

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

تاريخ النشر : 01 دجنبر 2012

العدد الثاني : دجنبر 2012

المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

Le Professeur Marie-Anne Frison-Roche

Université de Paris IX-Dauphine

LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE

HERMES 16, 1995



Traduction de Fouzi RHERROUSSE

Docteur en droit privé de l'université de PARIS XIII et

D'Aïda BENNINI" chargée d'enseignement à la faculté de droit de Cergy-Pontoise

البلاغة القانونية

فيما قبل كان القانونيون ينوون بأنفسهم بعيدا عن فكرة البلاغة القانونية , إذ كانت تعتبر ضربا من الإغواء , فنا من فنون الكذب و اللبس ،خدعة من خدع الحامين و أخيرا فنا لا يتمتع بأسس الصرامة العلمية.

إن القانون علم و في نفس الوقت موضوع لعلم أي انه *une science et un objet de science*¹. فإذا قدمنا القانون على انه "فن" فانه سيرمي القانونيين في الخلط و عدم الدقة كمثل الفنان الذي يلبس الحقيقة لباسا ليس لها ،أما القانون كعلم فهو مادة الرجل المنظم كالقانوني مثلا و الذي يسمح له بان يدعي امتلاك الحقيقة.

*إقبال القانونيين على المنطق الأرسطي او الشكلي .

لقد فرض المنطق الشكلي نفسه بسهولة لسببين:

- الأول: يعزى لإستراتيجية السلطة لدى القانونيين. فهذا المنطق يمنح لهم سلطة على القانون إذ يعطيهم الوسيلة للتفكير بدقة العلوم الحققة. فالمنطق الأرسطي *sylogisme* يسمح لهم بالتعامل مع القانون و تطبيق قواعده على الوقائع دون أن يكونوا طرفا فيها. إذ يقتصر رجال القانونيون على لعب دور *agent* وليس دور *auteur*.

فبالفعل عن طريق استعمال المنطق الشكلي لا يملك القانوني القاعدة القانونية (الفرضية الرئيسة *la majeure*) و لا الأفعال التي تطبق عليها القواعد القانونية (الفرضية الثانوية *la mineure*) و لا الحل الذي يتوصل اليه عن طريق القياس المنطقي.

فالحكم يكون صحيحا اذا كان "منطقيا" ، هكذا تحترق الحقيقة و يضحى بها من اجل المنطق. من هنا يخرج القانوني "سالما" من هذه الميكانيزمات المنطقية للقانون الوضعي . القانوني يحرك كل شيء في القانون دون ان يكون طرفا في هذه المعادلة التي تجمعها بالقاعدة القانونية ، الواقعة القانونية و المنطق الارسطي.

¹ Voir, par exemple, Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F. (coll. «Droit fondamental»), 1985; et l'ouvrage collectif "Philosophie et épistémologie juridiques", *Revue de Synthèse*, n° 118-119, Albin Michel, 1985.

هذا ما يدفع (PIERRE BOURDIEU (1986 et 1991) إلى نعت القانونيون بـ "حراس منافقين لنظام منافق". وبعيدا عن هذا النعت الاستهزائي فرجال القانون استقطبهم نموذج "الخبير العلمي" L'expert scientifique، الاستقطاب الذي يمارسه المنطق القياسي يمكن من شرح أسبابه النظرية. وبالفعل تأثر القانون كثيرا بأفكار الفقيه HANS KELSEN، إذ كان يهدف هذا الأخير إلى "نظرية محضة للقانون"². فهذا الفقيه يعتبر أن القانون شابته شوائب خارجة عنه كالقيم الأخلاقية و الدينية و التي أثرت في القانوني و تبعا في أحكامه.

غير أن القانون يجب أن يكون خالصا متحررا من هذه الشوائب حتى يصبح خالصا، مما يجعله بعيدا عن أي نقد. لذا يجب تكوين مفهوم عن القانون خالص من كل عوامل دخيلة تؤثر في محتواه، و هكذا يكون القانون قد قطع شوطا كبيرا في التقدم نحو نسق قانوني متطور système juridique développé.

