الجمهوريــة الجزائريــة الديمقراطيــة الشعبيــة

وزارة التعليــم العالــي والبحث العلمــي

قسم القـــــانـــــون العـــــام **السنة الجامعية 2019 – 2020**

مطبوعة بيداغوجية بعنوان

المناهج في إطار مدارس التفسير

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر

من إعداد : الدكتور علي لطرش

المناهج في إطار
مدارس التفسير

تقديم المطبوعة

إن محتوى هذه المطبوعة موجه لطلبة الحقوق ، لمستوى السنة الأولى ماستر ، حيث تتضمن هذه الأخيرة ماهية التفاسير القانونية بما تشمله من مفهوم التفسير القانوني ، مدارس التفسير القانونية وأنواع تفاسير القوانين الوضعية ، كما تتضمن هذه المطبوعة كذلك دواعي وطرق تفسير القانون ، بالإضافة إلى الأسباب الداعية إلى ذلك و أهم الشروط المطلوبة في المفسر للقانون ، وفي الأخير تتناول مختلف المناهج المعتمدة في دراسة النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية .

حيث مقياس المناهج في إطار مدارس التفسير من مقاييس وحدات التعليم المنهجية ، المحددة حسب برنامج التعليم العالي لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، حيث رصيد هذا المقياس هو 6 أما معاملها فهو 2 .

أهداف المقياس

تكمن أهداف هذا المقياس في تمكين الطالب من :

1. فهم معنى الثغرة القانونية وأنواعها ، وضرورة تفسيرها .
2. فهم ماهية التفسير في القانون .
3. فهم أهم الأشخاص المعنية بالتفسير .
4. فهم مختلف الفوارق بين مختلف أنواع التفسيرات .
5. فهم الأسباب الداعية لتفسير القانون .
6. فهم طرق تفسير القانون ، الداخلية والخارجية .
7. فهم الشروط المطلوبة في المفسر للقانون .
8. فهم أهمية المناهج التطبيقية في تفسير القوانين .
9. إستيعاب أهم المناهج التطبيقية من حيث إعتمادها في فهم و تحليل الواقع كفلسفة فكرية قبل أن يتحول إلى فلسفة قانونية .

و كل هذه الأهداف تُمكن الطالب من تطوير فكره القانوني في التعامل مع القواعد القانونية ،ومختلف إسقاطاتها الإجتماعية ، الإنسانية ، الإقتصادية ، السياسية والثقافية . مهما كان المركز القانوني لهذا الطالب مستقبلا : طالب باحث ، أستاذ ، باحث ، رجل إدارة عامة أو خاصة ، موثق ، محضر قضائي ، قاضي .....إلأخ

متطلبات المادة العلمية

أهم متطلبات هذه المادة العلمية بالنسبة للطالب :

1. الإحاطة بمقياس مدخل إلى القانون ، الذي تناوله الطالب في بداية دراسته للحقوق في الجامعة .
2. الإحاطة بمفهوم المنهجية والمناهج في العلوم القانونية ، حيث هذين المقياسين سبق التطرق لهما في سنوات الليسانس ، سواء كان ذلك بالنظام الحالي LMD أو النظام الكلاسيكي .
3. أن يكون للطالب أبجديات في تحليل النصوص القانونية و الأحكام والقرارات القضائية .

مقدمة

في الواقع هناك الكثير من عمليات الخلط بين مفهومي المنهج و المنهجية ، وهذا المزج نجده أحيانا حتى على مستوى بعض الأبحاث المتخصصة ، ولكن شتان بين المفهومين ، وإن كان مضمون البحث لا يتطلب الخوض في هكذا تفاصيل إلا أنني إرتأيت أن أضرب بعض الأمثلة التوظيحية التي من شأنها إزالة الغبش الذي يحيط هالة التفريق بينهما .

ومن هذه الأمثلة : مثال القفل والمفتاح ، فالباب المؤصد يستحيل فتحه إلا بواسطة المفتاح المناسب والسليم والذي له أسنان تتكامل في بنيتها مع الشكل الداخلي للقفل ، ولكن المفتاح أداة للفتح يستحيل أن يفتح الباب من تلقاء نفسه وهو جماد ، بل فتح الباب يحتاج إلى إنسان عاقل له إرادة وصحة تمكنانه من حمل المفتاح وإدخاله بالقفل ثم تدويره بعدد من الدورات المتناسبة مع القفل كي يفتح الباب ، وذات الشأن بالنسبة للأقفال الإلكترونية التي تتوجب إدخال البطاقة الإلكترونية بالشكل الصحيح ، ثم إدخال الرقم السري الصحيح كذلك (الكود) كي يفتح الباب . ومن سياق المثال فإن المفتاح ما هو إلا منهج للفتح أما عملية حمل المفتاح وإدخاله بالقفل المناسب ثم التدوير الأنسب ، كل ذلك من قبيل المنهجية ، فالمفتاح منهج للفتح و عملية الإدخال التدوير المتناسبين الصحيحين منهجية للفتح ، فتكاملهما حتمية للفتح ولكن شتان بين مهمة كليهما .

والمثال الثاني الذي نسوقه هو عملية التنقيب عن الثروات الباطنية ، فهكذا عملية تحتاج إلى آلة للحفر والتنقيب ، ولكنها غير كافية للوصول إلى الثروة الباطنية ، إذ ذلك يحتاج إلى مهندسين مختصين في الجيولوجيا ، على علم متخصص بطبقات الأرض ، فطبيعة بيئة الحفر[1] تفرض عليهم وضع مخطط علمي للحفر متناسب مع آلة الحفر و بيئة الحفر ، ففي هذا المثال آلة الحفر هو المنهج ، ولكنه لوحده غير كافي للتنقيب ، وهذا ما إستوجب ضرورة وجود منهجية علمية توضع من طرف متخصصين للإستعمال الحسن للآلة كمنهج من جهة وللوصول إلى نتيجة لهذا التنقيب آلا وهو الوصول للثروة الباطنية من أجل إستخراجها .

وآخر مثال يمكن سياقه في هذا المجال لطلبة البحث العلمي في إنجاز بحوثهم العلمية القانونية أو التعليق على بحوث الغير في أي صورة شكلية وجدت [2] ، أو التعليق على النصوص القانونية التشريعية أو التنظيمية ، أو التعليق

[1] البيئة الجبلية ليست كالبحرية ولا كالصحراوية ولا كالتلية ، فلكل من هذه البيئات طبقات أرضية مختلفة ، وعليه فآلية الحفر كذلك ستكون مختلفة .

[2] هناك العديد من الصور الشكلية للأبحاث العلمية القانونية مثل : المداخلة العلمية التي تقدم في الأيام الدراسية وكل أنواع الملتقيات العلمية وطنية كانت أو دولية ، المقال القانوني المنشور في المجلات العلمية المتخصصة ، البحث القانوني الأكاديمي المقدم من طرف الطلبة في أبحاثهم الدراسية

على مختلف القرارات القضائية [3]. هو مثال مستوحى من السينما التي تعرض أفلام المجرمين الفارين من السجن ، أين المجرم المسجون في سجن محكم ويفكر مليا في الفرار منه ، فهل تكفيه آلة حادة لتقطيع القضبان الحديدية لنافذة زنزانته وخريطة مخططة لتصميم السجن لكي يفر منه أم يحتاج ذلك إلى مخطط دقيق لزمن ومكان تنفيذ كل مرحلة من مراحل الفرار لتخطي أماكن مراقبة الحراس وأماكن مراقبة الكاميرات وما إلى ذلك ...، فأما الآلة الحادة وخريطة السجن ما هما بالنسبة للمسجون إلا منهج للفرار ، أما آليات تنفيذ خطة الفرار هي المنهجية .

هذه الأمثلة التي أوردناها كانت لتوظيح بعض الغموض لدى طلبة العلم للتفريق بين المنهجية والمناهج ، وبما أن موضوع المقياس يتناول موضوع التمكن من علم المناهج التفسيرية في ميدان الدراسات القانونية بصفة عامة والمناهج القانونية بصفة خاصة ، فسوف نسلط الضوء عليه من خلال تقسيمه إلى فصلين ، أما الفصل الأول فيتناول موضوع ماهية التفاسير القانونية ، في حين الفصل الثاني يتناول موضوع دواعي وطرق تفسير القانون ، علما أن هذا المقياس يدرس لمستوى السنة الأولى ماستر ، على سداسيين .

يعد هذا المقياس من أهم المقاييس التي تغذي الفكر القانوني للباحث مهما كان ميدانه : تنظيري أو تطبيقي ، فأهميته عظيمة للطالب الباحث الذي يجري أبحاثه تحت إشراف المشرف ، للباحث المستقل بأبحاثه ، و لمختلف أشخاص السلطة التنظيمية والتشريعية والقضائية . ولذلك كان أحد المقاييس الأساسية في إطار برنامج التدريس للسنة الأولى ماستر حقوق .

فماهي ماهية التفاسير القانونية من حيث المفهوم ، مدارس التفسير القانونية وأنواع تفاسير القوانين الوضعية ؟ وما هي دواعي وطرق تفسير القانون ؟ وماهي أهم شروط الجودة المطلوبة في المفسر للقانون ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة إعتمدنا الخطة التالية :

الباب الأول : ماهية التفاسير القانونية

- الفصل الأول : مفهوم التفسير القانوني

المطلوبة من طرف أساتذتهم أو المنجزة بإرادتهم الفردية ، مذكرات ورسائل وأطروحات التخرج لنيل مختلف الدرجات العلمية ، الكتيبات والكتب العلمية المؤلفة في مختلف المجالات القانونية المتخصصة ، وإن هذه النمطية الشكلية نجدها في الغالب مؤداة بصورة فردية ، ولكن أحيانا نجدها ثنائية، وبصفة جد إستثنائية نجدها أكثر من ذلك ، وقد خاض علم النقد إستفاضة كبيرة في هذه النمطية ، وبالخصوص عندما لا تعدوا هذه الأرقام إلا أن تكون صورية دونكيشوتية .

[3] وبالخصوص الإجتهادات القضائية ، سواء ورد ذلك عن القضاء العادي أو القضاء الإداري أو القضاء الدولي .

- الفصل الثاني : مدارس التفسير القانونية
- الفصل الثالث : أنواع تفاسير القوانين الوضعية

الباب الثاني : دواعي وطرق تفسير القانون

- الفصل الأول : الأسباب الداعية لتفسير القانون
- الفصل الثاني : طرق تفسير القانون
- الفصل الثالث : الشروط المطلوبة في المفسر للقانون

الباب الأول

ماهية التفاسير القانونية

الباب الأول : ماهية التفاسير القانونية

إن التفسير علم قائم بذاته ، وما خلى علم من العلوم الإنسانية ، الإجتماعية ، الطبيعية أو الدقيقة إلا ونمى وتطور بفضل هذا العلم الذي ينمي الفكر بالبحث في الفراغ الموجود بين المعارف السابقة والمعارف التي يتوق للوصول إليها . وكذلك هو في العلوم القانونية إذ يبحث في سد الثغرات التي تعتري القاعدة القانونية . ومن خلال هذا الباب سوف نسلط الضوء على ما يلي :

- الفصل الأول : مفهوم التفسير القانوني
- الفصل الثاني : مدارس التفسير القانونية
- الفصل الثالث : أنواع التفاسير للقوانين الوضعية

الفصل الأول : مفهوم التفسير القانوني

من أهم مفاتيح تحديد مفهوم التفسير في التشريع هو مفتاح اللغة والإصطلاح ، ولذلك سلطنا الضوء في هذا الفصل على هذا المفهوم من خلالهما ، وهذا من خلال تقسيمه إلى :

- المبحث الأول : المفهوم اللغوي للتفسير
- المبحث الثاني : المفهوم الإصطلاحي للتفسير
- المبحث الثالث : مفهوم التفسير في التشريعات الوطنية

المبحث الأول : المفهوم اللغوي للتفسير

من خلال البحث عن معاني الفعل الثلاثي " فسر " في قواميس ومعاجم اللغة العربية وجدنا مايلي :

" فسَّرَ ،يفسِّر، تفسيرًا، فهو مُفسِّر، والمفعول مُفسَّر ، فسَّر الأمرَ : وضّحه، شرحه، أبانه، وضعه في صورة أبسط "فسَّر الشِّعر/ القانون/ الحُلْم،فسَّر آيات القرآن الكريم : شرحها ووضَّح ،شرحها ووضَّح ما تنطوي عليه من معان وأسرار وأحكام "[4]

[4] أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط 1 ، 2008 .

"فَسَّرَ مَا كَانَ غَامِضاً :أَوْضَحَهُ و بَيَّنَهُ ، فَسَّرَ آيَاتِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ :شَرَحَهَا وَأَوْضَحَ مَعَانِيَهَا. فَسَرَ الْقَاعِدَةَ : أَوْضَحَهَا و بَيَّنَهَا فَسَرَ الطَّبِيبُ :حَلَّلَ بَوْلَ الْمَرِيضِ لِيَعْرِفَ مَرَضَهُ." [5]

" فسر الشَّيْء وضحه و فسر آيات الْقُرْآن الْكَرِيم شرحها ووضح مَا تنطوي عَلَيْهِ من معَان وأسرار وَأَحْكَام "[6]

لنخلص في النهاية إلى أن كلمة فسر لا تستعمل إلا لكشف و توضيح وبيان ما هو غامض أو مغطى أو مغلق ، ومنه كلمة التفسير تعني الكشف والتوضيح والبيان لكل ما هو غامض أو مغطى أو مغلق .

أما المصدر اللغوي لكلمة التفسير فلم يكن واحدا عند اللغويين : فهناك منهم من أكدوا أن الأصل الإشتقاقي لكلمة تفسير هو " الفسر " بمعنى الإبانة وكشف المغطى ، ففسر الشيء يفسره فسرا ، أي أبانه وكشف عنه [7] ، وبعض اللغويين نحو غير ذلك المنحى فرأوا أن الأصل الإشتقاقي لكلمة تفسير هي " السفر " ، فيقال : سفرت المرأة سفورا ، إذا ألقت خمارها عن وجهها فهي سافر ة . [8] . ويقال كذلك أسفر الصبح إذا أضاء [9] ، و يقال كذلك أسفر اللقاء عن النتائج التالية أي أظهر وكشف ما تمخض عنه اللقاء . ومهما اختلف المصدر اللغوي لكلمة التفسير أهو مشتق من الجذر " الفسر " أم من الجذر المقلوب " السفر " فكلاهما يلتقي عند كلمة التفسير والتي تعني الإيضاح والكشف والبيان [10] لكل ما كان مستورا أو محجوبا أو متواريا أو مغطى أو مختبئ .

المبحث الثاني : المفهوم الإصطلاحي للتفسير

إن كان المفهوم اللغوي للتفسير قد أخذ حيزا معلومًا من الفكر عند اللغويين ، وصل إلى حد كبير من الإتفاق حول المعنى ، و تحول الإتفاق إلى إختلاف في مصدر هذا الأخير ، حول الجذر الذي أُنتهل منه ، أهو الجذر

---

[5] عبد الغني أبو العزم ، معجم الغني ، موقع معاجم صخر.

[6] إبراهيم مصطفى ، أحمد الزيات ، حامد عبد القادر، محمد النجار ، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة

[7] مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ، القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان ، ط 8 ، 1426 هـ - 2005 م

[8] ناصر حامد أبو زيد ، مفهوم النص – دراسة في علوم القرآن ، المركز الثقافي العربي ، مكتبة الفجر الجديد ، مصر ، ص 225

[9] جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي ، الإتقان في علوم القرآن ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 1999م ، دط ، ص 167.

[10] www.larousse.fr/dictionnaires/francais/interprétation/43811 ، تحميل: 24 /10 2020 ، سا 13.30
« Action d'interpréter, d'expliquer un texte, de lui donner un sens ; énoncé donnant cette explication. »

"الفسر" أم مقلوب الجذر " السَفْر " . فإن المفهوم الإصطلاحي للتفسير في التشريع قد أخذ القسط الأكبر من حبر وأقلام العلماء والفقهاء والباحثين في الإتفاق حينًا والإختلاف أحيانا كثيرة .

ولا يخفى على الباحثين في ميدان القانون التعريف الأكاديمي للقانون ، بأنه مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع ، وهذا ما يسعى إليه المشرع من خلال مختلف التشريعات الصادرة عنه في مختلف الميادين : السياسية ، الإقتصادية ، الإجتماعية و الثقافية ، ولكن ليس كل ما يسعى إليه المشرع يدركه ، وهذا أحيانا من خلال بعض القوانين السيئة الصادرة عنه والتي حتى تعديلاتها أسوأ منها أحيانا ، و أحيانا أخرى من خلال بعض القواعد القانونية الغامضة أو المتناقضة أو القواعد الناقصة التي تترك في القانون ثغرات معيبة له، ولذلك يسعى الفقهاء أثناء دراساتهم الفقهية ، الإداريون أثناء مهامهم التنفيذية و القضاة بمناسبة فصلهم في مختلف المنازعات والدعاوى القضائية المرفوعة أمام القضاء إلى رأب هذه الثغرات من خلال التفسيرات الفقهية والقانونية والإجتهادات القضائية ، وهذا يتطلب مجهودا فكريا ، تقليديا كان أو حيويا ، تقوقعيا كان أو إبداعيا .

ونحن بصدد التفسيرات القانونية ، وبعيدا عن المفهوم اللغوي للتفسير القانوني نجد أن المفهوم الإصطلاحي للتفسير قد ينحى المنحى الواسع أحيانا ، كما قد ينحى المنحى الضيق أحيانا أخرى ، وهذا ما سوف نتناوله من خلال المطالب التالية :

- المطلب الأول : المفهوم الإصطلاحي الواسع للتفسير في القانون
- المطلب الثاني : المفهوم الإصطلاحي الضيق للتفسير في القانون

المطلب الأول : المفهوم الإصطلاحي الواسع للتفسير في القانون

إننا نقصد بالمفهوم الإصطلاحي الواسع للتفسير في القانون ذلك التفسير الوارد على التشريع الخاص بالدولة بمفهومه الضيق[11] ، مع تفسير غيره من القواعد العرفية وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أي أنه يتناول النصوص التشريعية المكتوبة بالإضافة إلى تفسير مصادر القانون غير المكتوبة مثل القواعد العرفية وقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

[11] مثلا الهرم القانوني للدولة الجزائرية بمختلف مراتبه : الدستور ، التشريعات الدولية المصدق عليها ، التشريعات الصادرة عن البرلمان من تشريعات عضوية أو تشريعات عادية ، الأوامر الرئاسية ، التشريعات الفرعية أو التنظيمات من المراسيم الرئاسية ، المراسيم التنفيذية والقرارات الوزارية المشتركة والفردية .

فالقواعد القانونية المعيبة باحتوائها على الثغرات القانونية لا يمكن رأبها بفكر إبداعي متميز دون الرجوع إلى تسليح الفكر الشخصي للمفسر بمضامين وتفاسير العديد من القواعد العرفية وقواعد القانون الطبيعي[12] وقواعد العدالة .

المطلب الثاني : المفهوم الإصطلاحي الضيق للتفسير في القانون

نقصد بالمفهوم الإصطلاحي الضيق للتفسير في القانون ذلك التفسير الوارد على التشريع الوضعي الخاص بالدولة بمفهومه الضيق[13] دون تفسير غيره من القواعد العرفية أو قواعد القانون الطبيعي أوقواعد العدالة[14] ، أي أنه لا يتناول إلا تفسير ما هو مكتوب من القواعد القانونية ذات الطابع الرسمي للدولة . وقد عرف البعض هذا المفهوم كما يلي :

" التفسير القانوني هو الإستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي قصده المشرع في هذه القاعدة عند تطبيقها على الظروف الواقعية " [15]

ومن الناحية الفكرية نطرح إشكالية جواز إستخدام المفسر لطبيعة فكره عند إقدامه على تفسير التشريعات الوضعية للدولة دون أن تحل إرادته محل إرادة المشرع ، وبالخصوص في التشريعات المثقلة بالثغرات القانونية ، والتي لا يمكن رأبها إلا بالإبداع الفكري للمفسر .

[12] طبعا أنا لا أطرح هنا فكرة القانون الطبيعي بما يتبادر للفكر الغربي بأن الطبيعة هي أساس كل التحولات والتغيرات في الكون ، وأن الإنسان هو الحلقة المحورية للوجود ، بل الخالق تبارك وتعالى هو الذي خلق وسير كل ذرة من ذرات هذا الكون ومن جملتها الإنسان الذي لم يخلقه هملا ولم يتركه عبثا ، بل خلقه لمهمة أساسية تتمثل في عبادته حق العبادة ، وما سوى ذلك من المهمات لا يعدوا أن يكون من قبيل المهمات الثانوية .

[13] حيث تقتصر مهمة المفسر فقيها كان أو إداريا أو قاضيا على توظيح وبيان وسد ثغرات القواعد القانونية المكتوبة .

[14] وهذا ببساطة لكون القواعد العرفية وقواعد القانون الطبيعي و قواعد العدالة ليست مكتوبة كنصوص مدونات مثل التشرع ، بل هي مفاهيم مجتمعية تستلهمها الأشخاص لتكون لديهم رصيد فكري ، كما قد نجد هذا الرصيد في المؤلفات الفكرية الفقهية . ولكن رغم ذلك لهذا الرصيد الفكري أهمية بالغة جدا في إبداع المفسر حيال تفسير ما أشكل فهمه من التشريعات المكتوبة .

[15] غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل ، عمان ، الأردن ، ط 7 ، 2004 ، ص 211

المبحث الثالث : مفهوم التفسير في التشريعات الوطنية

من الناحية الشكلية لا تختلف التفسيرات التشريعية عن التشريعات ، ولكن الإختلاف يظهر في الناحية الموضوعية ، وهذا ما سنسلط عليه الضوء من خلال المطلبين التاليين :

- المطلب الأول : مفهوم التفسير التشريعي
- المطلب الثاني : إيجابيات وسلبيات التفسير التشريعي

المطلب الأول : مفهوم التفسير التشريعي

قد تصدر السلطة التشريعية بالإضافة إلى مختلف القوانين ، تشريعات تفسيرية لسد الثغرات القانونية في القوانين المعيبة ، وللبحث في هذه المسألة سوف نسلط الضوء على ما يلي :

- الفرع الأول: تعريف التفسير التشريعي
- الفرع الثاني : خصائص التفسير التشريعي

الفرع الأول : تعريف التفسير التشريعي

يمكن تعريف التفسير التشريعي بأنه تشريع مكمل من المشرع لتشريعه الأصلى ، من خلال سد مجمل الثغرات التي كشفها الواقع التطبيقي لتشريعه الأصلي على المستويين التنفيذي و القضائي .

وقد عرفه البعض كما يلي :

" التفسير المكمل هو ذلك التفسير الذي يضعه المشرع لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق بسبب ما إكتنفه من غموض أو صادفه من خلاف عند التطبيق "[16]

الفرع الثاني : خصائص التفسير التشريعي

عندما يتظح للسلطة التشريعية عيوب التشريعات الصادرة عنها بما تؤكده الإجتهادات القضائية والتفسيرات الفقهية ومختلف إشكالات التنفيذ التي تعترض السلطة التنفيذية ، فإنها مخيرة بين تعديل التشريعات المعيبة بإصدار تشريعات معدلة أو إزالة عيوب التشريعات الأصلي من خلال إصدار تشريعات تفسيرية للتشريع الأصلي [17] .

[16] أبو السعود رمضان، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1986 ، د ط ، ص 189 .

[17] فيصبح أمام سلطتي التنفيذ والقضاء قانون أصلي وقانون مفسر تابع للقانون الأصلي ،

وللتشريع التفسيري خصائص يمكن إجمالها فيما يلي :

- يصدر التفسير التشريعي عن السلطة التشريعية .
- يمر التفسير التشريعي إجرائيا بنفس إجراءات إصدار التشريعات .
- تكمن فلسفة التشريعات التفسيرية في سد الثغرات القانونية التي خلفتها التشريعات الأصلية المعيبة .
- للتفسير التشريعي نفس الحجية في الإلزام التي يحوزها التشريع الأصلي المعيب ، فيطبقان في نفس الأطر المكانية والزمانية وبنفس حجية الإلزام .
- للتفسيرات التشريعية سلطة موقفة للإجتهادات القضائية متى صدرت قبل صدور الإجتهاد القضائي .
- للتفسير التشريعي للتشريع الأصلي المعيب أثر رجعي يمتد من تاريخ صدور التشريع الأصلي[18] .
- يختلف التفسير التشريعي عن التشريع المعدل في أثر نفاذه [19] ، إذ أن التفسير التشريعي له أثر رجعي يمتد من تاريخ صدور التشريع الأصلي ، أما التشريع المعدل فليس له أي أثر رجعي ، بل أثره يبدأ من تاريخ نفاذه [20].
- التفسير التشريعي هو الفيصل لكل الأحوال التي تقع فيها تناقضات في تفسير الثغرات القانونية سواء كان ذلك على مستوى الإجتهادات القضائية أو على مستوى السلطة التنفيذية .

المطلب الثاني : إيجابيات وسلبيات التفسير التشريعي

ينص مبدأ مونتيسكيو على الفصل بين السلطات : التشريعية ، التنفيذية والقضائية ، ومن هذا الفصل رغم نسبيته أن لا تتدخل أي سلطة في صلاحيات السلطة الأخرى ، ففي ميدان التشريع إن أصدرت السلطة التشريعية

---

[18] chambre sociale 8 juin 2011 pourvoi n°09-67051, BICC n°750 du 1er novembre 2011.

" Une loi n'est interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverse. Lorsque une loi introduit dans la législation une disposition nouvelle elle n'a pas de caractère interprétatif et n'est donc, elle n'est pas applicable à des faits antérieurs à son entrée en vigueur "

إن القاعدة القانونية تطبق بأثر رجعي عندما تصدر في قالبها التفسيري ، فهي لا تتضمن حكما جديدا ، بمعنى أنها تفسر قواعدا قانونية سابقة . فمتى تضمنت حكما جديدا ، فهي ليست من قبيل القواعد التفسيرية ، وبالتالي لا تسري بأثر رجعي .

[19] أبو ملوح موسى سلمان ، المدخل للعلوم القانونية ، ط 1 ، غزة ، 2009 ، ص 267

[20] تاريخ نفاذ القوانين بعد صدورها يتعلق بالنظام القانوني للدولة .

تشريعات معيبة ، فهل من الأجود أن تتولى هي بذاتها تصحيح تلك العيوب عن طريق إصدار تفسيرات تشريعية ؟ هذا ما سنسلط عليه الضوء من خلال الفرعين التاليين :

- الفرع الأول : أهمية التفسير التشريعي
- الفرع الثاني : عيوب التفسير التشريعي

الفرع الأول : أهمية التفسير التشريعي

مادام التشريع حق بيد السلطة التشريعية ، فعليها الإستئثار الكامل غير المنقوص بهذا الحق ، فمتى كان ذلك حازت التشريعات على جودتها ، أما إن سلمت بجزء من هذا الحق إلى السلطة التنظيمية لوضع تشريعات فرعية عن طريق الإحالة ، تكون قد ساهمت في طغيان هذه السلطة على حساب سلطتي القضاء والتشريع ، أما إن كانت التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية تحمل عيوبا نصية ، ولم تتداركها بتشريعات تفسيرية مكملة بما يرأب الثغرات القانونية الموجودة بالتشريع الأصلي الصادر عنها ، سوف تترك عيوب تشريعها عرضة للتفسير من طرف السلطة القضائية ، وذلك من خلال إجتهادات القضاة فيما يعرض عليهم من مختلف النزاعات ، والتي قد تصيب في إجتهادها مركز دريئة المشرع ، كما قد تجانب الصواب .

وعلى هذا الأساس يمكن القول أنه من أهم المزايا التي نلمسها في التفسير التشريعي مايلي :

- تعزيز دولة القانون .
- تعزيز تطبيق مبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات [21] .
- تعزيز وجود الديمقراطية بالدولة .
- صياغة تفسيرات تشريعية ذات جودة عالية للتشريع الأصلي المعيب ، فصاحب الثغرة القانونية أدرى وأكفأ في جودة رأبها بما يفي الفلسفة القانونية للتشريع الأصلي حقها .

