

# العقلانية القانونية من وجهة نظر تاريخية ومنهجية



رشيد بنعلي  
باحث مغربي

مؤمنون بلا حدود  
Mominoun Without Borders  
للدراسات والأبحاث [www.mominoun.com](http://www.mominoun.com)

العقلانية القانونية من وجهة نظر تاريخية ومنهجية:  
دراسة تتناول محطات من تاريخ المؤسسات القانونية والأسس النظرية التي تقوم عليها<sup>1</sup>

---

[1] تعد هذه الدراسة جزءاً من دراسة شاملة تسعى إلى استثمار العدة القانونية المنطقية المعاصرة في دراسة أصول الفقه وتحديدًا نظرية المقاصد عند الشاطبي، لذا قد تكون هناك إحالات في بعض الأحيان على قضايا من هذا القبيل بوصفها مؤشراً وابطاً لما يستقبل.

## المستخلص:

يتطرق هذا البحث للنظر في مفهوم العقلانية القانونية ضمن بعدين تاريخي ومنهجي عبر رصد مسار تطور المفهومين؛ وبالتالي تطور الفاعلية التشريعية. مصادرة هذا المقال تكمن في كونه يعتبر أن الفاعلية العقلية مختصة في مجال معين، هي نفسها وتشتغل بنفس الآليات، رغم اختلاف السياقات والخصوصيات الثقافية والاجتماعية، على اعتبار أن الصيرورة الإنسانية تحكمها نفس الخلفية النظرية التي نسميها «عقلانية». هكذا، فتداخل المعطيات الخارجة عن العقل في بناء أية معرفة تؤدي إلى اختلافات في تقدير الفهم لهذه المعطيات ولهذه الآليات. من قبيل: التفسير، التأويل، التاريخ، والإيديولوجيا.

في سياق هذا الرصد، ارتأينا التوقف عند نقطتين أساسيتين في مسار تطور البحث القانوني، وهما المتعلقتان بالتطور التاريخي لمؤسسات ومفاهيم وآليات اشتغال الفاعلية القانونية، وأثر المذهب (الإيديولوجيا) في ترسيم معاني القواعد والروابط القانونية، مفهوم الأمان القانوني، ومفهوم كمالية النسق مقابل الفراغ القانوني. مع استحضار ما صاحب هذه الصيرورة التاريخية / المنهجية من نقاش ذي حمولات مؤسسية، اجتماعية وغيرها.

كل ما سبق توطئه نظره تاريخية تهدف الفصل منهجيا بين الحدود المتداخلة، سواء من حيث شكل الدراسة، أو الآليات المعتمدة، أو النتائج المستخلصة؛ وذلك بغية بناء فهم قابل للاستثمار في سياقات أخرى، ومن جهة ثانية بغية رصد كميّات التفكير في تجاوز أزمة التشريع الراهنة والتي تشكل الوعي بها نظريا ومنهجيا منذ قانون نابليون وما صاحبه من سجلات.

## على سبيل التقديم:

يقتضي الحديث عن العملية التشريعية في سياقها العام تناول مجموعة من المحددات المرتبطة بهذه الفعالية من حيث هي فعل؛ أي بما هي فعل تأويلي قيمي يهدف تحقيق فهم عام ومشارك حول قضايا مجتمعية بوصفها وقائع ونوازل.

من هنا، كان لزاما استحضار مجموعة من الرؤى والتوجهات التي قاربت المسألة، سواء من زاوية هيرمينوطيقية في علاقة بالنص الديني، أو من حيث كونه نصا مرشدا له بعد مقدس متعالي، أو من زاوية تاريخية بما يشكله من امتداد في الزمن يكسبه جزءا مهما من قيمته، أو من زاوية وضعية عقلانية بما هو تعبير عن الفاعلية العاقلة والموجهة للإنسان. وفي جميع الحالات والوضعية، لا يمكن إغفال مسألة كيفية حضور العقل، أو لا يمكن بحال من الأحوال القول إن فعل التشريع ينبني على تغييب العقل بما هو شارع مستقل وتعطيله كما هو الحال في «نظريات أصولية» ترفض الإقرار بأن العقل شارع مستقل ولها في ذلك مسوغات، وهو النقاش الذي يحتمل تأويلا كلاميا (تيولوجيا) حسب السياقات التاريخية وقوة هيمنة الحضور المذهبي، وهي الأسباب التي تدعونا لمقاربة هذا الموضوع من زاويتين: تاريخية ومذهبية في ورقة واحدة، علنا نخرج بخلاصة تركيبية تفيد في بناء تصور عن حدود الأزمة التي تطل العقلانية القانونية حسب السياقات، والتي قد يصح نعتها بالخصوصية.

نستحضر هنا في هذا التأطير نموذجا من النقاش الذي دار بين الفقهاء الفرنسيين<sup>1</sup> ونظرائهم الألمان حول النظرية القانونية بوصفها نموذجا موجهها، والغرض من استحضاره ليس الدعوة إلى تكراره أو تقليده، وإنما مقاربة كيفية اشتغال العقل ضمن سياقات معينة في مجال التشريع، وكيف يمكن لهذه الفاعلية العقلية أن ترسم خطأها بين مختلف المؤثرات السياسية والتاريخية والاجتماعية والإيديولوجية. وبما أن الفاعلية العقلية الإنسانية فاعلية مشتركة، فلا نرى ضيرا في استدعاء هذا النموذج التاريخي الأبرز حضورا وتأثيرا في زمننا الحاضر.

إن المقارنة بين المدرستين الفرنسية ونظيرتها الألمانية لها دواع كثيرة تفرضها طبيعة العلاقة بين المدرستين؛ ذلك أنه غير خاف كون النظرية القانونية في ألمانيا قد تأثرت كثيرا بالتطور الذي عرفته نظيرتها في فرنسا زمن نابليون وما بعده خصوصا بعد اكتمال مشروع «قانون نابليون»، وهو ما يقتضي

Particulièrement les deux ouvrages suivants: JULIEN BONNECASE, L'École de l'Exégèse, sa doctrine, ses 1 droit privé en France au début du XIXe siècle, méthodes, 2de édition, Paris (De Broccard) 1924, et: La science du « la -Thémis », 2 édition, Paris ( DeBroccard) 1924

حسب أوليفيه مورت OLIVIER MOTRE، اكتشاف العلم الألماني سيقسم الفقهاء الفرنسيين إلى فريقين؛ فريق يرى في العلم القانوني الألماني نموذجا لا يحتاج كثير جهد من أجل محاكاته، بينما يعتبره الآخرون وهم الأكثرية، نوعا من التشويه الذي يجب أن يكون محط نقد عاجل من أجل تحقيق العدالة. كذلك كان على مؤلفي la Thémis الإجابة عن «الاتهام المرعب للنزعة الألمانية، التي عارضت كل ما يتوجه نحو ألمانيا. في الواقع رغم الجهود العظيمة لـ جوردان Jourdan ورفاقه، فقد ظلت «النزعة الألمانية» هامشية في فقه القانون في هذه المدرسة، وبالتالي مجهولة إلى حد ما من طرف الممارسين. هكذا فقد كان تأثير التجربة الألمانية عند الفقهاء الفرنسيين ضعيفا جدا.

التعريف بأحد أبرز هؤلاء المنظرين سافينيي Savigny، رائد المدرسة التاريخية في دراسة القانون، كما يقتضي استحضار أحد أهم الشخصيات التي تأثرت به، ودخلت معه في نقاش مفتوح وهو تروبلون Troplong، وهي العلاقة التي جعلت الدارسين يطرحون سؤالاً إشكالياً معبراً عنه في الصيغة الآتية:

- هل يمكن اعتبار مدرسة «التفسير» ذات نزعة تاريخية؟

في هذا السياق، السياق التاريخي، سنعتمد مجموعة من الدراسات التي تناولت هذه الحقبة، أبرزها الدراسة التي قدمها بيرلمان في مؤلفه «المنطق القانوني Logique Juridique»، وهي قراءة لها من الخصوصية ما يجعلها متميزة كونها تندرج ضمن مبحث عام يهتم بالدراسات الحجاجية المعاصرة مستلهمة الموروث الأرسطي القديم ممثلاً في الخطابة والجدل، من ثمة تنعت بـ«الخطابة الجديدة»، وقد كان لموضوع العقلانية القانونية نصيب من هذا الاهتمام لأنه من القضايا الحجاجية التقليدية المتناولة بالدرس والنظر منذ الحقبة الإغريقية مرورا بالرومان وحتى اللحظة المعاصرة.

مضمن هذه الدراسة أنه يمكن التمييز بين محطات ثلاث كبرى فيما يخص تطور دراسة القانون في أوروبا الحديثة، معتبراً أن نقطة الانطلاق الأساس والمحورية تتمثل في اللحظة التي صار فيها رجال القانون ملزمين بتعليل قرارات العدالة بناء على نص قانون فرض منذ سنة 1790م. بالتالي، وفي مجال الدراسة القانونية أضحت تعليقات المحاكم تمثل أفضل النماذج في بيان كيفية تمظهر المنطق القانوني وكيفية اشتغاله؛ لأن استدلالاته صارت علنية ومقدماته صريحة، وانتفت بالتالي الصبغة الذاتية عن الاستدلالات القانونية ممثلة في الأحكام القضائية.

هكذا، أضحت الأحكام القضائية والاستدلالات القانونية متحررة من حيث التصريح من مختلف التوجهات المتحكمة فيه، والتي أجملها بيرلمان في:

- الإيديولوجيا الموجهة لنشاط القضاة، وهي إيديولوجيا تتجاوز إرادتهم الفردية كما تتجاوز منظورهم عن قيمة العدالة،

- الموجه المرتبط بالطريقة التي يتصورون بها دورهم ومهمتهم، في علاقة بنص القانون من جهة، والغاية التي يهدفها المشرع من جهة ثانية،

- إضافة إلى موجه ثالث مرتبط بتصوراتهم عن القانون وعن العلاقات التي تربط مختلف المكونات الاجتماعية والسياسية بالسلطة التشريعية.

بذلك، وبشكل غير خطي، تمظهرت هذه المحطات من خلال ثلاث مدارس كبرى ميزت الممارسة القانونية في الحقبة الحديثة:

- مدرسة التفسير -الفرنسية- التي تبتدئ مع قانون نابليون وتنتهي في حدود 1880م،

- المدرسة الوظيفية - الاجتماعية التي استمرت إلى حدود 1945م، وهي المدرسة التي سعت إلى تحرير الدراسة القانونية من أثقال إيديولوجيا الثورة،

- ثم المدرسة الثالثة التي نتجت تحت تأثير الأنظمة الوطنية الاشتراكية عقب محاكمة نورمبرغ، وهي المدرسة التي تميزت باستثمار المعطيات الجدلية فيما يخص الاستدلال القضائي / القانوني.

بمعنى إن تصنيف بيرلمان يغطي مرحلة زمنية ممتدة من بداية القرن الثامن عشر إلى حدود النصف الأول من القرن العشرين.

غير أن بيرلمان يؤكد كون هذا التصنيف الثلاثي لا يوافق ولا يحيل على أي منظور تخطيطي مبسط للواقع التاريخي أو لواقع الممارسة القانونية؛ ذلك لأن تقنيات الاستدلال القانونية - المنطقية، إضافة إلى العناصر الإيديولوجية لحقبة ما ليست خاصة بها فقط وحصرا عليها، بل إنها توجد متداخلة مع باقي الحقب والمدارس الأخرى. لكن مع ذلك فإن هذا التقسيم يفيد أساسا من الناحية البيداغوجية، وذلك لكونه يسمح بصياغة فهرسية لمسار التطور المنهجي الذي تحيل عليه في واقعها التاريخي<sup>2</sup>. واعتمادا على هذا التصنيف نرتئي تقسيم هذا البحث إلى جزئين نتناول في الشق الأول السجال التاريخي بين مدرستي التفسير والتأويل، وفي الشق الثاني حضور البعد المذهبي في التعليل القانوني، على اعتبار أن الرابط بين النظرتين هو عنصر «المنهج» الثاوي خلف النظرية القانونية. وإضافة إلى هذه المدارس التي أشار إليها بيرلمان في مؤلفه المذكور سوف نتوقف عند المدرسة التاريخية في القانون الروماني من خلال أحد مؤسسيها، وهو المسمى سافينيي Savigny، بوصفها مدخلا يفيد في تبين طبيعة النقاش الذي دار حول الموضوع وذلك لاعتبار أن تعدد الرؤى حول الفاعلية التشريعية في كل أبعادها يهيمن عليها بعدين: تاريخي ومذهبي.

2 C. Perelman, La logique Juridique nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999, p 19-20.



## أولاً: مفهوم العقلانية القانونية وتنظيمها

### 1- التطور التاريخي والمنهجي للعقلانية القانونية

#### أ- المدرسة التاريخية في القانون

ارتبط ذكر المدرسة التاريخية في القانون في ألمانيا وبالتحديد في دراسة القانون الروماني باسم سافينيي Savigny. ففي سنة 1814م سوف ينشر كتابه الشهير «الدعوة المعاصرة إلى التشريعات والأصول»<sup>3</sup>، حيث سوف يعرض نظريته في القانون، وهي النظرية التي تضع نفسها في مقابل أطروحات الفقهاء الفرنسيين في القرن 18، هؤلاء الذين يعتبرون أن القانون منتج خالص للعقل البشري، ولا يمكنه بالتالي أن يكون إرادة اعتباطية، غير أن سافينيي يدعم الفكرة القائلة إن القانون ليس شيئاً صناعياً، بل يعتبر أنه روح الشعب وأنهما يتطوران معا في نفس الوقت، وهو بذلك يساير فكر الفلسفة المثالية الذي ساد هذه الفترة في ألمانيا. هكذا سوف يعارض سافينيي الفقهاء الداعين إلى «تقنين» موحد للحقوق في الولايات الألمانية من خلال وضع قوانين موحدة، حيث ستؤثر بشدة هذه «النزعة الوطنية القانونية» وبعمق على الفقهاء الألمان، غير أن نزعه التاريخية ستبرز بشكل جلي من خلال اهتمامه في أعماله بالقانون الروماني الذي سيخصص له الحيز الأكبر من أبحاثه.

