مجلة الإحياء، المجلد: 20، العدد: 27، نوفمبر 2020، ص - ص: 483 – 516
الترقيم الدولي: 1112-4350 الترقيم الدولي الإلكتروني: 2588-2406

روح القانون: إشكالية المفهوم وجدلية التّوظيف

The spirit of law: the problematic concept and the dialectic of use

طالب الدكتوراه محيي الدين بن عبد العزيز[1] د/ فاطمة الزهراء وغلانت
كلية العلوم الإسلامية - باتنة1
مخبر العلوم الإسلامية في الجزائر
ourhghlentfatima@yahoo.fr m.benabdelaziz@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020/09/04 تاريخ القبول: 2020/10/20

الملخص:
تقوم هذه الدراسة على تحليل مصطلح "روح القانون"، والبحث في بعده الوظيفي في المعرفة القانونية؛ تمهيدا لفقه مضمونه وتحقيقًا لاكتمال نُضجه ورُسوخ دلالته، وهو طرحٌ يَتشوّف لإمكانية ترشيح المصطلح إلى التعميم حتى يختزل سائر ما يتّصلُ به من اصطلاحات، وفي المقام الثاني بعد تجاوز معضلة الاصطلاح يَتوجّهُ الاشتغال ببناءِ أسُسِه العلمية، وترسيخِ مناهجهِ الوظيفية، حتّى تستوعب أسئلة الواقع الموجود، وتنهض بالتّجديد القانوني المَنشود.
الكلمات المفتاحية: روح القانون؛ المقاصد؛ المفهوم؛ التوظيف.

Abstract:

The current study aims to investigate the analysis of the term "spirit of law", and explore its functional dimension in legal knowledge. Owing to achieving the completion of its maturity and establishing its significance, the researcher paved for the jurisprudence of its content. The study was conducted to aspiring the possibility of nominating the term"spirit of law" to generalization so that it can be reduced to all related terminology. The study also aims at structuring its scientific foundations and consolidating its functional methods, so that it could get around the queries of the existing reality, and could promote the desired legal renewal**.**
Key words: Spirit of law, Purpose, Concept, Usage.

1- المؤلف المرسل

مقدمة

عرف الفكر القانوني منذ عقود قلقا؛ شبيهًا بالإرهاصات الأولى لنشأة مقاصد الشريعة بعد أن لاحَتْ حاجة الفقه الإسلامي إلى التّغيير ومسايرة المستجدات، لكن بصورة مختلفة في المجال القانوني؛ للانفتاح الذي لم يصل بعد إلى لملمةٍ وتقعيدٍ وبلوغ الاستقلالية المنتظرة الكفيلة بتقديم أجوبة للإشكالات التي صاحبت سن وتطبيق القوانين.

تلك الأزمة التي حثت على تلقف فكرة "روح القانون" في الآونة الأخيرة من قبل الفلسفة القانونية الغربية تحديدا، بعد استنفاذ طاقة فلسفة الشكلية والواقعية، وبلوغ مداها في الإمداد وحل المشاكل التي تغيّرت متطلباتها، ورغم ذلك اكتفى الفقه بالتنظير اليسير للفكرة ولم يطرق بَعدُ مجال الاستثمار والتطبيق.

لا شك أنّ وضوح المصطلح يعتبر المدخل الأساسي لفهم العلوم، وبالرغم من أنّ مصطلح "روح القانون" مُتداول على الألسن في مختلف الكتابات، بل له حضور في دعاوى التجديد وصيحات إصلاح النظم القانونية، إلاّ أنّه في ذات الوقت لم يحظ بالتحديد الكافي؛ بحيث يتم تشغيله دون توجس أو احتمال التأويل للمعنى المراد، كونه له مدلول واسع يحتل مساحة كبيرة من المفاهيم القانونية.

ولتفصيل الموضوع نعتقد أنّ أزمة فكرة روح القانون يجب تناولها من جهتين:

أولا: عدم كفاية الاهتمام ببيان خفاء المعنى الاصطلاحي، وهذا ظاهر من النقص الذي يمكن وصفه بالفراغ البحثي في الشق المتعلق بالدرس الاصطلاحي، وهو ما يشمل الشطر الأول من العنوان: إشكالية المفهوم.

ثانيا: اضطراب الآراء حول العمل بالفكرة، من جهة تدافع المرجعيات حول التأصيل، والاعتراف بمشروعية تشغيل الفكرة في البحث القانوني والاجتهاد القضائي، و هذا الانشغال ينطبق على الشق الثاني من عنوان البحث: جدلية التوظيف.

الإشكالية: إذا أقررنا بمشروعية وأهمية الرّجوع إلى فكرة روح القانون، فإنّ النّاظر في المعلومات المُتاحة حول الموضوع يأْلف أسئلة تتوجهُ لدلالة المصطلح ذاته ومضمونه، وأخرى حول مدى توظيفه ومستوى قوته الاستيعابية في فهم النصوص وتطبيقها، ثم تنتهي للتساؤل حول قدرته على مواجهة عجز النصوص التشريعية عن تلبية ومسايرة حاجيات المجتمع .

أهمية الموضوع: لا يخفى أنّ النصوص لا تنعزل عن مرجعياتها؛ لأنّها منها تكتسب شرعيتها وتُعرف غاياتها، وهذه ميزة الفقه الإسلامي الذي عرف وثبة بعد مؤازرة المقاصد، التي نفذت إلى جوهر وروح الشريعة، وأمّا نُظم القانون فظلّت حتى عصرنا تنشدُ هذا التجديد وأداء وظيفتها في المجتمع، ولذلك جاء البحث عن المصطلح الذي برز حديثا في المجال القانوني والذي يُتوسّل منه جبر النقص، وتقصيد أحكام القانون.

ولأنّ المصطلح له معنًى رحبًا؛ فإنّه تنزل الحاجة إلى بسطه وبيان مُتعلّقاته، وامتداداته في الحقل المعرفي القانوني، وخاصة لعدم وجود بدائل كالحكمة والغاية والمقصد من التشريع، زيادة على فقدان المعيارية في تصحيح غايات القانون، وهو ما تمليه أيضا المحافظة على النظام التشريعي بتناغم أصوله بفروعه، وتوحيد مدارك النظر والاجتهاد في نصوصه.

الدراسات السابقة

- **الدراسات العربية**: لم أقف على دراسة وافية ولا بيان للمصطلح موضوع البحث، في الدراسات المكتوبة باللغة العربية عموما، باستثناء طائفة من كتب فلسفة القانون التي تقصّت النظريات القانونية باعتبارها رافدا فكريا للموضوع في بعض الفروع، وأهمها إفادة؛ كتاب فلسفة القانون والمنطق القانوني للدكتور فايز محمد حسين.

-**الدراسات الأجنبية**: في حدود ما بذل من جهد وقفنا في ثنايا بعض الدراسات على ما يلمح إلى مضمون الفكرة بمصطلحات مغايرة، وعرضها بصورة مجملة، وتوجد دراسات فلسفية عديدة تحوم حول روح القوانين وهي دراسات فلسفية مُفكّكة لم تمس الجانب التطبيقي؛ أذكر أهمها:

-Interpretaion, Ruth Sullivan Statutory Jurisprudence The Philosophy and Method of the Law, Edgar Bodenheimer

وقد نظمت البحث في مطلبين:

المطلب الأول: أزمة مصطلح روح القانون؛ دلالات وتأصيل.

المطلب الثاني: الاختلاف حول روح القانون من حيث طرق الكشف والتوظيف.

المطلب الأول: أزمة مصطلح روح القانون؛ دلالات وتأصيل

الفرع الأول: المعاني اللغوية للمصطلح

أولا- معاني الروح: قال ابن فارس:الراء والواو والحاء أصل كبير مطّرد، يدلّ على سعة وفسحة واطّراد. وأصل ذلك كله الرّيح[1].

الرُّوح (بالضمّ) النّفس. وفي التنزيل: ﴿وَيَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلرُّوحِۖ قُلِ ٱلرُّوحُ مِنۡ أَمۡرِ رَبِّي وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلۡعِلۡمِ إِلَّا قَلِيلٗا﴾ (الإسراء 85)، وتأويل الرّوح أنّه: ما به حياة الأنفس[2].

ثانيا: معاني القانون: القانون: كلمة يونانية (kanun) بمعنى العصا المستقيمة، ثم نُقل إلى الكلمة الكلية من حيث يستخرج بها أحكام جزئيات المحكوم عليه فيها. وتسمى تلك القضية أصلا وقاعدة[3]. وقيل: القانون أمر كلّي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها منه كقول النحاة : الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب[4].

ويستخدم هذا اللفظ لغة؛ بمعنى الناموس الطبيعي أو الفطرة التي فطر الله الأشياء عليها، ومن ذلك قانون الجاذبية في علم الفضاء، وقوانين تفاعل المواد في علم الكيمياء، وقانون العرض و الطلب في علم الاقتصاد[5].

الفرع الثاني: المعاني الاصطلاحية

أولا- الروح: الروح بالمعنى الشائع الذي يكون بأمرٍ من الله سبحانه، اختلفوا في تفسيره على أقوال كثيرة؛ قيل أنها بلغت المائة، ولكنهم اتفقوا على أن الروح معنى يحيى به الجسد[6] .

قال في الكليات: الروح هو الجوهر العلوي الذي قيل في شأنه ﴿وَيَسۡـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلرُّوحِۖ قُلِ ٱلرُّوحُ مِنۡ أَمۡرِ رَبِّي﴾ (الإسراء 85). والأرواح عندنا أجسام لطيفة غير مادية خلافا للفلاسفة، فإذا كان الروح غير مادي كان لطيفا نورانيا غير قابل للانحلال[7]. ساريا في الأعضاء للطافته، وكان حيا بالذات، لأنّه عالم

قادر على تحريك البدن ... فما دام الروح في البدن كان البدن بسببه حيّا يقظان وإن فارقه فالبدن ميّت[8]. فإنّ الحياة في البدن إنّما تبقى بشرط وجود الرّوح في النّفس[9]. وبالجملة يمكن الانتهاء إلى القول أنّه من المعاني التي يختص بها لفظ "الروح" بوضوح:

- جوهر الشيء.
- وما يتوقف عليه حياة الكائن.