الفرع الثاني : عيوب التفسير التشريعي

بعدما عددنا مناقب التفسير التشريعي سوف نشير إلى عيوبه من منظار الواقع [22]:

[21] إنها السلطات الثلاث : السلطة التشريعية ، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

- إشكالية التأخير الزمني في إصدار التشريعات التفسيرية بعد إكتشاف الثغرات القانونية بالتشريع الأصلي ، وهذا التأخير سوف ينعكس على تثبيط مختلف أعمال السلطة التنفيذية المرتبطة بتطبيق التشريع الأصلي المعيب متى كان التطبيق يمس عيوب الثغرات القانونية .
- إشكالية التأخير الزمني في إصدار التشريعات التفسيرية بعد إكتشاف الثغرات القانونية بالتشريع الأصلي ينعكس كذلك على مختلف محاكم ومجالس السلطة القضائية من باب الإجتهاد بإصدارها لأحكام وقرارات متباينة لنزاعات متشابهة متعلقة بالتشريع الأصلي المعيب بثغرات قانونية .
- إشكالية عدم إدراك الواقع على سجيته من طرف السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع الأصلي المعيب [23] ، قد يقودها إلى إصدار تشريع تفسيري معيب أيضا . وهناك بعض المؤلفين من يؤكد أن السلطة التشريعية يستحيل عليها الوقوف عند كل المستجدات التي سوف يواجهها القانون عند تطبيقه .[24]
- نظرا لترسانة القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية ، وللأعمال القبلية لهذه التشريعات [25] سوف يشق على هذه السلطة أن تعكف من جديد على إصدار التشريعات التفسيرية للتشريعات الأصلية المعيبة ، والواقع أثبت أن كثرة الإصدارات القانونية المعدلة لقوانين سيئة لا ينتج عنها إلا قوانين أكثر سوءا[26] .
- إشكالية تزامن التفسيرات التشريعية للتشريعات الأصلية المعيبة مع الأحكام والقرارات القضائية التي تحمل في طياتها إجتهادات قضائية لذات التشريعات المعيبة ، والتي قد تكون جد متعارضة إلى حد التناقض .
- للتشريعات التفسيرية أحيانا تأثير سلبي على دولة القانون عند بعض الأشخاص المتعاملين بهذه القوانين ، مثل القوانين الإقتصادية التي تمس الإستثمارات الأجنبية .[27]

---

[22] في الواقع من النادر العثور على التشريعات التفسيرية للتشريعات الأصلية المعيبة ، عكس التشريعات المعدلة التي لا حصر لها .

[23] وبالخصوص إن كان أعضاء البرلمان نواب الشعب لا يعيرون أحوال الشعب إهتماما قدر إهتمامهم بأحوالهم الخاصة ، وللأسف الشديد هذا هو حال ودأب أغلب البرلمنات العربية .

[24] الفتلاوي سهيل ، المدخل لدراسة علم القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، ط 2 ، 2009 ، ص 236

[25] من هذه الأعمال القبلية تشكيل لجان متخصصة بالبرلمان لدراسة مشاريع القوانين ومقترحاته قبل عرضها للنقاش على أعضاء البرلمان ثم التصويت عليها ، ولهذه المراحل أوقات مبرمجة .

[26] ما لا يدرك كله لا يترك كله ، وإنطلاقا من هذه القاعدة ينبغي على السلطة التنفيذية أن تمسك العصى من الوسط ، فكما لا يمكنها أن تسخر زمنا لوضع تفسيرات لكل القوانين المعيبة ، فإنه من الواجب أن تضع على الأقل بعض التفسيرات لبعض القوانين المهمة وبالخصوص القوانين العضوية ، وهذا أحسن بكثير من أن تعديلها كل مرة .

[27] أي تغلب الشكوك السلبية عند هكذا تفسيرات عند المستثمرين الأجانب ، والتي قد تؤدي إلى عدم إستقطاب غيرهم .

الفصل الثاني : مدارس التفسير القانوني

لقد إختلفت نظرة الفقهاء والنظريات الفقهية لتفسير النصوص القانونية بين تقديسها للقانون وعدم تجويزها الخروج عن النص لا من حيث البحث في نية ومقاصد المشرع من وراء تشريعه ، ولا من حيث إسقاط التشريع على الواقع المخصص له [28] ، فشكلت هذه النظرة وهذه النظريات الفقهية مدرسة فقهية تدعى مدرسة الإلتزام بالنص [29] . وعلى العكس النقيض منها يرى فقهاء آخرون أن النصوص القانونية ليست مقدسة بل هي مرنة مرونة الظروف الواقعية التي وضعت لها ، إذ تتطور مع تطورها ، فإن لم توجد النصوص القانونية المواكبة لتطور الواقع يأتي دور شراح القانون والمفسرون لقواعده ليضعوا القواعد التفسيرية التي يمكن إسقاطها على ذلك الواقع ، حتى لو خرج المفسرون من باب التفسير إلى باب إنشاء قواعد قانونية جديدة ، وهذا ما كان دأب القضاة للتحكم في التشريع ، وسميت مدرسة هؤلاء بالمدرسة الإجتماعية [30] لمواكبتها التطورات الإجتماعية الحاصلة في المجتمع .

وعلى أنقاض هذين المدرستين حلت المدرسة العلمية التي أخذت العصى من الوسط ، فلم تقدس المشرع وتشريعاته كمدرسة الإلتزام بالنص ، كما أنها كذلك لم تقزم دوره كسلطة أساسية من سلطات الدولة مثلما فعلته المدرسة الإجتماعية . ومن خلال هذا الفصل سوف نسلط الضوء على :

- المبحث الأول : مدارس الإلتزام بالنص
- المبحث الثاني : مدارس التفسير خارج إطار النص المفسر

المبحث الأول : مدارس الإلتزام بالنص

سميت بمدارس الإلتزام بالنص كون روادها كانوا يكتفون بشرح النصوص القانونية على هامش النصوص المقدسة عندهم ، ومن خلال هذا المبحث سوف نسلط الضوء على :

- المطلب الأول : مفهوم مدارس الإلتزام بالنص

---

[28] سواء وجد هذا الواقع (الاجتماعي ، الاقتصادي ، الثقافي ، السياسي ، العسكري.....) ليتوافق مع القانون أو وجد بشكل غير متوافق مع القانون المشرع له ، أو أن هذا الواقع قد تغير مع الوقت ولكن القانون لم يتغير .)

[29] تدعى هذه المدرسة كذلك بمدرسة الشرح على المتون

[30] تدعى هذه المدرسة كذلك بالمدرسة التاريخية ، أي أن القانون ليس جامدا بل يتطور تاريخيا مع تطور الوقائع .

- المطلب الثاني: خصائص مدارس الإلتزام بالنص
- المطلب الثالث : الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون

المطلب الأول : مفهوم مدارس الإلتزام بالنص

إن الكثير من المؤلفات الفقهية تربط تاريخ ظهور مدارس الإلتزام بالنص أو مذهب الشرح على المتون بالحضارة الفرنسية [31] في القرن الثامن عشر، ولكن في الحقيقة المحطة الفرنسية لم تشكل إلا أوج عصر هذا المذهب . فكثير من الأمم قبل القرن الثامن عشر كانت تقدس النصوص القانونية الصادرة عن الحاكم ، سواء وجدت السلطة التشريعية منفصلة عن الحاكم أو متصلة به . ولكن ثمة أساس متين جعل العصر الذهبي لمذهب الشرح على المتون في القرن التاسع عشر يمتد إلى فرنسا ، ولهذا الأساس عوامل يمكن تلخيصها في :

- إن القانون الفرنسي أو كما يسمى قانون نابوليون بني على أساس فكري متين متمثل في الثورة الفكرية التي قادها الفقيه جون جاك روسوا ومونتيسكيوا .
- إن قانون نابوليون أسس على مبدأ الفقيه مونتيسكيوا للفصل بين السلطات : التشريعية ، التنفيذية و القضائية ، وأثبت الواقع أن قوة التشريع تكمن كذلك في قوة الفصل بين هذه السلطات ، بما يعني تهاوي وضعف التشريع من ضعف هكذا فصل .
- إن قانون نابوليون مقدس كذلك لأنه ولد من رحم ثورة شعبية ، وهذه النظرة نلمسها عند الكثير من الفقهاء أمثال ماركديه وترولون .
- إن الصياغة القانونية الشكلية الرائعة واللغة الراقية التي صيغت بها القواعد القانونية النابوليونية نمّت روح دراستها و تحليلها عند رواد نهج الشرح على المتون .
- إن الصياغة القانونية الموضوعية لقانون نابوليون عكست لرواد نهج الشرح على المتون مدى تواصل هذا القانون مع الشعب والواقع المعاش ومدى سعيه لتنظيم علاقات الأشخاص ، بالإضافة إلى تحقيق العدل ، فكان عندهم بحق ثمرة متميزة لثورة شعبية رائدة .

[31] ليس بالضرورة تصديق كل ما يسرده التاريخ ، فنهيك عن تأثره بالمحيط السياسي والإجتماعي والإقتصادي وتأثره بالعوامل النفسية للمؤرخ ، وعوامل تعالي بعض المجتمعات ، وإحتقار مجتمعات أخرى ، كل ذلك يضع حلقات التاريخ في واقع الشك أحيانا ، والمثال الواقعي الذي نقله التاريخ الغربي عن مؤسس علم الإجتماع ، والمتمثل في الفيلسوف كونت ارغم أنه أخذ هذا العلم عن العلامة العربي إبن خلدون .

- إن تقديس الثورة الفرنسية في حد ذاته كان أكبر عامل من عوامل تقديس الشراح لمختلف القواعد القانونية النابوليونية ، فإلهامهم بتقديسها نابع من إلهام تقديس الثورة الذي وصل إلى حد الشرح دون أدنى نقد أو إنتقاد للقواعد المشروحة .
- إن تعظيم كمالية القانون الوضعي الفرنسي المجموع في عهد نابوليون ، حيث كانت نظرتهم التقديسية له من باب الكمال وأنه ما ترك كبيرة ولا صغيرة في تنظيم المجتمع إلا وأحصاها ، بما لا يدع مجالا للشك ، وعليه لا إجتهاد مع القانون الكامل ، ودور الفقهاء يقتصر على التدوين والترتيب والشرح لا غير ذلك ، وكذلك يمتد الشأن إلى سلك القضاء .
- إن تعظيم الشراح لنابوليون في حد ذاته حين تمكن من توحيد القانون على كامل ربوع الدولة الفرنسية ، حيث التنظيم القانوني في الشمال الفرنسي لا يختلف عن الجنوب الفرنسي .
- إن تعظيم الشراح لعمل نابوليون حين تمكن من جمع النصوص القانونية لكل فرع من فروع القانون وتضمينها في مدونة مستقلة [32] .
- كل هذه كانت من العوامل التي أزجيها لظهور مدرسة تقديس القانون أو ما يطلق عليه بمذهب الشرح على المتون .
- وبناءا على ذلك إنبرى شراح القانون على تحليل النصوص القانونية لإستنباط المعاني والمقاصد التشريعية ، وتبسيط المفاهيم التشريعية للغير ، وكل ذلك كان يكتب في الغالب على الحواشي أو ما يسمى بهوامش النصوص القانونية قيد الشرح ، وكذلك فعل في القديم علماء الفقه الإسلامي عند شرحهم للمراجع القديمة [33]، وذلك للحفاظ على النصوص الأصلية إلى جانب شرحها ، حيث كانت تبرز جمالية السياحة الفكرية في التجوال بين عقول المفكرين . وكان يطلق على هذه المنهجية في الشرح بالشرح على المتون .

المطلب الثاني : خصائص مدارس الإلتزام بالنص

يمكن من خلال ما تم توظيحه في مفهوم مدارس الإلتزام بالنص أن أخرج بجملة من الخصائص لهذا المذهب :

- إنه مذهب شكلي في منهجية شرح القانون [34].

[32] فرج توفيق حسن ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، د ط ، ج 1 ، 1993 ، ص 399 .

[33] رزيق موسى ، مدخل إلى دراسة القانون ، النشر العلمي ، جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ، ط2 ، 2005 ، ص 112 .

[34] إبراهيم أبو النجا ، محاضرات في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د ط ، الجزائر ، 1999 .

- يتم شرح النصوص القانونية من خلال تفتيت شرحها إلى شرح مواد النصوص وفقراتها و بنود موادها للوصول بداية إلى شرح تفصيلي للقواعد القانونية ، وإنتهاءا بشرح المعنى الإجمالي للنص القانوني وترتيب الغايات والمقاصد التي كان يرمي المشرع إلى تحقيقها[35] .
- إنه مذهب مقدس للنصوص القانونية [36] ، وهذا التقديس كفكر قانوني لم يلازم فقط فقهاء القرن التاسع عشر ، بل هناك العديد من المنادين بتفعيل هذا الفكر في وقتنا الحالي .
- حتى في الحالات التي تتراءى فيها عيوب النص القانوني ، لا يجوز للمفسر وضع حلول لجبر تلك العيوب ، فهذا دور المشرع متى تدخل فيه الغير أفسده ولو كانت نظرته عين الصواب .
- التشريع هو المصدر الأساسي و الوحيد للقانون ، فهو مقدس وتطبيقه كذلك ، حتى في حالات تغير الواقع وعدم تعديل التشريع ، فالتعديل في حد ذاته لن يرى النور إلا من خلال إرادة المشرع.

المطلب الثالث : الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون

لقد وجهت العديد من الإنتقادات لمدرسة تقديس النص من طرف الفقهاء والباحثين في ميدان القانون ، والتي يمكن إيجازها في :

- تقديس التشريع كمصدر وحيد للقانون ودحض كل باقي المصادر هو في حد ذاته تزييف للواقع ، فأين القواعد العرفية وقواعد القانون الطبيعي والقواعد المستمدة من الشرائع السماوية والقواعد التنظيمية كتشريعات فرعية.
- كيف نلقي اللوم والنقص على الفقيه الذي أثبت عيوب القانون ، فهذا الأخير من وضع البشر التي تصيب تارة وتخطئ تارة أخرى .

---

[35] أبو السعود رمضان ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، ص 197 .

[36] " صرح عميد كلية الحقوق بباريس الأستاذ بلوندو في خطاب له سنة 1841 أمام أكاديمية العلوم الأخلاقية و السياسية عنونه من أي مصدر تتيح اليوم القرارات السياسية بان التشريع قد أصبح المصدر الوحيد للقانون و انه بنبغي التخلص من المصادر الكاذبة التي كثيرا ما يراد من إحلالها محل إرادة المشرع و هي السوابق القضائية و العادات المنصوص عليها في التشريع و الإحساس بالعدالة وإن فكرة المنفعة العامة و المبادئ القانونية . و قد خلص بلوتو في هذا الخطاب إلى حد القول بان القاضي ينبغي أن يرفض كل طلب لا يستند إلى نص صريح في التشريع ". تم الحصول على هذا التصريح من الموقع الإلكتروني : http://www.tribunaldz.com/forum/p803 حيث تم التحميل يوم 03 جوان 2018 على الساعة العاشرة صباحا .

- أحيانا يستعصي على الشراح إستخلاص نية المشرع في القوانين المعيبة . أما إستخلاص نيات مفترضة من قوانين ونظريات أخرى ثم نسبها إلى المشرع [37]هو في حد ذاته تناقض مع مبادئ وأسس مذهب الشرح على المتون .
- إن تقديس التشريع كمصدر وحيد للقانون ودحض كل باقي المصادر هو في حد ذاته تشجيع مباشر لإستبداد الحاكم على المحكومين .
- وكذلك إعتماد مذهب الشرح على المتون قد يؤدي إلى تعطيل مصالح الأشخاص على المستوى الإداري في القوانين المعيبة ، كما ينحى ذلك المنحى في مختلف النزاعات والدعاوى القضائية عندما لا يجد القاضي حلولا في القوانين المتعلقة بالنزاع .
- إن القوانين مهما كانت ذات جودة يجب أن تتلائم مع الواقع الإجتماعي المتطور وواقع الأشخاص بمرور الزمن ، وهذا ما قد يتعارض ومنظومة تقديس القوانين .
- لا يمكن الحديث عن الإنصاف والعدل عند التطبيق الآلي للقوانين المقدسة في الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء ، مادام القضاة لا يأخذون بعين الإعتبار علم النفس وعلم الإجتماع وروح القانون بعين الإعتبار إلى جانب النصوص القانونية .[38]

المبحث الثاني : مدارس التفسير خارج إطار النص المفسر

نعني بمدارس التفسير خارج إطار النص المفسر تلك المدارس غير المقدسة للقانون كتشريع وضعي ، والتي قامت على أنقاض مدرسة الشرح على المتون ، حيث للمفسر مجال كبير من الحرية في تفسير النصوص القانونية وخاصة تلك التي تعزوها الكثير من الثغرات القانونية . وتتمثل هذه المدارس في المدرسة التاريخية والمدرسة العلمية ، حيث سوف نخصص لكليهما دراسة تحليلية .

- المطلب الأول : المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية
- المطلب الثاني : المدرسة العلمية للنص المفسر

[37] فاضلي ادريس ، الوجيز في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص 87

[38] في القضاء الحديث نجد الطب النفسي حلقة أساسية ، يرجع إليها القضاة قبل إصدار أحكامهم وقراراتهم القضائية المستندة للنصوص القانونية .

المطلب الأول : المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية

سوف نسلط الضوء على المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية من خلال دراسة الفروع التالية :

- الفرع الأول : مفهوم المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية
- الفرع الثاني : خصائص المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية
- الفرع الثالث : النقد الموجه للمدرسة التاريخية للتفاسير القانونية

الفرع الأول : مفهوم المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية

لقد ظهرت المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية على يد الفقيه الألماني سافيني [39] ، وإنتشر فكره في كل من ألمانيا وفرنسا ثم عم ذلك على العديد من الدول الأوروبية ، ولم يكن الرائد الوحيد[40] لهذه المدرسة بل كان من أبرزهم .

ويكمن الأساس الفكري لهذه المدرسة في مايلي :

- القانون كتشريع ليس وليد للسلطة التشريعية في الأصل ، بل هو وليد حاجات مختلف الأشخاص بالمجتمع .
- تكمن مهمة المشرع الأساسية و الوحيدة في كشف اللثام عن مختلف حاجات الأشخاص بالمجتمع .
- بعد كشف المشرع لهذه الحاجات من خلال تقنينها ينسحب من ساحة تنظيم الأشخاص بالمجتمع ليترك هذا الدور للمفسرين ، فالمجتمع في تطور دائم ويصبح التشريع عاجزا عندها عن تلبية هذه الحاجات المتطورة [41].

---

[39] " فريدريك كارل فون سافيني، (Friedrich Carl von Savigny) ولد سنة 1779 وتوفى في 1861 ، هو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني. كان آستاذاً للقانون الروماني بجامعة هومبولت في برلين ، وكان أول مدير لها. يعتبر مؤسس المدرسة التاريخية في القانون، ففي عام 1814 عارض دعوة الفقيه أنطون تيبوت إلى وضع تقنين لألمانيا، داعياً إلى أن القانون في تطور مستمر، لأنه ثمرة الظروف الإجتماعية والتطور، وليس ثمرة للعقل والتفكير. و تعد كتاباته في القانون الروماني نموذجاً للدراسات التاريخية في علم القانون. ومن أكبر مؤلفاته هي "تاريخ القانون الروماني في العصور الوسطى" (سبعة أجزاء 1834-1851). وكتاباته في القانون الروماني في النظم الأوروبية الحديثة تتضمن كتاب "قانون الحيازة"، و"نظم القانون الروماني الحديث" " هذه السيرة منسوخة حرفيا من الموقع الإلكتروني ويكيبيديا https://ar.wikipedia.org

[40] من رواد المدرسة التاريخية لتفسير القانون نجد كذلك الفقيه فوت مارلن و الفقيه هيجور باشتا .

[41] أبو ملوح موسى سلمان ، المدخل للعلوم القانونية ، 2001 ، د ن ، ط 1 ، غزة، ص 275

- روح النصوص التشريعية تتجلى في الحرية المطلقة للتفسير و الإجتهاد بما يجود به فكر الفقهاء و القضاة إلى حد إبتكار القواعد القانونية .

الفرع الثاني : خصائص المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية

من خلال المفهوم التحليلي الذي تناولناه سابقا يمكن الوقوف على أبرز خصائص المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية والتي يمكن إيجازها في :

- تمد هذه المدرسة التشريعات الوضعية بالمرونة اللازمة للتأقلم مع كل الظروف المؤثرة فيها مادية كانت أو معنوية .
- تسمح هذه المدرسة للسلطة التنفيذية بالتطبيق المثالي للقوانين الوضعية مهما تغيرت الظروف المحيطة بهذه القوانين .
- تسمح هذه المدرسة للسلطة القضائية من خلال مختلف هيئاتها القضائية بتكريس حر ومطلق للإجتهادات القضائية إلى حد يصل إلى سن قواعد قانونية جديدة [42] .
- تعمل هذه المدرسة على تحييد الهيئة التشريعية في الدولة من سلطتها ، فلا يحكم المجتمع إلا سلطتان ألا وهما السلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

الفرع الثالث : النقد الموجه للمدرسة التاريخية للتفاسير القانونية

برغم الإستحسان الذي قوبلت به المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية كفكر قانوني حديث وكثورة فكرية على مدرسة تقديس التشريع ، إلا أنها قوبلت كذلك بنقد كبير ، وبالخصوص أنها تفاعلت مع المنهج التفسيري للقانون بتطرف شبيه بتطرف مدرسة تقديس القانون ، ومن بين أهم الإنتقادات الموجهة لها نستخلص ما يلي :

- تثبيط حيوية السلطة التشريعية في الدولة على حساب تنامي السلطتين القضائية والتنفيذية مناف للديمقراطية التي تتغنى بها الدول الغربية .
- تقزيم دور المشرع بالإستحواذ على بعض صلاحياته لصالح السلطة القضائية والسلطة التنفيذية مناف لمبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات .

[42] الأهواني حسام الدين كمال ، المدخل للعلوم القانونية ، مصر ، ج 1 ، دط ، دن ، 1998 ، ص 259 .

- ربط منهج تفسير القانون بالحاجات المتطورة للأشخاص بالمجتمع سوف يخلق مجموعة كبيرة من التناقض والتعارض بين مختلف أنواع الأحكام والقرارات القضائية في مختلف الدعاوى و القضايا المتماثلة الماثلة أمام مختلف الهيئات القضائية بالدولة [43]، وهذا من شأنه أن يعصف بدولة القانون .
- ربط منهج تفسير القانون بالحاجات المتطورة للأشخاص في المجتمع سوف يخلق فسادا في أركان الدولة من خلال التعاون على الفساد بين مافيا المال ورجال تفسير القانون [44] حسب الحاجات المتطورة للأشخاص في المجتمع .
- هناك تناقض واظح وكبير بين العمل القضائي النبيل المتمثل في الفصل في مختلف الدعاوى والنزاعات الماثلة أمام مختلف هيئاته بمقتضى القواعد القانونية المشرعة بالدولة وبين إختراق مجال التشريع بسن قواعد قانونية جديدة ، وهكذا مشهد قد يساهم في رسم فسيفساء متناقضة المقاصد في المنظومة القانونية الواحدة .

المطلب الثاني : المدرسة العلمية للنص المفسر

لقد كان ميلاد مدرسة البحث العلمي الحر على أنقاض المدرستين (مدرسة تقديس النصوص التشريعية و المدرسة الإجتماعية) ، حيث أخذت عصى تفسير النصوص القانونية من الوسط ، فلا هي قدست النصوص القانونية ولا هي أهملت بصمات المشرع بالكلية . ويشهد التاريخ الغربي أن أول المفكرين المنادين بفلسفتها هو المفكر الفرنسي فروسوا جيني [45] ، كما هناك العديد من الأبحاث العلمية والنظريات العلمية التي نحت منحى المدرسة العلمية في مناهج التفسير [46]

---

[43] أبو السعود رمضان ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، ص 200

[44] سواء كان هؤلاء من القضاة أو من السلطة التنفيذية .

[45] طبعا هذا ما سرده التاريخ الغربي وساقه إلينا ، ولكن التاريخ الإسلامي يشهد أن فكر هذه المدرسة تجسد عند بعض الفقهاء في الشريعة الإسلامية بقرون خلت القرن التاسع عشر .

[46] ومن هذه النظريات نجد النظرية التوفيقية " أسس النظرية التوفيقية : هذه الأسس منسوخة حرفيا من الموقع الإلكتروني https://legaladviceme.com نظريات البحث العلمي في مجال القانون وذلك يوم 4 جوان 2018 حيث يزجي الموقع تبعية النظرية لباحثين أردنيين

- الشعب هو مصدر السلطات والمشرع ينوب عنه لوضع القواعد القانوية العامة والتفصيلية التي تحكم السلوكيات الإنسانية الخاصة والعامة.
- عندما تثور منازعة ما بين الأفراد، يجب البحث داخل متون القانون الحاكم لتلك المنازعات والوقوف على معان القاعدة القانونية بحثاً عن الإرادة الحقيقية للشارع وقت وضع القاعدة مع مراعاة اتصال التشريع بالحياة العملية وتفاعله معها.
- أن القاعدة القانونية متى خرجت من يد واضعيها أصبحت أسيرة الظروف الاجتماعية المختلفة في تحديد نطاقها ومراميها.

ومن خلال هذا المطلب سوف ندرس ما يلي :

- الفرع الأول : تعريف المدرسة العلمية لمناهج التفسير
- الفرع الثاني : خصائص المدرسة العلمية لمناهج التفسير
- الفرع الثالث : الإنتقادات الموجهة للمدرسة العلمية لمناهج التفسير

الفرع الأول : تعريف المدرسة العلمية لمناهج التفسير

تعتبر المدرسة العلمية لمناهج التفسير تلك المدرسة التي تمكنت بفضل نظريات فقهائها من تحقيق مبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات ، ولكن بأداة فصل مرنة وليست جامدة ، فالقضاء يسلم بتطبيق قواعد التشريع على سجيتها دون إبتكار لغيرها ، ولكنه ملزم بالإجتهاد كلما عجز عن إسقاط الوقائع على قوالب التشريع لعدم وجودها أو لعيب يشوبها .

- أنه عند تفسير القاعد القانونية يتعين اتباع طرق التفسير الداخلية للقاعدة والوقوف أمام المنطوق اللفظي للقاعدة القانونية وفحواه ومعرفة أساليب اللغة التي صيغت بها القاعد القانونية ومعرفة طرق الاستدلال المنطقي واللجوء إلى الدلالات بأنواعها كدلالة الإشارة ودلالة الإقتضاء.
- أنه عند التيقن من عدم وجود قاعدة قانونية تحكم النزاع يتعين الرجوع إلى المصادر الرديفة للقانون من القانون المدني أو القانون التجاري أو غيره من القوانين.
- عند خلو القوانين من القواعد القانونية التي تفضي إلى حل للمشكلة المثارة أمام القضاء، يلزم القاضي بالبحث والتحري عن حل لها.
- عند عدم وجود قاعدة قانونية في القوانين المقارنة يتعين اللجوء إلى العرف مع مراعاة عدم خروجه عن القواعد القانونية الآمرة وعن النظام العام والآداب في الدولة.
- عند عدم وجود عرف يلجأ إلى السوابق القضائية في الدولة والاطلاع على اجتهادات المحاكم المختلفة.
- عند عدم وجود سوابق قضائية يتم اللجوء إلى رأي أهل الفقه والشرّاح المحليين في الدولة.
- أنه يتعين في كل مرحلة من مراحل البحث عن القاعد القانونية أو لتطويرها بضرورة مراعاة روح التشريع وحكمته، أي إحترام القواعد العامة التي يمكن استخلاصها من القواعد القانونية المختلفة في الدولة.
- أنه يتعين في كل مرحلة من مراحل البحث عن القاعدة القانونية أو تطويرها ضرورة الاهتمام بالأعمال التحضيرية، أي آراء المشتركين في عملية تشريع النصوص والمناقشات التي دارت حوله في السلطة التشريعية ولا ضير من الرجوع إلى المذكرات الإيضاحية للقانون إن وجدت.
- أنه يتعين في كل مرحلة من مراحل البحث عن القاعدة القانونية أو تطويرها بضرورة مراعاة القياس أي إلحاق واقعة لم يرد بشأنها قاعدة قانونية بواقعة أخرى ورد النص على حكمها لاتحادها في العلة. "

الفرع الثاني : خصائص المدرسة العلمية لمناهج التفسير

تعتبر المدرسة العلمية لمناهج التفسير من أبرز المدارس من حيث القبول والتطبيق في أغلب دول العالم ، ومن أبرز الخصائص التي تتميز بها هذه المدرسة عن غيرها نلخصه فيما يلي :

- تتفق المدرسة العلمية لمناهج التفسير مع مذهب الشرح على المتون في ضرورة إستقلالية التشريع وليس تقديسه ، كما تتفق معه كذلك على إلزامية الأخذ بنية ومقاصد المشرع عند تفسير نصوصه القانونية .
- تختلف المدرسة العلمية لمناهج التفسير مع مذهب الشرح على المتون في قضية إفتراض نوايا جديدة للتشريع ثم تنسب للمشرع لإستخلاص التفسير المناسب للواقع المعاش ، وهذا في الحقيقة تهرب أصحاب المذهب من إقرارهم بجواز وجود تشريعات ناقصة أو معيبة ، وهو ما يقر به أصحاب المدرسة العلمية .
- تتفق المدرسة العلمية لمناهج التفسير مع المدرسة التاريخية لمناهج التفسير في عدم تقديس التشريع الوضعي ، فهو نابع من فكر بشري محدود قد يطمح للكمال في صياغته ، ولكن يستحيل عليه ذلك من باب إستحالة إحصاء كل زوايا وخبايا الواقع لتقنين قواعد له ، هذا من جهة ، وكذلك لتطور هذا الواقع مولدا زوايا وخبايا جديدة .
- تختلف المدرسة العلمية لمناهج التفسير مع المدرسة التاريخية لمناهج التفسير في تقدير قيمة التشريع أو التنكر له ، فالمدرسة التاريخية ترى في التشريع الجامد مثبطا وفي التفسير القادر على سن قواعد قانونية جديدة روح وإستمرارية للتشريع [47] ، وهذا ما لا تراه المدرسة العلمية التي تطالب بالمكانة الحقيقية المستقلة للتشريع ، ولكن متى كانت به ثغرات قانونية أوجب تفسيره لدرجة الإلزام على مستوى القضاء .[48]
- تقوم مناهج التفسير للمدرسة العلمية عند تفسير النصوص القانونية المعيبة على ضرورة البحث في كل المصادر القانونية المتصلة بالقانون المعيب ، سواء كانت تلك الأخيرة رسمية أو غير رسمية .

