المحور الثاني: الاتجاهات الكلاسيكية للقانون

أولا: المذاهب الشكلية

هي تلك المذاهب التي تكتفي بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية ، فالقانون وفقا لهذه المذاهب مجرد أمر أو نهي صادر عن الحاكم إلى المحكومين ، ففي كل مجتمع توجد هيئة حاكمة تسن القوانين والتشريعات ، وهيئة محكومة تخضع لأحكام هذه القوانين و التشريعات .

إن صدور القاعدة القانونية من سلطة عليا حاكمة تكفل تنفيذها بالقوة عند الإقتضاء هو الذي يفسر طبيعة هذه القاعدة وأصلها وإلتزام الأفراد بحكمها .

فالقانون وفقا للمذاهب الشكلية مجرد تعبير عن إرادة الدولة أو من له سلطة عليا في المجتمع بمعنى أن المذاهب الشكلية تتخذ من المظهر الخارجي للقاعدة القانونية و صدورها من الحاكم السياسي في المجتمع معيارا ماديا للتعرف على طبيعة القانون، كما أن القانون يرد إلى إرادة أو مشيئة الحاكم .

وقد نادى بهذه المذاهب كثير من الفقهاء إتفقوا من حيث المبدأ وهو رد القانون إلى إرادة الحاكم وإختلفوا في بعض الجزئيات التي تظهر في صور إتجاهات مذهبية نذكر منها .

أولا
مذهب أوستن

هو فيلسوف إنجليزي أستاذ فلسفة القانون بجامعة لندن في النصف الأول من القرن(19) و يرجع له الفضل في صياغة فكرة أن القانون هو إرادة أو مشيئة الحاكم ينفذها جبرا على الأفراد عند الإقتضاء في شكل نظرية عامة حدد معالمها وبين أحكامها وفصل نتائجها متأثر بآراء الفقهاء والفلاسفة القدماء ويتلخص مذهب أوستن في أن القانون من صنع الدولة التي تعمل على كفالة إحترامه عن طريق إجبار الأفراد على طاعته بما لها من سلطة و سيادة ولذلك فهو يعرف القانون بأنه (أمر أو نهي يصدره الحاكم استنادا إلى سلطته السياسية و يوجهه إلى المحكومين و يتبعه بجزاء).

ومن هذا التعريف يتبين أنه لكي يوجد القانون في نظر أوستن لابد من ثلاثة شروط :

1_ وجود حاكم سياسي لمجتمع منظم (محكوم) يستوي أن يكون شخصا واحد أو هيئة كرئيس دولة و بجانبه البرلمان ، كما يستوي أن يكون الحكم إستبداديا أو ديمقراطيا ، وعلى ذلك لا يعتبر قانونا ما يصدر من قرارات أو أوامر من هيئات ليست لها السيادة السياسية كالنقابات والأحزاب و الجمعيات... .

2_ وجود الأمر أ والنهي يصدر من الحاكم نحو المحكومين والذين عليهم الخضوع له ، فالقانون ليس مجرد نصيحة توجه للأفراد وتترك لهم حرية طاعتها أو الخروج عليها وفق إرادتهم ، ولا يشترط أن يكون الأمر أو النهي صريحا ، بل يمكن أن يكون ضمنيا .

3_ وجود جزاء يقترن بالأمر أو النهي يوقعه الحاكم على كل من يخالفهما ، فلا وجود للقاعدة القانونية ما لم يقترن الأمر أو النهي بجزاء يكفل إحترامها .

النتائج المترتبة على مذهب أوستن

_ **القانون الدولي العام لا يعتبر قانون بمعنى الكلمة:**

وذلك لعدم وجود سلطة حاكمة في المجتمع الدولي تأمر الدول بإتباع قاعدة معينة وتوقع الجزاء على الدول المخالفة ، فهو مجرد قواعد مجاملات أ و واجبات أدبية.

_ **القانون الدستوري لا يعتبر قانونا بمعنى الكلمة:**
لأنه يصدر بمحض إرادة الحاكم ولا يتقيد به إلا في حدود مشيئته ، ولا يتصور أن يوقع الجزاء على نفسه.

_ **التشريع هو المصدر الوحيد للقانون:**
وذلك باعتباره أوامر تصدر من الحاكم وعدم الإعتراف بالمصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف فالقانون هو الذي يصدر من الحاكم الى المحكومين، أما العرف فلا يصدر كذلك وإنما ينشأ من استمرار سلوك الأفراد على نحو معين زمنا طويلا يولد لديهم شعور الإلزام وبالتالي فالعرف حسب أوستن لا يعتبر مصدرا للقانون إلا بالقدر الذي يجيزه الحاكم.

_ **وجوب التقيد في تفسير النصوص القانونية بإرادة المشرع:**
وذلك وقت وضع هذه النصوص بغض النظر عن تغير الظروف التي وضعت فيها بمرور الوقت (القانون تعبير عن إرادة الحاكم يفسر بالكشف عن "إرادة الحاكم" التي أراد أن يضمنها نصوص القانون وقت وضعها.)

نقد مذهب أوستن

لم تمنع مزايا مذهب أوستن من تعرض المذهب للنقد من طرف معارضيه

مزايا مذهب أوستن :

_ البساطة والوضوح باكتفائه بشكل القاعدة القانونية وصدورها كتعبير عن إرادة المشرع في صورة نصوصه التشريعية.

_ يتفق هذا المذهب مع الوضع السياسي القائم في المجتمعات الحديثة (تعهد بالتشريع إلى إحدى السلطات العامة في الدولة) وهو مظهر من مظاهر سيادة الدولة.

عيوب مذهب أوستن :

_ يخلط أوستن بين القانون و الدولة فهو يتصور أن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم متناسيا أن القانون ظاهرة إجتماعية تنشأ في المجتمع في صورته البدائية قبل أن توجد الدولة في كيان سياسي منظم .

_ مذهب أوستن يؤدي إلى الأستبداد لأنه يجعل القانون في خدمة القوة (الجزاء الذي يوقعه الحاكم) بدلا من أن يكون الحاكم في خدمة القانون يتقيد بأحكامه ويعمل على كفالة احترامه، فعدم تقيد الحاكم بالقانون يؤدي إلى الإستبداد.

_ جعل التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأغفل ما عداه من مصادر وهو يخالف الواقع بوجود العرف الذي لا يزال يلعب دورا هاما في إنشاء قواعد قانونية خاصة في نطاق القانون التجاري كما أن إنجلترا موطن أوستن يعتمد نظامها القانوني على العرف.

_ إنكاره صفة القانون على القانون الدولي لعدم وجود سلطة عليا تفرض على الدولة إحترامه وتوقع الجزاءات على مخالفته مردود عليه بسبب وجود منظمة دولية تتولى هذا الأمر وهي الامم المتحدةعن طريق مجلس الأمن الدولي و محكمة العدل الدولية .

_ القانون الدستوري هو قانون بمعنى الكلمة قواعده تحوز عنصر الإلزام الذي يكفله الشعب مصدر كل السلطات داخل الدولة في العصر الحديث وه ضامن مبدأ المشروعية .

_ التقيد في تفسير نصوص القانون بما إتجهت إليه إرادة الحاكم وقت وضع النصوص دون الإعتبار بتغير الظروف من شأنه أن يؤدي إلى جمود القانون وعدم تطوره تبعا لتغير الظروف الإجتماعية مما يجعل القانون لا يتفق مع حاجات المجتمع في الظروف المستجدة.

_ مذهب أوستن يكتفي بالظاهر دون الولوج إلى جوهر القاعدة القانونية ليتبين جوهرها ا وعوامل إثراء تكوينها وتطورها .

ثالثا

مذهب الشرح على المتون

هو من المذاهب الشكلية يختلف على مذهب أوستن في أنه لم يكن ثمرة فقيه واحد بل كان لآراء مجموعة فقهاء فرنسيين تعاقبوا خلال القرن (19) على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة سميت (تقنين نابوليون) ومن أشهر هؤلاء الفقهاء الفقيه (أوبري) والفقيه (رو) وكذلك الفقيه (ديمولومب) و (بودري لاكونتري) و الفقيه البلجيكي (لوران).

كما يختلف مذهب الشرح على المتون عن مذهب أوستن في أن فقهاء الشرح على المتون ليسو هم الذين نادوا بهذا المذهب ذلك أن مذهب الشرح على المتون مجرد طريقة في تفسير و شرح القانون تبعه هؤلاء الفقهاء وظهر في مؤلفاتهم و أبحاثهم إستخلص منها فقهاء أوائل القرن العشرين مبادئ وأسس وصاغوا منها مذهبا له مميزات خاصة وأطلقوا عليه مذهب (الشرح على المتون) نظرا للطريقة التي فسر به هؤلاء الفقهاء تقنين نابوليون متنا متنا أي نصا تلوى الآخر بنفس التبويب والترتيب وأرقام النصوص بإعتباره تضمن كل الأحكام القانونية فهو القانون الكامل وبالتالي كانت نظرتهم لهذا التقنين نظرة إحترام وتقديس ومهابة.

الأسس التي يقوم عليها مذهب الشرح على المتون

يتفق هذا المذهب مع مذهب أوستن في أنه يجعل من التشريع المصدر الوحيد للقانون،ولكنه يختلف عنه على أساس إحترام نصوص التشريع وتقديسها وعليه فهذا المذهب يقوم على :

أ) تقديس النصوص التشريعية:

ويرجع السبب في ذلك إلى النظام القانوني السائد في فرنسا قبل صدور تقنين (نابوليون) . الذي كان مقسما بين الشمال المستمد من الأعراف والتقاليد ، والجنوب المستمد من القانون الروماني .

