جـامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

جامعة الجيلالي بونعامة

كلية الحقوق

قسم: الحقوق

دروس في منهجية البحث العلمي

المحور الأول: التعليق على النصوص القانونية

الدكتور نوي عبد النور

السنة الجامعية 2023/2022

التعليق على النصوص القانونية

قبل الحديث عن منهجية التعليق على نص قانوني لابدمن تسليط الضوء على صياغة النصوص القانوني و الشروط الواجب توافرها أثناء صياغة نص قانوني ، لما في ذلك من أهمية تسمح بالتعرف على الكيفية التي يتم من خلالها صياغة نص قانوني .

أولا : **نظرة عامة حول صياغة التشريعات .**

إن الصياغة اللغوية للقواعد القانونية على درجة كبيرة من الأهمية ، لذا لابد من صياغتها بشكل جيد ودقيق وواضح ، ومفهوم ، و أن تكون قابلة للتطبيق بعيدة عن التأويل التي قد تبتعد بها عن الغاية التي يهدف إليها المشرع من وراء وضعه للنص .

أ.تعريف الصياغة القانونية :

تعرف الصياغة القانونية بأنها تلك الطريقة التي يتم من خلالها تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عمليه سهلة الفهم ، صالحه للتطبيق الفعلي ، تتوافق و المتطلبات الاجتماعية ، وفق شكلية محددة على نحو يحقق الغايه التي يفصح عنها جوهرها .

ب : الشروط العامة لصياغة النصوص القانونية :

تتطلب الصياغة الجيدة للنصوص التشريعية إتباع جملة من الآليات اللازمة منها :

- الدقة و الوضوح في صياغة النص التشريعي ، إذ يجب أن يتسم النص بالوضوح والقابلية للفهم من المخاطبين بأحكامه ولا يثير المشاكل عند التطبيق ، و عليه لا بد على الصائغ أن يتجنب استخدام الكلمات الغامضة أو المثيرة للالتباس ، و أن يكتب القواعد التي يصيغها في شكل واضح ودقيق . من دون أن يؤدي النص إلى التأويل أو اختلاف التفسير والاجتهاد.

- الإحاطة الكاملة بالمعلومات المتعلقة بالموضوع المطلوب تنظيمه : إذ من المعلوم أن أي قانون لا يصدر إلا لتنظيم موضوع أو مواضيع محددة ، وتتنوع هذه الموضوعات التي تحتاج إلى تنظيم وفقا لحاجة كل مجتمع فهي تأتي تلبية لحاجة يتطلبها المجتمع لتنظيم مساره ولضبط حركته في كافة مناحي الحياة . ولإعداد الصياغة الجيدة لتشريع جيد يجب أن يكون الصائغ ملما بكافة أبعاد هذا الموضوع ، وأن يستعين بالخبراء والمتخصصين ، إضافة للمخاطبين بأحكامه وبكل أصحاب العلاقة للإحاطة بكافة جوانبه تجنبا لإصدار قانون ناقص غير متكامل مما يضطر المشرع إلى تعديله بالإضافة أو بالحذف أو بالتغيير كلما ظهر له جانب من الجوانب التي لم يشملها التشريع أو بدى له أن النص يخالف الواقع .

- النظر إلى دستورية المشروع : يعتبر الدستور هو الوثيقة الأساسية للمجتمع وهو يسمو ويعلو كل التشريعات ومن ثم لا ينبغى أن يوضع نص تشريعى يخالف الدستور ، فعلى المشرع أو الموكل إليه صياغة النص التشريعي أن يتوخى الحذر عند صياغته للنصوص التشريعية .

- النظر إلى التشريع بالمقارنة بالاتفاقيات الدولية المتعلقة به وتكون الدولة طرفا فيها حيث ينبغي أن يكون التشريع متوافقا مع الاتفاقيات الدولية التي صدقت عليها الدولة حتى يكون هناك انسجام تشريعى والتزام من قبل الدولة نحو هذه الاتفاقيات.