---

[47] سن قواعد قانونية جديدة ليس من فراغ بل من إدراك علمي لجوهر القانون المعتمد أساسا على :

- أولا الحقائق التاريخية .
- ثانيا الحقائق الواقعية .
- ثالثا الحقائق المثالية .
- رابعا الحقائق العلمية .

[48] من خلال مختلف الإجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف الهيئات القضائية بالدولة ، سواء كانت ملزمة لبعضها إن كانت موحدة من طرف الجهات القضائية العليا بالدولة ، أو كانت غير ملزمة إن لم تكن موحدة .

- كذلك تقوم مناهج التفسير للمدرسة العلمية عند تفسير النصوص القانونية المعيبة بالبحث في الأعمال التحضيرية التي سبقت صياغة القانون ، وفي الأعمال الخاصة بدراسة مشروع القانون أو مقترح القانون قبل التصويت عليه
- تحقق المدرسة العلمية دولة القانون بمفهوم مرن لمبدأ مونتيسكيو لإستقلال السلطات ، أي بمفهوم المخالفة السلطة التشريعية مستقلة ، ولكن إستقلالها مرن يسمح للسلطة القضائية بإصدر إجتهادات قضائية لما تعجز عن إسقاط الوقائع على القوالب التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية[49] ، ولا يعد ذلك إختراق لحدود السلطة التشريعية .[50]

الفرع الثالث : الإنتقادات الموجهة للمدرسة العلمية لمناهج التفسير

في الحقيقة المدرسة العلمية لمناهج التفسير هي الأكثر تطبيقا في المنظومات القانونية لأغلب دول العالم ، ورغم ذلك وجهت لهذه المدرسة بعض الإنتقادات ، فإن كان روح القانون يعتمد عند أصحاب المدرسة العلمية على الحقائق التاريخية للقواعد القانونية و على الحقائق الواقعية المعاشة ، فإن ذلك لا يستلهم إلا من خلال كشف اللثام عن مختلف حاجات الأشخاص بالمجتمع ، وهو من بين التفاصيل التي نادى بها أصحاب المنهج التاريخي و الإجتماعي .

الفصل الثالث : أنواع تفاسير القوانين الوضعية

في الغالب توضع النصوص القانونية لتنظيم العلاقات بين الأشخاص وحفظ النظام العام ، حتى إذا ثار بينهم نزاع أو تعرض النظام العام إلى خطر أو خلل تتدخل السلطة القضائية لفض النزاع وعلاج الخلل الذي طرأ على النظام العام . و لكن هذه النصوص هي من صياغة العقل البشري ، أين يستحيل أن تكون على الدوام صالحة للتطبيق وسلسة الشكل والمضمون مع الواقع نظرا لعدة أسباب ، أهمها :

- محدودية العقل البشري للأشخاص الطبيعيين المنظوين تحت مظلة الصياغة القانونية بكل مراحلها .

[49] القاعدة القانونية عند فقهاء المدرسة العلمية تتكون من عنصرين ألا وهما العلم والصياغة ، أما العلم فقائم على التفكير العقلي مهما كانت الوسائل العقلية التي يستند إليها كالتجربة والمشاهدة والتأمل وغيرها ، في حين تمثل الصياغة الشق الفني في الكتابة الشكلية للقاعدة ، وتكمن جودة الصياغة في جودة درجة التطابق بين العلم زالصياغة

[50] في الغالب تترك الصياغات التشريعية المرنة هامشا من الحرية لإصدار السلطات القضائية لإجتهاداتها عكس التشريعات الجامدة .

- إستحالة الإحاطة بكل الظروف والزوايا الواقعية أثناء الصياغة ، وعلى العموم تزيد هذه الإحاطة كلما زادت دائرة المشورة للأشخاص الذين لهم علاقة بالصياغة [51] .
- إستحالة الإحاطة بكل الظروف المستقبلية .
- خاصية التجريد في النصوص القانونية في بعض الأحيان نسبية .

ولعل بعض هذه الأسباب كافيا لصياغة قوانين تشوبها العديد من الثغرات مثل :

- إنعدام التنصيص من أصله على بعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات .
- نقص التنصيص على بعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات ، وهذا ما يدعوا إلى ضرورة تدارك النقص .
- التنصيص المعمم لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات والذي يحتاج إلى تفصيل .
- التنصيص الغامض لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات والذي يحتاج إلى إزالة الغموض .
- التنصيص المتناقض لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات مع قواعد أخرى ضمن ذات المدونة أو مدونة أخرى ، الأمر الذي يدعوا لإزالة التناقض .

وأمام هذا الوضع يتدخل قطار التفسير لإصلاح خلل التشريع بسد الثغرات التي تتخلله من خلال أهم قاطراته المتمثلة في :

- المبحث الأول : التفسير الفقهي
- المبحث الثاني : التفسير التشريعي
- المبحث الثالث : التفسير التنظيمي
- المبحث الرابع : التفسير القضائي

[51] أحسن القوانين صياغةً هي تلك القوانين قليلة الثغرات ، وهذه الصفة ليست من فراغ بل بسبب نجاح مرحلة ما قبل الصياغة المبنية على الحوار الجاد بين كل الأشخاص الذين لهم علاقة بالقانون ، فما الصياغة إلا ترجمة لذلك الحوار وتحويله إلى قواعد قانونية .

المبحث الأول : التفسير الفقهي

لقد شكل الفقه العمود الفقري للقانون في العصر الروماني ، ومازال كذلك من أهم الحلقات التي يعتمد عليها القضاة حديثا في إجتهاداتهم ويستند إليها المشرعون كذلك في سن تشريعاتهم ، بالرغم من أن الدراسات الفقهية دراسات نظرية غير ملزمة . وفي هذا المبحث سوف نسلط الضوء على :

- المطلب الأول: تعريف التفسير الفقهي
- المطلب الثاني : خصائص التفسير الفقهي .

المطلب الأول : تعريف التفسير الفقهي

إن التفسير الفقهي هو عملية فكرية إبداعية للفقيه من خلال تجواله في فكر المشرع للكشف عن نواياه ومقاصده من النص المشَرع وللوقوف كذلك على عيوب النص من أجل إقتراح حلول جبرية له . وقد عرف البعض التفسير الفقهي بأنه " ذلك التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم وفتواهم وتقاريرهم ، فهو لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التي تستأنس بها المحاكم في تفسيرها لعناصر القانون " [52] .

وعُرف كذلك بأنه "هو التفسير الذي يباشره رجال القانون في مؤلفاتهم، وهؤلاء هم أساتذة الجامعات وكبار المحامين و القضاة ، حين يتناولون فيها نصوص التشريع بالتحليل بقصد الكشف عن معانيها وما تشتمله من أحكام، وهو مرجع لا غنى عنه للقاضي في تطبيقه للقانون على المنازعات و كذلك بالنسبة للمشرع الذي يلجأ إليه أحيانا لتعديل النصوص وفق ما استقر عليه الفقه. كما أنه تفسير يغلب عليه الطابع النظري بحكم طبيعة عمل الفقيه بتفسيره للنصوص النظرية."[53]

كما عرفه البعض مبسطا كالتالي : "التفسير الفقهي هو ذلك التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون بصدد دراستهم للقانون " [54]

المطلب الثاني : خصائص التفسير الفقهي .

وبناءا على التعاريف السابقة يمكن الوقوف على أهم عناصر التفسير الفقهي :

---

[52] فرج توفيق حسن ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، 1993 ، ص 399

[53] إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون ج1 : نظرية القانون، دار القلم، 1971، ص 687

[54] عكاشة محمد عبد العال ، سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص 49

- الفقيه وهو شخص طبيعي له مؤهلات علمية في دراسة التشريع بمنجية ومناهج علمية لكشف ثغراته وإعطاء حلول رأبها .
- الفقه لا حدود له في ميدان التفسير الذي يمتد إلى كل ما يصدر من السلطات الثلاث : التشريعية ، التنظيمية ، بل حتى الأحكام القضائية والإجتهادات القضائية يتعرض لها بالتحليل والإنتقاد .
- التفسيرات الفقهية رغم جودتها الفكرية إلا أنها ليست ملزمة لأي شخص .
- تستفيد السلطات التشريعية والتنظيمية من التفسيرات الفقهية في رأب الثغرات وعلاج عيوب ما يصدر عنهما من تشريعات وتنظيمات .
- السلطات القضائية في ميدان الإجتهادات القضائية تأخذ بالتفسيرات الفقهية للإستئناس بها .
- للفقه دور موجه للقضاء من خلال تعليق الفقهاء على مختلف الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء بمختلف درجاته ، وهذا التوجيه لا يمتد فقط إلى تحديد النقاط التي جانب فيها القضاة جادة الصواب ، بل يبينوا لهم كذلك مختلف التأثيرات السلبية لأحكامهم وقراراتهم في المجتمع .

المبحث الثاني : التفسير التشريعي

إن التشريع هو كل ما يصدر من السلطة التشريعية بالمفهوم الدستوري ، فمثلا في الدستور الجزائري يشمل التشريع كإطار عام كل القوانين العضوية والعادية الصادرة من البرلمان بغرفتيه[55] ولكن كإستثناء يمكن كذلك لرئيس الجمهورية أن يشرع بواسطة الأوامر الرئاسية [56] . وفي كل الأحوال تنص مختلف الدساتير في العالم على تحديد

[55] يتشكل البرلمان الجزائري من غرفتين : الغرفة السفلى المشكلة من أعضاء المجلس الشعبي الوطني المنتخبين من طرف الشعب إنتخابا سريا مباشرا ، أما الغرفة العليا فمشكلة من أعضاء مجلس الأمة ، حيث ثلثهم معين من طرف رئيس الجمهورية والثلثين الباقيين منتخبين من طرف الشعب إنتخابا غير مباشر ، حيث ينوب عن الشعب المنتخبين المحليين المنضوين تحت المجالس المحلية المنتخبة (في كل ولاية تتشكل هذه المجالس من المجلس الشعبي الولائي ومن عدد من المجالس الشعبية البلدية) أين يصوتون على المترشحون منهم لمجلس الأمة بطريق سري ومباشر .

[56] المادة 142 من الدستور الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية في العدد 14 بتاريخ 7 مارس 2016 م الموافق ل27 جمادى الأولى 1437 هـ : " لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطلة البرلمانية ، بعد رأي مجلس الدولة . ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي إتخذها على كل غرفة من البرلمان في أي دورة له لتوافق عليها .

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.

يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الإستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء .

صلاحيات ومهام سلطاتها [57] ، ومن ضمنها السلطة التشريعية . فإن كانت النصوص القانونية والمدونات الصادرة عن هذه السلطة بها ثغرات قانونية تحتاج إلى التفسير [58] ، فسوف يعكف فقهاء القانون على تفسير ما أشكل فهمه من خلال إستخراج المعاني الحبيسة في النصوص التي تسودها هكذا ثغرات في إطار نية المشرع ، وكذلك يفعل القضاة على مستوى كل مرافق القضاء ودرجات التقاضي من خلال الإجتهادات القضائية [59] .

وسواء توافقت التفسيرات الفقهية مع التفسيرات القضائية للنصوص القانونية أولم يتوافقا ، قد يرى المشرع أنهما قد جنحا عن نيته وغايته وبخاصة القضاء ، فَيُشَرِعُ من جديد نصا تشريعيا لإزالة اللبس وتوضيح نواياه ومقاصده ، ولذلك يدعى التشريع التفسيري الجديد للنص القانوني القديم بالقانون التفسيري أو التشريع التفسيري .

والخلاصة العامة أن كلا من التشريع الأصلي و التشريع التفسيري صدرا من جهة واحدة ألا وهي المشرع ، أما الإستثناء فيكمن حين لا يكلف المشرع ذاته تفسير ما صدر منه ويحيل ذلك إلى التنظيم [60] ، وإن الواقع القانوني في بعض الدول كالجزائر لا يعكس هذه الصورة إلا مقلوبة ، أين يتحول الإستثناء إلى قاعدة عامة و القاعدة العامة لا تصبح فقط إستثناءا بل قد لا نجد لها أثرا ، فهناك فرق كبير بين القانون المعدل والقانون المفسر[61] . وفي

المادة 107 نصها كالآتي : يقرر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو إستقلالها أو سلامة ترابها . ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد إستشارة : رئيس مجلس الأمة ، رئيس المجلس الشعبي الوطني ، رئيس المجلس الدستوري ، والإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء مع إجتماع وجوبي للبرلمان .

تخول الحالة الإستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الإستثنائية التي تستوجبها المحافظة على إستقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية .

[57] السلطة التشريعية ، السلطة التنفيذية ، السلطة التنظيمية والسلطة القضائية .

[58] إنعدام النص ، النص الناقص ، النص المعمم ،النص الغامض ،النص المتناقص مع نصوص أخرى و النص المعيب .

[59] في التنظيم القانوني للقضاء الجزائري تعمل كل من المحكمة العليا كأعلى هرم للقضاء العادي ، ومجلس الدولة كأعلى هرم للقضاء الإداري على توحيد الإجتهادات القضائية وهو ما تنص عليه المادة 171 من الدستور الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية في العدد 14 بتاريخ 7 مارس 2016 م الموافق ل27 جمادى الأولى 1437 هـ

[60] عندما نتكلم عن السلطة التنظيمية فهي ذاتها الإدارة العامة في مهمة أخرى غير المهمة التنفيذية ، والمهمة التنظيمية تتمثل في إصدار تنظيمات كتشريعات فرعية مثلا : رئيس الجمهورية يصدر المراسيم الرئاسية ، الوزير الأول أو رئيس الحكومة يصدر المراسيم التنفيذية والوزير يصدر القرار الوزاري

[61] القانون المعدل يعني إلغاء بعض أو كل النصوص والقواعد القانونية التي تضمنها قبل تعديله ، وهكذا يصبح لدينا دوما قانونا واحدا نحتج به أمام الجهات الإدارية والجهات القضائية وأمام الأشخاص ، في حين القانون المفسر يفسر لنا ما أشكل فهمه يسيره أو كثيره من القانون الذي يحتاج إلى تفسير ، فيصبح عندنا قانونين نحتج بهما ألا وهما : القانون الأصلي والقانون المفسر .

الحقيقة المؤسفة وضع هكذا إنما يعكس صورة ضعف البرلمان المشكل من نواب لا يفقهون في القانون إلا إسمه وفي البرلمان إلا شكله .

و بناءا على هذه الدراسة القانونية قد يطفوا إلى السطح إشكال على مستوى التقاضي ، فالقاضي الذي فسر القانون في السابق بناءا على إجتهاداته القضائية للفصل في النزاعات المعروضة أمامه [62] . يصبح ملزما عند صدور التشريع التفسيري أن يعتمدهما معا لفض النزاعات المعروضة أمامه ، أي التشريع الأصلي والتشريع المفسر ، و يحتج بهما كذلك كل أطراف الدعوى [63] . فما بال من صدر في حقهم حكما قضائيا قبل صدور القانون التفسيري، أين حكم القاضي بموجب القانون الأصلي و إجتهاده ؟ . وخصوصا إن كان القانون التفسيري أصلح لأطراف النزاع من الإجتهاد . فهنا يرى البعض [64] أن الدعاوى المفصول فيها سابقا بأحكام قطعية [65] لا يمكن تطبيق القانون التفسيري عليها ولو جاء مضمونه خلافا لمضمون الإجتهاد القضائي .

ومن خلال هذا المطلب سوف نسلط الضوء على ما يلي :

- المطلب الأول : تعريف التفسير التشريعي
- المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التشريعي

المطلب الأول : تعريف التفسير التشريعي

إن التفسير التشريعي هو ذلك القانون المفسر للقانون الأصلي الذي يحتاج إلى تفسير لنصوصه بسبب ما يكتنفه من نقص أو تعميم أو غموض أو تناقض .

وقد عرف كذلك [66] بأنه " ذلك التفسير الذي يضعه المشرع لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق بسبب ما إكتنفه من غموض أو صادفه من خلاف عند التطبيق " كما عرف أيضا [67] بأنه " بأنه التفسير الذي يضعه المشرع نفسه لبيان حقيقة ما قصده من تشريع سابق "

---

[62] القاضي إما يقضي بعدم الإختصاص الإقليمي أو النوعي في النزاع المعروض أمامه أو يطلب التنحي عن الفصل لعلة قانونية كالقرابة مثلا ، وما عدا ذلك يفصل في النزاع ، فإن أبى لعذر آخر كغموض النص القانوني أو إنعدامه أوتناقضه مع نص آخر أو عدم تفصيله يتهم بجريمة نكران العدالة .

[63] المدعى ، المدعى عليه ، المدعى العام (النيابة)

[64] عكاشة محمد عبد العال ، سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 48

[65] المقصود بالأحكام القطعية الأحكام الحائزة على قوة الأمر المقضي فيه ، التي لا تقبل أي شكل من أشكال الإستئناف أو النقض أو المعارضة

[66] أبو السعود رمضان ، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، د ط ، 1986 م ، ص 189 .

و عرف كذلك كما يلي " التفسير التشريعي هو الذي يصدر من المشرع في شكل نص لاحق لإزالة غموض أو سد نقص في قانون اختلف في تفسيره وأثير التناقض في أمر تطبيقه، ويسري بأثر رجعي على الوقائع القائمة في ظل القانون المفسر والتي لم تصدر بشأنها الأحكام على ألا يتضمن أحكاما جديدة لم يتضمنها القانون المفسر. فإن تضمنها فإنها تسري للمستقبل فقط "[68]

فالتفسير التشريعي هو ذلك التفسير العقلاني المتسم بالمنطق والمنهجية [69]الصادر عن السلطة التشريعية لسد ثغرات في تشريعات سابقة .

المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التشريعي

ومن خلال التعريفات السابقة للتفسير التشريعي نستخلص أركانه الأساسية و المتمثلة في :

- النص التشريعي الأصلي .
- النص التشريعي المفسر للنص التشريعي الأصلي .
- المشرع ذاته للنصين التشريعيين الأصلي والمفسر .
- العلاقة بين النصين هي علاقة تبعية بحيث النص المفسر تابع والنص الأصلي متبوع ، رغم أنهم على نفس الدرجة في الهرم القانوني .

وبناءا على ذلك السلطات التنفيذية والقضائية ملزمة بتطبيق النصين التشريعيين معا كقاعدة عامة تحقيقا لمبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات [70] ، أما الإستثناء فيكمن حين تُخَول[71] السلطة التشريعية صاحبة النص

---

[67] عكاشة محمد عبد العال ، سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 47

[68] فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون، الجزء الثاني، منشور على الموقع www.iraker.dk بتاريخ 17-5-2011 ، الساعة 12:18

[69] François Ost , " L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur , revue et abrégée d'un document de travail. Séminaire d'études juridiques interdisciplinaires. Document de travail no 4, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. p. 97-184

[70] السلطة التشريعية ، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

[71] سلطة التخويل تدعى كذلك في الفقه والتشريع بالتفويض والإحالة .

التشريعي الأصلي سلطة أخرى [72] لإنشاء القواعد التفسيرية لنصها الأصلي . وفي هذه الحالة تتبدل الأركان الأساسية للتفسير التشريعي ، لتصبح كما يلي :

- النص التشريعي الأصلي .
- النص التشريعي المفسر للنص التشريعي الأصلي .
- المشرع المفَسر مخول من طرف المشرع الأصلي لتفسير تشريعه الأصلي
- العلاقة بين النصين هي علاقة تبعية بحيث النص المفسر تابع والنص الأصلي متبوع ، رغم إختلاف درجاتهم في الهرم القانوني .

المبحث الثالث : التفسير التنظيمي

إن التفسير التنظيمي لا يكاد يختلف من حيث المضمون عن التفسير الفقهي إلا في زاوية واحدة ، ويتشابهون من حيث عكوف أشخاصه على تفسير النصوص القانونية الناقصة، المبهمة، المعممة والمتناقضة مع غيرها ، أما الإختلاف الشكلي فهو من من ثلاث زوايا :

أما الزاوية الأولى فالأشخاص الذين يتولون التفسير التنظيمي هم ذاتهم أشخاص السلطة التنفيذية [73] المنتمون إلى الإدارة العامة المركزية والمتمثلون في رئيس الجمهورية ، رئيس الحكومة والوزراء ، وبمفهوم المخالفة ذات الشخص له بيده اليمنى سلطة تنفيذية وباليد الشمال سلطة تنظيمية أي له حق السهر على تنفيذ مختلف التشريعات الصادرة بالإضافة إلى حق المبادرة والتنظيم من خلال سن تشريعات فرعية .

في حين الزاوية الثانية تكمن في حق المبادرة بهكذا تنظيم والذي يكون أحيانا بإيعاز وإحالة[74] من السلطة التشريعية للدولة ، وفي أحيان كثيرة دون ذلك بداعي متطلبات الضبط التنظيمي للحفاظ على النظام العام .

---

[72] السلطة القضائية أو السلطة التنظيمية .

[73] يمارس رئيس الجمهورية مهامه التنظيمية من خلال المراسيم الرئاسية ، ويمارس رئيس الحكومة أو الوزير الأول للحكومة هكذا مهام من خلال المراسيم التنفيذية ، أما الوزراء فيمارسون مهامهم التنظيمية من خلال القرارات الوزارية المشتركة والقرارات الوزارية الفردية .

[74] الإحالة نعني بها أن السلطة التشريعية تكلف السلطة التنظيمية بتنظيم مسألة قانونية من خلال صياغة قواعد قانونية لها ، حيث نجد في نهاية نص مادة الإحالة غالبا العبارات التالية (.....تطبيق هذه المادة **يحال إلى التنظيم** ، .....آليات التسيير **تحال إلى التنظيم** .....التنظيم الداخلي للمرفق **يحال إلى التنظيم** .....)

أما الزاوية الثالثة فتتمثل في ضبط حدود التنظيم حين يمارس مهامه التفسيرية سواء كان ذلك بإحالة من السلطة التشريعية [75] أو بمبادرة منه لحفظ النظام العام .

في حين الإختلاف الموضوعي بين التفسيرين التنظيمي والفقهي يكمن في حدود التفكير والإبداع العقلي ،حيث في الغالب يمارس الفقهاء التفسير القانوني في فضاء جد رحب دون سجن عقولهم ضمن حدود أو مشروطية معينة ، عكس أشخاص السلطة التنظيمية حين يمارسون التفسير القانوني يمارسونه في فضاء جد محدود [76] ، دون الخروج عن حدود التعليمات الموجهة إليهم وحدود محدودية عقولهم البشرية ، ولذلك التنظيم الأجود رغم المحدودية هذه هو ذلك التنظيم الممارس في دائرة واسعة من الشورى [77].وسوف نسلط الضوء من خلال هذا المطلب على ما يلي :

- المطلب الأول : تعريف التفسير التنظيمي
- المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التنظيمي

المطلب الأول : تعريف التفسير التنظيمي

إن التفسير التنظيمي هو ذلك التفسير الممارس من طرف السلطة التنظيمية[78] بمبادرة منها لتفسير التشريعات الفرعية الأصلية الصادرة عنها و التي تحتاج إلى تفسير بسبب ما يكتنف هذه النصوص الفرعية الأصلية من عيوب

---

[75] إن الإحالة عندما تكون من السلطة التشريعية نحو السلطة التنظيمية لتنظيم مسألة قانونية من المسائل المعروضة على البرلمان (السلطة التشريعية) ما هي إلا تعبير عن عجز هذا الأخير عن استيعاب المسألة المعروضة عليه ، هذا ما يظهر للجميع ، ولكن ما خفي أعظم عندما تجد من البرلماني الذي لا يعي حتى مفهوم مصطلح الإحالة ، حيث لربما قرأه في مادة قانونية ضمن مشروع قانون أعدته السلطة التنفيذية ، مكتفيا بحدود القراءة إن كان يقرأ ، وللأسف الشديد إقرأ هي أول ما أنزل الله تعالى من وحي القرآن الكريم على النبي المصطفى محمد صلى الله عليه وسلم .

[76] Pascal Tuccinardi , LA LECTURE D'UN TEXTE JURIDIQUE : UNE APPROCHE SPÉCIFIQUE , revue CARRIÈRES PUBLIQUES N° 63 –mars-avril 2007 , p 20

" ...la loi détermine les principes, fixe les règles de base, le décret, puis éventuellement l'arrêté précisent les modalités d'application de la loi."

فالسلطة التنظيمية مهما كانت فلسفتها الفكرية متمحورة حول معالجة الواقع ، إلا أنها في النهاية تُحَدِد أطر تطبيق المبادئ المقننة بقواعد أساسية ، أي لا تخرج عن حدود تلك القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية ، وعليه سلطتها محدودة ، ولا تمارس إلا ضمن حدود الإطار التشريعي ، وهذا منطقي من باب التدرج الهرمي للقواعد القانونية والتنظيمية من جهة ، وتجنبا للسقوط في سن قواعد غير مشروعة إن خالفت قواعدا أعلى منها درجة .

[77] الشورى تمتد إلى كل الأشخاص الذين لهم علاقة بموضوع التنظيم المراد صياغة نصوص قانونية له ، وليس بالضرورة أن يكونوا من أشخاص القانون ، فكثيرا ما ينور أشخاص المجتمع المدني السلطات التنظيمية بزوايا خفية تحتاج إلى أن تدرج كقواعد قانونية تنظيمية .

[78] للسلطة التنفيذية سلطتين :**1 سلطة التنفيذ** لكل التشريعات الصادرة والمتدرجة في الهرم القانوني للدولة (الدستور ، التشريعات الدولية المصدق عليها ، التشريعات الصادرة عن البرلمان كسلطة تشريعية ، الأوامر الرئاسية كتشريعات إستثنائية ، التشريعات الفرعية المتمثلة في التنظيمات الصادرة عن

كالنقص أو التعميم أو الغموض أو التناقض مع نصوص أخرى ، كما قد تمارس سلطة التنظيم في ميدان التفسير بإحالة من السلطة التشريعية للدولة لتفسير نص تشريعي أصلي.

المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التنظيمي

ومن خلال هذا التعريف نستخلص الأركان الأساسية للتفسير التنظيمي ، سواء كانت إحالة التفسير التنظيمي برغبة من السلطة التشريعية ذاتها ، أو كان ذلك بإرادة من السلطة التنظيمية ، والتالي سوف نسلط الضوء على ما يلي :

- الفررع الأول : أركان التفسير التنظيمي عند إحالته برغبة من السلطة التشريعية
- الفرع الثاني : أركان التفسير التنظيمي المعيب بإرادة السلطة التنظيمية

الفرع الأول : أركان التفسير التنظيمي عند إحالته برغبة من السلطة التشريعية

- النص التشريعي الأصلي المحال إلى التفسير من السلطة التشريعية إلى السلطة التنظيمية .
- النص التشريعي الفرعي المفسر للنص التشريعي الأصلي محل الإحالة.
- المشرع الأصلي(السلطة التشريعية) للنص التشريعي الأصلي محل الإحالة .
- المشرع المفسر (السلطة التنظيمية) للنص التشريعي الأصلي محل الإحالة.
- العلاقة بين النصين هي علاقة تبعية بحيث النص المفسر تابع والنص الأصلي متبوع ، رغم إختلاف درجاتهم في الهرم القانوني .

