إلى طلبة السّنة الأولى:

تحوي هذه الورقات ما درسناه في آخر الحصص الفارطة (بداية من عنوان الفقرة الخاصّة بحاييم بيرلمان).

وأضيف إليها محتوى المحاضرتين القادمتين المبرمجتين ليوم الثّلاثاء 3 نوفمبر 2020.

الفقرة الأولى: النّموذج الأوّل: حاييم بيرلمان

ألّف حاييم بيرلمان كتابا في منهجيّة التّفكير – أي في المنطق –، وتحديدا في منهجيّة التّفكير الخاصّة بالقانون – أي في المنطق القانونيّ.

في هذا الكتاب تناول حاييم بيرلمان المواضع[1] أو الحجج المشتركة التّالية:

حجّة كمال النّظام القانونيّ argument *a complétudine* ou de la complétude du système juridique) ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول: "هي وسيلة استدلاليّة على أساسها – وبسبب كوننا لا نجد قاعدة قانونيّة تعطي تكييفا قانونيّا معيّنا لكلّ شخص بالنّظر إلى كلّ تصرّف مادّيّ ممكن – يجب أن نستنتج صحّة ووجود قاعدة قانونيّة تعطي للأفعال غير المنصوص عليها تكييفا حكميّا معيّنا: إمّا أنّ الفعل هو دائما غير مؤثّر، أو دائما وجوبيّ، أو دائما ممنوع، أو دائما مباح".

بتعبير آخر: لدينا الأفعال؛ وهي كثيرة جدّا ولا يمكن حصرها؛ ولدينا النّظام القانونيّ ويحوي جملة من القواعد لا تستطيع، مهما كثرت، أن تستوعب كلّ الأفعال؛ على هذا الأساس، كلّ نظام قانونيّ هو ناقص؛

[1] الموضع هو الأصل أو القاعدة الكلّيّة التي تحوي جزئيّات هي بمثابة تطبيقات لها، أو إن شئنا الموضع هو ما تشترك فيه جزئيّات وما يُعدّ نموذجا لها.

لكنّ هذا النّظام يسدّ نقصه ويكمّل نفسه بوضع قاعدة عامّة تقول إنّ كلّ فعل ليس له حكم في القانون هو مثلا مباح أو ممنوع (إلخ).

انطلاقا ممّا جاء أعلاه، يمكن أن نجرّد حجّة "كمال النّظام القانونيّ" على النّحو الآتي:

لدينا فرض لم ينصّ القانون على حكمه.

حكم هذا الفرض الإباحة (إلخ).

الحجّة على هذا الحكم: النّظام القانونيّ كامل. وما لم ينصّ القانون بصفة خاصّة على حكمه (وما لم يمكن الوصول إلى حكمه من وجوه معيّنة كالقياس ونحو ذلك)، فقد وضع هذا القانون في شأنه قاعدة عامّة هي: الإباحة (إلخ)[2].

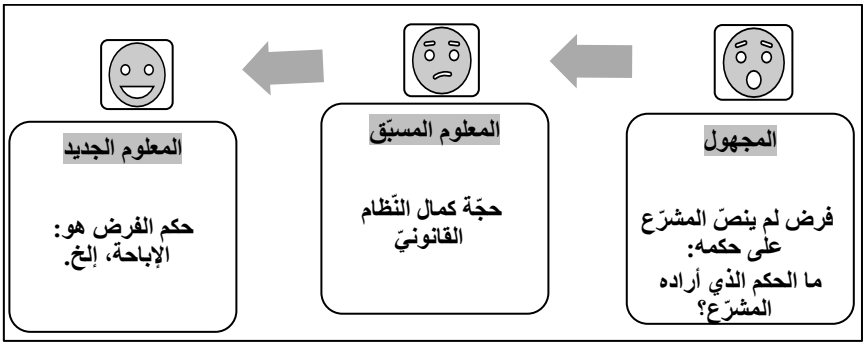
حجّة النّسق argument systématique ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّها"تنطلق من افتراض أنّ القانون منسّق، وأنّ مختلف قواعده تمثّل نظاما يمكن تأويل عناصره اعتمادا على السّياق الذي أُدخِلت فيه".

ويمكن تجريد هذه الحجّة على النّحو التّالي:

إذا احتملت عبارة قانونٍ – لنسمّه «1» – معنيين مختلفين – لنسمّ الأوّل «أ» والثّاني «ب».

وإذا كان المعنى «أ» يجعل القانون «1» متّسقا مع بقيّة القانون والمعنى «ب» لا يجعله كذلك.

(2)



ملاحظة: تناولنا سابقا مراحل التّفكير واستعملنا هذا الرّسم (انظر الفقرة 6 والفقرة 9):

- الصّورة الأولى (وهي للمرحلة الأولى والثّانية من مراحل التّفكير: مواجهة المجهول وتحديد نوعه) تعبّر عن شخص مندهش بسبب كونه أمام ما هو مجهول لديه.

- الصّورة الثّانية (وهي: لمرحلة التّفكير المسمّاة بمرحلة الحركة الذّاهبة، ولمرحلة التّفكير المسمّاة بمرحلة الحركة الدّائريّة) تعبّر عن الشّخص نفسه وهو بصدد اعتصار ما في ذهنه لتحويل المجهول إلى معلوم.

- الصّورة الثّالثة (وهي لمرحلة التّفكير المسمّاة بمرحلة الحركة الرّاجعة) تعبّر عن الشّخص عينه وقد انفرجت أسارير وجهه لأنّه حصل على ما يطلبه من اعتصار ذهنه، وهو تحويل المجهول إلى معلوم.

فينبغي – بمقتضى الحجّة النّسقيّة – أن نعطي القانون «1» المعنى «أ»[3].

مثال:

القانون 1: تحتمل عبارته المعنى:

(أ): بيع العقّار يجب أن يتمّ كتابة.

(ب): بيع العقّار يمكن أن يتمّ كتابة.

القانون 2: عقد بيع العقّار غير المكتوب باطل.

الاتّساق يقتضي أن نعطي القانون 1 المعنى (أ).

حجّة الاتّساق *a coherentia* argument ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول: "هي الحجّة التي، انطلاقا من فكرة أنّ المشرّع العاقل – والذي نفترض أيضا أنّه كامل الفطنة والحذر – لا يمكن أن ينظّم وضعيّة واحدة بطريقتين ليس بينهما تلاؤم [...] (انطلاقا من هذه الفكرة تقول الحجّة) إنّه توجد قاعدة تسمح بإزالة واحد من الحكمين المسبّب للتّعارض. (إذن) هذه الحجّة تمكّن القاضي (أو الفقيه. فما يعنينا الآن المنهجيّة الفقهيّة لا القضائيّة) من التّدخّل لإنهاء (ذاك) التّعارض. لكن إذا تمسّكنا بفرض اتّساق القانون، فهذا الحلّ (أي القاعدة التي تمكّن من إزالة التّعارض) موجود مسبّقا في النّظام القانونيّ".

لنعمد الآن إلى تجريد الحجّة المذكورة للتّوّ:

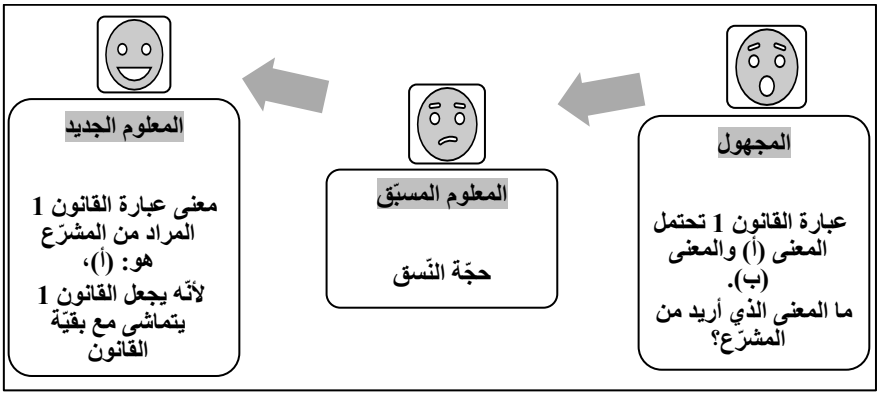
يقول القانون «1» إنّ حكم الفرض «1» هو «أ».

ويقول القانون «2» إنّ حكم الفرض «1» هو «ب».

