

السنة الثانية ماستر
تخصص:
القانون الجنائي

سلسلة محاضرات لطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس المنهجية

من إعداد الأستاذ : زرقي ابراهيم

Google Scholar : nPjotqwAAAAJ

ORCID : 0000-0002-5139-1983

مخبر الحماية القانونية والإجتماعية
للطفل في القانون الجزائري والقانون
المقارن

2024/2023

الفهرس

الصفحة	المحتوى
04	مقدمة
05	الفصل التمهيدي: المعرفة العلمية والعلوم الاجتماعية
05	المبحث الأول: ماهية العلوم الاجتماعية
05	المطلب الأول: مفهوم العلوم الاجتماعية
06	المطلب الثاني: مكانة علم القانون من العلوم الاجتماعية
08	المبحث الثاني: علمية العلوم الاجتماعية
08	المطلب الأول: مفهوم العلم
09	المطلب الثاني: مقومات المنهج العلمي
11	الفصل الأول: وظيفة المنهجية في العلوم القانونية
12	المبحث الأول: ماهية المنهج وأهميته
12	المطلب الأول: تعريف المنهج القانوني
14	المطلب الثاني: أهمية المنهج القانوني
14	المبحث الثاني: المنهجية العامة في إعداد البحوث القانونية
14	المطلب الأول: مفهوم البحث القانوني
17	المطلب الثاني: إعداد البحث القانوني

24	الفصل الثاني: مناهج ومذاهب دراسة العلوم القانونية
24	المبحث الأول: أهم مناهج دراسة العلوم القانونية
24	المطلب الأول: المنهج التاريخي
26	المطلب الثاني: المنهج المقارن والوضعي
32	المبحث الأول: أهم المذاهب الفقهية في دراسة العلوم القانونية
32	المطلب الأول: حوصلة عامة عن المذاهب الفقهية
35	المطلب الثاني: تحليل نظرية أوستين وتفسيرها
40	المطلب الثالث: اتجاه الفقه الحديث
44	الفصل الثالث: مناهج إنشاء وصياغة القاعدة القانونية
44	المبحث الأول: أهم مناهج إنشاء القاعدة القانونية
45	المطلب الأول: تكوين القاعدة القانونية عند الفقيه جيني
51	المطلب الثاني: تكوين القاعدة القانونية عند الفقه الحديث
55	المبحث الثاني: مناهج الصياغة القانونية
55	المطلب الأول: مفهوم الصياغة ودورها وأهميتها في مجال القانون
56	المطلب الثاني: أنواع وطرق الصياغة القانونية
61	الفصل الرابع: مناهج التفسير وتطبيق النصوص القانونية
61	المبحث الأول: مفهوم التفسير
61	المطلب الأول: تعريف التفسير وأهميته في المجال القانوني
63	المطلب الثاني: أنواع التفسير

65	المبحث الثاني: طرق التفسير ومذاهبه
65	المطلب الأول: طرق التفسير
73	المطلب الثاني: مذاهب التفسير
79	الخاتمة
80	قائمة المصادر والمراجع

مقدمة:

تمثل مادة المنهجية أداة بيداغوجية وعلمية هامة وحاسمة للطلبة عبر كافة المستويات، كونها تنمي المعطيات الفكرية للطلاب عبر أسس وقواعد منظمة، كونها تسمح بطرح الإشكالات والتساؤلات المختلفة والإجابة عليها وفق نسق واضح منسجم ومحدد.

الأکید أن الباحث عموماً والطالب على وجه التحديد لا يمكنه مباشرة أي جهد بيداغوجي أو علمي دون تحكمه في المنهجية العلمية، ذلك لما تحوزه من آليات وفتيات تختصر عدة مسالك لا فائدة منها، يمكن أن ترهق الطالب في دراسته لاسيما أثناء جمعه لمختلف المراجع العلمية، وكذا عند شروعه في تحرير بحثه العلمي.

من الضروري بما كان مد الطالب بمختلف المعلومات والمعطيات المنهجية، قصد تحسين وتحفيز أدائه العلمي، خاصة بمناسبة شروعه في إعداد البحوث، فهي مرحلة تساهم في توجيه الطالب بصفة دائمة ومستمرة.

إن منهجية البحث في العلوم الإجتماعية لها خصوصية، ذلك بالنظر إلى محل البحث الذي ترد عليه الدراسة، ضمن هذا الصدد لا بأس كخطوة أولية من التعرض إلى مفهوم العلوم الإجتماعية وكذا علاقة هذا الصنف بالعلوم بالقانون. إن العلوم الإجتماعية عموماً والعلوم القانونية على وجه التحديد لها خصوصية تميزها عن غيرها من العلوم، فهي ترتبط بالطبيعة النفسية والإجتماعية للإنسان، لذلك لا بد من تذكير الطالب بضرورة الأخذ بعين الإعتبار هذه الخاصية طيلة مراحل بحثه، ذلك حتى تكون المنهجية التي يعتمد عليها تتلاءم والموضوع محل دراسته.

هذا ولا بد من تمكين الطالب من إعطاء الطالب نظرة شاملة عن كيفية إعداد البحوث والدراسات العلمية بدءاً من إختيار الموضوع، جمع المراجع، إعداد الخطة، ووصولاً إلى التحرير والتصحيح، كما ولا بد من منح الطالب فكرة عامة عن المذاهب الفقهية القانونية، التي تعنى بموضوع المنهجية لاسيما من حيث الصياغة التحليل والتفسير، حتى يكون للطلاب مرجعية علمية يعتمد عليها أثناء قيامه بمختلف الدراسات والأبحاث، لاسيما وأن هذه

المذاهب لها من التقنيات والآليات والأساليب المنظمة، التي تسمح بتقديم بحوث ذات قيمة مضافة، تعكس الجهد المبذول أثناء فترة إعداد البحث العلمي.

الفصل التمهيدي: المعرفة العلمية والعلوم الاجتماعية

المبحث الأول: ماهية العلوم الاجتماعية

المطلب الأول: مفهوم العلوم الاجتماعية

نظم وقواعد مرسومة تحدد سلوك الأفراد وتكيف معاملاتهم مع بعضهم البعض في شتى مجالات الحياة من أسرية واقتصادية وتربوية ودينية وخلقية، وبهذا الشكل تختلف عن العلوم الدقيقة

أو الطبيعية تلك العلوم التي تقوم على أساس من المقاييس العلمية والقواعد التجريبية المخبرية، فيكون موضوع دراستها ليس كيان بشري، بل الطبيعة والظواهر الموجودة فهي تستخدم في تلك مناهج خاصة، تبحث دوراً ما في العلاقة السببية، أي البحث دائماً عن المسببات لفهم النتائج.

هذا وتسمى العلوم الاجتماعية بالعلوم الإنسانية كنتيجة حتمية لكونها علوم تتعلق بضبط سلوك الإنسان وتفسير الظواهر الاجتماعية والتنبؤ بما سيطرأ على المجتمع في المستقبل، فهي لا تقف عند مجرد الجدل وتضارب الآراء حول مسألة معينة، وإنما تهدف إلى ضبط الظواهر وإيجاد التفسيرات وبهذا أصبح دور العلوم الطبيعية والدقيقة فهما متكاملان في تفسير هذا الكون¹.

كما وللعلوم الاجتماعية فروع جد متنوعة بتنوع وتعدد مظاهر السلوكيات البشرية، وما دام الكيان البشري في تغيير وتطور مستمر بسبب تدخل عوامل أخرى تعمل على تغيير الأحوال السائدة في المجتمع والانتقال من وضع قائم إلى وضع مغاير، وأمام هذا التغيير فإن العلوم الاجتماعية ستبقى مواكبة لهذا التطور ومتفرعة في اختصاصات متعددة تسعى جاهدة

¹ - ليلي عبد الوهاب، مناهج وطرق البحث الاجتماعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2000.

لدراسة هذه المظاهر وتنميتها، فإذا كانت العلوم الاجتماعية المعروفة الرئيسية هي علم الاجتماع، علم النفس وعلم الاقتصاد وغيرها¹.

فإن هناك علوم اجتماعية أخرى تفرعت عن هذه المحاور مثل الاقتصاد الذي أصبح يضم قانون الاقتصاد، الاقتصاد السياسي، شأنه شأن علم النفس المتفرع عنه علم النفس التربوي، الجنائي والطبي، فما هو الحكم بالنسبة للقانون.

المطلب الثاني: مكانة علم القانون من العلوم الاجتماعية

القانون وليد البيئة الاجتماعية متأثراً أو متطوراً معها باعتبار أن القانون يهدف إلى خلق نظام اجتماعي عن طريق حكم سلوك الأفراد في المجتمع وهذا القول يؤدي بنا إلى استنتاج نتيجتين وهما:

النتيجة الأولى: هي أن القانون غير جامد بل يتماشى ويتطور مع المجتمع، فكلما استجدت الظروف الاجتماعية يتدخل المشرع ويقوم بإصدار نص جديد أو تعديله أو إلغائه بنتيجة أخرى.

النتيجة الثانية: لا بد على القانون أن يعبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المجتمع ويكون مرآة معاكسة لأوضاع المجتمع، وعليه كل قانون لا يتماشى مع الظروف الاجتماعية يكون مصيره الفشل².

للقانون علاقة وثيقة بمختلف العلوم الاجتماعية الأخرى، وذلك بالنظر لأوجه التشابه فيما بينها وبين القانون لاسيما من خلال دراسة المعطيات الإنسانية وظواهرها المتجددة.

حيث توجد علاقة وثيقة بين ما بين علم الاجتماع والقانون بصورة عامة، إلا أن مهام علم الاجتماع تنحصر في دراسة الظواهر الاجتماعية المختلفة، أما دور القانون يكمن في تقنين معالجات علم الاجتماع لهذه الظواهر كواقع اجتماعي.

كما توجد علاقة القانون بعلم النفس يعتبر في نظر رجال القانون أن علم النفس هو المقياس الفني للكشف عن الحالات النفسية ومختلف الاضطرابات التي تصيب الأفراد أو

¹ - ليلي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 20.

² - ليلي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 24.

الجماعات وتخلق لديهم حالات من القلق أو الإحباط، أو بالتالي قد تؤدي إلى ارتكاب جرائم ومخالفات ولقد أدرك رجال القانون مدى أهمية الدراسات النفسية والتي تقف أحيانا وراء السلوكيات الشاذة، وتدفع المواطنين إلى فقدان التوازن واللجوء إلى الاعتداء والانحراف وتظهر أهمية علم النفس في القانون في مجال القوانين الجنائية وعلم الإجرام والعقاب، حيث لا تسلط العقوبة على الجاني إلا إذا كانت مناسبة له مع الأخذ بعين الاعتبار الحالة النفسية وتأثيراتها على السلوك¹.

كما ونجد للقانون علاقة بالاقتصاد يهتم علم الاقتصاد بدراسة المشاكل الاقتصادية من كافة الجوانب، فيدرس قضايا الإنتاج ومشاكل التضخم إذ يتولى علم الاقتصاد دراسة هذه المسائل الاقتصادية، وقد يختلف الحل لهذه المشاكل باختلاف النظرة الاقتصادية لأدوات الحكم، أما دور القانون ضمن هذا الصدد يتمثل في التقنين لحل المشكلة الاقتصادية ومن جهة نظرة أداة الحكم التي تملك سلطة إصدار القرار السياسي والاقتصادي.

هذا ونجد علاقة للقانون بعلم السياسة، حيث أن معنى علم السياسة هو دراسة الدولة وأهدافها والمؤسسات التي تسمح بتحقيق هذه الأهداف والعلاقة القائمة بينها وبين أفرادها، وتمثل علاقة العلوم السياسية بالقانون بالكيفية التي على ضوءها يتم حل مشكل سياسي وعلاج أزمة الحرية عن طريق ما يعرف بالقانون الدستوري على وجه الخصوص والقانون العام بفروعه المختلفة بصفة عامة².

إذا كان للقانون مناهج خاصة به تتفق وطبيعة قواعده وأحكامه كمناهج الوضعية، المناهج التاريخية، المناهج المقارنة، فإنه من الناحية الأخرى يستفيد من مناهج العلوم الاجتماعية والمنهج الإحصائي المعتمد في علم الاقتصاد والمنهج التجريبي في علم النفس، مما يبين بحق أن مناهج العلوم الاجتماعية مترابطة فيما بينها كأدوات معرفة متكاملة، تسعى جاهدة إلى إدراك الحقائق وتوسيع حقول المعرفة³.

1- إحسان محمد الحسن، الأسس العلمية لمناهج البحث الاجتماعي، دار الطليعة للطباعة والنشر، لبنان، 1982، ص 10.

2- إحسان محمد الحسن، المرجع نفسه، ص 16.

3- إحسان محمد الحسن، المرجع نفسه، ص 27.

المبحث الثاني: علمية العلوم الإجتماعية

المطلب الأول: مفهوم العلم

أولاً: تعريف العلم

العلم هو جزء من المعرفة يتضمن الحقائق والمبادئ والقوانين والنظريات والمعلومات الثابتة والمصنفة وطرق ومناهج علمية موثوقة أي موثوق بها لمعرفة واكتشاف الحقيقة بصورة واضحة¹.

إذا كان العلم مجموعة عن القواعد التي تفسر بعض الظواهر والعلاقات القائمة بينها وذلك من خلال مقاييس علمية ومنهج علمي أي البحث في العلاقة السببية بين الظواهر والنتائج واستغلالها استغلالاً علمياً ومبدئياً، أما القانون يدرس العلاقة بين الوقائع وما يلزمها من أحكام عادلة².

كما يعرف بمجموعة المبادئ والقواعد التي تفسر بعض الظواهر والعلاقات القائمة بينها وهذا وفقاً لمنهج علمي يمنح للباحث القدرة في الاستنتاج لحقائق جديدة أو إعادة التأكد في صحة تفسيرات ونتائج سابقة قد يكون بعض الباحثين قد وصلوا إليها مميزات³. من خلال تعريف العلم نستطيع أن نحدد مميزاته وله هذه الشروط:

ثانياً: تعريف المنهجية:

وهي الطريق المؤدي للكشف عن الحقيقة في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة تهيمن على سير العقل وتحدد عملياته حتى يصل إلى نتيجة معلومة، ولهذا يقال أن المنهجية العلمية أقرب وأوضح وأصوب طريق للوصول إلى المعرفة والعلم لأنها:

- تمكن الباحث من الاختزال والإيجاز وتجعله يتفادى الإطالة والتكرار والدخول في متاهات؛
- تجعله يتعد عن الغموض والتعقيد ويميل إلى التبسيط للوصول إلى نتيجة إيجابية؛

¹ - زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 14.

² - زين بدر فراج، المرجع نفسه، ص 17.

³ - زين بدر فراج، المرجع نفسه، ص 20.

- تزوده بمعلومات صحيحة خالية من الأخطاء ومعارف محددة أخضعت للفحص والتدقيق
تأكيداً لصحة النتائج¹.

ثالثاً: الموضوعية

تعني الموضوعية الابتعاد عن الذاتية سواء بحكم الجنس أو الموطن أو العرف.

رابعاً: التنظيم

العلم هو تنظيم طريقة تفكيرنا وينصرف مدلول التنظيم أيضا إلى تنظيم العالم الخارجي
وتصنيف الظواهر لكي نستطيع دراستها.

خامساً: الابتعاد عن إصدار أحكام ارتجالية

يعني تقديم براهين وحجج وأدلة تبين صحة النظريات والافتراضات المقدمة.

سادساً: الابتعاد عن الجدل الفارغ والصاع اللامتناهي

فعلى الباحث أن لا يسلم بالفكرة تسليماً مطلقاً الذي لا يقبل الجدل ولا يندفع إلى
التحمس إلى أي فكرة أو اكتشاف ولا يكابر، بل دائما يرحب بالحوار والنقاش بكل فكرة
تغير اكتشافه².

المطلب الثاني: مقومات المنهج العلمي

أولاً: تعريف المنهج

يقصد بالمنهج لغة: الطريق الواضح كقولك نهج فلان الطريق وهي كلمة مشتقة من
اللغة اليونانية ميتودس (Mitod) وهي تعني المتابعة وأصلها أودوس (ODOS) كانت
عند أفلاطون المنهجية تعني معاني البحث والنظر والمعرفة والمنهج بمعناه العلمي يقصد به

¹ - عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، مناهج البحث العلمي، دار الراتب الجامعية، مصر،
1997، ص 10.

² - عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، المرجع نفسه، ص 31-50.

البرنامج الذي يحدد مسبقا سلسلة من العمليات من أجل القيام بها وبذلك فإن المنهج يوحى باتجاه محدد المعالم ومتبع بانتظام في عملية ذهنية¹.

هذا ويتألف المنهج من المقومات التالية:

أ- تحديد موضوع البحث تحديدا دقيقا: فلا يترك شكا للتعميم أو التأويل.

ب- مرحلة الافتراض: من خلال وضع الفروض التي يضعها ويتصورها الباحث للإجابة عن المشكلة المطروحة.

ج- محاولة الوصول إلى حل المشكلة المعروضة: أو الوصول إلى بعض الحقائق التي تشكل أرضية للبحث المستقبلي لهذا الشأن.

د- مرحلة الاستثمار: استثمار النتائج المتوصل إليها سواء في بحوث مماثلة أو بحوث أخرى لها علاقة غير مباشرة.

ثانياً: صعوبات البحث العلمي

من ناحية أخرى لا بد من التوضيح بأن البحث العلمي في الظواهر الاجتماعية لاسيما من الناحية القانونية قد تعترضه صعوبات التي نذكرها كما يلي:

أ- تعقيدات الظواهر الاجتماعية:

إن هذا التعقيد مرده الطبيعة البشرية والتي تتغير بتغير العوامل الاجتماعية وغيرها، ومن هذا المنطلق يصعب على الباحث أن يعالج بدقة قضايا هذا الإنسان المتغير باستمرار وعليه يكون من العسير تطبيق مناهج البحث العلمي².

ب- فقدان التجانس في الظواهر الاجتماعية:

نظرا لتغير الظواهر الاجتماعية المستمرة من مجتمع إلى آخر في إطار المجتمع الواحد ومن مكان إلى مكان آخر ومن زمان إلى زمان، حيث يصعب على الباحث استخراج قواعد جامعة مشتركة يمكن تطبيقها على كافة الناس.

¹ - محمد سرحان علي الحمودي، مناهج البحث العلمي، دار الكتب، اليمن، 2015، ص 35.

² - عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 38-48.

ج- صعوبة استخدام الطرق المخبرية:

نظرا لافتقار الظواهر الاجتماعية للمقاييس العلمية يصعب على الباحث ضبطه سلوك الإنسان بدقة وإخضاعها التجاري مخبرية¹.

د- صعوبة حذف الميول الشخصي:

إن عامل البيئة والثقافة والتنظيم الاجتماعي الذي يحكم الإنسان وتأثر في سلوكه يجعله يميل إلى تيارات فكرية معينة ويفضل أفكار دون أخرى ومثل هذه العوامل تأثر في الباحث عند إصدار هذه النتائج الدراسية².

هـ - عدم الدقة في المصطلحات والمفاهيم في العلوم الاجتماعية:

تتسم المصطلحات في العلوم الاجتماعية بالمرونة الشديدة على عكس المصطلحات في العلوم الطبيعية تتصف بالإثبات.

وللتغلب على هذه الصعوبات نجد ثلاث قواعد وهي كما يلي:

- القاعدة الأولى: تحديد موضوع البحث تحديدا كاملا وشاملا.

- القاعدة الثانية: على الباحث أن يضع مسافة بين الموضوع المعالج وبينه وبهذا يضمن دراسة عقلانية وحيادية للموضوع.

- القاعدة الثالثة: على الباحث الاعتماد على خطة علمية متسقة للموضوع ويصنفه إلى أقسام متجانسة³.

الفصل الأول: وظيفة المنهجية في العلوم القانونية

يرى بعض الفقهاء والفلاسفة بأن وظيفة المنهج تنحصر بمجرد الترتيب والتنظيم في حين أن البعض الآخر يرى أنها تتسع في مجال تثقيفي وتعليمي وإزدياد الزاد المعرفي، يقول

¹ - عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 48.

² - عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، المرجع السابق، ص 48.

³ - حليلة حوالم، المناهج القانونية بين إشكالية إستخدامها وضرورة تجسيدها حتمية للتصنيف العالمي للبحوث القانونية، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 07، ع 06، 2022، ص ص 74-84.

