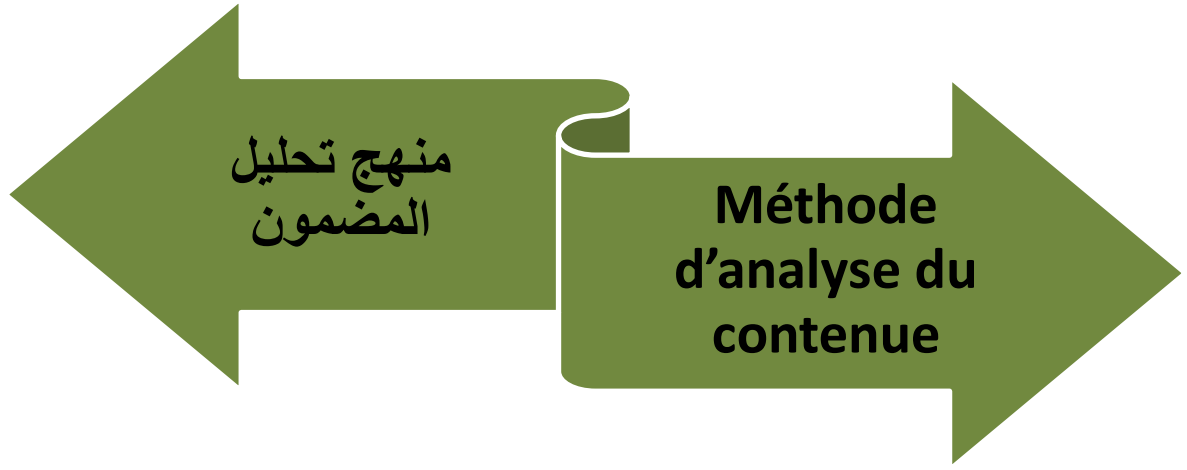




الباحث أو القانوني عند دراسته لسلوك الإنسان والعلاقات الاجتماعية

قد يستطيع دراستها بطريقة مباشرة من خلال مناهج وأدوات منهجية ملائمة - المنهج المقارن - المنهج التاريخي - المنهج الوصفي *منهج الدراسات المسحية للرأي العام أو الاجتماعي * منهج دراسة العلاقات المتبادلة في إطار دراسة حالة أو وحدة اجتماعية أو دراسة للعلاقات السببية المقارنة * منهج دراسة النمو والتطور الطويلة أو المستعرضة	بالمقابل هناك جوانب أخرى من العلاقات الاجتماعية لا يمكن ملاحظتها بطريقة مباشرة حيث لا يمكن الحصول على بيانات بشأنها من الأفراد و لهذه الأسباب ظهر منهج تحليل المضمون من أجل دراسة سلوك الأفراد بطريقة غير مباشرة وذلك من خلال تحليل الأشياء المكتوبة أو الرموز اللفظية.
--	--

منهج تحليل المضمون يعتني بالمضمون المكتوب للوثيقة و يهتم فقط بالألفاظ الصريحة ولا يهتم بتلك الغامضة أو بما هو بين السطور وغير مكتوب بصريح العبارات أو غير واضح للعيان.

مثال ذلك:

يمكن الكشف عن أنماط السلوك السائدة في المجتمع
و الاتجاهات والقيم بطريقة مباشرة عن طريق
المنهج الوصفي والتاريخي كما يمكن الكشف عنها
بطريقة غير مباشرة من خلال النصوص القانونية
المكتوبة والأحكام القضائية والآراء الفقهية
باعتبارها كلها معبر عنها باستعمال ألفاظ وعبارات
واضحة تدل دلالة قاطعة علي مقصود صاحبها منها

تختلف عملية تحليل المضمون بحسب الأحوال باختلاف طبيعة المضمون ما إذا كان

اتجاه فقهي
أو رأي
فقهي

حكما قضائيا
صادرا عن
جهة قضائية
إدارية أو
عادية ابتدائية
أم جهة
استئناف أو
نقض

قاعدة قانونية
تشريعية
كانت أم
عرفية أو
دينية أو
قضائية

يرمي تحليل مضمون القواعد القانونية إلى التعرف علي
معني الحكم الذي تتضمنه هذه القاعدة بحيث يتضح من
ألفاظها أو فحواها طبيعة الحالة الواقعية التي وضعت
القاعدة من أجل تنظيمها

إن منهج تحليل مضمون القواعد القانونية منهج ينصرف كأصل عام لتحليل
مضمون القواعد التشريعية ولأحكام القضائية و الآراء الفقهية وكذلك يعني بكل
من القواعد القانونية العرفية والدينية لكن سوف نستبعد من نطاق دراستنا كلا من
القواعد العرفية والقواعد الدينية وذلك للاعتبارات الآتية:

بالنسبة للقواعد الدينية:

فهي مستبعدة لأن تفسيرها و تحليل مضمونها يخضع لأصول معينة تختص بها
المذاهب المتعلقة بالفقه لإسلامي وهي أصول تختلف لتلك المعتمدة في تحليل
مضمون القواعد التشريعية.

