المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف – ميلة

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دروس في مقياس منهجية البحث العلمي 2

السنة الأولى ماستر تخصص قانون عقاري (السداسي الثاني)

الدكتور: بديار علي محمود

المحاضرة الثالثة

الموسم الجامعي: 2024-2025

المحور الثالث: منهجية تحليل استشارة قانونية

تعتبر الاستشارة القانونية من التمارين العملية مثلها مثل التعليق على النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية، وذلك كله من أجل التمكن أكثر لأصول المعارف القانونية، لذا من المهم تعريف الاستشارة القانونية وكذا خطوات إعدادها

أولا-التعريف بالاستشارة القانونية: الاستشارة القانونية هي رأي المختص في المجال القانوني حول وضعية أو مسألة ما، فهي استكشاف رأي القانون في صدد مسألة قد لا تكون أصلا محل نزاع أو هي محل نزاع، أي هي طلب معرفة حكم القانون في مسألة معينة بواسطة المختص في القانون بخصوص المسألة المطروحة وذلك ببيان النصوص القانونية وتفسيرها وموقف الاجتهاد منها أي توضيح الحل الذي يكرسه القانون الوضعي، وعلسه يتم إبداء الاستشارة من طرف كل من:

- **المختصين:** وهم كل من المحامين والموثقون والمستشارون القانونيون وأيضا بعض الأساتذة في القانون، وهذا نظرا لمبدأ التخصص الذي يتمتعون به فرأيهم في هذا الشأن سيكون مهم، ويتم إبداؤها حتى خارج عملهم والذي يطلب الاستشارة يحاول الوصول إلى الحماية القانونية لمسألته وتفادي الصعوبات.
- **المستشار القانوني:** هو الشخص الذي يفترض معرفته بأصول القانون من جميع جوانبه والذي يكون قد أتم سنوات تدريسه، وذلك من خلال تدخله لمعرفة رأي القانون في المسألة التي قد تكون موضوع نزاع قد يعرض عليه من قبل أحد الأشخاص.

أما بالنسبة للأشخاص الذين يمكن لهم طلب الاستشارة فيتعلق الأمر بكل شخص يريد معرفة رأي القانون حول مشكلة ما تثير اهتمامه، وقد يطلبها في حال وجود نزاع بينه وبين شخص آخر، فيسأل هل له حق رفع دعوى أمام القضاء؟ أو هل من الممكن أن يحصل على حقه؟

ويجب لإعداد الاستشارة احترام بعض القواعد، فتفرض الاستشارة إعطاء رأي المختص حول المسألة المعروضة عليه وفي هذا الشأن لابد الأخذ بعين الاعتبار عند ابداء الاستشارة القانونية ما يلي:

1- يلزم اتخاذ موقف إزاء المسألة محل الاستشارة كأن يطرح مجموعة من الأسئلة: هل المسألة المعروضة أمامه مشروعة؟ لحلها يجب اتباع الإجراءات التالية، هل هناك أمل لنجاح هذه المسألة؟ حيث عليه أن يضع جميع الفرضيات الممكنة من قبيل " إذا اعتبرناها كذلك ما هي النتائج، أما إذا اعتبرناها مثل كذا هذا هو الحل"، وهنا يقوم بتحفظ باعتبار أن الحل ليس أكيد.
2- الرأي الواجب إعطاؤه بحيث يجب أن يكون محايدا ومنصفا فالمستشار القائم بها هو مختص يقوم بعرض النتائج الموجودة في العلوم القانونية حول المسألة العملية المعروضة عليه، وبالتالي لا يجب أن يميل إلى الشخص الذي طلب منه الاستشارة، وعليه أن يأخذ العناصر والصعوبات التي قد يتلقاها من الطرف الآخر في الحسبان، وكذا إعلام طالب الاستشارة بجميع هذه العناصر والصعوبات
ويجب عليه أن يعمل على الإجابة على طالب الاستشارة بإعطاء رأي يبين له ما إذا كان سيرفع الدعوى أم لا.
3- الرأي الذي يعطيه المستشار يجب أن يكون مبرر قانونا أي يجب أن يكون قد نظمه القانون، وهذا يحتاج إلى شرح وإقناع وليس مجرد التأكيد، فمهما كانت كفاءته ومعرفته، فهو لا يتمتع بسلطة وهنا يجب طرح الأسئلة بكل دقة وبطريقة قانونية، ثم تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق ثم إمكانية توافر شروط التطبيق

4- عند تقديم الاستشارة فهنا يجب مراعاة أن تكون مكتوبة باعتبارها في الحقيقة فرض مكتوب فلا يعتد بالاستشارة الشفوية.