لقد كان لحضور سافينيي تأثير مهم في الدراسات القانونية الفرنسية، يظهر ذلك من خلال كيفية استقباله من طرف الفقهاء الفرنسيين والإضافات التي أفرزها هذا الحضور، حيث يعتمد الدارسون<sup>4</sup> فرضية مؤداها أن تأثير أستاذ برلين تجاوز حدود ألمانيا ليصل فرنسا، والتي تصنف عادة تحت اسم «مدرسة التفسير».

يذهب أصحاب الدراسة إلى أن سافينيي استخدم طريقة خاصة في تناول الموضوع، بعيدا عن الحلول التي قدمها فقهاء عصره في مواجهة القضايا القانونية التي عايشها سافينيي نفسه. لذلك لم يسع إلى تحديد الملامح العامة لمدرسة التفسير مقارنة بتلك التي تميز المدرسة التاريخية، على اعتبار أن مثل هذه المقاربة لن تنتج سوى العموميات. بالتالي ارتأى التركيز على الخاصية المميزة لكاتب واحد بغرض استخراج عناصر التناسق ولامح الفرادة التي تميزه بوصفه نموذجا يمكن القياس عليه؛ وذلك اعتمادا على تعليقاته ذات الطبيعة الفلسفية.

3 Friedrich Carl von Savigny, *La Vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence*, traduit par Alfred Dufour, Paris, PUF, 2006

4 Herausgegeben von ; Jean-François Kervégan ; und Heinz Mohnhaupt, «Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne», Drittesdeutsch-französisches Symposium, vom 16. bis 18. September 1999, in La Bussière / Dijon, 112\ Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2001

لذلك اعتمد سافيني استراتيجية في البحث قائمة على مقارنة شخصية قانونية واحدة هو جوليان بونكاس Julien Boncase وأعماله المثيرة للجدل. وقد خلص من خلال دراسته إلى نتيجة كون المدرستين تتواجهان طيلة القرن 19م، وأن مكان الفروق بينهما متحصلة في كون إحدهما قد صارت مجددة وعلمية، في الوقت الذي ظلت فيه الثانية محافظة قيمة ويقصد بذلك مدرسة التفسير. بالتالي، وحسب هذا المنظور صارت أعمال مثل لا تيميس وجوردان la Thémis et Jourdan تمثل المنحى التجديدي في الدراسات القضائية سنة 1880، وهي متمحورة أساسا حول أعمال جيني Geny التي مثلت التيار الأول، بينما استنسخ الباقيون التيار الثاني. أما في النصف الأول من القرن 19م سيصبح مجموع المجددين هم الفقهاء المتعلقون حول نص la Thémis.

سيكون من المثير إذن، الاستنتاج أن مجددي كل من المدرسة العلمية و«المدرسة الألمانية الفتية» يشكلان نفس الشيء. كما لا يجب أن ننسى أن من بين عناصر الاستنتاج أيضا كون التجديد في الدراسات القانونية في هذه الفترة ما كان ليتحقق إلا ضدا على المذهب الإكليروسي؛ بمعنى حضور البعد الإيديولوجي المذهبي من جهة، والبعد المعرفي المتمثل في قيمة الحقيقة من جهة ثانية؛ لأن السياق التاريخي يدعونا إلى استحضار أننا هنا في أفق إصلاحي ديني عم كل مناحي الحياة الفكرية والعملية في ألمانيا.

وإذا أمكننا القول، من وجهة نظر خارجية، إن التطور الذي عرفته الدراسات القضائية لبلاد ما بعد نهر الرين (أي خارج ألمانيا)، راجع إلى فصل تاريخ الأفكار القانونية الذي عرف بداية عهده مع أول تعليق على القانون المدني لنابليون Le Code Civil، غير أن هذا الانفتاح قد سار نحو الانغلاق وعرف نهاية سريعة لمساره بسبب معطى غياب البعدية<sup>5</sup>.

ليس هناك من شك في أن la Thémis<sup>6</sup> قد لعبت دورا حاسما في نشر العلوم القانونية الألمانية في فرنسا، وتحديد أفكار المدرسة التاريخية. لكن وعلى العكس من ذلك، فإن المعارضة الصارمة والمعيارية التي أثارها بونكاس هي الأكثر نقاشا اليوم، سواء حول نمط التحليل التاريخي أو من حيث كيفية المرافعة<sup>7</sup>. فقد ميز بونكاس مدرسة التفسير من خلال التأكيد على مجموعة من الخصائص التي يمكن إجمالها في خمسة ملامح عامة، منها:

1. المطابقة بين الحق والقانون،

2. المطابقة بين روح القانون وقصد الشارع (المشرع)،

5 نفس المرجع السابق، ص 178

6 في الدلالة قاموسية في اللغة الإغريقية يفيد لفظ «la Thémis» معنى «القانون الإلهي»، وهو اسم إحدى شخصيات الأسطورة الإغريقية، آلهة العدالة والقانون والمساواة.

7 نفسه، ص ص 178-179



3. النزعة الدولانية، والمقصود قصر تطبيق القانون على مؤسسات الدولة دون المجتمع،

4. والالتباس الحاصل في مفهوم القانون،

5. ثم، الشكلانية المؤسساتية (أي النزعة الصورية في القانون).

يعتبر يونكاس أن ريمون تيودور تروبلون Raymond Théodor Troplong أحد الوجوه البارزة والرئيسة لمدرسة التفسير، رغم أن أهم أعماله اهتمت بالتعليق على المسطرة المدنية، ورغم كل ما يقال، يجب الابتعاد عن البحث عن الانعكاس الصارم لتفكير محصور تقنيا ومحافظ سياسيا، فالقارئ يصدم أحيانا بعودة بعض الموضوعات التي يفترض أن زمن ما بعد الثورة أو لحظة الأنوار قد قطعها معها. وأحيانا يجد القارئ نفس الحجج التي يقدمها أولئك المنتمون للمدرسة التاريخية<sup>8</sup>. ولا مجال للاندھاش؛ لأننا نعلم اليوم أن تأثير المدرسة التاريخية صار متجاوزا وعتيما، رغم كون تروبلون ممثل مرموق لمدرسة التفسير الفرنسية، وهو أحد كبار مفسري قانون نابليون بناء على موقعه العلمي والرسمي.

مع تروبلون نغادر هامش وحواشي المذهب الفرنسي لنستقر في قلبه، وفي نفس الآن نتخلى عن أثره في الأجيال المستقبلية في استنساخ النموذج المضاد الذي ما كان يجب اتباعه في مجال التأويل كما هو الحال في التفكير التاريخي.

هنا تطرح قضية استقبال الفرنسيين للتقليد الألماني في الدراسة القانونية، معتبرا أن ذلك ما يهم في نهاية المطاف بعيدا عن سؤال التأثير؛ بمعنى أن السؤال كيفي متعلق بـ«كيف» الاستقبال بدل أن يكون سؤالا عن الفعالية والتأثير، وبعيدا عن سؤال دواعي هذا الانتقال والتقاطع. إننا أمام نزعة علمية محض تنأى عن استحضار المعطى الذاتي المغلق.

لقد كان هذا النقاش غير مباشر، وقد استند إلى أعمال أولفبيه موط Olivier Motte حول الموضوع، ويبدو أنه لم يكن هناك تراسل بين تروبلون وسافيني، لكن الأول يعرف جيدا كتابات الثاني حيث يذكره كثيرا. عموما، فإن دراساته تستند في جانب كبير منها على هذا الأساس من الدراسات التاريخية. وهذا ما يعزز ما ذهب إليه بيرلمان في كون التأثيرات المذهبية كما التقنية تتقاطع وتتلاقى في تيارات ومدارس بل وفي أزمنة مختلفة ومتفاوتة، وأن هذا التقاطع يكون أحيانا غير حاضر في وعي الممارسين خصوصا، بل قد يتجاوز خصوصية اللحظة الزمنية واحتياجاتها المباشرة. من هنا تبرز أهمية الدراسات المقارنة خصوصا على المستوى المنهجي حيث تكشف مكامن التلاقي والتقاطع غير الظاهرة والتي لم تحضر في وعي الباحثين أنفسهم، كما أنها تفيدها في تبين حقيقة التطورات الحاصلة والعوائق التي صاحبته.

8 إن استحضار المدرسة التاريخية من جهة، إلى جانب مدرسة التفسير من جهة ثانية، في السياق التشريعي الغربي استحضار قصدي على اعتبار أنها من الإشكالات التي هيمنت على الفكر التشريعي الأصولي في السياق الإسلامي. بالتالي فالحضور هنا قراءة مقارنة بعيدة.

## ب - هل يطابق القانون تاريخه؟

لا مجال لبيان أن إحدى أكبر المشكلات النظرية التي واجهت وتواجه تطور العلم والفلسفة وأي إنتاج ذي طبيعة فكرية ومعنوية هي إشكالية العلاقة بالتراث أو الموروث؛ بمعنى إنها إشكالية التاريخ وأساسا إشكالية النشأة مقارنة بمسار تطور ذلك المبحث المعرفي، وهي إشكالية تحضر في الدراسة القانونية كما تحضر في باقي مجالات الفكر. من هنا كانت المقاربة المقارنة المعتمدة هنا تستدعي مناهج مقاربة من سياقات وفضاءات فكرية أخذت مناحي مغايرة، وبالتالي أفضت إلى نتائج مختلفة، يمكننا وسمها بالنتائج المتقدمة أو التقدمية، يسمح في النهاية ببيان الفروق في مسارات التشكل.

هكذا واستثمارا لما سبق، وكما رأينا مع بونكاس، فإن أهم ملمحين مؤسسين لمدرسة التفسير هي المطابقة أو المماهة بين القانون والتشريع من جهة، وبين روح القانون وقصد المشرع من جهة ثانية. وإذا كان ذلك صحيحا، فإن تروبلون الذي يعتبر حسب بونكاس فيلسوف مدرسة التفسير، لا يجب أن يلحق بهذا التيار المذهبي، ما دام يدافع وبطريقة علنية وبإلحاح عن أطروحة ذات نفحة سافينية، والقائلة إن القانون لا يلتبس بالحق ولا بفعل التشريع، وأن روح القانون لا تختزل إلى مجرد إرادة المشرع فقط؛ بمعنى أن تروبلون ليس تأويليا ولا تفسيريا بالمعنى الذي يعطيه بونكاس للمدرسة.

يقول تروبلون عن نص المسطرة المدنية لنابليون:

«تمتلك نصوص المسطرة المدنية نوعا من الخصوبة تجعلها تختلف عن كل نصوص القرن 18 الكلاسيكية وتبتعد عنها، وأن الرغبة في تضمينها في حدود فقهية تنتمي لعصر آخر معناه اغتصاب قانون التقدم، بينما لا يتطلب الأمر سوى تداولها من أجل تمديدها وعدم نسيان أن العلم الذي يتحرك هو علم ينمو»<sup>9</sup>.

إننا أمام نزعة تقدمية تعلن عن نفسها صراحة من خلال إقرار قانون تاريخي يطال مدرسة التفسير نفسها؛ بمعنى أن تروبلون لا يرى أي عائق في أن تكون مدرسة التفسير الفرنسية مع قانون نابليون مدرسة ذات نزوع تاريخية؛ لأن مفهوم التاريخ قد صار يعني المستقبل بدل أن يحصر في الدلالة على وقائع الماضي المحنطة. إن هذا التلاقح المنهجي سمح لمجموع النظريات القانونية السائدة في هذه الفترة، من بروسيا إلى النمسا مرورا ببلجيكا واستحضارا لنماذج إيطالية، هو ما يدعونا للقول إن الفاعلية العقلية في مجال التشريع لا يمكن أن تحصر ضمن سياق نصي أو تاريخي معين؛ لأن التجربة الإنسانية في التاريخ واحدة المصير متعددة التظاهرات، مبرر ذلك وحدة الطبيعة وبالتالي وحدة الحقيقة، وأن النزعة التفهقية الارتكاسية نزعة تؤول إلى الزوال بقوة حتمية التاريخ، وأن تعدد مسارات التاريخ وتفاوتها لا يبرر النزعة الارتكاسية مطلقا لأنه لا شاهد تاريخي عليها.

9 نفس المرجع، ص183

إن تروبلون إذا، في نفس الآن متحمس للقانون المدني ونابليون النزعة عن قناعة. لكن ذلك، لا يدفعه إلى أن يخلط بين التشريع والقانون، ولا أن يختزل علم التأويل إلى تفسير دقيق وصارم للنص. فحسب وجهة نظره كما هو الحال مع سافيني، فتأويل نص القانون يجب أن يبدأ من التأويل النحوي والمنطقي للنصوص<sup>10</sup>، لكن لا مجال للاكتفاء بالتتابع الحرفي للبند عبر تقديم تفسير لغوي للمصطلحات وإقامة روابط بين المذكرات والنصوص؛ لأنه من الأجدى استدعاء التاريخ والفلسفة، لفهم كيف عمل كبار الكتاب الكلاسيكيين وليس فقط المنحدرين من القرن السابق.

نجد هنا في هذه العبارة استعارة عرفت عن سافيني؛ أي تلك المتعلقة بالقانون وعلم التشريع باعتبارها كائنا عضويا حيا، فتطور القانون كما هو حال علم القانون لا يمكن أن يكون عملية إعادة إنتاج متطابقة لماض متخيل تمت أمثله<sup>11</sup>، كما أنه ليس تكرارا رتيبيا لشكل راهن مكتمل، ولو تعلق الأمر بالمسطرة المدنية نفسها.

بالمقابل وبشكل ملفت، يتداول كون المسطرة المدنية (code civil) قد قلصت من أفق «القانون»، ونسمع أن زمن الدراسات الموسعة قد انتهى؛ بمعنى أن فعل «التقنين» الذي أوجدته هذه النظرية قد وضع حدودا نهائية للممارسة التشريعية، حتى إن البعض يرجع ذلك لسلطة نابليون نفسه، حيث تشير محاضر الجلسات أن نابليون قد ترأس 55 جلسة من أصل 107 هي مجموع الجلسات التي مكنت من صياغته؛ بمعنى أكثر من النصف، صحيح أن ذلك لا يعني أنه قد ساهم في صياغة القانون لكن لحضوره سطوة وسلطة موجهة.

إن مسألة التمييز بين القانون والتشريع لا تجعل من صاحبها تأويليا، لهذا سنتوقف عن اعتبار تروبلون تأويليا لهذا الاعتبار، حيث نجده يبرر هذا التمييز باعتباره أن القانون ليس شرعا فقط؛ لأنه يجب أن يكون كذلك بالضرورة بما هو تعبير عن إرادة المشرع التي تبرز هنا بشكل مباشر في حضور نابليون نفسه، لكن لأنه ينتج وعبر الفعل والممارسة الخلاصة الوافية والسلسلة لتطور القانون منظورا إليه في تاريخيته.

