

تطور الفكر القانوني من الحكم الى المبدأ ودوره في جلب الرضا الشعبي

م م تحسين حمه سعيد شمس الدين
كلية القانون والسياسة، جامعة التنمية البشرية

الملخص:

هذا بحث في فلسفة القانون. يدعي بأن الفكر القانوني في العصر الحديث مر بثلاث مراحل، يفترض بأن القانون في البداية يعتبر حكما فقط. وبعدها تحول الى القاعدة القانونية، في حين انه يرى كمبادئ قانونية في المرحلة الثالثة، وهذا يعني في المرحلة الاولى ان الحكم الصادر من قبل حاكم حي (السلطة السياسية) يحسب قانونا فقط. اما في المرحلة الثانية نظر الى القانون كقاعدة قانونية. حيث ان القاعدة القانونية تنفصل عن صدرت منه وأن مطبق القانون يمكنه تصور ما هو مطلوب منه وتنبئه. وفي المرحلة الثالثة ذهب فلاسفة القانون الى ان القانون انما هو مبادئ قانونية. وهذا يعني تحول القانون من موضوع خارجي الى أمر داخلي، يقوم بتطبيقه الشخص القانوني ايمانا به وليس خوفا من العقوبة المفروضة عليه فقط.

يعتبر فيلسوف القانون الانجليزي (اوستين) مؤسس المرحلة الاولى، حيث انه ان يقصر القانون في احكام الحاكم الحي ، في حين ان فيلسوف القانون المشهور (هارت) يمثل المرحلة الثانية وانه اراد _باعباره القانون قواعد قانونية_ اكمال النواقص الموجودة في تفكير المرحلة الاولى. بينما ان الفيلسوف الامريكي (دوركين) اوصل الفكر القانوني ال مرحلته الثالثة (مرحلة المبدأ).

من ناحية اخرى انه جرى في فلسفة السياسة تغييرا جوهريا في مسألة الديمقراطية والعقد الاجتماعي. وهذا بفضل اعمال فلاسفة كجون راولز وهابرماس، حيث لم يبق اليوم ان السلطة المنتخبة تقوم باتخاذ القرار ولم يعد العقد الاجتماعي منعقدا بسبب الدفاع عن حقوق الفرد، بل للذب عن حقوق الجماعة ايضا، وان الشعب يشارك السلطة في اتخاذ القرارات المتعلقة بالجميع. وهذا يدل على ان فلسفة السياسة توجهت الى التركيز على أمر داخلي وهو جلب رضا الشعب، وبه وصل كل من الفكر القانوني والسياسي الى النقطة المشتركة.

پوخته

ئهمه ليكولينه وهيه كه له فهلسه فهى ياسادا، بانكشهى نهوه دهكات كه هزرى ياساى نوى له فهرمانهوه دهستى پيكردوه دواتر بووته ريساى ياساى (القاعدة القانونية) و دواتر بهوه كهيشتوه كه بناغهى ياسا بريتييه له پرهنسيبه ياسايبه كان (المبادئ القانونية) ، نه مش ماناى وايه كه له قوناغى يه كه مدا ياسا به فهرمانيكى دهره كى دهرچوو له لايه ن دهسه لاتداريكى زيندوى له بهرچاو دهزانرا. له قوناغى دووه مدا ياسا وهك ريسا (القاعدة) سهير كرا ، كه ههم ريسا له خاوه نه كهى جودا دهبيته وه وهه ميش نهو كه سهى ياسا به سهردا جيبه جيده كريت پيشتر ده زانيت داواى چى ليده كريت، نهو دوو خه وشه كه وهيهى له قوناغى يه كه مدا بوونيان هه بوو. له قوناغى دواتر دا فهيله سوفه كانى ياسا بو نهوه روشتن كه ياسا بنه ماى ياسايبه (المبادئ القانونية)، نه مش بهو واتايه بوو كه ياسا وهرچه رخا بو بابتهيكى ناوه كى و نه وانهى ياسايان به سهردا جيبه جى ده كريت له بهر باوهر پيبوونى ناوه كى به گوئى ده كهن نهوه كه تنهها له ترسى سزاي دهره كى .

ئۇستىنى فەلەسوفى بەناوبانگى پۈزەتتېقىزىم نوپىنەرى قۇناغى يەكەم بوو ، واتە ئەو باوەپى بەو بوو كە ياسا حوكمى حاكەم. دەكرىت ھارتى فەلەسوفى بەناوبانگى ياسا بە ناسىنەرى قۇناغى دوووم دابنرىت. ھەرەك دەشپت دووركىنى فەلەسوف بە نوپىنەرى ئەو قۇناغە ئەژمار بكرىت كە باوەريان بە پىرەنسىبە ياسايبەكان ھەيە.

لە لايەكى دىكەوہ لە فەلسەفەى سىياسەتدا گۆرانكارىيەكى بنەرەتى لە بابەتتەك وەك دىموكراسى و گرىبەستى كۆمەلەتەيدا روويدا، ئەمەش دەرەنجامى كارى فەلەسوفانىكى وەك ھابرماس و جۆن راولز بوو، كە ئىدى تەنھا دەسلەت داوى ھەلبۇزاردنى پىيار نادات و، مەبەستىش تەنھا بەرگرىكردن لە مافەكانى تاك نىيە، بەلكو مافەانى گروپ و كۆمەلگە، ئىتر ھەم ھاولاتى بەشدارى لە پىيارەكاندا دەكاتو ھەمىش رەزامەندى گەل دەپتە سەنتەر، واتە وەرچەرخانى فەلسەفەى سىياسەت بۇ رەزامەندى ناوەكى، لىرەوہ فەلسەفەى ياسا و سىياسەت گەشتنەوہ بەيەك.

Abstract:

This research in the philosophy of law field. It claims that legal thought in modern times has gone through three stages. It is assumed that the law in the beginning is only a judgment. And then turned to the legal rules, And It considered legal principles in the third phase, which means in the first stage that the ruling issued by the governor of the district (political power) is counted only law. In the second phase, the law was seen as a legal rule. Since the rule of law is separate from those who issued it and that the application of the law can imagine what is required of it and its prediction. In the third stage, the philosophers of the law went on to say that the law is a legal principle. This means that the law is transformed from an external issue into an internal matter, which is applied by the legal person in his faith and not only out of fear of the punishment imposed on him.

The philosopher of the English law (Austin) is the founder of the first stage, since he shortens the law in the rules of the living ruler, while the philosopher of the famous law (Hart) represents the second stage and he wanted - as the law legal rules - complete the shortcomings in the thinking of the first stage. While the American philosopher Dworkin) brought the third phase of the legal thought (the principle stage).

On the other hand, political philosophy has fundamentally changed the question of democracy and social contract. This is due to the work of the philosophers such as John Rawls and Yurgen Habermas. Today, the elected authority is no longer able to make a decision. The social contract is no longer held because of the defense of the rights of the individual, but also for the rights of the group. This indicates that the philosophy of politics has tended to focus on an internal matter which is to bring the satisfaction of the people, by which both legal and political thought have reached a common point.

المقدمة

ان الاهتمام بحقل مهم كفلسفة القانون في كلياتنا المختصة بالدراسات القانونية ليس بالمستوى الذي يهتم به في جامعات الدول المتقدمة، وان كان رواد القانون في جامعات الدول الاسلامية بنوا كليات الحقوق والقانون التي تجاوز عمر بعضها اكثر من قرن على أسس قانونية فكرية وفلسفية مهمة، انتجت فقها قانونيا غنيا استهل المشرع من ينبوعها ما يحتاجه من المفاهيم و الافكار والتفسير اللازم لاستمرار الحياة القانونية الشابة خلال القرن المنصرم. الا انه مع الاسف ربما وبسبب الظروف السياسية غير المستقرة التي مر بها تلك البلاد لم تستطع الاجيال الجديدة من القانونيين الاستمرار في الإبداع والإضافة الى ما انتجه نبوغ الجيل الاول في مجال الفكر القانوني وان كان هنا وهناك محاولات بل دراسات و بحوث ومؤلفات قيمة قام بها الباحثون القانونيون في البلاد الاسلامية وخاصة نحن نمتلك كنزا فقيها و قانونيا مخفيا كالفقه والشريعة الاسلامية الغراء، حيث يوصف احد الفلاسفة الحضارة الاسلامية بانها حضارة صنع الفقهاء والقانونيين.

بناء على المبدأ العلمي المعروف الذي يطلب من الدارس توجيه السؤال المرتبط بالحقل الذي هو بصدد الدراسة فيه بدل محاولة تخلية ذهنه من الاسئلة حتى لا يصبح ذهنه ذهنا حافظا للمواد دراخا للقواعد الموجودة فقط. فعلى توجيه الاسئلة الجديدة في مجال فلسفة القانون حتى نصل الى العمق الفكري للمواضيع القانونية. فعندما يأتي طالب القانون حتى في دراسته القانونية الأولية ويسأل عن الأسس الفكرية للدراسات القانونية يكشف بأنه لا يوجد ما يروي غليله في المجال الفلسفي والفكري القانوني. وان كان يوجد آراء وتصورات فكرية مهمة عند رجال القانون في كلا مجالي القضاء والتعليم القانوني. وهذا ما كشفناه نحن الأجيال المتأخرة من نبوغ عند اساتذتنا في كليات القانون.

