



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

السنة الثانية عشرة (1962-1963)

العددان الثالث والرابع

محتويات العدد

١. الإسلام و مشكلة السيادة في الدولة /د/ عبد الحميد متولي
٢. نظرات في فلسفة القانون /د/ شمس الدين الوكيل
٣. في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام /د/ علي البارودي

4. THE POSITION OF THE CONSUMER UNDER A SYSTEM OF SOCIALIST

PLANNING

/د/ محمد ابراهيم غزلان

الاسلام ومشكلة السيادة في الدولة*

للدكتور عبد الحميد متولى

تمهيد :

في مقدمة المشاكل التى أثارها فى العصر الحديث بعض علماء المسلمين وبعض الباحثين هى تلك المشكلة التى تتلخص فى معرفة من هو صاحب السيادة فى الدولة الاسلامية ؟

هنالك آرايان متعارضان يتنازعان الاجابة عن هذا السؤال : رأى يقول أصحابه أن صاحب السيادة هو الله ، ورأى يرى أصحابه أن صاحبة السيادة هى الأمة .

وفىما يلى بيان وجهة نظر كل من هذين الفريقين . ثم بعد ذلك نبين وجهة نظرنا بهذا الصدد .

الفرع الأول

الرأى القائل بأن صاحب السيادة هو الله

زعيم هذا الرأى فى هذا العصر هو العالم الاسلامى والزعيم الباكستانى أبو الأعلى المودودى (١) ، وتتخلص نظريته - أو بعبارة أصح : النظرية السياسية للاسلام فيما يعتقد - فيما يلى :

* هذا هو المبحث الثالث من الباب الأول للقسم الثالث من كتاب لنا تحت الطبع بعنوان : مبادئ نظام الحكم فى الاسلام - مع المقارنة بالمبادئ الدستورية الحديثة .

(١) وهو " أمير الجماعة الاسلامية بالباكستان " ، وقد شرح رأيه هذا فى رسالة بعنوان " نظرية الاسلام السياسية " (مترجمة عن الأردية) وهى من مطبوعات لجنة الشباب المسلم بمصر عام ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .

١ - أن السيادة (أو «الحاكمية») Sovereignty (١) هي لله وحده ويده التشريع ، وليس لأحد وأن كان نبياً أن يأمر وينهى دون أن يكون له سلطان من الله ، والنبي أيضاً لا يتبع الا ما يوحى اليه « إن اتبع الا ما يوحى الى » . وما وجب على الناس طاعة النبي الا لأنه لا يأتيهم الا بالأحكام الالهية « وما أرسلنا من رسول الا ليطاع باذن الله » . فسلطة التشريع ، وبوجه عام سلطة اصدار أى أمر من الأوامر انما تختص بها الله وحده . وان الحكم الا لله أمر ألا تعبدوا الا إياه» ، « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون » فهذه الآيات جميعاً تدل بصورة بيّنة - فيما يرى ذلك العالم الباكستاني - على أن السيادة لله وحده (٢)

٢ - الحكومة الاسلامية ثيوقراطية (أو حكومة الهية) - وبناء على ما تقدم فالحكومة في الاسلام - كما يقول - « لا تعد ديموقراطية بل تعد ثيوقراطية Theocracy أى حكومة الهية » ، ولكن هذه الثيوقراطية (أو الحكومة الاسلامية الالهية) « تختلف (كما يقول) عن الثيوقراطية الأوروبية اختلافاً كلياً ، فأن أوروبا لم تعرف منها الا التي تقوم فيها طبقة من السدنة (الرهبان Priest class) بالتشريع ، وهو تشريع يضعونه أنفسهم ثم يقولون أنه من عند الله » (٣) .

(١) ويلاحظ أن كلمة "السيادة" يعبر عنها (في الترجمة العربية للرسالة المشار اليها بكلمة "الحاكمية" وتوضع إلى جانبها ترجمتها الانجليزية Sovereignty

(٢) نظرية الاسلام السياسية (المرجع السابق ذكره) ص ٢٩ ، ٣٠

وراجع رسالته : "نحو الدستور الاسلامي" ص ٣٨ ، ٣٩ حيث يقول : " أن مميزات أو خصائص صاحب السيادة لا نجدها متوفرة في أحد الا في الله ، فانه هو الخلاق لكل شيء ولكن مهمة الحكم هي لبضعة أشخاص من البشر : يجب أن يسألوا وعليهم واجبات واختصاصات" ثم يقول (ص ٤٠ ، ٤١) أنه لا يوجد سوى الله له حق الأمر وعلى الناس واجب الطاعة ، وهو يستند في ذلك إلى قوله تعالى : "ألا له الخلق والأمر" .

(٣) « إذ لم يكن عند البابوات والقساوسة المسيحيين شيء من الشريعة الا مواظب خلقية مأثورة عن المسيح عليه السلام ، ولأجل ذلك كانوا يضعون القوانين طبقاً لما تمليه شهوات أنفسهم ثم يقولون أنها من عند الله ، كما ورد في القرآن : « فويل للذين يكتبون الكتاب بأيديهم ثم يقولون هذا من عند الله » . راجع «نظرية الاسلام السياسية» (المرجع السابق) ص ٣٢ ، ٣٣ .

ثم يضيف إلى ما تقدم : « وأما الشيوقراطية التي جاء بها الاسلام فلا تستبد بأمرها طبقة من السدنة أو المشايخ ، بل هي التي تكون في أيدي المسلمين عامة ، وهم الذين يتولون أمرها والقيام بشئونها وفق ما ورد في كتاب الله وسنة رسوله » (١)

ونجد هذا الرأي السالف يأخذ به أحد علماء المسلمين لدينا في مصر (٢)

(١) ثم يضيف إلى ما تقدم قوله : « ولئن سمحتم لي بابتداع مصطلح جديد لآثرت كلمة « الشيوقراطية - الجمهورية Theo-democracy » أو « الحكومة الاطية الجمهورية » لهذا الطراز من نظم الحكم لأنه قد خول فيها للمسلمين حاكية (سيادة) شعبية مقيدة Limited popular sovereignty وذلك تحت سلطة الله القاهرة . وكلما مست الحاجة إلى إيضاح قانون فإنه يقوم بذلك من بلغ درجة الاجتهاد من عامة المسلمين ، لا طبقة أو أسرة معينة ، فن هذه الوجهة يعد الحكم الاسلامي ديموقراطياً ، ولكن حيث يوجد نص في الكتاب أو السنة فليس لأحد من المسلمين مخالفته ، ومن هذه الناحية يصح أن يطلق على الحكومة « ثيوقراطية » .

راجع فيما تقدم « النظرية السياسية للاسلام » ص ٣٢ - ٣٥

عل أننا نجد في رسالة أخرى بعنوان « نحو الدستور الاسلامي » يقرر (ص ٤٧) أن « الشعب ليس صاحب السيادة ، انما هو صاحب أو حامل الخلافة » .
ويقول (ص ٩١) « أن الخليفة نائب عن الله ولكنه ليس ظل الله ولا له حق اطي » .

وراجع « مناهج الانقلاب الاسلامي » للاستاذ المودودي (معربة عن الاردية - من مطبوعات لجنة الشباب المسلم عام ١٩٥١) ص ١٩ حيث يلخص تلك النظرية بقوله : « أن النظرية الأساسية للحكومة الاسلامية تتلخص في «أن الأرض كلها لله وهو ربها والمتصرف في شئونها، فالأمر والحكم والتشريع كلها مختص بالله وحده» .

وفي رسالة له بعنوان « صياغة موجزة لمشروع دستور اسلامي » (من مطبوعات مكتبة الشباب المسلم ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م) . ص ١٥ نجده (الأستاذ المودودي) يذكر بالمادة الأولى من مشروع الدستور : « السيادة في الدولة لله وحده » ثم يذكر : « بيانها : لا تكون الحاكية أو السيادة في الدولة لفرد أو أسرة أو طبقة أو جماعة بل ولا لجميع سكان الدولة ، وأن الحاكم هو الله وحده فلا قانون الا ما يحكم به » .

(٢) أننا نرى هنا الأستاذ محمود فياض (أستاذ التاريخ الاسلامي بكلية أصول الدين بالجامعة الأزهرية) إذ كتب في مجلة رسالة الاسلام السنة الرابعة (١٣٧١ هـ - ١٩٥٢ م) بالعدد الثالث بحثاً بعنوان « النظام الاسلامي أممي النظم » ذكر فيه (ص ٣٢٤) : « ان الله هو الحاكم الحقيقي ووصف «الحاكية» ثابت له وحده سبحانه «ان الحكم الا لله أمر ألا تعبدوا الا إياه» الخ .

كما نجد أحد علماء الهنود المسلمين قد قال بهذه النظرية في هذا العصر قبل أن يقول بها المودودي (١) .

ملحوظتان — لنا على هذه النظرية ملحوظتان .

(الأولى) هذه النظرية تعد وسطاً بين نظرية سيادة الأمة (التي بمقتضاها يعد الحكام أنهم يستمدون سلطتهم من الأمة) ونظرية التفويض الالهي أو الحق الالهي المباشر (التي بمقتضاها يعد الحكام أنهم يستمدون سلطتهم من الله) .

وهذه ليست نظرية جديدة ، فلقد سبق أن قال بها في أوروبا في القرن السادس عشر بعض كبار رجال الدين المسيحي (أمثال سواريز Suarès ، جوريو Jurieu) إذ قالوا بأن السلطة تأتي من الله بطريق غير مباشر ، ولكنها تأتي من الشعب بطريق مباشر ، إذ أن السلطة ولو أن أصلها من الله ولكنه لم يجعل منها منحة لفرد معين وإنما منحها لجمهور الشعب ، فالحاكمون يستمدون سلطتهم من الشعب بطريق مباشر ويستمدونها من الله بطريق غير مباشر ، ولذلك رأينا الأوفق أن يطلق على هذه النظرية : نظرية «الحق الالهي غير المباشر» . وهذه النظرية لا تتعارض مع الديمقراطية — فيما يرى العميد والفقير الفرنسي الكبير دوجي Duguit ، « ولكن الديمقراطية تعد في هذه الحالة (كما يقول) بأنها نشأت بناء على إرادة الله أي أنها ديمقراطية مقدسة» (٢)

الملحوظة الثانية : ذكر العالم الباكستاني (أبو الأعلى المودودي) أنه

(١) ذلك هو العالم الهندي ابودور Abdur رحيم حيث كتب مؤلفاً له بعنوان :

The Principles of Muhammedan Jurisprudence, London, Madras, 1911

حيث ذكر (ص: ٦) « أن السيادة صاحبها ابتداء هو الله ، ولكنه بما أنه فوض الى الأمة سلطة التشريع ورقابة شئون الحكم والأدارة ، فأنا يجب أن نقرر أن السيادة أصبح الشعب بعده هو الذي يملكها» .

كان ذلك نقلاً عن رسالة الدكتوراه للأستاذ الدكتور السهوري «الخلافة» Le Califat

طبعة باريس ١٩٢٦ ص ١٨ .

(٢) دوجي : Leçons de droit public (طبعة ١٩٢٦) ص ١٢٦ .

ما وجب على الناس طاعة النبي إلا لأنه لا يأتيهم إلا بالأحكام الالهية» (١).

إن في هذا القول جانباً من الصواب ، وجانباً من الخطأ . فاذا كان الرسول قد أتى إلى الناس بأحكام الهية يجب طاعتها : فقد أتى اليهم كذلك بتعاليم ليست جميعها مما يجب طاعتها ، ذلك هو شأن ما يصدر عن الرسول «مقتضى الحرية الانسانية والتجارب في الشؤون الدنيوية ، كالذى ذكر من أقواله أو أفعاله في شؤون الزراعة أو الطب الخ» (٢) .

الفرع الثاني

الرأى القائل بأن السيادة للامة

نجد الكثيرين من العلماء والباحثين في هذا العصر يقولون بهذا الرأى (٣) وتتلخص وجهة نظرهم فيما يلى :

يقولون أن الأمة - فى الاسلام - هى « صاحبة أو مصدر السيادة » (أو على حد التعبير الذائع « مصدر السلطات ») ، بل أن المسلمين - فيما يرى بعض أولئك العلماء - هم « أول أمة قالت بأن الأمة مصدر السلطات كلها قبل أن يقول ذلك غيرها من الأمم » (٤)

(١) نظرية الاسلام السياسية ص ٣٠

(٢) الإسلام عقيدة وشريعة للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت طبعة ١٩٥٩ ص ٤٣٢ .
وأهم مثال يذكر لذلك ما يروى عن الرسول من أنه مر بقوم بالمدينة يأرون النخل (أى يلقحونه) فقال لهم : « لو لم تعملوا لصلح » فتركوه ، فلم يثمر النخل الا شيئاً (أى تمر يابساً رديئاً) ، ثم مر بهم بعد ذلك فسأهم : « ما لنخلكم » ؟ فلما علم منهم ما كان من أمر ثمره قال لهم : « أنتم أعلم بأمر دنياكم » - هذا الحديث ورد فى صحيح مسلم بشرح النووى (الطبعة الحديثة) ج ١٥ ص ١١٦
(٣) نذكر فى مقدمتهم الأستاذ المفتى الشيخ محمد نجيت المطيعى (فى مؤلفه «حقيقة الإسلام وأصول الحكم») والأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف (فى مؤلفه «السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية») والسيد محمد رشيد رضا (فى تفسير المنار) ، والأستاذ عبد القادر عوده (فى مؤلفه «الإسلام وأوضاعنا السياسية») .

(٤) ذلك هو ما ذكره الأستاذ المفتى الشيخ محمد نجيت المطيعى فى مؤلفه «حقيقة الإسلام وأصول الحكم» طبعة ١٩٢٥ (المرجع السابق ذكره) ص ٣٠ .

أما القول بأن الأمة هي «مصدر السلطات» أو «مصدر أو صاحبة السيادة» (١) ، فدلليل ذلك - كما يقولون - أن دعائم الحكومة في الإسلام هي الشورى ، ومسئولية أولى الأمر ، واستمداد الرئاسة العليا (الخلافة) من البيعة العامة (٢) .

ويستدل البعض على سلطان الأمة (أو سيادتها) بالحديث المعروف : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » كما يستدلون بأن الله أمر بطاعة أولى الأمر حيث قال : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » . والمقصود « بأولى الأمر » - فما يرى بعض العلماء (٣) - هم جماعة أهل الحل والعقد الذين يمثلون سلطة الأمة ، أما أهل الحل والعقد (كما يرى ذلك البعض من العلماء) فهم « الأمراء (أى الولاة) والحكام والعلماء ورؤساء الجند وسائر الرؤساء والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة فهؤلاء إذا اتفقوا على أمر أو حكم وجب أن يطاعوا بشرط أن يكونوا من المسلمين » (منكم) على حد تعبير الآية الكريمة) وألا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله التي عرفت بالتواتر وأن يكونوا مختارين في مجتهدهم الأمر واتفاقهم عليه (٤) .

(١) يستعمل الكثيرون اصطلاحات «صاحب السيادة» ، و «مصدر السيادة» و «مصدر السلطات» كترادفات ، وهذا في نظرنا ضرب من الخطأ ، فصاحب الشيء أو مالكة ليس مصدره فهناك فارق كبير بين الاثنين ، فكونك مالكا مثلا لبعض المال لا يعنى أنك مصدره . والأصح - في رأينا - أن يقال أن الأمة صاحبة السيادة أو صاحبة السلطات ، لا مصدرها .

(٢) راجع «السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية» للأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف (١٣٥٠ هـ - ١٩٣١ م . ص ٢٨) .

(٣) كالرازي والنيسابوري والأستاذ الإمام محمد عبده .

(٤) راجع تفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا ج ٥ ص ١٨٠ - ١٨٣ حيث يقول : هذا التفسير بعبارة «أولى الأمر» الواردة في هذه الآية هو ما ذكره أيضاً النيسابوري في تفسيره . ولقد لخص النيسابوري ما قاله الفخر الرازي ، بل أن جميع تفسيره تلخيص لتفسير الرازي مع زيادات قليلة ، وتعد جماعة « أهل الحل والعقد » أنها هي التي تمثل الأمة فاجاعها يعد بمثابة أجماع للأمة .

وراجع المنار (المرجع السابق) ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ حيث يفسر «أولى الأمر» الواردة في الآية الكريمة : «ولو ردوه الى الرسول والى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم» بأنهم أهل الرأي والمعرفة يمثل من الأمور العامة والقدرة على الفصل فيها وهم أهل الحل والعقد منهم الذين تتفق بهم الأمة في سياستها وإدارة أمورها» .

الفرع الثالث

الرأيان في كفتي الميزان : بعض ملاحظات عامة

المسألة لم يكن يصح وضعها

عجيد :

إذا كانت مسألة البحث : « هل الاسلام دين ودولة » أم « دين فحسب » تعد مسألة لم توضع - كما بينا في المبحث السابق (١) - وضعاً صحيحاً فإن مسألة البحث فيمن هو « صاحب السيادة » (أو « مصدر السلطات » على حد تعبير بعضهم) في الدولة الاسلامية تعد مسألة لم يكن يصح وضعها أى أنه لم يكن ثمة ما يبرر اثارها أو التعرض لها ، فلم يكن جائزاً - فيما نعتقد - البحث فيمن هو صاحب السيادة في الدولة الاسلامية : هل هو الله أو الأمة ، وهل يستمد الخليفة (أو السلطان) سلطته من الله أو من الأمة . ولقد أعرض علماء المسلمين القدامى بحق عن هذا البحث ، وكذلك كان شأن بعض كبار العلماء في العصر الحديث (كالأستاذ الأمام الشيخ محمد عبده)، فلم يعرض أحد منهم للبحث فيمن هو صاحب السيادة ولا فيما إذا كان الاسلام يأخذ أو لا يأخذ بمبدأ سيادة الأمة . والواقع أن مسألة البحث فيمن هو صاحب السيادة هي موضوع نظرية من النظريات ، لها مغزى معين وخصائص معينة تنسب إليها، ونتائج معينة مترتبة عليها، وهي نظرية فرنسية الأصل قديمة ولكنها لم تكن عرفت بعد في عصر كبار الأئمة ولا فيما تلاه من عصور علماء المسلمين المجتهدين القدامى .

وعلى كل حال فإنه لم تعد بنا إليها حاجة في العصر الحديث - لاسيما في الاسلام -، هذا فضلاً عن أننا نلاحظ أنه حتى نظرية سيادة الأمة فإنها تعد اليوم - في نظر البعض - نظرية ضارة بل خطيرة على الحريات ، وان كانت - حين استنباطها قديماً - قد أدت بعض الخدمات . ولقد أدى إثارة بعض علماء المسلمين المعاصرين لهذه المسألة إلى وقوعهم في هوة بعض الأخطاء . واليكم تفصيل ما أحملنا .

(١) وقد نشر بمجلة القانون والاقتصاد بالعدد الرابع لسنة ١٩٦٤ .

المطلب الأول

نظرية السيادة هي نظرية فرنسية قديمة

ان جميع من عرضوا لهذا البحث من علماء المسلمين المعاصرين قد غاب عنهم - فيما هو بين - أن مسألة البحث فيمن هو صاحب السيادة هي موضوع احدى النظريات ، وأنها نظرية فرنسية قديمة اصطنعها رجال الفقه الفرنسي ، فاذا أريد فهم المغزى أو المضمون لنظرية السيادة (وبخاصة نظرية أو مبدأ سيادة الأمة) وفهم خصائص تلك السيادة ، فانه يجب الرجوع الى معرفة الأصل التاريخي لنظرية السيادة .

(١) نبذة تاريخية :

ان نظرية السيادة من أصل فرنسي (١) ، ولقد استنبطها - كما قدمنا - رجال الفقه الفرنسي القدماء (في عهد الحكم الملكي القديم) أثناء فترة الكفاح الذي كانت تقوم به الملوك في العصور الوسطى ، وذلك من أجل اقرار استقلالهم الخارجى ازاء الامبراطور والبابوات ، الذين كانوا يعملون على بسط نفوذهم وسيطرتهم على الملوك ، ومن أجل اقرار سلطتهم (سلطة الملوك) العليا داخل المملكة ازاء الحكام الاقطاعيين الذين كانوا ينازعونهم ويشاركونهم قسطا من السلطان .

ومنذ القرن الرابع عشر أخذ الفقهاء الفرنسيون ينادون بأن الملك يستمد سلطته من الله (أى أنهم ينادون بنظرية الحق الالهى أو التفويض الالهى) ، ولكن اصطلاح « السيادة » لم يكتمل مدلوله ومغزاه فى صالح سلطان الملوك الا فى القرن السادس

(١) فكلمة Souveraineté (أى السيادة) هي اصطلاح فرنسى ، ولم يكن لتلك الكلمة دائماً مقابل (أى ترجمة حرفية دقيقة) فى اللغات الأجنبية الأخرى ، فجدد الألمان مثلاً قد استحدثوا كلمة جديدة لتؤدى هذا المعنى ، ونحتوها من هذه الكلمة الفرنسية ، تلك الكلمة الألمانية هي Souverxnitat

راجع مؤلف لا فارير J. Laferrrière (الأستاذ بكلية الحقوق بباريس) : القانون الدستورى . الطبعة الثانية . باريس ١٩٤٧ ص ٣٦٠ - ونلاحظ أن الكلمة الإنجليزية Sovereignty قد نحتت كذلك من تلك الكلمة الفرنسية .

عشر ، ويتلخص ذلك المغزى أو المدلول في أن «السيادة» أصبح يقصد بها تلك السلطة العليا التي لا تجد منافساً أو مساوياً لها في السلطة داخل الدولة ، ولذلك فإن تلك السيادة — كما يقول الفقهاء القدماء — لا يمكن أن يعترف بها في فرنسا الا للملك فرنسا ، لأن سلطته وحده فيها هي العليا (١) .

(ب) المغزى السلبي للسيادة (في البداية) والمغزى الايجابي

لما كانت نظرية السيادة قد اصطنعها الفقهاء الفرنسيون القدماء من أجل تخليص ملوك فرنسا من نير سلطات ومحاولات الامبراطرة والبابوات والحكام الاقطاعيين بسط سيطرتهم على أولئك الملوك أو مشاركتهم في قسط من سلطانهم . لذلك فقد قيل أن اصطلاح « السيادة » لم يكن يقصد به في بداية أمره الا مغزى سلبياً . أى أنه كان يقصد به فحسب تلك السلطة العليا التي لا تخضع لسلطة أخرى أعلى ، وأن الملك صاحب السيادة لا يخضع سلطانه للبابوات والامبراطرة الخ .. وكذلك قيل أن مبدأ سيادة الأمة — كما قرره الجمعية التأسيسية (في عصر الثورة الفرنسية) — انما كان في جوهره ذا مغزى سلبي . وذلك من ناحيتين : (الناحية الأولى) هي أنه يسجل انكار أو نبد المبدأ الذي كان سائداً (فيما قبل عصر الثورة) والذي كان يقرر أن الملك هو صاحب السيادة . أما (الناحية الثانية) لذلك المغزى السلبي لمبدأ سيادة الأمة فهي أن سيادتها لا تتبع ولا تخضع لسلطة أخرى (٢) .

ولكن مغزى اصطلاح « السيادة » قد امتد فيما بعد إلى ناحية أخرى ايجابية ، أى أنه أصبح يقصد به سلطة عمل بعض تصرفات معينة ، فأصبح يقال مثلاً أن هذه الجماعة أو الشخصية — بناء على ما لها من « السيادة » — لها الحق أن تضع الدستور أو تعقد المعاهدات أو تفرض الضرائب .. الخ (٣)

(١) لافاريير : القانون الدستوري (المرجع السابق ذكره) ص ٣٦٠ .

(٢) لافاريير (المراجع السابق) ص ٣٨٠ - ٣٨٢ .

(٣) لافاريير ص ٣٥٩ .

(ج) مبدأ سيادة الأمة والثورة الفرنسية

وحين جاءت الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر (عام ١٧٨٩) عمد رجال الثورة إلى الاحتفاظ بنظرية السيادة، ولكنهم نقلوها - خصائصها - من الملك إلى الأمة، أي أنهم جعلوا الأمة هي صاحبة السيادة بدلاً من الملك (١)، ولقد كان نظام الحكم - قبل عصر الثورة الفرنسية - قائماً على أساس المزج بين شخصية الملك وبين الدولة، ذلك المزج الذي كانت تعبر عنه الكلمة المشهورة المأثورة عن لويس الرابع عشر «L'Etat G'est moi» «أنا الدولة» أما النظام الذي تمخضت عنه الثورة فأثماً قام على أساس آخر: أساس المزج بين شخصية الأمة وشخصية الدولة (٢).

(د) خصائص نظرية (اومبدأ) سيادة الأمة (ونظرية السيادة بوجه عام)

«السيادة» - كما يعرفونها - هي تلك السلطة العليا التي لا تعرف فيما تنظم من علاقات (داخل الدولة) سلطة عليا أخرى معادلة أو منافسة لها، والرأى السائد في العصر الحديث هو أن السيادة ملك الأمة أو - على حد التعبير الذائع - أن الأمة «مصدر السلطات». فالمقصود إذا «بسيادة الأمة» هو أن يكون لأرادة الأمة تلك السلطة العليا، وتلك الإرادة تظهر في صورة القانون (٣). فأهم خاصية للسيادة هي أنها تلك «السلطة العليا» التي أشرنا إليها. وهناك خصائص أخرى للسيادة ذات صبغة ثانوية أهمها أنها غير قابلة للتملك بمعنى المدة (imprescriptible). فإذا استطاعت شخصية من الشخصيات أو هيئة من الهيئات أن تفرض سلطانها مدى زمان مهما

(١) دوجي : Manuel de droit Const. (طبعة ١٩٠٧) ص ٣٨٠ ، ولافاريير ص ٣٦٠ .

(٢) بريلو Prétot (الأستاذ بكلية الحقوق بباريس) : «القانون الدستوري (طبعة ١٩٤٩) ص ٦٥ - وراجع لافاريير (ص ٣٨١) حيث يقرر بأننا نجد بالعكس أن الكثيرين من رجال الفقه في العصر الحديث يرفضون الموافقة على اعتبار الأمة والدولة شخصاً واحداً ، فالبعض يرى أن الأمة ما هي إلا أحد العناصر المكونة للدولة ، والبعض لا ينسب الشخصية إلا للدولة (دون الأمة) ، والبعض يرى في الأمة شخصاً منفصلاً عن الدولة» .

(٣) سيبير Sibret (الأستاذ بكلية الحقوق بباريس) la Constitution de la France (طبعة ١٩٤٦) ص ٨١ .

طالت مدته ، فأنها لا تستطيع رغم ذلك أن تدعى شرعية ذلك السلطان (أو تلك
السيادة) ، فالغاصب للسلطان يظل يعد غاصباً (١) .

(هـ) الأساس الفلسفي لنظرية (أو مبدأ) سيادة الأمة

إذا كان الأساس الفلسفي لنظرية أو مبدأ « سيادة الملك » هو نظرية
الحق الإلهي (أو التفويض الإلهي) فإن مبدأ « سيادة الأمة » إنما يقوم من الناحية
الفلسفية على أساس نظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو . على أن بعض
كبار الفقهاء الفرنسيين (مثل الأستاذ إزمن Esmein) يقيم ذلك المبدأ
على أساس آخر إذ يقول أنه بما أن السلطة العامة (أو الحكومة) إنما نشأت
من أجل صالح الأمة جميعاً فإن الأمة يجب أن يكون لها رقابة هذه السلطة (٢)

المطلب الثاني

عدم الحاجة إلى نظرية السيادة (وبخاصة نظرية سيادة الأمة) في العصر الحديث

الرأي السائد في هذا العصر — كما قدمنا — أن السيادة إنما تملكها الأمة ،
ويعد مبدأ سيادة الأمة في عصرنا هذا هو التعبير القانوني عن نظام الحكم
الذي يوصف بالنظام الديمقراطي . فهل نحن في هذا العصر بحاجة حقاً
إلى هذا المبدأ الذي يطلق عليه مبدأ سيادة الأمة ؟

(١) **زوال الظروف التاريخية** التي أدت إلى استنباط تلك النظرية
(أو ذلك المبدأ) — أننا وقد بينا الظروف التاريخية التي أدت إلى استنباط
نظرية السيادة بوجه عام ونظرية أو مبدأ سيادة الأمة بوجه خاص يتبين
لنا أننا — في عصرنا هذا — في غير حاجة إلى تلك النظرية أو إلى ذلك المبدأ
لسبب بدهي هو أن تلك الظروف التاريخية التي أدت إلى استنباطها (أو استنباطه)

(١) ولقد نصت دساتير عصر الثورة الفرنسية على هذه الخاصية ، وكان هذا النص بمثابة
رد فعل ضد آراء بعض الكتاب الذين كانوا يصرحون بأن السيادة وإن كانت في الأصل ملك الشعب
الآن لملوك فرنسا قد تملكوها — لزم أو لهم أيها — بمضي المدة الطويلة Par la Longue Possession
راجع سيبير (المرجع السابق) ص ٨٩ .

(٢) إزمن Esmein : القانون الدستوري . طبعة باريس ١٨٩٦ ج ١ ص ١٥٩ ، ١٦٨

أصبحت في ذمة التاريخ ، أى أنها لم تعد قائمة في عصرنا هذا . فالملوك حين كانوا يدعون - قبل عصر الثورة الفرنسية - بأنهم أصحاب السيادة كانوا في الوقت ذاته يقيمون سيادتهم - كما قدمنا - على أساس نظرية الحق الالهي المباشر (الشهيرة لدى المؤرخين وغيرهم من الباحثين باسم نظرية «التفويض الالهي») التي يقصد بها أن الملوك إنما استمدوا الحق في تلك السيادة (أو السلطة) من الله ، ولذلك لجأ فلاسفة الثورة الفرنسية ورجالها إلى مبدأ «سيادة الأمة» كسلاح من أسلحة الكفاح ضد الملوك المستبدين وضد نظرية الحق الالهي التي يستندون إليها ، بعبارة أخرى أن مبدأ سيادة الأمة إنما استنبط ليكون أحد معاول الهدم للملكية المطلقة المستندة على نظرية الحق الالهي (١) ، فحين كان رجال الثورة الفرنسية يقولون أن «السيادة للأمة» فأما كانوا يقصدون - كما قدمنا - «أن السيادة ليست للملك» ، وكان ذلك - كما ذكرنا - هو المغزى السلي لمبدأ سيادة الأمة في البداية (أى حين استنباطه قديماً) .

ولكننا نجد في العصر الحديث أنه لم تعد ثمة حاجة إلى هذا المبدأ (مبدأ سيادة الأمة) ، فلقد أفلح الملوك (في العالم المتمددين) عن مزاولة السلطان المطلق المستند إلى نظرية الحق الالهي ، فاذا كان مبدأ سيادة الأمة إنما استنبط - كما قدمنا - ليكون بمثابة معول لهدم نظرية معينة يستند إليها نظام حكم مطلق ، وإذا كانت تلك النظرية قد تم هدمها ولم يبق أثر لها فما فائدة هذا المعول إذا؟ لماذا نبقى عليه ونلجأ إليه؟ لا سيما إذا عرفنا المضار بل الاخطار التي تترتب على الأبقاء عليه؟

(ب) مبدأ سيادة الأمة لا يمثل نظاماً سياسياً معيناً ولا يعتم نظاماً انتخابياً معيناً

يظن الكثيرون أن من المزايا التي تترتب على الحرص على مبدأ سيادة الأمة أنه يمثل نظاماً سياسياً أو يحتم نظاماً انتخابياً معيناً . وهذا غير صحيح فالواقع أن هذا المبدأ يتلاءم - وقد تلاءم فعلاً - مع أنظمة سياسية أو انتخابية مختلفة بل ومتعارضة، فقد تلاءم هذا المبدأ مع كل من النظامين

(١) سيبير (المرجع السابق) ص ٩٤ ، ٩٥ .

الملكي والجمهورى ، ومع كل من النظامين الديمقراطيين : النيابي والمباشر (١) كما تلائم مع كل من النظامين المتعارضين : الديمقراطى والدكتاتورى .
 وبياناً لما تقدم يقول لنا الفقيه الفرنسى الكبير دوجى أنه اذا كان هناك عصر واحد من العصور كان فيه الايمان بمبدأ سيادة الأمة على أشده فأن هذا العصر – كما يقول – كان عصر بداية الثورة الفرنسية ، ومع ذلك فان الجمعية الوطنية (التي كانت وليدة الثورة ووضعت أول دساتيرها عام ١٧٩١) انما استندت الى مبدأ سيادة الأمة ذاته لتقرر «نظام الانتخاب المقيد» (بشرط نصاب مالى) ، فلم يقرروا اذ ذاك نظام الانتخاب العام ، بل قالوا أن مبدأ سيادة الأمة انما يتطلب منهم ألا يمنحوا حق الانتخاب الا لمن كانوا أقدر الأفراد على التعبير عن ارادة الأمة ، حتى أن نسبة عدد الناخبين لجميع أفراد الشعب اذ ذاك كانت لا تتجاوز ١٦,٥٪ (٢) .

أما ما ذكرناه من أن مبدأ سيادة الأمة يتلاءم مع النظام الدكتاتورى (الاستبدادى) كما يتلاءم مع النظام الديمقراطى (الحر) فذلك هو ما سوف نبينه بجلاء فى النبذة التالية :

(١) فى النظام الديمقراطى المباشر يقوم الشعب ذاته (أو بعبارة أدق «جمعية الشعب» المكونة من جميع المواطنين الذين يتمتعون بالحقوق السياسية) بإدارة شئون الدولة أى بالتصويت على القوانين وانتخاب رجال السلطة التنفيذية ورجال القضاء كما هو الشأن فى بعض الولايات (Cantons) السويسرية ، وكما كان الشأن فى الديمقراطيات اليونانية القديمة . وفى الديمقراطية المباشرة لا يوجد برلمان (أو مجلس أمة) منتخب يضع القوانين ، فلا يوجد «نواب» وإنما المواطن (الذى يتمتع بالحقوق السياسية) يعد بمثابة ناخب ونائب فى الوقت ذاته . ولكنه لا ينتخب رجال السلطة التشريعية (أعضاء البرلمان أو مجلس الأمة) وإنما ينتخب رجال السلطة التنفيذية ورجال القضاء .

(٢) دوجى : دروس القانون العام Leçons de droit public ص ١٣٣ ،
 وبارتلمى J. Barthélemy : «القانون الدستورى» طبعة باريس ١٩٣٣ ص ٧٦ ، ٢٩٩
 وكذلك من ص ٢٩٨ - ٣٠٠ .

ويلاحظ أن اشتراط نصاب مالى فى الناخب لم يكن يعد فى ذلك العصر (عصر الثورة الفرنسية) أمراً مخالفاً للديموقراطية ، وقد كان يعد هذا الشرط دليلاً على توفر قسط من الكفاءة فى الناخب ، خلافاً لشرط الوراثة (أى شرط انتساب الناخب لطبقة من الطبقات الممتازة كطبقة النبلاء La Noblesse) فهر الذى كان يعد مخالفاً للديموقراطية ولمبدأ المساواة .

(ج) مبدأ سيادة الأمة تلام مع أنظمة دكتاتورية ، فهو لا يمنع الاستبداد ، بل هو خطر على الحرية .

ان الذين يشيرون مسألة السيادة في هذا العصر انما يفعلون ذلك من أجل ان يثبتوا أن الأمة هي صاحبة السيادة ، اعتقاداً منهم أن في اثبات ذلك واعلانه حائلا دون الاستبداد ، ولكن الحقيقة غير الذي يعتقدون ، والأحداث التاريخية تبين لنا عكس الذي يذكرون . وحسبنا أن نقدم الأمثلة التالية من التاريخ الدستوري الفرنسي ، أي من تاريخ البلد الذي كان الموطن أو المهمل الأول لنظرية سيادة الأمة بل ولنظرية السيادة بوجه عام .

١ - في بداية عصر الثورة الفرنسية كانت هناك جمعية نيابية ، انتخبها الشعب عام ١٧٩٢ وعرفت في التاريخ باسم شهر "La Convention" ، ومن الأمور الثابتة لدى المؤرخين أن هذه الجمعية النيابية اتخذت من الاجراءات الاستبدادية مالا يوجد له مثيل في تاريخ الملوك والقيصرة المستبدين (١) ، ولقد ارتكب هذا الاستبداد باسم الأمة وتحت الرعاية السامية لمبدأ سيادة الأمة « فاذا كان هناك عصر واحد من العصور - كما يقول دوجي - كان فيه الايمان بمبدأ سيادة الأمة على أشده فأن هذا العصر انما هو عصر بداية الثورة الفرنسية حيث كان لهذا المبدأ - على حد تعبير المؤرخ المعروف دي توكفيل De Tocquerville مؤمنون ومستشهدون كما لو كان ديناً جديداً أصبحوا به يدينون » ، ثم يقول : انه لو لم تعلن نظرية سيادة الأمة في عصر الثورة الفرنسية لكان من المستطاع تجنب كثير من المساوئ بل ومن الجرائم التي ارتكبت في ذلك الحين .

٢ - ويقدم لنا التاريخ الدستوري الفرنسي مثالين لنظامين دكتاتوريين رغم أن كلا منهما يستند الى مبدأ سيادة الأمة . ويطلق رجال الفقه الدستوري

(١) راجع جوستاف لوبون Le Bon « الثورة الفرنسية ونفسية الثورات » طبعة باريس ١٩٢٥ ص ١٩٨ حيث يقول :

“La Terreur fut le grand moyen de gouvernement de la Convention”

الفرنسي على كل منهما وصف « الديمقراطية القيصرية » Démocratie Césarienne هذان النظامان هما : ذلك النظام الدكتاتوري الذي أقامه نابليون بدستور السنة الثامنة (L'an VIII ١٣ ديسمبر ١٧٩٩) (١) ، (ب) وذلك النظام (١) بالدكتاتوري الذي أقامه لويس نابليون (ابن عم نابليون) بدستور عام ١٨٥٢ (٢) .

(١) نلاحظ أن الكثيرين من رجال الفقه الدستوري المصري حين يشيرون إلى دستور السنة الثامنة أو دستور السنة الثالثة (L'an III) بفرنسا يذكرون أنها السنة الثالثة أو الثامنة لتاريخ إعلان الثورة (عام ١٧٨٩) ، وهذا غير صحيح ، والصحيح أنها السنة الثالثة أو الثامنة لتاريخ إعلان رجال الثورة لقيام الجمهورية الأولى (بعد أن قرروا إلغاء نظام الحكم الملكي) وذلك في ٢١ سبتمبر عام ١٧٩٢ . ولا يفوتنا هنا أن نذكر أن دستور السنة الثالثة إنما كان تاريخه في الواقع هو ٢٢ غسطس ١٧٩٥ .

راجع فيما تقدم دوفرجه Duverger : القانون الدستوري . طبعة باريس ص ٢٢٨ ، وكتاب « الثورة الفرنسية ونفسية الثورات » للدكتور جوستاف لوبون طبعة باريس ١٩٢٥ ص ١٩٤ .

(٢) ويتلخص نظام الديمقراطية القيصرية في أمرين :

(أولاً) أن ثمة رجلاً (وهو القيصر) قد أصبح بمثابة معبود للشعب وموضع ثقته ، كسبها ذلك الرجل بنفوذه الخاص وجهوده الخاصة أكثر مما يكون قد كسبها عن طريق الوراثة . (ثانياً) أن ثمة شعباً انتابته أحداث تاريخية خاصة فجعلته لا يتوق إلى تولى السلطة سواء بطريق مباشر أو بواسطة مثليه ، فهو (أي الشعب) يلجأ (بعد اجراء استفتاء شعبي) إلى « قيصر » يضع شئون الحكم في يده .

فن الناحية النظرية يقوم هذا النظام على أساس الاعتراف بمبدأ سيادة الأمة ، أي أن الأمة هي صاحبة السلطة (أو السيادة) ، ولكنها - كما يقولون - أودعت هذه السيادة بين يدي الرجل الذي أحرز ثقتهما وهو القيصر ، فإبداع السلطة أو السيادة بين يدي القيصر إنما يتم بأرادة الشعب ، وذلك عن طريق الاستفتاء الشعبي .

والقيصر في هذا النظام هو الذي يقوم (سواء بنفسه أو بواسطة أعماله الذين يعينهم) بأعمال الدولة ، فهو نظام يقوم على أساس انكار مبدأ فصل السلطات ، أي أنه يقوم على أساس تركيز سلطة الحكم في يد القيصر ، كما أن هذا النظام يتطوى على عدم كفاءة الحريات (كحرية الرأي والصحافة ، وحرية عقد الاجتماعات ، وحرية عقد الجمعيات الخ) .

ولذلك فإن هذا النظام يعد - في الواقع - في عداد الأنظمة الدكتاتورية ، ولو أن القيصر يخفى تلك السلطة (المركزة بين يديه) وراء ستار الأنظمة النيابية ، أي أننا نجد بجانبه هيئة نيابية منتخبة من الشعب ، ولكن الأمر لا يعدو أن يكون سوى مجرد رمز أو صورة وراء سلطة دكتاتورية مستورة ، والاستفتاء الشعبي (الذي كان يتم بمقتضاه ايداع الأمة لتلك السلطة بين يدي رئيس الدولة وهو القيصر) ، لم يكن في الواقع - على حد تعبير الأستاذ بارتلمى - سوى مجرد مهزلة لأنه لا يتم في جو حر ، فالاستفتاء الشعبي - في ظاهره - يتطوى على معنى الاحترام لمبدأ سيادة الأمة ، ولكننا إذا رجعنا إلى الواقع فأننا نجد أن ذلك الاحترام ما هو الا أمر نظري صوري .

(د) تعليل تلك الظاهرة (ظاهرة الاستبداد المستند الى مبدأ سيادة الأمة)

أما السبب الذى يدعو الى أن مبدأ سيادة الأمة لا يكفل الحرية ولا يحول دون الاستبداد ، فهذا يتلخص فى أن السيادة حسب تعريفها هى تلك السلطة العليا التى لا تعرف - فيما تنظم من علاقات - سلطة عليها أخرى ، فهى بمثابة «حق أمر» (أى حق يحول لصاحبه سلطة اصدار أوامر) droit de commander فصاحب السيادة تعتبر ارادته من معدن أعلى وأعلى من معدن ارادة الأفراد (المحكومين) ، حيث أنه يحق لارادته أن تفرض على ارادتهم واجب الطاعة ، فارادته تعتبر مشروعة لا لسبب الا أنها ارادة صاحب السيادة ، فاذا كانت الأمة هى صاحبة السيادة فان ارادتها تعد مشروعة لا لسبب الا لأن هذه الارادة صادرة من الأمة ، كما كان يقال قديماً (فى عهد الحكم الملكى المطلق القديم المستند الى نظرية الحق الالهى) ان ارادة الملك تعد مشروعة لا لسبب الا لأنها صادرة من صاحب السيادة : الملك (١) . ومن شأن ذلك أن يودى - كما أدى فعلا - الى السلطة المطلقة التى لا تعرف حدوداً ولا قيوداً ، أى تؤدى الى الاستبداد ، ولذلك يرى البعض بحق أن نظرية سيادة الأمة لم تكن الا بمثابة استبدال «الحق الالهى» للملوك (وهو المذهب القديم) بالحق الالهى للشعوب ، أو بعبارة أخرى بمثابة نقل لنظرية الحق الالهى من الملوك ووضعها على لسان الأمة ، أى أن الأمة هى التى أصبحت تنادى بنظرية الحق الالهى (٢)

ولقد يظن البعض أنه لا ضرر ولا خطر هنالك من أن تكون للأمة سلطة مطلقة ، وأن السلطة المطلقة انما يخشى من بلوغها مرحلة الاستبداد

=راجع بارتلمى : القانون الدستورى (المرجع السابق) ص ٢٥٢ - ٢٥٧ ولا فاريير ص ١٥١ و١٢٠ .

(١) بارتلمى (المرجع السابق) ص ٧٥ - ٧٦ - ولا فاريير ص ٣٧٢ ، ٣٧٣ .

(٢) دوجى : مطول القانون الدستورى ج ١ ص ٥٥٢ ، ج ٢ (الطبعة الثالثة لسنة ١٩٢٨) ص ١٣ وما بعدها . وراجع مؤلفه «دروس القانون العام» (طبعة ١٩٢٦) ص ١٤٣ حيث يقول : « أن مبدأ سيادة الأمة شأنه شأن المذاهب الثيوقراطية لا يبرر مشروعية السيادة » .

واهدار الحريات ، وذلك في حالة واحدة فحسب : حين تتقرر هذه السلطة المطلقة للحكومة (للسلطة التنفيذية أو لرئيس دولة لا سيما اذا كان ملكاً) ، أما اذا تقرر تلك السلطة المطلقة للأمة (أى لممثلها) فلا موضع للخشية من الاستبداد . مثل هذا الرأى هو أمر طبيعى لدى المفكرين النظريين أمثال جان جاك روسو الذى كان الكثير من آرائه ونظرياته انما يتم تكوينه لانباء على ماتلميه الملاحظة والتجربة والواقع والتاريخ (كما كان شأن ذلك المفكر الواقعى مونتسكيو صاحب مبدأ فصل السلطات) وانما بناء على ما عليه التفكير النظرى المحرد L'esprit spéculatif الذى يعتمد على مجرد التأمل والافتراض والاستنتاج المنطقى فى غير مراعاة للواقع وفى غير اعتبار لدروس التجارب والتاريخ (١) .

فاذا نحن رجعنا الى الواقع والتاريخ فأننا نجد فعلا استبداداً من جانب بعض الهيئات النيابية ، أو بعض الشخصيات المنتخبة من الأمة (رؤساء الجمهوريات) .

فالواقع أننا نجد فى الهيئات النيابية - فى النظام الديموقراطى - أن الحزب صاحب الأغلبية هو الذى يحكم ، ومعلوم أن النزعة الحزبية لدى الأغلبية كثيراً ما تنهى بأصحابها الى القيام بأعمال استبدادية ضد خصوم الحزب . ثم أن الحكومة الشعبية - كما يقرر العميد دوجى - هى أكثر الحكومات ميلاً الى الاعتقاد بأن سلطانها يجب أن يكون مطلقاً ، ولذلك فانه «يجدر بنا - كما يقول - الحيطه من استبدادها واتخاذ أقوى الضمانات لدرء ذلك الاستبداد» (٢) .

(١) فنظرية العقد الاجتماعى مثلاً التى تقرن باسم روسو والتى نادى بها كتفسير لأصل نشأة الدولة فى أقدم حصور التاريخ ، تلك النظرية إنما بدأ روسو التعبير عنها بعبارة «Je suppose que « انى أفترض » ، فلم يذكر روسو تلك النظرية على اعتبار أنها ثمرة دراسة الواقع والتاريخ ولم يدع أنه قام باجراء بحوث تاريخية (فى التاريخ القديم) تبين له منها أنه حدث فعلاً فى يوم ما فى مكان معين وفى تاريخ معين أن اجتمع الأفراد واتفقوا (أى تعاقدوا) على تكوين دولة كما تقول بذلك نظرية العقد الاجتماعى .

(٢) دوجى : مطول القانون الدستورى (المرجع السابق) ج ١ (الطبعة الثالثة) ص ٥٧١

ولقد أثبتت التجارب - كما لاحظ مونتسكيو - أن الانسان يميل بطبيعته الى اساءة استعمال السلطة التي يتولاها ، لذلك يجب عدم تركيز السلطة في قبضة يد فرد واحد أو هيئة واحدة (سواء كانت تلك الهيئة برلماناً أو مجلس وزراء أو مجلس رئاسة الخ) «فاذا لم يكن في مقدور السلطة التنفيذية - كما يقول مونتسكيو - إيقاف عمل السلطة التشريعية (يقصد استعمال حق الفيتو أى الاعتراض) فإن هذه تغدو مستبدة» (١)

ثم أن تلك الأغلبية (التي تقوم بمهمة الحكم) في الدول الديمقراطية نجدها أحياناً تخضع في الواقع لعدد ضئيل من الزعماء ، أو أحياناً لزعيم واحد ، بحيث نجد أن القانون لا يعبر في الواقع عن ارادة أغلبية النواب ، وإنما يعبر عن ارادة الزعيم (٢) .

الواقع ان الجاهير لن يكون لها السيادة مطلقا الا من الناحية النظرية المحردة (٣) .

خلاصة ما تقدم - ان مبدأ سيادة الأمة لا يكفل منع الاستبداد أو الاستئثار بالسلطة المطلقة لأنه ليس من شأن ذلك المبدأ أن يهدف الى وضع قيود أو حدود على سلطان السلطة التنفيذية أو السلطة التشريعية ، فليس ذلك المهدف من النتائج المترتبة على هذا المبدأ ، ولكن المبادئ والأنظمة التي تهدف الى كفالة الحرية ومنع استبداد الحكام انما هي - أو بعبارة أصح

(١) مونتسكيو Esprit des Lois الكتاب ٩ باب ٤ وردت الاشارة اليه في مؤلف دوجي : مطول القانون الدستوري ج ٢ (المرجع السابق) ص ٥١٧ وما بعدها .

(٢) جيز : Les Principy généraux du droit administratif (الطبعة الثالثة) - باريس ١٩٣٠ ص ٤١٠ .

(٣) Les Partis Politiques-Essai sur les tendances obigarchiques des démocraties تأليف روبرت ميشيل (الأستاذ بجامعة تورين بايطاليا) الترجمة الفرنسية من الايطالية (طبعة باريس ١٩١٢) ص ٣٠٢ .

نجد على رأسها - مبدأ فصل السلطات ، ونظرية أو مبدأ «الحقوق الفردية
ازاء الدولة» (أو الحريات العامة) ، ومبدأ استقلال القضاء ، وكفالة حق
التقاضى للأفراد ، ورقابة دستورية القوانين ، كما يكفل ذلك قبل كل شيء
قوة الرأى العام ونضوجه أى مبلغ غيرته على صيانة حرمة حريات الأفراد ،
وبوجه خاص قوة المعارضة .

(هـ) المبدأ خطر على الحرية :

ان مبدأ سيادة الأمة لا يقف أثره بهذا الصدد عند تلك النتيجة السلبية
التي أشرنا إليها وهي أنه لا يكفل الحرية ولا يحول دون الاستبداد ، بل ان له
أثراً إيجابياً وهو أنه خطر على الحرية ، ذلك لأنه يعمل على زيادة أو مضاعفة
تلك النزعة الاستبدادية (المعروفة لدى أية هيئة تتولى الحكم) التي سبق أن
تحدث عنها مونتسكيو وسبقت الإشارة إليها .

وبياناً لذلك يقول لنا الفقيه الفرنسي الكبير بارتلمى : ان هذا المبدأ
ينزع بأصحابه الى اعتبار ارادة الأمة ارادة مشروعة بذاتها أى الى اعتبار
أنها تمثل دائماً الحق والعدل ، بعبارة أخرى ان هذا المبدأ ينطوى على الادعاء
بأن السلطة تكون مشروعة نظراً لمصدرها *une prétention à légitimer le pouvoir par son origine*”

وبناء على ذلك فكل عمل صادر عن ارادة الأمة يعد عملاً مطابقاً للحق
والعدل مجرد كونه صادراً من الأمة (أى نظراً لمصدره فحسب) ، فالتقانون
يعد مطابقاً لقواعد الحق والعدل ، وأنه يعد اذا فوق متناول الشك والمناقشة
من هذه الناحية لا لسبب الا لأنه صادر عن ارادة الأمة ، فهذا المبدأ ينسب
الى الشعب صفة العصمة من الخطأ ، ولذلك فهو يؤدي بالشعب (أو بممثليه)
الى الاستئثار بالسلطة المطلقة أى الى الاستبداد ، إذ أنه طالما كانت ارادة
الشعب تعد إرادة مشروعة لا لشيء الا لكونها صادرة من الشعب فإن
الشعب يستطيع اذاً - من الناحية القانونية - أن يفعل كل شيء وهو اذاً يغدو

في غير حاجة الى أن يأتي بمبررات لما يعمل ويريد (١) ثم أنه مما يزيد من خطر ذلك المبدأ على الحرية أنه ليس هو الشعب - من الناحية العملية الواقعية - هو الذي يريد أو يتكلم وإنما هم بضعة أفراد - كما قدمنا - الذين يريدون أو يتكلمون باسم الشعب ، فهؤلاء الأفراد (الحكام) هم الذين سينتفعون إذا بتلك العصمة (عن الخطأ) التي يسبغها ذلك المبدأ (٢) .

الخلاصة : ان مبدأ سيادة الأمة ينتهي بنا الى اعتبار ارادة الشعب «مقدسة» يجب الخضوع أمامها والخشوع . وبذلك ينتهي بنا هذا المبدأ الى النتيجة ذاتها التي تنتهي اليها نظرية الحق الالهي أي تنتهي الى الاستبداد (٣).

ولعل خير ما نختم به هذه النيذة أن نشير الى ما ذكره الفقيه الكبير العميد دوجي من «أن نظرية سيادة الأمة رغم أنها نظرية مصطنعة Artificielle فأنها كانت تصبح جديرة بالتأييد لو أنها كانت مفسرة للحقائق أو الوقائع السياسية في العصر الحديث ولو أن نتائجها العملية كانت طيبة ، ولكن الواقع كان عكس ما كنا نتوقع» (٤) .

(١) بارتلمى (المرجع السابق) ص ٦٣ - ويضيف إلى ما تقدم قوله : وهذا هو ما يفسر لنا كيف أننا وجدنا في بداية عصر الثورة الفرنسية أي في تلك الفترة التي كانت فيها قوة الايمان بمبدأ سيادة الأمة في أعلى درجاتها ، وجدنا أحد كبار زعماء وفقهاء ذلك العصر (وهو Bailly) يقول في إحدى الطيئات النيابية (la Convention) عبارته الشهيرة : « حينما يتكلم القانون يجب أن يسكت الضمير » . (Quand la loi a parlé. la Conscience doit se taire) ولكن الضمير القانوني أصبح في العصر الحديث - كما يقول بارتلمى - لا يمكن أن يرضيه ذلك » .

(٢) وعلى حد تعبير أحد أساتذة المدرسة الحرة في فرنسا (وهو بنيامين كونستان Benjamin Constant) أن ذلك المبدأ يقذف بنا للسير في ذلك الطريق الخيف للاستبداد البرلماني

L'horrible route de L'omnipotence Parlementaire

راجع فيما تقدم بارتلمى ص ٧٦ ، ٧٧

(٣) لافاريير (المرجع السابق) ص ٣٧٦ ، ودوجي : مطول القانون الدستوري (الطبعة الثانية) ج ١ ص ٤٧٨ .

(٤) دوجي : Lecons de droit Public (طبعة باريس ١٩٢٦) ص ١٢٥

المطلب الثالث

نظرية السيادة (وبخاصة نظرية أو مبدأ سيادة الأمة) وعلماء المسلمين

فما تقدم كان بيان ما ذكره علماء الفقه الدستوري الفرنسي عن نظرية السيادة بوجه عام - ونظرية سيادة الأمة بوجه خاص - وهي قد ولدت ونشأت وترعرعت في بيئتهم ، وكان بعضهم يرى - كما رأينا وبيننا - دفنها في مقابرهم ، أو - بالأقل - وضعها مع بعض آثار المبادئ أو النظريات الدستورية القديمة في متاحفهم !!! .

فإذا كان رأى علماء الفقه الاسلامي في نظرية السيادة بوجه عام ، ونظرية أو مبدأ سيادة الأمة بوجه خاص ؟ .

لا نجد لعلماء المسلمين القدامى في هذا المقام أثراً ، فلم يكن صحيحاً ما ذكره أحد علماء المسلمين المعاصرين (وهو الأستاذ على عبد الرازق) من أنهم عرضوا لهذه المشكلة (مشكلة نظرية السيادة) . وكان بعض العلماء المعاصرين هم الذين أثاروا هذه المشكلة ، تأثراً - دون وعي منهم - بالعلماء والفقهاء الغربيين . ولكنه كان تأثراً وتقليداً من قوم لم يدركوا مغزى النظرية التي دارت مناقشتهم حولها ، والتي أرادوا اقتباسها ، فهم لم يدركوا أولاً أنهم ازاء نظرية ، وأنها نظرية فرنسية اصطنعها الفقهاء الفرنسيون القدماء لظروف خاصة بهم ، ولأهداف معينة لهم ، ثم جاءت الثورة الفرنسية ، فأدخلت على النظرية ما أدخلت من تغيير اقتضته ظروف تلك الثورة وأهدافها ، اذ نقلت ملكية السيادة من الملوك الى الشعوب ، ثم هي نظرية تقوم - كما قدمنا - على أساس فلسفي معين ، وهي ذات خصائص معينة لاصقة بها ، ونتائج أو آثار معينة مترتبة عليها ، وانتقادات كثيرة موجهة اليها ، فكان عدم احاطتهم بجميع ذلك داعياً الى احاطتهم بسلسلة متصلة الحلقات من الغلطات ، فكان شأنهم - على حد التعبير الفرنسي

الطريف لأحد الكتاب في تعريف الفيلسوف - شأن « من يبحث في غرفة ظلماء عن قبعة سوداء غير موجودة بتلك الغرفة » !! (١) .

واليكم تفصيل ما أجهلنا .

وسنين (أولاً) عدم صحة ما ذكره البعض من أن علماء المسلمين القدامى عرضوا لهذه المشكلة أو المسألة (مسألة السيادة ، والبحث عن هو صاحب السيادة في الدولة) .

وسنين (ثانياً) المساوىء التي ترتبت على اثاره بعض العلماء المسلمين المعاصرين لهذه المشكلة .

- ١ -

غير صحيح ان علماء المسلمين القدامى عرضوا لهذه النظرية او المشكلة (مشكلة من هو صاحب السيادة في الدولة)

ذكرنا أنه كان مسلماً حكيماً من العلماء القدامى أنهم أعرضوا عن اثاره هذه المشكلة ، أما القول بأنهم عرضوا لها فهو ادعاء لا يقوم على أساس سليم وسنناقش فيما يلي تلك الادعاءات أو الأقوال :

(فأولاً) يقول الأستاذ المفتي الشيخ بنحيت : « ان المسلمين هم أول أمة قالت بأن الأمة هي مصدر السلطات كلها قبل أن يقول ذلك غيرها من الأمم»

وهو يستند في ذلك الى ما هو معروف ومتفق عليه بين علماء المسلمين من أن «نصب الخليفة (أو الامام) انما يكون بمبايعة أهل الحل والعقد وأن الامام انما هو وكيل الأمة وأنهم هم الذين يولونه ملك السلطة وأنهم يملكون خلعه .. الخ» (٢) .

(١) "Comme celui qui cherche dans une chambre noire un chapeau noir qui n'y est pas "

(٢) راجع « حقيقة الاسلام وأصول الحكم » تأليف الشيخ محمد بنحيت المطبوع (طبعة القاهرة

١٣٤٤ هـ - ١٩٢٥ م) ص ٣٠

(ثانياً) ويقول الأستاذ على عبد الرازق أنه كان بين المسلمين خلاف بصدد مصدر سلطان الخليفة ، فكان هناك مذهبان (١) **المذهب الأول** ويرى أصحابه « أن الخليفة يستمد سلطانه من سلطان الله وقوته من قوته » ، وهذا رأى - كما يقول - « تجد روحه سارياً بين عامة العلماء وعامة المسلمين أيضاً ، ثم يرى «أنهم جعلوا الخليفة ظل الله تعالى ، وأن أبا جعفر المنصور (الخليفة العباسي) زعم أنه إنما هو سلطان الله في أرضه (١) . كما يرى أنه «قد شاع هذا الرأى وتحدث به العلماء والشعراء منذ القرون الأولى» .

ادلته : فاذا نحن بحثنا عما قاله هؤلاء العلماء بهذا الصدد ليصلح دليلاً على أنهم كانوا ينادون حقاً بنظرية التفويض الألهي أو الحق الألهي للملوك أو السلاطين (أى بأنهم إنما يستمدون سلطانهم من الله) فأنتنا نجد ذلك الدليل لا يعدو مجرد ذكر أولئك العلماء لأسماء الملوك أو السلاطين مقرونة بهالة من التوقير تبلغ حد التقديس (٢) .

(ب) اما المذهب الثاني :

وهو المذهب القائل بأن الخليفة إنما يستمد سلطانه من الأمة فقد اعتنقه (كما يقول الأستاذ عبد الرازق) بعض آخر من العلماء : «وقد وجدنا ذلك

(١) «الاسلام وأصول الحكم» للأستاذ على عبد الرازق ص ١١ ثم ص ٧ والمؤلف يشير بذلك إلى خطبة للخليفة المنصور في مكة قال فيها : «أيها الناس إنما أنا سلطان الله في أرضه ، أسوسكم بتوقيفه وتسديده ، وحارسه على ماله ، أعمل فيه بمشيئته وأرادته .. الخ» - وكان مرجعه العقد الفريد ج ٢ ص ١٧٩ - راجع في ذلك كتاب الأستاذ على عبد الرازق (المراجع السابق) ص ٤ هامش رقم ٢

(٢) وفي ذلك يقول الأستاذ عبد الرازق (في مؤلفه ص ٨ ، ٩) : «وإذا أنت رجعت إلى كثير مما ألف العلماء خصوصاً بعد القرن الخامس الهجرى ، وجدتهم إذا ذكروا في أول كتبهم أحد الملوك أو السلاطين رفعوه فوق صف البشر ، ووضعوه غير بعيد من مقام الغزة الالهية ، ودونك مثالا لذلك ما جاء في خطبة (أى مقدمة) نجم الدين القزويني (المتوفى عام ٤٩٣ هـ) في أول «الرسالة الشمسية في القواعد المنطقية» حيث قال «فأشار إلى من سعد بلفظ الحق ، وامتاز بتأييده من بين كافة الخلق» وقال شارح تلك الرسالة قطب الدين الرازي (المتوفى عام ٧٦٦ هـ) ، في خطبة شرحه (مشيراً إلى الخليفة) «من خصه الله تعالى بالنفس القدسية والرياسة الأنسية» - ويضيف الأستاذ عبد الرازق إلى ما تقدم : «ويقول عبد الحكيم السيالكوني (المتوفى عام ١٠٦٧ هـ) في حاشيته على الشرح المذكور «جعلته عراضة لحضرة من خصه الله بالسلطة الأبدية» وكل هذه العبارات تشير إلى الخليفة .

المذهب (كما يقول) صريحاً في كلام العلامة الكاساني (المتوفى عام ٥٨٧ هـ) في كتابه البدائع» (١).

كلمة نقد

مما تقدم يرى أن هذين العالمين الجليلين يريان أن مشكلة السيادة ومن هو صاحبها (أو مصدرها) على حد تعبير البعض) قد أثارها علماء المسلمين القدامى، كما يرى أن الأستاذ عبد الرازق كان يظن أن ثمة بينهم خلافاً في الرأي (وأن بعضهم كان يرى أن الأمة هي صاحبة السيادة بينما كان يرى البعض الآخر أن السيادة (أو السلطة) إنما يستمدها الخليفة من الله)، بينما يعتقد الأستاذ المفتي الشيخ نجيت أنه لم يكن ثمة خلاف بين أولئك العلماء القدامى وأنهم كانوا على اتفاق بأن الأمة هي صاحبة السيادة.

والواقع أن هذه الأقوال جميعاً تختلف والواقع. فليس صحيحاً أن يقال أنه كان بين العلماء القدامى اتفاق أو اختلاف بصدده مسألة لم تكن بتاتاً موضع تفكيرهم، لأنها لم تكن ظهرت للحياة إلا بعد حياتهم أو بعبارة أدق: بعد وفاتهم.

وإيضاحاً لما تقدم أرى أن أوجه الأنظار إلى الاعتبارات والحقائق التالية:

١ - أن قول علماء المسلمين بأن الخليفة إنما يتقلد مركزه بناء على مبايعة أهل الحل والعقد أو اختيار الأمة له، أن هذا القول لا يصح أن يعد دليلاً على أنهم يأخذون بنظرية أو مبدأ سيادة الأمة. فالليونان القديمة (أي منذ ما قبل الميلاد) كانت تزاوّل نظاماً ديموقراطياً متطرفاً وهو «الديموقراطية المباشرة» فالشعب كان هو الذي يختار مباشرة رجال الحكومة، كما كانت تعرض مشروعات القوانين عليه مباشرة (وذلك في «جمعية الشعب» التي كانت تضم جميع الأشخاص المتمتعين بالحقوق السياسية)، ومع ذلك فإنه لا يصح القول بأن اليونانيين القدماء كانوا يأخذون بمبدأ أو نظرية سيادة الأمة رغم أنهم كانوا يأخذون بالديموقراطية، فبدأ سيادة الأمة هو - كما قدمنا - عبارة عن نظرية تفسر أصل السلطة (أو السيادة) ومصدرها أو صاحبها، وإذا كان اليونانيون الأقدمون قد عرفوا الديموقراطية

(١) الاسلام وأصول الحكم ص ١٠

كنظام للحكم الا أن فلاسفتهم ومفكريهم - شأنهم شأن علماء المسلمين القدامى - لم يعرضوا لبحث مسألة أصل السلطة أو مصدرها ولم يكونوا قد عرفوا شيئاً يسمى باسم نظرية سيادة الأمة إذ هي لم تعرف الا بعدهم بعدة قرون ، وذلك قبيل عصر الثورة الفرنسية . ولذلك نجد الفقهاء الفرنسيين في عصرنا هذا يقولون : « إن الأزمنة القديمة (وهم يعنون بوجه خاص : اليونان القديمة) عرفت الديمقراطية كحقيقة واقعية ، لا كذهب (أو نظرية) » (١).

يرى مما تقدم أنه لم يكن صحيحاً ما ذكره الأستاذ المفتى من « أن المسلمين هم أول أمة قالت بأن الأمة هي مصدر السلطات » . وإذا كان الذي يعنيه هو أن المسلمين كانوا أول أمة عرفت النظام الديمقراطي قبل غيرها من الأمم ، فذلك أيضاً غير صحيح ، فقد عرفت الديمقراطية في روما والدويلات اليونانية قبل الميلاد ، أي قبل ظهور الاسلام ببضعة قرون ، وان كانت تلك الديمقراطيات القديمة ذات خصائص أو صفات خاصة تختلف بها عن غيرها من الديمقراطيات (٢) .

٢ - أما الأقوال التي ذكرها الأستاذ على عبد الرازق بهذا الصدد فهي عبارة عن سلسلة متصلة الحلقات من الغلطات ، أو بعبارة أصرح وأوضح بل وأفضح : أنها تكاد تحوى من الغلطات عدد الكلمات !! .. وحسبنا هنا أن نشير إلى أهمها فيما يلي :

(١) « L'Antiquité a Connue la démocratie; mais c'était en tant que fait et non en tant que doctrine » .

