مضمون المحاضرات في مقياس المنهجية القانونية للسنة أولى ماستر قانون قضائي السداسي الاول

الأستاذ الدكتور شهيدة قادة

« Avoir de la méthode. Tout est là la faute de ce fil conducteur. On perd un temps précieux. On disperse ces efforts. On n'arrive pas à dominer sans sujet ». (Henry Capitant)

" أن يكون للطالب أسلوب بحث و بطريقة خاصة , المسألة كلها ههنا , فبدون هذا الخط الموجه , إن وقتا ثمينا نكون قد أضعناه , فنلاحظ مجهوداتنا سدى و لن نستطيع أن نسيطر على الموضوع المعالج ."

فنقول ماذا ندرس ؟ اجابة على سؤال رئيسي الذي هو الاشكالية , ان الاشكالية تعبر عن نظام فكري بحث يكون موضوعه نص (Texte) , حكم (Jugement) , Consulting , Audit , mémoire , Question mère , و لكن قد تتميز بأنها مادة غير منتظمة و مستقلة عن التطبيقات و لا تشتغل على المضمون , فالمنهجية تجعلني كيف أفكر في القانون Comment approcher le droit , بمعنى أدمج في الخطاب القانوني أي كيف اقرأ النص القانوني و استخرج الحل (قراءة رجل القانون) , Comment lire et comment dire .

مما تقدم يمكن استنتاج ان المنهجية هي مجموع الوسائل و الآليات و التقنيات ذات الوصف العقلاني و المنطقي للانتقال من المشكلة الى الحل .

La méthode est l'ensemble des procédés raisonnés en vue de parvenir à un résultat

اذا كنا في اطار منهجية تستعمل هذه الوسائل و التقنيات المذكورة سابقا فنحن بصدد :

1- عملية الالتفاف على المسألة عن طريق المرحلية (Détourner)

2- نحن بصدد عملية يجب ان تتصف بالمنطقية من أجل اقناع الآخرين , هذا يعني انلا يمكن الاعتماد عل الغرائز و العاطفة , البديهية انما يجب الاعتماد على العقل و الخضوع التام له من طرف المنهجية .

ما يقابل هذه المنطقية ما هو مألوف و معتاد و لا يدخل في اطار المنهجية اي ما يسمى ب مألوف العمل (Recette) , مثل ثنائية البحث Bipartisme

لكن يمكن أن نقسم هذا البحث إلى ثلاثة أقسام.

إن المنهجية تعبر عن خليط من النصوص بالإضافة إلى واقع معين، كأن نقول القانون ((Droitيقابله Facto، فالمسألة عملية بطلب حل قانوني، استشارة قانونية، مذكرة استخلاصيه، مذكرة جامعية

(ماسترمثلا)، تحقيق قانوني وكذلك ما يسمى ببيوت الخبرة (Boites de consulting)،وهذا ما يجعل المنهجية كإطار للمعالجة القانونية (Le traitement juridique).

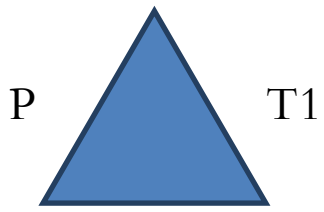
ان هذه المعالجة تتم وفق المثلث الذي نعتبره مرجع هام للمعالجة القانونية وهو يتكون من ثلاثة أقسام وهي:

1- La pratiqueأو Le vécu(:Pوهو عبارة عن عنصر خارجي له علاقة بتطورات المجتمع وهو مؤشر على النزاع القائم في المجتمع

2-(T1) Techniques législatives: مصطلح جديد أتى به المشرع في مجموع النصوص القانونية وخلق لنا مشكلة مثل السوار الإلكتروني

3- :Théorie(T2) المؤسسات القانونية،أي مجموعة النظريات ومجموعة المفاهيم الفقهية التي وضعنا بها الثقة، مثل نظرية الوضع الظاهر.

فهذه العملية وفق هذا المثلث تتطلب منا وضع الشيء الظاهر أمامنا ويتطلب الذهاب إلى ضلع آخر أو ما يسمى ب Vu face



مثال 1: ظاهرة قرصنة الحاسوب Hacker حيث يطلق هذا المصطلح على مجموعة المبرمجون الاذكياء الذين يتحذوا الانظمة المختلفة و يحولوا اقتحامها .فهي ظاهرة تفشت في المجتمع بشكل خطير و متسارع مع التطور الالكتروني و هذا هو **Le vécu يرمز له ب P**

فهو مصطلح جديد أتى به المشرع وخلق لنامشكلة وهذا ما يعبر عنه في المثلث ب**T1**

أما النظريات والآراء الفقهيةوالسوابق القضائية التي تصدت وعالجت هذه الظاهرة هي ما يسمى في المثلث ب T2.

– لقد ذكرنا فيما سبق أن المنهجية أثناء المعالجة تعتمد على المقاربات القانونية و هذا ما جعل الحوار القانوني في هذه المعالجة (Discours juridique) يبنى على منهج استنباطي له نموذج فقهي معين ما يجعل المعالج Le traiteur يركز على وضع النظريات و ينتقل الى التطبيقات. و هذا ما يسمى بالمنهج الاستنباطي .