الفيلسوف ديكارت: "أن المنهج السليم يزيد تدريجياً من معرفة المرء ويرفعها إلى أعلى مستوى".¹

كما يقول الدكتور عبد الرحمن بدوي: "المنهجية هي فن تنظيم صحيح الأفكار". لو تعمقنا في هاذين الرأيين لوجدنا أنهما متكاملان حيث أن ديكارت يبرز ما للمنهج من وظيفة تثقيفية وتعليمية بينما بين الدكتور عبد الرحمان بدوي تلك الوظيفة التربوية للمنهج العلمي.¹

وفي الحقيقة فإن المقولتين متكاملتين لأن المنهج هو السبيل إلى تحقيق الغاية ولا يمكن الوصول إليها إلا باستخدام العلمية لهذا المنهج الذي هو شرط جوهري لنمو المعرفة، ولعل هذا ما دفع الفريق الثالث إلى القول بأن العلم عملية منهجية قبل كل شيء.²

المبحث الأول: ماهية المنهج وأهميته

المطلب الأول: تعريف المنهج القانوني

تعريف المنهج القانوني:

إذا كان المنهج عموماً يعني الطريقة التي يتبعها الإنسان للوصول إلى حقيقة علمية، فإن المنهج القانوني هو الأسلوب القانوني المتبع في مجال الدراسات القانونية سواء أكان هذا في مجال القضاء أو الفقه أو التشريع. ولفهم المنهج القانوني لابد من توافر جملة من المعطيات نذكرها كما يلي:

أ- وجود معلومات الأولية اللازمة لاكتمال فهم المنهج القانوني:

- على الباحث القانوني أن يدرك أن الظواهر الاجتماعية موضوع الدراسة ولكونها تتعلق بالطبيعة البشرية فهي دوماً في تغيير وتطور وعليه أن يواجه هذه التغييرات وما استجد فيها من ملبسات تبعا للمقولة المشهورة "القانون متى تغيرت حكمته توقف حكمه"³.

¹ - عبد الرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، دار النهضة العربية، مصر، 1963، ص ص 05-10.

² - زهير شكر، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012، ص 24.

³ - زهير شكر، المرجع نفسه، ص 27.

- على الباحث القانوني أن يدرك بأنه في مواجهته للظواهر الاجتماعية لا مجال فراغ قانونيا في بعض الحالات الفعلية أن يشهد ولكن دون أن يخرج عن إطار الظاهرة التي رسمها المشرع.
- على الباحث القانوني أن يدرك بأن القانون الذي يتعامل معه ينظم مجموعة من القواعد العامة والمجردة ومنطوية على جزاء وبالتالي يلزم المحكوم به بأن يمثل إلى هذا القواعد ويطبقها.
- على الباحث القانوني أن لا يقتصر دوره على الحل القانوني للواقعة المعروضة عليه فقط، بل يجب عليه أن يبحث عن الحكمة التي من أجلها المشرع اختار هذا الحكم دون سواه¹.

ب- مراعاة العناصر المؤثرة في مجريات المنهج القانوني:

هناك عوامل تؤثر في مجرياته وتتمثل فيما يلي:

- طبيعة النظام القانوني السائد: إن هذا النظام القانوني يركز على سياسة تشريعية معينة وأسس جوهرية لا يمكن الخروج عنها، وبالتالي إنها ترسم الإطار القانوني للباحث والذي لا يستطيع الخروج عنها أبدا.
- مصادر النظام القانوني: لكل نظام قانوني مصادر معينة مرتبة من حيث الأولوية في التطبيق وبالتالي يتعين على الباحث أن يحترم هذا التدرج.
- الهدف الذي يسعى إليه القانون: إن القانون يسعى إلى تحسين وتنظيم المجتمع والتوفيق بين المصالح المتضاربة بما يخدم المصلحة العامة والأفراد والجماعات سويا².

ج- مراعاة القيم والإيديولوجيات في تفسير المنهج القانوني:

الكل يعلم مدى تأثير القيم والإيديولوجيات على مجريات العلم أو على مجريات البحث القانوني وبالتالي في تسيير منهجه ورسم إشكاليته ومعالمه، وبما أن الباحث ابن بيئته فإنه يعيش ويتفاعل ضمن بيئته وهذا سوف يؤثر على ذاته وتجعله يبتعد نوعا ما عن الوضعية.

¹ - زهير شكر، المرجع نفسه، ص 27.

² - زهير شكر، المرجع نفسه، ص 123.

المطلب الثاني: أهمية المنهج القانوني

للمنهج أهمية سواء في مختلف الجهود القانونية التي تنصب عليه دراسة الباحث أو في مختلف المراحل للقاعدة القانونية وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أ- أهميته في الجهود النظرية (الفقهية):

يستعين الفقيه القانوني كثيراً بالمناهج القانونية عند دراسته لمختلف الظواهر الاجتماعية وتحليله للنصوص القانونية وهذا باتباعه الأرضية النظرية للقانون وكيف تبلورت النصوص في ظلها وأصبحت نصوصاً ملموسة مطبقة على الواقع المعاش¹.

ب- أهميته بالنسبة للجهود التشريعية:

يحتاج المشرع إلى مناهج خاصة لإخراج القاعدة القانونية من صورتها النظرية إلى الصورة العملية، فيلجأ إلى أدوات وأساليب تسمى بأدوات الصياغة القانونية والتي قد تكون أساليب مادية أو معنوية كما تكون أساليب جامدة أو مرنة بحسب المواضيع المعالجة.

ج- أهميته بالنسبة للجهود التطبيقية القضائية:

إن القاضي وهو بصدد تطبيق القانون على الواقعة المعروضة فإنه يعتمد على مناهج خاصة وطرق محددة لتفسير النصوص القانوني والوصول إلى المعنى الحقيقي لها من خلال تفسيره لها دون توسيع أو تضيق².

المبحث الثاني: المنهجية العامة في إعداد البحوث القانونية

المطلب الأول: مفهوم البحث القانوني

أولاً: تعريف البحث القانوني

هو التنقيب عن المعلومات والمعارف والنصوص القانونية في إطار موضوعي وفق منهج علمي وفحص هذه المعلومات بالتدقيق والنقد العميق بذكاء وإدراك.

ثانياً: أنواع البحوث القانونية المقدمة

¹ - زهير شكر، المرجع نفسه، ص ص 82-88.

² - زهير شكر، المرجع نفسه، ص ص 82-88.

أ- البحث القصير:

هو عبارة عن بحث يقدم من طرف الطالب خلال الفصل الدراسي في إطار أعمال تطبيقية، الهدف منه تدريب الطالب على قراءة الكتب الموجودة في المكتبات والقدرة على ترتيب المعلومات وجمعها وتحليلها واستخلاص النتائج، كما يتراوح عدد الصفحات بين 10 إلى 20 صفحة¹.

ب- البحث الطويل وينقسم إلى:

- 1- رسالة الماجستير والماستر: هي عبارة عن بحث طويل نسبيا يستو فيها الطالب لنجاحه في الدراسات العليا والحصول على الشهادة الجامعية.
- 2- أطروحة الدكتوراه: هي عبارة عن بحث شامل لنيل أعلى شهادة جامعية تمنحها المؤسسات العلمية المعترف بها دوليا².

ج- أهداف البحوث القانونية:

يهدف البحث القانوني عموما إلى أمرين:

- 1- إما إضافة شيء جديد مبتكر في مجال الاختصاص وهذا هو الهدف الرئيسي.
- 2- أو تقديم المزيد من الأدلة والبراهين لتبيان مدى صحة أو خطأ الدراسات السابقة في نفس التخصص وهو الهدف الثانوي.

د- مميزات البحث القانوني الجيد:

- 1- الاعتماد على النفس في الكتابة وعدم الإفراط في النقل الحرفي، حيث يجب توظيف الأسلوب الشخصي وأفكار الكاتب ليسهل عليك مزجها وتركيبها مع أفكارك.

¹ - أغلبية البحوث لاسيما المقالات تشترط أن لا يتجاوز عدد صفحاتها 20 صفحة كأقصى حد.

² - قد يتم تحديد عدد صفحات مذكرات الماجستير والماستر، أما بخصوص أطروحات الدكتوراه، فلا يوجد حد معين لعدد الصفحات، مع أن المدارس المعاصرة لاسيما الغربية، تتجه إلى تقليص عدد صفحات أطروحات الدكتوراه من خلال الإكتفاء بذكر أهم المعلومات متجنبين الحشو.

2- الأمانة العلمية، إذ لا بد أن يكون الباحث صادقاً في كتابته ويشير إلى المراجع التي استند منه في بحثه.

3- الموضوعية من خلال إنكار الذات وعدم التحيز إلى أفكار أخرى.

4- استعمال مصادر حديثة حتى يكون الباحث متمشياً مع روح العصر.

5- تركيب جمل قصيرة والتسلسل في الأفكار.

6- الالتزام بقواعد التوثيق في الحشية (الهامش).

7- التوازن بين الفصول والعناوين الفرعية¹.

هـ - علاقة الباحث (الطالب) بالأستاذ المشرف:

يعتبر الطالب الباحث هو المسؤول أولاً وأخيراً عن بحثه، وللأستاذ دور حيوي يتمثل في توجيه الطالب بوجه صحيح، خاصة في مجال اختيار موضوع البحث وطرح الإشكالية، قد يساعد الأستاذ الطالب في إعداد الخطة وإزالة الغموض والمخاوف التي تواجهه الباحث.

فعلى الطالب أن يستفيد بإمعان من توجيه الأستاذ المشرف وأن لا يتمسك برأي معين دون مبرر، كما أنه ليس للطالب أن يتقيد بإيديولوجية الأستاذ أو بقيمه أو بمواقفه الشخصية، وبإمكانه أن يعبر عن الإرادة بكل حرية، شريطة تبيان ذلك ببراهين².

و- اختيار موضوع البحث:

أهمية اختيار موضوع البحث: لعل أكبر مشكلة تواجه الباحث هو العثور على موضوع شيق يتفق مع رغباته، فغموض الموضوع وعدم استقرار رأي الباحث على موضوع معين يترتب عليه عدم إلمام الباحث بالموضوع فكل هذه الصعوبات قد تتلاشى أمام الباحث وسرعان ما تتضح معالمه إذا تم اختياره باتباع الخطوات التالية:

1- لا بد أن يكون اختياراً حكيماً للموضوع من طرف الطالب كون موضوع البحث يدخل في اختصاصه.

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 142-153.

² - زهير شكر، المرجع السابق، ص 131.

2- أخذ موافقة الأستاذ المشرف على الموضوع.

3- الأسئلة التي يثيرها الباحث على نفسه:

يستحسن أن يسأل الباحث نفسه عدة أسئلة تتعلق بالبحث قبل أن ينغمس في مشروع البحث وتتلخص هذه الأسئلة فيما يلي:

4- هل تستحوذ المشكلة على اهتمام الباحث ورغبته؟

5- هل هي جديدة؟

6- هل ستضيف الدراسة المبدولة إلى المعرفة شيئاً؟

7- هل يستطيع الباحث القيام بالدراسة المقترحة؟

8- هل المشكلة في حد ذاتها صالحة للبحث والدراسة؟

9- هل سبق لباحث آخر أن سجل للقيام بهذا البحث؟

المطلب الثاني: إعداد البحث القانوني

أولاً: أهمية القراءة الأولية في اختيار موضوع البحث ووضع خطة البحث

هي قراءة ما كتب عن الموضوع وعن طريق القراءة الأولية يمكن التعرف على العناصر التي يتعين على الطالب إدراجها في البحث وذلك نظراً لأهميتها ورغبته في توفير المعلومات عنها ويترتب عن هذه القراءة الفهم الجيد لموضوع البحث وتسجيل كل المعلومات والأفكار المتعلقة به.

ثانياً: كيفية وضع خطة البحث

يحتوي البحث القانوني على ما يلي:

أ- المقدمة؛

ب- صلب الموضوع؛

ج- الخاتمة؛

د- قائمة المراجع؛

هـ- الفهرس¹.

أ- مقدمة البحث: هي توطئة للمعلومات والنتائج التي يريد الباحث الوصول إليها، ولا بد على الباحث أن يختصر في العبارات أثناء عرضه للمقدمة، فهي تقدم للقارئ فكرة عن نوايا الكاتب وعن الغاية من معالجة هذه الظاهرة مع إبداء الأسباب الرئيسية التي دفعته إلى ذلك، ولا بد أن تتضمن المقدمة بعض النقاط الرئيسية ومن جملة هذه النقاط نخص بالذكر:

- 1- توضيح الهدف من القيام بالدراسة؛
- 2- إعطاء خلاصة عن أبحاث سابقة التي عالج فيها أصحابها نفس الموضوع؛
- 3- تحديد أبعاد المشكلة، وإعطاء تصور لكيفية معالجتها؛
- 4- شرح مناهج البحث والأسلوب المتبع لدراسة الموضوع؛
- 5- الإتيان على ذكر بعض العناصر المشجعة لكتابة البحث، وذلك كتوفر وثائق جديدة؛
- 6- تقديم شرح قصير عن كل فصل أو جزء من الدراسة حسب التسلسل الموجود فيها مع التركيز على النقاط الرئيسية التي تم التعرض لها في ذلك الجزء من الدراسة².

ب- صلب الموضوع:

هذا القسم يمثل جوهر الموضوع لأن فيه يتم عرض وتحليل ومناقشة أفكار البحث والذي لا يتم دفعة واحدة، بل يأتي بشكل مرتب وبحسب تقسيم معين تراعى فيه الجوانب التالية:

- ضرورة تقسيم البحث إلى أقسام رئيسية وفرعية متسقة؛
- إمكانية وضع مقدمة وخلاصة لكل قسم رئيسي في البحث؛
- ضرورة التنسيق بين مختلف تفرعات البحث³.

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 137-151.

² - علي ضوي، منهجية البحث القانوني، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر، 1993، ص ص 55-58.

³ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 142.

ج- خاتمة البحث:

تعتبر حصيلة البحث بالجملة التي توصل إليها الباحث من خلال دراسته العميقة للموضوع والخاتمة مرتبطة بالإشكاليات التي تطرح في المقدمة ويلاحظ هنا بأنها تختلف عن الخلاصة وهي عبارة عن تلخيص حربي للدراسة، أما الخاتمة هي إبراز نتائج التي استخلصها الكاتب أو الباحث من بحثه¹.

د- قائمة المراجع:

هي مجموعة الوثائق التي يعتمد عليها الباحث في دراسته من كتب ومجلات وجرائد ومقالات وينبغي على الباحث أن يكون عارفاً بالفرق الموجود بين المصدر والمرجع أي متى تعتبر وثيقة، ما مصدر أو مرجع فكل الوثائق التي يستعملها الباحث سواء أكانت مصدراً أو مراجع فهي كلها مصادر، لكن الأولى تعتبر مصادر من الدرجة الأولى والثانية مصادر من الدرجة الثانية وذلك بناء على طبيعة الموضوع المعالج².

هـ- الفهرس:

الإشارة إلى المواضيع بحسب ترتيبها في الخطة وأرقام الصفحات التي اشتملت هذا الموضوع³.

ثالثاً: كيفية جمع المعلومات الأولية

بعد اختيار موضوع البحث والقيام بكافة الإجراءات الإدارية لتسجيله رسمياً لدى الجهات المختصة، تأتي مرحلة البحث عن الوثائق المختلفة والتي تتضمن كافة المعلومات والمعاريف المتعلقة بموضوع البحث والقيام بجمع هذه الوثائق وتنظيمها على أسس منهجية مدروسة لاستغلالها بعد ذلك عن طريق حصر واستخلاص جميع المعلومات والحقائق والمعارف التي يتكون منها موضوع البحث وتسمى مرحلة البحث عن الوثائق (جمع المعلومات) ويمكن للباحث أن يعثر على هذه المراجع باعتماده طريقتين:

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 147.

² - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 151-152.

³ - عقلة مبيضين، محمد أبو نصار، محمد عبيدات، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، دار واقل، الأردن، 1999، ص 198.

أ- طريقة المؤلف: أي عن طريق البحث عن اسم المؤلف.

ب- طريقة المؤلف: أي عن طريق البحث عن اسم الكتاب¹.

رابعاً: قواعد إسناد الوثائق في الهوامش

الملحق هو أجزاء البحث ويكون في حالات التي يريد الباحث أن يلحق بالبحث بعض المعلومات والبيانات الهامة ولا يستطيع إدماجها في مضمون البحث، فإذا قام بهذا العمل سوف يمس تسلسل الأفكار وترتيبها، الأمر الذي ينعكس سلبي على الأسلوب العلمي المطلوب في البحوث القانونية وعادة ما تتكون في شكل الملاحق، مشاريع، قوانين، نصوص كاملة لأحكام وقرارات قضائية، مخطوطات، بيانات وغيرها، فلا بد أن تكون الملاحق في خدمة البحث أي لها أهمية كبيرة للإيضاح والتفسير².

خامساً: قواعد إسناد الوثائق في الهوامش

تختلف طريقة توثيق الهوامش من مصدر لآخر كما تختلف حسب المناسبة التي يذكر فيها المرجع، هل ذكر لأول مرة أو مرة ثانية ولهذا يجب التفريق بين مختلف الحالات على النحو الآتي:

أ- الهامش الذي يشار فيه إلى الكتاب:

1- ذكر الكتاب لأول مرة: إذا ذكر الكتاب لأول مرة في البحث يجب ذكر كافة المعلومات به وطريقة الكتابة تكون كالتالي:

2- اسم المؤلف ولقبه، عنوان الكتاب، رقم الجزء، رقم الطبعة، اسم الناشر، البلد، تاريخ النشر، رقم الصفحة.

3- إذا ذكر الكتاب مرتين متتاليتين دون أن يتخلله مصدر آخر فلا تذكر المعلومات وإنما نذكر عبارة (المصدر نفسه).

¹ - تعتبر جمع المعلومات الأولية القاعدة الأساسية، التي تسمح للباحث من معرفة ما إذا يمكنه تقديم بحث متوازن من عدم ذلك.

² - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 178-179.

4- وإذا ذكر الكتاب مرتين غير متتاليتين بمعنى يوجد مصدر أو أكثر يتوسطهما وهنا لا يعاد ذكر كل البيانات وإنما نذكر اسم المؤلف، المرجع السابق، رقم الصفحة، وإذا كان لهذا المؤلف أكثر من مصدر اعتمد عليه الباحث، فإنه يذكر اسم المؤلف والمرجع السابق لا تكفي لتعيين المصدر أو المرجع، ولهذا يضاف (عنوان الكتاب) أي يذكر (اسم المؤلف) ثم (عنوان الكتاب) ثم عبارة (المرجع أو المصدر السابق) (رقم الصفحة)¹.

ب- الهامش الذي يشار فيه إلى مقال مأخوذ من مجلة علمية:

نذكر البيانات كالاتي:

- اسم المؤلف ولقبه، عنوان المقال، اسم المجلة، الهيئة التي أصدرتها، سنة النشر، العدد، رقم الصفحة².

ج- طرق الإسناد في حالة الاقتباس من رسائل ماجستير أو أطروحة دكتوراه.

نذكر المعلومات التالية:

- اسم الباحث، عنوان البحث، نوع البحث، اسم الكلية، اسم الجامعة التي تم فيها النقاش، تاريخ المناقشة، رقم الصفحة³.

د- طرق الإسناد في حالة اقتباس من نصوص قانونية:

يذكر فيها الآتي:

- نوع القانون، رقم القانون، تاريخ صدوره، عنوان القانون، بيانات المصدر إذا كانت جريدة رسمية، تاريخ صدور الجريدة الرسمية، العدد، الصفحة⁴.

ه- طرق الإسناد في حالة اقتباس من أحكام وقرارات قضائية:

نذكر البيانات التالية:

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 178-179.

² - عقلة مبيضين، محمد أبو نصّار، محمد عبيدات، المرجع السابق، ص ص 163-169.

³ - عقلة مبيضين، محمد أبو نصّار، محمد عبيدات، المرجع السابق، ص ص 163-169.

⁴ - عقلة مبيضين، محمد أبو نصّار، محمد عبيدات، المرجع السابق، ص ص 163-169.

1- نذكر عبارة حكم أو قرار؛

2- اسم الهيئة القضائية؛

3- تاريخ المصدر الذي نشر فيه الحكم أو القرار¹.

و- الهامش الذي يشار فيه إلى مقابلات شخصية:

نذكر البيانات التالية:

- الإشارة في أول سطر إلى كلمة مقابلة مع (أي ذكر الاسم ولقب الشخص)، نذكر وظيفة الشخص أو منصبه، الإشارة إلى المكان الذي تمت فيه المقابلة، تاريخ المقابلة².

ز- الهامش الذي يشار فيه إلى دراسة عن مؤسسة وطنية أو دولية دون ذكر أي اسم للمكتوب:

في حالة ما إذا كانت قد نشرت الدراسة من قبل مؤسسة وطنية أو دولية فإنه ينبغي على الباحث أن يكتب:

1- اسم المؤسسة لأنها هي التي قامت بالتأليف والنشر، مثال عن ذلك مكتب العمل الدولي، إدارة وإنتاجية: المرشد العام في المؤسسات ومصادر الإعلام، (دراسة تحمل رقم 13 في سلسلة إدارة التنمية).

