الاستاذ فرقاني اعمر

فلسفة القانون

مفاهيم أولية حول فلسفة القانون

تعريف الفلسفة

أصل كلمة فلسفة Philosophieهو اختصارٌ لكلمتَين يونانيّتين، هما: فيلوphilo، وتعني: حُبّ، وصوفياsophia وتعني الحِكمة؛ ويصبح معنى الفلسفة بالجمع بين الكلمتين هو حُبّ الحِكمة، أو محبة الحكمة.

عرف أفلاطون الفلسفة على انها : "البحث عن حقائق الموجودات ونظامها الجميل لمعرفة المبدع الاول، ولها شرف الرئاسة على جميع العلوم".

مباحث الفلسفة :

تبحث الفلسفة في ثلاثة مباحث رئيسية هي : علم الوجود/الأنطولوجيا، نظرية المعرفة/الإبيستيمولوجيا ، والقيم/الأكسيولوجيا.

تعريف القانون : للقانون تعريفات عديدة قد يكون ابرزها ما يلي :

1-أنه "مجموعة من القواعد العامة والمجردة التي نظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وتتضمن جزاء ماديا يوقع ضد من يخالفها". منظور اجتماعي /القانون كوسيلة لتنظيم المجتمع وعلاقة الأفراد فيه.

2- أنه "مجموعة المعايير التي تستعين بها الدولة في ممارسة سلطتها وسياستها ". منظور سياسي القانون كوسيلة للدولة للممارسة سلطتها داخل المجتمع

3- أنه "مجموعة من المعايير التي قام العقل بتطويرها ، وتعد بمثابة تعبير عن الإرادة العامة، كما تستهدف حماية حرية أعضاء المجتمع وتقوم بتوزيع الحقوق والواجبات". منظور يقترب إلى الفلسفة.

تعريف فلسفة القانون

شاع استخدام تعبير "فلسفة القانون" منذ بداية القرن التاسع عشر ، خاصة بعد كتابة الفقيه الألماني هيجل كتاب مبادئ في فلسفة القانون سنة 1821، لكن التفكير في القانون قديم قدم القانون ذاته. ومع ذلك لا يوجد اتفاق على تعريف فلسفة القانون ، ولا على ما إذا كان فرعًا من الفلسفة أو جزءًا من العلوم القانونية ، ولا على قائمة الأسئلة التي يجب أن يتعامل معها ولا على وظائفها ، ولا على تسمية "فلسفة القانون" ، والتي يفضل البعض بدلا منها "النظرية العامة للقانون" أو الفقه القانوني .

عكست الاختلافات المشار الذكورة أعلاه جدلا واسعا بين الفلاسفة من جهة والفقهاء من جهة أخرى بشأن جدوى البحث في فلسفة القانون وفائدتها ووظائفها، وبرجع ذلك إلى خلفية تاريخية مذهبية في المواجهة بين أنصار النظرية العامة للقانون الذين يرون كفاية هذه الأخيرة لدراسة المواضيع التي تدرسها فلسفة القانون والمدافعين عن جدوى وفائدة الفلسفة بالنسبة للقانون.

كما قدمنا بالذكر فلسفلة القانون محل جدل بشأن المجال العلمي التي تنتمي اليه والمسائل التي تعالجها والهدف المقصود من اللجوء إليها (عدم وضوح الانتماء والمحتوى والغاية)، وقد عرفتها موسوعة بيرتانيكا البريطانية على أنها : " فرع من الفلسفة تبحث في طبيعة القانون، خاصة في علاقته بالقيم الإنسانية والاتجاهات والممارسات والمجتمعات السياسية" كما عرفت على أنها " البحث الشامل عن القانون لمعنى مجرد وضروري لحياة البشر وضبط النظم الاجتماعية ايا كانت صورتها وأيا كان عصرها.

موضوع فلسفة القانون :

تهتم فلسفة القانون بدراسة موضوعين أساسين هما :

أصل القانون : المقصود هنا دراسة فلسفة القانون لماهية القانون وأساسه، والبحث في منشأه .

غاية القانون : المقصود هنا دراسة فلسفة القانون للأهداف والقيم المقصود والمراد تحقيقها من وضع القانون.

الأسئلة الأساسية لفلسفة القانون

تحلل فلسفة القانون الأسئلة الأساسية المتعلقة بالقانون ، على سبيل المثال: ما هو القاون؟ ما هو العدل؟ ما هي العلاقة بين القانون والعدل؟ هل القانون الجائر قانونا"؟ كيف نشأت القواعد القانونية؟ ما هي تقنيات التفسير القانوني؟ ما هو أساس مشروعية القانون؟ ما هي العلاقة بين الأخلاق والقانون؟ .

أصل القانون موضوع محوري اهتمت وتهتم فلسفة القانون بدراسته، وقد أدى اختلاف التوجهات الفكرية والفلسفية للمهتمين بالموضوع إلى الاختلاف بشأن تفسير مصدره، ويمكن تصنيف هذا الاختلاف ضمن ثلاثة مذاهب مختلفة، منها من ركز على الشكل الخارجي الذي يصدر وفقه القانون (المذاهب الشكلية)، والبعض الآخر ركز على الجانب الموضوعي للقانون (المذاهب الموضوعية)، والبعض الآخر جمع بين الاتجاهين السابقين (المذاهب المختلطة)، وتفصيل هذه المذاهب يتم وفق المباحث التالية:

