



جامعة محمد لامين دباغين سطيف 02  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



مطبوعة موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك LMD  
المجموعة ج

مقياس:

# المنهجية

- فلسفة القانون - مناهج البحث العلمي -

إعداد الدكتورة: ناصري مريم

السنة الجامعية

2025-2024

## مقدمة

يُعدّ مقياس المنهجية حلقة وصل أساسية بين الدرس النظري في فلسفة القانون وبين مهارات البحث العلمي التي يحتاجها طالب الحقوق في مساره الأكاديمي والمهني. فهو من جهة يعرف الطالب بطبيعة القاعدة القانونية، ومصادرها، ومدى عدالتها ومشروعيتها، من خلال الوقوف على الإشكالات الفلسفية الكبرى مثل: ما القانون؟ ما مصدر إلزامه؟ وما حدود العلاقة بين القانون والأخلاق والدين والحرية؟ ومن جهة أخرى يزوّده بالأدوات المنهجية التي تمكنه من تحويل هذه الأسئلة النظرية إلى مشكلات بحثية دقيقة قابلة للدراسة والتحليل وفق خطوات علمية منظمة.

وفي إطار هذا المقياس يتعلّم الطالب كيف ينتقل من التأمل الفلسفي في المفاهيم القانونية إلى صياغة فرضيات وأسئلة بحث، واختيار مناهج ملائمة لمعالجتها؛ كالمنهج الوصفي والتحليلي والمقارن والتاريخي، ثم جمع المعطيات من نصوص دستورية وتشريعية وقرارات قضائية وآراء فقهية، وتحليلها تحليلاً نقدياً يُبرز الخلفيات الفلسفية الكامنة وراء كل اتجاه. وبهذا يصبح مقياس المنهجية مساحة لتدريب الطالب على التفكير المنطقي وصياغة الحجة القانونية، وعلى احترام ضوابط الاقتباس والتوثيق والموضوعية، بحيث يخرج في النهاية قادراً على إعداد بحث قانوني يراعي أصول العلم ودقّة الفلسفة معاً، ويُؤهّله لفهم أعمق لوظيفة القانون في تحقيق العدالة والأمن داخل المجتمع.

## القسم الأول

### فلسفة القانون

تعتبر الفلسفة من أهم العلوم التي نشأت على أسس مشتركة بين المفكرين والعلماء والمتخصصين وأي إنسان محب للعلم والثقافة والبحث والمعرفة، فالفلسفة نشأت على أساس تفعيل أقصى مكنات العقل والمنطق والملاحظة والاستدلال، بهدف الوصول لحقائق مثبتة حول أصل الوجود وحقيقة العلوم والمعارف وأصل الأشياء والأخلاق التي يحتكم لها الناس، ولا يمكن حصر الفلسفة ضمن حقبة زمنية ما فالفلسفة منجز حضاري إنساني، تم تطويره على فترات زمنية طويلة وبجهود فلاسفة وعلماء من كل بقاع الأرض، وهذا ما ساهم في تكوين مدارس فلسفية كبرى، أثرت في العلوم الفلسفية وطوّرتها.

فالفلسفة هي دراسة معمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية ومنها القانون، فالعمل على إدراك طبيعة القانون الوضعي هي عمل فلسفي يحتاج للتفكير العميق، ومن المنطقي أن يقوم به المتخصصون بالقانون أولاً وأخيراً، حيث ينطلقون من معطيات القانون الوضعي للبحث عن أصل القانون والغاية منه من خلال إحاطته بفكر تأملي فلسفي.

وقد أُعدّت هذه المطبوعة المتعلقة بمقياس فلسفة القانون لتوجه لطلبة السنة الأولى جذع مشترك ليسانس حقوق، منسجمة مع بقية المقاييس التي يتناولونها بالدراسة والتحليل خلال هذا السداسي، كما أن المبادئ والأسس العامة التي يتلقاها الطالب من خلال دراسته لهذا المقياس سترافقه طيلة مساره الدراسي، فتمكنه من استيعاب جل المقاييس التي سيدرسها في مساره العلمي، بل وحتى العملي لأنها ستفتح له آفاق العلم والمعرفة لهذا التخصص.

وقد تضمن هذا القسم أربع محاور رئيسية تمثل الركائز الأساسية لهذا المقياس، وتتمثل

فيما يلي:

**المحور الأول: حول فلسفة القانون**

**المحور الثاني: المذاهب التي قيلت بشأن أصل القانون والغاية منه**

**المحور الثالث: تفسير القانون**

**المحور الرابع: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية**

### المحور الأول: حول فلسفة القانون

يشمل مصطلح "فلسفة القانون" كلمتان هما: كلمة "فلسفة" وكلمة "قانون"، سنحاول شرح كل مصطلح على حدة لتتوصل في الأخير لمعنى كليهما معا.

#### أولاً: بالنسبة لمصطلح القانون

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش منعزلاً عن بقية أفراد الجماعة،<sup>1</sup> وليس هذا بالقول الجديد بل هو ما جاء به الفلاسفة منذ قديم الزمان، فالإنسان المنعزل الذي يعيش بمفرده هو إنسان من وحي خيال المؤلفين والرواة ولا وجود له إلا في عالم الأساطير، لذلك تعتبر عقوبة العزل من أقسى أنواع العقوبات التي يمكن أن تطبق على الإنسان.

وينشأ بين الأفراد في الجماعة علاقات كثيرة ومتنوعة لا بد من تنظيمها وضبط سلوك الأفراد داخل هذه الجماعة، وقد وجدت هذه القواعد لتحديد حقوق وواجبات كل فرد مع ضرورة الشعور بالزامية هذه القواعد واحترامها خوفاً من الجزاء الذي يوقع عليه في حالة مخالفته لها، وخلاصة القول:



<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 7.

## 1/ تعريف القانون والقاعدة القانونية:

إن العلاقة بين القانون والقاعدة القانونية هي علاقة الكل بالجزء، حيث أن القانون يتشكل من مجموعة من القواعد القانونية التي لها عدة خصائص تميزها - والتي سنتطرق لها لاحقا-، وقد انقسم الفقهاء في تعريفهم للقانون بحسب الأساس الذي يركزون عليه إلى عدة اتجاهات، فمنهم من أسس تعريف القانون على الغاية منه والمتمثلة في تحقيق العدالة وإشاعة الطمأنينة والاستقرار في المجتمع، ومنهم من جعل الجزء هو أساس القاعدة القانونية، أما الاتجاه الغالب فهو ذلك الذي يعرف القانون على أساس الخصائص المميزة للقاعدة القانونية.<sup>1</sup>

وبالاستناد لهذا الاتجاه الأخير يمكن تعريف القانون بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، كما أنها قواعد عامة ومجردة ويكفل الجزء الذي توقعه السلطة العامة احترامها".

أما القاعدة القانونية فتعرف بأنها: "خطاب موجه إلى الأشخاص (طبيين - معنويين) في صيغة عامة ومجردة وله قوة الإلزام، ويتضمن هذا الخطاب: أمرا بعمل أو نهيا عن عمل، وإلا يترتب على الإخلال به جزاء توقعه السلطة العامة".

## 2/ خصائص القاعدة القانونية:

من خلال التعريف السالف للقانون والقاعدة القانونية يمكن أن نستخلص خصائص القاعدة القانونية، ومن أهمها أنها: قاعدة سلوك اجتماعي، قاعدة عامة ومجردة وقاعدة ملزمة مقترنة بجزاء توقعه السلطة العامة.

أ/ القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي: هي قاعدة موجهة إلى الأشخاص (الأفراد والجماعات) الذين يتمتعون بالشخصية القانونية<sup>2</sup>، وبذلك فهي لا تخاطب الحيوان أو الجماد لأنها قاعدة تحكم السلوك الاجتماعي للأفراد وتنظم علاقاتهم في المجتمع بما يكفل حرية الأفراد

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 15-16.

<sup>2</sup> الشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ولتمييز الشخصية القانونية التي تثبت للإنسان عن الشخصية القانونية التي تثبت لغيره جرى الاصطلاح على تسمية الإنسان الشخص الطبيعي وعلى تسمية غيره بالشخص المعنوي أو الاعتباري.

ويضمن تحقيق النظام العام داخل المجتمع، فالقاعدة القانونية لا توجد في العدم بل توجد في المجتمع.<sup>1</sup>

كما أن القاعدة القانونية تسري على السلوك الاجتماعي الظاهري ولا تنطبق على السلوك الداخلي أو ما يسمى بالنوايا والمشاعر الداخلية والأحاسيس الكامنة في نفسية الشخص، كالحقد الدفين على الآخرين، لأن هذه الأمور تدخل في مجال الأخلاق والدين ولا علاقة لها بالقانون، غير أن القاعدة القانونية يمكن أن تأخذ بعين الاعتبار النية في بعض المجالات كجرائم القتل حيث يتدخل القانون ويبحث في نية القاتل ليرى ما إذا كان القتل خطأ وعن غير قصد أم أنه كان مدبراً من قبل عن سبق إصرار وبالتالي فالعقوبة تشدد في هذه الحالة الأخيرة.<sup>2</sup>

ويندرج ضمن السلوك الخارجي كافة العلاقات الإنسانية التي يتدخل القانون لتنظيمها كعلاقة الأفراد بعضهم البعض الآخر، وعلاقتهم بالدولة، وعلاقات السلطات المختلفة داخل الدولة وعلاقات الدول فيما بينها.<sup>3</sup>

ب/ القاعدة القانونية عامة ومجردة : يقصد بالعمومية والتجريد في القاعدة القانونية أنها لا توجه إلى شخص معين بذاته (زيد أو عمر...)، وإنما توجه بصيغة التعميم فلا يذكر شخص معين بالاسم ولا واقعة معينة بالذات، بل يذكر الأشخاص المقصودين بهذا الخطاب بصفاتهم لا بذواتهم،<sup>4</sup> مثال: قانون الانتخابات يحدد شروط الناخب، فكل من توفرت فيه الشروط المنصوص عليها قانوناً يمكنه أن ينتخب (بلوغ 18 سنة والتمتع بالحقوق المدنية والسياسية)، قوانين الجامعة التي تحكم تصرفات الطلبة تطبق على كل من له صفة الطالب بشرط ألا توجه إلى طالب معين بذاته.

والعمومية ليس لها معيار عددي بضرورة مخاطبة عدد كبير من الأشخاص، فقد يكون الخطاب موجهاً إلى فئة معينة من الأشخاص كالموظفين أو المحامين، الأطباء، الطلبة... مع ذلك يتصف هذا الخطاب بالعمومية والتجريد، كما يمكن أن توجه القاعدة القانونية إلى شخص

<sup>1</sup> عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون- نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 14.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص 24.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 25.

<sup>4</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 22.

واحد، ومع ذلك تبقى عامة ومجردة طالما أنها لم توجه إلى شخص بذاته، لأنها تخاطب الأفراد بصفاتهم وليس بذواتهم ومثال ذلك: رئيس الجمهورية، أو رئيس المحكمة العليا أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أو رئيس مجلس الأمة، حيث توجه القاعدة القانونية لكل من يشغل تلك المناصب سواء في الحاضر أو المستقبل أي طالما أن القاعدة لا تزال سارية.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن القاعدة القانونية لا تفقد صفة العمومية والتجريد<sup>2</sup> حتى ولو كانت مؤقتة وضعت لتحكم الأوضاع خلال فترة معينة بصفة مؤقتة كمدة قيام الحرب مثلا، كما قد يتحدد تطبيق القاعدة القانونية على جزء معين من الإقليم دون غيره وتبقى عامة ومجردة ومثال ذلك القواعد الخاصة بمرتبات الموظفين، إذ قد ينفرد موظفو الجنوب بعلاوات بنسبة معينة من المرتب تختلف عن تلك التي تخصص لموظفي الدولة في ولايات الشمال.<sup>3</sup>

ج/ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ومقتربة بجزء تطبقه السلطة العامة: لا بد أن تقتصر القاعدة القانونية بجزء يوقع على من يخالفها ويحمل الأفراد على احترامها بالقدر الكافي لإقامة النظام في المجتمع، فالقاعدة القانونية مقتربة بجزء يجعلها واجبة الإتيان ويجبر الأشخاص على احترامها، فهو الأثر القانوني الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية، إذ أنه وسيلة الإلزام والإجبار وهو من اختصاص السلطة دون الأفراد، ولو تركت القاعدة القانونية دون جزاء فلا يوجد ما يجعل الأشخاص يتبعونها في علاقتهم بدرجة كافية لحفظ النظام الذي قصدت القاعدة القانونية تحقيقه، وهو أيضا ما يميز القاعدة القانونية عن قواعد الدين والأخلاق والمجاملات.<sup>4</sup>

فالجاء هو: "القلب النابض للقاعدة القانونية، وهو ما يضمن لها السيادة ويبعث فيها ديناميكية التنفيذ ودونه تظل القاعدة مجرد أحرف ميتة لا يوجد ما يضمن تطبيقها".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> الغاية من اتصاف القاعدة القانونية بالعمومية والتجريد هو تحقيق المساواة بين الناس أمام القانون ومنع تحيزها لمصلحة شخص معين أو ضده وهو ما يحقق العدل، كما أنها ضمان لحرية المواطنين ضد استبداد الحكام والأهم من ذلك هو أنه من المستحيل عمليا وضع قرارات وأوامر خاصة لحكم سلوك كل فرد على حدة داخل المجتمع. انظر في ذلك: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 23-24.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> حول خاصية الإلزام في القاعدة القانونية انظر كلا من: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 25 وما يليها، محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 26.

<sup>5</sup> عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار ربحانة، الجزائر، 2000، ص 24.

ويتميز الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية بأنه جزاء حال وديني<sup>1</sup> ، مادي وملموس<sup>2</sup> ، وتطبقه السلطة العامة<sup>3</sup>.

والجزاء على المستوى الداخلي ثلاثة أنواع رئيسية هي:<sup>4</sup>

\* الجزاءات الجنائية: عند مخالفة بعض القواعد القانونية يترتب جزاء جنائي يطبق على مرتكب الجريمة وقد يكون في شكل عقوبة سالبة للحياة كالإعدام، أو عقوبة سالبة للحرية كالسجن المؤبد، السجن المؤقت (لعدد محدد من السنوات) والحبس، أو عقوبة مالية كالغرامة، أو عقوبات تكميلية كالمصادرة وتدابير الأمن كالحجز القضائي في مؤسسة استشفائية للأمراض العقلية.

\* الجزاءات المدنية: قد يقوم الفرد بالإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية أو يسبب بخطئه ضرراً للغير فتقوم مسؤوليته المدنية عندها تطبق مختلف صور الجزاء المدني ومنها: البطلان والإبطال والفسخ والتعويض وغيرها.

\* الجزاءات الإدارية: وهي الجزاءات المقررة في نطاق القانون الإداري كالإلغاء والتعويض، كما توجد جزاءات تطبق عند ارتكاب الموظف لجريمة تأديبية تسمى العقوبات التأديبية وهي عقوبات تسلط على الموظفين الذين يخالفون القواعد القانونية كالتنبيه، الإنذار، التوبيخ ، النقل الإجباري، عقوبة التنزيل في الرتبة والفصل من الوظيفة.

### ثانياً: بالنسبة لمصطلح الفلسفة

العقل هو ما يميز الإنسان عن الحيوان، حيث يستعمله ليرى ظواهر الكون على اختلاف أنواعها، فيتصورها ويكون رأياً بخصوصها، ثم يجتهد للتعرف على أسبابها، ويبحث في علاقة هذه الظواهر ببعضها البعض، وكل ما يقوم به الإنسان هنا هو أنه يتفلسف ويحاول الإجابة على هذه

<sup>1</sup> ومعنى أنه حال يتم توقيعه حال حياة المخالف، وليس جزاء أجلاً أخروياً كما هو الحال بالنسبة للجزاء المترتب على مخالفة القواعد الدينية التي يكون فيها الجزاء دينياً وأخروياً.

<sup>2</sup> ومعنى ذلك أنه خارجي ملموس يمس المخالف في جسمه أو ماله أو إزالة المخالفة ذاتها، ويتميز عن الجزاءات غير المادية كتأنيب الضمير أو استنكار الناس واستهجانهم لسلوك المخالف للقاعدة الاجتماعية.

<sup>3</sup> بما أن القانون صادر عن السلطة العامة فهي المختصة بتنفيذه فتعمل على إنشاء هيئات تعمل على تجسيد القاعدة القانونية وتفرض إلزامها على الخاضعين لها ولو باستعمال أدوات القهر التي حددها القانون.

<sup>4</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 27-31.



الأسئلة: ما هذا الشيء الذي يبحث فيه عقلنا؟ ما أصله؟ ما علاقته بغيره من المعاني؟ وبذلك معنى يتفلسف: البحث عن ماهية الأشياء وأصولها وعلاقتها ببعضها البعض.<sup>1</sup>

وكلمة فلسفة هي كلمة يونانية الأصل متكونة من شقين: "فيلو" وتعني محبة و"صوفي": وتعني الحكمة ليكون معناه بذلك محبة الحكمة، وقد عرفها الفيلسوف أرسطو بأنها (علم الوجود بما هو موجود وكذلك علم العموميات)<sup>2</sup>، أما التعريف المنتقى المختار فهو: (مجموع الدراسات أو التأملات ذات الطابع العام التي تسعى إلى رد نظام أو جزء من المعرفة أو المعرفة كلها إلى عدد صغير من المبادئ الموجهة)، فالفلسفة تبحث في أسباب الوقائع التي يقوم عليها بناء العلوم الوضعية من خلال البحث في أصل المعارف.

وبذلك فالفلسفة هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية كالقانون، فمحاولة إدراك طبيعة القانون الوضعي وغايته هي عمل فلسفي.

### ثالثا/ فلسفة القانون

رغم أن التفكير الفلسفي في القانون يعود إلى عصور اليونان والرومان، إلا أن استعمال العبارة ذاتها "فلسفة القانون" والاعتراف بها كمجال معرفي مستقل ظهر في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، حيث استعمل هذا مصطلح لأول مرة بشكل أكاديمي وعنواناً لبحث علمي سنة 1821م على يد الفيلسوف الألماني "هيجل" (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) "عندما أصدر كتابه الشهير بعنوان «Grundlinien der Philosophie des Rechts» أو "مبادئ فلسفة القانون".

لم يحدد الفيلسوف هيجل مضمون مصطلح "فلسفة القانون" وأورد مرادفاً له هو "العلم الفلسفي للقانون" أي العلم الذي يعالج فكرة القانون، فلم يحدد الأسس الجوهرية لفلسفة القانون لكنه عالج بعض مشاكلها.

وتعرف فلسفة القانون اصطلاحاً كما يلي: هي المادة العلمية التي تختص بدراسة موقف الفلسفة من الظاهرة القانونية، فتشرح معانيها العميقة ومضامينها المختلفة.

<sup>1</sup> أس. رابوبرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة أحمد أمين، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ن د س ن، ص 15.

<sup>2</sup> ادريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص 11.

وتعرّف أيضا بأنها الجانب العلمي الذي يختص بدراسة موقف الفلسفة من القانون.

## 1/ وظيفة فلسفة القانون: لفلسفة القانون عدة أدوار نذكر منها:<sup>1</sup>

- تعميق الوعي الفكري والارتقاء بمستوى الفكر القانوني من خلال: توضيح المفاهيم الأساسية للقانون وربطه بالحياة الاجتماعية.
- تساعد على حل مشاكل المجتمع وتزوده بإمكانية إيجاد الحلول، فمن خلالها يستطيع رجل القانون الكشف عن معاناة المجتمع وفهم الأفكار السلبية السائدة فيه، ومن ثم البحث عن اقتراحات وحلول لها، وهذا بتطوير النظرية القانونية السائدة في المجتمع.
- محاولة فهم بعض المصطلحات الغامضة وتحديد مدلولها مثل: مصطلح العدالة والقانون، فتدرس فكرة نشأة القانون والعلاقة بين النظام القانوني والنظام الاجتماعي.
- تعمل فلسفة القانون كمرشد للمشرع بإعطائه المواد الأولية للسياسة التشريعية.

## 2/ موضوع فلسفة القانون:

تشمل دراسة فلسفة القانون موضوعين أساسيين هما: "أصل القانون" و "غاية القانون".  
 أ/ أصل القانون: ويقصد به ماهية القانون وأساسه وأصل نشأته، فهل ينشأ من ضمير الجماعة بطريقة طبيعية تلقائية لا دخل لإرادة الإنسان فيها؟ أم أن إرادة الإنسان تلعب دورا فعّالا في إنشائه؟ هل ينشأ القانون من تفاعل عناصر مثالية؟ أم من تفاعل عناصر واقعية؟ أو ينشأ منهما معا؟<sup>2</sup>

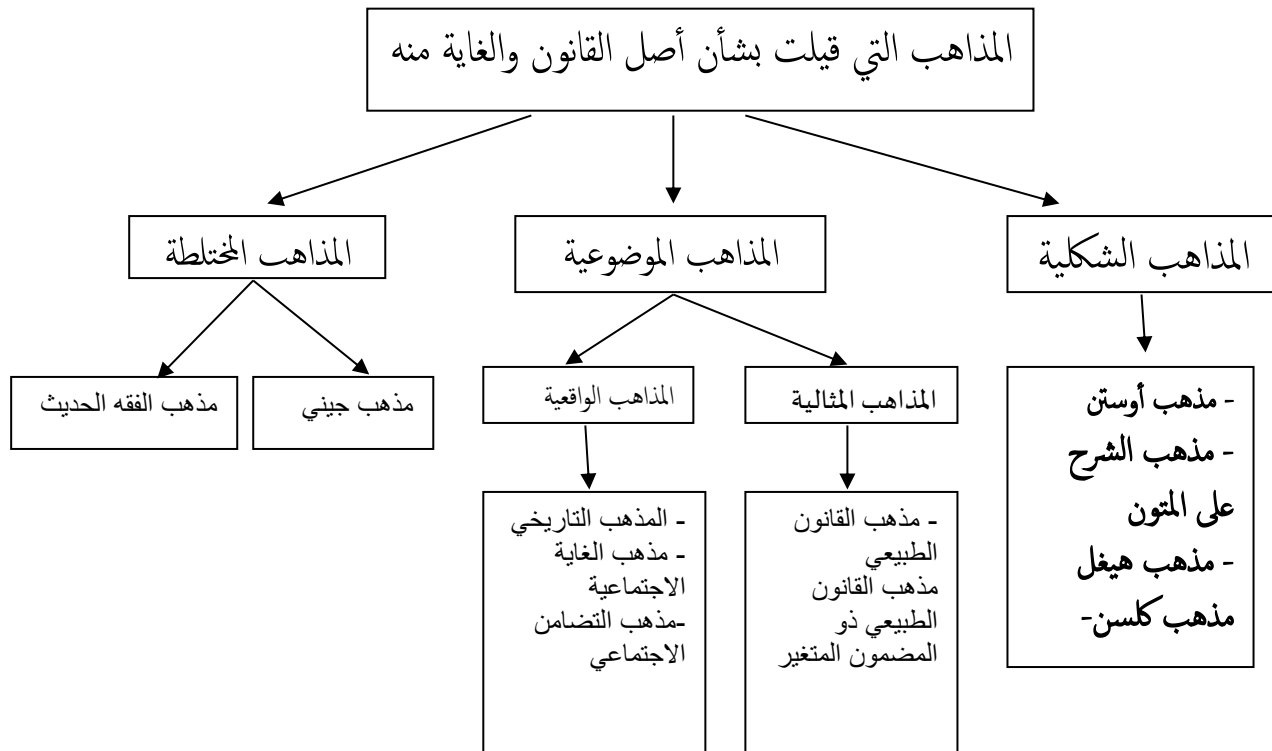
ب/ غاية القانون: فيقصد منها تلك الأهداف والقيم التي يراعيها القانون ويسعى إلى تحقيقها، فحتى ولو اتفق الفقهاء والفلاسفة على أن غاية القانون هو تحقيق العدل لكنهم اختلفوا حول فكرة العدل في حد ذاتها، وتساءلوا عن سبب إلزامية القانون لجميع الأشخاص، فبعضهم يرى أن العدل الذي يسعى إليه القانون هو عدل تبادلي يشترك الجميع في تحقيقه، بينما يرى آخرون أنه عدل توزيعي أي التوزيع العادل للمنافع، ويرى جانب ثالث أن القانون غايته تحقيق العدل الاجتماعي.

<sup>1</sup> مندر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 31-32.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 3.

وسنحاول دراسة كل هذه الإشكالات والإجابة عنها في أوانها وموضعها من خلال دراسة المذاهب والنظريات التي تبحث عن أصل القانون والغاية منه.

### المحور الثاني: المذاهب التي قيلت بشأن أصل القانون وغايته



اختلفت آراء الفقهاء والفلاسفة حول ماهية القانون والعناصر التي يتكون منها كي تكتسب قواعده صفة الإلزام التي تجعل الأشخاص يمثلون لها ويحترمونها، مما أدى إلى ظهور مذاهب ونظريات فلسفية متعددة، يمكن جمعها في ثلاث مجموعات رئيسية:

المجموعة الأولى: المذاهب الشكلية.

المجموعة الثانية: المذاهب الموضوعية.

المجموعة الثالثة: المذاهب المختلطة.

- المجموعة الأولى تنظر فقط إلى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية إلى الوجود في صورة ملزمة، فترجع إنشاء القاعدة القانونية إلى السلطة الحاكمة التي أكسبت القاعدة القانونية قوة الإلزام.
  - المجموعة الثانية تنظر فقط إلى الجوهر لا الشكل، حيث تهتم بموضوع القانون ومادته الأولية التي يتكون منها ومن ثم تمر إلى طبيعته فتحللها تحليلًا فلسفيًا اجتماعيًا.
  - المجموعة الثالثة تعتبر مزيجًا بين المجموعتين السابقتين فتهتم بشكل القاعدة القانونية وجوهرها معًا.
- وستتكلّم فيما يلي عن كل هذه المذاهب بشيء من التفصيل.

### أولاً: المذاهب الشكلية

بحسب تسميتها نجد أنها تلك المذاهب التي تكتفي بالنظر إلى شكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي دون النظر إلى موضوعها وجوهرها، فالقانون وفقاً لهذه المذاهب (هو مجرد أمر أو نهي صادر من الحاكم إلى المحكومين وتكفل الدولة تنفيذه بالقوة عند الاقتضاء)، ففي كل مجتمع توجد هيئة عليا حاكمة وهيئة أخرى محكومة، الأولى تسن القوانين والثانية تخضع لأحكام هذه القوانين.<sup>1</sup>

فأصل القانون طبقاً للمذاهب الشكلية هو إرادة من يملك السلطان في المجتمع، وقد لا يكون هذا المالك بشراً أو هيئة بشرية بل قد يكون الحاكم الأعلى وهو الله سبحانه وتعالى، أو هيئة روحية أخرى، وهذا هو الشأن بالنسبة للقوانين الدينية كالشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الدينية كاليهودية والمسيحية.<sup>2</sup>

وقد نادى بهذه المذاهب الشكلية كثير من الفقهاء والفلاسفة اتفقوا جميعاً من حيث المبدأ (النظر إلى الشكل دون الجوهر)، وهو رد القانون إلى إرادة الحاكم أو السلطان واختلفوا باختلافات طفيفة في بعض الجزئيات التي لا تنتقص من اتفاقهم على المبدأ.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 7.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 85.

وقد ظهر أنصار المذاهب الشكلية في أماكن مختلفة من القارة الأوروبية ويأتي على رأسهم "مذهب أوستن" في إنجلترا و"مذهب الشرح على المتون" في فرنسا و"مذهب هيجل" في ألمانيا و"مذهب كلسن" في النمسا، وسنقوم بدراسة كل مذهب منها تباعاً فيما يلي:

### 1/ مذهب أوستن:

ينسب هذا المذهب لصاحبه الفقيه الانجليزي "جون أوستن" ويطلق بعض الفقهاء على مذهب أوستن "المذهب الاستبدادي" وكان أوستن أستاذا للقانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر، وعرض مذهبه في كتاب أسماه (محاضرات في القانون) استهله بعبارة "إن موضوع القانون هو القانون الوضعي الذي يقوم بوضعه حكام سياسيون من أجل طائفة محكومة سياسياً"، ويبدو من خلاله تأثيره بأفكار ونظريات الفلاسفة اليونان منذ القدم الذين يرون أن القانون من فعل القوة<sup>1</sup>، كما تأثر بأفكار الفقيه الانجليزي "توماس هوبز" الذي قال: "ليس القانون مجرد نصيحة بل هو أمر من شخص مسلم له بالطاعة إلى شخص آخر عليه الطاعة والخضوع"<sup>2</sup>، وعلى ذلك يرجع الفضل في صياغة أوستن لكل هذه الأفكار على شكل نظرية أو مذهب محدد المعالم لسابقه في هذا المجال.

وسنقوم فيما يلي بتحديد مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن، ومن ثم النتائج التي تترتب على هذه الفكرة لنتمكن من حصر الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، حسب التفصيل الآتي بيانه.

#### أ/ مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن:

يقوم مذهب أوستن على فكرة أساسية هي أن القانون هو إرادة ومشئئة الحاكم ينفذه جبراً على الأشخاص عند الاقتضاء فيعرف القانون بأنه: "هو أمر أو نهي يصدره **الحاكم** استناداً إلى سلطته السياسية ويوجهه إلى المحكومين ويتبعه **بالجزاء**"<sup>3</sup>. يتبين من هذا التعريف أنه لا بد من توافر ثلاث شروط لكي يوجد القانون:

✓ الشرط الأول: وجود حاكم سياسي يحكم المحكومين.

<sup>1</sup> اعتبر الفلاسفة اليونان أن أصل القانون هو إرادة السلطان.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 86، إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 10.

✓ الشرط الثاني: وجود أمر أو نهي.

✓ الشرط الثالث: الجزاء.

#### أ-1/ الشرط الأول: وجود حاكم سياسي

لكي نكون بصدد قانون يجب أن يوجد حاكم سياسي يخضع له الجميع ويتمتع في مواجهتهم بالسيادة السياسية، ويمكن أن يكون الحاكم السياسي شخصا واحدا (ملك أو رئيس دولة أو إمبراطور أو سلطان) كما يمكن أن يكون هيئة (رئيس دولة وبجانبه برلمان)، كما يستوي أن يكون أساس الحكم استبداديا أو ديمقراطيا المهم هو وجود حاكم سياسي بيده زمام الحكم ويدين له الجميع بالطاعة والولاء، وبذلك يخرج من دائرة القانون الأعمال الصادرة عن الهيئات التي لا تملك السيادة كالنقابات والجمعيات والأحزاب السياسية.<sup>1</sup>

#### أ-2/ الشرط الثاني: وجود أمر أو نهي

لكي يوجد قانون وفقا لمذهب أوستن يجب أن يصدر الحاكم السياسي أمرا أو نهيا يوجهه إلى المحكومين الذين عليهم الخضوع والطاعة والامتثال لهذا الأمر أو النهي، فالقانون ليس مجرد نصيحة توجه للأشخاص لهم الحرية في طاعتها أو الخروج عليها وفقا لإرادتهم، ولا يشترط أن يكون الأمر أو النهي صريحا ولكن يكفي أن يستشف ضمنيا من خلال صياغة القاعدة القانونية.<sup>2</sup>

فمثلا قواعد قانون العقوبات تحدد عقوبة معينة توقع على مرتكب جريمة معينة وهي لا تصدر في صيغة أمر أو نهي ولكنها تفيد ضمنيا أنها تأمر بعدم ارتكاب جريمة أو تنهي عن ارتكابها، حيث تنص المادة 263 من قانون العقوبات الجزائري على: "كل من قتل شخصا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد، إلا إذا كان القتل مع سبق الإصرار والترصد، فتكون العقوبة الإعدام"، فالمادة لا تحتوي صراحة على الأمر بعدم القتل أو النهي عن القتل لكن يفهم ذلك من صياغتها واقتنائها بجزاء، وكذلك الحال في القانون المدني فمثلا المادة 124 تنص على "كل فعل أيا كان يرتكبه

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 12.

الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" هذه المادة تأمر الشخص الذي يسبب ضرراً للغير بخطئه أن يعرض المتضرر.<sup>1</sup>

### أ-3/ الشرط الثالث: وجود جزاء يوقع عند مخالفة القانون

اشتراط الفقيه أوستن وجود جزاء يقترب بالأمر أو النهي يوقعه الحاكم على من يخالف القانون، وبذلك يكفل أو يضمن الجزاء احترام القانون عن طريق احتكار أو انفراد توقيعه من طرف الحاكم على المخالفين والعصاة خدمة للعدل، كما يرى أنه لا وجود للقانون ما لم يقترب الأمر أو النهي بجزاء يكفل احترامه، ولا ينحصر هذا الأخير في العقاب الجزائي بل يمكن أن يكون الجزاء مدنيا أو إداريا أو تأديبيا بحسب طبيعة القاعدة القانونية التي وقعت مخالفتها.<sup>2</sup>

### ب/ النتائج المترتبة على مذهب أوستن:

من خلال التمعن في الأساس الذي يقوم عليه هذا المذهب والشروط التي يقوم عليها القانون في نظره، يمكن أن تترتب النتائج التالية:

### ب-1/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدولي العام

لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية، ويمكن أن نعرف هذا الفرع القانوني كما يلي: " القانون الدولي العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> تعرض هذا الشرط للنقد بحجة أن هناك الكثير من القواعد القانونية لا تأمر ولا تنهى، وإنما هي مجرد رخص تبيع للشخص أعمالا معينة، كالقواعد الخاصة بالعقود من بيع وإيجار إلى غير ذلك، فالقانون لا يلزم الشخص بأن يبيع أو أن يؤجر وإنما هو ينظم هذه المعاملات في حالة ما يقدم الإنسان باختياره عليها، وإذن فلا يمكن أن يقال عن مثل هذه القواعد بأنها أوامر، كذلك قواعد المرافعات - وهي في أكثرها إجراءات تتبع إذا اختار شخص أن يسلك طريق القضاء - لا تظهر فيها فكرة الأمر أو النهي بوضوح. ولكن من السهل الرد على هذا النقد بشقيه؛ فكلية أمر أو نهى بمعناها الدقيق وإن كانت لا تنطبق على جميع القواعد القانونية، إلا أن فكرة الإيجاب متوافرة على أي حال؛ فالقاعدة القانونية التي تبيع للشخص البيع أو الإيجار، تلزم الناس باحترامه إذا تم انتهاك حرمة، فضلا عن إلزامها لمن قام بالتصرف، ففي عقد البيع مثلا يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع، وينقل ملكيته الخ، كما أن على الغير احترام هذا التعاقد. وأما قواعد المرافعات، فهي قواعد إجبارية تلزم القاضي والمتقاضين. انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950، ص 33.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 81.

<sup>3</sup> يعرف الدكتور عبد الحميد متولي القانون الدولي العام بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين أشخاص المجتمع الدولي، أي بين الدول والمنظمات الدولية، وتحدد حقوقهم وواجباتهم في السلم والحرب، وتعمل على تحقيق التعاون واحترام القانون والعدالة بينهم، انظر عبد الحميد متولي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية،

وتعتبر في نظر أوستن جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة ولا توجد على المستوى الدولي سلطة عليا تفوق الدول وتعتبر بمثابة هيئة حاكمة تصدر أوامر ونواهي مقترنة بجزاء في مواجهة باقي الدول الأخرى التي تعتبر بمثابة محكومين بالنسبة لها.<sup>1</sup>

لذلك لا يعتبر أوستن القانون الدولي العام قانوناً بل يعتبره مجرد قواعد مجاملات (غير مقترنة بجزاء) أو واجبات أدبية تراعيها أو تحترمها الدول في علاقاتها مع غيرها ولا يترتب على مخالفتها أي جزاء، وذلك بسبب غياب سلطة عليا تفوق الدول وتفرض سيطرتها وهيمنتها عليها وتملك حق توقيع الجزاء على الدولة المخالفة.

## ب-2/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدستوري

لا يعتبر أوستن قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية بمعنى الكلمة، ويمكن أن نعرف هذا الفرع القانوني كما يلي "قواعد القانون الدستوري تهتم بتنظيم شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، السلطات داخل الدولة واختصاصاتها وعلاقتها ببعضها البعض، كما يبين حقوق الأفراد وحرّياتهم وواجباتهم والمقومات الأساسية للمجتمع"<sup>2</sup>، وبذلك فالمخاطب بقواعد هذا القانون هو الحاكم وليس المحكومين.

- الحاكم أو السلطان أو الهيئة الحاكمة هي التي تصدر هاته القواعد بمحض إرادتها ومنه يمكن مخالفتها من طرف الحاكم لسببين:<sup>3</sup>

1983، ص 15. وتعرفه منظمة الأمم المتحدة بأنه: "القانون الدولي العام هو مجموعة من المبادئ والقواعد التي تنظم العلاقات الودية والتعاون بين الدول، وتكفل احترام السيادة والمساواة فيما بينها، وتسهم في حفظ السلم والأمن الدوليين، وحماية حقوق الإنسان"

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 13.

<sup>2</sup> يعرف القانون الدستوري أيضاً بأنه "مجموعة القواعد القانونية التي تُنظم شكل الدولة، ونظام الحكم فيها، وتحديد السلطات العامة واختصاصاتها، وتبين العلاقة بينها، كما تُحدّد حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية وضمانات ممارستها"، انظر في ذلك: محمد كامل ليلة، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص 25. أما المفكر الفرنسي ليون دوغي: (Léon Duguit) فيعرفه كما يلي: "القانون الدستوري هو مجموعة القواعد القانونية التي تُحدّد تنظيم الدولة، وتبين كيفية ممارسة السلطة فيها، والعلاقات القائمة بين الحكّام والمحكومين"، انظر:

Léon Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, Paris, 1921, p. 10.

إضافة لتعريف الفيلسوف الإنجليزي جون لوك: (John Locke) "القانون الدستوري هو الذي يُنظم السلطة السياسية داخل المجتمع، ويضمن عدم تجاوزها للحدود التي يفرضها العقد الاجتماعي، حمايةً لحقوق الأفراد وحرّياتهم"

John Locke, Two Treatises of Government, Cambridge University Press, 1988, p. 287.

<sup>3</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 82.



- 1- لأنها لم تصدر من سلطة أعلى منه،
- 2- لأنها غير مقترنة بجزاء يوقع على الحاكم في حالة مخالفته لها، فهو الذي يوقع الجزاء ولا يمكن أن نتصور أن يوقعه على نفسه.

وبذلك يرى أوستن أن قواعد القانون الدستوري مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بمحض اختياره، لينظم علاقته بالأفراد ولم تلزمه بها سلطة أعلى منه، فهي لا تتعدى كونها قواعد إرشادية يمكن للحاكم الخروج عنها ومخالفتها واستبدالها بغيرها دون أن يترتب عن ذلك أي جزاء، ويسمى أوستن قواعد الأخلاق الوضعية.<sup>1</sup>

### ب-3/ جعل التشريع المصدر الوحيد للقاعدة القانونية

لا يعترف أوستن ببقية مصادر القانون لا سيما العرف<sup>2</sup>، إذ أن القانون في نظره هو مشيئة وإرادة الحاكم الموجهة للمحكومين، والتشريع هو الذي يتضمن الأمر أو النهي الصادر عن هذا الحاكم، عكس العرف الذي ينشأ من تواتر سلوك الأفراد على نحو معين وإتباعه زمناً طويلاً مع شعورهم بضرورة احترامه واعتقادهم بالزاميته، لذلك لا يعتبر العرف مصدراً للقانون مهما طال زمن إتباعه.<sup>3</sup>

### ب-4/ وجوب التقيد في تفسير القانون بإرادة المشرع وقت وضعه

بما أن القانون هو إرادة الحاكم لذلك يجب أن يكون التفسير مقيداً بهذه الإرادة التي أراد الحاكم أن يضمنها في نصوص القانون وقت (زمن) وضعه، ولا عبء بتغير الظروف التي طرأت منذ وضع القواعد القانونية بمرور الزمن فالعبء بالنية الحقيقية للمشرع ولا عبء بتغير الظروف التي وضعت فيها النصوص.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 88.

