د/موسى زينب محاضرات في مادة منهجية البحث العلمي 2

د/موسى زينب

تمهيد

تعتبر منهجية تحليل النصوص في مجال القانون من أهم موضوعات المنهجية التطبيقية التي تهدف إلى أن يصبح الطالب قادرا على تطبيق تلك المعارف والمهارات في التحليل والتعليق على مختلف النصوص الفقهية والقانونية والقضائية، وكذا القدرة على تكييف الوقائع والتصرفات القانونية بمناسبة تقديم الاستشارات القانونية، إضافة إلى القدرة على التفكير بمنطق رجل القانون في التعامل مع جميع الوضعيات التي تصادفه في مساره الجامعي أو حتى بعد تخرجه (مثل المشاركة في المسابقات أو في المجال المهني : كموظف أو محامي أو قاضي أو موثق أو محضر قضائي...الخ)

من خلال ما سبق يتضح أهمية اكتساب هذه المنهجية لدارس القانون هذا من جهة، ومن جهة أخرى ينبغي الانتباه إلى أن فهم هذه المنهجية يتطلب التطبيق العملي لها وليس الاكتفاء بالجانب النظري والمفاهيم.

ويتضمن هذا المقياس المحاور التالية :

المحور الأول : منهجية التعليق على النصوص القانونية

المحور الثاني : منهجية التعليق على الأحكام القضائية

المحور الثالث : منهجية إعداد استشارة قانونية

المحور الرابع : منهجية صياغة المذكرة الاستخلاصية

المحور الأول

منهجية التعليق على النصوص القانونية

أولا :مفهوم التعليق على النص القانوني

1- تعريف النص القانوني

ونعني بالنص القانوني هو الذي يعالج مسألة قانونية معينة، وهو إما نص تشريعي وإما نص فقهي

أ- **النص التشريعي :** هو نص مادة من مواد تقنين معين.

ب-**النص الفقهي :** هو عبارة عن فقرة أو مجموعة فقرات كتبها أو قالها فقيه أو فقهاء القانون، يعالج فيها مسألة قانونية معينة .

2-معنى التعليق على النص القانوني

يستعمل بعض المؤلفين مصطلح التعليق على نص قانوني، بينما يستعمل البعض الآخر مصطلح التحليل، ويرى البعض أن المصطلحين لهما المعنى نفسه، لكن الرأي الغالب والأقرب للصواب أن بين المصطلحين فرقا واضحا، على النحو التالي :

أ- **التحليل**

يقصد بتقنية تحليل النص القانوني كآلية منهجية، تفكيك النص إلى مجموعة العناصر التي يتألف منها، وتحديد أجزائه ومكوناته، بمعنى أخر هو تفسير النص وشرحه كما هو دون نقد أو تقييم.

ب- **التعليق**

التعليق على النص القانوني يعني تفسير شرح ذلك النص وتوضيح معانيه إضافة إلى مناقشة ما جاء فيه، وإخضاعه للنقد والتقييم، وبيان سلبياته وايجابياته بكل حرية، وفقا للرأي الشخصي للمعلق.

وبالتالي فعندما نتحدث عن التعليق على النص فإننا نكون بصدد عملية تفسير وتوضيح للموضوع محل ذلك التعليق ويكون ذلك بقدر من الحرية، وبأسلوب شخصي، أما التحليل فهو مجرد مرحلة من مراحل التعليق، لأن المعلق ينطلق من التحليل ليصل إلى النقد والتقييم. والتعليق

لا يكون محل ثقة، ولا يمكن أن يتسم بالموضوعية إلا بقدر ما استند إليه من تحليل مسبق ودقيق، لذلك قيل أن التحليل السليم والدقيق للنص القانوني، هو عبارة عن مشروع تعليق غير مكتمل.

3-أهمية التعليق على نص قانوني

- المعرفة المفصلة لما يتضمنه ذلك النص من أحكام وقواعد قانونية.
- شرح وتحليل النص، بالإضافة إلى نقده ومناقشته، وبيان ما فيه من ايجابيات وسلبيات
- كما يمكن أن يساهم بيان سلبيات النص، إما بإلغاء النص أو تعديله بالشكل الذي يكمل نقصه ويسد خلله.

ثانيا : مراحل التعليق على النص القانوني

إن المنهجية المتبعة في البحوث القانونية في التعليق على النصوص هي المنهجية الاستدلالية التي تجمع التحليل والاستنباط والاستقراء والمقارنة والتركيب والتجريب العقلي والمادي والطريقة الجدلية في المناقشة والبحث، فهذه كثيرا ما نجدها مجتمعة في أي بحث أو تعليق مهما كانت طبيعة النص.

في حين يمر التعليق على النص القانوني بمرحلتين هما :

1-**المرحلة التحضيرية**

في هذه المرحلة يقوم الطالب بالتحليل الشكلي للنص ثم التحليل الموضوعي له، والهدف منه هو فهم النص فهما جيدا، والتحضير لمناقشته.

أ- **التحليل الشكلي (هوية النص)**

يقتضي التحليل الشكلي دراسة النص من حيث شكله فقط، فبعد قراءة أولية له يستخرج الطالب العناصر التالية :

- **طبيعة النص**

فبعد رؤية أولية للنص يذكر الطالب طبيعته بذكر ما إذا كان نصا تشريعيا او فقهيا.

- **المصدر الشكلي**

يقصد بالمصدر الشكلي للنص أي موقعه من المرجع الذي اخذ منه. فإذا كان النص تشريعي : يذكر الطالب موقعه من التقنين الذي اخذ منه بطريقة مرتبة.

مثال : المادة 90 اشار اليها المشرع في القسم الثاني تحت عنوان "شروط العقد" من الفصل الثاني تحت عنوان "العقد"..... من القانون المدني الجزائري.

واذا كان النص فقهيا : يذكر الطالب موقعه من المرجع الفقهي الذي أخذ منه، وذلك ببيان العناصر التالية بالترتيب (اسم المؤلف، عنوان المرجع، الطبعة، دار النشر، البلد، سنة النشر، الصفحة)

- **تحديد تاريخ النص**

يحدد تاريخ نشره إذا كان نصا فقهيا، أو تاريخ مصدره إذا كان نصا تشريعيا (اليوم، الشهر والسنة) بالاضافة الى تاريخ سريانه، وتاريخ انتهائه، والتعديلات الواردة عليه.