- النظر إلى تشابه مشروع القانون مع القوانين الأخرى السارية: إذ يجب على من يعهد إليه عملية إعداد التشريع النظر في مجمل القواعد القانونية السارية بالدولة و دراسة التعارض الذي يمكن أن يحدث بين التشريع الذي هو بصدد إعداده وبين التشريع السارى لإزالة هذا التناقض ولتفادي الازدواجية والتكرار إذا ما كان هناك تشريع ساري يعالج المسألة المطلوب صياغة القاعدة القانونية لها.

- مواكبة التشريع للتطورات : يجب أن يسبق إعداد التشريع إجراء دراسات مقارنة مع قوانين دول أخرى للتعرف على التطور التشريعى الحادث في العالم والتي لها تأثيراتها على الدول المحيطة بها مواكبة للتغيرات والتطورات التي يعرفها العالم على الصعيدين التقنى والاجتماعي أو الإنساني .

ثانيا :منهجية التعليق على نص قانوني :

يعتبر التعليق على نص قانوني من بين أهم الطرق و الدراسات التطبيقية التي يعتمد عليها الطالب أو الباحث في المجال و الدراسات القانونية ، و تكمن أهمية التعليق على نص قانوني في أنه يساعد على تحليل هذا النص و فهمه الفهم الصحيح و السليم ، كما أنه يساعد طالب القانون أثناء دراسته للنصوص القانونية على تبيان معناها ، و استنباط أحكامها ، وهو يتيح له كذلك إبداء رأيه اتجاه أفكار النص بالتأييد أو المخالفة مع تبرير موقفه الشخصي ، مما يسمح له بإظهار استيعابه الجيد للمعلومات و قدرته على توظيفها .

*ملاحظة :

- لابد من اقتباس النص من مصدره الأصلي ، دون إدخال أي تعديل عليه ، أي بالشكل الذي جاء به في المصدر ، (علامات الوقف ،عدد الفقرات .....) .

- التعليق على النص القانوني عبارة عن محاولة لتفسير و توضيح النص بقدر من الحرية و بأسلوب شخصي إلى حد معين ، عن طريق البحث في مكوناته و عناصره، وصولا إلى إعطاء فكرة تركيبية عن الموضوع.

للتعليق عل النصوص القانونية لا بد من إتباع منهجية معينة ، كما يتطلب الإلمام الجيد بالمعارف النظرية و المتعلقة بموضوع التعليق التي تسمح بتقييم النص، و هو يمر بمرحلتين أساسيتين ، الأولى تتمثل في مرحلة التحليل الشكلي للنص القانوني **التحليل الموضوعي للنص وقواعده**.

المرحلة الأولى : التحليل الشكلي للنص القانوني

يقصد بالتحليل الشكلي للنص القانوني قراءته من الخارج ، وجمع المعلومات التي تعد أساسية ، وذلك لمعرفة هوية النص ومرجعيته ، وكذا طبيعته ، حتى يسهل على المعلق فهم النص الذي هو بصدد تحليله .

أ: تحديد موقع النص من التشريع :

يعتبر تبيان موقع النص بشكل محدد أول ما يبدأ به المعلق و هو بصدد تحليل نص قانوني ، فمن خلاله يستطيع التعرف على أي قانون ينتمي إليه ذلك النص ، مثلا هل هو نص دستوري أو نص قانوني في إطار التشريع العادي أو التشريع الفرعي ، أو إن كان نصا في اتفاقية دولية ...

و يسمح تحديد موقع النص بوضعه في إطاره الزماني و المكاني بتحديد تاريخه أو تاريخ المصدر الذي أخذ منه رقم القانون أو المرسوم ، رقم الجريدة الرسمية ، الباب ، الفصل . مثلا المادة 01 من القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري ، وتقع ضمن الباب الأول وعنوانه آثار القوانين وتطبيقها من الكتاب الأول بعنوان أحكام عامة ....و يتم تحديد ذلك بالرجوع معلق إلى المصدر الذي اقتبس منه النص كالجرائد الرسمية التي يتم نشرها .

