المحاضرة الخامسة : تقديم إستشارة قانونية

المطلب الثالث: منهجية تقديم إستشارة قانونية

يقول المولى عز وجل: " فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" الآية 43 من سورة النحل .

إن الاستشارة القانونية هي اختبار عملي للطالب في مستواه ومؤهلاته ومعارفه ومكتسباته البيداغوجية من أجل حل مسألة قانونية طبقا لمنهجية معينة يسقط عليها معلوماته النظرية التي درسها. فالمستشار القانوني (الطالب) يقدم رأيه بصفته مختص في المسألة القانونية عرضها عليه متسائل (المستشير) يبحث عن الجواب في إطار النزاع الذي يخوضه مع طرف آخر .

ويجب على المستشار أن يكون مختصا بالمجال المراد الجواب فيه، كما لا يمنع نفسه من طلب العون من مستشارين آخرين بميادين علمية أخرى كالشريعة الإسلامية والاقتصاد والطب... (سؤال يتضمن شقين الجانب الشرعي والقانوني في المسألة، فسؤاله عن مدة تقادم الدين كالأجر في القانون خمس سنوات طبقا للمادة 309 من القانون المدني، ليس نفسه الجواب ضمن أحكام الشريعة الإسلامية أين يبقى في ذمة المدين مهما طالت السنوات) .

إن الهدف الأساسي من الاستشارة القانونية هو خلق حل قانوني يتناسب مع الوقائع المادية أو القانونية المتسببة في حدوث النزاع، أو المشكلة القانونية، وتجدر الإشارة هنا أنه لا يشترط أن يكون طالب الاستشارة في مشكلة حتى يطلب الاستشارة بل يحتاجها حتى يكون على بينة من أمره قبل ان يبرم أو يتخذ قرارا معينا، خاصة عندما يجهل طبيعة العمل أو الأشخاص الذين سيتعامل معهم، فيتجنب بذلك مشاكل هو في غنى عنها، ومن هذا المنطلق نجد أن الاستشارة القانونية تهدف إلى :

- درء المخاطر وتجنب الكوارث لطالب الاستشارة القانونية، من خلال سلوك السبيل القانوني السليم والصحيح .
- معرفة موقف القانون بخصوص النزاع حتى تتضح الأمور لدى المستشير ليتجنب بذلك مصاريف لا طائل منها ولا يكون محل مسائلة قانونية إذا ما كانت الدعوى كيدية .
- معرفة الحل القانوني المناسب للوقائع والتصرفات القانونية التي سيقدم عليها طالب الاستشارة
- لتبيان حجم الحقوق والالتزامات عند التعاقد وإبرام الاتفاقيات .
- لتوضيح مسار المنازعة القانونية من بدايتها إلى نهايتها.
- تسليط الضوء على مواطن الثغرات القانونية التي أغفلتها النصوص القانونية، والتي من شأنها أن تفيد طالب الاستشارة القانونية .
- تساعد الاستشارة القانونية الطالب في تدعيم المعارف والمعلومات التي تلقاها، وتطبيقها في حل المسائل القانونية التي تتضمنها الاستشارة .

وتكون بطبيعة الحال في أغلب الأحيان، قبل اللجوء إلى القضاء، لأنه إذا انعقد الاختصاص للقضاء يصبح هذا الأخير هو المختص بالفصل فيها بحكم، ولا يمكن للاستشارة أن تحل محل الحكم القضائي المتوقع. لكن يبقي المعني يقترب من توقع التطبيق الصحيح للقانون إذا كانت الاستشارة سليمة وصائبة.

في البداية يجب أن نعلم أن المستشير هو شخص عادي ليس له اطلاع على الجانب القانوني، وبالتالي يكون هدفه من الاستشارة هو الحصول على إجابات دقيقة لمشكلته أو مسألته القانونية، وقد تكون هذه الاستشارة شفوية أو مكتوبة، مهما كانت الطريقة فعلى المستشار أن يقرأ أو يسمع جميع معطيات القضية من وقائع وإجراءات، وحصرها وإحصائها مع فهم دقيق لجميع عناصرها كما هي، دون زيادة ولا نقصان بطريقة مجردة ، مع الانتباه إلى الوقائع الأساسية والمنتجة في القضية.

وللإجابة على استشارة قانونية يجب إتباع خطوات منهجية دقيقة تساعده على دراسة مضمون الاستشارة وتقديم الحلول في شكل منهجي مرتب، و تمر الاستشارة بثلاثة مراحل وتتمثل في: المرحلة الأولى المرحلة التحضيرية خاصة بالمعطيات (أولا)، ثم المرحلة الثانية: المرحلة التحريرية خاصة بالحل والإجابة (ثانيا)، والمرحلة الثالثة: تتمثل في الحوصلة(ثالثا).