راجع مؤلفنا (رسالة الدكتوراه) : « الديمقراطية وتمثيل المصالح في فرنسا » (بالفرنسية) طبعت بباريس ١٩٣١ ص ١٩

(٢) راجع في تفصيلات ذلك مؤلفنا « القانون الدستوري والأنظمة السياسية (الطبعة الثانية أو الثالثة) ص ٩٦ - ١٠٢

ويلاحظ أن ديموقراطية أثينا (التي كانت تعد نموذجاً للديموقراطيات القديمة) بدأت بالدستور الذي وضعه المشرع صولون Solon (الذي عاش ما بين القرن السادس والقرن السابع قبل الميلاد أي ما بين ٦٤٠ ، ٥٥٨ ق. م.) ولقد اكتمل تطور تلك الديمقراطية القديمة بناء على الإصلاح الذي أدخله Clisihène بعد ذلك بنحو قرن من الزمان .

« Jardé : La formation du peuple grec (éd. Paris, 1923) p. 204 »

(أ) فأولاً غير صحيح - كما يقول أنه كان ثمة خلاف بين المسلمين وأنه كان لديهم مذهبان بصدد مصدر سلطان الخليفة ، لسبب بدهى هو ما ذكرناه من أن مسألة البحث في « مصدر السلطة (أو السيادة) » لم تكن بتاتاً موضع بحث ، وكل ما قاله علماء المسلمين القدامى بهذا الصدد هو أن الخلافة إنما تكون بمبايعة أهل الحل والعقد ، ومثل هذا القول لا يصح أن يعد - كما قدمنا وبيننا - « بحثاً في مصدر السلطة أو السيادة » ثم أن هذا القول أو الرأي لم يكن بتاتاً لديهم موضع خلاف . على أن الأستاذ عبد الرازق قد اعترف - دون أن يدري - بهذه الحقيقة التي أشرنا إليها وهي أن علماء المسلمين القدامى لم يعرضوا في الواقع لهذا البحث (أ) .

(ب) ولكن الأستاذ عبد الرازق يبني رأيه (في أنه كان لدى علماء المسلمين مذهبان بهذا الصدد) عن طريق الاستنتاج الظني الذي ينزل إلى مستوى ما يطلق عليه الحدس (أى «التخمين») أو الافتراض!!.. - فنحن إذا بحثنا مما كان هذا الاستنتاج فأننا نجد عجباً دونه كل عجب!!.. نجد الأستاذ يستنتج رأيه هذا من عبارة وردت في إحدى خطب أحد الخلفاء العباسيين بمناسبة أحد الظروف ، ومن بعض عبارات متناثرة وردت في المقدمات التي كتبت لبعض المؤلفات ، وكانت (المقدمات) تنطوي على عبارات التوقير للخليفة أو السلطان ، أو تنطوي على الزلفى والتقرب إليه . ثم مم كان أيضاً ذلك الاستنتاج؟ وهنا نجد ما هو أشد اغراقاً في الغرابة وامعاناً في العجب!!..

(١) فلقد ذكر عنهم (في مؤلفه ص ٦) بأنه « كان واجباً عليهم ، إذ أفاضوا على الخليفة كل تلك القوة ، ورفعوه إلى ذلك المقام ، وخصوه بكل هذا السلطان ، أن يذكروا لنا مصدر تلك القوة التي زعموها ، أنى جاءت؟ ومن الذى حباه بها وأفاضها عليه؟ - لكنهم أهملوا ذلك البحث ، شأنهم في أمثاله من مباحث السياسة الأخرى التي قد يكون فيها شبه تعرض لمقام الخلافة ومحاولة البحث فيه والمناقشة » .

نجده يستمد رأيه هذا من بعض أبيات شعرية نظمها بعض الشعراء في العصر الأموي أو العصر العباسي لنيل بعض من الحظوة أو قسط من المال لدى بعض الخلفاء !! .. ولا أعرف لحظة من لحظات الدهشة أو الحيرة كتلك التي أجدني أتساءل فيها كيف نفسر أو نبرر مثل هذا الخطأ البين الذي لا يعوزه بيان؟ فالشعر - كما يقولون - أعذبه أكذبه ، وإذا صح الاستدلال بالشعر للتدليل على بعض الحالات أو النزعات النفسية ، فكيف يستدل به في المسائل العلمية أو الفقهية؟ فهل كان يصح للأستاذ - وهو من كبار علماء الدين - إذا أراد أن يبين لنا مثلاً حكمة التيمم ، أن يستدل بقول الشاعر العربي:

ولو لم تلامس صفحة الأرض رجلها
لما كنت أدري حكمة التيمم !! ..
والبيت - كما هو بين - قاله شاعر ماجن في الغزل !! .. (١)

(ج) أما الدليل الذي يستند إليه الأستاذ عبد الرزاق من أقوال تنسب للخليفة المنصور فما هو المرجع الذي يستند إليه الأستاذ بهذا الصدد؟ هو - كما رأينا - كتاب العقد الفريد لابن عبد ربه ، وهو كتاب قيم معروف من أمهات كتب الأدب العربي القديم ، فهل يصح أن تعد كتب الأدب في عداد المراجع

(١) وحسبنا أن نذكر هنا بعض أمثلة من تلك الأشعار التي يستدل بها الأستاذ عبد الرزاق على وجود مذهب ينادى أصحابه بأن الخليفة يستمد سلطانه من سلطان الله تعالى . من تلك الأشعار قول أحدهم موجه خطابه إلى الخليفة :

ولقد أراد الله إذ ولاكها
من أمة اصلاحها ورشادها
وقول آخر ..

ما شئت لا ما شاءت الأقدار فاحكم فئت الواحد القهار

راجع في ذلك « الاسلام وأصول الحكم » ص ٧ ، ٨

في المسائل الفقهية ؟ على أننا إذا أغضينا الطرف عن هذه الملاحظة الشكلية ، ولو أنها جوهرية ، فأنا إذا رجعنا إلى ما ينسب للخليفة المنصور من قول ذكره في خطبته ، وإذا سلمنا جدلاً بصحته فأنا نجد بعيداً عن الادعاء أنه يستمد سلطته من الله ، أي بأنه ينادى بنظرية « الحق الالهي » (أو « التفويض الالهي » على حد التعبير الذائع) ، فالقائلون بهذه النظرية إنما يقولون بها لتبرير سلطتهم المطلقة التي لا يسمحون للشعب بأن يحاسبهم عليها ، والمنصور كان بعيداً عن الادعاء بأن سلطته مطلقة وإنما الذي قاله كان ينبئ عن عكس مثل ذلك الادعاء حيث ذكر أنه إنما يعمل وفق « مشيئة الله و ارادته » ، وهو يعرف أن هذه المشيئة أو الارادة إنما ورد التعبير عنها في القرآن والسنة ، أي أنه يعترف بأن سلطته غير مطلقة بل مقيدة .

والمواقع أن الخلفاء العباسيين الأولين (كما يقول الأستاذ الكبير أحمد أمين) قد عملوا على صبغ الخلافة بصبغة دينية تعظيماً لشأنها في نفوس الناس ، لا سيما في عهد الخليفة المنصور حيث لاحظ كثرة الخارجين على الدولة العباسية في عهده ، وكان من مظاهر تلك الصبغة الدينية التي صبغت بها الخلافة في العصر العباسي مظاهر القدسية التي كانت تحاط بها البيعة للخلافة (١) .

(د) أما ما يدعيه الأستاذ عبد الرازق من أنه كان هناك بين علماء المسلمين القدامى مذهب ثان يقول أنصاره أن الخليفة إنما يستمد سلطانه من الأمة ، وأنه (الأستاذ عبد الرازق) قد وجد

(١) ومن مظاهر تلك الصبغة الدينية كذلك كما يقول الأستاذ أحمد أمين : « أننا لا نرى مثلاً في الدولة الأموية قاضياً اتصل دينياً وسياسياً بالخليفة كما اتصل أبو يوسف »

راجع ضحى الاسلام للاستاذ أحمد أمين طبعة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م ص ٤٥ ، ٤٦

التعبير عن هذا المذهب « صريحاً في كلام العلامة الكاساني » (١).
 والواقع أننا إذا رجعنا إلى أقوال العلامة الكاساني التي نقلها
 الأستاذ عبد الرازق فأننا لا نجد فيها كلاماً صريحاً ولا تلميحاً
 إلى هذا المذهب ، وحسبنا أن نذكر أننا إذا رجعنا إلى مؤلف
 العلامة الكاساني الذي يشير اليه (وهو بدائع الصنائع في ترتيب
 الشرائع - الجزء السابع) فأننا نجد أن أقوال الكاساني
 (التي نقلها الأستاذ عبد الرازق) إنما وردت (في كتاب
 الكاساني) تحت عنوان «كتاب آداب القاضي» وفيه يتكلم
 عن «بيان من يصلح للقضاء وبيان آداب القضاء وبيان حكم خطأ
 القاضي .. الخ» . وذلك ما لم يشر اليه الأستاذ عبد الرازق .
 فإذا كان العلامة الكاساني يريد أن يتكلم عن «مذهب»
 له بصدد نظرية السيادة ، وأنه يريد التعبير عن مذهبه في
 سيادة الأمة تعبيراً «صريحاً» فهل كان من المقبول أو المعقول
 أن يتكلم عن ذلك تحت ذلك العنوان ؟ وعلى كل حال فحسبنا
 أن نرجع إلى أقوال الكاساني فهي في الواقع صريحة كل الصراحة
 في أنها لا تشير إلى مبدأ سيادة الأمة لا تصريحاً ولا تلميحاً (٢).

(١) الاسلام وأصول الحكم ص ١٠

(٢) أما ما ذكره العلامة الكاساني في كتابه المذكور «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»
 الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م. ص ١٦) فهو يتلخص (كما ذكر الأستاذ عبد الرازق في مؤلفه
 ص ١٠) في قوله: «وكل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضاء .. ولا يختلفان
 الا في شئ واحد ، وهو أن الموكل إذا مات أو خلع ينزل الوكيل ، والخليفة إذا مات أو خلع
 لا تنزل قضائه وولاته ، ووجه الفرق أن الوكيل يعمل بولاية الموكل وفي خالص حقه أيضاً ،
 وإذا بطلت أهلية الولاية فينزل الوكيل . والقاضي لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه ، بل بولاية
 المسلمين وفي حقوقهم ، وإنما الخليفة بمنزلة الرسول عنهم ، لهذا لم تلحقه المهدة كالرسول
 في سائر العقود ، والوكيل في النكاح . وإذا كان رسولا كان فعله بمنزلة فعل عامة المسلمين
 ولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقى القاضي على ولايته . وهذا بخلاف العزل ، فإن الخليفة
 إذا عزل القاضي أو الوالي ينزل بعزله ولا ينزل بموته ، لأنه لا ينزل بعزل الخليفة أيضاً
 حقيقة بل بعزل العامة لما ذكرنا أن توليته بتولية العامة ، والعامة ولو الاستبدال دلالة لتعلق
 مصالحهم بذلك فكانت ولايتهم منهم معنى في العزل أيضاً ، فهو الفرق بين العزل والموت انتهى .
 فأين هو الكلام الصريح أو حتى غير الصريح عن مبدأ سيادة الأمة ؟ !! ..

المساوىء التى ترتبت على الثورة بعض علماء المسلمين المعاصرين لمشكلة سيادة

إن بعضاً من المساوىء - فيما لاحظنا - قد نجمت عن اثارهم لهذه المشكلة ، إذ أدت بهم إلى ابداء آراء وإلى أن ينسبوا إلى بعض الخلفاء أو العلماء الأقدمين آراء أو اتجاهات تسمى إلى الاسلام - من حيث لا يعلمون ومن حيث لا يريدون - أبلغ أساءة ، كما أنها تمد خصومه بسلاح من أحد الأسلحة لمهاجمته .

- ذلك هو قول بعضهم أن بعض الخلفاء كانوا يقولون بأنهم يستمدون سلطتهم من الله ، وأن بعض علماء المسلمين القدامى كانوا كذلك يرون ذلك (١) ، أى أنهم كانوا يأخذون بنظرية التفويض الالهى (أو الحق الالهى المباشر) .

- وذلك أيضاً قول البعض الآخر بأن الدولة الاسلامية « ليست ديموقراطية » وانما هى « ثيوقراطية Theocracy (٢) »

والثيوقراطية - تعريفها كما يقول أصحابها - هى تلك المذاهب القائلة بأن السلطة مصدرها الله ، وأن الدولة انما هى نظام إلهى أى نظام من صنع الله (٣) .

(١) ذلك هو ما ذكره الأستاذ على عبد الرازق - كما قدمنا - عن الخليفة المنصور الدين الرازى ، وعبد الحكيم السيلكوتى) . كما ذكره عن بعض علماء المسلمين (مثل نجم الدين القزوينى ، وقطب

(٢) ذلك هو ما ذكره العالم الاسلامى الباكستانى أبو الأعلى المودودى (فى رسالته : « نظرية الاسلام السياسية » ص ٣٢) ويلاحظ أن قوله بأن الثيوقراطية الاسلامية تختلف عن الثيوقراطية الأوروبية لا يخفف الا قليلا من أثر أقواله .

(٣) ينقسم أنصار الثيوقراطية أو القائلون بها إلى فريقين : فريق يأخذ بنظرية « الحق الالهى المباشر (أو التفويض الالهى على حد التعبير الدائع) » ، وفريق يأخذ بنظرية « الحق الالهى غير المباشر وهى التى يقول أصحابها أن الله لا يتدخل مباشرة لاختيار السلطة الحاكمة (أو الملك أو السلطان الخ) ، وانما يتم تدخله بطريقة غير مباشرة أى عن طريق توجيه الحوادث وإرادة البشر توجيهها من شأنه أن يؤدى إلى ذلك الاختيار .

– ويبدو أن القائلين بهذه الأقوال من علماء المسلمين لا يعرفون أنه لا شيء يسمى إلى الإسلام في نظر الغرب (بل وفي نظر علماء العصر الحديث بوجه عام) مثل الذى يقولونه ، فالدولة الشيوقراطية – فى نظر علماء الغرب – تعتبر أنها « الشكل المعروف للدولة فى حياة البشرية فى حالتها البدائية » (١)

ويبدو كذلك أنه قد فاتهم أن أهم صورة من صور الشيوقراطية (وهى نظرية الحق الالهى المباشر أو التنويض الالهى) تعد اليوم فى نظرنا – كما هو معلوم – مجرد حيلة أو وسيلة يستند اليها الملوك أو السلاطين لتبرير استبدادهم وسلطانهم المطلق ، وإن كانت تعد فى البداية (أى فى بداية المناداة بها فى القرون الوسطى) وسيلة للتخلص من نفوذ البابوات والامبراطرة وحكام الاقطاع الذين كانوا يشاركون الملوك سلطانهم .

مما تقدم يتبين أن الإسلام فى غير حاجة إلى اثاره تلك المسألة أو المشكلة التى لا تؤدى اثارها إلى حل مشكلة من مشكلاته وانما تؤدى إلى خلق مشكلة جديدة الإسلام عنها فى غنى .

خاتمة – والرأى عندى أنه إذا أريد اثاره هذه المشكلة فليكن لها الطابع أو المغزى السلبى الذى عرفت به نظرية السيادة بوجه عام (ونظرية سيادة الأمة بوجه خاص) لدى نشأتها فى بداية العهد بها كما قدمنا (٢)، فنقول : أن الدولة – فى الإسلام – لا سيادة فيها على الأمة لفرد أو لطائفة أو طبقة .

فمثل هذا التعبير السلبى عن نظرية أو مبدأ سيادة الأمة يحقق لنا المزايا التى تنسب اليه ، ويجنبنا ما سبق بيانه من المساوىء التى تؤخذ عليه (٣)

(١) راجع كتاب « نظرية الدولة » The Theory of the State للأستاذ بلنتشلي Bluntchli الأستاذ بجامعة هايدلبرج بألمانيا – الطبعة الثالثة للترجمة الانجليزية عن الألمانية ص ٦ ، ٣٤٥ – ويلاحظ أن المؤلف يقصد هنا نظرية الحق الالهى المباشر .

(٢) راجع ص ٩

(٣) لزيادة التفصيل راجع مؤلفنا : « المفصل فى القانون الدستورى » ج ١ (طبعة ١٩٥٢) ص ٣٥٨ – ٣٦٨ .

فهرست

صفحة

الفرع الاول : الراى القائل بأن صاحب السيادة هو الله

١ النظرية السياسية للاسلام لدى أبى الأعلى المودودى

الفرع الثانى : الراى القائل بأن السيادة للامة

٥ الأدلة التى يستند اليها جبهة علماء المسلمين

الفرع الثالث : الرايان فى كفتى الميزان : بعض ملاحظات عامة - المسألة لم يكن يصح وضعها .

٧ تمهيد

المطلب الاول : نظرية السيادة هى نظرية فرنسية قديمة .

(ا) نبذة تاريخية ، (ب) المغزى السلبى (فى البداية) والمغزى الايجابى

لتلك النظرية ، (ج) مبدأ سيادة الأمة والثورة الفرنسية ، (د) خصائص

(أو مبدأ) سيادة الأمة (ونظرية السيادة بوجه عام) ، (هـ) الأساس الفلسفى

٨ لنظرية (أو مبدأ) سيادة الأمة

المطلب الثانى : عدم الحاجة الى نظرية السيادة (وبخاصة نظرية سيادة الامة فى العصر الحديث)

(ا) زوال الظروف التاريخية التى أدت إلى استنباط تلك النظرية ،

(ب) مبدأ سيادة الأمة لا يمثل نظاما سياسيا معينا ولا يحتم نظاما انتخابيا

معينا ، (ج) مبدأ سيادة الأمة تلامم مع أنظمة دكتاتورية ، فهو لا يمنع

الاستبداد ، بل هو خطر على الحرية - أمثلة من التاريخ الدستورى الفرنسى

(نظام الديموقراطية القيصريية : دستور السنة الثامنة ودستور ١٨٥٢ بفرنسا)

(د) تحليل تلك الظاهرة (ظاهرة الاستبداد المستند إلى مبدأ سيادة الأمة)

١١ (هـ) المبدأ خطر على الحرية

المطلب الثالث : نظرية السيادة (وبخاصة نظرية أو مبدأ سيادة الامة) وعلماء المسلمين .

١ - غير صحيح أن علماء المسلمين القدامى عرضوا لهذه النظرية أو المشكلة

(مشكلة من هو صاحب السيادة فى الدولة) - ٢ - المساوىء التى ترتبت

على إثارة بعض علماء المسلمين المعاصرين لمشكلة السيادة - خاتمة ٢١

نظرات في فلسفة القانون

الدكتور شمس الدين الوكيل

أستاذ كرسى القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

١ - تمهيد - وتقسيم :

هدفنا من هذه الدراسة البحث في تبرير وجود القاعدة القانونية ولاكتسابها صفة الالتزام في الجماعة .

ويدور التساؤل منذ فجر التاريخ عن صفة السلطة العامة في جماعة معينة في تقرير القواعد القانونية الملزمة وسبب هذا الالتزام .

وقد سئل أحد الفقهاء الانجلوسكسونيين عن المقصود بفلسفة القانون فأجاب « بأنها كل ما يتجرد في القانون من الفائدة العملية (١) » .

ومثل هذه النظرة واجبة الرفض في تقديرنا . فدراسة القانون لا ينبغي أن تقف عند مجرد القوة الملزمة لقواعده . وإنما يجب أن تنفذ إلى القوى الكامنة وراء هذا الالتزام ، والتي تكون سنداً له في وجوده ثم في بقاءه .

وليس هذا البحث مجرد ترف يولع به المتخصصون كما قد يتبادر إلى ذهن البعض . وإنما هو حرص على إقامة النظام القانوني في الجماعة على أساس واضح .

ولا ندعى في هذه الدراسة الاحاطة بكافة المذاهب والمدارس التي عاجلت أساس القانون وبحثت في فلسفته . ولكننا سنبدل الجهد لنقل صورة تاريخية ومعاصرة لتطور الفكر الفلسفي في أساس القانون .

(١) أنظر الإشارة إلى هذا القول في مقال هنرى موتولسكى « الوظيفة العملية لفلسفة القانون » منشور بأرشيف فلسفة القانون سيرى سنة ١٧٥٢ ص ١٦٥ (العدد المخصص للفرقة بين القانون الخاص العام بصدد المشروع العام) .

وقد تأرجحت المذاهب والمدارس المختلفة بين اتجاهين . أحدهما يؤمن أن وراء القانون الوضعي المنطبق في الجماعة قانون مثالي هو نموذج العدل الواجب الاتباع في القوانين الوضعية (١) . ويمثل هذا الاتجاه المذاهب المثالية وخاصة مدرسة القانون الطبيعي . وتختلف الاتجاهات في إطار هذه المذاهب في تعريف مضمون العدل المثالي الذي يقود القوانين الوضعية ، وبصفة أخص في كيفية تحديده والتعرف عليه (٢) .

والاتجاه الآخر يرفض كل بحث يجاوز إطار القواعد المنطبقة فعلا ويرى فيه بحثاً فيما وراء القانون . ويعتبر القانون في نظره من صنع الواقع . فهو يرفض كل بديهية سابقة على الجماعة . ويتلمس تبرير وجود القانون وقوته من قوى واقعية ملموسة تستخلص من عناصر متنوعة . ويمثل هذا الاتجاه المذاهب الواقعية (٣) . وتختلف الاتجاهات في إطار المذاهب الواقعية في تحديد المقصود بالواقعية التي تسند وجود القانون وتبرر بقاءه .

(١) أنظر برت دي لاجرسيه ولا بورد لاكست « النظرية العامة في دراسة القانون » ص ٢٥ فقرة ٣١ - جان كاربونييه « القانون المدني » الجزء الأول ص ٣٤ .

(٢) راجع مارتق وريينو الجزء الأول ٤١ فقرة ٢٤ .

هذا ويرامى ان المعنى الفلسفى لاصطلاح Idealisme يتسع عن المعنى القانونى لها . فالمقصود به فى دراسة النظرية العامة للقانون المذاهب المثالية التى تدرك مجموعة من القواعد تسمى على القانون الوضعى . والمعنى الشائع فى الفلسفة بوجه عام يقصد به المذاهب التى تؤمن بأن معرفة الأشياء لا تدرك إلا بالفكر فهى بعبارة موجزة المذاهب الفكرية .

وهناك نوع من المثالية الاجتماعية فى الفكر الفلسفى يقترّب من المذاهب القانونية المثالية . ويهدف إلى أن التطور الاجتماعى يجب إخضاعه لمنطق معين بحيث يكون هناك عالم عقلى وحر ضد العالم الآلى واللاخلقى المستخلص من الظواهر الاقتصادية والمادية البحتة - راجع القاموس الفنى والتقى لأندرية لالاند فى الفلسفة الطبعة الخامسة ص ٤٤٤ .

(٣) الواقعية Positivisme يقصد بها فى المعنى الفلسفى الشائع المذاهب التى تؤمن برفض كل ما هو سابق أو مسلم ، وترى اليقين فيما يستخلص من العلوم التجريبية ، وأن ادراك الواقع هو وحده الأمر المشر ، أنظر اندريه لالاند المرجع السابق ص ٧٩٢ ، ويرى البعض أن الاتجاه إلى الالتزام بالواقع هو تضييق لآفاق الفكر .

وتظهر بطبيعة الحال مذاهب تنزع إلى الاعتدال وتحاول التوفيق بين الاتجاهين المتعارضين . وتنوع أيضاً محاولات التوفيق والاعتدال .

وفيما يلي نعقد فصولا ثلاثة . الفصل الأول في المذاهب المثالية . والفصل الثاني في المذاهب الواقعية . والفصل الثالث في المذاهب المعتدلة بين المثالية والواقعية ، وفيه نختار الاتجاه الذي نسير عليه .

الفضائل الأولى

المذاهب المثالية

(وخاصة المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي)

٢ - المثالية صاحبت القانون منذ فجر التاريخ - تقسيم :

يقصد بالمثالية الأفكار التي تؤمن بأن هناك مبادئ وأصول تسمى على القانون المنطبق في جماعة معينة ، وتشكل نموذجاً للعدل ينبغي السير على نهجه في كافة القوانين الوضعية .

وبعبارة أخرى ترى المثالية أن القانون كما هو كائن يجب أن يطابق القانون كما ينبغي أن يكون . وهو ينبغي أن يكون وفقاً لعدل مثالي يسمو على القانون الوضعي .

وقد عرفت المثالية منذ فجر التاريخ في الحضارات القديمة . ثم ظهرت في القرن السابع عشر باسم القانون الطبيعي . وأتيح لها الانتشار والرواج في القرن الثامن عشر ، ثم تعرضت للنقد والتجريح ، مما دفع المؤمنون بها إلى إخراجها في أشكال جديدة .

وفي المباحث الآتية نعالج :

- ١ - المثالية في الحضارات القديمة .
- ٢ - المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي .
- ٣ - المثالية في الفكر المعاصر .

المبحث الأول

المثالية في الحضارات القديمة

٣ - المثالية عند اليونان :

كان الأصل عند اليونان أن الفرد يتوارى وراء الجماعة . فقد كان يمارس الحقوق السياسية دون أن تتوافر له الضمانات التي نحميها (١).

وبذلك كان الطابع الغالب للفلسفة اليونانية هو تقديس دور السلطة العامة واحترام القوانين الوضعية .

وبالرغم من ذلك نجد لدى بعض الفلاسفة احساساً واضحاً بالمثالية، ولكنه لا يرقى إلى حق تمكين الفرد من عصيان القانون الوضعي .

فقد عرف سقراط مثلاً نوعاً من العدل العالمي يختلف عن الصور الخاصة للعدل التي يفهمها عامة الناس . كما آمن بوحدة عالم الفكر على خلاف المتناقضات السائدة في عالم التجارب . ومن هنا تظهر ملامح الاتجاه المثالي في الفلسفة اليونانية للقانون (٢) .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن سقراط فرض الطاعة للقوانين الوضعية ، ولو كانت غير عادلة . بل أنه أوجب تضحية الانسان بحياته في سبيل احترام القانون .

وهكذا يمكن اعتبار سقراط أحد رواد الاتجاه المثالي في فلسفة القانون، رغم أنه لم يصل به إلى نتيجة الحتمية وهي الترخيص بعصيان القانون الوضعي عند مخالفته للأصول المثالية (٣) .

(١) أنظر كلود دى باسكييه مقدمة في النظرية العامة للقانون وفلسفته ص ٢١٤ وما بعدها

(٢) أنظر ديل فتشيو « فلسفة القانون » ص ٤٠ وما بعدها .

(٣) يعتبر سقراط احد الرواد الأوائل للاتجاه المثالي لأنه نادى أيضاً بأنه مدفوع باطام إلهي لم يكن في حقيقة الأمر الا ضميره . كما أنه آمن أيضاً بالبحث عن المبادئ العقلية للسلوك . وهو فرض احترام القانون الوضعي حتى ولو كان ظالماً . خشية أن يتذرع أى مواطن بمخالفة أى قانون حتى ولو كان عادلاً - أنظر ديل فتشيو المرجع السابق ص ٤٠ وما بعدها .

وجاء أفلاطون مؤكداً دور الدولة في استيعاب النشاط الانساني في كافة نواحيه ، وإطلاق سلطانها بلا قيود . وبذلك يمكن القول إن تعاليم الفلسفة الأفلاطونية اتخذت طابعاً واقعياً استخلص من التجارب السابقة في تاريخ اليونان (١) .

واتفق أرسطو مع أفلاطون في اعتبار الدولة وحدة ضرورية لادراك الكمال في الحياة . ولا يتصور حياة الفرد بعيدة عن الدولة ، كما لا نتصور الحياة لذراع الانسان إذا ما انفصلت عن جسده .

وقد استطاع أرسطو الكشف عن القوة الآمرة للقانون الناتج من الطبيعة والمستخلص من احساس إلهي . وبذلك فرق تفرقة عابرة بين القانون الطبيعي والقانون الشرعي . ولكنه على غرار من سبقه لم يواجه احتمال التصادم بين الاثنين (٢) .

مما تقدم نخلص إلى أن الفكر الفلسفي في اليونان ، في بعض اتجاهاته ، استطاع أن يدرك أحياناً نوعاً من المثالية . فأمن سقراط بنوع من العدل العالمي . كما أحس أرسطو بالقانون الطبيعي بجوار القانون الشرعي .

ولكن أحداً منهم لم يصل إلى حد القول بوجود عدل دائم وثابت يسيطر على مختلف القوانين المنطبقة . ولم يستخلصوا بالتالي النتيجة الحاسمة وهي تجريد القاعدة القانونية الوضعية من قوة الالتزام إذا كانت مخالفة للقانون الطبيعي .

وقد أبرز هذه النتيجة الأخيرة بعض أدباء اليونان في أعمالهم . وتؤكد في حوار رائع دار في مسرحية أنتيجون لسوفوكليس . فقد جاء على لسان

(١) أنظر دي باسكييه المرجع السابق ص ٢١٥ .

(٢) أقام أرسطو أيضاً تفرقة المشهورة بين العدل التوزيعي والعدل التبادلي - أنظر في تفصيل ذلك ديل فلتشييو المرجع السابق ص ٤٦ وما بعدها . وفيه يبين أيضاً الأنواع المختلفة للعدل التبادلي .

البطلة أن « أوامر الانسان مهما بلغت قوتها لا تفوق إرادة الالهة ، ولا تسمو على القوانين غير المكتوبة التي لا تمحى . فهى ليست قوانين الأمس ولا قوانين اليوم . وإنما هى قوانين أبدية لا يعرف أحد تاريخ نشأتها » (١) .

وواضح من هذا التعبير أنه يؤكد فكرة عدم التزام الأفراد بالقوانين غير العادلة التي تنافي القانون الطبيعي . ولكن العمل الأدبي مهما بلغت روعته لا يقدر وحده على خلق فلسفة قانونية متكاملة البنيان .

وجاءت في عهد لاحق ، مدرسة الرواقية بتعاليم واضحة عن فكرة القانون الطبيعي . وكان شعارها الاسمي « الحياة وفقاً للطبيعة » (٢) .

وأعلن رواد هذه المدرسة أن الانسان الحكيم هو الذى يقهر كل الأهواء ويتحرر من كافة المؤثرات الخارجية . وهكذا يمكن الرضاء عن النفس والوصول إلى الحرية الحقيقية . وهذا هو المثل الأعلى ، الذى ترسمه سقراط من قبل ، والذى ينبغى أن يكون غاية كل انسان لأنه من عمل العقل السليم . كما تضيف هذه المدرسة أن هناك قانوناً طبيعياً يحكم العالم وينعكس على الضمير الفردى . ويتميز هذا القانون بطابع عالمى .

وبذلك نهار في نظرهم الحواجز بين الدول لصالح الدولة العالمية . ويظهر نوع جديد من قواعد الأخلاق العالمية الشاملة التي تحكم مجموع البشر ، وتأسس على وحدة الطبيعة الانسانية وفقاً لقانون العقل .

وتمثل هذه المدرسة ذروة الاتجاه المثالي في الحضارة اليونانية القديمة . ففيها نجد إهمالاً لفكرة السلطة العامة ذات السيادة المطلقة . ونجد بوجه خاص اهتماماً بقواعد قانونية تنبع من العقل وتسمو على غيرها من القوانين الوضعية .

(١) أنظر جان كاربونييه « القانون المدني » الجزء الأول ص ٣٤ - راجع أيضاً طه حسين « من الأدب التمثيل اليوناني سوفوكليس » ص ١٨٩ .

(٢) روبييه فقرة ٩٤ - دليل فتشيو ص ٤٩ وما بعدها .

٤ - المثالية عند الرومان :

لم تبرز الحضارة الرومانية في الفلسفة كما كان الحال عند اليونان .
ولكن اشتهر الرومان بالتفوق في علم القانون .

وتأثرت روما بفلسفة اليونان بحيث يمكن القول إن المدارس اليونانية
انعكست بتعاليمها المختلفة على الحضارة الرومانية .

ومن قبل ذلك تأثر مدرسة الرواقين على شيشرون الخطيب الموهو ،
الذي استطاع بملكه الخطابة والبلاغة أن يخلق شكلاً جميلاً لجوهر يوناني
بحت .

وهو يؤمن بأن القانون من صنع الطبيعة . فهناك ، كما يقول ، قانون
خالد هو تعبير عن العقل العالمي . وليس من الضروري أن يتوافر العدل
في كل قانون وضعي . والقول بغير ذلك يعطى صفة العدل للقوانين الصادرة
عن الحكام الظالمين . إن العدل في نظره طبيعي وأزلي ويتأسس على ما يشهده
ضمير الانسان (١) .

وقد صادفت الفكرة العالمية في المدرسة الرواقية نجاحاً وارتياحاً في
الفكر القانون الروماني بوجه عام .

وبذلك صار الإيمان بقانون طبيعي مشترك من الأمور المسلمة عند الفقهاء
الرومان .

وتأسس القانون الطبيعي عندهم على فكرة العقل المتصل بطبيعة الأشياء
والأمور . وبالتالي لم يرتبط بإرادة الأفراد .

وهكذا وجد قانون طبيعي أزلي وسابق في وجوده على كل شيء ،
يفلت من كل تغيير خاضع لإرادة الانسان .

(١) أنظر النص الحرفي لقولة شيشرون في كتاب فيلكس سن « العدل والقانون » باريس
سيرى ص ٦١ - كلود دي باسكيه المرجع السابق ص ٢١٦ .

وفي هذا المعنى يعرف الفقيه بول القانون الطبيعي بأنه القانون الثابت السابق على وجود القوانين الوضعية والذي لا يكون من عمل الانسان لأن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه (١) .

وارتبطت فكرة القانون الطبيعي بفكرة العدالة . واعتبرت الفكرتان من عوامل تطور القانون .

ولم يصل الرومان إلى حد إلغاء القانون الوضعي المخالف للقانون الطبيعي . ولكن مثل هذه المخالفة كانت تمهد لتغيير القانون الوضعي أو تعديله . وكان ذلك يتحقق بصفة خاصة أمام القضاء ، حيث كان يملك القاضي الروماني سلطات واسعة لا يملكها القاضي الحديث . وكانت فكرة العدالة أداة خصبة بين يدي القضاء وقتئذ .

وبذلك صار القانون الطبيعي (٢) معياراً نظرياً تنساب منه مجموعة من المبادئ العامة ، مثل إقرار المساواة والحرية للكافة .

ومن هذا كله يظهر لنا أن الحضارة الرومانية أدركت الكثير من أفكار القانون الطبيعي ، وأنها عرفت الاتجاه المثالي بشكل واضح .

ولكن الفكر الروماني تميز بالمهارة والتفوق في القانون ، ولو كان ذلك على حساب التعمق في الأصول النظرية والفلسفية .

فاستطاع الفقهاء بوسائلهم الفنية البارعة أن يحفظوا للقانون استمراره ،

(١) ديل فتشيو المرجع السابق ص ٥٤ - وفيه يشير إلى معنى آخر للقانون الطبيعي أشار إليه الفقيه ايلبيان ويقصد به القانون الذي يحكم الكائنات الحية بوجه عام . وبذلك يدل على أن الطبيعة تحكم حتى الكائنات التي لا ترقى إلى مستوى الانسان .

(٢) نلقت النظر إلى أن بعض الفقهاء أطلق مصطلح قانون الشعوب على القانون الطبيعي . ولكن قانون الشعوب له معنى آخر في القانون الروماني . إذ يقصد به القانون الذي يحكم العلاقات التي يدخل فيها الأجانب . وهو قانون وضعي يقر أحياناً بعض النظم التي ينكرها القانون الطبيعي مثل الرق . أنظر في ذلك ديل فتشيو ص ٥٦ - حسن كيرة أصول القانون ص ١٢٤ .

مع تهيئة الفرصة لتطوره متأثرين بالحياة الواقعية من ناحية ، وطبيعة الأمور
أى القانون الطبيعي من ناحية أخرى .

هـ - المثالية في الفكر المسيحي في القرون الوسطى :

لم يكن للمسيحية في عهدها الأول مذهب قانوني أو سياسى . فهى لم
تعرض للتشريع ولا للسياسة الاجتماعية . وإنما قنعت بارساء المبادئ
الخلقية السامية في البر والمحبة والأخوة ، لتطهير الضمائر وتنقية النفوس (١) .

وبذلك انفصلت السلطة الدينية عن السلطة الدنيوية وصار لكل منهما مجال
مستقل . ولكن استقر الإيمان بأن سلطان الدولة مستمد من الله .

ثم جاءت القرون الوسطى ايذاناً باضطراب العلاقات بين سلطان الكنيسة
وسلطان الدولة . وتبلور الصراع في حرص الكنيسة على إخضاع الملوك
لسلطان البابا .

ولجأت الكنيسة إلى فكرة القانون الطبيعي وسارت في الاتجاه المثالى
لأساس القانون . ولكن القانون الطبيعي الذى نادى به هو من إلهام الله
خالق الطبيعة . وهو قانون يتميز بالخلود والثبات ويسمو على كل قانون
وضعى .

وقاد هذا الاتجاه ، في فلسفة رائدة عبرت الأجيال ، القديس توماس
الأكويني Saint Thomas D'Aquin ، في القرن الثالث عشر .

ويتأسس مذهبه (٢) على تقسيم القانون إلى درجات متفاوتة . فهناك أولاً
القانون الالهى وهو يمثل مشيئة الله ويكون فوق مستوى إدراك البشر فيما
عدا من أضاء الله بصيرته . وهو أقرب إلى الإيمان والعقيدة منه إلى العقل

(١) أنظر عباس محمود العقاد « التفكير فريضة اسلامية » ص ١٩٤ - أنظر له أيضاً عبقرية
المسيح ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) أنظر ديل فتشيو ص ٦١ وما بعدها - روبييه ص ٩٩ .

والتفكير . ويأتي من بعده القانون الطبيعي الذي يمكن للانسان إدراكه بالعقل وهو أقصى ما يمكن أن يصل اليه عقل الانسان نحو القانون الالهي . ويأتي أخيراً القانون الانساني ، الذي يكون من خلق الانسان وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي . ويقصد به القانون الوضعي الذي قد يتنوع في تطبيقاته .

ويؤمن هذا المذهب بأن الانسان يحكمه القانون الطبيعي ، وأن القانون الطبيعي انعكاس للفكر الالهي .

ومهمة القانون الوضعي هي تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وفقاً للظروف الخاصة لكل جماعة من الجماعات .

ثم يعرض التساؤل (١) عن كيفية التعرف على القانون الطبيعي . وهنا نلمس فكرة الغاية السامية في هذا المذهب ، التي تهدى الصراع بين أنانية

فهو يؤمن بأن كمال الفرد ومثله الأعلى لا يتحقق إلا بإدراك المثل الأعلى للجماعة أيضاً . ومن هنا تكون غاية النشاط الانساني «فكرة الخير المشترك»

ويتمثل القانون في تكليف عقلي بغية تحقيق الخير المشترك . وبذلك يلتقي القانون مع الأخلاق ويحقق العدل .

وتبقى المشكلة الأصلية للاتجاه المثالي . هل يجوز عصيان القانون الوضعي المخالف للقانون الطبيعي .

يجيب المذهب الكاثوليكي للقديس توماس بأن طاعة السلطة العامة واجب رئيسي ، لأن هناك تجانساً جوهرياً بين السلطة والخير المشترك .

ومع ذلك فهو يضيف أنه لا ينبغي الاستسلام للقوانين الوضعية إذا كانت غير عادلة ، ما لم تؤدي المقاومة إلى الفضيحة أو الفوضى . وعلى أي حال فإن عصيانها واجب ما دامت تخالف أوامر الله .

(١) راجع دي باسكيه ص ٢١٨ .

وواضح من هذه العبارات الأخيرة أن هذا المذهب لم يصل بفكرة القانون الطبيعي إلى منتهاها . فلم يجعل منها نموذج العدل المفروض على القانون الوضعي . ولم يفرض حق التمرد على القوانين الوضعية المخالفة للقانون الطبيعي .

ومهما يكن من أمر فإن الذى يستحق الإعجاب فى هذا المذهب هى المحاولة المتزنة التى تضبط الحدود بين الفرد والجماعة والتى تتمثل فى فكرة الخير المشترك (١) .

٦ - المثالية فى الشريعة الإسلامية :

من المعلوم أن التشريع الإسلامى قد اكتملت مبادئه فى فترة وجيزة جاوزت السنوات العشر بقليل (٢) .

واستقرت هذه المبادئ بوصفها أصولاً مثالية تسيطر على النظم القانونية فى الجماعات على اختلاف المكان والزمان . وبهذا استقر القول بأن الإسلام دين ودولة وأن الإسلام عقيدة وشريعة .

واستطاعت نصوص الشريعة الإسلامية فى عمومها وشمولها أن تجمع من المبادئ والأصول ما يجعلها صالحة للتطبيق فى كل الجماعات الإسلامية .

ويمكن القول إن الشريعة الإسلامية تمثل إتجاهاً من الإتجاهات المثالية التى تؤمن بأصول معينة واجبة الإلتباع فى القوانين الوضعية ، وصالحة للتطبيق فى كل مكان وكل زمان . وهى قواعد أبدية ثابتة لها نفس خصائص القانون الطبيعي الذى قال به بعض الفلاسفة اليونان ورجال الفكر فى المسيحية

(١) وقد يؤخذ على فكرة الخير المشترك مرونتها وعدم انضباطها . ولكننا نأنس إليها لأنها تمثل تعبيراً عن الإيمان بالفرد والجماعة معا . فهى لا تهدر أحدهما على حساب الآخر . ويمكن بالتطبيق المتزن المستقيم أن تحقق نفعاً كبيراً فى الصراع القائم بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى .

(٢) أنظر محمد مصطفى شلبى المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى ص ٢٢٩ .

وتستوحى هذه القواعد من الفقه الإسلامى . ويستند هذا الفقه فى أصله إلى الوحي الالهى .

وقد ظهر بين المفكرين فى الاسلام الصوفيون العقليون . ولم يتخرج هؤلاء من الشك بل والاعتراض ، وقالوا بلسان الغزالي إن الشك أول مراتب اليقين .

«وذهبوا بالعقل إلى غاية حدوده . ولكنهم متى بلغوا بالعقل غايته ملكتهم نشوة الوجدان فأسلموا أمرهم كله إلى الإيمان» (١) .

ومثل هذا الاتجاه أراد أن يؤكد الإيمان بالوحي الالهى بادراك العقل وهو فى هذا الصدد يقترب من فكرة القانون الطبيعى المستخلص من العقل المجرد .

ونلاحظ فى النهاية أن مذهب المعتزلة جاهر بالتمييز بين القانون الطبيعى والدين . وقال إن العقل المجرد لا الوحي الالهى هو الذى يكشف عن هذا القانون .

ونجد عند هذا المذهب التفرقة المشهورة بين الحسن والقبح . والعقل هو الذى يميز بينها . وبذلك يتخلى عن الاتجاه السائد فيجعل العقل وحده مصدراً للقانون . وهو الذى يأتي لنا بالقانون الطبيعى الذى يفرض نفسه على الله والعباد (٢) .

المبحث الثانى

المدرسة التقليدية للقانون الطبيعى

٧ - فترة الانتقال بين المثالية الدينية والمثالية العقلية :

كانت نهاية العصور الوسطى إيذاناً بزوال الصراع بين سلطان الكنيسة وسلطان الإمبراطوريات الكبرى . وأخذت الدول الحديثة طريقها إلى

(١) راجع عباس محمود العقاد التفكير فريضة اسلامية ص ١٦٨ .

(٢) أنظر فى ذلك السهورى وحشمت ابو ستيت اصول القانون ص ٤٧ فقرة ٣٥ وهامش ١

التكوين . فظهر صراع من نوع جديد بين الفرد والدولة ، وبعبارة أخرى بين المحكومين والحاكم .

ومن هنا انفتحت لفلسفة القانون آفاق جديدة وتنوعت اتجاهاتها . اتجاه يؤكده في عنف سيادة الدولة المطلقة ولو كان ذلك على حساب حرية الشعب واتجاه آخر ينادى بحرية الشعب ولو كان ذلك يمس استقرار الدولة أو أمنها . وابتعد الفكر القانوني عن المثالية الدينية . والتجأ إلى المثالية الفكرية والعقلية يتلمس لها أساساً للقانون ، على يد الفقيه الهولندي جروسوس في النصف الأول من القرن السابع عشر .

وجاء هذا التحول في أعقاب فترة انتقال تميزت بالدعوة إلى سيادة الدولة المطلقة . وفي عمرة الحماس لهذا التيار ظهرت بعض اتجاهات سياسية ذات انعكاس قانوني خطير . ونعني بها تعاليم ميكيافيل في ايطاليا ، وبودان في فرنسا .

ففي ايطاليا تمرد ميكيافيل على فكرة أن نظام البشر خاضع لانظام الالهى ونادى بأن سعادة الشعب هي الغاية العامة لنشاط الحاكم . ولكنه في سبيل ادراك هذه الغاية يغرى الحاكم باستخدام كل الوسائل بما فيها الخديعة والاكراه . فهو لا يعبأ بأى اعتبار خلقى حتى اشتهرت الميكيافيلية بذلك المبدأ الخطير «الغاية تبرر الوسائل» (١) .

(١) انظر شيفالييه «الأعمال السياسية الكبرى منذ ميكيافيل حتى يومنا هذا» باريس عام ١٩٤٩ ص ٢٧ وما بعدها .

وديل فتشيو ص ٧٢ حيث يشير إلى بعض التبريرات التي قيلت في هذا المنهج . فقد أراد البعض أن يخفف وطأته على أساس الظروف التي احاطت بنشأته . إذ أن ميكيافيل كان يهدف إلى الوحدة القومية في ايطاليا وقتئذ ، وأراد توجيه الحاكم إلى بلوغ هذه الغاية مهما كلف الأمر ومهما كانت الوسيلة .

ولكن هذا التبرير مبالغ فيه ، فالواقع أن ميكيافيل لم يكن يؤمن بالقيم الخلقية في العمل السياسى ولكنه ألقى بذوراً خطيرة في الاعتماد على أحط الدوافع التي قد تحرك الطبيعة الانسانية .

وفي فرنسا أراد بودان (١٥٣٠ - ١٥٩٦) أن يؤكد سلطان الحاكم .
فنادى لسيادته المطلقة والدائمة في صنع القانون . وصانع القانون لا يخضع
له لأنه أسمى منه . ولاقت هذه التعاليم آذاناً صاغية لدى بعض الملوك حتى
قال لويس الرابع عشر قولته المشهورة «أنا الدولة» .

ولعل هذه الاتجاهات المتطرفة التي تتحدى الانسان وتتكبره كانت خير
دافع للانطلاق نحو مثل أعلى يحطم الحواجز ويطلق العنان للحرية . وبذلك
تهيأت الأرض الخصبة لمدرسة تقليدية في القانون الطبيعي .

٨ - الفقيه جروسيوس يضع اساس القانون الطبيعي :

تقرن تعاليم مدرسة القانون الطبيعي التقليدية بالفقيه الهولندي هوجو
جروسيوس (١٥٨٣ - ١٦٤٥) ، الذي يعتبر في نظر الكثيرين رائد القانون
الدولي والمتحدث الأول باسم القانون الطبيعي (١) .

وقد اتجهت جهود هذا الفقيه إلى وضع قواعد تحكم العلاقات بين الدول
في الحرب والسلام . وأدرك أن صلابة مثل هذه القواعد تقتضى إقامتها على أسس
غير التي تقوم عليها قوانين الدول المختلفة ، وغير التي تستند أيضاً إلى
أصول دينية .

ووجد ضالته في القانون الطبيعي الذي آمن بوجوده حتى مع التسليم
بأن الله غير موجود ، وبافتراض أنه لم ينظم شئون الانسان . وهو لم يقصد
بهذه العبارة الكفر بالله . وإنما أراد في تعبير غير موفق اثبات وجود القانون
الطبيعي بعيداً عن كل خلاف ديني ، مستخلصاً من العقل المجرد .

ويتلخص فقه جروسيوس في أن الانسان كائن اجتماعي يتجه بطبيعته
وعقله إلى العيش المشترك . فهناك إذن في بادئ الأمر اتفاق فطري بين

(١) أنظر محاضرات في فلسفة القانون للأستاذ فال (الأستاذ بكلية حقوق هيدلبرج بألمانيا)
القيت في قسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ١٦ وما بعدها -
قارن ديل فتشيو ص ٧٥ ، ٨٢ .

الناس على الحياة في الجماعة . ويقضى تنظيم هذه الحياة وجود عقد آخر فيما بينهم يلزم الجميع بالخضوع للسلطة الحاكمة . وهو التزام أزلى يفترض أن عمل الحاكم يلقي الرضا الدائم من المحكومين .

وقد أراد جروسيوس بفكرة هذا العقد المزعوم ، الذي يعتبر بمثابة ميثاق الخضوع ، أن يقاوم من قالوا بحق الشعب في مقاومة الحاكم وسحب السيادة منه عند انحرافه (١) .

وفي تقديرنا أن هذا الاتجاه في فقه جروسيوس هو موطن الضعف عنده . فقد حطم حجر الزاوية في الفكرة الأصلية في القانون الطبيعي ، والتي تقتضى فرضه نموذجاً واجب الاتباع على كل حاكم وعلى كل قانون وضعى .

ولكن تبدو آراء جروسيوس أكثر سلامة في نطاق القانون الدولى . فهو يؤمن باحترام الموائيق الدولية وفقاً لقواعد القانون الطبيعى . وهى حسنة تذكر له في زمن لم تكن فيه العلاقات الدولية قد نضجت النضوج الكافى لقبول مثل هذا المبدأ .

كما قال أيضاً لأول مرة باخضاع أعمال الحرب لتنظيم قانونى يخفف به وطأة التصادم والقتال . واستعان فى ذلك بشواهد تاريخية دون أن يدرك مرحلة متقدمة فى تأصيل المبادئ .

بقى أن نتعرف على طريقة جروسيوس فى استخلاص القانون الطبيعى . وهنا يقول إن هناك مجموعة من القواعد العالمية التى ينبغى الاعتراف بها فى كافة الأمم المتمدينة حتى ولو كانت تجهلها . وهى تستخلص من العقل المجرد

(١) كان جروسيوس يهاجم بالذات النواة الأولى لفكرة العقد الاجتهادى التى أرسى أساسها فريق من الفقهاء السابقين عليه ، وخاصة الفقيه الألمانى التوزيوس الذى نادى بأن الشعب يمنح الحاكم حقاً فى الحكم يجوز الرجوع فيه . ويملك الشعب حق المقاومة بل واجب سلب الحكم من الحاكم الظالم - راجع محاضرات فال المراجع السابق ص ٢١ .

وتستجيب إلى ضرورة العيش في الجماعة . ويصل العقل ابتداء إلى هذه القواعد لأنها تطابق العدل وتلائم الأخلاق .

وتتميز قواعد القانون الطبيعي بالوحدة والثبات إلى حد أن الله نفسه لا يغير منها لأنها لصيقة بطبيعة الانسان .

وهناك بجانب القانون الطبيعي ، القانون الارادى الذى يسمى الآن بالقانون الوضعى : ومهمته تقتصر على ملائمة احتمالات الواقع مع مقتضيات القانون الطبيعي .

تقدير فقه جروسويسوس : لاشك أن لهذا الفقيه الفضل الأكبر في تعظيم شأن القانون الطبيعي واعتبار قواعده آسمى من القوانين الوضعية ، وانتقاص السيادة المطلقة الخارجية للدول ، ووضع بذور القانون العالمى الذى ينبغى أن يسود العلاقات بين الدول . وبذلك خفف حدة النظريات المتطرفة التى دافع عنها ميكيا فيل وبودان ، والتي أغرت السلطة العامة في الدولة بالسيطرة المطلقة من القيود .

ويتواضع عمله في اطار القانون الداخلى بسبب تسليمه بسلطان الحاكم واستسلام الشعب للخضوع له . وهنا تضعف فكرة المثالية لدى جروسويسوس فكل مذهب مثالى لا يستقيم بنيانه إلا بتأكيد القول بأن القانون الطبيعي يفرض أصوله على القانون الوضعى ، وأن القانون الوضعى الذى لا يحترم هذه الأصول يكون واجب العصيان .

وينكشف جانب الضعف بوجه خاص في اقراره لبعض النظم المنافية للقانون الطبيعي مثل نظام الرق وحق الفتح : ويبرر ذلك بأنه يمكن التنازل عن الحرية بموجب الاتفاق . كما أنها قد تزول بالهزيمة والأسر .

وهكذا يبدو لنا أن جهود جروسويسوس في ارساء نظرية القانون الطبيعي كانت قاصرة على محاولة وضع قواعد تحكم المجتمع العالمى ولكنه لم يكن

رائداً لفكرة قانون طبيعي يفرض نفسه على الحاكم في الدولة ، ويجيز للشعب حتى العصيان بل وواجب المقاومة إذا لزم الأمر (١) .

ولعل أبرز ما ينسب اليه هو تحرير القانون الطبيعي من التسلط الديني الذي فرضه الفقه الكاثوليكي ، وتركيز محوره على الاستخلاص العقلي المجرد على أساس أن الانسان كائن مفكر ينزع إلى العيش في الجماعة .

وكانت هذه الملامح هي التي آذنت بازدهار نظرية القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر .

٩ - انحراف في فكرة القانون الطبيعي عند بعض الفلاسفة - الاستبداد المطلق

في زمن معاصر لجروسيوس وفي زمن لاحق عليه انحرف بعض الفلاسفة بفكرة القانون الطبيعي المستخلص من العقل إلى حالة الفطرة . وأدى هذا الانحراف إلى الايمان بالسلطان المطلق للحاكم ، واحتكاره ميزان العدل يزن به ما هو عادل أو ظالم في الجماعة .

ففي انجلترا تزعم هذا الاتجاه الفيلسوف **توماس هوبز** (١٥٨٨-١٦٧٩) فهو يرى أن الانسان لا يتجه إلى الحياة الاجتماعية المتناسقة بطبيعته. بل إن نزعة الفطرية هي الأنانية والأثرة التي تتمثل في حرصه على مصلحته فقط دون مصلحة الغير . ويقول هوبز « إن للانسان غرائز الذئب في مواجهة الغير » (٢)

ولما كانت الأنانية هي قانون الطبيعة عند الانسان ، فإن الاشتراك في حياة جماعية منظمة يفرض التنازل عن الحرية ووضعها بين يدي الحاكم. وهو تنازل مطلق لا رجعة فيه يكفل للحاكم أن يسن القوانين بمشيئة مطلقة، وأن يحتكر التمييز بين ما هو عادل أو ظالم ، وبين ما هو مباح أو ممنوع .

(١) أنظر شارمون « احياء القانون الطبيعي » الطبعة الثانية سنة ١٩٢٧ ص ١٨ وما بعدها

(٢) أنظر كلود باسكييه ص ٢٢ فقرة ٢٢٩ . وأنظر في فلسفة هوبز بوجه عام رينيه كايستان « هوبز والدولة المطلقة » أرشيف فلسفة القانون سنة ١٩٣٦ ص ٤٦ وما بعدها .

وهكذا يؤمن هوبز بفكرة العقد الاجتماعي الذي يتنازل فيه المحكومون عن حرياتهم للحاكم . عقد فيه معنى ميثاق الخضوع والتسليم الواجب الاحترام .

وما دام الأفراد قد خضعوا لهذا التنازل ، فهم لا يملكون بالتالي حق تقدير الأمور أو الحكم عليها . وإنما يترك هذا كله لتقدير الحاكم صاحب السلطان .

ومن هذا كله نرى أن هوبز اندفع في حرصه على استتباب الأمن في الجماعة إلى إهدار فكرة الحرية العالية على الانسان .

ووجه الغرابة في مثل هذه الفلسفة أنها تزعم الاستناد إلى قانون الطبيعة في تأييد سلطات الحاكم واحتكاره السلطان المطلق في الجماعة .

وتظهر المغالاة في اعتقاده أن الأنانية وحدها هي حالة الفطرة التي تفرضها طبيعة الانسان . فالواقع أن الانسان يجمع بين مشاعر مختلفة فيها الأنانية والأثرة ، ولكن فيها انكار الذات وحب الغير أيضاً .

ومهما يكن من أمر فإن حب النظام والحرص على الأمن لا ينبغي بأي حال أن يصل إلى حد القول بميثاق الخضوع والتنازل عن الحريات ، وتسليم فكرة العدل للحاكم يحتكر وحده تقديرها (١) .

وتمثل فلسفة هوبز نوعاً من الواقعية الخطرة التي ينبغي القضاء عليها كأساس للقانون في أية جماعة من الجماعات .

وفي هولندا قال سبينوزا Spinoza (١٧٣٢-١٦٧٧) بتعاليم مستوحاة من قانون الطبيعة . ويشترك مع هوبز في فكرة أن العيش في الجماعة هو

(١) راجع ديل قشيو ص ٨٥ - وهو يرى أن خوف هوبز من الفوضى دفعه إلى القضاء على الحرية ، فكان عمله شبيهاً بمن يدفع أناساً تأمين تزيد عن قيمة الشيء المؤمن عليه .

تخفيف لانطلاق قوة الانسان المنفرد . ولكنه كان أكثر اعتدالا في الاحتفال
بسلطان الدولة ، وأكثر إيمانا بصعوبة الحجر على الفكر . ومن ثم فهو
لا يمثل فكرة الاستبداد المطلق التي برزت عند هوبز .

ويؤمن سبينوزا أن قانون الطبيعة (١) هو الذى يحكم كل ما هو كائن
في الحياة . ويرفض إخضاع القيم القانونية لمعيار الموازنة أو التقدير .

ويقول أن الانسان تحت تأثير غريزة البقاء ينهى حالة الفطرة . ويشترك
مع غيره في حياة يحكمها العقل ويسودها احترام كل فرد للآخرين . وبذلك
يحد الانسان من نزعة القوة المطلقة لديه . وتقوم الدولة حكماً فاصلاً بين
الناس . ويبرز بقاءها توافر مصلحة الفرد في استمرارها .

والدولة تفرض سلطانها على المواطنين لأنها تمثل الطرف القوي .
ولا يكون سلطانها شرعياً إلا إذا ملكت القوة الكافية لفرض كلمتها .

ويفترق عن هوبز في تسليمه بحق الفرد في فهم علاقته بالدولة إذا
انعدمت المصلحة في الاحتفاظ بميثاق الخضوع لها .

كما يتميز سبينوزا بمفهوم خاص للحرية . فهو يعتقد أن الدولة لا تستطيع
فرض قيود على الضمير والفكر . ولا يسند ذلك إلى أسباب قانونية
أو منطقية . وإنما يبرر عجز الدولة بالاستحالة المادية في السيطرة على الفكر
وتسليط القوة أو الجزاء عليه .

ولئن كان يحمده التسليم بحرية الفكر ، فإن تبريره لا ينهض له أساس
من العقل أو الواقع .

فن البديهي أنه لا يمكن الحجر على الفكر ذاته . ولكن من اليسير
محاسبة الفرد عند التعبير عن أفكاره .

(١) أنظر ديل فتشيو ص ٨٥ وما بعدها .

ومهما يكن من أمر فان سبينوزا يمثل انحرافاً في فكرة القانون الطبيعي . فهو يقول بنوع آخر قد يمكن تسميته قانون الطبيعة المستمد من حالة الفطرة (١) ويشترك مع هوبز في أن القوة المطلقة هي نزعة الفطرة لدى الانسان ، وأن الحياة في الجماعة نوع من التنظيم الذي يستهدف الحد من انطلاق كل إنسان على فطرته .

ويختلف هذا كله عن الفكرة الأصيلة للقانون الطبيعي الذي يعبر عن مثالية تسمو على القانون الوضعي . هذه الفكرة التي تجد العقل مصدراً لها ، والتي تبناها الفكر القانوني في القرنين السابع عشر والثامن عشر ، استمراراً لتعاليم جروسيوس وتفصيلاً لها .

١٠ - استمرار التعاليم التقليدية لمدرسة القانون الطبيعي :

في أعقاب تعاليم جروسيوس وفلسفة هوبز مضت مدرسة القانون الطبيعي في طريق الوصول إلى مبادئها وتوفير الاستقرار لها . واستطاعت أن تحقق ذروة النصر في غضون القرن الثامن عشر .

وفي هذا الصدد نذكر على وجه الخصوص الفقيه الألماني **بافندورف** (١٦٣٢ - ١٦٩٤) (٢) . وتمثل المدرسة التي ينتمي إليها (٣) نوعاً من الخلط بين قانون الطبيعة الذي يعتبر حقيقة تاريخية سابقة على نشأة الدولة ، والقانون الطبيعي الذي يعبر عن حقيقة مثالية من صنع العقل . فقد أصر هذا الفقيه على الاستمرار في فكرة أن الخضوع للحاكم في الدولة ضرورة تاريخية لحماية حقوق الانسان المجردة من الضمان .

(١) راجع أندريه لالاند المعجم الفني والتقدي للفلسفة باللغة الفرنسية الطبعة الخامسة ص ٢٥٢ تحت كلمة Droit .

(٢) أنظر فال محاضرات في فلسفة القانون القيمت في قسم الدراسات العليا بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ - وهو يذكر أيضاً تومازيوس وكريستيان وولف ص ٢٧ .

(٣) وسميت أيضاً بمدرسة البروتستانت للقانون - راجع دي باسكييه ص ٢٢٢ فقرة ٢٣٠

بينما المفهوم المثالي للقانون الطبيعي يجعل منه القانون العقلي البحث الواجب
الاتباع دون تقدير لأي اعتبار تاريخي .

ومن أجل هذا سمي البعض أصحاب هذه المدرسة ومن آمن بتعاليمهم
« بانصاف المثاليين » (١) . وذلك أن المثالية البحثة تفترض وجود قانون
طبيعي عادل من وحى العقل يفرض وجوده على القانون الوضعي .

ولكن ذلك لا يمنع من اعتبار هذه المدرسة صاحبة الفضل في تأصيل
مذهب القانون الطبيعي .

فبالرغم من الاصرار على القول بقانون الطبيعة المرتبطة بالفطرة ، فقد
أبرزوا أيضاً القانون الطبيعي العالمي الذي يحكم القانون الوضعي ويقوده .
وهو قانون اهتدى اليه العقل .

كما اكتسبت نظرية القانون الطبيعي أيضاً لونا جديداً في القرنين السابع
عشر والثامن عشر . فبعد أن كانت تهدف إلى وضع أصول جوهرية ،
اندفعت في الاعتقاد بأن القانون الطبيعي يتضمن القواعد الجزئية والتفصيلية
التي تحكم كل ما يكشف عنه العمل من الفروض ، وتضع له الحلول العادلة
المستخلصة من العقل المجرد .

وبذلك كان القانون الطبيعي أن يرقى إلى مرتبة الشريعة الشاملة التي
تقدر على سد حاجة الجماعة في كل زمان وكل مكان ، والتي تمد القانون
الوضعي بالماذج الكاملة الموحدة لأي نظام قانوني (٢) .

ولعل هذه المبالغة قدرة القانون الطبيعي هي التي فتحت الثغرات في
مذهبه . فالقانون لا يمكن أن يدرك في تفاصيله ودقائقه درجة من الثبات
والخلود تجعله صالحاً للتطبيق في كل بيئة . وشواهد التاريخ قاطعة في فساد

(١) ديل فتشيو ص ٨٨ .

(٢) أنظر روبييه ص ١٠٤ وما بعد .

زعم القانون الطبيعي الشامل الذي لا يتغير في الزمان أو المكان . وسيظهر لنا ذلك بصفة خاصة عند دراسة الواقعية التاريخية في الفصل الثاني .

وكان هذا الطابع التقليدي لمذهب القانون الطبيعي هو الذي أغرى أعداؤه بالتطاول عليه .

بينما نجد في فكرة القانون الطبيعي جوانب جديرة بالتقدير ، كشف عنها الفقه الديني في القرون الوسطى ، وأبرزها أيضاً رواد إحياء القانون الطبيعي في المثالية المعاصرة . وسنشير إلى هذا في ختام حديثنا .

أما القانون الطبيعي الذي يشمل كل القواعد ويتضمن كل التفاصيل والدقائق فهو ضرب من الخيال يكذبه التاريخ ويشهد الواقع على فساده .

فالقانون ليس من علوم الرياضة التي تفرض حقائقها على كل مجتمع . وإنما هو علم إنساني يتجاوب مع احتياجات البشر في كل جماعة . والحاجة بطبيعتها متغيرة ومتطورة .

ومهما يكن من أمر فالواضح أن مدرسة القانون الطبيعي قد بلغت ذروتها في القرنين السابع عشر والثامن عشر .

وكان طابعها المميز هي المثالية المجردة ، التي تؤمن بقانون طبيعي يستخلص من العقل المجرد ، ويصلح نموذجاً للعدل في كل الجماعات .

وقد عاصر هذه المدرسة اتجاه آخر شخصي وفردى مكمل لها . ونعني به النزعة الفردية في الايمان بحقوق الانسان الطبيعية (١) .

١١ - الطابع الجديد للقانون الطبيعي مع الفكرة الفردية للعقد الاجتماعي :

كان القدامى من أنصار القانون الطبيعي يؤمنون بمبادئ موضوعية . كما يسلمون بالخضوع والاحترام الواجب للسلطات الحاكمة .

(١) أنظر جان كاربونييه القانون المدني الجزء الأول ص ٣٥ - دي باسكييه ص ٢٢٣
فقرة ٢٣١ .

ثم ظهرت اتجاهات لاحقة تؤكد وجود الحقوق الطبيعية ، بجوار القانون الطبيعي . والحقوق الطبيعية هي حقوق شخصية تمثل المزايا التي يتلقاها الانسان من الطبيعة فور ولادته ، والتي تلزم السلطة الحاكمة باحترامها وصيانتها . وهكذا تبلور الطابع الجديد للقانون الطبيعي في نزعة فردية تقف بجوار القانون الطبيعي الموضوعي الذي قال به السابقون .

وانتصر الفكر الفردي على يدلوك في انجلترا ، وجان جاك روسو في فرنسا .

ففي إنجلترا اتجه الكاتب جون لوك (١) (١٦٣٢ - ١٧٠٤) نحو فكرة عقلية وحررة للعقد الاجتماعي ، خلافاً لفكرة الخضوع والتسليم للحاكم التي قال بها هوبز .

وهو يبدأ من اعتبار الانسان كائناً اجتماعياً بطبيعته ، وبإدماج حالة الفطرة التي قال بها هوبز في إطار الجماعة .

ويتمتع الانسان بقدر من الحقوق في حالة الفطرة مثل الحق في الحرية الشخصية والحق في العمل الذي يتولد عنه الحق في التملك . وينقص هذه الحقوق وجود السلطة القادرة على حمايتها .