كما يمكن الإشارة كذلك إلى ظروف صدور النص و غايته ، لأن المشرع عادة ما يسعى إلى تحقيقه غاية من وراء النص ، لذلك عندما يسن المشرع قانونا معينا ، فإن الأحكام التي يتضمنها هي حلول لمسائل معينة (نص جديد، تعديل لنص قديم ..)، كما يمكن الإشارة إلى المبادئ و المصادر المادية التي تأثر بها المشرع مثل الشريعة الإسلامية أو التشريع الفرنسي ...

ب : طبيعة النص

أثناء تحليل النص القانوني يجب الإشارة إلى طبيعته ، فنحدد القانون الذي ينتمي إليه إن كان قانونا عاما يتعلق بالقواعد التي تنظم العلاقة بين الأفراد والدولة باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة (القانون العام الداخلي) ، أو ينظم العلاقة بين هذه الدولة وباقي الدول الأخرى (القانون العام الخارجي) ، أو قانون خاص ينضم العلاقة بين الأفراد كالقانون المدني .

وتتحدد طبيعة النص أيضا فيما لو كان نصا آمرا أو مكملا ، كما نقوم بتحديد القضايا التي ينظمها النص القانوني و التي جاء بها النص سواء كانت متعلقة بقضايا الأسرة أو القضايا التجارية .

ج : بنية النص و أسلوبه

يتضمن التحليل الشكلي لنص قانوني وصف المظاهر الخارجية للنص من حيث تقسيمه ، بنيته اللغوية، الأسلوب و المصطلحات المستخدمة .

1: البناء المطبعي للنص

يسمح البناء المطبعي للنص بتحديد الفقرات التي يتكون منها النص القانوني ، وهنا لا بد من المعلق الإشارة إلى عدد الفقرات التي يتكون منها النص ، مع الإشارة إلى المصطلح الذي تبتدئ وتنتهي به الفقرة ، مثلا الفقرة الأولى تبدأ من ... و ينتهي عند ... ، و هكذا إلى أن يتم تحديد جميع فقرات النص .

*ملاحظة :

هناك غاية من وراء صياغة المشرع للنص لفقرات بترتيب معين ، وما على المعلق إلى البحث عن غاية المشرع من وراء صياغته لفقرات هذا النص بذلك الترتيب ، وهنا يمكن الرجوع إلى تفسيرات مختلف فقهاء القانون للوقوف على ذلك .

2 : البنية اللغوية

يتعين في هذا الصدد الوقوف عند المصطلحات التي استعملها المشرع و كيفية صياغة المادة ، و الكلمة التي بدأ بها المشرع و تلك التي انتهى بها في النص ، و هنا لا بد من التمييز بين أنماط من المصطلحات داخل النص القانوني، فهناك المصطلحات القانونية كالغبن و المسؤولية التقصيرية ...ثم المصطلحات العادية و المتداولة ، مثل الكتابة و السن... ، فهذه المصطلحات رغم أنها توظف في الحقل القانوني إلا أنها ليست مصطلحات قانونية خاصة .

3- البناء المنطقي :

يجب على المعلق الوقف على الأسلوب المستخدم لما له من دلالة ، بحيث يتم أثناء صياغة النص استخدام أسلوب معين ، كأسلوب الاستقراء ، التعريف ، التأكيد ، الاستثناء ، ....

المرحلة الثانية : التحليل الموضوعي للنص

يقتضي التحليل الموضوعي دراسة النص من حيث المضمون ، أي أنه ينصب على المسألة القانونية أو القاعدة القانونية التي يبنى عليها النص ، و لا يمكن ذلك إلا بقراءة النص عدة مرات ، مع دراسة كل كلمة وردة فيه، وتحليل كل فكرة على حدى . كما أن تحليل أي نص قانوني يتم عن طريق استخراج المسائل التي يتضمنها ، فإذا كان النص يتضمن قاعدة قانونية واحدة، فإن التحليل ينصب على هذه القاعدة ، وذلك بتبيان أحكام هذه القاعدة القانونية .