<sup>2</sup> العرف هو مصدر قانوني غير مكتوب ينشأ عن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين في مسألة محددة، مع شعورهم بالزام هذا السلوك قانوناً ووجود جزاء على مخالفتهم وللعرف عنصرين أساسيين هما: العنصر المادي (الاعتياد أو الاطراد): وهو تكرار قيام الناس بسلوك معين أو اتباع عادة محددة باستمرار وانتظام، خلال فترة زمنية طويلة، حتى يصبح هذا السلوك شائعاً بينهم في المجتمع أو يخص فئة معينة، العنصر المعنوي (الشعور بالإلزام): هو اعتقاد الناس أن هذا السلوك واجب الاتباع وليس مجرد عادة أو تقليد اجتماعي؛ أي أنهم يشعرون بأن العرف ملزم قانوناً وتترتب على مخالفته جزاءات قانونية.

وباجتماع هذين العنصرين يصبح العرف قاعدة قانونية عرفية ملزمة يمكن للقضاء أن يطبقها عند غياب النص التشريعي أو إلى جانبه.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 15.

<sup>4</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 88.

## ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن

رغم البساطة والوضوح الذي يميز مذهب أوستن وتوافقه مع الوضع السياسي القائم في المجتمعات الحديثة، حيث تملك الدولة سلطة التشريع كمظهر من مظاهر سيادتها وتتولى سنّ السلطة التشريعية، ويعد المصدر الأساسي للقانون، غير أن تصور أوستن لأساس القانون والنتائج المتوصل لها أدى لتعرضه للكثير من الانتقادات، نذكر منها:

ج-1/ الخلط بين القانون والدولة: يرى أوستن أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم تملك زمام الحكم فيه سلطة عليا لها السيادة السياسية في المجتمع، وهو ما يتعارض ويخالف الحقائق التاريخية الثابتة التي تبين أن القانون هو ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة وضعية سياسية، حيث نشأ القانون مع نشأة المجتمع البدائي وقبل أن توجد الدولة ككيان سياسي منظم، حيث وجد العرف لتنظيم الجماعة قبل أن تصبح مجتمعا سياسيا منظما.<sup>1</sup>

ج-2/ الخلط بين القانون والقوة: جعل إرادة الحاكم هي القانون، والقوة المتمثلة في عنصر الجزء هي الأساس الوحيد للقانون، لذلك يعتبر القانون والقوة بيد الحاكم، فأصبح الحكم للقوة التي تجعل الحاكم يقرر ما يشاء استناداً لإرادته، مما يؤدي إلى هيمنة القوة على القانون، بدلا من أن يكون الحاكم في خدمة القانون يتقيد بأحكامه ويعمل على كفالة احترامه بالقوة إن لزم الأمر، وعدم تقيد الحاكم بالقانون يؤدي إلى الاستبداد المطلق وهو ما يتعارض مع مبادئ الدول المتحضرة التي تقوم على أساس وجوب احترام الحاكم للقانون لضمان الاستقرار والنظام في المجتمع الحديث.<sup>2</sup>

ج-3/ حصر مصادر القانون في التشريع وإغفال بقية المصادر الأخرى: جعل هذا المذهب التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأهم ما عداه (غيره) من المصادر وهو ما يخالف الواقع، فرغم أن التشريع هو المصدر الأول والأساسي في الدول الحديثة لكنه ليس المصدر الوحيد بل توجد إلى جانبه مصادر أخرى أهمها العرف الذي كان فيما مضى المصدر الأساسي لكنه تراجع، ومع ذلك لا يزال يلعب دورا هاما في إنشاء بعض القواعد القانونية خاصة في نطاق القانون التجاري بل أن إنجلترا بلد أوستن نفسه يقوم نظامها القانوني أساسا على العرف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 17.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 17.

ومن أجل التوفيق بين مذهبه وحقيقة أهمية العرف في إنشاء القاعدة القانونية قال أوستن: "إن ما يقرره السلطان فكأنه قد أمر به"، بمعنى أنه إذا لم يعترض الحاكم على تطبيق المحاكم للعرف فإن ذلك يدل على أنه يجيز هذا العرف ويقره، وكأنه يأمر المحاكم بتطبيقه، ولكن في الواقع فإن القاضي يطبق العرف شأنه شأن تطبيق التشريع باعتبار أن كلا منهما مصدرا للقانون.<sup>1</sup>

ج-4/ إنكاره لصفة القانون على قواعد القانون الدولي العام: بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي تلزم الدول باحترام قواعد هذا القانون وتوقع الجزاء على الدول المخالفة لقواعده، أنكر أوستن وجود هذا القانون، وهذا الادعاء لا أساس له من الصحة، إذ يقر أغلب الفقهاء بأن القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الصحيح ويتوفر له عنصر الإلزام لكنه ذو طبيعة خاصة تتلاءم مع طبيعة الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ويمكن اعتبار منظمة الأمم المتحدة (بمختلف أجهزتها: كالجمعية العامة أو مجلس الأمن أو محكمة العدل الدولية) بمثابة سلطة عليا تعمل على كفالة احترام قواعد هذا القانون وتوقيع الجزاء على المخالفين لأحكامه، وقد تدخلت هاته الهيئة فعلا في حالات معينة من أجل فرض احترام قواعد القانون الدولي العام، كما أن إنكار صفة القانون على هذا الفرع القانوني يؤدي إلى عدم استقرار العلاقات الدولية وعدم التقيد بالالتزامات الناشئة عن المعاهدات الدولية.<sup>2</sup>

ج-5/ إنكاره لصفة القانون على قواعد القانون الدستوري: جرد أوستن القانون الدستوري من صفة القانون لعدم صدوره من سلطة أعلى من السلطة الحاكمة تلزم الحاكم باحترامه وتعاقبه في حالة خروجه عن هذه القواعد الدستورية، وهذا قول غير صائب من جانب أوستن، لأن القانون الدستوري هو القانون الأسمى والأساسي في الدولة ويتوفر له عنصر الإلزام، حيث أصبح من المسلم به أن الشعب هو مصدر كل السلطات وسلطته أسمى من سلطة الحاكم داخل الدولة فهو من نصّب الحاكم، ومن ثم يمكن أن يوقع عليه الجزاء إذا خالف قواعد القانون الدستوري، وذلك

<sup>1</sup> والملاحظ أن هذا القول من جانب أوستن ينطوي على مغالطة ظاهرة، ذلك أن أوستن يعتبر العرف قانونا لأن القاضي يطبقه، وهو بذلك يقلب الوضع لأن القاضي عندما يطبق العرف فهو في الواقع يطبقه لأنه قانون، فالقاضي يطبق العرف كما يطبق التشريع باعتبار أن كلا منهما مصدر من مصادر القانون. وبعبارة أخرى فإن القاضي يطبق العرف لأنه قانون، في حين أن أوستن يجعل تطبيق القاضي للعرف هو الذي يضيف عليه صفة القانون. انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 86.

بالثورة ضده والعمل على تنحيته والإطاحة بنظامه، وبذلك فقواعده قانونية بصفة كاملة ويتوافر لها عنصر الإلزام والجزاء وإن كان من نوع خاص.<sup>1</sup>

ج-6/ القول بضرورة تفسير القانون وفقا لما اتجهت إليه إرادة الحاكم وقت وضع هذه النصوص دون الاهتمام بالظروف التي تغيرت: يؤدي إلى جماد القانون وعدم تطوره ومواكبته لتغير الظروف الاجتماعية مما يجعله لا يتفق مع حاجات المجتمع في الظروف الجديدة.<sup>2</sup>

**\* خلاصة القول:**

يعتبر مذهب أوستن مذهباً سطحياً يكتفي بالنظر إلى المظهر أو الشكل دون النفاذ إلى جوهر القاعدة القانونية ليتبين طبيعتها وتطورها، حيث يرد القاعدة القانونية لإرادة الحاكم وانفراده بتوقيع الجزاء معتقداً أن الدولة هي التي تخلق القانون وتصنعه وهذا غير صحيح، كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي الاعتراف بالدكتاتورية والاستبداد والقهر كمصدر للقانون، فالقانون وليد الظروف الاجتماعية المحيطة بالجماعة وقيام الدولة بوضع التشريع هو مجرد صياغة لهذا الجوهر كي يصبح صالحاً للتطبيق في الحياة العملية.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 36، إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 20

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 86.

## 2/ مذهب الشرح على المتون

يسمى أيضا هذا المذهب "مذهب تفسير النصوص" وينتهي إلى المذاهب الشكلية التي ترجع أصل القانون إلى إرادة الحاكم من خلال التشريع الذي تضعه هذه الإرادة، والجدير بالذكر أن هذا المذهب لا ينسب إلى فقيه معين بل تكونت أفكاره خلال فترات زمنية متعاقبة، كما أنه ثمرة آراء فقهاء فرنسيين متعددين أمثال أوبري - رو - بودري - دومولومب وأخيرا البلجيكي لوغون. وقد جاء هذا المذهب إثر تجميع القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها "تقنين نابليون"، حيث يقصد بهذا الأخير:

\* تقنين نابليون: هو عبارة عن مجموعة من القواعد التشريعية الصادرة سنة 1804 وجاءت في نصوص صيغت على شكل مواد متتابعة ومتسلسلة تحكم العلاقات المدنية في فرنسا (أحوال عينية وشخصية)، بعد نفاذه (سريان مفعوله) في 1 جانفي 1805 كان يسمى القانون المدني للفرنسيين، وفي 1807 سُمي قانون نابليون، ويعتبر أول حدث قانوني من هذا النوع، وجاء متأثرا بالقانون الروماني السائد آنذاك في فرنسا، كما جاء متأثرا بأحكام الشريعة الإسلامية بسبب حملة نابليون على مصر<sup>1</sup>، وقد أعجب به رجال القانون الفرنسي لدرجة التقديس فسموه "إنجيل الثورة" واعتبروه قانونا كاملاً أحاط بكل شيء علما، واحتوى حلولاً لكل المشكلات، وسمى الفقهاء العرب تفسيره بالشرح على المتون متأثرين في ذلك بتفسير القرآن الكريم على هوامش المتون التي تتضمن آياته الكريمة، ولا يزال هذا التقنين ساريا لحد اليوم بعد قرنين من الزمن.

وسنقوم فيما يلي بتحديد مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون، ومن ثم النتائج التي تترتب على هذه الفكرة لنتمكن من حصر الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، حسب التفصيل الآتي بيانه.

<sup>1</sup> تأثر قانون نابليون بالشريعة الإسلامية، وبالأخص الفقه المالكي، بشكل واضح في عدة جوانب، حيث شهدت الدراسات التاريخية والقانونية أن نابليون بونابرت، بعد حملته على مصر (1798-1801)، اطلع على كتاب فقهي مالكي بعنوان "شرح الدردير على متن خليل" للإمام مالك بن أنس، واستخدم بعض مبادئه كأساس في صياغة القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون.

وقد أكد المؤرخ الفرنسي غوستاف لوبون أن هذا القانون الفرنسي المحدث بُني على تشريعات فقهية إسلامية، وخاصة في موضوعات العقود والالتزامات، حيث بلغت درجة التشابه بين فقه الإمام مالك والقانون الفرنسي مدونة نابليون ما يقارب 90% من حيث المبادئ الأساسية انظر في ذلك: عائد عميرة، الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريعات الأوروبية مقال متوفر على الموقع الإلكتروني:

[/https://www.noonpost.com/22370](https://www.noonpost.com/22370)

## أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون

يتفق هذا المذهب مع مذهب أوستن في جعله التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لكنه يقدس نصوص التشريع لذلك يقوم هذا المذهب على أساسين هما: تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

## أ-1/ تقديس النصوص التشريعية

اعتبر فقهاء الشرح على المتون قانون نابليون قانونا مقدسا يجب احترامه لأنه:

- يتضمن كل الأحكام القانونية، حيث يرتقي الشرح على المتون من المبادئ إلى وضع نظام شامل وصياغة نظرية عامة للقانون، فتقديس النصوص التشريعية في مفهوم هذه المدرسة نابع أيضا من انبهار الفقهاء والشرح بالتقنين المدني الفرنسي وببراعة فن الصياغة القانونية وبالمنهج الشمولي لتلك التقنيات التي فاقت فن القانون الروماني من حيث بناء نظريات قانونية أحاطت بكل شيء، وخلصت القانون الفرنسي من الكثير من العيوب، والثغرات التي اتصفت بها أغلب نظريات القانون الروماني، سواء من الناحية الشكلية التي كانت تشكل أكبر مأخذ على هذا القانون أو من الناحية الموضوعية التي تضمنتها التقنيات الفرنسية وتجاوزت بها كثيرا من القواعد الجامدة وغير العصرية التي كانت معروفة في القانون الروماني ولم تعد تصلح لعصر التقنيات الفرنسية في ذلك الوقت<sup>1</sup>،

- قيامه بتحقيق أمنية رجال الثورة الفرنسية المتمثلة في توحيد القانون في كل أنحاء فرنسا، خاصة وأن النظام القانوني كان يتمثل في الأعراف والتقاليد في شمالها ونظام قانوني مستمد من القانون الروماني في جنوبها،

- هو القانون الأول من نوعه في العالم الذي تم تجميع نصوصه في مجموعات وتقنيات،  
- تشبيهه بالكتاب المقدس الذي عالج كل الأمور وتضمن كل أحكام القانون المدني، لذلك قاموا بشرحه بنفس طريقة شرح الكتب الدينية المقدسة وهي الشرح نصا بعد نص بنفس الترتيب الذي جاءت به في التقنين، فيتبع في شرح المادة جملة جملة، وكلمة كلمة، ويتم الربط بينها بعد تحديد معنى كل مصطلح من حيث دقته أو غموضه، ثم تدرس المادة في سياقها مع بقية المواد.

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 90.

## أ-2/ اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون

حصر فقهاء هذا المذهب مصدر القانون في التشريع باعتباره نصا مكتوبا يصدره المشرع ويتضمن جميع الأحكام القانونية ويضع الحلول لجميع الحالات، فالمشرع وحده ينشئ القاعدة القانونية ولا يوجد أي مصدر آخر غيره.

## ب. النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون

يترتب على جعل التشريع المصدر الوحيد للقانون وتقديسه النتائج التالية:

- يجب على القاضي تطبيق النصوص التشريعية والالتزام بأحكامها وليس له حق الادعاء بوجود عيب أو قصور بأحكامها، كما لا يجوز له أن يخرج عن النصوص عند تفسيرها لإيجاد حل للمشكلة الاجتماعية المطروحة أمامه، لأن مهمة القاضي هي الحكم بمقتضى القانون وليس الحكم على القانون.<sup>1</sup>

- يحتوي التشريع على جميع المبادئ والأحكام الملائمة لجميع الحالات وعلى المفسر (القاضي مثلاً) الالتزام بالنص التشريعي، فإن لم يستطع هذا الأخير إيجاد حكم فإن اللوم يقع عليه هو وليس على المشرع.

- التقيد عند التفسير بإرادة المشرع أو نيته التي أراد أن يعبر عنها وقت وضع النصوص، ومعنى ذلك عدم التقيد بحرفية النص إنما البحث عن الأحكام التي اتجهت إليها إرادة المشرع ونيته وقت وضع النصوص وليس وقت تطبيقها حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية، ويعتد في شرح النصوص بالنية الحقيقية والنية المفترضة وقت وضع النص دون النية الاحتمالية وقت تطبيق النص، حيث أنه يقصد ب:<sup>2</sup>

- النية الحقيقية تلك النية التي يمكن استنتاجها بوضوح من نصوص القانون من خلال ألفاظه وعباراته ومعانيه، وكذلك بالرجوع للمذكرات الإيضاحية التي تشرح القانون.

- النية المفترضة هي تلك النية التي من المفترض أن يكون المشرع قد قصدتها وقت وضع النص، ويمكن اكتشافها من خلال مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المتشابهة، ومن روح القانون (المعاني البعيدة) والمبادئ الأساسية والمصادر التاريخية لها.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 25.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

- النية الاحتمالية: هي ما يمكن أن يكون المشرع قد قصده لو أنه أعاد صياغة النص في الظروف التي استجدت عند تطبيق النص.

مثال: أخذ عقد الزواج في القانون الفرنسي بنظام خاص تقدم فيه الزوجة لزوجها أموالاً (منقولات وعقارات) لضمان بقاء واستمرارية هذا الزواج<sup>1</sup>، وقد نص القانون على ما يلي: "عدم جواز التصرف في هذه الأموال بالنسبة للعقار" مع العلم أن العقار هو كل ما لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، وهو عكس المنقول، فإذا حاولنا معرفة النوايا الثلاث للمشرع من نص هذه المادة فإننا نجد أنه:

- بالنسبة للنية الحقيقية: لا يجوز التصرف في العقار.

- بالنسبة للنية المفترضة: جواز التصرف في المنقول.

- النية الاحتمالية: بما أن قيمة المنقول قد زادت فمن المحتمل أن يتم حظر التصرف في المنقول ذو القيمة العالية في ظل الظروف الجديدة، ولا يجوز للقاضي أن يأخذ بالنية الاحتمالية- حسب هذا المذهب - لأن القاضي ليس مشرعاً<sup>2</sup>.

### ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون:

يتميز هذا المذهب بالبساطة والوضوح في تعريف القانون ونشأته، لأنه ينظر لشكل القاعدة القانونية من حيث كونها صادرة عن حاكم سياسي في المجتمع في صيغة تشريع يعتبر المصدر الوحيد للقانون، لكن المبالغة في الاهتمام بالشكل والمظهر للقاعدة القانونية يعد خطأ لإهماله جوهرها، ومن ثم التعرف على العوامل التي أدت إلى تكوينها.

<sup>1</sup> كان هذا النظام سائداً في فرنسا وتهدى فيه الزوجة لزوجها أموالاً لضمان بقاء الزوجية واستمرارها يعرف بـ "المهر" أو "الدوطة"، وهو عادة قانونية واجتماعية تعود جذورها إلى العصور الوسطى. في هذا النظام، كانت الزوجة تقدم للزوج مهراً عبارة عن عقارات أو منقولات عند عقد القران كضمان للعلاقة الزوجية، ولكي يظهر التزامها واستعدادها للحياة الزوجية، ويُعتبر أيضاً نوعاً من تأمين الزوجة على حقوقها أو على بقاء الزواج. يختلف هذا عن مفهوم "المهر" التقليدي في بعض الثقافات الأخرى من حيث الجهة التي تقدم المال، لكن في النظام الفرنسي القديم، كان المهر أو الأموال التي تقدمها الزوجة تعبر عن التزام متبادل وتحفظ حقوق الزوجة عند انفصال محتمل أو وفاتها. هذا النظام ينتهي إلى أنظمة الزواج التقليدية التي تميزت بعلاقات مالية واضحة بين الزوجين، وهو نظام لم يعد معمولاً به اليوم في فرنسا، إذ استبدل بأنظمة قانونية حديثة تحدد حقوق الزوجين بشكل يعكس المساواة والحقوق المدنية.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 91.



- يقال على مذهب الشرح على المتون نفس ما قيل على مذهب أوستن من حيث إغفاله المصادر الأخرى للقانون، وجعل التشريع المصدر الوحيد له، رغم أهمية العرف مثلاً والذي ينبع من حاجات المجتمع ويعبر عن رغبات الجماعة.
- يكتفي القاضي عند تفسير النصوص بإرادة المشرع وقت وضعها مما يؤدي إلى جمود القانون ويحول دون تطوره، كما أن تقديس نصوص التشريع يؤدي إلى تقديس إرادة الحاكم وإهمال رغبات المجتمع مما يؤدي إلى الاستبداد.
- رغم أنه مذهب وجد عقب الثورة الفرنسية التي قامت ضد الاستبداد لكن تقديسه لنصوص قانون نابليون ترتب عليه اعتبار القوة هي كل شيء في القانون مما أدى في الأخير إلى التركة الاستبدادية.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 99.

### 3- مذهب هيجل

ينسب هذا المذهب للفيلسوف الألماني هيجل وقد كان أستاذاً بعدد من الجامعات الألمانية في القرن 19 وأصدر عدة مؤلفات<sup>1</sup> أهمها "مبادئ فلسفة القانون" سنة 1821، سنقوم فيما يلي بتحديد الأسس التي يقوم عليها مذهبه، ومن ثم النتائج المتوصل لها، لنتعرف على الانتقادات الموجهة لمذهبه.

#### أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب هيجل

أساس القانون هو إرادة الحاكم في الدولة، سواء عبّر هذا القانون عن إرادة الحاكم في الداخل من خلال علاقته مع الأفراد أو عبر القانون عن إرادة الحاكم في الخارج من خلال علاقة الدولة مع غيرها من الدول، فالدولة سيدها نفسها ويجب أن يخضع لها كل من يدخل في تكوينها، أما هي فلا تخضع لإرادة أحد سواء في الداخل أو الخارج فسلطاتها مطلقة.

وبذلك يقوم هذا المذهب على أساسين هما: الدولة سيدها نفسها في الداخل، والدولة سيدها نفسها في الخارج، وبيان ذلك كما يلي:

#### أ-1/ الدولة سيدها نفسها في الداخل

يخضع للدولة على المستوى الداخلي كل من يدخل في تكوينها والمجتمع لا يصل إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع الأفراد في المجتمع أن ثمة مصلحة عامة مشتركة يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقها، فتتحد إرادتهم وحرياتهم بهذه المصلحة فتتجلى فيها، وهذا ما يطلق عليه وحدة الإرادات الفردية، فالدولة في مفهوم هيجل تجسد إرادة الإنسان وحريته، إن حرية الإنسان الحقيقية لا تتحقق إلا باندماجه في الدولة، وهذا يقضي أن يخضع الأفراد خضوعاً تاماً للدولة التي يتحقق كيانها على إرادات الأفراد العامة وعند هيجل السيادة واحدة لا تتجزأ تذوب فيها كل الاعتبارات ووجهات النظر، وأن هذه السيادة تتجسد في شخص واحد يملك حق التعبير بإرادته عن الإرادات العامة التي بني عليها كيان الدولة، ومن ثم يكون هذا الشخص صاحب السلطة في الدولة، وتكون إرادته هي القانون الواجب التطبيق لأنه يملك القوة الضرورية لفرض تلك الإرادات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> من مؤلفات الفيلسوف هيجل: علم المنطق، علم الجمال، دروس حول تاريخ الفلسفة ودروس حول فلسفة القانون.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 102.

## أ-2/ الدولة سيدها نفسها في الخارج

أما على المستوى الخارجي أو الدولي فيرى أن الدول جميعها متساوية السيادة ولا توجد سلطة أعلى منها تختص بتنظيم العلاقات بين الدول وفض النزاعات التي تنشأ بينها، لذلك فأهم طرق حل هذه النزاعات هي الحرب والتي ستنتهي حتما لصالح الأقوى والتاريخ أثبت ذلك.<sup>1</sup>

وبذلك تعتبر في نظر هيجل الحرب وما تنتهي إليه نوع من القضاء الإلهي، كما لا يعترف بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة بإرادة الحاكم هي القانون، وهي السبيل في تنفيذ ما يريده في علاقة الدولة بالدول الأخرى دون مراعاة لأية مجاملات، فالحرب في المجتمع الدولي عادلة ومشروعة، وتنتهي لصالح الدولة القوية والجديرة بالنصر، فالدولة القوية هي التي تسود وتسيطر على العلاقات الدولية وتبقى كذلك حتى تقوم دولة أقوى فتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية وتحل كل من سبقها، وهكذا فالتاريخ شاهد على سيطرة الدولة القوية، وإذا ما تعادلت دولتان أو أكثر في القوة فانهما يتنازعا السلطة فيعرف العالم توترات ولن يهدأ أو يستريح إلا إذا انتصرت فيه إحدى الدول على الأخرى، وأصبحت لها السيطرة الدولية على العالم.<sup>2</sup>

## ب/ النتائج المترتبة عن مذهب هيجل

ينتمي مذهب هيجل إلى المذاهب الشكلية وبذلك يمكن القول إنه توصل -تقريباً- لنفس النتائج التي توصل إليها أوستن خاصة فيما يتعلق بتبرير الحكم الاستبدادي المطلق، ويمكن حصر هذه النتائج فيما يلي:

- جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، لأن القانون ما هو إلا تعبير عن إرادة الحاكم.
- الإنكار المطلق لقواعد القانون الدستوري والقانون الدولي العام (اعتبرهما أوستن قيوداً وقواعد مجاملات على الترتيب)، لأنه لا يعترف إلا بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة وخارجها، فالقوة هي الوسيلة والطريقة الأنجع (الأفضل) لتنفيذ إرادة الحاكم، فعلى المستوى الداخلي تتحد الإرادات الفردية لتشكل إرادة الدولة ويخضع الجميع لها خضوعاً تاماً، وبعدها يلقي الشعب المصير الذي يستحقه بعد أن يولي الحاكم الذي يرى أنه جدير بذلك، وعلى المستوى الخارجي لا

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 33.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 103.

محل لوصف الحرب بأنها غير عادلة أو غير مشروعة، فكل حرب تعتبر عادلة ومشروعة وتنتهي لصالح الأقوى، فتسيطر الدولة الأقوى على العالم إلى أن تأتي دولة أقوى منها وتنتقل إليها السيطرة على العلاقات الدولية، وإذا تعادلت دولتان في القوة فإنهما يتنازعا على السلطة وتحدث اضطرابات وتوترات في العالم لا تنتهي إلا إذا انتصرت إحدهما على الأخرى.<sup>1</sup>

### ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب هيجل

تلقى هذا المذهب نفس الانتقادات التي وجهت لمذهب أوستن ومن بينها:<sup>2</sup>

- لا يمكن حصر مصادر القانون في التشريع فقط لأنه توجد مصادر أخرى بجانبه في مقدمتها العرف.
- يخلط هذا المذهب بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة وبين القانون، مما يؤدي إلى الاستبداد المطلق داخل الدولة، فيعمل على سلب حرية الأفراد وإراداتهم ودمجها في الدولة وبعد ذلك تقديس إرادة الحاكم مما يؤدي إلى قيام الأنظمة الاستبدادية.
- اضطراب العلاقات الدولية وعدم استقرار المجتمع الدولي بسبب جعله من الحرب الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات الدولية والسيطرة على العالم، فالغلبة للدولة الأقوى حتى ولو كان اعتداءها على غيرها من الدول غير مشروع.
- اكتفى بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون البحث عن محتواها وجوهرها، كما أهمل الظروف الاجتماعية التي تؤثر على تكوين وتطوير القاعدة القانونية.
- تعبر فلسفة هيجل عن النزعة المتطرفة التي تنادي بحق الشعب الألماني في السيطرة على العالم وتدعيم الحكم الاستبدادي المطلق الذي كان قائما في عهده من خلال "النظام النازي المستبد".

<sup>1</sup> من الواضح أن مذهبا كهذا عن قصد أو غير قصد قد وضع الأساس للعديد من لإيديولوجيات (الشمولية) التوتاليتارية التي ازدهرت في عصرنا الحالي، فالفاشية والنازية تنضويان تحت لواء الدولة الأم باعتبارها الكيان الذي يجسد أعلى حقيقة يمكن للإنسان تحقيقها، والتي يجب أن يخضع لها الفرد وضميره وأخلاقه خضوعا كاملا وقد أضافوا مبدأ جديدا على المذهب الهيجلي يتمثل في جمع القوى غير العاقلة أو المضادة للعقل التي برزت إلى المقدمة عندما انقضى القرن التاسع عشر من عقيدة السوبرمان الإنسان المتفوق النيتشه والإيمان بالدم والعرق بدل الذكاء الذي بشر به فاغنز "و"ستيوارت هوستن" وغيرهم... ذهبوا إلى أبعد من الجزم بأن قانون الدولة هو أسوأ أخلاقا مع أن الثابت أن هيجل كان عقلانيا بشكل أساسي يؤمن أن عقلانيته العفوية حققت قدرا من الحقيقة. كما يجب أن نضيف بأن هيجل كان يعتبر نفسه رسولا للحرية وأن فلسفته تهدف إلى تبليان كيف تطور الجنس البشري نحو شكل أعلى من الحرية السياسية والثقافية، وأن تحقيق ذلك لا يمكن إلا بخلق الدولة الوطنية التي تمثل قمة الحضارة، وبالنظر بالمعيار الديمقراطي فإن حرية هيجل تعتبر حرية غير مقنعة ولا ترقى إلى أكثر من حرية طاعة للدولة. انظر في ذلك: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 35-36.

## 4/مذهب كلسن:

يسمى أيضا مذهب القانون الخالص أو الصافي أو البحت، وينسب هذا المذهب للفقيه كلسن وهو فيلسوف نمساوي، كان أستاذا لفلسفة القانون بجامعة فيينا سنة 1917،<sup>1</sup> ودرس القانون على أساس الشكل وحده مجردا من بقية العلوم الأخرى كعلم الاجتماع وعلم الاقتصاد وعلم السياسة، حيث اعتبره علما قائما بذاته، على الباحث أن يقيمه منعزلاً عن الظروف الواقعية والاجتماعية للحياة، حيث أن القانون لا صلة له بها، وسنتناول فيما يلي الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب ومن ثم النتائج المترتبة عليه وأخيرا الانتقادات الموجهة له.

## أ/الأسس التي يقوم عليها مذهب كلس

يقوم مذهب كلسن على أساسين هما: استبعاد العناصر غير القانونية من نطاق القانون ووحدة القانون والدولة، وبيان ذلك كما يلي:

## أ-1/ استبعاد العناصر غير القانونية

يرى كلسن أن القانون البحت يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي باعتبارها أوامر صادرة عن إرادة تملك قوة الإجبار والمجازاة، لذلك لا بد من استبعاد كل العوامل غير القانونية من نطاق القانون (العوامل الاقتصادية والاجتماعية والمفاهيم السياسية والمثل العليا والأخلاق والعقائد الدينية وغيرها)، وهذه الإرادة هي إرادة الدولة التي تجعل القانون واجب الطاعة وترجع إليها جميع مصادر القانون.

<sup>1</sup> كان الجو الفكري في النمسا في حقبة العشرينات والثلاثينات متميزا بهيمنة فكر الوضعية المنطقية والتي كانت تتلخص في أنها: استخدمت المنطق، فاستبعدت الواقع وعالجت المظهر فأهملت الجوهر، وقد انعكس هذا الوضع أيضا على علم القانون، عرف في بداية الأمر مذهب كلسن باسم مدرسة فيينا للقانون، ثم امتد خارج النمسا بعد الحرب العالمية الأولى فأصبح يسمى بالنظرية البحتة للقانون أو القانون الصافي. تولى أيضا التدريس في جامعة براغ 1936 وفي سنة 1940 هاجر ومعظم تلامذته إلى الولايات المتحدة الأمريكية وبجامعة بيركلي" حاول نشر مذهبه القائم على التجريد بين فقهاء القانون، غير أنه وجد صعوبة كبيرة ومقاومة عنيدة من فقهاء الفلسفة الاجتماعية السائدة في الفكر الأمريكي، حيث تفصل نظرية القانون البحت أو الصافي بين الشكل والمضمون وتقتصر دراسة القانون على أساس الشكل وحده، فأصبح القانون كعلم الرياضيات أو الهندسة لجميع الظواهر القانونية معتمدا بصفة خاصة على المنطق شأنه شأن المنطقية في الفلسفة العامة- أي الامتناع عن التقييم والالتجاء إلى التجريد- وبعبارة أخرى أن القانون في نظره كل قائم بذاته، فيجب على الباحث أن يتجنب تقييم مضمونه من حيث العدل والظلم، وكذلك التخلص من النزعة في فحص الظروف الواقعية للحياة أو إلى ربط القانون بالسياسة، فهذه العناصر لا صلة لها بعلم القانون. انظر في ذلك: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 105.

فالاهتمام بأسباب وجود القانون ومضمونه هو من اختصاص علماء الاجتماع أو الاقتصاد أو السياسة وليس من اختصاص رجل القانون الذي عليه الاكتفاء بالتعرف على القانون كما هو، مع إمكانية البحث عن مدى اختصاص الشخص أو الهيئة المصدرة له والتأكد من احترامه من طرف المخاطبين به، دون البحث عن كونه عادلا أو ظالما، ودون البحث عن مدى ملاءمته لمصلحة المجتمع، والقانون وفقا لكلسن يشمل كل فروع القانون وكذا القواعد الفردية كالقرارات والعقود الإدارية وحتى الأحكام القضائية (قواعد قانونية عامة وفردية).<sup>1</sup>

## أ-2/ وحدة القانون والدولة:

يرى هذا الفقيه أن الدولة هي القانون، والقانون هو الدولة، فالدولة ليست منشئة للقانون بل هي نفسها القانون،<sup>2</sup> فالدولة -حسب رأيه- ليست شخصا معنويا وإنما "هي مجموعة من القواعد القانونية التي يتدرج بعضها فوق بعض في درجات تشبه الهرم، قاعدته هي الأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية، وقمته هي الدستور الذي يعتبر مصدرا لجميع القواعد الأدنى منه، وتستمد كل قاعدة قوتها وشرعيتها من القاعدة الأعلى منها"، ويعتبر هذا الهرم نظاما قانونيا كاملا وهو نفسه الدولة، ويضيف كلسن أنه لا يمكن أن نعتبر القانون دولة إلا إذا وجدت هيئات مركزية تختص بالتعبير عن القواعد القانونية وتفرض تطبيق القانون بالقوة والإجبار.<sup>3</sup>

في مجال العقود ينشئ العقد ضوابط قانونية بين طرفيه، ومصدر هذه الضوابط أو الالتزام هو العقد الذي يستمد قوته من التشريع الذي يقضي بأن (العقد شريعة المتعاقدين)، والتشريع يستمد قوته من الدستور الذي يعطي للسلطة التشريعية حق إصدار النصوص القانونية، ويصر "كلسن" كما أصر "أوستن" على الحاجة إلى القصر في النهاية كشرط لإضفاء الشرعية على الأمر القانوني وذلك ليكون فعالا ومطاعا وناظرا، وكل قاعدة قانونية تفرض واجبا يجب أن تقتزن بجزاء والجزاء بحد ذاته هو وصف لقواعد معينة ضمن التسلسل الهرمي للقانون والقاعدة القانونية تحدد القوة التي يجب تطبيقها في الحالات الخاصة، والجزاء عند "كلسن" ليس

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 38.

<sup>2</sup> محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 1988، ص 45.

<sup>3</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 39.

التهديد بالقوة أو التطبيق الفعلي لها ، بل هو التعيين والتحديد النهائي لسلسلة القواعد التي تجعل النتيجة المادية (أو التنفيذ) قانونية بالمعنى الصحيح للكلمة.<sup>1</sup>

### ب/ النتائج المترتبة على مذهب كلسن

استنتج كلسن من مذهبه نتيجتين هما: رفع أو إزالة التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بالقانون ووحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص، وتفصيل ذلك كما يلي.

ب-1/ رفع أو إزالة التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بالقانون: يرى كلسن أن هناك تناقض يعتري المذاهب الشكلية في عمومها يتمثل في القول من جهة بأن القانون هو إرادة الدولة، ومن جهة ثانية بضرورة تقييد الدولة بأحكامه، حيث يرى أن الدولة إذا خالفت القانون لا يعتبر ذلك سوى إرادة جديدة وليس مخالفة للقانون، حيث عدلت القانون الموجود وبذلك يستحيل أن تتقيد الدولة بقانون من وضعها، واستنتج أن الدولة هي نفسها النظام القانوني في مختلف درجاته.<sup>2</sup>

ب-2/ وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص: المعيار الراجح والمعتمد عليه لتقسيم القانون إلى عام وخاص هو اعتبار القانون عاما إذا وجدت الدولة كطرف في العلاقة باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة<sup>3</sup>، لكن كلسن يرى أن إعطاء صفة القانون العام لهذا النوع من القواعد هو عمل سياسي وليس قانوني (الرغبة في إعطاء الحكومة والجهاز الإداري التابع لها نوعا من الحرية اتجاه التشريع)، وبذلك لا حاجة لتقسيم القانون إلى عام وخاص، فالقانون البحث أو

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 108.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 41-42.

<sup>3</sup> يعتبر معيار الاتصال بحق السلطة والسيادة أو كما يطلق عليه كذلك معيار صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية أهم معيار اقترحه الفقهاء حتى الآن للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، فبمقتضى هذا المعيار يرجع إلى صفة الأشخاص أطراف العلاقة القانونية، وتدخل الدولة، وهي أهم شخص معنوي أثناء ممارستها نشاطاتها المختلفة في العلاقات القانونية مع الأفراد بإحدى صورتين: فهي تعمل تارة، بوصفها صاحبة السلطة والسيادة بالنسبة إلى أفراد المجتمع، كأن تصدر قرارا بنزع ملكية قطعة أرض مملوكة لأحد المواطنين جبرا عنه مقابل تعويض، وقد تكون، تارة أخرى، طرفا في علاقة شأنها في ذلك شأن الأشخاص العاديين، غير ممثلة للسلطة العامة، فلا تظهر بصفتها صاحبة السيادة، ففي الحالة الأولى نكون بصدد القانون العام، أما الحالة الثانية فتكون أمام القانون الخاص. انظر في ذلك: محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 70.

الخالص يقتصر على الضوابط القانونية التي تحكم سلوك الأفراد ويستبعد كل العناصر الأخرى التي تدخل ضمن علوم أخرى خاصة المفاهيم السياسية، فقواعد القانون تتدرج فوق بعضها البعض في شكل هرم تحكم كل درجة منها العلاقات التي تدخل في نطاقها، وفي الحدود المقررة لهذه الدرجة، دون حاجة لتقسيم القانون إلى عام وخاص.<sup>1</sup>

### ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب كلسن:

وجهت لهذا المذهب عدة انتقادات نوجزها فيما يلي:

- لا يجد هذا المذهب حلاً لمشكلة أساس القانون: ذلك أن التدرج الهرمي للقواعد القانونية الذي تستمد فيه كل درجة شرعيتها ووجودها من الدرجة التي تعلوها يقف عند القاعدة القانونية الأسنى وهي الدستور الموجود في قمة الهرم، حيث لم يستمد شرعيته من قاعدة أعلى منه وفقاً لتدرج القواعد القانونية.<sup>2</sup>
- أخطأ كلس لما اعتبر الدولة هي القانون: لأن الدولة كيان مستقل عن القانون، والدستور في حد ذاته ينص على تقييد حرية الدولة وسلطاتها، وألزمها باحترام مؤسساتها وتضمن الحقوق والحريات القائمة في المجتمع، كما أن القانون أسبق في وجود من الدولة الحديثة نفسها.
- لم يعترف بالعرف ضمن التدرج الهرمي للقواعد القانونية رغم أهميته.
- أغفل قواعد القانون الدولي العام التي تنظم العلاقات بين الدول، ولم يجعل لها مكاناً في الهرم القانوني، وذلك بسبب أنه جعل الدستور في قمة الهرم القانوني لكل دولة على حدة، وبالتالي هذه القواعد القانونية تحكم العلاقات داخل الدولة ولم يتطرق لكيفية تنظيم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 43.

<sup>2</sup> بسبب هذا النقد اضطر كلسن إلى القول بوجود قاعدة عليا يستمد منها الدستور شرعيته، لها وجود مسبق ويجب التسليم بها بحكم الواقع دون أن يقوم عليها دليل علمي، حيث يقول بأن هذه القاعدة العليا أو الضابط الأعلى الذي يستمد منه الدستور شرعيته قد يتمثل في قاعدة عليا تاريخية صادرة عن ثورة أو عن مغتصب للسلطة، فإذا لم يكن لهذا الضابط الأعلى وجود حقيقي فإنه يجب التسليم بوجوده على سبيل الافتراض، فهو مجرد ضابط شكلي يمنح الاختصاص إلى أول جهة تقوم بوضع الدستور وتقف مهمة هذا الضابط عند هذا الحد، بحيث لا يعتبر جزءاً من النظام القانوني الوضعي. انظر في ذلك: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 110.