ويتنازل الأفراد ، توفيراً لهذه الحماية ، عن قدر من هذه الحقوق ، ويقبلون بعض القيود عليها في تنظيم سياسي قائم على أساس تعاقدى .

ويتمثل سلطان الحاكم في حماية حقوق الأفراد ، وبذلك لا يستطيع التصرف فيها وفقاً لأهوائه . بل إن أى انحراف من جانبه أو اساءة الاستعمال السلطة يبرر للشعب الحق في استرداد سيادته الأصلية .

(١) أنظر شيفالييه « الأعمال السياسية الكبرى منذ ميكيا فيل حتى يومنا هذا » ص ٨٥ وما بعدها - ديل فتشيو ص ٩٠ وما بعدها .

وهكذا يبرر العقد الاجتماعي الذي يقبل فيه الأفراد بعض القيود على حقوقهم الطبيعية تحميها للصالح العام . ولكن يرتبط فيه التزام الطاعة والولاء من جانب المحكومين بواجب الحاكم في احترام مضمون العقد وعدم المساس بالحقوق الثابتة لكل فرد .

وتتميز هذه النزعة بطابع جديد للدولة وللقانون الطبيعي . فالدولة لم تعد تعبيراً على سلطان الحاكم وقوته . وإنما ينبغي أن تكفل حماية الحقوق الفردية وضمانها .

ولم يمتنع لوك بمجرد العناية بالفرد وحقوقه . بل أبرز أيضاً حق الشعب في التمسك بالعقد الاجتماعي ، وبدأ الاتجاه نحو فصل السلطات التي تولى مونتسكيو تفصيلها (١) .

وجاء **جان جاك روسو** (١٧١٢ - ١٧٧٨) فأراد ضبط فكرة العقد الاجتماعي وتحديدتها على أساس تمكين السيادة للشعب وللارادة العامة التي تمثله .

فالانسان عند روسو يولد حراً . ولكن حالة الفطرة تترك الفرصة لسيطرة الأقوياء . ومن أجل هذا يتوابع الأفراد فيما بينهم على عقد اجتماعي يتضمن تنازل كل فرد عن سلطانه وسيادته وانتقال السيادة للمجموع . وبذلك ينشأ الكيان الجماعي وهو في الدولة التي تكون تعبيراً عن الارادة العامة .

وتستهدف القوانين تحقيق الخير المشترك . ويكفي لضمان شرعيتها أن تعبر عن إرادة المجموع أي الارادة العامة . وهي إرادة في تقدير روسو لا تخطيء . ولا يمكن أن تكون غير عادلة . فالقانون عنده تعبير عن الارادة العامة ، وليس عملاً تحكيمياً من سلطة أمرة .

(١) راجع في الفصل الثاني اشارتنا إلى تعاليم مونتسكيو في دراسة الواقعة التاريخية ومع ذلك فهو يقترّب من مذهب القانون الطبيعي في ايمانه بأن فكرة العدل سابقة على كل احتمالات الواقع . وكذلك في دراسته للقوانين المدنية المخالفة لقانون الطبيعة .

ويظهر عند التأمل في تعاليم روسو أنه ابتعد عن المثالية الجردة للقانون الوضعي عنده لا يخضع لعدل ثابت أو لفكرة أولية للقانون الطبيعي . وإنما يتأسس القانون على العدل والنفع العام ما دامت الإرادة العامة تعبر عنه .

وعلى هذا يتضح أن روسو لم يكن من أنصار القانون الطبيعي بمعناه التقليدي . فهو ينكر المثالية الجردة المستخلصة من العقل ، بدليل تسليمه بأن العدل وحده هو ما تنطق به الإرادة العامة للجماعة (١) .

وفي تقديرنا أن هذا التفكير أمر طبيعي في مذهب روسو . فهو آمن بالعقد الاجتماعي ونادى به تحقيقاً لغاية سياسية هي القضاء على استبداد الحكم الملكي المطلق والمناداة بالحكم الديمقراطي الذي تنتصر فيه كلمة الشعب ممثلة في إرادة الأغلبية .

على أن روسو قد أكد وجود حقوق طبيعية للانسان تتصل بشخصية وحرية وأمواله . وهي حقوق لم يتنازل عنها إلا بالقدر اللازم للجماعة . لكنه يهدر هذا التأكيد بتسليمه أن تحديد القدر الذي يتنازل عنه الانسان يخضع أيضاً لإرادة الجماعة .

وهكذا لا يمكن القول بأن روسو من أنصار الحقوق الطبيعية للانسان بالمعنى المطلق . وإنما هو يخضع هذه الحقوق لإرادة المجموع ، ويخلصها من إرادة الفرد الحاكم (٢) .

١٢ - تأكيد فكرة القانون الطبيعي في الثورة الفرنسية :

آمنت الثورة الفرنسية ، بين تعاليمها ، بتمتع الانسان بقدر من الحقوق الطبيعية التي يلتزم القانون الوضعي بالاعتراف بها وكفالة احترامها .

(١) أنظر في هذا المعنى دي باسكييه ص ٢٢٥ - حسن كيره ص ١٢٥ .

(٢) ويعيب البعض عليه أن هذه النظرة قد تؤدي إلى استبداد المجموع وتحكم الإرادة العامة . وهو ما قد ظهر في بعض انحرافات الديمقراطيات وتقديسها للقانون باسم الأغلبية . راجع دي باسكييه المرجع السابق .

وبذلك وفرت الحماية للفرد من تحكّم القانون الصادر باسم الإرادة العامة للشعب .

وحرصت على تجميع هذه الحقوق وإصدارها في وثيقة تاريخية مشهورة هي « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » الصادر سنة ١٧٨٩ .

ويكفي للوقوف على مضمون هذه الوثيقة أن ننقل بعض نصوصها . فهي وحدها كاشفة عن إيمانها بتقديس حقوق الإنسان الطبيعية .

فقد جاء في ديباجته أن ممثلي الشعب « تقديرًا منهم أن إغفال حقوق الإنسان أو نسيانها أو امتنانها هي الأسباب الوحيدة للبؤس العام وفساد الحكام ، فقد عقدوا على أن يسجلوا في إعلان رسمي حقوق الإنسان الطبيعية المقدسة التي لا يجوز التنازل عنها ، وذلك تذكيرًا لأفراد المجتمع بحقوقهم وواجباتهم ، وحتى يكون مسلك السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية أكثر استقامة نتيجة مقارنته بالغاية من كل نظام سياسي » .

ونصت المادة الثانية من الاعلان على أن غاية كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة . وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الطغيان » .

ونصت المادة الثالثة على أن « أي مبدأ للسيادة يتركز أساساً في الأمة » : وأضافت المادة الرابعة أن « الحرية تتضمن السلطة في عمل كل ما لا يضر بالغير . ومباشرة الحقوق الطبيعية للإنسان تنقيد فقط بالقيود اللازمة لتمتع أعضاء الجماعة بحقوقهم . وتحدد هذه القيود بنص القانون » . وتقرر المادة الخامسة « إن القانون لا يمنع إلا الأعمال الضارة بالمجتمع » .

وتمثل المادة السادسة التفكير السياسي لروسو فهي تقضي بأن « القانون تعبير عن الإرادة العامة » .

وبعد سنوات قليلة من هذا الاعلان نجد في وثيقة أخرى ذروة الانتصار الذى حققه مذهب القانون الطبيعى . ونعنى بها الخطاب التمهيدى الذى صاحب المشروع الأول للمجموعة المدنية الفرنسية . وفيه يقول بورتاليس واضع المجموعة « إن القانون هو العقل العالمى . ذروة العقل المؤسس على طبيعة الأمور ، والتشريعات ينبغى أن تمثل هذا القانون فى قواعد وضعية »(١) .

ومن هذا كله يظهر لنا أن الثورة الفرنسية قد اعتنقت التفكير السياسى لجان جاك روسو من حيث تأكيد سيادة الشعب والاعتداد بإرادته العامة .

ولكنها لجأت إلى فكرة القانون الطبيعى كوقاية للفرد من تحكم الإرادة العامة . فقد آمنت بالقانون الطبيعى بمعناه الموضوعى والشخصى .

فهى من ناحية أكدت وجود قانون طبيعى من وحى العقل يعتبر موجهها مثالياً للعدل فى القوانين الوضعية .

وهى من ناحية أخرى نادت بالحقوق الطبيعية للفرد التى لا يجوز المساس بها ولا يصح انتهاكها . وإنما ينبغى فقط تنظيم التمتع بها بالقدر اللازم لعدم المساس بحقوق الغير :

١٣ - فضل الفيلسوف كانت على دوام مذهب القانون الطبيعى - صبغته جديدة
كان للفيلسوف عمانويل كانت (١٧٢٤ - ١٨٠٤) الفضل الأكبر فى دوام مذهب القانون الطبيعى .

ولكن يمكن القول إن مدرسة القانون الطبيعى بمعناها التقليدى قد انتهت ، وأن مدرسة جديدة للقانون العقلى قد نشأت .

(١) كما جاء أيضاً فى مشروع التقنين المدنى الفرنسى نص حذف عند المناقشة : وكان يقضى بأنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية . وهذا القانون ليس سوى العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل شعوب الأرض » . وقد حذف هذا النص ، لا بسبب انكار ما جاء فيه . وإنما على أساس أن النصوص التشريعية الوضعية ليست مجالاً لاعلان مبادئ فلسفية .

وقد تأثر كانت بتعاليم الثورة الفرنسية تأثراً واضحاً . فنجد عنده التفرقة بين القانون الطبيعي والقانون الوضعي . والقواعد الطبيعية هي التي يستخلصها العقل ابتداء . أما القواعد الوضعية فهي التي تصدر عن المشرع (١)

والذي يعيننا من فلسفته القانونية أنه قد آمن بالإنسان كغاية في ذاته . وبالتالي لا يجوز إخضاعه لسيطرة إرادة أخرى كإرادة المشرع أو إرادة الدولة . وإنما هو الذي يضع القانون الذي يحكمه مستخلصاً من العقل .

ولما كان العقل واحداً عند الناس كافة ، فإنه يمكن الوصول إلى قواعد عالمية وثابتة يخضع لها سلوك الإنسان في الجماعة .

ومهمة الدولة في نظر كانت تقتصر على تمكين الأفراد من التمتع بحقوقهم ولكنها لا ينبغي أن تتدخل في أوجه النشاط الفردي ، أو تتعرض للمصالح الخاصة . فهي تؤدي وظيفتها بمجرد كفالة الحرية للجميع . وعندئذ يمكن تسميتها « بالدولة القانونية » (٢) .

ومن هذا كله يظهر لنا أن كانت قد أكد الإيمان بدور العقل في الاستخلاص المحرد لقواعد القانون . كما استجاب لتعاليم المذهب الفردي في القيمة الذاتية المطلقة للإنسان ، والدور المتواضع للدولة .

١٤ - مدرسة القانون العقلي الصورة الأخيرة لمثالية القرن التاسع عشر .

استقرت مدرسة القانون العقلي مع فيشت Fichte (١٧٦٢ - ١٨١٤) أحد تلاميذ عمانويل كانت .

وكان محور فلسفته الإيمان بذاتية الإنسان . ومن هذه الذاتية البهتة تنطلق الحرية . ولا يحد منها إلا الطبيعة التي يقابلها الإنسان نفسه قيدياً عليه .

(١) أنظر دي باسكييه ص ٢٢٧ فقرة ٢٣٦ .

(٢) أنظر ديل فثيشو ص ١٢١ . ويلاحظ أن كانت قد تابع جروسيسوس في فكرة الإيمان بالوحدة القانونية للإنسانية كلها . كما آمن ببعض مبادئ عالمية في نطاق القانون الدولي ومن بينها خاصة عدم جواز استخدام القوة للتدخل في شئون دولة أخرى .

وقد تصدى للهجوم الذى تعرضت له الثورة الفرنسية بعد الانحرافات الدموية التى أصابها . فقال بحق كل شعب فى اختيار الحكومة التى تلائم أمانيه . وبرر استخدام العنف فى سبيل بلوغ الغاية عند فشل الوسائل الأخرى (١) .

والتقى مع روسو فى فرض القيود على الحرية الفردية لتمكين الغير من التمتع بحرياتهم . فلا يجوز للإنسان أن يقرر الحرية لنفسه دون أن يعترف بها لغيره .

واتسع عنده دور الدولة فلم يعد قاصراً على حماية الحقوق فقط كما كان الحال عند كانت . وإنما أجاز لها أيضاً وظيفة اقتصادية . فهى التى تنظم العمل وتوزعه وتحكم التعامل . وتسيطر خاصة على المعاملات الدولية . وهو من هذه الناحية يعتبر أحد الذين أرسوا أسس الاقتصاد الموجه .

ويمكن القول بوجه عام إن الفيلسوف عمانويل كانت ، وتلاميذه من بعده ، قد شكلوا الملامح الكاملة لمدرسة القانون العقلى ، وهى الصورة الأخيرة لمثالية القرن التاسع عشر .

والمبدأ العام فى هذه المدرسة هو وجود قانون مثالى يسمو على القانون الوضعى . وفكرة العدل والظلم تسبق وجود الدولة التى لا تملك التحكم فى التمييز بينهما . وإنما واجب الدولة إقرار الحقوق الفردية وحمايتها . تلك الحقوق التى أنشأتها الطبيعة واستخلصها العقل .

وهنا يظهر الطابع الفردى الواضح لهذه المدرسة . هذا الطابع قد تخلى عنه فيشت بعض الشئء باتجاهه نحو توسيع الوظيفة الاقتصادية للدولة وتقرير دور جديد لها غير دورها التقليدى فى مجرد الاعتراف بالحقوق الفردية وحمايتها .

(١) أنظر روبيه ص ١٠٧ - ديل قثيو ص ١٢٣ وما بعدها .

وقد أدت هذه المدرسة دوراً جديراً بالتقدير وقت نشأتها . فهي من ناحية قضت على فكرة القانون النابع من حالة الفطرة ، وصبغته بالطابع العقلي البحت . وهي من ناحية أخرى استطاعت بهذا الأسلوب العقلي أن تفتح الطريق إلى تحليل نظم القانون الوضعي وتقديره . وبالتالي توفر الفرصة لاجراء التعديلات الملائمة فيها .

وبالرغم من هذا كله لم تتمكن هذه المدرسة أو غيرها من مذاهب القانون الطبيعي من الصمود أمام التيارات الفكرية التي تصدت لها ، وكانت ايذاناً بعصر جديد يمثل تصدع مذاهب القانون الطبيعي .

١٥ - تصدع فكرة القانون الطبيعي في القرن التاسع عشر - تقدير عام لها :

يمكن القول بأن مدرسة القانون الطبيعي الأخيرة قد اهتمت إلى نظرية تتميز بالطابع العقلي من ناحية ، والطابع الفردي من ناحية أخرى .

١ - فهي نظرية عقلية ، لأنها تخلصت من الأساس الديني للقانون الطبيعي . واستبعدت أيضاً الأساس القائم على حالة الفطرة البدائية . وبنيت تعاليمها على الاستخلاص العقلي البحت .

٢ - وهي نظرية فردية ، لأنها ترى أن العدل النابع من القانون العقلي يؤدي إلى الاعتراف بحقوق ثابتة للإنسان ، بحيث لا يجوز تجريده منها عند تكوين الجماعة . وفي طليعة هذه الحقوق الحرية بما تتضمن من حق الحياة وحق العمل وحق التملك .

وتعرضت هذه النظرية بطابعها المتقدم لانتقادات شديدة ، قادهها في عنف أنصار المذاهب الواقعية بأشكالها المختلفة .

ولن نعالج هذه الانتقادات في تفصيلها . فان دراسة كل مذهب واقعي على انفراد ، يتضمن في نفس الوقت نقداً لفكرة القانون الطبيعي .

ولكننا سننتقد بتجميع أوجه النقد الجوهرية التي أدت إلى تصدع مذهب القانون الطبيعي وأثارت الشكوك حوله .

(أولاً) من حيث الطابع الفردي الذي اكتسبته مدرسة القانون الطبيعي في مرحلتها الأخيرة .

فقد تآمر الفكر القانوني على الارتفاع بالفرد إلى قمة التنظيم القانوني ، والمهبط بالدولة إلى الدور الضئيل في مجرد اقرار الحقوق الطبيعية وضمان حمايتها .

ومثل هذا النقد يتجه في تقديرنا إلى المذهب الفردي أكثر منه إلى مذهب القانون الطبيعي وبعبارة أدق هو يتناول مذهب القانون الطبيعي بمعناه الفردي ، وليس بمعناه الوضعي .

(ثانياً) من حيث فائدتها العملية : المفروض في نظرية القانون الطبيعي أنها لا تحقق ثمرتها إلا بأمرين . الأول هو منع السلطة العامة من أن يكون القانون الوضعي مخالفاً للقانون الطبيعي . والأمر الثاني هو تمكين الأفراد من عصيان القانون الوضعي الذي يتضمن مثل هذه المخالفة .

وهنا يعرض التساؤل في صراحة . كيف يمكن قانوناً وفعلاً منع السلطة العامة في الدولة من مخالفة القانون الطبيعي ، وحرمان الفرد مثلاً من بعض ما يسمى بالحقوق الأساسية . إننا لا نجد وسيلة فعالة لتحقيق ذلك خاصة إذا كان الدستور نفسه يغفل النص على مثل هذه الحقوق .

ومن ناحية أخرى كيف نكفل للأفراد وسيلة فعالة للاحتجاج بأن القوانين المنطبقة تخالف القانون الطبيعي ، أو للتذمر من حرمانهم من بعض الحقوق الطبيعية .

ليس من المتصور عملاً أن يتم ذلك إلا في أعقاب ثورة تغير من القوانين السائدة . وعندئذ لا يكون التغيير مجرد استجابة لفكرة القانون الطبيعي . وإنما هو تحقيق لرغبة السلطة العامة الجديدة .

والواقع أننا في هذا الصدد نلمس الجانب الحساس في فكرة القانون الطبيعي. إذ يثور الجدل حول حق الشعب في المقاومة والعصيان أو واجبه في ذلك .

وقد شهد العالم تجربة هامة في أعقاب الحرب العالمية الثانية بمحاكمات نورمبرج الشهيرة . إذ وجه الاتهام إلى بعض رجال الصناعة (١) على أساس أنهم وضعوا إمكانياتهم الاقتصادية تحت تصرف الحكومة الألمانية على نحو مكثف من أن تشن حرباً هجومية مدمرة . ونسب اليهم أيضاً تشغيل بعض العمال في الأماكن المحتلة في ظروف غير إنسانية أفضت إلى هلاك الكثير منهم وأصر الدفاع على أن رجال الصناعة كانوا ينفذون القوانين السائدة في العهد الهتلري . وبالتالي لا تقع عليهم أية مسؤولية .

وانتهت المحاكمات إلى اعتبار مثل هؤلاء الأشخاص مذنبين ما لم تثبت حالة الضرورة القصوى الملجئة إلى طاعة هذه القوانين .

ومن هنا نجد في هذا القضاء الاتجاه إلى تقرير واجب عصيان القانون الوضعي المخالف لمبادئ القانون الطبيعي (٢) . وهو اتجاه يفوق في نتيجته ما تطلع إليه أنصار مذهب القانون الطبيعي أنفسهم .

ولكن هل يمثل هذا الاتجاه تأكيداً للقانون الطبيعي ؟ أم هي نشوة النصر التي جعلت فريقاً من المحاربين يجلس في مقعد القضاء لمحاكمة أعدائه ؟

(ثالثاً) من حيث عدم صحتها تاريخياً : نعلم أن مذهب القانون الطبيعي يؤمن بخلوده وثباته في الزمان وفي المكان باعتبار أنه مستخلص من العقل المحرد .

(١) أنظر فال محاضرات في فلسفة القانون أقيمت في كلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص وما بعدها .

(٢) راجع كاربونييه القانون المدني الجزء الأول ص ٣٧ .

وعلى هذا الأساس ينبغي أن تتقارب وتتشابه القوانين المنطبقة في مختلف الجماعات . ولا تختلف إلا في الجزئيات والتفاصيل .

ولكن أمثلة التاريخ المتكررة تشهد بعدم وجود هذا التشابه . بل إنها تشهد بوجود فوارق جوهرية أحياناً بين مختلف النظم القانونية في الجماعات . وإلا فكيف يمكن مثلاً تفسير أن القوانين القديمة كانت تقرر الرق بينما تنكره القوانين الحديثة . وكيف نتصور بصفة خاصة التقديس القديم للملكية الفردية المطلقة وانكماشها في الوقت الحاضر إلى مجرد وظيفة اجتماعية . بل واهدارها أحياناً والإيمان بالملكية الجماعية في بعض النظم المعاصرة .

وقد جاءت المدرسة التاريخية يقودها الفقيه الألماني سافيني لتؤكد هذه الحقيقة وتوجه أعنف هجوم على تعاليم القانون الطبيعي .

وسنشر في الفصل التالي للواقعة التاريخية . ولكننا نشر إليها الآن بالقدر اللازم فقط لدراسة أوجه النقد التي تعرض لها القانون الطبيعي .

فقد قال سافيني أن لكل شعب قانون خاص به كما له لغته ومعتقداته السائدة . والقانون ترجمة لروح الشعب ووجدانه .

ومن العبث في نظره الانسياق وراء زعم الفكرية العالمية والعقلية للقانون الأبدى الثابت .

وإنما هناك تطوراً هادئاً ينبع من ضمير الجماعة في كل دولة . ويعمل على تغيير القواعد القانونية فيها . وهذا التفاعل البطيء في مشاعر الجماعة يؤثر على تكوين القواعد القانونية ويعمل على تطويرها ، حتى سميت هذه المدرسة بمذهب التطور التاريخي .

وتؤمن هذا المذهب بأن العقل الواعي أو المجرد لا يتولى تحديد القواعد الواجبة التطبيق أو استخلاصها . وإنما هو يسجل القواعد المتولدة من ضمير الجماعة الناشئة عن التقاليد المتطورة فيها (١) .

(١) أنظر دى باسكيه فقرة ٢٤٤ ص ٢٣٢

(رابعاً) من حيث مرونتها وعدم دقة تحديدها : ثار الاعتراض على فكرة العدل في مذهب القانون الطبيعي وصعوبة الاتفاق على معناها ، وبالتالي صعوبة استخلاص المبادئ النموذجية النابعة عنها .

والواقع أن الاحتكام إلى العقل المجرد يؤدي حتماً إلى اختلاف على مفهوم العدل . ومن اليسر إدراك هذا الاختلاف بمجرد النظر إلى صور العدل المختلفة التي تسود الجماعات الحديثة وتقودها .

(خامساً) من حيث تجميد قواعد القانون في الجماعة: وأخيراً فإن الإيمان المطلق بقانون طبيعي شامل يحكم الجماعات بنموذج مجرد للعدل قد يؤدي إلى تجميد قواعد القانون ، والوقوف بها عن التطور الذي يلبي حاجة الجماعة .

وقد كانت فكرة القانون الطبيعي بمعناها القديم ملائمة للعصر الذي انتشرت فيه . فهي استخدمت قبيل الثورة الفرنسية وفي أعقابها لتنصر حقوق الانسان ، وتحميه من طغيان الحاكم واستئثاره بتقرير قواعد القانون . ومن هنا يمكن اعتبارها نظرية ثورية وقتئذ .

ولكن ذلك لا يعنى استمرار تعاليمها . فمثل هذا الاصرار قد يعوق تطور القانون ، ويقف عقبة في سبيل اقرار بعض النظم الجديدة التي تلائم الجماعة .

وإزاء هذه الانتقادات أو بعضها منذ بداية هذا القرن محاولات انقاذ لفكرة القانون الوضعي وحياتها . وهي التي نسميها بالمثالية المعاصرة .

المبحث الثالث

المثالية في الفكر المعاصر

١٦ - ألوان جديدة للقانون الطبيعي :

في مطلع القرن العشرين ، وبعد طعنات متوالية من دعاة الواقعية ، ظهرت اتجاهات فقهية متعددة تبعث الحياة في القانون الطبيعي في ألوان جديدة .

وقد علمنا ، فيما مضى ، أن المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي بلغت في طموحها حد الإيمان بأن العقل المجرد قادر على تحديد قواعد عالمية خالدة تحكم كافة النظم القانونية وتسيطر على أوجه النشاط المختلفة .

أما المدارس المثالية المعاصرة فقد تواضعت آمالها . فالبعض منها انحرف بفكرة القانون الطبيعي انحرافاً يكاد يهدمها ، وهذه هي نظرية القانون الطبيعي ذو المضمون المتنوع التي أرادت التخفيف من طابع الخلود والثبات الذي قال به القدامى .

والبعض الآخر أراد أن يتخلص من اسراف المدرسة القديمة في شمول القانون الطبيعي وقدرته على حكم النظم القانونية في أصولها وفروعها . وهذه هي نظرية القانون الطبيعي ذو المضمون المحدود .

والبعض الأخير لم يؤمن بالعقل وحده في استخلاص القانون الطبيعي . فقالوا بالقانون الطبيعي النابع من بصيرة العدل الذاتية تأثراً بفلسفة برجسون وفيما يلي نعرض على التوالي لهذه الألوان الجديدة في المثالية . ثم نختم حديثنا بنظرة على الدور المعاصر للقانون الطبيعي .

١٧ - القانون الطبيعي ذو المضمون المتنوع :

قاد هذا الاتجاه الفقيه الألماني ستاملر ، فنادى بأن .. القانون العادل هو القانون الطبيعي ذو المضمون المتنوع (١) .

وهو ينكر المضمون العالمي للقانون الذي وصفته المدرسة التقليدية للقانون الطبيعي بالثبات والخلود . ويستعير فكرة أرسطو في التمييز بين

(١) أنظر جازر برج « فلسفة القانون عند ستاملر » في أرشيف القانون سنة ١٩٣٢ ص ٥٦٤ - جيني « العلم والصياغة » ج ٢ فقرة ٩٨ وبعدها - ديل قتشيو ص ٢٠٩ وما بعدها - دى باسكيه فقرة ٢٩١ - ريبير « القوى الخالقة للقانون » ص ٢٦ - مارتى ورينو الجزء الأول ص ٤٢ .

وفي فرنسا اعتمدت بعض الفقهاء أفكار ستاملر ، ومنهم سالي بصفة خاصة .

الشكل والجوهر لمحاولة وضع نوع من المثالية التي تعتبر إطاراً ثابتاً لجوهر متنوع في مختلف الجماعات .

وخلاصة نظريته أن الحياة في الجماعة تقتضى جهداً مشتركاً من الأفراد لتلبية حاجاتهم . وهي متنوع وفقاً لاعتبارات واقعية في الزمان والمكان . والقانون ، وهو تنظيم اجباري للسلوك ، ينبغي أن يفرض على الحياة حدوداً تسمو على هذه الاعتبارات .

وتتمثل هذه الحدود في نوع من المثالية الاجتماعية التي يمكن في إطارها أن يتحقق التنوع في التطبيق . وهذا هو ما يسمى القانون الطبيعي ذو المضمون المتنوع .

والمثالية الاجتماعية هي هدف الجماعة التي تتكون من أفراد يتمتع كل منهم بآرادة حرة . وتحدد علاقاتهم بتحقيق التوازن بين مبدئين . احترام كل فرد لشخصية الغير من ناحية . وتحقيق التعاون والتآزر فيما بينهم من ناحية أخرى . وتتميز هذه الخطوط التوجيهية بقدرتها على التنوع عند التطبيق .

وعن هذه المثالية ينشأ القانون العادل عند ستاملر . ومنها تقوم فكرة العدل التي يأنس لها الانسان دائماً . ويحس إليها مهما اختلفت البيئة أو تغير الزمن .

وخلاصة القول أن العدل واحد والمثالية واحدة . ولكن التطبيق يتغير ويتنوع في المكان والزمان ، دون إهدار لمبدأ احترام الغير أو مبدأ التعاون بين الأفراد .

ويبدو لنا أن عمل ستاملر يمثل القلق والحيرة بين من يحنى انكار مذهب القانون الطبيعي في جملته ، ومن يأبى في الوقت ذاته السير على نهجه إلى نهايته .

وكان من الممكن أن يستقيم اتجاه هذا الفقيه لو أنه أعلن صراحة تمرده على مدرسة القانون الطبيعي التي ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بالقواعد العقلية ذات الطابع الأزلي الخالد في كل زمان ومكان .

وعندئذ يمكن القول صراحة بأن ستاملر لم يكن من اتباع القانون الطبيعي . ويجوز أن يوصف مذهبه بأنه تعبير عن مثالية تؤمن بعدل قيمي ينبغي أن يسود الجماعات ، ولكنه يحتمل التطبيق المتنوع بين جماعة وأخرى .

وأياً ما كان الأمر ، فالذي يؤخذ على مثل هذا النوع من المثالية غموض فكرة العدل فيها . ولا يكفي ، في نظرنا ، كما ذهب البعض القول بأنه هو العدل المشترك بين الأمم المتعدية مستخلصاً من المبادئ العامة والمتجانسة في مختلف القوانين الوضعية (١) .

ولكن يحمده من ناحية أخرى تقديره الواضح لقيمة الانسان (٢) وهو تقدير لا يقع في إسراف المذاهب الفردية . وإنما يقترن بفكرة التعاون التي تصبغ نظريته بلون اجتماعي معتدل .

وبعد فهذا كله يبتعد عن القانون الطبيعي الخالد القادر في ستمره على أن يفرض نفسه على القانون الوضعي ، ويجعله واجب العصيان إذا اختلف عنه .

وفي أعقاب الحديث عن ستاملر يمكن أن نشير في إيجاز إلى فقيه القانون العام الفرنسي هوريو Hauriou . فهو يعتبر أيضاً في نظر البعض بين المؤمنين بقانون طبيعي خاضع للظروف (٣) . وهو المعجبين بالقانون الطبيعي المستخلص من القانون الروماني المعاصر المشترك . وكلاهما يمثل في نظره قمة الفن القانوني .

(١) أنظر مارتق ورينو الجزء الأول ص ٤٢ .

(٢) راجع دي باسكييه المرجع السابق ص ٢٧٢ .

(٣) مارتق ورينو المرجع السابق نفس الاشارة .

١٢ - القانون الطبيعي ذو المضمون المحدود :

التقت كلمة الفقه المعاصر على أن جانباً من مدرسة القانون الطبيعي التقليدية تورط في زعم لا يطابق الواقع حينما ادعى قدرة هذا القانون على الاحاطة بمقتضيات الحياة في تفاصيلها وجزئياتها .

وبذلك ظهرت موجة فقهية تقود الدفاع عن القانون الطبيعي بمضمون محدود . وتقتصر دوره على القيادة والتوجيه لقواعد القانون الوضعي بمبادئ وموجهات مثالية .

وفي إطار هذا المضمون المحدود اختلفت أيضاً الاتجاهات . اتجه يضع مبادئ جوهرية تحكم القانون الوضعي . واتجاه آخر يقنع بموجه رئيسي واحد للعدل هو الذي يسيطر على القانون الوضعي ويقوده (١) .

فالاتجاه الأول يضع دستوراً للمبادئ المثالية التي تسيطر على القانون الوضعي . ويكاد يحصرها في وجوب احترام شخصية الانسان (حياته وحرية وشرفه) ، ومبدأ عدم الاضرار بالغير والالتزام بالتعويض عن الخطأ ، ومبدأ احترام الجهود والمواثيق ، ومبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير دون مبرر مشروع . وكذلك أيضاً احترام كيان الأسرة والتزام الأب نحو أبنائه بتوفير قدر ملائم من التربية والتعليم . والتزام الأبناء باحترام الوالدين ومعاونتهم .

والاتجاه الثاني يقنع بتقرير موجه رئيسي واحد للعدل . ومنه تنبع كل قواعد القانون الوضعي . ويرى البعض أن هذا الموجه يتمثل في فكرة الخير المشترك . بينما يأنس البعض الآخر إلى تعاليم عمانويل كانت ، وينادي بأن قيادة القانون الوضعي تكون باحترام شخصية الانسان . وبذلك يخضع القانون الوضعي لمبدأ أن الانسان غاية وليس وسيلة .

(١) كاربونييه الجزء ص ٣٦ - جاستون موران في تقديم الطبعة الثانية لكتاب شارمون « أحياء القانون الطبيعي » سنة ١٩٢٧ ص ٣ - أنظر أيضاً فيتشيو « فلسفة القانون ص ٤٣١ وما بعدها .

وقد أخذ على هذا النوع من المثالية تواضعها في إقرار مبادئ أصولية ، وانتهائها إلى انكماش دور القانون الطبيعي .

وعندنا أن هذه مزية تذكر لهذا الاتجاه الفقهي . وبعد فإن هذا اللون الجديد لمدرسة القانون الطبيعي ، رغم تواضعه ، لم يصادف القبول في غير القليل من النظم الوضعية المعاصرة التي تنكر أي قانون طبيعي سابق على الجماعة ، وقادر على فرض كلمته عليها .

١٩ - القانون الطبيعي التابع من بصيرة العدل الذاتية :

يأتي أخيراً أحدث الاتجاهات متأثراً بفلسفة هنري برجسون . وهو يؤمن بالقانون الطبيعي التابع من بصيرة العدل الذاتية كما يشعر بها كل انسان من تجربته المباشرة .

ونلمس هذا اللون من المثالية عند الأستاذ Le Fur (١) فقد آمن بالاحساس الروحي للانسان . ورأى أن هذا الاحساس قادر على الكشف عن فكرة العدل بالبصيرة والحدس .

كما نجده أيضاً لدى بعض أساتذة القانون في سويسرا . فهم يؤمنون بوجود نظام قانوني سابق وثابت بحكم الروابط الانسانية . وبذلك فإن القانون التشريعي ليس له سوى مجرد أثر كاشف . ولكنه ليس منشئاً للمبادئ أو الحقوق . ويستخلص القانون الطبيعي ببصيرة العدل الذاتية ، وبموجب الموجهات والأصول التي تمثل الفكر القانوني المتزن عبر القرون (٢) .

بل ويمكن القول أيضاً إن جانباً من نظرية الأستاذ جيني تعبر عن هذا الاتجاه ، فهو يؤمن بأصول متنوعة تسهم في تكوين القانون . ومن بينها

(١) نادى بهذا الاتجاه في كتابه « المشاكل الكبرى للقانون » باريس سيرى سنة ١٩٣٧ ، مشار إليه في مارتق ورينو ص ٤٣ .
(٢) دي باسكييه ص ٢٦٦ .

الأصول المثالية التي تستخلص بالبصيرة قبل العقل . ولنا إلى هذا المذهب عودة مفصلة في حديثنا عن المذاهب المعتدلة بين المثالية والواقعية .

وأخيراً نجد فكرة العدل النابع من البصيرة أنصاراً في الفقه الغربي المعاصر . ففي ألمانيا يتزعم الفقيه كوينج coing مدرسة جديدة للقانون الطبيعي .

وهو يرى أن القانون صنع من أجل الانسان الذي تحكمه الاحتياجات المادية والروحية . ويتوافر لدى الانسان الاحساس بالقانون الذي يتولد عنه الضمير القانوني . ويقود تحليل هذا الضمير إلى الكشف عن فكرة العدل وعن قيم خلقية يفرضها التعايش بين الناس . ومن قبيل ذلك احترام شخصية الانسان واحترام المواثيق والعهود . مثل هذه المبادئ نشأت ببطء مع تقدم المدنية ، وصارت مفروضة على كل مشرع ، بحيث يجوز مقاومة القانون الوضعي الذي يخالفها (١) .

ويبرز عند هذا الفقيه الاتجاه إلى نوع من الروحية القانونية المؤتمنة ببصيرة العدل الذاتية . فهو يمثل لونا من المثالية المعاصرة البعيدة عن القانون الطبيعي بمعناه التقليدي .

وأياً ما كان الأمر في تقدير هذا اللون من المثالية ، فلا شك أن يتعد عن القانون الطبيعي الخالد المستوحى من العقل المجرد . وهو يؤدي إلى تصور شخصي لفكرة العدل يقترّب بها من عدالة الواقع .

٢٠ - القانون الطبيعي والقانون المعاصر :

كانت محنة القانون الطبيعي في نظرنا في تعدد مذاهبه . فهو اسم واحد لقواعد تنبع في نظر البعض من الوحي الإلهي . وفي تصور الآخرين من عمل الطبيعة أو الفطرة ، وفي تقدير المحدثين من صنع العقل والفكر .

(١) دى باسكيه ص ٢٦٩ .

واختلف أصحاب المدرسة العقلية في شأنه . فهم من يراه قادراً على حكم القانون الوضعي في تفاصيله وجزئياته . بينما يؤمن آخرون بقانون طبيعي له مضمون متنوع في البيئة والزمن . ويقنع اتجاه آخر باعتباره موجهاً مثالياً للعدل في الجماعة في صورة أصول ومبادئ أساسية . ويشعر اتجاه آخر بالقانون الطبيعي من خلال بصيرة العدل الذاتية .

ولعل ما قيل عنه إنه القانون الطبيعي ، إنما هو في حقيقة الأمر القانون العقلي الذي اهتدى إليه فكر الانسان، ورضى به بعد تجارب مريرة وقاسية في تاريخ البشرية . وهو إلى جنب ذلك بعض الموجهات والأصول الخلقية التي تلاقت عندها الأديان السماوية ، وجعلتها دستوراً للسلوك الانساني :

والحق إن الوقوف على أساس القانون أو فلسفته في جماعة سياسية مطمئنة ومستقرة قد يعتبر من قبيل الترف الفكري . وذلك أن للناس عادة مثل هذه الجماعة ، مادام القانون مستقراً فيها ، لا يشعرون بالحاجة إلى تبرير قواعده . فاحساس الرضا والطمأنينة نحو القانون الوضعي يطغى على فكرة البحث عن أساس القانون أو فلسفته ، مادام الناس يرون في القواعد المنطبقة عليهم تعبيراً عن العدل .

وعلى العكس من ذلك تزداد الحيرة في الجماعات الصاعدة التي ينشط فيها المشرع ، وتتحرك السلطة السياسية بتقرير قواعد جديدة ومتطورة أو في الكثير من الأحيان متغيرة . هنا يفقد القانون عنصر الثبات والدوام وتحتاج قواعده إلى تأصيل فلسفي . ويقع الصراع بين دعاة الاستقرار والهدوء الفكري وبين المؤمنين بالحركة والتطوير .

وعندئذ يلجأ البعض إلى القانون الطبيعي بغية انقضاء التحول التشريعي الذي قد تفرضه السلطة الحاكمة . ومن هنا لعب القانون الطبيعي دوراً انسانياً ضخماً ضد طغيان الحاكم في القرنين السابع عشر والثامن عشر . وقد أدرك فلاسفة القانون غايتهم وقتئذ بتأكيد الايمان بخلود بعض المبادئ والحقوق التي لا يجوز المساس بها .

ولكن الاسراف في تقديس أصول القانون الطبيعي والاعتقاد بقدرته على حكم التفاصيل والجزئيات فتح الثغرة الأساسية فيه . وجعل من هذه الفلسفة تصويراً جامداً لقواعد القانون يقعد بها عن التطور وهي التي بطبيعتها تنفر من الجمود .

ومن هنا انفتحت الفرصة لطعنات المذاهب الواقعية التي تلاقى ، رغم تنوعها واختلاف أسسها ، عند فكرة التردد على قانون طبيعي ثابت وخالد يكون نموذجاً للعدل مفروضاً على القوانين الوضعية .

ونحن من ناحيتنا رغم اعترافنا ببعض جوانب الصحة في بعض الأفكار الواقعية لأساس القانون ، لا نستطيع اغفال دور القانون الطبيعي في حماية الانسان وانسانيته . فهو يمثل في نظرنا شيئاً مجهولاً قد يعصى على التحديد . ولكنه يعبر على احساس تتألف عليه القلوب قبل العقول . ونحن اليه الفرد سياجاً من أى قانون وضعى جائر . وهو بحق كما قالت بطلة انتيجون في المسرحية اليونانية القديمة لسوفوكليس « إنه ليس بقانون اليوم ولا بقانون الأمس وإنما هو قانون لا يعرف أحد تاريخ نشأته » .

أو كما يقول أحد الفقهاء إن فوق القانون الوضعى الذى لا يرقى أبد إلى درجة الكمال ، هناك مثالية غامضة غير قابلة للتعريف يتجه إليها الأفراد . هذه المثالية رغم صعوبة الوصول إليها فإن أحد ألا يقبل التخلى عنها . وهي بعد تعتبر عاملاً هاماً في تقدم الحياة القانونية (١) .

وإن هذا كله يقتضى في نظرنا تخصيص دور معين للقانون الطبيعي في القوانين الوضعية . ولا نغنى بذلك أن القانون الطبيعي ينبغى أن يحكم القانون الوضعى كله وسيطر عليه . ولكن لابد أن يبلغ الفكر القانونى درجة من السمو يقدر بها على وضع قواعد للنظام العام العالمى . وبمقتضاها

(١) أولانيون مقال « تأملات عن القوة في القاعدة القانونية » منشور في دراسات روبييه عام ١٩٦١ الجزء الأول ص ٣١ .

تألف الجماعات على قواعد آمرة عالمية تتجه بخطابها إلى مختلف الجماعات السياسية . ويمتنع بالتالى على مشرع الدولة الخروج عنها أو التطاول عليها .

ومثل هذه الأمنية لا يملك إدراكها إلا قوة عالمية مثل الأمم المتحدة فى صورة ميثاق تعترف الدول كلها بقيمته القانونية .

ولدينا الآن الوثيقة العالمية لإعلان حقوق الانسان التى تتضمن قدراً مشتركاً من حقوق الانسان الأساسية . وفيما يبدو لنا ، ورغم كونها وثيقة وليست ميثاقاً ، أنها تصلح نقطة انطلاق نحو هذا النظام العام العالمى الذى نقول به والذى ينبغى أن يلقى القبول لدى مختلف الجماعات .

٢١ - القانون المدنى عندنا يشير الى القانون الطبيعى - احالة :

نصت المادة الأولى من التقنين المدنى على أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد بمقتضى الشريعة الإسلامية . فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

ويظهر من هذا النص أن المشرع فرض على القاضى الحكم فى كل نزاع ومنعه من الاحتجاج بعدم وجود قاعدة قانونية قابلة للتطبيق ومستمدة من المصادر الرسمية لها .

وبذلك أحال القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة يستلهم منها الحكم إذا لم يجد فى قواعد القانون الوضعى ما يسعفه .

وواضح من هذا النص المتقدم أن القانون المصرى قد اعتمد بمبادئ القانون الطبيعى ، ورأى فيها المبادئ الأساسية والموجهات المثالية التى تقود القاضى وتهديه إلى الحل العادل فى المنازعات التى تعرض أمامه ، والتى لا تجد لها قاعدة قابلة للتطبيق عليها بين قواعد القانون الوضعى .

ولكن يلاحظ فى هذا الصدد الدور المتواضع الذى يؤديه القانون

الطبيعى . فهو مجرد موجه يستلهمه القاضى عندما لا تسعفه مصادر القانون
الوضعى .

وبذلك نبتعد عن فكرة القانون الطبيعى التى قال بها أنصار المدرسة
العقلية ، التى تؤمن بقانون عالمى ثابت يفرض أصوله ومبادئه على القوانين
الوضعية . ويرر عصيان القانون الوضعى الذى يخالفه .

الفصل الثاني

المذاهب الواقعية

٢٢ - تنوع المذاهب الواقعية والاختلاف الجوهرى بينها :

يقصد بالواقعية بوجه عام فى المعنى الفلسفى الشائع المذاهب التى ترفض كل ما هو سابق أو مسلم . وترى اليقين فقط فيما يستخلص من العلوم التجريبية . وإدراك الواقع على النحو المتقدم هو وحده الأمر المثمر المفيد فى تقدير هذه المذاهب (١) .

ويتخصص هذا المعنى فى دراسة أساس القانون . وتنبع منه المذاهب الواقعية التى ترفض كل بحث يجاوز إطار القواعد المنطبقة فعلاً ، وترى فيه بحثاً فيما وراء القانون . ويعتبر القانون فى نظرها من صنع واقع معين . فهى ترفض كل بديهية سابقة على الجماعة .

وتتلمس تبرير وجود القانون وأساس الزامه من قوى واقعية ملموسة تستخلص من عناصر متنوعة .

وهنا تختلف المذاهب الواقعية اختلافاً جوهرياً فيما بينها . ونحن لانملك بأى حال فى هذه الدراسة أن نحيط بكل الاتجاهات الواقعية فى أصولها وفروعها . ولكننا سنقف عند بعض الاتجاهات الرئيسية فقط .

ونلفت النظر إلى أن جمع هذه الاتجاهات فى صعيد واحد لا يفيد أبداً التآلف فيما بينها . وإنما يشير فقط إلى أنها ترفض كلها النموذج الثابت والأبدى للعدل المستخلص من العقل المجرد والمفروض بالبداهة على كل بيئة وفى كل زمان .

(١) أنظر لالاند « المعجم الفنى والنقدى فى الفلسفة » باللغة الفرنسية - الطبعة الخامسة

ومن خلال هذا الفهم نبدأ أولاً بالنظر فيما نسميه بالواقعية التاريخية التي قادت أعنف الحملات على مذهب القانون الطبيعي ، ووجدت أساس القانون في وجدان الشعب وضميره ، وتاريخه وتقاليدته ، وتقدمه وتطوره .

ثم نبحث ثانياً في الواقعية الاجتماعية المتأثرة بفلسفة أوجست كونت ، والتي تصور القانون تسجيلاً لظواهر إجتماعية معينة تستخلص من التجربة والمشاهدة .

وننتقل بعد ذلك إلى نوع خاص من الواقعية الاجتماعية نترخص في تسميته بالواقعية الاقتصادية . وهي التي تؤمن بحتمية التاريخ وحتمية الظواهر الاجتماعية . وقد قادها كارل ماركس في نظرية علمية متكاملة .

ونواجه أيضاً نوعاً من الواقعية الاستبدادية التي سميت بالواقعية القومية تخرجاً من الكشف عن حقيقتها . وقد استقرت زمناً غير قصير في ألمانيا الهتلرية وبعض الدول التي تأثرت بها أو أثرت فيها (١) .

وأخيراً نختم حديثنا بالواقعية القانونية التي تؤمن بتعاليم الديمقراطية والحرية والمساواة . ولكنها ترفض النظر إلى القانون على أبعاد تجاوز ما هو منطبق فعلاً في الجماعة .

المبحث الأول

الواقعية التاريخية

٢٣ - ملامح الواقعية التاريخية في القرن الثامن عشر :

نجد ملامح الواقعية التاريخية عند المفكر الفرنسي الكبير مونتسكيو في منتصف القرن الثامن عشر :

فقد ألقى الضوء ، في كتابه روح القوانين الذي نشر سنة ١٧٤٨ ، على فكرة تنوع القانون وفقاً لاعتبارات التاريخ . وأظهر أن القانون

(١) راجع مارتى ورينو الجزء الأول ص ٣٦ هامش ٤ .

يتميز بالنسبية ، وأن هذه النسبية تخضع لطبيعة كل بلد ، ومناخها ، ومعتقداتها ، والعادات السائدة فيها ، ولون الحياة التي يعيشها شعبها . وبوجه عام ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي توضع له وفقاً للظروف التاريخية المختلفة .

وبذلك ابتعد مونتسكيو عن البدهيات المسلمة التي تسبق وجود الجماعة وتفرض عليها . واتجه في البحث عن أساس القانون إلى الاعتبارات المستخلصة من الواقع (١) .

ويعتبر أيضاً من أوائل رواد المدرسة التاريخية المفكر الانجليزي **ادمون بيزك** (١٧٢٩ - ١٧٩٧) . فقد هاجم تعاليم روسو التي تأثرت بها الثورة الفرنسية . وأنكر مذاهب القانون الطبيعي في حملتها . وأبرز مبدأ دوام التاريخ واستمراره . وانتهى إلى أن النظم السياسية التي تسود في الجماعة تتأسس على تاريخ وتقاليد كل شعب .

ومن العبث في رأى هذا المفكر التخلي عن هذا الأساس التاريخي والاتجاه نحو التبريرات العقلية المجردة ذات الصبغة العالمية . وقد انساق في هذا الاعتقاد إلى حد أنه وصف إعلان حقوق الانسان النابع من الثورة الفرنسية بأنه « موجز للفوضى » (٢) .

وأدركت المدرسة التاريخية ذروتها بعد هذه الملامح الأولى على أيدي بعض الفقهاء الألمان . ويعتبر الفقيه سافيني الرائد الأصلي لها (١٧٧٩-١٧٦١) .

٢٤ - تعاليم المدرسة التاريخية عند سافيني :

نادى بعض الفقهاء الألمان بتجميع القوانين الألمانية في مختلف الدويلات

(١) أنظر دى باسكييه ص ٢٢٤ فقرة ٢٣٣ - حسن كيره أصول القانون ص ١٤٩ فقرة ٦٧ حيث يشير أيضاً إلى قوله بورتاليس أحد واضعي التقنين الفرنسي «تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن . فهي في الحق لا تصنع» .
(٢) أنظر ديل قتشيو ص ١٣٦ وما بعدها .

وإخراجها في تقنين موحد ، على غرار مجموعة نابليون . واستند هذا الاتجاه إلى التصوير العقلي للقانون السائد وقتئذ .

وأكدوا وجوب التعجيل بالتقنين بإبراز العيوب الناشئة عن وجود قوانين متناثرة وقواعد عرفية متنوعة . كما آمنوا بأن التقنين يسهم في تحقيق الوحدة القومية بين الدويلات الألمانية المختلفة .

وانبرى سافيني لمقاومة هذا الاتجاه نحو التقنين ، بل ونحو التشريع بوجه عام وإلى حد كبير . فقال أن القواعد التشريعية تقتل القانون وتقعده به عن التطور . والقانون يحدد المجال الحصب لحياته في العرف الذي يمكن القول بأنه التعبير المباشر لضمير الشعب القانوني .

وتتميز تعاليم سافيني بإبراز « ضمير الشعب القانوني ووجدانه » . وهي فكرة نشأت من الوجهة الفلسفية عند هيجل وشيلينج (١) .

وبذلك بادر هذا الفقيه بتوجيه أعنف الهجوم على القانون الطبيعي العالمي المستخلص من العقل المحرد . ونادى بتنوع القانون الوطني النابع من الانطباعات والمعتقدات الشعبية .

فكل شعب عند سافيني له روحه وطبائعه التي تنعكس على أمور شتى مثل الفن والأخلاق واللغة والقانون . فهي كلها من نتاج الروح الشعبية . وهو يعتقد المقارنة خاصة بين اللغة والقانون . فاللغة تولد وتتطور تلقائياً دون حاجة إلى فقهاء النحو ، الذين يتدخلون فيما بعد لضبط أصولها ومبادئها وفقاً لما استقرت عليه . وهذا هو شأن القانون . فهو نتاج فطري وجزوي من عمل الإرادة غير الواعية . والفقهاء . لا يتحركون إلا في مرحلة متأخرة بعد نشأة القانون . وهم يستخدمون وسائلهم الفنية في إفراغ القواعد العرفية المستقرة في شكل قواعد تشريعية . فالتشريع يقوم إذن بمهمة آلة التسجيل التي تنقل صوت العرف وتستجيب إليه .

(١) أنظر ديل فتشيو ص ١٣٧ وما بعدها - روبييه ص ١٠٦ وما بعدها - فريمان نظرية القانون باللغة الانجليزية ١٩٤٩ ص ١١٩ وما بعدها .

وبذلك يصير العرف المصدر الرسمي الطبيعي لقواعد القانون . وينكمش التشريع لأداء دور متواضع في خدمة العرف .

ومن البديهي إذن أن يدمر سافيني العداة لفكرة التقنين بوجه خاص . فالتقنين في نظره تجميع عقلي وتأصيل فكري لقواعد القانون يعوق تطوره . ويقف به عن الحركة الفطرية النابعة من وجدان الشعب ومشاعر الجماعة .

ومن خلال ما تقدم يمكن إيجاز تعاليم سافيني في واقعيتها التاريخية فيما يلي :

١ - هدم تعاليم القانون الطبيعي بالقضاء على الفكرة العالمية والأبدية لقواعد القانون . وقد سبق لنا هذا الحديث في دراسة تقدير المدرسة العقلية (١) .

٢ - الإيمان بنشأة القانون من الضمير الشعبي في كل جماعة . فهناك تطور هادى ينبع من هذا الضمير ويعمل على تغيير القواعد القانونية في الجماعة وهذا التفاعل البطيء هو المؤثر الأصيل على قواعد القانون في تكوينها وتطورها . ومن أجل هذا سميت مدرسة سافيني بمذهب التطور التاريخي أيضاً .

٣ - انكماش دور التشريع بوجه عام وإنكار فكرة التقنين بوجه خاص . فالتشريع كما سبق البيان ، يقتصر دوره على تسجيل القواعد العرفية .

٤ - ذلك أن العرف هو المصدر الشعبي الأصيل ويكاد يكون الوحيد لقواعد القانون . فهو وحده المعبر عن تطور الجماعة ووجدانها .

وقد سادت تعاليم الواقعية التاريخية . فأمن بها أيضاً بصفة خاصة الفقه الألماني جورج بوشتا (١٧٩٨ - ١٨٤٦) .

وكان من شأن هذه التعاليم استبعاد فكرة التقنين في ألمانيا بصفة مؤقتة إذ ساد الاعتقاد بأنها سابقة لأوانها ، وأن التطور التاريخي يجب أن يسير في مجراه .

ولم تدم هذه التعاليم طويلا . إذ عرفت المانيا تقنيا من أهم التقنيات المدنية المعاصرة في مطلع القرن العشرين ، وبالرغم من المحاولات العلمية العنيفة الى قادها سافيني في واقعيته التاريخية المتطورة .

٢٥ - تقدير الواقعية التاريخية (١)

استطاعت الواقعية التاريخية في دراسة فلسفة القانون ابراز فكرتين أساسيتين . الأولى هي نسبية القانون واختلافه في البيئة ومع الزمن والثانية ربط القانون بالتاريخ وتعظيم شأنه .

وهكذا تميزت هذه المدرسة بالواقعية التي تهدم القانون العادل المستخلص من العقل المجرد والذي يصلح في كل زمان ومكان . فالعدل لا يستخلص بالعقل أو الفكر . ولكنه يستوحى من الضمير والوجدان الجماعي .

وقد تأثر الفقه القانوني المعاصر بفكرة التسببية من ناحية . واهتم بالجانب التاريخي لدراسة القانون من ناحية أخرى .

وربما يحمد لهذه الواقعية التاريخية تنبيه الأذهان إلى الاهتمام بدراسة التاريخ بجوار القانون ، وابرار دوره في نشأة القواعد القانونية وتطورها .

كما يحمد لها أيضاً التسليم بتغير القانون في البيئة ومع الزمن . وهي في ذلك تسجل ظواهر تاريخية لا تقبل الشك .

ومع ذلك فان مآخذ الواقعية التاريخية غير قليلة . وفيما يلي نجمل القول في أهمها :

١ - أنكرت الواقعية التاريخية المثل الأعلى للعدل المستخلص من العقل المجرد . وألقت العبء على كل الاعتبارات التاريخية في تأسيس قواعد القانون .

(١) أنظر روبيه ص ١١١ وما بعدها - ديل فتشيو ص ١٣٩ وما بعدها .

ومهما يكن الأمر في تعظيم شأن الواقع والمشاهدة التاريخية ، فانه مما يخالف طبيعة الحياة إنكار دور العقل الواعي والاحساس بالتقد ، في تقدير الوقائع واستخلاص القانون من عناصر هذا التقدير .

فادماج كل مثل أعلى أو تفكير عقلي في اعتبارات التاريخ المتطورة البطيئة هو إنكار لحقيقة الحياة .

وانما ينبغى التسليم مع أصحاب المدرسة العقلية بأن للعقل دوره في تقدير الاعتبار الواقعية والحكم عليها .

ومن ثم لابد من مثل أعلى يملك ميزان الحكم . وبالتالي يستطيع أن يضع الواقع موضع التقدير وأن يستخلص منه قواعد القانون في الجماعة .

٢ - وبذلك يبدو لنا اسراف الواقعية التاريخية في الاستسلام للضمير الجماعي ووجدانه أساساً للقانون وفلسفته .

بل أن هذا الأساس السلبي الباهت هو ضرب من الخيال ما دام مجرداً من مثل أعلى محدد . فهو يقود إلى مصير غامض مجهول بلاغاية أو هدف .

وإن طبيعة القانون الحية تأبى عليه هذا المصير وهكذا اندفع الفقيه اهرنج إلى مناقضة المدرسة التاريخية بنظريته في الكفاح من أجل القانون . فقد ضاق بهذه الواقعية الروحية المستسلمة للتاريخ . وقال بأن القانون نتاج صراع حي بين القوى الاجتماعية المتعارضة صاحبة المصالح . ويرتبط تكوين القانون بنتيجة الصراع والكفاح فيما بينها . ولنا عودة أخرى إلى فقه اهرنج مع دراسة الواقعية القانونية ، ودراسة نظرية ريبير في القوى الخالقة للقانون .

وبعبارة موجزة يمكن القول إن هذا التطور البطيء الهادىء الذى آمنت به الواقعية التاريخية يخالف ما هو سائد في الجماعة فعلا ، فالقانون وليد

الصراع بين المصالح . أو كما قام اهرنج « إن القانون قوة حية . ولئن كان السلم هو غايته فأن الكفاح وسيلته » (١) .

٣ - ويؤخذ على الواقعية التاريخية أيضاً المبالغة في الاحتفال بالعرف مصدرراً للقواعد القانونية ، وبالتالي المبالغة أيضاً في اهمال التشريع .

ومثل هذه النظرة قد تصحح أو تصدق في الجماعات الانسانية الأولى حيث تكون الحاجات متواضعة والتطور بطيئاً .

بينما لا تستطيع الجماعات الحديثة ، وهي في عنفوان تطورها وصعودها أن تقنع بدور العرف وهو بطيء التكوين وبطيء التعبير . فالتشريع وحده هو المصدر الحى الواعى القادر على متابعة حركة مثل هذه الجماعات وتلبية حاجاتها .

وقد كان من الخطأ الواضح اندفاع الواقعية التاريخية في تشبيه نشأة اللغة بنشأة القانون . فالقانون ليس بالظاهرة الساكنة التى تستخلص من الحركة البطيئة والتعبير الهادىء للجماعة . وإنما تحركه قوى دافعة وواعية وتجعل منه ظاهرة حيث تبعث فيه حياة وخصوبة لا ترضاهها له الواقعية التاريخية .

٤ - ويجنب هذا كله ناقضت الواقعية التاريخية نفسها ، وخاصة عند سافيني ، بتخصيص دور بارز للقانون الرومانى وتعاليمه .

فقد آمن سافيني بأن القانون الرومانى هو الشريعة النموذجية لكافة النظم القانونية ، وفى هذا القول انحراف واضح عن الواقعية التاريخية التى تفضى إلى نسبية القانون وتنوعه فى الجماعات .

بل وأن تأثر هذه المدرسة بالقانون الرومانى وصل إلى حد الوقوف بالواقعية التاريخية عند مجرد تعاليم رئيسية دون محاولة الدرس والتأمل فى

(١) أنظر ريبير القوى الخالقة للقانون ص ٧٢ .

الاعتبارات التاريخية ، وما قد تسهم به حقاً في نشأة قواعد القانون . وهو الدور الذي نهضت به المدارس التي حملت عبء دراسة القانون المقارن في العصر الحديث .

ومن أجل هذا كله قال بعض الفقهاء بأن الواقعية التاريخية قد جعلت من القانون الروماني نموذجاً قريب الشبه بالقانون الطبيعي بالنسبة لأنصار المدارس المثالية .

٥ - وأخيراً لوحظ على المدرسة التاريخية اسرافاً في الاعتداد بنوع من القومية القانونية التي أثبتت تجربة التاريخ عدم صدقها في بعض الأحيان (١) فهي ترى كما نعلم أن القانون نتاج الضمير الشعبي وأنه تعبير عن وجدانه شأنه شأن الفن واللغة .

وقد فاتها أن تجربة التاريخ كشفت عن قدر مشترك من الأصول العامة بين قوانين الأمم على اختلاف البيئة أو الزمن . بل هي نفسها آمنت بهذا القدر واستخلصته من القانون الروماني .

ومن المعلوم أن بعض النظم القانونية استطاعت أن تعيش في غير أرضها، وأن تأتي الثمرة المرجوة منها . ولعل أوضح دليل على ذلك نجاح القانون المدني السويسري عند تطبيقه في تركيا . والتوفيق الذي أصاب القانون المدني في مصر في أواخر القرن التاسع عشر وهو مأخوذ عن المجموعة المدنية الفرنسية .

ومثل هذه الشواهد تفيد أن القانون لا يقتصر تأثيره على اعتبارات البيئة الوطنية وحدها . وإنما يرتد أيضاً إلى نشاط الإرادة المبصرة والواعية . ومثل هذه الإرادة بالوعي والادراك قد تستعير بعض القواعد القانونية

(١) أنظر روبيه ص ١١٣ وما بعدها . وهو يشير إلى أنصار الواقعية التاريخية أنفسهم قد أخذوا بالقانون الروماني واستعاروا قواعده . وبذلك استطاع القانون الروماني أن يعيش في أرض غريبة وأن يؤثر في العرف والتقاليد الجرمانية .

الأجنبية التي تراها ملائمة للبيئة الوطنية . ولا تلبث هذه القواعد أن تنمو نمواً وطنياً وتكتسب الطابع الاقليمي البحت .

وبالرغم من هذا كله فانه لا يجوز الاسراف في دور الارادة الواعية وإهدار دور الارادة المتوارية عبر التاريخ . بل أن العرف مصدر لا غنى عنه للحفاظ على تقاليد الجماعة وتراثها . ومن هنا يجب أن يقف بجوار التشريع مؤدياً دوره في إنتاج القواعد القانونية والتعبير عنها .

المبحث الثاني

الواقعية الاجتماعية

٢٦ - تمهيد في التاريخ :

تنبع الواقعية الاجتماعية في أساس القانون من فلسفة أوجست كونت (١٧٩٨ - ١٨٥٧) في القرن التاسع عشر . ويعتبر هذا الفيلسوف الرائد الأول للفلسفة الواقعية بوجه عام (١) .

وتؤمن هذه الفلسفة في إطار الدراسات القانونية بأن العبرة بالظواهر الاجتماعية التي تخضع لفكرة الحتمية . وتغض النظر عن كل بحث فيما وراء المادة . وتقف عندما يمكن إدراكه إدراكاً ملموساً ومادياً (٢) .

وكانت تعاليم أوجست كونت ايذاناً بنشأة علم الاجتماع الذي فتح للفكر القانوني أفقاً جديدة . فقد رأى هذا الفيلسوف أن علم الجماعات هو « علم الطبيعة القانونية » . ويتحقق تطور هذا العلم الأخير بالمشاهدة والاستخلاص . وعندئذ تيسر اعادة النظر في التنظيم الاجتماعي .

(١) راجع المعجم الفني والنقدى للفلسفة لاتدرية لالاند ص ٧٩٢ - ديل قشيو ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) أنظر كاربونييه الجزء الأول ص ٣٣ - مارك ورينو فقرة ٢٣ ص ٢٧ - دى باسكيه ص ٢٣٧ فقرة ٤٢٩ .

ومثل هذا المنهج العلمى المقنع يكشف حتماً عن نظم ملائمة قابلة للبقاء ما دامت نابعة من الفلسفة الواقعية .

وقد تأثر علماء القانون بهذه الفلسفة الواقعية . فصرفوا النظر عن التأمل فى معنويات القانون وأصوله الفكرية . وأرادوا الوقوف على الحقيقة من خلال المشاهدة والمتابعة . فعالم القانون الاجتماعى يقنع بدراسة النظم فى تطبيقها الفعلى . وبذلك لا تستند الحقائق القانونية على إرادة الأشخاص أو إرادة الدولة ، وإنما تستمد كيانها من الطاعة التى تلقاها فى الجماعة أية قاعدة منطبقة .

هذه هى الأسس العامة التى لاقت الارتياح لدى بعض الفقهاء . وشكلت مدارس متنوعة للواقعة الاجتماعية فى أساس القانون .

وفى ما يلى تقنع فقط بالتأمل فى بعض هذه الاتجاهات الرئيسية (١) :

٢٧ - الواقعية الاجتماعية فى ألمانيا :

قامت اتجاهات فقهية فى ألمانيا تناهض فكرة ارتباط القانون بالدولة . ومن بين هذه الاتجاهات ما قال به الفقيه وعالم التاريخ أو توفون جيرك *Gierke* فهو يرى من دراساته للتاريخ أن ثمة تنظيمات اجتماعية متناسقة قد سبقت الدولة فى وجودها . بل وأن القانون نفسه وجد قبل الدولة .

ويخلص من ذلك إلى أن الشخصية القانونية والقانون نفسه لا صلة لهما بالدولة أو وجودها .

(١) لن نشير هنا إلى مذهب كارل ماركس الذى آمن فعلاً بتقديم فكرة المجتمع والدراسات الاجتماعية على الدولة . وذلك أننا نخصص له مبحثاً مستقلاً باعتبار مذهبه فى نظرنا أقرب إلى الواقعية الاقتصادية والسياسية .

كما أننا لم نضع أيضاً الواقعية التاريخية فى هذا المبحث رغم اعتدادها بفكرة الجماعة وتأسيس القانون على وجودها . وذلك على أساس أن المدرسة التاريخية تتميز بطابع روحى يتعمد بها عن هذه الواقعية المادية .

بل وإن تاريخ العصور الوسطى يشهد بهذه الظاهرة أيضاً . فقد وجدت
تجمعات وتنظيمات اجتماعية اكتسبت كياناً قانونياً حقيقياً قبل أن يكتمل
كيان الدولة أو قبل أن تعترف بمثل هذه الأشخاص .

وهكذا فإن القانون عنده هو مجرد تعبير عن الحياة الانسانية في الجماعة
وهو ينبع من روح الجماعة وإحساس الشعب . وهذا كله يؤثر على ضمائر
الأفراد الذين يولدون وفكرة العدل معهم .

ومثل هذه النظرية الأخيرة تقترب من بعض الاتجاهات المثالية في
الاحساس بفكرة العدل . ولكن « جبيرك » يرى في الضمير الجماعى مجرد
واقعة تاريخية وواقعية ، على أن يؤخذ في الاعتبار الشخصية القانونية والحقوق
الفردية لأعضاء الجماعة .

أما الدولة فهى خاضعة للقانون . وتكون مهمتها هى وضع القانون موضع
التطبيق وكفالة احترامه على النحو المتقدم .