وفي مواجهة أولئك الذين ينتقدون عملية «التقنين» بوصفها عملية تغلق القانون ضمن حدود ضيقة مما يعيق تطوره الطبيعي، حيث يتعلق الأمر هنا بالمدرسة الألمانية الفتية دون أدنى شك؛ بمعنى الأتباع والمريدين المباشرين لـ سافيني وتروبلون، لم يختار تروبلون مسaire جماعة رجال الدين والمشرعين المهيمنين على المشهد التشريعي في فرنسا، بل على العكس من ذلك كان يستدعي حجج الخصوم في بناء

10 خلافا للنزعة الأصولية البيانية المعادية للمنطق عند الشاطبي.

11 إنها إحدى الإشكالات الكبرى التي يعانيتها علم أصول الفقه، تضخم التاريخ والنزعة التمجدية التي تصاحب هذا التاريخ رغم الإقرار العلني كون العلم قد تآدى إلى مآل عقيم من حيث الاستجابة لمقتضيات التشريع المسيرة للعصر والتاريخ.

استدلالاته، كما أنه تحالف مع كبار أعلام علوم القانون كما مع باقي رجالات المباحث العملية الأخرى؛ وذلك حتى يتمكن من رؤية شيء آخر في النص النابليوني بدل تلك الصورية الضيقة والمفكرة<sup>12</sup>.

في الواقع، يبدو كما لو أنها، أي المدرسة الألمانية، تستعمل حججا من قاموس سافيني لأجل بلوغ نتائج مختلفة. هكذا، فمنذ نشرة العلوم القانونية في القرن 16م، والتي من خلالها تسمى المدرسة الفرنسية التاريخية باسم كوجاس Cujas، نجد اسم سافيني حاضرا منذ القرن 16م إلى 18م في الأدبيات القانونية، حيث صار العنصر المشترك القائم فيها. من هنا ضرورة استحضار المذهب التفسيري على اعتبار أن التحول الذي طرأ على المذاهب فتح باب التفسير على مصراعيه.

إن هذا الخلط بين التوجهات المنهجية التي ميزت هذه المدارس يستدعي الملاحظة الآتية، فنحن نعرف مسبقا موقف سافيني من عملية «تسطير القوانين»/التقنين، **La codification**، بما هي عملية إغلاق وحد، بمعنى أنها توقف فعل التشريع بما هو فعل ممتد في الممارسة وممتد في التاريخ. هذه العملية التي ميزت تحديدا القانون الفرنسي، إذ لم يكن سافيني من الخصوم الأشاوس لمشروع التقنين في كليته، بل فقط شك وبكل تواضع في الإمكانيات التي تتيحها مثل هذه العملية ضمن شروط تاريخية معينة، تلك الشروط الخاصة بألمانيا بداية ق 19م، حيث لا يمكن إغفال الوضعية السياسية المتشظية التي تعيشها الولايات الجرمانية مقابل واقع الوحدة والهيمنة التي تمثلها فرنسا؛ من ثمة، تبدو اعتراضات سافيني معقولة ومسايرة للواقع المباشر الذي يعيشه الرجل.

بالتالي، إن كان لزاما التأكيد على وجود سوء فهم سياسي محض بين الفقيهين: تروبلون النابليوني النزعة وبونكاس، فلن يكون سوى مجرد اختلاف في التقدير حول أهمية التقنين الفرنسي وحول نشر مثل هذا النموذج في أوروبا<sup>13</sup>. هذه الاعتراضات لا تجد أصلها في الاعتبارات النظرية حول طبيعة القانون والتأويل. بالتالي ليس هناك أي داعٍ للتعجب كون تروبلون قد اشترط بدوره ضرورة الالتجاء إلى الفلسفة والتاريخ لأجل تأويل القانون. هذا الشرط يوجد في قلب الطرح السافيني في التفسير الذي عرضه في الفصل الرابع من كتاب **Traité**<sup>14</sup>، وهو الفصل، على ما يبدو، الذي لم ينظره تروبلون في النسخة الفرنسية، وبالتالي لم يقرأه في سياقه الخاص بل ضمن سياق جدالي مع المنتسبين الفرنسيين للمدرسة التاريخية، لا مجال للشك في البعد التاريخي لـ **تروبلون**، فالأمر يتعلق فعلا بانتقاد للمفهوم والتصور الألماني لتأويل القوانين معتمدا على علم القانون كما تمت صياغته في التقليد الفرنسي<sup>15</sup>.

12 نفس المرجع، ص 184.

13 نفس المرجع، ص 185.

14 Savigny, Friedrich Carl von (1779-1861). *Traité de droit romain*; traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 1855-1860.

15 نفسه.

## ت- مدرسة التفسير الفرنسية كما قدمها بيرلمان

إذا كان الوضع كما أشرنا إليه في العنصر السابق عبارة عن نوع من السجال والتلاحق بين مدرسة التفسير الفرنسية ومدرسة التاريخ الألمانية، فإن استحضار خصوصية المدرسة الفرنسية يعد ضرورة تفرضها طبيعة السجال، على اعتبار أن المدرسة الفرنسية وبسبب نتائج الثورة قد نحت منحى مخالفا للتقليد السائد في أوروبا، من هنا كان لزاما الوقوف عند العناصر المميزة لها انطلاقا من لحظة البداية مع بورتاليس.

يعد بورتاليس Portalis مهندس مشروع قانون نابليون بامتياز، وهو أحد أبرز أعلام ووجوه المرحلة، بل قد يعتبره البعض المؤسس الفعلي لمدرسة التفسير الفرنسية، غير أن بيرلمان في قراءته لهذا المشروع يذهب إلى اعتبار أن فقهاء القانون في هذه المرحلة اعتمدوا مفاهيم القانون الطبيعي ليس بوصفها مرجعية بقدر ما اعتبروها مجرد خلفية للقانون الوضعي؛ بمعنى أن أفق النظر القانوني مع مدرسة التفسير كان هو وضع نظرية في القانون الوضعي، حيث لم تكن مفاهيم القانون الطبيعي سوى المسوغ والمطية التي من خلالها تم تمرير هذه المشاريع. لذلك، قد يكون للاعتراضات التي قدمها منتسبو النزعة التاريخية حول آلية التقنين ذات مصداقية من هذه الزاوية؛ فهل هناك من مبررات تسمح بهذا القول؟

لقد عملت مدرسة التفسير الفرنسية على فرض نظام جد معقد فيما يخص تقنيات الاستدلال القانوني خصوصا في شقه القضائي، وهي التقنيات القائمة على فكرة أنه «لا يجب على القوانين أن تترك شيئا لاعتباطية التأويل»<sup>16</sup>، وهي الدعوى التي تحصر وظيفة القاضي في تنزيل القوانين وتحيله بالتالي إلى مجرد موظف في جهاز العدالة بعد أن كان ممثلا لها وبعد أن كان مصدر من مصادر السلطة والتشريع (والقانون). وأن التأويل بهذه الكيفية مجرد حالة خاصة يتم اللجوء إليها نادرا حين يعاني القانون من نقص في النصوص المؤطرة للأفعال. من هنا يمكننا أن نستنتج أن نظرية القانون مع مدرسة التفسير قائمة على فرضيتين أساسيتين هما: كمالية النسق، وغياب الفراغ التشريعي.

كما لا يجب أن ننسى كون هذه المدرسة تركز على تصور يجعلها وفيه لمذهب فصل السلط، وهو تصور يماهي بين الحق والقانون، وبين فعل التشريع والمنتوج المتمثل في القانون، ويوكل للمحاكم مهمة الحرص على مطابقة الوقائع للقوانين الجاري بها العمل والتي تترتب عنها الجزاءات القانونية.

إن هذا المذهب، حسب ما يذهب إليه بيرلمان، قائم على فكرة فصل السلط، وهي الفكرة القائمة على نظرية سيكولوجية تنظر لقوى العقل بما هي ملكات حيث تكون كل من «الإرادة» و«العقل» ملكتين منفصلتين؛ مما يعني أن نظرية فصل السلط التي تعد ثمرة الثورة الفرنسية من حيث التنزيل ليست سوى انعكاس لنظرية

16 C. Perelman, La logique Juridique nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999, p 23

طبيعية؛ بمعنى أن مبدأ فصل السلط القائم على تضمين وجود سلطة، وهي السلطة التشريعية، والتي من خلال إرادتها تضع القانون الذي يجب أن ينظم المجتمع، ليس سوى مبدأ كامن في طبيعة الفعل الإنساني معبرا عنه في شكل علاقات متعددة منها: العلاقة الشرطية، وعلاقة اللزوم.

ما ينتج عن هذا بالتالي، كون القانون يصير هو المعبر عن إرادة الشعب في موافقة للمعطى الطبيعي المتمثل في الإرادة والعقل. وبعبارة أخرى، فالسلطة القضائية تمثل القانون لكنها لا تشكله؛ أي على القاضي أن يطبق فقط ما هو منصوص في القوانين [نموذج ذلك الطبيعة التي تخضع المنتمين لها]، وهو ما يمكن أن ينعت بالحياد أو الموضوعية بوصفها شرط المساواة أمام القانون، والمساواة شرط المواطنة المطلق في الدولة الحديثة، وهو ما يجعل المواطنين اليوم متحررين من هيمنة الرجال وفي حماية المؤسسات التي على الأقل تتخذ صبغة لا شخصية.

لكن تأويل النصوص أو تفسيرها تقتضيه طبيعة العلاقة التي تربط النص بالواقعة. لذلك، فكلما تقررت الوقائع بما هي كذلك، صار كافيا بالنسبة لمن أوكلت إليه مهمة المطابقة أن يعمل على إعادة صياغة القياس القضائي، حيث يجب أن تكون المقدمة الكبرى مسلمة من طرف قاعدة قانونية مناسبة، وأن تكون المقدمة الصغرى مستغرقة، بالتالي يكون القرار مسلما من طرف «القياس».

تعليقا على هذا التقديم نفهم أن دور القياس القانوني في شقه القضائي هو ما يمكنه ضمان الموضوعية والحياد حين يكون شرط قيامه استناده إلى قاعدة قانونية ملائمة وموافقة، مع العلم أن القواعد القانونية هنا متغيرة.

إن النقاش المذهبي حاضر عند بيرلمان في قراءته لمشروع مدرسة التفسير، فهو يعتبر أن المذهبية التي نشأت في هذه اللحظة تولدت عنها تصورات ورؤى للقانون عملت على تحويل مجموع التشريع الجاري به العمل إلى نظام قانوني<sup>17</sup> يتخذ شكل النسق؛ بمعنى تم الانتقال من التشريع<sup>18</sup> إلى القانون.<sup>19</sup>

17 نفس المرجع السابق، ص 25

18 من الفروق التي يثيرها سافيني بين التشريع والقانون، كون التشريعات القديمة خصوصا الرومانية كانت مرتبطة بعوامل: الأرض، الشخص، في حين تتجاوز القوانين الحديثة هذا المعطى لتصير قوانين تتخطى المعطى الجغرافي والشخصي. «هكذا، إلى حدود يناير 1840 نجد في بريسلو Breslau خمسة قوانين خاصة (تشريعات) مختلفة متعلقة بالوراثة، قانون الموارث بين الأزواج، والذي ينص على الاحتكام إلى التشريعات المحلية. بالتالي وغالبا يختلف التشريع من منزل إلى آخر، وأحيانا في منزل واحد تسود تشريعات متفاوتة ومختلفة، وكلها منظمة بواسطة القانون».

انظر: قانون 11 ماي 1839 (Savigny, Histoire du Droit romain au moyen âge, Vol. I, ch.2, (p 166, 1839).

19 وهي بالمناسبة مسافة الفراغ التي يعانيتها علم أصول الفقه، إذ لم ينتقل من كونه مجرد علم بالأحكام أي بالتشريعات كما هي منصوصة إلى علم قادر على تحقيق التجاوز نحو وضع قوانين تخدم نفس الغايات وتراعي تغير الظروف والأحوال، ورغم ما عاناه هذا العلم من صعوبات مع الحيل الفقهية إلا أن الحل للخروج منها بالنسبة له، حسب ما تبناه مشروع الشاطبي، كان هو التتابع مع المنصوص الشرعي وليس الانتقال إلى التشريع بما هو آلية تستلهم المبادئ وتوطن الغايات، تظل غاية علم أصول الفقه هي إضفاء الشرعية على الأفعال من خلال ربطها بالأحكام المنصوصة، وليس التأسيس للأفعال من خلال تطيرها بقوانين تسائر طبيعتها.



لقد كان هدف هذه القراءة إيجاد تأطير لدراسة مسار تشكل العقلانية القانونية إجمالاً، والذي نجد صده عند بيرلمان في توجيهه لمدرسة التفسير، إذ يعتبر أن المذهبية قامت بتشديد دوغمانية قانونية سلمت للقضاة وللمشتغلين في الميدان وسيلة أقرب إلى الكمال، وهي التي تتضمن مجموع القواعد القانونية، غير أن هذه الدوغما عملت على إنهاك القياس القضائي باستعمال هذه القواعد مقدمات كبرى في القياسات.

ولأجل تشييد ومأسسة هذه الآلة الناجعة، كان لزاماً على النظام والنسق القانوني أن يكسب كل الخصائص والسمات التي تتوفر في النسق السوري، ويجب أن تتسم في نفس الآن بالتناسق والكمال<sup>20</sup>. إننا أمام وضعية تشخيص تشترط هيمنة الصورة المنطقية على الاستدلال والآلية العقلانية القانونية<sup>21</sup>.

ليست هناك حاجة للقول إن هناك فرقا بين النسق الأكسيومي السوري، وبين الأنساق القانونية من حيث المقترضات، خصوصا فيما يتعلق بالدلالة واللغة المستعملة؛ لأن مقتضى الوحدة الدلالية للعلامة في الأنساق الأريتميتية لا يتوفر في الأنساق الأخرى خصوصا منها القانونية المعتمدة على اللغة الطبيعية. بالتالي فشرط الوحدة الدلالية إضافة إلى ضرورة وجود قواعد للمناولة، يفرض أن يكون النسق كاملاً، بذلك يجب أن تكون لدينا القدرة على البرهنة على القضية ونقيضها؛ أي القضية التي تمت صياغتها داخل النسق بواسطة اللغة المستعملة. وإذا كان النظام متناسقا، فمعناه استحالة البرهنة على القضية ونقيضها؛ بمعنى أننا في المحصلة أمام مطالب متضاربة.