- أخطأ كلسن لما اعتبر الأوامر الفردية والعقود والأحكام القضائية قواعد قانونية، لأن من خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة وهذه الأوامر وغيرها تخاطب الأشخاص بذواتهم وليس بصفاتهم.

- أخطأ كلسن عندما جرد القانون من كل العناصر غير القانونية كالعوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقيم الأخلاقية والمثل العليا لأنها تؤثر في نشأته وتطوره، فالقانون ظاهرة اجتماعية يتأثر بما يدور في المجتمع وإلا كان قاصراً عن مواكبة تطورات الحياة.

- منهج النظرية البحتة للقانون يتمخض عنها تبرير أي نظام إذ يستوي الأمر أن ينبع القانون من برلمان منتخب أو من حاكم مستبد، بل عند كلسن لا يعني أن الاستبداد لا قانون له، فالدولة المحكومة استبدادياً لها أيضاً تنظيمًا للسلوك الإنساني وهذه مناداة بالدكتاتورية من حين لآخر في الدول القانونية الحديثة. لقد اختفت العبارة المحددة للاستبداد من كتابه الذي طبعه سنة 1925 تحت عنوان: النظرية العامة للدولة"، عند ترجمة كتابه إلى الإنجليزية وما يناسب الرأي الأمريكي وهكذا يكون "كلسن" قد أثبت بنفسه أن نظريته البحتة للقانون ليست بحتة كما يزعم، كما أن نظريته لا تعدو أن تكون إلا نتيجة لفلسفة الوضعية المنطقية، وهو اتجاه ذو طابع علمي، وليست بفلسفة أقوى الفلسفات.<sup>1</sup>

وأخيراً يقال على مذهب كلسن ما قيل على سابقه من المذاهب الشكلية (بأنها مذاهب سطحية رغم وضوحها)، بل وقد زاد الأمر شكلية أكثر، حيث حصر القانون في الضوابط القانونية وأبعده كل البعد عن واقع الحياة وكل ما يتفاعل بداخلها من عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية ومثل عليا وعقائد دينية وغيرها.

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 110،

## ثانيا/ المذاهب الموضوعية

لا تهتم المذاهب الموضوعية بالشكل والمظهر الخارجي للقاعدة القانونية، وإنما تهتم بجوهر القاعدة فقط والمادة الأولية التي تتكون منها، فتعتبر القانون ظاهرة اجتماعية وتدرس العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوينه وهي بذلك تربط بين القانون والمجتمع.

وقد اجتمع أنصار المذاهب الموضوعية على الاهتمام بجوهر القاعدة القانونية، إلا أنهم اختلفوا من حيث مضمون هذا الجوهر، مما أدى إلى ظهور مدرستين هما: مدرسة المثالية والتي ترى أن أساس القانون هو المثل العليا والعدالة الإنسانية، ومدرسة الواقعية والتي ترى أن جوهر وأساس القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته الملاحظة (المشاهدة) وتؤيده التجربة.<sup>1</sup>

والمثال الذي يوضح الفرق بين المدرستين هو تأصيل تجريم القتل الذي تجرمه جميع التشريعات، فالمدرسة المثالية ترجع تجريم القتل إلى مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل حيث يأبى العقل أن يقتل الإنسان غيره من بني الإنسان، أما المدرسة الواقعية فتري أن تجريم القتل ناتج عن الواقع فالقتل يؤدي إلى الفوضى في المجتمع وينتج عنه فناء الجماعة.<sup>2</sup>

وسنقوم فيما يلي بدراسة كل مدرسة على حدة.

### 1/ المدرسة المثالية

تنحصر المدرسة المثالية في مذهب القانون الطبيعي ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير.

#### أ/ مذهب القانون الطبيعي:

عرف الفقهاء والفلاسفة القانون الطبيعي منذ القدم، حيث قرروا أن هناك قانوناً أسمى من القوانين الوضعية ويعتبر أساساً لها ومثلاً أعلى يجب الاهتداء به، من خصائصه: أنه خالد وثابت لا يتغير بمرور الزمن، ولا يختلف من مكان لآخر، لأنه ليس من صنع الإنسان وإنما أودعه

<sup>1</sup> كانت المدرسة المثالية هي السائدة حتى بداية القرن التاسع عشر، حيث ظهرت فلسفة جديدة تناقض الفلسفة التي تعتمد عليها المدرسة المثالية، هي الفلسفة التي تقوم على حقائق الحياة الواقعية الملموسة التي أدت إلى قيام المذاهب الواقعية التي تتكون منها المدرسة الواقعية وما زالت هاتان المدرستان تتنازعا طبيعة القانون وأساسه حتى وقتنا الحاضر، وإن كانت قد ظهرت إلى جانبيهما مذاهب أخرى حاولت الجمع بين فلسفة هاتين المدرستين، هي المذاهب المختلطة التي سندرسها فيما بعد.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 48.

الله في الكون، ويكتشفه الإنسان بعقله، وكلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كلما أدى ذلك إلى سموه واقتربه من الكمال، لذلك يعتبر القانون الطبيعي مرجعاً للقانون الوضعي، ومن شأنه أن يلهم المشرع والقاضي نحو العدالة، بخلاف القوانين الوضعية القابلة للتغيير أو الخضوع للنقاش السياسي، وسوف نقوم فيما يلي بدراسة التطور التاريخي للقانون الطبيعي ومن ثم تقييم مذهب القانون الطبيعي.

### أ-1/ التطور التاريخي للقانون الطبيعي

لم تحتفظ فكرة القانون الطبيعي بمفهوم ثابت على مر العصور بل مرت بمراحل مختلفة تغير فيها مضمونها، فقد بدأت كفكرة فلسفية لدى اليونان وتحولت لفكرة قانونية لدى الرومان ثم أصبحت في العصور الوسطى فكرة دينية لدى رجال الكنيسة وأخيراً فكرة سياسية في العصر الحديث.

### أ-1-1/ القانون الطبيعي لدى اليونان:

عرفت فكرة القانون الطبيعي لأول مرة لدى الفلاسفة اليونان، وكانت فكرة فلسفية، أساسها التأمل في الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عن طبيعتها، ولاحظ هؤلاء الفلاسفة وجود نظام ثابت يسير عليه الكون وتخضع الظاهرة الطبيعية والكائنات الحية له، وحتى علاقات الناس ومعاملاتهم تسير على نمط واحد وفق أنظمة متشابهة لدى مختلف الشعوب<sup>1</sup>، مما أدى بهم للقول بوجود قانون أعلى هو القانون الطبيعي يحتوي على قواعد خالدة ليست مكتوبة وليست من صنع الإنسان وهي قواعد تحقق العدل على أكمل وجه، لذلك لا بد أن يكون القانون الطبيعي هو المثل الأعلى الذي يسعى القانون الوضعي لتحقيقه ويعتبر القانون الوضعي عادلاً كلما كان متفقاً مع مبادئ القانون الطبيعي ويعتبر ظالماً إذا كان مخالفاً لهذه المبادئ.

<sup>1</sup> عرف فلاسفة اليونان القانون الطبيعي، فقد راعهم النظام والاطراد المشاهدان ليس فقط في عالم الحيوان والإنسان، من أن كلا منهما يولد ويكبر ويموت وفق سنن لا تتبدل، بل إنهم لاحظوا وجود أوجه شبه كثيرة في معاملات الناس تظهر في نظم متشابهة وعادات اجتماعية متماثلة، مما أدى بهم إلى التفكير في وجود قوة تحرك العالم وتحكم وتوجه أعمال الناس، وسموا هذه القوة بالطبيعة. وعندما وصلوا إلى هذا الحد فرقوا بين أعمال الناس العارضة التي تخص كل إنسان، وبين أعمالهم العامة الثابتة، ونسبت هذه الأخيرة إلى قوة الطبيعة وسميت بالقانون الطبيعي. انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 45.

ويرى سقراط وجوب الخضوع والطاعة للقوانين الوضعية حتى ولو كانت ظالمة ومتناقضة مع القانون الطبيعي خشية الفوضى والعصيان.<sup>1</sup>

## أ-1-2/ القانون الطبيعية لدى الرومان

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى الرومان وأخذوا به، واعتبروه أيضا قواعد ثابتة دائمة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، توجد في الطبيعة ويدركها الإنسان بعقله، وقد أجمع الفقهاء والفلاسفة الرومان أمثال: شيشرون وجايوس وإيليان وجوستينيان وبول، على أن فكرة القانون الطبيعي هي فكرة قانونية واعتبروه مصدرا للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب ويشمل مبادئ نشأت من الطبيعة واكتشفها العقل البشرى.

حيث قال الفيلسوف الروماني شيشرون Ciceron عن القانون الطبيعي أنه: "قانون مطابق للعقل السليم متفق مع الطبيعة، معلوم للجميع، ثابت على وجه الدوام، ويعتبر القانون الحقيقي الذي لا يتغير من روما إلى أثينا ولا من اليوم إلى الغد... لا يستطيع البرلمان أو الشعب الخروج عليه، كما لا يستطيع أي فرد أن يخالفه وإلا تعرض لأسوأ العقاب".<sup>2</sup>

وبسبب تأثر الرومان بفكرة القانون الطبيعي فقد ميزوا بين ثلاثة أنواع من القوانين: القانون المدني يطبق على المواطنين الرومان وحدهم، قانون الشعوب يطبق على الأجانب فيما بينهم وفيما بينهم وبين الرومان، والقانون الطبيعي الذي يحكم الظواهر الطبيعية والاجتماعية المختلفة ويعد مصدرا للقانون الوضعي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

<sup>3</sup> يمكن الجزم بالإجماع بأن الفقهاء الرومان قد بنوا دعامة من الفهم الصحيح للقانون، وروحه لم يسبقهم عبر التاريخ غيرهم من الشعوب حيث ربطوا تفسير القانون بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية القائمة آنذاك، فرسموا قيما لصناعة القانون متأثرين بما ينبغي عليهم كرجال قانون، من ناحية المثل العليا تخليدا لمقولة أن: رجل القانون هو كاهن العدالة المتعمق في ممارسة فلسفتها الحققة، لا مجرد مشغل بنصوص قانون وشكلياته... وعلى العموم لقد أجمع مؤرخو القانون على القول بأن الأساس الفلسفي للقانون الطبيعي قد أثر في المجموعة القانونية للقانون الروماني خلال الإمبراطورية الأولى من خلال تجريبها من المظاهر الشكلية والإجراءات الرسمية، إن تصور الفلاسفة لمبادئ قانونية سامية شملت كثيرا من المعاملات منها: مبدأ المساواة أمام القانون، احترام التعهدات، التزام الصديق والعدل في المعاملات، تعظيم شأن القصد (النية) في التعاقد، المحافظة على مصالح التابعين، إزالة الفوارق بين الأموال النفيسة وغير النفيسة، كما زالت الفوارق بين طرق نقل الملكية من إظهار وتسليم، الحد من سلطة الأب المطلقة على مال أبنائه وأشخاصهم... إلخ. انظر في ذلك: إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 128.

## أ-1-3/ القانون الطبيعي لدى الكنديين في القرون الوسطى:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى رجال الكنيسة في القرون الوسطى وتحولت إلى فكرة دينية تحت تأثير الديانة المسيحية وسيطرة الكنيسة في أوروبا في ذلك الوقت، واعتبر الفقهاء الكنديون القانون الطبيعي قانوناً إلهياً أبدياً وخالداً، يسمو على القانون الوضعي لأنه من صنع الله باعتباره خالق الطبيعة.

وهدفهم من تحويل فكرة القانون الطبيعي إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة وفرض نفوذها وإخضاع الملوك لسلطة البابا، لأنهم قرروا أنه لا طاعة لقانون وضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي ويختلط ببعض أحكامه.<sup>1</sup>

وفي منتصف القرن الثالث عشر (العصور الوسطى) ظهر أساس هام في فلسفة الكنيسة يتمثل في الاعتماد على العقل البشري من أجل إدراك القانون الطبيعي الذي خلقه الله، ورائد هذا الأساس هو القديس توماس الإكويني<sup>2</sup>، وقد بين أن هناك ثلاث درجات من القانون بعضها فوق بعض أعلاها القانون الإلهي وأوسطها القانون الطبيعي وأدناها القانون الوضعي.

فالقانون الإلهي يمثل مشيئة الله ويصل الناس عن طريق الشعور والوحي، وهو مسألة إيمان واعتقاد وليس مسألة عقل واستدلال، أما القانون الطبيعي فيشمل القواعد التي يمكن للعقل الإنساني اكتشافها وإدراكها، بينما القانون الوضعي من صنع الإنسان وهدفه تحقيق الصالح العام ويضعه المسؤول عن رعاية الجماعة.<sup>3</sup>

كما عالج توماس الإكويني مسألة مخالفة هاته القوانين لبعضها البعض حيث يرى أنه: إذا خالف القانون الوضعي أحكام القانون الأبدي أو القانون الطبيعي، فهل تنبغي إطاعة القانون الوضعي في هذه الحالة؟ أي هل يجب على الإنسان أن يطيع قوانين الدولة؟ يرى القديس (توماس

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 57.

<sup>2</sup> توماس الأكويني (Thomas Aquinas): هو فيلسوف ولاهوتي كاثوليكي إيطالي، وُلد سنة 1225 في نابولي وتوفي سنة 1274، يُعدّ أحد أهم مفكري العصور الوسطى، ومن أبرز من طوّروا الفلسفة المدرسية (السكولاستيكية) من خلال دمج الفكر المسيحي مع الفلسفة اليونانية، خاصةً فلسفة أرسطو. اشتهر الأكويني بمنهجه العقلاني الذي حاول من خلاله التوفيق بين الإيمان والعقل، مؤكداً أنّ الحقيقة واحدة مهما اختلفت مصادرها، وقد أثر تأثيراً كبيراً في تطور الفكر القانوني والسياسي والأخلاقي في أوروبا.

من أشهر أعماله: الخلاصة اللاهوتية (Summa Theologica)، الخلاصة ضد الوثنيين (Summa Contra Gentiles) يُعدّ الأكويني أيضاً من أهم المنظرين لفكرة القانون الطبيعي، التي تقوم على أن هناك مبادئ خلقية متجذّرة في طبيعة الإنسان، وأن القانون الوضعي يجب أن ينسجم معها ليكون عادلاً.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 98.

الاكوييني، أنه ينبغي إطاعة قوانين الدولة حتى ولو كان في ذلك ضرر حق يسود النظام والأمن، لأن النفع الذي يعود من الطاعة أكبر من الضرر الذي ينتج عن العصيان، وفي هذا تغليب للصالح العام على الصالح الخاص، وهو ما يتفق وأصول القانون الطبيعي، أي أن الاحترام لا يكون في مثل هذه الحالة واجباً للقانون غير العادل في ذاته، ولكن لقاعدة أسمى من قواعد القانون الطبيعي الذي يفرض التضحية الخاصة من أجل المصلحة العامة، ومع ذلك فإنه لا ينبغي إطاعة القانون الوضعي إذا كان ينطوي على مخالفة للقانون الإلهي، كما لو كان القانون الوضعي مثلاً، قانوناً من شأنه حمل الناس على دين غير صحيح.<sup>1</sup>

من خلال ما سبق عرضه حول فكرة القانون الطبيعي عند الكنديين، وهي تبين تطور سياسة الكنيسة، فبعد أن كانت الكنيسة في عهد المسيحية الأولى تفصل فصلاً تاماً بين السلطان الديني والسلطان المدني، وكان رجال الكنيسة يعبرون عن ذلك بقولتهم المشهورة أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله<sup>2</sup>، أصبحت الكنيسة في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني، حيث قرر رجال الكنيسة بأنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي، لذلك انتهى القديس توماس الإكوييني باختصاص البابا بتعيين الملوك والأمراء وعزلهم حسب مدى التزامهم بتعاليم الكنيسة.<sup>3</sup>

#### أ-1-4/ القانون الطبيعي في العصر الحديث

اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن 16 وهذا بظهور فكرة سيادة الدولة، حيث أنه بظهور الدولة الحديثة والإطاحة بسيادة الكنيسة وسلطتها وسقوط النظام الإقطاعي<sup>4</sup> عرفت

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> تعكس هذه العبارة مبدأ فصل الدين عن الدولة، حيث لا تتدخل السلطة الدينية في شؤون الحكم المدني، ولا تستغل السلطة المدنية في شؤون الدين، بل لكل منهما مجاله ومسؤولياته المستقلة

<sup>3</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 59.

<sup>4</sup> النظام الإقطاعي هو نظام اقتصادي واجتماعي وسياسي ساد في أوروبا خلال العصور الوسطى، يقوم على ملكية الأرض بوصفها المصدر الأساسي للثروة، وعلى علاقات التبعية بين طبقات المجتمع، ومعناه باختصار: نظام تُقسَّم فيه الأراضي إلى إقطاعيات يمنحها الملك أو الحاكم لطبقة من النبلاء أو الإقطاعيين مقابل الخدمة والولاء، ويعيش الفلاحون في هذه الأراضي ويعملون فيها، لكنهم ليسوا أحراراً تماماً، إذ يرتبطون بالإقطاعي ويقدمون له عملاً أو جزءاً من المحصول مقابل حمايتهم. أهم خصائص النظام الإقطاعي:

- الأرض هي أساس السلطة والثروة.
- وجود طبقة عليا (الملك، النبلاء، الفرسان) وطبقة دنيا (الفلاحون، الأتقان).
- علاقة تبعية: الحماية مقابل العمل.
- غياب مفهوم الدولة المركزية الحديثة.

فكرة القانون الطبيعي مرحلتين هامتين: الأولى هي مرحلة اختفائه والثانية هي مرحلة عودة فكرة القانون الطبيعي من جديد.

المرحلة الأولى: المرحلة التي اختفى فيها القانون الطبيعي: كان ذلك بسبب رغبة الكثير من الفقهاء في الإشادة بفكرة الوطنية والاستقلال ضد ما كان سائدا من إقطاع وإخضاع للدولة لسلطة الكنيسة، ومن أهم الفقهاء المناهضين لفكرة القانون الطبيعي نجد الكاتب والفيلسوف الإيطالي ميكافيلي والفيلسوف الفرنسي بودان.

حيث يرى الفقيه ميكافيلي في كتابه "الأمير" أنه لا بد من منح كل السلطات والصلاحيات للحاكم من أجل تدعيم سلطانه بكل وسيلة بما في ذلك القوة أو الحيلة أو الخداع وفقا للمبدأ الذي صاغه "الغاية تبرر الوسيلة"<sup>1</sup>، واعتبر القوة عادلة مادامت ضرورية، وبذلك يكون قد ألغى المثل العليا التي يتضمنها القانون الطبيعي وأنهى دوره في وضع القواعد القانونية.<sup>2</sup>

أما بودان فمن خلال مؤلفاته عن الجمهورية فقد دعا إلى السيادة المطلقة، فالسيادة عنده هي سلطة عليا يتدخل من خلالها الحاكم بسنّ قوانين يفرضها على الرعايا، أما هو فيكون فوق القانون باعتباره مُصدرا له، ولم يعد للقانون الطبيعي أي دور في وضع القانون في الدولة، وطغت الدولة على حقوق الأفراد في الداخل، وسادت القوة في تنظيم علاقاتها مع غيرها من الدول في الخارج.<sup>3</sup>

نتيجة لهذه المغالاة في تصوير فكرة سيادة الدولة اختفت فكرة القانون الطبيعي في القرن 16 وسيطرت الدولة على حقوق الأفراد وحرّياتهم في الداخل، وسادت القوة في تنظيم العلاقات الدولية في الخارج، لذلك دعا الفقهاء إلى ضرورة وضع أسس عادلة لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد وبالدول الأخرى، مما أدى إلى ظهور الحاجة مرة أخرى للقانون الطبيعي في القرنين 17 و 18.

<sup>1</sup> من بين الأقوال المشهور لميكافيلي إلى جانب الغاية تبرر الوسيلة هناك: حي لنفسي دون حي لبلادي، من الأفضل أن يخشاك الناس على أن يحبوك، إن الدين ضروري للحكومة لا لخدمة الفضيلة ولكن لتمكين الحكومة من السيطرة على الناس، من واجب الأمير أحيانا أن يساند ديناً ما ولو كان يعتقد بفساده، ليس أفيد للمرء من ظهوره بمظهر الفضيلة، لا يجدي أن يكون المرء شريفا دائما، الشجعان هم الذين يحتلمون كل ما يأتي به القدر من خير وشر، سيدي الأمير، يجب أن تكون شجاعاً وكرهما، فإن لم تستطع أن تكون كذلك، فيجب على الأقل أن تبدو أمام شعبك كذلك. انظر شرها وتفصيلها في كتاب الأمير، لنيقولا ميكافيللي، قدم له وأعدده للنشر دكتوراة هبة، فضاء الفن والثقافة، د د ن، دس ن.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 60.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 61.

المرحلة الثانية: المرحلة التي عاد فيها القانون الطبيعي للظهور مرة أخرى: تم الاعتراف للفرد بحقوق وحريات طبيعية لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها، وبالتالي أصبح القانون الطبيعي أساسا للقانون الدستوري في علاقة الحاكم بالمحكومين، كما تم الاستناد لقواعده لتنظيم المجتمع الدولي وجعله أساسا للقانون الدولي العام، وبذلك نجحت فكرة القانون الطبيعي في هذه الفترة واتخذت طابعا سياسيا ووسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، كما تم تنظيم الدولة على أسس ديمقراطية تقوم على الحرية والمساواة.

### ✓ القانون الطبيعي كأساس للقانون الدولي العام:

يعتبر الفقيه الهولندي قروسيوس أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث ووضعاها في شكل مذهب واضح المعالم في النصف الأول من القرن 17، حيث عرّف قروسيوس القانون الطبيعي في كتابه "قانون الحرب والسلام" سنة 1625 كما يلي: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي بمقتضاها يمكن الحكم بأن عملا ما يعتبر ظلما أو عادلا تبعا لكونه مخالفا أو موافقا لمنطق العقل".<sup>1</sup>

وقد نادى قروسيوس بضرورة إقامة العلاقات الدولية على أساس القانون الطبيعي في وقت السلم وفي وقت الحرب على السواء، وهو ما يؤدي إلى وجوب احترام المعاهدات والمواثيق الدولية ووجوب تنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة.

غير أن جروسيوس وإن كان هو أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث، إلا أنه لم يستطع أن يتحرر تماما من تأثير عصره، لذلك فإنه قد أقر الفتح والغزو، كما أقر نظام الرق وبرر ذلك بأن الحرية وإن كانت من أهم الحقوق الطبيعية إلا أنه يمكن النزول عنها بمعاهدة تعقدها الدولة أو بعقد يبرمه الإنسان، كما أن هذه الحرية يمكن أن تزول نتيجة للهزيمة في الحرب أو الوقوع في الأسر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> إدريس فاضلين المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 101.



### ✓ القانون الطبيعي كأساس لقواعد القانون الدستوري:

بسبب فكرة السيادة المطلقة للدولة التي سادت في القرن 16 وما تبعها من استبداد للحكام واعتداء على الحقوق والحريات، أدى ذلك إلى معاودة بروز فكرة القانون الطبيعي من طرف الكثير من الفقهاء والفلاسفة من أجل وضع أساس لتنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد والبحث في أساس لتبرير سيادة الدولة.

وقد وجد بعض المفكرين أن أساس تنظيم سلطان الدولة اتجاه الأفراد يمكن أن يركز على فكرة العقد الاجتماعي ومن أبرزهم: الفقيهان الانجليزيان هوبز وجون لوك والفقيه الفرنسي جون جاك روسو.

حيث يتلخص مضمون فكرة العقد الاجتماعي في أن الأفراد يولدون متمتعين بحقوق وحريات طبيعية وأن حياتهم في الأصل بدائية فطرية، يتمتعون فيها بهذه الحقوق بصورة مطلقة، لكن الأنانية وحب التسلط أدى إلى الفوضى وعدم الاستقرار واستعمال القوة من أجل البقاء، لذلك تنازل هؤلاء الأفراد عن حرياتهم بالقدر اللازم لقيام جماعة منظمة يعيشون في ظلها وذلك بوضع السلطة في يد شخص أو هيئة يكون لها حق الأمر والنهي تعمل على التوفيق بين المصالح المتضاربة، هذا الاتفاق بين الأفراد والهيئة الحاكمة هو العقد الاجتماعي، وغرضه الانتقال من حالة الفوضى أو الحالة الفطرية إلى حالة النظام (التمتع بقدر من الحقوق والحريات المدنية)، وقد اتفق هؤلاء الفقهاء بشأن العقد الاجتماعي إلا أنهم اختلفوا نسبيا حول أطرافه وأساسه والآثار المترتبة عليه.<sup>1</sup>

سنحاول فيما يلي تلخيص رأي كل فقيه من هؤلاء في جدول للمقارنة بين وجهة نظر كل منهم كما يلي:

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 65.

## نظرية العقد الاجتماعي عند هوبز، لوك وروسو

أطراف العقد الاجتماعي	هوبز	لوك	روسو
أطرافه الناس جميعا مع بعضهم دون أن يكون السلطان او الحاكم طرفا فيه	الشعب من جهة والحاكم من جهة أخرى	الشعب مع الشعب ( عقد أبرم مع أفراد الشعب جميعا) ولا سلطان غير الشعب	
الأساس	هو تنازل الشعب عن كامل حريته ووضعها في يد السلطان ليقوم العدل والنظام في المجتمع، وهو تنازل مطلق غير مشروط ولا رجعة فيه.	تنازل الشعب للحاكم عن جزء من حقوقه وحرياته الطبيعية بالقدر اللازم لإقامة الأمن والنظام لتحقيق الصالح العام في المجتمع، واحتفظوا بالجزء الآخر من الحقوق كقيد على حرية الحاكم.	تنازل الشعب عن حرياته للشعب نفسه واحتفظوا فقط بالحريات المدنية حيث يتم تعيين وكيل من أفراد الشعب هو الحاكم يمارس السلطة عليهم ويعبر عن إرادتهم ويعمل باسم الشعب الذي يملك السيادة
الآثار المترتبة	على الأفراد أن يحترموا إرادة السلطان وإن كان مستبدا لذلك أصبح العقد الاجتماعي وسيلة لتبرير الاستبداد المطلق للحكام.	العقد هو وسيلة لمقاومة الاستبداد المطلق حيث يمكن للشعب الثورة ضد الحاكم المستبد الذي يخل بالالتزام المترتب على العقد (فسخ العقود وعزل الحاكم في حالة عدم الالتزام بالعقد)	يمكن للشعب أن يعزل الوكيل (الحاكم) إذا أخل بواجباته المنصوص عليها في العقد، مما يؤدي للقضاء على الحكومات المستبدة

غير أن فكرة العقد الاجتماعي قد أخذ عليها أنها تقوم على مجرد افتراض، حيث تفترض أن الأفراد كانوا يعيشون على حالة الفطرة البدائية قبل أن تنظمهم حياة الجماعة، كما تفترض وجود اتفاق بينهم على عقد اجتماعي ينقلهم من حياة الفطرة إلى حياة الجماعة المنظمة، وهو ما لم يؤيده التاريخ ولم يثبتته الواقع، ولكن على الرغم من هذه الانتقادات فإن فكرة العقد الاجتماعي كانت لها مزايا هامة للمجتمع الانساني حيث يرجع اليها الفضل في القضاء على الحكومات الاستبدادية وابرار سيادة الشعب وإعلاء كلمته، وتقرير الحقوق والحريات العامة، وإعلان الحرية والمساواة للجميع، ولذلك قيل عنها أنها أكبر أكذوبة سياسية ناجحة.<sup>1</sup>

### ✓ انتصار مذهب القانون الطبيعي في أواخر القرن 18 (موقف الثورة الفرنسية من

#### القانون الطبيعي)

اعتنقت الثورة الفرنسية في أواخر القرن 18 فكرة جون جاك روسو المتضمنة في كتابة "العقد الاجتماعي" المتمثلة في حصر السيادة في يد الشعب وحده، وتم اعتناق فكرة القانون الطبيعي كموجه ومقيد لسلطة الشعب وتم إصدار "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" سنة 1789.<sup>2</sup> حيث نصت مادته الأولى على "يولد الناس أحراراً ويستمررون متساوين في الحقوق"، ونصت مادته الثانية على "الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للإنسان وهذه الحقوق هي: الحرية، الملكية، الأمن، ومقاومة الطغيان...".

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 69.

<sup>2</sup> "إعلان حقوق الإنسان والمواطن" هو وثيقة تاريخية صدرت في فرنسا في 26 أوت 1789 من قبل الجمعية التأسيسية الوطنية خلال الثورة الفرنسية، تُعتبر من أهم وثائق حقوق الإنسان في التاريخ، حيث حددت الحقوق الأساسية التي يولد بها الإنسان والتي يجب احترامها وحمايتها سواء في جانبه الفردي أو الاجتماعي، واستلهمت من القانون الطبيعي، ويحمل الإعلان مبادئ جوهرية مثل: حرية الإنسان والمساواة أمام القانون، حق الملكية وحماية الأمن وحقوق مقاومة الظلم والاستبداد، الأمة هي مصدر كل سلطة وأن السلطة يجب أن تكون مستمدة منها فقط، حق كل فرد في المشاركة في صنع القوانين، تحريم التمييز إلا لمصلحة المصلحة العامة، لا يجوز للقانون أن يحرم أي فعل ما لم يتسبب في ضرر للمجتمع.

ويشكل هذا الإعلان خطوة هامة نحو بناء دولة القانون والحقوق المدنية والسياسية، كما يُعد أساساً لصياغة الدساتير الحديثة ووسيلة لتحرير الإنسان من نظام الاستبداد والهيمنة الإقطاعية. أثرت مبادئه على العديد من التشريعات الدولية والمحلية، ولا يزال مرجعاً لحقوق عالمياً لحد الآن.

وعلى هذا يكون مذهب القانون الطبيعي قد بلغ أوجه في أواخر القرن 18، فبعد أن كان مجرد فكره ينادي بها الفلاسفة أصبح مذهباً رسمياً تضمنه إعلان رسمي، كما انعكست مضامينه على الدساتير الفرنسية اللاحقة ومنظومتها القانونية.

وقد كادت أسس هذا القانون تدون في قانون نابليون، إذ صدر مشروع التقنين المدني الذي وضعه نابليون بالنص على أنه «يوجد قانون عام لا يتغير، هو مصدر لكل القوانين الوضعية، هذا القانون ليس إلا العقل الطبيعي من حيث أنه يحكم كل البشر) وإذا كان هذا النص لم يظهر في التقنين النهائي، فلم يكن حذفه يعني أن واضعي القانون كانوا يرون أنه غير صحيح، ولكنهم رأوا أنه يتضمن أمراً فلسفياً ليست نصوص القانون مجالاً له، فلم يكن حذف النص إنكاراً لمضمونه الذي كان يعد من الأمور المسلمة.<sup>1</sup>

## أ-2/ الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي في القرن 19

تعرض مذهب القانون الطبيعي لمهاجمة عنيفة طوال القرن 19 ووجهت له الانتقادات التالية:<sup>2</sup>

- القول بوجود قانون طبيعي كقواعد ثابتة خالدة لا تتغير بتغير الزمان والمكان قول غير صحيح ينفيه الواقع والتاريخ، فالقانون وليد المجتمع وهو متغير ومتطور في الزمان والمكان، كما أنه مختلف من بلد لآخر ومختلف داخل نفس البلد من زمن لآخر.
- القول بأن العقل البشري هو الذي يكشف القانون الطبيعي يؤدي إلى اختلاف قواعده باختلاف الأشخاص الذين يستخلصونها بعقولهم، ومنه تختلف قواعد القانون الطبيعي من شخص لآخر بصدد نفس المسألة.

وقد كان للنقد الذي وجه إلى فكرة القانون الطبيعي أثره في إضعافها فترة معينة، ولكنها ما لبثت أن انتعشت بعد ذلك في أواخر القرن التاسع عشر، وظهرت في مظهر جديد، تلافي فيه أنصارها ما وجه إليها من نقد، فقام القانون الطبيعي في صورة تجمع بين ما يتصف به من ثبات وعموم وبين تعاليم المدرسة التاريخية، وظهر ذلك فيما سماه الفقهاء بالقانون الطبيعي ذي المضمون المتغير *Le droit naturel à contenu variable*

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، 104

## ب/ مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

بسبب ما وُجِهَ لمذهب القانون الطبيعي من انتقادات أدت لإضعافه ظهر مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، ومن أهم الفلاسفة الذين نادوا به الفقيه الألماني ستاملر والفقيه الفرنسي سالي، واعتبر هؤلاء الفقهاء أن قواعد القانون الطبيعي ليست قواعد أبدية وخالدة وتصلح لكل زمان ومكان بل هي قواعد تختلف باختلاف الظروف المحيطة بكل مجتمع وحاجاته الاجتماعية والاقتصادية، لذلك على المشرع عند وضع القواعد القانونية أن يهتدي بالمثل الأعلى للعدل وهو القانون الطبيعي الذي يدركه الإنسان بعقله وهو يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية المحيطة بالإنسان.<sup>1</sup>

لذلك يرى ستاملر أن جوهر القانون هو مثل أعلى للعدل خالد في فكرته متغير في مضمونه، ففكرة العدل تبقى خالدة وثابتة بالنسبة للإنسان أينما وجد لأنها موجودة في ضميره على مر العصور لكنها متغيرة في مدلولها ومحتواها وطريقة تحقيقها من زمان لآخر ومن مجتمع لآخر حيث أن كيفية التمييز بين العدل والظلم تعتبر أمراً مرتبطاً بظروف الحياة في كل مجتمع، ويتوقف على تصور هذا المجتمع لفكرة العدل، وبرز مثال تغير النظر إليه هو نظام الرق. وبهذا يمكن أن نستخلص الاختلاف الموجود بين مذهب القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي ومذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير كما يلي:

مذهب القانون الطبيعي	مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير
القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي هو قانون ثابت ينظم كافة الروابط الاجتماعية في كل المجتمعات البشرية، حيث يتضمن قواعد تفرض على المشرع عند إصداره للقانون الوضعي.	القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير فيسلم بأن أساس القانون الوضعي الذي يضعه المشرع هو حاجات المجتمع وظروفه الاجتماعية والاقتصادية، وهذه القواعد تختلف حسب كل مجتمع وحسب الظروف السائدة به، وعلى المشرع أن يستلهم العدل من المثل العليا للمجتمع.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 75.

### • تقييم مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

ينكر هذا المذهب فكرة القانون الطبيعي في حد ذاتها لأن أساس القانون الطبيعي هو المثل الأعلى للعدل وهي فكرة ثابتة بطبيعتها لا تتغير في الزمان والمكان، لكن القول بأن فكرة العدل تتغير من مكان لآخر ومن زمان لآخر تعني هدم الفكرة التي يقوم عليها القانون الطبيعي، ويجعل منه مثلاً أعلى خاص بكل مجتمع وفقاً لتصوره لفكرة العدل، فيصبح نفس الأمر عدلاً في مكان وظلماً في مكان آخر، ونفس الأمر عدلاً في زمان وظلماً في زمان لاحق أو سابق، وهو ما لا يمكن التسليم به في الواقع لأن العدل فكرة موضوعية ثابتة لا تتغير، فنظام الرق ولو أجازته بعض الجماعات وفقاً لتصورها لفكرة العدل، فإنه يبقى نظاماً غير عادل أي نظام ظالم أينما وجد في أي زمان ومكان.<sup>1</sup>

بسبب هذه الانتقادات نادى بعض الفقهاء في بداية القرن 20 بالعودة لمذهب القانون الطبيعي في مفهومه التقليدي مع التضييق في نطاقه، حيث يقتصر على مجموعة قليلة من القواعد والمبادئ المثالية الثابتة المبنية على العدل كمبدأ عام ومنها: عدم الإضرار بالغير، احترام شخص الإنسان، إعطاء كل ذي حق حقه، عدم الإثراء على حساب الغير... إلخ، وهي مبادئ صالحة لكل زمان ومكان لأنها توجه المشرع للعدل عند وضعه للقانون الوضعي، كما يمكن أن يلجأ إليها القاضي باعتبارها مصدراً للقانون حسب ما نصت عليه المادة 01 من القانون المدني الجزائري.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> نص المشرع الجزائري في المادة 02/01 من القانون المدني على المصادر الرسمية بقوله: "...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."

## 2- المدرسة الواقعية

هي مدرسة تربط أصل القانون بجوهر ملموس مستمد من الحياة الاجتماعية وتتضمن ثلاث مذاهب أساسية هي: المذهب التاريخي - مذهب الغاية الاجتماعية ومذهب التضامن الاجتماعي، نتناولها تباعاً فيما يلي:

2-أ/ المذهب التاريخي: رائده هو الفقيه الألماني سافيني<sup>1</sup>، وقد ظهر في أوائل القرن 19 بسبب نظريته وأفكاره المضادة لفكره تجميع القوانين لأنها تؤدي إلى جمود القانون وعدم تطوره، كما حارب مذهب القانون الطبيعي بسبب استناده لمثل عليا لا تتوافر على دليل مادي ملموس.

والجدير بالذكر أن سافيني قد نادى بمذهبه لكي يحارب الدعوة التي ظهرت في ألمانيا إلى تقنين القانون المدني الألماني أسوة بالتقنين المدني الفرنسي، ذلك أنه بعد أن جمع نابليون القوانين في مجموعات سميت تقنينات، مثل التقنين المدني والتقنين التجاري وغيرها، وجدت حركة تجميع القوانين تأييداً كبيراً من جانب كثير من الفقهاء في الدول المختلفة، لأنها كانت تتفق مع مبادئ القانون الطبيعي التي كانت سائدة في ذلك الوقت، فتقنين القوانين أثار الخوف من جمودها وعدم تطورها.

حيث أقر سافيني أن أساس القانون هي القواعد القانونية السائدة التي تسجلها المشاهدة وتؤديها التجربة في مجتمع معين، والتجارب دلت على أن القانون ليس ثابت بل متغير في الزمان والمكان، ويتطور بتطور البيئة الاجتماعية، حيث أن تقنينه يؤدي إلى جموده وعدم تطوره، وسنتطرق فيما يلي للأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي ثم النتائج المترتبة عليه وأخيراً نقد المذهب التاريخي.

2-أ-1/ الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي: أقام الفقيه سافيني مذهبه على عدة أسس نذكر منها:

✓ إنكار وجود القانون الطبيعي: يرى سافيني أنه لا توجد قواعد ثابتة خالدة يكشف عنها العقل لأن ذلك سيؤدي إلى اختلاف القواعد باختلاف الزاوية التي ينظر منها الشخص،

<sup>1</sup> فريدريك كارل فون سافيني هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني مشهور (1779-1861)، ويُعتبر مؤسس المدرسة التاريخية في القانون. دافع سافيني عن فكرة أن القانون ليس مجرد نصوص تشريعية مفروضة تعسفاً، بل هو نتاج تطور اجتماعي يعكس ظروف المجتمع وتاريخه، ولذلك يجب فهم القوانين وتطبيقها في سياقها التاريخي والاجتماعي.