- **التعرف على البينة اللغوية**

أي ما يتعلق بصياغة النص، مدى طوله أو قصره، وصعوبة أسلوبه أو سهولته، وكون أسلوبه مباشر أو غير مباشر.

- **شرح المصطلحات الواردة في النص**

من الأحسن هنا أن يشير الطالب إلى أهم المصطلحات القانونية التي جاءت في النص ويشرحها بإيجاز

- **المصدر المادي**

يقصد بالمصدر المادي أي أصل وضعه إن كان نصا تشريعيا، أو أصل المبادئ التي يعتمد عليها إن كان نصا فقهيا، فيبحث الطالب بمن تأثر المشرع أو الكاتب. مثال : تقابل المادة 90 من القانون المدني الجزائري المادة 127 من القانون المدني المصري، والمادة 1117 من القانون المدني الفرنسي.

ب- التحليل الموضوعي

إن التحليل الموضوعي يقتضي تتبع العناصر التالية :

- **استخراج الفكرة العامة**

يقصد بالفكرة العامة أي المعنى الاجمالي للنص، ويسهل استخراجها بعد قراءة متأنية للنص وفهمه فهما جيدا بحيث يتبين للطالب موضوع المسألة القانونية التي يتعلق بها.

- **استخراج الافكار الرئيسية**

وهي تلك الأفكار الجزئية المكونة للفكرة العامة، وعادة ما يتم التعرف عليها من خلال عدد الفقرات المكونة للنص، فغالبا ما تتناول كل فقرة جزئية محددة

لاستخراج الافكار الرئيسية من النص ينبغي قراءته قراءة متأنية وتلخيصه، ولتسهيل ذلك على الطالب أن يقوم بتقسيم النص إلى فقرات تقسيما منطقيا يكون مبنيا على عدد الفقرات حسب الفكرة.

ويفيد تلخيص النص وإحصاء الأفكار الرئيسية فيه في التحضير لوضع خطة ملائمة.

- **طرح الاشكال**

ويسهل على المعلق وضع الاشكالية إذا تصور أن النص عبارة عن جواب لسؤال مطروح من قبل، فيبحث عن ذلك السؤال، ويقوم بصياغته بشكل دقيق.

2- المرحلة التحريرية

في هذه المرحلة يقوم المعلق بإنجاز بحث يشبه عملية انجاز البحث العلمي عنوانه الفكرة العامة للنص، مع مراعاة أفكار النص والتقيد به دون الخروج عنه.

أ- ضبط الخطة

هنا يضع المعلق خطة مناسبة لمناقشة المسألة القانونية المعروضة من خلال النص.

اما عن هيكل الخطة فتبنى وفقا للأفكار التي تم استخرجها من النص، أي لا توجد خطة نموذجية، فكل خطة يجب ان تتماشى والنص محل التعليق.

بالتالي تتم مناقشة المسألة القانونية بتحرير ما جاء في عناوين الخطة بدءا بالمقدمة ثم العرض (صلب الموضوع) واخيرا الخاتمة.

- **المقدمة**

في المقدمة يبدأ الطالب بعرض المسألة القانونية المراد مناقشتها في جملة وجيزة ثم يشير إلى أهمية الموضوع وذلك لجلب اهتمام القارئ، ثم يبين مختلف المسائل القانونية التي تثير الموضوع استعدادا لمناقشتها.

- **العرض (صلب الموضوع)**

صلب الموضوع كما هو معلوم يعرض عبر مباحث ومطالب وفروع ونقاط إن وجدت. وليحذر الطالب من الخروج عن الموضوع، أي يتقيد بأفكار النص والأفكار المجاورة لها أو التابعة لها.

- **الخاتمة**

في الخاتمة لا بأس أن يلخص الطالب موضوع المسألة القانونية في فقرة وجيزة، يليها عرض للنتائج التي توصل اليها، وموقفه من راي الكاتب أو المشرع مع عرض البديل إن له موقف مخالف.

ب- مناقشة النص

بعد ضبط الخطة على النحو الذي سبق بيانه يبدأ المعلق في مناقشة النص، من خلال العناصر التي وضعها في العرض، أين تتم مناقشة جميع المسائل والأفكار الرئيسية والثانوية الواردة في النص، ويجب أن يراعى في هذه المناقشة الضوابط الآتية :

- **الالتزام بالاطار العام لموضوع النص**

بحيث يناقش جميع المسائل الواردة في النص، دون إهمال أو إغفال أية مسألة كانت جزئية.

- **التعمق في مناقشة النص**

التعمق في تحليل عبارات النص ومدلولاته، وعدم الاكتفاء بمجرد الشرح السطحي، فإذا كان النص يتناول مسائل قانونية هي محل اختلاف فقهي وقضائي، فينبغي على المعلق أن يعرض كل الآراء الفقهية المختلفة، والاجتهادات القضائية المتضاربة، مع استعراض أدلة كل رأي
والانتقادات الموجهة له، مع محاولة تأصيل سبب الخلاف، بيان الخلفيات الايديولوجية، والمبررات السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل موقف.

- **توظيف جميع المعلومات**

توظيف جميع المعلومات المتاحة لدى المعلق حول موضوع النص، سواء تعلق الأمر بمكتسباته القبلية أو ما جمعه من معلومات من المصادر والمراجع القانونية المتخصصة في موضوع النص، كالآراء الفقهية والاجتهادات القضائية.

- **إلتزام المنهجية العلمية في توثيق المعلومات**

أي استعمال المصادر والمراجع الموثوقة، فلا يجوز منهجيا للمعلق ان يحلل النص ويناقشه بكلام غير موثق ولا مهمش، فالتعليق النص القانوني لا يعدو كونه صور من صور البحث العلمي.

ت- نقد وتقييم النص

عند مناقشة ما جاء في النص من أفكار ومسائل، ينبغي أن يتخلل تلك المناقشة النقد لما اعتمده النص من أحكام وحلول، ويتم ذلك من الناحيتين القانونية والواقعية.