ومهما يكن من أمر فإنه يبدو لنا أن هذا الاتجاه الفقهي لا يمثل الواقعية
تمثيلاً صادقاً . بل هو فى نظرنا أقرب إلى الواقعية التاريخية كما قال بها
سافيني . وهى التى تتميز بنوع من الشاعرية والخيال .

ومن ناحية أخرى يظهر لنا أيضاً ، رغم انكار هذا الفقيه ، أن احساسه
بفكرة العدل يقترب به من أنصار المثالية القائمة على غريزة العدل الذاتية
والتي سبق لنا دراستها فى الفصل السابق .

٢٨ - الواقعية الاجتماعية فى فرنسا - وعند دييجى بوجه خاص :

ظهرت فى فرنسا موجة فكرية نقول بوجود ضمير جماعى مستقل عن
ضمائر الأفراد . وتؤكد التحقق من وجود هذا الضمير بمنهج البحث والملاحظة .

وأراد البعض تأسيس القانون والأخلاق على هذا الضمير الجماعى .
بل وذهبوا إلى حد القول بأن الدراسة المجردة لحقائق هذا الضمير الجماعى

تؤدي إلى استخلاص مثل أعلى . وهذا المثل الأعلى ليس أمراً مجرداً كما قال بذلك أنصار المثالية . وإنما هو أمر واقعي ملموس مستخلص من التجربة والمشاهدة (١) .

وفي تقديرنا أيضاً أن هذا النوع من الواقعية الاجتماعية لا يمثل الواقعية بالمعنى المتعارف عليه . وإنما يعبر عن تيارات فكرة تأتي الانحياز الكامل إلى الواقعية الاجتماعية البحتة . ويعز عليها في الوقت ذاته التجرد المطلق من مثالية القانون الطبيعي .

ويعتبر **ليون دييجي** عميد كلية حقوق بجامعة بوردو بفرنسا الذي توفي عام ١٩٣٨ ، الرائد الحقيقي للواقعية الاجتماعية في فرنسا (٢) . وهو ألد أعداء القانون الطبيعي . إذ يعتبر البحث فيه بحثاً فيما وراء القانون .

ومن البديهي أن ينكر دييجي أي حق طبيعي للإنسان سابق على الجماعة إذ يتجه تفكيره إلى المشاهدة الحية أو ما يسميه بالواقعية .

وقد آمن بفكرة « التضامن الجماعي » سبباً للحياة في الجماعة . ويقصد بها ترابط الأفراد فيما بينهم إما على أساس التقارب أو على أساس توزيع العمل .

وهو ينسب إلى هذا التضامن الاجتماعي نشأة كافة القواعد الاجتماعية بما فيها من قواعد اقتصادية وخلقية وقانونية .

ويرى أن القاعدة تصير قانونية عندما ينمو الاحساس في ضمائر أكثرية

(١) أنظر مارك ورينو ص ٣٧ - وراجع تفصيلاً أوفى في كتاب جيني « العلم والصياغة » الجزء الثاني ص ٥٢ .

(٢) أنظر بوجه عام في شرح مذهب دييجي وتعاليمه جيني « العلم والصياغة » الجزء الثاني فقرة ١١٥ وما بعدها . مقال ليفور « أساس القانون في فقه دييجي » أرشيف فلسفة القانون سنة ١٩٣٢ في المجلد الأول والثاني . وكذلك مقال ريجلاد في نفس الأرشيف « النظرية العامة للقانون في أعمال دييجي » .

الأفراد بأنها ضرورية أو نافعة للمحافظة على تضامن الجماعة . وجدير بالذكر أنه يشير إلى « أغلبية ضمائر الأفراد » . ولكنه ينكر الضمير الجماعي الذي قال به بعض الفقهاء السابقين .

وهكذا يستقل وجود القاعدة القانونية عن إرادة الدولة . وتكتسب طابعاً موضوعياً ومادياً يستخلص من الاحساس الغالب من جانب الأفراد بصفة الالتزام فيها .

وقد انعكست هذه الأفكار على معتقدات ديجي في غير القليل من الأفكار القانونية المستقرة ، مثل فكرة الشخصية المعنوية والحقوق الشخصية التي أنكروا وجودها (١) .

وأدرك ديجي في أبحاثه الأخيرة عدم كفاية فكرة التضامن الاجتماعي ومقتضياتها لتأسيس وجود القاعدة القانونية . فقال بأن كل فرد يشعر بذاتيته ، وأن هذا الشعور يتولد عنه فكرة العدل التي تستخلص من الطبيعة الانسانية وليس من العقل . ويؤكد ديجي أن الشعور بالعدل هو أمر واقعي نحت ناتج عن الحياة الاجتماعية ، وعن خشية الانسان من الاعتداء عليه .

وهنا يقع ديجي في الخطأ الذي وقع فيه الآخرون . فهم يبدأون جميعاً من إنكار مطلق للمثالية الموثمة بالعدل . ويحتكون إلى الواقع يتلمسون فيه أساساً للقانون ، ثم لا يلبث كل مفكر منهم أن يرتد إلى فكرة العدل . ولكنه يحاول تبريرها على أسس واقعية مجردة عن المثالية . وعندئذ يصف لنا نوعاً من العدل الغامض الذي يستعصى على الإدراك والتحديد .

ومن ناحية أخرى نأخذ على هذه الواقعية الأساس الذي تقيم عليه القانون . فما هي هذه الأكثرية العددية من ضمائر الأفراد التي تؤذن بتكوين القاعدة القانونية في الجماعة ونشأتها .

(١) راجع رسالة حسن كبره إلى كلية حقوق باريس سنة ١٩٥٢ في نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المصري والقانون الفرنسي «مطبوعة على الآلة الكاتبة» ص ١١٤ وما بعدها .

بل وإن هذه الأثرية تأخذ شكلا سياسياً في الدولة الحديثة . وعندئذ يتأدى بنا مذهب ديجي إلى تأسيس القانون على أساس الواقعية القانونية أي إرادة الأغلبية . وهنا نقرب من تأسيس القانون على مشيئة الدولة . وهو ما انبرى ديجي لمحاربه ومعارضته .

وفي تقديرنا أن عمل ديجي لا يمثل الواقعية بالمعنى العلمي الصالح للتطبيق . وإنما هي أفكار فقهية يحمدها بوجه خاص توجيه النظر إلى عدم الاحتفال المطلق بالاعتبارات العقلية البحتة . وإفساح المجال للنظر إلى الواقع الاجتماعي الذي يعد حقلاً خصباً لدراسة أساس القانون (١) .

٢٩ - فكرة القانون الاجتماعي عند جيرفتش :

وفي صدد الحديث عن الواقعية الاجتماعية تنبغى الإشارة أيضاً إلى الفقيه جيرفتش Gurvitch ونظريته في القانون الاجتماعي (٢) . وهو فقيه فرنسي من أصل روسي .

وتقوم هذه النظرية أيضاً على رفض كل محاولة لاقامة بناء فكري سابق على الجماعة . وتسلك منهج الاستقصاء والتحقيق للكشف عما تسميه « بالحقيقة القانونية النوعية » . وتعتمد في ذلك على عامل التجربة .

(١) نشير هنا أيضاً إلى مدرسة الأستاذ جورج سل الذي يرى أن قانون التضامن يؤثر في الانسان تأثيراً عضوياً وحيوياً . والقاعدة القانونية تأتي نتيجة للتفكير الاجتماعي . أنظر « موجز قانون الشعوب » للاستاذ سل الجزء الأول ص ٣ . ويؤخذ على نفس الاتجاه نموض فكرة القاعدة القانونية وكيفية تحويلها إلى قاعدة ملزمة في الجماعة .

وعلى نهج ديجي سار أيضاً بعض مرديه مثل بونار وريجلاد . وأضافوا فكرة جديدة وهي الهدف الاجتماعي الموضوعي للقاعدة القانونية . وبقي التساؤل عن صعوبة تحديد الهدف . فقالوا بأنه يستخلص من التجارب الانسانية الفردية ، التي يمارسها الانسان بالفرية ومن هذه التجارب ينشأ نوع من التوافق الاجتماعي للقيم .

ويشترك هذا التفكير أيضاً في نموضه مع ما قال به ديجي . فلا زلنا بعيدين عن تحديد حاسم للحظة تكوين القاعدة القانونية واكتسابها صفة الالتزام - راجع مارتق ورينو ص ٣٩ .

(٢) أنظر مارتق ورينو الجزء الأول ص ٤٠ - دي باسكييه فقرة ٢٨٠ ص ٢٥٩

ولا تقف هذه التجربة عند الحقائق المادية الملموسة . وإنما تنفذ إلى الأفكار والمعتقدات . ولا يكون النظر إلى هذا الجانب الروحي من زاوية مجردة . ولكن يجب أن يكون من خلال الواقع الاجتماعي .

وبذلك تقوم هذه النظرية على الظواهر المستخلصة من التجربة والمشاهدة ومن دراسة روح الجماعات . وهكذا تجرى كل الأبحاث على نطاق تجريبي بحت .

ويقول جيرفنش إن النظام القانوني التقليدي ينشأ عن شخصية الدولة صاحبة السيادة ، وهذا هو قانون الخضوع . كما ينشأ أيضاً عن الأفراد بموجب السلطات الإرادية التي يتمتعون بها . وهذا هو قانون التوافق أو التناسق .

بينما يؤمن هذا الفقيه بنظام مستحدث يطلق عليه القانون الاجتماعي . وهو قانون ينشأ استقلالاً من الحياة الاجتماعية لأية جماعة متكاملة . ويقصد بذلك أن عادات وحاجات الجماعة وتطلعاتها تتحول إلى قواعد للحياة المشتركة ومن هنا شاع عنده اصطلاح قانون التكامل *droit d'inte gratiom*

ويفترض القانون الاجتماعي وجود وسط معين . وفي هذا الوسط يمكن دائماً أن نجد وحدة جماعية متماسكة . ويمكن دائماً مشاهدة هذه الوحدة كواقعة اجتماعية أساسية . وعلى مر الزمن تتولد عن هذه الجماعة مجموعة من القواعد . وتسمى هذه الظاهرة بمركز الانتاج القانوني .

ولا يشترط أبداً تمتع هذا المركز بالشخصية القانونية . وإنما هو مجرد شخص جماعي مركب لا تفنى فيه أشخاص أعضائه . ومن قبيل ذلك مثلاً الدولة الاتحادية ، والاتحادات الاقتصادية أو السياسية ، وبوجه عام أي تجمع آخر حتى ولو كان تجارياً أو رياضياً .

ويرى جيرفنش أن هذه المراكز المتنوعة هي الحقول الخصبة لنشأة القانون . وينتهي بدهاءة إلى تعدد مراكز إنتاج القانون ، وبالتالي إلى تعدد مصادره .

ومن تفاوت مراتب هذه المراكز تنشأ فروع القانون المختلفة فيأتي في الطليعة من بينها القانون الدولي على المستوى العالمي . وفي الاطار الوطني يتكون القانون الاقتصادي النابع من التجمعات الاقتصادية . والاتفاقات الجماعية للعمل ، وكذلك القانون الكنسى من التشكيلات الدينية . بينما تقوم قواعد القانون البحث الخاص . وبعض تنظيمات القانون العام الداخلية ، تحت وصاية الدولة .

وأخيراً عندما تبلغ القواعد التي تحكم الجماعة السياسية درجة معينة من النمو تلتقطها الدولة ، وتوفرها الجزاء . ومنها ينشأ ما يسمى بالقانون الدستوري ولعل أخص ما يميز هذه النظرية ابتعادها عن قانون واحد ينشأ عن الواقعة الاجتماعية ، وإيمانها بتعدد المراكز الجماعية القادرة على خلق قواعد القانون .

وعلى هذا النحو وصل هذا الاتجاه إلى تعدد في مصادر القاعدة القانونية لم يسبق له مثيل . وبلغ في إسرافه أنه أدرج بين هذه المصادر الاعلانات والبرامج والوعود الاجتماعية التي تصدر عن أى مركز من مراكز انتاج القانون .

وفي تقديرنا أن مثل هذا الاسراف يجاوز أى واقع اجتماعى لأساس القانون . ويجعل هذه النظرية بعيدة عن الواقع من فرط تمسكها به . وإلا فكيف يتصور تحديد القواعد القانونية الملزمة ما دام كل تعبير اجتماعى صادر عن تجمع معين يمكن أن يصير قاعدة قانونية .

وأيا ما كان الأمر فان هذه النظرية تتركنا أيضاً في منتصف الطريق في حيرة البحث عن الأساس الذى يبرر لنا وجود قاعدة قانونية مقترنة بالجزاء المادى الذى تفرضه الدولة .

ومن ناحية أخرى نجد خطر هذه النظرية في منهج بحثها . فهو منهج سلبى يقنع بالتحقيق وتسجيل المشاهدة . ولكنه لا يتدخل بالتوجيه إلى قدر

معين من المثالية . ولا يكفي القول بأنها تعدد أيضاً بالأفكار والمعتقدات .
فالأعداد بها غير كاف . وإنما المهم هو محاولة وضعها موضع التقدير .
وهذا هو الجهد الذي تنفوق فيه الاتجاهات المثالية على الاتجاهات الواقعية
في اعتقادنا .

المبحث الثالث

الواقعية الاقتصادية

٣٠ - استقلالها عن الواقعية الاجتماعية :

نقصد بالواقعية الاقتصادية المذهب الذي أرسى دعائمه كارل ماركس .
ولسنا هنا في مجال دراسة شاملة لهذا المذهب . فهو جهد يفوق الاطار القانوني
لبحثنا . ولكننا نشير اليه بالقدر الضروري لالقاء الضوء على الاتجاهات
الرئيسية في أساس القانون .

وكان من المتصور أن نتناول ماركس وتعاليمه مع الواقعية الاجتماعية ،
باعتباره يؤمن بالمجتمع قبل الدولة ويجرى عليه كل الدراسات .

ولكننا نميل مع البعض إلى إعتبار هذه التعاليم فلسفة اقتصادية وسياسية .
كما نرى أيضاً أنه يقيم القانون على أساس اقتصادي .

ومن أجل هذا خصصنا لها مبحثاً مستقلاً بعنوان الواقعية الاقتصادية .
وفيما يلي نعالج في إيجاز تعاليم ماركس من اطار أساس القانون فقط .

٣١ - الملامح المميزة للواقعية الاقتصادية عند ماركس(١) .

يؤمن مذهب كارل ماركس ، وكذلك أنجلز ، بالتصوير المادي

(١) أنظر رينيه دافيد وجون هازار القانون السوفيتي الجزء الأول ص ٩٠ وما بعدها -
وأنظر أيضاً تأييداً للماركسية هنري ليفيور باللغة الفرنسية « لكي تعرف أفكار كارل ماركس »
الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٦ - دي باسكييه ص ٢٣٥ فقرة ٢٤٨ .
وراجع باللغة العربية تفصيلاً وافياً للأنظمة السياسية الماركسية ، عبد الحميد متولى « القانون
الدستوري والأنظمة السياسية » الجزء الأول الطبعة الثانية سنة ١٩٦٣ ص ٣٤٠ وما بعدها .

للتاريخ وللمجتمع . ويرى أن التركيب الاقتصادى هو الأساس الواقعى للجماعة . أما القانون والفلسفة فهى أمور نابعة عن الواقع الاقتصادى .

وبعبارة أخرى يكون الاقتصاد القوة المحركة والحاشية : والقانون يعتبر احدى نتائجه . وهكذا يخضع القانون ، شأنه شأن غيره . للتفسير الاقتصادى للتاريخ .

ويرى هذا المذهب أن القانون فى المجتمع البرجوازى مجرد وسيلة توفر للطبقة المالكة السيطرة على الطبقة العاملة بالأجر .

ومن خلال هذا النظر تبلورت النظرية السياسية الماركسية ، التى تضمها بوجه خاص البيان الشيوعى المشهور الذى نشر عام ١٨٤٧ .

ويرى هذا البيان أن تاريخ الجماعة البشرية قد ارتبط بالصراع بين الطبقات . ويؤمن بأن هدف الطبقة الكادحة « البروليتاريا » هو اسقاط طبقة البورجوازية . ويكون ذلك بانتزاع وسائل السيطرة التى تملكها . وبعبارة أخرى انتزاع رأس المال من أيادها وتحويله تحويلاً اشتراكياً . وبذلك يحل مكان البورجوازية القديمة جماعة جديدة يحكمها التطور الحر لكل فرد فيها . ومن هذا التطور تتحقق الحرية للجميع .

وهكذا تنتهى هذه الواقعية الاقتصادية إلى تقرير الملكية الاشتراكية لكافة وسائل الانتاج أى لرؤوس الأموال . وتنادى بنصرة الطبقة العاملة . وتفرض اسقاط الطبقة المالكة أو السيطرة . وترفض الحلول الوسطى أو السلمية . وترى فى الثورة والقوة حلاً وحيداً وعاجلاً لبلوغ غايتها .

ويسخر هذا المذهب ممن يقف أمامه بحجة احترام القانون . فهو يرى أن القانون الموجود صدى لإرادة طبقة مستغلة يستهدف وضع قواعد تحمى هذه الطبقة وتصون بقاءها . كما ينكر أيضاً من يتصدى له على أساس وجود قيم ثابتة وصالحة لكل نظام مثل الحرية أو العدل . ويصر فى هذا الصدد

على أن التعاليم الجديدة تهدم الحقائق الأزلية ، وتزيل مثل هذه العقبات المزعومة في سبيل بلوغ غايتها .

وخلاصة القول من مذهب ماركس ، وفي اطار الدراسة القانونية فقط يمكن ايجازها فيما يلي :

١ - إن التاريخ يجب تفسيره تفسيراً اقتصادياً بحتاً ، واخضاع كل القواعد والأصول والمعتقدات لظروف الحياة المادية .

٢ - إن الصراع بين الطبقات بلغ حداً من الظلم والعنف يفرض الحل الثورى وحتيمته .

٣ - وهذا الحل الثورى يقتضى اسقاط الطبقة البورجوازية وسلب أسلحتها الرأسمالية . وعندئذ يصير المجتمع نحو تطوره الطبيعى في حرية الطبقة الكادحة العاملة بالأجر .

٤ - وهكذا يتعين سيطرة الجماعة على كافة وسائل الانتاج وتمليكها لكل ملكية اشتراكية . وعندئذ تصير القاعدة القانونية نتيجة من نتائج التركيب الاقتصادى . وتنبع كل قواعد القانون من التفسير الاقتصادى للتاريخ ، والنظم الاقتصادية المستحدثة في الجماعة (١) .

وقد لاقى مذهب ماركس صدى فكريا هائلا في القرن العشرين . وانتقل من مرحلة الايمان إلى مرحلة التطبيق . وعاش الاتحاد السوفيتى تجربة خصبة وعريقة لتعاليم كارل ماركس . واتسعت التجربة مع تنوع

(١) ويقول ماركس نفسه أن أبحاثه تفضى أن الروابط القانونية وأشكال الدول لا يمكن تفسيرها بالتطور العالمى المزعوم للروح الانسانية . وإنما نجد أساس كله في شروط الحياة المادية . بل أن تشريح المجتمع كما يقول يجب البحث عنه في علم الاقتصاد . ويتحدد تقدم الحياة الاجتماعية والسياسية والروحية بطرق الانتاج المادية . وبذلك يعتبر الاقتصاد أساساً للقانون . وتقتصر مهمة القواعد القانونية على خدمة المقتضيات الاقتصادية . راجع دافيد المرجع السابق ص ٩٥ .

في التطبيق (١) في غير القليل من النظم السياسية المعاصرة .

ولسنا هنا في معرض دراسة سياسية تبيح لنا الخوض في تحليل هذه النظم وتقديرها . ولكننا نكتفي فيما يلي ببحث موجز ، ومن زاوية علمية مجردة ، للنظام السوفيتي ، باعتباره يمثل التجربة الماركسية الرائدة .

٣٣ - نظرة على الاساس السوفيتي للقانون :

تقوم الدولة السوفيتية أساساً على المذهب الشيوعي كما قال به كارل ماركس ، وانجلز .

وترى الماركسية السوفيتية أن الجماعة البورجوازية تتأسس على استغلال الانسان للانسان ، وأن المساواة المدنية والسياسية التي تقول بها مجرد مساواة شكلية زائفة . وذلك أن اختلال المساواة الاقتصادية يخلق عدم التكافؤ الذي يؤدي الى استعباد الطبقة العاملة .

وتحرير البروليتاريا لا يتحقق إلا باسقاط البورجوازية ، وتوفير كافة السبل والوسائل للقضاء على أية محاولة لقيامها مرة أخرى .

وبذلك يكون العداء أمراً طبيعياً وضرورياً بين البرجوازية والبروليتاريا ويصير من المستحيل التعايش فيما بينها . وعندئذ تستمر المعركة لآبادة طبقة الملاك ، لأن الأمن الاجتماعي لا يتحقق في مجتمع طبقي .

وفي سبيل بلوغ هذه الغاية جاهرت الماركسية السوفيتية باستنكارها للمزاعم الخلقية كما يتصورها المجتمع الرأسمالي . بل وأن لينين نفسه هاجم الأوامر الإلهية التي زعمها رجال الكنيسة دفاعاً عن المصالح المستغلة .

(١) ليس بصحيح أن مذهب كارل ماركس يضع تعاليم جامدة وثانية غير قابلة للتنوع في الزمان أو المكان . وإنما الصحيح في الواقع أنه يتطلع إلى استقرار نظام معين وهو النظام الشيوعي . ولكنه لا يرى مانعاً من التمهيد له بفترة انتقال على درجات . وفي خلال هذه الفترة قد تتنوع الاجراءات التي تسير عليها البروليتاريا باختلاف البلاد . أنظر عبد الحميد متولى المرجع السابق ٣٥٤ .

وارتبطت الأصول الخلقية بمصلحة الصراع الذى نقوده البروليتاريا . وهكذا يستجيب إلى الأخلاق كل عمل يسهم فى اقناء الطبقة القديمة المستغلة ، ويدعو إلى جمع شمل العاملين وهم الطبقة الواحدة فى المجتمع الشيوعى .

وبعبارة أخرى يرتبط النمو الخلقى للانسان بالتحسن المادى لظروف حياته . والانسان لا يدرك مستوى خلقيا معيناً إلا بعد أن تكتمل له أسباب الحياة المادية الأساسية من مأكلى وملبس وصحة . وهذا كله يتحقق بحركة تصنيع هائلة وعلى نطاق واسع .

وعلى ضوء هذا الفهم سارت الماركسية السوفيتية فى مراحلها الأولى على أساس مبدأ « من كل شخص حسب قدرته ولكل شخص حسب عمله » . ومعنى ذلك أن لقممة العيش ارتبطت بالعمل . فمن لا يعمل لا يأكل . وقد وصف ستالين وقتئذ هذه المرحلة بأنها مرحلة أولية . ولكن عندما تبلغ الشيوعية غايتها تأتى مرحلة جديدة يحكمها مبدأ « من كل شخص حسب قدرته وإلى كل شخص حسب حاجته » .

وفى هذه المرحلة النهائية ، وبعد توفير الإنتاج الغزير بتصنيع على أوسع نطاق ، يتحرر الانسان من الخوف والحاجة والبؤس . ويتوارى طابع الأنانية الذى نشهده حتى الآن . ويستقيم مبدأ من كل شخص وفق قدرته وإلى كل شخص وفق حاجته .

وهنا تنعدم جدوى القانون لأن عنصر الجزاء يصبح غير ذى موضوع . بل إن الدولة التى ستندم الحاجة إليها ، لأنها فى الوقت الحاضر مجرد جهاز إجبار . وعلى مثل هذا المجتمع يصدق قول لينين نحن الدولة . ويقصد بذلك اندماج الدولة وفناءها فى أشخاص العاملين فيها . وبذلك تتحقق العدالة يسير الأمور تلقائياً وبغير حاجة إلى الدولة وجهاز الاجبار فيها .

ومن هذا كله نخلص إذن إلى أن الغاية البعيدة التى يتطلع إليها هذا الفئمة السوفيتى ، الوصول بالمجتمع إلى درجة من الكمال الاقتصادى تنعدم معها الحاجة إلى القانون وإلى الدولة نفسها .

ولعلنا هنا نلمس أوجه النقد التي يمكن توجيهها إلى مثل هذه التعاليم التي بدأت بالواقعة الاقتصادية ، وانتهت إلى ما يقرب من الخيالية الفكرية .
فالمشاهدة في هذه النظم حتى الآن تركيز سلطة الدولة وتقوية أجهزتها على نحو يخالف الأمر الذي تتطلع إليه .

بل والملاحظ أيضاً هو قيام نوع من تحكم البروليتاريا الذي أدخل بروح المساواة والحرية الحقيقية كما نادى بها كارل ماركس . وتركز هذا التحكم في احتكار السلطة بواسطة حزب واحد . وهو الذي سماه ستالين في وقت ما الطليعة الرائدة .

وعلى ضوء هذا كله نهي حديثنا بالملاحظتين الآتيتين :

١ - يبدو لنا وجوب إفساح مجال أهم للقانون من مجرد اعتباره خادماً للاقتصاد وخاضعاً له ولتفسيراته المادية .

وذلك أن القانون ينبغي أن يتضمن قدراً من المبادئ الروحية والانسانية التي تستخلص أصلاً من الأصول الثابتة في كافة الأديان السماوية ، والتي يمكن إدراك البعض منها أيضاً من تجارب مريرة في تاريخ البشرية .

بل وإن إغلاق القانون في هذا الطريق الختمى للاقتصاد والحكم عليه بمصير محتوم ، يفغل حقيقة القاعدة القانونية بوصفها قاعدة سلوك تحكم الانسان في تطوره . وهو تطور مهما بلغت قدرة المفكرين أو بصيرتهم يخضع لجوانب مجهولة لا يقدر العقل البشري على الاحاطة بها كلها .

٢ - ومن ناحية أخرى نأخذ على هذا المذهب التضييق من مركز انتاج القواعد القانونية وقصره على البروليتاريا ، بل والحد منه في سلطة حزبية يمثلها حزب واحد .

ونرى وجوب توسيع هذه الرقعة لينبع القانون مرآة صادقة لكل القوى العاملة في المجتمع دون الاقتصار فقط على جزء منها .

ولعل مثل هذا التغيير يخفف وطأة الطابع الدكتاتوري الذي نشأ عن تحكم البروليتاريا .

المبحث الرابع

الواقعية الاستبدادية (في المانيا هتلرية بوجه خاص)

٣٣ - تمهيد في التاريخ :

اتجهت المدرسة التاريخية منذ بداية القرن التاسع عشر إلى فكرة التكوين القومي للقانون . وآمن روادها بأن قواعد القانون تنبع من ضمير الشعب ووجدانه مثل اللغة والفنون والمعتقدات . وقاد هذه التعاليم سافيني كما علمنا من دراسة الواقعية التاريخية .

كما اتجه الفيلسوف الألماني هيغل (١٧٧٠ - ١٨٣١) إلى أن الانسان يذوب في اطار الجماعة بتطور العلاقات مع الغير .

وهو يرى أن الدولة هي أفضل تشكيل للجماعة ، وأن وجودها أمر حتمي لقيام جماعة منظمة. وبالتالي فان إرادة الدولة يجب أن تكون لها السيطرة والسيادة ، بينما تتلشى إرادة الأفراد وتنكمش . والقانون هو عمل الدولة ومشيتها (١) .

ومن ناحية أخرى أشار هيغل(٢) إلى أن بعض الشعوب قد اختارتها الأقدار لتحمل الشعلة وتقود الشعوب الأخرى . فقديمًا قام أهل الشرق والرومان والأغريق بدور الطليعة . وفي القرن التاسع عشر يقوم الألمان بأداء هذا الدور .

(١) راجع روييه فقرة ٦ ص ٤٢ - دي باسكييه ص ٢٣٣ فقرة ٢٤٥ - ديل فتشيو ص ١٣٠ وما بعدها .

(٢) للمثل الأعلى للدولة عند هيغل هو الدولة الألمانية بينما هو لا يعطى أى دور تاريخي أو عالمي لاطاليا أو إنجلترا أو فرنسا .

كما يتميز فقه هيغل من ناحية أخرى بالايمان بمبدأ الشاعر « شيلر » الذى يرى في التاريخ العالمى محكمة للعالم . وانتهى هيغل إلى أن الشعوب تلقى من التاريخ الأحكام التى تستحقها . وبالتالي فأن كل شعب يلقي مصير الذى يستحقه وتكون له الحكومة التى يستحقها .

ومن الواضح أن سافيني لا يلتقي مع هيجل في تعاليمه . فالأول يستخلص القانون من روحية التاريخ . بينما يستثير الثاني قوة الدولة وقدرتها .

وقد ظهر أثر هيجل واضحاً في القرن العشرين في حكومة الريخ الثالث حيث صارت فلسفته هي الفلسفة الرسمية للدولة .

٣٤ - اثر التعاليم السابقة على بعض النظم الوضعية :

لعله ليس من المرغوب التذكير ببعض النظم الوضعية التي استنارت قومية الشعوب وسموها الجنسي ستاراً لفرض نظام فاشستي ترك أسوء الذكرى في تاريخ العالم .

واكنه من الضروري ، من الوجهة العلمية ، أن نضع هذه النظم في مكانها في الواقعية الاستبدادية التي انتشرت في بعض بلاد أوروبا منذ أكتوبر سنة ١٩٢٢ بالزحف المشهور على روما .

فقد نشأت فلسفة جديدة تربط روح القانون بروح الأمة . وهاجت الديمقراطية الفردية التي سارت في القرن التاسع عشر بزعم أنها قضت على معنى الجماعة الذي ينبغي أن يسود .

واستنارت هذه الفلسفة القيم الجماعية للشعب والأمة . وأعطت للدولة كل الحقوق على الفرد بلا حدود . فالدولة مطلقة المعنى . والفرد والجماعات ليس لهم سوى كيان نسبي ومن هنا نشأت الدولة المطلقة التي تحتكر كل شيء وتستأثر به .

ويمكن القول إن مثل هذه النظرة ترتفع بالدولة إلى قمة الاستئثار بمصائر الأفراد . وغنى عن البيان أنها لا تعبأ بما يسمى بالقانون الطبيعي . بل ولا تحتفل أيضاً بالقانون الوضعي .

الفاشية : نشأت الدولة الفاشية على فكرة أنها كيان روحى ينمو في الروح . فهي تنفذ إلى نفس الانسان وتندمج معه . وتزعم هذه الدولة أن

لها دوراً سياسياً ودينياً وخلقياً ، وأنها تستهدف تحقيق العدل الاجتماعى (١) .

وقد تأثرت هذه التعاليم بمذهب هيغل . وفى الوقت ذاته لم تهجر الكنيسة الكاثوليكية . ولكنها أرادت إخضاعها لتأثيرها .

وكانت إيطاليا الموسولينية هى الحقل الحصيد لهذه الفاشية القانونية ، حيث لم يعد من المتصور وجود القانون بعيداً عن فكرة الدولة . فهى وحدها دون غيرها التى تخلق القانون ، لأنها تمثل الإرادة الخلقية والعالمية .

وقد يبدو من هذه الملامح اقتراب هذا التصوير من الواقعية القانونية . ولكن الواقعية القانونية ترى القانون من صناعة الدولة ، وتنظر إلى الدولة بوصفها جهازاً تشريعياً .

بينما يزعم الاتجاه الفاشستى أن الدولة وهى سلطة روحية حاملة القيم ، قد عهد إليها بتحقيق الغايات السامية والعليا للأمة . وبذلك يصير جوهر القانون ممتزجاً بالروح القومية . وينتهى الأمر إلى تركيز السلطة فى يد دكتاتورية تزعم أنها صاحبة الرسالة فى تحقيق الغايات الروحية للأمة .

القومية الاشتراكية فى المانيا الهتلرية : تركزت الفلسفة السياسية لهذا النظام فى كتاب « كفاحى » الذى نشره هتلر سنة ١٩٢٤ (٢) .

وتنبع هذه الفلسفة من فكرة أن الشعب الألمانى تجمعه وحدة الجنس ويميزه تفوق الثقافة . ومهمة الدولة تقتصر على توفير أسباب الحياة للشعب وحماية نقاء الجنس وصفائه .

(١) أنظر دى باسكيه ص ٢٧٥ وما بعدها - وراجع بوجه خاص مارسيل بريلوت « الامبراطورية الفاشستية » باريس سبرى سنة ١٩٣٦ .

(٢) أنظر دى باسكيه ص ٢٧٥ وما بعدها - بونار « القانون والدولة فى الفقه القومى الاجتماعى » باريس سنة ١٩٣٦ « المكتبة العامة للقانون والقضاء » وهو مرجع مشار اليه فى كتاب دى باسكيه .

وقد سادت هذه الأفكار وقت تنظيم الرايخ الثالث سنة ١٩٣٣ .
وتبلورت في تقديس فردى لشخص هتلر الذى تجسمت فيه سمات الجنس
وروح الشعب . وانتقل نظام القيادة الفردية ، على غرار القيادة العامة ، إلى
كل التنظيمات المهنية والفرعية .

واستند واجب الطاعة والولاء ، في تصور هذه التعاليم ، على مشاعر
الاخلاص الشخصى . وفي هذا الصدد نلمس أثر الفيلسوف نيتش في تعظيم
شأن البطولة وتقديس الانسان المثالى .

وفي سبيل تحقيق وحدة الأمة كان ينبغى أيضاً العمل على تقريب العقليات
وتآلف الأفكار . وقد استعانت المانيا هتلرية لبلوغ هذه الغاية بأجهزة
ضخمة في الدعاية والاعلام .

وبذلك يمكن في نظر هذا النظام تشكيل أرواح متآلفة من أشخاص
ينتمون إلى جنس واحد .

ويقتضى سمو الجنس واستمرار نقائه التدخل الحاشم في تنظيم الروابط
الزوجية . بل وإجراء عمليات التعقيم الصناعى صيانة للجنس من الاختلاط
والتدنس .

ومن هذا كله يظهر أن « القومية الاجتماعية أو الاشتراكية » التى سادت
في عهد هتلر استندت على جماعة الشعب الأصيلة وهى وحدها الجديرة
بالاعتبار . أما الدولة ، وعلى خلاف الفاشستية ، فهى مجرد نظام شكلى
مجرد .

ومن الطبيعى عندئذ أن يبتعد هذا النظام عن الواقعية القانونية التى تؤمن
بتأسيس القانون على إرادة الدولة بوصفها سلطة تشريع . بل وإن الفقهاء
الألمان فى هذه الآونة نادوا بتحرير القانون الألمانى من الآثار الرومانية
التي علققت به . وقالوا بالقانون الألمانى الشعبى والقومى المرتبط بالتقاليد
العرفية والمستقى من المصادر المعنوية للأمة دون غيرها .

وتدرع بعض الشراح بهذه الأسس لتبرير تفسير القانون أحياناً على خلاف ما تقرره النصوص ، ما دام خير الشعب يقتضى هذا التفسير .

وفي مؤتمر انعقد بين شراح القانون الألماني والايطالى سنة ١٩٣٩ صدرت توصية بأن تفسير القانون يجب أن يكون تعبيراً عن الروح السائدة والفلسفة الجديدة .

ولسنا هنا في مجال تقدير النظم السياسية أو الاجتماعية . واكتننا من الناحية القانونية يمكن لنا الأدلاء بالملاحظات الآتية :

١ - من الواضح أن فكرة سمو الجنس قد خلقت نوعاً من التعالى والسيطرة . وهو ما تنكره أبسط المبادئ القانونية والحلقية . بل وترفضه أيضاً الأصول العلمية في علم الأجناس (١)

٢ - وكان من الطبيعي عندئذ استغلال هذا الزعم لفرض السيطرة السياسية . وفي سبيل إدراك هذه الغاية استخدم القانون أداة لتحقيق هذه الأهداف ، تحت ستار تعبيره الشعبى أو القومى .

٣ - وبذلك تتصف هذه الواقعية في تقديرنا بطابع استبدادى . فهى تقوم بانتاج قواعد القانون من جهاز يحتكر السلطة ويقوم على سيطرة الفرد . وتحتوى هذه الواقعية في الشعب وأصالته . وتستثير فيه جوانب العظمة والنقاء . وتنسب القانون اليه زوراً وهتاناً .

ولعل آفة أى مجتمع أن يصاب بهذا النوع من جنون العظمة ، وأن يسلط الله عليه الحاكم الغاشم الذى يحكم باسم الشعب . بينما يحتكر هو وحده انتاج القواعد القانونية وفرضها على الجماعة بالبطش والقوة .

(١) أنظر الوثيقة الصادرة عن اليونسكو من علماء الأجناس في هذا المعنى في سبتمبر ١٩٥٢ راجع أيضاً كتاب بيير فرنو « فكرة الجنسية وحق الشعوب في تقرير مصيرها وصلتها بفكرة الدولة » رسالة إلى كلية حقوق باريس نشرت بمجنيف سنة ١٩٥٥ .

وقد شهدت ألمانيا الهتلرية تجربة مريرة من هذا الطراز . واندفعت الحكومة فى الواقعة الاستبدادية إلى أبعد الحدود . ووصل الأمر بهتلر أنه وجه التهديد فى احدى خطبه إلى رجال القانون بأنه سيطردهم جميعاً إذا لم يمتثلوا إلى توجيهاته .

وانتشر نظام المحاكم الخاصة على أوسع نطاق إمعاناً فى عدم الثقة فى رجال القضاء . كما اعتادت وزارة العدل الألمانية أن تبعث بمنشورات دورية تتضمن توجيهات رسمية للقضاة .

بل واستطاع النظام الهتلرى أن يهدر الثقة فى أحكام القضاء بإنشاء مكتب تظلمات بجوار رئيس الدولة ، يتلقى الشكاوى النهائية التى أصدرتها المحاكم (١) .

هذه بعض ملامح النظام الهتلرى التى تشهد بالطابع الاستبدادى المطلق تحت ستار استثارة النزعة القومية ونقاء الجنس لدى الشعب الألمانى .

ولا يفوتنا فى نهاية هذا الحديث التنديد أيضاً بهذا التعالى الذى قامت به ألمانيا الهتلرية ، وتوجيه النظر نحو مخاطره المعاصرة . فهو قريب الشبه فى نظرنا من المذهب الصهيونى الذى يؤمن بأن اليهود شعب الله المختار .

وقد يبدو غريباً هذا التقريب بين النازية والصهيونية رغم العداء التاريخى العنيف بينهما . ولكنهما يتلاقيان فى استثارة نزعة التعالى الجنسى فى الشعب ، والإيمان بأن هذا الشعب هو صاحب الرسالة فى قيادة العالم . وعندئذ تجوز كافة الوسائل فى سبيل بلوغ هذه الغاية ، حتى ولو كانت وسائل ديكتاتورية غاشمة أو عدوانية سافرة .

(١) أنظر محاضرات الأستاذ فال فى فلسفة القانون أقيمت بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٤

١٩٥٥ ص ٨٤ وما بعدها .

المبحث الخامس

الواقعية القانونية

٣٥ - تمهيد وتعريف :

يطلق اسم الواقعية القانونية (١) عادة على المذهب الذى يرفض القانون الطبيعى ، ولا يعترف إلا بالقانون الصادر عن السلطة السياسية المسؤولة فى الدولة .

وتتميز هذه الواقعية بأنها تهمل كل الاعتبارات المثالية التى تقف وراء القانون ، وتنادى بنوع من التقديس للقاعدة القانونية كما هى مقرررة بغض النظر عن العوامل التى تكمن خلفها والتى تعيش فى عالم ما وراء القانون .

وبعبارة أخرى نجد أن الواقعية تمس القانون على أساس التفرقة بين ما هو كائن وبين ما ينبغى أن يكون . فهى لا تنكر المثالية ولكنها لا تعترف بها لجزاء ما هو منطبق فى الجماعة .

ويقول أنصارها أن هذا هو المنهج العلمى للبحث فى أصل القانون وأساسه . فهو لا يضع القانون موضع الموازنة أو التقدير وفقاً لمثل أعلى معين . ولكنه يفترض السلامة ويفرض الايمان بالقاعدة النابعة من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص .

ومن البديهي عندئذ أن تؤمن الواقعية القانونية بتركيز العمل القانونى فى يد سلطة تشريعية مختصة قادرة على انتاج القواعد القانونية ، وسلطة تنفيذية قادرة على توفير الجزاء لها .

(١) أنظر جورج ريبير القوي الخالقة للقانون ص ٧٤ فقرة ٢٦ - وراجع بوجه خاص مقال بويو عن الواقعة القانونية منشور فى دراسات بول روبييه سنة ١٩٦١ ص ٥٣ . ورغى أننا لا نشارك هذا الفقيه الآراء التى يدافع عنها ، فأنا نوصى بمطالعة حيث يكشف عن جوانب خفية فى الواقعية القانونية .

ويفضى اتباع هذا المنهج العلمى ، مع وجود السلطة القادرة فى الدولة ، إلى أن القانون يكون دائماً عادلاً ما دامت عناصر تكوينه المادى قد اكتملت ويتوافر له هذا العدل بغض النظر عن إخضاعه لأى حكم تقديرى ومثالى . بل إن مجرد صدوره من السلطة المختصة يقتضى توافر العدل فيه . وهو بالتالى يحقق غايات أساسية فى الجماعة مثل توفير الأمن والنظام .

وبعبارة أخرى فإن العدل الذى تدركه الواقعية القانونية هو العدل الشرعى الذى يفترض تحقيقه بالخروج المشروع للقاعدة القانونية إلى عالم الوجود .

ويرى أصحاب هذا الفقه أن إخضاع القواعد القانونية لأحكام الموازنة والتقدير ليس من عمل رجال القانون . وإنما هو عمل يتولاه علماء الاجتماع والأخلاق والفلسفة .

فالمفكر الاجتماعى أو عالم الأخلاق قد يكتشف فى دراسته للانسان أصولاً أخرى غير أصول القانون . كما أن الفيلسوف قد يناقش أصل القانون وأساسه . أما رجل القانون فينبغى عليه الوقوف عند القواعد التى تخرجها السلطة السياسية ، وتقرن إجبارها بالجزاء المادى . فهذه القواعد وحدها هى التى ترقى إلى مستوى القانون ، والتى تحكم أبه جماعة تنشُد الأمن والنظام .

وقد لاقى هذه النظرية العلمية رواجاً غير قليل عند بعض علماء القانون ، مثل الأساتذة كاريه دى مالبرج ، وجورج سل ، ومارسيل فالين ، وهم من أقطاب القانون العام فى فرنسا . وكذلك عند دى باج من أقطاب القانون الخاص فى بلجيكا .

بل وإن بعض الشراح يتمرججون من وصف أنفسهم بالواقعية القانونية رغم إيمانهم بحوانب الصواب فيها . ومن قبيل هؤلاء الأستاذ موريس

هوريو . وبصفة خاصة الأستاذ جورج ريبير (١) . وسنعالج بشيء من التفصيل نظريته في القوى الخالقة للقانون في الفصل التالي .

وفي اعتقادنا أن ريبير ومن يسير على نهجه يمثلون مدرسة واقعية معتدلة تؤمن بالبناء القانوني السليم وتنتزع أساس القانون من قوى واقعية واجتماعية . ولكنها لا تنكر بل تذكر الأثر البالغ للأصول الخلقية في تكوين القاعدة القانونية . وهي تندد بوجه خاص بالقوى الغاشمة أو الباطشة التي قد تفرض أحياناً القانون في الجماعة .

وليس من اليسير علينا في هذه الدراسة الوقوف عند كل الاتجاهات في الواقعية القانونية . فهذا جهد يقتضى بحونا مستقلة ومستفيضة

ولكننا سنقتنع فيما يلي بابرار الخطواط الرئيسية في مدرستين للواقعية القانونية . الأولى قديمة ولكنها تحظى بتأييد جانب من الفقه الحديث ، ونعني بها مدرسة اهرنج في الكفاح من أجل القانون . والثانية معاصرة وهي التي يهتم بها الشراح عند الحديث عن الواقعية القانونية في وقتنا هذا ، وهذه هي مدرسة كلسن التي زادت بالمنظريه البهتة للقانون .

٢٦ - الكفاح من أجل القانون عند اهرنج (٢)

لم يؤمن اهرنج بالهدوء الفكري المجرد الذي يقترن بمذهب القانون

(١) أنظر ريبير « القوى الخالقة للقانون » ص ٧٥ وما بعدها . وهو يبدي غبطته لأن جيبي في بعض كتاباته ، ورغم ولعه بالقانون الطبيعي ، قد آمن بجوانب واقعية للقانون . وهو يستشهد في ذلك بمقال كتبه جيبي ولا ترد الاشارة اليه كثيراً . وقد قال فيه « أن القانون لا يمكن تحقيقه الا بالقوة . وهو يقترّب من الكمال ما دامت القوة قادرة على توفير سلطانه » - راجع في ذلك مقال جيبي عن العدل والقوة منشور في دراسات كايبيتان سنة ١٩٣٨ ص ٢٤٩ . كما يقول جيبي في موضع آخر « .. أن القانون الوضعي هو وحده القانون الكامل . فالقانون المجرد من القوة قانون ناقص . والقاعدة القانونية لا تكتمل إلا إذا اقترنت بجزاء اجباري » .

(٢) ريبير « القوى الخالقة للقانون » ص ٧٢ وما بعدها - دي باسكييه ص ٢٣٤ فقرة ٢٤٦ - فال محاضرات في فلسفة القانون القيت في قسم الدراسات العليا بكلية حقوق القاهرة سنة ١٩٥٥ ص ٦٢ وما بعدها .

الطبيعي . كما أنه تمرد على التطور الباهت البطيء الذي تعيش فيه مدرسة التطور التاريخي . وعلى هذا النحو رفض تأسيس القانون على المسلمات الفكرية وأنكر اسناده أيضاً إلى التقاليد التاريخية .

وأراد أن يبعث الحياة في أساس القانون بالبحث عن غايته . وهو يستحث الفقهاء للكفاح من أجل تحقيق القانون . ويرى أن القانون قوة حية . ولئن كان السلم هو غايته فأن الكفاح وسيلته . ويصل من ذلك إلى عبارته المشهورة « إن القانون هو سياسة القوة » . (١)

وقد ضاق البعض بهذا التعبير ، خاصة بعض الفقهاء في فرنسا ، خشية من الاتجاه نحو فرض السيطرة العسكرية . فهاجموا مذهب إهرنج على أنه يقلل من شأن القانون ويجعله خادماً للقوة الغاشمة .

والحقيقة أن إهرنج لم يكن يقصد استثارة السلطة السياسية أو تأسيس القانون على قوتها . وإنما استهدف الكفاح من أجل القانون . وأراد بذلك إنكار النظريات التي تنسب نشأة القانون إلى قوى إلهية ، أو أسس فكرية مجردة ، أو تطورات تاريخية هادئة . ونادى بأن القانون ينشأ نتيجة الصراع بين القوى المختلفة ، ويكون تعبيراً عن القوى الغالبة .

وفي هذا الصدد نستطيع أن نلمس ابتعاد إهرنج عن المذاهب المثالية ، واقترابه من المذاهب الواقعية . فهو كما تقدم البيان ينكر كل بديهية سابقة على الجماعة . ويركز انتاج القانون على تصارع القوى وكفاحها .

وتنحاز الدولة إلى القوة التي تمثل الصالح العام فتسندها . وبالتالي تصير الدولة المصدر الأوحد لقواعد القانون ، حيث تملك وحدها دون غيرها القدرة على تقرير الجزاء . وهو عنصر لا ينفصل عن القاعدة القانونية في تقدير إهرنج .

(١) كاربونييه القانون المدني الجزء الأول ص ٣٢ .

ويتضح من هذا المذهب أنه يركز تعاليمه على فكرة الغاية ، والكفاح من أجل بلوغها . وهنا يقترّب إهرنج من أفكار الفيلسوف الألماني شوبنهاور (١٧٨٨ - ١٨٦٠) . فان هذا الفيلسوف لا يقنع فقط بالقوى الفكرية فى تفسير العالم . ولكنه يؤمن أيضاً بالارادة التى تتضمن دوافع طبيعية بحته تتحكم فى تحريكها .

وتمتاز الارادة فى عالم القانون بالغاية أو الهدف كما يقول بها الفيلسوف نيته ، فهى إرادة التوبة .

تقدير مذهب إهرنج : مهما قيل فى مذهب إهرنج فلاشك أنه صاحب الفضل الكبير فى إبراز الواقعية الشرعية من ناحية ، والصادقة إلى حد كبير من ناحية أخرى .

فهى واقعية شرعية لأنه يؤمن بالسلم والأمن هدفاً للقانون . وينسب إلى الدولة الشرعية القدرة على توفير الجزاء للقاعدة القانونية .

وهى واقعية صادقة إلى حد كبير لأنها تسجل حقيقة الصراع بين القوى القائمة فى المجتمع . وترى فى القاعدة القانونية تعبيراً عن انتصار إحدى القوى أو بعضها على الأخرى .

ولكن يعيب هذه الواقعية فى نظرنا نغموض فكرة الغاية التى نادى بها . فالكناح من أجل القانون حتمية غير منكورة . ولكن ما هى الغاية التى يستهدفها هذا الكفاح . هل هى مجرد تثبيت المصالح المادية البحتة للقوة الغالبة أو المنتصرة .

وهنا يتعرض إهرنج مع غيره من الواقعيين للنقد الذى سبق لنا تكراره . فالقانون فى تصورنا لا يستقيم له أى وجود بلا مثل أعلى للعدل ينشده . ولا يجوز بأى حال أن يترك الخير المشترك للجماعة خاضعاً لهذا الصراع المفتوح ، الذى لا تعرف له نتيجة ، بين القوى المختلفة .

بل وإن النظر إلى القانون على أنه نتيجة أسفرت عنها تصارع القوى ،
فيه إهدار لكثير من الأصول المعنوية والمعتقدات التي ينبغي أن تسود
الجماعة ، سباجاً لها من الانسياق المادى فى الحياة .

ويبدو لنا صدق إهرنج فى التقاط حقيقة الصراع الذى يسهم فى تكوين
القواعد القانونية ، ونأخذ عليه إغفال بعض الأصول المثالية فى توجيه هذا
الصراع وإخضاعه لسيطرتها .

٣٧ - النظرية البحثية للقانون عند كلسن (١)

يقصد بالنظرية البحثية للقانون التعاليم التى تنادى بصرف النظر عن كل
الأسباب والاعتبارات المؤثرة فى تكوين القاعدة القانونية . وتؤمن بالوقوف
عند مرحلة خلق القانون بواسطة السلطة المختصة (٢) .

ويعتبر كلسن الرائد الحديث لهذه النظرية . ويسمى رائد مدرسة فينا
فى النظرية البحثية للقانون . وقد قام بتدريس القانون فى جامعات أوروبا
والولايات المتحدة بعد أن طارده النظام النازى سنة ١٩٣٣ حيث كان استاذاً
بجامعة كولونيا بألمانيا . وظل ينتقل بين مختلف الجامعات حتى عين بعد بلوغه
سن المعاش أستاذاً بمعهد الدراسات العليا الدولية بجنيف .

تعاليم كلسن : يرى كلسن أن الصراع فى الدولة يحدث بين القوى
السياسية للوصول إلى السلطة ، وأن كل قوة تمثل أفكاراً ومعتقدات معينة .

(١) أنظر روبييه فقرة ٧ ص ٥٠ وما بعدها - مارتى ورينو الجزء الأول فقرة ٢٢
ص ٣٤ - دى باسكيه فقرة ٢٧٣ ص ٢٤٩ - ريبير القوى الخالقة للقانون ص ٧٩ .
وراجع أيضاً محاضرات الأستاذ فال « فلسفة القانون » الملقاه فى كلية حقوق القاهرة ١٩٥٤ -
١٩٥٥ ص ٧٥ .

(٢) ويمكن القول أن الرواد الأوائل لهذه النظرية الأستاذ البلجيكي آدمون بيكار الذى
نشر كتاباً عن (القانون البحث) ، وشبه علم القانون بالعلوم الطبيعية فى المصطلحات التى
استخدمها . وكذلك أيضاً أرنست روجان بجامعة لوزان بسويسرا ، فقد نشر أفكاراً
من هذا القبيل فى كتابه (العلم القانونى البحث) .

وفي مثل هذا الصراع يتعرض علم القانون للخطر . ومن العبث أن ينحاز رجال القانون لقوة أو أخرى . فالنتيجة الحتمية لهذا الانحياز أن يصير رجل القانون تابعاً للقوة الغالبة ، أو مطارداً منها إذا اتخذ موقفاً مضاداً لها .

ويعتقد كل من أن الحل الوحيد لتفادي مثل هذه الظواهر هو الإيمان بفكرة القانون البحت . ويقصد به القانون الوضعي مجرداً من أى اعتبار وخاصة الاعتبارات التي تبحث في القانون كما ينبغي أن يكون ، وكذلك أيضاً الاعتبارات السياسية التي أسهمت في انتاج القانون .

وعندئذ تنصرف العناية إلى البحث في الأصول الفنية التي تشكل البناء القانوني . ويقتصر الجهد العلمي على وصف هذه الأصول وتفسيرها وتأصيلها .

وعلى هذا النوع يرتد القانون عند كل من إلى مشيئة الدولة . بل وأنه يذهب إلى حد إدماج القانون والدولة والنظر إليها على أنها شيء واحد . فالدولة عند كل من هي القانون . فهي ليست شخصاً اعتبارياً كما يذهب الاتجاه السائد . وإنما تشكل ملامحها من مجموعة القواعد القانونية .

ويرتد أصل القواعد القانونية والدولة الحديثة إلى الدستور الذي تنبع منه كافة القواعد القانونية سواء كانت عامة أو فردية .

وبذلك يتم تشكيل البناء القانوني في الدولة على درجات بعضها فوق بعض . وتستمد كل درجة قوتها القانونية من الدرجة التي تعلوها ، وهكذا حتى تبلغ الدرجة العليا .

فهذا البناء مثلاً يضم دستور الدولة ، والقوانين التي تصدرها السلطة التشريعية ، واللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية والإدارية . وأحكام القضاء ، والعقود التي يبرمها الأفراد .

وتكتسب أياً قاعدة من هذه القواعد الصفة القانونية من القاعدة التي تأتي في مرتبة أعلى منها . وهكذا يقوم هذا البناء على وحدة أساس القانون . وبالتالي تنعدم جدوى التفرقة بين القواعد القانونية والحقوق الفردية بمعناها التقليدي . وتزول أيضاً أهمية القول بالشخصية القانونية .

وينسب الحق كقاعدة فردية من القاعدة الأعلى التي تسنده ، ونهارة فكرة الدولة ذاتها بمعناها التقليدي . وتعتبر مجرد مجموعة من القواعد والأصول المتدرجة الأهمية التي تمثل في مجموعها وحدة التركيب القانوني .

تقدير مذهب كلسن : انجذب بعض الفكر القانوني المعاصر إلى مذهب كلسن بوصفه يمثل تصويراً منطقياً وفكرياً متماسكاً لعلم القانون . وأساس القاعدة القانونية .

ولكن يؤخذ على هذا المذهب المبالغة في إهمال الاعتبارات المعنوية والمثالية التي تسند وجود القاعدة القانونية ، والاسراف في الاحتفال بشكل القاعدة القانونية ومظهر التعبير عنها .

ومن الخطأ في تقديرنا تجريد القاعدة القانونية من طابعها الاجتماعي الأصيل ، والنظر إليها هذه النظرة المجردة البحتة . إذ لا يتصور إقامة البناء القانوني دون التأمل في بعض الاعتبارات التي تتفاعل عند تكوينه .

ويظهر ذلك بصفة خاصة في فكرة ادماج الدولة والقانون عند كلسن . فالدولة نفسها في شكلها وجوهرها تختلف من جماعة إلى أخرى . ومن هذا الاختلاف تنوعت بل وتعارضت قواعد القانون بين الدول .

ولا يمكن للباحث القانوني إغفال هذا التعارض بأي حال . بل هو أمر حتمي وضروري في مجتمع عالمي نشهد فيه دولا دستورية ، وأخرى تحكيمية مطلقة .

ومن هنا يتعرض مذهب كلسن للعيب التقليدي في بعض المذاهب الواقعية . بل إن واقعية كلسن رغم بساطتها وسمو أهدافها ، تفتح الباب

على مصراعيه لتحكم الدولة ، وإهدار الطابع الحقيقي الأصيل للقانون تعبيراً
عن الجماعة والقوى الكامنة فيه .

ومن هذا كله نخلص إلى أن هذه الواقعية الجديدة في القانون غير
مأمونة العواقب . بل أنها تحجب حقيقة القانون عن المخاطبين بأحكامه .

وتجعل أفراد المجتمع يستسلمون للواقع العلمي المستفاد من تفاوت قوى
القواعد وتدرجها ، دون التأمل في أساس قوة الالتزام التي تقترن بوجود
القاعدة القانونية .

ومن أجل ما تقدم يبدو لنا خطر الاستسلام لتعاليم كلسن . ونرى
وجوب الاصرار على الكشف عن القانون وتبرير شرعيته في الجماعة ،
بواقع مستمد من حياة الجماعة من ناحية ، وبمثل أعلى يرسم طريق الصواب
ويخفف من حدة الواقع من ناحية أخرى . وهو ماسنيينه بتفصيل أوفى
بعد الفراغ من بعض المذاهب المعتدلة في الفصل التالي .

الفصل الثالث

المذاهب المعتدلة بين المثالية والواقعية

٣٨ - ايماننا بالاعتدال الذهبي - تقسيم :

فرغنا في دراستنا السابقة من بحث المذاهب المثالية والمذاهب الواقعية في أساس القانون وفلسفته . وقد ظهر لنا من خلال هذه الدراسة أن السير في اتجاه مذهبي على اطلاقه يسوق إلى المبالغة والتطرف وهكذا انكشفت مواطن العيب والقصور في الاتجاهات المثالية والاتجاهات الواقعية على السواء .

فالقول بأن القانون وليد العقل المجرد ، وأنه نابع من أصول أزلية وثابتة ، فتح الثغرة لأصحاب المدارس الواقعية لاثبات اختلاف القانون مع تنوع البيئة وتطور الزمن .

كما أن إسناد القانون إلى إعتبارات الواقع ، على اختلافها ، فيه إهدار لكيان القانون وقيمته ، والوقوف به عند حدود مادية لا تبصر بأصوله الفكرية والروحية . بل وإن هذا النظر يغفل أيضاً أن القانون يحكم الانسان ، وأن الانسان كائن عقلي يفكر ويتأمل ، ولا يقف موقف الحياد السلبي من إعتبارات الواقع الدائرة من حوله .

وبعد فإن قصة القانون في نظرنا هي قصة الانسان على الأرض منذ أن عاش في الجماعة . والانسان روح ومادة . وبالتالي فإن كل تعبير قانوني يحكم سلوكه يجب أن يكون نابعاً من الانسان بوصفه كائناً روحياً وكائناً مادياً في الوقت ذاته .

ومن أجل هذا نرفض الانحياز المطلق إلى المذاهب التي ترى في القانون تعبيراً عن مثالية مجردة ، وكذلك المذاهب التي تصور القانون انعكاساً لواقعية بحتة .

وفما يلي نستعرض بعض المذاهب التي حاولت الاعتدال بين المثالية والواقعية . ثم ندلى في النهاية بالاتجاه الذي نستخلصه ، والذي يبدو لنا صواباً .

وعلى هذا النحو نعالج في المبحث الأول مذهب الفقيه الفرنسي الكبير فرانسوا جيني . وننتقل في المبحث الثاني إلى مذهب الأستاذ جورج ريبير في القوى الخالقة للقانون . ونقف في المبحث الأخير عند الاتجاه الذي نختاره .

المبحث الأول

مذهب جيني في أساس القانون

٣٩ - القانون عند جيني أصل وصياغة :

يقوم التكوين العلمي للقانون عند الفقيه جيني على أصول وحقائق معينة تشكل جوهر القاعدة القانونية (١) . وبصاغ هذا الجوهر بأدوات فنية تسمى بالصياغة أو الصناعة .

ويقصد بالصناعة أو الصياغة الشكل أو البناء الخارجي للقاعدة القانونية الذي ينشأ عن جوهرها ومادتها الأولية . وبعبارة أخرى تكون الصياغة بمثابة الآلة التي تصنع قواعد القانون في الشكل المطلوب من المادة الأولية التي تمثل جوهر القانون .

وسنغني فيما يلي بالنظر إلى الأصول التي قال بها جيني أساساً للقاعدة القانونية ، وجوهرها لها .

وقد تعرضت التفرقة التي قال بها جيني بين الأصل والصناعة لتقد بعض الشراح . فرأى البعض أن الأصول التي تصورها جيني أساساً للقانون هي ضرب من الخيال . فالمرجع لا تقيدته مثل هذه الأصول عند تقرير

(١) راجع في تفصيل هذه الأصول جيني « العلم والصياغة (أو الأداة) في القانون الخاص الوضعي » الجزء الثاني ص ٣٧١ وما بعدها .

القاعدة القانونية . وإنما تعرض أمامه ويكون له الاختيار المطلق في الاعتداد بها أو إهمالها (١) .

ولاحظ البعض الآخر أن هذه الأصول التي اشتهرت على يد جيني ليس لها سند من الواقع . فالمرجع لا يعمل بهذا الأسلوب الهادىء المدير الذى يتصوره جيني ليستخلص القانون من أصول عقلية ومثالية وطبيعية وتاريخية وإنما هو يخضع لقوى متصارعة ، وتكون مهمته تحقيق النظام والأمن فيما بينها (٢) .

وأياً ما كان الأمر في تقدير هذا النقد . فسنحاول فيما يلي استعراض الأصول المختلفة التي قال بها جيني ، ثم نشير إلى إعرافه بعنصر القوة في تكوين القاعدة القانونية . وعندئذ يتيسر لنا إلقاء حكم تقديرى على مذهبه .

٤٠ - أصول تكوين القاعدة القانونية عند جيني :

تتكون القاعدة القانونية عند جيني من حيث الجوهر من أصول أربعة أصول واقعية ، وأصول تاريخية ، وأصول عقلية ، وأصول مثالية .

ونقصد بالأصل هنا donné كل عنصر يسهم في تكوين أو توجيه القاعدة القانونية أو التأثير عليها . والمفروض في هذا الأصل أنه يمثل نوعاً من الحقيقة التي تمثل أمام المشرع ، والتي يدخلها في اعتباره عند إخراج القاعدة القانونية في شكلها الملزم .

الأصول الواقعية : ويقصد بها الحقائق والمسلمات المستخلصة من ظروف الواقع الذى يعيش فيه الناس في الجماعة .

(١) دابان النظرية العامة للقانون سنة ١٩٤٤ فقرة ١١٥ .

(٢) ريبير القوى الخالقة للقانون فقرة ٢٩ ص ٨٢ .

وهذه الظروف متنوعة فقد تكون مادية أو طبيعية مثل المناخ أو تكوين التربة أو التكوين الطبيعي للانسان . وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الخلقية أو الدينية . وقد تكون مجرد اعتبارات اقتصادية أو قوى سياسية أو اجتماعية (١) .

ويجمع هذه الحقائق أنها تحيط بالانسان في الجماعة ، وأنها مستخلصة من واقع الحياة . ولكنها تختلف في طبيعتها . فهي إما مادية أو معنوية ، وهي أيضاً قد تكون اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية .

ولا تخلق هذه الحقائق القواعد القانونية مباشرة . ولكنها تضع لها الحدود وتشكل البيئة اللازمة لنشأة القاعدة القانونية . وبعبارة اخرى فهي مواد أولية لا يمكن أغفالها للتحقق من جوهر القانون .

ويسوق جيني مثالا على الاختلاف بين الجنسين (٢) ، فيقول أنه من قبيل الحقائق الواقعية ارتباط الذكر بالأنثى . وعندئذ تثار مسألة التنظيم القانوني لهذا الارتباط . ولئن كانت هذه الحقيقة وحدها لا تقدر على تحديد قواعد الزواج ، فهي في القليل تكشف عن فكرته . وتوضح مثلاً أن الرابطة أيا كانت القواعد التي تحكمها لا يمكن أن تقوم ، وفقاً للحقيقة الطبيعية بين كائنين من جنس واحد . وكذلك فإن الاختلاف النفسى والعضوى بين المرأة والرجل يؤدي إلى اختلاف المركز القانوني لكل من الزوج والزوجة وهو اختلاف يؤثر فيه وتسيطر عليه أيضاً اعتبارات اقتصادية واجتماعية خاصة بالبيئة الاجتماعية .

وكذلك فإن مسألة اثبات النسب تختلف قواعد القانون في شأنها باختلاف الانتساب إلى الأم أو إلى الأب تبعاً لاختلاف الأصول الواقعية فالانتساب إلى الأم يتيسر اثباته بلا صعوبة من واقعة محددة هي واقعة الولادة . أما الانتساب إلى الأب فيتعذر اثباته اثباتاً مباشراً وواقعياً .

(١) أنظر جيني المرجع السابق فقرة ١٦٧ ص ٣٧١ .

(٢) جيني المرجع السابق ص ٣٧٢ .

وهكذا يؤكد جيني فساد الواقعية التي تنكر كل الاعتبارات الطبيعية في تأسيس القانون .

فمثل هذه الاعتبارات لا يجوز اغفالها لأنها تمثل المادة الأولية التي تسهم في تشكيل ملامح القاعدة القانونية ، أو هي كما قال الروماني « هي ظروف مادية و فعلية لا تحوى القاعدة نفسها ، ولكنها تشكل جوهرها الضرورى » وهذه الحقائق والاعتبارات يمكن إدراكها إدراكا يقينياً بالتجربة والمشاهدة وهي على هذا النحو حقائق علمية تسهم في التكوين العلمى للقانون .

وهي بهذا الطابع تفرض نفسها على الارادة الانسانية . ولئن كانت هذه الحقائق لا تكفى وحدها لتبرير القاعدة القانونية وخلقها ، فهى لاشك تعتبر من الشروط الأساسية لنشأتها ، خاصة بالنسبة لبعض النظم القانونية المحكومة أساساً بمقتضيات الواقع مثل نظرية الاثبات .

الأصول التاريخية : يقول جيني إن حياة الانسان فى الجماعة بما تتضمن من وقائع وما يقترن بها من ظروف تخلق نوعاً من التنظيم تتولى التعبير عنه وسائل فنية مثل العرف أو التشريع ، ويقوم بتفسيره وتطبيقه القضاء والفقهاء . ومن هذا التنظيم تنشأ قواعد للسلوك تثبت مع الزمن وتكتسب قوة مع التطور .

ومثل هذه الأصول تتضمن قواعد قانونية ايجابية وصالحة لتوجيه الناس فى الجماعة ، وذلك على خلاف الأصول الواقعية التي تحتوى على عناصر مادية وسلبية لا تنهض وحدها بعبء تكوين القاعدة القانونية .