والملاحظ أنّ المعنى المراد من الوضع الحديث للفظ "روح" الذي يرتبط بجوهر الشيء وغايته وحكمته، يحتاج إلى إدراج في لغة المعاجم، والى وصلٍ بين الاصطلاح ودلالته اللغوية، فقد استُعير لفظ "الروح" للتعبير عن لبّ الشيء، وعن المعنى العميق للألفاظ الذي يتجاوز الحروف، خاصة عند المتأخرين.

هذه أولى تجليّات الغموض بين الارتباط اللغوي والوضع والاستعمال الذي أُحدث على اللفظ، فمع بقاء المعنى اللغوي الأصلي المرتبط بالروح الإنساني الذي لا يعلم كنهه إلا الله سبحانه؛ شاع في الدراسات الحديثة المعنى الذي نحن بصدد تحليله مع عدم نفي وجود تقارب نسبي بينهما.

ثانيا- القانون**:** دون التفصيل في الاتجاهات المختلفة في تعريف القانون، والتي تتفرع بحسب الفلسفة التي تتبنّاها، فمنها من يربط تعريفه بالوسط الاجتماعي على اعتبار أنّ القانون حقيقة اجتماعية تستوحي صحتها ومصدرها من المجتمع. ومنها الاتجاه الذي يربط القانون بغايته وهي تحقيق العدالة على وجه الخصوص، كما يذهب اتجاه إلى الجمع بين مفهوم القانون والدولة بحكم أنها الجهة التي تصدر القانون.

ورغم هذه الاختلاف إلاّ أنّ الشائع أنّ القانون في الاستعمال يمثل مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في الجماعة، وتعمل السلطة العامة على تطبيق هذه القواعد من خلال توقيع الجزاء على من يخالفها [10].

وعرّفه العلامة السّنهوري بأنّه: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تُقسر الدولة النّاس على اتّباعها ولو بالقوّة عند الاقتضاء [11].

ويتّضح من خلال ذلك علاقة المعنى اللغوي للقانون الذي يفيد الاستقامة والمعنى الاصطلاحي؛ من حيث الثّبات والتّكرار، فقواعد القانون ثابتة في مدلولها وصياغتها واطّراد أحكامها كلّما وقعت حوادث تنطبق عليها.

وهذه المقدمة تقرّبنا من معنى القانون المراد والذي يرجع إلى معنيين:

- القانون بالمعنى العام: مجموعة القواعد التي تنظم علاقات النّاس في المجتمع.
- القانون بالمعنى الخاص: مجموعة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين[12].

الفرع الثالث: مفهوم روح القانون.

للاقتراب من المدلول الصحيح للمصطلح بناءً على التداول الجديد في الكتابات القانونية، يمكن الإفادة من بعض الفلسفات القانونية في إرساء المفهوم وتحديد المضمون، ولذلك نشير إلي جملة من المقدمات يتصدّرها رؤية الفقه القانوني لفكرة روح القانون كما يُفهم من خلال فلسفتها ضمنيا.

1- يذهب اتجاه إلى أنّ روح القانون هي إرادة المشرع الحقيقية ويتزعمه أنصار مدرسة الشرح على المتون، يقول الفقيه دوما (Domat): إنّ إرادة المشرع هي أساس القانون، فروح التشريع هي خير مرشد لنا ويتعين علينا أن نغلبها على عباراته بمعنى أنّنا لا نسلّم بكل النتائج المستنتجة من حرفية النصوص[13].

2- ويرى اتجاه آخر أنّ روح القانون هي حكمة التشريع، والتي تعني الغاية التي يُراد تحقيقها من وضع النص، والمقصود بذلك المصالح التي استهدف المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعت إليه، و يطلق الفقه على ذلك عبارة "روح التشريع"[14].

وعلى ذلك فإنّ القواعد القانونية تستمد مضمونها من المصالح الغالبة في المجتمع، ويمكن اعتبار غاية جلب المصالح ودرء المفاسد المصدر الفعلي للقاعدة القانونية، فإذا كانت مصلحة المالك توجب حماية خاصة لملكه، فإنّه تتقرّر مجموعة قواعد تحمي حق الانتفاع والاستعمال والتصرف، ويكون له الحق في رفع دعوى عدم التعرض، واسترداد الحيازة[15].

إنّ ربط روح القانون بالمصالح ودرء المفاسد يُحيلنا إلى نظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية، التي استقرت مفاهيمها، وأثمرت بحوثها إلى حد كبير، ومع وجود هذه الصلة يمكن الاعتماد على التقريب بين المفهومين مع تقديم مقاصد الشريعة لاكتمال تأصيلها على فكرة روح القانون، لأنّها في بداية تأسيسها.

ولذلك يغلب على الظنّ أن الاتجاه المصلحي هو الأولى بالترجيح كمضمون لروح القانون، وهذا ما يُؤيّده الفقه القانوني الذي يكاد يتفق على أنّ القانون ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق أهداف معينة، تختلف حسب السياسة التشريعية المنتهجة.

ومع تنوع تعريفات مقاصد الشريعة، وخاصة عند المتأخرين، فإنّه يظهر أن التعريف الذي يُعوّل عليه في تحصيل التقريب المراد لاصطلاح "روح القانون"، هو تعريف علال الفاسي الذي يحدّها بقوله: الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها[16].

هذا التعريف نحسبُه يستوعب إلى حد كبير الفراغ المفاهيمي لروح القانون، وذلك لعدة اعتبارات:

- أنّ مصطلح الغاية هو المتداول في الفقه القانوني، فيكون الأنسب للغة القانون، والأسهل للفهم وتقريب المعنى، فضلا عن توظيفه من قبل الكثير من المعاصرين في تعريف المقاصد.
- أنّ الغاية من وضع قواعد القانون هي القصد النهائي الذي يتشوّف المشرع (في الاصطلاح القانوني) إلى تحقيقه، وقد تتعلق بالمصالح الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الأخلاقية، وتهدف في النهاية إلى تعديل السلوك الإنساني ولا تكتفي بمجرد التجريد والعموم.
- أنّ عدم وضوح الغاية أحيانا لا يلغي جانب روح القانون، الذي يمكن الكشف عن فحواه بالوقوف على الأسرار المغمورة من وضع النص وهو مجال واسع للبحث، والجمع بين الغاية والأسرار في التعريف يستوعب جوانب مهمة في الكشف عن مقاصد القانون.

- يشير التعريف إلى المصدر الذي نحتكم إليه في اعتبار الغاية، وهو الشرع بالنسبة للمقاصد، ولا مانع من إلحاق القانون بأصوله، لأنّ عدم الإقرار بالمثل العليا والمبادئ الخالدة التي يعمل الإنسان على تحقيقها، لا يمكن الادعاء بغاية توصف بالخطأ والصواب، وإلاّ تختلف الغايات التي تسعى إليها الإنسانية، وتكون موضع تأويلات تخضع للعقيدة السياسية والاقتصادية التي تنتحلها كل أمّة.
- أنّ لفظ الغاية يشير إلى المقاصد العامة، وتَولّى لفظُ الأسرار الإشارة إلى المقاصد الخاصة، وهذا ما تفتقر إليه الكثير من التعريفات[17]، كما استغنى التعبير بالغاية والأسرار عن الكثير من التفصيلات التي يضطر إليها في التعريفات المتداولة.
- لم يتضمن التعريف ذكر المصالح المراد تحقيقها في العاجل والآجل كما هو نهج بعض المعاصرين، ولا يعاب –في رأينا- على التعريف لأنّه أمر مسلم به ولم توضع الشريعة إلاّ لمصالح العباد في الدارين.
- ونختم التبرير بسهولة وبساطة التعريف، الذي حُرّر من عالم درس أصول القانون، وخبر واقع الأمة في وقته، يقول رحمه الله: وقد أحببت أن يكون هذا الموضوع –يقصد كتاب مقاصد الشريعة- شاملا للتعريف بقسط من أصول تاريخ القانون، ووسائل تطوره، وكيف أن الشرائع الإنسانية كلّها كانت تقصد إلى العدل، فلمّا لم تبلغ مداه بحثتْ عنه خارج مصادرها التشريعية، بينما بقي الفقه الإسلامي يحقق العدالة والعدل بأصوله الذاتية نفسها[18].

ونصلُ بعد هذه المقدمات إلى صياغة تعريف روح القانون بالقول:

روح القانون: هو الغايةُ منه والأسرارُ التي صِيغَ كُلُّ نصٍّ لأجل تحقيقها.

ولا نجزم من تحرير هذا التعريف أنّه مُنتهى الاجتهاد، ولكن يلوح لنا أنّه يجمع بين بساطة اللفظ وكثافة المعنى، ويجيب عن الإشكالات التي قد تثار في علاقة القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية، من حيث الاتفاق والاختلاف لأنّه يسوغ توظيفه من الجهتين؛ دون أن نستبعد مسألة تقنين أحكام الفقه كنموذج مجلة الأحكام العدلية، فضلا عن اتحادهما في الأخذ بفقه المصلحة التي "احتاج إليها القائلون بها من فقهائنا، حين لم يجدوا دليلا شرعيا واضحا من الكتاب

والسنة والإجماع على جواز شيء أو عدم جوازه، وما لبثوا أن جعلوها معيارا من معايير الاستدلال، وأوشك بعضهم أن يُفرد لها أرحب مجال بين مصادر الشريعة، كأنّهم كانوا يُرْهصون للقوانين الحديثة التي اعتبرتها أساسا لكل تشريع، وليس مجرد مصدر من مصادر القانون[19].