بالنسبة لقواعد العرف:

فهي كذلك مستبعدة من عملية تحليل المضمون كونها عادات تواضع الناس إتباعها
لمدة طويلة في تنظيمهم لبعض علاقاتهم(ركن مادي للعرف)

و يشعرون بالزاميتها كقاعدة قانونية(ركن معنوي للعرف)

هذه القواعد العرفية لا تحتاج لأي تحليل لمضمونها كل ما هنالك أنه إذا ثار خلاف
حول وجودها فوجب التحقق من مدي توافر الركنين المشكلين للعرف للحكم بعد
ذلك بوجوده أو بانهدام وجوده... فإذا ثبت وجوده فيمكن في الوقت نفسه التعرف
علي حقيقة الحكم الذي تضمنه فلا يبقى بعد ذلك أي مجال لتحليل مضمونه

أولاً: الأنواع المختلفة لتحليل مضمون القواعد القانونية التشريعية

ينقسم التحليل بحسب الجهة التي تقوم به لثلاثة أنواع هي :

- التحليل الفقهي لمضمون القواعد التشريعية والأحكام القضائية:
- هو التحليل الذي ينجم عن الجهد الذي يبذله شراح القانون والفقهاء في تفسير وشرح القواعد التشريعية وأحكام القضاء و التعليق عليها
- كان الفقه التقليدي يستعين في تحليله بقواعد المنطق السليم واعتماد ما يؤدي إليه دون العناية بالنتائج العملية الناجمة عن تطبيق التشريع علي حالات واقعية فالتحليل الفقهي يعتبر غاية في ذاته وليس وسيلة و لذلك يغلب عليه الطابع النظري
- الفقه الحديث يراعي تحليل القواعد القانونية بشكل لا يبتعد عن واقع الحياة الاجتماعية سواء كما يشهدها بنفسه أو كما يستخلصها من أحكام القضاء و ذلك بعد أن أدرك حقيقة ألا جدوى من صياغة أفكار لا تحتويها نصوص التشريع ولا يستجيب لها القضاء
- من حصيلة جهد الشراح تتكون مجموعة من الاتجاهات الفقهية التي تكون خير معين للقاضي في تكوين أرائه أو مراجعتها و خير معين للمشرع في تعديل القواعد التشريعية و تطويرها بشكل يتماشى مع الظروف المتجددة في المجتمع

التحليل القضائي: هو التحليل الذي يقوم به القاضي حين يطبق القواعد القانونية علي حالات واقعية معروضة عليه للفصل فيها بحكم وظيفته والتزامه بالحكم فيها ويمتاز التحليل القضائي عن الفقهي بما يلي:

• 1- القاضي ملزم قانونا بتحليل و تفسير القواعد التشريعية بمناسبة تطبيقها علي النزاعات المعروضة عليه للفصل فيها فهو لا يتطوع بالتحليل و التفسير من تلقاء نفسه بل وجب عليه القيام بذلك و لو لم يطلب منه الخصوم ذلك علي خلاف الفقيه الذي يفسر القواعد بشكل مجرد عن الواقع مما يجعل تفسيره وتحليله نسبي منفصل عن أية نتائج عملية لهذه الأسباب فالتفسير القضائي وسيلة للفصل في النزاع المعروض بينما التحليل الفقهي غاية في ذاته

• 2- يأتي التحليل القضائي متأثرا بالظروف و الملابسات المحيطة بالنزاع المراد حله والقاضي قد يحيد عن قواعد المنطق إذا وجد أن إتباعها قد يؤدي لنتائج لا تتفق مع العدالة ولا يستريح لها ضميره وذلك عكس التحليل الفقهي الذي يتخذ طابعا نظريا محضا منفصل عن الواقع

لا يعني ما قلناه أعلاه وجود تعارض بين التحليل الفقهي و القضائي بل أن هنالك صلة وثيقة تقوم بينهما في تفسير قواعد التشريع بما يتيح الجمع بين الفوائد النظرية التي يحققها التفسير الفقهي والفوائد العملية التي تتجم عن التحليل القضائي فالتحليل الفقهي ينير الطريق أمام القاضي إذ يجعله ينحاز إلي بعض التحليلات والتفسيرات الفقهية دون الأخرى كما يدعو الانتقاد الفقهي إلي العدول عما استقر عليه من قبل أما التحليل القضائي فهو يزود الفقيه بصور عملية قد تكون مفيدة من أجل إعادة النظر فيما سبق من تفسير أو لتضييق هوة الخلاف بين مختلف التحليلات والتفسيرات الفقهية وهو ما يكفل تطور