المبحث الأول : المذاهب الشكلية

المبحث الثاني : المذاهب الموضوعية

المبحث الثالث: المذاهب المختلطة

المبحث الأول : المذاهب الشكلية

المذاهب الشكلية هي المذاهب التي ركزت على الجانب الشكلي للقواعد القانونية ، وإن صح التعبير قد يكون طرح السؤال من وضع هذا يمثل الوسيلة ومنطلق بحث أنصار هذا المذهب عن مصدر القانون، وهو مبرر تركيزهم واهتمامهم بالسلطة وطبيعة السلطة التي أصدرت القانون، وفي نهاية بحثهم توصلوا إلى إجابة مفادها ان القانون (من حيث طبيعته واصله) عبارة عن مشيئة أو إرادة الدولة أو من له السلطة في المجتمع . أو ان القانون عبارة عن امر او/و نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين ويتصف القانون في نظر هذه المذاهب بصفة الوضعية والمتمثلة في سلطة تملك الأمر والنهي كما تملك في نفس الوقت قوة الجبر على طاعة القانون . ومن ابرز الفقهاء الذين تبنوا هذا المذهب نذكر الفقيه الانجليزي جون أوستن وفقهاء مدرسة الشرح على المتون والفقيه الألماني هيجل والفقيه النمساوي كلسن، وهو ما نوضحه كما يلي.

المطلب الأول :مذهب جون اوستن

الفرع الأول :مضمون مذهب جون اوستن

ويرى أوستن أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم أو السلطة العامة التي تملك صفة إجبار الأفراد على تنفيذ هذه الإرادة (هذا القانون)، تحت طائلة الجزاء والعقاب. كما يرى أن القانون ليس نصيحة يوجهها الحاكم للمحكومين، ثم يترك لهم حرية الامتثال أو عدم الامتثال لها، وفق إرادتهم (كما يريدون)، بل هو أمر يجب عليهم الالتزام به، وما يميز هذا الأمر انه ليس موجه من أي شخص عادي إلى شخص عادي، بل هو أمر موجه (مصدره) من شخص مسلم له بالطاعة (الحاكم) إلى شخص يجب عليه الطاعة، ولذلك لا تكون القاعدة القانونية أمرا إلا إذا اقترنت بجزاء، يوقعه من بيده السلطة (الحاكم) على لمحكومين الذين يمتنعون عن تنفيذه.

كما يرى اوستن ان القانون لا يكون إلا في ظل وجود مجتمع سياسي ويصدر في شكل أوامر ، مصحوبة بجزاء عند مخالفتها.وعلى هذا الأساس يرى اوستن ان علم القانون هو علم القانون الوضعي ، ومعنى ذلك أن علم القانون يتناول أو يدرس موضوعا وحيدا فقط هو القاعدة القانونية.

أسس وشروط وجود القانون حسب مذهب أوستن :

يقوم مذهب أوستن على أسس وشروط وجود القانون التالية :

1-اعتبار الدولة أو السلطة العامة مصدر القانون (الحاكم كمصدر للقانون كما ذكرنا).

2- اعتبار الدولة أو السلطة العامة هي من تكفل احترام القانون.

3- الاعتراف بأن للدولة كل السلطات اللازمة لإجبار الإفراد على طاعة القانون .

الفرع الثاني: تقدير مذهب جون أوستن

فعلا يقدم لنا مذهب أوستن تصورا واضحا وبسيطا عن أصل القانون، عندما يقول لنا أن القانون هو ما تصدره السلطة العليا من أوامر واجبة التنفيذ مقترنة بجزاء يوقع على من يمتنع عن التنفيذ وليصل بنا تحليله في النهاية إلى نتيجة مفادها أن التشريع هو أصل القانون، ومع ذلك ينتقد ومن عدة أوجه، نذكر من بينها ما يلي :

أولا- الخلط بين القانون والدولة

يخلط أوستن بين القانون والدولة عندما يحصره وجود القانون في بيئة مجتمع سياسي(اي في الدولة فقط) ، فالحقائق التاريخية تثبت عكس ذلك ، فالقانون ظاهرة اجتماعية ، قبل أن يكون ظاهرة سياسية وضعية (أي كنتيجة لتشكل المجتمع السياسي او الدولة) ، فلقد نشأ القانون مع نشأة المجتمع في صورته البدائية وقبل أن يكون المجتمع مجتمعا سياسيا .

ثالثا-الخلط بين القانون والقوة/الجزاء

يخلط أوستن بين القانون والقوة أو الجزاء، بجعله عنصر الجزاء الذي يرافق القاعدة القانونية هو الأساس الوحيد لهذه الأخيرة، وعدم مراعاته للاعتبارات الأخرى مثل عدالتها. فهو بقوله أن الحاكم يفرض ما يشاء على الإفراد استنادا إرادته بقدر ما يملك من قوة ، يكون قد أقر بأن القانون في خدمة القوة التي فرضته (أي في خدمة الحاكم) ، والاعتراف بهذه النتيجة، اعتراف بالنظام الاستبدادي.

ثالثا- اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون وإنكار بقية المصادر

كما قدمنا يرى أوستن أن القانون هو ما يصدر عن الحاكم /السلطة العليا من أوامر فقط، قاصدا التشريع، وهذا تأكيد منه على أن هذا الأخير هو المصدر الوحيد للقانون دون غيره،(يصبح القانون=التشريع فقط) ، والواقع يثبت وجود مصادر أخرى للقانون مثل العرف قواعد الدين والأخلاق وقواعد القانون الطبيعي التي ينكر أوستن اعتبراها مصدر للقانون.

