوم عليها مذهب "جيني"

استقى " **جيني**" مذهبه من المذاهب الشكلية والموضوعية بعد دراستها، فهو لم يأتي بمذهب جديد، بينما حاول التوفيق والمزج بين هذه المذاهب وأقام فكرته على أساسها.

اذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (المثالية والواقعية) حين قرّر أنّ جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة (المدرسة الواقعية)، مع الاسترشاد بمُثل أعلى يكشف عنه العقل (المدرسة المثالية).

كما تأثر بالمذاهب الشكلية عندما قرّر أنّ شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تُعطى لجوهر القاعدة القانونية كي تصبح صالحة للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة.

يسمي "**جيني**" في مذهبه الجوهر **بالعلم la science** ويطلق على الشكل **بالصياغة la technique**، حيث يقرر "**جيني**" أنّ القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما: **العلم والصياغة**.[3]

1-1-عنصر العلم

يتكون عنصر العلم من حقائق هي مستخلصة من المذاهب السابقة نظراً أنّ علم القانون من العلوم الاجتماعية المعقدة، فهو يحتاج الى التحليل ولا يقتصر فقط على المشاهدة والتجربة، لذا فمفهوم العلم عند "**جيني**" هو مفهوم واسع يشمل كل معرفة قائمة على المشاهدة والتجربة زائد التأمل والتفكير العقلي الذي يكون محور دراسته القانون الطبيعي، اذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون، وهو بهذه المنهجية يكون قد جمع بين المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية. فأخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة القانونية، وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون وتأثره بالبيئة الاجتماعية، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمُثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون الى تحقيقها، وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي اعتداده بأهمية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون.[4]

على ضوء ذلك قرر "**جيني**" أنّ عنصر العلم في القاعدة القانونية يتكون من أربعة حقائق هي: الحقائق الواقعية (الطبيعية)، الحقائق العقلية، الحقائق المثالية، الحقائق التاريخية.[5]

---

[3] - بن كسيرة شفيقة، المرجع السابق، ص 42.

[4]-فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص205.

[5] -كريم كريمة، محاضرات في فلسفة القانون، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، برلين –ألمانيا، 2021، ص90-91

- **الحقائق الواقعية (الطبيعية):** ويقصد بها كافة الظروف التي تحيط بأفراد المجتمع طبيعية كانت أو معنوية ويمكن مشاهدتها وملاحظتها كالحقائق الجغرافية والسياسية والاقتصادية والدينية ...الخ.
- **الحقائق التاريخية:** وهي التطورات المختلفة التي مرت بها القاعدة القانونية ونُظمها، والتي يمكن الاستفادة منها باعتبار التاريخ حقل تجارب لحياة الانسان وتراث مشترك بينهم.
- **الحقائق العقلية:** وهي تلك الحقائق التي يستخلصها العقل البشري ويستنبط منها قواعد تساهم في تكوين القاعدة القانونية.
- **الحقائق المثالية:** وهي تلك الحقائق المُثلى الموجهة نحو الكمال التي تنبع من الايمان والاعتقاد والإنسانية وترتقي بالإنسان الى الدراجات العليا.[6]

1-2-عنصر الصياغة

لا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وانما هذه الحقائق تشكل المادة الأولية للقواعد القانونية، غير أنّه تحتاج الى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة الى قواعد قانونية وهذا يتمثل في الصياغة التي تجعلها عامة ومجردة وملزمة ولها جزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية، وبهذا يُعرّف "**جيني**" الصياغة بأنّها "فن التشريع"،[7] فهي تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبذلك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تميز بما فيهم واضعها، وهكذا يتحقق مبدأ سيادة القانون.

فالصياغة هي فن تشريعي يحول الحقائق الواقعية، التاريخية، العقلية، المثالية التي تُعد المادة الأولية فيها مع اتباع مجموعة من الإجراءات للوصول الى قواعد عامة ومجردة صالحة التطبيق في الحياة العملية.

2-الانتقادات الموجهة الى مذهب "جيني"

امتاز مذهب "**جيني**" بجمعه بين الجوهر **(العلم)** والشكل **(الصياغة)** في أساس القاعدة القانونية مما جعله أكثر اقناعا واقترابا للحقيقة، ومع ذلك لم يسلم من الانتقادات حيث أُخذ عليه ما يلي:[8]

- الحقائق التي ذكرها "**جيني**" في عنصر العلم لم تكن حقائق علمية بالمعنى الصحيح، اذ لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والمثالية من قبيل الحقائق العلمية، لأنها تفلت من الواقع الملموس الذي يثبت بالمشاهدة والتجربة، وبالتالي لا يدخل في عنصر العلم من هذه الحقائق سوى الحقائق الطبيعية والتاريخية اللتان يمكن تسجيلهما بالمشاهدة والتجربة.

---

[6]- الأستاذة عياد، المرجع السابق، ص23.
[7]-أبو القاسم عيسى، المرجع السابق، ص53.
[8]-بن كسيرة شفيقة، المرجع السابق، ص43.