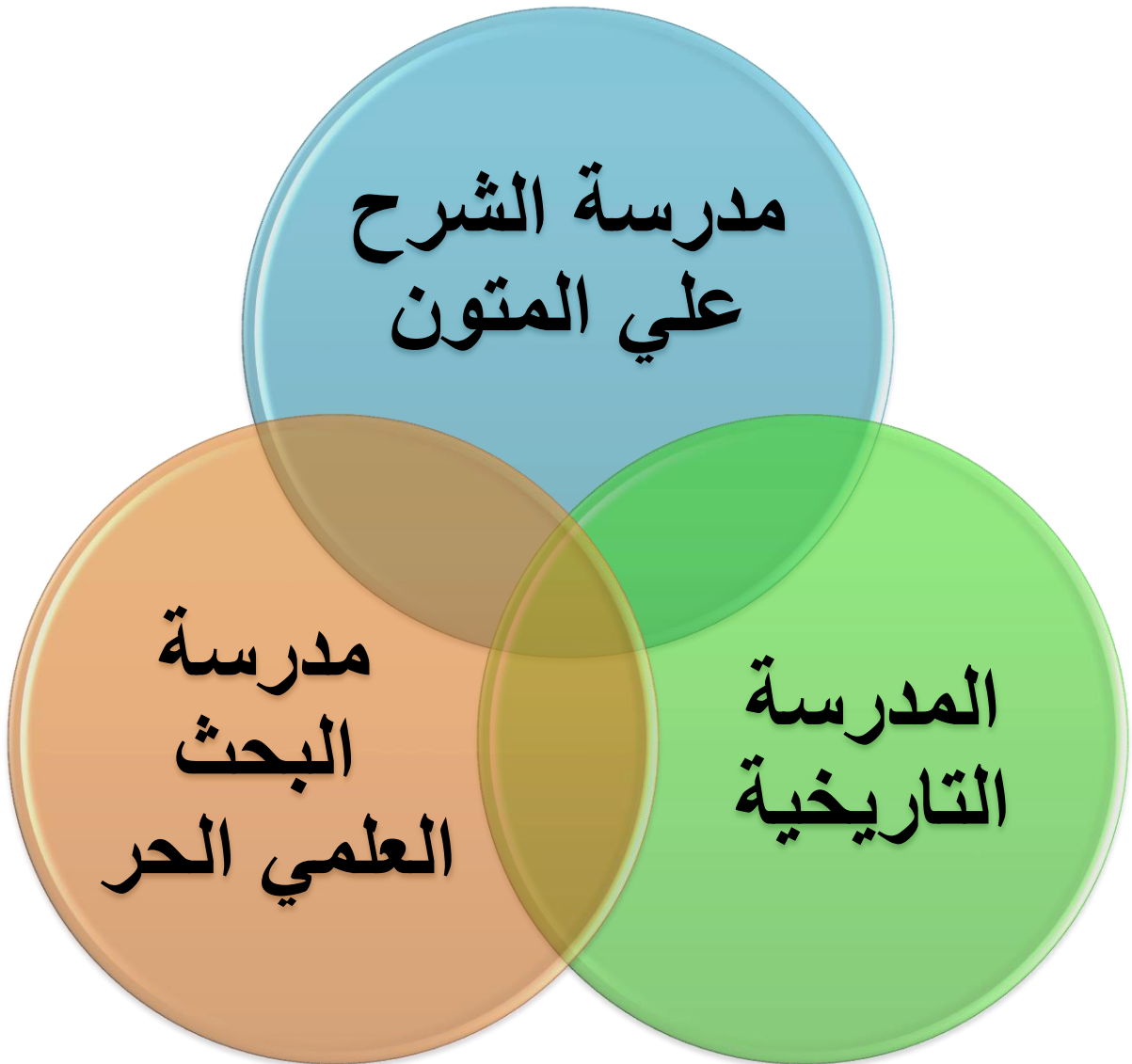
التحليل التشريعي:

هو الذي يصدر عن المشرع نفسه ليبين حقيقة ما قصده من التشريع السابق إذا قدر أن هذا التشريع يشوبه غموض معين أو أن المحاكم لم تهتد في تفسيره إلى قصده و يصدر التحليل و التفسير في صورة تشريع جديد يسمى التشريع التفسيري ويعتبر جزءا متما للتشريع السابق إذ لا يضيف إليه أي جديد و يسري منذ تاريخ سريان التشريع الذي صدر تفسيراً له علي كافة القضايا المطروحة أمام القضاء و التي لم يفصل فيها نهائيا .