– المنهج الثاني يتمثل في العيادة القانونية (cliniquejuridique مثل حالة السابقة القضائية.وكمثال على ذلك ظهرت في فرنسا L'école de droit et de sciences politiques حيث ركزت هذه المؤسسات على ان القانون يجب ان يكون أقرب الى المجتمع ويسمع له، فالطالب يدرس ما يعانيه المجتمع من آفات ومشاكل مختلفة Méthode cliniqueوبالتالي يكون القانون أقرب إلى هذا المجتمع مما يستدعي الى ان يسمع له. هذا يقودنا الى طرح مقاربتان وتصورين أما المقاربتان فهما Approcher، dire et lire اذن نحن في إطار حوار قانوني discours juridique. أما التصورين 2 Conceptionsفهما أولا العيادة القانونية في المعالجة والتصور الثاني هو صناعة السؤال الجيد في المنهجية.

ان المنهجية تعتمد كثيرا في التعاطي مع بعض الموارد الهامة مثل ما يسمى بسوق الخدمات القانونية Marché des services juridiques

و كذلك الخبرة التكنو قانونية L'expertise technico-juridique و كذلك ما يسمى ب Basique juridique

وظهور هذه الموارد له ما يبرره من أسباب:

– السبب الاول هو الواقعية و البراغماتية للثقافة القانونية حيث ان القانون يدرس و كان يقابله واقع مجتمع او ما يسمى ب FACTO

–السبب الثاني : أمركة القانون العام : ظهرت ما يسمى بالعولمة القانونية بحيث ما جعل احد عباقرة السوربون يقول :" كم وددت انني بدل ان ادرس طلبتي الالتزامات أني ادرسهم العقود المنتهية .

– السبب الثالث : هو سيطرة الثقافة القانونية بحيث بدأ في صنع المصطلحات و النظريات القانونية خاصة ببدء تراجع المصطلحات الآيلة للزوال (ظهور Le lexique français juridique) , بعد ذلك سيطرة الثقافة القانونية الامريكية حيث ما يستنتج من الواقع ما هو معلن و ما هو مسوق علنا , فهناك ثقافتين تسيطران على العالم هما ثقافة أمريكية و ثقافة لاتين أمريكية.

الا ان هذا القول الى غاية العقدين الاخيرية .بحيث صعب القبول به كحالة يقينية Etat pertinent و اصبح يعاد النظر فيما هو يقيني .فظهرت العائلة الاسلامية .ما يثبت هذا القول هو تشكيلة محكمة العدل الدولية التي تضم 15 قاضي يعكسون هذه العائلات و هناك قضاة يمثلون العائلة الاسلامية .هذا طبعا في اطار النزاعات السياسية .أما النزاعات الاقتصادية فهي بكثرة و لكن لم يهتم بها الى غاية 2008 اثر الازمة المالية العالمية انطلاقا من الرهون البنكية .فدخل منذ هذه المرحلة الاقتصاد العالمي في عملية الترددات فأصبح . Se ricocherاكتشفوا ان هناك انظمة اقتصادية لم تمسها الازمة المالية و هي الاقتصاديات المغلقة .اما النوع الثاني الذي لم تمسه الازمة فهي الاقتصاديات التي تستغل بالقانون الاسلامي الحقيقي .حيث بدأت اول الدراسات و البحث في القانون الاسلامي في الجامعات الامريكية .

–هناك مدرسة رابعة تسمى بالمدرسة الماردة الصاعدة Emergente : بحيث ان هذه المدرسة اعتمدت على أساليب الطرق البديلة لحل النزاعات مثل التحكيم و الوساطة .تميزت هذه المدرسة بما يسمى الثقافة القانونية للشرق الادنى .شعارها "أن تخسر دينارين في نزاع خارج محكمة خير من ان تخسر دينارا واحدا داخل محكمة ".

-المدرسة الخامسة التي ظهرت هي ما يسمى ب الثقافة الافريقية السوداء O.H.A.D

اذن مما ذكرناه نقول ان المنهجية تأسس دراستها على هذه المدارس و تجعلها قاعدة ترتكز عليها .

-يمكن تقسيم المنهجية الى قسمين , المنهجية القاعدية او النظرية méthodologie fondamentale و المنهجية الامبريقية العمالية méthodologie empirique .

حيث تتميز المنهجية القاعدية بالمعالجة القانونية Traitement juridique des faits كما انها تستعمل وسائل القانون وتعتمد على تصنيفاته وكذا تكيفاته.

اما المنهجية الامبريقية فتتميز بتطبيق القواعد وذاك بوسائل واجراءات معينةومحددة او ما يسمى ب Mise en centre

كما تتميز كذلك المنهجية الامبريقية باستعمالها لطرقومبادئ من أجل التنسيق بين قواعد القانون كطريقة تفسير القانون مثلا. ويوصف هذا النوع من المنهجية بمنهجية صناعة التشريع Méthodologielégislativeوكذلك المنهجية القضائية Méthodologie juridecisionnaire

هل في المعالجة هناك منهجية واحدة؟

يمكن ان نقول ان هناك منهجية مشتركة و منهجية خاصة بكل اشكالية مطروحة للمعالجة . فالمنهجية المشتركة هي مجموعة القواعد و الاصول التي لا منتص من الحيد عنها في اي معالجة قانونية و يعتبر تجاوزها ضربا للمنهجية في قواعدها .بحيث يجب دائما التقيد بالصول و القواعد التي تبنى عليها سواء في التعليق على النص او التحليل او اية معالجة

قانونية. فنحن ننتقل من معارف مجهولة أو غير معلومة.

ان هذه القواعد لا تخرج عن مسألتين كبيرتين تولد لنا مسائل صغرى او فرعية أخرى وهي:

* تجميع و تحضير المادة الاولية التي تتطلبها المعالجة . هناك عائلة القانون المدني و عائلة القوانين المقننة Famille de codification .