- صعوبة التمييز بين الحقائق العقلية والمثالية، خاصة أنّ الحقائق المثالية تستخلص عن طريق العقل أو من الحقائق العقلية، وبالتالي فهما وجهان لعملة واحدة.
- صعوبة التفرقة بين الحقائق الواقعية (الطبيعية) والحقائق التاريخية، ذلك أنّ الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال، اذ أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية.

هذه هي أهم الانتقادات التي وجت الى مذهب "**جيني**"، وعليه فان الفقه الحديث يتجه الى حصر الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في حقيقتين هما الحقائق العلمية التجريبية (الحقائق الواقعية) والحقائق العقلية التفكيرية (الحقائق المثالية).

ثانيا: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

نجح الفقيه "**جيني**" الى حد بعيد في الالمام بالحقيقة الكاملة من خلال تطرقه الى جميع الجوانب المكونة للقاعدة القانونية، فبالرغم من الاتفاق في عنصر الصياغة في الفقه الحديث الاّ أنه أُنتقد من جانب عنصر العلم، أين لا يمكن اعتبار الحقائق المثالية والعقلية علم قائم بذاته لأنها ليست ملموسة ولا يمكن اثباتها عن طريق المشاهدة والتجربة، الى جانب صعوبة التمييز بين الحقائق الواقعية والتاريخية، كما يصعب الفصل والتمييز بين الحقائق العقلية والمثالية.

وعليه يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين: عنصر واقعي وعنصر مثالي.[9]

1-العنصر الواقعي

الحقائق الواقعية هي العناصر المحيطة بالإنسان داخل جماعة، تتمثل في مختلف الحاجات التي يسعى الانسان الى اشباعها، يمكن تحديدها علميا بالمشاهدة والتجربة باعتبارها واقع. فالقاعدة القانونية وجدت لتنظيم سلوك الافراد في المجتمع وتحقيق الأمن والسلام والتقدم والرقي، الوصول الى ذلك مرهون بنجاعة القواعد القانونية وتوفيق المشرع في تحديد جوهرها، ولن يتحقق ذلك الاّ إذا أخذ المشرع في الحسبان الحقائق والعوامل المختلفة المحيطة بأفراد المجتمع التي تُعد أساسا للقاعدة القانونية،[10] ومنها:

- **الحقائق الطبيعية:** ويقصد بها البيئة التي يعيش فيها الفرد من نوع المناخ والموقع الجغرافي وتنوع عناصر الطبيعة...الخ، الى جانب الطبيعة الفيزيولوجية للإنسان باعتباره ينتمي الى جنس البشر

[9] -كريم كريمة، المرجع السابق، ص 93
[10] - نفس المرجع، ص93.

قد يكون ذكرا أو أنثى، فبسبب هذا الاختلاف وجد نظام الارتباط بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج وهو ما يتضمنه قانون الاسرة.

- **الحقائق الاقتصادية:** تساهم الحاجات الاقتصادية: انتاج، استهلاك، توزيع ...الخ في تكوين القواعد القانونية المنظمة لنشاط اقتصادي دون الآخر، كتلك القواعد المنظمة لشروط ممارسة النشاط التجاري أو المنظمة للنشاط الحرفي والفلاحي والصناعي، كما تساهم في تطورها وهو ما يستشف من خلال جملة التعديلات التي مست القانون التجاري بعد تجسيد الدستور للتوجه الاقتصادي الحر بعد حوادث 1988، فقد تم اصدار عدة تشريعات تتعلق بالأسعار ونظام العمل وقوانين أخرى تتعلق بالتجارة الخارجية، كما تدخل الدستور لضمان حرية التجارة والاستثمار والمقاولة ما دامت تمارس في اطار القانون، كما أدى ذلك الى ظهور فروع جديدة للنشاط الاقتصادي، ترتبت عليه ظهور أنظمة قانونية جديدة: التضامن، التأمين، الشركات المتعددة الجنسيات، الخوصصة، الملكية الفكرية، التعاملات الالكترونية.[11]
- **الحقائق السياسية والاجتماعية:** تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع، وتعتبر أيضا عنصرا واقعيا قائما على المشاهدة والتجربة، وقد ساهمت هذه العوامل كفكر في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا، كنظام الرق، ونظام الاقطاع، نظام الحزب الواحد في ظل تقييد الحريات. وفي الجزائر مثلا بعد دستور 1989 انتقلت الجزائر لمرحلة جديدة مرتكزة على حرية التعبير والتعددية الحزبية، وهذا ما أدى الى ظهور قوانين تتعلق بالأحزاب السياسية والأنظمة الانتخابية.
- **الحقائق الدينية والأخلاقية:** وهي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة في تكوين وتطوير القاعدة القانونية، ولا يمكن للمشرع تجاهلها وانكارها. وهو ما يجسده الدستور باعتبار الإسلام هو دين الدولة، بالإضافة الى اعتماد بعض الدول العربية على الشريعة الإسلامية لتنظيم الأحوال الشخصية وهو ما جسده قانون الأسرة الجزائري في المادة 222 منه،[12] بالإضافة الى بعض أحكام القانون المدني التي تعكس التأثر بالشريعة الإسلامية(اعتبار الشريعة الإسلامية من مصادر القانون)، أما في ما يخص الاخلاق فقد أخذ المشرع منها قواعد كحرمان الاعتداء على النفس والمال، ومنع عمل النساء في الليل.[13]

---

[11] - كريم كريمة، المرجع السابق، 94.