المحاضرة الخامسة : تقديم إستشارة قانونية

أولا: المرحلة التحضيرية (المعطيات)

في هذه المرحلة وكما يدل عليها اسمها، يجب تحضير بعض العناصر الضرورية لإجراء استشارة ناجحة، وفهم ما يطرحه المستشير. لأنه قد يطرحها بطريقة مبهمة وغير مرتبة الأفكار، فيكون على المستشار إعادة بناءها بشكل مرتب ومنطقي، وليس عليه الالتزام بالمصطلحات والسرد الذي طرحه طالب الاستشارة.

تحتوي المرحلة التحضيرية أو المعطيات على عدة عناصر تتمثل في: استخراج الوقائع، واستخراج الإجراءات إن وجدت، ثم يقوم المستشار باستخراج المشكل القانوني.

1- إستخراج الوقائع :

هي مجموعة الوقائع والأحداث القانونية والمادية التي أدت لحدوث النزاع محل الاستشارة، والتي تشكل في مجموعها وحدة موضوعية تتعلق بالنزاع.

ويجب ذكر الوقائع المؤثرة في حدوث النزاع واستبعاد الوقائع الثانوية التي ليس لها أثر على النزاع، ويجب ترتيب الوقائع حسب تسلسلها الزمني وفي شكل مرتب ومنظم

2 -إستخراج الإجراءات :

يقوم المستشار أيضا باستخراج الإجراءات، بحيث يتتبع المراحل المختلفة التي مرت بها القضية المعروضة عليه إن وجدت، ويقصد بالإجراءات هنا مجموعة المراحل الإدارية والقضائية، كالتظلمات والدعاوى والطعون، الأمر الذي يستدعي كتابتها وتدوين تواريخها بدقة، وتعتبر الإجراءات في هذه الحالة جزء من وقائع النزاع.

يجب على المستشار ذكر الإجراءات الإدارية (مثل : صدور قرار إداري ، أو إعذار ، أو استدعاء ، ... إلخ) منفصلة عن الإجراءات القضائية (مثل رفع دعوى ، أو استئناف ، أو تبليغ حكم ، الاستعانة بمحضر قضائي، خبرة قضائية ، ... إلخ) ، على أن تكون مرتبة حسب التسلسل الزمني أيضا.

ملاحظة: بما أن الإستشارة عادة ما تطلب في البداية، أي قبل اللجوء إلى القضاء، فإن معطياتها تقتصر في أغب الأحيان عل الوقائع فقط، وإذا اتخذت بعض الإجراءات سواء كانت إدارية أو قضائية ففي مثل هذه الحالة يجب ذكرها مع احترام قواعد ترتيبها.

وبعد تلخيص وقائع الاستشارة والإجراءات كما تم ذكره أعلاه، نقوم بطرح أسئلة المستشير في شكل سؤال قانوني .

3- طرح المشكلة أو السؤال القانوني:

يعتبر تحديد السؤال القانوني أو المشكلة القانونية من أهم العناصر في المرحلة الأولى للإجابة على الاستشارة القانونية ، وهي تمهيد للمرحلة الثانية الخاصة بالحل أو الإجابة ، وتكون في شكل تساؤلات مثل :

- ما طبيعة النزاع ؟
- ما هي الدعوى الملائمة ؟
- ما هي الجهة القضائية المختصة ؟
- هل التظلم اختياري أو وجوبي ؟
- ما هي الآجال القانونية لهذه الدعوى ؟

وتجدر الإشارة إلى أنه في غالب الأحيان يكون طالب الاستشارة جاهل تماما للسؤال القانوني الذي ينبغي حله أو الإجابة عليه، عندها يحل محله المستشار ليطرح على نفسه السؤال الذي يرمي إليه طالب الاستشارة والذي يكون مرتبطا بوقائع المشكلة .

لأنه عادة ما يطرح المستشير قضيته بمسائلها المختلفة بصيغة غير قانونية وغير مرتبة، وبالتالي يصبح استخراج المشكل القانوني أمرا صعبا يحتاج إلى قدرات المستشار وطريقته في فرز المعطيات والمسائل والوصول إلى المسألة القانونية أو المشكل القانوني بذكاء ودقة .

مثال توضيحي:

عندما يكون طلب المستشير (س) عند سرد قضيته لدى المستشار هو استرداد مبلغ من المال من عند الشخص (ع)، أقرضه أياه تحت الإكراه، فهنا يجب على المستشار صياغة المشكل القانوني بشكل يختلف عما طرحه طالب الاستشارة، ويأتي تبعا لذلك المشكل بالصيغة الآتية: هل يحق لـ: (س) طلب إبطال عقد القرض بينه وبين (ع)، والتمسك بعيب من عيوب الرضا الذي هو الإكراه؟

كما هو معلوم، فإنه يمكن طلب إبطال العقد عند توفر عيب من عيوب الرضا التي هي: الغلط التدليس، الإكراه والاستغلال، أو عند نقص أهلية أحد المتعاقدين، وهو الأمر الذي يسمح للمستشار إسقاط النص القانوني وهو المادة 88 من القانون المدني على الوقائع التي أدلى بها المستشير .