وبجمع هذه المصادر نجد ما هي مكتوبة وما هو غير مكتوب ومصادر التفسيروالتطبيق. كما ان المصادر لها تراتبية اي تسلسل هرمي .يذكر ان اثناء تجميع المادة الاولية هناك ما يسمى بهامش التقدير الوطني . و هي التشريعات التي وافقت عليها الدول لكن بتحفظ .

* تفريق هذه المادة والكتابة والصياغة.

فيما يخص تحضير المادة الاولية فيها مسالتين أولا تعيين المراجع وتحديدها ثم الاقتباس منها وكل عملية ترتبط بالأخرى. كان تصطفي مجموعة من المراجع تكون لها العلاقة بالإشكاليةوالمعالجة بشكل عام فنتكلم عن التعيين .Lasélectionثم ان كنت تجمع المادة الاولية و لا تعرف كيفية التجميع فستخرج عن المنهجية و نفس الامر بالنسبة للكتابة اذا جئت لتكتب و خالفت اصول الكتابة خالفت المنهجية .

– هل نتكلم عن منهجية واحدة ام هناك عدة منهجيات؟

المنهجية المشتركة نقصد بها المعالجة في صورها الخاصة و التقيد بهذه الضوابط و الا خرجنا عن اصول المعالجة القانونية . اننا ننتقل من والى اي من علم موجود ومعارف موجودة الى حلول جديدة او مشتقة. كما ان هناك منهجية مشتركة تجعلنا على نفس المراجع واعادة الصياغةوالكتابة. فنحن نبحث عن هذه النصوص عبر الجريدة الرسمية مثلا. وكذلك ونحن نبحث عن النص لما نبحث عما يسمى بالتشريعات التنظيمية. بحيث يجب ان نتأكد بان هذه النصوص لم تعدل بعض موادها ولم تلغى.

هناك بعض المحاولات لتجميع النصوص مثل التشريعات ت العقارية للأستاذ موسى بونهان , كذلك تجميع في نصوص الاستهلاك , و لكن هو تجميع غير رسمي لكن يساعدنا في دراساتنا .

– هل النصوص القانونية التي تصدرها دول اخرى نعاملها نفس المعاملة ؟ . تسمى التشريعات المقارنة

بخصوص التشريعات المقارنة نأخذها على سبيل الاستئناس، باستثناء الاتفاقيات المبرمة ما بين دولتين في مجال الاستثمار فان القانون الواجب التطبيق على حسب تلك الاتفاقية. بالنسبة للشريعة الاسلامية فيما عدا قانون الاسرة القاضي لا يجد صعوبة عندما يقوم بالمعالجة. مثلا بالنسبة للبنوك الجزائرية سمحوا بالمعاملات الغير التقليدية وفتحوا ما يسمى بنوافذ .Fenêtre

مثلا ما ذكر في مجلة الاحكام العدلية و صاحبها قادري باشا حيث قام الاتراك بتدوين كل المذهب المالكي . و كانت هناك محاولة أيضا في المذهب المالكي من طرف الاستاذ القاضي احمد .

1- ان عملية تعيين المراجع تنطلق من معارف موجودة أو مكتسبة و لا تنطلق من فراغ او تخمينات اي تكون هذه الانطلاقة من تراكم يسمح لك بان تصطفي منها ما هو مناسب .مثل عن ذلك Wisconsin : Bibliography and Source. او ما يعرف ب Wi-Bibliographie حيث يوجد الآلاف من المراجع للأفراد و المؤسسات يمكن الوصول اليها من خلال علامة تبويب "المراجع " في الجزء العلوي من معظم الصفحات او عبر مربع "الموضوعات ذات الصلة " في الشريط الجانبي .

على العموم في الببليوجرافيا هناك طبقات للمراجع حيث في هذا النظام تم تفضيل بعضها على بعض وبالتالي يتم التحديد

2- على الباحث الرجوع الى المصادر الرسمية و مصادر التفسير .حيث هناك العائلة الاتينو جرمانية أو ما يسمى بعائلة التقنينات و عائلة

القانون المدني حيث ان القاعدة التي في النص هي التي يكون لها الاولوية Primauté de la règle juridique.

بالنسبة للنص القانوني علينا ان نستوعب ماذا نقصد به ثم علينا ان نراعي هل عدل ام ألغي .كذلك هناك القوانين العامة و القوانين الخاصة , فنذهب من الخاص الى العام .كذلك بحكم دستورية القوانين

من المفروض عدم الالتفات الى النص الاجنبي إلا اذا كاتن يدعم النص العربي. إذن الاولوية للنص العربي .اذا كان هناك أخطاء مادية وردت فيه يجب ان تصحح .

النقطة الثانية لما نرجع الى النص نأخذ تلك المادة لوحدها و اربطها بعنوانها في المرجع ثم أربطها بالمادة التي قبلها و بعدها حتى تسهل المقارنة و المعالجة .

-هل في كل الاحوال النصوص تمدنا الى حل؟

ليس بالضرورة. .Vaut beaucoup de droit Un peu d'histoireرجوع قليل الى التاريخ يمدنا إلى أشياء كبيرة في القانون

مثلا مدرسة الشرح على المتن كانت تقول ان نصوص القانون الفرنسي لم تترك لا كبيرة و لا صغيرة .و قالوا " ان القاصي ماهو الا منفذ للنص و يذهب الى الارادة الصريحة للنص .هذا ما جعلهم يتكلمون بالانبهار .