ربما يرجع السبب في عدم الاهتمام بالمجال الفلسفي والفكري القانوني الى الذهاب الى أن القانون هو مجال عملي وليس مجالاً نظرياً مهتماً بالفكر كما هو الحال في الحقول المعرفية الأخرى. يبدو ان هذا النوع من التحليل غير صحيح بناء على سببين رئيسيين وهما:

اولاً: ان العلوم القانونية كسائر العلوم الأخرى لها جانبان، جانب فكري نظري اساسي يبين فيها مجال وحدود الدراسات القانونية ويبين النظريات والمفاهيم القانونية فيها ويبحث عن دلائل وجودها وعلل الأخطاء التي وقعت. وبما ان العلوم الفكرية هي من المعرفة ذات الدرجة الثانية المعتمدة على العقل، المعرفة التي يكون الخطأ فيها على درجة من الأهمية لا تقل من أهمية الصواب.

ثانياً: ان الجانب العملي لا يمكنه ان يستقيم في مساره و يصيب في تحقيق نتائجه ما لم يكن مبنياً على أسس فكرية متينة و واضحة حيث ان الفكر المشوّش وكما يقول أحد فلاسفة القانون يولد الهوية والعمل المشوّش. من هنا يظهر اهمية البحث في مسألة مهمة كفلسفة القانون والعلوم القانونية الفكرية الجديدة، الا وهي فلسفة القانون وتاريخ القانون و علم النفس القانوني ومقارنة النظم والشرائع القانونية و علم الاجتماع القانوني.

ومن ثم حاول الباحث في هذا البحث المتواضع دراسة مجال صغير في حقل فلسفة القانون وهو محاولة الجواب عن سؤال كَوْن اشكالية بحثه، وهو هل القانون حكم ام قاعدة ام مبدأ ؟

وبافتراضه ان القانون تطور من الحكم وتجاوز مرحلة القاعدة القانونية حتى وصل الى مرحلة المبدئية وأثر هذا التطور في جلب الرضا الشعبي. الا ان الباحث لا يدعي انه سبق في هذا المجال، بل ان هناك دراسات قيمة سبقته اعتمد عليها ويشير اليها اثناء البحث، وان حاول ان يضيف بعض الاضافات !.

اما بالنسبة للمنهج المعتمد عليه في البحث وهو المنهج العقلي النظري الذي يجب ان يعتمد عليه في هذا النوع من الدراسات. وان حاول ان يكمله بالمنهج الوصفي المقارن.

ومن أجل تحقيق أهداف البحث فقد قسّم البحث الى ثلاثة مباحث:

اما المبحث الاول فقد خصّص لإلقاء الضوء على التعرف بفلسفة القانون وموضوعاته .

و أما المبحث الثاني مكرّس لدراسة تطور الفكر القانوني من الحكم الى المبدأ القانوني.
والمبحث الثالث يبحث عن كيفية الاستفادة من تطور الفكر القانوني ودوره في جلب الرضا الشعبي.
وأخيرا اختتم الباحث البحث بخاتمة تضم أهم ما توصل إليها من نتائج، من غير أن تكون مستغنية عن التفاصيل التي وردت في ثنايا البحث .

المبحث الاول

(التعرف بفلسفة القانون وموضوعاته)

المطلب الاول: التعرف بفلسفة القانون:

دراسة فلسفة القانون جديد بشكل عام كحقل مستقل ضمن الحقول الفكرية المسماة بالفلسفة المضاف (sub- field) والذي تدخل مصطلح (فلسفة) على كلمة اخرى ككلمة القانون، فتصبح كلمة الفلسفة مضافا والكلمة الملحقة بها مضافا اليها: كلمة (فلسفة) مضاف و(القانون) مضاف اليها، فتصبح (فلسفة القانون) (1) .
فتحدد و□يفة فلسفة القانون ضمن حقل الفلسفات المضافة بما يلي:

اولا: ان فلسفة القانون من المعرفة الدرجة الثانية، والمقصود من المعرفة الدرجة الثانية هي ذلك الحقل المعرفي الذي يجعل من نفس العلم موضوعا للبحث بدل دراسة موضوع ذلك العلم، ونعني بقولنا هذا انه اذا كان لكل علم موضوعا خاصا به يدرسه، فان موضوع فلسفة ذلك العلم هو ذلك العلم نفسه. فمثلا اذا كان موضوع علم كالكيمياء هو دراسة العناصر الكيميائية وموضوع علم الطب هو دراسة جسم الانسان وموضوع علم الفيزياء هو دراسة المادة و موضوع علم الاخلاق هو دراسة القواعد الاخلاقية. فان فلسفة أي علم من تلك العلوم تدرس العلم نفسه، اذا ان فلسفة الكيمياء تجعل من علم الكيمياء موضوع دراسته، وكذلك فلسفة الطب بدل ان تدرس جسد الانسان تقوم بدراسة علم الطب نفسه(2)، وهذا صحيح بالنسبة لجميع العلوم التجريبية منها والانسانية(3). ومن ثم اذا كان لعلم القانون مسائله و موضوعاته. فان فلسفة القانون يدرس القانون نفسه!.

ثانيا: واذا كان لكل علم موضوعه ، فان مناهج الدراسة تختلف باختلاف العلوم فان المنهج في دراسة الفلسفات المضافة منهج نظري عقلي دائما(4) .

ثالثا: ولكن ان السؤال الذي يظهر نفسه هو الفلسفة المضافة تقوم بدراسة اي جزء من المعارف التي تضاف اليها؟

¹ سون اريك ليدمن، درساياهى آينده (تاريخ انديشهى مدرنيته) ترجمهى سعيد مقدم، نشر اختران، تهران، چاپ اول □□□□ هـ ش، ص□□□.

² احمد رضا همتى مقدم، فلسفه پزشکی در (فلسفه‌های مضاف)، به كوشش : عبدالحسين خسرو ثناه ، جلد دوم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامي، چاپ دوم تهران 1390 هـ ش، ص 368.

³ الطالبی، دکتر محمد حسین، درآمدی بر فلسفه حق، نشر پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم جعفری، چاپ اول، پاییز 1393 هـ. ش.

وللاجابة عن هذا السؤال يمكن القول بان الفلسفات المضافة هي تابعة للفلسفة التحليلية والمشهور من هذه المدرسة الفلسفية انها تهتم بتحليل المفاهيم (concepts) وان فلاسفتها يرون بان هذا التحليل هو الوصفة الأساسية للفلسفة. ولهذا فإن أول وصفة لفلسفة أي حقل تصيح تحليل المفهوم الأساسي في هذا الحقل، فأول وصفة فلسفة الفن تحليل مفهوم مفهوم (الفن) والمفاهيم المهمة الأخرى في حقل الفن. وتكون دراسة الفرضيات والنظريات الموجودة فيها ووصفها الثانية⁵، بالإضافة الى ذلك في فلسفة الحقوق العملية كالسياسة والقانون والأخلاق تحقق فلسفتها في أساس الشرعية لمبادئها العملية. لذلك تتكون فلسفة أي منها من جانبين: جانب تحليلي، يحلل المفاهيم ويحقق في الفرضيات والنظريات. والجانب الآخر يحقق في أساس وشرعية المسائل العملية. فيبحث في النظريات العملية في تلك الحقول كالنظريات المتعلقة بالأخلاق العملي الموجود في الأخلاق⁽⁶⁾.

ومن هنا الموضوع الأول لفلسفة القانون هو دراسة مفهوم القانون وتأتي بعده دراسة فرضيات ونظريات القانون وانواعه وموقعه من بين المعارف الأخرى وخاصة (بالنسبة لفلسفة القانون) أهميته بالنسبة للعلوم الإنسانية بشكل عام والقانونية بشكل خاص!⁽⁷⁾.

رابعاً: الذي ذكرناه آنفاً يتحقق على فلسفة القانون الذي نحن بصدد البحث عنه أيضاً. فلسفة القانون من المعرفة الدرجة الثانية، فإن كان القانون كمعرفة من الدرجة الأولى يدرس القواعد القانونية يعني قواعد السلوك الاجتماعي العامة المجردة التي يعاقب السلطة العامة من يقوم بمخالفتها. فإن فلسفة القانون كمعرفة درجة ثانية يجعل علم القانون موضوعاً لها. وهي تنقسم الى قسمين رئيسيين: قسم تحليلي، يصبح نفس القانون الموضوع الرئيسي في دراستها ومقارنتها بالعلوم القريبة كالعلوم الاجتماعية السلوكية وتكامل النظام القانوني وتصحيح الأخطاء وتكملة النقصان. في حين أن القسم العملي يبحث في موضوع مقارنة القانون بالأخلاق وشرعية المواضيع القانونية كالعقوبة والإعدام والحق والمسؤولية القانونية والحربة والحياة الخاصة من الحياة في الفضاء العام⁽⁸⁾.