2- جنيف (سويسرا: مكتب العمل الدولي، السنة 1980)³.

ح- الهامش المشار إليه من شبكة الأنترنت (بيانات الوثائق الإلكترونية):

عندما يستعين الباحث بوثائق إلكترونية (شبكة الأنترنت) يتعين عليه ضبط مصدرها على هامش الصفحة ونقترح على الباحث التقنية التالية:

1- أن يبدأ بتدوين اسم مؤلف الوثيقة سواء أكان هذا المؤلف شخص طبيعي أو هيئة وفي حالة ما إذا عدد مؤلفي الوثيقة يتعدى اثنين (02)، ينبغي تدوين اسم المؤلف ولقبه مع

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 178-179.

² - عقلة مبيضين، محمد أبو نصّار، محمد عبيدات، المرجع السابق، ص ص 163-169.

³ - زهير شكر، المرجع السابق، ص ص 178-179.

إضافة كلمة (الآخرون) (ET; al) وفي حالة ما إذا كان للوثيقة كاتبان فإنه يتعين على الباحث أن يدون اسم ولقب كل مؤلف، أما إذا كان مجهولا أي المؤلف يتعين على الباحث تكوين كلمة (مجهول) (Anonyme).

2- بعد اسم ولقب المؤلف: يتعين على الباحث تدوين عنوان الوثيقة

-Eric savaux, Le sondrede garontive, 21 Février 2001.

3- بعد عنوان الوثيقة يتعين على الباحث تدوين تاريخ إنشاء الوثيقة أو تاريخ إحداث تغيير فيها، أما في حالة عدم وجود تاريخ إنشاء الوثيقة والتغيير فعلى الباحث تدوين حرفين S. (Sans date) d.

4- ينبغي على الباحث أن يدون العنوان الإلكتروني والذي يفضله:

يحدد موقع الوثيقة وطبيعتها ويقدم المعلومات حول المؤلف ويتعين على الباحث ذكر حجم الوثيقة (KO).

- Eric Savanx, Le Sondrede garontie, 2 Février 2001.

5- وعلى العموم في حال الإستعانة بمواقع ومراجع إلكترونية لابد من ذكر تاريخ وساعة الولوج إلى الموقع.

ط- بيانات القواميس والمعاجم:

عندما يستعين الباحث بقاموس في اللغة أو متخصص يتعين عليه إتباع التقنية التالية:

مثال:

-R. Terki et M. Cabbabé (Idition), L'exique juridic (Frané Arabe),suive de for l'an juridicier,4^{ème} Idition, Alger, entreprise, al livré, 1980, p 180¹.

¹ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص ص 239-244.

ي- الهامش الذي يشار فيه إلى وثائق حكومية:

في هذه الحالة لا بد من كتابة اسم الدولة ثم الوزارة أو الإدارة العامة التي قامت بنشر الدراسة وعنوان الدراسة، اسم مكان النشر وتاريخ النشر ورقم الصفحة.
مثال: الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جبهة التحرير الوطني، الكشاف الوطني، جبهة التحرير الوطني، 1976، ص 194¹.

ك- بيانات المخطوطات:

ينبغي على الباحث أن يتبع التقنية التالية في تدوين بيانات المخطوطة:

- لا بد أن نذكر اسم المؤلف إذا كان وارد وإلا يكتب كلمة مجهول، ويكتب عنوان المخطوط، اسم المكتبة التي تملك المخطوط، أن يذكر الرقم الذي سجل تحته المخطوط، أن يذكر رقم الصفحة.

مثال: أبي القاسم خلف، أحكام السفينة والبوتي، مخطوط مكتبة أوسكورا، رقم 1217، ص 241².

الفصل الثاني: مناهج ومذاهب دراسة العلوم القانونية

المبحث الأول: أهم مناهج دراسة العلوم القانونية

المطلب الأول: المنهج التاريخي

أولاً: تعريف المنهج التاريخي

هو منهج بحث علمي يقوم بالبحث والكشف عن حقائق تاريخية من خلال تحليل وتركيب وقائع ماضية المسجلة في وثائق وأدلة تاريخية وإعطاء تفسيرات وتنبؤات علمية عامة في صورة نظريات وقوانين عامة وثابتة نسبياً³.

¹ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص ص 239-244.

² - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 260.

³ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 36.

أما في مجال العلوم القانونية يعرف المنهج التاريخي على أنه ذلك المنهج الذي يعتمد في دراسة القانون على تطوراته التاريخية وكذا الأهداف عبر الزمن والتعرف على العوامل التي أدت إلى تطوره، وكذا الأهداف التي كان يسعى إليها مع الأخذ بعين الاعتبار الطرق التاريخية الحضارية التي ألزمت المشرع على الأخذ بأحكام معينة دون غيرها¹.

ثانياً: فوائد المنهج التاريخي

للمنهج التاريخي فوائد كثيرة:

- هو وسيلة فنية لفهم القوانين والمبادئ القانونية والنظريات القانونية المالية، فما دامت المبادئ والقواعد القانونية ضاربة جذورها في أعماق تاريخ الحضارة الإنسانية، فإن المنهج التاريخي هو المنهج العلمي الوحيد الذي يقود إلى معرفة أصول القواعد القانونية الماضية والتي يستمد منها المبادئ القانونية الحاضرة.

- يعتبر المنهج التاريخي أداة فعالة لتقدير فضل الشعوب القديمة على الأمم الحديثة.

- ومن خلال المنهج التاريخي يستطيع الباحث القانوني الإدراك بأن القانون يتميز بطابع التغيير وأنه وليد البيئة الاجتماعية ولا يخي إلا في إطار الجماعة وأنه مرتبط بظروف وأحوال هذا المجتمع، حيث لا يمكن اعتباره نظاماً جامداً².

ثالثاً: أهمية المنهج التاريخي في ميدان العلوم القانونية

تظهر أهمية المنهج التاريخي من خلال العناصر التالية:

أ- بالنسبة للمشرع:

يستفيد من المنهج التاريخي عند وضعه للنصوص القانونية فيأخذ بمحاسن تجارب الماضي عن طريق الاقتباس ويتفادى السلبيات، وبالتالي يضع تشريعاً سليماً، كما أنه ينتبه إلى ضرورة العمل على مراجعة القانون كلما تغيرت ظروف المجتمع حتى يصبح مسائراً لها.

¹ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 36.

² - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 37.

ب- بالنسبة للقاضي:

قد يجد القاضي نفسه أمام نص مضمي محتمل عدة تفسيرات أو يصطدم بنصوص متعارضة بين تشريع وآخر أو بين المنظومة التشريعية الواحدة، وعليه فلا يستطيع تطبيق القانون تطبيقاً سليماً، ففي هذه الحالة فإن رجوعه إلى الدراسة التاريخية للنصوص قد تفتح له الطريق للوقوف على معانيها، وكذلك التعرف على فلسفتها وشروط تطبيقها.

ج- بالنسبة للفقهاء:

فبواسطة المنهج التاريخي يستطيع الفقيه فهم القانون الوضعي وذلك عن طريق دراسة الأنظمة القانونية في مختلف الحضارات، والفائدة عن ذلك هي تتبع المراحل التي مر بها القانون وأسباب تطوره لنستطيع فيما بعد تحديد خلفيات أهداف القانون الحاضر ورسم معالمه مستقبلاً، معنى هذا القول أنه يمكن للفقيه من خلال (المنهج التاريخي) لمصير بعض الأنظمة القانونية في المستقبل القريب في حدود نسبية زماناً ومكاناً وهذا حسب وتيرة التاريخ العادي.

المطلب الثاني: المنهج المقارن والوضعي

أولاً: لمحة تاريخية عن المنهج المقارن

إن علم القانون المقارن شعبة علمية حديثة ساهم في إنشائها كل من علم الأنثروبولوجيا (علم الإنسان) وعلم القانون، لقد انعقد أول مؤتمر للقانون المقارن في باريس عام 1900م، نتيجة الثورة الصناعية وحركة المؤسسات وحركة التفنينات 1904م والحروب التي شملت العالم، فكل هذه العوامل أدت إلى تشعب العلاقات الدولية، الأمر الذي أدى بالدول إلى التفكير في تنظيم علاقاتها فيما بينها خاصة في المجالات التي تهم الإنسانية جمعاء وذلك لتحقيق الرفاهية الإنسانية في إطار السلم والأمن، ولتحقيق هذه الغاية اهتم فقهاء القانون بعلم القانون المقارن من أجل إيجاد قواعد مشتركة تحكم هذه المسائل ذات المنفعة العامة كتنظيم النقل الجوي والبحري وتبادل التكنولوجيا، التجارة الدولية، محاربة الجرائم الدولية، كل

الأحوال تتطلب التفكير في توحيد قوانين العالم وهذه المسألة لا تتحقق إلا بمقتضى علم القانون المقارن أو الدراسات المقارنة¹.

ولكن هذا لا يعني بأن الدراسة المقارنة وليدة العلم الحالي بل تمتد جذورها إلى العصور القديمة فلقد قام الفيلسوف أرسطو في عصره بجمع 158 تشريع بحثا عن أصلح نظام حكومي وكان هذا في كتابه المشهور "السياسات"².

قام الرومان سنة 450 ق.م. بإرسال بعثة مشكلة من رجال القانون لدراسة قانون صولون في بلاد الإغريق، ثم وضعوا بعد ذلك القانون المعروف (بالألواح 12) وفي العصور الوسطى أجريت دراسة مقارنة بين القانون الروماني والكنيسي وفي القرن 16م قامت دراسة مقارنة بين خصائص القانون الكنيسي وقانون العرف العام أو بما يعرف بمجموعة (أنجلو ساكسونية) وقام الفقيه "مونتييسكيو" المولود (1686-1755م) في كتابه المشهور (روح القوانين) الصادر سنة 1748م الذي حاول فيه البحث عن أصلح نظام حكومي وأخذ بالمبدأ المشهور الفصل بين السلطات الثلاثة³.

أ: تعريف المنهج المقارن

هو المنهج الذي يستعمل للمقارنة كأداة معرفية ويستعمل أساسا في الدراسات الاجتماعية، كما صنف عالم الاجتماع "دوركايم" المنهج المقارن بأنه نوع من التجريب غير المباشر بمعنى المقارنة تحل محل التجربة في الدراسات الإنسانية وهي طريقة علمية تقوم على أساس مقارنة الأنظمة القانونية واستخراج أوجه التشابه والاختلاف فيها⁴.

ب: أهمية المنهج المقارن

للمنهج المقارن أهميتين:

1- الأهمية العلمية:

¹ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 76.

² - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص ص 76-86.

³ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص ص 76-86.

⁴ - محمد سرحان على المحمودي، المرجع السابق، ص 76.

تظهر هذه الأهمية سواء عند المشرع أو القاضي أو الفقيه وهذا على النحو التالي:

- **بالنسبة للتشريع:** يقوم المشرع عن طريق المقارنة بين التشريعات المختلفة بإعداد تشريع سليم من حيث الشكل والمضمون إذ يستفيد من محاسن هذه التشريعات ويتجنب عيوبها فيصل إلى ما يسمى بالتشريع المقارن السليم.

- **بالنسبة للقضاء:** يستطيع القاضي عن طريق المقارنة أن يصل إلى التطبيق الصحيح للقانون خاصة في مواجهة النقص التشريعي، فيستطيع سد هذا الفراغ التشريعي وذلك عن طريق استعماله للمنهج المقارن.

- **بالنسبة للفقهاء:**

تكاد الدراسات القانونية الفقهية لا تخلو من المقارنة، ذلك لأن النظام القانوني لا يمكن اكتشاف ما يكتنفه من نقض أو فراغ أو عدم انسجام إلا بمقارنته بنظم قانونية لدول أخرى، وتكاد تكون كل الرسائل الجامعية في العلوم القانونية دراسات مقارنة، خاصة بين النظام القانوني الجزائري ونظيره القانون المصري والقانون الفرنسي وكثيرا من الانتقادات التي وجهت للمشرع الجزائري، كانت بسبب مقارنة القانون الجزائري بغيره من القوانين والتعديلات التي قام بها المشرع الجزائري لبعض القوانين كانت سبب هذه الانتقادات الفقهية، ولهذا تعتبر الدراسة المقارنة بالنسبة للباحث القانوني زادا معرفيا لا يمكن الاستغناء عنه إذ يعتبر بمثابة الروح للجسد.

2- الأهمية العلمية:

تتمثل هذه العملية فيما يلي:

- **معرفة أسباب التطور:**

إن الدراسات العلمية توظف المنهج المقارن هي التي تساعد على معرفة قواعد تطور المجتمعات وانتقالها من مراحل بدائية إلى مراحل متقدمة في مجال تنظيم العلاقات الاجتماعية والقانونية وهو ما يسمح بمعرفة أسباب التطور والعمل من أجل تحسين المستوى الحضاري للدول والشعوب.

- تحديد أوجه التشابه والاختلاف:

يساعد على معرفة أوجه التشابه والاختلاف بين النماذج الاجتماعية والضم القانونية ويسمح بتحديد مستوى الاحتكاك والانتفاع الحضاري.

إن توحيد بعض فروع القانون من شأنه أن يقلل من المشاكل والتنازع فيما بين القوانين من حيث المكان.

تساعد الدراسات المقارنة على استخلاص ما يسمى بالمبادئ العامة للقانون، هذه المبادئ التي اعتبرتها المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية مصدرا للقانون الدولي بعد المعاهدات والعرف الدولي ومن أمثلة هذه المبادئ العامة للقانون، مبدأ المساواة أمام القانون، مبدأ سلطان الإرادة، مبدأ حياد الإرادة في مجال الحقوق والحريات، العقد شريعة المتعاقدين¹.

- مجال دراسة المقارنة وأهدافها:

قد يكون المجال ضيقا فتكون الدراسة المقارنة منصبة على قوانين الدولة الواحدة ومن ثمة يكون الهدف الأساسي من هذه الدراسة فهم القانون الوطني.

وقد يكون المجال واسعا فتنبص الدراسة المقارنة على مقارنة القانون الوطني مع القوانين الأجنبية، خاصة منها تلك التي تتقارب مع القانون الوطني من حيث الحضارة والفن القانوني والقيم الإيديولوجية أو تكون بسبب الموقع الجغرافي أو بفعل الاستعمال، وكذلك يكون هذا هدف الباحث القانوني الأساسي هو إيجاد قواعد مشتركة تفيده الإنسانية جمعاء².

ولكن من الصعب على الباحث القانوني أن يكون ملما بجميع هذه القوانين الأجنبية المتعددة والتي قد تفوق 150 دولة، فإن الفقه القانوني تيسيرا لهذه الدراسات المقارنة قادر بجمع كل هذه القوانين في إطار أنظمة قانونية رئيسية، وقال أنها تتمثل في ثمانية (08) عائلات هي:

¹ - محمد عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانوني والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.

² - محمد عمار عوابدي، المرجع نفسه، ص 33.

*الشرعة الإسلامية،

*مجموعة القوانين اللاتينية الجرمانية،

*قوانين الأجلوساكسونية،

*العرف العام،

*القانون الهندي،

*القانون الصيني،

*القانون الياباني،

*القوانين الإفريقية،

*مجموعة القوانين الإشتراكية¹.

ثانياً: المنهج الوضعي

فإذا كان الهدف من دراسة القانون هو البحث عن أحكام القانون السائد فعلا في مجتمع ما محددًا زمانًا ومكانًا عندئذ يستعين الباحث القانوني بالمنهج الوضعي. مثال: ذلك أن نقول القانون الوضعي الجزائري والمقصود به مجموعة القوانين الوطنية المطبقة فعلا في الجزائر أثناء قيام الباحث القانوني بالبحث.

على ما سبق يقصد به المنهج الذي ينصب في دراسة القانون الوضعي كما هو موجود بالفعل في مكان وزمان معين ومن ثمة فإنه يرتبط بقواعد قانونية معمول بها في دولة معينة بغض النظر عن نوعه أو مصدره، كأن نقول مثلا المنهج الوضعي المتبع في دراسة العلاقات المالية الجزائرية إذا يكون المقصود هنا هو القانون المدني المطبق فعلا².

أ- أهداف المنهج الوصفي

يسعى المنهج الوصفي إلى تحقيق الأهداف التالية:

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 52.

² - غنای زکیة، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 65.

1- الهدف العملي:

يتمثل في التطبيق العملي للقانون وحكم القضية المعروضة بشكل سليم، وهذا الأمر لا يتحقق إلا إذا كان رجل القانون على دراية كافية بالنصوص القانونية الموجودة ويكون على علم بكافة الوسائل والطرق التي تتبع ابتداء من دراسة خلق القاعدة القانونية إلى مرحلة الصياغة انتهاء بمرحلة التفسير وتطبيقه¹.

2- الهدف العلمي:

وهو يتمثل في تطوير القانون الوضعي وجعله أكثر ملائمة مع المستجدات التي تحدث في المجتمع لا لشيء إلا لكون الظاهرة الاجتماعية موضوع القانون هي ظاهرة إنسانية وفي تغيير مستمر، وبالتالي يحقق الهدف الذي يسعى إليه المشرع وهو تنظيم المجتمع على أحسن وجه وإقامة العدل بين الأفراد، وعلى هذا الأساس ومن خلال هذا الهدف العلمي يتبين لنا بأن دراسة القانون الوضعي لا تكفي بتقرير ما هو قائم، بل تبحث عما يجب أن يكون عليه الأمر، ذلك لأن الحياة الاجتماعية متقلبة وغير متناهية وفي تغيير مستمر وعليه فالقواعد القانونية بحاجة دوماً إلى التكيف مع هذه الظواهر.

المؤهلات القانونية التي يجب أن يتمتع بها الباحث القانوني لتغير القانوني:

- أن يمتلك سلطة التغيير كأن يكون مشرع؛
- أن يكون التغيير في الظروف تغييراً جذرياً من شأنه إحداث أضرار بالأشخاص وبمصالحهم من جراء بقاء القانون جامداً.
- أن نراعي في تغيير النصوص مستجدات وكذا المحافظة على مصالح الأشخاص وحقوقهم المكتسبة في ظل القانون القائم حتى لا تتزعزع المراكز القانونية وتحدث إجحاف للحقوق الغير.

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 54.

كخلاصة إن الملاحظة أن هذه المناهج الثلاث مرتبطة مع بعضها البعض، فلا يمكن فهم القانون الوضعي الساري المفعول في مجتمع ما، إلا من خلال القوانين الأجنبية وبفضل هذه المناهج الثلاث.

كما يمكن وضع قانون صحيح خالي من العيوب تقريبا أو نسبيا ومتماشيا مع تطور المجتمع وعليه يمكن تطبيقه تطبيقا سليما على أفراد المجتمع¹.

المبحث الأول: أهم المذاهب الفقهية في دراسة العلوم القانونية

المطلب الأول: حوصلة عامة عن المذاهب الفقهية

لقد تعددت المذاهب الفقهية التي قبلت بشأن تحليل أصل وأساس وغاية القانون ومعرفة تبرير وجود القانون وما إذا كانت طبيعة القانون ذو طبيعة إلهية أو ميثيقية أو اجتماعية ومن أين تأتي الصفة الشرعية التي تجعل القانون واحترامه أمرا مفروضا على الأفراد.

وأمام تعدد المذاهب الفقهية والتي من الصعب التعرض إليها بنوع من التفصيل والتدقيق فسوف نكتفي بالنظريات 12 والتي نادى بها الفقيه روسكوبام نت وتطرق إليها في كتابه المشهور المدخل إلى فلسفة القانون.

- النظرية الأولى: ترى هذه النظرية بأن القوانين البشرية هي وسائل لتنفيذ قوانين إلهية، بمعنى أن القانون يستند إلى إرادة الله كقولها بأن قانون حمو رابي تسلمه الحاكم من آلهة الشمس وبالتالي فإنه يجسد سلطته على الأرض.

- النظرية الثانية: وهي التي تنظر إلى القانون على أنه مجموعة من العادات والتقاليد والتراث التي رضت بها الآلهة والتي عن طريقها يستهدي الإنسان إلى الطرق السلمية التي توفر له الأمن.

- النظرية الثالثة: هذه النظرية لها صلة بالنظرية الثانية من حيث اعتقادها بأن الطبيعة القانونية هي طبيعة إلهية ولكن تنظر إلى القانون ليس من خلال العادات القديمة بل من

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 55.

خلال الحكمة المسجلة للحكماء القدامى الذين يعترفون على المسلك السليم للتصرفات البشرية أي المسلك الذي تقره الآلهة.

النظرية الرابعة: في هذه النظرية ابتعد الفقهاء عن النظرية الإلهية ونظروا إلى القانون على أساس أنه نظام من المبادئ التي توصل إليها الفقهاء عن الطريق التأمل الفلسفي الذي كان يعتمد على القانون الطبيعي.