إن الوحدة الدلالية للعلامات وقواعد البرهنة تضمن إقصاء كل أشكال عدم الاتفاق والتعارض المتعلقة بالتأويل<sup>22</sup>. من هنا يتخذ مقتضى التناسق صبغة أمرية؛ لأنه لا مجال للقبول بالتناقض، بينما فيما يخص مقتضى الثالث والمتعلق بكمالية النسق، والذي يسمح ببيان مدى إمكان البرهنة على قضية ما من عدمه، فهذا المقتضى غير متوفر إلا في بعض الأنساق السورية.

إن فكرة كمالية النسق في القانون الحديث والمعاصر مستنتجة من منطوق المادة 4 من قانون نابليون، والتي تفرض على القاضي ألا يرفض إصدار الحكم تحت ذريعة سكوت المشرع، أو غموض وعدم كفاية القانون، وبالتالي يرغمه على معالجة النسق والتعامل معه بوصفه مكتملا ودون فراغات وكونه نسقا متسقا دون تناقضات أو غموض يقضي باللجوء إلى التأويل.

لقد اتخذ النقاش الذي دار حول وضعية القاضي ودوره في مدرسة التفسير الفرنسية منحى تقييد هذا الدور ومنع القاضي بالتالي من التدخل في تحديد طبيعة الوقائع، وهو المنحى المخالف تماما لما دعا إليه

20 نفسه.

21 وذلك خلافا لما ذهب إليه بعض الأصوليين المتأخرين الذين رفضوا أي تدخل للمنطق في عملية التشريع وسعوا إلى اعتماد الآليات النحوية والبلاغية فقط وحصرا.

22 نفس المرجع، نفس الصفحة.

أرسطو مثلا حين تحدث عن خصائص القاضي مشترطا قدرته على معرفة ليس فقط طبيعة الوقائع بل حتى خبايا النفس البشرية، لكن لا يجب أن ننسى أننا في أفق يسعى نحو الحداثة عبر القطع مع التقاليد القديمة خصوصا منها المشائية السكولائية في الفكر، والتقاليد الرومانية في القانون؛ وذلك لأسباب منها ما هو معرفي ومنها ما هو أنطولوجي.

### ث- علم القانون، تاريخ متجدد

لا يفسر قانون نابليون (المسطرة المدنية لنابليون) إلا من خلال تاريخه؛ أي من خلال تاريخه الممتد وليس فقط التاريخ اللحظي، ومن خلال مبادئه، وليس فقط من خلال نوايا المشرع المعلنة والمعبرة عن إرادته. بالنسبة لـ تروبلون، وهو أمر لا يعارض فيه سافيني، لم يأت القانون الجديد ليحل المعرفة القانونية القديمة مبهمة غير واضحة، بل على العكس من ذلك فإن القانون المدني الجديد، ولأنه يختزل القوانين السابقة عبر استعارة مؤسساتها وحلولها، عبارة عن دعوة إلى دراسة القانون الروماني والقانون القديم أيضا، حيث «لم ينصهر القانون الفيودالي القديم ضمن القوانين الحديثة ولا مات بموت النبلاء في الصالونات؛ فهو لا يزال ممتدا ليس من خلال الإقرار الشرعي بسلطته، بل من خلال السلطة الأبوية التي يجسدها القانون المدني من خلال مجموعة من الفصول. هذه القواعد الأساسية والمهمة مستمدة من هناك مباشرة».<sup>23</sup>

بمعنى، أن تاريخ المؤسسات القانونية حسب الشكل الذي هي عليه اليوم هو نظير ما يمثل روح القانون بالنسبة لنص القانون. إن القانون المستمد من السلطة الأبوية الذي يحيل عليها تروبلون حين يتطرق لمسألة الشرعية التاريخية للقانون لأجل بيان نشأة المؤسسات، فنشأة المؤسسات مرتبطة بالشرعية التي يكتسبها القانون تاريخيا، وبالتالي تطورها؛ بمعنى عرض هذه المؤسسات في وضعها القانوني. بين إذا أن التاريخ هو مفتاح تأويل القوانين المقصودة، وحضور بعد التاريخ بما هو بعد موجه في الدراسات القانونية حاضر أيضا في النظريات الأصولية الأخرى، حيث يكون سند الأحكام هو الأدلة والقواعد المتواترة المستخلصة من الأخبار والنصوص بما هي أدلة، بل إن قيمة النص مستمد من امتداده التاريخي بوصفه شاهدا على الواقعة؛ غير أن المنظور الموجه يختلف حسب النظرة التي تحملها كل نظرية عن الزمن نفسه، وإن كان الحضور متمائلا، فقد يكون المنظور تقدما أو منظورا ارتكاسيا أو دائريا...

### ج- المنهج التأويلي منهج تاريخي

حسب الرؤية التي يقدمها تروبلون<sup>24</sup>، في تعليقه على قانون نابليون، فإن المنهج التأويلي بالضرورة منهج تاريخي؛ لأنه ليس في الإمكان إعادة بناء مؤسسة ذات صبغة قانونية وفي موافقة لطبيعتها الأصل

23 Herausgegeben von ; Jean-François Kervégan ; und Heinz Mohnhaupt, »Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne«, Drittesdeutsch-französisches Symposium, vom 16. bis 18. September 1999, in La Bussière / Dijon, 112\ Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2001, p-p 185-186.

24 Troplong, Raymond Théodore (1795-1869). De la Prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil, 1835. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

اعتمادا فقط على قرارات قانونية خاصة تنص على ذلك، بل يجب استحضار البعد التاريخي بالضرورة،  
**فالمؤسسات القانونية بالطبيعة مؤسسات تاريخية.**

إن هذه الرؤية المنهجية التاريخية ما كانت لتجد لها موطئ قدم في تربة الدراسة القانونية في فرنسا لولا التلاقح الذي وقع بين المدارس المختلفة، خصوصا حضور المدرسة التاريخية مع سافيني، فقد كان لحضور سافيني في المشهد القانوني لفرنسا أبعاد تقدمية وتقنية مكنت من الحد من هيمنة الفكر الثوري الذي يمثله تروبلون، هكذا وفي سياق الاستمرارية تمكن **لابولاي** من تقديم وإحجام منهج سافيني بوصفه منهجا حاملا لمبادئ الاستمرارية التي تسمح بتطوير العلم القانوني.

إن دراسة القانون في فرنسا لا تغفل ولا تتجاوز تاريخ المؤسسات القانونية منذ العصر الفيودالي؛ بمعنى أن القطيعة النظرية والمفهومية والتصورية قطيعة منهجية أكثر منها قطيعة تطال الواقع التاريخي. لهذا نجد شخصيات مثل تروبلون وحتى بعد الثورة لا تزال تتطرق لواقع القانون الفيودالي بعد الثورة الفرنسية، وإن كان هذا قد فهم على أساس أن تروبلون يتخذ موقفا سلبيا مناهضا ورافضا للمؤسسات الثورية، إلا أن الوضع مختلف تماما، ف تروبلون ليس فقط يقر بحدوث القطيعة التاريخية في النظام السياسي تحديدا، لكن أكثر من ذلك فهو يفرح لذلك؛ وذلك لاعتباره أن الفعل الثوري فعل تقدمي. من هنا، فقد اهتم كثيرا بالتدقيق في إقامة الفروق بين تاريخ المؤسسات السياسية وتاريخ المؤسسات القانونية والقضائية، وهو بذلك يتبع منهج سافيني في هذا الصدد.

صحيح أن من أبرز نتائج الثورة تدمير النظام الفيودالي بشكل نهائي، وبالتالي فكثير من المؤسسات التي ارتبطت بهذا النظام قد اضمحلت في القانون الحديث، لكن تغير السياق الذي كان عاملا في ظهورها ليس مبررا كافيا ولازما للقول إنها المؤسسات الوحيدة التي كتب لها البقاء. فالبعد التاريخي والبعد المنهجي الأداتي الذي يوطر المؤسسات القانونية يعمل فقط على إعادة ترتيبها ضمن السياق المجتمعي لا غير؛ بمعنى أن هناك مؤسسات تبرز في الواجهة بوصفها قادرة على التفاعل وتحقيق الأثر، وأخرى تتوارى إلى الخلف وقد تنسى لأنها لم تعد فعالة، وهو ما يثيره كيسلن حين يتحدث عن المعايير من زاوية الصلاحية والفعالية، حيث يرهنها بالحضور الفاعل والمسيرة والتتبع التي تطبع التطبيق والممارسة<sup>25</sup>.

نتيجة لما سبق، يقدم تروبلون أطروحة مسائرة لتلك التي قدمها سافيني، حيث يقر بأنه ليس من الضرورة أن يكون التاريخ السياسي مسائرا للتاريخ القانوني؛ بمعنى أن القطيعة السياسية لا تقتضي بالضرورة حدوث

25 Hans Kelsen, Théorie pure de droit, traduction française de la 2<sup>ème</sup> édition, par Charles EISEMANN. Paris 1962 DALLOZ. P 16

قطيعة قانونية ولا العكس صحيح، دليل ذلك استمرار حضور المؤسسات القضائية الرومانية حتى بعد سقوط نظام روما<sup>26</sup>.

بمعنى، وبالنسبة لكلا الرجلين فتاريخ المؤسسات القانونية لا يندرج ميكانيكيا ضمن التاريخ السياسي. إننا أمام عملية فصل بين السياسي والقانوني، إنها لائكية من نوع آخر، وهو الطرح الذي نجده أيضا عند كيلسن فيما بعد من وجهة نظر وضعية علمية، وهذه النقطة هي إحدى الإشكالات الموجهة للنقاش الأصولي إجمالاً في بعده الاجتماعي والسياسي وارتباطه بمنظومة الأخلاق السائدة.

طبعاً، سيعتبر الكثير من الدارسين أن هذه النتيجة التي تجمع بين الرجلين تتضمن الكثير من المغامرة، لكن هناك أكثر من معطى يبين تقاطع فكر الرجلين. فحين يسعى ترولون للإحالة الصريحة على المدرسة التاريخية يستخدم مفهوم «تاريخ القانون». كما يبرز ذلك من خلال ما يثيره ترولون بخصوص السجال الذي دار بينه وبين أحد أعلام ما يصطلح عليه بمدرسة التفسير، برودون Jean-Baptiste Victor Proudhon قيود كلية ديجون Dijon. وقد كان موضوع النقاش حول الملكية المشتركة ومقتضيات الاستغلال، وكيف اضطر الفقهاء، بما فيهم رئيس المجلس الأعلى، إلى الالتجاء للقوانين الفيودالية القديمة<sup>27</sup>.

من الأكد اليوم، أن تجديد العلوم التاريخية أخذ صبغتين: ألمانية وفرنسية. ولا يبدو أن ترولون قد مكن التقاليد الألماني من تفوق ملحوظ فيما يخص العلوم التاريخية عموماً؛ ذلك أن استشهاده في الغالب هي نفسها التي يعتمد عليها سافيني نفسه. وحسب المؤرخ الأمريكي دونالد كيللي، فإن ترولون يعد أكبر فنان في عرض هذه المنهجية التاريخية الجديدة في مجال الدراسات القانونية، وأن مقاله المذكور يشكل لحظة فارقة في الدراسات التاريخية وفي كيفية استخدام التاريخ من طرف المذهب الفرنسي في القانون.

إن تبني هذا المنهج يقوم على القناعة الأكيدة كون التاريخ هو المجال الذي تتم فيه التطورات التقدمية والمستمرة للقانون منظوراً إليه بوصفه كلا عضواً حياً، لكن هذه الفكرة تشكل ملمحاً مميزاً للنصف الثاني من القرن التاسع عشر، حيث لا يمكننا اعتباره نتيجة تأثير خاص لباحث معين. خصوصاً حين نسعى إلى أن نعطي لهذا المنهج سلطة فلسفة التاريخ، على اعتبار أن امتداداته طالت كلا من ألمانيا وفي مرحلة لاحقة إيطاليا.

بحديثنا عن هذا التاريخ الجديد للقانون، نجد ترولون يستشهد بـ سافيني وزملائه الألمان، لكن ليس بوصفهم أسلافاً ولا بوصفهم رواداً، بل باعتبارهم مكوناً من حركة واسعة وموحدة تهدف تجديد هذا المبحث

26 نفس المرجع، ص 187

27 نفسه، ص 188

العلمي. ومن جهة أخرى، ليس الأمر مثيرا بما أن الفلسفة التي يعلن تروبلون انتماء لها، فلسفة انتقائية تكشف وتحجب غيرها، كما يعتبر أن كل القوانين والأنظمة والأنساق والتعاليم مشاركة فيها.

صحيح ليس هناك مجال للانتقاء بين: فيكو، هيردر، كانط أو سافيني؛ لأنه لا مجال للمفاضلة بينهم بقدر ما يجب أن يكونوا جميعا مصدر إلهام من خلال ما خلفوه من أفكار، لكن تروبلون اختار أن يتعامل مع سافيني تعاملًا موجهًا، فانتقى منه بعض الحجج، وأحيانًا بعض ملامح منظوره العام. هكذا، صار تروبلون مناصرًا لدور المشرع في التاريخ وقد تبنى أطروحة سافيني التي ساهمت في بزوغ التيار الرومانسي الذي سمح بأنسنة همجية الحقبة الفيودالية<sup>28</sup>.

وإذا كان تروبلون، بوصفه مثالا، يعلن انتماءه لـ«المدرسة التاريخية»، فإنه مع ذلك يسجل مطالبه بضرورة التجديد فيما يخص تعليم العلوم القانونية وافتتاحها على المناهج الجديدة، وهو بذلك يكون مدشنا لتيار جديد في دراسة العلوم القانونية عبر انفتاحه هو نفسه على مدارس أخرى كما أشرنا سابقا، لكن هذا الانفتاح يجعل من المبحث ذا حدود مطاطة وغير قابلة للحصر، وهي الدعوى التي يمكن إعلائها من منظور آخر في السياق الأصولي؛ أي الانطلاق من البعد التاريخي باعتماد مناهج وآليات مستقاة من سياقات اجتماعية ومباحث فكرية أخرى، وهي الدعوى التي تفتتح عليها آفاق هذا البحث.