يعد تدخل المشرع لإصدار تفسير تشريعي أمر نادر تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات و اقتصار المشرع علي سن التشريعات تاركاً إلي القضاء مهمة تفسير القواعد و تطبيقها علي فروض مختلفة و هو ما دفع بعض الفقه لإنكار صفة التشريع من الناحية الموضوعية علي التفسير الذي يتولاه المشرع ويرى أن هذا التفسير يدخل في نطاق القضاء .

مدارس التحليل

ظهرت مدارس ثلاثة في تفسير و تحليل النصوص القانونية التشريعية وهي:



مدرسة الشرح على المتون:

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا علي يد مجموعة من الفقهاء الذين تعاقبوا خلال القرن 19 علي اثر تجميع أحكام القانون المدني الفرنسي في مجموعة واحدة أطلق عليها تقنين نابليون code napoléon و ما صاحبها من انبهار أدي لاعتقادهم إنها جاءت شاملة لكل شيء وصالحة لكل زمان إذ جمعت كل كبيرة و صغيرة إلا أحصتها .

من أشهر فقهاء هذه المدرسة:

Aubry ,Rau, Demolombe en France et Laurent en Belgique.

وقد أطلق هذا الاسم على هذه المدرسة نظرا للطريقة التي جرى عليها فقهاؤها في شرح و تحليل تقنين نابليون متنا متنا،أي نص تلو الآخر بنفس الترتيب الذي وردت فيه نصوص هذا التقنين و لذلك عرفت هذه المدرسة أيضا باسم مدرسة التزام النص.

تقوم مدرسة الشرح على المتون في التفسير والتحليل على أسس ثلاثة هي:

➤ اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

➤ تقديس النصوص التشريعية.

➤ وجوب البحث عند التحليل عن إرادة المشرع في الحكم النزاع المطروح.

1- اعتبار التشريع هو المصدر الوحيد للقانون: بحسب هؤلاء فإن القانون ينص

فقط في النصوص المكتوبة التي يسنها المشرع كونها هي فقط المتضمنة للحلول اللازمة لفض كل القضايا المطروحة أو المستقبلية فالتشريع هو المصدر الوحيد للقانون.

2- تقديس النصوص التشريعية: اعتنق فقهاء هذه المدرسة أسلوبا خاصا في تحليل

النصوص التشريعية و شرحها يقوم على أساس فكرة تقديس نصوصه و

احترامها باعتبارها متضمنة حلول جميع القضايا التي يمكن أن تقع في الواقع

فاعتبروا التشريع كاملا كالكتاب المقدس قد أحاط بكل شيء علما و هو ما

دفعهم لشرح نصوصه مثل شرح النصوص المقدسة نصا تلو الآخر و بحسب

هؤلاء في حالة ما إذا بدا للقاضي أو الفقيه أن هناك واقعة ليس لها حكم في

التشريع فما سبب ذلك إلا عجز القاضي أو الفقيه على استنباط هذا الحكم من

التشريع فهو عيب ليس في التشريع بل لقصور الشارح أو المحلل أو...في استخلاص الأحكام من النصوص.

3- وجوب البحث عند التحليل عن إرادة المشرع في الحكم النزاع المطروح: بحسب أنصار هذه المدرسة يهدف التحليل و الشرح و التفسير لتحقيق وظيفة تنحصر في البحث عن إرادة المشرع وهذه الإدارة إما أن تكون:

مفترضة

une volonté présumée

إذا لم يكن النص واضحاً و كان استنباطها يستلزم استخدام وسائل إضافية للكشف عنها:

- كالمقارنة مع النصوص تحكم حالات مشابهة
 - البحث عن الحكمة من التشريع و المبادئ الأساسية للقانون.
 - اللجوء إلى المصادر التاريخية التي استمد منها النص
- (يقصد بالنية المفترضة النية التي يفترض أن المشرع يكون قد قصدها وقت وضع النص)

حقيقية

une volonté réelle

إذا كان النص واضحاً في عباراته و لا خفاء في معناه فيمكن معه الوقوف ببسر و بسهولة على نية المشرع بالاستعانة بالألفاظ و قواعد اللغة و المنطق

ما تجب ملاحظته أن العبرة في تحليل و شرح النصوص التشريعية عند هذه المدرسة هي في البحث عن نية المشرع و إرادته وقت وضع النصوص لا وقت تطبيقها و من تم فلا يجوز للشارح المحلل أو المفسر أن يحلل النصوص التشريعية

وفقا لما يراه ملائما للظروف الاجتماعية الجديدة التي توجد وقت تطبيق هذه النصوص، لأن ذلك معناه خروج الشارح عن نية ومقصد المشرع، فإذا ما أريد جعل التشريع يتماشى مع الظروف الاجتماعية الجديدة وجب تعديله و هذه عملية من اختصاص المشرع لا من اختصاص المحلل و الشارح.