لذا فان خلق قاعدة قانونية يجب أن يكون على النحو الآتي: من له السلطة في إصدار القوانين و يعين وضعية أو واقعة قانونية بصفة مجردة مثلا: يحدث شخص ضررا، فيربط المشرع مفعولا قانونيا: من قام بالضرر يستوجب عليه تعويض الشخص المتضرر، هكذا تولد القاعدة القانونية.

- الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي يؤكد: "كل من قام بفعل سبب ضررا يستوجب عليه تعويضه". فخلق قاعدة قانونية هو عملية إصاق imputation مفعول قانوني لواقعة، هذا الإصاق يجد جذوره في سلطة سيادية لمن ينتج القانون و لا يجد تعليلا في أي علاقة سببية ما بين الواقعة و القاعدة القانونية. لذا لا يجب البحث عن الواقعة أساس القاعدة القانونية في الأخلاق و القول أن تعويض المتضرر هو نتيجة لوجود قاعدة أخلاقية أو دينية تشجع على التعويض. أساس القاعدة القانونية fondement هو المشرع، لكن يجدر الإشارة إلى أن القواعد القانونية تنظم في إطار نسق و نظام قانوني يكون عربون أمان لاستقرار المعاملات sécurité juridique و حماية الأشخاص. هذه القاعدة القانونية تخضع إلى إلزام الترابط obligation de cohérence، هذا الانسجام لا يكون على أساس أخلاقي أو ديني أو سياسي و إلا سيخرج الشق القانوني عن نطاقه و يفقده صفاه.

². Rééd. 1992.

يمكن الحصول عليه بفضل مبدأ هرمية القواعد القانونية *hiérarchie des normes* و التي يعرضها HANS KELSEN على شكل هرم. هكذا تكون القاعدة القانونية صحيحة . لا لأن محتواها صحيح أو أخلاقي أو ديني، بل لأنها لا تتناقض مع القاعدة القانونية التي تعلوها في السلم الهرمي للقواعد القانونية. انه نظام يعتمد على مبدأ الصلاحية. هكذا يجب ان يكون المرسوم قانونيا و القانون دستوريا الخ. فالدستور هو القاعدة المؤسسة *norme fondamentale* فهو قاعدة توجد خارج النسق القانوني و هي قاعدة فوق - قانونية قادرة على التأسيس.

في هذا النسق يلعب المجلس الدستوري دور المفاعل لمراقبة القوانين و صلاحيتها. هذه الطريقة التي تعتمد على مراقبة الشكل الخارجي للقواعد القانونية دون الاهتمام بالمحتوى تساعد على قيام تلقائيات *automatisme* و مكنته بداخل النسق القانوني و الذي يعتبر عربونا على أدائه *spécificité et performance*. هذا ما جعل بعض النظريات الجديدة كنظرية *l'autopoiesis* تعتمد على نفس أسس نظرية HANS KELSEN " نسق قانوني ذو حركية داخلية، مستقلة و محايدة للقواعد القانونية فيما بينها " 1993 TEUBNER .

في هذا المجال النظري يجد المنطق الشكلي مكانه الطبيعي، هذه الآلة التي تعمل بدون مجادلة او تردد . هكذا. ندرس لطلبة القانون ان المنطق القانوني هو منطق بالأساس قضائي و يمكن تقديمه على صورة *sylogisme* اذ يقوم القاضي بتطبيق القاعدة العامة على وقائع خاصة.

غير أن للمشرع " سيادة" تجعله فوق المنطق فلا يتقيد به، فعلة القانون لا توجد إلا في إرادته السياسية (BASTIT 1990) لذا ولمعرفة معنى القانون يجب تأويله و الرضوخ لمعانيه. لكن هذا لا يمنع انتقاده (REMMY 1985). حيث لا يوجد هناك منطق تشريعي *logique législative* يقحم المشرع في سلسلة من السببيات *causalités*. فالمشرع لا يهدف إلى إرضاء أو إقناع من يوجه إليهم القانون، فهو يرغمهم على احترام قراراته اي القوانين، لهذا فالمنطق القانوني شكليا كان ام بلاغيا يظل منطقا قضائيا³.

³. Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, *La Logique judiciaire*, PUF, 1969

ان تلخيص القانون في نواظم منطقية جافة تسمح له بان يشبه العلوم الحقة. لكن العلوم الحقة بنفسها أصبحت تترك مساحة اكبر للتعليل l'argumentation .