وكان توحيد القانون في فرنسا أمنية تحققت على يد (نابوليون) ، وكان بذلك أول تقنين في العالم ،الأمر الذي جعله موضع إعجاب وإعتزاز للفرنسيين، فقد شعر رجال القانون بعاطفة قوية تدفعهم نحو إحترام و تقديس هذا القانون ، وإعتباره المصدر الوحيد للأحكام القانونية ، فهو كامل كالكتاب المقدس أحاط بكل شيء علما ، وتتضمن جميع أحكام ومبادئ القانون المدني مما جعلهم يتبعون في شرح هذا التقنين الطريقة التي تتبع في شرح الكتب المقدسة ، وهي شرح نصوصه نصا نصا ، بنفس الترتيب الذي جاءت به في التقنين.

ب) التشريع هو المصدر الوحيد للقانون:

يذهب فقهاء هذا المذهب إلى إعتبار القانون ينحصر في النصوص المكتوبة التي يصدرها المشرع ، وهي تعبير عن إرادته ، تتضمن جميع الأحكام القانونية وتضع الحلول اللازمة لجميع الحالات.

النتائج التي تترتب على مذهب الشرح على المتون

_ على القاضي أن يطبق النصوص التشريعية فهي تشمل كافة الحلول لجميع المشكلات الإجتماعية ولا يجوز الخروج عليها لقدسيتها .

- يجب أن يقتصر عمل المفسر على البحث داخل النصوص التشريعية (المقننة) للوصول للقاعدة اللازمة، باعتباره يحتوي جميع القواعد (الحلول) ، فإذا عجز فاللوم يقع عليه وليس على المشرع فهو لم يحسن التفسير أما التشريع فهو كامل.
- عند تفسير النصوص التشريعية يجب البحث عن إرادة المشرع أو نيته وقت وضعها ، وليس وقت تطبيقها ، سواء أكانت نية حقيقية أو مفترضة، ولا يعتد بنيته الاحتمالية وقت تطبيق النصوص .

فنية المشرع الحقيقية يمكن إستخلاصها بوضوح من نصوص القانون ، كما يمكن الرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للقانون ، فإذا لم تكن النية الحقيقية للمشرع واضحة وضوحا كافيا ، فإنه يعتد بنيته المفترضة .

والنية المفترضة للمشرع هي النية التي تفترض أن المشرع قد قصدها وقت وضع النص لو أنه أراد أن يضع حلا للمشكلة القائمة ، ويمكن التعرف عليها عن طريق مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة و من الروح العامة للتشريع ،ومن المبادئ الأساسية للقانون, ومن المصادر التاريخية التي أستمدت منها.

و النية الإحتمالية للمشرع يقصد بها النية التي يحتمل أن المشرع كان يقصدها لو أنه كان يضع النص في الوقت الذي يطبق فيه على ضوء الظروف الإجتماعية التي جدت وقت التطبيق، فالنية الإحتمالية تختلف عن النية المفترضة في أنها تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد ، و في الظروف الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص بينما النية المفترضة تمثل ما يقصده المشرع في الظروف القائمة وقت وضع النص.

نقد مذهب الشرح على المتون

يوجه لمذهب الشرح على المتون نفس النقد الموجه إلى مذهب أوستن من حيث كونه :

- مذهب شكلي يكتفي بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون أن ينعمق في جوهرها، للتعرف على العوامل التي أثرت في تكوينها وتطورها ،
- يجعل التشريع مصدر وحيدا للقانون ويغفل باقي المصادر خاصة العرف .
- قصره عند تفسير النصوص التشريعية على إرادة المشرع وقت وضع النص القانوني ، مما يؤدي إلى جمود القانون ويحول دون تطوره .
- مذهب الشرح على المتون بتقديسه النصوص التشريعية أدى إلى تقديس إرادة المشرع وربط القانون بمحض هذه الإرادة ، وإهمال الظروف الإجتماعية المحيطة بالجماعة وعدم الإعتداد بإرادة الأمة ، و رغباتها وحاجاتها الإجتماعية ، مما يؤدي إلى الإستبداد .

و الملاحظ في الأخير أن مذهب الشرح على المتون لم يبدأ بالنزعة الإستبدادية كمذهب أوستن بل أنه تدرج إليها فقد تأسس هذا المذهب في ظل النظم التي أنشأتها الثورة الفرنسية ، والتي قامت ضد الإستبداد ولكن تقديس النصوص ترتب عليه تقديس إرادة المشرع ، وإعتبار القوة و السلطان هي كل شيء في القانون ، مما يؤدي في النهاية إلى النزعة الإستبدادية .

ثالثا

مذهب هيجل

بالنصر وعليه فالدولة الأقوى هي التي تسيطر على العلاقات الدولية إلى ان تظهر دولة أقوى منها تنتقل إليها السيطرة .

وهكذا فالتاريخ يقسم إلى مراحل و كل مرحلة تنشأ بقيام السيطرة و القوة لصالح دولة ما ، و التوازن بالقوة بين دولتين أو أكثر يؤدي إلى عدم إستقرار العلاقات الدولية ، ولا يعود هذا الاستقرار إلا إذا تمكنت إحدى هذه الدول القوية من السيطرة و إنتزاع الزعامة بالحرب و القوة من باقي الدول المنافسة لها .

3- نقد مذهب هيجل

يوجه إلى مذهب هيجل الإنتقادات التي وجهت للمذاهب الشكلية بصفة عامة ، وبالخصوص مذهب أوستن .

- التشريع ليس هو المصدر الوحيد للقانون ، فهناك مصادر آخرى خاصة (العرف) .
- أن توحيد هيجل بين إرادة الحاكم المعززة بالقوة ، وبين القانون تؤدي إلى الإستبداد المطلق داخل الدولة ، وهذا أيضا كما رأينا هو مذهب أوستن .
- هذا التوحيد بين إرادة الدولة المعزز بالقوة مع القانون يؤدي إلى إستبداد الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى مما يجعل الحرب ، هي الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات بين الدول ، و هو سبب اضطراب العلاقات الدولية و عدم استقرار المجتمع الدولي .
- مذهب هيجل شأنه شأن كل المذاهب الشكلية ، إكتفى من القاعدة القانونية بمظهرها الخارجي دون البحث عن العوامل التي تأثر في تكوينها و تطورها.
- هيجل أراد من خلال الفلسفة التي نادى بها في إثبات حق الشعب الألماني في السيطرة على العالم.

رابعا
مذهب كلسن (مذهب القانون البحت)

كلسن هو فيلسوف نمساوي عمل أستاذ لفلسفة القانون في جامعة فينا سنة(1917) ، ويرى أن علم القانون البحت يجب أن يقتصر على دراسة السلوك الإنساني من حيث خضوعه للضوابط القانونية وحدها دون غيرها من الضوابط ، والتي تدخل في علوم آخرى لا يختص بدراستها رجل القانون البحت.

1- أسس مذهب كلسن

أ) استبعاد جميع العناصر غير القانونية :

القانون البحت يجب أن يقتصر على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي ، بإعتبارها أوامر صادرة من إرادة تملك قوة الإجبار و المجازاة ، وهي إرادة الدولة التي تجعل من الأمر الواقع واجب الطاعة ، وترجع إليها جميع مصادر القانون.و لكن دون التصدي لتقييم مضمونها أو التعرض لأسباب نشأتها ، لأن الإهتمام بأسباب نشأة و تطور الضوابط القانونية هي من إختصاص علماء الإجتماع و الإقتصاد أو السياسة ،و ليس من إختصاص رجل القانون البحت ، والذي يجب أن يقتصر على التعرف على القانون كما هو، و البحث عن صحة صدوره من الشخص أو الهيئة صاحبة الإختصاص في التعبير عنه و التحقق من إتباعه كما حددته السلطة المختصة ، أو عدم إتباعه دون أن يبحث فيما إذا كان مضمون القانون عادلا أو غير عادل متفقا مع مصلحة المجتمع أم لا ، والقانون حسب كلسن ذو معنى واسع يتكون من قواعد قانونية عامة (القانون بفروعه المختلفة) أو قواعد فردية كالأوامر الإدارية و العقود و الأحكام القضائية وغيرها.

هو فيلسوف ألماني عمل أستاذا في بعض الجامعات الألمانية مطلع القرن (19) كجامعة برلين سنة (1818) وله مؤلفات في بعض فروع الفلسفة مثل كتاب (مبادئ فلسفة القانون) سنة (1821).