هنالك قواعد تزيل التّعارض:

من هذه القواعد أنّ القانون الخاصّ يقدّم على العامّ:

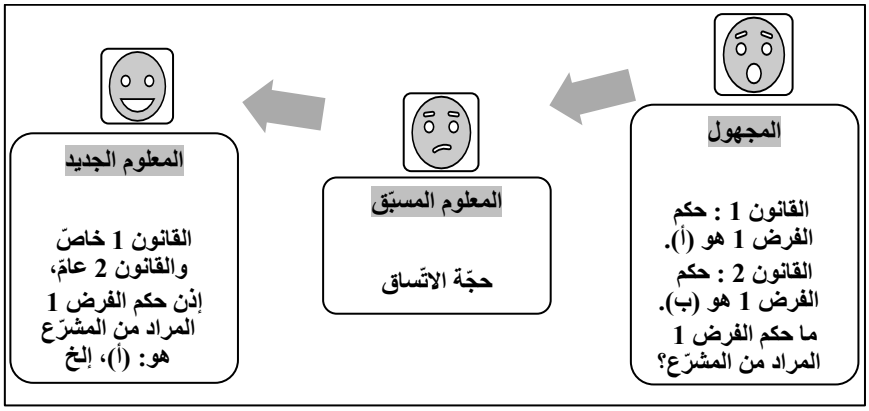
(3)



فإذا كان القانون «1» خاصّا و«2» عامّا، طبّقنا القانون «1» (وأزلنا فيما يخصّ الفرض «1» القانون «2»)[4].
مثال ذلك من القانون التّونسيّ الفصل 308 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة الذي ينصّ على أنّ ملابس المدين ليست قاعدة للتّنفيذ والفصل 192 من مجلّة الحقوق العينيّة الذي ينصّ على أنّ مكاسب المدين (ومن المكاسب الملابس) قاعدة للتّنفيذ. هنا ينبغي القول إنّ النّصّ الأوّل خاصّ (تعرّض إلى مكاسب معيّنة) والثّاني عامّ (تعرّض إلى المكاسب دون تعيين)، والخاصّ يُقدَّم على العامّ.
ومن قواعد إزالة التّعارض كذلك أن يُعتبر النّصّ المتأخّر ناسخا للمتقدّم. فلو أخذنا النّصّين السّابقين وقدّرنا أنّهما متساويان في العموم (أو في الخصوص)، عندها سننظر أيّهما جاء بعد الآخر، فنعمله دون صاحبه الذي سنعدّه منسوخا.
ومن القواعد التي تزيل التّعارض أيضا أن يؤخذ بعين الاعتبار نصّ وتُغمض العين عن النّصّ الآخر[5]. على هذا المستوى يمكن أن نقدّم مثالا نأخذه من قضيّة نظرت فيها المحكمة الجناحيّة بأورليون في 29 نوفمبر 1951. مفاد القضيّة أن ثمّ قانونا يمنع ممارسة الطّبّ دون الحصول على شهادة دكتوراه في الطّبّ. إلى جانبه ثمّ قانون يوجب على كلّ شخص أن يساعد من هم في وضعيّة خطرة (إذا لم يكن في ذلك إلحاق ضرر بنفسه). أحيل على المحكمة شخص اسمه "رو" Roux، وهو "مُعَالِجٌ" guérisseur نجح في أن يشفي أشخاصا كان يتهدّدهم الموت ووقف الطّبّ عاجزا أمام أمراضهم. إذن هنالك تعارض بين القانونين، و"رو": إمّا أن يعالج هؤلاء المرضى، وعندها يعاقبه القانون الأوّل. وإمّا أن لا يعالجهم وعندها يعاقبه القانون الثّاني. رأت محكمة "أورليون" (بعد أن لاحظت أنّ "رو" لم يثبت عليه أنّه أتى بفعل مخالف للنّزاهة والاستقامة أو بفعل من أفعال الدّجل faits de charlatanisme، وبعد أن أشارت إلى أنّه كان يتصرّف في أغلب الأحيان بِكَرَمٍ

---

(4)



(5) يتحدّث فيليب مالوري عن تغليب نصّ من النّصّين المتعارضين، وعن إغماض العين عن قاعدة من القاعدتين المتضاربتين، فتختفي مفهوميّا وتصبح شبحا، ويُتصرَّف وكأنّ القاعدة الأخرى هي الموجودة لوحدها. ويقول الفقيه المذكور إنّ هذه الطّريقة تسمّى طريقة أو منهج النّفي La méthode de la négation.
فيليب مالوري، «تعارضات القواعد وأسسها»، منشور في: دراسات مهداة إلى بيار كاتالا. القانون الخاصّ الفرنسيّ في نهاية القرن العشرين، منشورات ليتاك، باريس، 2001، ص 27.
Philippe Malaurie, «Les antinomies des règles et de leurs fondements», in: *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Éd. Litec, Paris, 2001, p. 27.

ودون غاية ربحيّة، وبعد أن أكّدت على أنّ عددا كبيرا من الأشخاص كان يشفى على يديه بصفة عجيبة) أنّ هذا الشّخص – وما دام يجد في نفسه القدرة على أن يشفي المرضى – فمن واجبه أن يفعل ذلك. بهذا قدّمت المحكمة القانون الثّاني على الأوّل (أي تصرّفت وكأنّ القانون الأوّل غير موجود، والثّاني هو وحده الموجود). لكنّ المحاكم في الغالب، تجد نفسها أمام دجّالين charlatans، ومن ثمّ تطبّق القانون الأوّل.

إلى جانب ما سبق ثمّ قواعد أخرى للتّعارض سنتناولها لاحقا. لكن ما تنبغي ملاحظته الآن هو أن لا اختلاف بين حجّة الاتّساق التي نحن بصددها وحجّة النّسق التي سبقتها (ما هو متّسق يمثّل نسقا، وما يمثّل نسقا مكوّناته متّسقة). كما تنبغي ملاحظة أنّ الحجّتين المذكورتين قريبتان من الحجّة التي سنتناولها أسفله.

حجّة الخلف أو الإحالة على العبث argument apagogique ou de réduction à l'absurde ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّه : "(و)بمقتضاها نفترض أنّ المشرّع عاقل، وأنّه لم يكن يستطيع قبول تأويل للقانون يؤدّي إلى نتائج غير منطقيّة أو ظالمة [...]".

ويمكن تجريد هذه الحجّة على النّحو التّالي:

لدينا عبارة للقانون تحتمل معنيين مختلفين: المعنى «أ»، والمعنى «ب».

فإذا أعطيناها المعنى «أ»، لم يؤدّ ذلك إلى نتائج غير منطقيّة أو ظالمة.

أمّا إذا أعطيناها المعنى «ب»، فإنّ ذلك يؤدّي إلى نتائج غير منطقيّة أو ظالمة.

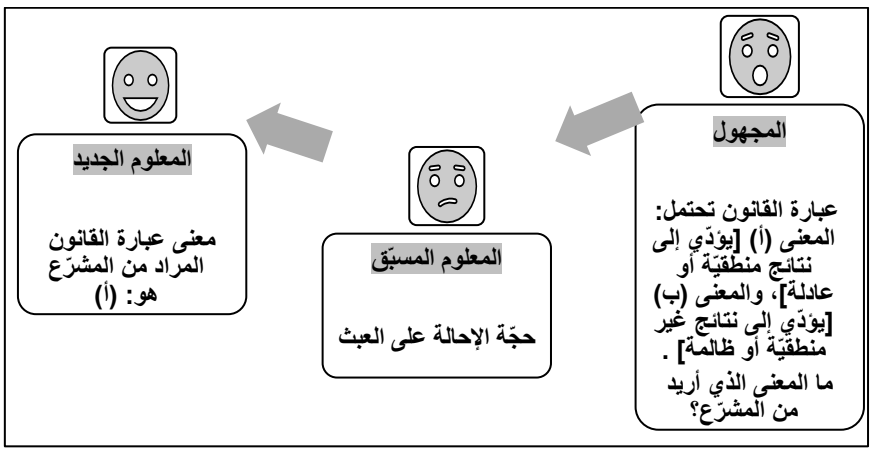
بمقتضى حجّة الإحالة على العبث: نقول إنّ المشرّع أراد من عبارته المعنى «أ»[6].