يرجع الفضل الى الفيلسوف و الفقيه CHAIM PERELMAN في إعطاء " التعليل argumentation " المكانة التي تليق به. فقد اكد هذا الفقيه على أهمية محتوى القرارات و الأحكام القضائية التي تطبق على الوقائع. لقد سخر PERELMAN جزءا من حياته وأعماله لدراسة منطق الأحكام القيمية⁴ ثم منطق الأحكام القضائية⁵. هذا الفيلسوف أكد أن المنطق الشكلي ليس خاصا بعلم من العلوم ثم وصل الى خلاصة مفادها ان البلاغة هي المنطق القضائي بجدارة " فمنطق الاحكام القيمية لا يجب ان يجعلها تخضع الى اعتبارية احد ما."⁶ لذا فالمنطق الشكلي يجب ان يترك مكانه الى اعتبارات لها علاقة بمحتوى القواعد، بالظرية العامة و بالأشخاص المعنيين بدون ان

⁴ Voir en particulier : *Justice et Raison*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2ème éd., 1972

⁵ On consultera notamment avec profit : *Rhétorique et philosophie* (P.U.F., 1952) ; *Traité de l'argumentation. La Nouvelle rhétorique*, en collaboration avec L. Olbrecht-Tyteca, (Ed. ULB, 1983) ; *L'Empire rhétorique* (Vrin, 1977) ; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Daloz, 1979) ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique* (L.G.D.J., 1984).

Parmi les articles, on peut se reporter à : « Droit, logique et épistémologie », in *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie* (Vrin, 1973) ; « L'interprétation juridique », in *L'Interprétation*, Archives de philosophie du droit, t. 17, (Sirey, 1972) ; « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Formes de rationalité en droit*, Archives de philosophie du droit, op. cit., t. 23, 1978.

À propos de Ch. Perelman, on peut consulter L. Husson, *Réflexions sur la théorie de l'argumentation de Ch.*

Perelman, Archives de philosophie du droit, 1977, p. 435 s. ; G. Haarscher, « La Philosophie du droit et la

"Nouvelle rhétorique" in *Philosophie et épistémologie juridique*, préc, p. 219 s. et *La Rhétorique de la raison*

pratique, Revue internationale de philosophie, n° 127-128, 1979 ; sous la direction d'A. Lempereur, *L'Homme et la*

rhétorique, Klincksieck, 1990 ; *De la Métaphysique à la rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, éd. de

l'Université de Bruxelles, 1986 ; *L'influence de Chaïm Perelman sur la philosophie et les sciences humaines*, Congrès

17-19 oct. 1991, repris sous le titre *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, 1994.

⁶ *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n°49, p. 101.

نسقط في النسبية المفرطة بفضل المنهج الذي اقترحه PERELMAN. كان الهدف نفسه الذي كان يرغب في إدراكه الفيلسوف (HENRI MOTULSKY 1948)، في كتابه "مبادئ في التحقيق المنهجي للقانون" لكن هذا الفيلسوف اراد خلق نوع من المصالحة ما بين المنطق الشكلي و الاحكام القيمية عن طريق فرض منهج يتبعه القاضي من اجل الحفاظ على سيادة القانون على الاحكام القضائية في حين يؤكد PERELMAN على تنازل المشرع عن سلطته لفائدة القاضي. هكذا تكون افكاره في تطابق مع أفكار الفيلسوف و الفقيه MICHEL VILLEY .

إلا انه يجب تحديد المنهج الذي يستعمله القاضي انطلاقا من فرضيات *permises* مسموح بها للوصول إلى أحكام منصفة و مقبولة لأنها معقولة *raisonnable*، مستعينا بأفكار ارسطو و الذي صنف عناصر البلاغة انطلاقا من صورة المرافع *le plaideur* . أعاد PERELMAN إلى الواجهة المنطق "الديالكتيكي" المبني على التعليل *l'argumentation*. هذا المنهج لا يعتمد على الإغواء أو سحر و إطراء المستمع *l'interlocuteur* مع الابتعاد عن دغمائية المنطق الشكلي و دون السقوط في السفسطة. وذلك من اجل التأسيس لمنطق معقول *raisonnable* يأخذ بعين الاعتبار الظرفية *le contexte* .