1- الفلسفة التي يقوم عليها مذهب هيجل

يتلخص مذهب هيجل في نظرية القانون بأنه يستمد أساسه و شريعته وقوته الملزمة من صدوره عن الدولة ، فلا وجود للقانون إلا إذا صدر معبرا عن إرادة الحاكم في الدولة ، فالقانون هو إرادة الدولة داخليا وخارجيا ، فالدولة سيدة نفسها تعلو سلطتها في الداخل والخارج:

أ) ففي الداخل يجب أن يخضع لها من يدخل في تكوينها (الإقليم ، الشعب) ، والمجتمع لا يرقى إلى مرتبة الدولة إلا إذا رأى جميع الأفراد في المجتمع أن ثمة صالحا عاما مشتركا ، يجب أن تتجه إرادتهم إلى تحقيقه ، فتتحد إرادتهم و حرياتهم بذلك الصالح وتتمثل فيه إرادتهم العامة ، التي تفنى فيها تماما إرادات الأفراد وحرياتهم ، فالدولة كما يرى هيجل هي تجسيد لإرادة الإنسان وحريته لأن حرية الإنسان الحقيقية ، لا تتحقق إلا بإندماجه في الدولة ، وهذا يقتضي أن يتلاشى الأفراد في الدولة ويخضعون لها خضوعا تاما ، حيث يقوم كيان الدولة وسلطتها على إرادتهم العامة.

سيادة الدولة عند هيجل واحد لا تتجزأ ، وتتجسد في شخص واحد يملك التعبير بإرادته وحدها عن الإرادة العامة ، والتي يقوم عليها كيان الدولة و سلطتها ، ومن ثمة يكون هذا الشخص هو صاحب السلطان الأعلى في الدولة و تكون إرادته قانونا واجبة النفاذ ، لأنه يملك القوة اللازمة لفرض إحترام هذه الإرادة .

ب) أما في المجال الخارجي فيرى هيجل أنه لا توجد سلطة أو إرادة أعلى من سلطة أو إرادة الدولة ، بحيث تلزمها بسلوك معين في علاقاتها مع الدول الأخرى ، وتجبرها على إحترام هذا السلوك ، ذلك أن الدولة سيدة نفسها ، ولا توجد سلطة أعلى منها ، و أن جميع الدول متساوية فيما بينها في السيادة ، وبالتالي لا توجد سلطة بشرية تختص بتنظيم العلاقات بين هذه الدول أو تختص بما ينشأ بينها من منازعات ،ولذا تكون الحرب هي وسيلة الدولة لتنفيذ إرادتها في المجتمع الدولي و في علاقاتها مع غيرها ، ولحل ما ينشأ بينها وبين هذه الدول من نزاعات و تنتهي الحرب دائما بحل لصالح الدولة الأقوى، وتعتبر نتيجة الحرب نوع من أنواع القضاء اللإلهي أو ما يشبه أن يكون .حكما من محكمة التاريخ ، لأن التاريخ عبر العصور بين أن النصر في الحرب يكون دائما للطرف الأقوى و هو الذي يحق له النصر ، وبذلك الغلبة للدولة التي تستطيع فرض إرادتها على الدول الأخرى.

2- النتائج المترتبة عن مذهب هيجل

تتشابه نتائج هذا المذهب على نتائج مذهب أوستن ، حيث كل منهما ينتمي إلى المذاهب الشكلية و كل منهما يعمل على تبرير الحكم الإستبدادي المطلق ، وعليه نلخص هذه النتائج فيما يلي :

- طالما كانت إرادة الحاكم وفق هيجل هي القانون الواجب النفاذ ، فإنه يترتب عليه أن تنحصر مصادر القانون في مصدر وحيد هو التشريع المعبر عن إرادة الحاكم .
- إذا كان أوستن يعتبر قواعد القانون الدستوري مجرد قيود فرضها الحاكم على نفسه بإرادته و قواعد القانون الدولي العام مجرد مجاملات أو واجبات أدبية ، فإن هيجل ينكر وجودها أصلا فهو لا يعترف إلا بالإرادة المطلقة للحاكم داخل الدولة ، وفي علاقات الدولة بغيرها من الدول في إطار المجتمع الدولي ، فالقوة هي الأسلوب الوحيدة لتمثيل هذه الرغبات داخليا و خارجيا دون قيود و دون أية مجاملات أو واجبات أدبية .
- في المجال الخارجي (المجتمع الدولي) لا مجال لوصف الحرب بأنها عادلة أو غير عادلة (غير مشروعة) ، فكل حرب حسبه هي مشروعة ، وتنتهي دائما لصالح الطرف الأقوى الجدير

ب) وحدة القانون و الدولة:

يرى كلسن أن القانون هوالدولة ذاتها ، فالدولة ليست شخص معنوي ، وإنما مجموعة قواعد قانونية بعضها فوق بعض تشبه الهرم ، قاعدته الأوامر الفردية و العقود و الأحكام القضائية ، وقمته الدستور وهذا الأخير مصدر لجميع القواعد الآخرى بحيث تستمد كل درجة شرعيتها من الدرجة التي تعلوها .

و يعتبر الدستور و ما يتفرع عنه من القوانين و القرارات و أوامر فردية ، وأحكام قضائية نظاما قانونيا كاملا هو الدولة .

كما يرى كلسن أن النظام القانوني لا يعتبر دولة إلا بوجود هيئات مركزية مختصة بالتعبير عن القواعد القانونية التي يتكون منها هذا النظام القانوني ، وتطبيقها عن طريق الإجبار ، وعليه يدخل في هذا النظام القانوني الهرمي جميع الضوابط القانونية ، سواء أكانت تتعلق بالنشاط الخاص بالأفراد أو بالنشاط الإداري أو بإستعمال القوة الجبرية .

2- النتائج المترتبة على مذهب كلسن

أ) رفع التناقض بين إعتبار القانون إرادة الدولة وبين ضرورة تقيد الدولة بسلطان القانون:

حيث يرى كلسن أن القول بأن القانون هو إرادة الدولة وهو ما تقول به المذاهب الشكلية الآخرى يتناقض مع القول بوجوب تقييد الدولة بأحكام القانون ، فطالما أن القانون هو إرادة الدولة ، فإن أي مخالفة للقانون من جانب الدولة في الحقيقة هو إرادة جديدة أي قانونا جديدا يعدل القانون الذي خالفته الدولة ، وبذلك يستحيل أن تتقيد الدولة بالقانون.

ويرى كلسن أن مذهبه يزيل هذا التناقض بإعتبار الدولة هي القانون ذاته ، فلا محل لتصور عدم تقيد الدولة بالقانون لأن ذلك يفترض أن الدولة و القانون متمايزان ، في حين أنهما واحد.

ب) وحدة القانون وعدم جواز تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص: إن التفرقة بين القانون العام والخاص يرجع إلى الرغبة في إعطاء الحكومة و الجهاز الإداري التابع لها نوع من الحرية إزاء التشريع ، وإظهار علاقات القانون الخاص كأنها بعيد عن التيارات السياسية التي تسود علاقات القانون العام قصد إخفاء أثر هذه التيارات في علاقات القانون الخاص .

و العلم القانوني البحت حسب كلسن ليس بحاجة إلى إخفاء هذا الأثر ، وبالتالي ليس بحاجة إلى البقاء على تفريق لا طائلة منه ذلك أن علم القانون البحت يقتصر على الضوابط القانونية التي تحكم سلوك الإنسان ، وتستبعد جميع العناصر الآخرى التي تدخل في علوم آخرى ، وبصفة خاصة المفاهيم السياسية.

وعليه حسب مذهب كلسن لا مجال إلى تقسيم القانون إلى عام وخاص أي لا حاجة إلى التمييز بين القواعد التي تحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة ، والقواعد التي لا تكون الدولة طرفا فيها بهذه الصفة فالقانون هو مجموعة قواعد عامة أو فردية تتدرج بعضها فوق بعض في شكل هرم.

3- نقد مذهب كلسن

دافع بعض الفقهاء عن مذهب كلسن متأثرين بمحاولته حل بعض التناقضات في المذاهب الشكلية منها التناقض بين اعتبار القانون إرادة الدولة و بين وجوب التزام الدولة بأحكام القانون و

تقييدها به غير أن هذا الدفاع لم يمكن من تفادي العديد من الانتقادات منها ما كان مشتركا بينه وبين المذاهب الشكلية الأخرى ، ومنها ما وجه فقط للمذهب نلخصه في ما يلي :

- مذهب كلسن لا يعطي حلا لإشكالية أساس القانون، فقد عجز كلسن عن إسناد القاعدة الدستورية في أعلى هرم تدرج القواعد القانونية ، حيث اضطر إلى القول أن القاعدة الدستورية تستمد شرعيتها بحكم الواقع من قاعدة عليا تاريخية صادرة عن ثورة أو مغتصب للسلطة ، و إن لم يكن للقاعدة العليا وجودا حقيقيا واقعيا وجب التسليم بوجودها على سبيل الافتراض لأنها قاعدة شكلية تمنح الاختصاص إلى أول جهة تقوم بوضع الدستور و تتوقف مهمتها عند هذا الحد ، وكل هذه الأقوال و التبريرات لكلسن منتقدة خاصة و أن هذه القاعدة العليا شكلية لا تتضمن أي قيد موضوعي يلتزم به الدستور الوضعي و هو من شأنه أن يجعل من هذه القاعدة العليا تمنح الدستور صفته الشرعية و قوته الملزمة أيا كان مضمونه حتى و لم أخذ هذا الدستور بالاستبداد السياسي و كبت الحريات.
- الدولة لها كيان مستقل عن القانون بدليل توقع الدستور نفسه احتمال مخالفة الدولة للقانون.
- مذهب كلسن لا يعطي للعرف مكانة في تدرج القواعد القانونية، وهو مصدر هام من مصادر القانون لا يمكن تجاهل دوره في إنشاء القواعد القانونية.
- أغفل كلسن قواعد القانون الدولي العام ولم يجعل لها مكانا في تدرج هرم قواعد القانون الذي ينظم العلاقات داخل الدولة دون القواعد القانونية التي تحكم العلاقات بين الدولة وغيرها من الدول.
- يذهب كلسن للقول بوجود قواعد قانونية فردية وهو ما يخالف خاصية العمومية و التجريد في القواعد القانونية.
- يؤخذ على كلسن تجريد القانون من كافة العناصر و العوامل غير القانونية كالعوامل الاجتماعية اقتصادية أو سياسية والتي تؤثر في نشأة القانون وتطوره، فالقانون ظاهرة اجتماعية تتأثر في نشأتها و تطورها بحقائق الحياة الاجتماعية و مثلها العليا، فكل دراسة لأساس القانون دون اعتبار لهذه الحقائق هي دراسة قاصرة.
- يؤخذ على مذهب كلسن أنه مذهب شكلي يهتم بشكل القانون دون جوهره، حيث يقتصر القانون على الضوابط القانونية في وجودها الشكلي، ويقيم على هذا الشكل نظاما من القواعد القانونية البعيد كل البعد عن واقع الحياة العملية وما يتفاعل فيها من عوامل سياسية واقتصادية وغيرها.

