

جامعة صلاح الدين - اربيل
كلية القانون - قسم القانون
الدراسات العليا - دكتوراه
المادة: فلسفة القانون
الوقت: اربع ساعات



زانكۆى سه لآحه ددين - هه ولير
كۆليژى ياسا - به شى ياسا
خويندىن بالآ - دكتورا
بابهت: فة لسة فة ي ياسا
كات: (4) كاژير

پرسياره كانى تاقيكر دنه وهى كۆتايى (سميستهرى يه كه م) بۆ سالى خويندىن 2023-2024
أسئلة الامتحانات النهائية (السمستر الاول) للعام الدراسي 2023-2024
(النموذج الأول)

اجب عن الاسئلة الاتية:

(20 درجة)

السؤال الأول:

عرف فلسفة القانون؟ ثم ابحث في طبيعتها من حيث كونها فرع من فروع القانون أم تقع ضمن نطاق الفلسفة بمفهومها العام؟ ثم بين أهمية دراسة فلسفة القانون؟.

(15 درجة)

السؤال الثاني:

وضح الفقرة التالية (إن فكرة القانون الطبيعي قد مرت بمراحل مختلفة تغير مضمونها فيها تبعاً لاختلاف الغايات والأهداف التي اتخذت فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لتحقيقها، فقد بدأت لدى الفلاسفة اليونان كفكرة فلسفية، ثم صارت لدى فقهاء الرومان فكرة قانونية، ثم أصبحت لدى رجال الكنيسة في العصور الوسطى فكرة دينية، ثم تحولت لدى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية).

(15 درجة)

السؤال الثالث:

(تعتبر مدرسة الشرح على المتون من المذاهب الشكلية التي حاولت بيان أساس القانون وغايته، وذلك بالتركيز والأهتمام بشكل القاعدة القانونية ومظهرها الخارجي) في ضوء ما تقدم بين بإسهاب الاسس التي يقوم عليها هذه المدرسة، والنتائج المترتبة على الاخذ بها، والانتقادات التي وجهت اليها؟

تمنيااتي لكم بالنجاح والموفقية

مدرس المادة:

أ. د. مسعود حميد اسماعيل

الاجوبة النموذجية

النموذج الاول

القسم: القانون- القانون العام

المادة: فلسفة القانون

المرحلة: الدكتوراه

السنة الدراسية: 2024-2023

مدرس المادة: أ.د.مسعود حميد اسماعيل

جواب السؤال الاول:

يقصد بفلسفة القانون عموماً البحث في الموضوعات الأشد عمومية في مجال القانون، وهي مجال واسع لبحث الموضوعات الأكثر أهمية في مجال القانون مثل أساس الإلزام في القانون ويقصد بذلك بحث مسألة العدل والعدالة وأغلب موضوعات مادة المدخل إلى القانون التي تدرس في السنة الأولى بكليات القانون في جامعات العراق تنتمي فعلاً لمجال فلسفة القانون. فلسفة القانون اذن هو "دراسة وبحث عن جوانبه العامة والمشاركة بين الأنظمة القانونية المختلفة وجوانبه العالمية فالأصول مواضيع تهتم بها الفلسفة في حين علم القانون يدرس ويهتم فقط بالقواعد على ضوء الكليات (الأصول) التي هي محل البحث والاهتمام من قبل الفلاسفة فكل واحد يكمل الآخر".

قيل إن محاولة لتعريف فلسفة القانون لا جدوى منها ووقت ضائع، لأنه لواء هذه التسمية تعددت الدراسات واختلفت مضامينها كلما زاد التعمق فيها . ولكن إلا تسعفنا في هذا المجال التسمية نفسها التي أوجدها لأول مرة عام 1821 الفيلسوف الألماني هيغل، وتكون "فلسفة القانون" هي الفلسفة مطبقة على القانون؟ هذا الرأي يمكن أن يكون مقبولاً إذا صدر عن الفلاسفة إلا أن هناك من القانونيين من يؤيد هذا الاتجاه فالأستاذ البلجيكي هيزر يرى أن فلسفة القانون "... هي الفلسفة في نطاق القانون مفهوماً للعالم فأى عرض مقنع وعلمي لفلسفة وحدهم مختصون بفلسفة القانون باستثناء القانونيين، فلسفة القانون ليست بفرع من فروع القانون. ولا هي بعلم وسيط بين القانون والفلسفة، وميدانها يقتصر على الفلسفة فقط.

