الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية
جامعة طاهري محمد بشار
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مطبوعة محاضرات:

فلسفة القانون

مقدمة لطلبة السنة الأولى ليسانس

من إعداد:
د علوي فاطمة

السنة الجامعية: 2021/2020

مقدمة:

عندما يلتحق الطالب بالجامعة من أجل دراسة تخصص القانون، فإنه في أغلب الحالات لا يملك معلومات مسبقة عن التخصص، نظرا لعدم إدراج مادة القانون في معظم الشعب خلال دراسته في الثانوية، فدراسة القانون يطلع عليها أول مرة وكذلك الحال بالنسبة للمصطلحات القانونية.

نظرا لافتقار الطالب للتكوين المسبق في تخصص الحقوق، فإنه قد برمجت مقاييس تزود الطالب بمعارف أولية تعده لدراسة التخصص، لأنه بحاجة أكثر من الطلبة في التخصصات الأخرى إلى دليل أو مدخل يعرفه بالقانون ويمهد له السبيل إلى دراسته ويقيه من الضياع في تفاصيله، لهذا برمجت مقاييس تساعد الطالب في بدية دراسة التخصص على التمهيد من خلال تقديم صورة إجمالية للقانون والإحاطة الشاملة له.

إن دراسة المدخل إلى القانون والقانون الدستوري والقانون والقانون المدني وقانون العقوبات وغيرها من القوانين تعد الطالب ليكون في المستقبل رجل قوانين، إلا أن دراسة فروع القانون وأقسامه لا تكفي لتزويد دارسي القانون بصورة متكاملة للقانون، وإنما يجب تزويدهم بمعارف أشمل تتعلق بنشأة القانون ومقاصده والغاية منه ، لهذا فإن مقرر فلسفة القانون يتضمن تفسير شامل للعالم وللوجود الإنساني، كما هي أيضاً تساؤل بامتياز حول كافة أمور الحياة.

- **أهمية دراسة مقياس المنهجية:**

أغلب المقاييس التي يدرسها الطلبة عملية تعالج القانون كما هو موجود في الواقع ، بينما مقياس فلسفة القانون يزود الطالب بمعلومات ذات طابع نظري محض ، لن يصادفها في

الواقع العملي، لكن يطلع عليها الطالب من خلال دراسة هذا المقياس خلال السداسي في السنة الأولى ليسانس.

- **هدف دراسة المقياس المنهجية:**

يتمثل الهدف من خلال تدريس الطلبة فلسفة القانون تلقينهم الجذور التاريخية والخلفيات الفلسفية للنصوص القانونية، باعتبار القانون علم يرتكز على مبادئ فلسفية وعلمية يجب الإلمام بها في بداية التخصص، من خلال مقرر هذا المقياس سيكتسب طالب في القانون معلومات عميقة تتعلق بنشأة القوانين وجوهرها وطبيعتها، وهي معلومات غير متاحة في الواقع العملي، فيمايلي المحاور التي يتضمنها مقياس فلسفة القانون مايلي:

المحور الأول: أصول القانون ومقاصده

المحور الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

المحور الثالث: تفسير القانون

المحور الرابع: الاتجاهات الحديثة للسياسات التشريعية

المحور الأول: أصول القانون ومقاصده

نقصد بأصول القانون نشأته، وبيان المصادر التي تستقى منها،أما مقاصد القانون فهي تلك الأهداف التي تتوق القوانين إلى تحقيقها و بلوغها، وتهدف دراسة هذه المقاصد إلى إعادة بعث الجانب التشريعي من الشريعة الإسلامية، ومقارنتها مع القانون الوضعي كي نظهر موطن الخلل والقصور حتى نتمكن من تفعيل أدوات الفكر المقاصدي واستثمارها في تحديد فلسفة التشريع الوضعي.

أولا: أصول القانون

تعود نشأة القانون إلى مبادئ و أفكار، متعلقة بالفكرة العامة للوجود أو عن التصور العام للكون والحياة في مجتمع معين، والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع.

1 – نشأة القانون:

يقسم علماء القانون مراحل نشأة القانون إلى عدة عصور وهي:

أ – مرحلة الأنظمة القانونية القديمة: تميزت الأنظمة القانونية القديمة بعدم توحدها في فهم القانون[1]، وتطورت عبر مراحل زمنية نذكرها فيما يلي:

– عهد القوة (الانتقام الفردي): عاش الإنسان الأول في جماعات صغيرة متضامنة لكن منفصلة عن غيرها من الجماعات الأخرى وحتى تدافع عن نفسها كانت القوة هي التي تنشأ الحق وتحميه، في هذا العهد لم يكن يوجد قانون بالمعنى المفهوم لنا الآن، بل مجموعة تقاليد غريزية، أو مجرد إحساس أو شعور بوجود حقوق وواجبات للناس، وكان المظهر

[1] عجة الجلالي: "مدخل للعلوم القانونية، الجزء 1، بيرتي للنشر، الجزائر 2009، 74ص.

الخارجي لهذا الإحساس وتلك التقاليد هو استعمال القوة والعنف، وقد ظلت هذه المرحلة سائدة حتى بداية العصر الحجري الحديث(الألف العاشر قبل الميلاد)[2].

– **عهد التقاليد الدينية:** ويتميز هذا العصر بظهور قواعد قانونية في صور أحكام إلاهية[3] ، سرعان ما تحولت إلى عادات وتقاليد عامة، بعدما بدأ اعتماد الانسان في حياته على الزراعة، وقد ظهر ذلك في بلاد النيل وبلاد الرافدين كما اهتدت شعوب أخرى في هذه المرحلة إلى الكتابة فدونت قانونها[4]، وهو في صورة تقاليد دينية مصدرها الدين، الأمر الذي منح لرجال الدين السلطة في المجتمع والتحكم بكل مجالات الحياة، لهذا حرصت بعض الشعوب على فصل القانون عن الدين، الوصول إلى مرحلة التقاليد العرفية فقامت بتدويها.

– **عصر التدوين:** في هذا العصر إهتدى الانسان إلى الكتابة واستعمالها، واتجهت بعض المجتمعات إلى تدوين قانونها ونشره بين الناس، والتدوين رغم أهميته البالغة لا يمثل

---

[2] عبد القادر الفار: " المدخل لدراسة العلوم القانوني، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن2006، ص12.

[3] اختلف الفقهاء في تحديد المعالم والمدة الزمنية لهذه المرحلة، ولكن يتفقن في اعتبارها مرحلة سابقة لنزول الرسالات السماوية، وهي مرحلة تمهيدية لتطور الفكر الانساني، ازدهرت في هذه المرحلة حضارات مابين النهرين، وظهرت فيها البوادر الأولى للتنظيم القانون والسياسي عند الامبراطوريات التي تعاقبت خلال تلك المرحلة، ويعتبر قانون حمورابي أكبر دليل تراثي على ازدهار الفكر القانوني في هذه المرحلة.أحمد خروع: "المناهج العلمية وفلسفة القانون"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2004، ص76.

[4] ظهر قانون حمورابي في بلاد الرافدين والذي تشكل من عدة نصوص قانونية تنظم نظرية العقد وكتابة الدين ومسائل الزواج والعبيد والعقوبات المتصلة ببعض الجرائم كجريمة القتل ، أو إحداث العاهة، ويقوم هذا القانون على فكرة عدم المساواة في العقاب بين طبقة الأحرار وطبقة المساكين وطبقة العبيد، كما ظهر قانون الألواح الاثنا عشر في روما حين طالب العامة بتدوين القوانين رغبة منهم في الحد من تحكم الأشراف ،فشكلت لجنة عام 154ق م من عشرة رجال لوضع التقنين المطلوب والذي احتوى على قواعد قانونية خاصة بالعقود والمسؤولية وقمع الجرائم المختلفةالتي يعرفها المجتمع الروماني.، كما ظهر قانون الشعوب الذي تشكل نتيجة تعامل الرومان مع غيرهم من الشعوب، خاصة فيما يتعلق بالمعاملات التجارية ، صدر هذا القانون في القر الثالث قبل الميلاد ونظم أربع عقود رضائية وهي البيع والايجار والوكالة والشركة ويطبق هذا القانون على الأجانب دون الرومان.عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 74 ومايليها.

مرحلة جديدة في نشأة القاعدة القانونية، بل هو استمرار لمرحلة سابقة هي التقاليد الدينية والتقاليد العرفية[5].

كان القانون قبل ظهور الشرائع السماوية عبارة عن تقنين لمعتقدات القدماء وأعرافهم، وعندما بدأ عصر الكتابة ظهرت مدونات قانونية أسندت إلى الآلهة، حيث كان الاعتقاد السائد في ذلك الوقت أن الآلهة هي التي أوحت بهذه القوانين[6].

ب – مرحلة الانظمة القانونية في العصور الوسطى:

عرفت القرون الوسطى عدة أنظمة قانونية متباينة هيمن عليها نظامين أساسيين هما: نظام قاموني مستمد من الشريعة الاسلامية من جهة ونظام قانوني مستمد من القانون الكنسي من جهة أخرى.

– النظام القانوني المستمد من الشريعة الإسلامية: ترتب عن ظهور الإسلام بجزيرة العرب ميلاد نظام قانوني متميز، مصدره القرآن الكريم المنزل من الله عز وجل وعلى نبيه محمد صلى الله عليه وسلم والسنة النبوية التي جاءت لتفصيل ما أجمله القرآن الكريم من أحكام.

وقد إزدهر النظام القانوني المستمد من الشريعة الاسلامية بعد احتكاك المسلمين بالظم القانونية الرومانية والبيزنطية ونتيجة لهذا الاحتكاك تطور الفقه الاسلامي والذي انقم إلى مجموعتين أساسيتين: مجموعة سنية أو ما يسمى بالمذاهب الفقهية السنية وعددها أربعة تتمثل في المذهب المالكي والمذهب الشافعي والمذهب الحنفي والمذهب الحنبلي، ومجموعة

---

[5] يرجع ظهور العرف إلى تطور المجتمع من النواحي الاقتصادية والسياسية والفكرية، والعرف هو عادة درج عليها المجتمع واستمرت لفترة طويلة حتى اكتسبت صفة الالزام. مريم عمارة: " المدخل إلى تاريخ القانون" ، الطبعة 2014، دار بلقيس، دار البيضاء ، الجزائر، ص 6.

6 عبد القادر الفار، المرجع السابق، 13ص .

شيعية وانشطرت إلى أكثر من إثني عشرة مذهب، وكان لهذا التنوع المذهبي آثاره في إثراء أحكام الشريعة الاسلامية والتي بلغت حدا جعلها أحد أهم روافد الفكر القانوني[7].

يصنف الباحثون في مجال القانون المقارن النظام الإسلامي ضمن عائلة القوانين الدينية والاجتماعية، وقد استهوى هذا النظام الكثير من الباحثين الغربيين، واقتنع المنصفون منهم أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع العام وأنها شريعة حية مرنة قابلة للتطور وأنها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها[8].

– النظام القانوني المستمد من القانون الكنسي: برز القانون الكنسي إلى الوجود في أواسط القرن الحادي عشر كبديل للمجموعة القانونية الرومانية[9]، وقد ساهمت الظروف الموجودة آنذاك في وضع الأسس النظرية لهذا القانون والتي تتمثل فيمايلي:

– تعاضم نفوذ الكنيسة والتي أصبحت في بعض الأقاليم الحاكم الفعلي للدولة، وترتب عن ذلك تراجع سلطان الملوك والأمراء لفائدة بابوات الكنيسة، هؤلاء اللذين كانت لهم السلطة حتى في تعيين الحكام أو عزلهم أو مباركتهم.

---

7 عجة الجلالي، المرجع السابق، ص75.

8 حميد شاوش: " الانظمة القانونية المقارنة"، مطبوعة بيداغوجية ، جامعة 08 ماي 1945 ، قالمة2018/2017. ص 42.

9 نشأ الدين المسيحي في عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة سيدنا موسى (التوراة)، وشريعة الرومان (مجموعة جوستنيان)، لقد حصر المسيح عليه السلام جهذه في تثبيت قواعد الأخلاق وتقويم النفوس، فلم يعرض قواعد الشرائع القائمة بالتعديل أو الإلغاء، ففصل بذلك بين الدين والدولة، وبين الدين والقنون، ملخصا كل ذلك في مقولته: " ما لله لله ، وما لقيصر لقيصر "فاضلي، المرجع السابق، ص 42.

– شيوع الأمية والجهل وسط الشعوب الأوروبية، وقيام الكنيسة بإظطهاد رجال العلم على سبيل المثال ماتعرض له العالم غاليليومن سجن واغتيال بعد تصريحه بالشكل الكروي للأرض.

وفي ظل هذا المناخ برز رجال الدين كمشرعين ومن أبرزهم توماس الإكويني الذي طرح لول مرة فكرة القانون الكنسي والذي يتألف من ثلاث درجات قانونية:

– **درجة سامية:** وتتمثل في قواعد القانون الإلاهي، وهي قواعد منزهة عن أي نقد لكونها منزلة من عند الله عز وجل ومصدر هذه القواعد كتاب الانجيل وكتاب الأسفار المتعلقة به.

– **درجة وسطى:** وتتعلق بقواعد القانون الطبيعي المشتقة من أفكار الفلاسفة اليونان وعلى رأسهم سقراط وتتمثل في قواعد العدل والحرية والمساواة وهي أبدية خالدة لا تتغير بتغير الزمان والمكان.

– **درجة دنيا:** وتتناول قواعد القانون الوضعي وهي مجموعة من الأحكام القانونية يضعها البشر لتنظيم شؤون حياتهم ويشترط لشرعية هذه القواعذ أن لا تتعارض مع قواعد القانون الالاهي أو قواعد القانون الطبيعي[10].

ج – الأنظمة القانونية المعاصرة:

تتعلق هذه الأنظمة بالقوانين التي ظهرت في دول أوروبا وأمريكا وإفريقيا وبعض الدول الأسيوية[11]، وهي عبارة عن أنظمة قانونية قائمة بذاتها نذكرها فيما يلي:

---

[10] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص76.

[11] تعددت الأنظمة القانونية التي عرفتها البشرية عبر الحضارات المختلفة، لكن المختصون في مجال القانون المقارن أولو عناية كبيرة ببعض منها على حساب أنظمة قانونية أخرى، هذا لأسباب تاريخية وسياسية ،اقتصادية وحتى تقنية، كما تستخدم كمرجعية فتعد بذلك بمثابة مفاتيح للحياة القانونية في العالم بأسره، والتي اصطلح على تسميتها بالأنظمة القانونية الكبرى ،والمتمثلة في النظام الأنجلوساكسوني، والنظام اللاتيني، والنظام الإسلامي.

– **النظام الروماني جرماني:** يتضمن مجموعة من القوانين الرومانية والجرمانية والذي يعود أصلها إلى الرومان، لكنها عرفت تغيرات جذرية خاصة على يد الفقهاء الفرنسيين، وتعرف هذه المجموعة باعتمادها على مبدأ تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، ومبدأ ازدواجية القضاء إلى قضاء عادي وقضاء إداري ....وغيرها من الخصائص التي سنتطرق لها بالتفصيل لاحقا.

– **النظام الانجلوساكسوني:** ويمثل مجموعة القانون العام الانجليزي، ينتشر تطبيقها في دول الكومنولث وأمريكا وبريطانيا، ويتميز هذا النظام بعدم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، كما لا يفرق بين القانون المدني والقانون التجاري، ويعتمد على نظام السابقة القضائية والتي يقصد منها تلك القواعد القانونية التي استخلصها القضاء من وقائع محل نزاع تسمح بإعطاء حل فوري للنزاع وهي أقل عمومية وتجريد من القواعد القانونية المكتوبة[12].

ثانيا: مقاصد القانون

وضع القانون من أجل تحقيق غاية محددة، هذه الغاية قد تكون عامة تغطي جميع القوانين في كل زمان ومكان، وقد تكون خاصة تعبر عن آمال وتطلعات مجتمع ما في زمان ومكان معين ، ومن أجل تحقيق غايات ترقى إلى تطلعات وآمال الأفراد خاصة المتعلقة بتعزيز القيم الحضارية في المجتمع، فإن الفقه القانوني يعوِّل كثيرا على استثمار نظرية مقاصد الشريعة الإسلامية وتفعيلها في القانون الوضعي، وفيما يلي تمييز بين مقاصد

[12] عجة الجيلالي، نفس المرجع ، ص 78.

القانون ومقاصد التشريع الإسلامي لنستشف في الأخير إمكانية إرتقاء القانون الوضعى لمستوى التشريع الإلاهي[13].