كما تختلف القواعد باختلاف الظروف الاجتماعية السائدة في المجتمع وآراء الشخص وميوله وعواطفه ومعتقداته الدينية.<sup>1</sup>

✓ **اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع:** إذا كان هذا المذهب يقوم على إنكار فكرة القانون الطبيعي على هذا النحو فإنه يرى أن القانون إنما هو وليد البيئة الاجتماعية، يتأثر بظروفها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والفكرية، وينشأ ويتطور مع كل مجتمع حسب ظروفه، ولهذا فإن قانون كل دولة يختلف عن قانون غيرها من الدول، بل إن القانون يختلف في الدولة الواحدة من زمان إلى آخر، فالقانون إذن يختلف، ويتطور بحسب المكان والزمان، ولما كان هذا هو شأن القانون، فإنه يصبح من غير الجائز تجميعه في مجموعات دائمة ثابتة، لأن هذا من شأنه أن يؤدي إلى الجمود والوقوف عن التطور، إذ أنه ينظر إلى هذه المجموعات في العادة على أنها عمل خالد يجب ألا يمس، ولهذا فإنها تقف في مكانها بالصورة التي دونت عليها في الوقت الذي لا يقف فيه المجتمع جامداً عن التطور، إذ تتعاقب الأحداث وتختلف الأوضاع، وتكون النتيجة المحتومة أن تصبح تلك المجموعات بعيدة عن الواقع، وكلما مر الزمن كلما زاد التباعد بينها وبين المجتمع.<sup>2</sup>

#### ✓ **نشأة القانون وتطوره ألياً:**

يرى الفقيه سافيني أن القانون ليس من إنشاء وخلق الإرادة الإنسانية كما يدعي أصحاب المذاهب الشكلية، ولا ينشأ من مثل عليا كما يدعي ذلك أصحاب مذهب القانون الطبيعي، ولكنه من صنع الزمن، فهو تراكمٌ لخبراتٍ عبر أجيال متعاقبة وهو ثمرة التطور التاريخي للجماعة، فيتكون ذاتياً بطريقة آلية.

ويقتصر دور المشرع في هذا الصدد على مراقبة تطور القانون في ضمير الجماعة تم تسجيله في نصوص، وعليه أن يسهر دائماً على تعديل ما يسجله من نصوص حتى يستطيع مسايرة التطور، ومن هنا جاء عداؤ أنصار المدرسة التاريخية لفكرة التجميع

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 86.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 112.



وتدوين القوانين، لأن هذا من شأنه أن يوقفها عن التطور فلا تعبر تعبيراً صادقاً عن حاجات الجماعة.<sup>1</sup>

✓ اعتبار العرف المصدر الرئيسي للقانون: يعتبر العرف هو المصدر المثالي للقانون، لأنه لا يدون، ولكنه ينمو في ضمير الجماعة ويتطور معها، وهو يعبر تعبيراً صادقاً مباشراً عن الظروف الاجتماعية عكس التشريع<sup>2</sup> الذي يصدر في شكل تقنيات. هذه هي خلاصة المبادئ التي قام عليها المذهب التاريخي، ولكن هذا المذهب لم يسلم من النقد.

2-أ/ النتائج المترتبة على المذهب التاريخي: من خلال الأسس السالفة الذكر والتي قام عليها المذهب التاريخي توصل الفقيه سافيني للنتائج التالية:

- تقنين وتجميع القواعد القانونية يعد عملاً يضر بتطور القانون، ويؤدي إلى جموده مما يصعب تعديله ليتماشى مع التطورات التي تحدث في الجماعة.
- خلق القانون ليس عمل المشرع إنما يخلق القانون بطريقة آلية، ولا يتعدى دور المشرع القيام بمراقبة مدى ملاءمة القانون لضمير الجماعة.
- يعتبر العرف المصدر الأساسي للقانون لأنه لا يدون إنما ينشأ في ضمير الجماعة، وبذلك فهو أفضل من التشريع.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 113.

<sup>2</sup> من بين عيوب التشريع نذكر ما يلي: -جمود القانون: تقنين القواعد القانونية في مدونة واحدة يؤدي إلى جمود القانون وصعوبة مواكبته للتطورات الاجتماعية والاقتصادية، حيث يصبح تغييره أو تحديثه معقداً بسبب ثبات النصوص وتعدد الإجراءات الرسمية المطلوبة، -جمود تفسير القواعد: التقنين يحد من مرونة تفسير القوانين، مما قد يقيد القضاة والمحامين في استنباط الأحكام أو ملائمة القوانين للحالات الجديدة أو غير المتوقعة. -عدم شمولية التعاريف: كثير من الأفكار القانونية المهمة مثل مفهوم الغش أو مبدأ حسن النية لا تُعرف بدقة داخل نصوص التقنين، مما يترك مساحة للتأويل المختلف. -احتمال تناقض النصوص: يمكن أن تحتوي التشريعات المجمع في التقنين على تناقضات داخلية أو مع تقنيات أخرى، مما يسبب تعقيدات في التطبيق والتفسير. -فجوة بين النص والقانون الاجتماعي: قد يحدث فجوة بين نصوص القانون المقنن والواقع الاجتماعي، خاصة إذا لم يراع المشرع التطورات الاجتماعية أو الثقافية السريعة، مما يؤثر على مدى فعالية التقنين. -تأخر تحديث التقنين: تحديث التقنين يمكن أن يكون بطيء لأن تعديل النصوص يحتاج إلى إجراءات تشريعية معقدة، مما يؤدي إلى تأخير استجابة القوانين للمتغيرات الجديدة في المجتمع.

- عند تفسير النصوص التشريعية يجب البحث عن نية المشرع وقت تطبيق النص لا وقت وضعه، أي النية التي يُحتمل أن يقصدها المشرع لو أنه كان سيضع النصوص التشريعية في الوقت المراد تطبيقها فيه.

## 2-أ-3/ نقد المذهب التاريخي: لهذا المذهب عدة مزايا وعيوب نذكرها كما يلي:

### ✓ المزايا من بين مزايا المذهب التاريخي نذكر ما يلي:<sup>1</sup>

- يتميز المذهب التاريخي بكونه كشف عن الارتباط الوثيق بين القانون والبيئة التي ينشأ ويتطور فيها، فالقانون حسب المذهب التاريخي لا يتكون من قواعد جامدة بل يتكون من قواعد متطورة تلائم ظروف المجتمع وتستجيب لرغبات الجماعة وحاجاتها.

- أثبت المذهب التاريخي عدم صلاحية أفكار مؤيدي مذهب القانون الطبيعي الذين ادّعوا وجود مجموعة من القواعد الثابتة الخالدة التي تصلح لكل زمان ومكان ويستلهم منها المشرع القانون الوضعي.

- يرجع الفضل لهذا المذهب في بيان أن القانون ليس مشيئة الحاكم بل هو نتيجة تفاعل الظروف والعوامل الاجتماعية المختلفة المحيطة بالجماعة، لهذا فالمشرع لا ينشئ القانون وإنما يتكون القانون ألياً.

- أوضح هذا المذهب أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون.

### ✓ العيوب من بين عيوب المذهب التاريخي نذكر ما يلي:<sup>2</sup>

- إهمال دور التقنيات والتجميعات القانونية بحجة أنها عمل ضار يؤدي إلى جمود القوانين وعدم مساهمتها للتطور الاجتماعي وهذا قول لا أساس له من الصحة لأن للتقنين مزايا كثيرة من بينها:  
\*تسهيل مهمة رجال القانون من حيث توفير الجهد والوقت بحثاً عن القوانين لأنها مجموعة في كتاب بشكل واضح،

\* كما أن المشرع يُجري على القوانين تعديلات وتغييرات وحتى يلغيها بقوانين أخرى كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 115.

- بالغ المذهب التاريخي في ربط القانون بالبيئة والمجتمع إلى درجة إنكار دور العقل والإرادة في إنشاء القواعد القانونية وتطويرها، حيث أن الواقع يؤكد أنه إلى جانب دور الظروف والبيئة الاجتماعية هناك دور هام للعقل الإنساني في إنشاء وتكوين وتطوير القانون.
- المبالغة باعتبار القانون وليد البيئة والظروف الخاصة بكل مجتمع، حيث أثبت الواقع أن الكثير من الدول اتحدت فتركت قوانينها وطبقت قانونا موحدا، كما قامت دول أخرى بنقل قوانينها كليا أو جزئيا عن قوانين دول أخرى، ومع ذلك أصبحت القوانين المنقولة صالحة للتطبيق في بيئة تختلف عن البيئة الاجتماعية التي نشأت فيها، ومثال ذلك نقلت كل من الجزائر ومصر قوانينها من فرنسا، ونقلت تركيا قانونها المدني عن سويسرا ... وغيرها.
- المبالغة في اعتبار العرف هو المصدر المثالي للقانون وإهمال التشريع رغم أهميته الكبرى في نشأة القانون وتطويره لما يتميز به من مساهمة للتنظيم والسرعة.

2-ب/ مذهب الغاية الاجتماعية بسبب الانتقادات الموجهة للمذهب التاريخي قام الفقيه الألماني إهرنج بتأسيس مذهبه على فكرة أن القانون وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وتقدمه، وقد يتطلب تحقيق هذه الغاية نوعا من الكفاح والصراع من جانب الإنسان<sup>1</sup>، لذلك سمي هذا المذهب أيضا مذهب الكفاح، وسنقوم فيما يلي بتحديد الأسس التي يقوم عليها هذا المذهب والنقد الموجه له.

2-ب-1/ الأسس التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية أسس الفقيه إهرنج مذهبه على مجموعة من الأسس يمكن إجمالها فيما يلي:

- لا يقوم القانون ولا ينشأ ولا يتطور بطريقة آلية بل إن تطوره يكون بتدخل الإرادة البشرية: لأن القانون ظاهرة اجتماعية وليس ظاهرة طبيعية، والظواهر الاجتماعية لا تتم إلا بتدخل الإرادة البشرية لتحقيق غاية معينة (الظواهر الاجتماعية تخضع لقانون الغاية). ويقرر إهرنج حقيقة لا

<sup>1</sup> يقوم القانون على عامل الإرادة البشرية الذي تساهم في تطور القانون ولا يجوز إغفالها، بل إن عامل الإرادة هذا قد يشتد حتى يصبح إرادة عنيفة، بل كفاحا مستمرا، يوجه القانون إلى الغاية المقصودة، ومن ذلك نجد أن إهرنج قد بنى القانون على أساسين: الغاية (But) والكفاح (Lutte) انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 62.

شك فيها، هي أن الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السبب، أما الظواهر الاجتماعية والأدبية، فإنها تخضع لقانون الغاية، فالجسم يهبط من أعلى إلى أسفل بسبب الجاذبية، والإنسان يتصرف تصرفاً معيناً للوصول إلى غاية معينة، والاسفنج إذا شرب الماء فإنه يخضع بذلك لقانون السبب، أما الإنسان إذا شرب الماء فإنه يخضع لقانون الغاية.<sup>1</sup>

- يمكن أن ينشأ القانون ويتطور عن طريق الكفاح واستخدام القوة والعنف من أجل توجيه القانون نحو تحقيق غاية معينة كأن يقوم بعض الأفراد ضد المستفيدين من بقاء نظام حكم معين، فإذا تغلب أنصار التعديل ظهر قانون جديد وتطور، ومثال ذلك الثورة التي حدثت من أجل تحرير الرقيق من السادة وأيضاً تحرير العمال من أصحاب العمل أو الفلاحين من الإقطاعيين.

- القانون في طبيعته وجوهره هو ثمرة الكفاح والثورة من أجل تحقيق غاية معينة هي حفظ المجتمع وأمنه وتقدمه.

## 2-ب-2 / النقد الموجه لمذهب الغاية الاجتماعية

يمتاز هذا المذهب بكونه لم يهمل إرادة الإنسان في نشأة القانون وتطوره، كما بين خطأ المذهب التاريخي الذي جعل نشأة القانون تتم بطريقة آلية دون تدخل الإنسان الذي يبقى متهاوناً من أجل تحقيق غايته، غير أنه يؤخذ عليه ما يلي:<sup>2</sup>

- جعل الغاية من القانون هي حفظ المجتمع وليس تحقيق العدل فيه،

- بنى القانون على الصراع والكفاح وربط تطوره وتعديله وإلغاء هذا الكفاح الذي تكون الغلبة فيه للأقوى حتى ولو لم تكن أفكاره واتجاهاته على حق،

- المبالغة في جعل تطور القانون مرهون بإرادة الإنسان، إذ أن هذه الأخيرة ليست وحدها من تتدخل في إنشاء قانون وتطويره بل توجد قواعد قانونية تتكون آلياً كتلك التي تجد مصدرها في العرف.

<sup>1</sup> والفرق بين السبب والغاية يتلخص فيما يلي: - السبب سابق على المسبب والغاية لاحقة للوسيلة، السبب أعنى والغاية مبصرة، السبب محتم، والغاية غير محتمة. انظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 117.

2- ج/ مذهب التضامن الاجتماعي يعتبر من بين المذاهب الواقعية، نادى به الفقيه الفرنسي دوجي<sup>1</sup> في أواخر القرن 19 في كتابه "المطول في القانون الدستوري"، وسنقوم بدراسة أساسه والنقد الموجه له كما يلي:

## 2-ج-1/ أساس مذهب التضامن الاجتماعي

يعتمد دوجي في دراسته لأصل القانون على المنهج العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة أو الملاحظة والتجربة والاستنتاج للوصول إلى الحقائق العلمية الواقعية، فهو لا يعترف إلا بما هو ملموس ويمكن مشاهدته والتحقق منه، أما ماعدا هذه الحقائق الواقعية الملموسة فهو نوع من الخيال القائم على الافتراض ولا دليل قطعي يثبت صحته، لذلك ينكر دوجي الكثير من الأسس التي قامت عليها نظريات القانون لأنها أفكار لا يقوم على صحتها دليل من الواقع الملموس ومنه لا يمكن بناء نظرية أو مذهب علمي للقانون على أساسها، مثل:

- فكرة الحق (خاصة الحقوق المتصلة بشخص الإنسان والتي يهدف القانون لحمايتها)
- فكرة الشخصية القانونية (أهلية الشخص لاكتساب حقوق والتحمل بالالتزامات)
- فكرة السيادة
- المثل العليا التي يقوم عليها مذهب القانون الطبيعي.

والحقائق الواقعية التي أسس عليها دوجي مذهبه والتي يمكن التحقق من صحتها بالمشاهدة والتجربة هي كلا من: الحقائق الاجتماعية والتضامن الاجتماعي.

- حقائق اجتماعية: تتمثل في وجود مجتمع يعيش فيه الإنسان مع غيره من الناس، فالمجتمع حقيقة واقعية ملموسة والإنسان كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ليون دوجي (Léon Duguit) هو أحد أبرز فقهاء القانون العام الفرنسي في القرن العشرين، وُلد سنة 1859 وتوفي سنة 1928، وشغل منصب أستاذ القانون العام بجامعة بوردو، حيث ترك أثرًا عميقًا في الفكر الدستوري والإداري. ويُعدّ دوجي المؤسس الأبرز للمدرسة الواقعية الاجتماعية، إذ بنى نظريته القانونية على فكرة التضامن الاجتماعي التي اعتبرها أساس وجود المجتمع ومصدر القواعد القانونية، رافضًا بذلك التصور التقليدي الذي يجعل الدولة صاحبة الإرادة العليا ومصدر السيادة. وقد انتقد دوجي مفهوم السيادة المطلقة للدولة واعتبره فكرة وهمية، مؤكدًا أن الدولة ليست سلطة فوق المجتمع، بل جهاز يهدف إلى تحقيق التضامن وخدمة الجماعة. وبرزت إسهاماته أيضًا في تطوير مفهوم المرفق العام الذي منحه دورًا مركزيًا في القانون الإداري باعتباره الأداة الرئيسية لتحقيق حاجات المجتمع. وقد قدّم دوجي تعريفًا مؤثرًا للقانون الدستوري باعتباره مجموعة القواعد التي تنظم السلطة وتحدد كيفية ممارستها والعلاقات القائمة بين الحكام والمحكومين. ومن أشهر مؤلفاته: الدولة والقانون، والتضامن الاجتماعي، والقانون الدستوري، التي رسّخت مكانته كأحد أهم المنظرين في الفكر القانوني الحديث.

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 119

- التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع: ما دام الإنسان لا يستطيع أن يفي حاجاته إلا في المجتمع، فإنه يرتبط بأفراد المجتمع ارتباط تضامن، والتضامن عند دييجي حقيقة واقعية علمية لا مثل أعلى ميتافيزيقي، وتتسع دائرة التضامن مع تقدم المدنية، فقد كان الإنسان يرتبط بغيره من عامة الناس يعيش معهم متضامنين في الدفاع عن النفس وفي توفير وسائل العيش، ثم ارتبط بأفراد الأسرة فزادت صلة القرابة توثيق أسباب التضامن، ثم ارتبط بأفراد المدينة وهي مجموعة من الأسر تربط فيما بينهم التقاليد والمعتقدات المشتركة، ثم ارتبط بأفراد الأمة، وجمع بينه وبينهم روابط القانون والحكومة واللغة والدين والتقاليد وأحداث الماضي وما يخر به من كفاح وجهاد، وقد يرتبط أفراد الإنسانية جميعاً في المستقبل البعيد<sup>1</sup>.

وبذلك فالتضامن حقيقة واقعية ملموسة معناها تضامن الإنسان مع غيره لإشباع الحاجات المشتركة فيما بينهم، وهو رابطة واقعية تجمع أفراد المجتمع الواحد وهو نوعان:

- النوع الأول هو تضامن بالاشتراك أو التشابه: ويعني الشعور برغبات متشابهة تتطلب تضامناً من الأفراد لتحقيقها بضم الجهود (مثل الأمن).

- النوع الثاني هو تضامن بتقسيم العمل: حيث يوجه كل فرد جهده نحو عمل معين ثم يتبادل مع غيره نتائج عمله.

وخلاصة القول تتمثل في أن أساس القاعدة القانونية عند دوجي هو أساس مزدوج يتمثل في كل من:

الشعور بالتضامن الاجتماعي من جهة والشعور بالعدل من جهة ثانية (العدل المادي)، فيتولد التضامن بسبب كون الإنسان كائن اجتماعي، ويشعر بالعدل لأنه كائن فردي له أشياء يختص بها لوحده، يترتب عن ذلك شعور بالعدل يتمثل في ضرورة احترام كيان وممتلكات الآخرين لكي يحترم الآخرون كيانه وممتلكاته.

- ويمكن تعريف القاعدة القانونية عند دوجي بأنها " تلك القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع أنها ضرورية ولازمة لصيانة أو حفظ التضامن الاجتماعي، وأن من العدل تسخير قوة الإكبار في الجماعة لكفالة احترامها"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 66.

<sup>2</sup> إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 105.

## 2-ج-2 / النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي

واجه مذهب دوجي عدة انتقادات تتمثل في:<sup>1</sup>

- يصلح المنهج العلمي الواقعي التجريبي الذي أسس عليه دوجي لمذهبه لدراسة العلوم الطبيعية التي تخضع للسببية ولا يصلح لدراسة الظواهر الاجتماعية بما فيها القانون، كما تهدف دراسة العلوم الطبيعية إلى الكشف عما هو كائن بينما تتعدى دراسة العلوم الاجتماعية ذلك لتدرس ما يجب أن يكون، حيث لا يكتفي القانون بدراسة القواعد القانونية السارية في المجتمع بل يدرس القواعد القانونية التي يجب أن تسود المجتمع مستقبلا.
- لم يلتزم الفقيه دوجي- نفسه- بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه مذهبه، حيث أن الشعور بالتضامن بين الأفراد هو أساس مستمد من مثل أعلى للقانون الطبيعي، فلماذا استند دوجي لهذا الأساس الواقعي وأهمل أساسا يقابله وهو واقعي أيضا هو التنافس والتنازع، كما أن التضامن في الخير يقابله التضامن في الشر وبذلك فالتضامن كحقيقة واقعية لا يصلح كأساس بمفرده.

- اعتبر دوجي العدل شعورا شخصا قائما فعلا لدى أفراد المجتمع، مما يؤدي إلى تحكيم الأهواء والعقائد والنزعات الفردية، وأبعد العدل عن كونه فكرة مثالية أو مثالا أعلى حيث أن الأفراد هم الذين يحددون ما يعد عدلا وما لا يعد كذلك حسب إرادتهم، فنظام الرق يمكن أن يكون عادلا لمجرد شعور الأفراد بذلك، وهو ما لا يمكن التسليم به.

<sup>1</sup> انظر كلا من: عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 70، إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 110-106.

### ثالثاً: المذاهب المختلطة

رأينا فيما سبق أن هناك بعض المذاهب تكتفي بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي وهي المذاهب الشكلية، وهناك مذاهب أخرى تكتفي بجوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية وهي المذاهب الموضوعية، ومن بين هذه الأخيرة ما يرجع أصل القانون إلى المثل العليا التي يكشف عنها العقل، ومنها ما يرى أن جوهر القاعدة القانونية هو واقع ملموس، ووجهت لها جميعاً الكثير من الانتقادات لاهتمامها بجانب دون آخر (إما الشكل وإما الجوهر) مما أدى إلى ظهور مذاهب جديدة توازن بين المذاهب الشكلية والموضوعية، فتهتم بجوهر القانون -المثالية والواقعية- وشكله على السواء، هذه المذاهب تدعى المذاهب المختلطة.

حيث تؤسس المذاهب المختلطة القانون على جوهر القواعد القانونية المستمد من حقائق الحياة في الجماعة والمثل العليا التي تهيم عليها من جهة ومن جهة أخرى ترى أن إرادة الحاكم هي التي تعبر عن هذا الجوهر وتصوغه في شكله الخارجي، ومن أبرز الفقهاء الذين نادوا بهذه المذاهب الفقيه جيني<sup>1</sup> وأطلق عليها اسمه وبعدها تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني وسار على نهجه. لذلك سندرس فيما يلي كلا من: مذهب جيني ثم مذهب الفقه الحديث.

#### 1/ مذهب جيني:

سمي بمذهب جيني استناداً للفقهاء الفرنسي جيني الذي كان يعمل أستاذاً بجامعة نانس بفرنسا، عرض مذهبه في كتابه الذي يحمل عنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" وستتطرق فيما يلي للأسس التي أقام عليها جيني مذهبه ثم النقد الموجه له.

<sup>1</sup> فقيه جيني هو فرنسوا جيني (François Gény)، ويُعدّ واحداً من أهم فقهاء القانون المدني في فرنسا خلال القرن العشرين، وأبرز ممثلي المدرسة الواقعية في تفسير القانون، وُلد جيني سنة 1861 وتوفي سنة 1959، وشغل منصب أستاذ في كلية الحقوق بمدينة نانس، حيث ترك أثراً بالغاً في مناهج تفسير النصوص القانونية، اشتهر جيني بكتابه الشهير "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" (Science et Technique en Droit Privé Positif) الذي انتقد فيه الاعتماد المطلق على التفسير الحرفي للنصوص، واعتبر أن القاضي لا يقتصر دوره على تطبيق النصوص التشريعية، بل يجب أن يستند أيضاً إلى العلم، والمنطق، والواقع الاجتماعي، والبحث العلمي للوصول إلى الحل العادل. وقد وضع جيني نظرية متكاملة في منهج التفسير تقوم على الجمع بين النص القانوني والوسائل غير المكتوبة مثل العرف والفقه والمبادئ العامة وروح التشريع. ويمثل جيني نقطة انتقال مهمة من المدرسة الشكلية التي تلتزم بحرفية النص، إلى المدرسة الواقعية التي تعطي أهمية للمحتوى الاجتماعي والاقتصادي للقانون، مما جعله أحد أبرز المجددين في الفكر القانوني الحديث.



## 1-أ/ أسس مذهب جيني:

اعترف جيني أنه لم يبتكر مذهباً جديداً إنما أقام مذهبه على أساس تحليل المذاهب الموضوعية والشكلية السابقة وحاول أن يوفق بينها، حيث أخذ من المذاهب الموضوعية -سواء المثالية أو الواقعية- الأساس الأول المتمثل في حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة والتجربة مع الاسترشاد بالمثل العليا التي يكشف عنها العقل، وأخذ من المذاهب الشكلية الأساس الثاني المتمثل في الصورة أو الشكل الخارجي الذي يتم إضفاؤه على جوهر القاعدة القانونية لتصبح صالحة للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد قانونية عامة ومجردة.

فضّل جيني تسمية الجوهر بالعلم وتسمية الشكل بالصياغة.

## 1-أ/1/ بالنسبة لعنصر العلم:

يشمل العلم عند جيني المعرفة<sup>1</sup> الحسية القائمة على المشاهدة والتجربة وكذلك المعرفة الفلسفية القائمة على التأمل والتفكير العقلي، وبذلك يرجع جوهر القاعدة القانونية إلى كل من الفلسفة الواقعية والفلسفة المثالية، فأخذ من المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون وأخذ من مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمثل أعلى كغاية يسعى القانون لتحقيقها، وأخذ من مذهب التضامن الاجتماعي استناده لأهمية الحقائق والوقائع الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطوير القاعدة القانونية.

وعلى ضوء ما سبق قرر جيني أن جوهر القاعدة القانونية أو عنصر العلم فيها متكون من أربع أنواع من الحقائق هي: الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية.

\* الحقائق الواقعية (الطبيعية): هي حقائق تتكون من ظروف الواقع التي تحيط بأفراد المجتمع سواء كانت ظروفًا مادية تتعلق بالبيئة والطبيعة والإنسان أو ظروفًا معنوية تتعلق بالحالة النفسية أو الأخلاقية أو الدينية للإنسان أو ظروفًا اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، فكل هذه

<sup>1</sup> يمكن تقسيم المعرفة لثلاثة أنواع رئيسية: المعرفة الحسية: هي المعرفة التي نحصل عليها من خلال الحواس، مثل الإدراك المباشر للظواهر الطبيعية كتعاقب الليل والنهار أو الأحوال الجوية، المعرفة الفلسفية: تتعلق بالتأمل والتفكير في مسائل عميقة مثل أسباب الخلق والموت، وتتناول الظواهر غير العادية والميتافيزيقية، المعرفة العلمية: تقوم على الملاحظة المنظمة والاختبار والتجربة، وتشمل المعرفة العلمية الفكرية التي تتناول الظواهر المادية بوجه عام، والمعرفة العلمية التجريبية التي تعتمد على التجارب الحسية.

الحقائق العلمية تساهم بطريقة غير مباشرة في نشأة القاعدة القانونية حيث أنها تمثل الوسط الذي تنشأ فيه هذه القواعد.<sup>1</sup>

\* **الحقائق التاريخية:** هي القواعد والنظم التي تكونت بمرور الزمن لتنظيم حياة الأفراد في المجتمع، وتعتبر من الحقائق العلمية فتقوم على المشاهدة والتجربة ويمكن معرفتها من خلال استقراء التاريخ في مختلف العصور، ويكمن دور الحقائق التاريخية في إنشاء القواعد القانونية من خلال الأخذ بتجارب الماضي وخبرة الأجيال السابقة، وبالتالي يسترشد بها عند إنشاء وتعديل القاعدة القانونية مما يؤدي إلى التريث وعدم الاندفاع مما يكفل للقاعدة القانونية الاستقرار والثبات.<sup>2</sup>

\* **الحقائق العقلية:** هي حقائق يستخلصها العقل من الحقائق الواقعية والتاريخية، حيث يقوم العقل بتمحيص الحقائق السابقة وهذا بتقدير مدى صلاحيتها وملاءمتها لمقتضيات التنظيم القانوني والغاية التي وجد من أجلها.<sup>3</sup>

\* **الحقائق المثالية:** هي تلك المثل العليا التي يعتقدتها الإنسان في ضميره والهدف منها هو السير بالقانون نحو التقدم والكمال، لكن يرى جيني أنها تختلف من زمان لآخر ومن مكان لآخر فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها.

قبل أن نفرغ من عنصر العلم في القانون نلاحظ ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: أن هذه العوامل المختلفة، من حقائق واقعية إلى حقائق تاريخية إلى حقائق عقلية إلى حقائق مثالية، قد أخذت من كل مذهب من المذاهب التي سبق عرضها بقدر ما فيها من حق. فالحقائق الواقعية هي مذهب التضامن الاجتماعي، والحقائق التاريخية هي مذهب التطور التاريخي، والحقائق العقلية هي مذهب القانون الطبيعي، والحقائق المثالية هي مذهب الغاية الاجتماعية.

<sup>1</sup> مثال ذلك تنظيم عقد الزواج، فإنه يبني على كثير من الحقائق الواقعية، منها حقائق طبيعية كالتكوين الفسيولوجي لكل من الرجل والمرأة، ومنها أحوال أدبية كالحالة النفسية لكل من الزوجين، ومنها أحوال اجتماعية تتصل بمركز الرجل والمرأة في المجتمع، وهكذا.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 73.

<sup>3</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 129.

الملاحظة الثانية: أن القاعدة القانونية وهي لا تزال في دائرة الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية تكون واقعا، ثم تنقلب من الواقع إلى الواجب إذا انتقلت إلى دائرة الحقائق العقلية والحقائق المثالية. وسنراها الآن، إذا ما انتقلت من العلم إلى الصناعة، تنقلب من الواجب إلى المطبق.<sup>1</sup>

والجدير بالذكر أن جيني يغلب الحقائق العقلية فبعد عرضه للحقائق الأربع التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية، أو عنصر العلم، عند جيني، ولكن هذا الفقيه يعود بعد ذلك فيفاضل بين تلك الحقائق ويظهر أن أهمها جميعاً هي الحقائق العقلية، ذلك أن الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية لا تتطلب أكثر من أن تسجل بالمشاهدة والتجربة، دون حاجة إلى نشاط ذهني أو شخصي. ومن جهة أخرى فإن الحقائق المثالية لا تتدخل إلا للسمو بالقواعد التي يفرضها العقل على هدى الحقائق الواقعية والتاريخية، فجوهر القانون أساساً إنما هو عمل عقلي. والحقائق العقلية هي التي توقفنا على فكرة العدل التي تعين على إقامة النظام والأمن في الحياة الاجتماعية، ولهذا يستلزم جيني، وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية، أي وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء، قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد.<sup>1</sup>

#### 1-أ-2 - بالنسبة لعنصر الصياغة

الصياغة أو الصناعة القانونية تتمثل في مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجاً يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، وكأي تعريف فقهي لم تتحد كلمة الفقه حول تعريف فن الصياغة القانونية ومع ذلك يمكن القول: "بأن فن الصياغة هو مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة تعاون على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية." عنصر الصياغة يكمل عنصر جوهر القاعدة القانونية المتمثل في الحقائق الواقعية والتاريخية، والعقلية، والمثالية، فالصياغة تتعلق بالفن التشريعي، أي بتحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عامة مجردة صالحة

<sup>1</sup> إبراهيم أبو النجان المرجع السابق، ص 120.

للتطبيق في الحياة العملية، وفي هذا الشأن ميز جيني بين نوعين من أنواع الصياغة: الصياغة المادية والصياغة المعنوية:<sup>1</sup>

\* يقصد بالصياغة المادية للقاعدة القانونية هو اعتماد المشرع على شكل حسابي صريح لا يدع مجالاً للشك أو التأويل، أي يحل الكم محل الكيفن ومثال ذلك: تحديد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة<sup>2</sup>، وكذا المادة التي حددت سن الترشح لرئاسة الجمهورية بـ 40 سنة<sup>3</sup>، والمادة التي حددت سن الانتخاب بـ 18 سنة<sup>4</sup>، والمادة التي حددت قيمة الغبن الفاحش في بيع العقار بالخمس (5/1)<sup>5</sup>. أما الصياغة المعنوية فتشتمل ما يسمى بالقرائن التي يضعها المشرع أخذاً بالغالب والشائع من الأمور عند الناس للمحافظة على استقرار المعاملات، ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة 835 من القانون المدني: "حيازة المنقول سند الملكية"، فمن يحوز منقولاً يفترض أنه مالك له، لأن تلك الحيازة قرينة على الملكية، حيث جرت العادة واتفق الناس على أن من يحوز منقولاً بحسن نية يعتبر هو المالك<sup>6</sup>، له: كمالك الهاتف مثلاً.

#### 1- ب/ النقد الموجه لمذهب جيني

اهتم هذا المذهب بجوهر القاعدة القانونية وشكلها معاً، مما جعل مذهبه الأكثر إقناعاً للباحثين لأنه الأقرب للحقيقة، ومع ذلك تعرض لعدة انتقادات منها:

- أقام عنصر العلم على مجموعة من الحقائق ولكن لا تعد جميعها حقائق علمية بالمعنى الصحيح، حيث تخرج من دائرة الحقائق العلمية كل من الحقائق المثالية والحقائق العقلية، لأنها لا تنشأ عن واقع ملموس يثبت بالمشاهدة والتجربة وبالتالي لا تبقى في دائرة الحقائق العلمية سوى الحقائق الواقعية والتاريخية.

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> انظر نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> انظر نص المادة 87 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

<sup>4</sup> تنص المادة 3 من القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 أوت سنة 2016 المتعلق بنظام الانتخابات على: «يعد ناخباً كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثمانين سنة (18) سنة كاملة يوم الاقتراع وكان متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به».

<sup>5</sup> انظر نص المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 211.

- من الصعوبة بمكان التفرقة والتمييز بين كل من الحقائق الواقعية الطبيعية والحقائق التاريخية هذا من جهة، كذلك الحقائق المثالية والعقلية من جهة أخرى، فالحقائق التاريخية اكتسبتها الجماعة على مر العصور والأجيال إلى أن أصبحت تعد ضمن الظروف الواقعية المحيطة بالإنسان وبالتالي تختلط بالحقائق الواقعية، كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية.<sup>1</sup>

## 2/ جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

بسبب تلك الانتقادات الموجهة لمذهب جيني سعى الفقه الحديث إلى جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية إلى طائفتين فقط هما: الحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية.

حيث يتكون جوهر القاعدة القانونية من عنصرين: العنصر الواقعي والعنصر المثالي.

### 2-أ/ العنصر الواقعي

- يتمثل في الحقائق العلمية التجريبية التي تخضع للملاحظة والتجربة والتي لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية ومن أهمها: عوامل (حقائق) طبيعية، اقتصادية، سياسية واجتماعية، دينية وأخلاقية وعوامل تاريخية.

- **العوامل الطبيعية:** تتمثل في البيئة المحيطة بالإنسان أو تلك العوامل المتعلقة بالإنسان نفسه، فالمناخ يؤثر في نضج الإنسان لذلك تأخذها بعض التشريعات في الاعتبار عند تحديد سن الرشد أو سن الزواج، أيضا الدول التي تمتلك مساحة جغرافية كبيرة وعددا قليلا من السكان تراعي هذه العوامل في قوانين الهجرة التي تنظم منح الجنسية.

- **العوامل الاقتصادية:** إن التطور الاقتصادي وما نجم عنه من تطور في طرق الإنتاج ووفرة السلع والانفتاح على الأسواق وإنشاء مؤسسات اقتصادية والشركات متعددة الجنسيات والتوسع في التجارة الداخلية والخارجية كل ذلك كان له تأثير كبير في خلق قواعد قانونية مرتبطة بهذه

<sup>1</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 212.

المسائل، حيث يتأثر قانون العمل من حيث حقوق العمال وواجباتهم وشروط العمل، كما يتأثر القانون التجاري وقانون الاستثمار وقانون المنافسة والأسعار وغيرها.<sup>1</sup>

- العوامل السياسية والاجتماعية: يقصد بها الأفكار السائدة في المجتمع ولها تأثير كبير في إنشاء القواعد القانونية وتطورها، كالأفكار الإيديولوجية التي تبنتها بعض الدول في بعض الفترات الزمنية كالشيوعية والنازية والفاشية والرأسمالية وغيرها.

وفي القرون الوسطى، أدت الأفكار السياسية والاجتماعية القائمة آنذاك إلى خلق نظام الإقطاع وترتب عن المعتقدات الطبقية قبل العصر الحاضر ظهور تنظيم طبقة الأشراف الذي يضمن لها تميزها ويحصنها من كل دخيل عليها فأوجدت لنفسها قواعد قانونية تحصر الإرث في الابن الأكبر للأسرة وتحرم البنات من الإرث، وتقيد عقد الزواج من أجل ضمان عدم الاختلاط بالتزواج، فكان يخضع في كثير من الحالات إلى ترخيص من الوالدين حتى لمن جاوز سن الرشد من الأولاد.

وفي أواخر القرن الثامن عشر ظهرت مع الثورة الفرنسية معتقدات سياسية، واجتماعية تمثلت في الحرية، والإخاء والمساواة وقد أسهمت هذه المعتقدات في بناء النظام القانوني الفرنسي، وأيضاً في الاتحاد السوفيتي بعد انتصار الثورة الشيوعية سنة 1917م، ظهرت معتقدات سيادة الطبقة العاملة وإلغاء باقي الطبقات وعلى أساسها قام نظام الحكم السوفيتي الذي ساد إلى أواخر الثمانينات. إن هذه العوامل السياسية والاجتماعية، تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان، لها أثر في تكوين القاعدة القانونية وهي حقائق علمية تقوم على المشاهدة والتجربة لا يجوز إغفالها عند وضع القواعد القانونية.<sup>2</sup>

- العوامل الدينية والأخلاقية: المقصود بها ما يسود المجتمع من تقاليد وعادات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي حقائق هامة لا ينبغي إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، ومثالها القواعد الدينية التي لها أثر كبير في تنظيم الأحوال الشخصية كنظام الزواج، والنفقة والميراث والوصية وغيرها، كما أن للأخلاق أثر بارز في الدول الغربية في مسألة تحريم الطلاق.

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 215.

- عوامل تاريخية: تعتبر خبرة هامة تكتسبها المجتمعات عبر الزمن لتستفيد من التجارب الماضية لذلك يكون لها تأثير قوي في إنشاء وتطوير القواعد القانونية. وللعوامل التاريخية أهميتها بالنسبة للمشتغلين بالقانون، سواء بالنسبة للدراسات التاريخية من الناحية القانونية، أم في نطاق العلوم الاجتماعية والسياسية. ذلك أن هذه الدراسات تساعد على تفهم كثير من الأنظمة القانونية القائمة في الوقت الحاضر، إذ كثيراً ما تكون هذه الأنظمة وليدة تطور طويل عبر التاريخ كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لنظام الملكية الفردية؛ إذ لهذا النظام القانوني سنده التاريخي على الرغم من الخلاف الشديد على أساسه من وجهة نظر العقل، فقد تبين من استقراء التاريخ أن نظام الملكية قد مر بأدوار متعاقبة؛ إذ كانت الملكية مشتركة قديماً، ثم ظهرت بعد ذلك الملكية الفردية بالنسبة لبعض الحاجيات الشخصية للإنسان، ثم عرفت بعد ذلك في غير الحاجيات الشخصية واتسع نطاقها فشمل المنقولات والعقارات.<sup>1</sup>

تعتبر كل هذه العوامل المذكورة حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريدي وبعضها عقلي لكنها لا تكفي لوحدها لخلق قاعدة قانونية لذلك وجب تدعيمها بمثل أعلى يفرضه العقل وهو العدل.

## 2- ب/ العنصر المثالي أو المثل الأعلى للعدل

و يتمثل في الحقائق العلمية التفكيرية التي يستخلصها العقل، وقد أوجب الفقهاء عند وضع القواعد القانونية ضرورة تقريبها وقياسها على مثل أعلى هو العدل ودوره إعطاء كل ذي حق حقه، وميز الفقهاء بين نوعين من العدل هما: العدل الخاص والعدل العام.<sup>2</sup>

2-ب-1 العدل الخاص: هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، وأساسه المساواة المتبادلة بينهم، لذلك سمي "بالعدل التبادلي"، ويقتضي هذا العدل احترام كل منهم لحق الآخر، إما بإعطائه له أو الامتناع عن الاعتداء عليه. وكمثال عن العدل التبادل نجد المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية في الحقوق والالتزامات ومهما كانت طبيعتهم، وهو ما يعكس وجود العدل التبادلي، بأن جعل المشرع للقاضي التدخل لإعادة التوازن داخل العلاقة التعاقدية، إما في حالة الشروط التعسفية، الغبن، حوادث خارجية أو ظروف طارئة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 140.

<sup>2</sup> إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 216-219.

<sup>3</sup> كريم كريمة، محاضرات في فلسفة القانون، الطبعة الأولى، المركز الديمقراطي العربي، برلين، 2021، ص 96.

2-ب-2- **العدل العام**: هو العدل الذين يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها وهدفه تحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة وله صورتان: "العدل التوزيعي" و "العدل الاجتماعي".  
 - **العدل التوزيعي**: هو الواجب على الجماعة لصالح الأفراد (حقوق الأفراد) وذلك من خلال توزيع المنافع والوظائف العامة وغيرها.