إلا أن مثل هذا الاتجاه ضعيف في الأساس الذي يقوم عليه وبالتالي خاطئ في النتائج التي يتوصل أو يعتقد التوصل إليها، فكلمة "فلسفة" تعني المعرفة العقلية، العلم بالمعنى العام للكلمة. فالفلسفة إذن هي دراسة متعمقة لفرع من فروع المعرفة البشرية ومنها القانون، فمحاولة إدراك طبيعة القانون الوضعي هي عمل فلسفي، فماذا يعني "التفلسف" غير محاولة فهم الواقع عن طريق التفكير . حين ينصب مثل هذا التفكير أو الدراسة المتعمقة على القانون فيكون من المنطقي، بل من الطبيعي أن يقوم بها المشتغلون بالقانون، فهي إذن من ميدان الدراسات القانونية أولاً وأخيراً، ففي دراستنا لأساس القانون وطبيعته، لا ننطلق ولا يمكن أن ننطلق من " نظام فلسفي" معين، بل من استقرار الواقع القانوني للقانون انطلاقاً من معطيات القانون الوضعي، وخير من يقوم بهذه

المهمة هم القانونيين وحدهم، فلسفة القانون، إذن هي من نطاق القانون لا الفلسفة بل هي كما قيل "القانون الوضعي حين يكون محلا لفكر التأمل".

حقيقة أن القانوني حين يرجع إلى أسس القانون ويحاول أن يحدد طبيعته لا يمكن أن يبقى بمعزل عن التفسيرات الرئيسية التي طرحت لفهم أو لإدراك عالما، كما أنه لا يمكن أن يجهل أو يتجاهل مقدار تأثير هذه التيارات أو المواقف الفلسفية في الأفكار والنظريات التي طرحت في ميدان علم القانون، والقانوني إنسان وبالتالي لا يمكن أن نعزل مفهومه للقانون عن مفهومه للعالم والحياة وإذا كانت الفلسفة في الواقع تفكيرا في الإنسان ومصيره، فإن القانوني لا يمكن أن يتجاهلها لذا فإن كل نظام قانوني يتضمن موقفا فلسفيا في الحقيقة يسلم به المشرع لا بل إن بعض الحلول القانونية داخل النظام القانوني الواحد يمكن أن تكون محل مواقف فكرية متباينة، لكن هذا لا يعني ولا يمكن أن يعني أن القانون يخرج من ميدان القانون أو من ميدان الدراسة القانونية حين يؤصل أو يحاول يؤصل موضوع دراسته ما دام قد انطلق من القواعد القانونية أو من الأنظمة القانونية محور مشاهدته واستقرائه، وحتى المشتغلون بالعلوم الطبيعية أو الرياضية لا يمكنهم إلا أن "ينفلسفوا" بهذا المعنى وبالتالي لا يمكن أن يقال أنهم خرجوا من نطاق علمهم وأصبح هذا الأخير من اختصاص "الفلاسفة" كما أن هذا لا يعني أيضا أن الفلسفة قادرة على أن تقدم تعريفا للقانون ففي أغلب مؤلفات "الفلاسفة" عن القانون نجد الفلسفة فيها أكثر من القانون ومن الجائز أنهم لم يفتحوا مدونة أو مجموعة أحكام قضائية أو حتى كتابا في القانون. إلا أنه في هذا المجال يقول العميد دابا "يصنع القانون ويكون محل تفكير في تجربة معاشة تدعو إلى التأمل أولا، أولئك الذين اختاروا مهنة القانون". . ويقول العميد ربير: "ليس المطلوب أن يفسر القانون بالفلسفة بل أن نرى ما يمكن أن نجد من فلسفة في القانون".