1 – مقاصد القانون:

وهي المقاصد التي قصدها الشارع بوضعه الشريعة، تتمثل إجمالاً في جلب المصالح ودرء المفاسد في الدارين، يعتبر الإمام الشاطبي أول ممن أفرد المقاصد الشرعية بالتأليف، وتوسع فيها بما لم يفعله أحد قبله، ولكنه لم يورد تعريفاً اصطلاحياً لها[14]، فبدأ ببيان أصول الفقه حيث أنه قطعي ولا ظني.

بينما اهتم لفقهاء المعاصرين بوضع تعريفات متعددة لمصطلح مقاصد الشريعة [15]، وقد قدم الشاطبي كتاب المقاصد بقوله: " وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معًا"[16] ، إن الغاية من وضع القانون هي تنظيم حياة الأفراد في المجتمع وتحقيق مصالحهم، ورعاية القيم الحضارية المتمثاة في إقامة العدل وضمان الحق وبسط الأمن وحفظ النظام العام وكفالة الحرية وغيرها.

---

[13] محمد رفاعي كورنيانتو: " مقاصد الشريعة الإسلامية وأثرها في معالجة مستجدات العصر"، مذكرة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية– قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، ففيفري 2012، ماليزيا، ص 14.

[14] سبب عدم وجود التعريف المعيّن للمقاصد خلال القرون السابقة، فالسبب الذي دفع إليه لعله من وضوح معانيها عند علمائها ومن حولهم من أهل العلم. وعلّق أحمد الريسوني سبب احجام الشاطبي عن وضع تعريف اصطلاحي للمقاصد – رغم اعتراف الجميع بعظم شأن كتابه في علم المقاصد – بقوله " ولعله اعتبر الأمر واضحا ويزداد وضوحا بما لا مزيد عليه بقراءة كتابه المخصص للمقاصد من "الموافقات" ولعل ما زهده في تعريف المقاصد كونه كتب كتابه للعلماء، بل للراسخين في علوم الشريعة "، محمد رفاعي كورنيانتو ، المرجع السابق، ص 14.

[15] محمد رفاعي كورنيانتو، المرجع السابق، ص 11.

[16] أشرف محمد علي غازي: "الفقه السياسى ونظام الحكم فى ضوء قواعد الشريعة وأصول الفقه،دراسة أصولية فقهية"، دكتوراه في الدراسات الاسلامية، نوفمبر 2006 ،جامعة يونيسا – جنوب أفريقيا، ص 82.

وجدير بالذكر أن هذه الأهداف والمقاصد ثار حولها جدل ونظريات بين فلاسفة الغرب القانونيين:

- منهم من أعطى الأولوية للأمن العام وكان ذلك مذهب الشكليين.
- منهم من أكد على العدل وهو مذهب المثاليين.
- منهم من أصر على قصد التقدم والإبداع والإزدهار وهو مذهب الإجتماعيين والواقعيين.

تطورت مقاصد القانون مع تطور الفكر الإنساني وتطور المجتمعات وانتقالها من مرحلة إلى أخرى، ففي **مرحلة القوانين القديمة** كانت الغاية الأساسية من القانون هي المحافظة على السكينة والسلام الإجتماعي بأي شكل من الأشكال ولو باللجوء إلى كل أساليب الردع والقهر واستعمال القسوة.

وفي العصور الرومانية تطورت الغاية حيث أضيفت غاية أخرى للقانون هي تحقيق العدل، وتم إعتماد التمييز الذي قال به أرسطو بين فكرة العدل وفكرة العدالة.

وفي عصور النهضة – حيث طغت أفكار الحرية والمساواة – اعتبرت أن غاية القانون هي تأكيد ذات الفرد ورفع جميع القيود التي تحد من حرية الإنسان ونشاطه، فصارت حرية الأفراد في نظر الغرب هي الأصل في قيام المجتمع وبناء الوجود السياسي.

وفي مطلع القرن العشرين ومع تنامي الحركات الإجتماعية تم الإعتراف بغاية أخرى للقانون وهي تحقيق التقدم الاجتماعي.

من خلا ماسبق يتأكد لنا أن التشريع السياسي الغربي ينطلق من أسس ويرمي إلى تحقيق أهداف معينة، وهو وليد ظروف اجتماعية وتاريخية معينة، فقد مر بمراحل متعاقبة إلى أن أصبح على ما عليه الآن.

2- مقاصد الشريعة الإسلامية: تهدف الشريعة إلى المحافظة على الضرورات الخمس وهي: **الدين** و**النفس** و**النسل** و**المال** و**العقل**[17]، وإن دراسة علم المقاصد وبيانه للناس أمر مهم، وضرورة ملحة لإظهار محاسن الشريعة الاسلامية و وفضلها[18]، ولهذه للمقاصد وجود في القانون الوضعي نستشفها من خلال عبارات النصوص القانونية: كتحقيق العدل وحماية الحرية ومراعاة الفطرة وحسن النية والسماحة والعفو والمساواة والعدالة الاجتماعية وحماية حرية العقيدة وحفظ النفس والعرض والمال والنسب أو الحقوق الاجتماعية والاقتصادية.

تعتبر الضروريات الخمس (الدين، النفس، العقل، النسل، المال) أصول للحقوق الأساسية، ويطلق عليها في القوانين الوضعية (حق التدين، حق الحياة، الحق في العلم والتعليم، الحق في الزواج، والحقوق الاقتصادية)، وهي من قبيل الواجبات والأصول التي لا يمكن التنازل عنها في الشريعة الإسلامية، ويجب المحافظة عليها، أما في القانون الوضعي فهذه الحقوق وإن كانت من قبيل الحقوق الأساسية فهي حقوق طبيعية وحريات لصاحبها، يتمتع بالحرية المطلقة في الالتزام بها أو عدم الالتزام، وفي هذا الجدول مقارنة بي مقاصد الشريعة الاسلامية وموقف القانون الوضعي من هذه المقاصد[19].

---

[17] قويقح حورية: " مقاصد الحقوق.. بين الشريعة والقانون الوضعي ، نشر بتاريخ:22يناير 2015، تاريخ الزيارة:02أفريل 2021، **https://www.elkhabar.com/press/article**

[18] فريد بن يعقوب، مرجع سابق.

[19] قويقح حورية، المرجع السابق.

المقاصد	الشريعة الاسلامية	القانون الوضعي
حفظ الدين	– له صبغة الوجوب، حيث فوضت حرية الاختيار للأفراد، هذا التفويض كان مقترن بضوابط وهي عدم العبث به. –يعتبر الدين المؤيد للاستقرار، والمنشط للتعمير والموجه للأمم، والمنمي للعقول وهو ضابط الغرائز.	– يعتبر الدين مجرد حرية فكرية لصاحبها، ويعتبر ملغيا إذا تعارض مع النظام العام. وهكذا ارتقى بالنظام العام ودنا بالدين، وغايته في ذلك هو توسيع الحرية الفردية والحفاظ على النظام العام.
حفظ النفس:	– حفظ النفس مقترن بحق الحياة وحفظ الكرامة الإنسانية، وهما أصل ومنبع للحقوق الأخرى(كالحق في العلم والتعليم)،فبحفظ النفس تصان الأرواح وتنمى الأموال.	–تحمالنفس من زاويتين: حق الحياة وحق الكرامة الإنسانية، لكنه لم يرتق بهذين الحقين ليكونا منبعا للحقوق الأخرى، وإنما هما من قبيل الحقوق الطبيعية وأداة لتقدم الدول
لحفظ النسل	– يهدف حفظ النسل إلى: الإصلاح والإعمار والتعارف الاجتماعي والتطور والإنماء والاتصال بين المجتمعات وتيسيرا لأداء وظيفة الخلافة التي	– يعتبر من ضمن الحقوق الطبيعية ولم ترتق به إلى الوجوب،يرتكزحفظ النسل على الجانب المادي؛فضمان الاستمرارية يحفظ الكيان الاقتصادي للدولة.

	هي محور العبودية للّه عز وجل.	
حفظ المال	– يعتبر حفظ المال حق وواجب وغريزة وفطرة تحقق كرامة الإنسان. – جعل المال وسيلة لتحقيق سعادة الفرد والمجتمع في العاجل والأجل (الآخرة).	– يعتبر حفظ المال ضمن الحقوق الطبيعية من أجلتحقيق الرفاهية للأفراد في الحياة(جمع المال وحفظه وتوزيعه ذو محفزات قليلة وأبعاد محدودة ودوافع ضعيفة في القانون .
العقل	– حفظ العقل وتوجيهه بالعلم والتعليم في الشريعة الاسلامية يهدف إلى المحافظة على الأرواح، وصيانة الأنفس وتنمية الأموال.	– يهدف حفظ العقل وتوجيهه بالعلم والتعليم في القوانين الوضعية إلى تقدم الدول ورقيها.

من خلال ما سبق نستنتج أن مقاصد الشريعة الإسلامية تختلف عن مقاصد القوانين الوضعية اختلافاً أساسياً من ثلاثة وجوه:

– **الوجه الأول:** أن القانون من صنع البشر، أما الشريعة فمن عند الله، وكلٌّ من الشريعة والقانون يتمثل فيه بجلاء صفات واضعه:

–القانون من صنع البشر ويتمثل فيه نقص البشر ، ومن ثمَّ كان القانون عرضة للتغيير والتبديل، فالقانون ناقص دائماً ولا يمكن أن يبلغ حد الكمال.

– الشريعة من وضع الله سبحانه وتعالى وتتمثل قدرة الخالق وكماله وعظمته وإحاطته بما كان وما هو كائن؛ ومن ثمَّ صاغها العليم الخبير بحيث تحيط بكل شيء في الحال والاستقبال حيث أحاط علمه بكل شيء، وأمر الله جل جلاله لا يتغير ولا يتبدل قال سبحانه : ﴿ لاَ تَبْدِيلَ لِكَلِمَاتِ اللهِ ﴾ [20]؛ لأنها ليست في حاجة للتغيير والتبديل مهما تغيرت الأوطان والأزمان وتطور الإنسان.

– **الوجه الثاني** :أن القانون عبارة عن قواعد تضعها الجماعة لتنظيم شؤونها وسد حاجاتها مؤقتا[21]، فالتشريع الوظعي قابل للعديل والتغيير باستمرار ، وهو ليس بحاجة ماسة لنظرة مقاصدية تستخرج منها الحكم والغايات المصلحية المقصودة منه[22].فهي قواعد مؤقتة تتفق مع حال الجماعة المؤقتة، وتستوجب التغير كلما تغيرت حال الجماعة، أما الشريعة فقواعد وضعها الله تعالى على سبيل الدوام لتنظيم شؤون الجماعة.

– **الوجه الثالث** :أن الجماعة هي التي تصنع القانون، وتلونه بعاداتها وتقاليدها وتاريخها، والأصل في القانون أنه يوضع لتنظيم شؤون الجماعة، ولا يوضع لتوجيه الجماعة، ومن ثم كان القانون متأخراً عن الجماعة وتابعاً لتطورها، وكان القانون من صنع الجماعة، ولم تكن الجماعة من صنع القانون.

والأصل في الشريعة أنها لم توضع لتنظيم شؤون الجماعة فقط كما كان الغرض من القانون الوضعي، وإنما المقصود من الشريعة قبل كل شيء هو خلق الأفراد الصالحين والجماعة الصالحة، فالله جل شأنه وضع الشريعة، وأنزلها على رسوله نموذجاً من الكمال

---

[20] سورة يونس الآية 64.

[21] قويقح حورية، المرجع السابق.

[22] عليان بوزيان، مرجع سابق.

ليوجه الناس إلى الطاعات والفضائل، ويحملهم على التسامي والتكامل؛ حتى يصلوا أو يقتربوا من مستوى الكمال[23].

ويقول المستشرق الإنكليزي البروفيسور نويل ج. كولسون، أستاذ الفقه الإسلامي بجامعة لندن: (ويصح النظر إلى الشريعة على أنها نظام قانوني متطور، ويتميز هذا النوع من القوانين السماوية عند مقارنتها بالقوانين المعتمدة على العقل الإنساني بخاصيتين أساسيتين:

– أنه نظام ثابت لا يتبدل، ومن ثمَّ فإن معاييره ثابتةٌ ثبوتاً مطلقاً وليس لأي سلطة قانونية حق تغييرها.

– أن الشريعة الإسلامية المنزلة تمثل السمت الموحد لجميع الشعوب الإسلامية، على حين أن الاختلاف سيكون هو النتيجة الحتمية لقوانين من العقل الإنساني المتأثر بالظروف المحلية الخاصة والمعبّر عن احتياجات مجتمع معين[24].

---

23 قويقح حورية، المرجع السابق.

24 محمد وفيق زين العابدين: " التشريع الإسلامي بأقلام قانونيين ومفكرين غربيين"، مجلة البيان الإلكترونية، تاريخ النشر 27 ماي 2014، https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?id=3690، تاريخ الزيارة، 2021/06/05.

المحور الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة

يقصد بمذاهب الفلاسفة في مجال علم القانون تلك الأفكار التي طرأت في زمن معين ومكان محدد باعتبارها آراء خاصة بكل منهم فعبروا عنها وناقشوها في حوار جاد مثمر أدى إلى إثرائها والاقتناع بها، وقد تحولت هذه الآراء إلى نظريات علمية ، تم تطبيقها في عدة مناطق وأماكن وفي أزمنة مختلفة ومتباعدة إلى أن أصبحت مذهبا فلسفيا قابلا للتطبيق ،وتعتبر هذه المذاهب نتيجة لاستمرارية التفكير الإنساني فكلما ظهر مذهب ظهر آخر يعارض المذهب السابق أو يعدله أو يضيف له مبادئ أو يأتي بمذهب جديد .

لقد ثار جدال بين الفلاسفة القدامى ولا يزال قائما حول طبيعة وجوهر القاعدة القانونية فاختلف فقهاء القانون فيما يتعلق بما وراء شكل القاعدة القانونية، أي في مضمون هذه القاعدة وأصلها، فهل هو إرادة إرادة السلطة الحاكمة التي تضع القانون وتملك إجبار الناس على الخضوع له؟ أم هناك وراء إرادة السلطة الحاكمة فكرة أسمى وأعلى كفكرة العدالة والقانون الطبيعي؟ وماذا عن تأثير المجتمع في إعداد القوانين خاصة وأن المجتمع لا يمكن أن يتجزأ عن عاداته ومعتقداته وثقافته؟ فيما يلي تفصيل لأهم الإتجاهات والمدارس التي تطرقت لأصل ونشأة القانون وهي أربع مذاهب[25]:

- **أولا:المذاهب الميثالية(القانون الطبيعي)**
- **ثانيا:المذاهب الشكلية**
- **ثالثا: المذاهب الوضعية**
- **-المذاهب المختلطة**

---

[25] عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 15.

- أولا:المذاهب الميثالية(مذهب القانون الطبيعي)

تكاد تنحصر المدرسة الميثالية في مذهب القانون الطبيعي وان هذا المذهب ذو مضمون متغير وله مبادئ يقوم عليها وهو ما سوف تتعرض له مضمون هذا المبدأ والذي كان يعتقد به الفلاسفة القدامى[26] ، أن أصل القوانين موجود في الطبيعة، وأن الله أودعه إياها، فكان القانون الطبيعي أو القانون الإلاهي وهو أصل القوانين الوضعية، وكانت صلاحية هذه القوانين تقدر بقدر مطابقتها للأصل[27].

وصلت مبادئ هذه النظرية الى درجة البحث العلمي وعرفت فلاسفة كبار نادو بها وأصبحو من فلاسفة القانون الطبيعي منهم كونت بسويسرا ، ومن فرنسا جون جاك روسو ، ومن انجلترا جون لوك كما ظهرت الثورة الفرنسية ضد طغيان الملوك (نظام ملكي) الذين كانو يتعسفون في حقوق المواطنون إذ كان لديهم القانون هو الملك ، والملك هو القانون كما كان يقول لويس 14 أنا هو الدولة والدولة هي أنا[28].

---

[26] يعود الفضل في ظهور فكرة القانون الطبيعي إلى الفلاسفة اليونان اللذين رأو أن قواعده تحقق المثل العليا كالعدل والمساواة والحرية وهذه المثل هي التي تشكل جوهر القانون الطبيعي، وانتقلت هذه الفكرة إلى الرومان اللذين آمنوا بدورهم بفكرة القانون الطبيعي. عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 506.

[27] عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 16.