بعد التّجريد نمرّ إلى الأمثلة:

المثال الأوّل يتعلّق بقضيّة نظرت فيه محكمة التّعقيب البلجيكيّة في 3 أوت 1848: فالفصل 11 من المجلّة المدنيّة ينصّ على أنّ الأجانب – الذين لبلدانهم اتّفاقيّة مع بلجيكا - يتمتّعون بالحقوق المدنيّة نفسها التي يتمتّع بها البلجيكيّون".

ومعنى النّصّ (الالتزاميّ): أنّ الأجانب الذين هم من بلدان لا اتّفاقيّة لها مع بلجيكا لا يتمتّعون بجملة من الحقوق، منها حقّ القيام بدعاوى أمام المحاكم.

(6)



هذا المعنى يخالف الإنصاف. لذلك أوّلت محكمة التّعقيب النّصّ كما يلي: الحقوق المدنيّة التي قصدها المشرّع هي الحقوق التي مصدرها القانون المدنيّ لا الحقوق التي مصدرها القانون الطّبيعيّ. بعد ذلك أدرجت المحكمة حقّ القيام بالدّعاوى (وحقّ التّزوّج، وحقّ الملكيّة، إلخ) ضمن النّوع الثّاني من الحقوق (إذن تمّ القول بوجود تعارض بين القانون الوضعيّ والقانون الطّبيعيّ. ثمّ تمّ تضييق مدى القانون الأوّل. هكذا أصبحنا أمام فراغ قانونيّ. فتمّ ملؤه بأحكام القانون الطّبيعيّ).

بعبارة مغايرة: حاصل المثال الوارد أعلاه أنّ الفصل 11 يحتمل معنيين:

المعنى الأوّل أنّ الأجانب لا يتمتّعون بنوع من الحقوق الهامّة.

المعنى الثّاني أنّ الأجانب لا يتمتّعون بنوع من الحقوق هي دون الأولى أهمّيّة.

بمقتضى حجّة الإحالة على العبث، نقول إنّ المشرّع لم يرد المعنى الأوّل، لأنّه غير مقبول.

نأتي الآن إلى المثال الثّاني، وهو يتعلّق بالفصل 141 من مجلّة الإجراءات الجزائيّة. يقول هذا النّصّ: "على المظنون فيه الواقع تتبّعه من أجل جناية أو جنحة تستوجب العقاب بالسّجن أن يحضر شخصيّا بالجلسة [...]".

فإذا افترضنا أنّ عبارة المجلّة تحتمل معنيين (التزاميّين):

المعنى الأوّل: أنّ محامي الغائب لا يترافع شفويّا، بل يقدّم تقريرا يتضمّن أسانيد الدّفاع.

المعنى الثّاني: أنّ محامي الغائب لا يمكنه الدّفاع حتّى كتابيّا.

بمقتضى حجّة الإحالة على العبث، سنقول إنّ المعنى الثّاني يؤدّي إلى نتيجة غير مقبولة هي الحرمان المطلق من حقّ طبيعيّ هو حقّ الدّفاع، وعليه فلا بدّ من أنّ المشرّع أراد المعنى الأوّل.

الحجّة الاقتصاديّة أو فرض المشرّع الذي لا يكرّر argument économique ou l'hypothèse du législateur non redondant أو قاعدة الإفادة أولى من الإعادة والتّأسيس خير من التّأكيد ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّ مفادها: "أنّ تأويلاً مَا ينبغي تركه، لأنّه، وفي صورة قبوله، سيكون النّصّ قد اكتفى بإعادة ما ينتج عن نصّ آخر سابق، ويكون من هنالك نصّا زائدا. لكنّ هذه الحجّة لا تفرض نفسها دائما، لأنّه من الممكن لقانون خاصّ أن لا يكون إلّا تطبيقا لمبدأ".

ويمكن أن نجرّد الحجّة الواردة أعلاه على النّحو التّالي:

حين يحتمل كلام القانون 1 (وعموما كلام العاقل) معنيين:

المعنى «أ»، وهو معنى يجعل القانون 1 يكرّر ما جاء في القانون 2 (تكرارا لا توجد وراءه فائدة).

المعنى «ب»، وهو معنى يجعل القانون 1 لا يكرّر ما جاء في القانون 2 (ولا ما جاء في غيره).

... حين يتحقّق ما سبق، فينبغي القول إنّ المشرّع أراد من القانون 1 المعنى «ب».

ما الحجّة على أنّ مراد المشرّع هو هذا المعنى «ب»؟

الحجّة: هي "الحجّة الاقتصاديّة"، فالمشرّع محمول على أنّه عاقل (كلّ متكلّم محمول على أنّه عاقل، طالما لم يثبت العكس)، والعاقل يقتصد، ومن الاقتصاد أن يؤدّي معنيين بكلامين لا أن يؤدّي معنى واحدا

بالكلامين نفسيهما. بعبارة أخرى: الحجّة: هي "مبدأ عدم التّكرار" (ثمّ قرينة بسيطة على أنّ العاقل لا يكرّر دون فائدة) أو "قاعدة الإفادة أولى من الإعادة، والتّأسيس خير من التّأكيد".

لنضرب الآن أمثلة:

المثال الأوّل مصدره الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود. يقسّم هذا النّصّ "الغلط في الشّيء" إلى: "غلط في ذات الشّيء"، و"غلط في الوصف الأساسيّ للشّيء"، و"غلط في وصف الشّيء". و"الغلط في وصف الشّيء" تعبير يشمل "الوصف الأساسيّ" و"الوصف غير الأساسيّ". فإذا أعطينا التّعبير هذا المعنى، جعلناه يكرّر ما جاء قبله. أمّا إذا أعطيناه معنى "الوصف غير الأساسيّ"، فلن يكون تكرارا لما سبقه. والحجّة الاقتصاديّة تجعلنا نقول بإعطائه هذا المعنى الثّاني[7].

المثال الثّاني يرجع إلى الفصل 60 من مجلّة الالتزامات والعقود، الذي يقول: "الغبن لا يفسخ العقد إلّا إذا نتج عن تغرير العاقد الآخر أو نائبه أو من نابه في العقد [...]". في النّصّ عبارة "نائب" وعبارة "من ناب". وعبارة "نائب" تعني "من ناب بمقتضى عقد وكالة". أمّا عبارة "من ناب"، فإنّها: إن فُهِمت على أنّها تعني "من ناب بمقتضى عقد وكالة"، فعندئذ تكون قد أعادت ما في العبارة الأولى؛ وإن فُهِمت على أنّها تعني "الفضوليّ"، أي "من ناب دون عقد وكالة"، فحينئذ تكون قد أفادت معنى لم يأت في العبارة الأولى. والإفادة، كما تقدّم، أولى من الإعادة؛ والتّأسيس (لمعنى لم يسبِق) أوْلى من التّأكيد (تأكيد معنى سبق).

حجّة «الطّبيعيّ»، أو حجّة طبيعة الأشياء، أو فرض المشرّع العاجز argument naturaliste, ou de la nature des choses, ou hypothèse du législateur impuissant ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّها: "تؤدّي إلى أنّه وفي وضعيّة معيّنة لا ينطبق نصّ القانون لأنّ طبيعة الأشياء تعارض ذلك".

فإذا أردنا تقديم هذه الحجّة في صورة وشكل مجرّد، قلنا:

لدينا قانون من المفروض أنّه ينطبق على الوضعيّة (أ).

لكن لو فعلنا، لتعارض ذلك مع طبيعة الأشياء.

---

[7] يقول الفصل 45 من مجلّة الالتزامات والعقود، وبالحرف، ما يلي: "الغلط في نفس الشّيء يكون موجبا للفسخ لغلط في ذات المعقود عليه أو في نوعه أو في وصفه الموجب للتّعاقد".

بمقتضى حجّة "طبيعة الأشياء" لا نطبّق القانون على الوضعيّة المذكورة (يمكن أن نقول إنّ في عدم تطبيق القانون أخذا بما يريده صاحب القانون. فهذا عاقل، والعاقل لا يقصد أن يأتي بما يتعارض و"طبيعة الأشياء")[8].

مثال ذلك: لدينا نصّ يقول: لا يثبت الالتزام الذي بلغت قيمته 1000 د بالشّهادة.

لدينا عقد وديعة قيمة موضوعه تتجاوز هذا المبلغ، ولم يُتمكّن من إنشائه كتابيّا لأنّ الوديعة وردت على إثر حريق أو غرق أو حادث أو فيضانات (إلخ).