وعليه فإن موقف الفلاسفة من القانون لا يمكن أن يغير صفة "فلسفة القانون" فالفلاسفة الذين انطلقوا من "نظام فلسفي" معين أي من تفسير طرحوه للعالم، حاولوا أن يدخلوا القانون في هذا "النظام" لكي يكتمل "تفسيرهم للحياة" وحاولوا بناء عليه، أن يقدموا مفاهيم وتصورات عن القانون تتسجم مع أنظمتهم الفكرية. وموقف كهذا لا يمكن إلا أن يشوه دراسة القانون وتعميقه ونقول " فلسفة القانون" بالمعنى الدقيق لأنه يعطيها طابعا "ايدولوجيا" معيننا ينسجم مع معتقدات وأفكار الفيلسوف الذي عرج على القانون وهكذا فعل، مثلا أفلاطون، أرسطو، توما الاكويني، كانط وهيغل وحتى ماركس. فهؤلاء الفلاسفة لم يهتموا بمعرفة القانون بذاته أو في طبيعته أو في الأسس التي يقوم عليها ولم يحاولوا أن يحددوا الظاهرة القانونية بقدر ما اهتموا بالقوانين العادلة وغير العادلة وبتصورات عن القانون دون أن يركزوا الجهد على دراسة حقيقته وواقعه، فكانت بهذا المعنى "فلسفات" عن القانون.

وتتمثل أهمية دراسة فلسفة القانون في النقاط الآتية:

أولا: لفلسفة القانون أهمية تعليمية وعلمية، حيث أنه من المفيد جدا أن يختم الطالب والباحث في القانون دراسته وبحوثه في كامل المشاكل الكبرى للقانون لتكوين نظرة شمولية وعميقة عن القانون، وفلسفة القانون تفرضها.

ثانياً: "طبيعة الأشياء" فمهما كان تعامل القانوني مع المشاكل القانونية، فإن هناك حالات لابد من أن يحدد موقفاً منها وأن يكون قادراً على تبرير قناعاته، أنخضع أو لا نخضع إلى القانون: سؤال يثير في النفس، بدون شك مشكلة قيمة القانون وحتمية مواجهة أساس وطبيعة القانون.

ثالثاً: طرح المشكلة: كل بحث في القانون يتضمن مستويات مختلفة تميزها درجة التعمق في مسائل القانون، وفي المستوى الأول يقضي المنهج السليم في البحث مواجهة القانون ككل بانتظار دراسة أجزائه، أي إعطاء صورة واضحة عن القانون تاركين التفاصيل والمتغيرات ومتجهين صوب الثوابت والأسس المشتركة. فالدراسة الأولى للقانون تتضمن، إذن إعطاء الأفكار والمفاهيم والمبادئ الأساسية والوسائل التي تساعد على فهم أقسام وفروع القانون الأساسية وكل ذلك سيكون من ميدان " المدخل إلى القانون". وعند التعمق في دراسة الأفكار والمبادئ والمفاهيم والنظريات القانونية التي تكونت عبر الزمن وعبر مواقف فكرية ومذهبية متعددة، وكل ذلك انطلاقاً من معطيات القانون الوضعي، نكون قد انتقلنا إلى مستوى أعلى في معرفة القانون تبدأ من حيث ينتهي علم القانون الوضعي. في حين أن فلسفة القانون هي امتداد لعلم القانون.