- **نقد وتقييم النص من الناحية القانونية**

وذلك ببيان موقف النص وعلاقته بالنصوص الأخرى في نفس المنظومة القانونية التي ينتمي إليها، وهل كان النص منسجما ومتوافقا معها، أم أنه يخالفها، وخاصة تلك النصوص التي تمثل مبادئ عامة، وفي حال المخالفة يجب تحديد طبيعة المخالفة، وهل هي تناقض يقتضي

الترجيح أو الالغاء، أم أنها استثناء على الأصل العام، وهنا ينبغي بيان مبررات هذا الاستثناء ونقدها، وتقييم مدى صحة اللجوء اليه.

وكذلك بيان فائدة النص وما أضافه من جديد إلى المنظومة القانونية التي ينتمي إليها ، خاصة إذا كان نصا حديثا، بمقتضى تعديلات جديدة أجراها المشرع.

- **نقد وتقييم النص من الناحية الواقعية**

يراد من الناحية الواقعية جميع الجوانب المؤثرة في النص القانوني والمتأثر به، كالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك، فالنص القانوني يهدف غالبا إلى التأثير الايجابي في الواقع المجتمعي، كتحقيق الانصاف والعدالة بين الأفراد المجتمع، أو تحقيق الاستقرار الاجتماعي، لذلك ينبغي على المعلق بيان الغرض الذي يهدف النص محل التعليق إلى تحقيقه، وهل نجح في تحقيقه فعلا أم فشل في ذلك، وما هي أسباب هذا الفشل إن وجدت، وكيف يمكن تعديل النص وتقويمه من أجل استدراك فشله.

المحور الثاني

منهجية التعليق على الأحكام القضائية

أولا : مفهوم التعليق على الأحكام القضائية

1-تعريف الحكم القضائي

الحكم القضائي من الناحية الفقهية هو القرار الذي يصدر عن هيئة قضائية بشأن خصومة مرفوعة أمامها، وفقا للإجراءات والأشكال التي يحددها القانوني، سواء كان ذلك في نهاية الدعوى أو أثناء السير فيها وقد يكون الحكم ابتدائيا أو نهائيا.

وفقا لهذا المعنى العام للحكم القضائي فهو يشمل القرار القضائي، فلا فرق إذا بين المصطلحين (الحكم والقرار) من الناحية الفقهية، لكن من الناحية التشريعية جرى العرف عند أغلب المشرعين على التفرقة بين المصطلحين على أساس الهيئة القضائية التي صدر عنها الحكم، فإن صدر عن هيئات الدرجة الأولى سمي حكما، إن صدر عن هيئات الدرجة الثانية والمحكمة العليا سمي قرار قضائيا.

2-الهدف من التعليق على الحكم القضائي

هو التوصل إلى معرفة مدى صحة الحل الذي توصل إليه القاضي في حكمه، ومدى انسجام هذا الحل مع النصوص القانونية السارية، مدى تطابق وقائع النزاع مع فرضيات القاعدة القانونية المطبقة، ومن ثم بيان انعكاسات ذلك الحل المعتمد على الناحية القانونية الواقعية، لذلك يقال بأن التعليق على حكم قضائي هو بمنزلة "الحكم على الحكم".

ولكي يكون التعليق سليما، وبالتالي يكون حكم المعلق على الحكم القضائي صحيحا، يجب على المعلق أن يكون ملما كفاية بالنصوص القانونية التي تحكم النزاع المعروض على القضاء، وأيضا بالفقه قديمه وحديثه الذي تعرض للمسألة القانونية، بالاضافة إلى تتبع الاجتهاد القضائي حول هذه المسألة، وتطوراته التاريخية وصولا إلى أحداث الاجتهادات في الموضوع.

ثانيا : مراحل التعليق على الحكم القضائي

يمر التعليق على الحكم القضائي بمرحلتين هما :

1-<u>المرحلة التحضيرية</u>

هذه المرحلة هي عبارة عن عمل وصفي للحكم أو القرار محل التعليق، من خلاله يسعى المعلق للتعرف على ذلك الحكم أو القرار من الناحية الشكلية والموضوعية، وينبغي على المعلق أن يتوخى في ذلك الايجاز والدقة. وعليه تتجلى خطوات هذه المرحلة كالتالي :

أ- **<u>التعرف على القرار من الناحية الشكلية</u>**

وتشمل هذه الناحية عدة جوانب، يمكن التعرف عليها من خلال القراءة السريعة للحكم أو القرار، وهذه الجوانب هي :

- **<u>تحديد الجهة المصدرة للحكم أو القرار</u>**

فقد تكون هذه الجهة وطنية أو دولية، وقد تكون عادية أو إدارة أو عسكرية، وقد تكون استئنافية أو جهة نقض، فالأحكام والقرارات القضائية تختلف باختلاف الجهات القضائية المصدرة لها.

- **<u>تحديد تاريخ صدور الحكم</u>**

وهو تاريخ النطق به (اليوم، الشهر والسنة) ومعرفة هذا التاريخ يفيد المعلق في تحديد النصوص القانونية السارية المفعول في ذلك التاريخ ومعرفة مدى حصول تطور في الاجتهاد القضائي بمقارنة ذلك الحكم بما سبقه وما جاء بعده، خاصة وأن الجهة القضائية الواحدة قد تغير اجتهاد من وقت لآخر.

- **<u>تحديد أطراف النزاع</u>**

وهم الاطراف محل الخلاف، حيث أن صفة الاطراف تتغير من جهة قضائية إلى أخرى، فنجد المدعي والمدعى عليه (على مستوى المحكمة الابتدائية)، المستأنف والمستأنف عليه(على مستوى المجلس القضائي)، الطاعن والمطعون عليه (على مستوى المحكمة العليا).

ب- التعرف على القرار من الناحية الموضوعية

وتشمل هذه الناحية عدة جوانب أيضا، لكن التعرف عليها يحتاج الى القراءة المتأنية والمركزة لجميع الحكم أو القرار، من أجل النزاع، وتحديد المسألة القانونية التي يتمحور حولها الحكم، والاشكالية الذي يطرحها، والحل الذي توصل اليه القضاء.

- **استعراض الوقائع النزاع**

ويقصد بوقائع النزاع كل الاحداث التي أدت إلى نشوء النزاع، ولجوء المتنازعين الى القضاء، سواء كانت تصرفات قانونية كالعقد، أو أفعالا مادية كالضرب ...