هنا، وفي هذه الوضعيّة الخاصّة، لا ينطبق النّصّ، لتعارض ذلك مع طبيعة الأشياء.

الحجّة النّفسانيّة argument psychologique ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّها: "تتمثّل في البحث عن إرادة المشرّع الفعليّ بفضل اللجوء إلى الأعمال التّحضيريّة".

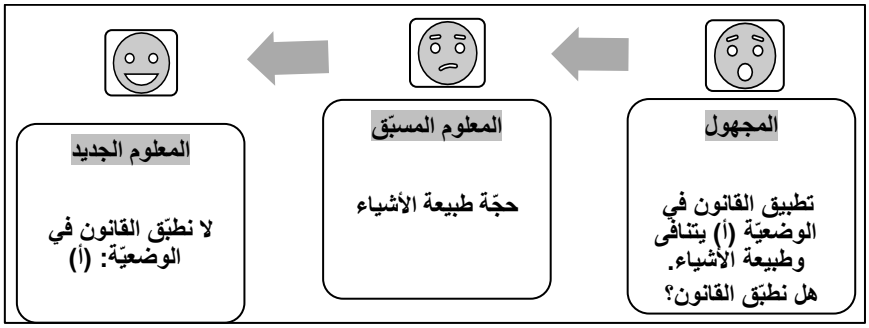
ويمكن أن نجرّد هذه الحجّة على أنحاء عدّة، منها النّحو التّالي:

لدينا عبارة للقانون تحتمل معنيين مختلفين: المعنى «أ» والمعنى «ب».

إنّ الحجّة النّفسانيّة هي حجّة على المراد من المشرّع. والمراد من المشرّع نجده في مظانّ متعدّدة، منها الأعمال التّحضيريّة للقانون.

لنفرض فيما يخصّ القانون الذي أخذناه أعلاه كمثال أنّنا عدنا في شأنه إلى الأعمال التّحضيريّة، ووجدنا ما يدلّ على أنّ المشرّع أراد المعنى «أ».

(8)

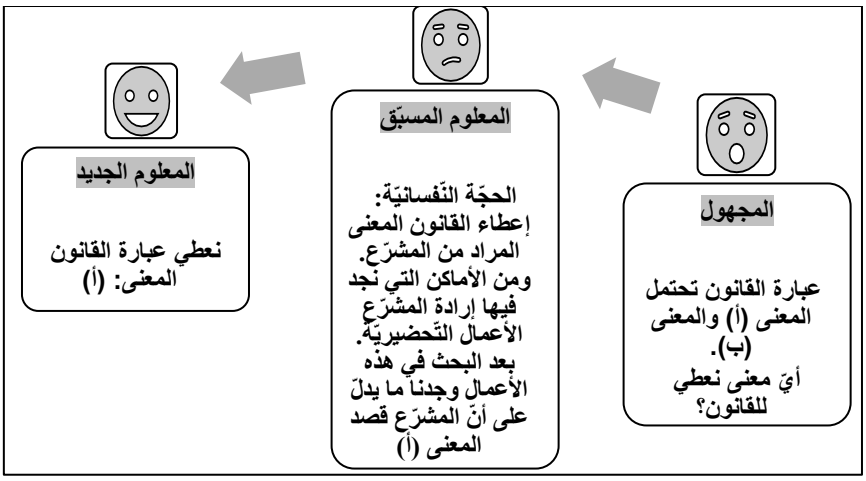


إذن سنعطي القانون هذا المعنى. والحجّة عليه هي الحجّة النّفسانيّة[9].

مثال ذلك: تناولت عبارة الفصل 33 من مجلّة الحقوق العينيّة حمام البروج وأرانب الأوْجِرة وسمك البرك[10]. هذه العبارة تحتمل معنيين: المعنى الأوّل أنّ ما ذُكِر ذُكر على سبيل الحصر، المعنى الثّاني أنّ ما ذُكِر ذُكر على سبيل المثال. أيّ المعنيين سنعطي للنّصّ؟ الجواب – بمقتضى الحجّة النّفسانيّة –: المعنى المراد من المشرّع. أين نجد مراد المشرّع؟ في الأعمال التّحضيريّة (نقاشات البرلمان، إلخ). وفيما يخصّ الفصل 33، إذا عدنا إلى أعماله التّحضيريّة وجدنا نائبا (هو الأديب العروسي المطوي صاحب رواية "حليمة"، و"التّوت المرّ"، إلخ) يسأل حين قرأ المقرّر محتوى الفصل: "أردت أن أعرف هل أنّ النّحل داخل في هذه الأمثلة أم لا؟ فإذا كان المقصود به الحصر، لا يكون داخلا؛ وإذا كان المقصود به التّمثيل، يكون داخلا". أجاب كاتب الدّولة للعدل: "هو داخلٌ، وقد تعرّضنا لذلك على سبيل المثال [...]"[11]. على أساس هذا الجواب، وافق النّواب (أي المشرّع) على الفصل 33[12].

---

(9)



(10) بالتّدقيق قال الفصل 33: "حمام البروج وأرانب الأوْجرة وسمك البرك، إذا انتقلت من نفسها وبدون تحيّل أو تغرير في استجلابها إلى محلّ آخر، تصير ملكا لصاحب هذا الأخير".

(11) الرّائد الرّسميّ. مداولات مجلس الأمّة، عدد 12، 24 ماي 1965، ص 209.

(12) ينبغي القول إنّ الحجّة النّفسانيّة وردت في القانون التّونسيّ في نصّ مركزيّ هو الفصل 532 من مجلّة الالتزامات والعقود (هذا فيما يخصّ تأويل القانون. أمّا فيما يخصّ تأويل العقد، فالحجّة المذكورة وردت في نصّ هو بدوره مركزيّ، والمقصود الفصل 515 من المجلّة نفسها).

وعلى كلّ، فالحجّة النّفسانيّة – كبقيّة الحجج التي جاءت قبلها والتي سترد بعدها – مشتركة بين مختلف فروع القانون. لكنّنا رأينا أنّ القول بأنّ هذه الحجج خاصّة بالحقل القانونيّ قول ينبغي "تنسيبه". وأهمّ دليل على هذا هو الحجّة النّفسانيّة والتي تستعمل في تأويل مختلف أنواع النّصوص، ومنها النّصّ الأدبيّ. انظر مثلا وفيما يخصّ الحقل الأدبيّ:

بول بينوشو، الكاتب وأعماله، سيراس للنّشر، تونس، 1998، ص 14.

Paul Bénichou, *L'écrivain et ses travaux*, cérès éd., Tunis, 1998, p. 14.

الحجّة الغائيّة argument téléologique ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّه وفي إطارها: لا نعيد بناء روح القانون وهدفه وغايته "انطلاقا من دراسة واقعيّة للأعمال التّحضيريّة، بل انطلاقا من اعتبارات تتعلّق بنصّ القانون نفسه".

ويمكن أن نجرّد هذه الحجّة في صور متعدّدة، منها الصّورة التّالية:

نصّ القانون على فرضٍ هو «أ» وعلى حكمه وهو «ب».

الباعث أوّلا على إيجاد المشرّع للقانون والذي يطلب وجوده آخرا – أي العلّة الغائيّة للقانون – هي «ج».

لدينا فرض لم يفكّر فيه المشرّع هو «د» يمكن إدراجه تحت الفرض «أ» ومن ثمّ يمكن الاتّجاه نحو تطبيق الحكم «ب» عليه.

الغاية «ج» تقتضي أن لا نطبّق على «د» الحكم «ب».

لا نطبّق الحكم «ب» على «د»، لأنّ هذا ما تستوجبه الحجّة الغائيّة[13].

لنأخذ على ما جاء أعلاه أمثلة:

المثال الأوّل لقانون يقول إنّ تبرّع السّفيه باطل.

غاية القانون: حماية أموال السّفيه.

لدينا فرض لم يفكّر فيه المشرّع، ويتمثّل في سفيه ينشئ وقفا لفائدة نفسه، أي في المحصّلة يتبرّع لنفسه.

نقول عن هذا الوقف إنّه صحيح، لأنّ غاية القانون تتحقّق بصحّته لا ببطلانه.