جواب السؤال الثاني:

لم تحتفظ فكرة القانون الطبيعي بمضمون ثابت على مر العصور، رغم احتفاظها بمفهومها التقليدي كأساس لها في مراحل تطورها المختلفة باعتبارها قواعد خالدة أبدية تسمى على قواعد القانون الوضعي وتعتبر مثلاً أعلى لها. ذلك أن فكرة القانون الطبيعي قد مرت بمراحل مختلفة تغير مضمونها فيها تبعاً لاختلاف الغايات والأهداف التي اتخذت فكرة القانون الطبيعي كوسيلة لتحقيقها، فقد بدأت لدى الفلاسفة اليونان كفكرة فلسفية، ثم صارت لدى فقهاء الرومان فكرة قانونية، ثم أصبحت لدى رجال الكنيسة في العصور الوسطى فكرة دينية، ثم تحولت لدى فلاسفة العصر الحديث إلى فكرة سياسية، وهذا ما سيتم التطرق إليه في أربع نقاط وعلى النحو الآتي:

أولاً: القانون الطبيعي عند اليونان:

عرفت فكرة القانون الطبيعي لأول مرة لدى فلاسفة اليونان وكانت فكرة فلسفية أساسها التأمل في مظاهر الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عن طبيعتها. فقد فكروا بتأمل في ذلك النظام المطرد الذي يسير عليه الكون ويخضع له كل ما يوجد في هذا الكون من ظواهر طبيعية ومخلوقات، ولاحظوا وجود قواعد ثابتة تخضع لها الظواهر الطبيعية سواء تعلقت بالفلك أو الماء أو الهواء. وقد رأى فلاسفة اليونان أن قواعد القانون الطبيعي تحقق العدالة على أكمل وجه، لذلك وجب أن يكون هذا القانون هو المثل الأعلى إذ على القانون الوضعي السعي إلى تحقيقه. حيث يكون هذا الأخير عادلاً في نظرهم متى كان متفقاً مع مبادئ القانون الطبيعي، ويعتبر ظالماً إذا ما خالف مبادئه.

ثانياً: القانون الطبيعي عند الرومان:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي من اليونان إلى روما، حيث تأثر الرومان بالفلسفة اليونانية وأخذوا عنها فكرة القانون الطبيعي واعتبروه القانون المثالي الذي يتكون من مجموعة قواعد ثابتة دائمة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، وتوجد في الطبيعة ويدركها الانسان بعقله، فهو ينطبق على كل الشعوب لأنه أعلى من القوانين الوضعية وسابق على وجودها، وهو ليس من عمل الانسان بل إن الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه. يقول شيشرون في كتابه الجمهورية: "إن هناك قانونا حقيقيا هو العقل القويم، مطابق للطبيعة، موجود فينا، ثابت، خالد... هو ذو أساس الهي ولا يمكن اقتراح إلغاء هذا القانون، وليس من الممكن مخالفته ولا يمكن إغائه كلية... وهو ليس غيره في روما أو أثينا وليس هو غيره اليوم وغدا، لكنه قانون واحد خالد وثابت بالنسبة لكل الشعوب ولكل الأزمان، فهو كالألة واحد وعالمي، سيد وقائد كل الأشياء: إن الله هو صانع هذا القانون، وهو الذي قدره وأعلن...". وقال عنو الفقيه الروماني جايوس Gaius أنه "قانون ثابت وسابق على القوانين الوضعية، غير قابل للتغيير وليس من صنع الانسان، بل تفرضه الطبيعة ذاتها ويمليه العقل".

وعلى هذا النحو فإن فكرة القانون الطبيعي انتقلت من فلاسفة اليونان إلى فقهاء وفلاسفة الرومان، الذين جعلوا منها فكرة قانونية حيث اعتبروا القانون الطبيعي مصدرا للأحكام القانونية التي تسري على جميع الشعوب، باعتبار أنه يتضمن مجموعة من المبادئ التي تنشأ مع الطبيعة ويكشفها الانسان بعقله، ومن ثم تكون مطابقة للعقل ومقبولة لدى جميع الأمم والشعوب. وهو الأساس الذي استند إليه فقهاء الرومان للتمييز بين القانون المدني الذي كان يطبق على الرومان الأصليين وحدهم، وقانون الشعوب الذي كان يطبق على الأجانب، سواء في علاقاتهم ببعضهم أم في علاقاتهم بالرومان.