أ: فهم وتحديد القاعدة القانونية

يتطلب الفهم الجيد للنص القانوني تعدد القراءة للنص ، مع دراسة أغلب الكلمات الواردة فيه، ففي القراءة الأولى يتم التعرف على نص القاعدة القانونية، وتكوين فكرة أولية أو رؤية شاملة عنها . ومع تعدد القراءات يمكن استخراج الفكرة العامة و المعنى الإجمالي للنص ، ومن ثم استخراج الأفكار الرئيسة و تقسيمها ، وذلك للبدء بتحديد المكونات الأساسية للنص بما يسمح بإعداد خطة البحث فيما بعد

ب : تحديد الإشكالية

إن تحليل أي نص قانوني ينتهي بإثارة العديد من التساؤلات ، إذ يتعين على قارئ النص القانوني استخراج الإشكالية أو المسألة القانونية التي تحكمها و تثيرها القاعدة أو النص .

ج : الخطة :

بعد الفهم الكامل للنص و تحديد القاعدة القانونية أو القواعد التي يتضمنها النص ، و بعد تحديد الإشكالية يقوم المعلق بوضع خطة للمناقشة تسمح له بالإجابة عن الإشكالية ، وهي تتألف من مقدمة ، صلب موضوع ، خاتمة ، مع ضرورة احترام شروط خطة البحث .

وهنا لابد من الإشارة إلى أن إطار المناقشة ، يكون في حدود الأفكار التي جاءت في النص ، وهذا لتفادي الخروج على موضوع النص .

***ملاحظة :**

إن الهدف من وضع الخطة هو محاولة مناقشة الفص بطريقة تحليليه نقدية ، فلا يكتفي الطالب بشرح النص ، بل يجب عليه مناقشة الأفكار التي تضمنها النص و إبداء راية فيها مع التبرير و الإضافة إن لزم الأمر.

د. **المناقشة :**

يتم من خلال المناقشة تحر ما جاء من عناوين الخطة بدءا بالمقدمة ، ومرور بصلب الموضوع و انتهاء بالخاتمة

1.مقدمة :

يقوم المعلق من خلال المقدمة بذكر الفكرة الأساسية أو المسالة القانونية التي يتضمنها النص المراد مناقشتها بصورة وجيزة ، و العوامل التي أدت إلى إصداره تكون تمهيدا لما سيتم معالجته.، مع طرح الإشكالية و التقسيم المعتمد .

2.دراسة صلب الموضوع

يتم التعليق على النص القانوني وفقا للخطة المعتمدة ، بحيث يتم شرح و تفسير كل عنصر من هذه العناصر ، مع نقدها بالاعتماد على الأسس القانونية التي تخدم الموضوعلا. مع الإشارة إلى المدى الذي يتلاءم فيه النص مع الظروف الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية أثناء و بعد صدور النص

3. الخاتمة

يتم في الخاتمة الإشارة إلى الاستنتاجات و النتائج المتوصل إليها خاصة تلك التي على صلة مباشرة بالإشكالية المطروحة.

ثالثا : تفسير النص القانوني:

إذا كنت القاعدة القانونية ثابتة، فإن الواقع متغير بجزئياته وتفاصيله،كما أن القواعد القانونية قد تتميز بالاقتضاب والإيجاز، كما قد يشوبها الغموض أو ترد عليها بعض الألفاظ التي تحتاج إلى بيان أو إلى ضبط المراد منها ، لهذا أثناء التعليق على النصوص القانونية المختلفة ، قد يقف المعلق أمام غموض بعض النصوص التي تحتاج إلى تفسير ، وهو ما يدفعنا إلى التساؤل عن الكيفية التي يتم من خلالها التعامل مع هدا الوضع ؟