هكذا ، يهدف المنطق القضائي إلى ايجاد و تعليل الحل للنزاعات و الذي تتواجه في إطارها الحجج و الدلائل متبعين مسطرة مفروضة من اجل الاعتراف *faire valoir* في وضعيات مختلفة بقرارات او قيم تقبل من المجتمع. فعلى القاضي ان يبحث عن حل للنزاع يكون عادلا و معقولا حتى تكون الوقائع التي تعرض عليه ذات مخرج مقنع⁷. لذلك فمن زاوية كرونولوجية و منطقية تنتظم الأحداث ثم القيم حول الميكانيزمات المنطقية للقاضي و ليس القواعد القانونية. فأطراف النزاع يشيدون انطلاقا من الوقائع النظرية التي سيعرضونها على القاضي لإقناعه بها. لكي يبث القاضي في النزاع فانه يتوجب عليه الاستعانة بالنصوص القانونية إذ هو ملزم باحترامها، لكنه في نفس الوقت يختار بين هذه النصوص القانونية المختلفة التي يؤولها، النص الذي يريد به بكل حرية. لا يجب عليه إلا أن يكون موافقا مع القانون الجاري به العمل

. وما يسهل هذه المهمة هو ان القاضي يستطيع ايجاد الحلول للنزاعات في المصادر الشكلية للقانون *sources formelles*. كما في المصادر غير الشكلية أو المبادئ العامة للقانون *principes*

⁷ 7. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n°71, p. 135.

généraux، هذه المبادئ العامة للقانون تعبر بشكل واضح على السلطة التناسبية للقاضي و الذي يعبر عنها في الأحكام القضائية بصفة بلاغية . ان المبادئ العامة للقانون باعتبارها مكونا أساسيا لحقوق الإنسان التي تعطي في نظام لائكي الاشتياق إلى ما هو مقدس و تعطي أساسا ذاتيا subjectif لكل . هذه المبادئ لا يخلقها القاضي بل يقتصر على النطق بها⁸، لهذا يستطيع إبعاد الشكوك حول إمكانية خلقه للقانون، الذي يتنافى مع الفصل 5 من القانون المدني الذي يمنع القاضي من اتخاذ الإحكام المقررة arrêts-règlements⁹ لذلك على القاضي الاعتماد على عقلانية حداثرية¹⁰ rationalité prudentielle، و التي تسمح له باحترام مقتضيات الفصل 4 من القانون المدني الفرنسي الذي يفرض على القاضي إيجاد حل لكل النزاعات المعروضة عليه¹¹.

هكذا يظهر التعليل argumentation كتقنية لإثبات الوقائع établissement des faits و لتطبيق القانون لكن PERELMAN يضع موضع نقاش هذا التقسيم المعروف في القانون بين الواقع و القانون le fait et le droit، بل هو يزاوج بينهما من اجل الوصول الى حل للنزاعات المعروضة على القاضي. غير أن تطبيق القانون على الحوادث و الذي يتسنى تحقيق القواعد القانونية و حل النزاعات لا يمكن إلا إذا كانت هناك نقاط تلاقي¹² بين القانون و الوقائع هذه النقاط تسمح بالتساؤل حول جدوى وجود هذا التقسيم.

نستطيع التفكير و القول ان التقييم الكلاسيكي قانون وقائع fait et droit هو في الحقيقة عبارة عن واقع مفحوص بطريقة مختلفة لان القاعدة القانونية في الأصل هي واقعة تم أخذها بصفة مجردة¹³ و تم إلصاق مفعول قانوني لها un effet juridique هكذا تصبح الوقائع القانونية التي لا يمكن

⁸ Voir, par ex., Conseil constitutionnel, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*,

P.U.F., (coll. « Recherches politiques »), 1989.

⁹ Article 5 du Code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

¹⁰ Cf. O. Ballweg, « La rationalité prudentielle », in *Formes de rationalité en droit*, op. cit., p. 257 s.

¹¹ Article 4 du Code civil : « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance*

de loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

¹² voir, par exemple : A. Giuliani, « Le rôle du fait dans la controverse », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, T. 39, 1994, p. 229.