ومن أبرز الأمثلة التي يذكرها الفقه في توظيف روح القانون لتفسير النصوص، اعتبار الليل ظرفا مشدّدا لجريمة السرقة، وهذا لأنّه يُسهّل ارتكاب هذه الجريمة في الظلام، والحكمة (روح القانون) تقتضي عدم تفسير لفظ الليل بمعناه الفلكي، بل يستوي المعنى ويطبق الحكم؛ كلّما تحقّقت هذه العلّة وهي الظلام سواء فلكيا أو بعامل آخر[20].

والروح القانونية يمكن أن تتفرع إلى نوعين :

- روح النص القانوني الواحد الذي يقابل المقصد الجزئي في علم مقاصد الشريعة.
- روح النسق القانوني الجامع لنصوص قانونية متعددة، وتقابل المقاصد العامة للشريعة الإسلامية.

وبتنوع هذه الروح كان للمشرع إرادتان، إرادة خاصة تتجلى من خلال النص القانوني الواحد والمخصوص، وإرادة عامة تظهر من مجموع النصوص القانونية المكونة للنسق القانوني العام بمختلف أبوابه.

ثمّ إنّ إلزام الفقيه أو القاضي بالعمل على الارتقاء من المنطوق إلى المقصود في تنزيله وتطبيقه للنصوص القانونية، يعود إلى تكليفه بالاجتهاد؛ للبحث والفحص النظريين عن هذا المقصود الذي أصّل وأسّس صوغ التشريع، تشريع النص القانوني الواحد أو تشريع النسق القانوني العام[21].

الفرع الرابع: بين مقاصد الشريعة و روح القانون

إن ما يربط روح القانون بمقاصد الشريعة الإسلامية هو البحث عن قيّم معيارية علوية حاكمة على التشريع فيهما، ولعلّ أهم ما يجب الالتفات إليه في علاقة المقاصد الشرعية بالقانون، أنّها تفتح أمامه مغاليق النصوص، فلا يصبح القانون معزولا في مدونات التشريع نفهمه بفهم ألفاظه؛ بل هو حركة دائبة يتّسع بها النص ويضيق، ولا يحضر ولا يغيب إلا لأسباب غائية، كذلك

لأنّ القانون إذا أخذ بألفاظه دون عِلَلِهِ ، فهو هيكل وشكل مجرد عن معنى الحياة.

لا يمكن مُضاهاة فقه مقاصد الشريعة الإسلامية بفكرة روح القانون، ولكن يُصرف البحث لتقريب الفكرة استنادا لقواعد المقاصد، تمهيدا لتقديم إجابات لما استشكله رجال القانون حول الموضوع، وقد تستفيد محاولات التأسيس والتأصيل من الفكر المقاصدي الذي بلغ النضج والاستقلالية خلافا لنظيره في مجال القانون، في سياق هذا النظر يقول العلامة عبد الله بن بية: إنّ المقاصد هي فلسفة التشريع الإسلامي لأنّها تقدم إجابة لثلاثة أسئلة أساسية تواجه كل تشريع:

السؤال الأول: ما مدى استجابة التشريع للقضايا البشرية المتجددة ، وهو ما سماه بعض القدماء بالقضايا اللامتناهية كابن رشد.

الثاني: ما مدى ملائمة التشريع للمصالح الإنسانية وضرورات الحياة؟

الثالث: ما هي المكانة الممنوحة للاجتهاد البشري المؤطر بالوحي الإلهي في الشريعة الإسلامية؟

فإذ كان عند الغربيين ما يسمى بروح القوانين وعلى ضوئها يفسّر القضاة والمحامون القوانين ويتأوّلُونها ؛ فإنّ فلسفة التشريع في الغرب قد لا تبدو شمولية مستوعبة للزمان والمكان إذا قيست بنظرية المقاصد في الشريعة الإسلامية[22].

وهذا القصور يُملي البحث في أسرار نظم القانون والمساهمة في تقصيد أحكامها، بل تنزل منزلة الضرورة على قدر أهمية القانون في المجتمعات المعاصرة في شتى المجالات، والناظر في آراء فلاسفة القانون يلوح له فوارق بين معالم مقاصد الشريعة وروح القانون وبينهما تفاوت من ناحيتين مهمتين:

أولا- من حيث الكليات: هناك خلاف وجدل كبير بين فلاسفة الغرب القانونيين حول مقاصد القانون، وهي الصعوبة الرئيسية التي واجهها الفكر القانوني في العصر الحديث، إذ لا يوجد اتفاق على كيفية تحديد مبادئ وكليات القانون. وكما اعترف البعض بأنّه لا يبدو أيّ حقيقةٍ أكثر وضوحاً في العالم

الحديث من مدى وعمق الخلاف الأخلاقي، وهو في كثير من الأحيان يؤول إلى الخلاف حول القضايا الأساسية للقانون[23].

هناك من الفقهاء من أعطى الأولوية للأمن العام وكان ذلك مذهب الشكليين، ومنهم من أكّد على العدل وهو مذهب المثاليين، ومنهم من أصرّ على قصد التقدم الاجتماعي و الازدهار وهو مذهب الاجتماعيين والواقعيين، وهذا الخلاف يعود إلى فكرة الغاية من القانون التي أخذت تتطور مع تطور الفكر الإنساني وتطور المجتمعات وانتقالها من مرحلة إلى أخرى، ففي مرحلة القوانين القديمة كانت الغاية الأساسية من القانون هي المحافظة على السكينة والسلم الاجتماع ، وفي العصور الرومانية تطورت الغاية حيث أضيفت غاية أخرى للقانون هي تحقيق العدل.

أما في عصور النهضة حيث طغت أفكار الحرية والمساواة، فقد اعتبرت أنّ غاية القانون هي تأكيد ذات الفرد وإثبات حريته ورفع جميع القيود التي تحد من حرية الإنسان ونشاطه، وفي مطلع القرن العشرين ومع تنامي الحركات الاجتماعية تمّ الاعتراف بغاية أخرى للقانون وهي تحقيق التقدم الاجتماعي.

أمّا المقاصد العامة للشريعة وهي الكليات الخمس المعروفة، فلم تعرف اختلافا، وكل ما قيل حول توسيعها يمكن إدراجه في ثناياها، فمقصد انتظام الأمة الذي تحدث عنه ابن عاشور يمكن تحققه إذا تحققت هذه الكليات الخمس، مع الإشارة أن النقاش لا يزال منصبًّا على مدى استيعاب هذه الكليات لجميع المقاصد، والقول أنّ باقي المقاصد يندرج تحتها كلام القدامى كاختلافهم في مقصد العرض بسبب اعتباره مندرجا تحت إحدى الكليات، وكذلك الأمر في المقاصد التي ذكرها بعض المعاصرين مثل الحرية والعدل والمساواة[24] .

وقد استشكل بعض المعاصرين إدراج الشاطبي مكارم الأخلاق ضمن التحسينيات[25]، مع أن قيّم الأخلاق أخذت حيّزا كبيرا من اهتمام فلاسفة القانون؛ ممّا يُثير الاستفهام عن رتبتها بين تقسيمات المقاصد، والظاهر أنّ الشاطبي لم يقصد بمكارم الأخلاق جميع الأخلاق، فالأمانة والصدق والوفاء

بالعهود من ضروريات الدين[26]، ويترتب على تخلفها تهارج وفساد كما وضّح الشاطبي في قسم الضروريات.

ومطابقة الكلام لما فصّله الشاطبي في الضروريات يبيّن أنّ المقصود ليس أصول الأخلاق، وإنّما تحسيناتها مثل الإيثار، والعفو عن المسيء، والجود والكرم وغيرها.

ثانيا- من حيث طرق الكشف: مسالك الكشف عن المقاصد في القانون مختلف -كما سيأتي التفصيل- وهي تعتمد في عمومها على العقل؛ خاصة عند أصحاب نظرية القانون الطبيعي وسائر المذاهب المثالية، إلا أنّ وصول العقل إلى الحق كشفا وتقديرا ليس متعلقا بمطلق الحركة العقلية، فهو لا يُضاهي الوحي في إصابته الحق حتما، بل هو رهين في مطابقة الحق لجملة من القيود تقيهِ الزّلل، لأنّ مدارك الإنسان محدودة وتقف عند حدود يعجز فيها العقل عن الفهم وإعمال النظر.

وقد تواضع العلماء على مسالك الكشف عن المقاصد واكتناه أسرار الشريعة تعصِمُ الاجتهاد من الزيغ، والتي تندرج في ضبط منهج الاستنباط؛ لأنّ الإحاطة بالمقاصد شرط المجتهد، وهذا تميّزٌ لا نجد له مقابل في القانون؛ يقول الفاسي: "الشريعة أحكام تنطوي على مقاصد، ومقاصد تنطوي على أحكام، وهي ليست من قبيل القانون الطبيعي الموضوع في الخليقة والذي يكتشفه الإنسان عن طريق الإلهام، غموض يكتشف غموضا، ولكنّها نظرٌ بالفعل في إطار أصول عامة" [27].

ويقول: "الشرع تكليف للإنسانية بأحكام لتهذيب النفس محددةٌ وليس من الضروري أن تكون متفقة مع نواميس الطبيعة أو مختلفة معها؛ فمن المحرمات كبعض الأطعمة لو عرضت على القانون الطبيعي أو العقل لما دلّ على تحريمها، ومع ذلك نهى عنها الشرع"[28].

الفرع الخامس: تأصيل فكرة روح القانون

يقتضي التوضيح لمنطلقات فكرة روح القانون؛ تحليل بعض المسائل التي نراها جديرة بالبحث، تأصيلا لمضمون فكرة القانون وإن لم يوظف

المصطلح ذاته من جهة، وذكر مواضع التصريح بالمصطلح من جهة أخرى نفيا لغربة دلالته أو اعتباره دخيلا في البحث القانوني.