[28] يعتقد البعض أن مبادئ القانون الطبيعي مرادفة لقواعد العدالة ، إن لهما مضمون مشترك وموحد ومتماثل لا فرق في ذلك بين مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، أما البعض الآخر فيرى أن إختلاف منهجي وموضوعي بينهما ، فمن حيث المنهج فلكل مصطلح منهجه الخاص، منهج القانون الطبيعي يتسم بكونه فلسفي ونظري وحتى مثالي، أما منهج قواعد العدالة على خلاف ذلك فهو يتميز بكونه عملي وتجريبي ومن تطبيقات وممارسات الجهاز القضائي، أما من حيث الاختلاف الموضوعي فموضوعات القانون الطبيعي أكثر شمولية من موضوعات قواعد العدالة حيث أنها تشمل إضافة إلى قواعد العدالة الحرية والمساواة في حين تقتصر موضوعات قواعد العدالة على موضوع واحد هو العدل أو العدالة، عجة الجلالي، المرجع السابق، ص344 وما يليها.

نظرية القانون الطبيعي ذات طابع إنساني تقدس الحرية وتمجد الفرد، وتدافع عن الحقوق والحريات الفردية وتتصدى للمذهب الاشتراكي، كما أثرت هذه المبادئ في كثير من دساتير الدول الحديثة (المنظمات الدولية لحقوق الإنسان) ، تعتقد هذه النظرية أن هنالك حقوقا أساسية فطرية للإنسان يستمدها من طبيعته ذاتها كإنسان أهمها: الحق في الحرية الذي تعتبره حقا مقدسا لا يجوز النيل منه أو التجاوز عليه حتى من قبل الدولة، وبالتالي هناك صلة قوية تربط بين مذهب القانون الطبيعي و المذهب الفردي، فهي دات طابع إنساني مثالي وعلى نقيض المذاهب الشكلية، إذ تعتبر أن هناك مبادئ وقواعد عادلة تفرضها طبيعة الأشياء ويكتشفها العقل السليمولا تتغير في الزمان والمكان، بل تحاول أن تحد من إرادة الدولة وسلطانها، حيث توجب عليها أن تستلهم قواعدها القانونية التي تضعها من مبادء القانون الطبيعي المثالية العادلة وألا تخالفها في حال من الأحوال[29].

– **موقف المشرع الجزائري من المذهب المثالي:** وقد تأثر المشرع الجزائري نسبيا بهذا المذهب، حيث نص في المادة الأولى من القانون المدني على مايلي : "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها،وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".، اعتبر القانون الطبيعي من مصادر القانون، وذلك في حالة ما لم يجد القاضي حلا للنزاع المعروض أمامه في التشريع والفقه والشريعة الإسلامية والعرف.

---

[29] طروب كامل: محاضرات في القانون المقارن موجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص شريعة وقانون ، جمعة باتنة1، السنة الجامعية2020/2019، ص6.

– **نقد فكرة القانون الطبيعي:** ما لبثت أن تعرضت فكرة القانون الطبيعي للنقد في القرن التاسع عشر في صحة القانون

الطبيعي الخالد وتركزت انتقداتهم على الجوانب التالية:

– عدم واقعية القانون الطبيعي إذ أنه مجرد أفكار مثالية[30] قد لا تجد حظها من التطبيق.

– جمود القانون الطبيعي الخالد وعدم مسايرته للتغيرات الزمانية أوالمكانية التي هي حتمية تعرفها الطبيعة كما يعرفها الانسان.

– إن القانون في الواقع وليد بيئته ويختلف من مجتمع إلى آخر، وليس من المعقول القول بوجود قانون شامل ومشترك بين كافة الشعوب.

– إن القول بأن العقل البشري هو الذي يكتشف القانون الطبيعي مردود عليه، لكون هدا العقل غير موحد يختلف من شخص لآخر وهو ما يجعل القانون الطبيعي حبيس معتقدات شخصيةأكثر منها موضوعية[31].

بغض النظر عن الانتقادات الموجهة لنظرية القانون الطبيعي، فسيظل الفضل لهذه النظرية في أنها نبهت الأذهات إلى ضرورة التمسك بمبادئ تخضع لعا القواعد القانونية الوظعية وهذه المبادئ والمثل إنما تدور كلها حول فكرة العدالة ذاتها وتتصهر فيها[32].

---

[30] إن الاعتقاد بوجود مبادئ مثالية مطاقة ثابتة في الزمان والمكان هو أمر فيه الكثير من التفاؤل والبعد عن الواقع، فالواقع يدلنا على أن هذه المبادئ نسبية وليست مطلقة، فما نعتبره قانونا طبيعيا في عصر من العصور أو بالنسبة لشعب من الشعوب قد لا يعتبر كذلك في عصر غيره أو لشعب آخر، طروب كامل، المرجع السابق، 7.

[31] عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 507 وما يليها.

ـ ثانيا:المذاهب الشكلية

شهد القرن التاسع عشر انحدار مدرسة القانون الطبيعي إلى الحضيض، وحلت محلها الوضعية القانونية، وقد كان للفلاسفة التنويريين[33] دور كبير في محاربة فكرة القانون الطبيعي لأنها في نظرهم فكرة لا تستند إلى أي أساس علمي، و تتجاهل الدور الحيوي للعوامل التاريخية في تطوير القانون.

يتمثل العامل المشترك بين المذاهب الشكلية في اعتبار القانون مشيئة الدولةوتتكر ما يسمى بالقانون الطبيعي الخالد أو القواعد الأخلاقية المطلقة، ولا تعترف إلا بالقانون الوضعي لأنه موجود في الواقع في دولة معينة وفي زمن معين.

سنذكر فيما يلي أهم المذاهب الشكلية المتمثلة في مذهب أوستن، مذهب كلسن ومدرسة الشرح على المتون.

1 – مذهب اوستن: ينسب هذا المذهب للفيلسوف الانجليزي أوستن الذي كان أستاذا للقانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر، وقد عرض مذهبه وقام بتدعيمه في كتاب أسماه محاضرات في القانون، وقد قال بهذا المذهب الفقيه اهرنج، استهل أوستن كتابة محاضراته في القانون بقوله: "إن موضوع القانون هو القانون الوضعي الذي

---

[32] طروب كامل، المرجع السابق، ص8.

[33] التنويريين من عصر المنطق أو التنوير، و هو حركة فكرية وفلسفية هيمنت على عالم الأفكار في القارة الأوروبية خلال القرن الثامن عشر، انبثق عصر التنوير عن حركة أوروبية فكرية علمية معروفة باسم حركة النهضة الإنسانية، يعتبر البعض كتاب الأصول الرياضية للفلسفة الطبيعية الذي ألفه نيوتن عام 1687 أول الأعمال التنويرية الرئيسية، يحدد المؤرخون الفرنسيون بداية عصر التنوير بالفترة ما بين وفاة لويس الرابع عشر في فرنسا في عام 1715 واندلاع الثورة الفرنسية. موسوعة ويكيبيديا: عصر التنوير، https://ar.wikipedia.org/wiki، تاريخ الزيارة: 2021/06/05.

يقوم بوضعه حكام سياسيون من أجل طائفة محكومة سياسيا..."، وهو بهذا يتجه إلى القول بأن القانون هو مشيئة الدولة[34]، ولا وجود للقانون إلا من خلال وجود مجتمع منظم توجد فيه هيئة حاكمة، تباشر هذه الهيئة الحاكمة سلطان الدولة على الطبقة المحكومة، يصدر القانون في صورة أمر بعمل شيء أوالإمتناع عنه: أي أن القانون يصدر في الأمر أو النهي وليس مجرد نصيحة، يقترن هذا الأمر بجزاء دنيوي يوقعه الحاكم على من يخالفه.

2 – مذهب كلسن: يعتبر الفقيه النمساوي كلسن من ابرز المؤيدين للوضعية القانونية، ويرى هذا الأخير أن القانون هو الدولة ذاتها، فهو ليس تعبيرا عن إرادة الدولة، بل إن هذه الأخيرة هي نفسها القانون، ولا يوجد قانون غير الذي ينتج عن الدولة، والدولة ليست سوى التعبير عن وحدة النظام القانوني القائم في بلد معين.

3– مدرسة الشرح على المتون: نشأت هذه المدرسة في فرنسا ومفادها أن النص القانوني مقدس ويجب الاعتماد عليه كلية دون الاستعانة بالرأي آو العرف أو الاجتهاد، ولا يعترف أصحاب هذا المذهب بالفراغ التشريعي وقصور النصوص القانونية، ويرجع هذا الفكر الى تقديس زعيم الدولة الفرنسية آنذاك نابليون بونبارت.

– **النقد الموجه للمذاهب الشكلية:** اقتصر المذاهب الشكلية على الجانب الشكلي للقانون دون البحث عن مضمونه وجوهره ، فهذه المذاهب لا تتغلغل الى صميم القاعدة للتعرف على طبيعتها وتطورها والقيم التي نشأت عليها، لهذا وجهت لهذه المدرسة عدة انتقادات نذكرها فيمايلي:

---

[34] ادريس فاضلي:"الوجيز في غلسفة القانون"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006. ص 74.

– **تتسم المذاهب الشكلية بالنزعة الاستبدادية؛** فمفهوم القانون وفق هذا المذهب يؤدي إلى طغيان الحاكم واستبداده نظرا لأنه فوق القانون ، فه من يضعه ويلزم من هو دزنه باحترامه لكنه لا يلزم به نفسه[35]، فهذا المذهب يؤدي إلى إطلاق سلطة الدولة، فالقانون هو التعبير عن إرادة الدولة التي لا حدود لها، ولا يجوز البحث هن مدى عدالتها او تحقيقها للصالح العام، فالقوة هي القانون والقانون يكون في خدمة القوة؛ ومن هنا يلاحظ تطابق هذا النقد مع النقد الماركسي الموجه للنظام الرأسمالي المتمثل في أن القانون هو خادم للطبقة القوية في المجتمع على حساب الطبقة الضعيفة.

– **تتسم المذاهب الشكلية بالنظرة الضيقة إلى القانون** وربطه بالدولة وحصر مصدره في التشريع،

رغم أن قانون نابليون نفسه محل التقديس من طرفها يحيل مسائل كثيرة منه إلى قاعدة العرفية وهذا مكمن التناقض في هذه النظرية فإذا كان النص التشريعي ذاته يعتبر العرف كمصدر ثان للقانون في ظل القانون المدني الفرنسي فكيف لأطروحة تسعى فقط إلى شرحه أن تستبعد هذا المصدر[36]، مع انه من الثابت وجود القانون في الجماعات البدائية في شكل عرف قبل ظهور الدولة بمعناها الحديث ؛ فللعرف قوة ذاتية مستمدة من ضمير الجماعة وبالتالي فالمذاهب الشكلية أنكرت العرف وكل مصدر للقانون ماعدا التشريع، كما ينكر هذا المذهب كل من القانون الدستوري والقانون الدولي ولا يعترف بهما كقوانين.

---

[35] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 502.

[36] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 503.

ـ ثالثا:المدرسة الواقعية

ظهرت المدرسة الواقعية كمعارضة للقانون الطبيعي خلال القرن 19،بإعتبار هذا القانون تصور فكري لا يمد بأي صلة إلى منهج الأسلوب العلمي وما يستلزم من ضوابط ويقين، وانتشرت الفلسفة الواقعية التي تتناقض مع الفلسفة المثالية ولما تقوم عليه،وقد تفرعت المدرسة الواقعية الى مذهبين المذهب التاريخي ومذهب التضامن الاجتماعي .

أ- **المذهب التاريخي** : ظهرت بوادر هذا المذهب منذ القرن 18 في فرنسا إذ أظهر بعض الفقهاء والفلاسفة تأثرا بالبيئة والظروف المحيطة بما فيه اختلاف القوانين،كما جاء هذا المذهب رافضا للقانون الطبيعي الذي تبنته الثورة الفرنسية وجعلت منه فلسفة لها، ورأوا أن القوانين يجب أن تتناسب وطبيعة البلاد التي تصدر فيها، ومن أهم الفلاسفة الذين ربطوا القانون بالبيئة نذكر منهم: الفقيه مونتسكيو[37] في كتابه روح الشرائع وكذلك الفقيه بورتاليس أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي، الذي عبر عن مبدأ من مبادئ التي قام عليها هذا المذهب ومحتواه أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل الإرادة الإنسانية.

ومن أنصار هذا المذهب نجد الفقيه "سافينيي"[38] الذي يرى أن القانون ينشأ في ضمير الشعب، وينبع من روح الشعب، ويتطور تلقائيا تبعا لهذه الروح، فهو يتكون بطريقة تدريجية غير محسوسة، ثم يتقدم ويتطور متخطيا وعي الشعب ذاته.

---

[37] يرجع الفضل في ظهور المذهب التاريخي إلى الفقيه الفرنسي مونتيسكيو، الذي وضع مبادئه الأولى في كتابه الشهير "روح القوانين"، يرى أن القانون وليد بيئته والظروف المحيطة به، إلا أن هذه الأفكار لم تتبلور في مذهب قائم بنفسه إلى غاية بروز العمل الجليل
الذي قام به الفقيه الألماني سافيني أين ظهرت لأول مرة تسمية الفقيه المألوفة لدى الكاتب تحت اسم المذهب التاريخي، حيث يرى أن القانون كائن يتأثر بمحيطه ويساير التطور وتأسيسا على هذه الفكرة تكرست مبادئ المذهب التاريخي. عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 510.

[38] ولد سافييني بفرانكفورت ودرس في جامعة جوتنجين ، أصدر دراسة عنوانها: " رسالة عصرنا في التشريع والفقه"، عارض تقليد التقنين الفرنسي، ثم نشر فيما بعد مؤلفه الضخم: " تاريخ القانون الروماني في القرون الوسطى"، 1815، شرح فيه ميزات التقنين الجرماني، وأكد فيه أن الطريق

– **أسس المذهب التاريخي:** يقوم المذهب التاريخي على أسس وتعاليم تتمثل فيما يلي:

– **إنكار وجود القانون الطبيعي:** وهو أن القانون ليس من وحي مثل عليا حيث يرى سافيني بأنه لا توجد قواعد ثابة أبدية يكشف عنها العقل بل القانون عنده من صنع الزمن ونتائج التاريخ.

فالقانون يولد وينمو كمظهر من المظاهر الاجتماعية المتعددة في شكل عادات ثابتة في المجتمع وتتطور هذه العادات مع تطور البيئة التي وجدت فيها، وتخضع للظروف الاجتماعية التي تحكم هذه البيئة، إن القانون عند سافييني ليس من وحي مثل عليا إذ لا توجد قواعد أبدية خالدة يكشف عنها العقل بل لكل مجتمع له قانونه الخاص به الذي يتفق مع متطلباته واحتياجاته، فالقانون لا يبقى على حالة واحدة بل يتطور وفقا لتطور البيئة الاجتماعية[39].

– **القانون وليد الحاجة للجماعة:** يرى المذهب التاريخي أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها وهو يتطور من ظروف المجتمع ويختلف من دولة الى أخرى ومن جيل لآخر في نفس الدولة حسب التغيرات الاقتصادية والاجتماعية فليس القانون تاج لجيل معين أو دولة معينة وإنما هو ثمرة التطور التاريخي.

– **القانون يتكون ويتطور آليا:** ومعناه أن القانون ينبعث من جهد جماعي مشترك ستهم فيه الأجيال المتعاقبة في دولة معينة فهو ذو صفة قومية فهو يتطور في الضمير الجماعي تطورا ذاتيا آليا دون تدخل الإرادة الإنسانية ويعتبر العرف التعبير الأمثل كالقانون لكونه مرتبطا مباشرة مع الضمير

الوحيد إلى فهم القانون وإصلاحه يمر حتميا بدراسة جذوره الاريخية واستخراج العبر منها، أحمد خروع: " المناهج العلمية وفلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص103.

[39] إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص 176.

- نقد المذهب التاريخي:

بالرغم من المزايا التي يتمتع بها المذهب التاريخي من وجهة اعتداءه بالبيئة الاجتماعية للقانون وإخضاع هذا الأخير لتغيراتها إلا أنه كان محل نقد من بعض الفقهاء وذلك من حيث الجوانب التالية:

- ساهم هذا المذهب في تكريس الدور الاجتماعي للقانون، وكشف عن الارتباط القائم بين القانون والبيئة أو المجتمع، إلا أنه بالغ في الربط بين القانون والجماعة، وبالتالي أنكر دور العقل الإنساني في تكوينه، وقد يرى المشرع أن قانونا ما هو أنفع بغض النظر عن ظروف المجتمع.