¹³ Ch. Atias, *Juris dictio : redire l'inédit*, D. 1992, p. 281 s.

إحصاؤها تحت ظل قاعدة قانونية تحكمها. وفي إطار النزاع تلعب تقنيات الأدلة les techniques probatoires دور الوسيط بين الفعل والقانون (MOTULSKY 1948).

هذا اللقاء "الحميم" بين الواقع والقاعدة القانونية هذا المجهود لربط للواقع بالقاعدة القانونية المطابقة له يسمى بالتكييف qualification هذه العملية تسمح بإدخال الواقع le fait particulier في فئة قانونية catégorie juridique تطبق عليها من أجل حل النزاع. على سبيل المثال الشخص A يعطي مالا للشخص B لأجل اخذ سيارة يملكها هذا الأخير للذهاب في عطلة، غير أن الشخص B لا يريد تسليم السيارة. التكييف القانوني يسمح بتسمية العملية بـ "عقد شراء" و إعطاء الشخص A والشخص B صفة البائع والمشتري. إن الأفعال faits تخضع لعملية تجريد opération d'abstraction ما يساعد على رؤية إن البائع رفض تسليم المبيع وهذا ما يجعله تحت سلطة الفصل 1604 الذي يخص قواعد البيع فعملية التكييف تسمح بلم شمل الفعل والقانون من أجل إيجاد حل للنزاع وذلك بفضل البلاغة القانونية. فبالفعل تأخذ البلاغة القانونية مكانة رئيسية في النقاش الذي يثيره النزاع¹⁴ - فالنقاش الدائر في النزاع يركز على مبادلة الحجج للوصول أخيرا إلى حل للنزاع (STAROBINSKI 1986) بالإضافة إلى هذا فإنه في إطار دولة القانون لا يستطيع الناس التصارع إلا عن طريق النقاش في إطار محكمة (THEVENOT 1992) فالبلاغة شكل من أشكال التخفيف من حدة النزاعات بفضل تحويل الاحتقانات إلى جمل و خطاب لغوي.

تجدر الإشارة إلى أن المنطق القانوني لا يبدأ بالنقاش حول الواقع مباشرة، حيث إنه قبل التواجه يجب توضيح موضوع النزاع هذا ما تعبر عنه مدونة المسطرة المدنية الجديدة بـ "موضوع النزاع". الفقيه MICHEL MEYER (1985) يعتقد أن إيجاد موضوع النزاع هو الحالة الأكثر تطورا للبلاغة القانونية¹⁵ لأنه لا يمكن تأسيس بلاغة أو حجج قبل معرفة موضوع النزاع إذ أن إيجاد أسس النزاع هو تحديد موضوع المنازعة أي المشكل القانوني والإنساني الذي يطرحه النزاع هكذا يكون

¹⁴ Cf. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, 1994 (v. biblio.).

¹⁵ Cf. *Problématologie : pour une rhétorique de la raison*, Revue internationale de philosophie, 1985/4; *De la Problématologie* (Mardaga, 1986). Voir aussi A. Lempereur, « Problématologie du droit », in *L'homme et la rhétorique*, op. cit., p. 213 s.

هذا الأخير عبارة " عن توافق حول موضوع خلاف ". يعطي PERELMAN أهمية كبرى لهذا التوافق حول موضوع الخلاف إذ هو المادة الخام لهذه البلاغة القانونية و الذي لا يجعلها تسقط في "السفسطة". هذا يتطابق أكثر مع المساطر الانكلوساكسونية¹⁶ منه مع المساطر الأوربية التي لا تفتح الباب للبلاغة و الحجج إلا فيما بعد. عندما يفتح النزاع تتصارع الفكرتين المضاويتين لأطراف النزاع و على ضوءهما يأخذ القاضي باعتباره شخصا ثالثا و محايدا قراره العادل و المعقول، فهو الذي ينظم الحوار الدائر بين الطرفين دون المشاركة فيه لذلك فانه من المدهش جدا ان PERELMAN بالرغم من الاهتمام الكبير الذي أولاه لشخص القاضي و الى محاربة المنطق الأرسطي الشكلي لم يرتئ تشييد نظرية خاصة بالنزاع *théorie de procès*¹⁷