المطلب الثاني: مراحل تطور الفكر القانوني:

إن الفكر القانوني تجاوز مراحل متعددة ومعروف بأنه ابتداءً أراد ان يتميز القانون عن غيره من الحقول الأخرى. ففي البداية كان محاولة فلاسفة القانون هو اثبات استقلالية القانون وأن القانون موضوع مركزي في العصر الحديث وكأحدى إبداعات هذه المرحلة⁽⁹⁾. وفي المرحلة اللاحقة أريد ان يميز بين القانون الموجود والمطبق والقانون المثالي الكامل خارج الحياة والمراد ايجاده. وفي المرحلة التالية التي شرعها الفيلسوف الأخلاقي المشهور جرمي بنتام الذي حاول ان يميز بين القانون المكتوب والقانون العرفي غير المكتوب واهتمامات النوع الأول وأهميته مقارنة بالنوع الثاني⁽¹⁰⁾، وفي نفس الوقت محاولة ضمان حق الانسان في وضع القانون (نظرية القانون الوضعي) (positivism theory) كحق مستقل عن القانون الإلهي والطبيعي. وفي الحقيقة أن هذا الموضوع احتفظ على حيويته وأهميته الى الوقت الحاضر، وان نتج منه جهود المدرستين المعرفتين مدرسة القانون الطبيعي ومدرسة القانون الوضعي التين ورزعا أكثر فلاسفة القانون بينهما، حيث انهما في البداية كانتا تتعاملان بالاتجاه المعاكس وتريد كل واحدة منهما ان تحتفظ باستقلالها وتسلك طريقاً غير التي سلكتها المدرسة الأخرى، ولكن بعد مرور الزمن تنازل كل منهما ولفائدة المدرسة المقابلة عن موقفها الصلب،

⁵ Noel Carol – Philosophy of Art – Contemporary Introduction, 2007,p45.

⁶ سروش دباغ، امر اخلاقي امر متعال (جستارهای فلسفی)، نشر كتاب پارسه، چاپ اول 1388 هـ ش، ص 67-69.

⁷ مارك تيببت، فلسفه حقوق، ترجمه: حسين رضايي خاوري، دانشگاه علوم اسلامي رضوى، مشهد 1388 هـ ش، ص 111.

⁸ محمود حكمت نيا، فلسفه حقوق در (فلسفه های مضاف)، به كوشش: عبدالحسين خسرو پناه، جلد دوم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامي، چاپ دوم تهران 1390 هـ ش، ص 158.

⁹ مارك تيببت، مصدر سابق، ص 111.

¹⁰ المصدر نفسه، ص 111.

فوصل اخيرا الى ان اراد فيلسوف مشهور كالفيلسوف الامريكي دوركين ان يجمع بينهما، فابدع نظريته المشهورة بالنظرية الجامعة (target theory)⁽¹¹⁾ .

وفي هذه المرحلة لم يرد ان يميز القانون من الاخلاق فقط بل أريد أن يتميز عن اقرب حقل منه وهو حقل السياسة. وبدأت هذه المرحلة بالكتاب المشهور لدوركين المعروف ب(امبراطورية القانون)⁽¹²⁾ الذي عرّفت فيه المحاكم في القانون الجديد بأنها عاصمة تلك الامبراطورية، والقضاة هم ملوكها⁽¹³⁾، وهذه المسألة استمر البحث فيها حتى اليوم⁽¹⁴⁾ .

حاليا وان كان لفلسفة القانون أقساما و مواضيع مختلفة الا أن موضوع ماهية القانون و حقيقته يعتبر موضوعه الأهم ، ولهذا أصبح كثير من فلاسفة القانون مشهورين ومختصين في هذا الموضوع. بالاضافة الى ذلك انه وفي البداية كانت جل جهود فلاسفة المدرستين المهمتين (المدرسة الطبيعية والمدرسة الوضعية) تدخل في دراسة هذا الموضوع المهم⁽¹⁵⁾ .

المطلب الثالث: المدرسة البيعية والمدرسة الوضعية

اولا: المدرسة الطبيعية:

اذا اردنا ان نجعل موضوعا ما مفتاحا للتعرف على المدرسة الطبيعية: فان المدرسة الطبيعية تذهب الى ان هناك فرق بين القوة والقانون، حيث ان القانون لا يعتبر قانونا بغير رعاية العدالة والاخلاق، فليكن القانون من اي شيء، فان الاخلاق يكون جزءا منه⁽¹⁶⁾. ويمكننا ان نعبر عما قلناه بالتخطيط التالي:

القانون = س + الأخلاق

ويعبر عن هذا أحسن تعبير قول أكوستين حينما قال: القانون غير العادل لا يعتبر قانونا⁽¹⁷⁾. ويمكننا أن نقول بأن هذا احدي المبدئين التي تدعيهما مدرسة القانون الطبيعي، والثانية هي أن الاخلاق هو جزء من القانون الطبيعي.

يعرّف اوكستين الفيلسوف والمتكلم المسيحي الأشهر بأنه مؤسس هذه المدرسة. وبما ان اوكستين كان فيلسوف مشائبي ارسطي محيي لفلسفة ارسطو، فان جذور هذه المدرسة موجودة في الفلسفة اليونانية والفلسفة الاسلامية فيما بعد. حيث توجد الافكار الاساسية للقانون الطبيعي وخاصة في مدرسة الاعتزال في الفكر الاسلامي الوسيط⁽¹⁸⁾.

ولكن يمكننا ان نوزّع هذه المدرسة الى اتجاهين، الاتجاه المدرسي الاوكستيني القديم والاتجاه الحديث الذي انكف عن الادعاءات الشمولية القديمة للمدرسة. واكتفى بشرط وهو حتى يبقى القانون على قانونيته يجب ان

11 Dworkin,G(ed) Morality, Harm and the law, sanfrancisco and Oxford University press. P41.

12 Dworkin,R(ed)(1977b)Laws Empire , London.: fontana.p25.

13 p34-37،Ipid

14 p27-35،Ipid

15 مارك تيببت، مصدر سابق،ص49.

16 المصدر نفسه،ص

17 المصدر نفسه،ص.

18 أحمد، الدكتور محمد شريف، فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين(دراسة مقارنة)، وزارة الثقافة والاعلام دار الرشيد

للنشر، بغداد، ص.

يكون اخلاقيا و عادلا، فان الادعاء المثالي القديم كان يعتقد بان القانون والاخلاق والقانون الطبيعي شيء واحد(19)

ثانيا: ان المدرسة الوضعية تذهب الى ان القانون اذا شرع بالطريقة الشرعية فانه يعتبر قانونا، وليس جانبه القانوني مرتبط بعدالته واخلاقته. اذ القانون له وجود مستقل ومغاير للاخلاق ولكن ليس بالضرورة مخالفا له(20).

تعتبر المدرسة الوضعية تحويلا لنظرية القانون الالهي التي لا تقرر اي قاعدة اخلاقية الا اذا وضعها من قبل الامر الالهي، بغير النظر الى مضمونها سواء كان محتوى الامر عادلا اخلاقيا او غير عادل، وهنا ايضا فان القانون يعتبر قانونا اذا صدر من الجهة المختصة به قانونا، من غير النظر الى مضمونه، سواء اذا كان موافقا للاخلاق ام مخالفا. يمكن القول بأن هذا الاتجاه في الحضارة الاسلامية يمثل الاتجاه الأشعري في مسألة الحسن و القبح الاخلاقي(21). فان الحسن يكون حسنا اذا امر به الشارع، والقبيح يكون قبيحا اذا ذمه الشارع، من غير ان يكون الحسن والقبح ذاتيين. اي من غير النظر الى ماهيته ومضمونه الاخلاقي. غير ان الفرق بين الاشعريين والوضعيين في الفكر القانوني الحديث، ان القانون عند الوضعيين يأخذ قوته والزاميته من الجهة المختصة قانونا، بينما يكون اساس قوة القاعدة الاخلاقية او الشرعية عند الاشعريين من الأمر الشرعي الالهي(22).

ان الحكم على صحة اي من النظريتين او الترجيح بينهما لا يكون سهلا، وخاصة اذ ان لكل منهما ادلته ولهذا يعتبر الخلاف بينهما جدلا قديما وصل الى مرحلة اعتبرت (عند البعض) مرحلة تساوي الأدلة (23)، ومن ثم تنازل كل من النظريتين عن بعض ادعاءاتها لمصلحة النظرية الاخرى بعد نزاع وانتقاد طويل بينهما. ومن هذا النزاع و التنازل تطور الفكر القانوني، التطور الذي نبحت عن الجانب المتعلق منه ببحثنا في المبحث التالي:

المبحث الثاني

(تطور الفكر القانوني من الحكم الى المبدأ القانوني)

ان المتأمل في تاريخ الفكر القانوني يكشف بأن هذا الفكر تجاوز ثلاث مراحل لاحقة: أولاها مرحلة الحكم، وهي مرحلة فلاسفة القانون ونظرياتهم التي تذهب الى قصر القانون في الحكم الصادر من الحاكم والسلطة السياسية. اما المرحلة الثانية فهي مرحلة القاعدة القانونية التي ابدأها فيلسوف القانون النكليزي الأشهر (هارت) بعد ان انتقد نظريات المرحلة السابقة وقال يجب ان نعتبر القانون قاعدة وليس حكم. لأن القانون لا يقتصر على حكم الحاكم الحي الذي يصدره، بل انه يبقى حتى بعد موت الحاكم الى ان يلغى بالطرق المشروعة قانونا(24).

19 مارك تبييت، مصدر سابق، ص49، ص32.

20 المصدر نفسه، ص.

21 محمد صالح بناحمد الغرسي، منهج الاشاعرة بين الحقائق و الاوهام، استنبول، تركيا، الطبعة الاولى، ص134.