وبناءا على ذلك السلطات التنفيذية والقضائية ملزمة بتطبيق النصين التشريعيين معا كقاعدة عامة ، وذلك تحقيقا لمبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات [79] ، ولكن ما يمكن الإشارة إليه في هذا المقام هو مبدأ دستورية وشرعية القوانين التي تفرض على السلطة التنظيمية أن لا تخرج عن حدود التفسير التنظيمي المطلوب منها ، أي بمفهوم المخالفة عدم سن قواعد قانونية جديدة ، وإن حدث غير ذلك يمكن إخطار الجهات الدستورية المختصة

السلطة التنظيمية : المراسيم الرئاسية ، المراسيم التنفيذية والقرارات الوزارية المشتركة والقرارات الوزارية الفردية) **2 سلطة التنظيم** في مجال الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام حيث تتحول من ميدان السهر على تنفيذ القوانين إلى ميدان صياغة وإصدار القوانين ، لتتولى بعدها السهر على تنفيذها ، وهذا من أهم العيوب الماسة بتطبيق مبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات ، فالسلطة ذاتها تشرع وتنفذ .

[79] السلطة التشريعية ، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية .

بعدم دستورية التنظيم التفسيري الصادر عن السلطة التنظيمية ، كما يمكن لأطراف الدعوى القضائية الدفع بعدم دستورية الأحكام والقرارات القضائية المستندة إلى تنظيم تفسيري غير دستوري .

الفرع الثاني : أركان التفسير التنظيمي المعيب بإرادة السلطة التنظيمية

تتمثل أركان التفسير التنظيمي المعيب بإرادة السلطة التنظيمية في :

- النص التنظيمي الأصلي المعيب الذي يحتاج إلى التفسير من السلطة التنظيمية ذاتها .
- النص التشريعي الفرعي (التنظيمي) المفسر للنص التنظيمي الأصلي المعيب.
- المشرع للنصين (النص التنظيمي الأصلي المعيب والنص التنظيمي المفسر للنص الأصلي المعيب) هو نفسه المتمثل في السلطة التنظيمية .
- العلاقة بين النصين هي علاقة تبعية بحيث النص المفسر تابع والنص الأصلي متبوع ، رغم صدورهم من ذات السلطة ومن ذات الدرجة في الهرم القانوني.

المبحث الرابع : التفسير القضائي

إن ظاهرة التفسير القضائي التي تدعى في صلب العديد من القوانين المقارنة بالإجتهاد القضائي ليست بالظاهرة الحديثة ، إذ كان معمول بها في الحضارات القديمة كأنجع آليات الفصل في مختلف النزاعات المثارة وبالخصوص عند تعذر وجود تقنينات أو أعراف مساعدة على إصدار الأحكام القضائية ، ولكن حديثا إتجهت أغلب النظم القانونية للدول نحو ترسيخ ثقافة الإجتهاد القضائي من خلال تقنينها [80] .

ويختلف التفسير القضائي عن باقي أنواع التفسيرات [81] من عدة نواحي :

1-التفسير القضائي تطبيقي وليس نظري [82] .

---

[80] النظام القانوني الجزائري يرسخ ثقافة الإجتهاد القضائي من خلال الكثير من القوانين مثل قانون مجلس الدولة كأعلى هيئة في هرم القضاء الإداري الجزائري ، وقانون المحكمة العليا كأعلى هيئة في هرم القضاء العادي الجزائري ، وأكد على هذا الترسيخ من خلال المادة 171 من الدستور الجزائري المعدل والصادر سنة 2016 حيث تنص هذه المادة أن كلا من مجلس الدولة والمحكمة العليا يسهران على توحيد الإجتهادات القضائية لمختلف المحاكم والمجالس القضائية لولايات الوطن ال48

[81] التفسير التشريعي ، التفسير التنظيمي و التفسير الفقهي .

[82] مختلف التفسيرات الفقهية هي تفسيرات نظرية يمكن إسقاطها على الواقع ، والكثير من هذه التفسيرات يرقى إلى المطالعة والإهتمام من طرف المشرع والقضاة ، وبعضها يتحول إلى نصوص قانونية كتشريع أو كتنظيم ، والبعض الآخر يستفيد منه القضاة لحل النزاعات المعروضة عليهم عندما تعترضهم العيوب التشريعية والثغرات القانونية ، عندها يحول القاضي المجتهد التفسير الفقهي الجامد إلى إجتهاد قضائي عملي .

2-التفسير القضائي وسيلة لحل النزاعات القضائية عند تعذر الوسيلة القانونية [83]، فهو وسيلة وليس غاية في حد ذاته [84] .

3-التفسير القضائي محدد الإيطار الزماني عكس التفسير الفقهي أو التشريعي [85].

4-التفسير القضائي لا يملك القوة الإلزامية التي يحوزها التشريع أو التفسير التشريعي[86] .

وإن الدستور الجزائري [87] ينص في مجال تنظيم سلطة القضاء على تولي السلطات القضائية العليا في الدولة [88] مهام توحيد الإجتهادات القضائية الصادرة من مختلف المحاكم والمجالس القضائية . و لكن رغم هذه المادة الدستورية إلا أنها لا ترى من نور التطبيق إلا بصيصًا ، وإنني أعتقد أن ذلك يمكن أن أعزوه إلى الأسباب التالية :

[83] هذا التعذر يكون عندما لا يستطيع القاضي إستعمال وسيلة التشريع لحل النزاع المعروض أمامه إما لعدم وجوده أصلا أو لعيوبه مثل : النقص ، التعميم ، الغموض ، التناقض مع تشريع آخر أو نص أخر . أي بمفهوم المخالفة لا يعذر القاضي قانونا بإنتهاجه منهج الإجتهاد القضائي كوسيلة إلا لإستحالة إعتماد القانون الموجود كحل للنزاع المعروض .

[84] عكاشة محمد عبد العال ، سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص 49 .

[85] الفقيه يضع تفسيراته الفقهية في أي زمن شاء ، والمشرع يضع تفسيراته التشريعية لسد الثغرات التشريعية لتشريع أصلي في زمن سابق وتفسيراته التشريعية هذه ليست مقيدة إلزاما بزمن محدد ، عكس التفسير القضائي فإنه إلزامي محدد الزمن والمتمثل في زمن الفصل في الدعوى القضائية المعروضة عليه .

[86] التفسير القضائي هو إجتهاد قضائي أي عمل عقلي إبداعي و لكنه إلزامي على القضاة متى دعت الضرورة إلى ذلك عند الفصل في الدعوى ، ولكن هكذا إجتهاد لا يلزم باقي القضاة في نفس الدرجة (المحاكم الإبتدائية مثلا) ولا محاكم الدرجة الثانية (جهة الإستئناف) نهيك عن الجهات القضائية الأخرى كجهات نقض أو تخصص ، بل ما سبق ذكرهم وكل الجهات القضائية إن أخذت بالحسبان إجتهادات قضائية لغيرها فهو كقاعدة عامة من باب الإستئناس وليس الإلزام

أما الباب الإلزامي الوحيد للأخذ والعمل بالإجتهادات القضائية فهو مشروط ب :

- وجود نص قانوني يلزم القضاة لدرجة محددة بالإستناد إلى إجتهادات الغير من الجهات القضائية المحددة قانونا مثل المادة 171 من الدستور الجزائري المعدل لسنة 2016 والتي تنص على سهر المحكمة العليا (أعلى هرم القضاء العادي) ومجلس الدولة (أعلى هرم القضاء الإداري) على توحيد الإجتهادات القضائية ، وهكذا توحيد للإجتهاد القضائي يكون من خلال إجتماع كل الغرف لمجلس الدولة إن كان توحيد الإجتهاد من طبيعة إدارية ، أو من خلال إجتماع كل الغرف للمحكمة العليا إن كان النزاع عادي .
- صدور الإجتهاد القضائي الموحد في وسيلة إعلام متاحة للجميع من قضاة ومحامين ومتخاصمين ، كالمجلات العلمية المتخصصة المكتوبة أو المجلات العلمية المتخصصة الإلكترونية ، كما يمكن مراسلة الجهات القضائية بمراسلات إدارية للتنويه عن الإجتهادات القضائية الموحدة الصادرة .

[87] المادة 141 من الدسور الجزائري 2016

[88] تتمثل هذه السلطات القضائية العليا في الجزائر : المحكمة العليا كأعلى سلطة قضائية في الهرم القضائي للقضاء العادي و مجلس الدولة كأعلى سلطة قضائية في الهرم القضائي الإداري .

1-بالرغم من أن البعض يرى في هذه المادة صورة القاعدة الآمرة لإنصياع الهيئات القضائية من الدرجتين الأولى والثانية للإجتهادات القضائية الصادرة بغرف مجتمعة للسلطات القضائية العليا [89] ، إلا أنني لا أرى فيها تلك الإلزامية ، بل قد يأخذ بها قضاة الحكم في هذين الدرجتين على سبيل الإستئناس فحسب ، فهل نحن في حاجة إلى سن قاعدة قانونية من طرف السلطة التشريعية تلزم القضاة من الدرجتين الأولى والثانية على تطبيق الإجتهادات القضائية تماما مثل تطبيق القواعد القانونية في أحكامهم وقراراتهم القضائية ، أم تكفي قرارات تنظيمية صادرة من المجلس الأعلى للقضاء للسير في هذا الإتجاه ؟.

2-إن توحيد الإجتهادات القضائية يعني توحيد قانون السوابق القضائية ، حيث تتحول هذه الأخيرة إلى شبه قواعد قانونية ، ولكن إن كانت الجريدة الرسمية هي السند المادي لنقل القواعد القانونية وإلزام كل الأشخاص بالإنصياع لها ، فما هو السند المماثل في نقل وإلزام القضاة بالإنصياع للإجتهادات القضائية ؟ هل هي المجلة القضائية ؟ وهل لهذه الأخيرة دوريات منتظمة ؟ وهل لها تحيينات منتظمة ؟ ، وهل لها مقروئية على مستوى القضاء أم أنها لا تعدوا أن تكون إلا مثل مثيلاتها من المجلات الفقهية الدورية ؟ كلها إستفسارات واقعية ضرورية لبناء الفكر القانوني لدولة القانون . وإلا ساد زخم الأحكام القضائية المتعارضة والمتناقضة مع بعضها البعض .

فنحن بحاجة إلى تحديث مجلات قضائية وتصنيفها ضمن مجموعات دورية ورقية وإلكترونية على الأرضيات الإلكترونية القضائية لنشر الإجتهادات القضائية .

وبحاجة إلى إدارة قضائية مختصة لتوثيق الإجتهادات القضائية ، وتوزيع معلوماتها دوريا . مع عدم ترك مجلات الإجتهادات القضائية هملا ، بل يجب جمعها وتصنيفها ضمن مجلد قضائي لكل سنة قضائية .وهذه الإجتهادات القضائية تكون ذات جودة إذا هُمشت بأراء قضاة النيابة في الهيئات القضائية العليا للدولة .فالتفسير القضائي يسقط متى صدر التفسير التشريعي أو التنظيمي للموضوع محل الإجتهاد .

والتفسير القضائي كذلك عمل فردي إبداعي [90]مثل التفسير الفقهي ، ولكن عكس التفسير التشريعي الذي له مراحل عدة من دراسات سابقة وفنيات الصياغة والمناقشة والتصويت .

---

[89] وبمفهوم المخالفة الإجتهادات القضائية الصادرة من السلطات القضائية العليا في الدولة بصورة فردية ، أي دون إجتماع للغرف ، تعد من قبيل الإجتهادات القضائية الخاصة بالسلطة القضائية العليا ذاتها كمجلس الدولة أو المحكمة العليا والتي لا تعنيها إلا ذاتها ، أي ليست من قبيل الإجتهادات القضائية الموحدة التي تلزم حسب البعض السلطات القضائية الدنيا من محاكم ومجالس قضائية .

[90] 2e Chambre civile 3 juillet 2014, pourvoi n°13-22418, BICC n°812 du 1er décembre 2014

وسوف نسلط الضوء من خلال هذه الدراسة على المطالب التالية :

- المطلب الأول : خصائص التفسير القضائي
- المطلب الثاني : مزايا التفسير القضائي
- المطلب الثالث : عيوب التفسير القضائي

المطلب الأول : خصائص التفسير القضائي

يعد التفسير القضائي حلقه أساسية بين المتقاضين والقاضي ، وهذه الحلقة لا تقوم إلا بوجود نزاع يفتقد للسند القانوني . أما أهم خصائص حلقة التفسير القضائي فتتمثل في :

- يعد التفسير القضائي من القواعد الآمرة بالنسبة للقاضي وليس من القواعد المكملة ، بمعنى أنه مجبر وليس مخير في أن يسلك مسلك التفسير القانوني .
- عكس التفسير التشريعي غير المقيد بالإطار الزماني ، والذي لا يصدر إلا إذا توفرت الإرادة التشريعية عند السلطة التشريعية [91]، فإن التفسير القضائي مقيد بزمن إصدار الأحكام والقرارات القضائية .
- لا يتعارض التفسير القضائي مع قاعدة " لا إجتهاد مع النص " في الحالات الداعية للتفسير كالغموض مثلا ، وهذا التفسير ضروري لإصدار الأحكام والقرارات القضائية .
- التفسيرات القضائية الصادرة عن المحاكم القضائية بالدرجة الأولى تعد مجرد إجتهادات قضائية غير ملزمة لباقي المحاكم من ذات الدرجة ولا من الدرجة الثانية .
- التفسيرات القضائية الصادرة عن المحاكم القضائية بالدرجة الأولى قابلة للإستئناف في الدرجة الثانية .

"Sur le pouvoir d'interprétation par le juge du fond, de deux contrats d'assurance présentant deux clauses divergentes, rend nécessaire leur interprétation, exclusive de dénaturation, et en renvoyant aux dispositions du Code de la consommation, la deuxième Chambre civile a estimé que le juge du fond a fait une exacte application des dispositions de l'article L. 133-2 de ce code en décidant que l'assuré devait bénéficier de la stipulation la plus favorable qui était celle prévue par le second contrat."

ويظهر هذا الإبداع الفردي في جودة فكر القاضي في تفسير الأحكام المتناقضة على مستوى التطبيق ، سواء كانت هذه الأخيرة على مستوى التشريعات أو التنظيمات أو حتى على مستوى العقود العامة أو الخاصة كشريعة للمتعاقدين .

[91] بمعنى أن السلطة التشريعية غير ملزمة بإصدار هكذا تشريعات بالكلية ، نهيك عن حرية إصدارها دون تقييد زمني .

- في بعض التنظيمات القضائية تعمل المرافق القضائية في أعلى الهرم القضائي على توحيد الإجتهادات القضائية الصادرة عن الدرجتين الأولى والثانية .[92]
- التفسيرات القضائية أقرب إلى فهم الواقع والتعامل معه ، لإحتكاكها مع المنازعات القضائية كواقع تطبيقي . ولذلك تستفيد السلطة التشريعية من هكذا تفسيرات في إصدار قوانين تفسيرية للقوانين الأصلية المعيبة .
- التفسيرات القضائية مواكبة للتطورات المجتمعية، ولذلك يمكن لذات القواعد القانونية المعيبة أن تفسر قضائيا في زمن معين بغير ما تفسر به في زمن آخر ، ويمكن لنفس القاضي أن يعطي إجتهادا قضائيا جديدا غير إجتهاده السابق . برغم تعلق هذا الإجتهاد بتفسير نفس القانون المعيب . وهذا نتيجة لقناعات جديدة متصلة بفكر القاضي ذاته . ما دام التفسير عملية إبداعية فكرية .
- لا يعد من قبيل التفسيرات القضائية أو الإجتهادات القضائية إلا تلك المتصلة بالأحكام والقرارات القضائية الفاصلة في مختلف النزاعات والدعاوى القضائية . وبمفهوم المخالفة تفسيرات القاضي للقوانين المستقلة عن الدعاوى القضائية تعد تفسيرات فقهية وليست قضائية .

المطلب الثاني : مزايا التفسير القضائي

في الحقيقة كلما كان القضاء نبيلا و ساميا وراقيا نحو الإنصاف كسبيل لتحقيق العدالة ، من باب إستقلالية هذه السلطة عن باقي السلطات ، ومن باب السهر على تنفيذ أسمى وأنبل قيمة أخلاقية متمثلة في " القانون فوق الجميع " حكاما ومحكومين ، أشخاصا معنوية وطبيعية ، كلما كان مضمار الإجتهادات القضائية مصونا ، ولا يحتاج جودة إلا إبداع الفكر القضائي ، وفي هكذا حالة نكون أمام أربع صور :

1-قضاة متمرسون مجتهدون ودائمي الإطلاع على الأفكار الفقهية ومستجدات الإجتهادات القضائية للمرافق القضائية العليا بالدولة ، بالإضافة إلى تواصلاتهم الفكرية مع أقرانهم لتجاذب الحوار الفكري القضائي ، بالإضافة إلى تسلحهم بضمير أخلاقي عنوانه الإنصاف وعدم التمييز والإنحياز ، هؤلاء وحدهم يساهمون في تحقيق تنمية العدالة المحققة بدورها لكل باقي أنواع التنمية : الإقتصادية ، الإجتماعية والثقافية .

[92] فمثلا في التنظيم القضائي الجزائري تعمل كل من المحكمة العليا كأعلى هرم للقضاء العادي و مجلس الدولة كأعلى هرم للقضاء الإداري على توحيد الإجتهادات القضائية الصادرة على الهيئات القضائية الأقل منها درجة .

و من جودة مسارات التفسير القضائي بالنسبة لهؤلاء ، ذلك المسار الذي لا يكبل فكرهم بإطار محدد كمشروطية ، أين يجب أن يتحرر فكر القاضي من قيود وهمية رسمها لذاته [93].

2-قضاة متمرسون مجتهدون ودائمي الإطلاع على الأفكار الفقهية ومستجدات الإجتهادات القضائية للمرافق القضائية العليا بالدولة ، بالإضافة إلى تواصلاتهم الفكرية مع أقرانهم لتجاذب الحوار الفكري القضائي ، ولكن ضميرهم المهني الأخلاقي مريض يصحو تارة ويخبو تارة أخرى ، بهؤلاء تمرض العدالة ولا تتحقق تنمية العدالة ، وبالإسقاط كل باقي أنواع التنمية تنعدم : الإقتصادية ، الإجتماعية والثقافية .

3-قضاة متمرسون مجتهدون ولكن يتأففون من الإطلاع على الأفكار الفقهية ومستجدات الإجتهادات القضائية للمرافق القضائية العليا بالدولة ، بالإضافة تقاعسهم عن بناء تواصلات فكرية مع أقرانهم لتجاذب الحوار الفكري القضائي ، هؤلاء حتى وإن تسلحوا بضمير أخلاقي عنوانه الإنصاف وعدم التمييز والإنحياز ، فإنهم يصيبون تارة ويجانبون الصواب تارة أخرى ، وبهؤلاء كذلك لا نرقى إلى تحقيق تنمية العدالة المحققة بدورها لكل باقي أنواع التنمية : الإقتصادية ، الإجتماعية والثقافية .

4-قضاة لا هذه ولا تلك ، وهذه هي الطامة الكبرى على كل ما أسلفنا ذكره .

المطلب الثالث : عيوب التفسير القضائي

وبرغم المزايا العديدة التي يمتاز بها التفسير القضائي عن التفسيرين الفقهي والتشريعي إلا أنه لا يخلوا من عيوب يمكن إختصارها فيما يلي :

- للنص القانوني فلسفة وروح ، فهو صياغة قانونية مترجمة لفكرة مستوحاة من الواقع لغاية تنظيمه ، فمتى صدر بثغرات قانونية ، إنبرى القضاء عند الفصل في مختلف الدعاوى المرفوعة أمامهم لرأب هذه الثغرات من خلال تفسيرات قضائية ، قد تصيب بعضها تحقيق الغاية التشريعية من إصداره ، كما قد تجانب الصواب بعضها الآخر ، وهذا من عيوب التفسير القضائي الصادر من قضاة محدودي الفكر والإبداع الفكري .
- إن لم توحد الإجتهادات القضائية[94] في المنظومة القضائية للدولة ، قد نشاهد جملة من التناقضات الإجتهادية التي قد تؤثر على ميزان العدل والإنصاف في المجتمع .

[93] Samson, Mélanie. (2008). Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? Les Cahiers de droit, 49 (2), 297–318. https://doi.org/10.7202/029649ar تحميل: 2020/10/24، 21.30 سا

- من عيوب التفسيرات القضائية كذلك هي إحتكام بعض القضاة لأهوائم الشخصية في إصدار إجتهاداتهم القضائية .
- كثرة التفسيرات القضائية للنص القانوني الواحد تؤثر سلبا على دولة القانون ووحدة التشريع في الدولة .[95]

الباب الثاني

دواعي وطرق تفسير القانون

[94] إن إصطلاح الإجتهادات القضائية هو ذاته إصطلاح التفسيرات القضائية ، فهو إبداع فكري من القاضي حيال قضية لا نص فيها أو نصها معيب أو يتطلب التفسير .

[95] الفتلاوي سهيل ، المدخل لدراسة علم القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، العراق ، ط 2 ، 2009 ، ص 236

الباب الثاني : دواعي وطرق تفسير القانون

إن التشريع الوضعي مهما كانت إجراءاته الموضوعية و الشكلية [96]ذات جودة [97]، فهو في النهاية من وضع الأشخاص الطبيعية محدودي العقل لمحدودية العقل البشري الذي يعجز عن إدراك كل التفاصيل الدقيقة لكل الوقوع[98] التي تخص القانون موضوع السن ، كما يستحيل عليها في أحيان كثيرة أن تدرك ما قد يُهِل به المستقبل ، ولذلك يستحيل إستحالة تامة ومطلقة أن يوجد قانون كامل متكامل بدون ثغرات في زمن إصداره ، أو ثغرات يكشفها المستقبل ، وهذه الأخيرة من الأسباب الداعية لتفسير القانون من طرف الفقهاء ، القضاة ، المشرع نفسه وحتى من طرف السلطة التي أصدرت التنظيم ، فماهي طرق تفسير القانون ؟ وماهي الشروط المطلوبة في المفسر للقانون .

ولذلك من خلال هذا الباب سوف نسلط الضوء على الفصول التالية :

- الفصل الأول : الأسباب الداعية لتفسير القانون

[96] سواء كان هذا التشريع في شكل إقتراح قانون أو مشروع قانون ، ولكليهما إجراءات خاصة من طرح الفكرة القانونية أو طرح المشروع القانوني وإلى غاية صدوره بالجريدة الرسمية للدولة ، وطبعا هناك إختلافات إجرائية في طبيعة القواعد القانونية إن صدرت في شكل قانون وضعي أو قانون عادي ، كما يمكن أن تكون القواعد القانونية في شكل تشريع فرعي أي تنظيم مثل المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية ، المراسيم التنفيذية الصادرة عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول ، القرارات الوزارية الصادرة عن الوزراء والتي قد تكون جماعية كما قد تكون فردية .

[97] نقصد هنا بالجودة : أن يكون الأشخاص الطبيعيين الذين يشاركون في الإصدار النهائي للتشريع مهما كانت طبيعته عضوي أو عادي أو حتى التنظيمات كتشريعات فرعية ، متصفين بالأخلاق العلمية الراقية على أساس أن هذه التشريعات هي لتنظيم علاقات الأشخاص وتحقيق العدالة في التعاملات وليس مجرد صياغات تحتاج بسطة في اللغة وبسطة في علم القانون .

[98] الوقوع جمع واقع ، الواقع الثقافي ، الإقتصادي ، الإجتماعي ، السياسي ، الأمني ، العلمي .....إلأخ .

- الفصل الثاني : طرق تفسير القانون
- الفصل الثالث : الشروط المطلوبة في المفسر للقانون .

الفصل الأول : الأسباب الداعية لتفسير القانون

ليس كل ما يرد ضمن النصوص القانونية يستوجب التفسير ، فالنص الواظح مثلا لا يستوجب ذلك كقاعدة عامة ، ولكن أحيانا يستوجب ذلك كإستثناء ، فمن خلال هذا المبحث سوف نسلط الضوء على الأسباب الداعية لتفسير القانون ضمن المبحثين التاليين :

- المبحث الأول : الأسباب الداخلية الداعية لتفسير القانون
- المبحث الثاني : الأسباب الخارجية الداعية لتفسير القانون

المبحث الأول : الأسباب الداخلية الداعية لتفسير القانون

إن القانون الوضعي لدولة ما يشمل كل ترسانة التشريعات الصادرة عنها ، إبتداءا من التشريع الأساسي المتمثل في الدستور إلى التشريعات الصادرة عن البرلمان كسلطة تشريعية ، سواء صدرت في صورة تشريعات عضوية أو تشريعات عادية أو أوامر رئاسية ، إلى التشريعات الصادرة عن السلطة التنظيمية . والقانون من الناحية الشكلية هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع ، ولكن القانون أحيانا يعجز عن تنظيم بعض السلوكات والمعاملات والحقوق والإلتزامات لبعض الأشخاص لإنعدام بعض القواعد التي يمكن إسقاطها على الواقع أو عدم وظوح بعضها لغموض يكتنفها أو تعميم يحتاج إلى تفصيل ، أو لتناقضها مع قواعد أخرى . وكل هذه الحالات تحرك أقلام فقهاء القانون لتفسيرها ، كما تدفع القضاة للإجتهاد في تفسيرها كذلك بغية إصدار أحكامهم وقراراتهم القضائية ، وبالمقابل قد تتفاعل السلطتين التنظيمية والتشريعية[99] إيجابا مع التفسيرات الفقهية والإجتهادات القضائية فتصدر لعيوب النص القانوني الأصلي نصوصا تفسيرية .

[99] ولمزيد من المعلومات حول المقاربة المتضمنة للتفسير القانوني الإداري من جهة وللنظرية الواقعية للتفسير من جهة أخرى طالع المقال :

Rolland Frédéric, L'interprétation juridique administrative et la théorie réaliste de l'interprétation. In: Revue juridique de l'Ouest, France 2003-4. pp. 341-387

وعلى ذلك الأساس سوف نقسم هذه الدراسة إلى ستة مطالب ، مخصصين كل مطلب لعيب من العيوب التي سبق ذكرها ، لتتناول هذه المطالب كما يلي :

- المطلب الأول : إنعدام النص
- المطلب الثاني : النص الواظح السليم
- المطلب الثالث : النص الناقص
- المطلب الرابع : النص المعمم
- المطلب الخامس : النص الغامض
- المطلب السادس : النص المتناقص مع نصوص أخرى

المطلب الأول : إنعدام النص

في الغالب لا تتعرض النصوص القانونية إلى تنظيم الواقع بكل حيثياته ، على أساس أن المنظم للواقع هي عقول بشرية قد تظهر لها الكثير من الزوايا ويغيب عنها بعضها ، كما يمكن للواقع[100] أن يتغير مع مرور الزمن حيث ينبغي للتشريعات الوضعية أن تتماشى مع التغيير كلما طرأ وإلا أصبحت غير صالحة من حيث التطابق والتطبيق ، كما يمكن أن نجد نصوصا قانونية لا تتعرض إلا تنظيم بعض المسائل وتتركها إلى النصوص التطبيقية بموجب الإيحالات ، ولكن في غياب صدور هكذا نصوص بالموازات مع النصوص الأصلية نصبح أمام واقع إنعدام وجود النص التطبيقي المنظم ، وهذه الحالات تؤدي إلى ركود المجال المسكوت عنه ، سواء كان ذلك السكوت عن قصد أو عن غير قصد . أما المسكوت عنه عن قصد فهو ترجمة فعلية لمقاصد وأغراض تستهدفها الإرادة السياسية للدولة .

ولكن حالات النقص عندما تكون في أروقة القضاء بموجب دعاوى لا تؤدي إلى تقاعص القاضي عن إصدار أحكامه القضائية ، وإلا عُدَ ناكرا للعدالة ، فإما أن يصدر أحكاما بعدم تخصصه النوعي للحكم ، لتحال الدعوى إلى القسم القضائي المتخصص ، أو يصدر حكمه القضائي متى كانت الدعوى تحت مظلة تخصصه القضائي ، ويستند في حالات النقص إلى الإبداع العقلي المتمثل في الإجتهاد القضائي بالإستناد إلا ما يقد يسد

[100] نقصد بالواقع كل ما له علاقة بشؤون الأشخاص المعنوية والطبيعية في مختلف مناحي الحياة : السياسية ، الإقتصادية ، الإجتماعية ، الثقافية ، الأمنية...الأخ

باب النقص من الشريعة الإسلامية أو أحكام العدالة والقانون أو الأعراف أو بالإستناد إلى الإجتهادات القضائية السابقة وبالخصوص إن كان صدورها من جهات قضائية عليا .