المحور الثاني

المذاهب الموضوعية

المذاهب الموضوعية هي تلك المذاهب التي لا تهتم بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية بل بجوهرها و بالمادة الأولية التي تتكون منها، فتنظر إلى القانون كظاهرة اجتماعية.
و تكشف عن العوامل الاجتماعية التي تؤثر في تكوين و تطور القواعد القانونية ، وهي بذلك تربط بين القانون و المجتمع.
إلا أن أنصار هذا المذهب اختلفوا من حيث مضمون وجوهر القاعدة القانونية مما أدى إلى ظهور مدرستين :

- **مدرسة مثالية:** ترى أن جوهر القانون هو المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه الإنسان بعقله.
- **مدرسة واقعية :** ترى أن جوهر القانون هو الواقع الملموس الذي تثبته المشاهدة و تؤيده التجربة.

و قد سادت المدرسة المثالية حتى بداية القرن (19) أين ظهرت الفلسفة التي تقوم على حقائق الحياة الواقعية الملموسة، ومازالت المدرستان تتنازعان حول طبيعة القانون و أساسه حتى وقتنا الحالي رغم ظهور مذاهب أخرى ركزت جهودها خاصة حول التوفيق بين المذهبين سميت بالمذاهب المختلطة.

أولا
المذاهب المثالية

تكاد تنحصر في مذهب القانون الطبيعي, و مذهب القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير.

1- مذهب القانون الطبيعي

القانون الطبيعي هو مجموعة قواعد عامة أبدية ثابتة لا تتغير و لا تختلف باختلاف الزمان و المكان، وهي ليست من صنع الإنسان و لكن الله هو الذي أودعها في الكون.
و الإنسان هو الذي يكشف عنها بعقله. و هذا هو المفهوم التقليدي لفكرة القانون الطبيعي الذي عرفه الفقهاء و الفلاسفة منذ زمن بعيد، بعدما أقروا أن هناك قانونا أسمى من القوانين الوضعية يجب الاهتداء بها عند وضع هذه القوانين، فكلما اقترب القانون الوضعي من القانون الطبيعي كلما اقترب القانون الوضعي من السمو و الكمال.

أ) تطور فكرة القانون الطبيعي

احتفظت فكرة القانون الطبيعي بالأساس الذي قامت عليه في صورتها التقليدية باعتبارها قواعد خالدة تسمو على قواعد القانون الوضعي ، ولكنها لم تحتفظ بمضمون ثابت على مر العصور ، وذلك تبعا لاختلاف الغايات و الأهداف التي اتخذت فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لتحقيقها.
لقد انتقلت فكرة القانون الطبيعي من فكرة فلسفية لدى اليونان لتصبح فكرة قانونية لدى الرومان ، ثم فكرة دينية لدى رجال الدين في العصور الوسطى لتتحول لدى فلاسفة العصر الحديث لفكرة سياسية.

- القانون الطبيعي عند اليونان

عرفت فكرة القانون الطبيعي لأول مرة عند فلاسفة اليونان، وكانت فكرة فلسفية أساسها التأمل في مظاهر الحياة الاجتماعية و محاولة الكشف عن طبيعتها.
و قد دعاهم ذلك إلى القول بوجود قانون أعلى يحتوي قواعد أزلية ليست من صنع البشر ، و إنما يقتصر دور العقل البشري في الكشف عنها ، وهي قواعد القانون الطبيعي و التي تحقق العدل على أكمل وجه ، وعليه فهو المثل الأعلى الذي يسعى القانون الوضعي لتحقيقه ، ويعتبر القانون الوضعي عادلا متى كان متفقا مع قواعد القانون الطبيعي ويعتبر ظالما إذا كان مخالفا لهذه المبادئ.
هناك من الفلاسفة اليونانيين من ذهب إلى حد الدعوة إلى التحرر من كل القواعد الوضعية، بما فيها سلطة الإجبار لدى الدولة لأن القانون الطبيعي يسمو على القوانين الوضعية التي تضعها الدولة. غير أن سقراط يرى أنه يجب الخضوع للقانون الوضعي حتى لو كان ظالما وذلك خشية أن يعصي الناس القوانين بحجة عدم موافقتها لمبادئ القانون الطبيعي.

- القانون الطبيعي عند الرومان

أخذ الرومان عن اليونانيين فكرة القانون الطبيعي ، و اعتبروا أنه مستمد من الطبيعة ينطبق على كافة الشعوب، لأنه أعلى من كافة القوانين الوضعية و سابق على وجودها فهو ليس من عمل الإنسان بل إن الطبيعة و العقل هما اللذان يفرضانه ، غير أن الفقهاء الرومان و فلاسفتهم جعلوا من فكرة القانون الطبيعي فكرة قانونية حيث اعتبروا القانون الطبيعي مصدرا للأحكام القانونية التي تسري

على جميع الشعوب باعتبار أنه يتضمن مجموعة من المبادئ التي تنشأ من الطبيعة و يكتشفها الإنسان بعقله ، ومن ثم تكون مطابقة للعقل و مقبولة لدى جميع الأمم و الشعوب.

وقد كان للقانون الطبيعي دور كبير في تنقية القانون الروماني (القانون المدني) من كثير من الشكليات التي تميز بها، والحد من الحالات التي تتنافى مع مبادئ القانون الطبيعي.

أما قانون الشعوب فباعتباره يطبق على الأجانب سواء في علاقاتهم ببعضهم البعض أو في علاقاتهم بالرومان فكان من الطبيعي أن يستمد قواعده من مبادئ العدالة (القانون المدني الروماني يطبق فقط على الرومان و يستمد قواعد العادات و التقاليد الرومانية) التي يقررها العقل و تقبلها جميع الشعوب . كما يستمدها من المبادئ و الأحكام المشتركة التي تعبر عن الحاجات الأولية المشتركة لدى جميع الشعوب و الأمم ، وبذلك استمد قانون الشعوب من القانون الطبيعي ، بل هناك من اعتبره القانون الطبيعي ذاته، غير أن الاتجاه الغالب يرى أن هناك فرقا بين قانون الشعوب و القانون الطبيعي من حيث :

- قانون الشعوب قانون وضعي يطبق على جميع الأفراد من مختلف الشعوب والقانون الطبيعي هو المثل الأعلى الذي تستمد منه قواعد قانون الشعوب.
- قانون الشعوب يتضمن بعض الأحكام التي تتعارض مع مبادئ القانون الطبيعي مثلا: قانون الشعوب يجيز الرق في حين القانون الطبيعي يمنع ذلك ، لأنه يتنافى مع قاعدة القانون الطبيعي التي تقضي بأن الناس سواسية يتمتع كل منهم بحرية كاملة ، وكل الناس يولدون أحرارا ومن ثم لا يجوز استعبادهم.

- القانون الطبيعي عند رجال الكنيسة

أصبحت الكنيسة في القرون الوسطى تخضع السلطان المدني للسلطان الديني ، حيث قرر رجال الكنيسة أنه لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الإلهي ، وهذا الأخير هو الوصف الذي أعطاه رجال الكنيسة للقانون الطبيعي بعد أن أضفوا عليه الطابع الديني ، فهو قانون إلهي خالد يسمو على القانون الوضعي ، لأنه من صنع الله خالق الطبيعة ، والهدف من هذا التحويل هو دعم سلطان الكنيسة و إخضاع الملوك لسلطان البابا ، وهو قانون يصل إلينا بالوحي و الشعور لا عن طريق العقل .

وعليه وحسب رجال الكنيسة يمكن استخلاص ثلاثة أنواع من القوانين تتدرج حسب أهميتها :

- القانون الإلهي و هو الأعلى مقاما يصل للبشر عن طريق الإلهام و الوحي لا عن طريق العقل.
- القانون الطبيعي وهي منتهى عقل الإنسان من قواعد القانون الإلهي، والذي يدفعه لذلك هو رغبة الإنسان في الوصول إلى الكمال.
- القانون الوضعي و هو أقل القوانين أهمية لأنه من صنع الإنسان يستلهم مبادئه من القانون الطبيعي.