ينخرط في إطار تبادل الأطروحات المشوهة للحقائق و *argumentation*. فبالفعل ان التعليل القانون. ان التعارض الموجود بين الأطروحتين المتناقضتين هو الذي يرسى هذا الصراع. البلاغة *principe du* القانونية تتطابق مع مبدأ مهم من مبادئ المسطرة المدنية و هي مبدأ الحضور و الذي يفرض النقاش بين طرفي الصراع و الحق لكل واحد منهما بالمشاركة و *contradictoire* الحضور و الحصول على الوقت الكافي للإجابة على الحجج التي قد تضر بمصلحته. أما المنطق الأرسطي الشكلي فهو يتطابق أكثر مع قاض وحيد. أما حقوق الدفاع فلن يكون لها أي معنى في هذا النوع من المنطق (Frison-Roche, 1994, p. 199 s).

هكذا تصبح نتيجة الحكم تقنية بلاغية في حد ذاتها لأنها "معقولة" و "مقبولة". ففي هذا النوع من المنطق يصبح الحكم بأحكام مقبولة و اللجوء إلى تقنيات التعليل أمر حتميا¹⁸.
(1979, op. cit., p. 137)

لذا يجدر الإشارة إلى هذه الملاحظة و التي مؤداها إلى أن المنطق الشكلي يجعل الحكم يأخذ مشروعيته بصفة مطلقة من قوة القانون فهذا الأخير لا يعاني منافسة أي مصدر من مصادر القانون، في حين انه

¹⁶ Voir, notamment, les exemples développés par G. Barden, « Le dialogue qu'est la "Common law" », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc, t. 29, 1984, p. 95 s., spéc, p. 98 s.

¹⁷ G. Haarscher, « Le procès chez Perelman », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, préc, p. 201 a.

¹⁸ A. Lempereur, « Argumentation juridique : de l'avocat au juge », in *Argumenter II*, C.N.D.P., 1990.

في إطار منطق تعليلي بحيث يأخذ الظاهر مكان الواقع و يحتل المعقول مكان العقل و يصبح المقبول عربون العدالة. فإذا كان الحكم مقبولا فهو لا محالة عادل.

هكذا نستطيع من جديد التمتع بالقياس المنطقي الشكلي و الذي بفضلته نتعرف على الأحكام القضائية الأكثر أهمية *arrêt de principe* ففي هذا النوع من الأحكام تعرض الوقائع بإيجاز ثم قاعدة من القواعد القانونية دون الحديث عن حجج الأطراف كثيرا ثم تعرض بعد ذلك كحل للقضية *solution de litige*. نلاحظ ان هذا النوع من التعليل المرتكز على المنطق الأرسطي هو الوجه الأكمل للبلاغة القانونية لأنه "مقبول و معقول". فالجمهور لا يستطيع رد المنطق أو الثورة على الرياضيات. لذلك فإن "مفهوم الجمهور" عند PERELMAN له مكانه خاصة في منطقة الديالكتيكي. لأنه هو من يستقبل الأحكام و القرارات و يثبت معقوليتها و عدالتها. و ينقسم الجمهور *auditoire* في نظرية PERELMAN إلى عدة دوائر مركزية: أطراف النزاع الأشخاص الحاضرون في المحكمة ، أو من لديهم علم بالحكم ، مهنيو القانون ، فئة المجتمع التي يخصها الحكم و أخيرا المجتمع بأكمله.

إن PERELMAN يذكر في معرض حديثه عن الجمهور العام *auditoire universel* ، هذا الجمهور يمثل العقل أو المعقولية و تنعكس عليه عدالة هذه الأحكام الجمهور يمثل مجال قوة القاضي. يعطي PERELMAN سلطة خالقة للقاضي و الذي يملك بين يديه فضيلة العدالة، فالقانون بالنسبة إليه. ليس إلا وسيلة بلاغية بين الوسائل. فالحكم الذي لا يحصل على رضا الجمهور يعتبر غير عادل و لو كان "قانونيا" ، إذا فلحكم يعكس "الشعور القانوني" للمجتمع في ان ما. (ZENATI 1991). هكذا يبقى القضاة رهينة و غير أحرار، لا بسبب مشرع يجعل منهم لسان القانون و الناطق به. و حسب ما تمناه MONTESQUIEU بل بسبب قوة المجتمع. هذا يستلزم قوة بصيرة المجتمع و فضيلة الجسم الاجتماعي ، هذا ما يعتقد بكل تفاؤل عقلاني¹⁹ الفقيه