ويجب على المعلق أن يراعي استعراض تلك الوقائع الضوابط الأتية :

- التزام الامانة العليمة في استخراج الوقائع من الحكم القضائي، دون تمكن أو افتراض وقائع لم يرد ذكرها فيه.
- الاختصار في عرض الوقائع دون تفصيل، والأفضل أن تكون في شكل نقاط وبالأسلوب الخاص بالمعلق.
- ترتيب الوقائع ترتيبا زمنيا متسلسل حسب وقعها.
- الاقتصار على ذكر الوقائع المنتجة في ايجاد الحل القانوني، أي الوقائع التي تهم في حل النزاع دون سواها، فمثلا لو باع شخص لآخر سيارة وتنازعا حول تنفيذ العقد، فضرب أحدهما الآخر، فرفع أحدهما دعوى على الاخر يطالبه بتنفيذ العقد، فالحكم القضائي الصادر في هذه الدعوى يعالج المسؤولية العقدية نتيجة عدم تنفيذ العقد، وعليه فلا داعي لذكر الضرب لأن المسؤولية التقصيرية غير مطروحة.
- يجب على المعلق أن يتأنى ويركز في قراءة الوقائع، ويتثبت في فرزها، فقد تكون هناك واقعة جوهرية من شأنها التأثير في الحل الذي وضعه القاضي ايجابا أو سلبا.

- **<u>استعراض ادعاءات الخصوم</u>**

ويقصد بالادعاءات هي مجموعة الاسانيد والدفوع القانونية (نص قانوني، التحقيق، الاثبات) التي يعتمد كل طرف ويتمسك بها للمطالبة بحقه، وبما أن ادعاءات الخصوم تكون متضاربة الأمر

الذي يطرح مشكلا قانونيا يلتزم القاضي بحل النزاع المطروح أمامه، ويشترط ذكر الادعاءات مرتبة مع شرح الاسانيد القانونية أي ذكر النص القانوني الذي اعتمدوا عليه.

- **استعراض الاجراءات التي مر بها النزاع**

ويقصد بها مختلف المراحل القضائية التي مر بها النزاع عبر درجات التقاضي إلى غاية صدور القرار محل التعليق.

ويشترط على المعلق أن يعرض هذه الاجراءات بايجاز وبشكل واضح وبدقة (مثل : نوع الاجراء وتاريخه والجهة القضائية التي صدرت عنها)

- **تحديد المشكلة القانونية**

هو السؤال الذي يتبادر في ذهن القاضي عند الفصل في النزاع، لان تضارب الادعاءات يثير مشكلا قانونيا يقوم بحله في أواخر حيثيات القرار، قبل وضعه في منطوق الحكم، ، والمشكل القانوني لا يظهر في القرار وانما يستنبط من الادعاءات ومن الحل القانوني الذي توصل اليه القاضي.

ومن شروط طرح المشكل القانوني :

- أن يطرح بأسلوب قانوني، فعوض هل يحق ل "أ" أن يبيع عقاره عرفيا؟ يطرح السؤال : هل الرسمية ركن في انعقاد البيع العقاري؟
- أن يطرح المشكل طرحا تطبيقيا، بمعنى يجب على المعلق تجنب الطرح النظري الذي ليس له علاقة بالقضية التطبيقية المعروضة، فمثلا : الطرح النظري هو هل التدليس عيب في العقد، والطرح التطبيقي هل تعتبر المعلومات الخاطئة التي أولى بها "أ" ل "ب" بخصوص جودة المبيع حيلة تدليسية إلى قابلية العقد للإبطال؟

- **استعراض الحل القانوني**

ويقصد به ذلك الحل الذي يتوصل اليه القاضي من أجل الفصل في النزاع، والاجابة عن التساؤل المطروح، أي هو منطوق الحكم.

وينبغي على المعلق ان يراعي في استعراض الحل القانوني الضوابط التالية :

- الالتزام بالأمانة العلمية، أي انه يستعرض الحل كما هو دون زيادة أو نقصان.
- استعراض الحل بالأسلوب الشخصي للمعلق، مع مراعاة الدقة والايجاز، واستعمال اللغة القانونية.
- ذكر القاعدة أو القواعد التي اعتمدها القاضي في حل النزاع.

2-المرحلة التحريرية

المرحل التحريرية أو التنفيذية هي المرحلة التي يقوم فيها المعلق بكتابة تعليقه على الحكم أو القرار وفق خطة منهجية محددة.

- **وضع خطة التعليق**

ويراعي في وضع هذه الخطة الضوابط الآتية :

- تصميم الخطة في شكل مقدمة وعرض وخاتمة، ويجب أن يكون العرض في صلب الموضوع على عدة عناصر، سواء في شكل مباحث أو مطالب أو محاور، حسب ما يختاره المعلق.
- مراعاة التناسب بين الخطة والمشكل القانوني المطروح.

- **المقدمة**

يبدأ المعلق في المقدمة بالتعريف بموضوع المسألة القانونية محل التعليق باختصار، ثم بفقرة وجيزة يسرد فيها أهم الوقائع والاجراءات والادعاءات وأخيرا يطرح المشكل القانوني بصيغة قانونية واضحة ومختصرة، ثم يستعرض بشكل مجمل الخطة المقترحة لمعالجة هذا المشكل القانوني.

- **العرض**

هو صلب الموضوع يقوم المعلق بالعرض التحليلي والتأصيلي للمسألة القانونية التي عالجها الحكم أو القرار القضائي محل التعليق، بحيث في كل عنصر من عناصر هذا العرض(مباحث، مطالب، محاور) يتناول المعلق

جزئية من جزئيات تلك المسألة بالتحليل والمناقشة والنقد والتقييم، وتتم هذه المناقشة من ناحيتين :

- الناحية الموضوعية : ومن خلالها يبين المعلق مدى صحة تكييف القاضي للوقائع المعروضة في النزاع، وهل أعطاها الوصف القانوني المناسب، وبيان موقف الحل الذي تبناه القاضي بالنسبة للنصوص القانونية، وهل استند إلى النص القانوني الواجب التطبيق في مثل هذا النزاع؟
- الناحية الشخصية : ومن خلالها يقوم المعلق بإبداء رأيه الشخصي في الحكم القضائي، واعطاء حكمه التقييمي للحل الذي جاء به القرار، ببيان ايجابياته وسلبياته، مع اقتراح ما يراه مناسبا من حلول أفضل من الحل الذي جاء به القرار، مع ضرورة أن يستند رأيه بالأدلة التي يراها كافية لاقتناء القارئ.