- القانون الطبيعي في العصر الحديث

نجحت فكرة القانون الطبيعي خلال القرنين (17-18) نجاحا عظيما و اتخذت طابعا سياسيا، فقد دعا الفقهاء والفلاسفة إلى ضرورة وجود أساس عادل لتنظيم علاقة الدولة بالأفراد من جهة ، وتنظيم علاقة الدولة بغيرها من الدول.مما أدى إلى ظهور الحاجة مرة أخرى لفكرة القانون الطبيعي لتكون وسيلة للدفاع عن حقوق الأفراد وحرياتهم في المجتمع الداخلي ضد طغيان الدولة واستبداد الحكام ، ولإخضاع العلاقات بين الدول في المجتمع الدولي للعدل بدلا من إخضاعها للقوة ، وكان ذلك بمناداة أنصار القانون الطبيعي بوجود قواعد عليا خالدة ثابتة تسيطر على علاقات الدول فيما بينها يهتدي إليها الإنسان و يستخلصها من الطبيعة بعقله هذه القواعد هي قواعد القانون الطبيعي.

فقواعد القانون الطبيعي هي وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد و لا يجوز للحاكم المساس بها فهي حقوق و حريات تولد مع الإنسان ولا غنى عنها لمباشر نشاطه. كما لا يجوز للقانون الوضعي المساس بها إلا بالقدر الذي يضمن لجميع الإفراد ممارستها. كما أن قواعد القانون الطبيعي أداة لتنظيم المجتمع الدولي على أساس قانوني أبرز إلى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث.

و عليه أصبح القانون الطبيعي في القرنين (17_18) أساسا لقواعد القانون الدستوري وكذا القانون الدولي العام ، وعلى هذا النحو بلغ فيه مجده و ازدهاره بعد أن كان مجرد فكرة ينادي بها الفقهاء و الفلاسفة بل و أصبح مذهبا رسميا يتضمنه إعلان حقوق الإنسان و المواطن رغم معاصرته لنظرية العقد الاجتماعي التي جاءت بالأساس لتبرير شرعية سيادة الدولة ، والتي اختلف الفقهاء (هوبز، لوك، روسو) في تحديد مضمونها .

كما أثرت قواعد القانون الطبيعي حتى على علاقات القانون الخاص، فقد ظهر أثرها جليا على "قانون نابليون" وعلى التقنين النمساوي سنة (1811) حيث جعلت هذه التقنينات القانون الطبيعي مرجعا ساميا لكل ما لم يرد بشأنه حكم في القانون الوضعي، و أن قواعد هذه الأخيرة يجب أن تستلهم من قواعد القانون الطبيعي، وأن لا تخرج على نطاقها .

ب) نقد مذهب القانون الطبيعي في القرن (19)

ظهر في القرن (19) عدة مذاهب أخرى وجهت انتقادات لمذهب القانون الطبيعي ، بعد أن بلغ المجد الذي رأيناه في أواخر القرن (18) وقد لخصنا أهم هذه الانتقادات في :

- القول بوجود قواعد خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان و المكان على النحو الذي يدعيه أنصار مذهب القانون الطبيعي قول يكذبه الواقع و التاريخ، فالقانون ابن البيئة الاجتماعية وحدها، وهي متغيرة و متطورة في الزمان و المكان و من الطبيعي أن تتغير معها القواعد القانونية و تتطور.
كما أن التاريخ يثبت أن قواعد القانون تختلف من بلد لآخر و تختلف داخل البلد الواحد من زمان لآخر لأن القانون هو تعبير عن روح كل شعب و انعكاس لعبقريته الخاصة.
- القول بأن العقل وحده من يستخلص قواعد القانون الطبيعي هو قول يوحي حتما إلى تغير و اختلاف هذه القواعد تبعا لاختلاف عقول الأشخاص الذين سيستخلصونها و درجة الثقافة و البيئة حتى أن مسألة واحدة تتغير و تختلف بشأنها قواعد القانون الطبيعي، وبالتالي لا تكون ثابتة لا في الزمان ولا في المكان.
- لا فعالية واقعية لقواعد القانون الطبيعي باعتبار أنه لا يرتب جزاء يجبر الدولة على احترام هذه القواعد، كما أن الأفراد ليست لهم القدرة على مخالفة القواعد القانونية الوضعية المتعارضة مع قواعد القانون الطبيعي.
- مذهب القانون الطبيعي اتخذ منطلقا للنزعة الفردية،تتعارض مع الفكر الاشتراكي.

ثانيا
مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

بعد الانتقادات الموجهة لمذهب القانون الطبيعي خاصة من قبل أنصار المذهب التاريخي , و التي أضعفت انتشاره حاول أنصار مذهب القانون الطبيعي إنقاذه من جديد مطلع القرن (20) ، و ظهر المذهب في صورة جديدة تمثلت في القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير، فيه محاولة للتوفيق بين قاعدة الأبدية و الخلود من جهة و حقيقة التطور التاريخي و ظروف البيئة من جهة

أخرى، بمعنى أن قواعد القانون الطبيعي هي قواعد متغيرة تختلف باختلاف الظروف المحيطة لكل مجتمع ، فلكل أمة قانونها الذي يتلاءم مع حاجاتها وظروفها الاجتماعية و الاقتصادية، غير أن المشرع و هو يضع القواعد القانونية لابد له من مثل أعلى للعدل يستلهمه و يهتدي به هذا المثل الأعلى للعدل هو القانون الطبيعي الذي يدركه الانسان بعقله و من ثم فهو يختلف باختلاف البيئة الاجتماعية التي تحيط بالإنسان.

وعليه اقتصرت فكرة الخلود و الثبات على فكرة العدل ذاتها دون مضمونها وهو ما نادى به الفقيه الألماني "ستاملر" بقوله بأن جوهر القانون هو مثل أعلى خالد و متغير في نفس الوقت، فهو خالد في فكرته متغير في مضمونه.

ففكرة العدل في ذاتها خالدة أبدية لأن التمييز بين العدل و الظلم و إقامة قواعد قانونية على أساس من العدل من الأمور المرتبطة برغبة الانسان على مر العصور إلى الأبد ، فوجود العدل الذي يجب تحقيقه هو أمر دائم لا يتغير إلى الأبد، و بالتالي فكرة العدل هي الإطار الثابت الدائم للقانون الطبيعي وهو إطار لا يتغير بتغير الزمان.

أما الذي يتغير و يختلف باختلاف الزمان و المكان هو محتوى هذا الإطار أي مضمون فكرة العدل و طريقة تحقيقها لأن لكل جماعة تصورها الخاص لفكرة العدل وفقا لظروفها الاجتماعية التي تختلف من مكان لآخر كما تختلف من زمان لآخر، فما يعتبر عدلا في مجتمع قد لا يعتبر كذلك في مجتمع آخر، بل إن ما يعتبر عدلا في مجتمع قد يصبح مع الزمن في نفس المجتمع ظلما مثل ظاهرة الرق.

فاختلاف و تغير مضمون فكرة العدل لا ينفي وجود الفكرة ذاتها و خلودها لدى الجماعات و الأمم في مختلف العصور.

مما سبق نخلص إلى أن القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير يتفق مع المذهب التقليدي للقانون الطبيعي في أمر واحد هو أن القانون الطبيعي يستخلصه الانسان بعقله ، و لكنهما فيما عدا ذلك يختلفان.

نقد مذهب القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير

تعرضت النظرية لكثير من النقد لأنها تقوم على أساس متناقض، فالمثل الأعلى للعدل ثابت بطبيعته لا يتغير ولا يتبدل في الزمان و المكان، فإذا قلنا أن هناك مثلا خاص بكل جماعة وفقا لتصورها الخاص لفكرة العدل فإن ذلك يؤدي إلى أن تكون فكرة العدل شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتي موضوعي يجعلها حقيقة واحدة على اختلاف المكان و الزمان، فيصبح الأمر الواحد عدلا في مكان أو عصر معين و ظلما في مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق و هو ما لا يمكن التسليم به، و الواقع أن العدل هو حقيقة في ذاته لها كيان موضوعي لا يختلف من مجتمع لآخر مهما تغير الزمان و المكان، فنظام الرق مثلا إن كانت قد أجازته بعض الجماعات وفقا لتصورها لفكرة العدل. فإن ذلك لا يعني أن الرق نظام عادل ، فالرق في حكم ميزان العدل ذاته هو نظام ظالم أينما وجد في أي زمان أو مكان .

ونتيجة لهذه الانتقادات نادى بعض الفقهاء في العصر الحديث (مطلع القرن19) إلى العودة إلى الفكرة التقليدية للقانون الطبيعي مع التضييق من نطاق هذا القانون.

فالقانون الطبيعي يشمل قواعد أبدية ثابتة لا تتغير في الزمان و المكان تسمو على القوانين الوضعية و لكنهم لم يذهبوا مذهب أنصار القانون الطبيعي في صورته التقليدية بأنه يضع الحلول اللازمة لجميع مشاكل الحياة الاجتماعية، بل أصبح يقتصر على عدة مبادئ عليا مبنية على العدالة غاية في التجريد و العمومية، فكرتها الرئيسية احترام الشخصية الإنسانية، كمبدأ عدم الإضرار بالغير.

و عليه فالقانون الطبيعي في صورته الحديثة لا يضع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية، بل يقتصر على التوجيه و الإلهام نظرا لما يتضمنه من أصول و مبادئ عامة و موجهات مثالية يستلهمها المشرع عند وضع القوانين الوضعية، كما يستلهمها القاضي عندما لا يجد في قواعد القانون الوضعي الحل الذي ينشده لإقامة العدل بين الناس.

