الباب الثالث: المذاهب المختلطة

لقد تعرضت المذاهب الشكلية والموضوعية لنقد شديد نظرا لمغالاتها وتركيزها على جانب واحد فقط من القاعدة القانونية وإهمالها للجوانب الأخرى، وبناء على ذلك ظهرت مذاهب جديدة تحاول الجمع بين مزايا المذاهب الشكلية و الموضوعية وتتجنب عيوبها، وذلك بالاعتماد على مناهج تساير تطورات الحياة الاجتماعية وتأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي تفرزها تغيرات الظروف المختلفة .

سميت هذه المذاهب بالمذاهب الشكلية التي تنظر إلى القاعدة القانونية من ناحيتي الجوهر والشكل معا، ففي نطاق الجوهر تجمع بين الفلسفة المثالية و الفلسفة الواقعية، حيث ترى أن جوهر القاعدة القانونية مستمد من حقائق الحياة في الجماعة ومن المثل العليا التي تهيمن عليها .

أما من ناحية الشكل فترى أن إرادة الحاكم هي التي تصور هذا الجوهر وتصوغه في شكله الخارجي، ومن أبرز فقهاء هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي جيني إذ انحصرت المذاهب المختلطة في مذهبه.

لقد تأثر الفقه الحديث بهذا المذهب حيث رد جوهر القاعدة القانونية إلى عنصرين، عنصر مثالي وعنصر واقعي.

على هذا الأساس سندرس المذاهب المختلطة في فصلين، سنخصص الفصل الأول إلى مذهب جيني، والفصل الثاني سيخصص لجوهر القاعدة القانونية عند الفقه الحديث.

الفصل الأول: مذهب جيني

كان جيني أستاذا للقانون بجامعة نانس بفرنسا، من أشهر أعماله كتابه الموسوم ب "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" الذي ألفه في أربعة أجزاء أصدره بين سنتي 1914 و 1924 بين فيه مذهبه في أساس القانون وطبيعته، وسميت نظريته كذلك باسم نظرية العلم والصياغة.

على هذا الأساس سندرس هذا المذهب في مبحثين، المبحث الأول الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني، والمبحث الثاني النقد الموجه لهذه النظرية.

المبحث الأول: الأسس التي يقوم عليها مذهب جيني

تستمد هذه النظرية وجودها من المزج بين المذاهب الموضوعية والشكلية، فحاول المزج بينهما.

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

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

يسمى جيني جوهر القاعد القانونية **بالعلم science**، ويطلق على شكل القاعدة القانونية اسم **الصياغة la technique**، حيث يقر جيني أن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما عنصر العلم و عنصر الصياغة.

المطلب الأول: عنصر العلم

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

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

1- الحقائق الواقعية أو الطبيعية: المقصود به ما يحيط الجماعة من واقع جغرافي واقتصادي وظروف اجتماعية وسياسية وغيرها.

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

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

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

تجدر الإشارة أن جاني لا يساوي بين الحقائق الأربعة، فيغلب الحقائق العقلية على بقية الحقائق الأخرى، ويترتب على ذلك ضرورة وجود حد أدنى لفكرة القانون

الطبيعي في تكوين جوهر القاعدة القانونية، فيستلزم الأمر وجود قواعد ثابتة سامية يخضع لها الأفراد ويستخلصها العقل من طبيعة الأشياء.

المطلب الثاني عنصر الصياغة

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

المبحث الثاني: الانتقادات الموجهة لمذهب جيني

على الرغم من أن مذهب جيني قد جمع في طياته بين الجوهر والشكل في تكوين القاعدة القانونية إلا أنه تعرض لعدة انتقادات وهي:

- الحقائق التي ذكرها جيني في عنصر العلم ليست كلها حقائق علمية بالمعنى الدقيق، فالحقائق العقلية و الحقائق المثالية ليست حقائق علمية لأنه لا يمكن إثباتها بالمشاهدة والتجربة لأنها غير واقعية وملموسة.

- يصعب التفرقة بين الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية، او التفرقة كذلك بين الحقائق العقلية والحقائق المثالية، لأن الحقائق التاريخية هي حقائق اكتسبتها الجماعة على مر الأجيال بحيث أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بها، ومن ثم فهي تعتبر من الحقائق الواقعية.

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

بسبب هذه الانتقادات فإن الفقه الحديث قد حصر الحقائق التي يتكون منها جوهر القاعدة القانونية في حقيقتين هما: الحقائق العلمية التجريبية و الحقائق العقلية التفكيرية، وهو ما سنعالجه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: جوهر القاعدة القانونية في العصر الحديث

يتكون جوهر القاعدة القانونية عند فقهاء العصر الحديث من عنصرين هما: عنصر واقعي وعنصر مثالي، سنتطرق إليهما في مبحثين، سندرس في المبحث الأول العنصر الواقعي والمبحث الثاني سنخصصه للعنصر المثالي.

المبحث الأول: العنصر الواقعي

يشمل العنصر الواقعي في القاعدة القانونية الحقائق العلمية بالمعنى الصحيح، أي الحقائق التي يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة ولذلك تسمى بالوقائع العلمية

التجريبية، وهذه الحقائق لا يمكن إغفالها عند وضع القاعدة القانونية، وتتمثل أهم هذه الوقائع في:

1-الحقائق الطبيعية: سواء تعلقت بطبيعة الإنسان التي يعيش فيها والطبيعة الجغرافية، فهي تلعب دور كبير في وضع نوع معين من القواعد القانونية.

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

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

قديما: الأفكار الاجتماعية والسياسية التي كانت سائدة آنذاك أوجدت نظام الرق، ونتج عن ذلك قيام طبقتين في المجتمع، طبقة الأحرار وامتيازاتها و طبقة العبيد وواجباتها. في القرون الوسطى أدت الأفكار السياسية والاجتماعية آنذاك إلى ظهور نظام الإقطاع، وترتب عن المعتقدات الطبقية ظهور تنظيم طبقة الأشراف الذي يضمن لها تميزها ويحصنها من كل دخيل عليها، فأوجدت لنفسها قواعد قانونية تحصر الإرث في الابن الأكبر للأسرة وتحرم البنات من الإرث، وتقيد عقد الزواج من أجل ضمان عدم الاختلاط بالتزاوج، فكان الزواج يخضع في الكثير من الحالات إلى ترخيص من الوالدين لمن جاوز سن الرشد من الأولاد.

حديثا: في أواخر القرن 18 ظهرت مع الثورة الفرنسية معتقدات سياسية واجتماعية تمثلت في الحرية، الإخاء والمساواة، وقد أسهمت هذه المعتقدات في بناء النظام القانوني الفرنسي.

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

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

المبحث الثاني: العنصر المثالي

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

يفرق الفقهاء بين نوعين من العدل هما العدل الخاص والعدل العام.
العدل الخاص هو الذي يسود العلاقات بين الأفراد، ويقوم على أساس المساواة التامة المتبادلة بينهم ولذلك يسمى **بالعدل التبادلي.**
أما **العدل العام** فهو الذي يسود العلاقات بين الجماعة والأفراد المكونين لها، ويهدف لتحقيق الصالح العام المشترك لهذه الجماعة .
للعدل العام صورتين هما العدل التوزيعي وهو الذي يجب على الجماعة للأفراد، والعدل الاجتماعي وهو الذي يجب على الأفراد للجماعة.