ومن أمثلة العدل التوزيعي توزيع الخدمات الرقمية العامة والوظائف على الأفراد باعتبارهم جزء من المجتمع، بناءً على مساواة تناسبية غير مطلقة بالنظر لحاجات الأفراد ومقدرتهم، يعني المساواة بين الأفراد الذين لهم نفس الحاجات والكفاءات والقدرات؛ كأن يساهم الشخص في ميزانية الدولة عن طريق الضرائب بحسب قدراته المالية وربحه أو دخله، والاستفادة من المنح العائلية حسب حاجات وعدد الأولاد وسنهم ووضعيتهم.<sup>1</sup>

- **العدل الاجتماعي**: هو الذي يجب على الأفراد لصالح الجماعة (واجبات الأفراد) ويقوم على أساس أن الفرد ينتهي لهذه الجماعة فيُسخر لخدمتها، أي يشارك في تحقيق المصلحة العامة التي تعود بالمنفعة على الجميع.

ويلتزم كل فرد باعتباره عضواً في الجماعة برعاية المصلحة العامة في سلوكياته وتصرفاته وغيرها، فيجعل ماله الخاص في خدمة الصالح العام؛ فهنا يكون الشخص ينفذ التزاماته الاجتماعية، وهي فكرة توسع نطاقها لتشمل حتى الأشخاص المعنوية والشركات عن طريق ما يعرف بالمسؤولية الاجتماعية وأيضاً الحوكمة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> كريم كريمة، المرجع السابق، ص 96.

<sup>2</sup> المرجع نفسه



## المحور الثالث: تفسير القانون

يقصد بالتفسير لغة توضيح المعنى وإزالة الغموض، أما اصطلاحاً فهي معرفة قصد ونية المشرع عند إصدار القاعدة القانونية، حيث يقع على الفقيه أو القاضي البحث عن نية وإرادة المشرع عند القيام بتفسير تشريع معين.

فتفسير القاعدة القانونية يقصد به " التعرف على معنى الحكم الذي تتضمنه القاعدة، بحيث يتضح من ألفاظها أو فحواها (روحها أو معناها) حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجل تنظيمها"<sup>1</sup>، كما يعرف تفسير التشريع بأنه: "توضيح ما أبهم من ألفاظه تكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقض"<sup>2</sup>. وبذلك إذا كانت القاعدة القانونية واضحة ومستقيمة المعنى فهي ليست بحاجة إلى تفسير، بل لا يجوز محاولة تأويلها بمدلول آخر غير مفهومها الواضح، إذ أنه "لا اجتهاد مع وجود النص"، أما إذا شابها خطأ مادي أو غموض أو نقص أو تناقض فهي بحاجة إلى تفسير.<sup>3</sup> وسنتطرق فيما يلي إلى: أنواع التفسير – مدارس التفسير وطرق التفسير.

### أولاً: أنواع التفسير

التفسير بحسب مصدره أو الجهة التي تقوم به ثلاث أنواع هي: التفسير التشريعي، التفسير القضائي والتفسير الفقهي.

**1- التفسير التشريعي:** هو التفسير الصادر عن السلطة التشريعية التي سنت القواعد القانونية، فإذا تبين للمشرع أن الجهات القضائية لم تهتد لحقيقة النص تقوم بإصدار تفسير تشريعي من نفس السلطة التي أصدرت التشريع، كأن يقوم البرلمان نفسه بتفسير القانون الصادر عنه أو تقوم السلطة التنفيذية بتفسير اللوائح والتنظيمات الصادرة عنها، ويكون هذا التفسير ملزماً للقاضي

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 286.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 235.

<sup>3</sup> يتضح من هذا التعريف أن معنى التفسير واسع ينصرف إلى كافة القواعد القانونية، أي كان مصدرها، التي يثور الجدل حول المقصود منها فينصرف إلى القواعد التشريعية وإلى القواعد المستمدة من كل من الدين والعرف وأحكام القضاء، حيث يعتبر القضاء أحد المصادر الرسمية للقانون. غير أن دراستنا لا تتناول كلا من تفسير القواعد الدينية وقواعد العرف وأحكام القضاء، وذلك لأن القواعد الدينية تفسرها يخضع لأصول معينة تختص بها الكتب المتعلقة بالفقه الإسلامي، وهي أصول مختلفة عما هو متبع في تفسير القواعد التشريعية، والعرف لا يحتاج لتفسير لأنه نابع من الجماعة أما القضاء فهو مصدر تفسيري للقانون لا حاجة لتفسيره.

والمخاطبين بالنص القانوني، كما أنه يسري بأثر رجعي من تاريخ صدور النص الأصلي بالنسبة للأحكام غير النهائية، والتفسير التشريعي لا يورد حكما جديدا ولا يعدل أو يلغي تشريعا سابقا.<sup>1</sup>

2- التفسير الفقهي: هو التفسير الصادر عن الفقهاء الذين يدرسون القانون، ويغلب عليه الطابع النظري عكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا، غير أن بعض الفقهاء مؤخرا يمزجون بين التفسير النظري والعملي، ويبقى هذا النوع من التفسير غير ملزم للمحاكم على الإطلاق، لأنه مجرد رأي فقهي يمكن للقاضي أن يأخذ به على سبيل الاستئناس لا غير، كما لا يمكن إهمال دوره في تعديل القواعد التشريعية وتطويرها بما يتماشى والظروف المستجدة للمجتمع.<sup>2</sup>

3- التفسير القضائي: هو التفسير الذي يصدر عن القضاة عندما يقومون بحكم وظيفتهم بتطبيق القانون ويصادفون نصا يحتاج إلى تفسير وتوضيح معنى القاعدة القانونية، فيجتهدون في إزالة الغموض عن القاعدة.

وتفسيرهم هذا غير ملزم للمحاكم الأخرى، كما يمكن للقاضي نفسه أن يخالف التفسير الذي أصدره في دعوى مماثلة، إلا أنه يوجد استثناء بخصوص هذه النقطة، حيث يصبح التفسير القضائي ملزما في حالة صدوره عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة عن غرفتها المجتمعة حيث يكون في شكل اجتهاد قضائي ملزم.

ويختلف التفسير القضائي عن التفسير الفقهي في النقاط التالية:<sup>3</sup>

- إن القاضي يفسر النصوص التشريعية بمناسبة تطبيقها على النزاعات المطروحة عليه للفصل فيها، فهو لا يتطوع بالتفسير من تلقاء نفسه؛ بل هو يقوم به حتى ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأن مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المعروض عليه. وذلك على خلاف الفقيه الذي يفسر تلك النصوص بطريقة مجردة دون أن تكون تحت نظره حالات من الواقع يراد الفصل فيها، فيأتي تفسيره منفصلا عن أية نتائج عملية ومن ثم كان تفسير القاضي وسيلة للفصل في النزاع المعروض عليه، وكان تفسير الفقيه غاية في ذاته.

<sup>1</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 396.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 68.

<sup>3</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 288.

- إن تفسير القاضي يكتسي طابعا عمليا، إذ هو يتصل بنزاع معين يعرض عليه، لذا فهو يأتي متأثرا بالظروف الواقعية المحيطة بهذا النزاع، ولذلك فإن القاضي لا يرى حرجا في أن يحيد أحيانا عن قواعد المنطق إذا وجد أن اتباعها قد يؤدي إلى نتائج عملية لا تتفق مع العدالة، ولا يستريح إليها ضميره وذلك على خلاف تفسير الفقيه الذي يتخذ طابعا نظريا، لأنه يصدر منه بمناسبة فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية كافية.

ومع ذلك لا يوجد تعارض تام بين الفقيه والقاضي؛ بل إن هناك صلة وثيقة تقوم بينهما في تفسير قواعد التشريع بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية التي حققها التفسير الفقهي والفوائد العملية التي يرتبها التفسير القضائي، فالفقيه ينير الطريق أمام القاضي بشروحاته، والقاضي يزود الفقيه بتطبيقات عملية تدعم تفسيره مما يؤدي إلى تطوير القانون.<sup>1</sup>

### ثانيا: مدارس التفسير

تعددت الاتجاهات والمدارس في تفسير القانون، وهي ثلاث اتجاهات أساسية سبق وتطرقنا إليها في المحور الثاني من هذا المقياس بالتفصيل لذلك نكتفي بذكرها، وهي كالآتي:

1- مدرسة الشرح على المتون (المدرسة التقليدية).

2- المدرسة التاريخية.

3- المدرسة العلمية (الفقيه جيني).

### ثالثا: طرق التفسير

المقصود بطرق التفسير تلك الآليات التي تقوم على أدوات ووسائل يستعين بها المفسر للتعرف على معنى النص المفسر الذي يشوبه: خطأ مادي<sup>2</sup> أو خطأ قانوني<sup>3</sup> أو غموض<sup>4</sup> أو نقص<sup>5</sup>

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 288

<sup>2</sup> الخطأ المادي هو الخطأ الذي لم يقصده المشرع، ويتحقق الخطأ المادي إما بإيراد لفظ غير مقصود أو بسقوط لفظ من النص كان يلزم ذكره، بحيث لا يتم معنى النص إذا حذفنا اللفظ الزائد غير المقصود في الحالة الأولى، أو أضفنا اللفظ الذي سقط سهوا في الحالة الثانية.

<sup>3</sup> الخطأ القانوني هو الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة حيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه.

<sup>4</sup> الغموض في النصوص يكون يتحمل اللفظ أكثر من معنى واحد أي يحتمل التأويل، فعلى المفسر أن يختار المعنى الذي قصد إليه المشرع.

<sup>5</sup> يكون النص القانوني ناقصا إذا أغفل المشرع ذكر لفظ أو ألفاظ لا يستقيم النص بدونها، أو إذا سكت المشرع عن إيراد حالات كان يلزم ذكرها لذلك يتعين على القاضي تكملة النص قبل تطبيقه.

أو تعارض كحالة التعارض بين نصين من تشريع واحد أو بين نصين من تشريعين مختلفين يحمل كل منهم حكماً متعارضاً مع الثاني بحث يستحيل الجمع بينهما،<sup>1</sup> وعلى كل تنقسم طرق التفسير إلى نوعين هما: طرق التفسير الداخلية وطرق التفسير الخارجية.

1- طرق التفسير الداخلية: هي الاستناد إلى معاني الألفاظ في اللغة التي يستخدمها النص التشريعي، فيعرف رجل القانون مدلول النص وحكمه من داخل النص نفسه، دون اللجوء إلى أية وسيلة أخرى خارجية عن ذات النص،<sup>2</sup> فإذا اختلف المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي لنفس النص فإنه يعتد بمعناه الاصطلاحي إذا تبين أن المشرع لم يقصد المعنى اللغوي استناداً إلى القاعدة الفقهية القائلة: " العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، ويلجأ القاضي إلى الاستدلال والاستنتاج للوصول إلى الغاية من النص ومعناه وذلك بالاعتماد على ثلاث طرق هي: الاستنتاج بطريق القياس، الاستنتاج من باب أولى والاستنتاج بمفهوم المخالفة.

أ/ الاستنتاج بطريقة القياس: (الاستنتاج بمفهوم الموافقة) يلجأ إليه القاضي - عادة - في حالة نقص التشريع، أي في الحالة التي لم يرد بشأنها نص خاص يطبق عليها، لكن يوجد نص تشريعي آخر يقرر حكماً لحالة أخرى تشبهها تماماً فتكون الواقعةان متشابهتان ومشتركتان في السبب أو العلة، فتأخذ الواقعة الثانية حكم الواقعة الأولى لاشتراكهما في العلة، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة 135 من قانون الأسرة على القاتل الذي يقتل مورثه من أجل أن يسرع في ميراثه لا يرث، يمكن أن نقيس على هذه الحالة حالة الموصى له الذي يقتل الموصي ليتعجل الحصول على الوصية، فإنه لا يحصل على الوصية ويحرم منها كذلك، وذلك للتشابه بين حالة الميراث (المنصوص عليها قانوناً) وحالة الوصية (التي لم يرد نصاً بشأنها) لاتحادهما في العلة: استناداً للقاعدة الفقهية: "من تعجل الأمر قبل أوانه عوقب بحرمانه".<sup>3</sup>

ب/ الاستنتاج من باب أولى: يلجأ إليه القاضي حيث يطلق حكماً وارداً بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص قانوني، لأن العلة في الحالة الأخيرة أكثر توافراً منها في الحالة الأولى الوارد بشأنها نص، ومثال ذلك: يوجد نص تشريعي يمنع عديم التمييز (أقل من 13 سنة) بيع

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 305

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 418.

<sup>3</sup> محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 73.

أمواله، ولا يوجد نص تشريعي يمنعه من هبتها، لكن في هذه الحالة الأخيرة (الهبة) يجب من باب أولى الحكم بمنعه من هبة أمواله، لأن العلة من منع عديم التمييز من بيع أمواله هي الخوف عليه من الفقر والهبة تصرف يمكن أن يصيبه بفقر أشد.

ومثال آخر في القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنا فقتلها، فيجعل جريمة القتل في هذه الحالة جُنحة لا جنابة، فلو أن زوجاً فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنا، ولم يقتلها، ولكنه ضربها ضربة خلفت عاهة مستديمة، فإن هذه الجريمة تعتبر جُنحة لا جنابة من باب أولى، ما دام القتل، وهو أشد منها، اعتبر جُنحة.<sup>1</sup>

ج/ الاستنتاج بمفهوم المخالفة: يقوم القاضي في هذه الحالة بتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص تشريعي، ومثال ذلك: ما تنص عليه المادة 369 قانون مدني " إذا هلك المبيع قبل التسليم يترتب على ذلك الفسخ ويسترد المشتري ثمن الشيء المبيع"، وبتطبيق الاستنتاج بمفهوم المخالفة نجد أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم فلا يترتب الفسخ ولا يسترد المشتري الثمن بل إنه هو من يتحمل تبعة الهلاك.<sup>2</sup>

ما يلاحظ أن هذا الطريق من طرق الاستنتاج كثير الخطورة، لأن نص القانون قد يكون وارداً على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فلو طبقنا هذا الطريق في مثل هذه الحالة لقلنا بأن النص لا ينطبق على الأحوال المشابهة التي لم ينص عليها، مع أن الواجب تطبيق النص عليها من طريق الاستنتاج بطريق القياس، وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا إذا كان النص خاصاً بحالة استثنائية، إذ القاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.<sup>3</sup>

2- طرق التفسير الخارجية: هي تفسير النص الغامض أو الناقص استناداً لطرق ووسائل خارجة عن النص، ومنها: حكمة التشريع، الأعمال التحضيرية، المصادر التاريخية (المادية)، النص الأجنبي للتشريع وتقريب النصوص.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 246.

<sup>2</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 309.

<sup>3</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص 246.

أ- حكمة التشريع: يعني لجوء القاضي إلى البحث عن الغاية التي يهدف إليها المشرع من وضع تلك القاعدة القانونية وعلى ضوء هذه الغاية يسهل تفسير النص ومن ثم يسهل تطبيقه أي تبين حكمة التشريع بأن يتعرف المفسر العلة التي اقتضت الحكم، فيفسر في ضوء هذه الحكمة ألفاظاً وردت في التشريع قد تكون مهمة. مثال ذلك: أن القانون الجنائي يحمل كلمة "الليل" في جريمة السرقة وفي جريمة إتلاف المزروعات ويعتبرها ظرفاً مشدداً، فما معنى الليل؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفاً مشدداً لسهولة ارتكاب هاتين الجريمتين في الظلام، فأراد المشرع تشديد العقوبة به، ردعاً للمجرمين الذين يستغلون ارتكاب جريمتهم في جنح الظلام، فيجب إذن تفسير "الليل" لا على أنه من غروب الشمس لطلوعها وإنما الوقت الذي يشتد فيه الظلام.<sup>1</sup>

ب- الأعمال التحضيرية للتشريع: يرجع المفسر إلى مجموعة الوثائق الرسمية التي تضم اقتراح القانون أو مشروع القانون وما يرافقه من عرض الأسباب، تقارير اللجان البرلمانية التي قامت بدراسة الاقتراح أو المشروع وتنقيحه، مناقشات أعضاء البرلمان وتدخلاتهم بصده، وكل الأعمال السابقة للقانون لغاية نفاذه.

والجدير بالذكر أن الرجوع للأعمال التحضيرية لتفسير القانون يجب أن يقتصر بالحيلة والحذر، لأنها تعبر عن آراء شخصية قد لا تعكس إرادة المشرع، وأيضاً لا تواكب التطورات والتعديلات التي تطرأ على القانون كما أنها غير ملزمة لأنها ليست جزءاً من التشريع.<sup>2</sup>

ج- المصادر التاريخية: يلجأ المشرع في الكثير من الأحيان عند إصداره لقانون جديد إلى الاعتماد على نصوص قديمة أو نصوص مماثلة في بلدان أخرى ومثال ذلك: قوانين الأسرة مستوحاة من الشريعة الإسلامية لذلك يمكن العودة عند تفسيرها لأحكامها باعتبارها المصدر التاريخي والمادي لها.

كما يمكن الرجوع إلى القانون المدني الفرنسي عند تفسير نصوص القانون المدني الجزائري لأن المشرع الجزائري قد اعتمد عليها كثيراً في وضع مبادئه وأحكامه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 248.

<sup>2</sup> محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص 310.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 311.

د-النص الأجنبي للتشريع: كان المشرع الجزائري فيما مضى يحرر نصوصه التشريعية باللغة الفرنسية ومن ثم يترجمها إلى العربية (وهو وضع غير طبيعي لكن له ظروف خاصة) لذا عند تفسير النص بسبب غموضه يجوز الرجوع إلى النص الفرنسي لمعرفة قصد المشرع.<sup>1</sup>

هناك من رأى أن النص الفرنسي بخصوص أحكام القانون المدني هو الأصل ويستند هذا الرأي إلى أن واضعي القانون المدني كانوا من رجال القانون الجزائريين الذين درسوا القانون وتولوا تدريسه باللغة الفرنسية، وكانت ثقافتهم القانونية فرنسية بحكم العامل التاريخي الذي حال دون تمكنهم من اللغة العربية، وخالف آخرون هذا الرأي فقالوا أن القانون المدني أصلاً أعد بالعربية خاصة وأن نصوصه أخذ أغلبها من القانون المدني المصري ثم ترجم إلى الفرنسية".<sup>2</sup>

ه- تقريب النصوص: إذا كان النص غامضاً وهو ضمن مجموعة من النصوص، يمكن للمفسر أن يضعه ضمن السياق الذي ورد فيه لاستجلاء قصد المشرع من ورائه، فوضع النصوص وتجميعها بجانب بعضها البعض يؤدي إلى تحديد الإرادة الحقيقية للمشرع، ومثال ذلك: لتفسير أحكام قانون الأسرة يمكن الرجوع إلى أحكام القانون المدني، ولتفسير أحكام قانون البلدية يرجع إلى قانون الولاية وقانون المالية والقانون الدستوري.

<sup>1</sup> عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 210.

<sup>2</sup> المرجع نفسه.

### المحور الرابع: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية

إن صناعة التشريع في الدول الحديثة تبنى على الخلفيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية لكل مجتمع، وترتكز في مجملها على أسس ومعايير خاصة تحكمها وذلك تبعاً للمدرسة التي تستقي منها كل دولة طريقة وأسلوب صياغة منظومتها القانونية، وبسبب التطورات التشريعية خلال القرون الأخيرة في أوروبا ظهرت مدرستين تشريعتين عريقتين هما المدرسة الأنجلوسكسونية، والمدرسة اللاتينية ولكل منهما خصائصها المميزة، قبل التطرق لهما سنحاول تحديد المقصود بالسياسة التشريعية، وأهم الاتجاهات الحديثة.

#### أولاً/ مفهوم السياسة التشريعية

السياسة التشريعية، أو السياسة القانونية *la politique juridique* تربط بين مصطلحين: سياسة والتي يقصد منها عملية اتخاذ القرارات بالمفاضلة بين البدائل المتاحة، والممكنة على ضوء أولويات الجماعة ومصالح المجتمع، وفلسفة اعتمادها الأصلي هي كل ما يتعلق بحياة المدينة أو الدولة. أما التشريع: فهو كل نص يعمل على تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع، فالقانون ما هو إلا تنظيم لحياة المجتمع والمدينة أو الدولة من خلال تنظيم علاقات ونشاطات الأفراد المكوّنين لها، فواء كل قانون وضعي اختياري أو موقف سياسي للمشروع أو للدولة، وبذلك تختلف السياسة عن الصياغة.<sup>1</sup>

وبذلك تعد السياسة التشريعية فن تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون، وتقصد بها الفلسفة التي تحكم عملية التشريع بداية من اتخاذ قرار بشأن موضوع عن طريق التشريع أصلاً ومبرره بتحليله وتحديد أولويات المجتمع بإنشائه، ثم ترجمة مبادئ السياسة إلى نصوص قانونية وإصدارها بالطرق المقررة، فالقانون إذن هو اختيار سياسي، يمثل موقف المشرع (صاحب السلطة) من كل الأمور المعيارية (اقتصادية، اجتماعية، سياسية...) في المجتمع لتنظيمها أو تغييرها.<sup>2</sup>

فكل قاعدة قانونية تحمل فكرة سياسية هي التي ستترجم في شكل اقتراح مشروع وفقاً للإجراءات الشكلية المحددة في الدستور لوضع القوانين، وتلك الفكرة تعكس المجتمع ومتطلباته،

<sup>1</sup> منذر الشاوي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>2</sup> كريم كريمة، المرجع السابق، ص 98.



وهي تعتمد على: برنامج الأحزاب السياسية والذي يعد غالباً سلاح سياسي موجه لإسناد الحكومة أو معارضتها، وتأثير المصالح وهي المنافع التي يربها أو يسعى خلفها البعض والتي قد تؤثر في وضع القوانين حتى ولو كانت لا تتماشى مع برامج الأحزاب الحاكمة، بأن يكون أصحاب تلك المصالح أو الجماعات السياسية أو الجماعات الضاغطة تمثل المصالح لجعلها لها نصيب في التشريع<sup>1</sup>.

أولاً : المدرسة الأنجلوسكسونية تسمى أيضاً مدرسة القانون المشترك أو القانون العام Common Law وهي مدرسة قانونية تستمد جذورها من التراث القانوني الإنجليزي ومجموعة القوانين النابعة من هذه المدرسة، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع<sup>2</sup>.

1/ أهم الدول التي تعتمد على المدرسة الأنجلوسكسونية: بريطانيا (باستثناء اسكتلندا وهي تستعمل خليطاً بين القانون المشترك والقانون المدني على نموذجها الخاص)، الولايات المتحدة الأمريكية (باستثناء ولاية لويزيانا فهي تستعمل خليطاً بين القانون المشترك والقانون المدني على النموذج الفرنسي)، كندا (باستثناء مقاطعة الكيبك التي تستعمل خليطاً بين القانون المشترك والقانون المدني على النموذج الفرنسي)، أستراليا، نيوزيلندا، وهناك عدة دول تستخدم القانون المشترك بشكل جزئي أو ممزوجاً مع تراث قانوني آخر، وهي في مجملها من البلاد التي خضعت في وقت من الأوقات للاستعمار البريطاني، مثل جنوب أفريقيا، الهند، ماليزيا. سنغافورة وهونغ كونغ<sup>3</sup>.

2 / مميزات المدرسة الأنجلوسكسونية: تتميز المدرسة الأنجلوسكسونية أو مدرسة القانون المشترك بعدة خصائص أهمها<sup>4</sup>:

أ/ القدم والاستمرارية: فالقانون الانجليزي فريد من نوعه له تاريخ مستمر يعود بجذوره إلى القرن السادس ميلادي، فقواعده قديمة لم تفقد قوتها بمرور السنين.

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

<sup>2</sup> تعريف متوفر على الموقع الإلكتروني: <https://jordan-lawyer.com>

<sup>3</sup> المرجع نفسه

<sup>4</sup> حمزة يحيى، فلسفة القانون، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق، جامعة المسيلة، 2020-2021، ص 29-30.

ب/ عدم التأثر بالقانون الروماني: على خلاف معظم قوانين الدول الأوروبية، فالقانون الانجليزي لم يتأثر بالقانون الروماني، وبقي مستندا إلى مصادره الخاصة المبنية على العرف والسوابق القضائية.

ج/ عدم التقنين: لم تعتمد الدول التي تأخذ بمبادئ هذه المدرسة على بالتقنين كما حدث في دول مختلفة، فالطابع الغالب على القانون الإنجليزي أنه غير مقنن في مدونات قانونية تشمل المبادئ العامة والقواعد الجزئية د/ نظام القانون المشترك لا يفصل بين "القانون التجاري" و "القانون المدني": وعلى هذا الأساس أخذ تسميته.

هـ/ نظام القانون المشترك ذو طابع قضائي: فتعتبر أحكام السوابق القضائية مصدرا أساسيا ورسميا لمبادئ القانون الإنجليزي، وذلك لأسباب تاريخية أهمها: تأخر اعتماد التشريع كمصدر أساسي للقانون الإنجليزي حتى القرن التاسع عشر على خلاف باقي الدول مثل فرنسا وإيطاليا، وأيضا عدم تقنين القانون الإنكليزي، والاعتماد الكبير على السوابق القضائية والتزام المحاكم الدنيا وتقيدها بأحكام المحاكم العليا.

كما أن الكثير من المواد القضائية في بلدان القانون المشترك غير مكتوبة على هيئة تشريعات، بل يجب استنباطها من قرارات القضاة، فالقضاة ملزمون بالسوابق القضائية تحت ضوابط معينة، ونتيجة لذلك فالقاضي في بلدان القانون المشترك له مكانة اجتماعية مرموقة أعلى من مكانته في البلدان التي لا تأخذ بهذا النمط من التشريع.

و/ نظام القانون المشترك يتبنى وحدة القضاء: فلا يوجد فاصل بين المحاكم العادية والمحاكم الإدارية،<sup>1</sup> وكل أنواع القضايا ينظر فيها القضاء العادي، وعادة يكون القاضي في بلدان القانون المشترك غير مختص بنوع معين من القانون. فينظر نفس القاضي إلى القضايا التجارية والأسرية

<sup>1</sup> تشير وحدة القضاء إلى النظام القضائي الذي يعتمد على جهة قضائية واحدة للفصل في جميع أنواع المنازعات دون تمييز بين القضايا المدنية أو الجنائية أو الإدارية، بحيث تخضع الإدارة فيه لرقابة القضاء العادي مثلها مثل الأفراد، ويكون القاضي العادي هو المختص بالنظر في جميع الدعاوى بما فيها تلك الموجهة ضد القرارات الإدارية. أما ازدواجية القضاء فتعني وجود نظامين قضائيين مستقلين ومتوازيين، حيث يتولى القضاء العادي الفصل في المنازعات بين الأفراد، بينما يختص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات التي تكون فيها الإدارة طرفاً، مثل دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها، ويُعدُّ مجلس الدولة الفرنسي أبرز نموذج لهذا الاتجاه. وتقوم كل جهة قضائية في النظام المزدوج بدور محدد يعكس خصوصية المنازعات التي تُعرض عليها، مما يؤدي إلى توزيع دقيق للاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

والجنائية والإدارية وغيرها، وهذا لا يعني أنه لا توجد محاكم أو لجان تحكيمية مختصة كمحاكم الإفلاس ومحاكم الضرائب، ولكن أحكامها وقراراتها يمكن الاستئناف فيها أمام النظام القضائي العام للبلاد.

ز/ نظام القانون المشترك يعتمد استخدام هيئة محلفين في إصدار الأحكام القضائية: ويعتبر وجود هيئة المحلفين<sup>1</sup> في الولايات المتحدة حقاً دستورياً للمدعى عليه في القضايا الجنائية.

ح/ وجود فرع من القانون يسمى "العدالة" (equity) وقد كانت محاكم "العدالة" في إنجلترا منفصلة عن محاكم القانون المشترك، والهدف من وجودها هو تخفيف وطأة الأحكام الصادرة من محاكم القانون المشترك التي قد تكون قاسية أحياناً، وقد دمج النظامان فيما بعد وصارت مفاهيم "العدالة" داخلة ضمن القانون المشترك وبإمكان القاضي الاعتماد عليها إذا كان الالتزام بالقانون سيؤدي إلى نتيجة قاسية أو غير عادلة في نظره.

ثانياً: المدرسة اللاتينية ويسود هذا النظام القانوني في الدول التي تسير على نمط النظام القانوني السائد في فرنسا أساساً، ولاسيما من حيث تأثرها بالتقنين المدني الذي صدر في عهد نابليون بونابرت سنة 1804م والذي يعد أول تقنين ظهر في العصر الحديث ومن أبرز سمات هذه المدرسة اعتماد التشريع كمصدر أساسي للقانون.

كما أنها تتميز بخصائص عدة أهمها: التأثير بالقانون الروماني، التقنين، والازدواج القضائي.

1/ التأثير بالقانون الروماني: ظل القانون الروماني يحكم أوروبا الغربية دون منازع حتى سقوط الدولة الرومانية الغربية في أواخر القرن الخامس الميلادي، وخلال العصور الوسطى بدأ القانون الروماني في التلاشي والنسيان، لكنه بُعث من جديد من خلال دراسة مجموعات "جستنيان" في

<sup>1</sup> هيئة المُحلفين في النظام الإنجلوسكسوني هي مجموعة من المواطنين العاديين يُختارون للمشاركة في الفصل في القضايا المعروضة على المحاكم، سواء كانت مدنية أو جنائية، وذلك وفق إجراءات محددة تضمن الحياد. ويقوم دورهم أساساً على الاستماع إلى المرافعات والأدلة والشهادات، ثم المداولة بشكلٍ سري للوصول إلى قرارٍ يُجيب عن مسألة الوقائع: هل المتهم مُدان أم غير مُدان؟ أو هل الادعاء قد أثبت دعواه أم لا؟ ويُعدّ وجود هيئة المحلفين مظهرًا من مظاهر الديمقراطية القضائية في النظام الإنجلوسكسوني، إذ يهدف إلى إشراك أفراد المجتمع في تحقيق العدالة وضمان عدم احتكار القضاة للسلطة القضائية وحدهم، ويُنظر إليها كوسيلة لتعزيز الشفافية والثقة في القضاء.

أوروبا الغربية منذ القرن الثاني عشر الميلادي مما أدى إلى العودة إلى تطبيق القانون الروماني في أوروبا منذ القرن الثاني عشر الميلادي وحتى صدور المجموعات القانونية الحديثة في فرنسا والبلاد التي أخذت عنها في أوروبا، وصدور هذه المجموعات لم يقض على تأثير القانون الروماني، فقد تبنت مجموعة نابليون شروحات وكتابات شراح القانون الروماني الذين سبقوا الثورة الفرنسية مباشرة، ومن أشهرهم الفقيهان الفرنسيان الشهيران "دوما" و"بوتيه"، وتحول القانون الروماني إلى مصدر تاريخي لقانون نابليون، ولقوانين الدول التي أخذت عن هذا الأخير.<sup>1</sup>

2/ التقنين: يقصد بالتقنين مجموعة القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون التي تضعها السلطة المختصة في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما يكون فيها من تعارض وتضارب، وقد نادى رجال الثورة الفرنسية بفكرة التقنين، لأنه - حسبهم - يقدم قواعد قانونية واضحة المعالم بإمكان كل فرد الاطلاع عليها، فلا تحتكر فئة دون أخرى معرفته والاطلاع عليه، ولأنه يسهل تطبيق القواعد الخاصة والقواعد القانونية ومعرفتها، ويحقق توحيد القانون في الدولة، كما حدث في فرنسا حين تحققت الوحدة القانونية بصدور التقنينات بعد أن كانت مبعثرة في العديد من القوانين، كما أنه من شأنه أن يحقق المساواة بين الأفراد في المجتمع. وللتقنين قواعد وشروط أساسية، حيث يجب أن يتجنب الخوض في التعريفات العلمية، كما يجب أن يترك الخوض في التفاصيل الجزئية، فيقتصر على وضع قواعد عامة ومعايير قانونية مرنة بحيث تترك للقاضي عند تطبيقها مجالاً لوضع الحلول المناسبة لظروف كل قضية. ويعتبر التقنين من أساسيات المدرسة اللاتينية وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتشريع وهو ما يميز المدرسة اللاتينية عن المدرسة الأنجلوسكسونية.

<sup>1</sup> قانون الروماني بشكلٍ ضخم على تطوّر القانون الفرنسي، حتى يُقال إنّ روح القانون الفرنسي هي في الأصل رومانية. بعد سقوط الإمبراطورية الرومانية، بقيت قواعد القانون الروماني منتشرة في أوروبا، لكن تأثيره ازداد بقوة في فرنسا خلال العصور الوسطى عندما بدأ الجامعيون في بولونيا وباريس بإحياء دراسة القانون الروماني المدوّن في مجموعة «جستينيان». ومع الوقت، صار هذا القانون مرجعاً فكرياً وعلمياً لفقهاء فرنسا، خصوصاً في الجنوب حيث كانت الأعراق أقلّ حضوراً.

ولم يتوقف التأثير عند الجانب النظري، بل امتد إلى البنية التقنية للقانون الفرنسي نفسه: فكرة التقنين، والأسلوب في صياغة القواعد، والتقسيمات الكبرى للقانون الخاص كال عقود، والالتزامات، والملكية... كلها مستوحاة من الرومان. وعندما جاء نابليون في القرن التاسع عشر ووضع القانون المدني الفرنسي، كان اعتماده على المبادئ الرومانية واضحاً جداً، سواء في طريقة بناء الكتاب أو في كثير من المفاهيم القانونية الأساسية. وبذلك يمكن القول إن القانون الروماني كان بمثابة الأساس الذي بُني عليه القانون الفرنسي الحديث، فكرياً وتنظيماً وتقنياً.

3/ الازدواج القضائي: في الدول التي تأخذ بالنظام القانوني للمدرسة اللاتينية جهتان قضائيتان متميزتان، فبالإضافة إلى القضاء العادي ينشأ قضاء إداري مستقل يفصل في المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها، وتقترن هذه التفرقة بين جهتي القضاء المذكورتين بالتفسير الخاص الذي طرحه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات.

في الأخير إن صناعة القانون من ناحية بنائه في جميع دول العالم متأثر بأحد المدرستين سواء كانت الأنجلوسكسونية أو اللاتينية، لكن من ناحية مضمونه فإن صناعة القانون وصياغته متأثر بالاتجاه الديمقراطي الحديث الرامي إلى تجسيد مبدأ سيادة القانون وحرية النشاط الاقتصادي وضمان الحقوق والحريات العامة والمقصود بها الحريات المتعلقة بشخصية الإنسان كالأمن، وحرمة الحياة الخاصة...إلخ، والحريات المتعلقة بفكر الإنسان كحرية التعبير، حرية الاجتماع...إلخ والحريات المتعلقة بنشاط الإنسان كحرية التملك، حرية العمل...إلخ

## القسم الثاني

### مناهج البحث العلمي

يعتبر البحث العلمي المحرك الأساسي لتقدم الدول في مختلف مجالات الحياة لاسيما الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية والثقافية، ولما تفتنت الدول المتقدمة لأهمية البحث العلمي قامت بتمويله وتطويره وأعارت اهتماما كبيرا له من خلال تخصيص النسب الكبرى من الميزانية المالية للدولة للبحث العلمي، وفي الواقع لا يقوم البحث العلمي إلا بإتباع مناهج وخطوات معينة من أجل المساهمة في تطوير المجتمعات، وسنقوم خلال هذا السداسي بدراسة موضوع مناهج البحث العلمي في محورين أساسيين،

المحور الأول: الإطار المفاهيمي والنظري لمنهجية البحث العلمي  
المحور الثاني: أنواع المناهج العلمية.

## المحور الأول: الإطار المفاهيمي والنظري لمنهجية البحث العلمي

أولاً/ تعريف البحث العلمي: يمثل البحث العلمي الوسيلة التي تؤدي للوصول إلى الحقائق العلمية ووضعها في إطار قواعد أو قوانين أو نظريات علمية كجوهر للعلوم، خاصة وأن العلم اصطلاحاً هو جملة الحقائق والوقائع والنظريات ومناهج البحث التي تزرع بها المؤلفات العلمية، ويتم التوصل إلى الحقائق عن طريق البحث وفق مناهج علمية هادفة ودقيقة ومنظمة، من خلال أدوات ووسائل بحثية، وهناك عدة تعريفات للبحث العلمي تحاول تحديد مفهومه ومعناه، من بينها:

- " البحث العلمي هو وسيلة للاستعلام والاستقصاء المنظم والدقيق الذي يقوم به الباحث، بغرض اكتشاف معلومات أو علاقات جديدة، بالإضافة إلى تطوير أو تصحيح أو تحقيق المعلومات الموجودة فعلاً، على أن يتبع في هذا الفحص والاستعلام الدقيق".<sup>1</sup>

- " البحث العلمي هو فن هادف... وعملية لوصف التفاعل المستمر بين النظريات والحقائق... من أجل الحصول على حقائق ذات معنى، وعلى نظريات ذات قوى تنبؤية".<sup>2</sup>

- " البحث العلمي هو الدراسة الموضوعية التي يقوم بها الباحث في أحد الاختصاصات الطبيعية أو الإنسانية والتي تهدف إلى معرفة واقعية ومعلومات تفصيلية عن مشكلة معينة يعاني منها المجتمع والإنسان، سواء كانت هذه المشكلة تتعلق بالجانب المادي أو الجانب الحضاري للمجتمع، والدراسة الموضوعية للجوانب الطبيعية أو الاجتماعية قد تكون دراسة مختبرية تجريبية أو دراسة إجرائية أو دراسة ميدانية إحصائية أو دراسة مكتسبة تعتمد على المصادر والكتب والمجلات العلمية التي يستعملها الباحث في جمع الحقائق والمعلومات عن المشكلة المزمع دراستها ووصفها وتحليلها".<sup>3</sup>

من خلال التعاريف الواردة أعلاه يبدو جلياً ذلك الارتباط بين المنهجية والبحث العلمي من أجل الوصول إلى الحقيقة، هاته الأخيرة تكون إما اكتشافاً جديداً أو تعديلاً لمعرفة سابقة أو دحض المعلومات كانت من المسلمات.

<sup>1</sup> د/ أحمد بدر، أصول البحث العلمي ومناهجه، الطبعة الخامسة، وكالة المطبوعات، الكويت، 1979، ص 22.

<sup>2</sup> د/ عمار عوايدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2011، ص 19.

<sup>3</sup> د/ عبد الناصر جندلي، تقنيات ومناهج البحث في العلوم السياسية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 28.

والمنهجية <sup>1</sup> **Méthodologie** مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالبحث العلمي، فالجانب الإجرائي والشكلي للمنهجية يمثل تلك الخطوات الواضحة التي يسلكها الإنسان ليصل من خلالها إلى الحقيقة، حيث يتضمن بيان وتحليل الكيفيات والطرق والأساليب والإجراءات والإرشادات العلمية والفنية اللازمة للباحث لإعداد أعماله وأبحاثه العلمية في مجال العلوم القانونية.

ثانياً/ خصائص البحث العلمي: للبحث العلمي جملة من الخصائص التي تميزه، يمكن استخلاصها من التعريفات السابقة، أهمها ما يلي: <sup>2</sup>

1/ البحث العلمي بحث منظم ومضبوط: أي أن البحث العلمي نشاط عقلي منظم ومضبوط ودقيق ومخطط، حيث أن المشكلات والفروض والملاحظات والتجارب والنظريات والقوانين قد تحققت واكتشفت بواسطة جهود عقلية منظمة ومهياًة جيداً لذلك، وليست وليدة مصادفات أو أعمال ارتجالية، وتشكل هذه الخاصية للبحث العلمي عاملاً للثقة الكاملة في نتائج البحث العلمي.

2/ البحث العلمي بحث نظري: لأنه يستخدم النظرية لإقامة وصياغة الفرض، الذي هو بيان صريح يخضع للتجارب والاختبار.

3/ البحث العلمي بحث تجريبي: لأنه يقوم على أساس إجراء التجارب والاختبارات على الفروض، والبحث الذي لا يقوم على أساس الملاحظات والتجارب على الفروض لا يعد بحثاً علمياً، فالبحث العلمي يؤمن ويقترن بالتجارب.