ورغم أن العلاقة بين سافيني وتروبلون تبدو متقاربة من حيث اعتماد هذا الأخير على التجديد الذي قدمه سافيني، ورغم تقاربهما في نظرتهما لدور التاريخ ومكانته في نظرية التأويل، إلا أن تصوراتهما حول طبيعة المرحلة التي ينتمون إليها تفرقهما. ففي الوقت الذي يعتبر فيه سافيني كون العلم أضعف من أن يقوم بعملية تفسير وصورة القانون في ألمانيا، فإن تروبلون على العكس من ذلك يعتبر أن قانون نابليون قد تمكن إلى حد ما من تنزيل القانون الطبيعي، بالتالي يعتبره في نفس الآن ثابتا من حيث ماهيته، ورغم ذلك فهو يبدو للإنسانية في أشكال وصور غير واضحة تماما كما أنه يقدم في صيغة فضفاضة حسب الفترة الزمنية فهو يتبع مسار التقدم أو التقهقر حسب الوضعية التاريخية التي يتموقع ضمنها. بالتالي يخلص تروبلون إلى أن القانون لا يمكن أن يحافظ على وضعه الأمثل، لذلك يجب أن يمارس ويتحقق من خلال مؤسسات مهيكلة لأجل هذا الغرض، وهي المؤسسات التي تستقي تصورها وخصائصها من الفكر المعاصر<sup>29</sup>.

وبما أن الزمن المعاصر هو الأرقى من وجهة نظر التقدم الحضاري مقارنة بالزمن الماضي، سواء القديم أو الوسيط، فإن الاختلاف مع رائد المدرسة الألمانية كانت له آثار وخيمة فيما يتعلق بالعلوم القانونية خصوصا حول المكانة التي يحتلها القانون الروماني في نظرية التأويل.

28 نفس المرجع، ص 190

29 نفس المرجع، ص 191

وتحت عنوان «راهن القانون الروماني قضية سياسية»، يعالج الباحثون<sup>30</sup> وضعية القانون الروماني إزاء القانون الجديد، مستحضرين وجهة نظر سافيني الذي يعتبر أن القانون الروماني يشكل المرجعية التي لا محيد عنها في تأويل القوانين الحديثة بما فيها قانون نابليون المدني. إن مطلب إعادة الاعتبار للحاضر باستحضار الماضي يهدف أساسا البحث عن الرابط بين النظم الشرعية الحديثة والمؤسسات الرومانية. لذلك، فهي تسعى للدفاع عن اعتبار القانون الروماني قانونا طبيعيا. بمعنى، أن شرط استمرار وصلاحيّة النظرية القانونية، أي نظرية قانونية، هو قدرتها على مد الجسور بين الماضي والمستقبل، من هنا يكون تشبيهه «الحاضر بوصفه رمحا ينطلق من الماضي نحو المستقبل» تشبيها بمثابة قانون ومنطق يحكم بالضرورة النظرية القانونية.

بناء عليه، نتساءل حول مقصود سافيني من هذه الإحالة، وهل يمكن اعتبارها نزعة تأصيلية أصولية تهدف التماهي مع الموروث التاريخي، باعتباره المرجعية التي لا محيد عنها.

ينص سافيني في مؤلفه «Traité du Droit romain» كون القوانين الوطنية قد عرفت تحولات كبرى في زمنه من حيث المصادر؛ وذلك في عموم ربوع أوروبا. وأن هذا التحول كان بسبب التطور الداخلي الذي عرفه القانون، فمثلا في فرنسا كان ذلك بسبب التحولات السياسية؛ لأن الثورة تسببت في تدمير المؤسسات وكان الغرض من توحيد القانون محو ذكرى انقسام الولايات. لقد كانت هذه القوانين استجابة لضرورة داخلية أنتجت مجموعة كبيرة من القوانين الخاصة. لقد مكنت الخصائص الحصرية لهذه القوانين، من حيث الشكل، من تقديم قاعدة جديدة للقانون الوضعي؛ ذلك أنه بمجرد إصدار القوانين يصبح تطبيق القانون الروماني القديم بالضرورة مستحيلا، لكن في العمق، ظلت القواعد والمبادئ القديمة تسري في مصادر القانون، مستمرة في تشكيل القوانين الجديدة. لقد كان لا بد من العمل على إعادة هذه القوانين الجديدة إلى أصولها حتى تتبين الفاعلية العقلية كاملة<sup>31</sup>.

حسب وجهة نظر سافيني، عادة ما يتم إيلاء كل الأهمية للتشريع من طرف الدارسين المعاصرين له، الذين يرفضون ذكرهم أو الخوض معهم في مناظرات. ففي الغالب ينظر للتشريع بوصفه القاعدة الوحيدة الصحيحة والشرعية للقانون، بينما تعتبر المصادر الأخرى بوصفها مكملات ثانوية يمكن الاستغناء عنها. في مثل هذا النظام، يعالج علم القانون موضوعا عرضيا ومتغيرا، موضوعا لا يمكنه الاستغناء عنه، حيث يكون من واجب تقدم التشريع دائما العمل على تقليص أهميته، بل إن هدفه الأسمى هو إلغاؤه نهائيا. إن القيمة

30 Herausgegeben von ; Jean-François Kervégan ; und Heinz Mohnhaupt, »Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne«, Drittesdeutsch-französisches Symposium, vom 16. bis 18. September 1999, in La Bussière / Dijon, 112\ Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 200.

31 Savigny, Friedrich Carl von (1779-1861). Traité de droit romain; traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 1855-1860, p-p 99-100



الخاصة الملحقة بالقوانين المكتملة في الأزمنة الحديثة، إضافة إلى الانتظارات البراقة التي نربطها بها، هي مجرد نتائج مستبعدة من نفس النظام.<sup>32</sup>

فهل نفهم من خلال هذا التنصيص السابق أن سافيني يسهى إلى حصر مصدر القانون في مصدر واحد أو وحيد هو القانون الروماني؟ وهل يجب أن تعتبر المؤسسات القانونية الرومانية بوصفها المرجعية القصوى التي اعتمادا عليها يمكن تأويل كل التشريعات الأوروبية بما فيها قانون نابليون؟ بمعنى، أن تساؤلنا سوف يتخذ بعدا منهجيا تصوريا، هل يقول سافيني، وبالتبعية ذوو النزعة التاريخية، بقداسة المصدر الأصل؟ أي، هل يمكن أن نسحب إشكال النزعة التاريخية هنا، بما هي نزعة تمجيدية تامة، على كل النظريات التشريعية، فيكون بذلك هذا الواقع مشتركا بين المهتمين بالفعالية العقلانية في القانون وميزة محايدة لكل الفاعلية التشريعية؟ ثم، أليس هذا التصور ذو نزعة مذهبية أو ينحو أن يكون كذلك بحيث يلغي الموضوعية التي تفرضها الدراسة التاريخية، وإن كانت موضوعية محدودة بحدود المنهج نفسه، نحو نزعة مذهبية مغرقة؟

إن الجواب عن مثل هذا السؤال في السياق المعلن سابقا يفيدنا من حيث المقارنة في استحضار موقع النص في تاريخيته بوصفه مصدرا للتشريع. وإذا كان الباحثون الدارسون لـ سافيني يعترفون بصعوبة الجواب عنه؛ لأنه من غير الممكن قراءة كل النصوص التي اهتمت بدراسة سافيني والقانون الروماني، فإننا بالتأكيد سنجد نفس الصعوبة خصوصا أمام تاريخ من النصوص التي تحكمها نزعة تمجيدية تقديس الماضي وتعتبره المصدر الوحيد الممكن للحقيقة، بل تسعى للتطابق معه بوصفه الحل الصائب في مسار الإصلاح (أو التقدم)؛ بمعنى أن دراسة القانون والفعالية التشريعية إجمالا ليست سوى انتصار لمذهبية معينة بتعليقات مغايرة، وربما هذا الفهم هو ما حدا بشخصية كـ كيلسين إلى تبني مشروع «النظرية الخالصة في القانون»، والدعوة إلى بناء النظرية القانونية بما هي «علم».

استئنفا للإشكال في سياق البحث الذي كنا بصدده، فالجواب هو نعم، لقد رفض سافيني اعتبار أن القانون الروماني هو المصدر الوحيد لكل القوانين، بل اعتبر أن المصادر متعددة.

إن ما يتأكد حتما نتيجة تطرقنا لـ سافيني أمر واحد هو ضرورة دراسة العلاقة المؤسساتية بين القانون الروماني والقانون الحديث. بعبارة أوضح، لا بد من تلمس الحدود الفاصلة بين تاريخ المؤسسة القانونية وحاضرها، أي كانت هذه المؤسسة، وذلك تنويرا للوعي وإرشادا للمسار.

32 نفس المرجع، ص 162

بالتالي، فإن السؤال الأساس الذي يتولد عن هذا النقاش، والذي يكسب أهمية ممتدة هو، ما هي مصادر المؤسسات والتشريعات الحالية، والمقصود المؤسسات الحديثة؟ وما هو التاريخ الذي علينا إثارته وتفعيله لكي نعيد الاعتبار للقانون المدني، قانون نابليون مثلا؟

تفيدنا هذه الأسئلة المتعلقة بالسياق القانوني الغربي ما بعد الثورة الفرنسية في تأطير هذا البحث منهجيا من خلال بيان كيف تشتغل الآلية القانونية بما هي آلية عقلانية، وفي نفس الآن في بيان دور باقي المكونات من تاريخ واجتماع وسياسة، على اعتبار أن الفعالية التشريعية تهدف بناء مجتمعات موجهة بقيم تنشد تحقيقها في المستقبل؛ بمعنى إنها فعالية كاشفة عن المنظور المستقبلي من خلال القيم التاريخية؛ أي ماذا يريد العقل المشرع أن يصنع في التاريخ بما هو مستقبل.

وحول هذه النقطة يعد موقف ترولون واضحا، فقد انتقد رغبة سافيني في إحالة القانون الفرنسي على القانون الروماني، معتبرا أن قانون نابليون قد عرف تطورا أصيلا جعله يبتعد كثيرا عن هذا الأصل الروماني، وأن أصالة هذا القانون تكمن في خاصية الأجرأة أو لنسميها التقنين؛ أي الصياغة المسطرية التي تمت سنة 1804م.

بالنسبة لـ ترولون يجب معرفة القانون الروماني بوصفه نموذجا للقياس وليس لأجل الخضوع له مجددا؛ لأنه منذ اللحظة التي تشكل فيها القانون الفرنسي وهو يمثل قانونا منسجما وأرقى من القانون الروماني. بعبارة أخرى، لا وجود لأي أثر من القانون الروماني (القديم) في القانون الفرنسي (الحديث)، رغم التأكيد على ضرورته، وعلى ضرورة إصلاح تاريخه حتى تتسنى إعادة تقييم دراسته، ولكن كيفما كان الوضع فالقانون الروماني ليس المفتاح الوحيد لفهم القانون الفرنسي<sup>33</sup>.

إن النقاش الذي دار بين رواد المدارس المختلفة يندرج في نفس الآن ضمن سياق ناتج عن اختلافات في التقدير بخصوص مخرجات الثورة الفرنسية وتحديد ما تحقق في عصر الأنوار، بل إنه نقاش ممتد منذ القرن السادس عشر حول الوضع السياسي للمدرسة التاريخية الفرنسية في مواجهة الفقهاء الإمبراطوريين.

ما نستفيده من هذا الإقرار بهذا السجال النظري حول الدراسات القانونية، كون علم القانون كان دائما وفي كل السياقات التاريخية علما سجاليا آليته المناظرة، من ثمة، كان الاستدلال أداته الرئيسية في بناء أحكامه. بذلك، يطرح السؤال حول التطورات التي لحقت هذا الاستدلال وباقي مكونات الآلية القانونية جراء هذا التحول الذي عرفه القانون في تاريخه الممتد.

33 Herausgegeben von ; Jean-François Kervégan ; und Heinz Mohnhaupt, «Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne», Drittesdeutsch-französisches Symposion, vom 16. bis 18. September 1999, in La Bussière / Dijon, 112\ Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2001, p-p 190-193

## 2- التشريع وتنظيم العلاقات القانونية

من بين القضايا التي لا يمكن إغفالها أثناء دراسة القانون، وضعية القواعد القانونية من جهة والعلاقات القانونية المترتبة عنها من جهة ثانية. لهذا، يتطرق سافيني لضرورة تحديد الرابط القائم بين قواعد القانون وعلاقات القانون، حيث يظهر من الوهلة الأولى كما لو أن القواعد تهيمن على العلاقات، أو لنقل كون العلاقات هي النتيجة المباشرة والحتمية للقواعد. ومن جهة ثانية كما لو أن العلاقات خاضعة للقواعد بوصفها المعبر عن حقيقة القانون وروحه ما دامت تشكل أساسه المادي من خلال بعد النصية. ولكي نحدد بتدقيق ما نقصد، علينا أن نبين مقصودنا بهذا الارتباط بين القواعد والعلاقات؛ أي بين فعلي الهيمنة والخضوع الذين يعبران عن طبيعة التفاعل داخل المعرفة القانونية.

إن قواعد القانون مدعوة لتوجيه العلاقات القانونية، لكن ما هي حدود هذا التوجيه وهذه الهيمنة؟ وما هي العلاقات القانونية الخاضعة لهذه القواعد؟ إن معنى هذا السؤال، موجه بالتحديد الذي يقدمه القانون، والذي يتخذ معاني حسب الشعوب والدول ولا يمكن اعتباره معنى واحدا لكل الإنسانية، وهو المعنى الذي يتحدد بالنظر إلى بعض القوى الخاصة.

إن هذا التنوع في القانون الوضعي هو ما يجعل عملية التحديد ضرورية خصوصا تحديد مجال هيمنتها، وهو التحديد الذي سيسمح فقط بضبط مجال التلاقي (التصادم) بينها فيما يتعلق بالعلاقات القائمة بينها.

لقد نظر أغلب الباحثين الذين اهتموا بالموضوع، إليه من زاوية نظر الاصطدام، بين القاعدة والعلاقة، بوصفها القضية الوحيدة التي تستحق النظر. وهكذا يصبح الوضع الطبيعي للأفكار كالاتي، بالنسبة للقواعد القانونية نسأل عن الروابط (العلاقات) القانونية الخاضعة لهذه القواعد؟ وبالنسبة للروابط (العلاقات) القانونية نسأل عن القواعد المناسبة التي تخضع لها؟.

