جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الأستاذ: عبد الرحمان موساوي السنة الجامعية: 2023/2022

المحاضرة الحادية عشر

السنة الأولى حقوق (ليسانس جذع مشترك)

إن لآراء والنظريات التي ذهبت إليها المذاهب الشكلية والمذاهب الموضوعية جعلها تتعرض للنقد الشديد نظرا لمغالاتها وتركيزها على جانب محدد من القاعدة القانونية وإهمالها للجوانب الأخرى، وبناء عليه ظهرت مذاهب جديدة تجمع بين مزايا المذاهب الشكلية والموضوعية وحاولت تجنب الانتقادات والعيوب التي جلت على المذاهب المذكورة، وذلك بالاعتماد على مناهج تساير تطورات الحياة الاجتماعية وتأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي تفرزها تغيرات الظروف المختلفة، هذه المذاهب هي المذاهب المختلطة التي تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، وفي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، حيث ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي تهيمن عليها، كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الجوهر وتصوغه في شكله الخارجي، ومن أبرز الفقهاء المذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي جيني Gény إذ انحصرت المذاهب المختلطة في مذهبه.

وقد تأثر الفقه الحديث بمذهب جيني حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين : عنصر مثالي وعنصر واقعي، وهذا ما سندرسه في فصلين نخصص الأول لمذهب جيني والثاني لجوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث.

الفصل الأول: مذهب جيني.

كان جيني أستاذا للقانون بجامعة نانس بفرنسا، من أشهر أعماله كتابه الموسوم ب "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" Science et technique en droit privé positif الذي ألفه في أربعة أجزاء أصدره بين سنتي 1914 و1924 بيّن فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته، ويعرف مذهبه أو نظريته أيضا باسم نظرية العلم والصياغة.

ندرس هذا المذهب في مبحثين عن أسس المذهب والنقد الموجه إليه.

المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني.

استقى جيني مذهبه من المذاهب الشكلية والموضوعية بعد دراستها فهو لم يأتي بنظرية جديدة، وإنما حاول التوفيق بين هذه المذاهب وأقام مذهبه على أساسها.

إذ تأثر بالمذاهب الموضوعية (المثالية والواقعية) حين قرر أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة وتثبتها التجربة، مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل.

كما تأثر بالمذاهب الشكلية عندما قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي يصبح صالحا للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة مجردة.

يسمي جيني الجوهر في مذهبه **بالعلم La science** ويطلق على الشكل اسم **الصياغة La technique** . حيث يقرر جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة.

المطلب الأول: عنصر العلم:

لا ينصرف مفهوم العلم عند جيني إلى معناه الضيق الذي يقتصر على المشاهدة والتجربة، بل يشمل مفهوم العلم كل معرفة قائمة على التأمل والتفكير العقلي الذي تكون محور دراسته هو القانون الطبيعي، إذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون، وهو بهذه المنهجية يكون قد جمع بين الفلسفة المثالية والفلسفة الواقعية، فأخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في كشفه عن المبادئ الأساسية في تكوين القاعدة القانونية، وأخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون، وأخذ عن مذهب الغاية الاجتماعية تقريره لمثل أعلى كغاية يجب أن يسعى القانون إلى تحقيقها، وأخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي، اعتداده بأهمية وقائع وحقائق الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين وتطور القانون.

على ضوء ذلك قرر جيني أن عنصر العلم في القاعدة القانونية يتكون من أربعة حقائق هي: الحقائق الواقعية أو الطبيعية، الحقائق التاريخية، الحقائق العقلية، والحقائق المثالية.

1- الحقائق الواقعية أو الطبيعية: وتتمثل فيما يحيط بالجماعة من واقع جغرافي وبيئي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية وغيرها.

2- الحقائق التاريخية: وهي ما مرت به الجماعة من تطورات وأحداث تاريخية وثقافية.

3- الحقائق العقلية: وهي عملية صقل وبلورة مختلف الحقائق لتشكل عنصرا يصلح أن يكون أساسا ومادة أولية لقواعد قانونية، فيستخلص العقل من الحقائق السابقة حقائق معقولة وفقا لما تقرره ظروف الجماعة فتسمى حقائق عقلية.

4- الحقائق المثالية: وهي الاتجاهات والنزعات العقائدية والتيارات الفكرية التي تسود الجماعة وتهدف عادة إلى الكمال.

تجدر الاشارة أن جيني يفاضل بين الحقائق الأربعة فهي ليست على قدم المساواة، إذ يغلب الحقائق العقلية على بقية الحقائق الأخرى الواقعية والتاريخية والمثالية، ويرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية يتمثل في استلزام وجود قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.

المطلب الثاني: عنصر الصياغة:

لا تكفي الحقائق السابقة بذاتها للتطبيق في الحياة العملية، وإنما تشكل الأرضية وتكون المادة الأولية للقواعد القانونية إذ تحتاج إلى عنصر ثاني يحولها من حقائق معينة إلى قواعد قانونية وهذا يتمثل في الصياغة التي تجعلها عامة ومجردة وملزمة ولها جزاء، وتضفي عليها الصفة الشرعية، ولهذا يعرف جيني الصياغة بأنها "**فن التشريع**"، فهي تتم وفق إجراءات شكلية معينة، وبدالك تنطبق القواعد القانونية على الجميع دون تمييز بما فيهم واضعها، وهكذا يتحقق مبدأ سيادة القانون.