22 مارك تبييت، مصدر سابق، ص45.

23 المصدر نفسه، ص.

24 المصدر نفسه، ص78.

الا أنه وبعد مرحلة القاعدة القانونية هناك مرحلة ثالثة، وهي مرحلة المبدأ القانوني التي تعتبر ان القانون ليس الامبادئ قانونية تكون وراء القواعد تعطيتها القوة القانونية، ولا يمكن للقواعد مخالفتها، والحقيقة ان هذه المرحلة كانت مرحلة فلاسفة المدرسة الطبيعية الجامعين لكلا المدرستين الوضعية والطبيعية، من روادها كفيبلر ودوركين⁽²⁵⁾.

فاننا سنخصص مطلبا لكل مرحلة من تلك المراحل معتمدين على نظرية فيلسوف تعرفنا بالمرحلة مكوناتها و عناصرها وتوجهات المفكرين فيها.

المطلب الاول: مرحلة الحكم القانوني:

يبدو ان احسن شخص يوصلنا ال افكار الاساسية لهذه المرحلة بل انها صارت معروفة به هو الفيلسوف القانوني الوضعي الانكليزي (اوستين) وآرائه المهمة في ماهية القانون و استقلاله. ولهذا سنخصص هذا المطلب للبحث حول نظريته وآرائه التي ارتضى بها الفلاسفة باعتبارها بداية الفكر القانوني الحديث، وان كان لأكثرهم ملاحظات وانتقادات نذكر بعضها منها.

نظرية اوستين الوضعية (Austin positivism theory)

أن اشهر فيلسوف في المدرسة الوضعية هو الفيلسوف الانكليزي المشهور (John Austin)، فان نظريته القانونية (نظرية اوستين الوضعية) (Austin positivism theory) هي أولى نظرية حاول فيها ان يعرف القانون كالتقانون الموجود في الواقع والمطبق فعليا⁽²⁶⁾ وليس القانون المطلوب الذي يرتجى ان يوجد. ولهذا اصبح محل اهتمام الفلاسفة الوضعانيين الذين جاءوا من بعده، واصبح معيارا للموافقين والمخالفين، اي ان بعضهم أرادوا مخالفته فكان معيارا في مخالفتهم، والذين وافقوه فكان معيارهم بالقياس الاولى، وخاصة انتقادات الفيلسوف القانوني هارت (a l hart) الذي حاول بانتقاده إصلاح نظرية اوستين، بل ان تأثير نظرية اوستين كان عظيما الى درجة جعل من الطرف المقابل مضطرا ان يراجع رؤيته الليوتوبية ومنه □ هر الجيل الثاني من الفلاسفة الطبيعيين.

فما الذي قام به اوستين في نظريته؟

يمكننا ان نقول بان النقطة الاساسية لنظرية اوستين هي تحويله للنظرية الالهية التي الإله هو الذي يحكم فيها، فحول الشرعية الالهية الى شرعية الحاكم الذي يحكم، اي أنه علمن هذه النظرية السماوية الى نظرية ارضية تتعلق بالحكم البشري. اي ان كان القانون يتكون من الأحكام والأوامر التي يصدرها الإله. فان القانون الارضي الوضعي المطبق هي الاحكام والاورامر commands التي يصدرها الحاكم الارضي والتي يجب عل المجتمع والافراد تنفيذها⁽²⁷⁾. اذا أن اركان الحكم عند اوستين اثنان:

احدهما: هو الطلب □هار الاوامر من قبل الحاكم، اي ان هناك ميل من قبل السلطة ان تأمر، وهذا المطلب يعتبر امرا اساسيا بنيويا⁽²⁸⁾. والثاني يظهر بانه وفي حالة امكان مخالفة الحكم او امر الحاكم فان المخالف يتعرض الى العقوبة، ومن هنا تصبح العقوبة عنصرا اساسيا في تكوين القانون، والحكم الذي لا يحدد له عقوبة لا يعتبر قانونا. وأن أهم مسألة عند اوستين هو مفهوم الحاكم فإن الحاكم يعتبر جزءا من القانون ويجب عل الآخرين اطاعته، وهو لا يطبع اي شخص آخر فوقه، والبحث عن القانون داخل القانون وليس خارجه كما هو الحال في المدرسة الطبيعية القديمة⁽²⁹⁾. ومن ثم يوزع

²⁵ المصدر نفسه، ص.

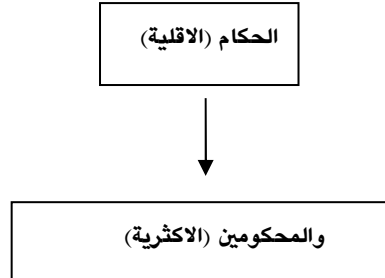
²⁶ Austin, J. (1955(1832))The province of Jurisprudince Determined, London; weidenfeld &Nicolson.p23.

²⁷ Harris, J.W.(1966) legal philosophies, London; Butterworths, 2nd edn 1988.p75-78.

²⁸ الشاوي، الدكتور منذر، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1414هـ-1994م.ص36.

²⁹ المصدر نفسه، ص□□□.

المجتمع على رأي اوستين الى مستوى الحاكمين (وهم دائما اقلية في المجتمع) ومستوى الافراد الآخرين وهم الاكثرية⁽³⁰⁾



مشروعية الحاكم:

ولكن عندما نسأل اوستين عن مشروعية الحاكم من اين انت؟ يكون جوابه انه أمر عادي (Habitual obedience) ان تكون الاكثرية تنفذ الاحكام⁽³¹⁾.

وهو عادي ان يكون الحاكم يصدر الاحكام، اذا اساس هذه الاطاعة هو هذه العادة، وبناء على ذلك تمكن اوستين ابداع اساس لالزامية القانون داخل المجتمع بدل الأساس الإلهي فوق الإنساني⁽³²⁾.

المطلب الثاني:

مرحلة القاعدة القانونية

النظرية الوضعية ل(هارت): (Hart positivism theory)

ان هارت (Hart) من فلاسفة المدرسة الوضعية وهو يؤمن باستقلال القانون من الاخلاق⁽³³⁾، وهو يوضح نظريته بانتقاد نظرية اوستين وخاصة في النقاط التالية:

اولا: القانون هو قاعدة (Rule) وليس حكما (command).

ثانيا: ان القاعدة القانونية ليس المنع بل هو تنظيم العمل وتسهيله.

حسب راي هارت ان نظرية اوستين لا يمكنها توضيح الاعتبار والاقرار (persistence) ولا يمكنها توضيح انشاء (continuity) القانون.

ثالثا: ان المبدأ في القانون ليس حكم الحاكم فلا يكون للآخرين الا الاطاعة ولا يتمكنوا في ان يتبنوا بما هو مطلوب منهم (predict)، ، ويجب ان يكون هناك قواعد توضح لنا أدلة و سندات شرعية السلطة. فالقوة ليس اساس القانون بل هو (القاعدة)⁽³⁴⁾.

³⁰ المصدر نفسه، ص 44.

³¹ مارك تيببت، مصدر سابق، ص 45.

³² المصدر نفسه، ص 44.

³³ Hart, L.A.(1961) The concept of law.oxford; Clarendon: revisededn 1995

وان مفهوم القاعدة هو يعطي لسلوكنا الدليل (justification) والاتجاه (attitude). والاخيرة (القاعدة) مفهوم عام ويوجد لها دور مهم في توضيح كثير من جوانب السلوك الاجتماعي في العصر الحديث⁽³⁵⁾.

هذا توجه داخلي وان لتفكير الفرد دور مهم فيها، واستعمل هارت هذا المفهوم بدل مفهوم العادة عند اوستين الذي لا يمكنه توضيح اساس القانون. فإن اصطلاح القاعدة ليس عادة فقط، بل ان الفرد يمكنه معرفة وفهم وتوضيح القاعدة. (هارت ذكر انتقاداته في كتابه المشهور (مفهوم القانون (The concept of law))⁽³⁶⁾

عند هارت ان القانون مجموعة قواعد متكاملة، متكونة من القواعد الدرجة الاولى والقواعد الدرجة الثانية، ولذلك للتعرف على القانون يجب اخذ مجموع النظام القانوني بنظر الاعتبار⁽³⁷⁾.

اولا: القواعد القانونية من الدرجة الاولى، وهي تلك القواعد التي تنظم سلوك الافراد وينشئ منها الالتزام والمسؤولية (كالقواعد القانونية العادية من القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية الخ..)⁽³⁸⁾

ثانيا: القواعد القانونية الدرجة الثانية التي لها علاقة بالقواعد الدرجة الاولى، والتي تخلق السلطة (Authority) والهيئات العامة. ويقال لمجموع القواعد الدرجة الاولى والقواعد الدرجة الثانية القانون، والمجتمع الذي لا يوجد فيه الا القواعد الدرجة الاولى هو مجتمع غير متمدن، وان وجود القواعد الدرجة الثانية هي احدى علامات التقدم⁽³⁹⁾.

وان القواعد الدرجة الاولى لها عيوب ثلاثة:

1- عدم الوضوح فكثيرا ما ان القاضي يتحيز في تطبيقها، ونحن نواجه الشك في تفسيرها، ونحتاج المرجع لبيئتها.