ثانيا

المذاهب الواقعية

هي تلك المذاهب التي تبصر من جوهر القانون إلا الواقع الملموس من حقائق الحياة الاجتماعية (القانون حدث اجتماعي)، وهي المذهب التاريخي و مذهب الغاية الاجتماعية، ومذهب التضامن الاجتماعي.

1- المذهب التاريخي

هو المذهب الذي نادى به أوائل القرن (19) الفقيه الألماني " **سافيني** " لمعارضة المذهب الطبيعي و محاربة فكرة تجميع القوانين التي ظهرت في أوروبا في القرن(19).

و قد ظهرت بوادر هذا المذهب في فرنسا أين بدأ بعض الفقهاء و الفلاسفة في إظهار أثر البيئة و الظروف المحيطة بها في القوانين، ومن أهمهم الفيلسوف الفرنسي "**مونتيسكيو**" في كتاب (**روح القوانين esprit des lois**) أصدره سنة(1748) بقوله (**القانون يولد و يتطور في ضمير المجتمع فهو نتاج التاريخ**)

كما مهد الفقيه الفرنسي "**بورتاليس portalis** " للمذهب التاريخي عبر النص على مبدأ من مبادئه (وهو أن القانون يوجد و يتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الإنسانية بقوله (**تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهي الحقيقة لا تصنع**).

ما سبق هو جملة الأفكار التي تداولها الفقهاء في فرنسا، والتي استند إليها الفقيه الألماني "**سافيني**" لبناء مذهب محدد الأسس و المعالم هو المذهب التاريخي.

وقد عارض "**سافيني**" من خلال مذهبه حركة التقنين في ألمانيا على غرار تقنين القانون المدني في فرنسا على يد "**نابوليون**" هذه الحركة كانت تتفق مع مذهب القانون الطبيعي الذي كان سائدا في ذلك الوقت و ما يقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادي الملموس، وأظهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي يسجلها المشاهد و تؤيدها التجربة في مجتمع معين، وقد دلت التجربة على أن القانون ليس ثابتا، ولكن يتغير في الزمان و المكان و يتطور بتطور البيئة الاجتماعية مما يجعل تقنينه في مجموعات ثابتة أمرا يؤدي حتما إلى جموده و عدم تطوره.

و قد وضع "**سافيني**" الأسس و المبادئ التي أقام عليها المذهب التاريخي، وسارع على نهجه كثير من الفقهاء و المفكرين منهم (**هوجو hugo** ، **بوشتا puchta** ، **سالي**).

2- أسس المذهب التاريخي

قام على الأسس التالي:

أ) إنكار وجود القانون الطبيعي:

يرى "سافيني" أنه لا توجد قواعد أبدية ثابتة يكشف عنها العقل لأن القول بأن العقل هو الذي يكشف عن قواعد القانون الطبيعي يؤدي حتما إلى قواعد مختلفة تختلف باختلاف تفكير الأشخاص و تأثر كل منهم بالظروف التي تحيط به، و بآرائه و ميوله الشخصية و عواطفه و معتقداته الدينية و غيرها.

ب) اختلاف القانون الوضعي باختلاف المجتمع:

يرى أنصار المذهب التاريخي أن القانون وليد البيئة الاجتماعية وحدها ينشأ مع الجماعة و يتأثر بظروفها الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية و الفكرية، ولذلك فقانون كل دولة يختلف عن قانون غيرها، بل القانون يتغير في الدولة الواحدة من زمان لآخر تبعا لتغير الأحوال و الظروف السابقة.

ج) تكون القانون و تطوره آليا:

القانون من صنع الزمن ينشأ ذاتيا بطريقة آلية دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في تكوينه، كما أنه ينمو و يتطور بشكل تلقائي ليست من ورائه إرادة بشرية تدفعه و تؤثر فيه.

2- النتائج المترتبة على المذهب التاريخي

- تقنين القواعد القانونية يعد عملا ضارا لأنه ينظر إليها عادة على أنها عمل خالد يجب عدم المساس به، مما يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسايرته لتطور المجتمع، وبمرور الزمن تصبح بعيدة عن الواقع و غير ملائمة للمجتمع.
- المشرع لا يخلق القانون الذي يصدره لأن القانون يخلق نفسه و يتكون تلقائيا بطريقة آلية و يقتصر دور المشرع في مراقبة تطور القانون في ضمير الجماعة ثم يقوم بتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس.
- العرف هو المصدر المثالي للقانون لأنه ينشأ في ضمير الجماعة و يتطور معها و يعبر تعبيرا صادقا عن رغبات الجماعة و حاجاتها و مصالحها و ظروفها الاجتماعية.
- عند تفسير النصوص التشريعية يجب أن يتجه البحث إلى نية المشرع وقت تطبيق هذه النصوص التشريعية، بمعنى البحث عن ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع هذه النصوص ذاتها من جديد في الظروف التي يراد تطبيقها فيها (النية الاحتمالية).

3- نقد المذهب التاريخي

أ) مزايا المذهب التاريخي:

- كشف الارتباط بين القانون و البيئة التي ينشأ فيها و الجماعة التي يوجه لتنظيم الأمر فيها.
- كشف فشل مزاعم أنصار المذهب التقليدي للقانون الطبيعي حول كون القانون الطبيعي يتضمن مجموعة كاملة من القواعد العامة الأزلية الصالحة لكل زمان و مكان، وتملي على المشرع الوضعي ما يضعه من قوانين.
- كشف أن القانون ليس إرادة الحاكم بل هو نتيجة تفاعل الظروف و العوامل الاجتماعية المختلفة لذلك فالمشرع لا يستطيع أن يفرض على الجماعة ما يتنافى و رغباتها ولا يساير تطورها التاريخي.
- أعاد للعرف أهميته كمصدر من مصادر القانون بعد إنكار ذلك من المذاهب الأخرى.

ب) ما يعاب على المذهب التاريخي:

- المبالغة في ربط القانون بالبيئة و المجتمع أدت إلى إنكار دور العقل و الإرادة في إنشاء القانون و تطوره، لأن الإنسان هو الذي يبين الغاية التي يجب أن يعمل القانون على تحقيقها ثم يوجه القانون نحو تحقيق تلك الغاية، ومن ذلك أهمل دور المشرع في اختيار أنسب القوانين التي تناسب المجتمع و تحقق رغباته و تطوره، كما أهمل دور الأفراد و كفاحهم ضد القوانين الظالمة.
- اعتبار حركة التقنين عمل ضار يؤدي إلى جمود القوانين لا تقوم دائما على أساس صحيح إذا عرفنا أن التجارب دلت على أن المشرع لا يحجم على تعديل التقنين كلما دعت الضرورة لذلك.

- التسليم بأن القانون هو ابن البيئة و الظروف الخاصة لكل مجتمع ينطوي على مبالغة باعتبار أن بعض الشعوب اتحدت و اتفقت على تطبيق قانون موحد (ألمانيا ، سويسرا)، كما أن بعض الدول نقلت قوانينها كلية أو جزء منها عن قوانين دول أخرى، وقد كانت صالحة في هذه البيئات التي تختلف كلية عن بيئة المنشأ.
- المبالغة في إفراد العرف كمصدر مثالي للقانون، وإغفال أن تعقد سبيل الحياة في العصر الحديث جعلت من التشريع يحتل مكانة الصدارة بين مصادر القانون و تدحرج العرف إلى مصدر احتياطي.

ثانيا
مذهب الغاية الاجتماعية

ينسب إلى الفقيه الألماني "إهرنج ihering " نادى به خصيصا لمواجهة نتائج المذهب التاريخي وقد وضح أهريج فلسفة منهجه في عدة مؤلفات منها "الغاية من القانون " و كتاب "الكفاح من أجل القانون ".

1- فلسفة مذهب الغاية الاجتماعية

يقوم هذا المذهب على أساس أن القانون هو وسيلة تتخذها الإرادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع و تحقيق أمنه و تقدمه، وقد يتطلب ذلك بعض الكفاح من الإنسان.
القانون حسب أهريج هي تطور مستمر لكن ليس تلقائيا كما يدعي أنصار المذهب التاريخي، بل هو تطور يخضع إلى حد كبير لإرادة الإنسان التي تلعب دورا كبيرا و إيجابيا في نشأته و تطوره قد يصل إلى درجة الكفاح و استخدام القوة و العنف لتوجيه القانون نحو تحقيق الغاية المرجوة.
كما قد تلجأ فئة تسعى نحو تعديل نظم قانونية قائمة إلى القوة ضد المستفيدين من بقائها، فإذا تغلب أنصار التعديل ظهرت نظم قانونية جديدة و أدى ذلك إلى تطور القانون.
و عليه فالقانون في طبيعته وجوهره وفقا لمذهب "إهرنج" ليس إلا ثمرة الغاية و الكفاح، الغاية هي حفظ المجتمع و أمنه و تقدمه، و الكفاح من أجل تحقيق هذه الغاية، وعليه فإن هذا المذهب أيضا يسمى (مذهب الغاية و الكفاح) أو (مذهب الغاية).