- إن القانون كما يكون وليد البئية فإنه لا يمنع أن كثيرا من الدول تقتبس قوانينها من دول وبيئات أخرى لها تجربة وباع، فبعض الشعوب اكتفت بإستيراد قوانين جاهزة من تجارب دول أخرى، حيث لم تكن هذه القوانين وليدة بيئتها ، وكأمثلة على ذلك تبني عددا كبيرا من الدول للقانون المدني الفرنسي في أوروبا وآسيا وإفريقيا رغم أن هذا القانون نشأ وتطور ونما في فرنسا[40] ، فقد يصح القول بأن المجتمعات القديمة تشكل فيها القانون بتلك الطريقة حيث تأثر بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لكل قبيلة ومدينة، لكن الحال اليوم مختلف تماما، حيث يعتبر التشريع بمثابة الإرادة الواعية التي تتحكم في سيرورة المجتمع.

إلا أنه يرجع الفضل للمدرسة التاريخية في إبراز العوامل التاريخية في تكوين القانون ودور وأهمية ضمير الجماعة، وهو ما أغفله أنصار القانون الطبيعي اللذين اعتبروا القانون

---

[40] عجة الجلالي، المرجع السابق، ص511.

قواعد جامدة وثابتة مستمدة من العقل، ومن دون نسيان وإنكار دور الواقع الاجتماعي والعامل التاريخي في ظهور القاعدة القانونية وتطورها[41].

2- مذهب التضامن الاجتماعي: لقد التقت أفكار سان سايمون واوجست كونت مع أفكار الفقيه الفرنسي ديجي والذي عبر عنها بنظرية التضامن الاجتماعي، والتي وان كانت تعترف للفرد بكيان مستقل عن الجماعة إلا أنها لا تقيم وزنا لحقوق طبيعية. فالحقوق انما تتحدد فقط من خلال التضامن الاجتماعي والتي تتغير تبعا لضروريات الحياة المشتركة لقد ظهر المذهب الاجتماعي كنتيجة حقيقية للنتائج السيئة التي ترتبت على الأخذ بالمبادئ المطلقة للمذهب الفردي والتي اثبت عجزها عن حماية حريات الفرد وحقوقه، بل بالعكس لقد أدى التطبيق الفعلي لهذه المبادئ إلى ظهور طبقة احتكارية للأمور السياسية والاقتصادية لا يهمها إلا مصالحها دون باقي المصالح. كل ذلك بسبب الدور السلبي للدولة الحارسة التي تبنى مفهومها المذهب الفردي من رواد هذا المذهب الفقيه الفرنسي دوقي وفي هذا الشأن يعتقد الفقيه أن تفسير القانون لا يتأتى إلا عن طريق المشاهدة والتجربة وهو بذلك لا يعترف إلا بالحقائق الواقعية الملموسة أما ما عداها فهي ضرب من الخيال قائم على مجرد الافتراض وتماشيا مع هذا المنطق ينكر دوقي بعض الأفكار الأساسية التي يقوم عليها القانون كفكرة السيادة وفكرة الشخصية المعنوية[42]، ظهر المذهب الاجتماعي كرد فعل للظلم الذي تعرضت له الطبقات الضعيفة، وكان رده متطرفا حيث نظر إلى الإنسان ككائن

---

[41] عجة الجيلالي، نفس المرجع ، ص 515.

42 عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 512.

اجتماعي، ومن ثم يجب النظر إلى مصلحة المجتمع بأسره، فالعبرة بتحقيق مصلحة الجماعة، ويجب تسخير الفرد لخدمة الصالح العام[43].

– ترتب على ذلك من الناحية السياسية والاقتصادية أن الدولة أصبحت تتدخل لكفالة الحرية والمساواة الفعلية وليس النظرية بين الأفراد، من خلال فرض ما تراه مناسبا من القيود على النشاط الاقتصادي لمنع الاستغلال والاحتكار.

– أما من الناحية القانونية فتتحدد وظيفة القانون بتحقيق مصلحة الجماعة، فالملكية مثلا ليست حقا خاصا مطلقا بل لها وظيفة اقتصادية واجتماعية، ويمكن تأميمها ونزعها للمنفعة العامة، ويتدخل القانون في مجال التعاقد فيفرض بعض القيود، من ذلك أنه يفرض التأمين الإجباري على السيارات والمباني، وسلطة القاضي في تعديل عقود الإذعان.

ـ نقد المذهب الإجتماعي: من حسنات المذهب الاجتماعي أن أبرز أهمية المصلحة العامة، وحماية الطبقة الضعيفة، إلا أنه تطرف أيضا في إهدار حقوق الفرد، ما أدى إلى طغيان الدولة متمثلة في الحكام، وتقلص دور الفرد وشلت حركته وعرقل نشاطه، وكانت النتيجة هي زيادة التعقيدات الإدارية والكساد الاجتماعي والاقتصادي، واستفحل دور القانون العام على حساب القانون الخاص بما فيه من سلطة العقاب أيضا.

إن تلافي عيوب المذهبين والتوفيق بينهما كان في غالبية الدول عن طريق الجمع بين المذهبين، مع الاعتراف بحقوق الفرد، وأيضا جميع الحقوق الاجتماعية والاقتصادية التي جاء بها المذهب الاجتماعي والتي صارت مكسبا لا يستغنى عنه.

---

[43] فاذا كان المذهب الفردي قد ذهب الى تقديس الفرد واعتباره شخصية مصونة لا تمس من قريب او بعيد وبالتالي حددت مجالات السلطة، فان المذهب الاجتماعي يذهب الى توسيع مجالات السلطة وتدخلها في كل م.

إلا أن مذهب التضامن الاجتماعي هو الآخر ليس بحقيقة مطلقة بل ترد عليه جملة من المآخذ أهمها:

أ – إصراره التحكمي على تطبيق المنهج التجريبي على القواعد القانونية، وكأنها ظواهر طبيعية في حين أن البعد البشري للقاعدة القانونية أهم من بعدها الطبيعي ويتمثل البعد المهمل من قبل ليون دوغي في وجود إرادة بشرية لا تقنع بما هو كائن ومشاهد بل تطمح إلى ما يجب أن يكون[44].

ب – اعتماد ليون دوغي على فكرة الشعور بالتضامن بين الأفراد لخلق القواعد القانونية والملاحظ أن هذا التضامن المفترض قد يتناقض مع الواقع لوجود شعوب لا تعرف التضامن بل العكس يسودها التنازع كما هو الحال الحروب الأهلية في بعض الدول ومن جهة أخرى فالتنازع في الواقع هو الدافع إل إصدار القانون لكون هذا الأخير يؤدي في أغلب الأحيان وظيفة تحكيمية بين مصالح متنازعية ولولا وجود التنازع لما كان هناك قانون فالحقوق كلها محل تنازع وهذا ما كرسه التطور التاريخي للحق والذي توصل إلى أن أول نزاع بين البشر بدأ منذ الوقت الذي قال فيه شخص أن هذا لي وهذا لك، وليس منذ الوقت الذي قال فيه البشر فيما بينهم أنهم متضامين فيما بينهم[45].

---

[44] عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 512.

[45] عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 512 وما يليها.

ـ رابعا: المذهب المختلط:(مذهب العلم والصياغة)

أسس هذا المذهب من قبل الفقيه جيني، ومع ذلك لايعتبر (جيني) مبتكرا لفلسفة جديدة في أصل القانون لأن دوره اقتصر على تحليل النظريات والمذاهب السابقة ومحاولة التوفيق بينها وانتقد (مدرسة الشرح على المتون) من حيث وقوفها عند النص التشريعي ، وأظهر بجلاء قيمة العرف كمصدر احتياطي لسد النقص في التشريع. كما أنه اجاز التوسع في تطبيق النصوص التشريعية عن طريق البحث العلمي الحر وأقام نظريته في القانون على ركنين هما (العلم) و (الصياغة).

حيث قامت نظريته على أنقاض المدرستين الشكلين والموضوعية ودمجهما في نظرية واحدة فأخذ عن المدرسة الشكلية فكرة تدوين القواعد القانون وسماه بعنصر الصياغة وأخذ عن المدرسة الموضوعية الحقائق الطبيعية والتاريخية وغيرها وسماه بعنصر العلم وهو ما تأثر به الفقه الحديث.

1- الأسس التي تقوم عليها المدرسة المختلطة:

- **عنصر الصياغة:** لقد أخذ جيني عن المدرسة ضرورة أن تكون القواعد القانونية في قالب مدون وعلى شكلية معينة أي أن تحرر على شكل نصوص تراعي فيها القواعد الإجرائية حتى يسهل توصيلها للأفراد.

- **عنصر العلم** : يتميز القانون حسب جيني بطابعه العلمي والذي يجعل منه علم قائم بذاته شبيها بعلوم الطبيعة، ولو أنه يميل إلى العلوم الانسانية لصلته بالانسان[46]، وعلى هذا

[46] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 513.

الاساس يتكون علم القانون من عناصر مأخوذة من المدرسة الموضوعية وهي عبارة عن مجموعة من الوقائع:

– **الوقائع الطبيعية** : وهي عبارة عن مجموعة الوقائع التي تحدث من خلال الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل فيها وإنما تقدم له خدمات وتولد له حقوق ومن هنا لا بد من الاعتراف بهذه الحقوق وهي حقوق تكون متولدة مع الإنسان كذلك.

– **الوقائع التاريخية:** وهي عبارة عن مجموعة الوقائع التي تكونت عبر التاريخ وقدمت خدمات للإنسان وولدت له حقوق.

– **الوقائع العقلية:**وهي التي تقوم باستنباط الحقوق من الحقوق الطبيعية وكذلك من الوقائع التاريخية.

– **الحقائق المثالية** : وهو أسمى الحقائق وهو الذي يسعى الإنسان إلى الوصول إليه وهو درجة السمو القانوني.

ـ خامسا: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

لقد اتجه الفقيه الحديث اثر النقد الموجه إلى مذهب جيني إلا أن الحقائق الأربع التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية لا يصدق عليها جميعا وصف العلم ، لهذا فقد تم جمع الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في نوعين من الحقائق:

– أولا : حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة

فالقاعدة القانونية هي نتاج واقع يجب تقويمه بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل فالفقه الحديث أعطى لجوهر القاعدة القانونية عنصرين عنصر واقعي فالعنصر الواقعي يعتمد على:

– **حقائق سياسية:**وهي عبارة عن مختلف المتغيرات السياسية وتغير أنظمة الحكم في

المجتمعات مما يؤثر على المجتمع وحقوقه وبالتالي لابد من وجود قواعد قانونية لتنظم هذه التغيرات.

- **حقائق تاريخية:**وهي عبارة عن مختلف المتغيرات التاريخية التي تساهم في تكوين الجماعة وحقوقها ولا بد من قانون لينظم هذه الحقوق.

- **حقائق دينية:** وهي مجمل الحقائق المستخلصة من أحكام الدين والتي قد تساعد إظهار القواعد القانونية.

- **حقائق طبيعة اقتصادية واجتماعية:**وهي عبارة عن مجموعة المتغيرات داخل المجتمع التي تكون بتدخل المجتمع بتدخل الطبيعة والتغيرات الاقتصادية وكذلك ظروف المجتمع.

وهذا العنصر لا يكفي لتكوين القاعدة القانونية بل يجب تقويم هذه الحقائق بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل ألا وهو العدل.

-ثانيا : حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل

يمثل العنصر المثالي في جوهر القاعدة القانونية فالعدل يفرضه العقل وليس ما تعتقده الجماعة.

المحور الرابع: تفسير القانون

توضع القاعدة القانونية مجردة، تطبيقها في الواقع العملي، بحاجة إلى تفسيرها، وقد يقوم بالتفسير المشرع نفسه، فيصدر تشريعا تفسيريا وهذا النوع من التفسير نادر في الواقع، كما يقوم بهذه المهمة الفقه مما يساهم في تكوين اتجاهات فكرية تساعد القاضي في تطبيقه للقانون، والمشرع في إعداده للقانون وتعديله بما يتناسب مع تطور المجتمع لكن التفسير بالمعنى الصحيح للكلمة غالبا ما يقوم به القضاء من خلال اجتهاده لإعطاء القاعدة معناها الحقيقي[47]، فيما يلي تعريف بالتفسير وأنواعه حالاته ووسائله.

- أولا: التعريف بالتفسير

يعرف التفسير بوجه عام على أنه على أنه عملية ذهنية منطقية بإتباع قواعد علمية لإستنباط حكم لتطبيقه على الحالة الواقعية[48]، يهدف التفسير في مجال القانون إلى التعرف على المقصود من وضع القاعدة القانونية والغاية التي من أجلها تم اصدارها أو البحث في نية المشرع أو مقصده من وراء وضعها[49]، يعتبر تفسير القاعدة القانونية أيضا من واجبات القاضي عند إنزال حكم القانون على وقائع الدعوى المعروضة عليه حتى ولو لم يطلب منه الخصوم، وقد اختلفت مدارس التفسير وظهرت ثلاث نظريات تبنتها المدارس التالية:

---

[47] بعوش دليلة: "محاضات في مقياس المدخل إلى العلوم القانونية"، موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك، جامعة قسنطينة1، الجزائر، السنة الجامعية:2015/2014، ص 31.

48 يفترض في نصوص القانون أن تكون واضحة محددة ومفهومة، موضوعة بصيغة لا تثير لبس أو غموض، لكن يحدث ألا تكون نصوص القانون على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد، مما يدعو إلى تفسيرها.

49 عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 495.

– **مدرسة الشرح على المتون:** ترى هذه المدرسة أنه إذا كان النص واضحا في صياغته، ولا غموض في معناه يستدل بالإرادة الحقيقية من واقع النص ذاته ومعاني ألفاظه ومفرداته مع إعمال قواعد اللغة، دور المفسر حسب هذه المدرسة يقتصر على التطبيق الآلي للنص، فالمبدأ هو: "لا اجتهاد في مورد النص "،وفي غياب النص الملائم يجب البحث عن الإرادة المفترضة للشارع وقت وضع التشريع [50]، أي إرادته التي نفترض أنه كان يقول بها وقت وضع التشريع لو أنه أراد وضع قاعدة للمسألة المعروضة والتي لم يوضع لها نص ينظمها.

تتمثل مزايا هذه المدرسة في أنها تمنع تحكم القضاة وتكفل استقرار وثبات التشريع ، إلا أنه يعاب عليه أنه يؤدي إلى جمود القانون وعرقلة تطوره وحصره في نطاق إرادة الشارع وقت وضع النصوص.

– **المدرسة التاريخية:** يعتمد مذهب هذه المدرسة في مجال التفسير بحتمية عدم التقيد بحرفية وجمود النصوص القانونية، بل لابد من تفسير القانون في المحيط الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والتاريخي العام لوقت سن ووضع التشريعات القانونية، فالمشرع قد يتأثر ويتفاعل حتمياً بمعطيات وحوادث الواقع الاجتماعي.

ويمتاز هذا المذهب بالواقعية والمنهجية العلمية والموضوعية والدقة في التفسير السليم والحقيقي للقانون.

لكن رغم المزايا التي يتمتع بعا المذهب التاريخي من وجهة اعتداده بالبيئة الاجتماعية للقانون وإخضاع هذا الأخير لتغيراتها إلا أنه كان محل نقد من بعض الفقهاء[51] يعاب على

---

[50] ابراهيم منصور: " نظريتا القانون والحق" ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، الجزائر 2008، ص 193.

[51] عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 511.

هذه المدرسة أنها تفتح مجالاً واسعاً للقاضي أو الفقيه للخروج عن إرادة المشرع الحقيقية تحت حجة تفسير القانون وفقاً لمعطيات اجتماعية، وكان مصير وجهة نظر هذه المدرسة مثل مصير الإرادة المفترضة التي نادى بها أصحاب مدرسة الشرح على المتون.

– **المدرسة العلمية:** تقوم هذه المدرسة على أنه متى كانت إرادة الشارع واضحة لم يصح تأويل القانون أو تحويره أما إذا وجدت مشاكل لم يعالجها الشارع لسد فراغ تشريعي أو غموض فيجب البحث عن أفضل حل بانتهاج طريق علمي حر ويلزم في سبيل ذلك التقصي عن التفسير في مصادر القانون، فإن عدمت هي أيضا وجب أن يتقلد المفسر دور الشارع ويصوغ القاعدة التي تتطلبها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية.

– **موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة:** من خلال نص المادة الأولى من القانون المدني[52]، يتضح أن المشرع:

– تأثر بمدرسة الشرح على المتون لأن المادة ألزمت القاضي بتفسير النص تفسيرا لفظيا ،وإذا لم يستطع الإهتداء لمفهوم النص بالنظر لألفاظه تعين عليه البحث عن روح النص أو فحواه ،إلا أن المشرع وإن بدا في المادة متأثرا بمدرسة الشرح على المتون خاصة في الفقرة الأولى إلا أن ذلك إقتصر فقط على الإرادة الظاهرة للمشرع والتي يستلهمها القاضي سواء

---

[52] تنص المادة الاولى من القانون المدني : « يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف .فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة »،الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني .

من ألفاظ النص أو معناه وهو ما عبر عنه المشرع ب: "فحوى النص" فليس للقاضي أن يبحث في الإرادة المفترضة كما ذهبت إلى ذلك مدرسة الشرح على المتون، بل يتقيد بالنص لفظا وروحا.

– تأثر المشرع أيضا بمدرسة البحث العلمي الحر وهذا ما يتضح من الفقرة الثانية والثالثة من المادة حيث سلم المشرع بظاهرة قصور التشريع على معالجة كل الوقائع وبتالي وضع مصادر أخرى إحتياطية يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع معترفا له في الفقرة الأخيرة بالإجتهاد وفق ما تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

نشير في الأخير أن التفسير القانوني للنصوص ليس دليل عافية في التشريع بل دليل على افتقار النصوص القانونية للشمولية والإحاطة بكل المعطيات الموجودة في الواقع العملي، ومتى انتشرت ظاهرة التفسير والشرح فإنه سيحل الظلم والمصلحة الخاصة والفساد محل العدل والمصلحة العامة.

ـ ثانيا: أنواع التفسير

ينقسم التفسير إلى أنواع كثيرة يمكن أن نركز على ثلاثة أنواع هي:

– **التفسير التشريعي:** يصدر من الشارع على شكل نص لاحق لإزالة غموض أو سد نقص في قانون اختلف في تفسيره وأثير التناقض في أمر تطبيقه، وإما من خلال رغبات صريحة عبر عنها المخاطبون أو المكلفون بالقانون، فيتدخل المشرع ليصدر نصا يفسر الغموض الذي شاب النص الأصلي، يطلق عليه التشريع التفسيري، وهذا التشريع لا يضيف شيئا جديدا للتشريع الأصلي[53]، بل هو نص متمم له شارحا لفحواه يطبق من تاريخ نفاذ النص وليس من تاريخ صدوره، لهذا فإنه يسري بأثر رجعي على الوقائع القائمة في ظل القانون

[53] عجة الجلالي، المرجع السابق، ص 496.

المفسر والتي لم تصدر بشأنها الأحكام على ألا يتضمن أحكاما جديدة لم يتضمنها القانون المفسر، فإن تضمنها فإنها تسري للمستقبل فقط .

ويعتبر التفسير التشريعي استثناء من الأصل إذ يفترض في النص التشريعي عند وضعه وضوح معانيه بما تنتفي معه الحاجة إلى تدخل تشريعي لاحق لتفسير النص و هو ملزم لكافة مؤسسات الدولة ومواطنيها ورعاياها بما في ذلك القضاة بحكم كونه نصا تشريعيا.

– **التفسير القضائي:** هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند تطبيق أحكامه على القضايا المعروضة عليه، فهو وسيلة يتوصل بها القضاء للفصل في الخصومة . وهو ما يجعل ذلك التفسير مرتبطا بالواقع العملي مما قد يجعله متأثرا بالظروف المحيطة بالنزاع الذي يرفع للمحكمة لأجل حسمه.

لهذا فإن نتيجة التفسير القضائي لن تتعلق إلا بطرفي النزاع وهذه يعني أنه لن يكون ملزما إلا للمحكمة التي أصدرته من أجل حل نزاع معين [54]، ويعتبر عاملا مهما من عوامل تطوير القانون كما اعتبر مصدرا من مصادر القانون.

وللتفسير القضائي عدة خصائص تجعله متميزا عن باقي أنواع التفسير الأخرى:

– تفسير عملي وذو طبيعة واقعية حيث يباشر القاضي تفسير القانون بمناسبة تطبيقه للقانون على القضايا الواقعية المعروضة عليه، مما يدفعه إلى الملاءمة في تفسيره للنص بين الجانب النظري للنص والجانب الواقعي للنزاع.

---

[54] اشواق بنت حسن بن عبدالله ال مناع العسيري: " المصطلحات القانونية"، مقال متاح في الموقع: https://fac.ksu.edu.sa/aalasire/page/114316، تاريخ الزيارة:2021/05/31.

– لا يتمتع بأية صفة إلزامية إلا بالنسبة للواقعة التي صدر من أجلها، ويترتب على ذلك جواز مخالفته وتبني تفسير مغاير له في القضايا الأخرى المشابهة.

– القاضي المفسر ملتزم بالتقيد بالحدود التي رسمها له القانون ولا يجوز له الخروج عنها، ولا يجوز أن يمتنع عن التفسير وإلا اعتبر متنكرا للعدالة.

– **التفسير الفقهي :** هو التفسير الذي يباشره رجال القانون في مؤلفاتهم حين يتناولون فيها نصوص التشريع بالدراسة والتحليل[55] ومن ثم التعليق ببيان محاسن القانون ومساوئه، قصد الكشف عن معانيها وما تشتمله من أحكام،

و يعد التحليل الفقهي للنصوص التشريعية عاملا مساعدا في توضيح أحكام القانون وبيان أوجه القصور فيه مما يؤدي إلى تبني تلك التفسيرات الفقهية فيما بعد على شكل نصوص قانونية ملزمة، و يبحث التفسير الفقهي في الأصول والمصادر مثل وضع التعريفات القانونية وتحليل شروط تطبيق نص معين أو وضعها في حالة خلو التشريع منها صراحة وكذلك البحث في أركان وعناصر الوقائع المادية مثل أركان العقد وأركان الجريمة أو انتقاد النصوص القائمة واقتراح البدائل الملائمة.

---

55 هذه الدراسات تفيد القاضي في تطبيقه للقانون على المنازعات، و كذلك بالنسبة للمشرع الذي يلجأ إليها أحيانا لتعديل النصوص وفق ما استقر عليه الفقه، و لا يرتبط التفسير الفقهي بنزاع واقعي فهو غاية في حد ذاته بعكس التفسير القضائي المرتبط بواقعة معينة.

ثالثا:حالات التفسير:

و يقصد بحالات التفسير الأسباب إلي أدت بالقاضي أو الفقيه للبحث عن تفسير للقانون من أجل الإيضاح و تسهيل فهم المعنى. و الحالات هي كالآتي:

1 – الخطأ المادي :هو تضمن النص القانوني لعبارة يشوبها الخطأ المادي الواضح لورود خطأ لفظي بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح ذلك اللفظ أو تلك العبارة , أن هذا الخطأ ليس بحاجة إلى التفسير و إنما إلى التصحيح فقط حتى يستقيم المعنى.

مثال : أن يقول النص "يعاقب المخالف بالسجن من 10 أيام إلى شهرين " و لكي يستقيم المعنى يكون النص كالأتي : "يعاقب بالحبس 10 أيام إلى شهرين " لأن السجن يبدأ من 05 سنوات إلى 20 سنة[56].

2 – الغموض : يكون النص القانوني غامضا أو مبهم إذا كانت عبارته تحمل أكثر من مدلول و حينئذ للقاضي أو الفقيه الاختيار بين المفاهيم و الأخذ بالمفهوم الأقرب إلى الصواب.

مثال : " بيع ملك الغير يكون باطلا " هذه العبارة تحمل معنيين البطلان المطلق و البطلان النسبي حيث ان البطلان المطلق يتم بناءا على طلب كل ذي مصلحة بالطعن في عقد البيع بالبطلان كما يحق للمحكمة ان تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها، اما البطلان النسبي فيتم بناءا على طلب احد اطراف العقد و على القاضي اختيار مفهوم واحد لتطبيقه .

3 – النقص : يعتبر النص القانوني ناقصا إدا سكت المشرع عن أيراد بعض الألفاظ أو أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يلزم أن يتعرض لها حتى يستقيم المعنى.

---

[56] اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 190.

مثال 1: المادة 124 القانون المدني 1975 : كل عمل أيا كان يرتكبه المرء، و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" هنا اغفل ركن الخطأ و أصبحت المادة 124 القانون المدني 2005 تنص:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[57].

4 – التناقض : القصد من التناقض هو تعارض بين نصين قانونيين حيث يخالف معنى و حكم احدهما مفهوم و حكم الآخر في موضوع واحد، في حالة التعارض القاضي إما يعتبر أحد النصين عاما و يطبقه بصفة عامة و يعتبر النص الآخر خاصا يطبقه في حالات خاصة تكون الأقرب إلى الصواب، أو يعتبر النص الجديد لاغيا للنص القديم المتعارض معه .

مثال: في المادة 115 من القانون المدني السوري تنص :" يقع باطلا تصرف المجنون و المعتوه اذا صدر التصرف بعد اشهار قرار الحجر" بينما في المادة 200 من قانون الاحوال الشخصية السوري فينص على مايلي :" المجنون و المعتوه محجوران لذاتهما و يقام على كل منهما قيم بوثيقة" فهنا نجد النص المدني ينص على ان بطلان تصرفات المجنون و المعتوه لايقع الا بعد صدور حكم قضائي و اشهاره بينما نص قانون الاحوال الشخصية فيعتبر تصرفات المجنون و المعتوه باطلة ابتداءا من وقت اصابتهما بالمرض و بالتالي التصرفات الواقعة في الفترة ما بين الاصابة و بين صدور قرار الحجر عليهما باطلة .

[57] المادة 124من القانون المدني الجزائري لسنة 1975 والمعدلفي سنة2005.

– رابعا: طرق التفسير

طرق التفسير معناها السبل و المناهج التي يعتمد عليها القاضي أو الفقيه للوصول إلى تحديد المعنى و للتفسير يوجد طرق داخلية ترتكز على النصوص التشريعية المراد تفسيرها و طرق خارجية ترتكز على غير النصوص في تفسيرها.

1– الطرق الداخلية : تعتمد على استنتاج المدلول النص من خلال صيغته إما بتفسير ألفاظه أو العبارة كاملة, فالتفسير يرتكز على البحث اللغوي من الناحية الشكلية أو فحوى النص من الناحية الموضوعية . و يرتكز التفسير في استنتاج معنى النص من فحواه عن طريق:

–**الاستنتاج بطريق القياس** : في حالة وجود واقعة لم ينص القانون عليها ولكن نص القانون بنص ثابت على واقعة مشابهة لها و لاتحاد الواقعتين في السبب فانه يتم تطبيق حكم الواقعة المنصوص عليها في القانون على الواقعة الغير منصوص عليها لاشتراكهما في العلة.

مثال : في حالة ان الموصى له يقتل من اوصى له و لدينا القاعدة الشرعية القائلة بان "قاتل مورثه لا يرث منه " فنقيس عليها و ذلك للاشتراك الحالتين في السبب الذي هو الاستعجال و بالتالي الموصى له لا يستحق الوصية من اوصى له .

– **الاستنتاج من باب أولى** : في حالة وجود واقعة نص عليها القانون لسبب معين و وجدت واقعة أخرى لم يرد نص بشأنها و ظهر سبب الواقعة الأولى في الواقعة الثانية بشكل جلي وواضح أكثر من الواقعة المنصوص عليها.

مثال : الآية التي تأمرنا بحسن معاملة الوالدين " و لا تقل لهما أف و لا تنهرهما" [58]يستنتج منها أنها تجرم ضرب الأب و الأم لأن الأساة الضرب تكون أكبر من النهر.

-**الاستنتاج بمفهوم المخالفة أو الاستنتاج العكسي** : في حالة حدوث واقعة لم ينص عليها القانون و توجد واقعة نص عليها القانون معاكسة لها فانه يتم تطبيق حكم الواقعة الثانية على الأولى و ذلك بمفهوم المخالفة .

مثال : ينص القانون " هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي الفسخ العقد و استرداد الثمن من قبل المشتري " و بمفهوم المخالفة نستنتج ان هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ العقد و لا يسترد الثمن.

2 - الطرق الخارجية:يمكن للقاضي الالتجاء في تفسير النص القانوني إلى طرق خارجية و هي الوثائق أو الدلائل التي يستعين بها و تكون خارجية عن النص و هي:

- **حكمة التشريع** : إن المشرع حين وضع النصوص القانونية لم تكن عفوية و لكن وضعه لهذه النصوص حرصا لغاية يرجوها أو تحقيقا لحكمة يراها و تحقيقا لمصلحة اجتماعية .إن استخلاص المفسر للحكمة من وضع النص القانوني يسهل تفسيره و تطبيقه. مثال: اخراج العملة الصعبة الى الخارج حيث انها تخرب الاقتصاد الوطني.

- **الأعمال التحضيرية** : ويقصد بها مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل التي مر بها النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون[59]، تؤدي هذه الأعمال دور هام في تفسير و إيضاح معنى القانون المبهم هي غير ملزمة ولكن يرجع لها القاضي لبيان قصد المشرع، و هي مجموعة الأعمال التي تسبق صدور القانون من قبل المشرع و تتمثل في المذكرات

---

[58] الآية 23 من سورة الاسراء.

[59] بعوش دليلة، المرجع السابق، ص 33.

التفسيرية، مناقشات و محاضر جلسات المجلس التشريعي أعمال اللجان و هذه الوثائق تفيد المفسر القصد الحقيقي للمشرع عند وضع النص و يكون الأخذ بها على سبيل الاستئناس لأن الإلزام يخص فقط نصوص القانون و ليس المناقشات .

-**المصادر التاريخية** : و هي المصادر التي اخذ منها القانون قواعده و استمد منا أحكامه , فعند الغموض يلتجأ القاضي إلى القانون الأجنبي الذي يمثل المصدر الذي استقى منه النص الوطني حتى يتمكن من تفسير النص و لا يكون هذا إلزاما بل استئناسا .مثال: يمكن تفسير التشريعات الجزائرية الوضعية المستقاة من القوانين الفرنسية بالرجوع إلى نصوص القانون الفرنسي حيث يعتبر مصدرا تاريخيا لتلك التشريعات . و أحكام الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي لتفسير النصوص المستمدة من هذه الأحكام هذا فيما يتعلق قانون الأسرة.

- **النص الاجنبي للتشريع** : كل دولة لها لغة رسمية و في دستور الجزائر المادة03 نصت :"اللغة هي اللغة العربية هي اللغة الرسمية في البلاد" و بما أن التشريعات الجزائرية بداية كانت محررة باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة الفرنسية , فإذا كان النص الرسمي غامضا و هو النص العربي . يجوز للمفسر أن يرجع إلى النص الفرنسي كنص أولى و أصلى لتوخي قصد المشرع و معنى النص ولكن دون إلزام.

-**تقريب النصوص** :إذا كان النص غامض و هو ضمن مجموعة نصوص , يجوز للمفسر أن يقرب النصوص لتوضيح المعنى بمقارنة النصوص بعضها مع بعض الآخر لان في تجميعها يحدد الإرادة الحقيقية للمشرع . مثال1 : قد يحتاج تفسير قانون البلدي الرجوع إلى

قانون الولاية أو القانون الدستوري. مثال 2: و قد يحتاج قانون الأسرة الرجوع إلى القانون المدني[60].

وفي ضوء ما تقدم ذهب الفقه القانوني الحديث إلى أن تحقيق العدالة لا يقوم على مجرد تكرار الأحكام للحالات التي تبدو في الظاهر متشابهة ، أو كانت متشابهة فعلا ، ولكن دونما نظر الى عوامل الزمان والمكان ، ذلك أن تطور القانون وملائمته للمستجدات والحاجات البشرية المتصاعدة والمتفرعة إلى كل الاتجاهات ، لايحصل بالتفسير الضيق والتكرار، ولكن حسن ادارك القاضي وقناعته ويقينه القائم على أساس العقل والحدس يقود إلى تلك النتيجة.

فتطور اتجاهات تفسير القانون تتطلبه الحياة الاجتماعية المعاصرة بتطوراتها المتسارعة التي لم يعد باستطاعة المشرع مجاراتها بحركته الثقيلة المعهودة 1، فيوما بعد يوم تظهر للوجود مخترعات جديدة وأفكار خلاقة حديثة تتولد عنها حقوق وتثار بشأنها منازعات متنوعة ، مما يتطلب وجود عقلية قضائية وإدارية فذة بمستوى الحدث قادرة على سد الفراغ التشريعي والقصور التشريعي.

وملائمة القانون تتطلبها العدالة الحقة في كل زمان ومكان وتلك الحاجات المستجدة، والملائمة هي عملية غائية ، وليست مجرد منطق صوري مكرر ، غايتها تحقيق مقاصد النظام القانوني والحكمة من التشريع وبعيدا عن الآراء الشخصية والهوى

---

[60] محمد الصغير بعلي: " نظرية القانون ونظرية الحق"، دار العلوم ،الجزائر2006، ص 76.