تقييم مدرسة الشرح على المتون

العيوب

المزايا

ينجم من تقديس النصوص
التشريعية نتيجتان هما

وجهت لهذه المدرسة عديد من
الانتقادات أهمها:

* إنها تجعل من التشريع المصدر
الوحيد للقواعد القانونية مع ما في
ذلك من مخالفة للواقع الذي يشهد بأنه
و إن أصبح التشريع المصدر الأصلي
للقانون فإنه ليس المصدر الوحيد اذا
توجد بجانبه مصادر احتياطية أخرى
التي يتعين القاضي الرجوع لها اذا لم
يجد في التشريع حكما واجب التطبيق
على النزاع المطروح أمامه

* إن تقديس النصوص التشريعية
يؤدي للعبودية و الرضوخ التام
لارادة المشرع و ربط القانون بمحض
ارادته الامر الذي يؤدي لاهمال
الظروف الاجتماعية و عدم بارادة
الشعب و رغباته و حاجاته.

*إن اصرارها على عدم الاعتراف
بالمصادر الأخرى للقانون و إعتماها
في شرح القواعد على ارادة المشرع
وقت وضع التشريع اضطرها إلى
اصطناع ارادة المشرع غير ارادته
الحقيقية في كل الحالات التي يخلو
فيها التشريع من حكم النزاع
المعروض على القاضي من جعل
القاضي يحيد عن وظيفته لوظيفة
التشريع بتعميل المشرع لنوايا ربما لم
تخطر على باله

إن اقتصار دور
القاضي في
البحث عن ارادة
المشرع الحقيقية
أو المفترضة
يمنع تحكم
القاضي و
تعسفه

إن تقييد القاضي
بارادة المشرع
يؤدي إلى توحيد
الحلول القضائية
لل قضايا
المطروحة عليه و
ذلك بصرف
النظر عن
الظروف المحيطة
بكل قضية على
حدي

نجم من هذه الانتقادات هجر الفقه
لهذه المدرسة و خاصة بعد
ظهور الثورة الصناعية في أوروبا
التي أحدثت تغييرا جذريا في
المجالين الاجتماعي و
الاقتصادي في أوروبا أوجب جعل
النصوص التشريعية تتلاءم مع
مقتضيات الحياة القانونية الجديدة
و هو ما يتعارض مع فكرة
التشبث بحرفية النصوص و
قداستها .

المدرسة التاريخية



ظهرت في القرن 19 على يد الفقيه savigny كرد على مدرسة الالتزام بقدرسية النص و قد أيدھا قليل من الفقهاء الفرنسيين على رأسهم saleilles و قامت على أسس أهمھا:

الاعتداد عن تحليل وشرح
النصوص التشريعية بإرادة
المشرع الاحتمالية

تكون و تطور القانون بصورة
تلقائية

- 1- تكون و تطور القانون بصورة تلقائية: بحسب أنصار هذه المدرسة القانون ليس من خلق و إنشاء الإرادة الإنسانية بل هو وليد البيئة و الحاجة الاجتماعية فالقانون حدث اجتماعي ينشأ مع الجماعة و يتأثر بظروفها الاجتماعية، الاقتصادية و السياسية و الفكرية و غيرها . أما دور المشرع فيقتصر على مراقبة تطور القانون في الجماعة و لتسجيل هذا التطور في نصوص ينشرها على الناس و من ثم فإن وجود التشريع ليس من شأنه الحيلولة دون تطور القانون بتطور ظروف المجتمع إذا أن النصوص التشريعية بمجرد وضعها تنفصل عن إرادة المشرع حتى تتمكن من التكيف مع التطورات في المجتمع و هذا معناه أن القانون وليد بيئته الاجتماعية يتطور بتطورها.

• 2 - الاعتداد عن تحليل وشرح النصوص التشريعية بإرادة المشرع الاحتمالية

إن العبرة في شرح و تحليل و تفسير القواعد لا تكمن في البحث عن إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص و إنما العبرة بالإرادة المحتملة بمعنى ما كان يريد المشرع لو أنه وجب في الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية المحيطة بالفقيه أو القاضي وقت الحاجة للشرح أو التفسير، فالإرادة المحتملة هي تلك الإرادة التي تتماشى مع الظروف التي تحيط بالشارح أما الإرادة الحقيقية أو المفترضة وإن كانت تعبر عن رغبات المجتمع وقت صدور

النص فقد لا تعبر عن ذلك وقت تفسير وشرح النصوص التشريعية نظرا لمرور وقت يكون طويلا بين وضع التشريع و تحليله وشرحه.