ثالثا: القانون الطبيعي عند الكنسيين:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي في العصور الوسطى إلى رجال الكنيسة، وتحولت إلى فكرة دينية تحت تأثير الديانة المسيحية ونفوذ الكنيسة الذي كان سائدا في أوروبا في ذلك الوقت. حيث قرر الفقهاء والفلاسفة الكنسيون أن القانون الطبيعي هو قانون إلهي أبدي خالد يسمو على القانون الوضعي، لأنه من صنع الله تعالى باعتباره خالق الطبيعة، وكان هدفهم من تحويله إلى فكرة دينية هو تعزيز سلطان الكنيسة وتدعيم سيطرتها وإخضاع الملوك لسلطان البابا، إذ قرروا أن لا طاعة للقانون الوضعي في معصية القانون الالهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي ويختلط ببعض أحكامه. 2

غير أن القانون الطبيعي وإن كانت تغلب عليه الصبغة الدينية في عهد الكنسيين، إلا أن ذلك لم يترتب عليه زوال واختفاء الطابع العقلي الذي كان يتصف به القانون الطبيعي في عهد اليونان ثم الرومان، فالقانون الطبيعي وإن كان لدى فلاسفة وفقهاء الكنيسة هو القانون الذي يلهمه الله باعتباره خالق الطبيعة، إلا أن هذا القانون لا يدركه الانسان إلا بعقله. ولذلك فرق القديس توما الاكويني بين ثلاثة أنواع من القوانين تتدرج حسب أهميتها، هي القانون الالهي ويليها القانون الطبيعي ثم أخيرا القانون الوضعي. فتوما الاكويني أعظم الفلاسفة المسيحيين، عاد إلى تأكيد مذهب أرسطو في أن القانون الطبيعي هو القانون العقلي.

رابعاً: القانون الطبيعي في العصر الحديث:

نجحت فكرة القانون الطبيعي في القرنين السابع عشر والثامن عشر نجاحاً عظيماً، واتخذت طابعاً سياسياً، فقد اتخذها الفقهاء والفلاسفة وسيلة لتقرير حقوق طبيعية للأفراد لا يجوز للحاكم المساس بها، باعتبارها حقوق تولد مع الإنسان ولا غنى عنها لمباشرة نشاطه. واستندوا عليها للمطالبة بتنظيم الدولة على أسس ديمقراطية تقوم على الحرية والمساواة، كما استندوا عليها للمطالبة بتنظيم المجتمع الدولي على أساس قانوني أبرز إلى الوجود فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث. وكان الفقيه الهولندي جروسيوس Gratus أول من أبرز فكرة القانون الطبيعي في العصر الحديث، وقد أصدر كتاباً سنة 1625 عن الحرب والسلام بعنوان "قانون الحرب والسلام"، والذي يمثل أول عرض حقيقي منهجي للقانون الدولي، عرف فيه القانون الطبيعي بأنه: "القواعد التي يوحى بها العقل القويم والتي مقتضاها يمكن الحكم بأن عملاً ما يعتبر ظالماً أو عادلاً تبعاً لكونه مخالفاً أو موافقاً للعقل".

جواب السؤال الثالث:

تعتبر مدرسة الشرح على المتن من المذاهب الشكلية التي ظهرت في فرنسا وكان هذا المذهب ثمرة لآراء مجموعة من الفقهاء الفرنسيين الذين تعاقبوا خلال القرن التاسع عشر على إثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابوليون Code Napoléon . وقد سميت المدرسة التي تكونت من فقهاء الشرح على المتن بمدرسة التزام النصوص أو مدرسة تفسير النصوص، نظراً للطريقة التي اعتمدها هؤلاء الفقهاء في شرح تقنين نابوليون، حيث حرصوا في أبحاثهم ومؤلفاتهم على تفسير نصوص دون التعرض لنقدها، باعتبارها نصوص تشريعية مقدسة، وباعتبار أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون وأن هذه النصوص تضمنت كل الأحكام القانونية، فأنكبوا على ترجمتها وتفسيرها، متناً متناً، أي نصاً بعد نص وبنفس الترتيب الذي وردت به نصوص هذا التقنين، وهي الطريقة المتبعة في تفسير الكتب المقدسة.