إن السؤال هنا، هو سؤال عن الحدود بين القوانين الوضعية، على اعتبار أننا لحد الآن ننظر لقواعد القانون بوصفها قواعد ثابتة بغض النظر عن التحولات التي يمكن للزمن أن يلحقها بها. هكذا، فما هي القانون الوضعي تجعله غير قابل بالمرّة أن يكون ثابتا وتمنحه بالتالي تتابعا مستمرا كما لو كان ينمو بشكل عضوي، مما يعطيه خاصية التنوع مع الزمن، ثم إن كل حكم على علاقة قانونية حالية بالضرورة يستند إلى واقعة قضائية، والتي تنتمي دائما إلى زمن مضى، متقاد، بالتالي فإن هذا الفاصل الزمني الذي يحدد أصل العلاقة (الرابط القانوني) باللحظة الحالية، هو بالتالي ما يتيح لنا أن نعرف من أي زمن تم استقدام القاعدة القانونية التي تنظم الرابطة/العلاقة القانونية ما دام القانون الوضعي تطاله تغييرات بالضرورة.

لدينا هنا إذا، نوع جديد من الحدود لهيمنة القواعد القانونية، وأيضا نوع من الاصطدامات الممكنة، وهي ليست أقل قيمة وأهمية عن غيرها من الحدود. هكذا تبدو قواعد القانون كما لو أنها ثابتة وغير متحركة،

ومن وجهة نظر ثانية تبدو متتالية ومتنوعة عبر حركة نمو متتالية. إجمالاً سيعتمد سافيني المنظرين معا في المقاربة<sup>34</sup>. فالحدود التي سيتوقف عندها سافيني، هي:

- الحدود الموضوعية (المكانية) لهيمنة قواعد القانون<sup>35</sup>.

- الحدود الزمنية لهذه الهيمنة.

نفهم من هذا أن للقانون نوعين من العلاقات، العلاقات الداخلية بين القواعد والروابط في اتصالها بالوقائع المتغيرة بوصفها قضايا مطروحة للنظر على القانون، ودائماً يظل تحديد القصد من القانون بما هو قانون وضعي، ثم، مسألة ثانية تعبر عن العلاقات الخارجية، أي العلاقات بين القانون وبين باقي القوانين.

إن النموذج الذي يتطرق له سافيني؛ أي القانون الروماني، يفرض بمجرد ما أن يصبح بوصفه القانون المسير لدول أو شعوب حتى يجد حلاً للأسئلة المترتبة عن اصطدامه بالقوانين الوضعية الأخرى. رغم أن فقهاء القانون الرومان لم يفكروا قط في الموضوع بشكل صريح. إلا أن ممارستهم القانونية كانت تطبعها الهيمنة من خلال إعادة الهيكلة، بمعنى الاستيعاب.

إن المذاهب المعاصرة لكبار فقهاء القانون تستند إلى القرارات الرومانية، والتي في الغالب فهمت بشكل خاطئ، دون أن تتعرض لأي تفكير أو نقد، بل يمكن القول إن كل التقليد والتفكير في النظرية المعاصرة للقانون لا يمكن أن يقوم إلا على أساس مبادئ القانون الروماني<sup>36</sup>.

### - حدود العلاقة بين القاعدة القانونية والروابط القانونية

في سياق تحديد العلاقة بين القاعدة القانونية والروابط القانونية، ينقسم هذا البحث إلى جزأين: جزء خاص بدراسة الحدود المحلية الموضوعية. وجزء ثان، مخصص لدراسة الحدود الزمنية لهيمنة قواعد القانون على العلاقات والروابط القانونية.

لكن في البداية، يلاحظ أن هناك نوعاً من العلاقات التبادلية في الفعل بين هذين النوعين من الحدود، يحدث ذلك عموماً حين يقع تصادم زمني بين قاعدتين قانونيتين، مما يستلزم وضع حد فاصل بينهما، حتى تستقيم هيمنة قاعدة أو أخرى. مما يستلزم حصول تغييرات، تغييرات تطل جانبيين مختلفين.

34 Savigny, Friedrich Carl von (1779-1861). Traité de droit romain, tome 1, gallica, BnF.fr, 1860, p8.

35 نفسه، ص 9

36 نفسه، ص 10

بداية، وفيما يتعلق بقاعدة القانون، فالحالة الأكثر بساطة هي تلك التي يعمد فيها المشرع إلى تغيير القاعدة التي كانت سائدة بأخرى جديدة، وبذلك يخلق قانوناً موضوعياً جديداً.

من جهة ثانية، من حيث العلاقة بالقانون، فحين تستمر القاعدة هي نفسها، بينما يطال شروط الواقعة القانونية تغييرات، مثلاً القدرة على الفعل، والتي ينظمها القانون حسب محل سكنى الرجل، فإذا غير الرجل محل سكنه يطرح السؤال، هل يقتضي الأمر أن تتغير العلاقة القانونية، بالتالي يطرح السؤال هل إمكانية الفعل متعلقة بالقانون الجديد أو القديم<sup>37</sup>.

هكذا لا يمكننا أن ننكر، أن هذا النمط من التغيير، بما هو تجسيد لواقع التصادم بين قاعدتين ينتمي في نفس الآن لنمط التصادم الزمني والتصادم المحلي.

هكذا، يعالج سافيني مستهل الفصل الأول من الجزء الأول من المؤلف أول عنصر في علاقة التصادم هذه، والذي يطال الشخص نفسه من حيث تحديداته الزمانية والمكانية ومكتسباته القانونية، وليبيان طبيعة هذه العلاقة ينطلق سافيني من التوضيح الذي يقدم به فصله هذا، حيث يقول: إن كل قانون يظهر بداية كأنه سلطة تنتمي للشخص، من هذا المنظور البدء والأول علينا أن نعتبر العلاقة القانونية نوعاً من الخصائص التي تلحق الشخص<sup>38</sup>. بالتالي، فالسؤال يمكن أن يصبح كالاتي: من هم الأشخاص الذين تسري عليهم هيمنة القاعدة القانونية المعطاة؟ أو بعبارة معاكسة، لأية قواعد قانونية يخضع شخص بعينه؟ وفي سياق الجواب، يستأنف سافيني طرح أسئلة التشخيص هذه بالقول إن السؤال قد طرح بطريقة خاطئة؛ بمعنى أن هناك خطأ وخطأ في كيفية تصور العلاقة منذ المنطلق.

في مجال الحقوق المكتسبة ينزع الشخص نحو الأشياء التي تضمنها حقوقه، والتي توجد خارجه، ومن خلال النزوع تنتج إمكانية أن يخرط الشخص ضمن مجال قاعدة القانون التي كانت تعد غريبة بالنسبة له في البدء. لكن هذه الإمكانية تتخذ بعداً آخر حين تكشف الطبيعة الخاصة لهذه الحقوق المكتسبة، من بين هذه الأشياء يتموقع أولاً الأشخاص الأعراب الذين يخضع كل منهم لقانون مختلف؛ هكذا، وبما أن الأشخاص الذين يدخلون في علاقات قانونية يمكنهم أن يخضعوا لنفس القانون كما يمكن أن يكونوا خاضعين لقوانين مختلفة، فإننا بذلك نجدنا أمام مصدر جديد من التصادم بين القواعد والعلاقات التي تنظمها. إلقاء نظرة على موضوعات قواعد القانون كاف كي نستشف كم التصادمات القائمة في مجال قواعد القوانين الوضعية المختلفة. من ثمة يمكن لقواعد القانون أن تتعلق بالموضوعات، كالاتي:

37 نفسه، ص 11

38 نفس المرجع، ص 14

الأشخاص في حد ذاتهم بما لهم من قدرات قانونية تحدد قدرتهم على التصرف، أو الشروط التي من خلالها يكسب أو يمتلك الأشخاص الحقوق، وأثر العلاقات القانونية في تحديد حقوقهم؛ الحق في أشياء محددة؛ الالتزامات؛ الحق في تراث كامل بوصفه وحدة مثالية وذا امتداد غير محدود (الحق في الوراثة)؛ قانون الأسرة.

الخلاصة، من خلال هذا الفهرس نتوصل أن الموضوع المباشر والآني المتناول من طرف قواعد القانون هو الشخص نفسه. وتحديد الشخص في وجوده العام، بوصفه موضوع كل القوانين، ثم بعد ذلك، الشخص من خلال أفعاله الحرة، وفي غالب الحالات يشكل الشخص العلاقات القانونية أو يساهم في تشكيلها.

وفي سياق سعي الشخص إلى الهيمنة على الأشياء، يعمل على احتلال المساحة الخاصة بها، مما يعرضه للخضوع لقوانين غريبة عنه وعن طبيعته. وبنفس الشاكلة وبواسطة الإلزامات يريد الشخص التحكم في سلوكيات الغير، أو إخضاع إرادته الخاصة لإرادة أجنبية عنه.

بالنظر إلى هذه الاعتبارات ينتج، وبالنظر لكل حالة معطاة، أن القاعدة المطبقة مخصصة مبدئياً لإخضاع الشخص المتعلق بها لهيمنة قانون محدد، لكن من جهة أخرى يمكن أن تصدر التغييرات الأكثر أهمية وتنوعاً عن العلاقات لا عن الأشياء، عن أفعال أو روابط عائلية تتأسس على قوانين وضعية أخرى. بالتالي علينا النظر في العلل التي تجعل الشخص خاضعاً لهيمنة قانون وضعي معين<sup>39</sup>.

## ثانيا- الجدل التاريخي والمذهبي في الدراسة القانونية<sup>40</sup>

في سياق البحث والنظر في طبيعة العلاقة القائمة بين مكونات أية نظرية في القانون، سواء نظرية أصولية؛ أي متعلقة بالقواعد المعيارية بما هي أسس، أو بالتشريعات الفرعية المتعلقة بالجانب التطبيقي للقانون، فإننا نصادف بعدا حاضرا بقوة، سواء بشكل مضمّر أو صريح، وهو البعد المذهبي الذي قد يصطبغ أحيانا بصبغة دينية تيولوجية، وأحيانا بصبغة إيديولوجية قومية أو سياسية أو غيرها، وأحيانا أخرى بصبغة فلسفية تربط التشريع بالغائية الوجودية ونظرية الطبيعة.

من هنا، فإن هذه الدراسة تعرض نظرية في المذهب، لكنها لا تقترح نسقا تفسيريا لنشاط فقهاء القانون، يتعلق الأمر ببساطة بالبحث عن نموذج الخطاب الذي يستخدمه الفقهاء في مجموع نشاطهم التشريعي وضمن أي حدود يتمكنون من ذلك. يتعلق الأمر بمساءلة هذا الخطاب التي يتضمن «تأويلا غير رسمي» والذي يعبر عن «المعرفة القانونية».

39 نفسه، ص 16.

40 Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat: Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999



إذا كانت عوائق فهم نشاط الخطاب المذهبي كبيرة، وكانت صعوبة شرح العمل لا نهائية، فإن مقارنة الخطاب المذهبي من خلال التعبير عن رغبة توحيد تسمح ببيان كيف أن مكانة المذهب صعبة الفهم في تراتبية المصادر أو المؤسسات على اعتبار استحالة وجود بنية خطاب قانوني تشريعي دون وحدة لاحمة يمثلها المذهب. نصل إلى هذه المسلمة بما هي نتيجة ملاحظة كون المذهب ينتج مفاهيم تفسيرية والتي تقيم فيها توصيفات سياسية، إضافة إلى المفاهيم التي توافق مجموعات صناعية أثناء عملية وصف حالة القانون، وأيضا تمكن من تحقيق مهمة التعليل والشرعنة حين يفتح المذهب على تعريف المفاهيم القانونية، على خلاصات القانون والقرارات وعلى منطوق/مقرر الأنظمة القانونية، وعلى تحديدات القواعد لكن أيضا على الاكتشافات غير المتسقة والمتناقضات، على الثغرات، وعموما على الصعوبات. إن المذهب بهذه الشاكلة يساهم في تطور الأسئلة التي لأجلها يقترح حلولاً بشكل عام، بذلك يمكن القول إن الخطاب المذهبي يقود المعرفة القانونية، فهو عبارة عن مجموعة من المنطوقات المعيارية المنتجة تحت إملاء القانون أو فقه القانون وذلك جوابا عن الأسئلة المطروحة. إنها تخلق المفاهيم، كما تشهد على اندثارها، كما أنها تهتم بالبعض وتغفل البعض الآخر.

يتحمل المذهب بما هو مجموع آراء مؤلفيه وضعية صعبة في مواجهة هذه الأسئلة المطروحة. هذه الأسئلة التي تخيف، خصوصا حين تظل دون أجوبة، أو تحتمل أجوبة متعددة. إنها تحيل على الخوف والشك، الخوف من الغموض وأخيرا الخوف من الجهل، يدين الخطاب المذهبي معيقات ولا ضمانات المذهب، يحاكم أولئك الذين يفترض معالجتهم والمشاركة في تقديم علاجات مفهومية، بهذا فالمشكل يكمن في كون المذهب لا يتوفر على سلطة معيارية تتمكن على الأقل من فرض وصفاتها عبر تغيير الطريقة التي تتمثل بها السلطة تطبيق دورها الخاص. لهذا يفترض كل تصور مذهبي، أو يفرض مفهوما مساوقا هو فرضية «اكتمال النسق، أو كمالية النسق»، وهي الفرضية التي تبيح استعمال الأقيسة واعتماد تعليلات الأحكام السابقة بوصفها شاهدا. هكذا، يمكن المذهب القضاة أيضا أو المشرع من مفاهيم «خام»، وشعارات، ومواقع مشتركة، بل أيضا من مبادئ هذه العمومية أو الحالة الأولية الهيولانية هي التي وبسبب عموميتها المبالغة تسمح بتحقيق وحدة المعرفة القانونية. إجمالاً، يعمل المذهب على عقننة مجموع كل ما سبق بعديا ويقرر وحدة وتناسق القانون الماضي بغرض التنبؤ بالقانون المقبل<sup>41</sup>.