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

رابعا :إنكار صفة القانون الدولي العام

ينتقد مذهب أوسن من حيث إنكاره وجود قواعد القانون الدولي العام، بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تلزم الدول باحترام قواعده في حالة ما ذا إذا قامت إحدى الدول بمخالفتها، وهذا غير صحيح، فمعظم الفقه يرى أن القانون الدولي العام هو قانون بالمعني الصحيح للكلمة، يتوفر على عنصر الإلزام الذي تملكه هيئة الأمم المتحدة بمنظماتها المختلفة مثل مجلس الامن ومحكمة العدل الدولية. (حسب اوستن القانون =مجمع سياسي +أمر صادر من سلطة عليا+جزاء. وعليه القانون الدولي حسبه لا تتحقق فيه العناصر المطلوبة.

خامسا:إنكاره اعتبار القانون الدستوري قانونا

يرى اوستن أن القانون الدستوري لا يعتبر قانونا ، بحجة عدم صدوره من سلطة تعلو السلطة الحاكمة في الدولة، تلزم الحاكم باحترام قواعده، وتملك توقيع الجزاء عليه، إذا خالف قواعده وإحكامه. وهذا غير صحيح، فالمسلم به حاليا أن الشعب هو مصدر كل السلطات 2020 ،وهو سلطة اعلي من سلطة الحاكم داخل الدولة، فهو من نصبه حاكما. (انظر المادة 7 من الدستور الجزائري لسنة 2020 كما ذكرنا حسب اوستن القانون =مجمع سياسي +أمر صادر من سلطة عليا+جزاء . وعليه القانون الدستوري لا تتحقق فيه العناصر المطلوبة.

المطلب الثاني : مذهب مدرسة الشرح على المتون L'école de **l'**exégèse

الفرع الأول :مضمون مذهب مدرسة الشرح على المتون

تسمى هذه المدرسة أيضا مدرسة تفسير النصوص ، ومدرسة التزام النصوص ، وقد نشأت في فرنسا بعد سنة 1804 وهي الفترة الغنية بالتقنينات ومن أبرزها القانون المدني المعروف بـ "مدونة نابليون" وقد تكونت هذه المدرسة بفضل جهود مجموعة من الفقهاء.

وقد حملت المدرسة التسمية المذكورة، نظرا للأسلوب أو المنهج الذي تبناه أتباع هذه المدرسة في شرح تقنين نابليون ، حيث حرصوا في مؤلفاتهم وأبحاثهم على تفسير نصوص تقنين نابليون على تفادي نقدها، باعتبارها نصوصا تشريعية مقدسة ، وباعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وعلى أساس أنهم كانوا يقومون بتفسير النصوص التشريعية نصا يعد نصا مع مراعاة ترتيبها التي وردت فيه التقنين الذي جاءت فيه ، متبعين طريقة تفسير الكتاب المقدس . ويرى فقهاء هذه المدرسة أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، متأثرين كما ذكرنا بتقنين نابليون الذي كانوا يرونه تقنينا كاملا كمال الكتاب المقدس، يتضمن جميع الأحكام القانونية وجميع الحلول اللازمة للقضايا القائمة والمحتملة في المستقبل .

النتائج المترتبة على الالتزام بمدرسة شرح المتون

لما كان القانون عندهم في حكم الكتاب المقدس، طبيعي أن يكون من **واجب القاضي** هو تطبيق النصوص التشريعية والتقيد بإحكامها **فقط** ، ولذلك **ليس له** تقييمها أو نقدها بذكر عيوبها أو القول بأنها لا تتضمن حلا للقضية المطروحة أمامه، **بل عليه** أن **يجتهد بالبحث اكثر** في النص لاكتشاف الحل الموجود ظاهرا أو ضمنا، **وإذا لم يصل إلى نتيجة**، فهذا يعني أنه العيب في القاضي الذي عجز عن إيجاد الحل الموجود في النص وليس في النص (لأنه كالكتاب المقدس).

لا يمكن على المفسر او الشارح قاضيا أو فقيها البحث عن الحل عن مسالة معينة في مصادر أخرى غير التشريع لأنها غير معترف بها كمصدر للقانون، كما ليس له أن يقدم حلل من اجتهاده، وان فعل ذلك يكون قد صنع قاعدة قانونية ، وهذا من سلطة الدولة واختصاص المشرع وليس من اختصاصه ، بل يكون قد مارس بغير وجه حق سلطة صاحب السيادة هو فقط من خولته الأمة سلطة صنع القانون.

يجب على القاضي أو الفقيه عند تفسير النصوص التشريعية ، أن يقتصر عمله على عن إرادة المشرع أو نيته التي أراد أن يعبر عنها وقت وضعه هذه النصوص، وليس وقت تطبيقها، و يمكنه استخلاصها هذه الإرادة من ألفاظ وعبارات النصوص، أو من خلال الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية أو الشارحة للقانون.

الفرع الثاني : تقدير مدرسة شرح المتون

لا شك وأنه فعلا من شأن حصر مدرسة شرح المتون لمصادر القانون في التشريع، وإلزام القاضي بالتقيد بالنص والابتعاد عن الاجتهاد، التأسيس لثبات واستقرار التعامل مع القضايا بتوحيد الحلول المفترض إعطاؤها للقضايا، ومع ذلك لم تسلم من النقد من عدة أوجه نذكر منها :

-بحصر المدرسة لمصادر القانون في التشريع فقط، يعني بالتبعية استبعاد المصادر الأخرى ، مثل مبادئ الشريعة الإسلامية ،العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

- اعتبار المدرسة للنص التشريعي مقدس يوجد فيه حلولا لجميع القضايا في الحاضر والمستقبل، وهذا امر غير واقعي ، والدليل على ذلك مثلا أن التقنين المدني الفرنسي عدل وتمم في العديد من ومازال كذلك ، ولنا أن نذكر أن الإصدار الاول لسنة 1804 كان يتضمن 2281 مادة أما في نسخته السارية النفاذ حتى تاريخ 2021/02/02 يتكون من 2534 مادة، ولاشك أن المواد الجديد أو المواد المعدلة أوردها المشرع لسد فراغ قانوني، أو لتكييف المواد مع المستجدات .