فالرابطة بين الرجل والمرأة مثلاً استقرت بطريق الزواج فى شكل نظام محكم وخاضع لرقابة اجتماعية سواء أكانت دينية أو مدنية . وبالتالي اكتسب الصفة الشرعية . ولا شك أن هذا النظام ، من خلال دراسة حقائق التاريخ ، استقر نتيجة لعامل الزمن الذى يضاف اليه أيضاً حقائق الواقع .

وكذلك فإن اثبات النسب يخضع ، فضلاً عن الاعتبارات الطبيعية والواقعية ، لأحكام تشريعية وعرفية مستخلصة من الحياة . ومهما اختلف في جزئياتها ، فإنها تتضمن أفكاراً عامة مشتركة ، مثل قاعدة أن الولد للفراس أى أنه ينسب لزوج الوالدة ، والقواعد التى تضع قرائن قانونية للحد الأدنى والحد الأقصى لمدة الحمل (١) .

فمثل هذه الحقائق لا يمكن إذن إنكارها . وهى تتصف بالعموم والعالمية فى خطوطها الرئيسية ، وإن كانت تختلف عند تحديد الجزئيات وفقاً لاختلاف البيئة .

ويرى جينى أن الماضى له قدسيته بل وله شرعيته . ومثل هذه القدسية تحد من شطط الاسراف فى محاولة التغيير أو التعديل (٢) .

وينتمى إلى القول بأن الحقائق التاريخية هى حقائق جاهزة لتكوين القاعدة القانونية تكويناً علمياً . وهو يعنى بالتاريخ تجربة البشرية الماضية . ويؤمن بمنهج المشاهدة الأمينة لطبائع الأمور موضوع الملاحظة .

وبذلك تقوم الحقائق والأصول التاريخية بأداء دور جوهرى فى إرساء أساس القانون ، دون إغفال دور الارادة فى رقابتها والحكم عليها .

وعلى هذا النحو يمكن تقدير بعض النظم القانونية الأساسية ، مثل الملكية الفردية . فإن أساسها العقلى موضع خلاف عنيف . ولكنها تجد لها سنداً قوياً عند جينى ، فى التطور التاريخى الذى خرجت منه (٣) .

(١) أنظر جينى المرجع السابق ص ٣٧٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٧٨ وهو يشير إلى قوله السياسى الفرنسى بوانكاريه « أن العلم تجريبى . والتجربة فى علم الاجتماع هى التاريخ فى الماضى ، هى التقاليد التى يجوز نقدها ولكن لا يصح القضاء عليها » .

(٣) جينى ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ .

الأصول العقلية : يقول جيني إن الأصول الواقعية تخلق جواً قانونياً ولكنها لا تنشئ القاعدة القانونية . كما أن الأصول التاريخية لا تكفي لإدراك الأحكام التي توجه الإنسان في الجماعة بطريقة مقنعة وإيجابية . فالماضي الذي يضيء الحاضر لا ينبغي أن يقيد المستقبل في تطوره .

ومن الواجب عند النظر إلى النتائج المستخلصة من الطبيعة والتاريخ ، أن نخضعها للفكر وتقديره ، للحكم على مدى ملاءمتها للغاية التي تحكم كل تنظيم قانوني .

وبذلك تتدخل الأصول العقلية . بجوار الأصول الواقعية والتاريخية ، لتلعب دور التوجيه الرئيسي في التكوين العلمي لقواعد القانون .

وهذه الحقائق العقلية في تقدير جيني ماهي الا الخلاصة الأساسية للقانون الطبيعي وفقاً لمعناه التقليدي . فهناك قواعد سلوك يستخلصها العقل من طبيعة الانسان واتصاله بالناس . وما دامت هذه القواعد تطابق المقتضيات البديهية للأمور فهي تكتسب طابع الضرورة الحتمية ، وصفة العالمية والخلود .

وحتى يمكن لهذه الحقائق أن تحتفظ بقيمتها الجوهرية في تكوين القاعدة القانونية ، ينبغي أن تقتصر على ما يراه العقل مفروضاً حسب طبيعة الانسان . وبعبارة أخرى ينبغي ألا تنصرف هذه الحقائق إلى المبادئ التي توحى بها النزعات المثالية . فالحقائق العقلية تتضمن المبادئ الضرورية دون المبادئ الكمالية (1) .

وهكذا يضع جيني حداً فاصلاً بين الأصل العقلي المستخلص من طبيعة الأمور ، والأصل المثالي الذي يحس به الانسان باحساس مرهف ولكنه لا يلقي الإجماع بين الكافة .

(1) راجع حسن كيره أصول القانون ص ١٧٦ .

ففي نظام الزواج مثلاً ، يفرض العقل أن تكون الرابطة بين الرجل والمرأة ثابتة ومستمرة ، وأن تنشأ عن التراضي والاتفاق بقصد السيطرة على أهواء الانسان ، وأن تستهدف إدراك الخلق الرفيع وتربية ما قد ينشأ عنها من أبناء .

وتقف الأصول العقلية عند هذا القدر الأدنى من المبادئ التي تحكم الزواج . وما يزيد عن ذلك يدخل في إطار الأصول المثالية ، مثل فكرة وحدة الزواج وعدم تعدده ، وأبدية الرابطة الزوجية وعدم قابليتها للانفصام وتحريم الزواج ببعض الأقارب .

وهكذا تقتصر الأصول العقلية عند جيني على النطاق العقلي البحت ولا تتضمن الا القواعد التي يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ، والتي لا يثور عليها أى نزاع .

وهو يشير إلى أن الخطأ الشائع عند أنصار القانون الطبيعي هو التوسع في مضمونه والخلط بين ما يفرضه العقل وما تتطوع اليه المثالية .

على ضوء ما تقدم يستخلص الأصل العقلي وفقاً للمنهج العلمي بمعناه الواسع . ويقصد به كل جهد فكري ينفذ إلى جوهر الأمور بوسائله الخاصة في المعرفة ، دون الاستعانة بقوة غامضة يثور النزاع حول قيمتها .

وعندئذ يفرض الأصل العقلي قواعد لا تقل قوة في ضرورتها عما يفرضه الأصول الواقعية . بل وإن الأصول العقلية في أهميتها الأصول التاريخية . وتلعب الدور الأساسي في خدمة الأصول المثالية والوصول بها إلى الكمال (١)

الاصول المثالية : وأخيراً يضيف جيني إلى الحقائق السابقة وهي حقائق مادية ، الأصول المثالية التي تركز فيها آمال الانسان نحو قانون وضعي أفضل .

(١) جيني المرجع السابق ص ٣٨٣ .

إذ يوجد ، بجوار حقائق الحياة الواقعية ، ومقتضيات العقل التي ينظمها التاريخ إلى حد ما ، مجموعة من الاعتبارات المادية والنفسية والحلقية والدينية والاقتصادية والسياسية ، لا تضع قواعد جديدة للسلوك الاجتماعي . ولكنها تتضمن النزعات والاتجاهات التي يجب اتباعها في التنظيم الكمالى لروابط القانون .

وهى أصول مثالية بحيث لا تحتوى على ضرورات طبيعية أو واقعية . كما لا تعبر عن قواعد عقلية مفروضة ، ولا تمثل أى تأثير تاريخي . ومع ذلك فهي تتضمن مبادئ يقرها الشعور العام والمدنية القائمة في الجماعة .

ومن قبيل هذه الأصول في نظام الزواج مبدأ وحدة الزوجية ، وأبدية الزواج وعدم جواز انفصامه بالطلاق . فهي مبادئ لا يفرضها العقل كضرورة حتمية . ولكنها تمثل الأمان الحلقية والاجتماعية للمدنية .

ولما كانت الأصول المثالية لا تفرضها مقتضيات عقلية بحيث ، فهي لا تكتسب صفة العالمية أو الخلود . بل أنها قد تختلف بتنوع البيئة واختلاف الزمن .

ويلفت جيني النظر إلى أن الأصول المثالية ليست من عمل الفن أو الصنعة ، وإنما هي من نتاج الروح والفكر . ولا يمنع ذلك من الاعتراف لها بمسحة من الفن المصنوع الذي يبتعد بها عن الطابع العلمى البحت .

فهي لا تأتي من إدراك عقلى مجرد . ولكنها تتولد من قوى مهمة تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة . وتتولى هذه القوى تحديد ما لدى الأفراد في الجماعة من معتقدات وإرادات مشتركة .

وهنا يتحدث جيني عن البصيرة التي تستحق في عمقها وضرورتها كل الاهتمام الذي تلقاه من الانسانية جمعاء . ومن أجل هذا أشرنا إلى هذا الفقيه في دراستنا للقانون الطبيعى النابع من بصيرة العدل الذاتية .

ويستطرد جيني في مذهبه لينكر على الأصول المثالية الحجية التي تتوافر للأصول العقلية التي تفسر الطبيعة والواقع على ضوء التاريخ .

وإنما تؤدي الأصول المثالية دورها في تكملة الأصول العقلية . وبذلك تسهم كأداة فعالة لا يمكن إغفالها في تطور القانون . بل وأنها تضيف على النتائج العقلية نوعاً من الرفعة والكمال . وتقرب بالحياة الاجتماعية من العدل الأسمى (١) .

وهي قد تتيح أحياناً مقاومة بعض النظم التي تبدو مفروضة من الطبيعة أو العقل ، ولكنها لا تستجيب إلى المدنية الحالية أو الأفكار المعاصرة . ومن قبيل ذلك أن أساس التعويض عن الضرر هو نسبة الخطأ إلى من تسبب في أحداث هذا الضرر . وكان يبدو هذا المبدأ إلى الأصول العقلية . ولكن الفكر المعاصر يضع بجانبه مبدأ التعويض القائم على تحمل التبعة على أساس تعاون الجميع وتأزرهم في الحياة الاجتماعية . ومثل هذا التحول يبرز تأثير الفكر المثالي على الأصل العقلي في بعض الأحيان .

وعلى ضوء ما تقدم ينتهي جيني إلى التسليم بوجود الأصول المثالية وأهميتها . ويشير بعدم جواز إغفالها عند تحديد العناصر التي تسهم في التنظيم القانوني .

تغليب الأصول العقلية على غيرها : تلك هي الأصول الأربع التي يدخلها جيني في اعتباره عند تكوين القانون الوضعي . وهو يرى ، عند تقرير أية قاعدة قانونية ، التأمل في كل أصل منها باستخلاصه أولاً وتقديره ثانياً .

ولكنه لا يكتفى بمجرد التأمل في هذه المواد الأولية لقواعد القانون وإنما يشير بالمفاضلة بينها ، وإقامة نظام للأولوية في الاعتداد بها على ضوء الغاية التي تسهدفها القاعدة القانونية .

وبصدد هذه المفاضلة يعطي جيني الأهمية الأولى للأصول العقلية .

(١) جيني المرجع السابق ص ٣٨٨ وما بعدها .

فهى التى تساعد على إدراك فكرة العدل التى تكفل توفير الأمن والنظام فى حياة الجماعة .

فالأصل الواقعى أو الأصل التاريخى يستخلص بمجرد التجربة أو المشاهدة دون حاجة إلى جهد أو نشاط فكرى أو شخصى . كما أن الأصل المثلالى يقنع فقط بالسمو بالقواعد التى يفرضها العقل والاتجاه بها نحو الكمال .

أما العقل فيفرض أصولا يستنير فيها بالطبيعة والتاريخ . ويظل القانون بهذه المثابة وبصفة أصيلة عملا عقلياً . ويؤكد جينى أن حجر الزاوية فى التكوين العلمى للقانون هو تلك القواعد العقلية التى تسمى بوجه الخاص بالقانون الطبيعى . ففى هذا القانون الذى يخلقه الواقع والتاريخ ، ويسمو به الفكر ومهذبه . يكمن الجوهر العميق للقانون .

ثم يعتدل جينى فى الدور الواسع الذى يعطيه للعقل ، ويرضى منه باستخلاص فكرة العدل التى توفر الأمن والنظام فى الجماعة .

وهو يستوحى العدل من التعاليم القديمة لأرسطو فى مفهوم فكرة العدل (١) . وينتهى إلى أن جوهر العدل هو تحقيق مبدأ « إتياء كل شخص ما ينبغى أن يعود إليه » ، ومبدأ « عدم جواز الاضرار بأى شخص » . وهى مبادئ غالية فيما تشير به من تعاليم ، ولكنها لا تكفى عند التطبيق العملى . وعندئذ تنبغى الاستعانة بالعقل ، فهو الذى يكشف لنا ما يلائم الانسان بوصفه كائناً اجتماعياً حراً ومفكراً ، وعلى هدى المصير الذى نقود اليه الانسان .

ومن خلال هذا النظر يمكن إدراك معنى العدل التى ينبغى أن يستخلص تحت تأثير فكرة النظام والتوازن ، وأن ينبع من جوهر خلقى .

(١) جينى المرجع السابق ص ٣٩٠ .

ومن هذا كله يمكن القول بأن الأداة الجوهرية للكشف عن القانون هي العقل الذى يفحص الطبيعة ويستنير بالتاريخ ، والذى يجد فى الفكر والمثالية عناصر التقدم والكمال الذى يصبوا اليه (١) .

وقد أكد جيني هذا التصور فى أكثر من موضع . فالقانون عنده « كما يستخلصه العلم والايان سيظل تركيباً عقلياً مؤسساً على عناصر تقدمها الطبيعية » . ومن هنا فهو يصر على قدر أدنى لا غنى عنه من القانون الطبيعى (٢)

وهكذا يكشف جيني عن إيمانه الصريح بالقانون الطبيعى المستخلص من العقل أساساً للقانون . ويتخفف من إسراف القدامى فيعتمد أيضاً على أصول واقعية وتاريخية بجوار الأصول العقلية ، أما الأصول المثالية فتقوم بدور السمو بقواعد القانون نحو الكمال .

٤١ - جيني يضيف عنصر القوة فى ابحاث لاحقة :

ظهر لنا مما تقدم أن الأستاذ جيني قد آمن بالقانون الطبيعى المستخلص من العقل على ضوء الواقع والتاريخ . ولكنه أصر على وجوب التفرقة بين القانون العقلي والقانون المثالى . وأبرز خطأ السابقين فى الخلط بينهما . وانتهى إلى أن مهمة الأصول العقلية هي استخراج معنى العدل فى الجماعة على النحو الذى فصلناه .

وبالرغم من هذا الايمان بالقانون العقلي أو الطبيعى ، فقد انحاز هذا الفقيه فى أبحاث لاحقة إلى سلطان القانون الوضعى المدعم بالقوة .

فنادى بأن القانون مجرد من القوة الفعلية الضرورية لوضعه موضع التطبيق وإنما يعبر عن مثالية خالية من الحياة . أو بعبارة أخرى هو وحدة فكرية بعيدة عن واقع الدنيا .

(١) جيني ص ٣٩٢ .

(٢) جيني ص ٤١٨ فقرة ١٧٦ .

ويضيف إلى ذلك أن القانون لا يمكن تحقيقه إلا بالقوة ، وهو يقترب من درجة الكمال كلما استطاعت هذه القوة أن تفرض سلطانه . كما يقول في موضع آخر إن القانون الوضعي هو وحده القانون الكامل . فالقانون المجرد من القوة قانون ناقص . والقاعدة القانونية لا تكتمل إلا إذا اقترنت بالجزاء الاجباري (١) .

يظهر من هذه العبارات أن الأستاذ جيني يسلم بدور القوة في تأسيس القانون وإقامة بنائه . ولكنه يحرص على إبراز فكرته عن القوة ، فيعبر عنها بأنها القوى النابعة عن النظم الديمقراطية والضرورية لتوفير العدل على نحو إيجابي . ومن قبيل ذلك قوى الانتخاب ، والحقوق النقابية ، وحقوق الأضراب التي يكفلها الدستور (٢) .

وقد أبدى بعض المفكرين غبطتهم بانحياز جيني نحو فكرة القوة في تأسيس القانون ، واقتراه بالتالي من مذهب اهرنج الذي يمثل القانون تعبيراً عن القوة (٣) وليس المقصود بالقوة الاكراه الغاشم . ولكن يقصد بها القوة الاجتماعية التي تناضل من أجل القانون .

ويبدو لنا أن هذا المفكر يبالغ في تصوير جيني على أنه قد انضم إلى مذهب اهرنج في الواقعية القانونية .

وذلك أن جيني نفسه ، رغم تسليمه بوجوب إفساح دور للقوة في إرساء أساس القانون ، يؤكد في إصرار أن القانون في جوهره يأتي من مصدر

(١) أنظر في ذلك مقال جيني عن (العدل والقوة) منشور في دراسات كايبتان سنة ١٩٣٨ ص ٢٤٩ ، وقد طالنا هذه المقتطفات في كتاب ريبير عن القوى الخالقة للقانون ص ٧٦ .

(٢) راجع في ذلك أحدث ما كتب جيني مقال (التطور المعاصر للفكر القانوني في الفقه الفرنسي) منشور في مجموعة الدراسات المهداة إلى جورج ريبير . ص ٣ وما بعدها ، وبوجه خاص ص ٧ .

(٣) أنظر في هذا المعنى ريبير المرجع السابق ص ٧٧ .

أسمى من القرارات الارادية الفردية أو الجماعية . وبذلك يظل القانون مقترناً بفكرة العدل الدائمة (١) .

كما أنه يندد من ناحية أخرى ببعض اتجاهات فقه القانون العام التي تقيد أساس القانون وتحصره في فكرة سيادة الدولة والتشريع النابع منها فمثل هذا التصور يقود إلى القضاء على القانون الطبيعي . وهو ما قال به صراحة بعض فقهاء القانون العام ، الذين نسبوا أساس القانون إلى الدولة بوصفها سلطة تشريع ، دون إخضاعها لأي قيد خارجي سوى القيود الذاتية التي تفرضها على نفسها (٢) .

ويأبى جيني مثل هذا التصوير لأساس القانون . ويؤكد إصراره على وجود قواعد عقلية وجوهرية تحدد فكرة العدل . وتفرض وجودها .

٤٢ - تقدير مذهب جيني :

ظهر بوضوح من دراستنا السابقة أن تعاليم جيني قد جمعت بين المثالية والواقعية في تأسيس القانون ، ولكنها أكثر قرباً إلى المذاهب المثالية .

فقد أكد هذا المذهب وجود أصول واقعية وتاريخية تستقي منها قواعد القانون . ولكنه جعل الغلبة للأصول العقلية ، مع الاعتداد أيضاً بأصول مثالية تتجه بالقاعدة القانونية نحو السمو والكمال .

ومن جهة أخرى يسلم جيني بدور القوة في تكلمة القاعدة القانونية واستقرارها بين قواعد القانون الوضعي .

وكان جيني يأخذ من المثالية إيمانه بقدر معين من القانون الطبيعي المستخلص من العقل . كما يميل نحو الواقعية في اعتداده بأصول واقعية

(١) راجع جيني المقال المنشور في دراسات ريبير ص ٧ ، ٨ .

(٢) قال بهذا الرأي فقيه القانون العام كاري دي مالبرج . كما ينادى باتجاه قريب الشبه به من الفقه المعاصر الأستاذ مارسيل فالين ، أنظر كتابه (الفردية والقانونية) ص ٤٠٧ .

وتاريخية من ناحية ، وبتسليمه بدور القوة في القاعدة القانونية من ناحية أخرى .

وهو بعد ذلك كله ينحاز بوضوح إلى المذاهب المثالية باضافة أصول أخرى هي الأصول « المثالية أو الفكرية » التي تقود القانون إلى الكمال . وقد تعرض مذهب جيني لنقد شديد من بعض كبار المفكرين المعاصرين ويمكن إيجاز هذا النقد على النحو الآتي :

١ - قال البعض بأن واقع القانون ينفر من وجود أصول ثابتة وحقائق أولية (١) ، وأن القانون الوضعي لا يطابق دائماً ضمير الجماعة .

وهناك نضال في الجماعة بين ما هو كائن وبين ما تتطلع إليه هذه الجماعة تعبيراً عن ضميرها . ولا تخرج الجماعة دائماً منتصرة من مثل هذا النضال .

بل إن القانون يترخص في إخراج قواعد مصنوعة وفقاً لنظام قانوني معين ، بغض النظر عن نظام القانون الطبيعي أو قواعد العدل .

وهذا التصور الصناعي ينفي بتاتا فكرة الأصل السابق أو الحقيقة الثابتة التي يقول بها جيني . إذ مهما كانت الدواعي الخلقية أو الاجتماعية التي تفرض التسليم بمبدأ معين ، فإن القانون يستطيع بمبررات صحيحة أن يتجاهل هذا المبدأ ، وألا يرتفع به إلى مرتبة القواعد القانونية .

وبعبارة أخرى فإن العمل في حقل القانون يجيز استبعاد المبادئ المسلمة في علم الأخلاق أو الفلسفة . بل ويبرر أيضاً تقرير الاستثناء على هذه المبادئ . وذلك أن القانون صناعة محتمة لا تخضع لأصول ثابتة .

(١) أنظر دابان (النظرية العامة للقانون) ص ١٢٣ فقرة ١٢٣ .

٢ - وفي نفس هذا المعنى يؤمن الأستاذ ريبير بأن القانون صناعة وليس أصلاً ثابتاً (١) .

فهو يرى أن الأصول التي وضعها جيني تستمد تبريرها من هيبة مؤلفها وقوة تحليلها . ولكن التأمل فيها يكشف عن عدم صحتها . فالقانون لا ينبع من أصل جامد مجرد يستخلص من الواقع أو التاريخ أو العقل . وإنما هو نتيجة لتفاعل القوى المختلفة وصراعها . ومن هذا الصراع تخرج القاعدة القانونية بغية تحقيق الأمن والنظام .

وتحدد مهمة المشرع بالقيام بدور المحكم الماهر بين القوى المتعارضة . وبذلك لا يمكن تفسير القانون المنطبق في زمن معين إلا بتحليل القوى الخالقة له . أما الأصول المزعومة أساساً للقانون فهي مجرد بواعث سطحية ، ولكنها ليست الأسباب الحقيقية لوجوده .

وفي سبيل تقريب هذه الفكرة يعقد ريبير المقارنة بين القانون والعقد . فكل عقد له بواعث متعددة . وله سبب واحد دافع إلى إبراهه . وكذلك القانون يعتبر عملاً متنوع الدوافع ، ولكن هناك سبب واحد يدفع إلى نشأته وسنشير إلى هذا السبب بتفصيل أوفى عند دراسة القوى الخالقة للقانون عند ريبير . وهو ينتهي إلى إعتبار القانون وليد الصراع بين قوى متعارضة ونتيجة لما يسفر عنه هذا الصراع . أما الأصول التي تساق عادة تبريراً للقانون فهي مجرد أعذار تأتي في المرتبة الثانية بعد هذا الصراع التي تشترك فيه مختلف القوى الاجتماعية .

٣ - ونحن من ناحيتنا نرى اسرافاً من جانب الفقه السابق في إنكار دور الأصول الثابتة في علم القانون . إذ يبدو لنا وجوب الإيمان بقدر ثابت وسابق على كل جماعة يتخذ أساساً لكل قانون ، وسيجاء له من كل قوة غاشمة أو جائرة .

(١) انظر ريبير (القوى الخالقة للقانون) فقرة ٢٩ ص ٨٢ .

وفي الوقت ذاته يبدو لنا مغالاة جيني في الاعتداد بمثل هذه الأصول ، وبصفة خاصة في الخلط بينها ، وعدم وضع الحدود الفاصلة التي تبرز دورها .

وقد بذلت محاولات جادة ومثمرة في سبيل اختزال الأصول التي قال بها جيني ، وردها إلى نوعين اثنين من الحقائق . « حقائق علمية تجريبية للمنهج التجريبي البحث ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية على السواء . وحقائق عقلية تفكيرية يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية » (١) .

ومحمد لهذه المحاولة بصرها بصعوبة إقامة الحد الفاصل بين الأصل الواقعي والأصل التاريخي من ناحية ، وبين الأصل العقلي والأصل المثالي من ناحية أخرى .

وهي تنتهي إلى أن جوهر القاعدة القانونية يرتد إلى عنصرين . عنصر العلم ، وعنصر الفن . أو عنصر الواقع وعنصر المثال .

أما عنصر الواقع فهو يعبر عن حقائق الحياة في الجماعة التي تعرف بالمشاهدة والتجربة . وأما عنصر المثال فيعبر عن المثل الأعلى للعدل الذي يستخلصه العقل ، وتقدر حقائق الحياة في الجماعة وفقاً له (٢) . ودور الفن في القانون أكبر من دور العلم . وبعبارة أخرى يكون جهد التقويم والتقدير أكثر وضوحاً وظهوراً من عمل المشاهدة والتجربة (٣) .

وذلك أن القانون يستهدف إقامة النظام في جماعة متناسقة . وهو بهذه المثابة يتكفل بازالة التصادم بين الناس . فهو فن يفترض حتماً وجود مثل أعلى والسياسة القانونية تقتضي الايمان بعدل معين مثلاً أعلى للجماعة (٤) ،

(١) أنظر حسن كبيرة أصول القانون ص ١٨٢ .

(٢) أنظر حسن كبيرة المرجع السابق ١٨٣ .

(٣) مارتى وريينو الجزء الأول فقرة ١٣ ص ٨٠ - رويبيه فقرة ١٧ ص ١٥٣ .

(٤) رويبيه المرجع السابق ص ١٥٧ .

والاتجاه بالقانون نحو تحقيق هذا العدل . وهكذا ينكر هذا الفكر المذاهب التي نادى بالحتمية الاجتماعية أو الحتمية العقلية .

ونحن من ناحيتنا نوّمن أيضاً بدور الغاية أو الهدف . ونرى وجوب الايمان بعدل معين أساساً للقانون ومثلاً أعلى له . ولكننا نخشى من الاستسلام لعدل محتوم قد يثبت الزمن في تطوره عجزه عن تحقيق العدالة .

ومن هنا نرى من ناحية الايمان بقدر ثابت من الأصول الحامية لكيان الانسان . ولكننا نعتقد من ناحية أخرى وجوب استخلاص القانون من الصراع الذى نشهده فى الجماعة بين القوى العاملة فيه . ومن خلال هذا الصراع المشروع يمكن استخلاص مثل أعلى للعدل يقبل التغيير والتطور على مر الزمن . وهو ما سنظهره بتفصيل أوفى بعد الفراغ فى المبحث التالى من التأمل فى مذهب ريبير فى القوى الخالقة للقانون .

المبحث الثانى

مذهب ريبير فى القوى الخالقة للقانون

٤٣ - ريبير يهاجم القانون الطبيعى (١) والحتمية الاقتصادية والاجتماعية

استخدمت فى القرن الثامن عشر فكرة القانون الذى تفرضه الطبيعية لمقاومة القانون الذى يفرضه الحاكم . وعلى هذا النحو اكتسب مذهب القانون الطبيعى طابعاً ثورياً وقتئذ .

ولكن عندما حقق مذهب القانون الطبيعى غايته وأدرك الاصلاح الذى كان ينشده ، ارتد إلى طابعه التقليدى وعاد اليه الجمود .

ويقول ريبير إن رواج فكرة القانون الطبيعى بعد الثورة الفرنسية قصد به حماية القواعد المستخدمة فى القانون المدنى . إذ استخدم أداة لابرار قيمة

(١) أنظر ريبير (القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية) من ١٢ فقرة ٧ وما بعدها القوى الخالقة للقانون ص ٢٥ فقرة ٩ .

القواعد التي تقررت في القانون الوضعي وبذلك أكسبوا هذه القواعد نوعاً من القداسة . وانتهوا إلى عدم جواز تغيير أو تعديل نظم القانون المدني المطابقة للقانون الطبيعي المستخلص من العقل .

ويرى ريبير أنه من الخطر دائماً الدفاع عن النظم المنطبقة بفكر أو مذهب فلسفي معين . وذلك أن الجيل اللاحق الذي يتشكك في قيمة النظم السائدة ينساق بالبداهة إلى تحطيم الفكر الفلسفي الذي يفرض هذه النظم أو يسندها . وهذا ما حدث بالنسبة لنظرية القانون الطبيعي . فقد اقتضت تطورات المجتمع تعديلات ضرورية في القانون الوضعي . وكان من الضروري التضحية بفكرة القانون الطبيعي الذي يقترض عدم جواز المساس بالقواعد المدنية المنطبقة ويفرض احترامها .

ويضيف ريبير أنه قد بذلت عيئاً بعض المحاولات لانقاذ القانون الطبيعي والاققتصار على دوره المتواضع في تحديد فكرة العدل ، أو إعطائه مضموناً متنوعاً ومتطوراً . وهذا ابقاء للنظرية بلا مضمون فالفكرة التي تضعف أو تنكش تصير عديمة الجدوى . وبعد فالقانون الطبيعي المتنوع لا يختلف عن القانون الوضعي إلا بادعاء مثل أعلى تحاول القاعدة عيئاً أن ترسمه أو تدركه .

وبذلك يرفض هذا الفقيه فكرة القانون الطبيعي الذي يفرض مثاليته الثابتة والخالدة على كل جماعة . ولكنه مع ذلك يأنس إلى فكرة دوام القانون واستقراره .

وما دامت الجماعة تعيش في ظل قانون مستقر استقى من تقاليد وعرف متوارى وراء التاريخ ، وما دام هذا القانون تحميه سلطة سياسية مستقرة فان الناس لا يستشعرون الحاجة إلى تبرير بقاء القانون واستمراره عن طريق فكرة أو نظرية فلسفية . فهم يقنعون باعتبار القانون القائم تعبيراً عن العدل . ويحتجون بأصالته وقدمه ضد أي قرار تحكمي من جانب الحاكم .

ولكن منذ أن تصدت السلطة السياسية في الدولة لمهمة التشريع أصبح من الضروري الدفاع عن فكرة استمرار القانون ودوامه بنظرية فلسفية . وهنا ضعفت قوة القانون منذ ارتباطه بالفكر الفلسفي ، على النحو الذي ظهر لنا من اسناد قوة القانون الوضعي إلى نمو القانون الطبيعي . وانهايار هذا الأساس مع تطور الفكر القانوني .

وعلى هذا النحو يؤمن ريبير بأننا لسنا في حاجة إلى فكر فلسفي لتبرير الطبيعة الثابتة للقانون . وذلك أن خصائص القانون وأوصافه ، وليس أصله أو أساسه ، تفرض فيه طابع الثبات والسكون . فالنظام في الجماعة لا يتوافر إلا باقرار قواعد مستقرة للسلوك . وتغيير هذه القواعد على وجه الدوام يخلق الفوضى بلا نزاع . بل ويفضي أيضاً إلى التحكم ، حيث أن الحرية لا تتوافر ما لم يدرك الانسان سلفاً صواب أعماله وسلامتها .

فكل قاعدة قانونية تقرن إذن بفكرة الدوام . ولا يجوز القول نتيجة لذلك أن القانون أزلي . وإنما يجب الاصرار على أنه دائم . فالأزلية تفيد الجمود ، ولكن الدوام يشير إلى الاستقرار . وهو طابع لا غنى له لكل قواعد القانون .

فلا يجوز تأسيس القاعدة القانونية على مجرد تسجيل الوقائع الاجتماعية ومشاهدتها . وإنما تتكفل القاعدة ، بعد إدراك الوقائع ، بترتيب هذه الوقائع وتوجيه الأشخاص . وهي تحكم نتائج الأفعال غير المشروعة ، وتتولى تحريمها وفرض الجزاء عليها (١) .

وبعبارة أخرى فإن رجل القانون لا يقنع بتسجيل ما يشهد كالباحث في علم الاجتماع ، وإنما هو يوجه ويأمر ويبين كيف ينبغي أن يكون السلوك . وهو يضبط النظام ويوفر الأمن في الجماعة . فاستقرار النظام يسفر عن توفير الأمن .

(١) ريبير « القوى الخالقة » ص ٢٧ .

وخلصة القول مما تقدم أن ريبير يفرق بين الجمود من ناحية ، والثبات أو الاستقرار من ناحية أخرى . فهو يرفض القول بجمود القانون الذى يروج له البعض عمداً بغية اتهام رجال القانون بالتخلف عن متابعة التطور . ولكنه يؤمن بالثبات والاستقرار ، سياجاً من الولع بالتغيير لجرد الوهم بأن كل جديد يؤدى إلى ما هو أفضل .

فالقانون يتطور ، بل ويجب أن يتطور . ولكن التطور عند ريبير هو الإبقاء على الجوهر . بل إن كل تعديل فى القديم يفيد الحفاظ عليه بالتغيير فيه . فالقيود الجديدة على الملكية الفردية مثلا سواء من حيث سلطاتها ، أو من حيث قدرها ، أو إخراج بعض الأموال من نطاق الحق فى التملك كل هذه القيود والتنظيمات تنفذ مبدأ الملكية الفردية فى ذاته ، وتحرره من الانحرافات التى تعيبه .

ولا شك أن القانون يستفيد من علم الاجتماع وعلم الاقتصاد . فهى علوم مساعدة العلم القانون . فهى التى تبين طبائع الناس وحاجاتهم المادية فى الجماعة . بينما يقرر القانون ما هى القواعد الواجبة الاتباع ، وما هى وسائل احترامها . ومثل هذه القواعد لا تنشأ فجأة ، ولا ينبغى تغييرها بصفة مستمرة . فالنظام والأمن يقتضى وجود قوانين ثابتة . وبقدر ما يتوافر هذا الثبات يمكن استتباب النظام وتوفير الأمن والسلم .

هذا هو المعنى الذى يقصده ريبير بثبات القانون ، والذى يختلف عن تهمة الجمود الذى يصف بها البعض رجال القانون ، ومن أجل هذا ينفر ريبير من مذهب القانون الطبيعى الذى يؤكد طابع الجمود فى قواعد القانون .

كما أنه فرض اخضاع القانون لتبعية الحتمية الاقتصادية أو الاجتماعية . ويؤكد أن تطور الاقتصاد بالمكتشفات العلمية الحديثة ، أو تغيير الأخلاق والسلوك فى كل جيل ، لا يفرض بالضرورة ولادة قانون جديد .

وإنما ينشأ القانون من إرادة الانسان ، فهو ليس خاضعاً لحقيقة ثابتة أو أصل محتوم ، وإنما هو خلق وصناعة Construit (١) .

ومما يقطع بأن قواعد القانون هي من صنع إرادة المشرع وفقاً للجو المحيط بكل دولة ، ذلك النوع الذى نشهده فى النظم القانونية حتى بين الدول ذات الحضارة المشتركة ، فكل شعب له القانون الذى يعطيه لنفسه أو القانون الذى يستحقه .

وقد صار إنشاء القانون الوضعى فى الجماعة الحديثة أمراً ميسوراً لأنه من عمل السلطة السياسية . أما العرف الذى ينشأ فى بطن ويوفر الاستقرار فيعتبر الآن من المصادر الاحتياطية والثانوية .

وهكذا يتركز العمل القانونى فى يد السلطة التشريعية صاحبة الشأن ، التى تعمل بدافع من الواجب والمصلحة .

وبذلك نجد أن الارادة الانسانية هى التى تخلق لنفسها قواعد الحياة . وهى من خلق مشاعر ومصالح متغيرة ومتجددة . ويجب دراسة أسباب القوانين بعناية للوقوف على سر نشأتها . وكما يقول مونتسكو « إن حالة الحرب ، توجد بين الأفراد كما توجد بين الأمم » . والمهم فى الجماعة هو التعرف على القوى القائمة وتقدير قوتها . وعندئذ قد يتيسر لنا الوقوف على القوى الخالقة للقانون .

٤٤ — القوى الخالقة للقانون عند ريبير :

ينحاز ريبير إلى نظرية إهرنج فى الكفاح من أجل القانون . ويطاوع هذه النظرية فى أن القانون ليس أمراً مفروضاً من سلطة سماوية أو من عقل انساني ، ولكنه وليد القوة . وليس المقصود بالقوة الاكراه الغاشم . وإنما يقصد بها القوة الاجتماعية التى تكافح فى سبيل نشأة القانون .

(١) ريبير « القوى الخالقة » ص ٧١ - دابان النظرية العامة للقانون ص ١٢٣ فقرة ١٢٣

وليس بصحيح ، في نظر ريبير ، أن هذه النظرية تبرر ظلم الحكم المطلق أو طغيانه (١) . وبذلك أن إهرنج لا يستثير روح السيطرة في السلطة السياسية ، ولا يؤسس القانون على قوتها . وإنما استهدف الكفاح من أجل القانون . فقد أراد إنكار النظريات التي ترد نشأة القانون إلى قوة سماوية ، أو أسس فكرية مجردة ، أو تطورات تاريخية هادئة .

وهكذا يقترب ريبير من الواقعية القانونية . ولكنه يفسح مكاناً لأثر القواعد الخلقية . ويعلم أن تقدم القانون مرتبط بسيادة الأخلاق ، وأن تدهوره وثيق للصلة باهما (٢) . وعلى هذا النحو فهو لا يقف عند مجرد وجود القاعدة القانونية والتسليم بها ، وإنما ينفذ إلى الأسباب التي دعت وجودها .

البحث عن أسباب القانون : مادامت القاعدة القانونية ليست نابعة من قوة عليا تفرضها ، فأن البحث عن سبب وجودها وتقريرها من السلطة المختصة يصير أمراً واجباً .

وقد ظل الفكر القانوني محكوماً بفكرة أن السلطة السياسية تزود بقوة خالقه لها طابع السيادة . وراجت نظرية تنادى بأن القانون تعبير عن الإرادة العامة . وبلغت هذه النظرية ذروتها في عهد الثورة الفرنسية تحت تأثير تعاليم روسو ، بديلاً عن فكرة أن القانون هو إرادة الحاكم .

وتعتبر هذه النظرية ، عند ريبير ، عن مثالية بجمته بعيدة عن الواقع . فهذه الإرادة العامة هي ضرب من الخيال في أية جماعة . والصحيح أن هناك مجموعة من الإرادات الفردية تتحد في الجماعة في وقت معين لتفرض

(١) راجع في هذا المعنى ديل فتشيو ص ٢٦١ .

(٢) أنظر ريبير « القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية » فقرة ٥ ، ٦ وهو يشير إلى عجز القوانين عن أن تجد أساسها في السلطة العامة ، وغايتها ، في تحقيق السلم الاجتماعي . وأن الاعتقاد في تبرير القانون الوضعي بمجرد وجوده يمثل نظرية سطحية . ويشير التساؤل هل يستطيع القانون أن يعيش منفصلاً عن جنوره بواسطة القوى الفنية التي أنشأته ؟ أم أنه لا يمكن النظر إليه إلا بالرجوع إلى القوة الخلقية الكامنة فيه .

على سائر أعضاء الجماعة مراعاة قواعد معينة . أما الإرادة العامة فهي افتراض لاحق على وجود القانون .

وقد فنع بعض الشراح بالوقوف عند السلطة العامة الخالقة . وخرجوا بتصوير هين للقانون على أنه تعبير عن إرادة الدولة . وبذلك اندمجت فكرة القانون مع الدولة . وسار بعض الفقه الألماني على هذا الأساس القانون متأثراً بفلسفة هيجل . كما تأثرت به المدرسة الحديثة التي نادى بها كلسن والتي أسمىها النظرية البحثية للقانون (١) . وقد أخذنا على هذه المدرسة إهمالها للاعتبارات المعنوية والمثالية التي تسند وجود القاعدة القانونية ، حتى قال عنها أحد الفقهاء بأنها « تقيم عالماً قانونياً قائماً بذاته بعيداً عن الضمير الخلقى وعواصف السياسة » (١) .

ولعل اندفاع هذه النظرية إلى إغفال القوى الكامنة وراء وجود القاعدة القانونية ، مرده الخشية من وضع هذه القاعدة موضع الشك ، بالكشف عن بعض الاعتبارات التي كانت تقاوم نشأتها .

ولكن الأستاذ ريبير يرفض هذه النظرية البحثية لعلم القانون ، ويؤكد جدوى البحث عن أسباب نشأة القاعدة القانونية . وذلك أن السلطة السياسية لا تصنع القانون لمجرد الولوج بابرار قدرتها ، وإنما هي بمثابة « العين التي تنفجر منها المياه فوق الأرض ، ولكن تحت هذه العين تستقر طبقات متعددة تمد العين بالماء » . ومن الضروري عند دراسة العين أن نفحص أيضاً الطبقات التي تغذيها (٢) .

والواقع أن هناك أسباباً متعددة لنشأة القانون ، ومن بينها أسباب بعيدة . فكل القوى الاجتماعية تشترك في الصراع الخالق للقاعدة القانونية . والقاعدة القانونية تعبير عن انتصار القوة الحاشمة . وفي هذا الصراع تكن كل أهواء

(١) روبييه « النظرية العامة للقانون » ص ٦٢ .

(٢) ريبير القوى الخالقة للقانون ص ٨٠ .

البشرية وانفعالاتها . ومن الضروري تحليل هذه الأهواء كلها لادراك المضمون العميق للقاعدة القانونية .

ولادة القانون : هنا نلمس جانباً طريفاً في نظرية ريبير . فهو يؤمن بوجود علم جدير بالبحث والتطور يسميه علم ولادة القانون .

وتبدأ هذه الولادة بمسألة النسب . وتنولى الجريدة الرسمية نشر شهادة الميلاد . على أن هناك فترة سابقة تشير إلى مرحلة التكوين « وتمثل فترة الحمل ، وفيها تنشر المحلات العلمية مشروع القانون والمناقشات التي تقرن به ، وأحياناً تشير إلى اسم صاحب المشروع والقائم باعداده .

ويصحب نشر القانون عادة مذكرة تفسيرية يقول عنها ريبير أنها تتخصص في « فن الأعدار » . فهي تقدم القانون على أنه ضرورة يفرضها الاقتصاد والأخلاق ، وأنه يلقي القبول من الرأى العام . وتحت ستار فائدة القانون واستجابته للعدل تتوارى الدوافع الحقيقية ، والمصالح والأهواء ، والمقاومة والصراع ، وكافة العوامل الحقيقية التي سبقت خروج القانون إلى عالم الوجود .

والحقيقة ، عند ريبير ، أن القاعدة القانونية قد صدرت تعبيراً عن قوة اجتماعية فرضت وجودها ، بعد انتصارها على قوى أخرى ، أو انتهازها فرصة سكوت هذه القوى وعدم مبالاتها .

ويكون المشرع بمثابة من يسمع كل الأصوات ، ولكنه صدى يردد الصوت الأقوى . وبذلك يكون النصر للقوى ، ويخرج ظافراً بالقانون ثمناً لهذا النصر (١) .

وبعد هذا كله يقال إن القانون تعبير عن الإرادة العامة . وبينما هو في حقيقة الأمر تعبير عن اعادة البعض دون البعض الآخر .

(١) ريبير المرجع السابق ص ٨٢ .

وقد أخذ على ريبير أن مثل هذا النظر يصور الجماعة ميدانا لمعركة دون هدف أو نهاية (١) . ولكنه يرى أن هذا النقد قد يصلح في حياة اجتماعية يسودها الأمن والطمأنينة . أما في الزمن المعاصر فأن أحداً لا ينكر الصراع الدائم بين المصالح والتعارض بين الأفكار . وهو صراع يمكن مشاهدته في الأمة الواحدة ، وكذلك في الأمم فيما بينها .

ومن هذا إذن نخلص إلى أن ريبير يخرج بنظرية جديدة في الواقعية تستخلص من الصراع القائم في الجماعة . ويصور القانون تعبيراً عن هذا الصراع .

ولو أن ريبير قد وقف عند هذا الحد لأمكن وصفه بالواقعية المادية المتطرفة . ولكننا سنرى فيما بعد تقدير نظريته ، أنه يؤكد الإيمان بالقوة الخلقية بين القوى الأساسية في التعبير عن القانون . ومن أجل هذا قد يمكن تسمية مذهبه بالواقعية الروحية .

القوة الخالقة للقانون : ما دام القانون وليد الصراع في الجماعة ، فإنه من الضروري عندئذ البحث عن أسباب كل قانون ، ولا يكفي ما يشير به الفقه الدستوري من أن القانون من عمل السلطة التشريعية . فأن هذا القول يفسر التعبير الشكلي أو المادى للقواعد القانونية دون أن ينفذ إلى ما وراء ذلك .

وفي الوقت نفسه لا ينبغي التسليم مع جيني بوجود أصول سابقة على القاعدة القانونية يتولى المشرع صنعها ووضعها في قالب القانوني . فالمشرع لا يعمل بهذا الأسلوب الهادى الذى يتصوره جيني لاستخلاص القانون من أصول واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية . وإنما يعمل تحت تأثير قوى متصارعة ، ويخضع للقوة الغالبة ، مستهدفاً تحقيق النظام والأمن . وكل ما يستطيع أن يفعله هو القيام بدور التوفيق بين هذه القوى .

(١) جيني العلم والصياغة الجزء الرابع ص ٨ .

وبذلك لا يمكن تفسير القانون في الجماعة في زمن معين إلا بتحليل القوى الخالقة له . ومن الخطأ الوقوف عند الأحداث العرضية التي صاحبت تاريخ تكوين القانون . فهي تفسر لنا مبررات تقرير القانون ، ولكنها لا تمثل الأسباب الحقيقية والعميقة لوجوده .

فالقانون عندما يوضع موضع التطبيق يحقق أغراضاً اقتصادية أو خلقية وكثيراً ما تتخذ هذه النتائج ذريعة لتبرير هذا القانون . وهكذا تستخدم النتائج والآثار أساساً وسبباً للقانون .

بينما الواقع يقتضى أن نعود إلى فترة ما وراء نشأة القانون للبحث عن أسباب وجوده (١) .

وهنا تعرض الصعوبة في إدراك السبب . وذلك أن القانون هو نتيجة اتفاق أو تصالح بين القوى المتعارضة . وكثيراً ما ينحاز رجل القانون إلى قوة معينة ، وتتأثر آراءه وتعليقاته بهذا الملل . وعندئذ يهتز ميزان العدل ويصعب إدراك معناه .

ومهما يكن من أمر ، وما دام القانون لا ينشأ عن أصول معينة ، وإنما هو عمل مصنوع ، فإن المقصود بالقوى الخالقة « كل قوة تملك فرض قاعدة ذات طبيعية قانونية » .

والقاعدة القانونية تنشأ بإرادة السلطة . وتخرج كعمل مجرد يتحدد مضمونه دون أن تذكر أسبابه . وإذا اقترن بمذكرة تفسيرية ، فهي تبين مبررات القانون ولا تشير إلى أسبابه . وفضلاً عن ذلك فإن هذه المبررات لا تطابق الحقيقة دائماً .

وقد اعتاد الباحثون في تطور التشريع النظر إلى الأحداث العرضية التي تتخذ تبريراً للقانون . ومن قبيل ذلك أن القوانين التي تصدر للتعويض

(١) ريبير المرجع السابق ص ٨٣ .

عن أضرار حرب مدمرة ، أو القوانين التي تضع القيود على الاستهلاك أو التي توسع حجم الانتاج في أعقاب أزمة اقتصادية ، تنسب عادة إلى قيام الحرب أو وقوع الأزمة . وهذا تبرير صحيح الى حد ما . ولكنه لا يمثل السبب الحقيقي للقانون .

فقد يهمل المشرع التعويض عن أضرار الحرب أو يجعله من قبيل المعونة والتفضل . كما قد يتجاهل الأزمة ويطلب الناس بتحمل متاعها . ولكن صدور القانون بتقرير مبدأ التعويض ، أو بعلاج نتائج الأزمة ينبع من أسباب مباشرة غير مجرد قيام الحرب أو وقوع الأزمة .

وكذلك أيضاً قد يتدخل المشرع مثلاً بقوانين جديدة في أعقاب أزمة المساكن . وتبرر هذه القوانين بوجود هذه الأزمة . وهذا التبرير أيضاً ناقص . إذ يقف وراء القانون اعتبارات اجتماعية تفرض وجودها وهو يخرج عادة تعبيراً عن الانتصار لقوة معينة في المجتمع .

ومن خلال هذه الأمثلة تنبئ التفرفة بين مبررات القانون . وهي مجرد أصول واقعية ، وبين الأسباب الحقيقية لصدوره . وكثيراً ما تخرج الحلول مختلفة تبعاً لاختلاف القوى المتصارعة وانتصار احداها على الأخرى .

وهنا يعيب ريبير على المذاهب الواقعية اعتدادها بالمصالح المادية فقط فمثل هذه المصالح لا تصلح وحدها لتأسيس وجود القانون . فالأفكار الخلقية لها أيضاً وزنها الذين لا يستهان به . وكذلك أيضاً القيم الدينية والمثالية بل وإن التقاليد نفسها تلعب دورها في كل دولة عريقة في الحضارة (١) .

ولعل الأفكار يكون لها أحياناً تأثيراً أقوى من المصالح المادية . كما أن المثل العليا قد تفوق العقل في قوتها .

(١) ريبير المرجع السابق ص ٨٥ . وهنا يؤكد ريبير نقده للماركسية التي انسأقت في مادة محتومة وأغفلت القيم الروحية والمعنوية .

ولا ينبغي التغاضي أيضاً عن مشاعر الكراهية والانتقام والخوف ، وكذلك الطيبة ونقاء السريرة والأخوة والتسامح ، التي تحرك الروح وتجد لها طريقاً إلى قواعد القانون . ومن قبيل هذه القواعد قوانين العقاب السياسي وقوانين العفو ، فهي تنبع أساساً من مثل هذه المشاعر .

وإزاء هذه القوى المادة والمعنوية المتنوعة تنعقد مهمة الباحث للوقوف على السبب الرئيسي للدافع إلى نشأة كل قانون .

ويتحتم ريبير حديثه عن هذا الصراع بأنه لا يفيد بأى حال تبرير انتصار القوة العاشمة أو الباطشة في أية جماعة . وإنما هو يفترض خضوع السلطة السياسية لكافة القوى القادرة على خلق القانون ، وأن القانون قد نشأ نتيجة للصراع بين هذه القوى .

ولا تصدق نظرية ريبير ، كما تبدو له ، إلا إذا أتاحت الفرصة لكل قوة في التعبير عن نفسها في نضال مشروع وشريف . عندئذ تقوم السلطة بدور التحكيم بين القوى المتصارعة .

ومن هذا كله نخلص إذن إلى ريبير يؤمن بالواقعية القانونية ويرى فيها تعبيراً عن قوى مادية ومعنوية في الجماعة .

فهو يصور القاعدة القانونية تعبيراً عن انتصار القوة الغالبة بين قوى الصراع في الجماعة . ويعهد إلى المشرع بمهمة تسجيل نتيجة هذا الصراع في شكل قانوني .

وهو من ناحية أخرى لا يضيق هذه القوى فيقصرها على المصالح المادية البحتة . ولكنه يدمج كافة القوى الخلقية والمثالية والتقاليد والمشاعر . وبذلك يقترّب من أصحاب الفكر المثالي إلى حد ما .

بل ويمكن لنا تصويره بأنه يمثل واقعية روحية ذات طابع خاص وهو ما سنشير إليه عند تقدير مذهبه .

اتجاهات القوى الخالقة للقانون : تنقسم القوى الخالقة للقانون في اتجاهاتها الرئيسية إلى قوى محافظة تشد الإبقاء على القانون القائم ، وقوى مجددة تستهدف التعبير والتعديل . وهناك إلى جنب هذا التقسيم الرئيسي ، تقسيمات فرعية ، حيث تعدد وجهات النظر في أسلوب المحافظة والتعديل (١).

ومن الملاحظ أن الطبيعة الثابتة أو الساكنة للقانون تضع أنصار الاتجاه المحافظ في مركز ممتاز ، وبوجه خاص في العصور والبيئات التي اعتدت بالعرف وعاشت محكومة بالقواعد العرفية . إذ لا يتحقق التخلي عن القانون القائم إلا باهمال متكرر للقواعد العرفية وعدم تطبيقها .

وقد تبدل الحال بعد أن انتقل زمام القانون إلى يد السلطة التشريعية . وظهرت اتجاهات جديدة تهاجم القانون المنطبق ، وتدعو إلى التغيير ، وتؤمن بتجديد النظم .

ولكن المشاهد أن السواد الأعظم من الناس يأنسون إلى القوانين التي عرفوها ، بل وإن رجال القانون أنفسهم يوصفون غالباً بطابع المحافظة لأنهم يمارسون علماً هو بطبيعته يتجه إلى الإبقاء على ما هو قائم .

ولكن الاسراف في الحرص على المحافظة يطيح بقوة القانون ويمهد الطريق للثورة . وعندئذ ينبغي ارضاء المصالح وتهدئة الخواطر باعطاء شيء جديد .

وهكذا يمكن للقانون أن يعيش وأن يستمر دون أن يتعرض للعواصف فالحياة الاجتماعية كما يقول برجسون « نظام للعادات . والعادة تفرض نوعاً من الحياة وتجيبه إلى النفس » (٢) . وعلى ضوء هذا الفهم يبقى القانون في الجماعة ويتغير في هدوء .

(١) أنظر ريبير المرجع السابق فقرة ٣١ ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) أنظر ريبير المرجع السابق فقرة ٣٢ ص ٨٨ وما بعدها .

ولعل أكثر الناس حرصاً على حماية القانون القائم هم الذى يتمتعون بمراكز ممتازة فى الجماعة . وبذلك نجد أن الدفاع عن المصالح المادية يمثل أكبر التوى .

ويرى الماركسيون أن القانون السائد فى الجماعات الغربية هو من صنع البرجوازية ومن أجل حمايتها . ويقول ريبير إن روح المحافظة ليست حكراً على من يسمون بالبرجوازين ، وإنما هى سائدة لدى كل من يحقق كسباً معيناً مهما قل قدره . وبعبارة أخرى هى موجودة عند كل من يحوز قيمة معينة فى الجماعة .

وعلى التقيض من ذلك تتمثل قوى التجديد فى الطبقات غير المالكة . وهنا نجد التطلعات الاجتماعية نحو مصير أفضل بواسطة قانون جديد . وقد ينتهى الأمر إلى إكتساب هذه المطالب طابعاً ثورياً وتحطيم النظام القانونى القائم .

وقد عاش القرن التاسع عشر فى ظل التعاليم الثورية التى نادى بها الثورة الفرنسية ، والتى حرصت أساساً على الدفاع عن الحرية بوصفها القيمة الثمينة التى اكتسبها الانسان .

ومنذ مطلع هذا القرن حلت المساواة الاجتماعية بديلاً عن الحريات الفردية والعامه التى كانت أمل الثائرين القدامى . ومن هنا انتشرت المذاهب الاجتماعية والاشتراكية بألوانها المختلفة .

٤٥ - تقدير مذهب ريبير :

هذه خلاصة مذهب ريبير فى القوى الخالقة للقانون . وقد عرضنا له بالإيجاز الذى تسمح به هذه الدراسة .

وقد ظهر لنا من دراستنا السابقة أن هذا المذهب يجمع بين الواقعية القانونية والروحية الخلقية . فهو من ناحية ينكر الأصول الثابتة والمسلمات السابقة التى تفرض وجودها على القانون . وعلى هذا النحو تمرد على القانون

الطبيعى نموذجاً مفروضاً للعدل . كما أنكر أيضاً الحتمية الاجتماعية أو الاقتصادية التى تسوق القانون فى طريق مادى محتوم .

ولكنه آمن بأن القانون ظاهرة حية تعيش فى الجماعة، وتخرج من صراع مفتوح وشريف بين القوى الكامنة فيها . وهنا نلمس الجانب الواقعى فى مذهب ريبير . فهو يرفض كل بديهية مسالمة نموذجاً للعدل . ولكنه يفتح الفرصة لكل القوى أن تناضل من أجل التعبير عن القانون . ويرى أن القاعدة القانونية تعبر عن القوة الغالبة . ويهمل التبريرات العرضية التى تقترن عادة بالقواعد التشريعية فى صورة مذكرة تفسيرية . وينفذ إلى أعماق القانون للكشف عن سببه الحقيقى بغض النظر عن المبررات التى تعتبر فى نظره أقرب إلى الأعدار .

وهو من ناحية أخرى لا يقصر النظر إلى القوى المكافحة على مجرد المصالح المادية البحتة كما تتجه إلى ذلك بعض المذاهب ، وإنما يقصد بها كل قوة قادرة على التعبير عن قاعدة ذات طبيعة قانونية . وهذه القوى تتنوع . فهى قد تكون مادية ، ولكنها قد تكون أيضاً معنوية . ومن قبيل ذلك القوى الخلقية والفكرية والمعتقدات والتقاليد والمشاعر الحية . كل هذه القوى تشترك فى صراع مفتوح وتطلق صوتها ، ويردد المشرع الصوت الأسمى من بينها .

ومثل هذا النظر يقتضى أن يكون الصراع مشروعاً وشريفاً ، بمعنى أن تنفتح الفرصة لكل قوة فى التعبير عن نفسها والنضال من أجل القانون .

ومن الواضح أن ريبير قد تأثر أساساً بمذهب اهرنج فى الكفاح من أجل القانون . وارتاح إلى هذه الواقعية التى تعبر فى نظره تعبيراً صادقاً عن السبب الحقيقى لنشأة كل قانون فى الجماعة .

ولكنه لم يقف عند هذه الواقعية البحتة . وإنما صبغها بلون خلقى يلائم الطابع التقليدى المألوف الذى اتخذه ريبير لنفسه منذ أن خرج بكتابة القيم

عن القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية . فهو يفهم القوى الاجتماعية بمعنى واسع يضم المصالح المادية والقيم المعنوية في طبيعتها الخلقية .

ويلاحظ أنه لا يجعل من هذه القوى أصولاً ثابتة ومفروضة كما هو الحال في مذاهب القانون الطبيعي أو في مذاهب الحتمية الاجتماعية أو الاقتصادية . ولكنه يضع هذه القوى في صراع مفتوح . ويرى القانون نتيجة طبيعية لانتصار قوة على أخرى . ومن هنا تختلف ألوان القانون ، وفقاً لاختلاف نتيجة الصراع في كل معركة قانونية .

ونلفت النظر أخيراً إلى أن مذهب ريبير يفترض بداية انقضاء العصر الذي كان القانون فيه تعبيراً هادئاً عن مشاعر الجماعة بواسطة العرف . فبما أن حملت السلطة السياسية في الدولة عبء التشريع ، توارى العرف وصار دوره ثانوياً أو احتياطياً . وعندئذ لم يعد من الممكن تأسيس القواعد التشريعية إلا بالوقوف على الصراع الذي يسبق خروجها إلى عالم القانون . ومن هنا تنبغى دراسة أساس كل قانون على انفراد .

مما تقدم : يمكن لنا وصف مذهب ريبير بأنه يمثل واقعية روحية . فهو واقعي لأنه ينتزع أساس القانون من انتصار قوة معينة على سائر القوى الاجتماعية الكائنة في الجماعة . وهو روجيه لأنه لا يقتصر على القوى المادية فقط ، وإنما يفتح الصراع لكل القوى وعلى وجه الخصوص للقوة الخلقية التي لا يمكن التغاضي عنها عند تكوين القاعدة القانونية (١) .

وقد ذهب البعض ، تحت تأثير إيمان ريبير بقوة الأخلاق ووجوب انتصارها تحقيقاً للمصالح العادلة واجبة الاحترام ، إلى تسمية هذا المذهب بالمدرسة النفسية . ونسبوا إليه فضل تقرير مبدأ عدم جواز التعسف في

(١) أنظر روبييه « النظرية العامة للقانون فقرة ٦ ص ٤٥ - راجع ريبير القوى الخالقة للقانون ص ٧٦ هامش ٢ .

استعمال الحق ، وعدم مشروعية الأثرء على حساب الغير بلا سبب قانونى (١) .

كما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار ريبير من أنصار الواقعية (٢) ، على أساس أنه يرفض الأصول المسلمة ويبحث فى أساس القانون الوضعى .

ويبدو لنا عدم صواب النظر إلى مذهب ريبير على أنه من المذاهب الواقعية البحتة، وإنما يجب أن يوصف بنوع من الروحية بجوار هذه الواقعية (٣) ومن الأنصاف لهذا المذهب أن نبرز فيه أن القوى التى تكافح من أجل القانون ليست مجرد المصالح المادية ، ولكنها أيضاً وبصفة خاصة القوى الخلقية والفكرية وكافة المعتقدات والمشاعر .

ومن أجل هذا ينفى ريبير عن نفسه الطابع الواقعى البحت : بل ويقول إن الواقعيين لن يقبلوه بينهم بسبب إيمانه بالتأثير العميق للأخلاق على قواعد القانون (٤) .

وهكذا ننتهى إلى أن هذه الواقعية قد تخلصت من الطابع المادى الجامد الذى تتصف به الواقعية الاجتماعية أو الاقتصادية . كما تحررت من الطابع الشكلى الذى نجده فى الواقعية القانونية عند كاسن . واتخذت لنفسها طابعاً حياً يبعث فيها الحياة .

كما أن الجانب الروحى فيها يفتح الفرصة لكل القيم الفكرية الخلقية . ولكنه يتجنب جمود القانون الطبيعى الذى يفرض أصولاً ثابتة نموذجاً للعدل فى كل بيئة وكل زمن .

(١) راجع مقال روبيه « النظام القانونى ومصادر القانون » منشور فى الدراسات المهتدة إلى ريبير الجزء الأول ص ٢٦ وما بعدها .
(٢) أنظر دى باسكييه ص ٢٥٠ فقرة ٢٧١ .
(٣) أنظر مارتى ورينو الجزء الأول فقرة ٢١ ص ٢٣ .
(٤) القوى الخالقة للقانون ص ٧٦ .

ومع هذا كله فإننا نأخذ على هذا المذهب استسلامه للصراع الذى يقوم فى الجماعة من أجل نشأة القاعدة القانونية .

إذ مهما يكن من أمراعتاده بالقيم الخلقية والفكرية بين القوى المتصارعة ، فهو يقنع فى النهاية بالنظر إلى القانون كما هو كائن ، دون أن يعبأ بما ينبغى أن يكون .

وموقف هذا المذهب يكاد يقترب ، فى تصورنا ، من موقف حكم المباراة الذى يتعمقها ويحكمها فى حياد . ثم يعلن نتيجتها دون أن يتدخل فى توجيهها .

وفى تقديرنا أنه . رغم صدق الواقعية التى آمن بها ريبير ، فهى لا تكفى لتأسيس القانون . بل وأنها لا تصلح وحدها لحماية الانسان فى الجماعة .

ومن أجل ذلك يبدو لنا وجوب الايمان بقدر معين من القانون العقلى سياجاً للانسان من أى قانون جائر . وهو ما سنعرض له فى المبحث التالى .

المبحث الثالث

الاتجاه الذى نختاره

٤٦ - قدر معين من القانون الطبيعى :

إننا لا نستطيع بأى حال إغفال دور القانون الطبيعى فى حماية الانسان . فهو يمثل فى نظرنا شيئاً مجهولاً قد يعصى على التحديد . ولكنه يعبر عن إحساس تتألف عليه القلوب قبل العقول . ونحن اليه الفرد سياجاً من أى قانون وضعى جائر . وهو بحق كما قالت أنتيجون بطلة المسرحية اليونانية القديمة لسوفوكليس « إنه ليس بقانون اليوم ، ولا بقانون الأمس ، وإنما هو قانون لا يعرف أحد تاريخ نشأته .

وإن هذا كله يقتضى فى نظرنا تخصيص دور معين للقانون الطبيعى فى القوانين الوضعية . ولا نقول بذلك إن القانون الطبيعى ينبغى أن يحكم

القانون الوضعي كله . ولكن نتطلع إلى أن يبلغ الفكر القانوني درجة من السمو يقدر به على الإيمان بقواعد للنظام العام العالمي . وعندئذ يمتنع على مشرع الدولة الخروج عنها أو التطاول عليها .

ولعل الوثيقة العالمية لإعلان حقوق الإنسان ، وهي تتضمن قدراً مشتركاً من حقوق الإنسان الأساسية ، تصلح نقطة انطلاق نحو هذا النظام العام العالمي الذي نقول به ، والذي ينبغي أن يلقي القبول لدى مختلف الجماعات .

وإن القانون الطبيعي الذي نأنس إليه هو في حقيقة الأمر القانون العقلي الذي اهتدى إليه فكر الإنسان ، ورضى به بعد تجارب مريرة وقاسية في تاريخ البشرية . وهو إلى جنب ذلك بعض المواجهات والقيم الخلقية التي تلاقت عندها الأديان السماوية . وجعلتها دستوراً للسلوك الإنساني .

ونجد بعض هذه المبادئ مقررة في الاعلان العالمي لحقوق الإنسان . وفي نظرنا أن دور الاعلان هنا كاشف عن هذه المبادئ وليس مقررأ أو منشأ لها .

ومن قبيل ذلك مثلاً المادة الأولى من الاعلان التي تقضى بأن « يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق . وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الأخاء » . واكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه (م ٣) . ولا يجوز استرقاق أو استعباد أى شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعهما (م ٤) . ولا يعرض أى إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة (م ٥) . وكل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متساوية ضد أى تمييز يخل بهذا الاعلان وضد أى تحريض على تمييز كهذا (م ٧) . واكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم

الوطنية لانصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له الترانون (م ٨) . ولا يجوز القبض على أى انسان أو حجزه أو نفيه تعسفياً (م ٩) . ولكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين فى أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل فى حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه اليه (م ٩) . ولا يعرض أحد لتدخل تعسفى فى حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو الحملات على شرفه وسمعته . ولكل شخص الحق فى حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات (م ١٢) والأسرة هى الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة (م ١٦) . ولكل شخص الحق فى حرية التفكير والضمير والدين وحرية الرأى والتعبير (م ١٨ ، ١٩) . وإلى غير ذلك من الحقوق الاجتماعية المتصلة بالعمل والضمان الاجتماعى . وتختتم هذه الوثيقة بأن الفرد يخضع فى ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التى يقرها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته وإحترامها ، ولتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام ، والمصلحة العامة ، والأخلاق فى مجتمع ديمقراطى .

هذه بعض الحقوق الأساسية التى وردت فى الوثيقة العالمية لاعلان حقوق الانسان . وهى تصلح فى نظرنا نموذجاً لقدرة معين من الحقوق والمبادئ التى ينبغى أن يستجيب اليها المشرع فى كل دولة . وهى بعد كما سبق البيان خلاصة ما اهتدى اليه الفكر الانسانى من تجارب مريرة فى تاريخ البشرية كما أنها تضم أيضاً غير القليل من القيم الخلقية التى تواضعت عليها الأديان .