- **الخاتمة**

يختم المعلق تعليقه على الحكم القضائي بذكر خلاصة ما توصل اليه من نتائج تتعلق بالمسألة التي عالجها، والجواب عن الاشكالية المطروحة في المقدمة، وتقييمه للحل الذي تبناه القاضي، مع اقتراح ما يراه من حلول مناسبة في مثل هذا النزاع.

المحور الثالث

منهجية إعداد استشارة قانونية

أولا : مفهوم الاستشارة القانونية

1-تعريف الاستشارة

الاستشارة القانوني هي رأي قانوني يقدمه الشخص مختص في المجال القانوني، بناء على طلب شخص آخر يرغب في استكشاف رأي القانون في وضع معين قد يكون محل نزاع أمام القضاء أو يمكن أن يكون كذلك مستقبلا.

ففي الاستشارة القانونية يتقدم المستشير بعرض العناصر الواقعية على المستشار، طالبا منه تحديد النتائج القانونية التي يمكن أن تترتب عليها، مع توجيه إلى أفضل الطرق للتصرف تجاهها، بحيث يتغلب المستشير على منازعيه، ويحافظ على حقوقه، ويتجنب أي مسؤولية أو نتائج سلبية قد تترتب على تلك الوقائع.

2-**أطراف الاستشارة القانونية :** للاستشارة القانونية طرفان هما : المستشير والمستشار.

أ- **المستشير (طالب الاستشارة)**

هو الشخص الذي يريد معرفة رأي القانون في مسألة قانونية معينة، نتيجة تعلق مصلحته بذلك، بسبب حصول مشكلة معينة. تتعلق بحياته الشخصية أو بعمله أو بإحدى حقوقه... فيلجأ لسؤال أهل الاختصاص والخبرة في العلوم القانونية، ليسعفوه بالرأي المناسب لمسألته والحل الأنسب لمشكلته.

قد يكون المستشير شخصا طبيعيا أو معنويا، كالمؤسسات والهيئات المختلفة، ولذلك تتخذ أغلب المؤسسات مستشارا قانونيا لها، يقدم لها الرأي القانوني في مختلف أعماله ومنازعاتها.

ب- **المستشار**

هو الشخص الذي يقدم المشورة لطالبها، ويتكفل بتوضيح موقف القانون من المسألة محل الاستشارة، فمهمة المستشار القانوني تتمثل في البحث في النصوص القانونية السارية المفعول،

لاستنباط الأحكام التي يكرسها القانون لتلك المسألة التي استشير فيها، وأن يبحث عن أفضل الحلول القانونية الممكنة والمتاحة لمساعدة مستشيره في تحقيق مصالحه، وتجنب الأضرار التي قد تلحقه.

ويشترط في المستشار أن يكون شخصا مختصا في مجال العلوم القانونية، سواء كانت له صفة رسمية أم لا، فقد يكون محاميا أو قاضيا متقاعدا، أو موثقا أو محضر قضائيا، أو أستاذا جامعيا، أو موظفا له خبرة في بعض المسائل القانونية بحكم وظيفته، بل قد يكون طالبا أو باحثا في مجال العلوم القانونية.

وقد يكون المستشار شخصا معنويا، كالمؤسسات المختصة في تقديم الاستشارات القانونية.

3-<u>حالات طلب الاستشارة القانونية</u>

هناك حالات وأوضاع يجد الشخص الطبيعي أو المعنوي في حاجة لطلب استشارة قانونية من أهل الاختصاص، ومن هذه الحالات ما يأتي :

- حالة حصول نزاع، سواء كان النزاع معروضا على القضاء، أو من التوقع عرضه عليه مستقبلا، فهنا عادة ما يرغب أحد أطراف النزاع أو كلاهما في طلب مشورة أهل القانون، من أجل معرفة حكم القانون في النزاع الحاصل، وأفضل الطرق لحله(التظلم، التحكيم، القضاء) وفي حالة اللجوء للقضاء، يراد معرفة حظوظ القضية من الكسب والخسارة، والاحتمالات الي ينتهي بها النزاع.
- حالة توقع حصول نزاع في المستقبل، فهذا النزاع لم يحصل بعد، لكن من المحتمل أن يحصل في المستقبل، كتوقع حصول نزاع بين الورثة حول التركة قبل موت مورثهم، فهنا يطلب المستشير الاستشارة عادة من أجل معرفة ما يمكن فعله، إما لتفادي حصول النزاع أصلا، وإما بالاستعداد له إن لم يمكن تلافيه.
- قد يطلب الشخص الاستشارة القانونية قبل إقدامه على عمل أو نشاط أو تصرف أو قرار معين، ليعرف الطريقة القانونية السليمة للقيام به، والاطار القانوني الذي ينبغي التحرك في نطاقه، بحيث يحقق المستشير جميع مصالحه، ودون أن يلحق أية أضرار بغيره، تجنبا لتحمل أية مسؤوليات، أو حصول أية نزاعات في المستقبل.
- قد يكون المستشير صاحب حق، ويريد معرفة السند القانوني لذلك الحق والحدود والقيود القانونية لاستعماله، أو الاجراءات القانونية الواجب اتباعها لإثباته وتحصيله، أو حمايته والمحافظة عليه.

- وقد يكون المستشير متهما، ويريد معرفة أفضل الطرق والاجراءات القانونية لتحضير دفاعه، بحيث يتمكن من رد التهم، واثبات البراءة، وإسقاط المتابعة، أو على الأقل التخفيف من وقع الادانة على نفسه وماله.

4-أنواع الاستشارة

تتنوع الاستشارة الى عدة أنواع فيحتاج كل نوع منها الى إجابة قانونية بحسب طبيعة المسألة المطروحة لإيجاد حل لها

- فقد تكون **الاستشارة شفاهية** في شكل سؤال أو عدة أسئلة شفهية قصيرة يطرحها المستشير الى المستشار فيجيب عليها شفاهيا بطريقة مختصرة ومبسطة مع ضرورة الاعتماد على الاسانيد القانونية.
- كما قد تكون **الاستشارة القانونية مكتوبة** في شكل سؤال متعدد المسائل وفي نفس الوقت معقدة يطرحها المستشير على المستشار فتكون الاجابة بواسطة دراسة معقدة تخضع لقواعد المنهجية العلمية بطريقة مركزة ودقيقة.