من أجل التعامل مع مثل هذا الموقف ظهرت ثلاثة مدارس فقهية ، وهي مدرسة **الشرح على المتن** التي تلتزم بالنصوص القانونية وتفسرها بالوقوف عند نية المشرع وعدم الخروج عنها وعدم الاعتداد بالظروف الاجتماعية فالتفسير يكون وقت وضع النص لا وقت تطبيقه. **المدرسة التاريخية** والتي تفسر النص وقت تطبيقه لا وقت تطبيقه عكس سابقتها فهي ترى أن القاعدة القانونية وليدة البيئة الاجتماعية تتطور بتطورها حتى تواكبها. **مدرسة البحث العلمي الحر التي** جمعت بين مبادئ المدرستين السابقتين وهي تعتد بنية المشرع الحقيقية والمفترضة والاحتمالية أي بمعنى وفحوى النص وبالظروف الاجتماعية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

أ.حالات التفسير:

هناك أربع حالات تتطلب التفسير وهي:

1- حالة الخطأ المادي : كإحلال لفظ محل آخر ليس في مكانه أو استخدام مصطلح لا يستقيم معه النص.
2- حالة النقص أو السكوت : ومعناها أن يغفل المشرع ذكر لفظ لا يستقيم النص بدونه، أو يغفل معالجة حالات معينة وهو ما يعبر عنه بالفراغ التشريعي وجب سده.

3- حالة التعارض : وتعني وجود تناقض بين نصين تشريعيين يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما.

4- حالة النص المبهم أو الغامض : وذلك إذا كانت عباراته تحتمل التأويل فتؤدي إلى أكثر من معنى وجب اختيار أنسبها والأقرب إلى الصواب فهو نص غير واضح الدلالة.

ب -أنواع التفسير:

إذا كان النص يحتاج إلى تفسير فيجب على الباحث اللجوء إلى التفسير التشريعي إن كان موجودا وهو تفسير يضعه المشرع ويعتبر ملزما حتى للقضاة ، وفي حالة عدم وجوده يمكن اللجوء إلى التفسير الفقهي الصادر عن رجال القانون والمعبر عن آرائهم المدعمة بالحجج والأدلة وحتى وإن كان غير ملزم فإنه لعب دورا هاما على الصعيد القضائي حيث يمكن للقضاة الأخذ به، وعلى الصعيد التشريعي من شأنه أن يحث المشرع على تعديل النصوص القانونية من خلال إبراز سلبيات ونقائص النص السابق، كما له الرجوع إلى التفسير القضائي نظرا لما لعبته الاجتهادات القضائية من دور في حل النزاع وفي تفسير النصوص وسد ثغراتها.

ج-طرق التفسير:

يقصد بطرق التفسير تلك الوسائل التي يهتدي بها المفسر في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص القانوني بما يطابق قصد المشرع ، ويتم التفسير بطريقتين:

1.طرق التفسير الداخلية:

وهي التي تعتمد على المعاني التي ينطوي عليها النص نفسه ، فيستنتج التفسير من عباراته وألفاظه، فقد يتم اللجوء إلى الاستنتاج عن طريق القياس بحيث يتم إلحاق حكم مسألة معلومة إلى مسألة مجهولة متى اتحدتا في العلة . أو الاستنتاج بمفهوم المخالفة وذلك بإعطاء حالة غير منصوص على حكمها حكما مخالفا لحالة أخرى منصوص عليها في القانون لاختلافهما في العلة أو هو القراءة العكسية للنص. كما تسمح طريقة تقريب النصوص بعضها من بعض وإجراء مقارنة بينها لتدارك ما بها من نقص بحيث يكمل بعضها البعض الآخر.

2طرق التفسير الخارجية:

تساعد على استخلاص المقصود بالنص استنادا إلى عناصر خارجة عن نطاقه وذلك باللجوء إلى حكمة التشريع أي الفكرة الأساسية والغرض الذي دفع المشرع إلى سن النص، كما يمكن الوقوف عند نيته الحقيقية أو المفترضة أو الاحتمالية. هذا وتعتبر الأعمال التحضيرية طريقا مساعدا على التفسير إلى جانب المصادر التاريخية حيث يمكن إزالة إبهام النص من خلال الرجوع إلى أصله أو مصدره.