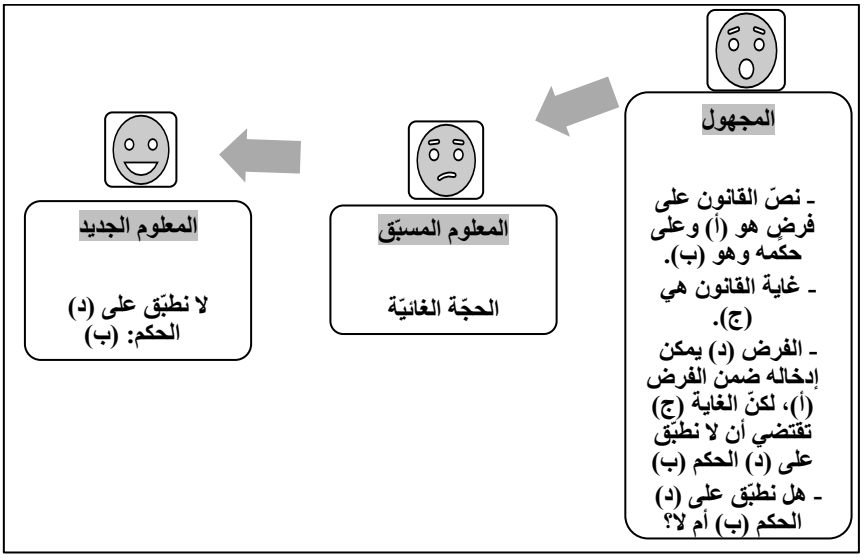
المثال الثّاني لقانون يقول إنّ عقلة ملابس المدين ممنوعة.

غاية القانون: حفظ كرامة المدين.

لدينا فرض يتمثّل في مدين يملك ثيابا باهضة جدّا.

نقول عن عقلة هذه الملابس إنّها غير ممنوعة.

(13)



المثال الثّالث لأمر فرنسيّ صدر في 11 نوفمبر 1917. فهذا الأمر منع المسافرين من الصّعود أو النّزول "حين يكون القطار متوقّفا تماما". ولهذا الكلام معنى وضعيّ، وهو وجوب أن يصعد المسافرون وينزلوا والقطار يسير. ولقد أوّلت محكمة التّعقيب النّصّ على أنّ صاحبه قصد المنع حين لا يكون القطار قد توقّف بالكامل. والدّليل هو هدف القانون، والذي يتمثّل وبشكل واضح في تفادي وقوع الحوادث. ويقتضي هذا المثال أن نجرّد الحجّة الغائيّة في شكل آخر لها غير الشّكل السّابق:

عبارة القانون واضحة في الدّلالة على المعنى (أ).

غاية القانون تتحقّق بواسطة المعنى (ب).

نعطي القانون المعنى (ب).

الحجّة التّاريخيّة argument historique أو حجّة قرينة الاستمراريّة argument de présomption de continuité ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّها "تفترض أنّ المشرّع محافظ، أي تفترض بقاءه مخلصا للطّريقة التي أراد أن ينظّم بها مادّة ما، إلاّ أن يغيّر صراحة النّصوص القانونيّة".

ويمكن تجريد حجّة الاستمراريّة كما يلي:

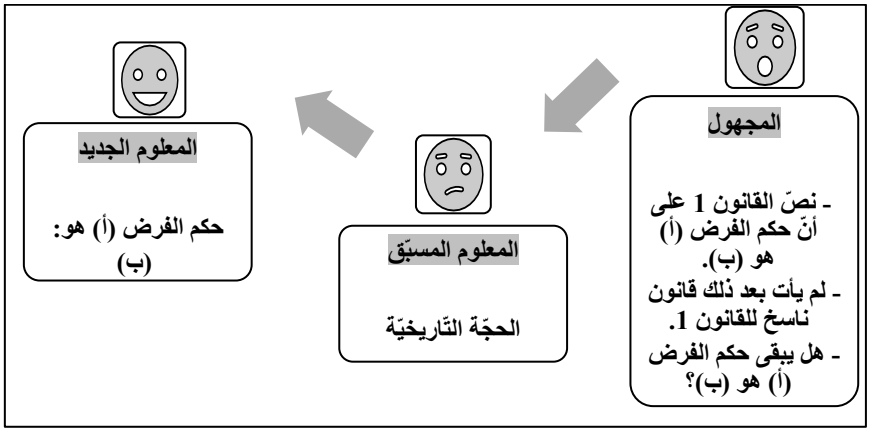
نصّ القانون 1 على أنّ الفرض «أ» حكمه هو «ب».

لم يأت قانون لاحق ينسخ صراحة أو ضمنا القانون 1.

بمقتضى الحجّة التّاريخيّة، يبقى حكم الفرض «أ» متمثّلا في «ب»[14].

لنأخذ مثال الدّفع بالبطلان النّسبيّ: ففي القانون الرّومانيّ، كان لا يسقط بمضيّ الزّمن. وفي القانون الفرنسيّ القديم، صدر أمر لفرانسوا الأوّل في أوت 1539، وقال إنّه يسقط. سنة 1804 صدرت المجلّة المدنيّة، ولم تحو شيئا حول المسألة. هذا السّكوت جعل الشّرّاح يذهبون مذهبين: الأوّل مفاده أنّ الدّفع يسقط، والثّاني أنّه لا يسقط. والطّريف أنّ الحجّة على المذهبين واحدة، وهي الحجّة التّاريخيّة. فأصحاب الرّأي الأوّل يقولون إنّ أمر فرانسوا الأوّل، وبسبب سكوت المجلّة المدنيّة، لم يُنسَخ. أمّا أصحاب الرّأي الثّاني، فيقولون إنّ أمر فرانسوا الأوّل لم ينطبق أبدا والذي كان منطبقا قبل 1804 هو القانون الرّومانيّ. ولأنّ المجلّة سكتت، فالقانون الرّومانيّ لم يُنسخ.

(14)



حجّة الأوْلى *a fortiori* argument أو قياس الأوْلى ◊ سنعود لاحقا إلى حجّة الأولى، لكن لنقل الآن مع حاييم بيرلمان إنّ لهذه الحجّة شكلين:

الشّكل الأوّل، يعبّر عنه بجملةٍ هي "من لا يمكنه الأقلّ لا يمكنه الأكثر Qui ne peut le moins ne peut le plus"، وينطبق في صورة الحكم السّلبيّ، ومثاله: إذا كان الجَرح ممنوعا، فالقتل ممنوع؛ وإذا كان المشي على عشب الحديقة العموميّة ممنوعا، فقلع العشب ممنوع.

الشّكل الثّاني، يعبّر عنه بجملةٍ هي "من يمكنه الأكثر، يمكنه الأقل Qui peut le plus peut le moins، وينطبق في صورة الحكم الإيجابيّ، ومثاله: إذا كان القانون يمكّن بالحوز من اكتساب الملكيّة، فينبغي القول (رغم سكوته) بأنّه يمكّن بالوسيلة نفسها من اكتساب أيّ حقّ عينيّ أصليّ آخر؛ والسّبب أنّ الملكيّة حقّ عينيّ أصليّ كامل، أمّا بقيّة الحقوق العينيّة الأصليّة فحقوق ناقصة.

ويمكن تجريد الشّكل الأوّل على النّحو التّالي:

نصّ القانون، فيما يخصّ الفرض «أ»، على حكم سلبيّ هو «ب».

لم ينصّ القانون على حكم الفرض «ج»، ولكنّ هذا الفرض أقوى درجة من الفرض «أ».

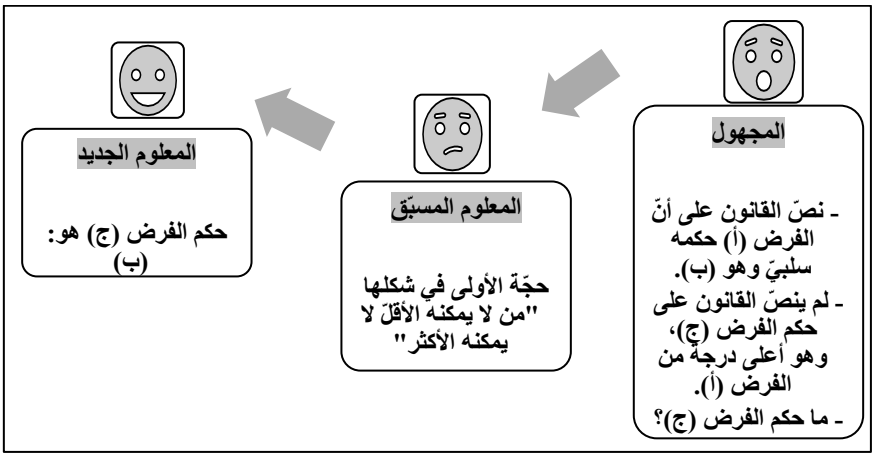
نطبّق، بمقتضى حجّة الأولى في شكلها "من لا يمكنه الأقلّ لا يمكنه الأكثر"، على الفرض «ج» الحكم «ب»[15].