4/ البحث العلمي بحث حركي وتجديدي: لأنه ينطوي دائماً على تجديد وإضافات في المعرفة، عن طريق استبدال متواصل ومستمر للمعارف القديمة بمعارف أحدث وأجد.

5/ البحث العلمي بحث تفسيري: لأنه يستخدم المعرفة العلمية لتفسير الظواهر والأمور والأشياء بواسطة مجموعات من المفاهيم المترابطة تسمى النظريات.

6/ البحث العلمي بحث عام ومعمم: لأن المعلومات والمعارف لا تكتسب الطبيعة والصفة العلمية إلا إذا كانت بحوثاً معممة وفي متناول أي شخص، مثل الاكتشافات الطبية.

<sup>1</sup> كلمة منهجية تعادلها بالفرنسية كلمة **Méthodologie** وهي مصطلح مركب من كلمتين **Méthode** وتعني المنهج أو الطريقة، و **logie** وتعني علم، وبذلك تعني المنهجية ذلك العلم الذي يعنى بدراسة المناهج أو أنها علم المناهج.

<sup>2</sup> د/عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 21.



ثالثاً/ أنواع البحث العلمي: تتنوع البحوث العلمية إلى عدة أنواع اعتماداً على أسس مختلفة إما بحسب الدرجات العلمية، وإما على أساس أسلوب التفكير،

1/ أنواع البحث العلمي بحسب الدرجات العلمية: ونقصد هنا "البحوث الموجهة"<sup>1</sup> التي يتم إعدادها ضمن الميدان الأكاديمي كالجوامع والمعاهد وتكون خاضعة للإشراف العلمي، مع وجوب التقيد بأهم القيود المنهجية للبحوث ومنها: المقالات (البحوث الصفية)، مشاريع البحث (مذكرات الليسانس والماجستير)، مذكرات الماجستير وأطروحات الدكتوراه، وسنتطرق لكل نوع منها بشكل موجز كما يلي.

أ/ المقالة: وهي بحوث قصيرة يقوم بها الطالب الجامعي خلال مرحلتي الليسانس والماجستير، بناءً على طلب أساتذته في المواد المختلفة، وتسمى عادة بالمقالة أو البحوث الصفية. (نسبة إلى الصف أي القسم)، وتهدف إلى تدريب وتعويد الطالب على تنظيم أفكاره، وعرضها بصورة سليمة، وعلى استخدام المكتبة ومصادرها، وتدريبه على الإخلاص والأمانة وتحمل المسؤولية في نقل المعلومات، وقد لا يتعدى حجم البحث عشر صفحات.

ب/ مشروع البحث: ويسمى عادة "مذكرة التخرج"، ويطلب في الغالب كأحد متطلبات التخرج بدرجة الليسانس أو الماجستير، وهو من البحوث القصيرة، إلا أنه أكثر من تعمقاً من البحث الصفّي، ويتطلب من الباحثين مستوى فكرياً أعلى ومقدرة أكبر على التحليل والمقارنة والنقد، حيث يعمل الباحث مع أستاذه المشرف على تحديد إشكالية ضمن موضوع معين يختاره الطالب، والغرض منه هو تدريب الطالب على اختيار موضوع البحث، وتحديد الإشكالية التي سيتعامل معها، ووضع الاقتراحات اللازمة لحل المشكلة في خاتمة البحث، واختيار الأدوات المناسبة للبحث، بالإضافة إلى تدريبه على طرق الترتيب والتفكير المنطقي السليم، والرجوع إلى الكثير من المراجع والمصادر القانونية، فليس المقصود منه التوصل إلى ابتكارات جديدة أو إضافات مستحدثة، بل تنمية قدرات الطالب في السيطرة على المعلومات ومصادر المعرفة في مجال معين والابتعاد عن السطحية في التفكير والنظر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> د/عمار عباس الحسيني، منهج البحث القانوني- أصول إعداد البحوث والرسائل القانونية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 17.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 18.

ج/ مذكرة الماجستير: هي بحث يرقى في مفهومه عن المقالة أو مشروع البحث، متممة لنيل درجة علمية عالية عادة ما تكون درجة الماجستير، والهدف الأول منها هو أن يحصل الطالب على تجارب في البحث تحت إشراف أحد الأساتذة ليتمكنه ذلك من التحضير للدكتوراه، وتتصف المذكرة بأنها بحث مبتكر أصيل في موضوع من الموضوعات، تعالج مشكلة يختارها الباحث ويحددها، ويضع افتراضاتها، ويسعى إلى التوصل إلى نتائج جديدة لم تعرف من قبل، لذلك تحتاج إلى مدة زمنية طويلة نسبياً، قد تكون عاماً أو أكثر.

د/ أطروحة الدكتوراه هي بحث علمي أعلى درجة من مذكرة الماجستير<sup>1</sup> هدفها الحصول درجة الدكتوراه، وهي بذلك بحث أصيل، يقوم فيه الباحث باختيار موضوعه، وتحديد إشكاليته وتحديد أدواته واختيار مناهجه، وذلك من أجل إضافة لبنة جديدة لبنان العلم والمعرفة.

2/ أنواع البحث العلمي على أساس أسلوب التفكير: على أساس أسلوب التفكير هناك البحوث الاستقرائية والبحوث الاستنباطية:

أ/ البحوث الاستقرائية: يقوم البحث الاستقرائي بعملية ملاحظة الجزئيات والحقائق والمعلومات الفردية، التي تساعد في تكوين إطار لنظرية يمكن تعميمها، وقد أخذ "سقراط" بهذا الأسلوب، وتعرف على نوعين منه الاستقراء التام والاستقراء الحدسي.

فعملية الاستقراء يمكن تلخيصها بأنها قضايا جزئية تؤدي إلى وقائع أو ظواهر عامة، إذ تعتبر مقدمة إلى قضية عامة، ويمكن اعتبارها نتيجة تشير إلى ما سوف يحدث، ولعل من أشهر أمثلة الاستقراء حادثة سقوط التفاحة وما استنتجه العالم نيوتن من النتائج والحقائق.

ب/ البحوث الاستنباطية يطلق على التفكير الاستنباطي أيضاً "طريق القياس"، وهو يسير في اتجاه معاكس للتفكير الاستقرائي الذي يتبعه التجريبيون، وهذا يعني أنه مكمل للأسلوب الاستقرائي وليس مناقضاً له، ينتقل الباحث بصورة منطقية من المبادئ والنتائج التي تقوم على

<sup>1</sup> تختلف أطروحة الدكتوراه عن مذكرة الماجستير في أن الجديد الذي تضيفه للمعرفة والعلم يجب أن يكون أوضح وأقوى، وأعمق وأدق، وأن تكون على مستوى أعلى، وقد يمتد الزمن بالباحث لأكثر من أربع سنوات، وتعتمد رسالة الدكتوراه على مراجع أوسع، وتحتاج إلى براعة في التحليل وتنظيم المادة العلمية، التي تعطي فكرة على أن مقدمها يستطيع الاستقلال بعدها بالبحث، دون أن يحتاج إلى من يشرف عليه ويوجهه.

البيدليات والمسلمات العلمية، إلى الجزئيات وإلى استنتاجات فردية معينة تقوم على أساس القياس.

3/ أنواع البحث العلمي على أساس النشاط: على أساس النشاط هناك البحوث العلمية التنقيبية الاكتشافية للحقائق والبحوث التفسيرية النقدية، البحث الكامل والبحث العلمي الاستطلاعي، والبحوث الوصفية التشخيصية والبحوث التجريبية.

أ/ البحوث التنقيبية الاكتشافية للحقائق: ويتركز المجهود والنشاط العقلي فيه على اكتشاف حقيقة جزئية معينة ومحددة بواسطة إجراء عمليات الاختبارات والتجارب العلمية والبحوث التنقيبية من أجل ذلك، ولا يقصد به تعميم النتائج أو استخدامها لحل مشكلة معينة، إنما جمع الحقائق فقط دون إطلاق أحكام قيمية عليها.<sup>1</sup>

ومن أمثلة البحوث التنقيبية البحوث التي يقوم بها العالم الطبيب في معمله لاختبار دواء جديد ومدى نجاعته، والبحوث عن السيرة الذاتية لشخصية إنسانية معينة، والبحث الذي يقوم به الطالب لاكتشاف مجموعة المصادر والمراجع المتعلقة بموضوع أو فكرة معينة.<sup>2</sup>

ب/ البحوث التفسيرية النقدية: يعتمد هذا النوع من البحوث العلمية على الإسناد و لتبرير والتدليل المنطقي والعقلي والرأي الراجح من أجل الوصول إلى حل المشاكل، ويتعلق هذا النوع من البحوث غالباً ببحث وتفسير الأفكار لا الحقائق والظواهر.<sup>3</sup>

ويعتبر البحث التفسيري النقدي ذو قيمة علمية هامة، للوصول إلى نتائج عند معالجة المشاكل التي تحتوي على قدر ضئيل من المعلومات والحقائق، ولابد أن يتوافر في التفسير النقدي ثلاثة جوانب هي:<sup>4</sup>

- أن تعتمد المناقشة التفسيرية وتتركز حول الأفكار والمبادئ المعروفة والمسلم بها، أو على الأقل أن تتلاءم الدراسة والبحث وتتفق مع مجموعة الأفكار والنظريات المتعلقة بموضوع البحث.

<sup>1</sup> د/ أحمد بدر، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> د/ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> المرجع نفسه.

<sup>4</sup> د/ أحمد بدر، المرجع السابق، ص 26-27.

- يجب أن تكون الحجج والمبررات والأسانيد ومناقشتها أثناء الدراسة التفسيرية والنقدية واضحة ومعقولة ومنطقية ومضبوطة.

- يجب أن يؤدي البحث التفسيري والنقدي إلى بعض النتائج والحلول، أو أن يؤدي إلى الرأي الراجح في حل المشكلة المطروحة للدراسة.

ج/ البحوث العلمية الكاملة: وهو البحث الذي يهدف إلى حل المشاكل حلاً كاملاً وشاملاً من أجل وضع القوانين والتعميمات، ويستخدم هذا النوع من البحوث كلا من النوعين السابقين (التنقيبي والتفسيري) أي جمع الحقائق والتدليل عليها، إلا أنه يذهب إلى أبعد من كليهما، حيث يضع الافتراضات المناسبة ثم يقوم الباحث بجمع الحقائق والأدلة وتحليلها، من أجل قبول الافتراضات أو رفضها، وبالتالي يتوصل إلى نتائج منطقية، تقوم لحل المشكلة على التدليل الحقائق، والتي تمكن الباحث من وضع التعميمات التي تستخدم في الحالات المماثلة.<sup>1</sup>

د/ البحوث العلمية الاستطلاعية: البحث الاستطلاعي أو الدراسة العلمية الكشفية الصياغية الاستطلاعية، هي البحوث التي تستهدف التعرف على المشكلة فقط، وتقوم الحاجة إلى هذا النوع من البحوث عندما تكون المشكلة وموضوع البحث جديداً لم يسبق اكتشافه من قبل أو عندما تكون المعلومات والمعارف المتحصل عليها حول المشكلة أو الموضوع قليلة وضعيفة.<sup>2</sup>

هـ/ البحوث العلمية الوصفية التشخيصية: هي البحوث التي تهدف إلى تحديد سمات وصفات وخصائص ومقومات ظاهرة معينة تحديداً كمياً وكيفياً.<sup>3</sup>

و/ البحوث العلمية التجريبية: هي البحوث العلمية التي تعتمد على المنهج التجريبي، والذي يُستعمل في العلوم التطبيقية والطبيعية، حيث يركز فيها الباحث على استخدام أدوات بحث تجريبية ومخبرية، ويخرج هذا النوع من البحوث من نطاق دراسة العلوم الإنسانية والاجتماعية بما فيها البحوث العلمية القانونية.

<sup>1</sup> د/ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> د/ عبد الناصر جندلي، المرجع السابق، ص 31.

<sup>3</sup> د/ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 29.

### ثانيا: مراحل إعداد البحث العلمي

يمر إعداد البحث العلمي بمجموعة من المراحل المتتالية والتي تكمل بعضها بعضا، يمكن إجمالها في ستة مراحل أساسية هي: مرحلة اختيار الموضوع، مرحلة جمع الوثائق العلمية، مرحلة القراءة، مرحلة إعداد الخطة الأولية للبحث، مرحلة جمع وتخزين المعلومات وأخيرا مرحلة الكتابة، وسيتم التطرق فيما يلي لكل مرحلة بشيء من التفصيل.

#### I/ مرحلة اختيار الموضوع:

تعتبر مرحلة اختيار الموضوع أي تحديد عنوان المذكرة من أولى خطوات البحث العلمي، وهي ضرورية – بالتأكيد- للسير فيه وإلا كيف يمكن للباحث أن يقوم بالخطوات الأخرى قبل أن تتحدد الخطوة الأولى المتمثلة في تحديد القضية أو المشكلة العلمية التي تتطلب حلا علميا لها. وتعتبر مرحلة اختيار الموضوع من أصعب مراحل البحث العلمي وأكثرها دقة، نظرا لغموض بعض المواضيع، أو تشعب عناصرها وعدم وضوحها، أو حداثة وعدم سبق الكتابة فيها، لذلك نجد أن عملية اختيار الموضوع تتم بطريقتين، وتحكم فيها مجموعة من العوامل التي قد تكون ذاتية وقد تكون موضوعية.

1- طرق اختيار موضوع البحث: يمكن أن تنحصر في طريقتين أساسيتين: اختيار الموضوع من قبل الباحث، واختيار الموضوع من قبل الأستاذ المشرف.<sup>1</sup>

أ- اختيار الموضوع من قبل الباحث: يعتبر الباحث صاحب بحثه وهو مالكة والمتخصص فيه، وهو المسيطر على عناصره وجزئياته، ولديه الرغبة الملحة للكتابة فيه، لذلك فالضرورة تقتضي أن يكون الاختيار من قبله،<sup>2</sup> حيث أن الباحث قد اطلع على الكثير من المواضيع أثناء فترة دراسته الجامعية – سواء الليسانس أو الماجستير- وتتوفر لديه الخلفية العلمية عن الموضوع الذي ينوي

<sup>1</sup> د/ عبد الناصر جندلي، المرجع السابق، ص 50.

<sup>2</sup> لا تخضع عملية اختيار البحوث الصفية لشروط ذاتية ولا موضوعية، بل يقوم الطالب باختيار إحدى المواضيع المقترحة من طرف الأستاذ الذي يدرّس المقياس. انظر في ذلك: المرجع نفسه، ص 51.

اختياره، من حيث أفكاره وجزئياته وعناصره ويميل للبحث فيها، ومن ثم يختار عددا من المواضيع في الأخير ينتقي أحدها للبحث فيه.<sup>1</sup>

ب- اختيار الموضوع من قبل الأستاذ المشرف: يتم اختيار الموضوع وفقا لهذه الطريقة بالنسبة للكثير من الباحثين والطلبة، خاصة أولئك الذين لم يتمكنوا من اختيار موضوع بحثهم أثناء دراستهم الجامعية أو بعدها بسبب ضيق الوقت أو لأسباب أخرى، ولا تمس هذه الطريقة بسلامة الاختيار، بل على العكس من ذلك، فقد يتوفر لدى الأستاذ المشرف عدد من الموضوعات المهمة التي تصلح أن تكون بحثا علميا جيدا، وللباحث في هذه الحالة أن يتناقش في الموضوع مع أستاذه وأن يبادل الرأي حوله، ويحصل على إجابات محددة ومفيدة بخصوص الإشكالات التي يواجهها والمتعلقة بالموضوع المقترح.<sup>2</sup>

2/ العوامل المتحكممة في اختيار الموضوع: تتحكم في عملية اختيار موضوع البحث العلمي عدة عوامل يمكن تقسيمها إلى نوعين رئيسيين: عوامل ذاتية وعوامل موضوعية.

أ/ العوامل الذاتية المتحكممة في اختيار الموضوع: هي عوامل متعلقة بالباحث، ونذكر منها على سبيل المثال:<sup>3</sup>

- الاستعداد والرغبة النفسية للبحث في الموضوع أي الارتباط النفسي بين الباحث وموضوعه، وينتج عن ذلك المثابرة والصبر على المعاناة والتحمس المعقول والتضحية من أجل إعداد البحث على أحسن وجه.

- القدرات العقلية والجسمانية للباحث: وهو البحث في مدى التكافؤ بين القدرات الشخصية للباحث وما يتطلبه البحث في موضوع معين، من حيث سعة الاطلاع والتفكير والتأمل، ومن حيث المستوى الدراسي للباحث، حيث لا يمكن تكليف طالب الماستر بإعداد بحث يتطلب مستوى وكفاءات تفوقه كتلك التي يتمتع بها باحث الدكتوراه مثلا، كما قد يكون الباحث أحيانا ذو إعاقة

<sup>1</sup> د/ غازي عناية، إعداد البحث العلمي (ليسانس، ماجستير، دكتوراه)، دار الشهاب، باتنة، 1985، ص 36.

<sup>2</sup> د/ غازي عناية، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> انظر كلا من: د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 89-91، د/ رشيد شمشيم، مناهج العلوم القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 63-67، عبد النور ناجي، منهجية البحث القانوني، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، د س ن، ص 21.

جسدية تصعب عليه التنقل مثلا للبحث في مكتبات بعيدة عنه فعليه أن يكتفي بالبحث في موضوع تتوافر المادة العلمية له في المكتبات التي يمكنه ارتيادها.

- الحالة المالية والاجتماعية للباحث: على الباحث مراعاة الجانب المتعلق بمصاريف إنجاز البحث، والتي تتناسب مع حالته المالية كتجنب المواضيع التي يضطر فيها للتنقل للخارج إذا كان ميسور الحال، كما أنه عليه أن يتجنب المواضيع التي لا تتناسب مع حالته الاجتماعية كما هو الحال بالنسبة للباحث المتزوج - سواء امرأة أو رجل- حيث أنه متكفل بعائلة وهذا الوضع لا يسمح له بكثرة الغياب والتنقل.

- التخصص العلمي: على الباحث أن يقوم باختيار موضوع بحثه في نطاق تخصصه العلمي، بوجه عام، وفي أحد فروع هذا التخصص الذي يدرسه بشكل خاص، كأن يختار أحد موضوعات القانون بوجه عام، ويختار موضوعا يندرج ضمن تخصصه القانوني بوجه خاص، ومثال ذلك أن يختار موضوع "الرقابة القضائية على القرارات التأديبية للموظف العام" إذا كان تخصصه هو القانون الإداري.

- التأثير بالتخصص المهني: يتأثر اختيار الباحث لموضوعه بالوظيفة التي يمارسها، من أجل تعميق معلوماته ومعارفه حول مهنته أو كي يستغل نتائج بحثه في تحسين وتطوير مهنته.

ب/ العوامل الموضوعية المتكئة في اختيار الموضوع: وهي عوامل متعلقة بموضوع البحث وطبيعته، ونذكر منها على سبيل المثال:<sup>1</sup>

- توافر المراجع والمصادر المتعلقة بموضوع البحث في المكتبات وتوافر المال لاقتنائها من المكتبات الخاصة، حتى يكون بإمكان الباحث الخوض في غمار البحث خاصة وجود المراجع المتخصصة.

- يجب أن يكون الموضوع ذو قيمة علمية نظرية وعملية حديثة ومفيدة في كافة مجالات الحياة العامة والخاصة، كحل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي تعرفها البلاد، أو يتناول مشكلة حقيقية تشغل الرأي العام أو تشغل طائفة معينة من أفراد المجتمع واقتراح حلول مناسبة لها.

- أن يكون موضوع البحث جديدا يتميز بالحدثاء قدر المستطاع، وهذا لا يمنع من دراسة مواضيع سبق طرحها ومعالجتها إذا كانت تحتاج إلى إثراء وتنقيح.

<sup>1</sup> د/ عبد الناصر جندلي، المرجع السابق، ص 51.

## II / مرحلة جمع الوثائق العلمية المختلفة:

بعد تحديد موضوع الدراسة تبدأ مرحلة جديدة يتم خلالها البحث الوثائق العلمية المختلفة من مراجع ومصادر وجمعها، وعملية التفتيش هذه تتم في الغالب عن طريق ارتياد المكتبات القانونية،<sup>1</sup> وتعتبر من أهم العمليات الواجب القيام بها في أي بحث وذلك بقراءة ما تعلق منها ببحثه ومن ثم تدوينه بنقل المعلومات أو الاستشهاد ببعض الفقرات أو تعزيز وجهة النظر الخاصة بالباحث.

وسنحاول فيما يلي تحديد المقصود بالمصادر والمراجع، وبعدها يتم الإشارة لأهم صورها خاصة في البحث العلمي القانوني.

**1/ تعريف المصادر والمراجع** يعرف المصدر لغة بأنه موضع الصدور أما المرجع فهو محل الرجوع، أمّا في الاصطلاح فيفرق فقهاء علم المنهجية بين المصدر والمرجع، حيث أن المصدر Source يعتبر أقدم ما يحوي مادة علمية في موضوع معين، أو أنها الوثيقة التي تنشر معلومات حول موضوع معين لأول مرة كالخطوط والمذكرات الشخصية والكتب القديمة، وتسمى أيضا المصدر الأصلي، أما المرجع Réference كما يسمى كذلك المصدر الثانوي فهو يعتمد أساسا في مادته العلمية على المصادر الأصلية، فيتعرض لها بالنقد والتحليل والتعليق والشرح والتلخيص، وقد نشرت المادة العلمية التي يحتويها المرجع في وقت لاحق على نشرها في المصدر الأصلي المأخوذة منه، لذلك فإن صاحب كل فكرة جديدة يعتبر مصدرا لها.<sup>2</sup>

وفي مجال البحوث القانونية تعتبر التشريعات بمختلف أنواعها والوثائق القانونية والأحكام القضائية وغيرها من المواد القانونية مصادر للبحث العلمي، أمّا الشروحات والتفسيرات والتعليقات على تلك النصوص فتعتبر مراجع، فمثلا القانون المدني الجزائري لسنة 1975 المعدل والمتمم يعد من قبيل المصادر في البحث العلمي القانوني، أمّا كتاب -مثلا- " شرح القانون المدني

<sup>1</sup> يمكن تقسيم المكتبات التي يستفيد منها الباحث القانوني إلى قسمين رئيسيين هما المكتبات العامة والمكتبات الخاصة، فالمكتبات العامة ليست مملوكة لفرد معين وتكون متاحة للجميع، ومن أهم صورها: مكتبات الجامعات، مكتبات كليات الحقوق، مكتبات المؤسسات الحقوقية (مكتبات أكاديميات الشرطة، مكتبات منظمات حقوق الإنسان، ...)، مكتبات البلدية والمكتبات الالكترونية المتاحة على الشبكة العنكبوتية. أمّا المكتبات الخاصة فتكون مملوكة للأفراد ملكية خاصة ومع ذلك نجد أن أصحابها يعيرون الباحثين المراجع المتواجدة بها خدمة للعلم والمعرفة وأساس التعامل بين المعير والمستعير هو الثقة بينهما.

للمزيد من الاطلاع حول المكتبات وأقسامها وتصنيفها ونظام العمل بها انظر: د/عمار عباس الحسني، المرجع السابق، ص 110-126.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 128.



الجزائري" للدكتور محمد صبري السعدي<sup>1</sup> فيعد مرجعا هاما في البحث العلمي الذي يكون موضوعه متعلقا بالقانون المدني، وعند الاستعانة بمثل هذه المراجع على الباحث أن يعود إلى المصدر للتأكد من أرقام المواد ومحتوى النصوص القانونية، قبل اعتمادها بشكل مباشر.

2/ أهم صور المصادر والمراجع في البحث العلمي القانوني الوثائق العلمية المتعلقة بموضوع البحث العلمي في أي تخصص كثيرة ومتنوعة منها: الكتب، الوثائق الرسمية، الدوريات، القواميس، المذكرات والأطروحات العلمية، التقارير الصادرة عن المنظمات الدولية...الخ، وسنحاول فيما يلي تصنيف أهم صور هذه الوثائق ضمن خانة المصادر أو المراجع كما يلي

أ/ المصادر: كما يطلق عليها كذلك الوثائق العلمية الأصلية أو المباشرة، ومن أهم صورها:<sup>2</sup>

- القرآن الكريم وكتب الحديث النبوي الشريف.
- معاجم اللغة العربية وقواميسها.
- التشريعات بمختلف مستوياتها (دستورية، عضوية، عادية أو فرعية في شكل أنظمة ولوائح).
- الأعمال التحضيرية للقوانين والاتفاقيات والمتمثلة في المناقشات والمداولات التي جرت بمناسبة سن قانون ما.
- المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات المبرمة والمصادق عليها.
- محاضر ومقررات وتوصيات المؤسسات الأساسية في الدولة كالمؤسسة السياسية، والدستورية.
- الشهادات والمراسلات المعتمدة رسميا.
- الأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية.
- الإحصائيات الرسمية.
- الخطابات السياسية وتصريحات القادة السياسيين والعسكريين والدبلوماسيين.
- الشهادات الشفوية لشخصيات معينة عايشة أحداث معينة أو شاركت فيها.
- التراجم والمذكرات الشخصية لبعض الشخصيات القانونية والسياسية من صناعات القرار في الدولة.

<sup>1</sup> د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام- التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.

<sup>2</sup> انظر كلا من: د/ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 57، وكذلك د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 131-134، وأيضا د/ عبد النور ناجي، المرجع السابق، ص 24-25.

ب/ المراجع: كما يطلق عليها كذلك الوثائق العلمية غير الأصلية أو غير المباشرة، أو الوثائق الثانوية، ومن أهم صورها:<sup>1</sup>

ب-1/ الكتب القانونية: وتعتبر الكتب<sup>2</sup> من أهم المراجع التي يعتمد عليها الباحث في بحثه، سواء كانت عامة ( مثلا كتب الشروحات التي تغطي مساحة كبيرة من المادة العلمية القانونية كشرح القانون المدني، أو مبادئ القانون التجاري أو الوجيز في قانون العقوبات القسم العام) أو متخصصة ( تتناول موضوعا جزئيا بصورة دقيقة في القانون، مثلا: إعادة التوازن المالي للعد، أو الحماية الجزائية للاسم التجاري، أو حق المتهم في الصمت... إلخ).

ب-2/ الدوريات: كل المطبوعات التي تصدر بصورة دورية سواء كانت مجلة أو صحيفة أو نشرة، وسواء كانت يومية أو أسبوعية أو نصف شهرية أو شهرية أو فصلية أو نصف سنوية أو سنوية، ويفضل في البحث العلمي القانوني الابتعاد قدر الإمكان عن الصحف والمجلات الثقافية، في المقابل يحنذ الرجوع إلى المجلات العلمية المتخصصة التي تصدر عن جهات أكاديمية وعلمية كالجوامع، وقد تكون دوريات قانونية متخصصة تصدر عن كليات الحقوق وحتى تلك التي تصدر عن وزارة العدل "نشرة القضاة"، أو المجلات التي تصدر عن نقابات المحامين أو المنظمات الدولية المتخصصة كمجلة الإنسان الصادر عن اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

وتبقى لهذه الدوريات دور هام في تزويد الباحث والقارئ -على حد سواء- بقدر هام من المعلومات المتخصصة في مجال البحث العلمي المنجز، خاصة إذا كان نشر أي مقال فيها يخضع لضوابط صارمة من أهمها عرض البحث على خبير علمي أو أكثر لإعداد خبرة بخصوص مدى صلاحية البحث للنشر من عدمه، أو الإشارة للأخطاء التي تعتريه لتداركها من قبل محرره، فينشر المقال في أرقى مستوى علمي وشكلي مراعيًا الجوانب المنهجية في هذا الشق.

ب-3/ المذكرات والأطروحات الجامعية: وهي مجموع الدراسات والأبحاث التي يقوم بإعدادها طلبة نهاية مراحل الدراسات العليا كالماجستير والدكتوراه، وتكمن أهميتها في جودة المواضيع التي

<sup>1</sup> انظر كلا من: د/ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 58-60، وكذلك د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 135-138، وأيضا د/ عبد النور ناجي، المرجع السابق، ص 25-26.

<sup>2</sup> يقصد بالكتب القانونية هنا كل الكتب التي يمكن للباحث الاستعانة بها لإعداد بحثه مهما كانت اللغة التي حررت بها (فرنسية، إنجليزية، إيطالية،... إلخ)، المهم أن يكون الباحث قادرا على فهمها واقتباس المعلومات التي تحتوي بترجمتها للغة بحثه، كما تندرج الكتب المترجمة للغة البحث - وهي العربية في أغلب الأحيان بالنسبة لدارسي القانون في بلدنا- ضمن قائمة المراجع.

تتناولها ودقة نتائجها القانونية، ويمكن للباحث العثور عليها في مكتبات الكليات التي نوقشت على مستواها، كما تسعى كل الجامعات لوضعها على الخط من أجل تسهيل حصول الباحثين عليها خدمة للعلم والمعرفة.

ب-4/ المحاضرات والبحوث غير المنشورة: يقصد بها المحاضرات التي يلقيها الأساتذة على مستوى المحاضرات والتي لم تجد فرصتها للنشر، وكذلك الأوراق البحثية التي تلقى أثناء المؤتمرات والندوات العلمية والأيام الدراسية والتي تعد كذلك بحوثاً قانونية غير منشورة ولكنها مرجع جد هام أهميته تضاهي أهمية المقالات الموجودة في الدوريات بالنسبة للبحث العلمي القانوني.

ب-5/ مراجع الانترنت: تعتبر الشبكة العنكبوتية في وقتنا الراهن مصدراً هاماً للمعلومات لما تحتويه من أبحاث ومؤلفات في شتى العلوم بما فيها القانون، من خلال مواقع متخصصة في هذا المجال، وعلى الباحث تحري الدقة والنزاهة في تعامله مع هذا النوع من المراجع، واللجوء إليها بشكل حذر وفي إطار محدود واستثنائي قدر المستطاع.

وفي الأخير يجب الإشارة إلى أن الباحث يمكنه الحصول على كل تلك الوثائق العلمية - أيا كان نوعها مصادر أو مراجع- والمتعلقة بموضوع بحثه إما بالشراء، أو التصوير أو الاستعارة، وعند جمعه لعدد معين يمكنه الانطلاق في مرحلة أخرى من مراحل إعداد البحث العلمي تتمثل في كيف تعامله مع هذه الوثائق وهي مرحلة القراءة والتفكير.

### III/ مرحلة القراءة والتفكير:

بعد أن تتم عملية جمع عدد معين من المصادر والمراجع والتي تحتوي على معلومات تخدم البحث العلمي الذي يكون الباحث بصدد إعداده، يتوجب على هذا الأخير قراءة هذه الوثائق العلمية قراءة صحيحة لاستخراج المعلومات التي تهتمه بشكل ممنهج، وسنحاول في هذا الجزء من الدراسة التعرف على أهداف القراءة، شروطها وأنواعها.

أولاً/ أهداف القراءة: تستهدف عملية القراءة أساساً فهم واستيعاب المعلومات الموجودة في الوثائق العلمية، ومع ذلك لها دور هام يتجلى في عدة جوانب منها:<sup>1</sup>

- التعمق في التخصص وفهم الموضوع والسيطرة على جوانبه العلمية والفكرية من خلال الاطلاع على الحقائق والمعلومات الموجودة في الوثائق العلمية المختلفة السابق جمعها.

<sup>1</sup> حول أهداف القراءة انظر كلا من: د/ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 63-65، د/ أحمد بدر، المرجع السابق، ص 181-182،

- اكتساب أسلوب علمي متخصص من طرف الباحث يساعد في عملية التحليل وهذا من خلال سعة اطلاع الباحث وفهمه الواسع والعميق لموضوع بحثه، مما يمكنه من بناء أفكار بحثه والتوصل لنتائج علمية دقيقة.
- القدرة على إعداد خطة البحث بطريقة موضوعية قائمة على أسس منطقية وبأسلوب ممنهج، فيتم تقسيم الموضوع إلى عناصر متوازنة ومتناسقة ومتكاملة في بناء هيكل للبحث.
- تكسب عملية القراءة الباحث ثروة لغوية متخصصة، تمكنه من التحكم في مصطلحات بحثه بطريقة سليمة، مما يزيد في القيمة العلمية والشكلية للبحث.
- تصقل عملية القراءة الجيدة شخصية الباحث وتقوي من شجاعته الأدبية، حيث تكسبه كما هائلا من المعلومات والأفكار والحقائق يصنع منها موقفا يخصه فيتمكن من معرفة مكانته ورأيه الشخصي وسط الأفكار والنظريات المتضاربة.
- ثانيا/ شروط القراءة: " القراءة فن فإذا عرفت كيف تقرأ سهّلت القراءة وسهّل عليك البحث كذلك"<sup>1</sup>، لذلك هناك مجموعة من القواعد الخاصة بأسلوب القراءة ينبغي على الباحث القانوني مراعاتها ومنها:<sup>2</sup>
  - القراءة في أوقات النشاط الذهني ليفهم الباحث ويستوعب ما يقرأه فلا يحرفه أو يشوّهه عند اقتباسه اقتباسا غير حرفي، ويتمكن من تحليل ونقد ما يقرأ.
  - البدء بأحدث المقالات الموجودة في الدوريات في مجال تخصصه، ثم يعود للأقدم فالأقدم لأن القانون في تطور مستمر وثمة تعديلات على الباحث مواكبتها.
  - التعرف على المراجع التي لها علاقة بموضوع بحثه، وذلك من خلال قراءة عناونها وفهرسها ومقدمتها -إذا كانت عبارة عن كتب- فإذا الباحث جزءا له علاقة بموضوع بحثه قرأه بالتفصيل، أمّا بالنسبة للدوريات والأطروحات والمذكرات العلمية فمن خلال قراءة ملخصاتها يعرف الباحث مدى ارتباطها بعمله.
  - الاطلاع بشكل أولي وأساسي على المصادر الخاصة بالبحث العلمي القانوني والتي تتمثل بداية في الجرائد الرسمية التي تنشر التشريعات بمختلف أنواعها.

<sup>1</sup> د/ محمد الصاوي محمد مبارك، البحث العلمي أسسه وطريقة كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992، ص 59.

<sup>2</sup> حول شروط القراءة انظر كلا من: د/ عبد النور ناجي، المرجع السابق، ص 32، د/ محمد الصاوي محمد مبارك، المرجع السابق، ص 59-60، د/ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 66-68.

- البدء بقراءة المراجع التي تعالج الموضوع بإيجاز ثم التعمق تدريجياً بقراءة المراجع الأكثر عمقا.  
ثالثاً/ أنواع القراءة: تنقسم القراءة من حيث مدى عمقها ودقتها إلى ثلاثة أنواع أساسية:<sup>1</sup> القراءة السريعة الكاشفة أو الفاحصة أو الاستطلاعية، القراءة العادية والقراءة العميقة أو المركزة أو المتخصصة.

1/ القراءة السريعة أو الكاشفة: تتحقق القراءة السريعة الكاشفة - من خلال تسميتها التي تعكس دورها- من خلال الاطلاع على عناوين مصادر المعلومات وفهارس الوثائق التي تم جمعها، وكذا مقدمات بعض المصادر والمراجع، وأحيانا بعض الفصول منها، كما يمكن قراءة قائمة المصادر والمراجع التي استعان بها صاحب المصدر أو المرجع، وكذا الخاتمة.

وأهداف القراءة السريعة تتمثل في:<sup>2</sup>

- تمكن الباحث من الوقوف على محتويات تلك المصادر والمراجع لتقييمها من حيث فائدتها لبحثه، فتتضح الوثائق العلمية المفيدة من تلك التي يتعين استبعادها لعدم علاقتها بالبحث.
- تقدير وتقييم كل مصدر أو مرجع من حيث جودة المعلومات وأهميتها في إعداد البحث.
- إعداد قائمة - ولو كانت أولية- لقائمة المصادر والمراجع المجمعة لإنجاز البحث.
- معرفة سعة وآفاق الموضوع وجوانبه المختلفة.
- تمحيص وترشيح الوثائق التي تم جمعها من حيث قدمها وجدتها، العام السطحي منها والمتخصص في البحث المراد إعداده، فيدرك الباحث ما هي المراجع الأساسية وتلك الثانوية، كما يعلم مدى كفاية الوثائق التي جمعها أو عليه مواصلة رحلة البحث عن المصادر والمراجع بشكل أكبر وعلى نطاق أوسع.

2/ القراءة العادية: يقصد بها القراءة الشاملة والعامّة للمادة العلمية الموجودة في المراجع والمصادر التي تم الاستقرار عليها بعد القراءة الكاشفة، فيتكون لدى الباحث انطبعا محددا بشأن هذه المعلومات من حيث الكم والكيف، ومن حيث إفادتها للبحث، كما يقوم الباحث خلال

<sup>1</sup> هذا التقسيم أورده الدكتور عمار عوايدي في مرجعه السابق الإشارة إليه، لكن ما يجدر التنويه إليه أنه لا يوجد تقسيم موحد لأنواع القراءات بين مؤلفي كتب منهجية البحث العلمي، لذلك نجد أن د/ عمار عباس الحسيني - مثلاً- يقسمها إلى أربع مراحل هي: القراءة المعنونة، الفهرسية، التمهيدية والمعمقة، وبقراءتنا لهذه المراحل استنتجنا أن مرحلتين القراءة المعنونة والمفهرسة تندرجان ضمن القراءة السريعة، والقراءة التمهيدية تقابل القراءة العادية، أما المرحلتين الأخيرتين فهما متطابقتان بالنسبة لكلا المؤلفين

<sup>2</sup> د/ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 69.

هذه المرحلة باختيار الاقتباسات التي تهتمه في موضوعه، وقد يستبعد بعض المراجع والمصادر التي جمعها سابقا إذ يتضح له بعد قراءتها أنها لا تمت لموضوعه بصلة.<sup>1</sup>

3/ القراءة المعمقة: بعد أن تتحدد قائمة المصادر والمراجع التي يرى الباحث علاقتها ببحثه، تبدأ مرحلة القراءة المعمقة و المركزة، وهي قراءة دقيقة ومتأنية لكل المعلومات التي يرى الباحث ان لها علاقة وطيدة بموضوع بحثه، حيث يتعين على الباحث فهم ما يقرؤه وبعد ذلك يقوم بتحليله وتقييمه مما يؤدي إلى فهم جوانب بحثه من حيث جزئياته وأفكاره فتتبلور لديه رؤية علمية سليمة بشأنه.<sup>2</sup>

بعد الانتهاء من مرحلة القراءة بأنواعها يستوجب الأمر التفرغ لمرحلة التأمل والتفكير لما تمت قراءته خلال الفترة الزمنية السابقة، حتى تتحقق عملية اكتساب المعلومات والمصطلحات والصيغ فتتفاعل وتتقوّل في ذهن الباحث، وتبدأ عملية الاستنتاج وتصور أجزاء البحث وعناصره الأساسية، ويبدأ بناء هيكل البحث وأفاقه في عقل البحث ليجسده عمليا على أرض الواقع، فتبدأ مرحلة جديدة من مراحل إعداد البحث العلمي هي مرحلة إعداد خطة البحث.

#### IV/ مرحلة إعداد الخطة الأولية للبحث:

تعتبر هذه المرحلة بمثابة المشروع الهندسي للبحث،<sup>3</sup> كما يمكن أن تُشبه خطة البحث بالهيكل العظمي للإنسان الذي يصور الإنسان على هيئته ولا يكتمل إلا إذا كسي باللحم،<sup>4</sup> إذ أنها تعد بمكانة خارطة الطريق بالنسبة للباحث أثناء عملية البحث.<sup>5</sup>

وستنطرق في هذا الجزء من الدراسة لأهمية وضع خطة البحث، تليه ضوابط وشروط وضع خطة البحث لنصل لعناصر هذه الخطة كما يلي.

أولا/ أهمية وضع خطة البحث: تعتبر عملية تقسيم وهيكلية موضوع البحث عملية جوهرية وحيوية للباحث لإعداد بحثه، حيث يقوم الباحث على هدى الخطة والتبويب والتقسيم بإنجاز

<sup>1</sup> د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 141.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 142.