ثانيا-منهجية إعداد الاستشارة القانونية: يجب لإعداد الاستشارة اتباع المراحل التالية:

- **طرح المشكل:** يتعلق الأمر بتحديد وضعية المسألة، ثم فهم الأسئلة المعروضة أمامه وبعدها التعرف بكل دقة على الأسئلة المطروحة حتى إذا توصل إلى نتيجة يجب أن يكيفها قانونا.

1- **فهم وضعية المسألة:** والقصد هنا هو الفهم الجيد للاستشارة القانونية بحيث يجب الاطلاع جيدا على موضوع المسألة والظروف المحيطة بها لأن ذلك يتطلب القراءة الجيدة والعميقة لها والمتكررة وإعادة تركيب مجريات الأحداث بطريقة منتظمة، في مسودة حسب ورودها تاريخيا، كما يجب على المستشار القائم بها تحديد وبدقة إطار الاستشارة والنقاط التي يثيرها، وهنا يجب أن ينطلق بفحص الطلب بصورة جيدة لتحديد العناصر الواقعية التي يرتب القانون عليها نتائج، بحيث تكون تلك العناصر بسيطة ويكون حكم القانون فيها واضحا لا يثير لبسا، ولا يحتاج إلى جهد

بعد تحديد نطاق الوقائع يستخلص المستشار النقاط التي تستحق المعالجة ويبين النتائج المترتبة عليها في حال وجودها، وهنا يتم تحديد المسائل القانونية التي يطلب بيان رأي القانون فيها بالاستعانة بمصادر القاعدة القانونية التي كرسها المشرع، إذا كان غامضا يمكن أن يفسره بما يراه الفقه والقضاء في هذا الشأن، وإذا كانت القاعدة القانونية محل خلاف بين الفقه والقضاء يتعين عليه أن يشير غلى ذلك ويحدد التفسير والاجتهاد في شأن ذلك مع تبيان الرأي الراجح كما بمكنه أن يعطي رايه الشخصي.

2- **الشكل القانوني للمشكلة:** يتم في هذه المرحلة طرح أسئلة عديدة حول موضوع المسألة محل الاستشارة، وهنا يجب توضيح هذه الأسئلة وفهمها باعتبار أن الرأي الواجب إعطاؤه يجب أن يكون واضحا، وهناك العديد من الأشكال لطرح الأسئلة وفق الحالة المعروضة، بحيث تكون الأسئلة البسيطة هي التي تتشكل من مصطلحات قانونية مثل: هل يمكن إبطال هذا العقد؟ فهنا على المستشار منح التكييف القانوني لها على الفور.

- **البحث في عناصر الإجابة:** يستدعي الأمر هنا ما يلي:
  - إذا كان السؤال المطروح محدد فهنا يجب:
    . وضع قائمة للقواعد القانونية واجبة التطبيق
    . وضع قائمة لشروط التطبيق
    . مقارنة هذه الشروط مع الظروف المتعلقة بالواقعة المعروضة، أي تكييف الواقعة.
    . يتم على ضوء ذلك تحديد النتيجة.
  - إذا كانت الاستشارة المطلوبة هي بشكل عام دون تحديد فيجب:
    . تكييف الوقائع قانونا.
    . البحث فيما إذا كانت العناصر المكيفة تنطبق عليها الشروط الواردة في القواعد القانونية
    . التأكد من توفر جميع الشروط حول الواقعة.
    . تحديد الوقائع التي تطبق عليها تلك الشروط
- **وضع خطة للموضوع:** بعد الانتهاء من تحديد عناصر الاستشارة القانونية من طرف المستشار القانوني تأتي مرحلة وضع تصميم لها والتي يفضل أن تتضمن مقدمة والعرض والخاتمة.

- **مقدمة:** وتتضمن بيان الموضوع وعرض الوقائع التي تكون مرتبة ترتيبا زمنيا وفق حدوثها وأهميتها وأثرها في النزاع، ثم يتم عرض الإشكالية القانونية المستخلصة من النزاع، وبعدها توضع الخطة التي اعتمدها في الإجابة على الإشكالية المطروحة واقتراح الحلول القانونية لها.
- **الخطة:** تتضمن تبيان العناصر التالية:

. عرض وإعطاء الحلول.

. التوضيحات والتي يجب أن تكون منتظمة حتى تكون مفهومة.

. التقسيمات المتمثلة في شروط تطبيق القاعدة القانونية وآثار تطبيق القاعدة القانونية

- **الخاتمة:** تكون مختصرة وتكون إجابة على الأسئلة المطروحة.

***ملاحظة:** الاستشارة عمل قانوني موجه لشخص عادي من جهة ومن جهة أخرى فهي عمل موضوعي، لذا يجب أن تحرر بشكل واضح ودقيق وبسيط.