أولا- فلسفة القانون: يُعرِّفها الفيلسوف روز ميني بأنّها: "الفلسفة التي تبثُّ الروح في القوانين الوضعية وعلم القانون"[29]. ونظرا لانشغال فلسفة القانون بمواضيع كبرى؛ فإنّ المفهوم الذي نرتضيه لفلسفة القانون هو: "الدراسة التي تتناول الأسس الأولية الكامنة فيما وراء الظاهرة القانونية، وتهدف إلى الوصول إلى قانون تتحقق فيه الغايات النهائية للإنسان، من خلال البحث عن طبيعة القانون ومنهجه والقيم القانونية"[30].

وإيرادنا لهذا التعريف لبيان أن المضمون المقصود لمصطلح روح القانون لا يخرج عن دراسة فلسفة القانون التي تبحث فيما وراء القانون، وما يحتويه من مبادئ كبرى يستمد منها القانون معناه، ودراسة فاعلية وصلاحية القاعدة القانونية في المجتمعات حتى تتحقق الغاية الأساسية للقانون.

ثانيا- مضمون القاعدة: يذهب أغلب الفقه إلى أن للقاعدة القانونية مصدر موضوعي؛ ويقصد به الحقائق الموضوعية التي تمثل جوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية، وهي قد تكون حقائق تاريخية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو سياسية، أو دينية وغيرها. ومصدر رسمي؛ وهو الذي يحدّد شكل القاعدة القانونية ويضفي عليها صفة الشرعية والإلزام[31]. ومن خلال المصدر الموضوعي يتضح الجوهر الذي يقوم عليه روح القانون، وهو يستمد أحكامه من قواعد العدالة و مبادئ القانون عند الكثير من الفقهاء.

تعتمد فكرة روح القانون على التدرج الموضوعي الذي يستند على موضوع القاعدة القانونية بغض النظر عن السلطة التي أصدرتها أو الإجراءات التي اتُّبعت في سنّها، وهذا النوع لا يُعمل به في تصنيف القواعد القانونية وغير معترف به في الفكر القانوني، مع أنَّ مضمون القاعدة قد يتعرض لقضايا مهمة في المجتمع لا تتساوى مع القاعدة التي تنظّم علاقات أفراد محدّدين، ومن أمثلة ذلك قواعد الدستور التي تنظم أسس نظام الحكم في الدولة.

من أسباب التمسك بروح القانون؛ ظهور أفكار معادية للشكلية (antiformalism) التي تقابل المصدر الموضوعي للقاعدة القانونية، وهي

طريقة تفسيرية تشجّع القاضي على مراعاة المصادر غير النّصية، مثل الغرض، والنية التشريعية، والسياسة العامة، ممّا يمنح المحاكم المزيد من السلطة التقديرية لمواجهة الحالات الجديدة، وإصدار الأحكام العادلة[32].

ثالثا- مبادئ القانون: كما يجد روح القانون مستنده في المبادئ العامة للقانون؛ وهي مبادئ غير مقننة يستنبطها القاضي من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقرّرها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة؛ وسمو هذه المبادئ يعود لكونها مستمدة من ضمير الجماعة والروح العامة للتشريع[33].

كما تتوسط المبادئ العامة للقانون بين الأفكار والأسس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية في شتى المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية وبين نظم القانون، وكل فهم للقانون لا يراعي هذا الربط يعتبر بعيدا عن روح القانون[34].

تعتبر المبادئ القانونية موجها للنظم القانونية، بحكم عموميتها وتجريدها، لما لها من تأثير على التفسير الصحيح للقانون، ومن أمثلتها: مبدأ حسن النية، مبدأ تحريم الغش، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ احترام حقوق الدفاع[35].

ونظرا لتلك الأهمية للمبادئ القانونية نجد غالبية الفقه القانوني الفرنسي المعاصر يُقرّ بأن للمبادئ القانونية قوة إلزامية تعلو مرتبة القانون الصادر عن السلطة التشريعية، و تصل إلى مرتبة الدستور ذاته باعتبارها المبادئ الكبرى التي تمثل الفلسفة السياسية للأمة، والتي يتأسّس عليها نظامها القانوني[36].

رابعا- القانون الطبيعي: وإذا عدنا إلى الحضارات القديمة نجد كذلك ما يؤسس للفكرة؛ فقد تطور على يد أرسطو نظرية القانون الطبيعي التي تأخذ به الكثير من التشريعات، منها القانون المدني الجزائري في المادة الأولى منه[37].

يرى أرسطو أنّه يجب على المشرع وهو يضع القوانين؛ الخضوع لمبادئ القانون الطبيعي الذي يعلو القانون الوضعي، بل هو المعبر عن العدل الذي يمثل جوهر القانون الطبيعي. وبما أن غاية القانون الوضعي هي العدل كما يمليه القانون الطبيعي، فإنّه إذا كانت القوانين تدعو للظلم فلا يكون واجبا

حينئذ طاعتها ولا تستحق الاحترام؛ لأنّها خالفت الطبيعة ومبادئ الفضيلة والأخلاق.

ويظهر من خلال الفرق بين القانون الطبيعي الذي أساسه العقل السليم والقانون الوضعي الذي أساسه إرادة الإنسان؛ ضرورة التكامل بينهما؛ أي أن تستوحي إرادة التشريع مقتضيات العدل وبثّها في القواعد التي تسّنها، وهي صميم فكرة روح القانون التي ترجع إلى مضمون الأسس التي تُبنى عليها التشريعات، وتكون مصاحبة لها في الصياغة والتطبيق .

ورغم البعد الزمني فلا تزال الأفكار التي قال بها أرسطو تُلقي بظلالها على الفكر القانوني حتى الآن، كفكرة نقص القانون، والتي تجبر بمبادئ روح القانون والإنصاف. وعلى ذلك لا تخلو مسيرة التطور القانوني من الفكرة الجوهرية التي نحن بصدد تحليلها؛ لأنّ القانون مرتبط بأغراضه ولا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق هذه الأغراض ويبقى الجوهر والذي يعبّر عنه بروح القانون مما يجب استيعابه لفهم أصول القانون على حقيقتها .

لقد ظلّ البحث عن المعيارية في القانون الوضعي عبر مختلف مراحل تطور الإنسانية، حتى انبعث القانون الطبيعي بعد الحرب العالمية الثانية من جديد، بعد ظهور الدكتاتورية الفاشية و النازية، والإنكار الصريح لبعض الأنظمة لكل المعايير الأخلاقية، لذلك أعيد مراجعة ما ميّز الفكر القانوني في تلك الحقبة من طاعة القانون وإنفاذه مهما كان محتواه وان كان مخالفا للأخلاق والقيم التي تؤمن بها البشرية [38].

والرجوع إلى القانون الطبيعي كلّما تأزم الوضع القانوني يعني أنّ للقانون خلفيات تعبّر عن روحه، وتسمو فوق رغبات الأشخاص وتقيّد إرادة المشرع ذاته كلما خالفت مبادئ العدل والحق، وهذه القيم والخلفيات والأغراض ممّا يُلّوح للأفكار التي يحتضنها مسمى روح القانون، وقد أضحى الفكر المنشود الذي يخرج الإنسانية من المأزق الحضاري، ويقدم الحلول لمعضلات العالم القانونية.

ولهذا نجد الكثير من الأنظمة شعرت بضرورة إصلاح صرامة القانون، وبث الروح التي تضفي عليه المرونة والقدرة على احتواء الصراعات الاجتماعية، وحماية المصالح الفردية.

خامسا- المصنفات: وفي مجال التأليف أُدرجت كلمة "روح" في عناوين الكثير من الكتب بالمعنى الذي سُقناه سابقا تأكيدا على المنحى الطارئ للاصطلاح، لكن لم تتعرض هذه المصنفات إلى التعريف بالمصطلح، ومن الثابت أنّها لم تقصد المعنى اللغوي البحت، وهو ما يعبر عنه مضمون هذه الكتب والتي ننتخب منها:

- روح المعاني في تفسير القرءان العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين أبي الثناء محمود بن عبد الله الآلوسي البغدادي.
- روح الحضارة الإسلامية، للشيخ محمد الفاضل بن محمد الطاهر بن الصادق عاشور.
- روح التشريع بين الإسلام والغرب: إضاءة للفكر السياسي في الربيع العربي، للدكتور عوض صلاح علي القوني.
- روح القانون الروماني لفون أهرنج

L'esprit Du Droit Romain Dans Les Diverses Phases De Son Développement- Rudolf Von Ihering.

- روح القوانين لبارون دي مونتسكيو؛ الفيلسوف السياسي الذي احتفل بكتابه "روح القوانين" لعام 1748، وقد يُعتقد أنّه روّج لنهج الروح القانونية، لكنّه لم يفعل - خلاف ما هو شائع- فهو تحدّث عن الاستبداد، كما تنبأ بالعدل في نظام الجمهوريات، التي يلزم دستورها إتباع نص القانون دون اللجوء إلى أسلوب الشرح، لأنّه -كما يرى- يؤدي إلى التحامل على حقوق المواطن وممتلكاته[39].