أمّا الشّكل الثّاني، فيمكن تجريده كما يأتي:

نصّ القانون، فيما يخصّ الفرض «أ»، على حكم إيجابيّ هو «ب».

لم ينصّ القانون على حكم الفرض «ج»، ولكنّ هذا الفرض أقوى درجة من الفرض «أ».

(15)



نطبّق، بمقتضى حجّة الأولى في شكلها "من يمكنه الأكثر يمكنه الأقلّ"، على الفرض «ج» الحكم «ب»[16].

هنا توقّفنا في آخر محاضرة وما سيأتي في الأسفل هو محتوى ما سندرسه يوم الثّلاثاء 3 نوفمبر 2020

حجّة المثل analogique - *a pari - a simili* argument أو قياس المثل ◊ يقول حاييم بيرلمان عن قياس المثل إنّه: "إذا كانت هنالك قضيّة (قاعدة) قانونيّة تثبت التزاما قانونيّا تجاه شخص أو صنف من الأشخاص، فإنّ هذا الالتزام موجود أيضا فيما يخصّ كلّ شخص آخر أو كلّ صنف آخر من الأشخاص له مع الشّخص الأوّل (أو صنف الأشخاص الأوّل) مثليّة كافية كي يكون السّبب الذي أوجد القاعدة تجاه الشّخص الأوّل (أو صنف الأشخاص الأوّل) صحيحا تجاه الشّخص الثّاني (أو الصّنف الثّاني). وهكذا فإنّ منع مسافر من الصّعود إلى البهو مصحوبا بكلب يؤدّي بنا إلى القاعدة أنّه يجب أيضا منع الصّعود على كلّ مسافر مصحوب بحيوان مماثل (للكلب) في الإزعاج".

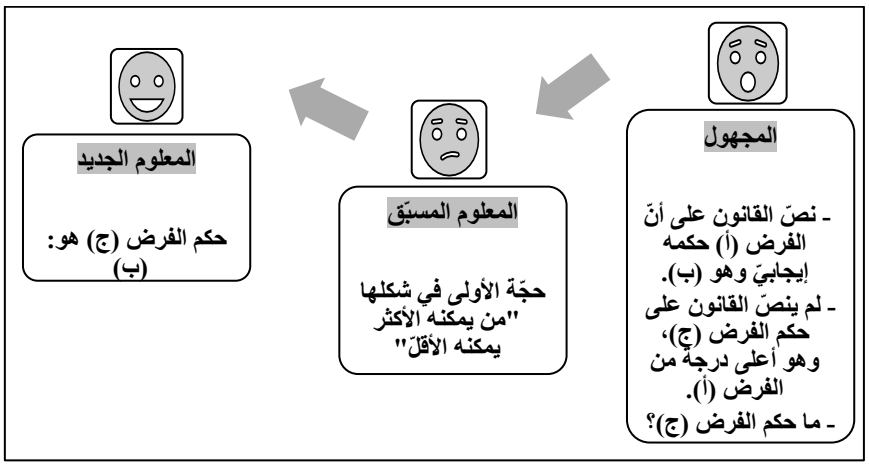
ويمكن أن نجرّد حجّة المثل كما يلي:

الفرض «أ» له الحكم «ب»، وسبب الحكم هو «ج».

الفرض «د» مسكوت عنه في القانون، ويتوفّر فيما يخصّه السّبب «ج».

---

(16)



نطبّق على الفرض «د» الحكم «ب»[17].

حجّة العكس *argument a contrario* أو المفهوم بالمخالفة ◊ سنفصّل لاحقا في حجّة العكس. أمّا الآن فينبغي الإتيان بما جاء عند بيرلمان ومفاده أنّ "حجّة العكس هي «طريقة استدلاليّة بمقتضاها لدينا قضيّة (قاعدة) قانونيّة تثبت التزاما (أو حكما آخر) على شخص (أو صنف أشخاص)، ولغياب قاعدة أخرى صريحة، يجب أن نقصي صحّة قضيّة (قاعدة) قانونيّة مختلفة تثبت الالتزام نفسه (أو الحكم نفسه) تجاه شخص آخر (أو صنف من الأشخاص)».

"وهكذا، إذا كانت القاعدة تلزم كلّ فتى بلغ العشرين بأداء الخدمة العسكريّة، فإنّنا نستنتج – عكسيّا – أنّ الفتيات لا يخضعن للالتزام نفسه".

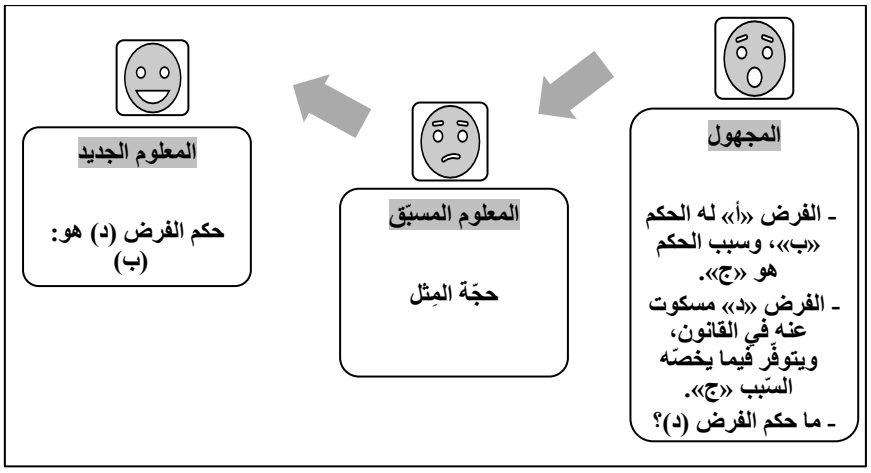
والمثال واضح، أمّا التّعريف الذي سبقه – والذي أخذه بيرلمان من عند تاريلّو – فدون ذلك. ومن يرد تجريد حجّة العكس – مستهديا على الأقلّ بالمثال – يمكنه أن يقول:

لدينا الفرض «أ»، وله الحكم «ب».

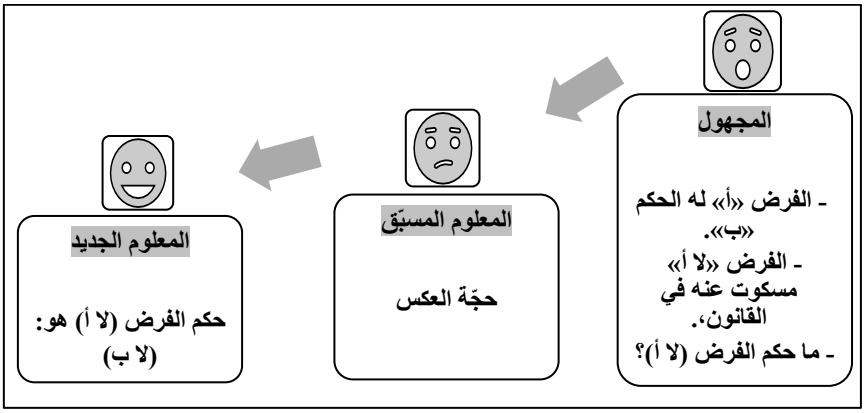
ولدينا الفرض «لا أ»، وهو مسكوت عنه في القانون.

نقول بأنّ الفرض «لا أ» ينطبق عليه الحكم «لا ب»[18].

(17)



(18)



الحجّة بالمثال *ab exemplo* argument ◊ يعرّف حاييم بيرلمان هذه الحجّة فيقول إنّها تسمح "بتأويل القانون تأويلا متلائما مع السّوابق، أو مع قضاء سابق، أو مع الفقه السّائد".

ويمكن تجريد هذه الحجّة في الصّورة الآتية:

لدينا عبارة القانون.

نعطيها المعنى الذي أعطاه لها فقه القضاء أو الفقه[19].