النظرية الخامسة: والتي تنظر إلى القانون على أنه مجموعة من القواعد الأبدية الثابتة أي تتصف بصفة الخلود، فلا تتغير بتغير الزمان والمكان وبهذا الشكل أصبح مفهوم القانون يبتعد عن التأمل الفلسفي المرتبط بالقانون الطبيعي ليرتبط بالمبادئ الأخلاقية المثالية.

- **النظرية السادسة:** أعطت هذه النظرية للقانون صيغة دينية وهذا في كنف الكنيسة المسيحية والتي كانت تنظر على أساس أنه من صنع الله تعالى باعتباره خالق الكون.

- **النظرية السابعة:** تنظر إلى القانون بأنه نظام من المبادئ التي يتوصل إليها الإنسان عن طريق التأمل الفلسفي ليس بالرجوع إلى طبائع الأشياء والقانون الطبيعي كما هو الشأن بالنسبة للنظرية الرابعة، وإنما التأمل الفلسفي قائم على تحليل ودراسة الكتب الفقهية وقضاء المحاكم ومن ثمة رابطة النظرية الفلسفية بالواقع الاجتماعي المعاش من خلال الفقه والقضاء محمد رين القانون.

- **النظرية الثامنة:** وهي التي ترى القانون على أنه مجموعة من القواعد الصادرة عن السلطة العامة أو السلطة العليا الحاكمة وتتولى تنفيذه بالقوة عند الضرورة وهذا من أجل تحقيق المصلحة الخاصة وبهذا الشكل فإنه تعبير القانون هو تعبير اقتصادي.

- **النظرية التاسعة:** والتي تنظر إلى القانون على أنه مجموعة من التعاليم والمبادئ وأحكام اهتدى إليها الإنسان عن طريق التجربة والإرادة الحرة ومن هذا المنطلق فإن أساس هذه النظرية حرية الإرادة والتي تأثرت بالنزعة الفردية التي تقوم على فكرة تقديس الفرد والاعتراف له بالحقوق الإنسانية وحرية تصرفه بالتصرف طبقاً لإرادته الحرة، وهذا تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد والعقد شريعة المتعاقدين.

- النظرية العاشرة: وهي تنظر إلى القانون على أساس أنه مجموعة من الاتفاقيات بين البشر التي تنظم علاقاتهم في إطار المجتمع المنظم تنظيمًا سياسيًا، وهكذا فإن هذا المفهوم يقرب من الطابع الديمقراطي الذي يسود في دولة القانون، ولقد تأثر في نشأته كثيرًا بالعقد الاجتماعي.

- النظرية الحادي عشر: تنظر إلى القانون على أنه منشأة السلطة العليا تصدره في أي شكل وعلى أية صورة ما دام يعتبر ملتزمًا للأفراد بطاعته واحترامه دون النظر إلى مضمون القانون وجوهره.

- النظرية الثاني عشر: وهي تنظر إلى القانون بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مختلف سلوك الأفراد سواء في علاقاتهم أو مع السلطة وهذا تحقيقًا لأهداف معينة، مرسومة بحكمة من قبل السياسة القانونية المتبعة والموضوعة من لجان متخصصة وفقًا للإجراءات والأحكام الدستورية المنصوص عليها في كل البلد¹.

- الاستنتاجات المستخلصة لهذه النظريات:

إذ اتسمت هذه النظريات بدراسة تطور الفكر القانوني من المرحلة البدائية الأولى لتنتهي في آخر المطاف إلى نظرية الفقه الحديث والذي جعل أساس القاعدة القانونية هو الشرعية القانونية والاعتبارات التشريعية.

تناولت هذه النظرية مفاهيم متنوعة تطورت عبر الزمن، حيث مرت بثلاثة مراحل يمكن إيجازها فيما يلي:

- المرحلة الأولى: مرحلة التفكير البدائي.

- المرحلة الثانية: المرحلة الدينية والميتافيزيقية.

- المرحلة الثالثة: المرحلة التفكير العلمي.

من خلال هذه النظريات ورغم اختلافها نتوصل إلى نتيجة حتمية ثابتة مفادها أن القانون ضرورة اجتماعية وأن المجتمع سواء في المرحلة البدائية في مرحلة التطور أصبح يعتمد على التفكير العلمي الموضوعي، فإنه دوماً في حاجة إلى مبادئ وأحكام لتنظيم شؤون أفرادها.

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 25.

هذه النظريات كانت مرآة علمية للمجتمع الذي عاش في زمن ومكان معين وبالتالي جاءت لتفسير المفاهيم الفلسفية والمبادئ الإيديولوجية التي كانت موجودة في ذلك الوقت، ومن هذا المنطلق فلا يمكن القول بأن هناك نظريات أفضل من الأخرى أو أن هذه صحيحة والأخرى خاطئة.

إن مرحلة التفكير العلمي هي التي أوجدت الفكر المنهجي المنظم وفق قواعد عقلانية مضبوطة هادفة إلى شرح الظواهر الاجتماعية وإدراك الحقائق الإنسانية، وعليه فإن هذه المرحلة أوجدت المواصفات المنهجية العلمية التي تضم: الموضوعية + الانفتاح العلمي أو العقلي، العلية و السببية.

المطلب الثاني: تحليل نظرية أوستين وتفسيرها

أولاً: المذهب الشكلي (المدرسة الشكلية)

هو ذلك المذهب الذي يهتم بالجانب الشكلي التي ظهرت فيه القاعدة القانونية أي الشكل الذي أضفى على القانون قوة الإلزام في مواجهة المجتمع ومن أبرز رواده الفقيه أوستين.

أ- **مذهب أوستين:** ينسب هذا المذهب إلى العالم "أوستين" الذي كان أستاذ للقانون بجامعة لندن في النصف من القرن 15 م وتعرض للمذهبة في كتابه (محاضرات في القانون)، وقت قال في هذا المذهب أيضا الفقيه (هيجل) ولقد استمد أوستين مذهبه من النظريات الفلسفية اليونانية، إذ كان نوابرون أن القانون من فعل القوة، كما تأثر فيما بعد بما جاء به الفقيه الإنجليزي توماس هوبس الذي قال أن القانون ليس طلبا ولا نصيحة، وإنما هو أمر صادر من شخص يملك حق الطاعة على غيره ممن الناس، بل القانون هو إرادة الحاكم الذي له السيطرة المطلقة على الناس باعتبار أن الحاكم ليس طرفا في العقد الاجتماعي الذي تنازل الأفراد فيه عن حريتهم وبالتالي فهو يملك إصدار القانون وإقرار الجزاء لمن يخالفه. وبصفة عامة فإن أوستين أخذ هذه الفكرة (فكرة توماس هوبس) وغير من شكلها وانتهى في الأخير

إلى أن أساس القانون هو الأمر وأن هذا الأمر لا يكون صادراً إلا من حاكم سياسي ومن ثمة تشكل هذه الأوامر بما يسمى (القانون الوضعي)¹.

هذا ويتخلص مبدأ أوستين في كون الدولة هي التي تقوم بوضع القانون وتعمل على كفالة احترامه جبراً على الأفراد باعتبارها صاحبة السيادة والسلطة، فالقانون لا يقوم إلا في مجتمع سياسي وأن يصدر في شكل أمر أو تكليف وأن يقتزن الأمر بجزء عند مخالفته.

ب- الأسس التي يقوم عليها مذهب أوستين:

يقول أوستين لا نكون أمام قاعدة قانونية إلا بتوافر الأسس الثلاثة:

1- معنى القانون لا يقوم إلا في مجتمع سياس.

2- يستند المجتمع في تنظيمه إلى طبقتين:

- طبقة حاكمة لها حق الأمر والنهي.

طبقة محكومة لها واجب الطاعة.

وفقاً لما سبق فإن نظرية أوستين تقوم على أساس أن القانون يجب أن يصدر بأمر من الحاكم وأن أية أوامر لا تصدر عن الهيئة لا تعد بمثابة قانون وتنفي الصفة الإلزامية عليه. فالدولة حسب الفقيه هي الإله الوضعي للبشر تأمرهم بالطاعة فيجب عليهم الامتثال، وذلك يمكن توضيحه وفق ما يلي:

- معنى وجود أمر وتكليف:

جوهر القاعدة القانونية طبقاً للفقيه أوستين هو وجود أمر تصدره الهيئة الحاكمة للمحكومين وتتبعه كجزاء عن مخالفته، وبهذا القانون ليس مجرد نصيحة موجهة إلى أفراد المجتمع، يملكون اتجاهها حرية الاختيار في الامتثال والرفض، وقد يصدر القانون في صيغة ضمنية يتم خلالها الاكتفاء بتحديد الحكم الواجب التطبيق متى توافرت شروطه.

- معنى توقيع الجزاء عند المخالفة:

¹ - إن المنهج الشكلي من خلال مدرسة الفقيه أوستين، تسمح في حال إنعدام المراجع القانونية، بالإعتماد على النص القانوني لوحده من خلال أسلوب الشرح على المتون.

عند مخالفة الأمر أو النهي يوقع الحاكم الجزاء على من يخالف الأمر والنهي من المحكومين وذلك بما لديه من سلطة القوة والجبر عند الخروج عن الطاعة أو الخروج عن القانون، ففي نظر أوستين لا توجد قاعدة قانونية ما لم تكن مكفولة باحترامها جبرا على الأفراد، وأن القواعد التي لا ترتب جزاء قد تكون قواعد أخلاقية أو مجاملات¹.

وعلى العموم فمعنى الجزاء في القانون يتضمن معنى واسع فهو كل إجراء تقصيري، يحاول القانون بواسطته فرض إرادته كحل أخير على المعتدي الذي يرفض الامتثال لأمر قانوني أو قضائي، ويبقى في رأي أوستين أن وظيفة كمصدر أخير هو توفير الشرعية القانونية وفي المقابل أنكر تسمية القانون على القانون الدستوري باعتباره مجرد قيود فرضتها الدولة على نفسها، كما أنكر على قواعد القانون الدولي العام صفتها القانونية باعتبارها مجرد قواعد مجاملات أو واجبات أدبية تراعيها الدول فيما بينها، كما أنكر صفة قانونية العرف كمصدر للقانون واعتبر التشريع هو المصدر الأول والأخير للقانون.

- معنى إنكار الصفة القانونية للقانون الدستوري:

أنكر أوستين على القانون الدستوري الذي ينظم علاقات الدولة بأفرادها صفة القانون، ذلك اختصاص الدستور أن يضع قيود على سلطة الحاكم وهذا الأخير لا يمكن أن يخضع لسلطة أعلى فهو إذ نظم علاقته مع الأفراد والتزم ببعض القيود، فإنه يفعل ذلك باختياره، إذ يستطيع أن يستبدلها حينما يشاء، بل وفي إمكانه أن يتخلص منها بصفة نهائية، وعلى هذا الأساس فإن قواعده تبقى، على هذا الأساس فإن قواعده تبقى بغير جزاء فهي لا تنفذ قهرا وهذا يكفي في نظر أوستين للقول بأن قواعده لا تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح².

- معنى إنكار الصفة القانونية على القانون الدولي العام:

لقد أوجد أوستين في قواعد القانون الدولي العام بأنه مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول، وما دام جميع الدول متساوية في الحقوق والسيادة، وأن المجتمع الدولي

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 32.

² - زهير شكر، المرجع السابق، ص 33.

يفتقر لسلطة عليا تعلق الدول، فهذا ما يترتب عليه انعدام هيئة تملك الشرعية تجيزها إصدار القوانين وتطبق على الدولة المخلة بقواعد القانون الدولي العام.

- معنى إنكار العرف كمصدر للقانون:

أنكر أوستين من جهة أخرى العرف كمصدر للقانون واعتبر التشريع المصدر الوحيد للقواعد القانونية، إذ اعتبره دون غيره المتضمن الوحيد لمر والنهي الذي أصدره الحاكم إلى المحكومين، أما العرف فإنه يعتمد في دقته وصدقه على ذاكرة الرؤساء والحكماء والشيوخ، وقد يترتب على ذلك تفتيت وتكاثر قواعد العرف بسبب قابلية ذاكرة الإنسان للخطأ، ومن هذا المنطلق لا يعتد أو يأخذ أوستين بالعرف كمصدر من مصادر القانون.

ج- نقد مذهب أوستين:

- لم يميز أوستين بين القانون والدولة:

عندما يقول بأن القانون لا يوجد إلا في مجتمع سياسي منظم، فبالرجوع إلى الحقائق التاريخية يعتبر القانون ظاهرة اجتماعية قبل أن يكون ظاهرة سياسية، فقد شأ (بصورة بدائية) المجتمع بصورة بدائية على شكل أعراف قبل أن يتحول المجتمع إلى مجتمع سياسي.

- نظرية أوستين أصبحت نظرية سطحية:

لأنه كان ينظر إلى القانون من الناحية الشكلية أي ينظر إلى الحاكم باعتباره الهيئة الوحيدة لإصدار القانون دون أن يتعمق في داخل القاعدة القانونية وجوهرها دون أن يبحث في العوامل الاجتماعية الحقيقية التي أنشأت القانون.

- قد أخلط أوستين بين القوة والقانون:

فكانت القوة عنده تتمثل في الجزاء الذي سلطه الحاكم، كما جعل القوة والقانون وهما أو مرتبطان بإرادة الحاكم وتصبح إرادة الحاكم هي القانون، وعليه فالحاكم يصدر ما يشاء من قوانين التي تكون ملزمة على الأفراد وينشأ عن هذا الخلط أن يصبح القانون في خدمة الحاكم¹.

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 32.

- التشريع مصدر وحيد للقاعدة القانونية:

إن نظرية أوستين لا يكون لديها قانونا إلا أن يكون مصدرها السلطات أو الحاكم وبذلك تنكر أن يكون للقانون مصدر رسمي آخر على الرغم من ذلك هناك مصادر بجانبه كالعرف الذي كان فيما مضى مصدر أساسي للقانون والذي ما زال كذلك، خاصة بالنسبة للقانون التجاري، كما أن بريطانيا ما زال النظام القانوني فيها يقوم على أساس مبادئ العرف¹.

- بالنسبة لإنكار الصفة القانونية للقانون الدولي العام:

بسبب عدم وجود سلطة عليا في المجتمع الدولي توجب باحترام قواعد في حالة ما إذا قامت إحدى الدول بعدم احترام ذلك، فإن ذلك مردود عليه لأغلبية الفقه، هذا الأخير يرى بأن القانون الدولي العام هو القانون بالمعنى الصحيح، يتوفر على عنصر الإلزام الذي تملكه هيئة الأمم المتحدة، وقد ثبت تدخلها في حالات عديدة، غير أنها كسلطة عامة، في مجتمع دولي عام لم تكفل لها فعاليتها من الناحية العملية وذلك لاعتبارات تتعلق بتوازن القوى بين الدول، كما أن الإلزام بالمعاهدات الدولية تنشأ عنه آثار تتمثل في الاستقرار الدولي².

- تجريد القانون الدستوري من صفة القانون:

بحسب رأي أوستين أن القانون الدستوري مجرد من صفة القانون لانعدام عنصر الجزاء، هذا القول غير صحيح حيث يتوفر على عنصر الإلزام، فالمعترف به في العصر الحديث أن الأمة هي مصدر كل السلطات وهي تعتبر أعلى سلطة من سلطة الحاكم داخل الدولة، فهي التي تنصبه حاكما وبالتالي لها حق توقيع الجزاء عليه إذا خالف القانون الدستوري، وما يؤخذ على مذهب أوستين أن وجوب التقيد في تفسير النصوص بما اتجهت إليه إرادة الحاكم وقت وضعها دون النظر إلى وقت تطبيقها يؤدي ذلك إلى جمود القانون، وعدم تطوره تبعا لتغيير الظروف الاجتماعية وأخيرا إن هذا المذهب يقف بما يظهر في الواقع عند الجزاء³.

¹ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 34.

² - زهير شكر، المرجع السابق، ص 35.

³ - زهير شكر، المرجع السابق، ص 36.

– بالنسبة إنشاء القانون:

إن قيام الدولة أو الحاكم بوضع التشريع واستئثاره (انفراده) بتوقيع الجزاء معتقدا أن الدولة هي التي تنشأ القانون، في حين أن القانون في أصله هو وليد الظروف التي أحاطت به، وأن ما تقوم به الدولة هو مجرد صياغة لهذا الواقع¹.

يؤخذ على نظرية أوستين مأخذ آخر يتمثل فأن الأخذ بمنطق هذه النظرية يؤدي إلى الاعتراف بالدكتاتورية لمصير القواعد القانونية، لأن هذا المنطق ينسب خلق القانون لمصدر غير محايد وغير موضوعي، وهو أداة الحكم والمتمثلة في الحاكم وتؤدي إلى تقسيم الناس إلى حاكمين ومحكومين، فالحكم للسيد والمحكوم هو التابع.

د- محاسن النظرية:

– يبين أوستين في نظريته كيف أن القواعد القانونية تكون من صنع الهيئة السياسية وبذلك خرج عن النظريات الإلهية والفلسفية.

– أظهر أوستين ماهية الجزاء ومدى تأثيره في احترام القاعدة القانونية وأن هذه الأخيرة لا تكتمل إلا بوجود الجزاء الضامن لوجودها ولتنفيذها.

المطلب الثالث: اتجاه الفقه الحديث

أولاً: مدرسة التحليل القضائي

إذا كانت بداية القرن 19 معلما لنشوء الحركة الوضعية، فإن المدرسة البريطانية تشكل فاصلا مميذا ضمن هذه الحركة، وهي تعرف بأسماء عديدة تسمى مدرسة التحليل القضائي.

لأن القانون البريطاني قانون عرفي في مجمله يستمد على السوابق القضائية والأعراف (النظرية النفعية) ومن بين أنصار هذه النظرية مدرسة الفقيه "هارت" وهو من أشهر الفقهاء المعاصرين لمدرسة القضاء التحليلي وأبرز ممثلي النزعة الوضعية، ينتقد هارت في كتابه "مفهوم القانون"، التعريف العام الذي جاء به أوستين على أن القانون هو أمر مدعم بإكراه، ويحاول التمييز بين الإكراه الشرعي وهو ذلك الذي تبرره سلامة إجراءات وضع القواعد القانونية

¹ – محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 69.

والإكراه غير الشرعي، ومثال عن ذلك تهديد السارق لضحيته إلا أنه لم يقدم تمييز دقيق، ولقد حاول هارت أن يفسر صحة القوانين عن طريق الإجراءات، فقسم القواعد إلى أولية وثانوية، فاعتبر القواعد الثانوية هي الحجر الأساسي لبناء النظام القانوني السليم، حيث هي التي توضع كيفية وضع القواعد القانونية وتحدد اختصاصات السلطة، أما القواعد الأولية تحدد سلوك الأفراد والمعاملات.

خلاصة:

هي آخر مرحلة تاريخية يصل إليها الفكر البشري وتسمى كذلك بمرحلة العلم اليقيني أي المرحلة التي أخرجت الفكر البشري من عالم الخرافات والأساطير، وارتقت به إلى عالم المعرفة الحقيقية والوضعية، علاوة على كونها نظرية علمية ومنهجية فهي كذلك تشكل ما يمكن تسميته بالمنظور المعرفي الجدي والوضعية القانونية هي الشعبة العلمية التي تنصب على دراسة الظاهرة القانونية وتبحث في كيفية تنظيمها وترتيب أحكامها بطريقة إجرائية وشكلية، أي أنها نظرية شكلية للقواعد والنظم القانونية، ويمكن إجمالاً حصر العناصر المميزة للوضعية القانونية كنظرية فيما يلي:

- إبعاد كل الشوائب والتساؤلات الميتافيزيقية عن ساحة القانون؛
- الاعتماد أكثر فأكثر على الإجراءات والشكلية في تحديد القانون وتمييزه؛
- تبني منهجية التسلسل المنطقي وتدرج القواعد؛
- النظر إلى القانون كنظام متكامل لا يشوبه أي نقص أو عيوب.

ثانياً: مرحلة المتابعة العصرية

تعود هذه المرحلة إلى 60 وتعتبر أحداث ماي 1968 التي عاشتها فرنسا انطلاقة لهذه الموجة الفكرية التي راجت فيما بعد، وعمت الجامعات الأوروبية والأمريكية وأهم النظريات ظهرت في هذه المرحلة هي:

أ- الوضعية الجدية أو الجديدة:

صاحب هذه النظرية هو "رونالد دلوركين" أستاذ بجامعة أوكسفورد وسبق له أن درس بالجامعة الأمريكية ومن بين أشهر مؤلفاته "النظر إلى الحقوق بصفة جدية" سنة 1976م و "إمبراطورية القانون" سنة 1988م و"قضية المبادئ" سنة 1984، ويرى هذا الفقيه بأن فلسفة القانون تتولى دراسة المسائل المتعلقة بوجود القانون وتطبيقه ومن ثم فهي لا تتميز بمجال محدد تختصر بدراية واتباع مجال اهتمامها ليشمل فلسفة القانون بمختلف فروعها من جريمة وعقاب وخطأ والنية والمسؤولية إلى الفلسفة السياسية التي تبحث في أساليب التسيير وإدارة المجتمعات إلى الأخلاق وما يجب أن يكون عليه الحال¹.