المبحث الثاني: النقد الموجه إلى مذهب جيني:

امتاز مذهب جيني بجمعه بين الجوهر والشكل في أساس القاعدة القانونية مما جعله أكثر اقناعا واقترابا من الحقيقة ومع ذلك لم يسلم من الانتقادات حيث أخذ عليه ما يلي:

1- الحقائق التي ذكرها جيني في عنصر العلم ليست حقائق علمية بالمعنى الصحيح، إذ لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والحقائق المثالية من قبيل الحقائق العلمية، لأنها تفلت من الواقع الملموس الذي يثبت بالمشاهدة والتجربة، وبالتالي فلا يدخل في عنصر العلم من هذه الحقائق سوى الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية اللتان يمكن تسجيلهما بالمشاهدة واثباتهما بالتجربة.

2- من الصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، أو التفرقة كلك بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية، ذلك أن الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية.

كما أن الحقائق المثالية تستخلص تدريجيا من الحقائق العقلية تبعا لنمو نزعة الكمال والتقدم، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق العقلية.

تلكم هي أهم الانتقادات التي وجهت إلى مذهب جيني، وعليه فإن الفقه الحديث يتجه إلى حصر الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في حقيقتين هما الحقائق العلمية التجريبية والحقائق العقلية التفكيرية، وهو ما سيتبن لنا في الفصل الآتي.

الفصل الثاني: جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث.

يتكون جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث من عنصرين: عنصر واقعي وعنصر مثالي، نتطرق إليهما في مبحثين ندرس في المبحث الأول العنصر الواقعي ونخصص المبحث الثاني للعنصر المثالي.

المبحث الأول: العنصر الواقعي

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، أي الحقائق التي يمكن اخضاعها للمشاهدة والتجربة ولذلك تسمى بالوقائع العلمية التجريبية، وهذه الحقائق لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، وتتمثل أهم هذه الحقائق في:

1- الحقائق الطبيعية: سواء تعلقت بطبيعة الانسان أو البيئة التي يعيش فيها والطبيعة الجغرافية. فهي تلعب دورا كبيرا في وضع نوع معين من القواعد القانونية.

2- الحقائق الاقتصادية: وتتمثل في الأنشطة المختلفة المتعلقة بمختلف نواحي نشاط الانسان في الميدان الاقتصادي(الصناعي أو التجاري أو الزراعي) كلا منها يتطلب قواعد قانونية لتنظيمه مع طبيعة ونوع هذا النشاط، مما لا يجوز معه إهمال هذه الحقائق الاقتصادية عند إنشاء القواعد القانونية.

3- الحقائق السياسية والاجتماعية: تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع وتعتبر أيضا عنصرا واقعيا قائما على المشاهدة والتجربة وقد ساهمت هذه العوامل كفكر في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا.

قديما: الأفكار الاجتماعية والسياسية التي كانت سائدة أنداك أوجدت نظام الرق، ونتج عن ذلك قيام طبقتين في المجتمع طبقة الأحرار وامتيازاتها، وطبقة العبيد وواجباتها

وفي القرون الوسطى، أدت الأفكار السياسية والاجتماعية القائمة انداك إلى ظهور نظام الاقطاع 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 الارث في الابن الأكبر للأسرة وتحرم البنات من الارث، وتقيد عقد الزواج من أجل ضمان عدم الاختلاط بالتزاوج، فكان الزواج يخضع في كثير من الحالات إلى ترخيص من الوالدين حتى لمن جاوز سن الرشد من الأولاد.

حديثا: في أواخر القرن الثامن عشر ظهرت مع الثورة الفرنسية معتقدات سياسية، واجتماعية تمثلت في الحرية، الاخاء والمساواة، وقد أسهمت هذه المعتقدات في بناء النظام القانوني الفرنسي.

وفي 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 من القرن الماضي.

4- الحقائق الدينية والأخلاقية: هي ما يسود في المجتمع من تقاليد ومعتقدات واتجاهات دينية وأخلاقية، وهي من الحقائق الهامة في تكوين وتطور القواعد القانونية التي لا ينبغي إغفال أثرها عند وضع هذه القواعد.

5- الحقائق التاريخية: تعتبر العوامل التاريخية خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمن وتجربة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، وهي بهذا تعبر عن العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية والتي لا يجوز إنكارها.

المبحث الثاني: العنصر المثالي.

تعتبر العوامل التي سبقت الاشارة إليها حقائق اجتماعية واقعية بعضها تجريبي وبعضها عقلي وهي حقائق لا تكفي لتكوين القاعدة القانونية حسب جيني، إذ لا بد أن تلحقها قيمة تبرز وجوبها وتقاس على مثل أعلى يفرضه العقل، يتمثل في العدل، ومن هذا المنطلق لا بد من إضافة عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي يعطيه صفة الواجب أو القانون.

يفرق الفقهاء بين نوعين من العدل هما العدل الخاص والعدل العام.

و**العدل الخاص** هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم، ولذلك يسمى **بالعدل التبادلي**.

أما **العدل العام** فهو الذي يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها، ويهدف لتحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة. وللعدل العام صورتين هما **العدل التوزيعي** وهو الذي يجب على الجماعة للأفراد، و**العدل الاجتماعي** وهو الذي يجب على الأفراد للجماعة.

وعلى هذا النحو يكون للعدل ثلاث صور هي: العدل التبادلي والعدل التوزيعي والعدل الاجتماعي.