-ان النص يتكلم بصفة عامة و مجردة In abstracto. اي ان النص لا يعالج حالة معينة أو شخص معين و لكن يعالج حالة عامة .و ان تكلم النص بشكل فردي فنقول أخذ الطابع اللائحي و التنظيمي .هذه الاسباب ادت في كثير من الاحيان اننا نحتاج الى مراجع التنفيذ و التفسير .

كذلك هناك مراجع التطبيق والتفسير ونقصد بها الأحكام القضائية،وفي أكثر الضرورات يحتاجها رجل القانون ولا يصل الى حل بدونها. اذن نحن نتكلم عن القيمة القضائية للحكم القضائي كمصدر. فأثناء قيام القاضي بتحقيقات وتدقيقات يجد القاضي نفسه محرجا هل يأخذ بقطع من الحكم. والحالة الثانيةمضطرا للرجوعالى الحكم كلية.فالقاضي له السلطة التقديرية يكون ما بين محكمة موضوع ومحكمة موضوعأحرى هذا ما يسمى بمبدأ وحدة القانون وتطبيق القانون، اذن الوحدة القانونية تكرس الوحدة القضائية والا سوف ندخل في اللاأمن القانوني.

في المحكمة العليا نحن امام فرضيتان: ان الحكم الذي نصدره اما غير مبدئي او مبدئي (Arrêts de principe).

* كيف نصل الى الاحكام القضائية؟

قد نصل **بالببليوغرافية أو وي ببليوغرافية**،الرجوع الى الاحكام القضائية يتم بطريقتين: اما الى الحكم كله أو ملخصات الحكم والمبدأ.

بالنسبة للأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا أصبحت منشورة عبر مجلات المحكمة العليا و لكن أغلبها غير منشورة في الجزائر .

ثم هناك الببليوغرافية الورقية و هناك يجب نعرف ماهي العناصر التي نبحث عنها مثل المعطيات المتعلقة بالمدعي و المدعى عليه , تاريخ صدور الحطم ,نوع المنازعة (مدنية ,بحرية ..) ..

مثلا في المجلة القضائية نرجع الى الفهرس حتى يسهل علينا البحث. في وي ببليوغرافية هناك بعض الاساتذة الباحثين و المحامين يقومون بتجميع الاحكام و يضعونها في شكل كتاب .

هل يمكن الاستعانة بالأحكام الاجنبية (القانون المقارن) ؟ يستحسن الرجوع الى القضاء القريب منا في العائلة .لأنه يمكن ان يكون نصا واحدا لكنه نشر بطرق مختلفة مثلا بين الجزائر و المغرب و تونس . و الرجوع الى هذه المصادر (القضاء المقارن) يكون على سبيل الاستئناس . و يستحسن جزءرة المعالجة في عمومها .

ما يمكن قوله هو كيفية استغلال واستعمال هذه البدائل سواء في الببليوغرافية الورقية او الببليوغرافيةوذلك بافتراضها سوف تأتينا بالحلول الممكنة الإشكالية المطوحة. اذن نحن امام عملية افتراضية ((**Postulat**

* **مرجع التفسير: الفقه droit savant Le**

ان الفقه و ما يحمله من أحداث تتمثل في الواقع المعيش و الشيء المعاين (P : Le facto) يتطلب حلولا تأتي من النصوص القانونية حيث ان هذه النصوص تحتاج الى مفاتيح .اذن الحل موجود في التفسيرات و التأصيلات التي صنعها الفقه بوضعه لتراكم يتغدى منه العاملون في حكم القانون و لولاها لما استطاع المجتمع الوصول الى مختلف الحلول .انها المعارف المرنة التي يصنعها عقول الفقهاء أو القوة المبدعة أو الخلاقة للتراكمات الفكرية.

نجد مدرسة القانون الطبيعي: القانون ثابت عبر الزمان و المكان يعود الفضل لها في صناعة قانون نابليون.

مدرسة Savenay:وهي مدرسة القانون الوضعي تتمثل في مجموعة قواعد قانونية تفرضها سلطة معينة عبر الزمان والمكان

ان من ضوابط المنهجية ان ننطلق من المصادر العامة الى المصادر الخاصة كالموسوعات والمطولات Répertoire pratique, juriste classeur. مثال عن الموسوعات , هناك الموسوعات الجنائية (بالعربي), و هناك الوسائط Traiter et manuel مثل الوسيط للكاتب اسطمبولي .

في المصادر العامة نبدأ من الحديث الى القديم لان هناك ما يسمى بالمراجعات تواكب دائما النصوص.

السؤال الذي يمكن طرحه هل هذا النهج اي الانتقال من الاعم الى الاخص هو مألوف علمي أو عادة علمية ؟

es est une recette scientifique ou une habitude ؟

الذين اعتبروا ذلك مألوف علمي لهم المبررات التالية:

1- الذهاب الى المرجع العام هو يشكل نقطة التقاء ((Rond-pointفيعطينا الاتجاه المناسب والافضل Via

2- نحن امام عنصر مهم الذي هو عنصر التفييئ ((Elément de serre. مثل ما قام به الكاتب الفرنسي من تفييئ Philippe touron

bordas – raquettes- Corrèze- trial- photographie- serre)
(chevalier- moniteur- Altus- éditions- patate- Briançon-

3- اصدار طبعات جديدة تكون محينة فتحيلنا ال المصدر الخاصة .