المطلب الثاني الاختلاف حول روح القانون من حيث طرق الكشف والتوظيف

الفرع الأول: الكشف عن الغرض (المقصد)

الغرض هو القيم، والأهداف والمصالح والسياسات التي تم تصميم النص لتحقيقها، إنها الوظيفة التي تم تصميم النص لتحقيقها[40]. و يمكن تحديد غرض تشريعي إما بصورة مباشرة عبر أدلة تشير إلى أوصاف صريحة للأغراض

التي تم لفت الانتباه إليها من طرف الهيئة التشريعية، أو بطريقة غير مباشرة بعد سبر الأدلة واستنتاج الغرض الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه، ولا نألف الكلام عن هذه الطرق بشكل مفصل وفق تقسيم منهجي يضع كل مسلك على حدة، وإنّما هو اجتهاد خاص في الترتيب والضم للحديث من خلال رصد كلام الشّراح والفقهاء مساهمةً في التأسيس العلمي والمفاهيمي للمصطلح موضوع الدراسة. ويبقى الجدل قائما حول تكاملها وترتيبها من حيث الأهمية، وهو ما يشكل شطرا من الغموض الذي يُطرح للبحث، ومن جهة أخرى يلوح التساؤل عن مدى إعمالها في الاجتهاد الفقهي والقضائي، وتفعيل دورها في فهم النصوص بناءً على مقاصدها؟

أولا- المصادر الصريحة المبينة للغرض: وتوجد أكثر بيانات الغرض في الأحكام المنصوص عليها في متن القوانين أو اللوائح وفي بعض الأحيان في الديباجة التي تتصدر التشريعات. وعادة ما تدرج بيانات الغرض عند سرد الأهداف الرئيسية التي يُراد للتشريع تحقيقها، كما تُقرّر صراحة المادة الأولى من قانون رقم 04-18 مؤرخ في: 13 ذي القعدة عام 1425 الموافق 25 ديسمبر سنة 2004، يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها بقولها: "يهدف هذا القانون إلى الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها".

وأحيانا تعرض المقدمات الحقائق أو الاعتبارات التي أدّت إلى سن التشريع، ويبقى على القاضي أو المفسر أن يستنتج الغرض المقصود من وضع التشريع اعتمادا على المقدمة التي تعتبر مصدرا صريحا أيضا سيق للتوضيح. والكشف عن الغرض في هذه الحالة يتحصّل بالاجتهاد، لاشتباه المقدمات ببيانات الغرض التي تحدد مباشرة المبادئ أو الأهداف الحاكمة التي يتعيّن تحقيقها[41].

ثانيا- الغرض المستنبط من النص: وفي معظم الأحيان، يتم تحديد الغرض من التشريع بمجرد قراءة كلمات التشريع، وحالات أخرى يتم التركيز فيها على الحكم الذي يتم تفسيره، وقراءته في سياق الحس السليم للمفسر وكذلك معرفته الفردية وقيّمه ومعتقداته. ويعتمد المفسرون على هذه المواد السياقية،

لتخمين الآثار التي من المرجح أن تنتج بعد تشغيل التشريع والتي يفترض أن تكون الأهداف المرجوة من التشريع[42].

وعلى الرغم من أنّه يمكن الاستدلال على الغرض من قراءة النص الذي يُفسَّر بمعزل عن غيره، فمن المفيد أيضا النظر في دور النص في سياق النظام التشريعي الذي هو جزء منه، ويستتبع ذلك تحليل علاقته النصوص الأخرى الواردة في التشريعات ذات الصلة. وقد يكون هناك موضوع مشترك يمرّ عبر سلسلة من النصوص، ممّا يوحي بهدف أو انشغال مشترك يؤدي النص وظيفته (الغرض) بطريقة مشتركة[43].

ثالثا- الغرض المستنتج من الضرر المراد دفعه: كل قانون جديد أو تعديل يجب أن يُفهم كمحاولة لحل مشكلة، وقمع الشر، أو لعدم كفاية القانون القائم، ويفهم هذا الغرض من خلال السياقات القانونية والخارجية الموجودة في وقت التشريع، وكذلك الأحكام التي اعتمدتها السلطة التشريعية في مواجهة الأضرار أو المشاكل التي كانت دافعا لاستجابة المشرع بوضع الحلول[44].

فالقانون الذي يمنع المركبات في الحديقة، يثير بعض الاحتمالات؛ لأنّ المركبة لفظ مشترك، ومن معانيه؛ أنّه ينطبق على السيارات والحافلات. ولكن هل ينطبق أيضا على الدراجات النارية؟. لذلك ينبغي تعريف "المركبة" على نطاق واسع لتشمل أي وسيلة من وسائل النقل، أو أن تشمل على نطاق ضيق بعض وسائل النقل مثل التي تحدث الكثير من الضوضاء؟.

والمُعين على تحديد التفسير المقصود هو الغرض من النص، فإذا كان الهدف الوحيد من حظر المركبات في الحديقة هو تقليل أبخرة المحرك ، فيجب رفض التعريف الواسع باعتباره مفرطًا في الشمول لأنه سيجعل الحظر قابلا للتطبيق على المركبات مثل الدراجات والعربات دون محرك مع أنّها غير مؤذية ولا علاقة لها بالغرض. على العكس من ذلك؛ إذا لم يكن للحديقة طرق مسار وكان الغرض من ذلك هو حماية العشب وضمان سلامة المتنزهين، فيجب رفض التعريفات الضيّقة باعتبارها غير شاملة، ومن شأن ذلك أن يشمل الحظر العربات الهوائية لأنها قادرة على إفساد العشب فتكون مرتبطة بالغرض[45].

وعلى ذلك فإنّ الحفاظ على السلامة والهدوء في الحديقة غرض مستنبط من الضرر المتوقع من تشريع نص المنع، ويكون التفسير الصحيح الذي يستبعد كل مركبة تسبب الإزعاج مهما كان نوعها.

رابعا- تحليل السياسة التشريعية: وتعتمد على معرفة النيّة التشريعية، التي يمكن كشفها من خلال التعبير عن القيم والسياسات بطرق مختلفة، وهناك قدر كبير من التداخل بينها، فعلى سبيل المثال، فإن احترام حقوق الملكية الخاصة مكرس في جميع القوانين وهذا ينعكس على فروع القانون ولا تنفصل السياسة التشريعية على إحاطة هذا الحق بوسائل قانونية متعددة.

و تحليل السياسات ينطلق من القيم الأساسية في المجتمع التي تكتسي تفضيلا من قبل المشرع وهو يسهر على تكريسها في التشريعات، حتى تصبح تشكّل جزءا من الثقافة القانونية التي يشترك فيها الجميع، ويفترض على النحو المناسب أن المشرع يضعها في الاعتبار عندما يسن قواعد القانون، وتكتسي أهمية بعد ذلك في الفهم والتطبيق، إذ لا يكون معنى النص معزولا عن الاتجاهات التشريعية العامة[46].

يتم انتخاب السلطة التشريعية من قبل الشعب لحماية المصلحة العامة، والمحافظة على ثوابت المجتمع، وهذا يعني أنها تلتزم التصرف بنزاهة وعدالة في جميع الظروف، ويجب تبعا لذلك تفسير الكلمات المستخدمة في تشريعات الهيئة بناء على هذه الفرضية؛ هذه هي النيّة الحقيقية للسلطة التشريعية التي تمتد لتشمل المعنى الأكثر معقولية بناء على ما يتم استخراجه من غرض مطلوب تحقيقه من قبل القانون[47].

خامسا- الأعمال التحضيرية والسوابق التاريخية: الأعمال التحضيرية هي مجموعة التقارير والمذكرات والمناقشات التي سبقت أو اقترنت بوضع التشريع، ويندرج فيها أعمال اللجان التي وُكّل إليها دراسة مشاريع القوانين.

وتعدّ الأعمال التحضيرية طريقا للكشف عن غرض المشرع، مع ضرورة الاحتراز من الانسياق وراء ما تتضمنه من أراء شخصية للمشتركين في وضع التشريع قد تكون بعيدة عن إرادة المشرع[48].

أمّا السوابق التاريخية والتي يطلق عليها أحيانا "المصادر التاريخية"، وهو مصطلح غير دقيق ، فهي تعبّر عن حالة القانون في الوقت الذي تم فيه وضع التشريع، ومعرفة حالة القانون هذه؛ لها أهمية كبيرة عندما لا يستحدث المشرع أحكاما جديدة، بل يقتصر على الأحكام القائمة، ويمكن الاستعانة في تفسير القانون الجديد بكل ما كان مقررا في القانون القديم من تفسيرات فقهية أو قضائية(49).

سادسا- الخلفية الاجتماعية: وهي مسلك أقرب إلى الفطرة السليمة، الذي يَستحسنُ ما يوافق الفطرة الإنسانية أو يَستهجنُ ما يُخالفها، ففي غياب أي دليل على اكتشاف الغرض؛ فإن اعتقال ضابط شرطة بتهمة "حيازة المخدرات" بعد أن يكون قد ضبط للتو البضائع المهربة يبدو ببساطة غير عقلاني أو سخيف. وهكذا، فإن بعض الافتراضات واضحة وقد لا يفكر فيها بوعي، بل هي أجزاء لا شعورية من معتقداتنا العامة حول العالم الذي يطوقنا.

الافتراضات الضمنية أو القواعد الفطرية، التي نعتبرها واضحة على غرار الطريقة التي نفهم بها الأشياء اعتمادا على رؤيتنا للعالم، هي أجزاء لا شعورية من معتقداتنا الدينية والاجتماعية والنظرة العامة حول العالم. هذا ما يسميه البعض بـ: "الخلفية" و يبدو أن المصطلح الدارج لهذا المعنى هو: "الفطرة السليمة"(50).

الفرع الثاني: تزاحم المرجعيات وأثره على توظيف روح القانون

لقد زاد الاهتمام بغائية القانون بعد استفحال مذهب الشكلية القانونية وما صاحبها من آثار سلبية على القانون، وظهرت بوادر الاتجاه إلى البحث عن المقاصد الاجتماعية للقانون، وبدأ الشعور أكثر بوجود علاقة مهمة بين القانون والواقع الاجتماعي.

ولاستيعاب هذا المطلب يحسن الرجوع إلى المراحل التاريخية لهذه الفكرة التي لم تكن معروفة بهذا الاسم، ولكن يظهر بعد النظر أنّ الفلسفة القانونية منذ القدم تناولت ما يعبر عن الفكرة ضمنيا. ويتم عرضها حسب الترتيب الزماني مع استبعاد تلك النظريات الشكلية والوضعية التي تنكر الفكرة وتعتمد على تقديس النص.