إن أي عمل يتناول الاستعمال المذهبي للمفاهيم، لا بد أن يتوقف عند خصائص الوحدة والدوام التي ترتبط بعملية بناء المفاهيم هذه واستعمالها، إذ سيكون من الهام تبين وبيان، وعبر التحليل السياقي لعملية البناء هذه، مدى ازدواجية الخطاب المذهبي، ويمكنه بالتالي الانخراط في تشكيل نظرية في الخطاب المذهبي كما يفعل ذلك الباحث اللساني، المنطقي أو الفيلسوف؛ بمعنى أن هناك إقراراً بأن المذهب في مجال النظرية القانونية لا يكتفي بتقديم التغطية الغائية للمفاهيم والقواعد والروابط، بل يساهم من خلال استعماله

41 Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat: Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999, p 67/

لها إلى إعادة بنائها مفهوما، بل وإلباسها دلالات جديدة مرتبطة بالتحويلات التي تطال السياق، كل هذا تحت حماية إيديولوجيا: الوحدة والاستدامة.

ما يترتب عن النتائج السابقة، وانطلاقا من تحليل كيفية استعمال الحجج والمفاهيم التي تقود إلى فكرة كون القانون معرفة قادرة على ضمان استدامة تعكس وحدتها عبر تقديم أجوبة وحيدة ومتطابقة عن الأسئلة التي يطرح الفقهاء، نقف هنا على وضعية مزدوجة مرتبطة بالغاية التي لأجلها يوجد «المذهب» مساوقا للنظرية القانونية، وهي بيان كون الخطاب المذهبي، بسبب مواضعه المشتركة ومعايير الأكاديمية، يدعو القارئ إلى قبول فكرة **الحل الوحيد الكافي** لكل سؤال. ولأجل تبين أوضح لهذا المدعى، وبعيدا عن الصورة التي يقدم المذهب بها نفسه، ولأجل بيان كيف أن الخطاب المذهبي يساهم في بناء هذا الوهم، وبالتالي كيف يفترض أن يكون هذا الخطاب وصفا فقط، لكنه ينتهي إلى فرض مضمون للمنطوقات التشريعية<sup>42</sup> ويفرضه مضمونا وحيدا وأصيلا، سنعمد إلى تفكيك مكونات النظرية المذهبية.

## 1- الدراسة القانونية والجدل التاريخي

### - الفقيه - المشرع: Les jurislatoeurs<sup>43</sup>

المقصود بهذه التسمية هم منتجوا القانون، بالمعنى الدقيق والصارم للكلمة، حيث لا نعتبر هنا في التحديد سوى المشرع وفقه القانون، هذا الأخير يمتد ليشمل أيضا المنجز المعياري لسلطة التنفيذ والتطبيق، لكن وبشكل مرسل، نحدد أحدهما عبر الآخر؛ أي نعتبر أن المشرع هو فقه القانون أو العكس، رغم أن الأمر يتخذ صبغة مضمرة شخصية في حين يتحدد الثاني إضمارا بوصفه النتيجة المعرفية أو النظرية المستخلصة والموجهة في نفس الآن، لكن هذا لا يعني بتاتا اعتبار المذهب من بين السلطات التشريعية بالمعنى الصرف للكلمة. فالمشرع الفقيه يتوافق إذا مع المؤلف القانوني بالمعنى الذي يقدمه كيلسن. على الأقل فـ«الفقيه المشرع» يمكن أن يتوافق مع المؤلف غير-القانوني، حيث تتداخل المنطوقات، بطريقة أو أخرى، مع المعايير الوضعية. إن المؤلفين يشكلون «سلطة تشريعية» بالمعنى الواسع للكلمة، منذ اللحظة التي يشاركون فيها في تشكيل مضمون معياري وضعي. لكن بين مؤلفي المذهب والمشرعين حدود واهية جدا أحيانا [يبرز هذا المثال عند الأصوليين المسلمين حيث يتداخل المكون الكلامي بالمكون الأصولي في المذهب وينعكس في النظرية الأصولية والفقهية سواء بسواء]، حيث ينطلق اسم «المسار المذهبي» على السلطات التنفيذية، وعلى المنشورات، حيث تتجسد المواقف المتخذة من طرف القضاة الموجهة لشرح والتعليق عن الحل في محكمتهم.

42 نفسه، ص 8

43 قد يكون الأنسب في الترجمة اعتماد لفظ «الأصولي» مقابلا للفظة: Jurislatoeur.

بداية، يعمل المذهب على طرح الأسئلة في صيغة معقلنة، وبذلك يحدد ما القاعدة القابلة للتطبيق في حالة معينة، وما الخاصية التي يمكن إلحاقها بموضوع معين، وهي الأسئلة التي تطرح سواء على مستوى الفرضيات العملية، أو تلك الخيالية؛ في جميع الأحوال. إنها تعمل على إظهار النقص الذي يعترى الأجوبة الوضعية عبر إدانة غموضها ولا مناسبتها.

## 2- الدراسة القانونية والجدل المذهبي

### أ- الخطاب المذهبي وتجاوز الغموض

بداية يجب الفصل بين مستويات الدلالة المستعملة هنا، حيث يجب أن نميز المنطوق الغامض عن المنطوق المتعدد المعاني والدلالات؛ ذلك لأنها لا تختزل في المشكل المرتبط بمجموعة من المنطوقات الموحدة الدلالة، بل إنها خاصة ماهوية وضرورية ملازمة للخطاب القانوني المتمركز حول ذاته والذي يربط، بطريقة سواء كانت غير قابلة للتصريح، متناقضة، أو ممنوعة، مفاهيم يفترض أنها غير متسقة، فيكون دور المذهب إضفاء نوع من النسقية عليها نسقية غائية داخل المذهب لا خارجه. بالتالي تحدد الغموض هنا في كونها المشكلة المتعلقة بالمعنى المتعدد في تنوعه وفي إمكانه نفسه وغير القابل للاختزال.

إن ما يبدو لنا قطعياً، هو تنوع المضمون السيمنتيقي للمنطوق الغامض، مما يسمح بالتفكير في وجود أكثر من مضمون واحد مشكوك فيه، متعدد الدلالة ومتناقض. إن هذا «الغموض المدان» عبارة عن وعاء لنقل استدلال أو مسار عقلي يسمح من جهة بتقرير نفي لمصطلحات النقاش المفروضة قبلياً بغرض تأكيد الموجهات الوضعية لمنطوقات الأسئلة الممكن أن تنتج أجوبة مقنعة، موافقة، ومعقلنة أو متناقضة، والتي تستدعي إعادة تشكيل النقاش وعناصره من جهة أخرى. لهذا، حين يدين المذهب «غموض» منطوق قضائي، فإن خطابه يعمل كما لو كان كشافاً للتناقض؛ إنه يضمن ويفضل ثبات المصطلح استقراراً مفهوماً ظاهرياً، في حين يفرض طريقة مموهة للتحويل والتغيير. ثم بعد ذلك، يعمل المفهوم «الغامض» على استعادة وضوحه عبر وحدته وعبر عملية إعادة تعريف مستدامة لخصائصه ومعايير فيصير بذلك «يقيناً»<sup>44</sup>.

### ب- المذهب والأمان القانوني

إن محاولة تعريف «اليقين» في النظرية القانونية، يضعنا في صلب النقاش المذهبي، بل إن هذا النقاش يفرض بنا إلى تشبيك عدد من المفاهيم من مجالات متباعدة، فإذا كان مفهوم اليقين أصلاً يحيل على درجة من درجات الحقيقة، كما يحيل على مفهوم الشخص بما هو منبع ومأل اليقين، وهما معاً، الحقيقة والشخص، مناط العملية التشريعية في شق منها، من هنا يكون التحديد المذهبي المستند إلى نظرية القانون تحديداً ذا أبعاد خطيرة مضمرة وغير بارزة في تناقضاتها وصدامات مكوناتها.

44 نفسه، ص 10

بذلك، فإن الحديث عن حل «يقيني» بمعنى قطعي، وعن مفهوم «اليقين» يفترض فيهما أي «الحل واليقين» أن يحملا معا لموضوع التقاضي صفات اليقين والقدرة على التنبؤ؛ ذلك لأن تأويل قاعدة من طرف قاض سيكون مطابقا لمبدأ الأمان القضائي، إذا ما تمكنت موضوعات التقاضي من توقعه قبلها، بالتالي فإن الحل اليقين هو الحل المتوقع، سواء كان قد تم تثبيته أو كان لا يزال «مائعاً». وامتدادا لذلك، سيكون المفهوم «يقينا» إذا ما ساهم في الكشف عن حل «يقين». لكن الملاحظة تدفعنا إلى تبين أن الغموض يصل مداه الأقصى ليطل مفهوم «الأمان القضائي» نفسه، حيث يستدعي الأمر بيان ما هي الحاجة لـ«الأمان القضائي»، وماذا نفهم من حتمية «الأمان القضائي» أو مبدأ «الأمان القضائي»، أليست مجرد شعارات مستعملة بغرض تعليل وشرعنة، ليس الحلول المنصوصة، إنما الحل المقرر؟. مما يسمح لنا باستخلاص كون دوغما الحل الوحيد تنتج بالتالي عن هذه الطريقة في تأطير «الحل» أو الحكم أو القاعدة والمعيار. من ثمة، فإن إدانة الغموض السيمنتيقي لعبارة ما، أو النظر في تعدد دلالات منطوق ما، وعدم تحديد مفهوم ما أو لا مطابقته للواقع، كل هذه وضعيات تسمح فقط بموقعة الخطاب في إطار مهمة وصف هذه الصعوبات. لكن، وعبر ربط هذا التوصيف بخاصية الغياب غير المسموح بها لوحدة المفهوم أو توحيد الحل، فإنه يشكل حلا من بين الحلول الممكنة، بمعنى يتحول التوصيف من مجرد رصد للصعوبات إلى بناء الحلول أو تقديم نفسه بوصفه حلا. في حين لو أن هذا الاختيار كان قبلها، لوجب القول بأن دوغما الحل الوحيد ليست فقط مجرد خطابة إقصائية للحلول الممكنة لكنها سفسطة يتم من خلالها ادعاء اكتشاف الحل عبر استنباط انطلاقا من مبدأ عام يسمى «الأمان القضائي»، و«الثقة الشرعية» أو بطريقة أكثر عمومية تسمى بـ«التوافق أو الاتساق»، وهي سفسطة تخلق نوعا من الوهم كون الحل الموصوف مقدم من طرف النسق القانوني نفسه، وهو ما يؤكد كيلسن في قوله: «حسب المذهب التقليدي، حين يكون معنى المعيار مشكوكا فيه، فإن تأويلا وحيدا صحيحا ومنهجا علميا يسمح بتحديدده (أي التأويل) في كل حالة، مما سيجعل القانون نظاما ثابتا ينظم بطريقة غير ملتبسة سلوك الأشخاص وتحديد سلوك المحاكم وباقي الهياكل المكلفة بتطبيقه. وإذا لم يكن الأمر كذلك، فإن الأمن الاقتصادي سيضمن الأمن القانوني. ومثل هذه الفكرة مجرد وهم».

تفصي هذه الوضعية منظورا إليها من زاوية الوقائع المتغيرة والمتعددة إلى الإقرار بصعوبة صياغة وضعية القانون الوضعي. وفي مثل هذه الوضعية الملتبسة، فإن المذهب وإن كان يكشف عن تفضيل بعض الاختيارات والتوجهات وبذلك يتبنى مواقف بعينها، والتي وإن لم تكن مندمجة في بنية إيديولوجية عامة، إلا أنها إيديولوجيا ليست أبدا نتاج فعل مرتجل أو غير متوقع. فتحت غطاء الحياد العلمي، ينتج المذهب بهذه الكيفية توصيفاته وأوامره (مقتضياته). مما يجعل عملية موقعته (أي المذهب) ضمن نظرية شاملة للنظام القضائي صعبة جدا، وبالتالي فكل الخطابات التي تكتسي خصائص وأسلوب الخارج يمكن أن تكون خطابات توجيهية.

ولأجل إعادة الاعتبار لاستعمال المذهب لمفاهيم مرتبطة بالحل الوحيد، فإن الصعوبة الرئيسية التي تواجه هذا التوجه ذات طبيعة منهجية وناتجة عن الحضور المتساوق لمجموع المقاربات النظرية في خطابات المؤلفين المذهبيين، والتي تكون في الغالب بطريقة مبطنة. ولأجل معالجة هذه التعقيدات الإشكالية المتولدة عن حضور مكثف لمفاهيم ذات استعمالات متعددة الدلالة، من قبيل اختلاط مفاهيم الوحدة والتوحيد عبر الأمثلة، والتي تستثمر في تبرير تحقيق مفهوم الأمان (بما هو وضعية)، إضافة إلى ذلك هناك معضلة غموض الحلول المقدمة والرغبة في إيجاد مذهب يعالج هذا الغموض نفسه، من هنا، ولأجل تحقيق فهم سليم ما أمكن بهذه الوضعية يقتضي الأمر أن تكون قراءتنا ثنائية الأبعاد، فمن جهة قراءة متتالية (diachronique)، ومن جهة ثانية متزامنة (synchronique)<sup>45</sup>.

### ت- الدراسة الدياكرونية

من أجل دراسة ديالكرونية مفهوم الديمومة (الاستدامة) التي تستعمل في توضيح قيمة الوحدة، وهو الاستعمال ذو الطبيعة الوصفية أساسا، فإن الخطاب المذهبي يستبدل البحث عن الأمان القانوني بتثبيت اليقين. لكن تتالي (تتابع) المراحل المذهبية يؤدي إلى نوع من نشر تمثلات النظام القانوني الوضعي في شكل منثورات، والتي لا يمكن أن تكون مقدمة بطريقة خطية؛ لأن الأشخاص الذين يقومون بتشكيل المذهب ليسوا خاضعين لأنساق الفكر النسقي (monolithes)، من ثمة فالمخرجات المذهبية المتمثلة في الحلول المقترضة والمفروضة بوصفها حلولاً قطعية تتولد أثناء سيرورة الممارسة مما يجعلها تحقق تراكما هو ما جعلنا نسميه «مذهبا». من هنا، يفرض تاريخ المذهب على المؤرخ اتجاهين في البحث من خلال مضمون هذه التمثلات، فمن جهة تمثلات ناتجة عن التأثيرات المذهبية والنظرية بما هي محصلة النظر والتفكير في القضايا المطروحة والسعي إلى إيجاد حلول لها. ومن جهة ثانية تلك الخاصة بصورة المذهب عن نفسه؛ أي المرتبطة بالغائية المضمرة التي يتوخى المذهب تحقيقها والتي لا تنحو أن تكون تصورا إيديولوجيا. ومن خلال عملية الفرز هذه، الفرز والتمييز بين محطات الفكر المذهبية وغيرها، أصبح في الإمكان القول «إن تاريخ العلم اليوم لا يلتبس بتاريخ العلم في الماضي»، وإذا كانت هذه النتيجة صحيحة في المعارف العلمية حسب كانجيلهيم Canguilhem بخصوص البيولوجيا، فإنه قد يعتبر صحيحا أيضا في المعارف غير العلمية أو الشبه علمية (proto-scientifique) التي يعد القانون منها، على اعتبار أنها أيضا تستند إلى نفس الخطوات المنهجية مع مراعاة الفروق بين المباحث.