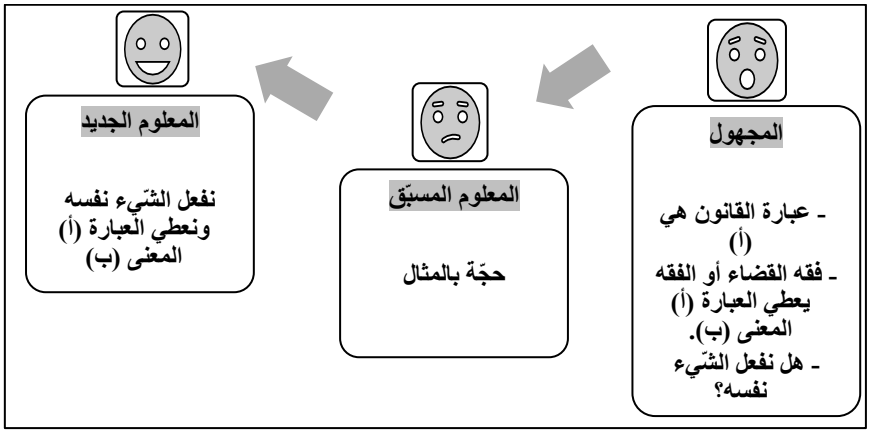
الحجج ليست خاصّة بصفة مطلقة بالحقل القانونيّ ◊ ومن ينظر إلى "حجّة بالمثال"، سيقول إنّها موجودة في اختصاصات أخرى غير القانون، وذلك تحت اسم آخر هو "حجّة السّلطة". هذا يؤيّد ملاحظة وردت سابقا، ومفادها أنّ الحجج المشتركة بين مختلف فروع القانون (المدنيّ، والتّجاريّ، والجزائيّ، والدّستوريّ، إلخ) – والتي أوردناها أعلاه من عند حاييم بيرلمان – ليست خاصّة بصفة مطلقة بالحقل القانونيّ.

علاقة الحجج بالغموض والفراغ ◊ وما تنبغي زيادة ملاحظته أنّ هذه الحجج (المشتركة أو النّموج) – وعددها ثلاثة عشر – تستعمل في صور غموض القانون وفي صور سكوته:

فحجّة النّسق (أوردناها في المرتبة 2)، وحجّة الاتّساق (أوردناها في المرتبة 3)، وحجّة الإحالة على العبث (أوردناها في المرتبة 4)، والحجّة الاقتصاديّة (أوردناها في المرتبة 5)، وحجّة طبيعة الأشياء (أوردناها في المرتبة 6)، والحجّة النّفسانيّة (أوردناها في المرتبة 7)، والحجّة الغائيّة (أوردناها في المرتبة 8)، والحجّة التّاريخيّة (أوردناها في المرتبة 9)، والحجّة بالمثال (أوردناها في المرتبة 13) ... كلّ هذه الحجج – وفي حدود ما قلناه حولها والذي يمكن أن يُدقَّق بعضه لاحقا – تهمّ صورة وجود غموض في القانون.

أمّا حجّة كمال النّظام القانونيّ (أوردناها في المرتبة 1)، وحجّة الإحالة على العبث (أوردناها في المرتبة 4)، والحجّة الغائيّة (أوردناها في المرتبة 8)، والحجّة التّاريخيّة (أوردناها في المرتبة 9)، وحجّة الأوْلى (أوردناها في

(19)



المرتبة 10)، وحجّة المِثل (أوردناها في المرتبة 12)، وحجّة بالمثال (أوردناها في المرتبة 13)، فجميعها – وفي حدود ما عرفناه عنها هنا والذي يمكن أن يتمّ تدقيق بعضه لاحقا – تهمّ صورة وجود فراغ في القانون[20].

والحجج المذكورة أعلاه – وهذا ما تنبغي الإشارة إليه – قد أخذها بيرلمان، كما يقول هو نفسه من عند تاريلّو. بعد بيرلمان، ومن ثمّ بعد تاريلّو، ينبغي أن نمرّ إلى بيسكاتور.

(20)

في صورة وجود غموض في القانون، تُستعمل:	في صورة وجود فراغ في القانون، تُستعمل:
	1- حجّة كمال النّظام القانونيّ
2- حجّة النّسق	
3- حجّة الاتّساق	
4- حجّة الإحالة على العبث	4- حجّة الإحالة على العبث
5- الحجّة الاقتصاديّة	
6- حجّة طبيعة الأشياء	
7- الحجّة النّفسانيّة	
8- الحجّة الغائيّة	8- الحجّة الغائيّة
9- الحجّة التّاريخيّة	9- الحجّة التّاريخيّة
	10- حجّة الأوْلى
	11- حجّة المِثل
	12- حجّة العكس
13- الحجّة بالمثال	13- الحجّة بالمثال

[تمارين]

1- عرّف حجّة كمال النّظام القانونيّ.

2- عرّف حجّة النّسق.

3- عرّف حجّة الاتّساق.

4- اضرب مثالا لاستعمال حجّة الاتّساق.

5- ما علاقة حجّة الاتّساق بحجّة النّسق؟

6- عرّف حجّة الإحالة على العبث.

7- اضرب مثالا لحجّة الخلف.

8- عرّف الحجّة الاقتصاديّة.

9- اضرب مثالا على الحجّة الاقتصاديّة.

10- عرّف بالمثال حجّة طبيعة الأشياء.

11- عرّف الحجّة النّفسانيّة.

12- عرّف الحجّة الغائيّة.

13- عرّف الحجّة التّاريخيّة بواسطة مثال.

14- ما هي أشكال حجّة الأولى.

15- قياس المثل.

16- قياس العكس.

17- عرّف ما يسمّى الحجّة بالمثال.

18- اذكر ثلاث حجج تستعمل في صورة وجود غموض في القانون.

19- اذكر ثلاث حجج تستعمل في صورة وجود فراغ في القانون.

20- اذكر ثلاث حجج تستعمل في صورة وجود غموض في القانون وتستعمل أيضا في صورة وجود فراغ في القانون.

أسئلة مع خيارات متعدّدة

الأسئلة:

1. إذا لم ينصّ القانون على حكم خاصّ، فالحكم العامّ هو الإباحة.

أ) هنا نحن أمام حجّة كمال النّظام القانونيّ.

ب) هنا نحن أمام حجّة النّسق.

ج) هنا نحن أمام حجّة المثل.

د) هنا نحن أمام الحجّة التّاريخيّة.

2. يمكن إزالة التّعارض بين قانونين بواسطة:

أ) قاعدة الخاصّ يقدّم على العامّ.

ب) اعتبار أنّ أحد القانونين ناسخ للآخر.

ج) حجّة كمال النّظام القانونيّ.

د) حجّة المثل.

3. هل تسمّى الحجّة الاقتصاديّة باسم آخر هو:

أ) حجّة الإفادة أولى من الإعادة.

ب) حجّة التّأسيس أولى من التّأكيد.

ج) فرض المشرّع الذي لا يكرّر.

د) حجّة الإحالة على العبث.

4. حجّة الخلف هي:

أ) حجّة الإحالة على العبث.

ب) حجّة بمقتضاها، وإذا احتمل القانون معنيين واحد يجعله يؤدّي إلى نتائج ظالمة والآخر لا يؤدّي إلى ذلك، نعطي القانون المعنى الأوّل.

ج) الحجّة الاقتصاديّة.

د) حجّة بمقتضاها نؤوّل القانون على أنّه لا يحوي تكرارا.

5. ماذا يسمّي حاييم بيرلمان الحجّة التي تعتمد على الأعمال التّحضيريّة؟

أ) الحجّة النّفسانيّة.

ب) حجّة الاتّساق.

ج) حجّة طبيعة الأشياء.

د) حجّة كمال النّظام القانونيّ.

6. إذا كانت القاعدة تلزم كلّ فتى بلغ العشرين بأداء الخدمة العسكريّة، فإنّنا نستنتج أنّ الفتيات لا يخضعن للالتزام نفسه.

أ) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة حجّة العكس.

ب) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة حجّة الأولى.

ج) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة الحجّة الاقتصاديّة.

د) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة حجّة المثل.

7. من القاعدة التي تقول إنّ الجرح ممنوع نستنتج أنّ القتل ممنوع.

أ) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة حجّة الأولى.

ب) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة الحجّة القائلة إنّ من لا يمكنه الأقلّ لا يمكنه الأكثرّ.

ج) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة الحجّة القائلة إنّ من يمكنه الأكثر يمكنه الأقلّ.

د) هذا الاستنتاج تمّ بواسطة حجّة الخلف.