هذا الاخذ بالإرادة المحتملة من شأنه جعل النص المراد شرحه وتحليله مرنا بحيث يأخذ تفسيرات متباينة تبعا لتطور المجتمع و هو ما يحقق للقانون طابعه الاجتماعي.

نقد المدرسة التاريخية

العيوب

*إنها تنكر أن يكون القانون تعبيراً عن إرادة الإنسان مع أن القانون ما هو إلا نتيجة للصراعات الدائمة بين الإرادات الإنسانية النشطة.

*أن منطقها في المطابقة بين مضمون القانون و ظروف المجتمع المحيطة بالشارح قد يؤدي للخروج بالتحليل على وظيفية و يجعله وسيلة لتعديل النصوص التشريعية و احلال قواعد أخرى محلها و هو ما قد يهدم ثبات و استقرار التشريع.

*إن الاعتداد في تحليل التشريع بالإرادة المحتملة للمشرع قد يؤدي لفتح الباب أمام القاضي للتحكم في التشريع باستلزام معتقداته الشخصية و نسبها للمشرع

المزايا

*انكار وجود فكرة القانون الطبيعي الصالح للتطبيق في كل مكان و زمان و اعتبار القانون و ليد بيئته الاجتماعية.

* تحرير النصوص التشريعية من سيطرة المشرع حتى تتمكن من التكيف مع التطورات المتعاقبة في المجتمع.

*تأكيد المفهوم الاجتماعي للقانون و ارتباطه بحاجات أفراد المجتمع و مشاكلهم .



ظهرت على يد الفقيه gini بهدف تجنب التطرف الذي عرفته كل من مدرسة شرح المتن و المدرسة التاريخية، فهذه النظرية تحارب:

*من جهة أولى ماذهب له مدرسة الالتزام بالنص و تقديسه وحصر مصادر القانون في التشريع.

*من جهة ثانية لا توافق المدرسة التاريخية في ربط تفسير التشريع بتطور المجتمع. هذه النظرية قامت على أساسين :

أولاً: التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون لكنه ليس المصدر الوحيد له

*فالتشريع حتى ولو كان المصدر الأصلي الرسمي للقانون فهو ليس وحده مصدر لكل القواعد القانونية فالى جانبه هناك مصادر أخرى يلجأ إليها على سبيل الاحتياط كالعرف و مبادئ التشريع الإسلامي في البلدان الإسلامية.

*ووجب عند تحليل النصوص القانونية البحث عن إرادة المشرع الحقيقية وقصده وقت وضعه للنصوص باعتبار أن التشريع عمل إرادي صاغته إرادة بصيرة وواعية لتحقيق غاية معينة.

*وفي ذلك تتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع مدرسة الشرح على المتن و لكنها تختلف معها فيما يخص البحث عن النية المفترضة للمشرع ففي الحالات التي يتعذر الوقوف فيها على الإرادة الحقيقية للمشرع تذهب مدرسة البحث العلمي الحر إلى عدم جواز اصطناع نية مفترضة للمشرع و عدم جواز البحث عن النية المحتملة كما في المدرسة التاريخية بل وجب التسليم بنقص التشريع وخلوه منحكم ينظم المسألة المطروحة و اللجوء الى مصادر الرسمية الاحتياطية للبحث فيها على الحل المنشود.

ثانياً: المصادر الرسمية

للقانون وسائل للتعبير عن الحقائق المختلفة التي تكون المصادر المادية له.

*و ينجم من ذلك أنه اذ لم توجب قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في أي مصدر من المصادر الرسمية للقانون وجب الاعتراف بالنقص في هذه المصادر ويتعين البحث عن الحل المنشود عن طريق القيام بالبحث العلمي الحر الذي يتحقق بالرجوع إلى جوهر القانون عن طريق الحقائق المختلفة المكونة لهذا الجوهر سواء كانت طبيعية أم تاريخية عقلية أو مثالية بحيث يكون هذا الحل عادلا بالنسبة للأفراد و ملائماً للمجتمع .

تقييم مدرسة البحث العلمى الحر

إن الأساس الذي تنهض عليه المدرسة يتسم بالسلامة و الصحة و المنطقية فهو يتميز بما يلي:

احتفاظ هذه المدرسة بالاحترام لإرادة المشرع الحقيقية فحيث توجد نصوص تشريعية وجب احترامها و لكن دون تقديسها و لا عبودية لها فلا ينبغي تحميل هذه النصوص أكثر مما تحتمل عن طريق البحث عن الإرادة المفترضة أو المحتملة و دون إخضاعها لأية ظروف اجتماعية أو أفكار مسبقة .