ثانيا : المرحلة التحريرية (مرحلة الإجابة أو الحل)

يمكن التعبير عن الحل القانوني بأنه عملية إسقاط لنص قانوني على واقعة، وكلما كان الإسقاط متطابقا من حيث التعريف والشروط كان الحل ناجحا والنتيجة صحيحة.

يتمثل الحل القانوني بهذا الشكل هو حكم القانون الذي يجب الاعتماد عليه للوصول إلى الإجابة الصحيحة، هذا في حالة وجود نص قانوني يحكم القضية، أما في الحالة المعاكسة، أي عدم وجود ذلك النص، فيضطر المستشار حينئذ للاستعانة بالقضاء من خلال الاجتهادات القضائية، كما يمكنه الاستعانة بالفقه للوصول لحل للمسألة محل النزاع.

وعليه، إذا وجدنا نصا قانونيا يحكم المسألة القانونية المطروحة فلا داعي للتعرض إلى موقف القضاء والفقه، ذلك أن الهدف من الاستشارة هو البحث عن الحل القانوني الصحيح والمنطقي لا الدخول في الجدال.

إن منهجية الإجابة على الإستشارة القانونية تكون بواسطة الفقرات بحيث يخصص لكل سؤال قانوني فقرة خاصة به. عكس البحث النظري الذي عادة ما يقسم إلى أجزاء رئيسية متزنة (بابين، فصلين، مبحثين، مطلبين....).

في هذه المرحلة يتم تناول الحل والإجابة على الأسئلة القانونية الواردة سابقا، وهذا من خلال فقرات مستقلة عن بعضها، حيث تعالج كل فقرة سؤال قانوني واحد وجوابه الفرعي والوقائع والإجراءات الخاصة به، ثم تكون هناك حوصلة لكل الإجابات الفرعية التي تأتي في المرحلة التي بعدها، وهذا بالشكل التالي:

الفقرة الأولى: الإجابة على السؤال ما طبيعة النزاع؟

- الوقائع الخاصة بهذه المسألة القانونية فقط والإجراءات إن وجدت
- السؤال القانوني أو المشكل القانوني: ما طبيعة النزاع؟
- الحل القانوني: أو الإجابة وتكون في شكل دقيق، مثل: إذا افترضنا أن الجامعة طرف في النزاع فهي مؤسسة عمومية مماثلة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبالتالي النزاع واستنادا للمعيار العضوي هو من طبيعة إدارية.

الفقرة الثانية: الإجابة على السؤال الدعوى الملائمة؟

- الوقائع والإجراءات الخاصة بهذا السؤال
- السؤال القانوني: ما هي الدعوى الملائمة؟
- الحل القانوني: طبعا يكون الحل أو الإجابة في شكل دقيق بالاستناد إلى الوقائع القانونية والمادية وعلى حسب النصوص القانونية التي تحكم النزاع الحاصل، مثل الدعوى الملائمة هي: دعوى مسؤولية إدارية، أو دعوى إلغاء، أو دعوى قضاء كامل، ثم التعرض إلى الأسئلة القانونية الأخرى كاملة في شكل فقرات.....

الفقرة الثالثة: الإجابة على السؤال الجهة القضائية المختصة؟

- الوقائع: .....
- السؤال القانوني الفرعي الأول: ما هي الجهة القضائية المختصة نوعيا؟

- الحل القانوني: .....
- الإجابة: .....
- السؤال القانوني الفرعي الثاني: ما هي الجهة القضائية المختصة إقليميا؟
- الحل القانوني: .....
- الإجابة: .....

الفقرة الرابعة: الإجابة على السؤال هل التظلم اختياري أو وجوبي؟

- الوقائع: .....
- السؤال القانوني: .....
- الحل القانوني: .....
- الإجابة: .....

الفقرة الخامسة: الإجابة على السؤال ماهي الآجال القانونية لرفع الدعوى؟

- الوقائع: .....
- السؤال القانوني: .....
- الحل القانوني: .....
- الإجابة: .....