المطلب الثاني : مذهب جورج هيجل

الفرع الأول : مضمون المذهب

يرى هيجل أن القانون يستمد أساسه وشرعيته وقوته من صدوره عن الحاكم أو السلطة في الدولة. كما يرى أن الدولة سيدة نفسها وسلطانها لا يعلوه سلطان سواء في الداخل في علاقتها مع شعبها او في الخارج في علاقتها مع الدول.

على مستوى الداخلي يرى هيجل يجب أن يخضع للدولة كل من يدخل في تكوينها، وأن رأى جميع إفرادها أن هناك مصلحة عامة مشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها، فتتحد إراداتهم وحرياتهم بهده المصلحة فتتجلى فيها، وهذا ما يطلق عيه وحدة الإرادات الفردية يرى ان الدولة تجسد إرادة الإنسان وحريته /، فحريته الإنسان الحقيقية لا تتحقق إلا باندماجها في الدولة ، وهي يتطلب ان يخضع الافراد خضوعا تاما للدولة .

المجتمع لا يصل إلى مرتبة الدولة إلا إذا (المجتمع= دولة) إذا رأى جميع إفراده المجتمع أن هناك مصلحة عامة مشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها، وتحقق ذلك إذا وحد أفراد المجتمع إراداتهم وحرياتهم لتندمج معا لتشكل إرادة نهائية واحدة تجمعهم (يصبحون كشخص واحد تسعى لتحقيق المصلحة العامة المشتركة .

على المستوى الخارجي في علاقة الدولة مع غيرها من الدول يرى هيجل أنه لا توجد سلطة أو إرادة اعلى من سلطة أو إرادة الدولة ، يمكنها أن تلزمها بسلوك معين،ذلك أن كل دولة سيدة نفسها كما سبق وأن ذكرنا، ولما كان الأمر كذلك تصبح الحرب وسيلة الدولة في تنفيذ إرادتها الدولية. العلاقات الدولية تحكمها القوة والحرب

الفرع الثاني : تقدير مذهب هيجل

نفس النتائج والنقد الذي ذكرناه في شرحنا لمذهب أوستن تنطبق على مذهب هيجل فيما يخص اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون وإنكار بقية المصادر، إنكار صفة القانون الدولي العام، وإنكاره اعتبار القانون الدستوري قانونا ولذلك لا نرى حاجة لتكرار ذكرها، فضلا عن ذلك فأن هيجل يدعو صراحة إلى الاستبداد، بجعله من الحرب وسيلة لحكم العلاقات الدولية.

المطلب الرابع : مذهب هانز كلسن

الفرع: مضمون المذهب

تسمى أيضا نظرية القانون البحت أو القانون **الصافي** وهي نظرية ترى أن القانون علم قائم بذاته يهتم فقط بدراسة التصرفات والسلوك البشري من حيث خضوعه للضوابط القانونية فقط، دون غيرها من الضوابط التي تدخل في الاختصاصات العلوم الأخرى. فالقانون البحث أو الصافي هي الضوابط القانونية (في وجودها الشكلي أوامر تصدرها إرادة تملكك قوة الإجبار وتوقيع الجزاء)، خالصة من جميع العناصر **غير** القانونية، كالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية والدينية .

إضافة لفكرته السابقة يعرض علينا كلسن أيضا فكرة أخرى مضمونها **دمج القانون والدولة معا**، ففي نظر كلسن **القانون هو الدولة والدولة هي القانون، لأن الدولة ليس صانعة القانون فحسب** بل الأكثر من ذلك **هي القانون بعينه** أو ذاته . لكن كيف يبرر لنا كلسن ذلك ؟ يقول كلسن موضحا فكرته أن الدولة ليست شخصا معنويا، بل هي بناء قانوني.

ما المقصود بقوله الدولة بناء قانوني؟ يجيبنا كلسن من خلال تصوره للدولة ليقول لنا أن الدولة هي مجموعة من القواعد القانونية بعضها فوق بعض في شكل هرمي قاعدته الأوامر الفردية العقود والأحكام القضائية، وقمته الدستور. تكتسب كل قاعدة قانونية في هذا الهرم شرعيتها وصفتها الإلزامية من القاعدة التي تعلوها في الهرم، إلى أن نصل إلى الدستور الذي يسمو على جميع القواعد الأخرى، ومصدر شرعيتها وإلزامها جميعا ويستمد هو شرعيته من سنة تعلو عليه، وهي السنة الأساسية. وهذا النظام القانوني أو البناء القانوني لا نعطيه وصف الدولة إلا إذا وجد معه هيئات مركزية تختص بالتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني ، وتفرض تطبيقها حتى ولو باستعمال القوة إذا لزم الأمر.

للتوضيح يرى كلسن بأن في مجال العقود ينشأ **العقد** بين طرفيه **التزامات** تحكمهما، **تستمد قوتها** الملزمة من **العقد** وهذا الأخير **يستمد** قوته من **التشريع** الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (معناه ان العقد يُعد بمثابة القانون بالنسبة إلى طرفيه، عليهما الالتزام به كأصل عام) والتشريع بدوره يستمد شرعيته من الدستور الذي يخول اللسلطة التشريعية حق اصدار نصوص القانونية ومنها التقنين المدني.

حسب كلسن القانون =ضوابط قانونية مصدرها السلطة العليا التي تملك قوة فرض القانون – اي منقوص منها كل العناصر غير القانونية .