أنه يترك باب الاجتهاد مفتوحا على مصراعيه لمواجهة ما قد يحدث من تطور في المجتمع و ذلك باللجوء للمصادر الاحتياطية فإذا لم يوجد وجب اللجوء لجوهر القانون لسد ما قد يعتري المصادر الرسمية من نقص فلا يعقل أن يكون المشرع قادرا على التنبؤ وقت وضعه للتشريع لكل الحلول لما قد يقع في المستقبل .

تأثير المدارس على القانون الوضعي الجزائري

بحسب المادة الأولى من التقنين الجزائري ((يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة)) يتضح من خلال هذا النص أن أثر المدارس الثلاثة لا يزال ظاهرا ليومنا هذا .

❖ التأثير بمدرسة الشرح على المتون

يتجلى من الفقرة الأولى تأثير المشرع الجزائري بفقهاء مدرسة الشرح على المتون و يتضح ذلك من خلال :

1. أنه و إن لم يعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون إلا أنه المصدر الأصلي له أما المصادر الأخرى فليست إلا مصادر للاحتياط لا يلجأ إليها إلا إذا انعدم نص في التشريع.

2. أنه يأمر القاضي بتفسير النصوص التشريعية تفسير لفظيا فإذا لم يسعفه اللفظ بالوصول للمعنى النص فعليه أن يستخلص هذا المعنى من فحوى النص أو من المعنى الذي يفترض بان المشرع استهدفه (نية مفترضة).

❖ التأثير بمدرسة البحث العلمي الحر و بالمدرسة التاريخية

من خلال الفقرة الثانية من المادة يتضح تأثير المشرع الجزائري بفقهاء المدرسة العلمية و بفقهاء المدرسة التاريخية من جهة أخرى.

أ. التأثير بالمدرسة البحث العلمي الحر:

يظهر ذلك في:

1. إقرار المشرع بتعدد مصادر القانون، بحيث لم يجد القاضي نصا في التشريع أو معنى النص التشريعي من لفظه أو فحواه عليه البحث عن قاعدة قانونية واجبة التطبيق في المصادر الاحتياطية.

2. إذا لم يجد القاضي في المصادر الرسمية الأصلية و الاحتياطية وجب عليه البحث في مبادئ القانون الطبيعي و مبادئ العدالة و نظرا لعدم تحديد هذه المبادئ و القواعد فان أمر المشرع للقاضي يتضمن دعوته للاجتهاد برأيه ليستنبط حلا للنزاع يراعي فيه تحقيق للعدالة.

ب . التأثير بالمدرسة التاريخية :

من خلال الفقرة الثانية يتضح أثر المدرسة التاريخية المتمثلة في بلادنا بمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف .

CNC—أخذ المشرع بمدرسة البحث العلمي الحر و لكنه أخذ من فقه كل من مدرسة الالتزام بالنص والمدرسة التاريخية ما رآه صحيحا فيها .

التعليق على الأحكام القضائية أو القرارات القضائية

إن عملية التعليق على الأحكام القضائية عملية تستدعي منهجية معينة وهي ذاتها التي تستعمل لتحليل مضمون النصوص القانونية

و لعل اتقان عملية التعليق على الأحكام القضائية أمر مرهون بمدى إلمام الباحث أو الطالب بالمعارف النظرية المتعلقة بموضوع التعليق وبأن يكون على معرفة واسعة بالمجال القانوني المعني

لا يخفى أن التعليق على الأحكام و القرارات القضائية يعتبر عملا فقهيا في المقام الأول و يأتي التدريب عليها تطبيقيا بالنسبة للطالب

2 - مراحل التعليق على الحكم

وجب على المعلق على الحكم أو القرار قضائي أن يراعي ضرورة

شرح مجهود القاضي

وقائع النزاع

المراحل الاجرائية للدعوى قبل الانتقال إلى مرحلة التقييم على النحو الآتي

1. مرحلة الإحاطة بالحكم

خلال هذه المرحلة وجب على المعلق إبراز مجهود القاضي أثناء سير الدعوى و حتى صدور الحكم أو القرار محل التعليق:

- ✓ يقوم المعلق بعرض موجز للوقائع التي تمثل صلب النزاع.
- ✓ استنباط مجموعة المبادئ القانونية التي تم تطبيقها على تلك الوقائع.
- ✓ إبراز أوجه القياس المنطقي الذي أفضى بالقاضي لإصدار الحكم أو القرار.
- ✓ يذكر المعلق بإيجاز المراحل الإجرائية للدعوى التي صدر في شأنها الحكم أو القرار موضوع التعليق كما يلي :

إذا كان الحكم يتناول حكما ابتدائي

أما لو كان الحكم قرارا صادرا عن المجلس فإنه يجب ذكر
الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية

و إذا كان الحكم محل التعليق صادرا عن المحكمة العليا فوجب
الإشارة للمراحل التي مر بها النزاع على المستوى المحكمة
الابتدائية وعلى مستوى المجلس القضائي

✓ يعتبر من المراحل الإجرائية كذلك ذكر الحكم التمهيدي القاضي بالخبرة،
فالخبرة التي تقضي بها المحكمة يجب أن تكون محل إشارة

CNC الإحاطة بالحكم موضوع التعليق خطوة وعمل وصفي من قبل المعلق الذي
يجب عليه توخي الدقة والحذر باعتبار تحليلاته اللاحقة سوف تبنى على ما
استخلصه من مرحلة الإحاطة بالحكم محل التعليق.