اما المصادر الخاصة ة فنحن موجودون في نقطة التقاء (Rond-point) فيتم احالتنا من طرف التقاة الى المصادر الخاصة Ils nous renvoient

مثال عن المراجع الخصة ة اطروحة دكتوراه , رسالة ماجستير , مقالات , مداخلات شرط ان تصب في نفس العنوان .

و من ضوابط المنهجية علينا مراعات كيفية استغلال هذه المراجع التي حددت الموضوع ة كذلك كيفية جمع هذه المادة و كذلك كيفية افراغها و بدء العمل بها .

*** التحرير والكتابة**

ان عملية التحرير تشكل استثمارا لمجال العلم حيث في هذه المرحلة نقوم بعملية تحويل تلك المادة التي جمعناها الى معالجة تعتمد على ما خلفه و انتجه الغير حيث هدفنا العملي هو ما نريد انتاجه .و على هذا الاساس نجد ان المعالجة لها خمسة صور :

1- تعليقات

2-حل قضية

3- استشارة قانونية

4- مذكرات اكاديمية

5- اطروحات و مقالات (dissertations)

التحرير هو عبارة عن تلك المادة المجمعة اي المصدر حيث ننطلق منه و نهتدي اليه و نستلهم منه , اذن هو صناعة معالجة تتميز بانها عملية حساسة و كبيرة في نفس الوقت تحتاج كثيرا من الذكاء و الابداع في نفس الوقت .

ان التعليق على حكم قضائي يتطلب الرجوع الى مشتملاته اي الرجوع الى الاعمال المادية و الطعون التي انجزت في الحكم اي اننا ننطلق من عملية مصدر Source الى عملية الانتاج Production

- بالنسبة للاستشارة القانونية، فهي عبارة عن سوق للخدمات القانونية

C'est une prestation de service et en même temps c'est un marché de sources juridiques

اذن التحرير ليست عملية تقرير و لكن هي عملية انتاج في اطار المعالجة القانونية .مما يجعل عنصرا الذكاء و المهارة اساسيان في هذه العملية . فكأننا نحول ما جمعناه الى شكل **قالب فكري rationnel Moule** .

*** لغة الكتابة**

اولا علينا ان نراعي ان الطرح الذي قدمناه ووضعناه يجب ان يكون مقنعا , اذن نحن بصدد منطق قانوني (ننطلق من مقدمة و نحتاج الى تحليل و خاتمة) . وننطلق من القواعد العامة ونقف عندقصورها، فنطلب المدد او المعونة من القواعد الخاصة.

ان المنطق في هذه المعالجة يجسده أداته التي هي اللغة . اذن ماهي مواصفات هذه اللغة التي تعتمدها المعالجة القانونية ؟

*** ضوابط اللغة**

نقرأ أكثر لنكتب قليلا، ونكتب كثيرا لنقول قليلا. اذن نحن نحتاج الى لغة الكتابة

1- الابتعاد عن السر و الحكي للقصص و الجمل المنمقة اي الكبيرة و الطويلة , اي جعل المنطق يخدم اللغة لانها وسيلة للتعبير عنه .

2- سلامة اللغة (مراعاة الضوابط الصرفية واللغوية ...) لان فساد اللغة قد يكون سبب في رفض تلك المعالجة.

3- يجب ان تكون الجمل قصيرة (Style juridique)

4- يجب ان تكون جمل المعالج القانوني دقيقة , اي استخدام المفهوم أو المصطلح حسب مدلوله القانوني

فمثلا عندما يتكلم المعالج Le traiteur عن عيب من عيوب الرضا في العقد مثل الغبن مثلا فلا يتكلم عن الفسخ او البطلان المطلق بل هناك مصطلح قابلية العقد للبطلان .

5- يجب على المعالج القانوني ان يراعي اخضاع المصطلحات وفق القانون الجزائري بالنسبة للقوانين المقارنة. فمثلا المشرع الجزائري والمصري يتكلم عن مصطلح **التزام** بينما المشرع اللبناني يتكلم بمصطلح **موجب**.

مثال آخر، المشرع اللبناني يسميمرور الوقت La prescription بينما المشرع الجزائري يسميها بمصطلح التقادم

6- ان تكون هذه اللغة حية Actualisée اي استعمال لغة القانونيين .

7- يجب ان تكون الصياغة مقسمة و مجزأة و لا نتبع كتلة واحدة , مما يسهل علينا التفريع و التقسيم و التجزئة و هذا قصد تبسيط الفهم للآخرين .

المعالجة القانونية لها قدر مشترك و معين من المنهجية وجب الخضوع له , اي انها تعتمد على جمع المراجع او المادة العلمية و ذلك بالانطلاق من افكار الغير. و هذه المراجع لها ضوابط في الاستغلال و التنظيم و الاستعمال رغم تعدد صور المعالجة القانونية و متطلباتها . اذن هناك قدر مشترك و قدر أخر خاص بصورة المعالجة و نوعها حسب طبيعتها .

*** بدايات لا بد منها و أمور يجب التوقف عندها:**

ان المنهجية هي عملية تنسيق وتسلسل اي عدم القفز العشوائي اثناء المعالجة القانونية، فنحن ننتقل من المنهجية العامة الى المنهجية الخاصة.

ثانيا ان الامور التي يجب التوقف عندها:

لو منحنا للطالب نص قانوني في شكل سؤال وطلبنا منه المعالجة مثل " كل شخص له الحق في احترام حياته الخاصة "

وقلنا عالج احترام الحياة الخاصة.

الموضوع يطلب من الطالب معالجة الحياة الخاصة اي سؤال تحليلي , في البداية يقوم بعملية تفكيك النص Décomposition

و المقصود بمعالجة النص ليس مجرد تحليل أو تحليل لغته أو اسلوب كتابته انما المقصود تحليل النص نفسه.

فالمعالجة لهذا النص نراها من زاويتين، الزاوية الاولى لها علاقة بالطريق والنهج والوسيلة التي يجب سلوكها لتحقيق

-8-

معالجة سليمة اما تفسير النص القانوني يطرح من زاوية اخرى وهي الزاوية المتعلقة بتراكبية المصادر. فإما النص

واضح وسينتج من دلالته ماذا يقصد المشرع او قصده بالقياس واما سيكون غامضا فنذهب الى تفسيره.

اضافة في إطار المعالجة فإننا نبحث عن الطريق والمنهج الذي نستعمله وهذا حسب طبيعة الموضوع.

في التفسير نراعي تراتبية النصوص

ان ما يظهره النص بالنسبة للمعالج القانوني ما هي الا نسبة عشرة بالمئة والباقي في العمق ولهذا ننتقلمما هو ظاهر وبالتفكيك والتحليل نصل الة النتيجة. اذن النص هو الجزء الظاهر , مثل جبل الجليد (نسبة الى LISBERG بلدة المانية منطقة فرانكونيا العليا في ولاية باقوريا حيث الطقس 6 درجات), حيث الجليد الذي يغطي الجبل هو الشيء الظاهر اما الباقي فهو في اعماق الجبل علينا ب الحفر و التنقيب و التفتيش حتى نكتشف و ننتشل ما هو خفي .

-اذا كانت المعالجة مقتضاها البحث عن الصيرورة التي تمس بها هل لهذا النص منهجية خاصة به و هل هذه المنهجية تفتقر نفسها للمعالجة ام نعطي الا راينا من الناحية القانونية ؟

نحن نذهب ال الطريقة الاعمق لان المعالجة قانونية و تخضع لمنهج و خلافاتنا الحالية سببها نص , هذه الخلافات تركت اما لغير المتخصصين او للقانونيين بغير منهجية , فننتقل من استشارة قانونية مؤسسة الى نزعة سياسية او نزعة ذاتية او شيء من هوى النفس , فنقفز من معالجة خاطئة التي يخالطها الوهم الى المعالجة السليمة .

ان هذه المعالجة لها مقدمة (Introduction, du commentaire) بالرغم من طول النص او قصره .

في البداية يجب ان تقتصر المقدمة على تقديم النص , و هنا علينا ان نتساءل عن كيفية تقديم النص comment présenter le texte.

اولا تحديده من حيث الزمن : و في هذا المجال نطرح اسئلة معينة (تاريخ النص , مرجعه , القانون الذي سبقه , هل عرف تعديلات بعد صدوره , ...)

ثانيا تحديده من حيث المكان : من حيث طبيعته (هل هي جريمة ام ...) , هل هو نص او جزء من تقنين الخ...

و نكمل هذه المقدمة ببيان كيف ان هذا النص مقسم , لان هذا التقسيم هو الذي يصنع لنا الخطة (Plan)

- نجد في النصوص العربية يقترحون الخطة بالعناوين و الاقسام ولا يتكلمون عن المقدمة .

- هناك ما يعرف ببنية النص La structuration du texte, حيث تنقسم الى البنية اللغوية و البنية الطبوغرافية , اللغوية نقصد بها العبارات و غيرها اما الطبوغرافية نخلوا فيها بما يسمى بنسيج النص , اي ابتداء من النص و انتهاء الى النص ف كل المعالجات التي ندرسها أيا كان النص ما يسمى ب Le pivot de traitement juridique.

لماذا هذه المعالجة من النص والى النص؟ انتهاءنا الى العائلة اللاتينية يفرض علينا المعالجة القانونية (عائلةالنص)

1- أسبقية النص La primauté du texte: معناه ان كل حل قانوني نريد الوصول اليه يخرج عن النص لا نعتبره معالجة قانونية.

2- علم القانون يرتبط بمنطق أن لا يوجد خيال اي لا يوجد عشوائية . Pas de fantaisieاي ان هناك التحليل , البناء , التركيب , العقل Le rationnel . كما ان هذا المنطق العلمي La logique rationnelتحتاج الى حوار قانوني Discourt juridique عن طريق العبارات

والكلمات حيث هناك ربط بين المنطق والكلمات، اي الربط بالمصطلحات المتكررة في النص Le textuelle.

3- ان موقف مسألة معينة نتعرف عليه من خلال سر اللغة التي يستخدمها النص كالنقاط والفواصل مثلا.

4- نرجع الى المثلث P.T.T حضور النص وذلك انطلاقا من T1 التي تعبر عن نصوص ونقابله بT2 التي هي المؤسسات القانونية التي يصنعها الفقه.

هناك مفارقة خطيرة يجب ذكرها وهي: عندما نتكلم عن Common Lawهو مصدر انجليزي ومناك ما تقتضي بع قواعد العدالة، كان الحكم القضائي هو الذي يتسيد، لكن وجود القانون الامريكي خاصة بعد الثورة الامريكية التي احدثها الامريكان أصبح كل العالم يتأثر به حيث شكل حالة من الهجانة Une mixitéحيثأصبح القانون الأمريكي في تزايد وتصاعد بالنسبة لحكم المحاكم الإنجليزية، ما جعل النص يسيطر على الحكم، فأصبحنا اما امركة القانون.