وقد جاء فى الميثاق صدى واضحاً لهذه المبادئ . ففوضى مثلاً بأن الأسرة هى الخلية الأولى للمجتمع ولا بد أن تتوافر لها كل أسباب الحماية التى تمكنها من أن تكون حافظة للتقليد الوطنى مجددة لنسيجه متحركة بالمجتمع وبعه إلى غايات النضال الوطنى . وأن الحرية الدينية يجب أن تكون لها قداستها فى حياتنا الجديدة الحرة . وينبغى لنا أن نذكر دائماً أن حرية الانسان

الفرد هي أكبر حوافزه على النضال (١) . والانسان الحر هو أساس المجتمع الحر .

كما يقول الميثاق أيضاً إن الكلمة الحرة ضوء كشاف أمام الديمقراطية السليمة ، وبنفس المقدار فإن القضاء الحر ضمان نهائي وحاسم لحدودها . إن حرية الكلمة هي المقدمة الأولى للديموقراطية . وسيادة القانون هي الضمان الأخير لها . وحرية الكلمة هي التعبير عن حرية الفكر في أى صورة من صورها (٢) .

وفي موضع آخر يقرر الميثاق « إن العدل الذي هو حق مقدس لكل مواطن فرد لا يمكن أن يكون سلعة غالية وبعيدة المنال على المواطن . إن العدل لا بد أن يصل إلى كل فرد حر .

هذه بعض اشارات قليلة لما ورد في الميثاق تعبيراً عن حقوق الانسان . وهي أسس تطابق بعض ما جاء في الوثيقة العالمية لاعلان حقوق الانسان .

ومن هذا كله نستطيع استخلاص قدر من المبادئ والحقوق التي تكتسب طابع القداسة ، وتمثل حماية الانسان في كل جماعة .

٤٧ - صدق الواقعة التي قال بها ريبير .

وما دمنا نسلم بوجود قدر معين من الحقوق الأساسية للانسان ، فأنا لا ننكر صدق الواقعة التي قال بها ريبير ، وتوفيقها في التقاط السبب الحقيقي الذي يدفع القانون إلى الظهور .

فالحقيقة أننا نجد في كل مجتمع قوى متنوعة ، سواء كانت مادية أو معنوية . ويسبق كل قانون كفاح بين هذه القوى ، يسفر عن انتصار إحداها ويأتي القانون في نهاية الأمر تعبيراً عن القوة الغالبة .

(١) الباب السابع من الميثاق .

(٢) الباب السابع من الميثاق .

والذى يعيننا فى هذه الواقعية أنها توفر الفرصة لكل القوى الكائنة فى الجماعة ، ولا تنحاز لإحداها على حساب الأخرى . وإنما تترك الصراع مفتوحاً ، وتغذيه بالقيم الفكرية ، والمعتقدات والمشاعر .

ويعجبنا أيضاً فى مذهب ريبير تنديده بالمذكرات التفسيرية التى تصاحب نشأة القوانين . فهى كما يقول بحق كثيراً ما تتضمن مبررات عرضية أو أعدار لا تطابق الحقيقة ، أما السبب الواقعى فهو الصراع الذى يقوم بين القوى الاجتماعية القادرة على التعبير .

على أننا ، وكما سبق البيان ، لا نسير مع هذه الواقعية إلى نهايتها . ولا نستسلم معها فى مشاهدة الصراع وتسجيل النتيجة التى تسفر عنه .

وإنما نرى وجوب الايمان بمثل أعلى للعدل يرسم للقوى المتصارعة طريق الصواب .

٤٨ - المثل الأعلى للعدل :

لا تستطيع الجماعة أن تعيش فى معركة مفتوحة تلتقى فيها كل القوى فتل هذا الصراع ينتهى إلى نصرة القوة ذات السطوة .

وإنما ينبغى الايمان بمثل أعلى للعدل ، يتولى تقييم الواقع وإخضاعه لسلطان الفكر . ومن هنا نرى وجوب تألف الجماعة فى التعبير عن عدل معين تترسمه خطاه ، وتجعل القانون نابغاً منه .

ويبدو لنا أن مثل هذا العدل ينبغى أن يخرج تعبيراً عن إرادة الجماعة دون إهدار كيان الفرد .

ولعل صورة العدل التى نأنس إليها هى التى تستهدف الخير المشترك . فلا يجوز الاعتداد المطلق بالفرد وحده وإلا تحكمت القلة فى الكثرة الغالبة . ولا يصح الاحتفال المطلق بالجماعة وحدها . وإلا صار الفرد مجرد آلة صماء فى جهازها .

والنظام الذى يوفر العدل هو الجامع بين فكرة تبادل العدل وتوزيعه فلا يترك للأفراد تحقيق المساواة وتبادل العدل بينهم حتى لا ينتشر الظلم ولا تحتكر الدولة وحدها توفير المساواة وتوزيع العدل حتى لا ينتهى الأمر إلى السيطرة والتحكم .

بل يجب أن تنشأ القواعد القانونية من تحقيق الموازنة بين صالح الفرد وصالح الجماعة . فتوفر للفرد الحريات والحقوق التى تصون كيانه الانسانى وتكفل تحقيق العدالة الاجتماعية بالحد من شطط الفردية وتحكم القوى فى الضعيف .

ولا يمكن فى معرض الموازنة أن نحدد نصيب العدل التبادلى والتوزيعى ومقدار كل منهما . وانما نترك الأمر لظروف كل مجتمع . ومهمة القاعدة القانونية هى الوقوف عند نقطة التعادل التى تحمى الفرد وتصون الجماعة . وبذلك تتحقق فكرة الخير المشترك التى تؤمن بأن خير الفرد عائد على الجماعة وأن خير الجماعة مرتد إلى الفرد .

في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام

الدكتور على البارودي

أستاذ القانون التجاري المساعد - كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

مقدمات

« إن الوضوح الفكري أكبر مساعداً على نجاح التجربة .
كما أن التجربة بدورها تزيد في وضوح الفكر وتمنحه
قوة وخصوبة تؤثر في الواقع وتتأثر به . ويكتسب
العمل الوطني من هذا التبادل الخلاق امكانيات أكبر
لتحقيق النجاح »
الميثاق

١ - دور الفقه الى جانب المشرع :

١ - اعتاد الفقه أن يأخذ نفسه ببعض الصبر وبعض التأني وهو يتبع
خطى المشرع . بل هو يزداد تمسكاً بالصبر والتأني كلما اتسعت خطى المشرع
في مراحل التطور التشريعي السريع . وعلة ذلك أن الفقه يفضل عادة أن
ينتظر إلى أن يحين الوقت الذي يعتقد فيه أن المشرع قد استقر على أمر معين
من أمور التشريع أو أنه قد استكمل وضع الجزئيات التي يريدتها في نظام معين ،
فيبدأ الفقه بعد ذلك دوره الطبيعي في التفسير والاستنباط والتأصيل . وبعبارة
أخرى يفضل رجل القانون عادة ألا يبدأ الكلام الا حين يعتقد أن المشرع
قد فرغ من صياغة أوامره في صورتها النهائية المستقرة .

وبالرغم من أن هذه العادة قد عرضت رجال القانون في كثير من
بلاد العالم للنقد ، باعتبار أنهم من طبقة المحافظين الذين يتمسكون بالقديم
ولا يتطلعون إلى المستقبل مع سائر المتطلعين ، وأنهم ضعاف الحساسية
ازاء الجديد فلا يعترفون به الا إذا تحول إلى « قديم » ، فان هذه العادة

في ذاتها لا تتضمن خطأ ولا تكشف تقصيراً . وفهم مهمة الفقه على هذا النحو فهم سليم ليس به من بأس في الظروف العادية لمجتمع يسير سيره البطيء العادي في طريق التطور . إذ ليس من مهمة الفقه - بصفة عامة - أن يقف ازاء المشرع موقف الموجه ، أو حتى موقف السائر المجازي الذي يقيس خطواته على خطوة رفيقه فلا يتأخر عنه ولا يتقدم . دور الفقه الطبيعي هو التفسير . والتفسير يقتضي التأمل . والتأمل يقتضي بعض الانتظار وبعض التأني . بل أن هذا التأمل يتضمن في ثناياه بعض الخوف والحذر عندما يشعر رجل القانون أنه قد أصبح مكلفاً بالاعلان عن ميلاد نظام قانوني جديد . لأنه بهذا الاعلان يقرر في نفس الوقت عجز الأنظمة القديمة عن استيعاب هذا الجديد . ويتحمل في نفس الوقت مسؤولية رعاية هذا النظام الوليد حتى يكتمل له النمو .

ولذا فإن الفقيه جورج فيدل يحاول أن يدعو إلى بعض الجرأة حين يقول : « يجب ألا نخاف ، حين تقتضي الحاجة ، من اعلان ميلاد الأنظمة الجديدة ، ولا من محاولة تأصيل هذه الأنظمة بطريقة واقعية » . وكذلك يوجه الفقيه كاتزاروف ذات الدعوة حين يحاول وضع نظرية جديدة للتأميمات (1) .

والفقه حين يسمح لنفسه بهذه الجرأة التي يتخطى بها دوره الطبيعي ، أو حين يضطر إلى هذه الجرأة بعض الأحيان ، فإن ذلك يكون لظروف خاصة ، ويكون غالباً على أحد وجهين :

الوجه الأول : أن يتعجل رجل القانون الأمر ، مدفوعاً ولا شك باحساسه العام بالمسؤولية ، وبمشاركة المشاعر العامة في المجتمع المتطور ، فيحاول ، والمشرع ما زال يشق طريقه في خضم التطور التشريعي - أن يقف إلى جانبه

(1) كاتزاروف « نظرية التأميم » عام ١٩٦٠ ص ١٣٦ :

Kons. Katzarov "Théorie de la nationalisation" 1960. p. 136

يبلور له اتجاهاته ويحدد له موقفه من الطريق الذى ما زال على المشرع أن يقطعه . ويقوم رجل القانون حينئذ بدور الفدائى الذى يتعرض للمخاطرة عن طواعية واختيار . إذ أن الجهد المبذول – وقد يكون ضخماً – قد لا يودى إلى النتائج المرجوة ، إذا كشف المشرع ، وهو يشق طريقه ، عن خط سير جديد لم يكن رجل القانون يتوقعه .

ولعلنا نجد أبرز مثال حديث لذلك فى المؤلف القيم الذى قدمه الدكتور أكثم الحولى « دراسات فى قانون النشاط التجارى الحديث للدولة » فى عام ١٩٦١ قبل قوانين يوليو الاشتراكية المشهورة .

فقد كانت اشتراكيته فى ذلك الوقت تمر بمراحلها الأولى ، مرتكرة إلى ثلاثة من المبادئ الستة الى أعانتها ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ (القضاء على الاقطاع – القضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال – اقامة عدالة اجتماعية). وكانت التأميمات الأولى التى قدمها المشرع المصرى فى هذه المرحلة تحمل على وجه الخصوص طابع الحرب التى شنها ببسالة ضد الاستعمار وضد نفوذ رأس المال الأجنبى المستغل فى داخل البلاد ، وطابع العقاب الذى يصبه على رأس المال المنحرف. ويتضح ذلك بصورة واضحة من تأميم قناة السويس ومن قيام المؤسسة الاقتصادية بشراء أموال الرعايا البريطانيين والفرنسيين من الحراسة عليها ومن تأميم بعض المرافق التى كان يسيطر عليها رأس المال الأجنبى أو المستغل . وكان المشرع ما زال يثق فى رأس المال الخاص رغم أنه كان يحمل الكثير من أوزار الماضى وخلقه التى لم يستطع أن يتطهر منها فى الفترة الزمنية القصيرة التى أعقبت الثورة ، فتعاون المشرع معه فى عدد من شركات الاقتصاد المختلط . بل وتعاون معه على قدم المساواة محترماً إلى حد كبير الصلة النسبية بين مقدار الملكية ومقدار السلطة فى الادارة .

ولذلك فإن اهتمام المشرع بالتنمية الاقتصادية وبالتوجيه الاقتصادى فى هذه المرحلة ، كان يبدو للكثيرين – قبل يوليو ١٩٦١ – أشبه ما يكون بالتدخل الاشتراكى الذى تقوم به بعض الدول الغربية – وخاصة فرنسا

وانجلترا - على درجات متفاوتة ، بقصد تخفيف عيوب الرأسمالية والنظام
الفردى ، دون أن تخرج مع ذلك خروجاً واضحاً عن الاطار الخارجى
للرأسمالية أو النظام الفردى .

إلا أنه بصدور قوانين يوليو ١٩٦١ ، ثم ميثاق العمل الوطنى
عام ١٩٦٢ ، اتضحت معالم الثورة الاشتراكية فى اطارها المستقل غير
المقتبس وغير المنحاز . وظهرت أسس جديدة غيرت من الفلسفة الاجتماعية
التي تستند اليها مشروعات القطاع العام . فأصبح لما قيل قبل ذلك كله
فائدة التاريخ لمرحلة من مراحل التطور . وهى فائدة قد لا توازى ما بذل من
جهد .

٢ - أما الوجه الثانى : فهو أن الفقه قد يسمح لنفسه بأن يتحلل من
السير وراء المشرع ، وأن يرتفع إلى نطاق فلسفة القانون ، فبدلاً من أن يقدم
شرحاً أو تفسيراً لنص معين أو لمجموعة من النصوص ، فإنه يقدم فكراً
خالصاً مستمداً من مجموع التجارب والدراسات القانونية المختلفة . ويبدو
رجل القانون فى هذا الاطار الجديد باحثاً عن الضوء الذهنى الذى يكشف
به عن مظاهر الحياة فى العصر الذى يعيش فيه . هذا الضوء كثيراً ما يبدو
باهتاً أو بعيداً عن الوقائع الجزئية التي تحفل بها الحياة العملية، ولكن له على أى
حال مزايا الضوء المجرد الذى يمكن أن يستفيد به من يشاء وقتما يشاء . قد يستفيد
به المشرع وهو يبحث عن الطريق السليم ويواجه القدر على مستوى قمة الدفع
الأولى . وقد يستفيد منه القاضى وهو يحاول أن يطبق نصاً يشوبه الغموض .
بل يستفيد منه الفقه ذاته وهو يؤدى دوره التقليدى فى الشرح والتفسير .

تلك المهمة الخاصة التي يأخذها الفقه على عاتقه ، تبدو استثنائية
فى مجتمع استقرت به كل أسسه فى ظروف طبيعية واضحة ، ولم يعد فى
حاجة إلى دفع من نوع خاص أو انطلاق جديد . إذ أن الضوء الفاسفى يكون
حينئذ مجرد ترف يلجأ اليه الفقيه كلون من ألوان الرياضة الذهنية التي
لا تخلو من شبهة الاستعراض . وليس صدفة أن يلجأ رجل القانون الى هذا النوع

من الكتابة بعد أن يصل الى قمة المستوى في فرع تخصصه ، فيكتب فالين عن «الفردية والقانون» ، ويكتب جورج ريبير عن «القوى الخالقة للقانون» وعن «القاعدة الخلقية في الالتزام» وعن «أزمة الرأسمالية المعاصرة» ويكتب فرانسوا جيني عن «العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي» وعن «طريقة التفسير والمصادر في القانون الخاص الوضعي» .

ولكن الأمر يبدو على خلاف ذلك تماماً عندما يكافح المجتمع المنطلق ، في معركة مقدسة ، باحثاً عن جذوره النابعة من تاريخه وواقعه ، بين مئات النظريات المختلفة والأفكار المتباينة التي يحفل بها العالم ويختلط فيها الغث والسمين ، وعندما يقوم المشرع في ذات الوقت باجراء التجارب الحية على هذا المجتمع الحى ، متعرضاً للنجاح واللفشل ، مجرباً الصواب والخطأ ، مغامراً ، في سبيل الوصول الى الحقيقة ، بكل ما يمكن أن يتعرض له المجتمع من جراء فشل بعض هذه التجارب ، أو اكتشاف بعض أخطاء التقدير . حينئذ لا تبدو مهمة الفقيه الفلسفية في القاء الضوء — أيا كان حظه من العلم والتجربة — مهمة طبيعية فحسب ، وانما تبدو واجباً مقدساً . على الفقه حينئذ أن يقف الى جانب المشرع بكل ما يملك من فكر يحدد به معالم الطريق . بل عليه أن يكون في وقوفه هذا على جانب من انكار الذات يدفعه الى الاستمرار في التعبير عن فكره حتى ولو بدا له أن المشرع لا ينتبه اليه ولا يعنى بما يلقي اليه من ضوء .

والواقع أن هذه النقطة بالذات تستحق الوقوف عندها قليلا : ذلك أن الضوء الذى يستطيع رجل القانون أن يلقيه على مسألة أو مشكلة معينة هو بطبيعته ضوء من زاوية واحدة . ولذلك فهو ضوء لازم ولكنه بالضرورة لا يمكن أن يكون كافياً . رجل القانون يرى المشكلة من الناحية القانونية . وقد يجد لها ، بحكم تكوينه القانوني ودراساته في فرع تخصصه ، حلا معيناً يعرضه وهو مقتنع به أشد الاقتناع . ولكن ذلك يجب الا يدفعه الى أن يقدم الحل الذى توصل اليه كحقيقة مطلقة يجب أن يقبلها المشرع على أنها هي

الصواب الوحيد . فن المؤكد - خاصة في المجتمع الاشتراكي - أن هذه المشكلة ذاتها لها جوانب أخرى اقتصادية واجتماعية وسياسية متشابكة ، وقد يرتبط الحل المناسب لها بظروف متفاوتة لا تصل الى علم رجل القانون . أو هي اذا وصلت الى علمه فقد لا تأخذ مكانها السليم في تقديره . عندئذ لا ينتقص من رأى رجل القانون ولا من جهده المبذول أن المشرع قد تركه الى غيره لأسباب أخرى . وعلى رجل القانون أن يمضي الى الأمام في تأدية رسالته التي يطالبه بها المجتمع ، على قدر علمه ، وعلى قدر جهده ، دون أن يتضرر من بقاء رأيه بغير أثر . فهذه أيضاً مغامرة يتعرض لها الفقيه الذي يخرج عن دور الفقه الطبيعي على هذا الوجه الثاني .

٣ - ولا شك أن هذا العرض يدل في سياقه على أننا ننوي بدورنا أن نتذرع ببعض الجراء ، فنخرج عن دور الفقه الطبيعي في التفسير ، وعلى هذا الوجه الثاني بصفة خاصة .

والحق أننا لا نريد أن نبالغ في ادعاء الجراء . اذ لا شك أننا لا يمكن أن ننكر أن صدور قوانين يوليو عام ١٩٦١ ، ثم الميثاق ، قد جعل الطريق أمامنا واضحاً - ليس ذلك فقط ، فان نصوص الميثاق قد تضمنت ، في أكثر من موضع ، دعوة حارة الى الفكر ليساهم في البناء . ولا يسعنا الا أن نلبي . وليس أكثر تكريماً لنا وتشجيعاً مما يقوله الميثاق (١) :

«ان مسئولية الجامعات ومعاهد البحث العلمي في صنع المستقبل لا تقل عن مسئولية السلطات الشعبية المختلفة .

ان السلطات الشعبية بدون العلم قد تستطيع أن تثير حماسة الجماهير ولكنها بالعلم وحده تقدر على العمل تحقيقاً لمطالب الجماهير .

ومن هذا التصور فان الجامعات ليست ابراجاً عاجية ، ولكنها طلائع متقدمة تستكشف للشعب طريق الحياة .»

(١) الباب الثامن - مع التطبيق الاشتراكي ومشاكله .

٢ - المشروع التجارى العام بين فقهاء القانون التجارى وفقهاء القانون الادارى :

٤ - وما من شك فى أن موضوع «المشروع التجارى العام» يكاد يكون أجدر الموضوعات باهتمام الفقه على مستوى الفكر القانونى العام الذى يلقى المزيد من الضوء أمام المشرع . وما من شك أيضاً فى أن المشرع أشد ما يكون اليوم حاجة الى معونة الفقه ، على هذا المستوى ، فى هذا الموضوع بالذات .

صحيح أن المشرع قد خط بوضوح تام ، الخطوط الرئيسية للاتجاه الاشتراكى ، وأن الميثاق قد رسم بوضوح تام ، حدود تملك القطاع العام لوسائل الانتاج الأساسية ، وحدود اشتراك القطاع الخاص فى التنمية . وصحيح أنه قد صدرت بالفعل سائر التشريعات التى حولت ، عن طريق التأميم ، كثيراً من المشروعات الخاصة التى كانت تتحكم فى الاقتصاد القومى ، الى ملكية الشعب العامة ، وأن المشرع قد أرسى بعض المبادئ الثابتة ، كاشتراك العمال فى الادارة ، واشتراكهم فى الأرباح ، الا أن هذا الثبات والوضوح والقوة هى كلها فى نطاق التعبير عن ارادة سياسية للمشرع المصرى : هى ارادة تحويل المجتمع من مجتمع رأسمالى مستغل ، الى مجتمع اشتراكى تسوده مبادئ الكفاية والعدل . أما فى النطاق القانونى فان مسائل كثيرة صعبة ثارت وما زالت تثور أمام المشرع .

فعلى سبيل المثال لا الحصر : نجد مشكلة الشكل القانونى للمشروع العام . فقد تردد المشرع تردداً واضحاً بين شكل شركة المساهمة (المقتبس من القانون التجارى) وشكل المؤسسة العامة (المقتبس من القانون الادارى) فأضفى الشكلين على مشروعات من نوع واحد (بنك الجمهورية شركة - بنك بور سعيد مؤسسة) دون مبرر واضح للتفرقة . وأضاف القانونان رقم ٦٠ ورقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ تفرقة جديدة بين شكل «المؤسسة العامة» وشكل « الهيئة

العامة» وهي تفرقة لم يحسن القانونان وضع حدودها فأدت الى مزيد من اللبس (١)

كذلك نجد مشكلة الشخصية المعنوية للمشروع العام ، ومدى استقلاله عن الدولة ، ومدى مسئولية الدولة عنه - ونجد مشكلة كيفية الادارة ، ومشكلة الرقابة المخدية على المشروعات العامة . ونجد كذلك مشكلة طبيعة حق الملكية على أموال هذه المشروعات . وقد بلغ من تردد المشرع في هذا الصدد أن مشروع القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ المتعلق بالمؤسسات العامة كان يقرر أن أموال هذه المؤسسات مملوكة ملكية عامة ، وكانت المذكرة الايضاحية لهذا المشروع تذكر أسباباً تبرر اعتبار الملكية هنا ملكية عامة . ثم تغير المشروع ، فصدر القانون وهو يقرر أن ملكية المؤسسة لأموالها ملكية خاصة ، وصدرت مذكرة ايضاحية أخرى تذكر أسباباً أخرى تبرر اعتبار الملكية هنا ملكية خاصة (٢) .

٥ - وأكبر الظن أن حيرة المشرع وتردده هي الانعكاس الطبيعي لنزاع أصبح مشهوراً بين فقهاء القانون التجارى من ناحية وبين فقهاء القانون الادارى من ناحية أخرى .

فقد تنافس الفريقان على انتزاع «المشروع التجارى العام» كل منهما يريد أن يدخله في نطاق اختصاصه ، حتى يثرى هذا النطاق . وبلغت حدة هذا النزاع مبلغاً جعلت أستاذنا الدكتور فؤاد مهنا - وهو من كبار فقهاء القانون الادارى - يرمى «بالسطحية» كل من يرى اخضاع نشاط القطاع العام للقانون الخاص ولقانون التجارة بالذات (٣) . و «السطحية» صفة لا نعتقد أنها دخلت من قبل في قاموس الجدل العادى بين كتاب القانون .

(١) أنظر في نقد هذه التفرقة الدكتور أكثم الخولى «دروس في الشركات التجارية والقطاع العام» عام ١٩٦٤ ص ٣١٨ بند ٢٤٦ .

(٢) أستاذنا الدكتور محمد فؤاد مهنا «القانون الادارى العربى في ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى» ١٩٦٣/١٩٦٤ ص ٤٠٤ .

(٣) مؤلفه السابق الاشارة اليه ص ١٣ .

أيا ما كان الأمر ، فان شيئاً ما فى طبيعة هذا النزاع ، وفى موقف المتنازعين فيه ، لا بد أن يثير بعض الشك فى حقيقة الباعث عليه . هل هو حقيقة ، مصلحة «المشروع التجارى العام» كما ينبغى لهذا الباعث أن يكون؟ أم هو مجرد إثراء القانون التجارى أو القانون الادارى بموضوع جديد على قدر من الأهمية ، وهو ما يحتمل أن يكون ؟ .

ويذكرنا الباعث على هذا النزاع الحاد بمنطق «الدكتور كنوك» فى المسرحية العالمية التى تحمل هذا الاسم . وهى قصة مشهورة موجزها أن الدكتور كنوك هذا قد نزل طبيباً فى قرية هجرها كل الأطباء ، بعد أن اشتهر عن أهلها قوة البنية وموفور الصحة ، والزهد فى خدمات الطبيب الى حد اغلاق العيادة الوحيدة فى القرية . ولكن الدكتور كنوك مضى - عن طريق الايحاء - يوهم كلا منهم بمرض ، ويفريهم بالعلاج مجاناً ، حتى حولهم جميعاً الى مرضى لا يرحون الفراش . وأرقه العمل حتى كاد أن يقع هو الآخر مريضاً . فلما سئل عن مصلحته فى ذلك قال «انها ليست مصلحتى الخاصة كطبيب هى ما أسعى اليه ، وليست مصلحة أهل القرية بطبيعة الحال ، فالأهم عندى من هذا وذاك هى مصلحة مهنة الطب !» .

ونحن نستبعد أن يكون منطق الدكتور كنوك قد سيطر على الفكر الواعى لفقهاء القانون التجارى والادارى ، الذين يتنازعون بهذه الحدة والحماسة حق ضم نظام المشروع العام الى «مهنة» التجارى أو «مهنة» الادارى . ليس فقط لأنه منطق خاطيء هزلى فى جوهره ، وانما لأنه على الأخص منطق شديد القسوة بنا ، نحن «أهل القرية» . ان نجاح المشروع العام هو حياتنا وأملنا فى مستقبل مشرق ، وتقدم الانتاج ضرورة وليس ترفاً . وهو - كما يقول الميثاق - المقياس الحقيقى للقوة الذاتية العربية «تعويضاً للتخلف واندفاعاً للتقدم ، ومقدرة على مجابهة جميع الصعاب والمؤامرات والاعداء وقهرهم وتحقيق النصر فوق شرادهم المنحدره . ثم أن هدف مضاعفة الدخل القومى مرة على الأقل كل عشر سنوات ليس مجرد شعار ، وانما هو ، كما يقول

الميثاق أيضاً، حاصل صحيح لحساب القوة المطلوبة لمواجهة التخلف والسبق الى التقدم مع مراعاة التزايد في عدد السكان» .

فالتضحية ، في هذه الظروف الصعبة ، بمستقبل المشروع العام الذي تتعلق به آمال شعب طال حرمانه ، في سبيل اثناء فقه القانون التجارى أو فقه القانون الادارى ، أمر لا يمكن أن يقبله رأس بداخله ذرة عقل . وانما العكس هو الأقرب الى المعقول ، والعكس هنا هو أنه حيث نجد مصلحة المشروع التجارى العام ، وحيث نعر على القاعدة التى من شأنها أن تؤدى به الى النجاح ، فان أية مصلحة أخرى لا بد أن تتنحى ، وأية قاعدة أخرى لا بد أن تخلى الطريق ، حتى ولو ترتب على ذلك أن يضمحل القانون التجارى وينهار ، أو أن يضمحل القانون الادارى وينهار ، بل حتى ولو ترتب على ذلك أن يضمحلاً معاً وينهارا على السواء ! .

وذلك كله يبدو لنا بديهياً لا يحتاج حتى الى جهد التبرير . ولا نعتقد أن أحداً يمكن أن يجادلنا فيه سواء أكان ينتمى الى القانون التجارى أو الى القانون الادارى .

واكننا مع ذلك لا نستبعد أن يكون منطق الدكتور كنوك الخزلى قد تغلغل - عن غير وعى - في نفوس الكثيرين من الذين يتخصصون في شأن «المشروع التجارى العام» . ولعل ذلك هو أخطر ما فى الموضوع ، اذ أن مثل هذا التغلغل الدفين (الذى يعد أسوأ عيوب التخصص) لا يكون من السهل التخلص منه والانتباه اليه ، حتى اذا أخرجه صاحبه الى منطقة العقل الواعى وتنبيه اليه فى فترة من فترات الصحو . ولذلك فان التغلغل على هذا الخطر لا يكفى فيه مجرد الانتباه فى بداية الأمر ، وانما هو يتطلب على الأخص أن يستمر هذا الانتباه من البداية الى النهاية .

وبديهي أن منطق الدكتور كنوك المتغلغل على هذا النحو لا يأتي سافراً وانما متسللاً الى ذهن الفقيه الباحث كالجراثيمة الخبيثة ، فيفسد نقطة البداية فى البحث ، بحيث يبدأ بالاجابة قبل أن يضع السؤال . وبعبارة أخرى فان

الفقيه المصاب بجرثومة الدكتور كنوك يبدأ بحثه بأن يقرر أولاً بأن القانون التجاري - أو الإداري - هو الأصلح لتنظيم المشروع العام . ثم يحاول بعد ذلك أن يحشد الحجج والأدلة - التي لا بد أنه سوف يجد منها الكثير - في تدعيم هذه القضية المحكوم فيها منذ البداية . وعندما ينتهي به الأمر الى هذا الحد يطمئن الفقيه الى أنه قد أبلى في خدمة المشروع العام خير البلاء ، بينما يكون في حقيقة الأمر قد ترك غالبية مشاكله الموضوعية الجديدة دون أى علاج .

ولست هذه على التحقيق هي نقطة البداية السليمة . فالبحث يبدأ دائماً بسؤال : ما هي المشكلة ؟ أو على الأقل ما هي المسألة ؟ وعندما يضع الباحث مسألته موضعها الصحيح فانه يجب أن يعتد بما تختص به من عناصر جديدة أو ظروف خاصة . عندئذ فقط يكون قد تهيأ للوصول الى الحلول الموضوعية المناسبة . ولا يأتي دور التأصيل ووضع هذه القواعد في فروع معين من فروع القانون الا في نهاية البحث وعلى سبيل استكمال الشكل أو الاطار الخارجي المناسب .

في نظرنا أن هذا هو الاسلوب السليم في البحث ، بغض النظر عما يمكن أن يكون نصيب الباحث من التوفيق في العثور على الحلول الموضوعية السليمة . ومع ذلك فان الكثيرين ممن تناولوا هذا الموضوع الهام ، لم يسلكوا هذا السبيل ، وبالغالب لا نعتقد أنهم وصلوا فيه الى شيء جديد .

٦ - ولنبداً بفقهاء القانون التجاري (١) :

موجز ما يؤكدونه بهذا الصدد هو أن المشروع العام يجب أن يخضع للقانون التجاري بصفة عامة ، ثم على وجه الخصوص في علاقاته مع العملاء . وتبرير هذا الحكم يختلف : فاذا كان المشروع العام قد اتخذ شكل شركة المساهمة فالأمر سهل ، اذ أن هذا الشكل ينتمي الى القانون الخاص ، فكأن

(١) يكاد يجمع فقهاء القانون التجاري في مصر على تقديم هذه الحجج في مؤلفاتهم العامة التي تتناول دراسة « المشروع العام » بعد دراسة الشركات المساهمة .

المشرع قد عبر عند اختياره لهذا الشكل عن رغبته في إخضاع المشروع العام لقواعد القانون الخاص . ليس ذلك فقط ، فان كثيراً من النصوص التشريعية تكشف اتجاه المشرع الواضح الى أن يظل المشروع المؤتم متبعاً لأسلوب الادارة وخاضعاً لنفس الأحكام التي كان يخضع لها قبل التأميم . ثم أنه حتى عندما يختار المشرع شكل المؤسسة العامة (الذي هو من أشكال القانون العام) فان طبيعة نشاط المؤسسة هو الذي يجب أن يحدد القانون الواجب التطبيق . وليس ثمة ما يمنع من تطبيق القانون التجارى اذا باشرت المؤسسة نشاطاً تجارياً ، اذ هي على أى حال تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الدولة . وكونها شخص معنوى عام لا يغير من الأمر شيئاً لأنها تهدف الى تحقيق الربح كما تهدف اليه المشروعات الخاصة ، لا سيما وأن الصفة التجارية للعمل لا تستمد أساساً ، في القانون المصرى ، من صفة القائم به بل من طبيعة العمل ذاته ، اذ المعروف أنه يستند الى النظرية المادية (العمل التجارى) لا الى النظرية الشخصية (حرفة التاجر) .

ولا يغير من هذا الحكم أن أرباح المؤسسة ليست معدة للتوزيع ، وأنها تووّل الى الخزانة العامة ، اذ أن العبرة هي بقصد الربح دون الاعتداد بالتخصيص اللاحق الذى يمكن أن توجه اليه هذه الأرباح .

هذا الى أن أسلوب الادارة التجارية هو أصلح الأساليب المناسبة لادارة المشروع التجارى العام . ويتمول بعض رجال القانون التجارى فى ذلك عبارة أصبحت ذاتة ، مضمونها أن المشرع لم يكتف بتأميم ملكية الرأسمالين ، وانما انتزع كذلك أسلوبهم الناجح فى الادارة المربحة .

وقد اضطر التجاريون - فى سبيل ضم المشروع العام حتى ولو اتخذ شكل المؤسسة العامة - الى أن يغيروا موقفهم القديم من هذه المؤسسات . فقد كانوا فيما مضى - عندما كان النشاط التجارى لهذه المؤسسات ضئيلاً واستثنائياً - يقررون أن هذه المؤسسات لا تكتسب - رغم نشاطها ذاك - صفة التاجر ، لأنها من أشخاص القانون العام ، ومن ثم لا ترتب فى شأنها

الآثار التي يرتها القانون التجارى على اكتساب صفة التاجر . فقد عادوا يقررون آخر الأمر أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكتسب الشخص المعنوى العام كالمؤسسة ، صفة التاجر ، ولا من أن تترتب آثار هذه الصفة كاملة بالنسبة له . اللهم الا أثر واحد فقط ليس له أهمية عملية خاصة وهو شهر الافلاس عند التوقف عن دفع الديون التجارية . ف شهر الافلاس يتضمن من التجريح ما يجب أن تسمو المؤسسة – الشخص المعنوى العام الذى يتمتع بجزء من السلطة العامة – عن أن تتعرض له حتى إذا هى توقفت عن دفع ديونها .

بل أن التجاريين الذين كانوا قد بدأوا يميلون الى القول بضرورة الأخذ بالنظرية الشخصية كأساس للقانون التجارى وفقاً لما أخذت به التشريعات الحديثة ، كالتشريع الألماني منذ ١٨٩٧ والتشريعين السويسرى والايطالى منذ ١٩٤٢ (وهى التشريعات التي تجعل القانون التجارى قانون حرفه وتستند الى صفة التاجر) ، قد عادوا مرة أخرى يميلون الى التمسك بطبيعة النشاط ذاته أيا كانت صفة من يباشره . ولا يخفى أن هذه العودة الهادئة تهدف في حقيقة الأمر الى ضم النشاط التجارى للدولة داخل نطاق القانون التجارى دون عقبات . فالنظرية المادية – كوعاء – أقدر بغير شك على استيعاب هذا النشاط ، من النظرية الشخصية . ولذا فقد اقترح البعض – امعاناً في تأكيد ارتباط القانون التجارى بطبيعة النشاط لا بشخص القائم به – تسميته بقانون الأعمال (Droit d'affaires) أو بالقانون الاقتصادى (١) .

(١) أنظر تفصيل ذلك في مقال فان رين Van Ryn في المجلة الفصلية للقانون التجارى عام ١٩٥٣ ص ٥٦٥ بعنوان :

(Autonomie nécessaire et permanence du Droit Commercial)

ويحاول فيه المؤلف أن يؤكد صلاحية القانون التجارى في كل نظام سياسى أيا كان ، باعتباره قانون الأعمال وقانون كل نشاط اقتصادى (ص ٥٦٨) فهو يتعلق حتى في روسيا . ويرى الجمع بين النظريتين الشخصية والمادية بل وهجر هذه التفرقة الكلاسيكية بين النظريتين (ص ٥٧١) ويؤكد ضرورة تطبيق القانون التجارى على المشروع التجارى العام استناداً إلى أن الربح ليس هو الأساس الوحيد للقانون التجارى (ص ٥٧٣) .

٧ - وأياً ما كان مقدار الاخلاص أو الصدق في هذه الأدلة وغيرها مما يجرى مجراها فلا شك أن المشكلة كلها تظل قائمة بعد هذا الكلام مثلما كانت قائمة قبله . بل اننا نخشى أن يكون الموقف قد أصبح أكثر سوءاً لأن تطبيق أحكام القانون التجارى القديم على واقع جديد « كالمشروع التجارى العام » سوف يودى الى تفاقم المشكلة القائمة .

ولا جدال لدينا - ولا جدال أيضاً لدى الغالبية من المهتمين بهذا الموضوع - في أن المشروع العام واقع جديد يتطلب نظاماً جديداً مناسباً من سائر الوجوه . فالمشروع العام في مصر يستند الى أساس نظرى جديد لم يكن موجوداً من قبل . هذا الأساس النظرى الجديد له مقتضياته كما أن له انعكاساته التي لا يمكن تجاهلها . ثم أن نوع النجاح الذي نتطلبه للمشروع العام يختلف عن نوع النجاح الذي كان يتمناه الرأسمالى القديم لنفسه أو لمشروعه الخاص . ومن ثم فإن الوسائل التي نصل بها الى النجاح قد تختلف . اذن لا بد من نظام جديد . لا بد من نظام جديد يوضع بحملته وتفصيله موضع البحث والاعتبار . أما اذا أصررنا على تطبيق القواعد القديمة على المشروع العام ، فانه حينئذ يصدق فينا قول الفيلسوف الفرنسى بول فاليرى « ان الانسان يحاول عادة أن يدخل في المستقبل وهو يرجع بقدميه الى الوراء » .

وسوف نعرض لذلك ببعض التفصيل خلال فصول هذا البحث ، إلا أنه لا بأس من مجرد الاشارة هنا الى بعض الأمثلة :

فلنأخذ مثلاً مسألة شكل المشروع العام : لقد أخذ المشرع المصرى بشكل شركة المساهمة في غالبية المشروعات المؤممة . هل معنى ذلك أن المشرع قد اختاره لأنه أفضل الأشكال التي تناسب المشروع العام ؟ ثم هل هو بالفعل أفضل الأشكال ؟ لا هذا ولا ذاك . فالحق أنه لم تكن أمام المشرع المصرى فرصة الاختيار لأنه لم يجد أمامه الا هذا الشكل حين أراد أن ينقل الشركات الخاصة الى القطاع العام . وظروف التأمين - كما نعلم جميعاً - لم تكن تسمح

بالانتظار الى حين البحث ثم العثور على الشكل المناسب الجديد . ولا يمكن لذلك أن يؤخذ المشرع بما اضطر اليه في ظروف لا تحتمل الانتظار ، فنستند الى أنه قد اختار حيث لا خيار .

ثم هل شكل شركة المساهمة يعد في ذاته شكلا مناسباً ؟ ان الكاتب الفرنسي جان دنيس بريدان يخصص مئات الصفحات في رسالته المقدمة عام ١٩٥٧ عن «المشروع العام وشبه العام والقانون الخاص» (١) لنقد شكل شركة المساهمة كإطار للمشروع العام في فرنسا ولبيان التعقيدات التي لا آخر لها والتي نشأت في التطبيق عن افتراض وجود جمعية عمومية لمساهمين لم يعد لهم وجود ، وعن تخيل علاقات تبعية أو رقابة بين هيئات إدارة أصبحت كلها تحت سيطرة شخص واحد . ونحن لا نرى حاجة الى عرض كل صفحات بريدان لأننا لا نشك في فساد هذا الإطار المستعار . ونؤمن بصفة عامة بأن الافتراض في القانون هو أول درجات الوقوع في الخطأ . فالخيلة القانونية أو الافتراض القانوني ينشأ عادة لغرض معين محدود ينسى بعد حين يطول أو يقصر ، ثم تبدأ بعد ذلك حلقات التورط في نتائج أخرى أبعد من هذا الغرض الأول : تورط ثم خلط ثم غموض وتعقيد يصعب الخلاص منهما .

ولا بأس من مثال لا نلجأ فيه الى بريدان وأمثله الكثيرة ، وإنما الى القانون المصري رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ المتعلق بالمؤسسات العامة . فالمادة ٢٥ من هذا القانون تعطي لمجلس إدارة المؤسسة العامة برئاسة الوزير المختص كل سلطات الجمعية العمومية للمساهمين المنصوص عليها في القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بالنسبة للشركات التابعة لها . ولا يقتصر الأمر على سلطات الجمعية العمومية العادية بل أن لها بنفس هذا النص سلطات الجمعية العمومية غير العادية في الادمج والتحويل وتعديل رأس المال . . . الخ ومع ذلك فإن من أول وأبسط حقوق الجمعية العمومية العادية للمساهمين

Jean-Denis Bredin "L'entreprise semi-publique & publique et le Droit (١) Privé" thèse Paris 1957.

في شركة المساهمة هو حقها في عزل المديرين الذين هم وكلاؤها وحدها . بل ان حق الجمعية العمومية العادية في عزل المديرين متعلق بالنظام العام فلا يجوز حرمانها منه ولا حتى بنص صريح في نظام الشركة . فهل نطبق نص المادة ٢٥ فيما يتعلق بهذا الحق ، فنسمح لمجلس ادارة المؤسسة بأن يعزل أعضاء مجلس ادارة شركة القطاع العام الذين سبق تعيينهم بقرار من رئيس الجمهورية ؟ واذا أجبنا بالنفي فكيف نظمنا بعد ذلك الى الالتجاء الى المادة ٢٥ هذه في أى حق آخر من حقوق الجمعية العامة للمساهمين ؟ .

من المؤكد أن المشروع التجارى العام ليس شركة مساهمة . ومن ثم فبديهي أن الباسه رداء شركة المساهمة هو مجرد افتراض ، وبالتالي فهو خطأ ، وكل ما يمكن أن يبني على ذلك الخطأ لا بد أن يكون امعاناً في الخطأ واسرافاً في التعقيد .

٨ - ثم أن الذين يرون ضرورة اقتباس سائر وسائل الادارة التجارية ونقلها كما هي الى المشروع التجارى العام حتى يتحقق له ما كان يحق له رجل الأعمال القديم من نجاح ، يستعملون منطقاً يبدو في ظاهره سليماً . إلا أن هذا المنطق يعيبه أن جزئية لازمة قد سقطت من الحساب رغم أنها على درجة هائلة من الأهمية : تلك الجزئية هي أن الذى يدير المشروع العام الجديد «موظف» وليس «رجل أعمال» . ومن ثم فانه ينبغي ، لكي تنضبط القضية المنطقية ، أن يتحول هذا الموظف الى رجل الأعمال القديم الذى كان يحسن استعمال الأساليب التجارية ، والذى كان - مدفوعاً بغريزته الأزنية في الاقتناء - يبذل في سبيل الحصول على المليون الثانى أضعاف ما يبذل في سبيل الوصول الى المليون الأول ، والذى كان يموت عادة على مكتبه بالسكينة القلبية وهو يحاول الحصول على المليون الثالث ، فيخلفه ولده لكي يعاود عملية الفداء الرهيبة في سبيل زيادة الربح وزيادة الاقتناء .

مثل هذا الدافع الذاتى الذى يستند مباشرة الى غريزة من أقوى غرائز الانسان ، هو الذى كان يجعل الرأسمالى القديم يحسن استعمال الأساليب

التجارية ويحقق النجاح ثم المزيد من النجاح . وعملية تحويل «الموظف» الى شيء شبيه بهذا الرأسمالى فى الاخلاص لهدف المشروع هى من بين أهم مشكلات القطاع العام . اذ من البديهي أن هذا التحويل لا يتم بمجرد وضع الموظف فى مكتب المدير القديم المكيف الهواء ، ولا فى اعطائه امتيازات الرأسمالى السابق . وانما لابد أن تتم عملية تحول داخلى ضخيم . لابد من إيجاد البديل لهذا الدافع الذاتى المستند الى الغريزة . لابد أن يدخل فى جوف هذا «الموظف» خليط جديد من الخلق ، والوعى الاشتراكى ، والكفاءة التجارية ، والاحساس بالمسئولية الشخصية . وهو خليط لا يمكن أن يوجد من تلقاء نفسه ، وانما تساهم فى خلقه - الى جانب أشياء أخرى كثيرة - القواعد الجديدة للمشروع التجارى العام .

ثم أنه لاشك تعرض هنا مشكلة رقابة لازمة لأنها فى الجوهر رقابة صاحب المال ، رقابة الشعب . فالرأسمالى القديم كان حراً فى التصرف لأن أضرار هذا التصرف لم تكن تتعداه . فليخطيء كيف شاء وليفلس اذا أراد فلن يضر ذلك أحداً غيره وغير القلة الضئيلة ممن منحوه الأتمان . أما أخطاء مدير المشروع العام فانها تضرنى وتضرك وتضر سائر أفراد المجتمع . لا مناص اذن من رقابة حازمة مركزة لطمأننة أولئك الذين وضعوا كل آمالهم فى مستقبل القطاع العام .

٩ - وأخيراً فانه ليس صحيحاً أن قصد الربح بالنسبة للمشروع العام هو بنفسه قصد الربح فى النظام الرأسمالى القديم . وليس صحيحاً أن كل الاختلاف يكمن فى أن الأرباح أصبحت تؤول الى الخزانة العامة . مثل هذا القول يصدق فى نظام «رأسمالية الدولة» ولكنه لا يصدق على الإطلاق فى نظام يقوم على «اشتراكية الشعب» .

إن الأساس النظرى للمشروع العام فى مصر الاشتراكية يختلف تمام الاختلاف عن الأساس النظرى للمشروع العام فى بلد كفرنسا مازال يعيش - رغم التأميات - فى الاطار العام للرأسمالية الحرة . فدولة كفرنسا مثلاً تحتكر

منذ أمد بعيد انتاج وتجارة الدخان والكبريت وتحقق ما نشاء من الربح من وراء هذا الاحتكار لكي تضيفه كمورد خصب الى الخزانة العامة . لا جدال في أن قصد الربح الذي يقترن بهذه العملية هو نفسه قصد الربح الذي يمكن أن يعتمل في صدر أى محتكر آخر بغض النظر عن كيفية التصرف في الربح بعد تحقيقه .

أما بالنسبة للمشروع العام في مصر فالأمر مختلف . ان التغيير الذي حدث ليس تغييراً لاحقاً على تحقيق الربح ، وانما هو تغير في صميم القصد نفسه . قصد الربح ذاته قد اقترن بأشياء جديدة غيرت من جوهره القديم . ويمكننا منذ الآن أن نذكر منهما شيئين واضحين :

(أولاً) خضوع هذا القصد لمقتضيات التخطيط الانتاجي العام .

(ثانياً) تقييد هذا القصد بالمصلحة العليا للمجتمع الاشتراكي .

وليس هذا هو كل شيء . ان كل الأساس النظرى الاشتراكي الجديد يمكن مباشرة وراء المشروع العام . وينبى على ذلك أن مقياس نجاحه لا يكون بمدى ما يحققه من ربح مادي ، وانما بمدى أدائه لدوره المرسوم في ظل هذا الأساس النظرى الجديد . وهو دور قد يتطلب منه بالفعل تحقيق الربح ، وقد يتطلب منه انتاج قدر معين أو مستوى معين من السلعة ، أو يتطلب منه أى شيء آخر يخدم الخطة العامة على النحو المرسوم .

وهذا هو ما يدفعنا الى أن نخصص الفصل الأول من هذا البحث لدراسة الأساس النظرى للمشروع العام في مصر . اذ هو ولا شك الاطار الطبيعى لقواعد المشروع التجارى العام .

١٠ — أما فقهاء القانون الادارى ، فانهم ليسوا — على التأكيد —

أكثر توفيقاً من رجال القانون التجارى في دعاوهم بالنسبة للمشروع العام رغم عنف هذه الدعاوى .

فقد وصل الأمر ببعضهم الى درجة تشبه ما يسميه علماء النفس «بالأفعال المنعكسة اللاارادية» ، بحيث اذا نطقت لهذا البعض بكلمة «المصلحة العامة» على أى نحو كان ، انطلق يقول «اذن ينطبق القانون الادارى» . ويصل فقيهه فرنسا الكبير الأستاذ فالين الى حد جعل المنفعة العامة (l' utilité publique) هى الأساس المباشر للقانون الادارى (١) رغم اتساع وعموض مثل هذا الأساس . والواقع أنه لا بأس أن تكون المصلحة العامة أو المنفعة العامة أساساً للقانون الادارى . الا أنه لا جدال فى أن شيئاً ما فى نفوس الكثيرين من رجال القانون الادارى يوحى اليهم بأن هذا الفرع من فروع القانون هو الوحيد الذى يمكن أن يحقق المصالح العامة على اختلافها . ومن ثم فانه يتعين ، فى نظر هؤلاء البعض ، أن ينطبق القانون الادارى وحده ، كلما لاحت فكرة المصلحة العامة من قريب أو بعيد .

ولا شك أن أول ما يخطر ببالنا — نحن الذين لا ننتمى الى فقه القانون الادارى — ازاء هذا الزعم الهائل ، هو أن نحاول النظر الى داخله حتى نتبين هذا الكنز من القواعد التى تحقق كل المصالح العامة على السواء .

ولكننا مع ذلك لا نجد شيئاً كثيراً . فقد نشأ القانون الادارى نشأة متواضعة (٢) ، على اكتاف مجلس الدولة الفرنسى وفريق من الفقهاء خلال القرن التاسع عشر . وظهرت مبادئه فى حقيقة الأمر ثمرة محاولات ناجحة لاجتاد اختصاص مستقل لمجلس الدولة الذى أنشأته حكومة القناصل بصفته مجلس حكومة ومحكمة ادارية خاصة لانتفذ أحكامه الا بعد تصديق رئيس الدولة ، الذى كان له مطلق التصرف فى مصير هذه الأحكام . ومعنى ذلك أن الادارة كانت هى الخصم وهى المشرع وهى الحكم ، وليس ذلك بغريب على نابليون . الا أنه تصادف أن كان مستشارو مجلس الدولة الأول على قدر

(١) مؤلفه فى القانون الادارى : " Traité Elementaire de Droit Administratif "

الطبعة السادسة ص ٣٠٧ .

(٢) « والبداية المتواضعة » هو تعبير الدكتور سليمان محمد الطهاوى « مبادئ القانون

الادارى » الطبعة الخامسة ١٩٦٣ ص ٤٠

من اللباقة والحكمة بحيث استطاعوا أن يشقوا لأنفسهم - بمعاونة الفقه - طريقاً وسطاً يحمي مصالح الأفراد دون أن يغضب الإدارة . وتمكن مجلس الدولة ، بمعاونة الفقه على هذا النحو ، أن يمضي في اقرار بعض المبادئ القضائية الصالحة التي تهيء حماية معقولة للأفراد ، والتي تنفذها الإدارة مع ذلك راضية دون اعتراض (١) .

وطبيعي أن هذه المبادئ القضائية الأولى استندت أول الأمر الى قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة ، ولم تكن تخرج على هذه القواعد الا استثناء وبالقدر الذي يصدر فيه المشرع قواعد خاصة واجبة التطبيق في نطاق معين . « وكان لا بد من جهد وعناء حتى يقوم القانون الإداري كقواعد مستقلة مغايرة للقانون المدني » (٢) وقد أثمر هذا الجهد المشترك بين مجلس الدولة والفقه عدة استثناءات خاصة ترد على قواعد القانون المدني وان كانت تستند الى « تكنيك » القانون الخاص ومبادئه ، وتبرر اختصاص القضاء الإداري (مجلس الدولة) . هذا بينما ظل النظام الانجلو سكسوني يطبق القواعد المدنية العادية على الإدارة في علاقاتها بالأفراد . « ولعل الدافع على ذلك هو اعتقادهم بأن في انشاء قواعد خاصة تهديداً لحريات الأفراد ومساعدة للإدارة في الاعتداء على حقوقهم » (٣) ، ولا يبدو على « المصلحة العامة » في النظام الانجلوسكسوني أنها قد تعرضت لضرر خاص من جراء غياب القانون الإداري .

أيا ما كان الأمر ، فقد تبلورت في نطاق القانون الإداري الفرنسي عدة مبادئ جديدة ، منها مثلاً حق الإدارة في تعديل عقودها بارادتها المنفردة ، اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . ومنها أن يكون الموظف في مركز

(١) ولذا فان القانون الإداري لم يكتمل بصورته هذه الا في فرنسا وحدها . وهو مرتبط

بتاريخ فرنسا على وجه الخصوص : الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ١٢ بند ٢ .

(٢) زميلنا الدكتور مصطفى أبو زيد « الوجيز في القانون الإداري » الجزء الأول ١٩٥٧

ص ١٢ ؛ أنظر كذلك الدكتور سليمان محمد الطماوي المرجع السابق ١٢ وما بعدها .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد - المرجع السابق ص ١٢ .

قانونى لا فى مركز تعاقدى ، ومنها اطلاق يد السلطة الادارية فى التصرف عند الظروف الاستثنائية ، ومنها ضرورة استمرار الخدمة فى المرافق العامة التى تشرف عليها السلطة الادارية مما يقتضى حرمان عمال هذه المرافق من حق الاضراب ، ومنها حق الادارة فى التنفيذ المباشر على أن تقوم بتعويض المضرور اذا تبين خطؤها ، ومنها تمتع أموال الادارة بحماية خاصة ما دامت مخصصة للنفع العام .

وقد كان من الطبيعى أن يبحث فقهاء القانون الادارى عن أساس قانونى يضمن لهذا القانون الحديث النشأة ، كياناً مستقلاً عن القانون الخاص الذى ارتكز وما زال يرتكز عليه . وظهرت هذه الحاجة بصورة أوضح عندما تبين أن الادارة كثيراً ما تتنازل مختارة عن تلك الميزات الاستثنائية التى يمنحها لها القضاء الادارى ، إما لأنها فى غير حاجة اليها ، أو لأنها تجد وسائل القانون الخاص هى الأنسب ، أو للأميرين معاً فى غالب الأحيان . عندئذ لا يجد القضاء الادارى مبرراً لاختصاصه دون المحاكم العادية .

وقد اختلف فقهاء القانون الادارى حول هذا الأساس اختلافاً تميز له أركان هذا القانون على فترات دورية نسمع خلالها بعض رجال القانون الادارى أنفسهم ينادون بالغائه ياساً من العثور على أساس سليم مقنع . وهم يرددون مبدئياً بين أساسين : أساس السلطة العامة ، وأساس المرفق العام . وقد بدأوا بالنظرية الأولى ثم انتقلوا الى الثانية منذ عام ١٨٧٣ (١) ثم عادوا الى الأولى ثم رجعوا الى الثانية . ولا يمنع هذا من امتداد الخلاف بحيث انقسموا الى مدرستين : مدرسة المرافق العامة ومدرسة السلطة العامة (٢) وقد لقيت نظرية المرافق العامة نجاحاً كبيراً وانضم اليها غالبية الفقهاء فى

(١) وذلك بحكم Blanco الشهير الذى أصدرته محكمة التنازع فى ٨ فبراير ١٨٧٣ وهو منشور فى سيرى ١٨٧٣ - ٣ - ص ١٥٣ .

(٢) فن مدرسة السلطة العامة الفقهاء ديكروك ولافاريير وبارتلمى . ومن مدرسة المرافق العامة الفقهاء دوجى وجيز وبونار - راجع للتفصيل - الدكتور سليمان الطاوى ص ٣٤٨ (المرجع السابق) والدكتور مصطفى أبو زيد ص ٢٥ .

فرنسا وفي مصر ، اذ حددت معياراً للترقية بين المرافق العامة الادارية وينطبق عليها القانون الادارى وتخضع للقضاء الادارى ، وبين المرافق العامة التجارية والصناعية ، وهى تلك التى تقوم بنشاط مشابه لنشاط المشروعات الخاصة التجارية والصناعية وتعمل فى ظروف مشابهة لهذه المشروعات الخاصة ومن ثم تخضع للقانون الخاص ولاختصاص المحاكم العادية .

ولكن هذا الأساس مالبث أن تعرض لأزمة عنيفة سواء فى فرنسا أو فى مصر ، وذلك بمناسبة التأميمات المتوالية واستمرار تدخل الدولة فى النشاط التجارى الصناعى عن طريق خلق المشروعات العامة ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، مما جعل معيار التفرقة بين المرفق الادارى والمرفق التجارى يهت وينطس (١) .

وقد انتاب اليأس كثيراً من الفقهاء . منهم على وجه الخصوص الأستاذ الفرنسى الكبير ريفرو . فقد كتب مقالا هاماً عن «نظام المشروعات المؤتممة وتطور القانون الادارى» (٢) ، يقرر فيه أن كل النظريات الكلاسيكية فى القانون الادارى كانت معيبة من قبل ، وأن ظهور المشروعات العامة لم يكن له الا فضل الكشف عن هذه العيوب التى كان يتعين أن نشعر بها منذ سنوات طوال . ويرى ريفرو أن هذا الجدل الدائر حول «المشروع العام» قد كشف مدى نغوض فكرة المرافق العامة . ويؤكد أن هذه النظرية قد فقدت فائدتها الأساسية وهى اعتبارها معياراً لاختصاص القضاء الادارى

(١) أنظر على وجه الخصوص : دراجو «أزمة المرافق العامة» ١٩٥٠ ؛ ودى كوراي «أزمة النظرية القانونية للمرفق العام فى القانون الادارى الفرنسى» ١٩٥٤ ؛ وجورج فيدل : مقال عن «أسلوب التأميم» بمجلة القانون الاجتماعى Droit Social ١٩٤٦ ص ٩٣ ، وهو يرى أن فكرة المرفق العام أوسع من نطاق القانون الادارى لأن الاستثناءات إذا زادت عن حد معين فأنها لا تؤكد القاعدة وإنما تهدمها (ص ٩٨) ؛ ويرى زميلنا الدكتور مصطفى أبوزيد (المرجع السابق ص ٤٧) أن معيار السلطة العامة هو أساس القانون الادارى المصرى مع استبعاد كل أثر لفكرة المرافق العامة .

(٢) مقال بأرشيف فلسفة القانون - المجموعة الجديدة - عام ١٩٥٢ ص ١٤٧ وما بعدها .

وانتطبيق قواعد القانون الادارى . وبين الفقيه ريفرو فساد هذه القواعد بتفصيل . ثم يقرر آخر الأمر أنه لم تعد هناك أية أهمية خاصة لاضفاء صفة المرفق العام على تلك المشروعات العامة الجديدة أو لانكارها عليها ، فالأمر سيان . ولا بد من قواعد جديدة مناسبة لتلك المشروعات العامة الجديدة . وليس بين هذه القواعد الجديدة اللازمة أية علامة خاصة تبشر باحتمال اختصاص القانون الادارى . ولذا فان الأستاذ ريفرو ينهى مقاله باحساسه «بافلاس» نظرية المرافق العامة كميّار لهذا الاختصاص .

ويشارك ريفرو هذا الاحساس باليأس غالبية الفقهاء الفرنسيين (١) ويؤكد بريدان في رسالته (ص ٦٩) أنه لا توجد أية فائدة حتى من محاولة النظر فيما اذا كان المشروع العام الجديد يعتبر مرفقاً عاماً أولاً . لأنه ليس لهذه الصفة أية نتيجة فيما يتعلق بالأحكام التي يمكن أن يخضع لها . فهو نظام جديد لا يمكن أن يرتكز على نظريات القانون الادارى الكلاسيكية (٢) .

١١ — أما أستاذنا الدكتور مهنا في أحدث وأضحى مؤلفاته : « القانون الادارى العربى في ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى » (٩٦٣/٩٦٤) — ١٣٠٠ صفحة — ، فهو يرى غير ذلك تماماً : يؤكد أستاذنا أن التغيير الجذرى الذى أحدثته الثورة في نظامنا السياسى والاقتصادى والاجتماعى انما يتصل أساساً بسلطات الدولة العامة . ومن ثم فان نطاق تطبيق القانون الادارى قد اتسع ليشمل — الى جانب المرافق العامة الكلاسيكية — كل نشاط

(١) وأهمهم جورج فيدل في المقال السابق الاشارة اليه ؛ وأيزنمان في محاضراته في القانون الادارى عام ١٩٥٢/١٩٥٣ ؛ ودراجو ودى كوراي في المراجع المشار اليها .
(٢) ولا يزال الدكتور سليمان الطاوى يؤمن بنظرية المرافق العامة كأساس للقانون الادارى بعد أن انفض عنها أغلب أنصارها في فرنسا وفي مصر . أنظر دفاعه في المرجع السابق ص ٣٥٩ و ٣٦٠ ولكنه مع ذلك يعترف بأن المرفق العام وإن ظل في نظره شرطاً أساسياً لتطبيق القانون الادارى ، إلا أنه لم يعد شرطاً كافياً : « فالمرافق لم تعد إدارية بحتة ، ولا يخضع نشاطها كله للقانون العام ، كما أن وسائل القانون العام أصبحت تستعمل لمصلحة النشاط الفردى إذا ما تعلق بتحقيق نفع عام » .. والحق أن هذا الاستدراك من جانب الدكتور الطاوى يكاد يلقى تماماً قيمة « المرفق العام » كميّار . إذ يتضح من هذه العبارة أنه لا جامع ولا مانع !!

تباشره الدولة معتمدة على ما تتمتع به من حق السيادة والسلطان (ص ٣٩٨) . وهو يرى أنه لا توجد أية حاجة لتعديل القانون الخاص ولا حتى لتطويره (ص ١٢ و ١٣) ، اذ يكفى في نظره أولاً : تضييق دائرة تطبيق القانون الخاص كنتيجة لتوسيع دائرة نشاط القطاع العام . ثانياً : فرض قيود جديدة على النشاط الخاص تحقيقاً للأهداف الاشتراكية . وهذه القيود تكاد تنحصر في إخضاع النشاط الخاص لتوجيهات القطاع العام ، وهى قيود يقررها وينظمها القانون العام (ص ١٣) .

ويقدم أستاذنا الدكتور مهنا لذلك كله حججاً مفصلة مسهبة : موجزها أن مباشرة النشاط الاقتصادي والصناعي والتجاري أصبحت في الوقت الحاضر داخلية في صميم الوظيفة الطبيعية للدولة ، وأن النظام الاشتراكي اذ يفرض على الدولة واجب العمل لتحقيق الكفاية في الانتاج والعدالة في توزيع ثمرات الانتاج لم يرد بذلك « أن تنازل الدولة عن صفها الأساسية بوصفها صاحبة السيادة والسلطان ، ولا أن تنزل الى مستوى التجار أو رجال الأعمال العاديين ، وتقف مع هؤلاء وهؤلاء على قدم المساواة يحكمهم جميعاً قانون واحد هو القانون الخاص ، وانما أراد على العكس ، أن يرتفع بالأعمال التجارية والصناعية الى مستوى الدولة » (ص ١٥٥) . ويستند بعد ذلك الى ما جاء بالميثاق والى ضرورة التخطيط ، والى أن وظائف الادارة العليا تدخل بحكم الدستور في اختصاص سلطات الدولة العليا .

ولا يكاد الدكتور مهنا يستثنى من هذا الخضوع الشامل لأحكام القانون الاداري الا المشروعات العامة التي يمكن أن تملكها الدولة أو المؤسسات العامة «دون أن يكون الغرض منها تحقيق الأهداف الاشتراكية في الحدود التي رسمها الميثاق ، فهذه المشروعات تظل تخضع لأحكام القانون الخاص» (ص ٣٩٩) . ويضرب الأستاذ مهنا(في هامش نفس الصفحة) لهذه المشروعات مثالين : الأول يتضمن المشروعات التي تؤممها الدولة كجزء يوقع على مالكتها بسبب استغلاله لحق الملكية على النحو الذي حرمه الميثاق . والثاني يتضمن المشروعات التي لا يكون الغرض منها تحقيق الأهداف الاشتراكية .

«وفي رأينا - أي رأى أستاذنا الدكتور مهنا - أن اعتبار مصانع البيرة ومصانع العطور مثلاً من المشروعات التي تعمل لتحقيق الأهداف الاشتراكية يمكن أن يكون محل شك كبير» .

ويخصص الدكتور مهنا صفحات أخرى طويلة يرد فيها على حجج التجاريين ، وليؤكد ضرورة اخضاع المشروع التجاري العام - أيا كان شكله - شركة مساهمة أو مؤسسة أو هيئة عامة - للقانون الإداري ، القادر وحده على تحقيق المصلحة العامة وأهداف المجتمع الاشتراكي - اذ هو يرى أن القانون الخاص لا يصلح - ولن يصلح - لحكم النشاط الاشتراكي الجديد ، حتى ولو تطور بقواعده على أساس تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ! (ص ٢٢٦) .

١٢ - وأول ما نلاحظه على موقف أستاذنا الدكتور مهنا هو أنه يختلف كل الاختلاف عن موقف الأساتذة الفرنسيين من أقطاب القانون الإداري الذين انتابهم اليأس : ريفرو وفيدل وأيزنمان ودراجو . فقد اجتاز بمؤلفه الضخم هذه الأزمة التي يمر القانون الإداري بمثلها في فترات دورية تكاد تكون منتظمة ، وانتقل من الأساس المنتقد، نظرية المرافق العامة ، الى الأساس الآخر، نظرية السلطة العامة . وهو يعلن هذا الانتقال صراحة في مؤلفه الأخير (ص ٢٢٧) ، رغم أنه كان الى وقت قريب من بين أنصار نظرية المرفق العام كأساس للقانون الإداري .

مثل هذا الموقف لا يمكن أن يكون في ذاته محل نقد . على العكس من ذلك ، فان الانصاف يقتضينا أن نذكر للدكتور مهنا أنه ربط بين هذا الموقف الجديد وبين «التغيير الجذري الذي أحدثته الثورة في نظامنا السياسي والاقتصادي والاجتماعي» ، وأنه استند استناداً مباشراً الى الميثاق . ولا جدال في أن هذا الاستناد يعتبر مبرراً سليماً لهجر نظرية المرافق العامة التي كان يناصرها قبل حدوث التغيير الجذري . بل إنه لاجدال في أن الدكتور مهنا باستناده الى الأساس النظري الجديد استناداً مباشراً في نظريته الى المشروع العام ، قد فعل ما فات على التجاريين بصفة عامة .

كذلك وفق أستاذنا الدكتور مهنا وهو يبرز عنصر المصلحة العامة في هدف المشروع العام ، ويربط بينه وبين الخطة الاشتراكية .