ثانيا : الخطوات المنهجية لإعداد الاستشارة القانونية

الاستشارة القانونية سواء كانت شفهية أو مكتوبة، قصيرة أو طويلة، هي عبارة عن بحث منهجي مصغر، يراعى فيها جملة من الخطوات المنهجية الواجبة الاتباع من أجل تقديم استشارة دقيقة وسليمة، وهذه الخطوات هي كالاتي :

المرحلة الأولى : المرحلة التحضيرية

1-جمع وحصر المعطيات المتعلقة بالاستشارة (إستخراج الوقائع)

حيث يتوجب على المستشار في هذه المرحلة أن يدرك ويفهم جميع العناصر الواقعية (المادية والقانونية) المعروضة في طلب الاستشارة، فعلية أن يبدأ بقراءة ذلك الطلب الكتابي عدة مرات، أو يسمع الطلب الشفهي بتمعن وانتباه، مع محاورة المستشير، والاستفسار منه عن كل صغيرة وكبيرة، وطلب التوضيحات اللازمة عن كل الجزيئات، مع طلب تقديم كل المستندات والأدلة المؤيدة لتلك الأقوال ..

ويراعى في هذه المرحلة الضوابط الآتية :

- مراعاة الايجاز والدقة في استعراض تلك الوقائع، مع استخدام اللغة القانونية، وتجنب اللغة الأدبية التي قد يستخدمها طالب الاستشارة، فلا يقال مثلا : شكوى، بل يقال دعوى، ولا يقال –قدم قضية، بل يقال رفع قضية ...

- ضبط الوقائع والالمام بها وحصرها، ومن ثم كتابتها واستعراضها وفقا لترتيبها وتسلسلها الزمني.
- التركيز على العناصر المؤثرة في ايجاد الحل القانوني، واستبعاد العناصر غير المؤثرة.
- اذا كان موضوع الاستشارة يتعلق بنزاع بين عدة أطراف، فينبغي على المستشار أن يستمع إن أمكن لكل الأطراف، والمقابلة بين ادعاءاتهم، ووسائل الاثبات المتوفرة لدى كل واحد منهم، للوصول للوقائع الصحيحة.
- استعراض الاجراءات فإذا كان موضوع الاستشارة يتعلق بنزاع معروض أمام القضاء، وجب على المستشير ضبط وتحديد الاجراءات التي تم اتخاذها وفق ترتيبها الزمني.

2- تحديد المسائل القانونية المطروحة في الاستشارة

بعد استعراض الوقائع وحصر جميع المعطيات، يجب على المستشار أن يقدم بدراسة هذه المعطيات وتحليلها، من اجل تكيفيها واعطائها الوصف القانوني المناسب، وهذا تمهيدا لاستخلاص وتحديد المسائل القانونية المطروحة في طلب الاستشارة، والتي يراد معالجتها وايجاد حل لها، ويفضل صياغة هذه المسائل في شكل تساؤلات دقيقة ومحددة، علما أن وقائع الاستشارة قد تتضمن مسألة واحدة وبسيطة، كما قد تتضمن عدة مسائل، أو مسألة أساسية تندرج تحتها عدة مسائل فرعية.

3- تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق

بعد تحديد المسائل المطروحة في الاستشارة، يقوم المستشار بمراجعة كافة النصوص القانونية السارية المفعول، والمتعلقة بهذه المسائل، والبحث عن القواعد القانونية التي تنطبق عليها مباشرة، فإن لم يجد يرجع الى المصادر الأخرى، كالشريعة الاسلامية، العرف ... وغيرها من المصادر الرسمية والاحتياطية.

وبعد تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق يقوم المستشارة بقراءتها وشرحها، وتحديد مفهومها الدقيق، فإن كان النص واضح لا خلاف في تطبيقه وتفسيره، فلا اشكال في هذه الحالة، أما إذا كان النص غامضا أو مختلها في تطبيقه أو تفسيره ، فيتوجب عليه البحث في المصادر والمراجع الفقهية والاجتهادات القضائية، لمعرفة مختلف الآراء المذكورة في المسألة/ مع استعراض حجمها وأدلتها/ ومن ثم ترجيح أقوى تلك الآراء والتفسيرات، دون إغفال و تأييد ذلك الترجيح بالحجج والاساليب المقنعة.

4- استخراج الحلول المقررة في القواعد القانونية

بعد دراسة القواعد القانونية المتعلقة بالمسألة القانونية المطروحة في الاستشارة يقوم المستشار باستخدام الحلول المقررة في هذه القواعد، مع مراعاة ما يلي :

أ- <u>التقيد بالحلول المقررة في القواعد القانونية</u>

يجب على المستشار أن يتقيد بالحلول الواردة في القواعد القانونية السارية المفعول، لأنها هي الحلول المعتد لها قانونيا في الواقع العملي، أما ما يتعلق بنظرة المستشار النقدية، ورأيه الخاص حول صلاحية تلك الحلول، واقتراحه لحلول بديلة، فهذا ليس محله الاستشارة القانونية، وإنما محله الدراسات القانونية الأخرى كالتعليق على النصوص القانونية، فالمستشير لا يهمه ما ينبغي أن يكون عليه القانون، وإنما يهمه ما هو مقرر في القانون كما هو موجود الآن.

ب- <u>وحدة وتعدد الحلول</u>

يمكن للمستشار أن يصل إلى حل واحد للمسألة القانونية المطروحة في الاستشارة، وذلك متى كانت الوقائع ثابتة، والنص واضح وصريح، أما إذا كانت الوقائع متحركة، أو كانت النصوص القانونية محتملة لعدة تفسيرات، فعادة ما تتعدد الحلول بتعدد تلك التفسيرات والاحتمالات، وهنا يجب على المستشار ترجيح أفضل تلك الحلول في نظره، بعد استعراضها جميعا مؤيدة بأدلتها، على أن يؤيد ترجيحه بالدليل والبرهان، والغرض من ذلك هو أن يجعل مستشير على بينة من أمره، ويعلمه بأن المسألة تحتمل أكثر من حل، وأن ما اقترحه المستشار من حل نهائي ترجيح يحتمل ألا يؤخذ به من قبل جهات أخرى.