¹⁹ Voir l'extrait d'un *Discours sur l'éloquence*, écrit anonymement avant la réunion des États généraux, reproduit par J. Starobinski, préc, p. 458 : «La nation en corps est à la fois le juge le plus ardent et le plus flexible : elle aime à être fortement émue et préfère les clartés éblouissantes de l'imagination à la douce et paisible lumière de la raison. La liberté de l'orateur "flatte" la sienne ».

PERELMAN. لكن عندما يكون القضاء مفتوحا على المجتمع فان البلاغة و الديماغوجية يزحفان كزوج مهدد للمدينة و العدالة .

*من المنطق القضائي الى المنطق التشريعي

لطالما فضل PERELMAN جعل القاضي خاضعا للجسم الاجتماعي في بلاغة تحرره من المشرع لأنه كان يتهم هذا الأخير بكونه يخضع القانون للمنافسات الحزبية. لكن من حقنا ان نكون حذرين من "حكومة القضاة".

لهذا لم لا نفرض على المشرع أن يكون مسؤولا أمامنا بدل أن نعطي سلطته للقضاة؟ ان تأسيس منطق قانوني بدل منطق قضائي يقتصر على القضاة فقط. هذا المنطق القانوني سيسمح بدراسة القاضي و المشرع في ان واحد و عدم التفريق بينهم و جعل احدهما فوق الآخر بصفة دغمائية كما سيسمح بإنشاء حوار بين مصادر القانون، ما سيعود بالنفع على نسقنا القانوني. فبالفعل يجب على المشرع ان يستعمل "صورا من القانونية" « figures de légalité » (MORAND). بعد فقد القانون لسلطته، يمكن له ان يحتفظ ببعض بريقه عن طريق قدرته على الإقناع عبر مفهوم "المجال العام" الذي انشاه هبرماز و إلا فان المواطنين « justiciable » المتقاضين يستطيعون تحافيه عن طريق الغش. إذا اكتفى القانون بسلطته الشكلية فانه لن يزيد إلا تعقدا و ثقلا بسبب تعدد المساطر و العقوبات التي تؤدي حتما الى انعدام الفعالية.

في هذا الإطار تكون البلاغة القانونية نمطا من أنماط بناء خطاب تشريعي كما هو الحال مع الخطاب القضائي و مع أي خطاب ذي مصلحة.

ان الجسم الاجتماعي باعتباره مستقبلا destinataire لهذه القوانين و القضاة باعتبارهم وسيطا في حالة من الثورة ضد هذه القوانين. هذا التوتر الموجود بين القانون و القاضي أصبح جليا ، حيث أصبح هذا الأخير لا يكفي بالقانون مصدرا بل يلجا الى مصادر أخرى. فرونق القانون prestige de la loi لم يبق كافيا لإقناع القضاة و القانون أصبح مفتوحا على مصادر أخرى كالمبادئ العامة للقانون و القيم الأخلاقية الخ وهذا ما يساعد عليه الأشغال المحضرة للقوانين travaux préparatoires.

على سبيل المثال فان قانون 25 يناير 1985 الخاص بالشركات المفلسة يمنح للقانون الحق بمعالجة redresser الشركات و الحفاظ على التشغيل. فكان هذا القانون محط آمال تم تخييرها. هذا ما دفع

المشرع إلى تعديله reformer²⁰ بقانون 10 يونيو 1994 و الذي كان غاية في الإخفاق²¹. من هذا نستنتج انه على المشرع ليس فقط الوفاء بوعوده دون احترامها، اذ عليه احترام وعوده وعليه أيضا أن يشرح و يعلل s'expliquer .