يمكن القول مما سبق ان معرفة التعاطي مع النص يعني ان كل مشكلاتنا مرتبطة به و ليس خارجه , فنحن نستغله من اجل الوصول الى الحلول المرجوة .

*** تلخيص**

ان التعليق على النص نقصد به المعالجة من الناحية العملية و قد نجد انفسنا نلامس بعض النقط تمس تفسير النص .فمن حيث المبد أهناك فرق مل بين التحليل و التفسير , لأننا نبحث دائما عن ارادة المشرع . و من الامور الاساسية في المعالجة كيف نتحول الى مهنيين خاصة في قراءة نصو حل المشاكل اما من خلال معالجته او من خلال مشكلة من المشاكل التي ترتبط به .اذن الهدف من المعالجة هو التحديد و التتبع و اصطياد الحلول On dit que le traitement juridique est affaire **de débusquer** uneمن خلال ما هو موجود في النص , فنحتاج الى معالج

محترف Un traiteur professionnel .حيث يمكن ان تكون المسالة في النص و نريد الوصول الى تفسير فهنا نكون مهنيين .فننتقل من مبتدأ الى محترف للمهنة .

ان معالجة النص تحتاج الى مقدمة و تحليل قانوني اي – Introduction développement—avis juridique

ففي المقدمة الوجه الظاهر الا نسبة قليلة لا تتعدي 20 بالمئة (مثل جبل الجليد Lis berg)و الذي هو مخفي أعظم فننتشل ما هو تحت الجليد و في اعماق الجبل اي في اعماق النص للحصول على معالجة سليمة و مقنعة . بعد ذلك وجب تقديم النص من الناحية الزمنية و من الناحية المكانية و نرى ان كان النص تعرض لا لغاء او تعديل اي اننا نعطيه Une carte visite ثم نبحث عن تموقع النص (لين موجود , هل هو تقنين ...) .ادن في هذه المرحلة علينا ان نكون حذرين لان الخطأ في التقديم يؤدي الى الخطأ في المعالجة .بعد ذلك يقسم النص الى اجزاء و الى فقرات و ما هي الكلمات الاساسية في النص .و هنا ناكد ان تحليل المعالج للنص القانوني le traiteur du texte juridique يختلق عن Biochimiste او Biologiste بل التعاطي مع النص القاني من طرف المعالج يكون بشكل دقيق و يحلل و يفكك النص و يفسر العبارات و يستنبط مدلولها و كل ما من شانه يعطي دفع ايجابيا للمعالجة .

بعد ذلك تكلمنا عن المقدمة وقلنا يجب الا تكون طويلة فكلما كانت مختصرة عمت الفائدة.

ان النص لا يعطيك اسراره فيستعين بعن المختصين لإنطاقه فنذهب الى T2 التي هي الشروحات التي تناولها الفقهاء و آخر ما جاءوا به, على سبيل المثال الاجتهاد الذي جاءت به المحكمة العليا فيما يخص المادة 674 ق.م. فهنا نقول ان النص له ارضية صلبة Une plateforme ou une assise .وهذا هو الاساس الصلب الذي ترتكز عليه المعالجة.

ثانيا: التوسيع (المعالجة)

يجب ان تكون المعالجة مهيكلة Structurée بمعنى اعطاء عناوين فرعية او صغيرة،والسؤال المطروح من اين نستلهم هذه العناوين والتقسيمات؟

لما نعالج نحن نجيب على ثلاثة اسئلة:comment de qui – de quoi-

De qui: هذا النص يتعلق بأشخاص القانون العام أو خاص ....

De quoi: ما هو موضوع النص

Comment: كيفية المعالجة

من المعالجة نضع عنوانا كبيرا ثم عناوينه صغيرة، في الجزر الاول كلمات او عبارات النص، في الجزء الثاني وصف القانون.

اذن نحن لا ننطق كل النص بل هناك كلمات مفتاحية هي التي تفك شفرتنا و من خلالها نحدد و نأطر المعالجة Débusquer le traitement .

لماذا جعلوا عبارات النص هي القاعدة التي تدور عليها المعالجة ؟ او الاداة الرئيسية و منها نأتي بأسرار المعالجة ؟

1- لان التقسيمات التي قمنا بها من خلال هذه العبارات هي التي ستعتمد في هذه المعالجة.

2- المعنى الذي نبحث عنه يأتي من شيء يقال له .Contexte utilisation

فانت تريد ان تنطق هذا النص سترجع من نص كبير الى نص صغير .في الدول الاخرى هناك مناقشة عريضة في البرلمان من اجل تحضير هذه النصوص .

المادة 674 ق.م.ج هذا النص يتضمن عرضين او اقتراحين فنذهب الى تقسيمين , اذن سنناقش الاقتراحين . اسرار هذين الاقتراحين موجودان في الكلمات :

- الاول يتكلم عن Il y'a deux parties avec plusieurs mots , هل نذهب الى كل الكلمات و العبارات , اذن هنات يبدأ الذكاء Le génie , اذن سوف نذهب لإضفاء الكلمات القوية الدلالة و التي تتحكم في المعالجة

- الثاني مادام فيه قسمين فسوف يأتينا بعناوين أصغر Sous partiesو هنا لا نتكلم عن التوازن لأنه تتحكم فينا Les sous parties او العناوين الفرعية .