المطلب الثاني : النص الواظح السليم

في الغالب تشتمل النصوص التشريعية بمختلف تدرجاتها الهرمية [101] على قواعد قانونية عامة ومجردة و صياغة واظحة المعاني وجلية المقاصد عند تنظيم سلوك الأشخاص ، معنوية كانت أوطبيعية ، وإن هذه القواعد القانونية الواظحة تستوجب التطبيق المباشر دون الإجتهاد في وضع شروح لها ، وكمثال على ذلك القواعد الإجرائية المحددة للشروط الإنتخابية كشرط السن مثلا أو الجنسية الأصلية للمترشح أو أصوله ، كلها قواعد واظحة لا غبش عليها ، فهي تستلزم التطبيق المباشر .

ولكن أحيانا يقف القاضي أو الإداري التابع للسلطة التنفيذية في حيرة عند بعض النصوص الواظحة ، حيث عند الإمعان في وظوحها يكتشف أن المشرع لم يقصد كلية المعنى المتجلي ، ومثال ذلك في قواعد القانون البيئي التي تشير إلى حقوق الأشخاص في العيش ضمن بيئة سليمة والحق في حماية هذه البيئة ، حيث تشير بعض القواعد إلى حق الاشخاص في الإطلاع على معلومات داخلية عن المصانع من حيث تأثيرها على البيئة وعن حق هذه الأشخاص في رفع دعاوى قضائية لحماية البيئة المحيطة بهذه المصانع ، فوظوح النص يشير إلى حق كل الأشخاص في ما ذكرناه سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ، كما يشمل المواطنين والأجانب . وهنا نستظهر هل كانت نية المشرع لإعطاء هكذا حق حتى للأجانب أم أنها كانت مجرد سقطة قلم أثناء صياغة مقترح القانون أو مشروع القانون ، حيث لم تلتفت إليها السلطة التشريعية أثناء مناقشة القانون ، فصوتت عليه دون طلب تعديله [102]، وعلى هذا الأساس يجد القاضي نفسه في بعض الدعاوى المرفوعة إليه و رجل السلطة التنفيذية كذلك في حيرة عند التفاعل والتعامل مع هكذا قضايا في ظل وجود النص التشريعي الواظح .

[101] الدستور كتشريع أساسي أسمى للدولة ثم تليه التشريعات الدولية المصدق عليها من طرف الدولة ، ثم تليها التشريعات الصادرة عن البرلمان سواء جائت في صورة تشريعات عضوية أو عادية ثم تليها التشريعات الصادرة عن رئيس الجمهورية في صورة أوامر رئاسية في الحالات الإستثنائية المشار لها في الدستور ، وفي الأخير تأتي التشريعات الفرعية الصادرة عن السلطة التنظيمية للدولة مثل المراسيم الرئاسية و التنفيذية والقرارات الوزارية .

[102] نحن نتوجه بهذا السياق من الحديث عن سقطة القلم وليس غض الطرف المقصود .

المطلب الثالث : النص الناقص

يعد النص التشريعي الناقص من النصوص التي تستوجب التفسير عندما يكون هذا الأخير موضوع دعوى قضائية ، ولكن في غالب الأحيان ظاهرة النقص القانوني تجعل التفاعل والتعامل مع القضايا التي يشملها النقص على المستوى التنفيذي أشبه بالجمود . وهذه الظاهرة القانونية قد تكون ترجمة فعلية لنية مقصودة من المشرع بما تمليه الإرادة السياسية للدولة ، كما قد تكون ضمن إطار الأخطاء التي يقع فيها المشرع وتستوجب نصوصا تكميلية للنص الناقص .

وإن النقص قد يكتشف في النص التشريعي الأصلي سواء ورد من باب سكوت المشرع عن الخوض فيه أو من باب خطأ النسيان ، كما قد يتجلى النقص كذلك في عدم صدور النصوص التطبيقية التنظيمية التي أمر المشرع بإصدارها من خلال النص التشريعي الأصلي بموجب الإيحالات القانونية ، وكمثال على هذه الحالة من النقص نجد النص التشريعي الأصلي للمالية مثلا في بعض قواعده يشير إلى ضرورة ضبط الجباية على الحرف المنزلية والعقارات ، ولكن آلية الضبط لا يشرحها ضمن النص الأصلي ، بل يحيل شرحها إلى السلطة التنظيمية ، فمتى لم تصدر هذه الشروح ضمن نصوص فرعية كتشريعات فرعية [103] . يتأصل النقص في القانون الأصلي ، وفي الواقع نجد من الأمثلة المترجمة لهذه الوضعية المئات من النماذج الموجودة في المدونات القانونية لبعض الدول .

وبطبيعة الحال الفقه هو المنبر المتميز الذي يشير إلى هكذا حالات ، ولا يكتفي بذلك بل يدرسها ويضع لها العلاج في الكثير من الأحيان ، وهذه المقترحات الفقهية يستند إليها أحيانا المشرع في صياغة مشاريع أو مقترحات القوانين ، كما يرجع إليها القضاء كذلك عندما يكون بصدد معالجة قضايا معينة و النصوص المصاغة بشأنها يعتريها النقص .

المطلب الرابع : النص المعمم

وكذلك يعد التعميم عيب من العيوب الظاهرة في النصوص التشريعية متى دعت الضرورة إلى التفصيل ، وحتى في مجمل الحديث لا تظهر الحقائق إلا في التفاصيل ، نهيك عن التشريع فهو الأولى بالتفصيل ، ومن الأمثلة التي

[103] التشريعات الفرعية تصدر عن السلطة التنظيمية التي تعتبر في الأصل سلطة تنفيذية ، ومثل هذه التشريعات الفرعية نجد المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الدولة والمراسيم التنفيذية الصادرة عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول والقرارات الوزارية الصادرة عن الطاقم الوزاري للحكومة والتي قد تصدر مشتركة بين مجموعة من الوزراء في صورة قرار وزاري مشترك، كما قد تصدرفردية عن الوزير الواحد ، ، وإن هذه التشريعات الفرعية لا تحال على السلطة التشريعية ، بل تطبق مباشرة ، لأنها من قبيل النصوص التطبيقية .

يمكن سياقها في هذا الباب عندما نجد قواعدا قانونية في قانون العمل تتكلم عن حقوق العمال من جانب معين دون التفصيل في طبيعة العامل هل تقصد الموظف في القطاع العام أم العامل في القطاع الخاص ، هل هو دائم أم متعاقد أم من العمال الموسميين .

وإشكالية هذا التعميم يقع على مستويين ، على مستوى أصحاب الحق المنضوين تحت القاعدة القانونية المعممة والذين لهم الحق كلهم في رفع دعاوى قضائية متى أنتهكت حقوقهم مادامت هكذا قواعد لم تفصل في طبيعة العامل ، كما يقع إشكال هذا التعميم على المستوى الإداري في التفاعل والتعامل مع هكذا قضايا ، بل حتى على مستوى المنازعات العمالية في القضاء الإجتماعي والمنازعات الإدارية في القضاء الإداري تثار هكذا مسائل بين المتخاصمين والقاضي .

ويمكن للمشرع في النصوص القانونية التي إشتملت على الكثير من القواعد المعممة أن لا يقوم بصياغة تعديلية للقانون الأصلي ، بل يتدارك ذلك التعميم من خلال تفسيره بموجب قوانين تفسيرية تابعة للقانون الأصلي ، حيث يستند إليه القاضي في أحكامه ويقلل من حجم الدعاوى المرفوعة أمام القضاء . كما يسهل من عمل السلطة التنفيذية في تعاملها مع هكذا قضايا .

المطلب الخامس : النص الغامض

ليس من الصواب دائما النظر للغموض النصي من عين العيوب اللفظية ، فالغموض أحيانا ترجمة للمستوى الرفيع واللغة الراقية والفكر الفلسفي المتميز للشخص الطبيعي صاحب النص ، فهو يراه بسيطا وواظحا من حيث يراه القارئ غامضا ، أي في بعض الأحيان كذلك يفسر الغموض بمحدودية مستوى القارئ أو محدودية فكره ، بل أحيانا نجد نصوصا تتجلى للقارئ في البداية بسيطة في فهم معناها ومقاصدها ، ولكن حين يحول قرائته البسيطة إلى قراءات علمية يكتشف بعض الغموض الذي يستدعي كشف اللثام عنها ، وبالمقابل نجد نصوصا تترائى في البداية غامضة للقارئ ثم تتظح معانيها لاحقا ، وحتى إن تجلى الغموض لدى القارئ يجب أن يحدد حيزه المكاني والزماني ، فهل هذا الغموض على مستوى تحويل النص من مساره النظري إلى مساره العملي أم أن الحيز الزماني هو الذي شكل عليه هالة من الغموض ؟ أم هل هكذا غموض هو على مستوى بعض المصطلحات التي تحمل أكثر من معنى أم أنه لا يبرز إلا من خلال المعنى الإجمالي ؟ ولكن قبل عرض الكثير من الأفكار حول الغموض الذي قد يرد في النصوص القانونية يجب التوقف في كل أحوال الغموض حول إشكال فلسفي دقيق ، هل من صاغ النص قد فهم الواقع الذي سوف يطبق فيه ؟ وبمفهوم دقيق هل صاغه بناءا على

فكره أم بمشروطية فكر الغير ؟ أم أن فكره القانوني في الأصل سجين أفكار قَبْلِيَة ؟ ما قلناه عن صاحب القواعد القانونية يمكن إسقاطه على من يفسر الغموض الذي يكتنفها . وهذا ما سنحاول فك بعض شفراته في الدراسات اللاحقة .

وفي كل الأحوال نجد أن النص التشريعي الغامض يضع السلطة التنفيذية أمام إشكالية التنفيذ الصحيح للنص التشريعي ، وهذا من خلال تعاملها مع مختلف الأشخاص ، كما يضع السلطة القضائية أمام إشكالية الإنصاف في إصدار الأحكام القضائية المستوجبة للتفاعل والتعامل مع الإجتهادات القضائية . وأمام هذا وذاك دوما يتدخل الفقه من خلال دراساته في توظيح وتفسير التعميم بما يساعد به السلطتين : التنفيذية والقضائية على التعامل مع هكذا ظاهرة . كما يدفع السلطة التشريعية إلى ضرورة تدارك هذا العيب التشريعي وذلك من خلال إصدار نصوص تشريعية تفسيرية مكملة للنص التشريعي الأصلي .

المطلب السادس : النص المتناقص مع نصوص أخرى

وكذلك يعد النص التشريعي المتناقص مع نصوص أخرى عيب تشريعي يضع المتعاملين معه في إشكالية من ثلاث زوايا :

من زاوية الأشخاص الطبيعية والمعنوية المعنية بالنص التشريعي المتناقص مع نصوص أخرى تستند دوما في تحقيق مبتغاها وأغراضها إلى النص التشريعي المساعد لها لنهج منهجها ، وترمي النص التشريعي الآخر وراء ظهرها ، ليس لأنه لا يعنيها بل لأنه يقف حجرة عثرى أمام تحقيقها لأهدافها .

من زاوية السلطة التنفيذنية التي تقع دوما في حرج تطبيق بعض المسائل التي ترد بشانها نصوصا تشريعية متناقضة ، وهذا الحرج يؤدي إلى التصادم مع الأشخاص المعنيين بهذه الحالة .

ومن زاوية السلطة القضائية كذلك ، حيث يجد القاضي ذاته في إشكالية إصدار أحكام قضائية مستندة إلى نصوص تشريعية متناقضة ، وإن كان ملزما بإصدار أحكام قضائية ، فعليه بالإجتهاد بما يجود عليه فكره وما يستنبطه من إجتهادات قضائية سابقة أو ما يستخلصه من دراسات فقهية وأعراف واقعية لتحري الإنصاف أمام إستحالة تنصله من عدم إصدار الحكم القضائي ، وإلا تمت متابعته بجريمة نكران العدالة .

المبحث الثاني : الأسباب الخارجية الداعية لتفسير القانون

وكما ذكرنا العيوب الداخلية لمختلف التشريعات الوضعية ، والتي لا نجد لها تقويما إلا من خلال مختلف المناهج التفسيرية ، كذلك نسلط الضوء على تأثير مختلف الأسباب الخارجية في صياغة التشريعات ذاتها ، وفي جودة التفسيرات الموجهة لها ، نهيك عن تأثيرها في بناء الفكر القانوني عند مختلف الأشخاص المعنيين بالقاعدة القانونية ، وهذه الأسباب الخارجية نحصرها في :

- المطلب الأول : تغير وظيفة القانون
- المطلب الثاني : التضخم في التقنين
- المطلب الثالث : تميع التفكير القضائي
- المطلب الرابع : تأثير حقوق الإنسان على التقنين

المطلب الأول : تغير وظيفة القانون

يجمع رجال القانون أن القانون هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع ، فمتى غابت خاصية التجريد عن النصوص القانونية إلا و حل محلها تحقيق المآرب والغايات الخاصة للسلطة التنفيذية صاحبة مشروع القانون قبل عرضه على السلطة التشريعية أو حل محلها ذات الغايات للسلطة التشريعية صاحبة مقترح القانون قبل صياغته والتصويت عليه من طرف السلطة التشريعية ذاتها .

وفي أحوال هكذا تصدر القوانين معيبة كذلك ، وخصوصا إن لم تكن واظحة الفلسفة ، أين لا تكرس دولة القانون ، وتزيد من هامش السلطة التقديرية للقضاة ، و التي قد تنعكس سلبا على تحقيق الإنصاف في مختلف الدعاوى والمنازعات المعروضة على القضاء .

كما قد تصدر القوانين لغاية إحداث جملة من التغييرات والتحولات في المجتمع ، والتي قد لا ترتبط مع معتقداته وأعرافه ، أوقد تتناقض أحيانا تناقضا صريحا مع طبيعة المجتمع و انتماءاته ، مثل القوانين العربية التي تنص على حقوق المرأة والتي تتعدل في كل مرة تحت تأثير ضغوط دولية من خلال حمل الدول العربية على التصديق على بعض التشريعات الدولية المناهضة للتمييز ضد المرأة. وفي حالات هكذا يتأثر النسيج الإجتماعي من خلال الدعوة الضمنية لتمرد النساء على الرجال لأجل تفكيك الأسر ، أين تصبح الدولة هي السلطة الأسرية الوحيدة وليس الوالدين . وتغيير الفكر القانوني للدولة ليتحول إلى سلاح ضد مقومات الأمة يربك حتى القضاة في

أحكامهم وإجتهاداتهم ، كما يربك السلطات التنفيذية في تفسير النصوص القانونية وإصدارهم لمختلف التنظيمات التشريعية ، وحتى الفقهاء قد يتميعون ويميعون نظرتهم وتفسيراتهم الفقهية لهكذا قانون .

المطلب الثاني : التضخم في التقنين

نقصد بالتضخم في التقنين كثرة التشريع الناتج عن تعديل القوانين السيئة ، والتي لا تنتج إلا قوانينا أسوء من جهة الصياغة الشكلية والبناء الموضوعي ، بالإضافة إلى المساهمة في فقدان الثقة بين دولة القانون والأشخاص المنضوين تحت مظلة هذه القوانين السيئة الصادرة عنها ، وتصبح هكذا تشريعات غير فعالة في تحقيق المقاصد التشريعية للدولة في المجتمع ، كما توسع من دائرة تناقض الأحكام القضائية أحيانا ، وخصوصا تلك الصادرة بناءا على إجتهادات قضائية . وهناك من يرى أن هكذا واقع لا يؤثر على مناهج التفسير فحسب بل سيساهم في نمو الإستبداد بين الإدارة و مختلف الأشخاص المتعاملة معها .

المطلب الثالث : تميع التفكير القضائي

في الحياة النظرية لم تعد السلطة التشريعية ولا السلطة التنفيذية تنظران إلى القاضي بكونه مجرد مطرقة لتطبيق القانون بفكر جامد ، بالعكس السلطة التقديرية للقاضي نظريا زادت وإتسعت رقعتها في مختلف الدول العربية من خلال الزخم الكبير للإجتهادات القضائية ، ولكن من الناحية العملية الكثير من هذه الإجتهادات ناجمة عن قضاة متقوقعي الفكر ، وحتى البعض منهم أصحاب التفكير المرن الأجود لا يمارسون كل مهامهم الإجتهادية بإستقلالية تامة عن ضغط السلطة التنفيذية ، أو عن ضغط أشخاص نافذة في السلطة القضائية نفسها . ولكل هذه الأوضاع الواقعية تأثير سلبي على جودة فكر التفسير القضائي للقانون .

المطلب الرابع : تأثير حقوق الإنسان على التقنين

تحت غطاء عولمة القانون وبمسميات عدة ، مثل حقوق الإنسان تعدلت أغلب التشريعات الداخلية للدول ومنها الدول العربية ، بعد تصديقها المطلق أو تصديقها بالتحفظ على التشريعات الدولية ، ومثل هذه التغييرات لا تؤثر فقط على تماسك المجتمع وإنتماءاته ، بل تؤثر كذلك سلبا على مناهج التفسير كفكر إبداعي ، فقد يزيد منحنى التفسيرات القضائية لهكذا قوانين إرتفاعا ولكن بالمقابل سيتهاوى منحنى جودتها .

الفصل الثاني : طرق تفسير القانون

إن القانون الوضعي هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع ، فالأصل العام في صياغته الشكلية ومحتواه الموضوعي أن يكون متميزا باليسر والبساطة في معانيه التي لا تشكل أي لبس لدى الأشخاص المعنيين به وبالخصوص المحامين ،المتقاضين والقضاة ، كما يجب أن لا يحتوي على العيوب الموضوعية في قواعده التي تزيد من ثغراته كالتناقض والنقص والغموض وعدم التفصيل ، مما قد يشكل لبسا كذلك في تحويل قواعده من المحتوى النظري إلى المحتوى التطبيقي على المستويين التنفيذي و القضائي .

هذا الأصل العام أما الإستثناء فوارد عكس كل الذي سردناه ، فنلمس فيه كثرة العيوب والثغرات التي يجب رأبها عن طريق مختلف طرق التفسير ، والتي إن عددناها نلمسها في مجموعتين ، أما المجموعة الأولى من طرق التفسير فلا تلمس إلا المحتوى الداخلي للقواعد القانونية ، ومن أهمها وأكثرها إستعمالا نجد : التفسير اللفظي ، الاستنتاج بطريق القياس ، الاستنتاج بمفهوم المخالفة ، الاستنتاج من باب أولى . فلما يعجز المفسر عن إستنباط المعنى الصحيح وسد الثغرة أو الثغرات القانونية بالمحتوى الداخلي يلجأ حينها إلى المحتوى الخارجي للنص القانوني ، ومن أهم الطرق المستعملة في هذا المجال نجد : البحث في الحكمة من التشريع المعيب ، البحث في مختلف الأعمال التحضيرية قبل إصدار القانون المعيب و كذلك نجد تفسيرات للثغرات من خلال المصادر التاريخية للقانون المعيب .

من خلال هذه الدراسة سوف نسلط الضوء على ما يلي :

- المبحث الأول : طرق التفسير الداخلية للقانون
- المبحث الثاني : طرق التفسير الخارجية للقانون

المبحث الأول : طرق التفسير الداخلية للقانون

من أكثر الطرق المستعملة في تفسير القوانين للكشف عن مضامينها هي طرق التفسير الداخلية ، ومن أهم هذه الطرق نجد :

- المطلب الأول : التفسير اللفظي
- المطلب الثاني : الاستنتاج بطريق القياس

- المطلب الثالث : الاستنتاج بمفهوم المخالفة
- المطلب الرابع : الاستنتاج من باب أولى

المطلب الأول : التفسير اللفظي

ويعد التفسير اللفظي للتشريع من أبسط وأيسر الطرق الداخلية للتفسير ، إذ يعتمد على تفسير معاني الألفاظ الواردة بالنص القانوني من أجل الوقوف على معانيها و مدلولاتها ، ولكن هذا اليسر في الطريقة لا يعني سهولة الوصول إلى معاني الألفاظ الواردة بالنص ، بل ذلك يتطلب تمكنا من اللغة المكتوب بها القانون وتمكنا من المصطلحات القانونية الواردة بالنص القانوني كذلك.

هذا وقد عرف بعض القهاء التفسير اللفظي بأنه " اعتماد المعاني اللغوية والاصطلاحية لألفاظ النص القانوني بغية الوقوف والكشف عن قصد المشرع "[104]

المطلب الثاني : الاستنتاج بطريق القياس

لقد عرف البعض الاستنتاج بطريق القياس على أساس أنه " تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى مشابهة لها لم يرد في حكمها نص، فقياسا على الحديث النبوي الشريف الذي ينص على أن قاتل مورثه لا يرث منه ، أمكن الاستنتاج أن الموصى له إذا قتل من أوصى له فإنه لا يستحق الوصية منه ، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين وهي القتل " [105]

وأهم أسس القياس تتمثل في :

- وجود واقعتين متشابهتين ومشتركين في العلة
- إحدى الواقعتين منصوص عليها بنص قانوني واضح لا يحتاج إلى تفسير .
- الواقعة الأخرى إما منصوص عليها بنص قانوني معيب يحتاج إلى تفسير أو لم ينص القانون عليها .
- يتم إنزال حكم الواقعة المنصوص عليها بنص قانوني واضح على الواقعة الأخرى .

[104] محمد لبقالي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة اسبارطيل طنجة، الطبعة الثانية 200 3، ص 217

[105] الشيخ محمد الأمين، تفسير القانون، منشور بموقع www.barikanet.yoo7.com/t736-topic

المطلب الثالث : الاستنتاج بمفهوم المخالفة

ونعني بمفهوم المخالفة وجود واقعتين متعاكستين ، إحداهما نص عليها القانون والثانية لم يتم التنصيص لها ، فيتم إسقاط عكس حكم الواقعة الأولى على الواقعة الثانية .

وقد عرف البعض الإستنتاج بمفهوم المخالفة كما يلي " تطبيق ومنح واقعة غير منصوص عليها في القانون عكس الحكم الذي أعطي لواقعة منصوص عليها فيه لوجود اختلاف في العلة أو لانتفاء شرط من الشروط المعتبرة في الحكم "[106]

وأهم أسس الاستنتاج بمفهوم المخالفة :

- وجود واقعتين متشابهتين ومشتركين في العلة
- إحدى الواقعتين منصوص عليها بنص قانوني واضح لا يحتاج إلى تفسير .
- الواقعة الأخرى إما منصوص عليها بنص قانوني معيب يحتاج إلى تفسير أو لم ينص عليها القانون .
- الواقعة الأخرى معاكسة للواقعة المنصوص عليها بنص قانوني واضح
- يتم إنزال عكس حكم الواقعة المنصوص عليها بنص قانوني واضح على الواقعة الأخرى .

ولتقريب المعنى نضرب الأمثلة التالية :

المثال الأول =الواقعة الأولى : تتمثل في هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري ، و الحكم الخاص بهذه الواقعة بين من خلال نص القاعدة القانونية :

" هلاك المبيع قبل تسليمه يؤدي فسخ العقد و استرداد الثمن من قبل المشتري "

الواقعة الثانية : تتمثل في هلاك المبيع بعد تسليمه للمشتري ، و الحكم الخاص بهذه الواقعة غير منصوص عليه في القانون .

الواقعة الثانية أتت معاكسة للواقعة الأولى ونستشف ذلك من خلال مصطلح قبل التسليم ومصطلح بعد التسليم المتعاكسين .

[106] محمد البقالي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة اسبارطيل، طنجة، الطبعة الثانية 2003 ، ص 218

وفي هذه الحالة يتم إنزال عكس حكم الواقعة الأولى المنصوص عليها بنص قانوني واضح على الواقعة الثانية ، وفي هذا المثال نستخلص

أن هلاك المبيع بعد التسليم لا يفسخ العقد و لا يسترد الثمن.

والمثال الثاني =الواقعة الأولى : تتمثل في الحصول على رخصة البناء قبل الشروع في بناء السكن ، وهذا ما ينص عليه القانون

الواقعة الثانية : تتمثل في تشييد السكن دون الحصول على رخصة البناء ، و نفرض الحكم الخاص بهذه الواقعة غير منصوص عليه في القانون .

الواقعة الثانية أتت معاكسة للواقعة الأولى ونستشف ذلك من خلال مصطلح الحصول على رخصة البناء ومصطلح دون الحصول على رخصة البناء المتعاكسين .

وفي هذه الحالة يتم إنزال عكس حكم الواقعة الأولى المنصوص عليها بنص قانوني واضح على الواقعة الثانية ، وفي هذا المثال نستخلص أن البناء بدون رخصة باطل ، وقد يؤدي إلى توقيف أشغال البناء أو حتى إلى الهدم .

المطلب الرابع : الاستنتاج من باب أولى

لقد عرف البعض طرقة تفسير النصوص القانونية من خلال مسار الإستنتاج من باب أولى كما يلي : " تطبيق حكم وارد في حالة معينة على حالة أخرى لم يرد في حكمها نص، لا لأن علة الحكم الوارد في الحالة الأولى أو سببه متوفران في الحالة الثانية فحسب كما هو الحال بالنسبة للاستنتاج بطريق القياس. ولكن لأنهما أكثر توافرا في هذه الحالة منهما في الحالة الأولى " [107] .

وأهم أسس القياس تتمثل في :

- وجود واقعتين متشابهتين ومشتركين في العلة
- إحدى الواقعتين منصوص عليها بنص قانوني واضح لا يحتاج إلى تفسير .
- الواقعة الأخرى إما منصوص عليها بنص قانوني معيب يحتاج إلى تفسير أو لم ينص القانون عليها .
- العلة في الواقعة الأخرى أكثر وضوحا وجلاءا .

[107] الشيخ محمد الأمين، المرجع نفسه .

- وعليه من باب أولى إنزال حكم الواقعة المنصوص عليها بنص قانوني واضح على الواقعة الأخرى .

ولتوضيح المعنى نستدل بأمثلة من الشريعة الإسلامية

ومثال ذلك :

الواقعة الأولى خاصة بحكم تحريم الخمر ، حيث ورد التحريم في القرآن الكريم ، مثقالا لقوله تعالى : ﴿يا أيُّها الذينَ ءامنوا إنَّما الخمرُ والميسرُ والأنصابُ والأزلامُ رِجْسٌ مِنْ عملِ الشيطانِ فاجتَنِبوهُ لعلَّكُم تُفلِحون ، إنَّما يُريدُ الشيطانُ أن يُوقِعَ بينكم العداوةَ والبغضاءَ في الخمرِ والميْسِرِ ويَصُدَّكُمْ عنْ ذكرِ اللهِ وعنِ الصلاةِ فهلْ أنتُم مُنتَهونَ﴾ [108] وعلة تحريمها أنها مذهبة للعقل

وبالمقابل نجد الواقعة الثانية الخاصة بحكم المخدرات ، حيث لم يرد بشأنها نص في القرآن الكريم ولكنها كذلك مذهبة للعقل ولكن بدرجة أكبر وأخطر على النفس والمجتمع من الخمر ، فمن باب أولى إسقاط حكم تحريم الخمر على حكم تحريم المخدرات .

المبحث الثاني : طرق التفسير الخارجية للقانون

كما سبق وبينا في الدراسة السابقة أن أكثر الطرق إستعمالا في تفسير القوانين للكشف عن مضامينها هي مناهج التفسير الداخلية ، ولكن المفسر يلجأ كذلك إلى الطرق الخارجية لما تُعجزه الطرق الداخلية عن الوصول إلى مبتغاه التفسيري ، ومن هذه الطرق نحصي ما يلي :

- المطلب الأول : الحكمة من التشريع
- المطلب الثاني : الأعمال التحضيرية للتشريع
- المطلب الثالث : المصادر التاريخية
- المطلب الرابع : النص الاجنبي للتشريع
- المطلب الخامس : تقريب النصوص التشريعية

[108] سورة المائدة . الآية 90-91

المطلب الأول : الحكمة من التشريع

يفترض في دولة القانون أن لا تسن تشريعاتها عبثا ، بل ليسود القانون وتكون كل السلطات فيها سلطات قانون لا سلطات أشخاص ، ومن هذا المنطلق السلطة النشريعية لا تقنن إلا لتحقيق غايات تنظيمية ضبطية للصالح العام لكل مناحي الحياة : الإجتماعية ، السياسية ، الإقتصادية ، الثقافية .....إلاخ ، بمفهوم آخر لكل قانون فلسفة و حكمة منذ كان القانون مجرد فكرة ليتحول بعدها إلى إقتراح قانون أو مشروع قانون له غايات ومقاصد محددة ، فعندما يصدر القانون تختلف نظرة الأشخاص إليه ، ومن هؤلاء الأشخاص نجد القاضي المحنك المتمرس الذي يغوص في فكر المشرع وهو بصدد تطبيق القانون وإسقاط مختلف الوقائع الموجودة أمامه من خلال مختلف النزاعات والدعاوى على قوالب القواعد القانونية المطابقة لها . وهكذا دوره عند إقدامه على تفسير ما أشكل فهمه من القانون ، وهكذا دأبه عند سيره في درب الإجتهادات القضائية ، وكذلك يفعل الفقهاء في مختلف أعمالهم الفقهية لتفسير القوانين ، ويفعل الدور ذاته كل من تولى مناصب تنفيذية عندما يجد بالقانون ثغرات عله يجد مفتاح حلها من خلال التجول في فكر المشرع وإستنباط الحكمة والغاية التي من أجلها سن المشرع القانون حيز التطبيق .