الأجوبة:

1. (أ)
2. (أ) (ب)
3. (أ) (ب) (ج)
4. (أ) (ب)
5. (أ)
6. (أ)
7. (أ) (ب)

الفقرة الثّانية: النّموذج الثّاني: بيار بيسكاتور

التّأويل والتّفكير◊ من يرد أن يصوّر عمل من يشتغل في الفقه القانونيّ سيقول إنّه يتمثّل بالأساس في ما يلي:

أمام نصّ قانونيّ «أ»، يستعمل الفقيه حججا هي «ب»، ليصل إلى إعطاء معنى للقانون هو «ج».

ومن يدرس الحجج «ب»، يجد بعضها خاصّا يهمّ حالة معيّنة (عبارة وردت في النّصّ القانونيّ «أ»)، ولنسمّها «ب 1». أمّا البعض الآخر، فمشترك ويستعمل فيما يخصّ عبارات نصوص أخرى وفي مختلف فروع القانون الخاصّ أو العامّ، وسنسمّي هذه الحجج المشتركة «ب 2» (رأينا أمثلة من هذه الحجج «ب 2» سابقا، وذلك عند حاييم بيرلمان). ولأنّ «ب 2» حجج مشتركة بين مختلف فروع القانون، فهي التي تهتمّ بها المنهجيّة القانونيّة.

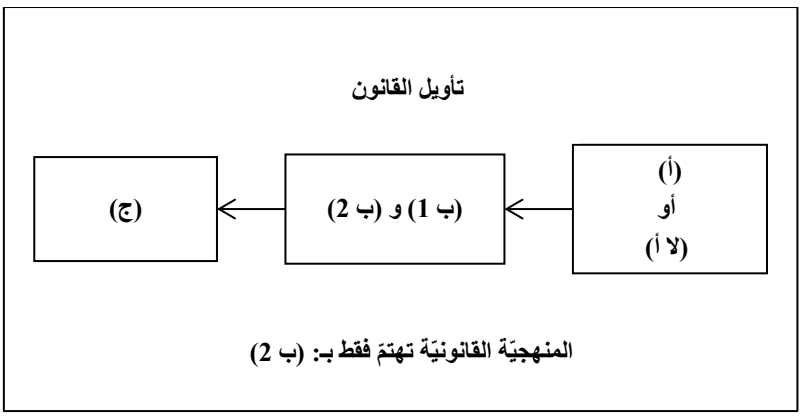
وقد يجد الفقيه القانونيّ نفسه لا أمام نصّ قانونيّ «أ»، بل أمام غياب النّصّ القانونيّ: «لا أ». رغم هذا، وبسبب افتراضٍ هو كمال النّظام القانونيّ، يستعمل الفقيه حججا هي من نوع ما رأيناه أعلاه تحت اسم «ب 2» ليصل إلى إعطاء معنى للقانون هو «ج» (رأينا أمثلة من هذه الحجج «ب 2» سابقا، وذلك عند حاييم بيرلمان).

والاشتغال على «أ» أو على «لا أ»، ثمّ استعمال «ب 1» و«ب 2»، للوصول إلى «ج»، يسمّى تأويلا interprétation[21].

ولقد تناول بيار بيسكاتور[22] نظريّات وطرق التّأويل، وهي نظريّات وطرق تهمّ ما أسميناه أعلاه الحجج المشتركة «ب 2».

---

(21)



(22) ولد بيار بيسكاتور في اللكسمبورغ سنة 1919. تحصّل على الدّكتوراه في القانون سنة 1946. عمل كديبلوماسي بداية من هذه السّنة. درّس القانون من سنة 1954 إلى 1960، ومن سنة 1968 إلى 1984. سُمّي قاضيا في محكمة العدل الأوروبّيّة سنة 1967 وغادرها سنة 1985. توفّي سنة 2010. من مؤلّفاته الكتاب الذي سنشتغل عليه هنا، وهو:

بيار بيسكاتور، مقدّمة لعلم القانون، مكتب مطبوعات الدّولة، لوكسمبورغ، 1960.

لنقل الآن ما قلناه للتّوّ ولكن بعبارات أخرى هي تلك التي استعملناها منذ بداية هذا الدّرس وتعوّدنا عليها:
إنّ الاشتغال على «أ» أو على «لا أ»، ثمّ استعمال «ب 1» و«ب 2»، للوصول إلى «ج»، يسمّى تفكيرا raisonnement (ولأنّ موضوع التّفكير قانونيّ، يسمّى التّفكير تفكيرا قانونيّا raisonnement juridique)[23].
وفي هذا التّفكير، المجهولُ الذي يواجهه الفقيه القانونيّ ويحدّد نوعه يتعلّق بالمعنى الذي ينبغي إعطاؤه للقانون الموجود «أ» أو للقانون الغائب «لا أ».
ثمّ تأتي حركة الفكر الذّاهبة والدّائريّة، وهي تتعلّق بالحجج «ب 1» و«ب 2» (لكن ما يهمّنا في المنهجيّة القانونيّة هو الحجج المشتركة بين مختلف فروع القانون، أي «ب 2»).
أخيرا ينتهي المطاف إلى حركة الفكر الرّاجعة، أي ينتهي إلى «ج»[24].
وما أسمي أعلاه نظريّات تأويل يمكن أن نسمّيه أيضا نظريّات تفكير. وما أسمي طرق تأويل يمكن أن يتسمّى كذلك بطرق تفكير.

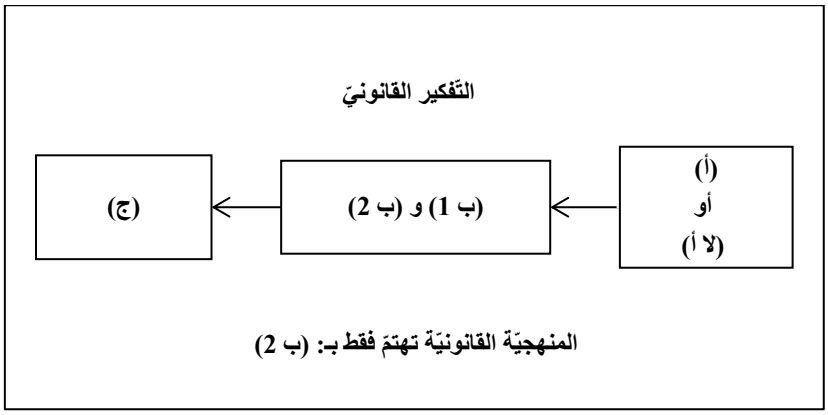
Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Office des imprimés de l'Etat, Luxembourg, 1960.

حول المعطيات الواردة أعلاه بشأن بيار بيسكاتور انظر:

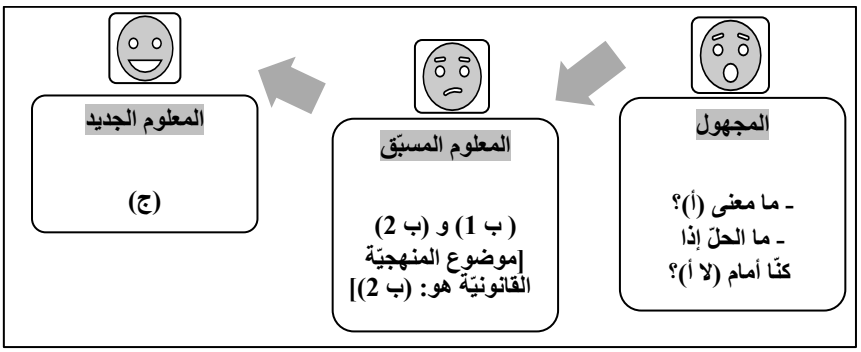
ميغال نيكولاس، «بيار بيسكاتور (1919 – 2010)»، موقع: الجمعيّة الفرنسيّة من أجل القانون الدّوليّ <http://www.sfdi.org/internationalistes/pescatore/>، تاريخ آخر اطّلاع 24 فيفري 2020.

Miguel Nicolas, « Pierre Pescatore (1919 – 2010) », Site : Société française pour le droit international <http://www.sfdi.org/internationalistes/pescatore/>, Dernière consultation 24 février 2020.

(23)



(24)



وسنبدأ (في هذا العنوان المتعلّق بـ: بيار بيسكاتور) من هنا، أي من نظريّات التّفكير والتّأويل، ثمّ سنمرّ إلى الطّرق.