الفرع الثاني : تقدير مذهب كلسن

من الواضح ان مذهب كلسن يربط أصل القانون بسلطة عليا كما فعلت المذاهب التي رأيناها، لكن ينتقد من زاوية فكرة القانون الصافي ، ومن زاوية فكرة دمج الدولة بالقانون معا ومن زاوية الهرم القانوني .

نقد فكرة القانون الصافي : يعاب على كلسن تجريده للقانون من كل العوامل السياسية والاجتماعية الاقتصادية والثقافية والأخلاقية والدينية، وما إلى ذلك من عوامل، بحجة تخليص القانون من كل عنصر لا ينتمي إليه، متجاهلا أن الواقع والتاريخ يؤكدان حقيقة ارتباط هذه العوامل بالقانون وتأثيرها في نشأته وتطويره، فمثلا فرضت المعاملات التجارية الالكترونية التي نشأت اثر فتح الأنترنت للأنشطة التجارية مع بداية التسعينيات(لأن أربانت /Arpanetكانت تمنعها قبل تلك الفترة) على الدول سن قوانين تحكم هذا المجال التجاري الجديد ومن بينها الجزائر التي أحدثت القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018،المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

نقد فكرة دمج الدولة بالقانون معا :

تنتقد أيضا فكرة كلسن القائلة بدمج الدولة والقانون، بالنظر إلى عدم واقعيتها، فالدساتير تقيد سلطة الدولة وتلزمها باحترام المؤسسات والأنظمة والحقوق والحريات. وكدليل على ذلك جاء في ديباجة الدستور الجزائري لسنة 2020 بأن" الدستور فوق الجميع". كما نصت المادة34 منه على انه : " تُلزِم الأحكام الدستورية ... ، جميع السلطات والهيئات العمومية. وينص الفصل 2 : " من الدستور التونسي لسنة 2014 تونس دولة مدنية، تقوم على المواطن وإرادة الشعب وعلوية القانون" .كذلك انظر المادة 5 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 الساري المفعول .

نقد فكرة الهرم او البناء القانوني:

اكتفى كلسن بشرح النظام القانوني وترتيب مضمونه في شكل هرمي، حيث يوجد الدستور في أعلي الهرم ليشكل مصدر شرعية والقوة الإلزامية لكل ما هو أدني من منه مرتبة، وصولا إلى قاعدة الهرم القانوني، وحتى هنا تحليله مفهوم ومقبول قانونا، لكن الأمر لا يكون كذلك، فيما يخص قوله أن الدستور يستمد مصدر شرعيته وقوته الملزمة من السنة أو القاعدة الأساسية ،والتي لم يوضح لنا ما هي هذه القاعدة الأساسية، لتبقى اثر ذلك مجرد فرض قدمه لإضفاء الصحة والشرعية على النظام القانوني الهرمي التي عرضه علينا ومحاولة جعله مبررا ومقبولا.

المبحث الثاني :المذاهب الموضوعية

المذهب الموضوعي يهتم بموضوع وجوهر القاعدة القانونية، فيعمل على تحليلها موضوعيا وفلسفيا واجتماعيا، على أساس أنه ينظر إلى القانون كظاهر اجتماعية، يعمل على كشف العوامل التي تؤثر في نشأته وتطوره. والجدير بالإشارة هنا هو أنه وإن كان أنصار هذا المذهب تجمعهم **نفس فكرة** اعتبراهم **القانون ظاهرة اجتماعية، وتركيزهم على موضوع أو جوهر القاعدة القانونية لتفسير أصل القانون،** إلا أنهم اختلوا في تحديد مضمون وهوية هذا الجوهر الذي يشكل أساس القانون فبعضهم اعتبر أن هذا الجوهر هو مثل عليا "المدرسة المثالية" والبعض الأخر اعتبر الجوهر هو الحقائق الواقعية الملموسة"المدرسة الواقعية" .

للتفرقة بين المدرستين، يقدم المثال الخاص بإيجاد أصل القاعدة القانونية التي تمنع جريمة القتل، فحسب المدرسة المثالية يرجع أصل القاعدة إلى مثل مفاده أن العقل من باب العدل يرفض قتل الإنسان لأخيه الإنسان. أما المدرسة الواقية فارجعوا أصل القاعدة

المذكور إلى حقائق الحياة الواقعية للإنسان حيث انه فعلا القتل يؤدي إلى المساس بالوجود الإنساني ويخلق الفوضى، وعليه لمنع المسبب يجب منع السبب (القتل.

المطلب الاول :المدرسة المثالية

تندرج ضمن هذا المدرسة ثلاث مذاهب هي مذهب القانون الطبيعي، ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المحدد، نتناولها كما يلي :

الفرع الأول : مذهب القانون الطبيعي

ترجع الجذور التاريخية لهذا المذهب إلى فلاسفة الإغريق الذين كانوا يقولون بوجود قواعد قانونية خالدة لا تغير ،أودعها الله في هذا الكون وهي أسبق(هذا يفترض الانفصال المادي) وأسمى من القانون الوضعي الذي وضعه الإنسان، ويبقى على الإنسان أن يكتشفها ليسترشد بها /و ليوظفها في تنظيم سلوكه مثل العدالة والمساواة.