ان على المشرع التزاما يجب أن يقوم به . إذ يجب ان يوضح أسباب و حيثيات القوانين التي يشرعها حتى يتسنى للمتلقين فهما هكذا يجد المنهج الباحث عن نية المشرع méthode théologique مجالا للتطبيق وهذا ما ينهجه القانون الأوربي le droit communautaire في قوانينه كما في أحكامه . في هذا الإطار تفرض قاعدة نفسها و هي "قاعدة العقل" la règle de la raison . لنفرض حالة مناقضة لما يتوجبه نص قانوني لكن نستطيع التملص منه إذا حققت أهدافه ، هكذا يصبح العقل او المنطق القانوني يستمد شرعيته لا من معنى القوانين و لا حتى من روحها بل من الأهداف التي يرسمها القانون هذا ما يؤكد قانون الاتحاد الأوربي و يسميه المفعول النافع للقوانين l'effet utile ، هكذا يظهر لنا ان القانون و القضاء هما مدينان لنفس الدائن، هذا الديكتاتور الذي يسمى الجسم الاجتماعي لذا فهما مجبوران على التنسيق فيما بينهما لإنتاج خطاب منسجم معلل ومقبول حتى تكون له شرعية . انه الان زمن "التحاور المنطقي" dialogique²² ما بين مختلف مصادر القانون حتى يتم إقناع الأشخاص القانونيين هؤلاء رغم دورهم وواجبهم باحترام القانون و الإذعان له يستطيعون في الأخير إحكام سيطرتهم عليه.

²⁰ Sous la direction de Ch.-A. Morand, *Expérimentations législatives et lois expérimentales*. P.U.A.M., 1993.

²¹ Cf. M.-A. Frison-Roche, «La cohérence de la loi nouvelle», in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz (à paraître).

²² F. Jacques, *Dialogiques (recherches logiques sur le dialogue)*, 1979 ; « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc, p. 7 s.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*. Paris, P.U.F. (coll. « Léviathan »), 1990.
- BOURDIEU, P., *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 3 s.
- « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J. (coll. « Droit et société »), 1991, p. 95 et s.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, Paris, Autrement (coll. « Morales »), 1994, p. 199 s.
- « La cohérence de la loi nouvelle », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*. Paris, Dalloz (à paraître).
- JACQUES, F., *Dialogiques (Recherches logiques sur le dialogue)*. Paris, P.U.F., 1979.
- LEMPEREUR, A., *L'Homme et la rhétorique*. Paris, Klincksieck, 1990.
- MEYER, M., "Problématologie : pour une rhétorique de la raison", *Revue internationale de philosophie*, n°4, 1985.
- *De la problématologie*. Bruxelles, Mardaga, 1986.
- *Questions de rhétorique*. Paris, Le Livre de Poche, 1993.
- MORAND, Ch.-A., *Les Figures de la légalité*. Paris, Publisud, 1992.
- MOTULSKY, H., *Principes de réalisation méthodique du droit. Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préface de P. Roubier). Paris, Sirey, 1948 (rééd. Dalloz, 1991).
- PERELMAN, Ch., *Justice et raison*. Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1972 (2ème éd.).
- *Rhétorique et philosophie*. Paris, P.U.F., 1952.
- *L'empire rhétorique*. Paris, Vrin, 1977.
- *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1979 (2ème éd.).
- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. L.G.D. J., 1984.
- PERELMAN, Ch., OLBRECHST-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1983 (1ère éd. 1970).
- RÉMY, Ph., « Eloge de l'exégèse », *Droits*, P.U.F., 1985, n° 1, p. 115 s.
- STAROBINSKI, J., « La chaire, la tribune, le barreau », in *Les Lieux de mémoire ; II. La Nation ; III. La gloire, les mots* (ss la dir. de Pierre Nora). Paris, Gallimard, 1986, p. 425.
- TEUBNER, G., *Le Droit, un Système autopoïétique*. Paris, P.U.F. (coll. « Voies du droit »), 1993.
- THÉVENOT, L., *Jugements ordinaires et jugement de droit*, *Annales E.S.C.*, 1992, nov.-déc, p. 1279 s.
- ZÉNATI, F., *La Jurisprudence*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1991.

www.majalah.new.ma مجلة الفقه والقانون

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

تاريخ النشر : 01 دجنبر 2012

العدد الثاني : دجنبر 2012

المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك