**جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان**

**كلية الحقوق والعلوم السياسية**

**السنة الأولى ماستر قانون عام**

**المقياس : مدارس التفسير المناهج**

## الإجابة النموذجية لسؤال امتحان السداسي الأول

### أولا: مقدمة ( 3ن)

- مفاهيم عامة حول مدرسة البحث العلمي الحر.
- صياغة الإشكالية.
- تحديد محاور الإجابة (الإعلان عن خطة الإجابة).

المحور الأول(عنصر العلم)

المحور الثاني( عنصر الصياغة)

### ثانيا: العرض (14 ن)

كما سبق وذكرنا فإن جيني لم يأسس مذهبا وإنما أخذ بلب ما توصلت إليه المذاهب السابقة فأقام مذهبه على عنصرين رئيسين هما عنصر العلم وعنصر الصياغة.

عنصر العلم يقدم الحقائق التي يمكن أن تصبح أساسا لبناء قواعد قانونية بتعبير أخر عنصر موضوعي يقوم على جملة معطيات تفسر القاعدة القانونية وتوضح مداها ومعناها.

أما عنصر الصياغة فهو متعلق بالجانب الشكلي لقاعدة القانونية لأنه تعبير عن الجانب الفني لسياسة المتبعة والتي تعني وضع أنسب الأدوات التقنية التشريعية لاحتواء جميع المعطيات.

ولهذا ذهب جيني إلى القول:" أن علم القانون هو علم وفن في أن واحد".

**المحور الأول: جوهر القاعدة القانونية (الجانب الموضوعي) أو عنصر العلم:**

يتكون جوهر القاعدة القانونية عند جيني من أربع حقائق أو معطيات تتمثل فيما يلي:

**أ–المعطيات الطبيعية ( الواقعية ):**

وإن كانت هذه المعطيات لا تخلق قاعدة قانونية بذاتها وإنما تحدد نطاقها ابتداء إلا أن لها دورا كبيرا في توجه المشرع ، ويقصد بها الحقائق التي تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالجماعة فتشمل جميع الظروف الطبيعية سواء كانت مادية أو معنوية أو الظروف الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية التي تحيط بالإنسان.

**ب– المعطيات التاريخية** : تعتبر المعطيات التاريخية حقائق علمية وتمثل التجربة التي مرت بها الإنسانية عبر الزمن ، فهي تشمل ما تكون من قواعد لتنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع ، وهذه التجربة تمنح للقانون أساسا راسخا وقوة وصلابة لا يمكن إغفالها أو التحلل منها عند تكوين القانون ( لعبت المعطيات التاريخية ولا تزال دورا هاما في إصلاح وتعديل وبناء القانون)

**ج– المعطيات العقلية:** هي معرفة تتضمن المبادئ التي يوحي لنا بها العقل ويدلنا على صحتها وهي تساهم بشكل كبير في تكوين جوهر القانون نتيجة للدور الذي تلعبه من خلال إحداث موازنة وتوافق بين المعطيات الطبيعية مبنية على العقل تمثل قواعد السلوك التي يستخلصها العقل من طبيعة الإنسان وحركة المجتمع( المعطيات العقلية تتمثل في كل نشاط أو جهد عقلي فكري )

**د– المعطيات المثالية:** يقصد بالحقائق المثالية المثل العليا التي تنبع من الاعتقاد وليس من العقل ، تتكون وتتأثر بالظروف الاجتماعية والاقتصادية والدينية والسياسية التي تعم المجتمع .وهي متغيرة من مجتمع إلى أخر ومن زمن إلى أخر .

**المحور الثاني: الصياغة**

سبق الإشارة إلى أن جيني اعتبر القانون علما وفنا (علم يمثل جوهر القاعدة القانونية) أما المقصود بالفن فهو للصياغة ومعناها تحويل المادة الأولية للقانون إلى قواعد عامة ومجردة صالحة للتطبيق في الحياة العملية ، إذن الصياغة هي إخراج جوهر القاعدة القانونية إلى الوجود العلمي .تنقسم إلى نوعين **صياغة جامدة** : نكون أمامها عندما يضع المشرع قواعد قانونية تتضمن حلا ثابتا ، فلا يكون أمام القاضي مجالا لاجتهاده ، وإنما عليه تطبيق الحكم أو القاعدة بطريقة ألية صارمة مثالها: مواعيد الاستئناف والطعن بالنقض المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.( الصياغة الجامدة لها حل ثابت بغض النظر عن الظروف ألية كم وضعها المشرع).

**الصياغة المرنة:** وهي على خلاف سابقتها تفتح مجالا للقاضي باستعمال سلطته التقديرية مثالها : كما لو حددت العقوبة من سنتين إلى 5 سنوات فهنا القاضي يحكم بناء على الظروف المحيطة بالنزاع والوقائع.

هذا التنوع من حيث الصياغة نحتاج إليهما معا بحيث تكون أمامنا قواعد منضبطة محددة وقواعد أخرى مرنة تتجاوب مع تغير الظروف .

وهناك طرق للتعبير عن شكل القاعدة القانونية تنقسم بدورها إلى قسمين (طرق مادية ومعنوية)

**الصياغة المادية:** تعبير مادي عن جوهر القاعدة القانونية مجسدا في مظهر خارجي ويتم بأسلوبين:

أ- **احلال الكم محل الكيف(أرقام):** وذلك بإعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما يتجسد في استخدام رقم ثابت مثال: نص المادة 40 من القانون المدني والتي حددت أهلية القيام بالتصرفات القانونية بسن 19 سنة تقابلها المادة 7 من قانون الأسرة والتي حددت بدورها أهلية الزواج للطرفين بسن 19 سنة.

ب- **أو عن طريق افراغ التصرف القانوني في شكل معين ( الشكلية)**:ويقصد بها العنصر الخارجي الذي يشترط القانون إضافته إلى العناصر الداخلية لترتيب الأثر القانون الوارد في حكم القاعدة القانونية .مثال ذلك: عدم انتقال الملكية في بيع العقار إلا بعد إتمام الإجراءات الشكلية أو كتابة الوصية أمام الموثق ) اشتراط الرسمية في الوصية)

**الصياغة المعنوية** :على خلاف سابقتها تعتبر عملا ذهنيا يكسب قاعدة القانونية إخراجا عمليا وتصاغ هي الأخرى بأحد الأسلوبين:

**أ–القرائن القانونية** : هي من وضع المشرع يكون الهدف من ورائها تحويل الشك إلى يقين بمعنى أخر عملية موضوعها أمر مشكوك فيه على أنه أمر مؤكد مثالها اعتبار المفقود ميتا إذا غلب الظن على هلامه بعد مرور مدة معينة حددتها المادة 113 من قانون الأسرة في أربع سنوات ، مثال مسؤولية حارس الأشياء.

وإلى جانب القرائن القانونية نجد أيضا **القرائن القضائية** : هي كم عمل القاضي يستخلصها من خلال وقائع القضية المعروضة أمامه كأن يتبين له أن البيع بين الزوجين هو بيع صوري.

ت-**الحيل القانونية** : ناذرا ما يقوم المشرع بسن قواعد قانونية تمثل حيل قانونية ونكون أمامها حينما يتم إعطاء وضع معين حكما يخاف الحقيقة (تصوير يخالف الواقع) مثال العقارات والمنقولات بحسب المآل فمن خلالها يتضح أن أصلها شيء وحكمها شيء أخر يخاف تماما ما، تم وضعها من أجل الوصول إلى غاية عملية معينة.

**ثالثا: الخاتمة (3 ن)**

**تقدير مدرسة البحث العلمي الحر:**

هذا المذهب قام بالجمع بين مدرسة التزام النص والمدرسة التاريخية فانكر في مدرسة التزام النص الادعاء القائل بأن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون واعترف بالعرف كمصدر احتياطي للتكميل

في حالة نقص التشريع وفي الوقت نفسه أخذ منها في حالة وجود النصوص التشريعية استخلاص القصد الحقيقي للمشرع وبذلك يضمن هذا المذهب الثبات والاستقرار لمعنى النصوص حسب الإرادة الحقيقية للمشرع.

أما في الحالات التي لا يوجد فيها نص أو عرف فإن الفقيه جيني يرى أن على المفسر أو القاضي أن يصل إلى الحل القانوني الواجب التطبيق باتباع منهج البحث العلمي الحر وهذا المنهج يستدعي الرجوع إلى جوهر القانون، أو المادة الأولية التي يتكون منها القانون وهي الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية، وبمعنى أخر في حالة تخلف الشكل فإنه يرجع دائما إلى الجوهر لسد النقص في مصادر القانون .

(إمكانية الإشارة لموقف المشرع الجزائري من مدرسة البحث العلمي الحر)

**ملاحظة: 2 نقطتان حول منهجية الإجابة و تنظيم الورقة**