2- نقد مذهب الغاية الاجتماعية

أ) **مزايا المذهب:**
يبين أهمية الدور الذي تلعبه إرادة الإنسان في نشأة القانون و تطوره، و يوضح خطأ المذهب التاريخي من حيث أنه يجعل نشأة القانون و تطوره يتم بطريقة آلية مما يجعل الإنسان يتهاون و يتوكل و يقف موقف المتفرج من تطور القانون الذي لا يتجه نحو غاية معلومة.

ب) **عيوب المذهب :**
- يجعل من غاية القانون حفظ المجتمع و ليس إقامة العدل في هذا المجتمع.
- يبنى القانون على الكفاح و الصراع و يربط تطوره بنتيجة هذا الصراع و الكفاح و الذي تكون نتيجته للقوة ولو لم تكن على حق.
- الغلو في جعل تطور القواعد القانونية متوقف على إرادة الإنسان و الحقيقة أن إرادة الإنسان ليست وحدها الأساس الذي تقوم عليه نشأة القانون و تطوره، حيث توجد قواعد قانونية تتكون بطريقة لا تظهر فيها إرادة الإنسان بشكل ملموس كالقواعد القانونية التي مصدرها العرف.

ثالثا

مذهب التضامن الاجتماعي

من المذاهب الواقعية، نادى به الفقيه الفرنسي "ديجي " في أواخر القرن (19) من خلال كتابه "المطول في القانون الدستوري".

1- فلسفة مذهب التضامن الاجتماعي

تأثر "ديجي" بالفلسفة العلمية الواقعية التي تتبع في دراسة العلوم الاجتماعية وبالمنهج العلمي الواقعي الذي يقوم على المشاهدة و التجربة المتبع في دراسة العلوم الطبيعية.

بداية بملاحظة الظواهر الاجتماعية الملموسة ليستخلص منها بعض الحقائق العلمية الملموسة ، والتي أقام عليها مذهبه ، فالقانون علم من علوم الاجتماع التي يجب أن يقتصر البحث فيها على المشاهدة و التجربة و الاستنتاج للوصول إلى الحقائق العلمية الواقعية.

و قد بين "ديجي" الحقائق الواقعية التي اتخذها أساسا لمذهبه و التي يمكن استخلاصها و التحقق من صحتها بالمشاهدة و التجربة وهي :

- الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، وهي حقيقة واقعية ملموسة.
- وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع على أساس أن الإنسان لا يستطيع أن يفي كل حاجاته بنفسه بمعزل عن باقي أفراد المجتمع، وكل ذلك حقيقة واقعية ملموسة.

و التضامن بين أفراد المجتمع يكون تضامنا **بالاشتراك أو التشابه، وقد يكون تضامنا بتقسيم العمل**

فالأول (**التضامن بالاشتراك أو التشابه**) مرده إلى اشتراك الناس في الشعور بحاجات أو رغبات متشابهة يتطلب تحقيقها تضامن الأفراد فيما بينهم عن طريق ضم الجهود.

و الثاني (**التضامن بتقسيم العمل**) مرده إلى اختلاف الأفراد في ميولهم و استعداداتهم و مقدرتهم و كفايتهم الإنتاجية و هو ما يجعل كلا منهم يوجه جهوده ونشاطه نحو عمل معين أو خدمة معينة، ثم يتبادل مع غيره ثمرة مجهوده و نتاج عمله وخدماته، ويزداد هذا النوع من التضامن بتعقد سبيل الحياة وتقدمها حيث يميل الناس إلى التخصص في عمل معين.

و تحقيق التضامن بنوعيه يستلزم وجود قواعد تنظم سلوك الأفراد في المجتمع على أساس هذا التضامن أو الارتباط بين الأفراد.

و يرى "ديجي" أن هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة قد نشأ منها ما يسمى **بالأصل أو الحد الاجتماعي** ، والذي يعني الحد الفاصل بين الأعمال التي يجب القيام بها و الأعمال التي يجب الامتناع عنها تحقيقا للتضامن الاجتماعي، و يتفرع عن هذا الحد أو الأصل الاجتماعي كل القواعد الاجتماعية التي تحكم سلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع، وهذه القواعد الاجتماعية قد تكون مجرد قواعد اقتصادية ، وقد تكون مجرد قواعد أخلاق غير أنها قد ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية ويتخذ الجزاء على مخالفتها صورة الإجبار أي الجزاء المنظم الذي تستخدمه الدولة لكفالة احترام القواعد القانونية.

ديجي يتحفظ حول ارتفاع القواعد الاقتصادية و الأخلاقية لمرتبة القواعد القانونية لمجرد وجود جزاء عند مخالفتها لأن ذلك يؤدي إلى أن تكون الدولة هي التي تتولى توقيع هذا الجزاء و القانون من خلق الدولة مما يجعل القوة هي أساس القانون، حيث يرى أن القانون ليس من خلق الدولة بل من خلق المجتمع استجابة لمقتضى التضامن الاجتماعي بين الأفراد في هذا المجتمع.

ويرى **ديجي** أن القواعد الاقتصادية و الأخلاقية لا ترتفع إلى مرتبة القواعد القانونية إلا إذا شعر الأفراد في المجتمع بأن هذه القواعد ضرورية لحفظ التضامن الاجتماعي و أن كفالة احترامها

يستلزم استخدام قوة الإجبار الاجتماعي، وبذلك يكون أساس القاعدة القانونية عند ديجي هو شعور الأفراد بالتضامن الذي يجب المحافظة عليه عن طريق استخدام القوة المنظمة في الجماعة.

لم يكتف ديجي بالتضامن الاجتماعي كأساس للقاعدة القانونية بل أضاف إليه أساس آخر يعززه هو الشعور بالعدل ، ولكن الشعور بالعدل لا يقصد به عند ديجي المثل الأعلى للعدل أو فكرة العدل ذاتها لأن ذلك لا يعتبر من قبيل الحقائق الواقعية الملموسة و بالتالي لا يتفق مع مذهبه، بل يقصد به الشعور بالعدل القائم فعلا لدى الأفراد في المجتمع بما هو عدل و بما هو ليس بعدل، باعتبار أن الإنسان يشعر بالتضامن مع غيره لأنه كائن اجتماعي، ويشعر بالعدل لأنه كائن فردي و بذلك يكون أساس الإلزام في القاعدة القانونية عند ديجي أساسا مزدوجا هو الشعور بالتضامن (من صفة الإنسان الاجتماعية) و الشعور بالعدل (للإنسان كيان فردي يميزه عن باقي أفراد المجتمع) وكل ذلك أساس واقعي مستمد من المشاهدة و التجربة.

2- ما يميز القاعدة القانونية عند ديجي عن باقي المذاهب

عند ديجي القاعدة القانونية لا تقوم على إجبار الدولة لكفالة احترامها كما تدعي المذاهب الشكلية التي ترجع القانون إلى مشيئة الدولة، ولا هي القاعدة التي توضع وفقا لمثل أعلى كما يدعي مذهب القانون الطبيعي، ولكنها القاعدة التي يشعر أفراد المجتمع أنها ضرورية و لازمة لصيانة التضامن الاجتماعي و أن من العدل تسخير قوة الإجبار في الجماعة لكفالة احترامها.

3- نقد مذهب التضامن الاجتماعي

ميزة هذا المذهب أنه أظهر أهمية الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها في تكوين القانون فهي حقائق لا يجوز إغفالها عند البحث في أساس القانون.

إلا أن هذا المذهب استقبل الكثير من الانتقادات أهمها:

أ) لا يجوز إخضاع القانون للمنهج العلمي الواقعي التجريبي كالعلوم الطبيعية كون هذه الأخيرة تختلف عن العلوم الاجتماعية في:

1) الظواهر الطبيعية تخضع لقانون السببية في حين أن الظواهر الاجتماعية (القانون) تتجه نحو تحقيق غاية معينة ولابد من تدخل الإرادة لتحقيق هذه الغاية، أي أنها ترتبط بفكرة الغاية.

2) العلوم الطبيعية تتجه دراستها نحو الكشف عن ما هو كائن بينما لا تكتفي العلوم الاجتماعية و منها علم القانون بما هو كائن بل تهدف إلى معرفة ما يجب أن يكون، فيتجاوز بذلك دائرة المشاهدة و التجربة إلى دائرة العقل و التفكير، ومن ثم فإن إخضاع القانون للمنهج العلمي الواقعي التجريبي الذي تخضع له العلوم الطبيعية يعد إغفالا لطبيعة القانون و إنكارا لوظيفته.

ب) لم يلتزم ديجي بالأساس الواقعي التجريبي الذي أقام عليه مذهبه بل خرج عليه من ناحيتين:

1) أحد شقي الأساس المزدوج للقاعدة القانونية عند ديجي هو الشعور بالتضامن بين أفراد المجتمع باعتبار أنها حقيقة واقعية وحيدة في حين وجود حقيقة واقعية أخرى تثبت بالمشاهدة و التجربة في المجتمع هي حقيقة التنافس و التنازع بين أفراد المجتمع نتيجة تعارض مصالحهم و لكن ديجي أختار حقيقة واحدة هي حقيقة التضامن ، ولا يكون له ذلك إلا بقياس كلا الحقيقتين (التضامن و التنازع) على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل بحيث يؤدي ذلك إلى اختيار حقيقة التضامن و ترك حقيقة التنازع و بالتالي اعتمد ديجي في اختياره هذا على أساس المثالية التي تتعارض مع منهجه العلمي الواقعي.