2. مرحلة تحديد منطوق الحكم

✓ يجب على المعلق بعد الإحاطة بالحكم الانتقال لمرحلة إبراز حدود ما يكون
الحكم أو القرار قد تناوله من مسائل تم عرضها على المحكمة.

:Exp

الحكم الصادر بعدم اختصاص المحكمة للفصل في نزاع حكم ينحصر في إشكالية
الاختصاص القضائي فينجم عنه عدم تصدي المحكمة للفصل في الموضوع وحتى
من حيث الشكل

3. مرحلة تقييم الحكم أو القرار القضائي

في هذه المرحلة وجب على المعلق القيام بمهمتين أساسيتين و هما:

الأولى

نقد الحكم أو القرار

يقصد بنقد الحكم أو القرار بيان صحته من الوجهة القانونية و لهذه الأسباب فالنقد يكون: **إيجابي أو سلبي**

وجب على المعلق تقدير مدى التزام المحكمة بسلطان القانون و سيادته في اصدار حكمها أو قرارها و لهذه الأسباب فان نقد الحكم يعد تقييما له وفي مدى توفيق المحكمة في استخلاص الوقائع محل النزاع وصحة تكييفها القانوني ومدى صحة الاسناد في تعيين القواعد القانونية الواجبة التطبيق علي موضوع النزاع

الثانية

قيمة الحل بالنسبة للنصوص و المبادئ القانونية

يضاف لذلك وجوب تقدير المعلق مدى صحة تفسير المحكمة لقواعد القانون و مدى صحة انطباق هذه النصوص على وقائع النزاع بما يبرر الحكم او القرار الصادر عنها

لهذه الاسباب فان عمل المعلق ينصب هنا على الجزء الخاص بالتعليق و التسبيب في الحكم او القرار موضوع التعليق و يجب ان ينصرف تقدير المعلق الى مدى صحة الاسباب التي ادلت بها المحكمة من حيث الكفاية و الجدوي مما يمكنها الوصول للفصل في النزاع.

ما تجب ملاحظته

لكن بعض المحاكم تعمل جاهدة على وضع ملامح أولية لمبادئ قانونية جديدة و هذه المبادئ في نهاية المطاف قد تقرها المحكمة العليا في قراراتها أو
↓
تحديد عنها

هذه المبادئ القانونية التي تتولد عن الاجتهادات القضائية لا تستقر في نظام القانوني إلا اعتبارا من تاريخ تأييد المحكمة العليا لها و بشرط ألا تحيد مستقبلا عن موقفها هذا باعتبار أن مهمة المحكمة العليا تتمثل في توحيد تطبيق القانون على مستوى محاكم الجمهورية.



في مثل هذه الأحوال وجب على المعلق أن يبين دور الحكم القضائي في خلق أو تأكيد مبدأ قانوني أو إرسائه و تأييده إذا كان قد سبق خلقه.

قد تكتفي كثير من القرارات والأحكام القضائية بتطبيق آلي للقانون ومثل هذه القرارات لا تحتاج لكثير من الغناء أو الاجتهاد من المحكمة و مثل هذه الأحكام لا تعد جدرة بالتعليق كونها لا تولد مبادئ قانونية قام القضاء بالرسو عليها أو ما يطلق عليه بما استقر عليه القضاء والتي تعتبر وجهة من أوجه تفسير نص تشريعي أو تأويله وقد تمثل ضبطا لنطاق سريان قاعدة قانونية وقد تكون هذه المبادئ مفيدة لسد ثغرة النقص الذي يعتري بعض مصادر القانون و بخاصة التشريع منه.

دور المعلق على مدى صحة حكم القاضي من خطاه في تطبيق القانون الآلي

NB إذا كان التعليق واردا على قرار المحكمة العليا فان المعلق يكون دوره بوجوب إبراز اتجاه الحكم من حيث تكريس المبدأ القانوني أو نفيه وهكذا يكون المعلق قد قام بدور إبراز و تبيين الاجتهاد القضائي في شأن المبادئ القانونية التي أرساها القضاء .