<u>المرحلة الثانية : تحرير الاستشارة</u>

بعد مرور بالخطوات السابقة يصل المستشار إلى المرحلة الأخيرة، وهي تحرير الاستشارة في شكلها النهائي الذي سيقدمه إلى المستشير، ويتم ذلك وفق خطة منهجية تتكون من مقدمة وعرض وخاتمة.

1-<u>المقدمة</u>

وتتضمن استعراض العناصر الواقعية للاستشارة، في شكل مختصر ودقيق، مع تحديد المسألة القانونية التي تتمحور حولها، وصياغتها في شكل تساؤل، مع اقتراح الخطة المناسبة لمعالجة تلك المسألة والاجابة عن التساؤل المطروح.

2-<u>العرض</u>

يتضمن معالجة المسألة المطروحة في الاستشارة وفق الخطة المقترحة، والتي تحدد عناصرها وفق عدد المسائل الواردة في الاستشارة، والعناصر الجزئية لكل مسألة، مع تحليل ومناقشة كل مسألة في العنصر المخصص لها، وصولا إلى الحال الخاص بها.

3-الخاتمة

تتضمن استعراض أهم النتائج المتوصل إليها، مع تحديد الحل النهائي والراجح، بأسلوب مختصر وواضح، ليتمكن المستشير من فهمه والأخذ به، حتى ولو لم يقرأ كل الاستشارة.

المحور الرابع

منهجية صياغة المذكرة الاستخلاصية

أولا : مفهوم المذكرة الاستخلاصية

1-تعريف المذكرة الاستخلاصية

هي عمل منهجي يقوم فيه الطالب أو الباحث او الموظف، بمعالجة مجموعة من الوثائق القانونية والفقهية والقضائية، بطريقة علمية، بهدف استخلاص ما تضمنته من أفكار أساسية وثانوية تتعلق بمسألة قانونية معينة، وعرضها عرض مرتبا ومتسلسلا.

ومجموعة الوثائق التي تستند اليها المذكرة الاستخلاصية عادة ما تكون متعددة ومتنوعة في طبيعتها، بحيث تشمل النصوص التشريعية (دساتير، معاهدات، قوانين) والنصوص التنظيمية (مراسيم، قرارات ادارية، تعليمات...) والأحكام والقرارات القضائية والنصوص الفقهية، ولكن هذه الوثائق المتنوعة يجمع بينها وحدة الموضوع التي تتناوله، بحيث تشكل ملفا واحدا يتناول موضوعا أو مسألة قانونية محددة عادة ما لا يتم التصريح لها، وإنما يتم استخلاصها من خلال قراءة ذلك الملف كله.

وبالتالي المطلوب في المذكرة الاستخلاصية إذا هو: اشبه ببحث مختصر تكون الوثائق المقدمة فيها بمنزلة المصادر والمراجع التي يعتمدها الطالب أو الباحث في اعداد ذلك البحث.

2-الهدف من المذكرة الاستخلاصية

تهدف المذكرة الاستخلاصية إلى ما يأتي :

- في مجال الدراسات الأكاديمية القانونية، تهدف المذكرة الاستخلاصية إلى تدريب الطالب والباحث في مرحلة التدرج وما بعد التدرج، إلى التكوين والتدريب على كيفية ممارسة العمليات الذهنية المتعلقة بالاستخلاص والاستنتاج، والاستنباط والتلخيص، وفق الطرق العلمية الصحيحة، من أجل تنمية التفكير العلمي لديه، بالاضافة الى تدريبه على الطريقة السليمة في التعامل مع الوثائق القانونية وكيفية دراستها واستخلاص ما فيها من مسائل وحلول وأفكار.
- في مجال بعض الوظائف المرتبطة بالعلوم القانونية، كالقضاء والمحاماة والتوثيق وغيرها، تهدف المذكرة الاستخلاصية إلى تكوين المترشحين والممارسين لهذه الوظائف على كيفية التعامل مع الوثائق القانونية، واستخلاص ما فيها من مسائل وحلول وأحكام بطريقة منهجية سليمة، لأن وظائفهم تقضي التعامل اليومي مع هذه الوثائق ، فالتعامل الصحيح معها يمكنهم من أداء مهامهم على أكمل وجه.

ثانيا : المراحل المنهجية لصياغة المذكرة الاستخلاصية

تقضي المنهجية العلمية الصحيحة لصياغة المذكرة الاستخلاصية المرور بمرحلتين : تحضيرية وتحريرية.

1-المرحلة التحضيرية وتشتمل على خطوات كالآتي :

أ- **قراءة الوثائق**

إن قراءة الوثائق القانونية المقدمة بين يدي الباحث أو الطالب تعد الخطوة الأولى والمهمة لفهم هذه الوثائق وتحديد طبيعتها ومضمونها، وادراك الارتباط الموضوعي بين هذه المضامين، أي الموضوع العام الذي تتمحور حول جميع الوثائق، ويجب أن يراعى في قراءة الوثائق الضوابط الآتية:

- قراءة جميع الوثائق مهمها كانت طويلة وعديدة ومتشابهة، دون إغفال أية وثيقة.
- القراءة تكون بالمستويات الثلاثة (سريعة، عادية، مركزة) حسب ما تستدعي كل وثيقة، أو ما تستدعيه كل فقرة من فقرات الوثيقة الواحدة .
- القراءة المركزة للفقرات المهمة ينبغي أن يصاحبه التسطير على العبارات المفتاحية والمصطلحات القانونية.