كذلك حقيقة التضامن لا تقتصر على الخير فقط يكون هناك تضامن في الشر و هي حقيقة أيضا واقعية في المجتمع تثبت بالمشاهدة و التجربة ، وتفضيل ديجي للتضامن في

الخير على حساب الشر خروج عن المنهج الواقعي التجريبي الذي اتخذه أساسا لمنهجه، لأن هذا المنهج يفترض الأخذ بكل الفرضيات على قدم المساواة.

إن اختيار ديجي لا يكون إلا بتقويم التضامن بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يستخلصه العقل أي يعطي للتضامن قيمة مثالية و هو ما يتعارض مع المنهج العلمي الواقعي.

2) جعل **ديجي** أحد شقي الأساس المزدوج للقاعدة القانونية هو الشعور بالعدل و لكنه لم يأخذ بفكرة العدل كفكرة مثالية بل اكتفى بالعدل كشعور قائم فعلا لدى الأفراد في المجتمع (شعور شخصي) مما يؤدي إلى تحكيم الأهواء الشخصية و العقائد و النزعات الفردية، والقانون يجب أن يستند إلى الحقائق الموضوعية دون النزعات و الأهواء الشخصية حتى لا يؤدي إلى الفوضى وعدم التحكم.

ثالثا: المذاهب المختلطة

ظهرت هذه المذاهب للحد من تطرف المذاهب الشكلية و الموضوعية، تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتين الجوهر و الشكل معا، وفي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية و الفلسفة الواقعية فجوهر القاعدة القانونية من حقائق الحياة في الجماعة وفي المثل العليا التي تهيمن عليها، كما ترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الجوهر و تصوغه في شكله الخارجي.

و من أبرز الفقهاء الذين قالوا بالمذاهب المختلطة الفقيه الفرنسي "**جيني** " بحيث أصبحت المذاهب المختلطة تتمثل في مذهب **جيني** وقد تأثر الفقه الحديث بهذا المذهب حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين عنصر مثالي و عنصر واقعي.

أولا

مذهب جيني

لم يبتكر **جيني** مذهبا جديدا ، وإنما اقتصر عمله على تحليل المذاهب الأخرى الموضوعية و الشكلية وحاول التوفيق بينها.

فقد تأثر بالمذاهب الموضوعية (المثالية و الواقعية) حيث ذهب إلى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من الحقائق الاجتماعية التي تكشف عنها المشاهدة و التجربة مع الاسترشاد بمثل أعلى يكشف عنه العقل.

كما تأثر بالمذاهب الشكلية حيث قرر أن شكل القاعدة القانونية هو الصورة التي تعطى لجوهر القاعدة القانونية لكي تصبح صالحة للتطبيق في الحياة العملية في صورة قواعد عامة ومجردة.

وقد سمي جيني الجوهر بالعلم و الشكل بالصياغة، و عليه فحسب جيني فالقاعدة القانونية تتكون من عنصرين (عنصر العلم و عنصر الصياغة).

1- عنصر العلم

العلم عند جيني ليس فقط المعرفة القائمة على المشاهدة والتجربة فقط بل أيضا كل معرفة تقوم على التأمل و التفكير العقلي، ومن ثم جمع بين الفلسفة الواقعية و المثالية.

- أخذ عن مذهب القانون الطبيعي اعترافه بدور العقل في الكشف عن المبادئ الأساسية في تكوين القانون.
- أخذ عن مذهب، الغاية الاجتماعية تقريره بمثل أعلى كغاية يجب أن يرمي القانون نحو تحقيقها.
- أخذ عن المذهب التاريخي تسليمه بتطور القانون.
- أخذ عن مذهب التضامن الاجتماعي اعتداده بأهمية وقائع وحقائق الحياة و أثرها في تكوين و تطور القانون.

و على ضوء كل ذلك قرر جيني *أن عنصر العلم في القاعدة القانونية يتشكل من أربعة أنواع من* الحقائق:

أ) الحقائق الواقعية أو الطبيعية

هي التي تتكون من ظروف الواقع التي تحيط بالناس في المجتمع سواء كانت مادية تتعلق بالطبيعة كالظروف الجغرافية مثل المناخ و تكوين ، أو ظروف تتعلق بالإنسان كتكوينه العضوي أو ظروف أدبية معنوية كالحالة النفسية الأخلاقية أو الدينية للإنسان أو ظروفا اقتصادية، سياسية اجتماعية.

كل هذه الحقائق علمية بالمعنى الصحيح لكن لا تنشئ بذاتها القواعد القانونية مباشرة بل ترسم الإطار العام اللازم لنشأة هذه القواعد القانونية، فهي بيئة نشأة القواعد القانونية.

ب) الحقائق التاريخية

هي تلك القواعد و النظم التي تكونت عبر الزمن لتنظيم حياة الأفراد و سلوكا تهم في المجتمع فهي حقائق علمية يمكن استقراؤها من التاريخ عبر العصور المختلفة.

ج) الحقائق العقلية

هي الحقائق التي يستخلصها العقل من *الحقائق الواقعية أو الطبيعية و الحقائق التاريخية ثم يقوم* بتحويرها بحيث تصبح متفقة مع *الغاية التي يهدف القانون تحقيقها*.

د) الحقائق المثالية

هي التي تعبر عن الرغبة في تقدم القانون و سموه و كماله، فهي تتضمن بعض النزعات المثالية الكمالية للنظام القانوني.

يرى جيني أن جوهر القاعدة القانونية يتكون من الحقائق الأربعة السابقة إلا أنه يفضل الحقائق العقلية و يغلبها على باقي الحقائق، لأن المتمعن فيها يدرك أن العقل في كل منها هو صاحب الدور الرئيسي في تكوين القاعدة القانونية و تطويرها، فهي تقوم حسب جيني أساسا على عمل العقل.

وعلى ذلك فهو لا ينفي نهائيا فكرة القانون الطبيعي ودورها في تكوين جوهر القاعدة القانونية بل يرتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية يتمثل في قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد يستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.

2) عنصر الصياغة

يتمثل في فن التشريع أي تحويل المادة الأولية (الحقائق العامة و التوجيهات) التي يتكون منها القانون إلى قواعد عامة مجردة صالحة للتطبيق في الحياة العلمية.

و قد ميز جيني بين نوعين من الصياغة

أ) صياغة مادية

أي أن يضع المشرع المعنى الذي يريده في شكل حسابي لا يدع مجالا للشك أو الخلاف مثل: أراد المشرع منع الغبن الفاحش فلم ينص على مجرد تجريم الغبن الفاحش دون أن يحدد رقما حسابيا معينا يعتبر تجاوزه غبنا فاحشا، ولكنه حدد هذا الغبن برقم حسابي و نص على تحريم الغبن الفاحش الذي يزيد عن 5/1 خمس الثمن.

ب) صياغة معنوية

وهي القرائن التي يضعها المشرع أخذا بالغالب أو الشائع من الأمور، رغبة منه في استقرار المعاملات بين الناس. مثل: جرت العادة أن من يحوز منقولا يكون هو مالكه ومن ثم اعتبر حيازة المنقول قرينة على ملكيته، لأن ذلك يتفق مع حقيقة الواقع في أغلب الحالات.

نقد مذهب جيني

ميزة المذهب أنه أهتم بالجانب الشكلي و الموضوعي للقاعدة القانونية مما جعل منه الأكثر إقناعا.و رغم ذلك تعرض للعديد من الانتقادات أهمها:

- العناصر التي يتكون منها عنصر العلم لا تعد حقائق علمية بالمعنى الصحيح حيث لا يمكن اعتبار الحقائق العقلية و المثالية من قبيل الحقائق العلمية لأنها لا تتولد عن واقع ملموس يثبت بالمشاهدة و التجربة.
- صعوبة التفرقة بين الحقائق الطبيعية و التاريخية أو بين الحقائق العقلية و المثالية.

ثانيا
جوهر القاعدة القانونية في الفقه الحديث

اتجه الفقه الحديث إلى جمع الحقائق الأربع التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية تحت طائفتين من الحقائق:

- حقائق علمية تجريبية تخضع للمشاهدة و التجربة (عنصر واقعي)
- حقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل (عنصر مثالي) فالقاعدة القانونية تتكون من واقع يجب تقويمه بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل.

1) العنصر الواقعي

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح أي التي يمكن إخضاعها للمشاهدة و التجربة و لذلك تسمى الوقائع العلمية التجريبية، و أهم هذه الحقائق:

أ) الحقائق الطبيعية :

سواء تعلقت هذه الحقائق بطبيعة الإنسان أو بطبيعة البيئة التي يعيش فيها.

ب) الحقائق الاقتصادية :

لا شك أن ظهور العديد من فروع النشاط الاقتصادي المتعلق بمختلف نواحي نشاط الإنسان الصناعي ، التجاري و الزراعي يتطلب قواعد قانونية لتنظيم كل فرع من هذه الأنشطة ، هذا بالإضافة إلى تنظيم العلاقات بين الطبقة الرأسمالية و طبقة العمال، و يؤدي ازدهار النشاط الاقتصادي إلى التأثير على نطاق و مجال القواعد القانونية و يبدو ذلك في مجال التأمين و الضمان الاجتماعي و عمليات البنوك والعقود التجارية.

فالاقتصاد يؤثر على القانون و القانون بدوره يؤثر على الاقتصاد.

ج) الحقائق السياسية و الاجتماعية :