2- ان القواعد الدرجة الاولى هي قواعد متعارضة دائما، ولا يعرف ما منها ينفذ.

3- البطأ في التنفيذ وعدم التجانس مع تغييرات المجتمع⁽⁴⁰⁾.

القاعدة الاساسية (قاعدة المعطية للشرعية):

القاعدة القانونية التي تقرر بها جميع القواعد الأخرى هي القاعدة الاساسية. اذ أن القاعدة الأساسية فوق جميع القواعد الأخرى، وهي فوق واحد القواعد الدرجة الاولى ايضا، وان كانت القواعد القانونية تأخذ شرعيتها من هذه القاعدة، وتأخذ هذه شرعيتها من متطلبات وسلوك المجتمع. وحتى نتجاوز عيوب قواعد الدرجة الاولى نحتاج الى القواعد الدرجة الثانية. لأن القاعدة الأساسية هي التي ترفع الغموض والإبهام، كما ان القواعد الدرجة الثانية هي التي تعالج الجمود وتأخر القانون، كما انها ترفع التعارض (تضمن تنفيذها وليس تحقيقها). اذا النظام القانوني يتكون من القواعد الدرجة الاولى والقواعد الدرجة الثانية معا.

فيذهب هارت الى ان القانون ليس له علاقة بالاخلاق، ولكنه يذهب الى اننا يمكننا تحليل نوعين من العلاقة بينهما

اولا: العلاقة العرضية وان هذه العلاقة ممكنة ولكنها غير ضرورية⁽⁴¹⁾.

34 Ipid، p101-144.

35 Ipid، p123-128.

36 Ipid، p95-110.

37 Ipid، p115-130.

38 مارك تبيت، مصدر سابق، ص78.

39 A Hart، L، p، cit، op، 140-155.

40 مارك تبيت، مصدر سابق، ص81.

41 A Essays in Jurisprudence and philosophy، oxford: CLarendonk p 8-57. Hart، L،

ثانيا: العلاقة الذاتية: العلاقة الضرورية ، حيث ان القانون لا يمكنه ان يوجد من غير الاخلاق. وبناءا على هذه العلاقة انقسم الوضعيون الى جماعتين:

اولا: الشموليون(exclusivists) تذهب هذه الجماعة بانه لا علاقة مطلقا بين القانون والاخلاق، فإن هارت ليس مع هذه المجموعة.

الثانية: الجماعة المتمسكين بالحد الأدنى من العلاقة، الذين (وتحت ضغوط الطبيعيين) تخلوا عن رأبهم المطرف حول العلاقة بين القانون والأخلاق، فإنهم يعتقدون بان وجود حد ادنى من العلاقة بين القانون والأخلاق ضرورية ، ربما يكون إحدى تلك المبادئ هو رعاية مصالح الذين يصدر القانون لمصلحتهم⁽⁴²⁾. والعلاقة الاخرى بينهما هو وجود العلاقة (العدالة الصورية) والمساواة امام القضاء..

ثانيا: العلاقة العرضية وهذه العلاقة تنشأ عندما تاخذ الاخلاق مكانه في القاعدة الاساسية ، ويسمح بوجوده⁽⁴³⁾.

المطلب الثالث: مرحلة المبدأ القانوني:

ان هذه المرحلة هي المرحلة الاخيرة في الفكر القانوني وهي المرحلة التي تقارب فيها المدرسة الوضعية و المدرسة الطبيعية وان كان فلاسفتها محسوبون على المدرسة الطبيعية ، فاننا سنخصص هذا المطلب لاثنتين منهم ، وهما فيلسوفا القانون كل من جون فينس (john finnis) و دوركين (Ronald dworkin):

اولا ، جون فينس ونظريته (الدعاوي الأساسية) (Paradigm cases).

هواحد الفلاسفة الطبيعيين الذين في مناقشاته مع الفلاسفة الوضعانيين(وخاصة هارت) كان له تأثير مهم في تغيير وجهتم المتطرفة ولا ينظرون الى القانون من الناحية الخارجية، اي لا يكون القانون مهما بالنسبة للذين يصدرونه فقط بل من وجهة نظر الذين ينفذونه ايضا. بل يجب ان يعتبر القانون فقط ما يعتبرونه هؤلاء قانون⁽⁴⁴⁾.

فلنرى كيف قام فينس بذلك؟.

اولا : ذهب فينس الى انه حتى نتعرف على القانون لا يجوز ان يكون لنا نظرة قبلية بل نظرة بعدية، اي ان لا نحسم المسألة من الناحية النظرية اولا ، بل علينا ان نهبط الى الذين يطبعون القانون⁽⁴⁵⁾.

ثانيا: وحتى يتحقق ما ذكرناه في النقطة السابقة، يجب ان نختار الدعاوي الذين تعتبر يقينا من القانون وأن لا نبحث في الدعاوي التي تعتبر دعاوي حدودية اي تعتبر من قبل البعض قانونية ومن قبل البعض غير قانونية(كالقواعد المتعلقة بالاحكام المتعلقة بالرقيق) بل يجب ان نختار مسائل كالسرقة و القتل وغيرها من الأحكام التي لا يشك احد في قانونيتها. ويسمي هذه بالدعاوي الاساسية (Paradigm Cases)⁽⁴⁶⁾.

⁴² Hart, L, The concept of law, cit' op' A , p127.

⁴³ Ibid, p128-130.

⁴⁴ مارك تبيت، مصدر سابق، ص120 .

⁴⁵ Finnis, J. (1980) Natural Law and Natural Rights, oxford: oxford University press. p44-45.

⁴⁶ مارك تبيت، مصدر سابق، ص120

ثالثاً: بعد هذا يجب ان نسأل المنفذ للقواعد المتعلقة به حتى نعرف من اية جهة هو ينفذها ، هل ينفذها من وجهة خارجية فقط اي خوفاً من عقوبتها، ام انه ينفذها من وجهة داخلية (Internal)، اي انه ينفذها بمحض ارادته؟ وهذه الوجهة الداخلية هي الأخلاق . (47)

فالانتقادات الموجهة الى نظرية فينس.

اولاً: فإذا كنا في فلسفة القانون نريد ان نسأل ما هو القانون فيجب فينس بانه يظهر في الدعاوي الاساسية، وعندما نسأله ماهي؟، فيجب هي التي يعتبرها المنفذون كذلك من وجهة داخلية وهذا دور يخالف المنطق (48) ، اذ انما نريد معرفته يعتمد على الذي نجره بعد معرفته وهذا دور وتعارض.

ثانياً: نحن نريد ان نتعرف على القانون ولكن فينس يعرفنا على سبب التزامنا بالقانون، وواضح انهما مختلفان.

ثالثاً: ان فينس يوجهنا الى انه للتعرف على القانون يجب ان نختار الأسلوب البعدي وان هذا الأسلوب هو الأسلوب الأحسن، ولكن لا يستدل لسبب افضلية هذا السلوب على الاسلوب القبلي!.

ثانياً: نظرية دوركين (Ronald dworkin) الجامعة (Law as integrity):

ان فيلسوف القانون والسياسة والأخلاق المشهور (Ronald dworkin) صاحب نظرية الجامعة في فلسفة القانون واستاذ جامعة هارفارد يعتبر آخر فيلسوف في القانون الذي توفي في عام (2013م) (49) .

والمقصود من النظرية الجامعة انها جمعت بين آراء فلاسفة كلتا مدرستي الطبيعية والوضعية (50). فذهب دوركين الى اننا حتى نصل الى ماهية القانون يجب علينا ان نبدأ من المسائل القانونية التي تخلق الاضطراب في القانون ، وضرب مثلاً، فقال: هب انك تسوق سيارتك وفجأة يظهر امامك طفلاً او حيواناً في طريقك، فانك تجمع نفسك وتحاول الاستفادة من جميع امكانيات السيارة حتى لا تدهس الموجود امام السيارة، وتوجد في القانون حالات مشابهة له الحالة ، وذلك في الدعاوي التي تسمى بالدعاوي الصعبة (HARD CASES) (51) .

احدى تلك الدعاوي هي دعوى معروفة بدعوى ريكس ضد بالمر في عام 1899م في نيويورك فقتل فيها ابن ابن جده الموصي بجميع ميراثه له حتى يحصل على التركة، وعندما اتم مدة سجنه طلب حصته، وحسب القانون الموجد (Rules of testamentary succession) لم يكن هناك استثناء لهذا النوع من المسائل (52). وهذا يعني انه كان يستحق الحصة، لكن جميع القضاة كانوا متفقين على انه يجب تحريمه ، وكان هذا الموقف يحتاج الى التفسير:

فإذا كنا قد فسرنا الحال حسب نظرية هارت التي كانت تقصر القانون في القواعد وفي هذه الحالة لم يتجاوز المسألة حالتين:

الحالة الاولى: هي ان وظيفه القاضي تصبح انشاء القانون وليس تنفيذه، وفي هذه الحالة حتى اذا اقررنا بالواقعية الانشائية، فان القاضي يرجع بقاعدته التي انشئها الى زمن ماضي وينفذها على واقعة وقعت قبل وجودها بالأثر الرجعي، وهذا يكون عملاً غير قانوني اصلاً.

⁴⁷ آرشي نراقي، فلسفه حقوق، سايت شخصي آرشي نراقي، www.arashnaraghi.org. Retrieved 15March 2017

⁴⁸ المصدر نفسه، المحاضرة الثامنة.