المطلب الثاني : المدرسة الواقعية

يرى انصار هذه المدرسة أن القانون هو علم اجتماعي واقعي، يقوم على الملاحظة والتجربة، وجوهر القانون يتمثل في الواقع الاجتماعي المعاش باعتباره ظاهرة اجتماعية، ومع ذلك وان كان ماذكرناه هو ما يجمعهم الا انهم اختلفوا في تفسير مفهوم هذا الواقع الاجتماعي وذلك على النحو التالي :

الفرع الاول : المذهب التاريخي

المذهب التاريخي أو مذهب التطور التاريخي يربط تطور القانون بالتطور التاريخي للمجتمع ، باعتباره يولد في ضمير الجماعة ويتطور بتطورها، ويتجسد في أعرافها وتقاليدها . من بين فقهاء هذه المدرسة نذكر مونتيسيكيو الذي بين في كتابه روح القانون، أن قوانين كل بلد تتأثر بطبيعة هذا الأخير وبجوه ومركزه وبطبيعة أرضه وتطوره وتخلفه ونوعية الحياة فيه وأخلاق وثقافة وعقيدة أفراده وعددهم وآفاقهم. ولذلك فالقانون لا يصنعه المشرع بل ينشأ تلقائيا كاستجابة طبيعية من المشرع للتحولات الحاصلة في المجتمع وينحصر دور المشرع في ملاحظة التطور وبلورته في شكل نصوص قانونية كمرآة قانونية للتطور الاجتماعي او المقابل القانوني للتطور الاجتماعي.

ينتقد مونتيسكيو كونه بالغ في اعتبار القانون وليد بيئة وظروف المتجمع وانكر حقيقة دور في المشرع، وفي ما تراه الدولة الأنسب للمجتمع .

الفرع الثاني : المذهب االغاية الاجتماعية

أسس هذا المذهب الفقيه الألماني اهرنج وسماه مذهب الغاية الاجتماعية أو مذهب الكفاح، ويقوم على أساس أن القانون وسيلة تستعملها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية، هي حفظ المجتمع وتحقيق تقدمه، وهذه الغاية هي مصدر القانون، فالقانون يوجد ويتطور لغاية محددة .

وينتقد هذا المهب باعتباره يبالغ في حصر مصدر القانون في الإرادة البشرية، وإنكار العوامل الأخرى كالعرف والدين.

الفرع الثالث :مذهب التضامن الاجتماعي

نادى به ليون ديجي، خاصة من خلال كتابه المطول في القانون الدستوري وقد ربط ديجي بين القانون والتضامن الاجتماعي فيرى أن الإنسان كيان شخصي هو عضو في المجتمع، ومستقل عنه نفس الوقت يحتاج إلى هذا المجتمع، باعتباره شخصا مستقلا لإشباع حاجاته وفي نفس الوقت يحتاج اليه المجمع باعتباره عضوا فيه. وبذلك يبرز التضامن كحتمية تجمع بين إفراد المجتمع.وظاهرة التضامن حقيقة واضحة عبر التاريخ، لها وجود في الأسرة والقبيلة.

هذا التضامن يقتضي تحقيقه تنظيم السلوك الأفراد في المجتمع، ما يرتب نشأة قواعد، قد تكون اقتصادية تحكم الأعمال المتعلقة بإنتاج الثروة وانتقالها واستهلاكها واستخدامها وقد تكون أخلاقية لفرض سلوك معين، فيما يخص ملبسه، مسكنه علاقاته مع غيره، ممارساته الدينية، آداب المجتمع ،

لكن ينبه ديجي بأنه ليس كل قاعدة أخلاقية او اقتصادية قاعدة تعتبر قانونية، فهي لا تكون كذلك إلا عندما ينشأ في الشعور الإجماعي أو الشبه الإجماعي لأفراد المجتمع بأن تضامنهم الاجتماعي سيتضرر إذا لم تحترم هذه القاعدة، وأنه من العدل أن يفرض احترمها عن طريق توقيع الجزاء. حسب ديجي نقول عن قاعدة ما بانها قاعد قانونية عندما يتبلور لدى المجتمع سلوكا معينا، ينطوي على دلالة تعبر عن تضامهم الاجتماعي، يصبح معه مخالفة السلوك الذي تبلور يشكل مساسا بتضامنهم الذي تحقق، وللحفاظ على هذا السلوك كقاعدة وبالتالي الحفاظ على تضامنهم، يصبح من العدل معاقبة الشخص المخالف للسلوك.

نقد ينتقد مذهب ديجي من زاية صعوبة معرفة اللحظة التي يتحقق فيها فرض الإجماع أو شبه الإجماع عند أفراد المجتمع بشأن سلوك معين،كما أنه من الصعب حصر وتحديد مضمون سلوك معين (اي صعوبة التحديد والتعرف الدقيق على السلوك المعني وتمييزه عن غيره، الذي يفترض ان يتحول الى قاعدة قانونية وهذه تمثل الصعوبة الأولى)، والقول عنه أنه محل إجماع او شبه اجماع بين أفراد المجتمع (الصعوبة الثانية) ، فيجب تحقق اولا اتفاق الأفراد على ما هو السلوك الذي سيكون محل تلقي إجماع ـاو شبه اجماع، وهذه عقبة ليس من السهل تجاوزها . كما أن العدل فكرة مشاعة بين أفراد المجتمع، وكل واحد يراه على النحو الذي يعتقد صحته، فلكل تصوره الشخصي. وهكذا يكون جيني قد جعل العدل موضوعا للاهواء، ولم يأخذ بالعدل كفكرة مثالية مجردة باعتبارها موضوعا للعقل.