ويرى هذا الفقيه بأن مصطلح القانون يحتوي على ثلاث معاني مختلفة:

1- القانون كمؤسسة اجتماعية:

أي نبحث عن موقف المواطن من هذه المؤسسات والأجهزة القانونية بمعنى آخر إدراك

المواطن

في إنشاء القانون لأن القانون هو ظاهرة اجتماعية².

2- القانون كنظام يشمل على مجموعة من القواعد:

لا يمكن أن نتصور قواعد قانونية لا يكون مصدرها أجهزة ومؤسسات اجتماعية.

3- القانون كمصدر للحقوق والواجبات:

نقصد بالقانون مجموعة الصيغ والاقترحات التي تنظم العلاقات بين الأفراد وتبين حقوقهم وواجباتهم وعليه فكل اقتراح لا يمكن تحويله إلى قاعدة قانونية فهو اقتراح خاطئ.

ب- نظرية العدالة:

صاحب النظرية هو الأستاذ "جون راولس بيرس" بجامعة هارفارد، يقول هذا الفقيه بأن العدالة هي تاج المؤسسات الاجتماعية وهنا يحاول دراسة العدالة فعليه أن يتطرق إلى الكيفية التي يتم من خلالها توزيع السلطة والنفوذ داخل المجتمع وتحديد مجال الحقوق

1- محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 60.

2- محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 60.

والواجبات بالنسبة للأفراد، ولكي نتوصل إلى بناء مجتمع عادل يقول جون لايد لتأمين البحث عن المبادئ العامة التي يمكن للأفراد والعقلاء أن يتفقوا عليها كأرضية للتعايش الاجتماعي، وعليه يمكن العيش داخل المجتمع يمنعه من تغيير نزواتهم الفردية، مما تقتضيه المصلحة العامة. والدولة حسب الفقيه جون يجب أن تحافظ على حيادها وتسعى إلى القيام بوظيفتها التقليدية والتي تتمثل في:

1- الدولة تضمن للجميع حظوظا متساوية للدفاع عن معتقداتهم بحرية تامة من أجل تطويرها خدمة للصالح العام؛

2- تلتزم الدولة بالحياد اتجاه الأفكار والقيم السائدة في الساحة الاجتماعية وتمتنع عن الخوض في غمار الحياة السياسية؛

3- تسهر الدولة على توفير الجو المناسب لتحقيق الأمن والاستقرار وهكذا يرى هذا الفقيه بفضل العدالة ينطلق المجتمع في منافسة حرة تضمن له التقدم والتجديد¹.

ج- النظرية التوافقية:

صاحب هذه النظرية هو "يورغان هابرماس" وهو فيلسوف ألماني معاصر أصدر كتابا بعنوان نظرية الحركة المتواصلة سنة 1982م ولقد أحدث هذا الكتاب ضجة كبرى في الأوساط الأكاديمية وشكل منعرجا ملحوظا للفكر المعاصر الذي أصبح منذ ذلك الحين يوجه اهتماماته إلى دور الخطاب كمصدر لبناء المعرفة وكشف حقائق الأمور.

ويخلص هذا الفقيه المرحلة التي مرت بها الظاهرة القانونية في أربعة مراحل أساسية:

1- مرحلة الدولة البرجوازية؛

2- مرحلة الدولة الدستورية؛

3- مرحلة الدولة الديمقراطية؛

4- مرحلة دولة البذخ.

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق. ص 64.

ويقول هايرماس بأن القانون هو وسيط اجتماعي تواصل يسمج بحل النزاعات ويحافظ على التوازنات الاجتماعية لضمان السلم والاستقرار¹.

الفصل الثالث: مناهج إنشاء وصياغة القاعدة القانونية

المبحث الأول: أهم مناهج إنشاء القاعدة القانونية

مقدمة:

فرنسو جيني هو أستاذ للقانون بجامعة نامسي في فرنسا ومن أشهر مؤلفاته كتابه الذي أصدره بعنوان "العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي" بين سنتي 1914م و1921م وتعرض في مذهبه إلى أساس القانون وطبيعته.

يرجع الفضل إلى الفقيه جيني في التفرقة بين تكوين القاعدة القانونية وبين الجوهر والشكل، وهذا من خلال السؤال الذي طرحه "هل القانون معطى أو منشأ؟"، فكان جوابه كالتالي: "ممشاهدة الطبيعة الاجتماعية وتفسيرها من خلال مقوماتها الذاتية أو وفقا للمثل العليا للوصول إلى قواعد سلوك أمر معطى أما صياغة هذا الأمر المعطى في صورة أفكار قانونية أو ضوابط جامدة أو معايير مرنة فهذا هو المنشأ².

مثال: الظاهرة الاجتماعية وهي ظاهرة الوفاة تنجم عنها:

انتهاء الشخصية القانونية للمتوفي وتصفية ذمته المالية وتنشأ عن وفاة الشخص حقوق الورثة والموصي له واستحقاق ديونه، فهذه الآثار القانونية المترتبة عن الوفاء تعتبر أمر معطي وحينما ضبط المشرع هذه الآثار قانونيا في أحكام ونصوص قانونية وذلك في الكتاب الثالث المتعلق بالميراث من قانون الأسرة الجزائري فهذه الصياغة تمثل الأمر المنشأ.

¹ - زهير شاكرا، المرجع السابق، ص 60.

² - زهير شاكرا، المرجع السابق، ص 65.

المطلب الأول: تكوين القاعدة القانونية عند الفقيه جيني

أولاً: القاعدة القانونية عند الفقيه فرنسو جيني

لقد عرف الفقهاء القانون الوضعي بأنه: "مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد"، فمن خلال هذا التعريف نستنتج أن القانون يتكون من قاعدة قانونية والتي تعتبر العمود الفقري للقانون.

ولغة تعني القاعدة القانونية معنى النظام والاضطراد أي تلك العلاقة المضطردة بين ظاهرتين، حيث تحققت إحدى هاتين الظاهرتين الأخرى بالتبعية. فما هي طبيعة القاعدة القانونية؟ وما هي العناصر التي تتكون منها؟

أ- طبيعة القاعدة القانونية:

إن القاعدة القانونية تقرر ما يجب أن يكون عليه سلوك الفرد داخل المجتمع مثال: القاعدة التي تقرر إذا أجر المستأجرين مؤجرة فعلية كمستأجر أن يدفع ثمن الإيجار للمؤجر في مقابل استغلاله للعين المؤجرة، فهذه القاعدة تبين ما يحدث في الواقع، بل تنص على ما يجب أن يحدث، لأن أحياناً يمتنع المستأجر عن دفع ثمن الإيجار، ومن ثم تتدخل القاعدة القانونية وتنص على ما يجب أن يحدث وهذا لتوقيع جزاء معين، وبذلك فهي قاعدة تقويمية.

وبهذا الصدد يقال أن القانون ليس تقرير لقائم، بل تطبيق لواجب أما القاعدة التي تبين ما يحدث في الواقع على وجه الدوام دون أن يحدث عليه أي استثناء كالقاعدة التي تبين العلاقة بين درجة الحرارة وانصهار الحديد فهي قاعدة تقريرية (القاعدة التقريرية).

ب- عناصر القاعدة القانونية:

يمكن تحليل القاعدة القانونية إلى عنصرين:

1- العرض: هو الظاهرة التي تحدث في الواقع والتي إذا تحققت فإنها ترقب آثاراً معينة كأن نقول ظاهرة الإيجار تستلزم وجود واقع ما يتمثل في إقدام المؤجر على إيجار عين مؤجرة هي ملك له، وهذا الواقع يترتب عليه حكم معين يتمثل في وجوب تسليم العين المؤجرة مقابل تسليم ثمن الإيجار، إن ظواهر الحياة متنوعة وغير متناهية بينما النصوص القانونية متناهية،

وبالتالي لا يستطيع المشرع أن ينظم جميع هذه الظواهر الاجتماعية، فيكتفي بوضع نموذج لمظاهر السلوك الإنساني وهذا عن طريق صياغتها في قواعد عامة تصلح للتطبيق على مختلف الحوادث التي تقع في المجتمع وبهذه الطريقة يستطيع أن يلم بجميع الظواهر والمظاهر الاجتماعية والعرض قد يتخذ عدة صور واقعة:

- الصورة الأولى: هي ظاهرة طبيعية

يقصد بها الظواهر الطبيعية التي تتعلق بالإنسان كظاهرة الميلاد وما يترتب عليها من أحكام قانونية عديدة مثل بداءة الشخصية القانونية للمولود وإلحاق النسب المولود لأبيه وحمل الاسم واكتساب جنسية الدولة التي ينتمي إليها.

- الصورة الثانية: واقعة ظاهرة إنسانية

وهي التي تحدث بفعل الإنسان أو امتناعه كفعل الضرب أو السرقة أو القتل أو عدم تقديم مساعدة وغيرها، إذ يرتب القانون حدود هذه الواقعة آثار وأحكام قانونية معينة كالسجن على واقعة الضرب أو الغرامة على واقعة السرقة الخفيفة أو فسخ العقد وقت امتناع المشتري عن دفع الثمن.

- الصورة الثالثة: المركز القانوني

ومعناه أن الإنسان في وضعيته قانونية معينة ينظر إليه القانون بنظرة متميزة كحالة القاصر أو المجنون أو المدين فكل حالة من هذه تجعل الإنسان في مركز قانوني محدد لآثار معينة كتصرفات القاصر، فهي في الأصل باطلة بطلان مطلق إلا استثناء ما كان نافعا له، وتصرفات المجنون التي تعتبر كذلك باطلة بطلان مطلقاً¹.

- الصورة الرابعة: خليط من ظروف واقعية مادية ومراكز قانونية

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص ص 73-79.

مثل واقعة إهانة أو شتم موظف عمومي والمعاقب عليها بالحبس فنجد الغرض هنا مكون من واقعة إنسانية وهي الإهانة والمركز المتمثل في الشخص الذي كان موضع للإهانة ألا وهو الموظف العام.

2- الحكم:

يعتبر النتيجة القانونية التي يصدرها القانون بعد وقوع الحادثة أو العرض ويمكن تصنيفه إلى فئتين:

- **الأحكام المقصودة بذاتها:** وهي التي توجب القيام بعمل أو الامتناع عنه، مثال (القاعدة القانونية) التي تلزم المشتري بدفع الثمن.

- **أحكام غير مقصودة بذاتها:** وهي التي تأتي لتفسير ألفاظ معينة لتسهيل تطبيق القاعدة القانونية وهي تعتبر بمثابة أحكام تفسيرية، مثال عن ذلك، حينما عرف المشرع الجزائري القتل بأنه إزهاق لروح إنسان عمدا بفعل الترصّد¹.

ثانياً: مكونات القاعدة القانونية عند فرنسوا جيني

إن جوهر القاعدة القانونية عند الفقيه جيني يعتمد على عنصرين هما عنصر العلم و الصياغة، وفقاً لذلك لا بد لنا أن نتعرف على المواصل المختلفة التي تمر بها عملية إنشاء القاعدة القانونية وكيف تتحول هذه القاعدة من الصورة الذهنية النظرية إلى نص تشريعي يحتوي على عنصر الإلزام ومطبق على الواقع المعاش، إن محكمة وضع القواعد القانونية لا تتحقق إلا بمراعاة حقائق اجتماعية قائمة في المجتمع، وبهذا فلا بد علينا أن نطرح أمثلة تتعلق بهذه الظروف.

فما هي هذه الظروف؟ وهل تكفي وحدها لإنشاء القانون؟ وإن كان الأمر غير ذلك فما هي العوامل الأخرى؟ وهل هناك نظريات حديثة في هذا المجال².

أ- عنصر العمل والحقائق المكونة له:

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 70.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 71.

لا ينصرف مفهوم العلم عند جيني إلى معناه الضبط الذي يقتصر على المشاهدة والتجربة بل يشمل مفهوم العلم وكل معرفة قائمة على التأمل والتفكير العقلي الذي يكون محور دراسته القانون الطبيعي، إذ فيه يكمن الجوهر العميق للقانون وعليه فإن مصدر العلم في القاعدة القانونية يمثل المادة الأولية التي يتكون منها القانون هذه المادة يمكن استخلاصها من حقائق أربعة:

1- الحقائق الواقعية أو الطبيعية:

يقصد بها جيني مجموعة تلك العوامل والظروف التي تحيا بأفراد المجتمع سواء كانت ظروف مادية متعلقة بالطبيعة كجغرافية أو تتعلق بالإنسان كالظروف الخاصة بالتكوين الفيزيولوجي أو كانت هذه الظروف أدبية أو معنوية كالحالة النفسية للإنسان أو الدينية أو الأخلاقية أو كانت هذه الظروف اقتصادية واجتماعية، مركبة بالعلوم التاريخية والطبيعية.

2- الحقائق التاريخية:

تكمن أهمية الحقائق التاريخية في الاستفادة من تجربة الأجيال السابقة باعتبار الحاضر متصل بالماضي، فالتجارب التاريخية تؤثر في نوع القاعدة القانونية التي تنشأ متحصنة بالإيجابيات، وتاركة السلبيات سواء تعلق الأمر بإنشاء أو تعديل القاعدة القانونية.

3- الحقائق العقلية:

يقصد بها تدخل العقل البشري للملائمة بين الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية، أي يقوم العقل باستخلاص هذه الوقائع من مجموعة الحقائق التاريخية والواقعية وتوظيف تلك الحقائق بمقتضيات التنظيم القانوني ومصلحة العرف والمجتمع، وعليه فالحقائق الواقعية والتاريخية لا تكفي وحدها لإيجاد قواعد تشريعية، لا بد من تدخل لا العقل للحكم على مدى صلاحيتها مع الهدف المنشود، كما يضيف الفقيه جيني بأن الحقائق العقلية تتضمن مبادئ ضرورية وليس كمالية، أي بتعبير آخر تقتصر على إظهار طبيعة الإنسان في التأمل دون التطرق إلى الرغبات والميولات المثالية، وبالتالي فهي حقائق لا تتحقق بمجرد المشاهدة والتجربة بل ترقى بوسائل المعرفة العلمية الخالصة.

4- الحقائق المثالية:

تتمثل الحقائق المثالية في الاتجاه الكمالي للنظام القانوني أي أن القاعدة القانونية لا تتأثر

في تكوينها بظروف الطبيعة أو الظروف التاريخية أو العقلية أو تتأثر أيضا بالمثل العليا التي تؤمن بها من أجل العمل على التقدم بالقانون، وبما أن الحقائق المثالية ليست خالدة وإنما تتكون وتتأثر بالظروف الاجتماعية والدينية والاقتصادية والسياسية التي تحكم المجتمع، فإنما تجعل قواعد القانون تتغير في الزمان والمكان.

فمثلا: موضوع الإيمان والرابطة فكيفية تمديدهما وتأثيرهما يتم بطرق غامضة، وهذا ما ينزع على الحقائق المتتالية الصفة (العلمية) وبالتالي فهي لا ترقى إلى الحقائق العقلية التي تستند إلى الواقع والتجريب وعلى الرغم من ذلك فإن لها دور أساسي ومكمل لبقية الحقائق وهي تهدف إلى تقريب الحياة الاجتماعية من العدل الذي تسعى إليه مصالح الإنسان.

وكخلاصة إن جيني قد بنى بما سبق شرحه الأساس الذي تقوم عليه القاعدة القانونية، التي تتكون من مجموعة من العوامل وهي حقائق تاريخية (مذهب التطور التاريخي) وبحقائق واقعية (مذهب التضامن الاجتماعي) وبحقائق عقلية يكشف عنها العقل البشري (المذهب الطبيعي)¹.

ثالثاً: الصياغة القانونية عند فرانسوا جيني

بعدها انتهى الفقيه جيني من تفسير الحقائق الأربعة التي تعتبر الأساس الذي تقوم عليه القادة القانونية، فانتقل إلى عنصر ثاني واعتبره ضروري ومكمل لهذه الحقائق ألا وهو (عنصر الصياغة) الذي يمثل في مجموعة الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجاً، يحقق الغاية التي يعبر عن جوهرها.

وكأي تعريف فقهي لم تعد كلمة الفقهاء حول تعريف فن الصياغة، ومع ذلك يمكن القول بأن فن الصياغة هو مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية بطريقة تساعد على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 68.

قوالب تشريعية لتحقيق الغرض التي تنشده السياسة القانونية، وفي هذا الشأن ميز جيني بين نوعين من الصياغة المادية والمعنوية.

أ- **الصياغة المادية:** تعتبر الصياغة المادية تعبيراً مادياً محسباً في مظهر خارجي في شكل حسابي محدد وثابت لا يترك مجالاً للشك أو تأويل مضمون القاعدة القانونية.

ب- **الصياغة المعنوية:** تشتمل في عمل ذهني يلجأ إليه المشرع أخذاً بعين الاعتبار القرائن ورغبة منه في المحافظة على استقرار المعاملات داخل المجتمع¹.

رابعاً: نقد نظرية فرنسوا جيني

أ- **انتقاد عنصر العلم:**

باعتبار أن الحقائق التي ذكرها جيني ليست حقائق علمية بالمعنى الصحيح فلا يمكن اعتبار الحقائق العقلية والمثالية من قبيل الحقائق العلمية، لأنها تخرج عن الواقع الملموس والذي يكون عن طريق المشاهدة والتجربة، وبالتالي يدخل في عنصر العلم سوى الحقائق الواقعية والتاريخية باعتبار أن هاذين الحقيقتين يمكن تسجيلهما بالمشاهدة وإثابتهما بالتجربة.

ب- **صعوبة التفرقة بين الحقائق الواقعية والتاريخية:**

يؤخذ على هذا المذهب أيضاً أنه من الصعب أن نقيم التفرقة بين الحقائق الواقعية والتاريخية من جهة والحقائق العقلية والمثالية من جهة أخرى، فالحقائق التاريخية أصبحت ضمن الظروف الواقعية المحيطة بالمجتمع ومن ثم يمكن اعتبارها من الحقائق الواقعية، أما الحقائق المثالية فهي تستخلص تدريجياً من الحقائق العقلية وبالتالي فتعتبر هذه الحقائق العقلية².

ج- **الجمع بين مدرستين:**

يجمع جيني في نظريته بين مدرستين المدرسة المثالية وعلى هذا الأساس فإنه ينظر إلى الإنسان من زاويتين مختلفتين، فمن جهة ينظر إليه ككائن مادي ومن جهة أخرى ككائن روحي ولهذا

¹ - غناي زكية، المرجع السابق، ص 77.

² - غناي زكية، المرجع السابق، ص 78.

السبب يقول النقاد بأن جيني لم يقم بابتكار نظرية جديدة بل اقتصر دوره على تحليل النظريات السابقة وعلى محاولة التوفيق بينهما.

د- حصر موضوع القاعدة القانونية:

جعل الفقيه جيني موضوع القاعدة القانونية محصورة في التفاعلات الأربعة وأن دور المشرع يتمثل في الصياغة في إطار قواعد قانونية عامة مطبقة على المجتمع في حين أن إنشاء القاعدة القانونية يقتضي شيئاً ثالثاً، زيادة عن عنصر العلم والصياغة هذا الشيء المتمثل في عنصر السياسة القانونية التي تعني فن اختيار الأحكام القانونية التي تكون ملائمة للحياة الاجتماعية للهدف المنشود وأكثر انسجاماً مع المنظومة التشريعية المطبقة في المجتمع.

المطلب الثاني: تكوين القاعدة القانونية عند الفقه الحديث

على ذكر ما سبق من انتقادات لمذهب فرانسوا جيني في نظريته لتكوين القاعدة القانونية اتجه الفقه الحديث إلى المزاجية بين عنصرين.

أولاً: العنصر الواقعي

يتمثل هذا العنصر في الحقائق التي تحيط بالناس في الجماعة وتتمثل في مختلف الحاجات التي يسعى الإنسان إلى إشباعها وهي حقائق يمكن إخضاعها للمشاهدة والتجربة وهي مظاهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية، وهي حقائق لا يمكن إغفالها (إنكارها) عند وضع القاعدة القانونية وتتمثل في عدة عوامل:

أ- العوامل الطبيعية:

يقصد بالعوامل الطبيعية تلك التي تحيط بالإنسان والمتمثلة في البيئة التي يعيش فيها أو تلك التي تتعلق بطبيعة الإنسان تلعب البيئة والمناخ والموقع الجغرافي دوراً كبيراً في وضع نوع معين من القواعد القانونية، فالشخص الذي نجده الشواطئ فإن طبيعة حياته ونشاطه تؤثر إلى حد بعيد في مضمون القواعد القانونية.