<sup>3</sup> د/ عبد الناصر جندلي، المرجع السابق، ص 54.

<sup>4</sup> د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 147.

<sup>5</sup> د/ عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012، ص 177.

بحثه خطوة خطوة في مراحل منتظمة ومتناسقة ومتكاملة حتى يصل إلى النتيجة النهائية العلمية المقصودة.

وتتمثل أهمية تقسيم وتبويب البحث في النقاط التالية:<sup>1</sup>

- يفيد التصميم في أنه يهيئ للباحث سبيل الحصول على بيانات دقيقة بأقل جهد ممكن.
- إذا لم يقوم الباحث بوضع خطة أولية قد يجد نفسه أثناء جمعه للبيانات مضطراً لوضع بعض التعديلات التي لم تكن في حسابه، أو قد تكون بعض جوانب الدراسة بحاجة لضرورة للحذف أو التغيير لأنها غير مجدية بالصورة التي وضعت لها.
- يحدث أحيانا أن يبذل الباحث جهداً كبيراً في جمع المعلومات والبيانات حول مسألة معينة، ثم يتبين له عدم جدواها، وعدم إمكانية إدراجها في بحثه، فكان الأحرى به تصميم البحث قبل البدء في عملية الكتابة.
- ثانياً/ ضوابط وضع خطة البحث: عند وضع خطة البحث على الباحث أن يراعي عدة أمور من أهمها:<sup>2</sup>

- القراءة المستفيضة لموضوع البحث من أجل الإحاطة بمفرداته.
- إعداد الخطة بشكل مبدئي أولي، وبطريقة متأنية، مع محاولة اشتغالها على كل المسائل المتعلقة بالبحث.
- إعداد خطة بسيطة وواضحة بعيدة عن التقسيمات المعقدة التي تؤدي إلى تداخل الأفكار وتضاربها.
- محاولة إعداد خطة مبتكرة بحيث لا تكون مستنسخة من خطة أخرى سبق التطرق لها من قبل باحثين آخرين، حتى أن ذلك يخل بالأمانة العلمية للباحث وشخصيته العلمية.
- التسلسل المنطقي لعناصر الخطة، كأن تكون كل فكرة سابقة وممهدة للفكرة التي تليها (التعريف بالجريمة، أركانها ثم العقوبة المحددة لها -مثلاً-).
- التلاؤم بين عنوان البحث وخطته، من حيث عدم إدراج عناصر خارجة عن صلب الموضوع.

<sup>1</sup> د/ محمد منير حجاب، الأسس العلمية لكتابة الرسائل الجامعية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص 22.

<sup>2</sup> د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 150 وما يليها.

- التوازن الكمي ( التعادل النسبي من حيث عدد صفحات البحث بالنسبة للأجزاء المتماثلة، وكذلك التماثل في عدد الأجزاء التفصيلية أي عدد التقسيمات في الأجزاء الرئيسية للبحث) و التوازن الكيفي (التوازن العلمي أي التوزيع العادل في طرح الأفكار في خطة البحث) في إعداد خطة البحث.

- عرض الخطة على المشرف ومناقشتها، وتعديلها في ضوء ملاحظاته، باعتبار أن المشرف هو الشخص الأقدر والأكثر خبرة في المجال العلمي.

- مرونة الخطة أثناء كتابة البحث- حتى بعد عرضها على المشرف- وقابليتها للتعديل، لأنها خطة أولية مؤقتة، ومن خلال الاطلاع الدائم والتعمق في البحث يمكن للباحث تعديل تصميمها بالحذف أو الدمج أو الإضافة بما يحقق أفضل هيكلية علمية لاستيعاب موضوع البحث.

- تجنب العناوين السائبة والعائمة والشاردة والتي لا ترتبط بخطة البحث، حيث لا تنتهي لمبحث أو مطلب أو فرع وكأنها حشرت بين مفردات البحث حشرا، وهو ما يعد خلافا واضحا في إعداد الخطة (يمكن للباحث أن يوجز تلك المعلومات ويدرجها في الهامش بعد ربطها مع عنوان رئيسي في المتن، إذا لم يستطع إدراجها بشكل منهجي في خطة البحث).

- مراعاة الانسجام والتناسق بين العناوين الرئيسية والعناوين الفرعية، حيث تكون هذه الأخيرة متفرعة عن الأولى.<sup>1</sup>

ثالثا/ أقسام خطة البحث: تقسم خطة البحث من الناحية الموضوعية التقليدية إلى ثلاثة أجزاء رئيسية هي: مقدمة البحث، متن البحث وخاتمة البحث.

1/ مقدمة البحث العلمي القانوني: المقدمة هي ما يكتبه صاحب العمل للتعريف بعمله، وهي أول ما يطالعه القارئ، فإذا أحسن الباحث كتابة المقدمة فإنه يحسن إلى صورة بحثه في ذهن القارئ

<sup>1</sup> يقصد بمراعاة التناسق بين العناوين الفرعية والعناوين الرئيسية -مثلا- إذا كان عنوان الفصل أركان جريمة السرقة، فإن مثل هذا العنوان لا يستوعب إلا أركان الجريمة ولا يمكن أن يستوعب آثار الجريمة أي العقوبة المقررة لها فهي لا تندرج ضمن هذا الفصل من الدراسة.



والعكس صحيح، وتكتب المقدمة<sup>1</sup> بعد الانتهاء من العمل، حيث يتحدث الباحث عن بداية عمله وتطوره ونهايته فتعطي الانطباع الرئيسي عن العمل.<sup>2</sup>

وتكتب المقدمة بأسلوب بسيط ودقيق يعكس مستوى الباحث وقدراته القانونية والثقافية، وتحتوي المقدمة فقرات وأفكار متسلسلة ومتناسقة تمكّن من إيصال الفكرة للقارئ بأبسط العبارات دون الإخلال بالمعنى القانوني.

وتحتوي المقدمة على كافة العناصر التي يمكن أن تعرف بالعمل العلمي بشكل كافٍ، ومن أهم هذه العناصر: التعريف بموضوع الدراسة، أهميته، أهدافه، صياغة الإشكالية في شكل سؤال، المنهج المتبع، الدراسات السابقة، صعوبات الدراسة وننتهي بخطة موجزة لموضوع الدراسة.

2/ متن البحث العلمي القانوني: المتن في البحث العلمي هو الجزء المحصور بين المقدمة والخاتمة، كما أنه الجزء من الدراسة الذي تبرز فيه مشكلة البحث وتفرعاتها، وتظهر فيه قدرة الباحث على النقد والتحليل والترجيح وغيرها من مهارات كتابة البحوث العلمية، وتقسيمه يمكن أن يبدأ في الكتب أو الأطروحات أو مذكرات الماجستير من القسم أو الباب أو الفصل، أما في البحوث الأخرى<sup>3</sup> التي تكون أقل حجماً فيبدأ تقسيمها من المبحث الذي يقسم بدوره إلى مطالب وفروع وتقسيمات أخرى أقل منها.

وعلى الباحث أن يراعي في كتابة المتن عدة أمور منها:<sup>4</sup> الأسلوب البسيط الواضح، تناسق العبارات وتربط الأفكار مما يسهل على القارئ فهمها، التقيد بلغة القانون والابتعاد عن المحسنات البديعية والصيغ البلاغية، مراعاة التوازن النسبي في البحث (توازن كمي وتوازن كيفي)، الابتعاد عن العناوين الشاردة غير المرتبطة بالخطة، تجنب التضارب بين أقسام البحث، مراعاة الأمانة العلمية وتجنب سرقة جهد وأفكار الغير وذلك بالإشارة إلى مصادر المعلومات في

<sup>1</sup> لا بد من التمييز بين المقدمة والتقديم، حيث يطلق اصطلاح التقديم على الافتتاحية التي يكتبها شخص آخر غير المؤلف، يكون ذلك الشخص ذو مكانة علمية مرموقة (المشرف على الأطروحة-مثلاً- إذا أراد الباحث نشر عمله في شكل كتاب)، ويأتي التقديم قبل مقدمة الكتاب، والغرض منه الإشادة بالكتاب أو المؤلف أو بكليهما، انظر في ذلك: د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 386.

<sup>2</sup> د/ محمد منير حجاب، المرجع السابق، ص 69.

<sup>3</sup> يمكن أن يبدأ تقسيم مذكرة الماجستير من الفصل فالمبحث فالمطلب فالفرع ف: أولاً وثانياً... ثم 1، 2، 3..وبعدها: أ، ب، ج..

<sup>4</sup> د/ عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 387.

الهامش والتقيد بقواعد المنهجية في توثيق المعلومات بالهوامش، وأخيراً أن تبرز شخصية الباحث في كل أجزاء البحث من خلال النقد البناء والمناقشة والترجيح.

3/ خاتمة البحث العلمي: تكتب الخاتمة<sup>1</sup> بعد الانتهاء من إعداد البحث، وتعتبر الإطار النهائي للبحث، ويورد فيها الباحث محورين أساسيين هما: النتائج والاقتراحات واللذان تعكسان مدى فهم الباحث واستيعابه لموضوعه، كما أن الخاتمة تعد من معايير تقييم شخصية الباحث وجهده أثناء مناقشة عمله أمام لجنة المناقشة.

فالنتائج هي مجمل وأهم الأفكار والمفاهيم التي توصل إليها الباحث من خلال بحثه، أما الاقتراحات فهي مجمل وجهات نظر الباحث التي يرى أنه من المناسب توجيهها إلى جهة معينة كحلول للمشكلة التي طرحها في المقدمة لسد الثغرات التي اكتشفها من خلال تحليل الظاهرة المدروسة.

#### V/ مرحلة جمع وتخزين المعلومات:

تتعلق مرحلة جمع وتخزين المعلومات بعملية استنباط وانتقاء المعلومات والحقائق والأفكار المتعلقة بموضوع البحث من مختلف الوثائق العلمية التي تم جمعها مسبقاً، متبعين في ذلك طرقاً معينة وإجراءات تقنية دقيقة ومنظمة تمهد لعملية الكتابة وصياغة البحث وإخراجه النهائي.<sup>2</sup>

ولتوضيح مرحلة جمع وتخزين المعلومات لابد من التطرق لأساليب جمع وتخزين المعلومات في بند أول، ومن ثم بيان بعض القواعد والإرشادات المتعلقة بكيفية الجمع والتخزين. أولاً/ أساليب جمع وتخزين المعلومات: هناك أسلوبان أساسيان لجمع وتخزين المعلومات المحصلة من مرحلتين جمع الوثائق العلمية ومرحلة القراءة والتفكير، هما: أسلوب البطاقات وأسلوب الملفات.

<sup>1</sup> لا بد من التنويه إلى أن الخاتمة ليست تلخيصاً للبحث، فالخاتمة شيء والمُلخص Le résumé شيء آخر، فالملخص يعتبر من كماليات البحث أما الخاتمة فهي جزء لا يتجزأ من البحث العلمي، حيث لابد من أن يشتمل كل بحث علمي على خاتمة وإلا فقد أحد أركانه، أما الملخص فيكون في آخر البحث ويمكن أن يكتب بلغة البحث ولغة أجنبية، ويتناول أهم ما تطرق إليه الباحث بشكل وجيز، وعادة ما تذكر إلى جانبه الكلمات المفتاحية للبحث.

<sup>2</sup> د/عمار عوايدي، المرجع السابق، ص 81.

أولاً/ أسلوب البطاقات: يقوم الباحث عند إتباعه لهذا الأسلوب بإعداد بطاقات صغيرة الحجم إلى متوسطة من الورق الجيد كالورق المقوى مثلاً، وتكون متساوية الحجم مجهزة للكتابة فيها على وجه واحد، ويتم تنظيم هذه البطاقات عن طريق تصنيفها طبقاً لأجزاء وتقسيمات عناوين خطة البحث، وتوضع البطاقات التي تنتمي لنفس العنوان في ظرف أو صندوق منفصل عن غيرها.

ويجب أن يكتب في كل بطاقة كافة المعلومات المتعلقة بالوثيقة مصدر المعلومة اسم المؤلف وعنوان الوثيقة ودار النشر ومدينة النشر وسنة النشر، ورقم الصفحة.

ومن بين مزايا البطاقات أنه من السهل الرجوع إلى أية معلومة في البطاقة، إمكانية إضافة أية معلومات أو بيانات جديدة يحصل عليها الباحث خاصة إذا ما قورنت بأسلوب الدفتر الذي لا يسمح بذلك، سهولة تصنيفها حسب موضوعات البحث وأقسامه.

أما عيوب أسلوب البطاقات فيتمثل في احتمال ضياع البطاقات وفقدانها كلياً أو جزئياً، التكلفة الباهظة للورق المقوى، صعوبة حمل البطاقات لكل مكتبة يرتادها الباحث لمقارنة المعلومات وتدقيقها.

ثانياً/ أسلوب الملفات: يتكون الملف من غلاف سميك به قابضتان معدنيتان تفتحان وتغلقان بسهولة يوضع بهما مجموعة من الأوراق المثقوبة المتحركة، ويتم إعداد الملف وتقسيمه وفقاً لأجزاء البحث وحسب الخطة التي تم إعدادها.

ويمتاز أسلوب البطاقات بالمرونة حيث يسهل على الباحث أن يعدل أو يغير أو يضيف أو يحذف المعلومات، كما أن هذه الطريقة أكثر حفظاً وأماناً من طريقة البطاقات، إضافة لسهولة حمل الملف لأي مكان يذهب إليه الباحث، وهي طريقة أقل تكلفة.

ثالثاً/ بعض القواعد والإرشادات المتعلقة بكيفية الجمع والتخزين: كي يتمكن الباحث من جمع أكبر قدر من المعلومات المتعلقة بموضوع بحثه بطريقة منظمة وواضحة على الباحث أن يراعي التوجيهات التالية:<sup>1</sup>

- الدقة والتركيز في فهم محتويات الوثائق العلمية وتسجيلها في البطاقات أو الملفات مدعمة بالحجج الكافية.

<sup>1</sup> د/عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 86-87.

- على الباحث أن ينتقى ما يقوم بتسجيله بعناية وذكاء، فيركز على ما هو هام وجوهري ويبتعد عن ما هو حشو وأقل أهمية.
- احترام الترابط والتسلسل المنطقي بين المعلومات والأفكار والحقائق.
- أن لا ينسى تدوين مصدر المعلومات في هذه المرحلة وفي هذا احترام لقواعد الأمانة العلمية.

#### IV/ مرحلة الكتابة

تعتبر مرحلة الكتابة آخر مراحل إعداد البحث العلمي، وتتمثل في صياغة البحث وتحرير نتائج الدراسة وفقا لقواعد وأساليب وإجراءات منهجية وعلمية ومنطقية دقيقة، ومن أهم دعائم كتابة البحث العلمي مراعاة الأسلوب العلمي والمنهجي الجيد، احترام قواعد الاقتباس، احترام قواعد الإسناد والتوثيق والأمانة العلمية، ظهور شخصية الباحث، والسعي للخلق والتجديد والابتكار في موضوع البحث العلمي.

## المحور الثاني: أنواع مناهج البحث العلمي

عرفنا فيما سبق أن المنهج هو الخطة التي يتبعها الباحث ويتخذها مسلكاً أو طريقاً للوصول إلى هدف معين، فهو الطريقة العلمية التي ينتهجها أي باحث في دراسته وتحليل لظاهرة معينة أو لحل مشكلة ما وفق خطوات بحث محددة من أجل الوصول للمعرفة اليقينية بشأنها. وسنتناول بالدراسة أهم المناهج المعتمدة في البحوث العلمية القانونية والمتمثلة أساساً في المنهج الوصفي، المنهج التحليلي (تحليل المضمون)، المنهج المقارن، المنهج التاريخي ... وغيرها.

### أولاً: المنهج الوصفي

هو عبارة عن وصف للظاهرة محل الدراسة، حيث لا تخلو الدراسات القانونية في معظمها من استعمال المنهج الوصفي لذلك سنتناول تعريفه، أسسه، أهدافه، خطواته وتطبيقه في مجال العلوم القانونية وأخيراً تقييمه.

1- تعريف المنهج الوصفي: هو المنهج الذي يقوم فيه الباحث بوصف الظاهرة كما هي في الواقع وصفاً دقيقاً كما وكيفياً، كما يعرف بأنه طريقة في الوصف والتعليل والتفسير والتحليل بصيغة علمية لوضعية اجتماعية معينة، ويعرف أيضاً بأنه تصوير لظاهرة معينة تصويراً كمياً وكيفياً عن طريق جمع المعلومات النظرية بخصوصها والبيانات الميدانية عن المشكلة ثم تصنيفها وتحليلها من أجل الوصول إلى نتيجة معينة، وبصفة عامة يقوم المنهج الوصفي بدراسة الوقائع السائدة المرتبطة بظاهرة أو موقف معين أو مجموعة من الأفراد أو مجموعة من الأحداث أو مجموعة معينة من الوقائع والأوضاع.<sup>1</sup>

### 2- أسس المنهج الوصفي:

- يركز منهج البحث الوصفي على مجموعة من الأدوات مثل جمع البيانات الميدانية كالاستمارات والمقابلات والملاحظات والوقائع والاختبارات، كما يعتمد على جمع المعلومات النظرية حول الظاهرة من خلال مختلف المصادر والمراجع والإحصاءات الرسمية.

- الوصف والتحديد الكمي للظاهرة، حيث يكون هناك اختلاف في بعض الدراسات التي تتناول نفس الموضوع، فبعضها يكتفي بمجرد وصف الظاهرة كمياً وكيفياً والبعض الآخر يتعدى ذلك إلى

<sup>1</sup> عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 30.

معرفة الأسباب المؤدية للظاهرة، فيحاول الوصول لدوافع وجودها، والبعض الآخر يبحث عن حلول لإحداث تغيير أو تعديل للظاهرة.

- يستخدم الباحث الذي يستعمل المنهج الوصفي التجريد ليتمكن من تمييز خصائص الظاهرة المدروسة.

- تعميم النتائج على الظواهر المماثلة أو المشابهة، كأن يدرس جزءاً من كلٍّ، مثال ذلك: من أجل أن يدرس ظاهرة التسرب المدرسي يأخذ عينة من تلاميذ منطقة ما وبعد أن يدرس الظاهرة ويبحث في أسبابها يعمم النتائج عن الوضعيات المشابهة.<sup>1</sup>

3- أهداف المنهج الوصفي: تتمثل أهداف هذا المنهج فيما يلي:

- جمع معلومات حقيقية وملموسة ومفصلة لظاهرة تكون موجودة فعلاً في مجتمع معين.
- تحديد مختلف المشاكل الموجودة أو توضيح بعض الظواهر.
- تحديد رد فعل الأفراد في مواجهة مشكلة معينة والاستفادة من آرائهم وخبراتهم وفي وضع تصور وخطط مستقبلية واتخاذ قرارات مناسبة في مشاكل لها طبيعة مشابهة.
- إجراء المقارنة وتقييم بعض الظواهر.
- إيجاد العلاقة بين الظواهر.
- تحديد أفضل الطرق والأدوات والآليات لرصد الجوانب المختلفة للظاهرة مما يسمح للباحث من تقدير الموقف بشكل أفضل وأدق فيتجنب المفاجآت ويتعرف على المشكل قبل وقوعه (الإنذار المبكر).

- من خلال وصف الظواهر كما هي موجودة في الواقع، يمكن الوصول إلى استنتاجات تساعد في فهمها وتطويرها.

4- خطوات المنهج الوصفي: يمر المنهج الوصفي بمرحلتين أساسيتين هما: مرحلة الاستكشاف والصياغة ومرحلة التشخيص والوصف المعمق.

أ- مرحلة الاستكشاف والصياغة:

يتم في هذه المرحلة اختيار مجال محدد للبحث وصياغة مشكلات تصلح للبحث الدقيق كمرحلة قادمة، وتهدف الدراسات التي تعتمد على المنهج الوصفي إلى توضيح المفاهيم وتحديد

<sup>1</sup> جيبيري ياسين، المنهجية العلمية للبحث العلمي، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 189.

- الأولويات الجديرة بالبحث وجمع المعلومات عن القدرة العملية لإجراء بحث بشأن ظاهرة فعلية من ظواهر الحياة، وتستند الدراسة الكشفية على مجموعة إجراءات منهجية تشمل:
- تقديم حوصلة حول الظاهرة محل الدراسة ومختلف المجالات ذات الصلة بمشكلة البحث.
- استشارة الأشخاص الذين لهم الخبرة العلمية والعملية بالمشكلة محل الدراسة.
- تحليل بعض الحالات التي تعمل على توضيح المشكلة لدينا.
- ب- مرحلة التشخيص والوصف المعمق: يتم خلال هذه المرحلة من البحوث التي تعتمد المنهج الوصفي تحديد مختلف خصائص الظاهرة المدروسة وتجميع المعلومات بوصف دقيق لكامل جوانبها مما يسمح بالتشخيص الدقيق لها، وعلى كل حال عند تطبيق المنهج الوصفي يتبع الباحث مجموعة من الخطوات:
- الشعور بالمشكلة محل الدراسة وتجميع المعلومات والبيانات التي تساعد على تحديدها.
- تحديد المشكلة التي يقوم عليها البحث بصفة دقيقة.
- إجراءات البحث من خلال اختيار أدواته كالملاحق والجداول والبيانات المختلفة كما يمكن اختيار المجتمع والعينة في حالة البحوث المسحية ودراسة حالة.
- تحليل البيانات وتفسير النتائج وصياغتها بشكل واضح ودقيق من أجل تقديم استنتاجات واقتراحات.<sup>1</sup>

##### 5/ أنواع الدراسات الوصفية:

- تتخذ الدراسات الوصفية عدة أنواع أهمها الدراسات المسحية، وما يهمنا منها هو المسح الاجتماعي وكذا دراسة حالة.
- أ- المسح الاجتماعي: عرف الفقيه "هويني" المسح الاجتماعي بأنه "هو محاولة منتظمة لتحليل الوضع الراهن لنظام اجتماعي أو لجماعة أو منظمة"، كما عرفه الفقيه "مورس" بأنه "منهج لتحليل ودراسة أي موقف أو مشكلة اجتماعية وذلك من خلال إتباع طريقة علمية منظمة"، والواقع أن المسح يدرس موضوعاً معيناً في الحاضر بجمع البيانات حوله وتفسيرها ومن ثمة الوصول إلى نتائج يمكن تعميمها، وذلك بغرض التطبيق العلمي في المستقبل القريب وعليه يمكن القول بأن أسلوب المسح الاجتماعي يستخدم لدراسة الوقائع والأحداث الاجتماعية التي يمكن

<sup>1</sup> عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 31.

جمع بيانات كمية عنها وتوسع لتشمل مختلف القضايا الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية والدينية، وفئات المجتمع وطبقاته والفروق بين فئاته.

أ-1- مراحل المسح الاجتماعي: حدد بعض الفقهاء هذه المراحل فيما يلي:

- مرحلة التعريف بالبيئة المسوحة وبيان حدودها، مرحلة الوصف الدقيق، مرحلة التحليل وإيجاد العلاقة السببية بين العوامل المختلفة، الوصول إلى نتائج يمكن تعميمها.

أ-2- تصنيفات المسح الاجتماعي: تنقسم المسوح وفقا لعدة معايير كما يلي:<sup>1</sup>

\* من حيث الهدف وتعمقه في الدراسة، وتنقسم إلى مسوح وصفية ومسوح تفسيرية.

- المسوح الوصفية: تهدف إلى تحديد موضوع الدراسة والإلمام بخصائصها ومميزات هذا الموضوع.

- المسوح التفسيرية: فتقوم بربط الظواهر بالأسباب والقوانين وتربط الظواهر الجزئية بالمبادئ والنظريات العامة.

\* من حيث حجم المجهود الذي يشمل المسح: وتنقسم إلى مسوح شاملة تدرس كل أفراد الجماعة والمسوح بالعينة تدرس عينة من الجماعة.

\* من حيث مجال البحث: تنقسم إلى مسوح عامة وتدرس الظاهرة من جميع جوانبها ومسوح متخصصة تركز على جانب محدد من جوانب الظاهرة المدروسة.

أ-3- تطبيق المسح الاجتماعي في مجال العلوم القانونية:

يعد الفقيه "جون هاورد" أول من استخدم أسلوب المسح الاجتماعي في مجال العلوم القانونية، حيث قام بمسح اجتماعي بالوقوف على حالة المساجين وذلك من خلال جمعه للحقائق والأرقام مباشرة من السجن، فقام بإحصاء المساجين وسجل أسماءهم وتواريخ سجنهم، كما أحصى المساجين الذين لم يتمكنوا من مغادرة السجن لعدم قدرتهم على دفع رسوم الخروج، وقام أيضا بحصر شامل لمختلف أنواع الأمراض التي أصيبوا بها نتيجة سوء التغذية والتهوية والرعاية الصحية خلال تواجدهم في السجن، وبعدها تقدم جون هاورد ببحث إلى المسؤولين في إنجلترا وتمت مناقشته على مستوى السلطة التشريعية آنذاك، ونتج عن ذلك صدور عدة تشريعات تهدف في مجملها إلى إصلاح حالة السجون في إنجلترا كالقانون الذي يقضي بالإفراج الفوري عن

<sup>1</sup> صلاح الدين شروخ، المرجع السابق، ص 148.



المساجين الذين تثبت براءتهم، كذلك قامت السلطة القائمة على السجون بفحص السجون فحفا دقيقا ودوريا، ويمكن القول أن هذا الأسلوب يمكن استخدامه في العديد من فروع القانون سواء العام أو الخاص كإجراء دراسة مسحية حول تفشي ظاهرة البيروقراطية على مستوى الإدارات الجزائرية مثلا.

أ-4/ تقييم منهج المسح الاجتماعي: رغم إيجابيات هذا المنهج إلا أنه تعرض لعدة انتقادات:  
\* الإيجابيات:

- يعتبر منهج المسح الاجتماعي أسلوبا ناجحا في دراسة الظواهر الاجتماعية التي يمكن جمع معلومات رقمية وكمية عليها.

- وسيلة لقياس وإحصاء الواقع من أجل وضع مخطط لتطويره.

- المعلومات المتحصل عليها تكون حديثة ومباشرة من مصادرها وخاصة مصدرها الأصلي.  
\* السلبيات:

- تعتبر الدراسات المسحية دراسات شاملة غير معمقة حيث يستند الباحث فيها على آراء الأفراد ومواقفهم المعلنة دون أن يهتم بالتحليل والتعمق بالدراسة لمعرفة العوامل الحقيقية التي تؤدي إلى هذه الآراء.

- هذه الدراسات المسحية لا تستوعب الظاهرة كما هي موجودة في الواقع، والباحث يقيد نفسه بأدوات بحث مسبقة كالاستبيان مثلا فيعد مجموعة من الأسئلة قد تغفل جانبا مهما من الظاهرة المدروسة.

ب- منهج دراسة حالة:

يتميز هذا المنهج بكونه يهدف إلى التعرف على حالة واحدة أو وضعية واحدة بكيفية دقيقة، وسنقوم فيما يلي بتعريف منهج دراسة حالة ومن ثمة خصائصه، خطوات دراسته، تطبيقاته في مجال العلوم القانونية، وأخيرا تقييمه.

ب-1/ تعريف منهج دراسة حالة: هو أسلوب يقوم على جمع البيانات العلمية المتعلقة بوحدة فردية أو مؤسسة أو نظام اجتماعي أو مجتمع معين، فيقوم على أساس التعمق، حيث يدرس

مرحلة معينة على أساس الوحدة أو يدرس جميع المراحل التي مرت بها وذلك بغرض الوصول إلى نتائج علمية متعلقة بالوحدة المدروسة وغيرها من الوحدات المشابهة لها.<sup>1</sup>

ويعرف أيضا بأنه دراسة معمقة لنموذج واحد أو أكثر ، أي عينة يقصد منها الوصول إلى تعميمات أوسع عن طريق دراسة النموذج المختار.

## ب-2/ خصائص منهج دراسة حالة:

- يمكن أن تكون الحالة المدروسة عبارة عن جماعة أو نظام اجتماعي أو فرد أو مؤسسة.
- يقوم هذا المنهج على أساس التعمق في دراسة الحالة ولا يكتفي بالوصف الخارجي.
- يهدف هذا الأسلوب إلى تحديد مختلف العوامل المؤثرة في الوحدة أو الكشف عن العلاقات السببية بين مختلف أجزاء هذه الظاهرة المدروسة.
- يعد هذا المنهج طريقة تتبعية لأنها تعتمد بشكل كبير على عامل الزمن فهو مرتبط كثيرا بالدراسات التاريخية.
- يعد طريقة للحصول على معلومات شاملة ومعمقة عن الحالة محل الدراسة.

## ب-3/ خطوات منهج دراسة الحالة:

- يتبع في هذا الأسلوب عدة خطوات هي:
  - تحديد الحالة المراد دراستها وتحديد المشكلة الرئيسية المرتبطة بها.
  - جمع المعلومات والبيانات من مصادر متعددة لفهم المشكلة الرئيسية.
  - دراسة المشكلة من حيث نشأتها وتطورها.
  - اقتراح نوع من العلاج والحلول للمشكلة.
  - إعداد تقرير للحالة.
  - المتابعة والتشخيص للحالة والتأكد من مدى مناسبة العلاج.
- ## ب-4/ تطبيق منهج دراسة حالة في مجال الدراسات القانونية:

يستعمل منهج دراسة حالة بطريقة واسعة في مجال العلوم الاجتماعية السلوكية باعتباره يساعد في الحصول على المعلومات الأساسية، كما يستعان به كثيرا في الدراسات القانونية كدراسة نظام التقاضي والإجراءات والأعمال الإدارية للمحاكم ومؤسسات إعادة التربية، وكذا

<sup>1</sup> جيبيري ياسيننن المرجع السابق، ص 192.

رسم السياسات القضائية ودراسة الجرائم، والمقارنة ما بين نتائج أكثر من دراسة حالة بمعنى الوصول إلى أحسن النتائج، ويلجأ الباحث أيضا إلى هذا المنهج في مجال بعض الظواهر الاجتماعية بأبعادها القانونية مثل: ظاهرة البطالة.

ب-5/ تقييم منهج دراسة حالة: له إيجابيات وسلبيات:<sup>1</sup>

\* الإيجابيات:

- يقدم الباحث الذي يعتمد على منهج دراسة حالة دراسة معمقة، حيث يركز على الحالة المدروسة ولا يشتت جهده بدراسة موضوعات متعددة وحالات كثيرة.
- تساعد المعلومات التي يحصل عليها الباحث في فهم ودراسة حالات أخرى لها نفس الظروف.
- تتم دراسة العوامل المؤثرة والعلاقات السببية بالظاهرة المدروسة، مما يعني فهم وتحليل الظاهرة جيدا.

\* السلبيات:

- يمكن أن يستخدم الباحث ذاتيته في تفسير النتائج مما يبعده عن الموضوعية.
- عدم إمكانية التعميم.
- التكلفة في الوقت والجهد والمال.
- يمكن أن لا تكون النتائج صحيحة بشكل كامل مما يؤدي لعدم جواز تعميمها.

ثانيا/ المنهج التحليلي:

يعد المنهج التحليلي من المناهج الأساسية التي يستعملها الباحث في مجال العلوم القانونية، وسنتطرق فيما يلي لتعريفه، أهميته، وخطواته بنوع من التفصيل.

1/ تعريف المنهج التحليلي

يقصد بالمنهج التحليلي التفكيك والتجزئة، أما اصطلاحا يقصد به "الطريقة التي يتم بها تجزئة موضوع ما إلى أبسط عناصره بغية التمعن في دراسته والتعمق في معرفته"، ويعرف أيضا

<sup>1</sup> المرجع نفسه

بأنه تفكيك الكل إلى الجزء، والمقصود بذلك التفكيك العقلي للكل إلى أجزائه المكونة وعناصره المقيمة لبنائه، وممارسة التحليل تمكن من تجزئة الظاهرة ودراستها بعمق.<sup>1</sup>

## 2/ أهمية المنهج التحليلي

لكي يتمكن الباحث من إعداد بحثه وفقا للمنهج التحليلي لابد أن تتوافق طبيعة الموضوع المدروس مع متطلبات هذا المنهج حيث يجب استبعاد المواضيع غير القابلة للتحليل، وتظهر أهمية هذا المنهج فيما يلي:

- يستعمل في العلوم الطبيعية كالفيزياء والكيمياء المنهج التحليلي التجريبي، أما في مجال العلوم الاجتماعية والإنسانية فيعتمد الباحث على التحليل النظري المجرد لاستخلاص الأفكار والوصول إلى الخصائص الأساسية للظاهرة المدروسة.
- يمكن التحليل من التعمق في صلب الموضوع وبالتالي التحكم فيه وذلك نظرا لاعتماده على التفسير.
- يساعد التحليل على إزاحة الغموض على الأمور المهمة في بداية البحث.

## 3/ خطوات المنهج التحليلي

نقطة البداية بالنسبة للبحث الذي يعتمد على المنهج التحليلي هي دراسة القواعد العامة وفهمها جيدا ومعرفة شروط تطبيقها ومن ثمة فحصها ودراستها لإيجاد حل لها من أجل الوصول أخيرا إلى تطبيقها على الظاهرة المدروسة وبناء على ذلك فإن البحث باستخدام المنهج التحليلي يمر بالمراحل التالية:

- أ- مرحلة التفسير: أي بمعنى شرح المواضيع المتعلقة بالبحث من خلال تحليل النصوص وربط المتشابه منها والمختلف وتحديد مشكلاتها هذا على المستوى الأول، أو ما يسمى بالتفسير البسيط، أما على المستوى الثاني والذي يسمى التفسير المركب فيعمل الباحث الظواهر المدروسة في بحثه من خلال تحليلها إلى أجزائها وربطها بأسبابها.
- ب- مرحلة النقد: ويرصد الباحث أماكن الخطأ (الثغرات) في البحث العلمي الذي يقوم بتحليل موضوعه، فيقوم ويصحح المفاهيم المرتبطة ببحثه استنادا إلى الأصول العلمية الثابتة.

<sup>1</sup> صلاح الدين شروخ، المرجع السابق، ص 12:

ج- مرحلة الاستنباط: ويقصد بالاستنباط التأمل بالدراسة لأمر جزئية لاستنتاج الأحكام منها مما يؤدي للتوصل لنتائج جديدة.

#### 4/ تطبيق المنهج التحليلي في العلوم القانونية

يتم الاعتماد على المنهج التحليلي في مجال الدراسات القانونية بشكل واسع وكبير حيث يستعمل في:<sup>1</sup>

- تحليل الأحكام والقرارات القضائية من قبل المحامين والباحثين.
- تحليل محتوى القوانين بما فيها الدساتير لكشف النقائص والخلل.
- يستخدم من طرف النواب وأعضاء البرلمان لتحليل مشاريع القوانين.
- تحليل محتوى الخطابات السياسية والدبلوماسية.
- تحليل أنماط الجرائم وعددها وأركانها.
- كما يعد المنهج التحليلي من أبسط المناهج الذي يستعين بها الطلبة في بحوثهم على مختلف تدرجاتها فيستعمل في البحوث المتعلقة بالعقود، دراسة السلطات في الدولة والعلاقة بينها أيضا يستعمل في القانون الإداري وقانون العقوبات وغيرها.

#### ثالثا/ المنهج المقارن

نظرا لصعوبة إجراء التجربة المباشرة في ميدان العلوم الاجتماعية عموما والقانونية بصفة خاصة، فإن المنهج المقارن بإمكانه تدارك هذا الأمر، فما المقصود بالمنهج المقارن وما هي شروط المقارنة وأنواعها ومراحلها وكيف يتم تطبيقه في الدراسات القانونية.

#### 1- تعريف المنهج المقارن

يقصد بالمقارنة لغة المقايسة بين ظاهرتين أو أكثر وذلك بإبراز أوجه التشابه والاختلاف بين شيئين متماثلين، أما اصطلاحا فالمقارنة عملية تقوم على أساس استخراج أوجه التشابه والاختلاف بين شيئين متماثلين مما يعني عدم إمكانية المقارنة بين شيئين متناقضين لأننا في هذه الحالة نكون أمام أمر آخر هو المقابلة وليس المقارنة.

ويعرف المفكر جون ستيوارت المنهج المقارن بأنه "يعني مقارنة نظامين سياسيين متماثلين في كل الظروف ولكنهما يختلفان في عنصر واحد حتى يمكن تتبع نتائج هذا الاختلاف". أما المفكر

<sup>1</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 99

دوركاييم فيعرف المنهج المقارن بأنه "تجريب غير مباشر يتم خلاله الكشف عن وجود أو صدق الارتباطات السببية بين الظواهر المقارنة".

وبذلك فالمنهج المقارن هو منهج يعتمد على أداة المقارنة في دراسة الظواهر فيبرز أوجه التشابه والاختلاف بينها، كما أنه عملية ذهنية محددة تعتمد على التحليل والتركيب ووصف الظاهرة وعدم عزلها عن سياقها التاريخي والثقافي والاجتماعي وغيرها.

أما في مجال العلوم القانونية فيعتمد على المنهج المقارن للقيام بالمقارنة بين القانون الوطني وقانون أجنبي أو نظام قانوني وضعي وآخر .... كالشريعة الإسلامية، وذلك باستخراج الأمور المشتركة والمختلفة بينهما فيما يتعلق بالمسألة القانونية محل البحث والهدف من ذلك التوصل الى أفضل حل لهذه المسألة، ومن أمثلة البحوث المقارنة الرقابة على الدستورية القانونية دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا<sup>1</sup>.

## 2- شروط المقارنة: يقوم المنهج المقارن على عدة شروط منها:

- يجب أن تتركز المقارنة على جانب واحد من جوانب ظاهرة معينة.
- يجب عدم الخلط بين الدراسات التاريخية والدراسات المقارنة.
- أن تكون هناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف فلا يجوز المقارنة بين أمرين لا يقارنان.
- تبيان أو تحديد مستوى المقارنة وإطارها حيث يقوم الباحث باختيار العناصر الضرورية للمقارنة والابتعاد عن المقارنات السطحية.
- التقيد بعاملي الزمن والمكان بالمقارنة.
- إجراء المقارنة من الناحية الشكلية والموضوعية بين الظواهر المقارنة وأخيرا التوصل الى العلاقة بين الظواهر المقارنة (تفضيلية، تكاملية، ملائمة، متناقضة ... وغيرها).

## 3- أنواع المقارنة: للمقارنة أربع أنواع:

- أ- المقارنة المغايرة: هي مقارنة بين ظاهرتين اجتماعيتين تكون أوجه الاختلاف فيها أكثر من أوجه التشابه مثل: المقارنة بين الطلاق والخلع كآليتين لفك الرابطة الزوجية.

<sup>1</sup> رشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 176.

ب-المقارنة الاعتيادية: هي مقارنة بين ظاهرتين أو أكثر من جنس واحد تكون أوجه التشابه بينها أكثر من أوجه الاختلاف كالمقارنة بين الولاية والبلدية في التقسيم الإداري الجزائري.

ج- المقارنة الداخلية: تدرس حادثة أو ظاهرة واحدة مثال ذلك هجرة السكان في المجتمع الجزائري.

د- المقارنة الخارجية: هي مقارنة بين ظواهر اجتماعية مختلفة عن بعضها ومثال ذلك الدراسة المقارنة بين الوقف في الشريعة والترست في القانون الانجليزي.

4- مراحل وخطوات المقارنة: يمر المنهج المقارن بعدة خطوات هي:

- تحديد الظاهرة الاجتماعية محل الدراسة.

- تحديد مختلف الخصائص والعناصر لهاته الظاهرة أي تعيين وحدات المقارنة.

- الكشف عن أوجه التشابه والاختلاف.

- التوصل إلى العلاقة بين المسائل محل المقارنة قصد الحصول على أفضل النتائج.