ان النص هو الذي يفرض علينا من خلال العبارات الموجودة فيه و كانه هناك منهجية خاصة بالإضافة الى المنهجية العامة فهي رهينة تكوينه . اذن نحن لا نصنع من عندنا التقسيم .

وانت تتناول النص يجب قراء النص قراءة بتمهل وحذر واعادة القراءة من جديد فالنص حين تطلب ان يجيبك عليك الود له ويعطيك اسراره.

المعالجة يفرضها علينا النص فهي لا تقوم بالاختلاف لهذا صلبها يجب ان نكتشفه.

في النص هناك ما يسمى ب Les mots de la loisوهي الكلمات التي يجب الاشارة اليها والتركيز عليها خاصة في الشرائع العربية. نتتبع المشكلة في جحر النص من خلال الكلمات المفتاحية Les mots signifiants حيث بسبب هذه الكلمات تم طرح اشكالية التعليق على النص. كيف ننطق تلك الكلمات؟ ننطقها عن طريق T1 on va le confronter وLe vécuو T2 يأتي لنا بالحلول اي افكار القانون

كما يجب القيام بالتوفيق ما بين المراجع العربية والاجنبية Faire un compromis

النص له بنيتان، البنية اللغوية والبنية الطبوغرافية، بالنسبة للنصوص العربية تعتمد في التقسيم على هذين البنيتين، بينما النصوص الاجنبية يأتون بالنص ومن خلال التعامل معه يقومون بالتقسيم. من الاحسن الاخذ بالتقسيم العربي. مثال النص 674 ق.م.ج.

مثال1 عن الفضالة (المادة 150 ق.م.ج)

البنية اللغوية نقصد بها معنى لغوي ومعنى قانوني. يجب ان نأخذ المعنى القانوني بالمعنى العام، يجب التركيز على النص من الناحية القانونية.

ماذا يعني الفضولي من الناحية اللغوية؟وهو معنى سلبي لأنه يمثل تدخلا في شؤون الغير

هدا يعني الفضولي من الناحية القانونية؟ مفهوم ايجابي يحمل معنى التضامن الاجتماعي وما يهمنا انه يعتبر مصدر للالتزام.. لكن بعد تصرفه بمحض ارادته في حالة العجالة يعني لا نقاش مع جاره الذي هو الشخص الاخر ويلزم بدعوى التعويض ويصبح رب العمل والفضولي حق المطالبة بالتعويض لمن تم له هذا العمل فهو صورة من الاثراء بالاسبب.

مثال 2 المادة 123 مكرر ق.م.ج

" يجوز التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير.

ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الاحكام باستثناء أحكام القبول "

لو اتينا للتحليل نقول انه يوجد قسمين، الاول ينتهي في عبارة **مالم يلزم الغير** والثاني من**الاحكام**.

مثال 3 المادة 123 مكرر1

اولا لابد من وجود ارادة منفردة وتكون صحيحة لذلك نقول شرط الانعقاد وشروط الصحة.

الشرط الثالث المذكور في النص هو العبارة الأخيرة (ما لم يلزم الغير). الغير المتصرف اليه الذي نقلنا له الجائزة من غير انه ملزم اتجاهنا بشيء.

مثال 4 المادة 90 من القانون المدني الفرنسي

« **Chacun a droit au respect de sa vie privée** »

من الناحية اللغوية في هذا النص كم من كلمات مفتاحية موجودة فيه؟

ونبدأ نحلل في كل كلمة. نبدأ من Chacun الذي يمثل T2

النص القانوني له مكونان الفرض والحكم.

متى يطبق الحكم يتحول العام الى التزام محدد، الفرض يكون عام يتحول الى التزام محدد فيحصل التعدي والاختراق.

اذن chacunفي النص لا يقصد لا من حيث الفرض، فالمشرع لا يقصد كل الاشخاص الا من حيث الفرض ولما يقع التعدي وبالتالي يصبح الشخص المعتدى عليه له حق في التعويض اما المدين المتعدي فيلزم بالتعويض للمعتدى عليه

– Chacunتحيلنا الى فكرة الشخصية القانونية. هل المقصود اشخاص القانون العام او الخاص؟ هل المقصود الاشخاص الطبيعيين او المعنويين؟

–:droit a الفرق ما بين الحق الشخصي والحق العيني. الحق العيني حق مباشر في التملك لا يحتاج تدخل شخص آخر. بينما الحق الشخصي يجب تدخل المدين لكي تتمتع بذاك الشيئي.

هناك التنفيذ الطوعي يقال له المديونية والتنفيذ الجبري بتواجد عنصر المسؤولية.

–عندما يتكلم النص droit le a هل الحق شخصي وبالتالي علاقة مديونية او حق عيني فهي علاقة مسؤولية؟

اذن T2هي هيكل المؤسسات الفقهية والقانونية هي الاساس بان المقصود حق مالي او حق قيمي.

–الحقوق المالية يجوز فيها التصرف والانتقال Latransactionاما الحقوق غير المالية لا يجوز التصرف ماليا لا بموافقة اصحابها مثل حقوق الملكية الفكرية.

هناك سؤال آخر هل الحياة الخاصة التي يتكلم عليها النص تنطبق على الاحياء دون الاموات ام تتعدى من الاحياء الى الاموات؟

– اياك ان تبقى حبيس T2ولا تتحركخاصة بالاجتهاد القضائي. اذن استلهم بعض الاجتهادات القضائية التي تنطق النصوص

– في البنية اللغوية يتكلمون عن البنية المنطقية المرافقة للبنية اللغوية والطبوغرافية.

انتهى بعون الله وحمده