⁴⁹ آرشي نراقي، مصدر سابق، المحاضرة الثامنة.

⁵⁰ cit·Dworkin. Laws Empire, op p44.

⁵¹ مارك تبيت، مصدر سابق، ص102

⁵² المصدر نفسه، ص106.

الحالة الثانية: ان نقول بأن القاعدة الاساسية هي التي اجازت القيام بمخالفة القواعد القانونية العادية ، وهذا وقوع في رأي الفلاسفة الطبيعيين الذين يخالفهم هارت والذين يؤمنون بالدور الاساسي للمبادئ الاخلاقية في ماهية القانون. ولهذا ذهب دوركين الى ان القانون ليس قواعد (Rules) فقط، بل هو المبادئ الاخلاقية (Ethic Principles) ايضا، ويجب ايجاد الانسجام (fit) بينهما⁵³:

RULES

القواعد

= القانون

المبادئ

PRINCIPLES

واخذ على الوضعانيين انهم اخذوا بالقواعد كما انتقد الطبيعيين بانهم اعتمدوا على المبادئ فقط، في حين يجب التعامل معها كمجموعة واحدة متكاملة (Gapless)، وللوصول الى هذه النتيجة يجب ان ينظر الى القانون كموضوع متشابك معقد وليسا موضوعا بسيطا ذو بعد واحد⁵⁴.

وبهذا بدأ تطور الفكر القانوني لحكم وتغير الى القاعدة القانونية ووصل الى ان يكون مبادئ غير مرئية، اي ان القانون بدأ من كونه مسألة و موضوعا خارجيا حتى وصل ال ان اصبح موضوعا داخليا.

والمبحث الثالث

(تطور الفكر القانوني ودوره في جلب الرضا الشعبي)

المطلب الاول (التعرف بمفهوم الرضا الشعبي).

مدلول مفهوم (الرضا الشعبي) ليس واضحا كما يبدو لأول وهلة، فاننا ان دققنا النظر فيه وجدنا ان هذا المفهوم مرتبط بمفهوم الديمقراطية، وان مفهوم الديمقراطية وان اصبح معناه متغيرا حسب الادوار التاريخية و حسب المكاتب السياسية وانظمة الحكم والقانون المختلفة، رغم ان هذا المفهوم اصبح اشهر دليل لنظام الحكم والدولة و اساس شرعية سلطتها⁵⁵، بل اسلوب لوضع ونشأة دساتير الدول. حيث ان اكثر الطرق الديمقراطية لوضع الدساتير ترجع شرعيتها لارادة الشعب ورضاه. فان كان الديمقراطية في معناه المشهور هو حكم الشعب من قبل الشعب فلا ديمقراطية لأية سلطة سياسية من غير الشعب الذي يرضى بهذا النظام المدعي للديمقراطية⁵⁶.

⁵³ cit، Dworkin، op 36p

⁵⁴ مارك تيببت، مصدر سابق، ص108-112.

⁵⁵ د عدنان عاجل عبيد (القانون الدستوري) النظرية العام والنظام الدستوري في العراق، الطبعة الثالثة، بغداد، 1993، ص108-112 و 113.

⁵⁶ (Key Concepts in Critical Theory), Newjersey, Humanities Philip Green(ed) Democracy Press, 1993,p2.

فما هو معنى الديمقراطية الذي يرتبط بالشعب وجلب رضاه ليس في موقع اضعاء الشرعية عليه بل في موقع اجرائه:

الديموقراطية كلمة يونانية في الاصل ودخلت اللغة الفرنسية في القرن السادس عشر (ديموقراتي (Democra) ومنه انتقلت الى اللغة الانكليزية، فالكلمة اشتقت من كلمة (دموكراسيا (Democratia)) و هي مشتقة من جزور كلمتي (دمو) بمعنى الشعب و(كراتوس) بمعنى الحكومة، فهي اذا نوع من الحكومة بخلاف الانظمة المونارشية والاشرافية فيها الشعب هو الذي يحكم⁵⁷.

(الحكومة عن طريق الشعب) او (حكومة الشعب من قبل الشعب) ومن ثم هرت التلقي الاصلي لمفهوم الديمقراطية، ويبدو في الظاهر انه مفهوم واضح لا ابهام فيه، اما تأريخه وخاصة في القرن العشرين يدل بانه من المفاهيم التي اثارها الجدل. وان المناقشات والتفاسير التي جرت فيه لم يجعل المفهوم واضحا، بل ادى لبهامه بشكل اكثر⁵⁸. كما ان المنظر الديموقراطية فيليب كرين يشير الى ذلك بشكل دقيق:

فالديموقراطية في اواخر القرن العشرين ليس مفهوما مثيرا للجدل فقط بل غامض كل الغموض⁵⁹.

ويزيد كارل كوهن تعاريف اخرى للتعريف البسيطة السابقة، منها (الحكم على اساس الرضا الشعبي) او حكومة الاكثرية (او حكومة الامة⁶⁰) وهذه التعاريف المختصرة وان كانت صحيحة ولكنها لا ترشدنا الى المقصد، ولهذا يحاول كوهن الوصول الى تعريف مفيد عن المفهوم

(الديمقراطية الحكم الجماعي الذي في اكثر الاحوال افراد المجتمع يشاركون بطريق مباشر او غير مباشر في اتخاذ القرارات التي تتعلق بجمعهم ، او بامكانهم المشاركة في اتخاذها)⁶¹.

ومن ثم يرى أن المفهوم المفتاحي في الديمقراطية هو كلمة المشاركة ولا يمكن للديموقراطية الوجود لولا مشاركة الشعب، واتخاذ القرارات التي بها تتخذ. ومن هنا ان الديمقراطية الجديدة هي التي توافق الافراد على قواعدها وقراراتها، وبناءا على هذا أراد بعض الفلاسفة امثال جون راولز ان يميزوا بين مفهومي الاتفاق والعقد، حيث أن الأول يعني فيما يعنيه الاتفاق بعد الحرب من قبل الأطراف المتحاربة. في حين أن الثاني (العقد) يدل على توافق الأفراد الأحرار المتساوين على شؤونهم وتوزيع السلع العامة و اتخاذ القرار في المسائل التي تتعلق بجميع الافراد وإحساس الرضى بذلك⁶².

كما ان فيلسوفا كهابر ماس يذهب الى ان الديمقراطية لا يمكن ان تتحقق الا بعد مشاركة المواطنين واجتماعهم في الفضاء العام بشكل علني ومفتوح، وهذا هو اساس الفكرة الأساسية في كتابه المشهور الذي طبع في عام (1962) تحت عنوان (التحول في بنية الفضاء العام) ، وأكد هابر ماس في هذا الكتاب على دور المناقشات والمناقشات في الاماكن العامة كقاعات المكتبات العامة والمقاهي والمباني المتعلقة بالفنون والأدب،⁶³ وحسب رأي هابر ماس في هذا الجو الموجود في الفضاء العام الذي لا يوجد فيها اي ضغط داخلي او خارجي يوجد مشاركات ايجابية فعالة وتتخذ القرارات عن رضا ودون اكراه، وهناك يقرر على كيفية نظام الحكم و مراقبته الحكومة⁶⁴.

⁵⁷ ديوييد هلد، مدلهاي دموكراسي ترجمة: عباس مخبر (تهران، روشنگران ومطالعات زنان ، 1378ه ش، ص14.

⁵⁸ ميراحمدي، منصور، إسلام و دموكراسي مشورتی، نشر نی، تهران ۱۳۷۷ه.ش، ص ۱۱۱، ۱۱۲.

⁵⁹ ديوييد هلد، مصدر سابق، ص14.

⁶⁰ كارل كوهن، دموكراسي ترجمة: فريبرز مجيدي(تهران، انتشارات خوارزمي، 1373ه ش) ص22.

⁶¹ المصدر نفسه، ص ۱۱۱.

⁶² بهرام اخوان كاظمي، بررسي و نقد نظريه عدالت جون راولز، كتاب نقد، فصلنامه انتقادی فكري فرهنگي، سال هشتم، شماره سی و هفتم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، زمستان 1384، ص152.

⁶³ ان مواقع التواصل الاجتماعي لم تكن موجودة في عام 1962 والا ذكرها

⁶⁴ ابرت هولاب ، يورگن هابرماس ، نقد در حوزه عمومی ، چاپ دوم (تهران، نشر نی، 1378) ص25.

ومن ثم فإن نوع من الديمقراطية الجديدة تسمى بالديموقراطية التشاركية المبنية على العقل الجماعي، بل الوصول الى تحقيق المصلحة الجماعية بدل المصلحة الفردية المعتمد عليها في اللبرالية الكلاسيكية ومرحلة العقد الاجتماعي، واتخاذ القرار فيها عن رضا ودون اكراه⁽⁶⁵⁾.