5/ تطبيق المنهج المقارن في الدراسة القانونية: لا تخلو الدراسات القانونية من المقارنة لأنها تساعد في الكشف عن النقص أو الفراغ أو عدم الانسجام الذي يعتري أو يشوب النظم القانونية المختلفة، فهناك عدد كبير جدا من البحوث الجامعية في مجال القانون تقوم على أساس المقارنة بين النظام القانوني الجزائري ونظيره المصري والفرنسي، والكثير من الانتقادات وجهت للتشريع الجزائري بسبب تلك المقارنة، حيث تم تعديل قوانين عدة بسبب النقائص والانتقادات التي اكتشفت عن طريق المقارنة، وتعتبر المقارنة هنا مستحسنة لأنها تمت بين ظواهر ونظم قانونية متجانسة.<sup>1</sup>

فالنظام القانوني الجزائري والمصري والفرنسي كلها تنتمي لنظام واحد وهو النظام اللاتيني، كما يمكن أن تشتمل المقارنة أيضا السلوك الإنساني كمقارنة معدلات الجريمة في عدة دول مختلفة وتحديد أسباب زيادتها أو نقصانها.

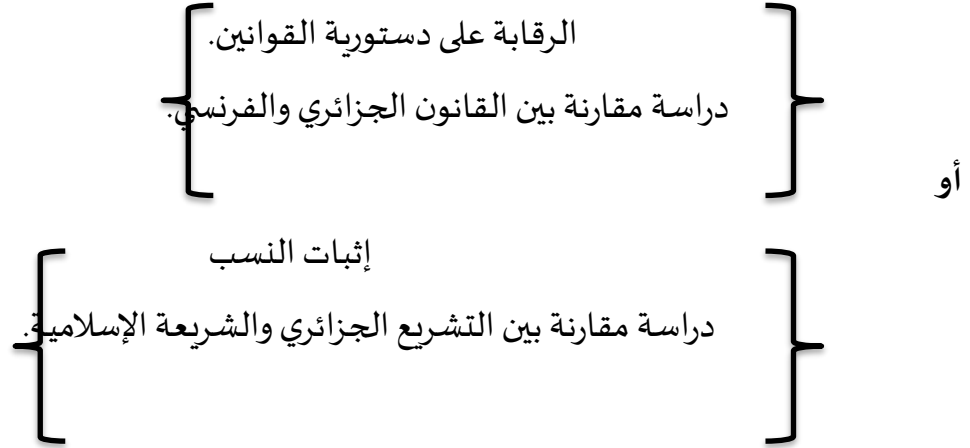
\* أما تطبيق المنهج المقارن في البحوث العلمية القانونية فيتضح من ناحيتي الشكل والموضوع.

- فمن الناحية الشكلية: إذا اعتمد الباحث على المنهج المقارن كمنهج أساسي في بحثه يكون هذا المنهج هو المسيطر والغالب على البحث ككل باستخدام خطوات ومراحل معينة من أجل التوصل

<sup>1</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 102.

إلى نتائج تحدد العلاقة بين الظواهر محل المقارنة، كما أن المقارنة تظهر في جميع أجزاء البحث من العنوان إلى الخاتمة.

- بالنسبة للعنوان: تظهر عبارة "دراسة مقارنة" ضمن كلمات العنوان كأن نقول مثلا:



- بالنسبة للإشكالية: يظهر المنهج المقارن عند صياغة الإشكالية كأن نقول: إلى أي مدى وفق

المشرع الجزائري في تجسيد الرقابة على دستورية القوانين مقارنة بنظيره الفرنسي؟

- بالنسبة للتقسيم والتبويب (خطة البحث): يمكن للباحث أن يعتمد على طريقة المقارنة الأفقية أو العمومية.

\*المقارنة الأفقية: تعني أن يدرس الباحث الظاهرة في كل قانون على حدة، فلا يتعرض لموقف القانون الثاني إلى أن ينتهي بحث الظاهرة في القانون الأول، فإذا كان عنوان بحثه المسؤولية الجنائية عن جريمة الإبادة الجماعية - دراسة مقارنة بين القضاء الدولي الجنائي المؤقت والدائم - ، فيدرس الباحث المسؤولية عن هذه الجريمة في القضاء المؤقت في محور أول يتناول فيه تعريفها، أركانها والمسؤولية عنها وموانع المسؤولية وكيفية التحقيق والمحاكمة عليها أمام القضاء المؤقت، وبعد ذلك يعيد دراسة كل تلك العناصر في المحور الثاني ولكن أمام القضاء الدائم.<sup>1</sup>

\* أما المقارنة العمودية: فيتناول الباحث من خلالها كل جزئية من جزئيات البحث في كلا القانونين أو النظامين المقارنين في آن واحد، ففي المثال السابق يتناول الباحث تعريف الجريمة مثلا في القضاء المؤقت وبعدها مباشرة في القضاء الدائم، فيستخرج أوجه الشبه والاختلاف في نفس المرحلة ثم يتناول الخصائص في كليهما وهكذا يواصل بنفس الطريقة كل العناصر إلى غاية نهاية

<sup>1</sup> عمار عباس الحسيني، المرجع السابق، ص 31.



البحث، دون الحاجة إلى ذكر عبارة المقارنة في كل عنوان جزئي بل يكفي الإشارة إلى ذلك في العنوان الرئيسي.

والملاحظ أن أسلوب المقارنة العمودية أفضل من المقارنة الأفقية فهو عملي أكثر، كما أنه يبعدنا عن التكرار، بالإضافة إلى أنه يجعل الأفكار متسلسلة ومتناسقة ويجعل المقارنة أسهل من حيث اكتشاف أوجه الشبه والاختلاف فور دراسة جانب أو جزئية من جزئيات الدراسة.

- بالنسبة للمتن (صلب الموضوع): يتم فيه كما سبق وأشرنا مقارنة كل جزئيات البحث من حيث استخراج أوجه الشبه والاختلاف.

- بالنسبة للخاتمة: يتم فيها الإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة من خلال التحليل والمناقشة والمقارنة السليمة والموضوعية، ليتوصل الباحث إلى العلاقة بين القوانين المقارنة: تفاضلية، تفاعلية، تكاملية...، ومنه تقديم أفضل الحلول والإصلاحات للمنظومة القانونية التي يشوبها الخل.

ويبقى المنهج المقارن من بين أهم المناهج المعتمد عليها في العلوم القانونية كما أنه يتطلب أن يكون الباحث ذو كفاءة وذكاء حتى يتمكن من اكتشاف أوجه الشبه والاختلاف ليتوصل للنقائص ويحاول اقتراح حلول لها، والمنهج المقارن يعوض ويقابل التجربة الموجودة في العلوم الطبيعية.

#### رابعاً/ المنهج التاريخي (الوثائقي):

يمثل التاريخ سجلاً للخبرات السابقة يمكننا من فهم الحاضر ومن ثمة التنبؤ للمستقبل، وتعتمد العلوم الاجتماعية والإنسانية على المنهج التاريخي لدراسة مختلف الظواهر العلمية الاجتماعية، ويرى الفيلسوف أرسطو أن فهم أي شيء يتوقف على دراسة وتحليل جذوره التاريخية وتطوراته المتعاقبة، مما يعني أنه لفهم الظاهرة الحالية فهما جيداً لا بد من الرجوع لماضيها أي بحث تاريخها زمنياً ومكانياً.<sup>1</sup>

فما المقصود بالمنهج التاريخي في ميدان العلوم القانونية وما هي خصائصه ومراحل تطبيقه؟ وما هي أهم تطبيقاته في هذا الميدان؟ وكيف تم تقييمه؟

<sup>1</sup> عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 114.

1- تعريف المنهج التاريخي: لكي نتمكن من تحديد المقصود بالمنهج التاريخي لابد من تعريف كلمة تاريخ أولاً، حيث أن هذه الكلمة من الناحية اللغوية مشتقة من الفعل الماضي أَرخ ومعناه دون وكتب، فالتاريخ لغوياً مرتبط بالتأريخ، أما اصطلاحاً فالتاريخ هو " تسجيل للخبرات السابقة المتعلقة بموضوع معين أو مشكلة معينة في كافة ميادين الحياة من أجل فهمها فهماً جيداً حاضراً والتنبؤ بما ستكون عليه مستقبلاً".

ويعرف المنهج التاريخي استناداً لتعريف التاريخ بأنه "تلك الطريقة العلمية التي يتبعها الباحث أو المؤرخ في دراسته وتحليله لظاهرة معينة في تعاقباتها زماناً وتنقلاتها مكاناً وفق خطوات بحث معينة تركز على المصادر التاريخية من أجل فهم حاضر الظاهرة ومن ثم الوصول إلى المعرفة اليقينية بشأنها".

2- خصائص المنهج التاريخي: يعد هذا المنهج بمثابة السبيل الذي يربط الماضي والحاضر والمستقبل المتوقع، وأهم الخصائص التي تميزه تتمثل في:

- يسعى المنهج التاريخي إلى سد فجوات الوقائع والأحداث الاجتماعية.
- يزودنا المنهج التاريخي بشعور تاريخي وبمنظور تطوري لأن الأحداث ليست منعزلة أو مستقلة عن بعضها البعض وإنما تكون مترابطة في سياق زمني محدد.
- يعتمد المنهج التاريخي على الخبرات السابقة والتي يتحصل عليها الباحث من المصادر التاريخية المختلفة بغية فهم الظاهرة الحالية جيداً.

3- خطوات تطبيق المنهج التاريخي على ظاهرة معينة: يمر الباحث عند تطبيقه للمنهج التاريخي بعدة خطوات تبدأ من تحديد الظاهرة لغاية الوصول إلى النتائج نوجزها فيما يلي:

- أ- تحديد الظاهرة محل الدراسة: مما لا شك فيه أن لكل موضوع امتداد زمني ومكاني، ولا يمكن فهم الظاهرة دون تحديد جذورها التاريخية باستخدام المنهج التاريخي، فتدرس الظاهرة كما كانت في الماضي وكما هي موجودة في الحاضر وما يجب أن تكون عليه في المستقبل في مكان معين، والمواضيع القانونية التي نحتاج في دراستها للمنهج التاريخي كثيرة ومتنوعة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: تاريخ العقاب وعلم الإجرام، الأنظمة السياسية، التعددية الحزبية...إلخ.

ب- جمع المصادر التاريخية: بعد تحديد الظاهرة موضوع الدراسة يبدأ الباحث عملية جمع المعلومات والحقائق بشأنها من مصادر مختلفة، والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين: مصادر أولية ومصادر ثانوية.

- فالمصادر الأولية (المصادر) تتمثل في الآثار، الوثائق الرسمية كالمعاهدات والقوانين والخطب السياسية، المؤتمرات الصحفية والمناقشات البرلمانية والشهادات الحية.

- المصادر الثانوية (المراجع) كل ما نقل وكتب عن المصادر الأولية والثانوية من كتب ومقالات وملتقيات ومحاضرات ومذكرات علمية وغيرها.

ج- نقد المصادر التاريخية: تعتبر هذه المرحلة من أصعب مراحل البحث العلمي الذي يعتد على المنهج التاريخي والتي يواجهها الباحث، حيث يجب عليه أن يتجرد خلالها من الذاتية والتفاعلات الشخصية والميول والأفكار المسبقة، والتحلي بالموضوعية والروح النقدية لتلك المصادر المتحصل عليها.

والجدير بالذكر أن النقد نوعان: نقد خارجي ونقد داخلي.

- النقد الخارجي: يتضمن تحديد زمان ومكان المصدر وشخصية المؤلف، كما يتضمن إثبات صحة الأصل التاريخي للمصدر.

- النقد الداخلي: فهو بدوره نوعان: نقد داخلي إيجابي ونقد داخلي سلبي.

- نقد داخلي إيجابي: يتعلق بتفسير النص التاريخي وهدف المؤلف منه.

- نقد داخلي سلبي: يهتم بتحليل شخصية المؤلف ومدى صحة ما ورد من حوادث.

د- مرحلة الترتيب والتفسير التاريخي: بعد التأكد من مدى صحة المعلومات المتحصل عليها يقوم الباحث بترتيبها وتنظيمها ومن ثم تفسيرها تفسيراً سببياً بحثاً عن الأسباب التي أدت إلى وجود ظاهرة على نحو معين.

وتتضمن عملية التركيب والتفسير التاريخي المراحل التالية:

- تكوين فكرة واضحة عن كل حقيقة من الحقائق المتحصل عليها من المصادر التاريخية.

- تنظيم المعلومات والحقائق الجزئية والمتفرقة والمبعثرة المتحصل عليها.

- تصنيف الحقائق والحوادث وترتيبها على أساس معايير منطقية وتجميعها ضمن مجموعات.

- ملء التغيرات التي تظهر بعد عملية التصنيف والتركيب في إطار هيكلي مرتب.

- ربط الحقائق التاريخية بواسطة علاقات سببية، وبالتالي محاولة الكشف والتفسير عن المجموعات المركبة والمتشابهة من خلال العوامل الكامنة وراء كل حدث من الحوادث التاريخية.

- وتنتهي عملية التركيب والتفسير باستخراج وبناء نظريات وقوانين علمية والتي تساعد في الكشف عن الحقائق التاريخية.

هـ- مرحلة استخلاص النتائج: هي آخر مرحلة من مراحل المنهج التاريخي وفيها يحدد الباحث الغاية من بحثه والمتمثلة في التوصل إلى الحقيقة العلمية مع تحديد النتائج الجزئية المتوصل إليها وصولاً إلى عملية التنسيق بين هذه النتائج في إطار بحث متكامل.

#### 4- تطبيقات المنهج التاريخي في الدراسات القانونية:

أول من طبق المنهج التاريخي هو الفيلسوف الإغريقي أرسطو في كتابه السياسة تطرق فيه إلى موضوعين أساسيين هما: الدساتير والدولة، أما في العصور الوسطى فقد قام العلامة عبد الرحمان ابن خلدون بتطبيق المنهج التاريخي على نطاق واسع حيث استند إلى خبرات تاريخية سابقة في أبحاثه السياسية والاجتماعية خاصة ما تعلق بدور التاريخ في بناء الحضارات، أما في العصر الحديث فطبق المنهج التاريخي على يد كثير من الفقهاء مثل "ميكافيلي" في دراسته لأنواع الحكومات وأيضاً المفكر موندستكيو في دراسته لمبدأ الفصل بين السلطات وأيضاً مفكري نظرية العقد الاجتماعي وعلى رأسهم جون لوك كما طبق من طرف المفكر كارل ماركس في إطار أسماه بالمادية التاريخية.

#### 5/ تقييم المنهج التاريخي:

رغم الاستعمال الواسع للمنهج التاريخي في شتى العلوم إلا أن ذلك لم ينجح من الانتقادات من طرف العديد من المفكرين والكتاب، سنتطرق فيما يلي إلى أهم عيوب ومزايا هذا المنهج.

أ/ العيوب:

- يعتبر المنهج التاريخي منهجاً فلسفياً ولا يتمكن الباحث من الوصول إلى الحقيقة العلمية بشأن أحداث اجتماعية.

- لا بد من الاهتمام بالواقع المعيشي ولا حاجة للرجوع إلى الماضي من خلال المنهج التاريخي لأن العمليات التاريخية قد تخطاها الزمان.

- دراسة التاريخ هي دراسة باهظة التكاليف وزائدة عن الحاجة، كما أنها تشوه الحياة الواقعية وتقلل من قيمتها.

- قد تكون المصادر التاريخية مزيفة غير موضوعية، الأمر الذي يحول دون الوصول إلى المعرفة اليقينية بشأن الظاهرة محل الدراسة والتحليل.

ب- المزايا:

- يزودنا المنهج التاريخي بمعلومات سابقة تمكن من المعرفة الحقيقية للظاهرة بطريقة آلية، ومن ثم إمكانية التنبؤ بمستقبلها.

- يدعم المنهج التاريخي البحوث العلمية كما يعمل جنباً إلى جنب مع المنهج المقارن في إطار التكامل المنهجي حيث لا يمكن الاعتماد على المنهج التاريخي بمعزل عن المنهج المقارن.

خامساً/ المنهج الاستدلالي:

سنقوم فيما يلي بتعريف المنهج الاستدلالي، ونتطرق بعدها للمبادئ التي يقوم عليها هذا المنهج، أدواته، وتطبيقاته في العلوم القانونية وأخيراً تقييمه.

1- تعريف المنهج الاستدلالي: سبق أن عرفنا المنهج لذلك يتعين تعريف مصطلح الاستدلال، فالاستدلال كلمة مشتقة أو مأخوذة من الفعل استدل أي طلب الدليل والاستدلال هو البرهان الذي يبدأ من قضايا مسلم بها، ويسير إلى قضايا أخرى تنتج عنها بالضرورة ودون الالتجاء إلى التجربة وهذا السير قد يكون بواسطة القول أو بواسطة الحساب". مثل العمليات الحسابية التي يجريها الرياضي دون إجراء تجارب والاستدلالات التي يستعملها القاضي اعتماداً على ما لديه من وقائع ومبادئ قانونية.

2- مبادئ المنهج الاستدلالي: هي مجموع التصورات الأولية غير المستخرجة أو المستنتجة في نظام استدلال معين، وقد قسم رجال المنطق القدامى مبادئ الاستدلال إلى ثلاثة أنواع: البديهيات، المسلمات (المصادر) والتعريفات.

أ- البديهيات: البديهية هي قضية بينة بنفسها ولا يمكن البرهنة عليها فهي صادقة بلا برهان عند كل من يفهم معناها، فيتضح من خلال هذا التعريف أن البديهية تتسم بالخصائص التالية:

- بينة (واضحة) بذاتها أي أنها واضحة بنفسها دون الحاجة لبرهان.
- البديهية أولية منطقية أي أنها مبدأ أولي غير مستنبط أو مستخلص من غيره من المبادئ.

- البديهية قاعدة صورية عامة في مقابل المبادئ الخاصة المتعلقة بحالة معينة فهي مسلم بها من كافة العقول لذلك تسمى أحيانا القضايا المشتركة. والبديهيات في علوم الرياضيات والعلوم الإنسانية والاجتماعية كثيرة ومشتركة ومثالها من يملك الأكثر يملك الأقل.

ب- المسلمات: تعرف المسلمة بأنها فكرة يصادر على صحتها ويسلم بها تسليما، فالمصادر هي قضايا تركيبية أقل يقينية من البديهية فهي ليست بينة بذاتها وغير عامة ومشتركة ولكن يسلم على صحتها بالرغم من عدم وضوحها للعقل ولكن نظرا لفائدتها المتمثلة في إمكانية استنتاج العديد من النتائج على ضوءها ودون الوقوع في تناقض، ومن أمثلتها المسلمة القائلة بأن الإنسان يفعل أو لا يفعل طبقا لما يراه أنفع، وأيضا المسلمة الأخلاقية القائلة أن كل إنسان يبحث عن السعادة.

ج- التعريفات: هي التعبير عن ماهية المعرف بمصطلحات مضبوطة، بحيث يكون التعريف قدر المستطاع جامعا مانعا وملما بجميع صفات الشيء ويمنع إدخال صفات خارجية عنه، والتعريف قد يكون رياضيا أي ثابت وقبليا وقد يكون تجريبيا فيكون متحركا ومتطورا ومتدرجا في تكوينه، ولا يعتبر التعريف قضية عامة ومشتركة عكس البديهيات والمسلمات.

وهذه المبادئ الثلاث متكاملة ومتداخلة ومتعاونة لتحقيق العملية الاستدلالية من أجل استخراج النتائج والبرهنة على صحتها.

3- أدوات الاستدلال: للاستدلال كمنهج علمي مجموعة من الأدوات أهمها القياس، التجريب العقلي والتركيب.

أ- القياس: يعد القياس عملية منطقية تنطلق من قضايا أولية (مسلمات أو بديهيات) مسلم بصحتها ليصل إلى نتائج افتراضية، فهو عبارة عن تحصيل حاصل إذ تكون النتائج المتحصل عليها موجودة في المقدمات ضمنيا.

ب- التجريب العقلي: هو قيام الإنسان داخل عقله بالتفكير في كل الفروض والتحقيقات التي يعجز عن القيام بها في الخارج، فقد يكون هذا التجريب خياليا كما في حالة جموع العباقرة والفنانين والشعراء، هذا النوع من التجريب يكون بعيدا نوعا ما عن الواقع العلمي، أما إذا كان ينتهي بنتائج عقلية علمية يقوم على التجربة فإنه يؤدي إلى نتائج هامة.

ج- التركيب: وهو عملية منطقية علمية تنطلق من مقدمات صحيحة إلى نتائج معينة، فيعتمد على المنطق حيث يتم تركيب النتائج السابقة للوصول إلى نتائج جديدة، وهكذا فالتركيب عملية عقلية تبدأ مما انتهت إليه عملية عقلية سابقة بهدف استخراج نتائج جديدة.

4/ تطبيقات المنهج الاستدلالي في العلوم القانونية: يتم الاعتماد على المنهج الاستدلالي بشكل كبير في الدراسات القانونية سواء من قبل القضاة أو عند وضع التشريع، كما يعتمد عليه ف المجال الفقهي.

أ/ تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى القضاء: يرشد المنهج الاستدلالي القاضي في حله للنزاع، حيث أن الحكم القضائي ما هو إلا نتيجة لعمليات استدلالية منطقية يقوم بها القاضي بدءاً من تكييف الوقائع إلى غاية إصدار الحكم.

أ-1- دور المنهج الاستدلالي في تكييف المسألة محل النزاع: يقوم القاضي على مستوى المحكمة العليا بتكييف المسألة محل النزاع، من حيث كونها مسألة واقع أو مسألة قانون، إذ أن أثر التفرقة بين المسألتين أمر هام فلا رقابة لمحكمة النقض (المحكمة العليا) على مسألة الواقع بينما تخضع مسألة القانون لرقابتها، فالمحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة واقع فدورها هو مراقبة مدى صحة تطبيق القانون على مستوى جهات القضاء الأدنى.

وعليه يقوم القاضي بالاستعانة بطريقة القياس لتكييف المسائل المعروضة عليه، فيعتبر القاعدة القانونية من مقومات القياس المنطقي وعليه إذا لم يكن حل النزاع ممكناً إلا بربط الوقائع المادية (المقدمة الصغرى للقياس) بالقاعدة القانونية التي تشكل المقدمة الكبرى للقياس فإن المسألة تعد مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما إذا كان حل النزاع ممكناً بربط وقائع مادية تشكل المقدمة الصغرى بوقائع مادية أخرى تشكل المقدمة الكبرى فإن المسألة هنا هي مسألة واقع تخرج عن رقابة المحكمة العليا.

كمثال توضيحي لهذه الفكرة نسرد ما يلي:

قام عمر ببيع عقار (مسكن أو قطعة أرض) إلى زيد بتاريخ 2022/01/01 وهذا الأخير لم يقيم بتسجيل العقد أو إشهاره لدى المحافظة العقارية وبعد مرور سنة أي بتاريخ 2023/01/01 قام عمر ببيع نفس العقار لعللي، وقام هذا الأخير بتسجيله وشهره فوراً.

السؤال الأول: أي العقدين أسبق تاريخياً؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضي مقابلة التاريخين ببعضهما لمعرفة أيهما أسبق عن طريق القياس، فتكون المقدمة الكبرى تاريخ 2022/01/01 أسبق من المقدمة الصغرى 2023/01/01 وهي تاريخ العقد الثاني والنتيجة عقد زيد أسبق تاريخيا من عقد علي، فالمقدمة الكبرى تتألف من وقائع مادية بحتة والمقدمة الصغرى كذلك، فتكون المسألة هنا مسألة وقائع وليست مسألة قانون تخرج عن رقابة المحكمة العليا.

### السؤال الثاني: إلى أي من المشتريين تنتقل الملكية؟

فحل الإشكال هنا يرتبط بمسألة قانونية (قاعدة قانونية) تقتضي بأن الشكلية ركن من أركان عقد بيع العقار، استنادا لهذا المبدأ يكون علي هو مالك العقار لأنه قام بتسجيله وشهره وهي النتيجة التي توصل إليها القاضي عن طريق القياس المنطقي، مقارنة المقدمة الكبرى المتمثلة في عدم إمكانية انتقال ملكية العقار إلا بالشهر العقاري ومقدمة صغرى وجود عقدي بيع الأول غير مشهر والثاني مشهر، فالنتيجة هي أن علي هو مالك العقار.

وبالتالي فالقاضي قام بعملية قياس منطقي بين مبدأ قانوني وواقعة مادية فتكون المسألة مسألة قانون وبالتالي تخضع لرقابة المحكمة العليا.

أ-2- دور المنهج الاستدلالي في حل النزاعات: يتم الاعتماد أيضا على القياس المنطقي في حل النزاعات، بمعنى تطبيق المبدأ القانوني على الوقائع، حيث يصدر القاضي حكمه بناء على ما تقرره القاعدة القانونية بإتباع مراحل متتالية لغاية الوصول إلى النتيجة النهائية، خاصة في حالة الوقائع المادية المركبة.

ب- تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى التشريع: تستعين معظم عمليات إصدار التشريع بمناهج البحث العلمي بما فيها المنهج الاستدلالي، مراعية في ذلك الفلسفة والسياسة التشريعية المتبعة في نظام الدولة، فتلتزم بمحتواها ومعناها حيث ينطلق المشرع من المقدمات القانونية الكبرى ليصل إلى قواعد قانونية أخرى بواسطة القياس، ومثال ذلك: منع التعامل بالمخدرات يأتي انطلاقا من مقدمة كبرى تتمثل في حظر كل الأمور التي تذهب العقل وبهذه الطريقة يمكن للمشرع مواجهة المسائل المستجدة التي لا نص لها.



ج- تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى الفقه: يقوم معظم الباحثين والفقهاء بالاستعانة بالمنهج الاستدلالي في بحوثهم ومؤلفاتهم انطلاقاً من القواعد القانونية الموجودة مسبقاً من أجل الوصول إلى نتائج وحلول للظواهر القانونية وتفسيرها.

1. أحمد بدر، أصول البحث العلمي ومناهجه، الطبعة الخامسة، وكالة المطبوعات، الكويت، 1979.
2. إبراهيم أبو النجا، محاضرات في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
3. إدريس فاضلي، الوجيز في فلسفة القانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
4. نيقولا مكيافيللي، كتاب الأمير، قدم له وأعدده للنشر دكتورة هبة، فضاء الفن والثقافة، د.د.ن، د.س.ن.
5. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1988.
6. جازي عناية، إعداد البحث العلمي (ليسانس، ماجستير، دكتوراه)، دار الشهاب، باتنة، 1985.
7. حمزة يحيوي، فلسفة القانون، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى حقوق، جامعة المسيلة، 2020-2021.
8. خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
9. رشيد شمشم، مناهج العلوم القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
10. عباس الصراف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون (نظرية القانون - نظرية الحق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
11. عبد الحميد متولي، القانون الدولي العام في السلم والحرب، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1950.
13. عبد الناصر جندلي، تقنيات ومناهج البحث في العلوم السياسية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
14. عبد النور ناجي، منهجية البحث القانوني، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، د.س.ن.
15. عاصم خليل، منهجية البحث القانوني وأصوله: تطبيقات من النظام القانوني الفلسطيني، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2012.
16. عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، دار ريحانة، الجزائر، 2000.
17. عمار عباس الحسيني، منهج البحث القانوني - أصول إعداد البحوث والرسائل القانونية -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

18. عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، وهران، 2011.
19. غازي عناية، إعداد البحث العلمي (ليسانس، ماجستير، دكتوراه)، دار الشهاب، باتنة، 1985.
20. ف. س رابوبرت، مبادئ الفلسفة، ترجمة أحمد أمين، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، د.س.ن.
21. محمد إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
22. محمد الصاوي محمد مبارك، البحث العلمي: أسسه وطريقته كتابته، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 1992.
23. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري – النظرية العامة للالتزامات: مصادر الالتزام – التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
24. محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول: الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر، دار هومة، الجزائر، 2012.
25. محمد كامل ليلة، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
26. محمد منير حجاب، الأسس العلمية لكتابة الرسائل الجامعية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
27. محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
28. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
02	القسم الأول فلسفة القانون
03	المحور الأول: حول فلسفة القانون
03	أولاً: بالنسبة لمصطلح القانون
04	1/ تعريف القانون والقاعدة القانونية
04	2/ خصائص القاعدة القانونية
04	أ/ القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي
05	ب/ القاعدة القانونية عامة ومجردة
06	ج/ القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ومقتربة بجزء تطبقه السلطة العامة
07	ثانياً: بالنسبة لمصطلح الفلسفة
08	ثالثاً/ فلسفة القانون
09	1/ وظيفة فلسفة القانون
09	2/ موضوع فلسفة القانون
09	أ/ أصل القانون
09	ب/ غاية القانون
10	المحور الثاني: المذاهب التي قيلت بشأن أصل القانون وغايته
11	أولاً: المذاهب الشكلية
12	1/ مذهب أوستن
12	أ/ مضمون الفكرة التي يقوم عليها مذهب أوستن
13	أ-1/ الشرط الأول: وجود حاكم سياسي
13	أ-2/ الشرط الثاني: وجود أمر أو نهي
14	أ-3/ الشرط الثالث: وجود جزاء يوقع عند مخالفة القانون
14	ب/ النتائج المترتبة على مذهب أوستن
14	ب-1/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدولي العام

15	ب-2/ إنكار صفة القانون على قواعد القانون الدستوري
16	ب-3/ جعل التشريع المصدر الوحيد للقاعدة القانونية
16	ب-4/ وجوب التقيد في تفسير القانون بإرادة المشرع وقت وضعه
17	ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن
17	ج-1/ الخلط بين القانون والدولة
17	ج-2/ الخلط بين القانون والقوة
17	ج-3/ حصر مصادر القانون في التشريع وإغفال بقية المصادر الأخرى
18	ج-4/ إنكاره لصفة القانون على قواعد القانون الدولي العام
18	ج-5/ إنكاره لصفة القانون على قواعد القانون الدستوري
20	2/ مذهب الشرح على المتون
21	أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون
21	أ-1/ تقديس النصوص التشريعية
22	أ-2/ اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون
22	ب. النتائج المترتبة على مذهب الشرح على المتون
23	ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون
25	3- مذهب هيغل
25	أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب هيغل
25	أ-1/ الدولة سيادة نفسها في الداخل
26	أ-2/ الدولة سيادة نفسها في الخارج
26	ب/ النتائج المترتبة عن مذهب هيغل
27	ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب هيغل
28	4/ مذهب كلسن
28	أ/ الأسس التي يقوم عليها مذهب كلس
28	أ-1/ استبعاد العناصر غير القانونية
29	أ-2/ وحدة القانون والدولة
30	ب/ النتائج المترتبة على مذهب كلسن

30	ب-1/ رفع أو إزالة التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقييد الدولة بالقانون
30	ب-2/ وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص
31	ج/ الانتقادات الموجهة لمذهب كلسن
33	ثانيا/ المذاهب الموضوعية
33	1/ المدرسة المثالية
33	أ/ مذهب القانون الطبيعي
34	أ-1/ التطور التاريخي للقانون الطبيعي
34	أ-1-1/ القانون الطبيعي لدى اليونان
35	أ-1-2/ القانون الطبيعية لدى الرومان
36	أ-1-3/ القانون الطبيعي لدى الكنسيين في القرون الوسطى
37	أ-1-4/ القانون الطبيعي في العصر الحديث
43	أ-2/ الانتقادات التي وجهت لمذهب القانون الطبيعي في القرن 19
44	ب/ مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير
46	2- المدرسة الواقعية
46	2-أ/ المذهب التاريخي
46	2-أ-1/ الأسس التي يقوم عليها المذهب التاريخي
48	2-أ-2/ النتائج المترتبة على المذهب التاريخي
49	2-أ-3/ نقد المذهب التاريخي
50	2- ب/ مذهب الغاية الاجتماعية
50	2-ب-1/ الأسس التي يقوم عليها مذهب الغاية الاجتماعية
51	2-ب-2/ النقد الموجه لمذهب الغاية الاجتماعية
52	2- ج/ مذهب التضامن الاجتماعي
52	2-ج-1/ أساس مذهب التضامن الاجتماعي
54	2-ج-2/ النقد الموجه لمذهب التضامن الاجتماعي
55	ثالثا: المذاهب المختلطة
55	1/ مذهب جيني

56	1-أ/ أسس مذهب جيني
56	1-أ-1/ بالنسبة لعنصر العلم
58	1-أ-2/ - بالنسبة لعنصر الصياغة
59	1-ب/ النقد الموجه لمذهب جيني
60	2/ جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث
60	2-أ/ العنصر الواقعي
62	2-ب/ العنصر المثالي أو المثل الأعلى للعدل
64	المحور الثالث: تفسير القانون
64	أولاً: أنواع التفسير
64	1- التفسير التشريعي
65	2- التفسير الفقهي
65	3- التفسير القضائي
66	ثانياً: مدارس التفسير
66	ثالثاً: طرق التفسير
67	1- طرق التفسير الداخلية
67	أ/ الاستنتاج بطريقة القياس
67	ب/ الاستنتاج من باب أولى
68	ج/ الاستنتاج بمفهوم المخالفة
68	2- طرق التفسير الخارجية
69	أ- حكمة التشريع
69	ب- الأعمال التحضيرية للتشريع
69	ج- المصادر التاريخية
70	د- النص الأجنبي للتشريع
70	هـ- تقريب النصوص
71	المحور الرابع: الاتجاهات الحديثة للسياسة التشريعية
71	أولاً/ مفهوم السياسة التشريعية

72	أولا : المدرسة الأنجلوسكسونية
72	1/ أهم الدول التي تعتمد على المدرسة الأنجلوسكسونية
72	2/ مميزات المدرسة الأنجلوسكسونية
74	ثانيا : المدرسة اللاتينية
74	1/ التأثير بالقانون الروماني
75	2/ التقنين
76	3/ الازدواج القضائي
77	القسم الثاني: مناهج البحث العلمي
78	المحور الأول: الإطار المفاهيمي والنظري لمنهجية البحث العلمي
78	أولا/ تعريف البحث العلمي
79	ثانيا/ خصائص البحث العلمي
79	1/ البحث العلمي بحث منظم ومضبوط
79	2/ البحث العلمي بحث نظري
79	3/ البحث العلمي بحث تجريبي
79	4/ البحث العلمي بحث حركي وتجديدي
79	5/ البحث العلمي بحث تفسيري
79	6/ البحث العلمي بحث عام ومعمم
80	ثالثا/ أنواع البحث العلمي
80	1/ أنواع البحث العلمي بحسب الدرجات العلمية
80	أ/ المقالة
80	ب/ مشروع البحث
81	ج/ مذكرة الماجستير
81	د/ أطروحة الدكتوراه
81	2/ أنواع البحث العلمي على أساس أسلوب التفكير
81	أ/ البحوث الاستقرائية
81	ب/ البحوث الاستنباطية
82	3/ أنواع البحث العلمي على أساس النشاط



82	أ/ البحوث التنقيبية الاكتشافية للحقائق
82	ب/ البحوث التفسيرية النقدية
83	ج/ البحوث العلمية الكاملة
83	د/ البحوث العلمية الاستطلاعية
83	هـ/ البحوث العلمية الوصفية التشخيصية
83	و/ البحوث العلمية التجريبية
84	ثانيا: مراحل إعداد البحث العلمي
84	1/ مرحلة اختيار الموضوع:
84	1- طرق اختيار موضوع البحث
84	أ- اختيار الموضوع من قبل الباحث
85	ب- اختيار الموضوع من قبل الأستاذ المشرف
85	2/ العوامل المتحكمة في اختيار الموضوع
85	أ/ العوامل الذاتية المتحكمة في اختيار الموضوع
86	ب/ العوامل الموضوعية المتحكمة في اختيار الموضوع
87	II/ مرحلة جمع الوثائق العلمية المختلفة
87	1/ تعريف المصادر والمراجع
88	2/ أهم صور المصادر والمراجع في البحث العلمي القانوني
88	أ/ المصادر
89	ب/ المراجع
89	ب-1/ الكتب القانونية
89	ب-2/ الدوريات
89	ب-3/ المذكرات والأطروحات الجامعية
90	ب-4/ المحاضرات والبحوث غير المنشورة
90	ب-5/ مراجع الانترنت
90	III/ مرحلة القراءة والتفكير
90	أولا/ أهداف القراءة
91	ثانيا/ شروط القراءة

92	ثالثا/ أنواع القراءة
92	1/ القراءة السريعة أو الكاشفة
92	2/ القراءة العادية
93	3/ القراءة المعمقة
93	IV/ مرحلة إعداد الخطة الأولية للبحث
93	أولا/ أهمية وضع خطة البحث
94	ثانيا/ ضوابط وضع خطة البحث
95	ثالثا/ أقسام خطة البحث
95	1/ مقدمة البحث العلمي القانوني
96	2/ متن البحث العلمي القانوني
97	3/ خاتمة البحث العلمي
97	V/ مرحلة جمع وتخزين المعلومات
98	أولا/ أسلوب البطاقات
98	ثانيا/ أسلوب الملفات
98	ثالثا/ بعض القواعد والإرشادات المتعلقة بكيفية الجمع والتخزين
99	IV/ مرحلة الكتابة
100	المحور الثاني: أنواع مناهج البحث العلمي
100	أولا: المنهج الوصفي
100	1- تعريف المنهج الوصفي
100	2- أسس المنهج الوصفي
101	3- أهداف المنهج الوصفي
101	4- خطوات المنهج الوصفي
101	أ- مرحلة الاستكشاف والصياغة
102	ب- مرحلة التشخيص والوصف المعمق
102	5/ أنواع الدراسات الوصفية
102	أ- المسح الاجتماعي
103	أ-1- مراحل المسح الاجتماعي

103	أ-2- تصنيفات المسح الاجتماعي
103	أ-3- تطبيق المسح الاجتماعي في مجال العلوم القانونية
104	أ-4/ تقييم منهج المسح الاجتماعي
104	ب- منهج دراسة حالة
104	ب-1/ تعريف منهج دراسة حالة
105	ب-2/ خصائص منهج دراسة حالة
105	ب-3/ خطوات منهج دراسة حالة
105	ب-4/ تطبيق منهج دراسة حالة في مجال الدراسات القانونية
106	ب-5/ تقييم منهج دراسة حالة
106	ثانيا/ المنهج التحليلي
106	1/ تعريف المنهج التحليلي
107	2/ أهمية المنهج التحليلي
107	3/ خطوات المنهج التحليلي
108	4/ تطبيق المنهج التحليلي في العلوم القانونية
108	ثالثا/ المنهج المقارن
108	1- تعريف المنهج المقارن
109	2- شروط المقارنة
109	3- أنواع المقارنة
109	أ- المقارنة المغايرة
110	ب- المقارنة الاعتيادية
110	ج- المقارنة الداخلية
110	د- المقارنة الخارجية
110	4- مراحل وخطوات المقارنة
110	5/ تطبيق المنهج المقارن في الدراسة القانونية
112	رابعاً/ المنهج التاريخي (الوثائقي)
113	1- تعريف المنهج التاريخي
113	2- خصائص المنهج التاريخي

113	3- خطوات تطبيق المنهج التاريخي على ظاهرة معينة
113	أ- تحديد الظاهرة محل الدراسة
114	ب- جمع المصادر التاريخية
114	ج- نقد المصادر التاريخية
114	د- مرحلة الترتيب والتفسير التاريخي
115	هـ- مرحلة استخلاص النتائج
115	4- تطبيقات المنهج التاريخي في الدراسات القانونية
115	5/ تقييم المنهج التاريخي
116	خامسا/ المنهج الاستدلالي
116	1- تعريف المنهج الاستدلالي
116	2- مبادئ المنهج الاستدلالي
116	أ- البديهيات
117	ب- المسلمات
117	ج- التعريفات
117	3- أدوات الاستدلال
117	أ- القياس
117	ب- التجريب العقلي
118	ج- التركيب
118	4/ تطبيقات المنهج الاستدلالي في العلوم القانونية
118	أ/ تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى القضاء
118	أ-1- دور المنهج الاستدلالي في تكييف المسألة محل النزاع
119	أ-2- دور المنهج الاستدلالي في حل النزاعات
119	ب- تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى التشريع
120	ج- تطبيق المنهج الاستدلالي على مستوى الفقه
121	قائمة المراجع
	الفهرس