[12] -تنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية"

[13] -كريمة كريم، المرجع السابق، ص95.

- **الحقائق التاريخية:** عبارة عن الخبرة والتجربة التي اكتسبتها الإنسانية عبر امتداد الزمن من نشأة وتطور وتغير النصوص القانونية من عصر لآخر، وهي من العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية والتي لا يجوز انكارها.

2-العنصر المثالي

تعتبر العوامل التي سُبقت الإشارة اليها حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريبي وبعضها عقلي، وهي حقائق لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية حسب "**جيني**"، اذ لابد أن تلحقها قيمة تبرز وجوبها وتُقاس على مُثل أعلى يفرضه العقل يتمثل في العدل، ومن هذا المنطلق لابد من إضافة عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي يعطيه صفة الواجب أو القانون، يتمثل هذا العنصر في **العدل**.[14] معنى ذلك ضرورة تحديد مضمون القاعدة القانونية استنادا أيضا الى مُثل عليا أو قيم باعتبار القانون قائم على فكرة الغاية، فالارتباط الموجود بين القاعدة وقيمتها هو الذي يجعل منها قاعدة قانونية منشئة للالتزامات.

ويقصد بالعدل عموما المساواة والانصاف، وبمفهومة البسيط هو إعطاء كل ذي حق حقه، أما من جانب المفهوم القانوني فان العدل هو مجموعة من القواعد التي يكشف عنها العقل ويوحي بها الضمير ويرشد اليها النظر الصائب.[15]

ويفرق الفقهاء بين نوعين من العدل، العدل العام والعدل الخاص.

2-1-العدل الخاص: هو الذي يسود العلاقات بين الافراد ويجب على البعض منهم، ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم، اذ لا يُعتد بصفاتهم وقدراتهم لذلك سمي بالعدل التبادلي، مثل المساواة في العقاب، المساواة في العقود.

2-2-العدل العام: هو الذي يسود العلاقات بين الجماعة والافراد المكونين لها بهدف تحقيق المصلحة العامة المشتركة لهذه الجماعة، وينقسم هذا العدل الى:[16]

- **العدل التوزيعي:** هو الذي يجب على الجماعة للأفراد، أي المساواة بين الافراد المتساوين في القدرة أو الحاجة أو الكفاءة، بمعنى مراعاة اختلاف الافراد حسب حاجاتهم وقدراتهم، وتوزيع المنافع والخدمات المرفقية العامة والوظائف على الافراد باعتبارهم جزء من المجتمع، أي توزيع المساواة بين الافراد الذين لهم نفس الحاجات والقدرات والكفاءات، كأن يساهم الشخص في ميزانية الدولة

---

[14] -فاضلي ادريس، المرجع السابق، ص216.
[15] - الأستاذة عياد، المرجع السابق، 24.
[16]-بن كسيرة شفيقة، المرجع السابق، 45.

عن طريق الضرائب بحسب قدراته المالية وارباحه أو دخله (المساواة في تحمل الاعباء العامة)، والاستفادة من المنح العائلية حسب حاجات وعدد الأولاد وسنهم ووضعيتهم.

- **العدل الاجتماعي (العدل القانوني):** هو العدل الذي يجب على الافراد للجماعة تحقيقا للمصلحة العامة، اذ يقوم على أساس اعتبار الفرد جزء من المجتمع والمجتمع هو الكل، أي وجوب الافراد نحو الجماعة، فيُعد الفرد جزء من الجماعة ويسخر جهده لخدمة هذه الجماعة، وبالتالي تعود المنفعة للصالح العام أو المجتمع فلا يتحقق هذا الاّ باشتراك الكل لغاية واحدة.

والعدل الاجتماعي هو أساس لمطالبة الافراد وأساس قيام سلطة الحاكم[17]:

- ❖ **اعتباره أساس لمطالبة الافراد:** كمطالبة الافراد بأداء الخدمة العسكرية والتضحية لحماية الوطن.
- ❖ **اعتباره أساس قيام سلطة الحاكم:** اخضاع الافراد لسلطة الحاكم وباسم العدل الاجتماعي وهو الذي يبرر معاقبة السارق على الرغم من رد الشيء المسروق لأن السرقة تُخل بالنظام العام وأمن الجماعة.

[17] بن كسيرة شفيقة، المرجع السابق، ص 45