وسنحاول دراسة مذهب الشرح على المتن في ثلاث نقاط، وعلى النحو الآتي:

أولاً: الأساس الذي يقوم عليها المذهب:

يقوم مذهب الشرح على المتن على أساسين هما: تقديس النصوص التشريعية واعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

1. تقديس النصوص التشريعية: انتهج فقهاء الشرح على المتن أسلوباً خاصاً في تفسير وشرح نصوص القانون يقوم على أساس تقديس النصوص واحترامها باعتبارها مضمنة لكل أحكام القانونية، وباعتبار التشريع كاملاً كالكتاب المقدس . وهذا ما جعلهم يتبعون في شرح التقنين المدني نفس الطريقة التي تتبع في شرح الكتب المقدسة، نصاً نصاً وبنفس الترتيب الذي وردت به في التقنين. ويرجع السبب في تقديس

فقهاء مدرسة الشرح على المتون للنصوص التشريعية إلى حالة التشنت التشريعي الذي كانت تعيشه فرنسا قبل إصدار التقننت المدني، إذ أن النظام القانوني الذي كان سائدا في فرنسا بخلاف في شمالها عن جنوبها. فقد كان الجزء الشمالي من فرنسا بخضع لنظام قانوني مستمد أساسا من قواعد العرف والتقاليد، بينما الجزء الجنوبي من فرنسا كان بخضع لنظام قانوني مستمد من القانون الروماني. وقد كان توحيد القانون في إقليم فرنسا أمنية ينشدها رجال الثورة الفرنسية، غير أن هذه الأمنية لم تتحقق إلا في عهد نابوليون بصدور التقنين الذي عرف باسمه. وشعور رجال القانون بعاطفة قوية تدفعهم نحو احترام وتقديس هذا التقنين واعتباره المصدر الوحيد للأحكام القانونية.

2. اعتبار التشريع بو المصدر الوحيد للقانون : يرى فقهاء هذا المذهب أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يصدرها المشرع حيث أن هذه النصوص تتضمن الحلول لجميع الحالات وبذلك يعتبر التشريع بو المصدر الوحيد للقانون، إذ المشرع وحده الذي ينشئ القواعد القانونية بحيث لا يوجد مصدر آخر لها غير التشريع الذي يعتبر مجرد تعبير عن إرادة المشرع.

ثانيا: نتائج الأخذ بمذهب الشرح على المتون:

يترتب عل احتكام النصوص وتقديسها وجعل التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية كما ذهب إليه فقهاء المدرسة النتائج التالية:

1. يجب على القاضي تطبيق النصوص القانونية: على القاضي تطبيق النصوص القانونية وليس لو أن يدعي القصور في الحلول التي تقضي بها، فهي شاملة على الحلول لكل المشاكل الاجتماعية، إذ لا يجوز له الخروج على النصوص التي يعتبرها فقهاء الشرح على المتون نصوصا مقدسة لا يمكن المساس بها أو الخروج على أحكامها، فمهمة القاضي هي الحكم بما يقضي به القانون وليس الحكم على القانون.

2. تفسير وشرح النصوص يكون من داخل هذه النصوص أو سياقها : على الشارح أو المفسر للنصوص التشريعية أن يبحث داخل هذه النصوص للوصول إلى القواعد اللازمة إذ التشريع يحتوي على جميع المبادئ والأحكام اللازمة لجميع الحالات، فعدم قدرة الفقيه أو القاضي على الشرح أو الاهتداء إلى استخلاص القاعدة من نصوص التشريع يعد عجزا وقصورا منه ولا يرجع ذلك إلى عيب في التشريع الذي حوى جميع القواعد القانونية.