المحور الرابع: اتجاهات التشريعات الحديثة

تنتمي معظم التشريعات القانونية الحديثة إلى مدارس أو أنظمة قانونية رئيسية، أبرزها: :مدرسة القانون المدني، ويسمى أيضاً "القانون الروماني–الجرماني، القانون المشترك، ويسمى أيضاً "القانون الأنجلو–ساكسوني"، النظام الاشتراكي[61] ، النظام الإسلامي[62]، إضافة إلى القانون الكنسي الذي عرف صدور العديد من القوانين ذات الصبغة الدينية ، وما يلاحظ أن لكل نظام قانوني تصورات فلسفية خاصة به والتي يؤدي فهمها إلى فهم كامل ودقيق للأنظمة القانونية المختلفة[63].

وفيما يلي سنتناول بالدراسة أهم الأنظمة السائدة في العالم، بحيث نتطرق إلى نشأتها وخصائصها ومصادرها.

ـ أولا: نشأة النظام الروماني جرماني

نشأ هذا المنهج في أوروبا، ومنها انتشر إلى بلدان أخرى، بحيث يغطي حاليا عددا كبيرا من البلدان حولي 90 بلد أي معظم بلدان القارة الأوروبية، اضافة إلى أمريكا اللاتينية[64]، وقد أخذت عناصره تتألف بظهور حركة النهضة التي دعت إلى إحياء القانون الروماني وتدريسه في الجامعات الأوروبية بين القرنين الثاني عشر والثامن عشر[65].

---

[61] وهو فلسفة قانونية تسعى لخلق مادة قانونية متوافقة مع مبادئ الاشتراكية،وما زال له دور في قانون جمهورية الصين الشعبية.

[62] هو النظام الذي من خلاله يتم استنباط أحكام الشريعة الإسلامية، ويتواجد في بعض دول العالم الإسلامي إلى جانب أنظمة قانونية أخرى كالقانون المدني

[63] عماد قطان : "القانون المقارن"، مقال متاح في الموقع:–http://arab ency.com.sy/law/detail/164052http://arab–ency.com.sy/law/detail/164052

[64] طروب كامل، المرجع السابق، 9.

65 حميد شاوش: "الأنظمة القانونية، المرجع السابق، ص 31.

يسمى بمنهج العائلة الرومانية الجرمانية، فهو مستمد من القانون الرومانيوالأعراف الجرمانية التي كانت تغلب في شمال فرنسا والقانون الروماني يغلب في جنوب فرنسا[66] الذي تركت مبادئه بعض بصماتها على قواعد القانون سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

تظم هذه العائلة مجموعتين أساسيتين من القوانين، أولهما المجموعة اللاتينية والمتمثلة في النظام القانوني الفرنسي[67] وقوانين البلدان اللاتينية المستمدة منها، ثم المجموعة الجرمانية والمتمثلة في النظام القانوني الألماني وقوانين البلدان الجرمانية المستمدة منه، على أن هذا التمييز بين النظامين لا يعني التعارض بينهما، فكلاهما يقومان على أساس واحد من المبادئ العامة[68].

2 - خصائص النظام الروماني جرماني: وفي هذه العائلة التشريع هو المصدر الأساسي للقانون، ووظيفة القانون الحفاظ على النظام العام وتنظيم سلوك الأفراد في الحاضر والمستقبل، حيث ترد صياغة القواعد القانونية عامة ومجردة[69].

يتميز هذا النظام القانوني بخصائص معينة هي: التقنين والتأثر بالقانون الروماني والازدواج القضائي :

---

66 ، طروب كامل، ص 15..

67 فالقانون المدني الفرنسي(تقنين نابليون) الصادر عام 1804 يتألف من الأعراف الجرمانية التي كانت تغلب في شمال فرنسا والقانون الروماني يغلب في جنوب فرنسا. ما القانون الألماني الصادر عام 1900 ،فكان أكثر تشبعا من القانون الروماني الذي تبنته ألمانيا منذ أنشأ الملك شرلمان الإمبراطورية الجرمانية في القرن التاسع للميلاد وكان يحلم بأمجاد الإمبراطورية الرومانية الغربية هذا التفريق لا يعنى تعارضا بين المجموعتين فهما من أصول واحدة.

68 حميد شاوش، نفس المرجع، ص 31.

69 بن سعيد موسى،المرجع السابق ص 14.

أ ـ التقنين: يتكون القانون في معظم أجزائه في هذا النظام بواسطة التشريع، لهذا سميت البلدان التي تبنت هذا النظام ببلدان القانون المكتوب، بينما سميت البلدان الانجلوساكسونية ببلدان القانون غير المكتوب[70]، يحظى التشريع المكتوب بالاحترام والتقدير، في كافة الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني، إذ يفرض نفسه بقوة من خلال توليه تنظيم كافة أوجه الحياة في المجتمع ، وتتعدد مصادر القانون في هذا النظام، والتشريع هو أبرز هده المصادر، يتميز بقابليته للتفسير، كما توجد مصادر أخرى احتياطية وهي العرف والفقه والقضاء ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي.

2ـ التأثر بالقانون الروماني:

تأثرت تشريعات الدول التي أخذت بالنظام اللاتيني جرماني بالقانون الروماني لاعتباره مصدرا تاريخيا لمعظم قوانين الدول التاريخية، فقد انتقلت أحكام القانون الروماني إلى القانون المدني الفرنسي قانون نابليون 1810-1803، وهكذا أصبح القانون الروماني نموذجا عالميا لدراسة القوانين الوضعية المعاصرة فقد اقتبس النظام اللاتيني من القانون الروماني تقسيمات الحق من حق عيني، وشخصي، وكذلك التفرقة بين القانون العام والخاص، كما ساعد في معرفة الكثير من المصطلحات والنظريات القانونية؛ مما مكن من بلورة النظام اللاتيني[71].

ظل القانون الروماني يحكم أوروبا الغربية حتى سقوط الدولة الرومانية الغربية في أواخر القرن الخامس الميلادي، وخلال العصور الوسطى بدأ القانون الروماني يدخل في زاوية النسيان، غير أن بعث القانون الروماني متمثلاً في دراسة مجموعات جوستنيان، في أوروبا

---

70 عبد القادر الفار، المرجع السابق، ص 99.

[71] بن سعيد موسى، المرجع السابق15،

الغربية منذ القرن الثاني عشر الميلادي قد أدى إلى العودة إلى تطبيق القانون الروماني، مع إدخال بعض التعديلات على بعض نظمه، وقد ساعد على ذلك أن القاضي في العصور الوسطى، وعصر النهضة والعصور الحديثة حتى صدور قانون نابليون، بعد صدور مجوعات قانونية حديثة في فرنسا وغيرها من المجموعات الأوروبية، استمر تأثير القانون الروماني،بحيث تبنت مجموعة نابليون شروحات وكتابات شراح القانون الروماني الذين سبقوا الثورة الفرنسية، فتحول القانون الروماني إلى مصدر تاريخي لقانون نابليون،ولقوانين الدول التي أخذت عن هذا الأخير، ومنها دول الوطن العربي.

3 **.- الازدواج القضائي:** يوجد في الدول التي تأخذ بالنظام القانوني اللاتيني جهتان قضائيتان متميزتان، الأولى تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، والأخرى تبت في المنازعات التي تنشب بين الإدارة العامة والأفراد، تسمى الأولى بجهة القضاء العادي ، والثانية بجهة القضاء الإداري ، وتقترن هذه التفرقة بين جهتي القضاء المذكورتين، بالتفسير الخاص الذي طرحه رجال الثورة الفرنسية لمبدأ الفصل بين السلطات.

– **تقسيمات القانون الروماني:** قسم إلى قانون عام وقانون خاص حيث تضمن القانون العام أحكاما منظمة لمرفق الدولة، وتضمن ق القانون الدستوري، الإداري، الجبائي، الجنائي، في حين تضمن القانون الخاص فروعا عديدة أهمها :القانون المدني، ق التجاري، ق العمل... وغيرها ، كما قسم القانون الخاص إلى قانون خاص بالأشخاص ، وقانون خاص بالأموال، وقانون خاص بالدعاوى، وقسمت الأموال إلى عقارية ومنقولة مادية ومعنوية، كما قسمت المسؤولية إلى القائمة على الفعل الشخصي، وعلى فعل الغير وتمت التفرقة بين المسؤولية القائمة على الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي، وقسمت العقود إلى

رضائية وشكلية وتم التمييز بين العقود الملزمة للجانبين والملزمة لجانب واحد . أما قانون الأحوال الشخصية فقد استمدها القانون اللاتيني الجرماني من قانون الكنيسة[72].

– **مصادر القانون في النظام اللاتيني الجرماني:** يعد التشريع المصدر الأساس للقانون، ثم يليه العرف، والفقه والاجتهاد القضائي في المرتبة الثالثة

ـ **التشريع:** يحتل التشريع الصدارة في مرتبة المصادر القانونية[73] ، ويقصد به كل القواعد القانونية المكتوبة سواء كانت صادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية في شكل قانون أو تنظيم، وللتشريع بكل صوره (دستور، تشريع، اتفاقيات دولية ، تنظيم بكل أشكاله، وكل ما تصدره السلطات العمومية) دور هام في النظام اللاتيني الجرماني، وذلك حسب درجة ترتيبه في الهرم التشريعي الأساسي في الدولة الصادر عن السلطة البرلمانية أو عن الشعب حسب الأنظمة، ويسمو الدستور على التشريعات الأخرى، لثبات قواعده، وتخضع القوانين للرقابة الدستورية سواء عن طريق المجلس الدستوري أو المحكمة الدستورية.[74] .

كما تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها جزء من التشريع الداخلي، حيث تعتبرها بعض الدول (فرنسا، هولندا) أعلى من التشريع العادي في حين تعتبرها دول أخرى (ألمانيا) في نفس درجة التشريع العادي .

---

[72] بن سعيد موسى، نفس المرجع، ص20

[73] ويرجع سمو التشريع في هذا النظام لأن التشريع ـ في نظرهم ـ يعبر عن إرادة الشعب عن طريق ممثليه في البرلمان،كما أن التشريع هو الضامن لحقوق الأفراد وحرياتهم إذ يعرفون مقدما مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وهذا ما يتفق مع الفكر الديمقراطي، بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص20.

74 بن سعيد موسى، نفس المرجع، ص20.

والقاضي ملزم في هذا النظام بإيجاد حل للنزاع مستمدا من نص التشريع، فإن كان النص غير واضح فيجب على القاضي أن يبحث عن نية المشرع مستعينا في ذلك بالعرف، وليس له الحق في الامتناع عن تطبيق القانون ويعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[75].

ـ **العرف:** يحتل العرف في النظام الروماني جرماني المرتبة الثانية بعد التشريع، والعرف هو قانون غير مكتوب أو هو مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من تكرار سلوك الناس في مسألة معينة بطريقة معينة مع الاعتقاد أن هذا السلوك ملزم لهم قانونا ، ويلجأ القاضي إلى العرف في حالة عدم وجود نص مكتوب أو في حالة غموض النص، ويميز الفقه بين العرف المكمل والمساعد والمخالف للتشريع:

فالعرف المكمل للتشريع هو الذي يملأ ويسد الفراغ الموجود في التشريع ، والعرف المساعد للتشريع هو الذي يستعان به لفهم التشريع ، والعرف المخالف للتشريع هو الذي لا يطبق إلا إذا كان مخالفا لقاعدة تشريعية مكملة بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب ،وتختلف مكانة العرف في هذا النظام من بلد لآخر، فتسوي بعض التشريعات بينه وبين التشريع كالقانون الألماني والسويسري، أما القانون الفرنسي فيجعله في المرتبة الثانية بعد التشريع، في حين نجد بعض الدول كالنمسا لا تطبق العرف إلا إذا أحال إليه التشريع صراحة، وتقدمه بعض الدول العربية والإسلامية على الشريعة الإسلامية فتجعله في المرتبة الثانية

---

[75] تقوم إيديولوجية الدول الت تتبع النظام الالتيني جرماني على المذهب الفردي بإعتبار الفرد أساس المجتمع، وبإعتبار الأسرة والملكية الخاصة والحرية الفردية وحرية التعاقد وحرية الصناعة والتجارة دعائم أساسية في تنظيم المجتمع، فهذا المذهب يعتبر الفرد هو أساس الذي يقوم عليه النظام السياسي وسلطة الدولة وجدت لخدمة الفرد وحماية حريته وممتلكاته ويرجع أساس هذه الفلسفة إلى القانون الروماني والفلسفة اليونانية مرورا بفكرة القانون الطبيعي التي كرسها ورسو في العقد الاجتماعي ثم أفكار الثورة الفرنسية وما أرست من حقوق الانسان والمواطن، طروب كمال، المرجع السابق، ص 13.

بعد التشريع كما هو الحال في العراق وسوريا ، بينما دول أخرى تجعله في المرتبة الثالثة بعد التشريع والشريعة الإسلامية كالجزائر، والأردن وليبيا[76].

كما يختلف مركز العرف باختلاف القوانين، حيث يبرز دوره أكثر في القانون التجاري والقانون الدولي العام، بينما يتقلص دوره في القوانين الأخرى كالقانون المدني إلى أن ينتهي دوره في القانون الجنائي .

ـ **الفقه والاجتهاد القضائي:** الاجتهاد القضائي هو مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم فيما يرفع إليها من القضاء، وفيها يتولى القاضي تطبيق القانون الذي وضعه المشرع ، وتتسع سلطة القاضي في التفسير إذا كانت نصوص التشريع غامضة، إذ تكون له حرية واسعة في التفسير كلجوئه إلى القياس أو الاستدلال بمفهوم المخالفة ، غير أن دوره في مجال التفسير لا يرقى إلى دور المشرع في النظام الروماني وجرماني، فالسابقة القضائية في هذا النظام لا تتمتع بالقوة الملزمة، فالقاضي في الشريعة الرومانية الجرمانية لايتقيد بأي سابقة صدرت عنه أو عن غيره من القضاة إلا في حالة واحدة وذلك عندما تقضي المحكمة العليا نقض الحكم المطعون فيه وتعيده إلى المحكمة التي أصدرته للحكم فيه من جديد بتشكيلة أخرى [77].

أما دور الفقه في الشريعة الرومانية الجرمانية فهو مرتبط بدور القضاء إذ يقوم الفقهاء بمهمة شرح وتحليل نصوص التشريع والأحكام القضائية والتجديد الدقيق لمضمون واستخلاص المبادئ القانونية العامة وكثيرا ما يعتمد القضاء على آراء الفقه كما أن للفقه تأثيره على المشرع نفسه، وقد ساهم الفقه في تطوير القانون بشرح القواعد القانونية فهو غالبا ماكان

---

[76] بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص 21.

[77] بن سعيد موسى، نفس المرجع، ص22.

مرشدا للمشرع والقاضي في وضع الحلول السليمة والمناسبة لمختلف الأوضاع وهذا ماكان ينتهجه فقهاء الرومان[78]

ـ ثالثا: النظام الأنجلوساكسوني

يسمى النظام الأنجلوساكسوني أيضا القانون المشترك بالإنجليزية [79]وكذلك القانون العام، و يمثل المدرسة القانونية التي تستمد جذورها من التراث القانوني الإنجليزي، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع، القانون العام وقانون العدالة ،أما المرحلة المعاصرة أو الحديثة للنظام الأنجلوساكسوني فقد بدأت منذ سنة 1832م وفيه تم إصلاح وتحديث النظام الإجرائي الذي كان قائم على صيغ الدعاوى، ثم توالت الإصلاحات فتم الدمج بين محاكم وهي المحاكم الملكية (محاكم وستمنستر)، وبين محكمة قانون العدالة (محكمة المستشار)، فأصبحت محاكم المملكة جميعها معنية بتطبيق قواعد النظامين معاً القانون العام وقانون العدالة[80].

1- نشأة النظام الأنجلوساكسوني:

---

[78] بن سعيد موسى23.

[79] غزت قبائل "الأنجلو" و "الساكسو" الجزيرة البريطانية في القرن الخامس الميلادي، وهي من القبائل الجرمانية، وأنهت الوجود الروماني الذي استمر هناك مدة خمسة قرون، وقد تميز عهد الانجلوسكسون بتطبيق القانون الكنسي بعد اعتناق هذه القبائل للديانة المسيحية.

80 محمد السالم: "تاريخ النظم المعاصرة– النظام الانجلوساكسوني"، مقال جريدة الرياض، منشور على الموقع االلكتروني: www.alriyadh.com

تعتبر إنجلترا مهد هذا النظام، وتتبعه في الوقت الحالي كل من المملكة المتحدة البريطانية والولايات المتحدة الامريكية[81]، بعض الدول اعتمدت هذا النظام بشكل جزئي أو ممزوجاً مع تراث قانوني آخر، وهي في مجملها من البلاد التي خضعت في وقت من الأوقات للاستعمار البريطاني، مثل:جنوب افريقياو الهند و باكستان و السودان و ماليزياو سنغافورة وهونغ كونغ.