وعلى الرغم مما يبدو في أسلوبه من بعض التجنى على القانون الخاص وعلى التجارة ورجال الأعمال والأفراد العاديين بينما هو يقيم من فوقهم بناء القانون الادارى ، فان ذلك يبدو في نظرنا طبيعياً وهو يحاول أن يندفع بهذا القانون من المأزق الذى أوقعته فيه نظرية المرافق العامة ، الى ذلك الازدهار الذى يريد أستاذنا أن يتحول فيه القانون الادارى الى قانون النشاط العام للدولة اداريا كان أو اقتصادياً .

والواقع أن منطق أستاذنا الفاضل – على الأقل من الزاوية التى ينظر منها – يظل سليماً محكماً الى أن يصل الى الفقرة التى يقرر فيها وجود مشروعات عامة تملكها الدولة أو المؤسسات العامة وتخضع مع ذلك للقانون الخاص ، والسبب ، فى نظره ، هو أن هذه المشروعات «لا يكون الغرض منها تحقيق الأهداف الاشتراكية فى الحدود التى رسمها ميثاق العمل الوطنى» (ص ٣٩٩). مثل هذا التقرير يبدو غريباً ومتناقضاً مع ما سبق أن قرره أستاذنا من تغير مهام الدولة الاشتراكية بحيث أصبحت كل المشروعات العامة داخلة فى وظيفتها الطبيعية . فالغرض من تدخل الدولة فى النشاط التجارى لا يمكن حينئذ الا أن يكون تحقيق الأهداف الاشتراكية . بل ان هناك ما هو أكثر من ذلك : فالواقع أنه اذا أراد أن يرجع حقيقة الى «الحدود التى رسمها ميثاق العمل الوطنى» فانه يجب أن يخرج بما هو أبعد من ذلك . فن نصوص الميثاق لا يمكن أن يتطرق اليها الشك فى أن تحقيق الأهداف الاشتراكية لا يقتصر على القطاع العام بكل ما يتضمنه من مشروعات عامة أيا كان شكلها وأيا كان موضوعها ، بل ان القطاع الخاص أيضاً يأخذ دوره الواضح فى التنمية وفى تحقيق الأهداف الاشتراكية . بل ان الميثاق قد رسم حدوداً لدور كل من القطاع العام والقطاع الخاص فى التنمية وأكد ضرورة

تعاونهما معاً ، مما يقطع بأنه يعتمد على القطاع الخاص أيضاً في تحقيق الأهداف الاشتراكية (١) .

ومهما تكن غرابة ما يقرره الدكتور مهنا - رغم المقدمات العامة الحاسمة التي بدأ منها - من تطبيق القانون الخاص على بعض المشروعات العامة ، فإن هذا التبعيض كان يقتضى منه على الأقل أن يضع لنا معياراً محدداً يفصل به بين المشروعات العامة التي تخضع للقانون العام ، وبين المشروعات العامة التي تخضع للقانون الخاص . بل أن ذلك كان يقتضى منه أن يولى هذا المعيار الجديد أهمية كبرى لأنه يفصل بين نظامين قانونيين مختلفين . وهو لم يفعل . ولو أنه فعل لوجد نفسه ولا شك في ذات المأزق الذي استنجد في الخروج منه «بالتغيير الجذرى الجديد» وبنظرية السلطة العامة . وأقصد بذلك مأزق التفرقة بين المرافق العامة الادارية والمرافق العامة التجارية والصناعية . وفي رأينا أن أستاذنا الدكتور مهنا قد عاد بهذا التبعيض الى القانون الادارى القديم ، أى في عهد ما قبل الميثاق وما قبل التغيير الجذرى . وقد اكتفى بأن يقدم نوعين من تلك المشروعات العامة التي تخضع في نظره للقانون الخاص فجانبه التوفيق في النوعين معاً :

فالنوع الأول من المشروعات هي تلك التي تؤمها الدولة كجزء يوقع على مالكةا بسبب استغلاله لحق الملكية . لماذا يجب أن ينطبق القانون الخاص في مثل هذه الصورة ؟ اذا افترضنا جدلا أن التأميم كان في صورة عقوبة على استغلال الملكية الخاصة ، فإن التأميم قد نقل ملكية المشروع الخاص الى نطاق القطاع العام فتحول الى مشروع عام . فاذا كان الدكتور مهنا يعتبر أن تطبيق القانون الادارى هو الذى يمكن أن يحقق نجاح المشروع العام في نطاق الحطة الاشتراكية ، فهل معنى ذلك أن تطبيق القانون الخاص على مثل هذا المشروع هو استمرار للعقاب ؟ ولكن على من يقع العقاب بعد التأميم ؟ على المجتمع بغير شك .

(١) أنظر الميثاق - الباب السادس (حتمية الحل الاشتراكي) .

ومع ذلك ، فان «نقل أداة من أدوات الانتاج من مجال الملكية الفردية الى مجال الملكية العامة أكبر من معنى العقوبة وأهم». ذلك نص الميثاق (١) . والمعنى الذى يقصده نص الميثاق واضح فى نظرنا كل الوضوح : فهو يقصد أن التأميم - حتى عندما يتخذ طابع الجزاء على انحراف المشروع الخاص - لا يمكن أن يهدف الى مجرد معاقبة شخص صاحب هذا المشروع الخاص أو إبلامه . فذلك مقصد هزيل لا يمكن أن تنحصر فيه أهداف التأميم فى المجتمع الاشتراكى . وإنما هدف التأميم فى مثل هذه الصورة هو بغير شك القضاء على الانحراف ذاته برد المشروع الى الطريق السليم . هذا الطريق السليم هو بذاته ذلك الذى « يكون الغرض منه تحقيق الأهداف الاشتراكية فى الحدود التى رسمها ميثاق العمل الوطنى » .

ونحن لانكاد نجد فى هذا الصدد مثالا أبلغ فى البيان من تأميم الخباز والمطاحن لمصلحة الشعب ، كرد فعل حاسم لانحراف أصحاب الخباز والمطاحن عن تحقيق مصالح الشعب . كيف يمكن أن نتصور أن هذه المشروعات يمكن أن تخرج عن نطاق «الأهداف الاشتراكية فى الحدود التى رسمها ميثاق العمل الوطنى» ؟ ! .

أما النوع الثانى من المشروعات العامة التى تخضع للقانون الخاص فى نظر أستاذنا الدكتور مهنا فهى تلك التى لا تحقق بطبيعتها الأهداف الاشتراكية . ويضرب الأستاذ لهذه المشروعات الشاذة مثالين هما مصانع البيرة ومصانع العطور . والحق أننا نجد حرجاً شديداً فى الكلام عن «مصانع البيرة» . من حسن الحظ إذن أنه أضاف «مصانع العطور» . ونخيل البينا - على أى حال - أن الصورة التى خطرت على ذهن الأستاذ الكبير هى صورة التفرقة الاقتصادية المعروفة بين السلع الضرورية والسلع الكمالية . وهى تفرقة مشهورة يضعها الاقتصاديون وهم يقررون فى نفس الوقت أنها ليست معياراً ثابتاً ولا يمكن أن تكون كذلك ، لأن أهم خصائصها هى أنها تتغير وتتفاوت بتغير الزمان والمكان ، وتتفاوت المستوى الاجتماعى ، وباختلاف كثير من الظروف الأخرى التى يمكن أن تكون مجرد مناخ الاقليم .

(١) الباب السادس (حتمية الحل الاشتراكى) .

ولسنا نرى حاجة للأسباب في شرح هذه التفرقة ، لأنها تخرج بيقين عن نطاق بحثنا في صلة المشروع العام بتحقيق الأهداف الاشتراكية .

هذه الصلة شيء آخر تماماً . فمن الجائز أن تكون السلعة كمالية ، ومع ذلك يدخل إنتاجها في نطاق تحقيق الأهداف الاشتراكية . ولا نجد لايضاح ذلك خيراً من مثال العطور . فلنفترض جدلاً أن مجتمعنا - كما يبدو في رأي الدكتور مهنا - لم يصل بعد الى مستوى اعتبار العطور سلعة ضرورية بالنسبة للاستهلاك المحلي . ونفترض - جدلاً أيضاً - أننا ، ونحن نبحث عن ثرواتنا الطبيعية غير المستغلة في أرضنا الطيبة ، قد استطعنا انبات نوع جديد من الزهور ذات الرائحة الجميلة التي يمكن أن نصنع منها عطراً ذكياً نغزو به أسواق العالم ، ونجتلب من ورائه ما نحن بحاجة اليه من عملة صعبة أو سلع ضرورية . ألا يمكن حينئذ أن تحتل مصانع العطور مكانها الوثيق بين المشروعات التي تحقق أهداف الخطة الاشتراكية ؟

١٣ - والواقع أننا ، بالوقوف عند هذه المشروعات العامة التي ينزل عنها أستاذنا الدكتور مهنا «مترعاً» ليركها تقع في نطاق القانون الخاص ، قد أردنا أن نؤكد ما سوف نؤكد على مدار هذا البحث : وهو أن كل المشروعات الاقتصادية في داخل المجتمع الاشتراكي يجب أن تجد لها مكاناً في الخطة الاشتراكية وفي تحقيق أهداف هذا المجتمع . وأن المشروع - عاماً كان أو خاصاً - الذي لا يقوم بأي دور - ولو ضئيل - في تحقيق هذه الخطة ، يجب أن يصفى ليحل محله مشروع آخر أجدى منه وأنفع في تحقيق الأهداف الاشتراكية . كل نصوص الميثاق تؤيد ذلك .

١٤ - هانحن إذن نذهب في ابراز «المصلحة العامة» وتأكيد وجودها وراء سائر المشروعات الاقتصادية الى مدى أبعد بكثير مما ذهب اليه أستاذنا الفاضل نفسه . ولا يبقى بيننا وبينه في نهاية الأمر الا نقطة الخلاف الأساسية التي تدور حول الصلة الحتمية التي يجدها هو بين «المصلحة العامة» وبين ضرورة تطبيق القانون الاداري دون غيره من القوانين ، تلك الصلة الحتمية التي يؤكدونها - بغير دليل - غالبية فقهاء القانون الاداري .

وهدم تلك الصلة الحتمية لا يحتاج الى بذل أى جهد فى النقد وانما الى مجرد النظر فى سائر فروع القانون ثم فى القانون الادارى بالذات . يكفى مجرد النظر لكى نثبت حقيقة واضحة ذات شقين :

(ا) الشق الأول هو أن كل فرع من فروع القانون – وليس القانون الادارى وحده – يساهم فى تحقيق المصلحة العامة الأساسية للمجتمع بتحقيق نوع معين من المصالح العامة .

(ب) والشق الثانى هو أن القانون الادارى بالذات لا يتضمن فى داخله شيئاً من القواعد اللازمة لتحقيق المصالح الاقتصادية (صناعية وتجارية) التى تهدف الى تحقيقها فى نطاق الخطة الاشتراكية سائر المشروعات فى القطاعين العام أو الخاص على السواء .

وللتحقق من سلامة الشق الأول لهذه الحقيقة ، يكفى مجرد استعراض فروع القانون المختلفة : فقواعد القانون المدنى تنظم حق الملكية وتحمى النظام العام بقواعد أمرة ، بل وتحمى مصالح اشتراكية عامة أكيدة فى نطاق العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والعائلية بين أفراد المجتمع . وقواعد القانون التجارى تحقق – حتى فى ظل النظام الرأسمالى – مصلحة الاقتصاد القومى العامة . وكذلك قواعد القانون البحرى . بل ان القانون البحرى يعتبر – من الناحية التاريخية – أقدم فروع القانون التى ارتبطت بالمصلحة العامة مباشرة واقضت تدخل الدولة تدخلاً مباشراً منذ أقدم العصور . وقواعد القانون الجنائى تعد ولا شك من أهم القواعد وألزمها لتحقيق المصلحة العامة فى أى مجتمع منظم ... الخ .

ولا يوجد ما يدعو لزيادة تعداد البديهيات فى هذا المجال السهل . يكفى مجرد النظر فى أى فرع من فروع القانون ، خاصا كان أو عاماً ، لكى نثبت مباشرة أنه وثيق الصلة بالمصلحة العامة ، وأنه يحقق فرعاً معيناً من

المصالح العامة للمجتمع ، وأنه يتصافر ويتعاون مع سائر الفروع الأخرى في تحقيق المصلحة العامة الأساسية التي هي بقاء المجتمع المنظم واستمرار تقدمه في الطريق الذي يرسمه لنفسه لتحقيق رفاهية أفراده ، أيا كان هذا الطريق .

والقانون الإداري ، عندما يحقق هو الآخر نوعاً معيناً من المصالح العامة ، لا يتميز بذلك عن أي فرع آخر من فروع القانون عاماً كان أو خاصاً . وإذا كان الكلام قد كثر بالذات حول المصلحة العامة التي يحققها القانون الإداري ، فإن ذلك ليس بالتأكيد لأنه يحقق مصالح عامة أكثر من غيره من فروع القانون . بل العكس هو الأقرب إلى الحقيقة : لقد كثر الكلام عن تحقيق القانون الإداري للمصلحة العامة لكي يؤكد وجوده الحديث بين فروع القانون الأخرى . بل إن ذلك هو سر الجدل الدائم حول أساس القانون الإداري والتعدد المستمر بين نظرية وأخرى . وقد لاحظ الفقيه الإداري ريقرو ذلك في مقال بمجلة القانون العام سنة ١٩٥٣ تحت عنوان «هل يوجد معيار للقانون الإداري» (١) ؟ وبدأ الأستاذ ريقرو مقاله بهذا التساؤل : لماذا يحاول الجميع رد قواعد القانون الإداري إلى أصل واحد ، بينما لانشاهد نفس المحاولة مثلاً بالنسبة للقانون المدني أو القانون الجنائي أو تشريع العمل أو غير ذلك من القوانين ؟ ويجيب ريقرو أن السبب هو أن القانون الإداري غير مقنن وأنه يحتاج إلى معيار لتحديد اختصاصه القضائي الإداري (٢) . ونحن نضيف إلى ما يقوله الأستاذ ريقرو سبباً آخر لاشك في نظرنا أنه هو الأهم : وهو أن القانون الإداري يبحث عن تبرير

(١) أشار إليه الزميل الدكتور مصطفى أبو زيد (المرجع السابق) ص ٣٧ .

(٢) يضيف الدكتور سليمان الطاوي (المرجع السابق) ص ٢٣ أن عدم تقنين القانون الإداري لا يرجع إلى حداثة المادة وحدها ، بل إلى طبيعة التشريعات الإدارية التي تتناقى مع الثبات ، إذ أن هذه التشريعات ليست مقصورة على التشريع البرلماني ولكنها منبثقة أيضاً في أنواع اللوائح المختلفة . ولذلك فإنها تتغير باستمرار لتواجه الملائسات السياسية والاجتماعية والاقتصادية المتقلبة . ويزيد من سهولة هذا التغيير أنه متروك للإدارة نفسها ، تجزئته دون الرجوع إلى البرلمان . ولهذا فلو قنن القانون الإداري لأصبح عرضة للتغيير والتبديل في كثير من نواحيه ، مما يجعل قسمة التقنين محدودة .

لوجوده بين فروع القانون الأخرى . وهو في حاجة الى هذا التبرير عندما يعطى الادارة في علاقاتها بالأفراد بعض الامتيازات الخاصة . وهذا التمسك الشديد بتعبير «المصلحة العامة» التي نقرؤها ونسمعها من كل فقهاء القانون الادارى هو في نظرهم شهادة الميلاد الشرعى للمولود الجديد الذى لا يتضمن الا عدداً متواضعاً من المبادئ التي استخلصها الفقه والقضاء «بالجهد والعناء» (١) .

ونحن لا نجادل في وجود القانون الادارى ، بل نسلم له بأنه بالفعل يشترك مع فروع القانون الأخرى في تحقيق نوع معين من المصالح العامة يمكن أن نطلق عليه «المصلحة العامة الادارية» . ولا يضيرنا أن يكون له كيان مستقل ، وأن يؤسس على المصلحة العامة ، ولكن لاشك لدينا أن المبادئ التي استطاع قضاء مجلس الدولة ، بمعونة الفقه الادارى ، أن يستخلصها ، محصورة في حماية أداء الادارة لوظائفها التقليدية ، وتغليب هذه الحماية اذا تعارضت مع مصالح الأفراد الخاصة .

وكل ذلك لا صلة له ولا شأن له بالمصلحة العامة التي تهدف الى تحقيقها المشروعات التجارية العامة أو الخاصة على السواء .

وإذا كان عيب القانون التجارى القائم هو أن قواعده لم تعد تصلح لتنظيم المشروعات العامة في وضعها الجديد ، فان عيب القانون الادارى هو أنه ليست به أية قواعد على الاطلاق .

ولذا فان الذى ينادى باخضاع المشروع العام للقانون الادارى انما هو يحاول اسقاط المشروع العام في فراغ القانون الادارى .

والا فأين هي قواعد القانون الادارى التي تنظم العمل في البنوك أو في شركات التأمين ، وقد أصبحت كلها مشروعات عامة ؟ .

(١) وتعبير « بالجهد والعناء » هو تعبیر زميلنا الدكتور مصطفى أبو زيد ص ١٢ .

أين هي قواعد القانون الإداري التي تنظم الحسابات الجارية والاعتمادات المستندية وخطابات الضمان و عقود الصرف و ايداع الصكوك و تحصيل و خصم الأوراق التجارية و غيرها من العمليات اليومية التي يجريها أى بنك من البنوك التي دخلت جميعها في نطاق القطاع العام ؟ .

ماذا يقول القانون الإداري في تنظيم عقد التأمين ؟ وماذا يقول عن عقد النقل ؟ أو حتى عن غيرها من مختلف العقود التجارية التي يمكن أن تبرمها شركات القطاع العام ؟ وماذا يقول القانون الإداري في السفن التجارية التي تمتلكها شركات القطاع العام ، في عقد النقل البحري ، في عقد التأمين البحري ، في المسؤولية عن الحوادث البحرية ؟ .

وما هي أحكام القانون الإداري المتعلقة بسحب الكمبيالات و السندات الأذنية و الشيكات ، و التوقيع عليها ، و الآثار المصرفية المترتبة على هذا التوقيع ؟

و أين هي قواعد القانون الإداري التي تنظم ملكية المحل التجاري و ما يرد عليه من حقوق ؟ و التي تحمي العلامات التجارية و براءات الاختراع و تحدد المسؤولية عن المنافسة غير المشروعة ؟ .

ان القانون الإداري لا يقول شيئاً في ذلك كله . ولعل ذلك هو ما جعل المشرع - أمام الضرورة العاجلة - يقتبس أشكال القانون التجاري القائم و نظمه رغم عدم صلاحيتها على نحو مرضي . ولذا يقول الأستاذ هوان «إن أهم أسباب احترام القانون التجاري هو عدم وجود أنظمة مقابلة في القانون العام تصلح لتنظيم التجارة و الصناعة التي تمارسها الدولة حديثاً» (١).

١٥ - ولاشك أن فراغ القانون الإداري من القواعد المتعلقة بالنشاط التجاري و الصناعي ليس في حد ذاته عيباً فيه . فان للقانون الإداري وظائف أخرى يمكن من خلالها أن يساهم مساهمة فعالة في تقدم المجتمع الاشتراكي

(١) أنظر مقال الأستاذ هوان « إدارة المشروعات العامة و أساليب القانون التجاري » بأرشيف فلسفة القانون - المجموعة الجديدة - عام ١٩٥٢ ص ٧٩ وبعدها .

بل وفي ازدهار المشروعات العامة ذاتها . نذكر على سبيل المثال لا الحصر : مشكلة « التعقيدات المكتبية » (البيروقراطية) . والحق أنه أجدى على فقهاء القانون الادارى وعلينا من هذا الجدل الذى يدور فى غير ذى موضوع ، أن يحاولوا مساعدة المشرع فى وضع بعض الحلول العلمية لهذه المشكلة المعقدة ، التى تعد من أهم مشاكل التطبيق الاشتراكى فى مجتمعنا المنطلق . وهى مشكلة أشار اليها رئيس الجمهورية فى كثير من خطبه قبل صدور الميثاق وبعد صدور الميثاق . بل ان الميثاق ، وهو يضع الأسس العامة للمجتمع الاشتراكى الجديد ، قد وجد بين هذه الأسس مكاناً خاصاً يتكلم فيه عن خطورة الاعتماد على اللوائح الحكومية القديمة (١) اذ يقول «ان اللوائح الحكومية يجب أن تتغير تغييراً جذرياً من الأعماق ، لقد وضعت كلها أو معظمها فى ظلال حكم الطبقة الواحدة ، ولا بد - بأسرع ما يمكن - من تحويلها لتكون قادرة على خدمة ديمقراطية الشعب كله» .. تلك دعوة تستحق أن تلبى .

٣ - المشروع التجارى العام بين القانون العام والقانون الخاص

١٦ - إذا كنا قد رأينا كيف يدور النزاع بين فقهاء القانون التجارى وبين فقهاء القانون الادارى خارج المشكلة الحقيقية للمشروع التجارى العام ، بل كيف يعتبر هذا النزاع عقبه فى سبيل رؤية الحلول السليمة لهذه المشكلة ، فان هناك عقبة أخرى تقف حائلاً بين الباحث وبين الوصول الى الحقيقة ، هى أن يضع نفسه راضياً مختاراً فى أحد القالبيين المشهورين : قالب القانون العام أو قالب القانون الخاص . ويحاول من داخل هذا القالب أن ينطلق ، فلا يجد له أى منطق .

والحق أن الكلام قد كثر - على الأخص بمناسبة التحول الاشتراكى الذى نعيش فيه - فى المحافل العامة والندوات ولجان التشريع ، فضلاً عن المؤلفات القانونية ، عن غزو القانون العام للقانون الخاص أو العكس . وأصبح

(١) فى نهاية الباب الخامس (الديمقراطية السليمة) .

لكل من هذين القالين أنصار يتبادلون الجدل والنقاش . ولا يخلو جلدكم - رغم الطابع العلمى الظاهر - من حماس المتحيزين الذى يبعدهم عن الموضوعية. أنصار القانون العام يؤكدون أن التحول الاشتراكى معناه غزو القانون العام لمناطق القانون الخاص ، بينما أنصار القانون الخاص يؤكدون أن رسوخ قواعده وصلاحياتها سوف يؤدىان على العكس ، الى غزو أساليب القانون الخاص لمناطق القانون العام .

ولعل أقرب ما يخطر على أذهاننا كمثال على هذا الحماس هو ذلك الرأى الذى سبق أن عرضنا له منذ قليل ، وهو الرأى القائل بأن التحول الاشتراكى الذى تم فى المجتمع ، ليس من شأنه أن يؤدى الى الحاجة لتعديل القانون الخاص أو تطويره . وإنما يكفى أن ينكشف هذا القانون كلما اتسع القطاع العام ، وأن يخضع النشاط الخاص للقيود التى يقررها وينظمها القانون العام .

ولاشك لدينا أن هذا الرأى يتسم بالتطرف (١) ، ولا نعتقد أنه يمكن أن يقال الا فى غضون معركة جدلية ترتفع فيها حرارة النقاش . والأفمن ذا الذى يستطيع أن يقول - وهو هادىء - أن علاقات الأفراد فى المجتمع تظل كما هى فى ظل النظام الاشتراكى كما كانت من قبل فى ظل النظام الرأسمالى ، فلا تتحول ولا تتطور بل ولا تتطلب التعديل والتطوير؟ من ذا الذى يستطيع أن يقول - وهو هادىء - أن الهدف من الميثاق يقتصر على تطوير القانون العام واخضاع النشاط الخاص لسيطرة القانون العام ؟ الواقع ان مثل هذا القول لا يمكن أن يقال عن اشتراكية الكفاية والعدل التى يقررها الميثاق ، تلك التى تريد أن تقيم روابط الأفراد على أسس اقتصادية واجتماعية وخلقية مختلفة كل الاختلاف عن أسس النظام الرأسمالى ، وبالتى تريد أن

(١) يتخذ الدكتور سليمان الطاوى (المرجع السابق) ص ٤٢ موقفاً أقل تطرفاً ، فهو يكتفى بالقول بأن « أهمية القانون الادارى فى الجمهورية العربية المتحدة قد تضاعفت فى ظل الاشتراكية العربية التى أدت الى تأميم معظم المشروعات الحيوية فى الدولة ، وفرضت سيطرة القطاع العام على القطاع الخاص ، بحيث أصبح القانون الادارى يحكم كثيراً من العلاقات التى كانت تخضع فيها مضى للقانون الخاص . »

يحل الايثار محل الأثرة في روابط الأفراد الاجتماعية ، ويحل التكافؤ في
المراكز الفعلية محل التفاوت ، وتحل العدالة محل الظلم ، ويحل التعاون
والتراحم محل النزاحم والصراع .

هذا الرأي المتطرف - لو أننا أخذناه على علاته - فلا شك أنه لا يقيم
الانظام الحكم المطلق ، بل والحكم المطلق الفردى ، الذى لا يهتم بروابط
الأفراد بقدر ما يهتم باخضاعهم لسيطرة الحاكم .

والاشتراكية عموماً - واشتراكية الميثاق على وجه الخصوص - شىء
غير ذلك تماماً - ومن الطريف أن القانون المدنى المصرى الذى صدر قبل
الثورة الاشتراكية - فى عام ١٩٤٨ - كان هو الفرع الوحيد من فروع
القانون الذى تسربت اليه - رغم كل ما كان عليه أعداء الاشتراكية فى
ذلك الوقت من ضراوة وتربص - اتجاهات اشتراكية واضحة كان لها
فضل سبق وفضل التعبير عما يجيش فى صدور الجميع من آمال، بل وفضل
التبشير بقرب تحقق هذه الآمال . وقد ساعد على دخول هذه الاتجاهات
الاشتراكية الى داخل النظام الرأسمالى فى ذلك الوقت أن القانون المدنى -
كفروع من فروع القانون الخاص - لم يكن من شأنه أن يلفت أنظار الحاكمن :
وأن هذه الاتجاهات الاشتراكية كانت قد بدأت بالفعل تغزو التقنينات
الحديثة التى اقتبس منها التقنين المدنى المصرى . وعندما قدم الأستاذ السهورى
عرضاً وافياً «لموقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة» (١)
لم يستطع أن يتجاهل ما تضمنه من اتجاهات اشتراكية واضحة ، ولم يكن
مع ذلك يستطيع أن يذكر - قبل ثورة يوليو ١٩٥٢ - كلمة «الاشتراكية»
صراحة ، فتكلم عنها بتفصيل تحت عنوان «حماية التقنين الجديد للجماعة»
(ص ٩٨) . وقد عرض زميلنا الدكتور جلال العدوى لهذه الاتجاهات
بتفصيل أكبر فى محاضرة له بجامعة الاسكندرية عام ١٩٦٢ .

ولعل بعض الاشارات السريعة (رغم بداهة القضية) تكفى لبيان
كيف يمكن أن تعبر الاشتراكية عن نفسها داخل فروع القانون الخاص

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - مصادر الالتزام - عام ١٩٥٢ ص ٧٤ وما بعدها

كما تعبر عن نفسها داخل فروع القانون العام ، وبالتالي كيف يقتضى التحول الاشتراكي تطوير هذه الفروع على السواء ، فقد أورد القانون المدني – منذ عام ١٩٤٨ – على مبدأ سلطان الارادة (الذي أرساه المذهب الفردي من قبل) ، قيوداً كثيرة لمصلحة الجماعة . وراعى فى العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف فى عقود الاذعان ، وفى نظرية الاستغلال ، وفى نظرية الظروف الطارئة ، وفى سلطة القاضى فى تخفيض الشروط الجزائية المبالغ فيها . وقام – رعاية للمدين – بتخفيض سعر الفوائد الاتفاقيه والقانونية ، كما أضاف قيوداً جديدة فى تقاضى هذه الفوائد (م ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣٢ و ٥٤٤ مدنى) كذلك قيد من حق الدائن فى الاختصاص بعقار المدين (م ١٠٨٥ /١) . بل لقد كان المشروع التمهيدى لهذا القانون يقرر أن الملكية « وظيفة اجتماعية » ، وهو تعبير اشتراكي لا لبس فيه ولا خفاء . وكان طبيعياً أن يتنبه اليه مجلس الشيوخ – معقل الرأسمالية المصرية فى ذلك الوقت – فيبادر إلى الغائه . ومع ذلك ، فقد تضمنت النصوص المنظمة لحق الملكية من القيود « ما يجعل هذا الحق وظيفة اجتماعية روحاً ومعنى » (١) .

هذه القواعد كلها لا يمكن أن تعد فى ذاتها غاية التطور الاشتراكي المرجو . ولا يزال أمام القانون المدني – كما هو الأمر بالنسبة لسائر فروع القانون – الكثير من التطوير حتى يصل إلى مستوى الاشتراكية العربية التى أرساها الميثاق . وقد عرضنا هذه الأمثلة فى واقع الأمر لغرضين : الأول : أن نبين كيف وأين يمكن أن يحدث التطوير الاشتراكي فى داخل الروابط الاجتماعية للأفراد فى فرع ينتمى تقليدياً إلى القانون الخاص . والغرض الثانى أن نبين فساد الأحكام التى تصدر من داخل القوالب المصبوبة ، إذ هى أحكام لا تستند ولا ترى الا بعض الحقيقة . وبعض الحقيقة دون البعض هو ولا شك كل الخطأ .

(١) الأستاذ السهورى – المرجع السابق ص ٩٩ .

١٧ - ومن اليسير علينا أن نقف ذلك الموقف المتوسط الذى نجده عادة بين كل رأيين متطرفين . وهو موقف المتصالح المعقول الذى يربط بين طرفي المعركة . فنقرر أن الأمر لا مجال فيه للمفاضلة بين القانون العام والقانون الخاص (والحق أن هذه المفاضلة الاجمالية لا تحمل فى ذاتها أى طابع علمى جاد) ، وأن من الخير أن يتعاون الفريقان . وقد نادى الفقيه ريفرو ، بالفعل (١) ، بالوقوف ذلك الموقف المحايد المتوسط ، وبين ضرورة التعارف والتعاون بين النظامين القانونيين (العام والخاص) . وقرر - بحق - أن سوء الفهم يحدث فى كثير من الأحيان كنتيجة لنقص المعرفة العميقة بالنظام الآخر . ودل على ذلك قائلا : « ألسنا نجد فى كثير من العقود بين الأفراد العاديين ، شروطاً قد يعدها الفقيه العام خارجة عن القواعد العامة ؟ ألسنا نجد فى موضوع المسؤولية عن حوادث السيارات مثلا ، نفس الأوضاع القانونية - على الأقل من زاوية تدخل شركة التأمين - سواء كانت السيارة مملوكة لفرد ، أو مملوكة لسلطة محلية ؟ » . ويقرر الفقيه ريفرو فى ذات المقال أن من الصعب أن نجد نطاقاً مستقلاً للتطبيق يفصل بين القانون العام والقانون الخاص (ص ١٦٥) وأنهما فى الحقيقة يتداخلان بنسب متفاوتة يصعب قياسها فى غالب الأحيان ، وأنه حتى فى أكثر المناطق المتفق منذ القدم على أنها مناطق القانون العام ، فإن الالتجاء إلى القانون الخاص قد تفرضه طبيعة الأشياء (٢) .

(١) فى مقاله السابق الاشارة اليه ص ١٦٦ .

(٢) وللقيه جان ريفرو مقال آخر فى مجلة القانون الاجتماعى Droit Social عام ١٩٥٠ ص ٤٥ يتعلق بعدم تنفيذ المشروعات المؤتممة للعقود التى أبرمها مستغلوا المشروع قبل تأميمه :
 “La dénonciation par les établissements nationalisés des contrats conclus par les anciens exploitants”
 ويشير فيه ريفرو مرة أخرى إلى هذا التداخل بين القانون العام والقانون الخاص . ويبين أن هذا التداخل قد يسمح للمشروع العام أن يلعب على الحبلين دون أن يخرج عن نطاق المشروعية :
 (... lui permet en quelque sorte, de jouer, légitimement d'ailleurs, sur les deux tableaux ...)

وذلك بأن يطالب أولاً بمزايا القانون الخاص فيما يتعلق بملكية وإيجار المحل التجارى التى هى من حق المشروع الخاص ، ثم يطالب مرة أخرى باستعمال مزايا السلطة العامة التى تحوطها قواعد القانون العام . ولكن هذا كله قد يؤدى إلى أن ينحصر المشروع العام فى كل من المجالين على السواء.

١٨ - ونحن لا نحب أن نقف ذلك الموقف المتوسط الذى اتخذه ريفرو بين القانون العام والقانون الخاص ولا أن ندعو إلى المصالحة والتعاون بين النظامين . خير من ذلك وأصدق أن نمضى مباشرة إلى هدم هذه الحدود الوهمية التى تفصل بين فروع متشابهة فى الطبيعة فصلا لا يستند إلى أساس علمى سليم .

وبديهى أن هدم هذا التقسيم التقليدى الراسخ ليس هدفاً فى حد ذاته، وهو أيضاً ليس بالأمر اليسير الذى يمكن أن يمضى دون أن يثير بعض الاستنكار ، على الأقل عند أولئك الذين تعودوا على الحياة داخل أحد هذين النظامين ، وهم كثيرون . ولا ننكر أننا ترددنا إلى حد ما فيما يتعلق بضرورة التعرض لهذا التقسيم بالتفصيل أو بمجرد الإشارة . إلا أننا لم نتردد قط فى الايمان بأن التعرض له مقدمة ضرورية لازمة قبل الكلام عن « نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام » . ذلك أنه إذا كانت كل النظم القانونية تقف جميعها فوق أساس الاشتراكية العربية الجديدة ، تستمد منها القوة والسند والالهام ، فإن المشروع العام هو الذى يقف أقرب ما يكون تحت الضوء المباشر لهذه الاشتراكية العربية . ومن ثم فإن النظام الذى يمكن أن يصلح للمشروع التجارى العام قد يتطلب أن تتضامن وتتضافر فروع القانون جميعها فى تقديم ما يناسب المشروع العام من قواعد تهيب له ما نرجو من نجاح ، لا فرق فى ذلك بين عام وخاص، ولا تمييز بين فرع وفرع ، بحيث يصبح من قبيل العبث أن يتساءل المتسائل « هل المشروع التجارى العام يخضع للقانون العام أو هو يخضع للقانون الخاص » ؟

والواقع - ولو أن هذا يعد من قبيل الاستطراد - أن لنا تجربة أخرى مشابهة مع تقسيم تقليدى آخر ، لا يقل عن هذا رسوخاً فى الأذهان . فقد أثار انتباهنا - كما أثار انتباه الكثيرين - الطبيعة الخاصة لسفينة وبعض المنقولات الحديثة المعينة تعييناً ذاتياً والتى أصبحت تخضع لكثير من الأحكام التى اختص بها العقار دون المنقول منذ القدم . واقتضانا البحث أن نصل إلى أساس التقسيم القانونى للأموال إلى عقار ومنقول ، وهو تقسيم تقليدى

شامخ يكاد يمتد عرضاً إلى كل فروع القانون ويمتد طولاً في تاريخ الفكر القانوني كله . فتبيننا أن هذا القدم وهذا الرسوخ الطويل ، لا يمنعان من أن يكون التقسيم واهياً من أساسه ، على الأقل من الناحية العممية (١) .

١٩ - وإذا كنا لا نجد الوقت الكافي لنتناول تقسيم القانون إلى عام وخاص بكل ما يقتضى ذلك من تفصيل ، فلا أقل من أن ننظر في المعيار القانوني للترقية ، ثم في أهمية هذا التقسيم ونتأججه (٢) .

ولا نلبث أن نكتشف - لدهشة الكئيزين ولا شك من أنصار القانون العام أو الخاص - أن هذا المعيار مختلف فيه وما زال محتتماً فيه أشد الاختلاف .

ويعرض زميلنا الدكتور حسن كيره (٣) ، لهذه المعايير . فيقرر منذ البداية أنه : « إذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت إلى اليوم مسلمة ومستقرة في الفقه الحديث ، إلا أن الوقوف على معيارها ليس بالأمر المهن ، حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيراً في هذا الشأن . ولن نعرض لكل المعايير المقترحة في هذا الشأن وإنما سوف نقتصر على الأساسى منها ، فنستعرضها ونناقشها فيما يلي لننتهى إلى المعيار الذى نرى الأخذ به » .

وواضح أن هذا الاستهلال يكشف عن بعض التناقض الذى كان يمكن أن يتنبه له زميلنا الفاضل لولا رسوخ التقسيم وطول معاشرته والاطمئنان إليه : كيف يمكن أن تكون التفرقة مسلمة ومستقرة بينما يكون معيارها

(١) أنظر هذا البحث بعنوان « حول المقولات ذات الطبيعة الخاصة » مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية - السنة العاشرة - ١٩٦٢ - العددان ٤٥٣ ص ٣١ إلى ١٣٦ .

(٢) سبق أن تعرض العميد دوجى لنقد التقسيم إلى قانون عام وقانون خاص (راجع مطوله في القانون الدستورى جزء ١ ص ٦٨٠ وما بعدها) ولكن أساس النقد الذى وجهه كان يستند إلى انكار فكرة السيادة على الدولة ، وانتهى إلى الإبقاء على التقسيم على أساس جديد هو اختلاف الجزاء المقرر لكل من القانونين .

(٣) فى مؤلفه القيم « أصول القانون » عام ١٩٥٩/١٩٦٠ ص ٧٥ بند ٣٠ .

مختلفاً فيه أشد الاختلاف ؟ بل أن هذه المعايير المختلف فيها قد بلغت من الكثرة حداً جعلت الدكتور كبيره لا يجد مجالاً - في مؤلفه الضخم - الألباح الأساسى منها دون غيره . وهو يبحثها لكى يوجه إلى كل منها النقد الذى ينتهى إلى إعتباره لا يصلح للتفرقة ، إذ يؤدى - بتعبير زميلنا الفاضل - « إلى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما » .

هذا النقد يقال فى المعيار الذى يقيم التفرقة على أساس أطراف العلاقة القانونية ، الدولة أو الأفراد . وهو يقال فى المعيار الذى يقيمها على سلطة الأمر والسيطرة ، أو حرية الاختيار (١) ، ثم يقال فى المعيار الذى يقيمها على تحقيق المصلحة العامة أو الخاصة .

ولا بأس هنا - تجنباً للاطالة - من أن نحيل إلى مؤلف الدكتور حسن كبيره فى تفصيل نقد هذه المعايير . فقد قال فى هذا النقد خير ما يمكن أن يقال . ونكتفى هنا ببحث المعيار الذى أخذ به زميلنا الفاضل فى نهاية الأمر . وهو المعيار الذى يبدو أن غالبية الفقه المصرى مستقرة على الأخذ به (٢) .

(١) استند الفقيه الفرنسى رينيه سافاتييه على المعيار المستند إلى حرية الاختيار كأساس للقانون المدنى وإلى سلطة الأمر كأساس للقانون العام ، لكى يصدر كتاباً جعل عنوانه « من القانون المدنى إلى القانون العام *Du Droit Civil au Droit Public* عام ١٩٤٥ » واستعرض رينيه سافاتييه انحسار الحرية الفردية فى العقود وفى نطاق الحقوق العائلية وحقوق الملكية حيث تعددت القواعد الأمرة ، وأشار إلى ظاهرة الاقتصاد الموجه وإلى الإشراف على سائر المؤسسات *Fondations* حتى تلك التى ينشئها الأفراد ، وأخيراً إلى إدخال فكرة تحمل تبعات المخاطر فى مجال المسؤولية المدنية وكذلك التأمين على المسؤولية .. وبدى أن مثل هذا الكتاب يفقد قيمته الأساسية ، للخطأ الواضح فى نقطة البداية ، وهى الاستناد إلى معيار للتقسيم بين القانون العام والقانون الخاص لاشك فى فساده . إذ من البدى أن وجود القواعد الأمرة لا يؤدى إلى الخروج من نطاق القانون الخاص إلى نطاق القانون العام . ولكن يبقى بعد ذلك أن هذا الكتاب يستعرض بعض سمات التطور الذى تم فى مجال القانون المدنى من المنهج الفردى إلى المنهج الاشتراكي .

(٢) أنظر ، على وجه الخصوص ، أستاذنا الدكتور عبد المنعم البدر اوى « النظرية العامة للقانون » ١٩٦٠ ص ٥٧ بند ٣٠ ؛ وزميلنا الدكتور توفيق حسن فرج « مذكرات فى المدخل - نظرية القانون » ١٩٦٠/١٩٥٩ ص ٢٨١ - هذا ويبدو لنا أن الاستناد إلى هذا المعيار الراجح لا يمتنع من دعمه بالمعايير الأخرى كلما اقتضت الحاجة .

هذا المعيار الراجع هو : « معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها . ذلك أن صفة الأطراف فيها إنما تنفرع عادة على هذه الطبيعة . ومن هنا يمكن أن نقول أن القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة في الجماعة ، أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها ، أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم « فيحكمها القانون الخاص » . وعلى أساس هذا المعيار يعتبر من فروع القانون العام (بالإضافة إلى الدولى العام) القانون الدستورى ، والادارى ، والمالى ، والجنائى . ويعتبر من فروع القانون الخاص ، القانون المدنى ، والتجارى ، والبحرى وقانون العمل ، والمرافعات المدنية والتجارية ، والدولى الخاص .

ومن الواضح أن هذا المعيار يعد - نسبياً - أسلم المعايير . ومع ذلك فهو لا يصعب على النقد . وهناك طريقة سهلة يمكن دائماً الالتجاء إليها دون بذل جهد خاص ، وهى أن نتناول أى فرع من الفروع التى تنتسب إلى القانون الخاص فنبين كيف تتدخل احدى السلطات العامة في العلاقات التى ينظمها مستندة إلى حق السيادة ، ثم نتناول فرعاً من فروع القانون العام فنبين كيف أنه ينظم الروابط بين الأفراد . ويكون ذلك كافياً بالفعل لانطماس الحدود بين القانون العام والقانون الخاص .

فيمكن - على سبيل المثال - أن نشير إلى تدخل المحكمة الحسبية - سلطة القضاء - لرعاية مصالح ناقص الأهلية وذلك في نطاق القانون المدنى ، أو إلى تدخل مكتب العمل - سلطة الادارة - لرعاية حقوق العمال وفقاً لقانون العمل ، كما تتعدد الأمثلة لتدخل السلطة العامة في علاقات القانون البحرى إلى غير حصر .

ومن الناحية الأخرى يمكن أن نوكد أن القانون الجنائى يهدف إلى رسم حدود العلاقات الاجتماعية بين الأفراد وذلك بتحريم ما يخرج على هذه الحدود فهو يتعلق أساساً بعلاقات الأفراد في المجتمع .

ولكننا لا نريد أن نلجأ إلى هذه الطريقة السهلة ، لأن هدفنا ليس هو هدم هذا المعيار بالذات ، بحيث ينطلق الباحثون بعدئذ في البحث عن

معيار جديد ، وإنما هدفنا هو بيان فساد التقسيم ذاته ، على الأقل في مجتمع يؤمن بمبدأ سيادة القانون . وذلك يقتضينا أن نحدد جوهر حق السيادة ، وأن نعرف كيف تدخل السلطات العامة في علاقات ذات طبيعة مختلفة ، مما يقتضى أن تكون ذات أصل منفصل مستقل عن تلك العلاقات القانونية الأخرى التي تنشأ بين الذين هم مثلي ومثلك ومثل سائر الأفراد في المجتمع .

والذي لا جدال فيه أن فهم هذا التقسيم كان يمكن أن يكون سهلاً لو أننا كنا نعيش في مجتمع كذلك الذي تحكى عنه أساطير الأوغريين القديمة : مجتمع من البشر تحكمه مجموعة من الآلهة تقطن جبل « أولمب » وتهيمن منه على مصائر الناس وأقدارهم ، وتسير الأحداث وفق هواها . حينئذ يمكن أن نفهم كيف تكون العلاقة بين إله الحرب ، وإله العواصف وإله البحر ، وآلهة الجمال أو الحكمة ، من طبيعة مختلفة عن تلك العلاقات التي تنشأ بين بني البشر في مجتمعهم الأرضي . ويمكن حينئذ أن نطبق على العلاقات الأولى نظم القانون العام ، ونطبق على النوع الثاني نظم القانون الخاص .

كذلك يمكن — على هذا النمط — أن يكون هناك اختلاف بين طبيعة علاقات فرعون ابن الآلهة — في اعتقاد المصريين القدماء — عندما يستلهم الوحي من أبيه أو يتبادل معه الرأي ، وبين طبيعة العلاقات بين أفراد البشر الذين ليسوا بآلهة وليسوا أبناء آلهة .

وإذا تجاوزنا ميدان الأساطير إلى ميدان الحقائق ، فأنا نعر في تاريخ الإسلام على مثال حى لصدق الفطرة وصفاء النظرة القانونية ، في القائد العربي الذي كان يسمع للنبي محمد صلى الله عليه وسلم وهو يرسم الخطة في معركة بدر ، فيسأله قبل أن يناقش : « أهو وحي أم هو رأى ؟ » ، فقد أحس هذا القائد بالفطرة أن هناك اختلافاً في الطبيعة بين الوحي الذي يأتي من سلطة عليا لا يجوز مراجعتها مهما كان الرأي فيما تقول ، وبين الأمر الذي يصدر من النبي نفسه — رغم ما لشخصه من تعظيم وتكريم — فذلك يجوز فيه تبادل الرأي والمشورة .

اختلاف طبيعة العلاقات في هذه الأمثلة واضح لا جدال فيه ، وهو يمكن أن يكون أساس تقسيم بين نظامين قانونيين مختلفين .

ولكن في مجتمع واحد متجانس من أفراد البشر المتساوين في الحقوق والواجبات ، الذين يسود بينهم مبدأ سيادة القانون ، فإن من الصعب أن نضع معياراً يمتص بين نوعين مختلفين من القواعد القانونية على أساس اختلاف طبيعة العلاقات التي تحكمها هذه القواعد . وأصعب من ذلك أن يستند هذا الاختلاف في الطبيعة إلى وجود « حق السيادة » أو إلى « السلطة العامة » في نوع منها ، وإلى انتفاء السيادة أو السلطة العامة في نوع آخر . ويؤيد هذا الرأي ملاحظة هامة يقررها زميلنا الدكتور حسن كبره عرضاً عندما يبحث تاريخ التقسيم ، إذ يقرر أن هذه التفرقة – من الناحية التاريخية – تنطمس وتختفي في العهود التي تختفي فيها السلطة المطلقة (أى السلطة التي تستقل بنفسها وتفصل عن إرادة الشعب) ، ثم تعود إلى الظهور بوضوح أكبر في عهود النزعات الفردية والفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة . وهو يقرر (ص ٧٤) أن انحسار النزعة الفردية وظهور النزعة الاجتماعية (أى الاشتراكية) قد أوجد اختلاطاً كبيراً وتداخلاً بين نشاط الفرد ونشاط الدولة (١) .

ونحن إذا عدنا مرة أخرى إلى بحث جوهر حق السيادة في ظل مبدأ سيادة القانون ، وفي المجتمع الديمقراطي الاشتراكي على وجه الخصوص ، فأنتنا نجد أن حق السيادة هذا هو حقى أنا وحقك أنت وحق سائر أفراد المجتمع . نحن – أفراد الشعب – أصحاب السيادة ونحن مصدر السلطات . ولو أننا نظرنا إلى القانون الدستوري الذي يعتبرونه النموذج الأول لفروع القانون

(١) كذلك يرى الدكتور سليمان محمد الطاوى في مؤلفه « مبادئ القانون الإدارى » الطبيعة الخامسة عام ١٩٦٣ أن الازدواج القائم بين نظريات القانون العام ونظريات القانون الخاص لم يعد له مجال في المجتمع الاشتراكي الجديد ، أو على الأقل سوف يفقد الكثير من مقوماته (ص ٧) . وأنه ليس من المستبعد أن تزول هذه التفرقة – على الأقل في مجال التشريعات الداخلية – بعد أن تستقر أسس الاشتراكية العربية ، وتزول جميع رواسب الماضى (ص ١٢ الهامش) .

العام ، فأنا نجاهد في الحقيقة أكثر القوانين التجاء إلى الأفراد ، بينما نحن رعايا القانون الخاص الذى تنتفى فيه ميزات السيادة والسلطة العامة . ألسنا نحن الذين ننتخب رئيس الجمهورية؟ ألسنا نحن الذين ننتخب مجلس الأمة؟ ألسنا نحن الذين نكون مؤتمر قوى الشعب العاملة ، ونصدر الميثاق الذى يعتبر أساس المجتمع الذى نعيش فيه؟ ألسنا نحن الذين نكون الاتحاد الاشتراكي العربى من قاعدته الواسعة إلى قمته العليا ونقوم من خلاله بمهمة الرقابة الشعبية التى ننشئها نحن؟ وإذا كان القانون الدستورى هو القانون الذى ينظم هذا كله ، فلا شك أنه أكثر القوانين التجاء إلى الأفراد العاديين الذين يكونون مجموع أفراد الشعب والذين لا يملكون - فى نظر معيار التفرقة - حق السيادة . هو إذن على هذا الأساس فرع من فروع القانون الخاص .

والحق أننا إذا شئنا الدقة ، فإن كل فرد منا يملك جزءاً من حق السيادة الذى هو حق الشعب كله . فإذا كان مجموع الشعب المصرى قد بلغ ٣٠ مليوناً ، فإن كلا منا يتمتع بجزء واحد من ٣٠ مليون جزء من حق السيادة العام . ولا يتصور البعض أن هذا الجزء الضئيل يجعل حق السيادة للفرد وهمياً . فإن كل فرد فى المجتمع الحر يتمتع ويستعمل نصيبه فى حق السيادة ، ليس فقط عندما يمارس حقوقه السياسية وينشئ السلطة التى تحمى سيادته ، وإنما أيضاً عندما يمارس سائر حقوقه المدنية (والمدنية هنا بالمعنى الواسع) فى المجتمع . فهو يمارس ويتمتع بحقه فى السيادة عندما يملك فى حدود القانون، وعندما يجد فرصته المتساوية فى التعليم وفى الوظائف العامة . وهو يمارس حقه فى السيادة عندما يتزوج ويكون الأسرة . وهو يستعمل حقه فى السيادة عندما يلجأ إلى القضاء فينصفه القضاء . وهو يمارس حقه فى السيادة عندما يبرم العقود ، وعندما يقوم بسائر التصرفات المشروعة ، وعندما يشترك فى وضع الأساس المذهبي للمجتمع الذى يسير على هداه فى طريق التقدم والرفاهية .

والقاعدة القانونية فى مجتمع سيادة القانون ، وفى المجتمع الاشتراكي على وجه الخصوص ، ذات طبيعة واحدة ، وهى تحكم علاقات ذات طبيعة

واحدة . القاعدة القانونية تنبع من المجتمع ثم ترتد إليه . فهو الذى ينشئها وينشئ السلطة التى تفرض احترامها لتنطبق بعد ذلك له وعليه . وفى كل قاعدة قانونية نجد السلطة العامة التى نضمن احترامها ، حتى القاعدة القانونية المفسرة أو المكتملة ، فإن السلطة العامة تضمن احترامها عند عدم الاتفاق على مخالفتها . ومن ذلك تستمد القاعدة القانونية قوة الالتزام . وفى نفس الوقت ، فإن كل قاعدة قانونية تهدف إلى تنظيم علاقات أفراد المجتمع وفقاً للأساس النظرى أو المذهبى الذى يرتضيه بمجموع الأفراد الذين يتكون منهم المجتمع .

وتفريع القاعدة القانونية إلى فروع مختلفة لا يمكن أن يعنى أنها تحكم علاقات مختلفة فى الطبيعة . وإنما هو نوع من التنسيق والتبويب المنطقي على أساس الموضوع الذى تتناوله القاعدة . فهذه الفروع كلها على مستوى واحد ، ليس فيها عام وخاص ، ليس فيها ما يتعلق بالسيادة دون الآخر . وهى كلها تتعاون وتتصافر فى سبيل تحقيق الغاية الاجتماعية من القاعدة القانونية . ولا أدل على بيان هذا التصافر والتعاون من أن نبدأ ببحث واقعة واحدة كثال ، ثم نرى مجموع القواعد التى تؤدى هذه الواقعة إلى تطبيقها .

لنفترض جدلاً أننى أمتلك قطعة من الأرض ، فإن حقوقى على هذه الأرض تحدد نطاقها وأبعادها سائر فروع القانون فى سلسلة متكاملة الحلقات ، يتمثل فى مجموعها جوهر النظام القانونى كله : القانون المدنى هو الذى ينظم حقى فى الملكية وحدود هذا الحق فى علاقائى بالجيران وبالغير . ويجب ألا تتجاوز هذه الملكية الحد الأقصى الذى بينه الميثاق — قانون دستورى — ، ولا بد أن أدفع الضريبة المقررة على هذه الأرض — قانون مالى — وقد تكون الأرض خصبة تنتج محصولاً جيداً من العنب فأفتح مكتباً لبيع هذا المحصول واستخدم بعض العمال ، فأدخل معهم فى نطاق قانون العمل . وقد يحدث نزاع بينى وبين جيرانى أو عمالى ، فأجأ إلى التضاء — قانون مرافعات — وقد أبيع بعض محصول العنب إلى مشر أجنبي

ثم نتنازع في القانون الواجب التطبيق - قانون دولي خاص . وإذا افتتحت على هذه الأرض مصنعاً لتحويل العنب إلى نبيذ فأنتى أخضع للقانون التجارى . وفي خلال هذه الفترة أتمتع بحماية القانون الجنائى الذى يهدد بالعقاب كل من يجروء على الاعتداء على حقى فى الملكية . وتنتهى قصة هذه الأرض حين تتدخل الادارة لتتزع ملكيتها وتقيم عليها حماماً شعبياً بالحان حرصاً على النظافة العامة مع اعطائى التعويض المناسب - قانون إدارى .

كل هذه القواعد متفقة الطبيعة وأن اختلفت فى الاختصاص . وهى كما نرى متضافرة متعاونة تستند كلها فى أساسها إلى نظرة المجتمع وفكرته عن حق الملكية . وتستند كلها فى احترامها وقوة الزامها ، الى السلطة التى يقيمها هذا المجتمع لضمان بقاء هذا الأساس .

القانون الدولى العام وحده هو الذى يمكن أن نقول فيه أنه يحكم علاقات من طبيعة مختلفة . ولكن هذا موضوع مختلف تماماً . ولا نعتقد أن بحثنا فى المشروع العام يستفيد من الخوض فيه .

٢٠ - ولسنا نريد أن نقف طويلاً فى مناقشة أهمية التقسيم كما يعرضها الفقهاء . فهى فى حد ذاتها أهمية هزيلة إذا تجاوزت دور التويب المادى لفروع القانون ، ودور تعريف طلبة السنة الأولى بكليات الحقوق بالمدخل للعلوم القانونية . أما بعد ذلك فإن كل النتائج التى تنفرع على التقسيم يمكن أن يوجه إليها نفس النقد الذى وجهناه إلى معياره . من هذه النتائج مثلاً ما يقال من أن كل قواعد القانون العام آمرة أو ناهية لأنها متصلة بالنظام العام ، أما قواعد القانون الخاص فمعظمها مكلمة لارادة الأفراد (١) ، وأن قواعد القانون العام تعطى للدولة وفروعها سلطاناً فى مواجهة الأفراد أما قواعد القانون الخاص فهى تقوم فى جملتها على أساس من الحرية والمساواة (٢) . ومنها أن القانون العام يحقق المصلحة العامة بينما القانون الخاص يحقق المصالح

(١) الدكتور عبد المنعم البدر اوى - المرجع السابق ص ٦٠ .

(٢) المرجع السابق ص ٦١ .

الخاصة (١) ومنها ما يقال عن امكان اتخاذ الادارة قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، والاتجاء إلى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تأمر به ، كالاستيلاء المؤقت ونزع الملكية للمنفعة العامة ، والعقود الادارية ، وعلاقة الموظف بالدولة .. الخ (٢).

وواضح أن هذه النتائج ليست الا انعكاساً للمعايير التي سبق انتقادها وتكراراً لبعض المبادئ التي يتضمنها القانون الادارى وحده دون الفروع الأخرى . وليس في أى منها ما يحمل على الاقناع بضرورة بقاء التقسيم ، وعلى الأخص إذ أصبح بقاءه حائلاً بين الباحث وبين الرؤية الصحيحة لما يريد أن يصل اليه .

ولا أدل على عدم ضرورة هذا التقسيم الذى يبدو شامخاً ، من أن نظاماً قانونية تحتل مركز الصدارة في عالم القانون ، تتفق ، رغم اختلاف أسسها والمذاهب التي ترتكز عليها ، في أنها لاتعرف هذا التقسيم على الاطلاق . من هذه النظم ، النظام الانجلوسكسونى ، والنظام السوفييتى ، والشريعة الاسلامية . بل أن الاتجاه العام في سائر البلاد الاشتراكية هو إلى الغاء هذا التقسيم الذى يضمحل فيها وينزوى بالتدرج (٣) . فالنظام الاشتراكي يتعارض مع جوهر هذا التقسيم ، إذ هو - أى التقسيم - يقوم أساساً على الحكم الفردى المطلق الذى ينفصل فيه الحاكم بحقه في السيادة عن الشعب الذى ليس له في هذه السيادة نصيب .

٢١ - والحق أن ذلك ليس كل ما يمكن أن يقال في نقد التقسيم . ولكننا مضطرون إلى الإيجاز بعد أن طالت مقدمة بحثنا هذا إلى أكثر مما ينبغي . وعذرنا أن طول المقدمات في موضوع له جدة وحادثة موضوع المشروع التجارى العام لا يمكن أن يعتبر في ذاته عيباً .

(١) الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق ص ٢٨٢ .

(٢) الدكتور حسن كبره - المرجع السابق ص ٧٩ و ٨٠ .

(٣) كاتزاروف « نظرية التأميم » ١٩٦٠ ص ١٤٦ .

ولعل ما قلناه في نقد التقسيم يكفي لتبرير النتائج الخاصة التي نود أن نصل إليها . ونحن نريد أن نصل إلى :

(أ) النتيجة الأولى هي ضرورة هدم حدود القوالب المصبوبة عند البحث عن القواعد المناسبة للمشروع التجاري العام ، واعتبار النزاع القائم بين فقهاء القانون العام وبين فقهاء القانون الخاص على المشروع العام نزاعاً غير ذي موضوع . المعركة الجدلية القائمة في المحافل والندوات والمؤلفات القانونية ، بين من ينادى بغزو القانون العام للخاص أو العكس ، معركة غير ذات هدف . فالباحث في قواعد المشروع العام يجب أن ينطلق في هذا البحث دون أن يتقيد الا بالأساس النظري العام الذي تبني فوقه سائر فروع القانون في المجتمع الذي يعيش فيه .

(ب) أنه لا توجد أية ضرورة ، حتى بعد العثور على كل القواعد الصالحة لتنظيم المشروعات العامة ، لمحاولة تأصيلها بردها إلى نظام القانون العام أو إلى القانون الخاص . بل أنه لا توجد أهمية لمحاولة حصر الأحكام الجزئية التي يمكن أن يستمددها الباحث من هذا القسم أو ذاك لكي يقول بعد ذلك أنه أميل إلى القانون العام أو القانون الخاص .

وعلى السؤال الذي يمكن أن يتعرض له الباحث فيما إذا كان المشروع التجاري العام ينتمي إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص ، يمكن للباحث أن يجيب دون تردد «لاندري .وليس هناك ضرورة خاصة ولا أهمية تحفزنا على أن ندري » .

(ج) أن المشروع التجاري العام ، باعتباره نظاماً جديداً ، لا يمكن أن تكون دراسته حكراً على فرع أو أكثر من فروع القانون . إن كل المتخصصين في سائر فروع القانون مطالبون بأن يساهموا في بناء النظام الجديد ، كل من زاويته الخاصة ، لأن المشروع العام ان يكتمل بناؤه الا باشتراك كل فروع القانون في هذا البناء .

وإذا كنا قد رأينا كيف أن ملكية قطعة من الأرض قد أدت إلى تدخل كل فروع القانون على النحو الذى سبق بيانه ، فكذلك يكون الأمر فى المشروع التجارى العام . والحق أن الفارق الوحيد بين المثالين هو أن الملكية نظام قديم وجد فسحته الهائلة من الوقت لكى تنشعب أحكامه ، دون جهد خاص ، إلى حيث يجب أن تنشعب . أما المشروع التجارى العام ، فهو جديد ، ونحن نتعجل بنائه لأننا نقيم مستقبلنا وآمالنا على متانة هذا البناء .

فالمتخصصون فى قانون المرافعات عليهم أن يبحثوا كيف تم مقاضاة المشروع العام إذا كان هناك ما يقتضى وضع قواعد خاصة تناسب المشروع العام . ورجال القانون الجنائى عليهم أن يدرسوا جرائم المشروع العام . وفقهاء القانون الدولى الخاص عليهم أن يبحثوا حل المنازعات التى تقوم بين المشروع العام وعملائه الأجانب . وفقهاء القانون الادارى عليهم أن يهتموا ببحث مركز موظفى المشروع العام وكيفية القضاء على التعقيدات المكتبية . ورجال القانون التجارى عليهم أن يحاولوا وضع القواعد المناسبة لتنظيم نشاط هذه المشروعات ... وهكذا . ولا يكون على كل من هؤلاء المتخصصين من قيد فى البحث الا قيد البقاء داخل الأساس النظرى لاشتراكيتنا العربية ، وتحقيق هدفها النبيل فى الكفاية والعدل .

بهذا يمكن أن يكتمل البناء بالصورة الطبيعية القابلة للاستقرار والبقاء الطويل . وسوف يقتضى ذلك بعض الوقت . ولا بأس أن نذكر هنا — حتى لا نتعجل النتائج وحتى لا يتسرب اليأس إلى نفوسنا بسرعة — أن قواعد شركة المساهمة لم تستقر وتوضح الا بعد مائتين من السنين الطويلة فى تجارب وتردد وتبادل رأى بين فقهاء القرنين السابع عشر والثامن عشر . وهى مع ذلك لم تقف عن التطور حتى بعد هاتين المائتين من السنين ، عندما تم تقنين قواعدها فى عام ١٨٦٧ (١) .

(١) مقال جاستون لاجارد « من الشركة المساهمة إلى المشروع العام » مجموعة الدراسات المهداة للقيده ريبير « القانون الخاص الفرنسى فى منتصف القرن العشرين » الجزء الثانى عام ١٩٥٠ ص ٣١٨ .

لاموجب إذن لليأس ونحن نرى التشريعات المتلاحقة تتسم ببعض التردد . ولا داعى للشك أو الخوف عندما نرى نصيب التجارب متفاوتاً في النجاح والفشل . ولا بأس باختلاف الرأي وتبادل الحجج . كل ذلك طبعى لا غرابة فيه ولا مفر منه . المهم أن نعرف الطريق السليم للبحث والدراسة بدلا من الدخول في مجادلات فرعية لا صلة لها بالموضوع وليس من شأنها أن تقدم جديداً .

ومعرفة الطريق السليم في البحث هي التي يمكن أن تجعلنا نصل إلى تكلمة البناء ، في مدة أقصر ، وبصورة أدعى إلى الثقة والاطمئنان .

٤ - استبعاد المشروع شبه العام من نطاق البحث

٢٢ - سنتنصر في بحثنا هذا على الكلام عن المشروع التجارى العام ، أى المشروع الذى يقوم على رأس مال مملوك للدولة في مجموعه (أو لشخص معنوى عام) ، دون المشروعات شبه العامة ، وهى التى تتخذ عادة شكل شركة الاقتصاد المختلط . ويساهم في تكوين رأسمالها ، إلى جانب الدولة أو الشخص المعنوى العام ، رأس المال الخاص .

ولذا فإنه يجدر بنا أن نستعرض ، في مراجعة سريعة ، تاريخ شركات الاقتصاد المختلط في مصر ، ثم نبين بعد ذلك الأسباب التى تبرر في نظرنا استبعادها من نطاق البحث على الأقل في الوقت الحاضر .

٢٣ - مرت شركات الاقتصاد المختلط في مصر ، في مراحل ثلاثة متميزة . كانت فيها خلال المرحلة الأولى نظاماً استثنائياً محدوداً بضرورات معينة ، ثم ازدهرت في المرحلة الثانية ازدهاراً كبيراً ، ثم عادت إلى التقلص والانكماش في المرحلة الثالثة .

(١) فقد بدأ تدخل الدولة في شركات المساهمة ، كمساهم قوى في رأس المال ، منذ عهد الرأسمالية الحرة قبل الثورة الاشتراكية . ومن ثم فقد كان بدسها أن يكون هذا التدخل استثنائياً محتأً وعلى قدر الحاجة اليه ، كأن يقع رأس المال الخاص في أزمة يعجز عن المرور فيها فتتدخل الدولة

لانفاذ الموقف كشرىكة فى رأس المال ، أو أن يكون هناك قطاع معين لا يقبل عليه رأس المال الخاص وحده للأخطار التى يتعرض لها ولضخامة أعباء الاستغلال على الأقل فى المراحل الأولى ، فتتدخل الدولة للتشجيع والمشاركة . وهذه هى بالفعل الأسباب التى أدت إلى ظهور أول شركة اقتصاد مختلط فى مصر عام ١٩٣٠ ، وكانت هى « بنك التسليف الزراعى » الذى تحول فيما بعد إلى « بنك التسليف الزراعى والتعاونى » بقانون ١٣٩ لسنة ١٩٤٨ . ثم أنشئ البنك الصناعى على هذا النحو عام ١٩٤٧ .

وقد كان منطقياً فى ظل نظام الرأسمالية الحرة أن يكون لتدخل الدولة فى شركات الاقتصاد المختلط لهذه الضرورات الاستثنائية ، مقابل عادل هو تمتع الدولة ببعض الميزات الاستثنائية فى داخل اطار النظام الذى تقوم عليه شركات المساهمة بصفة عامة ، وأن يكون الارتباط بين ضرورة تدخل الدولة وبين هذه الميزات ارتباطاً أساسياً يكن فى تعريف شركة الاقتصاد المختلط ذاتها (١) .

(ب) وقد أقبلت الثورة منذ بدايتها على هذا اللون من التعاون والمساهمة المشتركة بين رأس المال العام ورأس المال الخاص . فلقبت هذه الشركات ازدهاراً كبيراً جعل الطابع الاستثنائى للاقتصاد المختلط يضمحل . بل اتضح للكثيرين أنه لم يعد هناك مبرر لأن يتمتع رأس المال العام بامتيازات يتفوق بها على رأس المال الخاص فى ظل قواعد شركة المساهمة . وتأيدت هذه النظرة فى قانون المؤسسة الاقتصادية رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٧ وكذلك قانون المؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادى رقم ٢٦٥ لسنة ١٩٦٠ ، بل لقد وجد البعض فى هذه المساواة النسبية بين مركز رأس المال العام

(١) أنظر تفصيل ذلك فى رسالة الدكتور غريب الجمال عن « شركات المساهمة العامة وشبه العامة » بالفرنسية عام ١٩٥٥ وباللغة العربية عام ١٩٥٧ ؛ وكذلك الدكتور أكرم الخولى « دروس فى الشركات التجارية والقطاع العام » عام ١٩٦٤ .