ثالثا : المرحلة الثالثة هي الحوصلة

وتتضمن جميع الإجابات الفرعية التي وردت في الفقرات في شكل مرتب ومنظم، أي هي تجميع للإجابات الفرعية الخاصة بالفقرات المعالجة سابقا انطلاقا من الأولى إلى الأخيرة

مثال توضيحي:

- **طبيعة النزاع:** بما أن الجامعة مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني وتعتبر مماثلة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فإن النزاع من طبيعة إدارية طبقا للمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- **الدعوى الملائمة:** محل النزاع هنا هو قرار إداري أثر سلبا على المركز القانوني للمعني، وبالتالي الدعوى الملائمة هي دعوى الإلغاء (أو تجاوز السلطة).
- **التظلم** هنا اختياري طبقا للمادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- **الأجال القانونية:** آجال دعوى الإلغاء 04 أشهر من يوم التبليغ الشخصي إذا كان قرار إداري فردي ، ومن يوم النشر إذا كان قرار إداري جماعي أو تنظيمي طبقا للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

يجب التنبيه أن لكل استشارة قانونية خصوصية متعلقة بها، بحيث هناك استشارة يكون حلها القانوني هو اللجوء إلى التسوية الودية دون اللجوء للقضاء وهناك العكس أيضا.

نموذج عن استشارة قانونية

أ: موضوع الاستشارة القانونية

بتاريخ 02/07/ 2025 تقدم اليك السيد (م.ب) بصفتك مستشارا قانونيا لطلب استشارة قانونية بخصوص رغبة في حضانة ابنه بعد طلاق زوجته الحاضنة للطفل، بموجب حكم قضائي صادر في 2024/02/07، خاصة وأن طليقته الحاضنة تزوجت بغير قريب محرم، وأن من مصلحة المحضون أن يكون في حضانة والده .

ب : حل الاستشارة القانونية :

أولا: المرحلة التحضيرية

المحاضرة الخامسة : تقديم إستشارة قانونية

1- تحديد الوقائع القانونية والمادية للمشكلة موضوع النزاع: وتتمثل في الوقائع القانونية التالية:

- واقعة حكم الطلاق الصادر في 2024/02/07 بين السيد (م.ب) وزوجته الحاضنة.
- واقعة اسناد حضانة الطفل لمطلقة السيد (م .ب) .
- ثم واقع زواج الحاضنة من غير قريب محرم .

2- تحديد المشكلة أو السؤال القانوني : من هي الجهة المختصة قضائيا وما هي الدعوى الملائمة ؟

تحديد فرع القانون موضوع الاستشارة يتمحور حول الحق في الحضانة وهي موضوعات قانون الأحوال الشخصية .

النص الواجب التطبيق المواد 32 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 66 من قانون الأسرة الجزائري .

الجهة القضائية المختصة هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ممارسة الحضانة، أي موطن الحاضنة .

ثانيا: المرحلة التحريرية :

وتكون على النحو التالي :

بيانات طالب الاستشارة : السيد (م.ب)

تاريخ الاستشارة: 2025 /02/07

موضوع الإستشارة: استشارة بخصوص سقوط الحق في الحضانة

الحل القانوني (الإجابة)

موضوع الاستشارة يتمحور حول الحق في الحضانة وهي موضوعات قانون الأحوال الشخصية. وبالتحديد المواد 32 و 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 66 من قانون الأسرة الجزائري .

الفقرة الأولى: الإجابة على السؤال الجهة القضائية المختصة؟

- حيث موضوع الدعوى يتمحور حول سقوط الحق في الحضانة وهو من موضعات قانون الأحوال الشخصية، وحيث أن المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدد الاختصاص النوعي للمحكمة الابتدائية تؤكد ان قسم الأحوال الشخصية هو من أقسام هذه الأخيرة وحيث أن المادة 40 من نفس القانون تؤكد أن دعاوى الحضانة ترفع أمام المحكمة التي يقع بدائرتها مكان ممارسة الحضانة، فإن الجهة القضائية المختصة هي المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان حضانة الطفل أي موطن الحاضنة .

الفقرة الثانية: الإجابة على السؤال ماهي الدعوى القضائية الملائمة؟

- حيث أن الحاضنة لم تتنازل عن حضانة الطفل وإنما تزوجت من غير قريب محرم، وحيث أن مصلحة المحضون تقتضي بقاءه مع والده بدل زوج والدته، وحيث ان المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري يلزم القاضي بمرعاة مصلحة المحضون في حالة التنازل وليس السقوط، وحيث أن سقوط الحضانة قانونا هو الأثر المترتب فور تزوج الحاضنة بغير قريب محرم وحيث أن مصلحة المحضون هنا مفترضة بحكم القانون وليس بتقدير الجهة القضائية المختصة، فإن الدعوى الملائمة هي دعوى سقوط الحضانة .

ثالثا: الحوصلة

على السيد (ب.م) رفع دعوى سقوط الحضانة ضد الحاضنة وهي طليقته أمام المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها مكان حضانة الطفل.