المطلب الثاني(الدولة الديمقراطية التشاركية مبنية على الرضا الشعبي)

كما ذكرنا ان فكرة الديمقراطية تطورت اليوم، وهي ليست الديمقراطية المبنية على اللبرالية الكلاسيكية المعتمدة على الدفاع عن حقوق الفرد، وتحقيق المصالح الفردية والمستدلة بالعقل الفردي⁽⁶⁶⁾. وهذا كان قصد المفكرين حينما قالوا يجب اتخاذ القرار بالتعاقد وليس الاتفاق، بناء على ان الافراد في حالة التعاقد هم في حالة اعتيادية دون اضطراب او ضغط عليهم وهم يقررون بكامل رضا وقناعة، بينما يكون التوافق في حالات استثنائية، المتعاقدون مضطرون على التوافق كحالة انتهاء الحرب وهنا يمكن ان يدلوا بأراء لا يكونون مقتنعين بها ولا يأتي رأيهم عن رضاهم⁽⁶⁷⁾.

فان هذا نوع جديد من ممارسة الحكم مبني على مشاركة ورضا المواطنين يمكن تحديد اركانها كما يلي:

اولا: الاتحاد بين السلطة السياسية والوسط الاجتماعي:

في عصر نظرية العقد الاجتماعي يفترض ان الشعب يتعاقد مع السلطة السياسية على مباشرتها للحكم، ويتنازل عن حقوقه لها، ومن ثم السلطة تقوم باتخاذ القرار وتنفيذه الا ان في هذا النمط الجديد، ان الشعب تشارك في عملية اتخاذ القرار، ومن ثم لا يكون اتخاذ القرار من اختصاص السلطة السياسية، والتالي يتحد الوسط الاجتماعي والسلطة السياسية⁽⁶⁸⁾.

ثانيا:محدودية صلاحيات السلطة السياسية، بما ان السلطة لا تتوحد في اتخاذ القرار ويشترك المواطنون معها، ويرمي الى كسب رضاهم فان صلاحياتها تكون مقيدة ومعلقة على رضا الشعبي⁽⁶⁹⁾.

ثالثا: العقلانية في القرار:

ان افراد المجتمع حينما يناقشون كل جوانب المسألة المتعلقة بجمعهم فيتضح جميع جوانبها و حينها يكون قرارهم ناضجا مستدلا عقليا جماعيا شفافا بسبب مشاركة الجميع فيها، ويكون هذا القرار اكثر عقلانية من رأي شخص واحد ينفرد برأي وان كان عاقلا، لانه لا توجد فرصة تقوية رأيه بتوجيه الانتقادات اليه⁽⁷⁰⁾.

رابعا: التحويل من الخارج (الموضوع) الى الداخل(الذات):

من القواعد الموجودة في النفس البشري، اذا كان الأمر يأتي من خارجه ويطلب منه تنفيذه يكون اصعب من تنفيذ نفس الامر ان كان ينفذه بقناعة ويرضى به، اي يكون تنفيذه نتيجة امر داخلي في نفسه يرضى به. وهذه احدى مشكلات الانظمة الدكتاتورية حيث يكون اوامرها الى المحكومين اوامر خارجية لا يكون مطاوعتهم لها عن قناعة ورضى⁷¹.

من هذه النقطة تظهر اهمية تحول القانون من حكم خارجي يفرض على الشعب من الخارج الى مبادئ داخلية يفهمها الشعب ويرضى بها. ويكون توضيح هذه المسألة مضمون المطلب التالي:

⁶⁵ مير احمدي، مصدر سابق، ص221.

⁶⁶ المصدر نفسه، ص- -.

⁶⁷ المصدر نفسه، ص- -.

⁶⁸ Philip Green, op cit، p50.

⁶⁹ مير احمدي، مصدر سابق، ص240-246.

⁷⁰ المصدر نفسه، ص- -.

⁷¹ جوشا كوهن، مصدر سابق، ص- -.

المطلب الثالث (دور التحول القانوني في جلب الرضا الشعبي)

الحاكم لا يكون له شرعية الحكم الا بالاعتماد على رضا المحكومين وتسليمهم لهم عن قناعة⁽⁷²⁾ ، هنا كان تكمن الفكرة في التحول الذي جاء على الفكر القانوني. حيث ان قصر القانون في الاحكام التي يصدرها الحاكم ولا حول للشعب غير تنفيذها دون تفكير ومشاركة يكون نتيجتها عدم رضا الشعب بها ومحاولة التهرب من تطبيقها. ومن ثم تكون النظريات المرحلة التي تقصر القانون في حكم الحاكم الحي غير ملائمة لمرحلة مشاركة الشعب في اتخاذ القرارات حول المسائل المتعلقة به ومنها القانون واحكامها. ويمكن اضافة هذا الأمر كانتقاد آخر غير الانتقادات الاخرى الموجهة الى نظريات تلك المرحلة ومنها نظرية اوستين.

اما مرحلة القاعدة القانونية وهي المرحلة الثانية في تطور الفكر القانوني، وان كان مميزاتها اكثر مقارنة بالمرحلة القبلية. لكون القاعدة تنقطع عن منشئها ويكون لها وجود مستقل. وبالتالي يكون وجود القانون غير معتمد على وجود الحاكم كما كان الوضع في مرحلة الحكم ، ويمكن للقاعدة ان تبقى وان كان صاحبها الذي خلقها غير موجود. فان اعتبار القانون لا يتجاوز القاعدة يجعل منه أمرا خارجيا يكون وضعها من اختصاص السلطة المختصة بوضعه ومن ثم لا يعكس تطلعات الشعب ومطالبه ولا حتى عاداته في بعض الاحيان، وكثيرا ما يرفض الفرد الانصياع وقبولها عن رضا. ولهذا يؤكد في هذه المرحلة على عنصر العقاب على المخالفين للقاعدة القانونية، وان كان الغالب ان افراد الشعب يطبقون القانون في اكثر احواله لفتاعتهم باستحقاق تنفيذه ورضاهم به وليس خوفا من العقاب كما يقول فيتس⁽⁷³⁾. ولهذا فإن النظريات المتعلقة بهذه المرحلة لا تطابق المرحلة المعتمدة على الرضى الشعبي.

واخيرا تأتي مرحلة كون القانون مكوّنا من المبادئ القانونية المتعلقة بالمضمون الاخلاقي للقانون سواء قصرناه في المبادئ الي يقنع بها افراد الشعب ام قلنا بان القانون يجمع بين القواعد والمبادئ (كما جاء في نظرية دوركين)، ولكون المبدأ غير المرئي هو الاصل المعتمد عليه والمرتضى من قبل نافذه فيكون القانون قد تحوّل من أمر خارجي يفرض على الشخص الى أمر داخلي ينفذه برغبة وشوق. وهنا يظهر ترابط التحول القانوني من الحكم الى المبدأ مع مسألة الرضا الشعبي. حيث ان كون القانون مبادئ (كلية او جزئية) يقبله الشعب ويشارك في إيجاده ويرضى به ويحس بأنه جاء منه من الداخل ولم يفرض عليه في الخارج.

الخاتمة

وأخيرا نختم البحث بخاتمة تضم أهم ما توصلنا إليها من نتائج، من غير أن تكون مستغنية عن التفاصيل التي وردت في ثنايا البحث:

اولا: ان الفكر القانوني قد تطور من الحكم الى القاعدة حتى وصل اخيرا الى المبدأ.

ثانيا: ان التوزيع التقليدي للفكر القانوني الى مدرستي الطبيعية و الوضعية قد تُجوّز ، فتنازل اصحاب كل من النظريتين، عن آرائهما المتطرفة و غير المعتدلة فتجاذب آرائهم. حيث اعترف اصحاب المدرسة الوضعية على ضرورة وجود حد أقل من المضمون الاخلاقي والعدالة في القانون ، كما ان اصحاب النظرية الطبيعية اعترفوا بالوجود المستقل للقانون وان رأوا بضرورة وجود المضمون الاخلاقي له. فالآراء والنظريات الاخيرة كنظرية دوركين حاولت الجمع بين آراء الوضعانيين القاصرين للقانون في القاعدة القانونية ، والطبيعيين الذين اعتمدوا على المبدأ فحاولت الجمع بينهما.

رابعا: ان النظام الديمقراطي قد تطور حتى وصل الى نوع جديد من الديمقراطية تسمى بالديموقراطية التشاركية المعتمدة على مشاركة افراد الشعب في اتخاذ القرارات المتعلقة بهم ، بالتالي يكون سلطة النظام السياسي مقيدة بأراء المشاركين و وجلب رضائهم.

⁷² د. منذر الشاوي، الدولة الديمقراطية في الفلسفة السياسية والقانونية، ص15.

⁷³ cit،Finnis, J. op 45، p.

خامسا: ان القانون كاحد ركائز هذا النوع من الديموقراطية قد تحول من احكام وقواعد خارجية الى مبادئ داخلية يتعلق بالجانب الذاتي لأفراد الشعب و قيامهم بتطبيقه عن قناعة و رغبتهم في أكثر أحوالهم.

سادسا: ان تطور الفكر القانوني أثر في تخفيف التركيز على العقوبة كعنصر مهم في القانون وتحويلها الى الاعتماد على المبادئ التي يرتضي بها افراد الشعب ويؤمنون بها.