ومن الأمثلة التي يمكن سياقها لتوظيح المعنى مما سبق ذكره نجدها في قانون العقوبات ، فمختلف التشريعات الجزائية العربية المقارنة تُجرم السرقة وتضع لها عقابا ، ولكن بالموازات من ذلك تشدد هذا العقاب كلما وقعت هذه الجريمة تحت جُنح الظلام ، فهل المقصود إجرائيا من الظلام مفهومه العلمي من وقت غروب الشمس إلى شروقها ، أم المراد من ذلك الظلام الحقيقي حيث تقل الحركة و يخيم الهدوء والسكينة على الناس ، حيث إن أقدم المجرم السارق على فعلته في الظلام الحقيقي بالإضافة إلى جرم السرقة سيفزع الناس ، وقد يسبب لهم ذلك أمراضا نفسية أو عضوية مستقبلا ، والتفكير في الحكمة التشريعية من هكذا قواعد قانونية هو الذي يولد لنا جودة الإجتهادات القضائية .

المطلب الثاني : الأعمال التحضيرية للتشريع

تماما كالأكل له مرحلة تحضيرية فالتشريع كذلك ، وتسمى مراحل تحضيرية للنصوص التشريعية كل ما يسبق إصدارها من مختلف الأعمال . فالقانون في الأصل مجرد فكرة تتبادر إلى أذهان أعضاء السلطة التشريعية فيحولونها إلى مقترح قانون ، أو تتبادر إلى مختلف القطاعات الوزارية للسلطة التنفيذية فيحولونها إلى مشروع قانون ، وفي كلتا الحالتين وقبل صياغة القانون وتقديمه للسلطة التشريعية للتصويت عليه هناك لجان فنية متخصصة في

الصياغة ، لها محاضر فنية عن مختلف الأعمال الفنية التي قامت بها ، بالإضافة إلى مختلف تقارير اللجان البرلمانية المتخصصة في مناقشة مشاريع ومقترحات القوانين ، فكل هذه الأعمال هي من قبيل الأعمال التحضيرية التي يستند إليها القاضي للإستئناس بها قبل إصداره لمختلف إجتهاداته القضائية ، وكذلك يستند إليها الفقهاء فيما تعسر عليهم فهمه ، وذات الشأن بالنسبة للإدارة كسلطة تنفيذية .

المطلب الثالث : المصادر التاريخية

وتدعى المصادر التاريخية كذلك بالسوابق التاريخية ، بما يفهم ان المشرع يأخذ نسبة من الأحكام الواردة بالقواعد القانونية من خلال الرجوع إلى سوابق قانونية ، ومثال ذلك أغلب الترسانة القانونية الجزائرية مستمدة من التشريع الفرنسي[109] ، حيث نص دستور الجزائر لسنة 1963 على إبقاء العمل بكل القوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع السيادة الجزائرية ، وكذلك الكثير من القوانين السورية والمصرية ، كما أن أغلب قواعد قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية وكذلك الكثير من التشريعات العربية المقارنة .

وعليه يعمد المفسر فقيها كان أو إداريا أو قاضيا إلى تتبع السوابق التشريعية التي كانت مصدرا للقانون الذي أشكل فهم بعض قواعده ، فأحيانا الترجمة السيئة من السوابق التشريعية تولد معاني مبهمة وتخلق الكثير من الثغرات القانونية ، والقاضي لا تلزمه القواعد القانونية الموجودة بالمصادر التاريخية بل يأخذ منها بما يصوب إجتهاداته القضائية على سبيل الإستئناس .

المطلب الرابع : النص الاجنبي للتشريع

هناك بعض التشريعات العربية التي كانت في الأصل مكتوبة بلغة أجنبية ، ثم تمت ترجمتها بعد ذلك إلى اللغة العربية ، مثل الجزائر حيث كل تشريعاتها كانت مكتوبة باللغة الفرنسية إبان الإستقلال ، ثم تمت ترجمتها عبر مراحل ، فالقاضي أو الفقيه أو الإداري الذي يجد مشقةً في نفسير معاني بعض القواعد القانونية المكتوبة باللغة العربية يمكنه الرجوع إلى النسخ الأصلية المكتوبة باللغة الفرنسية للوقوف أمام المعاني القانونية الأصلية .

المطلب الخامس : تقريب النصوص التشريعية

وكذلك تعد الإستعانة بالنصوص القانونية المتقاربة القواعد القانونية في تفسير القوانين المعيبة بنقص أو تعميم أو غموض أو تناقض من طرق التفسير الخارجية التي يلجأ إليها القاضي لرأب ثغرات القانون المعيب وإصدار

[109] لقد ساد التشريع الفرنسي الجزائر إبان الفترة الإستعمارية من سنة 1830 إلى 1962 .

إجتهاداته القضائية ، وكذلك يفعل الفقيه في أبحاثه الفقهية والإداري في أعماله التنظيمية . ومن أمثلة القوانين المتقاربة التي نسوقها لتقريب المعنى : قانون البلدية وقانون الولاية وقانون الإنتخاب ، القانون المدني وقانون الأسرة ، قانون الضرائب وقانون المالية وقانون البنوك وقانون النقد والقرض .

الفصل الثالث : الشروط المطلوبة في المفسر للقانون .

من خلال الدراسات السابقة يمكن تسليط الضوء على أهم الشروط المطلوبة في المفسر للتشريعات الوضعية مهما كانت صفته : باحث ، فقيه ، قاضي ، مشرع ، منظم ، والتي نوجزها فيما يلي :

- المبحث الأول : الشروط الموضوعية المطلوبة في المفسر للقانون
- المبحث الثاني : التمكن من المناهج التطبيقية

المبحث الأول : الشروط الموضوعية المطلوبة في المفسر للقانون

من أهم الشروط الموضوعية المطلوبة في المفسر للقانون أن يكون :

- على علم بروح القانون وفلسفته إجمالا.
- على علم بفلسفة القانون المراد تفسيره.
- على علم بمصادر القانون المراد تفسيره.
- له إطلاع على الأعمال القبلية لصياغة مشروع القانون إن كان القانون من تبني الحكومة ، أو الأعمال القبلية لصياغة مقترح القانون إن كان هذا الأخير من تبني أعضاء البرلمان .
- على علم بعلاقة القانون المراد تفسيره مع مختلف القوانين الأخرى.
- على علم بالواقع الذي شُرع له القانون المراد تفسيره .
- التمكن من تحويل القواعد القانونية من مدوناتها إلى الواقع التطبيقي .
- التمكن من تحديد و استيعاب غايات تشريع القانون المراد تفسيره.
- التمكن من تحديد الأطر الزمانية والمكانية للقانون المراد تفسيره .

- عدم تحميل النص المراد تفسيره أكثر مما يحتمل .[110]
- التمكن من ضبط العلاقة بين القانون المراد تفسيره والفلسفة القانونية للدولة. [111]
- التحلي بالموضوعية عند تفسير القانون .
- الإبتعاد عن الهالات النفسية المبنية من منطلق التأملات النظرية والإتجاهات الوجدانية .[112]
- عدم التعصب للأشخاص ولا للأفكار عند تفسير القانون .
- التحلي بالمهنية والجودة عند تفسير القانون .

المبحث الثاني : التمكن من المناهج التطبيقية

وكذلك تتطلب جودة التعليق على النصوص القانونية والتنظيمية ، الأحكام ، الأوامر و القرارات القضائية ، تحليل و تقييم الأبحاث العلمية أن يكون للباحث بسطة من العلم في المناهج التطبيقية التالية :

- المطلب الأول : التمكن من المنهج التحليلي
- المطلب الثاني : التمكن من المنهج المقارن
- المطلب الثالث: التمكن من المنهج التاريخي
- المطلب الرابع: التمكن من المنهج الوصفي
- المطلب الخامس : التمكن من المنهج الإحصائي
- المطلب السادس : التمكن من المنهج الإستنباطي
- المطلب السابع : التمكن من المنهج الإستقرائي

المطلب الأول : التمكن من المنهج التحليلي

يعد المنهج التحليلي عميد المناهج العلمية في البحث العلمي للمواضيع المتصلة بالقانون ، ولأهميته سوف نسلط الضوء عليه من خلال الفروع التالية :

---

[110] محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير ،الجامعة الإسلامية ، غزة ،كلية الشريعة والقانون ، ص 32

[111] الفتلاوي سهيل ، المدخل لدراسة علم القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، العراق ، ط 2، 2009 ، ص 232

[112] المرجع السابق ، ص232

- الفرع الأول : تعريف المنهج التحليلي .
- الفرع الثاني : أهمية المنهج التحليلي
- الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التحليلي
- الفرع الرابع : مثال عن تطبيق مراحل المنهج التحليلي في المنهجية القانوني للبحث

الفرع الأول : تعريف المنهج التحليلي

لقد عرف بيرلسون (1952) تحليل المحتوى بأنه "عبارة عن طريقة بحث يتم تطبيقها من أجل الوصول إلى وصف كمي هادف ومنظم لمحتوى أسلوب الاتصال"[113]

كما عرف البعض المنهج التحليلي كما يلي : " هو منهج يقوم على دراسة الإشكالات العلمية المختلفة: تفكيكا أو تركيبا أو تقويما، فإن كان الإشكال تركيبة منغلقة، قام المنهج التحليلي بتفكيكها وإرجاع العناصر إلى أصولها. أما إذا كان الإشكال عناصر مشتتة؛ فإن المنهج يقوم بدراسة طبيعتها ووظائفها ليركب منها نظرية ما، أو ليركب من أصولها قواعدا معينة. كما يمكن أن يقوم المنهج التحليلي على تقويم إشكال ما، أي نقده"[114].

ويمكن أن نعرف المنهج التحليلي في القانون بأنه ذلك المنهج الذي يفكك الإشكالية القانونية إلى مشكلات قانونية ، أين يدرسها الباحث على إنفرادها ،كما يدرسها مجتمعة من حيث التأثر و التأثير في بيئة موضوع البحث من جهة ومن حيث التأثير والتأثر ببيئات أخرى من جهة أخرى للخروج بنتائج ملموسة في الواقع .

الفرع الثاني : أهمية المنهج التحليلي

تتمثل أهمية المنهج التحليلي في :

- التنظيم العلمي لعملية تواصل الباحث مع موضوع البحث العلمي
- الكشف عن الزوايا الخفية في موضوع البحث العلمي كالثغرات القانونية مثلا ، وهذا الأخير يحدث من خلال عملية تفكيك موضوع البحث إلى أجزائه المكونة له .

[113] https://www.emaze.com/@AIILZFFF ، التحميل يوم الجمعة 18 /01/ 2019 على الساعة 15.30

[114] أبو اليسر رشيد ، على موقعه الإلكتروني http://www.aboulyossr.com ، التحميل يوم الجمعة 18 /01/ 2019 على الساعة 22.00

- الكشف عن المشكلات البحثية من خلال تفكيك إشكالية البحث العلمي للموضوع محل الدراسة.
- دراسة العلاقات الموجودة بين المشكلات البحثية بين بعضها البعض .
- دراسة العلاقات الموجودة بين المشكلات البحثية والواقع موضوع التحليل
- عملية إعادة التركيب للموضوع العلمي بعد تفكيكه يبدد النظرة السطحية للباحث حول الموضوع لتحل محلها نظرة علمية ذات جودة .
- أهم المناهج في تأسيس النظريات القانونية والمبادئ كذلك .
- تحليل فلسفة الواقع قبل تحولها إلى قواعد قانونية ، للوقوف على درجة صواب هذا التحول أو مجانبته الصواب ، على أساس أن الواقع هو الذي ولد فكرة التنظيم ، و هذه الأخيرة تحولت إلى قواعد قانونية .
- من أهداف التحليل كذلك النقد والتقويم .

الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التحليلي

لقد خلق الله تعالى جسد الإنسان من أعضاء وروح ، فالروح من علم الخالق تعالى وحده ، أما الأعضاء فهي أنسجة حيوية إنبر علماء الطب من غابر العصور على دراستها ، وما تقدمت علوم الطب بأبحاثها العلمية في هذا المجال إلا بالتقسيم الدقيق لكل عضو إلى أجزائه الخلوية المكونة له ، ثم دراسة خصائص كل خلايا هذه الأجزاء ومختلف العلاقات الناشئة بينها ، ثم بين العضو وباقي أعضاء الجسد ليتواصل البحث العلمي إلى ربط العلاقات العلمية بين العضو والبيئة النفسية للإنسان وبيئته الإجتماعية والبيئات الأخرى . وهكذا البحث العلمي في مجال القانون عندما ينتهج الباحث فيه المنهج التحليلي . وبناءا على ذلك يمكن تقسيم المراحل الأساسية للمنهج التحليلي إلى :

I : تقسيم موضوع البحث إلى أجزاء

II : دراسة تحليلية إلى كل جزء من أجزاء البحث المتناول على حدى ، كالإشارة إلى مفهومه ، خصائصه ، تأثره وتأثيره بالبيئة التي كان مترابطا معها قبل تقسيم موضوع البحث ، أهمية كل جزء لمفرده وأهميته ضمن النسق العام للموضوع ، مختلف المشاكل العلمية التي يمكن أن يثيرها ، سواء كانت بسيطة أو معقدة ،

III : دراسة تحليلية لمختلف العلاقات الموجودة بين العناصر المجزئة فيما بينها .

IV : دراسة تحليلية لمختلف العلاقات الموجودة بين العناصر المجزئة والبيئة الخارجية من حيث التأثير والتأثر .

V : دراسة تقييمية إلى كل الدراسات السابقة

ملاحظة : فإن كان موضوع البحث مجزء العناصر في الأصل يجب على الباحث أن يعمل على تجميعها ، ودراسة تأثير هذا المركب ليخرج بخصائص وأهمية ونظريات لم تكن تتراءى في الأجزاء المشتة .

الفرع الرابع : مثال عن تطبيق مراحل المنهج التحليلي في المنهجية القانونية للبحث

البحث مثلا موسوم بالعنوان : "عدم تقنين تداول العملة الصعبة في السوق السوداء "

وهذا البحث موجه مثلا لإنجاز مذكرة ماستر أو أطروحة دكتوراه .

في المرحلة الأولى

يقسم الباحث موضوع البحث إلى أجزاء ضمن محيطها الداخلي :

الجزء الأول : الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة خارجون عن القانون .

الجزء الثاني : الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة غير مُؤمنين إجتماعيا .

الجزء الثالث : الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة لن يستفيدوا من التأمين على التقاعد .

الجزء الرابع : الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة لا يساهمون في الوعاء الجبائي للدولة .

الجزء الخامس : الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة غير محميين قانونا في مواجهة الغير .

الجزء السادس : إن الغير المتعامل مع الأشخاص العاملين في السوق السوداء للعملة الصعبة كذلك غير محميين قانونا .

الجزء السابع : يعد هذا الوسط بيئة ملائمة لجريمة تزوير وتداول العملة المزورة .

الجزء الثامن : عدم تمكن البنك المركزي للدولة من تحديد الحجم الحقيقي للعملة الصعبة في السوق الموازية .

الجزء التاسع : التأثير السلبي لهذه السوق في تهاوي قيمة العملة الوطنية مقابل العملات الأجنبية .

الجزء العاشر : فشل التشريع في تقنين هذه السوق أو توجه الإرادة السياسية للدولة إلى عدم تقنينها .

الجزء الحادي عشر : حجم الخسائر الإقتصادية للدولة جراء فشلها في تفعيل فلسفة إدخار هذه القيم الضخمة للعملة الصعبة .

في المرحلة الثانية

يقوم الباحث بدراسة تحليلية لكل جزء من الموضوع على حدى ضمن محيطه الداخلي

في المرحلة الثالثة

يعكف الباحث على دراسة مختلف العلاقات الناشئة بين هذه الأجزاء ضمن محيطها الداخلي .

فمن خلال هذا المثال يدرس الباحث على سبيل المثال :

- علاقة قانون النقد والقرض بهذا الواقع الإجتماعي المزري ، وبالواقع الإجرامي كذلك
- علاقة الدفع والتحصيل الجبائي بالتأمين الإجتماعي والتأمين على التقاعد من خلال قاعدة تضافر كل الأشخاص العاملين ، سواء الأجراء أو غير الأجراء في أجور المتقاعدين .
- علاقة هشاشة الإقتصاد الوطني بتهميش وإقصاء شريحة من شرائح المجتمع .
- علاقة العدالة بقضائها الجالس أو من خلال النيابة العامة في حماية المتعاملين مع أشخاص هذه السوق ، علما أن غالبية الموظفين والعمال الأجراء على إختلاف مراكزهم القانونية وحتى غير الأجراء يتعاملون مع هذه السوق عندما لا تسد البنوك حاجتهم من العملة الصعبة في أسفارهم ، وخصوصا الصحية .
- علاقة الإرادة السياسية للدولة بإنخفاض العملة الوطنية .
- علاقة التشريع الإقتصادي بفلسفة الإدخار .

في المرحلة الرابعة

يقوم الباحث بإعادة تركيب هذه الأجزاء ودراسة تأثيرها على المحيط الخارجي .

فمن خلال هذا المثال يدرس الباحث على سبيل المثال :

- تأثير عدم التأمين الإجتماعي على التأمين الصحي لأفراد أسر هذه الشريحة ، وخصوص عند إصابة المعيل بأمراض قد تقعده بالبيت .

- خطورة تأثير العمل غير الشرعي ليس لكونه فقط غير قانوني على مستوى الأشخاص العاملين في حقله ، بل خطورته تمتد إلى تربية النشأ ، فأبسط علاقة بين الطفل ومحيطه الإجتماعي ، وخصوصا محيطة التربوي التعليمي مع أقرانه تبدأ بالسؤال عن عمل الأب ؟ ! ، وبعيدا عن الحرج الذي قد يسببه هكذا تساؤل ومآله على بعض العقد التي قد تتسلل إلى شخصية الطفل ، فالعمل غير القانوني خطورته أعظم عندما يتحول إلى عقيدة راسخة منذ الصغر .
- تأثير هذا الوسط على إستقطاب الإستثمارات الأجنبية .
- تأثير هذا الوسط على التنمية المحلية و الوطنية إقتصاديا .

في المرحلة الخامسة

يعمل الباحث في هذه المرحلة على إنجاز دراسة تقييمية لكل الدراسات السابقة ،فمن خلال هذه المرحلة تظهر البصمة العلمية للباحث ، بأنه شخصية مستقلة ، حيث قد يتوافق فكره العلمي مع الأفكار المطروحة للغير ، كما قد يطرح فكرا مغايرا لهم .

المطلب الثاني : التمكن من المنهج المقارن في العلوم القانونية

نهيك أن موضوع البحث موجه إلى الأشخاص المختصين في القانون ، إلا أنه وبعيدا عن التخصص ، عندما يصل مصطلح المقارنة إلى مسامعنا ، نشرد بفكرنا مباشرة بين الإختلافات و أوجه التشابه في موضوع الحديث. و لكن المقارنة كمنهج فكري يتفاعل معها كل البشر بكل مستوياتهم العلمية [115] ، بل حتى الأنبياء والرسل عليهم السلام يؤسسون الكثير من الأمور العقائدية على منهج المقارنة بين الخير والشر ، بين الجنة والنار ،

[115] تعد آلية المقارنة من الصفات التي حاب الله عز وجل بها الإنسان ، وهذه الآلية شغالة درينا أو دون أن ندري ، من نعومة أضافرنا إلى أن نبلغ من العمر عتيا ، ومن القَصص الجميل اللائق بهذا المقام ، أن شيخا هرما بلغ من العمر عتيا فقد سمعه ، فقصد الطب لعلاجه . العملية الجراحية كانت جد مستعصية ونسبة النجاح فيها كانت جد متهاوية ، فإتفق الجراح مع الشيخ أن لا يأخذ ثمنه حتى تنجح العملية ، وكان الأمر كذلك أين إستعاد الشيخ سمعه والحمد لله . فلما وقع في أذنه قيمة ثمن العملية دمعت عيناه ، وشاهد الجراح ذلك ، فلان قلبه وقال له : على رسلك الثمن ليس مشكلا ، إخفض فيه كما تشاء وتقدر ، فما عسى الشيخ إلا أن أبهر الجراح كما أبهرنا في جوابه حينما إستدل **بمنهج المقارنة** قائلا : المال متوفر والحمد لله ، ولكنني قارنت بين عطاء الله بلا ثمن ، حيث أعطاني نعم السمع ثمانين سنة ونسيت أن أحمده تعالى عليها ، وأنتم فقط أصلحتم فيه تلفا بثمن كذا !؟ اللهم إجعلنا من الشاكرين ، آمين .

بين الجهاد والسلم ، وهذا إبراهيم عليه السلام عندما ساح في الأرض بحثا عن الله راح يبحث ويقارن بين من هو أحق بذلك ، أين قارن بين القمر والشمس قبل أن يهديه ربي إلى عبادته .

وباعتبار القانون مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع ، فالمقارنة لا تكون فقط على مستوى القواعد بل تمتد إلى المجتمع كذلك ، ونظرا لإستحالة وجود ذلك التشابه المطلق التام بين مجتمعات الدول ، بين التركيبات البشرية لمجتمع الدولة الواحدة [116] ، فالقواعد الوضعية من تشريع العقل البشري الذي يستحيل عليه الإدراك المطلق لكل ما هو حاضر من المقارنات وما قد يحدث مستقبلا ، ولذلك على الباحث في المجال القانوني أن يعي أن إقرار الإختلاف لا يعني بالموزات إقرار التشابه .

وفي مواضيع البحث العلمي المتصلة بالقانون نعمد إلى إستعمال المنهج المقارن إما بصفة مستغرقة داخل ثنايا المنهج التحليلي للموضوع ذاته[117] ، أو منفصلا ومستقلا بذاته حين نحدث مقارنةً خارجية للموضوع ببيئة أخرى [118] . وللتفصيل أكثر سوف نسلط الضوء على هذا المنهج من خلال الفروع التالية :

- الفرع الأول : تعريف المنهج المقارن
- الفرع الثاني : أهمية المنهج المقارن
- الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج المقارن
- الفرع الرابع : أنواع المقارنة

الفرع الأول : تعريف المنهج المقارن في العلوم القانونية

" المنهج المقارن وهو ذلك المنهج الذي يعتمد على المقارنة في دراسة الظاهرة حيث يبرز أوجه الشبه والاختلاف فيما بين ظاهرتين أو أكثر، ويعتمد الباحث من خلال ذلك على مجموعة من الخطوات من أجل

[116] نجد في الجزائر مثلا من جانب اللهجات المختلفة : الشاوية ، القبائلية ، الزناتية ، التارقية ، الشلحية ، الريغية ...إلأخ ، وفي جانب الأفكار الدينية والمذاهب نجد : الصوفية بطرق كثيرة ، الإباضية ، السنية بفكر الإخوان المسلمين ، السنية بفكر السلف الصالح ....إلأخ ، نهيك عن إختلافات في مجالات أخرى .

[117] ومن الأمثلة التي يمكن طرحها : المقارنة بين مشكلة قانونية تابعة لإشكالية البحث وبين مشكلة قانونية أخرى كعنصر من عناصر تقسيم موضوع البحث ، مثلا الموضوع القانوني دائر حول المقارنة بين حقوق الطفل في التشريع والشريعة ، فالباحث حين يُفَصل في البحث يمكن أن يحدث كذلك مقارنات داخلية مستغرقة مثل المقارنة بين حقوق الرضيع وحقوق الطفل في التشريع .

[118] ومن الأمثلة التي يمكن طرحها : المقارنة بين دراسة موضوع في التشريع الجزائري ودراسة ذات الموضوع في تشريع دولة أخرى ، دراسة قانون الإستثمار في إقليم الدولة ثم في المناطق الإقتصادية الحرة لنفس الدولة ، مقارنة بين حقوق الطفل في القانون الحالي بعد التعديل وقبل التعديل

الوصول إلى الحقيقة العلمية المتعلقة بالظاهرة المدروسة. وتستعين العلوم القانونية بالمنهج المقارن في الكثير من الدراسات، وذلك من خلال مقارنة مؤسسات قانونية بمؤسسات قانونية في نظم قانونية أخرى " .[119]

إن المنهج المقارن من أهم المناهج المعتمدة في الدراسات البحثية القانونية ، حيث يعمد الباحث إلى إستخلاص أوجه الإختلاف والتشابه النسبي الخاصة بموضوع البحث كاملا أو ببعض المشكلات البحثية المتصلة بإشكالية البحث ، هذا من حيث الموضوع أما من حيث الحيز المكاني للمقارنة فالباحث يتحكم فيه حسب حدود البحث الذي قد يشمل مقارنة عينتين داخل نفس المجتمع [120] مشمولين بنفس القانون ، أو مقارنة القانون الداخلي مع قوانين دول أخرى أو مدى توافق القانون الداخلي مع القوانين الدولية .

الفرع الثاني : أهمية المنهج المقارن في العلوم القانونية

للمنهج المقارن أهمية بالغة في العلوم القانونية ، نلمح منها ما يلي :

- إعتماد منهج المقارنة يسهل من تحول الفرضيات العلمية التي كانت تدور بخلد الباحث إلى قناعات بإبقاء بعضها لصوابها ، ودحض الباقي لمجانبتها للصواب .
- يسهل من تحول قناعات الباحث العلمية إلى القارئ ، سواء تمثل هذا الأخير في الأستاذ المشرف على البحث ، المجالس العلمية أو لجنة المناقشة أو الغير من الباحثين في ميدان العلم
- يكشف هذا المنهج مواطن الخلل في المجتمع التي يجب تنظيمها قانونا .
- يكشف هذا المنهج كذلك مواطن الثغرات القانونية التي لا تظهر في الكثير من الأحيان إلا بمقارنة مع قوانين أخرى لدول أخرى .
- إحداث المقارنات في بعض المقاييس التي تدرس بالجامعة يسهل للطالب الباحث إستيعاب المقياس ويزيد من زمن ترسيخه في الذاكرة .
- يسهل من أداء باقي مناهج البحث العلمي وخاصة التحليلي ، وهذا من خلال كشف الباحث بهذا المنهج لمواطن التشابه والإختلاف .
- يكشف هذا المنهج أحيانا عن علاقات متوارية ، لها وقع وأثر على موضوع البحث ، كالعلاقة بين الفلسفة الواقعية والفلسفة القانونية والقانون ، والعلاقة بين السياسة العامة للدولة والقانون .

[119] د ن ، https://ar.wikipedia.org/wiki ، التحميل يوم 2018/04/12 على الساعة 13.45 .

[120] مثلا : مقارنة تأثير قانون وضعي ما على تنظيم فئة ما داخل المجتمع بفئة أخرى داخل نفس المجتمع .

الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج المقارن

إنه من المناهج الأساسية التي قد يشير إليها الباحث في العنوان الموسوم لبحثه ، كما قد يشر إلى ذلك في مقدمة البحث بعد طرح الإشكالية ، علما أن هناك من الباحثين من يُجري بعض المقارنات في العرض دون الإشارة إلى إعتماد المنهج المقارن في مقدمة البحث ، وهذا من العيوب الشكلية التي قد يشير إليها أساتذة لجنة مناقشة البحث .

أما المراحل الأساسية لمنهج المقارنة فتتمثل في :

I تدقيق الموضوع أو جزء منه أو المشكلات البحثية التي سيجري بشأنها الباحث المقارنة .

II الإطلاع العلمي وليس السطحي على مواضيع المقارنة التي يحتويها البحث العلمي

III تحديد أوجه الإختلاف في الدراسة المقارنة .

IV تحديد أوجه التشابه و لو نسبيا ، لأنه من الصعب حصول ذلك لإختلاف البيئات الخاصة بكل قانون وتنظيم .

V إستخراج النتائج العامة بعد تدقيق التشابه والإختلاف .

الفرع الرابع : أنواع المقارنة

هناك العديد من منهجيات إعتماد منهج المقارنة في العلوم القانونية ، ولعل أهمها مايلي :

أولا –المقارنة الشاملة :

حيث في هذا النوع من المقارنات يكتسح منهج المقارنة كل البحث من البداية حتى النهاية ، وفي الغالب نجد هكذا أبحاث معنونة بعبارة " دراسة مقارنة " إلى جانب عنوان البحث في الصفحة الواجهة للبحث [121].