أولا- روح القانون في الفلسفة الإغريقية والرومانية: تميّزت فلسفة القانون لدى الإغريق بفكرة القانون الطبيعي الذي يمثل مجموعة القواعد الثابتة والخالدة التي تعبر عن المثل العليا في الكون ويتم اكتشافها عن طريق العقل. وكان الغرض من ذلك الحد من سلطان القوانين الوضعية التي يصدرها الحكام، ومنحت لقواعد القانون الطبيعي الهيمنة، واعتبارها المعيار الذي يُقاس به كمال القانون الوضعي، هذا من حيث العموم أما من حيث المضمون فهو مختلف بينهم فعند أرسطو مثلا القانون الطبيعي مرادف للعدل، وكذلك من حيث المصدر فقد اختلفوا بين الإله والطبيعة والعقل كمصادر للقانون الطبيعي[51].

كان اهتمام الفلاسفة الرومان حول الحد من مشكلة القانون الوضعي الظالم، باللجوء إلى افتراض قانون أسمى وعادل يستعين به المشرع في سن القوانين، ويكون موردا للقاضي في إصابة الحكم العادل وسد ثغرات القانون، وقد جاء هذا الاهتمام الذي يندرج في فكرة روح القانون بعد المشاكل التي عرفها القانون الروماني بسبب الشكلية في تنظيم مسائل القانون، والتي لم تثبت بعد انفتاح المجتمع الروماني على المجتمعات الأخرى ودخوله واقعا اجتماعيا جديدا؛ عجز التطبيق الشكلي السائد عن مواجهته[52].

وعلى سبيل المثال؛ إذا كان احتوى النظام القانوني على قواعد تمنح الملك سلطة تعسفية على حياة وثروات الناس، فإن مثل هذه القواعد ستكون باطلة، لأن قانون الطبيعة الأساسي هو الحفاظ على البشرية، ولا يمكن لأيّة عقوبة إنسانية أن تكون جيدة أو صالحة وهي ضد قانون الطبيعة [53].

ثانيا- روح القانون في مذهب المنفعة: بدأ هذا الاتجاه مع أبيقور الذي انقلب على التراث اليوناني الذي تركه أفلاطون وأرسطو، وتبنّى اتجاها نفعيا في فلسفته العامة والقانونية خاصة، وذلك باعتبار المنفعة الغاية المثلى للقانون، وعدالة القانون تتوقف على قدر ما يحققه من منافع، والمنفعة المقصودة في هذا المذهب هي التي تختص بالفرد في المقام الأول، فهو المحور الذي يجب أن تناط به وضع القوانين، ومصلحته هي المعيار الذي يعرف به نجاح القانون وتحقيق غايته في المجتمع الإنساني.

امتدت هذه الفلسفة إلى المفكر الانجليزي جيري بنتام بنفس النظرة تقريبا، وذلك باعتماد فلسفة النفعية القانونية وبحصر غاية القانون في المنفعة واللذة بعيدا عن القيم الدينية والأخلاقية[54].

انطلق بنتام من البديهية القائلة بأن الطبيعة وضعت البشرية تحت حكم سيدين، المتعة والألم؛ هما وحدهما اللذان يشيران لنا ما يجب علينا القيام به، أو عدم القيام به، يجب أن يقاس الخير أو الشر - حسب رأيه- بمقدار ما ينتج من الألم أو المتعة.

القوانين -حسب رأي بنتام- التي يُرغب من خلالها ضمان السعادة للطوائف يجب أن تسعى جاهدة لتحقيق الأهداف الأربعة وهي: الكفاف، والوفرة، والمساواة، والأمن للمواطنين، وهذه هي جميع وظائف القانون، ولكن الأمن هو الأهم من بين هذه النهايات الأربعة[55].

ثالثا- روح القانون في فكر المدرسة التاريخية: ظهرت في ألمانيا في النصف الثاني من القرن الثامن عشر، **و**عُرفت هذه المدرسة بمعارضتها لمدرسة القانون الطبيعي، وإنكارها لأفكارها المثالية، وبالمقابل اعتناقها الأفكار الواقعية القانونية، والبحث في العلاقة بين القانون والمجتمع وما يتطلبه من قواعد قانونية تحظى بتأييده[56].

الفكرة الأساسية في فقه هذه المدرسة؛ هي أن المصدر الوحيد للقانون هو ضمير الشعب أو روح الأمة، أمّا التشريع فلا يصدر عن إرادة المشرع بل هو تعبير عن هذه الروح، وبذلك يجب أن يكون تفسير القانون مستقلا عن أفكار واضعيه وخاضعا لتطورات الجماعة[57].

والتشبّثُ بالواقع الاجتماعي أدّى بهذه المدرسة إلى اعتبار القانون حقيقة اجتماعية وتاريخية تخضع للبيئة الاجتماعية وتتغير بتغيرها، ولا تتدخل إرادة المشرع في سن القانون بل القاعدة القانونية تنشأ تلقائيا ودون أن يشعر بها أفراد المجتمع، لأنّها وليدة روح الجماعة ويقتصر دور المشرع بتسجيل ما يمليه الضمير الجماعي ومتابعة تطوره دون خلق التشريع.

ويترتّب على فكر هذه المدرسة اختلاف النظام القانوني من مجتمع إلى آخر، ممّا يحتم مراعاة خصوصية كل مجتمع وظروفه الخاصة في التشريع؛

لأنّ ما يصلح لمجتمع معين من نظم لا يناسب مجتمعا آخر يختلف عنه ثقافيا وسياسيا واقتصاديا[58].

رابعا- روح القانون في مدرسة البحث العلمي الحر: تنسب هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي فرانسو جيني، وعمدة فلسفتها هي فكرة نقص التشريع وضرورة إكمال هذا النقص بالرجوع إلى مصادر أخرى للقانون الوضعي. ويجب أن لا يخرج تفسير التشريع في هذه المدرسة عن إرادة المشرع دون تحريفها أو إخضاعها إلى عوامل أو ظرف خارج حدود النص التشريعي، وفي حالة تعذر كشف إرادة المشرع الحقيقية فإنّه يجب التسليم بعدم انطباق النص على النزاع المعروض، ويجب البحث عن الحل في مصادر أخرى للقانون كالعرف والقضاء.

وإذا لم توجد قاعدة قانونية تنطبق على القضية؛ كان ذلك نقصا في القانون، ولا يبقى للقاضي في سبيل الفصل في النزاع إلا الاجتهاد بحرية عن طريق البحث العلمي الحر، والذي يرجع فيه إلى جوهر القانون؛ أي إلى الحقائق التاريخية والعقلية والمثالية[59].

كان فرانسوا جيني من مؤيدي نظام المنهجية القانونية التي لديها عدد من النقاط المشتركة مع فقه المصالح، مشيراً إلى أنّ المصادر الرسمية للقانون كانت عاجزة عن تغطية جميع قضايا المجتمع؛ ولذلك يجب فحص دقيق للمشاعر الأخلاقية السائدة والاستفسار عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية في وقت تطبيق النص[60].

ويظهر أن فقه هذه المدرسة لا يخلو من الاستنجاد بروح القانون في المرحلة الثانية التي ينتهج فيها القاضي البحث العلمي الحر بالرجوع إلى عناصر هي من صميم روح القانون التي تحقق مقاصده في الواقع.

خامسا- روح القانون في مدرسة فقه المصالح: ارتبطت فلسفة مدرسة فقه المصالح بأفكار اهرنج القانونية، وخاصةً الفلسفة الغائية التي بدأ يعرضها في مؤلفه (روح القانون الروماني)، ثم توسع فيها وطورها في كتابه (الغاية في القانون) التي ربطها بإرادة الإنسان الواعية في خلق القانون، وتحديد غايته

بحفظ المجتمع وتقدمه مع إيمانه بدور القوة في الحسم بين تضارب المصالح وهي ميزة فلسفته التي أُعترض عليها.

كانت نشأة هذه المدرسة عقب انتشار فلسفة الشكلية والالتزام بحرفية النصوص التي هيمنت على القضاء الألماني، بأفكارها التي لا تعترف بنقص القانون وتُضيّق من دور القضاء في تفسير النصوص وإيجاد الحلول للمشكلات الجديدة. وقد انصرف اهتمام فقه المصالح الى اهتمامها بالواقع الاجتماعي واعتباره موجها للقانون، من خلال استقراء الواقع واكتشاف ما يصلح لتنظيم أفراد المجتمع وتحقيق المصالح التي يتطلبها هذا الواقع.

وتظهر المصالح في فكر هذه المدرسة في سد الثغرات التي تتولى نصوص القانون تنظيمها، والتي تمد القاضي بالمسلك الصحيح في فض النزاعات التي تتنوع وتختلف بصورة تعجز القوانين عن مسايرتها، فتتجاوز بذلك الانغلاق الذي تميّزت به المدارس الشكلية والمأزق الذي آلت إليه[61].

وتستند منهجية هذه المدرسة في التوصل إلى قرار عادل على التأكد من المصالح التي كان المشرع ينوي حمايتها بقاعدة قانونية معينة، والتوفيق بين المصالح المتضاربة، وهذا الذي يفضّله القانون نفسه[62].

ووفقا لفقه هذه المدرسة فانه يتعيّن على القاضي أن يتدخل لتصحيح الخطاب التشريعي إذا استوجب الأمر؛ بعيدا عن القناعات الذاتية وبالتزام التفكير المصلحي مستوحيا من روح القانون، المصالح التي استدعت حماية خاصة عن طريق القواعد القانونية[63].

سادسا- روح القانون في مدرسة الفقه الاجتماعي: يرجع ظهور هذه المدرسة إلى أفكار العميد روسكو باوند، وهو من المؤسسين لعلم الاجتماع القانوني في أمريكا، والذي يرى وجوب ربط القانون بغاية يحدّدها بناء على المصالح الضرورية للمجتمع ، كما يجب جعل القانون نظاما يمتاز بالمرونة التي تُعين القاضي على مواجهة النقص القانوني بسبب تغيّر الواقع، في ضوء المصالح الاجتماعية التي يستهدفها القانون.