المبحث الثالث :المذاهب المختلطة

المذاهب المختلطة كما يدل عليه اسمها هي المذاهب التي أخذت بعين الاعتبار افكار المذهبين الشكلي والموضوعي على حد سواء . ولنا هنا ان نتناول نظرية فرانسوا جيني (المطلب الاول) ثم موقف الفقه الحديث من جوهر القاعدة القانونية (المطلب الثاني)

المطلب الأول :مذهب فرانسوا جيني

الفرع الاول : مضمون المذهب

يرى جيني ان القاعد القانونية تجد جوهرها ومصدرها في حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية التي تكشف عنها وتسجلها الملاحظة والتجربة (المذهب الواقعي) مع الاسترشاد بالمثل العليا يكشف عنها العقل (المذاهب المثالية) ، وهنا يظهر تأثره بالمذاهب الموضوعية (باعتماده على المذهبين الواقعي والمثالي) ، ولكن حتى هنا القاعدة القانونية هي مضمون في حاجة إلى وجود في الواقع، تماما مثل الفكرة التي نصل الى بلورتها في فكرنا ولكن تبقى في العدم بالنسبة للآخرين تحتاج إلى نخرجها او نقلها إلى الوجود بطرق التعبير المكنة مثل التعبير الشفهي او الكتابي او الحركة وهو ما يبرر ما سيأتي ذكره) كما تأثر بالمذهب الشكلي،معتبرا ان شكل القاعدة القانونية هو التجسيد او الصورة او البنية، او الصيغة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية ، حتى يصبح قابلا للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة . إذا هناك الجوهر المحدد بعنصر العلم وعناصر تحققه واضحة كما ذكرنا وهناك شكل الجوهر او صياغة عنصر العلم . فالقاعدة القانونية العامة والمجردة القابلة للتطبيق = عنصر العلم كمحدد للجوهر (حقائق الواقع+المثل)+الشكل او الصياغة

تفصيلا يرى جيني أن القاعدة القانونية تتشكل من عنصرين رئيسين هما:عنصر العلم وعنصر الصياغة. أما عنصر العلم فهو الذي يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساساً لاختيار القواعد القانونية الملائمة. وعنصر الصياغة هو الذي يتيح لنا أن نصوغ هذه القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي ونوضحهما كما يلي :

عنصر العلم:

يرى جيني أن عنصر العلم يتضمن أربعة حقائق كل واحد منها مستمدة من أحد المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون حيث تعتبر هذه الحقائق بمثابة عوامل تؤثر في تكوين القواعد القانونية وهي أسس تبنى عليها هذه القواعد.وهذه الحقائق او المعطيات هي كالتالي :

الحقائق أو المعطيات الواقعية: يقصد بها مجموع العوامل والظروف والفرضيات المحيطة بالإنسان ،سواء كانت مادية او معنوية مثل الظروف الجغرافية و والاقتصادية والاجتماعية والدينية والسياسية، وهي أمور يجب مراعاتها حين وضع قاعدة قانونية

المعطيات التاريخية : يقصد بها القواعد والنظم التي تكونت في الماضي لتنظيم حياة وسلوك الأفراد في المجتمع . كما يقصد بها التطورات التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية.

المعطيات العقلية: هي الحقائق التي يستخلصها العقل من دراسته للمعطيات الطبيعية والتاريخية، ثم يقوم بصقلها وتحويرها بحيث تصبح متفقة مع الغاية التي يهدف القانون إلى تحقيقها.

المعطيات المثالية: وهي الأهداف التي يطمح إليها كل مجتمع ويعمل على تحقيقها ويكون القصد منها السمو بالقانون وترتبط المعطيات المثالية بالحياة المدنية والدينية للمجتمع ولذلك تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى آخر. فإن كانت المعطيات العقلية لها قيمتها في بناء جوهر القانون ، لكن تطبيقه لوحده يحول دون إنشاء حلول تقتضيها الظروف والوقائع الإنسانية لان العقل يحصر نشاط في ما هو كائن وما يجب ان يكون موضوعي لا يهتم بما لا يدخل في اهتماماته ،جامد لا يهتم بالعاطفة وهنا تبرز قيمة ودور المعطيات المثالية لسد هذا النقص والمعطيات المثالية كالإيمان والعاطفة والرحمة .

عنصر الصياغة :

يقصد بعنصر الصياغة عملية تحويل المعطيات أو الحقائق الأربعة (كمادة أولية تشكل لنا جوهر القاعدة القانونية / كمخلات) إلى قواعد عامة ومجرد تكون قابلة للتطبيق (كمخرجات) فالصياغة إذن فن تشرعي، (نتذكر هنا عملية التشريع بمراحله إلى غاية نشر القاعدة القانونية في الجريدة الرسمية.)

الفرع الثانيً: تقدير النظرية

1– ميزاتها: انه اهتم بالجوهر والشكل في بيانه لجوهر القاعدة القانونية حيث أخذ بالمذاهب الشكلي و والموضوعية معا .

النقد الذي وجه إلى النظرية: اعتبر جيني أن الحقائق العقلية والمثالية حقائق علمية وهذا غير صحيح لأنها لا تنتمي للواقع الملموس ولا تثبت بالمشاهدة والتجربة، كما يتنقد من زاوية صعوبة الفصل بين الحقائق الواقعية والتاريخية من جهة وبين الحقائق العقلية والمثالية من جهة أخرى.فالحقائق التاريخية هي في الواقع أيضا حقائق تاريخية كما أن الحقائق المثالية تختلط بالحقائق العقلية.

المطلب الثاني : جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

وفقا للفقه الحديث يتشكل جوهر القاعدة القانونية من عنصرين هما العنصر الواقعي ويتكون من حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة وعنصر مثالي يتكون من حقائق علمية تفكيرية يستخلصها العقل.

الفرع الأول: العنصر الواقعي

يقصد بالعنصر الواقعي الحقائق أو العوامل التي تحيط بالإفراد في المجتمع ومنها الحاجات التي يسعى إلى إشباعها والتي يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة، مثلها مثل الماديات من حيث خضوعها لقانون السببية، ومن أمثلة هذه العوامل نذكر:

العوامل الطبيعية،العوامل الاقتصادية، العوامل السياسية والاجتماعية ،الحقائق التاريخية والعوامل الدينية والأخلاقية .