3. البحث عند تفسير النصوص القانونية عن نية وإرادة المشرع : يجب البحث عند تفسير النصوص القانونية عن نية وإرادة الشرع التي أراد أن يعبر عنها بهذه النصوص، فالنصوص التشريعية ليست إلا مجرد تعبير عن إرادة المشرع، وعليه لا يجوز للشارح أو المفسر أن يفسر النصوص التشريعية وفقا لما يراه ملائما للظروف الاجتماعية الجديدة التي توجد وقت تطبيق النصوص، لأن ذلك يعني أنه قد خرج عن إرادة أو نية الشرع التي أرادها وقت وضع النصوص، ونسب إليه إرادة أو نية لم يتجه إليها ولم يقصدها. لذلك يعد بنية المشرع الحقيقية التي صاحبت وضع النصوص سواء كانت نية حقيقية أو مفترضة ولا يعد بالنية الاحتمالية وقت تطبيق النصوص. ويقصد بنية المشرع الحقيقية النية التي يمكن استخلاصها

بوضوح من نصوص القانون وعباراته وألفاظه أو بالرجوع إلى المذكرة الايضاحية للقانون، فإذا لم تكن هذه النية الحقيقية واضحة فإنه يعتد بنية المشرع المفترضة. ويقصد بنية المشرع المفترضة تلك التي يكون المشرع قد قصدتها وقت وضع النص لو أنه أراد أن يضع حلاً للمشكلة القائمة، ويمكن التعرف على هذه النية المفترضة للمشرع عن طريق مقارنة النصوص التي تحكم الحالات المشابهة ومن الروح العامة للتشريع، ومن المبادئ الأساسية للقانون ومن المصادر التاريخية التي استمدت منها النصوص. أما النية الاحتمالية للمشرع فيقصد بها النية التي يحتمل أن المشرع كان يقصدها لو أنه كان يضع النص في الوقت الذي يطبق فيه على ضوء الظروف الاجتماعية الحاصلة وقت التطبيق. فالنية الاحتمالية تختلف إذن عن النية المفترضة في أن النية الاحتمالية تمثل ما كان يمكن أن يقصده المشرع لو أنه أعاد وضع النص من جديد في الظروف الجديدة التي وجدت وقت تطبيق النص، بينما النية المفترضة تمثل ما يقصده المشرع في الظروف القائمة وقت وضع النص.

ثالثاً: الانتقادات التي وجهت الى مذهب الشرح على المتن:

يتشابه مذهب الشرح على المتن مع مذهب أوستن في أن كل منهما يتعرف على القانون بمعيار مادي شكلي هو صدوره من الحاكم السياسي في المجتمع أو الدولة، وكلاهما يعتبران التشريع المصدر الوحيد للقانون. لذلك تصدق الانتقادات الموجهة لمذهب أوستن على مذهب الشرح على المتن. ومن الانتقادات الموجهة إليه ما يلي:

1. يمتاز مذهب الشرح على المتن بالبساطة والوضوح لاكتفائه بشكل القاعدة القانونية الصادرة كتعبير عن إرادة المشرع في صورة نصوص تشريعية. واكتفائه بالمظهر الخارجي للقاعدة القانونية دون التعمق في جوهرها للتعرف على العوامل التي سابتت في بلورتها.
2. يكتفي مذهب الشرح على المتن بالتشريع كمصدر وحيد للقانون ويغفل المصادر الأخرى وفي مقدمتها العرف الذي يعتبر مصدراً هاماً للقانون يعبر عن رغبات الجماعة وحاجاتها الاجتماعية تعبيراً مباشراً.
3. يكتفي مذهب الشرح على المتن عند تفسير النصوص التشريعية بإرادة المشرع وقت وضع النصوص، مما يؤدي إلى جمود القانون ويحول دون تطوره. ومما ترتب عليه الاضطرار إلى الأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع أحياناً.
4. تقديس هذا المذهب للنصوص التشريعية أدى إلى تقديس إرادة المشرع وربط القانون بمحض إرادة المشرع وإهمال الظروف الاجتماعية المحيطة بالجماعة، أدى إلى النزعة الاستبدادية من خلال هذا التقديس للنصوص واعتبار القوة والسلطان هي كل شيء في القانون.