تعدّ المصلحة الاجتماعية هي أساس القانون وعمدة مقاصده، وكان هذا منطلق العميد باوند في تطوير القضاء الأمريكي الذي كان يوصف بالقضاء

الميكانيكي، لأنّه شديد التمسك بحرفية النص، وبُعده عن الواقع الاجتماعي السائد.

وجد فكر هذه المدرسة في نظرية المصلحة أساسا لنظام قانوني متطور يُلبّي حاجات المجتمع بالتوفيق بين مصالح أفراده، في ضوء المصالح الاجتماعية العامة اللصيقة بوجود المجتمع كالمحافظة على الأمن، والأخلاق العامة، وضمان الحريات على جميع المستويات، وكل ما من شأنه أن يحقق نظاما قانونيا عادلا[64].

وتمثل المصالح الفكرة الجوهرية في فلسفة هذه المدرسة، لأنها هي التي تُنشئ القانون و ليس العكس وهي تعد المصدر الأساسي لمضمون روح القانون، واعتبرت فكرة المصالح هي السبيل لإصلاح العيوب التي عَرفها القضاء الأمريكي بسبب التطبيق الشكلي للقانون والتزام الحرفية في فهم القانون، وجمود الاجتهاد القضائي لاقتصاره على تطبيق أحكام السوابق القضائية رغم تغيّر الظروف وظهور وقائع لها معطيات جديدة[65].

ويرى أصحاب الاتجاه المصلحي أن القانون له ثلاث غايات كبرى هي: التوفيق بين المصالح المتنازعة، وتحقيق رغبات الأفراد وحماية مصالحهم، وأخيرا تشييد نظام قانوني عادل[66]. ولا ينفك فقه المصالح عن فكرة روح القانون، فإذا كانت غاية جلب وحماية المصالح العامة والخاصة هي ما يسعى القانون لتحقيقه، فإنّ بحث روح القانون لا يخرج عن هذا الغرض، ويعتبر من صميم الفكرة كما مضى في التعريف الاصطلاحي.

روح القانون في المدرسة الأمريكية الجديدة: لقد اهتم الفلاسفة القانونيون الأمريكيون بمعايير الصحة في القانون الأميركي، وهو اهتمام صعب المنال، لوجود خلاف حول تحديد شروط تعايش النظام القانوني مع الواقع بمعزل عن معايير الأخلاق، وهو ممكن عند البعض، في حين أنّ الفلاسفة المرتبطين بمواد القانون الطبيعي يرون ضرورة تصميم القانون على القيم والأخلاق[67].

ترتبط هذه المدرسة - كما اصطلحنا عليها- بنظرية دوركين[68] (Dworkin)، وهي من أعظم النظريات القانونية في العصر الحديث، فقد طوّر

دوركين نظرية عامة للتفسير تعطي أهمية لغرض وجوهر النص، وأنكر النظر في النيّة الملموسة لمشرع القانون، بدلاً من ذلك؛ يُعطي دوركين أهمية كبيرة للنيّة المجردة للمشرع (القصد المجرد) في جوهر النص كعنصر أساسي إن لم يكن حصريًا في نظام دوركين للتفسير[69].

ويرفض دوركين المفاهيم الوضعية للقانون والتفسير[70]، ويرى بأنّ الحقوق تقوم على مجموعة شاملة من المبادئ الأخلاقية التي تجعل الحقوق الفردية ذات قيمة، وكذلك يجب أن يكون التفسير حسّاسًا للقيّم ، وبالتالي فإن المصدر الأساس للتفسير هو القانون الطبيعي[71].

في قضية ريجز ضد بالمر Riggs V Palmer، التي احتكم فيها القضاء لروح القانون، حكمت محكمة نيويورك في قضية قام فيها حفيد بقتل جده لغرض الاستئثار بالميراث. خلصت المحكمة إلى أنّه لا يستطيع أن يرث، على الرغم من عدم وجود قوانين مكتوبة تدعّم القرار، مستندة في حكمها على المنطق الأخلاقي، ومشيرة إلى المبدأ القائل بأنه لا ينبغي السماح لأحد بالاستفادة من خطئه، وقد أصبح هذا القرار معلمًا لكثير من الحالات الأخرى التي لا يحكمها نص صريح[72].

ومهما يكن من أمر فالاتفاق جار على وجود مبادئ يمكن اعتبارها عالمية؛ تنطبق على جميع الأشخاص والثقافات؛ يستنجد بها حين تعجز النّصوص القانونية عن مواجهة المستجدات؛ لأنّها مَعين يُسدّد فهم قواعد القانون ويُحقق غاية العدل بين الأفراد بصورة قد تكون أفضل من النصوص ذاتها.

خاتمة

المصطلح المدروس، ليس مجرد اسم لمعنى بسيط فحسب؛ إنما هو مجموعة مفاهيم وقضايا، ولذلك كان المصير إلى تفكيك أهمها بالإفادة من الفلسفة القانونية قديما وحديثا، والاستعانة بنظرية مقاصد الشريعة أحيانا، بالتقريب والمقارنة بعد وضوح تقاطعهما في القيمة العلمية، وأثرهما في التجديد والبناء.

مع استحضار الفارق في خصوصية وسلطة مقاصد الشريعة في الاجتهاد، وضمورها في مجال القانون.

وعموما لاحت في ثنايا الدراسة نتائج مهمة هذه أبرزها:

- اقتضى الفراغ والغموض الذي ميّز المصطلح موضوع الدراسة؛ اتخاذ مفهوم مقاصد الشريعة معلمًا، ولفظ الغاية منطلقًا، ومعيار المصلحة دليلاً مُوجهًا.
- ترجيح الاتجاه المصلحي كمضمون لروح القانون، استنادا للرأي الغالب في الفقه القانوني الذي يكاد يتفق على أنّ القانون ليس غاية في ذاته، بل هو وسيلة لتحقيق أهداف معيّنة، تختلف حسب الاتجاهات التشريعية المتّبعة.
- هناك جدل حول اعتماد فكرة روح القانون في فهم وتنزيل النصوص بين الاتجاه الشكلي التعطّيلي، و بين الاتجاه الغائي التوظيفي الذي عُنيَ بالتّحليل، لداعي الغموض والاضطراب حتى في الأنظمة القانونية الحديثة .
- يلتقي روح القانون مع مقاصد الشريعة الإسلامية في غاية البحث عن قيّم معيارية علوية تُسدّد الاجتهاد في الفهم والاستنباط وحسم الخلاف، وهذا يتطلّب بذل الوسع للنهوض بمستوى الاجتهاد القانوني على غرار نظيره في الشريعة.
- هناك خلاف وجدل كبير بين فلاسفة القانون حول مقاصد القانون، وهي الصعوبة الرئيسية التي واجهها الفكر القانوني في العصر الحديث؛ إذ لا يوجد اتفاق على كيفية تحديد مبادئ وكليات القانون، التي تمهّد لنضج فكرة روح القانون وتؤهلها لتصبح نظرية مستقلة.
- إيجاد مخارج لمواجهة نقائص القانون الوضعي بمناهج ونظرات مختلفة؛ هي انشغالات تدرج في فكرة روح القانون، ولكن دون تفصيل وتقعيد للفكرة.
- تأصيل فكرة روح القانون له مراجع وإن لم يوظف المصطلح ذاته، وهذا ينفي الشك حول المفهوم و المضمون، أو اعتباره دخيلا في البحث القانوني.
- من دلائل حضور المصطلح وحمله لمفهوم مشترك؛ إدراجه في النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، وهو حقيق بالمدارسة لترسيخ دلالته، وسد حاجة جبر النقص وتطوير نظم القانون.

- طرق الكشف عن أغراض القانون ليست بعيدة عن سؤال النضج والاستقرار، لعدم تكاملها واضطراب ترتيبها، ثم مدى إعمالها في الاجتهاد الفقهي والقضائي، وتفعيل دورها في فهم النصوص وتفسيرها.
- تطرّقت الفلسفة القانونية منذ القدم إلى فكرة روح القانون وكان في الغالب بطريق التلميح، دون دفع الظنون، ورسم القواعد التي تؤسس للمضمون، وهي باب آخر لاستقراء اختلاف وجهات النظر، تُعين في البناء العلمي المنتظر.

قائمة المصادر والمراجع:

1- ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن زكريا (ت395 هـ) ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج1، دار الجيل، بيروت، ط1، 1441هـ/1991م.
2- بينو فريدمان، وغي هارشر، فلسفة القانون، ترجمة الدكتور محمد وطفه، مؤسسة مجد، بيروت ، ط1، 1423هـ/2002م.
3- التهانوي، محمد علي (ت 1191هـ)، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تح: رفيق العجم، علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت لبنان، ط1، 1996.
4- الجرجاني، علي بن محمد السّيد الشريف (ت 816هـ)، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة.
5- جمال الدين سامي، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2013.
6- حسين فايز محمد ، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2017.
7- دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب، سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، محرم / صفر 1402 هـ، نوفمبر 1981 م.
8- الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني (ت1205هـ) ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق محمد نصار، 1369هـ/1969م، مطبعة حكومة الكويت.
9- سرور أحمد فتحي، لحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000 -1420هـ.
10- السعدي صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية-النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1979.
11- سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1974.
12- السنهوري عبد الرزاق، أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ط 1950.
13- الصالح صبحي، معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1982.