الفرع الثاني: العنصر المثالي

لا يكفي العنصر الواقعي لتكوين القاعدة القانونية بل يجب تقويم هذه الحقائق بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل ألا وهو العدل. وبعبارة اخرى يمكن القول أن العوامل المشكلة لعنصر الواقعي التي ذكرناها تتميز بعدم تجانس طبيعتها، فبعضها موضوعي قابل للمشاهدة والتجربة مثل ارتفاع درجة الحرارة في الصحراء كعامل طبيعي ، تزايد العنف في المستشفيات كعامل اجتماعي

وبعضها عقلي مثل العوامل الدينية والأخلاقية وهنا تبرز الحاجة العقل للاستعانة بمدخل أو عنصر مكمل وهو العدل. يقسم الفقهاء العدل إلى نوعين هما:

1–العدل الخاص: العدل الخاص يسمى العدل بالتبادلي أو التعويضي (المساواة الفعلية) ويقصد به العدل الذي يسود علاقات الأفراد فيما بينهم، فيوازن(كما في مجالي الفيزياء) بين المنافع او الأداءات المتبادلة، ويقوم هذا العدل على أساس تساوي الأفراد لكونهم كلهم بشر كحقيقة مشتركة تلغي كل الفوارق والاختلافات الأخرى

الملاحظ هنا هو أن المساواة فعلية تامة وليست قانونية، حيث تقدر الأفعال او الأشياء بالنسبة إلى قيمتها الموضوعية طبقاً لمعادلة حسابية، بغية وضع كل طرف في مركز مساوي بالنسبة لطرف آخر، ولا يعتد هنا بالاعتبارات الخاصة بكل فرد كما هو الحال في العدل التوزيعي، وتطبق في حالات العقد والفعل الضار وأية رابطة خاصة أخرى. فمركز المتعاقدين، مثلا، متساو من ناحية العدل التبادلي، فإذا استلم احد الطرفين المتعاقدين أكثر مما يستحق أو اقل وجب الرد وإيجاد التوازن لتحقيق العدل، وإذا ألحق احدهم بآخر ضرراً وجب عليه التعويض. بغض النظر عن كونه من القادة أو من الأفراد العاديين او من الأغنياء او من الفقراء من النساء او من الرجال .

2– **العدل العام** : هو الذي يقوم على أساس اعتبار الفرد جزء من المجتمع وباعتبار المجتمع هو الكل، فالعدل هنا يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويتم عن طريق إقامة تفاصل بين القيم والأفراد من حيث الحاجة والقدرة أو الكفاءة ويشمل هذا النوع ما يلي العدل توزيعي والعدل الاجتماعي :

– **العدل التوزيعي** (المساواة القانونية):

سمي هذا العدل توزيعياً لأنه يتضمن توزيع الجماعة (أي الدولة) للمنافع والواجبات على أفراد تلك الجماعة كل حسب مؤهلاته وما يقدمه للجماعة. ويعرف على انه العدل الذي يسود علاقة الجماعة بالأفراد باعتبارهم أعضاء في جماعة سياسية هي الدولة وتطبق على الأموال والحقوق والواجبات العامة، وتهدف إلى أن يحصل كل عضو من أعضاء الجماعة حسب استحقاقه او كفاءته او قابلياته العقلية أو ما قدمه من خدمات وتضحيات لمجتمعه.

يترتب على ما ذكر أعلاه أن الجماعة تراعي في العدل التوزيعي المساواة التناسبية، لا المساواة التامة، فما دامت العدالة هي المساواة وان الظلم هو عدم المساواة، فان العدل التوزيعي يقتضي أن تعالج الحالات المتساوية معالجة متساوية، ويترتب على ذلك انه إذا وجد شخصان غير متساويين، وجب أن لا يحصلا على ما هو متساو. وعليه فان أصحاب المراكز القانونية المتساوية يحصلون على ذات الحقوق، أما إذا اختلفت مراكزهم القانونية اختلفت بالتبعية حقوقهم.

تطبيقاً للعدالة التوزيعية نذكر مثلا يثبت حق الالتحاق بمهنة المحاماة من توافرت فيهم دون غيرهم الشرط المنصوص عليها في القانون رقم 13– 07 المؤرخ في 29 أكتوبر سنة 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.وكذلك يثبت حق الفرد دون غيره في الاستفادة من التعليم الجامعي بعد نيله شهادة البكالوريا . ومن بلغ السن السادسة هو فقط من ينشأ له الحق في التعليم الأساسي في المؤسسات التابعة للقطاع العمومي للتربية الوطنية.

– **العدل الاجتماعي** : العدل الاجتماعي او كما يسمى أيضا العدل القانوني هو العدل الذي يسود علاقة الفرد اتجاه الجماعة من حيث واجباته نحو الجماعة أساس هذا العدل الاجتماعي يكمن في كون الفرد في الجماعة جزء في الجماعة وهذا الجزء مسخر لخدمة الكل فالصالح العام لا يتحقق إلا عن طريق الاشتراك بين الأفراد لأجل مصلحة واحدة. وهذا العدل يبرر سلطة الحاكم لإخضاع الأفراد الذي له الحق الأمر وكذلك باسم العدل الاجتماعي يحق للحاكم ان يخضع ويسخر الأفراد لتحقيق الصالح العام. فمثلا من باب العدل الاجتماعي يحق للدولة إلزام الفرد بأداء الخدمة الوطنية، للمشاركة في حماية الوطن كمصلحة عامة .

من الواضح ان العدل الاجتماعي يفرض على الفرد واجب المشاركة في تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، ويبرر في نفس للمجتمع معاقبة الفرد في حال المساس بها.