على الرغم من تعرض انجلترا للاحتلال الروماني لمدة أربع قرون من سنة 500 م إلى غاية سنة 900م، إلا أن القانون الروماني لم يترك أثرا في قانونها فقد تطور النظام الانجلوساكسوني تطورا ذاتيا و يتأثر بالقوانين الأخرى إلا بمقدار ضئيل[82].

2 – خصائص النظام الأنجلوساكسوني:

ما يميز هذا النظام عن القانون الروماني اهتمام هذا الأخير بصياغة القوانين الموضوعية، أما القانون الانجليزي فكانت قوانينه في البداية إجرائية، كما أن القانون الروماني في البداية هيمن عليه القانون الخاص، بينما في قانون الكومنلو نجد أنه أعطى أسبقية لتنظيم العلاقات بين الملك والأفراد، فيما يلي تفصيل لخصائص النظام الانجلوساكسوني.

ـ **عدم التقنين:** الغالب على القانون الإنجليزي أنه قانون غير مقنن في مدونات قانونية تشتمل على مبادئه العامة، بخلاف بقية القوانين الغربية كالقانون الروماني وجرماني فهو قانون مقنن ومدون ، غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، إذ نلاحظ أن بعض القوانين

---

[81] معراج جديدي:" محاضرات في القانون المقارن وفي طرق البحث، الجزائر2004، ص19.

[82] محمد السالم، المرجع السابق.

الفرنسية غير مقننة، كالقانون الإداري، في حين أن بعض موضوعات القانون الإنجليزي مقننة،كقانون السرقة مثلاً

ـ **الطابع القضائي:** يعتمد القانون الإنجليزي على أحكام السوابق القضائية كمصدر أساس ورسمي لمبادئه ونظرته، والأخذ بنظام السوابق القضائية الملزمة، جعل المحاكم الدنيا تتقيد qحكام المحاكم الأعلى منها درجة، كما تتقيد المحاكم العليا بما سبق إن قضت به في القضا ηالمماثلة

ـ **غلبة الطابع الإجرائي:** يهتم هذا النظام لجوانب العملية أكثر من اهتمامه لجوانب النظرية ، فهو قانون تطبيقي أصلا، فالتأكيد على أن التدبير القضائي هو الذي يخلق الحق، وليس العكس، وبذلك فإن الشريعة العامة تبدأ من الإجراء لتصل إلى الحق، لذلك فإن الدعاوى في المحاكم الملكية تبدأ بواحدة أو أكثر من صيغ الدعاوى المحددة، فإذا عجز المدعي عن إيجاد صيغة مقبولة لدعواه، فإن ذلك يعني ضياع حقه

ـ **عدم التأثربالقانون الروماني:** لم يتأثر القانون الانجليزيls لقانون الروماني، على خلاف بقية قوانين معظم الدول الأوربية، فلم يميز بين القانون العام والقانون الخاص، ولا يفرق بين القانون المدني والتجاري فكله يندرج ضمن المجوعة المدنية، ولا يميز بين الحقوق لأن مفهوم الملكية في هذا النظام غير مجزأ فهو يتعلق بجميع عناصر الذمة المالية للشخص، ويميز بين قواعد القانون المشترك وقواعد العدالة، ويعتبر السابقة القضائية مصدرا أساسيا للقانون، ويسود فيه نظام القضاء الموحد، فلا يوجد فيه قضاء متخصص في المنازعات الإدارية إلى جانب القضاء العادي ، وذلك على أساس أن القضاء العادي تكوينه

واختصاصاته يحقق ضمانات أكثر للأفراد، إذ لا سلطان للإدارة عليه، وهو لا يخضع إلا لحكم القانون[83].

يرتكز نظام الكامنلو على مايلي:

-**احترام السوابق القضائية:** يعطي القاضي أهمية كبيرة للحكم الذي أصدره زميله في قضية مماثلة سابقة ويحترمه وهذا ما ساهم في استقرار الإمبراطورية الانجليزية على اعتبار أن الأحكام التي تصدر من الحاكم بريطانية تعبر عن تقاليد ومبادئ موجودة في الثقافة الانجليزية منذ القذم وفي نفس الوقت جعل القاعدة القانونية تبتعد عن الأعراف المحلية والأنظمة التي كانت مطبقة في بداية تكوين الكامنلو.

-**اعتماد المحلفين في الفصل:** اعتماد نظام المحلفين خلال الفصل في الدعوى، والمحلفون أفراد منتخبون من الشعب يشتركون في الفصل في الدعاوى بإبداء آرائهم في وقائع الدعوى ويلتزم القاضي بما يقررونه في قضية الوقائع ثم يقوم بتثبيت القانون.

- **سمو القانون:** فكانت ولا تزال القاعدة القانونية في هذا النظام القانوني هي نفسها المنطقة علي كل شرائح المجتمع، فرعايا المملكة كلهم متساوون أمام القانون، انطلاقا من مبدأ أن مصدر الحق ومنبع القانون وهو لا يرضى أن يظلم واحد من رعاياه[84].

- مصادر القانون في النظام الاجلوساكسوني:

[83] بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص24.

[84] بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص 25.

4 – السابقة القضائية والتشريع في نظام الكامنلو:

أ– السابقة القضائية: هي حكم إحدى محاكم العدل العليا في إحدى الدعاوي وفقا لمبدأ قانوني معين ويصبح هذا المبدأ ملزما للمحكمة ذاتها في الدعاوى المماثلة كما تلزم به المحاكم الأخرى الأدنى منها.

والقاضي في بلاد شريعة لا تينوجرمانية ملزم بتقديم أسباب الحكم الذي أصدره فيما يسمى حيثيات الحكم، أما في انجلترا فإن القاضي غير ملزم قانونا بتسبب الحكم لكن العادة جرت على أن يقوم القاضي بعد النطق بالحكم بتفصيل الحكم وبيان ما يسمى عند الإنجليز بـ حكمة القرار أي السبب النطقي الذي استند إليه القاضي في حكمه وتعتبر هذه الحكمة التي بني عليها الحكم قاعدة قانونية ومن مجموعها تتكون السوابق القضائية.

ب– التشريع في نظام الكامنلو:

ينظر في إنجلترا القانون التشريعي على أنه جسم غريب عن الكامنلو، وغير مرغوب فيه من طرف رجال القانون، سواء كان صادرا من البرلمان أو من الجهاز التنفيذي، وكان التشريع نادرا في التاريخ الإنجليزي، كان يوضع فقط لإكمال قواعد الكامنلو مما ينقصها أو إصلاح بعض جوانبها، غير أنه إذا كان التشريع نادرا في مرحلة تكوين الكامنلو فإن مكانته قد تعززت في العصر الحديث، خاصة بعد الحرب العالمية الأولى و انتشار الأفكار الاشتراكية وانتشار مبادئ الدولة المتدخلة كما أن دور التشريع تعزز أكثر بعد دخول بريطانيا السوق الأوربية المشتركة.

أما مصادر القانون الإنجليزي ،فكما تقدم نستدل على أنه قانون قضائي انتجته المحاكم الملكية ومحكمة المستشار[85]،لذلك فمصدره الأول مصدراً قضائياً، فهو يقوم على السوابق القضائية التي انتجتها المحاكم، ويترتب على ذلك استقرار القانون واستمراره، ويجب على المحاكم الأدنى درجة الالتزام بأحكام المحاكم الأعلى درجة.

الشريعة الرومانية الجرمانية وشريعة الكامنلو تشتركان في الإيديولوجية والفلسفة التي يقوم عليها بناء المجتمعات التي قامتا فيها، حيث تمجد كلها المذهب الفردي (الملكية الخاصة النظام الليبيرالي والرأسمالي) وكلاهما تأثر بالقانون الكنسي فإنهما تختلفان من حيث التكوين التاريخي، والبنيان القانوني ومصادره

- رابعا: النظام الاشتراكي

سادت أفكار هذا النظام الاتحاد السوفييتي والكتلة الشرقية سابقا ، وأهم نموذج في النظام الاشتراكي هو النموذج السوفياتي، حيث تولى " لينين "السلطة بعد الثورة البلشفية ، وتم إصدار دستور 1918 ثم دستور 1924 ، ثم دستور 1936 ، وهو دستور لا يعترف إلا بطبقة واحدة تسمى بطبقة البروليتار (الطبقة العاملة)، ومنع التعددية . والشريعة السوفييتية هي من حيث الجوهر تمثل إرادة الشعب السوفييتي بقيادة الطبقة العاملة[86].

---

[85] في البداية كان القانون العام وقانون العدالة كنظامين مستقلين ،أما في المرحلة المعاصرة أو الحديثة للنظام الأنجلوسكسوني فقد بدأت منذ سنة 1832م وفيه تم إصلاح وتحديث النظام الإجرائي الذي كان قائم على صيغ الدعاوى، ثم توالت الإصلاحات فتم الدمج بين المحاكم الملكية (محاكم وستمنستر)، وبين محكمة قانون العدالة (محكمة المستشار)، فأصبحت محاكم المملكة جميعها معنية بتطبيق قواعد النظامين معاً القانون العام وقانون العدالة، محمد السالم، المرجع السابق.

[86] بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص 35.

1 – نشأة النظام الاشتراكي:

تعود جذور تاريخ الاشتراكية إلى الثورة الفرنسية في عام 1789 والتغيرات التي جلبتها معها، على الرغم من وجود سوابق لها في حركات وأفكار أبكر منها. وقد كتب كارل ماركس وفريدريك إنجلز بيان الحزب الشيوعي في عام 1848 قبل ثورة عام 1848 التي اجتاحت أوروبا، فأعربا عما أسمياه الاشتراكية العلمية، في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر، ازدادت الأحزاب الديمقراطية الاجتماعية في أوروبا، المستمدة أساسًا من الماركسية . وكان حزب العمال الأسترالي الحزب الاشتراكي الي انتُخب لأول مرة في العالم عندما شُكلت حكومة في مستعمرة كوينزلاند عام1899 [87].

يقوم لنظام الاشتراكي على الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج، وتحكم الدولة في إدارة، وتسيير، وممارسة النشاط الاقتصادي من خلال التخطيط المركزي، وقد تم تطبيق الفكر الاشتراكي من خلال تبني الثورة البلشفية في العام 1917م للاشتراكية الماركسية أو العلمية، وإقامة أول دولة اشتراكية ماركسية في جمهورية الاتحاد السوفييتي[88].

2 - خصائص النظام الاشتراكي:

خصائص النظام الاشتراكي :

1. الملكية الاجتماعية لوسائل الانتاج

للملكية الاجتماعية لوسائل الانتاج اهمية كبيرة في النظام الاقتصادي الاشتراكي وهو الجوهر الاساس في الاختلاف عن النظام الرأسمالي ، والمقصود بها هو ان وسائل الانتاج مملوكة

87 ويكيبيديا، الموسوعة الحرة: تاريخ الاشتراكية، https://ar.wikipedia.org

88 أحمد محمد عاشور: "النظام الاشتراكي: مفهومه وأسسه وعيوبه"، تاريخ الإضافة: 2016/7/26 ، مقال متاح في الموقع: https://www.alukah.net/ تاريخ الزيارة: 2021/06/02.

ملكية اجتماعية اي ملك المجتمع وليس الرأسمالي ، اي ان المالك هو المجتمع وهذه الخاصية هي الاولى الرئيسية في النظام الاشتراكي(1)89 ، وبموجبها يحصل توافق معين في المصالح بين العمال وزيادة الانتاج ، باعتبارهم هم المالكون لوسائل الانتاج وتستخدم تلك الوسائل لإشباع رغبات واحتياجات المجتمع الذي يمثله العمال بشكل اساسي ورئيس .

يقوم على أساس امتلاك الدولة لمختلف وسائل الإنتاج من صناعة وزراعة وثروة طبيعية وخدمات عامة، فلا وجود للملكية الفردية، ولا مجال للحرية الاقتصادية إلا بقدر ما يمنحه المجتمع للفرد، وتطالب المذاهب الاشتراكية من الناحية الاجتماعية بتحقيق المساواة بين الأفراد، أي بإلغاء الفوارق بين الطبقات، ولا يقصد من ذلك تحقيق المساواة التامة الكاملة، وإنما إلغاء الفوارق التي لا يكون مردها الكفاءة في الإنتاج أو العلم، أو العمل لصالح المجموع. فالاشتراكية تكافئ كل فرد بحسب عمله مع مراعاة ظروفه ومواهبه الشخصية على أن يتحقق أولاً إشباع الحاجات الضرورية لكل إنسان.

وقد ازدهر الفكر الاشتراكي في العديد من دول العالم خاصة النامية منها، غير أنه بدأ يتعرض لهزاتٍ عنيفة منذ السبعينات من القرن الماضي، ولم تنته حقبة الثمانينيات حتى انهار الاتِّحاد السوفييتي على أثر الحرب التي خاضها في أفغانستان لمدة زادت عن سبع سنوات، وانهارت معه الاشتراكية العلمية، وقد أدى ذلك إلى ارتداد الفكر الاشتراكي، وتخلي غالبية دول العالم عن تبني هذا الفكر[90] .

1 – خصائص النظام الاشتراكي:

---

[89] كريم مهدي الحسناوي ، مبادئ علم الاقتصاد ، ساعدت جامعة بغداد على طبعه ، 1989 ، ص298 .

[90] أحمد محمد عاشور: "النظام الاشتراكي: مفهومه وأسسه وعيوبه"، تاريخ الإضافة: 2016/7/26 ، مقال متاح في الموقع: https://www.alukah.net/ تاريخ الزيارة: 2021/06/02.

نظر فلاسفةً الشيوعية إلى القانون بإعتباره من البناء الفوقي المستقر على البناء التحتي الاقتصادي للمجتمع جزءا الطبقي، أي على مجمل علاقات الإنتاج التي تقوم بين الناس في سياق الإنتاج المادي، والتي تستند إلى علاقات الملكية السائدة لوسائل الإنتاج، وعلى هذه العلاقات يتوقف في المقام الأول وضع مختلف الطبقات في الإنتاج، والبنية الطبقية للمجتمع، وبذلك يكون النظام الاقتصادي للمجتمع التربة الفعلية التي تحدد في نهاية المطاف مجمل البناء الفوقي المتكون من المؤسسات الحقوقية والسياسية والدينية والفلسفية، وقد تميز التنظيم القنوني في هذا النظام بما يلي:

– القاعدة القانونية في النظلم الاشتراكي عامة ومجردة من حيث الشكل، إلا أن كل القواعد القانونية أمرة فلا يسمح إعطاء إرادة الأفراد مخالفة قواعد تتعارض مع أهداف المجتمع الاشتراكي.

– عدم تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص ، حيث أن الفكر الاشتراكي يرى أن ما يسمى بالقانون الخاص أنه لا يحمي الأفراد كما يرى الغرب، إنما يحمي الطبقة المالكة أو المستقلة، ومن ثم فإن القانون عندهم كله عام ويتميز بالصفة الآمرة عوض مبدأ سيادة القانون المعروفة في النظام الغربي ، تقوم في هذا النظام مبدأ الشرعية الاشتراكية أي امتثال المبادئ الاشتراكية بصفة عامة[91].

انهارت الشيوعية كنظام وكإديولوجية وانتهت الحرب الباردة بإنتصار المعسكر الرأسمالي ورواج المذهب الليبرالي والسوق الحر إلى درجة العولمة، التي اكتسحت العالم بأسره، ولم تبق الاشتراكية قائمة إلى بصفة شكلية في الصين وكوريا الشمالية وكوبا[92].

وبنتيجة ذلك قامت الشريعة السوفيتية على أساس الجوهر الشعبي الشامل، وإذا كانت القوانين نابعة عن الشعب بأسره، لا عن طبقة دون أخرى، فإنها تكتسب صفتها الآمرة والإلزامية بشكل مشروع، وتستطيع الدولة أن تلجأ إلى الإكراه في سبيل تنفيذها، وقد وغيرها

---

[91] بن سعيد موسى، المرجع السابق، ص 34 وما يليها.

92 أحمد خروع ، المرجع السابق، 129 وما يليها.

لكل مرحلة تاريخية معينة، ومن ثم فإن القانون في نهاية الأمر يعتمد بوجوده وتطوره مآلاً على الظروف الاقتصادية للحياة الاجتماعية.