سابعا: ان تحوّل الفكر القانوني الى مبادئ مواز لتطور النظام السياسي الى نظام يرتكز على جلب الرضا الشعبي، ومن ثم يصلان الى نقطة مشتركة بينهما ، وهي استناد الرضا الشعبي على مبادئ قانونية يرتضي بها الشعب وينتج منها تطبيق القانون عن قناعة من جانب، وجلب الرضا الشعبي في نظام مستقر يحكمه نظام قانوني متطور من جانب آخر. ومن هنا يصل كل من فلسفة القانون وفلسفة السياسة الى نقطة مشتركة ويتحدان . الاول بوصوله الى مرحلة المبدأ القانوني والثاني باعتماده على الرضا الشعبي وهذه النقطة الاخيرة ان تمكن البحث التحقيق فيها فقط قدم شيئا جديدا في العلاقة بين الدراسات القانونية والسياسية، وان كان شيئا متواضعا لا يستحق التفاخر فيه. فإن التوفيق كله من الله سبحانه وتعالى.

قائمة المراجع و المصادر

1. إمام، زكريا بشير ، مفهوم العدالة بين الفكر الإسلامي والفكر الغربي، دار روائع مجدلاوي، عمان أردن، الطبعة الأولى، 1414 هـ -2003م.
2. الاحمد، الدكتور محمد سليمان، فلسفة الحق، منشورات الزين الحقوقية ، بيروت لبنان، الطبعة الاولى، 2017.
3. البزاز، عبد الرحمن، مبادئ أصول القانون، الطبعة الثانية، مطبعة العاني، بغداد1958م.
4. البزاز، عبد الرحمن، مبادئ القانون المقارن، مطبعة العاني، بغداد 1967م.
5. البزاز، عبد الرحمن، ابحاث و أحاديث في الفقه و القانون، مطبعة العاني، بغداد1958م.
6. البشير، عبدأباقي البكري زهير، المدخل لدراسة القانون، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي جامعة بغداد، 1989.
7. الجابري، د. محمد عابد، الدين و الدولة و تطبيق الشريعة، بيروت، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، 1996م.
8. الحافظ، الدكتور هاشم، تأريخ القانون، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، طبع على نفقة جامعة بغداد، دار الحرية للطباعة، بغداد 1980.
9. حمه غرب، تحسين ، العدالة ونظرياتها ، جامعة التنمية البشرية، سليمانية، 2016.
10. خاتمي، محمد، الدين و الفكر في شرك الاستبداد، ترجمة: ماجد الغرباوي، دمشق، دارالفكر، 2001م.
11. خوري، د. مجيد، مفهوم العدل في الإسلام، ترجمة: دار الحصاد للنشر و التوزيع، دمشق، الطبعة الأولى 1998م.
12. الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، المنطق القانوني قسم التصورات، بدون مكان و تأريخ نشر.
13. الزلمي، الدكتور مصطفى ابراهيم، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، طبعة تاسعة، 2002.
14. زكي احمد، دور و الآخرون، مآزق الدستور (نقد و تحليل)، بغداد- بيروت، 2006م.
15. الزنون، الدكتور حسن علي، فلسفة القانون، الطبعة الأولى، بغداد، 1975.
16. الزنكي، الدكتور صالح قادر، اسباب النزول و الورود و اشكالية قراءة النص الشرعي دراسة اصولية، الطبعة الأولى، ايران- قم، 2003.
17. زيدان، عبدالكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة(ناشرون)،بيروت ، الطبعة الأولى ، 1421هـ- 2000م .
18. زيدان، الدكتور عبدالكريم، الوجيز في أصول الفقه، نشر إحسان، الطبعة الأولى، تهران، بدون تأريخ نشر.
19. الشاوي، الدكتور منذر، فلسفة القانون، مطبوعات المجمع العلمي العراقي، بغداد، 1414هـ-1994م.
20. الشاوي، الدكتور منذر، مذاهب القانون، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1986م.
21. المؤمن، مشكاة صبيح عبد علي، مبادئ العدل و الإنصاف كمصدر للقانون الدولي العام، اطروحة متقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد 1422 هـ - 2001م، بإشراف الدكتور عصام العطية.
22. تبييت، مارك، فلسفة حقوق، مترجم: حسن رضايي، طرورة تذهشي، مشهد، 1384ه.ش.
23. كاتوزيان، دكتور ناصر، فلسفه حقوق، جلد أول، شركت سهامی انتشار، تهران، ضاٹ ضهارم، 1385

24. کلی، جان، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه: محمد راسخ، انتشارات طرح نو، تهران 1382 ه.ش.
25. حسین ساکت، محمد، نظرشی تاریخی به فلسفه حقوق، شرکت انتشارات جهان معاصر، تهران 1370 ه.ش.
26. Austin, J. (1955) (1832) *The Province of Jurisprudence*, London: Weidenfeld & Nicolson.
27. Cohen, M. (1984), *Rawls and Contemporary Jurisprudence*, London.
28. Fuller, L. L. (1964) *The Morality of Law*, New Haven, CT and London: Yale University Press; revised edition 1964.
29. Finnis, J. (1980) *Natural Law and Natural Rights* Oxford: Oxford University Press.
30. Hart, H. L. A. (1961) *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, revised edition 1995.
31. Dworkin, R. (ed.) *Justice, Rights and the Law*, San Francisco and Oxford: Westview Press.
32. *Legislation* (eds) by J. H. Burns and H. L. A. Hart, (Oxford: Oxford University Press).
33. Buckle, S. (1991), *Natural Law*, in Peter Singer (ed) *A Companion to Ethics* (Oxford: Blackwell Publishers).
34. Crick Bernard, 'On Justice New Statesman', number 5, May 1974.
35. Campbell Tom, 'Justice', Macmillan Education, 1988.
36. Daniels Norman (editor), *Reading Rawls*, Stanford University Press, 1989.
37. Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1979.
38. Dworkin Ronald, "Foundation of Liberal Equality" published in "The Tanner Lectures on Human Values", edited by Grethe Peterson, 1990.
39. Feinberg Joel, Coleman, Jules (ed): *Philosophy of Law*, 6th ed, printed in U.S.A. 1999.
40. Friedrich, Carl Joachim: *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago, The University Press, 1964.
41. Habermas Jürgen, *The Journal of Philosophy*, no 92, 1995.
42. Ian, Brownlie (ed): *Basic Documents in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
43. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1966), in H.R: A compilation of international instruments.
44. Kymlicka Will, *Contemporary Political Philosophy*, Clarendon Press, 1999.
45. Khadduri, Majid: *Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London, Johns Hopkins University Press, 1982.
46. Kelsen, Hans: *(Law as a Normative Order) in Philosophy of Law*, ed. by Johnson Conrad, Macmillan Publishing Company, New York, 1993.
47. Locke John, *The Second Treatise of Government*, edited by Gough, Blackwell, 1956.
48. John Rawls, "The Law of Peoples", Harvard University Press, fifth printing 2000.
49. Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Vol 1: Reason and the Rationalization of Society*, T. McCarthy (London Heinemann, 1984).
50. Malachowski Alan, *Reading Rorty*, Basil Blackwell, 1990.
51. Manning David, *The Mind of Jeremy Bentham*, London Longman, 1968.
52. MacIntyre, A. (1985) *After Virtue: A Study in Moral Theory* (London: Duckworth).
53. Mackie, J. L. (1980) *Hume's Moral Theory*, (London: Routledge and Kegan Paul).
54. Mill, J. S. (2001) *Utilitarianism*, (ed) by George Sher (Indianapolis: Hackett Publishing Company).
55. Nozick Robert "Anarchy, State and Utopia" Blackwell, 1974.
56. Pettit Philip & Chandran Kukathas, "Rawls: A Theory of Justice and its Critics", Polity Press, 1990.
57. Pound, Roscoe: *Social Control through Law*, Archon Books, 1969.
58. Pettit Philip & Robert Goodin, *Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, 1998.
59. Paul, J. (1981) *Reading Nozick: Essays on Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell.

60. Rawls John "A Theories of justice" oxford university press, (first published, 1971) 1999.
61. Rawls John, "justice as fairness", Harvard University press, 2000.
62. Rawls John lectures on the history of moral philosophy, edited by Barbara Herman, Harvard university press, 2000.
63. Rawls John, "political liberalism" Columbia university press, (first publication, 1993), 1999.
64. Rawls John, collected papers, edited by Samuel freeman, Harvard University press, 1999.
65. Reiss Hans, Kant political writings, Cambridgs University press, 2001.
66. Rawls John, the law of peoples with the idea of public reason revisited, Harvard university press, fifth printing, 2000, inprinted in the United States of America.
67. Rotry Richard, contingency Irony &solidarity, Cambridgs University press, 1989.
68. Rosen Allen, Kant's theory of justice, cornll university press, 1996.
69. Raz, J. (1970) the concept of legal system: an introduction to the theory of legal systems, oxford: Clarendon
70. Sandel Michael, liberalism and the limits of justice, Cambridgs University press, 1982.
71. Sandel Michael, "The procedural Republic and the unencumbered self" political theory, volume 12, Feb 1984.
72. Sidgwick, H (1907) the methods of ethics, (Cambridge: Hackett publishing company).
73. Swinburne, R, G (1981) (duty and the will of God) in Paul Helen (ed). Commabnds and morality (Oxford: Oxford University press).
74. Shapiro Ian, The evolution of rights in libral theory, Cambridgs University press, 1986.
75. Simmonds, N. e. (1986) central issues in jurisprudence: justice, law and right, London: sweet & Maxwell.
76. The procedural Republic and the unencumbered self, political theory, volume 12, No (Feb, 1984).
77. Hart, L,A.(1961) The concept of law.oxford; Clarendon: revisededn 1995