وقد يلعب المناخ دوراً ملحوظاً في التأثير على النضج الجسمي والجنسي والعقلي للإنسان كالقواعد المتعلقة بتحديد سن الزواج أو سن الرشد، أما بالنسبة للعوامل المتعلقة

بطبيعة الإنسان كظاهرة الميلاد وظاهرة الموت فتترتب عليها أحكام قانونية عديدة، إن مثل هذه العوامل تقوم على المشاهدة والتجربة، فهي إن كانت لا ترسم الإطار العام اللازم لنشأة هذه القواعد إلا أنها تعتبر بمثابة البيئة التي تنشأ فيها القاعدة القانونية¹.

ب- العوامل الاقتصادية:

تساهم حاجات الأفراد الاقتصادية من إنتاج واستهلاك وتداول وتوزيع في تكوين وتطوير القواعد القانونية، إن نمو وإنشاء بعض فروع النشاط الاقتصادي بمختلف نواحيه من تجارة وزراعة أدى في العصر الحديث إلى ظهور وتعديل بعض القواعد القانونية، مثال: نمو النشاط الاقتصادي ترتب عليه الاهتمام بالتأمين (الضمان) وخاصة في مجال القل وتكتل رؤوس الأموال في الصناعات أدى إلى بروز كثير من الشركات فتولى عن هذا النشاط الاهتمام بنظام قانون الشركات المساهمة.

ج- العوامل السياسية والاجتماعية:

تعتبر العوامل السياسية والاجتماعية من حقائق الحياة في المجتمع، وتعتبر عنصرا واقعيا وقد ساهمت هذه الأفكار في خلق بعض النظم القانونية قديما وحديثا.

إن هذه العوامل الاجتماعية والسياسية التي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان لها أثر في تكوين القاعدة القانونية وهي حقائق علمية تقوم على المشاهدة والتجربة، لا يجوز إهمالها عند وضع القاعدة القانونية².

د- العوامل الدينية والأخلاقية:

من حقائق الحياة في المجتمع التقاليد الدينية والأخلاقية السائدة فهي عوامل تختلف من مجتمع

إلى آخر، إن العامل الديني في الدول العربية يظهر بشكل بارز في قانون الأحوال الشخصية وفي الدول العربية إلى وقت قريب كانت آثار التقاليد الدينية واضحة تتجلى في تحريم الطلاق، وعليه فإن العوامل لها دور كبير في إنشاء القاعدة القانونية والتي تختلف من مجتمع إلى آخر.

¹ - غنای زکیة، المرجع السابق، ص 80.

² - غنای زکیة، المرجع السابق، ص 82.

هـ- العوامل التاريخية:

تعتبر العوامل التاريخية خبرة هامة اكتسبتها الجماعات عبر امتداد الزمان وتجربة مكتسبة مرت بها نظمها القانونية، وبهذا تعبر عن العوامل الهامة التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية التي لا يجوز إنكارها.

ثانياً: العنصر المثالي

إن مفهوم العدل كعنصر مثالي كانت فكرة راودت الفلاسفة والمفكرين منذ القديم لدى اليونان والرومان ورجال الكنسية وفقهاء العصر الحديث.

أما مفهوم العدل في إطار العنصر المثالي فيقصد به إعطاء كل ذي حق حقه، أو يقصد به فكرة المساواة بمفهومها العام ولتوضيح هذا المفهوم يقتضي الأمر تحديد صورته المختلفة:

أ- العدل التبادلي:

الأصل في العدل التبادلي أنه كان مقصوراً أو محصوراً على علاقات الأفراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة والكاملة باعتبار أن الأفراد لهم نفس الطبيعة وهي مساواة توصف بأنها مساواة حسابية وبالنسبة للسلع والمنافع والخدمات المتبادلة من باب العدل، يفرض أنها متساوية وما يفسر لكل طرف من الحق مطالبة الطرف الآخر بالالتزام الواقع عليه، اعتباراً أن هذا العقد يعبر عن العدل بالنسبة له، وعليه فإن العقود تحقق العدل ما بين الطرفين التعاقدية.

ولم يتوقف العدل التبادلي في النطاق الضيق للعلاقات بل أصبح يضم كل ما ينشئ من علاقات أيا كان مصدرها (مصادر إرادية)، مثال: العقد (العقد مصادر غير إرادية) الفعل الضار وهو يقوم على أساس تساوي الأفراد وهذا التساوي يقتضي من الأفراد كل منهم يلتزم للآخر، إما إعطاء له أو الامتناع عن إلحاق الضرر بالغير.

مثال: فإذا تسبب تصرف ما في خسارة مادية (إتلاف أموال الغير أو إلحاق ضرر مادي بجسم الإنسان أو خسارة معنوية كما المساس بشرف ما (جريمة القذف)، فإن العدل التبادلي يقتضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفاد منها في أن يرد للطرف

الآخر ما يعادل هذه الخسارة (التعويض)، حيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كان عليه من قبل. أما الحق الذي يخص به كل فرد يكون له ابتداء أو اكتسابا.

ما يخص الفرد ابتداء ويشمل أو يضم كل ما يتعلق بوجوده أو كيانه المادي فيعتبر ظلما اعتداء فرد على فرد آخر بالقتل أو الضرب أو الإهانة.

أما فيما يخص الفرد اكتساب فهو ينصرف إلى كل ما يكتسبه من بعد ويضيفه إلى نفسه كشيء خاص به، كحيازة شيء ضائع لا مالك له، فالكسب هذا الشيء يكون مشروع في نظر القانون وبالتالي يسعلا إلى تحقيق العدل أي القانون.

ب- العدل التوزيعي:

هو خاص بتوزيع الثروات والأعباء والمزايا المعنوية وكل مزايا أخرى متاحة في المجتمع فهو يتمثل في علاقات الأفراد بالجماعة وما ينبغي مراعاته بالنسبة للعدل التوزيعي اختلاف الأفراد في حاجاتهم وقدراتهم، ومن ثمة المساواة التي يقيمها المجتمع بين أفرادها، فليست حسابية مطلقة بل الفروق تبقى قائمة بين المواطنين في الإطار المعقول وعلى أساس الاعتدال ونظرا لهذه الظروف فعلى المشرع أن يراعي الاعتدال في التوزيع ولا يستجيب إلا للحاجيات المعقولة وهذا يعني أن لا يكون مجرد تعبير عن سيطرة طبقة معينة.

مثال عن العدل التوزيعي: فبالنسبة للأجراء وذوي الأولاد تلتزم الدولة بإعطائهم إعانات مضافة على أجورهم، وعليه فإن العدل التوزيعي يقوم على أساس المساواة التناسبية.

ج- العدل الاجتماعي:

وأساس العدل الاجتماعي يكمن في كون الفرد جزء من الجماعة وأن الجزء يسخر لخدمة الكل، أي يكون الفرد في خدمة الصالح العام الذي يعود بالنفع العام لكل مجتمع، وصالح المجتمع يتحقق عن طريق الاشتراك بين الأفراد لتحقيق مصلحة عامة (الغاية) واحدة وأن العدل الاجتماعي أيضا مبرر لإخضاع الأفراد لسلطة الحاكم الذي يكون له حق الأمر وباسم العدل الاجتماعي يلتزم الحاكم بتسخير سلطته لتحقيق الصالح العام وهو ما يفسر إلزام الأفراد بتقديم وجوب التضحية نحو الوطن أو بأداء ما يقتضيه الصالح العام. مثال:

الضرائب المالية. وباسم العدل الاجتماعي يعاقب السارق حتى ولو رد الشيء المسروق لصاحبه¹. والهدف من ذلك هو:

1- الحفاظ على استقرار المجتمع؛

2- استقرار المعاملات بين الأفراد؛

3- تنظيم الإجراءات القانونية؛

4- تحقيق العدل النسبي بين مختلف أفراد المجتمع.

المبحث الثاني: مناهج الصياغة القانونية

متى تكونت لدى المشرع المادة الأولية للقاعدة القانونية، بقي له أن يستخدم الوسائل والأدوات والتي يعبر من خلالها عن تلك الفكرة بشكل علمي ملموس، ولا يتسنى له هذا إلا باستخدام أدوات الصياغة المختلفة، وعليه فإن عنصر الصياغة يكمل عنصر جوهر القاعدة القانونية والمتمثلة عند فرانسوا جيني في الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية، وبالنسبة للفقهاء الحديث تتمثل في العنصر الواقعي والعنصر المثالي، وتتجلى أهمية الصياغة في إخراج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي إخراجاً يحقق الغاية التي يعبر عن جوهرها.

المطلب الأول: مفهوم ودور الصياغة مجال القانون

أولاً: مفهوم الصياغة القانونية

يمكن تعريف الصياغة القانونية بأنها فن تشريعي وهو مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة تساعد على تطبيق من الناحية العملية وذلك باستيعاب وقائع حياة في نماذج تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة التشريعية².

ثانياً: دور الصياغة القانونية

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 165.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 165.

تعتبر الصياغة القانونية عنصر هام وضروري من عناصر القاعدة القانونية لأنها تعتبر إجراء جوهر يقوم به المشرع وبموجبه يخرج عن القاعدة القانونية من سبأها العميق إلى الوجود العملي فتصبح صالحة للتطبيق على جميع أفراد المجتمع.

ولهذا فعلى المشرع حينها أن يستعمل فن الصياغة لإخراج القاعدة القانونية للوجود وأن يتقد بالدقة وذلك باستعمال واختيار الأدوات المناسبة، كما عليه أن يلتزم بالحيدة، فإذا لم يحسن الصياغة يكون تشريعه ناقصا ويشوبه الغموض والإبهام.

المطلب الثاني: أنواع وطرق الصياغة القانونية

أولاً: أنواع الصياغة

يجب التفكير بأن الصياغة القانونية تنفرع إلى نوعين:

أ- الصياغة الجامدة:

تتميز الصياغة الجامدة بأنها تعطي حلول ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان والملابسات ويكون عمل القاضي في مثل هذه الحالة عمل آلي.

1- مزايا الصياغة الجامدة:

إن الصياغة الجامدة سهلة التطبيق إذ يقتصر دور القاضي على تطبيقها تطبيقاً آلياً.

إن الصياغة الجامدة تحقق الثبات والاستقرار في المعاملات نظراً لما تتميز به من وضوح في الأحكام، وبحيث لا تترك أي شك في التأويل وبالتالي تؤدي إلى تحقيق الأمن والاستقرار المعاملان بين الأشخاص.

2- عيوب الصياغة الجامدة:

يقال بأن الصياغة الجامدة حبيسة الألفاظ ولا تسير التطور الاجتماعي وتتجاهل أن النصوص القانونية كونها متناهية، لا يمكنها منطقياً أن تحكم وقائع غير متناهية.

أنها تجعل من القاضي شبه رجل آلي يطبق القانون تطبيقاً آلياً ولا يمكن من خلاله مساندة كل قضية على حدا إذ يكتفي بتحقيق ما يسمى بالعدل المجرد.

ب- الصياغة المرنة:

فهي لا تضع للقاعدة القانونية حلاً ثابتاً واحداً، فهو يتغير بتغير الظروف وإنما تعطي للقاضي حرية التطبيق وسلطة تقديرية واسعة في تطبيق النص القانوني بشرط أن لا يخرج عن الدائرة التي رسمها المشرع.

أمثلة عن الصياغة المرنة:

- المعيار الغلط الجوهرى.

- معيار حسن النية في المعاملات والعقود والتصرفات.

- معيار الخطأ الجسيم وقد يؤخذ بحسب الرجوع المتبوع عن تابعه.

- معيار التعويض العادل: القوة القاهرة - الحادث الفجائي.

كذلك القاعدة المتعلقة بالرجوع في الهبة متى كان الواهب قد استند في طلبه إلى عذر مقبول، وأن معيار العذر يعطي للقاضي سلطة تقديرية في تقدير المقبول بالنسبة لكل حالة على حدا آخذا بالظروف والمناسبات.

1- مزايا الصياغة المرنة:

الصياغة المرنة تعطي الإطار العام للقاعدة القانونية وبالتالي تفتح المجال للقاضي لتأويل النص القانوني حسب التطور وتخرج القانون من الجمود، فقد يستعمل المشرع بعض المصطلحات دون تحديد معناها كعبارة المصلحة العامة ومصصلحة النظام العام، فإن هذه العبارات تحمل مفهوماً واسعاً ومدلولاً في غاية من الشمولية والإطلاق، فالهدف من هذه الشمولية فتح المجال للقاضي وحتى الفقه في أن يعطي رأيه واجتهاده الخاص وهذا حتى يصبح القانون يجاري تطور المجتمع.

إن الصياغة المرنة تساعد القضاء على تفقد كل حالة على حدى ومن ثم تعتبر وسيلة لتحقيق العدالة الاجتماعية، فبفضل الصياغة المرنة يستطيع القاضي أثناء تطبيق النص القانوني على القضية المعروضة عليه أن يراعي ظروف الخصوم من قضية إلى أخرى، الأمر

الذي يفسح له المجال بالأخذ بعين الاعتبار الجانب الإنساني وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالشخص في كل حالة، ولكن يشترط أن لا يخرج عن النص القانوني.

2- عيوب الصياغة المرنة:

يؤخذ على الصياغة المرنة بأنها غير واضحة، فحينما يستعمل المشرع معيار عامة غير دقيقة، فقد تحتمل عدة تأويلات وتفسيرات متعددة ومتناقضة، وأمام الصياغة المرنة يكون القاضي له سلطة واسعة في إعطاء التفسير النص القانوني المراد تطبيقه على القضية المعروضة عليه، وبالتالي فقد يكون هناك تناقض في الأحكام القضائية داخل المحكمة الواحدة بخصوص تفسير معيار يتميز بالشمولية، والذي يحتمل عدة تأويلات وكل قاضي له نظرة خاصة به، ضف إلى ذلك تغيير مفاهيم هذه المعايير باختلاف وتطور المجتمع، فمثلا فكرة النظام العام هي مرنة ولا تتميز بالثبات.

نظرة على احتوائها معايير عامة فإن الصياغة المرنة تؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، حيث تخلق باختلاف الظروف المحيطة بالمجتمع وبالصياغة المرنة قد تعطي للقاضي سلاح خطير يستعمله في الحكم، بمعنى أن القاضي تصبح له السلطة التحكيمية يستعملها متى شاء إذا كان أمام الصياغة المرنة.

ج- أهمية الصياغة المرنة والجامدة في المجال القانوني:

لا يستطيع تغليب صياغة عن أخرى فكلاهما متقاربان ومتلازمان لصياغة القانون، وعليه فلا يستطيع المشرع الاعتماد على نوع واحد فقط، وإلا نكون أمام قانون ناقص، ولهذا فهو بحاجة إليهما لمعالجة المشاكل الاجتماعية وتحقيق رغبات المجتمع والحفاظ على ثبات واستقرار هذا المجتمع.

يجدر التنبيه أن كلا النوعين من الصياغة لهما موضوعات خاصة بها، وما على المشرع إلا اختيار الوسيلة الأكثر ملائمة للموضوع المراد معالجته، مثلا: هناك الموضوعات الهامة والخطيرة تتعلق بالنظام العام، فيكون المشرع ملزم بالدقة والحيطه أثناء صياغته للنص القانوني المنظم لها، وهذا من أجل تحقيق الاستقرار داخل المجتمع، ومثال ذلك التوحيد في سن الرشد.

وهناك موضوعات أخرى بطبيعتها تتطلب إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تناول كل قضية على حدى بالنظر إلى ظروفها، ومثال عن ذلك: فكرة المصلحة العامة التي لا يمكن أن تصاغ بصياغة جامدة، بل على العكس يجب أن تكون مرنة، تتغير بحسب الظروف المحيطة بها.

ليس صحيح ما يقال بأن الصياغة المرنة تعطي للقاضي السلطة التحكيمية أثناء إصداره للحكم، فلا ننسى أن المتقاضي منح له القانون إجراءات مهمة جد للتظلم من الحكم القضائي الذي لا يراه عادلا، حيث يستطيع أن يطعن في الحكم الابتدائي أو الأوامر الاستعجالية بالاستئناف أمام مجلس القضاء، كما له حق المعارضة في الغيابي وله أن يطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، إذا كان القرار صادر عن مجلس القضاء ويتعلق بالمنازعات المدنية، ومثال ذلك: إصدار حكم بالإفلاس أو الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة إذا كانت صادرة عن المحاكم الإدارية، غرف جهوية وحرية متواجدة على مستوى المجالس القضائية (لم يتم تنفيذها)، أو اللجوء إلى طرق الطعن غير عادية، أضف إلى ذلك فإن دور القضاء هو تطبيق العدالة ومحاربة الظلم وحسن تطبيق القانون وليس إنكار العدالة وإجهاض حقوق الأفراد.

ثانياً: طرق الصياغة القانونية

هناك طريقتين للصياغة:

أ- الصياغة المادية:

تتمثل الصياغة المادية في وجود تعبير مادي عن جوهر القاعدة القانونية مجسما في مظهر خارجي لها، وذلك إما بإحلال طريقة الكم محل الكيف أو بطريقة بعض التصرفات المتمثلة في شكلية معينة.

ويقصد إحلال الكم محل الكيف إعطاء القاعدة القانونية تحديد دقيقا أو محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين، مما يجعل تطبيقها آليا ولا يكون للقاضي السلطة التقديرية في هذا المجال.

ومثال عن ذلك: انقضاء حق طلب إبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكراه بمرور عشر سنوات من وقت إبرام العقد.

أما الجانب الشكلي المقصود في الصياغة المادية يتمثل في مظهر خارجي يلزم الأفراد في إتباعه في تصرفاتهم القانونية حتى تترتب عليه آثار قانونية معينة ويقصد بالشكلية إفراغ التصرفات القانونية في كتابة رسمية، وأمثلة ذلك: بيع العقار وهبته والرهن الرسمي، فلا بد من إفراغ كل هذه التصرفات في قالب الشكلية والتي اعتبرها المشرع الجزائي ركن من أركان العقد (العقود الشكلية).

ب- الصياغة المعنوية:

هي عمل ذهني يكسب القاعدة القانونية إخراجا عمليا، وتتمثل هذه الصيغة في القرائن القانونية والحيلة القانونية أو الافتراض القانوني:

1- القرائن القانونية:

معناها تحويل الشك إلى اليقين أي استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم وعلى إخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس. وإذا كان مجال القرائن القانونية أصلا هو موضوع الإثبات، إلا أن الحاجة إلى القرائن في مجال القواعد الموضوعية أمر قائم.

2- القرائن القانونية في مجال الإثبات:

يؤخذ كمبدأ القرينة في مجال إثبات مراكز واقعية تمهيدا للتطبيق القانون عليها، ومتى استعملنا فكرة القرينة فإننا نحول الشك إلى اليقين متى كان الإثبات المباشر متعذرا، وبهذه الطريقة سوف نحقق الاستقرار في المجتمع، مثال ذلك: قرينة اعتبار القاصر فتصدر عند عمل غير مشروع، فهذه القرينة تعبر عن خطأ من يتولى رقابته (الأب أو الأم)، وإذا كانت القرائن القانونية تكون إقامتها في مرحلة صياغة القاعدة القانونية وهي من صنع المشرع، فإنها على عكس ذلك فالقرائن

القضائية من صنع القاضي يهتدي إليها في مرحلة تطبيق القانون، فهي تستخلص بسبب قضية مطروحة استناداً إلى وقائع الدعوى كصورة البيع بين الزوجين¹.

3- القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية:

هذا النوع من القرائن يمس موضوع الحق فهو يعتبر دافع أو علة في تقرير حكم القاعدة القانونية والتي تبقى مستقلة بعد إقرارها عند هذه الدوافع.

4- الحيلة القانونية:

يقصد بها افتراض أمر مخالف للحقيقة واعتباره كأنه حقيقة وبهذا الشكل الحيلة تختلف عن القرينة، كون الأولى تقوم على أساس الخيال ومخالفة الواقع، في حين أن الثانية تقوم على أساس تحويل الشك إلى اليقين².

الفصل الرابع: مناهج التفسير وتطبيق النصوص القانونية

المبحث الأول: مفهوم التفسير

المطلب الأول: تعريف التفسير وأهميته في المجال القانوني

أولاً: تعريف التفسير

أ- تعريف التفسير لغة: المقصود بالتفسير لغة البيان وإيضاح الشيء أي قيام بإيضاح معناه وبيان مضمونه³.

ب- تعريف التفسير اصطلاحاً: تلك العملية الفنية والذهبية التي تتبع في المناهج والقواعد العلمية من أجل استنتاج معاني الألفاظ والجمل في إطار السياق العام وفي حدود الهدف الذي من أجله وجدت القاعدة أو تلك الجمل⁴.

¹ - حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة أكتوبر الهندسية، مصر، (دون ذكر لسنة النشر)، ص 198.

² - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 205.

³ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 279.

وقبل تطبيق القاعدة القانونية على الواقع العملي فلا بد من تفسيرها لأن من الصعب تطبيق القاعدة القانونية نظرا لعموميتها وتجريدها ولهذا فلا بد من تفسيرها لإزالة الغموض والوقوف على المعنى الحقيقي لها، أي البحث عن مضمونها، وذلك من خلال الوقوف على نية المشرع من وراء سنه لهذا التشريع.

ثانياً: أهمية التفسير

أ- عملية التفسير لا بد أن تكون سابقة عن عملية التطبيق:

لأن هذه العملية تسهل تطبيقها ولهذا التفسير مهما جدا في مجال القانون، وبالتالي يسهل علينا معرفة مقصد المشرع والهدف الذي كان يسعى إليها.

ب- تتحكم عملية التفسير في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها:

فإذا فسرت بمفهوم واسع مثلاً، فإنها ستحوي بين ثناياها وقائع كثيرة، أما إذا تم تفسيرها تفسيراً ضيقاً محدوداً، فإنها ستقتصر على وقائع دون أخرى، وهذا طبقاً للألفاظ التي يستحملها النص القانوني كنحو كلمة "عقد" فهذه الكلمة تحمل تفسيراً واسعاً، لأن لفظة العقد يحتمل عدة تفسيرات، فقد يكون عقد مدني أو تجاري، كعقد بيع أو عقد أحوال شخصية.

ج- إن التفسير لا يقتصر على التشريع كما يعتقد بعض الفقهاء:

وهذا انطلاقاً من فكرة أن قواعد التشريع عادة ما تأتي بأسلوب مختصر قد يؤثر على فهم المعنى المقصود، بل يمتد أيضاً إلى قواعد العرف وأحكام القضاء وكيفية المصادر القانونية.

د- مجال تفسير القانون مرتبط بمفهوم القانون:

فقد يعطى تعريف واسع للقانون، كما يمكن إعطائه مفهوم ضيق، فنفس القاعدة يطبقها قواعد التفسير، وعليه فقد نكون أمام التفسير الواسع ومعناه الوقوف على ما تحتويه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها مع الظروف الواقعية، فنصرف مفهوم التفسير لكل قاعدة قانونية، أيا كان مصدرها سواء التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف أو القانون الطبيعي والقواعد العادلة، أما المفهوم الضيق

فيخص به تفسير التشريع وهو استخلاص حكم قانوني من النصوص التشريعية المعمول بها وعليه يقتصر وفق هذا المفهوم على تفسير التشريع دون غيره اعتباراً لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية ولغموضه في كثير من الأحيان¹.

المطلب الثاني: أنواع التفسير

ينقسم التفسير إلى التفسير التشريعي والتفسير القضائي والتفسير الفقهي.

أولاً: التفسير التشريعي

هو التفسير الذي يقوم به المشرع أي الجهة التي سنت القاعدة القانونية أو جهة أخرى مفوضة من قبلها للقيام بهذا الأمر، وعادة ما يصدر التفسير التشريعي لحسم الخلاف الذي قد يطول بين المحاكم بخصوص تطبيق نص معين، فإزالة هذا الغموض يتدخل المشرع ويكشف عن مضمون القاعدة القانونية وذلك عن طريق التفسير التشريعي، إلا أن من الناحية العملية، فإن المشرع لا يتدخل لتفسير التشريع فهو يتنزه أي يترفع على أن يخطو مثل هذه الخطوة تاركاً المجال للقضاء والفقهاء لرفع الغموض الذي يحوم حول القاعدة القانونية، وإذا صدر تشريع تفسيري بخصوص مسألة معينة فعلى القاضي أن يتقيد به، وليس له أن يخرج عن حدود هذا التفسير أو أن يستهجن بعد رفع الغموض عن النصوص التشريعية.

ثانياً: التفسير القضائي

هو التفسير الذي يقوم به القاضي أثناء الفصل في القضية المعروضة عليه، حتى يجسد حكم القاعدة القانونية على الوقائع المعروضة عليه، ويقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه لأن التفسير يعتبر من صميم عمل القضاة وعليه فلا يمكن للقاضي أن يطبق القانون قبل تفسيره، فدور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع، لأن السلطة التشريعية حيث تسن القاعدة القانونية تضعها دون النظر للحالات الخاصة والوقائع العملية، وهذا الأمر عادي، فالتشريع ينبغي أن يراعى فيه العمومية والتجريد، بينما القاضي حين يقوم بوظيفته القضائية يواجه وقائع خاصة وحالات عملية تختلف في موضوعها وقد تتشابه، ويطلب منه الفصل فيها بما تفرقه القواعد القانونية ولتسهيل عملية التفسير على القضاة عمدت دول كثيرة إلى تجميع

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 279.

قرارات النقض (المحكمة العليا في الجزائر) والمحاكم الإدارية العليا (مجلس الدولة) في الجزائر والمحاكم الدستورية (المجلس الدستوري في الجزائر)، في نشرات رسمية تصدر دوريا ليسترشد بها القضاة كما هو الحال عند (المجلة القضائية)، الصادرة عن المحكمة العليا، وكذلك (نشرة القضاة) الصادرة عن وزارة العدل¹.

والتفسير القضائي الذي يصدر من القاضي في إحدى المحاكم لا يكون ملزما له في دعوى أخرى ولا يكون ملزما لغيره من القضاة في المحاكم الأخرى، أما إذا كان هذا التفسير صادر من المحكمة العليا باعتباره أعلى هيئة قضائية مقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، كما أنها تسهر على توحيد الاجتهاد القضائي واحترام القانون، فهذا التفسير يعتبر ملزما لجميع المحاكم والمجالس القضائية، كما اعترف المؤسس الدستوري بنفس الدور للمجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية إدارية مقومة لأعمال المحاكم الإدارية، وهذا ما نصت عليه المادة 156 من دستور 1996².

ويجوز للمحكمة أن تغير اجتهادها إذا استلزم الأمر وهذا ما نصت عليه المادة 7 من القانون المحدد لصلاحيات المحكمة العليا.

ثالثاً: التفسير الفقهي

هو الذي يصدر عن الفقهاء المهتمون بالدراسات القانونية وغالبا ما يكون تفسيره نظريا بعكس التفسير القضائي الذي يكون عمليا، إلا أن الفقه في الوقت الحالي يمزج بين التفسير النظري والتفسير العلمي، ويتبنى تفسيره على الوقائع التي تطرح على المحاكم ولقد ساهم التفسير الفقهي في العصر الحالي في رفع الغموض الذي يكتنف نصوص القانون، فلا نجد فرعا من فروع القانون يخلو من بصمات رجال الفقه ورغم الدور الذي يمارسه رجال الفقه، إلا أن شراحته غير ملزمة بالنسبة للقضاء والمشرع لأن الفقه مهما بلغ درجة من العلم فلا يمكن له أن يحل محل السلطة القضائية والسلطة التشريعية³.

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 103.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 104.

³ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص ص 103-105.

المبحث الثاني: طرق التفسير ومذاهبه

المطلب الأول: طرق التفسير

طبقاً للمادة الأولى من القانون المدني يلتزم القاضي أولاً بالرجوع إلى التشريع ثم مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، فقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أنه ورجوعاً للتشريع قد يجد القاضي نفسه أمام نص واضح سليم وقد يكون أمام نص غامض يحتمل عدة تأويلات ومعاني كثيرة، وقد يصطدم القاضي بنصوص متعارضة بين التشريع وآخر أو بين المنظومة التشريعية الواحدة، فما هي الطرق التي يلجأ إليها كل الخلاف المعروض عليه خاصة وأنه ملزم بالفصل في النزاع الذي بين يديه، ولا يجوز المثول أو العدول عن العدالة تحت أي حجة كانت¹.

لمعرفة طرق التفسير وقواعده ينبغي التمييز بين حالتين، حالة النص السليم والنص المعيب:

أولاً: حالة النص السليم

إذا كان النص سليم اقتصر دور المفسر على استخلاص المعنى من الألفاظ الواردة في النص أو من فحواه، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم صلاحيته، وحتى ولو كان بصدد نص سليم، فإن طريقة تفسيره بحسب درجة الوضوح هذا النص، أي بحسب الجهد الذي يستبدله القاضي، خاصة في استنباط نية المشرع ذلك أن المعنى الذي يرمي إليه النص قد يكون واضحاً غير قابل لتفسيرات متعددة وقد يكون خفياً يحتاج من المفسر جهداً كبيراً ليصل إلى الكشف عن معناه، بل وحتى إن كان النص غامضاً فإنه يختلف من حيث درجة الغموض ونوضح كل هذا فيما يلي:

أ- استخلاص النص من خلال ألفاظه:

ضمن مجموع أغلبية النصوص القانونية نستنتج أن إرادة المشرع واضحة من خلال الألفاظ المستعملة، غير أنه وفي حالات قد يستعمل المشرع عبارات لها معاني مختلفة عند الناس، كأن يستعمل عبارة "عين" وهي تدل على عين الإنسان وهي تدل على المصدر

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص ص 103-105.

وتستعمل في القانون المدني للدلالة على المال، سواء كان منقولاً أو عقارياً وإن كان اللفظ معنيين وجب الأخذ بالمعنى الاصطلاحي إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوي.

ب- المعنى المستخلص من روح النص أو فحواه:

لا يفترض دور المفسر هنا على استخلاص معنى النص من ألفاظه وعباراته وإنما يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك باستخلاص معاني النص التي يتناولها بإشارات أو بدلالاته.

1- إشارة النص: هو المعنى الذي يشير إليه النص دون أن يصرح به.

هذا ونلاحظ عند التعارض بين المعنى المستخلص من الإشارة للنص ومعنى المستفاد من عباراته أو من عبارة نص آخر وجب تغليب المعنى المستفاد من العبارة على المعنى المستخلص من الإشارة¹.

ج- استخلاص المعنى عن طريق دلالة النص:

في هذه الحالة لا يظهر المعنى لا من منطوق النص ولا من عبارته ولا عن طريق الإشارة وإنما عن طريق الاستنتاج ويسمى الاستدلال بدلالة المفهوم، قياس على دلالة المنطوق وتحتاج هذه الحالة جهداً ينبغي القيام به من قبل القاضي حتى يهتدي للاستدلال ويستنبط روح النص بعد الربط بين مختلف الأحكام وإجراء عملية القياس وتجدد الإشارة هنا أنه في حالات معينة يمنع التفسير الواسع كما هو الحال بالنسبة للمجال الجزائي.

وحتى يهتدي القاضي للكشف عن معنى النص ويستنبط روحه ويستنتج الحكم الذي يقطع به المنازعة التي بين يديه يتعين عليه أن يربط بين النصوص، خاصة تلك التي تعالج

¹ - مثال: المادة 621 من قانون المدني الجزائري: "تكون محلاً للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين" هذا النص لم يوضح ما إذا كان شرط المصلحة لازم في تأمين الأضرار فقط أم ينصرف أيضاً، فعن طريق إشارة النص أمكن القول أن شرط المصلحة ينصرف إلى نوعي التأمين، وهذا على أساس ورود النص بالأحكام العامة للتأمين.

وضعا مماثلا ويقابل العلل ببعضها البعض، ويتمعن في الأحكام ولا يكون ذلك إلا بالاعتماد أسلوب القياس وهو على نوعين (القياس بمفهوم الموافقة) و(القياس بمفهوم المخالفة)¹.

1- القياس بمفهوم الموافقة:

فيفترض وجود نص يفهم من عبارته وألفاظه معنى ينطبق على واقعة معينة ولكن روح النص في انطباقه على واقعة أخرى لم يرد ذكرها في النص وذلك لاتحاد العلة في الواقعتين وهذا ما يسمى بالقياس وينقسم إلى :

2- القياس العادي:

نقصد به إعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة أخرى منصوص لاتحاد العلة في الحالتين².

3- القياس من الباب الأولى:

فيقصد به إعفاء حالة غير منصوص عليها، حكم الحالة التي نص عليها لأن علة الحكم أوضح وأظهر في الحالة التي لم ينص عليها. الاستنتاج بمفهوم المخالفة (القياس):
إعطاء حالة لم ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به المشرع في الحالة الأخيرة وذلك إما باختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن الحالة التي صرح بها المشرع تعتبر استثناء من الحالة التي لم ينص عليها، مثال عن ذلك، يعني اختلاف العلتين بنص المشرع الجزائري في عقد العربون على أنه لا يمكن للواعد العدول عن العقد قبل انتهاء المدة المحددة في العقد بمفهوم المخالفة إذا كان العقد بالعربون غير محدد المدة، فيجوز للبائع العدول عن العقد في أي وقت يشاء، مثال عن الحالة الثانية ويعني الاستثناء المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري: لقد أورد النص الحالات التي نكون فيها أمام التعسف في استعمال

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 109.

² - مثال المادة 993 من القانون المدني الجزائري، وهي تصف أصحاب حقوق الامتياز، حيث ذكرت النفقة المستحقة للأقارب عن ستة (06) أشهر الأخيرة ولم تذكر المادة نفقة الزوجة، ويستخلص من النص بمفهوم الموافقة واعتبار نفقة الزوجة أيضا من حقوق الامتياز وكذلك إعتبر المشرع الجزائري بأن التأمين البحري يعتبر عملا تجاريا، لكن لم يذكر التأمين البري، فاعتبره الفقه والقضاء التأمين البري عملا تجاريا قياسا على التأمين البحري.

وذكرها المشرع الجزائري على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وبمفهوم المخالفة ولا يمكن أن يمتد حكم هذا النص إلى غيرها من الحالات وهذه الحالات ذكرها المشرع هي كالتالي:

- إذا وقع بقصد إضرار الغير¹.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على الفائدة غير المشروعة.

د- حالة النص المعيب:

عيوب النص هي أن يقع فيه خطأ أو غموض أو تعارض فقد يكون ماديا مرده خطأ ماديا غير مفهوم النص وقد يكون قانوني أو ما أطلق عليه البعض الخطأ المعنوي.

ومن أمثلة الخطأ المادي ما نصت عليه المادة 439 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإعساره أو بإفلاسه"، النص العربي ورد فيه خطأ في عبارة الحجز عليه عوض الحجر عليه ولكل لفظ مدلوله ومفهومه ورجوعا إلى النص الفرنسي نجد أنه يستعمل عبارة "Introduction" وما نصت عليه المادة 814 من القانون المدني بقولها: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا"، فالنص العربي أطلق لفظ الكتابة دون تحديد أو تخصيص وهذا الإطلاق قد ينجر عنه إدخال كل من العقد الرسمي والعقد العربي في حين اختصر النص الفرنسي اعترض العقد الفرنسي " par un acte otontic"².

هذا وقد يغير الخطأ المادي من المعنى المراد من النص وخير مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 689 من القانون المدني الجزائري: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال المشار إليها في المادة 688 من القانون المدني الجزائري تحدد شروط إدارتها وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها"،

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

فالنص العربي عندما أقحم لفظ عدم التصرف غير المعنى كلية وأصبح آخر النص يناقض أوله والصحيح هو "...وعند الاقتضاء التصرف فيها¹.

هـ- الغموض:

يكون حينما يستعمل المشرع عبارة غامضة لها أكثر من معنى، مثال في ذلك ما ورد في المادة 9 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "يتم عقد الزواج برضى الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصدّاق" قبل التعديل، ثم قدم المشرع تفسيراً لأركان الزواج الثلاثة وهي الرضا، الولي، والصدّاق وذلك في المواد من 10 إلى 13 ولم يخصص ولو مادة واحدة للركن الرابع وهو الشهادة وقد ذكرها دون تحديد لأحكامها.

وحيث يكون النص غامضاً فالاختلاف في تفسيره أمر وارد بل مؤكد وكثيراً هي الحالات التي يعمد المشرع عن قصد استعمال عبارات مطلقة لفتح المجال للقضاء والفقهاء لإدلاء كل واحد منها برأيه².

و- النقص:

يكون في حالة إغفال لفظة في النص لا يستقيم الحكم إلا به، مثال عن ذلك المادة 124 من القانون المدني قانون التعديل لنص: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في التعويض"، فالنص العربي لهذه المادة؟؟ لفظة (خطأ) مما قد يعطي مفهوماً آخر عند تفسيره³.

المادة 327 من القانون المدني: "يعتبر العقد العرفي صادر من وقوعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء".⁴

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

³ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 113.

ز- حالة التعارض:

يقصد بالتعارض وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر، حيث يستحيل الجمع بينهما والتعارض قد يكون بين نصوص تشريع الواحد وقد يون بين نصوص تشريعيين أو أكثر.

1- التعارض بين نصين من تشريع واحد:

إذا كان التعارض بين نصين من تشريع واحد فإنه إذا لم يكن التوفيق بينهما يجب على القاضي اختيار أحد النصين وذلك بإهدار أحدهما، ولكن ذلك لا يتأتى له الاستهداء بطرق التفسير¹.

2- التعارض بين نصين من منظومة تشريعية مختلفة: إذا كان التعارض واقعا بين نصين من تشريعين مختلفين فإن التفسير حينئذ تحكمه القواعد التالية:

- التعارض بين نصين تشريعيين مختلفين متساويين في القوة:

ففي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يتبنى أحد الأمرين:

- أن يعتبر أحد النصين عاما فيطبقه كأصل عام ويعتبر الثاني خاصا فيواجه به حالات استثنائية من هذا الأصل إعمالا للقاعدة الخاص يقيد العام.

- أن يعتبر النص الأحدث ناسخا وملغيا للنص القديم إعمالا لمبدأ القاضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له والأدنى منه في القوة².

¹ - مثال التعارض بين نصين من تشريع واحد: الذي يتجلى من حكمي نفسي المادتين 134 من القانون المدني الجزائري و135 تم إلغائها بموجب قانون 05-10، اللتين تتعلقان بالمسؤولية عن الأفعال الضارة التي يرتكبها القاصر، بينما تكون هذه المسؤولية حسبما يستفاد من نص المادة 134 منقولة بكل من يتولى برقابته من (الأب، الوصي، الجد) أما المادة 135 نجدتها تقول أو تنيط هذه المسؤولية ب (الأب وبعد وفاته بالأم)، فعلى من يرجع المضرور بالتعويض في حالة وفاة الأب أو وصي الأب لحمايتهم من المادة 134 أم على الأم كما تقضي المادة 135.

² - مثال: التعارض بين نصين من تشريعين مختلفين متساويين في القوة "حالة تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر، فهو قابل للإبطال كما يستفاد 101 من القانون المدني وموقوف على الإجازة كما تقترح به المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري مع أن العقد الموقوف صورة عكسية تماما للعقد القابل للإبطال، فالعقد الموقوف لا يترتب الآثار إلا إذا أجزى أما العقد القابل للإبطال يترتب آثاره إلى حين إبطاله بعدم إجازته.

3- تعارض بين نصين في منظومتين تشريعتين مختلفتين:

إذا وقع التعارض بين النص من تشريعين مختلفين يتفاوتان في القوة فإنه يجب على القاضي أن يراعي حينئذ مبدأ التتبع في التشريعات في القوة، الذي يسهر على كفالة احترامه ما يطلق عليه الرقابة الدستورية على التشريعات¹.

ح- طرق تفسير النص المعيب:

يلجأ المفسر إلى تفسير النص المعيب إلى طرق مختلفة منها النص الفرنسي والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية وتقريب النصوص والبحث عن إرادة المشرع.

1- النص الفرنسي:

لا شك أنه تبين لنا من خلال ما سبق من الأمثلة أن هناك فائدة كبيرة من الرجوع للنص بصيغته الفرنسية، وذلك بغرض الوصول إلى تحديد معنى النص والكشف عن طبيعة الخطأ وسر الغموض، فكثيرا هي الحالات التي يكون فيها النص الفرنسي سليما غير أن ترجمته قد تؤدي إلى تغيير معناه فتقتضي الضرورة الرجوع للنص الفرنسي للاهتمام للمعنى الحقيقي.