ثانيا –المقارنة الجزئية :

وهي عكس المقارنة الشاملة أين يقتصر إعتماد منهج المقارنة في جزء أو بعض أجزاء البحث .

[121] ومن هذه الأمثلة : على لطرش ، النظام القانوني للمناطق الحرة العربية (**دراسة مقارنة**) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2017 .

ثالثا-المقارنة بين أنظمة قانونية متقاربة الفكر الفلسفي :

كالمقارنة بين أنظمة قانونية لدول تتبع النظام اللاتيني في التقنين ، أو تتبع النظام الأنجلوساكسوني ، علما أن بعض الفقهاء يطلقون على هذا النوع من المقارنات بالمقاربات .

رابعا-المقارنة بين أنظمة قانونية متباعدة الفكر الفلسفي :

كالمقارنة بين نظرة النظام اللاتيني للتشريع ونظرة النظام الأنجلوساكسوني .

خامسا-المقارنة بين موضوع مطروح في مدونات قانونية مختلفة :

مثل موضوع الإنتخاب في القانون الدستوري ، قانون الإنتخاب ، قانون الولاية و قانون البلدية ، فكلها قوانين تناولت

سادسا-المقارنة بين موضوع مطروح في نفس المدونة القانونية :

مثل المقارنة بين الحقوق والواجبات للعمال الدائمين ، المتعاقدين والموسميين في قانون العمل ، ومثل المقارنة بين حقوق الرضيع وحقوق الطفل في قانون الأسرة .

سابعا- المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية :

وهذا التقسيم الفقهي يتم على مستوى قوة تدرج التشريعات في الهرم القانوني للدولة ، فإن تمت المقارنة في نفس الدرجة سميت بالمقارنة الأفقية ، وكمثال عن ذلك : تَنَاوُل الباحث لنظرة المشرع للإستثمار من خلال قانون الإستثمار ، قانون الجباية ، قانون النقد والقرض ، وكلها تشريعات عادية ، أي أن المقارنة تتم في نفس الدرجة فهي أفقية إذا ، أما تناول المقارنة العمودية لنفس الموضوع ، فيتم من خلال : الدستور ، القوانين العادية التي تناولت قواعدها الإستثمار ومختلف تدرجات التشريعات الفرعية التي تناولت الإستثمار ، من مراسيم رئاسية ، مراسيم تنفيذية وقرارات وزارية ، وفي النهاية ، هذه المقارنة تمت لنس الموضوع ألا وهو نظرة المشرع للإستثمار ، ولكن تمت على مستوى تدرجات قانونية مختلفة في الهرم القانوني للدولة ، وهذه هي المقارنة العمودية .

المطلب الثالث: التمكن من المنهج التاريخي

للمنهج التاريخي أهمية بالغة في المناهج العلمية المستعملة في البحث العلمي للمواضيع المتصلة بالقانون ، فهو ليس مجرد سرد تاريخي قانوني ، بل أهميته أكبر من ذلك ، أدناها الإستفادة من السقطات القانونية التاريخية ، ومن آثار الثغرات القانونية وتأثيراتها على مختلف الوقوع المتصلة بموضوع البحث ، وعلى الرغم من ذلك لا يعد المنهج

التاريخي من المناهج الأكثر إعتمادا في البحوث القانونية مقارنة مع المنهج التحليلي ، ولكنه يظل ضروريا في الأبحاث التي تطرح إشكالياتها القانونية بعضا من المشكلات والإشكالات[122] القانونية التي تحتاج إلى سرد تاريخي للخروج بحلول واقعية في نهاية البحث [123] ولهذه الأهمية سوف نسلط الضوء علي هذا المنهج من خلال الفروع التالية :

- الفرع الأول : تعريف المنهج التاريخي
- الفرع الثاني : أهمية المنهج التاريخي
- الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التاريخي

الفرع الأول : تعريف المنهج التاريخي

" التاريخ بصورة عامة هو بحث واستقصاء الماضي ، أو هو سجل الخبرات الماضية والمنهج التاريخي هو الذي يوظف التاريخ لمصلحة البحث العلمي لواقع الظواهر المعاصرة " [124].

فإن كان القانون هو مجموعة من القواعد المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع ، فالمنهج التاريخي يدرس تطور هذا السلوك الموازي لتطور القواعد القانونية المنظمة له في إطار كل الوقوع [125].

---

[122] لقد سبق الإشارة إلى الفرق الموجود بين الإشكالية العلمية ، المشكلة العلمية والإشكال العلمي ، فالإشكالية العلمية مركبة من مجموعة من المشكلات العلمية ، وهناك من المشكلات العلمية البسيطة ، كما هناك بالمقابل مشكلات معقدة تثير إشكالا علميا ، فالإشكالية العلمية واحدة لا تتعدد ، وإنما مشكلة من عدة مشكلات بحية ، بعضها قد يثير للباحث إشكالا .

[123] ومن الأمثلة التي يمكن ضربها في هكذا مقام :

بحث حول التنظيم القانوني للوقف في الجزائر ، هنا يكون الباحث في أمس الحاجة إلى إعتماد المنهج التاريخي وخصوصا لإبراز الحقب التاريخية للوقف : الوقف في العهد العثماني ، الوقف في عهد الإستعمار الفرنسي ، الوقف في التشريع الجزائري .

بحث حول التنظيم القانوني للقضاء الإداري في الجزائر ، وهنا كذلك يحتاج الباحث إلى إعتماد المنهج التاريخي وخصوصا أن الجزائر كانت تتبع القضاء الموحد ، وقبل ذلك كله كان القضاء بتقنين فرنسي إبان الإحتلال ، ومن أهم المراحل التاريخية التي يثري بها الباحث بحثه : القضاء الإداري في عهد الإستعمار الفرنسي ، القضاء الجزائري الموحد ، القضاء المزدوج حيث إنقسم القضاء إلى قضاء عادي مشكل من محاكم إبتدائية ومجالس قضائية كجهة إستئناف والمحكمة العليا كجهة نقض و كأعلى سلطة بالهرم القضائي في القضاء العادي ، أما القضاء الإيداري فمشكل من المحاكم الإدارية الإبتدائية ومجلس الدولة كجهة إستئناف ونقض وهي أعلى هيئة قضائية بالهرم القضائي الإداري الجزائري .

[124] Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, 11eme éditions Dalloz, 2001,p,422.

[125] الوقوع جمع واقع ، ونقصد به كل الواقع الإجتماعي ، السياسي ، الثقافي ، الإقتصادي .....إلخ

الفرع الثاني : أهمية المنهج التاريخي

للمنهج التاريخي أهمية كبيرة في العلوم القانونية ، أهمها :

- تطور الواقع بكل أنواعه[126] يؤدي إلى تعديل القوانين الوضعية كي تتماشى وهذا التطور ، والباحث في الحقل القانوني يحتاج إلى دراسة مسار التعديلات القانونية بدلالة التطورات الواقعية ، للوقوف على مدى جودة تحول فلسفة واقع ما إلى قانون منظم لذلك الواقع .
- إستخلاص بعض النتائج التي تحل بعض من المشكلات البحثية لدى الباحث .
- تحديد تأثير الأحداث الماضية للمجتمع على الزمن الحاضر [127] .
- الوقوف على أسباب تطور القواعد القانونية .
- الإستفادة من السقطات القانونية التاريخية ومن آثار الثغرات القانونية وتأثيراتها على مختلف الوقوع المتصلة بموضوع البحث .
- من أهم المناهج التي ترسم صورة متكاملة لدى الباحث عن نظرة المشرع للواقع بدلالة الزمن .

الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التاريخي

من أهم المراحل التي يجب على الباحث في العلوم القانونية إتباعها عند إعتماد المنهج التاريخي :

I الإشارة إلى إتباع المنهج التاريخي في مقدمة البحث القانوني بعد طرح الإشكالية البحثية .

II الإشارة إلى المشكلات البحثية[128] التي تستوجبمن الباحث إعتماد المنهج التاريخي

III جمع مختلف المصادر والمراجع التي لها علاقة بالمراحل التاريخية لموضوع البحث من مدونات ومراجع فقهية ومجلات قضائية ومخطوطات تمت للموضوع بصلة .

IV القراءة العلمية لهذه المراجع والمصادر قصد إستخراج المعلومات التي تفيد البحث العلمي من الناحية الموضوعية

V ترتيب هذه المعلومات حسب سردها التاريخي بدلالة الزمن .

---

[126] الواقع الإجتماعي ، السياسي ، الإقتصادي ، الثقافي ، الصحي ، التعليمي .....إلأخ

[127] محمد عبيدات وآخرون ، منهجية البحث العلمي القواعد والمرحل والتطبيقات ، ط 2 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، الأردن ، ص 36

[128] الإشكالية البحثية تطرح في مقدمة البحث وهي أهم جزء فيه .

VI التوظيف العلمي لهذه المعلومات داخل العرض بشكل لا يثير ملل الإطلاع عليها ، فهي معلومات تبين تطور القواعد القانونية بدلالة التغيرات الطارئة في المجتمع

VII إستخلاص النتائج العلمية من هذا السرد التاريخي لتوظيفها عند إعتماد باقي المناهج ، وبالأخص المنهج التحليلي .

المطلب الرابع: التمكن من المنهج الوصفي

للوصف أهمية كبيرة في تقريب الصورة أو مجموع الصور التي يتناولها الباحث العلمي في بحثه ،فهذا التقريب سيساعده في تصويب باقي المناهج العلمية[129] ، لإستعمالها بمنهجية صحيحة في بحثه ، كما سيساعده في التقليل من درجة مجانبة الصواب ، سواء كان ذلك على مستوى عرض الموضوع أو أثناء إستخلاص النتائج في الخاتمة ، هذا على مستوى الباحث ، أما على مستوى القارئ[130] فالمنهج الوصفي أبلغ في تقريب صورة البحث إلى التجريد الفكري للقارئ من كل المناهج ، ولكنه قاصر بدونهم ، ولأهميته سوف نسلط الضوء عليه من خلال الفروع التالية :

- الفرع الأول : تعريف المنهج الوصفي
- الفرع الثاني : أهمية المنهج الوصفي
- الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الوصفي

الفرع الأول : تعريف المنهج الوصفي

هو تحويل ونقل الصور الشكلية الواقعية للظاهرة المدروسة من الناحية القانونية بلا تزييف[131] من مكان وجودها الأصلي إلى مكان البحث العلمي [132] ، لتيسير إستخدام باقي مناهج البحث العلمي[133] من جهة ، وتبسيط البحث على القارئ والمستمع من جهة أخرى .

---

[129] سواء كانت من قبيل المناهج التفسيرية : منهج التفسير التشريعي ، منهج التفسير التنظيمي ، منهج التفسير القضائي ، منهج التفسير الفقهي ، أو كانت من قبيل المناهج التطبيقية : المنهج التحليلي ، الوصفي ، التاريخي ، المقارن والإحصائي .

[130] على الباحث أن يضع في فكره ، أن بحثه ليس بضاعة خاملة لتوضع على رفوف المكاتب دون قراءة . ومن باب القراءة عليه أن يتكيف في آلية طرح أفكاره على مستوى اللغة والتقنية بحسب المستوى العلمي للفئة المستهدفة للإستفادة من هذا البحث .

[131] بلا تظخيم ولا تصغير ، بذكر كل التفاصيل اللائقة بمقام الوصف .

الفرع الثاني : أهمية المنهج الوصفي

تكمن أهمية المنهج الوصفي في أهم مميزاته ، حيث ليست كل مواضيع البحث التي يتناولها رجل القانون تصلح لأن تكون خصبة لإستعمال المنهج الوصفي ، بل بعض المواضيع الإجتماعية ، الإنسانية ، الإقتصادية وغيرها من المواضيع البحثية يمكن أن يتناولها الباحث دونما حاجة إلى هذا المنهج ، لبساطة صورتها في الأذهان . ومن أهم مميزات المنهج الوصفي :

- إنتقال فكر الباحث من ميدان البحث إلى ميدان الواقع موضوع البحث .
- تحول الباحث القانوني إلى مصور معنوي ينقل كل المظاهر الخارجية للواقع موضوع البحث إلى القارئ .
- يسهل المنهج الوصفي لرجل القانون التحديد الدقيق للمشكلات البحثية .
- يسهل المنهج الوصفي للباحث القانوني إحداث المقارنات الصحيحة .
- يُمَكن المنهج الوصفي الباحث القانوني في نهاية بحثه من تصور الصورة الجديدة للواقع المدروس بعد حل المشكلات البحثية المنبثقة عن إشكالية بحثه لذلك الواقع .

الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الوصفي

قد تختلف الدراسات القانونية عن باقي الدراسات الإجتماعية والإنسانية بسبب إختلاف زاوية النظر للموضوعات المتناولة والوقوع المرصودة ، ولكن في النهاية المواضيع ذاتها ذاتها والوقوع كذلك ، إجتماعية كانت أو إنسانية فهي في الغالب ظواهر معقدة ، وتحتاج دراستها العلمية إلى الكثير من الدقة الوصفية ، هذا الوصف تتناسب دقته طرديا مع جودة التحليل العلمي [134] لاحقا . فماهي المراحل الأساسية للمنهج الوصفي في الدراسات القانونية ؟

---

[132] مكان البحث العلمي متعدد فقد يتمثل في : مخبر بحث قانوني ، ملتقى علمي ، يوم دراسي ، مقال علمي ، كتاب علمي ، رسالة بحث ، أطروحة بحث ، حوار علمي .....إلأخ

[133] كالمنهج التحليلي والمنهج المقارن .

[134] كلما كانت الصورة المنقولة عن الحالة المدروسة أو الظاهرة أوالواقع تعبر حقيقة عن الواقع دون زاوية تزييف ، كلما كانت نتائج دراسة المشكلات القانونية والإشكالات القانونية والإشكالية القانونية المتعلقة بالحالة أو الظاهرة أو الواقع أكثر صوابا .

أولا– مرحلة الوصف الشمولي للظاهرة

حيث يكتفي الباحث في هذه المرحلة بجمع الأوصاف العامة للظاهرة ، وكأنه ينظر إلى لوحة فنية من بعيد دون البحث في تفاصيلها ، مثلا : وصف الجامعة كمنبر لطلب العلم والبحث العلمي من خلال كليات متخصصة ، حيث كل كلية متكونة من أقسام علمية متخصصة ، ولكل قسم طاقم إداري وطاقم علمي ،كما يوجد بهذه الأقسام مخابر متخصصة في البحث العلمي ، وكمثال ثاني : وصف السوق السوداء لتداول العملة الصعبة بأنه سوق غير مقنن مشكل من أشخاص طبيعيين تتداول صرف العملات الصعبة بهامش أكبر من الربح غير المقنن من طرف البنك المركزي ، مستغلين الثغرات القانونية الموجودة في قانون النقد والقرض.

ثانيا– مرحلة الوصف العلمي للظاهرة

أما الوصف العلمي للظاهرة فيمتد إلى وصف كل الزوايا المتفرعة عن الظاهرة موضوع الدراسة والبحث العلمي، فمثلا ،حسب المثال السابق:السوق الموازية لتداول العملة الصعبة أفرزت العديد من الصور الحَرية بالوصف مثل صورة جريمة تزوير العملة،صورة تكوين جماعة الأشرار،صورة عدم إستفادة الوعاء الجبائي للدولة من جباية هذه الشريحة،صورة عدم إستفادة هذه الشريحة من التأمينات الإجتماعية بما فيها التقاعد، صورة عجز قانون النقد والقرض عن إستيعاب هذه الشريحة .

فكلما كان الوصف العلمي للظاهرة موضوع البحث ذا جودة عالية ، كلما ساهم ذلك في التحليل العلمي الجيد للمشكلات البحثية المكونة للإشكالية التي يطرحها الباحث .

المطلب الخامس : التمكن من المنهج الإحصائي

هناك بعض الدراسات القانونية التي تحتاج إلى المنهج الإحصائي ، وبالخصوص تلك المواضيع المتقاطعة بين القانون وباقي الوقوع الإقتصادية و الإجتماعية ، مثل مواضيع قانون العلاقات الإقتصادية الدولية [135]، قانون الأسرة [136]، التعليم [137] ، و هذه الدراسات تؤتي أكلها عن طريق التحليل العلمي للجداول الحسابية و حتى لمنحنيات تطور الظواهر بدلالة الزمن ، إنه المنهج الإحصائي فماهو ؟ وأين تكمن أهميته بالنسبة للدراسات القانونية ، وما هي مراحله الأساسية . وللإجابة على هذه التساؤلات سوف أسلط الضوء على ما يلي :

[135] كل ما له علاقة بالإقتصاد مثل : التجارة ، الإستثمار ، البنوك ، النقد والقرض ، الجباية ، الجمارك ....إلأخ

[136] مثل دراسة تأثير التشريع الأسري على التفكك الأسري .

[137] مثل دراسة تأثير قوانين التعليم على التسرب المدرسي .

- الفرع الأول : تعريف المنهج الإحصائي
- الفرع الثاني : أهمية المنهج الإحصائي
- الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الإحصائي

الفرع الأول : تعريف المنهج الإحصائي

هو كل الدراسات التي تأتي في قالب من الرياضيات من أرقام ، جداول ومنحنيات ، والتي يحللها الباحث القانوني في الدراسات القانونية المتعلقة بالإحصاء من أجل الوقوف على تأثير القواعد القانونية على الظاهرة موضوع البحث [138]، والخروج بنتائج علمية ذات جودة للمشكلات البحثية التي طرحها الباحث في إشكالية بحثه .

الفرع الثاني : أهمية المنهج الإحصائي

نلمح أهمية المنهج الإحصائي في البحث القانوني من خلال ما يلي :

- 1 الربط بين الظواهر العلمية والقوانين الوضعية المنظمة لها .
- 2 الترجمة الصحيحة للواقع الرقمي موضوع البحث القانوني .
- 3 الوقوف على الثغرات القانونية ومدى تأثيرها على الواقع الرقمي لموضوع البحث .
- 4المقارنة بين تطور الواقع الرقمي للظاهرة موضوع البحث و مختلف التعديلات القانونية التي أجراها المشرع أو مختلف التنظيمات التي أجرتها السلطة التنظيمية [139].

الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الإحصائي

طبعا عند الحديث على المنهج الإحصائي ، يُفترض في الباحث القانوني أن يكون له باع ولو قليل في الحساب وتحويل الأرقام العددية إلى منحنيات ، وأن تكون له بسطة في تحليل الجداول الحسابية والمنحنيات بما له علاقة بموضوع بحثه القانوني ، وبناءا على ذلك نرى أن مراحل إعتماد المنهج الإحصائي تتمثل في :

- 1 جمع المعلومات الحسابية الخاصة بالظاهرة العلمية المدروسة قانونيا .

[138] مثلا دراسات تأثير قانون الإستثمار على الإستثمار الأجنبي يحتاج إلى المنهج الإحصائي ، وكذلك دراسات تأثير الأسواق الموازية على الإقتصاد الوطني ، دراسات تأثير قانون الأسرة على ظاهرتي الطلاق والعنوسة ، دراسات تأثير قانون الجباية الجمركية على التصدير والإستيراد ، فهكذا دراسات وغيرها الكثير يحتاج من الباحث إلى الإعتماد على المنهج الإحصائي لكي ينظر إلى إشكالية البحث من زاوية علمية ذات جودة .

[139] مختلف المراسيم والقرارات ، مثل المراسيم الرئاسية الصادرة عن رئيس الجمهورية ، المراسيم التنفيذية الصادرة عن رئيس الحكومة أو الوزير الأول ، القرارات الوزارية الصادرة عن الوزراء ، جماعية كانت أو فردية .

- 2 تحويل هذه المعلومات الرقمية إلى جداول منظمة ، تجمع بين المصطلحات والأعداد
- 3 تحويل هذه الجداول إلى أشكال هندسية مساعدة على التحليل القانوني مثل الأعمدة ، الدوائر النسبية ، المنحنيات الهندسية .
- 4 تحليل هذه الأشكال الرياضية بإعتماد المنهج الوصفي التحليلي للوقوف على تأثير القواعد القانونية على الظاهرة المدروسة أو البحث القانوني المتناول بالبحث .

المطلب السادس : التمكن من المنهج الإستنباطي

لقد ذكر الله عز وجل مصطلح علم الإستنباط في القرآن الكريم من خلال سورة النساء : ﴿ وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ ۖ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۗ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ [140]

و قد فسر الإمام إبن كثير معنى قوله تعالى: ﴿ يستنبطونه ﴾ أي " يستخرجونه ويستعلمونه من معادنه ، يقال : استنبط الرجل العين ، إذا حفرها واستخرجها من قعورها " [141] .

كما فسر السعدي معنى قوله تعالى: ﴿ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾ أي: " يستخرجونه بفكرهم وآرائهم السديدة وعلومهم الرشيدة. وفي هذا دليل لقاعدة أدبية وهي أنه إذا حصل بحث في أمر من الأمور ينبغي أن يولَّى مَنْ هو أهل لذلك ويجعل إلى أهله، ولا يتقدم بين أيديهم، فإنه أقرب إلى الصواب وأحرى للسلامة من الخطأ. وفيه النهي عن العجلة والتسرع لنشر الأمور من حين سماعها، والأمر بالتأمل قبل الكلام والنظر فيه، هل هو مصلحة، فيُقْدِم عليه الإنسان؟ أم لا،فيحجم عنه؟ " ثم فسر معنى قوله تعالى :﴿ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ﴾ أي: في توفيقكم وتأديبكم، وتعليمكم ما لم تكونوا تعلمون ، ﴿ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا ﴾ لأن الإنسان بطبعه ظالم جاهل، فلا تأمره نفسه إلا بالشر. فإذا لجأ إلى ربه واعتصم به واجتهد في ذلك، لطف به ربه ووفقه لكل خير، وعصمه من الشيطان الرجيم ."

---

[140] سورة النساء ، الآية 83 .

[141] تفسير إبن كثير، http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura4-aya83.html ، تحميل : 2018/03/24 على 17.50

ويعد هذا المنهج من المناهج الأكثر إعتمادا في القضاء وفي التفسيرات القانونية ، فماهو المنهج الإستنباطي وماهي أهدافه ومراحله .

من خلال هذا المطلب سنتولى تسليط الضوء على :

- الفرع الأول : تعريف المنهج الإستنباطي
- الفرع الثاني : أهداف المنهج الإستنباطي
- الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستنباطي

الفرع الأول : تعريف المنهج الإستنباطي

قبل التطرق إلى تعريف المنهج الإستنباطي ، يجب الإشارة إلى أن العلوم الدقيقة مثل الفزياء والرياضيات هي الأكثر إعتمادا لهذا المنهج الإستدلالي العقلي والذي يدعى كذلك بالبرهان الإستدلالي ، حيث ينطلق الباحثون في هذه العلوم من قضايا يُسلمون بصحتها عقليا ليصلوا في النهاية إلى نتائج جديدة ناتجة عن المسلمات [142] . ولكن ما إنفكت العديد من العلوم تعتمده كمنهج للإنطلاق من المسلمات إلى النتائج ، ومنها العلوم القانونية ، أين يستعين به المشرع والمفسرون والقضاة .

أما المشرع فيعتمده عند التدرج في القواعد القانونية لذات الموضوع ، أين تصبح لديه قواعد قانونية كبرى مسلم بها ، ينطلق منها للتنصيص على قواعد أخرى كنتيجة للقواعد الكبرى ، مثلا : أول مادة من قانون العقوبات تنص على أنه لا جريمة ولا عقوبة ولاتدابير أمن إلا بنص ، فعند التنصيص على جريمة إفشاء الأسرار الأمنية كقاعدة قانونية كبرى مسلم بها يدخل تحتها بالنتيجة كل فعل يؤدي إلى ذات الغرض ، فيضع المشرع بمنهج الإستدلال نصوصا أخرى كنتيجة للقاعدة الكبرى المسلم بها ، مثلا نص عدم منع الغير من الإطلاع على الأسرار الأمنية هو إفشاء للسر ، وكل الوسائل المؤدية لتسريب المعومات من الوسائل المادية إلى السكوت أو الإيماءة هو كذلك إفشاء للسر معاقب عليه .

[142] وكمثال بسيط عن الإستنباط أو الإستدلال في الرياضيات : لدينا شكل مستطيل محيطه 400 متر وطوله أكبر من عرضه ب 60 متر ، فماهو طول وعرض المستطيل ؟ . ننطلق من المسلمة الأولى وهي أن نصف محيط المستطيل = الطول + العرض = 2/400 =200 متر ، المسلمة الثانية هي إفتراض أن عرض المستطيل هو المجهول **س** وبالتالي طوله هو س + 60 ، وعليه النتيجة نصف المحيط = طول + العرض = (س + 60) + س =2س +60=200 ، وعليه 2س = 200- 60 = 140 ، وعليه س = 2/140 = 70 متر ، فالنتيجة هي عرض المستطيل = 70 متر ، والطول = 70+60 = 130 متر .

في حين المفسر يعتمده في القياس عند مواجهة الثغرات القانونية في النصوص التشريعية و التنظيمية . أما القاضي فيعتمده لحل المنازعات الموجودة أمامه عندما لا تشوب النصوص القانونية الخاصة بالنزاع ثغرات قانونية[143] ، فيعتمد على هذه النصوص كمسلمات يطبقها على واقع النزاع من خلال التكييف ليصل إلى نتائج لحل النزاع تعلن في الجلسة القضائية وتكتب في منطوق الحكم . وذات الشأن يعتمده قضاة الإستئناف ، أما قضاة النقض فيعتمدون على المنهج الإستدلالي في شق وحيد ألا وهو التطبيق الصحيح للقانون من عدمه على النزاع موضوع النقض[144] .

وعلى هذا الأساس تم تعريف المنهج الاستنباطي بأنه " المنهج الذي ينتقل فيه الاستنتاج من الكل إلى الجزء ، فهو يعاكس بذلك المنهج الاستقرائي والذي ينتقل فيه الاستنتاج من الجزء إلى الكل ، ويبدأ الاستنباط من القواعد الكلية ، ومن ثم يستنبط منها القواعد التي تنطبق على الجزء الذي يقوم الباحث بدراسته . "[145]

الفرع الثاني : أهداف المنهج الإستنباطي في العلوم القانونية

فكما سبق ودرسنا أن المنهج الإستنباطي في الأبحاث القانونية هو إستنتاج مبني أساسا على الإنتقال من الكل المسلم بصحته إلى الجزء ، وعليه فأهدافه متعددة ، أهمها :

- بالنسبة للقاضي ، يساعده على التكييف الصحيح للوقائع المادية موضوع الدعوى من خلال الإنتقال من النصوص القانونية كمسلمات كلية إلى إفراغها وإسقاطها على الوقائع لكي يصل في النهاية إلى الأحكام والقرارات الصائبة .
- بالنسبة للمفسر ، تساعده في سد الثغرات القانونية عن طريق آلية القياس ، حيث يقيس القاعدة الكلية المسلم بصحتها على القاعدة الجزئية التي تشوبها الثغرة القانونية لإستنتاج حل سد الثغرة القانونية .

[143] لأنه في حالة الثغرات القانونية على القاضي أن يعتمد على إبداعه الفكري لسد هذه الثغرات ، فيفصل في النزاع المثار أمامه ما دام يدخل في مجال إختصاصه .

[144] ولذلك على قضاة النيابة أو المحامين لأطراف الخصومة الطاعنون في قرار هيئات الإستئناف أمام جهات النقض أن يبينوا تدقيقا الإستدلال المجانب للصواب في مجال تطبيق قاعدة أو بعض القواعد القانونية على الوقائع المادية للنزاع .

[145] د ن ، أكاديمية BTS ، https://www.bts-academy.com ، التحميل : 15 فيفري 2018 ، على الساعة 15.30

- بالنسبة للباحث الأكاديمي ، يساعده في إستخلاص الحلول للمشكلات البحثية من خلال الإنتقال من مقدمات كبرى مسلمة بصحتها إلى عرض يحتاج إلى حلول ، حيث يستنبط الباحث هذه الحلول من خلال المقدمات الكبرى ، أي من خلال الإنتقال من الكل إلى الجزء .
- بالنسبة للمشرع في إستخلاص القواعد القانونية الجزئية للوقوع [146]المستحدثة من خلال القواعد القانونية الكلية المسلم بها ، للتتحول بعدها هذه القواعد الجزئية إلى قواعد كلية .

الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستنباطي في العلوم القانونية

أهم مراحل المنهج الإستنباطي بالنسبة للباحث في العلوم القانونية تتمثل في :

- Iمرحلة تحديد المقدمة القانونية المسلم بصحتها
- II مرحلة العرض الذي يحتوي على مشكلات بحثية من طبيعة وموضوع المقدمة القانونية المسلم بصحتها
- III مرحلة الإستنباط ، حيث يستنبط الباحث أو القاضي حلول المشكلات البحثية للعرض من خلال المقدمة القانونية المسلم بصحتها .
- IV التيقن من نتيجة الإستنباط لكي تتحول بدورها إلى مقدمة مسلم بها مستقبلا . لأنه ليس بالضرورة أن يؤدي صدق المقدمات الكلية المسلم بها إلى صدق النتائج ، ولذلك في بعض الأحيان نتصادف مع مسلك مجانبة الصواب في المسار التشريعي ، القضائي ، التفسيري وحتى البحثي .

المطلب السابع : التمكن من المنهج الإستقرائي

يعد المنهج الإستقرائي من المناهج الأكثر إعتمادا في التشريع والتنظيم وفي مختلف الأبحاث العلمية القانونية حتى من المنهج الإستنباطي [147] . لأنه ينظر إلى الواقع [148]غير المنظم [149] من أجل تنظيمه في صورة قواعد قانونية عامة ومجردة ، وبالتالي فإنه ينطلق من الجزء إلى الكل ، فهو بذلك معاكس لمسار المنهج الإستنباطي من حيث الموضوع ، وحتى من حيث الشكل ، فماهو المنهج الإستقرائي وماهي أهدافه ومراحله .

---

[146] الوقوع جمع واقع ، ونقصد به الواقع الإجتماعي ، الإقتصادي ، السياسي ، الثقافي .....إلأخ .

[147] ومن حيث الإصطلاح المنهج الإستنباطي هو نفسه المنهج الإستدلالي .

[148] مهما كانت طبيعة الواقع : إجتماعي ، سياسي ، إقتصادي ، ثقافي ، عسكري .....إلأخ .

[149] فالقانون هو مجموعة من القواعد العامة والمجردة المنظمة لسلوك الأشخاص داخل المجتمع .

من خلال هذا المطلب سنتولى تسليط الضوء على :

- الفرع الأول : تعريف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية
- الفرع الثاني: أهداف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية
- الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية

الفرع الأول : تعريف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية

قبل تقديم التعريف المناسب للمنهج الإستقرائي في العلوم القانونية يجب الوقوف على المفهوم اللغوي والإصطلاحي للإستقراء ، " اسْتقرأَ فعل سداسي متعد ، يَسْتقْرِئ ، استِقراءً ، فهو مُسْتقرِئ ، والمفعول مُسْتقرَأ ، اِسْتَقْرَأَ الطَّالِبَ أي طَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَقْرَأَ ، استقرأ الأمْرَ أو الشَّيءَ أي استقراه وتفحّصه ، درسه بعناية وتتبّعه لمعرفة خواصّه وخباياه ، ومنه استقرأ جوانب الموضوع كُلَّها و استقراء الأحداث السِّياسيّة و استقراء ظواهر الطَّبيعة و استقرأ الظاهرةَ اللغويَّة ،أما مصطلح استقرائيَّة كاسم مؤنَّث منسوب إلى استقراء أي اهتمّ بالناحية التحليليّة الاستقرائيّة للواقع والتاريخ ويقال :توصّل لنتائج مذهلة من خلال استقرائيّته لنواميس الطبيعة. ويقال كذلك اِسْتِقْراءُ الوَقائِعِ أي تَتَبُّعُها عَنْ قُرْبٍ لمعايَنَةً وَمُشاهَدَةً لِلْوُصولِ إلى أحْكامٍ عامَّةٍ. فهو حكمٌ على الكلِّ بما يوجد في بعض أجزائه ، أي تتبُّع الجزئيّات للوصول إلى نتيجة كُلِّيَّة ، فاستقراءاتنا للتاريخ تؤكِّد حتميّة انتصار الشّعوب ، وخلاصة إن الإستقراء من قبيل الاستدلال العقليّ والانتقال به من الخصوص إلى العموم، فهدف الاستقراء تكوين حكم عامّ مبنيّ على حقائق جزئيَّة . " [150]

ومنه يمكن الخروج بالتعريف التالي : المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية هو إستقراء الواقع من خلال تتبع الخصائص الأساسية للجزئيات الموجودة فيه من أخل الخروج بنتيجة كلية تقود إلى وضع أحكام عامة .

وعليه نستخلص أن المنهج الإستقرائي مساره المنهجي من الجزء إلى الكل[151] عكس المنهج الإستدلالي الذي يسري من الكل إلى الجزء[152] .

---

[150] تعريف و معنى الفعل يستقرئ في : قاموس المعجم الوسيط ، اللغة العربية المعاصر ، الرائد ، لسان العرب ،القاموس المحيط. قاموس عربي عربي ،من خلال الموقع الإلكتروني : المعاني https://www.almaany.com/ar/dict/ar- التحميل يوم 2018/04/12 على 16.30

[151] مثلا من خلال دراسة مختلف الجزئيات الموجودة في واقع تداول العملات بين العرض والطلب في السوق الموازية (السوداء)وما تخلفه من تأثير سلبي على صرف العملات ، إنتشار جريمة تزوير العملة ، بالإضافة إلى مشكلة عدم حماية الأفراد المنضوين تحت هذه السوق من التأمينات الإجتماعية ....إلأخ ، تقود المشرع إلى ضرورة تنظيم هذه السوق بأحكام كلية في صورة قواعد قانونية منظمة لهذه السوق السوداء .

الفرع الثاني: أهداف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية

إن أهم الأهداف التي يمكن الإشارة إليها عند إعتماد المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية ، تتمثل في :

- I الإبتعاد عن الدراسات الشمولية التي لا تفضي إلا إلى نتائج أقل ما يقال عنها أنها غير علمية . وهذا لا يكون إلا من خلال تدقيق تحديد موضوع الدراسة والبحث .
- II التحديد الدقيق لأجزاء موضوع البحث ، حيث بعض الأفكار تكون محجوبة ومتوارية عن نظر الباحث ، فلا تظهر إلا من خلال النظر العلمي في أجزاء البحث أو العينة المعنية بالدراسة .
- III الإستقراء العلمي لأجزاء البحث أو العينة المشمولة بالدراسة في أدق تفاصيلها وخصائصها من أجل إستخلاص نتائج علمية تحضى بقبول علمي
- IV إستخلاص النتائج العلمية الكلية المستوحاة من تجميع النتائج الجزئية لموضوع البحث أو الوقائع أو الوقوع المشمولة بالدراسة .
- V تحويل النتيجة الكلية المستخلصة من النتائج الجزئية للواقع المدروس إلى حكم عام قابل للتطبيق سواء كان صادرا عن السلطة التشريعية ، التنظيمية أو القضائية ، أو من طرف فقيه أو باحث في العلوم القانونية بكل تخصصاتها .
- IV في الغالب نجد أن إعتماد المنهج الإستقرائي لواقع ما أو لواقعة ما تهدف إلى التقليل من زاوية مجانبة الصواب للأحكام العامة المستخلصة في النهاية .

الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية

أهم مراحل المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية تتمثل في :

- Iمرحلة تحديد الحدود المادية والزمنية للمشكلة البحثية [153] للواقع المدروس .
- II مرحلة إستقراء الواقع المدروس من خلال تتبع الخصائص الأساسية للجزئيات الموجودة فيه .

---

[152] مثلا : المشرع نص في قانون العقوبات على تجريم المخدرات كقاعدة قانونية كلية كبرى ، وحيث إتضح مع مرور الزمن لجوء الأفراد المدمنين إلى تعاطي الأدوية الصحية لمرضى الأعصاب من أجل تحقيق مرادهم ، فتصدى المشرع لذلك بإعتماد المنهج الأستنباطي من خلال الإنتقال من القاعدة القانونية الكلية الكبرى إلى القاعدة الصغرى المتمثلة في إستهلاك المهلوسات العقلية فخلص نتيجة لذلك إلى تجريم هذه الجزئية من خلال التنصيص عليها في قانون العقوبات .

[153] مثلا : دراسة مفهوم سيادة الشعب الجزائري في إطار دستور 2016 ، دراسة آليات التعامل مع النفايات المنزلية سنة 2018 ، دراسة حالة الإستثمار بين 2001 و2019 .....إلأخ

- III مرحلة إستخلاص النتائج الجزئية من الواقع المدروس .
- IV مرحلة تجميع النتائج الجزئية المستخلصة في نتيجة كلية .
- V مرحلة تحويل النتيجة الكلية إلى حكم عام .[154]
- IV مرحلة التيقن من قابلية التطبيق للحكم العام ، فهذه الأحكام العامة قد تكون صائبة ، كما قد تجانب الصواب ، وفي أحيان كثيرة لا تظهر زاوية الخطأ إلا بمرور الزمن .

خاتمة

وفي النهاية يكون الباحث قد شكل فكرة عامة حول مختلف المفاهيم الخاصة بالتفسير ، سواء التشريعي ، التنظيمي ، القضائي أو الفقهي ، كما يكون قد أدرك أن لكل منهم خصائص ، إيجابيات وعيوب ، نظرا لصدورهم من مصادر مختلفة ، وعلى هذه الأسس إصطفى المفسرون الفقهاء ومن باقي سلطات الدولة التشريعية ، التنظيمية والقضائية على التفسير من منبرين مختلفين ، منبر التفسير مع الإلتزام بالنص القانوني لدرجة تسمية الملتزمين بهذا المنبر أو المدرسة أو المذهب بشُراح المتون ، ولهذه المدرسة خصائص وإنتقادات كثيرة قللت من أهميتها ، خصوصا أن لا القانون مقدس ولا العقل البشري مفكر بلا حدود ، وبرز بالمقابل التفسير خارج إطار النص المفسر ، حيث للمفسر مجال كبير من الحرية في تفسير النصوص القانونية وخاصة تلك التي تعزوها الكثير من الثغرات القانونية . وتتمثل هذه المدارس في المدرسة التاريخية والمدرسة العلمية ، وما خلا بدورهما من الإنتقاد ، إلا أنه أقل حدة من مدرسة الشرح على المتون ، ولازالت المدرسة العلمية تاج التفسير القانوني الوضعي ، حيث تمكنت بفضل نظريات فقهائها من تحقيق مبدأ مونتيسكيو للفصل بين السلطات ، ولكن بأداة فصل مرنة وليست جامدة ، فالقضاء يسلم بتطبيق قواعد التشريع على سجيتها دون إبتكار لغيرها ، ولكنه ملزم بالإجتهاد كلما عجز عن إسقاط الوقائع على قوالب التشريع لعدم وجودها أو لعيب يشوبها .

---

[154] قد يكون هذا الحكم العام في صورة مشروع قانون تصدق عليه السلطة التشريعية ، أو في صورة تجميع للجزئيات من مسرح واقع معين للخروج بتكييف عام للقضية موضوع الدعوى العمومية أمام هيئة من الهيئات القضائية ، أو تجميع جزئيات من واقع إجتماعي لإصدار تنظيم قانوني من طرف السلطة التنظيمية ، أو تجميع جزئيات من واقع معين للخروج بنتائج عامة لموضوع بحثي من طرف باحث أكاديمي ، سواء كان بحثه من شروط ومتطلبات الحصول على شهادة أو درجة ما ، أو كان غير ذلك .

وحيث أدركنا كذلك أنه في الغالب توضع النصوص القانونية لتنظيم العلاقات بين الأشخاص وحفظ النظام العام ، حتى إذا ثار بينهم نزاع أو تعرض النظام العام إلى خطر أو خلل تتدخل السلطة القضائية لفض النزاع وعلاج الخلل الذي طرأ على النظام العام . و لكن هذه النصوص هي من صياغة العقل البشري ، أين يستحيل أن تكون على الدوام صالحة للتطبيق وسلسة الشكل والمضمون مع الواقع نظرا لمحدودية العقل البشري للأشخاص الطبيعيين المنظوين تحت مظلة الصياغة القانونية بكل مراحلها ،نهيك عن إستحالة الإحاطة بكل الظروف والزوايا الواقعية أثناء الصياغة ، وعلى العموم تزيد هذه الإحاطة كلما زادت دائرة المشورة للأشخاص الذين لهم علاقة بالصياغة ، كما أن هذه الإستحالة تمتد إلى المستقبل ، وكل ذلك كوم وخاصية التجريد في النصوص القانونية كوم ، حيث في بعض الأحيان نلمس نسبيتها الظاهرة ، وقد تكون متوارية أحيانا أخرى ، حيث لا تظهر إلا إذا توفرت جملة من الظروف .

ولذلك رغم تقديم حسن النوايا في الثغرات القانونية ، إلا أن للنوايا السيئة مكان في سن مختلف القواعد القانونية ، ولكن على العموم تظهر بعض الثغرات القانونية عند إنعدام التنصيص من أصله على بعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات ، نقص التنصيص على بعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات ، وهذا ما يدعوا إلى ضرورة تدارك النقص ، التنصيص المعمم لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات والذي يحتاج إلى تفصيل ، التنصيص الغامض لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات والذي يحتاج إلى إزالة الغموض ، التنصيص المتناقض لبعض القواعد المنظمة لبعض الوقائع والعلاقات مع قواعد أخرى ضمن ذات المدونة أو مدونة أخرى ، الأمر الذي يدعوا لإزالة التناقض ، وكلها ثغرات لا يتم سدها إلا من خلال التفسير في مختلف صوره : الفقهي ، التشريعي ، التنظيمي ، والقضائي ، ولكن أحيانا يقف القاضي ، الإداري التابع للسلطة التنفيذية ، الباحث الفقيه والمحامي في حيرة من أمرهم بخصوص النصوص الواظحة ، حيث عند الإمعان في وظوحها يُكتشف أن المشرع لم يقصد كلية المعنى البسيط الواظح المتجلي لهم .علما أنه هناك أسباب خارجية أخرى تدعوا لتفسير النصوص القانونية غير الأسباب السابقة والتي تعد من الأسباب الداخلية ، ومنها : تغير وظيفة القانون ، التضخم في التقنين ، تميع التفكير القضائي ، تأثير حقوق الإنسان على التقنين .

أما طرق سد هذه الثغرات سواء من خلال الأسباب الداخلية أو الخارجية التي سبق سردها ، فتكون كذلك من طرق التفسير الداخلية للقانون أو طرق التفسير الخارجية ، أما أكثر الطرق المستعملة في تفسير الداخلي فتتمثل في : التفسير اللفظي ، الاستنتاج بطريق القياس ، الاستنتاج بمفهوم المخالفة ، الاستنتاج من باب أولى . ولكن

المفسر يلجأ كذلك إلى الطرق الخارجية لما تُعجزه الطرق الداخلية عن الوصول إلى مبتغاه التفسيري ، ومن هذه الطرق نحصي ما يلي : الحكمة من التشريع ، لأعمال التحضيرية للتشريع ، المصادر التاريخية ، النص الاجنبي للتشريع ، تقريب النصوص التشريعية .

وبالنهاية على الباحث ، القاضي ، الفقيه ، المحامي وطالب العلم أن يدرك أن جودة التفسير تتطلب بعد هذه المعارف النظرية والعلمية السابقة شروطا موضوعية وأخرى متعلقة بجودة التمكن من المناهج التطبيقية ، مثل : المنهج التحليلي ، المنهج المقارن ، المنهج التاريخي ، المنهج الوصفي ، المنهج الإحصائي ، المنهج الإستنباطي والمنهج الإستقرائي ، وتعد هذه الشروط كذلك من أهم متطلبات جودة التعليق على النصوص القانونية والتنظيمية ، الأحكام ، الأوامر و القرارات القضائية ، تحليل و تقييم الأبحاث العلمية ، أما أهم الشروط الموضوعية التي تم التطرق لها والمؤدية إلى جودة التفسير أو التعليق فتتمثل في التمكن من : علم روح القانون وفلسفته إجمالا، على علم بفلسفة القانون المراد تفسيره ، على علم بمصادر القانون المراد تفسيره ، له إطلاع على الأعمال القبلية لصياغة مشروع القانون إن كان القانون من تبني الحكومة ، أو الأعمال القبلية لصياغة مقترح القانون إن كان هذا الأخير من تبني أعضاء البرلمان ،على علم بعلاقة القانون المراد تفسيره مع مختلف القوانين الأخرى ، على علم بالواقع الذي شُرع له القانون المراد تفسيره ، التمكن من تحويل القواعد القانونية من مدوناتها إلى الواقع التطبيقي ، التمكن من تحديد و استيعاب غايات تشريع القانون المراد تفسيره ، التمكن من تحديد الأطر الزمانية والمكانية للقانون المراد تفسيره ، عدم تحميل النص المراد تفسيره أكثر مما يحتمل ، التمكن من ضبط العلاقة بين القانون المراد تفسيره والفلسفة القانونية للدولة ، التحلي بالموضوعية عند تفسير القانون ، الإبتعاد عن الهالات النفسية المبنية من منطلق التأملات النظرية والإتجاهات الوجدانية ، عدم التعصب للأشخاص ولا للأفكار عند تفسير القانون ، التحلي بالمهنية والجودة عند تفسير القانون ، وأن يكون للباحث بسطة من العلم في المناهج التطبيقية التي سبق سردها .

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

تفسير إبن كثير، http://quran.ksu.edu.sa/tafseer/katheer/sura4-aya83.html

الدستور الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية في العدد 14 بتاريخ 7 مارس 2016 م الموافق ل27 جمادى الأولى 1437 هـ : "

قاموس المعجم الوسيط ، اللغة العربية المعاصر ، الرائد ، لسان العرب ،القاموس المحيط. قاموس عربي عربي ،من خلال الموقع الإلكتروني : المعاني -https://www.almaany.com/ar/dict/ar

المراجع العربية

1. إبراهيم أبو النجا ، محاضرات في فلسفة القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د ط ، الجزائر ، 1999
2. أبو السعود رمضان، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1986 ، د ط
3. أبو ملوح موسى سلمان ، المدخل للعلوم القانونية ، ط 1 ، غزة ، 2009
4. أبو ملوح موسى سلمان ، المدخل للعلوم القانونية ، 2001 ، د ن ، ط 1 ، غزة
5. أحمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ط 1 ، 2008
6. إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون ج1 : نظرية القانون، دار القلم، 1971
7. الفتلاوي سهيل ، المدخل لدراسة علم القانون ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، العراق ، ط 2، 2009
8. الأهواني حسام الدين كمال ، المدخل للعلوم القانونية ، مصر ، ج 1 ، دط ، دن ، 1998
9. جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي ، الإتقان في علوم القرآن ، دار الكتاب العربي ، لبنان ، 1999م ، دط
10. رزيق موسى ، مدخل إلى دراسة القانون ، النشر العلمي ، جامعة الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ، ط2 ، 2005
11. عكاشة محمد عبد العال ، سامي بديع منصور ، المنهجية القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 2009
12. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، دار وائل ، عمان ، الأردن ، ط 7 ، 2004

13. فرج توفيق حسن ، المدخل للعلوم القانونية ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، د ط ، ج 1 ، 1993

14. فارس حامد عبد الكريم، الإدارات العامة والتفسير الرجعي للقانون، الجزء الثاني، منشور على الموقع www.iraker.dk

15. لطرش علي عيسى عبد القادر ، النظام القانوني للمناطق الحرة العربية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2017 .

16. مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادى ، القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان ، ط 8 ، 1426 هـ -

17. محمد عبيدات وآخرون ، منهجية البحث العلمي القواعد والمرحل والتطبيقات ، ط 2 ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، الأردن .

18. محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني ، رسالة ماجستير ،الجامعة الإسلامية ، غزة ، كلية الشريعة والقانون

19. محمد لبقالي، المدخل لدراسة القانون، مطبعة اسبارطيل طنجة، الطبعة الثانية

20. ناصر حامد أبو زيد ، مفهوم النص – دراسة في علوم القرآن ، المركز الثقافي العربي ، مكتبة الفجر الجديد ، مصر

المراجع الأجنبية

1. chambre sociale 8 juin 2011 pourvoi n°09-67051, BICC n°750 du 1er novembre 2011.
2. François Ost , " L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur , revue et abrégée d'un document de travail. Séminaire d'études juridiques interdisciplinaires. Document de travail no 4, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

3. Madeleine Grawitz, Méthodes des sciences sociales, 11eme éditions Dalloz, 2001
4. Pascal Tuccinardi , LA LECTURE D'UN TEXTE JURIDIQUE : UNE APPROCHE SPÉCIFIQUE , revue CARRIÈRES PUBLIQUES N° 63 – mars-avril 2007
5. Rolland Frédéric, L'interprétation juridique administrative et la théorie réaliste de l'interprétation. In: Revue juridique de l'Ouest, France 2003-4.
6. Samson, Mélanie. (2008). Interprétation large et libérale et interprétation contextuelle : convergence ou divergence ? Les Cahiers de droit, 49 (2), 297–318. https://doi.org/10.7202/029649ar
7. www.larousse.fr/dictionnaires/francais /interprétation/43811

المصادر والمراجع الإلكترونية

http://www.tribunaldz.com/forum/p803

https://legaladviceme.com أسس النظرية التوفيقية

https://ar.wikipedia.org

https://www.emaze.com/@AIILZFFF

http://www.aboulyossr.com

https://ar.wikipedia.org/wiki

www.barikanet.yoo7.com/t736-topic

https://www.bts-academy.com

الفهرس

Contenu

تقديم المطبوعة.....2
أهداف المقياس.....2
متطلبات المادة العلمية 3
مقدمة.....4
الباب الأول : ماهية التفاسير القانونية 8
الفصل الأول : مفهوم التفسير القانوني.....8
المبحث الأول : المفهوم اللغوي للتفسير 8
المبحث الثاني : المفهوم الإصطلاحي للتفسير 9
المطلب الأول : المفهوم الإصطلاحي الواسع للتفسير في القانون 10
المطلب الثاني : المفهوم الإصطلاحي الضيق للتفسير في القانون 11
المبحث الثالث : مفهوم التفسير في التشريعات الوطنية.....12
المطلب الأول : مفهوم التفسير التشريعي 12
الفرع الأول : تعريف التفسير التشريعي.....12
الفرع الثاني : خصائص التفسير التشريعي 12
المطلب الثاني : إيجابيات وسلبيات التفسير التشريعي 13
الفرع الأول : أهمية التفسير التشريعي 14
الفرع الثاني : عيوب التفسير التشريعي 14

الفصل الثاني : مدارس التفسير القانوني 16
المبحث الأول : مدارس الإلتزام بالنص 16
المطلب الأول : مفهوم مدارس الإلتزام بالنص 17
المطلب الثاني : خصائص مدارس الإلتزام بالنص 18
المطلب الثالث : الانتقادات الموجهة لمذهب الشرح على المتون 19
المبحث الثاني : مدارس التفسير خارج إطار النص المفسر 20
المطلب الأول : المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية 21
الفرع الأول : مفهوم المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية 21
الفرع الثاني : خصائص المدرسة التاريخية للتفاسير القانونية 22
الفرع الثالث : النقد الموجه للمدرسة التاريخية للتفاسير القانونية 22
المطلب الثاني : المدرسة العلمية للنص المفسر 23
الفرع الأول : تعريف المدرسة العلمية لمناهج التفسير 24
الفرع الثاني : خصائص المدرسة العلمية لمناهج التفسير 25
الفرع الثالث : الإنتقادات الموجهة للمدرسة العلمية لمناهج التفسير 26
الفصل الثالث : أنواع تفاسير القوانين الوضعية 26
المبحث الأول : التفسير الفقهي 28
المطلب الأول : تعريف التفسير الفقهي 28
المطلب الثاني : خصائص التفسير الفقهي 28
المبحث الثاني : التفسير التشريعي 29
المطلب الأول : تعريف التفسير التشريعي 31
المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التشريعي 32

المبحث الثالث : التفسير التنظيمي 33
المطلب الأول : تعريف التفسير التنظيمي..... 34
المطلب الثاني : الأركان الأساسية للتفسير التنظيمي..... 35
الفرع الأول : أركان التفسير التنظيمي عند إحالته برغبة من السلطة التشريعية 35
الفرع الثاني : أركان التفسير التنظيمي المعيب بإرادة السلطة التنظيمية 36
المبحث الرابع : التفسير القضائي..... 36
المطلب الأول : خصائص التفسير القضائي 39
المطلب الثاني : مزايا التفسير القضائي 40
المطلب الثالث : عيوب التفسير القضائي 41
الباب الثاني : دواعي وطرق تفسير القانون 43
الفصل الأول : الأسباب الداعية لتفسير القانون 44
المبحث الأول : الأسباب الداخلية الداعية لتفسير القانون..... 44
المطلب الأول : إنعدام النص 45
المطلب الثاني : النص الواظح السليم 46
المطلب الثالث : النص الناقص 47
المطلب الرابع : النص المعمم..... 47
المطلب الخامس : النص الغامض..... 48
المطلب السادس : النص المتناقص مع نصوص أخرى 49
المبحث الثاني : الأسباب الخارجية الداعية لتفسير القانون 50
المطلب الأول : تغير وظيفة القانون..... 50
المطلب الثاني : التضخم في التقنين 51

المطلب الثالث : تميع التفكير القضائي 51
المطلب الرابع : تأثير حقوق الإنسان على التقنين 51
الفصل الثاني : طرق تفسير القانون 52
المبحث الأول : طرق التفسير الداخلية للقانون 52
المطلب الأول : التفسير اللفظي 53
المطلب الثاني : الاستنتاج بطريق القياس..... 53
المطلب الثالث : الاستنتاج بمفهوم المخالفة 54
المطلب الرابع : الاستنتاج من باب أولى 55
المبحث الثاني : طرق التفسير الخارجية للقانون 56
المطلب الأول : الحكمة من التشريع 57
المطلب الثاني : الأعمال التحضيرية للتشريع 57
المطلب الثالث : المصادر التاريخية 58
المطلب الرابع : النص الاجنبي للتشريع 58
المطلب الخامس : تقريب النصوص التشريعية 58
الفصل الثالث : الشروط المطلوبة في المفسر للقانون 59
المبحث الأول : الشروط الموضوعية المطلوبة في المفسر للقانون 59
المبحث الثاني : التمكن من المناهج التطبيقية 60
المطلب الأول : التمكن من المنهج التحليلي 60
الفرع الأول : تعريف المنهج التحليلي 61
الفرع الثاني : أهمية المنهج التحليلي 61
الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التحليلي 62

الفرع الرابع : مثال عن تطبيق مراحل المنهج التحليلي في المنهجية القانونية للبحث 63
المطلب الثاني : التمكن من المنهج المقارن في العلوم القانونية 65
الفرع الأول : تعريف المنهج المقارن في العلوم القانونية 66
الفرع الثاني : أهمية المنهج المقارن في العلوم القانونية 67
الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج المقارن 68
الفرع الرابع : أنواع المقارنة 68
أولا –المقارنة الشاملة : 68
ثانيا–المقارنة الجزئية : 68
ثالثا–المقارنة بين أنظمة قانونية متقاربة الفكر الفلسفي : 69
رابعا–المقارنة بين أنظمة قانونية متباعدة الفكر الفلسفي : 69
خامسا–المقارنة بين موضوع مطروح في مدونات قانونية مختلفة : 69
سادسا–المقارنة بين موضوع مطروح في نفس المدونة القانونية : 69
سابعا– المقارنة الأفقية والمقارنة العمودية : 69
المطلب الثالث: التمكن من المنهج التاريخي 69
الفرع الأول : تعريف المنهج التاريخي 70
الفرع الثاني : أهمية المنهج التاريخي 71
الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج التاريخي 71
المطلب الرابع: التمكن من المنهج الوصفي 72
الفرع الأول : تعريف المنهج الوصفي 72
الفرع الثاني : أهمية المنهج الوصفي 73
الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الوصفي 73

أولا- مرحلة الوصف الشمولي للظاهرة 74
ثانيا- مرحلة الوصف العلمي للظاهرة 74
المطلب الخامس : التمكن من المنهج الإحصائي 74
الفرع الأول : تعريف المنهج الإحصائي 75
الفرع الثاني : أهمية المنهج الإحصائي 75
الفرع الثالث : المراحل الأساسية للمنهج الإحصائي 75
المطلب السادس : التمكن من المنهج الإستنباطي 76
الفرع الأول : تعريف المنهج الإستنباطي 77
الفرع الثاني : أهداف المنهج الإستنباطي في العلوم القانونية 78
الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستنباطي في العلوم القانونية 79
المطلب السابع : التمكن من المنهج الإستقرائي 79
الفرع الأول : تعريف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية 80
الفرع الثاني: أهداف المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية 81
الفرع الثالث : مراحل المنهج الإستقرائي في العلوم القانونية 81
خاتمة 82
المصادر والمراجع 85