14- عبد الرحمان طه ، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركزالثقافي العربي، المغرب، ط4، 2012.
15- عبد الله بن بية، علاقة مقاصد الشريعة بأصول الفقه، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ط 2006، ص22.
16- عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الأول، سن التشريعات ج 1، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط 2012.
17- غنيم أحمد محمد ، تطور الفكر القانوني، دراسة تاريخية في فلسفة القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1972.
18- الفاسي، علال بن عبد الواحد بن عبد السلام (ت1394هـ)، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دراسة وتحقيق د.إسماعيل الحسني، دار السلام، القاهرة، ط2، 1334 هـ/2013م.
19- الكفوي، أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني (ت1094هـ)، الكليات، معجم المصطلحات والفروق اللغوية، تح: د.عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط2، 1419هـ/1998م .
20- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
21- مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ط1، 1432هـ/2011م .
22- نعمان جغيم، المحرّر في مقاصد الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2019.
23- النقاري حمو، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، المؤسسة العربية للفكر والإبداع، بيروت لبنان، ط1، 2017.
24- اليوبي، محمد سعد بن أحمد بن مسعود ، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، ط1، 1998.
25- وزارة العدل المصرية، القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر.
26- Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law, University Press, Princeton, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, United States of American, 2005.
27- Andrei Marmo, Interpretation and Legal Theory, Hart Publishing , Oxford and Portland, Oregon, USA, Second edition, 2005.
28- Antonin Scalia & Bryan A. Garner, Reading Law The Interpretation of Legal Texts, Thomson-West, Library of Congress Cataloguing-in Publication Data, United States of America , 2012.

29- Brian Z. Tamanaha, Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law, University Press The Edinburgh Building, Cambridge, UK, First published, 2006.
30- David Duarte . Pedro Moniz Lopes . Jorge Silva Sampaio, Légal Interprétation and Scientific Knowledge, Editors Springer Nature, Switzerland AG, First edition, 2019.
31- Edgar Bodenheimer, Jurisprudence The Philosophy and Method of the Law Harvard University Press, Cambridge, England, Fourth Printing, 1981.
32- Érudit, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec, numéro 2, Volume 49, juin 2008
33- Luc J. Wintgens,The Law In Philosophical Perspectives, Springer Science-Businss Media ,Volume 41, B.V 1999.
34- Ruth Sullivan, Statutory Interpretaion, Irwin Law Inc, Toronto, canada, Second edition, 2007.

المواقع الالكترونية

1- http://www.conseil-constitutionnel.dz .
2- https://www.researchgate.net/publication/43767742.

الهوامش:

(1)- بن فارس أبي الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج1، دار الجيل، بيروت، ط1، 1441هـ/1991م، ص454.
(2)- الزبيدي محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق محمد نصار، مطبعة حكومة الكويت،1369هـ/1969م، ج6، ص 407 .
(3)- الكفوي أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني، الكليات، معجم المصطلحات والفروق اللغوية، تح: د.عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1419هـ/1998م، ص 473.
(4)- الجرجاني علي بن محمد السّيد الشريف ، معجم التعريفات، تح: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، ص 143.
(5)- علبوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الأول، سن التشريعات ، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط 2012، ج 1، ص49-50.
(6)- ينظر: التهانوي محمد علي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تح: رفيق العجم، علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت ، ط1، 1996، ص876.
(7)- الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 469.
(8)- الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 470.

(9)- الكفوي، الكليات، مصدر سابق، ص 469-470- التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، مصدر سابق، ص876.

(10)- منصور محمد حسين، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، ص 11- النظرية العامة للقانون، د.سمير تناغو، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 1974، ص 07.

(11)- السنهوري عبد الرزاق ، د. أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ط 1950، ص 04.

(12)- عليوة مصطفى فتح الباب، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، مصدر سابق، ص 52.

(13) -Bennecase l'école de l'exégèse en droit civil. Paris 1924, P36 .
نقلا عن: صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية-النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي- دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1979، ص 157.

(14)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2017، ص 667- صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 209.

(15)- ينظر: صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 278.

(16)- الفاسي علال، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، دراسة وتحقيق: د.إسماعيل الحسني، دار السلام، القاهرة، ط2، 1334 هـ/2013م، ص111.

(17)- ينظر: اليوبي محمد سعد بن أحمد بن مسعود ، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، ط1، 1998، ص 36.

(18)- الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مصدر سابق، ص 109.

(19)- صبحي الصالح، معالم الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، ط2، 1982، ص 62.

(20)- ينظر: صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 275.

(21)- ينظر: حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، المؤسسة العربية للفكر والإبداع، بيروت، ط1، 2017 ، ص87.

(22)- عبد الله بن بية، علاقة مقاصد الشريعة بأصول الفقه، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن، ط 2006، ص22.

(23)- Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law, Brian Z. Tamanaha Cambridge University Press The Edinburgh Building, UK, First published, 2006, P131.

(24)- ينظر: نعمان جغيم، المحرّر في مقاصد الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط1، 2019، ص 184.
(25)- ينظر: طه عبد الرحمان، تجديد المنهج في تقويم التراث، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط4، 2012، ص110.
(26)- ينظر: نعمان جغيم، المحرّر في مقاصد الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 252.
(27)- الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مصدر سابق، ص 153.
(28)- ينظر: الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مصدر سابق، ص 159.
(29)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص11.
(30)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص13.
(31)- ينظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط2013، ص 14.
(32)-Reading Law :The Interprétation of Légal Texts, Antonin Scalia & Bryan A. Garner, Thomson-West, Printed in the United States of America Library of Congress Cataloguing-in Publication Data, 2012, P321.
(33)- Reading Law The Interprétation of Légal Texts, Antonin & Bryan A. Garner, Ibid, P99.
(34)- ينظر: سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 102- فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 695- حمو النقاري، من أجل تجديد النظر في علم أصول الفقه من خلال منطق القانون، مصدر سابق، ص 99.
(35)- فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 703.
(36)- سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 112.
(37)- المادة الأولى تنص: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة- الأمر رقم75 - 58: المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني.
(38)- دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب، سليم الصويص، مراجعة سليم بسيسو، عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، محرم/صفر 1402هـ، نوفمبر 1981م، ص 108.
(39)- Reading Law: The Interprétation of Légal Texts, Antonin & Bryan A Garner, Ibid, P266.

(40)-Purposive Interpretation in Law, Aharon Barak, University Press, Princeton, Library of Congress Cataloging-in-Publication Data, United States of American, 2005, P110.

(41)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan, Irwin Law Inc, Second edition, Toronto, canada, 2007, P197.

(42)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan**,** Ibid, P199.

(43)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan, Ibid, P199.

(44)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan, Ibid, P202.

(45)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan, Ibid, PP205-206.

(46)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan, Ibid, PP218-2019

(47)-Statutory Interpretaion, Ruth Sullivan Ibid, P217.,

(48)- ينظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص 766 – صبري. سعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 224.

(49)- ينظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص 767.

(50)-Constraining Adjudication: An Inquiry into the Nature of W. Baude's and S. Sachs' Law of Interpretatio, PP148-149. Légal Interprétation and Scientific Knowledge, David Duarte. Pedro Moniz Lopes. Jorge Silva Sampaio, Editors Springer Nature, Switzerland AG, First edition, 2019.

(51)- ينظر: فايز محمد حسين، المقاصد الشرعية وفلسفة القانون، مقاصد الشريعة والعلوم القانونية، مجموعة بحوث، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية، لندن، ط1، 1432هـ/2011م، ص85.

(52)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 111.

(53)-My Philosophy Of Law, Martin P. Golding, PP18-20.The Law In Philosophical Perspectives, Edited by Luc J. Wintgens ,Volume 41, Springer Science-Businss Media, B.V 1999.

(54) - ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص110.

(55)-Jurisprudence The Philosophy and Method of the Law, Edgar Bodenheimer, Harvard University Press, Fourth Printing, Cambridge, England, 1981, P85.

(56)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 159.

(57)- ينظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص 753.

(58)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 159.

(59) - ينظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص 756.

(60)- Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law, Edgar Bodenheimer, Ibid, P117.

(61)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 229.
(62)- Jurisprudence:The Philosophy and Method of the Law, Edgar Bodenheimer, Ibid, P116.
(63)- ينظر: صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص 293.
(64)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 236.
(65)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 227-228.
(66)- ينظر: فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، مصدر سابق، ص 243.
(67)-My Philosophy Of Law, Martin P. Golding, Ibid, PP48-49.
(68)- دوركين (Dworkin) هو واحد من كبار الفلاسفة القانونيين المعاصرين الأمريكيين؛ أستاذ في كل من كليات الحقوق في جامعتي ييل وأكسفورد. ترفض أعمال دوركين المفاهيم الوضعية للقانون السائدة بين القانونيين، ويرى أنّ الحقوق تقوم على مجموعة شاملة من المبادئ الأخلاقية التي تجعل الحقوق الفردية مفهومة. وجهات نظره تعتمد على جوهر القانون، والنموذج العلمي الذي يفسر القانون هو المفتاح لفهم النظرة الحديثة للقانون. كما يرى أنه لا نستطيع فهم القانون دون فهم النظرية الإيجابية للقانون من مدارس أوستن، كيلسن، هارت، وراز. من أفكاره خلق بنية كاملة من جوهر القانون، تربطها علاقة بالعلوم الأخرى، وا بالواقع الاجتماعي ومن أعماله:
A Matter of Principle (1985), Law′s Empire (1986), Life′s Dominion (1993), and Freedom′s Law: The Moral Reading of the American Constitution (1996).
- Purposive Interpretation in Law, Aharon Barak, Ibid, PP311-312- Interpretive theories: Dworkin Sunstein and Ely Tina Hunter, P82.
https://www.researchgate.net/publication/43767742_Interpretive_theories_Dworkin_Sunstein_and_Ely
(69) Purposive Interpretation in Law .Aharon Barak, Ibid, P249.
(70)- اشتهر عند دوركين مصطلح "اللدغة الدلالية" لنقد طريقة الوضعية القانونية في قراءتها للنصوص.
Interpretation and Legal Theory, Andrei Marmor, Ibid, P04.
(71)- Interpretive theories: Dworkin Sunstein and Ely Tina Hunter, Ibid, P78.
(72)- Interpretive theories: Dworkin Sunstein and El Tina Hunter, Ibid, P86.