وهناك من رأى أن النص الفرنسي بخصوص أحكام القانون المدني هو الأصل وتبنى هذا الرأي إلى أن واضعي القانون المدني كانوا من رجال القانون الجزائريين الذين درسوا القانون وتولوا تدريسه باللغة الفرنسية وكانت ثقافتهم الفرنسية بحكم العامل التاريخي الذي

¹ - مثال على ذلك: نص المادة 144 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من (خمسة مائة) 500 دج إلى (خمسة آلاف) 5000 دج كل من أهان قاضيا أو موظفا أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد، وشدد في الفقرة الثانية من ذات النص العقوبة من سنة إلى سنتين إذا تمت الإهانة في جلسة المحاكمة وحين نتقل من قانون العقوبات إلى قانون الإجراءات المدنية وتحديد نص المادة 31 فقرة 4 نجدها قضت بعقوبة مخالفة للأولى، إذ جاء فيها: "وفي حالة إهانة القاضي أو الإخلال الجسيم بواجب الاحترام له يحرر القاضي محضرا لما حدث ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحلب مدة لا تتجاوز ثمانية أيام"، وهكذا اختلف الحكم اختلافا كبيرا في تنظيم ذات الفعل أو نفسه، فالمادة 31 المذكورة توصف الفعل على أنه إخلالا جسيم بواجب احترام القاضي أو إهاتته وتضع له عقوبة لا تزيد عن ثمانية أيام، في حين نفس الفعل ثم الاعتماد أسلوب الكتابة أو الإشارة فوصلت العقوبة إلى سنتين وكان الأحرى بالمشرع أن يقصر التجريم على قانون العقوبات دون سواه وأن يكتفي في قانون الإجراءات المدنية بالإحالة إليه خاصة وأن هذا الأخير قانون إجرائي لا علاقة له بالحبس

حال دون تمكينهم من اللغة العربية، وخالف آخرون هذا الرأي فقالوا أن القانون المدني أصلاً أعد باللغة العربية خاصة وأن نصوصه أغلبها من القانون المدني المصري ثم ترجم إلى الفرنسية.

2- الأعمال التحضيرية:

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبين المذكرات الإيضاحية والتقارير ومناقشات اللجان وهي الهيئة التي قامت بإعداد التشريع، فهذه الأعمال تساعد المفسر كثيراً في الكشف عن مقصود المشرع.

وتجدر الملاحظة أن الرجوع إلى الأعمال التحضيرية أن يقترن بشيء من الحيطة والحذر وذلك لاعتبارين:

- إنها كثيراً أي الأعمال التحضيرية ما تتضمن آراء تعتبر اجتهادات شخصية، قد لا تعبر بالضرورة عن نية المشرع.

- أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى النصوص وذلك بسبب ما يكون قد أدخل على هذه النصوص من تعديلات بعد وضعها وهذان الاعتباران من شأنهما أن ينفيا اكتساب الأعمال التحضيرية صفة الالتزام.

- إذا هي ليست جزء من التشريع وهو ما يجعل المفسر حر بأن يأخذ بها أو يرجع إلى أي طريقة أخرى من طرق التفسير.

3- المصادر التاريخية:

الذي يقصد بها الأصل التاريخي الذي استمد فيه المشرع النص وقد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي، فمثلاً يعتبر القانون الفرنسي المدني مصدراً تاريخياً وهو القانون الروماني، كما تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لبعض النصوص الأخرى كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة وأحكام بيع المريض ومرض الموت، كما تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لنصوص قانون الأسرة.

4- تقريب النصوص: من الطرق التي تثير للمفسر الوصول للمعنى الحقيقي للنص ورفع الغموض الذي يحوم هو أسلوب المقابلة بين النصوص ونعني بها طبعا النصوص التي تعالج وضعا متشابها أو متعارضا.

5- نية المشرع: يقصد بها الغاية التي من أجلها سن المشرع القانون لأنه متى اتضحت الغاية اهتدى المفسر للكشف عن الغموض الذي يشوب نصا معيناً، فالبحث في إرادة المشرع باستفاضة وعمق للوصول إلى تحديد نية المشرع بدقة ومعرفة المصلحة التي يريد حمايتها فلا شك أنها تساعد القاضي خاصة في فهم النصوص الغامضة.

المطلب الثاني: مذاهب التفسير

أولاً: مدرسة الشرح على المتون

ظهرت هذه المدرسة بسبب تزايد أهمية التشريع وبروز أهميته في ظل التقنيات الفرنسية وعلى رأسها التقنين المدني الفرنسي 1804، ن مدرسة الشرح على المتون الأنسب إلى فقيه معين، بل تكون فقه هذه المدرسة نتيجة فترات تاريخية متعاقبة ونظرة آراء الفقهاء المتعددين وقد بلغت مدرسة الشرح على المتون أوج عظمتها في فرنسا، تأسست خلال القرن 18 هذه المدرسة¹.

إن مذهب الشرح على المتون يتمثل في مجرد طريقة في تفسير القانون ولقد اتبع الفقهاء في مؤلفاتهم واتجاهاتهم في شرح تقنين نابليون أسلوب هذا الشرح، وذلك نتيجة تجميع قواعد القانون المدني الفرنسي في أوائل القرن 19 في مجموعة واحدة أطلق عليها اسم قانون نابليون باعتبارها مجموعة متكاملة، فكان هؤلاء العلماء يحرصون على تفسير نصوصه دون التعرض إلى نقده باعتباره هذه المجموعة نصوص تشريعية مقدسة، وباعتبار أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون².

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 103.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 104.

أ- ما معنى تقديس النصوص:

في خطاب ألقاه عميد كلية الحقوق بباريس الأستاذ بلون دو سنة 1841 م، أمام الأكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية، أعلن فيه: أن التشريع قد أصبح المصدر الوحيد للقانون وأنه ينبغي التخلص من مصادر كاذبة التي كثيرا ما يراد إحلالها محل إرادة المشرع وهي السوابق القضائية والعادات غير المنصوص عليها في التشريع والإحساس بالعدالة وفكرة المنفعة العامة والمبادئ القانونية ولقد ذهب هذا الفقيه إلى أبعد من ذلك حينما طلب من القاضي أن يرفض كل طلب استند إلى نص صريح في التشريع ويرى الفقيه "ماركديه":

1- أن طريقة الشرح على المتون تقتضي إتباع النص خطوة خطوة، فيرى شرح كل مادة جملة، جملة وكلمة، كلمة، وهذا من أجل تطبيقها وتم الربط بين ما سبق وما يليه، حيث يتحدد معنى كل عبارة وكل اصطلاح، ويوضح ما بها من دقة أو غموض وتحتويه من فائدة أو تفاهة، وبعدها يتحقق الفقيه من فهم المادة في ذاتها يدرس مدى انسجامها أو تعارضها مع المواد الأخرى المتصلة بها، ويستنتج النتائج ويوضح الثغرات.

2- ثم ينتقل الشرح على المتون في النصوص إلى المبادئ وتعتبر هذه الأخيرة شيء جوهري في تنمية الروح القانونية والغاية من إبراز المبادئ العامة، أن يستنتج منها عددا كبيرا من الحلول الجزئية.

3- وأخيرا ينتقل الشرح على المتون من المبادئ إلى وضع نظام شامل وصياغة نظرية عامة للقانون.

خلاصة لما سبق فق وصل التقديس إلى اعتبار هذا التقنين المصدر الوحيد للأحكام القانونية واعتبارها مجموعة متكاملة لم تترك كبيرة أو صغيرة من أحكام القانون المدني إلا وأحاطت بها. ما معنى اعتبار التشريع المصدر الوحيد للقانون:

معنى ذلك أن القانون ينحصر فقط في النصوص المكتوبة التي يسنها المشرع، وبذلك فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون (إن أنصار مذهب الشرح على المتون يفسرون تلك النصوص على ضوء إرادة الحاكم ومشئته)، فوفقا لهذا الاتجاه، يلتزم القاضي بتنفيذ هذه النصوص والتقييد بأحكامها، وعدم اللجوء إلى مصادر أخرى، لأنه ليست لها قوة التشريع

الصادرة عن الحاكم، فعلى القاضي أن يلتزم بالبحث عن نية المشرع، وهو ملزم من جهة أخرى بتطبيق القانون كما وضعه المشرع، والقاضي عند تطبيقه للنص أو تفسيره ليس مقيدا بحرفية ذلك النص، بل العبرة بنية المشرع لأن هذه النية هي الفاصل في معرفة ما إذا كان النص التشريعي يعبر عن إرادة صانعه أم لا.

إذا ما اتضح أن حرفية النص تخالف نية المشرع فوفق لمنطق لمدرسة الشرح على المتون يكون الأخذ بما تقتضيه به نية المشرع أولى لاعتبار من حرفية نص، أما إذا لم يعبر القاضي عن نية المشرع فعليه أن يبحث عن النية المفترضة¹.

ب- مبادئ فقهاء المتون:

لقد سبقت الإشارة أن المجموعة المدنية الصادرة سنة 1804 م وتحت ضغط الرأسمالية الناشئة والمحافظة على مصالحها الاقتصادية ضمنت لنفسها حماية تشريعية تمثلت على وجه الخصوص في المبادئ الثلاثة الرئاسية وهي:

- الملكية حق مطلق (مالكها)،
- العقد شريعة المتعاقدين (عقدها)،
- لا مسؤولية بدون خطأ (مالها).

1- الملكية حق مطلق:

نصت المادة 455 من قانون نابليون على أن: "الملكية حق يمنع وتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة إلى أقصى الإطلاق"، وبشرحهم ومناقشتهم لحق الملكية استنتج فقه الشرح على المتون في أن الملكية، تضي على صاحب الشيء سلطة السيادة وتحكما كاملا، حيث يكون للملاك الحق في إساءة استعمال الشيء، بل في تركه يتلاشى أو حتى إتلافه، فهو السيد المطلق لإرادته، وبما أن الملكية حق مطلق، فهي أيضا حق مانع، فطبقا للفقهاء

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 105.

البرجوازي: "للملاك أن يمنع كافة الناس من استعماله ملكه وله أن يسترد أي جزء ولو كان ضئيلاً، فالملكية لن تتمتع بصفة الإطلاق إذا لم تعززها صفة المنع"¹.

2- العقد شريعة المتعاقدين:

تجسيدياً لحرية التعاقد واستقرار المعاملات لصالح أصحاب الأموال كرس الفقه مبدأ تقديس النصوص ولو كان ذلك لا يمثل في واقع الأمر إلا عدلاً شكلياً، وذلك من خلال شروط الإعفاء من المسؤولية ونظرية الظروف الطارئة، حيث لا يعفى من المسؤولية الناقل مثلاً إذا أصاب المنقول شيء، لأن الناقل كان ضعيف وصاحب المنقول قوي ولا ترضخ الظروف الطارئة له (1879-1950 المادة 1134)².

2- لا مسؤولية بدون خطأ:

إن مجال علاقات العمل يعتبر هو الآخر مجال حيوي لصالح الرأسمالية في علاقاتها مع العمال، ففي مجال المسؤولية عن حوادث العمل تثار مسألة ما يصيب العامل من أضرار بمناسبة عمله، هل يحصل الرأسمالي على صافي الربح ويلقي على العامل تبعة الضرر؟ أم يقضي العدل تعويض العامل المضرور؟ وهل على العامل أن يقيم الدليل على خطأ رب العمل الذي تسبب في حصول الحادث تماشياً مع القواعد العامة؟ وبالتالي سف يتعذر عليه الحصول على التعويض، بسبب صعوبة عبء الإثبات، ففي مجموعة نابليون نصت المادة 1710 عن عقد العمل، بأنه إجار أعمال فطبق الفقه أحكام إيجار الأشياء على عقد العمل، واعتبر العامل عارضاً لخدماته ورب العمل قابلاً لها. 1898 قيام المسؤولية بدون خطأ عن فعل أشياء غير حية³.

ج- الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون:

- مذهب الشرح على المتون يعتبر التشريع المصدر الوحيد للقانون.
- ترتب على منهجية الشرح على المتون حصر دائرة الشرح والتفسير.

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 104.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 104.

³ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 105.

- القانون وحده مما تترتب عليه الاضطرار إلى الأخذ بالإرادة المفترضة للمشرع وغير إرادة المشرع الحقيقية مما دفع ببعض الفقهاء من أنصارها إلى القول برفض أي طلب لا يستند إلى نص في التشريع.

- نتج عن منهج الشرح على المتون ذات النتائج التي تترتب على منهج مذهب أوستين.

- إن إغفال الظروف الاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع وإلى تقديس لإرادة المشرع وإهمال إرادة الأمة الأمر يؤدي إلى الديكتاتورية والاستبداد كحتمية.

- إن استخدام القياس المنطق وإفال الواقع للتطبيق الآلي للقانون أعمى القضاء وجعله عبئاً للنصوص القانونية حتى افتقدوا الرؤية السليمة وغالوا في الحفاظ على استقرار المعاملات إلى ما يسمى بإخضاع الأحياء إلى الأموات¹.

ثانياً: المدرسة التاريخية الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا وفقه هذه المدرسة في التفسير يرتبط بأساس نظرتها إلى أصل القانون. فالقانون في نظر هذه المدرسة ليس مجرد تعبير عن إرادة الحاكم، وإنما هو وليد حاجة المجتمع ويتطور بتطور الظروف الاجتماعية ولهذا فإن تفسيره يجب أن يكون تبعاً لهذه الظروف الاجتماعية، وعلى المفسر حينما يرى تفسير القانون أن لا يتجه إلى البحث عن نية المشرع عند وضع النص القانوني، ولكي يتعرف عن هذه النية فلا بد أن يضع النص القانوني في ضوء الظروف الحاضرة، أي أنه يجب عدم البحث عن الإرادة الحقيقية أو المفترضة، وإنما يجب البحث عن نية المشرع المحتملة، التي كان من المفروض أن يتجه إليها لو أنه وضع النص في ظل الظروف المحيطة بالفقيه أو القاضي وقت التفسير، بذلك يتوفر للقانون المرونة مما يجعله قابلاً للتطور².

أ- نقد هذه المدرسة:

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 106.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 106.

يؤخذ على هذه النظرية أنها تمكن المفسر من الإدلاء برأيه الشخصي وفقا لنظرته إلى ضرورة المجتمع، وعليه ينسب هذا الرأي إلى التشريع، مما يؤدي إلى فقه أن القانون ما يجب أن يتوفر له من الثبات والتحديد اللازم لاستقرار المعاملات.

كما أنها تفتح المجال لكل من القاضي والفقير للخروج عن إرادة المشرع الحقيقية تحت حجة تفسير النصوص وفقا للمعطيات الاجتماعية الجديدة.

ثالثاً: المدرسة العلمية (البحث العلمي الحر)

ترجع هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي فرنسوا جيني وجاءت المدرسة العلمية كاتجاه وسط بين المدرستين السابقتين، فنظرية هذه المدرسة للتفسير تقوم على أساس البحث عن إرادة المشرع مع عدم إغفال العوامل المختلفة التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية، فانطلقت هذه المدرسة من فكرة أن التشريع قد يكون مشوبا بنقص وإن هذا النقص يترتب عليه الرجوع إلى المصادر الأخرى، ولهذا يتعين على المفسر أن يتقيد بإرادة المشرع إلى تحريفها أو تعديلها، لأن التفسير عملية يراد من خلالها البحث عن إرادة المشرع التي يهتدي إليها المفسر من خلال الألفاظ الواردة في النص أو من خلال مضمونه وفحواها، يملك المفسر أن ينسب للمشرع ما لم يقل ويفترض في النص مسائل لم ينظمها، كما ذهب لذلك أصحاب مدرسة الشرح على المتون، كما لا يملك المفسر أن يغير من إرادة المشرع وأن يخضعها للتطور الاجتماعي، بل يفسر النص ويتقيد به لفظا وروحا¹.

وإذا لم يهتدي القاضي إلى إسقاط الوقائع المعروضة عليه على نص تشريعي بسبب عدم ملائمة الوقائع لموضوع القاعدة القانونية يتعين حينئذ الاستعانة بالمصادر الأخرى التي تلي التشريع وفي حالة عدم وجود نص قانوني مكتوب وقاعدة عرفية وجب الاعتراف للقاضي بالاجتهاد والانتقال من مرحلة التفسير إلى مرحلة الإنشاء وذلك بالرجوع إلى جوهر القانون أي المادة الأولية التي يتكون منها القانون بما تشتمل وفقا لما رآه جيني من الحقائق الأربعة: التاريخية، العقلية، المثالية، الواقعية².

¹ - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 106.

² - زهير شاكر، المرجع السابق، ص 107.

موقف المشرع الجزائري من المدارس السابقة:

نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة"، ومن هنا يتضح بأن المشرع الجزائري تأثر بمدرسة الشرح على المتون، لأن المادة ألزمت القاضي بتفسير النص تفسيراً لفظياً وإذا لم يستطيع الاهتداء لمفهوم النص بالنظر لألفاظه تعين عليه البحث عن روح النص أو فحواه، إلا أن المشرع وإن بدى في المادة المذكورة متأثراً بمدرسة الشرح على المتون خاصة في الفقرة الأولى، إلا أن ذلك اقتصر فقط على الإرادة الظاهرة للمشرع بمدرسة البحث العلمي الحر، وهذا ما يتضح من الفقرة 2 و3 من المادة المذكورة، حيث سلم المشرع بظاهرة قصور التشريع على معالجة كل الوقائع ووضع مصادر أخرى احتياطية يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع معترفاً له في الفقرة الأخيرة بالاجتهاد وفق ما تقتضيه مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

الخاتمة:

تعتمد العلوم عموماً والعلوم القانونية على وجه التحديد في إطار الدراسات والأبحاث على أسس وقواعد المنهجية، وهو ما يتوجب على الباحث أو الطالب إكتسابه والإلمام به قدر الإمكان.

إن العلوم الإجتماعية ومعها العلوم القانونية تتميز بالتطور والحركة، وبذلك فإن المنهجية العلمية بذلك ستتأثر بهذا الوضع بطريقة أو بأخرى، فهي تتطبع بطبيعة الإنسان التي يطغى عليها التغير والديناميكية. المطلوب من الطالب تكثيف الإستفادة من الأدوات والتقنيات المنهجية، كلما شرع في دراسة أو بحث قانوني ما، كون أن ذلك سيمكنه من تقديم دراسة ذات فائدة ونوعية.

¹ - محمد عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 70.

إن الباحث وهو يشرع في تقديم بحثه لاسيما القانوني عليه إتباع جملة من الخطوات كتحقيق مراجع، قراءة المؤلفات، إعداد الخطة، التحرير وما إلى ذلك، كل هذا وفق النماذج والتقنيات المعمول بها في إطار المنهجية القانونية.

من الواجب على الباحث الإعتماد على مختلف المناهج العلمية المختلفة في إطار إعداده لبحثه خاصة المذهل التاريخي، المقارن والوصفي وكذا التحليلي والإستقرائي وغيرهم من المناهج، التي لو تمكن الباحث من توظيفها فإن دراستها ستكون ناجحة.

كما ولا بد أن يعتمد الطالب المدارس الفقهية ذات الصلة لاسيما في إطار تفسيره للنصوص القانونية كتحقيق مدرسة الشرح على المتون، حيث يحتاج النص القانوني بشتى أنواعه سواء كان سليماً أو معيباً أو في حال إنعدامه إلى تقنيات تفسير من أجل تسهيل تنفيذه ميدانياً.

إن المطلوب من الباحث عند كل مشروع علمي مهما كان نوعه، إدراج مراجع ذات الصلة بموضوع المنهجية، فلا يعقل أن تتم دراسة دون هذا النوع من المؤلفات، كونها ستسمح بتمكين الإستنتاجات والمخرجات العلمية على الوجه الأحسن، إذ من خلالها سيقدم الباحث دراسة ذات جودة ونوعية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: قائمة المصادر

أ- القوانين:

- 1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، المؤرخة في 30 سبتمبر سنة 1975، ص 990.

ثانياً: قائمة المراجع:

أ- المؤلفات:

- إحسان محمد الحسن، الأسس العلمية لمناهج البحث الإجتماعي، دار الطليعة للطباعة والنشر، لبنان، 1982.
- حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة أكتوبر الهندسية، مصر، (دون ذكر لسنة النشر).
- زهير شكر، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2012.
- زين بدر فراج، أصول البحث القانوني، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
- عبد الرحمن محمد العيسوي، عبد الفتاح محمد العيسوي، مناهج البحث العلمي، دار الراتب الجامعية، مصر، 1997.
- عبد الرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، دار النهضة العربية، مصر، 1963.
- عبد الله محمد الشريف، مناهج البحث العلمي دليل الطالب في كتابة الأبحاث والرسائل العلمية، مكتبة الإشعاع مصر، 1996.
- عقلة مبيضين، محمد أبو نصّار، محمد عبيدات، منهجية البحث العلمي القواعد والمراحل والتطبيقات، دار وائل، الأردن، 1999.
- علي ضوي، منهجية البحث القانوني، منشورات كلية القانون، جامعة ناصر، 1993.
- غناي زكية، منهجية الأعمال الموجهة في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 1- ليلي عبد الوهاب، مناهج وطرق البحث الإجتماعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2000.
- محمد عمار عوابدي، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانوني والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1987.
- ناهد حمدي أحمد، مناهج البحث في علوم المكتبات، دار المريخ، السعودية، 1979.

المقالات:

- حليلة حوالف، المناهج القانونية بين إشكالية إستخدامها وضرورة تجسديها حتمية
للتصنيف العالمي للبحوث القانونية، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 07،
ع 06، 2022.