وبين مركز رأس المال الخاص في شركة الاقتصاد المختلط المصرية طابعاً يميزها عن شركة الاقتصاد المختلط في فرنسا^(١).

والحق أن هذه المرحلة تتميز منذ بدايتها بأن ثقة المشرع في رأس المال الخاص لم تكن قد ضعفت بعد . ومن ثم فقد وجه الدعوة إلى رأس المال الخاص ليساهم عن طواعية واختيار في عدد كبير من المشروعات الحيوية التي تهدف إلى التنمية الاقتصادية وعلى أساس المشاركة في الإدارة .

ولبي رأس المال الخاص هذه الدعوة في شركات كثيرة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ، شركة التعمير والمساكن الشعبية ، الحديد والصلب ، السكر والتقطير المصرية ، القومية لانتاج الأسمت ، الصناعات الكيماوية .. الخ . وقد بلغ عدد هذه الشركات شبه العامة في سنة ١٩٥٨ الأربعين ، وبلغ رأسمالها في ذلك الوقت ٩٣ مليون جنيه ، كانت المؤسسة الاقتصادية تمتلك منه ٥٦ مليون جنيه ، وتراوحت نسبة مساهمتها من ٨,٧٪ (الحد الأدنى) ، إلى ٩٨,٨٪ (الحد الأقصى) من رأس المال^(٢) .

ثم صدرت قوانين يوليو ١٩٦١ المشهورة . فاختص القانون رقم ١١٧ بالتأميم الشامل لجميع البنوك (١٨ بنكاً) وجميع شركات التأمين (١٤ شركة) و٥٢ شركة أخرى هامة انتقلت كلها إلى القطاع العام . أما القانون رقم ١١٨ فقد اكتفى بإيجاب مساهمة القطاع العام بنسبة ٥٠٪ من رأس مال بعض الشركات ، وبالتالي فقد انضمت هذه الشركات إلى شركات الاقتصاد المختلط . وبلغ عدد الشركات المؤتممة تأمياً نصفياً وفقاً لهذا القانون ٨٣ شركة (في الاقليم الجنوبي) ، وقدرت قيمة مساهمة القطاع العام بحوالى ٤٢ مليون جنيه . ثم أضاف القانون رقم ١١٩ عدداً آخر لشركات الاقتصاد المختلط حين قضى بأنه لا يجوز لأى شخص طبيعى أو معنوى - باستثناء الهيئات

(١) الدكتور أكثم الحولى «دراسات في قانون النشاط التجارى الحديث للدولة» ١٩٦١ ص ٢٤٨ بند ١٠٣ وما بعدها .

(٢) أنظر الكتاب السنوى الثانى للمؤسسة الاقتصادية .

والمؤسسات العامة - أن يمتلك في ٢٠ يوليو ١٩٦١ من مجموع أسهم الشركات المحددة في هذا القانون ما تزيد قيمته السوقية عن عشرة آلاف جنيه ، وتؤول إلى الدولة ملكية الأسهم الزائدة عن ذلك النصاب . وبلغ عدد الشركات التي انضمت إلى غيرها من شركات الاقتصاد المختلط بمقتضى هذا القانون ١٤٥ شركة (في الاقليم الجنوبي) وقدرت قيمة الزيادة الآيلة إلى الدولة (من واقع اقرارات المساهمين الذين يمتلكون أكثر من عشرة آلاف جنيه) حوالي ٥٤ مليون جنيه .

وبدسى أن هذه القوانين قد أدت إلى زيادة كبيرة في عدد شركات الاقتصاد المختلط أو الشركات شبه العامة . صحيح أنها تختلف عن سابقتها في أنها لم تنشأ عن دعوة رأس المال الخاص إلى المشاركة والمساهمة ، وإنما اتخذت طابع القهر والالزام ، الا أنها مع ذلك كانت تعبر عن استمرار ثقة المشرع في مشاركة رأس المال الخاص . ولذا فهي في نظرنا امتداد لنفس المرحلة ، مرحلة ازدهار المشروعات شبه العامة . إذ كان اكتفاء المشرع بالتأميم النصفى ، وهو يتجه اتجاهها واضحاً إلى ارساء أسس النظام الاشتراكي ، تعبيراً منه عن أنه ما زال يعتمد على مشاركة رأس المال الخاص المساهم في سبيل التنمية الاقتصادية وفي سبيل تحقيق أهداف الكفاية والعدل . وكان يرى أنه يكفي أن يقوم القطاع العام (كما تقول المذكرة الايضاحية) بمجرد « التوجيه اللازم لخدمة أغراض التنمية الاقتصادية ، .. ومن ثم فإن الدولة بمساهمتها في رؤوس أموال بعض الشركات القائمة إنما تهدف إلى توفير الامكانيات الضرورية لتحقيق أغراض التنمية مع توجيه تلك الشركات إلى السياسة الموضوعية » .

كذلك قررت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١١٩ أنه يهدف إلى منع القلة من أن تتغلغل برؤوس أموالها في عدد كبير من الشركات وأن تهيمن عليها في حقيقة الأمر .

(ج) ثم انحسرت هذه الثقة في المرحلة الثالثة : أثبتت التجربة أن الرأسماليين القدامى الذين نشأوا في ظل حماية الاستعمار لا يقبلون هدنة

ولا تسامحاً ، وأن أساليبهم القديمة قد حادت على ما تعودت عليه بحيث يصعب أن تتحول من هدف الاستغلال إلى هدف تحقيق الكفاية والعدل . فكان أن أصدر المشرع في ٨ أغسطس عام ١٩٦٣ عدداً من القوانين الهامة منها القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٣ الذى قضى بتأميم ٢٢٨ شركة كان بعضها خاضعاً من قبل للقانونين رقم ١١٨ و ١١٩ لسنة ١٩٦١ فتحول من تأميم نصفى - أى اقتصاد مختلط - إلى تأميم كامل . وقضى القانون رقم ٧٨ بتأميم ٤٣ شركة للنقل البرى والنهرى والبحرى . كذلك ضم القانونان رقم ٧٩ و ١٥١ لسنة ١٩٦٣ عدداً آخر من الشركات إلى الجدول المرافق للقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ (أى إلى الشركات المؤتممة تأمياً كاملاً) . وقد انضح اتجاه المشرع فى هذه القوانين التى قضت على أغلب شركات الاقتصاد المختلط ، أنه أصبح لا يفضل هذا الشكل من التعاون بين رأس المال الخاص ورأس المال العام . كذلك سئى أنه قد أدخل تغييراً شاملاً فى القواعد المتعلقة باشتراك رأس المال الخاص فى إدارة الشركة وتوجيهها ، بحيث أصبحت إدارة شركات الاقتصاد المختلط التى مازالت قائمة ، لا تختلف فى شىء عن إدارة المشروع العام الذى تستقل الدولة أو شخص من أشخاصها العامة بتقديم كل رأسماله .

٢٤ - وقد يكون من قبيل المبالغة أن نتخذ هذا التراجع من جانب المشرع تكتة للكلام عن « فشل » نظام شركة الاقتصاد المختلط ، ثم ننفص أيدينا منه إلى الأبد . إذ أن الرجوع فى نظرنا أن هذا التراجع مرحلى ومؤقت . فليس ثمة ما يقطع بأن المشرع لن يعود مرة أخرى فى مستقبل قريب أو بعيد إلى دعوة المال الخاص للمساهمة فى رأس مال مشروعات جديدة « شبه عامة » ، بل وإلى دعوته اياه إلى الاشتراك فى توجيه وإدارة هذه المشروعات . وقد قلنا بهذا الرأى بالفعل فى لجنة مراجعة مشروع القانون التجارى الجديد حين انقسم أعضاء اللجنة بصدد وضع نظام خاص لشركة الاقتصاد المختلط فى قانون شركات المساهمة . إذ كان من رأى بعض الأعضاء أن شركة الاقتصاد المختلط لم يعد لها مبرر ، وبالتالي لا يوجد ما يدعو لتنظيم قواعدها

في التقنين الجديد . وكنا - على العكس - من بين الأعضاء الذين أكدوا ضرورة تنظيم هذه الوسيلة من وسائل المساهمة في التقنين التجاري الذي يجب أن يصدر لكي يكون قابلا للبقاء ، ولكي يحمل طابع الاستقرار ، فلا يتأثر بظروف المرحلة ذات الطابع المؤقت .

ومع ذلك ، فإن نظام شركة الاقتصاد المختلط قد تعرض لانتقادات كثيرة ، ليس فقط في مصر ، وإنما في أغلب البلاد التي طبقت . فقد عدلت عنه يوغوسلافيا بعد أن تبين فشله كما يقرر الأستاذ ايفانوفيتش^(١) رغم أنه لم يطبق هناك إلا في نطاق ضيق ، بالنسبة لبعض الشركات وبعض الجمعيات التعاونية ، فلم تلبث أن صنيت أو حولت إلى التأميم الكامل . كما أن انتقادات كثيرة وصعوبات حمة تعترض تطبيقه في فرنسا حيث ينتشر هذا النوع من الشركات . هذا بالإضافة إلى الظروف الخاصة التي يمر بها رأس المال الخاص في مصر بالذات .

(١) ولعل من بين أهم الانتقادات العامة التي وجهت إلى هذا الشكل هي أنه لا يهيء التعاون بين رأس المال العام ورأس المال الخاص ، بقدر ما يهيء التنافر والتعارض بينها . فهو يقيم « مجلس إدارة مختلط » منقسم على نفسه منذ البداية إلى النهاية (٢) ، وذلك بحكم الفوارق التي يرسمها والحدود التي يضعها بين ممثلي رأس المال الخاص وممثلي رأس المال

(١) فلاديمير ايفانوفيتش : محاضراته عن المشروع الاقتصادي في يوغوسلافيا لطلبة الدكتوراه في الجامعات المصرية عام ١٩٦٢/١٩٦٣ ص ٥٨ .

(٢) يعرض العميد جوزيف هامل في مقاله عن « تأميم البنوك الكبيرة ونتائج خبرة أربع سنوات » :

“La nationalisation des grandes banques de dépôts. Resultats de quatre années d'expérience”, Droit Social, 1950 p. 1.

يعرض للتكوين الثلاثي لمجلس إدارة البنوك المؤتممة : من الفنيين في البنك والتقنيين وممثلي المصلحة الاقتصادية العامة . ويقرر أن هذا التكوين يؤدي إلى أخطار مؤكدة وأنها مصدر للعجز وأن هذا الخطر لا يعتبر قائلا إذا ظلت الخلافات دائرة في حدود مصلحة المشروع . ولكنها على أي حال مضيعة للوقت .

العام في هذا المجلس، ثم أنه نظام لا يحاول وضع هدف واحد يتعاون الجميع في توجيه الشركة الى تحقيقه ، ولا يضع أساسا واحداً لمسئولية هؤلاء الأعضاء . وإنما يجمع داخل مجلس الادارة بين ممثلين لرأس المال العام تعيينهم الدولة (أو الشخص العام المساهم) لكي يدافعوا عن المصلحة العامة، وبين ممثلين لرأس المال الخاص تعيينهم الجمعية العمومية لكي يدافعوا عن مصالح المساهمين من الأفراد. وجهة التعيين هي وحدها التي تملك العزل. ولذا فمن الطبيعي أن يشعر كل عضو أنه منتمى إلى الجهة التي عينته والتي تملك أن تعزله ، وأن مسؤوليته لا تكون الا تجاهها وحدها ، وأن مصالحها هي التي يجب أن تتغلب على مصلحة الجهة الأخرى (١) . وسيطر هذا الشعور على جو المناقشة داخل المجلس بحيث تراجع مصلحة المشروع ذاته - كوحدة وكهدف - فلا تكاد تجد من يراها أو يدافع عنها . وتكون نتيجة هذا اللون من الادارة أن تضعف الثقة بين فريقين منقسمين داخل المجلس ، وأن يحدث الشد والجذب في كل موضوع يعرض عليه . فإما أن يتغلب ممثلوا المال العام فيضحي بمصلحة بقية المساهمين ، وإما أن يتغلب ممثلوا الجمعية العمومية ويكون ذلك على حساب المصلحة العامة . وفي الحالين يضار المشروع ويتعطل ، وتضار بهذا التعطيل المصلحتان العامة والخاصة على السواء .

(ب) كذلك يختل التوازن في شركة الاقتصاد المختلط بالنسبة للجمعية العمومية للمساهمين ، التي تفقد من الناحية العملية أهم اختصاصاتها وأهم سلطاتها على مجلس الادارة بحيث تصبح مجرد واجهة لا قيمة لها وعلى الأخص بالنسبة للأعضاء المعينين من جانب الدولة . فهي لا تملك مساءلتهم ولا تملك تعيينهم ولا عزلهم . فاذا كان هؤلاء الأعضاء أغلبية في المجلس ، فإن دعوة هذه الجمعية العمومية للانعقاد تصبح في حد ذاتها مجرد عبث .

(١) جان دنيس بريدان - رسالته السابق الاشارة اليها - ص ٤٦ وص ١٧٣ .

وينتقل ميزان القوى كله إلى أيدي هؤلاء الأعضاء . وتصبح شركة الاقتصاد المختلط « كاهرم المقلوب الذي يركز على قمته » (١) .

٢٥ - ولاشك أن هذه الانتقادات العامة كان لها اعتبارها في نظر المشرع المصري إلى جانب ضرورات المرحلة التي تقتضى الانطلاق في التحول الاشتراكي دون نظر إلى المصالح الخاصة لأفراد المساهمين . لذلك مر كل من مجلس الإدارة والجمعية العمومية في شركة الاقتصاد المختلط في تطور تشريعي سريع انتهى إلى جعل مطلق مساهمة رأس المال العام في الشركة بأى نصيب يكفى لتعطيل أجهزة الشركة وتحويلها إلى مشروع عام لا يختلف في كيفية ادارته عن المشروعات العامة الأخرى (٢) .

(١) فبالنسبة لمجلس الإدارة ، كان تشكيله - قبل أغسطس عام ١٩٦١ - لا يكاد يخرج كثيراً عن مبدأ ارتباط الإدارة بالملكية (وهو المبدأ الذي يجعل التمثيل في مجلس الإدارة متناسباً مع نصيب كل من المال الخاص والمال العام في رأس مال الشركة) . واقتصر الاستثناء على ضرورة أن يكون تعيين رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب في الشركات التي تملك المؤسسة ٢٥٪ على الأقل من رأسمالها بقرار من رئيس الجمهورية من بين ثلاثة يرشحهم مجلس إدارة الشركة بعد أخذ رأى مجلس إدارة المؤسسة (م ١٢ ق ٢٦٥ لسنة ١٩٦٠) ، وعلى ضرورة تمثيل المال العام بعضو واحد على الأقل في مجلس الإدارة متى كان نصيبه في الشركة لا يقل عن ٥٪ من رأس المال (م ٥ ق ٢٦٥ لسنة ١٩٦٠) . والواقع أن هذه امتيازات ظاهرية أكثر منها حقيقية . إذ أن الرأسمال العادى الذى يمكن أن تصل مساهمته إلى ٥٪ من رأس مال أى شركة مساهمة عادية يستطيع

(١) التعبير لبريدان - المرجع السابق ص ٢٣٣ ؛ وأنظر في نفس المعنى كاتزاروف السابق أيضاً ص ٢٧٠ .

(٢) أنظر في تفصيل هذا التطور مقال الدكتور أكرم الخولى «حول تطور تشريعات القطاع العام منذ يولية ١٩٦١» بمجلة إدارة قضايا الحكومة السنة ٦ العدد ٣ .

هذا القدر في أغلب الأحيان أن يضمن لنفسه مقعداً في مجلس الإدارة .
أما ذلك الذي تصل مساهمته فيها إلى ٢٥٪ فلا شك أنه أجدر المساهمين
رئاسة هذا المجلس .

واكن قانون ١٣٧ لسنة ١٩٦١ بدأ يفصل بين الملكية والإدارة ومحطم
هذا المبدأ القديم من مبادئ شركة المساهمة . فقد نص في مادته الأولى
على أن جميع أعضاء مجلس الإدارة - عدا ممثلي الموظفين والعمال بطبيعة
الحال - يعينون بقرار من رئيس الجمهورية بناء على ترشيح رئيس إدارة
الهيئة أو المؤسسة ، وذلك متى بلغت مساهمة الدولة ٢٥٪ من رأس المال
على الأقل . ومفهوم ذلك أن المال الخاص لم يعد له أن يعين من يمثله
في مجلس الإدارة إلا إذا بلغت مساهمته أكثر من ٧٥٪ من رأس المال .

ولم تمض على هذا القانون فترة طويلة، بل لحقه في نهاية أغسطس من نفس
السنة ، القانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٦١ الذي نص على تعيين جميع أعضاء
مجلس الإدارة بقرار من رئيس الجمهورية على النحو السابق في كل شركة
تساهم فيها الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة ، وذلك دون أن
يقيد هذه المساهمة بحد أدنى معين . وعلى هذا الأساس ، فإن مطلق مساهمة
الدولة في أية شركة ، ولو يسهم واحد ، يستتبع تعيين أعضاء مجلس الإدارة
جميعهم - عدا المنتخبين - بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على ترشيح
رئيس مجلس إدارة الهيئة أو المؤسسة العامة أو الوزير المختص .

(ب) وقد حدث تطور مشابه بالنسبة للجمعية العمومية لشركة
الاقتصاد المختلط . اتخذ هذا التطور في بادئ الأمر صورة الأحكام المؤقتة
قبل أن يتحول إلى وضع نهائي بات . إذ قضى القانون رقم ١٣٩
لسنة ١٩٦١ بأن تنتقل سلطات الجمعية العمومية في الشركة التي يساهم
فيها رأس المال العام، لمدة ستة شهور فقط، إلى مجلس إدارة المؤسسة العامة .
ثم صدر القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٢ باستمرار بقاء هذه السلطة في يد مجلس
إدارة المؤسسة العامة النوعية التي تتبعها الشركة ، وذلك حتى آخر ديسمبر
١٩٦٢ . ثم صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٣ مقررأ

نفس المبدأ على أن يعمل به حتى نهاية عام ١٩٦٤ . وأخيراً صدر القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ (المتعلق بالمؤسسات العامة) ، وقضت المادة ٢٥ منه بانتقال سلطات الجمعية العمومية في سائر الشركات والمنشآت التابعة للمؤسسة إلى مجلس إدارة هذه المؤسسة برئاسة الوزير المختص ، دون تقييد بأية فترة زمنية معينة .

وبناء على هذا التطور المزدوج ، يمكن القول بأنه حتى على فرض بقاء شركة الاقتصاد المختلط في معناها المفهوم من مساهمة رأس المال الخاص مع رأس المال العام ، فإن نظام شركة الاقتصاد المختلط قد انتهى في التشريع المصري تماماً . وانتهى كذلك في هذه الشركة مبدأ تلازم الملكية والادارة . وأصبح مجرد مساهمة رأس المال العام في أية شركة مؤدياً إلى سيطرة الدولة على هذه الشركة سيطرة كاملة .

٢٦ - ومن المؤكد أن ذلك التطور الذي رأينا أنه انتهى إلى تقلص وانكماش شركات الاقتصاد المختلط ، وإلى القضاء على نظامها المعروف في التشريع المصري ، يصلح مبرراً كافياً لاستبعاد المشروع شبه العام من نطاق البحث .

الا أننا لا نجد بأساً من أن نضيف أن ذلك الاستبعاد يحمل في نظرنا معنى الأرجاء والتأجيل ، ولا يحمل معنى الاستبعاد المطلق .

ذلك أن الاعتبارات التي تحول دون ازدهار هذا الشكل من أشكال التعاون بين الأفراد والمجتمع في سبيل التنمية وفي سبيل تحقيق الكفاية والعدل هي كلها اعتبارات مرحلية مؤقتة اقتضتها ضرورات التحول الاشتراكي . ولكنها لن تستمر بعد أن يتم هذا التحول بالفعل وتتجدد دماء المجتمع الجديد ، هذه الاعتبارات المرحلية يمكن أن نوجزها فيما يلي :

(١) فأولاً : هناك اعتبار ضعف - بل انعدام - الثقة بأصحاب رؤوس الأموال الخاصة الذين عاشوا وكونوا ثرواتهم في ظل النظام الرأسمالي السابق . فقد قويت شوكتهم عن طريق تحالف غير شريف بينهم وبين

الاستعمار ضد مصلحة الشعب . وكان معظمهم خليطاً من رعايا وأفانق دول العالم نزحوا إلى مصر في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين وليس في جيوبهم مال ولا في قلوبهم ضمائر . فاستنزفوا دماء الشعب بغير رحمة في حماية الغاصب وتوارثوا - جيلاً بعد جيل - ذلك الاعتماد المطلق على وجود المستعمر ، وذلك الاستغلال المطلق لثروات الشعب . أمثال هؤلاء لا يمكن أن ينصلح لهم أمر ، حتى لو هادتهم الثورة الاشتراكية على النحو الذي فعلته بين عام ١٩٦١ وعام ١٩٦٣ . كالعود الذي نشأ أعوج لا يستقيم ولا يمكن له أن يستقيم . فقد تظاهر بعضهم باعتناق الاشتراكية بينما كان يعمل في الخفاء سعيماً وراء ارجاع الأوضاع الظالمة التي انتهت إلى الأبد . لا معنى إذن للتعاون مع أمثال هؤلاء . وقد عبر الميثاق عن ذلك كله في مواضع مختلفة ، منها قوله (١) : « أن الأزمة التي وقع فيها رأس المال الخاص قبل الثورة تنبع في واقع الأمر من كونه وارثاً لعهد المغامرين الأجانب الذين ساعدوا على نزح ثروة مصر إلى خارجها في القرن التاسع عشر . لقد تعود رأس المال الخاص أن يعيش وراء أسوار الحماية العالية التي كانت توفر من قوت الشعب . كذلك تعود السيطرة على الحكم بغية التمكن له من مواصلة الاستغلال » ومنها قول الميثاق أيضاً (٢) : « أن تحالف الرجعية ورأس المال المستغل يجب أن يسقط » .

(ب) والاعتبار الثاني هو اندفاع الأفراد إلى الاستهلاك وعزوفهم عن الادخار والمساهمة بمدخراتهم في مشروعات التنمية . وبالرغم من أن قيمة السهم قد وصلت إلى حد أدنى في متناول الجميع (وهو مبلغ جنيه واحد) عملاً بفكرة ديمقراطية الأسهم وتشجيعاً لصغار المدخرين على استثمار مدخراتهم في المشروعات الحيوية التي تتطلب اكتتابات شعبية عامة .. بالرغم من ذلك فإن كثيراً من الذين ارتفعت أجورهم أو تحسنت مراكزهم المادية - في ظل النظام الاشتراكي الذي يعمل على إعادة توزيع الثروات على نحو

(١) الباب السادس - حتمية الحل الاشتراكي .

(٢) الباب الخامس - الديمقراطية السلمية .

اعدل - قد اندفعوا إلى الاستهلاك . وذلك رد فعل طبيعي للحرمان الطويل . وسوف يعود التوازن بعد وقت قد لا يطول . حينئذ سوف تمتد رؤوس الأموال الخاصة الناتجة عن العمل الشريف ، لتتعاون مع رأس المال العام في سبيل مزيد من الكفاية ومزيد من العدل .

(ج) أن التطبيق الاشتراكي في مصر ما زال حديث العهد . وما زلنا ننتظر أن أتوتى جهود الشعب ثمارها من الناحية الاقتصادية ومن الناحية الخلقية على السواء .

فن الناحية الاقتصادية ، لا شك أنه قد تم القضاء ، على رأس المال المستغل ، وأفسح الميثاق مجال العمل الشريف للرأسمالية الوطنية ، إلا أنها ما زالت وليدة، هي بالتالى ضعيفة في هذه المرحلة الأولى من مراحل التنمية .

ومن الناحية الخلقية ، لا شك أن التحول الاشتراكي في نفوس الناس لا بد أن يقتضى بعض الوقت ، بحيث يقبل صاحب المال على المشاركة بماله في المشروعات القائمة على خدمة المصلحة العامة قبل النظر إلى مصلحته الخاصة في تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح . وإذا كانت شركة الاقتصاد المختلط قد وجدت صعوبتها الكبرى في « ازدواج المصلحة » داخل هيئات الإدارة ، فلا شك أنها سوف تعود دون صعوبة إذا تم توحيد هذه المصلحة . وذلك يقتضى أن يرتفع المستوى الخلقى والوعى الاشتراكي في المجتمع إلى الحد الذى يوجد اتحاداً نقيماً خالصاً بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة دون تعارض ودون ازدواج .

٢٧ - وواضح أن هذه الأسباب السابقة كلها مرحلية ذات طابع مؤقت . وليس من مهمتنا أن نتنبأ بما يمكن أن يحدث في المستقبل ، ولكن من حتمنا أن نأمل ونتمنى . وإذا كان الميثاق يطالب رأس المال الخاص بأن يتطهر مما علق به من أوزار الماضى حين يدعو إلى أن يجدد نفسه ، فإننا نأمل أن تزول هذه العوائق المؤقتة ، وأن ينمو رأس المال الخاص على أسس اشتراكية شريفة ، وأن يتقدم لتأدية دوره في تطبيقنا العربى المعتدل للاشتراكية .

ونتمنى أن تؤدي زيادة الانتاج ووفرتة - خاصة بعد تمام الاستفادة من السد العالى - إلى خلق قطاع جديد من الرأسماليين الوطنيين الشرفاء الذين يشاركون في بناء المجتمع الجديد . ونتمنى أن يتقدم الوعى الاشتراكي خلال ذلك كله في نفوس أفراد المجتمع كافة ، بحيث يستقيم التطبيق الاشتراكي الذى أرادته الميثاق متزناً ، نابغاً من حاجاتنا وظروفنا ، لا تطرف فيه ولا تبعية ولا اقتباس .

٥ - خطة البحث

٢٨ - من تلك المقدمة الطويلة التى وجدنا - لصعوبة الموضوع وجدته - أن البدء بها ضرورة لازمة ، يتضح أننا لا ننوى أن نتقيد باطار معين ، وإنما سوف نستند مباشرة إلى الأساس النظرى العام الذى يتمثل في ميثاق العمل الوطنى ، وأنا سنحاول أن نتخلص من قيود التخصص ، فتقدم ما نراه صالحاً متمشياً مع ما نفهمه من هذا الأساس النظرى مباشرة .

ولذا فسوف نخصص الفصل الأول لدراسة الأساس النظرى للمشروع التجارى العام . أما الفصول التالية ، فسوف نحاول خلالها دراسة أهم مشكلات المشروع العام مستنديين إلى مافهمناه من الميثاق . فنخصص الفصل الثانى لدراسة الشخصية المعنوية ، والفصل الثالث لإدارة المشروع والرقابة عليه ، ونتناول في الفصل الرابع والأخير نشاط المشروع وعلاقاته بغيره .

ولا بأس من أن نكرر هنا أننا لن نعتمد في دراستنا على تتبع خطى النصوص التشريعية القائمة ، وإنما نشير إليها عندما تقتضى الحاجة .

ولا بأس أيضاً من أن نكرر أن الحلول التى سنعرضها لمختلف المشكلات ليست في نظرنا هى الحلول النهائية ، خاصة وأنه ينقصنا بعض المعلومات العملية عن كيفية العمل داخل المشروعات العامة .

هى إذن مجرد نماذج تبين كيفية البحث عن حل ، على هدى الأسس السليمة التى حرصنا على بيانها في المقدمة . « يتبع »

THE POSITION OF THE CONSUMER UNDER A SYSTEM OF SOCIALIST PLANNING

By

M. I. GHOZLAN*

Introduction

Anyone who casts a critical look on the literature dealing with socialist planning cannot fail to be impressed by the diversity of attitude of the different writers toward the question of the position of the consumer under such planning. For some, adherence to the rule of consumers' sovereignty is a *sine qua non* of healthy, "democratic" socialism. Others reject the concept of consumers' sovereignty, and envisage "the moulding of consumers' preferences" as a basic function of government under socialist planning. From the point of view of a nation still in the throes of elaborating its national planning system, it is important to distill from these conflicting claims a balanced attitude which may serve as a basis for the functioning of an actual socialist economy. This is the object of the present paper.

The position of the consumer under capitalism

It may be appropriate before plunging into the details of this discussion to provide a brief picture of the position of the consumer under a capitalistic, free enterprise system. We may readily obtain such a picture — somewhat idealized, yet professed to be a reasonable approximation to reality — from the familiar analyses of consumers' behavior under conditions of a freely competitive economy. Here, the consumer is conceived of as being confronted with a series of basic choices: a choice between work and leisure, a choice between present and future consumption, and a choice with respect to the allocation of his current expenditure among alternative goods and services. In exerci-

* The author is associate professor of economics in the Faculty of Law, Alexandria University.

sing his choice, it is assumed that he is basically free from intervention on the part of his government. His choices are exercised in the light of his scales of preference, on the one hand, and the various prices confronting him through the working of the price mechanism, on the other.¹ It is assumed, of course for the sake of simplicity, that he exercises his choice rationally; but it is acknowledged that various forms of irrationality affect his behavior. It is recognized that he is influenced in his choice by tradition, custom, prejudice, ignorance, the desire "to keep up with the Joneses", extravagance, advertising, and limited purchasing power.² In general, however, and despite this irrationality, the welfare assumption underlying the organization of the system is that he is the best judge of what he wants and of the means for satisfying these wants. The scope for the exercise of his choice is usually large, for he is normally faced with an abundance of goods; shortages and accompanying rationing only occur under exceptional circumstances, such as those of war. Moreover, since he is considered to be the core of economic organization, his wishes, expressed on the market, are understood to be the basic guide to the whole process of production through the medium of the price-mechanism. This is what is called "consumers' sovereignty". In other words, the consumer in a capitalistic system enjoys what is usually referred to as "freedom of consumers' choice", which, under this system, includes also the principle of "consumers' sovereignty"³. His freedom in this respect is considered one of the

1. This is, of course, the type of analysis one usually finds in any standard textbook on economic theory. See, e.g., G.J. Stigler, *The Theory of Price*, New York, Macmillan, 1954, chs. 4-5; K. E. Boulding, *Economic Analysis*, London, Hamilton, 1949, Chs. 29, 23; R. H. Leftwich, *The Price System and Resource Allocation*, New York, Rinehart, 1957, chs. 4-5; J. R. Hicks, *Value and Capital*, Oxford, Clarendon Press, 1946, Part I, and more recently, his *A Revision of Demand Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1956; for a mathematical formulation, P. A. Samuelson, *Foundations of Economic Analysis*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1947, ch. 5.

2. See T. Suranyi-Unger, *Comparative Economic Systems*, New York, McGraw-Hill, 1952, pp. 4-5.

3. Cf. G. N. Halm, *Economic Systems; a Comparative Analysis*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1961, p. 37. See, nevertheless, our distinction below between the concept of consumers' sovereignty and that of freedom of choice. This distinction is due to O. Lange "On the economic theory of socialism," in *On the Economic Theory of Socialism*, B. Lippincott, ed., Minneapolis, Minnesota, 1938, pp. 95-96.

basic elements in the kit of social institutions designed to ensure his economic freedom and his personal liberty in general.⁴

Welfare as an end under socialist planning

To turn now to the position of the consumer under socialist economic planning, let us first try to ascertain what is commonly taken to be the end (or ends) of such planning. It is usually assumed that the end of economic activity under socialism, like that under capitalism, is maximum social welfare. The dependence of the concept of social welfare, in the final analysis, on ethical theory has been repeatedly pointed out.⁵ The basis is usually some kind of social hedonism as expressed in the various social welfare functions commonly utilized. Nothing, however, precludes total or partial derivation of the social welfare function from different ethical precepts, such as naturalism, religious ethic, or any other ethical theory, whether the value scales concerned are purely those of individuals, purely those of the planning authority, or of a mixed character.

Among the writers who have dealt with the concept of welfare specifically in its application to the theory of socialism, mention must be made of V. Pareto and E. Barone.⁶ It should be noted, however,

4. In this sense, Suranyi-Unger refers to this freedom of consumers' choice under capitalism as "the strongest bulwark of Western economic freedom at large." (*Op. cit.*, p. 5). And J. M. Clark emphasises that, although consumers' sovereignty is demonstrably limited and fallible "yet with all its defects this agency is indispensable in a society in which the shaping of worthwhile lives is basically voluntary, rather than dictated by central authority." (J.M. Clark, *Competition as a Dynamic Process*, Washington, D.C., Brookings Institution, 1961, pp. 12-13.) And finally, Keynes expresses his high praise of individualistic economic organization by saying that "above all, individualism, if it can be purged of its defects and its abuses, is the best safeguard of personal liberty in the sense that, compared with any other system, it greatly widens the field for the exercise of personal choice, and the loss of which is the greatest of all losses of the homogeneous or totalitarian state." (J. M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, New York, Harcourt-Brace, 1936, p. 380.)

5. See, e.g., C.D. Baldwin, *Economic Planning; its Aims and Implications*, Urbana, University of Illinois Press, 1942, pp. 39-40.

6. V. Pareto, *Cours d'Economie Politique*, vol. II, Lausanne, 1897, pp. 90 f., 364 f.; E. Barone, "Il ministero della produzione nello stato collettivista," *Giornale degli Economisti e Rivista di Statistica*, Sept. and Oct. 1908, pp. 267-293, 391-414. A translation is published as "The ministry of production in the collectivist state," in *Collectivist Economic Planning*, F. A. Hayek, ed., London, 1935.

that their concept of welfare differs in important respects from the traditional concept provided in the writings of Marshall and Pigou.⁷ For the latter, welfare is the "sum" of the utilities of the individual households; utility is cardinal, and, with the assumption of its interpersonal comparability and of equal capacity to enjoy income, equality in the distribution of income is economically deduced as a condition of maximum welfare. For the former, welfare is at a maximum when it is impossible to increase the welfare of some without reducing the welfare of others. Utility is ordinal, and interpersonal comparability of utility is rejected. This, in effect, is the basis of the so-called "modern" welfare economics.⁸ The importance of all this lies in the silence of this approach with respect to policy measures which affect the distribution of income. The sterility of this attitude, and the possibility of characterizing it as a rationalization of the *status quo* are obvious.⁹ However, adherents of this approach do not bar any attempt to change the distribution of income; they simply note that income redistribution cannot be deduced on purely economic grounds. Nothing, therefore, prevents the inclusion of the desired pattern of income distribution as an end in the social welfare function.¹⁰ As they stress, however, this would be an ethical judgement.

The distinction between economic and non-economic objectives of socialist planning, such as increased power or other political objectives, does not require any amendment in our preceding description of the end of socialist planning as maximum social welfare, since this welfare depends on the satisfaction of all these ends. This is not to deny, however, the possibility of perversion of planning if the ends for which satisfaction is sought are in small or large measure those of the planners themselves to the disregard of the ends of society at large. Barring this, nevertheless, the identity of ends between socialism and capitalism has been

7. A. Marshall, *Principles of Economics*, 8th edition, London, 1920; A. C. Pigou, *Economics of Welfare*, 4th edition, London, 1934.

8. K. E. Boulding, "Welfare economics," in *Survey of Contemporary Economics*, vol. II, B. F. Haley, ed., Irwin, 1952, pp. 1—2, 10; I. M. D. Little, *Critique of Welfare Economics*, 2nd ed., Oxford University Press, 1958, chs. 1—3; P. A. Samuelson, *op. cit.*, ch. 8.

9. P. A. Samuelson, *op. cit.*, pp. 249—252.

10. See A. Bergson, "Socialist economics," in *Survey of Contemporary Economics*, vol. I, H. S. Ellis, ed., Philadelphia, Blakiston, 1948, pp. 413—414.

repeatedly recognized. This is particularly the case with respect to so-called "democratic" socialism. "Democratic" socialism here refers to socialist planning on the basis of consumers' sovereignty. What some call "democratic" socialism, others call "liberal" or "market" socialism, as distinct from "authoritarian" socialism.¹¹ Whether this should mean absolute, unmitigated adherence to consumers' sovereignty or some more reasonable domain for consumers' preferences is a question we shall deal with in detail below.

Another assumption which has to be made with respect to the framework within which socialist planning takes place is that the socialist system, like its capitalist predecessor, will also be confronted with the basic problem of scarcity. This may be denied in some instances,¹² but all competent socialist thought proceeds on the basis of this premise. Unlimited abundance may be promised as a future possibility of the socialist system;¹³ but for purposes of immediate economic planning all problems of consumers' choice and sovereignty would immediately vanish if the contrary assumption is made.

Arguments against consumers' sovereignty

As previously noted, consumers' sovereignty refers to the situation in which consumers' preferences play the role of the basic guide to the process of production. Under socialist planning, this means that consumers' preferences, as they see them, are the basic factor that should count in allocating the community's resources among their various uses. As such, consumers' sovereignty has been the object of severe criticism by many writers on socialist planning. The most notable writer

11. See L. Robbins, *The Economic Basis of Class Conflict*, Macmillan, 1939, p. 186; G. N. Halm, *op.cit.*, p. 164; and for different types of socialist planning from this point of view, B. Balassa, *The Hungarian Experience in Economic Planning*, New Haven, Yale University Press, 1959, pp. 44—49.

12. Cf. Baldwin's reference (*op. cit.*, pp. 72 — 74) to the technocratic attitude that this is an age of plenty, had it not been for competitive advertising which creates wants, encourages wasteful product differentiation, etc. As a sample of the writings of this group, see H. Scott, et al., *Introduction to Technocracy*, John Day, 1933.

13. Cf. Suranyi-Unger's reference (*op. cit.*, p. 27) to expectation of unlimited abundance in Soviet Russia sometime in the 1960's, and his comment.

in this respect is M. Dobb.¹⁴ Consumer's sovereignty, he argues, is based on an unwarranted belief in the "sacredness of consumers' preferences", a sacredness which is pretty ruthlessly damaged by the influence of advertising. Of course, it must be noted that the role of advertising under socialist planning is bound to be different from that under capitalism. However, it seems clear that Dobb seeks merely to deny the autonomy of consumers' preferences. If consumers' tastes, then, are the object of social influence and moulding in any case, it is clearly superior to have this moulding undertaken by society as a whole rather than by business under the motivation of self-interest. Static economic theory, he notes, takes consumers' tastes as given. This, however, is an illegitimate assumption "in a context of change and development". In fact, the setting of new and higher social standards will undoubtedly be one of the central preoccupations of socialist society.¹⁵

In addition, although adherence to consumers' sovereignty may be hailed as "economic democracy", the idea being that consumers exercise their choice by casting their money votes on the market in a manner similar to ballot casting for political democracy, yet economic democracy is vitiated by "a widely graded system of plural voting". Since complete equality of income is unlikely under socialist planning for reasons related to the incentive to work, plural voting would still vitiate consumers' sovereignty under socialism.

It is also clear that under modern economic conditions, a great deal of standardization of products, that is of limitation of variety, can occur without much loss of aesthetic or utilitarian value. The range

14. See his article, "Economic theory and the problems of a socialist economy," *Economic Journal*, Dec. 1933, pp. 588—598; also published in abbreviated form in his book, *On Economic Theory and Socialism; Collected Papers*, London, Routledge and Kegan Paul, 1955, pp. 34—41. G. N. Halm writes, "The theory of authoritarian planning has found its most advanced expression in the writings of Maurice Dobb. We shall follow Dobb in our theoretical discussion of authoritarian socialism, just as we followed Lange in studying the liberal socialist blueprint." (*Op. cit.*, p. 224).

15. *Ibid.*, pp. 36—37; 78—79. As is well-known, the influence of advertising on consumers' tastes and consumers' choice under capitalism is seldom looked upon with tolerance. Clark refers to the "view held in some quarters that it is the inherent tendency of competition to sacrifice serviceability to vendability and debase or impair the human values it touches". (*Op. cit.*, p. 10). And in another place, he mentions among the perversions of selling effort the bribery of purchasing agents and undercover inducements to retail firms to push the sale of defective products. (*Ibid.*, p. 483).

of choice usually offered the consumer under these conditions is bewildering, and the consumer is frequently incapable of conducting his choice intelligently. This is basically because he seldom has the required technical knowledge for any but a limited area of choice. Trial and error may work reasonably well to protect the consumer against unsatisfactory products, but it is not infallible, for he may be unable to determine precisely the source of his dissatisfaction; and in any case this can apply only in the case of products which are bought in small and frequent purchases.¹⁶

Under the rule of consumers' sovereignty, the vagaries of consumers' tastes may also be condemned as a source of economic disturbance. Boulding observes that the freedom of the consumer to switch over from one commodity to another as a result of changes in tastes may involve high costs of transfer of resources both human and non-human, with the result that a rather unimportant freedom on the part of some seriously limits important freedoms of others.¹⁷ Then, again, rationality of consumers' choice in certain fields may be seriously questioned. The consumer tends to neglect satisfaction of his needs where the immediate effects of neglect are small, as in the case of health, sanitation, or education. And in the field of his choice between current and future consumption, Pigou refers to his "defective telescopic faculty" which results in underestimation of the future.¹⁸

As may be seen, many of these arguments against consumers' sovereignty point, in one form or another, to various sources of irrationality which impair consumers' choice. The prevalence of such irrationality in the field of consumers' behavior is partly due to the fact that "the process of selective elimination of the least efficient, which operates among business firms, has little or no application to consumers"¹⁹. Of course, what is meant by rationality in this context is not conformity of consumers' choice to some criterion of consistency as is usually the case in discussions of the modern theory of consumers' choice, but simply whether the consumer knows what is good for him and chooses means which are well-adapted to the achievement of his ends.

16. B. Wootton, *Lament for Economics*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1938, pp. 188—191; C. D. Baldwin, *op.cit.*, p. 69; J. M. Clark, *op.cit.*, p. 75.

17. K. E. Boulding, *Principles of Economic Policy*, London, Staples press 1959, pp. 144—147.

18. A. C. Pigou, *op.cit.*, p.25.

19. J. M. Clark, *op.cit.*, p. 232.

Arguments for consumers' sovereignty

Such attacks on the principle of consumers' sovereignty have elicited equally vehement defense of the principle from many other writers. Lerner criticizes Dobb's attitude by saying that it assumes that someone knows what the people really want other than the people themselves.²⁰ If carried far, this may involve the substitution of the planning authority's scale of values for that of the consumers, and adapting wants to production, not vice-versa. With respect to advertising and other social influences on consumers' preferences, Fellner retorts, "In the area of Western civilization few would subscribe to the view that pressures and conditioning mechanisms have spoiled our preferences so thoroughly as to provide ethical or pragmatic justification for the abolition of free choice."²¹ Adherents of the so-called centralist solution to the problem of socialist planning may call authoritarian planning "a diet prescribed by a doctor to a patient"; however, the idea of an infallible central authority is rejected by adherents of the competitive solution. Lange writes, "Mr. Lerner has sufficiently shown the undemocratic character of such system and its incompatibility with the ideals of the socialist movement. Such a system would scarcely be tolerated by any civilized people."²²

It may be argued also that, although consumers' sovereignty may be a source of economic disturbance in the short run, its impact on aggregate welfare in the long run is shown by its historical achievements. And if opponents of consumers' sovereignty stress consumers' irrationality, it may be pointed out that irrationality is not likely to be eliminated under authoritarian planning as is witnessed by its shortcomings avowed through self-criticism in the Soviet sphere. Suranyi-Unger, however, emphasizes that basically consumers' sovereignty can be defended only by reference to the belief in a natural order, which is partly irrational.²³ In other words, adoption or rejection of consumers'

20. A. P. Lerner, "Economic theory and socialist economy," *Review of Economic Studies*, 1934—1935, p. 54.

21. W. Fellner, *The Emergence and Content of Modern Economic Analysis*, New York, Mc Graw-Hill, 1960, p. 200.

22. See M. Dobb, *Political Economy and Capitalism*, New York, International Publishers, 1945, pp. 307—314; O. Lange, *op. cit.*, p. 95; B. Balassa, *op. cit.*, p. 22.

23. T. Suranyi-Unger, *op. cit.*, pp. 314—315.

sovereignty is a decision on ends. Of course, economic welfare may be defined in the first place so as to imply consumers' sovereignty; but, as Bergson points out, nothing in fact is gained by this type of "implicit theorizing".²⁴

Finally, consumers' sovereignty may be defended by noting that planning consumption usually occurs through the imposition of rationing, with all its familiar difficulties, including the appearance of a black market. It is, of course, acknowledged by defenders of consumers' sovereignty that it is in fact rather passive, since the initiative in the process of production actually lies with the producer. "We as consumers could not invent all the things we would choose to use if offered; we leave that to the producers, who produce what they think we can be induced to buy. The consumer, insofar as he can be said to be sovereign, has the last word, not the first."²⁵ Nonetheless, to these adherents, this last word has all the significance of the difference between the prevalence of freedom and its absence.

Partial adoption under socialist planning

The above discussion provides us with a fairly detailed account of the arguments that have been put forth to support or criticize the principle of consumers' sovereignty. However, presentation of the issue with respect to consumers' sovereignty as one of the adoption or rejection of the principle may lead to the false impression that there are only two alternatives with nothing in between. Actually, nobody denies that consumers' preferences are relevant to social choice; the question is rather whether they should be the basic or even the preponderant factor.²⁶

Even under capitalism, consumers' sovereignty is not unrestricted. On this score, Clark criticizes welfare economics for insisting on consumers' choice as the ultimate criterion of welfare, which would preclude any investigation of the effectiveness of consumers' sovereignty. With its empirically verifiable limitations and fallibility, consumers' sovereignty is indeed in need of practical aid and guidance. Health and safety are

24. A. Bergson, *op.cit.*, p. 418.

25. J. M. Clark, *op.cit.*, p. 74; and cf. C. D. Baldwin, *op. cit.*, pp.74—77.

26. See M. Dobb, *On Economic Theory and Socialism, loc. cit.*, pp. 69—70.

not mere matters of taste, and cannot properly be left to individual choice, either unguided or guided by commercial advertising. "The idea that they are in fact so left is one of the fictions of individualist mythology. "*Caveat emptor*" (beware buyer) is replaced by minimum standards of health and safety in an increasing number of cases; sometimes even by prohibition as in the sale of liquor to minors, or by limitation on the freedom not to consume as in compulsory elementary education. Where the individual's vagaries are more important to him than to society his sovereignty is acknowledged, although sometimes along with education, rather than control, to guide his choice, as in the case of nutrition. If all elements affecting the quality of products were left to the unrestrained action of consumers' sovereignty, the effect would be calamitous.²⁷

On the other hand, the fact that some restriction on consumers' sovereignty is desirable or even inevitable during the initial stages of transition to a developed socialist economy is stressed by Baran. "It is presumably the purpose of whatever political action is taken to establish a socialist system to create such social organs of control that would limit consumers' sovereignty (*and mould consumers' preferences*) in the interest of the community as a whole in preference to an arrangement in which it is the capitalist enterprise which performs this function for the benefit of private interests."²⁸ Of course, consumers' sovereignty would prevail where the planning authority had no good reason for the contrary. However, some compulsion is inevitable if the implied reorientation of society is to be realized, at least to overcome vested interests and non-congenial short-term consumers' preferences. The planning authority's objectives would be expressed in the formulation of social priorities, with consumers' sovereignty allowed to act within each priority class, but not so as to transfer resources from a higher priority class to a lower one. With the achievement of transitional objectives, these autonomous programs of the planning authority would narrow down, its indifference field would become wider, and with it also the field of consumers' sovereignty.²⁹

27. J. M. Clark, *op.cit.*, *passim*, especially pp. 38—39, 219—220, 230—32.

28. P. A. Baran, "National economic planning," in *Survey of Contemporary Economics*, vol. II, B. F. Haley, ed., 1952, p. 384. Italics are in the original.

29. *Ibid.*, pp. 384—386.

It is clear from all these remarks that consumers' sovereignty and planned consumption, rather than being mutually exclusive, actually supplement each other. Both lead to undesirable results if dogmatically stressed "in a single-track manner".³⁰ Flexibility in their application in the light of prevailing conditions is the most sensible policy, whether under capitalism or under socialist planning. In fact, under both systems, stringent government planning is undertaken only in response to emergency situations, whether economic, political, or other. The really important issue in either case is that of the extent of the guarantees against the possibility of excessive or unwarranted restriction of consumers' sovereignty, which is basically a political problem.

We may conclude, therefore, that consumers' sovereignty will be at least partially adopted under socialist planning, although its extent may vary from one situation to another in the light of the exigencies of social welfare, and under the guarantees of the political process against excessive or unwarranted restriction. However, if consumers' preferences are to act, even in this partial sense, as a guide to production, there must be some method of ascertaining these preferences. Some writers on socialist planning have advocated the consultation of special bodies of consumers or experts for this purpose. It should be noted, however, that representatives of consumers are scarcely competent to give detailed advice on such matters; while it is unsafe to leave questions with so close an affinity to consumers' tastes in the hands of experts; and, in any case, prior knowledge of cost is necessary for an intelligent expression of preference. Others have suggested the use of questionnaires and similar methods. The difficulty here, however, is that the demand for a commodity does not depend only on its price but also on all, or at least many, other prices. The consumer must know what he may get of other commodities, and on what terms.³¹ This clearly indicates the necessity of a price-system for the valuation of consumers' goods. This price-system would work as follows: prices would be fixed in the short run so as to clear the market; their level in the short run can then be used to guide production and resource allocation in

30. T. Suranyi-Unger, *op.cit.*, pp. 315—316.

31. See H. D. Dickinson, *Economics of Socialism*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1939, pp. 44—51, 62—64; *idem*, "Price formation in a socialist economy," *Economic Journal*, 1933, p. 240; A. P. Lerner, "Economic theory and socialist economy," *loc. cit.*, p. 53; C. D. Baldwin, *op. cit.*, pp. 77—81.

the long run.³² Practically all writers on socialist planning assume a market for consumers' goods. This does not necessarily mean, as we shall point out below, adherence to consumers' sovereignty; but within the domain in which such a market is allowed to work according to the rule we have just specified, consumers' sovereignty would prevail.

Danger of excessive overruling of consumers' preferences

Beyondt his domain of consumers' sovereignty, however, the policy followed by the planning authority would be one of overruling consumers' preferences. The danger of excessive or unwarranted overruling under socialist planning should be obvious. With state monopoly over the production process, the planning authority has at its disposal all the means of implementing its wishes. At the same time, the incentive to carry restriction on consumers' sovereignty to excess may be quite strong. "The temptation to exact unnecessary cultural uniformity is always likely to be strong among those men and women who are personally responsible for making the decisions which constitute economic planning. It will be strong because it is, generally speaking, easier to plan for uniformity than for diversity. It will be strong because people who arrive at positions of power are, inevitably, people who enjoy the exercise of power. This is, of course, as true of the powerful whose intentions are good as of those whose designs are evil".³³ Overruling of consumers' preferences may take the form of not producing the desired commodity; covering loss, even in the long-run, by profit elsewhere or by additional taxation, compulsory loans, or inflation; high pressure advertising, or coercive selling.³⁴

As was previously noted, freedom of consumers' choice, in a strict sense which refers merely to the provision of a free market for consumers' goods, does not necessarily mean the adoption of cons-

32. See F. H. Knight, "The place of marginal economics in a collectivist system." *American Economic Review*, suppl., 1936, pp. 259—260; A. C. Pigou, *Socialism versus Capitalism*, London, Macmillan, 1937; B. Wootton, *Plan or No Plan*, New York, Farrar and Rinehart, 1937, p. 233; R. L. Hall, *The Economic System in a Socialist State*, London, Macmillan, 1937, pp. 46—47, 61—62; C. D. Baldwin, *op. cit.*, p. 81.

33. B. Wootton, *Freedom Under Planning*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1945, p. 31; quoted also in G. Halm, *op. cit.*, p. 37—38.

34. C. D. Baldwin, *op. cit.*, pp. 76—77.

umers' sovereignty, for consumers may be left to spend their income freely, but when it comes to production their wishes, expressed on the market, are disregarded.³⁵ The planning authority may use a system of taxes and subsidies to overrule consumers' preferences; in this case, a two-price system would exist, one for distributing goods to the consumers, and the other, which reflects the algebraic addition of the tax or subsidy, to guide production. In all these cases, the long-run adjustment of production to consumers' preferences does not occur.

From the theoretical point of view, dealing with such cases where consumers' sovereignty is modified or abandoned should pose no problem, for the planning authority's scale of preferences is simply substituted, wholly or in part, for that of the consumers. Very likely, however, as Bergson points out, the former will lack the elaborateness and precision which usually attach to the latter under consumers' sovereignty, thus implying wide ranges of indeterminacy in the authority's choice.³⁶ As previously mentioned, this merely widens the scope for consumer's sovereignty, and is bound to acquire increasing importance in a socialist economy as the authority's "autonomous programs" are progressively fulfilled.

Appropriate cases of overruling

The idea of excessive or unwarranted overruling of consumers' preferences referred to in the preceding discussion necessarily implies that there is a certain area of consumers' choice where overruling is appropriate. A precedent for considering cases of this sort is provided by Pigou's observation, previously alluded to, that consumers tend to undervalue the future, which provides a case for disregarding their preferences with respect to saving. This argument was adopted by socialist writers.³⁷ Other cases where overruling consumers' preferences may be appropriate include those where such preferences are irrational or in conflict with the social interest, as indicated above in our

35. O. Lange, *op.cit.*, pp. 95—96.

36. A. Bergson, *op.cit.*, pp.423—424.

37. M. Dobb, *On Economic Theory and Socialism*, *loc. cit.*, p. 73; *idem*, *Political Economy and Capitalism*, *loc. cit.*, pp. 298—299, 311—212; O. Lange, *op.cit.*, pp.90 f. See also Bergson's criticism that the proper decision in this respect may not be to equalize the marginal (social) utility of present and future income, since income may be increasing. A. Bergson, *op. cit.*, p. 415.

discussion of the arguments put forth by antagonists of consumer sovereignty.³⁸ Cases where consumers' wants cannot be satisfied on an individual demand basis, that is cases of collective wants and indivisible social satisfactions, may be looked upon as cases of overruling, although they are in fact ill-adapted by nature to satisfaction through the market mechanism.³⁹

Another case where overruling of consumers' preferences may be appropriate is that of conspicuous consumption and similar cases in which consumers' satisfaction depends on the quantity of the commodity consumed by others. Here, consumption under free market conditions would be too high or too low (depending on whether consumption by others would diminish or increase the quantity of commodity that the individual desires, *ceteris paribus*, to consume) compared with what it would be if the interdependence of consumption by the various households is taken into account. This is a *prima facie* case for overruling consumers' preferences under socialist planning.⁴⁰

It may be noted also that, if the assumption of the independence of the utilities of the different households is adopted as in the Marshall-Pigou welfare function, this too would involve an overruling of consumers' preferences, since it means that interrelations of these utilities are considered to have zero social value.⁴¹ Since such

38. One form of consumer irrationality referred to by Beckwith is that of habitual preferences which were originally based on sound economic reasons (e.g. Japanese preference for rice, U. S. preference for wheat or meat) but which have become uneconomic as a result of changed conditions (e.g. relative rise in the price of rice in the case of Japan). He advocates the use of taxes and subsidies to overrule consumer preferences in these cases. He also advocates the subsidization of all new goods, since inventions, he asserts, always meet with prejudice and inertia. See B. P. Beckwith, *Economic Theory of a Socialist Economy*, Stanford, Calif., Stanford University Press, 1952, pp. 165—167.

39. Collective satisfaction of these wants does not necessarily imply the overruling of consumers' preferences; it simply means the substitution of voting through the political process for voting on the market as a means whereby the consumers can obtain what they want. And the authority may conform to consumers' sovereignty by actually giving them what they want as expressed through the political process. Cf. A. Bergson *op. cit.*, p. 415; and M. Dobb, *On Economic Theory and Socialism*, *loc. cit.*, p. 71.

40. Bergson points out that, even if the planning authority decides to adhere to consumers' sovereignty in this case, it is impossible for it to carry out its intention since in a free market consumers do not take into account the effects of their behavior on the quantity of the commodity bought by others. (See *op. cit.*, p. 415-416).

41. *Ibid.*, p. 419.

interrelations usually work in the direction of increasing the desire to consume as a result of the general rise in standards of living, thus leading to the constancy of the average propensity to consume, as is indicated by the experience of capitalist countries, overruling consumers' preferences here simply means disregarding their preferences with respect to saving.

In cases of this sort, it may be deemed necessary to substitute what is considered a socially desirable method of allocating resources to the production of consumers' goods for the working of a free pricing mechanism. This may be accomplished by partial modification of the working of the price-mechanism through the use of taxes and subsidies, or by basically discarding the price mechanism as an instrument for the guidance of resources in the instances under consideration. Cases in which the working of a price mechanism is basically discarded, either because of the desire to overrule consumers' preferences or because by their nature they are ill-adapted to satisfaction through the market mechanism, may be called communal consumption. Dickinson⁴² includes in it the following categories : 1) Goods which society decides to supply communally although individually consumed, such as education, roads and utilities; 2) goods communally consumed because of their indivisibility, such as justice, defense, and health; 3) less definite commodities, like liberty, equality, culture, and leisure. In addition, it may be noted that collective action is in effect the only method by which consumers may exercise their negative preferences.⁴³ Communal consumption in this sense is not only a feature of socialist planning; it is a common phenomenon also under capitalism. However, as should be expected, its extent under capitalism is more limited than under socialist planning, particularly with respect to the first category of the tripartite classification mentioned above.

42. H.D. Dickinson, *op. cit.*, pp. 51-55; C.D. Baldwin, *op. cit.*, p. 83; M. Dobb, *op. cit.*, p. 71.

43. See E. F. M. Durbin, *Problems of Economic Planning*, London, Routledge and Kegan Paul, 1960, p.137; R. H. Blodgett., *Comparative Economic Systems*, New York, Macmillan, 1949, p. 128.

Overruling of consumers' preferences in Russia

Russia and other countries of Eastern planning are usually criticized for excessive disregard of consumers' preferences. Suranyi-Unger draws a picture of the position of the consumer under such planning which suggests the extent to which his preferences are subjected to social control.⁴⁴ His choice, he points out, is subjected to guidance both as to quantity and quality; this guidance involves his tastes, for he is trained to shun luxuries, accept goods made available, and make quick adjustments to change. He is especially asked to accept a limited quantity of consumers' goods in order to enjoy abundance in the future; the emphasis is on the production of producers' goods. This restricted freedom of choice, he remarks, may be considered great by the previously very poor or those who like social discipline; but it is small by western standards.

The charge, however, that consumers' preferences are grossly neglected under Soviet planning is denied by Dobb. Dobb argues⁴⁵ that it is not to be expected from a country in the earlier stages of its socialist planning to pay considerable attention to consumers' preferences. Some attention is accorded these preferences through the use of the turnover tax, and hence the ratio of retail price to prime cost, as an index of the relative scarcity of the commodity which is relevant to production planning. But it is not the only index, for other factors such as the quantities of scarce factors required for the production of the commodity and social priorities are also clearly relevant. Moreover, after the liquidation of rationing in Russia in 1935 there was great concern about the relation of production to consumers' demand and the need to study the latter, and the tendency toward increased decentralization of consumers' goods production adopted during this period aimed essentially at facilitating the adaptation of production to local market requirements. Nevertheless, a country in the earlier stages of its development cannot be expected to devote much attention to consumers' preferences, for it is then largely preoccupied with its deve-

44. T. Suranyi-Unger, *op. cit.*, pp. 25-27.

45. M. Dobb, *Soviet Economic Development Since 1917*, London, Routledge and Kegan Paul, 1960, pp. 393-398.

lopment problems, while the production of consumers' goods is by necessity largely confined to a narrow range of basic commodities. Only with more advanced stages of development does the problem of new goods assume importance. Although the significance of the turnover tax as a guide to Soviet planning may be doubted by some writers,⁴⁶ and the inflexibility in linking output to retail trade criticized, no one denies the increased concern of Soviet planners over the problem of adjusting production to consumers' demand.

One of the major targets of criticism in evaluations of Soviet planning is usually the great emphasis on capital accumulation, to the comparative neglect of consumption levels, particularly during the first two Five-Year plans (1928—1940).⁴⁷ However, Russia's heavy concentration on the capital goods industries during this period may be explained by the circumstances that surrounded her early planning efforts. By 1924, hope of an early victory of socialism in Europe was severely dashed, and Russia was forced to turn her attention to building "socialism in one country". She had to develop her economy at a rapid pace to meet the threat of foreign aggression, depending mainly on her own resources since foreign participation was obviously out of the question. Her capital requirements were immense. She had little overhead capital, and her policy of decentralization of industrial development, partly for military reasons, increased her overhead requirements. Use of less capitalistic methods of production to meet the immediate relative scarcity of capital would certainly have proved myopic in a little longer run.⁴⁸ These circumstances clearly show that Soviet planners did not decide to undertake their early huge investment programs for the mere love of grandiose achievements or from lack of consideration for consumers' requirements.

46. See, e.g., Alec Nove, *The Soviet Economy; an Introduction*, London, Allen and Unwin, 1961, pp. 171-181. At the end of his discussion, Nove refers to a decision taken at the central committee plenum in July 1960 to explore ways and means of making production more responsive to demand.

47. For an account of the great disparity between the rates of growth of consumers' goods and capital goods sectors of Russian industry during this period, see M. Dobb, *On Economic Theory and Socialism*, *loc. cit.*, pp. 122-123. As Dobb points out this disparity has been considerably reduced in postwar, although the emphasis still remains on the capital goods industries.

48. See P. A. Baran, *op. cit.*, pp. 390-392.

As a result of her heavy investment program, as well as of the necessity of exporting on a large scale to obtain sorely needed foreign exchange, and in particular as a result of the production difficulties attendant on peasant resistance to the collectivization of agriculture, Russia had to resort to the rationing of consumers' goods following the adoption of her first Five-Year Plan in 1928. Russia's trouble with the unwieldy kulaks (relatively wealthy peasants who had surplus produce for marketing) antedated the First Five-Year plan. Under the New Economic Policy (1921-1927), attempts to extract a portion of the large savings needed for industrial development from the rural sector, through raising the prices of industrial consumers' goods relatively to the prices of agricultural produce, met with resistance of the kulaks who refused to sell their surplus produce at government prices.⁴⁹ Although the first Five-Year Plan did not contemplate widespread collectivization of agriculture, lack of progress in agricultural production and peasant resistance to government seizure of grain particularly in 1929 led to rapid collectivization in 1930 and the notorious liquidation of the kulaks. Resistance to collectivization particularly took the form of large-scale slaughter of live-stock, "an event which had disastrous effects for a number of years on the supply of meat and dairy products as well as on the manuring of land and on the animal power available to agriculture."⁵⁰

The story of Russian rationing during this period is one of censurable discrimination and inefficiency, and hence sacrifice of the interests of the consumer. Consumers were divided into separate classes with ration stores for each in order to favor certain groups. Beside these stores, there were "open" stores that sold at much higher prices — a sort of legalized black market to mop up excess purchasing power.⁵¹ Later, in 1932, the issue of ration books was turned over to the factories to ensure firmer control over the workers. The system suffered from serious defects. Consumers spent a great deal of time standing in line, and it is said that many hired domestic servants especially for

49. This is the famous "scissors problem". See P. A. Baran, *op. cit.*, pp. 393-395; M. Dobb, *Soviet Economic Development since 1917*, *loc. cit.*, pp. 241-254; R. H. Blodgett, *op. cit.*, pp. 240-243.

50. M. Dobb, *op. cit.*, p. 237.

51. See W. N. Loucks, *Comparative Economic Systems*, 5th ed., New York, Harper, 1957, pp. 531-546. This arrangement was also adopted during the period of rationing of the Second World War, July 1941- Dec. 1947.

this purpose.⁵² It led to very inefficient retailing, with such characteristic traits as complete indifference to consumers' wishes, requirement of payment before selection of goods, leaving goods unwrapped, requiring consumers to bring their own receptacles, lack of delivery service, small number of stores, and "frightful" storage conditions. The system was finally liquidated in 1935.

Resort to rationing during this period of Russian development can scarcely be deemed an unnecessary measure. It is true that the imposition of rationing under peacetime conditions is a phenomenon which is not at all common in capitalistic countries; but the Russian economy during this period was not in fact functioning under normal peacetime conditions. As a matter of fact, it was more closely similar to a capitalist war economy in that highly inflationary excess demand for aggregate output, as a result of defense and industrialization effort, dominated the scene. Lange remarks that "essentially, it can be described as a *sui generis* war economy".⁵³ The aspect for which Russian planners may be blamed in this respect, however, is the inefficiency of application. Wartime rationing in capitalist countries, despite its familiar difficulties, is usually administered with a reasonable degree of efficiency; the fact that Russian rationing had so many defects should clearly be attributed to administrative inefficiency.

Conclusion

To conclude, the consumer under socialist planning, as under capitalism, is bound to be subjected to some restriction on his sovereignty. The scope for this restriction under socialism is likely to be much wider, at least in the initial stages of socialist development. The basic reason for this is that, in addition to such factors as consumers' irrationality, conflict of consumers' choice with social interest, and indivisibility of satisfaction, which justify the overruling of consumers' preferences, it must be realized that one of the basic functions of socialist planning is the moulding of consumers' tastes into harmony with socialist values and objectives. The extent of such restriction on consumers' sovereignty

52. R.H. Blodgett, *op. cit.*, pp. 310-314; L.E. Hubbard, *Soviet Trade and Distribution*, London, Macmillan, 1938, pp. 33-35; F. Utley, *The Dream We Lost*, New York, John Day, 1940, pp. 69-70, 223-224.

53. O. Lange, *The Political Economy of Socialism*, Warsaw, 1957, p. 16; quoted in A. Nove, *op. cit.*, p. 145.

may vary from one situation to another, according to the circumstances surrounding socialist development. Generally speaking, however, it is most likely to be important in the initial stages of transition to socialist planning, while its extent would diminish gradually with the fulfillment of the autonomous objectives of the planning authority. Ultimately, of course, the greatest possible scope for consumers' sovereignty consistent with national welfare should be the objective of the socialist economy. In the meantime, however, restriction on consumers' sovereignty should be tolerated in the social interest. The danger of excessive overruling of consumers' preferences, nevertheless, should not be minimized. Against this, safeguards must be provided. This, as we have point out, is basically a political problem.