ب- **تحليل الوثائق**

في هذه الخطوة ينبغي على الطالب أو الباحث فهم كل وثيقة فهما دقيقا وعميقا، من أجل استخراج ما تضمنته من مسائل قانونية، وأفكار رئيسية وثانوية، ويراعى في تحليل الوثائق الضوابط الآتية :

- وضع ملخص لكل وثيقة على حده، بحيث يضمن جميع المسائل والأفكار الواردة في الوثيقة، لكن بشكل موجز ودقيق، وبالأسلوب الخاص بالباحث، وذلك من أجل تسهيل الرجوع إلى تلك الملخصات دون الحاجة لإعادة قراءة الوثائق من جديد.
- بعد تلخيص الوثائق يتم ترتيبها وتصنيفها، إما حسب طبيعتها (نصوص قانونية، آراء فقهية، اجتهادات قضائية) أو حسب موضوعها، أي الفكرة العامة ثم الأفكار الجزئية حسب تسلسلها المنطقي، أو حسب تسلسلها الزمني، وهذا قد يفيد في ترجيح النصوص المتعارضة، أو تحديد مدى حصول التطور في الاجتهاد القضائي.

ت- استخلاص الاشكالية التي تتمحور حولها الوثائق

يمكن استخلاص هذه الاشكالية من خلال المقارنة والمقابلة بين الوثائق، وما جاء فيها من أفكار وأحكام، قد تكون متكاملة أو متعارضة أو متناقضة فيما بينها، حيث يجب على الطالب أو الباحث أن يسجل ملاحظاته بهذا الشأن عند قراءته وتحليله للوثائق، وعادة ما تكون هذه الملاحظات هي المفتاح للتواصل إلى طرح الاشكالية التي تعالجها تلك الوثائق.

ومما يعين على طرح الاشكالية أن يتصور الباحث أن تلك الوثائق مجتمعة تمثل إجابة عن سؤال مطروح من قبل ، عما عليه إلا أن يجد ذلك السؤال، ويصوغ صياغة قانونية دقيقة ومحددة.

ث- وضع الخطة

بعد تحليل الوثائق واستخلاص الاشكالية يتعين على الطالب أو الباحث أن يضع الخطة المناسبة لصياغة المذكرة الاستخلاصية، يجب أن يراعي في وضع الخطة الضوابط الآتية :

- خطة المذكرة الاستخلاصية تتكون بصفة عامة من مقدمة وعرض وخاتمة، أما عناصر العرض فليس لها قالب محدد، وإنما تخضع لما يختاره الطالب أو الباحث، حسب ما يراه مناسبا لموضوع الوثائق، سواء كان في شكل مباحث أو مطالب أو محاور، لكن الأفضل في نظري أن يتم الاكتفاء بالمحاور أو المطالب، أما المباحث فلا تتناسب مع الاختصار المطلوب في المذكرة.
- أن تعالج الخطة جميع الوثائق معالجة منطقية ومتسلسلة حسب الترتيب المحدد من قبل، وهذا لا يستلزم تخصيص مبحث أو مطلب لكل وثيقة، بل يمكن معالجة أكثر من وثيقة في

مبحث أو مطلب واحد حسب ما تقضيه طبيعة الموضوع وعدد الأفكار الواردة في كل وثيقة.

- ان تكون عناوين الخطة منسجمة مع ما تتضمنه الوثائق من مسائل وأفكار، لأن الخطة في المذكرة الاستخلاصية تهدف عموما إلى ضمان تقديم كامل وواضح وموضوعي لمحتوي الملف.
- مراعاة التوازن الشكلي والموضوعي بين عناصر الخطة.

2-<u>المرحلة التحريرية</u>

وفيها يتم تنفيذ الخطة المحددة مسبقا، وفق الاطار العام (مقدمة، عرض، خاتمة)

أ- <u>المقدمة</u>

وتتضمن التعريف العام للموضوع الرئيسي الذي تشترك فيه جميع الوثائق، مع التعريف بالوثائق المقدمة في الملف، وتصنيفها وترتيبها، على أن يتم بشكل مختصر جدا على النحو الآتي :

"يتناول الملف الذي بين أيدينا موضوع ... وذلك من خلال مجموعة من الوثائق القانونية، تتمثل في المواد ... من قانون ....، بالإضافة إلى قرار المحكمة ... الصادرة بتاريخ ... وكذا الرأي الفقهي للأستاذ ...الوارد في كتابة...."

ثم يتم طرح الاشكالية في نهاية المقدمة، مع تحديد الخطوط العريضة للخطة المقترحة لمعالجة الاشكالية.

ب- <u>العرض : (صلب الموضوع)</u>

يتم فيه العرض التفصيلي لجميع المسائل والأفكار الواردة في الوثيقة، وفق العناصر المحددة في الخطة، مع مراعاة الضوابط الآتية :

- أن يكون العرض مركزا ومختصرا دون إخلال، بحيث تكون المذكرة في حدود أربع صفحات.
- استعمال الأسلوب الشخصي في جميع أجزاء المذكرة، مع مراعاة اللغة القانونية، والابتعاد قدر الإمكان عن الاقتباس والنقل الحرفي من الوثائق، إلا بقدر الحاجة والضرورة.
- يفضل الاشارة الى الوثيقة المرجعية اثناء التحليل، ذلك بذكرها بشكل مختصر، فيقال مثلا : "وهذا ما جاء في نص المادة كذا من قانون كذاّ أو "حسب ما قررته المحكمة كذا في قرارها كذا"
- ينبغي الاقتصار على المعلومات والافكار الواردة في الوثيقة المقدمة دون اضافة أية معلومات أخرى من المكتسبات القبلية للطالب أو الباحث.

- الابتعاد عن نقد وتقييم ما جاء في الوثائق من أفكار وآراء، وعدم إعطاء الرأي الشخصي في الموضوع، لأن الغرض من المذكرة الاستخلاصية هو استخلاص ما جاء في الوثائق القانونية المقدمة كما هو دون أية إضافة.

ت- <u>الخاتمة</u>

الخاتمة في المذكرة الاستخلاصية ليست أمرا متفقا عليه، فالبعض يرى أنه لا بأس بوضع خاتمة للمذكرة، يتم فيها تلخيص النتائج المتوصل اليها بعد تحليل الوثائق المقدمة.

ويرى الغالبية بأن الخاتمة غير مطلوب في المذكرة الاستخلاصية، لأن الغرض من هذه الأخيرة هو إطلاع القارئ على الموضوع الذي تتناوله الوثائق المقدمة لا أكثر.

وفي نظري الأمر في هذا واسع، فسواء وضعت الخاتمة أم لا، فلا حرج على الطالب أو الباحث في ذلك