المثال الذي سنرصده هنا لأجل بيان مستويات وأشكال الحضور المذهبي بغرض تحليله هم المعلقون على القانون المدني الفرنسي، code civil، الذين ادعوا أن القرن التاسع عشر ليس يشكل قطيعة مع القرن السابق عليه من وجهة نظر الخطاب القانوني فيما يتعلق بالأسئلة التطبيقية؛ بمعنى أن هؤلاء يرفضون

القول بالقطيعة سالبين من قانون نابليون قيمته في بناء نظرية جديدة في القانون، نظرية تختلف مقوماتها عن سابقتها. هكذا، فإذا كانت القوانين النابوليونية قد حملت نوعاً من الوحدة الصورية كما عملت على إعادة تنظيم القانون الوضعي، فإن معاصريه (من النقاد) قد عايشوا هذا الأمر بوصفه نوعاً من القطيعة التي أعلنوا رفضهم تحققها، وبذلك لم يكن هؤلاء الكتاب الناقدون لهذا المشروع سوى خلف لمعلمهم. من هنا يتجلى أن التخندق المذهبي يضمن نوعاً من الحماية لحملة الفكر ضد كل تجديد ينأى عنهم.

والخطوة المنهجية المناسبة في مسار دراسة هذا التاريخ هي تجميع المؤلفين موضوع الدراسة في مدارس؛ وذلك بغية التركيز على لا تجانس عناصر المجموعة رغم تصنيفها ضمن توجه مذهبي واحد، هذا اللاتجانس الذي ينعكس في تنوع قناعاتها ومعارفها. هكذا سيكون التركيز على التقاطعات وفي انسجام مع المقاربات التي تتبع استمرارية القانون بوصفه هدفاً وغاية؛ أي إن تتبع التحولات التي تلحق صورة المذهب في الخطاب القانوني، ستمكنا من تبني وسائل المناولة الأركيولوجية التي تسمح برصد التتالي والتتابع، من حيث إنه منهج بنيوي ذو خصوصية في دراسة المسارات التاريخية، وبهذا الشكل تكون هذه الدراسة تتخذ ملمحاً شبه طبيعي<sup>46</sup>.

نتيجة لما سبق، فإن دراسة هذه النصوص المذهبية، المرتبطة بالأسئلة التطبيقية التي تتناولها، تسمح بإبراز التحولات التي تطال خصائص «الحل الوحيد». إنه خطاب يستند إلى قوة التقليد وتعليم الماضي، معبراً عن وحدة المعرفة عبر استدامة الحلول المفروضة، التي تتخذ صبغة الثبات والقطعية، والتي تخلي المكان باستمرار لخطاب يتسم بالاستدامة والذي لم يعد قادراً على ضمان هذه الاستمرارية عبر تثبيت الحلول، بل عبر احترام الأمان القضائي. يقودنا هذا إلى الاستنتاج الآتي:

يقدم الخطاب المذهبي اليوم «الحل الوحيد» بوصفه الحل المطابق لمبدأ «الأمان القانوني»، مما يسمح لنا باختزال العلاقة إلى اعتبار «الحل الوحيد» بمثابة «الحل الآمن» قانوناً من وجهة نظر مذهبية<sup>47</sup>.

### ث- الدراسة السانكرونية

إن الدراسة المتزامنة (synchronique) للحل الآمن ستبين تنوع هذا المفهوم وتغيره وارتباطه الثابت بالعبارة في بحث عن استدامة المعرفة القانونية، لكن من خلال مختلف مفاهيم «الحل الآمن» الذي ينشره المذهب، ك: الحل الثابت، الحل المكتسب / المتحقق، الحل الصحيح، أو المتوقع .. إذ لا يتعلق الأمر بتثبيت مضمون المعايير بالمعنى الحصري للكلمة، بل يتعلق بتثبيت يقين المساطر التي تحدد مضمون المنطوقات القانونية<sup>48</sup>.

46 نفسه، ص 12

47 نفسه، ص 13

48 نفسه، ص 13-14



بهذه الشاكلة يتخذ وصف «الحل الوحيد» وضعاً خاصاً. إن السعي إلى التعبير عن اليقينات المستقبلية بما هي متوقعة لا يتم إلا عبر جعل قضية «التوقع الضروري» في القانون القضية الأساس، على اعتبار أن المنجز المذهبي الوصفي قائم على فرضيات ومبادئ احتمالية. ومع ذلك، فإن الاستدلالات المذهبية التي تدعي استقرار الحلول الوحيدة والمتطابقة المتواطئة الدلالة، سواء عبر ملاحظة السوابق أو عبر الاستنباط، انطلاقاً من المبادئ العامة لا يمكنها بأية حال أن تستبدل البرهان التحليلي؛ لأن الفقهاء لا يمارسون القياس الصريح، بل «القياس المضمّر»، وبالتالي فإن خطاباتهم تمارس خطابة يحتل فيها «المُشْتَبِه» مكانة القانوني<sup>49</sup>.

### على سبيل الختم:

ختاماً لا يمكننا الجزم أننا قدمنا كل ما يجب من أجل توضيح هذا المنظور أكثر، حيث لا تزال العديد من وجهات النظر والرؤى لم يتم التطرق إليها، منها أطروحات Dworkin التي تشكل، حسب وجهة النظر المعروضة في هذا البحث، النسخة الأكثر اكتمالاً ودقة لـ دوغما الحل الوحيد<sup>50</sup>، والتي تحتاج وقفة خاصة لو تمت هنا، فإنها ستخرج هذا البحث عن حدوده المعقولة. كما أن الأمر يحتاج عرض بعض الأمثلة وبعض الحالات (الصعبة والسهلة على حد سواء) التي تطرق لها المعلقون المذهبيون من داخل بنية القانون الفرنسي؛ وذلك قصد الوقوف على المسافة الكامنة بين ما يعبر عنه الحجاج المذهبي وما يسكت عنه؛ لأن مثل هذا الجرد المذهبي للحالات يمكن من بيان أن الخطابة الهادفة إلى تحقيق الوحدة عبر تقنية فرض الحل الوحيد استجابة لغاية الأمان القانوني، تتحول في أحيان كثيرة إلى سفسطة غرضها وغايتها التبرير البعدي للحل بدل الإقناع بأساسه المتين.

مما يفضي إلى التساؤل حول قوة الخطاب المذهبي القادر على تغيير وضعية الأسئلة والقضايا، إما عبر إثرائها أو الحد منها، وهو الخطاب القادر أيضاً على نقل المشكلات أو الحسم في النقاشات، ومع أن المذهب لا يتوفر على سلطة معيارية، إلا أن خطابه مع ذلك قادر على دمج المنطوقات القانونية الوضعية ليترك بصمته واضحة على مضمون المنطوقات القانونية نفسها.

إضافة إلى أن استحضار التحليلات السياقية حول استخدام الحجج والمفاهيم، ستمكّننا من عناصر التفكير حول الطريقة التي ينظر من خلالها الخطاب المذهبي للمعرفة القانونية. إن هذه النظرة التي سنلقيها

49 ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. M. Dufour, Paris, Gallimard, 1998, [1355 a] ; v. F. Wolff, «Trois techniques de vérité dans la Grèce classique. Aristote et l'argumentation», *Argumentation et Rhétorique*, Hermès 15, CNRS, 1995, p.41.

50 R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1994 ; «La chaîne du droit», *Droit et société*, 1985, n°1, p.51 ; *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M.-J. Rossignol et F. Limare, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, Léviathan, 1995 ; *Une question de principe*, trad. Par A. Guillaín, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1996

على الخطاب المذهبي ستكون انطلاقاً من زاوية نظر خارجية، كما يدعو إلى ذلك هارت Hart، دون تجاهل الانتقادات التي من بينها الأطروحات التي تشكل موضوع المدرسة التحليلية<sup>51</sup>. بالتالي وختاماً لهذه المحطة من النظر، سنتوقف عند مفهوم البنية المفتوحة عند هارت بوصفها أحد الحلول الممكنة لهذه المعضلات المطروحة؛ إذ يقدم هارت فهماً خاصاً لحضور المذهب في النظرية القانونية من خلال هذا المفهوم «البنية المفتوحة»، وهي البنية التي تسمح بحسبه للمنطوقات اللسانية العامة الموسومة بالسلطة بأن تصبح المجال الذي تصاغ فيه القواعد، مع أنه يمكن أن لا تتمكن هذه المنطوقات من تقديم سوى حدود لسلوك غير يقيني، وبشكل تقريبي يمكننا النظر إليها بوصفها مجرد مثال للقياس الذي يعبر عن السلطة، بالتالي فإن الفكرة التي من خلالها يسمح الخطاب القاعدي برصد كل أشكال تبسيط الحالات المطبقة والمدركة بسهولة، تنهار من هذه الزاوية؛ مما يعني أن مفاهيم الافتراض والاستنتاج المستقاة من القياس لم تعد تحدد عصب الاستدلال المستعار لأجل تحديد السلوك المناسب تبنيه. وفي حال قمنا بتثبيت معنى قاعدة، حيث تمتلك مصطلحاتها العامة بالضرورة نفس المعنى في كل الوضعيات، حيث يكون القصد هو التطبيق، فإننا بذلك نضمن نوعاً من اليقين والتوقع مقابل الأحكام المسبقة العمياء التي يجب أن نقيمها فيما يتعلق بمجموعة من الوضعيات المستقبلية والتي نجهل تركيبها؛ بعبارة أبسط إن اعتماد هذه البنية المفتوحة قد يكون أحد المخارج الممكنة أمام نظرية الحل الوحيد التي تقيد المنظومة بالدوغما وتفصح المجال أمام هيمنة الخطاب المذهبي.

أما باستحضار المدرسة التحليلية والانتقادات التي صاحبها، فإن عدم اليقين (الشك) يشكل نوعاً ما المقابل لاستخدام اللغة العادية الطبيعية؛ بمعنى أن الشك ملازم لطبيعة اللغة المستخدمة، مما ينتج عنه بنية مفتوحة للخطاب، هذا الخطاب الذي يتخذ شكل «نسيج». فـ«البنية المفتوحة للخطاب» تسمح لنا بفهم دلالات المنطوقات المنتجة والمقدمة من طرف القضاة أو المشرعين، والتي لا يمكن اعتبارها قبلياً بوصفها متواطئة الدلالة. هكذا، سنصل مع هارت، وبعيدا عن التعدد الدلالي للمصطلحات المقدمة في النصوص القانونية، إلى أن هذه الأخيرة تتميز بتعدد امتداداتها وهو تعدد لا يمكن حصره قبلياً. كذلك، يجب أن تخضع المصطلحات والمفاهيم لتحليل سياقي، وبذلك ومن هذا المنظور، سيظهر أن النشاط التفسيري خارج نطاق القانون وتخصيصاً المذهبي، يخلق للقاضي إكراهات خطابية تحاول الحفاظ على استدلالها ضمن السياق، ومع ذلك يبقى القاضي حراً في عدم الخضوع لتلك السلطة التي تمت صياغتها بهذه الشاكلة.

بالتالي نخلص إلى إن أفعال المعرفة المذهبية تساهم في تعريف سياق التفسير القضائي، وبذلك سوف يكون في الإمكان تبنى وجهة النظر هذه حول التفسير رغم كل الانتقادات التي يتعرض لها هذا التوجه الفكري، خصوصاً مع الإقرار السائد بأن واقع العقلانية القانونية لا يزال يعاني أزمة.

51 Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé)*, Thèse de doctorat: Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999, p-p 14-15

## لائحة المراجع المعتمدة:

- 1) ARISTOTE, Rhétorique, trad. M. Dufour, Paris, Gallimard, 1998, [1355 a]; v. F. Wolff, «Trois techniques de vérité dans la Grèce classique. Aristote et l'argumentation», Argumentation et Rhétorique, Hermès 15, CNRS, 1995
- 2) R. DWORKIN, L'empire du droit, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1994; «La chaîne du droit», Droit et société, 1985, n°1, p.51; Prendre les droits au sérieux, trad. par M.-J. Rossignol et F. Limare, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, Léviathan, 1995 ; Une question de principe, trad. Par A. Guillain, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1996
- 3) C. Perelman, La logique Juridique nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999
- 4) Christian Atias, Épistémologie juridique, Paris, Dalloz, 2002
- 5) Friedrich Carl von Savigny, La Vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence, traduit par Alfred Dufour, Paris, PUF, 2006
- 6) Hans Kelsen, Théorie pure de droit, traduction française de la 2ème édition, par Charles EISEMANN. Paris 1962 DALLOZ.
- 7) Herausgegeben von; Jean-François Kervégan; und Heinz Mohnhaupt, «Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne», Drittes-deutsch-franzosisches Symposium, vom 16. bis 18. September 1999, in La Bussière / Dijon, 112\ Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2001
- 8) JULIEN BONNECASE, L'École de l'Exégèse, sa doctrine, ses méthodes, 2de édition, Paris (De Broccard) 1924
- 9) Michel BOUDOT, Le dogme de la solution unique (Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé), Thèse de doctorat: Droit Privé, Aix Marseille 3, 1999
- 10) Savigny, Friedrich Carl von (1779-1861). Traité de droit romain; traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, 1855-1860.
- 11) Savigny, Histoire du Droit romain au moyen âge, Vol. I, ch.2. 1839 .
- 12) Troplong, Raymond Théodore (1795-1869). De la Prescription, ou Commentaire du titre XX du livre III du Code civil, 1835. Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

MominounWithoutBorders



Mominoun



@ Mominoun\_sm



مؤمنون بلا حدود  
Mominoun Without Borders  
للدراسات والأبحاث  
www.mominoun.com

info@mominoun.com  
www.mominoun.com