وقد كشف الواقع عن ترنح النِّظام الاشتراكي، ثُم سقوطه صريعًا في أواخر الثمانينات من القرن الماضي، بما حمله من المتناقضات، وبما اعتدى به على الفطرة السوية، مورثا لشعبه الفقر والجوع، ولم يجد بدا من نبذ أوهام كارل ماركس، وضلالاته معتبرها سببًا لتخلفه وضياعه[93].

رابعا :النظام الإسلامي

تعتبر الشريعة الإسلامية نظاما متكاملا تغطي الجوانب الدينية والدنيوية للفرد والمجتمع والدولة، ففيها منهج شامل للعلاقات الروحية والمادية في الحياة أي يحدد نظما وقواعد شاملة تحكم العلاقة بين الله عز وجل وعباده والتي تسمى بالعبادات، أما فيما يخص علاقات الناس ببعضهم سواء كانوا أفراد أو جماعة[94]،

- نشأة النظام الإسلامي:

إن الدراسة التاريخية للنظم الإسلامية تدعونا إلى الرجوع لأصلها اللصيق بنشوء الدولة الإسلامية التي أسسها الرسول عليه الصلاة والسلام بعد هجرته من مكة إلى المدينة المنورة. فقبل البعثة المحمدية كانت الحياة العربية في فترة الجاهلية تعج بالصراعات القبلية والعصبية، ولم يكن هناك تشريع ولا نظام قضاء ولا نظام حكومة أو دولة وإنما ساد سلطان القوة، بعدها بعث الله سبحانه وتعالى النبي عليه الصلاة والسلام للعالمين وأوحى إليه القرآن العظيم ليحكم بين الناس بالحق لقوله تعالى: " **وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ**

---

93 أحمد مجمد عاشور: " النظام الاشتراكي ، مفهومه وأسسه وعيوبه"، تاريخ الإضافة: 26/7/2016 : https://www.alukah.net/culture/0/105878/، تاريخ الزيارة: 2021/06/06.

[94] ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 45.

مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ ۖ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ۖ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ ۚ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَٰكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ ۖ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ ۚ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ"[95] ، وقد أدى قيام الدولة الإسلامية إلى انتشار الدين الإسلامي، وقيام الدولة وإرساء النظم القانونية الإسلامية[96].

فقهاء وفلاسفة القانون العالميون المعاصرون لإعجاز التشريع الإسلامي، فنضحت مؤلفاتهم بانبهارهم، ولم يتمالكوا التصريح في مؤتمراتهم بعلو كعب الشريعة في المجال التشريعي، والإقرار بأنها السبيل لخلاص البشرية البائس من ويلات القانون الوضعي وتبعاته المُجحفة[97]،

2- خصائص النظام الإسلامي: يتميز النظام الإسلامي بالوسطية العادلة لقوله عز وجل: وكذلك جعلناكم أمة وسطا، وتتجلى هذه الوسطية في التوازن الذي أقامه الإسلام بين الفرد والمجتمع، فلم يسحق الإسلام المجتمع وخاصة الضعفاء منهم كما في الرأسمالية ولا يسحق الفرد وحقوقه وحرياته كما في الاشتراكية، إنما أقر حرية التملك وحرية التصرف في المال

---

95 سورة المائدة الآية 48.

96 مريم عمارة، المرجع السابق، ص 84 وما يليها.

97 يقول الأستاذ برنارد شو، الفيلسوف والروائي الإنكليزي المعروف (1856 - 1950م): (الإسلام هو دين الديمقراطية وحرية الفكر.. وهو دين العقلاء.. وليس فيما أعرف من الأديان نظام اجتماعي صالح كالنظام الذي يقوم على القوانين والتعاليم الإسلامية، فالإسلام هو الدين الوحيد الذي يبدو لي أن له طاقةً هائلةً لملاءمة أوجه الحياة المتغيرة، وهو صالح لكل العصور)، ويقول: (لا بد أن تعتنق الإمبراطورية البريطانية النظم الإسلامية قبل نهاية هذا القرن، ولو أن محمداً بُعث في هذا العصر وكان له التحكم في هذا العالم الحديث لنجح تماماً في حل جميع المشاكل العالمية وقاد العالم إلى السعادة والسلام)، محمد وفيق زين العابدين:" التشريع الإسلامي بأقلام قانونيين ومفكرين غربيين"، مقال متاح في الموقع: https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?id=3690، تاريخ الزيارة: 2021/05/25، ص1.

لكن لم يجعلها مطلقة ووضع لها بعض القيود كي لا تؤدي هذه الحرية إلى اللاعدالة في المجتمع وطغيان الطبقة الغنية على الطبقة الفقيرة [98].

تتصل المعاملات اتصالا وثيقا بالقواعد القانونية وتختلط بقواعد دينية عامة وكلية تتصف بالمرونة صالحة لكل زمان ومكان، فقواعد الدين الإسلامي الخاصة بالمعاملات والعلاقات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية مصدرا رئسيا للقانون، مع العلم أن قواعد الدين فيما يخص المعاملات والعلاقات المادية بصورة عامة بين البشر في أمور الحياة الدنيوية، فإن قواعد الدين فيما يخص المعاملات والعلاقات المادية بصورة عامة بين البشر في أمور الحياة الدنيوية ، فإن قواعد الدين تعطي في شأنها توجيهات عامة وكلية يسترشد بها البشر في تحديد نوع وطبيعة مجرى العلاقات التي يرسمونها لحياتهم وحياة مجتمعاتهم، وتحديد العلاقات مع المجتمعات البشرية الأخرى في ايطار الحضارة الانسانية المشتركة[99] .

3- مصادر النظام الإسلامي:

يقوم التشريع الإسلامي على مصدرين أساسيين هما القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة (أحكام ثابتة)، إلا أنه بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ظهرت مستجدات على صعيد المعاملات، استوجبت وضع تشريع لها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، هذا ما أدى إلى ظهور مصادر جديدة تمثلت في الإجماع والقياس(أحكام متغيرة)، ومصادر احتياطية مثل الاستحسان، والمصلحة المرسلة والعرف [100].

---

[98] رؤوف بوقرة، " دراسة تقييمية لمدى مطابقة القانون الوضعي الجزائري مع قيم المجتمع"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير تخصص علم الاجتماع القانوني، قسم علم الاجتماع والديمغرافيا، كلية العلوم الاسلامية والعلوم الاجتماعية، السنة الدراسية:2008-2009، جامة الحاج لخضر باتنة، ص 83 ومابعدها.

[99] ادريس فاضلي، المرجع السابق، ص 45.

[100] -عباس العبودي: "تاريخ القانون"، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، الأردن ،2014 ، ص 258.

وقال الدكتور عبد الكريم زيدان: "المقصود بمصادر الفقه: أدلته التي يستند إليها ويقوم عليها، وإن شئت قلت: المنابع التي يستقي منها، ويسمي البعض هذه المصادر بـ "مصادر الشريعة" أو "مصادر التشريع الإسلامي"، ومهما كانت التسمية فإن مصادر الفقه ترجع كلها إلى وحي الله، قرآنًا كان الوحي أو سنة، ولهذا فإننا نرجح تقسيم هذه المصادر إلى: مصادر أصلية، وهي: الكتاب والسنة. ومصادر تبعية أرشدت إليها نصوص الكتاب والسنة، كالإجماع والقياس" أما غير هذه المصادر الأربعة: كقول الصحابي، والاستحسان، وسد الذرائع، والاستصحاب، والعرف، وشرع من قبلنا، والمصالح المرسلة، وغيرها، فقد اختلف العلماء في حجيتها وصحة الاستدلال بها، وعلى القول بحجيتها –كلها أو بعضها– فهي تابعة للكتاب والسنة وراجعة إليهما[101].

قائمة المصادر والمراجع:

1 – الكتب:

- عليان بوزيان: "توظيف مقاصد الشريعة في أسلمة المعرفة القانونية، مجلة بحوث ودراسات، إسلامية المعرفة، السنة العشرون، العدد 78 خريف2014/1435.
- مريم عمارة: " المدخل إلى تاريخ القانون " ، دار بلقيس، الجزائر 2013.
- عبد القادر الفار: "المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون – النظرية العامة للحق"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن2006.
- هنري باتفول: " فلسفة القانون" ، ترجمة سموحي فوق العادة، منشورات عويدات، بيروت باريس، الطبعة الثالثة1984.
- عجة الجلالي: "مدخل للعلوم القانونية، الجزء 1، بيرتي للنشر، الجزائر 2009.

[101] https://ar.islamway.net/article/

- عبد القادر الفار: " المدخل لدراسة العلوم القانوني، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن2006 .
- محمد الصغير بعلي: " نظرية القانون ونظرية الحق"، دار العلوم ،الجزائر2006.
- مريم عمارة: " المدخل إلى تاريخ القانون، القوانين القديمة ، القوانين الاسلامية ، القوانين الجزائرية"، دار بلقيس ، دار البيضاء ، الجزائر طبعة 2014.
- كريم مهدي الحسناوي ، مبادئ علم الاقتصاد ، الطبع والنشر:جامعة بغداد ، العراق1980.

- ادريس فاضلي: "الوجيز في غلسفة القانون"، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
- عباس العبودي: "تاريخ القانون"، الطبعة الرابعة، دار الثقافة، الأردن ،2014 ،
- ابراهيم منصور: " نظريتا القانون والحق" ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، الجزائر 2008.
- أحمد خروع: "المناهج العلمية وفلسفة القانون، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2004.

- **مذكرات الدكتوراه والماجستير:**
- أشرف محمد علي غازي: "الفقه السياسى ونظام الحكم فى ضوء قواعد الشريعة وأصول الفقه،دراسة أصولية فقهية"، دكتوراه في الدراسات الاسلامية، نوفمبر 2006 ،جامعة يونيسا – جنوب أفريقيا.
- محمد رفاعي كورنيانتو: " مقاصد الشريعة الإسلامية وأثرها في معالجة مستجدات العصر"، مذكرة ماجيستير، كلية العلوم الإسلامية– قسم الفقه، جامعة المدينة العالمية، ففيفري 2012، ماليزيا.

- رؤوف بوقرة، " دراسة تقييمية لمدى مطابقة القانون الوضعي الجزائري مع قيم المجتمع"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير تخصص علم الاجتماع القانوني، قسم علم الاجتماع والديمغرافيا، كلية العلوم الاسلامية والعلوم الاجتماعية، السنة الدراسية:2008-2009، جامعة الحاج لخضر باتنة.

- **المطبوعات البيداغوجية:**

- حميد شاوش: " الانظمة القانونية المقارنة"، مطبوعة بيداغوجية ، جامعة 08 ماي 1945 ، قالمة2018/2017.
- بعوش دليلة: "محاضات في مقياس المدخل إلى العلوم القانونية"، موجهة لطلبة السنة الأولى جذع مشترك، جامعة قسنطينة1، الجزائر، السنة الجامعية:2015/2014.
- بن سعيد موسى: "محاضرات في القانون المقارن"، ، ماستر شريعة وقانون، قسم العلوم الاسلامية، كلية العلوم الانسانية ، جامعة محمد بوضياف المسيلة، السنة الجامغية: 2020/20019.
- طروب كامل: "محاضرات في القانون المقارن"، موجهة لطلبة السنة أولى ماستر تخصص شريعة وقانون ، جمعة باتنة1، السنة الجامعية2020/2019.

- **مواقع إلكترونية:**

- قويقح حورية: " مقاصد الحقوق.. بين الشريعة والقانون الوضعي ، نشر بتاريخ:22يناير 2015، تاريخ الزيارة:02أفريل 2021، https://www.elkhabar.com/press/article
- فريد بن يعقوب: "مقاصد الشرية الاسلامية في ضوء مستجدات العصر"، ص11، مقال متاح في الموقع:http://iefpedia.com/arab/wp ، تاريخ الزيارة:2021/04/26.

- عليان بوزيان: " مقاصد القانون الوظعي في ضوء مقاصد الشريعة الايسلامية، مجلة أصول الفقه، مقال متاح في الرابط التالي:**https://almuslimalmuaser.org**
- محمد وفيق زين العابدين: " التشريع الإسلامي بأقلام قانونيين ومفكرين غربيين"، مجلة البيان الإلكترونية، تاريخ النشر 27 ماي 2014، تاريخ الزيارة، 2021/06/05. **https://www.albayan.co.uk/MGZarticle2.aspx?id=3690**، تاريخ الزيارة، 2021/06/05.
- فريد بن يعقوب: "مقاصد الشرية الاسلامية في ضوء مستجدات العصر"، ص11، مقال متاح في الموقع:**http://iefpedia.com/arab/wp** ، تاريخ الزيارة:2021/04/26.
- علي جمعة:" مصادر التشريع الإسلامي"، منشور في 2021، مقال متاح في الموقع: – https://www.draligomaa.com، تاريخ الزيارة:2021/05/31.
- محمد السالم: "تاريخ النظم المعاصرة– النظام الانجلوساكسوني"، مقال جريدة الرياض، منشور على الموقع االلكتروني: **www.alriyadh.com**
- أحمد محمد عاشور: "النظام الاشتراكي: مفهومه وأسسه وعيوبه"، تاريخ الإضافة: 2016/7/26 ،مقال متاح في الموقع: **https://www.alukah.net/** تاريخ الزيارة: 2021/06/02
- اشواق بنت حسن بن عبدالله ال مناع العسيري: " المصطلحات القانونية"، مقال متاح في الموقع:**https://fac.ksu.edu.sa/aalasire/page/114316** ، تاريخ الزيارة:2021/05/31

- **1** نعمان الخطيب: "المذهب الاجتماعي واثره على الحقوق والحريات العامة، مقال متاح في الموقع:-**https://qawaneen.blogspot.com/2018/03/blog-post_822.html** تاريخ النشر: ، تاريخ الزيارة
- عماد قطان : "القانون المقارن"، مقال متاح في الموقع:-**http://arab-ency.com.sy/law/detail/164052http://arab-**

.

الفهرس:

تمهيد: .....Erreur ! Signet non défini

المحور الأول: أصول القانون ومقاصده 3

أولا: أصول القانون.....3

1 – نشأة القانون: 3

أ – مرحلة الانظمة القانونية القديمة:.....3

– عهد القوة (الانتقام الفردي):.....3

– عهد التقاليد الدينية:.....4

– عصر التدوين:.....4

ب – مرحلة الانظمة القانونية في العصور الوسطى: 5
– النظام القانوني المستمد من الشريعة الإسلامية:.....5
– النظام القانوني المستمد من القانون الكنسي:.....6
ج – الأنظمة القانونية المعاصرة: 7
– النظام الروماني جرماني: 8
– النظام الانجلوساكسوني: 8
ثانيا: مقاصد القانون.....8
1 – مقاصد القانون: 9
2– مقاصد الشريعة الإسلامية: 11
المحور الثاني: المذاهب الشكلية والموضوعية والمختلطة..... 16
– أولا:المذاهب الميثالية(مذهب القانون الطبيعي) 17
– موقف المشرع الجزائري من المذهب المثالي: 18
– ثانيا:المذاهب الشكلية 20
1 – مذهب اوستن: 20
2 – مذهب كلسن..... 21
3– مدرسة الشرح على المتون..... 21
– النقد الموجه للمذاهب الشكلية: 21
– ثالثا:المدرسة الواقعية..... 23
أ– المذهب التاريخي :..... 23
– أسس المذهب التاريخي: 24

– القانون وليد الحاجة للجماعة: 24
– نقد المذهب التاريخي: 25
– نقد المذهب الإجتماعي: 27
– رابعا: المذهب المختلط:(مذهب العلم والصياغة) 29
1– الأسس التي تقوم عليها المدرسة المختلطة: 29
– خامسا: جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث 30
– أولا : حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة والتجربة 30
–ثانيا : حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل 31
المحور الرابع: تفسير القانون..... 32
– أولا: التعريف بالتفسير 32
– موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة: 34
– ثانيا: أنواع التفسير 35
– التفسير التشريعي: 35
– التفسير الفقهي : 37
ثالثا:حالات التفسير: 38
2 – الغموض 38
3 – النقص 38
4 – التناقض 39
– رابعا: طرق التفسير 40
2 – الطرق الخارجية: 41

المحور الرابع: اتجاهات التشريعات الحديثة..... 44
– أولا: نشأة النظام الروماني جرماني 44
2 – خصائص النظام الروماني جرماني: 45
أ ـ التقنين 46
2 ـ التأثر بالقانون الروماني:..... 46
– ثالثا: النظام الأنجلوساكسوني 51
1– نشأة النظام الأنجلوساكسوني: 51
2 – خصائص النظام الأنجلوساكسوني:..... 52
– رابعا: النظام الاشتراكي 56
1 – خصائص النظام الاشتراكي: 58
قائمة المصادر والمراجع : .....
الفهرس:..... 67